



RIETI Discussion Paper Series 13-J-026

アメリカにおける新たな労働者参加の試みと その法理論的基礎づけ

竹内（奥野）寿
立教大学



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/>

アメリカにおける新たな労働者参加の試みとその法理論的基礎づけ

竹内（奥野）寿（立教大学）

要 旨

日本の労働法は、これまで、最低労働条件を法定し義務づけた上で、これを上回る労働条件実現を労使の自主的交渉へ委ねる形で構築されてきた。しかし、労働組合組織率低下の中、一方でこのようなモデルは困難に直面し、また、他方で労使当事者の決定に規律を委ねる法規定の拡大もみられるものの、これを支えるべき労働者代表制度の整備等は十分行われていない。本稿は、同様に労働組合組織率が低下し、立法改革の試みも頓挫してはいるが、新たな労働者参加の試みが行われ、また、その法理論的基礎づけも行われているアメリカ労働法の動向について、特に、この領域における近時の最も重要な研究である Cynthia Estlund, *Regoverning the Workplace: from Self-Regulation to Co-Regulation* (Yale University Press, 2010)を詳細にフォローしつつ論じ、日本における労働法のより適切な実現の観点から、労働者代表のあり方にかかる法政策的示唆を得ようとするものである。本稿では、まず、アメリカにおける新たな労働者参加の試みとして、企業による自主的規制における労働者参加の取組み、及び、規制当局ないし労働者側による労働法規制実現のための働きかけの取組みについて紹介する。次いで、このような自主的規制が適切に機能するための法理論として、監視役としての労働者の位置づけ、及び、このような制度設計実現のための労働法の役割について述べる。最後に、アメリカ労働法におけるこのような動向を踏まえ、日本における労働法のより適切な実現に向けた労働者代表制度についての法政策的示唆を論じる。

キーワード：労働者代表、労働者参加、法の実現、アメリカ労働法、モニタリング、協働規制

RIETI ディスカッション・ペーパーは、専門論文の形式でまとめられた研究成果を公開し、活発な議論を喚起することを目的としています。論文に述べられている見解は執筆者個人の責任で発表するものであり、(独) 経済産業研究所としての見解を示すものではありません。

I はじめに

1 問題の所在¹

(1) 従来の労働条件規律モデルが直面する困難

日本の労働法は、従来、労働基準法等の法律によって最低労働基準を設定し、罰則及び行政の監督によってこれら最低労働基準の遵守、実現を図りつつ、最低労働基準を超える労働条件の実現については、使用者と、集団としての労働者（労働組合）とが交渉するという形で、労働者の労働条件の向上を図ってきたということが出来る。

もっとも、前者については、罰則の発動の現実的困難さや行政監督の人員面等における限界に直面するとともに、後者についても、労働組合組織率の低下の中、このような労働条件規律モデルは、困難に直面している。

この後者の点をもう少し敷衍しよう。日本では、労働組合の推定組織率は、1970年代半ばころまではおおむね35%弱で推移していたが、その後はほぼ一貫して減少を続け、2012年時点では、17.9%にまで低下している²。また、日本では、企業別組合が組織形態の圧倒的多数を占め、企業レベルで労働条件について交渉が行われていることとの関係では、企業ごとの労働組合の組織率ないし存在割合を確認しておくことも重要となる。これについては、組織率では、2012年時点で、従業員1000人以上の企業では45.8%であるが、1000人未満の企業ではこれと対比して極端に低く、100人以上999人以下の企業では13.3%、99人未満の企業ではわずか1.0%にすぎない³。また、労働組合の存在割合では、従業員1000人以上の企業の約4分の3に労働組合が存在するが（2004年時点）⁴、1000人未満では、約15%にすぎない（2006年時点）⁵。

労働組合の組織率低下に関しては、いわゆる非正規労働者の割合が増大を続け、現在、約35%（2012年平均では、35.2%⁶）に達しているものの、従来、企業別組合がいわゆる正社員を組織対象とし、非正規労働者を組織化する取り組みを十分行っていかなかったことにも、注意が払われる必要がある⁷。非正規労働者の組織率そのものではないが、2012年時点

¹ 以下の記述のうち、(1)及び(2)については、竹内（奥野）寿「企業内労働者代表制度の現状と課題—解題を兼ねて」日本労働研究雑誌630号（2013年）2頁に基づいている。

² 厚生労働省「平成24年労働組合基礎調査の概況」

(<http://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/roushi/kiso/12/index.html>（2013年3月20日最終アクセス））。

³ 厚生労働省・前掲注2。

⁴ 労働政策研究・研修機構編『労働条件決定システムの現状と方向性—集団的発言機構の整備・強化に向けて』（労働政策研究・研修機構、2007年）44-45頁〔木原亜紀生執筆〕。

⁵ 労働政策研究・研修機構『中小企業における労使コミュニケーションと労働条件決定』（2007年）57頁〔熊迫真一執筆〕（「約15%」は、同頁掲記のアンケート結果における、「組合が1つある」（13.2%）、「組合が2つ以上ある」（1.6%）の合算に基づく）。300人以上999人以下の企業では49.8%、100人以上299人以下の企業では28.6%、50人以上99人以下の企業では16.6%、30人以上49人以下の企業では8.3%、10人以上29人以下では4.6%、1人以上9人以下では1%となっている。

⁶ 総務省「労働力調査（長期時系列データ（表10）」）(<http://www.stat.go.jp/data/roudou/longtime/03roudou.htm>（2013年3月20日最終アクセス））。

⁷ 労働政策研究・研修機構・前掲注4書・41-44頁も、本文で述べるパートタイム労働者のほか、派遣労働者の組織率（2005年の調査で、5.9%）に言及しつつ、非正規労働者の組織化が十分には進んでいなかったことを指摘している。

で、パートタイム労働者の推定組織率は 6.3%と、労働者全体の組織率に比べても相当程度低い水準にとどまっている⁸。近年では、企業別組合の中にも非正規労働者の組織化の取り組みを相当程度行うものも存在しており、パートタイム労働者の組織人員数、推定組織率は上昇を続けている（特に、2006 年以降は、それ以前に比べて上昇率が高い）ことは注目すべきであるが⁹、多くの企業別組合はなお組織化の取り組みを行っていないことも事実である¹⁰。

総じていえば、労働組合を通じた企業レベルでの労働者代表機能は、全体的に、低下を続けており、とりわけ、中・小規模の企業、また、非正規労働者との関係で、その低下、あるいは欠如が著しい状況にある。

