



Title	労働法とその周辺（六）
Author(s)	小嶌, 典明
Citation	阪大法学. 2012, 61(6), p. 55-77
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55205
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

労働法とその周辺（六）

小 島 典 明

七 閑話休題——論理学のすすめ

反対解釈はなぜ成立するのか

「法律の有効範囲は国により異なる。このことを細かく論ずるのが比較法律学の教授だ。しかし、たいがい法律の相対論に陥り、法律を守ることが馬鹿馬鹿しくなつて」くる。

坂井博通著『大学教授 コテンパン・ジョーク集』（中公新書ラクレ、平成一七年）は、こう述べた後、次のようにジョークを紹介している（四八頁）。

「アメリカでは、法律で禁止されていないことは、すべて許されている。

ドイツでは、法律で許されていないことは、すべて禁止されている。

ロシアでは、法律で許されていても、すべてが禁止されている。

イスラムでは、法律で禁じられていないことは、すべて義務である。

フランスでは、法律で禁止されていても、すべてが許される」。

アメリカはそれほど自由な国ではなく、ドイツにもかなりいいかげんなところはある。スイスは小生の乏しい知識では何ともいかねるが、ロシアは裏社会に行けば、むしろフランスに近く、フランスはフランスで、それはイタリアのことだというかもしない。

大胆で過度に戯画化された比較とはいえ、ジョークとして愉しむのであれば、その正否を論ずる必要もない。自由社会における法律は、いうまでもなく「法律で禁止されていないことは、すべて許されている」アメリカ型を基本とするが、論理学の世界では必ずしも正しいとはいえない「反対解釈」（「甲であれば乙である」→「甲でなければ乙ではない」）が法律学の世界では成立する理由も、実はここにある。

ある命題 (proposition) (AであればBである) が正しい場合、その対偶命題 (contraposition) (BでなければAではない) も正しこともえるが、その逆 (converse) (BであればAである) や裏 (converse of contraposition) (AでなければBではない) は、必ずしも命題として正しこともいえない。

いわゆる反対解釈がこのやう「裏」、つまり（英語で *negation*）「対偶の逆」に当たるものは、この程度の高校で習う論理学の知識さえあればわかる。逆は必ずしも真なるべし。*The opposite is not always true.* にわかかわらず、法律学の世界では反対解釈が成立するのはなぜか。このことを理解するためには、右にみたアメリカ型の法律の世界を集合図で表すのが最も手っ取り早い（図表1を参照）。

つまり、法律学の世界が「禁止」と「自由（許可）」の二分法 (dichotomy) で成り立っているからこそ、反対解釈も成立するのである。したがつて、二分法が通用する世界であれば、統制色の強いドイツ型でも、（イメージすることは難しいが）スイス型でも、同様に反対解釈は成立する」とになる。自由が著しく制限された国であつても、反対解釈が広く成立する理由はここにあるといつてよい。

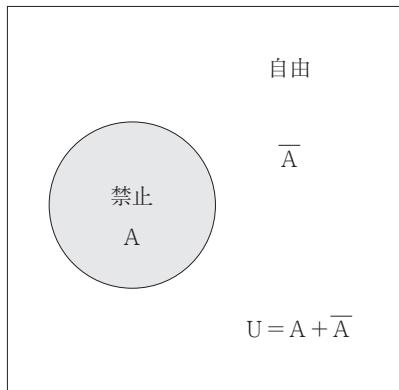
労働法とその周辺（六）

第六十四条の二 使用者は、満十八才以上の女子で第八条第一号から第五号までの事業に従事するものについては、第三十六条の協定による場合においても、一週間にについて六時間、一年について百五十時間を超えて時間外労働

（労働時間及び休日）

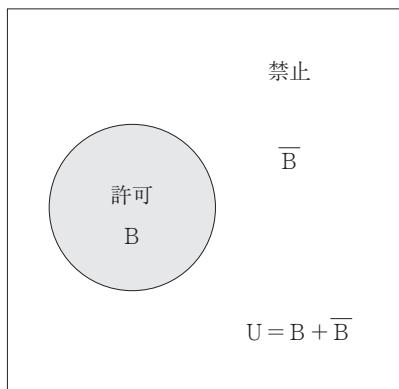
禁止規定が法改正により姿を消す。そのとき、人々は「法律で禁止されていないことは、すべて許されている」のが、法律本来の姿であることを改めて自覚する。労働基準法の改正（平成九年六月一八日法律第九二号、平成一年四月一日施行）により、改正法が公布されるまで次のように定めていた同法六四条の二および六四条の三が削除され、規定内容が一変したのはその典型ともいえるが、こうしたことは滅多に起こらない。⁽¹⁾

図表1 アメリカ型の法律



注) スイス型では、 \bar{A} が自由ではなく、義務となる。

参考) ドイツ型の法律



をさせ、又は休日に労働させてはならない。ただし、財産目録、貸借対照表又は損益計算書の作成その他決算のために必要な計算、書類の作成等の業務に従事させる場合には、一週間にについて六時間の制限にかかわらず、二週間にについて十二時間を超えない範囲内で時間外労働をさせることができる。

