

# 労働契約法としての労働基準法（一）

三井正信

はじめに

一 判例による労働契約法理の意義・特徴と問題点

(一) 労働契約法理の特徴

(1) 労働基準法における労働契約のルールに関する大きな欠缺

(2) 労働契約法理の展開とその基本的特徴

(二) 労働契約法理の意義と問題点

(1) 労働契約法理の意義

(2) 労働契約法理の問題点

(3) 小括

二 労働契約法の基本原理

(一) 労働基準法と労働契約法の基本理念

(1) 労働契約法としての労働基準法の可能性

(2) 労働契約法の存在構造

(二) 労働基準法一条論・二条論の再検討

(1) 憲法二七条二項の基本理念

(2) 使用者の社会的権力と労働契約（以上本号）

(3) 労働契約法の総則的規定としての労働基準法一条・二条の具体的規範内容

三 労働契約法の基本的方向性  
おわりに

はじめに

個別的労働関係法（雇用関係法）の基本法である労働基準法は、労働条件の最低基準を定めこれを行政監督と刑罰によつて公法的側面から強制的に使用者に遵守せしめようとする労働保護法（Arbeitsschutzrecht）としての性格が強く、その反面、労働契約の成立・展開・終了のルールを定める私法規定たる労働契約法（Arbeitsvertragsrecht）としての性格が弱くなっており、それらに関する規定（例えば、採用内定、試用、配転、出向、転籍、昇進・昇格・降格、査定・公正評価、辞職、合意解約、準解雇などに関する規定）はほとんどみられない<sup>(1)</sup>。しかし、労働契約の成立・展開・終了は労働者のワーキングライフないしは労働関係の根幹をなす一連の重要な過程であり、これをめぐる紛争も数多くみられるのであつて、これらに関するルールを欠いている労働基準法には基本法としての大きな欠缺が存しているといえる<sup>(2)</sup>。そこで、判例によつて労働契約法理と呼ばれる一連のルールが形成されて広く定着し、それがこのような法の欠缺を埋めてきた。そして、現在ではある意味では制定法たる労働基準法よりも判例のルールである労働契約法理の方が重要性を有するようになってきているといつても過言ではない<sup>(3)</sup>。しかも、近年、労働力の流動化や労働条件の個別化の進展などにもなつて、労働契約の重要性がますます高まるとともに、労働契約法理の重要性も増大してきており、また今後、雇用形態の変化・複雑化・多様化などにより労働契約をめぐるルールのリニューアルや新たなルール形成が更に求められることになる。とにかく、これまでではかかる労働契約法理は個別的労働関係法の基本法たる労働基準法とは別個に形成されてきた点に特徴があり、今後も同様の傾向が続くものと思われる。

さて、労働契約に関するルールの重要性故に、かかるルールを定めた制定法が存しないことを問題として、かねて

より学説は労働基準法とは別個に労働契約法制定の必要性を主張してきており、また、先般、厚生労働省においても労働政策審議会労働条件分科会での審議を受けて研究会が設けられ本格的な労働契約法制の制定へ向けての検討がなされるに至っている<sup>(5)</sup>。体系的な独立の制定法としての「労働契約法」の制定が実現するかどうかは(その可能性は大きいとはいえ)いまのところは未知数である(なお、以下、本稿では将来制定されるであろう体系的な単独の制定法たる労働契約法を「労働契約法」と括弧付きで表示し、単に一般的に労働契約の成立・展開・終了をめぐるルールを示す場合には括弧なしで労働契約法と表記して区別することとする)が、それが実現するとしてもまず大筋のところはおそらくは実務上定着してきている判例ルール<sup>(6)(7)(8)</sup>労働契約法理を基礎としこれを整序しつつ明確化し条文化することからスタートするのではないかと思われる。

では、これまでの労働契約法理とはいかなるものであり、それは果たして何ら問題がなくストレートに妥当性を有し制定法化ないしは条文化され得るものなのであろうか。また、それを個別的労働関係法の基本法たる労働基準法(及びその理念)とまったく切り離して別個に考えてよいのだろうか。そして、①社会経済、雇用社会、雇用形態、ライフスタイルなどの大きな変化にともなう労働契約法理の今後の展開のあり方・変容の方向性、ないし②これからの雇用社会にフィットした立法を行う(「労働契約法」を制定する)にあたっての基本的な法的指針、を提示する必要があるが、それは果たしていかなるものであるべきなのか。変化にもかかわらず動かないもの、即ち労働契約法の基盤<sup>(1)</sup>理念や普遍性を有する部分を明確にしておく必要はないのか。とにかく、労働契約の意義・役割の重要性及び労働契約のルールをめぐる必要性の増大に鑑みると、このような疑問を解明しておくことが現在において喫緊の課題となるといえよう。

本稿は、以上のような疑問に答えるべく、これまでの労働契約法理の意義・特徴と問題点を洗い出し、労働基準法

などの個別的労働関係法の理念との接合なども考慮しつつ、労働契約法の基礎とは何かを検討し、併せて今後のあるべき労働契約法ないし労働契約法理の方向性(そして、将来制定されるべき「労働契約法」の骨格・アウトライン)を明らかにしようとするものである。そして、このような検討・考察にあたって、これまで十分に吟味されてこなかった、労働契約法理の、労働基準法の基本理念、及びその基礎にある憲法二七条二項の趣旨・理念との関連性に留意しつつ論を展開し、労働契約法としての労働基準法の活用の余地・可能性を探ってゆくこととする。<sup>(9)</sup>

(1) 労働保護法と労働契約法の特徴・区別・差違などについては、西谷敏「労働者保護法における自己決定とその限界」松本博之・西谷敏(編)『現代社会と自己決定』(一九九七年、信山社)二二七頁以下、土田道夫「労働保護法と自己決定」法律時報六六巻九号(一九九四年)五八頁を参照。

(2) もっとも、募集・採用から解雇・退職に至る雇用における全ステージに関して重要事項につき女性差別を禁止する男女雇用機会均等法などは労働契約法と位置づけることが可能であると考えられるが、対象事項と範囲、ルールの規制内容が非常に限定された部分的なものにとどまっており、しかも個別的労働関係法の基本法たる労働基準法との接合・関連性も明確なものではないといえよう。ちなみに、小西國友・渡辺章・中嶋士元也『労働関係法(第4版)』(二〇〇四年、有斐閣)は「第3部 雇用関係法」(渡辺執筆)を雇用関係法総説・労働契約法・労働条件法の三つの部分に分けて解説を試みているが、男女雇用機会均等法については労働契約法の部分で取り扱われている。なお、確認しておけば、本稿が問題とするのは、いくら労働契約法に関する断片的な個別の法律がみられようとも、基本法たる労働基準法に労働契約法に関する規定が大きく欠けており、また個別的労働関係法の一部をなす労働契約法を統合しようとする姿勢が一見したところみられない点であって、そこで、このような欠点を補い基本法たる労働基準法から労働契約法の基礎と労働契約法統合の原理を解釈論によって導きだし、個別的労働関係法(雇用関係法)全体の統合的基本原理と体系性を確立することを試みるのが本稿の目的となる。

(3) 労働契約法理については、諏訪康雄『雇用と法』(一九九九年、放送大学教育振興会)二六頁以下、土田道夫「日本型雇用制度の変化と法」日本労働法学会(編)『講座21世紀の労働法 第1巻 21世紀労働法の展望』(二〇〇〇年、有斐閣)二五―二六頁、菅

野和夫『労働法 第六版』(二〇〇三年、弘文堂) 八四頁、山川隆一『雇用関係法 第3版』(二〇〇三年、新世社) 六一七頁、二九一―二九三頁などを参照。

(4) 例えば、平成五年(一九九三年)五月に開催された日本労働法学会の第八五回大会のシンポジウムの統一テーマが「労働契約法の立法論的検討」であり、労働契約の全過程と就業規則、紛争処理に関する立法論的提言が検討されている(シンポジウムでの報告が論文にまとめられたものとシンポジウムでの議論内容は同年一〇月に刊行された日本労働法学会誌八二号に掲載されている)。また、同年五月の労働基準法研究会報告『今後の労働契約等法制のあり方について』(労働省労働基準監督課(編))『今後の労働契約等法制のあり方について』(一九九五年、日本労働研究機構)に収録)でも労働契約法制定に向けての立法論的提言がなされているところである。更に、この労働基準法研究会報告を受けて、日本労働研究雑誌四〇六号(一九九五年)に馬渡淳一郎「労働契約法の課題」、渡辺章「労働基準法研究会報告を読む」の二本の論文が掲載されている。

