神戸市外国語大学 学術情報リポジトリ

契約法の変容(その2)：消費者契約法と労働契約法の登場

メタデータ	言語: Japanese
	出版者:
	公開日: 2005-09-30
	キーワード (Ja):
	キーワード (En):
	作成者: 大島, 和夫, Oshima, Kazuo
	メールアドレス:
	所属:
URL	https://kobe-cufs.repo.nii.ac.jp/records/699

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.

契約法の変容（その2）

——消費者契約法と労働契約法の登場——

大島和夫

はじめに
1　民法の改正と特別法制定の意味
2　現代における私的自治と契約理論（以上，56巻3号）
3　消費者保護と契約法
4　労働契約法（以上本号）

3　消費者保護と契約法

1．約款規制法はなぜ実現できないのか

前章で述べたように，基本法としての民法を頻繁に改正するべきではないとしても，私的自治を実質化するために約款規制法などの特別法については積極的に立法化を進めるべきとする声が多数である。にもかかわらず，消費者契約については，特別法の出現が遅れた。小作契約，借地借家契約，労働契約などと比べると，なぜ消費者契約は特別法として現れるのが遅れたのであろうか。以下で消費者という場合はすべて自然人を指す。

労働法は占領下で GHQ の主導によって制定された。借地法の改正は資本家の地主に対する闘いの面があった。これらに対して，消費者契約については運動主体の形成が遅れていたし弱かったと考えられる。消費者契約の問題は戦前も占領下でもそれほど深刻な問題と意識されなかった。他方で，企業にとっては大きな関心事であった。特に約款の規制がそうである。そのために，立法の声があがっても産業界からの抵抗にあうとすぐに挫折したものと思われる。

特に契約は当事者の交渉能力によって，その結果は大きく変わる。現実に強大な契約交渉力を有する企業側からすれば，消費者運動がよほど盛り上がらない限り，契約の内容を強行規定で制限することに同意するはずがない。

では，契約法の大半を占める任意規定の場合には，改正に対する企業の抵抗は強いだろうか。大きな交渉力をもつ企業同士の場合には，弁護士事務所の利用も含めて，自分たちで契約内容をコントロールできる。任意規定としての民法の契約法のルールはそれほど重要ではない。ところが，消費者にとっては，約款の不意打ち的な契約条項から身を守るためには強行規定だけでなく任意規定も役にたつ場合がある。[*1] もちろん，強行規定が設けられるにこしたことはない。企業対消費者の事件において多くの判例が形成され，個別の消費者法におけるルールも積み重ねられているのであるから，消費者から，これらを民法に取り込むべきであるとか，強行規定にするべきであるとかいう声が当然に強まる。一方で大きな交渉力をもつ企業にとっては，民法の任意規定のルールがどのように変更されようとも，あまり影響は生じないし，ほとんど関心はもたないが，強行規定についてはそうはいかない。任意規定であれば問題ないが，強行規定として立法化されるのは困る。消費者契約に関するルールについては，任意規定を民法に持ち込むことは容易であっても，強行規定を立法化したり，民法の中に持ち込むことはかなり困難である。しかし，消費者の被害を防ぐためには，契約ルールを強行規定にしなければならない。現実に今までの消費者保護に関するルールの殆どは強行規定であった。今後，求められる約款規制ももちろん強行規定でなければ意味がない。そこで，次のようにまとめることができる。

① 現在の日本では消費者の私的自治を実質化するために約款規制法などの強行規定をルール化することが必要である。

② しかし，消費者法における強行規定を立法化または民法の中に取り込

＊1 例えば，初期の割賦販売などにおいて買主の条件付き権利を保護するために，民法128，129条が一定の役割を果たした。

むことについては，企業側の強い抵抗が予想される。

③　特に約款規制法の制定は政治的な決定または世論の喚起に委ねられている。

約款規制法の制定は，与党に対して大きな影響力を持つ日本経団連などの財界団体が承認しない限り，学者の多数意見のみで実現することは不可能である。その意味において政治的な決定に委ねられている。しかし，最近になって企業の社会的責任（CSR）が重視されるようになり，日本経団連も2003年10月に「社会的責任経営部会」を設置して，2004年7月からは活発な活動を行っている。[*2] このような流れの中では，国民の CSR に対する関心が高まり，消費者保護が選挙の争点になるような状況になれば，政権の交代が起こらなくても立法化される可能性は出てくる。

消費者法に求められるルールとして次のようなものが考えられる。約款については，①品質保証，②説明義務・開示義務，③契約の拘束力（クーリング・オフまたは契約の解除，違約金の定め）。消費者信用については，抗弁権の対抗，利息制限，契約内容の周知，書面交付義務などである。特に現在早急に改善すべきであるのは，政令によって対象商品やサービスを制限的に列挙することである。このような方式ではなく，全ての商品とサービスを対象にした包括的な消費者保護法を設ける必要がある。消費者契約法はその要求を一部満たしている。他方で消費者側の問題として，多重債務者や過度の消費意欲を生み出す商業宣伝を野放しにしながら規制だけを強めても十分な効果があがらないのではないかとの批判もありうる。そうなると，過度の宣伝を規制することも合わせて考える必要がある。[*3]

＊2　企業の社会的責任については，大島和夫「企業の社会的責任の本質」『前衛』2005年3月号参照。

＊3　宣伝が子どもに与える効果については誰も異論がないだろう。宣伝が多重債務者や非保佐人に与える影響も同様である。最近の宣伝技術の発達は，通常人に対しても危険な影響を与えるおそれがある。300万台を売り上げたと言われるアブトロニックや，チワワブームを引き起こした消費者金融の宣伝などを想起して欲しい。

2．これまでの消費者保護法

消費者契約法をめぐる原理については，弱者保護よりも報償責任（星野英一）とか，情報の非対象，交渉力の差（藤倉皓一郎）とか，安全と公正の確保（山田卓生）という意見が表明されている。これらは，いずれも分配的発想ではなく，市場の公正さを確保しようとする点で肯定できるものである。[*4] 消費者契約の法理が市場の公正さを確保することを目的としているのであれば，それは近代市民法（民法）の目的と同一であって矛盾しない。むしろ，消費者契約の法理は私的自治の実質化を図るものである。仮に，これらを民法に取り込むことができれば，民法のバージョンアップを図ることができると考えられる。以下では，広告と品質保証，説明義務，契約の拘束力及び違約金の３つのルールについて考えてみる。

