

研究種目：基盤研究(C)
 研究期間：2006～2008
 課題番号：18530041
 研究課題名(和文) 個別的同意に基づく保護規制の拡張および縮小の可能性についての基礎理論的研究
 研究課題名(英文) The theoretical possibility of an extension and a derogation of labor protective laws through individual contract.
 研究代表者 大内 伸哉 (OUCHI SHINYA)
 神戸大学・大学院法学研究科・教授
 研究者番号：10283855

研究成果の概要：

労働保護規制の中には、労働者の個別的同意に基づきその範囲を決定してよいものもあるはずである。就労形態の多様化が進展するなかで、こうした弾力的決定の余地は広がっていくべきである。具体的にどの労働保護規制について、こうした弾力的決定が認められるべきかは、今後の重要な政策課題となる。特に個別的同意に基づく労働保護規制の縮小という問題については、本研究における結論は、実体的規制よりも手続的規制が望ましいというものである。

交付額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2006年度	1200000	0	1200000
2007年度	1000000	300000	1300000
2008年度	900000	270000	1170000
年度			
年度			
総計	3100000	570000	3670000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・社会法学

キーワード：労働法

1. 研究開始当初の背景

就労形態の多様化にともない、労働者の保護のニーズも多様化するようになってきた。労働保護法規は、基本的には、強行法規と解されてきており、個々の労働契約によって規制からの逸脱をすることは認められていないが、こうした硬直的な規制は徐々に実態に合わなくなってきた。社会経済の変化に合わせて、どのような労働条件について強行的規制を及ぼすべきなのか、労働条件の種類によっては、当事者の合意による適用除外が

認められる半強行的規制であつてもよいのではないか（過半数代表の関与による適用除外の制度については、現行法上も、すでに存在している）、場合によっては任意的な規制（当事者に対して一定の指針のみを与え、そこから合意により逸脱することは自由な規制）であつてもよいのではないか。このような労働保護法規の弾力的な規制のあり方について理論的に模索する必要性が高まってきた。

2. 研究の目的

労働保護法規の中においては、どのような労働条件について強行的規制を及ぼすべきなのか、半強行的規制を及ぼすべきなのか、任意的な規制にとどめるべきなのかを、既存の労働保護法システムを抜本的に見直すという観点から再検討し、そのうえで、半強行的規制または任意的規制を行うべきとされたものについては、どのような実体的要件および手続的要件に基づき、規制からの逸脱を認めるべきかについて、比較法的観点もふまえて検討を加え、一定の解釈論・立法論を構築することが、本研究の目的であった。

3. 研究の方法

本研究に関連する日本法上の議論をフォローするために、日本の学説および判例の検討を行った。さらに比較法的な観点からの研究を進めるために、ドイツ、イタリア、フランス、イギリス等の各国（特にドイツとイタリア）の法制度について、本研究と関連する derogation（適用除外）と independent contractor（自営的就業者）に焦点をあてて検討を行った。

4. 研究成果

1 まず、本研究は、筆者が労働保護法規の弾力化における労働者代表の関与のあり方という観点からこれまで進めてきた研究の発展上にあるものであり、従来の研究成果に本研究の成果の一部も取り入れて『労働者代表法制に関する研究』（2007年、有斐閣）として公刊している。

労働者代表の関与については、現行法上、労働基準法 36 条による労働時間規制の例外設定（三六協定による免罰的効力の付与）や労働基準法 24 条の賃金全額払いの原則の例外等の例があり、過半数代表との労使協定に重要な効果が認められている。その際、過半数代表が、このような強行法的な規制からの逸脱を可能とする協定を締結する正統性を、どのような根拠に基づき保有するのか、という点が重要な課題であり、『労働者代表法制に関する研究』（前掲）では、一定の解釈論的ないし立法論的検討を行った。

本研究は、それをさらに発展させて、個別的同意による強行的規制の適用除外の理論的可能性についても検討を加えようとするものである。

2 (1) まず、個別的同意による強行的規制の適用除外の理論的可能性を検討するうえにおいて、本研究では、そもそも労働保護法規を労働者のみに及ぼすのが適切であるのかという問題関心をもっていることに注意を要する。

現在の労働保護法規は、使用者と使用従属関係にある労働者にのみ適用するというの

が通説・裁判例の考え方であり（労働基準法 9 条も参照）、使用従属的な関係（とりわけ指揮監督下で労務を提供するという関係）がない就労者は、たとえ、経済的な従属性があっても労働保護法規の適用対象にしないという立場がとられてきた。本研究の前提においては、こうした従属労働者による労働保護法規の独占という状況の妥当性を検討し、労働保護法規の適用を広く非従属的な労働者（自営的な労働者など）にも及ぼしたうえで、個別的同意による適用除外を検討するというアプローチが必要ではないかという問題意識をもっている。

