

〈研究ノート〉

労働法立法学の検討（一）

遠藤昇三

一 問題の所在と課題の限定

戦後労働法学とりわけプロレーバー労働法学—以下、「戦後労働法学」と記す—は、特に官公労働者のストライキ権・争議権に代表されるように、その確立と解体が同時進行したこと、憲法第28条違反ないしは違反が疑われる立法の強固な存続という事態の存在の故に、それに対する批判、克服の法理の構築、即ち解釈論に傾斜し過ぎであった。それは、1980年代に到るまでは、労働保護法分野でも同様であった。即ち、立法学・立法論の検討、蓄積が乏しかった。

そうだからこそ、一方では、官公労働者のスト・争議権に関し、立法構想を提起した立法闘争の展開の本格化により、権利奪還を果たすべき絶好の機会であった1970年代において、一部に問題提起はあったものの、労働法学界の一致した立法構想の提起、それを踏まえた労働組合、革新政党の立法闘争が、あまりにも脆弱であったが故に、その機会を逃すこととなる。それは、一部の労働法学者の問題提起を受け取めえなかった労働組合、革新政党側に責任があるとともに、否それ以上に、労働者・労働組合の権利闘争擁護の立場を明確として来た「戦後労働法学」における立法学・立法論の乏しさの帰結であり、その責任が反省されるべきである。他方では、1980年代以降労働保護法分野において、新しい立法や既存立法改正が、続出し現在まで引き続いているが、そこにおいて、政府・厚生労働省—旧労働省—が提示する立法案の評価をめぐり、根本的と言って良い対立が、生じている。この時期、労働法学界において—労働法学会のテーマ設定を含め—、個別的な立法論は、従

来になく華々しく展開されてはいる。しかし、個別的立法論を越えた労働法立法学的确立が、なされた訳ではない。その不十分性が、一先の一対立の克服を達成しえなかった決定的要因のように、思われる。

しかし翻って考えれば、こうした問題性は、労働法学に止まる訳ではない。日本においては、立法学を検討する立法過程のシステムが実現したのが、第二次大戦後であるから、そもそも立法学の歴史は、可能性としても浅い。その上、末弘巖太郎博士による立法学の提唱（1946年）⁽¹⁾以降、1980年代における法律専門誌の特集とまとまった立法学の著作の刊行が目立つ程度で、少なくとも法学分野全体をカバーする立法学が確立していて、それを踏まえて各法分野の特色、性格なり特殊性に応じた修正適用をすれば済む、という段階にはない。そうだとすると、「労働法立法学」の検討とは、無謀な試みとか単なる想いつきの提示に、止まりかねない。

しかし、戦後労働法学の弱点をいつまでも放置する訳にいかないだけでなく、今後将来に生ずるであろう立法化、立法改正の動向に対し適切に対処するためにも、「労働法立法学」の検討は不可欠である。その検討とは、末弘博士の提唱が、自らがリードした旧労働組合法制定を素材としたことに象徴されるように、一単なる悪法反対的なものでなく一改良（政策）立法をめぐる立法学こそが、立法学の本道であることを、意味する。そしてその検討の手がかりは、乏しいとは言え戦後労働法学において展開された立法論から、個別的立法論を越えて導き出される視点、基準といったもの、逆に問題点が指摘される立法論から反面教師として学びうる事柄である。そして、筆者が、同じ改良（政策）立法である社会保障法に関し展開した展開の糸口を示している立法論の視点、基準の労働法への拡張を通じた一般化をも、行うことにする。⁽²⁾

(1) 「立法学に関する多少の考察」（「法学協会雑誌」64巻1号）であるが、一後掲の一『民事立法学』に再録されている。

(2) 参照・参考文献は、末尾に一括して掲げる。

二 労働法立法学⁽¹⁾の視点

1 法理念と国家像

筆者は、現代法全体一以下、この全体という表現は、省く一の理念を「人間の尊厳の原理」と捉えている⁽²⁾が、それはともかく、まずは現代法の理念が把握された上で、その理念を体現し積極的に実現するあるいはその理念をさらに発展させるような立法化⁽³⁾であることが、必要とされる。少なくとも、その理念に矛盾・抵触するとか背反するものであってはならない。實際上いろいろな立法化において、現代法の理念との関わりが、意識的、自覚的に検討、点検されることは、必ずしもないかも知れない。しかし本来は、いかなる立法化であれ、こうした要請が働くあるいは働くべきなのであるから、各立法化につき、現代法の理念との対照は不可欠である。したがって、少なくとも、その理念に矛盾・抵触・背反する立法化は、実現されるべきではなく否定されるべきであり、その疑いのある立法化は、その点での練直しをすべきである。

他方で、現代法の理念を体現しあるいはその積極的实现を目指す、さらにはその理念を発展させようとする立法化は、その限りで、肯定されることになる。

もう一つの問題は、国家像一あるいは国家目標一との関わりである。これは、課題的である。即ち、少なくとも第二次世界大戦後の先進資本主義国家は、共通に、{自由国家+社会国家⁽⁴⁾}であり、社会国家という側面において、とりわけ企業の経済的自由を抑制しつつ社会権の実現を図る国家である。しかし、こうした国家像は、それだけでは、何ら立法化の是非を左右しないことは、一方では、例えば企業の経済的自由の抑制の範囲と程度、その反面での実現されるまたされるべき社会権のカタログの範囲と重点に関し、各国に差異がある・あったことで、明確である。他方では、1980年代以降のグローバル化の中での新自由主義的立法化の範囲、程度、とりわけそれへの対抗・抵抗の強弱において、各国に違いがあるとしても、社会国家という