(5) 労働政策審議会労働条件分科会の審議を経て厚生労働省に「今後の労働契約法の在り方に関する研究会」が設けられ、本年四月より労働契約法の制定へ向けての検討が開始されているところである。この問題に関する回の労働政策審議会労働条件分科会の議事録については、<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2004/03/txt/s0323-2.txt>「今後の労働契約法の在り方に関する研究会」については、<http://www.mhlw.go.jp/houdou/2004/04/h0414-1.html>を参照。なお、仮に、独立の体系的な「労働契約法」が制定されない場合には、平成一五年(二〇〇三年)の労基法改正により労働契約法の性格を有する解雇規制に関する一八条の二が設けられたように、労働基準法の中に労働契約法のルールが導入されることとなるであろうことも予想される。この意味でも、後に本文で詳しく検討するように①労働契約法と労働基準法の関連性、あるいは②労働基準法における労働保護法と労働契約法との関係、及び③労働保護法と労働契約法の両者を統合する基本理念を明らかにしておく必要があるといえよう。

(6) この点については、土田道夫「労働契約法の課題」獨協法学四四号(一九九七年)三二二頁以下参照。

(7) ただし、判例法理が存しないかあるいは十分に確立していない事項については、「労働契約法」自体が新たにルールを提示することになるであろうことについてはいうまでもない。

(8) 平成一五年(二〇〇三年)に労基法改正によって設けられた労働契約に関するルール(労働契約法)の本格的な条文の第一号とでもいうべき解雇権濫用法理を規定した労働基準法一八条の二が、制定過程で紆余曲折を経たものの、結局は判例によって形成された解雇制限法理をほぼそのまま文化化したが、この点を予想するうえでの基礎となる重要な先例を示すものとなっていると

いえよう。

(9) この点について、不十分ながら、筆者がこれまでに検討を試みたものとして、三井正信「準解雇の法理(二)」広島法学二七巻二号(二〇〇三年)一一六頁以下、同「準解雇の法理(三)」広島法学二七巻三号(二〇〇四年)一二二頁以下。

## 一 判例による労働契約法理の意義・特徴と問題点

### (一) 労働契約法理の特徴

#### (1) 労働基準法における労働契約のルールに関する大きな欠缺

既に述べたように、労働基準法は行政監督と刑罰によって賃金や労働時間などの最低労働条件(最低基準)を公法的に使用者に遵守せしめようとする労働保護法の性格が強く、労働契約の成立・展開・終了に関する私法的ルールを定めた労働契約法としての性格が稀薄となっている。確かに、労働基準法第二章のタイトルが「労働契約」となっていることが示す如く、労働基準法が労働契約にまつたく無関心であるとはいえないが、これとて労働契約の締結と終了に関わる一定の付随的・付帯的事項についての若干の規制にすぎず、そもそも労働契約の成立・展開・終了それ自体に関する一般的・本質的ルールは存しないのである。また、労働契約のひな形ともいえるべき就業規則についても、労基法には、使用者に作成・意見聴取・届出・周知義務といった一定の義務を課す規定(八九条、九〇条、一〇六条)とともに、法令・労働協約との関係(九二条)や契約が就業規則に違反した場合に問題となるにすぎない就業規則の「事業場の小労働基準法」<sup>1)</sup>としての最低基準保障的効力(就業規則の「効力」)についての規定(九三条)しか存せず、就業規

則が労働者を拘束する法的根拠や不利益変更の拘束力など就業規則が労働契約とどう関わってゆくか(就業規則の「拘束力」)についての明確なルールは規定されていない。<sup>(3)</sup>

確かに、必ずしも最低基準とはいえない労働契約をめぐるルールの履行の確保を行政監督と刑罰によつてはかることには困難がともない、またこのような行き方が必ずしも妥当な方策であるようにも思われないので、労働基準法において労働契約のルールに関する規定がわずかしか存しないことにも一理あるとはいえるが、それでもやはり個別的労働関係法の基本法における重要事項に関する法の欠缺には大きな問題があろう。ただし、平成一五年(二〇〇三年)の労基法改正により設けられた一八条の二によつて後にみる解雇権濫用をめぐる判例法理が確認・制定法化され、労働契約の終了のうち解雇についてのみは本格的な労働契約のルールがようやく定められるに至った点は注目される。いえ、今後、「独立の制定法たる「労働契約法」が制定されない場合には、あるいはさしあたり当面のところは、)労働基準法が労働契約法としての性格・比重を増してゆくことも考えられ得ないではない。しかし、現在のところは、労基法全体としてみれば基本的には依然としてその従来の特徴・性格・骨格を保持したままであり、また、労基法一八条の二も、結局は、これからその特徴を概観する判例法理を前提とするものであつて、とにかく従来の構図は本質的にはそれほど大きく変化していないといえよう。

## (2) 労働契約法理の展開とその基本的特徴

労働基準法をはじめとして実定法には労働契約の成立・展開・終了に関する一般的規定がほとんど存しないが、問題の重要性故に労働契約の成立・展開・終了をめぐる様々な紛争が多発し、裁判所にルール形成を行う役割が求められてきた。その際、裁判所は日本的雇用慣行を考慮に入れこれを反映させつつ法理を展開してきたと考えられる。高度経済成長期を通じて大企業と一部の中堅企業で、終身雇用制(長期雇用システム)、年功処遇(賃金)制、企業別組合

の三本柱を基礎とした日本の雇用慣行が形成されてきたが、そのうち終身雇用制（長期雇用システム）と年功処遇（賃金）制の二つが労働契約法理の形成に大きな影響を与えたのである。

まず、終身雇用制（長期雇用システム）と年功処遇（賃金）制とに由来する労働者の雇用喪失の不利益と外部労働市場の未発達・未整備といった点を踏まえ、終身雇用制が含意する労働者雇用安定化機能を解雇権濫用法理という形で具体化し、合理的で相当な理由のない解雇は権利濫用（民法一条三項）にあたり違法・無効になるとのルールを示して、合理性のテストと相当性のテストという二段階の厳格なテストを通じ、本来民法上の建前からすれば自由であるはずの使用上の解雇権（民法六二七条一項）の行使を大きく制約する方向がみられた（日本食塩製造事件・最一小判昭五〇・四・二五民集一九巻四号四五六頁、高知放送事件・最一小判昭五二・一・三一労判二六八号一七頁<sup>4</sup>）。要するに、解雇されると、中途採用が少ないため再就職が困難となるといった事情に加えて、たとえ再就職できても年功が一からスタートするため賃金額が大幅にダウンするといった大きな不利益が労働者に一般的に生ずると解される点が考慮され、厳格な解雇制限法理が形成されることになったといえよう。そして、このような法理は採用内定取消や試用期間満了後の本採用拒否や反復更新されてきた有期契約の更新拒絶に対しても影響力を及ぼしており、これらに対しても解雇権濫用法理が応用的に用いられてきている（採用内定取消に関し、大日本印刷事件・最一小判昭五四・七・二〇民集三三巻五号五八二頁、本採用拒否に関し、三菱樹脂事件・最大判昭四八・一一・一二民集二七巻二一五三六頁、有期契約の更新拒絶につき、東芝柳町工場事件・最一小判昭四九・七・二二民集二八巻五号九二七頁、日立メデイク事件・最一小判昭六一・一二・四判時一二二二一号一三四頁）。

他方、解雇の困難性と企業内部で柔軟な人事配置・人材活用を行う内部労働市場の機能とを重視して、業務・人事命令に関する使用者の広範な裁量権を認めつつ、これが①業務上の必要性が存しない、②違法・不当な目的でなされ