- (2) 使用者は、満十八才以上の女子で前項の事業以外の事業に従事するものについては、第三十六条の協定による場合においても、四週間を超えない範囲内で命令で定める週を単位とする期間について、六時間以上十二時間以下の範囲内で命令で定める時間に当該週を単位とする期間の週数を乗じて得た時間、一年について百五十時間以上三百時間以下の範囲内で命令で定める時間を超えて時間外労働をさせ、又は四週間にについて命令で定める日数以上上の休日に労働させてはならない。

(3) 前項の命令は、同項の事業における労働による身体の負担の程度、同項の事業の事業活動の状況等を考慮しがつ、女子の健康及び福祉に支障のない範囲内において、同項の事業の種類に応じて、定めるものとする。

- (4) 第一項及び第二項の規定は、満十八才以上の女子のうち、労働者の業務の遂行を指揮命令する職務上の地位にある者又は専門的な知識若しくは技術を必要とする業務に従事する者で、命令で定めるものに該当する者については、適用しない。

(深夜業)

第六十四条の三 使用者は、満十八才以上の女子を午後十時から午前五時までの間において使用してはならない。ただし、次の各号の一に該当する者については、この限りでない。

- 一 第八条第六号、第七号、第十三号若しくは第十四号又は電話の事業に従事する者
- 二 女子の健康及び福祉に有害でない業務で命令で定めるものに従事する者

三 前条第四項に規定する命令で定めるもの

四 品質が急速に変化しやすい食料品の製造又は加工の業務その他の当該業務の性質上深夜業が必要とされるものとして命令で定める業務に従事する者（一日の労働時間が、常時、通常の労働者の労働時間に比し相当程度短いものとして命令で定める時間以内であるものに限る。）

五 深夜業に従事することを使用者に申し出た者（命令で定める事業に従事するものに限る。）であつて、当該申出に基づき、命令で定めるところにより、使用者が行政官庁の承認を受けたもの

②・③ 略

他方、これに統いて行われた法改正（平成一〇年九月三〇日法律第一一二二号、平成一一年四月一日施行）により、労働基準法から次のように定める八九条二項が削除されたときは、その規定ぶりが「法律で許されていないことは、すべて禁止されている」ことを「前提」とするドイツ型であつたためであろうか、賃金や退職手当についても、基本となる就業規則とは「別に規則を定めること」が許されなくなつたと早合点した者がいたという^②。

② 使用者は、必要がある場合においては、賃金（退職手当を除く。）、退職手当、安全及び衛生又は災害補償及び業務外の傷病扶助に関する事項については、それぞれ別に規則を定めることができる。

何かにつけ監督署や安全部に法違反の有無を問い合わせる、ドイツ型を地で行くような風土が企業に残っている限り、こうした誤解が後を絶つことはない。また、「法律で禁止されていないことは、すべて許されている」のが

自由社会における法律のルールだとはいっても、法律による禁止の範囲が広くなりすぎると、自由であるべき社会が自由ではなくなってしまう。このことにも留意する必要がある。

必要条件と十分条件

それは、結論を得るための必要条件か十分条件か。判例を素材とする授業では、このように学生に尋ねることがしばしばある。やや極端なケースではあるが、郵政事務官に対する国家公務員法七八条三号に基づく分限免職処分の違法性の有無が争われた、大曲郵便局事件（最一小判平成一六・三・二五判時一八七一号二二頁）を例にこれを説明してみよう。最高裁は次のようにいう。

「（1）国家公務員法七八条三号の『その官職に必要な適格性を欠く場合』とは、当該職員の簡単な矯正することができない持続性を有する素質、能力、性格等に基因してその職務の円滑な遂行に支障があり、又は支障を生ずる高度の蓋然性が認められる場合をいうものと解される。この意味における適格性の有無は、当該職員の外部に表れた行動、態度に従ってこれを判断すべきであり、その場合、個々の行為、態度につき、その性質、態様、背景、状況等の諸般の事情に照らして評価すべきであることはもちろん、それら一連の行動、態度については相互に有機的に関連付けて評価すべきであり、さらに、当該職員の経歴や性格、社会環境等の一般的要素をも考慮する必要があり、これら諸般の要素を総合的に検討した上、当該職に要求される一般的な適格性の要件との関連において同号該当性を判断しなければならない（最高裁昭和四三年（行ツ）第九五号同四八年九月一四日第二小法廷判決・民集二七巻八号九二五頁参照）。

（2）これを本件についてみると、……①被上告人は、約七年間の長期にわたって、胸章不着用、始業時刻後の

出勤簿押印、標準作業方法違反、研修拒否、超過勤務拒否等の非違行為その他類似の行為を繰り返し、合計九三七回の指導及び職務命令を受け、一三回の注意、一一八回の訓告、五回の懲戒処分に付されたものであり、②その様も、上司から再三にわたり指導訓戒されているにもかかわらず、あえて上司の職務上の命令に従わず、終始無言の態度を採るというものであつて、③懲戒処分を受けても、人事院の判定が下されるまでは、当該懲戒処分の理由とされた非違行為を一向に改めようとしないばかりか、④人事院の判定が下された後は、それまでは異なる類型の新たな非違行為を始め、懲戒処分の対象とされなかつた非違行為については頑として改めなかつたというのであるから、上司の指導、職務命令に従わず、服務規律を遵守しない被上告人の行為、態度等は、容易に矯正することができない被上告人の素質、性格等によるものであり、職務の円滑な遂行に支障を生ずる高度の蓋然性が認められるものというべきである。そうすると、本件処分が裁量権の範囲を超えて、これを濫用してされた違法なものであるということはできず、これと異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかなる法令の違反がある。

