

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 26 年 6 月 20 日現在

機関番号：24402

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2011～2013

課題番号：23530064

研究課題名(和文) 労働法における公法的規制と私法的規制の相互関係に関する研究

研究課題名(英文) Relationship between regulation of public law and regulation of private law in labour law

研究代表者

根本 到 (NEMOTO, Itaru)

大阪市立大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：60304135

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,300,000円、(間接経費) 690,000円

研究成果の概要(和文)：労働法における公法的規制と私法的規制の関係について研究を行った。高年齢者雇用安定法や労働者派遣法のように、その規範に違反した場合の効果について公法的特質のみを強調する法規が現れている。こうした法分野に考察を加えた結果、私法的規制と認定される場合の判断基準とともに、採用の自由論の限界などが明らかになった。労働法においては、古くから妥当する公法私法二元論が大きな影響力を有しているが、これよりも公法私法相互依存論の方が適切であると結論づけた。

研究成果の概要(英文)：I made a research on the relationship between regulation of public law and regulation of private law in labour law. The cause of whether the effect on violation is related only to the world of public law was considered, as Employment of Older Persons Security Act and Worker Dispatch Law. As a result of this research the standard of private law effect and the limit of the freedom of adoption became clear. Rather than the distinction theory of public law and private law in labour law, it advocated adopting an interdependence theory.

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：公法的規制 私法的規制

## 1. 研究開始当初の背景

労働法分野においては、近年、私法上の効果が明記されず、行政指導等によって違反の是正を企図した規定だけがおかれた法律が数多く制定されている。その一つが、高年齢者雇用安定法（以下「高年法」とする）である。同法は、2004年に改正され、2006年4月1日から施行されているが、改正に際し、65歳未満の定年の定めをしている事業主は、次の3つの措置のいずれかを講じなければならないこととなった（9条1項）。3つの措置とは、定年年齢の引き上げ（同項1号）、再雇用制度の導入（2号）、

当該定年の定め（3号）である。

しかし、同法は事業主がこうした措置の履行を怠った場合の私法的な効果を明記した規定がなく、同条違反があった場合、行政による指導等を通じて是正することだけが明記されている（同法10条）。厚生労働省は、こうした規定を受けて、高年法9条には私法的効果がないとする解釈指針（高年法Q & A）を公表したが、最近ではその結論を支持する裁判例も示された（NTT西日本事件・大阪地判平21.3.25）。

また、高年法と同様、法違反の私法的効果が問題となっている法領域として、労働者派遣法（以下「派遣法」とする）がある。この法領域をめぐる課題は多数あるが、その一つに、派遣法違反の是正に際し、派遣先には行政指導など公法的施策しか予定されず、労働者に対し責任を負うことを明記した規定がほとんどないという点がある。行政や学説の一部は、派遣法や職安法は、「業法」であるとか、労働市場の円滑化等を目的とする法律であると強調し、こうした目的を達成するには私法的効果を極力否定することが適切だと主張する傾向がある。

以上のような公法的性質をもった労働法規の私法的効果という問題は、民法学などにおける取締法規論と類似する。しかし、

労働法における上記のような見解は「労働市場法」論の影響があることを見過ごすべきではない。「労働市場法」論とは、労働市場の整備に関係する法律は、労働者に直接的な権利を付与する強い規制ではなく、あくまでも公法上の仕組みで法違反を是正すべきとする、ソフトロー・アプローチを正当化する考え方である。「労働市場法」論の妥当性がこの研究テーマに深く関係する。

## 2. 研究の目的

労働法は、もともと私法的性質と公法的性質を併せ持つといわれてきたが、最近、公法的側面が協調される法律が増えてきたため、公法的規制と私法的規制の相互関係を改めて考察する必要が出てきた。

また、憲法27条1項と2項を峻別する労働市場法論が主張され、労働法において憲法27条の意義を再認識することが求められるようになった。労働法政策は、労働関係や労働条件の規整と密接に関係し、2つの憲法条項の要請を受けた法律が存在するが、私法的効力を検討するにあたっては、同条1項に属する法律と性質決定するよりも、同条2項に関係するか否かを考察することが重要となると考えられた。憲法27条2項は、中核的な労働条件を強行的に法定化することを国家に要請した憲法条項であると位置づけられるからである。高年法9条の規整対象とする年金支給年齢までの雇用であるとか、派遣法の対象とする間接雇用の原則的な禁止という問題は、まさしく中核的な労働条件に関わり、憲法27条2項の要請を受けた法律として、原則として私法的効力を肯定すべき事柄になるのではないかと考え、考察を加えることにした。