た、③労働者に大きな不利益を与える、といったような場合には例外的に権利濫用の禁止(民法一条三項)でチェックをかけるという使用者裁量権容認機能を前提とした法理が形成された(例えば、業務命令につき、国鉄鹿児島自動車営業所事件・最二小判平五・六・一一労働六三二号一〇頁、配転につき、東亜ペイント事件・最二小判昭六一・七・一四労働四七七号六頁、日産自動車村山工場事件・最一小判平元・一二・七労働五五四号六頁、ケンウッド事件・最三小判平一二・一・二八労働七七四号七頁、出向につき、新日本製鐵(日鐵運輸第二)事件・最二小判平一五・四・一八労働八四七号一四頁など)。同じ権利濫用法理とはいえ、前者(解雇)では使用者の権利を厳しく制限するのに対し、後者(業務・人事命令)では使用者の広範な権限を認める方向で法理展開がなされている(従って、後者に関しては裁判で争われても権利濫用にあたらず当該業務・人事命令が有効であると判断されるケースが多くみられる)。

また、契約法の原則からすれば、使用者が労働条件の変更(特に不利益変更)を必要とする場合に、労働者がこれを承諾しなければ(要するに、変更の申込に同意しなければ)労働条件の変更は成就しないので、本来は使用者は労働者を解雇せざるを得ないことになる。しかし、労働者雇用安定化機能に基づく解雇の困難性を考慮して、判例は使用者に柔軟な労働条件決定・変更権を承認するに至った。労基法は使用者に事業場の労働条件を記載した就業規則の作成を義務づけている(八九条)が、使用者が一方的に作成する就業規則が労働者を拘束する根拠や不利益変更の拘束力を定めた規定は存しない。そこで判例は、就業規則は内容が合理的であれば労働者の同意の有無や知・不知にかかわらず労働者を拘束し、また不利益変更についても合理性が認められれば労働者を拘束するとの独自の論理展開を示し、これが現在、実務上定着し確立された判例法理となっている(秋北バス事件・最大判昭四三・一二・二五民集二二卷一三号三四五九頁、第四銀行事件・最一小判平九・二・二八民集五一卷二七〇五頁)。ちなみに、就業規則には、通常、様々な業務命令権や人事命令権の基礎が記載されており、また判例はこれらの条項の合理性を広く認める傾向にあり、従って、

使用者は、就業規則に基づき、先にもその特徴をみた人事を含めた広範かつ柔軟な業務命令権を獲得することになる(例えば、傷病労働者に対する受診命令につき、電電公社帯広局事件・最一小判昭六一・三・一三労働四七〇号六頁、時間外労働命令につき、日立製作所武蔵工場事件・最一小判平三・一一・二八民集四五卷八号一二七〇頁、配転命令につき、前掲・東亜ペイント事件・最判、出向命令につき、前掲・新日本製鐵(日鐵運輸第二)事件・最判)。以上を要するに、労働者が雇用の安定と引き替えに使用者の業務・人事命令に関する広範な裁量権と柔軟な労働条件決定・変更権を容認するというトレード・オフないしギブ・アンド・テイクの関係が判例の労働契約法理の背景図式ないし基本構図をなしているのである。<sup>(5)(6)(7)</sup>

## (二) 労働契約法理の意義と問題点

### (1) 労働契約法理の意義

まず何よりも、以上で概観した労働契約法理は、労働契約をめぐるワーキングライフの重要事項についてルール形成を行い労働基準法の隙間を埋めた点に大きな意義を有するといつてよいであろう。<sup>(8)</sup> しかも、これらは司法における裁判規範であることに加えて(あるいは裁判規範であることを超えて)雇用社会や職場における行為規範としての地位をも獲得し一般に定着するに至っているのである。特に、解雇権濫用法理は使用者の解雇権の行使を厳しく制限して労働者の雇用の安全(安定)を確保し(この意味で、最近に至るまでわが国で一般的に広くみられた終身雇用制(長期雇用慣行)を法的に補強・裏打ちし)、労働者が安心して働くことができるセーフティネットを形成してきた点が重要である。しかも、労働契約法理は、判例法理であるから労使の利益衡量・利益調整を踏まえて種々の事案に柔軟に対処できるとともに、新たな問題が生じればその都度事案に応じてルール形成をはかることができたのである。例えば、第一次オイルショックにもなう人員整理に対応すべく四要件を基礎とする整理解雇法理が形成・展開されたのがその例といつてよいであろう(大村野上事件・長崎地裁大村支判昭五〇・一二・二四判時八一三三九八頁、東洋酸素事件・東京高判昭五

四・一〇・二九労判三三〇号七一頁<sup>(9)</sup>。

(2) 労働契約法理の問題点

しかし、このような労働契約法理にも次にみるように様々な重大な問題点が潜んでいるように思われる。

まず第一の問題点は、労働契約法理は判例法理であるから基準・規範としての明確性に欠けケースごとに法理やその適用に差異やズレが生じ得るという点である。その結果、当事者も裁判が終了してみるまで勝ち負けがわからないといった予測可能性をめぐる重大な問題も生ずることになる(特に、就業規則の不利益変更のケースがそうであるといえよう。代表例として、みちのく銀行事件・最一小判平一二・九・七労判七八七号六頁)。

第二の問題点は、労働契約の成立・展開・終了にかかわるすべてのルールが網羅的・体系的に判例によって形成されているわけではなく、重要事項であつてもこれまで裁判で問題となっていなければルールが存しない(あるいは下級審レベルの事件は存してもいまだ最高裁の判断が示されていなければルールが不安定で確立・確定されるに至っていない場合が多い)という点である。例えば、年俸制に代表される成果主義・能力主義賃金システムが現在大きく普及してきており、これを受けて学説は労使間の公正な利益調整のために公正評価義務の法理を展開してきているが、これが裁判で正面から本格的な形で争われた事例はこれまでのところ存せず、もしも本格的に訴訟になれば成果主義・能力主義賃金システムをめぐってどのようなルール・法理が裁判所によって示されるかはいまだ未知数といえる<sup>(10)</sup>。このように、体系性が存しないことも判例法理の大きな欠点となっている(特に、ルール未形成・未確立の事項については雇用社会や職場で行為規範が不明確となるといふ深刻かつ重大な問題が生ずる)。

第三の問題点は、現在、社会経済の大きな構造変動にともなつて労働契約法理が依拠していた日本の雇用慣行が大きく変容してきている点である。終身雇用制の「崩壊」が叫ばれて久しいが、一方で労働者のキャリア志向の高まり、

他方でリストラを理由として労働力の自発的・非自発的流動化が大きく進展し転職が日常化してきている(転職の増大)。また、年功処遇(賃金)制も大きく後退し、年俸制に代表される成果主義・能力主義賃金システムが大きく普及してきている。とするならば、解雇されても、流動化傾向により転職が容易となるとともに成果主義・能力主義賃金システムの普及にともない能力さえ発揮できれば賃金が大幅に下がることもないなど労働者の被る不利益が従来よりは小さくなるとして、解雇権濫用法理の適用ないし規範内容がそれほど厳格なものではなくなる可能性がある。また、同様の事情により、労働条件の個別化も進展し個別的労働契約の重要性が増大してきている(賃金額の個別的決定、個別合意による職種・業務・勤務地の限定など)が、反面これは使用者の裁量権の後退を意味するものといえる。このように労働契約法理の基礎を形作る労働者雇用安定化機能と使用者裁量権容認機能という二つの要素を支えていた雇用慣行に変化がみられると、労働契約法理自体も変容する可能性があるといえようが、明確で確固とした基準・指針がないため、このような変動期においては法理の展開・適用にあたり裁判所や事件ごとにかんがりの揺れや差異がみられ、その結果、大きな混乱・動揺が生じ、法的安定性が損なわれる可能性がある<sup>(12)</sup>。

第四の問題点は、判例法理がストレイトに労働者雇用安定化機能と使用者裁量権容認機能をトレード・オフないしギブ・アンド・テイクの関係に置いている点である。そもそも、憲法二七条一項が労働権を保障している趣旨からして一定厳格な解雇規制が必要となると解されるのだが、併せて他方で労使の実質的平等性と労働者の取引主体性の確保を要請する労働基準法二条一項の労働条件労使対等決定の原則に照らして考えてみれば、解雇規制と引き替えに使用者にあまりにも広範な裁量の余地と柔軟性をともなう業務・人事命令権及び労働条件決定・変更権を承認し、契約当事者の一方である労働者の自己決定や自立性を軽視することには大きな問題が存することになる。例えば、秋北バス事件・最大判昭四三・一二・二五民集二二巻一三三三四五九頁は、就業規則の拘束力に関し、就業規則やその変

