

労働契約における当事者意思の考察

— 労働契約法運用における問題点 —

藤 沢 攻

1. 問題の所在

近年、社会変革の急激な進展のなか、とりわけ産業体制・構造の人的要素たる労使関係の実態が著しく変化している。端的には、従来伝統的な終身雇用制および年功序列賃金制が解体を始め、使用者側は経済情勢のめまぐるしい変動に即応すべく雇用対策として労働者の臨時・短期採用を多用し、他方で労働者側が自己に適する職種・労働条件を求め職場の選択を繰り返す等という雇用をめぐる現象が増大しているのである^①。

こうした現象は、わが国従来の雇用体制を根本的にゆるがすもので、現時点において特に労働者側の雇用上の問題を発生させている。つまり、現在の労働市場において労働者が自ら能力を生かせる職種およびその相応する労働条件を選択するのは、本質的に上述の使用側側の雇用対策に適應せず、現実的には求職行動の初めから本・正規採用を得られずに臨時・短期採用を繰り返し、労働条件の不利益を強いられる不安定雇用の境遇となり得る^②。

従来は、その法的救済を求め多くの労働者は使用者との個別的関係を基盤に差別・不利益待遇の是正や解雇・雇止めの無効等を民事裁判に訴えてきた。裁判例はそれら問題につき蓄積され法令の不備な点を補っている。さらに、その需要の増加に簡易に対応する制度（各労働局の紛争調整委員会・2001年や地方裁判所の労働審判制度・2006年）も整備されているが^③、なお基本的な問題である不安定雇用に対する労働者救済の労働契約に関するルールが明確ではない。

労使間の個別的関係を規律対象に労働者側の法的保護を担う労働基準法（以下、労基法）は、戦

後施行当初から使用者に従属する労働者の労働条件を維持・向上することを使用者に罰則づきで強制する基本的内容を持ち、現今の労使関係の現象なる労使各々が独自の目的をもって平等・対等の立場で契約関係を形成するためのルールではない。そこで、上述の判例法は現実の事案に即した多くの法理論を展開し、労基法等の有効性に問題を投げかける。

今や国・厚生労働省（以下、厚労省）は、裁判例が樹立してきた法理論あるいは紛争調整委員会のおっせん例の内容等を基盤に、従来の労基法の運用枠組みを拡大する役割を担うべく新たな「労働契約法」立法化を推進している。現在、厚労省の「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」最終報告書（平17.9.15）を受けた「労働政策審議会労働条件分科会」素案（平成18.6.13）に基づく労働契約法案を2007年1月からの通常国会に提出することが報じられている^④。

労使関係の現状そして将来予想される情況に即して労働契約の基本的ルール・具体的法規定の整備は当然必要であるが、「研究会」最終報告書（以下、報告書）はもちろん、「分科会」素案（以下、分科会案）の内容において^⑤、労働契約法なる法体系の基本的性格つまり当然に労基法と矛盾する点の整合性の問題、さらに具体的内容つまり労使関係の独立・従属なる現代社会構造の相違から生ずる労働者保護の問題等をいかに解決するかの理論的究明が不十分である。

以上の疑念を抱きつつ、本稿においてまず筆者がかつて労使関係の基本的問題として考察した“労働契約における当事者意思（特に労働者意思）”に視点を置いて、その点から間近かに成立すると思われる労働契約法の内容を確認し問題点を明らかにしておきたい。

附記：上述の通り、本稿は筆者がかつて公にした問題意識を労働契約法に当てはめる内容であるため、論述内容が同拙論と重複する点のあることをお断りしておく。その論稿は、「労働契約における契約意思の考察」（『盛岡大学短期大学部紀要』第9巻・通巻第22号27—35頁所載、平成11年5月）である。

2. 労働契約法制定の基本的問題状況

労働契約法制定の推進の端緒は、平成16年1月1日施行の労基法改正時の衆参両院附帯決議が「…労働契約について包括的な法律を策定するため……法令上の措置を含め必要な措置を講ずる」としたことを受け、厚労省内に「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」を設け、そこで上掲の報告書が発表されたことに始まる。当時の労基法改正の要点は、①有期労働契約の期間延長、②解雇権濫用の明確化、③裁量労働制の適用拡大の三点にあり、これらは法規定として労基法の性格と整合し得ない改正内容であったための附帯決議であった⁶⁾。

同報告書では、まず制定の問題意識として「近年……能力主義・成果主義を志向した賃金・処遇制度の導入、中途採用者・非正規労働者の活用など人事管理の個別化・多様化等が進むとともに、労働者にも……就業形態や就業意識の多様化が進んでいる……このような状況変化の下で、労使当事者が実質的に対等な立場で自主的に労働条件を決定し、また、紛争が生じた場合にはこれを迅速かつ適正に解決することがますます重要となり、その際に労使当事者の行為規範となり、紛争処理の判断規範となる公正かつ透明なルールが必要となってきた」（1頁）とし、労働契約法を労使関係の従来とは異なる新しい局面に備えるものとの考えを明白にしている。

この下に、その内容の基本的性格について、「本来、労働条件は労使対等の立場で自主的に話し合って決定・変更すべきものであり、労働契約法制の制定に当たっては労使自治を尊重することが基本である。しかし、労使当事者間には情報の質及び量の格差や交渉力の格差が存在

し……（これらの）格差を是正し、労使間の実質的対等性を確保するという観点から……検討を加えた」（3頁他、文中下線とカッコ内は筆者）としている。他方において、「労働者の創造的・専門的能力を発揮できる自律的な働き方」ないし「高度な専門性を有し、自律性を発揮しながら知的労働に従事する労働者」（1・4頁）に対応するものとし、この両者の労働者像を「労働契約法制の対象とする」（14頁）としている。

