

連合総研シンポジウム

「イニシアチヴ2009 労働法改革のグランドデザイン」

イニシアチヴ2009研究委員会・最終報告会

ディスカッション・ペーパー

2009年4月22日

財団法人 連合総合生活開発研究所

は し が き

連合総研は、連合雇用法制対策局からの委託を受け、労働を取り巻く状況の急速な変化に対応した、労働ルールの新たなグランドデザイン（全体構想）を提起することを目的として、2007年4月に「イニシアチヴ2008 新しい労働ルールの策定に向けて」研究委員会を発足させました（主査：水町勇一郎・東京大学社会科学研究所准教授）。

2007年4月の第1回から第5回研究委員会までの討議を経て、同年10月に公開で開催した中間報告会には、本テーマに関心を持つ多くの方々の参加を得ました。その成果をも踏まえて、さらに研究を進めるため、研究期間を1年間延長する（「イニシアチヴ2009」研究委員会に改称）とともに、講師として計9名の外部研究者にも議論に加わっていただき、累次の研究委員会で議論を深めていただきました。

これらの成果として、このたび、本ディスカッション・ペーパーを刊行し、シンポジウムを開催する運びとなりました。本ディスカッション・ペーパーの第1部は、水町主査のとりまとめによる労働法改革のグランドデザインの提起、第2部は、水町主査の提言を受ける形での委員・アドバイザーからの意見・コメントという構成になっています。

本ディスカッション・ペーパーが、労使関係実務家、政府・政党等の政策担当者をはじめ各方面において、今後の労働法制のあり方を議論するための参考となれば誠に幸いです。

最後に、ご多忙中、本研究委員会で貴重なご報告を賜りました講師の方々、そして、熱心な討議を重ねるとともに、各章のご執筆をいただきました水町主査をはじめとする各委員、アドバイザーおよびオブザーバーに厚く御礼を申し上げる次第です。

2009年4月

財団法人 連合総合生活開発研究所
所長 薦田 成

はじめに 本研究委員会の趣旨と経緯

ここ数年、経済財政諮問会議、規制改革会議、厚生労働省などさまざまなところで、これからの雇用ルールのある方を展望する議論が行われている。また、2008年秋以降の世界的な不況とそれに伴う雇用危機のなかで、非正規労働者問題、ワークシェアリングなど雇用システムや労働法のあり方を問い直そうという議論も急速に高まっている。しかし、これらの議論の多くは、浮かび上がってきた問題に対症療法的に対策を練ろうとするものとの性格をもっている。それゆえそこでは、労働法の背景や基盤にある歴史や理論に対する基本的な考察が十分になされておらず、また、労働法の全体像を見据えながら全体として一貫性のある形で未来のある方を展望しようとする視点に欠けるきらいがある。

連合総研は、新しい時代にあった新しい労働ルールのグランドデザインを展望することを目的として、2007年4月に「イニシアチブ2008 新しい労働ルールの策定に向けて」研究委員会を発足させた（後に「イニシアチブ2009 新しい労働ルールの策定に向けて」研究委員会に改称）。その委員として集まったのは、若手の労働法学者、労働経済学者を中心に労働をめぐる世界の最先端の研究を行っている者たちである。また、人事労務管理や労働組合の実務の世界でご活躍の方々にもアドバイザー、オブザーバーとして多数ご参加いただき、実務の視点から具体的で有益なご指摘・ご意見をいただいた（後掲【研究委員会メンバー】参照）。

これらのメンバーで2年にわたり20回を超える討議を重ね、労働法制に関する歴史研究や最先端の理論研究を踏まえた労働法改革のグランドデザイン（提言）をとりまとめるに至った。この提言は、「労使関係法制」「労働契約法制」「労働時間法制」「雇用差別禁止法制」「労働市場法制」の5つの分野にわたるものである。議論の過程では、学界で最先端の研究をされている講師の方々からもご報告いただき、討議を繰り返してきた（後掲【研究委員会スケジュール表】参照）。

提言は、研究委員会での多彩な議論を踏まえながら、主査である水町がその責任でとりまとめたものである。委員会のなかでは、当然のことながら、委員やアドバイザー、オブザーバーの間で活発な意見が交わされ、なかにはこれらのメンバーの間で見解の一致がみられない点もあった。このような意見の多様性を活かしつつ今後の活発な議論を喚起するため、第1部ではなるべく具体的な（玉虫色ではない）制度改革の提言を行い、第2部では各メンバーがそれぞれの専門的な視点から意見やコメントを述べる（そこには提言と異なる見解も含まれている）という形をとることにした。

本シンポジウムでは、時間の関係上、制度改革の具体的な提言部分（第1部第2章）を中心とした報告となるが、第2部もあわせてご覧いただき、労働法改革の議論の基盤に触れていただければうれしい。

本報告に至るまでに、多くの方々からのご支援・ご協力をいただいた。とりわけ、委員会の場で専門的なご意見やアドバイスをいただいた講師の先生方、委員会の立ち上げから最終的な取りまとめまで行き届いたサポートをいただいた連合総研の事務局の皆さまに、この場を借りてお礼を申しあげたい。

2009年4月
委員会を代表して
水町 勇一郎

「イニシアチヴ2009 - 新しい労働ルールの策定に向けて」 研究委員会メンバー

1. 委員

(主査)

水町 勇一郎 東京大学社会科学研究所准教授

(委員)

飯田 高 成蹊大学法学部准教授

大石 玄 北海道大学外国語教育センター非常勤講師

太田 聡一 慶應義塾大学経済学部教授

神林 龍 一橋大学経済研究所准教授

桑村 裕美子 東北大学大学院法学研究科准教授

櫻庭 涼子 神戸大学大学院法学研究科准教授

濱口 桂一郎 労働政策研究・研修機構総括研究員

両角 道代 明治学院大学法学部教授

2. アドバイザー

荻野 勝彦 トヨタ自動車株式会社人事部担当部長

杉山 豊治 情報労連政策局長

3. オブザーバー

長谷川 裕子 連合総合労働局長

花井 圭子 連合雇用法制対策局長

村上 陽子 連合雇用法制対策局部長

弘岡 建史 連合雇用法制対策局部長

伊古田 隆一 連合雇用法制対策局部員

北岡 大介 株式会社労働開発研究会

末永 将太 株式会社労働開発研究会

4. 事務局(連合総研)

薦田 成 所長

鈴木 不二一 前副所長(同志社大学技術・企業・国際競争力研究センターアシスタントディレクター)

成川 秀明 上席研究員

川島 千裕 前主任研究員(連合経済政策局兼社会政策局次長)

宮崎 由佳 研究員

山脇 義光 研究員【主担当】

「イニシアチヴ2009 - 新しい労働ルールの方策に向けて」

研究委員会スケジュール表

	委員会	作業部会	内 容	成果報告会	
2007年	4月	1(4 / 10)	『労働法』改革の方向性と基盤 欧米の議論と日本 (水町主査)		
	5月	2(5 / 18)	「スペインの労使関係法制」(大石委員) 「国家規制と労使自治の相克 労使合意に基づく労働条件規制柔軟化の可能性と限界」(桑村委員)		
	6月	3(6 / 22)	「EUにおける雇用平等法制の展開」(櫻庭委員) 「スウェーデンにおけるワーク・ライフ・バランスと労働法」(両角委員)		
	7月	4(7 / 27)		「労働法政策の基軸：変遷と将来」(濱口委員) 『イニシアチヴ2008』中間とりまとめについて(水町主査)	
			1(7 / 27)	『イニシアチヴ2008』中間とりまとめについて	
	8月	5(8 / 8)		『イニシアチヴ2008』中間とりまとめについて	
	9月				
	10月	6(10 / 19)		「中間報告」についてのコメント(神林委員、濱口委員)	中間報告会 (10 / 5)
	11月	7(11 / 22)		「障害を理由とする差別禁止法の制定に向けて」(長谷川珠子先生)	
	12月				
2008年	1月	8(1 / 10)		「雇用における年齢差別の禁止 立法政策と判例法理」(柳澤武先生)	
		9(1 / 23)		「経済学・心理学の観点からの雇用差別の分析」(飯田委員)	
	2月				
	3月	10(3 / 14)		「差別はなぜ禁止されるべきか? アメリカ憲法学からの考察」(安部圭介先生)	
		11(3 / 25)		「雇用差別禁止法制」に関する最終報告の原案についての討議	
	4月	12(4 / 18)		「従業員代表制と労使関係法制のあり方」(毛塚勝利先生)	
	5月	13(5 / 9)		「労働者派遣及び業務処理請負に関する労働法制のあり方」(馬渡淳一郎先生)	
		14(5 / 22)		「労働者派遣及び業務処理請負に関する労働法制のあり方」(脇田滋先生)	
	6月	15(6 / 20)		「従業員代表制と労使関係法制のあり方」(大内伸哉先生)	
	7月	16(7 / 10)		「労働者派遣および業務処理請負に関する労働法制のあり方」(濱口委員)	
	8月	17(8 / 6)		「労働市場法制」及び「労使関係法制」に関する最終報告の原案についての討議	
	9月				
	10月	18(10 / 10)		「日本の労働時間規制の課題」(梶川敦子先生)	
	11月	19(11 / 26)		「今後の労働契約法制の方向性」(山川隆一先生)	
12月	20(12 / 15)		「労働時間法制」及び「労働契約法制」に関する最終報告の原案についての討議		
2009年	1月	21(1 / 30)		最終報告案についての討議(1回目)	
	2月	22(2 / 13)		最終報告案についての討議(2回目:最終) 各委員ディスカッションペーパーの概要報告	
	3月				
	4月				最終報告会 (4 / 22)

：外部ゲスト

目 次

は し が き

は じ め に 本研究委員会の趣旨と経緯

「イニシアチヴ2009 - 新しい労働ルールの策定に向けて」研究委員会メンバー

「イニシアチヴ2009 - 新しい労働ルールの策定に向けて」研究委員会スケジュール表

第 1 部 《提言》労働法改革のグランドデザイン

- 第 1 章 労働法改革の基本理念 歴史的・理論的視点から（水町勇一郎）..... 1
- 第 2 章 新たな労働法のグランドデザイン
5つの分野の改革の提言（水町勇一郎）..... 21

第 2 部 《提言を受けて》労働法改革の視点

第 1 章 比較法の視点から

- 1 労使関係法制 ドイツおよびフランスの動向（桑村裕美子） 41
- 2 労働者代表制度 スペインからの示唆（大石 玄）..... 59
- 3 雇用差別禁止法制 ヨーロッパの動向（櫻庭涼子）..... 71
- 4 雇用差別禁止法制 スウェーデンにおける雇用差別と法規制（両角道代）... 84

第 2 章 政策研究の視点から

- 1 労働契約法制 課題と改革の方向性（山川隆一）..... 89
- 2 労働時間法制 課題と改革の方向性（濱口桂一郎）..... 103
- 3 労働市場法制 課題と改革の方向性（濱口桂一郎）..... 111

第 3 章 経済学の視点から

- 1 労使コミュニケーションの再構築に向けて（神林 龍）..... 119
- 2 労働関係ネットワーク構築のための素描
特に「仲介者」の役割について（飯田 高）..... 131

第 4 章 実務の視点から

- 1 労働組合の視点から
職場における「公正」の確保に向けて（杉山豊治・村上陽子）..... 143
- 2 人事労務管理の視点から（荻野勝彦）..... 157

第1部 《提言》労働法改革のグランドデザイン

第1章 労働法改革の基本理念 歴史的・理論的視点から

水町 勇一郎

労働法は世界的に大きな変革のときを迎えている。そもそも大量生産・大量消費型の工業化社会において形成・発展してきた旧来の労働法が、近年の社会の複雑化・グローバル化の動きに対応できなくなってきたからである（1）。

これらの変化・改革の基盤にある新たな法理論として注目されるのが、ヨーロッパで提唱されている「手続的規制」理論と、アメリカで提示されている「構造的アプローチ」である。前者は政治哲学的な思考、後者は経済学的な思考に基づくものである点で、両者は異なる理論的基盤をもつものである。しかし、多様化・複雑化する社会の実態に対応するために新たな理論・アプローチを提唱している点、そこで重視されているのは動的なプロセスである点で、両者は共通している（2）。

この2つの法理論に照らして日本の労働法制の現状について考察すると、労働法改革に向けた課題と方向性がみえてくる。重要な課題は、多様な労働者の意見を反映できる分権的なコミュニケーションの基盤を構築すること、および、労働法の規制内容自体も国家が詳細なルールを定める事前の規制（行政規範）から当事者による集団的なコミュニケーションを重視する事後的な規制（裁判規範）へと移行していくことである（3）。

1. 社会の変化と労働法の変容

(1) 労働法が形成された歴史的・社会的背景

(a) 労働法の形成 労働法の原型

そもそも現在の労働法の原型は、19世紀末から20世紀初めにかけて、当時の社会的・思想的背景に大きく規定されながら形成されたものであった。その背景としては、次の大きく3つのものがあげられる。

第1に、生産管理システムとしてテイラー主義が普及したことである。1895年にアメリカのフレデリック・W・テイラーは、生産過程を細分化し各作業を労働者に分担させて徹底した時間・動作管理の下に置くことによって生産・経営の効率化を図ることを推奨した。テイラー主義と呼ばれるこの科学的管理法は、生産過程を合理化することに大

きく貢献し¹、大量生産体制を世界的に普及させる大きな原動力となった。この科学的生産管理システムが普及していくなかで、「大工場のなかの1つの歯車」として流れ作業に従事させられる労働者が増加していったのである。

第2に、そのような時代の社会思想として「連帯」や「産業民主主義」という考え方が台頭していった。例えば、フランスの社会学者エミール・デュルケームは、19世紀末から20世紀初めにかけて、細分化された諸個人の自由や欲望が増大することによって無規律状態が生じることを避けるためには、個人と個人間の有機的連帯を組織し維持していくことが重要であるとする連帯理論を説き²、その後の社会運動や法理論・法政策の展開に大きな影響を与えた。また、それと同じ頃、アメリカでは、自由放任資本主義がもたらした貧富の格差等の惨状を是正するため、あるいは、経営の効率性を高めるには労働者と対話することが重要であるとの認識から、政治の場だけでなく職場にも民主主義を取り入れるべきであるとする産業民主主義の考え方が台頭し、その後の政治の状況や立法の展開に影響を与えることとなった。

第3に、経済思想としても、18世紀後半にフランソワ・ケネーやアダム・スミスによって提唱され19世紀に支配的となった自由主義思想とは異なる、新たな経済思想が台頭した。イギリスの経済学者ジョン・メイナード・ケインズは、1936年に『雇用、利子および貨幣の一般理論』³を公刊し、自由放任資本主義に内在する構造的問題を克服するためには、国家の積極的な市場介入によって完全雇用を実現し有効需要（購買力）を高めていくことが重要であるとの理論を展開した。ケインズ主義と呼ばれるこの新たな経済思想は、1930年代のアメリカやフランスで展開された国家主導の経済社会政策⁴と共通する考え方に立つものであり、戦後の復興・経済成長期には、各国の経済政策の展開に大きな影響を与えるものとなった。

これらの社会的・思想的背景のなかで描き出された1つの標準的な労働者像（当時の社会を牽引した原動力）が、「工場で集団的・従属的に働く均質な労働者」であり、これに対し国家（いわゆる「福祉国家」）が集団的・画一的な形で保護を与えるというの

¹ 例えば、アメリカの自動車会社であるフォード社では、1913年から14年にかけて、組立工程を従来の固定組立方式からベルトコンベアで車台を移動させて部品を装着する移動組立方式に変更し、自動車1台の組立作業時間を14時間から93分に短縮することに成功した。さらに同社は、いっそうの技術改良を加え、1925年にはその時間を10分に短縮した（有賀貞ほか編『アメリカ史2 1877年～1992年』232頁（山川出版社、1993））。

² デュルケーム（宮島喬訳）「自殺論」尾高邦雄編『世界の名著47・デュルケーム、ジンメル』49頁以下（中央公論社、1968）、デュルケーム（田原音和訳）『現代社会学体系2・社会分業論』（青木書店、1971）。

³ ケインズ（塩野谷祐一訳）『ケインズ全集第7巻雇用・利子および貨幣の一般理論』（東洋経済新報社、1983）。

⁴ 水町勇一郎『集団の再生 アメリカ労働法制の歴史と理論』74頁以下（有斐閣、2005）、水町勇一郎『労働社会の変容と再生 フランス労働法制の歴史と理論』85頁以下（有斐閣、2001）。

が、20世紀の労働法の基本的なあり方であった^{5,6}。

(b) 労働法の発展 経済社会政策としての労働法

このような形で国の経済政策の一環として位置づけられた労働法は、第2次大戦後の経済成長期に経済の発展と連動しながら大きな発展を遂げることになる。労働法や社会保障法などによる社会的保護の充実（賃金の引上げ、社会保障の充実など）によって国民の購買力が引き上げられると、消費が拡大し投資が刺激されて総需要の拡大や生産性の上昇（経済成長）につながる。この経済成長の成果が社会的保護の充実という形で再び労働者に分配・還元され、さらなる消費拡大・経済成長がもたらされる。

このように戦後の経済成長期には、労働法や社会保障法などによる社会的保護と経済成長とが有機的に結びつく形で国の社会と経済が発展していくという「黄金の循環」が、先進諸国の間にある程度共通する現象としてみられたのである⁷。この戦後経済成長の基盤にあった生産・規制モデルは、「フォード・モデル」⁸とも呼ばれている。

⁵ 現在の労働法にあたるものは、19世紀には社会法（Sozialrecht）や産業立法（*legislation industrielle*）と呼ばれていたが、20世紀に入ると「労働法」（ドイツではArbeitsrecht、フランスでは*droit du travail*）という言葉が用いられるようになった。さらに、アメリカの1935年法で初めて「社会保障」（*social security*）という名称が用いられ、1942年には社会保障の基本的な考え方を示したピヴァリッジ報告書がイギリスで公表された。このような経緯を経て、20世紀中盤に「社会保障法」が「労働法」から分化・独立していった。

⁶ もっとも、各国の労働法には、それぞれの国の歴史的・社会的背景に規定された一定の特徴がみられた。例えば、国家と個人の間には存在するゲマインシャフトとしての社会的共同体を重視するドイツ法（社会モデル）、国家の介入を嫌悪し自己規制（個人的あるいは集団的な自由放任）を重視するイギリス法やアメリカ法（経済モデル）、国家の介入によって弱者を保護し平等を実現することを重視するフランス法（政治モデル）、企業内の共同体的労働関係を重視する日本法（共同体モデル）といった特徴である（cf. SUPIOT (A.), *Le droit du travail*, Paris, PUF, 2004, pp.21 et s.）。

⁷ アメリカやヨーロッパ諸国の動きについては、AGRIETTA (M.), *Régulation et crises du capitalisme : L'expérience des Etats-Unis*, Paris, Calmann-Lévy, 1976 ; BOYER (R.), *La Théorie de la régulation : Une analyse critique*, Paris, La Découverte, 1986など参照。

日本でも第2次大戦後、社会保障制度の構築と発展（岩村正彦『社会保障法』9頁以下（弘文堂、2001）参照）とともに、労働法の本格的な発展がみられるようになった。1945（昭和20）年には労働組合の承認・保護を定めた労働組合法（1949（昭和24）年に大きく改正）、1947（昭和22）年には労働条件の最低基準を包括的に定めた労働基準法、国管掌の保険による労働災害の補償を定めた労働者災害補償保険法、有料職業紹介事業を禁止し職業紹介事業を国家独占とした職業安定法、国管掌の保険による失業保険の給付を定めた失業保険法（1974（昭和49）年に雇用保険法に改正）が相次いで制定され、戦後労働法の枠組みが形成された。その後も1958（昭和33）年に職業訓練法、1959（昭和34）年に最低賃金法、1966（昭和41）年に雇用対策法が制定されるなど、国家が労働契約や労働市場に積極的に介入する方向で労働法の発展は続いた。また、長期雇用慣行などの日本企業の実態と結びつきながら形成された解雇権濫用法理等の判例法の発展や、1955年に開始された春闘による経済成長を反映させた賃金引上げの実現も、社会的保護の充実のために重要な役割を果たした。これらの社会政策の展開と有機的に結びつきながら、日本経済は戦後復興を遂げ、1950年代半ばから約20年にわたり高度経済成長を続けた。

⁸ 「フォード・モデル」については、2(1)(a)参照。

(2) 社会の変化と労働法の危機・変容

(a) 労働法の危機

しかし、この20世紀的な経済社会システム（その一環としての労働法）は、1973年の石油危機を契機とした世界的な経済危機・社会変化のなかで、大きな転機を迎えることになる。その背景には、いくつかの重要な社会的変化があった。

第1に、経済成長が減速するなかで、かつての「黄金の循環」が反転したことである。石油危機をきっかけとして経済成長のスピードが鈍化し失業者が増加すると（これと並行して人口の高齢化も進んだ）、それらの人びとの生活を支えるための社会的負担が高まる。この社会的負担の増加は、税金や社会保険料の引上げという形で国民や企業の経済活動に制約を課すことになり、経済活動が収縮して経済状況が悪化すると、さらに社会的負担や財政赤字が増加・累積するようになる。このように、かつての「黄金の循環」（経済成長 社会的保護の充実 経済成長 …）が途絶え、社会と経済が連動して悪化していくという悪循環（経済状況悪化 社会的負担増 経済状況悪化 …）が生じるようになった。

第2に、産業構造の変化に伴って、労働法の前提とされていた標準的な労働者が減少し、これとは異なる多様なタイプの労働者が増加したことである。社会が成熟し、安価で工業生産を行う発展途上国が台頭していくなかで、多くの先進諸国では、産業構造の重心が工業からサービス業に移っていった。このポスト工業化・サービス経済化の動きのなかで、企業の経営・生産体制はかつての画一的・集团的なものから多様化・複雑化したものとなり、そこで働く労働者の姿も多様化していった。工業化社会の原動力とされた集团的・均質的な工場労働者とは異なる自律性・裁量性の高いホワイトカラー労働者、専門性の高い技術労働者、労働時間・期間等が限定されたパートタイム労働者・有期契約労働者・派遣労働者などが増加していったのである。労働法が前提としていた「工場で集团的・従属的に働く均質な労働者」は、社会実態として溶解していった。

第3に、1970年代の石油危機、1980年代の規制緩和政策（レーガノミクス、サッチャリズム）を契機とした国際競争の激化に加え、1990年代以降、情報化社会が本格的に到来したことによって、経済のグローバル化が世界的に一気に加速することになった。それに伴って、市場と技術の動きは高速化し、企業はこの速く多様な変化に対応できる経営・生産体制を整えることを迫られるようになった。これは、国家に対しても、当事者が迅速で柔軟な対応を行うことができるような競争環境を整備し、同時に社会的公正さを確保できるシステムを構築するという課題を提起するものであった。かつての大量生産・大量消費の時代から多様性・不確定性の時代に移行するなかで、企業としても、国家としても、変化に迅速に対応できる柔軟で動的なシステムを作ることが求められるようになった。

(b) 労働法の機能不全と修正

このような経済社会環境の大きな変化のなかで、旧来の労働法は機能不全に陥った。労働法が前提としていたモデルが溶解し、また市場と技術の動きが高速化するなかで、従来の定型的なモデルを前提とした集团的・画一的な保護・規制は、社会の多様で複雑な変化に十分に対応できないものとなっている。さらに、従来のケインズ主義的システム（その一環としての労働法や社会保障法）は、経済社会状況や人口構造の変化のなかで財政赤字の肥大化という問題をもたらしている。

各国はこのような危機に直面し、特に1980年代以降、旧来の労働法のあり方に修正を加える改革を進めている。例えば、国家（法律）による画一的な保護・規制では多様化する社会の利益・実態に十分に適応できないため、労使の分権的な話し合いによって具体的な規制のあり方を定めることを許容・促進する「労働法の柔軟化」⁹、集団としての労働者ではなく、多様化する労働者個人（市民）の視点からの保護・規制を図る「労働法の個別化」¹⁰、国家による硬直的な労働市場規制を緩和し、民間事業の参入による労働市場機能の活性化を図ろうとする「労働市場の自由化」¹¹などである。

このように、労働法は現在、旧来のシステムの危機を克服し、近年の大きな社会変化に適応するための変革の途上にあるといえる。

⁹ 特に、労働時間規制の分野でその例が多くみられる。例えば、フランスでは、1982年のオールー改革以降、労働時間規制を中心に規制権限を国家から労使へ、さらには産業レベルの労使から企業レベルの労使へと移行させる柔軟化・分権化の動きが進められている。日本でも、例えば1987（昭和62）年労基法改正以降、労使協定や労使委員会の決議によって法律規制の例外を設定することを認める法改正が相次いでいる。

¹⁰ 例えば、差別禁止法やプライバシー保護法の発展の動きが各国でみられる。アメリカでは、1960年代以降、労働組合や集团的労働法（Labor Law）の機能が相対的に低下するなか、これに代わって、人種、皮膚の色、宗教、性、出身国による雇用差別を包括的に禁止した1964年の公民権法第七編（Title VII）と、1967年の雇用における年齢差別禁止法（ADEA）、1990年の障害をもつアメリカ人法（ADA）などの雇用差別禁止法を中心とする個別的雇用法（Employment Law）の発展がみられる。日本では、これに大きく遅れをとっているものの、1985（昭和60）年に制定されその後改正を重ねている男女雇用機会均等法や、労働者の人格権・プライバシーを保護する判例の展開・発展などがみられる。

¹¹ 有料職業紹介事業や労働者派遣事業の適法化が、その例である。そもそも第1次大戦後の1919年にベルサイユ条約に基づいて創設された国際労働機関（ILO）は、「労働は商品ではない」との考え方に立ち、第1号勧告（1919年失業勧告）で営利職業紹介所の廃止（職業紹介の国家独占）を打ち出した。日本でも1921（大正10）年に制定された職業紹介法で、有料職業紹介事業の禁止が定められた（1947（昭和22）年職業安定法でもこの点は基本的に踏襲された）。しかし近年、有料職業紹介所廃止主義はもはや市場のニーズに応えられないとの認識が各国で広まり、1997年に民間雇用仲介業（民間職業紹介事業、労働者派遣事業など）を承認するILO181号条約が採択された。この国際的な動きに沿って、日本でも、1996（平成8）年・1999（平成11）年職業安定法改正により有料職業紹介事業が原則自由化されるといった動きなどがみられる。

2. 世界における新しい議論の潮流

このような労働法の変化・改革のなかで、その基盤にある新たな法理論として2つのものが提唱されている。1つはヨーロッパで提示されている「手続的規制」理論であり、もう1つはアメリカで主張されている「構造的アプローチ」である。これらの動きは、新たな労働法の展開に対し理論的な基盤を与えようとするだけでなく、労働者、企業、社会そして国家の関係を新たに問い直そうとするものでもある。

(1) ヨーロッパの議論 「手続的規制」理論

「手続的規制」理論（あるいは「法の手続化（procéduralisation du droit）」理論）は、カトリックルーバン大学法哲学センターのジャン・ドゥ・マンクなどを中心とする研究グループによって1995年にEC委員会に提出された『ヨーロッパの社会的協議の未来』と題する報告書の総括報告「社会政策の手続化のために」¹²のなかで明らかにされたものである。同研究グループのメンバーであるパリ第10大学のアントワーン・リヨン＝カーンは、同報告書のなかで「労働法と手続化」という個別報告¹³を執筆し、この理論の労働法の領域でのあり方、留意点を具体的に明らかにしている¹⁴。この理論が提示された理由は、旧来の標準化された画一的な法規制では多様化・複雑化する社会実態を包摂できず、社会的な「理性」にそぐわない現象（既存の規制モデルでは制御できない事態）が多く顕在化しているという点にある。

(a) 「フォード・モデル」とその特徴

この理論によると、これまでの労働法・社会政策（「近代的」規制モデル）は、産業革命以降の工業化社会、特に20世紀の大量生産・大量消費社会の到来に大きな影響を与えた「フォード的生産モデル」を前提とし、これと密接に結びついた「フォード的規制モデル」を柱として生成・展開されたものであった。

フォード的生産モデルとは、20世紀前半にアメリカの自動車会社であるフォード社で実践され、その後の大量生産・大量消費社会の到来に大きな影響を与えた生産・消費シ

¹² DE MUNCK (J.), LENOBLE (J.) ET MOLITOR (M.) (dir.), « Pour une procéduralisation de la politique sociale », in *L'avenir de la concertation sociale en Europe : Recherche menée pour la D.G.V de la Commission des Communautés Européennes*, t. I, Centre de philosophie du droit, Université Catholique de Louvain, 1995, pp.1 et s.

¹³ LYON-CAEN (A.), « Droit du travail et procéduralisation », in DE MUNCK (J.), LENOBLE (J.) et MOLITOR (M.) (dir.), *L'avenir de la concertation sociale en Europe : Recherche menée pour la D.G.V de la Commission des Communautés Européennes*, t. II, Centre de philosophie du droit, Université Catholique de Louvain, 1995, pp.174 et s.

¹⁴ ロンドン・スクール・オブ・エコノミクス of ヒュー・コリンズは、イギリス労働法の文脈で、同様に「内省（reflexivity）」を重視した「手続的規制（procedural regulation）」の重要性を指摘している（H Collins, *Employment Law* (Clarendon Law Series, OUP, Oxford 2003) 28-33）。

システムを理論化したものである¹⁵。その大きな特徴は、階層的な組織の上部で標準化された規範が設定され（画一化された規範の設定）、それによって下部の者が分業して大量生産を行う（構想と実行の分離）　そこで働く労働者は、期間の定めのない労働契約により労働ポストに固定化され、法律や労働協約によって集団的に規定されることで標準化・画一化（「賃金労働者」化）されるとともに、大量生産された商品の大量消費を行う消費者としても標準化された存在となる（「労働者」の「消費者」化）という点にあった。本格的な産業革命の到来によって生じた工業化社会は、多かれ少なかれこのような特徴を内包したものであった。その基盤にあったのがフォード的生産モデルだったのである。

このような生産モデルを基盤とする工業化社会において、これを規制・保護するために生成・展開された社会的規制（労働法・社会政策）も、このフォード的生産モデルと共通の特徴をもつものとして成立した。工業化社会の到来を時代背景として1930年代以降本格的に形成されていった福祉国家は、当時の社会・経済を牽引する原動力であった賃金労働者層に対して国家が主体となって一律の社会的保護・規制を及ぼそうとするものであった。そこでの規制は、中央集権的で階層化された組織の上部において規範（法律等）が作成・決定され、そこで作られた規範が一般の社会に機械的・演繹的に適用される、社会的利益の代表者としてこの規範の形成に参画する当事者は労働者代表と使用者代表の2者に固定化され、平均的・標準的な国民である賃金労働者の満足を目的として政策決定がなされる、という2つの特徴をもつものであった。20世紀に本格的に展開された福祉国家による社会的規制モデルは、社会経済システムとしてのフォード的生産モデルを前提とし、それに大きな影響を受けながら生成されたという経緯を有しており、フォード的規制モデルといいうる性格をもっていたのである。

このような特徴を内包する「フォード・モデル」は、20世紀前半から中盤にかけては安定的に機能し、特に第二次大戦後には先進工業諸国の経済成長を支える社会的・制度的基盤となりえた。しかし、前に述べたような1970年代以降の社会変化のなかで、このモデルは次第に機能不全を来すようになり、危機を迎えるに至っている。予測可能性・計画可能性をもとに形成された工業化社会が終焉し、画一的・固定的枠組みによる制御が不可能な不確定性・不可逆性の時代が到来するなかで、フォード・モデルは多くの領域でその有効性・正当性を失っているのである¹⁶。

¹⁵ AGRIETTA (M.), *Régulation et crises du capitalisme : L'expérience des Etats-Unis*, Paris, Calmann-Lévy, 1976, pp.91 et s.; BOYER (R.), *La Théorie de la régulation : Une analyse critique*, Paris, La Découverte, 1986, pp.48 et s., pp.86 et s.

¹⁶ DE MUNCK (J.) ET LENOBLE (J.), « Droit négocié et procéduralisation », in GERARD (P.), OST (F.) ET VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *droit négocié, droit impose?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp.190 et s.

(b) 「フォード・モデル」に代わるモデル

そこで今日、このフォード・モデルに代わる規制モデルとして、いくつかのモデルが提唱されている。「新自由主義モデル」や「新社会民主主義モデル」などである。

新自由主義モデルは、フォード・モデルの危機をその硬直性の問題であると捉え、その解決策として、市場を活用することで柔軟性を高め状況の変化に対する順応性を高めていくことを主張する。このモデルについて、手続的規制理論の論者は、一定の効率性をもちうるモデルであることを認めつつも、なお「形式主義 (formalisme)」の性格を深く内包している点で大きな問題をはらんでいるとする。新自由主義モデルは、「市場の法則」という画一的で形式的な規範を普遍的に適用しようとしている点で近代的形式主義の性格を強く帯びたものであり、制度的な調整の視点を欠く点に大きな問題があるとされる。例えば、労働市場において、労働者の職業能力の蓄積、集团的協調の滋養、労働者の集团的アイデンティティ・職業倫理の確立を図るためには労働者を外部競争から守り企業内で制度的調整を行うことが重要であり、また、個人が労働市場で競争するために必要な能力・知識を修得するためにはこれを促す制度的・組織的調整（これに対する公的なサポート）が必要であって、これらの点を単純かつ純粹に外部市場や個人に委ねてしまうことはできないと批判されている。

これに対し、市場に頼るのではなく、国家による給付のあり方を根本的に見直し、国家によって形成された普遍的な「連帯」像を再構築しようという新社会民主主義モデルも提唱されている。例えば、その代表的な提案として、雇用されているか否かを問わずすべての市民に生活に必要な最低保障（失業手当、障害者手当、老齢年金に代わる普遍的生活保障手当の支給）を行い、あとは各人の自治と責任を重んじるという主張（いわゆる“basic income”論）がある¹⁷。しかし、手続的規制理論の論者は、このモデルにも大きな限界があるとする。画一的に手当（金銭）を支給するという措置では、多様化している個々人の具体的な状況を把握・反映することができず、各個人を社会的に統合していく（社会的連帯を実現する）という機能も十分に果たしえないとされるのである。

このようにフォード・モデルに代わるモデルとして提唱されたモデルには、1つの共通した限界が浮かび上がる。それは、スタンダード化された規範（「効率的市場」や「社会的規範」）が問題状況の外でアプリアリに設定され、これが一律かつ自動的に適用される点（規範の外部性・画一性）である。この根本的な問題点のため、これらのモデルは現実に生じている複雑で多様な問題に十分に応えうるものとはなっていないのである。

¹⁷ 「ベーシック・インカム」論については、武川正吾編著『シチズンシップとベーシック・インカムの可能性』（法律文化社、2008）参照。

(c) **新たな規制モデルとしての「手続的規制モデル」**

この「規範の外部性・画一性」という根本的な問題点を克服し、社会の複雑性・不確実性への対応を可能とする新たなモデルとして提唱されているのが「手続的規制モデル」である。このモデルは、経済的効率性や社会的正義といった一元的な理性ではなく、複数の理性・合理性があることを前提としつつ、これらを「内省 (réflexivité)」を通じて調整・共存させようとする点で、より拡張された理性である「手続的理性 (raison procédurale)」を基盤とするものであり、かつ、この理性の実践の場として、従来のような固定化された当事者による閉鎖的な交渉 (例えば労使による集団的な交渉) ではなく、問題にかかわるすべての当事者に開かれた交渉・対話を行うことを重視しており、この2つの点で従来の規制モデルとは大きく異なる特徴をもつものである。

まず、理性・合理性のあり方 () について、手続的規制理論は次のように述べる。今日、社会の複雑性・不確実性が増大するなか、問題の認識のレベルで、単一の理性・手法 (例えば経済的合理性や統計による実証主義的手法) によって複雑で多面的な問題を正確に把握することは困難となっており、また、問題の解決のレベルでも、画一的・硬直的な規範 (例えば伝統的な労働法規制) では多様化する問題状況に対応できなくなっている。このような問題状況のなかでは、問題の認識と解決の双方の次元で複数の理性・合理性があることを前提としつつ、多面的・複眼的な視点から次に述べるような開かれた交渉が行われ、この交渉の場での「内省」を通じた議論・調整によって問題の認識および解決が図られることが重要であり、この「内省」が行われる「手続」自体に新たな理性が見出される。

この手続的理性の実践の場 () として、同理論は、多様化・不確定化している状況・利益に対応しこれを調整・統合するためには、問題にかかわるすべての当事者に開かれた対話・交渉のなかで問題の認識・解決が図られることが必要であるとする。例えば、第1に、企業経営上の事項であっても環境問題など企業の外部に影響を与えるものであるときには企業の外部の者にも開かれ、第2に、交渉の内容の点でも従来の伝統的な交渉事項 (賃金、労働時間等) に限定されずより広く多様な事項が交渉の対象とされ、また第3に、一旦交渉によって問題が解決されたとしてもそのルールを固定的なものとは捉えずその適用上の問題やルールの変更もさらなる交渉の対象とするなど、空間的・内容的・時間的に開かれた交渉の場とされるべきである。このような交渉のなかで、当事者が多様な観点から問題解決のためのシナリオを出し合い、それらを突き合わせて議論を行い問題の解決策を析出していくことこそが、手続的理性に適う規制のあり方とされる。

以上のように、法の手続化理論の大きな意義・特徴は、実体的・抽象的な規範をア prioriに設定することを避け、空間的・内容的・時間的に広く開かれた交渉において柔軟な議論（「内省」）が行われることによって問題の認識・解決が図られるというプロセス（「手続」）自体に「合理性」を見出している点にある¹⁸。

(d) 「手続的規制モデル」の具体的制度枠組み

この手続的規制モデルの具体的制度化に際しては、大きく2つの柱があるとされている¹⁹。

第1の柱は、手続的理性を制度化するための当事者への義務の設定である。この義務として、例えば、関係当事者に広く情報を公開する義務、開かれた交渉を行う義務、問題の解決案のみならずその案がもたらす諸効果をも含めたシナリオを提示・説明する義務、決定後もその決定の調査・評価を行う義務などが挙げられており、これらの義務が当事者に課されることによって手続化の制度的枠組みが形作られるものとされる。

第2の柱は、これらの義務の下で問題の認識・解決が図られることを援助・誘導するための制度的措置・資源の提供である。例えば、問題の認識・解決に際し当事者によって合理的な手続が踏まれたか否かをチェックするための裁判所によるコントロール、複雑化・多層化する問題を当事者が的確に認識し問題解決のシナリオを描けるようにするための専門家・専門機関によるサポート、手続化の帰趨が当事者の財政能力に左右されないようにするための公的基金による財政的援助等が、手続的規制の円滑な実現のために必要な措置として挙げられている。

このように手続的規制モデルは、法的義務の設定と制度的サポートを2つの柱として形成・構築されるが、さらにそこで行われる「実体的」判断に関しては、特に次の2点

¹⁸ 手続的規制理論は、手続的合理性（討論による規範形成）を重視する点ではハーバーマスの「コミュニケーションの行為の理論」と共通の性格をもつ。しかし、ハーバーマスが無制約的で支配から解放された理念的な状況（理想的発話状況）を想定した討議（Diskurs）によって自発的に達成された合意こそが「真の合意」であるとしているのに対し、その理想主義的性格および実際の合意達成の困難性を指摘・批判しつつ、法によって手続的合理性（論証の相互作用）を制度化し、制度的に制御・調整を図っていくことが重要であることを主張している点に、手続的規制理論の特徴がある（DE MUNCK (J.) ET LENOBLE (J.), « Droit négocié et procéduralisation », in GERARD (P.), OST (F.) ET VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *droit négocié, droit impose?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 185, pp.192 et s.)

¹⁹ DE MUNCK (J.), LENOBLE (J.) ET MOLITOR (M.) (dir.), « Pour une procéduralisation de la politique sociale », in *L'avenir de la concertation sociale en Europe : Recherche menée pour la D.G.V de la Commission des Communautés Européennes*, t. I, Centre de philosophie du droit, Université Catholique de Louvain, 1995, pp.47 et s.; DE MUNCK (J.) ET LENOBLE (J.), « Droit négocié et procéduralisation », in GERARD (P.), OST (F.) ET VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *droit négocié, droit impose?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 185, pp.195 et s.

に注意しておく必要がある。

第1に、国家の役割はこのような手続の枠組みを設定することに止まらない。国家はなお法律によって基本目的・原則を定める役割を担い、当事者がこれらの目的・原則を遵守・尊重する形で具体的な交渉を行っていくことが重要である。もっとも、ここで定められる目的・原則は画一的・硬直なものではなく、「通常の家族生活を送る権利は保障されなければならない」といったように柔軟に解釈されうる一般的な規定でなければならない。その具体的解釈（例えば何が「通常の家族生活」にあたるのか）は多様な文脈・状況に応じた各当事者の柔軟な交渉・判断に委ねられるべきであるとの指摘もある²⁰。

第2に、当事者は、その判断において、法律上の基本目的・原則とともに、平等権などの基本的人権を尊重しなければならない。もっとも、この基本的人権の内容（例えば何を以て「平等」と考えるか）も実体的に画一的に確定されるものではなく、多様な状況に応じた当事者の文脈的解釈に委ねられるべきものと解されている²¹。このように「解釈の手続化」が進められるなかで、裁判所の役割も、法・権利の内容を実体的に画定することから、当事者が法の目的や基本的人権を尊重しつつ十分な議論を行ったかをチェックする方向へと変化していくべきであるとされる²²。

(2) アメリカの議論 「構造的アプローチ」

もうひとつの新たな法理論は、アメリカのスーザン・スターン（コロンビア大学）が主張する「構造的アプローチ（Structural Approach）」である^{23 24}。このアプローチが提案

²⁰ LYON-CAEN (A.), « Droit du travail et procéduralisation », in DE MUNCK (J.), LENOBLE (J.) et MOLITOR (M.) (dir.), *L'avenir de la concertation sociale en Europe : Recherche menée pour la D.G.V de la Commission des Communautés Européennes*, t. II, Centre de philosophie du droit, Université Catholique de Louvain, 1995, pp.180 et s.

²¹ LYON-CAEN (A.), « Droit du travail et procéduralisation », in DE MUNCK (J.), LENOBLE (J.) et MOLITOR (M.) (dir.), *L'avenir de la concertation sociale en Europe : Recherche menée pour la D.G.V de la Commission des Communautés Européennes*, t. II, Centre de philosophie du droit, Université Catholique de Louvain, 1995, pp.174 et s.

²² DE MUNCK (J.), LENOBLE (J.) ET MOLITOR (M.) (dir.), « Pour une procéduralisation de la politique sociale », in *L'avenir de la concertation sociale en Europe : Recherche menée pour la D.G.V de la Commission des Communautés Européennes*, t. I, Centre de philosophie du droit, Université Catholique de Louvain, 1995, pp.55 et s.

²³ Sturm (S.), *Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach*, 101 COL. L. REV. 458-568 (2001).

²⁴ ニューヨーク大学のシンシア・エストランドは、労働法と雇用法とを融合する新たな法システムとして、外部の独立した第三者によるモニタリングと従業員の自由な発言の保障を組み込んだ「モニターされた自己規制（monitored self-regulation）」システムを構築する必要性を主張している（C. Estlund, *Rebuilding The Law of The Workplace in an Era of Self-Regulation*, 105 COL. L. REV. 319-404 (2005)）。第三者による評価・監視や従業員とのコミュニケーションを取り込んだ自発的な問題解決システムを構築しようとしている点で、エストランドの提言はスターンの主張と軌を一にするものといえる。

された理由は、問題の複雑化・潜在化が進むなか、旧来のルール強制的アプローチでは問題の根本的な解決が得られない事態を招いており、当事者にとってもコストの高い状態が続いてしまうという点にある。

(a) 従来型のアプローチ

構造的アプローチが主張される背景には、問題状況の複雑化・深化という社会状況とそれに対する従来の法的アプローチの機能不全という問題が存在していた。例えば、雇用上の男女差別の存在に対して、それまで政府は、性別を理由とした差別の禁止（直接差別の禁止）と差別的インパクト法理（間接差別の禁止）の形成・確立、および、アファーマティブ・アクションの命令・実施といった施策を講じてきた。しかしこれらの法政策によっても、男女間の雇用差別が解消されるには至っていない。それどころかむしろ、これらの従来型の法政策は雇用の現場で生じている複雑で入り組んだ男女差別の実態に十分に対応できておらず、機能不全を来たしている。今日の雇用差別は、従来のように意図的で明白な排除・分離という形で現れるのではなく、企業内部の組織的・文化的要素と密接に結びつきながら複数の主体が相互に関わり合いつつ組織的・無意識的に積み重ねられて生じることが多い²⁵。このような複雑で入り組んだ「第2世代雇用差別」を、従来の法原則で解消することは難しい。問題状況の外で画定された特定のルールを一方向的に適用・強制するという従来型の法的アプローチ（ルール強制アプローチ）では、今日の複雑な構造をもつ差別が適法か違法かを判断することが難しいだけでなく、使用者がルールを潜り抜けようとする表面的な対応を促す（例えば数値目標を達成するための数合わせの対応だけで終わる）ことにもつながり、企業の組織や文化にも関わる複雑な問題を根本から解決していくことができないからである。

この従来型のアプローチに内在する問題点を克服し、現代の複雑化する問題を根本的

²⁵ スターン論文では、大きな弁護士事務所の例があげられている。その事務所の弁護士の約半数は女性で占められているが、女性の多くはシニア・アソシエイトやジュニア・パートナーのレベルで急に辞めていく。事務所のシニア・マネジメントはほとんどすべて男性で占められている。税法務、企業合併・買収といったセクションにおける女性比率は極めて低い。この事務所の弁護士は時間に関係なく働き、大きく複雑な案件では共同で作業することも多い。多くの弁護士にとって、事務所は仕事の上でも社会的にも1つのコミュニティとなっている。人事に関する決定は主観的・裁量的になされており、その妥当性や公正さを評価するシステムはほとんどない。昇進は、事件の割当て、訓練の受講、重要な顧客の担当といった状況を勘案したインフォーマルな決定によって行われる。新人弁護士の指導を行うことも重要な昇進の基準であるため、人間関係と仕事の関係との区別があいまいになっている。このような状況で起こっている事態（採用段階では女性も同数程度雇われているが、その昇進や定着率に大きな男女差があり、そのことを女性が問題にしていること）が、「第2世代雇用差別」の一例とされている（Sturm (S.), *Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach*, 101 *COL. L. REV.* 469-470 (2001)）。

に解消していくための新たなアプローチとして提唱されているのが、構造的アプローチである。

(b) **新たなアプローチとしての「構造的アプローチ」**

構造的アプローチについて、スターンは次のように述べている。

「この10年の間に、おもしろくて複雑な規制パターンが出現した。さまざまな主体たち 公的、私的、非政府的な主体たち が、活発にかつ相互に連携しながら、セクシュアル・ハラメント、グラス・シーリングなどの第2世代問題に向けたシステムを発展させている。この制度的な主体たちは、(...) 偏見をなくそうとする努力と、複雑な職場関係に取り組む制度的な能力を高めようとするより一般的なチャレンジとを結びつけて、この問題に取り組んでいる。」²⁶

「この第2世代規制アプローチの動機は、構造主義 (structuralism) にある。このアプローチは、それぞれに固有の文脈のなかで一般的な規範を作り出していく制度やプロセスの発展を促そうとするものなのである。そこでは、「適法性」は、情報収集、問題発見・認識、改善・矯正、そして評価という相互作用的なプロセスから生まれ出てくる。この規制は、観察・発見された問題に対して、既存の概念的、職業的、組織的な境界線を越えてダイナミックに相互に作用しあうことを促すものである。(...) 職場や、職場慣行に影響を与える非政府組織は、この規制体制のなかでは、単に国家や市場の規制の対象としてでなく、法を作り出す主体として取り扱われるのである。」²⁷

このなかには2つの重要なポイントが隠されている。1つは、法律や裁判所が定める明確な実体的ルールではなく、現場で生じている具体的な問題を解決していくための「手続」を重視している点である。特にここでは、 関連する情報の収集・共有、 問題の発見・認識、 問題の実効的解決のためのシステムの構築、 問題解決の実践、 その評価・問題の再発見といったプロセスが実効的(かつ循環的)に機能していることが重視されている。そして、その手続のなかで、関係当事者がそれぞれの文脈に応じて主体的に法を作り出していくものとされている。もう1つのポイントは、複数の主体が相互に連携しあいながら既存の枠組みを越えて問題を根本的に解決していく点にある。スターンは、この問題解決にかかわる主体として、特に裁判所、職場およびその両者をつなぐ仲介者の三者をあげ、これらの主体の相互作用によって問題を根本的に解決していくことが重要であるとしている。

²⁶ Sturm (S.), Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach, 101 CoL. L. Rev. 462 (2001).

²⁷ Sturm (S.), Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach, 101 CoL. L. Rev. 463 (2001).

