平成14年度科学研究費・基盤研究(C)(2)研究成果報告書

研究課題名：解雇規制を中心とする雇用保障法制の立法論的検討

研究代表者　島田陽一（早稲田大学法学学術院教授）

研究種目名　基盤研究(C)(2)
研究期間　平成 14 年度 ～ 平成 16 年度
課題番号　14520075
平成18年7月提出

目次

はじめに

第一章　労働法を取巻く状況変化と労働法の課題
　第一節　労働市場・企業組織の変容と労働法の課題
　第二節　労働形態の多様化と労働法の課題

第二章　労働法の適用範囲の見直し
　第一節　雇用類似の労務供給契約と労働法
　第二節　労働契約法制の適用対象者の範囲と労働者概念
　　補論　単身赴任者・複数就業者に対する通勤災害の保護範囲の見直し

第三章　解雇・有期労働契約法制の改正の意義と問題点

第四章　ホワイトカラーの労働時間規制
　第一節　ホワイトカラーの労働時間制度のあり方
　第二節　裁量労働制の現状と課題

おわりに

はじめに

（1）本研究の問題意識と課題

本研究の課題は，長期雇用および年功的処遇を特色とする日本型雇用慣行の変容を踏まえて，今後の日本の雇用保障法制のあり方を研究しようとすることにある。雇用保障法制において，解雇規制のあり方が決定的な重要性を有することから，研究課題を「解雇規制を中心とする雇用保障法制の立法論的検討」としたものである。

本研究者が労働法の立法政策の研究を課題としたのは、1985年以来、重要な法改正が続いているという状況もさることながら、次のような労働法をめぐる現状について、次のような認識と問題意識をもっているからである。すなわち、戦後日本において形成された労働法制および判例法理を含めた労働法理論が、経済の高度成長期において、かつ企業が男性中心社会として成立しえた時代の産物であり、国際的な経済環境および人口構成の変化という状況においては、変容せざるをえず、かつすでにその変容過程に入っているという認識である。そして、今後は、長期雇用を享受する正社員の比率は低下し、雇用形態・就業形態の多様化が進行していくと予想される。この日本型雇用慣行の変容を念頭に置くと、従来の雇用保障をめぐる法政策および法理論には再検討すべき課題が多い。

従来の法政策および法理論は、企業における正社員の長期安定雇用という人事管理を暗黙の前提として、正社員の雇用安定を主たる課題として形成されてきたと評価できる。例えば、雇用保障の根幹とも言うべき解雇規制についても、企業において解雇をできる限り回避するという内部規範が成立していることを前提として、裁判所がその規範をくみ上げた判例法理である解雇権濫用法理に依拠してきた。したがって、雇用慣行の動揺は、それに依拠した判例法理の現実的基盤を掘り崩すことにならざるをえない。この点で注意すべきことは、解雇規制を正当化する規範的根拠は、日本の雇用慣行だけではないということである。IL0175号条約に象徴されるように、使用者の解雇を実体的にも手続的にも規制することを前提する制度が国際的に承認されており、日本型雇用慣行の変容は、日本の解雇規制法理のあり方に影響を及ぼすことはあっても、解雇規制の規範的根拠そのものを奪うものではない。したがって、このような時期にあっては、新しい企業の内部規範の生成を待つのではなく、国際基準を踏まえて、立法により、雇用形態による差別なしに公平に適用される新たな解雇規制の枠組みを検討する必要があるといえよう。

また、これまでは、企業が雇用調整の局面を迎えた場合でも、休業手当や出向に伴う費用を補助する雇用調整助成金制度（雇用保険法）などにより、当該企業において雇用安定を図る政策がとられてきたが、このような長期雇用型の正社員の雇用安定を優先する法政策においては、非正社員の雇用は、家計補助的な付随的なものと位置づけられやすく、これらの雇用が良好な就業の機会となるような支援措置の整備が十分

に検討されてこなかったといえる。また、特定の企業に定年まで勤務するということが理想とされたため、労働者の転職を支援する措置の整備が著しく遅れてきたといえる。今後は、企業再編のなかで、企業を離れることを余儀なくされた労働者の支援措置を立法的に検討する必要がある。具体的には、労働者が特定の企業に長期に勤務することがなくても、社会的に不利益を受けることなく、労働者も企業も自由に多様な雇用形態・就業形態から必要なものを選択できるような社会を形成するために整備すべき支援措置を検討することが必要である。ただし、それは、長期雇用型の雇用安定を図る法理論を単純に廃棄することをめざすものではない。この法理論に潜んでいる非正規雇用に対する差別的側面を除去し、より平等な雇用保障が実現できる法理論および法制度の構築を目指しているのである。

（２）本研究者の労働法政策に関するこれまでの研究成果

本研究者はかねてから日本型雇用慣行の変容に伴う雇用政策の転換に関して関心を抱き、これまで継続的にそれを研究対象としてきた。ここでこれまでの研究成果をまとめておこう。

1995年3月に開催された1995年日本労使関係研究会議（JIRRA）では、「日本型雇用慣行と公共政策」をテーマに報告を担当し、その成果は、「日本型雇用慣行と法政策」日本労働研究雑誌423号（1995年6月）に公表している。ここでは、経済環境の変化の中で、日本型雇用慣行の見直しが不可避であるという認識から、従来の雇用関係法制を全般的に検討し、法政策のあり方を論じた。その後、各論として職業安定法の有料職業紹介対象職業に関する政令改正による対象職業の拡大に関して考察した「職業紹介事業の自由化をめぐる課題」法律のひろば50巻8号（1997年）および当時上限期間1年とされていた労働契約期間について、その立法趣旨に立ち返り、一定の条件のもとで緩和することが適切であることを論じた「労働契約期間の上限規制の緩和」季刊労働法183号（1997年）という研究成果を公表した。また、労働者派遣制度に関する国際比較研究のプロジェクト（日本労働研究機構）に参加し、フランスの労働者派遣制度についての研究を公表している（ＪＩＬ調査研究報告書93号『欧米主要国における労働者派遣法の実態』１９９７年）。

以上のような時々の立法的な課題に対応する各論的な検討を通じて、いわゆる非正規雇用労働者をめぐる法律問題を総合的に検討することが不可欠であると認識し、その研究成果として「非正規雇用の法政策」日本労働研究雑誌462号（1998年12月）を公表した。また、このテーマでは、1998年北京大学において開催されたInternational Forum on Labor and Social Securityおよび1999年３月に社会経済生産性本部生産性労働情報センターが開催した日欧シンポジウム「雇用形態の多様化と労働市場の変容 Development of atypical employment and Transformation of Labour Markets」において研究発表を行った（後者の成果については、同名の報告集に掲載されている）。

その後、1999年の労働者派遣法改正問題を検討し、「派遣法改正と派遣先・派遣元企業

の雇用責任」法律のひろば52巻3号（1999年3月）および「改正労働者派遣法における適用対象業務のネガティブリスト化の意義と問題点」早稲田法学７５巻３号（2000年3月）を研究成果として公表した。さらに、非正規労働者研究の一環として、パートタイム労働をめぐる法律問題の検討を行い、その成果を、「雇用・就業形態の多様化と法律問題」自由と正義2000年12月号に公表した。

このような非正規雇用に関する研究を継続するなかで、労働市場の流動化および雇用・就業形態の多様化の進展という状況のなかでは、研究対象を非正規雇用問題に絞るのではなく、雇用政策全体を総合的に検討することの必要性を改めて確認し、とくに雇用保障における解雇規制の重要性を認識するに至った。なぜならば、日本では、非正規雇用が正社員のバッファーとして利用されており、正社員と非正規雇用とでは、実質的には異なる雇用法制が存在しており、このことの抜本的な検討を抜きにして、非正規雇用だけの問題に研究を特化するのは限界があると考えたからである。

そこで、非正規雇用問題に関する研究を続行しながら、解雇法制全般の検討に研究対象を拡大した。その初期的な成果として「フランスの解雇規制法の概要」世界の労働50巻7号（2000年）がある。そして、とくに2001年以降は、解雇法制の研究に集中し、その研究の成果として、2001年3月16日には、日本労働研究機構の主催するJILフォーラム『法と経済の視点は何が違うのか』において、「雇用保障――法律学の立場から」という講演を行った。この講演では、最近、労働経済学の一部から批判のある解雇権濫用法理を法律学の立場から再検討した。この研究では、日本の解雇規制の根幹ともいえる解雇権濫用法理が経済学からの批判にあるような硬直的な理論ではなく、雇用保障に関する企業の内部規範の吸い上げることに成立した柔軟性のある法理論であることを明らかにすると同時に、企業の雇用慣行が動揺している時期にあっては、解雇権濫用法理だけに依拠するのではなく、解雇規制立法による新しい雇用保障の制度的枠組みが必要であるという問題提起を行った

現在の企業再編の動きに対応して新しい雇用保障の枠組みを構築しなければ、雇用の喪失に伴うリスクを労働者に過度に負担される結果となると判断するからである。

この結果、研究対象が必然的に解雇規制の立法的検討に進み、その中間的な成果として、日本労働法学会第102回大会シンポジウム『解雇法制の再検討』（2001年10月14日、千葉大学）において、「解雇規制をめぐる立法論の課題」と題する報告を行った。この報告は、日本労働法学会誌第99号（2002年5月）に公表されている。また、この検討の過程での他の成果として、「フランスの個別紛争処理制度」世界の労働51巻9号（2001年）がある。

この学会報告では、解雇権濫用法理の意義と問題点を踏まえ、また解雇規制の国際基準を参考にしながら、解雇事由についての規制、解雇手続き規制、整理解雇手続き規制などを中心に、具体的な規定案を提示した。

しかし，この研究は、なお初歩的な成果にとどまっている。というのは、一国の解雇法制を検討するためには、本来少なくとも、解雇法制に関連する諸制度の見直しをあわせて検討する必要があるからである。この意味で、解雇法制の本格的検討は、単に解雇に関す

る規範の立法化ということにとどまらず、労使関係の法的枠組みを基本的に方向付けるものになる。しかし、この報告では解雇法制固有の問題およびそれと直接的に密接に関連する問題の検討にとどまった。

（3）本研究期間における立法と労働法学の動向

すでに述べたように労働法制は、1985年以降立法改革期にあり、重要な法改正が継続している。本研究期間中においても、重要な労働立法が実現し、また新たに計画されてきた。そして、この立法動向との関連において、労働法学もおいても、多様な理論的成果を生んでいるということができる。

そこで、本研究の成果を労働法の立法動向と労働法学の理論的展開との関連において、客観的に位置づけるために、ここで、これらの状況を概観しておくことにしよう。

2002（平成14）年から現在までの労働法制における主要な立法を振り返ると、2003年労基法改正、職業安定法改正、労働者派遣法の改正、高齢者雇用安定法などの改正があり、現在、男女雇用機会均等法の改正が国会で審議されており、さらに労働契約法制および労働時間法制の改正が労働政策審議会の労働条件分科会で審議されている。

2003年労基法改正は、解雇権濫用法理を実定法化し、有期労働契約の上限期間を3年に延長するなどを主要な内容とした。解雇法制をめぐっては、整理解雇の4要件の法制化などを主張する労働側と解雇の金銭解決制度の導入を主張する経営側が真向から対立し、結局、双方の最低限の一致点である判例法理として確立している解雇権濫用法理をそのまま法律に取り込むことに限定した法改正がとなった。今後、解雇規制がどのように展開していくかは予断を許さないが、判例法理に委ねられていた解雇規制が実定法に取り入られたことの意義は非常に大きいと評価できる。有期労働契約については、上限期間の見直しとともに、その雇止めに関する紛争解決のルールの設定についても、この法改正時に議論の対象となった。しかし、強行法的な規制は見送られ、紛争防止のための行政指導の根拠となる告示が定められることになったにとどまった。この労基法改正に関連して、国会決議において、全般的な労働契約法制を早急に整備するものとされ、それが労働契約法制の制定への本格的な契機となった。

職業安定法および労働者派遣法については、すでに1999年改正において、取扱職業および派遣対象業務のネガティブリスト化が実現していたが、今回の改正では、派遣期間を3年に延長した。また、専門職などの26業務については、派遣期間に上限がないことを立法的に明確にした。さらに、派遣契約の制度を整備して、その有効な活用を図るように
しかし、派遣労働者の保護の整備という点は、なお不十分な状況にとどまっている。

高齢者雇用安定法は、1993年の60歳定年制に加えて、企業に65歳までの雇用継続義務を課し、2006年4月より施行された。このために企業は、①定年制の延長、②再雇用制度または③雇用継続制度のいずれかを選択する義務を負うことになった。

男女雇用機会均等法も，2006年の通常国会において改正された。今回の改正が男性差別

も禁止したことによって，同法は，女性差別金法から性差別禁止法へと進化した。また、いわゆる限定的ながらも間接差別概念を導入したことが注目される。さらに、セクシュアル・ハラスメントに関する事業主の義務を強化することになった。

労働契約法制については、労基法のような労働条件の最低基準を罰則付きで確保しようとする法制度とは異なり、これまで判例法理に委ねられてきた労使間の個別的な民事紛争の解決ルールを立法化しようとするものである。労働契約法制については、在り方研最終報告が出され、すでに活発な議論の対象となっている。在り方研最終報告の内容を概観すると、すでに形成され、定着した判例法理を実定法のなかに取り込むという部分と、従来の判例法理を超えたルール化が提案されている部分がある。議論の対象となっているのは、とくに後者の提案である。具体的には、2003年労基法改正時より継続的に検討されている解雇紛争の金銭解決制度、労使委員会制度の一般化、就業規則による労働条件の不利益変更制度、個別的な労働条件変更制度、試用目的の有期労働契約制度などである。

労働時間法制について、かねてから規制改革会議からホワイトとカラー労働者の労働時間法制のエグゼンプション制導入の検討が課されていた。2005年12月に公表された研究会報告は、ホワイトカラー労働者の労働時間制度に限定することなく、現在における労働時間制度全般に目を向けた検討がなされた。この報告は、「仕事と生活の調和」という視点からの労働時間制度の見直しとホワイトカラー労働者の新しい労働時間制度の在り方の提案という二つの角度から立法提案がなされている。前者については、長時間労働の見直しのために年次有給休暇の消化促進のための施策、法定時間外労働に対する割増賃金率の引き上げなどが提案されている。また、後者では、従来の管理監督者に対する労働時間の適用除外に加えて、その一歩手前にあるホワイトカラー労働者につちえ、新しい労働時間制度適用除外制度を設定することが義務付けられている。

これらの労働立法の動きに加えて、純粋な意味での労働立法とは異なるが、消費者行政を担当する内閣府が所管して、公益通報者保護法が制定され、2006年4月より施行された。企業のコンプライアンスの重要性が認識される中で、今後企業が自浄的な能力を形成することが求められているが、公益通報者保護法の制定は、この点で重要な意義を担う可能性を秘めている。

（4）本研究の成果概要

本研究は、以上のようなまさに労働法の立法改革期のただ中にあって、今後の労働法制全般にあり方を展望しながら、実際には当面の立法政策に対する批判的な検討を踏まえながら、あるべき立法政策の提示を中心的な目標とした。

以下では、この研究期間に公表したそれぞれの論文の本研究における位置づけを明らかにしながら、本研究の意義と到達点を示しておきたい。

第一章には、「労働市場・企業組織の変容と労働法の課題」および「労働形態の多様化と労働法の課題」の二つの論文を収めている。

第一節とした「労働法を取巻く状況変化と労働法の課題」は、早稲田大学21世紀COEプロ

グラム「」の研究の一環として行われた国際シンポジューム「労働市場・企業組織の変容と労働法の課題」（2004年3月22日，早大国際会議場）における基調報告をもとにした論文である（初出，季刊労働法206号2-13頁，2004年）。この論文においては、今後の労働関係に適合的な労働法制を構想する前提作業として、戦後日本の労働法制および労働法学の基本的特徴を描いた上で、労働関係の変容のなかで、そのうちのどの部分を変革すべきであるかを明らかにしたものである。この作業は、本研究の総論的な部分として位置づけることができる。

第二節とした「労働形態の多様化と労働法の課題」（初出，法律時報75巻5号4-8頁，2003年）は、労働形態の多様化という不可避の現象に対して、どのような立法的な対応が求められているかを、とくにヨーロッパにおける動向を紹介しながら、検討したものである。この論文においては、日本における非正規雇用の中心であるパートタイム労働者の処遇、とくに正規雇用者との格差解消のための施策について、日欧比較を行い、日本の立法政策の消極性を批判的に検討している。

第二章の「労働法の適用範囲の見直し」には、「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」（初出，西村健一郎他研究代表『新時代の労働契約法理論』信山社（2003年）27-80頁，本報告書では，表題を「雇用類似の労務供給契約と労働法」とした）および「労働契約法制の適用対象者の範囲と労働者概念」（初出，労働法律旬報1615・16号28－37頁，2006年）を収め、そして、補論として、「単身赴任者・複数就業者に対する通勤災害の保護範囲の見直し」（初出，ジュリスト1307号2-6頁，2006年）を付加した。

第一節の「雇用類似の労務供給契約と労働法」は、雇用形態の多様化のなかで、かねてから議論のあった「労働者概念」・「労働契約概念」」に関する議論が新たな様相を示しているという問題意識から典型的な雇用者の範囲から外れている就業者の保護の問題を主として立法的に検討したものである。労働法制が伝統的に労務供給契約のなかでも「雇用」をその適用対象としてきたために、法的に「雇用」であることを否定されると、社会的にみれば、労働者同様に、または場合によっては労働者以上に弱者である就業者が労働法制の適用から完全に排除されるという不適切な状況が生まれている。この論文は、典型的な被用者に限らず、従属的な就業者もまた、社会政策的な保護の対象とすべきあるという観点から原稿法制を見直し、立法的な検討を行った。その検討の到達点としては、従来の労働法制のように、典型的な被用者だけを社会政策的な保護の対象とするだけではなく、就業という事実に着目して、そこで生ずるリスクに対して、適切な保護ないし支援措置を立法的に構想して、労働法を組み換えて、あらたな社会法制を築くことが求められていることを確認できたことである。

第二節の「労働契約法制の適用対象者の範囲と労働者概念」は、在り方研最終報告のなかで、労働契約法制を労基法の労働者概念を超える就業者にも適用することが提案されていたことを受けて、この提案の妥当性を検討したものである。この論文においては、在り方最終報告の提案の基本的な方向について賛意を示した上で、この提案にいたる在り方研

内部での検討経過も検討しながら、その内容を批判的に検討した。

補論とした「単身赴任者・複数就業者に対する通勤災害の保護範囲の見直し」は、2005年労災保険法改正の内容を紹介するものである。本研究者は、この研究期間中に厚生労働省に設置された「研究会」の座長を勤めたが、今回の労災保険法の改正は、この研究会の中間報告に基づいてなされたであった。今回の改正は、単身赴任者が会社から家族の住居に戻る途中および家族の住居から会社に向かう途中において、通常の住居に立ち寄る場合についても、全面的に通勤災害の対象とし、また複数就業者が第１の事業場から第２の事業場に向かう経路についても通勤災害の対象とした。このような政策的な対応は、雇用形態の多様化という現実を踏まえて、これまでは、典型的な行動パターンから外れるため、通勤災害の対象から除外していた経路についても、通勤概念を拡大して、通勤災害の対象としたものであり、本研究の問題意識に合致するものであると考え、この論文をここに補論として収録した。

第三章の「解雇・有期労働契約法制の改正の意義と問題点」（初出，労働法律旬報1556号4-13，2003年）は、2003年労基法改正のなかの解雇および有期労働契約法制の改正についての批判的検討である。2003労基法改正によって、解雇法制に関しては、解雇事由を就業規則の必要記載事項とされ、解雇権濫用法理が立法化され使用者の解雇権に一般的な立法規制を導入され、労働者の請求に基づき解雇予告期間中に解雇理由説明書を使用者が交付するなどの改正がなされた。また、労働契約期間については、一年の一般上限規制が三年に、三年の特別上限規制が五年とされる他、有期労働契約の終了をめぐる紛争に関する行政指導の基準を制定するなどの改正が行われた。

解雇法制の改正は、日本において初めて解雇権の一般的立法規制が取り入れたという意味において画期的な意義を有する。しかし、この改正の成立過程では、金銭賠償による使用者からの労働契約の解消が提案され、また法案の段階では、解雇自由の例外として一般的規制を位置づけるなど、さまざまな問題点を秘めていた。これらについては、労働側および野党の強い反対のなかで、今回の改正に盛り込まれることはなかった。この結果、今回の改正は、本格的な解雇法制の出発点となる可能性を持ったといえる。しかし、解雇手続きの見直しなど、より充実した解雇法制とするために残された課題は少なくない。

また、労働契約の上限規制の緩和は、前回の労基法改正に比較するならば、原則一年とされた契約期間の大幅な緩和であり、従来の有期労働契約法制に与える影響は大きい。これに対して、有期労働契約をめぐってもっとも紛争の多い契約の終了については、解雇法制の整備に伴って立法規制の好機であったが、私法的効力のある立法は見送られることになった。このような法改正は、有期労働契約を適正な雇用形態とするという観点からは、不十分な点が多いと指摘しなければならない。

今回の解雇法制の改正は、結果的に解雇の一般規制を確認する画期的な意義を担うものとなった。しかし、今後解雇法制がどのような方向性を持つことになるかについては、予断の許すところではない。そもそも今回の改正において、解雇規制が登場したのは、解雇

をより容易にするという観点からのものであり、金銭解決制度や整理解雇基準の緩和などが今後提案されてくる可能性が高いであろう。また、雇用保障という観点からみても、解雇法制として、なお初歩的な内容であり、今後一層の充実が求められるところである。

有期労働契約法制の改正は、前回の改正において成し遂げられなかった課題を実現したという印象が強い。今回の改正は、契約期間の有無および更新の有無が当事者の自由に委ねられている有期労働契約法制の最大の問題点については、なお問題を先送りにしたまま、上限期間の延長だけを実現したものであり、有期労働契約を適正な雇用形態とするために機能するとは到底評価できない。三年後の有期労働契約法制の見直しにおいて、有期労働契約が期間の定めのないと区別された適正な雇用形態として機能できるよう、大幅な見直しが必要であろう。

第四章の「ホワイトカラーの労働時間規制」には，ほぼ同時期に執筆した「ホワイトカラーの労働時間制度のあり方」（初出，日本労働研究雑誌519号4-15頁，2003年）および「裁量労働制」（初出，ジュリスト1255号40-47頁，2003年，本報告書では，表題を「裁量労働制の現状と課題」とした）。

第一節の「ホワイトカラーの労働時間制度のあり方」では，ホワイトカラーについての労働時間規制の適用除外が本格的に議論されている状況を踏まえて，ホワイトカラー労働者に適合的な労働時間制度のあり方を検討したものである。

ホワイトカラー労働者は，仕事の裁量性が高く，その成果が必ずしも労働時間に連動しない。したがって，現行の労働時間制度を賃金管理との関係で捉えると，ホワイトカラー労働者に適合しないとの評価を受けることになる。しかし，そのことが直ちに現行労働時間制度をホワイトカラー労働者について適用除外することを正当化するものではない。

ホワイトカラー労働者の裁量性とは，「仕事手順の裁量性」と「仕事量の裁量性」とに区別して捉えるべきであり，この２つの裁量性を享受するホワイトカラー労働者であれば，実労働時間管理の必要性はない。しかし，多くのホワイトカラー労働者は，「仕事手順の裁量性」があっても，「仕事量の裁量性」を有していない。この場合には，単純な実労働時間規制の解除は，時間外割増手当すらない長時間労働の蔓延という弊害を生む危険性がある。

したがって，ホワイトカラーの労働時間制度については，その裁量性の程度に応じて，多様な制度を構想することが必要である。とくに「仕事量の裁量性」を欠くのホワイトカラー労働者について，労働時間規制を適用除外するためには，その弊害が生じないための防止策を併せて検討しなければならない。その際，使用者が，仮に実労働時間の管理の必要がない場合でも，労働者に対する安全配慮義務から労働時間の管理責任を免れないということということが考慮されなければならない。この点からも仕事量の適正に管理する仕組みを創設する必要がある。

実労働時間規制に代わる労働時間管理方法としては，仕事量の適正な管理を前提として，①在社時間の規制，②代償休日を含めた休日の確保，③年次有給休暇の完全消化，④有給

教育訓練休暇の付与などが考えられる。また，現行の裁量労働制における健康福祉措置および苦情処理措置もより具体化して，労働時間規制の適用除外に関する明示的な導入要件とすべきである。

第二節の「裁量労働制の現状と課題」は，2003年の裁量労働制に関する改正内容を紹介し，またそれを批判的に検討することを中心的な課題としているが，それにとどまらず，これまでの裁量労働制に関する改正動向を整理し，この問題がホワイトカラー労働者の労働時間規制の適用除外に繋がることを分析した。

教育訓練休暇の付与などが考えられる。また，現行の裁量労働制における健康福祉措置および苦情処理措置もより具体化して，労働時間規制の適用除外に関する明示的な導入要件とすべきである。

第二節の「裁量労働制の現状と課題」は，2003年の裁量労働制に関する改正内容を紹介し，またそれを批判的に検討することを中心的な課題としているが，それにとどまらず，これまでの裁量労働制に関する改正動向を整理し，この問題がホワイトカラー労働者の労働時間規制の適用除外に繋がることを分析した。

第一章　労働法を取巻く状況変化と労働法の課題

第一節　日本における労働市場・企業組織の変容と労働法の課題

1．はじめに

現在日本では労働市場・企業組織が大きく変容しつつある。本稿の目的は，この現状を踏まえて、今後の労働法の立法的および解釈論的課題を探ることにある[1]。

本稿は，この課題に次のような手順で接近したい。第一に，本稿における検討の前提として「労働市場・企業組織」という用語を使用することの意味を明らかにしたうえで，従来の日本の労働市場・企業組織の形成とともに誕生した日本の労働法の特徴を示す。第二に従来の労働市場・企業組織が、現在どの部分において、どのような要因から変容しつつあるかを紹介し、その結果、労働法学にどのような課題を提起しているかを探る。そして第三に、現代労働法に課せられた課題に関して、どのような方向で解決が図られるべきかについて若干の問題提起をしたい。

2．「労働市場・企業組織」と労働法

（1）「労働市場と企業組織」とは

本稿が「労働市場・企業組織」という用語を使用したのは，「労働市場」と「企業組織」とが相互関係を有しており，双方を切り離して考えることができないと認識しているからである。その意味では，さらにこの両者が，いかなる意味で相互関係を有するのかをも示す必要があろう。この両者の相互関係は，企業組織がなぜ必要なのかを確認することによって明らかにすることができると思われる。

企業とは、「無意識の共同作業の海」である「市場」のなかに出現した「意識的な権限の島」と言われている[2]。これを敷衍するならば，営利を追及する特定の経済活動のために必要な労働力その他を、その都度市場から調達するよりも、自己の所有のもとに継続的に組織化しておくことに経済合理性があり、効率的であるからこそ「企業組織」が形成されてきたということができる。従って、「企業組織」は、経済合理性の観点から、その時々

---

[1] 本稿は，早稲田大学 21 世紀 COE《企業法制と法創造》総合研究所（http://www.21coe-win-cls.org/）に組織された「企業組織・労働市場の変容と労働法」研究会が開催した国際シンポジウム「労働市場・企業組織の変容と労働法の課題」（2004 年 3 月 22 日，早大国際会議場）において，この研究会の研究テーマを概括的に提示した筆者の報告を加筆訂正したものである。本稿が先行業績に多くを負っていることはいうまでもないが，引用は最小限にとどめたことをお断りしておきたい。

[2] ロナルド・コース（宮沢・後藤・藤垣訳）『企業・市場・法』（東洋経済新報社，1992 年）41 頁参照。

に効率的な組織形態および組織運営を選択しようする。同様に、継続的に企業の指揮命令下におかれる企業組織の成員の範囲も，この観点から決定されることになる[3]。これを労働市場との関係で言えば、外部労働市場から調達した企業の継続的な成員によって内部労働市場が形成され，また企業は、さらにその時々の必要に応じて外部労働市場から一時的な労働力を調達する。さらに企業は、その成員として不適格となった者または不必要となった者については、企業の成員としての地位を奪うことになる。その典型的な形態が解雇である。内部労働市場から放逐された者は、再び外部労働市場に戻ることになる。従って，企業が成員の範囲を決定する際にとる戦略は、労働市場のあり方を大きく規定することになる[4]。

他方で、労働市場は、企業組織の戦略に一方的に規定されるわけではなく、逆に企業組織の戦略を規定する側面を有している。例えば、少子高齢化という労働市場の変化は、企業組織の戦略を規定する要因となるからである[5]。

（2）これまでの「労働市場・企業組織」

本稿が「労働市場・企業組織」の変容と労働法の課題を探るという以上、その変容以前の「労働市場・企業組織」と労働法の関係をどのようであったかを整理しておくべきであろう。

日本では、大企業を中心として長期雇用慣行（終身雇用慣行），年功賃金制および企業別組合という三つの要素に纏められる雇用慣行，すなわち日本型雇用慣行が最終的に高度経済成長期に形成された。日本の企業は，この日本型雇用慣行によって、忠誠度および能力の高い労働者を安定的に確保することができた。他方で、労働者も雇用が安定し、そのライフステージに応じた収入を手にすることができた。企業が、長期雇用を前提とした退職一時金または退職年金を用意し、家族手当などの職務に直接関連しない諸給付を発展させ、さらには高度な福利厚生制度を提供するなどしたこともこの日本型雇用慣行の維持・発展に寄与した。

長期雇用自体は，フォーディズムのもとではどこの国にも傾向的に見ることができるが[6]，日本の特徴は，ホワイトカラー労働者だけでなく，ブルーカラー労働者についても，企

---

[3] この点については，石田眞「歴史の中の『企業組織と労働法』」『日本労働法学会誌』97号144頁（2001年），同「企業組織の変容と雇用形態の多様化」『法律時報』75巻5号9頁（2003年）参照。

[4] 企業の成員の変化ないしその要請が労働市場およびその規制の態様を変容させたことは，有料職業紹介・派遣労働の発展に伴う職業安定法の改正および労働者派遣法の制定・改正に顕著である。

[5] 少子高齢化の進展のなかで年金の受給年齢が上昇したことに伴い，高齢者雇用安定法により，実質的に定年年齢が55歳から60歳に引き上げられ，さらに2004年の同法改正により，65歳までの再雇用などの雇用延長制度を設置することが義務付けられることになったことや育児休業・介護休業が義務付けられたことなどがその典型例である。

[6] 例えば，アメリカにおいてもかつては長期雇用がモデルとされていたことについては，ピーター・キャペリ（若山祐美訳）『雇用の未来』（日本経済新聞社，2001年）に詳しい。

業がこの日本型雇用慣行の下に掌握し，工員・職員という企業内の待遇・身分格差を撤廃して，従業員という平等な身分を創出し，忠誠心の高い「多能工」化を実現できたことにある。企業は、そこに忠誠を尽くす労働者に対して、その家族を含めた生活の安定を保障する一種の生活共同体的な機能を営むようになった。このような安定的な企業組織は、大量生産・大量消費を事業戦略とするフォーディズム的な生産方式のもとにおいては、適合的な仕組みであったといえよう。

もっとも、この日本型長期雇用慣行の直接の恩恵に浴したのは、労働者全体ではなく、大企業の男性正社員が中心であった。そして，女性は単に日本型雇用慣行から排除されたのにとどまらず，男性正社員の滅私奉公的な働き方を支えるために、家事、子育てなどを専業主婦として担当することになったのである。つまり，日本型雇用慣行は，女性の社会進出の足かせとなったことも見逃すことのできない事実である[7]。

企業がこのような日本型雇用慣行を尊重する時期にあっては、各企業に形成される内部労働市場において必要な労働力が形成され、調達されていた。外部労働市場からは、パートタイム労働者などの一時的かつ縁辺的な労働力を調達するにとどまっていたのである。従って，労働力需給システムとしての外部労働市場の機能は、この時期には限定されたものにとどまっていたといえる。

（3）これまでの労働法の特徴

さて日本型雇用慣行が形成された時期には、日本でも労働法が本格的に登場し、体系的に整備された。そして、日本の労働法は、その労働市場・企業組織の規定要因であると同時に、それらに規定されて独特な内容が形成された。

労働法は、一般的に言えば，労使の実質的不平等関係から生じる弊害を取り除くために、国がとるさまざまな労働者に対する援助に関する法ということができる。そして，その具体的内容を見ると，一般に第一に労働者が労働組合を結成し、その集団的な力を利用して使用者と交渉することをサポートするシステム，すなわち労働者の自助努力としての労働組合活動の支援システム、第二に国が労働条件の最低基準を定めて、それを罰則付きで使用者に遵守させるシステム、そして第三に国家が労働力需給の場である外部労働市場の公正性を確保するという三つの方法により、その目的を実現しようとしているということができる。しかし、その具体的なあり様は各国においてきわめて多様といえる。

この点で日本の場合には、以下のような特徴があった。

第一は、アメリカの占領政策に規定された「戦後改革」の一環として、体系的な労働法

本稿が日本的雇用慣行ではなく，日本型雇用慣行という用語を使用しているのは，長期雇用などの日本の雇用慣行の特徴とされるものが，決して日本だけの特徴ではないことを意識しているからである。

[7] この点については，浅倉むつ子『労働とジェンダーの法律学』（有斐閣，2000年）12頁以下参照。

が、当時の国際水準を踏まえて一挙に制定され、かつ労働基本権が憲法の基本的人権として規定された。これによって，日本では労働法は，単なる政策立法ではなく，基本的人権を保障するための法体系としての位置を与えられることになった。ただし，この時期に制定された日本の労働立法は、現実の労働関係の展開に即してその内容が形成されたとはいい難いといわなければならない。

集団的労働関係法については、現実の労働関係がどのような形態で発展するにしても、実定法がそれを阻害しないように配慮されていたと評価できる。今日、集団的労働関係法上の基本原理とされる団結平等主義なども、それが積極的に選択されたというわけではなかった[8]。そして，労働組合法は、1949年に全面的に改正されて以降、その後の労働関係の変化にも係らず，特段の大きな改正もなく、全体として労使自治に委ねる状態が継続している[9]。

個別的労働関係法および労働市場法については、原則として制定当時には，ILO条約などに示される国際基準にできる限り併せて、大陸法的な法制度が導入された。労働基準法の水準は、当時の法律自体がいうように最低基準ではなく、当時の労働関係の労働条件水準をはるかに超えるものであり、この結果立法段階でも妥協的な内容となった。典型的には、法定時間外割増賃金率が国際水準であった50%ではなく、25%に設定されたこと、年次有給休暇について、長期休暇のための制度であることが徹底されず、年次有給休暇全体について分割した取得を認める制度としたことなどを挙げることができる[10]。さらに施行段階でも、法定労働時間については、労基法40条に基づいて，長年にわたって例外を認めてきたことを注意すべきである[11]。もっとも個別的労働関係法および労働市場法の分野では、すでに1985年以降、大幅な改正作業が進行中であり，包括的な労働契約法が整備されつつある。

---

[8] 1949年労組法改正当時，労働組合の主要な組織形態が企業別組合となることは予想されたが，一企業に複数の組合が組織された場合について，十分な検討されたわけではない。また，団体交渉についても，その制度化についても消極的であったといえる。なお，2004年の労組法改正は，労働委員会における不当労働行為審査制度の手直しにとどまる。この改正については，村中孝史「不当労働行為制度の課題と労組法改正の意義」『ジュリスト』1284号63頁（2005年）参照。

[9] 多くの企業では，安定した従業員組合があるときには，労働協約により労使協議会が設置されているが，ヨーロッパのように経営事項に関する企業の情報提供および協議などが労働組合または従業員集団の権利として構想されることはなかった。

[10] 日本の実労働時間規制は，制度としてもその厳格性を大幅に緩和する仕組みを内包していた。法定時間外労働が，労基法36条に定めるいわゆる36協定の締結という手続により比較的容易に認められることが典型的な例である。これは，労基法における法定労働時間規制の立法趣旨には、そもそも時間外労働に対する柔軟な考え方が含まれていたからである。この点については，島田陽一「労働時間短縮と労基法改正」『ジュリスト』1153号37頁（1999年）参照。

[11] 有泉亨『労働基準法』（有斐閣，1963年）304頁以下参照。

第二の特徴は、日本型雇用慣行の形成とともに、それに親和的な法理が裁判例の蓄積の中で形成されていったことである[12]。そこに特徴的なことは、企業と従業員の関係を契約関係であるというよりは、企業組織の一員であるという理解から法理が形成されていることにある。企業組織の一員である地位を剥奪する機能を有する解雇について実定法に根拠がないにも拘らず、「客観的合理的理由を欠く解雇は、権利濫用として無効」とする解雇権濫用法理が形成されたことはその典型的な例といえる（この判例法理は，2003年労基法改正により実定法〈労基法18条の2〉に取り入れられた）。労働者側に責めのない整理解雇では、一般に4要件と呼ばれる厳しい条件を満たすことが求められており、そこでは、労働組合または従業員代表との協議という個別の労働契約の解約問題として正当化できない要件が課されている。

他方で、企業組織の一員としての義務においては、判例法理は、転勤については、単身赴任を強いるものであっても、原則的にこれに応ずるべき義務を認め、労働条件変更については、契約法理を修正して就業規則による労働条件変更を例外的に許容している。このように，企業組織の一員から排除することには厳しい制約が課せられる代わりに，それが保障される以上，企業の必要に応じた柔軟な就業を従業員に求めることができるという法理が形成されたのである[13]。

3．「労働市場・企業組織」の変容と労働法の問題点

（1）「労働市場・企業組織」の変容

グローバリゼーションといわれる国際競争の激化、IT革命といわれる情報技術の発展、株主利益の重視に伴う短期利益の追求などの条件の下で、フォーディズム的な生産様式において適合的であった企業組織が大きく変容し始めている。バブル経済崩壊のなかで、企業の倒産が相次ぎ、また事業の再構築＝リストラクチャリングの名の下での大幅な人員削減が行われてきた。現在の人員削減は、石油危機後に見られた大企業の人員削減とは異なり、企業組織の再編を伴うことが多いのが特徴である。そこでは合併・営業譲渡などの従来の企業再編方式だけではなく、企業再編法制の整備が進み、多様な形態の企業再編が行われている。1997年に独占禁止法の改正による純粋持株会社が解禁され、1999年には、純粋持株会社の設立を容易にする株式交換・移転制度を導入する商法改正、産業活力再生特別措置法、民事再生法などが制定され、さらには2000年には、会社分割制度を創設する商法改正が行われている。これらに加えて、2002年商法改正により委員会等設置会社制度が導入され，2003年には会社更生法，2004年には破産法の改正もなされた。加えて，2005年

---

[12] この点については，土田道夫「日本的雇用慣行と労働契約」『日本労働法学会誌』73号31頁（1989年）参照。

[13] 荒木尚志『雇用システムと労働条件変更法理』（有斐閣，2001年）196頁以下は，この点について，労働条件変更法理を軸に分析している。

には会社法が商法から独立して,その内容も抜本的に改正された。企業組織再編の動きは、このような法制度の整備の助けられながら，急速に進んでいるといえる。

最近の企業組織の再編の特徴は、企業グループにおいても、親子会社が垂直的構造からグループ価値の最大化に貢献する独立した企業群として捉える水平型構造に移行しつつある。また、企業組織再編の動きは、分社化・合併など以上に企業内部における組織の整理・統合・スリム化などの組織の構造改革によって進行していることにも留意する必要がある。

このような企業組織再編の動きは、以下の列挙するように、当然のことながら従業員の雇用および労働条件に大きな影響を与え，また外部労働市場のあり方にも大きな変化を引き起こしている。

第一に人員削減の進展のなかで従来の長期雇用型の正社員の比率が低下し、地位の不安定な非正社員の比率が上昇している。2002年には、正社員比率は、雇用労働者の中で、53.2%にまで低下した。パートタイム労働者は、この20年で約3倍となり、23.7%を占めている。嘱託や派遣労働者なども急速に増加している。また、業務の外部委託（アウトソーシング）が発達し、企業構成員の内と外の輪郭も次第に明瞭さが欠けてきているという状況が生じている[14]。

第二に、正社員の処遇については、従来の長期雇用を前提とする年功制から成果主義的な仕組みに転換しつつある。また、職業能力の形成についても、企業特殊熟練の形成から自己責任による市場価値のある能力の獲得（エンプロイヤビリティ）が求められるようになってきている[15]。また、ホワイトカラー労働については、処遇体系の変化とともに、裁量労働制の採用など実労働時間管理をはずす傾向が見られる。この結果、労働時間が仕事の成果を測る基準ではなくなってきているといえる。

第三に、営業譲渡などの企業組織の再編において、労働者の雇用が危機にさらされ、労働条件が不利益に変更される危険性が増大している。会社分割制度の創設に伴っては、同時に労働契約承継法が制定され、会社分割における労働契約の承継について不十分ながら一定の法制度が整備されが、営業譲渡などの場合について雇用を確保する立法的手当は見送られている。

第四に、企業の人事政策がその内部労働市場において人材を育成する方向から、外部労働市場から必要な労働力を調達する方向にシフトする傾向に伴って、外部労働市場の機能も大きく変容しつつある。労働力需給制度としての外部労働市場の整備については、労働者派遣法の制定・改正および職業安定法の改正[16]などによって、職業能力の形成については、雇用保険法の改正などによって立法的な整備が進んでいる。また，労働者派遣法の制

---

[14] 企業の多様な人材活用の実態については，例えば佐藤博樹監修『IT 時代の雇用システム』（日本評論社，2001 年）参照。

[15] 有田謙司「労働市場の流動化とキャリア形成の法政策」『法律時報』75 巻 5 号 30 頁（2003 年）参照。

[16] 水島郁子「職業安定法・労働者派遣法改正の意義と課題」『日本労働研究雑誌』523 号 16 頁（2004 年）参照。

定・改正および職業安定法の改正は、外部労働市場を国家の強い統制の下に置く政策から労働力需給システムとして活用する政策への大転換を示すものであった[17]。

（2）現在の労働法の問題点

このような企業組織再編に伴う労働者の雇用および労働条件の変化および外部労働市場の変化は、従来の労働法の様々な問題点を露呈することになった。

第一に雇用形態の多様化に伴う問題である。日本のパートタイム労働者をめぐっては，フルタイム労働し、仕事内容も正社員のそれと差がないいわゆる擬似パートタイマーの問題については従来から議論されてきた。しかし，最近では本来の意味での短時間労働に従事するパートタイム労働者も，従来の周辺的な業務から基幹的な業務に従事するように変化してきた。この結果，正社員との処遇格差が大きな問題と意識されるようになったといえる。

