

## 労働法立法学の検討（2）

遠藤昇三

- 一 問題の所在と課題の限定
- 二 労働法立法学の視点
  - 1 法理念と国家像
  - 2 憲法・人権の尊重
  - 3 国際基準との関わり
  - 4 「国民的合意」の形成・獲得（54巻1・2号）

### 三 労働法立法学の基準

#### 1 政策の立法化

ここで扱う「政策の立法化」とは、現代法の一つの悪しき特徴としての「政策のストレートな立法化」、即ち政策が法的外皮をまとうだけという状況を指す訳ではない。また、近年議論されている「 legalization—illegalization」という次元でもない。それらを含むとしても、政策がまずあってそれが立法化されること、政策抜きには立法化が問題となりえないことを、問題とする。それ故に、立法化の中身、内容の是非の検討には、立法化により実現しようとする中身・内容が、先行して検討されるべきことになる。即ち、その政策が目指す目標、目的、政策としての合理性、他の政策<sup>(1)</sup>と比較しての妥当性、公正性といったことが、評価の対象となる。その場合、とりわけ目標・目的において、複数でかつ対立・対抗的であることもありうる。いずれが主であり何が従かが、区分けされ、主の是非において評価されるべきであろう。しかし、主・従が

明確でないが、少くともその一方は肯定される、主・従の区分けが出来るとして主が否定され従が肯定されるといったことが、ありうる。主でかつ肯定される目標・目的でない限り、その政策の採用を拒否するという選択をすることが、最も妥当であろう。他方、たとえ肯定されるとしても、従たる目標・目的でしかなく、否定される主たる目標・目的の故に、それが実現されないあるいは歪められることも、ありえよう。では、その政策の採用を拒否すべきという結論に、なるであろうか。筆者としては、トータルに評価して現状を少しでも改善するものであれば、肯定して良いと考えている<sup>(2)</sup>。改良的(政策)立法である労働法であるが、日本においては、手放しで是認出来ない事例も、過去に存在しただけに、こうした立場には批判はありうるであろう。しかし、一後述の点も踏まえて一改良でありさえすれば、その政策を肯定すべきであって、問題点の顕在化に対し権利主体の努力で歯止めをかける、という選択をすべきと思われる<sup>(3)</sup>。

次に、何故立法化であるべきかが、問われる。政策は、立法化によらなくても、実現可能である。それでいてなお立法化を求めるのは、第一に、労働法の立法化である限り、権利創出・容認・拡充立法であることが、「国民的合意」であるからである<sup>(4)</sup>。新しい権利の創出・容認また拡充はそれ自体として、肯定される事柄である。第二に、法律であることによる、確固性、遵守性への期待からである。政府・行政機関の政策レベルであれば、多かれ少かれその裁量が認められるために、政策に広狭の幅が生じる、言い換えれば政策としての確固たる中身・内容に、ブレが生じうる。法律であれば、勿論解釈の幅の存在によるブレはありうるものの、少くとも恣意性を排除した確固たる中身・内容を構成しうるのである。そしてそうしたものとして、国民全体に法情報として提示され<sup>(5)</sup>、遵守されるべきものとなるのである。法情報としての公開は、法律であれば全て行われる一方で、政策であれば、一法規範形式を採れば別だが一全てが公開される保証はない。遵守という側面においては、遵守をする、しないにより受ける利益・不利益といったことの考慮からすれば、法律と政策に違いはないかも知れないし、近年強調されている企業のコ

ンプライアンスでも、同様であろう。しかし、最高法規である法律<sup>(6)</sup>は、言わば中身・内容いかに拘らず遵守されるべき規範と位置づけられていると同時に、法律の遵守意識—遵守しないことにより生じうる法的反作用への恐れを、含め—には、高いものがある。そうだとすれば、やはり、政策は立法化されねばならない。

- (1) その場合、比較の対象となりうる—労働法関係以外の—全ての政策と労働法政策の両方が、考えられる。
- (2) —後掲の—深谷論文が、初井常喜博士の「労働立法の類型化論」に関わって、類型の重なりを指摘しているが、それをも踏まえての考え方である。
- (3) これは、主として政策主体—政府・厚生労働省—の立案であるという前提での叙述となっているが、労働者・労働組合の側からの政策提起でも、同様である。
- (4) 官公労働者のストライキ・争議行為の全面一律禁止といった例外は、勿論あるが、一般的にはそうである。
- (5) 法律であっても、法情報としてどこまで周知されているかについては、労働法学界において労働法教育の不十分性が、問題にされていることから、必ずしも保証の限りではない。しかし、この点は度外視する。
- (6) ここまでに既に、立法化が憲法の枠内に収まることが前提であるので、憲法を除外してこう表現している。

## 2 立法の目標・目的<sup>(1)</sup>

立法の目標・目的は、政策のそれのそのままの法律化である場合もあれば、それと別に立てられることもありうる。いずれにしても、立法の目標・目的は、多くの場合、極めて抽象的でありそれ自体の是非を判断することが、困難か適さないということがありうる。しかし、立法の目標・目的である限り、以下の要件を満たすべきである。一つは、その立法がよって立つ法的価値観との整合性である。勿論、前提として、その法的価値観が、現代法全体及び労働法全体が有する法的価値観に、矛盾・抵触・背反するものでないことが、必要である。中には、そうであってもなお、立法化されるべきものがありうるであろう。その場合には、立法化されるべき必要性が説明されると同時に、それを正当化する法的価値観が、立法の目標・目的レベルにおいて、提示されねばならない。その上で、立法の妥当性が、判断されるべきである<sup>(2)</sup>。

二つ目は、その目標・目的と立法の中身・内容との整合性が、求められる。勿論、立法の目標・目的が単なる枕詞で、立法の具体的な中身・内容とは、何ら関わらないということも、ありえよう。しかし、一既述の如く一立法化を規定、規律するのが「国民的合意」であることからすれば、そうした不整合性は、「国民的合意」の形成・獲得を阻害するとか、一場合によってはありうる一立法の目標・目的についての「国民的合意」の形成・獲得が、立法化全体の「国民的合意」にすり替えられる、立法の目標・目的への支持故に、信頼を託して立法の中身・内容をも支持するという「合意」を与えた国民にとっては、ペテンともなりうる。そうした意味では、立法の目標・目的に整合的な立法の中身・内容が提示されることを通じて、その立法に一個の一貫した法的価値観が、貫かれていなければならない<sup>(3)</sup>。