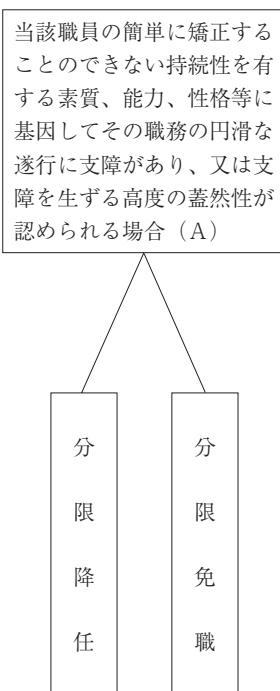
このうち（1）の判示部分は、同判決も引用する昭和四八年の第二小法廷判決（長束小学校長分限降任事件）における地方公務員法二八条一項三号所定の分限処分事由「その職に必要な適格性を欠く場合」の解釈をほぼそのまま踏襲したものであるが、その趣旨は「当該職員の簡単に矯正することができない持続性を有する素質、能力、性格等に基づいてその職務の円滑な遂行に支障があり、又は支障を生ずる高度の蓋然性が認められる場合」（A）には分限処分は適法（B）となり、しからざる場合（A）には当該処分が違法（B）となることを再確認した点にあるといつてよい。

しかしながら、国家公務員法七八条または地方公務員法二八条一項に定める分限処分には、降任と免職の二種類があり、「当該職員の簡単に矯正することができない持続性を有する素質、能力、性格等に基づいてその職務の円

説
滑な遂行に支障があり、又は支障を生ずる高度の蓋然性が認められる場合」(A) であつても、それは分限処分を適法になし得るというにすぎず、処分の内容が降任にとどまる場合には適法となるが、免職の場合には裁量権の濫用を理由として違法となるケースも考えられる。

つまり、厳密にいえば、A の要件を充足することは、分限免職処分を適法とするための必要条件ではあつても、十分条件とはいえない（図表2を参照）。論理的にはこのようになる。⁽³⁾

図表2 「適格性」の欠如
を理由とする分限処分



他方、(2) の①から④に示された

本件固有の事情は、被上告人の分限免職処分を適法とするための十分すぎる条件ではあつても、必要条件であるとは到底いえない。仮に分限免職処分を行つた場合には、これと同程度の事情が必要だとすれば、公務員法に定

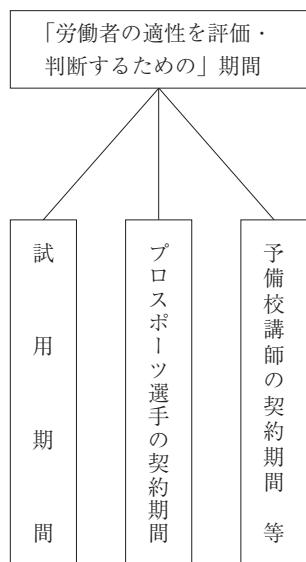
められた分限処分条項は、その意味をほぼ完全に失つてしまつ。本件は、そんな極め付けの不良職員とかかわる事件だつたからである。⁽⁴⁾

また、判例の中には、必要条件と十分条件を混同しているとしか思えないものもある。たとえば、次のように

述べる、神戸弘陵学園事件の判決（最三小判平成二・六・五民集四四巻四号六六八頁）がそれである。

「使用者が労働者を新規に採用するに当たり、その雇用契約に期間を設けた場合において、その設けた趣旨・目的が労働者の適性を評価・判断するためのものであるときは、右期間の満了により右雇用契約が当然に終了する旨

図表3 試用期間その他の契約期間



の明確な合意が当事者間に成立しているなどの特段の事情が認められる場合を除き、右期間は契約の存続期間ではなく、試用期間であると解するのが相当である。

たしかに、試用期間は「労働者の適性を評価・判断するための」期間ではあるが、このような性格を有する期間は、プロスポーツ選手や予備校講師の契約期間をはじめ、試用期間以外にも少なからず存在する（なお、これらの契約期間においても、その期間の満了により契約が当然に終了する旨の明確な合意が当事者間に成立していることは、むしろ希である）。

すなわち、「労働者の適性を評価・判断するための」期間であることは、当該期間が試用期間であるための必要条件ではあっても、十分条件ではない（図表3を参照）。判決は、このように必要条件（necessary condition）と十分条件（sufficient condition）が明確に異なるにもかかわらず、必要条件をもつて、それが十分条件であるかのように誤解した。こういつても、大過はないのである。⁽⁵⁾

なお、これと同様の誤りは、労働組合法上の「労働者」の意義に関する次のような議論にもみることができる。

「労働組合法第三条の『労働者』の定義には、『使用者』の意義に関する次のような議論にもみることができる。用され」という要件が含まれていないため、失業者であっても、「賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者」である以上は、同法の『労働者』に該当し、同法の保護を受ける職業別労働組合や産業別

