

労働法における合意原則の限界と合意の実質化 (一)

三井正信

- 一 はじめに
- 二 労働契約法と合意原則
 - (一) 労働契約の復権の必要性
 - (二) 労働契約法の合意原則と合意の実質化
 - (三) 「自由意思に基づく同意の理論」と合意原則の関係
- 三 合意原則の意義と限界
 - (一) 合意原則の重要性とその「過度」さないしは「過剰」さをめぐる問題(以上本号)
 - (二) 合意原則の限界(以下次号掲載予定)
- 四 労働者保護と公序
 - (一) 就業規則法理の公序性
 - (二) 雇止め法理の公序性
 - (三) 労働基準法の公序性
 - (四) 小括
- 五 均衡の必要性―労働契約と公序
 - (一) 労働法における契約と公序
 - (二) 均衡の重要性
 - (三) 小括
- 六 結語
 - (一) 本稿のまとめ

- (二) まとめに関連しての若干の敷衍的補足
 (三) おわりに

一 はじめに

合意原則（労働契約法一条、三条一項、六条、八条、九条）とは、労働契約も契約であることから労働契約が合意によって成立するとともに変更されるべきとする原則であり、ここでいう合意とは労使が対等の立場で行った実質的な合意を意味する⁽¹⁾。そして、この原則から、労働契約や就業規則に対する合理的限定解釈の根拠、就業規則や労働協約などが労働契約内容となつて労働者を拘束することの根拠、労働関係上の問題はできる限り労働契約ないし労使の個別合意に基礎を置くべきことの根拠などが導き出されるといえよう（この点については労働基準法二条も参照）。本稿は、理論的な見地から、労働契約法の基本原則であり重要原則であるかか合意原則の意義を明らかにし、併せて、その限界を探ろうと試みるものである。

さて、近年、社会経済が大きく変化して雇用（雇用関係・雇用形態）も多様化・複雑化するとともに労働条件も個別化するなどして、また労働条件の変更が大きく問題になるなどして、労働契約（個別合意）の意義・重要性が、その締結時のみならず展開過程においても増大してきている。そして、このような重要性の増大に呼応して、労働者保護の観点から合意の実質化をはかろうとする動きも、近年、にわかにもみられるようになってきているところである。これはまさに労働契約法の基本趣旨（一条、三条一項、四條）に、そしていうまでもなく合意原則に沿うものであると考えられる。

たしかに、合意の実質化は重要なテーマであり、大いに注目・検討に値するといえる。そして、これまで、労使の

力関係の差から合意が形骸化していたり、包括的合意により使用者に大きな裁量を認めてきたり、あるいは個別合意に意義を認めず労働者保護法や労働協約などに処理を委ねてきたりしていた領域において、合意の実質化を進展させ、使用者の一方的決定や裁量を減じつつ、労使の合理的な利益調整を織り込んで労使対等の立場で個別合意により実質的にものごとく決定されたり問題解決がなされたり労働関係が展開したりする状況を作り出すことは必要である。しかし、労働契約関係（労働関係）の性格・特質、あるいは労働法の基本構造を踏まえれば、いくら契約関係であるからといって、決して、合意の実質化や合意原則が、労働法上のすべての問題を解決する特効薬や労働法上のすべての領域において用いることができる万能薬となるのではなく、それにも一定の限界が存するように思われる。要は、合意原則とは、労働関係上の諸問題を、「すべて」ではなく、あくまで「一定の範囲で」、「できる限りで」、あるいは「可能な限りで」合意に委ね、あるいは合意に根拠づけさせようとする原則であるということができよう。したがって、限界を踏まえつつ合意の実質化を目指すこと、つまり、合意原則の適切な場面での適切な活用、換言すれば「適正」なあるいは「適度」な活用こそが求められるのではないだろうか。²⁾

ところが、そのような限界は一般には必ずしも十分には認識されないばかりか、近年、あたかも特効薬や万能薬であるかのように、「過度」な、あるいは「過剰」な合意原則の活用がなされる傾向も、あくまで一部においてだが、みられるように思われる。そして、その結果、かえって一定の由々しき、問題ある状況が生み出されている（あるいは生み出されるおそれがある）とも考えられる。そこで、筆者としては、この小論において、「過ぎたるは及ばざるが如し」ということわざにもあるように、そして、「契約の拘束力を意思だけで説明する見解には限界がある」との説示³⁾を踏まえ、合意原則の意義を見つめ直しつつその限界を明らかにすることによって「過度」さあるいは「過剰」さの問題点を指摘し、その「適度」な（したがって、適切かつ有効な）活用を目指す方向を追求する次第である。ま

た、合意原則をめぐっては「過度」さや「過剰」さの傾向がみられる反面、いまだ不十分であったり不足したりしているように思われる点多々存している。そこで、併せてかかる不十分さや不足点とそれらの問題点を明らかにすることで足りない部分を補充・補完し問題点を補正するための理論的かつ立法論的な考察の試みも行い、アンバランスな法状況を改善・矯正したいとも考えている。筆者の目的がどこまで成功しているかは心許ないところであるが、ともかく問題提起の意味を込めて、以下で合意原則の基本的方向性と射程範囲、そしてその前提となる法のおよび理論的な基盤整備のあり方を探るささやかな検討作業を行うこととしたい。

二 労働契約法と合意原則

(一) 労働契約の復権の必要性

(1) 合意の虚偽性と労働契約の復権

かつては、労使の力関係の差から、労働者と使用者の個別合意が存しても、それは労働者が使用者の一方的決定を受け入れるにすぎず、結局は使用者の意思が貫徹することになるという「合意の虚偽性」論(特に、労働者が使用者の申し出に対して異議を申し立てることなく黙って労働を続けていた場合、労働者が黙示の同意(承諾)を与えたと解されることになるとするならば、この理が一層あてはまることになろう)が有力に主張され、労働契約よりも労働者保護法や集団的労働関係法(ないしは労働組合による集団的規制)こそが重要であると力説されていた。⁴⁾ 要は、個別的労働関係については合意の領域をできる限り縮小し、法律や集団による規制に委ねることが労働者保護に資すると考えられたのである。⁵⁾ このような動きはかつてフランスではやや逆説的に「契約から身分へ (du contrat au statut)」と呼ばれた。⁶⁾ しかし、これはメイン (H.J.S. Maine) が唱えた有名な一般的な法的進歩についての古典的公式である

「身分から契約へ (From Status to Contract)」の動き⁽⁷⁾に対する逆行を意味するものではない点に注意する必要がある。ここで労働契約に關していうところの「身分」とは決してメインが一般的に問題とするような封建的な(あるいは個人の意味には基⁽⁸⁾づかず社会的に付与される)「身分」ではなく、あくまで労働契約(=合意)に基づく労働者の法的「地位 (situation)」(ちなみに、これについても *statut* という表現が用いられることがある)を労働者保護の観点から規律する労働者保護法や労働協約などからなる「規範群 (*ensemble des règles*)」のことを指す⁽⁸⁾。したがって、必ずしもこなれたものではないが「身分規程」という訳語が用いられることがある。そうはいっても、この段階においては *contract* と *statut* が契約と法規ということでいまだ対立的に捉えられており、後者が拡充されるべきと解されていたといえる⁽⁹⁾。

たしかに、以上で示したような考え方にはもつともな点が存しており、歴史的にみれば、労働者保護法や労働組合による労働条件の集団的規制(特に、労働協約が重要である)がなければ、労働者はその経済的地位の弱さや力関係の差から使用者の提示した労働条件を飲まざるをえず(合意の虚偽性)、その結果、過酷で劣悪な労働条件のもとで労働することになり、自己の生存を危殆ないし危機にさらしかねない事態を招いたことも事実である。しかし、個別的労働関係は何よりも契約関係であり、①すべてが労働者保護法や集団的労働関係法によって処理しうるものでもなく、また、②保護的規範群が規定する労働条件を上回る個別条件を個別契約(個別合意)により定める余地も存するのであり、加えて、③(私生活との関連も含めた意味での)ワーキングライフとキャリアの展開(あるいは労働関係の継続的展開)における労働者の自己決定の意義を考えれば、むしろ、形骸化していた合意を実質化させて契約の領分とその実効性(特に、合意による使用者の力の制約・制限や合意で決めたことの使用に対する拘束力)を確保すること(労働契約の復権 (*réhabilitation*))を試み、法技術としての労働契約の優位性 (*primauté*) を確立する⁽¹⁰⁾ことが重