結局、労働契約法では、従来使用者に従属する立場を基本とし、使用者の指揮命令に従い他律的に労働に従事し、その労働条件の維持・改善につき団結権保障による交渉力が弱まっている現状下で労使自治が機能できない故に、非正規あるいは有期契約労働者等不安定雇用に陥る労働者を救済すること、さらには、最近労働者が就業形態・意識の多様化の下使用者から具体的な指揮命令を受けずに自律的な労働に従事し、その労働条件が労働者ごと個別に決定・変更される結果、不利益待遇を蒙り紛争当事者となる労働者を救済することが基本的な役割となる。この前者は、従来労基法および労組法が中心に果たしてきた役割であり、後者は従来にない新たな「労働契約をめぐる公正なルールを定め、紛争の予防・早期解決を図ることが重要…」（3頁）な役割ということになる。

それ故に、労働契約法は、その法的性格として従属労働に従事する労働者の利益保護（労組法）そしてそのための使用者への強行法を通じた権利保護（労基法）をめざす従来の労働法規と同様の性格と同時に、他方で使用者と対等な立場で自主的に権利確保をめざすためのわが国の労働法体系では全く新たな性格をもつ法分野であるといえる。この後者について、報告書は「労基法とは別に、労働契約の分野において民法の特別法となる労働契約法制を制定し、労使当事者がその実情に応じて対等な立場で自主的に労働条件を決定することができ、かつ、労働契約の内容が適正なものになるような労働契約に関する基本的なルールを示すことが必要である」（10頁、下線は筆者）とする。

ここに同法の基本的疑問点として、労使関係

の当事者たる労働者と使用者における立場として従属性と独立性との相反する二面性を把握し、その結果相異なる救済をめざす単一の法分野を新設するものであって、そこに法原理上矛盾を内在していることを指摘しなければならない。つまり、労働法体系の法原理は、伝統的に労働者の従属性を解放し使用者との対等の立場に向上させること、具体的には労働者の労働条件の維持・改善をめざすことにあり、労働者の独立性を前提にするものではない。この労働者つまり人間の独立的立場で労働生活を営む法分野は伝統的に民法上の雇傭契約制度であって、近代から現代社会への進展の下労働者実態が従属性を帯びたが故に、“民法の特別法”としてわが労働法体系として樹立されたはずである⁷⁾。

従って、上に確認してきた労働契約法制定の基本的な構想といえる報告書では、その矛盾を把握しておらずかつそれをいかに整合するかの理論的検討は全くみられない。むしろ、上に下線部分で引用した“労働契約法制は民法の特別法となる”との表現は、労働法体系の樹立の経緯とその民法と異なる法原理の内容を矛盾の是正・整合も一切なしに、いわば安易に労働契約法の基本的性格であるとしたものであろう。この点、確認的にいえば民法の第一の特別法は労基法であり、民法の第二の特別法の分野が労働契約法であることになろうか（報告書では、同様の特別法として、借地借家法、消費者契約法および労働契約承継法をあげているが（11頁）、これらの法律は民法の法原理内のもので同様とはいえない）。

以上の報告書を受けて、前述の分科会案は「労働契約法制及び労働時間法制の在り方（案）」と題して、法案の素案といえる以下の内容を整えた。すなわち、「近年……創造的・専門的能力を発揮して自律的な働き方をする労働者が見られ……他方で、長時間労働者の割合が高止まりし……このような状況に対処し、労働契約が公正なルールに則って締結され、それが遵守されるようにすることや……労働者が健康を確保しつつ、能力を十分に発揮した働き方を選択できるようにするため……労働契約に関するルールを定めた労働契約法を制定するとともに、労

働時間に関する制度を見直し、労基法を改正することが必要であり、その在り方について……検討を進める…」(1頁)とする(本稿の主な対象は前者であり、後者の労働時間法制は必要な範囲で取りあげる)。

ここで明らかになったことは、労働契約法は使用者に個別かつ対等に対峙して自律的な働き方をする労働者の対使用者関係における公正なルールを形成するための法分野であると同時に、それら労働者が長時間労働等の不利益待遇に陥った場合、または対使用者関係において従属的立場で他律的な働き方の労働者の不利益待遇を救済する法分野として構想されていることである。つまり、同法の運用の行先には、新たな実態をもつ労働者像を専ら規律対象とする法内容と、従来の実態のままの労働者像を規律対象とする法内容とに分離する必然性を内在することが予見される。

そこに疑問として、報告書から共通する見解である、現在および将来のわが国労働者の実態がいかに産業構造が変化し就業形態・意識が多様化するとはいえ、“創造的・専門的能力を発揮して自律的な働き方”として対使用者関係において独立の立場をもち得る労働者がどれ程の人数存在し得るか、新たな労働・雇用関係法制を制定して規律すべき必然性がどれだけあるのか何らの見通しも見られない⁸⁾。単に、現今の雇用情勢の急激な変化そしてそこから生ずる個別的労使関係上の紛争の増加現象に便宜的に対応しようとする混乱状態を見る思いがする。

例えば、具体的に指摘される「高度な専門性を有し、自律性を発揮しながら知的労働に従事する労働者」とされる研究開発、企画立案等を職務とする者、あるいは「雇用と自営の中間的な働き方に従事する者」(報告書4頁)つまり「労基法上の労働者として必要とされる使用従属性までではなくとも、請負契約、委任契約等に基づき役務を提供してその対償として報酬を得ており、特定の者に経済的に従属している者」(同15頁)たる「SOHO、テレワーク、在宅就業、インディペンデント・コンストラクターなど」(同頁)の働き方をする労働者がわが国全労働者数の大勢を占めるものであるのか、少なくとも科学的