国家像の否定には、到っていない。そこで、具体的に問題となるのは、先進資本主義国に差異をもたらした国家像、即ち福祉国家である。福祉国家は、1970年代における高度経済成長の終了、とりわけグローバリゼーション・新自由主義的改革の中で、選択的再構築と選択的縮小⁽⁵⁾に分岐したとは言え、なお維持されている国が存在している。ところが、日本は、一度も福祉国家ではなかったし、それを国家目標としたこともなかった⁽⁶⁾。「福祉国家」という国家像は、立法化の評価において、現代法の理念と同様な働きをするものである。即ち、福祉国家を体現・積極的実現・発展させる立法化は、肯定され、それに矛盾・抵触・背反する立法化は、否定されるのである。福祉国家ではない日本においては、こうした働きを期待しえない。そこで、問題は、次のように設定される。将来において福祉国家の実現を目指す⁽⁷⁾のであれば、「福祉国家」を立法化の評価の基準とする、目指さないのであれば、そうはならない、それぞれの選択次第である。とは言え、前者においても、「福祉国家」という国家像は、決定打にならない。何故なら、それは、福祉国家を目指さない人々とも共通したまた共有しうる立法化の視点ではないし、国家像以外の視点による補充が、不可欠であるからである。しかし、次のような事情は、十分考慮されるべきである。小泉純一郎政権が、急速度で推進した新自由主義的改革は、日本をアメリカ的な格差社会としたこと、そこに生じた広範なワーキング・プアーの存在が、現在問題視されている。それに対し、格差、ワーキング・プアーの存在を肯定し、一層促進しようとしているのが、日本の支配層の狙いであることは、否定できない。したがって、格差やワーキング・プアーの克服が、現実的に可能とは評価し難い⁽⁸⁾。しかし、格差、ワーキング・プアーの克服は、支配層の意図を越え、今や国民的合意⁽⁹⁾になっているとも、考えられる。後者が正しいとすれば、その合意の主体である国民各自が、自覚しているか否かを問わず、それらの克服とは、明示的でも自覚的でもないとしても、実は日本における初めての福祉国家化の言わばなし崩し的実現に、他ならない。そうだとすれば、「福祉国家」という国家像を立法化の評価基準とすることは、決して間違いではない。とは

言え、その実現性が流動的である上に、決定的には—現在ではなく—将来の国家像故に、やはり他の視点による補充が必要であり、完結した視点ではありえない。

ここで、現代法の理念にも国家像にも関わる問題指摘を、行っておく。それは、21世紀の日本「社会を決定する最重要課題⁽¹⁰⁾」とされる「男女共同参画社会」形成と高齢・少子社会対策という、全法分野に関わるような政策課題である。男女共同参画社会基本法—以下、参画法と略す—、少子化社会対策基本法—以下、少子化法と略す—は、前者における「参画」の意味の曖昧性と両者における実効性⁽¹¹⁾に疑問はあるものの、両者とその実現度が、21世紀—否それ以降を含めて—の日本社会のありようを規定することは、明確である。その上に、実効性ある少子化対策が、高齢社会対策の—将来的な—重要な要素であること⁽¹²⁾、少子化社会対策が「男女共同参画社会の形成とあいまって⁽¹³⁾」いること、高齢者介護といったことが女性により重い負担をかけていることからすれば、三者の政策課題の関連性が指摘出来ると同時に、三者の中で「男女共同参画」が決定的意義を担うことが、了解しうる。そうだとすれば、労働法学において特に着目すべきなのは、一つは、参画法第3条（男女の人権の尊重）、もう一つは、第6条（家庭生活における活動と他の活動の両立）であり、ともに、とりわけ日本の大企業によるジェンダー（支配）構造の強固さを切り崩す可能性に対する法的手がかりである。さらに言えば、ジェンダー構造にある日本労働法のパラダイム転換⁽¹⁴⁾を促進する鍵でもある。労働法そして今後の立法化に求められているのは、この3、6条の労働法分野での徹底した実現である。そして、これまでの日本社会が企業社会—変容、解体しつつあるが、問題状況は変っていない—であることからすれば、労働法における3、6条の徹底した実現が達成されれば、日本の「男女共同参画社会」形成の半分以上の課題解決となることに、注目が必要である。それ故、労働法そして労働法学界が担うべき課題は、重要である。そうだとすれば、今後の立法化は、「男女共同参画社会」形成とりわけ参画法3、6条を体現した積極的にその実現を図るものであることが、必要で

あるし、それに矛盾・抵触・背反しないことが、絶対条件である。これまでの立法化、裁判例、学説には、不十分ながらその側面が窺われるが、今後一層促進を図るべきである。

この点で、「男女共同参画社会」形成とりわけ参画法3条でも欠落しうる、あるいはこの3条以前に確立されているべき問題があることを、最後に指摘しておく。それは、未だ日本において確立していないところの、「同一（価値）労働同一賃金」原則である。「男女同一（価値）労働同一賃金」原則は、必ずしもストレートではないが、労働基準法第4条が規定し、それに参画法3条が加重されている。しかし、日本の男女労働者の賃金格差は、勿論労基法第4条違反ではない要因、原因もあって、先進資本主義国中最大であり、なお拡大している。その決定的要因・原因が、企業のジェンダー構造にあることは、言うまでもないが、実はそれが強固に支配しえたより深い要因・原因が、「同一（価値）労働同一賃金」原則の未確立である。それが、とりわけ効果を発揮するのが、正規労働者とパートタイマーの賃金格差であり、パート労働者の圧倒的多数は女性である。もし日本において「同一（価値）労働同一賃金」原則が、普遍的に確立していれば、男女間賃金格差がここまで深刻化することは、ありえなかったであろう。そうした意味で、「男女共同参画社会」形成そして参画法3条を実現するための緊切の課題が、「同一（価値）労働同一賃金」原則の確立である⁽¹⁵⁾。

- (1) 立法学は、一立法の究極の目標としての一立法政策、立法の内容、立法技術、立法過程に分けられるが、ここでは一第二の一立法の内容を指すことにする。
- (2) 『「人間の尊厳の原理」と社会保障法』（法律文化社、1991年）第1章、『社会保障の権利論』（同、1994年）第1章第4節参照。
- (3) 新たな立法化、既存立法の改正の両者を、以下「立法化」と表現する。
- (4) これは、積極国家、介入国家、行政国家とも称されるが、社会権保障に着目してこう表現しておく。
- (5) 以下の論述のため、これには、アメリカや日本のような非福祉国家を、含めることにする。