要課題となるといえよう。¹⁰⁾そして、雇用が複雑多様化し労働力が流動化することで労働条件が個別化するとともに仕事と私生活の調和(ワークライフバランス)が求められる傾向(労働契約法三条三項参照)を示す現代においてはなおのこと一層そのようにことができるであろう。そのためには、労働者の自立した独立対等の契約主体性を確保するとともに、労使の個別合意にあたり、単に使用者の申込みに対し労働者が形式的に同意したというのではなく、使用者が労働者に対して十分な説明と情報提供を行い、労働者が理解して納得のうえで真意に基づいて同意を行うことが何よりもまず第一に必要なとなると考えられる。¹¹⁾

(2) 労働契約復権の前提

ただし、その前提としては、労働者保護法や組合による集団的規制などから構築された労働者保護の規制基盤(statut)のうえでの(つまり、社会的規制が加えられた(socialisé)うえでの)合意の復権が必要となると思われる。¹²⁾フランスにおいても労働契約の意義・重要性が再認識されて法技術としての労働契約の優位性が確認された状況となつても、つまり、メインのいう古典的な意味での「身分から契約へ」の動きは当然の前提としても、それと同時に併せてあくまで現代的な意味において「契約から身分へ」という公式が依然として用いられ強調されていることがこの点を如実に示している。¹³⁾要は、「古典的な市民的契約(contrat civil)から社会的規制を加えられた契約(contrat socialisé)へ」(ちなみに、¹⁴⁾ここで問題となる socialisé は statut の形容詞形である statutaire とほぼ同義と考えてよいであろう)ということが力説されるのである。¹⁴⁾規制に支えられた契約という考えが重要となるのであり、contrat と statut はあくまで調和的に捉えられ、規範群たる statut は法技術としての契約の領域を確保するための基盤、ないしはそのような領域において契約が適正に作用しうるためのいわば前提条件・枠付けと解されることとなる。

以上からすれば、重要になるのは、①労働者保護の基盤整備、②労働者の自立した独立対等の契約主体性の確保、

③合意の実質化の実現の三つであるように思われる。①が実体的規制、③が手続的規制(ないしプロセス規制)であり、②は労働契約関係の展開を基礎づける前提条件規制と位置づけることができる。そして、以上を踏まえ、ここで若干結論めいたことを先取りして述べれば、合意の実質化を論じるにあたっては、たとえ、②と③の要件が満たされても(そうはいっても、実際には、②の要件の充足・確保・実現自体が相当困難であることも事実である)、①の要件と抵触するような場合には合意の有効性を認めるべきではないという点を踏まえることが必要となるといえよう。¹⁵⁾

(二) 労働契約法の合意原則と合意の実質化

二〇〇七年に、わが国初の本格的な労働契約の成立・展開・終了を規律対象とする法律であり、労働基準法と並ぶ個別的労働関係法の基本法ともいべき労働契約法が制定された。¹⁶⁾ このことは労働契約の意義と重要性が正面から確認されたことを意味するものと評価することができる。実際、労働契約法は多くの条文(一条、三条一項、六条、八条、九条)において合意によって労働契約が成立することを確認するとともに合意によって労働条件が決定変更されるべきという合意原則を同法の基本原則かつ重要原則として宣言している。特に、目的を定める一条が、「この法律は、労働者及び使用者の自主的な交渉の下で、労働契約が合意により成立し、又は変更されるといふ合意の原則その他労働契約に関する基本的事項を定めることにより、合理的な労働条件の決定又は変更が円滑に行われるようにすることを通じて、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する。」と規定している点が注目される。¹⁷⁾ 要は、同条は、「自主的な交渉」というプロセスのみならず、「合理的な労働条件の決定又は変更」や「労働者の保護」、そして「個別の労使関係の安定」にも言及しており、実体的規制や労働者の自主的な契約主体性にも配慮した条文となっているのである。なお、「合理的な労働条件の決定又は変更」にいう「合理的な」は「労働条件」にかかる(したがって、実体的規制を重視する趣旨である)と解すべきであるが、かりに「決定又は変更」にか

かるとしても合理的な合意手続ないしプロセスを問題とすることになる以上、(いわば実体的デュー・プロセス的な見地から) その対象となる労働条件それ自体も合理的なものでなければならぬことになるといえよう。

ここでいう合意は形式的なものではなく労使対等性に裏付けられた実質的なものであり(労働契約法三条一項、なお、併せて、労働基準法二条一項も参照)、使用者が労働者に労働契約の内容の理解の促進をなし、労使が契約内容を書面により確認すべき旨を要請する労働契約法四条も合意の実質化を前提にした規定と考えられよう。そして、労働契約法制定前後の時期から、実際に、これに呼応するかのように、このような方向を目指す動き(つまり、合意の存否の認定を実質的観点から厳格に行い、使用者が十分な説明や情報提供をしていなかったり、重要な労働条件であるにもかかわらず書面化されていなかったり、使用者が変更を告げたのちに労働者が異議を申し立てずそのまま引き下げられた労働条件の下で働いていただけにすぎないといったような一定の場合においては合意の存在を認定しないという動き)が、特に賃金減額等の労働条件変更をめぐる裁判例に登場してきている点が特筆・注目される(東武スポーツ(宮の森カントリークラブ)事件・東京高判平二〇・三・二五判九五九号六一頁、協愛事件・大阪高判平二二・三・一八判一〇一五号八三頁、技術翻訳事件・東京地判平二三・五・一七判一〇三三三号四二頁、コアズ事件・東京地判平二四・七・一七判一〇五七号三八頁、ザ・ウインザー・ホテルズインターナショナル事件・札幌高判平二四・一〇・一九判一〇六四号三七頁など)。

さて、以上からすれば、①実質的な合意が存するといえない場合には労働者はそのような合意に拘束されないが、②真の自由意思に基づく実質的な合意が存し、さらにそれが合理的な形で労働者の利益確保・利益調整を行うものであって社会的妥当性を有する場合には、かかる合意が労働者のみならず使用者をも拘束するという帰結となろう。そして、実際に、②が実現される形となれば、真に契約自由(私的自治)の原則の復権・実質化と労働者「保護」が実

現することになる。たしかに、先に引用した裁判例の傾向は注目すべきものではあるが、いまだ①の方向性を追求するものにはすぎず、併せて②の点も志向するものであるか(つまり、①ただ合意の不存在を認定することで労働条件の不利益変更から労働者を保護するにとどまるのか、②さらに進んでより積極的な方向を探ろうとするものであるのか)はいまだ未知数であるといえよう。また、②を志向する場合であっても、単に不利益変更の場合に合意の有効性を否定する形で労働者保護をはかることのみならず、不利益変更の局面に限定されることなく広く労働者の利益擁護ないし労使の合理的な利益調整の観点を踏まえ積極的な契約関係の形成・展開が可能となる方向を目指すことが重要課題となる。そして、このような方向性のなかには、包括的合意により使用者に人事や業務命令に関し広範な裁量権を付与するという従来の法的構成のあり方についての見直しも含まれるべきといえよう。

(三) 「自由意思に基づく同意の理論」と合意原則の関係

(1) 理論の状況

(ア) 「自由意思に基づく同意の理論」

合意の実質化という問題を考える場合、(一)でみた裁判例や労働契約法制定のかなり以前から最高裁判例を中心として登場してきていた傾向を踏まえて有力に唱えられている「自由意思に基づく同意の理論」¹⁸⁾についても併せて検討を加えておく必要がある。