(c) 具体的な動き

(i) 裁判所の役割 自主的な問題解決プロセスの重視

このなかで裁判所（法）が担う役割は、当事者たちが自主的に問題解決を図ることを促す枠組みを作っていくことである。判例のなかには、すでにこのような方向に進む潜在的な可能性を示すものもみられている。スターンは、判例の動きを参考にしつつ、構造的アプローチの法的枠組みを形成するにあたっては、ある明確な指標・基準によるのではなく当該問題状況の文脈に応じたアプローチをとること²⁸、および、職場内で問題を発見・認識しそれを実効的に解決していくプロセスの形成を促すアプローチをとること²⁹が重要であるとしている。具体的には、法違反を「ある条件または問題」として定義すること、ある行為の適法性・違法性を決定するプロセスにおいて文脈を重視すること、問題の予防・是正措置をとることによって使用者が免責されるというアプローチをとり職場内での制度的改革を促すこと、内部手続の実効性を評価・判断することによって説明責任の遂行を促すこと、の4点が挙げられている。このような法的枠組みをとることによって、職場内で自主的に問題の解決や予防が図られることが期待されている。

(ii) 職場の取り組み 構造的な問題解決の手法とそれによって得られた成果

構造的な問題解決の手法をとって具体的な成果をあげている企業もすでにみられている。スターンがその代表的な例として挙げているのが、アメリカを代表する会計・税務・経営コンサルティング会社の1つであるデロイト・アンド・トゥーシュ社である。

同社ではまず、定着率や昇進の点で男女間に差異が存在していることが、優秀な人材を確保し効率的に企業競争をしていくことの障害となっていることが認識された。そこでこの問題を克服するために、CEO（最高経営責任者）自身が議長となる「女性の定着と昇進に関するタスク・フォース」が結成され、そこで過去3年間の人事記録の分析や委託NPOによる退職女性40名へのインタビューなど情報の収集・分析作業が行われた。その結果、ステレオタイプに基づく男性支配的企業文化が特に企業の上層部において存在していた、指導、コーチ、カウンセリング、ネットワーク作りという昇進のためのシステムが男性には機能していたが女性には機能していなかった、会社全体においてワーク・ライフ・バランスが欠如していた、という3点が女性の定着・昇進の障害要因となっていることが明らかになった。これを受けて、タスク・フォースの議長であるCEOは、改革の指針となる「女性の定着と昇進のためのイニシアチヴ」を策定し

²⁸ 敵対的環境型セクシュアル・ハラスメントが成立するかが争点とされた1993年の連邦最高裁Harris事件判決（Harris v. Forklift Sys., Inc., 510 U.S. 17 (1993)）参照。

²⁹ 企業内での敵対的環境型セクシュアル・ハラスメントについて使用者が責任を問われるかが争点とされた1998年の連邦最高裁Ellerth事件判決（Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, 524 U.S. 742 (1998)）、同Faragher事件判決（Faragher v. City of Boca Raton, 524 U.S. 775 (1998)）参照。

発表した。このイニシアチヴに基づき、同社では、職務割当てプロセスの明確化、柔軟な労働編成の促進、責任体制の確立（改革推進の責任を各オフィスに分権化）などの諸改革を、企業内外とのコミュニケーションを図りながら柔軟に推進していった。その結果、同社では、女性の昇進や定着率が大きく増加し（例えば1993年に88人であった女性パートナーの数が1999年には246人になった）、同時に男性の定着率も上昇するという具体的な成果が得られた。

同社をはじめとする先進的な事例に共通する特徴として、スターンは次の点をあげる。

問題志向性 特定の企業文化に関して全体的な視野から問題を捉えている、 機能的統合性 相互に関連する複数の領域に取り組むために複数のプロセスをリンクさせている、 データ収集・分析 失敗や成功のパターンを示す情報を分析していくことによって新たな決定を行っている、 説明責任 プロセスと結果の実効性を測り説明責任を果たすシステムを作りあげている、 の4点である。特にスターンは、このプロセスの長期的発展のためには、情報をひろく収集・分析するとともに、実効性ある問題解決のために説明責任を果たす体制を構築することが重要であるとしている。

(iii) 仲介者の役割 法と職場の間を橋渡しする専門家の存在

構造的アプローチでは、職場内部で自主的に形成されていく問題解決プロセスとこれを促していく一般的な法規範とが相互にダイナミックに作用しあうことが重要である。単に企業の自主的な取り組みに委ねるだけでは、改革に向けたインセンティブが十分にはたらかず公的な規範意識が欠落することになりかねない。逆に法的な義務づけだけで、企業が自主的に対応をとるに至らなければ、それぞれの企業の多様で複雑な問題状況に応じた文脈的な対応・改革を進めていくことができないからである。そこでこの法規範と企業実務とを橋渡しし、情報の提供・流通、問題の発見・分析、そして問題解決のサポートをする専門的な仲介者の存在が重要になる。このような役割を担いうる存在として、人事労務管理コンサルタント、産業心理コンサルタント、弁護士、非営利調査・研究団体（Catalyst, C G Oなど）、労働組合・従業員組織、保険会社などが挙げられている。

これらの非政府組織や職業的ネットワークが担う役割は、 組織のなかに実効的で説明責任を果たしうるシステムを機能させていくために必要な能力と母体を構築すること、

事例の情報をひろく収集しそれを批判的に評価していくこと、 実効的な規範を作り出していくこと、そして、 この前向きで内省的な調査・研究を支える事例のコミュニティを構築していくことにある³⁰。

³⁰ 第2部第3章1〔神林論文〕、2〔飯田論文〕は、この仲介者（第三者）の役割や意義について考察している。

(d) **構造的アプローチを推進するための施策**

以上のように、構造的アプローチはすでに判例や企業実務のなかにその萌芽をみることができ、同時にこれに反する動きもみられており、いまわれわれはそのどちらに歩を進めていくのかを決する重要な分岐点にいる。スターンは、このような認識に立ち、この構造的アプローチを推進し定着させていくためにはさらに次のような取り組みを行っていくことが重要であるとしている。

第1に、職場において実効的な問題解決のプロセスを構築することによって使用者が法的責任を免れる可能性があること（あるいは十分な取り組みをしていない使用者に法的サンクションを課すこと）を裁判所が法原則として明示し、使用者に実効的な問題解決のためのインセンティブを与えることである。言い換えると、使用者はこのような問題解決プロセスの構築・継続的实践に取り組むことによって、訴訟コストや法的サンクションを避けることができるとともに、問題の解決・予防による労働者の満足・生産性の向上を得ることができるというインセンティブ構造を作りあげることである。

第2に、弁護士や人事労務管理コンサルタントなどの専門的機関が構造的問題解決の先進的な事例の収集・分析を行い、企業の実効的な取り組みをサポートする情報ネットワークを形成していくことである。また、新たな構造的アプローチを実践・普及させていくための専門的な教育訓練（人的なインフラの整備）も必要である。

第3に、法と企業の間に入る仲介者が、情報を共有し、実効的に機能し、第三者にその仕事を評価させ、自らが仲介的役割を担うコミュニティで情報ネットワークを形成・発展させていくことが促されるように、政府がこれを支援・推進することである。

以上のような法的・制度的なインフラの整備を進めていくことによって、複雑・多様化した今日の問題を構造的に解決していくための社会的基盤が形作られることになる³¹。

³¹ 職場における雇用差別問題は、このようなアプローチ 複雑性と変化の世界においてダイナミックに問題解決を図っていくための「構造的アプローチ」の発展がみられる1つの例となる領域にすぎず、このほかにも学校改革、環境規制、労働改革、労働安全衛生、薬物規制、医療保障、国際労働基準などさまざまな領域で同様のアプローチの発展がみられている（Sturm (S.), *Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach*, 101 *COL. L. REV.* 568 (2001)）。

(3) これらの理論の特徴と可能性

これらの理論は、ヨーロッパ、そしてアメリカで、それぞれ労働法の（さらには法一般にも共通する）新たな規制モデル（アプローチ）を提示するために提唱されたものである。そして実際に、近年の各国の労働法改革のなかには、これらの議論に沿った方向で進められているものが多くみられる³²。

これらの2つの理論を鳥瞰してみると、そこにはいくつかの重要な共通点があることがわかる。第1に、社会の多様化・複雑化という社会変化に対応するための新たなアプローチである点、第2に、実体よりも手続を重視し、その手続において集団的で外部に開かれたプロセスを重視している点、第3に、そのプロセスの公正さを法（裁判所）が事後的にチェックするシステムとされている点である。言い換えれば、この2つの法理論は、労働者と企業、社会そして国家が、問題の発見・解決・審査のプロセスのなかで相互に有機的に作用しあいながら、多様化・複雑化する問題を内発的・文脈的に解決していくことを促そうとするアプローチであるということができる。

同時に、この2つの潮流の間には1つの大きな相違点がある。それはその基盤にある思考の違いである。ヨーロッパで提唱されている手続的規制理論の基盤は、問題解決のための拠り所となる「理性」をいかなるものと捉え、その実践の場でいかなるものを主体（参加者）とすべきかという哲学的・政治学的思考にあった。これに対し、アメリカで提案されている構造的アプローチは、いかにして紛争の発生・解決に伴うコスト（訴訟費用等を含む）を抑制するか、いかにして労働者のモラルを高め（不満をなくし）労働者や企業の利益を高めていくかという経済学的・人的資源管理的思考に、その理論的基盤をもっている。

この2つの理論・思考は、相互に排他的なものではなく、むしろ両者を相互補完的に融合させながら1つのモデルを構築することが可能なものであるといえる。これらを融合させた新たな法システムのモデルを端的にいえば、社会的に「公正」で経済的に「効率的」な社会を当事者の「参加（集団的なコミュニケーション）」によって実現しようとするものということができる。

³² フランス、ドイツ、イギリス、アメリカの近年の労働法改革のあり方については、水町勇一郎編『個人が集団か？ 変わる労働と法』109頁以下〔奥田香子、橋本陽子、神吉知郁子、長谷川珠子執筆〕（勁草書房、2006）参照。

3. 日本の労働法の課題と改革の理念

(1) 日本の労働法の特徴と課題

これらの新しい理論潮流に照らして、日本の現在の労働法のあり方³³をみると、次の2つのことがいえる。

第1に、欧米諸国と同様に（あるいはより深刻な形で）、法律規制の複雑化・マニュアル化が生じ、その弊害が生じていることである。例えば、男女雇用機会均等法や労働者派遣法で典型的にみられるように、法律規定やそれに基づく指針・通達の内容が複雑化・マニュアル化しているなかで、複雑な法と多様な実態の間に乖離が生まれ、また、企業が法的責任を免れるためのマニュアル的対応に終始するという責任回避的行動もみられている。この点で特に注意すべきなのは、日本の労働立法の多くが行政取締法規という性格をもっている点である。裁判法規としての性格を有している欧米の労働法規とは異なり、日本の労働立法の多くは、国（行政）が指導や監督を行う根拠としての性格を有しており³⁴、行政が広く日本全体において公平に指導・監督を行うために基準として、詳細な指針や行政通達を定めることが一般化している。この労働立法の行政取締法規という性格ゆえに、法律規制の複雑化・マニュアル化（それに伴う法と実態の乖離および企業の表面的・責任回避的行動）は日本においてより深刻な形で生じているといえる。そのため、当面の問題に対処するために法律規制を施したとしても、問題の本質的な部分は一方向に改善されず、実態が複雑かつ多様に变化するなかで、問題状況がより深刻化するという事態も生じている³⁵。これらの点は、ヨーロッパやアメリカの新しい議論のなかで指摘されていた従来型の規制モデルの問題点が、日本においてより深刻な形で生じているものといえる。

第2に、欧米諸国と異なる点として、日本では企業別に労働組合・労使関係が形成さ

³³ 日本の労働法の特徴と変化については、水町勇一郎・上村俊一「日本法」水町勇一郎編『個人か集団か？ 変わる労働と法』197頁以下（勁草書房、2006）、濱口桂一郎「これまでの雇用・労働政策の基軸の変遷」厚生労働省・雇用労働政策の基軸・方向性に関する研究会第2回報告（2007）（<http://homepage3.nifty.com/hamachan/kijiku.html>）など参照。

³⁴ 第2部第2章1〔山川論文〕参照。例えば、刑事制裁を別にすれば、労働安全衛生法、男女雇用機会均等法、パートタイム労働法、職業安定法、労働者派遣法、雇用対策法、高齢者雇用安定法など多くの立法は、行政の指導・監督による法の実現を想定したものである。労働基準法も、裁判規範性（労基法13条、117条以下参照）とともに、行政取締法規との性格（97条以下参照）を有している。これに対し、2008〔平成20〕年に制定された労働契約法は、純粹に私法上の権利義務関係を定めた立法であり、今後の労働法改革の1つの起点となりうるものとして注目される。

³⁵ 例えば、1993〔平成5〕年に制定され、2007〔平成19〕年に改正（2008年4月施行）されたパートタイム労働法は、通常の労働者と短時間労働者との均衡処遇（旧8条に基づく指針、現行9条）や差別的取扱いの禁止（現行8条）を定めているが、短時間労働者の処遇の改善は十分に進まないまま社会的に格差問題が顕在化・深刻化する事態に至っている。

れており、企業の現場で分権的なコミュニケーションを行う基盤が既に準備されている点があげられる。これは特に、産業レベルや職業レベルといった企業を超えた集権的なレベルで労働組合・労使関係が組織されてきたがゆえに、社会の多様化・複雑化のなかで労使交渉の分権化を進めようと努力しているヨーロッパ諸国とは対照的な点である。この点で、日本の労働組合・労使関係は、社会の多様化・複雑化に対応しうる分権的な基盤をすでに有しているともいえる。しかし、この日本の分権的なコミュニケーションの基盤（いわゆる「企業共同体」）は、日本特有の問題点も内包している。それは、その閉鎖性ゆえにパートタイム労働者、派遣・請負労働者や管理職などが外部者として排除される傾向にあり、また、その不透明性（風通しの悪さ）ゆえにその中心に位置する正社員（内部者）も共同体の論理によって抑圧されやすい（典型的には働きすぎで過労死や過労自殺に至る）といった弊害が生じている点である³⁶。また、日本の労働組合は主として大企業において組織されており、小規模の企業・事業場には労働組合を介した集団的コミュニケーションの場がないという特徴もある³⁷。

(2) 労働法改革の基本理念 「公正」「効率」「参加」

労働法学における新たな法理論（2）および、日本の労働法に内在する特徴・課題（1）に鑑みると、日本の労働法改革の柱として次の基本理念を掲げることができよう。それは、

社会的に「公正」で経済的に「効率」的な社会を当事者の「参加」（集団的なコミュニケーション）によって実現する

ことである。

ここでは、特に注意すべき点が2点ある。

第1に、これまでの日本の共同体的コミュニケーションに内包されていた問題（閉鎖性・不透明性）を克服するために、多様な意見を吸収・反映できる「開放的」で「透明」なコミュニケーションの基盤作りを促していくことである。

第2に、日本の労働法規のあり方として、これまでの「行政」規範（事前の画一的な

³⁶ CORIAT (B.), *Penser à l'envers: Travail et Organisation dans l'Entreprise japonaise*, Paris, Chriatian Bourgois, 1991, pp.104 et s.; 村上淳一『<法>の歴史』181頁以下（東京大学出版会、1997）、井上達夫『現代の貧困』160頁以下（岩波書店、2001）、水町勇一郎『労働社会の変容と再生』276頁以下（有斐閣、2001）など参照。

³⁷ 厚生労働省『平成20年労働組合基礎調査』によると、労働組合組織率（推定）は、従業員数1000人以上の企業では45.3%であるのに対し、100～999人の企業では13.9%、99人以下の企業では1.1%となっている。なお、佐藤博樹「未組織企業における労使関係」労働研究雑誌416号27頁（1994）によると、労働組合が組織されていない企業規模100～299人の事業所のうち36.8%の事業所には労使協議機関が組織されているとされる。

規制)という性格を「裁判」規範(事後的で柔軟な規制)に改めていき、当事者の主体的な取組みを重視した「手続」的な法へとシフトさせていくことである。

当事者の主体的な取組み(それを支える開放的で透明なコミュニケーション)を尊重することによって公正で効率的な社会を形作っていくこと³⁸が、労働法改革の基本理念である。

³⁸ 佐藤博樹・玄田有史編『成長と人材 伸びる企業の人材戦略』57頁(勁草書房、2003))は、中小企業の実態調査のデータを用いて、成長する企業の人事管理のポイントは、経営状況の情報開示や個人評価の透明性を高めるなどの施策を通じて「開放的」で「風通しのよい」職場を作り出すことにありとし、それによって従業員の納得度や協調の精神、経営参加の自覚を高め、定着度を高めることにも効果があることを指摘している。また、守島基博「今、公正性をどう考えるか 組織内公正性論の視点から」鶴光太郎ほか編『労働市場制度改革 日本の働き方をいかに変えるか』235頁以下(日本評論社、2009)は、労使協議のための常設機関や苦情申立制度といった「手続の公正性」を高める施策が企業業績を伸ばすことに貢献しうることを、企業アンケート調査を使って示している。樋口美雄「法と経済学の視点からみた労働市場制度改革」同書281頁以下は、企業が雇用関連の目標値を外部に公表し、それに向けて労使の話合いを進め、社員意識を改革し、統合的な市場インフラを用意し、働き方を改善していく政府の新しい枠組み作りが求められると提言し、開放的で透明な労使のコミュニケーションを促すための制度作りが重要であることを指摘している。

第2章 新たな労働法のグランドデザイン 5つの分野の改革の提言

水町 勇一郎

ここでは、第1章で述べた歴史的・理論的な問題認識および労働法改革の基本理念に立脚し、日本の労働法改革のグランドデザインを理論的に一貫性のある形で提示することを試みる。

その具体的な提言（改革案）は、労使関係法制（1）、労働契約法制（2）、労働時間法制（3）、雇用差別禁止法制（4）、労働市場法制（5）の5つの分野にわたる。それぞれの改革の主なポイントは、労働者代表制を法律上制度化し開放的で透明な労使コミュニケーションの基盤を作る、労働契約法や労働審判制度のなかにも集団的コミュニケーションの視点を取り込み当事者による問題発見・解決・予防のサイクルを作り出す、長時間労働問題（健康確保）への実効的な施策を講じつつ労働実態の多様化に適応できるように法制度の整理・再編を行う、包括的な雇用差別禁止法を制定し各人がその能力や状況に応じて就労できる法的基盤を整える、雇用の実態と法の趣旨に応じた的確な規制を講じつつ雇用形態（契約形式）に対して中立的な法制度設計とし労働市場全体のバランスを整えることにある。

1. 労使関係法制

5つの分野のうち、改革提案の最も基本的な部分にあたるのが、当事者のコミュニケーションの基盤を構成する労使関係法制である。その改革のポイントは次の2点にある。

〔改革のポイント〕

A 多様な労働者の意見を反映できる分権的なコミュニケーションの基盤を構築する

B 地域や産業の特性を反映できる労使交渉システムの基盤を整備する

【法令】労働者代表法の制定、労基法等の改正、労組法等の改正

(1) 改革の背景・理由

ここで提案する労使関係法制改革の背景・理由は大きく2点ある。

第1に、従来の労働法や労使関係が想定してこなかった社会の多様化・複雑化（それに伴う労働者の利益状況の多様化）（第1章1参照）に対応した分権的な労使コミュニ

ケーションの基盤（第1章2参照）を作り出すことである。労使コミュニケーションの基盤としては、すでに企業レベルを中心に労働組合が組織化されている。しかし労働組合は、利益状況が似ている労働者が結集して自分たちの利益を守るという「利益の同質性」を前提とした組織との性格を強くもっている。ここでは、この労働組合に加えて、「多様な利益」を調整する制度としての労働者代表制を創設すること（労働者代表法の制定とそれに沿った労基法等の改正）を提言する¹。

第2に、これまで日本の労使関係においては企業レベルでの労使交渉が中心であったが、競争がグローバル化するなかで、企業の枠組みを超えた地域や産業レベルでの労働政策の決定や競争ルールを設定をする必要性も高まっている。このような政策決定やルール設定の場に労使の声が反映され、当事者のニーズや実態に対応しうる柔軟な公的空間が作られることも求められる。このような多様なニーズに応えるため、企業レベルの労使交渉を超えて、地域や産業レベルで各地域・産業の特性や実態を反映できる労使交渉システムの基盤を整備することが重要な課題になる。

(2) 多様な労働者を代表する組織（労働者代表）の法制化と労使対話の促進（A）

多様な労働者の利益を調整し代表するシステムとして、各事業場において労働者代表を選出する制度（労働者代表制）を創設することが考えられる²。

¹ 労働組合には自治が認められており、その目的や形態は多様なものでありうる。日本では、戦後すぐから職員と工員を包摂するものとして労働組合が形成・発展し、現在では従来は組織対象外とされることが多かったパートタイム労働者を組織化する動きがみられるなど、労働組合が多様な利益を代表する組織として機能するという側面を有している。この点を考慮すると、労働組合に多様な利益を調整する機能をも担わせるという選択肢もありうる（労働組合の権利・機能を重視し労働者代表（従業員代表）の法制化に消極的な見解を述べる論考として、大内伸哉『労働者代表法制に関する研究』（有斐閣、2007）がある）。しかし実際には、中小企業を中心に労働組合が組織化されていない企業・事業場が圧倒的に多く、また労働組合のある企業・事業場でもパートタイム労働者等の非正社員が組織対象とされていないことは多い（厚生労働省『平成20年労働組合基礎調査』によると労働者全体の労働組合組織率〔推定〕は18.1%であるのに対し、パートタイム労働者の組織率〔推定〕は5.0%である）。このような現状からすると、中小の企業・事業場も含め、多様な労働者の利益を代表する制度として労働者代表制を創設することが適当と考えられよう（鶴光太郎「日本の労働市場制度改革」鶴光太郎ほか編『労働市場制度改革 日本の働き方をいかに変えるか』39頁以下（日本評論社、2009）も同じ趣旨の提言をしている）。もっとも、労働者代表制が労働組合の機能や意義を弱めることなく、むしろ両者が労働者の利益を代表するシステムとして相互補完的・相乗的に機能するよう労働者代表制の役割・権限を設定することが制度設計上重要になる（(2)(b)参照）。

² その際に参考となるヨーロッパの従業員代表制については、第2部第1章1〔桑村論文：ドイツ、フランス〕、2〔大石論文：スペイン〕など参照。

(a) 組 織

労働者代表委員の選出方法としては、事業場の規模ごとに労働者代表委員の人数を定め、比例代表選挙によって多様な労働者が選出される制度とすることが考えられる³。なお、企業全体に共通する問題など議論する事項によっては、各事業場で分散して議論するより企業レベルで統一して議論することが適当と考えられる場合もある。この場合には、事業場レベルで選出された労働者代表を基本としつつ、使用者と労働者代表の合意に基づいて、企業レベルで統一して協議等を行うことも可能とすることが考えられよう。

選出された労働者代表委員が安心して自由な立場から発言・活動することを保障するために、代表委員の身分保障（解雇等の不利益取扱いの禁止）や、代表委員としての活動に必要な一定時間は有給での活動を保障すること（活動時間の保障）を法律上定めることも必要である。その費用は原則として使用者が負担するものとする。

ここでは、労働者代表制の対象となる労働者を、当該企業に雇用されている従業員だけでなく、当該事業場で就労する、他企業に雇用されている労働者（派遣労働者、請負労働者等）にも広げるべきである。派遣労働者や請負労働者など外部企業に雇用されている労働者であっても、同じ「事業場」で就労する場合には、直接雇用されている労働者（従業員）と利害の密接な関連性をもつ（例えば派遣労働者の賃金が低いと直接雇用労働者の雇用が脅かされるおそれがある）ことを考えると、これらの労働者にも従業員と同様に参加する資格（選挙権・被選挙権）を認めるべきである⁴。この点は、雇用差別禁止法制（4）および労働市場法制（5）の提言とも密接にかかわってくる。

労働者代表内での意見調整・意思決定のルールは、選出された代表委員が議論し、決定することが考えられよう。具体的な決定ルールとしては、全会一致、過半数、特別多数決、決定事項によるこれらの複合など、多様なものがありうる。それぞれの労働者代

³ 労働組合が労働者の過半数を組織している場合には、労働組合（過半数組合）を労働者代表とするという制度的選択肢もありうる（毛塚勝利「わが国における従業員代表法制の課題」日本労働法学会誌79号129頁以下（1992）濱口桂一郎「労働者参加に向けた法政策の検討」連合総合政策開発研究所『労使コミュニケーションの新地平 - 日本における労働者参加の現状と可能性』119頁以下（2007）など）。この場合には、過半数組合に非組合員の意見を聴取する義務を課す、非組合員の利益を公正に代表する義務を課す等の方策を講じることが考えられる。しかし、これらの方策によって労働者の多様な利益の調整が実効的に行われるかは疑問である。むしろ、ヨーロッパの例のように、多様な労働者を代表する委員が選挙によって比例的に選出され、それらの者が直接議論をする方法の方が、多様な利益の相互調整を実効的に行うには適当であると考えられる。

⁴ 例えばドイツでは派遣労働者等についても事業所委員会への参加権が認められている（第2部第1章1〔桑村論文〕参照）。なお、当該企業・事業場で長期間働くことを予定していない労働者に参加権を認めることの問題点も指摘されうるが、これは他企業から派遣される労働者だけでなく、当該企業に直接雇用されている有期契約労働者にも共通する問題である。この点については、就労予定期間が一定期間未満の労働者には選挙権のみを認めるという方法で対処することが考えられよう。

表において、これらのうちの方法をとるかを議論し、決定することが必要になる⁵。
かりに過半数方式による場合にも、多様な利益を相互に調整するという要請からは、少数者の意見を尊重することが法的に求められる。

(b) 権 限

労働者代表がもつ権限は、労働契約の内容の決定・変更に関する事項と労働基準法や雇用差別禁止法などの法律規定に関する事項の2つに分けて考えられる。

第1に、労働契約の内容の決定・変更に関しては、自発的結社である労働組合に憲法上団体交渉権が保障されており（憲法28条）これを侵害しないような権限の設定が必要になる。そのため、この領域における労働者代表の権限は、使用者による労働者代表への「情報提供」義務と「協議」義務にとどめるべきである。ここでの情報提供と協議の内容（その公正さ）は、労働契約法理における「合理性」や「権利濫用性」判断の重要な要素となる⁶。

第2に、労働基準法などの規制立法や、健康確保や雇用差別解消などを目的とした政策立法（3、4、5）との関係では、これまでの過半数代表との労使協定や労使委員会の決議に代わり、使用者と労働者代表との「合意」（協定の締結・届出）を要件とし、規制の例外創出や政策的インセンティブの付与という効果を発生させることが考えられる⁷。

(c) 留意点

この労働者代表を制度化するにあたり、さらに次の2点が重要な課題となる（第1章2(1)(d)・(2)(d)参照）。

第1に、使用者と労働者代表との公正な話し合いを促すために両当事者に一定の義務を設定することである。例えば、両者に情報提供義務、誠実協議・交渉義務を課すとも

⁵ この点で意見がまとまらなかった場合には、さしあたり過半数方式をとることが考えられよう。ドイツの事業所委員会やフランスの従業員代表では、比例代表選挙により多様な委員が選出されることを制度的前提として、代表組織内での意見調整においては過半数方式がとられている（第2部第1章1〔桑村論文〕参照）。

⁶ この「合理性」や「権利濫用性」判断のなかでは、使用者と労働組合との交渉過程とともに労働者代表との協議過程の公正さが重要な判断要素となる。もっともそこでは、少数者の意見や利益を尊重する態度がとられたか（少数者に配慮した手続の公正さ）、労働者の個人的な権利を侵害するような決定がなされなかったか（実体的な権利侵害の有無）といった点も重要な考慮要素となろう。この点は、労働組合の協約締結権限の限界についての議論・判断（朝日火災海上保険〔石堂〕事件・最一小判平成9・3・3 労判713号27頁など参照）と類似した側面をもつが、労働者代表制においては労働組合のように加入や脱退の自由（自発的結社性）が前提とされていない分、少数者の意見や利益をより重く尊重すべきであるといえよう。

⁷ この労働者代表の同意権（拒否権）は、ストライキ等の団体行動権が認められない労働者代表の交渉力を担保する制度的な裏付けとも位置づけられうる（第2部第1章1〔桑村論文〕参照）。

に、話し合いの公正さをチェックできるよう話し合いの内容（議事要旨）を公開する義務を課すことが考えられよう。

第2に、労働組合のない事業場でも労働者代表制が実効的に機能するように、代表の選出・組織化および使用者との協議・交渉のために必要な情報を提供するインフラを整備することである。行政（労働局、都道府県等）、労使団体（地域の労働組合、商工会議所等）、NPO等のネットワークを生かしながら、当事者を情報面でサポートする制度的な基盤を作っていく必要がある。

(3) 地域・産業レベルでの労使交渉システムの基盤の整備（B）

競争のグローバル化のなかで、産業や地域のニーズにあった政策決定や産業・地域レベルでの競争ルールを設定を行う必要性が高まっており、そこに労使の意見を反映させる制度的な基盤を作ることも重要な課題となる。

(a) 現行のシステム

現行法上、地域や産業レベルでの労使交渉・協議を制度化したものとして、次の2つのタイプのものがある。第1に、労働協約の地域的拡張適用（労組法18条）という労使自治を基盤とする労使合意システム、第2に、地域別・産業別最低賃金（最賃法9条以下・15条以下）という公労使による審議会システムである。もっとも、前者は現在では利用されておらず⁸、後者も最低賃金という事項に限定されたものである。

(b) 改革の方向性

地域・産業レベルでの労使交渉システムの基盤整備の方向性としては、第1に、労使のイニシアチブを重視した労使合意システムを利用しやすいものにする（労組法18条の改正・活性化）、第2に、公労使による審議会システムを最低賃金以外の領域にも広げる（最賃方式の他の領域への拡大）、第3に、各自治体における条例の策定プロセスに労使の声を反映することを促す（自治体における参加型政策決定システムの構築）などの方法が考えられる。例えば、第2の方法として、ある地域で元日を小売店の休業日とする取決めをするなど労働時間に関する決定についても公労使による審議会システムの対象とすることや、アメリカの労働力投資委員会（Workforce Investment Board）⁹のよう

⁸ 労働協約の地域的拡張適用（労組法18条）が決定されたのは、1950年代の4件と1980年代の1件（愛知県尾西地域の系染会社42社とゼンセン同盟が締結した年間休日数を86日以上とする労働協約の拡張適用決定〔1982（昭和57）年5月6日愛知県知事決定〕の合計5件にすぎず、現在では事実上空文化している（脇田滋『労働法の規制緩和と公正雇用保障』61頁以下（法律文化社、1995）参照）。

⁹ 黒澤昌子「職業訓練・能力開発施策」猪木武徳・大竹文雄編『雇用政策の経済分析』133頁以下（東京大学出版会、2001）、原ひろみ「アメリカの職業訓練政策の現状と政策評価の取組み 労働力投資法を取り上げて」日本労働研究雑誌579号42頁以下（2008）など参照。

に、地域の産業・労働・教育・公益等を代表する委員から構成された委員会を各地域に設置し、地域の実態にあった、産業政策、教育政策や社会保障政策等とも連動した総合的な労働・社会政策（職業能力開発・職業紹介・雇用保険・生活保護等）の策定とそのきめ細やかな運用を図っていくことも考えられよう。

これらの方法を組み合わせることにより、地域や産業の特性・実態に応じた政策決定・運用や公正基準の設定を促す基盤を整備することが重要である。

2. 労働契約法制

〔改革のポイント〕

A 労働契約法の内容の豊富化を図る

B 労働契約法・労働審判法のなかに集団的コミュニケーションの視点を取り込んでいく

【法令】労働契約法の改正、労働審判法の改正（運用変更）

(1) 改革の背景・理由

2007（平成19）年11月、労働契約法が国会で成立し、2008（平成20）年3月に施行された。この法律は、個別労働紛争の増加や人事管理制度の個別化という近年の状況を受けて、労働契約上の権利義務関係に関するルールを法律上明確にすることによって「労働者の保護を図りつつ、個別の労働関係の安定に資する」ことを目的として制定されたものである（同法1条参照）。ここでは、個人としての労働者の保護¹⁰という目的が前面に出ている。

労働契約法を制定するにあたって、2004（平成16）年4月に厚生労働省に「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」（座長：菅野和夫教授）が設置され、2005（平成17）年9月に出された報告書では、労働契約をめぐる法的ルールに関する広範囲で詳細にわたる提言がなされた。しかし、その後の労働政策審議会労働条件分科会の場で労使の意見が大きく対立したため、最終的にまとめられたものは、労使のコンセンサスが得られた限定的なもの（全体でもわずか19条のもの）にとどまった¹¹。

このような労働契約法の制定の目的・経緯に照らすと、今後の課題として、第1に、内容の豊富化を図ること（A）、そして第2に、個人としての労働者をサポートするための集団的コミュニケーションの視点を労働契約法理のなかに取り込んでいくこと（B）

¹⁰ 労働法の新たな役割を「個人としての労働者」の取引行為をサポートすることにあると提言した論考として、菅野和夫＝諏訪康雄「労働市場の変化と労働法の課題 新たなサポート・システムを求めて」日本労働研究雑誌418号2頁以下（1994）参照。

¹¹ 第2部第2章1〔山川論文〕参照。

があげられる。

また、個別労働紛争の迅速な解決を促すために、労働契約法と平行して、2006（平成18）年4月に労働審判制度が導入された。この新たな制度には、制度開始当初から年間1000件を超える申立てがあり、その後も受件数は増加している¹²とともに、その多くが3か月以内で終局する¹³など、一定の成果をあげている。しかし、この制度を創設する際に参考にされたフランスの労働審判所、ドイツの労働裁判所、イギリスの雇用審判所でみられるように、労働組合が労働者側の代理人のなることが正面から認められ、労働組合等を介した労使コミュニケーションが労働紛争解決制度に積極的に取り込まれるには至っていない。諸外国の制度・経験も参考にしつつ、労働審判制度のなかにも労使コミュニケーションの視点を積極的に取り込み、当事者による自主的な問題発見・解決・予防のサイクルの実現を促していくこと（B）も、今後の重要な課題となる

(2) 労働契約法の内容の豊富化（A）

現行の労働契約法は、これまで判例で確立されてきた法理を法律上明文化するという性格を強くもつものとなっている。しかし、そこで明文化されている判例法理は、現在のところ、安全配慮義務（5条）就業規則法理（7条以下）出向命令権濫用法理（14条）懲戒権濫用法理（15条）解雇権濫用法理（16条）にとどまっている。ここに盛り込まれていないその他の判例法理（採用内定法理、試用法理、配転法理、整理解雇法理、雇止め法理など）について、今日の社会状況をも踏まえつつ明文化し、補充していくことが重要である¹⁴。

また、労働契約法の制定過程（前記厚生労働省「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」報告書）で検討されていた変更解約告知制度（特に労働者の異議留保付き承諾を認めるか）、解雇の金銭解決制度（特に労使の集团的合意を要件に使用者側からの金銭解決の申立てを認めるか）など¹⁵の導入を検討することも課題となる。

(3) 集团的コミュニケーションによる問題の発見・解決・予防の促進（B）

労働契約法のなかに集团的コミュニケーションの視点を取り込んでいく手法として、労働契約の内容や権利行使の公正さ（例えば就業規則変更の合理性（10条）解雇の権利濫用性（16条）など）を判断する重要な要素として、手続の公正さ（労使コミュニケー

¹² 2006（平成18）年度（4月から3月）の受件数は1163件、2007（平成19）年（1月から12月）の新受件数は1494件、2008（平成20）年の新受件数は2052件となっている。

¹³ 2006（平成18）4月から2008（平成20）年12月までに既済となった3967件のうち、終局までに要した期間は平均75.2日であり、3か月以内に終局した事件が71.8%を占めている。

¹⁴ 第2部第2章1〔山川論文〕参照。

¹⁵ 同報告書が提案していた就業規則変更の際の労使委員会制度について、ここでは、労働契約法の範囲を超え、より一般的な制度として「労働者代表制」を創設することを提言している（1）。

ションによる問題の発見・解決・予防プロセス)を位置づけることが考えられる。これは、査定・配転・個別解雇など個別の人事措置とされている事項についても、その制度設計や苦情処理等において集団的な関与・チェックがあったことを合理性・権利濫用性判断において重視するという形で、同様にあてはまる。これらのプロセスにおいては、外部の第三者(弁護士等の専門家)によるサポートやチェックがあることも手続の公正さを担保する重要な要素となる(第1章2(1)(d)・(2)(c)(iii)参照)。

また、労働審判制度において日本でも労働組合が代理人となることを広く承認し、紛争解決のコストを小さくする(円滑な紛争解決につなげる)とともに、企業内紛争解決制度と労働審判制度との連携(法的な紛争解決を企業内にフィードバックできる体制の整備)を促すことも重要になる。

さらに、法システム全体(1~5の提言全体)を通して、企業内での問題の発見・解決・予防のプロセスの制度化を法的に促していくという明確な視点を持ち、企業内の自主的な取り組み(CSR¹⁶など)と法との連携を図っていくことが大きな課題となる。

3. 労働時間法制

〔改革のポイント〕

- A 長時間労働問題への対応を図る
- B 労働者の多様化(法と実態の乖離)に対応するために法制度の整理・再編を図る
- C (Bの対象者も含めて)健康問題への組織的対応(予防)を図る

【法令】労基法の改正、労働安全衛生法・労災保険法等の改正

(1) 改革の背景・理由

現行の日本の労働時間法制には大きく2つの問題がある。

1つは、旧来の法の機能不全に起因するものである。そもそも近代的労働法は19世紀後半から20世紀にかけて、当時の社会的原動力であった「工場で集団的に働く従属的労働者」をモデルとして形成されたという経緯をもっている(第1章1参照)。なかでもその嚆矢となった労働時間法制は、集団的に働く工場労働者を念頭に置きながら定型的な規制を課す(例えば1日8時間・週48時間労働で1日の労働の間に45分の休憩を全員に一斉に付与することを原則とする)という性質をもつものであった。しかし、1970年代以降のポスト工業化、グローバル化の社会趨勢のなか、旧来の定型的な労働時間法制は多様化する社会実態に対応できない事態に陥った。1980年代以降、先進諸国は労働時

¹⁶ 稲上毅・連合総合生活開発研究所編『労働CSR』(NTT出版、2007)参照。

間法制の柔軟化を進めていく¹⁷。日本も1987（昭和62）年労基法改正以降、変形労働時間制の拡大や裁量労働制の導入など、労働時間制度の多様化・柔軟化を図る法改正を行ってきた。しかしなお現行法制は、多様で複雑な労働実態に十分に適合したものとはなっていない¹⁸。

もう1つは、労働をめぐる日本固有の問題である。日本の労働問題のなかでも最も深刻な問題の1つとして、長時間労働の問題がある。特に近年、労働時間の二極化傾向が進み、正社員の労働時間が長時間化している（とりわけ平日の労働時間が長くなり睡眠時間が減少する傾向にある）ことが指摘されており¹⁹、その極限状況では過労死・過労自殺に至る²⁰など、日本における過剰労働の問題は欧米諸国に比べてかなり深刻であることが認識されている²¹。また、年次有給休暇の取得日数・取得率は1990年代の中盤以降減少・低下する傾向にあり²²、休暇をとりにくい状況にもなっている。この深刻な過剰労働問題に対し、法は必ずしも実効的には機能していない²³。

このような状況のなか、長時間労働問題（ひいては健康確保問題）への法的な対応を図る（A、C）とともに、労働実態の多様化に対応するための法の整備を図る（B）ことが重要な政策課題となっている²⁴。

¹⁷ 諸外国の労働時間法制の歴史と概要については、山口浩一郎＝渡辺章＝菅野和夫編『変容する労働時間制度』（日本労働協会、1988）労働政策研究・研修機構『諸外国のホワイトカラー労働者に係る労働時間法制に関する調査研究』（座長：山川隆一・荒木尚志）（労働政策研究報告書 36、2005）、水町勇一郎「労働時間政策と労働時間法制」日本労働法学会誌106号140頁以下（2005）など参照。

¹⁸ 現行法と実態の間にはなお乖離がみられ、労使双方に現行制度への不満の声がみられている（例えば日本労務研究会『管理監督者の実態に関する調査研究報告書』（座長：島田陽一）（2005）、厚生労働省「裁量労働制の施行状況等に関する調査」（2005）など参照）。

¹⁹ 2004（平成16）年に実施した労働者アンケート調査により日本における長時間労働の実態を明らかにしたものとして、労働政策研究・研修機構『日本の長時間労働・不払い労働時間の実態と実証分析』（小倉一哉・藤本隆史）（労働政策研究報告書No.22、2005）、総務省「社会生活基本調査」のtime-use dataを用いて1976年から2006年にかけての労働時間・生活時間の推移や内容等を分析したものとして、黒田祥子「日本の労働時間は以前より短くなっているのか」経済産業研究所・政策シンポジウム報告（2009年4月2日）など参照。

²⁰ 川人博『過労自殺』（岩波新書、1998）など参照。井上達夫は、日本でみられる過労死はデュルケームのいう集団本位的自殺と通底しており、「高度産業資本主義と共同体的社会編成原理を結合した現代日本社会のディレンマを象徴している」としている（井上達夫『現代の貧困』160頁以下（岩波書店、2001））。

²¹ 労働政策研究・研修機構『諸外国のホワイトカラー労働者に係る労働時間法制に関する調査研究』（座長：山川隆一・荒木尚志）20頁以下〔山川・荒木執筆〕（労働政策研究報告書No.36、2005）参照。

²² 年休の所得日数・取得率（平均）は、2007（平成19）年現在8.2日・46.7%となっており、1995年の9.5日・55.2%以降、減少・低下傾向が続いている（厚生労働省「就労条件総合調査」（旧「賃金労働時間制度等総合調査」））。

²³ 労働政策研究・研修機構『日本の長時間労働・不払い労働時間の実態と実証分析』（小倉一哉・藤本隆史）69頁以下〔小倉執筆〕（労働政策研究報告書No.22、2005）など参照。

²⁴ 2006（平成18）年1月に出版された厚生労働省「今後の労働時間制度に関する研究会」（座長：諏訪康雄教授）報告はこれらの課題に応えるための提言を行ったが、その提案の多くは2008（平成20）年労基法改正に盛り込まれなかった。

(2) 長時間労働問題への対応（A）

労働時間に対する法規制の1つの大きな目的は、労働者の健康確保にある。しかし、現行法の法定労働時間（週40時間、1日8時間）は必ずしもそれに即したのではなく、これを超える時間外労働に対する日本の法規制は絶対的な上限を欠くものとなっており、労働者の健康確保のために十分な制度とはなっていない。そこで、ヨーロッパの労働時間法制を参考にしつつ、法定労働時間とは別に、時間外労働を含む労働時間の上限としての最長労働時間²⁵、前日の労働終了時刻から当日の労働開始時刻までの間の労働解放時間として保障される休息时间²⁶、労働時間制度の柔軟性に関わらず必ず保障されるべき休日として週休1日の確保を法律上定めることが考えられる^{27 28}。

また、これと並んで、週休2日制の保障、年次有給休暇の指定義務を使用者に課して年休の完全付与を実現するなど、休日・休暇制度の充実を図ることも重要な課題となる。ただし、この点では、労働者代表との合意によって例外を設ける（例えば労働者代表との協定に基づき週休2日を年単位で平均して柔軟に付与する）ことを可能とすることが考えられよう。

(3) 適用除外と裁量労働制の整理・再編（B）

現行の管理監督者の適用除外制度（労基法41条2号）は、その法律規制のあり方が簡略・不明確でありすぎるため、法と実態の乖離を生み、いわゆる「名ばかり管理職」の問題を生じさせている。他方で、労働時間制度を柔軟化するために導入された裁量労働制度（特に企画業務型裁量労働制度（労基法38条の4））は、法律規定や要件が複雑すぎて実務上使いにくいものとなっている²⁹。そこで、これらの制度を連続性と一貫性をもった制度として位置づけ、適切な規制の下で実態にあった利用を可能とすることが重要になる。具体的には、これらの制度を、実体的要件の明確化（管理監督業務・専門業

²⁵ 最長労働時間の長さについては、週48時間（EUの労働時間指令〔93/104/EC〕の原則）、週60時間（EUの最長労働時間の例外として位置づけられているイギリスのオプトアウト等の上限として提案されている時間）月251時間（1か月〔30日〕の時間外労働を80時間〔日本の過労死の労災認定基準である平成13・12・12基発1063号参照〕として計算したもの）などの選択肢が考えられよう。

²⁶ EUの労働時間指令は、1日11時間の休息時間の保障を定めている。日本の現在の労働実態からすれば週11時間はかなり厳しい基準であるといえるが、他方で、日本の（特に大都市部の）通勤時間が相対的に長く、長時間労働とあいまって労働者の睡眠時間が減少する傾向にあることを考慮すると、労働者の休息时间として1日11時間程度の保障が必要ともいえる。

²⁷ 第2部第2章2〔濱口論文〕、梶川敦子「日本の労働時間規制の課題 長時間労働の原因をめぐる法学的分析」日本労働研究雑誌575号17頁以下（2008）参照。

²⁸ これと併せて、兼業労働者の労働時間規制のあり方（現行法では労基法38条1項）を見直すことも課題となる。少なくとも労働者の健康確保の観点からなされている法規制については、労働時間の通算制を実効性あるものとするために、他事業場での労働時間の申告制などの整備を図るべきであろう。

²⁹ 厚生労働省「2008（平成20）年就労条件総合調査」によると、企画業務型裁量労働制を利用している企業（常用労働者が30人以上の民営企業）は0.9%にすぎない。

務・企画業務に従事するという職務・責任要件、実際に労働時間管理を受けていないという時間管理要件、適用除外されるにふさわしい処遇を受けているという処遇要件)³⁰、

労働者代表との協定、行政官庁への届出という3つの要件の下で、3つのタイプの適用除外制度（管理監督型適用除外、専門業務型適用除外、企画業務型適用除外）に整理・再編することが考えられる。そして、この適用除外を法定労働時間（労基法32条）と割増賃金支払い（37条）の適用除外（法定労働時間を超える労働をしても法定の割増賃金は発生しないもの）と位置づけ、労働者の健康確保の観点からなされる最長労働時間、休息时间、週休制、年次有給休暇の規制の適用は除外されないものとするべきであろう³¹。

(4) 健康問題への組織的対応の促進（C）

労働者の健康確保問題は、単に労働時間の長さという視点だけで解決されるものではない。そこで、上記(2)の施策に加えて、各事業場が、その事業場固有の状況を考慮に入れながら、前述(3)の適用除外者を含めた労働者の健康確保へ向けた組織的対応を講じることを促すことも政策的に重要なポイントとなる。特にここでは、労働者代表との協定に基づいて、PDCAサイクル等の方法で労働者の健康確保・増進に向けた取組みを行い、当該事業場の病気罹患者が減少するなど一定の成果を上げており、その取組みの内容・結果が公表されている場合には、労災保険の保険料を引き下げるなど、政策的インセンティブを与える制度とすることが考えられる。また、このような予防的な取組みを実効的に行っていることは、労働者の健康被害に対する使用者の健康配慮義務違反（損害賠償責任）の免責事由（使用者の義務違反を否定する要素）として考慮・評価すべきであろう。

4. 雇用差別禁止法制

〔改革のポイント〕

A 現行法制を抜本的に見直し、包括的な雇用差別禁止法を制定する

B 雇用差別を実効的に解決していくための法的基盤を整備する

【法令】雇用差別禁止法の制定、雇用保険法等の改正

(1) 改革の背景・理由

雇用差別の禁止は、現在各国の労働法制のなかで極めて重要な位置を占めるに至っており、労働法における中心的な課題の1つとなっている。例えば、アメリカでは、1964

³⁰ これらの実体的要件を定めるにあたっては、法令で詳細で画一的に定めるのではなく、労使による合意によって多様な実態に応じた柔軟な対応・決定ができるようにすることが重要である。

³¹ 第2部第2章2〔濱口論文〕参照。

年公民権法第7編（Title VII）によって人種、皮膚の色、宗教、性別、出身国を理由とした差別、1967年雇用における年齢差別禁止法（ADEA）によって年齢を理由とする差別、1990年障害を持つアメリカ人法（ADA）によって障害を理由とする差別が、採用から解雇まで雇用の全局面で禁止されている³²。また、ヨーロッパ（EU）では、1976年男女均等待遇原則指令（75/117/EEC）によって性別を理由とする差別、2000年人種・出身民族差別禁止指令（2000/43/EC）によって人種・出身民族による差別、2000年均等待遇基本枠組指令（2000/78/EC）によって宗教・信条、障害、年齢、性的指向を理由とする差別を、採用から解雇まで雇用の全局面で禁止するよう加盟国への義務づけがなされ、それに従って各国の国内法が整備されている。また、ヨーロッパには、パートタイム労働者や期間の定めのある労働者に対する差別を禁止した指令（1997/81/EC、1999/70/EC）もある。2008年には派遣労働者に対する差別を禁止した指令（2008/104/EC）も成立した³³。

これらの雇用差別禁止法制の背景にある基本理念として、本人の意思や努力によっては変えることができない「不可変の属性を理由とする別扱い」、および、選挙権・信教の自由・プライバシー権など「基本的権利にかかわる別扱い」は、個人の尊重という法の理念に反するものとして許されないという思想・観念があることが指摘されている³⁴。また、近年の研究では、潜在化・深化しやすい現代的な差別を実効的に解消・解決していくためには、異なるカテゴリー間の接触・相互依存を促し、問題を構造的に解決していくという視点が重要であることも指摘されている³⁵。

このような観点からみて、日本の現在の雇用差別禁止法制は未だ十分に整備されていない状態にある。大きな課題は、雇用差別禁止原則の拡充（A）と問題解決のための法的基盤の整備（B）を行い、各人がその能力や状況に応じて就労できる環境を整えることにある。

(2) 包括的な雇用差別禁止原則の法定（A）

現在の日本では労基法、男女雇用機会均等法、パートタイム労働法などの個別の立法のなかに散在している雇用差別禁止規定を、雇用差別禁止法という1つの立法のなかで捉え直し、包括的かつ実効的に雇用差別の禁止を推進していくことが考えられる。

³² 中窪裕也『アメリカ労働法』182頁以下（弘文堂、1995）、藤本茂『米国雇用平等法の理念と法理』（かもがわ出版、2007）、長谷川珠子「アメリカは何をしてきたか」森戸英幸・水町勇一郎編『差別禁止法の新展開』45頁以下（日本評論社、2008）など参照。

³³ ヨーロッパ（EU）の雇用差別禁止法制については、第2部第1章3〔櫻庭論文：ヨーロッパ〕、4〔両角論文：スウェーデン〕など参照。

³⁴ 安部圭介「差別はなぜ禁止されなければならないのか」森戸英幸・水町勇一郎編『差別禁止法の新展開』16頁以下（日本評論社、2008）。

³⁵ 飯田高「心理学からのアプローチ」森戸英幸・水町勇一郎編『差別禁止法の新展開』90頁以下（日本評論社、2008）。

(a) **禁止される「差別」と差別禁止の法的効果**

この新たな立法のなかでは、「を理由とした合理的理由のない差別的取扱いをしてはならない」という形で、包括的な雇用差別禁止原則を法律上定めることが考えられる。この「」にあたる差別禁止事由としては、さしあたり、人種、社会的身分、宗教・信条、性別、性的指向、障害、年齢、雇用形態が挙げられる。

ここで禁止される「差別」には差別禁止事由を直接の理由とする「直接差別」だけでなく、中立的な基準ではあるが実質的に差別となる結果をもたらす「間接差別」も含まれる³⁶。ただし、現行の男女雇用機会均等法における間接差別の禁止（7条）のようにマニュアル的な基準で「差別」にあたるか否かを判断することは適当でなく（第1章2(2)参照）「合理的な理由」の有無のなかで禁止される差別にあたるか否かを文脈的に判断するものとするべきである。

また、禁止される「差別」には「逆差別」（例えば男女差別禁止における女性優遇）も含むものとする³⁷。ただし、「合理的な理由」により正当化される逆差別（例えば男女雇用機会均等法上のポジティブ・アクション〔14条。8条参照〕）は許容される。差別禁止のステージは、募集・採用から雇用の終了までのすべてを含むものとする³⁸。

雇用差別禁止の法的効果としては、裁判所等の専門的な審判機関による迅速な解決を図ること（3参照）を前提に、民事制裁（違法・無効という私法上の効力）を定めることを基本とする³⁹。指針・行政通達など詳細なマニュアルに基づく行政監督・指導は、使用者の表面的・責任回避的行動を促すという弊害を生むため（第1章2(2)・3(1)参照）、行わないこととする。

(b) **差別禁止の3つの類型**

雇用差別の禁止は上述のように広い範囲にわたるが、その規制のあり方という観点から次の3つのタイプのものに分類することができる。

第1は、人種、社会的身分、宗教・信条、性別、性的指向を理由とする差別の禁止である。これらの差別禁止は、人権保障的側面が強いという性格をもつ。したがって、これらの事由を理由とした差別意思に基づく不利益取扱い（直接差別）については、労働

³⁶ ただし、後述するように、雇用形態を理由とする差別については、その多様性と複雑さゆえ、間接差別の禁止は含まないものとする。

³⁷ 逆差別も禁止すること（差別禁止の双方向性）の重要性については、前掲・安部論文35頁以下参照。もっとも、後述するように、雇用形態を理由とする差別については、逆差別の禁止は含まないものとする考えられる。

³⁸ 雇用の入り口（募集・採用段階）での差別も含めて禁止することの重要性については、前掲・飯田論文106頁以下参照。

³⁹ ただし、後述（b）するように、人権侵害的側面の強い差別については刑事制裁（罰則）も定めることとする。

者代表との協議・合意による例外創出を認めず、罰則付きで禁止するものとする⁴⁰。

第2は、年齢、障害を理由とする差別の禁止である。これらの事由による差別については、高齢者に対する雇用保障の要請、障害者に対する雇用促進の要請など、他の政策的要請との調整的判断が必要となる。したがって、「合理的な理由」の有無の判断は柔軟なものとされ、差別的取扱いに対しても罰則は付されない。

年齢差別の禁止においては、定年制およびそれと関連する諸制度については、雇用保障機能をもつものであるため、労働者代表との協議・合意などの手続を要件に、当面は「合理的な理由」にあたるということが考えられる⁴¹。また、勤続年数は職業能力や企業との結びつきの強さを示す指標となりうるため、間接差別にあたる場合でも「合理的な理由」にあたる解釈されうる⁴²。

障害者差別の禁止にあたっては、使用者が「合理的便宜」を講じたうえで平等な取扱いをすることが求められる。この「合理的便宜」の内容・程度について欧米諸国の議論を参考にしつつ明らかにすることが必要である⁴³。また、障害者の雇用を促進するための措置として、現行法上、法定雇用率制度や特例子会社制度がある（障害者雇用促進法43条、44条以下）。前者については、欧州諸国に例もあり、当面は「合理的な理由」にあたると思われる。後者については、分離する（segrigate）こと⁴⁴が差別そのものであるともいえるため、雇用促進のための高度の必要性があるのか検証することが必要になろう。

第3に、雇用形態（パートタイム労働、有期契約、派遣労働、請負労働など）を理由とする差別の禁止である。雇用形態については、それ自体が契約の内容・条件でもあるため、これに基づく差別を禁止することについては国際的にみても態度が分かれている⁴⁵。しかし、日本の雇用の実態をみると、一方で、雇用形態の選択は自分ではコントロールできない属性との性格をもっている場合が少なくなく、また他方では、自発的に選択できる場合でもその選択を基本的権利にかかわる選択として尊重すべき（例えば短時間労働を選択した者の家庭生活や市民的自由を尊重する〔基本的権利としてのワークライフ

⁴⁰ これらの事由によるものであっても、差別的状況に置かれている者に対するポジティブ・アクションや合理的便宜などの措置については、労働者代表との協議・合意の対象となり、そのプロセスが「合理的な理由」の有無の判断において重視されうる。

⁴¹ このような漸進的アプローチの重要性については、櫻庭涼子『年齢差別禁止の法理』287頁以下（信山社、2008）参照。

⁴² 欧米諸国の議論については、柳澤武『雇用における年齢差別の法理』（成文堂、2006）前掲・櫻庭書など参照。

⁴³ 長谷川珠子「障害者差別」森戸英幸・水町勇一郎編『差別禁止法の新展開』（日本評論社、2008）148頁以下など参照。

⁴⁴ この分離には、職場・職務自体が分離されているケースと、職場・職務は分離されていない（通常の職場に入って職務を遂行している）が人事管理の面で別会社（特例子会社）化されているケースがある。それぞれについて合理性（分離する必要性等）を検討する必要がある。

⁴⁵ 前述（1）したように、EUではパートタイム労働、有期契約、派遣労働を理由とする差別を禁止する指令が定められているが、アメリカではこれらは契約自由に委ねられている。

バランスの保障〕という視点をもつべき)とも考えられる⁴⁶。このような観点から、雇用形態を理由とする差別も原則として禁止することが考えられよう。ただし、募集・採用段階での差別はその性質上禁止の対象外とされる。また、雇用形態差別については、その多様性や複雑さゆえ、「間接差別」や「逆差別」は禁止の対象としない。

雇用形態を理由とした差別としては、パートタイム労働、有期契約、派遣労働、請負労働などを理由とした差別が禁止される。ただし、雇用形態による取扱いは多様であり、「差別」や「合理的な理由」の有無は実態に即して柔軟に判断されるべきである⁴⁷。特にここでは、多様な労働者を代表する労働者代表との協議・合意による利益調整プロセスが「合理的な理由」の有無の判断において重視される。また、日本における正規雇用と非正規雇用の前提の違い、それに基づく処遇のバランスの悪さという実態を考慮すると、「均等」取扱いと並んで「均衡」処遇の実現を図っていくことも重要になる⁴⁸。

(3) 雇用差別問題を実効的に解決していくための法的基盤の整備 (B)

現行の法律(労基法、男女雇用機会均等法、パートタイム労働法など)は、雇用差別問題の解決のための法的基盤が十分に整備されている状態にはない。包括的な雇用差別禁止法の制定にあたっては、実効的に問題を解決するための法的基盤を整備することも重要な課題となる⁴⁹。

ここではまず、雇用差別の立証責任を明確化することが重要になる。例えば、「外形的差別の存在」および「差別意思の存在」の立証責任は労働者に、「合理的理由の存在」の立証責任は使用者に課すことが考えられよう。

また、専門の機関による迅速な紛争解決を図ることも重要である。例えば、労働審判制度またはそれに類する専門の審判機関(準司法的機関)によって迅速で文脈的な紛争解決を図っていくことが考えられる。

またそもそも、これらの問題が法的紛争になる前に、各企業・事業場における自主的で公正な取組みによって、問題の集団的な認識・解決・予防が図られることが重要である。これを法的に促していくために、例えば、使用者が労働者代表との協議・合意に基づいて差別解消に向けた組織的・継続的な取組みを行い、それによって離職率の減少な

⁴⁶ 前掲・安部論文43頁以下、水町勇一郎「労働信仰の魔法とそれを解く法 希望の意義と危険性」玄田有史・宇野重規編『希望学第1巻 希望を語る』191頁以下(東京大学出版会、2009)参照。

⁴⁷ 例えば、仕事の内容・方法・難易度が異なれば、基本給でそれに応じた異なる取扱いをすることも合理的と考えられるが、食堂・更衣室など企業施設の利用については原則として派遣・請負労働者にも平等な権利を認めることが考えられる。

⁴⁸ 例えば、禁止される「合理的理由のない差別的取扱い」のなかに、前提条件が同じ場合の差別的取扱いだけでなく、仕事の内容・責任の程度など前提条件が異なる場合でも処遇の格差がそれに比べて著しく大きい場合(均衡を失った取扱い)も含むと解釈することによって、均衡処遇の実現を促していくことが考えられる。

⁴⁹ 水町勇一郎「賃金差別 立証責任と救済方法」ジュリスト1305号78頁以下(2006)参照。

ど一定の成果を上げ、かつ、その取組みの内容・結果を公表している場合には、雇用保険の保険料率を引き下げ、また、差別的取扱いの「合理的な理由」の存在を推定するなど、法的なインセンティブを与えることが考えられる。

5. 労働市場法制

〔改革のポイント〕

A 労働者派遣、業務処理請負等の定義・区分を明確化し、実態に応じて法を適用するという観点から法制度を整理・再編する

B 雇用形態（契約形態）に対して中立的な法制度となるよう制度設計をする

【法令】労働者派遣法に代えて社外労働者法を制定、雇用保険法の改正等

(1) 改革の背景・理由

近年、偽装請負、日雇派遣問題など、労働者派遣をめぐる問題が噴出している。

そもそも労働者派遣を規制する主な趣旨は、人身売買・中間搾取の危険の防止（これは1985（昭和60）年に制定された労働者派遣法の下で同法を遵守することを条件にその範囲内で合法化された〔職業安定法4条6項参照〕）、使用関係の複数化に伴う法の適正な適用の確保、正規雇用の保護にあった。しかし実際には、現行法の下で、処遇格差問題（ワーキング・プア問題）の拡大、偽装請負等の法適用回避行動による不法状態の顕在化、正規雇用と派遣・請負労働のアンバランスの拡大（コストの安い派遣・請負労働の拡大と正規雇用の減少）が問題視されるに至っている⁵⁰。これらの複雑に絡みあった問題を解決するためには、問題を整理し直し、法の趣旨と実態に即した的確な法適用を行いつつ（A）、労働市場全体のバランスがとれるような制度設計とすることが重要になる（B）⁵¹。