更に合理性さえ認められればそれに反対する労働者も就業規則に拘束される旨を述べたが、これは合意なき契約説を展開して労働者の自己決定を軽視する判断を示したものといえ(この意味において、いくら契約説に分類されようとかかる判例法理は近代法の原則の「精神」に反するものであると評価できよう)<sup>(13)</sup>、また日立製作所武蔵工場事件・最一小判平三・

一一・二八民集四五卷八号一二七〇頁は、時間外労働義務の労働契約上の法的根拠につき抽象的規定説に立ち、就業規則の時間外労働義務付け条項が労働契約内容となることにより労働者はこれに拘束され時間外労働義務を負うことを認めたと、かかる帰結は労働者のアフターファイブ<sup>(14)</sup>私生活時間の処分権を就業規則の作成者である使用者に委ねるに等しく、労働者の私生活に対する自己決定を大きく制限するとともに私生活の自由に対する使用者の介入を広範かつ容易に認めることになる<sup>(15)</sup>。そして、東亜ペイント事件・最一小判昭六一・七・一四労判四七七号六頁が使用者に承認するような広範な配転命令権は、労働者の職務や勤務地の自己決定を大きく制限するとともに、地域のコミュニティとの別れや子供の転校など労働者のみならずその家族の生活に関しても甚大な影響を及ぼしているのである。そもそも労働法の使命は、労働者個人を遙かに凌駕する使用者の社会的経済的力を適切かつ公正な範囲に抑制・制御し、それから労働者を擁護することにあると考えられる(従来通説が労働法の理念について説いてきた労働者の生存権擁護はその一徴表であるといえよう)が、使用者の広範な裁量権を承認することは社会的権力を制限・抑制するどころかかえってこれを維持・確保・増大させることを意味し、まさにかかる労働法の使命に抵触する(あるいはむしろ逆行する)のではないだろうか。とすると、労働者の雇用を保障しつつ(即ち、解雇規制を行いつつ)使用者の権力<sup>(16)</sup>裁量権を制限して労使対等性を確保・確立する方向性こそがまさに追求されるべきことになるといえよう。

第五の問題点は、労働契約法理全体を導く統一的な基本理念・指導理念が明確とはなっていない点である。確かに、第四の問題点で指摘した二つの機能のトレード・オフないしギブ・アンド・テイクの関係がみられるとはいうものの、

これらの機能はあくまで労働契約法理を形作る二大要素にすぎず、これらを統合する基本理念に欠けているのである。第二の問題点で述べたように労働契約法理がいまだ存しない部分に関して法理形成の予測がつかないのも、また第三の問題点で触れた如く日本的雇用慣行の変化により法理自体が大きく動揺し変動する可能性が生ずるのも、ひとえに法理を支える理念の不明確さの故であるといえよう。

### (3) 小括

以上の考察からすれば、適切・妥当な労働契約法の理念（指導理念）を導き出し、それに照らして労働契約法理の普遍的な核心部分を明らかにしたうえで、これに依拠しつつ（あくまで「法理」である以上、必然的に一定の不明確さは拭い難いとはいえ）できる限り明確な形で体系的に今後の労働契約法理の形成ないしは再構築を行いルール安定化をはかることが重要課題となるといえよう。

ちなみに、理念に関して更にいえば、(2)における第四の問題点の指摘のところ述べたように、いくら判例法理といっても実定労働法のコンセプトと矛盾する法理形成を行うことには問題があり、実定労働法と平仄を合わせるためにはそれと一定の理念を共有しつつ、そしてそれに接合点を求めて一定の基盤を置きつつ法理展開を行う必要がある。従来、この点があまりにも看過されすぎてきたように思われるのである。そして、以上のような接合作業を試みることは、結局は、全体的な統一性を有し明確で安定的な客観的ルールたる「労働契約法」の制定（あるいは労働基準法における労働契約法のルールの部分の充実・拡大）へ向けての不可欠の準備作業ともなる。

- (1) 有泉亨『労働基準法』（一九六三年、有斐閣）二〇八頁、菅野和夫『労働法 第六版』（二〇〇三年、弘文堂）一一九頁。
- (2) 就業規則に関しては、この他にも、制裁の場合の減給額の制限の規定（九一条）が存するが、これは、その本質においては、就

業規則プロパーの規定というよりも懲戒処分に関する規定であると位置づけてよいであろう。

(3) 就業規則の効力と拘束力の違い及び両者の関係について詳しくは、青木宗也『片岡昇(編)『労働基準法II』(一九九五年、青林書院)二九五―二九九頁(三井正信執筆)参照。なお、本文で述べたような就業規則法制的抱える問題を踏まえ、「最低基準としての就業規則(労働基準法上の就業規則)」と「労働契約条件としての就業規則(労働契約論上の就業規則)」を区別して新たな見地から就業規則法理を展開するものとして、三井正信「就業規則法理の再検討」修道法学二三巻二号(二〇〇一年)七一頁以下。

(4) ちなみに、日本食塩製造事件・最二小判昭五〇・四・二五民集二九巻四号四五六頁は、「使用者の解雇権の行使も、それが客観的に合理的な理由を欠き社会通念上相当として是認することができない場合には、権利の濫用として無効になると解するのが相当である」と述べて、それまで下級審で展開されてきた法理を集大成して最高裁としてははじめて解雇権濫用法理を正面から公式化して示したが、これが、以後、企業実務・法実務・判例・学説をはじめわが国の労働法及びそのあり方に多大の影響を与えてきたといえる。

(5) 以上について、詳しくは、三井正信「現代雇用関係法改革」高橋弘『後藤紀一』辻秀典『紺谷浩司(編)』『現代民事法改革の動向』(二〇〇一年、成文堂)二〇六―二一六頁を参照。

(6) 日本の雇用慣行を考慮して労働者雇用安定化機能と使用者裁量権容認機能を踏まえて判例が労働契約法理を展開しているという特色を詳細に分析するものとして、土田道夫「日本の雇用慣行と労働契約」日本労働法学会誌七三号(一九八九年)三一頁以下。併せて、土田道夫「日本型雇用制度の変化と法」日本労働法学会(編)『講座21世紀の労働法 第1巻 21世紀労働法の展望』(二〇〇〇年、有斐閣)二五―二六頁、山川隆一「雇用関係法 第3版」(二〇〇三年、新世社)二八九頁以下、菅野和夫『新・雇用社会の法「補訂版」』(二〇〇四年、有斐閣)四五頁、四八頁以下も参照。特に、日本の雇用慣行と雇用社会と労働法の関わりについては、菅野・前掲同書が詳細に論を展開している。

(7) ちなみに、特に、就業規則に関し、判例によって「合理的な内容を定めた就業規則↓労働契約内容↓業務命令というシエーマができあがった」が「就業規則による」ということは結局、使用者が一方的に決定した労働条件に従うことを意味し、これがはたして『契約』といえるかは疑問である(奴隷契約のジレンマ)との分析を示し、鋭い問題提起を行うものとして、道幸哲也『職場における自立とプライヴァシー』(一九九五年、日本評論社)一九八頁。