この考えは、労働者による退職金債権(賃金債権)の放棄(したがって、使用者が退職金(賃金)を支払わないこと)が労働基準法二四条一項の定める賃金全額払原則の違反となるかどうかが争われたシンガー・ソーイング・メシオン事件・最二小判昭四八・一・一九判時六九五号一〇七頁において示された方向性をより広く労働契約法において一般的に追求しようというものである。¹⁹⁾この判決において、最高裁は、①「右全額払の原則の趣旨とするところは、

使用者が一方的に賃金を控除することを禁止し、もって労働者に賃金の全額を確実に受領させ、労働者の経済生活をおびやかすことのないようにしてその保護をはかろうとするものといふべきであるから、本件のように、労働者たる上告人が退職に際しみずから賃金に該当する本件退職金債権を放棄する旨の意思表示をした場合に、右全額払の原則が右意思表示の効力を否定する趣旨のものであるとまで解することはできない」、②「もつとも、右全額払の原則の趣旨とするところなどに鑑みれば、右意思表示の効力を肯定するには、それが上告人の自由な意思に基づくものであることが明確でなければならぬものと解すべきである」、③「右事実関係に表われた諸事情に照らすと、右意思表示が上告人の自由な意思に基づくものであると認めらるに足る合理的な理由が客観的に存在していたものといふことができるから、右意思表示の効力は、これを肯定して差支えないといふべきである」と判示した(同旨、更生会社三井埠頭事件・東京高判平一二・一二・二七労働八〇九号八二頁、北海道国際航空事件・最一小判平一五・一二・一八労働八六六号一四頁)。そして、このような法理は賃金の合意相殺のケースにまで及ぼされており(日新製鋼事件・最一小判平二・一一・二六民集四四卷八号一〇八五頁)²⁰⁾、そこにおいては、併せて、「もつとも、右全額払の原則の趣旨にかんがみると、右同意が労働者の自由な意思に基づくものであるとの認定判断は、厳格かつ慎重に行われなければならないことはいふまでもないところである」ということが追加され強調されている。たしかに、労働者の真意を確保するためには、労働者保護の観点からみて問題のないことのチェックに加えて、労働者の「自由な意思」のみならずそれに基づくことを認めるに足る「合理的な理由が客観的に存在していた」点(つまり、単に合意の合理的理由ではなく、それも含めた自由な意思の存在についての合理的理由⇨自由意思の合理的な客観的存在証明)をも厳格な形で求めることは労使の力関係を踏まえるならば妥当といつてよく、より一般的に合意の実質化にあたってもこのような考えに依拠すべきであろう²¹⁾(ただ、労働者保護の観点からみて問題がない場合には合意ないし労働者の意思によつ

て労働基準法の規定の適用除外を認める点については問題があり、まさにこの点が、後に詳しく検討を加えるところの合意原則の「過度」さなしいし「過剰」さの先駆をなす傾向を示すものといえよう。

さて、「自由意思に基づく同意の理論」とは、このような最高裁をはじめとする裁判所の法理につき、民法九三条から九六条までの「無効・取消事由にあたらぬ場合も、同意の効力を否定する点で広い射程を有しており、労働契約法独自の意思表示理論（創造的判例法）と評価できる」とする立場である。そして、この立場は、強行法たる労働基準法の観点からはかかる結論（つまり、合意による賃金全額払原則の排除ないし適用除外の承認）に異論のありうることは認めつつも、より広範に「労働契約法の観点からは、この判例法は、全額払原則の域を超えて、賃金減額をはじめとする労働条件一般について、労使の交渉力・情報格差を是正し、労働者の実質的同意を確保するための手続的規制を定める創造的判例法に発展しており、この面では積極的に評価できる」とする。要は、判例法理を意思表示理論における合意の有効性レベルの意思の完全性の問題として捉えて評価したうえで、労働契約に関する全領域で活用しようとする考えであるといつてよい。そして、意思の完全性の認定にあたっては、あくまで「使用者の説明・情報提供」といった「労使交渉プロセスに即した手続的規制」が基本ないし中核となると説かれる。ちなみに、この考えは、シンガー・ソーイング・メシオン事件や日新製鋼事件で最高裁が示した方向性を合意原則を実質化し貫徹するものと捉え（合意原則に即するものと解し）、したがって後に「過度」さなしいし「過剰」さの傾向を示すとして筆者が問題とし三(一)や四で検討を加えるような近年の裁判例の動きを支持するに至ることになると考えられる。

(イ) 「確定的合意」説

これに対し、「自由意思に基づく同意の理論」の説くところや(三)で示した判例の傾向について、意思の完全性レベルにおける合意の有効性の問題とする法的構成がありうることは認めつつも、それをむしろ合意の成立の問題（先に

引用した賃金の合意相殺をめぐる日新製鋼事件・最判は合意の成立要件を示したものと位置づけ、合意の成立には「確定的合意」が必要とされることを説いたものであるとする考えも有力である。⁽²²⁾ たしかに、合意内容の特定がなくそもそも合意が成立していないといつてよいケースである前掲・東武スポーツ（宮の森カントリークラブ）事件・東京高判やその他(三)で示したような事例は、このような観点から適切に説明することができるといえよう。この考えも「使用者の説明・情報提供」を重視するものと解されるが、労働法における合意の実質化の問題を、重要な契約については相手方の意思がはっきりと確認されなければならない（つまり、確定的な意思が認められなければならない）とする「合意の熟度」の問題と捉え、十分な説明・情報提供がない限りそもそも合意（確定的合意）の成立を認めうだけの（労働者の）意思が形成されていないと構成する立場であるということができよう。

(ウ) 若干のまとめと私見の提示

たしかに、上記(ア)、(イ)でみた二つの説は大いに注目すべきものであるといえよう。そして、これら二つの説が総合的に示すように、合意の実質化は合意の成立のレベルと有効性のレベルの双方において問題となりうると考えられる。(三)で挙げた裁判例は(イ)でみた説が述べるように成立レベルで厳格な判断を示し合意が存しないということで労働者保護を試みたものであると捉えることが妥当かつ合理的であるように思われるが、このような方向性のみでは、後に三(一)や四で言及するような異なる事案をめぐる裁判例（筆者が本稿で問題とするところの合意の実質化の「過度」さないは「過剰」さが発現していると考えられる事例）で争われた論点については、実質的な形で合意が成立しているとして、もはや対処（異議申立）をなしえないおそれがある。したがって、合意の成立は認められるとしてもさらにその有効性を問題としうる法理ないし処理方法も必要となる。

ただ、筆者は、合意の有効性の問題については、「自由意思に基づく同意の理論」とは異なり、意思の完全性では

なく合意内容の妥当性のレベルに位置づけるべきものと考える。たしかに、自由な意思に基づく認めらるるに足る「合理的な理由が客観的に存在していた」かどうかについては、「自由意思に基づく同意の理論」の論者が、日新製鋼事件・最判で問題となったような合意相殺の事例について示すように「労働者が同意に至った経緯や態様（任意性の有無）、相殺債務・反対債務の性質（労働者にとっての有利性の有無）、同意の時期、相殺額の多寡に求められ、その過程で、使用者の説明・情報提供を中心とする手続の適正さが審査される」ことになろう。その場合、「²³ 確定的合意」説がいうように、説明・情報提供は「合意の熟度」、すなわち合意の成立に関連するものであると考えることができるとも、特に、経緯や態様については、使用者が労使の力関係の差（従属状態）が存することにいわば「つけこんで」（たとえば、暗黙の圧力をかけたり、同意せざるをえないような、あるいは断ることができないような雰囲気や状況を事実上作り出したりして、本来は労働者にとって不本意な内容であるにもかかわらず）労働者に同意を求めたといったような事情が存在していないことが求められ、したがって合意の有効性を判断するためのファクターと位置づけるべきといえよう。

そうすると、経緯や態様に関しては、かつて、判例において、相手方の窮迫・軽率・無経験に乗じて（主観的要件）不当な利益を得る（客観的要件）ところの暴利行為を公序良俗違反で無効とする法理が形成され、この法理を「要件をゆるめた形で」発展的に消費者問題において活用する方向がみられたのと同様に、²³ 公序良俗の問題、すなわち合意の有効性をチェックするための内容の妥当性の問題と位置づけるべきではないだろうか。ちなみに、「公序良俗違反は、もともとは契約の内容を判断対象としていた」のだが、暴利行為論にうかがえるように「今日では、契約当事者の主観的な事情（別の言い方をすると契約交渉過程における諸事情）が考慮されるようになって」おり、「その意味で、暴利行為論は、公序良俗の守備範囲を超えて、詐欺・強迫によってはカバーされない領域をカバーする法理とし