労働組合等の構成員となることができる。また、同法は、「労働者が使用者との交渉において対等の立場に立つこととを促進することにより労働者の地位を向上させること」を主旨とし、その労使対等の交渉を実現すべく、団体行動権の保障された労働組合の結成を擁護し、労働協約の締結のための団体交渉を助成することを目的としている（労働組合法第一条参照）。これらのことからすれば、同法の労働者は、主体となつて労働組合を結成する構成員として（労働組合法第二条参照）、使用者との間で団体行動権の行使を担保とした団体交渉法制による保護が保障されるべき者を指すと解される。

したがつて、労働組合法における労働者は、労働条件の最低基準を実体法上強行的に、罰則の担保を伴つて設定する労働基準法上の労働者や、労働契約における権利義務関係を実体法上設定し、かつ一部に強行法規を含んだ労働契約法上の労働者とは異なり、団体交渉の助成を中心とする労働組合法の趣旨に照らして、団体交渉法制による保護を与えるべき対象者という視点から検討すべきこととなる」（労使関係法研究会報告書「労働組合法上の労働者性の判断基準について」（平成二三年七月）五一六頁）。

そのいわんとするところは、「団体交渉法制」の保護を与えるべき者をもつて、労働組合法における「労働者」の意義を確定するところにあるといつてよいが、「団体交渉法制」が同法の専有物である限り、このように考えたとしても何ら問題はない。しかし、「労働者」の対極にある「事業者」についても、「団体交渉法制」が存在するとすれば、当然、話は違つてくる。つまり、以下のように定める中小企業等協同組合法の規定がそれである。

（事業協同組合及び事業協同小組合）

第九条の二 事業協同組合及び事業協同小組合は、次の事業の全部又は一部を行うことができる。

一〇五 略

六 組合員の経済的地位の改善のためにする団体協約の締結

七 略

2 11 略

12 事業協同組合又は事業協同小組合の組合員と取引関係がある事業者（小規模の事業者を除く。）は、その取引条件について事業協同組合又は事業協同小組合の代表者（これらの組合が会員となつてある協同組合連合会の代表者を含む。）が政令の定めるところにより団体協約を締結するため交渉をしたい旨を申し出たときは、誠意をもつてその交渉に応ずるものとする。

【参考】中企業等協同組合法施行令

（団体協約を締結するための交渉の申出）

第七条 事業協同組合若しくは事業協同小組合の代表者（略）又は協同組合連合会（略）の代表者が法第九条の二第十二項（略）に規定する交渉をしようとするときは、その交渉をしようとするとする日の三日前までに、その交渉をしようとする事項を記載した書面を送付して申し出なければならない。

2 前項の規定による申出をする者の数は、五人を超えてはならない。

13 第一項第六号の団体協約は、あらかじめ総会の承認を得て、同号の団体協約であることを明記した書面をもつてすることによつて、その効力を生ずる。

14 第一項第六号の団体協約は、直接に組合員に対してその効力を生ずる。
組合員の締結する契約であつて、その内容が第一項第六号の団体協約に定める基準に違反するものについては、

その基準に違反する契約の部分は、その基準によつて契約したものとみなす。

(あつせん又は調停)

第九条の二の二 前条第十二項の交渉の当事者の双方又は一方は、当該交渉ができないとき又は団体協約の内容につき協議が調わないときは、行政庁に対し、そのあつせん又は調停を申請することができる。

2 行政庁は、前項の申請があつた場合において経済取引の公正を確保するため必要があると認めるときは、すみやかにあつせん又は調停を行うものとする。

3 行政庁は、前項の規定により調停を行う場合においては、調停案を作成してこれを関係当事者に示しその受諾を勧告するとともに、その調停案を理由を付して公表することができる。

4 行政庁は、前二項のあつせん又は調停については、中小企業政策審議会又は都道府県中小企業調停審議会に諮問しなければならない。

たしかに、「交渉」そのものに言及した法令は、右にみた中小企業等協同組合法のほか、内航海運組合法等その数は少数にとどまる⁽⁶⁾とはいえ、「交渉」の目的でもある「団体協約の締結」を組合の行う事業として規定した法律は、農業協同組合法をはじめとして相当数にのぼる。⁽⁷⁾このことからもわかるように、「交渉」は組合の行うものではあっても、組合=労働組合ではない（図表4を参照）。

それゆえ、「団体交渉法制による保護を与えるべき対象者」というだけでは、「労働者」の意義も確定しない。⁽⁸⁾すでに大勢が決した議論とはいうものの、目を他に転じれば、そこには別の世界がある。ときには、そうした発想の転換（複眼的思考）も必要といえよう。

図表4 協約の締結主体（交渉主体）となる組合

組合の名称	根拠規定（連合会に関するものを除く）
労働組合	労働組合法六条、一四一一八条
農業協同組合	農業協同組合法二〇条一項一四号、一一条の三〇
森林組合	酪農及び肉用牛生産の振興に関する法律一九条の三
漁業協同組合	森林組合法九条二項一五号、一二三条
水産加工業協同組合	水産業協同組合法一一条一項一四号、一六条
輸出水産業組合	水産業協同組合法九三条一項九号、九六条一項（二六条の準用）
事業協同組合、事業協同小組合	輸出水産業の振興に関する法律一七条一項四号、同条四一六項
海運組合	中小企業等協同組合法九条の二第二項六号、同条一二一一五項、九条の二の二 内航海運組合法九一一一条