- (6) 正確には、1972年の「73年福祉元年宣言」が、ヨーロッパ型福祉国家づくりを目標として掲げたが、翌年のオイル・ショックにより、直ちに否定されたところではある。
- (7) 渡辺治一橋大学教授、後藤道夫都留文化大学教授、二宮厚美神戸大学教授達は、福祉国家の問題－軍事との両立、福祉官僚制等－、選択的再構築の動向を踏まえ、ヴァージョン・アップした福祉国家を目標として提唱している－とりわけ『講座現代日本』4、大月書店、1997年－が、ここでは度外視する。
- (8) 前注に掲げた人達が、福祉国家のそしてこれらの克服の主体、担い手としているのは、正に下層社会の人々であり、あまりにも脆弱に過ぎるし、かつの「窮乏化待望」論の現代版のようであり、現状分析の鮮やかさとは対照的である。
- (9) 念のため言えば、4で扱う「国民的合意」とは、異なる。
- (10) 直接には、男女共同参画社会形成法前文の表現であるが、後者の対策にも妥当しよう。政策的関連性については、後述する。
- (11) 全ゆる基本法との共通性としての枠組み法でしかないことが、とりわけ問題だが、少子化対策の著しい立ち遅れ、とりわけ自治体レベルでの「男女共同参画」バッシングも視野に容れてはいるが、指摘に止める。
- (12) 少子化が克服されたとしても、それにより高齢社会の克服とはならないことは、十分承知している。ここでは、政策的関連性に注目している。
- (13) 少子化法第2条（施策の基本理念）。
- (14) 筆者による「戦後労働法学」のパラダイム転換については、『戦後労働法学』の理論転換』（法律文化社、2008年）参照。そこでは、ジェンダー・フェミニズムの視点を組み込んではいらぬ。とは言え、こうしたパラダイム転換を最も適切に提唱している浅倉むつ子『労働とジェンダーの法律学』（有斐閣、2000年）、『労働法とジェンダー』（勁草書房、2004年）からすれば、不十分、不徹底とされよう。
- (15) これは、丸子警報器事件長野地裁上田支部平成8年3月15日判決の判旨の立法化の提唱である。なお、「パート労働法」改革をめぐる－「均衡か均等か」という－対立点も、この点の解決が図られない限り、決定打に欠けると思われる。

2 憲法・人権の尊重

どのような立法化であれ、憲法に違反しないこと、憲法が許容する枠内に

収まるものであること、とりわけ人権に関わるもの—特に重要なのが、第14条（平等原則）、第27条（労働権）、第28条（団結権・団体交渉権・争議権—「団結権」と表記する）であるが—については、人権を侵害せず、その人権保障に矛盾・抵触・背反することは、許されないことが、当然の要請である。また、人権保障をより促進するなり豊富化する立法化であることが望ましいことも、言うまでもない。こうした枠組みを離れて、議会や政府が、その裁量で自由に立法化する訳ではない。

この点で、とりわけ問題となるのが、以下の三点である。一つは、官公労働者の「団結権」制限とりわけストライキ・争議行為の全面一律禁止法制の存在である。一方では、これを28条違反で違憲とする学説は、労働法学界で確立しており、また—で触れたように—改善・改革の立法構想を踏まえた本格的な立法闘争は、極めて不十分であり成功しなかった。他方で、政府そしてとりわけ最高裁判所は、合憲とする立場に強固に立っている。今や、労働組合の組織率の低下、かつて戦闘的労働組合主義に立っていた官公労働組合含め労働組合運動の停滞という状況の中で、合・違憲論が、華々しく展開されている訳でもない。筆者は、憲法28条「変質」論を唱えている⁽¹⁾が、労働法学界からの反応はない。そうした中で、政権を取った民主党のマニフェストにおいて、官公労働者のスト・争議権の回復が唱われていることから、近い将来において立法化の是非—当然その中身、内容を含めて—が、問われることが予測される⁽²⁾。その場合、合・違憲論や「団結権」の人権性を棚上げした論議となる可能性が、ないではない。筆者の立場からすれば、それは、許容しうる選択肢ではある。但し、次のような構え方が、必要である。それは、言わば過去を問う議論の切捨てと、将来展望への収斂である。「過去を問う議論の切捨て」とは、—三公社の民営化といったことによる適用範囲の縮小、特定独立行政法人設立による適用法規の変更といった部分的変容はあるもの— [1948年マッカーサー書簡→政令201号→国内法化] 以降、基本的枠組みが不変の官公労働法のとりわけスト・争議行為全面一律禁止立法を、違憲であるが故に改めるべきという議論、主張を行わないことであ

る。そうした議論・主張は、かつて一党政権であり今野党の自民党の合憲論⁽³⁾に、簡単にはね返されるだけでなく、マニフェストの実現を目指す民主党政権も、違憲論に立った立法化を図る、とは考え難い。また、違憲論が、国民の中に急速に深く浸透しその共感、支持を得どころか、違憲論そしてその論者が、強烈なバッシングを受けるであろうという見通しが、現在における国民と官公労働者の関係構図から、より可能性がある。いずれにしても、過去を振り返っての合・違憲論の対抗は、決着がつく問題ではないし、それ以上に、立法化の中身、内容の検討の障害となり、立法化を空中分解させかねない。そうだとすると、必要なのは、将来のみの議論に集中すること、即ち提示される政府案の中身、内容に関するかみ合った議論を行うことである。その際、政府案が、一定の制約、制限付きのスト権・争議権付与となることは、不可避である。それに関して、その制約・制限が合憲か違憲か、違憲だとすれば、どのような制約・制限であれば合憲となりうるのか、人権である「団結権」の官公労働者に限定してのそれ故「公共の福祉」による制約・制限であって、その根拠の明確化、そして最小限度制約・制限原則そして制約・制限に対する代償措置といったことが、論議されるべきである。そうした論議においては、労働法学界の蓄積とりわけ1970年代の立法構想・立法闘争論が、まず参照されるべきであるが、現代的状況との関わりで、次の点に留意が必要である。国民の世論、意識におけるアンビバレントである。即ち、一方では、スト・争議行為が、一般的にも官公労働者においても、激減しているため、スト権・争議権が付与されてもその行使をしないであろうと見通していること、それ故権利行使の可能性がないのであれば認めても良い、という受け取め方がされる可能性が高いことである。極言すれば、行使されない武器だから、与えても良いし与えなくても構わない、どうでも良いという反応である。しかし他方で、もし万一与えられた権利を行使しスト・争議行為がなされるとすれば、国民の生命、健康の侵害可能性どころか、日常生活上の必ずしも不可欠ではないとか代替手段があるような便宜、サービスのストップ、言い換えれば日常生活上の迷惑程度に対しても、強烈な反発が予測され

