



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	労働法制改革の基盤とグランドデザイン
Author(s)	水町, 勇一郎
Citation	新世代法政策学研究, 3, 1-47
Issue Date	2009-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43702
Type	other
File Information	3_1-47.pdf



労働法制改革の基盤とグランドデザイン

水 町 勇一郎

I 労働法改革の基本理念—歴史的・理論的視点から

労働法は世界的に大きな変革のときを迎えている。そもそも大量生産・大量消費型の工業化社会において形成・発展してきた旧来の労働法が、近年の社会の複雑化・グローバル化の動きに対応できなくなってきたからである（1）。

これらの変化・改革の基盤にある新たな法理論として注目されるのが、ヨーロッパで提唱されている「手続的規制」理論と、アメリカで提示されている「構造的アプローチ」である。前者は政治哲学的な思考、後者は経済学的な思考に基づくものである点で、両者は異なる理論的基盤をもつものである。しかし、多様化・複雑化する社会の実態に対応するために新たな理論・アプローチを提唱している点、そこで重視されているのは動態的なプロセスである点で、両者は共通している（2）。

この2つの法理論に照らして日本の労働法制の現状について考察すると、労働法改革に向けた課題と方向性がみえてくる。重要な課題は、多様な労働者の意見を反映できる分権的なコミュニケーションの基盤を構築すること、および、労働法の規制内容自体も国家が詳細なルールを定める事前の規制（行政規範）から当事者による集団的なコミュニケーションを重視する事後的な規制（裁判規範）へと移行していくことである（3）。

1 社会の変化と労働法の変容

(1) 労働法が形成された歴史的・社会的背景

(a) 労働法の形成—労働法の原型

そもそも現在の労働法の原型は、19世紀末から20世紀初めにかけて、当時の社会的・思想的背景に大きく規定されながら形成されたものであった。その背景としては、次の大きく3つのものがあげられる。

第1に、生産管理システムとしてテイラー主義が普及したことである。1895年にアメリカのフレデリック・W・テイラーは、生産過程を細分化し各作業を労働者に分担させて徹底した時間・動作管理の下に置くことによって生産・経営の効率化を図ることを推奨した。テイラー主義と呼ばれるこの科学的管理法は、生産過程を合理化することに大きく貢献し、大量生産体制を世界的に普及させる大きな原動力となった。この科学的生産管理システムが普及していくなかで、「大工場のなかの1つの歯車」として流れ作業に従事させられる労働者が増加していったのである。

第2に、そのような時代の社会思想として「連帯」や「産業民主主義」という考え方が台頭していった。例えば、フランスの社会学者エミール・デュルケームは、19世紀末から20世紀初めにかけて、細分化された諸個人の自由や欲望が増大することによって無規律状態が生じることを避けるためには、個人と個人の間の有機的連帯を組織し維持していくことが重要であるとする連帯理論を説き、その後の社会運動や法理論・法政策の展開に大きな影響を与えた。また、それと同じ頃、アメリカでは、自由放任資本主義がもたらした貧富の格差等の惨状を是正するため、あるいは、経営の効率性を高めるには労働者と対話することが重要であるとの認識から、政治の場だけでなく職場にも民主主義を取り入れるべきであるとする産業民主主義の考え方が台頭し、その後の政治の状況や立法の展開に影響を与えることとなった。

第3に、経済思想としても、18世紀後半にフランソワ・ケネーやアダム・スミスによって提唱され19世紀に支配的となった自由主義思想とは異なる、新たな経済思想が台頭した。イギリスの経済学者ジョン・メイナード・ケインズは、1936年に『雇用、利子および貨幣の一般理論』を公刊し、自由放任資本主義に内在する構造的問題を克服するためには、国家の積極的な市場介入によって完全雇用を実現し有効需要（購買力）を高めていくこ

とが重要であるとの理論を展開した。ケインズ主義と呼ばれるこの新たな経済思想は、1930年代のアメリカやフランスで展開された国家主導の経済社会政策¹と共通する考え方に立つものであり、戦後の復興・経済成長期には、各国の経済政策の展開に大きな影響を与えるものとなった。

これらの社会的・思想的背景のなかで描き出された1つの標準的な労働者像（当時の社会を牽引した原動力）が、「工場で集团的・従属的に働く均質な労働者」であり、これに対し国家（いわゆる「福祉国家」）が集团的・画一的な形で保護を与えるというのが、20世紀の労働法の基本的なあり方であった²。

(b) 労働法の発展—経済社会政策としての労働法

このような形で国の経済政策の一環として位置づけられた労働法は、第2次大戦後の経済成長期に経済の発展と連動しながら大きな発展を遂げることになる。労働法や社会保障法などによる社会的保護の充実（賃金の引上げ、社会保障の充実など）によって国民の購買力が引き上げられると、消費が拡大し投資が刺激されて総需要の拡大や生産性の上昇（経済成長）につながる。この経済成長の成果が社会的保護の充実という形で再び労働者に分配・還元され、さらなる消費拡大・経済成長がもたらされる。

このように戦後の経済成長期には、労働法や社会保障法などによる社会的保護と経済成長とが有機的に結びつく形で国の社会と経済が発展していくという「黄金の循環」が、先進諸国の間にある程度共通する現象としてみられたのである³。この戦後経済成長の基盤にあった生産・規制モデ

¹ 水町勇一郎『集団の再生—アメリカ労働法制の歴史と理論』74頁以下（有斐閣、2005）、水町勇一郎『労働社会の変容と再生—フランス労働法制の歴史と理論』85頁以下（有斐閣、2001）。

² もっとも、各国の労働法には、それぞれの国の歴史的・社会的背景に規定された一定の特徴がみられた。例えば、国家と個人の間には存在するゲマインシャフトとしての社会的共同体を重視するドイツ法（社会モデル）、国家の介入を嫌悪し自己規制（個人的あるいは集团的な自由放任）を重視するイギリス法やアメリカ法（経済モデル）、国家の介入によって弱者を保護し平等を実現することを重視するフランス法（政治モデル）、企業内の共同体的労働関係を重視する日本法（共同体モデル）といった特徴である（cf. SUPLOT (A.), *Le droit du travail*, Paris, PUF, 2004, pp.21 et s.）。

³ アメリカやヨーロッパ諸国の動きについては、AGRIETTA (M.), *Régulation et crises*

ルは、「フォード・モデル」とも呼ばれている。

(2) 社会の変化と労働法の危機・変容

(a) 労働法の危機

しかし、この20世紀的な経済社会システム（その一環としての労働法）は、1973年の石油危機を契機とした世界的な経済危機・社会変化のなかで、大きな転機を迎えることになる。その背景には、いくつかの重要な社会的変化があった。

第1に、経済成長が減速するなかで、かつての「黄金の循環」が反転したことである。石油危機をきっかけとして経済成長のスピードが鈍化し失業者が増加すると（これと並行して人口の高齢化も進んだ）、それらの人びとの生活を支えるための社会的負担が高まる。この社会的負担の増加は、税金や社会保険料の引上げという形で国民や企業の経済活動に制約を課すことになり、経済活動が収縮して経済状況が悪化すると、さらに社会的負担や財政赤字が増加・累積するようになる。このように、かつての「黄金の循環」（経済成長→社会的保護の充実→経済成長→・・・）が途絶え、社会と経済が連動して悪化していくという悪循環（経済状況悪化→社会的負担増→経済状況悪化→・・・）が生じるようになった。

第2に、産業構造の変化に伴って、労働法の前提とされていた標準的な労働者が減少し、これとは異なる多様なタイプの労働者が増加したことである。社会が成熟し、安価で工業生産を行う発展途上国が台頭していくなかで、多くの先進諸国では、産業構造の重心が工業からサービス業に移っていった。このポスト工業化・サービス経済化の動きのなかで、企業の経営・生産体制はかつての画一的・集団的なものから多様化・複雑化したものとなり、そこで働く労働者の姿も多様化していった。工業化社会の原動力とされた集団的・均質的な工場労働者とは異なる自律性・裁量性の高いホワイトカラー労働者、専門性の高い技術労働者、労働時間・期間等が限定されたパートタイム労働者・有期契約労働者・派遣労働者などが増加していったのである。労働法が前提としていた「工場で集団的・従属的に働く均質な労働者」は、社会実態として溶解していった。

du capitalisme : L'expérience des États-Unis, Paris, Calmann-Lévy, 1976 ; BOYER (R.), *La Théorie de la régulation : Une analyse critique*, Paris, La Découverte, 1986 など参照。

第3に、1970年代の石油危機、1980年代の規制緩和政策（レーガノミックス、サッチャーリズム）を契機とした国際競争の激化に加え、1990年代以降、情報化社会が本格的に到来したことによって、経済のグローバル化が世界的に一気に加速することになった。それに伴って、市場と技術の動きは高速化し、企業はこの速く多様な変化に対応できる経営・生産体制を整えることを迫られるようになった。これは、国家に対しても、当事者が迅速で柔軟な対応を行うことができるような競争環境を整備し、同時に社会的公正さを確保できるシステムを構築するという課題を提起するものであった。かつての大量生産・大量消費の時代から多様性・不確定性の時代に移行するなかで、企業としても、国家としても、変化に迅速に対応できる柔軟で動態的なシステムを作ることが求められるようになった。

(b) 労働法の機能不全と修正

このような経済社会環境の大きな変化のなかで、旧来の労働法は機能不全に陥った。労働法が前提としていたモデルが溶解し、また市場と技術の動きが高速化するなかで、従来の定型的なモデルを前提とした集団的・画一的な保護・規制は、社会の多様で複雑な変化に十分に対応できないものとなっている。さらに、従来のケインズ主義的システム（その一環としての労働法や社会保障法）は、経済社会状況や人口構造の変化のなかで財政赤字の肥大化という問題をもたらしている。

各国はこのような危機に直面し、特に1980年代以降、旧来の労働法のあり方に修正を加える改革を進めている。例えば、①国家（法律）による画一的な保護・規制では多様化する社会の利益・実態に十分に適応できないため、労使の分権的な話し合いによって具体的な規制のあり方を定めることを許容・促進する「労働法の柔軟化」⁴、②集団としての労働者ではなく、多様化する労働者個人（市民）の視点からの保護・規制を図る「労働法の

⁴ 特に、労働時間規制の分野でその例が多くみられる。例えば、フランスでは、1982年のオールー改革以降、労働時間規制を中心に規制権限を国家から労使へ、さらには産業レベルの労使から企業レベルの労使へと移行させる柔軟化・分権化の動きが進められている。日本でも、例えば1987（昭和62）年労基法改正以降、労使協定や労使委員会の決議によって法律規制の例外を設定することを認める法改正が相次いでいる。

個別化」⁵、③国家による硬直的な労働市場規制を緩和し、民間事業の参入による労働市場機能の活性化を図ろうとする「労働市場の自由化」⁶などである。

このように、労働法は現在、旧来のシステムの危機を克服し、近年の大きな社会変化に適応するための変革の途上にあるといえる。

2 世界における新しい議論の潮流

このような労働法の変化・改革のなかで、その基盤にある新たな法理論として2つのものが提唱されている。1つはヨーロッパで提示されている「手続的規制」理論であり、もう1つはアメリカで主張されている「構造的アプローチ」である。これらの動きは、新たな労働法の展開に対し理論的な基盤を与えようとするだけでなく、労働者、企業、社会そして国家の関係を新たに問い直すものでもある。

⁵ 例えば、差別禁止法やプライバシー保護法の発展の動きが各国でみられる。アメリカでは、1960年代以降、労働組合や集团的労働法（Labor Law）の機能が相対的に低下するなか、これに代わって、人種、皮膚の色、宗教、性、出身国による雇用差別を包括的に禁止した1964年の公民権法第七編（Title VII）、1967年の雇用における年齢差別禁止法（ADEA）、1990年の障害をもつアメリカ人法（ADA）などの雇用差別禁止法を中心とする個別的雇用法（Employment Law）の発展がみられる。日本では、これに大きく遅れをとっているものの、1985（昭和60）年に制定されその後改正を重ねている男女雇用機会均等法や、労働者の人格権・プライバシーを保護する判例の展開・発展などがみられる。

⁶ 有料職業紹介事業や労働者派遣事業の適法化が、その例である。そもそも第1次大戦後の1919年にベルサイユ条約に基づいて創設された国際労働機関（ILO）は、「労働は商品ではない」との考え方に立ち、第1号勧告（1919年失業勧告）で営利職業紹介所の廃止（職業紹介の国家独占）を打ち出した。日本でも1921（大正10）年に制定された職業紹介法で、有料職業紹介事業の禁止が定められた（1947（昭和22）年職業安定法でもこの点は基本的に踏襲された）。しかし近年、有料職業紹介所廃止主義はもはや市場のニーズに応えられないとの認識が各国で広まり、1997年に民間雇用仲介業（民間職業紹介事業、労働者派遣事業など）を承認するILO181号条約が採択された。この国際的な動きに沿って、日本でも、1996（平成8）年・1999（平成11）年職業安定法改正により有料職業紹介事業が原則自由化されるといった動きなどがみられている。

(1) ヨーロッパの議論—「手続的規制」理論

「手続的規制」理論（あるいは「法の手続化（procéduralisation du droit）」理論）は、カトリックルーバン大学法哲学センターのジャン・ドゥ・マンクなどを中心とする研究グループによって1995年にEC委員会に提出された『ヨーロッパの社会的協議の未来』と題する報告書の総括報告「社会政策の手続化のために」⁷のなかで明らかにされたものである。同研究グループのメンバーであるパリ第10大学のアントワーン・リヨン＝カーンは、同報告書のなかで「労働法と手続化」という個別報告⁸を執筆し、この理論の労働法の領域でのあり方、留意点を具体的に明らかにしている⁹。この理論が提示された理由は、旧来の標準化された画一的な法規制では多様化・複雑化する社会実態を包摂できず、社会的な「理性」にそぐわない現象（既存の規制モデルでは制御できない事態）が多く顕在化しているという点にある。

(a) 「フォード・モデル」とその特徴

この理論によると、これまでの労働法・社会政策（「近代的」規制モデル）は、産業革命以降の工業化社会、特に20世紀の大量生産・大量消費社会の到来に大きな影響を与えた「フォードの生産モデル」を前提とし、これと密接に結びついた「フォード的規制モデル」を柱として生成・展開されたものであった。

フォードの生産モデルとは、20世紀前半にアメリカの自動車会社である

⁷ DE MUNCK (J.), LENOBLE (J.) ET MOLITOR (M.) (dir.), « Pour une procéduralisation de la politique sociale », in *L'avenir de la concertation sociale en Europe : Recherche menée pour la D.G.V de la Commission des Communautés Européennes*, t. I, Centre de philosophie du droit, Université Catholique de Louvain, 1995, pp.1 et s.