て利用されているのである」⁽²⁶⁾。そこで、これを、使用者が交渉過程を通じて（社会的経済的組織的な力関係の差、あるいは使用者の優越的地位ないし労働者の従属的地位を利用して）労働者の意思形成過程に一定の影響を及ぼして（主観的要件）、労働者にとつて不本意な（あるいは不合理な）内容（客観的要件）についての合意を求める労働契約の事例に応用しようというのである。

なお、公序の問題は、近年の経済的公序論において、「一方で、『契約自由』に対抗する『契約正義』の原理が、他方で、消費者保護とか競争維持といった市場環境の整備のための『経済的公序』が、それぞれ生成しつつある」、「民法90条は、これらを確保・維持するために積極的に利用されるべきである」、「契約をめぐる取引秩序は国家によって支えられており、国家をぬきにして契約を語ることはできない」、「指向されているのは、自由を方向づけ、支援する公序であり、自由なき公序ではない」⁽²⁷⁾と説かれており、かかる説示が労働契約論においても大いに示唆的となつていくといえよう。ちなみに、近年、労働関係の展開をめぐる一定のケースについて「雇用関係における私法秩序」（住友金属工業（男女差別）事件・大阪地判平一七・三・二八労判八九八号四〇頁、昭和シェル石油事件・東京高判平一九・六・二八労判九四六号七六頁、協和出版販売事件・東京高判平一九・一〇・三〇労判九六三三五四頁）が問題とされるようになってきており、筆者の説くところはこのような方向性にも合致するものと思われる。

(2) 理論状況についての若干の追加的検討

さて、(1)で論じたことについて、さらにここで併せて、後の議論との関係で必要と思われる補足的な検討を加えておこう。

「自由意思に基づく同意の理論」、つまり合意の実質化の問題を合意の有効性における意思の完全性のレベルで捉える説は、労働関係における問題をすべて労働契約法レベルで処理し合意（自由意思）によって律しようとする方向

につながるおそれを内包しているのではないかと考えられる。労働基準法二四一条一項の賃金全額払原則については、
いまだ賃金債権放棄ということであれば賃金債権が存しないため労働者が自由意思で行った場合にはもはや問題とな
らないとする余地もある。しかし、一般的にいつて労働基準法は労働者の同意があっても法違反が成立する建前の
強行法であるため、合意相殺の場合に賃金全額払原則を適用除外とすることは、かかる労働基準法の建前と正面から
抵触するように思われる。たしかに、労働基準法二四一条一項の賃金全額払原則が直接の対象としているのは控除や天
引きであつて相殺は含まれず、相殺についてはあくまでこの条文が類推適用されるにすぎないという形で規制がなさ
れているという説をとれば、労働者保護の趣旨に反しなければ合意相殺についてはそれほど厳格さが要求されず労
働基準法違反が正面から問題とはならないとの考え方も成り立つ余地が存するといえる。しかし、類推適用である
した場合、労働基準監督官による行政監督や刑罰の対象とはならないとしても、私法的には依然として強行的に作用
するはずであり、それを合意によつてはできずとすることにはやはり問題がある。ところが、「自由意
思に基づく同意の理論」、つまり合意の実質化につき意思の完全性レベルで処理をはかろうとする説によつた場合、
他の問題についてもこのような合意による労働基準法（ないしは強行法規）の適用除外を承認するという発想が広が
ることになると予想され、その結果、筆者が本稿で後に三（一）や四で詳しく問題として取り上げる「過度」さないし
「過剰」さの傾向を促進し、これに歯止めをかけることができなくなるおそれが生ずることになる。

また、「確定的合意」に焦点をあて合意の成立レベルで問題を捉えようとする説については、いくら厳格に認定し
ようともひとたび合意が成立したと解される場合には、民法九三条から九六条に該当するのだけならば、もはやそれ
には至らない労働者の意思形成過程における使用者の影響や微弱な意思表示の瑕疵を問題としてその有効性を争う可
能性がなくなってしまうことになる。たしかに、前掲・東武スポーツ（宮の森カントリークラブ）事件・東京高判の

ような事例であれば合意の成立レベルにおける処理でよいと考えられるが、たとえ一応は合意が成立したとみられるような場合であっても、意思形成過程に何らかの問題を抱えていればその有効性を問うことができる余地が必要であろう。

そうすると、たしかに、一方で、情報提供や説明の有無・程度を踏まえた合意の熟度の観点から「確定的合意」を問題とし合意の成立を厳格に認定することは必要であるとしても、それに加えて、成立した合意につき、意思の完全性のみならず（強行的規制や強行的ルールを踏まえることなども含めて）意思の形成のされ方それ自体を問題とする理論が求められることとなる⁽³⁰⁾。そこで、暴利行為論と同様の見地を踏まえ、合意の有効性における内容の妥当性レベルで公序違反かどうかを吟味し問題処理をはかることが適切となると考えられる。そして、このような視点からすれば合意をめぐって使用者が行うおそれのある不当な権力行使を総合的に捉えて労働者の意思形成過程におけるその影響をチェックすることも可能になる。したがって、「合理的な理由が客観的に存在していた」とは、単に合意内容の合理性や合意の合理的理由の問題にとどまらず、その点も含め使用者の不当な権力行使がなされず公序違反とは認められない合理的な理由が客観的に存しなければならぬということを意味しよう。なお、そうはいっても、合意の有効性については公序法理によってすべてをカバーすることにも一定の困難がともなうと考えられるので、さらにストレートに微弱な意思表示の瑕疵に対応しうる理論を構築し活用できる状態にすることも併せて必要であろう。筆者は、かつて、不本意退職等をめぐる準解雇の事例につき心裡留保に関する民法九三条但書の類推適用によって相対的無効の観点から労働者が退職の意思表示（辞職）や退職合意（労働契約の合意解約）の無効を主張しうることで対処すべき旨を説いたが⁽³¹⁾、この法理は準解雇を超えて一定広く汎用性を有するように思われる⁽³²⁾。

要は、労働契約も契約である以上、一応は民法の意思表示理論を踏まえつつ、ただ、その場合であっても労働法な

いし労働契約の特質を考慮して、契約の効力の問題につき、①合意の成立と②合意の有効性に分けて考え、前者では意思表示の合致（意思表示といっても、縷述のように、労働契約においては労働者の自由意思ないし真意が求められることになる点に注意する必要がある）の存否が、後者では意思の完全性と合意内容の妥当性がそれぞれチェックされなければならないと解されるのである。³³⁾

三 合意原則の意義と限界

(一) 合意原則の重要性とその「過度」さないし「過剰」さをめぐる問題

(1) 概説

二(二)でみた立法や裁判例の動きは、あるいは二(三)で触れた「自由意思に基づく同意の理論」や「確定的合意」説の説くところは、（特に労働条件の不利益変更について）使用者の意思が貫徹するような形式的合意を認めない（つまり、一定の場合に合意の有効性や合意の成立を認めない）ことで労働者を保護し、労働者の自己決定の確保・実質化に資する限りで重要で大きな意義を有しよう。そして、本来であれば、合意の実質化は、一定の合意から労働者を保護することに加えて、より積極的に合意を通じて労使の合理的な契約関係の形成・展開をはかることにも資するはずである。しかし、前者のような消極的な局面であれば特に問題はないが、後者のような方向性が追求されるにあたっては一定の限度を超えない「適度」な範囲内でなされる必要がある（あるいは、なされなければならない）ように思われる。以下、この点について詳しく論じてみよう。