(2) 法における当事者たる労使の役割への依拠の拡大

他方で、日本の労働法は、当事者たる労使の役割への依拠を拡大させる傾向にある、とみることができる。

この傾向の具体例の第 1 のものとしては、いわゆる過半数代表制の拡大を挙げることができる。労働基準法をはじめとする種々の法律では、使用者による労働条件等にかかわる措置について労働者の多数の意思を反映させる制度として、過半数代表制度（及び労使委員会制度）が導入されている。

過半数代表制度は、労基法等の各法令で個々に定めがなされているものであるが、基本的に、「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場合においてはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がない場合においては労働者の過半数を代表する者」に、(i)法律の強行的規制の解除、柔軟化の条件としての、労使協定（時間外労働等についての協定（36 協定）（労基法 36 条）等）の締結、(ii)意見聴取（就業規則制定、変更の際の意見聴取（労基法 90 条）等）、(iii)協議（労働契約承継法施行規則 4 条）、(iv)委員の推薦・指名（労使委員会委員の指名（労基法 38 条の 4 第 2 項）等）などの役割を担わせる制度である。労基法制定当時（1947 年）には、36 協定に関する規定及び就業規則制定、変更の際の意見聴取のみが存在するに過ぎなかったが、今日では、労働時間規制を中心とする規制の強行的効力の解除、柔軟化を可能にすることを認める(i)の各種労使協定についての規定が多数定められるに至っている。また、労使協定は、一般に、労働契約上の権利義務を直接規律する効力はないと考えられているものの、例えば、36 協定は、時間外労働義務について、就業規則の契約内容規律効を媒介して、現実には、労働契約上の重要な権利義務

⁸ 厚生労働省・前掲注 2。

⁹ 労働組合による非正規労働者の取り組みの例については、例えば、連合総合生活開発研究所『『非正規労働者の組織化』調査報告書』（2009 年）参照。

¹⁰ 厚生労働省「平成 20 年労働組合実態調査結果の概況」

(<http://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/roushi/jittai/jittai08/index.html> (2013 年 3 月 20 日最終アクセス)) によれば、事業所にパートタイム労働者がいる単位労働組合のうち、66.4%は、特別に組織化の取り組みをしていないとのことである。

を左右しており¹¹、また、近年では、労働者の権利義務内容の存否を直接左右すると考えられる協定も規定されており¹²、法的効力の点でも労使協定が重要な位置づけを与えられる例がみられるようになっている。

また、第 2 に、立法、判例等において、一定の法的効果の発生、あるいは、一定の政策目的の実現にあたり、労使の交渉状況を考慮する動きがみられる。

就業規則の不利益変更による労働条件変更にあたっては、労働契約法 10 条が、「労働者の受ける不利益の程度、労働条件の変更の必要性、変更後の就業規則の内容の相当性、労働組合等との交渉の状況その他の就業規則の変更に係る事情に照らして合理的なものであるときは、労働契約の内容である労働条件は、当該変更後の就業規則に定めるところによるものとする」と規定しており、一事情ではあるが、労働組合等、労働者側との交渉の状況が、就業規則変更の合理性判断における考慮要素として定められている。

いわゆる整理解雇法理¹³においても、人員削減の必要性、解雇回避努力義務の履践、人選の合理性とともに、手続の相当性が重要な要素として考慮されており¹⁴、この手続の相当性においては、解雇に至る経緯、解雇の条件等について、労働者側に適切に説明、協議等を行ったか否かが検討されている。

更に、労働契約法 2012 年改正において新たに設けられた新 20 条 (2013 年 4 月施行) は、有期労働契約についての規制の一環として、「有期労働契約を締結している労働者の労働契約の内容である労働条件が、期間の定めがあることにより同一の使用者と期間の定めのない労働契約を締結している労働者の労働契約の内容である労働条件と相違する場合においては、当該労働条件の相違は、労働者の業務の内容及び当該業務に伴う責任の程度……、当該職務の内容及び配置の変更の範囲その他の事情を考慮して、不合理と認められるものであってはならない」として、期間の定めがあることによる、「不合理」な労働条件の設定を禁止している。規定上は、いかなる形で「不合理」か否かを判断するかについての定めは置かれていないものの、学説上は、当該労使の集団的な交渉に基づく判断が重要な考慮要素となるべきであるとの見解が有力に唱えられている¹⁵。

¹¹ 日立製作所武蔵工場事件・最一小判平成 3・11・28 民集 45 卷 8 号 1270 頁は、使用者が 36 協定を締結し届出た場合において、就業規則に当該 36 協定の範囲内で一定の業務上の事由があれば労働契約に定める労働時間を延長して労働者を労働させることができる旨定めているときは、その就業規則の規定内容が合理的である限り、それが具体的な労働契約の内容をなすとしており、かつ、事案の判断として、就業規則が参照する 36 協定が概括的な労働時間延長事由を定めていたにもかかわらず、合理的であると判断している。このように、実質的には、36 協定の締結が私法上の時間外労働義務発生にとって重要な位置を占めている。

¹² 代表例は、労基法 39 条 6 項が定める計画年休協定である (但し、同労使協定についても、私法的効力はないとする反対説も存在する)。また、育児介護休業法 6 条 1 項但書が定める育児休業をすることができない労働者について定める労使協定は、同条 2 項の規定に照らすと、該当する労働者について、同法上の育児休業権を否定する効力 (同法上の権利が発生しないとの効力) があると解される。

¹³ 裁判例による整理解雇法理の分析については、奥野 [竹内] 寿=原昌登「整理解雇裁判例の分析」神林龍編『解雇法制の法と経済』(日本評論社、2008 年) 117 頁参照。

¹⁴ 例えば、山田紡績事件・名古屋高判平成 18・1・17 労判 909 号 5 頁参照。

¹⁵ 例えば、新 20 条の規定そのものについての主張ではないが、水町勇一郎「新たな労働法のグランド・デザイン—5 つの分野の改革の提言」水町勇一郎=連合総合生活開発研究所編『労働法改革』(2010 年) 47

(3) 検討課題と検討対象

以上のとおり、一方では、従来の労働条件規律モデルとの関係で、その担い手たる労働者集団（労働組合）の衰退が問題となっている。他方で、労働法における労使の集団的な交渉の役割は重要性を帯びてきているとみられるものの、過半数代表制についてはかねてより、そもそも組合組織率低下に伴い過半数組合が担い手となる場合が限られてきているとともに、過半数組合が存在しない場合の過半数代表者についても、選出手続の適切性・公正性が十分担保されていないこと、その役割を果たすにあたり、被代表者たる従業員の意見集約をする機会が保障されていないこと、必要の都度アド・ホックに選出され、かつ、個人が選出されることが予定されており常設的な機関ではないことなど、従業員を代表する上で種々の問題があることが指摘されており、また、就業規則変更、整理解雇、不合理な労働条件の禁止等との関係でも、具体的な、労使、とくに労働者側の関与にかかる制度設計は行われていない。このような状況を踏まえると、労働法の規制のあり方との関係で、集団としての労働者を代表する制度についての検討が、喫緊の課題である。