⁸ LYON-CAEN (A.), « Droit du travail et procéduralisation », in DE MUNCK (J.), LENOBLE (J.) ET MOLITOR (M.) (dir.), *L'avenir de la concertation sociale en Europe : Recherche menée pour la D.G.V de la Commission des Communautés Européennes*, t. II, Centre de philosophie du droit, Université Catholique de Louvain, 1995, pp.174 et s.

⁹ ロンドン・スクール・オブ・エコノミクス（LSE）のヒュー・コリンズは、イギリス労働法の文脈で、同様に「内省（reflexivity）」を重視した「手続的規制（procedural regulation）」の重要性を指摘している（H Collins, *Employment Law* (Clarendon Law Series, OUP, Oxford 2003) 28-33）。

フォード社で実践され、その後の大量生産・大量消費社会の到来に大きな影響を与えた生産・消費システムを理論化したものである¹⁰。その大きな特徴は、①階層的な組織の上部で標準化された規範が設定され（画一化された規範の設定）、それに従って下部の者が分業して大量生産を行う（構想と実行の分離）、②そこで働く労働者は、期間の定めのない労働契約により労働ポストに固定化され、法律や労働協約によって集団的に規定されることで標準化・画一化（「賃金労働者」化）されるとともに、大量生産された商品の大量消費を行う消費者としても標準化された存在となる（「労働者」の「消費者」化）という点にあった。本格的な産業革命の到来によって生じた工業化社会は、多かれ少なかれこのような特徴を内包したものであった。その基盤にあったのがフォード的生産モデルだったのである。

このような生産モデルを基盤とする工業化社会において、これを規制・保護するために生成・展開された社会的規制（労働法・社会政策）も、このフォード的生産モデルと共通の特徴をもつものとして成立した。工業化社会の到来を時代背景として1930年代以降本格的に形成されていった福祉国家は、当時の社会・経済を牽引する原動力であった賃金労働者層に対して国家が主体となって一律の社会的保護・規制を及ぼそうとするものであった。そこでの規制は、①中央集権的で階層化された組織の上部において規範（法律等）が作成・決定され、そこで作られた規範が一般の社会に機械的・演繹的に適用される、②社会的利益の代表者としてこの規範の形成に参画する当事者は労働者代表と使用者代表の2者に固定化され、平均的・標準的な国民である賃金労働者の満足を目的として政策決定がなされる、という2つの特徴をもつものであった。20世紀に本格的に展開された福祉国家による社会的規制モデルは、社会経済システムとしてのフォード的生産モデルを前提とし、それに大きな影響を受けながら生成されたという経緯を有しており、フォード的規制モデルといえる性格をもっていたのである。

¹⁰ AGRIETTA (M.), *Régulation et crises du capitalisme : L'expérience des Etats-Unis*, Paris, Calmann-Lévy, 1976, pp.91 et s.; BOYER (R.), *La Théorie de la régulation : Une analyse critique*, Paris, La Découverte, 1986, pp.48 et s., pp.86 et s.

このような特徴を内包する「フォード・モデル」は、20世紀前半から中盤にかけては安定的に機能し、特に第二次大戦後には先進工業諸国の経済成長を支える社会的・制度的基盤となりえた。しかし、前に述べたような1970年代以降の社会変化のなかで、このモデルは次第に機能不全を来たようになり、危機を迎えるに至っている。予測可能性・計画可能性のもとに形成された工業化社会が終焉し、画一的・固定的枠組みによる制御が不可能な不確定性・不可逆性の時代が到来するなかで、フォード・モデルは多くの領域でその有効性・正当性を失っているのである¹¹。

(b) 「フォード・モデル」に代わるモデル

そこで今日、このフォード・モデルに代わる規制モデルとして、いくつかのモデルが提唱されている。「新自由主義モデル」や「新社会民主主義モデル」などである。

新自由主義モデルは、フォード・モデルの危機をその硬直性の問題であると捉え、その解決策として、市場を活用することで柔軟性を高め状況の変化に対する順応性を高めていくことを主張する。このモデルについて、手続的規制理論の論者は、一定の効率性をもちうるモデルであることを認めつつも、なお「形式主義 (formalisme)」の性格を深く内包している点で大きな問題をはらんでいるとする。新自由主義モデルは、「市場の法則」という画一的で形式的な規範を普遍的に適用しようとしている点で近代的形式主義の性格を強く帯びたものであり、制度的な調整の視点を欠く点に大きな問題があるとされる。例えば、労働市場において、労働者の職業能力の蓄積、集团的協調の滋養、労働者の集团的アイデンティティ・職業倫理の確立を図るためには労働者を外部競争から守り企業内で制度的調整を行うことが重要であり、また、個人が労働市場で競争するために必要な能力・知識を修得するためにはこれを促す制度的・組織的調整（これに対する公的なサポート）が必要であって、これらの点を単純かつ純粋に外部市場や個人に委ねてしまうことはできないと批判されている。

これに対し、市場に頼るのではなく、国家による給付のあり方を根本的

¹¹ DE MUNCK (J.) ET LENOBLE (J.), « Droit négocié et procéduralisation », in GÉRARD (P.), OST (F.) ET VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *droit négocié, droit impose?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp.190 et s.

に見直し、国家によって形成された普遍的な「連帯」像を再構築しようという新社会民主主義モデルも提唱されている。例えば、その代表的な提案として、雇用されているか否かを問わずすべての市民に生活に必要な最低保障（失業手当、障害者手当、老齢年金に代わる普遍的生活保障手当の支給）を行い、あとは各人の自治と責任を重んじるという主張（いわゆる“basic income”論）がある。しかし、手続的規制理論の論者は、このモデルにも大きな限界があるとする。画一的に手当（金銭）を支給するという措置では、多様化している個々人の具体的な状況を把握・反映することができず、各個人を社会的に統合していく（社会的連帯を実現する）という機能も十分に果たしえないとされるのである。

このようにフォード・モデルに代わるモデルとして提唱されたモデルには、1つの共通した限界が浮かび上がる。それは、スタンダード化された規範（「効率的市場」や「社会的規範」）が問題状況の外でアブリオリに設定され、これが一律かつ自動的に適用される点（規範の外部性・画一性）である。この根本的な問題点のため、これらのモデルは現実が生じている複雑で多様な問題に十分に 대응するものとはなっていないのである。

（c） 新たな規制モデルとしての「手続的規制モデル」

この「規範の外部性・画一性」という根本的な問題点を克服し、社会の複雑性・不確実性への対応を可能とする新たなモデルとして提唱されているのが「手続的規制モデル」である。このモデルは、①経済的効率性や社会的正義といった一元的な理性ではなく、複数の理性・合理性があることを前提としつつ、これらを「内省（réflexivité）」を通じて調整・共存させようとする点で、より拡張された理性である「手続的理性（raison procédurale）」を基盤とするものであり、かつ、②この理性の実践の場として、従来のような固定化された当事者による閉鎖的な交渉（例えば労使による集団的な交渉）ではなく、問題にかかわるすべての当事者に開かれた交渉・対話を行うことを重視しており、この2つの点で従来の規制モデルとは大きく異なる特徴をもつものである。

まず、理性・合理性のあり方（①）について、手続的規制理論は次のように述べる。今日、社会の複雑性・不確実性が増大するなか、問題の認識のレベルで、単一の理性・手法（例えば経済的合理性や統計による実証主義的手法）によって複雑で多面的な問題を正確に把握することは困難とな

っており、また、問題の解決のレベルでも、画一的・硬直的な規範（例えば伝統的な労働法規制）では多様化する問題状況に対応できなくなっている。このような問題状況のなかでは、問題の認識と解決の双方の次元で複数の理性・合理性があることを前提としつつ、多面的・複眼的な視点から次に述べるような開かれた交渉が行われ、この交渉の場での「内省」を通じた議論・調整によって問題の認識および解決が図られることが重要であり、この「内省」が行われる「手続」自体に新たな理性が見出される。

この手続的理性の実践の場（②）として、同理論は、多様化・不確定化している状況・利益に対応しこれを調整・統合するためには、問題にかかわるすべての当事者に開かれた対話・交渉のなかで問題の認識・解決が図られることが必要であるとする。例えば、第1に、企業経営上の事項であっても環境問題など企業の外部に影響を与えるものであるときには、企業の外部の者にも開かれたものとする。第2に、交渉の内容の点でも、従来の伝統的な交渉事項（賃金、労働時間等）に限定せず、より広く多様な事項を交渉の対象とする。第3に、一旦交渉によって問題が解決されたとしても、そのルールを固定的なものとは捉えず、その適用上の問題やルールの変更もさらなる交渉の対象とする。手続的理性の実践の場は、このように空間的・内容的・時間的に開かれた交渉の場とされるべきである。このような交渉のなかで、当事者が多様な観点から問題解決のためのシナリオを出し合い、それらを突き合わせて議論を行い問題の解決策を析出していくことこそが、手続的理性に適う規制のあり方とされる。

以上のように、法の手続化理論の大きな意義・特徴は、実体的・抽象的な規範をアブリオリに設定することを避け、空間的・内容的・時間的に広く開かれた交渉において柔軟な議論（「内省」）が行われることによって問題の認識・解決が図られるというプロセス（「手続」）自体に「合理性」を見出している点にある¹²。

¹² 手続的規制理論は、手続的合理性（討論による規範形成）を重視する点ではハーバーマスの「コミュニケーション的行為の理論」と共通の性格をもつ。しかし、ハーバーマスが無制約的で支配から解放された理念的な状況（理想的発話状況）を想定した討議（Diskurs）によって自発的に達成された合意こそが「真の合意」であるとしているのに対し、その理想主義的性格および実際の合意達成の困難性を指摘・

(d)「手続的規制モデル」の具体的制度枠組み

この手続的規制モデルの具体的制度化に際しては、大きく 2 つの柱があるとされている¹³。

第 1 の柱は、手続的理性を制度化するための当事者への義務の設定である。この義務として、例えば、①関係当事者に広く情報を公開する義務、②開かれた交渉を行う義務、③問題の解決案のみならずその案がもたらす諸効果をも含めたシナリオを提示・説明する義務、④決定後もその決定の調査・評価を行う義務などが挙げられており、これらの義務が当事者に課されることによって手続化の制度的枠組みが形作られるものとされる。

第 2 の柱は、これらの義務の下で問題の認識・解決が図られることを援助・誘導するための制度的措置・資源の提供である。例えば、①問題の認識・解決に際し当事者によって合理的な手続が踏まれたか否かをチェックするための裁判所によるコントロール、②複雑化・多層化する問題を当事者が的確に認識し問題解決のシナリオを描けるようにするための専門家・専門機関によるサポート、③手続化の帰趨が当事者の財政能力に左右されないようにするための公的基金による財政的援助等が、手続的規制の円滑な実現のために必要な措置として挙げられている。

このように手続的規制モデルは、法的義務の設定と制度的サポートを 2 つの柱として形成・構築されるが、さらにそこで行われる「実体的」判断については、特に次の 2 点に注意しておく必要がある。

批判しつつ、法によって手続的合理性（論証的相互作用）を制度化し、制度的に制御・調整を図っていくことが重要であることを主張している点に、手続的規制理論の特徴がある（DE MUNCK (J.) ET LENOBLE (J.), « Droit négocié et procéduralisation », in GÉRARD (P.), OST (F.) ET VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *droit négocié, droit impose?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 185, pp.192 et s.)。

¹³ DE MUNCK (J.), LENOBLE (J.) ET MOLITOR (M.) (dir.), « Pour une proceduralisation de la politique sociale », in *L'avenir de la concertation sociale en Europe : Recherche menée pour la D.G.V de la Commission des Communautés Européennes*, t. I, Centre de philosophie du droit, Université Catholique de Louvain, 1995, pp.47 et s.; DE MUNCK (J.) ET LENOBLE (J.), « Droit négocié et procéduralisation », in GÉRARD (P.), OST (F.) ET VAN DE KERCHOVE (M.) (dir.), *droit négocié, droit impose?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 185, pp.195 et s.