(2) 「過度」さないし「過剰」さの動きの具体例

さて、すでに若干示唆したように、現在みられるところの後者の労働契約関係の形成・展開をめぐる動きには、わ

ずかであるとはいえ、ある種の「過度」さないしは「過剰」さがともなっているように思われる。たしかに、①労使間には情報と交渉力に大きな格差があり労働者が劣位に置かれるため、その格差を埋め労使の実質的対等を確立することが労働法の目的である、あるいは②もはや弱者ではない労働者の市場取引をサポートするのが労働法システムである⁽³⁵⁾といった考えに立脚するならば、「過度」さないし「過剰」さがみられても、それは大いに合意が実質化しているのであってむしろ歓迎すべきことと受け止められることになる。しかし、筆者としては、そのような状況において、合意原則を重視・強調し、労働者が真意に基づき同意を行うことで合意が実質化する方向を追求すれば、はたしてすべてが妥当な結論に至るのだろうかとの素朴な疑問（あるいは、むしろ、場合によっては、かえって由々しき方向へ至る危険性を生じさせるのではないかとの懸念）を抱くのである。

たとえば、以下に「過度」さないし「過剰」さの問題点を指し示すと思われる代表的な例をいくつか挙げてみよう。すなわち、近年、一部の裁判例が、①労働契約法九条の反対解釈による不利益変更に合理性のない就業規則の労働契約内容化（前掲・協愛事件・大阪高判）、⁽³⁶⁾②最後の契約期間満了をもって契約更新せず雇用関係が終了する旨の有期労働契約の不更新条項（本田技研工業事件・東京地判平二四・二・一七労経速二二四〇号三頁、同事件・東京高判平二四・九・二〇労経速二二六二号三頁、同事件・最三小決平二五・四・九労経速二二八二号三四頁）、⁽³⁷⁾③労働基準法二四一条一項の賃金通貨払原則を排除しての賃金（賞与）の現物（自社株）給付（リーマン・ブラザーズ証券事件・東京地判平二四・四・一〇労判一〇五五号八頁）⁽³⁸⁾などに関し、労働者が自由意思により同意した場合は有効であることを認める判断を示し、これらに与する学説も登場している。そして、これらの事例は、一定の合意から労働者を保護するというケースではなく、合意による（終了も含めた意味での）労働関係の展開に関するものであり、しかもプロセスを重視して合意による積極的な方向での処理を認めたものである。

さて、ここで問題となっているのは、①合理性を欠く就業規則の不利益変更、②有期労働契約の更新拒絶（雇止め）、③現物給与制（トラックシステム）³⁹、などから労働者保護をはかるための法理や規制を合意により排除・回避（適用除外）することである。しかし、はたして、これらはその適用の有無につき労使の個別合意に委ねられた事項、あるいは個別合意に委ねてもよい事項ということができるのであるか。むしろ、これらに関し合意による離脱（適用除外）を認めることは、（たとえ、当該労使にとつてはよいとしても）場合によっては（労使の合理的利益調整や労働力取引環境・労働環境を害し）従来の労働法の基礎ないし労働者保護システムを解体しかねないおそれがあるのではないかと考えられるのである。

(3) 「過度」さないしは「過剰」さの基本的問題点

以上のことを敷衍していえば、筆者が懸念するのは、ここで引用した裁判例が示すような方向を進めて、労働者が契約主体性を確立し、合意が実質化すれば、あるいは、ひとたび実質的な（確定的な）合意が成立すれば、強行的労働法規などからの逸脱も含め、かかる合意に労働関係上の諸問題を委ねてよいとするような考えに至るとするならば、結局は、労働法全体をいわずに純粋な契約法に還元する（あるいは純粋な契約法の世界に導き入れる）ことになるのではないか、したがって、それはこれまでの労働法の発展に抗して、民法の世界、あるいは古典的な市民法の世界に逆戻りする結果に至るのではないかとということである。つまり、保護的規制（statut）を合意によって排除・回避・適用除外できるとすることはいわば労働法的発展とは逆の意味で「身分から契約へ（du statut au contrat）」（＝「社会的規制を加えられた契約から社会的規制なしの契約へ」という動きを示すものと考えられることができるのであるが、はたしてそのような動きによってこれまでの現代的な意味における「契約から身分へ」という公式ないし方向性・動きがすべて克服されなければならないのか。すなわち、労働者の自由意思や真意に基づくものであれば規制を排除して基

本的に当事者自らの合意によって自分たちの関係をすべて律するという「身分から契約へ」という動きこそが今後の労働法の発展方向ないしあり方・モデルを示すものということができるといえるのである。このような懸念は、消費者取引に関し合意の瑕疵論や取引的不法行為の法理が発展させられていることに加えて、近年、各種の消費者立法が大いに展開・発展をみて規制の網を広げてきている状態と比べても、なおさらのことといえる⁽⁴⁰⁾。

かつて、保護的規制は弱者（労働者）保護の見地から私的自治や契約自由の原則を制限ないし（制限的な意味合いにおいて）修正するものと広く一般的に考えられてきた⁽⁴¹⁾。しかし、これに対し、近年、労働者の自己決定の意義を重視する学説からは、そのような規制はむしろ（労働者の第一次的自己決定と第二次的自己決定の乖離を埋める形で）形骸化する自己決定や契約自由の原則を実質化するものと捉える見方が提示されてきている⁽⁴²⁾。前者の考えは私的自治と規制を対立的なものと解するのに対し、後者の考えは両者を調和的に理解しようとする立場であるといつてよい。また、前者が、もはや労働者はかつてのような（社会的）弱者ではなくなり、したがって、労働法は弱者保護ではなく労働者と使用者の市場取引をサポートする経済のサブシステムであるというような考え⁽⁴³⁾、あるいは労働関係における交渉プロセスを重視する考えと結びつけば、規制緩和や合意による規制の排除という方向性と親和的となるのに対し、後者は現代においても厳然と存する労働の従属性を踏まえ「規制が支える自己決定」ということの意味と重要性を強調する。そして、後者の論者は、労働法につき、古典的市民法から社会法へ、そして現代市民法へといういわば螺旋状の法発展がみられることを説いている⁽⁴⁶⁾。この後者のような考えからすれば、合意の実質化により自己決定の実質化基盤を排除することはまさに背理を意味することになろう。筆者は、基本的に後者のような考えに与すべきものと考える。

(4) 労働契約法のルールの憲法的基礎

(7) 契約法のルールの憲法的基礎

さて、「過度」さないし「過剰」さを問題とするためには、さらに、憲法論に立ち返って検討を加えておく必要がある。たしかに、契約法（民法）は、財産法として経済的な取引の基礎を支えるだけでなくわれわれの生活や現代市民社会（社会における人々の様々なつながり）の展開を基礎づけるものであって、憲法一三条の自己決定権を具体化するものであるということが出来る⁽⁴⁹⁾。そして、私的自治の原則ないし意思自治の原則を採用することによって私人間の関係を当事者の合意（意思）に委ねる旨を国家が政策決定していることも確かである⁽⁵⁰⁾。しかし、契約法は単なる自己決定（意思の実現）の法ではなく、財やサービスの交換を通じて（媒介として）生活や市民社会（市民相互間の様々な社会的つながり）の展開をなすことで自己決定をはかるものであり、その意味で、財産権の保障を前提にしたその行使のためのルールである⁽⁵¹⁾。要は、憲法二九条一項の財産権保障を受けこれを具体化するために同条二項が法律で設けるべしとするとこのルール⁽⁵²⁾のうちで最も基本的なものが民法（財産法）であり、したがって民法は基本的に有償性に基礎づけられた財貨交換の法であると位置づけることができる⁽⁵³⁾。したがって、意思自治あるいは私的自治といったところで単なる意思の実現⁽⁵⁴⁾ということを意味するにとどまるのではない。たしかに、契約の拘束力の原動力は当事者の意思に求められるとしても、拘束力の源泉は自己決定に基づく財貨交換を基礎とした有償性に求められるのである。

そうすると、民法の典型契約のひとつをなす雇用契約についても同様であるということになる。つまり、労働の提供と賃金の支払をめぐる労使の適正なギブ・アンド・テイクないし利益交換こそが合意の拘束力の源泉といえよう。したがって、少なくともこの点からして単なる真意（自由意思）に基づく合意のみで労働者を拘束する結果をもたら

