



RIETI Discussion Paper Series 08-J-016

労働市場改革と労働法制

小嶋 典明
大阪大学



Research Institute of Economy, Trade & Industry, IAA

独立行政法人経済産業研究所

<http://www.rieti.go.jp/jp/>

労働市場改革と労働法制

「できること」と「できない」ことの見極めが必要 一律適用から適用除外も視野に入れた法整備を

大阪大学大学院高等司法研究科 小嶋典明

(要旨)

企業には何ができ、何ができないのか。このことをもう一度、国を挙げて冷静に考える必要がある。「今、我々に求められているのは、エビデンスに基づく冷静な議論であって、直感に訴える感情論ではない」。前世紀末に、当時の規制改革委員会が指摘したこのような状況は、現在も基本的に変っていない。

「できること」を実行しない企業が責められるのは当然としても、「できないこと」まで要求されると、現場は立ち往生するしかない。頭のなかで考えた理想や理論を現実に無理に当てはめようとしても、うまくいくことはほとんどない。パートを始めとする非正社員の問題一つをとっても、現行制度の縛りから自由になれない、いわばロック・イン状態にある企業においては、採り得る選択肢にも限界がある。

たとえば、非正社員の正社員化という考え方がある。この考え方が仮に一般論としては正しいとしても、これを一律に適用すること (one-size-fits-all) にはそもそも無理があり、必要な場合には、緩衝材＝潤滑油として、適用除外を認める等の措置が講じられなければ、結局はそのすべてが絵に描いた餅に終わる。

企業には何ができ、何ができないのか。このことを冷静に考えることが、企業で働く者にとっても、その待遇改善につながる最も早い道となる。

はじめに——現場から考える

国立大学の法人化以降、まる4年が経過した。

2004年3月31日まで国家公務員であった国立大学の教職員は、翌4月1日以降、その公務員としての地位を失い、労働関係法令の適用を全面的に受けることになる。国立大学にとって、法人化はまさに晴天の霹靂ともいべき出来事であったが、いずれの大学も、これを受け入れる以外に選択肢はなかった。

勤務条件法定主義のもとで、給与法（一般職の職員の給与に関する法律）や勤務時間法（一般職の職員の勤務時間、休暇等に関する法律）、そしてこれに附属する人事院規則等に勤務条件の決定をすべてゆだねてきた国立大学にとっては、法人化のために必要とされる就業規則の作成一つをとっても容易なことではなく、法人化の準備に向けた2年間は文字どおり試行錯誤の連続で終わったが、そうした試行錯誤は現在も続いている¹。

このような人事労務の現場における経験をとおして、わかったことが一つある。それは世の中には「できること」と「できないこと」があるという単純な事実である。

とりわけ国立大学の場合、人件費の大半を運営費交付金（国費）に依存しており、かつこの運営費交付金の減額（1年当たり1%）が至上命題とされていること、また行政改革推進法（簡素で効率的な政府を実現するための行政改革の推進に関する法律）のもとで、人件費それ自体の削減が「義務」づけられていることから、勤務条件の決定にあたって、ほとんど自由度がないという現実がある。

全教職員の4割近くを占める非常勤職員²については、勤務条件の決定にある程度の自由はあるとはいうものの、国費＝運営費交付金によって雇用されている非常勤職員も少なくないため、その処遇を大幅に引き上げることは不可能に近い。他方、常勤職員については、国家公務員の給与体系にほぼ忠実に依拠している（依拠せざるを得ない）ことから、これを変えることも難しい。

ただ、こうした事情は、民間企業においても、形を変えて同様にみられるのであって、国立大学法人に固有の事情とは必ずしもいえない。

大学卒業後8年（30歳・総合職）で、賃金がほぼ1.5倍となり、ピーク時（55歳）には約3倍となる（日本経団連「2007年6月度『定期賃金調査結果』による」）。こうした現状——年功的賃金相場——に変化はない以上、一社だけがこのような「相場」に逆らって、賃金制度を非年功的なものに改めることは、きわめて困難になる。

他方、パートタイム労働者をはじめとする非正社員の賃金は、地域相場によって決まるという現実があり、地域相場を上回る賃金の支給は、その企業を競争上不利な立場に立たせることになり、経営を圧迫する。

¹ 小瀧「国立大学法人と人事労務」阪大法学 56巻6号（2007年）39頁以下を参照。

² たとえば、大阪大学の場合、2007年10月1日現在、非常勤職員（3,090人）の全教職員（8,235人）に占める割合は37.5%となっている。

いわば二重にロックがかかっている。民間企業もこのように考えれば、国立大学法人とは違った意味で、ロック・イン状態にあることがわかる。こうした状況のもとでは、均等待遇や均衡待遇を法律に規定したからといって、世の中は簡単には変わらない。この現実をまずしっかりと認識する必要がある。

「できること」を実行しない企業が責められるのは当然としても、「できないこと」まで要求されると、現場は立ち往生するしかない。頭のなかで考えた理想や理論を現実に無理に当てはめようとしても、うまくいくことはほとんどない。むしろ、裏目に出ることの方が多いとさえいうことができる。

以下にみるように、この10年間における規制改革の歩みも、このようにいうことが誤りではないことを雄弁に物語っているのである。

I 規制改革の 10 年——労働法はどう変わったか

「今、我々に求められているのは、エビデンスに基づく冷静な議論であって、直感に訴える感情論ではない」。

20 世紀も終わりを近づけようとしていた 2000 年 12 月 12 日、当時の行政改革推進本部・規制改革委員会が、本部長である森首相に提出した「規制改革についての見解」のなかで指摘したこのような状況は、以来 7 年余りが経過した現在も基本的に変っていない。

直感に訴える感情論ばかりが横行し、冷静な議論ができない。規制緩和（規制改革）を諸悪の根源であるかのようにいう議論は、その典型といってもよい。たとえば、そうした例の一つに、鈴木克昌衆議院議員（民主党）が 2007 年 5 月 30 日に提出した「労働法制の規制緩和に関する質問主意書」がある。

近年の労働法制の規制緩和により、企業においては派遣労働者等非正規労働者が増加している。非正規労働者をめぐる企業の待遇は、正規労働者に比較して劣悪であると言われており、その対策を急ぐべきであるとの声があがっている。昨今の景気回復で、正規労働者数の増加が続いているものの、非正規労働者数も依然として増加しており、早急な対応が必要である。以上の観点に立って、以下、質問する。

- 1 平成 14 年以降の、労働法制に関する規制緩和はどのように行われてきたか。事項ごとに、年月日と緩和の内容について説明されたい。
- 2 略

たしかに、近年、非正規労働者は増加傾向にある。しかし、非正規労働者の大半は現在もパートやアルバイトによって占められており、派遣社員は非正規労働者全体の 8% 弱を占めるものにすぎない（表 1 を参照）。また、そうした非正規労働者の待遇を「劣悪」と決めつけることにも問題がある。たとえば、派遣労働者の場合、一般労働者派遣事業の平均時間給は 1,321 円（日額 10,571 円を時間額に換算、2006 年度）となっているが、これを低いとは必ずしもいえないからである（表 2 を参照）。

表 1 雇用者の構成（2007 年平均、男女計）

	人 数	役員を除く 雇用者に 占める割合	非正規労働者の 内部構成比
雇用者	5,561 万人		
役員	387		
役員を除く雇用者	5,174	100.0	
正規の職員・従業員	3,441	66.5	
非正規の職員・従業員	1,732	33.5	100.0
パート・アルバイト	1,164	22.5	67.2

パート	822	15.9	47.5
アルバイト	342	6.6	19.7
労働者派遣事業所の派遣社員	133	2.6	7.7
契約社員・嘱託	298	5.8	17.2
その他	137	2.6	7.9

出所) 総務省統計局「労働力調査詳細結果」

表 2 派遣労働者の賃金 (2006 年度)

(単位: 円)

一般労働者派遣事業			特定労働者派遣事業		
	日額	時間額		日額	時間額
全体平均	10,571	1,321	全体平均	14,156	1,770
26 業務 (主要 4 業務)			26 業務 (主要 4 業務)		
① 事務用機器操作	10,060	1,258	① 機械設計	16,258	2,032
② 財務処理	10,776	1,347	② ソフトウェア開発	17,166	2,146
③ テレマーケティング	10,310	1,289	③ 事務用機器操作	11,752	1,469
④ 取引文書作成	11,328	1,416	④ 研究開発	14,975	1,872

注) 全体平均には 26 業務以外の業務を含む。26 業務 (主要 4 業務) の構成比 (人数比) は次のとおり。

一般労働者派遣事業 (①47.1%、②10.3%、③ 7.1%、④ 6.3%)

特定労働者派遣事業 (①29.4%、②28.5%、③14.7%、④ 9.8%)