第 1 に、国家の役割はこのような手続の枠組みを設定することに止まらない。国家はなお法律によって基本目的・原則を定める役割を担い、当事者がこれらの目的・原則を遵守・尊重する形で具体的な交渉を行っていくことが重要である。もっとも、ここで定められる目的・原則は画一的・硬直的なものではなく、「通常の家族生活を送る権利は保障されなければならない」といったように柔軟に解釈されうる一般的な規定でなければならない。その具体的解釈（例えば何が「通常の家族生活」にあたるのか）は多様な文脈・状況に応じた各当事者の柔軟な交渉・判断に委ねられるべきであるとの指摘がある¹⁴。

第 2 に、当事者は、その判断において、法律上の基本目的・原則とともに、平等権などの基本的人権を尊重しなければならない。もっとも、この基本的人権の内容（例えば何をもって「平等」と考えるか）も実体的に画一的に確定されるものではなく、多様な状況に応じた当事者の文脈の解釈に委ねられるべきものと解されている¹⁵。このように「解釈の手続化」が進められるなかで、裁判所の役割も、法・権利の内容を実体的に画定することから、当事者が法の目的や基本的人権を尊重しつつ十分な議論を行ったかをチェックする方向へと変化していくべきであるとされる¹⁶。

(2) アメリカの議論—「構造的アプローチ」

もうひとつの新たな法理論は、アメリカのスーザン・スターン（コロ

¹⁴ LYON-CAEN (A.), « Droit du travail et procéduralisation », in DE MUNCK (J.), LENOBLE (J.) et MOLITOR (M.) (dir.), *L'avenir de la concertation sociale en Europe : Recherche menée pour la D.G.V de la Commission des Communautés Européennes*, t. II, Centre de philosophie du droit, Université Catholique de Louvain, 1995, pp.180 et s.

¹⁵ LYON-CAEN (A.), « Droit du travail et procéduralisation », in DE MUNCK (J.), LENOBLE (J.) et MOLITOR (M.) (dir.), *L'avenir de la concertation sociale en Europe : Recherche menée pour la D.G.V de la Commission des Communautés Européennes*, t. II, Centre de philosophie du droit, Université Catholique de Louvain, 1995, pp.174 et s.

¹⁶ DE MUNCK (J.), LENOBLE (J.) ET MOLITOR (M.) (dir.), « Pour une proceduralisation de la politique sociale », in *L'avenir de la concertation sociale en Europe : Recherche menée pour la D.G.V de la Commission des Communautés Européennes*, t. I, Centre de philosophie du droit, Université Catholique de Louvain, 1995, pp.55 et s.

ピア大学)が主張する「構造的アプローチ(Structural Approach)」である^{17 18}。このアプローチが提案された理由は、問題の複雑化・潜在化が進むなか、旧来のルール強制的アプローチでは問題の根本的な解決が得られない事態を招いており、当事者にとってもコストの高い状態が続いてしまうという点にある。

(a) 従来型のアプローチ

構造的アプローチが主張される背景には、問題状況の複雑化・深化という社会状況とそれに対する従来の法的アプローチの機能不全という問題が存在していた。例えば、雇用上の男女差別の存在に対して、それまで政府は、①性別を理由とした差別の禁止（直接差別の禁止）、②差別的インパクト法理（間接差別の禁止）の形成・確立、および、③アファーマティブ・アクションの命令・実施といった施策を講じてきた。しかしこれらの法政策によっても、男女間の雇用差別が解消されるには至っていない。それどころかむしろ、これらの従来型の法政策は雇用の現場で生じている複雑で入り組んだ男女差別の実態に十分に対応できておらず、機能不全を来している。今日の雇用差別は、従来のように意図的で明白な排除・分離という形で現れるのではなく、企業内部の組織的・文化的要素と密接に結びつきながら複数の主体が相互に関わり合いつつ組織的・無意識的に積み重ねられて生じることが多い¹⁹。このような複雑で入り組んだ「第2世代

雇用差別」を、従来の法原則で解消することは難しい。問題状況の外で画定された特定のルールを一方向的に適用・強制するという従来型の法的アプローチ（ルール強制アプローチ）では、今日の複雑な構造をもつ差別が適法か違法かを判断することが難しいだけでなく、使用者がルールを潜り抜けようとする表面的な対応を促す（例えば数値目標を達成するための数合わせの対応だけで終わる）ことにもつながり、企業の組織や文化にも関わる複雑な問題を根本から解決していくことができないからである。

この従来型のアプローチに内在する問題点を克服し、現代の複雑化する問題を根本的に解消していくための新たなアプローチとして提唱されているのが、構造的アプローチである。

(b) 新たなアプローチとしての「構造的アプローチ」

構造的アプローチについて、スターンは次のように述べている。

「この10年の間に、おもしろくて複雑な規制パターンが出現した。さまざまな主体たち—公的、私的、非政府的な主体たち—が、活発にかつ相互に連携しながら、セクシュアル・ハラスメント、グラス・シーリングなどの第2世代問題に向けたシステムを発展させている。この制度的な主体たちは、(…) 偏見をなくそうとする努力と、複雑な職場関係に取り組む制度的な能力を高めようとするより一般的なチャレンジとを結びつけて、この問題に取り組んでいる。」²⁰

¹⁷ Sturm (S.), *Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach*, 101 COL. L. REV. 458-568 (2001).

¹⁸ ニューヨーク大学のシンシア・エストランドは、労働法と雇用法とを融合する新たな法システムとして、外部の独立した第三者によるモニタリングと従業員の自由な発言の保障を組み込んだ「モニターされた自己規制 (monitored self-regulation)」システムを構築する必要性を主張している (C. Estlund, *Rebuilding The Law of The Workplace in an Era of Self-Regulation*, 105 COL. L. REV. 319-404 (2005)). 第三者による評価・監視や従業員とのコミュニケーションを取り込んだ自発的な問題解決システムを構築しようとしている点で、エストランドの提案はスターンの主張と軌を一にするものといえる。

¹⁹ スターン論文では、大きな弁護士事務所の例があげられている。その事務所の弁護士の約半数は女性で占められているが、女性の多くはシニア・アソシエイトやジュニア・パートナーのレベルで急に辞めていく。事務所のシニア・マネジメントは

ほとんどすべて男性で占められている。税務、企業合併・買収といったセクションにおける女性比率は極めて低い。この事務所の弁護士は時間に関係なく働き、大きく複雑な案件では共同で作業することも多い。多くの弁護士にとって、事務所は仕事の上でも社会的にも1つのコミュニティとなっている。人事に関する決定は主観的・裁量的になされており、その妥当性や公正さを評価するシステムはほとんどない。昇進は、事件の割当て、訓練の受講、重要な顧客の担当といった状況を勘案したインフォーマルな決定によって行われる。新人弁護士の指導を行うことも重要な昇進の基準であるため、人間関係と仕事の関係との区別があいまいになっている。このような状況で起こっている事態（採用段階では女性も同数程度雇われているが、その昇進や定着率に大きな男女差があり、そのことを女性が問題にしていること）が、「第2世代雇用差別」の一例とされている (Sturm (S.), *Second Generation Employment Discrimination : A Structural Approach*, 101 COL. L. REV. 469-470 (2001)).

²⁰ Sturm (S.), *Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach*, 101

「この第2世代規制アプローチの動機は、構造主義（structuralism）にある。このアプローチは、それぞれに固有の文脈のなかで一般的な規範を作り出していく制度やプロセスの発展を促そうとするものである。そこでは、「適法性」は、情報収集、問題発見・認識、改善・矯正、そして評価という相互作用的なプロセスから生まれ出てくる。この規制は、観察・発見された問題に対して、既存の概念的、職業的、組織的な境界線を越えてダイナミックに相互に作用しあうことを促すものである。（…）職場や、職場慣行に影響を与える非政府組織は、この規制体制のなかでは、単に国家や市場の規制の対象としてでなく、法を作り出す主体として取り扱われるのである。」²¹

このなかには2つの重要なポイントが隠されている。1つは、法律や裁判所が定める明確な実体的ルールではなく、現場で生じている具体的な問題を解決していくための「手続」を重視している点である。特にここでは、①関連する情報の収集・共有、②問題の発見・認識、③問題の実効的解決のためのシステムの構築、④問題解決の実践、⑤その評価・問題の再発見といったプロセスが実効的（かつ循環的）に機能していることが重視されている。そして、その手続のなかで、関係当事者がそれぞれの文脈に応じて主体的に法を作り出していくものとされている。もう1つのポイントは、複数の主体が相互に連携しあいながら既存の枠組みを越えて問題を根本的に解決していく点にある。スターンは、この問題解決にかかわる主体として、特に裁判所、職場およびその両者をつなぐ仲介者の三者をあげ、これらの主体の相互作用によって問題を根本的に解決していくことが重要であるとしている。

（c） 具体的な動き

（i） 裁判所の役割—自主的な問題解決プロセスの重視

このなかで裁判所（法）が担う役割は、当事者たちが自主的に問題解決を図ることを促す枠組みを作っていくことである。判例のなかには、すでにこのような方向に進む潜在的な可能性を示すものもみられている。スタ

C_{OL.} L. R_{EV.} 462 (2001).

²¹ Sturm (S.), Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach, 101 C_{OL.} L. R_{EV.} 463 (2001).

ーンは、判例の動きを参考にしつつ、構造的アプローチの法的枠組みを形成するにあたっては、ある明確な指標・基準によるのではなく当該問題状況の文脈に応じたアプローチをとること²²、および、職場内で問題を発見・認識しそれを実効的に解決していくプロセスの形成を促すアプローチをとること²³が重要であるとしている。具体的には、①法違反を「ある条件または問題」として定義すること、②ある行為の適法性・違法性を決定するプロセスにおいて文脈を重視すること、③問題の予防・是正措置をとることによって使用者が免責されるというアプローチをとり職場内での制度的改革を促すこと、④内部手続の実効性を評価・判断することによって説明責任の遂行を促すこと、の4点が挙げられている。このような法的枠組みをとることによって、職場内で自主的に問題の解決や予防が図られることが期待されている。

（ii） 職場の取り組み—構造的な問題解決の手法とそれによって得られた成果

構造的な問題解決の手法をとって具体的な成果をあげている企業もすでにみられている。スターンがその代表的な例として挙げているのが、アメリカを代表する会計・税務・経営コンサルティング会社の1つであるデロイト・アンド・トゥーシュ社である。

同社ではまず、定着率や昇進の点で男女間に差異が存在していることが、優秀な人材を確保し効率的に企業競争をしていくことの障害となっていたことが認識された。そこでこの問題を克服するために、CEO（最高経営責任者）自身が議長となる「女性の定着と昇進に関するタスク・フォース」が結成され、そこで過去3年間の人事記録の分析や委託NPOによる退職女性40名へのインタビューなど情報の収集・分析作業が行われた。その結

²² 敵対的環境型セクシュアル・ハラスメントが成立するか否かが争点とされた1993年の連邦最高裁Harris事件判決（Harris v. Forklift Sys., Inc., 510 U.S. 17 (1993)）参照。

²³ 企業内での敵対的環境型セクシュアル・ハラスメントについて使用者が責任を問われるかが争点とされた1998年の連邦最高裁Ellerth事件判決（Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, 524 U.S. 742 (1998)）、同Faragher事件判決（Faragher v. City of Boca Raton, 524 U.S. 775 (1998)）参照。

果、①ステレオタイプに基づく男性支配的企業文化が特に企業の上層部において存在していた、②指導、コーチ、カウンセリング、ネットワーク作りという昇進のためのシステムが男性には機能していたが女性には機能していなかった、③会社全体においてワーク・ライフ・バランスが欠如していた、という3点が女性の定着・昇進の障害要因となっていることが明らかになった。これを受けて、タスク・フォースの議長であるCEOは、改革の指針となる「女性の定着と昇進のためのイニシアチヴ」を策定し発表した。このイニシアチヴに基づき、同社では、職務割当てプロセスの明確化、柔軟な労働編成の促進、責任体制の確立（改革推進の責任を各オフィスに分権化）などの諸改革を、企業内外とのコミュニケーションを図りながら柔軟に推進していった。その結果、同社では、女性の昇進や定着率が大きく増加し（例えば1993年に88人であった女性パートナーの数が1999年には246人になった）、同時に男性の定着率も上昇するという具体的な成果が得られた。

同社をはじめとする先進的な事例に共通する特徴として、スターンは次の点をあげる。①問題志向性—特定の企業文化に関して全体的な視野から問題を捉えている、②機能的統合性—相互に関連する複数の領域に取り組むために複数のプロセスをリンクさせている、③データ収集・分析—失敗や成功のパターンを示す情報を分析していくことによって新たな決定を行っている、④説明責任—プロセスと結果の実効性を測り説明責任を果たすシステムを作りあげている、の4点である。特にスターンは、このプロセスの長期的発展のためには、情報をひろく収集・分析するとともに、実効性ある問題解決のために説明責任を果たす体制を構築することが重要であるとしている。

