

労働市場法の現状と課題

沼田 雅之

はじめに

- 1 労働者派遣法の迷走と労働市場法
- 2 労働市場法における調整原理としての人権・基本権論の可能性
- 3 労働市場法の理念を具体化する媒介項
- 4 労働市場法の対象は雇用か職業か

さいごに

はじめに

労働市場法の重要性と迷走

労働市場法とは、一般的には、職業安定法、雇用対策法、雇用保険法、労働者派遣法などの法律群を指す。これらの法に共通する特徴は、「求職者又は失業者に雇用機会を提供し、失業中の生活を保障するといった雇用関連サービスの提供を目的」としていることにある⁽¹⁾。そして、これら労働市場法はいわゆる「外部労働市場」をそのおもな対象とする。

ところで、近年の非正規労働者比率の上昇・高止まりは、労働市場法の重要性を浮かび上がらせた。なぜなら、非正規労働者は、正規労働者よりも外部労働市場との接触機会が多いからである。実際、非正規労働者の平均勤続年数は、一般労働者に比して短い⁽²⁾。

また、正規労働者にとっても労働市場法は重要である。新規学卒就職者の3年以内離職率は、大卒の場合、近年約30%前後で推移している⁽³⁾。また、一般労働者の離職率は12%前後である⁽⁴⁾。「一般労働者」は、正規労働者とイコールではないが、ある程度の実態は反映していよう。このように、正規労働者にとっても外部労働市場と無関係ではいられないのである。

このように重要性を増す労働市場法であるが、これら労働市場法は、はたしてその役目を十分に果たしているだろうか。この点、本稿では、労働市場法、とりわけ労働者派遣法の迷走の原因につ

(1) 鎌田耕一『概説 労働市場法』（三省堂、2017年）5頁。

(2) 2016年の平均勤続年数は、一般労働者の11.9年に対して、短時間労働者は5.7年である（厚生労働省「賃金構造基本統計調査」より）。

(3) 厚生労働省「新規学卒就職者の学歴別就職後3年以内離職率の推移」より。なお、2014年3月大卒の3年以内離職率は、32.2%である。

(4) 厚生労働省「雇用動向調査」より。最新の2016年統計では、11.4%である。

いて論じてみたい。私見として、なお人権・基本権論が、労働市場法の指導理念たりうる可能性についても言及する。

働き方の変化と労働市場法

技術革新にともなう働き方の変化が労働市場にあたえる影響を無視することはできない。インターネットやAI技術の進展といった技術革新は、兼業、副業そして複業を増加させ、あるいは、雇用と自営業主との間の垣根も低くする可能性がある。このような変化を前に、労働市場法はそれらの受け皿となりえるだろうか。

本稿は、労働市場の現状と課題について、これらの点から検討するものである。

1 労働者派遣法の迷走と労働市場法

1 労働者派遣法の迷走

労働市場法の中でも、近年シビアな議論が展開されてきたのが労働者派遣制度である。1985年に制定された労働者派遣法は、人材派遣業の一部を解禁した。制定当初の労働者派遣法には、「高学歴女性の専門的労働市場をつくるという大義名分」があったとされる⁽⁵⁾。しかし、その後数次の改正を経て、労働者派遣制度は大きく変貌を遂げた。直近の大改正である2015年改正労働者派遣法にいたっては、「これはもはや労働者派遣法ではない」とまで称されるように変質している⁽⁶⁾。

また、改正ごとに多様な法政策が反映され、「モザイク的な制度」⁽⁷⁾になってもいる。その背景として、「ときの政治力学の変化により右に左に振られる運命にあった気の毒な法律」⁽⁸⁾であることが指摘できよう。

なぜ、労働者派遣法のこのような迷走が許されたのであろうか。

2 体系化されていない労働市場法

労働者派遣法の迷走を許した理由の一つは、労働市場法が体系化されていないことに求められよう。

(1) 不完全に体系化された実定法レベルの労働市場法

①基本法の出自の違い

そもそも労働市場法は、実定法レベルからして体系化されているとはいいがたい。この分野の基本法としてまず挙げられるのは、1947年制定の職業安定法であろう。日本国憲法の職業選択の自由(22条)と労働権(勤労の権利)(27条)の規定を具体化した職業安定法は、間接雇用の原則禁止(職安法44条)を定めるなど、「労働三法」に匹敵する重要法である。とはいえ、戦時体制下の

(5) 浜村彰ほか「座談会 改正労働者派遣法の問題点と課題」『労働法律旬報』1870号(旬報社、2016年)17頁〔毛塚勝利〕。また、高梨昌編著『詳解 労働者派遣法(第3版)』(エイデル研究所、2007年)29頁も参照。