ることである。それは、一前者が、スト権・争議権付与に関する消極的受容とすれば一スト権・争議権付与に対する積極的反対の基盤となりうるものである。いずれが顕在化するかは、今のところ予測の限りではない。ただ、いずれに対しても、官公労働者に対しスト権・争議権を制約・制限付きで付与する立法化が、憲法の枠内での説得的な憲法上の根拠に基づく最小限度のものである限り、そうしたものとして、国民に対する説得を通じて納得を得るべきである。それは、人権の平等保障として「民主主義の発展」という側面においても、説明されるべきであろう。いずれにしても、この問題は、憲法・人権の尊重という脈絡で扱われるべきであって、「どうでも良い」論や過剰な反発を、乗り越えるべきである。

二つ目は、憲法第27条第2項の労働条件法律主義に関わる。ここで念頭にあるのは、労基法第32条の週労働時間規制の改革、即ち制定以来全く変更がなかった48時間制の40時間制への改善に当たり、経過措置、猶予措置を設けたことに関し生じたところの、意見の対立である⁽⁴⁾。問題は、それらの措置が法律ではなく命令によったことを、27条2項違反とするか否かの対立である⁽⁵⁾。問題の焦点は、27条2項の法律主義の厳格性の程度⁽⁶⁾である。もし、どのような経過・猶予措置であれ、法律に明記されない限り27条2項違反になるとすると、次のようなやっかいな問題のクリアーが必要とされよう。第一に、法律化された経過・猶予措置が27条2項違反であっても、それを排除しえないのではないかということである。それは、改正の全てを法律化することを求めるのみで、その中身、内容を問わない、つまり労基法改悪したがってこれまでの労働条件の到達水準の引下げであっても、認めることにつながるのではないか、ということである。それに対する反論が、それらの措置の中身・内容次第であるとするのであれば、それは、全ゆる事柄の法律化という当初の主張に矛盾する、そうとすれば、経過・猶予措置の中身・内容が、到達水準の引下げかどうかにかかわらずに収斂するものであり、法律か命令かという法規範上の序列・上下関係は、問題外となる。

では第二に、経過・猶予措置の中身・内容が到達水準の引下げか否かであ

るが、それらの措置が、従来の48時間を越えるものではないから、引下げではありえない。そうとすれば、経過・猶予措置否定論は、両面で否定されることになる。その否定論が成り立つのは、労基法の到達水準の引下げでありかつ合理性がない場合のみである。憲法27条2項は、こうした合理性のある引下げまで排除しうるものではないが、「合理性ある引下げ」を認めることは、命令ではなく法律化を通じて証明すべきことまでは、要求出来ると思われる。但し、引下げかどうか、引下げとして合理性があるか否かの判断は、必ずしも容易とは限らない。例えば、変形労働時間制、裁量労働制そしてその拡大を、引下げと評価出来るか、引下げとしても合理性なしと言えるかは、疑問である。何故なら、その制度の導入、設計には、過半数代表協定が必要であり、導入したくなければ過半数代表を選ばない、選んでも協定を結ばないという選択が、出来ること⁽⁷⁾、導入するとして不合理な引下げとならないよう、協定で歯止めをかけることが、可能だからである。また、制度それ自体が、不合理な引下げとまでは判断出来ないのは、労基法制定以降1970年代までは、第二次産業（＝製造業）のブルーカラーが労基法適用の労働者の中心であったから、固定的労働時間制が正に妥当したとしても、現在における第三次産業（＝サービス・情報産業）のホワイトカラー中心の労働者には、固定的でない労働時間制が適っているからである。

第三は、労働条件法律主義の実現困難性と硬直性である。もし、週労働時間短縮の経過・猶予措置でも法律で定めるべきという主張をするとすれば、以下のような問題状況が生ずる。一つは、最終目標の実現日程が遅れる可能性である。労働時間短縮の労基法改正は、当然国会での議決により成立となるが、それが計画、予定通り成立する保証は、必ずしもない。労基法改正も、他の諸法案と同次元で扱われるし、他の法案をめぐる与野党の攻防のあおりをくうことで、成立が遅らされる、否場合によっては成立しないことがありうるからである。命令であれば、その点の心配はない。そうした点を考慮すれば、労働時間短縮のため敢えて設けた措置が、その意義通りに実現されるためには、法律化は反って避けるべきことになるし、労働時間短縮という国

内・外から課せられた課題実現の途は、命令に託されたはずである。また、命令であれば、経過・猶予措置の実現状況その他の事情を考慮し、最終目標達成時を繰上げる等柔軟に対応することも、可能である。法律であれば、一々国会の議決を要し、状況の変動に柔軟に対応することは、ほぼ不可能である。以上の論述からすれば、労働時間短縮のための経過・猶予措置が法律でなければならぬという主張は、全く成り立たないと結論されよう⁽⁸⁾。

三つ目は、憲法27条2項に言う法律、それを根拠とする法律は、ハードローでなければならないのか、ソフトローでも許されるのかである⁽⁹⁾。これは、「男女雇用機会均等法」の成立やその後の状況との関連で、厳しく問われたものであるが、現在ではそうしたソフトローが、多くありかつ定着しているもので、生産的な議論ではない。とは言え、ハードローと比較しソフトローでは、その実現度の低さ、使用者側の遵守へのインセンティブの弱さが目立っている点において、問題を改めて原点的に確かめる必要が、あるように思われる。問題の第一は、憲法27条2項が、刑罰を担保とした労働保護法しか認めない、それ以外は排除していると捉えられるかどうかである。そうしたハードローしか存在しなかった段階においては、その主張は、妥当であったかも知れない。しかし、今や少くない労働保護法分野の法律が、最低労働条件保障としての意義を担うとかそのために使用者に法的義務を課しているとしても、違反に対し刑罰を課していないのである。それらの法律を全て27条2項違反とする主張は、全く成り立たない。しかもそれは、結果論ではない。27条2項は、「賃金、就業時間、休息その他の勤労条件に関する基準」を法律で定めることしか、規定していない。即ち、一命令ではなく一法律で定めることが求められているだけで、刑罰を担保とするか否かは、立法政策に委ねられている。言い換えれば、一ハードローではない一ソフトローというあり方を、排除している訳ではないのである。第二に、刑罰に担保されない労働保護法分野の法律は、憲法27条2項に反し違憲であるとの主張の、現実的で可能な効果への反省の必要性である。勿論、例えば「男女雇用機会均等法」成立過程における反対論は、刑罰を課さない限り実効性がないということに中心が