（iii）仲介者の役割—法と職場の間を橋渡しする専門家の存在

構造的アプローチでは、職場内部で自主的に形成されていく問題解決プロセスとこれを促していく一般的な法規範とが相互にダイナミックに作用しあうことが重要である。単に企業の自主的な取り組みに委ねるだけでは、改革に向けたインセンティブが十分にはたらかず公的な規範意識が欠落することになりかねない。逆に法的な義務づけだけで、企業が自主的に対応をとるに至らなければ、それぞれの企業の多様で複雑な問題状況に応じた文脈的な対応・改革を進めていくことができないからである。そこで

この法規範と企業実務とを橋渡しし、情報の提供・流通、問題の発見・分析、そして問題解決のサポートをする専門的な仲介者の存在が重要になる。このような役割を担いうる存在として、人事労務管理コンサルタント、産業心理コンサルタント、弁護士、非営利調査・研究団体（Catalyst, CGO など）、労働組合・従業員組織、保険会社などが挙げられている。

これらの非政府組織や職業的ネットワークが担う役割は、①組織のなかに実効的で説明責任を果たしうるシステムを機能させていくために必要な能力と母体を構築すること、②事例の情報をひろく収集しそれを批判的に評価していくこと、③実効的な規範を作り出していくこと、そして、④この前向きで内省的な調査・研究を支える事例のコミュニティを構築していくことにある。

（d）構造的アプローチを推進するための施策

以上のように、構造的アプローチはすでに判例や企業実務のなかにその萌芽をみることができるが、同時にこれに反する動きもみられており、いまわれわれはそのどちらに歩みを進めていくのかを決する重要な分岐点にいる。スターンは、このような認識に立ち、この構造的アプローチを推進し定着させていくためにはさらに次のような取り組みを行っていくことが重要であるとしている。

第1に、職場において実効的な問題解決のプロセスを構築することによって使用者が法的責任を免れる可能性があること（あるいは十分な取組みをしていない使用者に法的サンクションを課すこと）を裁判所が法原則として明示し、使用者に実効的な問題解決のためのインセンティブを与えることである。言い換えると、使用者はこのような問題解決プロセスの構築・継続的实践に取り組むことによって、訴訟コストや法的サンクションを避けることができるとともに、問題の解決・予防による労働者の満足・生産性の向上を得ることができるというインセンティブ構造を作りあげることである。

第2に、弁護士や人事労務管理コンサルタントなどの専門的機関が構造的な問題解決の先進的な事例の収集・分析を行い、企業の実効的な取り組みをサポートする情報ネットワークを形成していくことである。また、新たな構造的アプローチを実践・普及させていくための専門的な教育訓練（人的なインフラの整備）も必要である。

第3に、法と企業の間に入る仲介者が、情報を共有し、実効的に機能し、第三者にその仕事を評価させ、自らが仲介的役割を担うコミュニティで情報ネットワークを形成・発展させていくことが促されるように、政府がこれを支援・推進することである。

以上のような法的・制度的なインフラの整備を進めていくことによって、複雑・多様化した今日の問題を構造的に解決していくための社会的基盤が形作られることになる²⁴。

(3) これらの理論の特徴と可能性

これらの理論は、ヨーロッパ、そしてアメリカで、それぞれ労働法の（さらには法一般にも共通する）新たな規制モデル（アプローチ）を提示するために提唱されたものである。そして実際に、近年の各国の労働法改革のなかには、これらの議論に沿った方向で進められているものが多くみられる²⁵。

これらの2つの理論を鳥瞰してみると、そこにはいくつかの重要な共通点があることがわかる。第1に、社会の多様化・複雑化という社会変化に対応するための新たなアプローチである点、第2に、実体よりも手続を重視し、その手続において集団的で外部に開かれたプロセスを重視している点、第3に、そのプロセスの公正さを法（裁判所）が事後的にチェックするシステムとされている点である。言い換えれば、この2つの法理論は、労働者と企業、社会そして国家が、問題の発見・解決・審査のプロセスのなかで相互に有機的に作用しあいながら、多様化・複雑化する問題を内発的・文脈的に解決していくことを促そうとするアプローチであるということができる。

²⁴ 職場における雇用差別問題は、このようなアプローチ—複雑性と変化の世界においてダイナミックに問題解決を図っていくための「構造的アプローチ」—の発展がみられる1つの例となる領域にすぎず、このほかにも学校改革、環境規制、労働改革、労働安全衛生、薬物規制、医療保障、国際労働基準などさまざまな領域で同様のアプローチの発展がみられている（Sturm (S.), Second Generation Employment Discrimination: A Structural Approach, 101 C_{OL.} L. REV. 568 (2001)）。

²⁵ フランス、ドイツ、イギリス、アメリカの近年の労働法改革のあり方については、水町勇一郎編『個人か集団か？ 変わる労働と法』109頁以下〔奥田香子、橋本陽子、神吉知郁子、長谷川珠子執筆〕（勁草書房、2006）参照。

同時に、この2つの潮流の間には1つの大きな相違点がある。それはその基盤にある思考の違いである。ヨーロッパで提唱されている手続的規制理論の基盤は、問題解決のための拠り所となる「理性」をいかなるものと捉え、その実践の場でいかなるものを主体（参加者）とすべきかという哲学的・政治学的思考にあった。これに対し、アメリカで提案されている構造的アプローチは、いかにして紛争の発生・解決に伴うコスト（訴訟費用等を含む）を抑制するか、いかにして労働者のモラルを高め（不満をなくし）労働者や企業の利益を高めていくかという経済学的・人的資源管理的思考に、その理論的基盤をもっている。

この2つの理論・思考は、相互に排他的なものではなく、むしろ両者を相互補完的に融合させながら1つのモデルを構築することが可能なものであるといえる。これらを融合させた新たな法システムのモデルを端的に言えば、社会的に「公正」で経済的に「効率的」な社会を当事者の「参加（集団的なコミュニケーション）」によって実現しようとするものといえることができる。

3 日本の労働法の課題と改革の理念

(1) 日本の労働法の特徴と課題

これらの新しい理論潮流に照らして、日本の現在の労働法のあり方²⁶をみてみると、次の2つのことがいえる。

第1に、欧米諸国と同様に（あるいはより深刻な形で）、法律規制の複雑化・マニュアル化が生じ、その弊害が生じていることである。例えば、男女雇用機会均等法や労働者派遣法で典型的にみられるように、法律規定やそれに基づく指針・通達の内容が複雑化・マニュアル化しているなかで、複雑な法と多様な実態の間に乖離が生まれ、また、企業が法的責任を免れるためのマニュアルの対応に終始するという責任回避的行動もみられている。この点で特に注意すべきなのは、日本の労働立法の多くが行政取締法規という性格をもっている点である。裁判法規としての性格を有している欧米の労働法規とは異なり、日本の労働立法の多くは、国（行政）が指

²⁶ 日本の労働法の特徴と変化については、水町勇一郎・上村俊一「日本法」水町勇一郎編『個人か集団か？ 変わる労働と法』197頁以下（勁草書房、2006）など参照。

導や監督を行う根拠としての性格を有しており²⁷、行政が広く日本全体において公平に指導・監督を行うために基準として、詳細な指針や行政通達を定めることが一般化している。この労働立法の行政取締法規という性格ゆえに、法律規制の複雑化・マニュアル化（それに伴う法と実態の乖離および企業の表面的・責任回避的行動）は日本においてより深刻な形で生じているといえる。そのため、当面の問題に対処するために法律規制を施したとしても、問題の本質的な部分は一向に改善されず、実態が複雑かつ多様に変化するなかで、問題状況がより深刻化するという事態も生じている²⁸。これらの点は、ヨーロッパやアメリカの新しい議論のなかで指摘されていた従来型の規制モデルの問題点が、日本においてより深刻な形で生じているものといえる。

第2に、欧米諸国と異なる点として、日本では企業別に労働組合・労使関係が形成されており、企業の現場で分権的なコミュニケーションを行う基盤が既に準備されている点があげられる。これは特に、産業レベルや職業レベルといった企業を超えた集権的なレベルで労働組合・労使関係が組織されてきたがゆえに、社会の多様化・複雑化のなかで労使交渉の分権化を進めようと努力しているヨーロッパ諸国とは対照的な点である。この点で、日本の労働組合・労使関係は、社会の多様化・複雑化に対応しうる分権的な基盤をすでに有しているともいえる。しかし、この日本の分権的なコミュニケーションの基盤（いわゆる「企業共同体」）は、日本特有の間

題点も内包している。それは、①その閉鎖性ゆえにパートタイム労働者、派遣・請負労働者や管理職などが外部者として排除される傾向にあり、また、②その不透明性（風通しの悪さ）ゆえにその中心に位置する正社員（内部者）も共同体の論理によって抑圧されやすい（典型的には働きすぎで過労死や過労自殺に至る）といった弊害が生じている点である²⁹。また、日本の労働組合は主として大企業において組織されており、小規模の企業・事業場には労働組合を介した集団的コミュニケーションの場がないという特徴もある³⁰。

（2）労働法改革の基本理念—「公正」「効率」「参加」

労働法学における新たな法理論（2）、および、日本の労働法に内在する特徴・課題（1）に鑑みると、日本の労働法改革の柱として次の基本理念を掲げることができよう。それは、「社会的に『公正』で経済的に『効率』的な社会を当事者の『参加』（集団的なコミュニケーション）によって実現する」ことである。

ここでは、特に注意すべき点が2点ある。

第1に、これまでの日本の共同体的コミュニケーションに内包されていた問題（閉鎖性・不透明性）を克服するために、多様な意見を吸収・反映できる「開放的」で「透明」なコミュニケーションの基盤作りを促していくことである。

第2に、日本の労働法規のあり方として、これまでの「行政」規範（事前の画一的な規制）という性格を「裁判」規範（事後的で柔軟な規制）に改めていき、当事者の主体的な取組みを重視した「手続」的な法へとシフ

²⁷ 例えば、刑事制裁を別にすれば、労働安全衛生法、男女雇用機会均等法、パートタイム労働法、職業安定法、労働者派遣法、雇用対策法、高年齢者雇用安定法など多くの立法は、行政の指導・監督による法の実現を想定したものである。労働基準法も、裁判規範性（労基法13条、117条以下参照）とともに、行政取締法規との性格（97条以下参照）を有している。これに対し、2008〔平成20〕年に制定された労働契約法は、純粋に私法上の権利義務関係を定めた立法であり、今後の労働法改革の1つの起点となりうるものとして注目される。

²⁸ 例えば、1993〔平成5〕年に制定され、2007〔平成19〕に改正（2008年4月施行）されたパートタイム労働法は、通常の労働者と短時間労働者との均衡処遇（旧8条に基づく指針、現行9条）や差別的取扱いの禁止（現行8条）を定めているが、短時間労働者の処遇の改善は十分に進まないまま社会的に格差問題が顕在化・深刻化する事態に至っている。

²⁹ CORIAT (B.), *Penser à l'envers: Travail et Organisation dans l'Entreprise japonaise*, Paris, Chriatian Bourgois, 1991, pp.104 et s.; 村上淳一『＜法＞の歴史』181頁以下（東京大学出版会、1997）、井上達夫『現代の貧困』160頁以下（岩波書店、2001）、水町勇一郎『労働社会の変容と再生』276頁以下（有斐閣、2001）など参照。

³⁰ 厚生労働省『平成20年労働組合基礎調査』によると、労働組合組織率（推定）は、従業員数1000人以上の企業では45.3%であるのに対し、100～999人の企業では13.9%、99人以下の企業では1.1%となっている。なお、佐藤博樹「未組織企業における労使関係」労働研究雑誌416号27頁（1994）によると、労働組合が組織されていない企業規模100～299人の事業所のうち36.8%の事業所には労使協議機関が組織されているとされる。

トさせていくことである。

当事者の主体的な取組み（それを支える開放的で透明なコミュニケーション）を尊重することによって公正で効率的な社会を形作っていくことが、労働法改革の基本理念である。

Ⅱ 新たな労働法のグランドデザイン—5つの分野の改革の提言

ここでは、Ⅰで述べた歴史的・理論的な問題認識および労働法改革の基本理念に立脚し、日本の労働法改革のグランドデザインを理論的に一貫性のある形で提示することを試みる。

その具体的な提言（改革案）は、労使関係法制（１）、労働契約法制（２）、労働時間法制（３）、雇用差別禁止法制（４）、労働市場法制（５）の５つの分野にわたる。それぞれの改革の主なポイントは、①労働者代表制を法律上制度化し、開放的で透明な労使コミュニケーションの基盤を作る、②労働契約法や労働審判制度のなかにも集団的コミュニケーションの視点を取り込み、当事者による問題発見・解決・予防のサイクルを作り出す、③長時間労働問題（健康確保）への実効的な施策を講じつつ、労働実態の多様化に適応できるように法制度の整理・再編を行う、④包括的な雇用差別禁止法を制定し、各人がその能力や状況に応じて就労できる法的基盤を整える、⑤雇用の実態と法の趣旨に応じた的確な規制を講じつつ、雇用形態（契約形式）に対して中立的な法制度設計とし労働市場全体のバランスを整えることにある。