日本においては、賃金は職種別に形成されるという側面が弱く、正社員の賃金は、内部労働市場の論理で年功的に形成され、パートタイム労働者の賃金は外部労働市場のメカニズムで決定されてきた。このため，正社員とパートタイム労働者の処遇には大きな格差が生じた。このような賃金体系の分断状況は、正社員とパートタイム労働者との仕事内容における差異が不明確になるに従い、合理的根拠を喪失しつつある。つまり，賃金額の問題は、最低賃金法の水準を上回る限り，私的自治の問題として介入を回避してきた法政策の妥当性が問われているのである[18]。

また業務の外部委託の増加は、一つの企業のなかに，労働契約上の使用者を異にする様々な労働者が混在して就労する状態を生み出している。これらの労働者以外にも，自営業者の契約形式をとる専属的な就業者も次第に増加している。このように具体的労務を提供している相手方企業が，労働契約上の使用者ではないということから、同一の場で就労し、当該企業の組織に組み込まれているにも拘らず、労働関係法規の適用を受けられないという不合理が発生している。これは、労働関係法規の適用が労働者と使用者との労働契約関係をモデルとする使用従属関係に限定されていることの妥当性が問われる事態といえる[19]。

さらに、社会保険・税制が、内部労働市場にある労働者をモデルに形成されているため、パートタイム労働者・派遣労働者などには不適切な側面が強いままである[20]。

第二に正社員の処遇変化に関しては、賃金体系を年功制モデルから成果主義的モデルに変更することに伴って様々な問題が噴出している。成果主義的モデルにおいては、業績評価の公正性および透明性の確保が前提となるが、そのシステム構築は至難の技といわれて

---

17 諏訪康雄「労働市場法の理念と体系」日本労働法学会編集『講座 21 世紀の労働法 2 巻』（有斐閣，2000 年）9－11 頁参照。

18 和田肇「雇用形態の多様化と均等待遇」『法律時報』75 巻 5 号 15 頁（2003 年）参照。

19 この点については，島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」西村健一郎他編集代表『新時代の労働契約法理論』（信山社，2003 年）27 頁参照。

20 倉田聡「労働形態の多様化と社会保険の将来像」『法律時報』75 巻 5 号 35 頁（2003 年）参照。

いる。この領域では、使用者の公正査定義務などが学説上論議され始めているが，なお適切なルールが形成されているとはいえない[21]。

また、ホワイトカラー労働に対する実労働時間管理の除外に伴って労働時間と賃金とが切断されるようになってきているが、労働時間に替わる新しい業績評価の基準はいまだ明確になっていない。それと同時に、実労働時間管理が担ってきた労働者の健康管理という機能をどのような仕組みによって代替できるのかは今後の課題となっている[22]。

さらに，企業と従業員の関係が契約的側面を強めるにつれて，労働契約を巡る紛争解決ルールの乏しさが問題となってきている。

第三の企業組織の再編をめぐっては、営業譲渡などにおける労働契約の承継が大きな問題となっている。営業譲渡は、営業財産の包括承継ではなく、当事者間の合意による特定承継であるとされることによって、営業譲渡に伴って雇用を喪失する事例が生じている。労働契約の承継の条件として、労働条件の不利益変更がなされることも多い。

営業譲渡における労働契約の承継の前に立ちはだかるのは、営業譲渡は、商取引であり、取引の自由の領域であって、原則として労働法的な制約を受けないとする論理である。これもまた労働法が二当事者間の労働契約関係を前提として形成され、そこに固定化されている問題点である。同様の問題は、グループ会社などにおける法人格否認の法理の適用問題でも見られる[23]。

また、企業組織再編の過程では、集団的労働関係における労使協議が十分に機能していない現状がある。企業組織の再編に関する労使協議は、すでにその再編計画が社会的に公表された後であり、実効的な協議となっていないことが報告されている[24]。企業側が事前協議を拒む理由としては、しばしばインサイダー取引の危険性および企業再編の速度の低下などが挙げられる[25]。インサイダー取引については、証券取引法上必ずしも問題になるものではないとされているし、企業再編の速度にしても、労使の事前協議を阻む正当性があるかは疑わしい。この問題は、集団的労働関係の交渉・協議を基本的に労使自治に委ねてきたことの妥当性が問われている事態である。

最近の人員削減は、工場閉鎖という場合以外では、従来どおり希望退職募集によって行

---

21 土田道夫・山川隆一『成果主義人事と労働法』（日本労働研究機構，2003年）は，この問題について，多様な角度からの論考を収めている。

22 島田陽一「ホワイトカラーの労働時間制度のあり方」『日本労働研究雑誌』519号4頁（2003年）。

23 和田肇「企業の組織変動と労働関係」『ジュリスト』1104号112頁（1997年）参照。

24 厚生労働省「平成14年団体交渉と労働争議に関する実態調査の概要」（平成15年6月発表，http://www.mhlw.go.jp/houdou/2003/06/h0627-1.htlm）によれば，企業組織の再編・事業部門の縮小について最初の労使協議がもたれた時期について，「大枠が固まった段階」が41.6%，「詳細が決まった段階」が13.5%となっている。

25 インサイダー取引規制に対する配慮が労使協議に否定的な影響を及ぼしていることについては，例えば草野忠義「インサイダー規制が労使関係や労働組合活動に与えた影響」『日本労働研究雑誌』495号53頁参照。

われることがほとんどである。この希望退職制度は、退職者の自発性がある程度尊重されるという側面があるが，解雇ではないということで、それ自体としては、法的規制の範囲外にある。この結果，希望退職募集の妥当性について、十分な労使協議が行われていないことも同様に問題である。解雇以外の雇用調整策について、法の規制外に放置しておくことでいいのか、その妥当性が問われているといえる[26]。

第四に，近年においては、日本型雇用慣行において，女性が予定調和的に早期退職する傾向が低下し，またパートタイム労働者の多くが女性であるというなかで，この雇用慣行の差別的な側面が明らかになりつつある。実際，国際的な男女平等の流れ、男女雇用機会均等法の制定・改正、女性差別に関する裁判例の蓄積などのなかで、日本型雇用慣行では暗黙の前提とされた男性中心の企業組織の規範について再検討が進んでいるといえる。日本型雇用慣行は、その一員としての地位を与えられた正社員を中心とするものであり、その他の者には差別的な契機を内包するものでした。雇用における女性差別という視点は、この日本型雇用慣行に大きく楔を打ち込むものと評価できる[27]。

第五の外部労働市場の変化においては、派遣労働者をめぐる問題が重要である。外部労働市場からの労働力の調達要請には、立法的に迅速な対応が図られているが、派遣労働を良好な就業形態とするための法整備は，極めて立ち遅れていると指摘せざるをえない。派遣労働関係は、派遣元、派遣先および派遣労働者の三面関係である点に特徴があるが、現在の派遣労働法は、このことを正面から承認して派遣労働者の保護を図るという立場にない[28]。社会保険・税制については、パートタイム労働者と同様な問題点が生じている。

また、雇用の収縮傾向において、労働市場に登場してもなかなか安定した雇用を得ることのできない若年労働者や内部労働市場から排出された労働者に対する生活保障、職業訓練および再就職支援についての法整備は、まだその緒についたばかりといわなければならない[29]。

4．労働法の今後の課題

以上の検討から、労働法の今後の課題は以下のように整理することができる。

第一に、伝統的に労働法が前提としていた労働契約によって結ばれた二者当事者間の労働関係だけを基本モデルとすることは、もはや合理性がなくなってきているということで

---

26 この点について，筆者は解雇法制の立法論を提示するなかで，雇用調整計画自体を労使協議に付することを提案している。島田陽一「解雇規制をめぐる立法論の課題」『日本労働法学会誌』99 号 91－93 頁参照。

27 浅倉むつ子「労働形態の多様化とジェンダー」『法律時報』75 巻 5 号 41 頁参照。

28 伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件（松山地判平 15・5・22 労働判例 856 号 45 頁）は，現行の派遣労働法の限界を示す事例である。

29 島田陽一「若年者の雇用問題と自治体の雇用政策」『自治体学研究』87 号 20 頁（2003 年）参照。

ある。すでに述べたように、営業譲渡や会社解散などにおいて、労働者が不当に雇用を喪失しないようにするためには、従来の枠組みを超えた規制が必要である。また、契約上は自営業である専属的な就業者についても、労働法的な、または社会政策的な保護が今後検討されるべきである[30]。その際に議論の壁となるのは、「取引の自由」などの商取引上の論理である。しかし、そもそも現在の労働法の規制対象も、もともと取引の自由の領域にあり，手を触れるべきではないとされてきたことが改めて思い起こされるべきであろう。

もっとも伝統的な労働法の枠組みを超えた法規制を構想する場合には、その基礎的な概念をどのように構成するかは難問であり，それ自体が今後の課題である。伝統的な労働法における労働の従属性という比較的安定した概念に代わる新しい概念が構成できるかはなお不透明である。ただ、新しい概念は、規制対象の多様性に鑑みて、労働の従属性のように適用対象を一刀両断するような二分法的な概念ではなく、重層的な法規制の各段階を画するような概念が必要なのではないかと思われる。

第二には、内部労働市場と外部労働市場との垣根が取り払われる傾向を考えると、日本における雇用平等を実現すべき法政策が積極的にとられるべきであると考える[31]。女性差別に関する立法および裁判例の動きは、種々の限界を伴いつつも、日本型雇用慣行に潜む差別的構造にメスを入れる機能を果たしてきた。今後、性差別だけではなく、仕事の能力とは関連のない属性を理由とする差別を雇用の場から一掃することが重要な課題となる。

また、日本型雇用慣行が男性正社員中心のものであり、家事・育児・介護さらには地域生活について、専業主婦である配偶者に委ねることを前提としていたといる。しかし今後は、職業生活と家庭・地域生活のバランスのよい組合せが必要となり、企業の業務のあり方も、この点からの規制に服する必要性が出てくるであろう。

さらに，従来のような組織規範中心とする法理から契約的側面を重視した法理の形成も必要となろう。この点では，労働条件の最低基準の法定化だけではなく，労働契約をめぐる紛争の解決ルールを定める立法を整備すべきである。

第三には、雇用形態の多様化または就業形態の多様化という状況下において、パートタイム労働者、派遣労働者、専属的な自営業者など、どのような労働形態を選択しようとも安定した生活が確保できるように、労働法の内容及び適用範囲を大幅に見直ことが必要である。本稿では取り上げて検討しなかったが、いわゆるテレワーク、在宅就労についても[32]あてはまる問題であることはいうまでもない。この問題は、労働法領域にとどまらず、社会保障・税制についても再検討を要する。この点では、従来の正規雇用を中心とするシステムに戻ることが事実上困難であるからというのではなく、かつてのシステムが正規雇用だけを優遇するものであり、新しいモデルにとって代わられるべきであるという視点を確

---

30 島田・前掲「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」，鎌田耕一編著『契約労働の研究』（多賀出版，2001年）など参照。

31 島田陽一「労働形態の多様化と労働法」『法律時報』75巻5号4頁（2003年）。

32 これらについては，森戸英幸「テレワーク・家内労働・在宅ワークの法政策」『法律時報』75巻5号25頁（2003年）参照。

立することが重要である。

第四には、とくにホワイトカラー労働者の労働時間管理と処遇について、従来とは異なる，この労働形態に適合的な法規制が構想されるべきでしょう。この点では，伝統的な労働法の規制が適合的でないからということと、労働法的な保護が不必要であることとは、区別して考えるべきであることを強調しておきたい[33]。

第五には、内部労働市場と外部労働市場との垣根が低くなるに伴い、一旦企業に雇用された労働者であっても、ある時期には再び外部労働市場に戻ってくる頻度が高まってくるであろう。この際の生活保障、職業訓練などについても、内部労働市場である企業組織と外部労働市場を統括する国とが相互に連携しながら、適切なセーフティネットを張り巡らすべきである。たとえば、企業での就業期間に応じて、所得保障を受けながら教育訓練を受ける機会を設けるなど、相互にポータブルな仕組みを工夫していくべきである。

第六には、集団的労働関係についても、企業組織の再編などについて労使の事前協議を義務付けることが検討される必要がある。その際、労働組合のない企業において、どのように労働者代表を選出するかが重要な課題となるであろう。

以上のように、現代の労働法に課せられた課題は、従来の労働法のパラダイムを大きく転換する可能性を秘めている。そこで構想される法制は、もはや伝統的な意味での労働法とは呼べない可能性もある。しかし、それは労働法の解体に向かうものではなく，広い意味での労働関係の変容のなかで就業者を総合的に支援する新しい法制度として発展させていく必要がある。

第二節　労働形態の多様化と労働法の課題

一　はじめに

一九八〇年代には二割に満たなかったが、一九九四年に二二・八％、一九九九年に二七・五％，二〇〇二年に三四・六％と急激に増加している。これは、雇用労働者の中で非正社員の占める割合である[34]。非正社員の内訳をみると、パートタイム労働者が圧倒的に多数であるが、その他出向社員、派遣労働者、臨時・日雇、契約・登録社員などと呼称される労働者が含まれている。しかもこの調査では、同一の事業所で就労している労働者というなかに、約半数の企業で実施されてアウトソーシング等の業務委託[35]によって近年急速に増加している業務請負業者に雇用される労働者が含まれていない。その数は、少なくとも約一〇〇万人程にのぼるという[36]。さらに、特定の事業所の内外を問わず、業務請負契約

---

33 島田・前掲「ホワイトカラーの労働時間制度のあり方」12頁以下参照。

34 労働省の平成六年と平成一一年，平成一六年の「就業形態の多様化に関する総合実態調査」による。

35 労働省「産業労働事情調査（アウトソーシング等業務委託の実態と労働面への影響に関する調査)」(一九九七年）による。

36 たとえば、佐藤博樹「新しい人材活用戦力の現状と労働組合の対応」電機総研編『IT

または業務委託契約という形式で就業する者など、狭義の雇用労働者の範囲を超えた多様な労働形態が展開している[37]。

このようななかで正社員以外の就業者は、正社員と同様に企業に対して労務を供給しているにもかかわらず、正社員が享受する権利や利益から法的にまたは事実上排除されることが多い。これは、労働法は、企業に正社員として、フルタイムで、期間の定めのない労働契約により雇われ、その企業において勤務する労働者を明示にも暗黙のうちにも典型的な適用対象として発達してきたことの負の結果であるといえる。今日では、労働法は、企業に正社員として雇用される、相対的に恵まれた労働者のための法であるとの皮肉な言い方もあながち否定できない状況がある。

本稿は、このような労働形態の多様化の進展に対する雇用政策の課題を探ろうとするものである[38]。この際、特に留意するのがヨーロッパにおける労働形態の多様化に対する法政策の展開およびそれらをめぐる議論である。労働形態の多様化は、日本だけの現象ではなく、国際的な現象であることは周知のことであるが[39]、法的な観点から見ると、日本にとっては、ヨーロッパの法政策を参考にすべきであると考えるからである。いまだに随意雇用原則が支配しているアメリカ合衆国のように、労働保護法規が十全には発達していない国においては、典型雇用か非典型雇用かによって極端な法的取扱いの差が生じるわけではない。これに対して、ヨーロッパ大陸諸国では、典型雇用には労働保護法規や産業別労働協約が適用されるため、それらの適用から排除される非典型雇用の拡大に対して適切な法政策を展開することが求められる。この意味で、典型雇用に多様な労働保護法規が適用される日本では、労働形態の多様化に適応する法政策を考えるうえでは、ヨーロッパの動向から学ぶことが少なくないと思われるのである。

以下では、まず労働形態の多様化に関するEUの法政策およびEUレベルの研究の到達点を確認する（二）。次に、日本における労働形態の多様化をめぐる雇用政策の特色を明らか

時代の雇用システム』（日本評論社、二〇〇一年）七頁以下参照。

37 これらの就業形態の実情については、「雇用以外の労働・就業形態」として調査を行った労働省職業安定局（当時）に組織された「雇用以外の労働・就業形態に関する調査委員会」の報告書を参照（労働省職業安定局編『雇用レポート』（労務行政研究所、二〇〇〇年）二四七頁以下に収録）。

38 労働形態の多様化をめぐる法政策に関する私見については、島田陽一「非正規雇用の法政策」日本労働法研究雑誌四六二号（一九九八年）三七頁、「雇用・就業形態の多様化と法律問題―パートタイム労働を中心に」自由と正義五一巻一二号（二〇〇〇年）八六頁および「雇用関係類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」西村健一郎外編集代表『新時代の労働契約法理論』（信山社、二〇〇三年）二七頁参照。なお、非典型雇用に関する法的研究の到達点については、菅野和夫『新・雇用社会と法』（有斐閣、二〇〇二年）二四九頁以下、砂山克彦「非典型労働関係と法」日本労働法学会編『講座21世紀の労働法　第一巻』（有斐閣、二〇〇〇年）一四七頁および同論文に引用されている諸文献などを参照。

39 この点については、たとえば、鈴木宏昌「先進国における非典型雇用の拡大」日本労働研究雑誌四六二号一五頁（一九九八年）、小倉一哉「非典型雇用の国際比較」日本労働研究雑誌五〇五号三頁（二〇〇二年）などを参照。

にし（三）、最後に、今後の課題を提示することにしたい（四）。

二　労働形態の多様化に対するEUの動向

労働形態の多様化に対応するヨーロッパの動向をみるために、ここではEUレベルの動きに限定して検討する。EUレベルでは、労働形態の多様化に対応する政策について、集団的に研究が進められているし、また、現実の政策レベルでも具体的な展開が見られる。当然のことながら、研究と現実の政策には相当程度の落差があるが、いずれも日本の問題を考えるうえで示唆的な内容を含んでいる。そこでここでは、まず具体的な政策の展開を紹介し、次に研究の現段階を確認することにしたい。

1．EUの政策展開

EUでは、一九九七年のアムステルダム条約（一九九九年発効）によって雇用政策に関する新しい章が設けられ、これを機にEUレベルの雇用政策が積極的に展開されるにいたっている（欧州共同体設立条約一二五条以下）[40]。労働形態の多様化に対するEUに基本的な対応は、アダプタビリティ（adaptability）という概念に集約される。この考え方は、労働形態の多様化を不可避としてとらえながら、同時に、それらの多様な形態で就業する者に良好な条件を確保することを含んでいる。つまり、単なる労働形態の柔軟化（フレキシビリティ）の承認ではなく、それが良好な就業機会となることを保障すること（セキュリティ）をいわば車の両輪とする概念である[41]。どちらかといえば、労働形態の多様化について否定的な見解が強かったEUにおいて、このような立場がとられることになった背景には、経済のサービスの発展や深刻な失業問題及び激化する国際競争に対する対応として、労働形態の多様化が不可避であるという認識が深まったことがあげられる。

では、EUレベルでは、労働形態の多様化に対応して具体的にどのような政策が展開されているのだろうか。EUでは、一九九七年にパートタイム労働（以下、パートタイム指令）に関する理事会指令を、そして、一九九九年に有期労働契約に関する理事会指令を採択している[42]。また、派遣労働についても、理事会指令案が示されている[43]。これらは、差別撤廃を基本的な内容とする点で共通している。そこで、EUの政策の特徴を把握するために、パートタイム指令を取り上げてその内容を紹介する。

このパートタイム指令は、正式名称には「欧州産業経営者連盟（UNICE）、欧州公共企業

---

40 金丸輝男編著『EU アムステルダム条約』（ジェトロ、二〇〇〇年）一九頁以下（竹中康之執筆）参照。

41 この点については、連合総研『雇用戦略』（連合総合生活開発研究所、二〇〇一年）220頁以下（濱口桂一郎執筆）参照。

42 一九九七年一二月一五日の理事会指令（Directive 97/81/EC）および一九九九年六月二八日の理事会指令（Directive 99/70/EC）。

43 Official Journal, C203E, 27/08/2002 pp.1-5.

体センター（CEEP）及び欧州労働組合総連合会（ETUC）により締結された枠組協定に関する」とされているように、EUレベルの労使協定を付属文書としており、その具体的内容はこの労使協定によっている[44]。この意味では、理事会指令の内容は、EUレベルでの労使合意に裏付けられているし、また同時に、そこに内容が限定されているといえる。

パートタイム指令（すなわち労使協定の内容）を見ると、パートタイム労働者に対する差別撤廃及びその労働の質の向上及び自発的なパートタイム労働の促進および労使の要請を考慮したパートタイム労働の弾力的な組織化がその目的であるとされている（労使協定第一項）。そして、この指令は、パートタイム労働に関する一般的な原則と最小限の規定を定めたものと評価されている[45]。

この点をより深く検討するために、非典型労働に対する法政策として考えられる、非典型労働の制限、典型労働と非典型労働の平等化および非典型労働に対する特別の保護という三つの視角からパートタイム指令を見てみよう[46]。

パートタイム指令の中心的な内容は、フルタイム労働者とパートタイムとの差別禁止原則の確立にある。具体的には雇用条件（employment conditions, conditions d'emploi）について、パートタイム労働者は、比較されるフルタイム労働者との待遇の差が客観的な理由により正当化されない限り、パートタイム労働であるという理由だけで、比較されるフルタイム労働者よりも劣った取扱いを受けないとされている（労使協定四項）。

しかし、パートタイム指令には、パートタイム労働に固有に生じている問題についての特別な保護を与えるような規定はない。たとえば、パートタイム労働者のフルタイム労働者への優先雇用も、使用者が考慮すべき事項の一つとされるだけで、権利としては認められていない。パートタイム労働者の職業教育を受ける機会についても同様である（労使協定五項３）。

そして、パートタイム指令は、パートタイム労働の可能性を制限する法的または行政的な障害を確認し、検討し、場合によっては、除去することを各国政府および労使の義務としている（労使協定五項１）。

このようにパートタイム指令は、パートタイム労働をフルタイム労働と平等に取り扱うことを規定し、パートタイム労働を制限するのではなく、むしろ現存の制限を撤廃することも示唆している。しかし、パートタイム労働の特別保護に関する規定は有していないと整理できる[47]。

---

44 パートタイム労働については一九九七年六月七日に、有期労働契約については、一九九九年三月一八日にそれぞれ労使協定が締結された。このような社会政策における労使協定の重視は、EU の雇用政策の特徴のひとつである（欧州共同体設立条約一三八条四項、一三九条参照）。

45 P. Rodière, *Droit Social de l'Union Européenne*, 2e éd.,L.G.D.J, 2002, 460,p.448-50.

46 島田・前掲（注 38）「非正規雇用の法政策」は、この三つの視角から日本の法政策を整理している。なお、ここでは、積極的な差別是正措置は、平等化という視角ではなく、特別護という視角からの政策と整理している。

47 このパート指令が積極的な差別是正措置を含む特別保護規定がないこと及びその背景、

EUレベルでの労使合意に基づくパートタイム労働に対する法政策は、差別禁止を前提としてパートタイム労働を有用な労働形態と位置づけていると評価することができよう。

2．EUレベルでの労働形態の多様化に関する研究の到達点

ヨーロッパにおける労働形態の多様化に関する研究は枚挙に暇がないが、一九九八年にアラン・シュピオ教授を統括報告者とする専門家集団によって欧州委員会に提出された研究報告である『ヨーロッパにおける労働の変容と労働法の未来（Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe, Transformations du Travail et Devenir du Droit du Travail en Europe）』[48]を研究の到達点として検討することにしたい。なおこの報告は、労働問題に関する総合的な研究であるが、ここでは労働形態の多様化に関連する部分に限定して取り上げる[49]。

労働形態の多様化に関してこの報告の主張を単純化すると次のように要約できる。

労働の柔軟性の進行は、労働形態の多様化を進展させ、伝統的な労働法の適用領域に収まらない多様な労務供給契約を発展させた。この結果、その地位を保障された典型労働と保障のない非典型労働という二分化が進行している。

この状況に対する対応としては、既存の典型労働中心の雇用関係だけの維持も妥当ではないし、労働形態の多様化によって生じる諸問題に対症療法を講じるだけでも適切ではない。前者は、典型労働に従事できる少数者のためのエリートを保護するにとどまるし、後者では、典型労働と非典型労働という社会の分裂状態を克服することができないからだ。

したがって、労働形態のいかんによって左右されることのなく、就業者に安定した地位を保障できる新しい制度を労使も関与するなかで形成するという対策がとられるべきである。

この考え方から導かれる労働法の再編の構想として提示されているのが「社会法の四つの同心円」である。これは、狭義の労働法ではなく、有償労働としての雇用労働と自営労働ならびに無償労働を包括的にとらえた社会法の構想である。

さらにパートタイム労働に関するILO175号条約の影響及びそれとの比較などについては、J. Murray, *Transnational Labour Regulation: The ILO and EC Compared*, Kluwer Law International, 2001, pp163-171, J. Kenner, *EU Employment Law*, Hart Publishing, 2003, pp275-285.を参照。なお、ヨーロッパでは、男女平等の分野で発達した間接差別法理によって、パートタイム労働に対する差別が救済される可能性もあり、そのこととの関連でパートタイム労働指令の意義をどのように評価すべきについても議論のあるところである。

[48] この報告は、A.Supiot(Rapporteur général),*Au-delà de l'emploi*,Flammarion,1999（仏文）， Beyond Employment, Oxford, 2001（英文）として公表されている。引用は仏文テキストによる。

[49] この報告全体を紹介する邦語文献としては、水町勇一郎「学会展望」国家学会雑誌一一四巻一＝二号一〇七頁（二〇〇一年）、同『労働社会の変容と再生』（有斐閣、二〇〇一年）二二八頁以下、濱口圭一郎「EU労働法思想の転換」季刊労働法一九七号一一二頁（二〇〇一年）などがある。

具体的には、一番外側の円は、医療保障、家族手当、職業訓練資格のように就業状態にあるか否かに関わらず普遍的に保障される権利の領域である。次の円は、無償労働においても保障される権利の領域である。ここでは労災補償などがそれに当たるとされる。さらに、第三の円は、有償労働（雇用労働および自営業）を対象とする権利の領域である。安全衛生などがこの領域に入るとされる。最後に最も内側に位置する円④は、従属労働に固有の権利の領域とされる。そして、男女平等は、すべて円に貫通して適用される[50]。

現代社会において労働形態の多様化を不可避な現象と捉えた場合には、いかなる労働に従事していても、生活の安定と個人の発展が保障される制度を実現するために、従来の労働法の再編を要するというのが、この報告の労働形態の多様化に対する戦略のエッセンスの一つといえる。

三　労働形態の多様化をめぐる日本の雇用政策

ヨーロッパでの労働形態の多様化に対する政策展開と比べると、日本の雇用政策は、労働形態の多様化を不可避と捉えることでは共通するが、それに対応して非典型労働を良好な雇用機会とするための施策という点では消極的である。ここでは、そのことを、非典型労働のなかでもっとも多数を占めるパートタイム労働者に対する雇用政策を例に説明したい。

今年三月に公表された労働政策審議会雇用均等分科会の「今後のパートタイム労働対策の方向について（報告）」では、「パートタイム労働を労働者の能力が有効に発揮できるような就業形態」とすることが重要とするが、通常の労働者とパートタイム労働者との間の「働きに応じた公正な処遇」のための具体的な施策となると「パートタイム労働者の雇用管理の改善は、雇用システムの変化やさらには関連する法令の整備も含む社会制度の改革等とともに図られていくもの」とされ、通常の労働者とパートタイム労働者との格差是正に対する積極的な立法介入は見送られている。日本のパートタイム労働問題には、呼称パートないし擬似パートといわれる労働時間および仕事の内容においてフルタイム労働者と変わりのないパートタイム労働者がいるというヨーロッパには存在しない差別がある。それにもかかわらず、なお行政指導をベースにした労使の自主的取組みに期待するという、一九九三年に制定され、さしたる成果をあげているとも思えない「短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律」（パートタイム労働法）以来のスタンスを基本的に変えていない[51]。

このような格差是正について極めて漸進的な政策は、パートタイム労働を家計補助的な

---

50 以上の叙述は、とくに A.SUPIOT,*op.cit(48)*,pp.83-92.参照。

51 なお、この報告が、パートタイム労働者の現状についての緻密な分析をもとに作成しており、また、その具体的提言が、具体的な均等処遇方式のあり方、短時間正社員の創設の推奨などについて積極的に検討されるべき内容を含んでいること自体を否定するものではない。

労働とのみ捉えることができるのであれば理解できないではない。日本においては、同一労働同一賃金原則を強行する基盤に乏しいという現状があるからである。しかし、パートタイム労働を家計補助とのみ位置づけることはできないだろう。労働省の行った平成七年パートタイム労働者総合実態調査によれば、パートタイム労働者の二三．四%、女性パートタイム労働者の一五%が主に自己の収入によって生計をたてている。このなかには母子世帯が多く含まれている。そして、母子世帯の約三分の一がパートタイム労働に従事しており、その年収平均が百三三万円で、その約半数が年収一〜二〇〇万円程度であるという実情がある[52]。この層が自己の労働を通じて自立できること条件を整備することを考えるならば、格差是正及び特別保護についてより積極的な立法政策を樹立する緊急度が高いといえる。

さて、パートタイム労働以外の非典型労働である派遣労働及び有期労働契約についても、同様の傾向を指摘できる。派遣労働では、派遣対象業務の自由化や派遣期間の長期化など、そして有期労働契約では、上限期間の延長など、両者とも規制を緩和する方向での法改正は次々用意されている。これに対して、派遣労働者及び有期労働契約労働者の処遇を改善する方向での立法は一向に前進していない。二〇〇三年の労基法改正でも、古くから議論されてきた有期労働契約の更新拒否に関する問題でも立法規制は慎重に回避されている。この点は，現在進行中の労働契約法制の整備においても基本的に同様である。

また、雇用関係に類似する多様な労務供給契約に労働法を適用するという問題については、いまだ十分な検討もなされていない[53]。

以上のように、労働形態の多様化に対する日本の雇用政策は、雇用形態に違いによって生じるさまざまな格差について、これを撤廃すべき差別と捉え立法的な規制に踏み切っているヨーロッパに対比すると、立法的介入について消極的であると評価せざるを得ないのである。

四　今後の課題

日本における雇用政策は、労働形態の多様化に対する制約を撤廃する立法が相次ぐにもかかわらず、多様な非典型労働を良好な雇用機会とするための条件整備については積極性が欠けている。ヨーロッパでは、労使は、非典型労働と典型労働との差別の撤廃を問題解決の出発点とするという合意に至っている。これに対し、日本では、使用者がパートタイム労働を利用する最大の理由が人件費の安さにあるとしている現実を踏まえると、差別撤廃を政策の最低限の出発点とすることも困難な状況である。

しかし、非典型労働を良好な雇用機会とするという目標を実現するためには、使用者に

---

52 日本労働研究機構『母子世帯の母への就業支援に関する調査』（平成一三年一〇月）参照。

53 島田・前掲（注 38）「雇用関係類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」参照。

対して現状よりは制約的な規制を課することを回避することはできないであろう。また、同時に、賃金制度や税・社会保険制度などの既存の社会制度の見直しにも手をつけざるを得ないことも事実である。例えば、正社員の賃金体系を不変としては、パートタイム労働と正社員との賃金差別を解消する事は不可能であろう。ここでの平等化問題は、限られた賃金原資の適正な分配という現実問題を抜きに実現できない課題なのである。その意味では、労働形態の多様化に対応する雇用政策とは、これからの労働の実態を見据えた総合的な内容でなければならないし、それは労使を問わず、現状から利益を得ている層に対して、相応の負担を強いることになると思われる。

すでに見たように、ヨーロッパでは、少なくとも政策研究としては労働形態の多様化に対処して、労働法の再編に向けた検討がなされている。この研究で注目すべきことは、労働形態の多様化を不可避の現象と捉えたうえで、いかなる労働形態を選択しようとも安定した生活が確保できるように、労働法の内容及び適用範囲を大幅な見直しを提言していることである。しかも、従来の正規雇用を中心とするシステムに戻ることが事実上困難であるからというのではなく、かつてのシステムが正規雇用だけを優遇するものであり、新しいモデルにとって代わられるべきであるとされていることが重要である。

翻って日本の状況を考えると、これまでの研究は、労働形態の多様化に対する立場の如何を問わず、ヨーロッパの到達点のような長期の見通しを持つ新しいモデルを提案するに至っていなかったように思われる。その意味では、どのような労働形態にあろうとも、国民が発展性のある安定した労働生活を送ることができるような大胆かつ総合的な政策を提示し、世論に訴えていくことが労働法学に求められている緊急の課題なのではないだろうか。

第二章　労働法の適用範囲の見直し

第一節　雇用類似の労務供給契約と労働法

1．はじめに

労働法は、機械制大工業のもとでの労働形態が孕む弊害に対する政策的対処として二〇世紀に誕生した。今日フォーディズムと呼ばれるこの時期の生産システムにおける主要な労働形態は、工場主に雇われた労働者が、工場主またはその代理人による指揮監督のもとで、命じられた仕事を行い、その見返りとして労働者が工場主から報酬を受け取るというものであった。この労働形態は、法的には、労働一般から区別されて雇用労働と呼ばれる労務供給契約に対応していた（日本民法では雇用、民六二三条以下）。この結果、労働法は、労働一般の法ではなく、雇用労働の法として発展を遂げたのであった。そして、労働法は、それまで雇用労働が享受していた私的自治の世界に公的な規制を課する法として展開したのである。市民法原理の修正としての労働法原理の独自性が語られるのは、このことに対応する。このようにして労働法は、雇用労働を対象に独自の法原理のもとに閉じた世界を形成していったのである。また、社会保障の世界においても、雇用労働に従事する者（雇用労働者または被用者）は、その他の者に比べ有利な制度の適用を受けることになった。

しかし、このような閉鎖的な労働法の世界は、二一世紀においても保持されていくのであろうか。少なくとも、現実の労働の世界では、従来労働法が前提として労働関係が大きく変容を遂げていることは事実である。そこでは、閉じた労働法の世界の基盤を揺るがす事態が進行しているということができる。

かつて企業では，その生産に必要な機能を自社に統合することが合理的と考えられ、その業務は基本的に正社員として雇用された労働者が担ってきた。しかし、ＩＴ革命といわれる情報通信技術の目覚しい発展や国際競争の激化などの企業をめぐる劇的な環境変化に伴って、企業は、労務費および事業費をより一層削減するリストラクチャリングが迫られることになった。この結果、従来正社員が従事してきた多くの業務が、パートタイム労働者などの非正規労働者に担われることになり、また、アウトソーシング（業務の外部化）されることになった。いわゆる就業形態の多様化が起きたのである。今日では、一つの事業所において、さまざまな法的地位にある労働者が就労していることが世界各国で至極ありふれた姿となりつつある[54]。

日本でも労働省（当時）の「平成一一年就業形態の多様化に関する総合実態調査」によれば、いまや全労働者のなかで非正社員が二七．五％を占めるに至っている。しかもこの調査では、同一の事業所で就労している労働者という中に、アウトソーシングによって近

---

[54] 小倉一哉「非典型雇用の国際比較」日本労働研究雑誌五〇五号（二〇〇二年）三頁参照。

年急速に増加している業務請負業者に雇用される労働者（業務請負労働者）が含まれていない[55]。業務請負労働者については，公式統計があるわけではないが、少なくとも約一〇〇万人程度にのぼるという推計が示されている[56]。この数字は、派遣労働者を上回る[57]。また、事業所の内外を問わず、業務請負契約または業務委託契約という形式で就労する者など、雇用関係に類似した要素を備えている就業形態が多様な発展を遂げている[58]。

このような労働の世界の状況変化によって、工場における労働関係を労働法の基本モデルと想定することの妥当性が鋭く問われるようになった。もっとも苛酷な労働環境におかれた工場労働者の法として出発した労働法は、今日では、典型的には、企業に正社員として雇用される、相対的に恵まれた労働者のための法となったという印象をもたれる状況すら生まれている。そして、正社員の傍らに、企業に対して労務を供給するということでは、正社員と同様であるにもかかわらず、正社員が享受する権利や利益から排除されている人々が次第に増加しているのである。

これらの人々の就業条件について、市場に委ねておけばよく、労働法自体が変わる必要はないのか、それともこれらの人々こそ労働法による支援が必要であり、そのために労働法自体が変容すべきなのかを見極めることが今日の労働法学に課せられた大きな課題であろう。これはいわゆる非典型雇用をめぐって生じる問題に労働法がいかに対処すべきか、という課題に他ならない[59]。

この課題は、多面的かつ多様な問題を含んでいるが、本稿では、これらのうち、請負・

---

55 この調査では、非正社員を出向社員、派遣労働者、パートタイマー、臨時・日雇、契約・登録社員およびその他と定義している。

56 例えば、佐藤博樹「新しい人材活用戦力の現状と労働組合の対応」電機総研編『IT時代の雇用システム』（二〇〇一年、日本評論社）七頁以下参照。その他、請負労働、契約労働について実態調査をおこなった貴重な成果として、鎌田耕一編著『契約労働の研究』（多賀出版、二〇〇一年）がある。

57 派遣労働については、二〇〇三年の労働者派遣法の改正に伴い，派遣期間が三年に延長され，また製造業の現場作業でも利用と可能となったが（施行後三年間は，派遣期間を一年に限定），なお長期にわたって継続する職務には法的に利用が困難となっていることに留意する必要がある。

58 これらの就業形態については、「雇用以外の労働・就業形態」として調査を行った労働省職業安定局（当時）に組織された「雇用以外の労働・就業形態に関する調査委員会」の報告書がさしあたり参考になろう（以下、「雇用以外の労働・就業形態に関する調査委員会」報告書と表記する）。ここでは、①自営業主・家族従業者、②契約労働、③家内労働、④テレワーク、⑤NPO・有償ボランティア、⑥ワーカーズ・コレクティブ、⑦シルバー人材センター、⑧ベンチャー企業、⑨インターンシップが取り上げられている。この報告書は、労働省職業安定局編『雇用レポート』（労務行政研究所、二〇〇〇年）二四七頁以下に収録されている。

59 非典型雇用に関する法政策に関する私見については、島田陽一「非正規雇用の法政策」日本労働法研究雑誌四六二号（一九九八年）三七頁参照。なお、非典型雇用に関する法的研究の到達点については、砂山克彦「非典型労働関係と法」日本労働法学会編『講座21世紀の労働法　第一巻』（二〇〇〇年、有斐閣、以下、同講座については、『講座21世紀の労働法〇巻』と表記する。）一四七頁および同論文に引用されている諸文献を参照。

委任など労働契約以外の労務供給契約の形式で企業に労務を提供する就業者をめぐる問題を労働法的観点から検討する[60]。この問題を取り上げるのは、二〇〇三年のILO第九一回総会で討議されることになっているなど国際的には非常に注目を集めつつあるが[61]、これまで日本では必ずしも十分には解明されていない課題であるからである[62]。具体的には、雇用に共通する要素を含む労務供給契約に対する労働法の理論および制度の適用可能性の問題に関して、解釈論および立法政策論の立場から、再検討に着手しようとするささやかな試みである[63]。

この問題は、従来の議論でも、労働契約の概念または労働者概念に関する中心的論点であったといえる。少なくとも実用法学のレベルでの議論は，典型契約としての雇傭雇用（労働契約）からみると非典型的な就業形態に対して、労働法の理論および制度を適用することの可否に関わっていたといって過言ではないからである。この古くから議論されてきた問題は、今日の雇用・就業形態の多様化のなかで、より裾野の広い新たな問題として労働法学に検討を迫っていると考える。

本稿は、次のような手順で設定した課題に接近したいと考える。

まず、労働法の適用範囲の画定をめぐる日本およびILOを含む諸外国の議論を紹介する。このことにより、本稿の課題を検討するための論点が確認できるであろう。

次に、日本におけるそれぞれの論点につき考察を加えることを通じて、雇用に類似する要素を含む労務供給契約をめぐる法律問題を検討する際に必要な視角を明らかにする。

そして最後に、雇用関係に類似する要素を含む労務供給契約をめぐる法律問題について、解釈論および立法政策論の観点から一定の問題提起をしたいと考える。

なお以下では、雇用に類似する要素を含む労務供給契約にもとづいて就業する者について、便宜上「従属的就業者」という用語をあてる。

---

60 西谷敏「二一世紀の労働と法」『講座21世紀の労働法一巻』は、「標準的労働関係からはずれる雇用・就業関係が不当に劣悪な労働条件や労働条件差別をもとらさないよう、また労働法の適用を回避するための脱法行為ならないよう、適切な措置をとること」（一二～一三頁）を今後の労働法学の課題としている。

61 ILO Governing Body, Date, *place and agenda of the 91st Session(2003) of the Conference*, GB280/2, 208th Session, Geneva, March 2001(以下、GB280/2と表記),p.10. 最近のILOの動向については、馬渡淳一郎「非直用労働と法規制」日本労働研究雑誌五〇五号（二〇〇二年）一八頁、とくに二三頁以下参照。

62 日本におけるこれまでの本格的研究としては、鎌田・前掲書（注56）の外、山川隆一教授（注127）、柳屋孝安教授（注66）などの業績があり、その他前掲（注58）「雇用以外の労働・就業形態に関する調査委員会」報告書には、実態を踏まえた貴重な提言がなされている。

63 本稿では、もっぱら二者間の契約関係について検討する。実際には、二者間契約だけではなく、両者の間に仲介者が入る場合や請負企業労働者と請負先との関係も重要な課題であるが、それらは法的に別個な検討を要すると考えるので、ここでは考察の対象から除外している。

二　労働法の適用範囲の画定をめぐる議論の到達点と課題

さて、本稿の課題は、雇用関係に類似する要素を含む労務供給契約に対する労働法の理論および制度の適用可能性を検討することにあった。この検討対象自体は、さして目新しいものではないと思われるかもしれない。確かに労働法学上の「労働者概念」をめぐる中心点な論点の一つが、正規雇用の周辺に絶えず存在してきた、請負・委任の法形式をとりながら、その法形式が前提とする独立性に欠ける就業者に対する労働法上の理論および制度の適用可能性を検討するものであったからである。しかし、従来の議論の延長線上では必ずしも適切な問題解決を得られず，新しい視点が必要であると思われる。以下この点について検討していきたい。