統計分析による現状と先の見通しを明確にすべきであろう。

わが国労働者の大勢を占める実態は、近年いかに産業体制・構造が急激に変動し雇用情勢も著しく変化するなかで、就業形態・意識の多様化がみられるとはいえ、伝統的な労使関係の特質たる独立性対従属性は厳然として存在するなかで、労働者の立場の基本は使用者に対する従属労働つまり使用者の指揮命令による就業、そして使用者の一方的決定による労働条件に甘んじる立場が現在でもさらに将来においても労働者像の大勢ではなかろうか。現状にみられる新たな“自律的な働き方”をする労働者は単に一部少数のいわば幻想的な労働者像ともみられ、将来的にもそうした労働者がわが国において飛躍的・拡大的に出現するとは到底考えられない。

この従属性を本質とする労働者が、対使用者関係において独立の立場で対峙する時、就労において使用者から完全には具体的な作業指示を受けないまでも、基本的な就労上の指示例えばその成果としての品質レベルの指示命令が示され得るであろうし、その対償としての労働条件たる報酬についてはおよそ対等の立場での決定などあり得ないことであろう⁹⁾。このような現在および将来の労働者の実態を予想できるとすれば、労働契約法制定の推進において、その労働法体系として個別的労使関係を規律する分野である以上、労基法を直接対象として各々の基本的性格を明白にし、さらに具体的規律対象を明確にすべきであり、その上で両者の整合性を解決しなければならないと考える。

3. 労使関係における契約意思の特性と その法的評価

上の“はじめに”で既述したように、筆者は労使関係の法的問題点としてかねてより労働契約上の当事者間特に労働者側の意思につき、市民法体系が捉える意思と本質的に異なる特質があり、従ってその実態の考察を踏まえながら法的評価の特殊性を明確にするべく検討を加えた

ことがある¹⁰⁾。いま、前節で触れたとおり新しい労働法制といえる労働契約法が間近かに制定される見通しとなり、その法案のいわば素案として前述の分科会案が公にされた。そのなかに当然ながら労働契約の意思についての新たな取り扱いも含まれており、従って筆者のその点に関する疑問そして問題意識を明らかにしておきたいと思う。

そのために、本節では労働契約における特に労働者側の契約意思の特質およびそれに関する法的評価として示された裁判例を検討し、次節ではその検討内容を前提に前節で考察した労働契約法案の素案たる分科会案のこの点に関する考え方につき論究していきたい。

まず、度々既述してきたように、労使関係の実態は社会的・経済的に優位な地位に立つ使用者と、それに対する従属的な地位に立つ労働者との関係であり、その関係形成の契機となる契約は一般的な個人関係に妥当する民法上の契約形態を基礎としつつも、さらに特別法たる労基法等での労働契約形態が妥当する¹¹⁾。ところが、労基法等では労働契約の明確な定義がなくその特質等についても法規上必ずしも明確ではない¹²⁾。それが、労働契約法制の制定が急がれる理由ともなっている。

そもそも、民法上の契約形態は、近代社会の全ての人間の人格価値を絶対視することから個人の自由意思による合意“契約”を人間関係形成の契機とし、その合意なる意思表示は「外形的な行為……他人をして自分の意思表示を推断させるだけの行為」¹³⁾でなければならないとされ、その要件は特に経済的交換関係では経済価値の確定を第一義とするが故に表示行為は通常言語・文字その他の挙動によることとされる。労使関係も絶対価値をもつ人格同志の両者間の“労務”と“報酬”の交換関係たる“雇用契約”制度とされ、本質的にはやはり経済的交換関係たる“賃労働関係”といえる¹⁴⁾。従って、その意思表示も上の要件と同様であることになる。

ところが、現代の構造社会において典型的な優・劣勢に位置づけられる労使関係を雇傭契約が適用される賃労働関係たる商品交換関係とみ

れば、その意思表示特に労働者側のそれは契約行為の当事者たる限り自由意思によって表示行為を明白に行なっているとみなされる。つまり、自由意思をもてない場合には契約行為の当事者たり得ないという実態に無関係に契約当事者たる意思そのものは一般的に明確化されるのであり、もはや労働契約は「従業員としての地位の取得を目的とする合意」⁽¹⁵⁾と解され、ここで具体的契約内容は労働者の意思そのものではなく、使用者側の自由な意思によってのみ決定され得ることにもなるのである。

その不備の是正を目的に現代社会に固有の法制度として登場した特別法たる労働法制は、労働者の人間たるに値する生存の確保＝生存権の原理に基づく労働者団結の法認＝労働基本権の保障、そしてその基盤の上に労使間の実質的に対等な契約意思による労働条件の決定＝労使対等原則の保障を為すべく立法化されてきた。前者は労組法体系を構成し、後者は労基法体系として特に労使関係を現実的に対等な契約関係にするために、その基本的な内容として使用者に対する国家権力による干渉・規制を特質とする契約類型たる“労働契約”を法定するに至った。そこで、労働条件の内容は労使間の意思表示のみならず、生存権理念に基づく労働法規、労働協約、就業規則によっても決定されることになる（労基法92条）。

このように、現行法上労働条件の内容は契約の他法規規定等によっても決定される複雑さを帯びることから、個別的労使関係における労働条件に関する紛争が総体的に多数発生し、具体的には個々の紛争ごとにその内容は多様なものとなっている。それらのうち、労働条件に関する労働契約上の権利関係において、筆者の問題とする契約意思をめぐって裁判となった事案の注目すべき判決例を以下に確認しておかなければならない⁽¹⁶⁾。

(1) 東京放送事件・東京地裁判決（昭51.6.2、「労働経済判例速報」925号）本事案の事実、劇団員が放送局との専属出演契約を締結中、局側から解約後も継続採用見込の話が重ねてあったにも拘らず専属契約期限時に解約扱いとなり、労働