- (8) 労働契約法理の意義・問題点(長所・短所)をコンパクトにまとめ整理するものとして、諏訪康雄『雇用と法』(一九九九年、放送大学学術振興会)三一―三三頁。
- (9) 整理解雇法理の形成と展開については、さしあたり、菅野・前掲注(1)書四六七頁以下、同・前掲注(6)書六九頁以下、下井隆史『労働基準法(第3版)』(二〇〇一年、有斐閣)一三五頁、一四一頁以下、小西國友『解雇と労働契約の終了』(一九九五年、有斐閣)一頁以下を参照。
- (10) 公正評価義務論の意義・射程と限界、そしてこの問題をめぐる立法論的課題については、三井正信「公正評価義務論の意義・射程と限界(一)、(二)、(三・完)」広島法学二六巻二号(二〇〇二年)八三頁以下、二六巻三号(二〇〇三年)一七五頁以下、二六巻四号(二〇〇三年)一〇九頁以下を参照。なお、併せて、三井正信「労働者の能力を公正に評価する義務は使用者の労働契約上の義務として構成可能か」日本労働研究雑誌五〇一号(二〇〇二年)八五頁以下も参照。
- (11) 日本の雇用慣行の変容にともなう労働契約法理の変化の可能性については、土田・前掲注(6)日本労働法学会誌論文五一頁以下、同・前掲注(6)『講座21世紀の労働法』論文二四頁以下、三井・前掲注(5)論文二二九頁、山川・前掲注(6)書一九五頁を参照。特に、解雇権濫用法理の変容については、下井・前掲注(9)書一三五頁を参照。
- (12) 例えば、平成十一年(一九九九年)から一二年(二〇〇〇年)にかけてみられた解雇権濫用法理を緩和して適用しようとした、ナショナル・ウエストミンスター銀行(第三次仮処分)事件・東京地決平一二・一・一二(労働七八二号二三頁など一連の東京地裁の判決・決定がその例といえよう。これらの東京地裁判決・決定については、日本労働弁護団「解雇権濫用法理と整理解雇法理を变质させる東京地裁労働部を糾す」労働法律旬報一四七八号(二〇〇〇年)三〇頁以下、同「整理解雇事件に関する申入書」労働法律旬報一四八〇号(二〇〇〇年)二三頁以下、「整理解雇事件をめぐる最近の東京地裁の判決・決定①、②」労働法律旬報一四八二号(二〇〇〇年)二四頁以下、一四八三号(二〇〇〇年)二九頁以下などを参照。
- (13) 判例の就業規則法理の問題点を鋭く指摘するものとして、道幸・前掲注(7)書一九三頁以下。
- (14) 大騒ぎを引き起こした日立製作所武蔵工場事件・最判の問題点については、盛誠吾「時間外労働義務」山口浩一郎ほか(編)『労働判例百選(第六版)』(一九九五年、有斐閣)九八―九九頁、道幸・前掲注(7)書一三九頁以下、一六四頁以下を参照。特に、労働者の自立という観点からの道幸教授の指摘が重要である。
- (15) もっとも、例えば、労働者が病気に罹患した場合などにおいては、かかる事情を考慮して使用者が人事に関する裁量権を行使し



労働者が病気でも職務を遂行することができるような職場への配転を行うよう配慮すべく要請されることになるといえ(片山組事件・最一小判平一〇・四・九労判七三六号一五頁参照)、本文で述べたような使用者の広範な裁量権の存在が、他方で場合によっては労働者に有利に作用することもある点に注意する必要がある。片山組事件・最判については、三井正信「私傷病と労務受領拒否」菅野和夫ほか(編)『労働判例百選「第七版」』(二〇〇二年、有斐閣)三八―三九頁参照。なお、浜村彰||唐津博||青野覚||奥田香子『ベーシック労働法 第2版』(二〇〇四年、有斐閣)八三頁(浜村執筆)は片山組事件・最判の判旨を労働者の労働契約内容変更権の観点から把握しようとしており、使用者の権力を労働者の権利に転換する解釈論上の試みないしは視点を提示するものとして注目される。

(16) 三井・前掲注(5)論文二二五―二二六頁。

## 二 労働契約法の基本原理

### (一) 労働基準法と労働契約法の基本理念

#### (1) 労働契約法としての労働基準法の可能性

確かに、現在のところ制定法としての本格的な労働契約法制(「労働契約法」)が存しない以上、なるほど労働契約法の形成にあたっては民法の一般条項などに依拠しなければならないことにも一理ある。また、具体的な最低基準とは異なり労働契約をめぐるルールに関しては行政監督と刑罰によって実効性と履行の確保をはかることは困難であり、それが必ずしも妥当な方策であるようにも思われないため、立法構想にあたっては、法の性格上、「労働契約法」は労働基準法とは別個の法律とならざるを得ない(あるいは別個の法律とすることに合理性がある)ようにも思われる。しか

し、そうはいっても、少なくとも労働契約法（あるいは「労働契約法」）の基本理念については、個別的労働関係（雇用関係）に属する事項を取り扱うという共通性を有する点において、労基法とはまったく無関係であるとして労基法を突き放して考えるのではなく、もしも可能であるならば、労基法にその手がかりが求められるべきではないのか（理念の共有ないしは共通性の追求<sup>①</sup>）。つまり、既に若干述べたように、労働基準法は労働保護法としての性格に加えてわずかながらとはいえ労働契約法の性格も併せ持つており（「労働契約」の章（第二章）が置かれている点、平成一五年（二〇〇三年）改正によって罰則をとまわらない純粹に労働契約の終了に関する私法的ルールである一八条の二が設けられた点など）、しかも憲法二七条二項に基づいて制定された個別的労働関係法（雇用関係法）の基本法たる性格を有しているのであって、従って労基法は個別的労働関係法の重要領域をなす労働契約法の基礎（あるいは労働契約法理展開のための基盤）としての可能性を内包しているといえるのではないだろうか。

また、この問題を考える場合、平成一二年（二〇〇〇年）に制定された消費者契約法の姿勢に注目する必要がある。消費者契約法は消費者取引において事業者と消費者の情報と交渉力の格差を考慮して、詐欺・脅迫にあたらなくても、事業者の一定の行為により消費者が誤認し、または困惑した場合に、契約の申込みまたはその承諾の意思表示を取り消すことができることとした（一条・四条）が、法律の趣旨（一条）と消費者・事業者の定義（二条）からすればこの法律は労働契約にも適用可能性を有しており、労使の力関係の差異を考慮するならば（消費者契約以上に）労働契約への適用が必要であり、またそれが要請されるようにも思われる。しかし、同法は一二条においてこの法律は労働契約に適用されない旨を宣言しており、その理由のひとつとして既に労働基準法等に特則が定められていることが指摘されている<sup>②</sup>。このことは、消費者契約法の労働法版ともいうべき労働契約法を労働基準法に見出すことが可能であることを示唆しそれを前提とするものであると解されるのだが、とするならば、それが（あるいはその手がかりとなるのが）労働

基準法のどの条文なのかを探求することが重要課題となるといえよう。<sup>(3)</sup>

## (2) 労働契約法の存在構造

労働契約法に関する条文を探るにあたって、まず第一に注目しなければならないのが労働基準法二条であるように思われる。<sup>(4)</sup> 労基法二条一項は労働条件労使対等決定の原則を規定しているが、これは実質的対等(実質的平等)の理念をうたったもので、労使の間には圧倒的に使用者優位の形で大きな力関係の差違が存していること(現実)を踏まえて、使用者の力の優位性にとまなう様々な弊害や権力の濫用的状況を生み出す可能性ないしは危険性を秘めたかかる現実を克服・矯正し、労使があくまでも実質的に対等(実質的平等)の立場で労働契約を通じて労働条件を決定すべきこと(理念)を説いているものと解される。<sup>(5)</sup> 従って、労基法二条一項は、労働者の契約主体性の実質的確保と契約自由・私的自治の実質化、労働者の自己決定の実現を含めた労働契約(ないしは労働契約関係)のあり方・理念を示すという意味で労働契約法の総則的規定をなすといつてよいのではないか。また、同条二項は、労使それぞれが労働協約、就業規則、労働契約を遵守し誠実に各々の義務を履行すべき旨を説いているが、これは、労働契約の誠実な遵守を説く点において、労働契約上の信義則を表明した規定であると解される。<sup>(6)</sup> 要するに、もしも労働契約が実質的に対等決定されたものであるならば、その誠実な履行が要請されることになるのは当然であるが、実際の労使関係には大きな力関係の差違や従属性が存しているので、特に使用者側が権力や従属性を濫用することがないように、即ち労使の力関係のバランスを崩し対等性を損なうことがないように(＝労働者側の信頼を裏切らないように)配慮すべき旨を規範的に要請しているのである。そして、労働協約への言及は、協約が団結を通じて労使対等の立場で決定されたものであるから、これの遵守が対等関係を保ちつつの労働契約の誠実な展開を支えるものである点において当然のことを規定したものの(あるいは、労使の対等性を確保するには、結局は、最終的に団結の力が必要となることを注意的に示唆・確認したもの)