（1）「労働者概念」の判断基準に関する従来の議論

労働者概念に関する議論を振り返ってみると、労働者性の判断基準について多様なヴァリエーションがあるもの、国際的にも概ね共通する傾向を次のようにまとめることができるであろう[64]。

労働者性の判断基準は、労働者が使用者の指揮監督のもとで就業しているということ、すなわち人的従属性の有無が第一次的な基準であった。この人的従属性基準は、労働法が工場労働者や定型的な業務に従事する労働者を適用対象としているときには適切に機能したが，管理職や専門職のような労務提供における裁量性の高い労働者にも労働法が適用されるようになると、労働者性の判断基準として不十分となった。この段階において労働者概念をめぐって法的な概念と社会的事実との間に乖離が顕になってきたのである。そして、各国において，自らの生計手段を得ることについて他人に依存しているために、労働条件の決定において独立性を維持できないという経済的従属性基準などが補足的に労働者性の判断基準として用いられるようになっていった。これら判断基準の具体的な適用においては、従属性を示す一群の具体的な指標が形成され、それらの組み合わせによって労働者性が判断される手法がとられるようになったのである。

日本でも、現在においては、人的従属性に経済的従属性を併せて用い、総合的に判断するというのが学説の多数説となっているといえる[65]。また、現在の判例・行政解釈に大き

---

64 ヨーロッパ諸国については、A.Supiot(Rapporteur général) ,*Au-delà de l'emploi*,1999,pp38-39.を、とくにフランスについては、F. Gaudu et R. Vatinet, *Les Contrats du Travail*, pp.17-51.参照。また、邦語文献としては、鎌田・前掲書（注 56）がアメリカおよびドイツについて、永野「『使用従属関係論』の法的根拠」金子征史編著『労働条件をめぐる現代的課題』(法政大学出版局、一九九七年)一五九頁がアメリカについて、橋本陽子「ドイツにおける労働者概念の意義と機能」本郷法政紀要六号（一九九七年）二四一頁がドイツ法について、それぞれ詳細に検討を加えている。

65 さしあたり、蓼沼謙一「労働法の対象」日本労働法学会編『現代労働法講座第一巻』(総

な影響を与えている一九八五年に公表された「労働基準法研究会報告」が示した労働者性に関する一般的判断基準[66]も、基本的に同様の立場にあるといってよい。

しかし、この判断手法は、事実認識の問題としてまぎれのない「労働者」の範囲確定を可能とするわけではない。この「労働者概念」は、あくまで労働法の適用範囲を画定するための目的概念として理解されねばならないのである[67]。裁判における事実認定も単なる認識の問題ではなく、常に法的評価を伴うとされるが[68]、労働者性の判断も、ある就業者に対して労働法を適用するのが妥当であるという規範的な判断を伴うのである。従って、この判断手法によって、労働者の範囲が広くなるか否かは、人的従属性に乏しい就業者のうち、どのような範囲の者に労働法を適用するのが妥当と考えるかに依拠しているといえる。

近年の企業業務の外部化の進行によって、企業が従来以上に自営業者を利用するようになってきている。これらの自営業者は、企業との関係を考えると、専門性が高く独立性の高い就業者から実質的には当該企業に対して独立性の乏しい就業者まで多様である[69]。とくに労働法が発展すると企業にとって人事管理上制約要因が増えるため、この制約を免れるために、意図的に自営業者が創出されることがある。このようななかで、労働者性の判断基準が労働法の提供する保護の享受主体としての就業者を適切に見極められるよう機能しているかが問われているのである。日本の労働者性の判断基準についても、この視点から評価する必要がある。

（2）労働者概念に関する二分法的な解決の問題点

従来の労働者概念に関する議論は、検討対象となった就業者が労働法上の労働者とされない限り、労働法上の制度および理論が一切適用されないという二分法的な解決方法が採

合労働研究所、一九八一年）参照。

66 「労働基準法の『労働者』の判断基準について」労働省労働基準局編『労働基準法の問題点と対策の方向』（一九八六年、日本労働協会）所収。その後、一九九六年には、労働省の「労働基準法研究会労働契約等法制部会労働者性検討専門部会報告」（労働法律旬報一三八一号〔一九九六年〕五六頁以下所収）が、建設業手間請け従事者および芸能関係者に関する労働者性判断基準を公表している。この判断基準は、それまでの学説・判例を踏まえて詳細な基準を示したものであり、また、その後の判例も概ねこれにそって判断を下している。柳屋孝安「非労働者と労働者概念」『講座21世紀の労働法一巻』一二八頁、とくに、一三四～八頁参照。なお、橋本「労働法・社会保険法の適用対象（一）」法学協会雑誌一一九巻四号六一二頁には判例一覧表がある（六一八～六二七頁））。

67 この点については、下井隆史『労働契約法の理論』（一九八五年、有斐閣、以下、下井・労働契約法の理論と表記）九頁および五五頁以下、西谷「「労基法上の労働者と使用者」沼田稲次郎他編『シンポジューム労働者保護法』（青林書院、一九八四年）三頁などを参照。）

68 大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣、一九九七年）二三〇頁参照。

69 仁田道夫教授は、日本の雇用・就業者の類型化するなかで、自営に雇用的自営と典型的自営とがあり、さらに雇用のなかに自営的雇用という区分を設けるという実態にそくした注目すべき見解を示している。仁田「典型的雇用と非典型的雇用―日本の経験」『雇用形態の多様化と労働市場の変容』（社会経済生産性本部生産性労働情報センター、一九九九年）一九頁。

られることが前提となっている。しかし、このように労働法の適用範囲を画定するという手法自体には自ずから限界がある。実際の就労状態に着目すれば，労働契約であるのか請負または委任であるのか微妙なグレーゾーンがあることを考えると、従来のような二分法的な解決には、もともと無理な割り切りが内在しているからである。このことを日本の議論に引き付けて多少詳しく述べておこう。

ここで検討すべきことは、労働基準法が予定しているようにさまざまな労務供給契約について、労働契約とその他とを截然と区分することは、そもそも可能かという問題である。この問題を考えるために、まず、民法が労務供給契約の典型契約としている雇用・請負・委任の区別について考えてみよう[70]。

民法は、労務供給契約の典型契約として雇用（民六二三条以下）のほか、請負（民六三二条以下）および委任（民六四三条以下）を規定している。この三つの典型契約については、理念的には以下のように区別されている。まず雇用は、「労務供給」それ自体を目的しているのに対し、請負は「仕事の完成」を目的としている。また委任は受任者が自己の裁量において労務を供給するのに対して、雇用は相手方の指揮命令に従って労務を供給する（図表１参照）。

図表1

役務型の契約の諸類型

	目的	役務給付の裁量性	有償性
雇用	役務の給付	使用者の指揮監督下	○
請負	役務の結果の給付	自己の裁量	○
委任	役務の給付	自己の裁量	△

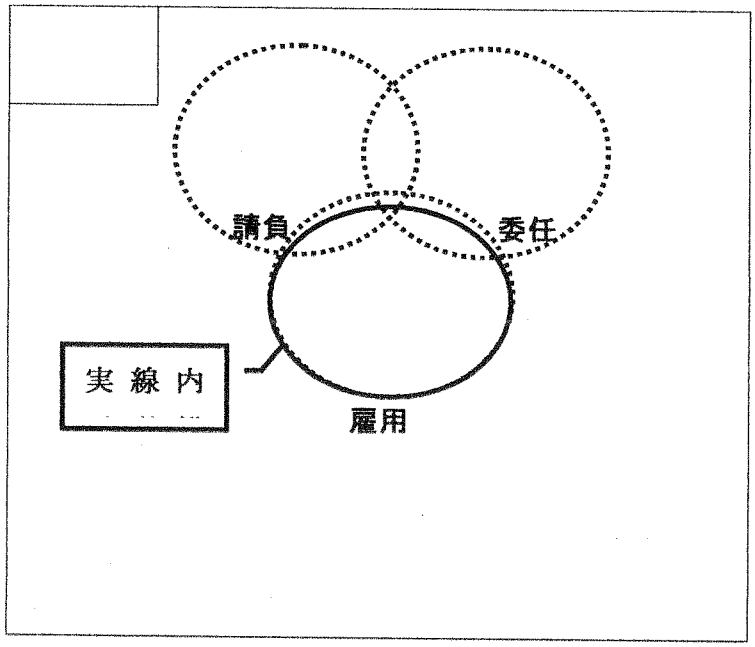
しかし、もちろんあらゆる労務給付契約がこの三つの典型契約に区分されるわけではなく、それぞれの境界線上に双方の特徴を備える混合契約が存在している。そして、契約解釈のレベルで考えるならば、現実の多様な契約について、特定の典型契約類型に当てはめることはできないことが当然視されているし、それによって問題解決が不可能となるわけ

[70] 以下の叙述については、島田「労働契約 総説」林豊・山川隆一編『労働関係訴訟法[Ｉ]』（青林書院、二〇〇一年）五頁参照。

ではない[71]。混合契約については、当事者の意思を尊重しながら、契約ごとに適切な適用法規を探求すればよいのであり、それぞれの典型契約について、その概念の外延を明確にする必要性に乏しい。

これに対して、労働契約は，私法的な契約概念であると同時に行政取締法規として性格を具有する労基法上の概念でもあるので，その外延の確定という困難な作業が求められる[72]。

図表2



労働契約と雇用・請負・委任の関係図

さて、この関係を概念的に示したのが図表２である。雇用・請負・委任の領域については破線で囲み、労働契約の領域は実線で囲んでいるのは、前者の境界は、曖昧であるのに対して、後者の境界は、概念的にはその外延が明確でなければならないことを意味している。この図表の示すように、労働契約は、典型契約としての雇用にあたる契約を中核とし、請負または委任の要素を含み、典型契約としての雇用とは言えない混合契約の一部を含む

---

[71] この点についての従来の見解の整理として、大村・前掲書（注 68）九頁以下参照。

[72] この点については、村中孝史「労働契約の概念について」『京都大学法学部創立百周年記念論文集第三巻』（有斐閣、一九九九年）四九二頁以下参照。

[73]。もっとも、これはあくまで概念上のことであり、現実には、ある労務供給契約を労働契約か否かを図表に描かれている実線のように截然と区別することは、およそ不可能というべきであろう。しかも労働契約の外延を示す実線は、概念においても、アプリオリに決定されているのではない。雇用の破線と労働契約の実線に囲まれた部分が、雇用の要素を有するが労働契約にはあたらないとされる領域であるが、この領域の大きさは、どのような労働者性の判断基準をどのように運用するかによって変動する。

労務供給契約のなかで労働契約の範囲を確定するという作業は、そもそも以上のような意味での人為的な無理を内包している。そして、この無理を伴う作業は、工場労働者にとどまらず多様な労働者を同一の概念で捉える必要性に迫られるにつれて、複雑な指標を生み出すことになったといえる。

労働者性の判断基準における総合的判断手法とは、この無理を承知のうえで、近似値を出して割り切ろうとするものである。そして、それはまた、労働法規の適用という問題においては、避けて通れない作業でもあるところに問題の難しさがある。言い換えれば、労働法が単なる私法的な紛争解決のための任意的なルールを定めている法ではなく、契約に公法的規制を課し、また労働者保護のための特別な制度を提供する法であることから、その適用範囲の確定において、二分法的な解決を取らざるを得ないのである。

ところで今日では、裁量労働制や在宅勤務の普及[74]に示されるように、企業から仕事に関して直接的かつ詳細な指揮命令を受けることの少ない労働者が増加しているが，企業の正社員であれば労働契約の存在が当然の前提とされている。そして、会社の取締役も健康保険法の被保険者資格が認められている[75]。これは、労働者概念または労働契約概念の核心的判断基準である人的従属性が相対的に希薄な労働者であっても、企業の正社員であれば、労働者としての保護を受けることができることを意味する。これに対して、情報通信技術の発展のなかで増加しているフリーランサーなどと呼ばれるがユーザー企業に対する独立性に欠ける業務委託契約者は[76]、実務上自営業者として取り扱われ、労働法の適用対象から完全に排除されている。とくに、この業務委託契約の業務が、かつては当該企業の

---

73 なお労働契約か否かについて、しばしば請負、委任といった契約形式にとらわれることなく、実質的に判断すべきといわれるが、それは、決して典型契約としての請負および委任という契約類型にあたる労務給付契約が、場合によって労働契約概念に含まれるということを意味するわけではない。ここでいう混合契約の一部が、かりに請負または委任という契約形式を取っていたとしても、当事者の意思にかかわりなく、労働契約として取り扱われるということを意味するのである。同旨、土田道夫『労務指揮権の現代的展開』（信山社、一九九九年）二八九頁。

74 社団法人日本テレワーク協会によると一九九六年度には八一万人であった在宅勤務は、二〇〇〇年度には約二四六万人となり、二〇〇一年度には三〇〇万人に達するという（日本経済新聞二〇〇二・四・六）。

75 例えば、広島高裁岡山支判昭三八・九・二三行裁例集一四巻九号一六八四頁など。

76 情報通信技術の発展が正社員を減少させ、アウトソーシングを増加させていることについては、阿部政浩「情報通信技術は雇用にどう影響しているか」日本労働研究雑誌四九八号一三頁（二〇〇一年）参照。

正社員が従事していたものである場合には、その取り扱いの差の不合理性が一層際立ってくるであろう。

そこで、労働法の適用の有無によって生じる落差があまりに大きくなると、この落差を埋めるための何らかの対応が必要となってくる。その対応策の一つが労働者性の判断に基準を修正することによる労働者概念の拡大という手法であった。この手法は、企業が人件費・労務費の削減および労働法の適用の回避のために、事実上は自社の労働者として取扱っているにもかかわらず、形式的には自営業者としている就業者、すなわち偽装された自営業者を労働法の適用領域に取り込むという課題には適切に機能すると評価できる。

しかし今日、IT革命といわれる情報通信技術の著しい発展および国際競争の激化によって、企業組織のあり方自体が大きく変わり、雇用・就業形態が多様化するなかで、労働者と自営業者の区別が以前にも増して相対化・流動化すると[77]、従来の単純な二分法的な解決が妥当しない状況に直面することになった。偽装された自営業者とはい言い切れない、労働者的要素と自営業者的要素を併せ持つ就業者が増加しているからである。このような就業者の置かれている状況の多様性を考慮すると、労働法の適用について二分法的解決を前提とした労働者概念の拡大という手法だけに頼るのではなく、従来の労働法の部分的な適用という柔軟な措置の必要性が高まっているといえる。

3 労働法の適用範囲をめぐる諸外国の立法政策の現状

労働法の適用範囲画定に関しては、いくつかの国では独特の立法的な対応がみられし、また、近年ILOを舞台とした国際的検討が続いている。そこで、これら諸国の多様な経験およびILOの議論の状況を概観してみよう。

（1） 労働法の人的適用範囲を拡大する立法

まず人的従属性の希薄である、特定の職業に従事する者と企業との契約を一定の条件のもとで労働契約とみなすという立法がある。これは、フランスにおいて商品販売などを担当する商業代理人（voyageur, représentant et placier 以下ではVRPと表記 ）について古くからとられた方法である[78]。VRPについては、①一人もしくは数名の使用者のために就業すること、②もっぱら代理業を継続的に従事していること、③自己のために実質的にいかなる商取引も行わないことおよび④販売または購入のために提供されるサービス供給または商品の性質、VRPが業務を行う地域もしくは訪問を担当する顧客の種類および報酬率を定める契約を使用者と締結していることがその契約を労働契約とみなす要件とされている。この法定要件をみると、経済的従属性を重視した判断基準であることが分かる。

フランスでは、VRP以外にも、ジャーナリスト（L. 761-1条以下）、俳優（L. 762-1条以下）、

---

[77] 仁田・前掲論文（注 69）はこの状況の多様性を的確にまとめている。

[78] フランス労働法典 L.751-1 条。J. Péllisier, A. Supiot et A. Jeammaud , *Droit du Travail*, 20e éd. Paris Dalloz, 2000. pp.163-6. ＶＲＰについては、中田裕康『継続的売買の解消』（有斐閣、一九九四年）二二八頁以下に紹介されている。

モデル（L.763-1条以下）について、同様の立法がある。

ジャーナリストが労働法の適用を受けるためには、ジャーナリストを有償かつ定期的な主たる仕事としていること、この仕事を主たる収入源としていることおよびジャーナリストとしての活動が一誌または数誌の日刊または定期刊行の出版物においてジャーナリストとして活動していることが必要であるとされる（L.761-2条）。この判断基準では、最後の指標が重要である。前二者は、あらゆる職業活動に共通する指標であり必ずしも従属性を指標とはいえないのに対して、最後の指標は、特定の使用者と恒常的な関係を有していることを重視しているからである。この事実によって、ジャーナリストが一般の労働者に近似する地位に置かれることになるというのがこの判断基準の基本的な考え方である。

俳優およびモデルについての規定は、VRPおよびジャーナリストと比較して厳格な従属性を要求していない。俳優の契約を労働契約とする推定は、その報酬方法およびその額ならびに契約当事者が契約を与えた法的性質によって覆ることはない。また、俳優が個人的に芝居に出演するときに、演技について表現の自由を保持すること、使用する用具の単独のもしくは部分的な所有者であること，あるいは一名または数名の助手を使っているという事実によっても労働契約のしての推定を覆すことはできないとされている(L762-1条２項)。モデルについても、その動作について完全な自由を保持している事実によっては，法の定める労働契約としての推定を覆すことはできないとされている（L763-1条２項）。このように俳優およびモデルに関しては、一般的には労働者性を否定する要素となる事実があっても、労働契約としての推定が覆らないことをあえて規定しているのである。

さらに、特定の顧客、供給業者またはネットワークに対する依存度の高い従属性の高い商人（commerçant）または個人企業主(chefs d'entreprise individuels)に労働法を適用するために、彼らを労働者と同視する立法（L.781-1条以下）および明示的に非被用者とされる支配人（gérants）について、最低賃金（SMIC）などの特定の規定を適用する規定（L.782-1条以下）がある。

前者の規定では、商人または個人企業主が労働法の適用を受けるための基準として、その業務が特定の企業のために排他的または準排他的になされること、その企業により提供されたまたは許可された場所で営業すること，その企業により提供された，または許可された場所で営業すること，およびその企業が販売条件または価格を定めていることなど基本的に経済的従属性に関する指標が定められている。この結果、例えば商人または個人企業主が使用者責任を負っているという場合にでも、労働法の適用を受けることが可能となっている。

この規定は、もともとは街頭の新聞販売所（kiosques）店長および宝くじ券販売者の保護を目的として制定されたのであるが[79]、判例において適用範囲が次第に拡張され、ガソリンスタンド店長[80]、一手販売特約店主（concessionnaires, dépositaires et distribut

---

[79] F. Gaudu et R. Vatinet , *op.cit(64)*.,pp.47-8.
[80] Cass. soc. 18 décembre 1975, *D.* 76.399.

eurs exclusifs)[81]、さらにはフランチャイズ契約者にも適用されるようになった[82]。このように、L. 781-1条は、特定の職業に限定されない一般的な性格を有していることに特徴がある-[83]。

以上に紹介したフランスの立法は、人的従属性に乏しいが、労働法の保護を適用するのが妥当と考えられる特定の職業について、その職業の特性に配慮した労働契約の推定規定を設けていることが注目される。本稿の課題からすれば、立法政策を検討するうえでの示唆が大きいと思われる。

もっとも、このような規定を設けても、問題が一義的に解決するわけではなく、その具体的機能は、判例による解釈に委ねられることになるし、実定法規の適用において二分法的解決となることは避けがたいことはいうまでもない。

（2） 労働者と自営業者との間に中間的な概念を設ける立法政策

次に近年になった登場してきたのが、労働者と自営業者との間に中間的な概念を設けて対処しようとする立法である。この種の立法は、イタリア、ドイツおよびカナダで見られる[84]。

カナダでは、団体交渉当事者の範囲画定について判例によって形成された従属的請負契約者（dependent contractor）という概念を立法のなかに取り入れている。カナダ労働法典（Canada Labour Code）は、被用者（employee）に、従属的請負契約者を含むと定義し、そして従属請負契約者としては、第一に輸送用車両を所有、購入または賃貸する運転手（傭車運転手）および第二に漁業共同事業者である漁師という具体的な職業があげられる外、第三に包括的な類型が定められている。この第三の類型は、雇用契約に基づいて使用されているか否かを問わず、他人に対して経済的従属状態に置かれ、かつ当該他人にために職務を履行する義務を負っている形態において当該他人のために作業もしくは業務を履行する者と定義されている。このような従属的請負契約者を被用者に含める規定は、オンタリオ州などいくつかの州法にも見られる[85]。

カナダの立法の特徴は、典型的な被用者と自営業者との中間概念の適用領域を集団的労使関係法に限定していることであろう。カナダにおいて従属的請負契約者という中間概念が法定化された背景としては、裁判所および労働委員会の実務において労働者概念の拡張

---

[81] Cass. soc. 12 mai 1982, *Bull. civ.* n°295.

[82] Cass. com. 3 mai 1995, *JCP* 95, E, II, 748.

[83] J. Péllisier, A. Supiot et A. Jeammaud, *op.cit(78).* n° 142, p.166.

[84] 各国の立法の概観としては、P. Davis and M. Freedland, *Employed or Self-Employed? The Role and Content of the Legal Distinction: Labor Markets, Welfare and the Personal Scope of Employment Law*, 21 Comparative Labor Law & Policy Journal 231,238-240 参照。

[85] カナダの従属請負契約者については、B.A.Langillet and G. Davidov, *Employed or Self-Employed? The Role and Content of the Legal Distinction: Beyond Emploees and Independent Contrators: A View from Canada*, 21 Comparative Labor Law & Policy Journal 7,参照。

的な解釈が遅れたことがあげられている[86]。このカナダの経験は、被用者と自営業者との中間概念の立法化が必要であるかを検討する際には、労働者概念の解釈を通じた拡大がどの程度実現しているかという点が重要な考慮事項となることを示唆しているといえる。

また、カナダの従属的請負契約者は、立法では詳細に定義されず、具体的な適用基準については、団体交渉紛争を管轄するカナダ労働委員会（Canada Labour Relations Board）または各州の労働委員会における実務に委ねられていることも特徴といえよう。このような傾向の究極のものとしてサスカチュワン州労働組合法では、もはや従属的請負契約者という概念を使用せず、「同法の目的のために州労働委員会が指定する者」という柔軟な規定を設けていることが注目される[87]。

ドイツでは、労働法の一定の領域において「被用者類似の者」という概念が導入されている。この中間概念は、人的従属には欠けるが経済的に従属性がある者とされている。この経済的従属性は、①一人で、言い換えれば他の労働者の補助なしに就労している事実、②主たる注文主から収入の半分以上を得ている事実および③社会的保護の必要性が被用者のそれに類似する事実を指標として判断される。「被用者類似の者」は、連邦休暇法や労働協約法、労働裁判所法、労働保護法などの立法の適用対象とされている[88]。

ドイツの立法については、「被用者類似の者」の判断基準およびその効果について、法的な簡潔さに欠けるという問題点が指摘されている[89]。

またイタリアでは、準従属労働者という中間概念がいくつかの立法で導入されている。この中間概念は、一九七三年に個別労働紛争の特別手続を一定の範囲の自営業者に拡張するために導入された（民事訴訟法典四〇九条）。準従属労働者は、商業代理人の契約関係ならびに従属性がなくとも、継続しかつ連携した労働を個人として提供することによって成立している協働関係と定義された。その後、この準従属労働者という概念は、二〇〇〇年の労災保険制度の改正においても導入されている[90]。

被用者と自営業との間の中間概念に関するドイツの立法例と比較すると、適用範囲がイタリア法が狭いことおよびイタリアでは判断基準において社会的保護の必要性という判断基準がないことが指摘できる。

以上のような立法例をみると、被用者と自営業者との間に中間概念を設ける場合には、労働法の一般的な適用ではなく、労働法のうちでも特定に領域の制度をこれらの就業者に

---

86 ibid.,p.26.

87 ibid.,p.26.

88 A.Supiot,*op.cit.(64)*,,pp.32-33. ドイツの「被用者類似の者」立法例に関する邦語文献としては、柳屋「自営業と労働者性をめぐる問題」日本労働研究雑誌四五二号（一九九八年）一五頁、橋本・前掲「ドイツにおける労働者概念の意義と機能」二六一頁以下、鎌田・前掲書五七頁以下参照。

89 ibid.,pp.34-35.

90 ibid.,p.33.イタリアの準労働者概念に関しては、中益陽子「非従属的就業者への労災保険制度の拡張—最近のイタリアの状況」日本労働研究雑誌四九六号（二〇〇一年）五六頁参照。

拡張して適用しようとするものであることが分かる。

典型的な被用者から典型的な自営業者まで多様な段階があることを考えると、被用者とは同視できないが、社会的には一定の範囲で労働法的な保護を要する自営業者が存在するであろうことは当然といえよう。被用者と自営業者との間に中間概念を設けることは、労働法の部分的な適用を行う必要があるときには、一つの有力な選択肢として検討すべきであろう。

（3） 労働者概念の範囲を限定する立法

以上に紹介した立法例は、いずれも労働法の適用範囲の拡大を目的としていたが、これとは逆に労働者概念の範囲を限定する機能を有する立法例もある。労働者概念をめぐる議論は、決してその拡大というベクトルでの議論だけではない。雇用政策および産業政策において自営業の拡大を重視する立場からは、むしろ労働者概念の範囲を限定する議論が展開されるのである。

労働者概念を限定するというベクトルでの立法例として，フランスの労働法典L. 120-3条がある。まず，一九九四年二月一一日の法律（loi Madelinマデゥラン法）がこの規定とほぼ同様の規定を導入したが，それは，さしたる現実的効果も発揮しないまま、一旦二〇〇〇年一月一九日の法律により廃止された[91]。しかし，二〇〇三年に，同趣旨である現行L. 120-3条として復活したものである[92]。

L. 120-3条は，商業・会社登記簿、手工業者名簿、商業代理人登記簿に登録されたもしくは家族手当の保険料徴収のために社会保障家族手当保険料徴収組合に登録された自然人、および商業・会社登記簿に登録された法人の経営者ならびにこれらの会社の被用者は、注文者と労働契約を締結していないと推定されるとしている（同条1項）。そして，この推定は，注文者に対して，恒常的な法的使用従属関係があることを証明することによって覆すことができる（同条2項）。

このように，登記簿などの客観的事実によって、労働契約の不存在を推定するというのは、確かに簡明な手法といえよう。しかし、この推定を覆すためことを労務供給側に求めるということが妥当であるかは別問題であろう。しかもフランスにおいては、それまで従属性の判断基準に取り入られてこなかった「恒常性」という基準を導入したことにより、臨時的または間歇的な労働契約関係の場合には、この推定を覆すことができなくなるという点でも問題があるといえる[93]。

（4） ILOにおける議論の状況

ILOにおいても、労働法の保護の受けない労務供給者の問題が取り上げられ、議論が継続

---

[91] アラン・シュピオ「フランス労働法における弾力化」（川口美貴訳）日本労働研究雑誌四四〇号（一九九六年）六〇頁、六六～七頁および同「九〇年代におけるフランス労働法の動向」（矢野昌浩訳）日本労働研究雑誌四六四号（一九九九年）八二頁、八四～五頁がこの法律を紹介している。

[92] J. Péllisier, A. Supiot et A. Jeammaud, *op.cit.(78)*, 128, p.150.

[93] A. Supiot, *op.cit.(64)*, p.41.

している。第八六回総会（一九九八年）請負（契約）労働（contract labour）[94]に関する条約の採択が提案されたが、実現しなかった[95]。そして、二〇〇三年の第九一回総会において、若干視点を変えて、労働法の適用される雇用関係（employment relationship）の範囲に関する条約・勧告の採択を実現すべく準備作業が進められている。ここでは、最近のILO理事会報告書[96]を参考にILOにおける議論の状況を紹介したい。

ILO理事会は、雇用関係上の地位が偽装されるか、または不明確であるために労働法の適用を受けていない従属的従業者（dependent workers）が世界的規模で生じているという認識から、労働法の適用範囲の再検討が必要であるという見解を示している。

この問題についてILOでは、当初、請負（契約）労働という被用者とは異なる新しい統一した概念により対処しようとした。しかし、請負（契約）労働という用語自体について言語上[97]および概念上の問題があることが条約案の討議をめぐり明らかとなり、条約の採択が見送られ、かつILOはこの用語を使用しないこととした。そこで、当面は、要保護状況にある就業者（workers in situations needing protection）という用語が採用されることになった。具体的には、従属的就業者について、①ユーザー企業と明示的な雇用関係がないが、②ユーザー企業に依存または従属する、雇用関係を特徴付ける条件に類似する条件で、③自らユーザー企業のために労務供給を行なっているのである者を意味すると定義された[98]。

その後、この問題を検討するためにILO第八六回総会の決議に基づいて二〇〇五年五月に専門家会議が開催された[99]。この会議では、各国がこの問題に対処するためにとるべき措置として、①従属的就業者と自営業者との区別に関するガイドラインの提供、②就業者に対する効果的かつ適正な保護の付与、③本来の性質を偽装された雇用関係に対する対処、④真正の独立した請負業者の発見を阻害しない配慮および⑤就業者の法的地位を決定するための適正な紛争解決制度の設置が提案された[100]。

---

94 Contract labour とは、日本でいえば、雇用以外の雇用的要素を含む労務給付契約を意味すると思われる（図表２の雇用の点線と労働契約の実線に囲まれる部分に相当する）。従って、契約労働または請負労働という訳語は、いずれも必ずしも適切といえないであろう。本稿では、適訳がないので一応請負（契約）労働という用語を使用しておく。

95 ILO における請負（契約）労働に関する経緯と議論については、前掲（注八）の理事会報告書を参照。また邦語文献としては、馬渡・前掲論文（注８）一八頁、鎌田・前掲書（注三）一三頁以下、浅倉むつ子「就業形態の多様化と労働者概念―労働者と事業者の間」清水誠先生古希記念論集『市民法学の課題と展望』（日本評論社、二〇〇〇年）四八一頁参照。

96 op.cit.,GB280/2（8）.

97 鎌田・前掲書（注三）三〇頁参照。

98 op.cit.GB280/2（8）,para35.

99 この経緯については、馬渡・前掲論文（注８）二三―二四頁参照。また、浅倉・前掲論文（注四二）四九二頁以下は、専門家会議に提出された同教授のナショナル・レポートの要約という側面を持つ。

100 op.cit.GB280/2,para45.

この会議を受けてILO理事会は、二〇〇三年の第九一回総会に、この問題を雇用関係の範囲の再検討という問題として、条約・勧告案を提出することを決定した。そして、二回の総会での討議を経て条約を採択する通常の手続をとらず、一回の討議で採択する手続をとるとしている。理事会によると、条約には以下の点を規定することを予定している[101]。

①現在の雇用関係の実情を考慮して、適当な時期ごとに雇用関係の適用範囲を再検討し、必要があればそれを明確化し、かつ現状に適応させることを目的とする労働者保護政策の策定および実施。

②雇用の変化を分析し、必要な措置の採用および実施のために政府に助言する適切な機関の設立または任命および公権力および労使の代表のこの機関への参加。

また勧告に規定される予定の事項は以下のとおりである[102]。

①依存または従属に関する基準の実際の指標、雇用関係の定義、当事者間の法的性質の決定および紛争解決に関する手続および証拠手続に関する便宜。

②この条約および勧告のいかなる規定も、使用者が真正に独立した、すなわち真に民事的または商事的な契約関係を他の人々を結ぶ権利を方法を問わず制限すると解釈さてはならないことを明確にすること。

さらに、雇用関係の適用範囲の問題は、第九一回総会では一般討議でも以下の四つのテーマで議論される予定である。

①保護を欠く従属的就業者の実態およびそれらが発生する原因

②この問題の解決方法

③労使代表の参加する、従属的就業者の政策策定のための援助機関のあり方

④この問題でのILOの役割

以上のILO理事会の提案を見ると、契約（請負）労働という自営業者と被用者との中間的な概念を前提として、従属的就業者保護の問題を検討するのではなく、雇用関係の範囲という共通の土俵を設定したことが特徴的である。典型的な自営業者と典型的な被用者との間に労働法的な保護が必要であるにもかかわらず、労働法の適用を受けていない就業者がおり、それらの就業者に対して適切な措置をとる必要があるが、その具体的な方法については各国に委ねるということで全体の認識の一致をみようとする姿勢が窺えるといえよう。また、典型的な自営業者の発展を阻害しないことに配慮していることも見逃せない点である。

4　小括

ここで、これまでの議論をまとめておこう。工場労働者の保護法規として出発した労働法が人的適用範囲を拡大するにつれ、人的従属性だけを労働者性の判断基準とすることが不十分となり、経済的従属性などの基準が併用されるようになった。具体的基準の有り様

---

101. Ibid,GB280/2,para49.
102 Ibid,GB280/2,para50.

は各国において多様であるが、重要なことは、労働者概念が労働法の適用範囲を画定するための目的概念であることである。言い換えれば、労働者概念の外延を画定する作業は、経済的従属性は認められるが、人的従属性の乏しい就業者のうち、どの範囲まで労働法を適用するのが妥当かという価値判断を伴っているのである。

労働法の適用範囲の画定は、それが実定法規の適用問題であるときには、二分法的な解決方法をとらざるをえない。このグレーゾーンを無視するという二分法的な割切りの無理が顕になると，労働者性の判断基準に修正を加え、労働者概念を拡大するという手法がとられることになった。しかし、現代では、労働者と自営業者との境界の相対化または流動化が非常に進み、労働法の部分的適用を視野に入れた柔軟な対応が求められるようになってきている。

諸外国の立法例は多様である。フランスでは、経済的従属性は高いが、人的従属性の希薄な就業者のうち、特定の職業類型について独自の推定規定を設けることにより、労働法の適用範囲を拡大する手法が見られた。またフランスでは、これとは逆に、自営業者の発展という観点から労働法の適用範囲を狭める機能を有する立法も導入している。これらの手法は、法規の適用についての二分法的な解決を前提とする対処といえる。これに対して、カナダ、ドイツおよびイタリアでは、労働者と自営業者との中間概念を設定し、それらの就業者に労働法を部分的に適用するという手法がとられている。この場合は、中間概念を安定的に構成する判断基準の形成について、労働者概念の判断基準と同様の困難を抱える。

ILOの議論では、労働法の適用を受けない従属的な就業者の問題について対処が必要であるについては国際的に認識が一致しつつあるが、他方でこれら就業者の存在形態の多様性を考慮すると、その対応について、統一的な具体的施策を定立することは困難であることが明らかになりつつあるといえよう。

三　日本における労働法の適用範囲をめぐる議論の問題点

日本では労働法の適用を受けない従属的な就業者の問題について、これまでどのように取扱われてきたのであろうか。そしてそれはどのように評価され、またどのような問題点があったのであろうか。

これらの点を検討するために、以下では、第一に、労働者性についてどのような判断基準が形成され、それがどのように機能してきたかを労基法、労働組合法および社会保険法の適用ならびに労働契約法理などの判例法理の適用にわけて紹介し、また第二にこれら問題についてどのような立法政策が展開されてきたかを検証したい。

1　判例・行政実務における労基法上の労働者の判断基準とその機能

労基法上の労働者概念に関する判例・行政解釈の傾向を鳥瞰するうえでは、一九八五年

に公表された「労働基準法研究会報告」が示した労働者性に関する一般的判断基準[103]の内容を見ておくことが適当だろう。この判断基準は、それまでの学説・判例[104]を踏まえて詳細な基準を示したものであり、また、その後の判例・行政解釈も概ねこれにそって判断を下しているからである[105]。

「労働基準法研究会報告」の労働者性に関する一般的判断基準は、「使用従属性」の有無によって判断するという立場である。具体的には、第一に指揮監督下の労働であること、第二に、報酬が労務に対する対償性があること、この二つが労働者性の判断基準の基本要素である。そして、労働者性判断の補強要素として、事業者性の有無および専属性の程度などを示している。つまり、「使用従属性」の有無を労働者性判断の基本要素および補強要素を勘案して総合的に判断するという手法がとられている。いわば人的従属性を基本として経済的従属性の要素を加味して総合的に判断する立場ということができよう。「労働基準法研究会報告」が示した労働者性に関する判断基準には、一般的判断基準に加えて、傭車運転手の労働者性判断基準も示されている。これを具体的にみると、仕事の依頼・業務の指示等に対する諾否の自由や運送物品、運送先および納入時刻の指定の有無、勤務場所及び勤務時間の指定・管理の有無、トラックの自己所有、報酬の性格、他社の業務に従事することへの制約、源泉徴収、労働保険の取扱いなど、傭車運転手の労働者性判断基準における主要な基準を総合的に勘案して、労働者性を判断するという枠組みである。

しかし、いかなる詳細な判断基準に基づくとしては、それは厳密な意味で事実の確定というレベルの問題とはなりえない。それは、実際には判断基準の諸要素の有無というよりは、それらの諸要素をどのように評価するという規範的な判断となるからである。そして、すでに述べたように、この規範的判断をささえるのは、いかなる就業者に対していかなる労働法上の保護を与えることが社会正義にかなうと考えるかという認識の問題であるといえる。この意味で労働法上の労働者概念は、まさに目的概念なのである[106]。

このことについていわゆる傭車運転手の労働者性が問題とされた横浜南労働基準監督署長（旭紙業）事件を参考に検討しよう。この事件は、傭車運転手が労災保険法上の労働者に該当するかが問われた。傭車運転手は、特定のユーザーに専属的に労務を供給するが、労働契約という契約形式をとっておらず、ユーザーの従業員として取扱われてもいない。そして、高価なトラックを自己所有するなどの事業者としての属性を有し、また就業形態

---

[103] 前掲（注 56）「労働基準法の『労働者』の判断基準について」所収。その後、一九九六年には、労働省の「労働基準法研究会労働契約等法制部会労働者性検討専門部会報告」（労働法律旬報一三八一号〔一九九六年〕五六頁以下所収）が、建設業手間請け従事者および芸能関係者に関する労働者性判断基準を公表している。

[104] 早い時期に、このような一般的判断基準を提示した裁判例として、大塚印刷所事件・東京地裁判決（昭四八・二・六労働判例一七九号七四頁）がある。

[105] この判断基準および判例の状況については、柳屋・前掲（注 56）「非労働者と労働者概念」『講座 21 世紀の労働法一巻』一二八頁、とくに、一三四～八頁、橋本・前掲（注 56）「労働法・社会保険法の適用対象（一）」参照。

[106] 同旨、鎌田・前掲書（注 46）一二六頁。

においても拘束性が低いのが一般的である。しかし他方で専属的な傭車運転手は、一般に、事実上業務の諾否の自由を有せず、ユーザーの業務に有機的に組み込まるという労働者としての属性をも有し、かつ自己の労務供給行為にすべて責任を負うことができるほどの経済的な独立性を備えているわけではない。実際、この事件の傭車運転手の収入は、平均月額六十二万円余であり、トラックのローン代やガソリン代など業務費用としての支出が毎月約二六万六千円あり、差し引き収入は、約三五万四千円であり、年収にして約四二四万八千円であった。そして、この収入額は、ユーザー企業の従業員のそれと大きく異なるものではなかった。

この事件の高裁判決[107]は、このような事実から「車持ち込み運転手は、これを率直にみる限り、労働者と事業主との中間形態にある」という認識を示している。この見解は、「典型的な労働者と典型的な事業主との中間形態」と補って読む限り正当な事実認識と評価できる。問題は、このような中間形態にある就業者の労働者性をいかなる視点から判断するかである。高裁判決は、当事者の意図を尊重するという立場から当該傭車運転手の労働者性を否定する結論に至ったが、労働法上の概念が目的概念であるとするならば、ここで検討すべきことは、このような中間形態にある就業者が労災保険法上の労働者として保護すべきかどうかという実質的な判断でなければならないのである。

しかし、最高裁判決[108]もこのような視点からの検討することはなかった。最高裁判決は、高裁判決のような主観的基準を排斥したが、基本的には「労働基準法研究会報告」の傭車運転手の労働者性判断基準に示された諸要素を総合的に判断するという立場から、当該傭車運転手について労働者性を肯定する要素に乏しく、むしろ「自己の危険と計算の下に運送業務に従事していた」として事業者性を認定して労働者性を否定した。ユーザー企業は、「運送という業務の性質上当然に必要とされる運送物品、運送先及び納入時刻の指示をしていた以外には、上告人の業務の遂行に関し、特段の指揮監督を行っていたとはいえず、時間的、場所的な拘束の程度も、一般の従業員と比較してはるかに緩やかであり、上告人が旭紙業の指揮監督の下で労務を提供していたと評価するには足りない」とされたのである。

この事件における傭車運転手の事業者性を基礎付ける事実および労働者性を否定する人的従属性の希薄さは、傭車運転手一般にみられる事実であるので、最高裁のとった客観的な判断は、傭車運転手の労働者性を一般的に否定する機能を営むことになる[109]。

一審判決[110]では、最高裁判決が運送業務の性質上当然に必要とされる行為と評価した事実について、むしろ指揮監督関係の徴表とみて、傭車運転手の労務提供を使用従属関係の下における労務の提供と評価し、当該傭車運転手を結論としてとして労災保険法上の労働

---

[107]東京高判平六・一一・二四労働判例七一四号一六頁。
[108]最一小判平八・一一・二八労働判例七一四号一四頁。
[109]この点については、鎌田「いわゆる傭車運転手の労災保険法上の労働者性が否定された例」労働法律旬報一四二二号（一九九七年）二一頁、とくに二六－二七頁参照。
[110] 横浜地判平五・六・一七労働判例六四三号七一頁。

者と判断した。

この一審判決と最高裁判決との相違は、単純に事実に対する評価の違いとのみ考えてはならない。そこには、労働者概念を拡張的に捉えるベクトルと限定的に捉えるベクトルとの対立があるとみるべきである。この相違は、当該傭車運転手に労災保険を適用することが適切か否かという価値判断から生ずるといえる。

この場合、その価値判断において考慮すべきことは、当該傭車運転手が労災保険法上の労働者とされない場合においても、業務遂行過程での災害というリスクに適切に対処しえる状況にあったかという点であろう。この点をここで検討しておこう。