あり、違憲論のみが横行した訳ではない。しかし、前者の議論も、つき詰めれば後者の一表現とも考えられる。大企業・財界が強力にその成立に反対し自由民主党一党政権という状況の中で、理想的立法が実現する訳がなく、成立自体が、ようやくの第一歩だったと評価すべきであろう。そうした中で、違憲論や読替えられた違憲論は、大企業・財界の反対の格好の武器を提供し、法案つぶしに役立てられたかも知れない。それ程の危険な主張であったことの自覚も反省もないことに対し、この立法学の視点レベルで、厳しく批判しておくべきである。もう一つ敢えて付け加えれば、憲法27条2項は、ハードローさえ直接には要求していないことである。確かに、労働保護法分野においては、まずハードローが長い間支配的であり、ソフトローは、ようやく1980年代以降に登場して来ている。しかし、刑罰を担保とした労働条件の国家的最低限の設定とそのレベルのいずれも、27条2項が直接要求はしていない。前者は、第二次世界大戦以前の工場法等の方式の活用であるし、後者に関わっては、27条2項は、「基準」を規律していない。勿論、その「基準」とは、「人たるに値する生活を営むための必要を充たす」労働条件の最低基準—労基法第一条—と、読み込むべきではあるが。それでも、ハードロー方式まで要求しているとするのは、27条2項の解釈としては、飛躍であり特別の説明が必要とされるものである⁽¹⁰⁾。いずれにしても、憲法27条2項は、それ程厳格な規定ではないのである。したがって、本視点から言えることは、豊富なものとはなりえない⁽¹¹⁾。

- (1) 前掲書（1注（14））特に第7章第8節。
- (2) 以下、民主党政権が継続した上で、立法化が現実的な政治的日程として登場するという前提で、叙述する。したがって、そうならなければ、将来的な課題提示に止まる。
- (3) 立法化においては、最高裁は、直接には登場しないが、その判例は、この決定的武器という位置を占める。
- (4) 経過・猶予措置を設けたことに対する反対論もあったが、これは度外視する。他方以下では、労基法改正全体を視野に容れて、叙述する。

- (5) 筆者は、一方の当事者である初井常喜博士の見解に賛成である。ただここでは、全面的な展開はしない。
- (6) こうした問題は、三つ目の問題でも検討するが、ここでは労基法問題に限定して、考える。
- (7) 引下げとしても、それを阻止出来るということである。
- (8) 法律による命令への委任を、27条2項が排除している訳ではないことも、これらの措置の正当性、妥当性の根拠ではあるが、言わば当り前のことなので、指摘に止める。
- (9) 現在論議の焦点となっているハードロー対ソフトローは、これとは別次元のものであり、それについては後述する。ここでは、その用語を借用して、刑罰を担保とした労働条件の最低限保障を前者、刑罰抜きのものしたがって私法的効力のみ有するものを後者、としておく。
- (10) それを肯定した上で、「人たるに値する」レベルが、時代、状況により異なるという問題は、実質的には次の3で扱う。
- (11) 憲法第27条第1項の労働権、そしてその具体化としての雇用保障法、雇用保険法については、直接には問題としない。

3 国際基準⁽¹⁾との関わり

国際基準が立法化の上でどのような意義、意味を持つかは、国際基準の性格により異なる。即ち、各国を法的に拘束する規範であって日本も批准しているもの、日本が未批准であるもの、目標、指針であっても各国を法的に拘束しないものという三つのタイプがあり、タイプ毎に関わり方が、検討されねばならない。

第一は、日本も批准している国際規範であり、国連が採択した国際人権(A)規約、「女性差別撤廃」条約、ILOが採択した「結社の自由及び団結権保護」条約(87号)、家族的責任を有する男女労働者の機会及び待遇の均等に関する条約(156号)が、その典型である。「女性差別撤廃」条約の批准のため「男女雇用機会均等法」が成立し、ILO87号条約批准を受けて一当時の役員・組合員を職員に限定していた一公業企業体等労働関係法第4条第3項は、削除された。他方、国際人権(A)規約のスト権規定が留保され、官公労働者のスト・争議行為禁止立法には、何ら手を加えられなかった。い

ずれにしても、留保がない場合、新たな立法化がなされた例はあるが、それを決定づけたのは、当時の政府の姿勢である⁽²⁾。まず、国際規範批准運動が迫力を持って展開され、政府がそれに屈して批准したという例がない。批准運動が全くなかったとは言えないが、政府に批准させるだけの力は持ちえなかった。次に、例えば「男女雇用機会均等法」は、それ抜きでは批准しえなかったため、偶然の産物と言えない訳ではない。何故なら、一留保部分を除いた－国際人権規約、－「均等法」除いた－「女性差別撤廃」条約、子どもの権利に関する条約の批准に際し、日本政府は、既成の立法、制度の改革を不要とする立場を貫いたからである。既存の立法・制度の改革をしないで、国際規範のつまみ食いの批准を行うのは、それにより日本に対する国際的批判・非難をかわそうとする意図が、窺われる。少なくとも、批准を契機として、既存の立法・制度の改革に止まらない充実・豊富化をする意図は、全くないと評価されざるをえない。さらに、一批准運動の低調さに加え一批准以降その国際規範を国民・社会に浸透させ、立法・制度改革を進める運動も、おそまつな状況である。それは、労働組合、革新政党の力の低下に規定されたところの、戦後平和・民主主義運動の後退の影響でもあり、国際規範活用運動のみの責任ではないが、ただここでも目立つのは、成程政府に対するカウンター報告づくりの運動、個別課題でのそれなりの運動を踏まえたところの、例えば国連人権委員会への訴えやそれをも含む国際社会・世論への働きかけは見られるが、国際機関依存・頼みという消極的としか言いようがない姿勢である⁽³⁾。これでは、国際社会からの批判・非難をかわすための国際規範の批准という政府の姿勢と、五十歩百歩である。最後に、そうであるからこそ通用して来たと考えられるところの、裁判所とりわけ最高裁判所の批准国際規範の扱い方である。各国を法的に拘束する国際規範の批准とは、本来、国際規範の国内法化であり、国内法と同様の効力を有するはずである。少なくとも、批准されても国内法的措置抜きには直接適用出来ない規定ならともかく、自力執行力を持つ規定は、国内法と同じに扱い裁判にも適用すべきである。しかし、裁判所とりわけ最高裁は、自力執行力ある規定を含め、批准さ