すとの帰結に与することには大きな問題があることは明らかである。そのうえ、労働契約を考えるには憲法二九条のみならず併せて憲法二七条の意義を踏まえることが必要であるように思われる。以下、この点を敷衍してみよう。

(イ) 労働権の保障と労働契約法のルール

憲法二七条一項は労働権を保障している。労働権については、まず、自由権的效果として、国がこのような権利を妨げてはならないという労働の自由の保障を内包していると解される。たしかに、自由権的效果を確認するだけではまだ憲法二二条一項の職業選択の自由との違いは明確にはならないが、職業選択の自由とは別個に労働権保障がなされたことの意義を考えれば、労働権の保障からは国民が労働「義務」を負うのはあくまで自由意思に基づく労働契約という契約を通じてであるという基本原則を確認するという意味（積極的意義）を引き出すことができるのではないか。また、単なる職業選択の「自由」の場合とは異なり、労働権を行使する（つまり、労働権が具体的に実現するためには、一般の市場とは異なる性格を有する労働市場の整備が必要なことに加えて必然的に（一般的にみて力において優位する）「使用者」の存在と（労働契約上の）「義務」に基づくことが予定されており、労働権保障は使用者の指揮命令下における労働の展開過程をも視野に収めているということができよう。労働権の自由権的效果を考えるうえではこのような特色を踏まえた検討が必要となる。⁽⁵⁵⁾

また、社会権としては、一般的に、この条文は、国が、①すべての国民が労働することができる完全雇用体制の実現と、②もしも労働者が失業した場合には生活に困ることなく職探しができるための失業時の生活保障に向けて政策的努力を行う旨（責務）を説いたものであるというプログラム規定說的理解が有力であるが、これに労働者の適職選択権の保障という観点を組み込むという方向から抽象的權利說的に捉えようとする考え方も存している。いずれにしても、労働権が具体化するためには、つまり、労働者が十全に労働権を行使することができるようにするためには、

そのための立法が必要となることになる。そのような立法が雇用保障法、労働市場法、あるいは雇用政策法と呼ばれる法領域である。しかし、先に検討した労働権の行使ないし具体的実現ということとその自由権的側面(労働の自由の保障)を考慮するならば、労働権保障のための立法は「労働市場」のみならず、労働権を行使する国民⇨労働者の「自由」確保の観点からより広範に労働関係形成後の労働過程をも視野に入れて、契約相手であり社会的経済的組織的な力において優位する「使用者」や(労働契約上の)「義務」をも併せて規制対象としなければならないことになろう。そうすると、憲法二七条二項は同条一項の労働権保障を受け、単なる労働条件の最低基準のみならず、それも踏まえたうえで労働市場での労働力取引と労働契約の成立・展開・終了(労働過程ないし労働契約展開過程)をめぐるルールを国が法律で規定すべき旨を定めたものということができる。その場合、少なくとも「賃金、就業時間、休息」については実体的規制として法律で規定すべきことが具体的かつ明示的に確認されているのである。⁵⁶⁾

要は、憲法二七条は一項の労働権保障を前提に二項で労使の力関係の差や労働契約の特色・特質を踏まえつつ労働市場や雇用社会における労働権行使のためのルールにつき基本原則や限界も含め法律で定めるべき旨、換言すれば労働権の行使をめぐるすべてを当事者の合意に委ねるのではなく労働者の自由(労働の自由)を確保すべく国家が介入して規制を行うべき旨を表明しているのである(つまり、憲法二七条一項・二項は、憲法二九条が一項で財産権を保障し、二項でそれを受けて財産権行使のルールを定める旨を述べるのと同様の規定構造になっているのである。⁵⁷⁾)。そこで、そもそも労働契約関係、そしてその展開過程における労使の個別合意は、単に一般的な契約法(民法)に委ねられるのではなく、それを取り入れつつもそれとは異なる部分も包含するこのような労働権行使の基本ルールを踏まえて展開されなければならないこととなる。つまり、労働契約の領域においては民法に従って当事者の合意にすべてを委ねるといふ政策決定がなされているわけではないのである。ちなみに、以上のことを労働契約法のメタルール

と呼んでもよいであろう。したがって、労働契約ないし労使の個別合意の成立およびその効力・拘束力についてもこのような労働権行使の基本ルールに則して（ないしは適合して）はじめて認められるのであり、それらに関しては国家が介入して一定のコントロールを行うことが予定されているのである。

以上からわかるように、労働契約に関しては、それも契約である以上、憲法二九条に基礎を置く民法ないしその基本原則が妥当する領域や局面が存するが、それ以外においては憲法二七条に基づく労働権行使の基本ルールに問題処理が委ねられることになる。そして、労働権行使の、すなわち労働契約関係のルールは、すでに二(一)②でも若干示唆したように、①労使の合理的利益調整に基づく公正な労働力取引と労働力取引環境・労働環境を確保する実体的規制、②人権・人格権・自由等も含めた労働者の独立対等の契約主体性の確保、③（労働契約の成立・展開過程における）合意をめぐる手続的規制（プロセス規制）を目的とすることになる。そして、ここで重要となるのは、③はあくまで①と②を前提としているということ、そして、特に、労使の個別合意はたとえ実質的なものであっても①の観点からチェックを受けるということである。

なお、以上のような論点につき、従来は、一般的に、労働契約関係をめぐっては労働基準法等の労働者保護法がパートナーリスティックな（他律的な）観点から「契約自由の原則」を「制限」ないし（制限的な意味合いにおいて）「修正」している⁽⁵⁸⁾と説かれてきた。したがって、労働者の自己決定（自律）を重視して、（裁判例や学説の）一部において、労働契約法、そしてその基本原則である合意原則を踏まえ「契約の自由」を制限・修正するのではなく「実質化」すべきことがむしろ重要かつ必要であるとの認識・結論に至り、労働者の自由意思が存する場合にはそれに即した効力を認めようとの方向が追求されることになったと考えることができる。このようなことが合意原則をめぐると「過度」さ、あるいは「過剰」さの原因であろう。しかし、憲法二七条は単なる契約自由の制限・修正ではなく、労

働契約法のみならず労働基準法等の労働者保護法も含めてあくまで労働権行使Ⅱ労働契約の成立・展開・終了をめぐる（民法ないし民法の雇用に基礎を置きつつも）つまり、契約という技術的基礎や適用できる部分は民法を活用しつつも、さらに民法とは異なる仕組みや原理を一定取り入れた）独自の労働契約の総合的なルールを設けるべきこと（独自性を有する労働契約のルール構築）をそもそも国に命じているのであつて、それらは全体として労働者の自己決定や労働の自由をも重視して「労働契約の自由」の「実質化」をはかろうとしているのである（あまりこなれた言葉ではないが、これを「労働契約自由の原則」ということができよう）。そして、その場合、「契約の自由」（契約自由の原則）一般と「労働契約の自由」（労働契約自由の原則）は必ずしも同一平面上で比較したり対照したり、あるいは制限・修正関係にあるとしたりすることができるとはなく、原理ないしレベル・次元が一定異なっている点に注意すべきなのである。⁽⁶⁰⁾

さて、以上のようにいっても、たしかに、それらをめぐり制定法がまだ十分ではない事項・問題や領域が存することは否定できない。しかし、その部分についてはかかる憲法二七条の基本趣旨を踏まえて、本来であれば制定されるべき法律（法規定）の不存在や不十分さを補うという観点から、また、原理やレベル・次元が異なるとはいえ労働契約法のルールは一応は民法を踏まえたものであるところから、制定法である民法の規定やその一般原則が活用されなければならぬといえよう（ちなみに、そのような民法規定・原則は技術論的にあらゆる契約に適用できる共通部分・基礎部分と労働契約に用いてもよいと確認・検証することができる部分といえよう）。そして、その活用の指針となるのが、憲法二七条の基本趣旨の確認規定と解すべき労働基準法一条・二条や労働契約法一条から六条であると考えられる。以上からすれば、とにかく憲法二七条の趣旨に反するような合意は公序に反しその成立あるいは効力が認められないことになろう。⁽⁶¹⁾