詭弁は常識で見破る

まずは常識で考える。論理学のスタートラインもまた、ここにある。世の中には、そうした常識に反する詭弁が実際にも少なくない。

新村出編『広辞苑（第六版）』（岩波書店、平成二〇年）によれば、「詭弁」とは、①「道理にあわない弁論。非を理に言ひまげる弁論。こじつけの議論」をいい、②「一見もつともらしい推論（ないしはその結論）で、何らかの虚偽を含むと疑われるもの。相手をあざむいたり、困らせる議論の中で使われる」ともある。

うまく説明はできないものの、どこか厭然としない。そのような詭弁の実例を、以下では労働関係法令の改正をめぐる最近の議論のなかに拾つてみた。

【例1】派遣法改正をめぐる議論

○小宮山国務大臣 改正法案で盛り込むことにいたしました労働契約申し込み制度、これはあくまでも派遣先が違法な労働者派遣を受け入れた場合に限定をしていまして、その派遣先に対する一定の民事上のペナルティーを科すものだと考えています。ですから、企業の採用の自由に反するものではないということだと思います。

また、労働契約は、使用者側の申し込みの意思表示、それに対しても労働者側がそれを受け入れるという意思表示、そこが合致して初めて成立をするという労働契約合意の原則から見れば、この改正法案では、申し込みの意思表示だけをみなしているにすぎないために、労働者側の意思は尊重されますから、問題は生じない、そのように考えています。

（第一七九回国会衆議院厚生労働委員会（平成二三年一二月七日）会議録第六号より引用）

違法派遣に対するペナルティであれば、派遣先が派遣労働者に対して労働契約を申し込んだものとみなす制度を設けたとしても、採用の自由には反しない。右に引用した小宮山洋子厚生労働大臣による答弁の前半部分をさらに要約すると、このようになる。

たしかに、電気・ガス等の供給契約や診療契約など、いわゆる公共財とかかわる契約については、供給事業者や医師の側に、相手方を選択して契約の締結を拒否する自由はない。その旨を法律に定めたとしても、誰も非常識とは考えない。⁽⁹⁾しかし、このことと違法行為に対する制裁として契約締結の自由を否定すること（そのような例は、もとより現行法にはない）との間には天地雲泥の差異がある。そう考えるのが常識であろう。

他方、労働者の側に諸否の自由があることを理由として、合意原則が維持されているとする答弁の後半部分には、およそ同意できないものがある。一方には合意するか否かを決定する自由があつても、他方にはその自由がない。それでも「問題は生じない」というのは、強弁にもほどがあるというべきであろう。⁽¹⁰⁾

【例2】高年齢者雇用安定法の改正をめぐる議論

若年者の失業問題に対処するために、例えばドイツでは年金の繰上支給や高年齢者の失業給付の受給要件の緩和が行われ、フランスでは年金支給開始年齢の引下げが行われるなど、高年齢者の早期引退促進政策が推進されたが、結局若年者の失業の解消には効果は見られず、かえって社会的コストの増大につながったとの認識が示されていることなどから、必ずしも高年齢者の早期退職を促せば若年者の雇用の増加につながるというものではない。

（今後の高年齢者雇用に関する研究会報告書（平成二三年六月）より引用）

「新卒労働市場において厳しい状況が続く中、また、企業における人件費が限られている中で、高年齢者雇用を進めることにより若年者の雇用機会が減少するなど、若年者雇用と高年齢者雇用の代替性を指摘する意見がある」。
右の引用部分は、こうした意見に対する「反論」として示されている。⁽¹¹⁾

つまり、「ドイツやフランスの経験からいっても、高年齢者の早期退職を促せば若年者の雇用の増加につながることは限らない。それゆえ、これとは逆に、高年齢者の退職年齢を延長したとしても、若年者の雇用が減少することは概にいえない」。こういいたいのである。

しかし、洋の東西を問わず、景気の低迷が続ければ、企業はリストラの手段として退職者の不補充（attrition）という手段に訴えるのを常とする。そうした状況の下では、従業員の退職年齢を多少引き下げたとしても、若年者の雇用の増加にはつながらない（ヨーロッパの教訓）。しかるに、そのような環境にあるにもかかわらず、退職年齢を逆に引き上げれば、その分、若年者の雇用は確実に減る。

たとえ退職者の不補充という手段に訴える必要が現在はなくとも、①退職年齢を引き上げれば、若年者の雇用はやはりその分だけ減少する。とはいっても、先行きが不透明ななかでは、②退職年齢を引き下げれば、若年者の雇用が

增加するとは必ずしもいえない（①の裏）反対解釈は、ここでは成立しない）。
商品の価格を引き下げるとしても、販売個数が増えるとは限らないが、だからといって、価格を引き上げても、販売個数が減るとは限らないなどと考える経営者はいない。こういえば、理解がより容易になろう。

論

【例3】有期雇用の規制強化をめぐる議論

○新谷委員（略）仕事が目の前にあって、企業が活動するに当たって労働力が必要だということであれば、どんな雇用形態であっても、人を雇わないと事業が遂行できないわけです。有期の規制があるから雇用が減少するというロジックが客観的に立証されたものかどうかというのは慎重に見極める必要があると思っております。