れた国際規範を裁判に適用することを、拒否し続けている。国内法の解釈基準としての活用でさえ、消極的である。

こうした政府、裁判所を、批准した国際規範で法的に拘束する途は、立法化しかない⁽⁴⁾。労働法関係規定を洗い出し、既存立法がある場合には国際規範までの引上げ立法、ない場合には新立法に関し、一後述の基準により一立法化に努力すべきである。ただ、政府が批准という行為を行い国会が承認したこと、条約と憲法のいずれが優位するかには対立があるが、条約は法律に優位することでは、一致した見解があることは、批准した国際規範の国内法化にとっては有利である。その有利性は、政府、国会の責任を法的責任にまで転化するものではないし、事実上のものではないかも知れない。しかし、課題が、立法化による政府、裁判所の法的拘束であるということからすれば、国際規範を目標・目的としその実現のため立法化という手段を使うという構図を、転換させるべきである。即ち、批准された国際規範を、立法化という目標・目的の実現のための手段とするということである。批准された国際規範の実現・具体化を目指す立法化であれば、批准に責任のある政府そして国会は、それを否定する立場にないし、立法化の中身、内容が、批准された国際規範そのままである限り、誰も反対、異論を唱えることは、不可能である。そうだとすれば、それにより、従来は活かし切れなかったところの批准された国際規範を、宝の持ち腐れとすることなく活かすことが、可能となるし、国際規範そして国際機関依存・頼みという体質の克服にも、つながるであろう。

第二は、各国を法的に拘束する国際規範であって、日本が未だ批准していないもの⁽⁵⁾である。それ自体は、何ら立法化につながらない。つながるとしたら、一つは、批准のために新たな立法が成立する必要がある場合であるが、この前提は、政府が批准をするという立場に立つことである。その前提が満たされる限り、立法化の中身・内容は、批准の要件に達しうる最低限のものを備えていれば足りるのであり、それ以上に何を加えるかは、一後述の一基準に照らし検討されれば良い、と思われる⁽⁶⁾。もう一つは、国際規範を

モデルとした立法化である。ここでは、国際規範の批准を直接の課題とする訳ではなく、せいぜい批准のための、どの程度役立つかに何らの保証がないところの、布石でしかない。とは言え、先進資本主義国である日本が、当然批准すべき国際規範の国内法化であるところが、そうした契機を欠く立法化とは、異なる。－後述の－立法化の基準を満たすとかそれに基づく検討抜き⁽⁷⁾でも、立法化が可能であるし、国際規範を縮減する逆にそれに加重するのでない限り、その中身・内容に対し反対・異論が生ずる余地は、批准に反対という立場でない限り、ない。あるとすれば、批准には賛成だが時期尚早という立場からの反対・異論であるが、その立法化が時期を早めるとすれば、反対・異論を解消するであろうし、いずれにしてもこの反対・異論は、立法化にとっての積極的障害にはなりえない。問題があるとすれば、言わばつまみ食いの立法化の見識の欠如という批判であるが、優先順位づきの計画的立法化である限り、順位づけレベルでの反対・異論はありえても、中身・内容は、問題化する余地がない。

第三は、ILO条約への上積み、高度水準設定のILO勧告のような、批准を予定していない国際規範である。そうしたものは、批准手続を通じて批准国を法的に拘束するものではない。したがって、第一、第二のものとは、質的に異なる。しかし、少なくとも先進資本主義国が達成すべき国際規範、憲法第98条第2項の言う「確立された国際法規」に当たり、少なくとも法律に優先・優位するものである。憲法98条2項は、その意味において、「確立された国際法規」を「日本が締結した条約」と同列で、誠実遵守を唱っている。そうだとすると、批准を前提にしないが故に、第二のものと同質の論理で－但し、批准の側面のみ切り離してだが－、立法化が可能である。その上に、ILOの条約と勧告の次のような関連にも、注意が必要である。－全てではないが－ILOは、まず条約を、加盟国全てが批准すべき最低基準的なものとして採択する。次に－その条約の改訂をも展望しつつ－主として先進国が達成すべき高度基準として、勧告を採択する、そして条約批准と勧告達成の時点以降において、勧告並みの条約改定－形成上は、新しい条約の採択－を

行うとともに、高度基準としての勧告を採択する。簡単に言えば、勧告達成とは、次の条約批准への1ステップでしかない。そうだとすれば、日本が批准した条約に関わる勧告は、その達成を通じて次の条約批准への準備、地ならしという意義を担い、未批准条約と勧告についても、批准をすれば、同じ論理が妥当する⁽⁸⁾。

以上、要するに、国際基準とは、参照、参考とされるべき外在的な立法素材ではなく、立法化の不可欠の内在的要因なのである。

- (1) E U社会憲章や欧米先進資本主義各国の基準も、参照・参考にされるべきではあるが、いかに参照・参考にすべきかについては、以下の論述程単純ではないので、省略する。
- (2) I L O 87号条約については、条約違反に関するI L O提訴に始まる労働組合の批准闘争があり、例外ではある。しかし、そこにもI L O依存の運動、体質が見られる点で、以下の指摘が妥当する。
- (3) 勿論、「女性差別撤廃」条約の定着・実現を目指す運動の凝集として、「育児休業法」、一既述の「参画法」が成立したことは、否定し難いが、それでもなお、こう評価せざるをえないところである。
- (4) ここでは、民主党政権も同列として扱うが故に、この立法化とは、議員立法を念頭に置いたものである。
- (5) 国連が採択した障がい者の権利に関する条約、I L Oの「雇用終了」条約(158号)、「パートタイム労働」条約(175号)といったものが、それに当たる。
- (6) 逆に、批准の要件を満たす立法化をした上で、政府に批准を求めるという途は、現実的可能性が薄いので、度外視する。
- (7) 正確には、法の体系性等欠きえない基準があるが、ここではこう表現しておく。
- (8) とは言え、現在までに批准している条約が少なく、今後将来においても同様の状況であろうから、論理としては迫力に乏しいことは、否めない。