当該傭車運転手は、ダンボール製品の運送業務の従事したのであるが、貨物自動車運送事業法上の一般貨物運送事業の許可（同法三条）を受けていないため、労災保険法の特別加入という道は閉ざされていた。貨物運送事業の一人親方は、特別加入を認められるかにみえるが（労災保険法三三条三号、同法施行規則四六条の一七第一号）、労災保険法施行規則四六条の一七第一号にいう「貨物の運送の事業」には制約があり、一般貨物運送については、前述の許可を受けた者に限定されているのである[111]。この結果、当該傭車運転手は、業務遂行過程での災害というリスクには民間任意保険等で対処することが求められる。

前述のようなユーザー企業の従業員と変わりない経済的条件である者に、このリスクを個人に引き受けさせるのが妥当ではないと判断するならば、当該傭車運転手に労災保険法上の労働者とする解釈が導かれたはずである。しかし最高裁判決には、傭車運転手の置かれている客観的状況を踏まえた目的論的な解釈を行なうという姿勢をみることはできなかった。結局、労基法および労災保険法上の労働者性判断においては、最高裁は、自営業者と労働者との中間形態にある就業者の実情を反映する判例法理を形成する立場をとっていないと評価しなければならない。

なお学説として早い時期から労基法関係法規の適用に関して目的論的な解釈を提唱されたのが下井隆史教授であった[112]。下井説は、労働法の制度・理論の適用が、それぞれの趣旨・目的に即して決定すべきであると主張したのである[113]。もっともこの下井説は、少数説にとどまった。同説には、必ずしも労基法関係法規だけを念頭において論じていたわけでないが[114]、労働法の各法規を領域別に検討する手法はとっておらず，また労基法自体の諸規定の適用についても、労基法の行政取締法規的性格について十分検討することなしに、

---

111 労働省労働基準局補償課編『労災保険特別加入制度の解説改訂版』（労働調査会、二〇〇二年）八五頁参照。

112 「労働契約と賃金をめぐる若干の基礎理論的考察―『独自』の労働契約法理論の検討のために―」ジュリスト四四一号（一九七〇年）一二九頁および「雇傭・請負・委任と労働契約―『労働法適用対象』問題を中心に―」甲南法学一一巻二・三合併号（一九七一年）二四一頁がそれであり、下井・前掲『労働契約法の理論』（注 57）に所収されている。以下の引用は同書による。

113 下井・労働契約法の理論（注 57）五六頁。

114 同書七頁では、不当労働行為の問題が例示されている。

目的論的な相対的判断方法を主張していたという点で未整理であったことは事実である[115]。また、「労働の従属性」概念から経済的従属性および組織的・集団的従属性を排除したについては[116]、必ずしも賛成できない。しかし、労働者概念について、硬直的な解決に満足せず、労働法の理論および制度の多様な発展を踏まえて、柔軟な処理を目指そうとした点にこの理論の真骨頂があり、また後述のように現代に通じる示唆があったと思われるのである。

2　労働基準法以外の労働関係法規における労働者概念

（1）労組法上の労働者概念

労組法上の労働者概念は賃金生活者と定義され（三条）、労基法とは異なり「事業に使用される」ことを要しない。この結果、労基法上の労働者とは異なり、人的従属性が希薄でも、労働者性が認められる傾向がある。例えば、ＣＢＣ管弦楽団労組事件最高裁判決[117]では、①楽団員が会社との自由出演契約により、演奏労働力を恒常的に確保する目的で会社の事業組織のなかに組み入れられていること、②演奏という特殊な労務を提供する者であるため時間的拘束性は低いが、会社の随時かつ一方的な出演依頼に楽団員が従う義務があったので、楽団員の演奏労働力の処分につき会社が指揮命令権能を有していたことおよび③その出演報酬は、演奏という労務の提供それ自体の対価としての性質であることから、楽団員を労組法上の労働者としている。

学説でも、一般にこの判例の傾向が支持されている。労組法上の労働者の定義については、「団体交渉助成のための同法の保護を及ぼすべき者はいかなる者かという観点から定められた定義である」[118]とする学説があり、また集団的労使関係では、「労務供給をめぐる集団的な利害関係や対抗関係」が存在していれば、「労務供給に関する指揮命令関係や使用従属関係が一般的・抽象的なものであるとしても、その労務供給者は集団的労使関係

---

115 学説からはこの点が批判された。例えば、片岡昇「労働契約論の課題」季刊労働法別冊一号『労働基準法』（一九七七年、総合労働研究所）三九頁、萬井隆令『労働契約締結の法理』（有斐閣、一九九七年）二三頁以下、岸井貞男「労働基準法上の労働契約の意義」青木宗也先生還暦記念論文集『労働基準法の課題と展望』（一九八四年、日本評論社）三五頁以下などを参照。また、土田・前掲書（注 73）二八九頁は、労働契約論としても「法的安定性を著しく損なうおそれ」があると批判する。もっとも、この点については、下井教授自身、労基法関連法規の行政取締法規としての性格を配慮して、目的論的な解釈の適用について次のように限定的な整理をされている。「労基法等の労働者保護法規については、判例・行政解釈による総合判断の手法により適用の可否を決定する。そして、判例によって設定されたルール（解雇権濫用法理などの労働契約法理）および就業規則条項についても、一般に同様の方法によるべきであるが、場合によってはルールなどの趣旨・目的を考慮して適用の可否を決定する」下井『労働基準法第三版』（有斐閣、二〇〇一年）二四頁。

116 下井・労働契約法の理論九頁および五六～五八頁参照。

117最一小判・昭五一・五・六民集三〇巻四号四三七頁

118 菅野和夫『労働法第五版補正二版』（弘文堂、二〇〇一年）四六八頁

上の労働者と認められる」[119]とする見解、さらに、労組法上の労働者概念は、「相手方との関係で構造的な従属関係に置かれ、そのために団結権等を必要とする者」[120]という学説などがある。

ここでは、労基法関連法規の内部とは異なり、労働法全般となると、それぞれの立法目的に応じて相対的に労働者概念を構成することが学説・判例において承認されていることを確認しておきたい。

（2） 社会保険法上の労働者概念

次に被用者保険の被保険者資格における被用者概念について簡単にみておこう。この領域では、立法目的を考慮して「法律上の雇用契約の存否は使用関係を認定する参考に過ぎず、事実上の使用関係があれば足りる」[121]と解されてきたとされる。しかし、「判例および行政解釈を統一的合理的に説明することは、かなり難し（く）」、「法人代表者については『使用関係』を肯定しながら、契約の相手方からの指揮命令や管理を受けない請負や準委任について『使用関係』を否定するという」[122]状況にあるとされる。

医療保険について考えると、かりに被用者保険の適用を受けないと、国民健康保険の適用を受けることになる。この両者の相違は、私傷病の際に休業補償給付としての傷病手当金の支給があるか否かという点に求められる。そこで、被用者保険における被用者とは、この所得保障を必要とする者の範囲を確定するための目的概念ということになる。倉田聡教授は、この点について、「業務外の事由による労働能力の喪失がストレートに生活障害を意味する人たちを対象とするため、その最も典型的な人的範囲として『被用者』を想定した」のであり、それは「法の目的解釈によって拡張され得る」としたうえで、このときには人的従属性は重要な意味を持たず、「経済的な従属性と労働能力による生計の依存度」が考慮すべき要素とし、この観点から前述の裁判例の状況を批判されている[123]。

このように労働法に隣接し、就業者に重要な利害のある社会保険法上の被用者概念については、目的論的な解釈が行なわれているが、その方向性は必ずしも適切ではないという状況にあることが確認できるであろう。

3 労働契約法理などの判例法理の適用

判例法理については、実定法規の適用の可否とは異なり、必ずしも二分法的な解決を取る必然性はない。この点で、日本では，いささか古いある裁判例において示された発想が示唆深い[124]。この裁判例の争点の一つは、形式上請負契約で放送局に就労するタイトル

---

119 盛誠吾『労働法総論・労使関係法』（新世社、二〇〇〇年）一三九頁
120 西谷『労働組合法』（有斐閣、一九九八年）七二頁
121 加藤智章「生活保障体系における労働法」『講座21世紀の労働法一巻』七二頁。
122 倉田聡「短期・断続的雇用者の労働保険・社会保険」『講座21世紀の労働法二巻』二六七～八頁。
123 同二七一頁。
124 東京１２チャンネル事件・東京地判昭四三・一〇・二五労民集一九巻五号一三三五頁。

デザイナーの契約終了について、解雇権濫用法理が適用になるかということにあった。多少長くなるが、この事件の東京地裁判決を引用しておこう。

「労務提供者の使用者に対する支配従属の程度に種々の段階があって、実際上雇傭と請負との区別が曖昧であるとするならば、それを一刀両断的に雇傭か請負かのいずれかの類型に区別したうえ、それに典型契約の法理を当てはめて問題を解決することは、甚しく不当な結果を生ずる場合がある。労働法は従属労働提供者を実質的に保護するために市民法に対する修正的意味を持つものであるから、その対象となるものは、単に典型契約としての雇傭契約のみならず、従属労働の性格をもつ限り、たとえそれが本来なら請負に分類されるべきものであつたとしても、なおその労働の従属性という側面において労働法上の保護を受けうるものというべきである。

ただ、それが請負としての性格をも有する限りにおいて、換言すれば、労働の従属性が雇傭におけるそれよりは稀薄である点において、その従属性の度合に応じて保護の程度も減少することは当然のことである。」

このように労働契約法理の適用であれば、二分法的な解決にとらわれない柔軟な手法が日本でもとられている。この領域では、前述の下井説の目的論的な解釈が妥当するのである[125]。この他にも、建物建築請負業者の屋根工事に従事していた一人親方の大工の墜落事故において安全配慮義務が問題となった裁判例では、両者の契約関係が、「典型的な雇用契約関係であったとは到底認め難く、また、典型的な請負契約関係であったともいえないが、請負契約の色彩の強い契約関係であった（が）、……実質的な使用従属関係があった」として業者の安全配慮義務を肯定している[126]。同じ墜落事故について、当該大工は、労災保険法上の療養給付等の不支給決定の取消をもとめていたが、こちらでは労働者性が否定されていることが注目される[127]。つまり、労災保険法上の労働者性が否定され労災補償を受けることができない場合でも、判例法上形成された安全配慮義務が肯定され、損害賠償請求が認められたのである。

このように裁判例の中には、判例法上の労働契約法理などについては柔軟な解釈適用が見られるのである。しかし、このような裁判例はなお限られており、確固とした判例法理

この他、セキノ興産事件・富山地判昭四九・二・二二判例時報七三七号九九頁も、傭車運転手の事案において契約関係を雇用契約関係としながらも、自動車賃貸借契約を含んだ混合契約の性質を有し、その雇用契約の範囲内において労働法上の保護を受けるとしている。

[125] 下井説の問題提起を受けて、同説に批判的なスタンスを取りながらも、やはり早くから労働契約類似の労務供給契約に労働法の法理を適用すべきとしていたのが、西谷・前掲論文（注 67）である。

[126] 藤島建設事件・浦和地判平八・三・二二労働判例六九六号五六頁

[127] 川口労基署長（藤島建設）事件・浦和地判平一〇・三・三〇訟務月報四五巻三号五〇三頁。この二つの事件の対比ついては、R. YAMAKAWA, *Employed or Self-Employed? The Role and Content of the Legal Distinction: New Wine in Old Bottles : Employment/Independent Contractor Distinction under Japanese Labor Law*, 21 Comparative Labor Law & Policy Journal 98, 122-3 参照。

として定着しているとまでは評価できない。

4　被用者類似の就業者に関する立法政策の現状

日本においては、被用者類似の就業者を一般的に対象とする立法は導入されていない。しかし、この種の立法が萌芽的な形態ではあるがないわけではない[128]。一九六五年に導入された労災保険制度における特別加入制度（労災保険法三三条以下）および一九七〇年に制定された家内労働法がそれである。また、近年発達している在宅ワークについても、二〇〇〇年に労働省（当時）は、「在宅ワークの適正な実施のためのガイドライン」を制定している。ここでは、これらを概観することを通して被用者類似の就業者に関する立法政策の現状を検討することにしたい。

（1）　労災保険特別加入制度

特別加入制度は、中小事業主、建設業、個人タクシー営業者および個人貨物運送業者などの一人親方等、家内労働者などの特定作業従事者、海外派遣者などが労災保険に任意加入する道を開いており、約一五〇万人（二〇〇〇年当時）がこれに加入している。

特別加入制度は、「業務の実態や災害の発生状況などから見て、労働者に準じて労災保険制度による保護を及ぼすにふさわしい者たちが存在する」という認識を前提に「業務上の事由又は通勤による労働者の負傷、疾病、障害又は死亡に対する保護を行うという労災保険制度本来の建前を損わない範囲内で、また、災害が起こった場合の業務上外の認定等、保険技術的に可能な範囲内で、特に労災保険の加入を認め、労災保険による保護を図ることとしたもの」とされる。このように特別加入制度は、業務上の災害という点で、労働者に類似した状況にある従属的就業者について、業務災害の認定や保険料の徴収などの可能性という保険技術上の観点から可能な範囲内で認められた制度である[129]。

このため一人親方の特別加入についても、例えば貨物運送事業においては，前述したように一般の貨物運送であれば一般貨物自動車運送事業の許可を受けた者という制約が課せられることになり、この条件を満たさないため特別加入制度に加入できない就業者を生んでいる。なお，いわゆる砂利運搬の傭車運転手だけは，一九七四年になって通達により前述の許可の有無に関わらず特別加入が認められることになった[130]。

また、家内労働法の適用を受ける家内労働者については、全体に適用になるのではなく、特定の作業従事者に限定されている（労災保険法施行規則四六条の一八第三号）[131]。

---

[128] 柳屋・前掲論文（注 66）一三九頁以下参照

[129] 労働省労働基準局補償課編・前掲書（注 111）一～三頁参照

[130] 昭四九・二・一三基発七二号によって、事業の実体が運送の事業に該当し、「土砂等を運搬する大型自動車による交通事故の防止等に関する特別措置法」の適用を受ける者に適用が拡大された。

[131] ①プレス機械などを使用して行う金属、合成樹脂、皮、ゴム、布又は紙の加工の作業、②研削盤など使用して行う研削もしくは研磨、または溶融した鉛を用いて行う金属製洋食

さらに、一人親方が特別加入する場合、個人で直接加入することはできず、保険事務を執り行うための、当該加入希望者が構成員となる団体が必要となる。この団体が事業主とみなされ、一人親方を労働者とみなして保険関係が成立するのである[132]。この団体は、相当数を構成員とするものであることを要し、全国個人タクシー連合会加盟の単位団体、建設事業の一人親方団体などがこれに該当するとされる[133]。

加えて行政実務・裁判例では、特別加入制度では業務上外認定について限定的な解釈が採用されていることも指摘する必要があろう[134]。

このように労災保険の特別加入制度は、労働者と自営業者との中間形態にある就業者の一定の部分に有益な保護を提供するといえるが、現在のように就業形態が多様化したなかで、被用者以外の就業者すべての労務供給過程での危険をカバーする包括的な補償を提供するものではないという限界があるといえる。

（2）　家内労働法など

いわゆる内職仕事に従事する者を主たる対象として、一九七〇年に制定された家内労働法では、適用対象である「家内労働者」を、主として労働の対償を得るために、委託業者から委託を受けて、物品の製造または加工等に従事する者で、その業務について同居の親族以外の者を使用しないことを常態とする者と定義している（二条三項）。このうち、「主として労働の対償を得るために」とは、行政解釈によれば、家内労働者の労働者的性格を定義上、より明確にしたものとされている[135]。この法律の適用対象となる家内労働者は、約三三万人である（二〇〇〇年当時）。

家内労働法の主な内容を見ると[136]、①家内労働手帳の交付（三条、文書による労働条件の明確化）、②就業時間の規制（四条、委託者および家内労働者に努力義務）、③委託打

器、刃物、バルブ又はコツクの製造又は加工に係るもの、③有機溶剤含有物を用いて行う作業であって、化学物質製、皮製若しくは布製の履物、鞄、袋物、服装用ベルト、グラブ若しくはミツト又は木製若しくは合成樹脂製の漆器の製造又は加工に係るもの、④鉛化合物を含有する釉薬を用いて行う施釉もしくは鉛化合物を含有する絵具を用いて行う絵付けの作業など、⑤動力により駆動される合糸機、撚糸機又は織機を使用して行う作業、⑥木工機械を使用して行う作業であって、仏壇又は木製若しくは竹製の食器の製造又は加工に係るもの。

132労働省労働基準局補償課編・前掲書（注 111）八七頁参照

133 同九〇頁参照

134 所沢労基署長（田中製作所）事件・浦和地判昭五三・四・二〇労働判例四一二号二六頁、足立労基署長（本間製作所）事件・東京地判平七・一一・九労働判例六八四号一六頁，青野覚「労災保険法特別加入事業主における業務上認定の基準」労働判例四一二号（一九八三年）一八頁参照。

135 昭四五・一二・二八基発九二二号

136 森戸英幸「わが家が一番―情報化に伴うテレワーク・在宅就業の法的諸問題」日本労働研究雑誌四六七号（一九九九年）四六頁、とくに、五一頁以下、中脇晃「家内労働法」現代労働法講座九巻（有斐閣、一九八二年）三一八頁、とくに三二七頁以下等参照。

切り予告努力義務（五条）、④最低工賃の規制（八～一六条）、⑤安全衛生（一七、一八条）などである。このように、一般の労働者に比べると保護的な規制に乏しい内容となっている。

この現状については、①現在の最低工賃方式の不十分性、②委託打切りに対する規制の弱さおよび③零細な委託者が多く、家内労働者にも余力に乏しいことから生じる安全衛生対策の不十分性などの問題点があることが指摘されている[137]。また、家内労働者には、適切な紛争処理制度が整備されていないという問題点もある[138]。

以上のように、家内労働法は、法的に家内労働者をあくまで一般の労働者と区別して取扱っているため、一般の労働者以上に過酷な条件にある家内労働者に対して十分な法的保護を与えていないといえ、今後適切な対処が課題とされる[139]。

また、ＩＴ技術の発展のなかで生まれてきた在宅ワークについては、それが請負形式をとる場合、家内労働者と同様に労働者保護法規の適用を受けず、また多くの場合、その仕事が物品の製造または加工等にあたらないため、家内労働法の適用も受けない。このような在宅ワーク従事者（在宅ワーカー）は、約一七万四千人と推定されている（在宅就労問題研究会報告、二〇〇〇年）。こうした非雇用の在宅ワークについて、労働省（当時）は、「在宅ワークの適正な実施のためのガイドライン」（二〇〇〇年六月）を制定している。このガイドラインでは、その対象となる在宅ワークを、例えば文章入力、テープ起こし、データ入力、ホームページ作成などの、情報通信機器を活用して請負契約に基づきサービスの提供等を行う在宅形態での就業のうち、主として他の者が代わって行うことが容易なものとしている。ガイドラインの内容を見ると、文書による契約条件の明確化、報酬、納期（就業時間規制）、継続的な注文打切りの場合の事前予告（理由を含む）、個人情報保護、健康確保措置などが定められている。

家内労働法および在宅ワークに関するガイドラインには、労働契約以外の契約であっても、単純作業であるため、注文者との関係で立場が弱く、経済的従属性が高い就業者に労働法類似の規制を及ぼそうとする姿勢を窺うことができるが、なお初歩的な規制にとどまっていると指摘できよう[140]。

137前掲「雇用以外の労働・就業形態に関する調査委員会」報告書（注 58）二七四～五頁参照。

138 諏訪康雄「ILO 基準と日本の家内労働・新しい就業」大原社会問題研究所雑誌四五九号（一九九七年）二六頁参照。

139）前掲「雇用以外の労働・就業形態に関する調査委員会」報告書（注 58）は、家内労働について「数字的には減少傾向にあっても保護の緊迫性は依然高い場合が多い」と指摘している（三四三頁）。この際には、一九九六年に採択された ILO 家内労働に関する条約（第一七七号）および勧告（第一八四号）が参考にされるべきであろう。

140 この点に関する検討として、森戸・前掲論文（注 136）、諏訪「テレワークの実現と労働法の課題」ジュリスト一一一七号（一九九七年）八一頁、馬渡「ネットワーク化と雇用の多様化」季刊労働法一八七号（一九九八年）八頁、長坂俊成「テレワークの法的性質と法的保護のあり方」季刊労働法一九三号（二〇〇〇年）一五一頁等参照。

5　小括

日本では、労働関係法規の中でも、労基法関係法規と労組法とでは、法規の目的に即して異なる労働者概念により解釈されている。この結果、労組法では、人的従属性の希薄な就業者に対しても同法の適用可能性がある。これに対して、労基法関係法規の中では、柔軟な目的論的解釈はとられておらず、最高裁は、自営業者と労働者との中間形態にある就業者の実情を反映する判例法理を形成する立場というよりも、結果的に労働者の範囲を限定的に捉える立場をとっている。社会保険の領域における被用者概念についても、従属的就業者の状況を考慮する判例法理が形成されているわけではない。

これに対して、労働契約法理についてみると、解雇権濫用法理および安全配慮義務に関して、労働契約以外の労務供給契約にも柔軟に適用する裁判例が見られる。しかし、これが安定した判例法理を形成するという段階に至っているわけではない。

また従属的就業者に関する立法政策をみると、労災保険の特別加入制度および家内労働法にその萌芽的な形態を見出すことができるが、なお不十分な点が多く、また従属的な就業者全般を立法政策的な検討する作業はなされていないといわざるをえない。

四．雇用類似の労務供給契約と労働法の新たな課題

以上検討したように、日本においては、典型的な労働者と典型的な自営業者との中間形態で就労する就業者について、判例・行政実務および立法においても十分な保護を欠いている現状にあるといえる[141]。従って、これらの従属的従業者に対する適切な措置をとることが喫緊の課題となっているのである。しかし、この問題について全般的に法政策的課題を展開する用意はないので、ここでは、労働法的な観点からの保護を有する従属的就業者について今後検討すべき課題をある程度明らかにすることとどまらざるをえない。具体的には、さしあたり以下の点が検討されるべきであろう。

第一は、判例法理として発達した法理については、実定法規とは異なり、労働契約類似の労務供給契約に対して柔軟に適用している裁判例があることは前述したが、そのことの理論的根拠を探ることを通じて、労働法理の従属的な就業者に対する適用可能性をより一般的に検討したい。

第二には、被用者が労働関係法規によって享受している権利や保護のうち、立法政策的に雇用類似の労務供給に従事する従属的就業者にも付与すべきものを摘出することである。この場合には、従属的就業者という第三の法的カテゴリーとして概念化することが必要かという点も併せて検討されることになろう。

---

141 前掲「雇用以外の労働・就業形態に関する調査委員会」報告書（注 58）は、「中間的労働者に対する統一的な基本政策を欠いたまま、個々の制度ごとに適用の可否を判断していくという従来のアプローチそのものに限界がある」（三四二頁）と指摘している。

1　雇用関係類似の労務供給契約に対する労働契約法理の適用

すでに繰り返し述べたように、労働保護法規の適用範囲の画定は、実定法規の適用の可否という二分法的解決を余儀なくされる問題であるが、判例法理として発達した労働契約法理は、必ずしもこのような制約を受けるわけではない。実際、労働契約法理を労働契約以外の労務供給契約に柔軟に適用する裁判例があることは前述のとおりである。

ところで、労働契約法理が労働契約以外の労務供給契約に適用することを可能とする理論的な根拠はどこに求めるべきなのであろうか。このことを考えるうえで、労働契約法理を形成している諸要素を分解して検証することが必要と思われるが、ここでは、代表的な労働契約法理である解雇権濫用法理を素材として検討してみたい。

周知のように、使用者の解雇権の行使には、二〇〇三年の労基法改正により18条の2が新設されるまでは，実定法に解雇の自由を承認する規定（民六二七条）がありながら、判例法理である解雇権濫用法理によって、「客観的に合理的な理由」が要求されていた[142]。この解雇権濫用法理の正当化については、多様な角度から論じられるが、労働契約の継続的性格が重要な論拠とされている[143]。労働契約の継続的性格[144]から、労働者の雇用継続に対する信頼利益を尊重することが信義則上使用者に求められるという理解がそれである。

しかし、労働契約それ自体にアプリオリに継続的性格があるというのは正確ではないだろう。一日限りの日雇い労働や短期のアルバイトなどのようなスポット的な労働契約も存在するからである。それにもかかわらず、労働契約の継続的性格が語られるのは、現実の労働契約の大部分が、企業という組織に組み込まれているからに他ならない。企業が継続的な労働契約を利用するのは、スポット的な労働契約だけでは、その事業目的を効率的に達成することはできないからである。これは、派遣労働などの利用にほとんど規制のないアメリカにおいても、派遣労働者が正社員を駆逐しないことに象徴される。つまり、労働契約は、企業組織に組み込まれたことによって、継続的な性格を獲得するに至ったのである。これを敷衍すれば、労働契約を労務の提供とその対価としての賃金支払いという単純な交換関係として考えれば、民法六二七条のいう古典的な解約の自由が妥当する関係ということになり、企業という組織を前提に労働契約関係を捉えるならば、「一定の信頼関係を前提とした長期的・継続的な交換関係」[145]ということになる。解雇権濫用法理は、この

---

142 日本食塩製造事件・最二小判昭五〇・四・二五民集二九巻四号四五六頁。

143 例えば、土田「解雇権濫用法理の法的正当性」日本労働研究雑誌四九一号（二〇〇一年）四頁参照。また、解雇制限については、野川忍「解雇の自由とその制限」『講座21世紀の労働法四巻』一五四頁、本久洋一「解雇制限の規範的根拠」日本労働法学会誌九九号（二〇〇二年）一二頁参照。

144 労働契約の基本的特質については、中窪裕也「労働契約の意義の構造」『講座21世紀の労働法四巻』二頁、島田・前掲論文（注70）五頁、土田・前掲書（注73）二七五頁以下等参照。

145 吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、一九九九年）一五一頁。ただし、この表現は、中間組織における企業間取引について使われている。また、契約関係と組織原

後者の関係を念頭に置く法理ということができよう。

さて、ある企業が労働契約以外の労務供給契約により必要な労務を供給しようとする場合においても、スポット的な利用もあるだろうし、継続的な関係の場合もあるであろう。そして、後者の場合には、労働契約について述べたと同じように、一定の信頼関係を前提とした長期的・継続的な交換関係が生じることになるであろう。とすれば、この場合の労務供給契約については、関係継続性についての期待利益が発生すると考えることができよう。いかなる意味で、どの程度の期待利益が発生するかについては、一概に論ずることはできないとしても、この労務供給契約の終了についても、それにふさわしい解約制限の法理が探求されるべきであるということは可能であろう。そして、本稿において注目するのは、契約関係継続の期待利益という要素において、解雇権濫用法理を正当化する労働契約の継続性と企業の利用する労働契約以外の労務供給契約について共通する要素を取り出すことができるということである。実際、契約関係継続の期待利益という問題は、継続的な契約関係における普遍的な規範原理として論じられているのである[146]。

ここまでは、労働契約以外の労務供給契約に対する労働契約法理の適用可能性について論じてきたが、この問題を考える上で重要な示唆のある民法学の議論に目を転じてみよう。ここでは、中田裕康教授の継続的売買の解消に関する研究に注目したい[147]。

中田教授は、継続的売買の解消について、「第一次的には契約によって処理し、そこからはみ出る部分については信義則をもって補完するという構成をとる」[148]という立場から、その信義則の実質的根拠を、「継続的売買という社会的接触関係にある当事者間における相手方の期待の保護、相手方に期待させた者の責任、公平、社会政策的配慮」に求めている。このうち社会政策的配慮は、それ以外が市民法的根拠であるのに対して、「被用者的立場の当事者の保護や当該取引への依存度の高い中小事業者の保護という形で現れる」「いわば社会法的根拠である」[149]としている。この見地からは、契約の安定性を保護すべきということになる。このように、民法学ではすでに、継続的売買の解消という労働契約とは異なる局面において、労働契約法理の適用を可能とする理論的枠組みが用意されていると評価できる[150]。実際、労働法における有期労働契約の更新拒絶に相通ずる法理を展開する

理という観点からは、平井宣雄「いわゆる継続的契約に関する一考察—『「市場と組織」の法理論』の観点から」星野英一先生古希祝賀論集『日本民法学の形成と課題・下』（有斐閣、一九九六年）六九七頁が参考になる。

146 内田貴『契約の時代』（岩波書店、二〇〇〇年）八九頁以下参照。土田・前掲論文（注143）は、解雇権濫用法理を「継続的契約関係に内在する普遍的な法規範」（一二頁）とする。

147 中田・前掲書（注78）。

148 同書四五九頁。

149 同書四六九頁。

150 同書四七七頁以下の検討および四八二頁の表三がとりわけ参照されるべきであろう。

裁判例[151]として、期間の定めのある運送委託契約およびフランチャイズ契約のフランチャイザーによる更新拒絶の事例[152][153]がある。

このように考えてくると、労働契約的要素と請負または委任的要素が、あるいは労働者的要素と自営業者的要素が混在している労務供給契約について、労働契約か否かを二分法的に判断し、それが否定されると労働契約法理の適用または類推適用が一顧だにされないというのは適切な問題処理とはいえないことは明らかであろう。労働契約以外の契約の中に、被用者的要素がある場合には、その程度に応じて労働契約において形成された法理を適用すべきなのである[154]。労働契約と請負または委任とのグレーゾーンにある契約については、契約関係継続の期待利益があり、人的従属性、組織的従属性または経済的従属性などにおいて、労働契約的な要素が大きければ大きいほど労働契約になぞらえた法理を適用するのが社会的な妥当な解決となるはずである。

また、ここでは、解雇権濫用法理を素材に考えてきたが、労働契約上のその他信義則上の問題や労働条件の変更法理などについても、同様のことが検討される余地があろう。前者については、すでに安全配慮義務は、労働契約関係に限定されていないし、後者についていえば、長期の継続的関係においては、今後、継続性原理と並んで柔軟性原理にもとづく、契約内容の変更が問題となろう。いずれも今後の課題である。

2　雇用類似の労務供給に対する法政策のあり方

（1）　基本的な視点

今日、労働者ということになれば、労基法等の適用を受けるだけではなく、労災保険や雇用保険などの各種社会保険の適用、賃金債権についての先取特権、賃金の立替払い制度などの数多くの権利または利益を享受することができる。このように、現代において、労働者が多くの社会的制度により標準的な生活条件を確保されるのは、企業に経済的に依存して自由を喪失することの見返りと考えられてきた。福祉国家のモデルでは、労働という場において、経済的な依存と社会的保護が交換関係にあったといわれる所以である[155]。

では、労働法規の適用範囲から排除された雇用類似の労務供給者に対して、立法的な支援措置は、不要といえるだろうか。労働法規は、もともと労使の非対等な関係から生じる弊害を除去し、労使が対等な立場で労働条件を形成できる条件を確保することを目的とする。したがって、雇用類似の労務供給契約においても、これに近似する状況があるとする

---

151 江崎グリコ事件・仙台地決平六・九・三〇判例時報一五五三号一二六頁。

152 ほっかほっか亭総本部事件・名古屋地判平二・八・三一判例時報一三七七号九四頁。この部分については，大山盛義「フライチャイズ契約と労働法」季刊労働法二一一号一四七頁の指摘を受けて，本文のように訂正する。

153 R.Yamakawa, *op.cit.(74)*,p.121 は、これらの裁判例を解雇権濫用法理の労働契約以外の分野の拡張と評価している。

154 フランスでも、労働法により形成された法理が従属的就業者の保護に大きく貢献していることが指摘されている。F. Gaudu et R. Vatinet , *op.cit.(64)*, p.49

155 A.SUPIOT,*op.cit(64)*,p.10.

ならば、立法による支援措置が必要ということになろう。このことは、工業モデルが後退し、企業の労務供給の調達方法が多様化する現代においては、とくに考慮されるべきことといえよう。

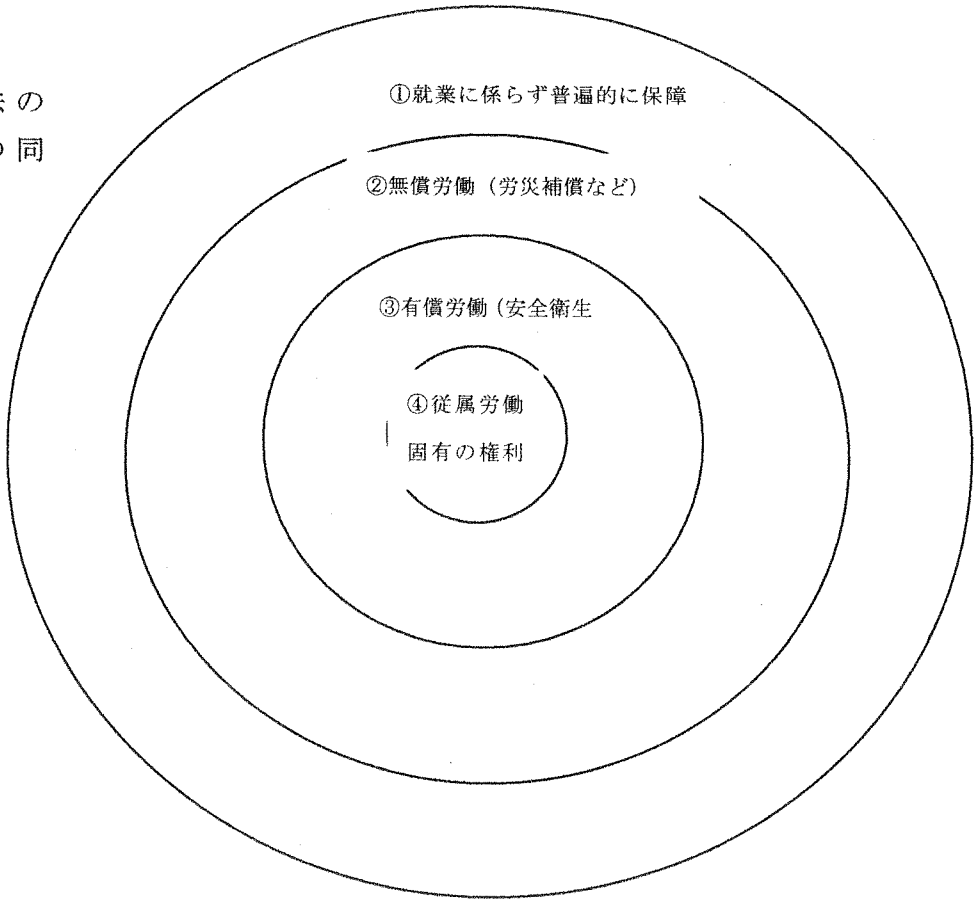
そもそも労働法は、雇傭という法形式を纏った労働者が、機械制大工業に大量に吸収されていったことから生じた弊害に対する対処として生まれた法である。弊害が雇傭という法形式の労務供給契約に集中したからこそ、これを立法介入の対象としたのである。この労働法の歴史が教えるところに従えば,今日のように、労働契約類似の労務供給形態にも、雇用労働に類似する状況があるならば、そこに労働法類似の観点から立法介入することが検討されねばならない。

典型的な被用者以外の従属的就業者の保護を目的する立法政策を検討するうえで、その基本的な視点を確立する必要があろう。この点で、フランスのシュピオ教授の提唱する「社会法の四つの同心円」という構想が示唆的である[156]。

---

[156] ibid., pp.88-90. この社会法の四つの同心円について紹介する邦語文献としては、水町勇一郎「学会展望」国家学会雑誌一一四巻一＝二号（年）一〇七頁、同『労働社会の変容と再生』（有斐閣、二〇〇一年）二二八～二三一頁、濱口圭一郎「EU 労働法思想の転換」季刊労働法一九七号（二〇〇一年）一一二頁、とくに一一七～八頁、三井正信「労働法の新たなパラダイムのための一試論」広島法学二六巻一号（二〇〇二年）八七頁、とくに一〇四頁以下がある。また、アラン・シュピオ・前掲（注 91）「九〇年代におけるフランス労働法の動向」日本労働研究雑誌四六四号（一九九九年）八二頁、八四頁参照。

図表3
社会法の
四つの同
心円



シュピオ教授は、現状について、弾力化政策の進行とともに、典型雇用と非典型雇用との分裂が際立ってきていると分析する。このような現状において、典型雇用の安定した地位の保障に重点をおいた従来の労働法は、典型雇用を特権化することになり、典型雇用と非典型雇用の二つの社会に分裂させることになるとする。そして，この労働法の問題点は，それが雇用労働だけを対象としてきたことにあると主張する。したがって，これからは、有償労働としての雇用労働と自営労働ならびに無償労働を包括的にとらえて、社会法を構想すべきとする。このために提唱されるのが、社会法の再編としての「四つの同心円」である。この構想は、さまざまな社会的諸権利を同一のレベルで論じるのではなく、対象としているリスクおよび労働関係における従属の程度に応じて区別する必要があるという発想に基づいている。

図表3に示したように、社会法の「四つの同心円」とは、一番外側の円①は、医療保障、家族手当、職業訓練資格のように就業状態にあるか否かに関わらず普遍的に保障される権利の領域である。次の円②は、無償労働においても保障される権利の領域である。ここでは労災補償などがそれに当たるとされる。さらに、円③は、有償労働（雇用労働および自営業）を対象とする権利の領域である。安全衛生などがこの領域に入るとされる。最後に最も内側に位置する円④は、従属労働に固有の権利の領域とされる。そして、男女平等は、すべて円に適用される。この構想の背景には、これからの社会では、ある人間がどこに円の対象に属するかを自由に選択でき、かつ自由に移動できるように、これらの四つの円のどこに属していても、それにふさわしい権利や保護があるように法制度を整備することが必要であるという考え方があるといってよい[157]。

この「四つの円」を従属的就業者の保護を目的とする立法政策の検討という課題に引き付けてみると、この課題の前提として円③と円④に属する社会的権利をどのように整理して構想するのかということを考える必要があることがわかる[158]。これまでは、被用者には労働法があるが、自営業者については、労災保険の特別加入制度を除いて、社会政策的視点からの権利や保護がないことを前提として、被用者類似の従属的就業者に労働法を適用することの可否を論じてきた。しかし、実は、自営業者についても、自己の労務給付に伴うリスクすべてを完全にその危険負担と計算の下に委ねることが妥当かを検討する必要がある。自営業者が被用者に比べて必要なセーフティ・ネットを欠く就業形態であるとするならば、本当の意味で自営業者が発展することにならないであろうし、ユーザーにとって、自分で雇うよりも極端に負担の軽い就業形態であり続けるならば、偽装された自営業者を生み続けることになろう。つまり、自営業者にも社会政策的な観点から必要な権利および

---

157 Ibid,89-90.

158 さらにいえば、図表3の円①および円②の領域についても考えておくべきであろう。前掲「雇用以外の労働・就業形態に関する調査委員会」報告書（注58）は、円②に属する就業の一部も含めて検討している点で画期的といえる。

保護を検討することが求められているのである。

このように円③の内容を確定したうえで、円③と円④の接点領域として従属的就業者の問題を取り上げることになる。その際には、従来のような労働法の適用か否かという二分法的な発想ではなく、人的従属性および経済的従属性の程度に応じた立法政策を構想することが必要であろう。このことを以下に敷衍して論じておこう。

労基法関連法規は，労基法九条の「労働者」をその立法目的及び内容に整合的な適用範囲として設定した。このため，労基法関連法規の適用の有無は，労基法上の労働者に該当するか否かに依存することになった。しかし，雇用・就業形態の多様化の進行のなかで，もはや労基法関連法規の提供する多様な労働者保護規定全体の適用の可否を単一の労働者概念で処理することは不可能になってきているのである。統一的な労働者概念で解釈適用すべきというとされる労基法関連法規についても，下井教授がかつて提案したように[159]，各法規の趣旨目的に応じてその適用範囲をいくつかのレベルに再編する必要がある。これは，従来の労働法の再編を視野に入れた作業となろう。

（2） 具体的課題

以上を踏まえて、従属的就業者に関する立法政策において、今後検討すべき基本的課題について若干提示しておこう[160][161]。

ここでは、第一に有償労働および無償労働を問わず、労務供給者に共通する課題（円②に相当する。）を、第二に、自営業者に関する課題（円③に相当する。）を、そして第三に自営業者と被用者との中間領域に属する就業者に固有の課題（円③と④との境界線上の領域）を提示する。

①労務供給者に共通する課題

労務供給者に共通する課題としては、第一に、人の生命・身体の安全の確保という問題が考えられる。安全･衛生の問題は、自営業者でも自己責任にのみ委ねることは社会的にみて妥当とはいえない。労務供給に従事する者が、その契約関係において、健康・安全が確保されるよう適切な措置をとることは国の責務といえるからである。

また、安全衛生に関連して、労務供給中の事故補償については、現在の労災保険の特別加入制度を抜本的に見直すことを含めて、適切な措置が検討されねばならない[162]。労災保

---

159 下井・労働契約法の理論（注 67）五六頁参照。

160 実は、この作業の前提として、以下に提示する立法政策の具体的課題の規範的根拠が検討されるべきであった。例えば、日本においては、労働保護法規の多くは、憲法二七条に規範的根拠が求められるが、労働契約類似の労務供給契約については、明示的な規範的根拠があるわけではなく、この点での検討が不可避である。これらの点については、本稿の今後の課題となる。

161 鎌田・前掲書（注 56）一二九頁以下は、この問題について、①報酬、②社会保険の適用、③仕事の継続性の保障、④団体交渉、⑤男女差別に分けて、具体的な課題を提示している先駆的な業績である。

162 この場合には、ボランティア、ワーカーズ・コレクティブなどの領域についても視野に入れた検討が必要である。

険法の適用問題は、ここでの適切な制度改革がなされれば、労働者性の判断という不安定な作業から解放されることになろう。

さらに就業中の健康・安全の確保については、就業場所の管理者に、従来の労働法における使用者に類似する責務を課することが検討されるべきであろう。これは、健康・安全とついては、有償労働であるか無償労働であるかを問わず、また就業者の契約形式を問わず、就業場所という単位での管理責任を問うという発想である。

加えて、労務供給者の健康・安全確保の観点から、労務供給に従事する時間の長さについても、必要な制約を課することが課題となろう。

第二の課題は、労務供給者の人格的な自由の確保である。これは、労務供給という行為が労務供給者の人格と不可分になされるため、労務供給者の人格の自由に対する侵害の危険性が常にある。この危険を排除するためには、労務供給に関してさまざまな属性による差別を禁止することが必要である。つぎに、個人情報の保護の観点からの規制およびハラスメントの防止についても適切の措置が考えられるべきであろう。

第三の課題は、労務供給者の教育訓練ないし能力開発などに関する課題である。すでに述べたように今後は、労務供給者の立場を必ずしも固定的に捉えるべきではなく、流動性が高い存在であることを前提として制度を構想すべきである。その意味では、労務供給者の職業訓練および能力開発は、共通して検討されることが望ましいであろう。

②自営業者に関する課題

ここでは、現在、被用者に付与されている労働法上の権利および保護のうち、自営業者にも適用するか、もしくは類似の制度を構想すべき課題を提示する。

この点では、第一に集団的な権利、とくに自営業者の団体交渉制度の確立が考えられてよいだろう。すでに述べたように、労働組合法上の労働者は、その立法目的に即して、労基法関連法規よりも広く捉えられているが、これを一歩進めて、自営業者の団体に広く団体交渉権を付与する可能性が検討されてよいだろう。もちろん、この団体交渉事項の範囲など被用者の有する団体交渉権とは異なる点がでてくるであろうが、自営業者の団体がその集団的利益を代表する機能を法的に支援することが必要なのである。

第二には、自営業者のための個別的な契約紛争に関する解決制度を整備すべきである。

第三には、契約締結に関して、自営業者が十分な情報を得ることができるような支援措置が重要である。この点では、労働契約に準えて、契約締結時において明示すべき契約条件、書面によるなどのその明示の方法および契約の書面化義務などが考慮されるべきである。また、報酬についても、適正な価格が設定されるために必要な措置が検討されるべきであろう。

③自営業者と被用者との中間領域に属する就業者に固有の課題

自営業者と被用者との中間領域に属する就業者に関する立法政策を考える基礎には、自営業者のなかに、その程度に関しては多様であるが、ユーザーに対して事実上経済的な従属関係があるために、被用者に類似する弊害が生じているとの認識があるといってよいだ

ろう。ここでは、具体的課題の提示の前提として、例えば本稿において従属的就業者と呼んだ自営業者と被用者との中間形態の就業者について、第三のカテゴリーとして法的概念を構成する必要があるかという問題がある。

ILOが第三のカテゴリーの構成を断念したことに象徴されるように、従属的就業者の定義はなかなかの難問である。というのも、労働者概念の外延が不確定であるがままに、従属的就業者を定義しようとする作業であるからである。そして、労働者と従属的就業者とをどこで線引きするかによっては、従属的就業者が労働者概念の範囲を限定し、いわば第二級の被用者を生み出す危険性すら否定できないのである。

鎌田耕一教授の提唱する第三の法的カテゴリーとしての「契約労働者」という概念によれば、「雇用関係に類似する関係」であり、「雇用関係の存在しないこと」という定義が採用されている。そして、雇用関係の類似性の判断基準として経済的従属性を示すと思われる指標をあげている。また、雇用関係とは、労働契約関係があることだけではなく、使用従属関係のあることを含むとされる[163]。これをみると、第三カテゴリーが、被用者概念の外延の確定があってはじめて成立することがわかる。一応、人的従属性を欠くが、経済的従属性の高い就業者というイメージがわくが、労働者との境界も真正の自営業者との境界もいずれも霧につつまれてしまうように思われる。

そこで、従属的就業者の統一的な法的概念を構成することは棚上げにして、立法の趣旨・目的から従属的就業者にも適用すべき場合には、その立法ごとにその適用範囲を定めるという手法をとるのが妥当と考えられる[164]。このようにすれば、被用者と従属的就業者の区分は厳格に考える必要がなくなるであろう。もっともこの場合も、結局、従属的就業者と自営業者とを区別する判断指標を示さねばならないことになるが、複雑な判断指標を置くのではなく、簡易な推定規定とし、かつその判定を簡易迅速に行ないうる行政機構を整備することが求められよう。具体的構想は今後の課題である。

さて、ここでは、第一に契約の解除に関する規制の課題がある。この点については、労働契約法理の類推適用の検討においてすでに触れたように、労務供給が特定の相手方に継続して行われるにつれて、契約継続に対する期待利益が大きくなることに対応する措置が必要なのである。この意味では、経済的従属性が認められる広い範囲の就業者に現行の解雇予告制度(労基二〇条)および解雇理由の明示（労基二二条）などが適用されるべきであろう。今後、解雇規制の立法化を検討するうえでは[165]、その適用範囲の問題を併せて考え

---

163 鎌田・前掲書（注 56）一二五頁以下参照。ただし、鎌田教授が「契約労働者の定義は問題となる保護法規の趣旨・目的に依存し、単一の概念として定義することはできない」こと正当に認識しながら、あえてこの課題に取り組んでいることに留意しなければならないであろう。

164 山川教授も、統一的な概念として第三のカテゴリーを定義づけることに慎重な態度を示している。R.Yamakawa, *op.cit.(127)*, pp.124-6.