１ 労使関係法制

５つの分野のうち、改革提案の最も基本的な部分にあたるのが、当事者のコミュニケーションの基盤を構成する労使関係法制である。その改革のポイントは、第１に、多様な労働者の意見を反映できる分権的なコミュニケーションの基盤を構築すること、第２に、地域や産業の特性を反映できる企業横断的な労使交渉システムの基盤を整備することにある。

（１）改革の背景・理由

ここで提案する労使関係法制改革の背景・理由は大きく２点ある。

第１に、従来の労働法や労使関係が想定してこなかった社会の多様化・

複雑化（それに伴う労働者の利益状況の多様化）（Ⅰ １参照）に対応した分権的な労使コミュニケーションの基盤（Ⅰ ２参照）を作り出すことである。労使コミュニケーションの基盤としては、すでに企業レベルを中心に労働組合が組織化されている。しかし労働組合は、利益状況が似ている労働者が結集して自分たちの利益を守るという「利益の同質性」を前提とした組織との性格を強くもっている。ここでは、この労働組合に加えて、「多様な利益」を調整する制度としての労働者代表制を創設すること（労働者代表法の制定とそれに沿った労基法等の改正）を提言する³¹。

第２に、これまで日本の労使関係においては企業レベルでの労使交渉が中心であったが、競争がグローバル化するなかで、企業の枠組みを超えた地域や産業レベルでの労働政策の決定や競争ルールの設定をする必要性も高まっている。このような政策決定やルール設定の場に労使の声が反映され、当事者のニーズや実態に対応しうる柔軟な公的空間が作られること

³¹ 労働組合には自治が認められており、その目的や形態は多様なものでありうる。日本では、戦後すぐから職員と工員を包摂するものとして労働組合が形成・発展し、現在では従来は組織対象外とされることが多かったパートタイム労働者を組織化する動きがみられるなど、労働組合が多様な利益を代表する組織として機能するという側面を有している。この点を考慮すると、労働組合に多様な利益を調整する機能をも担わせるという選択肢もありうる（労働組合の権利・機能を重視し労働者代表（従業員代表）の法制化に消極的な見解を述べる論者として、大内伸哉『労働者代表法制に関する研究』（有斐閣、2007）がある）。しかし実際には、中小企業を中心に労働組合が組織化されていない企業・事業場が圧倒的に多く、また労働組合のある企業・事業場でもパートタイム労働者等の非正社員が組織対象とされていないことは多い（厚生労働省『平成20年労働組合基礎調査』によると労働者全体の労働組合組織率〔推定〕は18.1%であるのに対し、パートタイム労働者の組織率〔推定〕は5.0%である）。このような現状からすると、中小の企業・事業場も含め、多様な労働者の利益を代表する制度として労働者代表制を創設することが適当と考えられよう（鶴光太郎「日本の労働市場制度改革」鶴光太郎ほか編『労働市場制度改革—日本の働き方をいかに変えるか』39頁以下（日本評論社、2009）も同じ趣旨の提言をしている）。もともと、労働者代表制が労働組合の機能や意義を弱めることなく、むしろ両者が労働者の利益を代表するシステムとして相互補完的・相乗的に機能するよう労働者代表制の役割・権限を設定することが制度設計上重要になる（（2）（b）参照）。

も求められる。このような多様なニーズに応えるため、企業レベルの労使交渉を超えて、地域や産業レベルで各地域・産業の特性や実態を反映できる労使交渉システムの基盤を整備することが重要な課題になる。

（2）多様な労働者を代表する組織（労働者代表）の法制化と労使対話の促進

多様な労働者の利益を調整し代表するシステムとして、各事業場において労働者代表を選出する制度（労働者代表制）を創設することが考えられる。

（a）組織

労働者代表を構成する委員（労働者代表委員）の選出方法としては、事業場の規模ごとに委員の人数を定め、比例代表選挙によって多様な労働者が選出される制度とすることが考えられる³²。なお、企業全体に共通する問題など議論する事項によっては、各事業場で分散して議論するより企業レベルで統一して議論することが適当と考えられる場合もある。この場合には、事業場レベルで選出された労働者代表を基本としつつ、使用者と労働者代表の合意に基づいて、企業レベルで統一して協議等を行うことも可能とすることが考えられよう。

選出された労働者代表委員が安心して自由な立場から発言・活動することを保障するために、代表委員の身分保障（解雇等の不利益取扱いの禁止）や、代表委員としての活動に必要な一定時間は有給での活動を保障すること（活動時間の保障）を法律上定めることも必要である。その費用は原則

として使用者が負担するものとする。

ここでは、労働者代表制の対象となる労働者を、当該企業に雇用されている従業員だけでなく、当該事業場で就労する、他企業に雇用されている労働者（派遣労働者、請負労働者等）にも広げるべきである。派遣労働者や請負労働者など外部企業に雇用されている労働者であっても、同じ「事業場」で就労する場合には、直接雇用されている労働者（従業員）と利害の密接な関連性をもつ（例えば派遣労働者の賃金が低いと直接雇用労働者の雇用が脅かされるおそれがある）ことを考えると、これらの労働者にも従業員と同様に参加する資格（選挙権・被選挙権）を認めるべきである³³。この点は、雇用差別禁止法制（4）および労働市場法制（5）の提言とも密接にかかわってくる。

労働者代表内での意見調整・意思決定のルールは、選出された代表委員が議論し決定することが考えられよう。具体的な決定ルールとしては、全会一致、過半数、特別多数決、決定事項によるこれらの複合など、多様なものがありうる。それぞれの労働者代表において、これらのうちどの方法をとるかを議論し決定することが必要になる³⁴。かりに過半数方式による場合にも、多様な利益を相互に調整するという要請からは少数者の意見を尊重することが法的に求められる。

（b）権限

労働者代表がもつ権限は、労働契約の内容の決定・変更に関する事項と労働基準法や雇用差別禁止法などの法律規定に関する事項の2つに分けて考えられる。

³² 労働組合が労働者の過半数を組織している場合には、労働組合（過半数組合）を労働者代表とするという制度的選択肢もありうる（毛塚勝利「わが国における従業員代表法制の課題」日本労働法学会誌79号129頁以下（1992）、濱口桂一郎「労働者参加に向けた法政策の検討」連合総合政策開発研究所『労使コミュニケーションの新地平—日本における労働者参加の現状と可能性』119頁以下（2007）など）。この場合には、過半数組合に非組合員の意見を聴取する義務を課す、非組合員の利益を公正に代表する義務を課す等の方策を講じることが考えられる。しかし、これらの方策によって労働者の多様な利益の調整が実効的に行われるかは疑問である。むしろ、ヨーロッパの例のように、多様な労働者を代表する委員が選挙によって比例的に選出されそれらの者が直接議論する方法の方が、多様な利益の相互調整を実効的に行うには適当であると考えられる。

³³ 例えばドイツでは派遣労働者等についても事業所委員会への参加権が認められている。なお、当該企業・事業場で長期間働くことを予定していない労働者に参加権を認めることの問題点も指摘されうるが、これは他企業から派遣される労働者だけでなく、当該企業に直接雇用されている有期契約労働者にも共通する問題である。この点については、就労予定期間が一定期間未満の労働者には選挙権のみを認めるという方法で対処することが考えられよう。

³⁴ この点で意見がまとまらなかった場合には、さしあたり過半数方式をとることが考えられよう。ドイツの事業所委員会やフランスの従業員代表では、比例代表選挙により多様な委員が選出されることを制度的前提として、代表組織内での意見調整においては過半数方式がとられている。

第1に、労働契約の内容の決定・変更に関しては、自発的結社である労働組合に憲法上団体交渉権が保障されており（憲法28条）、これを侵害しないような権限の設定が必要になる。そのため、この領域における労働者代表の権限は、使用者による労働者代表への「情報提供」義務と「協議」義務にとどめるべきである。ここでの情報提供と協議の内容（その公正さ）は、労働契約法理における「合理性」や「権利濫用性」判断の重要な要素となる³⁵。

第2に、労働基準法などの規制立法や、健康確保や雇用差別解消などを目的とした政策立法（3、4、5）との関係では、これまでの過半数代表との労使協定や労使委員会の決議に代わり、使用者と労働者代表との「合意」（協定の締結・届出）を要件とし、規制の例外創出や政策的インセンティブの付与という効果を発生させることが考えられる³⁶。

（c）留意点

この労働者代表を制度化するにあたり、さらに次の2点が重要な課題となる（I 2 (1) (d)・(2) (d)参照）。

第1に、使用者と労働者代表との公正な話し合いを促すために両当事者に一定の義務を設定することである。例えば、両者に情報提供義務、誠実協議・交渉義務を課すとともに、話し合いの公正さをチェックできるよう話し合いの内容（議事要旨）を公開する義務を課すことが考えられよう。

第2に、労働組合のない事業場でも労働者代表制が実効的に機能するように、代表の選出・組織化および使用者との協議・交渉のために必要な情

報を提供するインフラを整備することである。行政（労働局、都道府県等）、労使団体（地域の労働組合、商工会議所等）、NPO等のネットワークを生かしながら、当事者を情報面でサポートする制度的な基盤を作っていく必要がある。

（3）地域・産業レベルでの労使交渉システムの基盤の整備

競争のグローバル化のなかで、産業や地域のニーズにあった政策決定や産業・地域レベルでの競争ルールの設定を行う必要性が高まっており、そこに労使の意見を反映させる制度的な基盤を作ることも重要な課題となる。

（a）現行のシステム

現行法上、地域や産業レベルでの労使交渉・協議を制度化したものとして、次の2つのタイプのものがある。第1に、労働協約の地域的拡張適用（労組法18条）という労使自治を基盤とする労使合意システム、第2に、地域別・産業別最低賃金（最賃法9条以下・15条以下）という公労使による審議会システムである。もっとも、前者は現在では利用されておらず³⁷、後者も最低賃金という事項に限定されたものである。

（b）改革の方向性

地域・産業レベルでの労使交渉システムの基盤整備の方向性としては、第1に、労使のイニシアチブを重視した労使合意システムを利用しやすいものにする（労組法18条の改正・活性化）、第2に、公労使による審議会システムを最低賃金以外の領域にも広げる（最賃方式の他の領域への拡大）、第3に、各自治体における条例の策定プロセスに労使の声を反映することを促す（自治体における参加型政策決定システムの構築）などの方法が考えられる。例えば、第2の方法として、ある地域で元日を小売店の休業日とする取決めをするなど労働時間に関する決定についても公労使による審議会システムの対象とすることや、アメリカの労働力投資委員会

³⁵ この「合理性」や「権利濫用性」判断のなかでは、使用者と労働組合との交渉過程とともに労働者代表との協議過程の公正さが重要な判断要素となる。もっともここでは、少数者の意見や利益を尊重する態度がとられたか（少数者に配慮した手続の公正さ）、労働者の個人的な権利を侵害するような決定がなされなかったか（実体的な権利侵害の有無）といった点も重要な考慮要素となろう。この点は、労働組合の協約締結権限の限界についての議論・判断（朝日火災海上保険〔石堂〕事件・最一小判平成9・3・3労判713号27頁など参照）と類似した側面をもつが、労働者代表制においては労働組合のように加入や脱退の自由（自発的結社性）が前提とされていない分、少数者の意見や利益をより重く尊重すべきであるといえよう。

³⁶ この労働者代表の同意権（拒否権）は、ストライキ等の団体行動権が認められない労働者代表の交渉力を担保する制度的な裏付けとも位置づけられよう。

³⁷ 労働協約の地域的拡張適用（労組法18条）が決定されたのは、1950年代の4件と1980年代の1件（愛知県尾西地域の糸染会社42社とゼンセン同盟が締結した年間休日86日以上とする労働協約の拡張適用決定〔1982（昭和57）年5月6日愛知県知事決定〕）の合計5件にすぎず、現在では事実上空文化している（脇田滋『労働法の規制緩和と公正雇用保障』61頁以下（法律文化社、1995）参照）。

(Workforce Investment Board)³⁸のように、地域の産業・労働・教育・公益等を代表する委員から構成された委員会を各地域に設置し、地域の実態にあった、産業政策、教育政策、社会保障政策等とも連動した総合的な労働・社会政策（職業能力開発・職業紹介・雇用保険・生活保護等）の策定とそのきめ細やかな運用を図っていくことも考えられる。

これらの方法を組み合わせることにより、地域や産業の特性・実態に応じた政策決定・運用や公正基準の設定を促す基盤を整備することが重要である。

2 労働契約法制

労働契約法制における改革のポイントは、第1に、労働契約法の内容の豊富化を図ること、第2に、労働契約法・労働審判法のなかに集団的コミュニケーションの視点を取り込んでいくことにある。