4 「国民的合意」の形成・獲得

改良的(政策)立法が、徹頭徹尾「国民的合意」の産物であるとの主張を、筆者は、繰り返している⁽¹⁾。ここでは、既に述べたことを除いて、いかに

して「国民的合意」を形成するか、その方法の指摘に止める。自然に成立した「国民的合意」であれば、それが、どのような「国民的合意」であるのかについての正確な認識と、それに適合する立法化を行えば、事足りる。問題は、これから実現すべき立法化が、未だ「国民的合意」を得ていない場合、いかにしてその立法化を支える「国民的合意」を形成ないしは獲得するかである。それは、「国民的合意」の意図的形成・獲得であるが、第一に必要とされるのは、立法を積極的に支持⁽²⁾する「国民的合意」と現状との懸隔の把握である。現状は、ある「国民的合意」の存在、「国民的合意」の不存在、さらには複数の「国民的合意」の競合といった、様々な状況であろう⁽³⁾。その現状のいかんにより、「国民的合意」形成・獲得の道筋が異なるので、その把握は、正確になされねばならない。不正確な把握に基づく「国民的合意」の形成・獲得の努力は、その名に値せず目標・目的を達成出来ないどころか、立法化を永久に遠ざける障害の強固な形成となりかねない。第二に必要とされるのは、懸隔を埋め立法化を積極的に支持する「国民的合意」の形成・獲得のための戦略・戦術を練ることである。懸隔のありようが、例えば、立法化に明示的に反対する「国民的合意」が存在する場合、その「国民的合意」の180度の転換故に、高度な戦略・戦術を通じた長期的取組みにならざるをえないが、他方「国民的合意」の不存在であれば、ないところに「国民的合意」を形成するという困難性は否定しがたいとしても、前者のような、言わば「対立的国民的合意→中和・中立化→新たな「国民的合意」の形成・獲得」という二重の課題の達成の必要性と比べれば、一重の課題で済むところに、容易さがある。いずれにしても、立法化を積極的に支持する「国民的合意」の形成・獲得にとって適合的な戦略・戦術が、立てられねばならない。

そして第三に、ここまでの叙述では省略して来たが、他方戦略・戦術論にとっても重要な、以下の点の考慮が必要である。一つは、言わば力関係論である。一先の一「国民的合意」論は、その点を敢えて欠落させているが、立法化にとっての重要性を、ここで浮彫りにする。それは、労働法立法化における主要な対抗図式、即ち大企業・財界⁽⁴⁾対労働者・労働組合において、

前者が圧倒的に優勢であることである。まず、「国民的合意」の形成・獲得力、一言で言えば影響力が、決定的に異なる、懸隔と捉えられる現状とは、大企業・財界の影響力を既に受けたものである。それ故に、現状とは、立法化に明示的に反対の「国民的合意」である可能性が高いが、そうではないとしても、比喩的に言えば、両者にとって第三者である国民の合意をいかに形成・獲得するかという問題ではなく⁽⁵⁾、大企業・財界の強力な影響を受けている国民に関してその合意の形成・獲得が、問題となるのである。そうだとすれば、立法化のための「国民的合意」の形成・獲得とは、ここでも言わば「大企業・財界の影響力の切断→「国民的合意」の形成・獲得」という二重課題性を帯びるのである。立法化とは、それが達成されれば、大企業・財界の力と国民への影響力を、削減するものであるかも知れない。しかし、ここで問題なのは、その削減以前の力・影響力であることを、忘れてはならない。しかも、その力・影響力は、次のようにも作用する可能性があることにも、留意が必要である。その力・影響力のために、立法化を支える「国民的合意」が形成・獲得されたとしても、立法化を積極的に支持するところの、十全たる「国民的合意」になりえない、言わばその力・影響力により歪められた「国民的合意」となる、あるいは大企業・財界の意向に妥協・譲歩した中身・内容に変更することで、ようやく「国民的合意」の形成・獲得に到ることもありうる。そうだとすれば、必ずしも理想的な「国民的合意」にならないとか妥協・譲歩を通じた立法化のレベルの低下といったことも、視野に容れておかねばならない。そうした事態を回避する途は、大企業・財界の立法化への同意の調達という、より困難なものである。それは、立法化を要求する側が、一後述の一政策的イニシアチブを取り、大企業・財界もそのイニシアチブを拒否し難い状況を構築することなしには、不可能であろう。そこまで至らなければ、結局は一先の一妥協・譲歩を強いられるという局面となろう。

以上は、どのようなレベルまた意味でのものかはともかく、力関係の何らかの程度の変革であるが、それをもたらす上で大事なことを、労働組合に関わってのみ、指摘しておく。労働者・労働組合の要望、要求の立法化に限定

してだが、そこで大きな力を発揮するはずの存在は、組織率の低下はあるが、やはり労働組合であり、立法化は、その一致した要望・要求の実現でしか、ありえないであろう。そうだとすれば、ナショナル・センターレベルでの対立、対抗、ナショナル・センターと中立組合との対立、対抗が、立法化レベルで克服されていなければならない。そのためには、歴史的な対立・対抗を乗り越える姿勢、他の事柄や路線、方針、要求の—比喩的に言えば—大異を残しつつ大同につく立場が、求められる。それは、言葉で言うは易いが、従来の日本の労働組合運動の骨身を切られるような自己批判、自己反省抜きには、不可能である⁽⁶⁾。そしてそれは、—労働組合運動より広げれば—革新政党を含む戦後平和・民主主義運動の立法化レベルでの再構築⁽⁷⁾のために、求められる姿勢である。そうしたことを通じた力関係の、わずかなりとも達成される変革が、—先の一戦略・戦術の構築につながる—とかその一環を構成することになるのである。