また、1990年代後半以降のグローバル競争の進展は、若年者を中心に不安定雇用を拡大させ、労働市場全体のバランスの問題だけでなく、不安定労働者・無業者の生活保障や職業能力開発の重要性を改めて認識させるに至っている。これらの問題を同時に解決できる制度的枠組みを構築することも重要な課題となる（B）。

(2) 労働者派遣・業務処理請負等の法規制の整理・再編（A）

現行法においては、労働者派遣と適法な業務処理請負との区別は、行政が示したマ

⁵⁰ 偽装請負や日雇派遣など労働者派遣をめぐる現状と法的な問題点については、脇田滋『労働法を考える この国で人間を取り戻すために』（新日本出版社、2007）など参照。

⁵¹ 第2部第2章3〔濱口論文〕参照。

ニュアラルな基準（昭和61・4・17労告37号）に基づいて行われており、前者にあたれば労働者派遣法の厳格な規制の下に置かれ、後者にあたれば労働者派遣法の規制を免れて自由にこれを行うことができるという状況になっている。この行政による基準の形式性と法規制のアンバランスさのために、使用者の表面的・責任回避的行動（例えば法適用回避行動としての偽装請負）や法と実態の乖離という現象が生じている。

このような問題を解消するために、労働者派遣等をめぐる定義と法規制のあり方を見直し、法の趣旨と実態に即した法の適用を行っていくべきである。特にここでは、「労働契約」は誰と締結しているか（労契法6条）、誰から「指揮命令」を受けているか、誰から「場所」の提供を受けて就業しているかの3点から、労働者派遣、業務処理請負等の三者関係を整理し直し、それぞれの実態にあった法の適用を図ることが考えられる。

第1に、労働契約上の義務・責任（賃金支払い、解雇法理の適用など）については、労働契約上の使用者（ ）がその責務を負う。なお、誰が「労働契約上の使用者」にあたるかについては、契約の文言・形式だけでなく実態に応じて判断するという判例法理（法人格否認の法理⁵²、黙示の労働契約法理⁵³）が確立している。

第2に、指揮命令に伴う法的義務・責任（労働時間規制、労働安全衛生規制など）については、指揮命令を行っている使用者（ ）がその責務を負う。この指揮命令の所在は実態に即して判断される。供給元と供給先が二重に指揮命令を行っているケースも考えられるが、この場合には両者がその指揮命令の内容に即した責務を負う。

第3に、就業の場所を提供していること（自社の構内で就業させていること）に伴う義務・責任（安全配慮義務、労働者代表への参加など）については、就業場所を提供している者（ ）がその責務を負う。

これらの3つの義務・責任は、上記の三者（または二者）に重疊的に課されることもある（例えば安全配慮義務やハラスメント防止義務は三者すべてに課される義務といえる）。

(3) 雇用形態（契約形態）に対して中立的な法制度設計

正規雇用と非正規雇用（派遣労働・請負労働など）とのバランスの悪さ（非正規雇用のコストの安さ）を是正し、労働市場全体のバランスを整えていくために、雇用形態（契約形態）の選択および処遇の両面で「中立性」を確保できるような法制度設計とすることが考えられる。

まず、雇用形態（契約形態）の選択については、期間の定めのない労働契約とするか期間の定めのある労働契約とするか（その期間の長さをどれくらいにするか）、直接労

⁵² 法人格形骸型のケースとして、黒川建設事件・東京地判平成13・7・25労判813号15頁、法人格濫用型のケースとして、大阪空港事業（関西航業）事件・大阪高判平成15・1・30労判845号5頁など参照。

⁵³ 大映映像ほか事件・東京高判平成5・12・22労判664号81頁、安田病院事件・最三小判平成10・9・8労判745号7頁（〔原審〕大阪高判平成10・2・18労判744号63頁）など参照。

働契約を締結するか労働者派遣等として契約するかは、基本的に当事者の選択に委ねるものとする⁵⁴。ただし、雇用の不安定さに対処するために、雇用期間の長さにかかわらず広く雇用保険の加入義務を課しつつ⁵⁵、短期雇用（不安定雇用）⁵⁶を利用する使用者はその雇用の不安定さを補償するプレミアムを支払う制度とする（制度的には雇用保険の保険料率に反映させる方法^{57,58}が考えられる）⁵⁹。雇用の終了（解雇・雇止め）に対しては、

⁵⁴ 法律政策の選択肢としては、期間の定めのある労働契約の締結や労働者派遣の利用に法律上限定を加える（例えば、合理的理由が存在する場合に限定する、利用できる業務を限定する）という方法も考えられるが、これらの方法は当事者の選択を大きく制限する（雇用の硬直性を高め雇用仲介サービスの利用を抑制する）ものであると同時に、法規制の実効性の面でも十分な成果をあげられない（当事者の法適用回避行動を促す）可能性が高い。このように利用自体を制限する「入り口」規制ではなく、実態に沿って弊害を除去する「内容」規制（②）を講じる方が複雑化する問題に適切に対応できると考えられる（法は雇用（賃貸借）や派遣（転貸借）の自由を原則として認めるべきであり、人権侵害等の弊害（封建制の残滓）のみを規制するという視点に立つべきであるとする論考として、馬渡淳一郎「労働者派遣法改正の意義と問題点」神戸学院法学30巻3号793頁以下（2000）がある）。

⁵⁵ 労災保険制度と同様に、雇用労働者にはすべて（短時間労働者でも有期契約労働者でも）雇用保険加入義務を課すことによって、使用者の保険料負担回避行動を抑制すると同時に、雇用の不安定さに対するセーフティネットを広げる。ただし、労働者のモラルハザード（短期の就労と保険受給を繰り返す行動）を防止するために、自発的離職者には一定の受給要件（例えば離職前6か月間に3か月以上就労していたこと）を設定することが考えられる。

また、このセーフティネットの拡充と同時に、職をもたない（失った）者が円滑に労働市場に参加（復帰）・定着できるようにきめの細かい積極的支援政策（アクティベーション）を講じていくことも重要な課題となる。ここでは特に、他の政策（産業政策、教育政策、社会保障政策等）や民間企業・NPO等とも連携した総合的な政策の推進・展開を図ることとともに、個々人の多様な状況に応じたきめの細かいサービスの提供（職業能力開発、職業紹介、失業給付、生活保護等）を行うという視点が重要になる（例えば、宇野重規「政治哲学からの考察 中間集団と社会的なものの再編」水町勇一郎編『個人か集団か？ 変わる労働と法』39頁以下（勁草書房、2006）など参照）。法制度的には、個別の状況・実態にあったきめの細かい総合的なサービスの提供を可能とするための、実態に近いレベルへの権限の移譲（一定程度の「分権化」）（そこでの労使参加のあり方については1(3)参照）と、受益者たる個々人にそれぞれの状況に応じた具体的な責務を課す「双務契約」の制度化を図ることがポイントとなる。

⁵⁶ 期間の定めのある労働契約による雇用の場合、期間の定めのない労働契約であるが短期間で解雇した場合などがこれに含まれる。

⁵⁷ 不安定な雇用を利用する（解雇を頻繁に行う）使用者により高い雇用保険料負担を課するという考え方（full experience rating）については、Feldstein, M. “Temporary Layoffs in the Theory of Unemployment,” *Journal of Political Economy* 84 (1976), pp.937-957; Topel, R. and F. Welch “Unemployment Insurance: Survey and Extension,” *Econometrica* 47 (1980), pp.351-379; Burdett, K. and R.Wright “Optimal Firm Size, Taxes, and Unemployment,” *Journal of Public Economics* 39 (1989), pp.275-287など参照。日本においても、解雇規制が実効的に及んでいない登録型派遣労働者や純粹有期契約労働者等については、この方法が効率的に機能しうると考えられる。

⁵⁸ この場合、この保険料追加分を用いて、短期雇用者に対する失業給付の範囲の拡大、職業能力開発の援助等を行うことが考えられる。派遣・請負労働者の保険料については受入先（就業場所を提供している使用者）も連帯責任を負うものとするのが考えられる。

⁵⁹ これとともに、社会保険制度における短時間・有期雇用の非中立性（健康保険・厚生年金への加入資格制限、国民年金の第3号被保険者制度等）を解消することも重要である。

実態に応じて解雇権濫用法理（労契法16条）が適用（または類推適用⁶⁰）されるが、そこでは労働者代表との協議等のプロセスが「合理性」判断において重視されることになる⁶¹。

処遇における中立性は、前述（4(2)）した雇用形態を理由とした合理的な理由のない差別を禁止するという方法で実現することを図る。ここでは、既に述べたように、派遣労働者や請負労働者をも含む多様な労働者を代表する労働者代表との協議・合意による利益調整プロセスが「合理的な理由」の有無の判断において重視される⁶²。

以上、第1部では、労働法の歴史的動態や新たな理論動向を踏まえながら、日本の労働法に内在する問題点を指摘し（第1章）、理論的に一貫性のある形で労働法全体の改革案（労働法改革のグランドデザイン）を提示することを試みた（第2章）。

今後は、改革の柱となる理念（「公正」「効率」「参加」の相互関係など）についての理論的・実証的考察を深めていくとともに、各法制の改革の方向性や内容についてさらに具体的に検討を行っていくことが課題となる。第2部で提示される視点や議論（そこには第1部の《提言》に対する批判的な考察も含まれる）は、今後の議論の発展のための重要な礎となるだろう。

⁶⁰ 東芝柳町工場事件・最一小判昭和49・7・22民集28巻5号927頁、日立メディコ事件・最一小判昭和61・12・4労判486号6頁など参照。

⁶¹ ここでは、雇用のバランスを全体としてどのような形とするのか（いわゆる「雇用ポートフォリオ」）を労使間で協議し、それに沿った契約形態がとられているか（それが労働者にも明示され、納得を得られているか）が、解雇（雇止め）の「合理性」判断において重視されることになる。

⁶² 同時にこれと並行して、派遣労働者や請負労働者等を組織化し、団体交渉等によって労働条件を公正なものとしていくことも重要である。受入先企業についても派遣・請負労働者が組織する労働組合との関係で労組法上の使用者性が認められる（団体交渉に応じるべき義務を負う）ことについては、朝日放送事件・最三小判平成7・2・28民集49巻2号559頁参照。

第2部 《提言を受けて》労働法改革の視点

第1章 比較法の視点から

1. 労使関係法制 ドイツおよびフランスの動向

桑 村 裕美子

本稿は、ドイツ、フランスの比較法的考察をもとに、日本における望ましい労使関係法制の在り方を考えるものである。近年ドイツ、フランスでは企業レベルの労働条件決定の重要性が高まっているが、そこでは当該代表者が労働者の多様な意見を適正に反映し、かつ、使用者と対等に交渉しうるような制度的手当が不可欠と考えられている。両国でむしろ問題とされているのは、そうした制度上の要件が整備されている労働者代表であれば、いかなる場合も同じように広範な決定権限を付与してもよいのか、という点である。ドイツ、フランスでは、産業レベルの組合と直接の結びつきがない従業員代表についてはこの点が消極的に解されており、労働者保護に配慮した制度設計の重要性が改めて指摘されている。本稿は、こうしたドイツ、フランスの動向を踏まえ、日本で今後従業員代表を法制化する場合に必要な基本的視点を明らかにする。

(1) はじめに

近年我が国では労働関係をめぐる状況変化を受けて労働法制の再編が迫られており、労使の集团的合意を活用して実態に即した規範設定を可能にする枠組みに注目が集まっている。それに伴い、組合以外の労働者代表（従業員代表）の制度化も議論されているが、この点に関する研究は必ずしも十分でなく、いまだ抜本的な制度改革にはつながっていない。そこで本稿は、伝統的に労働組合と従業員代表の二元的労働者代表制度を採ってきたドイツ、フランスを取り上げ、比較法的観点から、日本における望ましい労使関係法制の在り方を考察する。ここでは、労働者代表の制度設計のみに注目するのではなく、国家規制と労使自治の関係にも目を配り、できるだけ広い観点から今後の労働条件決定の在り方を考えていきたい¹。

¹ なお、本稿の大部分は、拙稿「労働条件決定における国家と労使の役割（一）～（六・完） 労使合意に基づく労働条件規制柔軟化の可能性と限界」法学協会雑誌125巻5号ないし10号（2008年）に依っている。詳細はそちらを参照されたい。

(2) ドイツ

(a) 労働組合

(i) 団体交渉・労働協約制度

ドイツでは、労働者は憲法上労働条件および経済条件の維持・発展のために団結する権利を有する（基本法9条3項）。この保護は団結体がその目的に従って活動する自由にも及び、労働組合が使用者（団体）と労働協約を締結する自由（協約自治）も憲法上保障される。そして、この協約自治に不可欠の要素として争議行為が憲法上保障される。

法律レベルでは労働協約法によって協約制度が整備されており、労働協約は双方が協約に拘束される労働関係に直律的かつ強行的に適用される（規範的効力）。ただし、協約よりも有利な合意は可能である（有利原則）。

なお、団結体の組織形態について特別な制約はないが、ドイツの組合の圧倒的多数は産業レベルで組織されている。ドイツでは労働組合が産業レベルで十分な勢力を有し、国家法に匹敵する実効的な労働者保護規範を実現してきたのであり、現実にも労働協約が個別契約による援用を通じて非組合員の労働関係に適用され、大多数の労働者の地位向上に寄与している。

こうしてあたかも法律のように労働関係を規律している労働協約に関しては、その本質について古くから議論があった。かつては、協約当事者は基本法9条3項で規範設定権限を国家から授権されているとする見解（授権説）が通説であったが、近年では、労働組合の規範設定権限は団体に服するという個人意思表示、すなわち組合への任意加入に求められるとする見解が主流である（集团的私的自治説）。

(ii) 労働協約に開かれた法規範の発展

ドイツにおける労働保護立法は最低基準としての意義を有し、それを下回る合意は認められないのが原則である。しかし他方で、ドイツでは第一次世界大戦後の比較的早い段階から、労働協約が国家法を下回ることをも認める、いわゆる「労働協約に開かれた法規範（tarifdispositives Recht）」が存在していた。そして1960年代には、労働協約が独自に権利を獲得していた休暇の領域で、新立法と同時に多くの法規定が労働協約に開放された。こうした中、1964年に国家法に対する協約優位を推定する見解がビーデンコプフによって主張され²、1966年にこれを是認する連邦労働裁判所判決³が出されると、国家法と労働協約の規範設定関係が活発に論じられるようになった。

1980年代に入ると、失業問題の深刻化、経済のグローバル化による国際競争の激化、就労形態の多様化、労働者の従属性の相対化等によって伝統的労働条件決定手法の見直

² Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie (1964).

³ BAG vom 31. 3. 1966, AP Nr. 54 zu § 611 BGB Gratifikation.

しが迫られた。そして、規範設定の効率化・合理化の観点から、実態に詳しい協約当事者の合意を介して法規制を柔軟化するという手法が積極的に正当化され、労働時間関連立法を中心として労働協約に開かれた法規定が多数導入された。

ドイツで労働協約による国家法からの逸脱が広く認められる理由としてしばしば指摘されるのは、協約内容の「適正さの保障 (Richtigkeitsgewähr)」である。これは、労働組合であれば国家が設定した最低基準の引下げを認めても別のところで有利性を獲得し、全体としてバランスのとれた適切な協約を締結するはずであるから、国家が労働者保護のために特別に介入する必要はないという考え方である。協約内容の「適正さの保障」は協約当事者間の対抗力の均衡原理に依拠しており、その直接的根拠は、争議行為法 (判例法) において存在する、協約当事者は交渉において互いに対等の武器を有していなければならないという原則 (争議行為対等; Kampfparität) である。協約当事者の対抗力の均衡から協約内容の「適正さの保障」を導く考え方は、いわば「交渉条件の同一性」を強調するもので、結果としての「協約内容の適正さ」を保証するものではない。しかしドイツでは、労働組合によって実効的な労働者保護規範が実現されてきたという歴史から労働協約に対する信頼が厚く、このことが労働協約に開かれた法規範を広範に認めることを正当化していると解される。

(b) 従業員代表

(i) 事業所委員会制度

ア. 設 置

以上に対し、常時5人以上の選挙権を有する常用労働者を擁し、そのうち3人が被選挙権を有する事業所においては、事業所組織法に基づき、従業員代表機関たる事業所委員会 (Betriebsrat) が選出される。事業所委員会は4年ごとに当該事業所で実施される直接・秘密投票によって選出され、委員数は事業所の従業員数に応じて決定されている⁴。選挙権は満18歳以上の労働者に、被選挙権は当該事業所で6ヶ月以上雇用されている満18歳以上の労働者に付与される。事業所委員会の選挙制度は雇用形態の多様化を受けて2001年に改正され、外勤または在宅労働に従事する者も事業所組織法上の「労働者」に含まれ、選挙権および被選挙権を有することが明確にされるとともに、派遣労働者も派遣先で3ヶ月を超える期間働いている場合には派遣先事業所の選挙権を獲得することになった。

⁴ 選挙権者が常時20人以下の事業所で1人、21~50人で3人、51~100人で5人、101~200人で7人、201~400人で9人、401~700人で11人、701~1000人で13人である。1001~5000人では選挙権者が500人増えるごとに2人ずつ増え、5001人~9000人では1000人増えるごとに2人ずつ増え、9000人超では3000人増えるごとにさらに2人ずつ増える。

事業所委員会委員の候補者は、選挙権を有する労働者および当該事業所に組合員を有する労働組合が提案しうる。委員の選出にあたっては、事業所組織法の2001年改正で性別という基準が重視されるようになり、事業所委員会が3名以上で構成される場合には事業所内で少数派となる性別が事業所委員会の中で比例的に代表され、一方の性に対する最低議席数が従業員中の男女従業員数を基にドント方式で決定される。その後、委員が原則として比例代表選挙に基づいて選出される。

イ．運営・権能

事業所委員会の会議は通常就業時間中に開かれ、決議は原則として出席委員の過半数によって行われる。事業所委員会には事業所組織法上広範な参加権が認められており、労働時間の配分などの社会的事項では、事業所委員会の同意がなければ使用者はいかなる措置もとれないという意味で事業所委員会に完全な共同決定権が付与されている（強行的共同決定事項）。事業所委員会が共同決定権を行使した結果、使用者と締結されるのが事業所協定（Betriebsvereinbarung）である。事業所協定は当該事業所のあらゆる労働者に直律的かつ強行的に適用されるが、個別労働契約との関係では有利原則が適用される。

事業所協定は、労働協約で規定される又は通常規定される賃金その他の労働条件を対象とすることはできず（協約遮断）、原則として労働協約が事業所協定に優位する。ただし、労働協約が開放条項（Offnungsklausel）によって事業所協定の締結を明示的に認めている場合は、その限りでない。

事業所当事者（使用者および事業所委員会）は労働者と事業所の利益のために協力することとされ、争議行為は禁止される。その代わりに、事業所当事者が合意に達することができない場合に備えて仲裁委員会（Einigungsstelle）が制度化されている。強行的共同決定事項で合意が形成されない場合には一方当事者が仲裁委員会に付託することができ、その裁定は事業所当事者の合意に取って代わる。

事業所委員会は、事業所組織法上の任務を遂行するために適時に使用者から包括的に情報提供を受け、任務に必要な限りで専門家の援助を受けることもできる。さらに、会議、懇談時間および日常業務遂行に必要な範囲内で、使用者から部屋、物品、情報・通信機器および事務担当者を提供される。事業所委員会の活動費用も使用者負担である。

ウ．保護体制

事業所委員会委員は、有給の活動時間保障、就業時間外の職務遂行を要する場合の労働免除、任期中および任期満了後1年までの、当該事業所で比較可能な労働者との賃金保障、当該比較対象者と同等の業務への従事が保障される。また、事業所委員会委員は任務遂行にあたり使用者から干渉・妨害されてはならず、その活動を理由とする不利益取扱い（および優遇）も禁止される。さらに、任期中および任期満了後1年間は一般に

普通解雇が禁止され、即時解雇も事業所委員会の同意が要件とされている。事業所委員会の保護規定は事業所組織法の2001年改正で強化され、委員の配転が委員職を失わせる場合または事業所委員会の被選挙権を失わせる場合についても、その配転に事業所委員会の同意が不可欠とされている。

さらに、各委員は、活動に必要な知識を得るために訓練・教育講座に参加することができ、その間は賃金を減額されずに職場を離れることができる。その研修がその就業時間外に行われる場合には、その調整のために、賃金を減額されることなくそれに相当する労働免除を受ける。各委員は、通常の任期中に有給で職務を免除され、合計3週間まで訓練・教育講座に参加することもできる。

(ii) 規範設定の分権化

ア．法定の最低基準を上回るレベル

ドイツにおいては、労働協約は国家の最低基準規制を基盤としてそれに上積みを行い、事業所協定は（労働協約に基づき）それよりもさらに有利な条件を定めるものと位置付けられてきた。しかし、1980年代以降、とりわけ1991年のドイツ統一後は東西ドイツに著しい経済格差が生じ、協約基準を下回ることを一切認めない従来の硬直的な協約政策に限界が生じた。そこで協約当事者は、協約上の開放条項を用いて経済的苦境にある事業所で協約基準を下回ることを許容するようになり、これによって事業所協定による労働条件決定の重要性が高まった。しかしこのことは、そもそも事業所委員会はいかなる範囲で労働条件決定権限を有するのか、また協約当事者はいかなる範囲で事業所協定に労働条件決定をゆだねることができるのか、という根本問題を生じさせることになった。

この問題を正面から扱ったのが1984年8月18日の連邦労働裁判所決定⁵である。本件で連邦労働裁判所は、事業所当事者はもともと賃金その他の労働条件について広範な労働条件決定権限を有しており、協約上の開放条項は、協約遮断を排除することで事業所当事者固有の権限を復活させるものであるとし、他方で労働協約が開放条項によって事業所協定にゆだねることができる範囲については、協約自治の原則（基本法9条3項）から内在的制約はあるものの、本件で一般論を展開する必要はない、とした。

この判示は結局のところ事業所当事者の広範な決定権限を容認するものであり、これによって実務で進行していた労働条件決定の分権化の流れが後押しされた。最近ではさらに、事業所協定の締結を協約上の開放条項がある場合（協約当事者の同意がある場合）にしか認めない現行法制度では事業所のニーズに十分に対応できないとの問題意識から、協約当事者の同意がなくとも事業所協定の締結を認める、いわゆる法定の開放条項（gesetzliche

⁵ AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972.

Offnungsklauseln)の導入がたびたび提案されている。もっとも、こうした立法提言は憲法上の協約優位の構造を揺るがしかねないとして学説の反発が強く、いまだ実現されていない。

イ．法定の最低基準を下回るレベル

次に、事業所協定が協約による法定基準の上積み分を切り崩し、さらに法定基準を下回る規範を設定することについては、伝統的に法律レベルでは一切許容されてこなかった。しかし、1980年代以降は労働法の「柔軟化」が重要な政策課題となり、規範設定の合理化・効率化が重視された結果、現場により近い事業所委員会にも一定範囲で法規制の柔軟化の権限が付与されることになった。

まず、年少労働者保護法の1984年改正において、労働時間の配分、休憩時間の長さ、土曜労働の禁止等の法律規定について、事業所協定が労働協約に基づいて不利に逸脱すること、および、協約に拘束されない事業所で法規定から逸脱する協約規定を援用することが認められた。そして、1994年労働時間法改革では、1日の法定労働時間、変形制の調整期間、休憩時間等の規定について、年少労働者保護法の形態に加え、事業所協定が協約に拘束されない事業所で労働協約に基づいて法規定から逸脱する権限を援用することが認められた。

このような中で、学説では、現場に最も近く、かつ、労働者個人の交渉力の弱さを補う集団的当事者である事業所委員会に労働条件決定をゆだねることこそが規範の最適化につながるとの立場から、より広く事業所協定による法規制からの逸脱を認めるべきであるとの提案がなされたこともある⁶。しかし、法定の最低基準の引き下げを事業所協定に認めることについて学説の大勢は消極的であり、法律の立法過程においてもこれが現実味を帯びた提案として受け止められることはほとんどなかった。法定の最低基準を上回るレベルで事業所委員会の権限が積極的に拡大されているのと対照的に、法定の最低基準を下回るレベルでは事業所委員会の権限を限定しようとする動きがあるのであり、この点にドイツの特徴がある。

ウ．事業所協定による法規制からの逸脱が限定的にしか認められないことの背景

事業所委員会は産業レベルの労働組合よりも実態に即した規範を設定しうるにも関わらず、労働組合よりも法規制からの逸脱が認められる場合が限定されているのはなぜなのだろうか。この点については、伝統的には、事業所委員会は使用者と対等に交渉できないので、事業所協定は労働協約と同程度の「適正さの保障」を有さず、したがって単独で法規制から逸脱する資格を有しないと説明されてきた。しかし近年では、事業所協定の公正審査をめぐる議論において事業所委員会の交渉力について緻密な分析が行われ

⁶ Zöllner, Flexibilisierung des Arbeitsrechts, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1998, S. 285 f.

ており、これを応用すると事業所協定の位置づけについて新たな見方ができそうである。

「公正審査 (Billigkeitskontrolle)」とは、合意内容について適法性だけでなく合理性や公正さにまで踏み込んで裁判所が審査するものであり、労働協約に対しては憲法上の協約自治尊重の観点から否定されるが、事業所協定については以前から争いがあった。この点に関するリーディングケースは1970年1月30日の連邦労働裁判所判決⁷である。

本件で連邦労働裁判所は、事業所委員会委員は当該企業の従業員であるために使用者に従属すること、事業所委員会には争議行為が禁止されること、事業所委員会は活動にあたって事業所の利益も考慮しなければならないことから、使用者に対して十分な交渉力を有しない (= 対等でない) と判断し、事業所協定に対する公正審査を肯定した。しかし、学説の大多数は、事業所委員会委員に対しては事業所組織法上様々な保護規定が存在し (上記(i)ウ参照)、これによって使用者に対する従属性は十分に補われること、事業所委員会は争議行為が禁止されるため、労働組合と比べると使用者に対する対抗力が弱い、事業所組織法は使用者に対しても同様に争議行為を禁止しているため、事業所委員会が使用者に比べて対抗力が弱いとはいえないこと、事業所組織法上予定されている事業所当事者の協力は事業所委員会による労働者の利益の貫徹を妨げるものではなく、それ自体は事業所委員会の交渉力の弱さを示すものではないことから、事業所協定に対する公正審査を否定している⁸。

特に問題となる事業所委員会の対抗力の評価について敷衍すると、強行的共同決定事項では、使用者は事業所委員会の同意を得なければ当該措置を導入できないため事業所委員会は純粋な共同決定権を有し、同意が得られない場合には仲裁委員会による強制仲裁が行われるため、使用者による一方的決定のリスクは初めから排除されているとする。また、強行的共同決定事項以外でも、事業所組織法が事業所委員会に様々な権限を与えていることを踏まえると立法者は事業所当事者間の対等性を前提としているはずであり、特に事業所協定の不利益変更の場面では、これを望む使用者が事業所委員会の同意を取り付ける必要があるため、事業所委員会は使用者の提案に対してノーという権利 (いわば拒否権) を持っているのであるから、この申し出に対して事業所委員会があえて同意したということは、それが労働者にとって適切であると事業所委員会自身が判断した結果である、と述べるものもある⁹。

このように、学説の多数は「事業所委員会は使用者よりも交渉力が弱い」という命題を否定し、事業所当事者の非対等性を前提とする事業所協定の公正審査を否定している。学説の影響を受けてか、連邦労働裁判所も最近では、事業所協定への公正審査を肯定す

⁷ BAGE 22, S. 252.

⁸ 例えば、Schliemann, Zur arbeitsgerichtlichen Kontrolle kollektiver Regelungen, in: Isenhardt /Preis (Hrsg.), Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft Festschrift für Peter Hanau (1999), S. 577, 602.

⁹ Borngraber, Die inhaltliche Kontrolle von Betriebsvereinbarungen (2005), S. 33.

る際に事業所委員会の交渉力には言及しなくなっている。この一連の流れを踏まえれば、事業所委員会は法規制から逸脱する場面でも自由意思に基づいて合意しうるだけの交渉力を有し、したがって事業所協定は労働協約と同様に単独で法規制から逸脱する資格を有する、という帰結になるのが自然であるように思われる。こうした考え方から、最近では、労働協約と比べて事業所協定に開かれた法規定が少ないのは、労働協約と事業所協定の競合を避け、憲法上保障された協約優位を確実なものとするためであると説明するものがある¹⁰。もっとも、協約優位の徹底だけが目的であれば、法規制からの逸脱を必ずしも労働協約に限定する必要はなく、労働協約による許容を条件として、より広く事業所協定による逸脱を認めることもできたと考えられる（法定の最低基準を上回るレベルではこうした手法が採られている）。そうではなく、ドイツにおける事業所協定による法規定からの逸脱は、労働協約を介した場合であれ、明文で許容されている場合にのみ認められてきた（それ以外は協約当事者が同意していても逸脱は禁止されてきた）とすれば、協約優位の保障以外に何か積極的理由があったのではないかと考えられる。

筆者によれば、これは、労働組合と比較した場合の事業所委員会の労働者保護機能の弱さにある。ドイツでは小規模事業所ほど事業所委員会が使用者に従属していることが多いため、実際には法制度上のサポートを活用することができず、このことが事業所協定は労働者保護に十分配慮した内容になっていないという懸念につながっていると解される。そのため、事業所協定による法規制からの逸脱を認める場合であっても、労働者保護の観点から、基本的に産業レベルの労働組合の同意を要するような制度設計がなされているものと思われる。

(c) ドイツ法のまとめ

以上見てきたように、ドイツでは近年、労働関係をめぐる環境変化の中で事業所委員会による労働条件決定の重要性が高まっており、この流れの中で、労働者の多様な意見を適正に反映させるための選挙制度や交渉力を強化するためのサポート体制が整えられてきた。もっとも、ドイツでは、法規制の柔軟化の手段に関してはいまだ産業レベルの労働協約が中心であり、事業所協定は非常に限定的な役割しか与えられていない。この背景には、2つの集団的規範の労働者保護機能に対する信頼の違いがあると考えられ、ドイツでは国家が設定した保護規範を労使合意で引き下げることについて相当慎重に対応されていることになる。

¹⁰ Borngräber, a. a. O. (N. 9), S. 39.

(3) フランス

(a) 代表的組合

(i) 団体交渉・労働協約制度

現行の1958年憲法が援用する1946年憲法前文の第6項は、「あらゆる者は組合活動によって自らの権利および利益を擁護し、自己の選択する組合に加入することができる」とし、組合自由（団結自由）を保障している。この規定に含まれる組合活動の保障により、労働者が同一の産業部門や企業内で複数の組合を結成することも保障されることになる（複数組合主義）。

次に、憲法前文第8項は、「あらゆる労働者は、自らの代表によって構成される中間団体を介して労働条件の集団的決定および企業の経営に参加する」と規定している。これは労働者の参加原則を定めたもので、その一形態として団体交渉権が憲法上保障される。ただし、フランスでは1789年の革命以来個人の自由を尊重する考え方が強く、それを制約しうる組合による団体交渉は十分に発展してこなかったため、協約自治は国家の援助を得てはじめて発展しうるもので、それ自体は憲法上の保障を受けないと解されている。

フランスでは、労働者側の団体交渉・協約締結主体には「代表性（representativité）」が要求されている。「代表性」の獲得方法には、伝統的に個別証明と代表性の「擬制（présomption irréfragable）」の2つがあった。個別証明の場合は、「組合員数」、「独立性」、「組合費」、「経験および活動年数」、「占領中の愛国精神」が判断基準とされ、このうち「独立性」が不可欠の要件と解されていた。代表性の擬制は、全国レベルで代表性を承認された総同盟に加入することで、当然に代表性が認められるというものである。

フランスでは、伝統的に産業・職業レベルの団体交渉が中心であったが、企業レベルでも、代表的組合であれば組合支部を設置し、組合代表委員（délégués syndicaux）を指名することができる¹¹。組合代表委員は、当該企業の労働者であること、満18歳以上であること、当該企業における勤続年数が1年以上（派遣労働者は6ヶ月以上）であること、政治的投票権を奪う有罪判決を受けていないことが必要である。また、職務権限の上で企業主と同視される者であってはならない。組合代表委員には有給の活動時間保障、企業内の巡回権・労働者との接触権、外出権が保障され、任務開始から終了後12カ月まで、解雇に労働監督官¹²の許可を要するという解雇制限を享受する。

フランスでは労働組合が複数結成されているが、労働協約は、少数派であれ代表性を

¹¹ 委員数は、従業員が50人～999人の場合は1人、1000人～1999人の場合は2人、2000人～3999人の場合は3人、4000人～9999人の場合は4人、10000人以上は5人である。

¹² 労働監督官（inspecteur du travail）は1874年法によって創設された行政機関であり、企業内の監視機能、行政上の決定機能、情報提供や仲介等の援助機能を担う。

有する組合が1つでも署名すれば有効に成立するというのが伝統的ルールである。複数の協約が競合した場合には最も有利な協約が適用される（有利原則）。労働協約は署名当事者およびその構成員を拘束するが、使用者が労働協約に拘束される場合には、当該協約は、労働組合員であるか否かを問わず当該使用者と締結される全ての労働契約に適用される。労働協約は直律的かつ強行的効力を有するが、個別労働契約との関係では同じく有利原則が適用される。

なお、フランスでは、「労働協約（convention collective de travail）」と「集団協定（accord collectif de travail）」とで法的性質は異ならず、その違いは、団体交渉の対象事項を包括的に定めるか（労働協約）、その中で特定の事項のみを取り上げるか（集団協定）にあるだけである。そこで以下では、「労働協約」と「集団協定」を厳密に使い分けないことにする。

(ii) 企業レベルの団体交渉の促進

労働協約は、伝統的に国家法より有利な規定を置くことのみ許容され、協約間の適用関係についても、産別協約が労働条件決定の基本的枠組みを定め、企業・事業所協定がこれを具体化ないし有利に変更するというのが基本であった。しかし、1980年代以降になると、フランスも経済のグローバル化、就労形態の多様化、従属的な労働者像の相対化、失業問題の深刻化等に直面し、現場に近い企業レベルの団体交渉が重視されるようになる。

まず、一連のオール改革の端緒である1982年1月16日のオルドナンス（ordonnance；委任立法）は、法定労働時間を週40時間から39時間に短縮する一方で、法定時間外労働の導入要件であった労働監督官の許可を不要とする年間の割当時間を設け、この時間数を拡張¹³産別協約によって延長することを認めた。また、1年を平均して週39時間以内に収まっていれば、拡張産別協約または企業・事業所協定に基づき、特定の週に法定労働時間（39時間）を超えて労働時間を延長しうることになった¹⁴。この場合の拡張協約または企業・事業所協定は国家規制を不利に変更するもので、「逸脱協定（accord dérogatoire）」と呼ばれる。ただし、企業・事業所レベルの逸脱協定については、直近の従業員代表選挙で「過半数」の支持を得た一または複数の組合によって拒否権が行使されなかった場合に限り、その有効性が認められた（詳細は下記(iii)参照）。

1982年のオルドナンスの後、労働者の意見表明権の保障や企業内労働者代表制度の強化が行われたが、1982年11月13日の法律では従来の団体交渉制度を刷新する重要な改革が行われた。同法において初めて団体交渉義務が導入され、企業レベルの団体交渉が制

¹³ ここで要求される労働協約の拡張（extension）は、労働大臣のアレテ（arrêté；命令）によって行われるもので、当該産別協約の有効要件として位置付けられている。

¹⁴ ただしその場合でも、労働時間は1日10時間、週48時間、連続12週平均で週46時間以内でなければならぬとされていた。

度的・義務的に促されたのである。また、同法は、産別協約が設定した賃上げ率について、企業・事業所協定が産別協約から不利に逸脱することを認め、協約間の適用関係を規律する有利原則を部分的に修正した。

その後フランスでは、政府の雇用戦略と強い関連性をもって、労働時間および派遣労働・有期契約の分野で労働協約による不利な逸脱を許容する明文が次々と導入され、この流れが2004年5月4日の法律によって集大成された。2004年法は2001年7月16日の労使の共通見解を基礎としており、それまで拡張産別協約に留保されていた14の領域を新たに企業・事業所協定にも開放した。また、2004年法は協約の適用関係を根本的に改め、産別協約が禁止しない限り、企業協定が原則として産別協約から逸脱しうることとした。しかし、産別協約に対する企業・事業所協定の原則的優先は、企業レベルの逸脱協定の対象拡大とあいまって、法定の最低基準を下回る労働条件設定についても企業・事業所レベルの交渉を強力に促進するもので、労働者保護の後退を招くとして批判が強い¹⁵。

(iii) 労働協約の正統性の強化

ア．1982年オール改革から2004年法まで

最後に、オール改革以降、逸脱協定については有効要件として過半数要件が常にセットで導入され、独自の発展を遂げていた。

前述のように、1982年1月16日のオールドナンスは、拡張産別協約または企業・事業所協定によって1年単位の変形労働時間制を導入することを認めたが、企業・事業所協定についてのみ、労働組合がその効力発生を阻止しうる制度（拒否権（droit d'opposition）制度）を設けた。この拒否権を行使しうるのは、当該協定に署名しておらず、かつ、直近の従業員代表選挙で登録有権者の「過半数」を獲得した一又は複数の労働組合であり、ここに初めて、フランス協約制度に過半数主義の発想が取り込まれた。

オール改革以降も、労働協約・集団協定が（法所定の事項について）法律または上位レベルの協約の規定から不利に逸脱する場合、従前の協約を不利益に変更する場合、（法所定の基準に従い）労働時間を短縮し雇用を創出・維持する場合、法定の整理解雇手続を簡素化する場合について、それぞれ過半数要件が導入された。伝統的には、代表性を有していれば、少数派であれ有効な協約を締結する権利を平等に付与されていたが、この過半数要件は選挙の際の「支持率」によって労働組合を多数派と少数派に分け、多数派に少数派が締結した協定の効力発生を阻止する権利を与えるものであり、フ

¹⁵ なお、労働時間の分野ではその後2008年8月20日の法律が制定され、企業レベルの交渉重視の流れがさらに強化されている。すなわち、法定時間外労働の割当時間の長さ（L.3121-11条）法定時間外労働に対する割増賃金の支払いの代償休暇への振り替え、および、変形労働時間における調整期間の延長（L.3122 - 2条）については、企業・事業所協定に第一次的決定権が与えられ、産別協定は企業・事業所協定が存在しない場合にのみこれらを決定しうるようになった。

ランスの協約制度に相当のインパクトを与えるものであった。

これらの過半数要件は、当初は制度ごとに内容にばらつきがあったが、労働者利益の多様化を受けて労働協約と労働者の意思の乖離がクローズアップされてくると、より一般的に協約に対する労働者の過半数の意思の反映を担保する枠組みが必要とされるようになり、次第に過半数要件の法体系上の整合性にも目が向けられるようになる。

こうした中で制定された2004年5月4日の法律は、これまでの改革を整理・発展させ、過半数要件をあらゆる協約の有効要件として一般化した。同法では拒否権制度における過半数要件が原則とされ、ただし拡張産別協定で特に定めた場合には、過半数要件を協定の署名段階で要求しうることにした。そして、「過半数」の算定方法としては、職協定では組合の「数」が、産別協定および企業・事業所協定では直近の従業員代表選挙の際の「支持率」が基準とされた。

イ．2004年法の意義と限界

2004年法における過半数要件は、使用者に対する「独立性」を本質的要素としてきた代表性資格では十分に対応できなかった、労働者に対する組合（ないし協定自体）の正統性を強化する目的があったが、その内実は過半数主義からは程遠いものであった。

まず問題とされたのは、2004年法が拒否権制度における過半数要件を協約の有効要件の原則的ルールとした点である。拒否権制度は、「過半数」の要件を満たす労働組合が、自らが署名していない協定の効力発生を妨げるものであり、当該協定に「署名していない組合の正統性」によって間接的に「署名した組合の正統性」を否定するものである。しかし、協定内容に労働者の「過半数」の意思を適切に反映させるには、協定の署名者が過半数の要件を満たすことこそが求められるべきであるという。また、「過半数」の算定方法についても、職協定では組合の「数」が基準とされているが、これは支持率で「少数派」となるものが「多数派」をも拘束する「法」を形成する余地を認めるもので、まさに過半数主義と矛盾するとされる¹⁶。

これらの2004年法における過半数主義の形骸化の背景には、フランスにおける「少数者崇拜（*culte de la minorité*）」の思想があるとの指摘がある¹⁷。フランスにおいて厳密に算定される「過半数」の組合に協約締結権を独占させれば、少数派も含めて組合を平等に扱う複数組合主義の理念に反する可能性があるため、過半数主義を徹底することにはためらいがあったのだとするのである。

団体交渉における少数者尊重の意思は、団体交渉プロセスに関する最近の判例法理の中でも見て取れる。破毀院は1988年に、使用者は団体交渉のすべての会合にあらゆる代

¹⁶ Ray (J.-M.), Les curieux accords dits <majoritaires> de la loi du 4 mai 2004, *Dr. soc.* 2004, p. 594.

¹⁷ Borenfreund (G.), Le syndicat et l'exigence majoritaire dans la loi Fillon du 4 mai 2004, in Borenfreund (G.), Lyon-Caen (A.), Souriac (M.-A.), Vacaric (I.) (dir.), *La négociation collective à l'heure des révisions* (2005), p. 32.

表的組合を招集しなければならないとした事実審の判決を是認し¹⁸、その後、これに反して一部の代表的組合と交渉して締結された協約は無効になることを明らかにした¹⁹。これは、過半数主義の発想が導入され、少数派による有効な協約締結の余地が狭められていく中で形成された手続的ルールであり、団体交渉・協約締結過程における少数組合の関与権を強化するものとして注目される。

ウ．2008年法

2004年法の過半数要件の問題性を受けて実現されたのが、2008年8月20日の法律改革である。この2008年法は同年4月9日の労使の共通見解に基づいて作成され、団体交渉・協約締結をめぐる従来のルールを大きく改めた。

その主要な改革の一つが、労働組合の代表性資格の付与方法および代表性基準の見直しである。まず、労働組合と労働者の意思の結びつきを形骸化させるとして従来から批判があった「代表性の擬制」が廃止され、代表性はすべて個別証明によることとされた（L.2121 - 1条）。また、代表性の基準も改められ、共和国の価値の尊重、独立性、財政の透明性、当該交渉レベルを含む職業上・地理的適用範囲における2年以上の活動、交渉レベルに応じた最低限の支持率の獲得、特に活動および経験によって特徴づけられる影響力、加入者数および組合費のすべてを満たさなければならなくなった（同）。このうち、全国職際レベルおよび産業レベルでは、直近の従業員代表選挙の第1回投票において、当該産業レベルで合算して有効投票の8%以上（L.2122 - 9条、L.2122 - 5条）企業・事業所レベルでは、同様の選挙で有効投票の10%以上（L.2122 - 1条）とされた。フランスでは団体交渉プロセスへの少数組合の関与を保障する必要があると考えられているが、他方であまりにも極小の組合に参加権を付与すれば労働者代表機能を形骸化させるので、2008年法は代表性の基準に最低限の支持率を組み込んだのである。

もう一つ注目されるのが、労働協約の有効要件の改正である。2008年法では、労働協約の有効性は、直近の従業員代表選挙の第1回投票で有効投票の「30%以上」の支持率を獲得した一または複数の代表的組合によって署名され、かつ、同一の選挙で「過半数」の支持を獲得した組合によって拒否権が行使されなかったこと、というルールで統一された（L.2232 - 2条、L.2232 - 6条、L.2232 - 12条）。既に見たように、2004年法では拒否権制度における過半数要件が原則とされ、これを拡張産別協定で協定締結段階でのそれに変更することが認められていたが、実際はこうした産別協定はほとんど締結されず、拒否権制度の方が広く適用されていた。しかし、この拒否権制度は、それ自体では労働者の意思が反映されにくく問題が大きいと、2008年法は「拒否権制度における過半数

¹⁸ Cass. soc., 13 juill. 1988.

¹⁹ Cass. soc., 10 mai 1995.

要件」に「協定の署名段階での支持率30%要件」を付加したのである。この「30%要件」は、将来的に協定署名段階で厳密な「過半数」要件を導入するまでの過渡的措置としての意味を持つとされる²⁰。

このように、フランスでは1980年代以降、過半数要件を通じた労働協約の正統性の強化が図られているが、いまだ過半数主義は徹底されていない。近年では団体交渉プロセスであらゆる代表的組合と同一の場で意見交換を行うことが不可欠の要請とされていることも考えると、フランスでは少数者利益に配慮しつつ労働協約の正統性を強化する方法が模索されていることになり、今後の動向が注目される。

(b) 企業レベルの交渉主体の拡大

(i) 従業員代表制度

ア．種類・権限範囲・保護体制

フランスの従業員代表制度の中核をなすのは、企業委員会（comité d'entreprise）と従業員代表委員（délégué du personnel）である。企業委員会は従業員が50人以上の企業で、従業員代表委員は従業員が11人以上の事業所で、4年ごとに設置される²¹。

企業委員会は企業長および労働者側委員で構成され、福利厚生施設の運営等の社会的事項について決定権を、労働時間編成等の経済的事項について使用者から諮問を受ける権利を有する。企業委員会は、行政情報へのアクセス権、雇用の概況等について使用者から情報提供を受ける権利、専門家の援助を受ける権利、有給で経営事項に関する教育訓練に参加する権利を付与されている。企業委員会の会合は労働時間中に開催され、出席委員の過半数によって議決が行われる。委員会の運営に必要な場所、什器、消耗品および事務員等の便宜は企業が供与する。

従業員代表委員の主たる任務は使用者への苦情伝達であるが、他の従業員代表が不在の場合にはその任務を代行する。

企業委員会の労働者側委員および従業員代表委員は、有給の活動時間保障、従業員との接触権・外出権を有し、解雇に労働監督官の許可を要するという解雇制限を任務開始から終了後6ヶ月まで享受する。

²⁰ Position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme, Article 5.

²¹ 企業委員会の労働者側委員は、従業員が11人～25人の事業所で1人、26人～74人で2人、75人～99人で3人、100人～124人で4人、125人～174人で5人、175人～249人で6人、250人～499人で7人、500人～749人で8人、750人～999人で9人、1000人を超える場合は250人ごとに1人ずつ増える。

従業員代表委員は、従業員数が50人～74人の企業で3人、75人～99人で4人、100人～399人で5人、400人～749人で6人、750人～999人で7人、1000人～1999人で8人、2000人～2999人で9人、3000人～3999人で10人、4000人～4999人で11人、5000人～7499人で12人、7500人～9999人で13人、10000人以上の場合は15人である。

イ．選出手続

企業委員会と従業員代表委員の選出手続は原則として同一であり、選挙は4年ごとに同日に行われる。選挙権は、満16歳以上の労働者であって、3か月以上当該企業に勤務し、政治的投票権の剥奪を受ける有罪判決を受けたことのない者に付与される。被選挙権は、満18歳以上の労働者であって、1年以上当該企業に勤務する者で、企業主の配偶者、内縁の妻、直系尊属、直系卑属、兄弟姉妹等の血族や、権限の上で同視される者にあたらぬ者に限定される。

従業員代表選挙では原則として2つの選挙団が組織される。第1が工員（ouvrier）および下級事務職員（employé）の選挙団であり、第2が上級技術者（ingénieur）、課長・係長（chef de service）、下級技術者（technicien）、職長（agents de maîtrise）およびそれと同視しうる者の選挙団である。選挙団への従業員の配分や議席の配分は原則として選挙前協定（protocole d'accord preelectoral）で定められるが、従業員が500人以上の企業における企業委員会選挙では、第2の選挙団で少なくとも一名の委員が保障される。

選挙は比例代表制であり、第1回投票では有効投票数が登録有権者の過半数でなければならない。第1回投票でこの定足数に達しなかった場合、あるいは残り議席がある場合には、第2回投票が行われる。選挙が実施されなかった場合には、使用者は「従業員代表不存在の調書（procès-verbal de carence）」を作成し、労働監督官に提出しなければならない。

ウ．交渉権限の組合独占

フランスでは、伝統的に従業員代表には使用者との共同決定権が付与されず、企業レベルの団体交渉・協約締結は代表的組合が組合代表委員の設置を通じて独占していた。しかし、1982年のオルドナンスによって変形労働時間制の導入が認められ、労働協約の締結がその要件とされると、労働時間編成の柔軟化のために団体交渉・労働協約主体を確保する必要が認識された。そこで1990年代以降、交渉権限の組合独占が見直され、様々な主体に団体交渉権が付与されていく。

(ii) 1996年法から2004年法まで

この動きを直接促したのは1995年10月31日の全国職協定である。この「1995年全国職協定」は、企業レベルの交渉主体を組合代表委員以外の労働者代表にも拡大することを提案し、1996年11月12日の法律で立法化された。その内容は、組合代表委員の存しない企業において、産別協定の締結を要件に、従業員代表または代表的組合から委任された労働者（受任労働者）による交渉を可能とするものである。ただし、この場合の交渉事項は主として逸脱協定の締結に限定されていた。

この1996年法の枠組みについては、代表的組合による交渉独占の原則に反するのではないかが問題となったが、憲法院は、憲法前文第6項および第8項は労働組合に団体交

渉に関する「本質的適性 (vocation naturelle)」を認めているものの、労働者代表の独占権は与えていないので、代表的組合による介入を妨げる目的も効果も有していない限り、それ以外の労働者代表も集团的労働条件決定に参加できるとした。また、これに続けて、憲法前文第 8 項の参加原則は労働者の代表者が使用者から完全に独立していることを前提としているから、1996年法が受任労働者についてもこの「独立性」の確保を要求していると解される限りで、合憲であるとした²²。

その後、オプリー法 (1998年 6 月13日の法律および2001年 1 月19日の法律) でも労働時間短縮協定の締結について交渉主体が拡大されたが、従業員代表は交渉過程で代表的組合の関与が保障されていないため交渉力が弱いとの理由から、労働者への委任方式が優位に置かれた。

これらの1990年代以降の改革は2004年法で集大成され、拡張産別協定が認める範囲内で、従業員代表または受任労働者による交渉が一般的に認められることになった。ただし、2004年法は、オプリー法とは異なり、新たな交渉様式としては従業員代表方式を優先させ、委任方式は従業員代表が存在しない場合に限り認めることとした。この点については、従業員代表は受任労働者と異なり産業レベルの労働組合によるコントロールが保障されていないため、労働者保護に十分配慮した協定を締結できないとして批判が強い。

もっとも実際には、新たな交渉方式の導入要件とされていた産別協定が締結されることはほとんどなく、企業レベルの団体交渉の担い手を拡大する2004年法は実務にほとんどインパクトを与えなかった。このことは2004年法の枠組みの問題点を浮き彫りにし、さらなる改革を要請することになる。

(iii) 2008年法

ア . 2004年法の枠組みの部分的修正

こうして制定された2008年法は、組合代表委員の存しない企業において、従業員代表方式と労働者への委任方式の両方を、前者を優先させる形で認める点で2004年法の大枠は維持しているが、その導入要件や交渉事項を部分的に修正した (以下の改正部分は2010年 1 月 1 日より施行される) 。

まず、従業員代表方式を利用するのは、従業員が200人未満の企業のみである (L.2232 - 21条 1 項) 。この場合に産別協定を締結する必要はない。これに対して、従業員代表が選出されず、従業員代表不存在の調書が作成された企業では、受任労働者が団体交渉の担い手となる (L.2232 - 24条) 。ただし、いずれの場合も、交渉事項は「その適用が集団

²² Conseil constitutionnel du 6 novembre 1996, *J.O.* du 13 novembre 1996. (フランスでは、新立法について憲法院による審署前の違憲審査が認められている。憲法61条 2 項) 。

協定を締結することという法的ルールに服する措置」、すなわち基本的に逸脱協定の締結に限定されている。

従業員代表または受任労働者と交渉を開始する場合には、使用者は産業レベルの代表的組合にその旨を通知しなければならない（L.2232 - 21条 2 項、L.2232 - 24条 2 項）。そして、組合代表委員以外の代表者との交渉にあたっては、交渉者の独立性、複数の交渉者による協定草案の共同作成、従業員との協議（concertation）、産業レベルの代表的組合とのやり取りが必要で（L.2232 - 27 - 1 条 1 項）使用者から提供を受ける情報についてもあらかじめ協定で定められることになった（同 2 項）。

交渉の結果締結される協定には過半数要件が有効要件として組み込まれており、従業員代表の場合は直近の従業員代表選挙において有効投票の「過半数」を獲得した者によって署名され、かつ、産業の労使同数委員会の承認を得ること（L.2232 - 22条 1 項）、受任労働者の場合は当該協定が労働者の直接投票で有効投票の「過半数」によって承認されること（L.2232 - 27条）が必要とされている。

なお、2008年法は交渉主体の法的地位も強化しており、従業員代表については、団体交渉に要した時間は伝統的な活動時間保障の時間数から控除されず、月10時間を超えない範囲で任務遂行に必要な時間を有給で付与されること（L.2232 - 23条）受任労働者についても有給の活動時間保障が月10時間の限度で付与されること（L.2232 - 25条）が明記された。

イ．組合支部の代表者

最後に、2008年法で新たに導入された概念として、「組合支部の代表者（representant de la section syndicale; RSS）」がある。

前述の通り、2008年法は「代表性の擬制」を廃止し、企業レベルでも「代表性」の個別証明を求めたため、それ自体で当該企業における「代表性」を有しないとされる組合は、組合代表委員を設置できなくなった。しかし、2008年法は、企業レベルでの組合活動の再生を期し、当該企業で代表性を認められなくとも、当該企業に複数の組合員を有する限り、全国職際レベルで代表性を有する組合に加入している組合、または、「代表性」の判断基準のうち一定のもの（「共和国の価値の尊重」、「独立性」、「2年以上の適法な設置」、「その職業上および地理的活動範囲に当該企業が含まれること」）を満たす組合（いわば「代表性の獲得途中の組合」）は、組合支部を設置し（L.2142 - 1 条）「組合支部の代表者（RSS）」を指名することができるとした（L.2142 - 1 - 1 条・L.2142 - 1 - 4 条）。RSSは組合代表委員とほぼ同等の法的保護を受け、一定期間の解雇制限や月4時間以上の有給の活動時間保障を受ける（L.2142 - 1 - 2 条、L.2142 - 1 - 3 条）。

RSSは原則として団体交渉権を有しない（L.2142 - 1 - 1 条 2 項）が、組合代表委員が存しない企業で従業員代表方式も労働者への委任方式も利用できない場合、すなわ

ち、従業員が200人以上の企業で、かつ、従業員代表が存在する場合には、当該組合の委任に基づき、団体交渉を行うことができる（L.2143 - 23条1項）。ただし、R S Sが締結した協定は、受任労働者による場合と同様に、直接投票で当該企業の労働者の「過半数」によって承認されなければならない（L.2232 - 14条）。

(c) フランス法のまとめ

フランスでは、1980年代以降の社会・経済状況の変化を受けて労働法の柔軟化が重要な政策課題となり、ここ四半世紀の間に、企業レベルの逸脱協定の対象拡大、協約間の適用関係の見直し、過半数要件の一般化、企業レベルの交渉主体の拡大という、団体交渉・協約制度の基本構造を変更する改革が立て続けに行われている。日本法との比較で興味深いのは、この一連の改革で、法規制を下回る労働条件設定についても企業別交渉が強力に促進され、従業員代表も法規制から逸脱する協定を締結することが広く認められていることである。ただし、フランスでは、産別組合のコントロールが十分に及ばない企業レベルの労働者代表は実際には使用者と対等に交渉することはできないと考えられており、従業員代表に広範な決定権限を認める現行法制度には批判が強いことには、なお注意が必要である。

(4) むすびに

以上見てきたように、近年ドイツ、フランスでは、規範設定の合理化・効率化の観点から労働条件決定の分権化が進められており、企業レベルの交渉の重要性が高まっている。しかし両国では、単純に企業レベルの労働者代表の権限が拡大されているわけではなく、当該代表者が労働者の多様な意見を適正に反映し、かつ、使用者と対等に交渉しうるような制度的手当が不可欠と考えられ、その点に対処しながら改革が進められてきた。このことは、労働者代表制度が整備されないまま規制緩和権限が付与されてきた日本に対して示唆的である。

他方で、制度上そうした条件が整えられている場合であっても、ドイツ、フランスでは、産業レベルの組合と直接の結びつきがない企業レベルの労働者代表（従業員代表）は、実際には使用者と対等に交渉できないという不信感が強く、労働者に重大な影響を与えうる事項については特に、従業員代表に広範な決定権限を付与すべきでないという考え方が根強く存在する。日本では企業レベルに労働者代表が存在するため、代表者が実際上使用者に対抗できない可能性が高いと考えるならば、協定内容の妥当性を確保するメカニズムを特別に設けるといった工夫が必要であろう。

なお、ドイツ、フランスで産業レベルの労働組合の関与が制度に組み込まれているのは、従業員代表が組合の権限を阻害しないようにするためでもある。日本も憲法上協約自治を保障しているため、従業員代表を法制化する場合には組合との権限調整が必要になる。その具体的制度設計は憲法解釈ともからむため、慎重に検討していく必要がある。

2. 労働者代表制度 スペインからの示唆

大石 玄

労働者を代表する存在として既に労働組合が存在している日本の場合、新たに従業員代表組織を立法的に設けようと企図するに際しては、両者の関係をどのように位置づけるかが重要な問題となる。本節では、労働組合代表と従業員代表とを共に有している国の例としてスペインを取り上げて紹介する。

スペイン労使関係法制の特徴としては、大きく3点を挙げる事ができる。まず第1に、従業員代表の選出が制定法によって義務づけられていること。第2に、労働者を代表する存在としては労働組合と従業員代表とがあり、両者が並立する仕組みをとっていること。そして第3に、労働組合のみならず従業員代表も労働協約の締結権限を有していることである。

特に、従業員代表と労働組合代表とが併存しつつも、労働協約についての交渉等に当たっては、職場における労働者集団の勢力を反映させて交渉担当者を選出することで交渉権限を分配するという仕組みが採られているところにスペインの特徴があろう。

以下では、このような特徴をもつスペイン法の考察を通して、従業員代表制が現に機能しているモデルの一つを提示してみたい。

本稿を通して明らかになることは、スペインの従業員代表制度は、背後に位置する労働組合の積極的な関与によって支えられているという実態、従業員代表制度は労働者代表組織が企業内で行う活動に権能を与えるのみならず、労働組合の本来的な活動領域である産業セクターや地域セクターにおいても労働者代表組織に正統性を付与するための根拠となる工夫がこらされていること、である。

(1) スペインの従業員代表

(a) 概 説

スペインにおいて労働組合は、他の欧州諸国と同様に産業別組織というスタイルを採っており、労働運動の基盤は企業の外部に位置している。他方、企業を単位として展開される労働者の意思反映システムとしては、労働者憲章法（略称E T）¹に基づいて選出される従業員代表が措定されている。この法律に基づいて選出される従業員代表のことを「統一代表（representación unitaria）」と称することにする。

統一代表は、企業あるいは事業場の形態に応じて4つのものがある。従業員数50人以

¹ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, Estatuto de los Trabajadores.