165 解雇規制の立法化の現状と具体的な提案については、島田「解雇規制をめぐる立法論の課題」日本労働法学会誌九九号（二〇〇二年）七四頁参照。

ていくべきであろう。

第二の課題は、報酬支払いの確保に関する措置である。この点では、賃金債権について、実体法上および手続法上認められている先取特権制度の適用[166]および未払い賃金の立替払い制度（賃金の支払い確保等に関する法律）の適用が検討されるべきであろう。

第三の課題は、社会保険の取扱いである。ここでも一定範囲の従属的就業者の社会保険加入が可能とするような制度が検討されるべきであろう。

---

166 自己所有の車両による小荷物運送の配送契約が雇用契約でないとして、破産会社の優先破産債権とは認められなかった裁判例として、うえの屋破産管財人事件・富山地判昭六一・一・三〇労民集三七巻四・五号三三五頁、同事件控訴審・名古屋高裁金沢支判昭六一・七・二八労民集三七巻四・五号三二八頁がある。

第二節　労働契約法制の適用対象者の範囲と労働者概念

1．はじめに

2005年9月15日、厚生労働省に設置された「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」（以下，「在り方研」）は、労基法とは別個の労働契約法制を整備することを提案する「今後の労働契約法制に関する研究会報告書（以下，「最終報告」）を公表した。現在、厚生労働省労働政策審議会労働条件分科会において、この「最終報告」にもとづいて労働契約法制のあり方が審議されているところである。

この「最終報告」は、労働契約法制について、労基法上の労働者（同法9条）以外の者もその適用対象とすることを問題提起している。もっとも、「最終報告」は、「いずれにしても、労働契約法制の対象を広く検討する場合には、どのような者に、どのような規定を適用することが適当かについて、これらの者の働き方の実態を踏まえて十分な検討を行う必要がある」というにとどまり、労働契約法制の適用対象者を労基法上の労働者以外に拡大することを労働契約法制の制定に不可欠な問題としているわけでない。しかし、「最終報告」が「雇用と自営の中間的な働き方をする者」を労働契約法制の適用対象者として検討の俎上に載せたことの意義は大きい。国内においても、国際的にも、活発な議論が展開されてきている労働法制の適用範囲の問題の一端が、立法課題として本格的に検討対象になったと評価できるからである。従って、本稿の課題は、この問題提起を基本的に肯定的に受け止め、それが今後の立法作業のなかで適切な方向で実現するために必要な検討を行なうことにある。そのためには、労働契約法制の適用対象者に関する「最終報告」の問題提起の意義と問題点を労働法制の適用範囲をめぐる議論全体のなかに位置づけることが重要である。

そこで本稿においては、まず、労働法制全体の適用範囲の見直しという観点から、今回の問題提起の意義を位置付け、つぎに「最終報告」の問題提起の内容およびこの問題提起にいたる「在り方研」での議論の状況を紹介し、最後に、この問題提起が立法的に結実するために必要と思われる今後の検討課題を明らかにすることにしたい。

2．労働法の適用範囲の見直しをめぐる議論と今回の提言の位置づけ

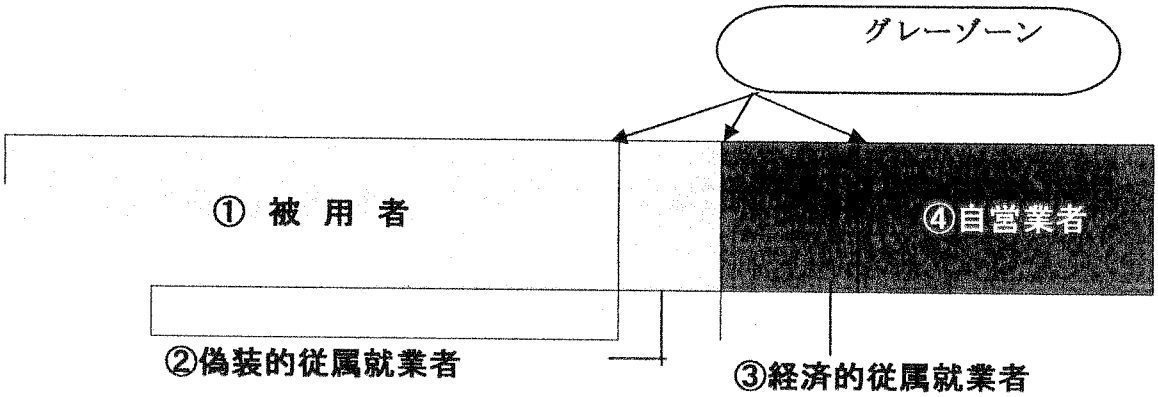
（1）労働法の適用範囲をめぐる議論

従来労働法の適用外に置かれていた非雇用の就業者に対する労働法の適用の是非をめぐって、最近日本においても活発な議論が展開されている[167]。ここでは、非雇用に対する労働法の適用問題全体のなかで、今回の問題提起の意義を位置づけることにしたい。

---

167 島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」西村健一郎他研究代表『新時代の労働契約法理論』（信山社、二〇〇三年）二七頁、鎌田耕一編著『契約労働の研究』（多賀出版、二〇〇一年）、同「雇傭・請負・委任と労働契約」横井芳弘他編『市民社会の変容と労働法』（信山社、二〇〇五年）一五一頁、柳屋孝安『現代労働法と労働者概念』（信山社、二〇〇五年）などを参照。

雇用・就業形態の多様化が進むなかで、請負・委任など労働契約以外の労務供給契約の形式で企業に労務を提供する非雇用の就業者が増加している。今回の「最終報告」も、労働契約法制を提案する前提となる基本的な認識を示すなかで、就業形態の多様化という現象に加えて、「SOHO、テレワーク、在宅就業者やインディペンデント・コントラクターといった、雇用と自営の中間的な働き方の増加」を指摘しているところである。



非雇用就業者は、企業に対して労務を供給するということでは、企業に労働契約によって雇用される被用者（図①）と同様であるにもかかわらず、被用者が享受する権利や利益から排除されている。つまり、労働法の適用からほぼ全面的に排除されているのである。非雇用就業者に労働法が適用されないのは、被用者と異なり、事業に関する危険と責任を自分で全面的に負う自営業者（事業者（図④））であり、労働法による保護は必要ないと考えられてきたからである。しかし、非雇用就業者のなかには、「最終報告」も指摘するように「雇用と自営の中間的な働き方」が存在している。この「中間的な働き方」とは、少なくとも形式的には自営業とされているが、事実上特定の労務供給先に経済的に従属している非雇用就業者ということができる（図③）。
このような従属的な非雇用就業者の保護の問題は、すでに国際的に活発な議論の対象になっている。例えば、ILOにおいては、1990年代後半からこの問題に関する議論を積み重ね、2006年総会において、勧告を採択する運びになっている[168]。ILOの議論において注目すべきことは、この問題に二つの側面があることを指摘していることである。すなわち、客観的に曖昧な雇用関係（objectively ambiguous employment relationships）と偽装雇用関係

[168] これまでのILOの議論の経緯について、ILO, the Employment Relationship:Backgroud, www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/ll/er_back.htm 参照。

(disguised employment relationships) である[169]。前者は、自営業者が特定の顧客に専属的に労務を提供するに至った場合およびIT機器を利用した在宅のフリーランサー (e-lancers) などの場合である。ILOでは、このような就業者を自営 (self-employment) と雇用 (employment relationship) との中間にある経済的従属就業者 (economically dependent workers) と呼称している。後者の偽装雇用関係は、本来は被用者である者を形式的に自営業者としている場合である。この関係のもとにおかれている就業者を偽装的従属就業者 (図②) と呼ぶ。当然のことながら、この両者についても截然と区分されるというわけではなく図で示したようにその境界領域にはグレーゾーンが存在するが、相対的に独自な二つの類型の就業者が含まれているという認識は重要である。

後者の偽装雇用関係の問題は、日本においては、これまでも契約形式に拘らず、実質的に使用従属関係がある場合には、労働関係法規を適用するという判例法理が定着している。しかし、多様な雇用関係が展開されるなかで、現在の使用従属関係の判断基準の妥当性について多様な疑問が提示されている。実際、判例法理では、労働者概念が限定的に理解される傾向にある[170]。使用従属関係の判断基準のブラッシュ・アップが課題とされているのである[171]。

これに対して、前者の問題については、これまで十分な対応が図られていない[172]。すなわち、労働関係法規の適用がないとされる就業者については、法的には事業に関する危険と責任を自分で全面的に負う自営業者として取扱われ、労働法の保護から排除されているのである。もっとも、判例法理である労働契約法理にはそのような制約はなく、すでに裁判例には労働契約法理を労働契約以外の労務供給契約に柔軟に適用する事例がある[173]。また、立法的にも家内労働法および労災保険における特別加入制度のように典型的な被用者以外にも保護を付与する法規がないことはないが、いずれも内容が限定されている。従って、従属的就業者に対する社会的保護を適切に講じることは、喫緊の課題となっているのである。

以上をまとめるならば、偽装的従属就業者に適切に労働関係法規を適用する解釈論の再構成または立法的な対応をすること、および経済的従属就業者に対して必要な保護を与えるために解釈論および立法を整備することが今日重要な課題となっているといえる。

---

169 ILO, The employment relationship , International Labour Conference, 95th Session, 2006,Report V(1), pp11-13.

170 横浜南労働基準監督署長 (旭紙業) 事件・最一小判平八・一一・二八判時一五八九号一三六頁参照。

171 注 167) の諸文献のほか、鎌田「労働基準法上の労働者概念について」法学新報一一一巻七・八号一頁 (二〇〇五年) などを参照。

172 以下については、島田・前掲注 167) 論文・五三－五七頁参照。

173解雇権濫用法理について、東京１２チャンネル事件・東京地判昭四三・一〇・二五労民集一九巻五号一三三五頁、安全配慮義務について、藤島建設事件・浦和地判平八・三・二二労働判例六九六号五六頁、和歌の海運送事件・和歌山地判平一六・二・九労判八七四号六四頁などがある

（2）「最終報告」の問題提起の位置付け

雇用か非雇用かのグレーゾーンにある就業者をめぐる法的課題を以上のように把握するならば、今回の問題提起は、前述のILOの整理に従うと、客観的に曖昧な雇用関係の下におかれた経済的従属就業者に対して、一定の範囲において立法的に対応するものと位置づけることができる。そして、その効果は、当然のことながら偽装的従属就業者に及ぶことになる。「最終報告」の問題提起は、これまで立法的には十分な対応が採られてこなかったこれらの就業者に対する法的整備である以上、基本的に歓迎すべきものと評価できる。したがって、この問題提起が適切に実現するために必要な課題を検討することが重要である。

とはいえ、今回の問題提起は、労働者（被用者）にとって画期的な立法的な対応である労働契約法制の制定という作業の派生的な課題として取り上げられているという背景がもたらす限界がある。具体的にいえば、雇用か非雇用かのグレーゾーンにある就業者の置かれている法的状況について全面的に検討し、どのような法的保護を付与することが必要かという作業が本格的に行われているわけではない。これまでの日本における議論でも、これらの就業者について問題とされたのは、労基法や労災保険法、雇用保険法等の労働関係法規の適用および解雇権濫用法理、安全配慮義務などの判例法理の適用の可否など多様な問題であり、今回議論されている労働契約法制が取り上げることにとどまるものではない。

もちろん、労働契約法制の策定をメインとする今回の「最終報告」にこの作業を求めるのはないものねだりというべきであろう。そして、経済的従属就業者に関する全面的な検討作業を欠くからといって、これらの就業者に対する法的対応がすべて不適切になるというわけではない。むしろ、これらの就業者に問題がすでに活発に議論されて状況を前提とするならば、労働契約法制の制定作業の一環としても完全には避けて通れない課題であったといえる。要は、今回の問題提起がこれらの就業者に対する初歩的な対応にとどまるものであることを自覚して、今後制定される労働契約法制のうち適切な規定について、これらの就業者に実質的に適用されるよう検討することが求められているのである。なおこの作業において留意すべきことは、すでに「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会中間取りまとめ」で指摘していたように、「このような中間的な分類の者を概念上設けると、従来労働者として保護されていた者が形式的な契約の変更等により、保護が弱い分類に移り、また、社会保険料逃れの便法に使われるおそれもある」ことである。

3．労働契約法制の適用対象者に関する「最終報告」の問題提起

次に「最終報告」及びその作成過程の「在り方研」の議論に即して、今回の問題提起の内容とその議論状況を紹介することにしよう。

（1）「最終報告」の内容

「最終報告」は、労働契約法制の適用対象として労基法上の労働者に加えて、この「雇用と自営の中間的な働き方」をする者をとして検討することを以下のように提案している。

「近年、就労形態の多様化に伴い、SOHO、テレワーク、在宅就業、インディペンデント・コントラクターなどといった雇用と自営の中間的な働き方の増加が指摘されており、その

中には一つの相手方と専属的な契約関係にあって、主な収入源をその相手方に依存している場合も多いと考えられる。このような者についても、値引きの強要や一方的な仕事の打切りなど、当事者間の交渉力の格差等から生ずると考えられるトラブルが存在する。

労働基準法上の労働者について労働契約法制の対象とすることは当然であるが、上記のような働き方の多様化によって生ずる様々な問題に対応するためには、労働基準法上の労働者以外の者についても労働契約法制の対象とすることを検討する必要がある。」

そして、この問題意識に基づいて、「労働基準法上の労働者として必要とされる使用従属性まではなくとも、請負契約、委任契約等に基づき役務を提供してその対償として報酬を得ており、特定の者に経済的に従属している者については、相手方との間に情報の質及び量の格差や交渉力の格差が存在することから、労働契約法制の対象とし、一定の保護を図ることが考えられる」としているのである。

「最終報告」は、適用対象者の要件として、具体的に次の五点を提示している。

(1)　個人であること。

(2)　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。

(3)　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。

(4)　その対償として金銭上の利益を受けること。

(5)　収入の大部分を特定の者との継続的な契約から得、それにより生活する者であること。

（2）「最終報告」作成過程の議論状況

労働契約法制の適用対象者に関する「最終報告」の問題提起は、その作成過程において研究会内部での活発な議論の対象となっている[174]。その内容をみると、「最終報告」の問題提起について今後検討すべき多く点がすでに提示されている。従って、「最終報告」の問題点を把握するために、ここで「在り方研」における議論を跡づけておくことにしよう。

「在り方研」では、労働契約法制の適用対象を「雇用と自営の中間的な働き方をする者」に広げる必要性ないし方向性に積極的な反対はなかった。ただ、その内容については、疑問や慎重論が相次いだ様子である。議論を全体としてみると、本稿が注目すべきは、次の三点である。第一は、仮に立法する場合、労働契約の概念をどのように整理するかという議論である。第二は、「最終報告」の提示する具体的な要件をめぐる議論である。第三は、立法によって明示的に適用対象とするのではなく、当面は、裁判所の類推適用に委ねることという主張である。以下、それぞれの議論を紹介しよう。

1）労働契約をめぐる概念整理

---

[174] 主として、二〇〇五年七月一二日と七月二六日の研究会で議論されている。「第二四回今後の労働契約法制の在り方に関する研究会議事録」および「第二五回今後の労働契約法制の在り方に関する研究会議事録」を参照。議事録では、すべて発言者が明示されているが、以下の検討では、特に発言者を明示していない。

労働契約法制の適用対象者を労基法上の労働者よりも拡大することになると、労働契約をめぐる概念整理は、二つの意味で不可欠である。

第一に、労基法と労働契約法制の双方が適用となる労働契約と労働契約法制だけが適用となる労働契約とが登場する可能性があり、この点で労働契約の概念整理が不可欠となる。従来からも民法の雇用と労基法の労働契約との異同が議論されてきたが、ここにさらに労働契約法制上の労働契約が付加される状況になるからである。

「最終報告」は、労基法の労働者としての要件を満たしていないが、「請負契約、委任契約等に基づき役務を提供」する者の一部に労働契約法制を適用することを提案している。もともと、これまで名目上、請負契約や委任契約などであっても、実質において労基法の労働者のメルクマールである使用従属性がある場合には、労基法上の労働契約と解されてきた。これに加えて、「請負契約、委任契約等に基づき役務を提供」する者であり、労基法の労働契約ではないが、労働契約法制の適用を受ける契約という範疇を立法的に作り出すのであれば、立法技術の観点から考えても、その名称や概念などの整理を要するといえる。この点は、研究会において活発に議論されたが、「最終報告」において未整理のままとなっている課題である。

第二には、「最終報告」が労働契約法制の全部ではなく、一部だけを「雇用と自営の中間的な働き方」をする者に適用することを前提としていることにともなって、労働契約の概念整理が必要となる。「最終報告」は、最終的にいかなる者にいかなる規定を適用するかを明示しなかった。しかし、その作成過程では、「労働契約法制で検討している項目のうち、労使委員会、就業規則、出向、転籍、懲戒等については、労働基準法上の労働者でない者に適用することは適当でない」とされ、「雇用継続型契約変更制度、解雇権濫用法理、兼業禁止・退職後の競業避止義務・退職後の秘密保持義務の要件、個人情報保護義務など」を適用することが提案されていた。

このように労働契約法制の適用を受けるといっても、労基法上の労働契約であり、労働契約法制の全面適用を受ける契約と労基法の適用はなく、労働契約法制の一部が適用になる契約とが混在することが予定されているのである。このことを考えると、労基法上の労働契約と区別された労働契約法制上の労働契約という概念を混乱なく制定できるかが問題となる。このことと関連して、研究会において労働契約法制が適用となる雇用と自営の中間的な働き方をする者の契約を労働契約とするのか労働契約類似の契約とするのかという提起が検討されているが、「最終報告」において未整理に終わっている。

2）適用対象者の要件

適用対象者の要件についてもっとも議論が集中したのは、先に紹介した五つの要件のうち、第五の要件である。第二の要件を広く労務供給契約と理解すれば、第一から第四の要件は、労基法上の労働契約にも共通するものであるからである。これに対して、第五の要件は、「収入の大部分を特定の者との継続的な契約から得、それにより生活する者であること」というものであり、研究会の議論においては、これを経済的な従属と呼称している

が、これが労基法の労働契約と区別された労働契約法制の適用対象者に必要な要件の特徴といえる。労基法上の労働者の使用従属性とは、仕事の諾否の自由や場所的時間的制約、業務遂行に関する指示などが問題とされ、理論上は、一般的に人的従属性と呼ばれる要件が課されているからである。

この経済的従属性を要件とすることに対しては、研究会では、中小企業の多くがこれに該当することになり、労働契約法制の適用対象者と継続的に従属する中小企業との区別がつかなくなるという批判がなされている。この立場からは、従来の人的従属性の見直しまたは組織的従属という観点からの整理などが提起されている。いずれにしても研究会の議論は、この問題に十分に踏み込んでいないという印象が拭えない。

3）立法による適用対象の確定の可否

雇用と自営と中間的な就業者の一部に労働契約法制を立法的に適用することについては、「具体的な事案に応じて柔軟に労働契約法制の規定が適用されるよう、裁判において労働基準法の労働者以外の者にも労働契約法制の規定の類推適用が促進されるような方策を検討するべきであるとの意見もあった」と「最終報告」に紹介されているように、労働契約法制の適用対象を労基法上の労働者以外に立法によって拡大するのではなく、当面、事後的な紛争解決のなかで裁判所による類推適用に委ねるべきとする意見は、「在り方研」では当初から有力に主張されていた。

この意見は、労基法の労働者を超えて労働契約法制の一部の保護を与えるべき就業者がいることについて「最終報告」と同様の問題意識を持ちながらも、前述の1）および2）の論点が未整理であり、現段階では時期尚早という判断に基づいていると思われる。そして、労基法のような刑罰法規ではないので、労働契約法制については、立法によらなくても各規定の趣旨、目的および効果を考慮して柔軟に類推適用することが可能であると対案を提示している。労働法において形成された判例法理の類推適用ないし適用は、すでに述べたようにいくつかの裁判例に見られるところであり、確かに判例法理による労働契約法制の拡張的な適用は現実的な選択肢ではあり得よう。この意見に関連して、司法に類推適用を促すような立法的な対応をすべきとの意見も出されている。

すでに1）で指摘したように、「最終報告」がいかなる規定を適用するのかが不明確であることからもこのような立法回避論が主張されるといってよい。例示されているのは、解雇権濫用法理である。すなわち、解雇権濫用法理は、その効果が雇用継続であるところに特徴があるが、雇用と自営の中間的な就業者について、契約の存続を強制するのは必ずしも妥当な解決にならないとするのである。

4）小括

以上、「最終報告」作成過程の議論状況をやや詳細に紹介してきた。この作業を踏まえて「最終報告」の問題提起を今後発展させていくために検討すべきことは、以下のようにまとめることができる。

第一に、労働契約に関する概念整理という課題である。第二に、労働契約法制のどのよ

うな規定をいかなる者に適用することが妥当かという問題である。第三に、雇用と自営の中間的な就業者、つまり経済的従属就業者を法的にどのような要件で定義するのが適当かという問題である。第四に、現段階における立法による適用対象者の明示が適当かという問題である。以下では、これらの課題について若干の検討を加えたい。

4．経済的従属就業者に対する労働契約法制の適用における検討課題

（1）労働契約に関する概念整理

労働契約法制が、全体としてみると、労基法上の労働契約ないし労働者を前提としている以上、その部分的な適用の対象となる経済的従属就業者を念頭において、労基法とは区別された労働契約法制上の労働契約概念を構想することは、実務的には実益に乏しく、無用な混乱を招く恐れがあると考えざるを得ない。また、経済的従属就業者に労働契約法制のどのような規定を適用するのかという具体的な問題を離れて、新しい労働契約の概念を構想するというのも適切ではないであろう。

このように考えると、今回の労働契約法制においては、経済的従属就業者に対する部分適用に関連して、これらの就業者を含む労働契約概念を打ち立てるのは妥当ではないだろう。仮に、経済的従属就業者の労務供給契約に特別の呼称を労働契約法制上あたえるとするならば、「在り方研」の議論にもあったように、さしあたり「労働契約類似の契約」とすることが妥当であろう。

（2）経済的従属就業者に適用すべき規定

1）「最終報告」の評価と基本的視点

今回の労働契約法制のなかで、どのような規定を経済的従属就業者に適用することが妥当なのであろうか。すでに紹介したように「最終報告」の作成過程において、労働契約法制で検討している項目のうち、雇用継続型契約変更制度、解雇権濫用法理、兼業禁止・退職後の競業避止義務・退職後の秘密保持義務の要件、個人情報保護義務などを経済的従属就業者に適用することの検討が提案されたこともあったが、最終的に「最終報告」では、適用すべき規定を明示せず、すべてを今後の議論に委ねる表現をとっている。「在り方研」の議論をみても、経済的従属就業者がどのような点が社会的保護に欠け、労基法上の労働者に類似する規制が必要であるかを労働契約法制の各規定について慎重に議論した跡は窺えず、抽象的に経済的従属就業者に対する労働契約法制の適用の可否が議論された印象が強い。この意味では、「最終報告」が適用すべき規定を今後の検討に委ねたことは冷静な判断であったと思われる。

この問題は、経済的従属就業者について、どのような視点から労基法の労働者に類似する保護を要する存在と考えるかという検討が不可欠である。「最終報告」に立ち返ってみると、経済的従属就業者には「当事者間の交渉力の格差」に起因するトラブルがあることが指摘されている。これは、経済的従属就業者について特定の契約の相手方との交渉力の格差に基づく不公正な事態が生じており、これを法的な支援措置によって是正する必要性

があることを示しているといえる[175]。「最終報告」において指摘されているトラブルの典型例は、「値引き」および「仕事の打切り」である[176]。これを労基法の労働者に準じていえば、労働条件の不利益変更と解雇（雇用の終了）が経済的従属労働者のもっとも頻度の高い紛争ということができる。このことからすると、契約の締結、展開および終了の過程における経済的従属労働者の交渉力の不十分さを補う規定が適用されることが望ましいといえる。この他、労働契約の付随義務なども含めて個別に経済的従属就業者に対する労働契約法制の適用可能性が検討されるべきであろう[177]。

2）契約の締結過程

経済的従属労働者の契約の締結過程において、「最終報告」の提案する労働契約法制のなかで適用が検討されるべき規定として「労働条件の明示」および「採用内定」をあげることができよう。

①労働条件の明示

「最終報告」は、労基法の労働条件明示義務を前提として、「例えば、実際に適用される労働条件が、労働契約の締結時に労働者に明示された労働条件に達しない場合には、労働者は、明示された労働条件の適用を使用者に対して主張できることを明確にすることが適当である」としている。このような契約締結過程に起因する紛争において労働者を支援する規定は、経済的従属労働者にも必要と言えよう。ただし、「最終報告」の提案の提案は、労基法一五条の労働条件明示義務を前提として、その民事的な効力を補足的に規定するものである。経済的従属労働者の場合、労基法上の労働者のように契約の締結時に就業条件を明示することが契約の相手方に義務付けられているわけではないので[178]、その効果は限定的とならざるを得ない。経済的従属労働者については、就業条件の明示を立法的に義務付けるなどの法的整備が今後検討されるべきであろう。

②採用内定

「最終報告」は、採用内定取消に関する判例法理を立法化することを提案している。採用内定に関する判例法理は、新卒採用という日本に独特な採用慣行を前提として、長い採用内定期間のある内定者保護の法理として形成されたものである。その意味では、経済的

---

175 毛塚勝利教授は、『労働契約法制研究委員会報告書　労働契約法試案』（連合総合生活開発研究所、二〇〇五年）二五頁において、労働契約法のあるべき規整原理として、取引的公正原理、適正契約原理、社会的公正原理をあげている。この整理を借りるならば、最終報告の立場は，取引的公正原理を経済的従属就業者に適用しようとするものと位置づけられる。

176 「在り方研」の公表資料である「総論に関する資料」では、在宅就業者のトラブル、家内労働者の困っていることなどの資料が掲載されている。

177 ここでの検討は、「最終報告」が提案している労働契約法制の内容の経済的従属就業者に対する適用の是非に限定して検討する。

178 ただし、家内労働法三条二項は、委託者が家内労働者に交付する家内労働手帳に、一定範囲の就業条件を記入することを義務付けている。また、労働省（当時）「在宅ワークの適正な実施のためのガイドライン」（二〇〇〇年）は、「文書による契約条件の明確化」を規定している。

従属就業者の契約締結の状況とは前提が異なるので、これらの就業者に対する適用はストレートには考えづらいかもしれない。しかし、最近ではこの法理は、内定期間が短期である中途採用者にも適用されており、また内定者からの請求内容も従業員としての地位ではなく、損害賠償の請求である事例も登場している[179]。このように考えると、仮に経済的従属労働者の契約締結の過程に採用内定の状況に類似する紛争があったときには、採用内定者に関する規定がその解決の参考にされてよいであろう。

3）契約の展開過程

経済的従属就業者には、就業規則制度の適用がないので、「最終報告」の提案する労働条件の変更についての仕組みのうち、適用が検討されるべきは、「雇用継続型契約変更制度」である。この制度の是非の検討は、ここでの課題ではないが、それが経済的従属就業者にも適用されてよいことは多言を要しないであろう。

ところで、経済的従属就業者は、労基法上の労働者以上に契約期間に定めのある者が多いと考えられる。しかし、有期労働契約者の契約更新時における労働条件の変更の問題について「最終報告」はとくに提案をしていない。今後、この問題について立法的な対応がなされるならば、経済的従属就業者にも適用が考えられるべきであろう

4）契約の終了

「最終報告」は、解雇権濫用法理を実定法規に取り入れた労基法一八条の二を労働契約法制に移すことを提案している。この規定は、経済的従属就業者に適用されるべきであろう。この点に関して、前述のように、解雇を無効として、雇用の継続を認めることが、経済的従属就業者に不適当であるとする意見がある。確かに、経済的従属就業者の契約終了をめぐる紛争においては、契約の継続が妥当な解決といえない類型の者が多い可能性はあると思われる。しかし、経済的従属就業者といっても、その具体的な姿は多様であり、高度な専門的技術を有する者から家内労働者の多くのように単純な労務提供にとどまる者までいる。従って、不当な契約破棄が与える影響が労基法上の労働者に類似する状況にある経済的従属就業者（雇用保険の適用がないことを考えると労基法上の労働者以上に厳しい状況ともいえる）に契約継続という途を閉ざす必要はないであろう。契約継続を望むか、損害賠償を請求するかは、経済的従属就業者自身の判断に委ねるのが適切ではないだろうか。

契約の終了をめぐっては、解雇に関する手続な規定が労基法に残されるため、経済的従属就業者に適用にならないという問題点がある。経済的従属就業者に労働契約法制の解雇制限規定が適用されるとするならば、本来はあわせて解雇予告（二〇条）、解雇理由書ま

---

179 パソナ（ヨドバシカメラ）事件・大阪地判平一六・六・九労判八七八号二〇頁、オプトエレクトロニクス事件・東京地判平一六・六・二三労判八七七号一三頁参照。なお、労働契約締結上の過失を理由に損害賠償を認めた裁判例として、ユタカ精工事件・大阪地判平一七・九・二七労経速一九二〇号一一頁がある。このような裁判例において形成された法理は、立法措置の有無に係わらず、経済的従属就業者に適用されることはいうまでもない。

たは退職証明書の交付（二二条）などの手続規定も、民事的に適用できるような措置がとれないのだろうか。それが無理とするならば、経済的従属労働者について、契約終了手続に関する法整備が次の課題となろう。

前述のように、経済的従属就業者については、契約期間の定めのある者が多いと想定されるが、更新時においては、労基法上の労働者に準えて、労働契約法制の解雇制限規定が類推適用されることなろう。また、「最終報告」は、「有期労働契約の締結、更新及び雇止めに関する基準」（平一五厚労告三五七号）を立法に取り入れることを提案しているが、この規定は、経済的従属就業者に適用されることが望ましい。さらに「最終報告」は、民法六二八条の適用に関し、「使用者の過失」についての立証責任を転換することを提案している。経済的従属就業者に民法の雇用に関する規定が適用になるかは、それ自体独自の解釈問題であり、労働契約法制自体の課題ではなく、またここで立ち入ることはでない。しかし、基本的には、経済的従属就業者に対する民法六二八条の類推適用を前提として、立証責任の転換に関する規定も適用されるべきである。

「最終報告」は、労働者の退職についての規定を提案しているが、この規定についても、経済的従属就業者に適用できる可能性があるだろう。

5）その他

以上に検討した諸規定に加えて、労働契約の付随的義務[180]および労働者の損害賠償責任に関する規定などが経済的従属就業者に適用が考えられてよいであろう[181]。

（3）経済的従属就業者の要件について

経済的従属就業者の要件について、すでに紹介したように経済的従属という観点から要件を立てることが中小企業事業者との区別が曖昧になるので、人的従属性の要件の見直しという視点から検討すべきであるという見解が「在り方研」にあった。この問題について、ここで詳細に検討することはできないが、人的従属性の要件の見直しという問題は、労基法上の労働者概念の再検討という意味で重要な課題であることはいうまでもない。しかし、この問題は、本稿の区分で言えば、偽装的従属就業者に関することであり、経済的従属就業者の要件については、経済的従属の視点から要件を立てることは妥当といえる。

問題は、それが適切な要件かという点にあるが、「収入の大部分を特定の者との継続的な契約から得、それにより生活する者であること」という要件自体は、比較的明確であると思われる。ただし、この要件の設定には、高収入の就業者も含むことになり、適切でないとの批判がある[182]。収入要件を設けることは、選択肢としてあり得るだろうが、労働契

---

180 安全配慮義務については、すでに裁判例において労基法上の労働者以外にも適用になるとされている。また、前掲注 178)「在宅ワークの適正な実施のためのガイドライン」には、個人情報保護に関する定めが置かれている。

181 この点で前掲注 175）の「労働契約法試案」が、「その業務の実態に即してこの法律の規定が適用又は準用されるものとする」としていることが参考になる（七六頁）。

182 鎌田耕一「労働契約法の適用範囲とその基本的性格」日本労働法学会誌 107 号 28-29 頁（2006 年）。

約法制のどのような規定の適用を念頭において判断するかがその適否の鍵となるであろう。特定の者と専属的な契約を継続している者について、高収入であるために、すべての労働契約法制の規定の適用からアプリオリに除外すべきとまで考えてよいかは疑問である。労基法上の労働者には、収入要件がないことと対比しても、慎重に検討すべきであろう。

むしろ重要なことは、「最終報告」が提示する五つの要件で十分かという問題である。研究会の議論でも若干指摘されているが、組織的な従属という観点からの要件も付加すべきではないかと思われる[183]。就業者が高収入ということよりも、契約している企業の事業に組織的に組み入れられているかが、要保護性という観点からは重要であるからである。この観点を導入することによって、経済的には企業との関係で従属的である多様な取引相手との区別が可能となり、経済的従属就業者の外延がある程度明確になると思われる。

なお、第三の要件である「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」については、基本的に妥当であるが、一、二名の補助者があることによって、労働契約法制の適用から完全に排除されるというのは妥当性がない場合があろう。このようなケースについても適用可能であるように補正する必要があるのではないだろうか。

（4）現段階における立法化の可否

「最終報告」では、経済的従属労働者に対する労働契約法制の適用について、現段階では司法による類推適用に委ねるべきであるとの有力な意見があった。しかし、すでに述べたように、労働契約法制に統一的な労働契約概念を立てるのではなく、経済的従属就業者に関する要件を補充および補正するならば、労働契約法制の一部について準用を認める方向で積極的に検討すべきであろう。確かに、経済的従属就業者に対する労働契約法制の適用の問題が、労働契約法制の制定に伴う派生的な問題として検討されたことを考えると時期尚早論であるとする意見は説得力がある。経済的従属就業者の労働法制の適用問題は、それ自体の本格的な検討を要するものであり、今回のように片手間の議論でことを決するのは適切でないという考え方には賛成である。従って、今後の本格的な検討が約束されるならば、当面類推適用によるという方針に反対するものではない。ただ、その作業を待つことなく、経済的従属就業者に一応妥当な要件ができ、また現在提案されている労働契約法制の部分適用が、これらの就業者に対する適切な保護となり、さらに今後の本格的な法整備の妨げとならないならば、今回の立法措置を出発点となるようできる限り努力すべきであろう。

4．おわりに

今回の「最終報告」による経済的従属就業者に対する労働契約法制の適用という問題提起は、労働法の適用範囲の見直し全体の必要性を改めて示したといえる。今後は、この問

---

[183]この点で前掲注175）の「労働契約法試案」が、従属的自営業者の定義として、「特定の者との間の労務供給契約に基づき一定期間継続して専属的に当該業務に従事」することを一要件としていることが参考になる（七六頁）。

題について、ILOで採択されるであろう勧告も踏まえて、本格的な立法的検討に取組むべきであろう。

また、経済的従属就業者に労働契約法制を適用する以上、これらの就業者に労働審判法および個別的労働紛争解決促進法を適用することが不可欠である。この点は、労働契約法制の制定時に、併せて解決すべき課題であることを付け加えておきたい。

最後にこの問題の立法化がどのように決着しようとも、労働契約法制が民事的な規定である以上、当然に類推適用が可能であることを改めて確認しておこう。その意味で、仮に労働契約法制の一部規定を適用することになったとしても、そのことを理由に他の規定の類推適用をしないように反対解釈してはならない。そして、労働契約法制について、特定の規定を経済的従属就業者に適用しないことを定めることも適当ではないことを付言しておきたい。

補論　単身赴任者・複数就業者に対する通勤災害の保護範囲の拡大

1．はじめに

昨年秋の第163回特別国会において成立した「労働安全衛生法等の一部を改正する法律」（平成17年11月2日公布、平成18年4月１日施行）によって、労働災害補償保険法（以下、労災保険法）の通勤災害保険制度の一部が改正された。この改正により、単身赴任者および複数就業者について、通勤災害として保護される範囲が拡張された。

通勤災害とは、労働者の通勤による負傷、疾病、障害または死亡（労災保険法７条１項）である。この通勤災害について、業務災害の場合と同様に労災保険から必要な給付を行うのが通勤災害保険制度である。しかし、労災保険法によって保護される通勤とは、労働者が「就業に関し、住居と就業の場所との間を、合理的な経路及び方法により往復すること」をいい、「業務の性質を有するものを除く」ものに限定されている（７条２項）。

通勤をこのように限定的に定義するのは、労働者の通勤が定型的には自宅から就業の場所とを直接に往復する行為と想定されているからに他ならない。この結果、この定義から外れる就業場所への移動および帰宅のための移動は、通勤災害保護の対象とはならない。しかし、近年の就業形態の多様化および労働者の生活環境の変化によって、従来の通勤に関する想定が現実と乖離し、その結果、通勤災害保護の必要性があるにもかかわらず、その保護から排除される労働者が生じている。今回の労災保険法の改正は、このような問題点に対する対処として、単身赴任者および複数就業者（二重就職者）の通勤について、通勤災害保護制度の適用を受ける範囲を拡張したものである。

今回の改正内容は、厚生労働省に設置された「労災保険制度の在り方に関する研究会」（以下、「在り方研究会」）が2004（平成16）年７月５日に公表した「中間取りまとめ」が提案したものを基礎としている。この「中間取りまとめ」の「最終報告」を受けて、労働政策審議会内の労働条件分科会労災保険部会が「労働者災害補償保険制度の改善について」と題する「最終報告」を提出し、最終的に同年12月21日に労働政策審議会が今回の改正内容を労働大臣に建議した。この建議に基づき法案が作成され、2005（平成17）年3月4日に第162通常国会に提出されたが、衆議院解散に伴って廃案となった。しかし、同年9月30日に、第163特別国会に改めて法案が提出され、同国会で改正が成立したものである。