契約存在確認請求が提訴された例である。判決は、「…労働契約が成立するためには……必ずしも明示の合意がなされることは要しないとしても…就業規則や労働協約等の適用により当然に確定されるなどの特段の事情がない限り、労働契約の締結時に、労働者と使用者との間で……明確な合意がなされるのが通常である…」として契約の合意を否定した。

この判断は、“明示の合意がなくとも明確な合意が必要”との主旨で、労働契約締結における現実的な不明瞭さに対する法的評価の一定の態度を明らかにした点は妥当であるが、現実の労使関係の形成過程を当事者意思を評価する要素に加え切れなかった不備がある。

(2) 安田病院事件第一審・大阪地裁判決（平9.2.17、「労働裁判」715号）本事案の事実、病院付添婦が入院患者の付添看護に従事中、解雇を申し渡され賃金不払いとなったことへの契約成立確認および未払賃金等支払い請求が提訴された例である。判決は、基準看護を採らない私立病院は付添婦を雇用しない一般の実情のあるところ、それを望む患者への対応として病院と「人的構成や出資面で一定の繋がりが存する」会社がそのオーナーたる紹介所を媒介として付添婦を世話する事情から、本件付添婦と病院間の「事実上、一定程度の支配関係の存在」を認定した。この点(1)で指摘した現実の労使関係の形成過程を当事者意思を評価する要素に加えたとして評価できる。ところが、病院は「付添婦との契約条件の決定に事実上事前に関与し、付添料等の契約条件につき、患者にとって不利にならないよう、後見的立場から行動する…」として、病院側の明確な支配的地位を認めず結局付添婦の請求を棄却した。

(3) 同事件第二審・大阪高裁判決（平10.2.18、「労働判例」744号）上の第一審判決への原告の控訴に対する第二審判決は、「使用者と労働者との間に個別的な労働契約が存在するというためには……当該労務供給形態の具体的実態を把握して……使用従属関係から両者間に客観的に推認される黙示の意思の合致があるかどうかにより決まる」との基本的見解の下に、原告は「院長の

指揮、命令及び監督のもとに病院に対して付添婦としての労務を提供し、病院がこれを受領していたものと評価することができるから……院長との間に実質的な使用従属関係が存在していたものといえることができ、又、客観的に推認される付添婦と院長の意思は、労働契約の申込と承諾をしていたものと解するのが相当であって、結局両者の間には黙示の労働契約の成立が認められる」として、第一審と逆に付添婦の請求を認めた。

この判断は、つまり労使関係における労働契約締結の意思表示の評価は、当該労使関係の具体的実態としての事実上の使用従属関係から客観的に推認される両当事者の意思の合致の存否の認定から為すべきであり、合致が存すればそこで黙示の合意による労働契約の締結が成立したものと評価されるとするものである。この点において、本判決は第一審の内容つまり使用者が労働者に事実上相当程度の支配を及ぼしていたとの事実認定をしながらそれを法的評価に連結し得なかったことに対し飛躍的な論理の展開をみることができるといえる。

(4) ヤマゲンパッケージ事件・大阪地裁決定（平9・11・4、「労働判例」738号）本事案の事実、工場長代理が55歳定年制の適用なく継続勤務中①残る雇用期間1年の書面提示に何ら返事をせず、②57歳定年制と変更された後間もなく同年齢となり定年後減給の上再雇用するとの通告にも何ら返事をせず、その結果解雇予告手当支払いの上雇用関係終了との通告を受け、労働契約上の権利を有する地位等を求め仮処分を求めた。

判決は、①「使用者が、一方的に雇入通知書に雇用期間の定めを記載して労働者に交付しても、雇用が当然に期間の定めのあるものとはならないし、事項の重大性に鑑みると、労働者が速やかに異論を述べないと黙示の同意があったものと推認することも相当でない」とし、また②「突然重大なことを告げられた場合に即座に拒否の意思を表明しないと黙示の承諾があったものと認めることは相当ではない」等として労働契約上の地位を認めた。

この判断は、労働者が①“事項の重大性に鑑みると労働者が速やかに異論を述べない場合”、②“突然重大なことを告げられた場合に労働者が即座に拒否の意思を表明しない場合”に“黙示の同意・承諾があったものと推認することはできない”とするものであり、労使関係において特に従属的地位にある労働者側としては、対使用者とのあらゆる面で常に明確な行動で対応できるとは限らない実情を考慮したものと評価できよう（本事案における管理的ともいえる労働者でさえいえる）。

以上の判決例において、結論は(1)、(2)と(3)、(4)で異なるとはいえ、その論理の枠組みとして労働者の契約意思の法的評価には特に労働者側の置かれた実情・実態を十分に掘り下げて考察していく態度が必要であろうし、具体的には事実関係をより厳密・慎重に把握していくことが要請され、望むべくは労働者の置かれた実態としての境遇からその心理的状況までも捉えた上での黙示の意思の客観的な推認の可能性を見出す評価態度が必要な問題ともみることができるのではあるまいか。特に、上記判例中の(3)、(4)の論理展開を基礎とした今後の判例の蓄積およびそれに基づく法制の整備を望みたい。

4. 労働契約法運用における契約意思に関する問題状況

労働契約における当事者特に労働者側の意思表示の実情把握およびその法的評価については、近代社会の一般法たる民法の雇傭契約とは本質的に異なる考察をしなければ、紛争の妥当な問題解決を果たすことができないのではないかとの問題意識を述べてきたが、いま労働契約法制定が急ぎ推進されそのなかに労使関係形成の契機となる労働契約に関する公正な行為規範・ルールの新たな制定が含まれており、上述の問題意識を前提に筆者のこの点に関して危惧する問題状況をここで述べておきたい（なお、労働契約法案は現時点でいまだ明示されていないので、その素案になるとみられる上述の分科会案を考察の対象とする）。