出所) 厚生労働省職業安定局「労働者派遣事業平成 18 年度事業報告」

他方、先にみた質問 (1) に対して、政府の答弁書 (2007 年 6 月 8 日付け) は次のように答えるものとなっている。

法律の改正によるものとしては、平成 16 年 1 月 1 日施行の労働基準法 (昭和 22 年法律第 49 号) の改正により、有期労働契約の契約期間の上限を 1 年から 3 年 (高度の専門的な知識等を有する者及び満 60 歳以上の者については、5 年) に延長するとともに、企画業務型裁量労働制の導入の要件及び手続の緩和を行ったところである。

また、平成 16 年 3 月 1 日施行の職業安定法 (昭和 22 年法律第 141 号) の改正により、地方公共団体が厚生労働大臣に届け出て、住民の福祉の増進等に資する施策に関する業務に附帯して無料の職業紹介事業を行うことができること等としたほか、同日施行の労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律 (昭和 60 年法律第 88 号。以下「労働者派遣法」という。) の改正により、労働者派遣法に規定する派遣可能期間の上限を 1 年から 3 年に延長するとともに、物の製造の業務について、労働者派遣事業を行うことができることとしたところである。

有期労働契約については、このようにして誰とでも最長 3 年の労働契約を締結すること

を可能にする規制緩和が図られたことは事実であるが、このことは有期契約労働者の雇用の安定をもたらすものではあっても、その結果、契約社員の数が増加したとは考えにくい（なお、答弁書にいう企画業務型裁量労働制の規制緩和は、労使委員会による決議の要件を委員全員の同意から5分の4の委員による同意に改める等、非現実的な規制を改めるといふ点では意味があったものの、いずれにせよ、非正規労働者の問題とかかわるものではなかった）。

さらに、2003年の職業安定法の改正（04年3月1日施行）における最大の争点は、この政府答弁にもあるように、地方公共団体による無料職業紹介事業を認めるかどうかという点にあったのであり、その狙いは公的な職業紹介におけるハローワークの独占に終止符を打ち、求職者の選択の機会を拡大することにあったのである³。

これに加えて、製造業務における派遣事業の解禁は、既に1999年の派遣法改正（同年12月1日施行）のときから予定されていたこと（1999年法は附則で「当分の間」に限り、製造業務の派遣事業を禁止するものとなっていた）であり、派遣可能期間の延長についても、派遣労働者の雇用の安定化を図ることにその目的の一つがあった（法改正に先立って行われた2002年12月26日の労働政策審議会の建議も、1年制限には「結果的に派遣労働者の雇用が不安定となる面があること」を認めていた）ことを忘れてはならない。

以上を要するに、規制緩和が非正規労働者の増加をもたらし、その待遇を「劣悪」化させたという主張は、俗耳には入りやすいものの、直感に訴える感情論や印象論の域を出るものではなく、一面的にすぎるといわざるを得ないのである。

また、政府の一存で規制緩和が進むといったことも、わが国のような民主国家ではあり得ない。改正法案を国会で可決するためには、少なくとも賛成票が反対票を上回る必要があり、1999年の職業安定法・労働者派遣法の改正や2003年の労働基準法改正には、与党のほか、野党である民主党もこれに賛成している。

内閣提出法案の内容を実質的に決める労働政策審議会も、労使の合意を基本としており、そのいずれかが反対すれば、法案にはならない。一方、規制改革委員会やその後継機関である総合規制改革会議、規制改革・民間開放推進会議においても、関係省庁の同意がない限り、閣議決定にはいかない（関係省庁の手を縛らない）という約束事があった。

したがって、規制緩和とはいっても、そこには明らかに限界があった。規制緩和が進む一方で、規制強化も進む。以下に述べるように、とりわけ労働市場法、なかでも派遣法の分野においては、そうした傾向が顕著にみられたのである。

1 労働市場法——規制緩和はどこまで進んだか

国家独占の放棄から始まった規制緩和

³ 小畠「労働市場と市場化テスト——職業紹介は誰がするのか」季刊労働法 211号（2005年）29頁以下、33～37頁を参照。

少なくとも課長以上のクラスでなければ、民間のあっせん会社が職業紹介を行うことは許可されない⁴。職業紹介を行うことが可能な医師をスカウトする場合にも、スカウト先における医師の年収が仮に1千万円とすると、50万5千円を超える手数料の徴収は、名目のいかんにかかわらず違法となる。

後者の例は、実際にあったケース（東京エグゼクティブサーチ事件＝平成6年4月22日最高裁第三小法廷判決〔判例時報1496号69頁〕）をもとにしているが、有料職業紹介事業については、このような「過剰規制」の時代があまりにも長く続いた⁵。

厳しい参入規制⁶と価格統制、こうした労働市場不在ともいえる時代によく終止符が打たれたのは、この判決からさらに3年が経過した1997年4月1日（職業安定法施行規則の改正による）。今から、わずか11年前のことにすぎない。

他方、無料職業紹介事業については、労働大臣が許可を与える際に「取り扱うべき職種の範囲その他取扱の範囲」を定めることができる旨が法律で規定され（当時の職業安定法33条の3第1項）、公共職業安定所と競合しない範囲でしか許可されない（たとえば、社会福祉法人が高齢者を対象に無料職業紹介事業を行う場合には、その対象を公共職業安定所が取り扱わないおおむね65歳以上の高齢者に限定する等）という実態があった⁷。

また、求人企業が第三者に委託して労働者を募集する「委託募集」についても「法律に基づいて設立された団体に所属する中小企業の事業主がその所属する団体（団体の連合体を除く。）を通じて（委託）労働者の募集を行なう場合に限り許可する」との方針（昭和40年8月25日職発第656号）が長らく堅持されていた⁸。

「産業に必要な労働力の充足は、原則として国（公共職業安定所）が行う」。

以上にみた職業紹介事業や「労働者の募集」に関する規制は、かかる「職業紹介の国家独占」（monopoly of placement）政策を背景とするものであったが、わが国が職業安定法の目的規定に変更を加えることによって、この国家独占政策を放棄するまでには、さらに2年8か月の歳月を必要とした。

1999年12月1日。同日施行された改正職業安定法は、その1条で次のようにいう。

（法律の目的）

第1条 この法律は、雇用対策法（昭和41年法律第132号）と相まって、公共に奉仕する公共職業安定所その他の職業安定機関が関係行政庁又は関係団体の協力を得て職業紹介

⁴ 日本経済新聞社編『規制に挑む——「官製経済」から「競創経済」へ』（日本経済新聞社、1996年）189頁以下（ヤミ転職）ほかを参照。

⁵ 小畠「労働市場をめぐる法政策の現状と課題——職業紹介システムの法と政策」日本労働法学会誌87号（1996年）5頁以下、7～14頁を参照。

⁶ 当時は、有料職業紹介事業の許可対象となる職業についても「同業者等の反対はないこと」が事実上、許可基準の一つとされていた。小畠「労働市場の規制改革」八代尚宏編『社会的規制の経済分析』（日本経済新聞社、2000年）37頁以下、43頁を参照。

⁷ 小畠「無料職業紹介事業と規制緩和」阪大法学48巻5号（1998年）1頁以下、12頁を参照。

⁸ 小畠『「労働者の募集」と規制緩和——職業安定法改正規定の批判的検討』大阪大学法学部創立50周年記念論文集『21世紀の法と政治』（有斐閣、2002年）329頁以下、342頁を参照。

事業等を行うこと、職業安定機関以外の者が労働力の需要供給の適正かつ円滑な調整に果たすべき役割にかんがみその適正な運営を確保すること等により、各人にその有する能力に適合する職業に就く機会を与え、及び産業に必要な労働力を充足し、もって職業の安定を図るとともに、経済及び社会の発展に寄与することを目的とする。

このように、改正法が労働市場における民間（職業安定機関以外の者）の役割に初めて言及したことは評価に値する（法改正前は、工業その他の産業に必要な労働力を充足することがもっぱら公共職業安定所その他の職業安定機関の役割とされていた）とはいえ、法目的はあくまでも「その適正な運営を確保すること」にあり、改正法もまた国による指導監督を前提とするという点では変わりはなかった（職業安定法5条4号を参照）。

その結果、無料職業紹介事業や委託募集についても、取扱範囲の限定や委託先等の制限が緩和される一方で、許可制が維持される等、規制緩和としてはいささか不十分なものに終わっている。ほぼ同時期に法改正を行った韓国では、無料職業紹介事業の許可制が届出制に改められ（有料職業紹介事業の許可制は認可制に変更）、委託募集については、許可制そのものが廃止されたこと⁹をみても、そういわざるを得ないのである。

たしかに、職業紹介事業や「労働者の募集」については、規制緩和に平行して規制強化が進められたという事実はない（ただし、個人情報保護に関連して、募集時に求人企業が収集することのできる求職者の情報は、法令上も大幅に制限を受けることになった）¹⁰。