以下では、今回の改正内容および改正の理由を紹介し、今後の課題を若干検討する。

２．今回の改正内容

今回の改正は、単身赴任者の帰省先住居と赴任先住居の移動および複数就業者の事業場間の移動を労災保険法上の「通勤」に含めるとしたものである。その改正内容を法文に即して紹介すると、労災保険法７条２項の通勤の定義規定における「住居と就業の場所との間の往復」という文言が「次に掲げる移動」と改正された。そして、「次に掲げる移動」が7条2項の各号に列挙されることになった。すなわち、1号が従来の「住居と就業の場所との間の往復」であり、2号が複数就業者の事業場間の移動について、「厚生労働省令で定め

る就業の場所から他の就業の場所への移動」と規定し、、3号が単身赴任者の帰省先住居と赴任先住居の移動について、「第一号に掲げる往復に先行し、又は後続する住居間の移動（厚生労働省令で定める要件に該当するものに限る。）」と規定したのである。

また、2005（平成17）年12月22日に公表された「労働者災害補償保険法施行規則等の一部を改正する省令案要綱」に基づいて、現在策定中の省令の内容を紹介しておこう。

まず、労災保険法7条2項2号の「厚生労働省令で定める就業の場所」、すなわち通勤災害保護制度の対象となる事業場間移動の起点たる就業の場所については、①労働者災害補償保険の適用事業に係る就業の場所、②特別加入者（個人タクシー業者及び個人貨物運送業者、漁船による漁業者並びにこれらの者の行う事業に従事する者、特定農業機械作業従事者並びに家内労働者及びその補助者を除く。）に係る就業の場所および③その他①または②に類する就業の場所とされた。

次に労災保険法7条2項3号の「厚生労働省令で定める要件」、すなわち通勤災害保護制度の対象となる住居間移動の要件とは、同号に定める移動が、転任に伴い、当該転任の直前の住居から当該転任の直後の就業の場所に通勤することが困難となったため住居を移転した労働者であって、①家族介護（同居の親族を含む）、学校等に在学する18歳以下の子の養育、就業、住宅管理などの理由で、配偶者が別居している者、②配偶者がおらず、子が介護を受けるためまたは在学のためなどのため、子と別居している者、③配偶者および子はいないが、介護のためなどに「同居介護していた要介護状態にある親族」と別居している者または④その他①～③までに類する者によって行われるものとされた。

3．今回の改正理由

（1）通勤災害保護制度の趣旨と「通勤」の範囲拡大の要件

通勤災害保護制度は、1973（昭和48）年の労災保険法改正により発足した[184]。本来、使用者の支配領域にない通勤を[185]、労災保険の保護対象としたのは、それが単なる私的行為ではなく、労務提供に不可欠な行為である通勤について、その途上での災害が増加していることを考慮して、社会全体の立場から、通勤災害がある程度不可避的に生ずる社会的な危険となっており、労働者の私生活上の損失として放置されるべきものではなく、何らかの社会的な保護制度の創設によって対処すべき性格のものであると認識されたからに他な

---

[184] IL0121号業務災害給付条約（1964年）も、通勤災害を保護対象とする立場を示している（7条1項）。日本は、通勤災害制度の設立後、1974（昭和49）年にこの条約を批准した

[185] もっとも、この点については、通勤災害を業務災害の一種と位置づける、またはそのように擬制する考え方、すなわち通勤災害と業務災害を一元的に捉える立場から、ドイツのように通勤災害を労働災害の概念に取り込む制度構想もあり得る。しかし、日本は、通勤災害を業務災害と区別する二元主義的な制度を採用している。この点に関しては、小西國友「通勤災害に関する諸問題」水野勝先生古稀記念論集『労働保護法の再生』（信山社、2005年）543頁参照。なお通勤災害保護制度全般に関する最近の検討として、山崎文夫「通勤災害保護制度と労働者保護の課題」同書527頁参照。

らない[186]。

この通勤災害保護制度の趣旨を踏まえるならば、労災保険法上の「通勤」として保護すべき範囲は、労働者の移動が①業務と密接な関連を有することおよび②社会的にみて保護の必要性が大きいものであることに加えて、③反復継続性があり、実務的に通勤災害であるかどうかの認定も容易であること、この3つの要件から判断すべきということになる[187]。以下では、単身赴任者および複数就業者の「通勤」範囲拡大の理由をそれぞれ紹介する。

（2）単身赴任者の保護すべき「通勤」の拡大

単身赴任者は、子どもの教育に対する配慮や持家などを背景として、1988（昭和）62年に41万９千人とされた単身赴任者（男性）の数は、2002（平成14）年には83万4千人（男女総計）に増加している。「単身赴任に関する実態調査」[188]によると、単身赴任者の大半は、月１回以上は家族のもとへ帰省している。この単身赴任者の帰省先住居への移動については、通勤災害保険制度において比較的早くから着目され、行政解釈の整備によって、この移動に一定の保護が与えられてきた。

平成３年には、単身赴任者の家族の住む自宅について、就業場所との距離が200キロ以内で片道3時間以内であって、単身赴任者が毎週1回以上往復するのであれば、これを労災保険法上の「住居」とするという行政解釈が示された（平3･2･1基発74号）。ついで、平成7年には、「近時、単身赴任者の増加傾向に加えて、交通機関の発達等により、単身赴任者等の家族の住む自宅と就業の場所とを定期的に直行直帰する形態が一般的といえるようになってきたこと等を踏まえ、」平成3年通達を廃止して、「当該往復行為に反復・継続性が認められるときは、当該自宅を同項に規定する『住居』として取り扱うものとする」行政解釈が示されている（平7･2･1基発39号）[189]。

この結果、単身赴任者が週末に就業の場所から直接「帰省先の住居」への移動および週明けに「帰省先の住居」から直接就業の場所への移動は、反復・継続性が認められる限り、労災保険法上の通勤とされることになった（図１①、②）。しかし、単身赴任者が就業の場所から「赴任先の住居」に一旦戻り、そこから「帰省先の住居」に移動する場合および「帰省先の住居」から「赴任先の住居」に戻り、そこから「就業の場所」に移動する場合において、それぞれ「赴任先住居」と「帰省先住居」との間の経路（図１③）については、「通勤」と評価されなかったのである[190]。

186厚生労働省労働基準局労災補償部労災管理課『6訂新版労働者災害補償保険法』（２005年、労務行政）52 - 53頁参照。

187 在り方研究会資料「通勤災害保護制度の見直しについて」（平成14年７月８日）参照

188 厚生労働省労働基準局労災補償部労災管理課『1999年単身赴任に関する実態調査報告書』（2001年、産労総合研究所、以下「単身赴任調査」とする。）

189 なお、「単身赴任者等」とは、「転勤等のやむを得ない事情のために同居していた配偶者と別居して単身で生活する者のほか、単身赴任者と同様に、家庭生活の維持という観点から自宅を本人の生活の本拠地とみなし得る合理的な理由のある独身者をいう。」（平７・２・１基発39号）

190 能代労基署長（日動建設）事件・平成12･11･10労働判例800号49頁および高山労

ところが、「単身赴任調査」によると、帰省経路では、赴任先住居から帰省先住居へ移動する者が約4割おり、帰省先住居から勤務に戻る移動において、赴任先住居に寄る者が約7割を占めている。また、移動の途中の赴任先住居では、「移動の準備」、「掃除・洗濯等の家事」、「食事」、「睡眠」などの必要な最小限度のことが行われている。さらに移動に要する時間は、２時間以上を要する者が８割を超えており、４時間以上を要する者が３割を超えている。加えて、赴任先住居から帰省先住居へは、勤務日の当日に出発する者が多数であるが、翌日に出発する者も一定程度いるし、また、帰省先住居から赴任先住居への移動においては、勤務日の前日に赴任先住居に戻り翌日の勤務に備える者が多数である。

このような実態を前提とすると、単身赴任者の赴任先住居・帰省先住居間の移動は、週末帰宅型通勤を行う単身赴任者にとって、ある程度不可避的に生ずる社会的な危険であり、保護の必要性が高く（第２要件）、また一定の反復継続性があると考えられ、認定も容易である（第3要件）。そこで、赴任先住居から帰省先住居への移動が勤務日当日又はその翌日に移動が行われることが大半であるとともに、赴任先住居では、帰省の準備や家事等日常生活に必要な最小限度の行為を行って出発していることが多いという実態があること、当日の移動ができない場合もあること、現行制度において、直接事業場から帰省先住居へ向かう場合は通勤災害保護制度の対象としていることからすると、勤務日当日またはその翌日に行われる赴任先住居から帰省先住居への移動は、業務に関連性があるものとして、原則として通勤災害保護制度の対象とすべきとされた（第１要件）。また、帰省先住居から赴任先住居への移動については、勤務日当日またはその前日に移動が行われることが大半であり、特に前日に移動が行われることが多いという実態があること、単身赴任者の帰省先住居･赴任先住居間の移動時間は２時間以上かかる場合が大半であることからすれば、勤務日の前日に赴任先住居に戻り翌日の勤務に備えるという行為には合理性があると考えられること、現行制度において直接帰省先住居から事業場へ向かう場合は通勤災害保護制

基署長（通勤災害）事件・岐阜地判平成 17･4･21 労働判例 894 号 5 頁は、帰省先住居から赴任先住居への移動中の災害を通勤災害とした裁判例である。前者は、赴任先住居である寮が、工事現場と一体をなす付帯施設であるので、当該移動が「就業の場所」に向かう行為と同視しうるとし、また、就労日の前日に赴任先住居に戻る移動が、翌日の就労に備えて体調を整えるためであったのであり、当該移動は「就業に関して」行われたものに当たるとした。これに対して後者は、「勤務前日に帰省先住居を出発して赴任先住居に到着し同所で一泊した後，翌日に就業の場所に移動する一連の移動を，住居から就業の場所への移動と捉え，これを「通勤」の概念に含まれうるものと解し，その上で，通勤の他の要件を満たす場合には，「通勤」に該当する」とした。この解釈は、通勤範囲の立法的な拡大を踏まえて、それを先取りしたものと評価できる。しかし、住居から就業場所への直接的な移動を通勤として定義している以上、帰省先住居から赴任先住居への移動を通勤と解釈することは、解釈論の域を逸脱していると考える。この移動を解釈によって通勤と見ることが困難であるからこそ、立法的な整備が必要とされたのである。もっとも、この事案は、赴任先住居である社宅が就業の場所である営業所の２階にあったのであるから、前掲の能代労基署長（日動建設）事件のように、赴任先住居を就業の場所と一体をなす施設と解釈することによって、当該移動を通勤と解することができると思われる。

度の対象としていることから、勤務日当日又はその前日に行われる帰省先住居から赴任先住居への移動は、原則として通勤災害保護制度の対象とすべきであるとされた（第１の要件）。

（３）複数就業者の保護すべき「通勤」の拡大

就業形態の多様化に伴って、複数就業者が増加しつつある。二重就職の実態調査[191]によって複数就業者の移動の実態をみると、第一の事業場と第二の事業場の間を直行する者が30.1%、第一の事業場と第二の事業場の間を直行することの方が多いものが16.1%となっており、現在保護の対象とされていない事業場間の移動が相当程度行われている。また、事業場間の移動を行う者、多くの者が一定の移動経路や交通機関により移動をしている。

複数就業就職者については、第一の事業場から第二の事業場への移動が第二の事業場へ労務を提供するために不可欠な行為である（第１要件）。また、第一の事業場から第二の事業場へ直接向かう場合には、通常、私的行為が介在せず、住居から事業場までの移動に準じて保護する必要性が高い（第2要件）。そして、複数就業者の事業場間の移動は、自宅と事業場の間の移動と同様に反復継続性があり、認定も容易である（第3要件）。したがって、複数就業者の事業場間の移動についても通勤災害保護制度の保護の対象とすることが適当とされたのである。

４．今後の課題

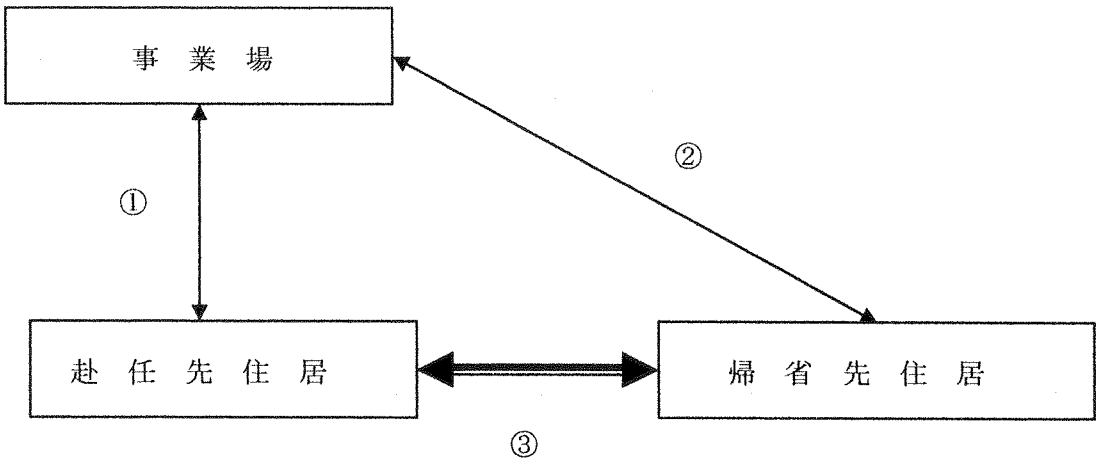
今回の改正に関しては、「複数就業者に係る労災保険給付基礎日額の算定方法については、その賃金の実態を調査し、早期に結論を得ること」という衆参両院の附帯決議がなされた。この問題は、「中間とりまとめ」では、「労災保険制度の目的は、労働者が被災したことにより喪失した稼得能力を填補することにあり、このような目的からは、労災保険給付額の算定は、被災労働者の稼得能力をできる限り給付に的確に反映させることが適当であると考えられることから、複数就業者についての給付基礎日額は、複数の事業場から支払われていた賃金を合算した額を基礎として定めることが適当である」としていた。しかし、労働政策審議会の建議の段階では、この点は、「複数就業者に係る給付基礎日額の算定方法の在り方については、複数就業者の賃金等の実態を調査した上で、労災保険制度の在り方に関する研究会中間とりまとめに示された考え方を参照しつつ、専門的な検討の場において引き続き検討を行うことが適当である」とされるにとどまった。衆参両院の附帯決議に基づいて、早急に対応がとられるべき問題といえる。

また、「中間取りまとめ」は、逸脱・中断の特例的取扱いに係る考え方や具体的範囲についての取扱いの見直しを提案している。一日における労働者の活動範囲が拡大していることを考えると、これらの問題についても早急な法的検討が必要である。

---

191 三和総合研究所『二重就職に係る通勤災害制度創設のための調査研究報告書』（2001年、以下「二重就職調査」）

図1　単身赴任者の場合



第三章　解雇・有期労働契約法制の改正の意義と問題点

一　はじめに

二〇〇三年六月二七日、労働基準法を改正する法律が成立した。このうち、解雇法制に関しては、解雇事由を就業規則の必要記載事項とされ、解雇権濫用法理が立法化され使用者の解雇権に一般的な立法規制を導入され、労働者の請求に基づき解雇予告期間中に解雇理由説明書を使用者が交付するなどの改正がなされた。また、労働契約期間については、一年の一般上限規制が三年に、三年の特別上限規制が五年とされる他、有期労働契約の終了をめぐる紛争に関する行政指導の基準を制定するなどの改正が行われた。

解雇法制の改正は、日本において初めて解雇権の一般的立法規制が取り入れたという意味において画期的な意義を有する。しかし、この改正の成立過程では、金銭賠償による使用者からの労働契約の解消が提案され、また法案の段階では、解雇自由の例外として一般的規制を位置づけるなど、さまざまな問題点を秘めていた。これらについては、労働側および野党の強い反対のなかで、今回の改正に盛り込まれることはなかった。この結果、今回の改正は、本格的な解雇法制の出発点となる可能性を持ったといえる。しかし、解雇手続きの見直しなど、より充実した解雇法制とするために残された課題は少なくない。

また、労働契約の上限規制の緩和は、前回の労基法改正に比較するならば、原則一年とされた契約期間の大幅な緩和であり、従来の有期労働契約法制に与える影響は大きい。これに対して、有期労働契約をめぐってもっとも紛争の多い契約の終了については、解雇法制の整備に伴って立法規制の好機であったが、私法的効力のある立法は見送られることになった。このような法改正は、有期労働契約を適正な雇用形態とするという観点からは、不十分な点が多いと指摘しなければならない。

そこで、解雇法制および有期労働契約法制の改正に至る経過も踏まえて、これらの改正それぞれについて、その意義と問題点を検討し、ついで今回の改正の解釈論上の論点を示し、さらに今後の立法改正のあるべき方向性を提示することにしたい。

二　解雇法制の改正

（1）今回の改正の経緯

最近の労働立法は、政府の規制緩和政策の影響が大きいが[192]、今回の労基法改正も、その流れになかにある。今回の改正点は、直接には総合規制改革会議の前身である規制改革委員会が二〇〇一年三月に決定し、閣議決定された『規制改革推進三ヵ年計画』に盛り込

192　この動きは、一九九五年に行政改革委員会に設置された規制緩和小委員会の決定した『規制緩和推進計画』に始まる。規制緩和小委員会は、規制緩和委員会（一九九八年）、規制改革委員会（一九九九年）、そして内閣府に設置された総合規制改革会議と組織は目まぐるしく変更され、その決定も『規制緩和推進三か年計画』（一九九八年）、『規制改革推進三か年計画』（二〇〇一年）と次々出されてきたが、その基本的な方向に変化はない。

まれてからその動きが本格化している。そして、今回の改正は、二〇〇二年一二月一二日に公表された総合規制改革会議の『規制改革の推進に関する第二次答申』に盛り込まれていた内容の具体化を目指すものであったといってよい。

政府の規制緩和または構造改革という路線において、一見規制強化と思われる解雇規制の立法化が登場してきたのは、解雇規制の立法化によって解雇がより容易になることを期待してことであった。つまり、特に現在の整理解雇に関する判例法理を立法によって緩和することが求められているのである[193]。従って、労働側が希求してきた解雇規制の強化という視点からの立法化とは方向性が一八〇度異なっていた。このことは、今回の改正のなかでは、整理解雇の四要件を緩和するという提案こそなかったが、当初は解雇について金銭解決制度が提案されていたことおよび国会に上程された法律案では使用者が原則として自由に解雇できることをあえて本文に書き込もうとしたことに如実に表れていたといえる。

金銭解決制度については、解雇の有効性が否定された場合に、労働者が復職ではなく、例えば解雇補償金のような金銭を受取ることによる解決を望む場合にそれを認めるという制度であれば、十分に検討の余地がある[194]。しかし、使用者が金銭解決を申し出ることができるという制度では、従来よりも違法解雇について使用者が負うべき負担を軽減する可能性が高く、さらには補償金を支払うことにより解雇自体が正当化されるという発想にも繋がりかねず疑問が多い。解雇に関する金銭解決制度のあるヨーロッパ諸国においても、解雇補償金により違法な解雇が正当化されるという発想ではないことが留意されるべきであろう。

解雇の金銭解決制度は、今回こそ労働側の強力な反対などにより見送られたが、再び浮上してくることは間違いがないだろう。最近の労働立法では、労働側の反対で見送られた改正点が、時をおかず提案されることが多いからである[195]。そして、金銭解決制度だけではなく、整理解雇四要件の緩和を含めて、より容易に解雇をできる制度を目指した動きが今後継続していく可能性が高いと思われる。

（2）解雇法制改正の内容

今回の労基法改正において解雇規制に関して導入されたのは、第一に、解雇の一般的規

---

193 このことを直裁に述べているのが、八代尚宏『雇用改革の時代』中公新書八五頁以下である。なお、新聞報道によれば、今回の改正の動きは、小泉首相が解雇をしやすくすることが雇用増に繋がるという趣旨の発言をしたことが発端であるとされている（朝日新聞二〇〇三年六月一八日）。

194 この場合、解雇補償金をどの程度の水準に設定するかが重要な課題となる。筆者は、無効な解雇について、解雇期間中の賃金支払いが認められてきたことを考えると、訴訟期間が短縮される傾向にあることを考慮しても、希望退職における加算額などを参考にすると、少なくとも賃金二年分程度が妥当ではないかと考えている。島田陽一「解雇規制をめぐる立法論の課題」日本労働法学会誌九九号九六頁参照。

195 実際、日本経団連は、すでに金銭解決制度の検討を厚生労働省に働きかけており、厚生労働省は、九月にも労働政策審議会において議論に着手すると報道されている（朝日新聞二〇〇三年七月三日）。

制（一八条の二）、第二に、就業規則の記載事項である退職に関する事項（八九条一項三号）に解雇の事由を含むことを明示すること、そして第三に、労働者が解雇予告期間中に、当該解雇の理由について証明書を請求した場合、これを使用者が交付することを義務付けること（二二条二項）、である。以下では、それぞれについて検討しよう。

1　解雇の一般的規制

労基法に新たに挿入された一八条の二は、「解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合には、その権利を濫用したものとして無効とする」と規定する。この法文は、当初の法案では、「使用者は、この法律又は他の法律の規定によりその使用する労働者の解雇に関する権利が制限されている場合を除き、労働者を解雇することができる。ただし、その解雇が客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする」とされていた。

労使の一致点は、現在の判例法理である解雇権濫用法理を立法化するということであったが、このような法文の提案は、前述の労使の解雇規制立法の構想における大きな開きを露にすることになった。

解雇権濫用法理は、使用者が解雇権を有することを前提に（民法六二七条）、その行使が客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合には、権利の濫用（民法一条三項）として無効とするというものであった。その意味では、当初の提案も、形式的には確かに解雇権濫用法理を法文化したものといえないわけではない。しかし、解雇権濫用法理は、解雇に正当な事由を要するとする実定法を欠くなかで、「説明として解雇権の濫用の形をとっているが、解雇には正当な事由が必要という説を裏返したようなものであり、実際の適用上は正当事由必要説と大差はない」[196]と評価されるものであった。従って、解雇権濫用法理をその実質において理解し、かつそれを立法化する段階においては、権利濫用法理という形式を利用する必要はないのであり、解雇に正当事由を要するというこの法理の実質的内容を法文化すべきであったのである[197]。またこのような法文であったとしても、正当な事由があるかぎり使用者の解雇権が否定されるわけではなく、当初提案された法文のように、使用者の解雇権の存在を改めて確認する必要はない。それにも拘らずあえて使用者の解雇権の存在を本文におくことは、あくまでも解雇の自由が原則であり、解雇が規制されるのが例外あるという誤ったメッセージを残すことになったのであろう。また、当初の法文では、訴訟手続きにおいて、解雇に客観的に合理的な理由がないことを労働者側が立証しなければならないという解釈の余地を残す点でも適切でなかった。従って、労働側がこの法文について激しい拒否反応を示したのは当然であった。

幸いなことに労働側の反対が功を奏して当初の提案が抜本的に修正された。なお権利濫用という形式が維持されていることは疑問であるが、この修正により、解雇の一般的規制に関する原則的な立法が実現したという評価が可能となった。いかなる場合に「客観的に

---

196 最高裁判所判例解説、法曹時報三〇巻四号六四三頁。
197 筆者の提案する法文については、島田・前掲論文（註 194）八三～四頁参照。

合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合」に該当するかは、これまでどおり最終的には司法の判断に委ねられることになる。

ただし、「客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合」について、労使にいかなる立証責任があるかは、立法上は明確にされなかった。この点については、衆議院の附帯決議において、この法文が解雇権濫用法理を法律上明定したものであるから、解雇権濫用の評価の前提となる事実のうち圧倒的に多くのものについて使用者に主張立証責任を負わせている現在の裁判上の実務が変更されないように施行され、また裁判所において解釈されることが求められた。そして、衆議院の附帯決議の内容に加えて参議院の附帯決議では、使用者に整理解雇に関する裁判例の内容を周知することについて政府が適切な措置を講ずることが求められた。これらの要請に応えるためには、差し当たり解雇基準に関する適切でわかりやすいガイドラインなどが整備されることが必要であろう[198]。

しかし、この解雇の一般規制規定は、他の労基法の規定とは異なり、労働条件の最低基準を定めるのではなく、また罰則付きでの行政取締規定でもない。それは、解雇の私法的な紛争を解決するためのルールを定めるものである。従って、このルールをより明確にするためには、証明責任の分配についても立法によって明確しておくことが望ましかったといえる。

2 就業規則における解雇事由の明示

就業規則に解雇事由を明記することを法定化された意義は、どこにあるといえるであろうか。これが労働条件の明確化という意味を持つことはいうまでもない。しかし、すでに多くの就業規則においてまがりなりにも解雇事由が定められているという現状においては、労働条件の明確化という意義はさほど大きなものでない。しかし、就業規則における解雇事由の明示が、単なる例示列挙ではなく、それ以外の事由による解雇を認めないという効果を有する限定列挙を意味するとすれば、その意義は小さくない。残念ながらこの点は立法上明確にされなかった。

この点に関しては、学説・判例上は、従来、例示列挙説と限定列挙説が対立してきた[199]。就業規則には、使用者に労働条件を明示させる意義があり、解雇が労働者にとって極めて重大な不利益であることを考慮すれば、就業規則における解雇事由の記載を使用者による解雇権の自己制約と解する限定列挙説が妥当と一応は考えられる。しかし、この限定列挙説には、具体的な解雇事由の記載が使用者に義務付けられていないときに、解雇事由の具体的記載を欠くときには、使用者は解雇事由について制約を受けないのに対し、不十分な解雇事由を記載したために、不必要に解雇権が制約するのは適切ではないという批判が可

---

198 島田・前掲論文（註 194）九九頁以下には、ガイドラインに関する試案を提示している。

199 なお、菅野和夫教授は、従来の例示列挙説の立場から、『労働法第六版』において限定列挙説に改められている。

能であった[200]。

しかし、使用者が解雇事由を就業規則に記載することが義務付けられた以上、あえて例示列挙説をとる必要性はなくなったといえよう。具体的な解雇事由を就業規則に記載するということは、使用者がいかなる場合に解雇を考えているかを労働者に明示することが義務付けられたことを意味し、これを解雇の自己制約と解しても使用者に酷とは言えないからである。今回の改正においては、この点を明確にしようとした民主党の改正案は取り入れられるには至らなかったが、解釈論としては、この改正に解雇事由の限定列挙としての効果を認めるべきである。

3解雇理由証明書の交付

解雇理由証明書の交付は、現状の退職証明書に比べると、解雇以前の解雇予告期間中にこれを請求できるという意義がある。しかし、退職証明書と同様に、交付の時期については「遅滞なく」という抽象的な文言に止まっている。

そもそも、解雇理由証明書の交付は、これを請求する労働者に対してだけなされるのであり、解雇手続きそのものに位置づけられないという限界があることもまた、退職証明書についてと同様の問題点である。

さて解雇理由証明書の法的意義については、解雇に関する民事裁判で使用者は、解雇理由の主張をこの証明書記載の理由に限定されるかという問題がある。改正法は、この点を明らかにしていないが、肯定的に解するべきであろう。退職証明書における解雇理由の記載についても、そのように解する余地は十分あったと考えるが、解雇には客観的に合理的な理由を要するということが法定された以上、解雇証明書の記載に大きな意義を付与する解釈が妥当と考えるからである。解雇に「客観的に合理的な理由」を要するとする一八条の二は、通常の労基法の規定とは異なり、行政により監督を前提としない、解雇という民事紛争を解決するためのルールを定める規定であり、解雇理由証明書を規定する二二条二項は、罰則付きの取締規定であって、双方の規定は必ずしも連動していないという批判があるかもしれない。しかし、同じ労基法のなかに定められた解雇に関する規定において、解雇理由証明書の記載される解雇理由と客観的に合理的理由との内容が別であると解釈する必要性はないであろう。そしてこのように解することは、解雇紛争の未然防止または早期解決に資することになる。

（3）今後の解雇規制立法の課題

今回の解雇法制の改正では、同床異夢の労使にとって一致できたのは、定着している判例法理である解雇権濫用法理を立法化するということにとどまった。この結果、包括的な

---

200 例えば、解雇事由について包括的条項がなく、かつ整理解雇に該当する事由を欠いている場合に、使用者にはいかなる場合にも整理解雇をする意思がないと解釈することが適切という類の問題があった。

解雇法制の整備という視点からは多くの問題が今後の課題として残されている[201]。

ここでは特に解雇手続きの整備および整理解雇ないし雇用調整に対する規制が急務であることを指摘しておきたい。

1 解雇手続きの整備

解雇法制を検討するときには、被解雇者が解雇について司法の場で争うのは、使用者に比べて負荷が大きいということを考慮する必要がある。このためには、適切な解雇手続きを整備することにより、乱暴な解雇を未然に防ぐとともに、解雇をめぐる紛争の防止または短期間での解決を図ることが適切である。解雇法制の発達した諸外国では、詳細な解雇手続きが制定される傾向にあるのもこのためである。

解雇手続きについては、今後、とくに解雇の事前手続きを導入する必要がある。今回の改正では、解雇予告後に本人が請求する場合にのみ、解雇理由を開示するにとどまる。これでは、労働者がこの知識を欠く場合には、現状と同じように解雇理由も示されず、解雇されるという状態が継続することになる。これは、今回の改正においても解雇理由の開示が明確に解雇手続きに位置づけられていないことから生ずる問題点である。そこで、解雇の事前手続きとして、使用者に解雇理由を明示することを義務付け、この段階で解雇対象労働者が弁明する機会を与えるのが適当である[202]。この他、解雇予告期間についても、勤務間に応じて予告期間を長くするなどの改正が検討されてよいだろう。

2 整理解雇の規制

整理解雇の規制については、整理解雇の実体的理由の規制とともに、整理解雇手続きの整備が重要な課題である[203]。整理解雇では、これまでの裁判例において、労使協議が重要な手続き要件とされているが、このことは、国際的な動向とも合致するものである。整理解雇については、経営全般に対する判断が必要であり、また解雇回避措置および不利益軽減措置の選択という課題があることを考えると、集団的な労使協議は不可欠な重要性を有するといえる。この点では、いかなる段階でどのような労使協議を義務付けるのか、労働者代表はどのように選出されるべきかなどの課題がある。

また、実際の雇用調整においては、整理解雇ではなく、希望退職募集の手法がとられることが圧倒的に多い。この希望退職について、整理解雇とは異なるものとして法外に放置するのが妥当かを検討する必要がある。この点では、整理解雇手続きについては、解雇手続きという範囲を超えて、雇用調整手続きという視点から構想すべきともいえる。

三　労働契約期間に関する改正

---

201 包括的な解雇法制としてはなお未検討の問題もあるが、筆者の立法構想については、島田・前掲論文（註 194）参照。

202 具体的な規定例として、島田・前掲論文（註 194）八六頁参照。

203 整理解雇に対する規制の規定例については、島田・前掲論文（註 194）八八頁以下参照。

（1）労働契約期間をめぐる法改正の経緯

労働契約期間については、労基法は、上限一年という短期の制約を課した。この契約期間の上限規制については、すでに一九九八年には、若干の緩和がなされ、例外的に三年という契約期間が認める現行制度が成立している。今回の改正は、前回の改正の延長線上において、労働契約期間の上限規制を一層緩和することが中心であるが、契約終了をめぐる紛争防止に関して一定の配慮が示されている。今回の改正の意義を確認するためには、前回の改正の経緯に遡って検討する必要がある。

1　一九九八年改正の経緯

労働契約の上限規制の緩和については、もともと労働大臣の私的懇談会である労働基準法研究会の労働契約等法制部会が一九九三年に公表した「最終報告」に端を発する。この「最終報告」では、上限期間を五年とすることが提案されていた。しかし、具体的な立法化の動きは、一九九五年に行政改革委員会に設置された規制緩和小委員会の決定した『規制緩和推進計画』に労働契約期間の上限規制緩和が盛り込まれたことにより加速されたものであった。

さて、前回の改正に過程での中央労働基準審議会（中基審）就業規則等部会では、労働契約期間をめぐっては公労使が三者三様の意見を示していた。そして、この公労使の意見のなかに今回の改正も含めて労働契約期間をめぐる立法課題が集約的に示されていた。そこで、公労使の意見をそれぞれ紹介しておこう。

（公益委員）一定期間のプロジェクトに従事する者については、現行規定の「一定の事業の完了に必要な期間を定めるもの」の解釈により対応することを検討してはどうか。上限規制の緩和は、育児休業法の潜脱、若年定年制等女子の雇用に影響を与える可能性がある。

（労働者側委員）現行規定でも、労働者の退職の自由が保障されているいわゆる雇用保障期間としてであれば一年を超える期間を定めることができるので、規定を改廃する必要はない。期間の定めのない雇用契約を原則とし、有期雇用契約は特定の場合にしか締結できないこととすべきである。また、反復更新後の更新拒否等の問題等についても議論すべきである。

（使用者側委員）現在では身分拘束のおそれはないので、労働契約期間の上限規制は廃止して民法の規定（民法六二六条）により五年まで設定できるようにすべきである。特に、開発プロジェクト等に外国人を採用する場合、社内で人員を確保することが困難な専門性が高い業務に携わる者を確保する場合、余人をもって代えがたい高齢者を継続雇用する場合等において、上限を延長する必要性が高い。

この公労使の意見をまとめてみると、労働契約期間をめぐって、使用者委員側から上限規制の撤廃が主張され、これに対して労働者側委員からは、有期労働契約の終了にかかわる新しい規制が主張されている。

使用者側委員の契約期間の上限規制撤廃の理由は、現行の規制の目的が達成されたとい

う消極的理由と特定の場合には一年という上限規制の撤廃を要するという積極的理由が示されている。これに対して、労働者側委員および公益委員は、従来の規定の解釈で対応可能とする意見を示している。

また、公益委員は、上限規制緩和の緩和が、女性の雇用に悪影響を与える懸念があるとして慎重な態度を示した。

これらを整理すると、有期労働契約の立法課題として議論されたのは、契約期間の上限規制の撤廃がその中心であったが、同時に特に労働側からは、有期労働契約の終了をめぐる問題も立法課題とされていたことわかる。

さて、契約期間の上限規制の撤廃に関する議論を検討してみると、第一には、現行の規制の目的が達成されたという消極的理由によって、上限規制を緩和し、さらには廃止することが政策的に妥当かということが論点となっている。この論点に対しては、労働者の退職の自由に対する不当な侵害にならないか、また雇用期間の長期化がかえって雇用の不安定化につながらないかという批判が投げかけられる。これに付随して、一年を超える期間には、労働者の退職の自由を保障すべきという議論が当然登場する。

第二には、少なくとも特定の事由については、一年を超える契約期間の必要性が肯定できるかという論点がある。この点では、三者ともその必要性を否定していないが、労働者側委員および公益委員は、法改正によってではなく、解釈によって対処することを提案していた。

第三には、有期労働契約の終了をめぐる紛争に対する対処については、この段階では労働者側委員のみが主張していた[204]。

このような議論を経て、最終的に中基審建議では、「専門的能力を有し、柔軟、多様な働き方を志向する労働者がその能力を一層発揮するための環境整備に、また、高齢者がこれまで培った能力、経験を生かすための雇用の場の確保に資する観点から」三つの場合について労働契約期間の上限を三年にすることが提案された。

つまり、一年という上限規制の一般的撤廃を見送られ、特定の事由について三年という上限期間を認めるという制度が妥協的に採用されたのである。そして、国会審議のなかで最終的には三年という期間が認められる場合については、六〇歳以上の高齢者の雇用を除いて、現行規定のように極めて厳格な要件が課せられることになった。これは、三年の雇用期間が雇用の不安定化に繋がるおそれを極力回避しようとするものであった。

2 今回の改正の経緯

前回の改正によって実現した有期労働契約法制は、当時の規制緩和小委員会にとっては、到底満足のいく立法ではなかった。そこで、規制緩和小委員会は、規制緩和委員会（一九

---

204 この主張については、中基審建議では、「有期労働契約の反復更新の問題等については、その実態及び裁判例の動向に関して専門的な調査研究を行う場を別に設けることが適当である」と整理され、立法課題から除外された。そして、国会でも同様の趣旨の附帯決議がなされた。

九八年）、規制改革委員会（一九九九年）、そして内閣府に設置された総合規制改革会議と組織は目まぐるしく変更され、その決定も『規制緩和推進三か年計画』（一九九八年）、『規制改革推進三か年計画』（二〇〇一年）と次々出されてきたが、これらの計画のなかで一貫して契約期間の上限規制のより一層の緩和を求められている。この動きが今回の改正の原動力であったといえる。つまり、今回の改正は、前回の改正で果たせなかったことを、実現しようとするという側面が濃厚である。

このことは、今回の改正においては、現行制度について具体的にどのような問題点があり、それをどのように解決できる改正案であるのかについて、必ずしも十分な説明がないことからもわかることである。例えば、今回の改正について検討してきた労働政策審議会労働条件分科会の「今後の労働条件に係る制度の在り方について（「最終報告」）」（二〇〇二年一二月二六日）でも、雇用形態の多様化のなかで有期労働契約を良好な雇用形態とするという一般的目的が語られているが、結局そのためには、契約の反復更新されることが多いという現状等を踏まえて、雇用期間を三年に延長することが必要としているにとどまる。契約期間の上限を三年にすることがなぜ改正目的を実現することになるかについて説得的な説明に乏しいといえる。また、特定の場合についての三年という上限を五年とする必要性についても具体的に述べられているわけではない[205]。

そして、有期労働契約を良好な雇用形態とするためには、契約の終了をめぐる問題や均等待遇の問題など他に多く課題があるか、それらが全面的に検討されているとは言いがたい。有期労働契約の反復更新に関しては、前回改正時の中基審建議および国会附帯決議を踏まえた検討である「有期労働契約の反復更新に関する調査研究会「最終報告」」（二〇〇〇年九月）によれば、「有期労働契約は労使それぞれのニーズに基づく制度として相当程度定着しており、有期労働契約に対する評価が分かれていること、有期労働契約に係るニーズや実態が多様であることにかんがみると、有期労働契約の締結、更新、雇止めに対する一律の制約は現時点では適当ではない」が、「有期労働契約の更新・雇止めについてトラブルが生じた場合に、事後的に司法的解決を個別に図る現在の状況は、トラブルの未然防止という観点からは問題」であり、行政において当面必要な対応措置をとることが提言されている。この提言に沿って、有期労働契約の締結及び更新・雇止めに関する指針（平成一二年一二月二八日基発七七九号）が出されている。今回の改正時においては、この行政指導による対応が適切な効果を生んだかについて十分な検証もなく、今回の改正でも、強行法的な立法規制は見送られた。

以上のように、今回の改正が前回の改正以降の施行状況について十分な検討を踏まえることなく、進められたことが確認できるであろう。

（2）有期労働契約法制改正の内容

---

205 現行制度に関する調査としては、日本労働研究機構「有期契約社員に関する調査（労働に関するWEB企業調査・従業員調査）」（二〇〇二年一二月）がある。

1 労働契約期間の上限規制の緩和

労働契約の期間に関する今回の改正点は、第一に一般的な上限規制が一年であったのを三年とし、かつ例外的に三年とされた部分について五年とすること（一四条一項）、第二に特例的な取扱いについての労基法旧一四条一号と二号を統合し、その要件を簡素化したこと（同条同項一号）、第三に労働契約期間をめぐる紛争防止のために行政指導の基準を作成することを明記したこと（同条二、三項）、第四に一四条に基づき契約期間一年を超える労働契約を締結した労働者が一年経過後には、契約期間に拘束されずいつでも退職できるとしたこと（一三七条）および第五に有期労働契約法制について三年経過ののち再検討することとしたこと（改正附則三条）である。これらの改正は、労働契約期間の上限規制の緩和と有期労働契約の終了という二つの課題に対応するものである。以下では、それぞれの問題について検討する。

1 契約期間の上限規制の一般的緩和

今回の改正は、前回の改正では維持された労働契約期間を一年とする原則を三年とする改正であり、前回に比べて重要な意味を有する。

これまでの国際的に見ても厳しい上限規制は、賠償予定の禁止（労基一六条）および前借金の禁止（同一七条）と相俟って戦前の人身拘束的な雇用慣行を排除することを目的としていた。なぜ一年という期間が選択されたかについては、必ずしも明らかではないが、いずれにしても、今日においては戦前の人身拘束的な雇用慣行は、基本的に姿を消し、当初の立法趣旨のとの関係ではで一年という上限規制を維持する根拠は失われたと一応いえる[206]。

しかし、このことによって現行の上限規制の一般的な緩和が適当といえるかは別途の検討を要する。現状において有期労働契約の利用について特段の制約がないときには、長期の雇用期間の設定は、労働者の退職の自由の制約機能を持つ可能性があり、また逆に雇用の不安定化に繋がる可能性も否定できないからである。確かに今回の改正では、国会審議の過程で、労働者が一年経過後には退職できる旨の規定（一三七条）が挿入されたため、労働者の退職の自由は確保された[207]。しかし、雇用の不安定化という視点からはなお検討の余地がある。

現行の上限一年という有期労働契約についても、労使双方ともに更新を望まないのであれば別であるが、契約更新の可能性があるときには、一般に期間の定めのない労働契約と比較して不安定な雇用である。契約期間の上限が三年に延長されることにより、この現状がどのように変化するのであろうか。

現在の上限一年という契約期間では、業務に必要な期間について契約が締結できないが、上限が三年に延長されれば、多くの場合にそれが可能になるというのであれば、上限期間

---

206 島田陽一「労働契約期間の上限規制の緩和」季刊労働法一八三号四八頁参照。
207 この結果、契約期間の上限規制の緩和の目的が、一年を超える期間について労働者を確保するというニーズに対応するとはいえないことになった。