(1) 商品の品質について

この問題においては，事業者が品質について宣伝または保証を行った場合(A)と，そうでない場合(B)に分けて考える必要がある。

(A) 品質について宣伝または保証を行った場合

ここで言う，品質保証などとは，商品の性能，安全性，ブランドの真偽，由来を指す。これらは，消費者が，その商品を購入する判断において決定な役割を果たすものである。民法は広告について懸賞広告（529条以下）しか規定していない。それ以外の広告や宣伝は，契約の成立に関する521条以下の解釈において「申込みの誘因」として扱われるだけである。これらの規定で不十分なことは言うまでもない。

消費者は商品を購入する際に，メーカーやスーパーマーケットなどが行っている宣伝によって商品に対する一定の期待を形成する。このような期待や信頼が裏切られた場合には，既に述べたように，消費者は不当だと感じ，相手方に何らかの責任が生ずべきだという意識を持つ。この

＊4　これらは，いづれも制度しての契約というライザーの考え方につながる。

場合に，この期待が法的に保護されるかが問題となる。[*5] 事業者の側が消費者に期待を抱かせるような積極的な表示や広告，勧誘をしておきながら，それらによって消費者が抱いた期待は契約内容とは別だととして切り捨ててしまうのは不公正である。その意味において，契約の解釈にあたっては，消費者の期待とそれを引き起こさせた表示，広告や勧誘の内容が合意の内容として取り込まれているというのが基本姿勢であるべきと考えられる。[*6]

表示[*7]の責任に関する特別法としては，まず商品の安全性に関して食品衛生法（12条），健康増進法(32条の２)，薬事法（66条以下），電気用品安全法（27条），ガス事業法（39条の３），消費生活用製品安全法（４条）などがある。品質については家庭用品品質表示法（３条以下），農林物資の規格化及び品質表示の適正化に関する法律（JAS 法），日本工業規格（JIS）などがある。[*8] これらは行政的取締法規であって，違反をした契約の民法上の効力を否定するものではない。

このような特別法による行政的規制は，きわめて複雑である。このような複雑な規制を一般の市民に理解してもらうことは難しい。各省庁が指定する多様な商品毎に煩雑な規制を行うのではなく，一般規定として「不実表示に対する責任」をルール化すべきであると考える。そうなると，上で述べたように，消費者の期待を引き起こさせた表示，広告や勧誘の内容は，合意の内容として取り込まれるという一般原則を確立した上で，全ての商品，サービスに対して共通の行政的な取締を行うべきであろう。その上で，必要な例外的場合を規定するという方法をとるべきである。

＊５　内田・前掲27頁。
＊６　日弁連『消費者法講義』日本評論社（2004年）240頁参照。
＊７　宣伝と商品に付着する表示の区別は微妙であるが，本稿では，法的には同じ性格のものとして議論する。
＊８　食品安全基本法及び JAS 法については，大島和夫「食品の安全性の確保と表示」神戸外大論叢53巻４，５参照。

次に，メーカーが品質保証を行った場合であるが，パソコンやテレビなどの商品を購入するとメーカーなどによる保証書が付けられている。この場合の保証責任は，民法の品質保証に関する規定とは関係なしに，メーカーが独自に負担する責任である。多くの場合，1年程度の保証期間内においてメーカーが無償で補修を行う内容になっている。この債務負担は当該商品の契約締結に伴い保証書が受領されることによって成立する。注意しなければならないのは，保証期間が過ぎたり，保証書の中にメーカーの免責条項が書き込まれている場合である。この保証責任は民法上の責任を排除するものではないので，瑕疵担保責任，債務不履行責任，不法行為責任はそれぞれの要件を満たす範囲で当然に認められる。免責条項の効力は，消費者との間に「メーカーを免責させる合意」が成立したことを販売店が主張・立証しない限り認めることはできないと考えられる。

(B) 消費者の期待と品質

事業者が宣伝を行っていてもそのことを消費者が知らなかった場合，および事業者が積極的な宣伝を行っていなかった場合についても，商品の品質や安全性が当然に問題となる。

商品に付けられた名前，外観によって消費者は一定の期待を形成する。売主による口頭の説明によっても期待は生じる。こうして形成された消費者の期待は，当然に保護されるべきである。民法は，期待と実際が食い違った場合に，その食い違いが「意思表示の要素」に当たると認めれば95条の動機の錯誤を認める。買主の期待は「性状の錯誤」の問題として扱われる場合が多いであろうが，性状に関する期待の形成に対するメーカーや売主の関与は「取引の観念および事物の状況」[*9]として判断されうる。また，売主の関与の仕方は信義則上の付随義務の問題としても扱われ，契約締結上の過失の問題にもなりうる。

＊9　大審院判決1917年2月24日・民録23輯284頁，いわゆる受胎馬錯誤事件。

民法は性能と安全性に関して415条前段と493条前段において「債務の本旨に従った履行」を要求している。したがって，買主が正当に期待した品質やメーカーの個性（いわゆるブランド）を備えていなかった場合には，債務不履行の可能性もある。

期待を裏切ったことが商品の「隠れた瑕疵」に当たると認められる場合には，瑕疵担保責任（570条）の適用も可能である。さらに，401条1項は不特定物について「中等品」を要求しており，これは品質に直接関係する。

しかし，これらの規定だけでは不十分であるからこそ，多くの特別法が制定され，保証書などの慣行が行われている。特別法としては，(A)で述べた諸法律等が品質一般の問題についても適用されうるが，その他にも最近になって，住宅の品質確保の促進等に関する法律（住宅品質確保法）が，住宅性能表示制度を創設した。第3者機関である指定住宅性能評価機関が性能に関する基準および検査基準に従って検査・評価を行い，住宅性能評価書を発行する。この場合には，記載された性能を有する住宅を引き渡す旨約束したものと見なされる（意思表示の内容となる）。従来の住宅売買におけるトラブルを解決するうえで画期的なものであるが，残念ながら急激な厳格化のために，これを利用する事業者は多くない。