上の大規模な企業・事業場においては、企業委員会が置かれ（E T 63条）、従業員数50人未満であれば、従業員代表委員が選出される（E T 62条）。なお、従業員が11人以上の場合には代表委員の選出が義務づけられているが、従業員数が6～10人の場合において選出は任意である（従業員の過半数の同意があれば設置することになる）。他にも、複数の事業場をまたがって設置される合同企業委員会（comité de empresa conjunto）や、企業委員会の集合体である統合企業委員会（comité intercentros）も存在するが、主として機能するのはとである。

統一代表の選出数は、事業場の規模に比例する。30人以下の事業場であれば代表は1名であるが、30人を超えれば3人、50人を超えれば5人、100人超で9人……と増えていく（最大で75名）。なお、従業員の数进行計算するにあたっては、非正規雇用労働者も算入される。この場合、契約期間1年未満のパートタイム労働者は、延べ実労働日数200日につき常勤労働者1人に相当するものとして計算する。

(b) 選出手続

統一代表の選出は選挙によって行われる。その手続については「企業における労働者代表組織の選出規則を承認する政令（REORTE）」²に定めがある。有権者は、勤続期間1か月以上であって、16歳以上であるすべての従業員である。他方、被選挙権を得るためには、勤続6か月以上で、18歳以上であることに加え、推薦を得ていることが必要である。

選挙を実施することになると、発議者は使用者ならびに行政監督機関に対して通知を行い、選挙管理委員会を編成する。選管のメンバーは3名で、従業員のなかで勤続年数の最も長い者、最も年長である者、最も年少である者という組み合わせで構成される。

統一代表の選挙にあつては、小規模な事業場の場合（従業員代表委員）と中規模以上の事業場の場合（企業委員会）とで、手続面における差異が認められる。その中で最も決定的な点は、投票方式の違いである。従業員代表委員の場合、投票用紙には候補者の名前が記されており、投票者は選出数（1または3名）と同じだけチェックを入れて個人に対して票を投じる。それに対し企業委員会の場合には、人に対してではなく所属グループに対して1票を投じ、得票数に応じて議席を配分する方式を採る（いわゆる比例代表方式）。

投票は事業場内において就業時間中に行われる（E T 第75条1項）。投票に際しては、投票の自由と秘密が保証されている（E T 第69条1項）。投票後、直ちに開票が行われ、報告書が作成される。この報告書に選管のメンバーが署名をし、使用者や候補者に交付される（E T 第75条4項）。

² Real Decreto 1.844/1994, de 9 septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa

代表の任期は4年である（E T 第67条3項）。代表である者が辞職し、または罷免された場合は権限を失う。代表を罷免しようとするに際しては、有権者の3分の1をもって発議が行われ、絶対過半数の賛成があれば罷免される。罷免にあたって理由を挙げることは必要ではないが、労働協約の交渉中に罷免することはできず、また前回の罷免要求から6か月を経過していない時期に行うこともできない。

代表に欠員が生じた場合は、繰上げによって補充される。この際、投票方式の違いが作用する。従業員代表委員であれば、得票数で次点であった候補者が繰り上がる。企業委員会の場合は、候補者名簿で次の順位にあった者が繰り上がる。すなわち、グループに対して投票する仕組みをとる企業委員会の場合には組合間の勢力バランスは保たれるが、個人に対して投票した従業員代表委員の場合には委員の構成に変動の生じることがある。

従業員数が変動した場合には、調整が行われる。人数が増加した場合には、補欠選挙が行われる（E T 第67条1項5号）。他方、人数が減少した場合には議席が削減される（REORTE第13条2項）。議席を減らす場合、原則は投票結果に比例させて議席の再配分を行うことになるが、労使間の協定により、これとは異なる方法で調整することも許容されている。

(c) 統一代表の権限

企業委員会と従業員代表委員は、選出方式の違いが見られるものの、選出後に行きうる権限は同じである。具体的には、次のような権限を有している（E T 第64条1項）。

意見聴取権：従業員への影響が大きい施策を実施するに先立ち、使用者は統一代表に意見を求めなければならない。意見聴取が必要となる事項は、従業員の削減、労働時間の変更、教育訓練制度の改変、労務管理システムの構築などである。

情報アクセス権：統一代表は、使用者に情報開示を求めることができる。例えば、生産計画や雇用計画、決算書、労働契約書の基本様式、懲戒、労働災害の発生状況、個別的に行われる配転や労働条件変更など多岐にわたる。

監視活動：良好な職場環境を確保するために安全衛生委員会が設置されているが、その監視活動を補佐することも統一代表の役割である。また、私物検査を行う必要が生じた場合には、統一代表が立ち会うことになる。司法機関ないし行政機関に対し、必要に応じて法的措置を求めることも統一代表が担う。

協約締結権：スペイン法の特徴は、企業・事業場を単位とする労働協約を締結する権限が、従業員の代表たる統一代表に付与されているところにある。この点については後述する。

(d) 統一代表たる地位の保護

統一代表が活動を行うに際し、独立性と実効性を確保するため、代表の職にある者の地位の保護と便宜の提供を行っている（ET第68条）。

まず、統一代表の職にある者を過失あるいは重過失を理由として解雇ないし処分しようとする場合、当該代表者に弁明の場を設け、他の代表に対しても意見陳述の機会を与えなければならない。この手続は、現に代表の地位にある者だけでなく、選挙期間中の候補者や、代表の任期を満了してから1年以内の者に対しても適用がある。

さらに、経済的な理由による解雇（いわゆる整理解雇）や一時休職、あるいは配転が実施されるに際し、代表者は一般の労働者よりも有利な取扱いがなされ、当該事業場に優先的に留まることができる。なお、この保証は代表選挙への立候補者に対しては適用されない。

もっとも、代表たる地位の保護は絶対的なものではない。暴力を行使したり秘密を漏洩した場合は、代表としての活動に伴うものであっても解雇ないし処分が正当化される場合がある。職務上の秘密については守秘義務が定められており、目的外の利用は許されていない（ET第65条2項）。

他にも統一代表の活動を保証するものとして、代表としての職務に従事するにあたり各々の代表者に毎月一定の範囲で有給の職務執行時間が与えられる³。付与される時間は従業員数に応じて比例的に定められており、従業員数100人以下であれば月15時間、250人以下では月20時間……である。

職務執行時間を利用した者に対する支給額は、通常の労働に従事した場合と同様に取り扱われることとされており、基本給のみならず各種手当についても受給できる。

職務執行時間を利用するに際しては、使用者へ事前に通知することが必要であるが（ET第37条3項）承諾を得ることまでは必要とされていない。職務執行時間は統一代表としての活動を行うために付与されるものであるから、職務執行時間を私的な理由で利用するといった不正利用が認められる場合には、正当な理由のない欠勤として解雇を含む懲戒の対象とすることができる。

この他、情報宣伝活動を行うことも便宜提供の一種として保証されている。具体的には、掲示板の利用（ET第81条）や、文書の自由な配布（ET第68条c項）がある。

このように統一代表に対しては様々な便宜提供が図られているが、その実効性は行政制裁によって担保されている。すなわち、情報提供義務が遵守されなかったり、統一代表への意見聴取を怠った場合、あるいは職務執行時間を付与しなかったような場合、使用者には重大な違反があったとして行政罰に処せられることがある。

³ 職務執行時間は、労働協約の交渉に加わる労働組合代表に対しても付与される（LOLS第9条2項）。

(2) 労働組合代表

冒頭にも触れたように、スペインにおいては労働者を代表するものとしては2つの主体が並立している。前述の統一代表と、労働組合代表である。両者の関係は如何に把握されるべきものなのかについて、あらかじめ概略を述べておこう。統一代表の選出単位は事業場であることから、統一代表が取り扱う問題は企業の中で生ずるものとなる。それに対し、産業別に組織される労働組合は外部から企業へと入り込む形となる。企業の中で生ずる種々の問題を解決する労使組織として統一代表の設置が一定規模の事業場には義務づけられているのに対し、労働組合は当該事業場において組織されていなければ存在しないこともありうるところに大きな相違がある。

労働組合の活動を保証する根拠規定は、スペイン憲法にある⁴。スペイン憲法の第28条1項では団結権を承認し、同条2項ではストライキ権も承認している⁵。

さらに、組合活動の自由を保障するため、「労働組合の自由に関する組織法（略称LOLS）」⁶が制定されている。LOLSは労働組合にとっての基本法として位置づけられるものである。

労働組合が企業の組織化に成功している場合、企業あるいは事業場における単位として「組合支部（sección sindical）」を設けることになる。組合支部の設立単位を企業とするか、それとも事業場とするかは組合規約によって定めることができる。そして、労働組合が企業ないし事業場において活動を展開するにあたり、組合支部を代表する「組合代表委員（delegados sindicales）」を組合員の中から選ぶことになる（LOLS第10条）。組合代表の選出が義務的に必要となるのは、当該組合が統一代表を擁しており、かつ、従業員数が250名以上の事業場においてである。組合代表委員として選出される数は、事業場の規模に比例して1～4名である。ただし、統一代表選挙において10%未満の得票率しか得られなかった場合、選出数は常に1名となる。

法的手続に則って選出された組合代表委員に対しては、統一代表（具体的には企業委員会）のメンバーに入っていない者であっても、統一代表に付与されているのと同等の権限が与えられ、身分保証が講じられることになる（LOLS第10条3項）。

⁴ スペインの憲法については、黒田清彦「新スペイン憲法試訳（上）（下）」南山法学3巻1号135頁、同2号149頁（1979年）、伊藤満『中北欧諸国の憲法』（1997年、信山社）を参照のこと。社会権規定に関しては、岡部史信「スペイン憲法の労働関係諸条項」創価法学22巻1号（1992年）247頁においても解説がある。

⁵ 厳密には、民主化憲法の制定よりも前の1977年4月1日の法律（Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical）によってストライキ権は承認されている。ILOの第87号条約（結社の自由及び団結権の保護に関する条約）および第98号条約（団結権及び団体交渉権についての原則の適用に関する条約）をスペインが批准するのは、1977年4月20日のことである。

⁶ Ley Organica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical

(3) 統一代表制度と労働組合の連関

ここまで見てきたように、スペインにおいて労働者を代表する者としては「統一代表」と「労働組合」とが存在する。しかし、事業場から選出される統一代表は企業の外部には存在しないわけであるから、両者が並立しうるのは企業内でのことに限られる。企業横断的に労働条件の枠組みを設定するのは、産業別組織を基本形態とする労働組合が担うべき役割である。

だが、スペインの労使関係法制度の重要なポイントは、企業単位の従業員代表（統一代表）制度と地域単位・産業単位の労働組合とを連動させているところにある。すなわち、労働組合が行使しうる権限は、組合が擁立し獲得した統一代表の数（シェア）に応じて段階的に付与されていく仕組みを採用しているのである。

従業員代表（統一代表）制度を通じて労働組合への指示の度合いが測られることになるわけであるが、ここで得られた労働者からの信託の有無を表す概念が「代表性（representatividad）」である。ある地域ないし産業分野において労働組合がどのような権限を行使しうるのかは、当該範囲にある企業・事業場において選出された統一代表の中で当該組合所属の者をどれだけ確保したかによって決まるのである。

労働組合は、代表性の程度（換言すれば、どれだけの統一代表を獲得しているか）によって4つのレベルに分類される。

全国レベルの代表的組合

まず、最も高い代表性を備えている組合が行使しうる権限についてである。統一代表に選出された者を全国集計したときに、全体の10%以上を占めている組合に対し特別な取扱いをするものとしている（LOLS第6条1項および2項）。このレベルの代表性を備えたものを、「最も代表的な労働組合（la mayor representatividad sindical）」と呼ぶ。

全国レベルの代表的組合が有する権限は、LOLS第6条3項に掲げられている。特に重要なのは、国土の全域・全職種に及ぶ事柄について使用者団体と団体交渉を行うことが出来るようになり、労使関係の大きな枠組みを設定することが可能になることである。また、スペインにおいても他のEU諸国と同様に政労使の三者による社会的対話（ソーシャル・ダイアログ）が試みられているが⁷、その労働者側当事者としての役割を担うのも全国レベルの代表的組合である。

現在、かかる特別な扱いを受けている全国的な労働組合（ナショナル・センター）は、CC.OO（la confederación sindical de Comisiones Obreras；労働者委員会）とUGT（la

⁷ ソーシャル・ダイアログは、EUレベルでは1985年から開始されている。詳しくは、中野聡「欧州社会モデルとソーシャル・ダイアログ ユーロ・コーポラティズムの形成か？」日本EU学会年報24号（2004年）186頁、ロジェ・ブランパン著（小宮文人＝濱口桂一郎監訳）『ヨーロッパ労働法』（信山社、2003年）63頁以下、濱口桂一郎「EUレベルの労使関係の展開とその影響 労使による立法システムを中心に」（<http://homepage3.nifty.com/hamachan/roushirippou.htm>）等を参照。

Unión General de Trabajadores ; 労働者総同盟) の2つがある⁸。

他方、使用者団体に位置づけられるのは C E O E (Confederación Espanola de Organizaciones Empresariales ; スペイン経団連) と C E P Y M E (Confederación Espanola de la Pequena y Mediana Empresa ; スペイン中小企業連合) である。

自治州レベルの代表的組合

次いで、自治州レベルでみたときに代表的組合となるものがある。自治州 (Comunidad Autónoma) とはスペインにおける地方自治の単位である。国土は17の自治州に分けられており、各自治州には独自の政府が置かれている。この自治州という単位で選出された統一代表を数えたとき、ある労働組合に属する者が15%に達しており、かつ、その数が1500人に達する場合、当該自治州における代表的組合となることができる (L O L S 第7条1項)。行使できる権限は、全国レベルの場合と同様である。

産業別レベルの代表的組合

地域単位では代表性を得ていなくとも、特定の産業セクターにおいて代表を10%以上獲得している場合には、当該産業分野における代表性が認められる (L O L S 第7条2項 ; sindicatos representativos en un ambito territorial y funcional específico)。これに当てはまるものは、航空、鉄道、医療、教育といった比較的専門性の高い産業にみられる。

代表性を備えていない組合

統一代表を十分に獲得できなかったために、上記の3つに該当しない労働組合も存在する。この場合、当該組合が行使しうる権能は非常に限られたものとなる。代表性を持たずとも労働組合であれば行使できる権利として挙げられているものは、組合支部の設立、組合集会の開催、情報アクセス権である (L O L S 第8条1項)。また、統一代表の候補を擁立することも組合の持つ権限の一つと言える。労働者憲章法の規定によると、組合組織に依らずに候補者となるためには推薦人を集めなければならないことに比して、労働組合は有利な扱いを受けているからである。

(4) 団体交渉と労働協約

(a) 統一代表と労働組合の関係

ここまで従業員代表制度と労働組合代表とについて各々みてきたわけであるが、並立している両者の関係を説明するため、以下では労働協約の締結を目的とした団体交渉の場面を想定して話を進めることとする。

繰り返しになるが確認しておく、スペインにおいて労働者を代表する2者はカバーする範囲がそもそも異なる。従業員代表たる統一代表は事業場を単位として選出される

⁸ 二大労働組合と政治との関わりについては、横田正顕「体制移行後のスペインにおける労働政治の変容：社会的協調とフレキシキュリティ」生活経済政策研究所『生活経済政策』2007年10月号を参照。

ものであるから、その権限が直接に及ぶ範囲は企業内に留まる。これに対して労働組合の軸足は企業の外にある。従って、複数の企業にまたがるような地域的労働協約（そして、そのための団体交渉）の当事者たり得るのは、労働組合を代表する者のみである。

すなわち、統一代表と労働組合との競合が生じるのは、企業単位で適用される労働協約をめぐる交渉の場面においてということになる。そして、企業を単位とする集团的労使関係についてみれば、統一代表が根幹に据えられているところがスペインの法制度の特徴的なところである。労働組合のみならず統一代表にも、団体交渉をしたり、さらには労働協約を締結する権限までもが付与されている。協約の締結を労働組合が独占する仕組みにはなっていないのである。

(b) 交渉担当者会議の編成

交渉の対象となる事項には、賃金、労働時間、労働条件の変更、職能資格制度、集団的に行われる配置転換など幅広い内容が含まれる（E T 第85条）。

協約の締結に際しては、まず交渉担当者会議が結成される。企業ないし事業場単位の場合には労使各々につき最大12名、地域別ないし産業別で締結される場合には最大15名で構成される（E T 第88条 2 項ないし 3 項）。労使の各当事者の絶対過半数の賛成を以て協約が締結されるが、当該協約が行政機関に送付され、官報に掲載されることで効力が生じる（E T 第86条）。

この際、企業単位で交渉が持たれる場合（すなわち統一代表が存在している局面）と、それより広い範囲を対象とする場合（産業別に労使団体による交渉が行われるとき）とで、状況は二分される。

企業・事業場単位での団体交渉

E T 第87条 1 項前段は、「企業ないしそれより狭い範囲を適用対象とする労働協約の交渉を行う場合に交渉権限を有するのは、企業委員会、従業員代表委員、さらに、もし労働組合代表者が存在する場合には労働組合代表である。」と定めている。すなわち、文言上は統一代表と労働組合の双方に団体交渉権が付与されていることになる。もっとも、組合代表が交渉に臨むにあたっては、統一代表の過半数を獲得していることを条件とすることが別に定められており（E T 第87条 1 項後段）、これにより両者の競合は回避が図られる。

それでもなお、統一代表である者の中に多数派と少数派とがいるような局面では、交渉の申し込みが競合する場合も起こりうる。その際には時間的な前後関係、すなわち先に交渉の申し込みを行った者が交渉権を得ることになる。

統一代表の構成員は最大で75名に達するのに対し、交渉の場に臨めるのは最大12名の上限が設けられている。そのため、交渉担当者の選出に際しては、出身母体の構成比に合わせた比例配分を行うという取扱いが為されている。

企業より広い単位での交渉

次に、地域別ないし産業別で労働協約を締結しようとする場合についてである。この場合、労働者側の主体は常に労働組合である。しかし、ここでも統一代表のシェアが問題とされる。すなわち、協約が適用されることになる範囲において統一代表の過半数を獲得していなければ交渉担当者会議を結成することができず、ひいては労働者側の当事者となることができないのである（E T第88条1項後段）。

スペインの労使関係法制はこのような制度設計になっているため、たとえ企業を超えた範囲（地域別・産業別）の労働協約であろうとも、労働組合としては対象とする領域の統一代表選挙においてより多くの代表を獲得していなければならないことになる。統一代表の確保を果たせず代表性を備えることができなかった労働組合には、法定労働協約（convenios estatutario）の締結権限を与えないところにスペインの労使関係法の特色がある⁹。このように代表性の有無をもって労働組合の行使しうる権限を決するという制度になったのは、1977年に組合の設立が承認された際、組合が乱立したために生じた事態を收拾しようとしたことである¹⁰。

(5) 労使関係の実際

(a) 労働協約の適用範囲

ここまで法が定める制度の建前をみてきたわけであるが、こうした制度は実際に機能しているのだろうか？ 結論を言えば、スペインにおいて労働条件を実際に決定しているものは労働協約であり、影響力を有しているのは労働組合である。

E T第83条1項は、労働協約は適用対象下に置くこととされた地域ないし事業場の範囲内で効力を有すると定めている。政府の統計資料によると、2007年には労働協約が全体で5191件締結され、述べ1038万人の労働者が協約の適用対象下に置かれていたと報告している。これを協約の適用範囲別にみると、企業単位で結ばれたものは3941件と多いものの、協約の対象となる労働者の数でみると112万人（10.9%）に過ぎない。影響力という点からすれば、自治州の構成単位である「県」ごとに締結されたものの方が割合は大きく¹¹、975件の協約が述べ553万人（53.3%）に対して適用されている。また全国

⁹ ここで、「法定」労働協約と限定したのは、労働協約にはE T労働者憲章法の定める手続によらないで締結されるものもあるためである。

¹⁰ 国際労働法フォーラム編『企業内労働者代表の課題と展望 従業員代表法制の比較法的検討』（2001年、財団法人労働問題リサーチセンター）148頁〔中村（櫻庭）涼子執筆部分〕。

¹¹ スペインの地方自治の単位は17ある自治州であるが、それがさらに50の県（provincia）に区分される。例えばバレンシア州（Comunitat Valenciana）の場合、州都を擁する中央部のバレンシア県（248万人）、南部のアリカンテ県（182万人）、北部のカステジョン県（57万人）の3つの県によって構成される。

協約も87件あり、述べ275万人（26.5%）をその適用下に置いている¹²。

このデータからは、地域別ないし産業別に締結された労働協約が機能していることが読み取れるのであり、労働組合が労働協約を介して労働条件の決定について関与していることがスペインの労使関係の実態であろうことが推察できる¹³。ここからは、統一代表という従業員代表システムが設けられて協約締結権限が付与されてはいるものの、企業の外部にある労働組合が労働条件決定に深く関わっていることがわかる。

(b) 労使関係の成立史

これまで概観してきたような特徴を持つスペインの労使関係は、どのような経過を経て誕生したのであろうか。その沿革について簡単に触れておこう。

従業員代表組織が団体交渉や労働協約をも担当する、という制度が構築された理由は、民主化前の施策に求めることができる。スペインでは、1939年からの37年間、将軍フランコによる独裁が行われていた。この時期には労働に関する自由は制限され、労働組合を結成して団結することは認められていなかった。1940年には、労働者と使用者のすべてが加入を義務付けられる翼賛団体として、全国中央労働組合（Central Nacional Sindical；略称CNS）が設立されている。この時期、労働条件は国家が直接に労働規則を通じて決定する仕組みが採られていた。労働者の生活は、労働者自身が独力で変えていくようなものではなく、国家によって保障されるものであるとの建前が貫かれていたのである。

それが、1958年4月24日の法律¹⁴により労働協約による労働条件決定が承認されることになる。その際に労働協約の交渉の場として用いられたのがCNSであった¹⁵。

1959年以降、フランコは「経済安定化計画」を掲げ近代化路線へと乗り出すことになるが、それに伴って労使紛争も激化するようになる。労働条件の管理を国家が一元的に行うことが困難になったため職場に近いレベルへと決定権限が下ろされることになり、事業場から選出された労働者の代表に交渉を委ねることにしたのである。現在では二大労働組合の一角を占めるCC.OO.であるが、この時期、職場代表として浸透する戦術を取り、政治的には非合法組織ではありながらも影響力を広げていった。

フランコは1975年に死去したが、フアン＝カルロス 世が国王に即位して王政復古を遂げると、積極的な民主化が推し進められることになった。1978年12月29日に、現行の民主化憲法が公布・施行されている。そして、現行スペイン労働法の根幹を為すETが1980年3月10日に、労働組合法制の基本枠組みを定めるLOLSは1985年に制定されて

¹² Condiciones de trabajo y relaciones laborales, *Anuario de estadísticas del Ministerio de Trabajo e Inmigración 2007*.

¹³ Mario Izquierdo, Esther Moral y Alberto Urtasun, *El sistema de negociación colectiva en España*, Banco de España (2003)

¹⁴ La Ley de Convenios Colectivos Sociales, de 24 de abril de 1958

¹⁵ アロンソ・サインス「スペイン労働法の形成と展開」千葉大学法学論集17巻4号（2003年）143頁。

いる¹⁶。

こうしてスペインの法制度は民主的なものへと改まっていった。しかし、フランコ時代に組み立てられた労使関係の枠組みである《全従業員を代表する者に、労働協約の締結と団体交渉を担当させる》という発想は受け継がれ、今日みられるようなスペインの統一代表制度が構築されたのである。すなわち、スペインの統一代表（従業員代表）制度は、労働組合をシステムの内部に取り込んで機能していくことが設計段階から予定されていたものである。

もっとも、この説明は機能から演繹した帰結である。歴史の流れからすれば、現行スペイン労使関係の枠組みは法制度よりも先に実際が先行していた。民主化進展に伴う混乱期において二大労働組合を中心として構築された労使関係の実態が、法制度を整えようとする際に立法によって吸い上げられ、労使関係法制を形作る実定法へと格上げされることによって構築されたものなのである。

(6) おわりに

最後に、スペインの統一代表システムについて若干の考察を加える。

統一代表制度の運用を見ると、企業単位のみならず、企業の外部（地域単位ないし産業単位）においても協約の交渉に臨む者を公正に選び出す機能を果たしていることが指摘できる。また、その反射的な効果として、労働組合が行使しうる影響力を増幅する役割を果たしているということも言えよう。

スペインの労働組合組織率は約17%と低い方である。とはいえ日本の組織率も18.1%であるから¹⁷、同程度であるともいえる。殊にスペインの場合、フランコ政権期に組合への強制加入をさせた反省から、消極的団結権（労働組合に加入しない自由）を憲法で承認していることも組織率低下の理由として挙げることができる。

ところが、統一代表に選ばれた者の出身母体を見ると、労働組合に籍を置く者の比率が大変に高いことが分かる。2007年は4年に1度の選挙の年であり、約13万5000の企業において選挙が行われた。その結果、C C .O O（労働者委員会）には11万3963人、U G T（労働者総同盟）には10万8845人の統一代表が属することになった。統一代表の地位にある者はスペイン全土で29万3401人であるから、そのうち75.94%までもが二大労働組合の出身者によって占められていることになる¹⁸。

¹⁶ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. なお、この法律は1995年に大改正が行われ、現在のE T労働者憲章法へと発展した。

¹⁷ 厚生労働省『平成20年労働組合基礎調査』による。

¹⁸ 二大労働組合は、統一代表選挙の結果を組合の外部に向かって公表しないことを1994年に協定し、現在においてもこの方針を維持している（J I L P T『海外労働事情』2007年1月の記事）。そのため、統一代表についての正確な数字については不明瞭なところがある。ここに掲げた数値は、新聞報道（《El Mundo》紙2007年3月17日付けの記事）を参照したものであることをお断りしておく。

すべての従業員が関わる統一代表の選挙を経ることにより、形式的にとはいえ、集团的労使関係における民主性と正統性が確保されている。そして、統一代表選挙を通じて代表性を獲得した労働組合は、企業内に留まらぬ広い範囲で影響力を行使できるようになる。スペインの集团的労使関係制度の中では、労働組合は組織率に現れている以上に影響力を行使しうるのである。

一般的にいつて従業員代表制度は、使用者の経費負担によって運営され、使用者のイニシアティブの下に運営されるものであるから、自治を本旨とする労働組合とは相容れない存在であると理解される。しかしながらスペインの例からは、従業員代表制度であっても労働組合と親和的なシステムを構築することもあながち無理なことではない、ということが言えそうである。とはいえ、スペインの場合には、企業の外部に産業別組合が存在してネットワークを構築しており、制度の運用を支えているということを失念してはならない。

3. 雇用差別禁止法制 ヨーロッパの動向

櫻庭涼子

(1) はじめに

EUは極めて包括的な雇用差別法制を有する¹。中立的な基準に基づく行為でも不均等な効果を及ぼすならばそれを差別として取り扱う。この間接差別(indirect discrimination)の法理は賃金にも適用される。差別禁止事由についても、性別、人種、宗教、年齢、障害、性的指向と幅広い。パートタイム労働、有期雇用労働、派遣労働など雇用形態による差別も禁止されている。

このような保護に厚い差別禁止法理はどのような背景の下に発展したのか。差別規制の発展は、それが大幅な拡充であればあるほど、企業実務や国の施策に大きな変容を迫ることになりそうであるが、これらの点にはどのように配慮されているのか。年齢や障害、雇用形態による差別については、その特質を反映して差別禁止法理においても違いがみられるのではないかと予想されるが、実際はどうか。本稿はこれらの点を軸としてEUにおける雇用差別法制の展開を紹介するものである。

(2) 差別禁止事由の拡大

(a) ローマ条約採択と男女差別規制

EC(EEC)の雇用差別規制は1957年ローマ条約(以下「条約」という)²からスタートした。国籍に基づく差別は、域内では人は自由に移動できるという共同市場の考えに反するとして、禁止された(旧6条(12条、39条))。男女同一賃金についても規定された(旧119条(141条))。これは、当時既に同様の規制を有したフランスの懸念に対応して設けられた。フランスは、自国の企業が、共同市場内での競争において、かかる規制をもたない国の企業に比して不利になると考えたのである。要するにこの時の差別規制は全て、共同市場との関係から生まれた、経済的関心によるものだった。

しかし1970年代半ば以降、共同体の社会的側面に目が向けられる中、男女差別の分野において相次いで指令が出される。1975年には、旧119条に基づき、男女同一賃金原則の適用に関する指令(75/117指令)が採択された³。1976年には、条約旧235条(共同市場の

¹ EUの雇用差別規制については柴山恵美子=中曽根佐織編著『EUの男女均等政策』(2004年)、同『EU男女均等法・判例集』(2004年)、濱口桂一郎『EU労働法形成過程の分析(2)』(2005年)187頁以下、橋本陽子「パートタイム労働者とフルタイム労働者の賃金格差の是正」日本労働法学会誌110号149頁以下(2007年)参照。

² 正式名称はTreaty establishing the European Economic Community(マーストリヒト条約改正後はTreaty establishing the European Community)。

³ [1975] OJ L 45/19.

運営のために理事会が適当な措置をとる旨の規定)に基づいて、雇用へのアクセス、職業訓練、昇進及び労働条件における男女平等取扱い原則指令(76/207指令)⁴が出された。

(b) ローマ条約13条に基づく差別規制

イギリスで1997年にブレア労働党政権が誕生して以降、EUの雇用差別規制は拡大の一途を辿る。特に重要なのは、同年アムステルダム条約により改正されたローマ条約13条が次のように規定したことである。理事会は、欧州委員会の提案に基づき、欧州議会と協議した上で、全会一致により、性、人種・出身民族、宗教・信条、障害、年齢、性的指向に基づく差別と闘うため、適切な措置をとることができる、と規定されたのである。

2000年には、この13条を根拠に指令が相次いで採択される⁵。人種・出身民族による差別を禁止する指令が(2000/43指令)、次いで、宗教・信条、年齢、障害、性的指向を理由とする雇用差別を原則として禁止する、雇用及び職業における平等取扱いの一般的枠組を設定する指令(2000/78指令)が採択される。これらは差別禁止事由を一挙に拡大するものであった。また、人種差別の禁止は、雇用分野から社会保障、教育、物・サービスの提供に及び(2000/43指令3条)、格段の規制強化がなされた。

(c) 雇用形態による差別の禁止

さらに、ヨーロッパレベルでの労働協約に基づいて、1997年にパートタイム労働指令(97/81/EC)、1999年に有期雇用労働指令(99/70/EC)が出されるに至っており、2008年には派遣労働指令(2008/104/EC)も採択されている⁶。

パートタイム労働指令は、1997年に、ヨーロッパレベルで締結されたパートタイム労働枠組協約を附則に取り込む指令として採択されたものである。同指令附則4条は、パートタイム労働者は、パートタイム労働であることを理由として、客観的(objective)理由によって正当化されない限り、比較可能なフルタイム労働者よりも不利益な取扱いを受けないと定めており、適切な場合には、時間比例原則が適用されるとする⁷。

⁴ [1976] OJ L 39/40. 社会保障(79/7/EEC [1979] OJ L 6/24)、職域社会保障(86/378/EEC [1986] OJ L 225/40)、自営業(86/613/EEC [1986] OJ L 359/56)の男女平等に関する指令もある。男女平等に関する指令は、2006/54指令([2006] OJ L 204/23)で統合されるに至っている。

⁵ [2000] OJ L 180/22; [2000] OJ L 303/16; [2008] OJ L 327/9.

⁶ [1998] OJ L 14/9; [1990] OJ L 175/43; [2008] OJ L 327/12.

⁷ 附則3条の定義によると、同一の事業所において、同一または類似の労働・職業(勤続期間、資格・技能等の要素に適切な考慮を払うものとされる。)に従事するところの、同一類型の雇用契約または雇用関係をもつフルタイム労働者をいう。同一事業所において比較可能なフルタイム労働者がいない場合には、比較は、適用可能な労働協約について行い、適用可能な労働協約がない場合は、国内法、労働協約または慣行に従うものとされる。「パートタイム労働者」は、同条により、比較可能なフルタイム労働者の所定労働時間よりも短い労働者をいう、と定義される。所定労働時間は、週労働時間または1年以内の雇用期間の平均労働時間で算定するものとされる。

1999年には、同様の方法により有期労働契約指令が採択された。有期契約労働者は、労働条件に関して、有期契約を締結していることを理由として、客観的な理由なく、比較可能な無期契約の労働者⁸よりも不利益な取扱いを受けない(4条1項)。比例原則も適用される(4条2項)。特定の労働条件についての勤続期間資格は、客観的理由がなければ、無期契約の労働者と同一にすべきものと規定される(同条4項)⁹。

この差別禁止規制が2008年には派遣労働者にも及ぶ。派遣労働指令によれば、派遣労働者の基本的な労働条件は、派遣先企業に配置される期間中は、当該派遣先企業に直接雇用されて同一職務に就いていた場合に適用されたであろう労働条件を下回ってはならない(5条1項)。「基本的な労働条件」には、労働時間、時間外労働、休憩、休息时间、深夜労働、休暇、賃金が含まれる(3条1項f)。ただし例外が広く認められている。

派遣元と無期契約を締結する派遣労働者が、派遣先に配置されない期間も賃金を継続して支払われている場合、労働協約に定められる場合、全国レベルの労使代表によって定められる場合には、加盟国は、一定の要件のもとに均等待遇原則の例外を認めることができる(5条2項ないし4項)¹⁰。

(3) 雇用差別法制の発展の背景

(a) 基本権保護

EUの雇用差別規制の発展の根底には、基本権保護思想が流れている。このことは、次の2000/78指令前文によく表れている¹¹。

「EUは、自由、民主主義、人権及び基本的自由の尊重、法の支配、全加盟国に共通する原則に基礎を置いており、人権及び基本的自由の保護のための欧州条約によって保障される基本権並びに加盟国に共通する憲法の伝統に由来する基本権を、共同体法の一般原則として、尊重する」(前文(1))

また、世界人権宣言、女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約、A規約、B規約、ILO第111号条約も引用されている(前文(4))。近年に出された指令ではこう

⁸ 同一の事業所において、同一または類似の労働・職業(資格・技能等の要素に適切な考慮を払うものとされる。)に従事する者と定義される(3条2項)。同一事業所において比較可能な労働者がいない場合には、比較は、適用可能な労働協約について行い、適用可能な労働協約がない場合は、国内法、労働協約または慣行に従うものとされる。

⁹ このほか、使用者は、可能な限り、次のことを考慮すべきものとされている。すなわち、空席となったフルタイム労働・パートタイム労働への転換の申出、フルタイム・パートタイム間の転換促進のためにそれらへの就職可能性に関して適時に情報を提供すること、パートタイム労働者の職業訓練の受講を促進するための措置等(5条)である。有期契約者についても、使用者は、無期契約への就職可能性に関する情報や職業訓練機会を提供し、労働者代表に対して有期労働に関する情報を提供するものとされている(6条、7条)。

¹⁰ 4項は、労働協約の拡張適用制度をもたないイギリスなどに配慮して設けられたものである。

¹¹ EUの雇用差別法制の趣旨については、拙著『年齢差別禁止の法理』(2008年)207頁以下参照。

した内容の前文が述べられている。欧州司法裁判所もまた、判決を下す中で、差別禁止が基本権を保障するものであることを強調してきている¹²。

(b) EU独自の文脈

雇用差別禁止法制が発達してきた背景に、EU独自の事情があることも確認しておかなければならない。

一つはEUの存在意義に関わるものである。2000年の2つの指令の根拠となったローマ条約13条が導入された背景に「EU市民権 (EU citizenship)」の問題があることは多くの論者が指摘する。EUでは1990年代から、市民的及び社会的権利 (civic and social rights) についての定めを条約に挿入することにより、EU市民がEUを遠い存在ではなく身近に感じられるようにし、EU市民のアイデンティティを確保すべしとの議論がなされている。これは、ローマ条約では社会的側面に関わる規定が不十分であること、EUの通貨・政治・労働市場に関する統合が必ずしも容易でなく危殆にさらされているといった事情によるものであった。人々がEUを身近に感じるようにするため、社会的価値の重要性が説かれ、その一環として差別の禁止が求められた、というわけである。

もう一つ、東欧諸国等の加盟という事情も無視できない。先に述べたEU市民権をめぐる動きは、今後加盟が予測される国に対し、EUは社会的価値を基盤とするというメッセージを送る必要に応じたものでもある、と指摘されている。さらに、2000年の指令が極めて迅速に採択されるに至ったことには、オーストリアでハイダー率いる極右政党が政権を握ったことが影響したといわれる。

とはいえ、障害、年齢、性的指向による差別までも加盟国に規制を義務づけるのは難しそうにも思えるが、人種差別等の他の差別との抱き合わせで議論されたことがその推進に貢献した。例えば、ローマ条約改正に係る政府間会合では、当初、年齢、障害、性的指向を理由とする差別をカバーすることについて加盟国は消極的であった。1997年3月には、オランダ政府が、既存の政策的規定において取組むことがより適切であるという理由により、それら三つの事由による差別を除く提案を行った。しかし欧州議会とNGOの反対に遭い、この提案は取り下げられた。2000年の指令でも、様々な差別事由を等しく取扱う水平的アプローチ (horizontal approach) がとられたため、年齢など特定の差別事由を取り上げて反対することは困難であったといわれる。

(c) 雇用政策としての差別禁止

EUで雇用差別規制の強化が求められているのは雇用政策の一環でもある。雇用差別を規制することは社会保障財政負担の抑制、家庭の購買力改善、さらに人的資源を最大

¹² Case 13/94 P v S [1996] ECR I-2143. 欧州憲法条約 (Treaty establishing a Constitution for Europe, Article II-21) も参照。

限活用することによる企業の競争力向上に繋がり、ひいては経済的成長にとって直接的な利益をもたらす、中期的には雇用の増大をもたらす、という考えに基づくものである。近年の共同体の雇用戦略を策定するガイドラインの中でも、機会の均等は雇用戦略の一つとして位置づけられている。

特に年齢差別は雇用政策的観点から推進されている。欧州では長らく早期引退が推奨されてきたが、近年ではそれを転換する必要があると考えられている。2001年のストックホルム欧州理事会では、2010年までに、55歳以上65歳未満の者の就業率を当時の約35%という水準から50%に引き上げるといった目標が設定されている。年齢差別の撤廃は、公正の観点ではなく経営上およびマクロ経済上の必要から推進されている、との分析もあるくらいである。

雇用形態による差別禁止にも雇用政策的趣旨がある。たとえば、パートタイム指令の目的は、パートタイム労働者への差別を撤廃してパートタイム労働の質を向上することだけではない。使用者・労働者双方のニーズを考慮した柔軟な労働時間体制を可能にすることも目的として掲げられる。派遣労働指令でも、派遣労働者保護や均等待遇原則保障による派遣労働の質の向上だけでなく、職の創出と働き方の柔軟化促進のために、派遣労働利用の適切な枠組みを設ける必要があるとしている（2条）。柔軟な雇用形態の促進をその質の向上確保と併せて図っていくという政策目的がみてとれるのである¹³。

要するに、EUの差別禁止規制は、その特有の事情を背景にしながら、人権という御旗の下で、雇用政策的理由にも支えられて、漸次拡大されてきたのだといえよう。

(4) 差別の概念 直接差別と間接差別

(a) 間接差別法理の発展経緯

これらの差別規制は、欧州司法裁判所の解釈によって、とりわけ間接差別法理によって強化されてきた¹⁴。

1981年のJenkins事件判決¹⁵は、時給制をとる婦人服縫製工場において、パートタイム女性労働者の賃率がフルタイム男性労働者よりも1割低額に設定されていたイギリスの事案である。パートタイム労働者は男性1名を除き全て女性であった。欧州司法裁判所によれば、性別による区別を行うことなく雇用形態に応じて賃金を支払っているならば、それ自体が差別に該当するわけではない。賃金格差が、性差別と関係なく客観的に正当

¹³ なお、有期契約指令については、有期契約雇用の濫用的利用の防止という目的があげられておりパートタイム労働や派遣労働のようにそれを促進するという視点はみられない。

¹⁴ 間接差別法理については浅倉むつ子『男女雇用平等法論』（1991年）特集「イギリスにおける間接性差別」労働法律旬報1489=1490合併号（2000年）所収論文、家田愛子「EU」海外労働時報331号（2002年）49頁を参照。

¹⁵ Case 96/80 Jenkins [1981] ECR 911.

化できる理由によるならば、男女同一賃金を定めるローマ条約旧119条には反しない。しかしながら、フルタイム時間給取得に必要な労働時間就労する女性の割合が、男性に比して相当程度小さいことが証明され、かつ、女性がフルタイム労働で就労する困難さを考慮したうえで、性差別以外の理由によって賃金格差を説明できないならば、条約旧119条に反する。そして、国内裁判所は、労働時間に基づく差異が実際は性差別なのかどうかを、当該事案、歴史的経緯、使用者の意図（intention）を考慮しつつ判定すべきであるとした。

この判決は「使用者の意図」に言及していたため、パートタイム労働者への差別が違法になる事案は、男女差別の意図が認められる場合に限定される可能性があった。しかしながら、これに続く1986年のBilka-Kaufhaus事件判決¹⁶は、性別を直接の理由としていなくとも条約旧119条違反が成立しうること（間接差別の法理）を明確に判示した。この事件は、職域年金制度の受給資格を、パートタイム労働者の場合は20年以上勤務しその間15年以上フルタイムで勤務した者に限り付与していた事案である。欧州司法裁判所は次のように説示する。パートタイム労働者が職域年金から除外され、この除外がパートタイマーに占める比率の多い女性に著しく不利益である場合、企業側が、パートタイム労働者を除外することに、性差別に関連しない客観的正当化理由があることを証明しない限り、旧119条に抵触する。そして、当該目的のためにとられた手段が、企業側の真の必要性によるもので、当該目的を達成する適切かつ必要な手段といえなければ正当化することはできない。

この間接差別法理はその後の判例の蓄積も踏まえ、1997年に拳証責任に関する指令（97/80指令）において規定された後、2002年の指令（2002/73指令）によって修正された形で定義されるに至っている¹⁷。

(b) 間接差別法理の概要

日本において、パートタイム労働等、その多くを女性が担う低賃金の雇用形態の増加が男女間賃金格差につながっている現状を踏まえると、パートタイム労働者とフルタイム労働者との間の賃金格差を男女間の間接差別として規制してきたECの法理は参考になる¹⁸。

まず問題となるのは、女性に対する不均等な効果をいかに認定するか、である。この

¹⁶ Case 170/84 *Bilka-Kaufhaus* [1986] ECR 1607.

¹⁷ [1998] OJ L14/6、amended by Directive 98/52/EC [1998] OJ L 205/66; [2002] OJ L 269/15. 表面上は中立的な規定、基準又は慣行が、一方の性別の者に対し、他方の性別の者と比較して特定の不利益を与えるであろうといえる場合には、当該規定、基準又は慣行が、適切かつ必要であり、正統な目的により客観的に正当化されない限り、間接差別が成立する（2条2項）。

¹⁸ 雇用形態による差別は、後述する1997年のパートタイム労働指令（97/81/EC [1998] OJ L 14/9）4条、1999年の有期雇用労働指令（99/70/EC [1999] OJ L 175/43）4条でも禁止されている。

点については、従来は、比較対象として適切な労働者集団を選定した上で、不利益を受ける者の割合がある性別については他方の性別に比較して相当程度高いことを示す必要があると解されてきた。しかし、被差別者の側が統計証拠によってこれを示すことは困難であるため、前記指令改正により緩和がなされている¹⁹。

不均等な効果の存在が立証されると、次に、使用者による正当化が認められるかを検討することになる。単なる一般化によるもの、例えば、パートタイム労働者はフルタイム労働者と比較して企業に依存していないといった理由は認められない²⁰。団体交渉によって決定されたという理由は、考慮要素にはなりうるが、直ちに正当化理由とは認められない²¹。他方で、欧州司法裁判所は、経営上の理由による正当化の可能性を認めている。例えば前記のBilka-Kaufhaus事件では、使用者は、フルタイム労働者は雇用に伴うコストがより小さく、開店時間のどの時間帯でも使用できるという利点があり、それゆえできるだけフルタイム労働者として勤務してもらうためにパートタイム労働者を職域年金から除外しているのだとして正当化を試みた。同裁判所はこの理由による正当化の可能性を認めている。これに加えて第2に、「適切」「必要」という要素をみたとすこと、すなわち比例原則を遵守することが求められることは、既に述べたとおりである。

パートタイム労働者への不利な取扱いは、現在では、間接性差別としてだけでなく、パートタイム労働による差別としても禁じられる。このアプローチによると、パートタイム労働に従事する男性労働者への差別も違法になるという利点がある。女性が救済を求めるときも、女性に不均等に不利な効果が及ぶことの証明を要しない点で有利である。その一方で、パートタイム労働指令の保護対象者は、フルタイム労働者と同一種類の雇用契約を締結するパートタイム労働者に限定される。また直接差別について客観的理由による正当化が認められる点で、間接性差別としての規制よりも労働者に不利になる可能性がないわけではない。

(c) 直接差別と間接差別の相違

一般的な正当化が可能な間接差別に対して、直接差別が認定されると、明示の例外規定に該当しない限り、それを正当化することはできないと解されている。したがって、例外規定がない男女賃金差別（条約141条、75/116指令）については、直接差別が認定されるならば責任を免れない。その他の待遇における男女差別（76/207指令）に関しては、次の場合に直接差別の例外の可能性が開かれている。真正かつ決定的な職業条件といえる場合（2条6項）、妊娠・出産に関する女性の保護規定を理由にする場合

¹⁹ 実際に不利益が生じていなくてもその発生の蓋然性があればよく、また一般的に明白なことについては統計証拠を示さずともよいことになった。Ellis, *EU Anti-Discrimination Law* (2005), 94.

²⁰ Case 171/88 *Rinner-Kühn* [1989] ECR 2743.

²¹ Case C-127/92 *Enderby* [1993] ECR I-5535; Case C-400/93 *Dansk Industri* [1995] ECR I-1275.

(同条7項)、積極的差別是正措置 (positive action) を維持又は採用する場合 (同条8項) である。直接差別はこれらのいずれかに該当することを示せないと違法になる。

(d) **勤続年数による取扱いと間接的な男女差別**

男女間の間接差別の事例の中から、勤続年数を賃金額算定に反映させることが間接差別に該当するかが争われた事例を紹介しよう。

最初にこの点を判示したDanfoss事件判決は、使用者が勤続年数を考慮することについては何の正当化も要しないという緩やかな立場を示していた²²。しかし、その後のNimz事件で、これを修正するような判決が下される²³。この事件の事案は、労働協約において、昇給の要件として勤続期間を考慮し、その算定において、パートタイム労働者の所定労働時間がフルタイム労働者の4分の3以上であれば勤続期間を全て算入する一方、所定労働時間が2分の1以上4分の3未満であるときにはその半分のみを算入すると規定されていた。後者の9割は女性であった。使用者側の主張では、フルタイム労働者、あるいはフルタイムの4分の3以上就労する労働者は、当該職務に関する能力・技能を他の者よりも早く習得する、とされていた。しかしながら欧州司法裁判所によると、このような考慮は、ある類型の労働者についての一般化にすぎないなら、客観的な基準とはいえない。経験は、勤務期間と密接な関係にあり、労働者は、経験を積むと職務をより良く遂行するようになるのが一般的であるが、このような基準の客観性は、当該事案の事情 職務の性質、職務遂行から得る経験と勤務期間との関係など に左右されるものである。したがって、国内裁判所は、当該労働協約の規定が、性差別に関係のない客観的に正当化される要素に基づいているかどうかを、諸事情を総合考慮して判定しなくてはならない、と説示した。

しかし、2006年10月、Cadman事件において、Nimz事件判決に比して緩やかな判決が下される²⁴。これは、イギリスの安全衛生執行局の女性監督官である原告が年収約3万5千ポンドだったところ、同じ給与バンドの同僚男性の年収は3万9千ポンド、4万3千ポンド及び4万4千ポンドで原告よりも高かったため、これは男性職員らの勤続年数が長いからであり男女賃金差別に当たるとして提訴した事案である。イギリスの控訴裁判所が欧州司法裁判所に付託したところ、同裁判所は次のように説示する。

「勤続期間基準を用いることは、当該労働者がその義務をより良く遂行することを可能にする経験が得られることに報いるという正当な目的を達成するために、適切なものであるから、労働者が、この点に関して重大な疑いを生じさせる証拠を提出しない限り、使用者は、特定の職務に関して当該勤続基準を用いることが目的達成のために適切であることを具体的に立証する必要はない。」

²² Case 109/88 [1989] ECR 3199.

²³ Case C-184/89 [1991] ECR I-297.

²⁴ Case C-17/05 [2006] IRLR 969.

「賃金の決定に関して、遂行される労務の評価に基づく職務分類制度がとられている場合には、個別の労働者が、当該期間に得た経験により、その義務をより良く遂行することが可能になったことを示す必要はない。」

日本で、仮に賃金も含めて間接差別を禁止する立法ないし解釈がなされた場合には、年功賃金の適法性が問題になりうる。Nimz事件判決とCadman事件判決をいかに整合的に理解するか、今後どのような欧州司法裁判所判決が下されるのか、今後の展開が注目される。

(5) 差別が禁止される事由ごとにみられる規制の特徴

(a) 障害者

(i) 使用者の積極的義務

2000 / 78指令は、差別禁止事由を拡大しただけでなく、差別や平等の概念に一部修正を加えている。指令5条は、障害による差別について次のように規定し、使用者に対し合理的便宜（reasonable accommodation）を図るよう求めているからである。

「障害を持つ者との関係における平等取扱原則の遵守を確保するため、合理的な便宜が供与されるものとする。このことが意味するのは、特定の場合に必要であれば、それが使用者に不釣り合いな負担を課すことにならない限り、障害者が雇用にアクセスし、参加し若しくは昇進すること又は訓練を受けることを可能にする適切な措置を、使用者がとるということである。使用者の負担は、加盟国の障害政策の枠組みの中で存在する措置によって十分に補償されているならば、不釣り合いでないものとする。」

これまで男女の異別取扱いは、女性に対する優遇であっても、一定の基準の下に「許容」されてきた。例えばKalanke事件は、州公務員の採用・昇進に関し、既存の職員中、女性が半数に満たない職務については、女性と男性が適格性において同等の場合は女性を優先する旨定めるドイツの州の法律が問題となった。欧州司法裁判所は、76 / 207指令旧2条4項（2条8項）は基本権からの逸脱（derogation）規定であるから厳格に解されなければならないとして、女性に対し絶対的かつ無条件の優遇を与えるこのようなルールは許されないと判断している²⁵。

しかしここに来て、使用者は、障害を持つ者に対して合理的便宜措置を講ずることを「要請」され、障害を持たない者とは異なる取扱いを求められている²⁶。障害を持つ者が労働市場において均等な機会を与えられるためには、障害を持つ者それぞれの異なる

²⁵ Case C-450/93 [1995] ECR I-3051. 判例の展開は山田省三「ヨーロッパ司法裁判所におけるポジティブ・アクション法理の展開」中央大学比較法雑誌34巻4号（2001年）1頁以下参照。

²⁶ Skidmore, 'EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy?' (2001) 30 *Industrial Law Journal* 126, 129.