(1) 改革の背景・理由

2007(平成19)年11月、労働契約法が国会で成立し、2008(平成20)年3月に施行された。この法律は、個別労働紛争の増加や人事管理制度の個別化という近年の状況を受けて、労働契約上の権利義務関係に関するルールを法律上明確にすることによって「労働者の保護を図りつつ、個別の労働関係の安定に資する」ことを目的として制定されたものである（同法1条参照）。ここでは、個人としての労働者の保護³⁹という目的が前面に出ている。

労働契約法を制定するにあたって、2004(平成16)年4月に厚生労働省に「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」（座長：菅野和夫教授）が設置され、2005(平成17)年9月に出された報告書では、労働契約をめぐる

法的ルールに関する広範囲で詳細にわたる提言がなされた。しかし、その後の労働政策審議会労働条件分科会場で労使の意見が大きく対立したため、最終的にまとめられたものは、労使のコンセンサスが得られた限定的なもの（全体でもわずか19条のもの）にとどまった。

このような労働契約法の制定の目的・経緯に照らすと、今後の課題として、第1に、内容の豊富化を図ること、そして第2に、個人としての労働者をサポートするための集団的コミュニケーションの視点を労働契約法理のなかに取り込んでいくことがあげられる。

また、個別労働紛争の迅速な解決を促すために、労働契約法と平行して、2006(平成18)年4月に労働審判制度が導入された。この新たな制度には制度開始当初から年間1000件を超える申立てがあり、その後も受件数は増加している⁴⁰とともに、その多くが3か月以内で終局する⁴¹など、一定の成果をあげている。しかし、この制度を創設する際に参考にされたフランスの労働審判所、ドイツの労働裁判所、イギリスの雇用審判所でみられるように、労働組合が労働者側の代理人となることが正面から認められ労働組合等を介した労使コミュニケーションが労働紛争解決制度に積極的に取り込まれるには至っていない。諸外国の制度・経験も参考にしつつ、労働審判制度のなかにも労使コミュニケーションの視点を積極的に取り込み、当事者による自主的な問題発見・解決・予防のサイクルの実現を促していくことも、今後の重要な課題となる。

(2) 労働契約法の内容の豊富化

現行の労働契約法は、これまで判例で確立されてきた法理を法律上明文化するという性格を強くもつものとなっている。しかし、そこで明文化されている判例法理は、現在のところ、安全配慮義務（5条）、就業規則法理（7条以下）、出向命令権濫用法理（14条）、懲戒権濫用法理（15条）、解雇権濫用法理（16条）にとどまっている。ここに盛り込まれていないそ

³⁸ 黒澤昌子「職業訓練・能力開発施策」猪木武徳・大竹文雄編『雇用政策の経済分析』133頁以下（東京大学出版会、2001）、原ひろみ「アメリカの職業訓練政策の現状と政策評価の取組み―労働力投資法を取り上げて」日本労働研究雑誌579号42頁以下（2008）など参照。

³⁹ 労働法の新たな役割を「個人としての労働者」の取引行為をサポートすることであると提言した論考として、菅野和夫＝諏訪康雄「労働市場の変化と労働法の課題―新たなサポート・システムを求めて」日本労働研究雑誌418号2頁以下（1994）参照。

⁴⁰ 2006(平成18)年度（4月から3月）の受件数は1163件、2007(平成19)年（1月から12月）の新受件数は1494件、2008(平成20)年の新受件数は2052件となっている。

⁴¹ 2006(平成18)4月から2008(平成20)年12月までに既済となった3967件のうち、終局までに要した期間は平均75.2日であり、3か月以内に終局した事件が71.8%を占めている。

の他の判例法理（採用内定法理、試用法理、配転法理、整理解雇法理、雇止め法理など）について、今日の社会状況をも踏まえつつ明文化し補充していくことが重要である。

また、労働契約法の制定過程（前記厚生労働省「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」報告書）で検討されていた変更解約告知制度（特に労働者の異議留保付き承諾を認めるか）、解雇の金銭解決制度（特に労使の集团的合意を要件に使用者側からの金銭解決の申立てを認めるか）など⁴²の導入を検討することも課題となる。

（3）集团的コミュニケーションによる問題の発見・解決・予防の促進

労働契約法のなかに集团的コミュニケーションの視点を取り込んでいく手法として、労働契約の内容や権利行使の公正さ（例えば就業規則変更の合理性（10条）、解雇の権利濫用性（16条）など）を判断する重要な要素として手続の公正さ（労使コミュニケーションによる問題の発見・解決・予防プロセス）を位置づけることが考えられる。これは、査定・配転・個別解雇など個別の人事措置とされている事項についても、その制度設計や苦情処理等において集团的な関与・チェックがあったことを合理性・権利濫用性判断において重視するという形で、同様にあてはまる。これらのプロセスにおいては、外部の第三者（弁護士等の専門家）によるサポートやチェックがあることも手続の公正さを担保する重要な要素となる（I 2 (1) (d)・(2) (c) (iii) 参照）。

また、労働審判制度において日本でも労働組合が代理人となることを広く承認し、紛争解決のコストを小さくする（円滑な紛争解決につなげる）とともに、企業内紛争解決制度と労働審判制度との連携（法的な紛争解決を企業内にフィードバックできる体制の整備）を促すことも重要になる。

さらに、法システム全体（1～5の提言全体）を通して、企業内での問題の発見・解決・予防のプロセスの制度化を法的に促していくという明確な視点を持ち、企業内の自主的な取組み（CSR⁴³など）と法との連携を図

⁴² 同報告書が提案していた就業規則変更の際の労使委員会制度について、ここでは、労働契約法の範囲を超えより一般的な制度として「労働者代表制」を創設することを提言している（1）。

⁴³ 稲上毅・連合総合生活開発研究所編『労働 CSR』（NTT 出版、2007）参照。

っていくことが大きな課題となる。

3 労働時間法制

労働時間法制における改革のポイントは、第1に、長時間労働問題への対応を図ること、第2に、労働者の多様化（法と実態の乖離）に対応するために法制度の整理・再編を図ること、第3に、健康問題への組織的対応（予防）を図ることにある。

（1）改革の背景・理由

現行の日本の労働時間法制には大きく2つの問題がある。

1つは、旧来の法の機能不全に起因するものである。そもそも近代的労働法は19世紀後半から20世紀にかけて、当時の社会的原動力であった「工場で集团的に働く従属的労働者」をモデルとして形成されたという経緯をもっている（I 1 参照）。なかでもその嚆矢となった労働時間法制は、集团的に働く工場労働者を念頭に置きながら定型的な規制を課す（例えば1日8時間・週48時間労働で1日の労働の間に45分の休憩を全員に一斉に付与することを原則とする）という性質をもつものであった。しかし、1970年代以降のポスト工業化、グローバル化の社会趨勢のなか、旧来の定型的な労働時間法制は多様化する社会実態に対応できない事態に陥った。1980年代以降、先進諸国は労働時間法制の柔軟化を進めていく⁴⁴。日本も1987（昭和62）年労基法改正以降、変形労働時間制の拡大や裁量労働制の導入など、労働時間制度の多様化・柔軟化を図る法改正を行ってきた。しかしなお現行法制は、多様で複雑な労働実態に十分に適合したものとはなっていない⁴⁵。

⁴⁴ 諸外国の労働時間法制の歴史と概要については、山口浩一郎＝渡辺章＝菅野和夫編『変容する労働時間制度』（日本労働協会、1988）、労働政策研究・研修機構『諸外国のホワイトカラー労働者に係る労働時間法制に関する調査研究』（座長：山川隆一・荒木尚志）（労働政策研究報告書 No. 36、2005）、水町勇一郎「労働時間政策と労働時間法制」日本労働法学会誌106号140頁以下（2005）など参照。

⁴⁵ 現行法と実態の間にはなお乖離がみられ、労使双方に現行制度への不満の声がみられている（例えば日本労務研究会『管理監督者の実態に関する調査研究報告書』（座長：島田陽一）（2005）、厚生労働省「裁量労働制の施行状況等に関する調査」

もう1つは、労働をめぐる日本固有の問題である。日本の労働問題のなかでも最も深刻な問題の1つとして、長時間労働の問題がある。特に近年、労働時間の二極化傾向が進み、正社員の労働時間が長時間化している（とりわけ平日の労働時間が長くなり睡眠時間が減少する傾向にある）ことが指摘されており⁴⁶、その極限状況では過労死・過労自殺に至る⁴⁷など、日本における過剰労働の問題は欧米諸国に比べてかなり深刻であることが認識されている⁴⁸。また、年次有給休暇の取得日数・取得率は1990年代の中盤以降減少・低下する傾向にあり⁴⁹、休暇をとりにくい状況にもなっている。この深刻な過剰労働問題に対し、法は必ずしも実効的には機能していない⁵⁰。

このような状況のなか、長時間労働問題（ひいては健康確保問題）への法的な対応を図るとともに、労働実態の多様化に対応するための法の整備

(2005)など参照)。

⁴⁶ 2004(平成16)年に実施した労働者アンケート調査により日本における長時間労働の実態を明らかにしたものとして、労働政策研究・研修機構『日本の長時間労働・不払い労働時間の実態と実証分析』（小倉一哉・藤本隆史）（労働政策研究報告書No. 22、2005）、総務省「社会生活基本調査」のtime-use dataを用いて1976年から2006年にかけての労働時間・生活時間の推移や内容等を分析したものとして、黒田祥子「日本の労働時間は以前より短くなっているのか」経済産業研究所・政策シンポジウム報告（2009年4月2日）など参照。

⁴⁷ 川人博『過労自殺』（岩波新書、1998）など参照。井上達夫は、日本でみられる過労死はデュルケームのいう集団本位的自殺と通底しており、「高度産業資本主義と共同体的社会編成原理を結合した現代日本社会のディレンマを象徴している」としている（井上達夫『現代の貧困』160頁以下（岩波書店、2001））。

⁴⁸ 労働政策研究・研修機構『諸外国のホワイトカラー労働者に係る労働時間法制に関する調査研究』（座長：山川隆一・荒木尚志）20頁以下〔山川・荒木執筆）（労働政策研究報告書No.36、2005）参照。

⁴⁹ 年休の取得日数・取得率(平均)は、2007(平成19)年現在8.2日・46.7%となっており、1995年の9.5日・55.2%以降、減少・低下傾向が続いている（厚生労働省「就労条件総合調査」（旧「賃金労働時間制度等総合調査」））。

⁵⁰ 労働政策研究・研修機構『日本の長時間労働・不払い労働時間の実態と実証分析』（小倉一哉・藤本隆史）69頁以下〔小倉執筆）（労働政策研究報告書No. 22、2005）など参照。

を図ることが重要な政策課題となっている。

(2) 長時間労働問題への対応

労働時間に対する法規制の1つの大きな目的は、労働者の健康確保にある。しかし、現行法の法定労働時間（週40時間、1日8時間）は必ずしもそれに即したものではなく、これを超える時間外労働に対する日本の法規制は絶対的な上限を欠くものとなっており、労働者の健康確保のために十分な制度とはなっていない。そこで、ヨーロッパの労働時間法制を参考にしつつ、法定労働時間とは別に、時間外労働を含む労働時間の上限としての最長労働時間⁵¹、前日の労働終了時刻から当日の労働開始時刻までの間の労働解放時間として保障される休息时间⁵²、労働時間制度の柔軟性に関わらず必ず保障されるべき休日として週休1日の確保を法律上定めることが考えられる⁵³。

また、これと並んで、週休2日制の保障、年次有給休暇の指定義務を使用者に課して年休の完全付与を実現するなど、休日・休暇制度の充実を図ることも重要な課題となろう。ただし、この点では、労働者代表との合意によって例外を設ける（例えば労働者代表との協定に基づき週休2日を年単位で平均して柔軟に付与する）ことを可能とすることが考えられよう。

(3) 適用除外と裁量労働制の整理・再編

現行の管理監督者の適用除外制度（労基法41条2号）は、その法律規制のあり方が簡略・不明確でありすぎるため、法と実態の乖離を生み、いわ

⁵¹ 最長労働時間の長さについては、週48時間（EUの労働時間指令〔93/104/EC〕の原則）、週60時間（EUの最長労働時間の例外として位置づけられているイギリスのオプアウト等の上限として提案されている時間）、月251時間（1か月〔30日〕の時間外労働を80時間〔日本の過労死の労災認定基準である平成13・12・12基発1063号参照〕として計算したもの）などの選択肢が考えられよう。

⁵² EUの労働時間指令は、1日11時間の休息時間の保障を定めている。日本の現在の労働実態からすれば1日11時間はかなり厳しい基準であるといえるが、他方で、日本の（特に大都市部の）通勤時間が相対的に長く、長時間労働とあいまって労働者の睡眠時間が減少する傾向にあることを考慮すると、労働者の休息时间として1日11時間程度の保障が必要ともいえる。