たとえば、有料職業紹介事業の場合、1999年の職業安定法改正によって実現をみた取扱職業のネガティブリスト化は相当徹底したものであり、港湾運送および建設を除く職業については、その取扱いが可能となった（職業安定法32条の11第1項）ほか、求職者からの手数料徴収についても、芸能家およびモデルに加え、年収700万円を超える経営管理者や科学技術者、熟練技能者からの手数料徴収が可能になる等、その後、一定の規制緩和が図られている（職業安定法施行規則20条2項）。

ただ、労働者派遣事業（労働者派遣法）については、こうはいかなかった。以下にみるように、それもまた事実なのである。

ワンセットで進んだ規制緩和と規制強化

有料職業紹介事業における取扱職業と同様、労働者派遣事業の可能な業務を原則自由化する（労働者派遣法4条）とともに、新たに派遣事業が可能となった業務（自由化業務）については、派遣可能期間（派遣先が継続して労働者派遣のサービスを受け入れることのできる期間）を1年に制限する（同法40条の2）。1999年の派遣法改正（同年12月1日

⁹ 小寫「韓国の労働市場改革はどこまで進んだか——職業安定法にみる規制緩和の現状」阪大法学 51 巻 6 号（2002 年）1 頁以下を参照。なお、ドイツでは、2002 年に、職業紹介事業の許可制も廃止されている。小寫「求められる労働法制の改革」関西経協 2002 年 7 月号 38 頁以下、39 頁を参照。

¹⁰ 小寫「人権擁護法案への疑問」月刊労委労協 2005 年 4 月号 3 頁以下、7～8 頁を参照。

施行)のポイントは、このような点にあったといつてよい¹¹⁾。

ただ、労働者派遣事業の場合、ネガティブリストの範囲は、有料職業紹介事業と比較して格段に広く、港湾運送および建設の業務のほか、警備業務や医療関係業務¹²⁾を含み、物の製造の業務についても、1999年法は前述したように「当分の間」派遣事業を禁止するものとなった。

また、派遣可能期間の制限は、法改正前から派遣事業が認められていた事務用機器操作をはじめとする26業務にはなかった制限であり(26業務についても「3年の期間制限」といわれる期間制限はあったものの、法令に根拠を置くものではなく、あくまでも行政指導に基づくものであって、その内容も、派遣元に対して同一の派遣労働者を同一の派遣先に3年を超えて派遣しないよう指導するものにとどまっていた)¹³⁾、こと派遣事業に関しては、規制緩和が規制強化とワンセットでしか進まないことを強く印象づけるものとなった。

このような派遣業務や派遣期間の制限の背景には、派遣労働が拡大することによって、派遣先の常用労働者が派遣労働者にとって替わられることのないよう、その防止を図るといふ考え方(常用代替の防止)があった。一方、自由化業務については、これを臨時的・一時的な業務に限定すべきとする考え方も強固なものとして存在した。

そうした前提を認めるものでなければ、派遣業務の拡大も認められない。法改正が労使合意(労働政策審議会における合意)を与件とするものである以上、規制緩和と規制強化は、このようにしてワンセットで進まざるを得なかったのである。

そして、2003年の法改正(04年3月1日施行)においても、こうした労使のせめぎ合いがもう一度再現されることになる。

期間制限の撤廃・緩和に伴う、雇用契約の申込み義務の新設がそれであり、①26業務については、行政指導に基づく期間制限を撤廃する一方で、3年を超えて同一の派遣労働者を受け入れている派遣先がその業務に労働者を雇い入れようとする場合には、雇用契約の申込みを義務づける(40条の5)、②26業務以外の自由化業務についても、派遣可能期間の1年から3年への延長を認める一方で、派遣先がその制限期間を超えて、派遣労働者を使用しようとする場合には、雇用契約の申込み義務を課す(40条の4)というのが、その内容である。

これに対して、規制改革・民間開放推進会議は、改正法施行後わずか1年を経過したにすぎない段階で、「このことに関しては、『派遣契約期間や直接雇用への切り替えなどは、

¹¹⁾ 小寫「労働者派遣事業と規制緩和」阪大法学48巻6号(1999年)1頁以下、6～17頁、および同「改正労働者派遣法の意義と課題」季刊労働法190・191合併号(1999年)52頁以下、55～60頁を参照。なお、派遣業務の原則自由化(ネガティブリスト化)は、「特定の種類の労働者または特定の部門の経済活動について」のみ民間職業仲介事業所によるサービスの提供の禁止を認めるILO181号条約(1999年批准)2条4項(a)の定めによるところが大きい。

¹²⁾ 医療関係業務については、その後、数次にわたる政令改正(派遣法施行令2条の改正)によって、派遣事業の部分的解禁が行われた。ただし、病院や診療所に勤務する医師、看護師、薬剤師等、広範な医療関係従事者の派遣を原則として禁止するという点では、大きな変更はみられない。

¹³⁾ 小寫「派遣期間の制限に関する覚書——いわゆる3年の期間制限とは何か」阪大法学52巻3・4号(2002年)123頁以下、135～137頁を参照。

本来当事者間の契約自由に委ねるべきで、このような不自然な規制は撤廃すべきである』との指摘がなされているほか、26 業務については、雇用契約の申込み義務が新たに課せられたことによって、派遣先が3年を超えて同一の派遣労働者を使用することに慎重になり、その結果、派遣労働者の雇用がかえって不安定なものとなることを懸念する声もある」として、「雇用契約の申込み義務については、その施行状況等を踏まえ、必要な検討を行うべきである」との約束を、厚生労働省と交わすことになる。

2005年3月23日に小泉首相（当時）に提出した「規制改革・民間開放の推進に関する第1次答申（追加答申）」がそれであるが、同月25日に閣議決定された「規制改革・民間開放推進3か年計画（改定）」にも、これがほぼそのままの形で（「べきである」との字句を削除）盛り込まれることになった。

改正法の見直し（検討）がこのように直ちに議題になることは、それ自体が異例のことではあったが、あるいは立法ミスとの判断でもあったのであろうか。ただ、2006年12月25日の第3次答申にいたるまで、答申内容に格段の変化はなく（厚生労働省が内容の変更に同意しなかった）、2007年末には、ついにその結論を得ないまま、「労使それぞれ根本的な意見の相違があり、隔たりが大きい状況」にあり、このまま「議論を続けても、有意義な結論に到達することは困難である」として、法改正の見送りが事実上決まる¹⁴。

労使合意の重要性については、これをいささかも否定するものではないが、規制強化とワンセットでなければ、規制緩和を受け入れない、というのが仮に労働側の姿勢であるとすると、やはり偏狭にすぎる。善意で設けた規制でも、ときには裏目に出ることがある。雇用契約の申込み義務は、そうした規制の典型ともいえるのである。

派遣スタッフにとって、本当に必要な規制（緩和）とは何か。多少時間はかかっても、そうした観点からする冷静な議論を労使には望みたい。

2 雇用関係法——一律規制の弊害をどう解消するか

監督行政に求められるもの

監督官は、複雑な規制を嫌う。黒か白かはっきりした方がよい。労基法違反かどうかが一発でわからなければ、監督指導などできないからである。

そうした思いが基準局にもあるのか、労働基準法の世界では、ときに大胆な法改正が行われることがある。たとえば、2003年の法改正（04年1月1日施行）により、最長3年の有期労働契約を誰とでも締結することが可能になったのは、その好例といってよい。

最長3年の労働契約は、既に1998年の法改正（99年4月1日施行）によって、部分的にはこれを締結することが可能となっていたが、その実態は「期間3年の労働契約は認め

¹⁴ 2007年12月25日に開催された第108回労働政策審議会職業安定分科会労働力需給制度部会に提出された「労働者派遣制度の検討状況について（中間報告）」を参照。

ない」といっているに等しいものであった¹⁵。

ただ、そのような現実が目の前にある以上、規制改革委員会も無理はいえない。「働き方の選択肢を増やし、雇用機会の拡大を図るためにも、対象労働者の範囲を見直し、少なくとも新たにベンチャー企業を立ち上げる等の場合には、最長3年の有期労働契約を締結しやすくなるよう、検討することが適当であると考える」¹⁶。そう述べるのが精一杯であり、かつこのような提案ですら、当時の労働省は首を縦に振ることはなかったのである（引用部分の語尾は「と考える」で終わっているが、それは規制改革委員会が独自にそのように考えるという意味しか持たなかった）。

それゆえ、こうした事情を知る者として、その「あっけない」結末には、ただ驚くほかにはなかった¹⁷。たしかに、法改正の内容は、1946年の労働基準法草案の内容を復活させたにすぎないものといえ、そういえなくもない¹⁸。また、法改正は、同時に有期労働契約の規制強化（厚生労働大臣による「使用者が講ずべき措置に関する基準」の策定と、これに基づく行政官庁の指導・助言規定の新設：労基法14条2項および3項の追加）を伴うものであった¹⁹とはいうものの、それはあくまで別次元の問題であった。

とはいえ、シンプルであれば、それで良いというものでもない。監督官にとっては御しやすい規制であっても、使用者にとっては守ることも自体が困難な規制もある。そのような規制の典型として、世にいう4・6通達がある。