ニーズに応じた措置が不可欠である。こうした障害による差別の特性をふまえ、使用者に積極的行為が求められるようになったことによって、障害という事由に限ってではあるが、従来の差別概念や平等の理念が修正されたといえる。合理的便宜措置の内容について今後いかなる解釈がなされるのか、障害以外の事由による差別の解釈に影響を及ぼすのか、その行方が注目される。

(ii) 障害概念に関する判例

「障害 (disability)」概念に何が含まれるか。これを広く解するならば、障害者について合理的便宜を供与しないと差別になりうるだけに、そのインパクトは大きなものとなる。

この点が争われたNavas事件は²⁷、原告 (Navas) が、疾病を理由に就業適格性に欠けると診断され、8か月間休職した後に解雇された事案である。原告は、当該解雇は疾病休職を理由とするものであり障害を理由とする差別として無効になると主張して、スペインの国内裁判所に提訴した。同裁判所は、疾病のみを理由に解雇された者に対して2000/78指令の保護が及ぶのか否かについて、欧州司法裁判所に先行判決を求めた。

欧州司法裁判所は、疾病のみを理由として解雇された者は同指令の保護対象にならないと結論づける。理由は以下の通りである。第一に、2000/78指令は雇用及び職業に関する一定の類型の差別に取り組むことを目的とするものである。このことをふまえると、障害という概念は、身体的、精神的または心理的な損傷等から生じ、その者の職業生活への参加を妨げる制約を指すものと解すべきである。第二に、障害という概念を用いるにあたって、立法者は意図的に、疾病と異なる文言を選んでいるから、2つの概念を単純に同一のものと取り扱うことはできない。第三に、指令前文16は、職場における障害者のニーズに対し便宜を図る措置は、障害を理由とする差別に取り組む際に重要な役割を果たすとしている。立法者が、障害に職場を適合させる措置に与えた重要性からは、長期間にわたって職業生活への参加が妨げられる状況を想定していたことが示される。第四に、2000/78指令では、労働者が疾病に罹患するや否や障害者差別禁止による保護を受けるとなるということ、全く示されていない。

この判決により、障害の概念から短期間の疾病が除かれることが明らかとなった。とはいえ、合理的便宜措置として何が求められるかによっては、大きな影響を及ぼす可能性はなお残ることになる。

²⁷ Case C-13/05 [2006] IRLR 706.

(b) 年齢差別

(i) 正当化の可能性

年齢差別については、相対的に広く正当化の可能性が認められていることを指摘できる。EUでの規制の歴史の長い男女差別については既述のように、直接差別は、特定の例外事由に該当することを示さなければ指令違反となる。これに対し、年齢差別については以下の規定により、直接差別であっても、雇用政策、労働市場等の目的により正当化しうることが認められていることが注目される（2000/78指令6条1項）。

第6条 第1項 加盟国は、第2条第2項に関わらず、年齢に基づく異別取扱いが、国内法の事情において、正当な雇用政策、労働市場及び職業訓練を含む正当な目的によって、客観的かつ合理的に正当化され、かつその目的を達成する手段が適切かつ必要である場合には、差別を構成しないものとする定めることができる。

例えば「当該ポストの訓練条件又は引退前の合理的な雇用期間が必要であることを理由として、採用の年齢上限を設定すること」等はこの規定により正当化しうる（同条1項(c)）。

(ii) 判例展開

欧州司法裁判所はこの6条1項につき、有期契約規制の高齢者への適用除外が年齢差別に該当するか否かが問題となったMangold事件において厳格な立場を示した²⁸。ドイツでは、有期契約が解雇規制の潜脱として利用されることを防ぐために、期限設定に客観的な理由を求める法律規定が存在する（パートタイム労働・有期労働契約法（TzBfG）14条1項）。この規制は、58歳以上の者を雇用する場合は適用されないとされ（14条3項）さらに2006年末までは、暫定的措置としてその年齢が52歳に引き下げられていた。

この高齢者についての規制の緩和は、年齢を理由とする直接差別に該当するが、前記指令6条1項によれば、目的が正当であり、それを達成するための手段が適切かつ必要といえれば、指令違反にならない。欧州司法裁判所は、本件規制の目的、すなわち失業すると再就職するのが著しく困難な高齢者の就職を促進するという目的は正当であると認める。しかし、52歳以上の者の一律の適用除外は、目的との関係で適切かつ必要とはいえないとする。すなわち、52歳以上の者は、職業生活の相当の期間において、労働者保護の主要な要素である雇用の安定という利益から除外される危険にさらされる。にもかかわらず、適用除外規定では、当該労働市場の構造は考慮されておらず、当該労働者が有期契約締結以前に失業していたのか否か、その失業期間がどのくらいの期間であっ

²⁸ Case C- 144/04 Mangold [2005] ECR I-9981. 川田知子「海外判例レポート」労働判例912号（2006年）96頁以下、橋本陽子「EU法の最前線（77）」貿易と関税54巻9号（2006年）75頁以下、名古屋功「EC企業法判例研究（93）」国際商事法務26巻12号（2006年）1650頁以下。

たかによる区別もなされていない、とされる。

しかしその後、65歳定年制を許容するスペイン法は、指令に違反しないと判断された²⁹。欧州司法裁判所によると、この規定は、失業抑制という正当な公益目的によるものである。定年制という手段は、失業抑制という目的との関係で、不適切・不必要であることが明白でない限り、指令に違反しない。スペイン法で許容される定年制は、公的老齢年金を受給できる65歳に設定されて、しかもその受給資格をみたす者を対象にすべきものとされており、しかも、労働協約で定められる定年制に限って認められているからである。裁判所によると、労働生活を延長するのか早期に引退させるのかについて、加盟国は、政治・経済・社会・人口動態・予算などの諸点を考慮しつつ国内労働市場の状況を勘案して決定する裁量をもつ。

年齢差別規制の例外にあたるかどうかの基準 目的の正当性、手段としての適切性・必要性という要件は、事案しだいで緩和される柔軟なものだということが明らかになったのである。

(c) 雇用形態による差別

パートタイム労働・有期雇用労働については、すでにみたように、直接差別であっても客観的理由による正当化が可能である。派遣労働については、派遣先で就労していない期間も派遣元により賃金を支払われている場合、労働協約による場合は、同一の職務に就いている派遣先労働者よりも不利な労働条件とすることが認められる。これらの点は、直接差別は特定の正当化事由によらなければ違法になるという他の差別規制と大きく異なる特徴であり、その適切性をめぐり見解が分かれている。

(6) おわりに

以上で検討したように、EU(EC)は、基本権保護という趣旨を前面に掲げて、雇用差別規制を強化してきた。日本において、間接性差別やパートタイム労働による差別や募集・採用時の年齢差別が限定的であるとはいえ違法とされる等、差別規制が拡大する動きを見せていることからすると、EUの規制のあり方及び解釈運用は参考になる。

もっとも、強力な雇用差別規制の背景に、基本権保障という趣旨だけではなく、市場統合という特有の事情があることや、雇用政策としてもその強化がめざされていることを忘れてはならない。また、年齢差別や雇用形態による差別について一般的正当化を許す条文の存在や、間接差別や障害者差別に関する最近の判例をみると、雇用差別規制を拡張する方向に単線的に進んでいるわけでもない。「差別は逆差別・間接差別を含めて包括的かつ厳格に規制されるべきだ」という伝統的な差別禁止法理に忠実に発展してきているわけではないのである。特に、規制の是非をめぐって議論が活発化している年齢

²⁹ Case C-411/05 Palacios de la Villa [2007] ECR I-8531.

差別や障害差別、雇用形態による差別等は、それらを法によって原則禁止するとしても、問題となる論点 差別禁止の例外をどこまで認めるか、「障害」とは何か、どの程度の「合理的便宜」を企業に求めるか等 の解釈を以て、その規制の程度には相当の差が生じうることに留意しなければならないだろう。

4. 雇用差別禁止法制 スウェーデンにおける雇用差別と法規制

両角道代

(現在産休中のため、レジュメの形で提出させていただきます)

(1) はじめに

アメリカやEUとは異なる伝統・特徴を持つ北欧型の法制度から、雇用差別の法規制のあり方について、どのような示唆が得られるか？

(2) スウェーデンにおける雇用差別禁止法の発展

(a) 労使自治と使用者の権利の尊重（第一期）

1926 産業横断的な基本協約の締結

・使用者による労働組合の権利（団結権、団交権、協約締結権、争議権）の承認

・労働組合による使用者の権利（採用、解雇、労働力配置の自由）の承認

労使自治の尊重と国家不介入がスウェーデン労働法の基本理念に

(b) 女性の就業促進政策の発展（第二期）

1976 両親休暇法制定

1979 男女雇用機会均等法（79年均等法）制定 最低限の差別禁止

(c) EU加盟とEC法の国内法化（第三期）

1991 新男女雇用機会均等法（91年均等法）制定 間接差別の禁止など

1995 EU加盟

1999 民族・宗教・信条を理由とする差別禁止法、障害者差別禁止法、性的指向を理由とする差別禁止法の制定

2002 パート・有期雇用差別禁止法制定

(d) 積極的法規制へ（第四期）

2006 両親休暇法改正 両親休暇取得を理由とする差別の禁止

2008 包括的な差別法（Diskrimineringslagen）の制定（2009年より施行）

・10の領域（雇用、教育、労働市場政策と職業紹介、起業、一定の組織への所属、商品・サービス・住居、保健医療・福祉サービス、社会保険など）

・7つの差別禁止事由（性別、民族・出身国、宗教・信条、障害、性的指向、性同一性障害、年齢）：年齢差別は雇用と教育の2領域についてのみ禁止

(3) 差別法（2008）における雇用差別の規制

(a) 禁止される雇用差別の範囲

(i) 包括的な差別禁止

「職場において、または雇用に関連して、使用者と労働者または求職者の間に起こりうるあらゆる状況」における差別（求職者、見習い、派遣など社外労働者に対する差別を含む）を禁止

(ii) 差別概念

基本的にE C指令と同じ（直接差別、間接差別、ハラスメント、セクシュアルハラスメント、差別の指示）

(b) 差別是正のための措置の義務づけ<性別、民族、宗教・信条>

25人以上の労働者を使用する事業場の使用者に対して、賃金格差の分析義務や均等推進計画の作成義務など

差別オンブズマン（下記）による監督と制裁

(c) 実効性確保のしくみ

(i) 差別オンブズマン（専門的行政機関）

差別法制定に伴い、従来は法律ごとに分かれていた4つのオンブズマンを統合

- ・法遵守に関する行政監督、制裁（特にP Aについて）
- ・差別関連の紛争処理、訴訟代行（労働者側）
- ・差別に関する調査・研究、啓蒙活動、法案作成への関与など

(ii) 労働裁判所

- ・三者構成の特別裁判所による司法審査（(c)(iii)）
- ・独自の損害賠償制度（差別法により新設）

遺失利益等の賠償に加え、差別の抑制を目的とする懲罰的賠償が可能に。

(4) スウェーデン法の特徴

(a) 消極主義の伝統と積極主義への転換

(i) 80年代（第二期）まで

労使自治尊重と国家不介入の伝統のもと、雇用差別の分野でも人権保障の観点から必要最低限の規制を行うほかは、強行法規による介入を回避。共同決定法（1976）の下で、産別レベルや職場レベルの団体交渉や協約により格差改善を促す法政策がとられていた。

(ii) 90年代（第三期）以降

E U加盟に伴ってE C法を国内法化する必要と、労使自治による格差改善の失敗（特に男女格差）に対する反省から、強行的な差別禁止の拡大やオンブズマンの権限強化により格差の解消を図る方向へ転換

(b) 実質的平等（特に男女間）の重視

(i) スウェーデンにおける「男女平等」

女性の就業率は高いが、男女の職域分離や賃金格差は大きく、構造的格差の是正が常に政策課題とされてきた。

規制積極主義への転換により、差別禁止法の解釈や立法政策において実質的平等を重視する傾向が強まる

(ii) 職域分離による賃金格差と間接差別法理

助産師第2事件（労働裁判所2005：13判決）

県立病院で同一価値労働に従事する助産師（女性の多い職業）とエンジニア（男性の多い職業）の協約賃金の格差は女性に対する間接差別に当たるか？（否定）
労働裁判所のmarket force理論への批判、労働裁判所が差別事件を扱うことへの疑問（ (c)(iii) ）

(iii) 両親休暇取得を理由とする「差別」の禁止

2006年両親休暇法改正により、両親休暇取得（勤務時間短縮を含む）を理由とする不利益取扱いを「差別」として禁止。かつ、妊娠差別と同様に差別の成立要件を緩和（休暇を取得しない労働者との比較を要件としない、経済的理由による正当化を排除するなど）。

(c) 新たな差別禁止法と伝統的理念の対立・葛藤

(i) 差別禁止の拡大

従来は法規制が極力避けられてきた領域（賃金決定における協約自治や使用者の採用の自由や人事権など）に強行的差別禁止が介入
労働法制度の根本的修正へ？

(ii) 行政的介入の強化

専門的行政機関であるオンブズマンの権限強化
労働条件に関する国家不介入原則の例外に

(iii) 労働裁判制度に対する疑問

労使（上部団体）の公正中立性を信頼した労働裁判制度
オンブズマンや研究者からの強い批判

- ・労使合意（協約賃金など）の正当性が問われうる差別事件において、三者構成の労働裁判所は中立性を保てるか？
- ・雇用差別事件について労使裁判官は十分な知見を有するか？など

(5) むすびに ~ 日本法への示唆

- ・「政策的」な雇用差別禁止法のありかたについて
 - 「合理性のない差別的取扱い」とはどのようなものか？
 - どのような規制のしかたがふさわしいのか？
- ・法規制の実効性確保について
 - 1980年代に労使自治・共同決定はなぜうまく機能しなかったのか？
 - 労使のコミュニケーションによって格差改善を可能にする条件は？
- ・専門的行政機関について
 - 雇用差別の分野で専門的行政機関を設ける意義、その果たしうる役割は？

第2章 政策研究の視点から

1. 労働契約法制 課題と改革の方向性

山 川 隆 一

本稿では、労働契約法制について、平成19年11月に制定され、翌20年3月から施行されている労働契約法の意義と性格を確認したうえで、その内容の豊富化を始めとする今後の労働契約法制の課題と将来に向けての方向性について若干の検討を加える。また、これに関連して、労働契約法やそれ以外の労働法規について、その実現手法はどうあるべきかについても考察を行い、実現手法の多様化や新たな手法の検討の必要性を指摘している。

(1) 労働契約法の意義と性格

(a) 労働契約法の意義

今回の労働契約法の制定過程においては、その初期段階（平成17年）に「今後の労働契約の在り方に関する研究会報告書」¹（以下、「労働契約法制研究会報告書」とする）が発表され、これまでの労働契約をめぐる法的規律の状況を全面的に検討し、包括的な立法提案を行っていた。しかしながら、その後の審議会等においては、必ずしもこれを前提としない形で議論が進められ、労使双方の意見が異なる部分が多かったことから、最終的に成立した労働契約法は、判例法理を明文化した部分が大部分となった。

しかしながら、判例法理を明文化したことは、ルールの明確化に資するという点で有益であったばかりでなく、これまであまり議論されてこなかった論点（たとえば、7条・10条の定める就業規則の拘束力や不利益変更に関する「不利益」・「周知」の意義いかなど）を明確にしたなどの点で、それらルールを洗練するという効果をもたらしている²。

また、均衡の考慮に関する3条2項、仕事と生活の調和に関する3条3項、労働契約内容の理解促進に関する4条、就業規則では変更されない個別合意に関する10条但書、

¹ 報告書については、<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2005/09/s0915-4.html>に全文が掲載されている。なお、簡単な解説として、山川隆一「新しい労働契約法制を考える」月刊法学教室309号6頁（2005年）がある。

² 詳細については、荒木尚志＝菅野和夫＝山川隆一『詳説 労働契約法』（弘文堂、2008年）第3章参照。

有期労働契約の期間中の解雇に関する17条1項などは、判例法理を超える内容を含んでおり、後記のとおり、それらの法的効果についてはなお課題が存する部分があるものの、労働契約をめぐるルールに新たな視点を盛り込んだものといえる。

また、判例法理を制定法化したこと自体についても意義は大きい。制定法化されたことにより、判例法理に比べて、労働契約をめぐるルールの周知が促進されることはいうまでもないが、制定法は、国権の最高機関たる国会の意思決定に基づくものであり、代表民主制の下で、国民の意思を反映したルールとして位置づけられるので、選挙システムがとられていない裁判所の創出したルールとは異なる性格を持っている。具体的にいえば、制定法としてのルールの変更には国会の議決が必要であり、判例変更という方法をとることはもちろん不可能である。

また、労働契約法は、契約内容の設定や変更は合意によるのが原則であるという規定を多く含んでおり（1条、6条、8条、9条）、法理論上はごく当然のことではあるが、使用者の交渉力が一般に労働者に優越するという現実のもとでは、実際上はこの点についての認識が十分でないことがあるので、当然の基本原則を随時再確認させるという意味がある。具体的な紛争解決の場面においても、いかなる場合に合意が成立したかといえるかが詳細に議論されるに至っている³。

(b) 労働契約法の性格

労働契約法は、基本的には、労働契約をめぐる私法上の権利義務関係を定めた民事法規であり、民法の特別法といえる。労働契約法上の規定の実現に当たっては、労基法のような刑罰規定はなく、監督機関による行政取締・行政指導も予定されていない。むしろ、民事訴訟や労働審判などの司法的紛争解決システム、または、個別労働紛争解決促進法上の助言指導やあっせんなどの行政的紛争解決システム（ADR）による実現が予定されている。刑罰や行政取締など権力的な実現がなされない反面、民事ルールとしての柔軟な適用が可能であり、たとえば、刑罰法規では許されない類推適用も可能である。

しかし、労働契約法は、立法過程において、純粹に権利義務関係を定めたとはいえない規定がかなり盛り込まれるに至った。たとえば、均衡の考慮や仕事と生活への調和に関する3条2項・3項はいわゆる理念規定であり、裁判所で直接実現できる権利義務関係自体を定めたものではないと解されている（権利濫用禁止規定などの一般条項にそれらの趣旨が反映されることはありうる）。また、労働契約内容の理解促進に関する4条は努力義務規定の形をとっており、やはり裁判所で直接実現できる権利義務関係自体を定めたものとはいえない。さらに、有期労働契約の期間設定に関する17条2項も、配慮義務の体裁をとっており、同条により契約上の期間の定めは修正されるという効果は生

³ 労働契約法制定前の事案であるが、東武スポーツ（宮の森カントリー倶楽部・労働条件変更）事件・東京高判平成20・3・5 労判959号61頁など。

じないと考えられている⁴。

これらは、私法上の権利義務関係を定めた民事法規という観点からは不徹底な条文といえ、今後見直しの対象となりうる。しかし他方で、このような規定にも独自の存在意義があるのかを検討する必要がある。ここでは、そもそも労働契約法は、純粹に私法上の権利義務関係を定めた民事法規といえるのか、直接の裁判規範ではないとしても、行為規範として一定の政策目的の実現を図る規定があってもよいのかが問題となる。この問題は、労働契約法は政策立法としての性格をも持ちうるのか、そうだとすれば、政策目的達成のための手段にはどのようなものがあるかという問題と関連するものであり、後に改めて検討する（(3) (a)）。

(2) 労働契約法制の課題

(a) 内容の豊富化

今後における労働契約法の課題としてまず挙げられることは、同法に盛り込まれる事項を豊富なものとするところである。前述のとおり、労働契約法は、審議会において労使の意見が一致した事項の多くが判例法理を明文化したものであったことから、盛り込まれた事項は限定的なものとなっている。その意味では、現在の労働契約法は、労働契約に関する民事上のルールが定められた「労働契約法典」（形式的意味での労働契約法）ではあるが、それらルールを包括的に定めた「労働契約法」（実質的意味での労働契約法）には至っていない面がある。それゆえ、今後の内容の豊富化が強く期待される。

労働契約法の内容の豊富化を検討するに当たっては、いかなる内容のルールを盛り込むべきかが当然問題となるが、その際には、前述した労働契約法制研究会報告書の内容が参考とされることになると思われる。以下、いくつかの点を取り上げて若干の検討を試みる。

(i) 判例法理の取扱い

労働契約法には、就業規則の拘束力及び合理的変更法理（7条・10条）出向命令権及び懲戒権の濫用法理（14条・15条）などの判例法理が取り入れられ、また、労基法18条の2に規定されていた解雇権濫用法理が移行されたが（16条）判例法理であっても法律に取り入れられていないものがいくつか残されている。

たとえば、採用内定に関しては、意思解釈の問題としてではあるが、採用内定通知の時点、またはそれに対して誓約書を提出した時点において労働契約は成立し（ただし内定取消事由を内容とする解約権が留保され、また、就労の始期もしくは効力発生の始期が付される）、内定取消しは解約権の行使として合理的な理由がない限り権利濫用とな

⁴ 以上については、荒木ほか・前掲注2書73 - 81頁、156-158頁参照。

る、という最高裁の判例が確立している⁵。

また、有期労働契約の更新拒絶（雇止め）については、契約関係の状況からみて、労働者が雇用継続につき合理的な期待をもつといえる場合には、解雇権濫用法理が類推されて、期間満了を理由に直ちに雇止めを行うことはできず、合理的な理由が必要となるという判例法理が確立している⁶。これらの判例法理については、今後労働契約法に盛り込むことを検討すべきであろう。

他方、配転命令、特に配転命令権の濫用については、東亜ペイント事件の最高裁判決が、配転命令は、業務上の必要性を欠く場合、または、業務上の必要性があっても不当な目的による場合、もしくは労働者の不利益が著しく大きい場合でなければ、権利濫用は成立しないと判断しており⁷、判例法理としては確立しているといえる。

しかし、この判例法理をそのまま明文化するのが妥当かどうかはなお検討を要する。すなわち、上記最高裁判決が下されたのは昭和61年であり、同判決は、遠隔地配転により単身赴任を余儀なくされるに至ったとしても、それは社会通念上受忍すべきものであるとして権利濫用の成立を否定したものであるが、その後、少子高齢化の進展の中で、育児介護休業法が制定され、その後の改正により配転に際して対象労働者の育児介護の状況を配慮すべき旨が定められるなど、職業と生活ないし家庭の調和を重視する傾向が強まってきている。

また、下級審裁判例では、介護負担が増加する事案を中心に、権利濫用の成立を認めるものが増加しつつある⁸。さらに、最近では、いわゆるワーク・ライフ・バランス憲章が制定され、労働契約法自体にも、上記のとおり、仕事と生活への調和についての考慮を求める理念規定（3条4項）が置かれるに至っている。

こうした状況からすると、配転のもつ有益な側面を考慮して権利濫用法理により制約を加える枠組みを維持するとしても、東亜ペイント事件最高裁判決の枠組みをそのまま明文化するよりも、現時点の社会状況に照らして、たとえば使用者が配転命令に先立って行った配慮の内容を重要な考慮要素として盛り込むなど、より現代化したルールを法制化することを検討すべきであろう。

(ii) 新たな規律事項の追加

ア．雇用継続型労働条件変更制度（変更解約告知）

いわゆる変更解約告知、すなわち、使用者が、労働条件変更または新契約締結の申込みとともに、それを拒否されたら解雇する旨の意思表示を行うことについては、労働者

⁵ 大日本印刷事件・最二小判昭和54・7・20民集33巻5号582頁など。

⁶ 東京芝浦電気柳町工場事件・最一小判昭和49・7・22民集28巻5号927頁など。

⁷ 最二小判昭和61・7・14判時1198号149頁

⁸ 明治図書出版事件・東京地決平成14・12・27労判869号69頁、N T T西日本事件・大阪地判平成19・3・28労判946号130頁など

が労働条件の変更を承諾するか、または解雇されるかの二者択一を迫られる（解雇の有効無効が明確に予想できない場合、または事実上解雇の無効を主張しにくい場合には、労働条件変更に応じざるを得ないことが多くなる）との指摘があり、そのような解雇の効力をどう判断するか、また、労働条件変更が合理的なものと裁判所で判断されるならば承諾するという条件付き承諾をしたうえで働き続けるという選択をなしえないかが議論の対象となっている⁹。

この問題について、労働契約法制研究会報告書は、「雇用継続型労働条件変更制度」という新たなしくみを提案し、具体的には2つの案を示していた。一つの案（第1案）は、使用者が労働条件変更の申入れを行い、まず労働者と協議を行ったうえで、協議が不調の場合には、再度の労働条件変更の申入れを行うとともに、それを拒否した場合には解雇するとの意思表示を行うことができるが、労働者が、変更後の労働条件の合理性を裁判で争うことを条件として承諾をした場合は、解雇の効力は生ぜず、裁判で合理性ありとされれば労働条件が変更され、合理性なしとされれば従前どおりの契約内容が存続するというものであった。この提案は、上記の変更解約告知に近い手法を法律で規定することになるが、留保つき承諾を認めて労働者の保護を図る点などに特色があった。

もう一つの案（第2案）は、使用者に一定要件のもとで労働条件を変更する権利を端的に与えるもので、具体的には、労働条件の変更の必要が生じた場合には、変更が経営上の合理的な事情に基づき、かつ変更の内容が合理的であるときは、使用者が労働契約を変更する権利をもつというものであった。

こうした提案は労働契約法には盛り込まれなかったが、今後の立法論に当たっては、上記研究会報告の提案が改めて検討材料の1つとなるであろう。ここで問題となっているのが、就業規則の変更のような集団的・統一的な労働条件の変更ではなく、あくまで個別的な労働条件の変更であり、労働者と使用者の合意の原則を基礎に置いて制度を設計することが望ましいことを考えると、上記の第1案のように、当事者の合意による変更という枠組みを採用しつつ、労働者に留保つき承諾という選択肢を与える制度設計が望ましいと思われる¹⁰。

イ．解雇の金銭解決

わが国では、解雇権濫用法理が判例により確立し、既に制定法上の根拠を与えられているが（現在は労働契約法16条）労働者が解雇無効を主張して地位確認訴訟を提起し、解雇が無効と判断されても、実際には復職が困難な場合や、労働者が復職を望まない場合があり、訴訟の実際上は、和解により、使用者が解雇を撤回することとする一方で、

⁹ 山川隆一「労働契約における変更解約告知」土田道夫ほか編・中嶋士元也先生還暦記念『労働関係法の現代的展開』334頁（信山社、2004年）参照。

¹⁰ 荒木ほか・前掲注2書176頁参照。

労働者は任意退職するとともに、解決金として、判決時から将来に向けて一定期間の賃金相当額の支払いを受ける例が少なからずみられる。

そこで、労働契約法制研究会報告書は、解雇の金銭解決制度について、労働者側申立ての場合と使用者側申立ての場合とに分けて検討し、まず、労働者側申立ての場合には、裁判所が、解雇を無効とする判決とともに、その後一定期間内に労働者が辞職の申し出をした場合には使用者に金銭補償を命ずる判決を下すという制度が可能であると提言した。

次に、使用者側の申立てによる場合については、解雇の効力を争う訴訟において、使用者側から、解雇が無効とされた場合には金銭を支払って労働契約の解消を求めること（予備的反訴としての契約解消を求める訴えを新設することになる）ができるものとする制度が考えられるが、研究会報告書では、制度の利用や金額の基準について労使間の集团的合意を要件とし、また、差別に該当する解雇を制度の利用対象から除くとともに、原職復帰が困難な場合に限り制度を利用できることとして、制度の不適切な利用に歯止めがかけられるとの提案を示した。

この提案も労働契約法には盛り込まれなかったため、今後改めて検討の対象となる可能性もある。もっとも、研究会報告後に施行された労働審判法のもとでは、労働審判により解雇の金銭解決を行うことが可能と解する説が多く¹¹、また実際上は、調停により上記和解と同様の解決がなされることが多いようである。そのため、解雇の効力を争う労働者側としては、金銭解決を予想する場合には労働審判の申立てを選択することが多いと思われる。こうした状況の下では、実際上、通常訴訟において解雇の金銭解決制度を設けることに対するニーズはやや弱まったのではないかと思われる。

ウ．労働者に近似する者の保護

近年では、就業形態の多様化が進む中で、労働者に該当するとはいえないが、請負・委任契約などに基づき役務を提供して報酬を得ており、専属的な役務の提供などにより特定の企業等に経済的に依存するなど、労働者に近似する者の保護が問題になっている。この問題について、労働契約法制研究会報告書は、個人であること、請負契約・委任契約その他これらに類する契約に基づき役務を提供すること、当該役務の提供を、本人以外の者が行うことを予定しないこと、その対償として金銭上の利益を受けること、収入の大部分を特定の者との継続的な契約から得て、それにより生活する者であることという要件をみたす場合には、労働契約法制の対象として一定の保護を図ることが考えられるとしていた。

しかし、同報告書は、どのような者にどのような規定を適用すべきかにつき実態を踏まえて十分な検討を行う必要があるとして、必ずしも具体的な提言には至らず、労働契約法においても特段の規定は設けられなかったため、この問題については今後も検討を

¹¹ 菅野和夫ほか『労働審判制度（第2版）』39頁〔菅野＝山川〕（弘文堂、2007年）参照

続ける必要がある。

労働契約法は民事法規であり、類推適用も可能であるから、この問題については、労働者に類似する労務供給者につき同法上の一定の規定を類推適用することで対応することも考えられる。しかし、ルールの明確化や予見可能性の確保という観点からすれば、明文の規定があった方が望ましいことはいうまでもない。ただし、その場合でも、労働契約法上の全規定を適用する形で労働者の定義を拡張するのか、一定の要件を満たす場合には一定の規定を適用するという対応を取るのかは問題とされうる。後者の対応は、労災保険法33条における特別加入制度のような手法であり、たとえば、契約の継続性を確保するという観点から、解雇権濫用法理を定めた労働契約法16条は適用するが、就業規則に関する規定は適用しないなどの対応が考えられる。

エ．労働者集団の関与（労働者代表制）

労働契約法制研究会報告書は、就業規則の変更に関して、一部の労働者にのみ大きな不利益を与える場合を除き、労働者の意見を適正に集約したうえで、過半数組合が合意したとき、または労使代表からなる委員会（労使委員会）の5分の4以上の決議があったときには、就業規則の変更による労働条件変更の合理性があることが推定される旨の規定を設けることを提案し、労使委員会に一定の法的意義を与えていた。また、この労使委員会については、労働者が直接労働者委員を選出することや、選出に当たっては使用者による干渉を排除すべきことなど、労使委員会が適切に機能するための条件を検討すべきものとしていた。

この提案は、労使委員会制度自体の設置を義務づけるものではなかったが、様々な議論がなされ、労働契約法には盛り込まれないこととなった。しかし、労働組合の組織率が長期間低下している現状にかんがみると、未組織労働者の利益を集団的に代表するしくみについては、改めて検討を加える必要がある（この点が本研究プロジェクトの重要な柱の一つである）。その際には、未組織労働者の利益の集団的代表という視点は労働契約法のみにとどまるものではないので、集団的労働関係法制や他の雇用関係法制をも視野に入れた労働者代表制をどう設計するかという、より広い視点に立って正面から検討を加えるべきである¹²。

その場合の検討課題は、現行の労働組合法制との関係をどう考えるか、（多数）組合のある企業や事業場における設置をどう考えるか、労働者代表制度にどのような権限と任務を与えるか（現在の労働基準法上の労使協定におけるようないわゆる免罰的機能の拡充とするか、使用者の一定の措置につき協議等の手続を課すこととするか、それ以上の効果を与えるかなど）、労働者代表の構成や選出方法をどう考えるか、労働者代表の活動に対して、使用者による報復措置の禁止や活動時間の保障など何らかの法

¹² 菅野ほか・前掲注2書171-172頁。

的保護を与えるか、逆に、労働者代表に対しては、従業員の意見の集約やその反映に当たっていわゆる公正代表義務を課すものとするか、などの点である（以上については第1部第1章の水町論文参照）。

(iii) 現行規定の見直し

また、現時点で労働契約法の規定が設けられている事項・条文についてどう考えるかも検討する必要がある。それら条文の中には、立法までの過程における議論の中で、努力義務や理念規定にとどまったものもあるからである。

たとえば、前述のように、就業の実態に応じた均衡を考慮して労働契約を締結・変更すべき旨を定める3条2項や仕事と生活の調和への配慮を求める同条3項は理念規定として位置づけられており、使用者に対し、労働者が契約内容の理解を深めるようにすることを求め、また、労働者及び使用者が労働契約内容につきできるかぎり書面で確認するように求めている4条は努力義務規定と解されている。さらに、有期労働契約における期間の定めに関し、当該契約の目的に照らして、必要以上に短い期間を定めることにより、その労働契約を反復して更新することのないよう配慮しなければならないとする17条2項も、直接的に契約内容を修正するなどの効果は生じないとする理解が一般である。

これらの規定については、より具体的な法律効果をもった規定に改めることができるか、また、そもそも改めることが妥当かについて再検討を加える余地があろう。もっとも、これらの規定には、そのままでは私法上の権利義務関係として明確性を欠くものが多く存在するので、その際には、いかなる権利義務関係を設定するかをも念頭に置きつつ検討を行うことが求められる。

(b) 民法改正との関係

必ずしも労働契約法の内容にかかわる課題ではないが、現在、民法の債権法部分につき抜本的な改正の動きがみられ、その中で、民法の雇用契約に関する規定と労働契約法との関係の整序が検討課題となる可能性がある。

もっとも、民法は「雇用契約」という用語を用いている一方、労働契約法は「労働契約」という用語を用いているため、両者の関係がまず問題になる。従来から、「雇用契約」と労基法や判例法理上の用語としての「労働契約」の異同については争いがあったが¹³、この点は民法上の雇用契約をどのように考えるかという問題であって、労働契約法は結論を示していないと思われるが、労働契約法制定後は、両者を同一と考える説が有力となっている¹⁴。

¹³ 東京大学労働法研究会『注釈労働基準法（上）』185頁〔和田肇〕（有斐閣、2003年）参照。

¹⁴ 菅野和夫『労働法（第8版）』68頁（弘文堂、2008年）、土田道夫『労働契約法』45頁（有斐閣、2008年）、山川隆一『雇用関係法（第4版）』10頁（新世社、2008年）など。

このように考える場合、同じ種類の契約について異なる用語を用いることの妥当性に加え、同じ事項について2つの法律でそれぞれ規定を置くことの当否が問題となり、債権法の改正を考えるに際しても、現在労働契約法と民法とに分かれて存在している雇用（労働）契約に関する諸規定を、いずれかに統合すべきではないかとの問題を検討する必要が生ずる¹⁵。

この点については、民法（の雇用の章）の立法目的と労働契約法の立法目的をどのように整理するか、立法・法改正のプロセスのあり方（法制審議会が担当するか労働政策審議会が担当するか）、さらには、次に述べる、民事労働立法における行政の役割をどのように考えるかなどの基本的な問題を検討する必要があるが、加えて、現時点における労働契約法が必ずしも包括的なものとなっていない点も考慮すべきである。

そうすると、現状においては、単に民法の雇用の章の規定を労働契約法に移すという対応、あるいはその逆の対応をするだけでは、労働（雇用）契約に関する民事ルールを統一的に整理したことにはならないのである。したがって、この問題への対応は、結局のところ労働契約法のさらなる整備と同時に進める必要があり、単純な統合については慎重に考えざるを得ないと思われる¹⁶。

(3) 労働法規の実現手法と労働契約法

(a) 労働契約法の性格（再論）

労働契約法の性格については、先に、労働契約をめぐる私法上の権利義務関係を定めた民事法規としての性格付けを行ったところである。こうした観点からは、私法上の権利義務関係を定めたものとはいえない単なる努力義務規定はいわば不徹底なものであり、既にみたように、今後改めて検討を加える余地がある。

しかしながら、労働契約法が純然たる私法上の権利義務関係を定めた民事法規にとどまるものかどうかは、別個に考察すべき問題である。この点については、まず、労働契約法は、1条の目的規定からも示されるように、「合理的な労働条件の決定または変更が円滑に行われるようにすることを通じて、労働者の保護を図りつつ、個別の労働関係に資する」という政策目的をもったものであり、政策立法としての性格をも有していることは確かだと思われる¹⁷。そうした観点からは、少なくとも、一定の理念規定を置くことにはそれなりの価値があるということが出来る。

もっとも、政策立法であることと、純然たる私法上の権利義務関係を定めた民事法規

¹⁵ 野川忍 = 山川隆一編『労働契約の理論と実務』27頁〔野川〕（中央経済社、2009年）は、新たな統一的単行法としての「雇用契約法」を制定すべしとする。

¹⁶ 山川隆一「雇用の規定を残す必要はあるか」法律時報臨時増刊『民法改正を考える』311頁（日本評論社、2008年）。

¹⁷ 菅野ほか・前掲注2書17頁。

であることは必ずしも矛盾するものではない。民事法規の典型である民法も一定の政策目的を持っているといえなくはないからであり、特に家族法部分はそれが明らかである（憲法24条2項参照）。むしろ、ここで検討すべきは、労働契約法が、純然たる私法上の権利義務関係を定めた規定（およびその基礎となる理念規定）にとどまらず、努力義務や配慮義務を定めた規定にも積極的な意味を見出すことができるかどうかである。

この点については、労働契約法と同様に、一定の政策目的をもった民事法規と位置づけられる消費者契約法にも、事業主に対し、消費者契約の内容が明確・平易になるよう配慮すること、及び消費者の権利義務や契約内容につき必要な情報を提供することを求める努力義務規定が置かれており（3条1項）、こうした努力義務規定等が他の規定、特に一般条項の解釈適用に反映されうることを考えれば、このような規定にも一定の意味があると考えられる（もちろん、立法過程において妥協の産物として作られたなどの経緯によって、その評価や将来の見直しの必要性の判断が異なりうることは留意する必要がある）。

以上のように考える場合には、労働契約法の政策目的を実現するにはどのような手法が可能・適切かを検討する必要性が生じる。この点は労働契約法に限らず、その他の多くの労働立法について妥当しうることであるので、次に、労働法規の実現手法一般につき簡単に整理することとする。

(b) 労働法規の実現手法

労働法規ないしはその目的である法政策の実現を図る手法には様々なものがありうる。

法違反に対する刑事制裁、行政による監督・取締り（ここでは、法違反に対する是正勧告や企業名公表の措置なども含まれる）、私法上の権利義務の設定・実現を通じた民事上の紛争解決、行政指導や補助金の支給による誘導・支援（アメリカ合衆国におけるアフーマティブ・アクションのように、一定の望ましい措置を取っていることを政府契約の締結の条件としたり考慮要素としたりする手法もある¹⁸）などがこれまでの手法の主要なものといえる。

また、間接的に法の実現を促進する機能を持つ方策も存在する。まず、法令の周知を促進することがその典型的な例であり、わが国の労働基準法106条も、あまり注目されることがないが、就業規則や労使協定と並び、同法や施行規則の要旨の周知を義務づけており、これにより、法違反の発見やそれに対する対応が間接的に促されることがありうる。これと共通性をもつ手法として、権利義務関係や労働条件そのものを規制するのではなく、自主的に設定される労働条件の契約内容化を促進する手法もありうる。労働契約書の作成及びそこでの一定事項の記載を義務づける場合は、それに盛り込まれた

¹⁸ 東京女性財団『諸外国のアフーマティブ・アクション法制』45頁以下 [山川]（東京女性財団、1996年）参照。

事項はもちろん契約内容となるが、労基法89条により就業規則に一定の事項の記載を義務づけること、同法15条により雇入れ時に労働条件を書面で明示することも、規則や書面で記載された事項が契約内容となることを促進する効果をもつといえる（労働契約法4条も同様である）。

さらに、やはり間接的に法の実現を支援するものといえるが、労働紛争の解決について一定の支援を行う手法もありうる。労働紛争の解決は、法の実現の一つの形態といえるからである。個別労働紛争解決促進制度や労働審判法自体も、労働紛争の特質にかながみて特別なシステムを創設したものであるから、広い意味では、紛争解決への支援を通じて労働法を実現する手法の一つとして位置づけられよう。

また、わが国では発展していないが、諸外国においては、公益的な性格の強い労働法規を中心に、紛争当事者への支援を行う例がみられる¹⁹。たとえばイギリスでは、雇用差別事件についてEOC（機会均等委員会）が原告の訴訟提起・追行への一定の支援を行うしくみが採用されている（ドイツにおいて、労働組合役員に労働裁判所の手続につき代理権を与えているのもこれと同様の位置づけが可能である）。また、アメリカ合衆国では、雇用差別禁止法や公正労働基準法において、原告たる労働者等が勝訴した場合の弁護士費用を、一定範囲で被告である使用者等に負担させる弁護士費用の敗訴者負担制度が採用されている。さらに同国では、やはり雇用差別禁止法や公正労働基準法などを中心に、行政機関が使用者等を相手に、差別の是正や未払い賃金等の労働者への支払いを求める訴訟を提起する権限を有している。

以上の他に、関係当事者の自主的な紛争解決や予防、法違反の是正、さらには自主的なルール形成や実現を促進し、それらに対して一定の法的効果を与えるという手法も存在する。たとえばアメリカ合衆国では、最高裁判例により、使用者が適切なセクシュアル・ハラスメントへの苦情処理体制を設けており、被害にあった従業員が合理的理由なくそれを利用しなかった場合には、当該ハラスメントについての使用者責任が減免されるという立場が示されている²⁰。

また、同国の公正労働基準法では、割増賃金支払義務の適用除外対象者に対して本来許されない賃金減額を行った場合、一定範囲の従業員につき適用除外の効果が失われることとされているが、使用者が、不適切な減額を明確に禁止する方針を明らかにしたうえで、それに対応できる苦情申立手続を導入し、不適切な減額に対する補償をなすとともに、今後は当該方針を遵守する旨の誠実な約束をするならば、適用除外の効果が失われないという規定が置かれている²¹。

¹⁹ 以上の点を含む諸外国の個別労働紛争処理システムについては、毛塚勝利編『個別労働紛争処理システムの国際比較』（日本労働研究機構、2002年）など参照。

²⁰ Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, 118 S.Ct. 2257（1998）など。

²¹ 労働政策研究・研修機構『諸外国のホワイトカラー労働者に係る労働時間法制に関する調査研究』85頁〔幡野利通〕（労働政策研究・研修機構、2005年）参照。

同国の学説においても、複雑な内容をもつ現代型の雇用差別に対しては、一刀両断的なルールを適用するよりも、当事者による問題解決を促進し、それに対して一定の法的効果を与えるアプローチが提唱されているところである²²。わが国においても、こうしたアプローチを参考にした見解が提唱されるに至っている²³。

以上のように、労働法規の実現手法には様々なものがあるが、これらを包括的に把握し、各種労働法規について適切な実現手法を検討していくことは、これまであまりなされてこなかったと思われる。これらすべてが具体的な立法論や解釈論に直ちに結びつくものではないが、比較法的な研究も含めて、まずは基礎的な検討を開始する必要があると思われる。

(c) 今後の課題

(i) 労働立法における権利義務的視点の必要性

これまで労働立法の多くは、刑事制裁を別にすれば、主として行政指導による実現が主として想定されてきたと思われる。そのような労働立法においては、行為規範としての側面に焦点を当てれば足り、各規定が民事的にどのような権利義務関係の変動を生じさせるか、裁判や行政ADRによって具体的にどのような救済が図られるかという視点をもつ必要性は、さほど強くなかったといえる。

たとえば、パートタイム労働法8条は、通常の労働者と同視される短時間労働者に対する待遇差別を禁止しているが、この禁止規定に違反した法律行為の民事上の効果については規定がないため、裁判上いかなる救済が可能かについて議論が生じうる。また、高年齢者雇用安定法9条の高年齢者雇用確保措置に関しても、法律に規定した措置をとらなかった場合に裁判所でいかなる救済を求めうるかという問題が生じる。

しかしながら、労働契約法のように私法上の権利義務関係を定めた民事法規が登場し（会社分割に関する労働契約承継法も同様の性格をもつといいうる）、かつ、労働審判制度や個別労働紛争解決促進制度などの新たな紛争解決システムが拡充してくると、今後の労働立法に当たっては、規定に違反した場合などにいかなる権利義務関係の変動が生じるかを規定すること、あるいはそれを想定した立法をすることが求められるといえよう。換言すれば、上述した諸種の労働法規の実現手法のうち、私法上の権利義務の設定・実現を通じた民事上の紛争解決という手法の役割が増大しているので、それを意識した立法を行う必要があるのである²⁴。

²² Susan Sturm, Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach, 101 COL.L.REV. 458-568 (2001).

²³ 水町勇一郎『集団の再生 アメリカ労働法制の歴史と理論』（有斐閣、2005年）参照。

²⁴ 山川隆一「労働契約法の制定」日本労働研究雑誌576号14頁（2008年）。

(ii) 労働法規の実現手法の多様化

もちろん、労働立法全般についていえば、私法上の権利義務関係の設定だけでは不十分であることはいうまでもない。労働法規の規律事項や政策目的によって、刑事罰や行政監督・取締などの実現手法が重要である場合は変わらず存在するのであり、その実効性を高めるための工夫を考えることが必要となることもありえよう。その意味で、各種労働法規につき、その規律事項や政策目的に応じた実現手法を検討すべきこととなるが、その際には、上記のように多様な手法があることを念頭に置き、それらについての基礎的な検討を踏まえたうえで、いかなる手法（ないしその組み合わせ）が適切かを検討していくことが有益だと思われる。

本稿で主な検討対象とした労働契約法の場合、労働契約法制研究会報告書においては、予見可能性を高める見地から当事者の行動規範を指針の形で定める旨の提言が含まれていた。たとえば、解雇の合理的理由について基本的類型を法律で明らかにしたうえで、解雇に当たり使用者が講ずべき措置を指針で示すこと、また、整理解雇については、解雇権濫用の判断に当たっての考慮事項としていわゆる4要素を法律で示したうえで、やはり使用者の講ずべき措置（解雇回避措置が困難である場合における退職金の加算や再就職支援などの負担軽減措置などが例示されていた）を指針で定めることを提案していた。

こうした指針を根拠づける規定は労働契約法には盛り込まれなかったが、先にみたように労働契約法が一種の政策立法としての性格をもっていること、継続的に展開する労働関係においては、裁判規範その他の事後的な紛争解決規範のほかに、行為規範の役割も重要であることを考えると、このような指針を導入することについても改めて検討の余地がある（現在では、厚生労働省が労働契約法の施行通達を発しているが²⁵、個別労働紛争解決促進制度のもとで行政が紛争解決に当たる場合等を想定したものと思われる）。

もちろん、こうした指針は裁判所を拘束するものではなく、解釈指針として、裁判所が内容に納得してこれに沿った判断を下すことが期待されるにとどまるものである。労働契約承継法においてはすでにこうした指針が設けられており²⁶、労働法以外の民事法規においても、企業買収に対する防衛策に関し、経済産業省と法務省は、平成17年5月27日に共同で指針を発表しており（「企業価値・株主共同の利益の確保又は向上のための買収防衛策に関する指針」²⁷）、両省は、当該指針には法的拘束力はないとしつつ、それが企業や関係実務家に尊重されることを期待している²⁸。

その他にも、労働契約法については、厚生労働省が、全国社会保険労務士会連合会・全国中小企業団体中央会への委託により、中小企業労働契約支援事業を開始しており、

²⁵ 平成20・1・23基発0123004号。

²⁶ 平成12・12・27労告127号。

²⁷ http://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/keizaihousei/pdf/3-shishinn-honntai-set.pdf

²⁸ http://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/keizaihousei/shishin_sakutei.html

望ましい労働契約の定着、及び個別労働関係紛争の未然防止や解決を図るために、各種セミナーの開催や、中小企業労働契約支援アドバイザーによる個別指導などを実施している²⁹。こうした対応も、政策立法としての労働契約法の実現手法の一つとして位置づけることができる。

以上のように、労働契約法、さらにはその他の労働法規についても、その十分な実現を図るためにはいかなる手法をとるべきかにつき、今後とも検討を深めていく必要があると思われる。

²⁹ <http://www.mhlw.go.jp/seisaku/23.html>

2. 労働時間法制 課題と改革の方向性

濱 口 桂一郎

(1) 「名ばかり管理職」はなぜいけないのか？

(a) マクドナルド裁判

2008年1月28日、東京地方裁判所は、日本マクドナルドで店長を務める高野広志さんが会社を相手取って訴えていた裁判で、会社側に残業代の支払いを命じる判決を言い渡した。マスコミもこの判決に注目し、「店長は非管理職 残業代支払い命令」(朝日新聞)といった見出しが躍った。国民の多くも、この裁判の焦点は店長が残業代を払う必要のない管理職かどうかにあると考えたであろう。しかし、それは高野さんが訴えたかったことではない。異常な長時間労働の中で命の危険を感じていた高野さんにとって、お金ではなくいのちが問題であった。ところが、各紙とも一面の見出しは「残業代」のオンパレードで、いのちや健康は二の次であった。

一方、マクドナルドの店長は誰が考えても「管理職」ではないか、と違和感を覚えた方も多いであろう。店長は管理職そのものではないか、どうしてそんな「管理職」が残業代を要求して認められるのか。あるいは、マクドナルドの店長の平均年収は700万円もあるのだから、残業代を全額払う必要はないのではないかと思った人もいよう。ここには幾重にも絡み合った複雑な事情がある。

(b) 管理職と管理監督者

まず、裁判で問題になったのは世間で言う「管理職」ではなくて、労働基準法で言う「管理監督者」である。これは「事業経営の管理者的立場にある者又はこれと一体をなす者」であり、「一般的には、部長、工場長等労働条件の決定その他労務管理について経営者と一体的な立場にある者」(昭和22年9月13日発基17号、昭和63年3月14日基発150号)であるので、「企業が人事管理上あるいは営業政策上の必要等から任命する職制上の役付者であればすべてが管理監督者として例外的扱いが認められるわけではない」し、「一般労働者に比べ優遇措置が講じられているからといって、実態のない役付者が管理監督者に含まれるもので」もない。

これに対して管理職とはまさに「人事管理上あるいは営業政策上の必要」から設定されるものであり、通常は課長に昇進すれば管理職になったと見なされるし、職能資格制度のもとでは、課長クラス(「参事」等)に昇格すれば管理職扱いされる。彼らは「管理職」ではあっても「管理監督者」ではない。

管理監督者には労働基準法の労働時間規制が適用されない。何時間ぶっ通しで働かせようが、休日なしで出勤させようが、法律上の規制は何もない。だからこそ、その範囲は厳格に限定されなければならない。「人事管理上あるいは営業政策上の必要」から管

理職に昇格したものの、仕事の中身は管理するどころか上司から管理されるばかりというのでは、労働時間規制を外すわけにはいかないからである。

ところが、労働基準法では（物理的な）労働時間の規制だけでなく残業代も同じ労働時間の章に規定されている。そして、管理監督者であれば労働時間規制もなければ残業代もなく、管理監督者でなければ労働時間規制だけでなく残業代も払わなければならない。名ばかり管理職問題の根源はここにある。

(c) スタッフ管理職

この問題はすでに1970年代に銀行など金融機関の管理職について生じていた。当時の労働行政は通達を出し、本来の管理監督者「と銀行内において同格に位置づけられている者」のうち一定の者をスタッフ管理職として、法律上の管理監督者扱いすることを認めた。

厳密に言えばこれは労働基準法の文言に反する。それが企業の人事管理の実態に即しているからだというほかに説明のしようがない。職能資格制度においては、高い職能資格に対応する管理監督的職務と、同じく高い職能資格に対応するスタッフ的職務とで、同じような賃金等の処遇が行われる。管理監督者になった高給労働者には労働基準法に基づいて時間外手当を払わないが、管理監督者になっていないスタッフ的職務の高給労働者には時間外手当を払わなければならないということになると、かえって労働者間の公平感を損なう。この解釈は、時間外手当の支給基準という観点から見ればまことに妥当な結論である。

ところが、この通達では時間外手当だけではなく、労働時間規制そのものも一緒に適用除外している。これは、管理職レベルの高給を貰っていたスタッフ職が実際にはかなりヒマであって、労働時間規制を必要とするような状況におかれていなかったからであろう。

(2) ホワイトカラーエグゼンプションの虚構と真実

(a) ホワイトカラーエグゼンプションの提起

ところがやがて、スタッフ管理職だけでは間に合わない、もっと多くの労働者を残業代から外したい、という声が企業側から上がってくるようになった。2005年6月の日本経団連の提言では、「労働時間の長さを賃金支払の基準とする現行法制下では、非効率的に長時間働いた者は時間外割増賃金が支給されるので、効率的に短時間で同じ成果を上げた者よりも、結果としてその報酬が多くなるという矛盾が生じる」と述べ、労働時間と賃金の直接的な結びつきを分離するホワイトカラーエグゼンプションの導入を求めた。

残業代の適用除外を「ホワイトカラーエグゼンプション」と呼ぶことは正当である。

なぜなら、この言葉の出所であるアメリカには（物理的）労働時間規制は存在せず、残業代規制しかないからである。その残業代規制を適用除外する制度をそのまま日本に持ち込もうとしたのであれば、その基準をめぐって議論はあり得ても、絶対におかしいということにはならなかったであろう。

そもそも残業代は基本給に比例する。いのちと健康に関わる労働時間規制や、生活が成り立つかどうかに関与する最低賃金規制が絶対水準であるのと異なる。時給800円の非正規労働者が1時間残業しても、割増付きで1時間1000円になるだけだが、たとえば年収800万円の高給社員を時給換算して1時間4000円とすると、1時間残業すると割増付きで1時間5000円になる。これが、刑事罰をもって強制しなければならないほどの正義であるかどうかは、労働法というものの考え方によるであろう。

(b) 政府の奇妙な理屈付けと労働側の反論

ところが政府の規制改革・民間開放推進会議は、2005年12月の答申で、ホワイトカラーエグゼンプションを（残業代だけでなく）あらゆる労働時間規制からの適用除外と考え、「労働時間にとらわれない働き方を肯定する労働者も多くなっている」とか、それが「仕事と育児の両立を可能にする多様な働き方」と主張した。

しかし、労働時間規制とは「これ以上長く働かせてはいけない」という規制であって、「短く働いてはいけない」という規制ではない。育児との両立のために短く働くことを労働基準法はなんら規制していない。労働時間規制を無くせば、仕事と育児が両立するなどというのは「ウソ」である。