分科会案においては、「第1、検討の趣旨」として「労働契約が、公正なルールに則って締結され……労働契約の内容となっている重要な労働条件の変更等の際には、労使において十分な話し合いの下で自主的な決定が行われるようにする…」(1頁、下線部分は筆者、以下も同じ)、さらに「長時間労働を抑制するとともに、労働者が健康を確保しつつ、能力を十分に発揮した働き方を選択できるようにするため労働時間制度を見直す……このため、労働契約に関するルールを定めた労働契約法を制定するとともに、労働時間に関する制度を見直し、労基法を改正する…」(同頁)としている。つまり、労働契約の締結のため労使間の公正なルールを新法に定め、その変更等には“労使の十分な話し合い”を要件とし、労働時間制度につき労基法を改正すると明示した。

この下に、「第2、検討の方向」の前半たる【労働契約法】(一部労基法改正を含む)において“労使間の話し合い”つまり「合意」について、「労働契約は、労働者及び使用者が実質的に対等な立場における合意に基づいて締結され、又は変更されるべきものである。上記の実質的に対等な立場における合意に資するよう…労使双方は良好な労働契約関係を維持するよう努める…(略)…労働条件は、労働者及び使用者の実質的に対等な立場における合意に基づき締結される労働契約で決められるべきものである…」(1~2頁)とし、つまり労働契約の締結および労働条件の決定は“実質的に対等な立場における合意”に依るとの総論的意義づけをした⁽¹⁷⁾。

そして、具体的な問題として、“就業規則による労働条件の合意推定に関して①使用者が労基法を遵守の上定めた就業規則がある場合、その内容が合理的であれば労使間の個別契約で定める部分以外は、当該事業場の個別の労働者と使用者との間に労働条件はその就業規則に依る旨の合意ありと推定する、②就業規則の変更等の場合にも労基法遵守と内容が合理的であれば①と同様に推定する、③上②の際に使用者が「当該事業場の労働者の見解を求めた過半数組合」との間で合意している場合には②と同様に

推定する、④「特別多数労働組合(労働者の3分の2以上で組織される)との合意は、上③と同様の効果を与えるにつき慎重に検討する、⑤事業場に過半数以上の組合がない場合、使用者が事業場の労働者を代表する者との間で合意したときは上③と同様の効果を与えるにつき検討する、⑥使用者が「事業場のすべての労働者を適正に代表する者」を複数選出しそれらの者と合意した場合も同様に検討する、⑦上⑥については「労使委員会の決議」で代えることができるかも併せて検討する”(2~3頁要約)としている。

労使関係において、労働条件に関わる労働者の個別的権利の法的問題は、本来上記の労使間の“実質的に対等な立場における合意”を基本として解決されるべきであるが、それはあくまでも前節で検討したとうり民法上の雇傭契約を意味し、“実質的に対等な立場”でないが故にその点について労基法が介入し、就業規則規定に依る労働条件の統一的・画一的な決定が行われる⁽¹⁸⁾。そこで、労働条件の決定の法的根拠は労使間の個別的契約と事業場の就業規則とにあることになり、これらの問題につき戦後労基法制定以降労働法運用上困難な争点となり、この点の重要な解決策として今般の労働契約法的主要内容ともなっている。

そこで、分科会案の労働契約法の部分ではこの就業規則と労使当事者の合意の関連につき一応の検討内容を明らかにしている⁽¹⁹⁾。まず、総論的意義づけとしての労働契約は労使間の実質的に対等な立場における合意により締結・変更されるべきものとは実際に不可能に近いことであり、その強調する意味が果たして何であるのか不可解である。だからこそ、わが国固有の就業規則規定が制定されているのであり、労働条件が統一的・画一的に決定されるなかに労働者の意思をどのように反映させるべきかがその規定運用上の基本的問題となり、この点につき具体的問題として就業規則の制定・変更の内容として“労働者の個別的合意の推定”が問題とされることになる。

この問題の基本は、秋北バス事件・最高裁判決(昭43.12.25)の“労働条件の集積的処理を建前

とする就業規則の性質から当該就業規則の内容が合理的である限り、個々の労働者に適用される”との判旨にあり、後続の最高裁・下級審判決に踏襲され判例法理として確立してきた⁽²⁰⁾。この問題点につき、上に引用した①から⑦において、①制定および②変更に法令遵守と合理性あれば個別労働者との合意推定、③過半数組合との合意あれば個別労働者との合意推定を行うとの立法内容を示す。さらに④3分の2以上の特別多数組合との合意ある場合は合意推定を慎重に検討、⑤過半数以上の組合なく労働者代表との合意ある場合は合意推定を検討、⑥すべての労働者の適正な代表者との合意ある場合は合意推定を検討、⑦すべての労働者の適正な代表者を労使委員会の決議で代えられるかも併せて検討することになっている。

つまり、分科会案の表明する労働契約の締結・変更における特に労働者の意思をいわば幻想化し表示なきものがあるかのように推論することに終始している。上の秋北バス事件・最高裁判決の論旨はあくまでも就業規則の法的性質についての基本的見解であり、わが国就業規則制度の実態から労使間の労働条件の決定は就業規則による事実たる慣習から個々の労働者に適用されるもので、その内容の合理性評価基準等が後の判例で蓄積をみる。ところが、分科会案には就業規則の労働条件内容につき個別労働者の合意がありとの推定を決定する（①、②、③の部分）、そして個別労働者の合意ありとの推定を検討する（④“慎重に”、⑤、⑥、⑦）としており、就業規則制定・変更の権利は使用者がもつ以上、使用者の契約意思に対し労働者の意思は全く偽装されたままに新法における契約意思とされてしまう可能性がある⁽²¹⁾。