(6) 浜村彰「これはもう労働者派遣法ではない」『労働法律旬報』1847号(旬報社、2015年)4頁。

(7) 島田陽一「これからの雇用政策と労働法学の課題」日本労働法学会編『講座労働法の再生 第6巻』(日本評論社、2017年)脚注(23)72頁。

(8) 浜村・前掲注(6)5頁。

職業紹介法（職業紹介事業の国家独占）⁽⁹⁾の手法と発想を相当に受け継いだものでもあった⁽¹⁰⁾。この職業安定法は、職業紹介事業の原則自由化をおもな内容とする1999年改正まで、その骨格を維持してきたのである。

一方、高度成長期の労働力不足に対応すべく、政府は、積極的労働政策の基本法とも位置づけられている⁽¹¹⁾雇用対策法を制定する（1966年）。この雇用対策法は、制定当初からその目的の一つとされている完全雇用の達成（雇対法1条）にみられるように、ケインズ経済学の考えを色濃く反映している⁽¹²⁾。

このように、労働市場法の基本法たる性格を有するこの二法は、その出自からして、そもそも異なる性格を有している。

②基本法の不存在

また、現行の雇用対策法は、「国は、……次に掲げる事項について、必要な施策を総合的に講じなければならない」（雇対法4条）として、職業指導及び職業紹介、職業訓練及び職業能力検定など、12の施策を挙げる。このような雇用対策法の現在の性格からいって、雇用対策法を労働市場法全体の基本法と位置づけることもできよう⁽¹³⁾。一方で、雇用対策法の定義規定（雇対法2条）には、職業安定法の定義を引用する部分もあるなど、その主従関係ははっきりしない。

③目指すべき「職業」像を欠いた労働市場法

職業安定法の目的の一つは、「職業の安定」（職安法1条）である。これを雇用対策法と相まって図ることとしている（職安法1条）。一方、雇用対策法の目的にも「職業の安定」がある（雇対法1条、3条）。このように、労働市場法では「職業の安定」が重要な利益とされている。

しかし、安定を目指すべき「職業」像はいずれの法律においても明らかにされていない。かろうじて「各人にその有する能力に適合する職業」（職安法1条）とあるのみである。しかし、その「職業」がどのような状態（たとえば良質の雇用など）かはまったく不明である。このように評価基準が不明確なままで、はたしてその「安定」性を確保することは可能であろうか。

非正規労働者の拡大の原因は、労働市場法の中に目指すべき「職業」像が明らかにされていないことにも求められよう。

④原則と例外の逆転

かりに職業安定法が労働市場法の基本法の一つとして位置づけられるとすれば、そこに示された規範は、原則となろう。しかし、現状は、その原則と例外が逆転している場合がある。

(9) これを諏訪教授は「いわゆる1940年体制」という（諏訪康雄『雇用政策とキャリア権——キャリア法学への模索』（弘文堂、2017年）22頁）。

(10) 諏訪・前掲注（9）22頁。

(11) 菅野和夫『労働法〔第11版補正版〕』（弘文堂、2017年）44頁。

(12) 諏訪・前掲注（9）23頁。

(13) 荒木教授は、雇用対策法を労働市場法の基本法と位置づける（荒木尚志『労働法〔第3版〕』（有斐閣、2016年）732頁）。

人材派遣業は、労働者派遣法が制定されるより前は、職業安定法の労働者供給事業に該当する違法な事業であった。1985年に制定された労働者派遣法は、この違法であった人材派遣業の一部を解禁したにすぎない。実際、いまでも労働者供給事業の原則禁止規定は、廃止されていない（職安法44条）。

しかし、現在の労働者派遣事業は、一部の業務への派遣を除けば完全に自由化されている。現実には、労働者派遣の方が原則で、一部が例外的に禁止されているとも評価できる実態がある。

はたして、この状態を体系的に説明できるのであろうか。労働市場法は、この点だけみても、体系的に整理されているとはいえない。

(2) 労働市場法の体系化に消極的であった労働法学

①初期の労働法学の対応

初期の労働法学は、この「労働市場法」には関心を示さず、1966年の雇用対策法の制定前後から、ようやくこの分野にも研究の目が向けられるようになったとされる⁽¹⁴⁾。たとえば、1987年清正寛『雇用保障法の研究』⁽¹⁵⁾は、体系書とはいえないものの、体系的説明を試みている。また、松林和夫の『労働権と雇用保障法』⁽¹⁶⁾は、この分野における比較的初期の体系書に位置づけられよう。

しかし、これら初期の労働市場法の体系化の試みは、1985年の労働者派遣法の制定、1999年の労働者派遣法・職業安定法の改正など、その後の労働市場法の変化には対応できなかった。その後、労働市場法の体系化の努力は途絶える。めまぐるしく変わる労働市場法の動向に追いつくのが精一杯で、これらの法領域を体系的に論じようという機運が生じなかったのであろう。