（第八五回労働政策審議会労働条件分科会（平成二十三年二月二三日）議事録より引用）

企業が労働力を必要とする限り、期間の定めのある有期契約を制限したとしても、期間の定めのない無期契約として、企業は人を採用する。右にみた新谷信幸委員（日本労働組合総連合会総合労働局長）の発言の趣旨は、ここにあるといって差し支えはない。たしかに、委員の発言には、有期契約から無期契約への転換といったフレーズはみられないものの、雇用契約には有期と無期の二種類しかない以上、有期契約を制限したとしても雇用が減少しないというためには、有期から無期への転換が当然の前提となる。したがって、そうした転換の可否が、ここでは問題となる。

しかし、わが国の場合、期間の定めのない雇用契約は、終身雇用慣行や年功的処遇と堅く結びついたものとして理解されており、有期契約を無期契約に転換するといつても、そう簡単ではない。¹²⁾終身雇用や年功的処遇の対象とすることのできる従業員には自ずから限界があり、だからこそ無期契約ではなく、有期契約を活用する。そうした

現実が一方にあることも失念すべきではない。

仮に右のような状況の下で、有期雇用の規制強化に踏み切った場合、規制の回避を目的とした企業の海外移転が進み、海外への移転が困難な企業については、経営そのものが成り立たなくなる（その場合、「企業が活動するに当たって労働力が必要」という議論の前提そのものが崩れる）。こうした可能性も十分に考えられる。このような形で「雇用が減少するというロジックが客観的に立証された」としても、そのときはもはや手の打ちようがない。そんな悪夢が現実となることだけは、是非とも避けるべきであろう。

なお、同じ日の新谷委員の発言には、次のようなものもある。「なぜ期間の定めのない雇用なのだという御指摘もあつたのですけれども、例えば、企業の経営を考えていただきたいのです。企業の経営というのは一年ごとに経営しますか。企業の経営というのは、一年で区切って、一年で清算するわけではありません。反復更新をするわけではありません。企業というのは永続的な発展を願つて事業活動をやるわけです。その中で労働力の構成がなぜ一年単位なのか、あるいはなぜ半年単位なんだというところとの整合性が全然取れないのではないか。永続的な発展を願うのであれば、そこに働く労働者も当然、期間の定めのない雇用が中心になるべきではないかと考えております」。

取引先に対しても、このようにいえれば、いうことはないが、もとより世の中はそれほど甘くはない。組合員に向けたプロパガンダとしては有効であつても、ジョーク（比喩）としては練度に欠ける。こういえば、言い過ぎであろうか。

(1) なお、以下にみると、女子の時間外・休日労働や深夜業に関する規制緩和は、それまで段階的に進められてきた。いざれも忘却の彼方にあることはいえ、こうした経緯も記憶にとどめておいてよいであろう。

A 時間外・休日労働に関する規制緩和の推移

根拠法令	規制緩和の内容
昭和二七年法律第一八七号	・決算業務について、時間外労働の上限を二週一二時間に緩和（昭和二七年九月一日施行） ・事業の種類を問わず、一日二時間の時間外労働の制限を撤廃
昭和六〇年法律第四四号	・非工業的事業（保健衛生又は接客娛樂の事業を除く）について、時間外労働の上限を四週一二時間に緩和とともに、四週一日の休日労働を認める。
昭和六年労働省令第三号	・保健衛生又は接客娛樂の事業について、時間外労働の上限を二週一二時間に緩和 ・指揮命令者（係長以上）及び専門業務従事者（公認会計士等の資格職のほか、研究者やS.E等を含む）について、適用を除外（以上、昭和六年四月一日施行） ・非工業的事業（保健衛生又は接客娛樂の事業を除く）について、時間外労働の上限を四週三二時間に緩和（平成六年四月一日施行） ・専門業務従事者に、弁理士及び社会保険労務士を追加（同右） ・非工業的事業（保健衛生又は接客娛樂の事業を除く）について、時間外労働の上限を四週三六時間に緩和（平成七年四月一日施行）
平成六年労働省令第八号	

B 深夜業に関する規制緩和の推移

根拠法令	規制緩和の内容
昭和二七年法律第一八七号	・命令で定める「女子の健康及び福祉上有害でない業務」（スチュワーデスの業務、女子寄宿舎の管理人の業務）について、適用を除外（昭和二七年九月一日施行）
昭和一七年労働省令第二六号	・「女子の健康及び福祉上有害でない業務」として、①映画制作事業における演技者、スクriptターカーのほか、②放送事業におけるプロデューサー、アナウンサー、③かに又はいわしの缶詰の事業における第一次加工の業務を追加（昭和二九年七月一日施行）
昭和一九年労働省令第一三号	・以下の者について、新たに適用を除外
昭和六〇年法律第四四号	