分科会案の「第2、検討の方向」の後半には【労働時間法制】（労基法の改正）があり、上に触れた「第1、検討の趣旨」で「労働時間に関する制度を見直し、労基法を改正する…」（1頁）とするのを受け、特に「自律的労働にふさわしい制度の創設」の（基本的な考え方）として、「就業形態・意識の多様化が進む中、高付加価値の仕事を通じたより一層の自己実現や能力発揮を

望み、緩やかな管理の下で自律的な働き方をすることがふさわしい仕事に就く者について、一層の能力発揮をできるようにする観点から、現行の労働時間制度の見直しを行う」（7頁）とする。

さらに、〔対象労働者の要件等〕と題して自律的な働き方をすることがふさわしい仕事に就く者として、「i、使用者から具体的な労働時間の配分の指示を受けない者……及び使用者から業務の追加の指示があった場合は既存の業務との調節ができる者…… ii、通常の労働者に比し相当程度の休日確保されている者…健康をチェックし、問題があった場合には対処することができる仕組み……が適用される者… iii、出勤日又は休日が一年間を通じあらかじめ確定し、出勤日における出退勤の確認が確実に実施されている者……iv、賃金の額が、自律的に働き方を決定できると評価されるに足る一定水準以上の額である者…」（同頁）とする。

そして、〔導入要件等〕として「この制度を事業場に導入するかどうかについては……当該事業場の労使の実質的な協議に基づく合意により決定することとする……対象労働者の範囲については、法に定める対象労働者の要件を満たす範囲内において、当該事業場の労使の実質的な協議に基づく合意により定めることとする…」（同頁）とした。さらに、労働時間法制に関して前半の【労働契約法】部分に「自律的労働にふさわしい制度の対象となる労働者については、書面による条件の明示・説明及び合意がない場合には、通常の労働時間により取り扱われるべきものとする」（3頁）とした。

つまり、労働時間法制に関しては、労使間の書面による合意がある場合に、新しい労働契約法の規律に基づいて労使間の対等性を発揮しながら労働者の自律的な時間管理を行なうことが主旨とされる。分科会案自体が懸念する近年の労働者の実態として「長時間労働者の割合が高止まりしており、過労死の防止や少子化対策の観点から、労働者の疲労回復のための措置を講ずるとともに、長時間にわたる恒常的な時間外労働の削減を図る必要がある…」（6頁）とすることから“合意”を制度発足の条件としたとみ

られるが、先の労働契約法の部分で指摘したような労働者の真実の自由意思による合意がなされない場合もあるとすれば、やはり労働者の契約意思の偽装が新法の下で真実の意思表示とされる危険があろう。

なお、この労働時間制に関しては、本論稿の問題感心からいって具体的・典型的な考察対象として“ホワイトカラー・エグゼンプション”（いわゆるホワイトカラー労働者の労働時間規制適用除外）の問題がある。これは、労働者全般に対する一日当たり8時間、一週間40時間（労基法32条以下）の規制をホワイトカラー労働者に対し一律的な適用を除外することが労基法の改正として準備され、これに対し労働界を中心に国民一般から反対の見解・世論が現在マスコミを中心に表明されている。そうしたなか、労働政策審議会労働条件分科会はその導入のため労基法改正をも求める報告書をまとめたことが公にされた⁽²²⁾。

その内容は、分科会案と全く同じく自由度の高い働き方にふさわしい制度の創設として、“一定要件を満たすホワイトカラー労働者は休日確保、健康・福祉確保措置を確実に取りつつ、労働時間規定の一律的な適用を除外する。要件は①労働時間では成果を適切に評価できない業務に従事、②重要な権限と責任を相当程度伴う地位、③業務遂行の手段と時間配分の決定で使用者が具体的指示をしない者、④年収が相当程度高い、（つまり）対象者は管理監督者の一歩手前に位置する者（とされ）……制度導入は労使委員会を設置し、対象者の範囲や賃金決定方法、週休二日相当以上の確保、対象者の同意を得ること、医師の面接指導などを決議し行政官庁に届ける”となっている。

分科会の審議において、労働者委員からホワイトカラーとされる労働者の範囲が明確でなく相当数の労働者が残業手当も支給されずに長時間労働を強いられ、過労死や過労自殺を増加させる可能性があり法制化は認められないとの主張がなされ、労働組合や野党も全面的な反対表明を行っている一方で、使用者委員からは管理監督の立場で創造的・専門的能力を発揮できる

自律的な働き方が可能となり、働く時間の裁量が広がることから長時間労働はむしろ抑制が可能になるとうの主張がなされ、使用者団体（特に経団連）や政府与党の意向表明が強く、厚労省は労働者側等の合意を得ないままにその導入に向けた結論を急いでいるが、上述の労働契約法よりも成立の困難が予想されている。

この問題は、まず、適用される労働者の範囲につきホワイトカラーとか管理監督者というきわめて漠然とした対象を想定しており単なるある種の労働者像を念頭に置いているとみられる。従って、職場＝使用者側からの一方的な職務・職域の線引きによりいかなる労働者もその対象の範囲に引き込まれる可能性があり、さらに際限なくその範囲が拡大される可能性にもつながりかねない。その結果、労働条件決定権も人事権も持たない管理監督者的労働者が能力主義・成果主義体制の下、自己の業績責任を問われる裁量職として自らの労働時間を費やして業績達成するほかなく、過重労働を強いられる制度そのものとなる結果過労死の問題に直結する可能性も生じよう⁽²³⁾。