目的物の品質の問題は，特定物においては「隠れた瑕疵」及び「債務の本旨にしたがった履行」の問題であり，前者については瑕疵か否かの常識的な判断になり，後者についてはメーカーや売主の関与の在り方が消費者の期待を形成したと認められる場合に，その期待と実際の食い違いを重視して判断すべきであると考えられる。そうなると，後で述べるドイツ民法における消費者契約の取り込みが，おおいに参考になる。

(2) 説明義務

説明義務は，商品の性能や使用方法について，一般的には(1)で述べたところと同じように考えられる。すなわち，説明者が消費者の期待形成に

関与した度合いに応じて責任を負う。しかし，80年代の後半に問題となったのは，むしろ「リスクをちゃんと説明しなかった」ことによる責任であった。当時，一般市民の間においても財テクブームが起こり，その機に乗じて多くの金融商品が販売された。ところが，90年代に入って景気の低下が続くと，これらの商品の多くが損失を発生させ，元本の回収が不能になるものも出てきた。そこで，多くの訴訟が提起された。

近代市民法においては自己決定責任があり，「買主は注意せよ」という原則があるが，金融商品については，その前に2つの前提があることが，判例および通説によって承認されている。

第1は，適合性の原則である。これは，顧客として適切ではない人物に対して勧誘を行ってはならないというものである。米国において証券取引の分野で確立され，イギリスにおいても勧誘ルールとして定着している。日本でも証券取引法（43条）や証券業協会の自主規制規則にこの原則が規定されている。さらに，証券取引をめぐる紛争において，裁判所は適合性の原則に反する勧誘は不法行為ないし債務不履行となり，証券会社は損害賠償義務を負うとしている。[*10]

この流れの中で2000年に金融商品販売法が制定され，販売業者の説明義務と損害賠償責任並びに損害額の推定が規定された。ところが，適合性の原則を金融商品取引全体に拡大する点についてはきわめて不十分な結果となった。適合性の原則については販売業者に勧誘方針策定を義務づける（7～9条）にとどまり，違反をした業者に対する損害賠償責任の規定は設けられなかったのである。

第2の前提が説明義務である。現在では，金融商品のようなきわめてリスクの高い商品について，売主に説明義務があることに異論はない。説明がもとめられる事項は商品のリスクである。[*11] 金融商品販売法は，第3条

＊10　日弁連・前掲書265頁以下。
＊11　詳しくは日弁連・前掲書267頁参照。

において販売業者に説明義務を負わせ，違反行為に対しては第4条で損害賠償義務を負わせている。この義務は無過失責任とされている。このような損害賠償責任を伴う説明義務は画期的なものである。[*12]

説明義務は金融商品以外でも，使用方法を誤ると破損したり危険な目にあう機械・器具や，薬品・食品などにも認められると考えられる。その根拠は，信義則上の付随義務(民1条2項)である。この他にも受任者の善管注意義務(民644条）が認められる場合もありうるし，証券取引においては誠実公正義務（証券取引法33条）が適用される。

説明義務に違反した場合には契約締結上の過失責任または債務不履行責任(民415条前段）に基づき損害賠償責任を負うし，場合によっては錯誤により無効を主張されることもあり得る。ただし動機の錯誤となるので，説明義務違反による誤った認識の形成が「意思表示の要素」と認められることが必要である。断定的判断の提供による勧誘の場合には，不法行為（民709条）[*13]が認められる。とりわけ悪質な断定的判断の提供の場合には公序良俗違反で無効になる可能性もある。

(3) 消費者契約の拘束力と違約金の定め

契約の解消に関するルールは，これまでの消費者法の中心問題であった。ところが民法は，この点に関してきわめて遅れていた。まず契約の申込みにおける意思表示の撤回についての規定が十分でなく，承諾については撤回に触れていない（民521～526条参照)。そして，420条1項で損害賠償の額の予定を認め，裁判所が調整することを拒否した。そのために，これまで多くの消費者が購入した商品やサービスに不満があっても，事業者の設定した高額な違約金におびえて契約を解消できずにきた。日本の民法の不当性は，ドイツ民法343条と比較しても明らかである。ドイツ民法343条は，違約罰（ドイツでは違約金をこう呼ぶ)が不当に高額であるときは，債務

*12　金融商品販売法における説明義務と適合性原則の問題については，潮見佳男編『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』経済法令研究会（2001年）124頁以下参照。
*13　証券取引法42条1項1号は断定的判断を提供して勧誘する行為を禁止している。

者の請求により判決をもって適当な額に減額できるとしている。

日本の民法の不備をカバーするために，まず物品の販売においてクーリング・オフの制度が導入された。1961年に制定された割賦販売法，1976年に制定された訪問販売法がそうである。訪問販売法は2000年に改正されて特定商取引に関する法律と名前を変え，継続的な役務提供（サービス契約）に中途解約が認められるようになり，2004年にはさらに改正されて，違反行為に対してクーリング・オフではなく取消権が認められるようになった。

特定商取引法は，本来は行政的規制を目的とする業法であるが，他方ではクーリング・オフや中途解約権，違約金の制限などの民事ルールも含まれる複合的な性格を有している。特に，連鎖販売取引や特定継続的役務提供において，クーリング・オフとは別に中途解約権を認め，その場合の違約金の範囲を厳しく制限したことは重要である。しかし，依然として指定商品制性や指定業種制をひいていることが大きな問題である。特に訪問販売における商品の指定や金額の最低限の設定などは，消費者にとってクーリング・オフを利用しにくいものにさせている。[*14]

消費者契約の拘束力を否定するものとして，2001年から施行されている消費者契約法が重要である。

(4) 消費者契約法は，様々な消費者保護立法のいわば総則的な性格を有している。それまでの消費者保護法制は私人間の契約には直接の影響を及ぼさない行政規制が中心であったが，消費者契約法は私人間の契約条項の拘束力を否定することによって民事ルールを形成し，今後の消費者保護法制が民事ルールにも及ぶ契機を作ったことで重要である。