## 3. 研究の方法

### (1) 高年法について

まず、高年法は、1986年（昭和61年）に「中高年齢者の雇用の促進に関する特別措置法」を改正したもので、定年の引き上げや継続雇用制度の導入等を通じて、「高年齢者等の職業の安定その他福祉の増進を図る」ことを目的とすると規定している（1条）。1986年制定当時、同法は60歳未満の定年禁止を事業主の努力義務とし（旧4条）、定年の引き上げは行政指導によって是正するとしていた。しかし、1994年（平

成6年)に、老齢年金の支給開始年齢を60歳から65歳に引き上げることに伴い、60歳未満の定年禁止を事業主の義務とした(1998年4月施行)。判例は、努力義務の時代には私法的効果を否定していたが、義務化されて以降は、60歳を下回る定年制を無効とする判断を示している(牛根漁業協同組合事件・鹿児島地判平16・10・21労判884号30頁)。

これに対し、65歳までの雇用確保措置については、1990年(平成2年)の改正の際に努力義務規定がおかれ、その後2004年の改正の際に義務化された(ただし、年齢は年金支給年齢にあわせて段階的に引き上げる予定で、現在は63歳)。義務化された段階において、前述の3つの措置のいずれかの履行を事業主に求めるようになり、このなかで最も採用されることの多いのが継続雇用制度(その多くは再雇用制度)である。同制度の導入に際しては、過半数組合・代表との書面協定に選定基準を定め、対象者を選定することも許容した。

事業主が65歳までの雇用確保措置を怠った場合、同法は、厚生労働大臣は、その事業主に対し、「必要な指導及び助言をすることができ」、指導、助言にもかかわらず、なお規定に違反しているときは、「勧告することができる」とだけ規定している。厚生労働省は、これを受けて、改正後、前述の高年法Q&Aを公表したが、このなかでは「継続雇用制度を導入していなければ、平成18年4月1日以降の60歳定年による退職は無効となるのですか」という問いに対し、「制度導入を義務付けているものであり、個別の労働者の65歳までの雇用義務を課すものではありません」とか、継続雇用制度を導入していない60歳定年制も「直ちに無効となるものではない」としている。

こうした行政解釈が示された後、学説の

なかにも、前述のような判例だけでなく、これを支持する見解(櫻庭涼子「高年齢者の雇用確保措置 2004年法改正後の課題」労働法律旬報1641号(2007年)46頁)も主張されている。この見解は、高年法9条に私法的効力がないことを次のような理由から正当化するのである。第1に、労基法13条のような、私法的効果を明記した規定が高年法にはなく、全体として、施策の宛名が事業主だけでなく、国や地方公共団体にも向いているということである。こうした点から、憲法27条2項ではなく、同条1項に依拠した法律と特徴づけられるとする。第2に、高年法8条の60歳未満定年禁止規定は私法的効力があると考えられているため、同法9条と8条を峻別して考えなければならないところ、同法9条は3つの措置を用意しているなど、同法8条とは差異があり、それは私法的効果の面でも違いを導くとするのである。そして、同法9条は、選択肢を用意することで雇用それ自体というよりも措置の履行を事業主に求めたに過ぎず、それを行政指導というソフトな手法によって履行を確保しようとしたのであるから、同法9条に反する60歳定年制も無効にはならないというのである。

こうした見解とは対照的に学説のなかには、就業規則の「合理性」(労働契約法7、10条)論を介して違法な60歳定年制の効力を否定する見解あるいは高年法9条それ自体の効力として私法的効果を肯定する見解(西谷敏「労働法規の私法的効力」法律時報80巻8号(2008年)80頁、根本到「高年齢者雇用安定法9条の意義と同条違反の私法的効果」労働法律旬報1674号(2008年)6頁)も展開された。その論旨は見解ごとに異なるが、私法的効力否定論に対する批判としては、次のような点を挙げている。第1に、労基法13条のような規定がないことは必ずしも正当化の理由とはなら

ないことである。すでに高年法 8 条を紹介したが、雇用機会均等法などこうした例は数多く存在する。また、労基法 13 条も、同条前段の強行的効力は確認的規定であるという理解で一致している。こうした事情から、労基法 13 条のような規定がないことは私法的効力を否定する理由にはならないとする。第 2 に、高年法 9 条が 3 つの選択肢を用意していることも私法的効果を否定する理由にはならないという点である。同条は、企業の実情に応じて実施できるよう、定年制の廃止ないし 65 歳以上への延長という措置に加え、継続雇用制度という実施が容易な選択肢を用意した。したがって、同条の規制目的は、むしろ事業主に確実な履行を求めていると理解すべきだとするのである。第 3 に、「努力」や「配慮」と異なり、「義務」として定められた場合には、原則として、立法者も確実な履行を求めたと解すべきだという点である。