三つ目に、一より詳しくは、次で扱うが一現状変革の価値的優位性が、求められる。立法の目標・目的とそれと整合的な立法の中身・内容を貫ぬく法的価値観は、それ自体としても評価されるべきだが、より重要なのは、立法化による現状変革が、現状より秀れていること、現状より価値的に優位することで、その法的価値観選択が是認されるのである。それは、労働法が改良的（政策）立法であることの、証しでもある。勿論、現状より低い価値しかない現状変革をせざるをえないことは、ありうる<sup>(4)</sup>。それは否定しないが、そのためには納得出来る即ち「国民的合意」を形成・獲得しうるだけの説明が、必要であり、しかし他方、「国民的合意」を形成・獲得出来る保証はない。その保証は、現状に対する現状変革の価値的優位であるから、そうした立法化が、原則として目指されるべきである。

- (1) ここでは、目標・目的を中心としつつ、立法全体の評価も扱うことにする。
- (2) これは、実際には必要とされないスクリーンであるが、論理的には通過すべきスクリーンである。
- (3) その意味では、立法の目標・目的と立法の中身・内容との整合性という問題は、立法技術の巧拙レベルに解消されてはならない。
- (4) 勿論これは、一2で論述したところの否定されるべき引下げでないことが、当然の前提である。

### 3 立法化の中身・内容の評価基準

第一に必要とされるのは、正しい現状認識である。現状とは、既成立法であれば、それと現実とのズレや実効性といったことに生じた問題状況、新たな立法化であれば、現状の何が問題か、労働者・労働組合また大企業・財界がどのような基盤を踏まえていかなる要求をしているのか、といったことが正確に認識されねばならない。この認識を誤ると、その後の立法化の取組みは、本来の軌道はずれざるをえない。第二は、その現状認識に基づく改善、改革の方向性である。その際、問題次第ではあるが、たった一つの改善・改革の方向しかなく、それ故中身・内容が単純なものとなることは、多くないと思われる。どのようなまでこの改善・改革を図るかについて、意見の相違が生じ、それに規定されて複数の中身・内容が成り立つことが、ありうる。当然そこで選択を求められるのであるが、それに関しては、以下のようなことが、判断のポイントとなろう。一つは、法的価値観<sup>(1)</sup>である。勿論、法的価値観により左右されない中身・内容というものがありえない訳ではない。しかし、複数の中身・内容への分岐の一つの契機は、中身・内容に体现される法的価値観であるから、いずれの法的価値観が、当該立法との関係で優位と捉えられるかにより、決まって来よう。もう一つは、中身・内容の説得力である<sup>(2)</sup>。中身・内容の説得力とは、その合意を形成・獲得すべき国民に対する説得力であることは、言うまでもない。ただ、国民が、その中身・内容に関しどの点で説得性を見出すかは、予め確定している訳ではない。後述の点のいずれかを重視し、一方の中身・内容を説得力ありと評価するかも知れないし、また別の側面への着目によることもあろう。いずれにしても、どの中身・内容が、「国民的合意」の形成・獲得にとって説得力があるかにより、決まって来よう。

第三は、中身・内容に即した具体的判断である<sup>(3)</sup>。一つは、立法の目標・目的の達成、実現にとって、必要かつ十分な中身・内容であるかどうかである。それは、立法の目標・目的と中身・内容との高度の整合性、と言い換えても

良い。高度の整合性を欠く場合、次のように判断すべきである。高度の整合性が、当面する立法化において、絶対不可欠とされる限り、それを満たさない中身・内容は、否定される。その上で、選択肢は、高度な整合性を保持しうる中身・内容に取り替える<sup>(4)</sup>か、それが不可能とすれば当面立法化を見送るかである。その選択をしないで立法化を強行すれば、いろいろ禍根を残すであろうし、そもそもその立法は、長期的維持が極めて困難で、短期に改正を繰り返すことにならざるをえないであろう。但し、諸事情を考慮しての段階的实施という方策を採ることは、許されるであろう。即ち、立法の目標・目的との間で高度の整合性を有する中身・内容の実現を、最終段階として設定した上で、それに到る道筋、計画が明確で実施可能であるならば、それ以前の段階において生ずる不整合なり整合性の乏しさがあっても、許容するということである<sup>(5)</sup>。もう一つは、立法の実効性である。実効性があるということは、その立法が社会的に実現、定着するということであるし、実現・定着を通じ立法が効果があること、他方立法の適用対象者において、その立法が理解されるのみでなく、遵守されるということである。ここまでの検討を満たす立法であっても、実効性が期待されない、確保されないという見通しがあるとするれば、立法化は、拒否されるべきである。言い換えれば、いかに望ましい立法であっても、実効性に欠けるのであれば、立法化の意義は、失われるか希薄化する。それは、実効性を支える条件が未だ整っていないことを、意味する。立法化によりその条件整備を促進する、それを意図した立法化という選択が、全く許されない訳ではないであろう。しかし、その条件整備が、短期間でなされず、長時間を要することが明確であるとか、時間をかけても達成されるという保証がないのであれば、そうした実効性を欠く立法化は、法的安定性の観点から許されないと云えよう。最後に指摘すべきは、立法修正の力や局面への対応である。立法の中身・内容をめぐる利害の対立、とりわけ労働者・労働組合と大企業・財界のそれは、非和協的なものでありうるし、立法化の全ゆる過程でむし返されがちである。とは言え、ここで問題となるのは、これまでの論述をクリアーしていることを前提としたところの、

利害対立である。言い換えれば、一非和解的なものでなく一妥協、調整が可能な利害対立である。そうとすれば、立法の目標・目的、立法の中身・内容の基本を崩すのでなければ、妥協・調整は、回避しなくても良い。否、立法化を優先させそれに役立つのであれば、妥協・調整は、大いになされるべきである。勿論、一次の事柄にも関わるが一その妥協・調整が、例えば他の立法化との間での取引として、なされるのであってはならない<sup>(6)</sup>。妥協・調整とは、立法修正であるのに対して、それは、立法修正の内在的要因を越えたものであるからである。