同法は，消費者と事業者の間に情報と交渉力の格差があることを明記し，例外を設けずに全ての消費者契約を対象とした。それまでの消費者保護法は既に述べたように特定商取引法のクーリング・オフ権や割賦販売法の抗弁の接続など民事ルールが含まれていても適用対象が限定されていた。そ

＊14　特定商取引法については，大島和夫「違約金の合意の効力」神戸外大論叢55巻4号を参照。

の意味ですべての消費者契約に適用のある民事ルールが設けられたことは画期的である。適用除外とされているのは，株式・新株の引き受けに関する意思表示(７条２項)，労働契約（12条）及び民法・商法以外の特別法が優先的に適用される場合だけである。[*15]

同法は，契約締結過程における事業者の不適切な勧誘行為に対して消費者に取消権を与えた。[*16]不適切な勧誘行為とは誤認行為と困惑行為である。これらの場合には，消費者は意思表示を取消すことができる（４条)。

次に，約款等の契約条項のうち以下のような消費者に一方的に不利益な条項は無効になるとした。債務不履行・不法行為に基づく損害賠償責任や，瑕疵担保責任を完全に免除する免責条項等（８条)，不当な損害賠償の予定条項（９条)，信義則に反して消費者の利益を一方的に害する条項（10条）である。

ただし，事業者に消費者に対する情報提供義務を負わせず「情報提供努力義務」（３条）としたことは，相変わらず日本の立法者の中途半端な姿勢をうかがわせる。

このように，消費者契約法は，一部約款規制法としての性格も有している。しかし，情報提供義務が認められなかったこと，約款の取り入れ要件が依然として明確でないこと等，依然として不十分点は残されている。

３．消費者契約は民法に取り込めるのか

消費者契約法の登場により，消費者法制によって形成されてきた民事ルールの民法への取り入れはより意識されるようになった。しかし，学界や立法者に現実の動きは見られない。消費者保護と契約理論について日本で十分な検討が行われなかった理由について大村は次のように指摘する。[*17]

---

*15　12条で適用除外とされたことから，次は労働契約の法律化が課題として意識されることになったと思われる。

*16　規定内容の詳細については，日弁連『消費者法講義』86頁以下参照。

*17　大村敦『契約法から消費者法へ』39頁以下。

① 日本の民法学界においては体系や原理に対する指向が弱い。

② 消費者保護の領域での大規模な立法が実現していない。

大村の指摘が正しいとすると，消費者保護と契約理論についての現在の状況は少し変化している。まず2章で概観したように，①については原理的な議論がかなり蓄積されてきた。②については，約款規制法はまだだが，消費者契約法が制定されたことにより，残された課題が約款規制法であることが明確になってきた。

以下では，消費者契約の法における民事ルールが，民法に取り込めるか，ドイツの例を見てみる。

(1) ドイツ債務法現代化法における消費者契約

ドイツの債務法現代化法は5つの大きな変更を行った。時効規定の調和（ヨーロッパの法統一に向けて），一般的給付障害法の体系化，積極的債権侵害・契約締結上の過失・行為基礎の喪失・解約告知制度の法文化，売買及び請負契約における給付障害法の変更，そして民法典への消費者保護法の統合である。

債務法改正にはとても長い歴史がある。さしあたり1978年に連邦司法大臣フォーゲルが連邦議会と第52ドイツ法曹大会に改正計画を提案したところから述べる。最初に鑑定意見の作成が民法学者に委託され，1983年までに3巻の本として公刊され，1984年に債務法改正委員会が設置されて作業を始めた。この委員会は1991年に最終報告書を提出し，これが1992年に委員会提案として公刊された。しかし，この報告書はしばらくは店ざらしにされていたようである。ところが1990年代に3つのEU指令がドイツ国内で施行されることとなり，その中に「消費用品の売買及び消費用品に対する担保の特定の側面に関する1999年5月25日のヨーロッパ議会及び幹部会指令」が含まれていた。施行期日は2001年12月31日であった。こうして，消費者用品売買指令は2002年1月1日までに強制的に国内施行されなければならなくなった。連邦司法省は1992年の債務法委員会の提案にしたがって最終報告書を受け入れ，

討議草案を作成し，かなりの紆余曲折を経て，債務法現代化法案は2001年11月９日に連邦参議院を通過して成立した。

債務法における改正の必要性は EC 指令の国内施行義務から生じたものである。消費用品売買指令は消費用品売買の新しい規定を要求したが，それを特別法として制定することは売買法の体系が分裂して分かりにくくなると考えられた。こうして消費用品売買指令のすべての規定が民法典の中に取り入れられることになった。

消費用品売買指令によって導かれた新しい規定は，民法典の売買法において全ての売買契約に拡大された。物および権利の瑕疵の法律効果は統一され，特定物売買と種類売買の間の区別は姿を消した。売買法は基本的には任意規定であるが，消費用品売買指令の適用領域においては，強行規定とされた(475条)。

以上の動きの中で，約款規制法は民法の中に取り入れられ（305～310条），消費者保護法の大部分が民法典の中に編入され，一部改正された。[*18]

現在の債務法現代化法の編成は以下のとおり。

第１編　総則

第２編　債務関係法

第１章　債務関係の内容

第２章　契約に基づく債務関係

普通契約約款による法律行為的債務関係の形成

305条から310条　旧約款規制法の取り込み

第３章　契約に基づく債務関係

この第１節，第２款「特別の事業形態」の中に，旧訪問販売撤回法，旧通信販売法，電子取引に関する規定が取り込まれている。第５節は「消費者契約における解除，撤回及び返還権」なっている。

---

*18　以上は，半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』信山社（2003年）12～39頁による。