本論文では、アメリカにおける、労働者集団の関与を含めた、新たな職場統治、労働法実現に向けた実践的試みと、その理論的動向について、これらについて詳細に論じた近年の最も重要な研究である、*Cynthia Estlund, Regoverning the Workplace: from Self-Regulation to Co-Regulation (Yale University Press, 2010)*¹⁶を詳細にフォローしつつ論じることを通じて、日本の労働法が抱える上記の課題について検討し、特に日本における労働法のより適切な実現の観点から、労働者代表のあり方にかかる法政策的示唆を得ることを試みる。アメリカにおいては、労働組合組織率が極めて低い状態にあり、また、使用者が自主的に設ける従業員代表制度（従業員参加制度）は、全国労働関係法（*National Labor Relations Act, NLRA*）で厳しく制限されている状況にあるが、他方で、潜在的に莫大なコストをもたらさうる訴訟の回避等のため、使用者が自主的に労働法上の規制を行い、そこに集団的な労働者の参加を採り入れるといった形で、集団的な労働者の関与を伴う自主的な法実現の試みが行われ、その理論的な分析も行われており、これらの試みと、その理論的基礎に関する議論は、日本における上記の課題の検討にとっても有益と考えられる。

以下、アメリカにおける新たな職場統治の試みの例について紹介し（II）、次いで、新たな職場統治のあり方についての理論について、集団的な労働者の関与に一つの焦点をあてつつ述べ（IV）、日本における労働法政策についての示唆を論じることとする。

II アメリカにおける新たな職場統治の試み

ここでは、アメリカにおいて近年観察されるようになってきた新たな職場統治の試みとして言及されている、企業による法令遵守の取組み、及び、規制当局や労働者の組織によ

頁， 65-72 頁参照。

¹⁶ 以下、本論文では、*Estlund, Regoverning the Workplace* として引用する。

る自主的規制の働きかけについて、紹介する。

1 企業による法令遵守の取組み

(1) 団体についての連邦量刑ガイドライン

第 1 の取組みは、企業による、法令遵守のための自己規制の取組みである。企業不祥事が生じるたびに、法令の定めに基づく、あるいは、産業のイニシアティブに基づく、企業の自己規制を通じた対応が行われてきた¹⁷。このような経緯を経て 1991 年に定められたのが「団体についての連邦量刑ガイドライン (Federal Sentencing Guideline for Organization, FSGO)」である。この FSGO について注目されるのは、「効率的な遵守及び倫理プログラム (effective compliance and ethics program)」¹⁸が存在する場合、法違反についての量刑が相当程度軽減されるという点である¹⁹。

Estlund は、FSGO において「効率的な遵守及び倫理プログラム」として認められるため最低限必要な条件を、以下の 7 つに要約している。すなわち、(1)関連する法令についての行動規範を策定し、(2)当該規範が訓練等を通じて被用者に伝達され、(3)団体の上層部により監督され、(4)当該監督において違反歴のあるものが排除されおり、また、(5)秘密裡に報告できる制度を含むプログラムの効率性を監視する制度、及び、(6)遵守プログラムを履行するために適切なインセンティブ及び懲戒手続を備え、かつ、(7)違反が発見された場合に対応すること、である²⁰。(3) (団体の上層部の被用者による監督)、(2)及び(5) (被用者による報告) のように、「効率的な遵守及び倫理プログラム」とされるにあたり、被用者が重要な役割を果たすことが予定されていることが注目される。

この FSGO は、刑法の領域における、従来の国家法による命令を遵守させる形の法実現に代わる試みとして登場したものであるが、同様の試みは刑法の領域にとどまらず、労働法の領域においても見られるようになってきているという²¹。この、労働法の領域における例として、職業安全衛生における試み及びセクシュアル・ハラスメントにおける試みの 2 つについて、次に紹介する。

(2) 職業安全衛生における自己規制の試み

職業安全衛生における自己規制の試みとしては、連邦レベルにおける制定法である職業安全衛生法 (Occupational Safety and Health Act, OSHA) に基づくものが挙げられる。

OSHA は、1982 年に、「自発的な保護プログラム (Voluntary Protection Program, VPP)」を

¹⁷ Estlund, *Regoverning the Workplace*, at 77.

¹⁸ 18 USCS Appx § 8B2.1.

¹⁹ 18 USCS Appx § 8C2.5。「効率的な遵守及び倫理プログラム」が導入されている場合、量刑判断において用いられる責任点数 (culpability score) が軽減される旨が定められている。

²⁰ Estlund, *Regoverning the Workplace*, at 77.それぞれ、18 USCS Appx § 8B2.1 の、(b)(1), (b)(4), (b)(2), (b)(3), (b)(5)(C), (b)(6), (b)(7)がこの旨の定めを置いている。

²¹ Estlund, *Regoverning the Workplace*, at 77-78.

導入した。この VPP は、安全衛生基準を遵守すること及び安全衛生状況を改善することへコミットし、かつ、安全衛生基準の遵守及び安全衛生状況の改善のための内部組織を備える使用者を、OSHA の下で本来予定される臨検の対象から外したうえで、より柔軟、協力的な形での安全衛生の履行確保を図ることを主眼とするプログラムである²²。

VPP への参加形態には「Star」、「Merit」、「Demonstration」の3つがある²³。このうち、「Star」の地位を獲得するためには、書面で作成され承認を受けた安全プログラムを策定すること、発生した災害にかかるフィードバックの制度を設けること、これら災害への計画的な対応体制を構築すること²⁴と並んで、プログラムへの被用者の参加²⁵を促すこと、及び、適切な訓練を施すことが要件とされる²⁶。このプログラムへの被用者参加は、労働組合に組織されている職場であれば、労働組合の参加を意味し、労働組合に組織されていない職場であれば、通常は、個々の被用者の参加を意味するという²⁷。

「Star」の地位を得た職場は、OSHA の下で本来予定される臨検の対象からは外れ、臨検を受けるのは3年ごとに当該地位を更新する際のみとなり、また、プログラムにより効果的に災害の発生が低減されている限り、当該プログラムの実施プロセスに当局が介入することは予定されていない²⁸。