②体系書にみられる理解

労働法全体を対象とする体系書では、菅野教授のものが詳しい。菅野教授によれば、労働市場法の基本原則を、1) 憲法22条の職業選択の自由等に根拠を求めつつ、法規整の限界を定める自由主義的の原則と、2) 憲法27条の勤労の権利を根拠とする法規整の方向（目標）を定める社会国家原則に求める。そして、両原則が抵触する場合は、必要かつ合理的な範囲の立法に限定されるとする⁽¹⁷⁾。しかし、菅野教授の労働権（勤労の権利）の解釈⁽¹⁸⁾は、古典的な立場にあり、後述のように憲法学の学説動向が考慮されていない。

荒木教授は、基本的に菅野教授の立場を支持しているようである。しかし、労働者派遣を、非典型（非正規）雇用の章で説明⁽¹⁹⁾するなど、労働市場法の一般的な理解との差異がみられる。

一方、西谷教授は、「労働市場法」と称することに反対し、「雇用保障法」とする。西谷教授は、

(14) 島田・前掲注(7)70頁。

(15) 清正寛『雇用保障法の研究』（法律文化社、1987年）。

(16) 松林和夫『労働権と雇用保障法』（日本評論社、1991年）。

(17) 菅野・前掲注(11)41-42頁。

(18) 菅野教授は、勤労権（労働権）を、①労働者が自己の能力と適性を活かした労働の機会を得られるように労働市場の体制を整える義務と、②労働の機会を得られない労働者に対し生活を保障する義務という、2つの政策的義務と捉える（菅野・前掲注(11)26-27頁）。

(19) 荒木・前掲注(13)521頁。これが荒木教授の体系的理解だとすれば、疑問が生じる。

労働権（勤労の権利）を、自己の能力と適性を活かすことができ、内容的にもディーセントといえる適職につく権利と理解する。そして、「雇用保障法」と称すべき根拠を、ここに求めているのである。問題は、憲法 27 条の労働権（勤労の権利）に、適職につく権利が含まれると解しえるかであろう。

③労働市場法の体系化の新たな試み

最近になって、労働市場法の領域を体系化しようという動きもみられるようになった。2017 年に相次いで刊行された、諏訪康雄『雇用政策とキャリア権——キャリア法学への模索』や鎌田耕一『概説 労働市場法』がそれである。とはいえ、諏訪教授の著作は、これまでの論文をまとめた論文集であるという性格をでないという点で限界がある。一方、鎌田教授の著作は、労働市場法の憲法上の根拠である職業選択の自由や労働権（勤労の権利）に関する考察という点で、十分なものとはいえない。

このように、労働法学の側も、労働市場法の体系化には消極的であったし、まだまだ発展途上の法領域である。このような労働法学の対応も、あるいは、労働者派遣法などの迷走を助長したといえよう。

3 労働市場法における人権・基本権論の相克

労働者派遣法の迷走の原因の一つは、労働市場法における学説の相克という状況にもあろう。

(1) 「新時代の『日本的経営』」

1990 年代以降に顕著にみられるようになる労働分野の規制緩和に対して大きな影響を与えたのは、日経連の「新時代の『日本的経営』:挑戦すべき方向とその具体策」(1995 年)であろう。周知のように、この「新時代の『日本的経営』」では、労働者を「長期蓄積能力活用型グループ」「高度専門能力活用型グループ」「雇用柔軟型グループ」の 3 つに分けるべきことを提言した。その後、労働市場法においても、1999 年の労働者派遣法・職業安定法の改正にいたる。

(2) 「労働市場アプローチ」の登場

「新時代の『日本的経営』」に呼応するように、労働法学においても新たな立場が表明される。代表的なものは、菅野教授と諏訪教授の共著による「労働市場の変化と労働法の課題——新たなサポート・システムを求めて」⁽²⁰⁾である。この 1994 年の論文は、長期雇用が縮小し、雇用が流動化するとの予測のもと、「『相対的な弱者』あるいは『もはや弱者とみるべきではない』」労働者が登場している⁽²¹⁾として、「個人として市場で評価されるだけの職業能力を備え、市場取引に必要な判断能力を有し、自己の責任でリスクを引き受けながら取引を行うという労働者像」⁽²²⁾を想定した、

(20) 菅野和夫・諏訪康雄「労働市場の変化と労働法の課題——新たなサポート・システムを求めて」『日本労働研究雑誌』418号（独立行政法人労働政策研究・研修機構、1994年）2頁以下。

(21) 菅野・諏訪・前掲注(20)7頁。

(22) 菅野・諏訪・前掲注(20)8頁。

新たな立法政策の必要性を提起している。具体的な政策提言としては、外部労働市場政策に限っても、①転職へのサポート・システムの必要性、②職業紹介機関の役割の再編成、③派遣労働の拡大などが示されている⁽²³⁾。これをここでは「労働市場アプローチ」とする。

この「労働市場アプローチ」が与えた影響は大きい。前述のように、②職業紹介機関の役割の再編成や、③派遣労働の拡大などは、1999年に実現したことが確認されなければならない。

(3) 労働市場政策の進展と人権・基本権論

このような「労働市場アプローチ」による急速な労働市場政策の展開は、一方で「規制緩和」政策とされ、否定的な評価もなされた。そして、このような「労働市場アプローチ」には、人権・基本権論が対峙しえなくてはならない。