⁵³ 梶川敦子「日本の労働時間規制の課題—長時間労働の原因をめぐる法学的分析」日本労働研究雑誌575号17頁以下(2008)など参照。

ゆる「名ばかり管理職」の問題を生じさせている。他方で、労働時間制度を柔軟化するために導入された裁量労働制度（特に企画業務型裁量労働制度（労基法38条の4））は、法律規定や要件が複雑すぎて実務上使いにくいものとなっている⁵⁴。そこで、これらの制度を連続性と一貫性をもった制度として位置づけ、適切な規制の下で実態にあった利用を可能とすることが重要になる。具体的には、これらの制度を、①実体的要件の明確化（管理監督業務・専門業務・企画業務に従事するという職務・責任要件、実際に労働時間管理を受けていないという時間管理要件、適用除外されるにふさわしい処遇を受けているという処遇要件）⁵⁵、②労働者代表との協定、③行政官庁への届出という3つの要件の下で、3つのタイプの適用除外制度（管理監督型適用除外、専門業務型適用除外、企画業務型適用除外）に整理・再編することが考えられる。そして、この適用除外を法定労働時間（労基法32条）と割増賃金支払い（37条）の適用除外（法定労働時間を超える労働をしても法定の割増賃金は発生しないもの）と位置づけ、労働者の健康確保の観点からなされる最長労働時間、休息时间、週休制、年次有給休暇の規制の適用は除外されないものとすべきであろう。

（4）健康問題への組織的対応の促進

労働者の健康確保問題は、単に労働時間の長さという視点だけで解決されるものではない。そこで、上記（2）の施策に加えて、各事業場が、その事業場固有の状況を考慮に入れながら、前述（3）の適用除外者を含めた労働者の健康確保に向けた組織的対応を講じることを促すことも政策的に重要なポイントとなる。特にここでは、労働者代表との協定に基づいて、PDCA サイクル等の方法で労働者の健康確保・増進に向けた取り組みを行い、当該事業場の病気罹患者が減少するなど一定の成果を上げており、その取り組みの内容・結果が公表されている場合には、労災保険の保険料を引き下げるなど、政策的インセンティブを与える制度とする

⁵⁴ 厚生労働省「2008(平成20)年就業条件総合調査」によると、企画業務型裁量労働制を利用している企業（常用労働者が30人以上の民間企業）は0.9%にすぎない。

⁵⁵ これらの実体的要件を定めるにあたっては、法令で詳細で画一的に定めるのではなく、労使による合意によって多様な実態に応じた柔軟な対応・決定ができるようにすることが重要である。

ことが考えられる。また、このような予防的な取り組みを実効的に行っていることは、労働者の健康被害に対する使用者の健康配慮義務違反（損害賠償責任）の免責事由（使用者の義務違反を否定する要素）として考慮・評価すべきであろう。

4 雇用差別禁止法制

雇用差別禁止法制における改革のポイントは、第1に、現行法制を抜本的に見直し、包括的な雇用差別禁止法を制定すること、第2に、雇用差別を実効的に解決していくための法的基盤を整備することにある。

（1）改革の背景・理由

雇用差別の禁止は、現在各国の労働法制のなかで極めて重要な位置を占めるに至っており、労働法における中心的な課題の1つとなっている。例えば、アメリカでは、1964年公民権法第7編（Title VII）によって人種、皮膚の色、宗教、性別、出身国を理由とした差別、1967年雇用における年齢差別禁止法（ADEA）によって年齢を理由とする差別、1990年障害を持つアメリカ人法（ADA）によって障害を理由とする差別が、採用から解雇まで雇用の全局面で禁止されている⁵⁶。また、ヨーロッパ（EU）では、1976年男女均等待遇原則指令（75/117/EEC）によって性別を理由とする差別、2000年人種・出身民族差別禁止指令（2000/43/EC）によって人種・出身民族による差別、2000年均等待遇基本枠組指令（2000/78/EC）によって宗教・信条、障害、年齢、性的指向を理由とする差別を、採用から解雇まで雇用の全局面で禁止するよう加盟国への義務づけがなされ、それによって各国の国内法が整備されている。また、ヨーロッパには、パートタイム労働者や期間の定めのある労働者に対する差別を禁止した指令（1997/81/EC、1999/70/EC）もある。2008年には派遣労働者に対する差別を禁止した指令（2008/104/EC）も成立した⁵⁷。

⁵⁶ 中窪裕也『アメリカ労働法』182頁以下（弘文堂、1995）、藤本茂『米国雇用平等法の理念と法理』（かもがわ出版、2007）、長谷川珠子「アメリカは何をしてきたか」森戸英幸・水町勇一郎編『差別禁止法の新展開』45頁以下（日本評論社、2008）など参照。

⁵⁷ ヨーロッパ（EU）の雇用差別禁止法制については、櫻庭涼子「EUの雇用平等法制

これらの雇用差別禁止法制の背景にある基本理念として、本人の意思や努力によっては変えることができない「不可変の属性を理由とする別扱い」、および、選挙権・信教の自由・プライバシー権など「基本的権利にかかわる別扱い」は、個人の尊重という法の理念に反するものとして許されないという思想・観念があることが指摘されている⁵⁸。また、近年の研究では、潜在化・深化しやすい現代的な差別を実効的に解消・解決していくためには、異なるカテゴリー間の接触・相互依存を促し、問題を構造的に解決していくという視点が重要であることも指摘されている⁵⁹。

このような観点からみて、日本の現在の雇用差別禁止法制は未だ十分に整備されていない状態にある。大きな課題は、雇用差別禁止原則の拡充と問題解決のための法的基盤の整備を行い、各人がその能力や状況に応じて就労できる環境を整えることにある。

(2) 包括的な雇用差別禁止原則の法定

現在の日本では労基法、男女雇用機会均等法、パートタイム労働法などの個別の立法のなかに散在している雇用差別禁止規定を、雇用差別禁止法という1つの立法のなかで捉え直し、包括的かつ実効的に雇用差別の禁止を推進していくことが考えられる。

(a) 禁止される「差別」と差別禁止の法的効果

この新たな立法のなかでは、「〇〇を理由とした合理的理由のない差別的取扱いをしてはならない」という形で、包括的な雇用差別禁止原則を法律上定めることが考えられる。この「〇〇」にあたる差別禁止事由としては、さしあたり、人種、社会的身分、宗教・信条、性別、性的指向、障害、年齢、雇用形態が挙げられる。

ここで禁止される「差別」には差別禁止事由を直接の理由とする「直接差別」だけでなく、中立的な基準ではあるが実質的に差別となる結果をも

たらす「間接差別」も含まれる⁶⁰。ただし、現行の男女雇用機会均等法における間接差別の禁止（7条）のようにマニュアル的な基準で「差別」にあたるか否かを判断することは適当でなく（12(2)参照）、「合理的な理由」の有無のなかで禁止される差別にあたるか否かを文脈的に判断するものとすべきである。

また、禁止される「差別」には「逆差別」（例えば男女差別禁止における女性優遇）も含むものとする⁶¹。ただし、「合理的な理由」により正当化される逆差別（例えば男女雇用機会均等法上のポジティブ・アクション〔14条。8条参照〕）は許容されうる。

差別禁止のステージは、募集・採用から雇用の終了までのすべてを含むものとする⁶²。

雇用差別禁止の法的効果としては、裁判所等の専門的な審判機関による迅速な解決を図ること（(3)参照）を前提に、民事制裁（違法・無効という私法上の効力）を定めることを基本とする⁶³。指針・行政通達など詳細なマニュアルに基づく行政監督・指導は、使用者の表面的・責任回避的行動を促すという弊害を生むため（12(2)・3(1)参照）、行わないこととする。

(b) 差別禁止の3つの類型

雇用差別の禁止は上述のように広い範囲にわたるが、その規制のあり方という観点から次の3つのタイプのものに分類することができる。

第1は、人種、社会的身分、宗教・信条、性別、性的指向を理由とする差別の禁止である。これらの差別禁止は、人権保障の側面が強いという性格をもつ。したがって、これらの事由を理由とした差別意思に基づく不利

⁶⁰ ただし、後述するように、雇用形態を理由とする差別については、その多様性と複雑さゆえ、間接差別の禁止は含まないものとする。

⁶¹ 逆差別も禁止すること（差別禁止の双方向性）の重要性については、前掲・安部論文35頁以下参照。もっとも、後述するように、雇用形態を理由とする差別については、逆差別の禁止は含まないものとして考えられる。

⁶² 雇用の入り口（募集・採用段階）での差別も含めて禁止することの重要性については、前掲・飯田論文106頁以下参照。

⁶³ ただし、後述(b)するように、人権侵害の側面の強い差別については刑事制裁（罰則）も定めることとする。

の展開」法律時報79巻3号64頁以下(2007)など参照。

⁵⁸ 安部圭介「差別はなぜ禁止されなければならないのか」森戸英幸・水町勇一郎編『差別禁止法の新展開』16頁以下(日本評論社、2008)。

⁵⁹ 飯田高「心理学からのアプローチ」森戸英幸・水町勇一郎編『差別禁止法の新展開』90頁以下(日本評論社、2008)。

益取扱い（直接差別）については、労働者代表との協議・合意による例外創出を認めず、罰則付きで禁止するものとする⁶⁴。

第2は、年齢・障害を理由とする差別の禁止である。これらの事由による差別については、高齢者に対する雇用保障の要請、障害者に対する雇用促進の要請など、他の政策的要請との調整的判断が必要となる。したがって、「合理的な理由」の有無の判断は柔軟なものとされ、差別的取扱いに対しても罰則は付されない。

年齢差別の禁止においては、定年制およびそれと関連する諸制度については、雇用保障機能をももつものであるため、労働者代表との協議・合意などの手続を要件に、当面は「合理的な理由」にあたるとすることが考えられる⁶⁵。また、勤続年数は職業能力や企業との結びつきの強さを示す指標となりうるため、間接差別にあたる場合でも「合理的な理由」にあたると解釈されうる⁶⁶。

障害者差別の禁止にあたっては、使用者が「合理的便宜」を講じたうえで平等な取扱いをすることが求められる。この「合理的便宜」の内容・程度について欧米諸国の議論を参考にしつつ明らかにすることが必要である⁶⁷。また、障害者の雇用を促進するための措置として、現行法上、法定雇用率制度や特例子会社制度がある（障害者雇用促進法43条、44条以下）。前者については、欧州諸国に例もあり当面は「合理的な理由」にあたると考えられる。後者については、分離する（segrigate）こと⁶⁸が差別そのもので

⁶⁴ これらの事由によるものであっても、差別的状況に置かれている者に対するポジティブ・アクションや合理的便宜などの措置については、労働者代表との協議・合意の対象となり、そのプロセスが「合理的な理由」の有無の判断において重視されうる。

⁶⁵ このような漸進的アプローチの重要性については、櫻庭涼子『年齢差別禁止の法理』287頁以下（信山社、2008）参照。

⁶⁶ 欧米諸国の議論については、柳澤武『雇用における年齢差別の法理』（成文堂、2006）、前掲・櫻庭書など参照。

⁶⁷ 長谷川珠子「障害者差別」森戸英幸・水町勇一郎編『差別禁止法の新展開』（日本評論社、2008）148頁以下など参照。

⁶⁸ この分離には、職場・職務自体が分離されているケースと、職場・職務は分離されていない（通常の職場に入って職務を遂行している）が人事管理の面で別会社（特

あるともいえるため、雇用促進のための高度の必要性があるのか検証することが必要になるう。

第3に、雇用形態（パートタイム労働、有期契約、派遣労働、請負労働など）を理由とする差別の禁止である。雇用形態については、それ自体が契約の内容・条件でもあるため、これに基づく差別を禁止することについては国際的にみても態度が分かれている⁶⁹。しかし、日本の雇用の実態をみると、一方で、雇用形態の選択は自分ではコントロールできない属性との性格をもっている場合が少なくなく、また他方では、自発的に選択できる場合でもその選択を基本的権利にかかわる選択として尊重すべき（例えば短時間労働を選択した者の家庭生活や市民的自由を尊重する〔基本的権利としてのワークライフバランスの保障〕という視点をもつべき）とも考えられる⁷⁰。このような観点から、雇用形態を理由とする差別も原則として禁止することが考えられよう。ただし、募集・採用段階での差別はその性質上禁止の対象外とされる。また、雇用形態差別については、その多様性や複雑さゆえ、「間接差別」や「逆差別」は禁止の対象としない。

雇用形態を理由とした差別としては、パートタイム労働、有期契約、派遣労働、請負労働などを理由とした差別が禁止される。ただし、雇用形態による取扱いは多様であり、「差別」や「合理的な理由」の有無は実態に即して柔軟に判断されるべきである⁷¹。特にここでは、多様な労働者を代表する労働者代表との協議・合意による利益調整プロセスが「合理的な理由」の有無の判断において重視される。また、日本における正規雇用と非

例子会社）化されているケースがある。それぞれについて合理性（分離する必要性等）を検討する必要がある。

⁶⁹ 前述(1))したように、EUではパートタイム労働、有期契約、派遣労働を理由とする差別を禁止する指令が定められているが、アメリカではこれらは契約自由に委ねられている。

⁷⁰ 前掲・安部論文43頁以下、水町勇一郎「労働信仰の魔法とそれを解く法—希望の意義と危険性」玄田有史・宇野重規編『希望学第1巻—希望を語る』191頁以下（東京大学出版会、2009）参照。

⁷¹ 例えば、仕事の内容・方法・難易度が異なれば、基本給でそれに応じた異なる取扱いをすることも合理的と考えられるが、食堂・更衣室など企業施設の利用については原則として派遣・請負労働者にも平等な権利を認めることが考えられる。