このように、OSHA においては、VPP の下で、当局による臨検の緩和、すなわち、法が定める規制を国家が監督し遵守させる形での法実現の枠組みから部分的に解放されることのための要件とすることを通じて、被用者参加の促進を伴う形の自主的規制、及び、これによる災害発生の低減という法目的の達成を促すメカニズムが採用されている。実際にも、VPP に参加する使用者の下では災害による労働損失日数が相当程度低減されるなどの効果もたらされていることが指摘されている²⁹。併せて、災害発生の低減のみならず、協力的な労使関係、被用者の生産性やモラルの向上ももたらされているとされている³⁰。

(3) 性差別の予防、解決と自主的取組み

アメリカにおいては性差別と位置づけられているセクシュアル・ハラスメントを含めて、

²² U.S. Department of Labor, *Voluntary Protection Programs (VPP): Policies and Procedures Manual*, Chapter 1 X B., available at http://www.osha.gov/pls/oshaweb/owadisp.show_document?p_table=DIRECTIVES&p_id=3851 (last accessed March 20, 2013).

²³ 「Merit」の地位は、「Star」の地位を獲得するための要件をすべて備えるには至っていないが、「Star」の地位を獲得する可能性を示す職場に与えられる。「Demonstration」の地位は、代替的な方法により安全衛生の実現を図る試み(これにより「Star」の要件が変更されることがある)を行う職場に与えられる。Orly Lobel, *Interlocking Regulatory and Industrial Relations: the Governance of Workplace Safety*, 57 Admin. L. Rev. 1105 (2005).

²⁴ *Id.* at 1105.

²⁵ この被用者参加の方法として、連邦労働省のVPPマニュアルでは、監査、事故等の調査、自主的な臨検、提案プログラム、災害防止等の計画策定、教育訓練、業務の危険性分析、適切な安全衛生委員会・チームへの参加が例示されている。U.S. Department of Labor, *supra* note 22, at 23.

²⁶ Lobel, *supra* note 23, at 1106.

²⁷ Estlund, *Regoverning the Workplace*, at 79.

²⁸ Lobel, *supra* note 23, at 1106.

²⁹ *Id.* at 1106 (fn. 153), 1109.

³⁰ See *id.* at 1109-1110.

性差別の予防に関しても、適切な自己規制と、これを行っている場合についての法規制の緩和（法的責任の緩和）の試みがみられる。この試みは、雇用差別禁止についての法規制の発達の下で、企業が、雇用差別について訴訟を通じて責任追及がなされ莫大な損害賠償を負担する可能性や、訴訟提起による評価の低下といった危険に直面する中、このような訴訟によりもたらされうるコストに建設的に対応するために取り組まれてきているものであるとされている³¹。

このような性差別の予防のための企業（主として大企業）による取り組みにおいては、(i) 一定程度詳細な差別禁止のポリシーの定め、(ii)差別禁止のポリシーに反すると考えられる行為についての苦情申立手続の整備、(iii)人事部等における、差別禁止ポリシーの履行及び苦情申立手続の管理についての責任者の配置、という要素が共通してみられる。この企業による差別禁止のポリシーは、一般には制定法上の差別禁止規制を踏まえたものとなっているが、大企業ではより多くの差別禁止事由について定めたり、更には、差別禁止にとどまらず、従業員構成の多様性の推進を定めたりするものもあるという。

このような差別禁止のポリシーについては、制定法上の差別禁止に関する被用者の権利の実現との関係で、これを促進するものであるか、あるいは逆に妨げる（制定法上の救済を求める訴訟を妨げる）ものであるかについて、かねて議論がなされてきているところ、Estlund は、この状況について、1998年に下された2件の合衆国最高裁判所判例により変化がもたらされていることを指摘している。

Estlund が言及している 1998年に下された2件の合衆国最高裁判所判例は、**Burlington Industries** 事件³²、及び、**Faragher**³³ 事件である。これらの事件はいずれも、被用者の上司の言動によってもたらされたセクシュアル・ハラスメントについて、使用者（会社）が、代理責任（vicarious liability）に基づき、性などを理由とする雇用上の差別を禁止する公民権法第7編違反の責任を負うと主張されたものである。

判例は、いずれの事案においても、上司による言動が、性を理由とする雇用上の不利益を示唆する脅迫を伴うものであったものの、当該脅迫は実行されなかった、との事実認定を前提に、このような上司の言動は、敵対的環境をもたらすセクシュアル・ハラスメントに該当すると判断した上で、まず、被用者は、このような上司の言動によるセクシュアル・ハラスメントについては、使用者に過失があったか否かに関わらず責任追及をなしうる旨判示した。もっとも、その上で判例は、これらの事案で認定されたような、上司の言動が具体的な脅迫の実行を伴わない、敵対的環境をもたらす形のセクシュアル・ハラスメントについては、使用者が責任を免れるための抗弁をなしうることを判示している。この抗弁が認められるためには、使用者は、(i)使用者がセクシュアル・ハラスメントに該当する言動の予防及び迅速な是正のための合理的な配慮を行ったこと、及び、(ii)原告たる被用者が、

³¹ Estlund, *Regoverning the Workplace*, at 82-84.

³² *Burlington Industries v. Ellerth*, 524 U.S. 742 (1998).

³³ *Faragher v. City of Boca Raton*, 524 U.S. 775 (1998).

使用者により提供された予防あるいは是正のための手段の利用を不合理に怠ったこと，を立証する必要があるとされる³⁴。これらの判決は，この抗弁が認められるにあたって，使用者が差別禁止のポリシー及び苦情申立手続を定立していることは，必ずしも全ての事例で要求されるわけではないものの，多くの場合には(i)の要件の検討にあたり考慮されることになる旨判示しており³⁵，実際上は，このような差別禁止のポリシー及び苦情申立手続の定立が，使用者が責任を免れるにあたって重要であることを示唆するものとなっている³⁶。

Burlington Industries 事件，及び，*Faragher* 事件は，上司による具体的な雇用上の不利益が現実にはもたらされなかった事案についてのものである。このほか，翌年である 1999 年に下された *Kolstad* 事件³⁷においては，上司により昇進を拒否されたという，具体的な雇用上の不利益がもたらされた事案において，使用者に，代理責任に基づいて，（補償的損害賠償ではなく）懲罰的損害賠償が認められるか否かの判断に関して，上司の判断が，使用者による差別禁止ポリシーの定立など，使用者の「(公民権法) 第 7 編を遵守しようとする誠実な努力」に違反する形でなされたものである場合には，使用者は代理責任に基づく懲罰的損害賠償は負わないとの判断が示されており³⁸，上記 2 事件の判例と同様に，使用者が自主的に差別禁止ポリシーを定立し，その履行を図ることで，一定の法的責任を免れることを認める判断が下されている。

