

# 消費者契約法と労働契約法

村 山 淳 子

## 序章

- 1 本稿の問題意識
- 2 本稿の目的と方法

## 第1章 消費者契約法

- 1 外在的要因——規制緩和が求めた消費者像の転換
- 2 内在的要因——消費者像：情報・交渉力において構造的に劣位にあるために要保護性が推定される者
- 3 保護目的・規制原理・介入根拠
- 4 契約法という法形式の選択
- 5 条文の選択基準——市場の自浄を促すメッセージ
- 6 他法との関係

## 第2章 労働契約法

- 1 外在的要因——規制緩和の中で、護るべき基本的価値の認識
- 2 内在的要因——労働者像とその変容：従属状態を克服しようと努力する者
- 3 保護目的・規制原理・介入根拠
- 4 契約法という法形式の選択
- 5 条文化の選択基準——対等合意の拠り所となる基本的ルール
- 6 他法との関係

## 第3章 共通性とバラエティーをめぐる研究

- 1 外在的要因ないし背景事情として、規制緩和や自由化の要求が存在したこと
- 2 内在的要因として、劣位者の人間像において自立へ向かう、あるいは向けられる動きがみとめられること
- 3 市民法原理とともに、それぞれの法領域で発展した原理ないし手法を有していること

- 4 市民法原理の発展形、あるいは市民法原理の部分的導入の装置として、契約法という法形式での立法が選択されたこと
- 5 規制内容において、①劣位者の自己決定を実質化することと、②契約内容そのものを規制することをともに含み、そのなかから当事者にインセンティブを与える規律を条文化していること、またはそうあるべきこと
- 6 当該法領域における他法との協働

## 序章

### 1 本稿の問題意識

力格差のある非対称な当事者関係において、より劣位にある者を保護するために、契約法の立法という手段が選択される場合がある。それはしばしば、規制緩和や訴訟対応といった外在的要因を伴って起こるが、より内在的に、この種の立法の必要を基礎づけ、その基本的性格を決定づけるのは、保護されるべき劣位者の具体的な人間像の実態とそれを生み出す状況<sup>(1)</sup>（本稿は両者を載然とは区別しない）にほかならない。

この種の立法は、まずは、固有に研究されなければならない。同種の契約法の立法例の研究が、直接に、他の立法構想の資料たりうるというものではない。法的な「弱者」のありよう（どこが、どのように弱いのか）、そしてそれゆえにもとめられる法的保護のあり方（だから、どのような法的保護のあり方が適合的なのか）は、その種の法的関係ごとに各個各様であり、

---

(1) 法と人間像というテーマにつき、ラートブルフ＝桑田三郎＝常磐忠允訳「法における人間」『ラートブルフ著作集5・法における人間』（東京大学出版会、1962年）11頁以下参照。また、特に民法における人間像につき、星野英一「私法における人間—民法財産法を中心として」『岩波講座・基本法学1』（岩波書店、1983年）125頁以下〔同『民法論集第6巻』（有斐閣、1986年）所収〕等参照。

なお、近時学際的な特集が組まれたものとして、「(特集) 法は人間をどう捉えているか」法時80巻1号（2007年）4頁以下参照。

その関係性に遡って導き出されるべきものである。<sup>(2)</sup>

しかし、他方で、その固有の研究は、決してそれのみで完結しうるものではない。それぞれに固有な、各法領域における非対称契約の法典化の共通性とバラエティーをあきらかにする研究が、次の段階では求められる。そのような研究を通じてこそ、各個の立法の個性は、相対化・客観化され、その法学上の意味を確かなものとすることができるのである。

## 2 本稿の目的と方法

かかる問題意識のもと、本稿は、すでに単行法ながら契約法の立法例が存在し、当該法領域、および民法領域において一定の先行研究の蓄積がある消費者契約法（2001年施行）と労働契約法（2008年施行）を対象に、共通性とバラエティーという視点から、各個の立法の比較を行うものである。<sup>(3)</sup>

対象各法は、それぞれが独自に、外在的要因、そして保護されるべき劣位者の人間像の実態とそれを生み出す状況や社会構造に基礎づけられ、当該法領域に特徴的な保護目的ないし規制原理と、それと連関する法形式ならびに条文選択基準をもって、全法秩序との整合性を保ちつつ生成した、あるいはそうあろうと議論がなされている。各立法は、このような一連の連関関係において、いかなる点に共通点を有し、またいかなる点でバラエティーを呈するのか。

なお、本稿の目的に照らして、外在的要因、および各論的テーマについ

---

(2) ここまでの1文は、村山淳子「補論2 解釈類型から法定類型へ——ドイツ法からの示唆」『医療契約論——その典型的なるもの』（日本評論社、2015年）177頁に補正を加えたものである。医療契約法について研究した同論文と本稿は、同じ問題意識に立っている。

(3) 消費者契約（法）と労働契約（法）の比較ないし対比については、各法領域ならびに民法において先行研究がある。たとえば、吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、1999年）161頁以下、大内伸哉「労働法と消費者契約」ジュリ1200号（2001年）90頁以下、西谷敏『規制が支える自己決定』（法律文化社、2004年）217頁以下、角田美穂子「日本私法学会シンポジウム資料『消費者契約法の10年』消費者契約法の私法体系上の独自性」NBL958号（2011年）23頁以下等。

ては、割愛ないし中心的には取り扱わない。膨大な関連資料の山の中で本稿の問題意識とテーマを埋没させないように、テーマに則した資料の絞り込みを行ったことをお断りしておく。

## 第1章 消費者契約法

消費者契約法<sup>(4)</sup>は、2000年に成立し、2001年に施行された<sup>(5)</sup>。その後改正を重ね、現在も、実体法部分につき改正論議が進行している。

本法はきわめて積極的な政策的意図をもって、今ある現実を導くべく、<sup>(6)</sup>構想・制定された法律である。また、「小さく産んで大きく育てる」といわれたように、不完全であることを前提に、将来の改正を見込んで制定された、成長過程の法律でもある。

### 1 外在的要因——規制緩和が求めた消費者像の転換

消費者契約法は規制緩和の申し子である<sup>(7)</sup>、といわれることがある。消費

(4) 関連文献は膨大であり、本稿の問題意識と目的に照らし、体系的なもの、立法論にかかわるものに限定した。

消費者契約法について、消費者庁企画課編『逐条解説・消費者契約法〔第2版補訂版〕』（商事法務、2015年）のほか、学会シンポジウムや雑誌の特集を中心に参照した（日本私法学会シンポジウム資料『消費者契約法—立法への課題（別冊NBL54号）』（商事法務、1999年）、「日本私法学会シンポジウム討論記録・『消費者契約法』をめぐる立法的課題」私法62号（2000年）3頁以下、「特集・消費者契約をめぐる法の展望—消費者契約法施行10年に寄せて」法時83巻8号（2011年）4頁以下、「日本私法学会シンポジウム資料・消費者契約法の10年」NBL958号（2011年）18頁以下、959号（2011年）10頁以下、「日本私法学会シンポジウム討論記録・消費者契約法の10年」私法74号（2012年）3頁以下等。

消費者法全体については、大村敦志『消費者法（第4版）』（有斐閣、2001年）等を参照した。

(5) 消費者契約法制定の経緯について、落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2001年）1頁以下、消費者庁企画課編・前掲注（4）5頁以下等参照

(6) 前掲注（4）私法74号5頁〔落合誠一発言〕

(7) 渡辺達徳「（特集・消費者契約をめぐる法の展望—消費者契約法施行10年に寄

者契約法制定の背景や理由として、規制緩和が語られることは多い。

1980年代に規制緩和をはじめとする構造改革が始動し、1990年代には経済の長期低迷を背景に市場メカニズムの活用による経済の活性化が目指された<sup>(8)</sup>。この時期に、消費者像の転換—行政に「保護される者」から「自立した主体」への転換が図られたのである。<sup>(9)</sup>すなわち、消費者保護基本法（1968年）から消費者基本法（2004年）への展開において、消費者の自立支援が基本理念として提示され、同じ考えにもとづき消費者契約法の目的規定（1条）が定められている。そこでは、「消費者と事業者の間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ……」と情報・交渉力格差でのみ消費者像をとらえる表現がなされている。

市場メカニズムの活用により市場の経済的効率性を実現しようとする規制緩和論では、十分な競争がなく、あるいは当事者間に情報格差があるために、市場が経済的効率性をもたらし本来の機能を果たし得ないことは、「市場の失敗」にあたる。<sup>(10)</sup>市場が失敗をしないためには、取引参加者には自立した主体であることが求められる。この考えにもとづき、消費者基本法ならびに消費者契約法は、自立の支援が要請されているが、民法が前提とした自律的人間像（合理的経済人）と根本的には異ならない人間像を前提としたのである。<sup>(11)</sup>

このような市場メカニズム重視の社会経済システムへの転換という政策

---

せて）消費者契約法の10年と消費者契約関連法の展望—企画の趣旨を兼ねて」法時83巻8号（2011年）5頁

（8） 後藤巻則「（特集・法は人間をどう捉えているか）消費者のパラドックス—「法は人間をどう捉えているか」企画の趣旨を兼ねて」法時80巻1号（2008年）35頁参照、同「（日本私法学会シンポジウム資料・消費者契約法の10年）契約締結過程の規律の進展と消費者契約法」NBL958号（2011年）30頁参照。

（9） 内閣府国民生活局編『21世紀型の消費者政策の在り方について』（2003年）9頁以下から部分的に引用。後藤・前掲注（8）法時33頁、35頁参照、後藤・前掲注（8）NBL 30頁参照

（10） 後藤・前掲注（8）法時35頁

（11） 後藤・前掲注（8）法時35頁、前掲注（4）私法74号7頁〔落合誠一発言〕も参照

目標のもとで、消費者像が転換される中で、消費者契約法は制定されたのである<sup>(12)</sup>。

## 2 内在的要因——消費者像：情報・交渉力において構造的に劣位にあるために要保護性が推定される者<sup>(13)</sup>

以上のように、消費者法領域では、政策的な意図をもって、いわば人工的に、それまでの保護される消費者像から自立した消費者像への転換がはかられ、そのもとで消費者概念が定立された経緯がある。しかし、消費者契約法制定後10年余を経た現在でも、消費者像をどうとらえるかについて、学説は混迷を深めている。

たしかに、立法趣旨どおり消費者像を合理的経済人ととらえ、もって市場の経済的効率性を実現しようという立場をとる論者もいる<sup>(14)</sup>。

しかし、むしろ多くの学説は、かかる政策的に設定されたかくあるべき消費者像はひとまず措いて、消費者とはいかなる者かをあきらかにし、それに即した法解釈や立法論を模索している。現在も模索は続いているが、ここでは、いくつかの方向性を代表する見解を捉えて紹介しよう。

### (1) 普遍的なテーゼとしてとらえる

角田美穂子教授は、「消費者契約法1条前段（以下「情報・交渉力の格差テーゼ」という）は、消費者の要保護性と、法の独自性を基礎付けるキー

(12) 落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2001年）49頁。なお、消費者取引におけるトラブルの増大と深刻化への対応という政策課題に応えるための立法でもあった（消費者庁企画課編・前掲注（4）3頁以下。角田美穂子「〔日本私法学会シンポジウム資料・消費者契約法の10年〕消費者契約法の私法体系上の独自性—10年の経験と課題」NBL958号（2011年）29頁他多数の論者が言及）。その後裁判例の蓄積等により有用性が実証されている。