第４章　債務関係の消滅

第５章　請求権の移転

第６章　債務引き受け

第７章　多数当事者の債権関係

第８章　個々の債務関係

第１節　売買，交換

この中の434条が物の瑕疵の規定で，品質に対する消費者の期待を保護する規定となっている。

第３款は「消費用品の売買」とされ，474条から479条まで詳細な規定が置かれている。　以下略

ドイツにおいても消費者保護法制の取り入れは，EC 指令という外部からの圧力がなければもっと遅れていたわけであるから，そのような圧力のない日本においてはより困難であろう。しかし，看過してならないのは，ドイツでは，そのような外圧の存在しない1978年に，既に連邦司法大臣が改正計画を提案し，鑑定意見の作成が民法学者に委託され，1984年に債務法改正委員会が設置され，1991年に最終報告書が提出されていたという事実である。これは，明らかにドイツの法律家，民法学者の学問的資質と力量の高さを表している。日本の法律家，民法学者は，ドイツ（実は EU に加盟する全ての国に共通するが）の経験に学ぶべきではないだろうか。

4　労働契約法

１．労働市場においては，1947年の労働基準法制定以降，先進的な労働法が整備されたが，企業においては必ずしも法令の規定が遵守されず，一方では日本型雇用慣行が定着していた。従って，労働基準法の規定が十分に遵守され，それに対して「規制緩和」や「自由化」が求められるという状況ではなかったが，それにもかかわらず，労働法の外側から，労働規制に対する緩和

の要求が突きつけられ労働基準法の改正が繰り返された。そして80年代に，労働者派遣法（1985年）が制定された。

一方では1975年の国際婦人年を契機に世界行動計画が策定され，1977年には国内行動計画が策定され，1980年に女子差別撤廃条約に署名し，1985年に批准したことを反映して，男女雇用均等法が1985年に制定されている。

労働者派遣法，男女雇用均等法は，雇用の弾力化に対する財界の要求と，派遣労働者・女性労働者の保護を抱き合わせにした法律であると評価できる。[*19]

それまでの労働条件の保護法の中核であった労働基準法の外部に，これらの新規立法が加わったことは，保護領域の拡大と保護の豊富化を意味している。しかし，同時に，そうした新規の立法は，法律の直接的規制に代えて労使の自治に扱いを委ねるとか，労基法の刑罰を伴う厳格な基準以外に，努力義務や指針といった指導基準のような緩和された基準を導入するなど，全体として労働基準の弾力化と多様化をもたらしている。

労基法の改正も同様であって，40時間労働制への転換とあわせて多様な変形時間制や裁量労働制などの弾力化を採用し，しかもそれを労使協定の取り決めを通じて運用する仕組みが取り入れられている。伝統的な保護法規のあり方を変質させる可能性がある。

90年代末の法改正は，さらに規制緩和を進めた。労働契約期間の上限規制の緩和，１年変形労働時間制の要件の緩和および裁量労働制の適用範囲の拡大，均等法の改正と女性の保護の撤廃，職業安定法の改正と有料職業紹介事業の原則自由化，さらに派遣対象業務をネガティブリスト化する派遣法の改正などである。

日本型労使慣行と呼ばれたものが大きく崩れ，成果主義賃金体系が拡がっている。あわせてリストラに伴う解雇も依然として減っていない。このよう

＊19　片岡昇「規制緩和政策と社会的人権ならびに労働法の課題」『規制緩和と労働者・労働法制』旬報社（2001年）13頁。

な動きの背景には，アメリカ型の経済システムをみならうべしとの考え方があり，それを表明したのが1995年に出された日経団連の「新時代の『日本的経営』」という文書である。そこでは，労働者を①長期蓄積能力活用型，②高度専門能力活用型，③雇用柔軟型に区分し，それぞれ別個の処遇を行うこと，長期蓄積型の比率を下げることが提言された。これは，事実上の終身雇用慣行解体宣言であった。こうして，非正規労働者（パートタイム，アルバイト，嘱託，派遣労働者，契約社員）が正社員に代替する動きが強まった。これを年表で示すと次のとおりである。

1995年　育児・介護休業法制定

1997年　雇用機会均等法改正

1998年　労働基準法改正

1999年　労働者派遣事業法改正，職業安定法改正
　　国営企業・特定独立行政法人労働関係法制定

2000年　雇用保険法改正

2001年　雇用対策法改正

2003年　労基法改正，労働者派遣事業法改正，
　　特定独立行政法人等労働関係法制定

2．労働契約法をめぐる動き

厚生労働省は，現在「労働契約法制」の制定を進めている。2004年４月に厚生労働大臣のもとに，「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」（座長・管野和夫）が設置され，2005年４月13日に「中間取りまとめ」を公表した。９月15日に最終報告が出された。

「最終報告」は，労働契約法の必要性について，５つの理由をあげている。

① 就業形態・就業意識の多様化に伴う労働条件決定の個別化の進展

② 経営環境の急激な変化

③ 個別労働関係紛争の増加

④　集団的労働条件決定システムの機能の相対的な低下

⑤　労働者の創造的・専門的能力を発揮できる自律的な働き方に対応した労働時間法制の見直しの必要性

求められる労働契約法は，①「労使当事者が社会経済状況の変化に対応して実質的に対等な立場で自主的に労働条件を決定すること」を促進し，紛争の未然防止等を図るため，②「労働契約に関する公正かつ透明なルールを定める」ことを目的にするとする。

5つの理由には，それなりの根拠がある。しかし，労働契約法の目的の①については，かなりの疑問が残る。それは，現実には労働者が使用者に対して従属的な地位に立っているということから生じる疑問である。しかし，このことから労働契約法を否定するものではない。目的の②は，正当なものだからである。

提案されている労働契約法の性格は，労働基準法とは別の民事上のルールを定めたものであり，履行確保のための罰則は設けず，監督指導は行わない（行政の関与は情報収集・提供等の援助や指針の策定にとどめ，紛争には個別労働紛争解決制度によって対応）とする。したがって，従来の刑事法的な労働者保護法制とは明らかに異なり，民事ルールを基本にする新しい法律であって，このことが従来の集団決定ルールに影響を及ぼすことは明らかである。そこで，労働基準法についても労働契約に関するルールの明確化の観点から見直しを行い，労働契約法と労働基準法とがあいまって時代の変化に対応した適正な労働関係を実現するとされている。

理由の⑤に上げられているように，労働契約法は，労働時間法制の見直しと関係する。労働者の自律的な働き方に対応するための労働時間法制の見直しであるから，労使当事者が業務内容，労働時間を含めた労働契約の内容を実質的に対等な立場で自主的に決定できるようにするための労働契約法が不可欠となるとされる。しかし，「実質的に対等な立場で自主的に決定できる」かどうかは，従属性の点から疑問が残る。