このように，性差別に関しては，訴訟による責任追及が莫大な負担をもたらす可能性があることを背景に，その回避のための建設的な方法として，使用者によるその予防，紛争の解決のための自主的な取り組みが行われ，判例上も，このような取り組みを一定の法的責任を免れるための抗弁として認めるという動きがある。*Estlund* は，このような抗弁を，「自己規制の抗弁」と呼んでいる³⁹。

もっとも，*Estlund* によれば，ここで言及した判例における「自己規制の抗弁」は，使用者による自己規制を全面的に肯定するものではない。これらの判例においては，「自己規制の抗弁」が認められるためには，使用者は，性差別の予防，紛争の解決に向けた「合理的な」形での配慮や，「誠実な」努力を行うことが求められている。この「合理性」，「誠実性」についての審査を通じて，自己規制について，司法という外部による一定の規制，枠づけが行われる可能性が残されていることに注意されるべきであるとされている⁴⁰。

2 規制当局や労働者の組織による自主的規制の働きかけ

アメリカにおいては，1 でみた，企業のイニシアティブによる自主的規制の試み，及び，そこにおける被用者参加の試みのほか，規制当局や労働者の組織が，企業に対して自主的

³⁴ 524 U.S. 742, at 764-765; 524 U.S. 775, at 807-808.

³⁵ 524 U.S. 742, at 765; 524 U.S. 775, at 808.

³⁶ *Estlund*, *Regoverning the Workplace*, at 87.

³⁷ *Kolstad v. American Dental Association*, 527 U.S. 526.

³⁸ *Id.* at 545-546.

³⁹ *Estlund*, *Regoverning the Workplace*, at 87.

⁴⁰ *Id.* at 87-88.

規制を働きかける試みもみられる。これらは、多くは、小規模の企業における事例である。小規模企業では、多く違法な移民を雇用した低賃金労働が行われており、最低労働基準を遵守させることがとりわけ重要となる。以下の取組みの例は、こうした最低労働基準順守の実現を主な目的とするものである。これらの取組みの重要な特徴は、様々な圧力を背景に、契約的手法を通じて、すなわち、使用者側当事者及び労働者側当事者間の合意に基づいて、使用者に自己規制を行わせる試みが行われている点である。

(1) 規制当局による自主規制の働きかけ

規制当局による自主規制の働きかけは、具体的には、規制当局による取り締まりの権限を背景として、コンプライアンス及び監視制度の導入を使用者に同意させるというものである。

この例として、Estlund は、第 1 に、被服産業に関する連邦労働省の取組みについて言及している。被服産業では、被服製品のサプライ・チェーンを構成する下請メーカー（小売業者または小売業者と契約する元請メーカーから被服製造を請け負うメーカー）における最低賃金違反や、賃金不払等が、しばしば法遵守との関係で問題となる⁴¹。最低賃金規制等を行う公正労働基準法（Fair Labor Standards Act, FLSA）には、FLSA を所管する連邦労働省の長官に、法に違反する形で製造された製品の通商を差止める権限を付与する規定が存在するところ（FLSA15 (a)）、Estlund によれば、同規定は長らく活用されることはなかったが、1990 年代初めころより、連邦労働省が当該権限の発動を背景に、元請メーカーに対して、下請メーカーにおける FLSA の遵守を監視させることに同意させる（そして、元請メーカーは、当該下請メーカーとの間で、FLSA 遵守についての監視を受け入れるよう同意させる）試みが行われてきたという。これは、下請メーカーが小規模であって、かつ、無数に存在しており、当局による監視の目が届きにくい状況、及び、サプライ・チェーンがそれぞれ法人格の異なる独立した主体によって形成されており、共同使用者（joint employer）法理により小売業者あるいは元請メーカーに責任を問うことが容易ではない法的状況の下において、小売業者あるいは元請メーカーが、下請メーカーの製造する製品について監視を行うインセンティブを元々有していることを利用し、規制権限を背景に、最低労働基準の遵守についても監視させようとするものであり、一つの企業における自己規制にとどまらず、サプライ・チェーンを構成する他の企業をも含む形で自己規制を促す試みである点で特徴があるが、小売業者や元請メーカーが行う監視（これらの主体が監視をゆだねる第三者の監視機関による監視）が十分に独立性等を有しているかについてはなお議論があるとされている⁴²。この第 1 の例は、規制当局が、規制権限を背景に、主体的に使用者に自己規制へ

⁴¹ このような「苦汗労働」は、サプライ・チェーンを構成するアメリカ国外の下請けメーカーで特に問題となるが、アメリカ国内における下請けメーカーでも問題となる。以下で紹介されている試みは、このような国内における下請けメーカーを念頭に置いたものである。

⁴² *Id.* at 110-112. この取組みについてのより詳細な紹介として、David Weil, *Compliance with the Minimum Wage: Can Government Make a Difference?* (2003), 16-19 available at: <http://ssrn.com/abstract=368340> (last

の同意を働きかける例である。

第2の例としては、ニュー・ヨーク市の青果物商にかかる、ニュー・ヨーク州規制当局による取組みが取り上げられている。この青果物商での労働についても、規模が小さく、労働に従事する移民労働者に対する最低賃金の不払い等の法違反が数多く存在する。ここでは、組合組織化が功を奏しなかったという状況下で、労働者が法違反の証拠を州の規制当局に提出する行動に出たことを受け、州の規制当局が、無数に存在する個々の青果物商の法違反を個別に取り締まるのではなく、法規制違反についての責任追及を背景にして、使用者を代表する団体と、労働組合及び労働者支援団体とを交渉の席につかせ、自主的な行動規範を合意させた例が取り上げられている。この労使当事者を交えて合意された行為規範においては、労働条件の内容に関して、最低賃金等の法規制遵守が謳われるとともに、病気休暇、有給休暇などの、法規制以上の労働条件についても定めがなされるとともに、その実現を図るために、州規制当局が任命する独立の第三者による定期的な臨検についての定め、限定的な形ではあるが監視プロセスに被用者の参加を図る⁴³ことが定められていたという。更に、この行為規範では、このような将来に向けた監視に服する使用者について、いわばこれを受け入れることの見返りとして、州規制当局が、過去における法違反の責任追及を行わない旨が定められていたという。この合意は、上記のとおり被用者の参加メカニズムが限定的なものにとどまるということ、また、短命に終わり現在既に失効している点で課題も多く残されているものの⁴⁴、青果物商における最低賃金規制等の遵守状況の改善に相当程度寄与したという⁴⁵。この第2の例は、労働者の法遵守実現に向けた運動と、規制当局による働きかけとが組み合わされた形で、使用者の自己規制を促した例である。