といえようが、使用者の一方的作成になる就業規則については労働契約上の信義則に即してかつ労基法二条一項の労使対等決定の観点から絞り・限定をかけて「誠実に」解釈したうえで履行されなければならないことを意味するものといえよう。<sup>(7)</sup>

さて、縷述のように、労働基準法には労働契約法としての規定がほとんど存しない。そこで、労働契約法のルールをどうするのが問題となるが、結論からいえば、労働契約法理は、労働契約法の総則的規定ともいえる労基法二条の趣旨・理念に即しつつ一般契約法たる民法規定を活用して展開されるべきであると解すべきではないだろうか。確かに、労働基準法は労働契約法としては不十分といえるが、反面、労基法がこのような不十分さを等閑に付して総則的規定だけで満足し解雇を除く各論的諸ルールに無関心な態度をとっていると解することも妥当ではないであろう。

とすれば、(あくまで便法であるとしても)労働基準法は一般契約法たる民法を労働契約法として活用すべく、二条一項・二項で労働契約法の理念を提示し、これを踏まえ前提として民法を労働関係に適した形で(即ち、労働関係の特性<sup>(8)</sup>労働法の独自性・特殊性を踏まえて)積極的に活用しルールや法理を構成してゆくことを予定していたと考えるべきであろう。要するに、先に述べた現実と理念のギャップを埋める(即ち、実質的労使対等を実現する)ためには、<sup>(9)</sup>いうまでもなく理念のみならずその実現のための法的装置を必要とするのだが、そうすると、労働基準法二条は、労働条件労使対等決定の理念とそれを踏まえた労働契約上の信義則を媒介にして民法規定を労働法体系内に取り入れて労働契約関係に適合するように整序し、労働契約法の構成部分(法的装置)をなさしめることを予定していたと解することが合理的となる。その結果、労働契約法の法的装置が消費者契約法の制定以前に既に存在していたことになり、このように考えることによつてようやく消費者契約法が労基法に特則があるため労働契約には適用されないとする趣旨が理解可能となるといえよう。<sup>(8)(9)</sup>

この場合、労働基準法の基本原理を規定している一条も労働保護法のみならず労働契約法の基本原理をも併せ提示していると考えらるべきであろう。全国一律の最低基準を設定するという労働保護法の観点からみれば、一条一項は労基法が刑罰法規及び行政監督の基準たる「労働者が人たるに値する生活を営むための必要を充たすべき」強行的最低労働基準を定める旨を宣言し、二項はこれを受けて各労使に労働基準法の最低労働条件を踏まえ個別的ないしは集团的労使自治を通じてそれぞれの事情に応じて労働条件の向上をはかるべき旨を委ねたものと解される。これに対し、労使の個別当事者の労働契約についてのルールを指し示す労働契約法という観点からみると、たとえば労使が最低基準のベースラインを踏まえ自主的に労働条件の向上をはかった(二項)としても、それが当該労使の個別的具体的状況に照らして「労働者が人たるに値する生活を営むための必要を充たすべきものでなければならぬ」のにそうではない(即ち、労働法的見地からみて不当である)結局は、後に詳しく検討するように、使用者の不当な権力行使を容認したに等しいと評価される場合には、公序に反しその効力を認めないことを意味する(一項)という先のものとは異なった解釈が、「べきでなければならぬ」というその文言の規定の仕方からみても可能とならう(労働契約上の公序)。従って、このことは労働契約に関するルールのうち一定のものは強行的性格を有する公序原則でなければならぬ(そして、将来制定さるべき「労働契約法」の一定の条文は公序規定 $\parallel$ 強行規定でなければならぬ)ということの意味しよう。ちなみに、かつて刑罰法規としての性格と私法規定としての性格の違いから同一条文であつてもそれぞれの観点から異なる解釈が可能であるとの労働基準法の二面的解釈が主張され、現在、これが広く支持を集め有力な見解となつてきているが、このような見解に妥当性が存するならば、これを更に進めて、たとえ同一条文であつても労働契約法としての労働基準法と労働保護法としての労働基準法の解釈がそれぞれの法の性格を踏まえ異なつてくると理解することも許容されよう。ちなみに、一条は罰則を科すことを予定しておらず、労使自治のあり方を示している点においても、労働保護

法の理念・基本原則と位置づけられるのみならず労働契約法の理念的ルール・基礎と捉えることが可能となっているといえよう。

## (二) 労働基準法一条論・二条論の再検討

### (1) 憲法二七条二項の基本理念

以上から、労働契約法理は労働契約法の基本原理・理念を規定している労基法一条（労働契約上の公序）と二条（労働条件労使対等決定の原則・理念、労働契約上の信義則）に基づいて労働関係の特性を踏まえつつ私法の一般法たる民法を活用して展開されるべきであるとの基本構造が明らかとなった（この意味で、労基法一条・二条は、いわば労基法と労働契約法理を繋ぐ「ドッキング条項」と性格づけてよいであろう）。そこで、次なる問題として、では労基法一条・二条の具体的な理念内容はどのようなもので両者の関係はどうなっているのか、そしてこれらの条文に基づいてどのような労働契約法理を展開すべきか、を考察しなければならぬといえよう。その指針となるのが労働基準法制定の直接の基礎をなし労働条件法定の原則を定めている憲法二七条二項であると思われる。そこでまずは憲法二七条二項の意義・趣旨を探ってみることにしよう。

憲法二七条二項は労働条件法定の原則を宣言しており、通常、この条文は、労使の力関係の差異から放置しておけば私的自治が形骸化し労働条件が劣悪なものとなって労働者の生存権が侵害されるという結果が生ずることを防止するため、国家が労働条件の最低基準を定めた法律を制定することで労使関係に介入することを許容する旨を定めたものであると解されている<sup>11)</sup>。しかし、憲法二七条二項の法意は労働条件の最低基準の法定のみに限られるものではないのか<sup>12)</sup>。確かに、この条文に基づいて制定された労働基準法は、労働条件の最低基準を法定し（一条二項）、これを行政監督（九七条以下）と刑罰（二一七条以下）、そして強行規定（労働基準法の私法的効力については一三条参照）

によつて使用者に強制するという性格を強く有している。しかし、労基法のなかには、それ以外の性格を有する規定も含まれている点に留意すべきである。例えば、労基法三条から七条まで、そして一四条から一八条までは労働者の人権を使用者から擁護する趣旨で設けられていると解されるが、これらは、使用者 $\parallel$ 企業が労働者個人を遙かに凌駕する社会的経済的力を有する社会的権力であつて、かかる権力は労働者に対して濫用される危険があり、従つて社会的権力たる企業の前では労働者の人権が侵害されるおそれが存するのでこれを防止することを目的としているといえよう。

また、労働基準法には過半数代表制(例えば、一八条二項、二四条一項、三二条の二、三六条一項、九〇条など)や労使委員会(三八条の四)に関する規定も置かれている。これらは、①事業場の必要に依つて、例えば、賃金・労働時間に関して、使用者が賃金から控除を行う、労働者に法定労働時間を超える時間外労働を命ずるなど労基法の規制に抵触する措置をとるか、あるいは例えば、変形労働時間制や裁量労働制などを実施するといった労基法の原則とは異なる制度を実施しようとする場合( $\parallel$ 労基法の原則から離れようとする場合)に、それによつて使用者が不当に権力を行使する結果となり労働者に悪影響ないし弊害が生じないか否かをチェックするために、あるいは②事業場の労働条件(の最低基準)を定める就業規則の使用者による作成・変更が(たとえ必然的に労基法の最低基準と同じかそれを上回ることになるとしても)あくまで当該企業や労使関係の状況に照らして妥当なものかどうかをチェックするために、過半数代表を通じて従業員集団をこれらの問題に与させようとする趣旨であるといえる。これらは、国家が、従業員の集団的関与を通じて、使用者 $\parallel$ 企業の社会的権力にチェックをかけその行使を制限・コントロールしていることになる。<sup>13)</sup>

そして、これまでの検討からすれば、労働条件の最低基準の法定は、通説のいう労働者の生存権の確保のみならず、労働条件決定において使用者 $\parallel$ 企業の不当な権力行使を排除・抑制し公正な労働条件を確保する(即ち、労働条件を労