(2) 非従属的な労働者に対する労働保護法規の適用については、比較法的には、ドイツでは、「労働者類似の者」という概念があり、立法により非労働者にも保護規制の拡張をしてきた。イタリアでも同様に、「準従属労働者」という概念を用いて、やはり立法により非労働者にも保護規制を拡張してきた（イタリアでは、2003年のいわゆる BIAGI 法により、「準従属労働者」の一カテゴリーである co.co.co.（collaborazione coordinata e continuativa：継続的連携的協働）という契約類型が創設され、一定の労働保護規制が及ぼされている）。

これらの法制では、立法により一定の限定された労働保護規制を、非従属的な労働者にも及ぼすというものであるが、日本の立法論として、これらの国と同様の新たな法制度を設けるという考え方以外に、別のアプローチもありうると考える。それは、一定の公序に関わるような規制や経済的従属性に起因する規制を従属的な労働者・非従属的な労働者に関係なく広く適用することとし、そのうえで、公序に関わるような規制（たとえば、災害補償、差別禁止、最低就労年齢）については、（非従属的な労働者であっても）個別的合意による適用除外は認めないが、経済的な従属性に起因する規制については、当事者間の交渉力の対等性を担保するような手続的な規制（詳細は、後記の 3(5)を参照）を行ったうえで適用除外を認める、といった、きめ細やかな分類が必要であると考えられる。

(3) 上記の論点との関係で、何が経済的な従属性に起因する規制かについても、議論の余地がある場合がある。その典型例が解雇規制である。解雇規制（非従属的な労働者との関係では、正確には、解約規制）については、これが労働契約における非対等性に起因する労働者の経済的な従属性に起因する規制というとらえ方もあるが、他方で、労働者の人格に関わる規制であるというとらえ方も有力である。しかし、解雇については、実にさまざまなタイプのものである（労働者側の事情に起因するものもあれば、使用者側の事情に起因するものもある）、た

しかに人格的な利益を損なう解雇があることは否定できないが、解雇制限そのものの本質的な特徴は、経済的な従属性に起因するものと解すべきである。以上の理由で、本研究では、経済的な従属性に起因する規制と考えるとよいという立場にたっている。

3 (1) 以上は、非従属的な労働者を視野に入れた議論であるが、従属的な労働者に焦点をしばって、個別的同意による労働保護法規からの適用除外を検討すると、さらに、次のような論点が浮かび上がってくる。

(2) 具体的には、どのような労働条件について強行的規制を及ぼすべきなのか、半強行的規制を及ぼすべきなのか、任意的な規制にとどめるべきなのか問題となる。

安全衛生、災害補償、差別禁止など公序性が高い規制であれば強行的規制にすべきことには異論はなかる。しかし、現行の労働保護法規のすべてが、同じように公序性をもつかというと、そうとは限らない。すでに、現行の労働保護法規には、労働基準法 36 条や 24 条（賃金全額払いの原則）のように、過半数代表との協定による derogation を認めているものもある（前述）。これらは、少なくとも過半数代表という集団の主体の関与があれば適用除外が認められるものであった。さらに、労働基準法 24 条（賃金全額払いの原則）は、判例上、個別的同意による適用除外も認められている（日新製鋼事件・最 2 小判平成 2 年 11 月 26 日 労判 584 号 6 頁）。

また、労働憲章に関する規定の中には、封建的労働慣行を想定した規制もあり、今日、このような規定を維持しておく必要があるのか疑問と思われるものもある（たとえば、労働基準法 16 条）。もちろん、今日でもなお労働者の人身拘束を不当に招くような条項が締結される可能性は否定できないものの、それがもはや一般的な現象ではないということも考慮に入れると、あえて労働保護法規により規制をしなくても、民法 90 条（公序良俗違反の法律行為を無効とする規定）や信義則条項（民法 1 条 2 項を参照。今日では、労働契約法 3 条 4 項、5 項等も参照）などの適切な適用により対処すればよいということもいえるのである。このような観点から任意規制としたうえで、例外的に、民法 90 条等の一般条項の適用により対処していくというアプローチをとることが妥当と考えられる事項も少なくないと考えられる。

(3) 問題は、半強行的規制の範疇に含められるべき一連の規制について、過半数代表の関与による適用除外以外に、個別的合意による適用除外がどこまで認められるのかである。

従来、労働保護法規には強行法規性があることを大原則とし、適用除外を認めるとしても、過半数代表の関与は必要であるとしてい

た法制度の前提にあるコンセプトは、「労働の従属性」にあるとよい。労働保護法規は、「労働の従属性」ゆえ、労働者と使用者との間の契約の自由に委ねることができないからこそ、構築されてきたといえる。

個別的同意による適用除外は、このような労働契約における「労働の従属性」と「使用者の優越的地位」という基本的なコンセプトと正面から抵触するものである。比較法的に見ても、このような個別的合意による適用除外をそのまま認めている国は存在していなかった。

しかしながら、いかなる場合にも強行法的規制を貫徹することは、今日の多様化された就業形態や労働者のニーズを考慮すると妥当なものではない。外国法において弾力的な法規制が存在していないのは、実質的にそのような弾力化が妥当でない、あるいは理論的正当化が困難であるという事情によるのではなく、「労働の従属性」理論のドグマが強すぎるからではないかと推察される。したがって、この問題を考えていくうえでは、こうしたドグマから解放されて、もう一度、ゼロから考えていくという理論的姿勢も必要と考えられる。