の延長が有期労働契約を適正な雇用形態とすることに資するといえるであろう。しかし、日本の有期労働契約法制は、契約期間を業務に必要な期間とすることを求めていないし、短期の臨時的業務以外には、そのような実態はない。現実には、多くの有期労働契約労働者は、恒常的な業務に就きながら、契約期間終了時ごとに定期的に職を失う可能性のある労働者なのである。上限期間の延長によって契約更新の機会が減少するのは、労働者にも有利なのではないかという疑問もあろう。しかし、単に上限期間が延長されても、現在六ヶ月または一年である契約の期間が、自動的に期間三年に変更されるわけではなく、契約を反復更新して雇用を継続するという慣行に対して期間の上限延長が制約的機能を期待することはできないのである。さらにいえば、労働契約期間が雇用保障期間といえるかについても、期間の定めのない労働契約について、解雇権に一般的制約が課されることと比較して、より手厚い保護となるかは微妙であろう。有期労働契約においても、「已ムコトヲ得サル事由」があれば即時解雇が可能であり（民法六二八条）、期間の定めのない労働契約の解雇正当化事由である「客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当」でない場合とどのように異なるかは、必ずしも明らかといえないからである。

結局、上限期間の延長は、現状において雇用期間の設定の有無が事実上使用者の手に握られている以上、使用者に雇用期間についてこれまで手にしていた以上の自由の付与を意味することになろう。

今回の改正に伴う附帯決議では、「労働契約期間の上限の延長に当たっては、常用雇用の代替を加速化させないように配慮するとともに、有期雇用の無限定な拡大につながらないよう十分な配慮を行うこと」とされているが、そのためには、有期労働契約法制の抜本的な見直しが不可避である。

2 特例的上限期間の延長

今回の改正では、前回の改正において上限三年が認められた特例について、その上限が五年とされた。また、これまでは、業務内容について「新商品などの開発また科学研究」ならびに「事業の開始、転換、拡大、縮小または廃止のためであり、一定期間内に完了することが予定されている業務」という限定があったが、これが削除された。さらに、専門的知識等を有する労働者を限定していた括弧書きが「当該高度の専門的知識等を有する労働者が不足している事業場において、当該高度の専門的知識等を必要とする業務に新たに就く者に限る」とされていたのが、下線部が削除され、「当該高度の専門的知識等を必要とする業務に就く者に限る」と簡略化された（満六〇歳以上の労働者については変更なし）。

この特例的な上限期間の制度が、一般規制が三年となることに対応してその制度に吸収されることなく、上限期間がさらに延長され五年となったのは、いかなるニーズに応えるものであったかは不明である。上限期間緩和の最終目標が一般的に五年とすることにあって、その中間地点として今回の改正が位置づけられるのではとの疑問が払拭できないところである。そして、労働者の退職の自由を保障する労基法一三七条の適用がないので、三年という期間に比べて五年という期間が労働者にとって酷な状況をもたらす可能性を否定

できない[208]。

また、特例事由の簡素化も重要な改正である。従来の厳格な縛りの目的は、当該企業に期間の定めのない労働契約により雇用されていた労働者を三年契約に切り替えることや、長期にわたる業務について三年契約の反復更新ができないようにすることにより、上限規制緩和の弊害が起きないよう配慮することにあった。今回の改正において、従来の縛りを削除しなければならない必要性は説得的に展開されていないといわざるを得ない。この結果、法文上は、特例が適用になる業務に従事している、期間の定めのある労働契約を締結していた正社員を、期間五年以内の契約社員に転換する可能性が生まれたといえる。今回の改正において、このことが然したる弊害がないと判断された根拠はどこにあるのであろうか。また、やはり理論上は、五年という長期契約が更新されることも可能とされたことになる。一回の更新で通算一〇年となるような有期労働契約が期間の定めのない労働契約と並存するというのが妥当なのであろうか。いずれの点も十分な検討を欠いていると思われる。

なお、特例事由に該当する専門職については、二〇〇二年四月より対象業務が拡大されている（平一四・二・一三厚労告二一号）。この点では、衆参両院の厚生労働委員会の附帯決議において、「有期五年の対象労働者の範囲については、弁護士、公認会計士など専門的な知識、技術及び経験を有しており、自らの労働条件を決めるにあたり、交渉上、劣位に立つことのない労働者を当該専門的な知識、技術及び経験を必要とする業務に従事させる場合に限定すること」とされたが、従来の対象業務についても、三年という一般規制では不十分であるかという観点から慎重な再検討が求められるところである。

3　有期労働契約の終了

今回の改正では、労働契約期間をめぐる紛争防止のために行政指導の基準を作成することが労基法に明記された。しかし、行政指導の基準自体は、すでに二〇〇〇年に詳細なガイドライン（有期労働契約の締結及び更新・雇止めに関する指針）が出されており、これに労基法上の根拠を与えるものにすぎないとすらいえる。このような行政指導の基準は、有期労働契約の終了に関して強行法的規制をしないことの見返りにとどまっている。少なくとも、二〇〇〇年のガイドラインにもとづく行政指導の成果を踏まえた実効性が検討されるべきであっただろう。改正附則三条において約束された三年後の見直しにおいては、有期労働契約法制の抜本的な見直しが求められよう。

（3）有期労働契約法制の今後の課題

現在の有期労働契約法制に関しては、契約の更新拒否をめぐる紛争がもっとも多い。これは、パートタイム労働者や契約社員などの正社員以外の非典型労働者について、その職務が有期に終了せず、長期にわたり雇用を継続することを予定している場合でも、有期労働契約を締結し、それを更新するという労働慣行があるためである。

---

[208] 国会の附帯決議では、この点が今後早急に検討すべき課題のひとつとされている。

この労働慣行においては、労働契約の期間は、雇用期間として機能を喪失し、雇用保障が厚く、労働条件も良好な正社員との雇用管理上の区別の象徴の一つでしかなくなっている。そして、雇用期間を定めるか否かは、特段の法的規制がない以上、契約の自由の問題であると解するのが一般的である。そして、契約の更新も自由とされている。しかし、労働契約に期間を付するか否かは、ほとんど使用者の意向で決まっているという現状を考えるならば、契約期間の有無を契約の自由の領域に放置するのは問題が多いといわなければならない。

有期労働契約が適正な労働形態になるためには、労使にとって期間設定が有意義なものでなければならない。恒常的な業務に有期労働契約が利用できるということは、結局、有期労働契約は雇用保障の弱い雇用形態となってしまうのである。ここから有期労働契約が脱却するためには、業務にとって必要な期間と契約期間が一致できるときに有期労働契約が利用されることを原則すべきである。つまり、有期労働契約については、利用事由が法定されるのが適当なのである。また、更新される場合も含めて、有期労働契約としての最長期間が設定されるべきであろう。そして、最長期間を超えた有期労働契約は、期間の定めのない労働契約とみなすという民事制裁が課されるべきであろう。このような措置がとられることにより、初めて期間の定めのない労働契約と区別された領域において有期労働契約が適正な機能を果たす基礎ができるであろう。このような改革が実現するならば、有期労働契約の更新拒否をめぐる問題点は、自ら解消していくことになろう[209]。

四　おわりに

今回の解雇法制の改正は、結果的に解雇の一般規制を確認する画期的な意義を担うものとなった。しかし、今後解雇法制がどのような方向性を持つことになるかについては、予断の許すところではない。そもそも今回の改正において、解雇規制が登場したのは、解雇をより容易にするという観点からのものであり、金銭解決制度や整理解雇基準の緩和などが今後提案されてくる可能性が高いであろう。また、雇用保障という観点からみても、解雇法制として、なお初歩的な内容であり、今後一層の充実が求められるところである。

有期労働契約法制の改正は、前回の改正において成し遂げられなかった課題を実現したという印象が強い。今回の改正は、契約期間の有無および更新の有無が当事者の自由に委ねられている有期労働契約法制の最大の問題点については、なお問題を先送りにしたまま、

---

[209]衆参両院の附帯決議では、「有期五年の退職の自由、有期雇用の反復更新問題、「期間の定めのない」契約とするみなし規定の制定、有期雇用とするべき理由の明示の義務化、正社員との均等待遇など、有期労働契約の在り方について、期間の上限を延長した場合におけるトラブルの発生についての状況を調査するとともに、雇用形態の在り方が就業構造全体に及ぼす影響を考慮しつつ、早急に検討を行い、その結果に基づき必要な措置を講ずること」とされているが、三年後の見直しに際しては、これらについて積極的な立法化が期待されるところである。

上限期間の延長だけを実現したものであり、有期労働契約を適正な雇用形態とするために機能するとは到底評価できない。三年後の有期労働契約法制の見直しにおいて、有期労働契約が期間の定めのないと区別された適正な雇用形態として機能できるよう、大幅な見直しが必要であろう。

第四章　ホワイトカラーの労働時間規制

第一節　ホワイトカラーの労働時間制度のあり方

I　はじめに

ホワイトカラーについての労働時間規制の適用除外が本格的に議論され始めた。総合規制改革会議の雇用・労働ワーキング・グループ第3年次基本方針「原則に立ち戻った規制に」は、この問題について次のように述べる。

「労働基準法は工場における定型労働に従事する労働者を念頭に置き、そうした労働者の安全や労働条件担保を目指して作られたものである。ところが、現行法ではそうした当初念頭においたものとは異なる非定型労働等に従事する労働者にも同じように適用しているため無理が出てきている。そうしたもともと適用になじまない労働者等に対して無理に適用しようとするため、適用が甘くなり、結果として本当に厳格な適用を必要とする労働者への適用も甘くなってしまうという問題を惹起している。真に労働基準法によって守らねばならない労働者への適用をきちんとするためにも、もともとその適用がなじまない非定型労働等に従事する労働者は適用除外(エグゼンプト)とするのが労働者の利益になる。

こうした観点からホワイトカラーエグゼンプション制度を導入すべきである。」[210]

現行労基法の実労働時間規制を中心とする法制度が，工場労働者には適合するが，ホワイトカラーのような非定型的な労働には不適切であるとして，ホワイトカラーに対する労働時間規制の適用除外または別扱いを求める意見は、それ自体としては必ずしも目新しいものではない。しかし，それが総合規制改革会議の雇用・労働ワーキング・グループの見解となると、その重みが違ってくる。最近の労働法制の動きをみるならば、総合規制改革会議の方針に掲げられた事項は、迅速に立法化が進められているからである。しかも，従来のような裁量労働制の適用拡大ではなく，より直截にホワイトカラーエグゼンプション制度が提案されていることがこの主張の大きな特徴である。

ホワイトカラーの労働時間問題は，1980年代後半頃から活発に取り上げるようになったが，そのときには労働時間短縮という政策目標のなかで語られていた[211]。今回はその視点は後景に退き，ホワイトカラーエグゼンプション制度の導入が労基法の労働時間規制の形骸化を防止し，その実効性を確保するためにも必要であるという視点が前面に登場していることも特徴といえる。これは，日本の労働時間をめぐる以下のような現状を反映してい

---

210 www8.cao.go.jp/kisei/giji/03/001/3-07.html
211 例えば，山口浩一郎・清家篤〔1992〕参照。

ると考えられる。

たしかに年間総実労働時間は，統計上1837時間（2002年）という水準まで短縮されてきたが，他方では，労働時間管理における自己申告制や人件費総量規制の広がりなどの影響からサービス残業（賃金不払残業）問題が大きくクローズアップされてきている[212]。2002年，この問題での労働基準監督署による是正指導件数は，約1万7000件で，過去最多であり，10年前の2倍以上であり，また，書類送検したケースも49件（前年より15件増）であった[213]。こうした状況に対応するため，厚生労働省は，2001年には，「労働時間の適正な把握のために使用者が講ずべき措置に関する基準について（平13・4・6基発第339号）」を発出し，さらに今年の5月23日付で「賃金不払残業総合対策要綱」をまとめ，この対策の一環として「賃金不払残業の解消を図るために講ずべき措置等に関する指針」を策定している[214]。

労働時間短縮の内実に疑問を抱かせる事実は，不払残業問題だけではない。今日では，とくに大企業の若手社員の週60時間以上働く割合が増加傾向にあるという。これは，長引く不況のなかでの採用抑制，業務ノルマの増加が反映していると分析されている[215]。また，年休の取得率でみると，1997以降年々減少し，48.4%（2002年）にまで低下した。この数字は，労働時間法制の大改革がなされた1988年の50%を下回る水準である。これらの事実は，現代のホワイトカラーの労働環境の厳しさの一端を示すものといえよう。現在は，「労働時間については、再び、長期雇用システム下の問題状況が生じているように見受けられる」[216]状況にあると評価できる。

このような状況のなかで，労働者を労基法の実労働時間規制になじむか否かに二分して，実労働時間規制になじまないホワイトカラーについて労基法の労働時間規制の適用除外することが，現在の労働時間をめぐる問題の解決にとって最優先の課題と考えるのが妥当なのであろうか。また，実労働時間規制がホワイトカラーになじまないとしても，その適用除外を求めるというのは短絡的に過ぎるのではないかと疑問が生じる。ホワイトカラーが実労働時間規制になじまないとしても，適用除外だけが当然の帰結とは必ずしもいえないからである。そして，その主張だけでは，ホワイトカラーの長時間労働および不払残業の蔓延という実態の追認となるという従来からの批判[217]に耐えることができないと思われる。

---

212 社会経済生産性本部[2002]の調査によると，人事労務担当部長で63.3%が，ライン管理職で51.1%が，「サービス残業があると思う」と回答している。

213 日本経済新聞2003年7月28日付。

214 賃金不払残業問題の象徴として社会的に注目されたのが，大手消費者金融業者である「武富士」が，35億円の不払残業代を支払ったという事例である。この事例では，毎月100時間を超える残業時間があった従業員も多かったにもかかわらず，就業規則で男性25時間，女性6時間という上限を設定し，この上限を超える申告をしないよう指導していたという（日本経済新聞2003年7月28日付）。この事例では書類送検の刑事処分が取られた（日本経済新聞2003年7月30日付）。

215 玄田[2001]132-138頁参照。

216 菅野[2002]201頁。

217 西谷[2003]29頁，鵜飼[2001]など参照。

この問題については，ホワイトカラーに対し労働時間規制の適用を単純に除外するのではなく，ホワイトカラーの新しい労働時間制度のあり方を探求することが求められているのである。

本稿では，以上のような問題意識から，ホワイトカラーの労働時間制度のあり方を検討することを課題とする。この課題に接近するために，まず，ホワイトカラー労働の特質と労働時間規制のあり方を検討し（II），つぎに，ホワイトカラーに利用されている現行の弾力的な労働時間制度の機能と限界を論じ（III），そして最後に，今後のホワイトカラーの労働時間制度のあり方に関する検討課題を提示する（IV）。

なお，これまでホワイトカラーについて特段の定義をすることなしに論じてきたが，ここでは国勢調査（2000年）の職業別就業者分類に依拠して，専門的・技術的職業従事者（13.5%），管理的職業従事者（2.9%），事務従事者（19.2%）および販売従事者（15.1%）を一応ホワイトカラーと考えることにしたい[218]。この定義によれば，ホワイトカラーは，就業者全体の50.7%を占める。

II　ホワイトカラー労働の特質と労働時間規制

労基法制定時を別とすると[219]，ホワイトカラーの労働時間規制問題が論じられるようになったのは，1980年代後半からの労働時間短縮政策の展開のなかにおいてであった。とくに，1990年代に入ると，ホワイトカラーの労働時間短縮およびその生産性の向上が大きく取り上げられるなかで，新しいホワイトカラーの労働時間制度の模索が始まったといえる[220]。このなかで，ホワイトカラーの労働時間規制問題に関する研究は，すでに相当程度積み上げられている。ここでは，これらの研究成果を基礎として，ホワイトカラー労働の労働時間管理の特質を踏まえたうえで，現行の労基法の労働時間規制がホワイトカラー労働になじまないという主張の妥当性を検討し，また，フレックスタイム制および裁量労働制という現行の労基法上の諸制度とホワイトカラーの労働との適合性についてみることにしたい。さらに管理監督者に対する労働時間管理の適用除外を定める労基法41条2号についても併せて検討する。

（1）ホワイトカラー労働の特質と労働時間管理

ホワイトカラーに対する実労働時間規制の緩和を求める意見に共通するのは，ホワイトカラー労働については，労働時間の量ではなく，成果で処遇すべきであるが，労基法の実労

---

218 ホワイトカラー労働研究の第一人者である佐藤厚[2001a]もこの定義を採用している（19頁）。

219 労基法制定時の議論については，山本[1992]，[1994]参照。

220 この時期の議論については，例えば，菅野和夫・豊田伸治[1992]，山口浩一郎・清家篤〔1992〕の二つの対談および菅野・菅沼・古川・三宅[1995]の座談会が参考になる。

働時間規制があると労働時間と賃金の連動関係が断ち切れないという主張である[221][222]。

この主張をどのように理解するかがホワイトカラーの労働時間規制問題を考えるうえで重要である。ここでは，まず人事労務管理における労働時間の意義についての今野[2001]の的確な整理を見ておこう。

今野[2001]によれば，人事労務管理において労働時間は，「労働」と「成果」の両者を測定する指標として機能してきた（業務管理型機能）。労働時間の機能には，この二つの側面があるが，労働時間で測定された「労働」の投入が多いほど「成果」が比例的に増加するときには，労働時間を基盤とした人事労務管理が労使にとって納得性の高いものになる。しかし，ホワイトカラー労働のように労働者の裁量性の大きい仕事となると，同じ労働時間が投入されても労働者の手際により「成果」に大きな差が出てくる。しかも，労働時間の投入量で賃金が決まっていると手際の悪い労働者ほど多くの賃金を得る可能性が出てくる。従って，裁量性の大きい仕事では，労働時間は，人事労務管理の基盤になりえないという。

人事労務管理の視点からすれば，裁量性の大きい仕事については，法律によって労働時間と賃金の連動を強いるのは適当ではないということになる。

ところで，今野[2001]は，仕事の裁量性について，どのような仕事をするかという「仕事手順の裁量性」と何の仕事をするかという「仕事量の裁量性」に区分して類型化している。そして，一般の多くの労働者は，この二つの裁量性が小さく，労働時間を基盤とする人事労務管理がなじむとする。また，上級管理者などは，この二つの裁量性が大きく，労働時間について自己管理に委ねることができる。これに対して，「仕事手順の裁量性」は大きいが，「仕事量の裁量性」が大きくないというホワイトカラーの人事労務管理には問題が発生する。この場合には，労働時間を基盤とする人事労務管理はなじまないことは事実であるが，その労働時間規制の適用からはずされると，ホワイトカラーは自分の「成果」を労働時間で確認できないため，上司が仕事量を際限なく拡大し，その結果，労働時間の際限ない増大が要求されるのではというリスクを負うことになるという。この問題を解決するためには，第１に，労働時間に代わる成果を測定する指標を開発し，それに基づいた人事労務管理を整備すること，第２に適切な仕事量を担保するための仕組みを整備することが必要であり，そのために仕事量を決定する組織と業務システムの見直しと並んで「過度の働き」が起こらないように労働時間を管理する仕組みを考えておく必要があるとされる。

この今野[2001]の整理は，ホワイトカラーの労働時間規制問題を法的に検討するうえで極めて示唆に富んでいる。ホワイトカラーに対する労働時間規制は，その裁量性の程度に

---

221 例えば,日経連裁量労働制研究会「裁量労働制の見直しについて（意見）」（1994年）など。

222 現行の労基法の実労働時間規制は，後述のように時間外労働手当の支払いという限定された部分でしか賃金とは連動していないのであり，この主張は法的には正確性に欠けることが留意されねばならない。盛〔1997ｂ〕29頁参照。

よって区分するのが妥当であるということである。さしあたり以下のようにホワイトカラーを３つに区分できるであろう。

第１の区分は,「仕事手順の裁量性」および「仕事量の裁量性」を確保できる上層のホワイトカラーである。この層のホワイトカラーは，労働時間の自己管理を行いえる実態的な条件がある。従って，ここに該当するホワイトカラーについては，実労働時間規制を除外しても，労働者保護に欠ける可能性は低いということになる。

第２の区分は,「仕事手順の裁量性」が大きくとも，「仕事量の裁量性」の小さいホワイトカラーである。この区分では，報酬の評価と連動する実労働時間規制が適切とはいえないが，単純な実労働時間に規制も妥当ではない。賃金と連動した実労働時間規制の適用を除外する場合には,適切な人事評価システムと同時に過重労働を防止するための労働時間管理の仕組みをワンセットで用意する必要がある。佐藤厚[2001]によれば，「裁量労働とは，各自が自由気ままに仕事をする労働」ではなく，「一定の管理主体によってコントロールされている場合が多い。」「これらの管理主体ぬきでの作業の遂行はむずかしく，その意味でこの管理者は作業管理面で重要な役割を果たしている」（142頁）という。このことは，「仕事手順の裁量性」は高くとも，作業管理者に「仕事量」の決定を握られている層があるということを示している。

第３の区分は，ホワイトカラーと言っても，「仕事手順の裁量性」も「仕事量の裁量性」も小さい層である[223]。この層については，実労働時間規制を除外する必要はない。

（２）ホワイトカラーと弾力的労働時間制度

ホワイトカラー労働に利用されている弾力的な労働時間制度は，どのような条件があれば，適切に機能するのであろうか。ホワイトカラーに対する新しい労働時間制度を構想するうえでは，不可欠の論点である。この点については，人事労務管理論の立場からの研究が進んでいる。ここではこの研究に依拠して，検討しておくことにする。

佐藤厚[2003]によれば，弾力的労働時間制度が目的にあわせて機能するためには，第１に「労働時間に長さを考慮した労働給付量の設定」，第２に「要員数と業務量の適正なバランス」，第３に「業績管理指標の適正化」，第４に苦情処理制度などが必要であるという（73頁）。また，佐藤厚[2001]は，「仕事の成果を重視するしくみが求められている」（142頁）とする[224]。佐藤博樹[1997]は，「労働時間の弾力化が機能するためには，時間制度だけでなく，仕事の管理，評価制度さらには管理職と制度適用労働者の意識などの改革が求められる」（52頁）と述べる。

---

223 現在の専門業務型裁量労働制の適用対象業務であっても，必ずしも裁量性の高くない労働者がいることについては，佐藤厚[2001a]243-244 頁参照。

224 佐藤厚[2001 a]は，人事労務管理の観点から，作業管理および目標ならびに成果の評価において，現場管理者の役割が決定的に重要であるという（142 頁，244-245 頁参照)。佐藤厚〔2001ｂ〕も参照。

このように人事労務管理論の立場からは，弾力的労働時間制度が機能するためには，労働時間制度としての整備だけではなく，適正な仕事量の管理や評価制度などが併せて必要であるとされている。このなかには適正の仕事量の管理のように，これを欠くとただ当該制度が機能しないというだけではなく，長時間労働の弊害などが生ずる可能性が高いことが指摘されている。これらの議論からすれば，ホワイトカラーに対する労働時間制度においては，時間制度だけを構想するのではなく，適切な機能または弊害の防止という観点から，多面的な制度整備を考える必要があるということである。

Ⅲホワイトカラー労働とフレックスタイム制・裁量労働制・労働時間規制の適用除外

ここでは，現行のフレックスタイム制，裁量労働制および労働時間の適用除外がホワイトカラー労働の労働時間制度としてどのように機能しているかを見ておきたい。これらの制度は，これまで実労働時間規制になじまないとされるホワイトカラーの労働時間管理に利用されてきたからである。したがって，これらの制度とホワイトカラー労働の適合性を検討することにより，例えば，なぜ裁量労働制の適用範囲の拡大とようなこれらの制度の修正ではなく，労働時間規制の適用除外が主張されるのかが明らかにされるとともに，ホワイトカラーの新しい労働時間制度を構想するうえで示唆が得ることができるであろう。

（1）フレックスタイム制

まず，フレックスタイム制とは，「始業・就業時刻を固定的に定めるのではなく，１ヵ月以内の清算期間として定められた期間に労働すべき一定の労働時間（総労働時間）を定めたうえ，その範囲内で，労働者が自ら始業・終業時刻を決定することができるという制度である（労基32条の３）。」[225]この制度は，労働者が生活時間と労働時間とを適切に配分しながら効率的に労働することができるようにすることを目的として1987年の労基法改正により導入された変形労働時間制度（弾力的労働時間制度）である。フレッレクスタイム制は，大企業ほど採用企業が多く，従業員1,000人以上の企業では採用割合が32.8%にのぼる（厚生労働省「就労条件総合調査」2002年）。

フレックスタイム制は，始業・終業時刻を労働者の自己管理におくので，「仕事手順の裁量性」の大きいホワイトカラーにとっては，柔軟な就労を可能とする。とくに，コアタイムのないフレックスタイム制は弾力性が高い[226]。

しかしフレックスタイム制は，清算期間で総労働時間が規制されており，この期間内の法定労働時間の総枠を超える時間は時間外労働となる。従って，この点での時間管理が必

---

[225] 浅倉・島田・盛[2002]200 頁
[226] 佐藤厚[2001a]120 頁参照。

要であり，時間外労働手当（労基37条）について賃金の時間連動性を免れない[227]。

（2）裁量労働制

次に裁量労働制（労基38条の３および38条の４）は，「業務の性質上その遂行を大幅に労働者に委ねる必要がある場合について，労働時間をみなし処理する制度である」[228]。裁量労働制は，1987年の労基法改正において導入され，その後3回の改正を経て，現在では，この制度の導入の当初からある，研究開発業務などに適用される専門業務型裁量労働制と1998年の改正で創設された，より一般的なホワイトカラー業務に適用される企画業務型裁量労働制の２種類の裁量労働制がある[229]。裁量労働制の制度改正の動きは，この制度をホワイトカラー労働に適合的な労働時間制度としてその適用範囲の拡大を目指す経営側の主張と長時間労働およびサービス残業の横行を追認，助長する制度として適用拡大に反対する労働側の主張とのせめぎあいのなかで進んできたといえる。この結果，とくに企画業務型裁量労働制については，激しい攻防の末に，安易な導入を回避するために，導入手続きに他の弾力的労働時間制度における労使協定ではなく，「労使委員会」という新しい組織による決議を要求するなどの複雑な手続きが定められることになった。

裁量労働制は，フレックスタイム制が有していた壁を超えて，労働時間と賃金との連動関係を切断する効果がある。労基法は，労働時間と賃金を連動させる賃金制度を強制しているわけではない。しかし，時間外労働手当については，賃金が労働時間に連動する関係となっている。また，使用者に調製が義務付けられている賃金台帳の記載事項に労働時間関係事項があることから（労基108，同法施行規則54条）[230]，実務的には労基法が労働時間と賃金を連動させることを強制していると理解されている。裁量労働制では，事業外労働のみなし労働時間制とは異なり，みなし労働時間数を「通常必要とされる時間」とすることが明文で定められていない。この結果，法定労働時間を超える時間をみなし労働時間として割増賃金を払うことも，所定労働時間または法定労働時間をみなし労働時間とするこ

---

[227] 実務では，フレックスタイム制を採用したうえで，時間外手当を定額支給し，労働時間について申告制とすることによりこの問題を回避する例があるといわれる。フレックスタイム制において裁量労働制と同様の効果を狙う制度であり，浅倉・島田・盛[2002]206頁は，これを擬似裁量労働制と呼び批判している。

[228] 盛[1997ｂ]28頁。裁量労働制に関する研究は，今日までに相当蓄積されている。青野[1995]，[1997]，荒木[1999]，小畑[2003]，川口[2003]，小嶌[1998]，馬渡[1997]，盛[1997]，[1997a]，[1998]，[1999]，[2000]，[2003]，山川[1995]，吉田[2000]，吉本[1996]などをあげることができる。

[229] 裁量労働制に関する制度の変遷については，荒木[1999]，小畑[2003]，小嶌[1997]，盛[1998]，吉田[2000]などに詳しい。また，最新の2003年改正については，島田〔2003〕，盛[2003]参照。

[230] この規定は，裁量労働制に関しても適用されている。この点については，小嶌[1998]32-33頁参照。

とも労使が自由に判断できる。後者の場合には，実労働時間が法定労働時間を超えても，割増賃金の支払いを要しないので，労働時間と賃金との連動関係が切断され，徹底した成果主義的な賃金制度が可能になり，また実働時間の把握義務が排除される。このため，裁量労働制は，労働時間の例外的処理についての制度であるにもかかわらず，実務では，裁量労働制を成果に基づく賃金決定を行うための制度との理解が広がることになるのである[231]。この結果，裁量労働制は，その機能からみれば労基法41条の労働時間規制の適用除外制度に近似するといえる。

しかし，裁量労働制が特例的な時間計算規定であることの限界から，積極的にホワイトカラーの労働時間制度として整備されていないという問題点がある。このことから，荒木[1999]は，「現行の裁量労働制は実労働時間規制と適用除外の中間に位置する中途半端な制度である」（5頁）と指摘する[232]。

ここで裁量労働制の利用状況を見ておこう。厚生労働省の調査によれば，裁量労働制の採用割合は，専門業務型が1.2%，企画業務型が0.9%という低い水準にとどまっている（厚生労働省「就労条件総合調査」2002年）。もっとも，従業員500名以上の企業を対象とした社会経済生産性本部[2002]では，10.1%の企業が裁量労働制を採用しているという調査結果が出ている。それでも，多いのは専門業務型（9.6%）であり，企画業務型を採用する企業は2.4%と多くない。

社会経済生産性本部[2002]によれば，企画業務型裁量労働制を導入しない理由については，「対象者と非対象者の混在など，職場の管理が煩雑になる」という回答が最も多く52.3%であり，「対象者を特定しにくい」が47,9%，「法律の手続きが煩雑」が36.4%[233]，「フレックスタイム制で対応できる」が20.9%と続いている。

菅野[2002]は，この利用率の低さを「制度が実際のニーズに対応していない状況」と分析し，裁量労働制が抜本的な見直しの必要があると主張する（202頁）。

そして，「中長期的には、裁量労働制は、労働時間管理になじまない自律的な専門的・経営管理的労働について、対象範囲をより包括的に定義し直したうえで、労働時間規制の適用免除の制度として再編成したほうがよい」（202頁）という。

このように裁量労働制は，実労働時間規制の例外として制度化されているため，ホワイトカラー労働の時間制度としてみると，十分な整備がされていないために利用状況が停滞していると指摘されているのである。問題は，この状況をどのような方向で解決するかである。裁量労働制の整備が妥当なのか，労働時間規制の適用除外を考えるべきなのであろうか。このことを検討するうえで，専門業務型裁量労働制に比べて，制度整備の進んでいる企画業務型裁量労働制の導入に伴う諸措置を見ておくことにしよう。

---

231 盛[1997 b]28-29 頁参照。

232 山川[1995]も同様に裁量労働制を「過渡的な存在」という（197 頁）。

233 2003 年改正では，導入手続きを一定程度簡素化された。また，対象事業場についての制限も撤廃された。これらの改正については島田[2003]，盛[2003]参照。

（3）企画業務型裁量労働制の導入に伴う諸措置

1998年改正で導入された企画業務型裁量労働制は，導入手続きに関して，労使委員会において，①対象業務，②対象労働者の範囲，③みなし労働時間，④裁量労働者の健康福祉確保措置，⑤裁量労働者の苦情処理措置，⑥裁量労働制の適用について労働者の同意を得ること，⑦労働者が⑥の同意をしないことを理由とする解雇その他の不利益取扱いの禁止について決議することを求めている[234]。

このように企画業務型裁量労働制については，2003年改正前の専門業務裁量労働制と異なり，裁量労働制の適正な運営を確保する措置をとることが，労使委員会の決議という過程を通じて事実上導入の要件となっていることが注目される。これは，これらの措置が盛り込まれた経緯はさておき，今後のホワイトカラーの労働時間管理を構想するうえで重要な意味を有する。裁量労働制は，使用者の実労働時間の把握を排除するが，その場合にも，制度の適正な運営のためには使用者が構ずべき措置が少なくないことが示されているからである。

裁量労働者の健康福祉確保措置および苦情処理措置については，企画業務型裁量労働制に関する指針（平11･12・27労働省告示）にその概要が示されている。

健康福祉確保措置についてみると，出退勤時刻または入退室時刻の記録などにより対象労働者の勤務状況を把握することを前提としていることが注目される。指針は，「留意事項」として，使用者は，企画業務型裁量労働制の対象労働者について，「労働者の生命，身体及び健康を危険から保護すべき義務（いわゆる安全配慮義務）を免れるものではない」と明記している。具体的な措置として，代償休日または特別な休暇の付与，健康診断の実施，年休の取得促進，健康問題の相談窓口の設定などである。

（4）企画業務裁量労働制と賃金制度

企画業務型裁量労働制では，この裁量労働制の導入が単なる時間計算の特例ということではなく，実際には賃金制度とも密接な関連を有することをうかがわせている。例えばこの裁量労働制の導入を決定する労使委員会が，賃金，労働時間その他の労働条件に関する事項を調査審議し，事業主に意見を述べることを目的としていることも，裁量労働制が単なる労働時間制度としては完結しないことを間接的に明らかにしていると考えることができるだろう。また，前述の指針が評価制度および賃金制度の内容を労使委員会の決議において明らかにすることを裁量労働制の適用に関する労働者の同意の前提としていること，さらに苦情処理措置に関して，取り扱う苦情の範囲については，「企画業務型裁量労働制

---

[234] 2003年改正により，④および⑤の措置については，専門業務型裁量労働制の労使協定の協定事項に取り入られることになった（労基38条の3第1項4号，5号）。

の実施に関する苦情のみならず，対象労働者に適用される評価制度及ぶこれに対応する賃金制度等企画業務裁量労働制に付随する事項に関する苦情も含むものとすることが適当である」としていることは，この裁量労働制が年俸制などの成果主義的な賃金制度と密接に関連することを暗黙の前提としていることを示しているといえる。

（5）現行の適用除外制度：労基法41条

現行の労基法41条は労働時間規制の適用除外を定める。同条は，1号では農業および水産業について，2号では管理監督者などについて，そして3号では監視断続労働について，それぞれ労働時間規制の適用除外を定めている。この規定の適用を受けると，労働時間・休日についての労基法の規定が適用除外されるが，年次有給休暇および深夜業規制については適用除外されない。ここでは，管理監督者の適用除外制度について見ておくことにしよう。

ところで，ホワイトカラーについて労働時間規制の除外を求める議論は，労働時間規制を労働者全般に広げた労働基準法（労基法）の制定過程においてすでに登場していた。ここで検討する労基法41条2号の管理監督者に対する労働時間規制の適用除外も，この議論を踏まえた妥協の産物であったという[235]。

この規定は，8時間労働制の原則を定めたILO第1号条約の2条（a）をそのまま取り入れたものであるが，41条3号の監視断続的労働に関する適用除外が許可制であるのに対して，特別の手続的規制を備えていない。しかし，この規定では「監督もしくは管理の地位にある者」というだけであって，この規定からはその範囲が明確にならない。この規定の管理監督者と会社における管理職とを同視して，管理職になると時間外手当がつかないという理解が生まれるのは，簡潔すぎる規定方法に大きな原因がある[236]。

さて，管理監督者の範囲は，行政通達（昭22・9・13発基17号，昭63・3・14基発150号など）によれば[237]，一般的に局長，部長，工場長など，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であるとされている。この適用除外の範囲は，労働時間規制を超えて就労することが不可欠な重要な職務と責任を有し，現実の勤務態様も，労働時間規制になじまない立場にある者に限定される。このことに加えて待遇面での取扱いも考慮される。具体的には定期給与，役付手当などがその地位にふさわしい待遇であること，一時金の支給率などにおいて優遇措置がとられているかなどが検討される。なお，この待遇面での基準が管理監督者の該当性を判断するうえで要件であるかは通達では必ずしも明

---

235 労基法原案では，事務労働を労働時間法制の適用除外としていた（原案39条）。この点については，山本吉人[1992]83 - 88頁，[1994]221頁以下に詳しい。

236 管理監督者の範囲をめぐる裁判例の分析は，山本[1992]90-93頁参照。また，ホワイトカラーの多い金融機関では，この点をめぐる問題点が多いため，特別の行政通達が出されている（昭52・2・28基発105号）。

237 行政通達の詳しい分析は，山本[1992]88-90頁参照。

らかではない[238]。

管理監督者とは，もともといわゆるラインの管理職を念頭においた概念であった。しかし，労基法制定当時には見られなかった，職能資格上は管理監督者と相当であるが，職位としてライン管理職に就いていない，いわゆるスタッフ職が増加した。このようなスタッフ職にある者についても，管理監督者と同様に適用除外に該当する者として取り扱えることが行政通達によって示されている（昭63・3・14基発150号）。ここでいうスタッフ職と企画業務型裁量労働制の適用対象となるホワイトカラーとの異同は必ずしも明らかではない。

このように上級ホワイトカラーの労働時間規制の適用除外を定める労基法41条2号は，その規定方式も単純であり，ホワイトカラーの新しい労働時間制度を考えるうえで，あまり参考にならないといえる。また，この規定自体が立法的に再検討すべきとも思われる。

Ⅳ　今後のホワイトカラーの労働時間制度のあり方

（1）ホワイトカラーの労働時間制度に関する留意点

以上の検討を踏まえると，ホワイトカラーの労働時間制度を考えるための基本的なポイントを次のように整理できるであろう。

第1は，ホワイトカラー労働の裁量性といっても，多様な意味の裁量性があるということである。今野[2001]に依拠して整理したように，ホワイトカラー労働の裁量性は，「仕事手順の裁量性」と「仕事量の裁量性」とを区別すべきであり，「仕事量の裁量性」の大きいホワイトカラーでないと労働時間の自己管理は困難である。従って，「仕事手順の裁量性」があっても，「仕事量の裁量性」の小さいホワイトカラーについては，仕事量を適正に確保する仕組みがないと実労働時間規制の除外が長時間労働などの弊害を生む危険性がある。

このことを現行裁量労働の対象業務の要件に置き換えて考えると，「業務の遂行の手段」が「仕事手順の裁量性」に「時間配分」が「仕事量の裁量性」に該当できるであろう。そうすると，実労働時間規制の除外対象となるホワイトカラーは，「時間配分」の裁量性がなければならいということになるだろう[239]。

第2には，「仕事量の裁量性」のあるホワイトカラーの労働時間制度については，賃金制度を視野に入れて考えると，労働時間と賃金が連動する制度は適合的ではないということである。現行労働時間制度についていえば，時間外労働に対する割増賃金がそれにあたる[240]。

---

238 この点で学説上肯定説をとるものとして，西谷[1994]549頁がある。

239 盛[1997ｂ]は，裁量労働の対象業務の限定という観点からこの点を論じている（30-31頁参照）。

240 この場合，成果主義的な賃金制度が考えられようが，成果主義自体が適切に機能する

第3には，実労働時間規制を弾力化した労働時間制度が機能するためには，労働時間制度の整備だけではなく，仕事量の適正化，適切な評価システムなどを確保する必要があり，これらを欠くと弾力的労働時間制度のマイナス面が出てくる危険性が大きいということである。

この視点からの制度整備は，裁量労働制の導入において，健康福祉確保措置および苦情処理措置の導入にその萌芽をみることができる。裁量労働制についても，使用者は安全配慮義務を免除されず，労働時間の状況等の勤務状況の把握が必要とされていることが注目される。しかし，仕事量の適正な管理に対する直接的な措置は予定されていない。

第4には，ホワイトカラーの労働時間制度として利用されている現行の弾力的労働時間制度には，多様な問題点があるということである。

フレックスタイム制は，裁量的な就労には適しているが，時間外労働に関する割増賃金に関して，労働時間と賃金との連動関係を切断できない。そこで，一部では，擬似裁量労働制として運用される弊害を生じている。

裁量労働制は，労働時間と賃金との連動関係を切断できるが，時間計算の例外的制度として形成されている限界がある。また，裁量労働制の実施に伴う弊害の防止に関する措置はなお不十分である。

（2）ホワイトカラーの労働時間制度改革に関するこれまでの議論状況

これまでホワイトカラーの労働時間制度改革については，いくつかの提案がなされている。ここではそれらを紹介しながら，ホワイトカラーの労働時間制度のあり方を考えていこう。

菅野[2002]は，すでに紹介したように，裁量労働制について適用範囲を包括的に見直し，労働時間の適用除外制度に移行すべきとしているが，その際，「労働の自律性の確保、報酬レベルの確保、休日・休暇の確保のための簡素な規制を樹立する必要がある」（222頁）と提案している[241]。

この提案については，労働時間規制の適用除外についても，単純な現行の労基法41条2号の改正ということではないという点に注目しておこう。

盛[1997ｂ]は，実働時間管理に代えて，「拘束時間や在社時間」の管理，代償休日を含

ためには多様な条件整備が必要であるとされている。この点については，八代[2003]，逢見[2003]参照。また，佐藤厚[2001a]は，裁量労働には，「出来高的な発想による刺激性の強い人事管理のしくみはなじまない」（253頁）と指摘する。

[241]菅野[2002]はまた，裁量労働制について、「労働時間に関わりない適正な賃金支払いがあって、初めてよく機能する。それは、職務給、職能給、成果給などでありうるが、いずれの形態であれ、適切な評価基準・方法の樹立が必要である。その点で、裁量労働制の発展は、雇用システムの変化と表裏一体の関係にある」（222頁）とする。

む休日日数の確保，年休の完全消化，裁量労働の代償としての長期の有給訓練休暇保障などの検討を提案している[242]。いずれも適切な提案と考えられる。

毛塚[2000]は，ホワイトカラーの労働時間制度を支える基礎的な法理を提供している。「裁量労働等によって法定労働時間の管理が緩和されたとしても」使用者には，「安全配慮義務の一環として，法定労働時間を遵守する義務がある」ことを強調する（15頁）。そして，この「基本認識にたって，休日，休暇や休息時間の確保」（20頁）が追求されるべきとしている。

使用者の安全配慮義務からの労働時間管理責任については，土田[2003]が労働契約論の立場から，毛塚[2000]の議論を深めている。土田[2003]は，裁量労働などについても「労働の基本的内容や目的の決定は使用者に留保されており，ここに『労働の他人決定性』が認められ」，「したがって，使用者は，労働時間の基本的な管理責任を免れないし，過大なノルマ等によって労働者が心身の健康を損なうことがないよう注意する義務（安全配慮義務）を免れない」（46頁）とする。

（3）今後のホワイトカラーの労働時間制度に関する検討課題

最後に今後のホワイトカラーの労働時間制度に関する検討課題を整理しておこう。

第１は，裁量性の大きいホワイトカラーの労働時間については，賃金制度も踏まえて考えると，実労働時間規制には限界があることを議論の出発点とすべきであるということである。この場合，,時間計算の特例と位置付けられた裁量労働制に固執する必要はない。しかし，労基法41条2号のような単純な労働時間規制の適用除外が妥当とはいえない。仮に労働時間規制の適用除外制度を考えるときにも，その手続きなどはむしろ現行の裁量労働制が参考にされるべきである。