(13) とくに消費者像については、後藤・前掲注（8）法時33頁以下、河上正二「民法における『消費者』の位置」現代消費者法4号（2009年）47頁以下を参照した。

(14) 立法に関与した落合誠一教授は、「消費者取引市場を効率的にかつ公正な形で運営するためにはどうしたらよいかという観点から消費者契約法を位置づける」べきであるとする立場である（前掲注（4）私法74号6頁〔落合誠一発言〕）

概念」であると位置づける。<sup>(15)</sup>この「情報・交渉力格差」こそが、特別な民事ルールが介入しなければならない根拠であり、<sup>(16)</sup>消費者の要保護性と、法の独自性を基礎づけているという。<sup>(17)</sup>このように情報・交渉力の格差を普遍性のある1つのテーゼととらえたうえで、消費者は「類型的・定型的に構造化した格差故に要保護性が推定される存在」であるとする（「個別的な、格差のない例外的な場合については、その推定をくつがえす、つまり、類型的な要保護性を打ち消すに値する抗弁と構成する」という）。

そして、「情報・交渉力の格差テーゼ」は、消費者契約法の指導理念であるばかりでなく、「隣接領域にも越境していく潜在的可能性」を備えるものであるとするのである。<sup>(18)</sup>この見解は、後述する消費者契約法をより普遍的な民事ルールと捉えようとする、近時の有力な動向にくみするものである。

## （２） 生身の消費者へのこだわり

後藤巻則教授は、消費者とはいかなる者かは、角度を変えれば、消費者をとりまく状況をいかに捉えるかということであるとし、消費者をとりまく状況について次のような特性を挙げる。すなわち、「事業者側の状況としては、①商品の大量化、②商品の高度化・複雑化、③販売技術の進歩、④企業自体の大規模化、⑤消費者信用の発達……これに伴い、消費者は、⑥情報が不足する、⑦交渉の余地も乏しい、⑧商品の比較選択の機会が失われる、⑨冷静に熟考することが難しい、⑩危険な商品・劣悪な商品・不要な商品・期待はずれな商品を購入することが多くなる、⑪身体を備えるがゆえに傷つきやすい、⑫紛争解決が困難である、⑬負担転嫁も原則としてできない」<sup>(19)</sup>と。

(15) 角田・前掲注（12）21頁

(16) 角田・前掲注（12）4頁

(17) 角田・前掲注（12）21頁

(18) 角田・前掲注（12）29頁

(19) 後藤・前掲注（8）法時34頁。大村敦志『消費者・家族と法〔生活民法研究Ⅱ〕』（東京大学出版会、1999年）15頁以下参照。谷本圭子「民法上の『人』と『消

そして同教授は、これをふまえた消費者像を構成すべきことを説き、  
 「生身の人間」である消費者像へのこだわりをみせる。<sup>(20)</sup> この「こだわり」  
 は、後述する人格の利益への保護法益の拡張や市場からの排除法理の導入  
 など、消費者契約法の拡大の提案につながる<sup>(21)</sup>。

### (3) 法律学以外へ回答を求める

他方で、消費者像の理解にさいし、法律学の限界を指摘し、脳科学、人間行動学、行動経済学など法律学以外の分野の知見に回答を求める論者が<sup>(22)</sup>  
 いる。これら諸説は、人間は合理的な行動をするとは限らない、情報・交渉力格差が埋められてもなお不合理な行動をしてしまうこともある、との認識から出発し、消費者像の実態を解明し、それを反映させた消費者(契約)法を展開しようとする。

しかし、この見解に対しては、一定のシンパシーを示しながら、完全にはふみきれない論者も多い。かような科学的知見を、そのままストレートに実体法規範の解釈に取り込めるのかという、方法論上のブレーキがかけ<sup>(23)</sup>  
 られているのである。

以上の(1)～(3)の相互の関係性は必ずしもあきらかでない。不合

---

費者』石田喜久夫先生古稀記念『民法学の課題と展望』(成文堂、2000年)73頁以下も参照

(20) 後藤・前掲注(8)法時35頁以下

(21) 後藤・前掲注(8)法時35頁以下

(22) 村本武志「実務から見た民法改正と消費者法」現代消費者法4号(2009年)38頁以下、廣瀬久和「法と人間行動——必ずしも合理的でなく、画一的でもない人間観からの再出発」Law&Practice 4号(2010年)163頁以下、山本顯治「投資行動の消費者心理と勧誘行為の違法性評価」新世代法政策学研究5号(2010年)201頁等。

(23) 松本恒雄「(日本私法学会シンポジウム資料・消費者契約法の10年)消費者契約法の10年と今後の課題—民法(債権法)改正との関係を含めて」NBL959号(2011年)46頁(「実体法規範に行動経済的知見を取り込むことには、従来の契約法における契約の拘束力の理論との関係でかなりの困難が予想される」とする)、前掲注(4)私法74号32頁〔山本豊発言〕(「法律学が脳科学の知見をストレートに取り込めるのかという点についての方法的な整理が必要」とであるとする。また「法律学が前提とする人格は規範的に構想されるものであ」とする)



理な生身の人間像を前提としようとする意味で、(2)と(3)は親和的でないし共通性を有するといえるだろう。<sup>(24)</sup>(1)と(2)(3)を対置させ、後者を市民法原理の制限に導きうるものと理解することも可能である。

### 3 保護目的・規制原理・介入根拠

このように、(前記2(1)によれば)情報・交渉力において劣位にあるために要保護性が推定される者を保護するために、法が介入することの根拠<sup>(25)</sup>は何か。立法者は、原理レベルでの考察に乏しく、制定された目的規定も抽象的に過ぎ、規制原理を十分に説明しているとはいえない。<sup>(26)</sup>

学説は、消費者像の実態、とりわけ交渉力格差の中身についての混迷と同様—いや、だからこそ—保護目的や介入根拠についても見解の一致をみていない。

とはいえ、現在では、市民法原理を排斥して特別な保護原理を持ち込むのではなく、市民法原理の実質化や発展をはかることを主とするという点<sup>(27)</sup>において、主要学説の方向性は定まっている。

#### (1) 消費者の自己決定基盤の確保（契約締結過程の規律において）

情報・交渉力において劣位にある者を保護するためには、まず1つに、劣位者の自己決定基盤を確保しなければならない。特に、立法者サイドの意図としては、消費者を「保護される者」から「自立した主体」へと転換

(24) なお、大村・前掲注(4)22頁は、常に合理的には行動できない生身の人間としての消費者を前提とすべきとの趣旨である。

(25) 落合誠一ほか「消費者契約法の役割と展望」ジュリ1200号(2001年)9頁〔潮見佳男発言〕参照

(26) 前掲注(4)私法74号14頁〔山本豊発言〕参照。

(27) 松本恒雄「消費者私法ないし消費者契約という概念は可能かつ必要か」椿寿夫編『講座 現代契約と現代債権の展望6 新種および特殊の契約』（日本評論社、1991年）31頁参照、鎌田薫『『消費者法』の意義と課題』『岩波講座 現代の法13 消費生活と法』（岩波書店、1997年）6頁参照、後藤・前掲注(8)法時34頁参照。もっとも、元来消費者法領域は福祉国家における弱者保護から出発しており、この思想は消費者契約法においても完全に払拭されたわけではない。

することに法の目的があったのだからなおさら、消費者が自立した主体であることを前提に、十分な情報に基づく自己決定をなすための基盤を確保することに、介入の主たる根拠が求められるはずである。<sup>(28)</sup>この規制原理は、具体的には、契約締結過程における消費者への情報提供や合意の瑕疵にかかわる規律として現れることになる(後述4(1)参照)。

もっとも、現実の条文、そして学説もまた、後述(2)の方に相当のウェイトをおいている。(1)を重視し、これを基本とする立場の後藤巻則教授も、消費者契約法に期待される役割は、消費者の自己決定基盤の確保に尽きるものではないと述べている。<sup>(29)</sup>

## (2) 交渉力不均衡からの保護(不当条項規制等)

不当条項規制の正当化根拠を何に求めるか。古くから民法学説において議論され、規制法理の適用範囲論と密接に結びついて展開されてきたが、現時点でもなお、共通理解の形成には至っていない難題である。<sup>(30)</sup>消費者契約法の不当条項規制は、このようなより一般的なレベルで存在してきた規制法理の、ある一つの適用場面を実定法化したものであると位置づけられている。<sup>(31)</sup>

このテーマの権威である山本豊教授は、自身の先行研究をふまえ、2011年の日本私法学会シンポジウム準備原稿で、<sup>(32)</sup>以下のようなモデルを用いて、消費者契約法における不当条項規制の正当化根拠に関する学説の見解を整理している(以下の整理はそこでの説明に依拠し、タイトルもほぼ引用している。参考文献は上記原稿にゆずることにする)。

(28) 国民生活審議会消費者政策部会「消費者契約法(仮称)の制定に向けて—国民生活審議会消費者政策部会報告」(1999年) <http://www.caa.go.jp/> (最終アクセス日2016年2月5日)

(29) 「基本的には自己決定基盤を確保するための法律であるとしても、同法に期待される役割はそれに尽きるわけではない」としている(後藤・前掲注(8)NBL31頁)

(30) 山本豊「(日本私法学会シンポジウム資料・消費者契約法の10年)消費者契約法10年の生成と展開—施行10年後の中間回顧」NBL959号(2011年)15頁参照

(31) 山本・前掲注(30)14頁

(32) 山本・前掲注(30)14頁以下

### ① 交渉力不均衡からの保護（交渉力不均衡アプローチ）

当事者の交渉力が不均衡の状態に結ばれた契約については、十全の意味での自己責任を問うことはできないため、法的介入が正当化されると構成する見解である（山本教授自身もこの立場をとる）。交渉力が不均衡の状況下では、交渉や市場チャンスの利用を通じて自己の利益を守ることを契約当事者に期待することができないため、契約条項内容の妥当性について立ち入った審査を加えることが要請されるのだと説く。<sup>(33)</sup> 消費者契約法の不当条項規制、とくに10条の解釈論について、本説は「おそらく多数の立場」<sup>(34)</sup>であるとされている。

### ② 契約内容の一方的形成からの保護（約款アプローチ）

契約の一方当事者が、約款によって契約条項内容を一方的に形成・決定していることに、法的介入の正当化根拠を求める見解である。ここでは、契約内容の一方的決定こそが問題であり、その背景に交渉力の不均衡があったかどうかは問題でない。

### ③ 約款規制の交渉力不均衡による正当化（条項多数使用交渉力不均衡徴表論）

契約締結にさいして約款を使用しているという事実が、約款使用者に一方的な契約形成力があったこと、つまり契約当事者間の交渉力が不均衡であったことの徴表であると構成し、原則として、法的介入が正当化されるとする見解である。

### ④ 市場の失敗への対処（市場の保護）

契約当事者の情報の非対称性ゆえに、客が「合理的無知の利用」の危険を意識し、契約条項への不信から取引を控える等の対応をとることから、経済への悪影響が生ずるとし、市場の失敗への対処（市場の保護）を根拠に介入が正当化されるとする見解である（立法者の意図と適合的である）。

山本教授は、①の立場から、少なくとも消費者契約法における不当条項規制は、契約条項内容の不当判断自体を介入根拠とするのではなく、当事

(33) 以上、山本・前掲注(30)15頁以下

(34) 山本・前掲注(30)14頁以下

者間の情報・交渉力格差(当事者の状況的不均衡)から出発することを強調する。もし、契約条項内容の不当判断自体を介入根拠とするのであれば、「突き詰めれば、契約は内容が妥当と認められるかぎりでは認る」ことになり、「私的自治や契約自由の価値を根本的なところで否定する考え方につながる」<sup>(35)</sup>とする。