(2) 労働者の組織による自主的規制の働きかけ

労働者の組織による自主的規制の働きかけは、具体的には、**Worker Center**⁴⁶と呼ばれる組織による、使用者との私的な契約を通じた、法令遵守及びこれに向けた監視制度の導入を促すものである。これらの**Worker Center**は、最低賃金違反等の問題について、ピケッティングなどの示威行動や訴訟を通じた責任追及によって使用者に対して圧力をかけ、訴訟で和解する等の際に、過去の不払になっている賃金の支払いを一部放棄する等する傍らで、

accessed March 20, 2013)参照。

⁴³ 10人以上の被用者を雇用する店舗について、監視者が、被用者の代弁者を任命するというもの。青果物商では10人以上の被用者を雇用する店舗は少なく、象徴的な意味合いにとどまるものであったという。Estlund, *Regoverning the Workplace*, at 113.

⁴⁴ この例では、使用者側が、特に監視メカニズムに労働組合が関与することと被用者が直接監視に加わることを拒んだという。Estlundは、このような監視に対する労働者の参加の実現を、これらの試みの問題点の一つとして挙げている。*Id.* at 114.

⁴⁵ *Id.* at 112-115.

⁴⁶ **Worker Center**の組織及び活動等の実態の詳細についての研究として、Janice Fine, *Worker Centers: Organizing Communities at the Edge of the Dream* (Cornell University Press, 2006)参照。**Worker Center**は、その多くが、移民労働者が構成員となっており、低賃金労働に従事する移民労働者に対して、権利教育の実施、法的問題についての助言とともに、本文で述べるような法実現に向けた活動（直接の圧力行動、訴訟活動等）への取り組み及びそのための組織化活動を行っているという。

被用者の待遇改善等についての合意、及び、その実現を監視する役割を担うことについての合意を取り付け、法実現を図るべく活動しているという。

例えば、清掃・管理サービス業（多くの場合、これらの業務には、移民労働者が低賃金で従事している）では、近年、一部の大都市で、これらの業務に従事する被用者が、労働組合（サービス産業の被用者を組織化する SEIU (Service Employees International Union)）により組織化されているところ、未組織の職場の存在が組織化されている職場にとって労働条件切り下げ圧力となることを踏まえ、団体交渉を経て、SEIU 及び組織化されている職場の使用人は、非営利の監視団体である Maintenance Cooperation Trust Fund (MCTF) と呼ばれる団体を設立している。MCTF は、法違反を探知し、公にする活動を行うとともに、被用者に対して自己の権利について教育する活動を行っており、これらの活動を通じてインフォーマルな形ではあるが、未組織の職場における法遵守の監視、未組織の職場の被用者を代表する活動を行っている。MCTF が用いる圧力手段は、法規制不遵守についての訴訟のほか、規制当局に法違反を告発する、法違反を公にして世論を喚起するというものであり、ある使用者は、こうした圧力によりもたらされるコストを考慮して、法違反の是正に取り組むとともに、MCTF が行う監視を受け入れる（他方、監視に服する限り、MCTF は訴訟を提起しない）という形で和解したことが紹介されている⁴⁷。この例では、公正な労働条件を約束した組織化された職場における使用者も、不公正な競争による圧力を防止するという経済的インセンティブがあり、モニタリングに関与する（MCTF の設立に加わる）可能性があることを示唆している点に特徴がある⁴⁸。

III 新たな職場統治のあり方についての理論

II で紹介したとおり、アメリカにおいては、近年、使用者の自主的規制を通じた法実現の試みが行われている。この試みの態様はさまざまであるが、使用者の自主的規制に完全に委ねるわけではなく、（試みによっては労働者の参加を含めた形での）第三者による監視を伴っている点、また、このような形で適切な自主的規制をおこなっている場合について、一定の法的責任の免除、不追求を認める点を、基本的な特徴として指摘することができる。Estlund は、II でみた、このような使用者による自己規制として実践されてきている新たな職場統治の試みの紹介を踏まえ、自己規制とは名ばかりで事実上の規制緩和に陥るのでは

⁴⁷ Estlund, *Regoverning the Workplace*, at 117-121.

⁴⁸ 以上のほか、*id.* at 121-128 では、ニュー・ヨークのマンハッタンのレストラン業界における Restaurant Opportunities Committee of New York (ROC-NY) と呼ばれる Worker Center の活動（訴訟及び規制当局への告発を通じて、法が定める最低基準の遵守のほか、病気休暇、年休休暇や、適切な形の懲戒、昇進制度等の、法が規定していない労働条件を定めるとともに、監視メカニズムも導入する形の和解が実現した例）、フロリダ州の農業従事労働者についての Coalition of Immokalee Workers (CIW) と呼ばれる Worker Center の活動（ファーストフード店 (Taco Bell) に対するボイコット活動を通じ、ファーストフード店と CIW との間で、商品に用いられる原材料生産農家における強制労働、低賃金労働等の是正を図るとともに、小売りメーカー及び CIW が加わるこれら農家に対する監視メカニズムの導入が約定された例。この例では、同様の約定が、その後、CIW と他のファーストフード店 (McDonald's, Burger King Corporation) との間でも結ばれたという）が挙げられている。

なく、これらの試みを支え、適切な形で職場統治を実現するための理論枠組み—「協働規制 (co-regulation) に至るための理論枠組み—を論じている。

以下では、Estlund が論じる、使用者による自己規制が適切な職場統治を実現するためのものとなることを支える理論枠組みについて述べることにする。

1 「協働規制」実現のための理論的基礎

(1) 「応答的規制」

Estlund は、企業行動の規制一般についての理論として、法と経済学における、インセンティブ付与を通じた事前・事後の規制のあり方や、「ニュー・ガバナンス (New Governance)」論における、政府以外の (被規制主体を含む) 主体による規制の役割の重要性や「自省 (reflexivity)」的法の考え方に言及して、いずれの理論も、社会が、被規制主体による見せかけの自己規制に欺かれることなく、効果的な自己規制を促すことをいかにして実現するかという問題に取り組んでいることを指摘した上で⁴⁹、企業に適切な形で自己規制を促し、「協働規制」を実現するためのより具体的な理論的基礎として、「応答的規制 (Responsive Regulation)」論⁵⁰に特に注目している。