規制緩和政策が展開される以前、労働法学が人権・基本権に関心をもったのは、憲法28条の労働基本権であった。もちろん、憲法27条の労働権（勤労の権利）に関する初期のすぐれた業績⁽²⁴⁾はあったものの、大きな関心もたれてきたわけではない。むしろ、戦後労働法学が憲法28条の労働基本権を解釈するにあたっては、戦後期に高揚した戦闘的労働組合の活動をどう評価するかという、すぐれて実践的課題に直面したわけである。とくに、生存権優位の発想から労働基本権を意義づけようとする、沼田労働法学やその影響下にあった戦後プロレーバー労働法学の立場は、とくにそうだった。

しかし、1970年代には、労働組合やそれを取りまく社会情勢の急速な変化を前に、その影響力は低下してきた。当の沼田教授自身が、人間の尊厳論⁽²⁵⁾を打ち出したことがその証左である。

ところが、この人間の尊厳論は、不幸にも十分な理論的深化を遂げなかった。戦後プロレーバー労働法学を領導された沼田教授の「転向」⁽²⁶⁾は衝撃的であったためであろう。

その後、この人間の尊厳論は、西谷教授によって「自己決定権」論に高められる。たとえば、1992年に西谷教授が刊行した『労働法における個人と集団』⁽²⁷⁾がそれである。

しかし、この「自己決定論」には（結果として）構造的な問題を内包していた。なぜなら規制緩和を進展させようとする立場の労働者像と、この「自己決定論」が想定する労働者像は、交錯するからである。たとえば、前述の菅野・諏訪両教授による論文で述べられている「自己の責任でリスクを引き受けながら取引を行うという労働者像」⁽²⁸⁾と「労働者を自由で自立した主体」⁽²⁹⁾として把握する「自己決定論」の労働者像の同質性は、否定できないところである。西谷教授は、その後この「自己決定権」の立場を『規制が支える自己決定』（法律文化社、2004年）にて修正を試みることになる。

(23) 菅野・諏訪・前掲注(20)9-11頁。

(24) 石井照久『労働権』（中央労働学園、1948年）。

(25) たとえば、沼田稲次郎「序章 労働法の基礎理論 社会変動と労働法学」沼田稲次郎編著『労働法事典』（労働旬報社、1979年）3頁以下。

(26) これが沼田教授の「転向」といえるかは、なお慎重な検討が必要に思う。

(27) 西谷敏『労働法における個人と集団』（有斐閣、1992年）。

(28) 菅野・諏訪・前掲注(20)2頁以下。

(29) 西谷・前掲注(27)67頁。

また、このころ脇田教授は、『労働法の規制緩和と公正雇用保障』（法律文化社、1995年）を上梓される。ここでは公正労働条件の保障の根拠を、おもに国際人権規約やILO条約に求める形で論旨が展開されている。これも、人権・基本権論と捉えることができよう。しかし、この著書では、労働者派遣制度そのものへの強い批判が展開され、人権・基本権という点から利害の調整を目指そうというものではなかった。

さらに、日本国憲法の条文構成から、規制緩和論に反論を試みた論考もある⁽³⁰⁾。すなわち、憲法25条以下の社会権の規定の後に29条の財産権規定があることを根拠として、市場原理に基づく自由な効率的競争を促進する規制緩和論に否定的な評価がなされている。これも、ある種の人権・基本権論と評価できよう。しかし、この段階では、それ以上に、理論的展開がなされることはなかった⁽³¹⁾。また、具体的立法政策に対して、調整の視点を示したわけでもない。

(4) 小括

労働市場法の規制緩和に対して、「労働市場アプローチ」と人権・基本権論は、ときには論理的に交錯し、ときには鋭く対立するという形で、互いに調整の糸口を見いだすことはできなかったといってよい。このことは、労働者派遣法が「ときの政治力学の変化により右に左に振られる運命にあった気の毒な法律」と評される遠因となったともいえる。

2 労働市場法における調整原理としての人権・基本権論の可能性

1 規制緩和に対する一般的評価

規制緩和政策は、この社会では全面的に否定されてきたわけではない。むしろ、規制緩和政策は、総論としては市民社会に受け入れられているという現実がある。たとえば規制緩和政策の目的の一つである国際競争力の強化は、市民生活を豊かにするものと信じられているからこそ、市民社会で受け入れられてきた。

問題は、この国際競争力の強化という目的の一つをとっても、それは経済活動の自由の拡大だけでは実現しないものである⁽³²⁾。家庭生活や地域活動を担う市民、そして雇用社会の主たる担い手である労働者（勤労者）が豊かでなければ、いずれ企業の活力は奪われることになる。具体的な立法政策においては、このようなマクロ的視点からの利害調整が求められるはずである。