第2は，ホワイトカラーの新しい労働時間制度は，賃金制度を含めて，それが適正に機能する条件を導入要件として設定すべきである。アメリカのホワイトカラー・イグゼンプション制度[243]を念頭においた単純な労働時間規制の適用除外論もあるが，それらにともなう弊害を防止できる制度整備を併せて考えることが不可欠である。

第3は，ホワイトカラーの裁量性の程度に応じて，多様な制度を構想する必要がある[244]。

---

242 川口[2003]も，フランス法を踏まえて，在社時間規制及び休日の確保を提案する（108頁）。

243 この制度の最近の状況については，梶川[2002]参照。

244 この点では，35時間労働制の実施に関連して，ホワイトカラーにあたる幹部職員（cadres）を①労働時間規制の適用除外される経営管理幹部職員（cadres dirigeants），②労働時間規制の適用を受けるライン管理職（cadres intégrés à une unité de travail）および③報酬が定額払いの個別合意で決定される専門職幹部職員（研究開発，技術者，コンサルタント，ジャーナリストなど）の三つのカテゴリーに区分した最近のフランスの立法が興味深い（L212-15-1 à 3）。適用除外にあたるためには，時間配分決定についての非常に大きい裁量および企業における報酬システムにおいて最上位に位置付けられていることを

仕事量の裁量性が大きく，裁量的に労働時間配分を決定できるホワイトカラーについては，実働時間規制から除外できる条件がある。これに対して業務遂行方法に裁量性があっても，仕事量の裁量性の小さいホワイトカラーについて，実労働時間規制を除外するためには，仕事量を適正に管理する仕組みが不可欠である。この場合，日本では労働時間に対する厳格な観念に乏しい現状を配慮する必要がある[245]。

第４は，実労働時間の管理の必要がないとしても，使用者が労働者に対する安全配慮義務から労働時間の管理責任を免れないということである。この点からも仕事量の適正に管理する仕組みを創設する必要がある。

第5は，実労働時間規制に代わる労働時間管理方法としては，仕事量の適正な管理を前提として，①在社時間の規制[246]，②代償休日を含めた休日の確保，③年次有給休暇の完全消化，④有給教育訓練休暇の付与などが考えられる。また，現行の裁量労働制における健康福祉措置および苦情処理措置もより具体化して，明示的に導入要件とすべきである。

この点では，現状の休日・休暇制度についても再検討を要するであろう。裁量労働対象者だけが休日・休暇について極端に異なるということにはならないであろうからである。

まず法定休日（労基35条）についていえば，カトリックの影響の強い日曜休日制のように曜日が固定されてなく，また特定も義務付けられてなく，4週間に4日の休日を付与すれ

要する（Cf.Pélissier　et al.[2000]pp.931-2)。立法以前の状況については，島田[1994]参照。

[245] 日本の実労働時間規制は，制度としてもその厳格性を大幅に緩和する仕組みを内包していた。法定時間外労働が，労基法36条に定めるいわゆる36協定の締結という手続により比較的容易に認められることが典型的な例である。これは，労基法における法定労働時間規制の立法趣旨には、そもそも時間外労働に対する柔軟な考え方が含まれていたからである。当時の立法に深く関与した寺本廣作によれば，国際労働基準であった8時間労働制について，労働者の生命・健康の維持だけではなく，労働者の文化生活の保障（余暇の確保）という福祉的な趣旨を含むものと捉えたうえで，日本ではなお労働者自身に余暇を自覚的に望む状況にないので，ILO１号条約（1919年）のような厳格な制度（硬式労働時間制）を採用せず，時間外労働を柔軟に認める軟式労働時間制を採用する根拠があるとしている（寺本[1952]）。

しかも，日本では時間外労働の上限が法的に規制されていないために，36 協定さえ締結されていれば,極めて柔軟に時間外労働が利用されることになった。時間外労働の一時性・臨時性という側面は,制度的にも実態においても重視されなかったのである（島田[1999]）。この結果，36 協定は，日常的な時間外労働管理においては十分な機能を果たしておらず,36 協定における時間外労働数は，厳密な意味での業務の必要性というより一種の保険的な機能を営んでいるといわれる（小嶌[1995]）。このような状況においては，工場労働のような定型労働についてはともかくも，ホワイトカラー労働のように非定型的労働について，労働時間に対する厳格な意識が生まれる余地に乏しかったといえる。

[246] フランスでは，労働と労働の間に休息時間を連続 11 時間取らねばならないとされている（L.220-1)。ただし，IT 機器の発達が会社を離れた自由時間にもホワイトカラーに労働を可能にするということも今後考慮すべき点となる。

ばいいという極めて柔軟な仕組みとなっている（同条2項）。これは，日本の休日制度が労働者の健康維持という観点以外に，私生活の自由の確保および家庭生活との調和という観点を有していないことの表れといえる[247]。この結果，休日に予定されていた日についても，休日振替措置によって，平日の出勤と同じ扱いとなってしまうのである。この場合には，36協定に基づく休日労働ですらないのである。

つぎに年次有給休暇制度においては，本来の制度趣旨である計画的な長期休暇制度としての機能が不十分であることは改めて指摘するまでもないであろう。年休の取得率の上昇を狙いとして導入された計画年休制度（労基39条3項）も十分に普及せず，所期の効果を達成できていない。それどころか前述のようにその取得率自体が低下傾向にある。ホワイトカラー労働について，実労働時間規制の緩和が主張される場合，その見返りとして休日・休暇の確保ということが提案されることが多いが，現行制度のままでは，その実現は困難といえる。

第6は，導入手続きについてであるが，手直しは必要であろうが[248]，労使協定方式では，従業員の意向を十分に反映しないと考えられ，企画業務型裁量労働制の労使委員会のような常設的な機関において，労働時間制度，適用対象者，適正な仕事量決定の仕組み，代償措置，賃金制度，評価制度などを時間をかけて議論し，またフィードバックできる仕組みを要する。実質的な議論ができるように，労働側に専門家の意見を聴取できるような機会を保障することなども重要である。

適用対象者の範囲および適正な仕事量の決定は，手続きを法定化することはできるが，その内容は，当該労使に委ねざるを得ない以上慎重な検討ができる条件を労働側に保障すべきである。とくに，過半数組合のない事業場においては，その点に強い考慮が必要であろう。

最後に，仕事量の裁量性が大きくなく，時間配分決定の自由が小さいホワイトカラーに実労働時間規制を適用するときには，現行の企画業務裁量労働制のように，本人同意を要件とすべきである。これは仕事量の適正な管理という困難な問題を労使の集団的決定に委ねていることに鑑みると，本人同意を要件とするのが適当と考えるからである。

参考文献

青野覚[1995]「ホワイトカラー労働時間管理問題と裁量労働みなし制」『法学新報』101巻9・10号391頁。

———[1997]「労働時間制度の規制緩和をめぐる課題」『法律のひろば』8月号25頁

247 例えば，学齢期にある子どものある親の休日が土日にあるのか，平日にあるのかということは，親の役割という点では決定的な相違があるが，このようなことは現行制度では配慮されていないのである。

248 過半数組合があるときに，労使委員会を別途に要するかなど検討すべき点は少なくない。

浅倉むつ子・島田陽一・盛誠吾[2002]『労働法』有斐閣。
荒木尚志[1999]「裁量労働制の展開とホワイトカラーの法規制」『社会科学研究』50巻3号3頁。
今野浩一郎[2001]「ホワイトカラーの労働時間管理」『日本労働研究雑誌』489号48頁。
鵜飼良昭[2001]「裁量労働の拡大は許されるか」『日本労働研究雑誌』489号50頁。
逢見直人[2003]「成果主義と労使関係」『成果主義人事と労働法』（土田道夫・山川隆一編）日本労働研究機構281頁。
小畑史子[2003]「成果主義と労働時間管理」『成果主義人事と労働法』（土田道夫・山川隆一編）日本労働研究機構173頁。
梶川敦子[2002]「アメリカにおけるホワイトカラー労働時間法制」『季刊労働法』199号180頁。
川口美貴[2003]「ホワイトカラーの働き方―裁量労働制を中心として」『転換期労働法の課題』（西谷敏・中島正雄・奥田香子編）旬報社92頁。
毛塚勝利[2000]「賃金・労働時間法の法理」『講座21世紀の労働法第５巻』（日本労働法学会編）有斐閣2頁。
玄田有史[2001]『仕事のなかの曖昧な不安』中央公論新社。
小嶌典明[1995]「36協定に関する覚書」『阪大法学』45巻3・4号79頁。
———[1997]「裁量労働と成果主義」『季刊労働法』185号26頁。
佐藤厚[2001ａ]『ホワイトカラーの世界』日本労働研究機構。
———[2001ｂ]「ホワイトカラー労働の特質と労働時間管理，人事評価」『日本労働研究雑誌』489号46頁。
———[2003]「働き方の変化と労働時間管理弾力化」『雇用関係の変貌』（社会政策学会編）法律文化社28頁。
佐藤博樹[1997]「労働時間制度の弾力化が機能する条件」『日本労働研究雑誌』448号44頁。
島田陽一[1994]「フランスの労働時間制度の運用と実態」『労働時間制度の運用と実態』日本労働研究機構64頁。
———[1999]「労働時間短縮と労基法改正」ジュリスト1153号37頁。
———[2003]「裁量労働制」ジュリスト1255号40頁。
社会経済生産性本部社会労働部[2002]『裁量労働制と労働時間管理に関する調査報告』生産性労働情報センター。
菅野和夫[2002]『新・雇用社会の法』有斐閣。
———[2003]『労働法第6版』弘文堂。
菅野和夫・菅沼博之・古川泰久・三宅龍哉[1995]「ホワイトカラーの新しい人事管理を求めて」（座談会）『ジュリスト』1066号148頁。
菅野和夫・豊田伸治[1992]対談「時短時代の法律政策」労働法学研究会報1873号1頁。

土田道夫[2003]「成果主義人事と労働契約・労働法」『成果主義人事と労働法』（土田道夫・山川隆一編）日本労働研究機構19頁。
寺本廣作[1952]『改正労働基準法の解説』時事通信社。
西谷敏[1994]「第41条[適用の除外]」『労働基準法Ｉ』（青木宗也・片岡昇編），青林書院。
———[2003]「新時代の労働法の課題」,『転換期労働法の課題』（西谷敏・中島正雄・奥田香子編）旬報社。
馬渡淳一郎[1997]「ホワイトカラーの労働時間と法規制」『神戸学院法学』27巻1・2号1頁。
盛誠吾[1997a]「年俸制・裁量労働制の法的問題」『日本労働法学会誌』89号53頁。
———[1997ｂ]「変形労働時間制・裁量労働制」『季刊労働法』183号21頁。
———[1998]「１年単位変形労働時間制・裁量労働制」『労働法律旬報』1430号15頁。
———[1999]「改正労働基準法—規制緩和の帰結と体系的整合性」『日本労働研究雑誌』464号56頁。
———[2000]「新裁量労働制の要件」『労働法律旬報』1488号11頁。
———[2002]「裁量労働制—対象業務の拡大問題を中心に」『労働法律旬報』1522号35頁。
———[2003]「裁量労働制の要件変更」『労働法律旬報』1554号６頁。
八代充史[2003]「成果主義人事制度の実態と今後の課題」『成果主義人事と労働法』（土田道夫・山川隆一編）日本労働研究機構1頁。
山川隆一[1995]「裁量労働制の将来」ジュリスト1066号192頁。
山口浩一郎・清家篤[1992]対談「ホワイトカラーの労働時間を考える」労働法学研究会報1873号51頁。
山本吉人[1992]「管理監督者と労働時間法制」『季刊労働法』166号84頁。
———[1994]「ホワイトカラーの労働時間規制問題」，伊藤博義・保原喜志夫・山口浩一郎編『労働保護法の研究』有斐閣。
吉田美喜夫[2000]「裁量労働制」『講座21世紀の労働法第５巻』（日本労働法学会編）有斐閣262頁。
吉本明子[1996]「これからの裁量労働制」『日本労働研究雑誌』439号45頁。
『労働法学研究会報』1873号[1992]「これからの労働時間法制と時短の行方」
『「裁量労働制に関する調査」報告書』[1995]財団法人社会経済生産性本部生産性研究所。
Jean Péllissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud[2000], Droit du Travail 20e, Dalloz.

第二節　裁量労働制の現状と課題

1.はじめに

裁量労働制（労基38条の３および38条の４）は，「業務の遂行の手段および労働時間配分の決定を労働者の裁量にゆだね，その場合の労働時間については，一定の時間労働したものとみなすという制度である」[249]。この制度によれば，労働者が他律的な時間管理を免れて，労働者が時間配分の自由を持って自律的に働くことが可能となり，また，みなし労働時間を法定労働時間以下に設定すれば，実労働時間に対応する割増賃金の支払を要しなくなるという意味で，労働時間と賃金との連動関係を切断できるため，賃金を時間ではなく労働者の成果に応じて決定することが可能になる。このため，裁量労働制は，厳密な労働時間管理および労働時間に対応した賃金制度がなじまないホワイトカラー労働者に適合した新しい労働時間制度として注目を集めてきた[250]。

しかし，裁量労働制は，使用者の実労働時間管理を免除することにより，結果的にホワイトカラー労働者の長時間労働およびサービス残業（不払残業）を放置し，正当化する可能性があるという批判が投げかけられてきたところである[251]。

1987（昭62）年労基法改正により導入された裁量労働制は，今回を含めて3回の改正を経ているが，その動きの焦点は，裁量労働制をホワイトカラー労働に適合的な労働時間制度としてその適用範囲の拡大を目指す主張と長時間労働およびサービス残業の横行を追認，助長する制度として適用拡大に反対する主張とのせめぎあいにあったといえる。

今回の改正の重点は，その前提とされた労働政策審議会建議「今後の労働条件の係わる制度の在り方について」（2002年12月26日）によれば，「企画業務型裁量労働制が、多様な働き方の選択肢の一つとして有効に機能するよう、その導入、運用等に係る手続については、制度の趣旨を損なわない範囲において簡素化すること」にあった。つまり改正点は，裁量労働制の導入要件の緩和または手続きの簡素化などであり，その意味ではマイナーチェンジともいえる。しかし，今回の改正の検討によって，裁量労働制のホワイトカラー労働の労働時間制度として意義と限界とをより明確にできるとも考えられる。そしてそのことは，ホワイトカラー労働者の労働時間制度をめぐっては，裁量労働制のマイナーチェンジの域を超えた，本格的なモデルチェンジである労働時間法制の適用除外（エグゼンプシ

249　浅倉むつ子・島田陽一・盛誠吾『労働法』有斐閣（2002年）202頁。

250　ホワイトカラー労働者の労働時間制度と裁量労働制については，島田陽一「ホワイトカラーの労働時間制度のあり方」日本労働研究雑誌519号4頁（2003年）およびそこに掲げる参考文献を参照。

251　例えば，西谷敏「新時代の労働法の課題」西谷敏・中島正雄・奥田香子編『転換期労働法の課題』（旬報社，2003年）29頁，鵜飼良昭「裁量労働の拡大は許されるか」日本労働研究雑誌489号50頁（2001年）など参照。

ョン）の導入が検討されているだけに重要な意味を有するといえる。

従って，今回の裁量労働制に関する法改正の検討では，改正内容の内在的な理解とともに，以上のような流れのなかに今回の改正を位置づける必要があろう。以下では，まず今回の改正に至る裁量労働制をめぐる法改正の動きを紹介し，次に今回の改正内容を検討し，最後にホワイトカラー労働の労働時間制度のあり方をめぐる議論のなかでのこれまでの裁量労働制の展開が有する意義について述べたい。

2．裁量労働制をめぐる改正の経緯

（1）裁量労働制の創設（1987年改正）から1993年改正まで

裁量労働制は，まず1987（昭和62）年労基法改正（昭和62年法律第99号）において，業務の性質上その遂行を大幅に労働者に委ねる必要がある研究開発業務などの専門業務について導入された[252]。この裁量労働制は，労使協定の締結により導入されるが，その対象業務については，「研究開発の業務その他の業務（当該業務の性質上その遂行の方法を大幅に当該業務に従事する労働者の裁量にゆだねる必要があるため，当該業務の遂行の手段及び時間配分の決定等に関し具体的な指示をしないこととするものとして当該協定で定める業務に限る。）」（38条の2第4項[当時]）とされた。この対象業務の範囲については，行政通達が研究開発，情報処理システムの分析・設計，取材編集，デザイナー，プロデューサー・ディレクターの5業務を例示的に列挙したが（昭63・1・1基発1号），労使協定によって対象業務を決定できる方式が採用された。

しかし，1993（平５）年改正（平成5年法律第79号）では，「研究開発の業務その他の業務」という文言が削除され，「業務の性質上その遂行の方法を大幅に当該業務に従事する労働者の裁量にゆだねる必要があるため当該業務の遂行の手段及び時間配分の決定等に関し具体的な指示をすることが困難なものとして命令で定める業務」と規定され，対象業務を省令が限定的に列挙する方式に改められた。この省令では，結局行政通達が列挙していていた業務が列挙されたので（労基法施行規則24条の２第6項1号ないし5号[当時]），適用対

---

[252] 裁量労働制をめぐる経緯を整理した文献は少なくない。青野覚「ホワイトカラー労働時間管理問題と裁量労働みなし制」『法学新報』101巻9・10号391頁（1995年），荒木尚志「裁量労働制の展開とホワイトカラーの法規制」『社会科学研究』50巻3号3頁（1999年），小畑史子「成果主義と労働時間管理」土田道夫・山川隆一編『成果主義人事と労働法』（日本労働研究機構，2003年）173頁，小嶌典明「裁量労働と成果主義」季刊労働法185号26頁（1998年），盛誠吾「１年単位変形労働時間制・裁量労働制」労働法律旬報1430号15頁（1998年），吉田美喜夫「裁量労働制」日本労働法学会編『講座21世紀の労働法第５巻』（有斐閣，2000年）262頁など参照。

象業務の範囲が縮小されたとの指摘もなされたのである[253]。もっとも，「中央労働基準審議会の議を経て労働大臣の指定する業務」（6号）が設けられ，この改正により法改正によらず対象業務を追加拡大する仕組みが作られたことは留意されるべきである。

（2）企画業務型裁量労働制の創設（1998年）に至るまで

1）企画業務型裁量労働制創設に至る経緯

1993年改正以後，ホワイトカラー労働に対する裁量労働制の適用拡大がとくに経営側から強力に主張されるようになる。例えば日経連は，1994（平6）年11月に裁量労働制を適用すべき業務として，②顧客・取り引き先等との交渉・折衝で独自の判断ができる営業・渉外等の業務，③法務・税務・財務・経理・特許・広告宣伝・株式・不動産等の専門的な知識を必要とする業務を挙げていた[254]。また，「規制緩和推進計画」（1995年3月31日）でも裁量労働制の改正が対象項目の1つとされた。

このような動きを受けて裁量労働制の適用範囲の拡大を検討するために労働省が組織した「裁量労働制に関する研究会」は，1995（平7）年4月に「労働大臣の指定する業務」（6号）として，コピーライター，公認会計士，弁護士，1級建築士，不動産鑑定士，弁理士，金融商品等以外の新商品の研究開発の業務の7業務を追加してすることを提言した。この提言に基づき，「金融商品等以外の新商品の研究開発の業務」を除く6業務が指定業務とされた（平9・2・14労働省告示7号）。「金融商品等以外の新商品の研究開発の業務」が指定を見送られたのは，この業務が他の6業務に比べて，ホワイトカラー労働一般の業務に近いため慎重な取扱いがなされたためであった。

このように，この時期においては，日経連等の主張は必ずしもストーレートには実現せず，裁量労働制は，ホワイトカラー労働といっても，専門性の高い業務だけに適用されるにとどまっていたのである。もっとも，ホワイトカラー労働に裁量労働制を適用することが否定的に捉えられていたのではなく，当時の労使協定方式では，適正な運用を確保するのが困難として，裁量労働制の適用範囲を拡大するには，慎重な導入手続きを整備することが不可欠であるとして，新しい裁量労働制の検討が提案されていたのである。「裁量労働制に関する研究会」報告がこのように考えたのは，従来の裁量労働制（専門業務型裁量労働制）が，人事労務管理上の特別扱いまたは特別の専門的職種として確立している業務を前提としており，「業務としての境界線が不明確で一般的な広がりのある事務部門のホワイトカラー労働まで適用対象として予定していたものとは言い難」いという認識があったからである。この報告は，現在の企画業務型裁量労働制という新しい裁量労働制の創設

---

253 小嶌・前掲註252)28～29頁参照。

254 日経連裁量労働制研究会「裁量労働制の見直しについて（意見）」（1994年）。その他，経営法曹会議労使関係研究会「裁量労働制に関する提言」経営法曹研究会報7号23頁（1994年）など参照。

への出発点であった[255]。

1997（平9）年12月の中央労働基準審議会建議は，「裁量労働制に関する研究会」報告を受けて，現在の企画業務型裁量労働制を提案し，これが1998（平10）年の労基法改正により実現されたのである[256]。これにより，いよいよホワイトカラー労働者に対する裁量労働制の本格適用が可能となったのである。この制度は，前述の日経連の主張のうち，本社（事業運営上の重要な決定が行われる）事業場における企画・立案・調査・分析の業務について裁量労働制の適用を，従来の労使協定ではなく，新たに導入される労使委員会の決議により認めるというものであった（労基法38条の４）。この結果，現在では，この制度の導入の当初からの専門業務裁量労働制と1998年の改正で創設された，より一般的なホワイトカラー業務に適用される企画業務型裁量労働制の２種類の裁量労働制が併存することになった。

２）企画業務型裁量労働制の仕組み

企画業務裁量労働制は，極めて慎重な導入手続きが定められた（労基38条の4）。まず，企画業務裁量労働制とは異なり，単なる労使協定ではなく，「賃金、労働時間その他の当該事業場における労働条件に関する事項を調査審議し、事業主に対し当該事項について意見を述べることを目的とする委員会（使用者及び当該事業場の労働者を代表する者を構成員とするものに限る。）」（以下，労使委員会という）による一定事項について決議およびその行政官庁への届出が導入要件とされたのである。したがって，この裁量労働制を採用するためには，その前提として「労使委員会」を設置することが必要となった[257]。この裁量労働制が「業務としての境界線が不明確で一般的な広がりのある事務部門のホワイトカラー労働」を対象とすることから，その範囲を労使に委ねざるをえないため，その適正さを手続的規制の強化によって確保しようとするものと評価できる[258]。

ここでは，①労使委員会の構成等および②労使委員会決議事項の特徴を見ておくことにする。

この労使委員会の労働者側委員の選出については，過半数代表者による任期を定めての指名に加えて，投票，挙手などの方法により当該事業場の労働者の過半数の信任を得ていることを条件としたところに特徴があった（現行38条の4第2項1号，施行規則24条の2の４第2項）。労基法が過半数代表システムとは異なる，より直接民主主義的な代表制が採用されていたからである。

---

255 盛誠吾「裁量労働制――対象業務の拡大問題を中心に」労働法律旬報 1522 号 35 頁（2002 年）以下参照。

256 その前提として，1997 年 3 月の「規制緩和推進計画（再改定）」において，裁量労働制をホワイトカラー業務に拡大することが書き込まれていた。

257 労使委員会は，労働時間の短縮の促進に関する臨時措置法（1993 年，時短促進法）の労働時間短縮推進委員会（6 条）がそのモデルとなっている。

258 もっとも，後述のようにその内容については，法令および指針による厳格な枠付けがあることに留意を要する。

また，労使委員会の設置については，行政官庁の届出を要し（現行38条の4第2項2号），さらに議事録の作成，保存（3年間），労働者への周知（労基116条に定める法令，就業規則等の周知と同様の方法）および議事運営規定の作成が義務付けられていた（現行労基38条の４第2項3号，施行規則24条の2の４第4項ないし7項）。

つぎに労使委員会が裁量労働制を導入するにあたって必要とされる決議事項は，①対象業務，②対象労働者の範囲，③みなし労働時間，④裁量労働者の健康・福祉確保措置，⑤裁量労働者の苦情処理措置，⑥裁量労働制の適用について労働者の同意を得ること，⑦労働者が⑥の同意をしないことを理由とする解雇その他の不利益取扱いの禁止とされた（38条の4第1項1ないし7号）。これらの決議内容については，詳細な指針が定められている[259]。そして使用者は，健康福祉確保措置の実施状況，労働時間の状況，苦情処理措置の実施状況並びに労使委員会の開催状況を定期的に労基署長に報告しなければならない（労基38条の4第4項，施行規則24条の2の5）。

このように企画業務型裁量労働制の導入については，相当程度厳格な法令などの枠をはめたうえでの，労使による決定であることに特徴がある。それと同時に，裁量労働制に対する労働者本人の自発性を確保するために労働者の同意を条件とする制度としたことに加えて，裁量労働制の適正な運営のためには，狭い意味での裁量労働制の実施に必要な措置だけではなく，健康福祉確保措置および苦情処理措置の整備などが不可欠であるとされていることが注目されるべきである。以下では，健康・福祉確保措置および苦情処理措置について，このことを確認しておこう。

まず健康福祉確保措置については，出退勤時刻または入退室時刻の記録などにより対象労働者の勤務状況を把握することを前提としている。さらに指針は，「留意事項」として，使用者は，企画業務型裁量労働制の対象労働者について，「労働者の生命，身体及び健康を危険から保護すべき義務（いわゆる安全配慮義務）を免れるものではない」と明記している。具体的な措置として，代償休日または特別な休暇の付与，健康診断の実施，年休の取得促進，健康問題の相談窓口の設定などがあげられている。

また苦情処理措置に関して，指針は，「取り扱う苦情の範囲については，委員は，企画業務型裁量労働制の実施に関する苦情のみならず，対象労働者に適用される評価制度及ぶこれに対応する賃金制度等企画業務裁量労働制に付随する事項に関する苦情も含むものとすることが適当である」としている。これは，そもそも労使委員会が賃金，労働時間その他の労働条件に関する事項を調査審議し，事業主に意見を述べることを目的としていることと並んで，この裁量労働制が年俸制などの成果主義的な賃金制度と密接に関連するという暗黙の前提があることを示している。

3．今回の改正内容

259 「労働基準法第 38 条の４第１項の規定により同項第１号の業務に従事する労働者の適正な労働条件の確保を図るための指針」平 11・12・27 労働省告示 149 号。

（1）改正に至る経緯

このようにホワイトカラー労働一般に裁量労働制の適用の道を開く企画業務型裁量労働制は，その適正な運営を確保するために相当程度厳密な手続きおよび条件が課された。これに対しては，とくに経営サイドからは，裁量労働制の適用範囲拡大とともに，その手続きの簡素化が要望されてくることになった。2001年3月20日の閣議決定「規制改革推進3か年計画」を受けて総合規制改革会議が作成した「重点６分野に関する中間とりまとめ」（2001年7月24日）では，専門業務型裁量労働制の対象業務の年度内の拡大および企画業務型裁量労働制の見直し[260]が明記された。

このうち専門業務裁量労働制については，労働政策審議会労働条件分科会の検討を経て，情報システムエンジニア，インテリアコーディネーター，ゲームソフトの創作，証券アナリスト，金融商品の開発，２級建築士・木造建築士（従来からの１級建築士とまとめて，告示では建築士とされた），税理士，中小企業診断士が，厚生労働大臣の指定する業務（施行規則24条の２の２第2項6号）として付け加えられた（平14・２・13厚生労働省告示22号）。

法改正を伴う裁量労働制の見直しは，さらに労働政策審議会労働条件分科会において検討され，労働政策審議会建議「今後の労働条件の係わる制度の在り方について」（2002年12月26日）としてまとめられた。そこでは，企画業務型裁量労働制の運用および導入手続きの簡素化や専門業務型裁量労働制の要件の強化などが提案された。今回の改正は，この建議に基づくものであった[261]。

（2）専門業務型裁量労働制に関する改正点

専門業務型裁量労働制では，労基法38条の3が労使協定において定める事項を列挙する規定形式に変更されたほか，企画業務型裁量労働制において要件とされていた健康・福祉確保措置および苦情処理措置の導入が労使協定に定めるべき要件として付加された（改正労基法新38条の3第1項４，５号）[262]。

---

[260] 企画業務型裁量労働制の見直しは，施行（2000年４月１日）後３年をへて再検討することが予定されていたが（1998年労基法改正附則11条），「重点６分野に関する中間とりまとめ」は，これを前倒しして再検討することを求めていた。

[261] 2003年改正については，盛「裁量労働制の要件変更」労働法律旬報1554号６頁（2003年），土屋喜久「労働基準法の一部を改正する法律」ジュリスト1252号70頁（2003年）など参照。

[262] １号対象業務，２号みなし労働時間，３号対象労働者，６号その他厚生労働省令で定める事項。この厚生労働省令で定める事項は，省令改正案によれば，協定の有効期間，各対象労働者の健康・福祉確保措置として講じた措置，労働時間の状況および苦情処理措置として講じた措置の記録を協定の有効期間およびその後３年間保存することとされる（労働基準法施行規則及び労働時間の短縮の促進に関する臨時措置法施行規則の一部を改正する

専門業務型裁量労働制においても，企画業務型裁量労働制と同様に長時間労働などの弊害の可能性がある以上，これに対する対策を講ずることが必要であり，今回の改正はこれに応えるものと評価できる[263]。

もっとも，二つの裁量労働制の導入要件を接近させるとするならば，裁量労働制の適正な運営を確保するために専門業務型裁量労働制についてもその適用についての本人同意を労使協定事項とすることも考慮されてよかったであろう（労働基準法の一部を改正する法律案に対する衆議院（2003（平15）年6月4日）および参議院（同6月2日）厚生労働委員会のの附帯決議（以下「附帯決議」という）では引き続き検討することとされた）。

なお，省令などの改正に伴って対象業務に新たに「学校教育法に規定する大学における教授研究の業務（主として研究する業務に限る。）」が付加された（労基則24条の2の2第2項6号の規定に基づき厚生労働大臣の指定する業務の一部を改正する告示案要綱）。

（3）企画業務型裁量労働制に関する改正点とその評価

企画業務裁量労働制に関する改正点は，①対象事業場の制限撤廃，②労使委員会決議の要件の緩和，③労働者代表委員の信任手続きの廃止，④労使委員会の設置届出義務の廃止および健康・福祉確保措置などの実施状況の定期報告の簡素化である[264]。また，すでに公表されている今回の改正に伴う「新省令」（註14）では，行政に定期報告すべき健康・福祉確保措置の内容および労使委員会決議の有効期間について定めている。さらに，「新省令」と同様に公表されている「指針」改正案（以下では「新指針」）[265]により健康・福祉確保措置の具体的内容が補足されている。以下今回の改正内容を見ておこう。

1）対象事業場の制限撤廃

企画業務型裁量労働制の対象事業場は，「事業運営上重要な決定が行われる事業場」とされ，指針では本社・本店である事業場および当該事業場の属する企業等に係る事業の運営上の重要な決定を行う権限を分掌する本社・本店に準ずる事業場とされてきた。今回の改正では，この文言が削除され，この結果，全ての事業場が対象事業場とされることになったと解するのが素直な法文解釈であろうが，事はそう単純ではなさそうである。「新指針」によれば，対象事業場は，「当該事業場の属する企業等に係る事業の運営に影響を及ぼす決定が行われる事業場（従来の本社・本店それに準ずる事業場にあたる）」および「当

省令案要綱，以下では「新省令」)。

263 この改正点は，前述の「重点6分野に関する中間とりまとめ」などには盛り込まれておらず，2002年の建議において初めて登場したものである。

264 労働政策審議会建議では，この他労使委員会の有効期間の暫定措置（労基法施行規則66条の2）の見直しおよび健康・福祉確保措置の一環として産業医等による助言・指導があげられていた。これらについては，省令または指針の改正により対処されるものと思われる。

265「労働基準法第三十八条の四第一項の規定により同項第一号の業務に従事する労働者の適正な労働条件の確保を図るための指針の一部を改正する告示案要綱」

該事業場に係る事業の運営に影響を及ぼす独自の事業戦略を策定している支社等である事業場」に限定されているからである。改正条文に対して指針によってこのような限定を行うことができるのかという疑問も生ずるが，対象業務が一定の範囲に限定される結果として対象事業場が限定せざるを得ないというのが指針の立場のようである。以下この点について説明しておこう。

これまで対象事業場が「事業運営上重要な決定が行われる事業場」と限定されていることに伴って，「指針」では対象業務を限定する「事業の運営に関する事項」について，企業全体にかかわる事業の運営に影響を及ぼす事項と限定されていた。これに対して，「新指針」では，従来の対象業務に，「支社等における当該事業場の属する企業等に係る事業の運営に影響を及ぼす業務又は当該事業場に係る事業の運営に影響を及ぼす独自の事業戦略を策定する業務」を加えることとされている。これは，対象事業場の限定が撤廃され，「事業の運営」を企業全体にかかわるものと解釈する必要はなくなったが，このことが「サービス残業隠しに悪用されることのないよう」（附帯決議）にする配慮から，「事業の運営に関する事項」とは単なる対象事業場の事業の実施に関する事項を広く含むということではないという従来の解釈を維持するために付加されたものである。この結果，対象事業場は，このような対象業務の存在するものに限定されることになるのであろう。

2）労使委員会決議の要件の緩和など

労使委員会決議については，委員全員一致であることが要求されていたが，今回の改正でこれを5分の4以上の多数決による議決で足りることになった(改正労基38条の4第1項)。労使委員会は，労使同数であり，使用者側委員が決議に反対することが考えられないので，今回の改正は，労働者側委員の過半数の賛成が労使委員会の決議の要件となったことを意味する。

労使委員会決議の有効期間については，暫定的に上限1年とされてきたが（労基法38条の4第1項7号，労基法施行規則24条の2の3第3項1号および66条の２第1項），「新省令」では，「一年以内の期間に限らないものとすること」とされている。これによれば，労使委員会の決議の有効期間を省令で定めることは変わらず，その期間の上限が緩和されることになる。労使委員会の決議の有効期間が1年である必要性はないが，適当な間隔で制度を定期的に見直すという点からは，適切な上限期間を少なくとも指針レベルで示す必要があろう。

3）労働者側委員信任手続の廃止

労使委員会の労働者側委員の選出については，過半数代表者による指名に加えて，従業員による信任手続が定められていたが，この信任手続きが廃止された。

確かに，この信任手続は，特に企業に労働組合が一つだけであり，かつユニオン・ショップ協定があり，従業員の殆どを組織している場合を考えるならば，屋上屋を重ねる手続という観は否めない制度であったであろう。しかし，信任手続を煩雑な手続きとして単純に廃止することが妥当であるだろうか。

まず，事業場単位でみるならば，例えば本社の事業場などでは，仮にユニオン・ショップ協定を有する組合があっても，組合員の範囲から外れる従業員も少なくなく，またこの裁量労働制ではすでに対象労働者が組合員の範囲から可能性が高い。

また労使委員会は，単に労基法の規制を除外することだけを目的とするのではなく，「賃金、労働時間その他の当該事業場における労働条件に関する事項を調査審議し、事業主に対し当該事項について意見を述べることを目的とする委員会」であり，労働者側委員は，過半数代表とは異なり，いわば恒常的な従業員代表である。

さらに，過半数組合があっても事業場内に複数の組合がある場合および過半数組合のない場合には，従業員の利害の多様性を考慮する必要性が高い。

以上のように考えると，信任手続は，労働者側委員に強い正統性を確保するというという意味で重要な意義があると思われる。そして，このような従業員代表の選出方法は，労使委員会のような恒常的な労使協議組織の将来の展開という観点からも注目されてきたことを無視できない[266]。

このように考えると，信任手続の実態についての分析，とくにその存在が企画業務型裁量労働制の適正な発展のための大きな障害となっているということの立証も曖昧なまま，わずか3年で廃止することが拙速ではないかという疑問が払拭できない[267]。

4）労使委員会の設置届出義務の廃止など

まず労使委員会の設置届出義務の廃止については，対象事業場の限定がなくなり，全事業場が対象となったとすれば，労使委員会の設置自体を行政が把握する必要性がなくなったためと考えることができよう。もっとも，すでに紹介したように「新指針」によれば対象事業場の限定が全くなくなったわけではないことを考えると，行政による労使委員会の設置の必要性が完全になくなったわけではない。また，企画業務型裁量労働制に関する決議は，行政に対する届出義務があるが，労使委員会決議に認められている労使協定代替機能についてみると，36協定に代わる決議以外については届出を要しないとされている。この届出義務の免除は，労使委員会の設置届出義務が廃止されても妥当といえるかは疑問なしとしない[268]。

健康・福祉確保措置などの実施状況の定期報告については，苦情処理措置の実施状況およびに労使委員会の開催状況が報告事項から除外され，健康・福祉確保措置の実施状況および労働時間の状況の報告に簡素化された。労使委員会制度が労使のなかで適正に定着するうえでは，今回廃止された事項も重要な参考資料である。この利点を失っても廃止すべき煩雑な手続きであったかについてはより慎重な議論が必要ではなかったのではないだろうか。

---

266 例えば，毛塚勝利「職場の労働者代表と労使委員会」ジュリスト 1153 号 57 頁（1999 年）参照。

267 同旨，盛・前掲註 261）13 頁。

268 盛・前掲註 261）はこの点を強調する（13～14 頁）。

5）健康・福祉確保措置の具体的内容の補足

「新指針」では，健康・福祉確保措置として「働き過ぎによる健康障害防止の観点から、必要に応じて、使用者に産業医等による助言指導を受けさせること」を留意する必要があること，および「使用者は、把握した対象労働者の勤務状況及びその健康状態に応じて、当該対象労働者への企画業務型裁量労働制の適用について必要な見直しを行うことを決議に含めることが望ましい」とされた。これらは，この裁量労働制の適用労働者の健康確保という点から積極的に制度のなかに取り入れられるべきであろう。

4．今後のホワイトカラー労働者の労働時間制度と裁量労働制

これまでの裁量労働制の利用状況についてみると，厚生労働省調査では，その採用割合は専門業務型が1.2%，企画業務型が0.9%であり（厚生労働省「就労条件総合調査」2002年），従業員500名以上の企業を対象とした社会経済生産性本部調査[269]では，専門業務型が9.6%，企画業務型が2.4%である。このような低い採用割合が今回の改正によって飛躍的に増加すると予想するのは困難であろう。

もともと裁量労働制の適用範囲の拡大を望む主張は，同時に早い時期から裁量労働制を完成形態とするのではなく，労働時間法制の適用除外（エグゼンプション）がホワイトカラー労働に適合的であるという主張を伴っていたが，今後その主張が強まってくることは間違いない。

確かに裁量性の大きいホワイトカラー労働者の労働時間制度については，賃金制度も踏まえて考えると，実労働時間規制には限界がある。そして，ホワイトカラー労働者に適合的な労働時間制度としては，労基法上時間計算の特例と位置付けられた裁量労働制に固執する必要もないであろう。しかし，裁量労働制にはさまざまな制約が多いとして，ホワイトカラー労働者には労基法41条2号のような単純な労働時間規制の適用除外で対処すべきとの主張は妥当ではない。

ホワイトカラー労働者の新しい労働時間制度を構想するにあたっては，賃金制度を含めて，それが適正に機能する条件が慎重に検討されねばならない。また，ホワイトカラーの裁量性の程度に応じて，多様な制度を構想する必要がある[270]。この点では，裁量労働制の適正な運営のためには，使用者は広い意味での労働時間管理をすべてが免除されるわけではないし，また使用者が講ずべき措置は少なくないというこれまでの裁量労働制の展開が

269　社会経済生産性本部社会労働部『裁量労働制と労働時間管理に関する調査報告』生産性労働情報センター　（2002年）

270　ホワイトカラー労働者の裁量性については，佐藤厚『ホワイトカラーの世界』（日本労働研究機構，2001年），今野浩一郎「ホワイトカラーの労働時間管理」『日本労働研究雑誌』489号48頁（2001年）などを参照。

十分に参考にされるべきである[271]。

271 以上の点については，島田・前掲註 250）が詳しく検討しているので参照していただきたい。

おわりに

日本の労働立法の動きは，目まぐるしく，本研究期間中から現在まで，重要な立法改正が相次いでいる。その意味で，「解雇規制を中心とする雇用保障法制の立法論的検討」という課題は，時宜に適した研究課題であったといえる。本研究では，第１に，労働法を取巻く状況変化を分析し，現在の労働法の立法的課題を総論的に検討し，第２に，雇用形態。就業形態の多様化のなかでの労働法の適用範囲の見直しをいう課題を検討し，第３に，解雇・有期労働契約法制改正の意義と問題点を分析し，そして，第４に，ホワイトカラーの労働時間規制という課題を検討した。

雇用保障法制を広く捉えるならば，高齢者雇用安定法や男女雇用機会均等法などの改正動向については取り上げられておらず，全面的な検討とはいえないが，本研究は，現在の労働立法に課された重要な課題の多くを取り上げて検討できたと思われる。もちろん，それぞれの課題に関する成果は，なお初歩的なものであり，今後の一層の研究を要するが，一応の目的を達せたと考えている。

最後に，今後の研究課題を提示しておこう。

第１は，現在の立法動向に対応した有期労働契約法制および労働時間法制に関する立法的な検討である。この課題には，すでに取り掛かっており，本年中にその成果を公表する予定である。

第２は，本研究期間中においては，公表するに至らなかった比較法研究を完成させることである。本研究期間中には，とくに有期労働契約および労働法の適用範囲に関しては，フランス法およびＥＵ法などを検討し，その成果は，本研究に生かされているが，それとしてまとめる作業に至らなかった。この課題は，来年までには公表したいと考えている。

第３は，本研究期間中に研究課題として強く意識するようになった，労働法における企業の法的研究である。今後の労働法制を考えるとき，従来，十分に検討されてこなかったこの課題は，重要な意義を要すると思われる。この課題については，現在，早稲田大学21世紀COEプログラム「企業法制と法創造」の研究における労働法研究グループ「変容する企業組織・労働市場と〈労働世界〉における法創造の課題」という研究テーマのなかで検討を開始しており，すでに「CSR（企業の社会的責任）と労働法学の課題に関する覚書」（季刊企業と法創造６号16頁（2006年3月））を公表している。