そして、④について、消費者契約法が不均衡アプローチを選択することで個人的利益保護を重視する立場決定をしている以上、個人的利益を超えた利益の擁護(市場の保護)を重疊的に保護目的に加えることには、「おいそれとはふみきれない」と警戒的である<sup>(36)</sup>。この警戒は、後述(3)に対しても通ずるものであろう。

### (3) 市場環境の整備

個人的利益を超えた、市場全体としての利益を保護目的に挙げる見解が有力に存在している。ここでは、松本恒雄教授の付したタイトルと内容に<sup>(37)</sup>依拠し、同教授の見解を中心に紹介することにする。

松本教授は、消費者が信頼して取引できるような市場環境を整備すること<sup>(38)</sup>にも、消費者契約法の意義をみいだす。消費者契約法は「消費者被害の個別救済だけを念頭に置いた法律ではない」<sup>(39)</sup>とし、同法のもう1つの意義として市場環境の整備を挙げるのである。消費者が事業者を信頼して取引できれば、市場取引は活性化し、事業者の販売利益にも与するというわけである<sup>(40)</sup>。同教授は、消費者契約法のこの第2の意義を、わが国の消費者政策史における第3段階(つまり、2000年代の「市場を利用した消費者保護」)<sup>(41)</sup>と連続性あるものと位置づけている。

(35) 前掲注(4) 私法74号35頁〔山本豊発言〕

(36) 前掲注(4) 私法74号37頁〔山本豊発言〕

(37) 松本・前掲注(23) 40頁以下

(38) 松本・前掲注(23) 41頁

(39) 松本・前掲注(23) 41頁(消費者契約法の法案を審議した2000年4月25日参議院経済産業委員会での参考人質疑にて、消費者契約法の意義に「民事ルール重視と市場環境の整備」をあげるなかでの発言)

(40) 松本・前掲注(23) 41頁参照

なお、落合誠一教授は、より端的に、消費者契約法を、「消費者取引市場において消費者も事業者もお互いに満足できるような取引が効率的に実現されるように」目指す消費者市場取引法であるとする。<sup>(42)</sup>（３）の目的に第一義的地位を与える立法者サイドの見解といえるだろう。

#### 4 契約法という法形式の選択

３で検討したように、主な論調によれば、消費者取引への介入根拠は、私的自治や契約自由という市民法原理の実質化や発展化にある。さらに、立法者意思によれば、消費者契約法は、市場の活性化という政策的意図のもと、消費者に取引市場において主体的な役割を果たさせることを目的としていた。

消費者取引へのかかる介入根拠や政策的意図をかんがえるならば、その達成手段にふさわしい法形式は、当事者のイニシアティブで私的自治や契約自由を保護する制度である契約法である（後述注（162）参照）。これを条文化することで、さらに、明確性や行為規範性を増し、とくに市場環境の整備という点において、いっそうの効果が期待できるのである。

#### 5 条文の選択基準——市場の自浄を促すメッセージ

２で述べた保護目的や介入根拠ゆえに、契約法という法形式での立法という手段が選択され、そしていかなる基準での条文選択につながっていった、あるいはゆくべきなのであろうか。

##### （１）情報提供（努力）義務規定、不当勧誘規制規定

２で述べたように、情報・交渉力における劣位者である消費者を保護する原理は、第一義的には、消費者の自己決定基盤の確保である。<sup>(43)</sup>消費者に自立した取引主体としての役割を期待する立法者意思からすればいっそう、この原理の要請は強いはずである。

（41） 松本・前掲注（23）42頁以下参照

（42） 前掲注（４）私法74号7頁〔落合誠一発言〕

この原理は、まずもって、契約締結過程における消費者への情報提供義務という形で現れるべきものである<sup>(43)</sup>。しかし、現行消費者契約法は、総則規定の第3条において、契約条項を明確かつ平易なものとする要請<sup>(44)</sup>(透明性原則)を、事業者の努力義務としてさだめるにとどまっている。これに学説はきわめて批判的であり、解釈論上の活用を説くとともに、異口同音に今後の改正課題として挙げている<sup>(45)</sup>。

情報提供義務の一場面ともいいうるが、同法は、民法の意思表示の瑕疵の規律を具体化・拡大する内容で、消費者取消権をとともう不当勧誘規制規定をおく(法4条)。本条については意思表示理論とは別方向への展開も含め、拡充が課題とされている<sup>(46)</sup>。

## (2) 不当条項規制規定

3で述べたように、多数説の見解によれば(交渉力格差アプローチ)、交渉力の不均衡な状態で結ばれた契約については、十全の意味での自己責任を問うことができないことを理由に、法的介入が正当化される。

かかる民法で発展した原理を、こと消費者契約法において具体化したの

(43) 山本敬三教授は、事業者が消費者に対して一般的な情報提供義務を負う根拠を、次のように説明する。すなわち、事業者と消費者とのあいだには構造的な情報格差が存在するために、そのままでは情報の劣位者は本来ならするはずのなかった取引をしてしまう可能性がある。「それでは、実質的には自分で決めたということではできず、自己責任を負うための前提を欠く」。そのため、かかる前提を確保するため(つまり情報劣位者が実質的に自分で決めたといえる状況を作り出すため)に、その相手方に情報提供義務を課すのだとする(山本敬三「消費者契約法と情報提供法理の展開」金法1596号(2000年)10頁)。そして後藤巻則教授は「情報の劣位者である消費者には、本来なら締結するはずのなかった契約を締結させられるおそれが定型的に存在する」という(後藤・前掲注(8)NBL35頁)。

(44) 努力義務の意味について、立法担当者は、義務違反を理由に「契約の取消しや損害賠償責任といった私法的効力は発生しない」と説明する(消費者庁企画課編・前掲注(4)96頁)(学説は、解釈指針としての機能を期待している)。

(45) 前掲注(4)私法74号7頁〔落合誠一発言〕は「非常に不満足」とし、改善の大きな課題とする。

(46) 丸山絵美子「(特集・消費者契約をめぐる法の展望)消費者取消権」法時83巻8号(2011年)20頁以下

が、不当条項規制に関する一群の条文（法8条～10条）である。これらは、契約の無効化という効果をとまなう（片面的）強行規定である。とりわけ、10条は、「ミニ一般条項」とも称される一般規定で、「大きな潜在力」<sup>(48)</sup>が期待されている。

本条文群は、現行消費者契約法の大きな部分を占め、さらに将来に向けて議論としても、リストの充実化が課題とされている。<sup>(49)</sup>

### （３） 条文選択基準は何か——市場の自浄を促すメッセージ

基本的には信義則等を介して形成された解釈規範群のうち、とりわけ前出の具体的な規範群が条文化され、あるいは拡充が望まれているのはなぜか。

松本恒雄教授は、市場の環境整備に注目する立場から、「フェアでないやり方で事業者が利益を得た場合には、その利益は吐き出さなければならぬ」というルール」を条文化することで、「フェアな勧誘、契約、競争を経済的インセンティブを利用して実現しようとする役割」があるとしている。<sup>(50)</sup>より具体的には、消費者に対して、「はいと言ったとしても、それだけで負けになるわけではない、むしろ消費者として事業者を信頼して、それが裏切られた場合はその信頼は回復されるべきものであるということを宣言」するのだという。<sup>(51)</sup>そしてこのようにすることは、消費者の取引を促すのみならず、事業者に対し、フェアな販売活動をするを促すことに

(47) 松本・前掲注（23）45頁

(48) 「10条の有する大きな潜在力」（山本豊「（日本私法学会シンポジウム資料 消費者契約法の10年）消費者契約法10条の生成と展開—施行10年後の中間回顧」NBL958号（2011年）10頁）

(49) 大澤彩「（日本私法学会シンポジウム資料・消費者契約法の10年）消費者契約法における不当条項リストの現状と課題」NBL958号（2011年）46頁以下、河上正二「消費者契約法の展望と課題」現代消費者法14号（2012年）75頁以下等。

(50) 松本・前掲注（23）41頁（消費者契約法の法案を審議した2000年4月25日参議院経済産業委員会での参考人質疑にて、消費者契約法の意義に「民事ルール重視と市場環境の整備」をあげるなかでの発言）

(51) 松本・前掲注（23）41頁

もなるというのである。<sup>(52)</sup>

松本教授のように、個人的利益を超えた市場環境の整備を保護目的に加える立場からはもとより、それには慎重な立場であっても、明確性や行為規範性を増大させ、消費者のイニシアティブで私的自治や契約自由の保護をはかるという保護の手法の問題ととらえれば、この条文選択基準は説明がつくであろう。

## 6 他法との関係

### (1) 消費者法体系の中での位置づけ——行政ルールから民事ルールへ

消費者契約法は、わが国の消費者法の体系や立法政策の中では、いかなる位置を占めるのか。

松本恒雄教授は、わが国の消費者法政策を、以下の4段階に分けて整理する。<sup>(54)</sup>第1段階は、1950年代以前で、消費者保護以外の目的の法規の執行の結果、いわばついでに消費者が保護されていた段階、第2段階は、1960年代で、行政中心の段階、第3段階は、1990年代で、民事ルールによる裁判所等での権利行使によるもの、そして第4段階は、2000年代で、ソフトローを活用し市場を利用する保護の段階であるとする。その中で、消費者契約法は、金融商品について説明義務違反に対する損害賠償責任を定めた金融商品販売法と、ほぼ同時期に制定されたこともあり、「民事ルールを広げていく力となった」<sup>(55)</sup>と位置づけている。消費者契約法の立法は、時期的には、すでに第4段階の市場を利用した保護の段階に突入しており、

(52) 松本・前掲注(23)41頁

(53) 「消費者取引市場を効率的にかつ公正な形で運営するためにはどうしたらいいか」という観点から消費者契約法を位置づける」べきとする(前掲注(4)私法74号6頁〔落合誠一発言〕)立法者サイドの立場からは、この条文選択基準は明快に説明がつく。

(54) 松本恒雄「消費者法における公私協働とソフトロー」新世代法政策学研究2号(2009年)82頁以下参照。松本・前掲注(23)42頁でも概要を紹介。松本教授は、前史、第1の波、第2の波、第3の波という名称を付けている。

(55) 松本・前掲注(23)42頁



市場の活用を強調する立法者意思や、市場整備を保護目的に並立させる見解にも頷ける。

## （２） 私法体系上の地位＝民法との関係

消費者契約法は、きわめて一般性の高い特別民事法である（消費者私法の一般法といってよい）。そのため、私法の一般法である民法との関係をどう捉えるのか、というテーマは、内在的に存在するといってよい。

加えて、近時、学説では、実務の状況にもかんがみながら、消費者契約法により普遍的な性格を見いだそうとする諸見解が有力である。かかる諸説によれば、現在消費者契約法の定めるルールは、民法の基本原理の横断的規律にあたる、つまり本来民法典に取り込むべき規律であるとの帰結が導かれることになる。

消費者契約法と民法との関係、ひいては消費者契約法の私法体系上の地位をどう捉えるかについては、消費者契約法制定以前より指摘されてきた<sup>(57)</sup>。しかし、コンセンサスを得ないまま立法され<sup>(58)</sup>、現在に至っている。