(4) この問題を考える際に参考となるのが、前述の日新製鋼事件・最高裁判決である。同判決は、賃金債権の相殺は、賃金全額払いの原則（労働基準法 24 条）に反するということを認めながら、そのうえで、「労働者がその自由な意思に基づき相殺に同意した場合には、その同意が労働者の自由な意思に基づいてされたものであると認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するときは、その同意を得てした相殺は同項の規定に違反するものとはいえないと解するのが相当である」と述べて、この強行法的な原則の例外を認めている。

「もっとも、全額払いの原則の趣旨にかんがみると、相殺の同意が労働者の自由な意思に基づくものであるとの認定判断は、厳格かつ慎重に行われなければならないことはいうまでもないところである」と述べて、こうした例外の設定に対して慎重な留保もつけている。

こうした最高裁判決のアプローチは、労働者の個別的同意による適用除外を認めたいうえで、ただし、その同意が自由な意思によるものかどうかの認定を厳格に行うというものであり、実体的な要件を重視したものと評価をすることができる。

ただ、労働者の自由な意思の認定を、裁判官が客観的に行うことがはたして可能であるのかという点は、従来から議論の余地があるところであり（この点についての詳細は、大内伸哉『労働条件変更法理の再構成』（1999年、有斐閣））、その理論的な正当化

は必ずしも容易ではない。また、こうした実体的な要件を重視するアプローチでは、どのような場合に適用除外が認められるかということについての予測可能性が大いに損なわれるという実務上の難点も軽視することはできない。

(5) このように考えると、個別的合意による適用除外については、実体的な要件よりも、むしろ手続的な要件を重視するのが妥当であると思われる。

ポイントとなるのは、労働者にとって、交渉の非対等性があるにもかかわらず、その同意により不利益な結果が生じるのは適切でないという点である。

この非対等性をそのままにしたうえで、交渉の結果に介入して、内容を改善しようというのが、実体的な要件を重視するアプローチといえる。

これに対して、労働者の自律性も重視しながらも、情報の不足などにより非対等な交渉とならないようにするために、使用者は、交渉においても、十分な情報を提供し、説明をするという手順をふむということを求めるアプローチもある。そのために必要なのは、交渉力を下支えするために、労働組合を立ち会わせたり、労働局や労働基準監督署などの然るべき行政官庁の関与の下で合意をさせたりするといった手続をふむことを要件とすることである。

こうした手続的な規制は、煩雑ではあることは否定できない。とりわけ使用者にとって、負担の重いものとなる可能性は高い。しかしながら、現行法では、原則として、労働保護法規について個別的合意による適用除外をすることが認められないのであるから、それと比べると、使用者にとって、上記のような手続的な規制を課すことを、特に酷な結果であると評価することは適切ではないであろう。

(6) 最後に、本研究の途中で労働契約法が制定され、施行されることになったが、ここでは、労働者の同意による就業規則の不利益変更を認める規定（9条）が設けられており、労働者の同意に対する重要性がいつそう高まっている。ここにいたり、本研究は、実定法上の解釈論上の問題として、労働保護法規の derogation だけでなく、そもそも労働者に不利益な同意についての有効要件をどのように設定するのかという一般的な問題として提示されることになった。

現在の裁判例は、賃金の引き下げをもたらす合意について、前記の日新製鋼事件・最高裁判決と同じ枠組みを用いて、労働者の同意の有効性を判断しようとする傾向にあるが、ここでも、こうした実体的要件を重視するアプローチをとることの妥当性には疑問がある。

交渉力の対等性を担保するための手続的要件を重視して、労働者に不利益な同意の有効性を判断していくというアプローチは、労働契約法上の解釈論としても採用していくべきである。

もっとも、交渉力の対等性を担保するための手続的要件の具体的な内容については、前記のような労働組合の立ち会いや行政機関の関与だけではなく、もう少し多様なかつ労働者にとってアクセスしやすい方法を講じていくことも必要かもしれない。たとえば、労働組合の組織率が低い現状では、すべての労働者にとって労働組合の立ち会いを求めることは現実的ではない（とりわけ非正社員の例を考えると、そのようにいえる）。コミュニティ・ユニオンなどの地域合同労組の活動が活発になってきているが、それによって労働組合のカバーが十分になったとは言い難い。また、行政機関の関与についても、そもそも、行政機関が、必ずしも、多くの労働者にとって身近なものではないという点に根本的な問題がある。

こうした問題点を考慮に入れながら、よりよい手続的な要件についての解釈論および立法論を構築していくことが今後の課題となる。

なお、上記の労働契約法についての解釈問題に関する研究成果の一部は、2009年秋の第118回日本労働法学会（専修大学で開催）で発表する予定である。

5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔図書〕（計 1 件）

大内伸哉、有斐閣、労働者代表法制に関する研究、2007、237

6. 研究組織

(1) 研究代表者

大内 伸哉 (OUCHI SHINYA)
神戸大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号：10283855

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

なし