昭和六一年労働省令第三号

① 指揮命令者及び専門業務従事者

② 業務の性質上、深夜業が必要とされるものとして命令で定める業務に従事する者（一日の労働時間が六時間以内の場合に限る）

③ 命令で定める事業に従事する者で、深夜業に従事することを使用者に申し出、行政官庁の承認を受けたもの（タクシー・ハイヤーの運転手）

・「女子の健康及び福祉に有害でない業務」に警察の業務を追加したほか、関係規定を整備（一部は、右の①・②に移動）（以上、昭和六一年四月一日施行）

昭和六三年労働省令第三四号

・「女子の健康及び福祉に有害でない業務」に、①旅程管理業務、②郵便物の区分、運搬等の業務を追加（平成元年四月一日施行）

平成六年労働省令第八号

・「女子の健康及び福祉に有害でない業務」に、①飛行場における旅客取扱い業務のほか、②航空機の運航管理、運航又は整備の業務、③新東京国際空港における航空管制業務又は航空管制技術の業務、④消防の業務を追加（平成六年四月一日施行）

(2) ただし、より正確にいえば、改正前の労働基準法においても「別に規則を定めること」を一般的に禁止した規定は、どこにも置かれていたかった。

(3) なお、このことに関連して、昭和四八年の最高裁判決は、次のようにいう。「ひとしく適格性の有無の判断であつても、分限処分が降任である場合と免職である場合とでは、前者がその職員が現に就いている特定の職についての適格性であるのに対し、後者の場合は、現に就いている職に限らず、転職の可能な他の職をも含めてこれらすべての職についての適格性である点において適格性の内容要素に相違があるのみならず、その結果においても、降任の場合は単に下位の職に降るにとどまるのに対し、免職の場合には公務員としての地位を失うという重大な結果になる点において大きな差異があることを考えれば、免職の場合における適格性の有無の判断については、特に厳密、慎重であることが要求されるのに対し、降任の場合における適格性の有無については、公務の能率の維持およびその適正な運営の確保の目的に照らして裁量的判断を加える余地を比較的広く認めて差支えないと解される」。平成一六年の最高裁判決においては、「こうした降任と免職との差異が論じられていないが、それは単に降任という選択肢がなかつたことによるものとも考えられる。

(4) にもかかわらず、原審（仙台高裁秋田支判平成一四・三・二七公判速三五号一〇頁）は、「被控訴人の非違行為は、幾種類にも及ぶものであつてそれらが繰り返されるという側面があり、そのうちにはこれを理由とする懲戒処分があつたというだけでは改まらなかつたものがあるものの、そのような非違行為であつても、これを理由とする懲戒処分が人事院で承認されると、被控訴人は非違行為に及ばなくなつた、ないしは、及ばなくなるものと予測できたのであるから、非違行為が複数の種類に及びそれらが繰り返されるという側面に重きを置いて、これらの非違行為が被控訴人の持続性を有する素質等に起因するものとすることはできないといわなければならない」等として、分限免職処分を違法とした（一審・秋田地判平成一三・二・一三三公判速三〇四号二九頁もほぼ同旨）。この方がむしろ驚きであつたといえる。

(5) 以上につき、小鳩「職場の法律は小説より奇なり」（講談社、平成二年）七一一七二頁を併せ参考。

(6) たとえば、内航海運組合法九条三項は「前条第一項第一号から第六号までに規定する事業（内航運送に係る運賃や貨物の引受け数量、船舶の船腹等に関する調整——筆者注）に関し前項の交渉の申出を受けた者は、正当な理由がない限り、その交渉に応じなければならない」と規定し、また同法二一条は「国土交通大臣は、前条第一項の団体協約の締結のための交渉に関し、当該海運組合の事業の円滑な実施及び当事者間の公正な取引秩序の確立のために特に必要があると認めるときは、当事者の双方又は一方に対し、必要な勧告をすることができる」との勧告規定を置いている。

さらに、酪農及び肉用牛生産の振興に関する法律一九条の三にも、同様の趣旨から、次のようない定めが設けられている。「農林水産大臣又は都道府県知事は、生乳の生産者を直接又は間接の構成員とし、その構成員の生産する生乳の販売事業を行ふ農業協同組合又は農業協同組合連合会（以下この条において「組合等」という。）が、農林水産省令で定めるところにより、乳業を行う者に対し、案を示して生乳等取引契約又は生乳等取引契約に関する農業協同組合法（略）第十条第一項第十四号の団体協約の締結又は変更のため交渉をしたい旨の申込みをし、かつ、その申込みをした旨を農林水産大臣又は都道府県知事に申し出た場合において、生乳等の取引の公正を確保するため特に必要があると認めるときは、その乳業を行う者に対し、その生乳等取引契約又は団体協約の締結又は変更の交渉に応ずべき旨の勧告をするとができる」。