そして、人権・基本権は、その利害調整の視点を提供しうる可能性がある（ここでは、労働立法

(30) 深谷信夫「規制緩和と労働法制」『労働の科学』54巻5号（労働科学研究所、1999年）276-277頁。

(31) その後、水林彪「『憲法と経済秩序』の近代的原型とその変容——日本国憲法の歴史的位置」『季刊企業と法創造』9巻3号通巻第35号（商事法務、2013年）が、憲法史の立場から「『営業の自由』はもはや『基本的人権』とは観念されなかった」と推論したのを根拠に、深谷教授は、「規制緩和論の描く社会像と、日本国憲法と労働法が描く社会像とは、異質なものである。」と、あらためて主張している（深谷信夫「自由な企業活動と日本国憲法の原理」西谷敏ほか『日本の雇用が危ない——安倍政権「労働規制緩和」批判』（旬報社、2014年）158頁）。

(32) 唐津博「日本における労働法の規制緩和政策——労働法規制の規範論」『労働法律旬報』1865号（旬報社、2016年）11頁。

政策における「人権・基本権アプローチ」と称する)。この点、筆者はすでに別稿⁽³³⁾で検討したので、ここでは簡単に触れておくことにとどめておきたい。

2 最近の憲法学の議論

人権・基本権アプローチという以上、憲法学の議論を参照しないわけにはいかない。

ところで、憲法学における基本的人権に関する議論は、それが通説を形成しているか否かはともかく、基本的人権規定の「私権化」という方向に進化しているといつてよい。

後に述べるように、最近の憲法学説には、憲法27条の「勤労権は、適正な労働条件もしくは(人間の尊厳を侵害しない)良好な労働環境の元で働き続ける権利(いわば適正雇用維持権)を含む」⁽³⁴⁾とする見解があるが、これは、「私権化」議論の典型である。

人権・基本権アプローチでは、このような憲法学等の成果をとりこみながら考察することがのぞまれる。そして、新たな憲法的価値を発見し、これに基づき、新たな自由・平等のあり方を創造することが求められるのである。

3 持続可能性という新たな憲法的価値

(1) 憲法前文にみる「自由」「平等」とその持続可能性の利益

日本国憲法上、「自由」と「平等」が基本的な理念とされていることは、異論はなからう。

ところで、日本国憲法の前文にはつぎのような規定がある。まず、第一段落において「諸国民との協和による成果と、わが国全土にわたって自由のもたらす恵沢を確保」するとして、基本理念としての「自由」が確認されている。その後の基本的人権規定における「自由」の基調から、それが基本理念であることは論をまたない。

一方、第二段落では、「われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する。」として、平和的生存権が規定される。たしかに、「平和のうちに生存する権利」は、多くの憲法学説がいうように、具体的権利ではないかもしれない。しかし、「われら」が有している「希望」であることは間違いない。

また前文でいう「平和」は、「戦争」に対置して用いられており、その「戦争」は、これらの「恐怖」と「欠乏」を決定的に招いた象徴として位置づけられている。その具体的意味は、「恐怖」と「欠乏」がない社会が持続可能なことを願う「われら」が想定されているということである。そして、「恐怖」が自由(自由権)を奪われることであり、「欠乏」が健康で文化的な最低限度の生活(社会権)が脅かされることであるとすれば、ここにいう「われら」とは、基本的人権が尊重される社会の持続可能性を願う市民のことなのである。

(2) 持続可能性と「場」

ところで、憲法上、持続可能性が想定されている「場」は、どのようなところが想定されている

(33) 沼田雅之「日本の労働立法政策と人権・基本権論——労働市場政策における人権基本権アプローチの可能性」『日本労働法学会誌』129号(法律文化社、2017年)61頁以下。

(34) 内野正幸『人権の精神と差別・貧困——憲法にてらして考える』(明石書店、2012年)236-237頁。

だろうか。それは、国民国家だけではないはずである。憲法の中でも、結社（社会における諸活動）、家庭、学問（教育）、職業などの様々な「場」の存在を前提としている。とするならば、憲法がその理念としている「自由」や「平等」、そして「健康で文化的な最低限度の生活の維持・向上」という基本的価値は、国家レベルだけで想定されているわけではない。憲法において国家以外の市民社会における様々な「場」が想定されている以上、憲法はこれらの「場」で憲法理念が無視されることを是認していないということになる。

ここで確認されるべきは、「自由」や「平等」、そして「健康で文化的な最低限度の生活の維持・向上」といった憲法的価値、そしてその持続可能性が最大限に尊重されるべきという原理は、憲法が想定する市民社会中の「場」にも、当然に認められるべきであるということである（私権化の可能性）。

4 労働権（勤労の権利）の新たな解釈

憲法が想定する「職業」という「場」について検討すると、これには「職」と「職場」（多くの場合「雇用」となるが、職場特有の問題がありうるのでここでは「職場」としておきたい）がありうる。そして、職業という「場」を考えると、「職」か「職場」かは、排他的なものではなく併存しうる⁽³⁵⁾。そうすると、憲法27条の労働権（勤労の権利）の解釈が、「失業という状態からばかりではなく、就業状態に発する面についても認めるべき」⁽³⁶⁾とまで到達した点は、あらためて評価されなければならない。