民法改正論議では、多数の局面において、消費者契約法を取り込むことも含め、その位置づけや条文化が議論された。その際、個別的な規律に関しても、両法の規律相互の関係が問われた（たとえば、消費者契約法の不当条項規制と民法の公序良俗、消費者契約法の不実表示と民法の錯誤など）。今回の民法改正案では、民法典との統合は実現しなかったが、消費者像や消費者契約法に普遍的性格をみとめようとする有力諸説によれば、理論的可能性としては今後十分に考えられるということになろう（他方で、消費者法典としてとりまとめる構想も、消費者法分野の立法論としては存在している<sup>(60)</sup>）。

(56) 憲法上の権利や民法の基本原則に一般的な根拠を求める諸説が展開されている。たとえば、山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化（一）」民商141巻1号（2009年）14頁、角田・前掲注（12）23頁等。また、民法改正論議における検討委員会試案も同様の立場である（民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅰ』（商事法務、2009）41頁参照）。

(57) 沖野眞己『『消費者契約法（仮称）』の一検討』NBL652号（1998年）6頁以下

(58) 落合ほか・前掲注（25）9頁以下〔潮見佳男、高橋宏志、河上正二発言〕

(59) 前掲注（4）私法74号25頁以下〔山本敬三質問と後藤巻則回答〕

### (3) 不法行為法、公序良俗規範、各種業法ルールとの関係——消費者契約法の拡大

このように消費者契約法の普遍性が説かれる一方で、消費者が生身の人間であることを前提に、消費者契約法の保護の射程を拡大する傾向も存在している。この拡大傾向は、具体的には、保護法益の拡張と、契約外規範の取り込み（場合によっては両者併せて）という点に収斂できるだろう。

#### ① 保護法益の拡張——不法行為法の多様化との接点<sup>(61)</sup>

後藤巻則教授は、不当勧誘のうち困惑類型について、立法過程における議論や裁判例を引き合いに出し、保護法益として「私生活の平穩」を想定する（同教授は、そこで、現行の不退去と退去妨害（4条3項）よりも、困惑概念を拡張し、困惑類型を拡張すべきことを提案する<sup>(62)</sup>）。このことと対応して、後述の金融商品・証券取引分野の業法上の公法的規制である不招請勧誘規制や（狭義の）適合性原則違反を、消費者の「私生活の平穩」（＝プライバシー）ないしそれと同種の利益に対する侵害と評価して、消費者契約法の保護の射程に収めることを提案している（後述参照）。

このような消費者契約法の保護法益の拡張は、これまで不法行為法がその多様化した部分（取引的不法行為）で担ってきた保護領域の一部を消費者契約法に昇格させるという側面を有する。このことは、民法分野においてみられる、契約責任の拡張現象と整合的に捉えることができるだろう。

#### ② 公序良俗規範の具体化

また、同じく後藤教授は、「断りにくい状況を利用して」契約を迫ると

(60) 消費者法と民法（改正）の関係について、瀬川信久「消費者法と民法」日本経済法学会年報29号（2008年）92頁以下、松本恒雄「民法改正と消費者法—総論」現代消費者法4号（2009年）4頁以下、後藤巻則「民法改正と消費者法」新世代法政策学研究2号（2009年）59頁以下、河上正二「民法における『消費者』の位置」現代消費者法4号47頁以下、松本・前掲注（23）46頁等参照

(61) 不法行為法の現代的変容について、民法学の文献は膨大であるが、簡潔かつ最新の文献として、潮見佳男「企画の趣旨—不法公法の改正に向けた立法のペースラインの提示」NBL1056号（2015年）5頁以下参照

(62) 後藤・前掲注（8）NBL37頁以下

いう勧誘類型について、裁判例、2008年改正特定商取引法、および2008年改正割賦販売法を引き合いに出し、状況の濫用法理の適用場面に対応する規定の導入を提唱している。<sup>(63)</sup> 同教授によれば、「ここでの問題状況は、勧誘行為の不当性や成立した契約内容の対価的不均衡などが相まって、全体としてみれば契約の有効性に疑問が生ずるという場合であって、一つひとつの事情がそれ自体としては詐欺にも強迫にも当たらず、あるいは暴利行為といえるほどではないが、それらを総合判断することによって、契約の拘束力を否定しようとするものである」という。<sup>(64)</sup>

### ③ 業法上の公法的規制ルールの取り込み

前述したように、後藤教授は、金融・証券取引分野の業法上の規制である不招請勧誘規制と（狭義の）適合性原則について、人格権ないし人格的利益（私生活の平穩（プライバシー）ないしそれと同種の利益）侵害と評価して、消費者契約法で民事規制を加えることを提案している。<sup>(65)</sup><sup>(66)</sup><sup>(67)</sup>

同教授によれば、適合性を欠く消費者に対する勧誘ないし販売行為は、「静謐な取引環境を乱す」行為であって、当該消費者の一種の私生活の平

(63) 後藤・前掲注（8）NBL37頁、河上・前掲注（49）73頁。内田敏和「オランダ法における状況の濫用—我が国における威圧型不当勧誘論のために（1）」北園45巻3号（2009年）445頁以下も参照。

(64) 後藤・前掲注（8）NBL37頁。磯村保「契約成立の瑕疵と内容の瑕疵（2・完）」ジュリ1084号（1996年）81頁参照。

(65) 不招請勧誘とは、一般に、要請がないにもかかわらず事業者が一方的に勧誘する行為である（後藤・前掲注（8）NBL39頁参照）。もっとも、定義自体も1つの問題であり、各種の定義については、津谷裕貴「不招請勧誘規制のあり方について（上）」国民生活研究50巻1号（2010年）6頁以下を参照されたい。

(66) 広義の適合性原則とは、利用者の知識・経験、財産力、投資目的に適合した形で勧誘ないし販売を行わなければならないという原則である。これに対して、狭義の適合性原則とは、特定の利用者に対して（どれほど説明を尽くしたとしても）一定の商品の勧誘ないし販売を行ってはならないという原則である。なお、判例（最一判平成17・7・14民集59巻6号1323頁）は、（狭義の）適合性の原則から著しく逸脱した行為を、不法行為法上も違法としている。

(67) 後藤・前掲注（8）NBL40頁等参照。渡辺・前掲注（7）8頁も適合性原則導入に積極的

稔(プライバシー)ないしそれと同種の利益の侵害であるとされる。同じく、執拗な勧誘行為も、消費者の私生活の平穩(プライバシー)の侵害と評価されるわけである。<sup>(69)</sup>

## 第2章 労働契約法

労働契約法<sup>(70)</sup>(2007年成立、2008年施行)の立法は、この20年余りの、労働立法改革の一部を構成している。したがって本稿では、変わりゆく労働者像とその保護立法を動態的に分析しよう。

なお、2012年・2015年改正および新理念など、政策立法的色彩の濃いことについては、本稿では中心的是に取り扱わない。また、小規模立法との(大勢として批判的な)評価をふまえ、学説上の議論も取り込み、将来

(68) 後藤・前掲注(8) NBL40頁。滝沢昌彦「契約環境に対する消費者の権利—自己決定とプライバシー」岩村正彦ほか編『現代の法13 消費生活と法』(岩波書店、1997) 96頁参照。

(69) 後藤・前掲注(8) NBL39頁以下。内閣府国民生活局消費者政策部会『21世紀型の消費者政策の在り方について』(2003年) 21頁も参照。

(70) 関連文献は膨大であり、本稿の問題意識と目的に照らし、体系的なもの、立法論にかかわるものに限定した。

広い意味での労働契約法の体系書として、土田道夫『労働契約法』(有斐閣、2008年)を参考にした。

狭い意味での労働契約法に限れば、日本労働法学会のシンポジウム「労働契約法の意義と課題」(日本労働法学会誌115号(2010年) 3頁以下)、西谷敏「労働契約法の性格と課題」西谷敏=根本倒編『労働契約と法』(旬報社、2011年)、広い読者層に向けた詳細な解説書である荒木尚志=菅野和夫=山川隆一『詳説労働契約法』(弘文堂、第2版、2014年)等を参考にした。

(71) 労働契約法の制定過程について、石寄信憲編『立法プロセスから読み解く労働契約法』(中央経済社、2008年)、荒木=菅野=山川・前掲注(70)第2章、奥田香子=中窪裕也「第10章 最近の労働法における立法学的問題」井田良=松原芳博編『立法学のフロンティア3 立法実践の変革』(ナカニシヤ出版、2014年) 253頁以下等参照。

(72) 資料は膨大であるが、本稿はとくに、西谷・前掲注(3)と、奥田=中窪・前掲注(71) 246頁以下における、それぞれの視点からの叙述を参考にした。

への展望も含め射程を広くとった分析を行う。

## 1 外在的要因<sup>(73)</sup>——規制緩和の中で、護るべき基本的価値の認識

労働法領域では、1997年以降、とりわけ新たな経営戦略を望む経営者側の要求が通ってゆく形で、労働時間の弾力化（経済的事情に弾力的であるという意味）<sup>(74)</sup>と有期労働契約や労働者派遣の拡大といった、規制緩和の方向<sup>(75)</sup>で労働法改革が、急速かつ全面的に進んだ。これが、2000年代後半になると、若干の異なる方向、一定の規制強化ともいえる方向に転じたともいわれる<sup>(76)</sup>。規制緩和の中で、一定の基本的価値を護るための規制強化が必要とされた<sup>(77)</sup>と分析されている<sup>(78)</sup>。

---

(73) ここで述べる以外の外在的要因として、経済のグローバル化、法化社会、企業統治における株主重視なども挙げられ（荒木＝菅野＝山川・前掲注（70）6頁以下。土田・前掲注（70）5頁等も参照）、相互の位置づけも多彩である。

(74) 労働法分野の見方は概して厳しい。例えば、西谷・前掲注（3）5頁は、経営者団体による規制緩和の要求が通っていった政治状況につき、憤りに満ちた叙述をしている。西谷・前掲注（3）52頁以下も参照。

(75) 西谷・前掲注（3）4頁等の表現を参照した。

(76) 規制緩和に向かう労働法改革は、具体的には、下記のようなものであった。1985年男女雇用機会均等法（1997年改正で強化）、1985・1997年労働基準法改正（女性保護規定廃止）、1987年同法改正（時短政策、労働時間規制の弾力化）、1998年同法改正（新たな裁量労働みなし制、有期労働契約の期間上限の一部引き上げ）、2003年同法改正（同内容のさらなる緩和）等である。

(77) 奥田＝中窪・前掲注（71）247頁、248頁参照。具体的には、労働審判法（2004年）、改正雇用機会均等法（2006年）、労働契約法（2007年）、改正パートタイム労働法（2007年）、改正最低賃金法（2007年）など、基本法というべき諸立法が相次いでなされている。労働契約法はその中の1つと位置づけることができる。

もっとも、この期の捉え方は、労働法領域において見解が一致しているわけではない。たとえば、西谷・前掲注（3）60頁以下は、労働立法改革を、1980年代の規制緩和の開始、1990年代の本格化、2003年改正による新たな自由化段階への進行と整理し、規制の強化に転じたとはとらえていない。また、荒木＝菅野＝山川・前掲注（70）8頁以下は、近年の労働立法を3つの流れでとらえ、第1（国際化、女性化、情報化等）、第2（規制改革）、第3（「市場競争主義の行きすぎに対する補正政策」）とする。2007年労働契約法はこれら3つの流れをすべて取り込んでいるという。そして2012年改正は政策立法の強い異質なものと捉える（同書はしがき i ii）。