ただし、現行法の例としては、本文に示した中小企業等協同組合法の規定を除けば、以上に尽きる。

(7) なお、団体協約に関する規定は、以下にみるように、旧労働組合法をモデルとしているといえる。

旧 労 働 組 合 法	農 業 协 同 組 合 法
<p>第二条 本法ニ於テ労働組合トハ労働者ガ主体ト為リテ自主的ニ労働条件ノ維持改善其ノ他經濟的地位ノ向上ヲ圖ルコトヲ主タル目的トシテ組織スル團体又ハ其ノ連合体ヲ謂フ（但書以下、省略）</p>	<p>第十一條 組合は、次の事業の全部又は一部を行なうことができる。</p> <p>一、組合員の經濟的地位の改善にためにする團体協約の締結</p>
<p>第十九条 労働組合ト使用者又ハ其ノ團体トノ間ノ労働条件其ノ他ニ關スル労働協約ハ書面ニ依リテ之ヲ為スニ因リテ其ノ効力ヲ生ズ</p>	<p>第十二条 第十一条第一項第十四号の團体協約は、書面をもつてすることによつて、その効力を生ずる。</p>
<p>第二十二条 労働協約ニ定ムル労働条件其ノ他ノ労働者ノ待遇ニ關スル規準（当該労働協約ニ依リ規準決定ノ為設置セラレタル機関ノ存スルトキハ其ノ定メタル規準ヲ含ム以下同ジ）ニ違反スル労働契約ノ部分ハ之ヲ無効トス此ノ場合ニ於テ無効ト為リタル部分ハ規準ノ定ムル所ニ依ル労働契約ニ定ナキ部分ニ付亦同ジ</p>	<p>第十三条 組合員の締結する契約でその内容が前項の團体協約に定める規準に違反するものについては、その規準に違反する契約の部分は、これをその規準によつて契約したものとみなす。</p>
<p>(8) たしかに、中小企業等協同組合法等に定める「團体交渉法制による保護」は、労働組合法とは異なり、「團体行動権の行使を担保とした」ものではない。しかし、労働組合についても「組合員がごく少數にとどまることから、ストライキを打つてもまったく効果がないため、組合がその権利を行使しないという場合にも、團体交渉には応じ続けなければならない」という現実がある（小島 前掲書（注5）五七頁を参照）。労働組合には、労働委員会による團交応諾命令というきわめて強力な武器が与えられているためであるが、このような現実に照らしても、「團体交渉法制による保護を与えるべき対象者」というだけで、「労働者」の範囲の拡大を推し進めていくことには大いに疑問がある。少なく</p>	<p>第十四条 組合員の經濟的地位の改善にためにする團体協約の締結</p> <p>一、略</p> <p>十五、略</p> <p>二、略</p>

ともこうした「労働者」類似の者については、使用者を交渉テーブルにつかせるための手段を労働委員会による「あつせん」のようなよりマイルドな手段にとどめる（旧労働組合法二七条一項二号をモデルとしたものと解される、本文に引用した中小企業等協同組合法九条の二の二を参照）。こうした配慮が必要となろう。なお、以上に関連して、小鳩「労使関係法と見直しの方向」『日本労働法学年誌』九六号（平成一二年）一二三頁以下を併せて参照。

(9) 現にガス事業法一六条一項は「一般ガス事業者は、正当な理由がなければ、その供給区域又は供給地点における一般の需要に応ずるガスの供給を拒んではならない」と定め、電気事業法一八条一項等にも同様の規定が置かれているほか、（歯科）医師法一九条一項にも「診療に従事する（歯科）医師は、診察治療の求があった場合には、正当な事由がないれば、これを拒んではならない」とした定めが設けられているが、こうした締約強制には国民の間に広範なコンセンサスが存在するといつても誤りではない。

(10) なお、「労働契約の申込みみなし制度」の問題点については、小鳩『労働市場改革のミッショント』（東洋経済新報社、平成二三年）二七五頁以下を参照。

(11) より正確にいえば、「反論」としての形式は明確にはとっていないものの、「若年者雇用と高年齢者雇用の代替性を指摘する意見」に疑義があることを印象づける書きぶりとなっている。なお、継続雇用制度の対象となる高年齢者に係る基準の廢止を柱とする、法改正それ自体の問題点については、小鳩「高年齢者雇用安定法の改正とその問題点——希望者全員ルールへの疑問」『阪大法学』六一巻三・四号（平成三年二月）七三頁以下を参照。

(12) たとえば、このことに関連して、多美谷寿郎判事の次のような指摘は、裁判官の考え方を知る上でも大いに参考になる。「正社員とは、典型的にはいわゆる『日本型雇用慣行』、すなわち、入社当初は低賃金であり、徐々に賃金が上昇する年功賃金や退職金制度により労働者を企業内に閉い込む終身雇用の下、企業が新卒者を採用して教育訓練や人事異動（配置転換、職種の変更、場合によつては出向、転籍）を行うことにより必要な人材に育成していく制度の中で、その希望に反しても会社の指示する仕事・長時間の残業・教育訓練・人事異動に従う義務を負い、その代わりに勤続すればそれなりのボストと給料が与えられるという、いわば会社人間である。会社も教育訓練という投資をし長年雇用するのであるから慎重な採用手続を取る。

このような雇用慣行の下では、社員の能力不足等は会社の教育等が悪かつた結果ともいえるのであり、その能力に見

合つた部署に異動させることにより雇用を継続することもできる。他方、途中退社した場合、上記のような方法でも雇用を維持できなかつたと疑われるため、同様同等の再就職はできず、人生設計を相当に修正せざるを得ない。そこで、正社員に対する解雇規制が厳格になるのである」（多美谷「期間の定めのある雇用契約における雇止めをめぐる裁判例と実務」判タ一三五一号（平成二三年九月五日号）三〇頁以下、三一―三三頁）。

ただ、このような考え方従えば、能力に基づく解雇はおよそ不可能というに等しくなる。この一事だけをとつても、有期雇用の無期雇用への転換（法律によるその強制）は難しいといふことができる。