働者の真の自己決定のレベルに近づける<sup>(14)</sup> という趣旨においても理解することが可能であろう。

以上をまとめれば、憲法二七条二項は、①労働者保護の観点から労働条件の最低基準を法定することのみならず、加えて②企業による社会的権力の不当な行使や濫用から労働者を擁護するための法的装置を設けることをもその法意に含んでいるといえよう(なお、労働者の生存権侵害も見方を変えれば使用者による不当な社会的経済的権力の行使の結果として使用者による労働者の生存権的自己決定に対する侵害の結果であるということができ、結局は、憲法二七条二項の意を受けて制定された労基法はその全体が使用者の不当なあるいは濫用的社会的権力の行使を抑制する法的装置たるべきことを基本趣旨としていると解することもできよう)。ちなみに、②は、敷衍していえば、使用者の社会的権力を制限することによって、労働「契約」の当事者である労使の実質的対等性が確保され、結局ひいては(生存権的自己決定を含めた)労働者の自己決定も確保されることになるということも意味しよう。従って、以上の検討を踏まえれば、そして、加えて、例えば、一般的には解雇や配転や出向も労働条件に含まれると考えられていることなども併せ勘案すれば、憲法二七条二項のいう「勤労条件の基準」とは広く「労働条件及びその決定にかかわる労働関係をめぐるルール」と解すべきことが妥当となる。

(2) 使用者の社会的権力と労働契約

では、憲法二七条二項の法意が最低労働条件の法定のみならず(あるいはのみにとどまらず)企業の社会的権力の不当な行使・濫用から労働者を擁護する(ひいては労使の実質的対等性と労働者の自己決定を確保する)ための法的装置の設定を包含するものであると解されるとすれば、一体、その法的装置のカバーすべき(あるいはカバーできる)範囲ないし射程についてどのように考えればよいであろうか。労働関係においては労働者はあらゆる場面で企業の社会的権力に直面して自己決定を歪められ、その法主体性や人権を侵害される可能性ないし危険性を常に有している。とするなら



ば、労働関係全般及びワーキングライフ全般にわたってかかる法的装置を設ける必要があるといえよう。そして、労働関係は債権関係たる労働契約関係であるから、結局、それは労働契約の内容(労働条件)のみならず労働契約の成立・展開・終了の全過程に關してのものでなければならぬことになる。とするならば、憲法二七条二項は最低労働条件の保護をはかる労働保護法にとどまらず更に労働契約法の一般的な整備・充実をも要請していることになる。従つて、(1)で述べた「労働条件及びその決定にかかわる労働関係をめぐるルール」とは、結局は、「労働契約関係のルール」と言い換えてよいであろう。<sup>(15)</sup>

しかし、既にみたように、労働基準法においては、平成一五年(二〇〇三年)に新たに解雇規制に關するルールが追加されたとはいえ、基本的に労働契約法としての性格が稀薄となつてゐる。憲法二七条二項の法意と実定労働法状態との間に大きなギャップ・乖離が存しているのである。けれどもこのようなギャップ・乖離を放置し、労働契約法の分野において大きな欠缺が存すると解することは憲法の趣旨に抵触し問題があらう。とするならば、憲法との抵触を避けるためにできる限り憲法適合的な(あるいは憲法が期待したのと近い法状態をもたらし得る)解釈を探る必要があるが、そのためには二七条二項の要請する「法定」の趣旨(即ち、「法律で定める」の意味)を柔軟に解釈し、たとえ正面から実定労働契約法(労働契約法)が設けられていなくとも既に他使用者の権力規制・制限のために利用できる何らかの法的装置が存するならばこれをもって「法定」(「法律で定める」)の要件が充たされており、労働契約法としてその活用が期待されかつ求められることになるかと理解すべきことが妥当な考えとならう。

そこで、そのような装置とは何かであるが、さしあたり一般契約法たる民法と解するのが自然な解釈と考えられ、従つてその活用形が労働契約法理を構成することになる。そして、使用者の社会的権力の制限という憲法二七条二項の趣旨・法意から、一方で使用者の不当なあるいは濫用的な権力行使を排除することでその行使を適切な範囲内に限

定し実質的に労使の対等性(ひいては労働者の自己決定)を確保すべしとの労働条件労使対等決定の原則が、他方で許容される範囲・形態を超えた使用者の権力行使により「不当な」労働条件を定めた(に等しい)と評価される場合にはかかる労働契約条項の効力が否定されるべき(あるいは本来は労働契約の誠実な履行としてなされるべき使用者の権力行使が許容限度を超えて不当になされた場合には、それが形成権といった法律行為の形をとるのであればその効力が否定され、事実行為であればそれを違法とすべき)という労働契約上の公序原則が、労働契約法(労働契約法理)の具体的な理念的方向性として導き出されることになるのである。<sup>16)</sup> 以上の考察により、(1)、(2)でみた労働基準法一条・二条に依拠した民法の活用による労働契約法理の展開(ないしは民法の規定の労働契約法としての労働法体系内への整序)の実質的・根本的根拠が明らかとなったといえ、またかかる労働契約法理は憲法二七条二項に基礎を置くものであって憲法的意義・価値を担っていることが理解されよう(特に、労基法一条一項の解釈として一定の労働契約をめぐるルールが公序規定であるべきこととなる点については、かかる公序性が憲法規定に由来すると解することにより説得性を持ち得よう<sup>17)</sup>)。そして、以上のように導き出される「法理」はあくまでも「法定」の原則に基礎を置くものであるから、「法定」といえるに値する程度に一定の具体性・客観性・明確性を備えていることが要求されるものとも解される。この点は、特に民法の一般条項を活用しての法理形成にあたって留意されねばならない点といえよう。

(1) こうはいつても、何も、決して、労働基準法(の基本構造)が万古不変のものであって絶対にこれを墨守すべきであると主張しているのではなく、筆者としては、むしろ、労働基準法はその骨格が相当に古くなっており必ずしも現代の雇用社会にマッチしているとはいえないなど多くの問題点を抱えており、従って現代適合的な形で根本的・抜本的改正を加えることが必要であると考えている。そこで、これを踏まえて、あくまでも、労基法の基本理念のうちには「何故労働法なのか」という労働法の根本的存在理由の見地からみて普遍的なものが存すると解されるので、かかる普遍的理念を踏まえこれを現代的に活かしつつ、一方で労基法を

現代適合的な方向で改正し、他方で「労働契約法」を制定する(あるいは労働契約法理の現代的展開をはかる)ことが取り組むべき課題となる。なお、労基法の骨格の古さなどの問題点の指摘・検討とそのリニューアルの必要性・方向性をめぐる筆者の総合的な見解・ビジョンについては、さしあたり、三井正信「現代雇用関係法改革」高橋弘||後藤紀一||辻秀典||紺谷浩司(編)『現代民法法改革の動向』(二〇〇一年、成文堂)二一八頁以下を参照。

(2) 内閣府国民生活局消費者企画課(編)『逐条解説 消費者契約法〔補訂版〕』(二〇〇三年、商事法務)二二〇頁。

(3) 三井正信「準解雇の法理」(三)「広島法字二七卷三号」(二〇〇四年)二四頁以下。ちなみに、事業者と消費者の間には情報と交渉力の大きな格差が存するといえ、主として消費者契約は一回(ないし数回)限りの物品売買ないしサービス提供の契約にすぎないのに対し、企業と労働者の間には長期にわたる恒常的な従属関係が存し、労働者は労働契約の成立・展開・終了に関して単なる情報と交渉力の格差には還元できない構造的な力関係を作り出す大きな社会的経済的権力のもとに置かれざるを得ず、消費者契約の場合以上に労働者の自己決定の実現をサポートする法的装置(労働契約法)の必要性が存しているといえよう。もつとも、消費者契約法が対象とするのは消費者契約をめぐるすべての事項ではなくその意思形成過程の瑕疵(いわゆる「合意の瑕疵」)をめぐる問題にすぎない。これとパラレルに考えると、労基法に見出されるべき労働契約法は、あくまでトータルな労働契約法のうちに限られた一部分ということになると考えられる。しかし、労働契約の成立・展開・終了のいずれの段階においても、使用者の不当な権力行使によつて労働者の自己決定・意思形成が歪められ損なわれる可能性が存しているのであり、この点を考慮するならば労働契約の全過程における労働者の自己決定を実現すべく本文で展開するような考えをとることもあながち不当とはいえないであろう。