(1) 合意原則の意義については、さしあたり、三井正信『現代雇用社会と労働契約法』(二〇一〇年、成文堂) 一九二〇頁、荒木尚志Ⅱ菅野和夫Ⅱ山川隆一「詳説 労働契約法」(二〇〇八年、弘文堂) 六四一―六五頁、七二―七三頁、土田道夫「労働契約法の解説」法学教室三三三二号(二〇〇八年) 二七―二八頁、同「労働契約法の解釈」季刊労働法二二二号(二〇〇八年) 六頁以下、同「労働契約法の意義と課題」日本労働法学会誌一一五号(二〇一〇年) 三頁以下、石田信平「労働契約法の『合意原則』と合意制限規定との衝突関係」同誌四一頁以下などを参照。

(2) なお、筆者は、かつて、三井・前掲注(1)書二二六頁以下において労働契約法の課題として合意の実質化を目指すことが重要であることを説いていたが、いまだ本稿で問題とするような論点に対する目配せ・配慮や検討は不十分であった。そこで、近年の傾向を踏まえて、改めて本稿において多角的視点から合意の実質化をめぐる問題点を追及することとした次第である。ちなみに、本稿は、三井正信「合意原則再考」労働法法律旬報一八〇〇号(二〇一三年) 四―五頁で述べた筆者の基本的視点を踏まえつつその趣旨や問題意識を敷衍して一定詳細に論を展開するものである。

(3) 大村敦志『基本民法Ⅱ債権各論』第2版(二〇〇五年、有斐閣) 一七一頁。ちなみに、たしかに、これはあくまで典型契約の各類型についての説示であって、合意一般を対象とするものではない。雇用契約ないし労働契約に関していえば、有償性および民法六二三条ないし労働契約法六条の要素について合意されることが拘束力の基礎になり、このような基本契約について本文で引用したところが妥当するといえよう。これに対し、近年、合意の実質化をめぐる論じられるところはひとたび基本契約が成立した後のいわば付随的ないし追加的な合意が問題となることが多いため、必ずしも引用したところが適切にあてはまるものではないといえよう。しかし、労働契約も契約である以上、いくら付随的ないし追加的なものであっても合意に拘束力を認めるためには単なる意思表示の合致のみに根拠を求めることができないこともいうまでもないであろう。大村は契約の拘束力に関して、併せて(特に、無償契約の場合における)合意の目的(原因)の存在の重要性を説いているが、この点は労働契約をめぐる付随的ないし追加的な合意についても大いに示唆的となつているといえよう。

(4) たとえば、本多淳亮『労働契約・就業規則論』(一九八一年、一粒社) 一七二―一七三頁は就業規則の法的性質に関する契約説に絡めてこの理を解いている。なお、この点については、併せて、西谷敏「労働契約論と労働法の再構築」法律時報六六卷二号(一九九四年)二頁、大内伸哉「労働の正義を考えよう」(二〇一二年、有斐閣) 一一五頁も参照。

(5) この点については、たとえば、かつての労働法の代表的教科書のひとつである沼田稻次郎『労働法要説 改訂版』(一九七一年、

法律文化社) が、集团的労働関係法に相当の頁数を割いたのちに労働基準法を中心とする個別的労働関係法の解説を行うのに対し、労働契約については一言も触れていないことが象徴的に示しているといえよう。

- (6) 三井正信「フランスにおける労働契約概念の形成とその展開(上)」、(下)「季刊労働法一四四号(一九八七年)一七七頁以下、一四五号(一九八七年)二〇二頁以下。
- (7) H.J.S.Maine, *The Ancient Law*, new edition, 1930, p.182. なお、イギリス雇用契約論における身分と契約の関係については、三井正信「イギリス雇用契約論における contract と status (一)」、(二)「広島法学二三巻一号(一九九九年)五七頁以下、二号(一九九九年)一〇五頁以下を参照。
- (8) 三井・前掲注(6) 論文(上) 一七七頁。
- (9) 三井・前掲注(6) 論文(下) 二〇二頁で検討した労働契約衰退論がこのような立場であるといえる。たとえば、憲法学者のデューギーが「実際、厳密な意味における労働契約は消滅する傾向にある。使用者と労働者の間の状態は規律的かつ客観的な状態になるために契約的かつ主観的な状態であることをやめる」と説いていたところ(L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., 1907, p.579)がこの点を象徴的に示しているといえよう。また、デューギーの考えを押し詰めていけば、労働契約は法規範たる statut を労働者に適用するための条件行為(acte-condition)ということに帰着することになる(この点については、特に、三井・前掲注(6) 論文(下) 二〇二頁以下を参照)。
- (10) 労働契約の意義・役割については、西谷敏二・萬井隆令(編)『労働法2【第5版】』(二〇〇五年、法律文化社) 三三頁以下〔西谷執筆〕、三井正信『基本労働法1』(二〇一二年、成文堂) 一一二―一一三頁。
- (11) 三井・前掲注(10) 書一六頁。
- (12) L.Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t.2, 9^e éd., 1938, p.747 et s.
- (13) 三井正信「フランス労働法理論の現代的展開(一)」、(二)「広島法学一四巻二号(一九九〇年)二九頁以下、三号(一九九一年)三七頁以下。この点については、G.Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, 1955, p.177 を参照。
- (14) 三井・前掲注(13) 論文(二) 五六頁以下。
- (15) 三井・前掲注(1) 書三三四頁以下。
- (16) 労働契約法制定をめぐる経緯および同法の意義については、さしあたり、三井・前掲注(1) 書一頁以下。

- (17) 労働契約法一条について、詳しくは、西谷敏¹⁾野田進²⁾和田肇(編)『新基本法コンメンタール 労働基準法・労働契約法』(二〇一二年)三三二〇頁以下〔和田執筆〕。
- (18) 土田道夫『労働契約法』(二〇〇八年、有斐閣)二二八―二二九頁。なお、土田は、同「労働条件の不利益変更と労働者の同意」根本到ほか(編)『労働法と現代法の理論 上』(二〇一三年、日本評論社)三二二頁以下において説を変え「労働者の自由意思に基づく同意」を合意の成立レベルの問題と説くに至っているが、本稿では当初の土田説を検討する。なお、変更後の説については、注(22)で挙げる山川の「確定的合意」説と同様の視点から検討を加えることができると思われる。
- (19) この判決について、詳しくは、佐藤啓一「全額払いの原則と賃金債権の放棄」村中孝史¹⁾荒木尚志(編)『労働判例百選 [第8版]』(二〇〇九年、有斐閣)七〇―七一頁参照。
- (20) この判決について、詳しくは、橋本陽子「全額払いの原則と合意による相殺」村中¹⁾荒木(編)・前掲注(19)書七二―七三頁参照。
- (21) 三井・前掲注(10)書一六頁。
- (22) 山川隆一「労働条件変更における同意の認定」荒木尚志¹⁾岩村正彦²⁾山川隆一(編)『労働法学の展望』(二〇一三年、有斐閣)二五七頁以下。
- (23) 大村敦志『基本民法I総則・物権総論 [第3版]』(二〇〇七年、有斐閣)三三―三四頁。なお、平井宜雄『債権各論I上』(二〇〇八年、弘文堂)一四六頁も参照。
- (24) 土田・前掲注(18)書三三―三四頁。
- (25) 大村・前掲注(23)書六八頁。
- (26) 大村・前掲注(23)書七〇頁。なお、この点については、鹿野菜穂子「消費者と民事法」中田邦博¹⁾鹿野菜穂子(編)『基本講義消費者法』(二〇一三年、日本評論社)二四―二六頁も参照。
- (27) 大村・前掲注(23)書六九頁。なお、この点については、後藤卷則『契約法講義 第3版』(二〇一三年、弘文堂)一三二―一三四頁も参照。
- (28) 菅野和夫『労働法 第十版』(二〇一二年、弘文堂)三〇五―三〇六頁。
- (29) 水町勇一郎「労働者の同意を得てした退職金債権の相殺と賃金全額支払原則」法学協会雑誌一〇九卷三三号(一九九二年)四七九頁以下。