なお、最近では、継続雇用の拒否の事案について最高裁が判断を下したが、私法的効力を肯定する方向で結論を下している（津田電気計器事件・最一小判平 24・11・29）。

## （ 2 ）労働者派遣法について

つぎに、労働者派遣法をめぐる議論を紹介する。派遣法に関しても、私法的効力の有無が問題となることが多い。派遣法制定以前の段階では、労働者供給事業を禁じた職安法 44 条に反する業務委託契約を締結していた場合、同条には私法的効果が明記されていないものの、請負会社（派遣元）と労働者との間の契約を違法、無効とし、派遣先と労働者との間に黙示の労働契約の成立を認める判例が支配的であった（新甲南機材事件・神戸地判昭 47.8.1 やサガテレビ事件・佐賀地判昭 55.9.5 など）。職安法の直接的な効果として契約の成立を認め

たわけではないものの、同条違反という事情は、元と労働者との間の契約を無効とするなど、黙示の労働契約の成立を帰結するうえで重要な判断要素になると位置づけられていたのである。しかし、契約の成立という効果は、当事者の意思の合致という論点に関係するため、判例は、しだいに同条違反が黙示の労働契約の成立を帰結しないと判断するようになった（サガテレビ事件・福岡高判昭 58・6・7 労判 410 号 29 頁）。

しかも、派遣法の制定（1986 年 7 月）後は、職安法や派遣法に、労働者供給から労働者派遣という形態を排除するような定義規定がおかれたことで、偽装請負や派遣法違反の事実があっても、派遣法に違反しているだけで、職安法に違反したことにはならないとする見解が支配的になった。その結果、派遣法は、労働者派遣事業（派遣元）に対する規制を目的とするため、法違反の是正に向けた仕組みとして、派遣先に対しては、2015 年 10 月に派遣法 40 条の 6 が施行されるまでは、行政指導（49 条）あるいは企業名公表制度（49 条の 2）しか予定されていない（罰則なし）。こうした事情もあり、偽装請負と認定された場合、あるいは派遣可能期間（40 条の 2）の超過や直接雇用申込義務（40 条の 4 と 5）の懈怠と判断された場合でも、派遣法の違反しか成立せず、派遣先はせいぜい行政から指導を受けるにとどまってきた。

もっとも、こうした解釈については、職安法における労働者供給事業に関する規制から除外されるのは適法な労働者派遣に限られる（違法派遣は労働者供給である）とする批判が主張された。また、一部の判例は、偽装請負や違法派遣について、判例は、指揮命令や賃金支払関係の有無あるいは派遣元の独立性などによっては、派遣先と派遣労働者との間で契約が成立するとする判断枠組を示していた（ただし、結論的には

それを否定)。

こうしたなかで、パナソニック・プラズマディスプレイ事件・最二小判平 21・12・18 労判 993 号 5 頁は、特段の事情がある場合を除き、労働者派遣法の違反にしかならず、派遣労働契約は公序(民法 90 条)に反し無効になるとはいえず、派遣先との間でも黙示の労働契約の成立は認められないと判断した。その後は、派遣先に対して地位の確認を求める場合だけでなく、損害賠償を求めるケースでも、派遣法の公法的性質を強調して、責任を認めないものが相次いだ。また、労組法上の使用者性に関する事案でも、行政からは正指導を受けたようなケースでも、公法的な施策を用意したに過ぎないと論じる事案(兵庫県・兵庫県労委(川崎重工業)事件・神戸地判平 25・5・14 労判 1076 号 5 号)が出てくるようになった。しかし、派遣法については、マツダ事件・山口地判平 25・3・13 労旬 1795 号 51 頁などにおいて、派遣先と派遣労働者の間に黙示の労働契約の成立を認める判断も示されている。派遣法の私法的性質についても、議論の再考もありうるかもしれない。

#### 4. 研究成果

##### (1) 私法的効力否定の論拠

私法的効力否定論の論拠としては、労基法 13 条のように私法的効力を明記した規定がないことが常に指摘されている。しかし、先述のようにその論拠を覆す立法例は数多く存在する。そこで、こうした見解は、条文の不存在という形式的な論拠よりも、独自の憲法論をも基礎にした、次のような考え方を正当化論拠として援用することが多いのである。