- (1) ここで問題なのは、既述の法的価値観というスクリーンをくぐり抜けたことを前提とした上で、立法化の具体的な中身・内容レベルのものである。したがって、もしこうした区分けが出来ないとすれば、この論述は、役に立つものではない。
- (2) 後述の事柄の先取りでもある点、注意が必要である。
- (3) 先の複数の中身・内容についての一つへのしぼり込みにおいても、以下の事柄が要請される。
- (4) 取替え方は、全部でも一部でも構わない。ここでの要請を満たすことが、条件である。
- (5) 一既述の一労基法の週労働時間法制の経過・猶予措置は、こうした評価もされるべきであったと思われる。
- (6) ここで問題としているのは、法案段階での政治的取引ではないからである。

#### 4 法の体系性と立法類型

立法の中身・内容が、法の体系性と矛盾・抵触したりそこから逸脱してはならないのは、当然である。法の体系性とは、現代法全体の体系性と労働法の体系性の両方を指すが、後者において問題がなければ、前者を自動的に充足することは、言うまでもない。問題があるとすれば、多くの労働法学者は、一名称はともかく一「団結権」保障法、労働保護法、雇用保障法という三領域の体系を設定しているが、中には三領域を横断する体系論を展開している者もいる。いずれにしても、それらの体系性への矛盾・抵触、それからの逸脱がなければ、問題はないし、通常問題は生じないであろう<sup>(1)</sup>。官公労働者に

適用される立法が、民間企業労働者対象の立法とは別に設けられたとしても、{一般法—特別法}の枠組みに収まる限り、問題はない。

勿論、既成の法の体系は、絶対的なものではなく、別の体系に取り替えることは、可能である。労働法分野のある立法化により、労働法の体系ひいては法の体系を変更せざるをえないという事態が生ずるのは、考え難い。ただ、もしそういう事態が生ずる可能性がある場合、既成の体系を維持すべくその立法化を否定するのか、立法化により新たな体系を構築するのかは、法的価値観次元で処理されるべき事柄ではある。さしあたり言えることは、法理念に矛盾・抵触・背反するのでない限り、いかなる体系を描くかは、自由である。とは言え、立法化の肯定、否定につながるとすれば、どちらかの体系を支える法的価値観の優劣により、決められよう。しかし、法体系の変更は、一般には、歴史的な諸立法の蓄積を踏まえたところの、長期間の産物である。そうとすれば、今立法化しようとするような短期的作業によって、左右されるべきではない、とも言える。以上を総合すれば、既成の体系を維持しつつ、それと矛盾・抵触・背反しない立法化の肯定、矛盾・抵触・背反する側面がある場合、それを切り落とさない限り、既成の体系との整合性を保てないのか、そうしなくても整合性を確保しうるのか、で決定されるべきであろう。

法の体系性とも関わりつつ、より深刻な問題を提起するのが、とりわけ労働保護法領域における、立法の種類についての判断である。立法の目標・目的そしてその中身・内容を実現する法的手段、法的形式の差異を、どのような考え方や基準で振り分けるのかである。今議論の焦点となっているのは、使用者にストレートな法的義務を課すと同時に、違反には私法的効力で対応する立法(=ハードロー)<sup>(2)</sup>でなければならないとする見解と、使用者の配慮、努力義務に止めるとともに私法的効力を否定する立法(=ソフトロー)<sup>(3)</sup>でも構わない、ソフトロー類型を拡張すべきとする見解の対立である<sup>(4)</sup>。これに関して、まずは、労働保護法の歴史を振り返る必要がある。即ち、例えば「男女雇用機会均等法」は、当初使用者の義務を努力義務と法的義務に区分したが、前者は、全く効果、成果を得られないという状況を踏まえ、全て法的義

務に改められた<sup>(5)</sup>。歴史は「ソフトローからハードローへ」という方向性を、示している。また、一般論としても、労働保護法とは、立法により設けられた義務を、何としてでも守らないという志向性に立つ使用者に、それでもなお義務を課し、それを通じて労働者の権利（＝就労状態における労働権）を保障しようとするものである。この両面において、前者の見解の方が、是認出来そうである。

しかし、義務を規定するものが何か、また立法化の段階的実現という面が、考慮されるべきである。労働保護法の類型は、政策主体の裁量的選択の面を否定し難いとしても、課される使用者の義務、その反面での労働者の権利・利益が、どれ程重要かそうでないかにより、区分されると思われる。一般的に言えば、「人たるに値する生活」を享受するための最低労働条件は、刑罰で強制される、それ程重要とされるし、違反すれば私法的効力も否定される。使用者に法的義務を課し違反すれば私法的効力を否定する類型は、前者と次のものとの中間的な重要性において、捉えられる。努力義務に止まり私法的効力も有しない類型は、その重要性が低く、したがって使用者の自主的取組みを促す程度ではあるが、行政指導の対象とする程の重要性において、捉えられている<sup>(6)</sup>。そして、労働保護法の領域に位置すべきに拘らず、その規制の対象となっていないもの（＝非法化）がある。問題となる立法化が、どのレベルの重要度にあると捉えられるかによって、選択される法的手段・形式が異なり、それぞれの類型に位置づけられる。ただ、そうだとしても、本来の類型ではない類型の選択がなされた場合、どう評価すべきであろうか。本来より下位の類型の選択は、そうすることに正当理由があるか余程の合理性がない限り、許されないであろう、と言うより、説得力を欠くが故に「国民的合意」の形成・獲得をしえず、立法化に失敗するであろう。他方、逆の選択即ちより上位の類型の選択は、それなりの正当理由、合理性が必要である以上に、使用者側により重くかつ余分な負担をかけるものであるが故に、政策選択としてはありうるとしても、一３の最後で述べた一妥協・調整のレベルにおいて妥協・調整が図られない、したがって立法化出来ないであろう。立