「労働時間の適正な把握のために使用者が講ずべき措置に関する基準」と題する、この通達（平成13年4月6日基発第339号）は、「使用者は、労働時間を適正に管理するため、労働者の労働日ごとの始業・終業時刻を確認し、これを記録すること」、およびその方法としては、原則として①「使用者が、自ら現認することにより確認し、記録すること」または②「タイムカード、ICカード等の客観的な記録を基礎として確認し、記録すること」のいずれかの方法によること等を、使用者が講ずべき措置として定める。

しかし、かくいうお役所には、タイムカードは設置されていない。職員が出勤時に押印する出勤簿は、定時までに出勤したことを証するものにすぎず、職員に超過勤務を命じた場合にも、超過勤務命令簿にはその時間数しか記入されない。厚生労働省における職員の勤務時間管理について回答した政府の答弁書（2004年3月2日付け）には、「機械的に登庁及び退庁の時刻を記録するタイムカードのみでは職員の正確な勤務時間が把握できない」との理由から、「勤務時間管理の手法としてタイムカードの導入は必要でない」とする記述さえみられるのである²⁰。

¹⁵ 小嶋「働き方の変化と労基法改正」ジュリスト1153号（1999年4月1日号）31頁以下、32～33頁のほか、行政改革推進本部・規制改革委員会「規制改革についての見解」（2000年12月12日）を参照。

¹⁶ 規制改革委員会・前掲（注15）を参照。

¹⁷ 小嶋「労働基準法の改正について」阪大法学53巻3・4号（2003年）129頁以下、146頁を参照。

¹⁸ 小嶋「働き方の変容と労働法の行方」JILリサーチ19号（1994年）14頁以下、16頁を参照。

¹⁹ なお、改正法は、経過措置とはいえ、労働者が1年経過後に退職する場合には、民法628条の規定にかかわらず、いつでも退職することを認めるものであった（附則137条）。

²⁰ 小嶋「労働時間規制、適用除外の拡大必要」日本経済新聞2005年6月3日付け「経済教室」を参照。

「自分にできないことは、他人にも強制しない」。

規制する側（監督行政）が守るべき、この最低限のルールがここでは守られていない。たしかに、答弁書のいうところは正論には違いないが、そうであればなぜ、民間企業にはこの理屈が認められないのか。そのような疑問を禁じ得ないのである。

なるほど、通達は、こうした始業・終業時刻の確認・記録義務が使用者にあるとまではいっていない。そのような責務があるというにとどまっている。労働基準法のどこを探しても、そうした義務について定めた規定がない以上、そのこと自体は当然のことではあるが、記録そのものについては、同法 109 条に定める「その他労働関係に関する重要な書類」として、その保存義務が使用者にはある（同条違反には 30 万円以下の罰金が科せられる）という。しかし、このような解釈は、4・6 通達以降、公にされたものにすぎず、「事後法の禁止」という観点からも、大いに問題がある²¹。

他方、労働基準法には「労働基準監督官は、事業場、寄宿舎その他の附属建設物に臨検し、帳簿及び書類の提出を求め、又は使用者若しくは労働者に対して尋問を行うことができる」と規定した定め（同法 101 条 1 項）があり、監督官がいつ事業場を臨検（立入検査）しても、これを拒むことができない仕組みになっている。

こうした監督官による立入検査が認められる範囲を、仮に「この法律の目的を達成するため必要な限度」（最低賃金法 38 条 1 項）あるいは「この法律を施行するため必要があると認めるとき」（労働安全衛生法 91 条 1 項）に限定する規定があれば、4・6 通達もここまで猛威を振るうことはなかった²²。こうも考えられるのである。

監督官がその職務に忠実であることは、褒められるべきことではあっても、責められるべきことではない。しかし、自身も国家公務員にほかならない監督官には、労働基準法をはじめとする労働関係法令が適用されないことから、その適用を受ける側の事情を自らの体験をもって理解することができないという難点がある。

「自分が知らない（体験できない）ことは、他人にもむやみに強制しない」。その権限が大きければ、大きいほど、そうした自制が監督官には求められるのである。

緩衝材としての適用除外

「労働時間はくりかえし作業ではよく規制できる」。だが、「創造的な仕事は、時間規制になじまない」。わが国を代表する労働経済学者である小池和男法政大学名誉教授は、このように述べる²³。

4・6 通達の最も大きな問題は、こうした現実を無視して、ホワイトカラーにも一律に

²¹ 小嶋「知的財産の創造と労働時間規制」大阪大学法政実務連携センター編『企業活動における知的財産』（2006 年）99 頁以下、111～112 頁を参照。

²² 小嶋「労働基準法の改正とホワイトカラーエグゼンプション」愛知経協会報 2005 年 9 月号 2 頁以下、3 頁を参照。

²³ 小池「日本は長く働くことで競争力を保ってきたか」電機連合 NAVI 2007 年 10 月号 18 頁以下、21～22 頁を参照。

厳格な時間管理を要求したことにある（前述したように、厚生労働省自身は、自らの職員については、そうした時間管理が意味を持たないことを十分に認識していた）。

「米では組長から残業手当が出ない」。このことは、小池教授がつとに指摘される場所であるが、具体的には、次のような「事実」が観察されるという。

「生産現場の米人職長＝組長に残業手当がない。そもそも残業時間を記録もしていない。当然に係長も主任も、いや大卒若年入社でも最初から正社員であると、日本の課長とおなじように残業を記録もせずにもちろん残業手当もつかない。それは瞥見した西欧のホワイトカラーも同様であった。では実際に定刻に帰るのか。とんでもない。職場を見ていると結構残業している。日本風にいえば『サービス残業』である」²⁴。

エグゼンプション（労働時間規制の適用除外）は、このような現実を直視することから始まったともいえるが、わが国の場合、管理監督者等を除き、こうした適用除外は認められていない²⁵。かかる問題状況を前にして、総合規制改革会議は「規制改革の推進に関する第3次答申」（2003年12月22日）のなかで、次のように述べる。

「現行の裁量労働制は、みなし労働時間制を採用しており、労働時間規制の適用除外を認めたものではないが、その本質は、『業務の遂行の手段及び時間配分の決定等に関し当該業務に従事する労働者に対し具体的な指示をしないこと』にあることを踏まえると、管理監督者等と同様、時間規制の適用除外を認めることが本来の姿であると考えられる。よって、米国のホワイトカラーエグゼンプションの制度（その改革の動向を含む。）を参考にしつつ、裁量性の高い業務については、改正後の労働基準法の裁量労働制の施行状況を踏まえ、今般専門業務型裁量労働制の導入が認められた大学教員を含め、労働者の健康に配慮する等の措置を講ずる中で、適用除外方式を採用することを検討すべきである。その際、現行の管理監督者等に対する適用除外制度の在り方についても、深夜業に関する規制の適用除外の当否を含め、併せて検討すべきである」。

この厚生労働省との合意事項は、2004年3月19日に閣議決定をみた「規制改革・民間開放推進3か年計画」にも盛り込まれ、以後、規制改革・民間開放推進会議においても、その第3次答申（2006年12月25日）にいたるまで、厚労省との間で、ほぼ同様の約束が交わされていく。

もとより、新たに「採用することを検討すべきである」とした適用除外方式についても腹案はあった。以下にみる、労働基準法41条の改正案がそれである（下線部が改正点）。

²⁴ 小池・前掲（注23）18頁。なお、同『仕事の経済学 [第3版]』（東洋経済新報社、2005年）110頁を併せ参照。

²⁵ ただし、行政通達（昭和63年3月14日基発第150号）やこれに依拠する判例は、管理監督者の範囲を「部長、工場長等労働条件の決定その他労務管理について経営者と一体的な立場にある者」と狭く解する傾向があり、課長クラス以上の者を管理監督者に含めるわが国の企業慣行と大きく乖離するものとなっている。なお、この点に関連して、第92帝国議会で厚生省労政局労働保護課が提出した「労働基準法案解説及び質疑応答」が「監督の地位にある者とは労働者に対する関係に於て使用者の為に労働状況を観察し労働条件の履行を確保する地位にある者、管理の地位にある者とは労働者の採用、解雇、昇級、転勤等人事管理の地位にある者を云ふ」と、その範囲をきわめて広く解釈していたことが注目される。小嶋「管理監督者の問題について」経営法曹研究会報53号（2007年）77頁以下、77～78頁を参照。

(労働時間等に関する規定の適用除外)