しかし、憲法27条から導き出される規範ないし「憲法的秩序」を考える際には、その「職業」という「場」がどのようなものであるかを検討することなしに、具体的な内容を確定することはできないであろう。一般的には、日本の「職業」という「場」の特質を考えると、現状では「職」ではなく「職場」の問題が重視されることになろう。

ところで憲法学説には、「『勤労者』について『均衡のとれた調和的』な雇用市場という憲法的公序が設定されている」⁽³⁷⁾と評価する立場がある。この立場に引きつけて自説を整理すれば、「『勤労者』について『均衡のとれた調和的』な雇用市場」は、「『均衡のとれた調和的』な『職場』中心の雇用市場」と読み替えるのが妥当であろう。そうすると、最近の憲法学説がいう「勤労権は、適正な労働条件もしくは（人間の尊厳を侵害しない）良好な労働環境の元で働き続ける権利（いわば適正雇用維持権）を含む」⁽³⁸⁾とする見解とも、重なるものである。つぎの問題は、なにが「適正な雇用」かということになろう。

5 小括

労働市場法の理念的根拠の一つに、労働権（勤労の権利）があることは、学説上一致している。問題は、ここでの労働権（勤労の権利）の内容である。この点の解釈ぬきにして、労働市場法を貫

(35) 同様な立場として、西谷敏『労働法の基礎構造』（法律文化社、2016年）326頁。

(36) 沼田稲次郎『団結権擁護論（上巻）』（勁草書房、1952年）111-112頁。

(37) 須網隆夫・石川健治・和田肇・大内伸哉・小畑史子「座談会 雇用の危機と労働法の課題」『法律時報』81巻12号（社会評論社、2009年）12頁〔石川健治〕。

(38) 内野・前掲注(34)236-237頁。

く理念を確定することはできない。

そして、私見では、憲法原理に「持続可能性」があり、この原理は労働権（勤労の権利）の解釈を通じて「『均衡のとれた調和的』な『職場』中心の雇用市場」（この点は時代に応じて変化しうる⁽³⁹⁾）の持続可能性を確保する労働市場法の理念が導かれると考えるのである。これは、労働者個人レベルでも、職場レベルでも、会社レベルでも、そして外部労働市場においても考慮されるべき理念でもある。

3 労働市場法の理念を具体化する媒介項

1 目指すべき「職業」像を明らかにする必要性

前節では、労働市場法の理念として、「『均衡のとれた調和的』な『職場』中心の雇用市場」の持続可能性の確保があるとした。しかし、この理念は抽象度が高く、労働市場法において目指すべき「職業」像を明らかにするものではない。

そこで、つぎに必要なことは、労働市場法の理念を具体化するための媒介項である。この点、「適正な雇用」は、その媒介項となりうる概念である。

2 「適正な雇用」

2012年に厚生労働省の研究会でとりまとめられた「望ましい働き方ビジョン」がある。この「望ましい働き方ビジョン」の中の「非正規雇用をめぐる問題の基本姿勢」では、労働者がその希望に応じて安心して働くことができるよう、雇用のあり方として、「①期間の定めのない雇用」、「②直接雇用が重要」であり、どのような働き方であっても、「③均等・均衡待遇をはじめとする公正な処遇を確保することが重要である」としている。日本の「職場」中心の雇用市場という現状を考えた場合、これが、本来あるべき雇用のモデル、すなわち「適正な雇用」と考えるべきである。

3 標準的労働関係

「適正な雇用」とならんで媒介項となりうる概念は、「標準的労働関係」である。和田教授は、ドイツにおける議論を参照しつつ、つぎのような「標準的労働関係」を提唱する⁽⁴⁰⁾。

- ①民法、労働契約法、労働基準法等が原則としている直接雇用。
- ②フルタイム労働、あるいはそれに近似した労働。
- ③労働契約に期間の定めのない雇用。
- ④労働法と社会保険によってカバーされる雇用。
- ⑤労働者の利益代表システムによって利益代表される雇用。

(39) 厚生労働省「働き方の未来 2035：一人ひとりが輝くために」懇談会の報告書である「『働き方の未来 2035』～一人ひとりが輝くために」では、技術革新の進展によって、「兼業や副業、あるいは複業は当たり前」で、さらに「個人事業主と従業員との境がますます曖昧になっていく」とも予想されている（10頁）。このようなことが実現されれば、それに応じて新たな理念が必要とされよう。

(40) 和田肇『労働法の復権——雇用の危機に抗して』（日本評論社、2016年）280頁。

このような理解をすることが妥当かは検討の余地があろう。それでも、媒介項としては大いに参考となる。

4 媒介項と法政策

「適正な雇用」であれ、「標準的労働関係」であれ⁽⁴¹⁾、このような媒介項の明確化は、立法政策における原則と例外の関係をはっきりさせることになる。それだけではなく、例外を認めるとしても、原則と同等のものによって「原則」性を担保させるか、原則への転換可能性を必須とする立法政策の正当化根拠となる。