法化が可能なのは、次の立法化の段階的実現レベルでの前倒し実施であり、その必要性についての納得を得たところの、「国民的合意」の形成・獲得によるしかないであろう。

立法化の段階的実現として現実性があるのは、努力義務レベルのソフトローを、法的義務レベルのハードローへの移行の過渡とすることだけであろう<sup>(7)</sup>。それは、計画的、意図的選択であることもあるし、止むをえない選択でもありうる。即ち、一既述の3の最後の点である一妥協・調整との関わりで、妥協・調整に成功するには機が熟していない、あるいは妥協・調整を通じた上位類型の立法化の見通しが立たない、といったことがあるからである。将来における妥協・調整を規定するのは、下位類型の立法の社会的定着度であるし、それを踏まえた「国民的合意」の形成・獲得であろう。しかし、妥協・調整を否定する一後者の側面がないところの一前者との関わりで、タイミング次第であることもありうることに、留意が必要である。

- (1) 舛井常喜博士流に言えば、権利剥奪・治安型立法が「団結権」保障法領域に存在するが、これについては既述もしており、ここでは、主として労働保護法に焦点を当てることにする。
- (2) 強行法規とも表現される。
- (3) 任意法規とも読み替えられる。
- (4) 前者として和田肇『人権保障と労働法』（日本評論社、2008年）、後者には荒木尚史「労働立法における努力義務規定の機能」（中嶋士元也還暦記念『労働関係法の現代的展開』所収、信山社、2004年）がある。但し、後者の主張には、ハードローへの展開の一ステップという位置づけもある。
- (5) 刑罰による規制ではないことによる実効性の面での不十分さが、なお問われるが、ここでは度外視する。
- (6) 努力義務と配慮義務を、同じくソフトローとして捉えるかは、一個の問題だが、ここでは区別しない。
- (7) 荒木前掲論文が指摘していることと、一致する。いずれにしても、刑罰による規制への上昇は、今のところ見通し難い。

## 5 解釈論・判例法理との関わり

一般的には、解釈論・判例法理と立法論とは、直接の関わりがあるとは限

らない。立法論は、それらと切断された地平で構築されうるものである。しかしここでは、立法論を組み建てる前提なり構え方を確認しておくが、両者では多少異なる。

解釈論に関しては、現行法のギリギリ可能な解釈を行った上で、なお問題解決が図られないが故に、立法化に移行するといった構え方が必要である。言い換えれば、解釈論上の難問の回避を、安易に立法化に逃げ込む形で行うべきではない。解釈論では問題解決とならないことが明確になった段階で、立法化が課題となるべきである。あるいは、解釈論が対立し、しかしそれぞれが秀れた解釈論であって、いずれかの解釈論に収斂する可能性がない場合に、解決方式として立法化が必要とされることがありうる。それもまた、立法化による問題解決の一環である。さらに、新しい解釈論が提示された場合に生じうることであるが、問題解決の意図、意欲は理解しうるとしても、その適用対象や範囲、また法的扱いが論者によりバラバラであるとする、その意図・意欲も空回りせざるをえない。そこに、立法化という課題が登場する余地がある<sup>(1)</sup>。

こうした言わば解釈論を基盤、土台とした立法化は、法的安定性、法情報化に寄与する上に、次のような意義を担いうる。それは、立法化がなされたとして、その解釈が当然問題化するが、そこにおける解釈論が、立法化以前の解釈論と切断された無関係なものとして成立することは、ありえないことである。かつての解釈論は、立法化の達成という新たな段階で活かされ、適正な解釈につながるであろう<sup>(2)</sup>。

他方、判例法理は、解釈論と異なり、一厳密な意味で法源かどうかは、ともかく一法として機能する<sup>(3)</sup>。判例法理は、裁判例の長期の積上げ、積重ねを通じて確立されるもので、法的安定性において問題がないかの如くである。しかし、まず一般的に、一判例変更と同様に一判例法理の変更が、ありえない訳ではない。次に、判例法理は、裁判所による一つの解釈論の選択ではあるが、裁判の果たすべき機能、役割としての事例解決の視点が優先したもの、即ち実務の有用性と結果的妥当性が、その生命である。したがって、例えば

有用性・妥当性を支える条件の変動により、簡単に一と言え、少し語弊があるが一放棄ないしは変更されかねないものである。それ故に、法的安定性としても、やはり問題がある上に、法情報としての不十分性が、つきまとう。そうとすれば、判例法理は、確立・定着した場合、直ちに立法化されるべきである<sup>(4)</sup>。{立法化＝硬直、判例法理＝柔軟}という図式で、判例法理であることのメリットを活用するという選択肢は、捨て難いところであるが、法治国家、法の支配は、法的安定性、法情報化の要請を媒介として、立法化を求めると考えるべきである。

問題があるとすれば、立法化されるべき判例法理の中身である。端的な例が、解雇権濫用法理の立法化（労働基準法第18条の2→労働契約法第16条）と就業規則不利益変更法理の立法化（労働契約法第10条）に対する、労働法学者の対照的対応である。筆者は、一前者のみでなく一後者にも賛成している<sup>(5)</sup>。それは、判例法理の内容に問題があるとしても、裁判レベルでは、その判例法理が適用されることを免れないのだから、立法化されても、実質的に法的状況が変わらないことが、理由の一つである。内容の如何を問わず、判例法理の機能、役割が、変る訳ではない。しかしそれ以上に、立法化は、判例法理よりも、一既述の一法的安定性、法情報化に秀れているからである。また、判例法理は、国民と関わらないことも、重要である。判例法理の形成においては、「国民的合意」のありようが、考慮されるかも知れないが、「国民的合意」との合致には、内在的要請がある訳でなく、それと無関係に形成が可能である。それに対して、立法化は、それが改良的（政策）立法であるが故に、「国民的合意」の形成・獲得を、不可欠の内在的要因とする。立法化にあたって、その内容に問題がある判例法理であれば、それに対する批判や理論的対置を通じて、「国民的合意」の形成・獲得を妨げる、あるいは問題性を削減させたレベルで「国民的合意」の形成・獲得に導くといった途を採ることは、不可能ではない。さらに広げて言えば、改良的（政策）立法性は、その立法化への完全な賛成とイコールではない。それには、メリットもありデメリットもある、といった立法化がありうるし、それへの対処は、メリッ

トの拡大、デメリットの縮小であって、判例法理の立法化でも同じである。就業規則不利益変更法理のそのままの立法化でも、メリットがあることは、既に指摘した<sup>(6)</sup>が、こうしたせめぎ合いこそが、立法化において問われる課題である。