第41条 この章、第6章及び第6章の2で定める労働時間、休憩、休日及び深夜業に関する規定は、次の各号の一に該当する労働者については適用しない。

- 一 別表第1第6号（林業を除く。）又は第7号に掲げる事業に従事する者
 - 二 事業の種類にかかわらず監督若しくは管理の地位にある者又は機密の事務を取り扱う者
 - 三 監視又は断続的労働に従事する者で、使用者が行政官庁の許可を受けたもの
 - 四 業務の性質上その遂行の方法を大幅に当該業務に従事する労働者の裁量にゆだねる必要があるため、使用者が、当該事業場に、労働者の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がないときは労働者の過半数を代表する者との書面による協定により、当該業務の遂行の手段及び時間配分の決定等に関し具体的な指示をしないことその他次に掲げる事項を定めた場合において、当該業務に従事する者（厚生労働省令で定める場合〔現行の専門業務型裁量労働制の対象業務に従事する者を指す——注〕を除き、賃金の額が厚生労働大臣の定める額を超えるものに限る。以下この条において「対象労働者」という。）
 - ア 対象労働者の健康及び福祉を確保するための措置を当該協定で定めるところにより使用者が講ずること。
 - イ 対象労働者からの苦情の処理に関する措置を当該協定で定めるところにより使用者が講ずること。
- ② 使用者は、厚生労働省令で定めるところにより、前項第4号の協定を行政官庁に届け出なければならない。

現行の裁量労働制をベースとして、その適用除外（ホワイトカラーエグゼンプション）制度への円滑な移行を図るとともに、対象業務の範囲については、労使自治（労使協定）による決定に道を開く（裁量労働制の対象業務は、専門業務型であると企画業務型であることを問わず、これを労使協定に基づくものに一本化する）。上記の改正案も、そのような観点に立って作成したものであるが、法制化に当たっては、導入要件として定める報酬の額がおそらくは最大の争点になる、という読みがそこにはあった²⁶。

しかし、その後、マスコミをはじめ、一部の政党や労働組合による「残業代ゼロ法案」キャンペーンが活発化し、こうした適用除外の試みも、いったんは挫折を余儀なくされることになる。ただ、その結果、ホワイトカラーに時間規制はなじまないという現実までが変わったわけではない。このこともまた、しっかりと銘記する必要がある。

他方、このような適用除外の試みは、解雇規制についても「緩衝材」として必要であるとの考え方が、規制改革の現場には早くからあった。

たとえば、この点に関連して、規制改革委員会は「規制改革についての第2次見解」（1999

²⁶ 小嶋・前掲（注22）4頁を参照。

年12月14日)および、先に言及した「規制改革についての見解」(2000年12月12日)のなかで、それぞれ次のように述べる。

【規制改革についての第2次見解】

「解雇権濫用法理は、もはや判例上確立した感がある。しかし、裁判所は整理解雇を含む解雇を容易には認めない傾向にあり、このことが、企業の採用意欲を削いでいるとの指摘もある。解雇が困難であればあるほど(OECDのEmployment Outlook 1999によれば、我が国はポルトガル及びノルウェーに次いで、解雇が困難とされる——注)、企業は採用を控えることから、従業員数は、定年退職者等の自然減により減ることはあっても、増えることはない。解雇規制には、そのような副作用がある。

そしてこのことが示唆しているように、解雇規制は在職者には有利に働くが、これから企業に就職しようとする者や一旦企業を辞めて再就職しようとする者には不利に働く傾向がある。つまり、インサイダー対アウトサイダーの関係が典型的な形で見られるのである。

しかし、我が国のように判例に解雇規制を委ねている国においては、インサイダーの利益を守ることはできても、アウトサイダーの利益は守れない。裁判は、訴訟当事者(インサイダー)間の利害調整を行うには最適であっても、当事者ではない者(アウトサイダー)の利害を考慮することまではできないからである。他方、解雇規制を判例のみに依存する状況の下では、裁判に訴える資力に欠ける者は、いかに不当な解雇が行われようと救済を受けることができないという問題もある。

以上のような認識の下に、まず解雇をめぐる実態を把握するべきである。また、その実態を踏まえ、解雇規制の在り方について立法化の可能性を含めた検討を行うことが適当であると考えられる」。

【規制改革についての見解】

「当委員会は、昨年来、解雇規制の在り方についての立法化の可能性を含めた検討の必要を説いてきたが、本年の論点公開でも述べたように、『円滑な労働移動を支援するためには、企業内における雇用維持から社会全体としての雇用確保へと、雇用政策の軸足を移していく必要がある』との考え方が、その背景にはある。

確かに、個々の事案ごとに異なる解雇理由のすべてを法律で定めることは困難であり、不可能とさえいってよい。しかし、立法にはできて、判例にはできないこともやはりある。例えば、企業が採用しやすい環境をつくるために、事業開始後又は採用後の一定期間に限り、解雇規制の適用を除外するといったことが考えられる。

また、整理解雇の際に、判例のいう解雇回避の努力義務に代えて、再就職の援助や能力開発の支援を企業が選択肢としてとりうることを示すといったことも、立法であればこそ可能になるといえる。

以上の見地から、当委員会は、解雇規制の在り方について、引き続き立法化の可能性を含めた検討を行うことが適当であると考えられる」。

たしかに、当時の労働省から同意を得ることのできたのは、解雇の実態把握にすぎず、その後、小泉内閣のもとで始まった検討においても、労使が最終的に合意に達したのは、解雇権濫用法理（判例法理）をそのまま条文化すること（労働基準法 18 条の 2、2008 年 3 月 1 日以降、労働契約法 16 条）の一点にとどまった。

ただ、上記の「見解」からもわかるように、規制改革の現場には、解雇規制の法制化を図りつつ、そのなかで適用除外の措置を講ずることが結局は雇用機会の拡大につながり、労働者にとってもプラスになるとの考え方が一貫してあった²⁷。たとえば、これを条文の形で示すと、およそ次のようになる²⁸。

（解雇）

第〇〇条 使用者は、次の各号に定める場合を除き、労働者を解雇することができない。

- 一 身体または精神の故障により職務の遂行に堪えない場合
- 二 勤務成績または作業能率の不良により就業に適さない場合
- 三 事業の転換、縮小または廃止のために人員の削減を必要とする場合
- 四 その他、労働者の解雇に正当な理由のある場合

② 前項の定めは、次のいずれかに該当する場合にはこれを適用しない。

- 一 事業の開始後 3 年〔1 年〕に満たない使用者が労働者を解雇する場合
- 二 試用期間（1 年〔3 か月〕以内のものに限る。）中の労働者を解雇する場合

採用後一定期間については解雇規制を適用除外するという考え方は、イギリス（1 年）やドイツ（2 年、連立政権の合意による）にもみられるものであるが、フランスではこれに類似した制度（CPE）の導入に失敗したように、労働者（特に若年層）の理解を得るのが容易ではない²⁹というのも事実ではある。

しかし、このような「逆説」が現実のものとならなければ、労働市場に新しく参入し、または労働市場に再参入しようとする者（アウトサイダー）は、いつまでも割を食うことになりかねない。そうした冷静な判断に基づく議論が、今後できるのかどうか。それが、わが国の労使にも問われているといえよう。

3 労使関係法——規制改革は現在もタブーか

²⁷ 「規制改革の推進に関する第 2 次答申」（2003 年）が、解雇の基準やルールについて検討する際には、「いわゆる試用期間との関係についても検討する」べきであるとしたのも、このような考え方を背景としていた。

²⁸ 小嶋・前掲（注 17）165～166 頁のほか、同「高失業時代の解雇制限法制と解雇のルール」正村公宏＋現代総研編『21 世紀のグランドデザイン』（NTT 出版、2002 年）255 頁以下、266 頁を参照。

²⁹ 2005 年にフランス政府は、従業員 20 人以下の企業を対象に、2 年の試用期間（その間は理由の説明なしに解雇可能）を伴う期間の定めのない雇用契約（CNE）を導入。その後これをベースに 25 歳未満の若年層を対象とする CPE を提案したが、学生らの反対運動にあい、廃案に追い込まれた。なお、CNE についても、ILO158 号条約（使用者の発意による雇用の終了に関する状況役）との関係で廃止の動きがある。以上につき、JILPT 海外労働情報（2007 年 10 月および 2008 年 4 月）を参照。

過ぎたるは、なお及ばざるがごとしという。労働組合法には、とりわけその感が深い。労使は本来、対等であるにもかかわらず、労働組合の権利を擁護することに急なあまり、使用者の権利（利益）がかえりみられることなどほとんどない。そうした状況が実際にもみられるからである。

そうしたなか、規制改革委員会や規制改革・民間開放推進会議が試みたチャレンジは、そのいずれもが（厚生）労働省の同意を得ることができないまま、エンディングを迎えた。すなわち、以下にみる見解および答申案（HP上で公表済みのもの）がそれである。