なお、労働契約法の場合、個別紛争の激増への対応の必要という外在的要因も、同じくらいに強調される。<sup>(79)</sup> バブル経済崩壊後、企業の事業再構築と雇用人事管理の変化、また後述する労働者像の変容と相俟って、個別的労働紛争が激増した。<sup>(80)</sup> これに対応して、行政と司法の双方で、紛争解決制度が整備された。その中で、実体的な裁判規範のニーズが高まったのである。<sup>(81)</sup>

## 2 内在的要因——労働者像とその変容：従属状態を克服しようと努力する者<sup>(82)</sup>

労働法における人間像の中核をなす概念は、「労働の従属性<sup>(83)</sup> (Abhängigkeit des Arbeit)」である。これは、今も昔も変わらない。しかし、ここ20年の間に、労働者の人間像とそれを産み出す労働関係は、いささかの変容を遂げている。その変容こそが、既述の規制緩和の動きと相互作用関係に立ちつつ、ともに労働法の変革を基礎づけたのである。ここでは、伝統的な労働者像とその変容を、動態的に捉えよう。

(78) 奥田＝中窪・前掲注(71) 249頁

(79) 奥田＝中窪・前掲注(71) 249頁。加えて同論文同頁注(84)も。

なお、この現象と、後述するように「従属状態から自立を求めて努力する」労働者像を適合的に保護すべく、契約法の形式をとりながら、その中での「枠」づけを強固に設定したこととは、対応・相互作用関係に立っているといえるだろう。

(80) 荒木＝菅野＝山川・前掲注(70) 5頁。24頁も参照

(81) 土田・前掲注(70) 5頁以下参照、荒木＝菅野＝山川・前掲注(70) 3頁以下参照、24頁以下参照

(82) 労働者の人間像については、西谷・前掲注(3)が、他分野でも比類のないほど、深く詳細な分析を行っている。本稿の叙述は本書に拠るところが大きい。加えて、民法学者による山野目章夫「広中民法学の労働者像」『法の生成と民法の体系』(創文社、2007年) 745頁以下、吉田克己「(特集・新たな労働者保護のかたち) 労働契約と人格的価値—労働契約法に寄せて」法時80巻12号(2008年) 35頁以下も参照した。

(83) 西谷・前掲注(3) 152頁参照

### （１） 伝統的な労働者像とそれを産み出す労働関係

基本的には今も変わらぬ、伝統的な、労働者像とそれを産み出す労働関係があるといつてよい。西谷敏教授は、伝統的な労働者像を以下のように描写する。すなわち、「使用者＝資本に構造的に従属する労働者というイメージ」<sup>(84)</sup>、「自分の労働条件については使用者の一方的決定に従うほかない労働者、使用者や上司から理不尽な要求を受けても自分や家族の生活のことを考えてジッと耐え抜くような労働者」<sup>(85)</sup>、「交渉のための武器ももたず、労働条件決定において使用者のいうままになるほかない従属的な存在」<sup>(86)</sup>などである。

本稿では、これを一般に言及されるいくつかの要素に分けて検討する。各項目ならびに内部での細目は、相互に結合し強化し合う関係に立つ。

#### ① 労働の従属性（Abhängigkeit des Arbeit）

繰り返すが、労働法における人間像の中核をなす概念は、「労働の従属性（Abhängigkeit des Arbeit）」である（注（83）を再び参照）。これは内容的には、古くからいわれてきた人的従属性と、比較的近年になって挙げられるようになった経済的従属性とに区分できる<sup>(87)</sup>（後述の組織的従属性（「労働者が使用者の労働組織に組み込まれて労働すること」）も、ここに含める説明の仕方もある<sup>(88)</sup>）。

労働の人的従属性（persönliche Abhängigkeit der Arbeit）とは、使用者の指揮命令に服して労働者が労働するということである<sup>(89)</sup>。民法上の雇用契約の属性であるとともに（後述するように、これと関連して雇用契約と労働契約の異同が議論されてきた）、労働法領域ではこの特性こそが中核概念であ

(84) 西谷・前掲注（３）125頁

(85) 西谷・前掲注（３）125頁

(86) 西谷・前掲注（３）127頁

(87) 西谷・前掲注（３）212頁以下

(88) 土田・前掲注（70）45頁

(89) 西谷・前掲注（３）8頁、土田・前掲注（70）45頁参照（土田教授のいう「労働の他人決定性」と対応する）



り、法領域の存在理由であった(後述5(1)参照)。

これに対して、経済的従属性とは、契約締結過程において、労働者と使用者との交渉力・情報格差ゆえに、労働者が使用者による労働条件決定に服さざるをえないことである<sup>(90)</sup>。とくにこの点において、消費者像における情報・交渉力格差と共通する。しかし、労働が労働者にとって唯一の生活の糧であること、そして労働関係は人的色彩が強く長期に継続することから、労働者へのより大きな影響が指摘される<sup>(91)</sup>。そして忘れてはならないのは、この特性は、民法ないし消費者法において議論されている情報・交渉力格差とは異なり、歴史的に資本主義の構造的特質をなし<sup>(92)</sup>、固定的な階層を形成してきた<sup>(93)</sup>(②に通ずる)という点である。

## ② 労使関係の集団性・組織性・非法性

労使関係は、1つの共同体や社会になぞらえて語られることが多い(例えば、企業共同体、企業社会、雇用社会など)。西谷敏教授はこれを、「企業という一つの小社会」と表現する<sup>(94)</sup>。「社訓や社歌を高唱させる朝礼、人間性を無視した社内研修、上司へのお酌やセクハラまがいの振る舞いに満ちた社内旅行などの非合理的な慣行、企業に反抗する少数派労働者への異常ともみえる陰湿ないじめなど」の現象は、そのように把握して初めて理解可能であるという<sup>(95)</sup>。労使関係における集団性・組織性という個性は、階級闘争という歴史的事実において、労働者が固定された階層をなしてきたこととも関係している<sup>(96)</sup>。

(90) 西谷・前掲注(3)217頁(「契約締結過程における力関係の非対称性」)、土田・前掲注(70)45頁(11頁で、労働契約の特性として「交渉力・情報の非対等性」をあげる)

(91) 西谷・前掲注(3)217頁以下

(92) 西谷・前掲注(3)152頁

(93) 西谷・前掲注(3)152頁参照

(94) 西谷・前掲注(3)3頁(わが国に独特の企業の内部構造をそのように表現する)。

(95) 西谷・前掲注(3)7頁

(96) 西谷・前掲注(3)235頁も参照、荒木尚志ほか「第3章 座談会『債権法改



加えて、とくに西谷教授は、「労働者と使用者、労働者間の対立が法的現象になりにく<sup>(97)</sup>」い特性—非法性を強調する<sup>(98)</sup>。その重要な要因として、日本人の法意識などに加えて、何より企業社会の共同体的性格<sup>(99)</sup>をあげる。そして、このように法の介入がしにくいかわりに、わが国の労働関係を支配してきたのが、雇用ないし企業慣行<sup>(100)</sup>であるとするのである。

## （２）労働者像の変容——多様化と個人化

以上の伝統的な労働者像ならびにそれを産み出した労働関係の特性をふまえ、近時のいささかの変容を叙述しよう（このいささかの変容こそが、労働契約法の立法を基礎づけたのである）。

伝統的な労働者像が、対極をなすそれへと、鮮やかな転身を遂げたわけではない。しかし、部分的に、偏差を含みながら（後出注（104）参照）、一面において、対極的な人間像へと変わりつつあることは指摘できる。

この変容の要因としては、労働者の意識の変化、戦後の高度経済成長による生活水準の向上（最低限の欠乏が満たされたこと）、そして長期不況を契機とした雇用状況の変化などが、しばしば互いに関連づけられながらあ<sup>(102)</sup>げられる。

正と労働法』土田道夫編『債権法改正と労働法』（商事法務、2012年）259頁〔土田発言〕も参照（「プリミティブな身分関係」）。

(97) 西谷・前掲注（３）９頁

(98) ドイツにおける法化（Verrechtlichung）と対比して、「非法化（Entrechtlichung）」と表現している（西谷・前掲注（３）９頁）。

(99) 西谷・前掲注（３）10頁（「労働組合が労働協約などによるルール設定に成功しなかったという事情」もあげている）

(100) 日本の企業社会の雇用慣行について、西谷・前掲注（３）５頁以下および５頁（注２）に引用の諸文献を参照されたい。

(101) 「自ら身につけた知識や技術を武器に使用者と対等の立場で交渉しうる労働者、会社に不満があれば直ちに退職して次の職場に移れるような労働者」（西谷・前掲注（３）126頁）、「個人として市場で評価されるだけの職業能力を備え、市場取引に必要な判断能力を有し、自己の責任でリスクを引き受けながら取引を行うという労働者像」（菅野和夫＝諏訪康雄「労働市場の変化と労働法の課題」日本労働研究雑誌418号（1994年）８頁）、「自分の技術と知識を武器に企業を渡り歩く労働者」（西谷・前掲注（３）128頁）など

現代的な労働者像は、生活条件、人生観、そして性向などにおいて多様化<sup>(103)</sup>した。そしてこれが、雇用形態の多様化と相俟って、従属性の程度や内容における個人差を来した。それに伴う現象として、企業に対する帰属意識や忠誠心の希薄化、個人主義的志向の高まり、労働者間の横の連帯の弱体化<sup>(104)</sup>などが起こってきているのである。<sup>(105)</sup>

自立や自己決定という観点からこの変容をみたとき、現代的労働者像を、「従属状態を克服しようと努力する」<sup>(106)</sup>者、と表現することは的確である。

### 3 保護目的・規制原理・介入根拠

このような労働者の人間像の変容、ならびにそれを産み出す労働関係の変容という事実は、労働立法において新たな保護目的や規制原理を登場させた。

#### (1) 労働者の自己決定の実質的確保

新たな労働者像が、「自立に向けて努力する者」であるならば、労働関係に法が介入する目的や根拠は、労働者の自立に向けた努力の支援でなければならない。

多様化し個別化して、集団から離れて個人の自己決定を求めるようになった労働者は、これまでの集団的・画一的な労働条件の決定ではなく、個別合意における多彩な自己決定を望むようになる。そこでは、法の保護目的や介入根拠は、労働者の自己決定の実質的確保に求められる。

もっとも、労働法領域において、自由・対等に形成されるはずの個別合意は、実質的には使用者の裁量による一方的な決定であるという事実――

(102) 西谷・前掲注(3) 36頁参照

(103) 西谷・前掲注(3) 128頁

(104) 西谷・前掲注(3) 128頁以下参照(129頁「偏差を含みながら」)

(105) 西谷・前掲注(3) 36頁参照

(106) 西谷・前掲注(3) 153頁。そして、「従属性と自立性の統一において労働者をとらえるべき」(同書153頁)とする。労働契約法制定直後に刊行された土田・前掲注(70) 13頁もこの分析に賛同し依拠している。

いわゆる「合意の虚偽性」は、「労働法の出発点をなす認識」<sup>(107)</sup>であって（このことが、その表現形式である労働契約への懷疑や評価の低さにつながって<sup>(108)</sup>きた）、それは今も変わらない。

この厳然たる事実の認識を前提に、しかし自立に向かう労働者像の実態をふまえ、部分的にでも従属状態の克服をめざすべく、個別合意の実質化—とりわけ労働者の自己決定の基盤や手続を整備することが、新たに加わ<sup>(109)</sup>った法の使命なのである。