第 1 に、「労働市場法」論である。こうした見解は、この領域の法律は憲法 27 条 1 項に属するものとして、公法上の政策義

務を事業主に課したに過ぎず、その違反は行政指導など公法的措置を通じて是正するのが妥当だと主張する。私法的効果が明記された労働基準法などの労働者保護法を憲法 27 条 2 項に属する法律としたうえで、それとは峻別された憲法 27 条 1 項に属する法があることを強調するのである。雇用政策を目的とする立法が増大したことに加え、立法技術が稚拙なだけなのかは不明であるが、こうした立法は私法的効果を明記していないことが多いため、説得力があるかの如く受けとめられることも多い。

第二に、私法的効果の内容として契約の成立が問題となることが多いが、こうした効果を否定する論拠として、「採用の自由」(三菱樹脂事件・最大判昭 48.12.12)が指摘されることが多い。「労働市場法」論を唱える者は、「労働市場法」に關係する立法は、憲法 27 条 1 項の要請で、「必要かつ合理的な範囲内」でしか採用の自由を制約することは憲法上許されないと主張している。例えば、高年法も、継続雇用制度が導入されたとしても、その制度設計(選定基準など)が違法であった場合、継続雇用制度の内容で労働契約の成立を認めることが適当であったとしても、事業主に契約の締結(採用)を強制するのは正当ではないとして批判されている。また、派遣法や職安法の違反についても、派遣先に採用強制するのは妥当ではないとする考え方は、派遣先と派遣労働者の間の黙示の労働契約の成立を認めるうえで一つの障害となっている。

##### (2) 憲法 27 条 2 項軽視の問題

労働法規の私法的効力否定論には、「労働市場法」論を中心とする様々な理論の影響があることを紹介してきたが、つぎにこうした考え方の妥当性を検証してみたい。

「労働市場法」論が対象とする、雇用保

障を問題とする法領域はたしかに存在し、その法的課題を労働市場との関係において考察することは重要である。しかし、それを「労働市場法」と呼ぶ論者は、労働者の雇用保障の権利よりも、労働力の需給調整や流動化の促進に重点をおき、それゆえ、私法的効力を極力否定しようとするには問題がある。規範的には、憲法 27 条 1 項と 2 項を峻別し、労働市場法を憲法 27 条 2 項から遠ざけることを志向する。憲法 27 条 2 項は、中核的な労働条件を強行法的に法定化することを国家に要請した憲法条項であると位置づけられるからである。こうした論者は、したがって、各種の労働法を同条 1 項と 2 項の法律に峻別できると考え、同条 1 項に関する法律であれば、同条 2 項の要請を受けて制定された労基法とは異なることを強調するのである。しかし、雇用政策は労働関係や労働条件の規整と密接に関係し、2 つの憲法条項の要請を受けた法律が存在することも否定できない。したがって、私法的効力を検討するにあたっては、同条 1 項に属する法律と性質決定するよりも、同条 2 項に関係するか否かを考察することが重要となるのである。こうして考えてみると、高年法 9 条の規整対象とする、年金支給年齢までの雇用とか、派遣法の対象とする間接雇用の原則的な禁止という問題は、まさしく中核的な労働条件に関わるのであるから、憲法 27 条 2 項の要請を受けた法律として、原則として、私法的効力を肯定すべき事柄なのである。

### (3) 「採用の自由」論の限界

「採用の自由」は、近年様々な側面から再検討されつつあるが、利用継続型の雇用においては「採用の自由」論が妥当しない場合があることを指摘しておきたい。これまでも、事業譲渡や有期契約の更新拒絶においても、実質的にみて、契約締結強制に近い効果を認めることがあった。利用継続後の契約締結時に、使用者が違法な行為をしたケースでも、採用の自由を前提とす

れば、適切な解決ができないため、使用者の意思を推定するという手法を認めてきたのである。同様の考え方は、その他の利用継続型の雇用にも妥当する余地がある。例えば、高年齢者をいったん退職させて再雇用する場合、あるいは派遣先が派遣労働者を利用してきた後、直接雇用するかが問題となる場合は、いずれも純粹の新規採用とは異なる。したがって、使用者が労働者の利用を継続したという事情と法違反行為が存在したという事情から、契約締結の意思を推定する余地はあるだろう。法技術的には、契約の成立を帰結する法理論的論拠の検討は続けなければならないが、「採用の自由」を根拠に意思の推定は絶対に許されないとするのは正しいとはいえない。

### 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)

〔雑誌論文〕(計 1 件)

根本 到、「組織再編をめぐる法的問題」、毛塚勝利編『事業再構築における労働法の役割』(中央経済社) 査読無、2013、22 - 60

〔図書〕(計 1 件)

根本 到・吉田美喜夫・名古屋功編、『労働法 個別的労働関係法〔第二版〕』(法律文化社) 査読無、2013、1 36

### 6. 研究組織

(1) 研究代表者

根本 到 (NEMOTO, Itaru)

大阪市立大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：60304135