- (1) 拙稿「解雇法理の新段階（一）」（「島大法学」53巻1号）四で、解雇概念の拡張に関わって、そうした指摘を行ったことがある。
- (2) それは、権利剥奪・治安型立法類型には、妥当しない。
- (3) 判例法理とまでは言えない判例でも同様だが、度外視する。
- (4) ここでは、労働契約法による判例法理の法律化一周知のように、後述もするが、解雇権濫用法理では労基法が先行した一を、念頭に置いているが、問題の多い「団結権」保障法領域の判例法理でも、同じである。
- (5) 前掲拙稿「解雇法理の新段階（二）」（「島大法学」53巻2号）六。ここでは、より一般的な問題を指摘する。
- (6) 前注の拙稿。

## 6 公共性<sup>(1)</sup>との関わり

新自由主義的改革が進める規制緩和は、労働規制の緩和という事態を現出し、それを、労働法における公共性の後退とする労働法学者と逆に一労働法のパラダイム転換とも関わって一肯定する労働法学者という分岐が、生じている。労働規制の緩和と言っても、様々な要因、要素に基づく様々な方向のもの故に、一律の評価をすべきとは思われない<sup>(2)</sup>が、それについて論ずることが、ここでの問題ではない。立法化が、どのような公共性を目指すのか、実現しようとするのかによって、その中身・内容が肯定されるのかあるいは否定されるのか、それを分ける公共性とは何かである。

その場合、第一に問題になるのが、労働法における公共性の成立過程である。労働法における公共性とは、国家が一方的に設定する言わば国家的公共性の、労使関係そしてその当事者への押しつけではありえない。一既述の事柄を前提とする限り一改良的（政策）立法としての性格を有することが、まずは必要である。そのことが証明されれば、公共性の要件を最低限満たすことになる。そうではなく、例えば権利剥奪・治安型立法であれば、公共性を

即自的には満たさず、それをとりわけ労働者・労働組合に適用しようとする国家が、公共性の証明をすべきであり、それに失敗する限り、公共性それ故その立法化自体が、否定されることになるのである。改良的（政策）立法であることが明確であれば、次に問題となるのは、その立法化の中身・内容の公共性であるが、一次の事柄を除き—それ自体では公共性は、明らかになりえない<sup>(3)</sup>。端的に言えば、その立法化に国民が公共性ありと判断するかどうかである。それ自体としては、立法化の中身・内容に関する「国民的合意」の存否であり、それは既に述べている。ここで問題となるのは、私的利害を越えた公的利害を、国民自らが、自覚的、意識的に、設定しかつ決定するというレベルである。立法化の中身・内容それ自体に対する「国民的合意」ではなく、否正確にはそれに重なりつつ論理的には区別可能な、それに対する公共性の付与ないしは承認に関する「国民的合意」である。一般には、両方の「国民的合意」が異なることは、まずありえないから、区別の実益はない。しかし、もし異なった場合、どう評価すべきであろうか。とは言え、立法化の中身・内容に対する「国民的合意」が形成・獲得されず、公共性についての「国民的合意」のみが成立することは、ありえない。立法化の中身・内容を積極的に支持する「国民的合意」が、それに加えて公共性にも「合意」ということである。したがって、ありうるのは、前者の「国民的合意」が形成・獲得されながら、公共性の「合意」が成立しない場合のみである。それには、公共性の否定<sup>(4)</sup>と公共性の競合が、考えられる。公共性の否定が何故生じるのか、他の法分野の立法化との優先順位、同じ労働法の他の立法化との優先順位、他の政策とりわけ財政政策との調整問題<sup>(5)</sup>、社会的実現・定着性即ち実効性の見通しからの先送りといったことが、考えられる。他方、例えば国家的公共性と市民的公共性が対立・対抗し、いずれも真の公共性を主張し難い場合、どちらの公共性を優位とし真の公共性となりうるかを決めるのも、「国民的合意」である。この場合、複数の対立・対抗する立法案が、公共性を競うこともあれば、立法化肯定と否定—即ち既存立法の維持—が争うことも、ありうる。いずれにしても、「国民的合意」が、決着を図るのである。

最後に、一公共性の決め方ではなく一公共性の中身、内容の対立・対抗が、想定される。それは、効率性と正義性であるが、両立する限り、何ら問題はないが、対立・対抗する場合、いずれを優位とすべきかの問題が生ずる。両方とも、法により実現、具体化すべきものであって、それ自体において、どちらの優位かを言うことは、出来ない。立法化の中身・内容が、その立法の目標・目的との関わりで、どちらかにより傾いている、重視しているということがありうる。それは、3で述べた「評価基準」を越えるところの、公共性の問題である。したがって、そうしたものとして公共性を体現していることで、立法化が肯定されるか否かに、帰着する。それは、一前述の一公共性の競合と同列である。しかし、効率性、正義性は、立法化の中身・内容を規律するが故に、改めて3の評価基準に照らし、どちらの公共性が適合しているかが、評価される必要がある。その側面の結果次第で、立法化の是非が、決定づけられると思われる<sup>(6)</sup>。

- (1) 「公共性」に関わる様々な議論には、一切触れない。次の分岐についても、同様である。
- (2) 事態がそれ程単純ではないことは、これによってもまたここまでの論述にも、示されている。
- (3) ここで問題とするのは、立法化の中身・内容そのものの公共性ではなく、それが公共性を確保する仕組みである。
- (4) 不十分性も含むが、こう表現しておく。
- (5) 例えば、育児休業とその期間中の雇用保険からの給付という現行方式では、これが問題となりうる。
- (6) 効率性、正義性以外に何を公共性と捉えるかも、問題である。本稿では、公正性、良好性を、それらとの関わり方を問わず、次の7で扱う。

## 7 労働条件の国家的規制<sup>(1)</sup>

労働条件は、本来、労働者と使用者との間で締結される労働契約によって定められるし、労働者全体あるいは労使関係の集団性に即した労働条件は、一それ自体としては契約ではないところの一使用者が定める就業規則<sup>(2)</sup>により規律される。それらは、いずれにしても、私的自治の問題である。しかし、

労使当事者は、私的自治が貫徹すべき対等性を実質的には有していないが故に、私的自治に放置されることにより生ずる様々な弊害に対し、国家的規制により抑制、緩和することが、求められる。労働保護法が、労働法の一領域として成立する所以である。その領域における立法化は、次のような条件を満たす必要がある<sup>(3)</sup>。