「最終報告」は，労働契約法の具体的な方向として4つあげている。

① 労働条件の設定に係る運用状況を常時調査討議することができ，労働条件の決定に多様な労働者の意思を適正に反映させることができる常設的な労使委員会制度を整備する。これを就業規則の変更の合理性の推定等に活用する。

② 単に判例法理を明文化するだけでなく，今日の雇用労働関係の下におけるより適切なルールを定立し，労使当事者の自主的な労働条件の決定を促し個別の事案における予測可能性の向上を図るため，手続規定，任意規定や推定規定等を活用する。

③ 労働契約の成立・変動・終了に関して要件と効果を規定する。その際に検討すべき，主要な論点として，

ア 就業規則による労働条件の変更が合理的なものであれば労働者を拘束する等の判例法理[*20]を明らかにすること

イ 労働契約の変更に関し，労働者が雇用を維持した上でその合理性を争うことを可能とする「雇用継続型契約変更制度」の導入

ウ 配置転換の際に使用者が講ずべき措置についての指針

エ 出向を命ずるには労働契約，就業規則又は労働協約の根拠が必要であることの明示

オ 転籍に当たっては，転籍先の情報，転籍先での労働条件等を書面で労働者に説明して同意を得なければならず，書面による説明がなかった場合や転籍後に説明と事実が異なることが明らかとなった場合は，転籍を遡及的に無効とすること

カ 懲戒解雇，停職，減給の懲戒処分に当たっては，懲戒処分の内容，非違行為，懲戒事由等を書面で労働者に通知すること

キ 退職後の秘密保持義務を労働者に負わせる個別の合意等は，労働者の当該義務違反によって使用者の正当な利益が侵害されることを要件

---

*20 秋北バス事件，最大判1968年12月25日，民集22巻13号3459頁。

とする

ク　解雇は，労働者側に原因がある理由，企業の経営上の必要性又はユニオン・ショップ協定等の労働協約の定めによるものでなければならないこととし，また，解雇に当たり使用者が講ずべき措置を指針等により示す

ケ　解雇の金銭解決制度の導入。この場合，解雇についての紛争の一回的解決を可能とすることを目指す

④　有期労働契約の雇止めについてのルールの整備など有期契約労働者にも対応する。論点は以下の３つ。。

ア　有期労働契約締結時に契約期間が書面で明示されなかった場合には，期間の定めのない契約とみなす。

イ　労働契約法制の観点からも「有期労働契約の締結，更新及び雇止めに関する基準」で定める手続を必要とし，更新があり得る旨が明示されていた場合には，労働者が正当な権利を行使したことを理由とする雇止めはできないこととする。

ウ　契約期間満了後に引き続き期間の定めのない契約を締結する可能性がある場合にはその旨を明示させ，試用目的の有期労働契約の法律上の位置付けを明確にする。

これに付随して行われる労働基準法の見直しは，①契約期間の上限規制の趣旨が労働者の退職制限の防止に限られることの明確化。採用内定期間中の解雇予告制度の適用除外。複数の事業場で働く場合の労働時間の通算規定の見直し，労働条件明示や就業規則の記載事項・作成手続の見直しと，②第18条の２など民事的効力のみを有する規定を労働契約法に移行することである。

労使当事者が実質的に対等な立場に近づく努力をしつつ，自主的に労働条件を決定すること，及び紛争の未然防止等を図るため，労働契約に関する公正かつ透明なルールを定めることは，重要なことである。特に，従来の集団決定ルールがややもすると，大企業の正規労働者を中心に行使され，それ以

外の労働者の労働条件の決定には必ずしも十分に機能してこなかったこと，公務員の職員団体の中に集団決定ルールを利用して一般には公開できないような賃金・労働条件が作られていたことを考えると，労働者の個人の尊厳に基づく雇用条件の決定は重要であると考えられる。ただし，現実には労働者の使用者に対する従属性という現実があるので，その中で，個人の尊厳を守る労働契約の在り方を慎重に考える必要がある。

3．労働者の従属性と個人の尊厳

現代の労働者の多くが高等教育を受け，高い自己決定能力を有しているとしても，使用者に雇われて給与生活者として生活する限りにおいては，雇用契約上，使用者に対して労務を提供する義務をおっており，日常の業務においては，上からの指揮命令を受けるという意味で，従属的な立場にたっている。

大学を新規に卒業した者を優先的に採用し企業の内部で育成するというのでなくて，企業の外において労働者の能力を評価して採用するという外部労働市場が発達している場合には，この従属的立場は雇用契約の内容に即して判断されうるが，外部労働市場が発達していないか，あるいは市場で評価される一定の技能を有していない労働者の場合には，「解雇が直ちに生活手段の喪失」を意味するために，この従属性の程度は雇用契約上の義務を超えてきわめて厳しいものとなる。

従って，労働者の使用者に対する従属性の程度は，環境要因としての外部労働市場の発達と，制度的要因としての労基法・就業規則・労使協定・雇用契約の整備，社会的要因地としての労働組合の性格，人的要因としての労働者のもつ技能の希少性という４つの関数によって決定されると考えられる。

(1) 外部労働市場の発達

いわゆる理系の技術者については通年採用や途中採用という形で外部労働市場が発達している。マネージメントや会計など，経営に関する特殊な技能についても引き抜きや通年採用が増えてきている。しかし，一般の事

務系の場合はそこまでいたっていない。非正規労働者が増加しているために，一見すると外部労働市場が発達しているようにみえる。しかし，非正規労働者の外部市場の発達は，これまでの労働者保護の成果を切り崩すものであり，このままではとても評価することはできない。少なくとも，労働時間の長短や正規か派遣かという区別で，給与やフリンジベネフィットに差を付けることを認めるべきではない。

雇用形態の差は，あくまでも労働時間の選択や労務提供の場の選択に限定すべきであり，有給休暇，ボーナス，退職金，年金などの労働条件やフリンジベネフィットについては差を設けてはならない。