(4) しかし、遺憾なことに、これまで労働基準法二条はあまり重視されてこなかったといえる。例えば、随所に鋭い理論を展開することで個別的労働関係法の基本書として定評のある下井隆史『労働基準法〔第3版〕』(二〇〇一年、有斐閣)においては労働憲章のうち労働基準法二条については(何故か)正面からまったく言及がなされていない(これは同書の初版以降同様であるとともに、例えば下井教授の『雇用関係法』(一九八八年、有斐閣)をはじめとする一連の別の教科書においても同じスタンスがとられている)し、近年刊行された代表的な各種の労基法のコンメンタール(例えば、青木宗也||片岡昇(編)『労働基準法I』(一九九四年、青林書院)四四一―四六頁(角田邦重執筆)、金子征史||西谷敏(編)『基本法コンメンタール〔第四版〕労働基準法』(一九九九年、日本評論社)一二頁(高木紘一執筆)、東京大学労働法研究会(編)『注釈労働基準法 上巻』(二〇〇三年、有斐閣)六六一―六九頁(山

川隆一執筆)をみても労働基準法二条に割かれるスペースはそれほど多くはなく、また単に労働基準法二条は理念を述べた規定にすぎないとか訓示規定だとかいった説明がなされているにとどまっている。しかし、二条は個別的労働関係法の基本法たる労働基準法の冒頭に置かれた基本理念を表明する重要規定であるからその積極的意義を明らかにして条文活用がはかられるべきであるといわなければならないだろう。

(5) 片岡昇ほか『新労働基準法論』(一九八二年、法律文化社) 四六三頁〔西谷敏執筆〕。

(6) ちなみに、金子征史・林和彦・毛塚勝利・清水敏『入門労働法 第4版』(二〇〇三年、有斐閣) 三八頁〔毛塚執筆〕は、労基法二条二項を「信義則上当然のことを表明したもの」と述べ、これと信義則との関係に触れており注目されるが、結局は「訓示規定の一種」と解するにとどまっている。しかし、後に本稿の次回以降の連載分において詳しく検討するように、むしろ、二条二項は労働基準法の基本原理を踏まえてその照射を受けた「労働契約上の信義則」の根拠規定であると解し、民法一条二項の労働法(労働契約法)版としてこれに積極的な意義と活用の余地を認めるべきであろう。ちなみに、小西國友・渡辺章・中嶋士元也『労働関係法(第4版)』(二〇〇四年、有斐閣) 一一四頁〔渡辺執筆〕は、労基法二条二項を「労働条件の決定における信義則」を規定するものと位置づけ、就業規則の不利益変更において不利益性の緩和の配慮に欠けている場合にはこれに抵触し不利益変更の効力を認めるべきではないと述べており、注目される積極的視点を示している。

(7) 労働基準法二条の理念に照らしての就業規則の合理的限定解釈については、西谷敏「労働契約論と労働法の再構築」法律時報六六巻二号(一九九四年) 五頁、土田道夫「労務指揮権の現代的展開」(一九九九年、信山社) 三四八頁以下を参照。

(8) 三井・前掲注(3)論文二六頁以下。なお、本文で述べたように、かかる解釈はあくまで労働基準法中に労働契約に関するルールがほとんどみられず「労働契約法」が制定されていないことにもなう不都合を回避するためのさしあたっての「便法」であって、本筋は労働契約に関する制定法上のルールを正面から設けるべきであることはいままでもない点を念のため確認しておく。これは、後に述べる憲法二七条二項の解釈からもそういえるであろう。

(9) なお、かねてより、労働法規が存しない場合には民法の規定が労働契約に関しても用いられ適用されるべきことが指摘されてきているところである(例えば、菅野和夫『労働法 第六版』(二〇〇三年、弘文堂) 八八頁、山川隆一『雇用関係法 第3版』(二〇〇三年、新世社) 六頁など)が、これらと私見との違いは、前者が労働法規や労働契約法理によって修正なき限りは原則的・補充的に一般法たる民法の規定が適用される旨を説くにとどまるのに対し、私見はより積極的に民法を一度労働法的見地から労働法体

系内に整序したうえで、しかる後に労働法に適した形で(労働契約法として)それを活用しようというものである。従って、私見は、できる限り前者の見解の言う労働法規や労働契約法理のなかに民法規定を取り入れるという形での民法の「活用」を目指すものといえよう。

(10) 西谷敏「労働基準法の二面性と解釈の方法」伊藤博義・保原喜志夫・山口浩一郎(編)『労働保護法の研究』(一九九四年、有斐閣)一頁以下。もつとも、このような解釈のあり方については、この論文に先立ち、あくまで労働基準法三条・四条についてはあるが、和田肇『労働契約の法理』(一九九〇年、有斐閣)二四〇頁注(46)において既に示唆されていたところである。なお、山川・前掲注(9)書一二頁は、かかる考えを更に進めて、「①刑事法規としての側面、②民事法規(私法法規)としての側面、③行政法規としての側面」のそれぞれの側面から労働基準法の解釈が異なり得ることを示唆し、労働基準法の三面的解釈を唱えている。今後は更に労働市場法としての側面も考慮に入れるべきであろう(労働基準法の四面的解釈)。

(11) このような考えが通説であるように思われる。例えば、伊藤正己『憲法 第三版』(一九九五年、弘文堂)三九一頁、佐藤幸治『憲法(第三版)』(一九九五年、青林書院)六三〇頁を参照。もつとも、例えば、菅野・前掲注(9)書一九頁のように、「憲法二七条二項は、勤労(労働)条件の決定を使用者と労働者との間の契約にまかせないで、国が契約内容に直接介入して、『賃金、就業時間、休息その他の勤労条件』の基準を『法律』で定めるべき政策義務を負うことを宣明する」と説明し、「最低基準」に限定しない慎重な言い回しを行っているものもある。なお、この点に関しては、後掲注(15)も参照。

(12) 三井・前掲注(3)論文二二頁以下。

(13) 三井正信「公正評価義務論の意義・射程と限界(二)」広島法学二六巻三号(二〇〇三年)一八八—一八九頁、同・「準解雇の法理(二)」広島法学二七巻二号(二〇〇三年)一一二頁以下、同・前掲注(3)論文二二—二三頁。

(14) この点については、西谷敏『労働法における個人と集団』(一九九二年、有斐閣)八〇頁以下。

(15) この点に関連して、土田道夫「労働基準法とは何だったのか？」日本労働法学会誌九五号(二〇〇〇年)一七六—一七七頁は、労働基準法の立法史の検討を踏まえ、憲法二七条二項の「勤労条件法定主義」は最低基準のみならず労働契約関係のルールをも規制する立法政策を労働法に授権していると解すべきとの結論を述べており、注目される。なお、併せて、「憲法二七条二項の」労働条件に関する基準は、一般には最低基準を意味する。しかし必ずしも最低基準に限らないし、現に限られていない。」と述べる、小西ほか・前掲注(6)書八七頁(渡辺執筆)も参照。

(16) このような憲法的根拠も、労働関係に対し単に民法を一般的・補充的に適用するのではなく、更に積極的に、憲法二七条二項の法意に照らして使用者の権力制限と労働者の自己決定の実現をはかる形で、本来実定法たる「労働契約法」が制定されていたならばいかなるものであったであろうかの見地から民法の「活用」をはかるべきであることを示唆するものといえよう。

(17) この意味で、例えば、かつて判例によって形成・展開されてきた解雇権濫用法理は「法定」の原則を踏まえた「公序」的な憲法的意義・価値を有していたと考えられ、従ってこれをむやみに「規制緩和」する（あるいは解雇しやすい法律を作る）ことには大きな問題が含まれているといえよう。以上の点については、三井正信「準解雇の法理（二）」広島法学二七巻二号（二〇〇三年）一二頁以下参照。

\* 本稿は、平成一四年度—平成一六年度科学研究費補助金（基盤研究(C)2)「雇用社会・労働市場の変化と雇用形態・労働条件・労働契約」の交付を受けた研究成果の一部である。