第一に、私的自治に対する「公共の福祉<sup>(4)</sup>」に基づく国家的介入であるが故に、必要最小限の規制であることが、原則である。一既に4で触れたような一立法類型が存在することは、「必要最小限」原則と言っても一律のものではなく、国家的規制を受ける労働条件の意義、性格や立法の目標・目的といったことに規定され、異なった「必要最小限」があることが、押えられねばならない。いずれにしても、「必要最小限」を越えることは、一般には許されず、越える限りその必要性、範囲、程度に関する説得的正当理由ないしは合理的理由の存在が、不可欠である。

第二は、相場規定性である<sup>(5)</sup>。労働条件では、社会的にどの程度の水準でいかなる範囲で広がっているかといった社会的相場から、著しくかけ離れた労働条件設定立法を行うことは、一次の問題とも絡むが一説得力を欠く。私的自治とは、それを放置することの弊害という問題側面と同時に、労使の自主的努力に委ねるという側面をも、意味する。その自主的努力の結果として生じたのが、社会的相場である。それに依拠して立法化を行うということは、立法化後も含めて、自主的努力を尊重すること、それへのインセンティブを与えることを、意味する。したがって、「労働条件の国家的規制」とは、一そうした表現に拘らず一労使をその規制の単なる客体として扱うのではなく、主体であることを認めることである<sup>(6)</sup>。そうだとすれば、「労働条件の国家的規制」と自主的努力による「社会的相場」とは、相互依存、相互規定的な関係において捉えられる<sup>(7)</sup>と同時に、その違反に対しては厳しいサンクションが課されることにもなる<sup>(8)</sup>。

第三は、やはり実効性の問題である。理想論に立った立法化に賛同し難いのは、遵守されない規範の設定では、無意味だからである。だからこそ、社

会的相場が踏まえらるる必要があるし、そうでないとしても遵守される見通しがあるとか遵守のための条件整備が図られることが、必要とされるのである。実効性の展望のない立法化であれば、それがたとえ必要不可欠な立法化であったとしても、否定されるべきである。それでもなお立法化を目指すのであれば、それに加えて、今この時点で立法化する上での正当理由ないしは合理的理由があって、初めて肯定されるのである。

第四は、一既に４の最後で触れた一妥協・譲歩とも関わる論点である。どの点でもまた誰からも問題視されないような立法案が、作成出来かつそれが成立する、という保証はどこにもない。ありうるのは、そうしたいろいろな側面を、考慮また配慮することを通じて、プラス面とマイナス面、両方を抱え込まざるをえないものであろう。その場合の選択肢は、プラス・マイナス両面の総合的評価でプラスであれば、マイナス面をそのままにして立法化する<sup>(9)</sup>か、プラス面の拡大とマイナス面の抑制に努力するということであろう。前者において必要なのは、総合的評価の正しさのみであるが、後者においては、結果が伴わなければならない。努力の結果として、プラス面の拡大、マイナス面の抑制が出来なかったとしたら、どうすべきであろうか。元来、その努力が実を結ぶ保証は、さしあたりない。だとすれば、望ましい結果が得られなければ、前者と同様になる<sup>(10)</sup>。しかし、プラス、マイナスの認識の上での努力であるから、直接の結果は得られないとしても、立法化以後の適用、運用そして解釈に対し、大きな影響力を持ちうる。そうした見通しがあるということは、言い換えれば、形式的な立法案の改善はなしえなかったが、実質的には改善を達成したということであって、結果は二の次とも考えられる。即ち、その努力は、望ましい結果が得られればベストであるが、ベストでなくともベターの獲得をも目指して、自覚的、意識的になされるべきである。第二、第三の側面とも関わるが、「労働条件の国家的規制」とは、立法化を手段とした目標・目的の達成、即ち目指された労働条件の実際の実現、確保である。それが達成されるのであれば、それへの過程における成功、不成功といったことは、第二次的意義しかないということである。

最後に、なお残る問題の指摘が必要である。それは、「公正かつ良好な」労働条件という問題側面である。これは、直接には日本も批准した「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」第7条に規定されているものであるから、二3で既に述べたことで、十分かも知れない。しかし、ILOがその目標とする「ディーセント・ワーク」が、その別の表現だとすれば、国際基準とのみ捉えることは、妥当ではない。少くとも、日本を含む先進資本主義国が達成、実現すべきグローバル・スタンダードとして、国内的基準でもありうる。そしてそれは、労基法第1条第1項が示す「人たるに値する生活」と一致すると同時に、第2項の言う「最低のもの」を越えている。したがって、「労働条件の国家的規制」は、労基法の最低基準を上廻ることを、求められているのである。ただ、「公正かつ良好な」基準は、時代、状況によって異なりうる上に、同じ時代・状況でも幅がありうる。労基法の労働条件基準は、国際基準に照らして、低水準であるとは言えても、「公正かつ良好な」労働条件基準を下廻っているとまでは、断定し難い。それは、労基法に止まらず、労働保護法領域全体にも当てはまる。そうとすれば、「公正かつ良好な」という基準に基づく立法化は、それに矛盾・抵触・背反するからその克服のためのものという性格を、持ちえない。したがって、その規律は、言わば「国民的合意」の如何を問わず、厳格なものではない。可能なのは、「公正かつ良好な」労働条件の枠内で、どこまで引き上げるかを問題とすることであり、ここまで論述した基準を満たしていることを前提として、結局「国民的合意」の形成・獲得にかかって来る。ただ、留意すべきなのは、国際基準一般は、残念ながら一23で述べたように一現在では国内的基準たりえていないが、「公正かつ良好な」基準は、既に国内的基準になっていることである。国民のそれに関する認識、自覚のレベルを問わず、そうである。だとすれば、「国民的合意」による決着という問題構造に変わりがないが、その「国民的合意」は、全くのフリーハンドではないのであって、そうした認識・自覚が、「合意」の前提として国民の課題となっているのである。さらに言えば、「公正かつ良好な」基準の達成・実現は、国際社会に対する日本国民の責任であるのみで