(2) 労基法，就業規則，労使協定，雇用契約の整備については，次の節の「労働法的規制のシステム」のところで述べるが，概略についていうと，かなり充実した労基法が制定されていても，現実には，それが十分に守られていないことが問題である。労使協定も36協定にみられるように不十分なものが多く，雇用契約もその内容が労働者にきちんと説明されているとはいえない状況である。

(3) 労働組合の性格

日本の労働組合が企業別であること，若年労働者に顕著であるが加入率が極めて低いこと，法律にのっとらないヤミ取り決めが少なくないことなど問題をかかえている。これらは組合が企業の不当な指揮命令権の発動に対して十分に戦える能力を持っていないことを示している。そのため，不当な処遇を受けた労働者は，しばしば組合の助けを借りずに，裁判という手段（雇用契約の存在の確認などの民事ルール）を通じて自らの権利を守らなければならないことがある。

(4) 労働者のもつ技能の希少性

先端的なテクノロジーの分野における技術者，最新の経営アイデアや経営技術の持ち主，高度な金融・会計の知識の持ち主，高い実績を有する投資マネージャーなどは，現在の日本においても外部労働市場が発達してお

り，使用者に対する従属性は低いと考えられる。研究実績のある研究者，パイロット，医者，役者やスポーツ選手なども同じように考えられる。しかし，彼らが労働者の中に占める割合は低い。圧倒的に多くの労働者は，比較的代替可能な技術・技能の持ち主と考えられる。

以上のことからすると，日本においては，労働者の使用者に対する従属性は依然として強い。それらを改善するためには，法律の整備と労働組合の質の強化がもとめられる。しかし，そのためには，統制型の組合運動では不十分である。多くの組合が会社一体意識や選挙のときの1党支持，強制的選挙カンパといった従来の運動から抜け出すことができない。現状をうち破っていくためには，組合運動における労働者の個人の尊厳を承認し，民主的討議に基づく自律的労働組合運動が必要になるが，現状ではまだまだ不十分であると言わざるを得ない。

4．労働法的規制のシステム

新しい労働法的規制のシステムについて，西谷敏は次のように述べている。[*21] 労働法はなによりも使用者の単独決定に対する規制システムとして捉えるべきである。1980年代以降に各国で強まってきた労働法の弾力化論や規制緩和論は，労働法の存在根拠が使用者の単独決定の規制にあることを改めて認識させた。近代社会以降，労働者と使用者の関係は形式的には労働契約を媒介とする対等の関係として形成されるが，労働者の経済的従属性のゆえに，労働をめぐる諸条件は事実上使用者が一方的に決定するのが常であった。

そうした状況への対応として登場した労働法は使用者の単独決定を規制し，それに枠をはめることを中心的な任務とせざるをえなかった。また労働組合が労働者相互の協定や団体交渉を通じて使用者の単独決定を規制していった。この労働者保護法と労働組合の法認が2大制度となった。

労働法が使用者の単独決定を規制するシステムであるという認識は，弾力

＊21　以下の叙述は，西谷敏『規制が支える自己決定』法律文化社（2004年）248～252頁による。

化・規制緩和論者とそれほど異ならない。違うのは，労働法の弾力化論が，国家法的規制や集団的規制が個別使用者の自由を過度に制約しているとして，規制の緩和を主張するところである。

資本主義の競争社会である以上，労働法や労働協約が個別企業の自由を過度に制約し，それが経済発展を阻害することはありうる。また，経済の発展が雇用保障や労働条件の確保の不可欠の前提条件でもある。それゆえ，労働法が使用者の単独決定を規制しようとするあまり過剰になってはいけない。また，時代の変化によって規制が過剰なものに転化することもありうる。

しかし，他方で，労働法が使用者の単独決定を十分に規制していないために，社会的に容認できない事態が生じる危険のあることも明白である。さらに，企業や労働の変化によって新たな規制が必要になることもありうる。このように，労働法的規制においても，経済・社会の変化とともに，絶えず「過剰」と「過少」の可能性が生じるのであり，労働法の在り方を構想するにあたってはいずれの可能性も無視できない。

西谷は，使用者の単独決定を規制しうるもうひとつの要素として労働契約および労働者の個別的合意を位置づけようとし，次のように述べる。労働契約も契約である以上，その内容が法的に使用者を拘束するのは当然である。労働契約のうち実質的内容をもつ条項は労働者の同意なくして変更できないという意味で使用者の単独決定を規制しうる。職務の内容や就業場所が労働契約で明示され，使用者がそれを一方的に変更しえないというヨーロッパ諸国の慣行はその一つの例である。

日本では労働契約が使用者を拘束することが使用者の常識であったとはいえない。そして，日本的経営の変貌のなかで，形式的にのみ理解された労働契約の利用が拡がろうとしている。こうした観点からすると，労働契約をその精神に即して実質化することが不可欠の課題となる。これまで，ひとつのまとまりとして外面的にとらえられていた労働契約を当事者である労働者と使用者に分解し，両者の間にある緊張関係を視野に入れることが必要となる。

それによって労働者が一個の規制主体としても把握され，その自己決定が使用者の単独決定を規制しうることが明確になる。

このように考えると，労働法が使用者の単独決定を規制する手段として用意するのは，国家法，集団的規制，労働契約・個別的規制の3つとなる。

以上の西谷の論理は明快であり，説得力に富む。ただし，労働契約を個別的規制と同視し，労働者を一個の規制主体として把握する点には同意できない。これは，労働法を使用者の単独決定を規制する手段として把握することから導かれているようだが，既に2章で述べたように，契約を競争秩序における編成原理として把握する考え方（制度としての契約）からすれば，規制と競争は原理的に明確に区別されなければならないからである。

5．労働法的規制システムにおける自己決定

本稿において，労働者の自己決定を問題とするのは個別的労働関係である。使用者と労働者の間における個別合意が労働者の実質的な意思を反映しうるための条件はなにか。[*22]

(1) まず労働契約の締結を考えてみよう。労働契約は新規採用の場合だけでなく，転籍でも問題となる。転籍は法的には旧契約の解消と新契約の締結であり，その都度労働者の同意が必要とするのが判例・学説の立場である。転籍を労働契約上の地位の包括的譲渡と解する場合にも，民法625条1項により労働者の承諾が必要である。