## （２）合意にはめる「枠」の設定

もっとも、労働法領域では、消費者法領域よりも確固として、当事者の合意を超える規制の必要性が認識されている。合意を実質化することと、合意を超える「枠」を設定することは、労働法領域において二重の課題<sup>(110)</sup>なのである。この点に異を唱える労働法学者はいない。

問題は、両者の関係—特にいずれによりウェイトをおくのかという点である。たとえば、土田道夫教授は、労使自治を重要視する立場から、労働条件の最低基準の法定や、労働者の根元的価値の保護といった最小限度の

(107) 西谷・前掲注(70) 9頁。西谷教授は、舛井常喜「プロレイバー的労働法学に問われているもの」片岡昇先生還暦記念『労働法学の理論と課題』（有斐閣、1988年）86頁以下を引用して、「合意の虚偽性」と紹介している（同書10頁注(30)）。

(108) 労働契約は、労働条件の個別的合意的手段としてはほとんど機能せず、ただ、労働関係を設定して労働者を企業共同体の中に編入させる、包括的・抽象的・形式的な合意でしかなく、「使用者の一方的支配を覆い隠す空虚な形式」（西谷・前掲注(3) 212頁）と評価されてきた（以上、同書16頁、212頁、224頁等を参照した）。労働契約の意義について、中窪裕也「労働契約の意義」土田道夫＝山田隆一編『労働法の争点』（有斐閣、2014年）36頁も参照。

(109) 西谷教授は、労働法領域で支配的であった、集団主義や生存権偏重の考え方を批判し、労働者や組合員個々人の自己決定の要素を組み込んだ労働法体系の構築を主張する（西谷敏『労働法における個人と集団』（有斐閣、1992）以来の一貫した立場である）。同教授は、労働契約法においても、合意原則が中核的理念であるとしている（西谷・前掲注(70) 4頁）。

(110) 西谷教授は、労働契約法は「合意原則を実質化し、かつそれに「枠」をはめるという二重の課題を負うべき」とする（西谷・前掲注(70) 22頁）。土田・前掲注(70) 2頁、西谷・前掲注(70) 12、20、21頁等も参照。

ことがら以外は、法は(集団的合意も含めた)労使の合意に立ち入るべきではないとの立場である<sup>(111)</sup>(労働契約法を論ずる民法研究者の傾向でもある)。これに対して西谷敏教授は、個別合意を強く懐疑する立場から、合意原則の<sup>(112)</sup>一面的強調を警戒し、強行規定を重視する。

### (3) 労使関係の自主的な適正化にインセンティブを与える

土田道夫教授は、判例法理として存在してきた労働契約法—そして部分的にでも条文化された現在の労働契約法においてはなおさら、ということになろうに「労働契約当事者の行為規範を明確化することによって、労働契約の自主的かつ適正な運営を促進する機能」<sup>(113)</sup>を広くみだしている(とくに同教授の特徴として、労働契約法の企業法務に果たす役割に注目し、労使自治のもとでの適正な人事管理・企業行動を促進する、企業法(ビジネス・ロー)<sup>(114)</sup>としての一面を説く)。

また、西谷敏教授は、労使関係の非法的性格ゆえに、法の規制が緩いばかりでなく、法があっても守られていないことを批判し<sup>(115)</sup>、判例法理の条文化には、労使を啓蒙して違法な慣行を是正させる積極的意義があるとする<sup>(116)</sup>。

そしてまた、変容する人間像を前提とする、過渡的変革期にある立法で

(111) 土田・前掲注(70)16頁等参照

(112) 西谷・前掲注(3)212頁、西谷・前掲注(70)9頁等参照

(113) 土田・前掲注(70)16頁以下参照(引用は19頁)。そして、(法領域としての)「労働契約法の第1の理念・目的は、労働契約の自主的かつ適正な運営を促進させるための規制(インセンティブ規制)を提供し、労使自治の原則を機能させることにある」とする(土田・前掲注(70)14頁。同書はしがきも参照)

(114) 土田・前掲注(70)はしがきii、6頁以下、19頁、29頁参照

(115) 西谷教授は、わが国の労働関係は「二重に法的規制から自由」であるとし(西谷・前掲注(3)9頁)、「法的規制が元来緩やかである点と、その緩やかな法的規制さえ必ずしもよく遵守されない点においてである」とする(西谷・前掲注(3)52頁)。企業は法的基準をタテマエとしか扱っておらず遵守していないという(西谷・前掲注(3)9頁参照)。

(116) 西谷・前掲注(70)8頁(合意原則に関して)。土田教授も「法の支配」を反映させることの重要性を説く(土田道夫『労働契約法』を刊行して「書齋の窓」578号(2008年)19頁)。

あればこそ、判例法理に投影された従来の慣行を変える積極的メッセージを送る機能も期待されよう（例えば、ワーク・ライフ・バランス原則の宣言等）。

#### 4 契約法という法形式の選択

多様化し個別化して、集団から離れて個別の自己決定を求めるようになった労働者像は、新たな保護目的ないし手法を登場させた。それはつまり、労働者の自己決定の実質的確保、そして労使自治のもと、労働関係の適正な運営に当事者自らをして向かわせしめるべくインセンティブを与え<sup>(117)</sup>ることである。

労働関係への介入目的ないしは手法のこのような変容を考えるならば、その変容部分を実現する手段としてふさわしい法形式は、個別合意の形成を支援する制度である契約（法）であるということになろう（後述注（162）も参照）。とりわけ、労使へのインセンティブの付与という目的ないし手法は、労働契約を法典化して、明確性や行為規範性を増すことに、決定的な意味合いを持たせるものである。

#### 5 条文化の選択基準——対等合意の拠り所となる基本的ルール

3で述べた保護目的や介入根拠ゆえに、契約法という法形式での立法が選択され、そしていかなる基準での条文選択につながっていった、あるいはゆくべきなのであろうか。

##### （1）労働者の自己決定を支援する規律の条文化

3で述べたとおり、労働者像の変容に基礎づけられた、新たな労働者保

(117) 西谷教授は、企業社会において共同体的要素が後退する（西谷・前掲注（3）36頁）と、企業と労働者の人間関係は稀薄化しより即物的な関係になる（同書38頁参照）、それは「契約的要素の浮上を意味する」（同書38頁）のであり、「労働関係の契約化を進め」（同書36頁）とする。

(118) 土田教授は、「労使が自主的に労働契約の適正な運営に取り組むことを促進する規制」（6頁）（インセンティブ規制）の提供にこそ、契約法の要諦があるとする（土田・前掲注（70）6頁参照）。

護の目的や原理は、労働者の自己決定の実質的確保である。

そのため、条文化にさいしては、労働者の自己決定を支援し、当事者の協議交渉を促進する規律が選択されねばならないところである。<sup>(119)</sup>

しかしながら、現行労働契約法において、この種の規律群の条文化は甚だ不十分である。むしろ現行法では、労働基準法の労働条件明示義務(法15条)や就業規則作成・変更時意見聴取義務(法90条)等が重要であるとされる(もっとも損害賠償請に直結する民事法ルールではなく、後者は組合等の意見である)。労働契約法上は、合意原則(1条・3条1項・8条)、信義則(3条4項)、および契約内容理解促進責務(4条1項)<sup>(120)</sup>がこれにあたることになる(しかし、いずれも具体的効力があるわけではない)。

そのため、学説からは、使用者の情報提供・説明義務の条文化が求められている。<sup>(121)</sup>他方で、この種の規律群の条文化に、警戒的な声も発せられているのが、この法領域らしいところである。労働関係においては情報格差よりも交渉力格差がいつそう重要であるところ、これらの規定群をおくことで、労働者が説明・情報提供を受けてさえいれば、強いられた合意でも適法化されることを、補強する作用をもたないか、危惧するわけである。<sup>(122)</sup>

(119) 土田・前掲注(70)18頁参照

(120) 「使用者は、労働者に提示する労働条件及び労働契約の内容について、労働者の理解を深めるようにするものとする」(労働契約法4条1項)

(121) 西谷・前掲注(70)13頁等。

なお、この義務違反に対する救済方法としては、解約や損害賠償ではなく(労働基準法上は解約と帰郷旅費の負担である)、誤信させた労働条件の保証であると主張されている西谷・前掲注(70)14頁(「労働者に不利な契約条項について使用者の説明が十分でなかった場合には、その部分に関する実質的合意が成立しなかったものと扱われるべき……同じことは、労働条件を不利益に変更する場合にも妥当する」)、荒木尚志「第2章 第3節 不当条項、契約締結過程の説明義務・情報提供義務、申込みに変更を加えた承諾(留保付承諾)、時効」土田道夫編『債権法改正と労働法』(商事法務、2012年)230頁、荒木ほか・前掲注(96)318頁[荒木尚志発言]326頁[同発言]。

(122) 西谷・前掲注(70)14頁、荒木・前掲注(121)231頁

## （２） 労働契約の内容それ自体を規制する規律の条文化

従来の労働契約に関する判例法理は、労働契約の内容それ自体を規制する規律一つまり、①民法1条3項（権利濫用の禁止）を媒介に、使用者の契約上の権利の行使を規制したり、②権利義務内容それ自体を規制する規律が中心を占めてきた。<sup>(123)</sup> 本法では、そのうちの一部（短い立法過程で労使が合意できたもの）が条文化されたことになる。

具体的には、①に属するものとして、出向命令権（配転命令権）濫用法理（14条）、懲戒権濫用法理（15条）、解雇権濫用法理（16条）、そして②に属するものとして、就業規則の法的拘束力（7条・9条・10条）である（後者は本法の中心を占めるうえに、内容的に議論を呼んでいる）。

労働契約法の条文は小規模であることが批判されるが、その中心部分を占める「枠」規制についてもその批判は妥当する。とくに強行規定を重視する西谷敏教授は、この種の条文につき、現行労働基準法の規定との調整を含め、必要な「枠」の設定を求める。<sup>(124)</sup>

## （３） 条文化選択基準は何か——当事者による契約形成の拠り所となる基本的ルールは何か

労働者保護の新たな目的ないし手法に、労使関係の自主的な適正化にインセンティブを与えることがあることはすでに述べた。現代化した労働者の保護原理の重要な1つがそこにはあり、判例法理としては存在していたはずの労働契約法を、こと条文化することの決定的な意味はそこに求められる。

そうである以上、ここでの条文化選択基準は、労働契約の当事者による契約形成——「自らの創意工夫によって適切な契約ルールを創出」する<sup>(125)</sup>——の拠り所となる基本的ルールは何か、という点に求められるべきである。土

(123) ①②は土田・前掲注（70）17頁以下の分類を参考にした。

(124) 西谷・前掲注（70）23頁。労働基準法との棲み分け問題についての見解は後述6（3）参照。

(125) 土田・前掲注（70）19頁

田道夫教授は、これを端的に表現して、「労働契約の日々の運営に寄与する規範」<sup>(126)</sup>と述べている。

かかる条文化選択基準からすれば、しかし、現行労働契約法の規定は甚だ不足であるといわねばならない<sup>(127)</sup>。ただ、よいところといえば、合意原則<sup>(128)</sup>(1条・3条1項・8条)を条文で繰り返し強調している点である。わが国では、労働基準法で定められた合意＝対等決定原則がそれでも定着しなかつた<sup>(129)</sup>実情があるゆえに、これを労働契約法でも改めて明確化して労使を啓蒙<sup>(130)</sup>することには積極的意義がみとめられるのである。