なく、日本国民の日本社会に対する責任でもあることが、十分に注意されねばならない<sup>(11)</sup>。

- (1) 国家的規制は、勿論労働条件のみに限定されないが、主要な局面がここにあることから、問題をしぼることにした。
- (2) 就業規則の法的性質としての契約説とかその契約的把握といったことは、ここでは問題外である。なお、その点の筆者の見解については、「現代就業規則論の課題」（「島大法学」48巻4号）参照。
- (3) それは、ここまでの論述の、この問題に収斂した再整理でもある。
- (4) これは、使用者・企業の経済的自由の規制を通じた、労働者の生存権・労働権の保障を指すが、この表現を使っておく。
- (5) ここでは、適用事業や企業規模の違いにより生じうる、より具体的なレベルは捨象する。
- (6) 個々の立法でどう扱っているか、今後扱われるかは、問わない。
- (7) だからこそ、{労基法→就業規則→労働協約}という労働条件引上げの方向性が、労基法の想定であったし、特にヨーロッパ先進資本主義国の普遍的動向、即ち{横断的労働協約→立法}が、理想とされたのもである。
- (8) ソフトローの否定は、この限りで妥当とされる。
- (9) マイナスが上廻れば、立法化を否定するということになるだろうが、度外視する。
- (10) とは言え、前者のように何もしない、ということと同じであれば、問題である。それ故、以下のように捉えるべきであろう。
- (11) 公正性、良好性の公共性は、ここにこそ、現われる。

## 8 政策的イニシアティブと立法「闘争」<sup>(1)</sup>

政策的イニシアティブが求められるのは、労働者・労働組合<sup>(2)</sup>が、自らの立法要求を掲げてその実現を目指そうとする場合のみに、限定されない。政府・厚生労働省が立法案を提示する場合でも、同様である。特に後者の場合、政策的イニシアティブが一切発揮されなければ、労働者・労働組合の側は、提示された立法案にどのような態度で対応するとしても、消極的な受け身の地位に立たされる。例えば、立法案に完全に反対だとして強力な反対運動を組織しえたとしても、立法案阻止につながる事が稀でしかないことは、戦後労働運動史が証明している。一部賛成、一部反対だとしても、反対部分を変更させることは、ほとんど不可能で、結局立法案全体を受容するしかない。

ましてや、プラス面の拡大、マイナス面の抑制といった高度な対応は、望み難いのである。そうした場合<sup>(3)</sup>において、一言で言ってより望ましい立法案に変更させる、立法案の変更にとらないとしても国会審議で修正させるには、少くとも労働者・労働組合側に政策的イニシアティブが、なければならない。しかしそうだとすると、政府・厚労省の立法案がまとまった段階以降において、初めて政策的イニシアティブが形成、発揮されるということは、まずありえないであろう。それがありうるのは、余程拙劣な立法案である場合しか想定し難い。しかし、そうした事態の発生は、立法化のシステム上、予め排除されている。即ち、厚労省レベルでは、例えば労働政策審議会の{諮問→答申}が不可欠であるが、政策的イニシアティブを欠いた労働者代表委員の反対があっても、使用者代表、公益代表は、拙劣なもの故に反対ということもありえても、大たいにおいて賛成し、諮問妥当という答申を、行うであろう。政府案まで到れば、少くとも内閣法制局のチェックを受けるのであるから、問題が生ずることは、まずありえないであろう。

そうだとすれば、政府・厚労省の立法案であっても、その成立以前から政策的イニシアティブが、形成・発揮されていなければならない。政策的イニシアティブのありよう次第で、必ず政府・厚労省の立法案に影響を及ぼすという、保証がある訳ではない。最低限言えることは、それを欠く場合どうなるかという、既述の事柄のみである。ただ、「男女雇用機会均等法」成立以降の労働保護法領域の立法化の経験からすれば、次のように言うことが、可能である。労働政策審議会レベルと閣議決定までの段階において、大企業・財界の意図を体現した使用者委員のゴリ押しを、労働者委員の反対であるいは労働者委員と厚労省とのタイアップで、認めない、歯止めをかけるといった状況が、展開されている。それは、労働者・労働組合側に政策的イニシアティブがない場合でも、そうである。そうだとすれば、政策的イニシアティブの形成・発揮があれば、一先のような一部反対、プラス面の拡大・マイナス面の抑制が、達成、実現されることがありうるのである<sup>(4)</sup>。

以上のことを踏まえた上で必要なことは、政府・厚労省の立法案づくり以

前に政策的イニシアティブが形成・発揮されること、その延長線上において自前の立法案の作成が、なされることである。日本の労働者・労働組合には、こうした経験が乏しいどころか、政策的イニシアティブという発想自体が、未成熟である。しかし、今後将来におけるとりわけ労働保護法領域の課題<sup>(5)</sup>を考慮する限り、政策的イニシアティブの形成・発揮を抜きにして、労働者の権利・利益の拡充・増進が図られる保証がない。政策的イニシアティブの形成・発揮のための知恵の総動員が必要である。

ところで、政策的イニシアティブは、労働者・労働組合側が望ましいとする立法案づくりを主導するとしても、その実現には、政策的イニシアティブを支え促進する立法「闘争」<sup>(6)</sup>が、不可欠である。20%を下廻る組織率で弱体化している労働組合が、ヨーロッパ先進資本主義国の如きまたかつて構想されえたような、本格的な立法「闘争」を組織化するという展望は、描きにくい。それでも立法「闘争」が欠かせないとすれば、第一段階でなされるべきは、ナショナル・センターレベル<sup>(7)</sup>での運動の統一である。それ自体大変困難な課題ではあるが、それが無い限り、第二段階である革新政党、市民・住民団体との連携は、不可能である。それらの構築があった上で、「国民的合意」の形成・獲得への努力が、展開されるのである。恐らくこうした展開は、政策的イニシアティブの形成・発揮にも求められることである。特定のナショナル・センター—例えば「連合」—の政策的イニシアティブの、他の勢力への押しつけではなく、他の勢力に開かれたその意味では共同的な政策的なイニシアティブの形成・発揮でなければならない。

ところで、政策的イニシアティブの存否に拘らず、労働政策審議会レベルの「連合」の「労働政治」<sup>(8)</sup>は、現在における立法「闘争」としての側面を持っている。そこで形成・発揮されるべき政策的イニシアティブとは、さしあたり「連合」のそれではあるが、ここにおいて、一既述の一開かれた、共同の形成・発揮と運動の統一が、求められる。そのためには、「連合」における自己の狭い利害への固執ではなく、正に労働者代表にふさわしいありようが、意識的に追求されねばならない。それだけでなく、「連合」以外の勢力も、「連