出向は，旧契約が存続するので転籍とは異なるが，出向先の使用者との間においても労働契約が締結され，2重の労働契約が生じるとするのが多数説である。この理解からは，出向についても労働者の個別的同意が要求されるが，判例は異なる。さらに，転籍について重大な例外を認めたのが，2000年に成立した「会社分割に伴う労働契約の承継に関する法律」で，会社分割の手続によって企業の一部門が別会社化される場合に，それまでの

＊22　以下の叙述は，西谷敏・前掲書360～396頁による。

従業員はその意思いかんにかかわらず別会社に承継されることとなった。

以上の点からすると，労働契約の締結において現行法や判例は必ずしも労働者の自己決定を尊重しているとはいえない。

(2) 労働契約による労働条件の決定はどうか。労働条件が事実上労働協約や就業規則によって決定される場合であっても，法的には協約や就業規則の内容が労働契約の内容として取り込まれることによって，初めて効力を有すると考えるべきである。これを化体説と呼ぶそうだが，西谷は化体説こそが労働条件台頭決定の原則を宣言した労基法2条1項の趣旨に適合するとする。

化体説の立場からすれば，所与の労働条件がもともとは協約や就業規則によって決定されたものであっても，労働者の同意なしに協約や就業規則の変更によって引き下げられることは認められない。所与の労働条件の下で長年就労してきた労働者にとって，その条件への期待が生じるのは当然であって，この期待は法的保護に値する。

実は現在でも労働条件が労働契約によって具体的に決定される場合は少なくない。さらに，労働条件の個別化の進行とともに，労働契約で決定される労働条件の範囲は必然的に拡大する。

(3) 労働契約における合意は包括的合意と特定の合意に区別される。判例は，使用者による転勤命令や時間外労働命令の正当性を認める場合に，包括的合意を根拠とするが，これは問題であって，労働者のその都度の同意を要すると解すべきである。

(4) 労働関係における自己決定は2重構造になっている。労働者の自己決定は使用者に対する従属状態でなされるため表明した意思が労働者の真意から隔絶したものとなる危険が常に存在する。労働関係においては労働者の自己決定が2重構造をもつ場合が多い。従って，労働者の真意を問うことなく，表示された自己決定を前提にするという考え方には西谷は賛成しない。労働法の課題は，この2重構造を自覚的に把握したうえで，労働者の

真意から隔絶した形式上の自己決定がそのままままかりとおることを防ぎ，労働者の新の自己決定の実現を図ることにある。労働契約についていえば，形式の一人歩きを阻止し，実質化を図るということである。

6．就業規則は約款と同じか

就業規則の法的扱いは難問である。現行の就業規則法制は常時10人以上の労働者を使用する使用者に対して就業規則の作成を義務づけている。しかし，作成及び変更にあたっては過半数労働組合または過半数代表の意見を聞くだけで良く，使用者は過半数代表等の意思を無視してでも就業規則を作成し，不利益変更を行うことができる。最高裁は1968年の秋北バス事件大法廷判決において，就業規則が合理的な労働条件を定めているものであるかぎり，経営主体と労働者の間の労働条件は，その就業規則によるという事実たる慣習が成立しているものとして認め，労働者が就業規則の存在及び内容を現に知っていると否とにかかわらず，また，これに対して個別的に同意を与えたかどうかを問わず当然にその適用を受けるとし，就業規則の不利益変更についても，労働者に不利益な労働条件を一方的に課することは原則として許されないとしつつ，労働条件の画一的な決定を建前とする就業規則の性質からいって，当該規則条項が合理的なものであるかぎり，個々の労働者においてこれに同意しないことを理由として，その適用を拒否することは許されないとした。[*23]

西谷によると現在の学説は，最高裁の見解は約款に関する従来の通説的理論を就業規則に応用したものであるとし，定型契約説として積極的に評価する見解が有力になりつつある。しかし，このような考え方はおおいに疑問である。まず，労基法15条の労働条件明示義務は，就業規則について労働者がその内容を周知させられることを要求していると解すべきであり，そこにおいて明治された労働条件の変更については労働者の同意が必要なはずである。

＊23　最大判1968年12月25日・民集22巻13号3459頁

就業規則が存在するとか，単に文書が手渡されたというだけでは就業規則を労働契約の中に取り込むことについて不十分といわなければならない。不利益変更についても同様である。内田貴は，就業規則を約款と同視しても一方当事者による契約条件の事後的変更は，他方当事者の同意がないかぎり認められないはずと指摘する。[*24]

最高裁の論理は，労働条件の画一的決定を最大の論拠にしているが，労働条件の個別化の進行とともに，この根拠は薄れつつあるというべきである。学説の中には，労働者の包括的合意を根拠にするもの，関係的契約観によって正当化しようとする者などがあるが，必ずしも十分な説得力を有するとは言えない。

参考文献

内田　貴『契約の時代』岩波書店（2000年）

大村　敦『契約法から消費者法へ』東大出版（1999年）

大村　敦『消費者法・第2版』有斐閣（2003年）

片岡　昇「規制緩和政策と社会的人権ならびに労働法の課題」『規制緩和と労働者・労働法制』旬報社（2001年）

唐津　博「労働契約法の制定に向けて」ジュリスト1292号

潮見佳男編『消費者契約法·金融商品販売法と金融取引』経済法令研究会（2001年）

西谷・中島・奥田編『転換期労働法制の課題』旬報社（2003年）

西谷　敏『規制が支える自己決定』法律文化社（2004年）

日本弁護士連合会『消費者法講義』日本評論社（2004年）

原島重義「約款と契約の自由」『現代契約法大系1』有斐閣（1983年）

半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』信山社（2003年）

星野英一「契約・契約思想の歴史と比較法」『岩波講座基本法学』第4巻（1983年）

安井　宏『法律行為・約款論の現代的展開』法律文化社（1995年）

山下末人『法律行為論の現代的展開』法律文化社（1987年）

＊24　内田貴『契約の時代』122頁。