応答的規制論は、コンプライアンスについての被規制主体の応答が多様であり、かつ、規制方法によっても応答が異なること、及び、規制当局の資源が限られていることを前提に、一律の規制を設けてこれを規制当局が監視し履行させることにより規制を実現するのではなく、ピラミッド型の履行確保メカニズム—自己規制を行う主体に対する規制当局の抑制的な介入を底辺とし、これを行わない主体に対する強い制裁を頂点とする複数の段階的な位相からなるメカニズム—を通じて、自己規制を促す考え方である。このメカニズムの下では、自己規制を行う企業については規制当局が協力的に対応し、規制の履行確保について基本的に当該企業の取組みに委ねることが予定される。他方、自ら規制の履行確保に取り組まない企業については、規制当局による規則等を通じた働きかけ、制裁等が予定される。このように、応答的規制論では、企業が自己規制をおこなうことについてのインセンティブを設けることを通じて、自己規制を実現することが企図されている⁵¹。

企業内部に存するコンプライアンスのための資源を活用するこの応答的規制論の手法には、表面的に取り繕うだけの規制不遵守、規制権限を行使すべき場合にも抑制的に留めてしまうといった、規制主体の「取り込み」といった問題が生じうる。応答的規制論はこの問題に対して、規制主体及び被規制主体の双方から独立しており、規制が増進しようとする公益を代表する第三者に監視権限を付与することで—三者構成の規制モデルにより—、一定の対応を図ろうとする。労働に関する規制に関しては、具体的には、企業および規制当局の二者に加えて、職場統治についてのステークホルダーたる被用者に、この第三者の

⁴⁹ *Id.* at 132-138.

⁵⁰ Ian Ayres & John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate* (Oxford University Press, 1992).

⁵¹ Estlund, *Regoverning the Workplace*, at 139-140.

役割を与えることが提唱されている。応答的規制論においては、これに加えて、自己規制が最良の形で実現されるためには、規制当局による制裁の圧力と並んで、私人による訴訟を通じた責任追及の圧力も利用されることが有益であること、及び、応答的規制論の主張者が「メタ規制 (meta-regulation)」と呼ぶ、企業及び規制当局による継続的な実践、学習、改善のサイクルが必要であることが指摘されている⁵²。

(2) 「応答的規制」に基づく職場統治のあり方

Estlund はこの応答的規制論を職場統治のあり方に応用し、以下の通り論じている。すなわち、労働問題について、被用者は企業を適切に監視しうる立場にあり、その活用が図られるべきである。もっとも、被用者は、法不遵守についての告発に対する、使用者による報復の危険にもさらされており、被用者による監視を奨励しつつ、報復から保護することが必要となる。また、被用者は、労働法による規制の受益者であり（法不遵守の犠牲者でもある）、この点で効率的に監視の役割を担いうるが、労働基準等の実現には公共財としての側面があり、個々の被用者によっては必ずしも適切に監視の役割が達成されるとは限らない（被用者が、いずれも、他の特定の被用者の努力に「ただ乗り」しようとして、監視の役割を十分に果たさない可能性がある）。以上に照らし、応答的規制論で主張されているように、被用者は、ステークホルダーとして、組織化された、制度的な形で、監視の役割を担うと共に、規制実施の当事者としての役割をも担うこと（法遵守のための準則の定立、手続等への関与）が必要となる。もっとも、このような集団的な形での被用者の関与（被用者代表）も、企業内にのみその存立基盤を有する限りは、使用者による報復等には弱い立場におかれざるを得ない。このため、企業内部と、企業外部の双方に存立の基盤を有する被用者代表が必要であり、このような適切な形での被用者代表を制度化することが、法規制や規制当局の介入を抑制することの条件となる⁵³。

このように、Estlund は、政府による規制や私人による訴訟を通じた責任追及の圧力ををてこととする、独立性を有する被用者代表も加わる形での自己規制の監視と実施が、職場統治において目指されるべき規制のあり方、すなわち、協働規制の基本原則とされている。

2 「協働規制」による職場統治の具体的設計

被用者代表による監視、及び、これを適切なものとするための被用者代表の独立性確保など、「協働規制」による職場統治は、具体的に、どのように設計されるべきであろうか。Estlund は、以上の基礎理論の検討に続けて、この、「協働規制」実現に向けた、法の役割、法政策のあり方について論じている。

Estlund は、II で紹介した企業、規制当局、ないしは、労働者の組織による自主的な規制のための取組みの例を踏まえ、協働規制は、法が定める最低労働基準や被用者の権利を実現

⁵² *Id.* at 140-142.

⁵³ *Id.* at 142-145.

することを最低限の目的とするものの、それには必ずしもとどまらず、法が要求する以上の労働条件水準をも実現する潜在的可能性を有するものであることを指摘する。そして、このように最低労働基準の実現だけが目指されているわけではないことを踏まえて、協働規制は、（法により協働規制それ自体が一律に強制されるのではなく）使用者と規制当局や労働者代表との契約に基づく、任意の形で、協働規制のための制度導入がなされるべきであるとしている⁵⁴。このように、Estlund は、協働規制のための制度導入は法そのものにより命じられるのではなく、当事者間の契約により（あるいは、使用者による任意の取組みとして）なされるべきであるとしている。

もっとも、このことは、法による規制が全く不要であることを意味しない。法は、協働規制に取り組むことに対して種々の形での報償あるいは制裁を与えることを通じてこれを促すこと、また、協働規制が採り入れられた場合にそれを法的に履行可能なものと取扱うことを通じてこれをより実効的なものとするのが期待されるとしている⁵⁵。より具体的には、法規制は、最低基準との関係では、使用者がこれを遵守しない場合に、十分な程度の制裁を設け⁵⁶、また、使用者が自発的にこれを履行、実現する場合に、規制当局による介入を緩和したり、一定の責任の免除を認めたりするなど、当事者による規制の導入及びそれを通じた最低基準の実現を促すインセンティブを付与するメカニズムとしての役割を果たすことが求められる。また、最低基準以上の水準の労働条件との関係では、協働規制においてその実現のために役割を担う第三者による実効的な監視を可能とするための、透明性の確保（自主的な規制にかかる情報を、企業内部だけのものとするのではなく、監視の役割を担う外部の関係者（規制当局や、被用者、被用者の組織等のステークホルダー）にも利用できるようにすること）が必要であるとしている。この透明性の確保は、具体的には、監視者の選任に関して、（使用者が監視者にかかる費用を負担するとしても）使用者が任意にその任務を終了させることができないようにすること、使用者から独立した主体（労働組合や Worker Center, あるいは、これらが使用者、公益代表者とともに参加する委員会等）により監視者が選任されるべきこと、独立性の保障にかかわる事項についての強行的規制（独立性の保障にかかわる事項を当事者の合意による変更しえないとすること）、内部告発

⁵⁴ *Id.* at 190-193.