合」を労働者代表として遇する姿勢が、求められる<sup>(9)</sup>。さらに言えば、労働組合員であると否とを問わず、労働者個々人が、「連合」を代表として扱うと同時に、それで不十分であれば自ら立法「闘争」を展開するのでなければならない<sup>(10)</sup>。

(2010年9月8日、完)

- (1) これは、「労働立法学の基準」にふさわしくないあるいはそれに当たらないものであるが、独立させて論ずる程の内容がないこと、ここまで示した基準の達成、実現が、これらにかかっていることから、付け加えることにする。
- (2) ここでは、革新政党、労働法学界といったものは、度外視する。
- (3) トータルな反対は、除外するが、実はそこにも、以下の論述が妥当する。
- (4) ここでは、状況を踏まえた論理的可能性の指摘に、止めておく。
- (5) 新自由主義的改革がもたらした格差社会、ワーキング・プアー問題、日本型労使関係の変容は、この領域における新たな立法を、求めている。
- (6) かつてのスト権立法闘争の模倣であるが、必ずしもイメージにそぐわないものも含むので、カッコに入れた。
- (7) ここには、ナショナル・センターに属さない中立的全国組合も、含んでいる。
- (8) ここまで評価出来るか疑問で、かつての「労働なきコーポラティズム」の水準でしかないかも知れないが。
- (9) 「連合」が労働者代表を独占していること一労働委員会の労働者側委員についても、同様だが一を、批判、非難するだけでは済まない。なお、代表にふさわしくないことが批判されるべきことは、ここにも含まれる。以下でも、同じである。
- (10) 本稿脱稿後、毛塚勝利「労働法学60周年によせて」(「日本労働法学誌」116号)に接した。そこには気になる点が二つあり、付言する。一つは、「ポスト戦後労働法学」の大きな特徴として立法政策があるとされていることである。そうした捉え方が正しいとしても、その立法政策論とは、個別立法政策論レベルそれとしてもどこまで立法化をリードしえたかに、疑問があるが、それを措くとして一であって本稿が示した立法学を欠いている。筆者が本稿に取り組んだ所以である。もう一つは、直接的には、就業規則不利益変更の判例法理の法律化であるが一労働契約法の制定にその「ポスト戦後労働法学」が「手を貸したことは致命的な汚点」とされていることである。筆者は、そうした捉え方をしていないことを、拙稿「解雇法理の新段階(二)」(「島大法学」53巻2号)六で示したが、この段階でなおそうした評価をされるのであれば、あえて次の指摘をしておく。それ程の問題とされるのであれば、労働契約法成立直前の労

働法学者によるアピール程度ではなく、立法化阻止に向けた最大限の努力をすべきであった、そうしたことをせざるお問題指摘を行うのは無責任である、本稿二４で述べた「立法化に対する国民の共感、支持」を得られるような態度ではないということである。

### 〔主な参考・参照文献〕

- 足立幸男・森脇俊雄編『公共政策学』（ミネルヴァ書房、2003年）  
阿部泰隆『政策法学の基本指針』（弘文堂、1996年）  
有泉 享「立法学に関する二、三の考察」（『法律時報』24巻9号、1952年）  
五十嵐敬喜・小川明雄『議会』（岩波新書、1995年）  
岩井泰信『立法過程論』（東京大学出版会、1988年）  
『岩波講座現代の法4 政策と法』（岩波書店、1998年）  
上田章喜寿記念『立法の実務と理論』（信山社、2005年）  
大内伸哉『労働者代表法制に関する研究』（有斐閣、2007年）  
大森政輔・鎌田薫編『立法学講義』（商事法務、2006年）  
小林直樹『立法学研究』（三省堂、1984年）  
中島 誠『立法学〔新版〕』（法律文化社、2007年）  
中山和久・糸井常喜「対談 労働基準法改正問題の争点」（『労働法律旬報』1171、1172号、1987年）  
濱口桂一郎『労働法政策』（ミネルヴァ書房、2004年）  
平井宜雄『法政策学〔第二版〕』（有斐閣、1995年）  
広渡清吾「現代法学の理論的課題」（特集「昭和の法と法学」所収、「法律時報」50巻13号、1978年）  
深谷信夫「労働基準法改正をめぐる論争はなにを提起したのか」（『茨城大学法経学会雑誌』57号、1990年）  
松尾敬一「立法学の必要性と可能性」（『神戸法学雑誌』6巻1・2号、1956年）  
糸井常喜『ストライキの自由』（労働旬報社、1974年）  
    〃 『「スト」権立法闘争論』（〃、1979年）  
    〃 「労働基準法改正法案と立法論上の論点」（『法律時報』59巻6号、1987年）  
    〃 「労働時間短縮政策と第二次労働基準法改正法案」（『〃』65巻5～7号、1993年）  
安枝英神『労働の法と政策〔第2版〕』（有斐閣、1998年）  
山口 定『市民社会論』（〃、2004年）  
山田 晟『立法学序説』（〃、1994年）  
特集「立法学の新展開」（『ジュリスト』1369号、2008年）

- 特集「世紀転換期の雇用・労使関係」（『日本労働研究雑誌』470号、1999年）
- 特集「官公労働者とストライキ権」（『日本労働法学会誌』44号、1974年）
- 特集「労働法制の立法論的検討」（『ク』45号、1975年）
- 特集「男女雇用平等法論」（『ク』65号、1985年）
- 特集「労働時間をめぐる立法論的検討」（『ク』67号、1986年）
- 特集「従業員代表制論」（『ク』79号、1992年）
- 特集「労働契約法制の立法論的検討」（『ク』82号、1993年）
- 特集「労使関係法制」（『ク』96号、2000年）
- 特集「解雇法制の再検討」（『ク』99号、2002年）
- 特集「労働契約法の基本理論と政策課題」（『ク』107号、2006年）
- 特集「労働契約法」（『ク』108号、2006年）
- 法律時報臨時増刊『民事立法学』（日本評論社、1981年）
- ジェリスト増刊『日本の立法』（有斐閣、1984年）