たとえば、2015年労働者派遣法は、曲がりなりにも派遣労働者に対する教育訓練を派遣元に義務づけた。この実効性が確保されれば、直接雇用への転換可能性を担保させることにもなる。これは、労働者派遣という例外的な働き方を認めるための正当化根拠ともなりうるということである。

4 労働市場法の対象は雇用か職業か

1 技術革新の進展と労働市場法

インターネットの発達にもなう新しい働き方が登場している。クラウドソーシングが好例であろう。労働市場法は、こういった働き方も適切に包摂できる受け皿となっているであろうか。さらに先には、ロボット技術の進展やAIなどの発達といった技術革新が控える。これらも労働市場に大きな影響を与えよう⁽⁴²⁾。こうした時代の労働市場法のあり方についても、検討がなされるべきであろう。

2 あらためて「職業」の意味を考える

1947年に制定された職業安定法は、「職業」という文言が法律名称に冠されている。しかし、職業安定法にはこの「職業」に関する定義はない。しかし、この「職業」は、時代背景からも、憲法22条の「職業選択の自由」との密接な関係が指摘できる。では、憲法上の「職業」とはどのような意味であろうか。

憲法22条はマッカーサー草案の22条に由来する。マッカーサー草案の22条には、“Academic freedom and choice of occupation are guaranteed.”として、「occupation（職業）」という文言が使用されている。そして、この「occupation」には、「employment」のほか「business」の意もある⁽⁴³⁾。すなわち、「職業」には、「雇用」を超え「事業」も含めた広範な働き方が含まれているのである。

初期の憲法学においても、「職業」と「雇用」とを同視していなかった。むしろ、職業選択の自

(41) これ以外にも、「ディーセント・ワーク」も媒介項となりえよう。詳細は、西谷敏『人権としてのディーセント・ワーク——働きがいのある人間らしい仕事』（旬報社、2011年）参照。

(42) 『働き方の未来2035』前掲注（39）参照。

(43) THE OXFORD ENGLISH DICTIONARY（1989）より。

由を「私経済的活動の自由」と広く捉えていたのである⁽⁴⁴⁾。このような憲法学の理解は、「occupation」の原義との共通性を指摘できよう。

また、諏訪教授は、キャリア権構想の中で、「こうしたキャリア権が狭い意味での雇用（民法623条）やこれに類似した労働形態に就く場合に限って認められるというのでは、おかしいことになる」⁽⁴⁵⁾とする。これは、「職業」のもつ多義性、広義性、そして連続性を的確に捉えた見解であろう。

本来、職業安定法の「職業」は、このような意味において捉えられるべきであった⁽⁴⁶⁾。しかし、現実には、職業安定法に基づく「職業」紹介は、雇用に限定されている。このことは、職業紹介の定義規定からも明らかである。すなわち、職業安定法は、職業紹介のことをその制定当初から「雇用関係の成立をあっ旋すること」（制定当初の5条1項、現4条1項）としてきたのである。また、1966年に制定された雇用対策法は、文字通りその対象を「雇用」としている。

このように、労働市場法の対象としての「職業」は、少なくとも出自においては、多義性、広義性、そして連続性を秘めていたはずである。しかし、その後の立法政策や行政による運用によって、その可能性が閉ざされてきたと見てよい。

3 クラウドワーカーの労働者性

ところで、クラウドソーシング事業者を通して仕事を獲得しているクラウドワーカーは、雇用に前提とした「労働者」であろうか。

労働基準法上の「労働者」か否かは、一般的には「使用従属性」の有無によって判断される。そして、この「使用従属性」の有無に関する具体的な判断に際しては、労働基準法研究会「労働基準法の『労働者』の判断基準について」（昭和60年12月19日）（以下、労基研報告）が参照されることが多い。この労基研報告では、大きく分けて、①指揮監督下の労働、②報酬の労務対償性、③労働者性の判断を補強する要素の3要素で判断されるとしている。さらに、①指揮監督下の労働か否かについては、「仕事の諾否の自由」「業務遂行上の指揮監督の有無」「拘束性の有無」「代替性の有無」といった要素によって判断されるとされ、また、③労働者性の判断を補強する要素については、「事業者性の有無」「専属性の程度」等が検討されるとしている。

このような判断基準は、典型的な雇用関係が労働の多数を占めてきた時代に構築されてきたものである。このような判断基準を前提として、クラウドワーカーの労働者性を判断することは、そもそも不適切との批判がありえよう。実際、非労働者化が多様な形で進行している現状に対して、従来の労働者性の判断枠組みをそのままあてはめることには強い異論がある⁽⁴⁷⁾。