正規雇用の前提の違い、それに基づく処遇のバランスの悪さという実態を考慮すると、「均等」取扱いと並んで「均衡」処遇の実現を図っていくことも重要になる⁷²。

（3）雇用差別問題を実効的に解決していくための法的基盤の整備

現行の法律（労基法、男女雇用機会均等法、パートタイム労働法など）は、雇用差別問題の解決のための法的基盤が十分に整備されている状態にはない。包括的な雇用差別禁止法の制定にあたっては、実効的に問題を解決するための法的基盤を整備することも重要な課題となる⁷³。

ここではまず、雇用差別の立証責任を明確化することが重要になる。例えば、「外形的差別の存在」および「差別意思の存在」の立証責任は労働者に、「合理的理由の存在」の立証責任は使用者に課すことが考えられよう。

また、専門の機関による迅速な紛争解決を図ることも重要である。例えば、労働審判制度またはそれに類する専門の審判機関（準司法的機関）によって迅速で文脈的な紛争解決を図っていくことが考えられる。

またそもそも、これらの問題が法的紛争になる前に、各企業・事業場における自主的で公正な取組みによって、問題の集団的な認識・解決・予防が図られることが重要である。これを法的に促していくために、例えば、使用者が労働者代表との協議・合意に基づいて差別解消に向けた組織的・継続的な取組みを行い、それによって離職率の減少など一定の成果を上げ、かつ、その取組みの内容・結果を公表している場合には、雇用保険の保険料率を引き下げ、また、差別的取扱いの「合理的な理由」の存在を推定するなど、法的なインセンティブを与えることが考えられる。

⁷² 例えば、禁止される「合理的理由のない差別的取扱い」のなかに、前提条件が同じ場合の差別的取扱いだけでなく、仕事の内容・責任の程度など前提条件が異なる場合でも処遇の格差がそれに比べて著しく大きい場合（均衡を失った取扱い）も含むと解釈することによって、均衡処遇の実現を促していくことが考えられる。

⁷³ 水町勇一郎「賃金差別—立証責任と救済方法」ジュリスト1305号78頁以下(2006)参照。

5 労働市場法制

労働市場法制における改革のポイントは、第1に、労働者派遣、業務処理請負等の定義・区分を明確化し、実態に応じて法を適用するという観点から法制度を整理・再編すること、第2に、雇用形態（契約形態）に対して中立的な法制度となるよう制度設計をすることにある。

（1）改革の背景・理由

近年、偽装請負、日雇派遣問題など、労働者派遣をめぐる問題が噴出し

ている。そもそも労働者派遣を規制する主な趣旨は、①人身売買・中間搾取の危険の防止（これは1985（昭和60）年に制定された労働者派遣法の下で同法を遵守することを条件にその範囲内で合法化された〔職業安定法4条6項参照〕）、②使用関係の複数化に伴う法の適正な適用の確保、③正規雇用の保護にあった。しかし実際には、現行法の下で、①処遇格差問題（ワーキング・プア問題）の拡大、②偽装請負等の法適用回避行動による不法状態の顕在化、③正規雇用と派遣・請負労働のアンバランスの拡大（コストの安い派遣・請負労働の拡大と正規雇用の減少）が問題視されるに至っている⁷⁴。これらの複雑に絡みあった問題を解決するためには、問題を整理し直し、法の趣旨と実態に即した的確な法適用を行いつつ、労働市場全体のバランスがとれるような制度設計とすることが重要になる。

また、1990年代後半以降のグローバル競争の進展は、若年者を中心に不安定雇用を拡大させ、労働市場全体のバランスの問題だけでなく、不安定労働者・無業者の生活保障や職業能力開発の重要性を改めて認識させるに至っている。これらの問題を同時に解決できる制度的枠組みを構築することも重要な課題となる。

（2）労働者派遣・業務処理請負等の法規制の整理・再編

現行法においては、労働者派遣と適法な業務処理請負との区別は、行政が示したマニュアル的な基準（昭和61・4・17労告37号）に基づいて行われており、前者にあたれば労働者派遣法の厳格な規制の下に置かれ、後者

⁷⁴ 偽装請負や日雇派遣など労働者派遣をめぐる現状と法的な問題点については、脇田滋『労働法を考える—この国で人間を取り戻すために』（新日本出版社、2007）など参照。

にあたれば労働者派遣法の規制を免れて自由にこれを行うことができるという状況になっている。この行政による基準の形式性と法規制のアンバランスさのために、使用者の表面的・責任回避的行動（例えば法適用回避行動としての偽装請負）や法と実態の乖離という現象が生じている。

このような問題を解消するために、労働者派遣等をめぐる定義と法規制のあり方を見直し、法の趣旨と実態に即した法の適用を行っていくべきである。特にここでは、①「労働契約」は誰と締結しているか（労契法6条）、②誰から「指揮命令」を受けているか、③誰から「場所」の提供を受けて就業しているかの3点から、労働者派遣、業務処理請負等の三者関係を整理し直し、それぞれの実態にあった法の適用を図ることが考えられる。

第1に、労働契約上の義務・責任（賃金支払い、解雇法理の適用など）については、労働契約上の使用者（①）がその責務を負う。なお、誰が「労働契約上の使用者」にあたるかについては、契約の文言・形式だけでなく実態に応じて判断するという判例法理（法人格否認の法理⁷⁵、黙示の労働契約法理⁷⁶）が確立している。

第2に、指揮命令に伴う法的義務・責任（労働時間規制、労働安全衛生規制など）については、指揮命令を行っている使用者（②）がその責務を負う。この指揮命令の所在は実態に即して判断される。供給元と供給先が二重に指揮命令を行っているケースも考えられるが、この場合には両者がその指揮命令の内容に即した責務を負う。

第3に、就業の場所を提供していること（自社の構内で就業させていること）に伴う義務・責任（安全配慮義務、労働者代表への参加など）については、就業場所を提供している者（③）がその責務を負う。

これらの3つの義務・責任は、上記の三者（または二者）に重疊的に課されることもある（例えば安全配慮義務やハラスメント防止義務は三者す

べてに課される義務といえる）。

（3）雇用形態（契約形態）に対して中立的な法制度設計

正規雇用と非正規雇用（派遣労働・請負労働など）とのバランスの悪さ（非正規雇用のコストの安さ）を是正し労働市場全体のバランスを整えていくために、雇用形態（契約形態）の選択および処遇の両面で「中立性」を確保できるような法制度設計とすることが考えられる。

まず、雇用形態（契約形態）の選択については、期間の定めのない労働契約とするか期間の定めのある労働契約とするか（その期間の長さをどれくらいにするか）、直接労働契約を締結するか労働者派遣等として契約するかは、基本的に当事者の選択に委ねるものとする⁷⁷。ただし、雇用の不安定さに対処するために、雇用期間の長さにかかわらず広く雇用保険の加入義務を課しつつ⁷⁸、短期雇用（不安定雇用）⁷⁹を利用する使用者はその雇

⁷⁷ 法律政策の選択肢としては、期間の定めのある労働契約の締結や労働者派遣の利用に法律上限定を加える（例えば、①合理的理由が存在する場合に限定する、②利用できる業務を限定する）という方法も考えられるが、これらの方法は当事者の選択を大きく制限する（雇用の硬直性を高め雇用仲介サービスの利用を抑制する）ものであると同時に、法規制の実効性の面でも十分な成果をあげられない（当事者の法適用回避行動を促す）可能性が高い。このように利用自体を制限する「入り口」規制ではなく、実態に沿って弊害を除去する「内容」規制（②）を講じる方が複雑化する問題に適切に対応できると考えられる。

⁷⁸ 労災保険制度と同様に、雇用労働者にはすべて（短時間労働者でも有期契約労働者でも）雇用保険加入義務を課すことによって、使用者の保険料負担回避行動を抑制すると同時に、雇用の不安定さに対するセーフティネットを広げる。ただし、労働者のモラルハザード（短期の就労と保険受給を繰り返す行動）を防止するために、自発的離職者には一定の受給要件（例えば離職前6か月間に3か月以上就労していたこと）を設定することが考えられる。

また、このセーフティネットの拡充と同時に、職をもたない（失った）者が円滑に労働市場に参加（復帰）・定着できるようにきめの細かい積極的支援政策（アクティベーション）を講じていくことも重要な課題となる。ここでは特に、①他の政策（産業政策、教育政策、社会保障政策等）や民間企業・NPO等とも連携した総合的な政策の推進・展開を図ることとともに、②個々人の多様な状況に応じたきめの細かいサービスの提供（職業能力開発、職業紹介、失業給付、生活保護等）を行うという視点が重要になる（例えば、宇野重規「政治哲学からの考察—中間集団と社

⁷⁵ 法人格形骸型のケースとして、黒川建設事件・東京地判平成13・7・25労判813号15頁、法人格濫用型のケースとして、大阪空港事業（関西航業）事件・大阪高判平成15・1・30労判845号5頁など参照。

⁷⁶ 大映映像ほか事件・東京高判平成5・12・22労判664号81頁、安田病院事件・最三小判平成10・9・8労判745号7頁（〔原審〕大阪高判平成10・2・18労判744号63頁）など参照。

用の不安定さを補償するプレミアムを支払う制度とする（制度的には雇用保険の保険料率に反映させる方法^{80 81}が考えられる）⁸²。雇用の終了（解雇・雇止め）に対しては、実態に応じて解雇権濫用法理（労契法16条）が適用（または類推適用⁸³）されるが、そこでは労働者代表との協議等のプロセスが「合理性」判断において重視されることになる⁸⁴。

会的なものの再編」水町勇一郎編『個人か集団か？ 変わる労働と法』39頁以下（勁草書房、2006）など参照）。法制度的には、①個別の状況・実態にあったきめの細かい総合的なサービスの提供を可能とするための、実態に近いレベルへの権限の移譲（一定程度の「分権化」）（そこの労使参加のあり方については1 (3) 参照）と、②受益者たる個々人にそれぞれの状況に応じた具体的な責務を課す「双務契約」の制度化を図ることがポイントとなろう。

⁷⁹ ①期間の定めのある労働契約による雇用の場合、②期間の定めのない労働契約であるが短期間で解雇した場合などがこれに含まれる。

⁸⁰ 不安定な雇用を利用する（解雇を頻繁に行う）使用者により高い雇用保険料負担を課するという考え方（full experience rating）については、Feldstein, M. “Temporary Layoffs in the Theory of Unemployment,” *Journal of Political Economy* 84 (1976), pp.937-957; Topel, R. and F. Welch “Unemployment Insurance: Survey and Extension,” *Econometrica* 47 (1980), pp.351-379; Burdett, K. and R.Wright “Optimal Firm Size, Taxes, and Unemployment,” *Journal of Public Economics* 39 (1989), pp.275-287 など参照。日本においても、解雇規制が実効的に及んでいない登録型派遣労働者や純粋有期契約労働者等については、この方法が効率的に機能しうると考えられる。

⁸¹ この場合、この保険料追加分を用いて、短期雇用者に対する失業給付の範囲の拡大、職業能力開発の援助等を行うことが考えられる。派遣・請負労働者の保険料については受入先（就業場所を提供している使用者）も連帯責任を負うものとすることが考えられる。

⁸² これとともに、社会保険制度における短時間・有期雇用の非中立性（健康保険・厚生年金への加入資格制限、国民年金の第3号被保険者制度等）を解消することも重要である。

⁸³ 東芝柳町工場事件・最一小判昭和49・7・22民集28巻5号927頁、日立メディコ事件・最一小判昭和61・12・4労判486号6頁など参照。

⁸⁴ ここでは、雇用のバランスを全体としてどのような形でとるのか（いわゆる「雇用ポートフォリオ」）を労使間で協議し、それに沿った契約形態がとられているか（それが労働者にも明示され納得を得られているか）が、解雇（雇止め）の「合理性」判断において重視されることになる。

処遇における中立性は、前述（4 (2)）した雇用形態を理由とした合理的な理由のない差別を禁止するという方法で実現することを図る。ここでは、既に述べたように、派遣労働者や請負労働者をも含む多様な労働者を代表する労働者代表との協議・合意による利益調整プロセスが「合理的な理由」の有無の判断において重視される⁸⁵。

以上、本稿では、労働法の歴史的動態や新たな理論動向を踏まえながら、日本の労働法に内在する問題点を指摘し（Ⅰ）、理論的に一貫性のある形で労働法全体の改革案（労働法改革のグランドデザイン）を提示することを試みた（Ⅱ）。今後は、改革の柱となる理念（「公正」「効率」「参加」の相互関係など）についての理論的・実証的考察を深めていくとともに、各法制の改革の方向性や内容についてさらに具体的な議論・検討を進めていくことが課題となる。

⁸⁵ 同時にこれと並行して、派遣労働者や請負労働者等を組織化し団体交渉等によって労働条件を公正なものとしていくことも重要である。受入先企業についても派遣・請負労働者が組織する労働組合との関係で労組法上の使用者性が認められる（団体交渉に応じるべき義務を負う）ことについては、朝日放送事件・最一小判平成7・2・28民集49巻2号559頁参照。