【規制改革についての見解】（2000年）

（労使紛争処理制度の再検討）

「集団的労使紛争の処理に当たる機関としては労働委員会があるが、当委員会は、本年の論点公開において、以下のような問題点を指摘した。

- ① 労働委員会は、不当労働行為の審査あるいは労働争議の調整（争議調整）という形で、労使間の紛争処理に従事している。しかし、現行の不当労働行為制度の下では、使用者は『被告』席にしか立つことができない（使用者のみが救済命令の名宛人として一定の行為を命じられるのであり、労働組合は自ら使用者となる場合を除き、救済命令の名宛人となることはない。）等、現行不当労働行為制度には少なからず問題がある。
- ② また、いわゆる駆け込み訴え等を通して、個別労使紛争が労働委員会に持ち込まれることもあり、現在、労働委員会はこれを団交拒否の不当労働行為事件あるいは団交促進を目的とした争議調整（あっせん）事件として扱っているが、このような状況は、集団紛争（労働組合との団体交渉にかかわる紛争）の名の下に、個別紛争（代理人との個別交渉にかかわる紛争）の処理を行っているともいえる。
- ③ なお、労働関係調整法（昭和21年法律第25号）第6条は、同法にいう労働争議を「労働関係の当事者間において、労働関係に関する主張が一致しないで、そのために争議行為が発生してゐる状態又は発生する虞がある状態をいふ」と定義した上で、このような労働争議が発生した場合にあっせん等を行う旨を定めているが、現実に労働委員会が行っているあっせんの中には、争議行為が発生するおそれがあるとはいえないケースも見られる。こうした現状に照らしても、労働委員会における労使紛争処理の在り方について再検討する必要があるのではないか。

……労使関係法の領域は、この半世紀余りの間、大幅な内容の変更を伴う改正が行われていないが、引き続き全般的な検討を進める必要がある。以上に挙げた問題点を含め、今後その解決がどのように図られるのか。当委員会としては、これを注視していくこととしたい」。

【規制改革・民間開放の推進に関する第3次答申案】（2006年）

（労使関係法制の見直し（1）団体交渉法制）

「労働組合はその組合員数の多寡にかかわらず、平等な団体交渉権を有する。我が国に

においては、このような考え方が判例上確立しており、いかに組合員数が少数にとどまる場合（例えば、数千名の従業員のうちわずかに組合員が数名という場合）であっても、使用者は当該組合と従業員の労働条件について誠実に交渉しなければならないものとされている。

しかし、こうした現状は、国際的にみてもまったく例をみないものであり、使用者に著しい過重負担を課すものとなっている。

また、このような現状は、労働組合の組織率低下に多少とも寄与し（多数の組合員を組織しなくても団体交渉権が得られるのであれば、そのための努力をする労働組合など出てこない）、ひいては、労働組合法がその前提とする労働条件の労使対等決定を妨げるものとなっているとも考えられる。

よって、使用者が団体交渉義務を負う場合（労働組合が団体交渉権を得る場合）を労働組合が従業員の一定割合以上を組織している場合に限定する等、団体交渉制度についてはその見直しを図る方向で、必要な検討を早急に行うべきである」。

（労使関係法制の見直し（２）労働委員会制度）

「近年、一部の都府県を除き、都道府県労働委員会における不当労働行為救済申立て件数はとみに減少し、年間の新規申立て件数が２件に満たないいわゆるゼロ・ワン県を始め、これが数件にとどまる県が大多数を占めるにいたっている。しかるに、現行労働組合法は『都道府県労働委員会は、使用者委員、労働者委員及び公益委員各 13 人、各 11 人、各 9 人、各 7 人又は各 5 人のうち政令で定める数のものをもって組織する。ただし、条例で定めるところにより、当該政令で定める数に使用者委員、労働者委員及び公益委員各 2 人を加えた数のものをもって組織することができる』（第 19 条の 12 第 2 項）と規定するにとどまっており、政令で定める数を下回る数の委員をもって労働委員会を組織することを認めていない。

しかしながら、このように政令で定める数を上回る数の委員をもって都道府県労働委員会を組織することのみを認め、政令で定める数を下回る数の委員をもってこれを組織することを認めないことは、行政改革及び地方分権を推進する観点からも大いに問題がある。

よって、条例の定めにより都道府県労働委員会の委員定数の削減を認める方向で、必要な検討を早急に行うべきである」。

たとえわずかではあっても、労働組合の既得権益に踏み込むことは許されない。使用者には「反訴」の機会さえ認められない労働委員会制度、極端な少数組合による法外な交渉要求ですら、使用者にはこれに誠実に応じるしかない団体交渉制度、条例によって増やすことはできても、減らすことはできない労働委員会の委員定数等々、わが国の労使関係法には、たしかにそうしたタブーが存在する³⁰。

³⁰ 以上にみたタブーへの挑戦にかかわるものとして、小寫「労使関係法と見直しの方向」日本労働法学会誌 96 号（2000 年）123 頁以下、および同「労使関係法の常識と非常識」阪大法学 56 巻 1 号（2006 年）

なかでも、少数組合との交渉問題は、わが国の労使関係法がかかえる「宿痾」ともいうべき問題である³¹が、公務員制度の改革に取り組んできた行政改革推進本部が、専門調査会の報告（2007年10月19日「公務員の労働基本権のあり方」）のなかで、公務員に対しても協約締結権を付与するとの考え方を明らかにする一方で、両論併記とはいえ、次のように述べていることが注目される。

「一定の非現業職員に協約締結権を付与する際に、少数組合・職員団体が多数存在する場合には、交渉コストが多大になるおそれがあることから、一定の組織率を有しない少数組合・職員団体には協約締結権を付与しないこととすべきか否かについて、検討が必要である。

この点、『民間と同様に、少数組合・職員団体にも付与すべきである』との考えがある。

一方で、次の理由から、『民間と異なり、少数組合・職員団体には付与しないこととすべきである』との考えがある。

- ・ 特に公務部門は、租税により当局の交渉経費が賄われるため、コスト削減の仕組みが民間以上に求められる。
- ・ 民間の場合にはユニオン・ショップ協定（使用者が、自己の雇用する労働者のうち特定の労働組合に加入しない者及び当該組合の組合員ではなくなった者を解雇する義務を負う旨を定める協定）を結ぶことが可能であり、また実際そのような措置を講じているケースが少なくないが、公務の場合、禁止されている」。

報告のいう交渉コストの問題は、民間企業にも共通する問題であり（民間企業であれば、交渉コストはいくらかかっても良いということにはならない）、また民間企業においても、少数組合の組合員にはユニオン・ショップ協定の効力が及ばないとの考え方が判例上確立していること（三井倉庫港運事件＝平成元年12月14日最高裁第一小法廷判決 [民集43巻12号2051頁]）からすると、少数組合との交渉問題は、官民共通の問題として論じてこそ意味があるともいえる。

こうした冷静な議論が、今後少しでも進展するのだろうか。そこに労使関係法の焦点もあるといえ、言い過ぎであろうか。

II これからの10年——労働法に求められるもの

世の中には「できること」と「できないこと」がある。冒頭にも述べたように、単純な事実ではあるが、現場にいないとなかなかそれがわからない。上に政策あれば、下に対策

1 頁以下を参照（なお、この論文では、団体交渉権を有する労働組合を当面1割以上の組織率を有する労働組合に限定することを想定していた、21頁）。

³¹ 大阪大学事件＝平成19年9月25日大阪府労委命令（労働経済判例速報1986号12頁以下）のほか、小嶋「少数組合との団体交渉」兵庫経協会報2008年新年号13頁以下を参照。

ありともいう。無理のある法令であっても、現場は従うしかない。しかし、形の上で法令を守ったとしても、結果は当然のことながらついてこない。規制さえすれば、それだけで世の中が良くなると考えるのは、あまりにも能天気すぎる。

たしかに、一つひとつの法令をみれば、遵守できないことはない。しかし、それも程度問題であって、短期間に法令の制定や改正が集中すると、形式上これを守ることさえ途端に難しくなる。

近時、このような法令の短期集中傾向には著しいものがあり、2007年4月1日には改正男女雇用機会均等法が、同年10月1日には改正雇用対策法が相次いで施行された。また、08年3月1日には労働契約法が施行され、同年4月1日には改正パートタイム労働法の施行がこれに続く。その間、わずか1年と1日。いくらなんでも、これでは現場は到底対応できない。そうした「合成の誤謬」を絵に描いたような状況が、実際にもみられる。

ただ、政策や法令の内容も、客観的で正確な現状認識に基づくものであれば、まだ問題は少ない。これが逆に主観的で不正確な——少なくとも公平とはいえない——現状認識に基づく場合には、政策（法令）の内容自体が怪しくなる。

たとえば、2007年12月に公表された「生活安心プロジェクト——緊急に講ずる具体的な施策」で、「安心・納得して働ける環境を作る」との施策に関連してただ一つ引用された「国民の声」に次のものがある。「派遣は毎日機械のように働きながら常に解雇におびえています。これでは将来性がない。正規労働者とパート労働者の不平等を改善すべきです。（「生活安心」意見募集より）」。

気持ちはわからないでもないが、日本語としても明らかにおかしい（前半と後半がつかぬ）。仮にこうした国民の声があったとしても、きわめて極端な意見であり、それが派遣やパートで働く労働者の声を代表しているとはおよそ思えない。しかし、このような情報操作紛いのことまでが、現実にはまかり通っているのである。