二つ目に求められるのは、一つ目と次の点の要因でもありうるところの、説得力である⁽⁸⁾。まず、立法化の成熟性との関わりである。それは、その立法化が、それまでの立法状況に密接に関わっていること、一般的理想としてのではありえても従来の立法状況からの極端な飛躍ではないこと、立法化を取り巻く事情、環境が、その立法化を促すだけの条件を整えていることである。そうした成熟性が欠如している中で、例えば国際基準や他の先進資本主義国の立法の単なる輸入である限り、「国民的合意」形成・獲得への説得力を欠き、形成・獲得への途は、閉ざされるであろう。次に求められるのは、立法化への熱意、真剣さであり、強い意欲である⁽⁹⁾。これは、言い換えれば、立法化の客観的必要性⁽¹⁰⁾のみでは不十分であって、主観的なかつ強度の必要性が、求められるということである。極言すれば、合意を求められている第三者たる国民が、当事者あるいは利害関係者の主観的必要性の強さ故に、つき動かされるといふ契機が必要であるということである。勿論、労働者は、全人口の半数を占めるが故に、立法化は自らにも関わるから、単純な第三者ではありえないが、それはあくまで、客観的必要性のレベルであって、

主観的に第三者性を逸れない。そうした労働者を含めた第三者たる国民が、その立法化に合意するか否かの一決定打とまでは言えないが一第一歩は、当事者の必死さである。それがあれば、国民は、一合意までの道は、なおいろいろの要因、課題のクリアーが必要で、遠いとしても一無関心ではなく、関心を寄せ聞く耳を持ちうるのである。それは、立法化を、国民が「国民的合意」の対象とするという選択をしたことを、意味する。最後は、立法化のタイミングである。例え立法化に成熟性があり必死さが伝わったとしても、一方では、他の法分野の立法化との競合が生ずるとすれば、後者を措いて前者を選択する⁽¹¹⁾のは、タイミングである。法分野が異なるが故に、立法化の中身、内容の比較検討の上での選択となる訳がなく、成熟性、必死さにおいて同じなら、今この時点で立法化をしなければ、時機を失する、否より正確には今この時点で立法化することが時機に適っているという確信が、国民に生ずるか否かである。他方では、このタイミングを逃した立法化の再浮上の可能性のなさに対する国民の確信である。一般的に言えば、タイミングを逃したとしても、将来において、また成熟性、必死さが確保されれば、問題がない、国民にとってはそれで何ら支障がある訳ではない。そうであるにも拘らず、立法化のタイミングが切実性を持って国民に迫り、国民がそう判断するとすれば、そのタイミングを逃すことは、致命的となりうる。今この時点での立法化こそが、国民に対するその立法化の説得力となりうるのである。

三つ目は、立法化に対する国民の共感、支持である。「国民的合意」を形成・獲得する立法化が、それに対する国民の共感、支持を経ていることは、当然のことのようである。それは、求められている「国民的合意」が、そのあれこれのありようではなく、立法化に対する積極的支持であるからである。しかし、ここで問題とするのは、立法化の中身、内容に関する共感、支持のレベル⁽¹²⁾ではない。立法化を求める人々の立法化へ向けての姿勢への共感、支持である。極言すれば、立法化の中身、内容に反対しつつ成立することが、ありうるものである。それは、立法構想・案づくりに向けたところの、関係する全ての人々の知恵の結集、まぎれようもなく誠実な姿勢の徹底、

国民の疑問、批判への完全に開かれた構え方であり、立法構想・案づくりのプロセスへの共感、支持である。確かに、一方では、そのレベルの共感・支持が、立法化の中身・内容への共感・支持につながる保証はない。しかし他方で、このレベルでの共感・支持を欠いた中身・内容への共感・支持は、安定的なものとは考え難い。中身・内容は、いろいろな角度からの検討にさらされ、言わば各検討の都度、形成・獲得されたはずの「国民的合意」が、動揺を来すかも知れない。このプロセスへの共感・支持があっても、同様ではあろう。しかし、プロセスへの共感・支持は、中身・内容への共感・支持の強固な基盤であり、「国民的合意」の動揺がありうるとしても、その重大性を軽減した幅を狭めるであろう。確かで積極的な支持としての「国民的合意」の形成・獲得による立法化を目指すとするれば、中身・内容への共感・支持の前提として、プロセスへの共感・支持を不可欠とする。敢えて言えば、「国民的合意」の形成・獲得のための戦略・戦術も、力関係の変革も、説得力の確保も、全てこのプロセスへの共感・支持に集中することにより、初めて中身・内容への共感・支持への道筋を、切り拓くであろう⁽¹³⁾。

- (1) 『「人間の尊厳の原理」と社会保障法』（法律文化社、1991年）17-19頁、『社会保障の権利論』（同、1994年）第1章第5節、第4章第5節、『戦後労働法学』の理論転換』（同、2008年）第7章第8節。
- (2) 立法化に関わった「国民的合意」には、明示的な積極的支持の他、消極的な受容あるいは黙認といったものがあるが、問題を鮮明にするために、ここでは「明示的な積極的支持」に限定する。
- (3) ここでは、労働者・労働組合の側から要求される立法化に焦点を合わせるため、政策主体の裁量を許すような「国民的合意」は、除いている。
- (4) ここに政府・厚生労働省を含めないのは、前注とも関わるが、それ以上に、労働法における立法化の決定的局面、焦点に、着目するからである。
- (5) そうした問題状況になる場合もありうるであろうが、ここでは度外視する。
- (6) それは、戦闘的とりわけ左翼的労働組合主義にも、それに対立・対抗する協調的労働組合主義にも、要請されることであるし、一後述の一共感・支持と関わって市民的信頼の回復としても、重要な事柄である。
- (7) 再構築ではなく新構築とも考えられるが、問わない。

- (8) 念のため言えば、これは、一次で扱う一立法化の中身、内容レベルのものとは、異なる。
- (9) 一言で「必死さ」と表現しておく。
- (10) これは、一前述の「成熟性」の角度を変えた表現である。
- (11) 単純にこうなるとは思われないので、「極言すれば」ということであろう。
- (12) それ自体については、後述する。但し、実際上は必ずしも厳格には区別しえないであろう。
- (13) 一後述の一立法化の中身・内容に関わる基準の検討を経ていないこの段階では、このように捉えられるということである。

(2010年8月28日、未完)