- (30) この点については、根本到「合意解約の有効性判断と情報提供義務・威迫等不作為義務」水野勝先生古稀記念論集編集委員会(編)『労働保護法の再生』(二〇〇五年、信山社)五七頁以下。
- (31) 三井正信「準解雇の法理(一)——(五)完」広島法学二七卷一号(二〇〇三年)五三頁以下、二号(二〇〇三年)一一二頁以下、三号(二〇〇四年)一頁以下、四号(二〇〇四年)三一頁以下、二八卷一号(二〇〇四年)七三頁以下。
- (32) 三井正信「労働契約法としての労働基準法(三)」広島法学二八卷四号(二〇〇五年)三七頁以下。
- (33) この点については、本稿とは問題意識を異にするが、山川・前掲注(22)論文二八三頁も参照。
- (34) 菅野和夫「諏訪康雄「労働市場の変化と労働法の課題」日本労働研究雑誌四一八号(一九九四年)二頁以下。
- (35) 土田・前掲注(18)書一頁以下、同「労働法概説」第2版』(二〇〇二年、弘文堂)一一二頁。
- (36) この問題については、詳しくは、三井正信「労働契約法九条についての一考察」広島法学三六卷四号(二〇一三年)一頁以下参照。
- (37) この問題については、詳しくは、三井正信「不更新条項に基づく雇止め効力」ジュリスト一四五三号(二〇一三年)一一二—一二二頁参照。
- (38) この点について、詳しくは、戸谷義治「賞与の一部として株式を付与することの可否及び整理解雇事案における賞与支給日在籍要件の適法性」琉球法学九〇号(二〇一三年)二四七頁以下、根本到「整理解雇における賞与の支給日在籍要件規定の有効性」法学セミナー七〇三号(二〇一三年)一四九頁参照。
- (39) 賃金通貨払の原則とトラックシステム禁止の関係については、西谷ほか(編)・前掲注(17)書八六頁(三井正信執筆)参照。
- (40) 消費者法について、詳しくは、中田・鹿野(編)・前掲注(26)書、長尾治助・中田邦博・鹿野菜穂子(編)『レクチャー消費者法(第5版)』(二〇一一年、法律文化社)、大村敦志『消費者法(第4版)』(二〇一一年、有斐閣)などを参照。また、合意の瑕疵論については、山本敬三「民法における「合意の瑕疵」論とその検討」棚瀬孝雄(編)『契約法理と契約慣行』(一九九九年、弘文堂)一四九頁以下、取引的不法行為については、吉田克己「取引的不法行為と自己決定権」根本ほか(編)・前掲注(18)書一七九頁以下を参照。
- (41) 佐藤幸治『日本国憲法論』(二〇一二年、成文堂)三七四頁、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利「憲法I」第5版』(二〇一二年、有斐閣)二五二頁、大石真「憲法講義II」第2版』(二〇一二年、有斐閣)二四五—二四六頁、高橋和之「立憲主義と日本国憲法 第3版』(二〇一三年、有斐閣)三〇八頁、中舎寛樹「民法総則」(二〇一〇年、日本評論社)三七頁、淡路剛久「入門か

- らの民法 財産法』(二〇一二年、有斐閣) 二二五頁、土田・前掲注(35) 書三頁、菅野・前掲注(28) 書一八頁、両角道代Ⅱ森戸英幸Ⅱ梶川敦子Ⅱ水町勇一郎『労働法 第2版』(二〇一三年、有斐閣) 二頁、九頁、荒木尚志『労働法 第2版』(二〇一三年、有斐閣) 四頁以下、一四頁、二四頁などを参照。
- (42) 西谷敏『労働法における個人と集団』(一九九二年、有斐閣) 七七頁以下、同・前掲注(4) 論文四一五頁、同・後掲注(45) 書四〇〇―四〇一頁。
- (43) 菅野Ⅱ諏訪・前掲注(34) 論文二頁以下。
- (44) 土田・前掲注(18) 書一頁以下。
- (45) 西谷敏『規制が支える自己決定』(二〇〇四年、法律文化社)。
- (46) 西谷敏『現代市民法と労働法』前田達男Ⅱ萬井隆令Ⅱ西谷敏(編)『労働法学の理論と課題』(一九八八年、有斐閣) 四五頁以下、同・前掲注(42) 書一〇二頁以下。
- (47) 大村敦志『生活民法入門』(二〇〇三年、東京大学出版会) 参照。
- (48) 星野英一『民法のすずめ』(一九九八年、岩波書店) 参照。
- (49) 山本敬三『民法講義Ⅰ総則「第3版」』(二〇一二年、有斐閣) 一〇七頁以下。
- (50) 大村・前掲注(23) 書一〇七頁。なお、大石・前掲注(41) 書一四五頁は契約自由の原則を経済的自由の原則から導いているが、かかる考え方は契約自由の位置づけの把握が狭く契約自由の原則が各人の私生活や現代市民社会の展開など必ずしも経済活動には還元できない問題にとって重要な役割を果たしていることを見落とし、それらをめぐる自己決定の意義を見失わせる結果となってしまうように思われる。なお、筆者は、憲法は二三条の自己決定の理念を踏まえ二四条から二九条までの規定によって国民の自律的かつ自立的な生活展開(生活の自由)をサポートすることとしており、したがって、私生活や市民生活や経済生活・経済活動も含めた生活展開のために必要となる財産権を憲法二九条一項が保障し、二項がそのためのルール(この中には契約のルールも含まれる)を設けるべきことを述べていると考えている。この点について、詳しくは、三井正信「生存権理念の再検討と社会保障法体系の再構築」修道法学三三卷一号(二〇一一年)一頁以下参照。
- (51) 大村・前掲注(3) 書一七一頁。
- (52) 長谷部恭男『憲法「第5版」』(二〇一一年、新世社) 八頁、一三三―一三三頁。

- (53) 大村・前掲注(3) 書一七二頁。
- (54) 大村・前掲注(23) 書四七頁。
- (55) 三井正信「労働権の再検討と労働法システム」根本ほか(編)・前掲注(18) 書一〇七—一〇九頁。
- (56) 三井・前掲注(55) 論文一一一頁以下。
- (57) 三井・前掲注(55) 論文一一三頁以下。
- (58) 注(41) 参照。
- (59) 三井・前掲注(1) 書三三六頁以下、同前掲注(55) 論文一〇七頁以下。
- (60) ちなみに、長谷部・前掲注(52) 書二七七頁は、「労働力の売買に関する契約は、法律によつて定められた勤労条件をベースライオンとして、はじめて成立しうる。その背後に、法定の勤労条件から自由な『本来の契約の自由』があるわけではない」と述べており、かかる説示は私見の観点からして注目すべきものといえる。要は、憲法二七条二項は「契約の自由」を制限・修正するのではなく、「労働契約の自由」のための独自のルールを設けるべきことを述べているのである。なお、以上とは正反対に、他律を問題とし労働契約や労働条件をめぐる合意をあくまで古典的な私的自治や契約自由の原則の観点から捉えようとする見解として、大内伸哉「労働契約における対等性の条件」根本ほか(編)・前掲注(18) 書四一五頁以下。
- (61) 三井正信「労働契約法としての労働基準法(一)」、「(二)」広島法学二八卷二号(二〇〇四年)一一三頁以下、三号(二〇〇五年)三八頁以下。ちなみに、本文で述べたことからわかるように、「労働契約の自由」のための独自の法規定はいまだ十分なものではないので技術論的に可能な範囲で(つまり、用いることができる範囲で)制定法たる民法も活用せざるをえないという意味において、実際には労働法規と民法の融合したものがそのためのルールとならざるをえない。しかし、そのことは「契約自由の原則」の制限・修正というよりも、あくまで労働法規と民法が融合して「労働契約自由の原則」、ないしは「労働契約の自由」の「ベースライン」(長谷部・前掲注(52) 書二七七頁)を形作っていることを意味すると解すべきこととなる。