したがって、その結果講じられる施策についても、当然疑問符がつく。すなわち、次のような施策がそれである。

- ア. 偽装請負など法違反に対する指導監督を強化するとともに、雇用が不安定との指摘のある日雇派遣労働者の雇用の安定を図ること等に向け、労働者派遣制度の見直しを行い、年内に結論を得る。（19年中）（厚生労働省）
- イ. 有期契約労働者について、正社員登用制度の導入や安定的な雇用関係に配慮した雇用環境の整備などの雇用管理改善に向けた指針を策定し事業主への指導を新たに行うとともに、正社員登用制度を就業規則に明示し、実際に正社員に登用した事業主への奨励金制度を新設する。（20年度）（厚生労働省）
- ウ. パートタイム労働者の待遇を正社員と均衡したものとするため、新たに雇用管理の専門家（均衡待遇推進コンサルタント（仮称））を都道府県労働局に配置し、これら専門家が事業主を個別に訪問し、実情に合った助言を行う。（20年度）（厚生労働省）

請負・派遣、有期雇用、そしてパートと、その対象は非正規雇用のほぼ全体を網羅するものとなっているが、新たに都道府県労働局に配置されるという「均衡待遇推進コンサルタント（仮称）」にしても（ウ）、常勤職員をもってこれに充てる余裕は、現在の国にはない。請負類似の業務委託か非常勤職員の任用。正規職員（常勤職員）への登用など望むべくもない（公務員法上も、そうした登用は認められていない）職員が、その任に当たるのである。

では、以上の施策のどこに問題があるのか。これらの施策はいずれも緊急に講ずるものとされている施策ではあるが、以下では、偽装請負（ア）と有期雇用（イ）の両者に焦点を絞り、その問題点を指摘することを通して、中長期的な課題をも含め、今後、労働法に求められる課題について考えてみたい。

1 偽装請負——指導監督の強化で問題は解決するのか

「そもそも反対できない提案はフェアとはいえない。反論できないロジックを使うのはアンフェアであり、発展の可能性を著しく低下させる。

いかなる提案も反論の可能性を必要とする。反論を許さない論理を警戒すべきである。その独善性を意識しなければならない。しかも、反対できないような提案に対しては、万一のときのための代案を用意することもできない。反対できない意見にしても、そのときそう見えるにすぎない。悲劇は、それがしばしば正義や真理を僭称することから起こる。

ドラッカーは、真理や正義というものを、人が直接手にすることができるとは考えない。正義とは人のものではない。正義や真理を手にしたと称する人や政党が現れる時代は、社会にとって間違いなく危いときである」。

ピーター・F・ドラッカーの最大の理解者でもあった上田惇生氏が、著書『ドラッカー入門』（ダイヤモンド社、2006年）のなかで、このように述べたとき（80～81頁）、わが国では「偽装請負の適正化」を求める声が、マスコミや政党をはじめとして、巷にあふれていた。

しかし、このように、二重の意味で反論できないロジック（偽装＝悪、適正化＝善）を使用することは、ドラッカー流に言えば、アンフェアの極みともいえるべきものであって、危険この上ないということになる。

請負労働者について、労働基準法が守られていないとか、社会保険に加入させていないといった問題がある場合には、当然その是正を図るための指導があつて良い。だが、そうした範囲を超えて、発注者が少しでも指揮命令を請負労働者に行っていると、「偽装」請負としてこれを指導の対象とすることは明らかに行き過ぎであり、問題といえる。

製造請負の場合、立ち上げの時点でまず発注者からの技術指導等が必要になる。また、製造現場では工程に不具合が生じる等、トラブルはつきものであり、そうした場合にも、

発注者との連携が必要になる。当然、ある程度の指揮命令は受けざるを得ない。さらに、カンバン方式を採用しているところでは、請負会社もそのカンバンをみて仕事をするようになる。このようなことまで指揮命令に該当するから認めないというのでは、製造現場は到底やっていけない。

「偽装」という前に、なぜ、こうした当たり前の現実が直視できないのか。「偽装＝悪」といったイメージだけが独り歩きしている現状は、やはり変えなければならない。

「偽装」請負が問題となるのは、多くの場合、派遣法との関係においてである³²。請負と派遣の事業区分に関する基準について定めた大臣告示（昭和 61 年告示第 37 号）がその根拠とされる。とはいえ、この告示 37 号を厳密に守ることは不可能に近い。請負会社の雇用する労働者と発注主の雇用する労働者との混在を避けるため、ヘルメットの色を区別するといった工夫が現場では通常行われているが、以下の例³³にみるように、適正な請負と認められるためには、これをはるかに上回る工夫が請負会社には求められるからである。

【業務の遂行方法に関する指示】

- 受託者は、一定期間において処理すべき業務の内容や量の注文を注文主から受けるようにし、当該業務を処理するのに必要な労働者数等を自ら決定し、必要な労働者を選定し、請け負った内容に沿った業務を行っていること。
- 受託者は、作業遂行の速度を自らの判断で決定することができること。また、受託者は、作業の割り付け、順序を自らの判断で決定することができること。

【労働時間等に関する指示】

- 受託業務を行う具体的な日時（始業及び終業の時刻、休憩時間、休日等）については、事前に受託者と注文主とで打ち合わせ、業務中は注文主から直接指示を受けることのないよう書面を作成し、それに基づいて受託者側の現場責任者を通じて具体的に指示を行っていること。
- 受託業務従事者が実際に業務を行った業務時間については、受託者自らが把握できるような方策を採っていること。
- 受託業務の業務量の増加に伴う受託業務従事者の時間外、休日労働は、受託者側の現場責任者が業務の進捗状況等をみて決定し、指示を行っていること。

【労働者の配置等の決定・変更】

- 自らの労働者の注文主の工場内における配置も受託者が決定すること。また、業務量の緊急の増減がある場合には、前もって注文主から連絡を受ける体制にし、受託者が人員の増減を決定すること。

³² 請負会社と労働者との間に雇用関係がある限り、派遣法違反となる場合はあっても、職業安定法が事業として行うことを禁止する労働者供給に該当することは原則としてない（派遣法 2 条 1 号および職安法 4 条 6 項を参照）。

³³ 製造業を念頭に告示 37 号の内容をさらに具体化したもの。厚生労働省「労働者派遣事業関係業務取扱要領」による。

たしかに、2006年10月末には「請負事業において発注者が行う技術指導について」と題する厚生労働省のQ&Aが公表され、以下のいずれかに該当する場合には、これを適法とする行政解釈が明らかにされている。

- ① 請負事業主が、発注者から新たな設備を借り受けた後初めて使用する場合、借り受けている設備に発注者による改修が加えられた後初めて使用する場合等において、請負事業主による業務処理の開始に先立って、当該設備の貸主としての立場にある発注者が、借り手としての立場にある請負事業主に対して、当該設備の操作方法等について説明を行う際に、請負事業主の監督の下で労働者に当該説明（操作方法等の理解に特に必要となる実習を含む。）を受けさせる場合。
- ② 新商品の製造着手時において、発注者が、請負事業主に対して、請負契約の内容である仕様等について補足的な説明を行う際に、請負事業主の監督の下で労働者に当該説明（資料等を用いて行う説明のみでは十分な仕様等の理解が困難な場合に特に必要となる実習を含む。）を受けさせる場合。
- ③ 発注者が、安全衛生上緊急に対処する必要のある事項について、労働者に対して指示を行う場合。

しかし、このQ&Aで製造請負の問題がすべて解決したと考える者は、少なくとも現場にはいない。また、非製造業や公共部門における業務委託をどうするかといった問題は、依然として残されている³⁴。

法令と実態との乖離という問題を直視して事に臨まない限り、根本的な解決を図ることはおよそできないのである。

請負を派遣に転換すれば足りる、といった考え方もたしかになくはない。だが、派遣元と派遣先の双方が指揮命令を行うことを、派遣法は想定していない。このことは、同法が労働者派遣を「自己の雇用する労働者を、当該雇用関係の下に、かつ、他人の指揮命令を受けて、当該他人のために労働に従事させること」（下線は筆者による）をいうと定義していることから明らかといえる。

しかも、請負を派遣に転換するとはいっても、指揮命令の大半は、やはり「元」が行うことになる。「先」による部分的な指揮命令を可能とするために、派遣という法形式をわざわざ採用する。そうした無理を強いているのが現状なのである。

また、そこで働くスタッフの処遇を改善するという社会的要請に応えるためにも、「元」が主たる指揮命令を行い、従業員の育成指導に責任をもって当たることのできるビジネス

³⁴ この点に関連して、規制改革・民間開放推進会議は、2006年12月の第3次答申に向けて、非製造業等における業務委託においても、少なくとも外注した業務に通常随伴する行為が派遣の付随業務と同様に存在するとの考え方から、そのことを明確化することが可能ではないか、との問題提起を行ったことがある。ただ、特定が難しいとの理由から、結局、答申には盛り込まれなかった。