(44) たとえば、法学協会編『注釈 日本国憲法 上巻』（1948年、有斐閣）210頁。

(45) 諏訪・前掲注（9）32頁。

(46) 諏訪教授は、「労働市場とのその隣接領域では、自営業主も、請負・委託型の労働者も、雇用型の労働者も、混在する。就労形態とは無関係に、ある人の職業という切り口で括ったキャリア形成と展開は、どのような労働形態にあっても中断していないことが少なくない。将来的には、これらを包摂できるような労働法のあり方もとめられていくのではないだろうか。」と適切に予測している（諏訪・前掲注（9）32頁）。

(47) たとえば、皆川博之「労働法上の労働者」日本労働法学会編『講座労働法の再生第1巻 労働法の基礎理論』（日本評論社、2017年）89-92頁などを参照。

とはいえ、このような判断枠組みを援用したとしても、なお労働者性の高いワーカーが存在することは否定できない。筆者は、連合総合生活開発研究所『「曖昧な雇用関係」の実態と課題に関する調査研究』（連合との共同研究：2016年10月1日～2017年9月30日）に参加する機会を得た。その調査過程においても、マイクロタスク型⁽⁴⁸⁾の業務に従事しているクラウドワーカーの中には、一定程度労働者性を有する者が存在しそうである、という示唆が得られている。

しかし、経済産業省などが目指す「雇用関係によらない働き方」の対象となっているクラウドソーシングは、こういった「労働者」性のあるようなワーカーを念頭においてははいまい⁽⁴⁹⁾。また、公正取引委員会も、クラウドワーカーを含めたフリーランスを、労働者ではないことを前提に独占禁止法上の適用下におさめようとする動きをみせている⁽⁵⁰⁾。

これらのことから、クラウドワーカーの多くは、従来型の雇用の枠組みでは捉えることは困難な場合が多そうである。

4 労働市場法の対象拡大の可能性

(1) 「職業」の安定に資すべき労働市場法

クラウドソーシングの拡大だけではなく、技術革新にともなう働き方の変化を考えた場合、労働市場法の対象も変化が迫られよう。この点、さきに指摘した「職業」概念の多義性、広義性、そして連続性が想起される必要がある。すなわち、労働市場法は、広く「職業」の問題をその対象とできるように再構築されるべきである。

(2) 働き方改革と雇用対策法の一部改正案

2017年9月8日に労働政策審議会が答申した「働き方改革を推進するための関係法律の整備に関する法律案要綱」の「雇用対策法の一部改正」が注目される。

まずは、法律名称の変更である。すなわち要綱は、雇用対策法の名称を「労働施策の総合的な推進並びに労働者の雇用の安定及び職業生活の充実等に関する法律」へと変更するとしている。「労働施策の総合的な推進」とあるように、改正後の「雇用対策法」は、労働市場法における基本法としての性格が付与されることになるかもしれない。このような改正の方向性であれば、体系的のなかった労働市場法にとって福音となるだろう。

つぎに注目すべきは、その目的である。改正後の「雇用対策法」の目的には、「労働者の多様な事情に応じた雇用の安定及び職業生活の充実」が盛り込まれることになっている。現行の雇用対策法の目的の一つである「労働者の職業の安定と経済的社会的地位の向上」と比較しても、①「労働者の多様な事情」が考慮されること、②「職業の安定」が「雇用の安定」に変更される一方で、それとは異なる「職業生活の充実」が目的として加わること、が大きな違いである。とくに、②については、「雇用」と「職業」が別の概念とされているようである。すなわち、改正後の「雇用対策

(48) クラウドソーシングの諸形態については、さしあたり中小企業庁「2014年度版 中小企業白書」370頁以下を参照のこと。

(49) 経済産業省「雇用関係によらない働き方」に関する研究会 報告書（2017年3月）参照。

(50) 公正取引委員会「人材と競争政策に関する検討会」（2017年7月）。

法」は、雇用のみを対象とする法律からの脱却が目指されていると理解できよう。

その証左に、改正後の「雇用対策法」で求められる国の施策として、「多様な就業形態の普及、雇用形態又は就業形態の異なる労働者の間の均衡のとれた待遇の確保に関する施策を充実すること。」とされている点が挙げられる。ここでも、「雇用形態」とは異なる「就業形態」が、その対象とされている。

さいごに

「はじめに」で言及した「労働市場法は、はたしてその役目を十分に果たしているだろうか」と「労働市場法はそれらの受け皿となりえるだろうか」という問いに対しては、残念ながら否といわざるを得ない。労働市場法には、まだまだ課題が山積である。

とはいえ、雇用を含む労働の流動化はますます加速しそうな勢いである。すなわち、労働市場法の重要性は、今後ますます高まることが予想される。これに対応して、労働法学においても、労働市場法の体系化等の努力がより一層要請されることになろう。様々な変化にも耐えうる（理念・哲学のある）労働市場政策の形成が期待されているのである。

（ぬまた・まさゆき 法政大学法学部教授）