## 6 他法との関係

### (1) 労働法体系における地位——公法に織り交ぜられた存在から、存在意義の増大へ

複雑で重層的な労働法体系をここで詳説することはしない。<sup>(131)</sup>

(126) 土田・前掲注(70) 6頁

(127) 奥田＝中窪・前掲注(72) 256頁は、主要な論点を網羅した包括的法典を理想とし、「コンパクト」な現行法に批判的である。

(128) 1条の目的規定「…労働者及び使用者の自主的な交渉の下で、労働契約が合意により成立し、又は変更されるという合意の原則…」、3条の労働契約の諸原則の1番目(1項)「労働契約は、労働者及び使用者が対等の立場における合意に基づいて締結し、又は変更すべきものとする。」、8条「労働者及び使用者は、その合意により、労働契約の内容である労働条件を変更することができる。」

(129) 西谷・前掲注(70) 7頁

(130) 西谷・前掲注(70) 8頁参照。また、山本敬三「民法の現代化と労働契約法」労働法学会誌115号(2010年) 66頁も参照。

(131) この点について、労働法学において完全に見解の一致をみているわけではないようである。

土田教授は、労働法を、「人が雇用されて働く上で発生する問題を法的に解決するためのシステム」と定義したうえで、これを以下4領域に区分する。すなわち、雇用関係法(個別的労働関係法)、集団的労働法、雇用保障法(労働市場法)、および公共部門労働法である。雇用関係法を労働契約法と同義とし、労働保護法を労働契約法に含めている(以上土田・前掲注(70)はしがきiおよび2頁以下参照、引用は2頁)。

これに対して、荒木尚志『労働法』(有斐閣、第2版、2013年) 39頁以下は、個



労働法は、労使の力関係の隔絶と、労働の従属性を、絶対的なものとして正面から受け止め、使用者に対する強行的規制こそを使命とし、そこにこそ固有の法領域たることの理由も意味も求める法領域である。<sup>(132)</sup>そこでの理念は、自由や自己決定権ではなく、生存権などの憲法上の実質的価値の実現である<sup>(133)</sup>（近年のいささかの変容があるとしても、根幹部分は変わらない）。

そのため、この法領域では、早くから、労働基準法を中核に、公法規範が発達し、これを中心として法体系が構築された。個別的労使関係に労働（雇用）契約の存在自体は観念するものの、それは公法体系に織り交ぜられた、意義の少ない、輪郭のはっきりしない存在でしかなかったのである。<sup>(134)</sup>

しかし、近時の労働者像の多様化、そしてそれゆえの判例法理から成文法への法源の移行によりいっそう、労働契約および労働契約法の存在意義は増大した（実際、個別労働紛争が急増し、裁判規範のニーズに応えるべく、労働契約法が立法されたという外在的要因があることも既述のとおりである）。

このような変化を遂げて、それでもなお、労働契約（法）の意義については、論者により温度差があるのが、この法領域らしいところである。企業法務への寄与を重視する土田道夫教授は、労働法の礎石<sup>(135)</sup>や「中核的領

別的労働関係法を労働保護法と（広義の）労働契約法に分ける。

(132) 西谷・前掲注（3）97頁以下（97-98頁「労使の力関係の隔絶」との表現）、125、126、212頁等参照

(133) 西谷・前掲注（3）212頁、222頁（「労働法の基本理念として、憲法一三条よりも二五条の生存権、それを具体化するために国家に労働条件基準の法定を求めた二七条二項……生存権理念を具体化するものと理解された二八条の労働基本権の重要性が強調されてきた」）を参照。

(134) 土田・前掲注（114）17頁以下参照。

労働法体系において、一体どの部分を指して、労働契約ないし労働契約法と呼ぶか、一義的ではない。西谷教授は、①「個別的労働関係法の全体」、②「個別的労働関係法の属する法令・判例法理のうち、労働関係の私法的規整を目的とするもの」、③「労働契約の成立・展開・変更・終了に至る過程の私法的なルールを定める法」とし、②と③の違いは「実質的な労働条件基準に関する規範」が含まれるか否かであるとする（西谷・前掲注（70）2頁以下）。

(135) 土田・前掲注（70）12頁（「雇用契約の設定という形式面のみならず、労働条件の形成という実質的な側面でも、労働法の礎石（corner stone）としての意義を

<sup>(136)</sup>域」と位置づける。これに対して、公法規制を重視する西谷敏教授は、労働契約(法)の意義には懐疑的である(この立場の違いは、労働者保護のための規制原理や手法についての考え方の違いと連動している)。

## (2) 民法との関係―<sup>(137)</sup>理論的な接近と規律の重複の顕在化

労働契約法は、労働法領域で初めての、純然たる民事法ルールを規定する法律である(当時、労働保護立法関係者にとってなかなか理解しがたいもの<sup>(138)</sup>であったという<sup>(139)</sup>)。民法典との関係でいえば、とくに第3編第2章第8節(雇用契約)<sup>(140)</sup>の規定に対する特別法である。

伝統的に、労働契約の定義をめぐる論争(労働契約論争)の中で、民法上の雇用契約と労働契約との関係について、峻別説と同一説が対立してきた<sup>(141)</sup>。この論争は、民法上の雇用契約の捉え方をめぐる議論の変遷(形式的

---

有している)」

(136) 土田・前掲注(70)14頁

(137) 労働契約法の制定、民法改正論議において、労働契約法ないし労働法と民法の関係についての関心が双方の分野で高まった。民法改正論議では、雇用契約と労働契約の関係を筆頭にとりあげられ、民法研究者も両法の関係に関心を寄せた。とくに、労働法分野では、民法改正論議は、「外国からやってきた黒船のような」外からの大きなインパクトであり(荒木ほか・前掲注(96)325頁、345頁。[山川隆一発言]による紹介。引用は345頁)、労働法学会シンポジウムでも取り上げられている(前掲注(70)日本労働法学会誌)。

民法と労働契約法の関係については、土田道夫編『債権法改正と労働法』(商事法務、2012年)、とくに雇用契約と労働契約の関係に関しては、水野勇一郎「第1章 第1節 民法623条」同書2頁以下参照。

(138) 荒木=菅野=山川・前掲注(70)15頁以下参照

(139) 荒木=菅野=山川・前掲注(70)17頁注(21)

(140) 荒木=菅野=山川・前掲注(70)13頁

(141) 労働契約論争をめぐる学説史については、水野・前掲注(137)10頁以下を参照した。より詳細は、石田眞「労働契約論」舛井常喜編『戦後労働法学説史』(労働旬報社、1996)630頁以下参照。

1960年前後に台頭し一時有力に展開された峻別説として、本多淳亮「労働契約と賃金」季労25号(1957年)91頁、片岡昇「労働契約の法的性質」西村信雄ほか『労働基準法論』(法律文化社、1959年)100頁以下がある。

これを批判する同一説として、下井隆史「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441号(1970年)

にとらえるのか実質的にとらえるのか）とともに揺れ動きつつ、身分的契約<sup>(142)</sup>（地位設定契約）、労働の従属性、そして法原理の違いなどをポイントとして展開された。論争は現在も続いている。

近年の民法像の変容、とりわけ民法改正論議によりさらに、労働契約法は民法との理論的な接近を示すこととなった<sup>(143)</sup>。そして、制定法として労働契約法が立法されたことで、雇用契約規定との不整合・二重規範問題が顕在・先鋭化し、民法改正にあたり、いずれかへの統合論をも含む議論となっている<sup>(144)</sup>。

### （３） 公法との関係——合意を「粹」づける外と内の規制

（１）で述べた労働法体系において、労使間の合意を「粹」づける規制は、労働基準法などの公法規制と労働契約に関する判例法理の両方にわたって存在してきた。労働契約法には、①国家が労働保護立法によって労働契約に介入し、労働条件（契約内容）の最低基準を設定する領域と、②個々の労働契約に関して、それを上回る労働条件の決定・変更を規律し、労働契約の成立・終了を規律する領域とがある（このうち、②の一部を立法化したのが労働契約法であるとの位置づけになる<sup>(148)</sup>）。

---

131頁、島田信義「雇用契約と労働契約」青木宗也＝片岡昇編『学説・判例労働法労働者保護法』（法律文化社、1971年）24頁などがある。

そして、今日の主要な教科書・概説書は、ほとんど同一説に立っている（例えば、土田・前掲注（70）46頁、荒木＝菅野＝山川・前掲注（70）14頁等）。

(142) 水野・前掲注（137）20頁の分析参照

(143) 荒木ほか・前掲注（96）〔土田道夫発言〕参照

(144) 土田道夫『労務指揮権の現代的展開—労働契約における一方的決定と合意決定との相克』（信山社、1999年）317頁参照

(145) 民法改正は、雇用規定のみならず、労働契約法との関係が問題になることがらが多数含まれている（中間試案までにつき荒木ほか・前掲注（96）252頁以下参照）。

(146) 山川隆一「雇用の規定を残す必要はあるか」法律時報増刊『民法改正を考える』（日本評論社、2008年）311頁以下、荒木ほか・前掲注（96）324頁以下〔山川隆一発言〕

(147) 労働保護法ともいい、憲法27条2項（労働条件法定主義）を基礎に、労働基準法、労働安全衛生法、最低賃金法等が、労働条件の最低基準を定める。

(148) 以上、土田・前掲注（70）3頁参照

②では、「労働契約当事者による契約関係の自主的運営が中心となる」<sup>(149)</sup> といえ、合意を「枠」づける多くの判例法理が存在し、その一部が立法化されているのは前述したとおりである。労働法領域では、公法私法の峻別は意識されておらず、労働基準法も戦後は私法的効力をも備えるようになっている(13条の強行的直律効)<sup>(150)</sup>。そこで労働契約法の立法によってより明瞭に浮上するのは、「枠」づけをめぐる労働基準法と労働契約法の棲み分けや調整である。

土田道夫教授は、保護の強弱ではなく、①と②を「観点と方法」の違いととらえている。<sup>(151)</sup> 西谷敏教授は、労働契約法は労働契約の締結・変更・展開・終了に関する規律設定を守備範囲とするとし、規律対象による両法の棲み分けを提案する。<sup>(152)</sup> そのうえで、すでに守備範囲に存在する労働契約に関する現行労働基準法の規定と労働契約法の規定の関係を整理し、関連づけることが課題であるとする。<sup>(153)</sup>

#### (4) 団体交渉システムとの関係——労使自治のもと、もう1つの(集团的)自己決定支援

伝統的に、労働法領域では、憲法28条を基礎とし、集团的労働法が規

(149) 土田・前掲注(70)3頁

(150) 労働基準法13条は「この法律で定める基準に達しない労働条件を定める労働契約は、その部分については無効とする。この場合において、無効となった部分は、この法律で定める基準による」と規定する。

(151) 荒木ほか・前掲注(96)264頁〔土田道夫発言〕

(152) 西谷・前掲注(70)23頁

(153) 西谷・前掲注(70)23頁。西谷教授は、労働契約法は合意原則のみを扱い、「枠」の設定は他の法律にゆだねるという役割分担には賛成しない(同論文22頁)。そのようにすると、合意と「枠」の関係が不明確になるとともに、「合意原則を一人歩きさせるおそれがある」と指摘する(同論文23頁)。同教授は、同法の守備範囲の基準を日本の伝統的な労働法体系との整合性に求めているようにおもわれる(同論文23頁。「日本では労働契約の締結、変更、展開、終了に関するルールを設定するのが労働契約法の役割と考えられており……その意味で、労働契約法は、労働条件内容の最低基準や均等待遇の具体的なあり方を定める他の法律とは、その守備範囲において区別されることになる」)