モデルが、ぜひとも必要となる。「社会的要請への適応＝コンプライアンス」³⁵という観点からも、そうした健全なビジネスモデルに即した法令の見直し（法令改正）が求められるとあって差し支えはない。

他方、「先」における正社員化以外に処遇改善の道はないという考え方も、極論としてはあり得るが、「先」の指導・協力のもとに、「元」の自立を図るなかで、スタッフのスキルの向上と処遇改善を実現するというような、現実性のあるグランドデザインを描くことができない限り、展望は開けてこない。

なるほど、一口に法令改正（たとえば、安全衛生の確保等、一定の要件を満たした請負については、派遣法や職安法の適用除外を認めるというような規制緩和が考えられる）といっても、事は容易ではない。前述した告示 37 号ですら、これを見直すことはきわめて難しい。それが、規制改革の現場で仕事をしてきた者の実感でもある。しかし、告示 37 号は文字どおり事業区分に関する基準を定めたものにすぎず、これを遵守することによって、「先」による指揮命令を完全に排除したとしても、そのことがスタッフの処遇改善や安全衛生の保護に直接つながるわけではない。つまり、社会的要請に応えることにはならないのである。

そうした無意味ともいえる「法令遵守」を今後とも続けるのか、それとも社会的要請に応える真の「コンプライアンス」を目指すのか。そのような選択を今、わが国は迫られているのである³⁶。

2 有期雇用——正社員化はどこまで可能か

毎年一度は昇給し、ボーナスがもらえ、ある程度勤続すれば、退職金も出る³⁷。そうした正社員に誰もがなれるわけではい。このことは厳然たる事実であり、この事実を直視することができないと、政策そのものを誤ることもなる。

たとえば、グローバル総研の小林良暢所長（元電機連合）は、安倍内閣当時、次のように述べられたことがある。

「安倍内閣の『再チャレンジ構想』によると、『フリーターの2割程度を正社員にする』と言っている。筆者は、この安倍さんの『2割程度』という目標値は“いい線”であると考えており、仮に万が一民主党が政権をとっても、いやとるかも知れないが、それでも『3

³⁵ 郷原信郎『「法令遵守」が日本を滅ぼす』（新潮新書、2006年）第5章を参照。

³⁶ 以上につき、小嶋「規制緩和で請負を活用せよ」2006年10月13日付け朝日新聞、同『『偽装』請負問題について』（注25）67頁、同「法令遵守からコンプライアンスへ」アデコ・ワーキング・ニュース45号（2007年3月）1～2頁を参照。なお、請負を派遣に転換したところでも、いわゆる2009年問題（2006年3月1日に派遣の受入れを開始し、1年後の07年3月1日から受入れ期間を3年に延長することが認められた派遣先では、早ければ09年2月末日にはその期間が3年の上限に達することになる）にどう対応するか、という難題が目前に待ちかまえている。

³⁷ 民間企業では3年勤続が退職金支給の要件とされることが多いが、公務員の場合には、6か月以上在職すれば、退職手当が支給される（国家公務員退職手当法3条、7条6項）。

割程度』というところがせいぜいであろう。いわゆる『市場主義』と『社会民主主義』の違いはこの『1割程度』差である。ここで重要なことは、正社員化になれるのは2～3割で、残りの7～8割は非正規労働者のまま残るということである。問題は残る7～8割の非正規労働者をどうするかであるが、とりわけ労働組合は出来ることと出来ないことを区別して現実政策を考えるよう頭を切り替えてもらいたい」³⁸。

具体的には、最低賃金制度の拡充（職種別最低賃金制度の導入）に加え、企業内最賃の協約化とその拡張適用を図ること等によって、「月給労働市場」と「時給労働市場」とをつなぐ（両者の壁を取り除く）。それが小林所長の提案の骨子といえるが、企業内最賃の協約化はいうまでもなく「労働組合にしか出来ない」³⁹。ただ、こうした取組みを先駆的に進めてきた電機連合でさえ、その現状は、次のような水準にとどまっている（表3）。

表3 産業別最低賃金（18歳最低賃金）協定適用の有無

（集計組合数 118 組合）

		適用している	適用していない	集計組合数
雇用形態	パートタイマー・ アルバイト・ 有期契約社員	62 (52.5)	56 (47.5)	118 (100.0)
	受け入れ派遣社員	45 (37.2)	76 (62.8)	121 (100.0)
	構内請負	27 (29.3)	65 (70.7)	92 (100.0)

出所)「非典型雇用労働者の雇用実態に関する調査結果の概要」(電機連合労働調査部、組織推進センター) 電機連合 NAVI 2006年1月号19頁以下、21頁の表8を一部加工。

他方、連合全体となると、とてもこうはいかない。企業内最賃のアップ率こそほとんど変わらないものの、「パートを含む企業内最賃」を定めている加盟組合ですら、「正規のみ18歳最賃」を定めている組合に比べると、組合数・人員数ともに激減する（表4-1、表4-2）。それが偽りのない現実なのである。

表4-1 パートを含む企業内最賃（時間額、改定集計）

業種別	集計組合		1組合あたり平均（単純平均、円／％）		
	組合数	人員	改定後	UP額	率
製造業	113	77,505	818	6.5	0.74
商業流通	72	51,443	749	7.7	1.08

³⁸ 小林「私の『労働市場改革』論と『雇用格差』解消の突破口」電機連合 NAVI 2007年9月号2頁以下、3頁。

³⁹ 小林・前掲（注38）6頁。

交通運輸	8	192	796	0.0	0.00
その他	175	226,616	806	1.6	0.25
計	368	355,756	798	4.3	0.50

出所) 連合「2007 春季生活闘争 第5回集計結果 (2007年10月25日)」(一部省略)

表4-2 正規のみ18歳最賃(月額、改定集計)

業種別	集計組合		1組合あたり平均(単純平均、円/%)		
	組合数	人員	改定後	UP額	率
製造業	375	726,636	150,883	1,106	0.74
商業流通	293	167,887	151,848	617	0.41
交通運輸	10	1,553	143,040	200	0.14
その他	190	230,298	144,235	223	0.15
計	868	1,126,374	149,663	737	0.49

出所) 表4-1に同じ

たしかに、正社員化が可能な企業はそうすれば良いし、そうすることが望ましいことはいうまでもない。しかし、それを一律に強制することには大きな無理があり、正社員化とはいっても、自ずと限界はある。

たとえば、2008年4月1日に施行された改正パートタイム労働法は、その法目的として短時間労働者の通常の労働者への転換を図ることを掲げる(同法1条)とともに、事業主に対して、以下のいずれかの方法により、通常の労働者への転換を図る措置を講ずることを義務づけるものとなっている(同法12条1項)。

- ① 通常の労働者の募集を行う場合において、当該募集に係る事業所に掲示すること等により、その者が従事すべき業務の内容、賃金、労働時間その他の当該募集に係る事項を当該事業所において雇用する短時間労働者に周知すること。
- ② 通常の労働者の配置を新たに行う場合において、当該配置の希望を申し出る機会を当該配置に係る事業所において雇用する短時間労働者に対して与えること。
- ③ 一定の資格を有する短時間労働者を対象とした通常の労働者への転換のための試験制度を設けることその他の通常の労働者への転換を推進するための措置を講ずること。

こうしたなか、常勤職員の削減が至上命題とされている国立大学法人においても、多くの大学で、試験制度を設けること(③)により、非常勤職員(パート職員等)の常勤職員への中途採用に道を開く努力がなされているものの、新規学卒者の定期採用すらままならない現状においては、「通常の労働者への転換」とはいっても、大きな限界がある。

また、その一方では、高年齢者雇用安定法の改正(2006年4月1日施行)により、60歳定年退職者の継続雇用が義務づけられたことによって、それだけでなく新規採用者の数を

減らさなければ、運営費交付金の削減に伴う人件費の抑制に対応できない環境に国立大学法人は置かれている。

このうえ、さらに有期契約労働者（任期付き職員）についても、正社員（常勤職員）への登用を図らなければならないとすれば、国立大学にとっては、その能力の限界を大幅に超えることになる。また、流動化の促進という観点から、任期制の導入をむしろ積極的に推進してきた教員については、任期の定めのない常勤教員への登用には、きわめて困難なものがあるといわざるを得ない。

ただ、このような事情は、冒頭に述べたように、大なり小なり民間企業においても共通してみられるものであって、これを国立大学法人に固有の事情と考えるべきではない。仮に非正社員の正社員への登用という考え方が一般論としては正しいとしても、これを一律に適用すること（one-size-fits-all）にはそもそも無理があり、必要な場合には、緩衝材＝潤滑油として、適用除外を認める等の措置が講じられなければ、結局はそのすべてが絵に描いた餅に終わる。

企業には何ができ、何ができないのか。このことをもう一度、国を挙げて冷静に考える。そうすることが、企業で働く者にとっても、その待遇改善につながる最も早い道となる。筆者はこう考えるのである。