次に問題視すべきは、この制度の適用除外を実施するには“対象者の同意を得ること”が条件とされており、対象労働者の意思が尊重されている体裁を整えていることである。労働法規上の労働者は度々既述してきたとおり対使用者関係において社会構造的弱者たる従属労働者たることを基本的立場としており、現代的にいかにも自律的働き方をするようになったとはいえあくまでも使用者に従属する労働者の域を出ない。その労働者を長時間労働ないし過酷な労働から保護する法規定を適用除外するという法制度の発案自体が筆者には到底納得できない。民法体系でなら法原理上雇傭契約において妥当するが労働法体系たる労働契約法において法原理上あり得ないのではあるまいか。

つまりは、労働者とはいかにホワイトカラーあるいは管理監督者と呼ばれようとも使用者に従属する地位にあることは本質的に共通であり、その地位で使用者側から労働時間規制を適用除外すると申し渡された場合、明確に対等な

立場にいる積りで拒否できるであろうか、そしてその結果身に及ぶ不利益待遇を甘んじて受け入れられるであろうか、ないしはそれを不満として自主退職等の手段を気軽に行使できるであろうか、この労働者の境遇と意思の実態さらにそのことの法的評価の見解は第二節の裁判例で検討したが、ここで特にその（４）の判決における“工場長代理”（以前に取締役でもあった）たる労働者の意思の考察内容に明らかである。

5. 結びにかえて

労使関係を規律する法体系たる労働法制は、特に労働者の特別保護を行なうことを通して使用者との対等な関係における労働条件の維持・改善をめざすところに本旨があり、法理念としては近代市民法の私法つまり個人関係規律を特質とする民法の特別法であり、法体系として不対等に位置する労使関係の是正をなすことを特質とする現代社会法の一体系であるといえる。従って、労働法規を制定・改正するには、労働法制としてその特質を明確に捉えた上でその具体的実現をはかり得る内容として整備されなければならないと解する。

いま、新たな労働法制として立法化が推進されている労働契約法は、現行の労働法規特に労基法の規律対象たる個別的労使関係における実態として不対等な問題を解決するために、現今の新たな労働者の実態に適合させて規律すべき内容を準備中のようである。しかし、その準備内容で指摘する新たな実態とは果たしてその法制による規律が必要なものか、ないしは規律対象として果たして妥当に捉えられているものかにつき大いなる疑問を抱かざるを得ない。つまり、前述してきたとおり準備内容には現状把握の基本的不備がある。

確かに、従来の労使関係の実情そして労働者の実態は大きな変化を現わしているが、その変化たる新たな実態とは従来の労使関係の社会構造的特質あるいは当事者各々の社会的・経済的優劣状態を総体的・根本的に解消したとみなし得る状況ではない。いわば、そのような実態も

近年現われそして見え始めており、その先行きの見通しはいまだに不明としかいえない状況を前提に、ともかく便宜的にとりあえず社会経済運営の必要性に適合すべき政策なる意味あいにおいて、経済界そして政府（厚労省）主導の下に新法制定・関連法改正が急がれている。

筆者は、かねてより労使関係の特質が契約形成（その締結や変更の問題）において、労働者側の意思表示の真実ならざる実態の問題状況およびそれに対する法的評価如何の問題点を中心に考察を試みており、今般の労働契約法制定の経緯とその内容の構想を本論稿において具体的問題感心をもちつつ検討した。その結論として、新たな労働者の実態に対応すべき労働契約法は、その規律対象・内容を労基法とは全く異なるものつまり労使間の対等な立場での労働契約の自主的決定の内容（例えば、解雇権濫用法理等）に厳格に限定する必要があるといえる。

結局、労働者の契約意思のあり方という観点からみる限り、労使関係の全く新たな実態なるものの特質を明確にしない限りその制定の妥当性は認め得ない。従来からの従属労働者の実態に対応してきた労基法において基本的な労働者保護の法施策がその基礎となるべきは法制上当然のことである。その労働契約法と労基法との錯綜状態が今後当面の問題を生じさせるであろうことを懸念しながら新法の運用を迎えることとなりそうである。報道では、前掲の分科会案による報告書を受けた厚労省はその内容を法案として2007年1月からの通常国会に提出する方針という。

追記：本稿脱稿後の校正中、労働時間法制の“ホワイトカラーエグゼンプション”の導入については、安倍総理大臣が“現段階で国民の理解が得られていると思えない”と述べ、政府・与党はその関連法案の現通常国会提出を見送る方針を決めたこと報道された（「朝日新聞」平19.1.17付、他各紙）。

注

- (1) こうした現象は、労働者の非正規雇用を生じさせ、その増大が近年著しい。この実態について、「平成18年版・労働経済白書—就業形態の多様化と勤労者

生活一」(厚労省編、平18.8.15発行) 84頁以下参照。

- (2) この最近の現象について、上掲「労働経済白書」218頁以下参照。
- (3) 「個別労働関係紛争の解決の促進に関する法律」に基づいて、労働局の総合労働相談コーナー等に労働相談がなされた件数は以下のようなものである。

	H13年度 10.1~3.31	H14年度 4.1~3.31	H15年度 4.1~3.31	H16年度 4.1~3.31	H17年度 4.1~3.31	H18年度 4.1~9.30
全 国	251,545	625,572	734,257	823,864	907,869	未発表
岩手県	2,190	5,866	7,509	8,369	9,256	4,789

(厚生労働省および岩手労働局統計)