とはいえ、この虚構が閣議決定された以上、2006年2月から開始された労働政策審議会の審議において、厚生労働省も「自律的な働き方」とか「自由度の高い働き方」という言い方で、ホワイトカラーエグゼンプションを正当化せざるを得なかった。これに対して労働側は、「自由な働き方、自律的な働き方をしている労働者などどこにいるのか」「長時間労働によって過労死や過労自殺が生じているではないか」と的確な反論を行った。過労死遺族会も厚生労働省に対し労働時間規制を緩和しないよう求めた。

しかし、経営側にはこれに対する再反論の余地は十分あった。上記提言でも「労働時間の概念を、賃金計算の基礎となる時間と健康確保のための在社時間や拘束時間とで分けて考えることが、ホワイトカラーに真に適した労働時間制度を構築するための第一歩」と述べ、「労働者の健康確保の面からは、睡眠不足に由来する疲労の蓄積を防止するなどの観点から、在社時間や拘束時間を基準として適切な措置を講ずる」ことを主張していた。

もし経営側がこういう論理を提示して、「在社時間や拘束時間の上限という形で労働時間を管理するならば、時間外手当は適用除外でいいんだな」と反撃すれば、労働側に二の矢があったかどうかはたいへん疑わしい。しかし、そういう議論は一度も行われなかった。

(c) 残業ゼロ法案というフレームアップ

労使が本音で議論できるはずの残業代の適用除外ではなく、「自由度の高い働き方」という虚構の論理に乗った労働時間規制の適用除外が、2006年12月の労働政策審議会答申という形で世間に発表されたとたん、事態はさらに奇怪な方向にねじ曲がった。

労働側も過労死遺族会も長時間労働や過労死の恐れゆえに批判していたこの制度を、ほとんどのマスコミは「残業代ゼロ法案」と呼び、どんなに残業しても残業代が支払われないがゆえにけしからん制度だと（のみ）批判を繰り広げた。世論に敏感な政治家たちも一斉に否定的な発言を始めたが、その中に「長時間労働」とか「過労死」という言葉は見あたらず、「残業代ピンハネ」といった扇情的な発言に終始した。

実はこの答申は、自由な働き方だから労働時間規制を撤廃するといいいながら、木に竹を接ぐように、在社時間を管理して長時間労働には医師による面接指導を行えと求めている。本来ならば、「それで十分なのか、時間そのものを規制すべきではないのか」といったまともな議論の出発点になり得たであろう。

しかし、「残業代ゼロ法案」批判の嵐の中では、そのような議論の余地はなかった。そして、結局政府は国会提出法案にホワイトカラーエグゼンプションを盛り込むことを断念し、月80時間を超える残業について割増率を5割に上げるといふ、まるで長時間残業を奨励しているかのような改正案を提出した（2008年12月に、月60時間を超える残業について割増5割と修正して成立）。

(3) いのちと健康を守る労働時間規制へ

(a) 消えた「健康」の発想

労働経済白書によると、25～44歳の男性で週60時間以上働く人の割合は2割以上に達する。週60時間を5日で割れば1日12時間。これは1911年に日本で初めて工場法により労働時間規制がされたときの1日の上限時間である。

工場法はいうまでもなく、『女工哀史』に見られるような凄惨な労働実態を改善するために制定されたものである。当時、長時間労働で健康を害し結核に罹患する女工が多く、労働時間規制は何よりも彼女らの健康を守るための安全衛生規制として設けられた。

ところが、終戦直後に労働基準法が制定される時、1日8時間という規制は健康確保ではなく「余暇を確保しその文化生活を保障するため」のものとされ、それゆえ36協定で無制限に労働時間を延長できることになった。労働者が余暇よりも割賃による収入を選好するのであれば、それをとどめる仕組みはない。

もっとも、制定時の労働基準法は女子年少者については時間外労働の絶対上限（1日2時間、1週6時間、1年150時間）を設定し、工場法の思想を保っていた。これが男女雇用機会均等に反するという理由から撤廃されることにより、女性労働者も男性と同様無制限の長時間労働の可能性にさらされることになった。健康のための労働時間規制と

いう発想は日本の法制からほとんど失われてしまった。こうした法制の展開が、労働の現場で長時間労働が蔓延し、過労死や過労自殺が社会問題になりつつあった時期に進められたのは皮肉である。

(b) **過重労働問題と労働政策の転換**

一方、労働時間規制ではなく労災補償と安全衛生の分野で政策の転換が進んだ。

脳・心臓疾患の労災認定をめぐる裁判例の進展と、これを受けた労働省の認定基準の改定により、かつては発症の直前または前日に過激な業務をしたことを要求していたのが、発症前1週間の過重な業務で判断するようになり、さらに2001年12月の認定基準では、6か月という長期間にわたる業務の過重性を発症との因果関係で評価している。具体的には、発症前1か月ないし6ヶ月間にわたり、1か月あたりおおむね45時間を超えて時間外労働が長くなれば業務と発症との関連性が強まり、さらに発症前1ヶ月間におおむね100時間（または発症前2か月ないし6ヶ月間にわたって1か月あたりおおむね80時間）を超える時間外労働は、業務と発症の関連性が強い。

この基準の最大の意義は、労災補償法政策と労働時間法政策を交錯させたことにある。具体的な数字を示して、一定時間以上の長時間労働は使用者の災害補償義務の対象になりうる過重労働であると認めたのであるから、労働時間規制へのインパクトは大きい。

安全衛生面でも、2002年2月に「過重労働による健康障害防止」のための通達が出され、2005年11月には労働安全衛生法が改正された。この改正では、月100時間を超える時間外労働に対して医師による面接指導が義務づけられ、事業者は医師の意見を聞いて、就業場所の変更、作業の転換、労働時間の短縮、深夜業の減少などの措置を講じなければならない。

(c) **まずはE U型の休息期間規制を**

残業代規制だけで労働時間規制の存在しないアメリカと対照的に、E Uの労働時間指令は労働者の健康と安全の保護が目的で、物理的労働時間のみを規制して残業代は労使に委ねている。

週労働時間の上限は48時間である。日本より緩いではないか、と思ったら大間違い。これは「時間外を含め」た上限である。E Uの労働時間規制は、それを超えたら残業代がつく基準ではなく（それは労使が決めるべきもの）、それを超えて働かせることが許されない基準である。最高1年の変形制が認められているが、これも日本のように変形制の上限を超えたら残業代がつかだけのものとは違い、上限を超えることを許さないものである。これが、（イギリスを除く）E U諸国の法制である。

イギリスだけはオプトアウトという個別適用除外制度を導入している。労働者が認めたら週48時間を超えて働かせてもいいというもので、大きな非難を浴び続けてきた。現在、E U労働時間指令の改正が大詰めに来ており、オプトアウトがどうなるか注目され

ているが、実はオプアウトを適用しても労働時間には物理的上限がある。休息期間規制があるからだ。

EU指令は1日につき最低連続11時間の休息期間を求めている。これと1週ごとに最低24時間の絶対休日を合わせると、1週間の労働時間の上限はどんなに頑張っても78時間を超えることはできない。たとえオプアウトでも上限はある。現在の指令改正案ではこの上限を週60時間にしようとしている。

現在の日本に「時間外含めて週48時間」という規制を絶対上限として導入しようというのは、いささか夢想的かも知れない。しかし、せめて労働規制の劣等生のイギリスなみの1日最低連続11時間の休息期間くらいは、最低限の健康確保のために導入を検討してもいいのではなかろうか。

(4) 生活と両立できる労働時間を

(a) 日本型「時短」の欠落点

最近、ワークライフバランスという言葉がよく使われるようになった。かつては「職業生活と家庭生活の両立」という言葉がよく用いられたが、その際には、育児休業や介護休業、あるいは短時間勤務や保育施設の充実といった（主として女性労働者が）家庭責任を果たすための特別の措置にもっぱら焦点が当たり、男性労働者の恒常的な長時間労働にはあまり問題意識が向けられなかった。

そのため、1980年代から90年代にかけての労働時間短縮に向けた国家的な取り組みにおいても、法的な措置は法定労働時間の週48時間から週40時間への短縮と、年次有給休暇の拡大が主で、時間外・休日労働の実体的規制は見送られ、休日労働の割増率が35%に引き上げられたただけであった。しかし、法定労働時間を短縮しても時間外労働に法律上の上限はないし、年休が増えても取得率が下がれば実質的な時短にはならない。法定労働時間が短縮した分時間外労働が増えれば残業手当が増えるだけである。それでいいのかというのが法政策上の大問題でなければならなかったはずだが、そうならなかった。

それどころか、この時期の労働法政策においては、「時間外・休日労働の弾力的運用が我が国の労使慣行の下で雇用維持の機能を果たしている」（1985年労働基準法研究会報告）とか、「我が国の労働慣行の実情に合うような上限設定が可能かどうか定かでない」（1992年同報告）と、雇用維持のためのコストとして恒常的な長時間労働を是認する考え方が主流であった。これは、労働法政策が男性労働者の雇用維持を最優先課題としている時期には一定の合理性があったといえるかも知れない。ところが、その後労働法政策が内部労働市場における雇用維持から外部労働市場における移動促進に徐々にシフトしていったにもかかわらず、この長時間労働哲学には疑問が呈されないまま21世紀に至っている。

(b) 恒常的長時間労働からの脱却

日本の労働時間法制は本来アメリカ型ではない。アメリカの公正労働基準法は「週40時間を超えて働かせてはいけない」とか「働かせる場合には何らかの手续をとれ」などと要求していない。しかし、日本の労働基準法はそれを要求している。日本の法律はヨーロッパ型の物理量としての労働時間を規制するタイプであり、それに36協定という形で集団的オプトアウトを認めているに過ぎない。残業手当を払えばいくらでも労働させてよいなどというアメリカ型の仕組みでは本来なかったのである。

立法担当者の寺本廣作氏は、8時間労働制を「労働者のために余暇を確保しその文化生活を保障するために必要な最長労働時間」と考え、「労働者が自覚して求めない限りなお時間外労働を認める」ことにしたと述べている。皮肉なことに労働者自身がそれを「自覚」せず、余暇などよりも残業手当を稼ぐことを選好したために、1日8時間とはそれを超えたら残業手当が付く基準としか見られなくなっていったのである。恒常的時間外労働が常態となり、時間外労働はないのが本来の姿という発想は見あたらなくなった。

しかし、今日求められる労働時間規制は、労働時間をカネ勘定としてではなく、健康の確保や生活との両立のための物理量として捉え、その実体的規制を図るものでなければならぬはずである。

(c) 普通の男女労働者のための基準

普通の男女労働者が仕事と生活を両立させるための労働時間規制を考えよう。労働者の家庭生活や私生活に使われるべき最低限の時間を確保するというのがその目的になる。恒常的な長時間労働を容認する考え方は、男性労働者には雇用維持さえ確保されれば家庭生活のための時間など必要ではないという価値判断に基づくものであろう。男性は会社に出稼ぎに行き、女性は家庭で家事育児に専念するという典型的な男性稼ぎ手モデルだ。これは究極的には個人の選択の問題であるから、「生命」の安全が確保される限り長時間働きたいという選択を禁止することはできない。

しかし、普通の労働者に適用されるデフォルト・ルールは明確に変更すべきであろう。つまり、男女労働者とも家庭生活とのバランスがとれる程度の時間外労働を上限とすべきである。法制的には、36協定により事業所単位で就労が義務づけられる時間外労働に法律上の上限を設定し、それを超える時間外労働は個別に合意した場合に限り認めるというオプトアウト方式が考えられる。その水準としては、現在育児・介護休業法で時間外労働の制限請求権として設定されている月間24時間程度が考えられる。同法では、デフォルト・ルールは無制限の時間外労働で、労働者が請求してはじめて時間外労働が制限されるのだが、それをひっくり返そうということである。

もっとも、イギリスの例に見られるように、個別オプトアウトには問題がある。特に日本では、男性正社員がこれを断るのは相当の勇気が要りそうだ。「なるほど、君はも

う出世をするつもりはないと、こういうことだね？」という上司の言葉を覚悟しなければならぬかも知れない。これは労働法制で規制するのは難しく、社会の意識改革を図っていくべき課題であろう。

3. 労働市場法制 課題と改革の方向性

濱 口 桂一郎

(1) 偽装請負は本当にいけないのか？

(a) 偽装請負とは何か？

2006年7月、朝日新聞は総力を挙げて「偽装請負追及キャンペーン」を始めた。特に、御手洗富士夫日本経団連会長のお膝元であるキヤノンと、日本有数の電器メーカーである松下電器産業において、大量の請負労働者を使っていることが糾弾された。

「偽装請負」という概念は、請負と労働者派遣とは別物であり、きれいに区分できるという考え方に立脚している。現在のその根拠は「労働者派遣事業と請負により行われる事業との区分に関する基準を定める告示」(昭和61年労働省告示第37号)である。ここでは請負とは「業務の遂行に関する指示その他の管理」「労働時間等に関する指示その他の管理」「企業における秩序の維持、確保等のための指示その他の管理」を自ら行うものでなければならない。この考え方は1948年の職業安定法施行規則第4条における労働者供給と請負の区分に遡る。これは、1947年の職業安定法によって、(労働組合を除き)すべての労働者供給事業が禁止されたことを前提として、請負と称していても実態が労働者供給であれば禁止するという政策のために設けられたものである。

ところがさらに遡れば、戦前の語法では労務供給事業も請負の一種であった。法制上も、商法は営業的商行為として「作業または労務の請負」を挙げている。1948年の職業安定法施行規則は、このような労務請負か作業請負かという問題を、労働者供給か請負かという語法で規定したものといえる。しかしながら、労務請負と作業請負は実際には連続的であり、きれいに峻別できるわけではない。一方の極には、全く個別作業ごとに労働者一人ひとりを供給するという典型的な労務請負がある。この場合、当該供給労働者一人ひとりがその事業場の指揮命令下に置かれる。他方の極には、ある事業場の事業全体をまるごと一つの作業集団に請け負わせるという典型的な作業請負がある。この場合、当該事業を請け負った以上、その内部に指揮命令は及ばない。しかしながら、その中間にはある事業場の事業の一部であってある程度組織的にまとまった単位を請け負わせるという形態がある。この場合、どの程度のまとまりかによって、指揮命令の状況は変わるであろう。それをグループで労働者供給され、グループ内部ではリーダーが指揮命令すると同時にグループ全体としては事業場から指揮命令されていると捉えるのか、当該グループで作業を請け負い、グループ内でリーダーが指揮命令すると同時に、グループ全体としては事業場から「指示」を受けていると考えるのかは、一義的に決まるものではなからう。

(b) 請負法制に無理がありすぎる

上の区分基準告示についていえば、現実の職場におけるコミュニケーションのどこまでがそこである「指示」に当たり、どこまでがそれに当たらないのかは必ずしも明確であるとは言い難い。そうすると、うかつに接触して「指示」したととられないように、請負労働者との接触は控えた方が賢明ということになる。

ところが一方、2005年の労働安全衛生法改正によって、製造業の元方事業者に対しても、混在作業によって生ずる労働災害を防止するため、作業間の連絡調整、合図の統一等必要な措置を講ずる義務を課された。請負であっても、請負労働者に対して「指示」には当たらない一定のコミュニケーションをとらねばならず、それを怠ると50万円以下の罰金に処せられる。

こういった規定は建設業や造船業では従来から設けられていた。重層請負関係で行われるのが普通のこれら事業では、元方事業者に統括管理者の選任や協議組織の設置、作業間の連絡調整、安全巡視などが義務づけられるとともに、統括安全衛生責任者の選任も求められている。2005年改正は、この元方事業者責任を他の製造業にも広げたものである。こと安全衛生に関する事項については、積極的に接触することが望ましいのだ。

そもそも同じ職場に働く労働者として、仕事に関わることそれ以外のことを含めて関係を深めていきたいと考えるのは自然である。筆者は2006年から2007年にかけて、連合総研の「請負等外部人材に関する労使間の課題に関する調査研究委員会」の委員としてヒアリングを行ったが、各企業では様々な社内行事への請負労働者の参加が図られていたし、請負労働者の処遇改善への働きかけや教育訓練、提案制度など、請負要件との関係で境界線上の問題についても意欲的であった。請負労働者との接触は望ましくないのか、望ましいのか。これは現行法制度の下で現場が置かれた二律背反的状况である。

この点を敢えて指摘したのが日本経団連の御手洗富士夫会長であった。彼は2006年10月13日の経済財政諮問会議で「請負法制に無理がありすぎる」と述べて、マスコミの集中砲火を浴びた。

(c) 請負労働の労働法規制

この「無理」は、しかしながら、本来労働法によって規制されるべき請負がなんら規制されていないという事実から生じていることを見落としてはならない。むしろ、請負法制が存在しないことが「無理」なのだ。本来あるべき請負法制の欠落を、派遣法制によって埋め合わせようとするためにさまざまな矛盾が生じているのである。御手洗会長のいう「無理」は、請負労働を労働法上適切に規制することによってのみ解決するはずである。

戦前はそうだった。1911年に制定された工場法の適用に当たっては、「雇傭関係方直接工業主ト職工トノ間ニ存スルト或ハ職工供給請負者、事業請負者等ノ介在スル場合トヲ問ハス、一切其ノ工業主ノ使用スル職工トシテ取扱フモノトス」(大正5年商局第

1274号)と、明確に工業主に使用者責任を負わせていたのである。この事実 - 戦前期には事業請負(つまり告示でいう派遣ではない正しい請負)であっても、工場法(つまり労働基準法制)の適用上、工場主(つまり受入れ企業)を使用者として取り扱っていたこと - を法的規範として再認識する必要がある。

さらに建設業では、1931年に制定された労働者災害扶助法により、安全衛生責任と表裏一体の労災補償責任も元請事業者に課せられていた。この規定は、戦後の労働基準法にも盛り込まれ、現在も生きている。そして、建設業における下請労働者の労災保険料は、雇用関係どころか指揮命令関係も存在しないはずの元請事業者が支払っている。上述の労働安全衛生法の規制と併せ、現行法にも請負労働の労働法規制はきちんと存在しているのである。

製造業でこの考え方が失われたのは、戦後労働者供給事業が禁止されたため、真剣に考える必要がなくなったためであろう。ただ、建設業においては、事実上労務下請という限りなく労働者供給事業に近い事業形態を請負であると称してきたため、労災補償責任を元請事業主が負うという、現実に対応する法制度が生き残ってきた。今日の製造業における請負労働を考える上で役に立つのは、むしろこの戦前以来の考え方であるように思われる。

(2) 登録型派遣・労働者供給・臨時日雇型紹介

(a) 登録型派遣の本質

今日問題となっている登録型派遣とは、そもそもいかなるビジネスモデルなのだろうか。

実をいうと、登録型派遣が労働者派遣法でいう「自己の雇用する労働者を、当該雇用関係の下に、かつ、他人の指揮命令を受けて、当該他人のために労働に従事させること」という労働者派遣の定義に該当するかどうかは疑問の余地がある。登録型派遣の場合、少なくとも派遣の注文を受けた段階では「自己の雇用する労働者」ではない。その労働者が「自己の雇用する労働者」になるのは労働者派遣が開始される時点だからである。ところが、そこから過去に遡って、まだ「自己の雇用する労働者」ではなかったはずの者を「自己の雇用する労働者」であったかのように見なして、その配置行為として派遣が行われるという法的構成をとっている。このような法的構成が可能なのは、派遣の注文を受けて適当な派遣労働者を登録されている者の中から選び、その者を労働者派遣するという意思決定をして、実際にその者が派遣先に行って就労を開始するという一連の流れを、時系列に沿って発生する事象ととらえずに、すべて同時に発生するものと見なしているからであろう。極めてアクロパティックな論理であるが、そのような構成をとらなければ、登録型という労働者派遣形態が労働者派遣法に定める「労働者派遣」ではなくなってしまう。

しかしながら、このようなアクロバティックな法的構成に基づいた法律上の概念規定は世間的には決して一般的なものではない。むしろ、登録型派遣とは使用者責任を派遣元が負ってくれるというサービス付きの職業紹介であるという認識のほうが一般的であるように見える。このような認識は、2007年末に規制改革会議が公表した規制改革要望の中で、全国地方銀行協会が事前面接の解禁を求めた際に、「事前面接を解禁することで、雇用のミスマッチが解消され、求職者・求人企業の双方の利益につながる」と述べていることから明らかであろう。経営側にとっても、派遣先は「求人企業」であり、派遣労働者は「求職者」なのだ。ここまで露骨に言わないにしても、規制改革会議や日本経団連の規制緩和要望では、派遣就労前に事前面接を行い適性を確認することはミスマッチや就労開始後のトラブルを避けるために必要であると主張している。

世間の常識からすれば、このほうが働くということの道理にかなっている。派遣先で働く生身の人間に会ってはならないなどというのは、いかにも非人間的である。しかしながら、この規制は派遣先と派遣労働者の間に雇用関係を成立させないための人為的な規制である。現実には派遣先で働く生身の人間に、にもかかわらず派遣先とは一切雇用関係がないと突っぱねるための法的装置であり、現実には派遣先が当該職務に適格な労働者を雇い入れようとする行為であるにもかかわらず、それを唯一の使用者である派遣元の配置転換に過ぎないという法的仮構を貫くための防波堤なのである。

常用型派遣であれば、派遣の注文を受ける前から既に派遣元の「自己の雇用する労働者」なのであるから理屈は立つ。しかしながら登録型派遣の場合、まだ派遣元の「自己の雇用する労働者」になっていない者を派遣先が面接して就労を決定してしまった後で、派遣開始と共に派遣元が雇い入れたから過去に遡って面接の時点でも派遣元の「自己の雇用する労働者」であったことにするというわけにはいくまい。すなわち、登録型派遣において事前面接を解禁することは登録型がよって立つ論理的基盤そのものを失わせてしまうことになるが故に、いかに現実社会の要請がまともなものであったとしても、それを許容することはできないのである。

法的仮構に基づく人為的な規制を世間の常識に合わせよと経営側が要求するのであれば、法的仮構そのものをどのように見直すつもりなのか、という問いを避けることはできない。これは雇用関係も存在しなければ雇用の予約でもない「登録」という現象をいかなる法的概念としてとらえるかという問題である。

(b) 労働組合の労働者供給事業

実態として登録型派遣事業に最も近いのは、労働組合の行う労働者供給事業における組合員としてのメンバーシップであろう。

労働組合の行う労働者供給事業について、いくつかの裁判例は存在する。鶴菱運輸事件、渡辺倉庫運送事件、泰進交通事件といった地裁レベルの判決はいずれも、供給先と供給労働者の関係を「雇用関係」としながらも、供給契約の存在する限りで存続する特

異なる雇用関係としている。おそらく、それが最も実態に即した法的構成であろう。そして、登録型派遣における派遣先と派遣労働者の関係も、社会的実態としてはこれと同じであると考えられる。

労働者供給事業は長らく日陰の存在であったため、積極的な意味でほとんど労働法学的な検討の対象になってこなかった。今日でも、労働法学者が労働者供給事業に言及するときは、禁止されるべき悪の象徴として語られることがほとんどであり、労働組合の労働者供給事業の法的構造を正面から論じた業績はほとんど存在しない。そろそろ正面から議論すべき時期ではなかろうか。その際、労働組合法との関係を改めてきちんと整理し直す必要がある。現在の仕組みでは、労供事業を行う労働組合と供給先の企業が労働協約を締結し、これが供給契約となるということになっているが、そうすると供給元と供給先との商取引契約である供給契約が、同時に供給労働者の労働条件について規範的効力を有する労働協約でもあるということになり、労働法規制のあり方として問題なしとしない。

また、労働組合に事業者性が認められないために、社会労働保険の適用が難しい点が従前から指摘されており、これに対応するため、労働組合が派遣事業体を設立し、労働組合から派遣事業体に労働者を供給し、派遣事業体から派遣先に労働者を派遣するという入り組んだ仕組みをとるところもある。これでは四者間労務供給関係である。この問題を解決するためには、労働組合が事業主体としてその供給する組合員のみなし使用者となりうる法的枠組みが必要になってくる。

(c) 臨時日雇型有料職業紹介事業

もう一つ、実態として極めて登録型派遣に近いのが、家政婦、マネキン、配膳人といった臨時日雇い型の有料職業紹介事業である。これらにおいても、求職者は有料職業紹介所に登録し、臨時日雇いの求人があるつど就労し、終わるとまた登録状態に戻って、次の紹介を待つ。ところが、こちらは職業紹介という法的構成を取っているため、就労のつど紹介先が雇い入れてフルに使用者になる。実態が登録型派遣と同様であるのに、法的構成は全く逆の方向を向いているのだ。これは、占領下の政策に原因がある。

これらの職種は戦前は労務供給事業で行われていた。ところが、これらも職業安定法の労働者供給事業全面禁止のあおりを受けて、弊害はないにもかかわらず禁止されてしまった。一部には、労務供給業者が労働組合になって供給事業を行うケースもあったが、労働組合でなくてもこの事業を認めるために、職業紹介事業という法的仮構をとったのである。

これも事業の実態に必ずしもそぐわない法的構成を押しつけたという点では、登録型派遣と似たところがある。最近の浜野マネキン紹介所事件に見られるように、「紹介所」といいながら、紹介所がマネキンを雇用して店舗に派遣したというケースも見られる。マネキンの紹介もマネキンの派遣も、法律構成上はまったく異なるものでありながら、

社会的実態としては何ら変わりはない。その社会的実態とは労働者供給事業に他ならない。

(3) 業務限定方式の問題点

(a) 業務限定方式の経緯

日本では派遣労働の規制は業務限定で行うのが当然という意識があるが、これにはいくつもの問題がある。

まず派遣法制定（1985年）の経緯をたどると、政府は当初常用型に限定して（特に業務を限定せず）派遣事業を認めようとしていた（旧ドイツ型）が、当時現実に事務処理請負業と称して派遣事業を行っていた企業の大部分がいわゆる登録型であったため、この方針は放棄されてしまった。

これに代わって打ち出されたのは、労働者派遣事業の対象業務を限定するという国際的に見てきわめて特異なやり方であった。労働者派遣事業を認めても弊害の少ない業務についてのみ派遣を認めるのだという考え方である。1985年の労働者派遣法は、この考え方を中核として構築されている。この根底にあるのは、労働者派遣法を派遣労働者の保護を中心に考えるのではなく、派遣労働者によってクラウディングアウトされてしまうおそれのある常用労働者の保護を中心に考えようとする発想であった。その背景には、この1980年代半ばという時期が日本の労働政策において企業主義的な考え方が最高潮に達した時期であったという事実がある。すなわち、1970年代半ばの石油ショックに対する対応を契機として、日本的雇用慣行を高く評価し、できるだけそれを維持促進しようとする法政策が全面化していた時期である。

そこで、労働者派遣法においても「労働者の職業生活の全期間にわたるその能力の有効な発揮及びその雇用の安定に資すると認められる雇用慣行を考慮する」（第25条）ことが求められるとともに、そのような雇用慣行に影響を及ぼさないような業務、具体的には専門的な知識経験を要する業務と特別の雇用管理が行われている業務に限って労働者派遣事業を認めるという理屈が構築された。専門的な知識経験を要する業務であれば、日本的雇用慣行に縛られず個人の専門能力によって労働市場を泳ぎ渡っていけるであろうし、そもそも日本的雇用慣行の外側の外部労働市場にいるような人々は派遣就労でもかまわないということであろう。しかしながら、日本のように個々人の職務が不明確で、会社の命ずることが即ち職務であるような在り方が一般的な社会において、個々の作業を「業務」で切り分けてこちらは認めてこちらは禁止というのは、そもそも職場の現実からはかなり無理のある仕組みであった。

(b) 「ファイリング」の無理

その無理が特に露呈していたのが「ファイリング」なる専門業務である。当時の産業分類にも職業分類にも、ファイリング業務なるものは見当たらないし、当時の事務系職場において、ファイリング業務が専門的な知識経験を要する業務として特定の専門職員によって遂行されていたという実態もない。既に事務処理請負業として行われていた労働者派遣事業のかなりの部分が、当時オフィスレディといわれていた事務系職場の女性労働者の行う「一般事務」であったにも関わらず、それでは上記の対象業務限定の理屈付けに合致しないので、現実社会に存在しない「ファイリング」なる独立の業務を法令上創出したのだと理解するのが、もっとも事実在即しているように思われる。

派遣法制定に尽力したマン・フライデー社長の竹内義信氏はその近著『派遣前夜』の中で、ファイリング業務について「図書館のファイリングシステムを例に出し、縦横斜めから求める本を探し出すためのシステムを構築するのは大変な能力を必要とするし、これは会社に於けるファイリングシステムも同じだと説いた」結果、対象業務に追加され、「法律が制定された後、このファイリングが思わぬ方向に展開した。幅広く捉えられ、このことによって派遣事業の発展に大きく寄与する結果になった」と回想している。

もっとも、男女差別の横行する当時の日本では、彼女らは日本的雇用慣行の外側の存在であり、OLが派遣になっても男性正社員に常用代替の恐れはないということであったのかも知れない。しかも、OL代替の事務派遣労働者はOL並の処遇を受けていた。上記竹内著は、「話が賃金のことに及ぶとその支給額の高さに「ホー」という声が漏れたのを覚えている。一般事務の賃金が、アルバイトの2.5倍であり、正社員雇用で働いている一般の事務員の給料と比較してもやや高いものであった」と自慢げに語っている。派遣の古き良き時代といえるが、それは専門職ゆえではなく、男女別雇用管理のゆえであった。

(c) 製造業派遣禁止論の無理

その後、派遣事業などの労働市場サービスを正面から認めるとともに、派遣労働者保護を打ち出した1997年のILO181号条約を受けて、1999年に派遣法が改正され、それまでの業務限定（ポジティブリスト方式）が原則自由（ネガティブリスト方式）に移行した。これによって、ようやく日本の異様な労働者派遣法は他の先進国並みのまともな法律になる機会を得たのだが、残念ながらそれはきわめて不徹底に終わった。このとき、製造業は禁止業務（ネガティブリスト）に入れる理由が存在しないので、暫定的に附則で除外したに過ぎない。2003年に製造業が対象に含められたのはその帰結であり、その間製造業派遣がストップされていたことは、新たに製造業派遣を禁止する法制上の理由にはならない。

たまたま不況の影響が現在製造業に集中的に現れているからといって、脊髄反射的に製造業派遣禁止を唱えるのは近視眼的である。これから非製造業にもじわじわと「派遣

切り」が拡大していくことが予想される中で、そちらの派遣労働は製造業ほど悪くないから認めるというのか、その理由は何か、合理的な理由は見いだせない。よく言われるのが、製造業のものづくりは技能伝承が必要だから正社員にすべきだという議論であるが、非製造業に技能伝承が不必要であるわけではないし、製造業のすべての業務が高度技能であるわけでもない。

なお、製造業には危険有害業務が多く、これはそれら特定業務への派遣禁止の根拠になりうるはずであるが、これまでそのような政策思想はとられてこなかった。本来であれば、1999年ないし遅くとも2003年に危険有害業務の適用除外という新たなネガティブリストを考えておくべきであったと思われる。

第3章 経済学の視点から

1. 労使コミュニケーションの再構築に向けて

神 林 龍

(1) はじめに：多少の理屈と基本的な問い

本稿は、連合総研『イニシアチヴ2009』研究委員会での議論をもとに水町勇一郎氏がとりまとめた《提言》労働法改革のグランドデザイン（以下、水町提言）を題材に、労働法制のより望ましいあり方を議論するための論点を経済学的な観点から提案することを目的としている¹。

(a) 現行労働法制と労使関係の位置づけ

まず本稿では、現行労働法制の抽象的性格について共有することから出発しよう。もちろん、現実の労働法制は多岐に渡り、過度の抽象化・単純化は時として問題の所在を隠してしまうこともある。しかし、労働法制の大枠を議論する出発点としては、理解の助けになるだろう。

多くの労働法の教科書に書かれているように、日本の労働法制の根幹を形成する労働基準法は、第一義的には、労働条件の最低水準を国家が画一的に強制することを目的としている。法で定められた水準を下回る部分は当事者同士の合意があったとしても無効とされ、法定水準が自動的に外挿される。その意味では、労基法はパターンリスティックな19世紀的性格を有しており、戦後新たに成立した法律であるにも関わらず、戦前期の工場法の後継であるといわれる所以（の少なくとも一部）はここにある。また、現実には労働基準監督署に付与されている強大な権限から類推すると、法は、最低水準を下回る労働条件が社会に与える脅威を、単なる私人間の契約不履行に留まらず、社会秩序に対する反逆だと位置づけていると解釈できさえする。

とはいえ、すべての労働条件が労基法に定められた水準で決定されてしまうわけではない。最低基準を上回る労働条件については、ストライキ権を背景とした集団交渉（あ

¹ ただし、本稿では教科書的市場均衡論の観点からの論点の提出は極力避けた。第一に、完全完備市場を想定する限り、あらゆる価格規制・数量規制はパレートの意味での効率性を害する。したがって現実が完全完備市場によってよく近似できると考えるならば、少なくとも経済学的見地からは法規制を議論する必要はない。第二に、完全完備市場を離れたとき、法規制の効果は想定する条件によって千差万別である。しかも多くの場合、どの想定が現実をよく記述するかについてコンセンサスは得られていない。このようななかで、ひとつひとつの論点（あるいは条文）について議論することは本稿に課せられた趣旨ではないと考える。

るいは個別の交渉)によって決定され、この交渉枠組みを法的に保護することが労働法制の第二の車輪を形成している。ただし、戦後直後の労働組合法の変遷に象徴されるように、集団交渉が政治闘争に転化することを嫌うあまり、集団的交渉プロセスに対する法的保護が狭義の経済条件を目的とする交渉に限定されてきたことは、ここで特筆しておきたい。以上のように、現行労働法制は強行的規定と相対交渉の促進という対照的な両輪で形成されていると整理できよう²。

ここでさらに議論が必要なのは、片輪をなす労基法の強行的性質の強弱についてである。一般には、上にも示したように、労基法は労働条件の最低基準を定めている強行的性質が強い法律であると考えられている。しかし実際には、判例法理やオプトアウトが多用されており、日本における労働条件の最低水準は、実質的には企業別労使関係に強く依存している。その典型例は労働時間に関する最低水準であろう。労基法は第32条第1項において「使用者は、労働者に、休憩時間を除き1週間について40時間を超えて、労働させてはならない」としている。さらに第2項において「使用者は、1週間の各日については、労働者に、休憩時間を除き1日について8時間を超えて、労働させてはならない」とも規定している。字義通り解釈すれば、この条文が表明する法的意思是明確かつ強烈である。すなわち、労働時間の最低水準は1日8時間週40時間であり、それを超える労働契約は社会正義に反すると宣言しているわけである。しかし現実には、様々な他の制度を並存させることでこの条文が直接発動される場面は狭められている。たとえば第36条では、過半数組合(あるいは代表)との「協定で定めるところによつて労働時間を延長し、又は休日に労働させることができる」と定められている。この協定が世にいうサブロク協定で、労働時間についての最低基準の決定は事実上労使協定に委ねられているといっても過言ではない。もしも労基法の目的を社会正義の強行的な実現と考えるのであれば、たとえば労働時間に関する社会正義は労使交渉で発見されるべしという逆説的かつ分権的な構造をもっていることがわかる。この点は戦前期の工場法とは異なっており、労基法を工場法の単なる継承と考えるべきではないという考え方も根強いことは付言しておこう³。

結局、ロジックのうえでは調和しているかのように見える労働法制の両輪は、現実には労使交渉による規範形成に偏っているとまとめることができよう。高度成長期から低成長期にかけて、景気循環の主動因がマクロショックであったこと、そもそも社会全体

² 公共職業紹介や雇用保険など労働市場法制ももうひとつの柱であるが、ここではとりあえず二者の関係を考える。

³ 渡辺(2007)。労働時間について、工場法では第3条として「工業主八十六歳未満ノ者及女子ヲシテ一日二付十一時間ヲ超エテ就業セシムルコトヲ得ズ」とあり、国家総動員法のもとで1939年に発令された工場就業時間制限令では第3条として「工業主八十六歳以上ノ男子職工ヲシテ一日二付十二時間ヲ超エテ就業セシムルコトヲ得ズ」とされている(同令は1943年に戦時行政特例法のもとで発令された工場法戦時特例に伴い廃止された)。労使交渉による例外創出は両者ともに認められていない。

が比較的平等な所得分配構造をもっていたこと、企業内熟練を重視する技術体系が採用されたことなどを考慮すると、個々の労使で形成される規範と社会全体の有様が大きく乖離することはなかったであろう。加えて、交渉の内実が結局給付水準に集約されたことは、企業・事業所・個人間での妥結結果の相互比較を簡単にした。それゆえ、個別の労使交渉に分権化された規範定立が経済活動と親和的であったことは容易に想像がつく。

ただし、集団交渉に与えられた制度的保障が狭義の経済条件を目的とした交渉に限定されたために、かえって組織内で政治路線を巡る対立を解消する場が公式に提供されなかったことは、企業別労使関係の形成過程における問題として注目するべきかもしれない。このとき、共通見解を形成しにくい異質者には、根気よく話し合いで不満を解消させる（あるいは妥結点を見つける）よりも、組織から排除したり別の規範原理を適用することで対処してきた可能性がある。たとえば、1960年代から70年代に先鋭化した労働組合内部での路線対立が結局少数派の組織からの排除につながったことや、1970年代より継続的に増加した非正規従業員が労働組合に加入せず、因果関係は不明とはいうものの正規従業員との間に身分格差が生まれていることなどが好例であろう⁴。

以上の考察をもとに、現行の労働法制と労使関係の特徴をまとめると、個別労使の交渉による分権的な正義の発見、同質的構成員による交渉（Voice）と異質者の排除（Exit）の並存、というふたつを見出すことができる。

(b) 近年の労働市場の変化と基本的な問い

近年労働市場の変化は著しい。非正規と呼ばれる働き方に服する労働者が就業者の30%を越えていることに警鐘が鳴らされて久しいが、同じ正規社員（あるいは非正規社員）採用であったとしても、背景を異にする労働者が増大したことも見逃せない。このことは、旧来の労使交渉で最低限の労働条件に関するコンセンサスを成立させることが困難になることを示唆している。現に、労働組合が既得権益に固執し多くの他の従業員の利害を無視しているという批判はその一面を指摘しているし、1990年代以降の未曾有の不況期に際しても労働組合の組織率が回復しなかったのは現在の労働組合への失望のあらわれなのかもしれない。その一方で、1990年代以降矢継ぎ早に行われた労働法制の変更は、前項でまとめた相対交渉によって分権的になされる事業所（企業）単位の規範形成への依存度を高めてきている。裁量労働制の導入然り、定年延長に関する制度変更然り、新たに制定された労働契約法は労働契約の合意原則を強調し、第10条では、労働組合などとの交渉が就業規則変更の合理性を推定する重要な根拠となることを条文に明記してさえいる。近年の労働法制が合意原則に傾斜する一方、労働者の多くが合意に至る交渉

⁴ 2001年の厚生労働省『労使関係総合調査（労働協約等実態調査）』では、同一事業所内に別組合が存在しない割合は84.0%（第6表）（事業所内にパートタイマーがいるなかで）パートタイム労働者の労働組合員がいる割合は14.0%（第19表）であった。この数値は2006年調査ではそれぞれ85.7%、19.1%である。

手段すら失い始めているのが現状であろう。

それでは、近年の変化に対応するためには、どのような労働法制の変更が必要なのだろうか。これが、水町提言が応えるべき基本的な問いかけとなる。

もっとも単純な回答は、労使交渉による職場（企業）単位での規範定立をそのままにして、従来のExit and Voiceの境界を設定しなおせばよいというものだろう。このとき、少なくともVoiceを表明する手段を有する労働者については、合意原則を貫徹させることができる。だとすれば、労働法制に対する要望は20世紀と本質的には変化していないことになる。

しかし、おそらくこのような単純な回答では、将来起こりえる問題を事前に防ぐことはできないだろう。なぜなら、近年の労働市場の変化は参加者の多様化だけではなく、技術革新や企業の経営戦略の変更などにより、労働現場の「独立性」が相対的に増大していることにも起因する可能性が高いからである。たとえば、製造業・サービス業によらず、フロントラインの職務構成は複雑になっており、このために管理監督者の監視によって労働力配置を直接コントロールする費用は相対的に増大しているかもしれない。裁量労働制や成果主義の導入によって（賃金引下げ以外の）効率性の改善があるとすれば、このような事情が現に存在するからであろう。同時に、技術変化の結果、重要な情報が私的に保存されることにも注意が必要である。後に説明するように、職場のなかで「誰が何を知っているか」知らない」状態が生まれるとき、当事者間の相対交渉だけで効率的なルールを設定し運用するのは難しい。

あるいは、所得の絶対水準の増大と社会保障政策の充実によって、労働市場で決定される経済条件が生存水準以下の社会生活をすぐにもたらずわけではなくなったことにも留意すべきである。このことは、労働政策に貧困政策の役割を担わせる必要が低下していることを意味しており、労働法制が実現すべき社会正義も給付の絶対水準を考慮する必然性が弱くなっていることを示唆する。換言すれば、労働法制が実現すべき社会規範が、労働者の生活の維持というよりもむしろ社会公正の実現に関わる方向に転換しつつあるのかもしれない。

このような背景を考えると、旧来のExit and Voiceの境界を変更するだけでは、望ましい法規制を定立できないだろう。本稿では水町提言を題材に、上記のような労働法制と労使関係の構図と労働市場の変化を所与として、労働法制のより望ましいあり方を議論するためのひとつの論点を提案したい。

(2) 規範形成とコミュニケーションの役割

水町提言のひとつの意図は、従業員代表制を軸にして労使コミュニケーションを活性化させることである。いうまでもなく、提案されている従業員代表制の特徴は、比例代表制を取り入れることで、なるべくあらゆる種類の利害関係者を一堂に会した集団交渉を想定することにある。

(a) **固定された二者間コミュニケーションの役割**

ここではまずコミュニケーションの役割について考察しよう。

沈黙貿易を想起すればわかるように、元来、経済取引に言語を介したコミュニケーション（Voice）は必要ない。取引内容に不満であれば二度と訪れないことで意思表示すれば十分であり、詰まるところExitのオプションだけあれば取引は成立する。市場の摩擦や情報の非対称性がない場合には、このような沈黙貿易だけで効率的な資源配分が達成できることは、すでに1世紀以上前にエッジワースが示したことでもある。

したがって労働経済研究の中でコミュニケーションが注目されたのはそれほど古くない。伝統的には、労働組合の主要な機能は、団結を通じて買い手独占の状態を作り出し、労働条件を引き上げることとされていた。しかし1970年代以降、Hirschman（1970）の強い影響もあり、労働者のもつ私的情報を経営に生かすことで生産性上昇を達成できることが意識されるようになった。実際に労使コミュニケーションが賃金や生産性に対して正の影響を及ぼす実証的な根拠も提出され、コミュニケーションを経済学的に考察する視角は市民権を得たといえよう⁵。日本においても、企業特殊熟練・文脈的技能形成を通じた生産性の向上のためにはコミュニケーションが必要とされ、企業別組合という組合の存在形態に合理的な根拠を与えることとなった（ただし、このような説明で念頭におかれるのは、あくまで労使二者間でのコミュニケーションであって、第三者を交えたコミュニケーションではないことには注意をしていただきたい）。

この文脈では、当事者間コミュニケーションは功利主義的に発生する。すなわち、コミュニケーションをとることで相対する両当事者は有益な情報を交換することができ、両者が潜在的に享受できる利益は増大する。適切な制度設計が可能で、事後に機会主義的行動（たとえば労働者の私的情報を聞くだけ聞いて給付には反映させないといったこと）を抑制することができれば、コミュニケーションに参加して意思を表明し交渉するのは経済主体の最適な行動として選択されるはずである。逆にいえば、コミュニケーションに参加しないのは純利益を確保できないからであって、他意はない。この考え方に従えば、現在あげつらわれている労働組合組織率の低下は、単に参加することの利益が費用を上回る労働者が減少しているだけであって、資源配分の効率性からは特段問題視する必要はない。とりわけ日本のように、労働組合の結成や労使交渉が法的に保護されており、労働市場の流動化が進みつつあるといわれているもとでは、以上の説明は一定の説得力をもつ可能性もあろう。

とはいえ、前節2項でまとめた技術環境変化についての認識が正しいとすれば、労使間で共有すべき情報の価値は増えこそすれ減じているとはいえないだろう。また、転

⁵ 重要な貢献はFreeman and Medoff（1984）である。もちろん、Freeman and Medoff（1984）にはいくもの反論が提起され、その後論争が続いた。近年の成果についてまとめたものとして、Bennett and Kaufman（2007）が参考になる論考を収集している。

職率や転職時の賃金増減分布の動向を見る限り、摩擦なく転職可能という意味で労働市場の流動化が進んだとはいきれないかもしれない。だとすれば、現在指摘されている労働組合組織率の低下や労使のコミュニケーション不全が、単純な二者間の費用と便益の変化だけで説明できると考えるのは、むしろ短絡だろう。むしろ事後の機会主義的行動を抑制できないなどの理由で、当事者間コミュニケーションが促進されない状況を想定したほうが、問題の解決の糸口を見つけることができる。

(b) (功利主義的) 第三者コミュニケーションの役割

相対コミュニケーション(すなわち協力関係の構築)を妨げるような機会主義的行動を抑制する方法として、おそらく経済学でもっとも期待されるのは、評判のメカニズムを利用することであろう。一時点ではなく長時間にわたって取引が継続する状況では、誰が約束を反故にしたか、誰が規範を遵守したかを記録し、潜在的取引参加者が履歴を自由に閲覧可能にすることで評判の形成を促すことができる。評判が形成されることを所与とすれば、市場参加者には事後に約束を反故にしたり規範を踏みにじるインセンティブは生まれず、当事者間のコミュニケーションが促進されるとともに、すべての市場参加者の利得を改善できる⁶。

この評判のメカニズムのもっとも単純な事例は、古代から中世社会に一般的にみられた刺青刑であろう。ある一定以上の刑罰を受けた罪人は、暴露される肉体部分に消すことのできない刺青を刺されるとしよう。刺青を見た人には当該人物が過去に罪を犯したことを疑う余地はなく、もしその人物と取引するとなれば慎重を期すだろう。逆に、刺青をもっていない人物は過去に罪を犯したことがないことが明白であり、その人物とは安心して取引できる。このメカニズムが働く限り、市場参加者の逸脱のインセンティブが弱められることは容易に理解できよう⁷。取引当事者が、第三者である取引経験者の情報(この場合、刺青の有無)を利用することで、両者の信用の媒介となるのが評判のメカニズムである。

⁶ 理論的なバックグラウンドとしてはCrawford and Sobel (1982) を参照のこと。実験環境で評判効果の存在を確かめたものとしてはSally (1995) などがある。また、長期的な関係を考えずに第三者の役割を導入する理論もある。たとえば、供託制度のようなものをつくり、あらかじめ定められた状態が発生したときに第三者が供託物を没収し、当事者双方に懲罰を与えるという方法がある。事後的に当事者の利得合計が減少する場合があることから、この仕組みはBudget Breakerと呼ばれることが多い。本稿では水町提言に従い、第三者を介したコミュニケーションを考察する目的から、Budget Breakerとしての第三者の役割には触れない。

⁷ Kandori (1992)

(i) 集中管理か分散管理か

もっとも、どのような形で第三者の情報を利用するかは様々であろう。刺青刑の例では、第三者の作成した情報は刺青という形で人物につきまとう。したがって、次の取引相手は相手の人となりを一見すれば十分で、刺青を施すための費用を除けば、情報伝達に関わる費用は僅少である。とはいえ、暴露された肉体部分の刺青で伝達できる情報はそれほど多くない。また、刺青は消すことができないので、何かの拍子に間違えて逸脱したと認定されてしまった場合、その汚点は一生付きまってしまうことになる。この点は意外にやっかいである。たとえば不確実性が存在し、自分ではコントロールできないにも関わらずたまたま逸脱行為と区別できない結果を生んでしまう可能性があれば、その社会は遠からず刺青者だらけになってしまう。このことが十分予見できれば、刺青を使う評判のメカニズムは初めから機能しない。

殺人などの犯罪とは異なり経済活動には相応の不確実性がつきものである。このとき、刺青刑のような不可逆的なレッテルは市場参加者に過度の懲罰を与えてしまう可能性がある。懲罰を適切な範囲に設定し、時として放免可能とするためには、たとえば市場参加者の過去の履歴を保存し、潜在的市場参加者がそれを閲覧可能にすればよい。十分に長い過去の履歴が参照できれば、当該人物がたまたま運悪く逸脱行為に見える行動を起こしてしまったのか、意図的に逸脱行為を選択したのかは（確実ではなくとも）統計学的に判断することができる。さらに、ある特定の場所に情報集積所をつくり、過去の履歴を保存することができれば、集積された第三者の情報を比較的低コストで利用することができる。このようなメカニズムを実際に用いた例としては、欧州中世のシャンパーニュ大市が知られている⁸。シャンパーニュで市が開かれるときには、市の中の特定の場所に登録所が設けられ、自分が過去に取引をした商人に関する情報を閲覧（登録）することができるようになっていた。現代でも、クレジットヒストリーやいわゆるブラックリストなど、第三者の情報を集中管理する方法は利用されている。もちろん、集中的に管理せずとも口コミという形でネットワークの中で分散的に情報を蓄積する方法もあるだろう⁹。

⁸ Milgrom, North and Weingast (1990)

⁹ この議論は、情報の伝達機能が発達していないところでは評判のメカニズムはうまく作動しないことを示唆しており、市場メカニズムそのものに大きな影響を及ぼすことには読者の注意を喚起したい。コミュニケーションのない通常の沈黙貿易を考えてみよう。商品に関する情報の非対称性や事後の逸脱行為がない場合には、Exitの繰り返しによって効率的な取引が成立する。しかし、事後の逸脱行為が起こる場合には、Exitだけでは効率的な取引は成立しない。たとえば、提示価格が情報伝達機能をもつ（逸脱した使用者の提示賃金が高くなる）ためには、はじめに逸脱した使用者のもとに次の労働者が応募しないことが必要である（応募者が来ないので提示賃金を引き上げざるをえないという状況をつくる必要がある）。しかし次の労働者が応募をとりやめるためには、提示賃金が動く前に、何らかの形で最初の被害者が他の応募者に情報を伝達することが必要となる。結局、価格は情報伝達のコストを低下させても、情報そのものを創造することはできない。

(ii) 情報の私化の影響

以上のような枠組みでは、ともかく第三者の情報が利用できればよいのであって、どう管理するかは費用と便益の関係による。ただし、重要な情報の私化は、この第三者情報の生成と管理方法に重大な影響を及ぼす。ここでいう情報の私化とは、自分しか知りえない情報や解釈の余地が多様である情報を指す。このような情報が生産活動や本人の評価に大きく関与するようになると、「誤解」が生じやすくなり協力関係は容易に崩壊する。

たとえば、ある部下Aの成果を上司Pが評価するときに、「よくやった」と声をかけたときのことを考えてみよう。上司Pは実は部下Aの成果に満足しておらず、形式的に声をかけただけで、自分が不満であるということくらい本人は分かっているだろうと考えており、査定では余り高い評価を付けなかった。ところが部下Aのほうは上司Pの言葉を額面どおり受け取り、自分が評価されたと考えてしまっていた。部下Aは査定結果を見たときに、上司Pが不公平な査定をしたと感じるであろう。「よくやった」という言葉の解釈が双方で異なっていたために生じた齟齬であるが、両当事者間だけの問題で収めるだけであれば、両方で顔をつき合わせて話せば何とかなるかもしれない。ところが、数年後、部下Aの同期入社だった部下Bが同じ上司Pとチームを組み、部下Aに経験者としての助言を求めたときに何が起こるであろうか。部下Aは以前のことを根に持ち、上司Pはひどい上司だということかもしれない。部下Bはその第三者（部下A）の情報をもとに、悪逆非道な上司であろうという態度で上司Pに臨んでしまうだろう。上司Pは何やら怪しげな雰囲気を感じるであろうが、部下Aがそのようなことを言ったことを知らないで、単に部下Bの態度が悪いと考える可能性が高い。そしてたまたまあった上司仲間の飲み会で部下Bはひどい奴だと愚痴をこぼし・・・という形で、悪循環が発生し、最終的には組織の全員がひどい奴になってしまう。

この悪循環を断ち切るためには、部下Aと上司Pの間に何があったのかを白日の下にさらし、誤解なく誰の目にも明らかのように上司Pは部下Aに対して逸脱行為はしていない（あるいはした）と認定する必要がある。部下Bは、部下Aの個人的な評価ではなく、公に認定された評価をもとに上司Pに接しなければならないし、どのような理由であれ、もしそう接しなかったとすれば、それは部下Bの落ち度となる。認定された評価は明らかだから、部下Bがこのルールに従って上司Pに接したかどうかも明らかになる。結局、組織内で共有する情報に誤解を生む可能性をなくし、コミュニケーションを確定的に運用するためには、第三者が介在し、統一解釈を公にするのが最も簡単な解法なのである¹⁰。

以上の考察をまとめると次のようになる。第一に、事後の逸脱行為を回避して良好な関係を築くためには、過去に生成された第三者の情報を利用する必要がある。このとき、前項と同様に第三者の情報の利用は自分の利益が増進されるからこそ行うのであって、

¹⁰ Aoyagi, (2005)

他意はない¹¹。その意味では、やはり前項と同様に、利益を得たい経済主体だけがコミュニケーションに参加すればよいのであって、すべての経済主体を強制的にコミュニケーションに参加させる必要はない。ところが、第二に、とりわけ第三者の情報に誤解の余地がある場合には、集権的管理・伝達システムをつくる必要があり、少なくとも第三者情報を利用する参加者に紛れなく情報を伝える構造が必要であることがわかる。

(c) 規範形成に対する第三者コミュニケーションの役割

前項では第三者コミュニケーションを功利主義的な側面から議論し、現在の労使関係を鑑みるに、労使交渉時に第三者の情報を利用することは有益な結果をもたらす可能性があることを示唆した。しかし、交渉の場に第三者を交えることが有用な結果をもたらすのは、必ずしも功利主義的な理由からだけではない。

ひとつの典型例は、いわゆる独裁者ゲーム (dictator game) を用いた実験経済学の成果から示唆される。このゲームは極めて単純で、あるペアにある金額が渡され、その金額をどのように両方で分割するかを決める取引である。独裁者ゲームの特徴は、どちらか一方に全額が渡され、その人物は他方にいくら渡すかを決めればよい、というルールを備えていることである。功利主義的に考えれば、資金を渡された人物は一円たりとも他方に渡す理由はない。繰り返し取引が行われないような状況ではなおさらである。ところが、実験結果では多くの被験者は幾許かの金額を他方に渡す (寄付する) ことが知られており、「公平性」の意識や役割を考察するのに適した経済実験だとみなされている¹²。

このような独裁者ゲームのなかでは、コミュニケーションのもつ役割も重視されている。具体的には、独裁者が寄付額を決めるにあたって、寄付を受け取る側が何らかの意思表示をすると、独裁者は寛容になる傾向がある。実は、独裁者が受け取るメッセージが当の相手からではなかったとしても、寛容さを引き出すというメッセージの効果は確認されている。さらに、そのメッセージが匿名であったとしても、独裁者は寛容になることがわかってきた¹³。これらの実験結果は、単に「目」をデザインした絵を実験室に掲げるだけで独裁者が寛容になるという心理学的実験と同一の結果を示している。結局、交渉時に関係のない第三者がオブザーバーとして参加するかどうかは、心理学的にも妥結に影響を与える可能性が示唆されているといえよう。