律する、特徴的な団体交渉システムが存在してきた。労働条件の決定は、労働基準法が最低基準を定め、その範囲で労働組合と使用者が労働協約を締結して決定し、労働契約を媒介に労働者個人の権利義務として具体化する<sup>(154)</sup>。

個別合意との関係でみれば、合意を限界づけるもう1つの枠である。しかし、合意を集団のレベルで捉えるならば、もう1つの（集団的）自己決定支援と位置づけることができる（集団的労働法が手続を定め、当事者（団体）が直接交渉で内容を決定する、手続的規制である<sup>(155)</sup>）。

労働契約法の成立自体によって、団体交渉システムが修正や縮減を受けたわけではない<sup>(156)</sup>。しかし、労働者像の多様化・個人化という同じ1つの現象が、一方で労働契約の意義を増大させ、他方で労働組合の機能を低下させ、労働契約法は労働組合の実情をふまえて制定された面がある<sup>(157)</sup>。

なお、公法規制との関係でいえば、規制緩和の中、「法規制の弾力化に労使合意を条件として組み込む手法<sup>(158)</sup>」が用いられている（例えば、就業規則の不利益変更を労使合意を条件に合法化する等<sup>(159)</sup>）。これに対しては評価が分かれている。

(154) 奥田＝中窪・前掲注（71）252頁以下参照

(155) 荒木＝菅野＝山川・前掲注（70）23頁は、「労働契約法は、労働者の集団代表制の仕組みと一体となることによって、合意原則を最もよく機能させることができる」とする。

(156) 荒木＝菅野＝山川・前掲注（70）22頁参照

(157) 西谷・前掲注（70）13頁参照

(158) 奥田＝中窪・前掲注（71）251頁。「手続的規制の重視」や「手続化」とも位置づけられる（同書251頁）

(159) 一連の労働時間規制の弾力化もそうである（奥田＝中窪・前掲注（71）251頁参照）。具体的には、1987・1998年の労働基準法改正において、労使協定締結、その後導入された労使委員会の決議を条件に、労働時間に関する諸種の規制が弾力化された。

### 第3章 共通性とバラエティーをめぐる研究

以上、検討したように、対象各法は、それぞれが独自に、外在的要因、そして何より保護すべき劣位者の人間像に内在的に基礎づけられ、当該法領域に特徴的な保護目的ないし規制原理と、それと関連づけられる法形式ならびに条文選択基準をもって、わが国全法秩序との整合的關係を保ちつつ生成した、あるいはそうあろうと議論されていることが明らかとなった。

この成果をふまえ、本章では、対象各法の共通性とバラエティーについて考察しよう。

対象各法の立法は、抽象的なレベルにおいて、意外なほどの共通性を有する。そして、これがさらに具体化したレベルでは、劣位者の人間像と各法領域の個性ゆえに、バラエティーをみいだすことができる。

以下では、本稿の分析の視点(＝比較項目)ごとに、共通性をあげたうえで、バラエティーも併せ指摘する。1～5の各項目の結論は、相互に関連關係に立っている。

#### 1 外在的要因ないし背景事情として、規制緩和や自由化の要求が存在したこと

強弱様相の差はあれ、立法の外在的要因一少なくとも背景事情として—いずれも規制緩和、構造改革、そして新自由主義というキーワードでかたられる社会的・経済的事情が存在してきた。かかる外在的要因ないし背景事情が、内在的要因である劣位者の人間像との間で相互に作用し、ともに契約法の立法を基礎づけている。

消費者契約法が規制緩和の申し子としてそれを導いたのに対し、労働契約法は規制緩和から基本的価値を護ろうとしたという点は、バラエティーであるといえるだろう。

## 2 内在的要因として、劣位者の人間像において自立へ向かう、あるいは向けられる動きがみとめられること

いずれの立法も、劣位者が自立の人間像に向かおうとする、あるいはそのような人間像を政策的意図から立法で創造しようとする動きに基礎づけられている。そこには、国家や行政に後見的・受動的に保護されるだけの弱者でもなく、民法が想定する強く・賢く・自律的な合理的経済人でもない、具体的であるとともに、相対的・流動的な人間像がある。

かかる具体的・相対的・流動的な人間像の実態の諸相の中で、どの段階にあるか、あるいは抽象性のレベルにおいてバラエティーがある。もっとも、このバラエティーは、絶対的なものでも固定的なものでもない。

## 3 市民法原理とともに、それぞれの法領域で発展した原理ないし手法を有していること

いずれも、単行法ながら契約法として、民法の特別法と位置づけられ、あるいは将来的に取り込まれる可能性まで議論されている法律であり、市民法原理が通有されている（むしろ、劣位者の人間像の自立に向け変わりゆく一部分が、市民的自由を求めたからこそ、契約法という法形式での立法が適合的であるといえる）。

それとともに、各法は、その属する、民法よりは新しい、市民法原理の発展や修正を理由に生成した、各法領域に特徴的な原理と手法を有し、当該法領域の体系の一端を担う存在でもある。

この特性を2つの法原理の結合と表現することもできよう。<sup>(160)</sup>

バラエティーを呈するのは、市民法原理との関係や、2つの原理間のウェイトやバランスにおいてである。<sup>(161)</sup>消費者契約法は、市民法原理の発展を

(160) 消費者に関して後藤・前掲注(8)法時34頁(北川善太郎「(日本私法学会シンポジウム・消費者保護と私法)消費者保護と民法」私法40号(1978年)8、9、23、24頁を引用して、民法の二面性の指摘という形で)も参照、労働契約法に関して荒木=菅野=山川・前掲注(70)19頁も参照。

(161) 吉田・前掲注(3)96頁以下、148頁以下は、『《国家—社会—個人》の相互関

めざすものであって、少なくとも主としては、相容れぬ特別な保護原理を持ち込むものではない。他方で、労働契約法は、憲法に基礎を有する強固な保護原理によって市場原理を制限する使命を担っている。このバラエティーは、2における劣位者の人間像やそれを産み出す状況の違いに基礎づけられ、4以下の項目におけるバラエティーに作用してゆく。

#### 4 市民法原理の発展形、あるいは市民法原理の部分的導入の装置として、契約法という法形式での立法が選択されたこと

いずれも、各法領域における劣位者の保護の原理や手法として、市民法原理(私的自治、契約自由)の実質化ないし発展、あるいは市民法原理の部分的導入が含まれるゆえに、当事者のイニシアティブで劣位者の私的自治を保護する装置として、契約法という法形式での立法が選択されている<sup>(162)</sup>(いずれも明確性が重視された)。

バラエティーを呈するのは、制定された契約法の当該法領域における体系上の地位である。これは、3における市民法原理との関係や、2つの原理間のウェイトやバランスの如何と連動している。

---

係のあり方について当然に一定の固定的立場をとる…ものではない」(96頁)とし、現代市民社会を4つの「場」に分けて考察する(148頁以下)。上記「場」の違いに応じて、国家、社会、個人のいずれを前面に出すかの「戦略」を「使い分けるべき」とする(97頁)。西谷・前掲注(3)188頁も参照。

(162) 山本敬三教授は、契約制度を「個人が共働して私的自治を実現していくうえで不可欠な、いわば私的自治を支援する制度」とする(山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000年)27頁)。そして、曾野裕夫「(日本私法学会シンポジウム資料・競争秩序と民法)競争秩序と契約法」NBL863号(2007年)72頁は契約法を「私人のイニシアティブで(自律)を保護するための装置」という。



**5 規制内容において、①劣位者の自己決定を実質化することと、②契約内容そのものを規制することをともに含み、そのなかから当事者にインセンティブを与える規律を条文化していること、またはそうあるべきこと**

いずれの契約法も、①劣位者の自己決定（ないしは当事者の合意）を実質化する規制に属する条文と、②契約内容そのものに対する規制に属する条文を、ともに含んでいる。<sup>(163)</sup> 上記①②の規制が、当事者自治の中、ほかならぬ当事者に劣位者保護に向かう何らかのインセンティブを付与するべく、しかるべく選択基準のもとで、条文化（法解釈や判例法理であるときもちろん、条文化することで、優れた明確性や行為規範性を獲得し、一層インセンティブ機能が増す）した、あるいはすべきことが議論されている。

バラエティーを呈するのは、①と②のバランス（3の原理的違いからくる）、そしてインセンティブの与えどころ（2の人間像の違いからくる）である（もっとも、①については、情報提供という点で、かなりの共通性が認められる）。

**6 当該法領域における他法との協働**

いずれの契約法も、決してそれのみで孤立したものとして機能しているわけではない。他の諸法、とくに不法行為法や公法との組み合わせのなかで、それらと協働しながら、ともに1つの目的を達成する装置として存在している。

内容規制を契約外規制で行うのか契約内規制で行うのか（棲み分けのバラエティー）は、各法領域の歴史や法構造の違いからくるバラエティーである。保護システム全体としての当事者の合意（支援）と内容規制とのバランスのバラエティーは3のバラエティーからくるものである。

---

(163) 土田教授のいう手続的規制と実体的規制の分類は、①②の分類に対応するものとおもわれる（土田・前掲注（70）17頁以下）

【祝辞】

尊敬する恩師、浦川道太郎先生の古稀をお祝いし、その学恩に感謝するとともに、先生のご多幸とご健康を心よりお祈り申し上げます。

【謝辞】

本研究はJSPS科研費(基盤研究(C))26380156「医療契約の成文化(法典化)」の助成を受けたものである。

法領域間の比較という視点はJSPS科研費(基盤研究(B))26285023「不法行為法の領域分化と制度論的・立法論的研究」〔代表・瀬川信久教授、研究協力者〕から、本稿の骨格を形成する立法学的考察は医療基本法に関する共同研究から、それぞれ着想の機会を得ている。所属研究会の御助力に感謝申し上げるとともに、いずれの研究成果も独立したものとしていつか公表できればと考えている。

【追記】

本稿は、医療契約の成文化(法典化)に関する筆者の一連の研究の一部をなすものである。

筆者は、前作において、現在わが国に立法例の存在しない医療契約法について、比較の好条件を備えたドイツの立法例から示唆を得ることで、その基本的部分をあきらかにする作業を行った。<sup>(164)</sup>類似の法秩序とはいえ、適合的移植に至るまでには、まだ幾重ものフィルターにかけられる作業が残されている。

かかる作業を経た後、わが国への適合的移植を検討するにあたり、本稿で行った国内隣接法領域における立法例の研究成果を、全体秩序への組み込み

---

(164) 「患者の権利の向上のための法律 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten 成立／ドイツ」年報医事法学28号(2013年)214頁以下、「ドイツ2013年患者の権利法の成立—民法典の契約法という選択—」西南46巻3号(2014年)117頁以下、九州法学会会報2014年版(2014年)41頁以下、「補論2 解釈類型から法定類型へ—ドイツ法からの示唆」『医療契約論—その典型的なるもの』(日本評論社、2015)175頁以下、「講演『ドイツの患者の権利法』(患者の権利宣言30周年記念シンポジウム)—立法における価値判断という問題意識—」西南47巻2・3合併号(2015年)201頁以下参照

や客観化を考察する際の素材として、投入する予定である。

筆者は民法・医事法を専門領域とする者であるが、本研究の目的遂行のため、本稿においては消費者法および労働法分野の知見に依拠した研究を行った。該当分野からの御協力があったことを特記し、御礼に替えさせていただきたい。