⁵⁵ *Id.* at 193-196. もっとも、Estlund は、このような協働規制がすべて法的に履行可能なものとして取り決められる必要はない（法が履行可能なものとして取り扱う必要はない）としている。Estlund は、このこと理由として、法が定める最低基準については、法がそれを実現する手段を定めていれば十分であり、法が要求する以上の水準の労働条件実現にあたっては、法がその旨の自己規制を常に履行可能なものとして取り扱うとすると、かえって使用者がこれにコミットすることを躊躇するという望ましくない帰結が生じるであろうことをあげている。Estlund は、法が要求する以上の水準の労働条件実現については、法的に履行可能なものとして取り決められることが望ましいとしつつも、法（ハード・ロー）によりそれを強制することはせず、評判などを通じたソフト・ローのアプローチによるべきであるとしている。Estlund は、この法が要求する以上の水準の労働条件実現との関係で法が果たす役割については、導入される監視制度が一定の「透明性」を有する設計のものとなるように枠づけることであるとしている。これについては、本文の以下の箇所を参照。

⁵⁶ *Id.* at 217-221.

者保護制度の整備，充実などが挙げられている⁵⁷。また，監視の役割に関与する独立した被用者代表が適切に選出されるための制度の整備も欠かせないとされている。

IV むすび—まとめと日本法への示唆

1 アメリカ法についてのまとめ

以上みてきたとおり，アメリカにおいては，訴訟による責任の回避，法違反責任の緩和等を念頭に置いて使用者が自主的に，あるいは，規制当局や労働者の組織の働きかけの下，法を遵守するための取組みを行い，その過程において，自主的な規制が適切に実現されているか否かを監視するためのメカニズム，特に，被用者あるいは被用者の集団が監視者として関与するメカニズムを採り入れる形で，職場における労働法の実現を図る動きがみられるようになってきている。Estlund は，このような試みを，特に「応答的規制」論により基礎づけ，使用者の自主的規制について，これが単なる規制緩和に陥るのではなく，「協働規制」となるために，独立した第三者による監視メカニズムの導入が重要であること，また，職場における法実現に関しては，ステークホルダーである被用者が，この監視の役割を—外部の組織の関与の下，独立性を伴った形で，集团的に一担うことが必要であるとしている。この「協働規制」実現のための法の役割として，Estlund は，このような自主的規制を促すメカニズム，すなわち，法不遵守に体得る十分な制裁の予定，適切な「協働規制」を導入している場合の法的責任の緩和等，及び，独立した監視を支えるための規制を行うことを挙げている。

2 日本法への示唆

本論文で検討したアメリカ労働法における試み，議論を参照した場合，日本の労働法における，特に，労働者代表制度のあり方に関しては，以下の示唆が得られると考えられる。

第 1 に，日本においても，罰則や，行政の取り締まりに基づく労働法の実現，履行確保が困難に直面しており，また，政策の実現において労使の役割を重視する動きがみられることとの関係では，労使による自主的な法実現，労働条件規制を促す形のインセンティブを使用者にもたらず形で制度の再設計を試みることが考えられる。「協働規制」においては，自主的な法規制を監視するメカニズムが重要であるとされており，この一環として，独立性を有する被用者の代表の存在が重要であるところ，このこととの関係で，労働組合組織率が低下する中，法律により，従業員代表制度を導入することも構想されているが，法により従業員代表制度の導入そのものを義務づけるという形ではなく，労働者の代表の適切な関与を伴う場合に，一定の法的利益が享受できる，あるいは，一定の法的規制を免れることができる，という形で，使用者が適切な形での労働者集団の関与を誘導する形で，法

⁵⁷ *Id.* at 203-212.

制度設計をすることが考えられる⁵⁸。

第 2 に、労働者集団が、使用者による自主的な規制の履行の監視に関与するということとの関係では、このような労働者集団が、使用者との関係で適切な独立性を有することが重要となると考えられる。この点、日本では、企業別組合が労働組合の主たる組織形態であることもあってか、企業別組合の使用者からの独立性について、法的には一般に問題視されてきていないことをどう評価するかが問題となる。最低労働基準の実現や、雇用差別禁止の実現等との関係では、企業内部当事者のみによる「解決」がかえってこれらの実現を妨げる可能性もあることを考慮すると、日本においても、アメリカのように外部に基盤を有する組織であることを要求する事は困難としても、労働者集団が、企業外部との連携を一定程度有する形で、労使の自主的、協働規制が実現することが適切と考えられる。第 1 の点に関して述べた、自主的規制をおこなう使用者に対する法的インセンティブの付与に関して、このような労働者集団の外部との連携が図られているかどうかを考慮に入れることで、このような連携を促す法制度設計が考えられる。

第 3 に、法遵守を促すこととの関係では、不遵守の場合の制裁が十分なものである必要があるが、これが十分であるかについても再検討が必要であろう。このことに関して、アメリカでは、私人による訴訟を通じた責任追及が潜在的に莫大なコストを使用者にもたらす可能性がある（また、ボイコット等の運動も功を奏して同様に圧力となる可能性がある）ところ、日本では、このような手段により使用者にもたらされるコストは、必ずしも大きくないと考えられる。この点、私人による訴訟を通じた責任追及等のあり方を再考することももちろん考えられるが、併せて、これを補う形で、刑事罰や、行政による取り締まりのあり方を再考することも考えられよう。

⁵⁸ より具体的には、例えば、労働契約法制定の過程で、労使委員会について、過半数組合が存在する場合をも含めて設置を認めることとし、委員の半数以上を事業場の全労働者による直接選出とした上で、就業規則の変更の際に労働者の意見を適正に集約した上で労使委員会の決議がある場合に変更の合理性を推定する等の一定の効果を認める形で整備、活用することが構想されていたが、この構想と似た形で、代表者選出方法や、意思決定手続を適切なものとするを条件に、使用者が一定の利益（ここでは、就業規則変更の予見可能性）を得られる形でインセンティブを付与するという法制度設計が考えられる。同様に、36 協定等の労使協定を通じたデロゲーションも、最低基準を下回ったとしても、本来予定されている刑事罰等の責任を追及しない等、法的責任の一定程度の緩和とみることができるところ、その前提条件である過半数代表者の選出についても、一定の条件整備をすることが考えられる。