¹¹ とはいえ、これらの理論的説明では基本的に均衡の唯一性は担保されていない。一般に複数の均衡があるとき、コミュニケーションに参加することが個人にとって最も望ましいとしてもその行為が選択されるとは限らないことには注意が必要である。

¹² Kahneman, Knetsch and Thaler (1986), Hoffman, McCabe and Smith (1996)などを参照のこと。

¹³ Mohlin and Johannesson (2008), Yamamori, Kato, Kawagoe, and Matsui, (2008)などを参照のこと。Mohlin and Johannesson (2008)でも議論されているように、この実験結果は、匿名が必要条件となる評判のメカニズムを通じた寛容さの刺激効果が限定的であることを示唆している。

(d) 「集団的コミュニケーション」の意味

以上の考察をもとに、水町提言にあるような従業員代表制度が、自発的な結社である労働組合と別に存在する意味を考えると、次のような論点が提出できよう。ひとつは、交渉の場に第三者を招き入れることによって、現在何が起きているかについて共通見解を形成できる効果である。この共通見解は、ひいては評判効果の円滑な作用を促し、良好な労使・労労関係を構築するものと考えられる。また、第三者を交渉に交えることは、功利主義的な側面以外に、当事者の公正性の意識を高める効果が期待できるかもしれない。このことは、組織内で広範に適用可能な規範の定立を促し、紛争の未然防止に役立つ可能性がある。もちろん、根源的な問題として当事者同士では解決できない問題がある場合に第三者の関与は（ほとんど定義によって）資源配分を改善する。しかしその追加的効果がないとしても、比例配分を基礎とした従業員代表制に規範定立機能をもたせることは、組織内の良好な関係を構築するのに資する可能性があるだろう。

(3) 各論についてのコメント

本節では、前節で考察した第三者の役割を基礎に、水町提言の具体論についてコメントを加えたい。

第一に、労使関係法制・労働契約法制のなかでは、労働組合と従業員代表制度の役割分担について考察を加えることができる。前節までに紹介した理屈から推測すると、（功利主義的な）第三者の役割は、給付条件（たとえば賃金額）を直接決定するのではなく、給付条件を決定するのに必要な情報を確定することにある。給付条件の決定は二者（当事者）間の交渉によって決められてもよい。もちろん、第三者の規範形成的な役割を期待するとすれば、二者間交渉に第三者を参加させることも重要であるが、この際には共同決定者としてではなくオブザーバーとしての参加にとどめてもよいと推論できる。また、地域・産業レベルでの労使交渉システムの基盤を構築することは、より第三者的な基盤を充実することにつながるのであれば意味があるかもしれない。

第二に、労働時間法制については、賃金算定に関係する所定内時間の問題と、長時間労働による健康問題とを切り離して考えることができるであろう。前者は本質的には賃金（処遇）決定の問題なので、理屈からいえば二者間交渉に任せればよい。他方後者は、当事者間のリスクシェアリングでは解決できない問題なので、労災保険など企業外の保険を利用し、第三者を交えた従業員代表制のもと、モラルハザードを防ぐ形で解決する可能性を考えるべきだろう。このとき、リスクを最小にする行動や規則を明示すれば保険料が安くなるなどの施策は必要かもしれない。たとえば、自動車保険における年齢や走行距離別保険料を念頭におけば、労災保険においても所定（あるいは実績）労働時間（休息时间）に応じた保険料を設定するなど、いくつか対処方法は考えられる。

第三に、雇用差別禁止法制は、公正性の問題が中心となるので従業員代表制度を活用すべき分野となろう。ただし、禁止する差別の範囲については、慎重な議論が必要で

ある。どのような情報であっても、それが有用である限り用いるのが望ましいという統計的差別の議論は強力だからである。有用な情報を用いるのを違法とするには、それなりの根拠が必要であろう。解決方法としては、第三者の役割をはっきりさせることがあげられる。同時に、現実の差別事件が起こるのは、どのような情報を用いたかが明らかではなく、誤解が生じる場面で多いと考えられることにも注意すべきである。このとき、従業員代表性を通じてどのような情報をどのように用いるかを事前に定めることを要請し、事後の意図的な操作を排除するようなルールを事前に定めることは有用であろう。

ただし、ある差別的情報を用いることを事前に宣言すれば不問に付すことについては、人権的観点を踏まえ議論を重ねる必要がある。たとえば、「私の会社はキリスト教徒の給与は10%減です」と事前に宣言することを許すかどうかという問題の立て方になる。旧来定年制と呼ばれてきた一律年齢での強制退職は、おそらくこの問題のアナロジーとして議論すべきであろう。

そのほか、水町提言には労働市場法制に関わる重大な論点が提起されているが、労働市場に第三者をどのように位置づけるかという観点からは、重要な議論を付け加えることはできない。

以上、第三者という観点から水町提言に対するコメントとしたい。

参考文献

- 渡辺章 (2007) 「工場法史が今に問うもの」 『日本労働研究雑誌』 No.562, pp. 101-110.
- Aoyagi, (2005), “ Collusion through Mediated Communication in Repeated Games with Imperfect Private Monitoring, ” *Economic Theory*, Vol. 25, pp. 455-475.
- Bennett and Kaufman (2007) eds. *What Do Unions Do? A Twenty-Year Perspective*, New Brunswick: N.J. and London
- Crawford and Sobel, (1982), “ Strategic Information Transmission, ” *Econometrica*, Vol. 50, pp. 1431-51.
- Freeman and Medoff, (1984) *What do unions do?* Basic Books: New York
- Hoffman, McCabe and Smith, (1996), “ Social Distance and Other-Regarding Behavior in Dictator Games, ” *The American Economic Review*, Vol. 86, pp. 653-660.
- Kahneman, Knetsch, and Thaler, (1986), “ Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market, ” *The American Economic Review*, Vol. 76, pp. 728-41.
- Kandori, (1992), “ Social Norms and Community Enforcement, ” *Review of Economic Studies*, Vol. 59, pp. 63-80.
- Milgrom, North, and Weingast, (1990), “ The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs, ” *Economics and Politics*, Vol. 2, pp. 1-23.
- Mohlin and Johannesson, (2008), “ Communication: Content or Relationship? ” *Journal of Economic Behavior and Organization*, Vol. 65, pp. 409-19.
- Sally, (1995), “ Conversation and Cooperation in Social Dilemmas: a Meta-Analysis of Experiments from 1958-1992, ” *Rationality and Society*, Vol. 7, pp. 58-92.
- Yamamori, Kato, Kawagoe, and Matsui, (2008), “ Voice Matters in a Dictator Game, ” *Experimental Economics*, Vol. 11, pp. 336-43

2. 労働関係ネットワーク構築のための素描 特に「仲介者」の役割について

飯田 高

(1) はじめに

第1部で述べられている総論は、構造的アプローチを基礎のひとつとして展開されている。構造的アプローチでは「一般的な法規範」と「職場レベルでの問題解決」との間の相互作用関係が強調され、複雑で多様化した問題に対応するための柔軟な規範形成が目標とされている。このような相互作用関係を可能にするのは「仲介者 (intermediaries)」であるが、ここで言われる「仲介者」の概念は内包も外延もいまだ曖昧であるように思われる。

後述する通り、仲介者は構造的解決の仕組みのなかで極めて重要な役割を担っている。それと同時に、仲介者は克服すべき2つの大きな課題（インセンティブに関わる課題と規範形成に関わる課題）を抱えている。仲介者をどのような主体とするか、そして労働関係のネットワークをどう構築するかで構造的解決の仕組みが有効に機能するかどうかは変わってくるであろう。本小論では、労働法のグランドデザインにおいてネットワーク構造を考慮することの必要性を示す。

(2) 構造的アプローチにおける「仲介者」

(a) 構造的アプローチの背景と前提

「構造的アプローチ (structural approach)」の考え方をごく簡潔にまとめれば、「複雑化・多様化・潜在化している問題群に対処するためには、複数の主体 なかでも裁判所、職場、仲介者の三者 が相互に連携しながら現場での自主的な問題解決を促していくのが望ましい」と表現できるだろう (Sturm 2001、水町2005)。これを日本で応用する場合はおそらく裁判所だけではなく立法機関や行政機関も主体に含まれることになるだろうが、いずれにしてもローカル・レベルでの自発的な問題発見および解決のプロセスが重視されることになる。

雇用差別、セクハラ・パワハラ、賃金や仕事の評価に関する紛争など、労働関係において生ずる問題を根本的かつ効率的に解決しようとする、当事者が直面している個別の状況のみを切り取って考えるのでは不十分である。これらの問題は、企業内の組織構造や企業を取り巻く文化的要素に起因していたり、労使間あるいは労働者間の複雑な関わり合いを通じて使用者側の意図しないところで発生していたりする可能性がある¹。問題の根源がシステムと分かち難く結びついているとすれば、問題となりうる行為を文

¹ 差別者側が明確な形で認識していない「暗黙の差別 (implicit discrimination)」または「暗黙のバイアス (implicit bias)」はその一例である。詳細は飯田 (2007) 参照。

脈から切り出して検討するだけでは足りない。それどころか事前に違反行為を定義できないので、そのような行為を同定して析出することすらもできないケースも多いだろう。そうなると従来型のルール強制アプローチの実効性は弱まってしまう。

こうした難点を乗り越えるべく、構造的アプローチは「一般的な法規範」と「職場レベルでの問題解決」をダイナミックな相互作用関係のもとに置くことを提案する。すなわち、抽象度の高い一般的な法規範を当事者がそれぞれの文脈に応じて具体化し、そのローカル・レベルでの具体的規範がフィードバックされて一般的規範を精緻にしたり変容させたりする...というプロセスが反復されるような仕組みを作ることである。このようなプロセスには、規範に関連する情報やデータを収集・整理・分析して問題を発見する、問題解決や紛争処理に資するシステムを作り上げる、当事者が文脈に沿った規範を主体的に形成する、問題解決システムに関連する情報やデータを収集・整理・分析する、という諸段階が包含される。「一般的な法規範」と「職場レベルでの問題解決」とを相互作用させることで、複雑で多様な問題に対して柔軟に解決策を与えられるような仕組みを作ろうとするのである。

ここで答えなければならない問いは、上記の行動を誰に引き受けてもらうかである。立法機関、司法機関、行政機関は各職場に存在する局所的な情報をなかなか入手できず、仮に入手できたとしても適切な判断を下せるとは限らない。たとえば、裁判所が問題解決システムをじかに精査するとなればそれは裁判所にとって過重な負担であろうし、そもそも裁判所は経営の専門家ではないから、機能不全に陥る公算は大きい。他方、使用者は関連情報を保有しているかもしれないが、通常は自分の利益の追求を主たる目標にしているので、一般的規範を確立させようとするインセンティブをもちそうにない立場にある²。したがって相互作用プロセスを十全に機能させるには別の主体を取り込みながら制度を作る必要がある。そこで構造的アプローチが「別の主体」の候補として提示しているのが「仲介者」という概念で表わされる主体である。

(b) 「仲介者」とは？

仲介者は「職場内部で自主的に形成されていく問題解決プロセス」と「これを促していく一般的な法規範」の橋渡しをする役割を担い、その例としては弁護士、各種コンサルタント、非営利団体、保険会社、労働組合・従業員組織が挙げられている³。その役割をもう少し詳しく記しておく、

² 以上の点につき、後述(3)での議論およびBagenstos (2006) を参照。使用者が実効的な問題解決システムを構築していれば責任を免れるというルールを定めるのも一法ではあるが、裁判所に問題解決システムを評価するための資源や能力があるかについては疑問が残り、ルール強制アプローチと似た弊害が生ずる可能性があるようにも考えられる。

³ 本ディスカッションペーパー総論参照。

- ・効果的かつ説明責任を果たしうるシステムを組織内部で機能させるうえで必要となる能力および人的基盤を育成する
- ・組織内外にわたり、事例の情報を広く収集・蓄積して批判的に評価する
- ・実効的な規範を作り出す
- ・調査や研究を支えるためのコミュニティを構築する

ということになる（Sturm 2001：523）。法はこれらの仲介者が問題解決に参画してくれるよう促していくべきだとされる。仲介者は、繰り返し発生する紛争のパターンや効果のあった事例を発見し、そのような有益な情報を流通させて各主体に共有させる。それに加え、職場内部で問題解決システムを作り上げて運営する際のベンチマークを設定し、必要であれば問題解決のサポートをする。このベンチマークは法規範の定立や解釈にも反映されるかもしれない、仲介者はあらゆる側面で相互作用の要の位置を占めていると言える。

本稿の問題意識は、構造的アプローチに従った政策を採用すると一口に言っても、どの主体を「仲介者」と想定するかで結果は大きく変わってくるのではないかという点にある。構造的アプローチにおける仲介者は非常に幅広く重い役目を背負わされているにもかかわらず、「仲介者」の中身はかなり漠然としている。だが、弁護士、保険会社、労働組合が同じ程度に仲介者として機能するということは考えにくいであろう。上に記したような重要な役割を担う主体である以上、わずかでも（本当にわずかだが）この方向の考察も進めておく方が適当だと思われる。本稿では、仲介者が克服すべき課題を2点取り上げ、どのような主体を仲介者とするのが望ましいかについて考えてみることにしたい。

(3) 仲介者の抱える2つの課題

(a) インセンティブ：仲介者がその役割を果たす動機をもつようにするには？

仲介者の克服すべき課題の1つ目はインセンティブの問題である。先に列挙した仲介者の例はおのおの目標や性質が違っており、良き仲介者として働くインセンティブをもちうる主体もあれば、逆にそうでない主体もある。この点につき、使用者のインセンティブも念頭に置きながら考えてみよう。

(i) 理想的なシナリオ

問題解決システムのコストが高くなりすぎない限り、職場内部で問題解決システムを導入すると労使双方にとって利益になると予想される。つまり、システム導入によって生じる余剰を労使で分け合うようにすれば（合理的な使用者はそうするはずである）、システムがないときと比べてどちらの側も状態は良くなる。

余剰が増加しうる理由としては少なくとも次の3点が挙げられよう。第一に、内部的

な問題解決システムがうまく機能していれば、訴訟をはじめとする法的手続の利用にかかるコストを節減できる。第二に、労使間または労働者間でのコミュニケーションを円滑にすることにより、相互の利害を調整して無駄な争いを未然に防ぐことができる。第三に、労働者の意見が吸い上げられやすい環境にすれば労働者の労働意欲や士気が上がる可能性もある。技術や設備をいかに改善しても、職場に不満が燻っていると生産性は上昇しにくくなるだろう。

したがって、問題解決システムの成功事例を広く知らしめさえすれば、合理的な企業はそれを自ら取り入れてくれるととりあえずは考えられるだろう。職場内部で問題解決システムを導入することは、短期的にはコストにはなっても長期的には自分たちの利益になるからである。少数であれ一部の企業が同様のシステムを採用してくれると、企業の社会的責任の観念とも相まって他の多くの企業にも拡散していくかもしれない⁴。

このことは仲介者にとっても利益になりうる。まず、問題解決システムの有効性が認知されれば仲介者の提供するサービスへの需要が高まる（仲介者にとっての市場が拡大する）可能性がある。また、問題解決システムの普及や啓蒙活動そのものが仲介者の目標になっていたり、目ざましい成果を収めた仲介者の評判や評価がコミュニティ内部で高まったりすることもあるだろう。

(ii) 代替的なシナリオ

ところが、使用者のインセンティブは常に一般的な法規範の内容に沿うわけではなく⁵、問題解決システムの整備がいつも使用者の自己利益にかなうという保証もない。問題解決システムの有効性（ここでは、使用者にとって利益になることと労働者にとって利益になることの両方を指す）は必ずしも明瞭な形で現れてくるとは限らない。場合によってはまったく利益にならないこともあるだろう。しかしそれでも法規範が問題解決システムの促進を指示しており、かつ、法規範の内容が曖昧で強制しにくい内容になっているとすれば、使用者は規範を自己利益（すなわち経営上の関心）に従属させ、自らの利益に沿うように具体的規範を形作るかもしれない（Edelman 1992 ; Bagenstos

⁴ 企業の社会的責任（CSR）に関する参考文献として、稲上・連合総合生活開発研究所（2007）を参照。問題解決システムの整備自体は公益性がさほど強くないため社会的責任の問題とはなりにくいかもしれないが、労働市場において企業の評判に影響してくるということは十分ありうる。

⁵ 構造的アプローチの考え方に従うと、具体的な法規範の内容（たとえば、どのような行為が差別として規制されるかなど）は事前には定まらず、適用可能な規範は問題解決の中でボトム・アップ式に形成されていくことになる。しかしこのことは事前には何らの基準もないということの意味するものではない。少なくとも抽象的な形では規範は依然として存在し（たとえば「差別をしてはいけない」など。規範がまったくないとすると問題解決システムを評価することさえもできないだろう）、問題解決システムを整備すべきという一般的な指針もまた存在している。

2006)⁶。仲介者は使用者のこのような行動を監視して阻止すべき位置にいるが、仲介者もまた自己利益に沿うように具体的規範を形成するという可能性も否定できない。

この点を少し敷衍しておこう⁷。職場や企業内部の各種の取り組み（ダイヴァーシティ・マネジメント、セクハラ対策、苦情処理窓口の設置などが例）は目に見えるものであり、外部の人々に対してシグナルとして作用しうる。つまり、当該企業が法の遵守や人権保障にコミットしていること、働きやすい職場を実現しようとしていることを示す行動となる。のみならず、そのような取り組みを進めるためのコストを負担できるほど余裕があるという事実を示すシグナルともなっている。システム導入がシグナルとしての効果を有し、企業の評判や評価を高めて収益上昇につながるとなれば、問題解決の見地からの効果がいかなるものであっても、問題解決システムを形式的にでも導入するのが企業にとって得になる。裁判所などの公的機関がシステムを監視したり実際の有効性をチェックしたりできると形式的導入という事態は防げるだろうが、情報に乏しく専門知識のない機関が監視やチェックの役割を果たせそうにないことは前述の通りである。

それゆえ、監視やチェックを行う役割を担うのは仲介者ということになる。しかし、仲介者と企業との距離が近すぎる場合や、サービスに対する使用者の需要を高めるよう仲介者が動機づけられている場合は、有意味な監視やチェックをしてくれないだろう。ことによると、仲介者が自身に対するサービスの需要を創出するためには形式的な導入を進めるほうが利益になるかもしれない⁸。

(iii) 仲介者の逆機能

動機は何であれともかくも問題解決システムが導入されれば、労働者は得しない場合があるとしても損をすることはないようにも思われる。だが実はそうは言えない。構造的アプローチが意図しているものとは正反対の帰結が出てくるおそれもある。

問題解決システムが形式的にしか導入されないとすると、個々の状況に応じた問題解決と具体的規範の形成は望むべくもない。その一方でシグナルとしての有効性は残っているので、一定程度の数の企業が問題解決システムを導入したり具体的指針を作成したりすると、他の企業も類似の行動をとるよう動機づけられることになるだろう⁹。

⁶ 法規範であれその他の社会規範であれ、規範の機能を分析する場合は自己利益を制約する要素として規範を捉えるのが通例である。けれども、（社会ではなく）個々の行為主体が規範を道具的に用いる可能性を見落とすべきではない。規範の内容が抽象的で不明確、しかも強制がなされにくい場面では、その可能性はより大きくなる。従来型のルール強制アプローチから離れるときはこの点への留意が必要である。

⁷ 以下の説明は、Edelman（1992）、Posner（2000）、Bagenstos（2006）を参考にしている。

⁸ 仲介者がこうした形式的・表面的な行動をとりうることはSturmも指摘している（Sturm 2001：547-549）。

⁹ シグナルとなる行動を採用する企業が多ければ多いほど、その行動を採用しないことから生ずる不利益は大きくなると考えられるからである。その意味でシグナルには外部性があると言える。

仲介者が自らのサービスの需要を拡大させて収益を上げようとするケースでは、仲介者は成功事例に関する情報を極度に単純化させて流布したり（そうするほうが情報は巷間に流通しやすく、その分需要が大きくなるであろう）、使用者にとって利益になる方法で助言やサポートを行ったり（そちらのほうが金銭的な利益に直結する確率が高いだろう）するかもしれない。仲介者のインセンティブが企業と同じ方向に向いており、使用者側の論理と相補的な関係にあるとすると、仲介者の行動を通じて「標準的な行動」がかえって固定化されることにもなりかねない。

労働の局面で起こる問題に対する効果的な解決策は社会状況によって異なりうるというのが構造的アプローチの前提であり、そこでは多様な価値観や意見を反映しうる柔軟性を保った規範の形成が目指されている。しかしながら、仲介者の選択いかんでは、個別の実態にそぐわない画一的な問題解決システムや規範が発生するかもしれない、多様性や柔軟性を保つのが困難になってしまう危険性が出てくるのである。

(b) **規範形成：仲介者が実効的な規範を確立できるようにするには？**

(i) **規範を形成する意義**

2つ目は規範形成の問題である。組織を変革させるためのインセンティブを付与するには、「職場レベルの問題解決」を「一般的な規範」に昇華させることが不可欠である（構造的アプローチはこの点で単なる「現場レベルへの権限委譲」とは異なっている）。また、何らかの規範がなければ予測可能性の欠如に伴う弊害（リスク回避的な使用者にとっては萎縮効果、そして労働者側にとっては問題解決システムの利用しづらさ¹⁰）が生ずるおそれもある。したがって、個々の職場で形成された具体的規範をより一般的な規範としてまとめるという作業がどこかで必要になるだろう。では、仲介者がネットワークの要として機能するなかで、彫琢された一般的規範の確立を促進するためにはどうすればよいのだろうか。

個別の状況に即した問題解決システムを整備する適切なインセンティブを仲介者がもっていたとしても、実効性のある規範を作り上げられるようになるまでにはいくつかの障壁がある。ここでは大きく2点に分けて述べよう。ひとつは仲介者がインフォーマルな立場にあることに由来する障壁（ ）、もうひとつは仲介者の扱う問題が複雑で微妙なことに由来する障壁（ ）である。

¹⁰ 苦情を申し立てられるための基準が何もなければ、問題解決システムは労働者にとって利用しにくいものとなるだろう。たとえば、どのような事例が差別に該当しそうか、どのような行為がセクシャル・ハラスメントにあたりそうかということについての情報の存在は、システムの利用可能性を左右する大きな要素である。

(ii) 仲介者のインフォーマル性・分散傾向

仲介者を通じて規範を確立させるためには、(A) 仲介者が十分な情報を現場から得られること、(B) 公平な立場にあって一部の当事者と癒着がないことが最低限必要であり、できれば(C) 仲介者に正当性(正統性; legitimacy)が備わっているほうがよい¹¹。

構造的アプローチにおける仲介者は、組織の内外にわたって広くデータや事例を収集し、各状況で形成されている具体的・個別的規範を継続的に分析できる位置にいないければならない(A)。そのため、さまざまな種類の現場からほど近い距離で、コミュニケーション(集団的コミュニケーションを経由した規範の確認)ができる位置にいるのが望ましい。仮に現場から遠いところで規範を定立したとしても、それは事情の分かっていない「よそ者」の言っていることにすぎないと捉えられかねず、実効性は乏しくなってしまうであろう。しかしその一方で、公平な第三者的立場を維持することも必要となってくる(B)。一部の当事者だけが深くコミットしている規範は支持が得られにくく、このときもやはり実効性は小さくなると思われる。

民間のインフォーマルな主体が仲介者の役割を引き受ける場合は特にそうであるが、両方の要請を同時に満たすのは難しい。公平な立場を維持するためには潜在的な当事者とは距離を置くという方法がまず考えられるが、情報を収集する必要性に鑑みるとあまり距離を置いてはいけない。したがって、別の方法を案出して公平性を確保しなければならない。

それに加えて、仲介者が社会に分散して存在している場合(弁護士、コンサルタント、労働組合が仲介者の役割を引き受けるときはそうなりやすいだろう)は、収集したデータや事例を集約するのは容易なことではない。現場での問題解決に関する情報が分散したままであれば情報の価値はそれだけ小さくなり、一般的な規範の形成へとつながるモメントも生じにくくなってしまう。

(iii) 問題の複雑性と文脈依存性

初めに述べた通り、仲介者が対処すべき問題は組織構造に起因する根深いものであったり、企業を取り巻いている文化的要素に端を発するものであったりする。あるいは、使用者側が意識しない箇所の問題が発生していることもある。それゆえ、一般的規範を導くにあたっては以下の2つの点に注意すべきであり、仲介者もこれらをなしうる主体となっていなければならない。

第一に、職場内部の問題解決システムで作り上げられた具体的規範がどのような文脈

¹¹ 紙幅の関係上、仲介者が正当性(正統性)を帯びるようにするためにはどうすればよいかという点に関しては記述を省略し、(A)と(B)に絞って述べることにする。正当性についてはさしあたりSuchman(1995)を参照。

において生まれたものであるか、解決策がどのような意味をもっているかということを確認に理解するためには、現場での知識だけでなく諸分野の専門知識をも要するかもしれない。たとえば、差別やハラスメント、長時間労働、メンタルヘルスなどの問題が職場でどのように解決され、それがいかなる効果をもったかということは、知識をもたない他者が外部から卒然と観察するのでは分からない。

第二に、個別の事例からどのように一般的規範を導き出すかは案外難しい作業であり、事案が独特な特徴をもっているならば一般的規範はなおのこと導出しにくくなる¹²。解決策が個別の文脈に依存し、しかも職場内の問題解決システムが規範を明示的に言明しない（普通はしないだろう）とすると、他の事例にはどのようにして適用すればよいのか。もしかすると他の事例には適用しようがないのかもしれない。問題が複雑または微妙であるほど、法規範に反映しうる一般的規範は作りにくくなるように思える。

(4) 課題克服のために

(a) 仲介者の条件

以上(3)で述べた2つの課題は、「一般的な規範」と「問題解決プロセス」の相互作用の各方向にそれぞれ対応している（〔図1〕参照）。この相互作用の接点に位置する仲介者が備えるべき性質は、上に記したところから次のように要約することができる。

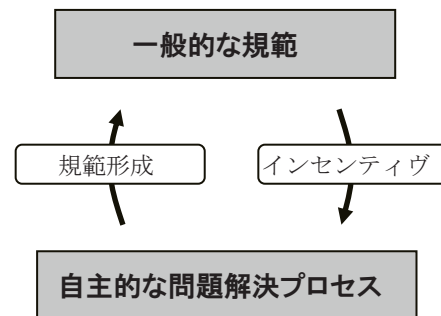
当事者（とりわけ使用者）からのプレッシャーから免れており、当事者とは独立したインセンティブをもっている（独立性）。

広範囲の主体とつながりを有し、なるべく多様な事例に関する情報を広く継続的に収集できる立場にある（連結性）。

一部の当事者と過度に癒着することなく、バイアスのかかっていない公平な判断や意思決定を行いうる位置にいる（公平性）。

複雑で観察しにくい職場内の構造的問題を解きほぐし、一般的規範を抽出できるだけの知識と能力がある（専門性）。

このうちのいくつかの項目について若干のコメントを加えておこう。



〔図1〕

¹² この点は、裁判外紛争処理手続（ADR）が一般的な規範を提供しにくい（からADRによらず裁判によって紛争を解決することを推進すべき）という議論とパラレルになっている。裁判は法の解釈を引き出して一般的な規範を提示する機能をもっており、公共財としての性質を有している。

(i) 独立性について

Sturmは、仲介者同士のコミュニティ（(2)(b)参照）が発達していることが仲介者の（当事者からの）独立性を支えると考えているようである¹³。つまり、「仲間うちでの評判や評価が仲介者にインセンティブを与える」という状態が独立性の基盤となるということである。コミュニティ内の評判や評価を気にする仲介者であれば、仲介者の目から見て不適切な行動を差し控えるであろう。これ自体は妥当な推論であって、仲介者がその独立性を維持できるためにはそうしたコミュニティが発達していなければならない。

けれどもこの点には留保が付される。仲介者のコミュニティが逸脱行動を抑止するように機能するためには、仲介者間のネットワークがかなりの程度緊密になっており、不適切な行動に関する情報がコミュニティ・ネットワーク内をスムーズに流れるという条件が満たされていなければならない。もちろん、仲介者が自分たちの行動を相互に評価する能力をもっていることが前提となる。さらに、評価の低下に伴う不効用が外部機会から得られる効用よりも大きいという条件も満たされている必要がある。たとえば、使用者から評価を受けることによって得られる金銭的利益が仲間うちでの評価低下による損失を上回るならば、コミュニティを介した行動規制はうまく作用しないだろう。したがって、コミュニティの存在は独立性確保のための必要条件かもしれないが十分条件というわけではないのである。

(ii) 連結性と公平性の関係について

(3) (b) (ii)で述べたように、構造的アプローチに則ったダイナミックな相互作用を進めていくためには、仲介者の公平性を維持する方法を再考すべきことになる。当事者から距離を置いて公平性を確保するという方法に固執すると（たとえば外部の第三者が仲介者の役割を担うなど）、連結性と公平性は衝突する可能性が高くなるであろう¹⁴。公平性確保の方法にはいろいろなものがありうるが、選択肢として次のような方法が挙げられる。すなわち、「当事者とは没交渉な状態に身を置いて中立性を維持し、もって公平性を確保する」（impartiality through detached neutrality）という方法ではなく、「多様な視点をプロセスに取り込んで公平性を確保する」（multi-partiality）という方法である（Sturm

¹³ Sturmはこのようなコミュニティをcommunity of practice（実践共同体；CoPと略される）という用語で表現している。このcommunity of practiceの概念は元来Lave and Wenger（1991）で展開されたものであり、ある分野の技能や知識を学習したり再生産したりするために継続的に交流しているグループ（具体的には徒弟制が議論のベースになっている）を指していたが、その後やや意味が拡張されて使われている。

¹⁴ 問題の背後に潜んでいる要素が複雑に絡み合っているような場面（構造的アプローチはそのような場面を扱っている）では、外部の第三者がバイアスのかかっている判断を行える保証はなく、むしろさらにバイアスのかかった判断をしてしまう可能性もある。この点につき、Sturm and Gadlin（2007：59）参照。バイアスを解消するためにとりうる方法について示唆を与えてくれる文献として、Jolls and Sunstein（2006）も参照されたい。

and Gadlin 2007 : 58 - 60)、公平性確保の手段は他にもあり、いずれにせよ当事者から距離をとることは唯一の手段ではない。制度上の工夫を施せば、連結性と公平性は必ずしも矛盾するものとはならないのである。

(b) ネットワークとしての仲介者、ネットワーク・エンジニアリングとしての法

仲介者になりうる候補としては、弁護士、各種コンサルタント、非営利団体、保険会社、労働組合・従業員組織などが挙げられていた。しかし、上述の基準に照らして仲介者たる性質を考えると、どの主体も単独では仲介者の役割を十分には担えないかもしれない。というよりも、独立性を支えうるほどのコミュニティがないことを考えれば、既存の主体を仲介者として機能させるのはほとんど絶望的とも言える。たとえば、弁護士、コンサルタント、そして保険会社が同業者の評価や評判をそれほど気かけるとは思えない。第一に気かけるのはクライアントの評価やサービスの受け手側に広がる評判であろう。非営利団体や労働組合・従業員組織にしても、少なくとも現状ではそのようなコミュニティができていないとは言い難く、しかもそのままではハブとしての性質はもちにくい。

それゆえ、これらの主体を結びつけて「ネットワークとしての仲介者」を構築する必要があると考えられる。だが、ネットワークの構成のしかたによっては (3) (a) (ii) に記した「代替的シナリオ」のような状況が現出しないとも限らない。ネットワーク構築にあたっては、現場とのつながりだけでなく仲介者間のつながりも重視すべきである。ここで言う「つながり」には単純な情報の伝達（情報にもさまざまなものがあり、問題解決システムや一般的規範に関する情報、仲介者に対する評価や評判その他がある）にとどまらず各種コミュニケーションも含まれることになるだろう¹⁵。また、仲介者ネットワークの分散傾向があまりに著しいと情報のプーリングは困難になり、一般的規範の形成は滞ってしまう。その意味では連結性の高い「ハブ (hub)」となる仲介者がいるほうが好ましい¹⁶。が、そうかと言ってハブが単独になると規範が固定化しかねず、多様な意見や価値観は反映されにくくなるかもしれない。それに、ハブとなっている仲介者が力を持ちすぎると仲間うちの評価や評判の影響を受けにくくなるというデメリットも生ずるだろう。具体的にネットワークをどのように設計すれば望ましいかという疑問に答えることは本稿の扱う範囲を超えるので、ネットワーク構造のあり方が構造的アプローチの帰趨を大きく規定するということを指摘するにとどめたい。

¹⁵ 情報伝達がコミュニケーションの主要な部分を占めているのは確かであるが、コミュニケーションは情報伝達のみによって構成されているわけではない。コミュニケーションを情報伝達の点からだけ捉えるのは不自然なのであって、日常生活におけるコミュニケーションを想起すればこのことは容易に分かる。同様に、コミュニティを単に情報伝達の面だけから考えるのも適切とは言えない。

¹⁶ とはいえ、通常はハブが自然にできてくるだろう。世界の至る所でそのような構造のネットワークが発展していることを論じた読みやすい文献として、Barabási (2002) を参照。

第三者機関や情報提供機関を新たに創設する、一部の仲介者に権限を付与するといった諸施策を通じて、法は部分的であれネットワーク構造を変えたり補強したりすることができる。つまり、法はネットワーク・エンジニアリングの機能をもちうるのである。労働法のグランドデザインを描くに際しては、ことに構造的アプローチに立脚しつつ法制度の設計を行うのであれば、ネットワーク構造の違いがどのような結果の差異を生み出すか、そして法という道具を用いてネットワーク構造を改めることができるか否かということも考慮の範囲に含めるべきであろう。

(5) むすびに

法が使用者・労働者の行動をコントロールしようとするとき、大別して次の2つの方法がありうる。1つ目はもはや言うに及ばず、サンクションを利用する（たいていの場合は、望ましくない行動をとった当事者に不利益を課すネガティブ・サンクションが使われる）という方法である。2つ目は、望ましい行動を当事者が選択するインセンティブをもつような物理的ないし社会的環境を（直接のサンクションに頼ることなく）作り出すという方法である。私的情報が存在し、公的機関による完全な監視が不可能である状況では、サンクションという手段に訴えるコントロールではなく環境変容を経由したコントロールも視野に入れるほうがよい。

過去の研究で繰り返し明らかにされているように、労働法が向き合う対象である社会や市場は種々のネットワークで張りめぐらされており、法がもたらす帰結もネットワーク構造の態様によって異なってくる¹⁷。労働法のあり方を考えることはネットワーク構造のあり方を考えることに連なる。したがって、通常の労働法の枠組みだけでは法制度設計を推し進めるに不十分かもしれない。既存の枠組みにとらわれずに規範を動的に創造していくというのが構造的アプローチの特徴であるが、法領域に関しても同じことが言えるのである。

¹⁷ 市場、特に労働市場におけるネットワークの重要性についてはGranovetterの一連の著作、たとえばGranovetter（1973, 1985）を参照。

参考文献

- Bagenstos, Samuel R. (2006) " The Structural Turn and the Limits of Antidiscrimination Law, " *California Law Review*, vol.94, pp.1-47.
- Barabási, Albert-László (2002) *Linked: The New Science of Networks*. Basic Books. (青木薫訳 『新ネットワーク思考：世界のしくみを読み解く』 N H K 出版、2002年)
- Edelman, Lauren B. (1992) " Legal Ambiguity and Symbolic Structures: Organizational Mediation of Civil Rights Law, " *American Journal of Sociology*, vol.97, pp.1531-1576.
- Granovetter, Mark (1973) " The Strength of Weak Ties, " *American Journal of Sociology*, vol.78, pp.1360-1380.
- Granovetter, Mark (1985) " Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness, " *American Journal of Sociology*, vol. 91, pp.481-510.
- Jolls, Christine and Cass R. Sunstein (2006) " The Law of Implicit Bias, " *California Law Review*, vol.94, pp.969-996.
- Lave, Jean and Etienne Wenger (1991) *Situated Learning: Legitimate Peripheral Participation*. Cambridge University Press. (佐伯胖訳 『状況に埋め込まれた学習：正統的周辺参加』 産業図書、1993年)
- Posner, Eric A. (2000) *Law and Social Norms*. Harvard University Press. (太田勝造監訳 『社会規範と法』 木鐸社、2002年)
- Sturm, Susan (2001) " Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach, " *Columbia Law Review*, vol.101, pp.458-568.
- Sturm, Susan and Howard Gadlin (2007) " Conflict Resolution and Systemic Change, " *Journal of Dispute Resolution*, vol.2007, pp.1-63.
- Suchman, Mark (1995) " Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches, " *Academy of Management Review*, vol.20, pp.571-610.
- 飯田高 (2007) 「 暗黙の差別と法：経済学的アプローチと心理学的アプローチ 」 法律時報79 巻3号43 - 47頁 .
- 稲上毅・連合総合生活開発研究所編 (2007) 『 労働 C S R : 労使コミュニケーションの現状と課題』 N T T 出版 .
- 水町勇一郎 (2005) 『 集団の再生：アメリカ労働法制の歴史と理論』 有斐閣 .

第4章 実務の視点から

1. 労働組合の視点から 職場における「公正」の確保に向けて

杉山 豊治
村上 陽子

(1) はじめに

労働法制の在り方を検討するにあたっては、現実の職場の状況を押さえておくことが不可欠である。そこで、本稿では、情報労連が実施した調査結果や労働相談事例をもとに、現実の職場や労使関係の実情の一端を紹介する。その上で、第1部第2章「新たな労働法のグランドデザイン 5つの分野の改革提言」(以下、「提言」)について、労働組合が果たすべき役割は何かを意識しながら、若干のコメントをする。

(2) 職場の実態

(a) 産別活動から見る職場の変化

(i) 職場の変化と健康不安

情報労連は、2006年に、情報労連に働く社員(管理者・組合員)配偶者を対象に「ライフスタイル(生活実感)調査」(配布枚数5002枚、有効回収数は3523票、回収率70.4%)を実施した¹。グローバル化、成果主義、IT化などによる変化がどのように受止められているのかを把握することを目的としている。

本調査においては、「職場や会社の状況」という調査項目を用意したが、そこから得られた結果は、「成果や業績が強く求められる」がほぼ8割、「賃金等に短期的な成果が反映される」が6割など、企業内に成果・業績重視の考え方が広く浸透してきているとともに、6割強が不安・不満を抱いていることが伺える。

また、「技術変化についていけない人が増大」が7割、「メール中心で職場での会話も減った」が6割強など、技術の変化の速さやIT化による業務の進め方の変化を指摘する声が多い。こうした職場や会社生活の変容の下で、「メンタルヘルスを損ねた人が増大」は6割に達し、「今の仕事が続くと病気になる」「今の生活パターンが続くと身体を壊す」といった不安を抱く人が、それぞれ6割前後に及んでいることが明らかとなっている。

¹ 情報労連「ライフスタイル(生活実感)調査」(2006年)

(ii) 成果主義導入の影響

このような職場の変化の背景には、1990年代から本格化し、大手から中小へと対象を拡大してきた成果型賃金制度の導入があるだろう。成果型賃金制度については、すでに多くの指摘・評価がなされているが、基本的には個々人の賃金水準に差を設けるものであり、透明性・公平性・納得性を担保するためのさまざまな要件をクリアする努力をしなければ、真の意味で使いこなすことが困難な制度であると言える。

また、運用にあたっては、評価面談の実施、評価分布の妥当性チェックなどにもかなりのコストが生ずる。一つ間違えれば、評価をめぐる職場における相互不信感を増幅することにつながりかねない。さらに、他者より良い評価を得ようと、仕事や知識、情報の抱え込みという状況や長時間労働を厭わない雰囲気を生み出しかねない。

(iii) 労働組合役員の担い手不足

職場環境が大きく変わっていく中で、「職場の世話役」としての「労働組合役員」を担うことが、疎んじられる状況になってきている。現場レベルでは、役員改選期になる度に「次期執行委員」探しに奔走しなければならない。一昔前であれば先輩の言うことには素直に頷き、役員を引き受けていたものが、今ではまったく通じていない。「組合役員をやると仕事をする時間が減る、仕事が減れば評価が下がる、評価が下がることはキャリア形成に不利だ」等、こうした断りのロジックを覆すのは、極めて困難な状況となっている。現に、執行委員の定数を満たせないまま、組合運営を行っている加盟組合が多く存在している。

「労働組合が弱くなった」「組織率が低下する中で組織拡大ができていない」等の指摘がなされるが、本質的な問題は「労働組合役員をしても評価されないからやりたくない」というロジックを根拠として、職場段階での労働組合役員の活動が弱体化してきていることにあるのではないか。労働組合の力が低下した要因は、多々あるだろうが、成果型賃金制度の導入は労働組合活動の「草の根」部分の機能を弱体化させていると言えよう。

(iv) 事業組織再編による影響

従来から持ち株会社化、合併、営業譲渡、会社分割などの事業組織の再編は行われてきたが、会社法の施行以降はより顕著な動きになっている。投資ファンドが関与する企業の合併や買収も増加している。企業買収に伴う雇用・労働条件への影響は大きく、被買収側企業と労働組合との関係だけでは、労働条件の確保も難しい状況がある。また、情報労連の加盟組合においても、親会社によるグループ会社の統合にあたり、会社側から「会社統合には労働組合の存在が障壁になる」との意向が公然と示される事例も生じている。

(b) 労働相談から見る職場の実態

(i) 情報労連による無料労働相談

情報労連では、労働組合における社会貢献活動の一環として、インターネットを利用した無料労働相談を行っている。この無料労働相談は、情報労連の組合員以外（派遣労働者やアルバイトも含めて）の誰もが相談することができ、パソコンだけでなく、携帯電話のメールからの相談も受け付けることができる仕組みとして運営している。

多くの相談は、匿名のメールによるものだが、労働相談を受け付けて以降は、常駐配置している労働相談専門のアドバイザーとともに、情報労連が契約している弁護士とも連携し、相談者に対して問題解決への支援を行っている。

相談件数については、2008年が192件、2009年は1月～3月の3か月間で40件となっている。

相談者は、正規社員、派遣労働者、パート労働者、アルバイト等、あらゆる雇用形態の労働者があり、相談内容も、一方的な解雇通告、不当な配置転換、各種手当制度の不適用、残業代の不払い、パワハラ等多岐にわたっている。そこで、以下に、いくつかのケースを紹介したい。

【ケース1】 業種：スーパー勤務、雇用形態：パート

<相談内容>

8時から16時までの7時間パートの契約で働いています。労働契約書も1年に1回交わしていますが、16時までの契約なのに、ほぼ毎日、1時間早く早退させられています。ひどい時には、一週間連続で半日勤務（3時間半～4時間）となり、社会保険料などを控除した手取り額が半日パートの方よりも少なくなっています。有給休暇についても冠婚葬祭と急病以外は一切使ってはいけないという会社命令が出ているため、今まで一度も使ったことがありません。こういう場合は、労働基準監督署に申し出た方がいいのでしょうか。

【ケース2】 業種：不明、雇用形態：正社員

<相談内容>

会社の就業規則に「懲戒を行う場合は本人に告知聴聞を行った上で判断する」という記載があるにもかかわらず、私が懲戒解雇であることを知ったのは処分の5日後であり、処分前には一切の告知聴聞などなかった。会社に何度も問い合わせたが一切の回答がない。

【ケース3】 業種：不明、雇用形態：派遣社員

<相談内容>

ある職場の部署での仕事を紹介され、契約したが、実際は、研修という名目で異なる部署へ配属された上、契約上の部署へは一度も配置されず。派遣会社と話し合いをするも、「派遣先部署の変更は口頭で伝えた」の一点張り。派遣就業明示書は変更されていない。

【ケース4】 業種：不明、雇用形態：正社員

<相談内容>

書面での説明等何もないまま、募集時の仕事内容と異なる仕事に従事させられる。社会保険等については、入社（面接）時に、加入することもできるし、加入しなくすることも可能と説明。入社後、社会保険加入を希望したが何の手続きもないため、社長に申し入れると、試用期間だからとの回答。精神的に追い込まれ会社を休むようになると、上司から「辞めたいということを経営者に伝えておいた」とのメールでの返答がされた。その上で、後任が決まり次第2週間は引き継ぎのため出社するよう言われる。引き継ぎをしなければ法的措置を取ると言われる。

【ケース5】 業種：広告代理店、雇用形態：正社員

<相談内容>

営業所の所長から、「やる気のない奴とは一緒に仕事していけないから、頑張って続けるか、3日後に退職するか、明日までに決断するように」と言われ、2名が退職を選択。また、「事務所閉鎖の可能性はあるけれども、実際そうなった場合、遠隔地の営業所への配置転換を断るようなことがあれば、自己都合退職にする」と言われる。

【ケース6】 業種：標識・保安用品のレンタル販売、雇用形態：正社員

<相談内容>

営業マンの一人が頻繁に自損事故を起こし、社用車を何度も修理に出していたことから、「次の事故からは修理代の半額は本人が負担し、残りの半分を営業所社員（7名）で折半して払うように」との会社方針が伝えられる。

【ケース7】 業種：不明、雇用形態：正社員

<相談内容>

育児休暇が終了するため、復職後のことについて上司と話し合いに言ったら「子育てで残業が難しいだろうから、準社員になってはどうか」と言われる。正社員のまま働きたい旨を伝えるも、会社の経営状況などを持ち出し「本来ならハンディキャップを抱えている社員を雇うどころかリストラしてもおかしくない状況だ」と言われる。また、正社員として復職したとしても部署異動をさせる上、賃金も引き下げると言われる。

【ケース8】 業種：不明、雇用形態：パート

<相談内容>

現在500人前後のパート従業員がいます。1週間休むと解雇という決まりがあるらしいのですが、そのような規約や就業規則をみたことはありません。しかし、部署によっては正当な理由（病気やけが）をきちんと申告したにもかかわらず解雇された人が何人もいます。

これは不当解雇に当たらないのでしょうか？ 出勤途中で追突事故にあい、むち打ちを被ったパート従業員が、解雇を心配して出勤してきました。すると、会社は「完治証明を提出しなければ出勤してはならない」と言い、その場で帰宅させられました。

(ii) 労働者の権利に関する理解不足

以上、8つの事例を挙げてみた。これらの事例を通して明らかなのは、使用者側も労働者側も、労働法について正しい知識を持っていないということである。厚生労働省「今後の労働関係法制をめぐる教育の在り方に関する研究会報告書」(2009.2)²においても、各種調査などによる労働関係法制度の認知度が低い状況が紹介されている。

また、(i)の相談事例では取り上げていないが、相談を通じて、労働組合を結成し交渉しようと試みるケースもある。しかし、労働組合をつくろうとした場合は、ほぼすべてのケースにおいて使用者の不当労働行為を受けているのが実態である。憲法は団結権を保障し、労働組合法は労使対等の理念に基づく団体交渉の助成を目的に、労働組合

² <http://www.mhlw.go.jp/houdou/2009/02/h0227-8.html> たとえば、国民の代表的権利の認知度を調べたNHK放送文化研究所の調査によれば、「労働組合をつくること(団結権)」の認知度が最も低く、団結権が憲法で定められた国民の権利であることを理解している者の割合は1973年以降調査毎に減少し、2003年調査では20.4%となっている、などの先行調査結果等が紹介されている。

の結成・運営や団体行動を擁護している。にもかかわらず、労働組合を結成し、団体交渉を通じて労働条件の改善を図るという仕組みを機能させることが困難な状況がある。

いずれにしても、労働相談の事例は、決して特殊なものではない。労働法の在り方を考えるに際しては、こうした未組織の職場の実態を忘れてはならない。

(3) 「第1部第2章 新たな労働法のグランドデザイン

5つの分野の改革提言」を受けて

(a) 労使関係法制について

(i) 労働者代表制の必要性

「提言」では、「多様な労働者の利益を調整し代表するシステム」として、各事業場において労働者代表を選出する制度（労働者代表制）を創設することが提言されている。

労働基準法をはじめとした労働関係法において、事業場に過半数労働組合がない場合には過半数代表者との労使協定、意見聴取等が規定されている。しかし、「過半数代表者」は、事業場の労働者数にかかわらず一人であり、多様な労働者の意見を集約することは困難であること、選出方法について公正かつ透明な手続きが確保されているとは言い難い状況であること、使用者からの独立保証も不十分であること、などの問題がある。事実、労働相談では、「総務課長が過半数代表として印鑑を押している」「就業規則の改訂にあたっては、過半数代表の選出などされていないし、意見聴取もされたか否か不明」などの職場がある。こうした実態も踏まえれば、「過半数代表者」の問題を解決することが必要である³。

このような問題意識から、連合はすでに「労働者代表法案」⁴の考え方を確認している。労働者代表制度を考えるにあたっては、労働者代表制を「多様性、透明性、公正性」を確保したものとするとともに、労働組合が労働者代表制度に関与できる工夫、労働組合が優先できる仕組み、労働組合との役割分担の明確化、を基本的な考え方としている。

こうした観点からは、「提言」における労働者代表制創設の提言は、重要な指摘と言えるだろう。

(ii) 多様な意見を調整する労働組合

一方、「提言」は、労働組合は「利益の同質性」としての性格を強く持っており、過半数労働組合が労働者代表として多様な利益の調整を行うことについては疑問を投げか

³ 同趣旨の指摘は、久本憲夫「労使関係論から見た従業員代表制 「過半数代表者」の実質化を中心に」(「季刊 労働法」216号)など。

⁴ 「労働者代表法案要綱骨子(案)」(連合第9回中央執行委員会確認/2006.6.15) <http://www.jtuc-rengo.or.jp/roudou/seido/daihyou/data/20060615.pdf>

けている⁵。この点については、労働組合の立場からは異なる見解を持っている。

まず、企業別労働組合が組織する組合員も、一人一人を見れば多様な個性を持つ個人である。同じ職場で働いているからといって、直ちに同じ価値観を持つ訳ではない。賃金や労働時間のルールなどの決定に際して、労働組合は性別、年齢、職種など属性もさまざま、多様な背景や要望を持つ組合員の意見を集約し、労働組合としての意思決定を行っていく。組合規約には、多数決などの議決のルールも定められてはいる。しかし、組合役員は意思決定をするにあたり、職場集会を何度も開催したり、反対の意見を持つ組合員がいれば直接対面で話す機会をつくり、組合員が納得できる合意形成をするための活動を日常的に行っている。また、労働者が、現在のルールにはない扱い（たとえば、通院時間確保のための時差出勤、育児のための時間短縮制度の適用対象拡大等）を求めたときには、職場の意見を聞きながらどのようにして新たなルールあるいは特殊な取り扱いをできるのかを考え抜き、労働組合の要求としてまとめ、使用者との交渉に臨んでいる。

このように、労働組合は現在でも労働者の多様な利益・意見を調整し物事を集団的に解決していく機能を持ち、その役割を發揮している。

さらに、正規労働者も非正規労働者も、同じ職場で働き、使用者に対しては弱い立場にある「労働者」として「利益の同質性」を有している。雇用・就業形態が多様化する中で、「労働者」としての「利益の同質性」を基盤とした「連帯」が今、強く求められているのではないだろうか。

労働組合の組織率低下や、リーマンショック以降の非正規労働者の雇用・失業問題に際して、正規労働者と非正規労働者の対立構造が喧伝された。確かに一部の産業別労働組合などを除き、労働組合がパート労働者や有期契約労働者の組織化に遅れていたことは否定できない。だが、近年、直接雇用の非正規労働者に対する組織化の動きは非常に活発化している。非正規労働者から正規労働者への転換や非正規労働者の労働条件改善についても、交渉を行う労働組合は増加している。

連合の「労働者代表法案」では、事業場に過半数労働組合がある場合は、過半数労働組合を労働者代表とみなすこととし、過半数労働組合が非組合員も含めた全労働者の意見を適正に集約できるよう規定を盛り込んでいる。また、過半数ではない組合がある場合には、労働者代表委員候補者名簿を推薦できることとしている。今後の政策としては、労働組合をどのように育成していくのか、という視点こそが重要であると思われる。

(iii) 労働者代表の権限

憲法は第28条で勤労者の団結権や団体行動権を宣言しており、これは侵すことのできない基本的人権の一つである。また、労働組合の目的は「労働条件の維持改善その他経

⁵ 第1部第2章1(1)および(2)(a)

済的地位の向上を図ること」(労働組合法第2条)であり、この目的を達成するために不当労働行為制度なども設けられている。労働組合の目的や意義を侵食する制度の創設は、労働組合の弱体化はもとより、憲法により保障されている基本的人権の侵害にもつながりかねない。

そのため、「労働者代表制」は、労働組合とは役割を明確に分担する、労働組合が「労働者代表制」に優先できるようにする、との観点から設計することが重要である。

「提言」では、労働者代表の持つ権限は、36協定等の締結など現行の過半数代表者が担っている役割にとどまらず、労働契約の内容の決定・変更に関する事項にも及んでいる。後者では、使用者による労働者代表への「情報提供」義務と「協議」義務にとどめられているが、こうした義務の履行過程は労働契約法理における「合理性」や「権利濫用性」判断の重要な判断要素となる、とされている⁶。

しかし、上記の観点からすれば、法的にも実質的にも労働条件の決定や変更の権限を「労働者代表制」に与えるべきではなく、現行の「過半数代表者」が担っている役割に限定することを基本とすべきである。

(iv) 労働者代表の教育

(2) (a) (iii) で述べたとおり、職場では労働組合役員の人材の発掘・育成が厳しい実態にある。労働者代表制が実現し、期待される役割を発揮するためには、「誰が労働者代表を担い、次代の人材を育成・発掘していくのか」という課題に直面する可能性はきわめて高いだろう。

また、「労働者代表制」は労働組合とは異なる役割とするものの、労使協定の重要性を踏まえれば、使用者から独立した運営や意思決定が必要である。これが確保されなければ、新たな「労働者代表制」の意味を希薄化させてしまうであろう。

これらの課題への対応としては、労働組合が労働者代表制を日常的に支援する仕組み、使用者並びに労働者代表に対する教育環境の整備、「労働者代表制」に参画する労働者の不利益取り扱いの禁止、を制度に組み込んでおくことが不可欠であろう。

(b) 労働時間法制について

(i) 若年層中心に長時間労働の実態

情報労連「ライフスタイル(生活実感)調査」では、組合員の労働時間やそれに関連する意識についても調査した。調査結果では、20代、30代の若年層に残業や休日出勤が集中し、月の残業時間が60時間以上になると、6割が「いまの働き方が続くと病気にな

⁶ 第1部第2章1(2)(b)および2(3)

る」「仕事が忙しくて家族と過ごせない」と感じている。また、その様子を身近に見ている配偶者は、本人以上に不安や不満を感じていることも明らかになっている。30代男性の平均帰宅時間は21時前後で、3人に1人は家族と夕食をとる回数が週2回以下となっている。