- (4) 「朝日新聞」平18.12.28付、他各紙。
- (5) これらの文書の内容についての以下の検討は、厚労省ホームページに依る。引用のページ数字はそれである。
- (6) これは、当時の労働政策審議会労働条件分科会の建議「今後の労働条件に係る制度の在り方」等で打ち出された“新しいタイプの労働者像”が経済・産業・雇用体制のなかで、労働者の個人たる価値理念を基に位置づけすべく労基法体系での労働者の個性・主体性の発揚を試みたことの不備であったといえる。
- (7) 外尾健一著作集第三巻「労働権保障の法理Ⅰ」(信山社刊、1999年) 11頁以下参照。特に、同著は「労働法…労働基準法は…民法の一般原則の上に立ついわば特別法としての独自の法的類型が構成されるとみて差支えない…定義づければ、労働契約とは労働者が使用者に対し、賃金その他の対価を得て、従属労働に服することを約する契約であるということが出来る」としている(24頁)。その他、片岡昇他著「新労働基準法論」(法律文化社刊、1982年) 95頁以下も同旨。
- (8) この点に結びつくような国の実態調査として、“基幹的非正社員の動向(事業所割合)”をみると、同社員が“多数いる”11.2%、“一部いる”50.8%つまり“いる”は計62.0%で、それに対し“いない”は37.9%である。そして、同社員が“増加している”が27.0%で、それに対し“変わらない”30.5%、“減少している”は4.6%の計は35.1%となっている。(上掲厚労省編「平成18年版労働経済白書」240頁)。つまり、本文の“自律的な働き方”をする労働者は“非正社員”が多く、しかも全社員に占める割合は現在も将来的にも少数であることが分かる。これ以外の統計調査はない。
- (9) この点につき、報告書は「…雇用と自営の中間的な働き方の増加が指摘されており……その際、労基法

上の労働者として必要とされる使用従属性まではなくとも、請負契約、委任契約等に基づき役務を提供してその対償として報酬を得ており、特定の者に経済的に従属している者については、相手方との間に情報の質及び量の格差や交渉力の格差が存在することから、労働契約法制の対象とし、一定の保護を図ることが考えられる」(15頁)とするが、本来このような契約関係にある当事者は労働法体系には基本的になじまないのであり、労働契約法による保護には必ず限界が生ずるのであろう。

- (10) これは、既述の“はじめに”の附記で示した拙稿である。
- (11) これらの点に関する筆者の詳しい見解については、上記拙稿27—29頁を参照されたい。
- (12) 労働契約に関する法規定は、労基法第2章にあるけれども、その定義あるいは法的性質についての定めは一切ない。
- (13) 我妻栄著「民法総則」(岩波書店刊、1954年) 205頁。
- (14) 片岡昇他著・前掲書86頁以下参照。
- (15) 外尾健一著「採用・配転・出向・解雇」(労働法実務大系9総合労働研究所刊・1978年) 92頁、さらに片岡昇他著・前掲書102頁参照。
- (16) 判決例の詳細については、上記拙稿29頁以下参照。本文はその検討の要旨である。
- (17) 労働契約の基本的な法的性質として、分科会案とは別に労働契約法制研究委員会報告書「労働契約法試案—ワークルールの確認とさらなる充実を求めて—」(連合総合生活開発研究所刊、2005.10.11)において、「第3条 労働契約は、労働者と使用者が対等の立場で交渉し、十分な情報と自由意思に基づく実質的な合意によって締結すべきものである。」との案を示し(7頁)、「労働契約における当事者間の『合意』の探究にあたっては、労使慣行を含むさまざまな事実を総合的に考慮したうえで、合理的な内容が確定されねばならない」(45頁)との解釈のあり方を示しており、労働契約における労働者保護の実現の立場から、分科会案よりも妥当な見解といえよう。
- (18) この就業規則による労働条件決定については、裁判例によって法的見解が確立してきた。その端緒となったのが「秋北バス事件」最高裁大法廷判決、昭43.12.25(民集22巻13号3459頁以下)である。
- (19) この点につき、既述の報告書は以下の論述の基礎となる見解を25頁以下に表明している。
- (20) 就業規則に関する判例につき、筆者は最高裁判決を中心にかねてより継続的に考察してきた。『就業規則をめぐる最近の判例動向』と題し、【1】「—大曲市農協事件最高裁判決を中心として—」(『生活学園短期大学紀要』12号123-133頁、平成元年)、【2】「—最高裁大曲市農協事件判決以後の就業規則不利益変

更に関して－」（「盛岡大学短期大学部紀要」1巻・14号107-120頁、平成3年）、【3】「－第一小型ハイヤー事件最高裁判決を中心として－」（上「紀要」4巻・17号101-110頁、平成6年）、【4】「－第四銀行事件最高裁判決を中心として－」（上「紀要」8巻・21号、平成10年）、【5】「－みちのく銀行事件最高裁判決を中心として－」（上「紀要」11巻・24号1-11頁、平成13年）、【6】「－みちのく銀行事件最高裁判決以後の下級審判決の概観－」（上「紀要」13巻・26号11-21頁、平成15年）を参照されたい。

なお、この点につき報告書では27頁以下に論じられている。

- (21) この点に関する直接的な統計ではないが、使用者側の経営効率からの労働者に対する待遇の根拠として、増大する非正社員を雇用する理由ではパートに対する“賃金の節約のため”、契約社員に対する“専門的業務に対応するため”、派遣労働者に対する“即戦力・能力のある人材を確保するため”とが圧倒的に多く、労働者の条件・境遇に対する経営努力の徴候はみられないとすれば、労働契約上労働者意思は形骸化するのは必至であろう（上掲厚労省編「平成18年版労働経済白書」149頁参照）。
- (22) 「朝日新聞」平18.12.28付、他各紙。
- (23) 労働者の過労問題については、労働契約法制定の準備中にも労働組合あるいは、過労死・過労自殺の遺族達の団体からも反対表明がなされていることが報じられている（「岩手日報」平18.12.12付）。