また、情報労連は、情報通信産業および情報サービス産業を主な加盟産業としているが、情報サービス業界における労働時間、とりわけ所定外労働時間については、他産業との比較において極めて長い。夜間・休日における待機時間や勤務時間外における緊急呼び出し等も含めた、実質的な拘束時間も考慮すれば、過酷な長時間労働が常態化していると言える。

さらに、これらの産業では裁量労働制等の導入が他産業と比較して高い状況にある。納期への対応や運用開始直前での緊急的な対応などに伴い発生する長時間労働を合法化する意味で、裁量労働制が適用されているケースも少なくないと思われる。

(ii) 長時間労働をどのように是正するのか

上記 (i) のように、職場では長時間労働の実態があり、それが家庭生活の時間的なゆとりばかりでなく健康に及ぼす影響への不安を訴える組合員も多くなっており、長時間労働の是正は最優先に取り組むべき課題となっている。

では、どのようにすれば長時間労働を是正することが可能なのだろうか。

「提言」は、最長労働時間、 休息时间、 週休1日の確保を掲げている⁷。現行の労基法では、36条に基づき、時間外労働限度基準告示が定められ、その中で時間外労働の限度基準が1日、1週間、2週間、4週間、1か月等の単位で定められている。しかし、特別条項付協定を結べば、限度基準を超える時間外労働も可能であり、青天井である。その点からは、1日・1週間・1か月・1年を単位とした最長労働時間規制やそれを裏から規制する休息時間の規制、週休1日の確保は、積極的に検討すべき施策である。ただし、最長労働時間規制はその水準が問題であり、労災の過労死認定基準レベルでよいのかどうかは、慎重な議論が必要である。

労働時間のあり方についての議論では、必ず、「長く働きたい人が働けなくなるのはおかしい」との趣旨の意見が出される。だが、最低労働基準はワーカホリック的な働き方の人に合わせるべきものではない。また、長時間労働となるには、仕事の量や納期と要員のアンバランス、過大なノルマ、仕事の進め方（ムダの存在）など、さまざまな要因がある。前述のように、成果主義的賃金制度の導入も働き過ぎに影響しているだろう。最長労働時間の規制により、労使がこのような要因について分析し、業務の効率化や要員管理の改善に取り組むことにつながるのではないか。

⁷ 第1部第2章3

(c) 雇用差別禁止法制について

「提言」は、雇用差別禁止法制については、包括的な雇用差別禁止法の制定を掲げている⁸。差別禁止の事由としては、人種、社会的身分、宗教・信条、性別、性的志向、障害、年齢、雇用形態が挙げられている。「包括的な雇用差別禁止法の制定」という方向性には賛同しつつ、ここでは、「障害」と「年齢」を理由とする差別について触れない。

(i) 「障害」を理由とする差別の禁止について

2006年12月に採択された国連の障害者権利条約は、雇用・労働分野に関しては、障害を理由とする差別禁止とともに、職場における合理的配慮の提供確保を定めている。そのため、締結に当たっては、国内法の整備が不可欠な状況である。この状況は、国連の女子差別撤廃条約の批准に向けた国内法の整備として、男女雇用機会均等法を制定した動きと重なるものがある。

現在、連合内でも、「雇用における障害差別禁止法」(仮称)の制定を求めることとし、その内容について検討を重ねてきている。そのポイントとなる点を述べておきたい。

まず、「雇用における障害差別禁止法」では、男女雇用機会均等法の経験を活かし、差別禁止に関する事業主の「努力義務」規定などからスタートするのではなく、私法上の効果も明確化した形での差別禁止規定を整備すること、立証責任を明確化すること、実効性ある紛争解決システムを整備することが重要である。現行の障害者雇用率制度は、ポジティブ・アクションと捉えて、維持すべきであろう。

紛争解決システムについては、どのような機関が適切なのかは議論が必要だが、障害者権利条約の精神に則れば、当事者の参加保障が欠かせないのではないかと。連合では、現実的な選択肢として、都道府県労働局の紛争調整委員会による調停を想定し、障害当事者(または障害者団体からの推薦)や障害の専門家も調停会議に参加することを検討している。

一方、男女雇用機会均等法と異なるのは、条約が求める「合理的配慮」(「提言」では「合理的便宜」)に関する規定である。「合理的配慮」とは、具体的には、介助者などの人的な支援や施設整備など労働環境における配慮、通勤緩和のための時差出勤など労働時間における配慮などである。こうした「合理的配慮」について、障害を持つ労働者の請求に基づいて、事業主は過度の負担および均衡を失った負担が生ずる場合を除いて、合理的配慮措置を提供しなければならない、とすべきであろう。

さらに、事業場において実行可能な合理的配慮はどのようなものなのか、ということはいくつかの職場で判断することが最も現実的である。そこで、「合理的配慮」については、事業主が労働者代表(連合「労働者代表法案」における「労働者代表委員会」等)と協

⁸ 第1部第2章4

議することとすべきである。たとえば、精神障害を有する労働者がフルタイムでは働けないため、週3日のパートタイムでの勤務を希望した場合、配置や業務・勤務条件は職場で考えていく必要がある。また、身体障害を有する労働者が工場内の作業環境の変更を求めた場合などは、どのようにすればその労働者もほかの労働者も無理なく安全に作業できるのか、職場の中で知恵を出し合うことが求められよう。もちろん、労働者代表委員に障害を持つ労働者がいない場合には、労働者代表委員会は障害を持つ労働者からの意見聴取を行うことを義務づけるべきである。

また、差別禁止法とは直接関係ないが、現行の障害者雇用促進法で規定する障害者雇用状況報告については、事業主が厚生労働大臣に提出する前に、労働者代表委員会に通知し意見聴取し、その意見を添付して提出することとしてはどうか。労働組合等が障害者雇用について認識し、事業主に対して取り組みを促していくことにつながるのではないか。

(ii) 「年齢」を理由とする差別の禁止について

「年齢」を理由とする差別禁止については、労働組合においては議論が不足している状況である。というよりも、「年齢」は、職場において、ある程度の納得性を得られる客観的な基準として活用されてきた。「年齢」は職務経験や能力とはイコールではないが、職場集団の中で仕事をこなしていくために必要な能力をはかる物差しとなっている。「このポストは 歳以上」など、昇進・昇格の基準の一つに「年齢」を入れることは、日常的に多くの職場で自然に行われていることである。

募集・採用については、従来、求人における年齢制限を行わないことが努力義務とされてきたが、2007年の雇用対策法改正では、募集・採用において「年齢にかかわらず均等な機会を与えなければならない」と規定された。しかし、前後の年齢層と比較して少ない年齢層を採用する場合など、例外として年齢制限を行ってもよい場合が省令で定められている。募集・採用において年齢によって差別してはならない、とすることは「年齢」で門前払いをされてきた中高年齢者や就職氷河期世代、子育て後の再就職を望む女性にとっては必要な施策にも思えるが、長期雇用システムを前提に若い世代を採用し技能を継承させたいというニーズも存在する。「年齢」をどのように捉えるのかについての議論とコンセンサスが必要であろう。

「エイジフリー」についても同様である。働きたい人が年齢にかかわらず働き続けることはよい。しかし、だからと言って、政策として「エイジフリー社会」を目指す、ということが適切である訳ではない。定年制は、雇用保障機能を持つものである。仮に、「エイジフリー社会」を掲げて「定年制」を年齢差別とすることは、労働者にとってはもちろん企業にとっても社会にとってもプラスではないだろう。「提言」においても触れられているように、「年齢」をめぐる問題については、社会全体への影響も見据えた十分な議論が必要である。

(d) 労働市場法制について

(i) 間接雇用をどのように捉えるのか

労働者派遣をめぐる問題では、規制の是非に始まって、規制の在り方について百家争鳴の状況がある。研究会でもさまざまな議論がなされたが⁹、労働組合の現場感覚からすると、労働者派遣の中でも登録型派遣は大きな問題を抱えている。登録型派遣についても組織している労働組合は存在するが、企業別労働組合の結成やその活動には困難を伴う。労働契約は派遣元と締結し賃金の支払いも派遣元だが、就業先は専ら派遣先であるため、同じ派遣元に雇用される労働者間の交流機会は極めて乏しい。また、実質的には派遣先が決定に大きく関与している労働条件についても、団体交渉の相手は派遣元であり、団体交渉によって、公正な労働条件を確保することが難しい。

これらのことを踏まえても、やはり雇用の原則は「期間の定めのない直接雇用」であるべきである。有期雇用であっても直接雇用であれば、雇用主との間で雇用や労働条件について実質的な交渉ができる。しかし、雇用と使用が分離した間接雇用では、それが困難である。とくに、期間の定めがあり、かつ、間接雇用である登録型派遣は二重の意味で不安定さを内包している。

リーマンショック以降のいわゆる「派遣切り」で私たちが目の当たりにしたのは、派遣先は労働者派遣契約の中途解除や打ち切りを行い、多くの派遣元が雇用主としての責任を果たし得ていないという現象だった。

このような現実を踏まえて、「間接雇用」はどのような場合であれば労働者保護に欠けることがないのか、との視点で労働者派遣の規制の在り方を整理することが必要なのではないだろうか。

(ii) 有期契約労働者の保護の在り方とセーフティネット

有期労働契約をめぐる議論では、「より長く働けるよう、期間の上限を規制すべきではない」との意見が見られる。「提言」も、基本的には当事者の選択に委ねる、としている¹⁰。

しかし、労働相談などでは、有期労働契約の雇止めや労働条件の大幅な引き下げを条件とした労働契約の更新の提示などのトラブルが跡を絶たない。よほど専門的な能力を持つ、バーゲニングパワーを有する労働者ならともかく、普通の労働者は、有期労働契約を繰り返すことよりも期間の定めのない雇用を望むものである。また、当事者者の選択といっても、その選択肢が用意されていなければ選ぶことはできない。「提言」では、

⁹ 「労働者派遣法見直しに関する連合の考え方」(第25回中央執行委員会確認 / 2007.9.13) / <http://www.jtuc-rengo.or.jp/roudou/seido/haken/kangae.html>

¹⁰ 第1部第2章5(3)

改革の基本理念として「公正」「効率」「参加」を挙げているが、職場の実態を踏まえれば、「効率」よりもむしろ「安定」を軸に据えるべきではないか¹¹。期間の定めのない雇用に原則にして、有期労働契約が許容されるのはどのような場合なのかとのアプローチで有期労働契約の問題を考えていくべきである。

また、「提言」は、雇用保険の適用範囲を拡大し、短期雇用（不安定雇用）を活用する使用者は、雇用の不安定さを補償するプレミアムを支払う制度とし、具体的には保険料率に反映させること、雇用保険の適用範囲を拡大することを提言している。

雇用・就業形態が多様化する中で、我が国においては、雇用のセーフティネットの主要な対象として非正規労働者を念頭には置いてこなかった。しかし、雇用労働者の3人に1人が非正規労働者となった今、非正規労働者を支える制度とすることが必要である。その議論にあたっては、「雇用のセーフティネット」という狭い枠ではなく、社会政策としての住宅政策の整備、厳格な資産調査を要件とした生活保護制度の見直しなどを含めた「雇用社会におけるセーフティネット」をどのように張り巡らすのかという視点が求められるだろう。「包摂」と「連帯」を基本理念に、労働政策と社会保障政策を切り離さず、両者を射程に入れたトータルな議論が必要である。

(5) むすびに

「提言」は「公正」「効率」「参加」を改革の基本理念として、労働法の5つの分野における改革提言を行っているが、その中心となっているのは、職場における公正さを確保するために、集団的なコミュニケーションを活用するという点である。問題は、どのような主体に、何を、どこまで委ね得るのかということであろう。

本章では、その中心的な担い手となり得るのは、労働組合であることを強調して述べてきた。「提言」においても、研究会における議論においても、現在の労働組合、とくに企業別労働組合に対しては、ややネガティブな見方が強かったように思われる。しかし、多くの労働組合や労働組合役員は、「連帯」を基礎にして、「自分のため」だけでなく「職場の仲間のため」に地道な活動を行っている。労働組合、特に企業別労働組合はどのような存在であるのか、どのような活動を行っているのかを、労働組合自身が組合員、未組織労働者、社会に対して積極的に示し、語りかけ、理解してもらうことが、労働組合の組織力の強化にもつながる。今後の労働運動に課された課題の一つではないか。また、労働組合という基盤があって初めて、労働者代表制も生き生きとした制度となり得るのではないだろうか。

¹¹ 労働政策審議会の建議「今後の雇用労働政策の基本的考え方について - 働く人を大切にする政策の実現に向けて - 」(2007.12.12)においては、一貫性のある雇用労働政策を策定する基本的な考え方として、「公正の確保」「安定の確保」「多様性の尊重」を挙げている。

<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2007/12/dl/s1221-13a.pdf>

さらに、未組織の職場実態からすれば、労働者に対しても使用者に対しても、労働者の基本的な権利、働き方・働かせ方のルールに関する教育を充実させなければ、職場における「公正」の実現にはつながらないだろう。その点でも、労働組合は組合員に対する教育だけでなく、学校教育の場や地域社会においても貢献できる¹²。未組織の職場の労働者や非正規労働者が、必要な知識を理解していないという状況を改善していくために、労働者教育・労働法教育を充実させる関係者の努力が、労働法改革と同時に求められるのではないだろうか。

¹² 労働組合の役割や労働運動の意義を伝える重要性から、大学における寄付講座開催など、地域や学校と連携した取り組みを行っている。

2. 人事労務管理の視点から

荻野勝彦

(1) はじめに

本稿の目的は、イニシアチブ2009研究委員会の主査を務めた水町勇一郎東京大学社会科学研究所准教授の提示する「新たな労働法のグランドデザイン」について、企業実務の立場から批判的に論じることにある。なお本稿はすべて筆者の個人的見解であり、筆者の勤務先であるトヨタ自動車株式会社、および関係する団体等の公式見解ではない。

まず第一に申し上げておきたいが、集团的コミュニケーション、集团的プロセスの復権あるいは新たな役割の付与を重視するという方向性については、私も大いに同感するものなので、為念明記しておく。ただ、基本的な方向性は賛同するにしても、水町氏の描くグランドデザインはまことに壮大かつ野心的だ。当然、今日の現実とはかけ離れる。現時点で私は、そのすべてについて妥当かどうか結論を持っているわけではない。ただし、差別禁止法制の一部については妥当でないとの結論を持っているので、本稿の中心はこれに関わるものになる。

残りの項目については、もっぱら実務的な見地から大まかなコメントを述べるにとどまる。細部に関しては異論も非常に多いが、いちいち書くことはしない。個別事項について言及していないことをもって同意していると解釈されることは本意ではないのでこれも為念明記しておく。

さてイニシアチブ2009研究委員会の議論は、委員やゲスト講師の高度に専門的な知見をもとに行われた。その多くは比較法的なものであった。もちろん、法制度を変えたときに社会がどのようになるのか、といったことは、およそ実験できるものではなく、比較法の知見はまことに貴重である。しかし、現実に人事管理の現場にあって実務に従事し、所属する企業の従業員の雇用と労働条件、意欲と能力とにわずかながらも責任の一端を有する立場からみれば、どうしても現実の労働市場、足元の人事管理の実態を重視することとなり、「海外ではこうだから」といった議論には懐疑的にならざるを得ない。したがって、本稿の論調はどうしても現状追認的な志向を有せざるを得ず、専門の研究者からみればまことに物足りないであろう。実務家の限界である。しかし、現行制度は長年にわたる労使の努力の積み上げによって実現してきたものである。たしかに今日的な要請に応えきれない法と実態の乖離は存在し、調整が必要だ。政策的な要請によって見直しが求められることもあろう。それは漸進的に取り組んでゆけばよい(実際、すでにわが国では努力義務などのソフトローを活用した漸進的制度改正がたびたび行われている)。しかし、それでもなお現行労働法制の多くの部分は、わが国の労働市場や労使慣行を踏まえた、それなりに妥当な、納得の得られるものになっていると考えてもよいのではないか。たしかに理念的な要請はあろう。しかし現状を変えることによる現実の弊害も少なからずあることも考えれば、そうした部分まであえて手をつけなければなら

ないこともないのではないか。それが私の偽らざる感想である。

(2) 労使関係法制

それでは順に、労使関係法制からみていこう。ここでは、労働者代表制についてのみ、簡単にコメントしたい。

水町氏の構想は「多様な労働者の意見を反映できる分権的なコミュニケーションの基盤を構築する」というもので、具体的には労働者代表の法制化だ。比例代表選挙によって派遣労働者、請負労働者等も含む多様な労働者が選出される制度とし、労働者代表には必要な保護と支援を与える。そして労働者代表との情報提供・協議の内容を労働契約法理における「合理性」や「権利濫用性」判断の重要な要素とする、労働者代表との合意を労働基準法などにおける過半数代表との労使協定や労使委員会の決議に代えろといった権限を与えるという。

このような将来像を描くことは十分考えられるし、当面ここでその是非を論じるつもりはない。もともと企業別組合が一般的なわが国においては、このような制度も比較的親和性が高いだろう。実際、労働組合ではない従業員組織（管理職を含んでいたり、経費援助が存在したりする）の代表者との協議によって労働条件の決定などを行っている企業もすでに存在する。

しかし、今現在いきなりこうした法制度を導入することは難しい。これが機能するためには、まずは比例代表選挙が成立する程度に代表委員候補が存在し、選挙の結果さまざまな属性の代表者がまんべんなく選出されなければならない。さらに、こうして選ばれた代表委員の集団が組織として機能し、利害調整と意思決定がなされなければならない。そこではじめて使用者との協議が成立する。そして、その先にはさらに困難な使用者との協議と互譲、妥協の道が続く…。こうしたプロセスが成り立つ土壌を有するのは、一定の組織率を確保した企業別労組が存在し、安定した労使関係が形成されている企業に限られよう。行政や労使団体、NPOなどが支援すればそれでうまくいく、といったような容易なものでは断じてあるまい。本気で実現しようとするのであれば、少なくともかなりの長期間を視野に入れた漸進的なロードマップが必要であろう。

私は少し異なる意見を持っている。もちろん、「多様な労働者の意見を反映できる分権的なコミュニケーションの基盤を構築する」ことは必要かつ重要だ。しかし私は、その主役としては労働者代表制ではなく労働組合に強く期待する。たしかに、労働組合の組織率は、各組織の努力にもかかわらず低位にとどまっている。しかし、いっぽうで労働組合自らが自覚的に多様な労働者の組織化に取り組む動きはすでに萌芽の段階を過ぎて定着しつつある。労働組合と並立させて労使関係に新たな秩序を構築しようとするよりは、すでに規律された組織を持つ労働組合がより多様な労働者を取り込んでいくことのほうが、目指すべき将来像を漸進的に実現していくうえでより現実的な手段ではあるまいか。使用者との交渉・協議における交渉力という面でも、構成員の参画という面で

も、構成員相互の利害調整、さらにはその場面における少数意見の尊重という面でも、労働組合は労働者代表制よりはるかにすぐれよう。いったい、自主的に参加し団結したのではなく、法的要請によって選出された代表委員が、どれほど相互の利害調整に尽力しようか。結局は少数者が多数決によって排除され続けることになりはしないか。

したがって、労働者代表制の法制化よりは、低下を続ける労働組合の組織率を向上させるような、組織化を後押しするような施策がより現実に適合しよう。ここでとりわけ必要なのは、使用者の観点を重視することだ。労使の協議と合意を意図するのであれば当然だろう。使用者が、企業経営における労働組合の有用性を理解・評価し、自社における労働組合の結成を容認・歓迎するよう誘導することが求められる。実際、現代においては、企業経営は想像以上に労使関係の安定に依存している。たとえば、中間在庫を極力排したジャストインタイム方式は、マーケットニーズへの迅速な対応を可能とし、日本企業の競争力を支えているが、しかしこの方式は小さな一部の停止が急速に企業活動全体に波及するという構造的な特徴を持っている。つまり、たとえば重要工程において時間外労働に協力が得られない、といったくらの小規模な労使紛争でも、競争上大きなダメージとなりうるリスクを内包している。労働組合が多様な労働者を組織し、その利害を調整し、結果として労使関係の安定をもたらすのであれば、使用者にとってきわめて有益な存在となりうるし、その点において、労働組合は新たな交渉力を拡大することができよう。

具体的な方法は、水町氏の構想に近い。たとえば、労働協約により使用者から経費援助を受けることができる範囲を拡大することなどは考えられてよい。また、利害関係者を適切に含んだ労働組合との協約によって、労働基準法などの適用を緩和する余地を大幅に認めることも考えられるだろう。労働政策審議会における労働契約法の検討過程で提案された特別多数労働組合（ここでは労働者の3分の2以上を組織する労働組合とされたが、その定義は他にも考えられてよい）についてさらに大きな権限を与えることも検討に値しよう。また、それと並行して、少数労組の権利の制約や、多数労組との労働協約における唯一交渉団体約款を有効にするといった施策も求められよう。ナショナルセンターや産別・地域別組織の個別企業労使への介入も抑制的なものとしていく必要があるようだ。

いっぽう、各企業労使の自主的な取り組みがすぐれた成果をあげたとき、それがどのように拡大していくかは、他企業の個別労使それぞれの努力によるべきであろう。ある労使のあげた成果がなかば自動的に地域や産業に拡張適用されることは、かえって「地域・業界にご迷惑をかける」という労使の自主規制を招きかねず、取り組みにブレーキをかける恐れが強く、避けるべきである。

(3) 労働契約法制

労働契約法制については、労働契約法の内容の豊富化を図るという方向性については大筋で異論はない。もっとも、それが単なる判例法理のリステートメントにとどまってよいかどうかは議論があろう。けだし、判例法理においても、今日における経済・社会・労働の多様化・複雑化に対応できていないと考えられる部分があるからだ。今後採用内定、試用、雇止めなどを労働契約法に取り込んでいくのであれば、労働市場や人事管理の実情に即した、今日的なものを検討していく必要がある。地道に、漸進的に取り組んでいく必要がある。

そのうえで今後の検討にあたっては、次の3点を原則とすべきであろう。

第一に、労使自治の重視である。労使の対等性の確保に関する簡素な手続規制のもとに、労使の取り組みを通じて法の目的が達成されることを支援する法制とすべきだろう。また、安全配慮義務のような規定をおくにあたっては、使用者だけでなく労働者にも相応の義務を求める双務的規定とすることが望ましい。

第二に、多様性の重視があげられる。契約自由の原則のもとに、実体規制は必要最小限にとどめ、労使が多様な選択肢を持つことができる法制とすべきである。

第三に、透明性の確保が重要となる。規制を行う場合は極力明確な基準を設定し、労使双方の事前予見性を高め、また行政の恣意的判断が入り込みにくい法制とすることが求められる。

残念ながら、先般の労働契約法の検討過程においては一部の悪質な法違反事例などを強調し、感情的に規制強化を求める論調が多々見られた。もちろん法違反には厳正な取締で臨む必要があるが、法改正の検討にあたっては冷静な議論を望みたいところだ。

(4) 労働時間法制

さて労働時間法制については、おそらく法と実態の乖離が最も大きい分野であり、法の機能不全の解消が強く求められている。長時間労働と健康問題、労働者の多様化といったポイントの設定も適切であろう。具体論になるといろいろと異論はあるが、紙幅の関係もあってここでは詳細なコメントはしない。

一点だけコメントすれば、これらの問題はすべて、「労働時間」の概念にまで立ち返って、それこそ根本的に議論しなおすことが必要だと思われる。少なくとも、現状のように唯一絶対の「労働時間」が常に確定できる、といった発想は抜本的に改めなければならない。概念的には根本的な問題だが、実態にあわせるだけなので、現実への影響はそれほど大きくないに違いない。

もちろん、今日でも「コンベアが動きはじめてから止まるまで」とか、「工場の入口をってから出るまで（そこにはタイムレコーダが置いてあることも多いだろう）」といった形で労働時間が確定できる仕事もある。そういう仕事であれば、それを賃金計算にも健康管理にも使用すればよろしい。しかし、たとえば一定以上の専門性や裁量性を

もって働いているホワイトカラーとなると、ことはそう簡単ではない。たとえばこんな例を考えよう。

F君はある企業でマーケティングの企画を担当している28歳の青年である。仕事は面白いし、そろそろ係長昇格も近づいていて意欲も高い。主力商品の一つを任されていて、ときおり業務の進行状況を上司に報告し、包括的な指示を受ける。ときには課題について相談して助言をもらうこともある。目下の懸案はライバル社の類似商品に対抗するための販促企画である。

ある日F君はいつもどおり起床し、日経新聞を読みながら定時の9時に出勤した。午前中は何度か後輩に日常取引について指示したほかは目下の懸案に没頭し、昼休みは業界誌を読みながら弁当をつつく。頭にあるのはやはり販促企画だ。午後は会議の予定が2件あり、上司への報告が終わると外出し、まず得意先と打ち合わせを持つ。次の広告代理店での会議まで少し時間があるので、喫茶店でスポーツ新聞を読みながら1時間くらい時間調整した。会議終了後帰社すると定時の17時を過ぎていたが、午後の会議の報告書を作成して18時過ぎに職場を出た。報告書の出来はF君としては正直なところ不満で、もう少し手を入れたかったが、一応用は足りるだろう。このところ不景気で残業は1日1時間と制限がかかっているし、労組も労働時間短縮キャンペーンをやっているから、まあ仕方がない。その後、F君は会社の資料室に行って関連法規について調べた。当面の業務では必要はないが、次の人事異動で希望の職場に異動できれば役に立つし、うまく資格が取れば将来転職するときに有利だろう。2時間後、F君は資料室にあったマーケティングの新しいテキストを借り出して、帰途読みながら帰宅した。期待どおり、役立ちそうな材料の多い本だ。21時に帰ると配偶者が「遅かったですね」というのでF君は「残業でね」と答える。入浴と食事を済ませたF君は、忘れないうちに、ということで本から得たアイデアを30分くらいかけてノートにメモしたが、そうしているうちに報告書の出来がどうしても気に入らなくなり、結局こちらもテレビのスポーツニュースを見ながら1時間かけて作り直してしまった。就寝は24時。

さて、F君の「労働時間」は何時間だろう？ F君の配偶者は、F君の労働時間はどのくらいだと思っているだろう？

これはまったくのフィクションだが、しかし似たような話は世間にありふれているのではないだろうか。いったい、F君は何時間分の割増賃金を受け取るべきなのだろうか。誰がどのように何時間分と決めるのだろうか。そもそもF君は時間割計算で賃金を支払われることが適当なのか。F君は自分で自分の賃金の支払われ方を決めてはいけぬのか。さらには、企業がF君の健康管理をする上においても、賃金計算に使用する時間で考えておけばいいのだろうか。さまざまな意見があろう。しかし、そろそろこうした問題に現実に即した解答を出さなければなるまい。

その上で、必要であれば最長労働時間規制も休息時間規制も保障休日規制も検討すればいいだろう。決して全否定するものではない。ただし、当然ながら実態に応じたものであるべきで、安全サイドでの一律規制は多くの企業や労働者にとって不利益となろう。職種や就労形態に応じた多段階の限度時間の設定、適切な適用範囲または適用除外の設定は必須である。また、限度時間の設定水準にもよるが、罰則付きの強行規定とするよりは、現行の労働安全衛生法でもすでに類似の定めがあるように、医師による診察、面談指導の実施などの方法によることが、健康管理という意味では目的にかなうだろう。

(5) 雇用差別禁止法制

最大の問題点は、雇用差別禁止法制だ。もちろん、いわれのない差別はあってはならないものだし、それゆえ人権擁護に係る差別を禁止することについては、基本的になんら異論はない。水町氏のいわゆる第1の類型、人種、社会的身分、宗教・信条、性別、性的指向を理由とする差別は禁止されるのが当然だろう（ただし、差別禁止の範囲、とりわけ「採用」を含むか否かは理由によって一部異なる）。

いっぽうで、水町氏のいわゆる第2・第3の類型、年齢、障害、雇用形態までも含めて「現行法制を抜本的に見直し、包括的な雇用差別禁止法制を制定する」ことには疑問が大きい。

(a) 年齢を理由とする差別

個別に検討しよう。まず第2の類型については、水町氏は「高齢者に対する雇用保障の要請、障害者に対する雇用促進の要請など、他の政策的要請との調整的判断が必要となる」という。政策的要請との関係において「良い差別」と「悪い差別」とを区別しようということだろうが、これは妥当なのだろうか。

年齢については、そもそも年齢を理由とした格差が不当な差別にあたるのかどうかという根本的な疑問がある。なるほど、年齢はいかに努力しても変更することのできない不可変の属性であるには違いない。30歳の人で29歳に戻ることはできないし、生き続ける限りいずれ31歳になることも免れようがない。

しかし、それは逆にいえば、性別・年齢や国籍を問わず、あらゆる人が等しく1年に1歳加齢するということでもある。いかに豊かな人であっても、年齢をカネで買うことはできない。理想的な平等さである。また、いかなる恣意も入り込む余地がなく、まことに客観的である。さらに、生き続ける限り誰も20歳のときがあり、30歳、40歳のときを迎える。その期間は必ず1年間であって、その意味できわめて機会均等でもある。

こうした利点ゆえに、年齢は人事管理に深く組み込まれてきた。代表的なのは定年制だろうが、それ以外にも、定着や習熟、生計費などに配慮して賃金の一部を年齢別のテーブルとしている例は少なくない。昇進・昇格などに最低年齢を設定している例や、

逆に役職定年制を設けている例も珍しくはあるまい。にもかかわらず年齢を理由とした差別を包括的に禁止し、これらの実態を「合理的な理由」の名のもとに例外扱いすることは、少なくとも明らかに実態とかけ離れている。

しかも、水町氏は定年制等について「労働者代表との協議・合意などの手続を要件に、当面は「合理的な理由」にあたるということが考えられる」と書いているように、これらを漸進的に禁止することを考えていると思われる。なるほど、高齢者雇用促進という政策的要請のために定年制を禁止すべきとの意見も一部にはある。しかし、そもそも高齢者雇用促進のために定年制を禁止したいなら、それを理由に直接（かつ必要であれば段階的）に禁止すればよいのであり、年齢差別などというロジックを担ぎ出す必要はないし、「当面は「合理的な理由」にあたるということが考えられる」といった持って回った理屈を持ち出す必要もない。定年制を設けるのはもとより企業の自由だが、しかし政策的要請により下限規制を行うとか、定年後の継続雇用を義務づける、といった直接的施策をとったほうがよほどすっきりしていて合目的的だろう（これは現実に行われていることに近い）。定年制に限らない。募集時における年齢制限はすでに原則として禁止されているが、これも高齢者や年長フリーターなどの応募の機会を拡大することを直接的動機とするものであって、年齢差別だから禁止するという理屈が介在している形跡はない（結果的にそうだといえればいえるのかもしれないが、それはまた別問題だ）。

以下はやや脱線するが、年齢による人事管理の有用性と、それを禁止した場合の弊害について具体的に示すために、定年制についてさらに敷衍しよう。定年制を批判する人はとかく定年後ばかりに着目するが、定年前に目を転じれば、50代後半期を中心とした時期の雇用の安定に対する定年制の貢献は大きい。現状、わが国では60歳定年制が支配的だが、現実には50歳を過ぎる頃から能力のさまざまな側面で相当の個人差が出はじめる。典型的には体力や視力であり、あるいは新技術・新技能への対応力なども含まれよう。もちろん、さまざまな能力が良好な状態のまま定年を迎える人もいる。こうした人は再雇用制度などで定年後も引き続き雇用されることも珍しくないに違いない。いっぽうで、残念ながら50代なかばで能力の衰えが覆いがたくなる人もいよう。現状では、多くの企業で「定年までは、60歳まではがんばろう」という目標を労使が共有し、企業も本人の実情に合った仕事につけ、労働条件もそれほど落とすこともせず、本人もなるべく能力を維持したり、あるいは新しい仕事に適応したりすることに努力する。これは定年制なくしては不可能だろう。

もし、ここで定年制を禁止したらどうなるか。もちろん、あわせて年齢以外の理由による雇用の終了も厳しく制限してしまえば、これは死ぬまで雇用するという文字通りの終身雇用となるだろうが、さすがにそれは現実的ではあるまい。となると、企業はなんらかの別の基準、具体的には能力の減退などによって解雇などを行わざるを得なくなる。65歳、70歳まで雇用される人がいる一方で、「定年まで」を目標とした企業の努力は行われなくなり、55歳、50歳で解雇されざるを得なくなる人も多く出てこよう。こうした人た

ちの再就職は容易ではないだろうし、労働条件もおそらく良好なものとはならないだろう。これらの得失を考えれば、わが国では今後とも定年制を維持することが望まれる。年齢による差別の包括的禁止を行うべきでないひとつのゆえんである。

(b) 障害を理由とする差別

障害についてはどうだろうか。わが国では周知のとおり「法定雇用率を上回る身体障害者雇用」を事業主の義務とし、法定雇用率の水準は「身体障害者に健常者と同水準の雇用を保障するため、事業主が常用労働者数に応じて平等に負担すべき割合」として設定されている。これは「事業主は、社会連帯の理念に基づき身体障害者に適当な雇用の場を与えるべき共同の責務を有する」という、差別禁止とはかなり異なる社会福祉的理念にもとづく。そのため、差別禁止といった観点からは「障害者を特殊な環境のもとにおくものでノーマライゼーションの理念上好ましくない」との批判もある特例子会社制度についても「障害者雇用推進にかなりの効果が期待され、また、障害者自身にとっても能力を最大限に発揮する機会が増大する」として奨励されている。

水町氏は一応、これら政策もreasonable accommodationの解釈の問題として解決しようとの考えのようだが、わが国の現状をふまえて常識的に考えれば、これにはかなり無理があろう。reasonable accommodationを前提とした差別禁止と、「社会連帯の理念に基づき」「平等に負担すべき割合」の法定雇用率制度とはかなりの部分で相容れ難いはずだ。とりわけ特例子会社制度については、水町氏も懸念するとおり合理的理由を認めない意見も有力だろう。となると、結果的には差別禁止はかえって障害者雇用を減らす危険性もあり、これは十分考慮にいれる必要がある。年齢とは異なり、障害を理由とする差別の禁止を将来のあるべき姿と考えることは全否定するものではないし、中長期的かつ漸進的にこれに取り組もうとの考え方も有力ではあろう。しかし、今現在のわが国において障害を理由とする差別まで包括的に禁止することはかなりの冒険であり、時期尚早と考えざるを得ない。

(c) 雇用形態を理由とする差別

そしてもっとも驚くべきなのは、雇用形態を理由とする差別まで包括的に禁止しようとのアイデアである。これはわが国の人事管理を根底から覆すだけでなく、労働に対する価値観の一大転換を求めるものといえるだろう。

そもそも実務家にとっては、水町氏も指摘するように「雇用形態については、それ自体が契約の内容・条件でもある」わけであり、違うものが違うのは当然ではないかと考えるよりない。すでにパート労働者については、短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律の改正を通じて差別禁止に近づく施策が進められており、1993年の法改正時には均衡待遇という考え方が導入されたし、2007年の法改正時には「職務内容同一短時間労働者」について差別的取扱いが禁止された。しかしこれも詳細にみれば「違うものが

違うのは当然」という人事管理の実情が強く反映されていることがわかる。これを具体的に定めたパート法第8条は「事業主は、業務の内容及び当該業務に伴う責任の程度（以下「職務の内容」という。）が当該事業所に雇用される通常の労働者と同一の短時間労働者（以下「職務内容同一短時間労働者」という。）であって、当該事業主と期間の定めのない労働契約を締結しているもののうち、当該事業所における慣行その他の事情からみて、当該事業主との雇用関係が終了するまでの全期間において、その職務の内容及び配置が当該通常の労働者の職務の内容及び配置の変更の範囲と同一の範囲で変更されると見込まれるもの（以下「通常の労働者と同視すべき短時間労働者」という。）については、短時間労働者であることを理由として、賃金の決定、教育訓練の実施、福利厚生施設の利用その他の待遇について、差別的取扱いをしてはならない。」と定めている。この長い条文をみるだけでも、雇用形態による差別の禁止がいかに非現実的なものかが直観できよう。実際、これを一読して意味をつかむためには労働法に関する相当の知識を要するだろうが、ごく荒っぽい言い方をすれば、短時間労働者であるか否か以外にはなにも異なるない、残業や人事異動や転勤や出向も同様にあり、昇進昇格などの可能性も同じだ、という場合には差別的取扱いをしてはならない、ということだと言っても大きくは違わないだろう。たしかに、こうした短時間労働者については「違うものは違う」ともなかなかいえないし、実際に本当にそういう短時間労働者がいる企業（たとえば、短期的ではあるが育児時間制度利用者などはこれに近い実態にあるだろう）はこれを通常の労働者と同一に扱っていることが多いだろう。したがって差別的取扱いを禁止したところで実務的にそれほど大きな影響があるとも思えないが、はたしてこの法律によって差別が禁止される短時間労働者がどれほどいるのか、はなはだ疑問である。改正法が審議された際の国会審議では「5%」との答弁もあったというが、根拠は不明であり、実務実感としてはおよそ5%もいるとは思えない。

短時間労働者だけをとってもこうなのだから、さらにこれを有期契約、派遣労働、請負労働にまで広げようというのは、単に人事管理の現場に大きな混乱を与えるだけであって百害あって一利なしであり、率直に申し上げて無謀であろう。水町氏は「雇用形態の選択は自分ではコントロールできない属性との性格をもっている場合が少なくなく」「自発的に選択できる場合でもその選択を基本的権利にかかわる選択として尊重すべき」ことをもって差別の包括的禁止を主張するが、根拠としてはあまりにも薄弱と言わざるを得ない。

たとえば、有期契約の契約社員について、少し長くなるがこんな実務場面を考えてみよう。

P氏は行楽用品を扱うA社の総務課長である。A社は年初から新製品の販売が好調で、現場の一般社員は4勤2休体制をとって週末の土曜日・日曜日でも操業している。監督者は週末休みの週休二日、契約社員は平日・週末問わず自分の働ける日に働くこととなっている。

需要期のゴールデンウィークに向けてかなりの繁忙が予想されるため、P氏は工場長のQ氏から4月末までの有期雇用契約社員10人の採用を依頼された。P氏は職安に出向いて日給10,000円で10人募集したところ40人の応募があり、うち10人を採用した。

A社の新製品は幸いにしてその後も一段と好調で、P氏はQ氏からさらに10人の契約社員の追加を要請された。前回採用の10人は週末に勤務できる人が少ないので、今度は週末に働ける人を確保してほしいという。P氏は前回の応募が多かったことを思い出し、今度は週末は日給12,000円、月曜日～金曜日の平日は日給8,000円として「週末働ける方歓迎」との求人を出したところ、応募はだいぶ減ったもののなんとか首尾よく週末に働ける人を多く含む10人が確保できた。

その後、P氏はR社長に呼ばれ、どうやら新製品は先々もかなりの販売が見込めそうであり、現場で契約社員が増加して監督者の負担が重くなっているのを、監督者候補の正社員を採用するという指示を受けた。P氏は求人情報誌に監督者候補募集、経験者優遇として、A社の正社員監督者と同等程度を目途に月給350,000円～450,000円、土曜・日曜の週休二日で広告を出したところ数人の応募があり、2月末に同業のB社で監督者の経験があるS氏を月給400,000円で採用した。P氏としてはS氏をいずれ監督職につけるつもりだが、まずは仕事の内容をよく理解してもらいたいとのQ氏の意見をいれて、一般社員と同じ仕事につかせている。

この間、A社でも例年の団体交渉が行われ、同業他社の動向に加えて新製品の好調もあって、定昇2%に加えて0.5%のベアを行うことで3月中旬に妥結した。これを受けて、S氏の給料も4月から410,000円に上がることになる。

P氏は契約社員の日給の変更は考えていなかったが、3月に入って平日の日給が8,000円の契約社員が3人立て続けに退職した。3人が条件のよいC社に移ったらしいと聞いたP氏は、3月中に平日の日給10,000円で新たに3人を追加採用するとともに、他の契約社員についても平日の日給が8,000円の方は4月からこれを10,000円に改定した。

これはまったくの創作だが、しかしかなりありそうな話だろう。一般的な人事担当者であればほとんど違和感を覚えないのではないかと思う。P氏はかなりの裁量をもって仕事をしているが、しかし必要な人材の確保や、労働組合との交渉をまとめるといったミッションがあり、恣意的な行動を取っているとは考えられない。職安や求人誌での求人・採用も労組との団交もごく一般的に行われているありふれた人事管理の実務であり、

わが国の慣習として定着し、もちろんまったく合法である。

結果として、賃金にはかなりの差がついている。契約社員の中でみても、同じ仕事のはずなのに、働く曜日が違うだけで賃金が2割も違っている。やはり仕事はなんら変わらないにもかかわらず、退職者が何人か出ただけである日突然？ 賃金が上がる。もちろんこれは、契約社員の賃金が外部労働市場の需給関係に大きく影響されて決まることによる。平日に働く人には納得いかないかもしれないが、しかし需給がそうなっている以上は、週末に働くことにそれだけの特別の価値があるとしか考えようがない。

これに対し、正社員の賃金決定は、基本的には団体交渉による。もちろん、景気動向や企業業績、外部労働市場の影響も大きく受けるし、「世間相場」が大いに考慮されよう。結果として、S氏の賃金は、少なくとも今現在は契約社員と同じ仕事をしているにもかかわらず、日給換算で20,000円前後と、契約社員の約2倍にのぼっている。かなりの格差である。とはいえ、P氏としてみればS氏には監督者としての経験があり、それに応じた能力を有することが期待できるし、正社員採用なのでさらに今後長期にわたって勤続し、より能力を高めて大きな貢献をなすことも期待されているのだから、それなりの処遇はしなければならないと考えている。これまた人事担当者にはごく一般的な、常識的な考え方といえるだろう（もちろん例外もまた多いかもしれないが）。

さて、このエピソードの後日談を考えてみたい。これはかなり空想的な内容になるが...

4月1日、入社식을午前中に無事終えたP氏は、昼休みにテレビで「雇用差別禁止法本日施行」というニュースが流れるのを見た。「きょうから雇用形態の違いを理由とした合理的理由のない雇用差別が包括的に禁止されました」という。昼食を終わって席に戻ったP氏を、契約社員のT氏が待っていた。

「私は育児の事情があって週末には働けません。私が家庭生活や市民的自由を尊重し、平日に働くことを選択したのは、私の基本的権利にかかわる選択です。にもかかわらず、まったく同じ仕事に対して私が就労できない週末には2割も高い賃金が支払われているのは、雇用形態の違いを理由とした合理的理由のない差別です。私は即刻私の日給を12,000円に引き上げることを要求しますので明日中に回答してください。実現されない場合は労働審判を申し立てます」とT氏はまくしたてて職場に戻っていった。

「そ、そんなことを言われても...」狼狽するP氏のところに、続いてやはり契約社員のU氏がやってきた。

「P課長、ご記憶かと思いますが、2月にこの会社で中途採用の正社員を募集した際に、私は応募しましたが不合格となりました。仕方なく、その後3月の契約社員の欠員補充3人に応募して採用となりました。私は正社員としての就労を希望しており、かつ一家の生計維持者としてそれを必要としているにもかかわらず、不本意にも契約社員としての就労を余儀なくされ、正社員採用されたSさんとは見たと

ころ同じ仕事をしているのに約2倍もの賃金格差がありますし、Sさんには昇給があったのに私にはありませんでした。今の私には、雇用形態の選択は自分ではコントロールできない属性との性格をもっているものですから、これは雇用形態の違いを理由とした合理的理由のない差別です。私の日給もSさん並に引き上げてください。これから合同労組に相談に行きますのでそのつもりで」と言ってU氏は早退して行ってしまった。

「私がなにか間違ったことをしたのだろうか？」とP氏が茫然としていると、今度はS氏がやってきた。S氏は正社員だし、まさかまさか問題はないよな...と考えながらも思わず身構えるP氏に、S氏はこういった。

「P課長、正社員採用していただきありがとうございます。いずれ監督職にもしていただけるとQ工場長から聞いています。そこでご相談なんですけど、実は地域のボランティアに参加してまして、平日に休めると都合がいいんです。ワークライフバランスというんでしょうか、私も一般社員のように4勤2休にしてもらえるとありがたいんですが...。もちろん賃金はその分減らしていただいてもかまいませんので...。なんか、雇用形態を理由とする差別が禁止されて、基本的権利としてのワークライフバランスが保障されたそうじゃないですか...」

「おいおい、そこまで言うかなあ」と頭を抱えるP氏をしりめにS氏は去っていく。その足音を聞きながらP氏はうめいた。「雇用形態による取扱いは多様であり、「差別」や「合理的な理由」の有無は実態に即して柔軟に判断されるべきだ...」

さて、P氏はいったいどうすればいいのだろうか？

人事管理の部外者からみれば、こんなことは取るに足りないことかもしれない。心配しすぎと言われるかもしれない。しかし、これは実務家にとってはかなり切実な不安でもある。雇用形態を理由とする差別禁止を主張する人たちは、こうしたケースのほとんどは合理的理由がある差別として容認されますよ、というかもしれない。あるいはこうした実態を「是正」するための法制化だということかもしれない。しかしこれは本当に「差別」なのか。

水町氏は「日本の雇用の実態をみると」とのみ述べているだけなので、ここからはやや本筋を外れることになるが、わが国において雇用形態を理由とする差別が論じられるとき、現実的な議論としてはその前提として正規雇用と非正規労働との格差が念頭におかれることが多いようだ。実際、賃金水準にしても雇用の安定にしても、たしかにわが国における正規社員と非正規労働の格差は大きい（もちろん個別には例外もあるが）。それが政策的に解決されるべき問題だという意見は有力だし、私も改善がはかられるべき点はあると思う。また、ことを「差別」として考えたいとの非正規労働者の気持ちは情においてまことに無理からぬものだろう。しかし、上で書いたように、現状の格差は使用者の恣意的な差別的意図によるものではないことも事実であり、これを差別とす

ることはいかにも無理がある。これは政策的には「差別があるから是正する」というものではなく、「格差が大きいのでは問題なので改善に取り組む」というものであろう。

賃金を例に、もう少し詳しく述べよう。まず前提として、賃金の決定にはさまざまな要素が関係する。それは能力であり、職務・仕事であり、役割であり、あるいは成績・成果・出来高であり、業績への貢献度であり、あるいは生計費であったりもする。これらは産業・企業によって多様かつ複合的だ。もちろんこれは雇用形態によっても大きく異なっている。賃金制度とは人事管理のポリシーそのものだから、経営者の理念が色濃く反映され、各社似ているように見えてもかなりの違いがある。格差があるからと言ってその決定過程にまで踏み込んで比較することは容易ではない。

長期雇用慣行のもとでは、正規雇用については長期的な人材育成・人材投資と、やはり長期的なその回収が強く意図される。当然、長期的な能力の伸長や成果、貢献度などが雇用の安定を含む労働条件決定に相当のウェイトを占めてくる。賃金についても同様で、その時々能力や職務などももちろん考慮されるわけだが、最終的には企業としては会社生活トータルでの貢献度などと生涯賃金とが相応していればよいことになる。具体的には、未熟練の若年期には明らかに貢献度などを上回る賃金を支払う。教育コストもかかるから、賃金がゼロでも持ち出しになるかもしれない。しかし、技能がある一定の水準に達すると、今度は企業が投資を回収する段階となる。賃金水準は依然として能力向上などを反映して上昇を続け、勤続へのインセンティブとはなるものの、貢献度などはさらにそれを上回るようになる。そのうち、やがて企業の回収が投資を上回り、一定期間を過ぎると、もう一度賃金が貢献度などを上回るようになる。企業が回収しすぎた分を社員に返すわけだ。そして定年を迎え、退職金で清算が行われる。社員としてはここまで在籍しなければ損になる。会社生活を通じて、長期勤続・能力向上奨励型の賃金制度になっているわけだ。

加えて、長期雇用慣行においては期間の定めのない雇用は事実上定年までの超長期の雇用契約と考えられる。長期にわたるだけに、そこにはリスク分散のしくみが組み込まれる。長い会社生活においては、不運にも病を得てパフォーマンスが低下してしまうこともあるかもしれない。全員に起こるわけではないが、しかし誰にも起こりうるリスクだ。もちろん、その逆もある。だめでもととの商品企画が大ヒットになることもあるだろうし、ふとした偶然で画期的な新技術を発見することもあるかもしれない。このとき、不運に遭遇した人についても雇用は維持し、パフォーマンスが下がったとしても労働条件を大きく下げようとはしない。その一方で、幸運にも恵まれて大きな成果を上げた人についても、成果ほどには労働条件を大きく上げることまではしない。企業にしてみれば、長期雇用のグループ全体のトータルにおいて貢献度などと総額賃金とが均衡すればそれでよいわけで、あとは働く人たちが互助的にリスクを分散し、安心して働くことを望むならば、そうすればよい。多くの企業では労使の協議を通じてこうした賃金制度が構築されてきた。

それでは、パートタイム労働、有期契約、派遣労働、請負労働などの賃金はどうか。もちろん、これらの雇用形態のそれぞれについて、その内実はさらに多様であろう。有期契約、派遣労働と一口に言ってもいろいろな仕事、人があるに違いない。パート労働法8条で差別的取扱いの禁止の対象となる人も、ごく少数ではあろうがゼロではないだろう。しかし、一般的な傾向としてはこうした雇用形態では流動性が高く、外部労働市場の短期的な需給関係の影響を強く受けるだろう。また、企業の人事管理においても、長期的な能力蓄積・能力発揮を期待されることは少なく、むしろ生産量などに対する雇用量の柔軟な調整が可能であることへの期待が大きいのではないか。

こうしてみると、長期雇用とパートタイム労働、有期契約などを雇用形態の違いを超えて比較し、格差について合理的理由の有無を検討するといったことはほとんど無意味であろう。繰り返しになるが、合法で良心的な求人手続によって労働条件を明示して募集し採用する、あるいは労働組合との団体交渉によって決定する、こうした労働条件決定のプロセスが合法かつ合理的に行われているのであれば、格差が大きくなろうとも差別ではないと考えるよりない。

派遣労働や請負労働などについては、さらに事情が異なるかもしれない。派遣会社や請負会社で正規雇用され長期的なキャリアを形成していく人と、そうでない人とが混在しているからだ。正規雇用については、各派遣会社・請負会社の人材戦略、ポリシーが人事管理に色濃く反映されていることは間違いない。そして、それが派遣先、あるいは請負の発注先のそれとは相当異なるものとなっていることも容易に想像できるだろう。となると、派遣先の賃金と派遣社員の賃金を比較して均衡を論じることが無意味だというのも見やすい理屈ではないか。

差別の禁止はたしかに正義であろう。しかし、格差が存在すること、あるいはそれが大きいことをもってただちに差別の存在を推定することは適当ではない。非正規雇用の労働条件を改善し、格差を縮小していくためには、非正規労働者の教育訓練・能力向上やキャリア形成のしくみ作り、支援といった正攻法での取り組みが求められよう。また、労働法制においては、期間の定めのない、実務的には事実上定年までの超長期の有期雇用である正規雇用と、原則3年例外5年が上限とされている有期雇用が多い非正規雇用という、契約期間（これは雇用保障の程度に深く関連する）の二極化をまねく現行法制の見直しが必要と思われる。ここで詳しくは論じられないが、一部で主張されている解雇規制の緩和・撤廃ではなく、例えば10年の有期雇用や、勤務地限定、職種限定で当該勤務地や職種がなくなったら退職することを予定した期間の定めのない雇用など、多様な雇用契約を可能としていくことがその方向性であろう。

(6) おわりに

労働市場法制について述べる紙幅がなくなってしまった。今後の課題として先送りすることをご諒解いただきたい。最後に、玄田有史東京大学社会科学研究所教授のこんな述懐をご紹介したい(玄田有史(2009)「協働型能力開発へ」ビジネス・レーパー・トレンド409号p.7)。

「『根本的』という言葉が好きになれない。『』に根本的な問題がある。小手先の策ではダメだ』と指摘すると何だか格好いい。ただ、そういう人は、きまって問題の解決に奔走している当事者ではない。根本的な問題があることくらい、わかっている。一朝一夕には解決しないから、根本なのだ。」

このところ「長期雇用、職能給といった日本の雇用慣行に根本的な問題がある。職種別労働市場、職務給に改革すべきである」といった言説を多く目にするように感じる。なるほど、長期雇用や職能給(などの長期雇用に伴うさまざまな人事管理)をすべてやめてしまえば、私がこれまで指摘してきたことはすべて解消するように思えよう。現状を変革しようとの意図は共通なので当然といえば当然なのかもしれないが、それにしても面白いことに解雇規制撤廃を主張する自由主義の論者からも格差是正・雇用差別禁止を主張する社民主義の論者からも同様な主張が聞こえてくる。

ただ、これはわが国における従来の労働観、仕事に対する価値観を大きく変えようとしていることには注意が必要だろう。職務給の背景にある価値観は、それが外部労働市場の需給で決まると考えるにせよ国家レベルの中央団体交渉で決まると考えるにせよ、「労働者は所定の職務を実行する装置であって、勤務する企業の業績とは無関係である」というものであろう。極論すれば、仕事に関しては労働者は入れ替え可能な部品みたいなものだ、企業が儲かろうが儲かるまいがそれは経営者と経営幹部の責任であって労働者には関係ない、ということだろう。

それに対し、わが国では従業員、とりわけ正規雇用については、決して入れ替え可能な部品ではなく「労働者は仕事を通じて成長するものであり、生産性向上や人材育成などを通じて企業業績についてコミットするものだ」という価値観が定着している。長期雇用をやめて職種別労働市場にするということは、こうした価値観を放棄し、職務給の価値観に変更するということでもある。

私たち人事労務管理に携わる実務家の多くは、長きにわたって現行の価値観を大切にしながら仕事に取り組んできたと思う。だからそれが良いとか正しいとかいう短絡的な議論をするつもりはない。しかし、それをそれこそ根本的に覆すことは、まことに困難極まりないことではあろう。少なくとも表立ってはその理念に異論の少なかった男女雇用機会均等にしても、今日の定着(いまだ不十分としても)を見るまでにはあれだけの長い年月と多くの労力、忍耐を必要としてきたのだ。

もちろん、実務家の限界を超えたところに進歩がある可能性は否定しないし、その意味で根本にかかわる議論は必要かつ重要だとも思う。ただ、現実を理念に合わせようとするには慎重であってほしいと願うばかりだ。私たち実務家は、玄田氏が続けて述

べているように、働く人々とともに「本当の関係者は、一歩ずつ解決策の積み重ねを、地道に模索している」存在であり続けるしかないのだから。

連合総研シンポジウム
「イニシアチヴ2009 - 労働法改革のグランドデザイン」
イニシアチヴ2009研究委員会・最終報告会
ディスカッション・ペーパー

2009年4月22日

発行 財団法人 連合総合生活開発研究所
所長 薦田 成

〒102 - 0072 東京都千代田区飯田橋1 - 3 - 2
曙杉館ビル3階

T E L 03(5210)0851 / F A X 03(5210)0852

<http://www.rengo-soken.or.jp/>
