

労働法の実効性と紛争解決システムの機能：集团的合意による法定基準の柔軟化とアメリカにおける雇用仲裁の機能の比較法的検討

あらかしたかし
荒木尚志

要旨

本研究は、労働者・就業関係の多様化に対して、現代の労働法がどう対応すべきかという課題について、(1) 法規制の内容を集团的合意によって柔軟化することを認める仕組み（デロゲーション）で対応する方策と、(2) 当事者の選任した仲裁人に、紛争の実態に即した柔軟な法適用を認め、それを終局的解決とする雇用仲裁の活用のように、画一的な法規範の硬直性を紛争処理のレベルで柔軟に対処する方策の2つの施策がありうるとの視点に立って検討を行った。

(1) については、ドイツにおけるデロゲーション制度と比較すると、日本が事業場の過半数代表者に法規範の柔軟化を委ねている現状には大きな問題があること、しかし、デロゲーションの手続が未整備では多様化する雇用関係に対処する新たな立法も進まないことから、従業員代表制度等のデロゲーション手続の公正な担い手の整備が喫緊の課題となることを、(2) については、アメリカで活用されているが、これにはアメリカの特殊事情（陪審制の問題、柔軟・迅速・安価に雇用紛争解決を行う公的雇用紛争処理機関の不存在等）が背景にあり、雇用仲裁のメリットとされている点は、日本では労働審判等の公的雇用紛争処理機関が既に提供しており、雇用仲裁のデメリットとして指摘されている点がより問題となることを指摘した。

キーワード： デロゲーション、労働者、多様化、雇用仲裁、雇用紛争

本稿は、筆者が日本銀行金融研究所国内客員研究員の期間に行った研究をまとめたものである。本稿の作成に当たっては、金融研究所スタッフから有益なコメントを頂いた。ここに記して感謝したい。ただし、本稿に示されている意見は、筆者個人に属し、日本銀行の公式見解を示すものではない。また、ありうべき誤りはすべて筆者個人に属する。

荒木尚志 東京大学大学院法学政治学研究科教授
(E-mail: araki@j.u-tokyo.ac.jp)

1. 問題の所在と検討の趣旨

多様化する労働者・労働関係に、国家が法規制を行う場合、現場の実情にあわせて規制の柔軟化や調整が必要となる。これに対する2つの異なるアプローチとして、欧州や日本・韓国で活用されている集団的合意を用いた規制規範の柔軟化アプローチと、アメリカにおいて近時活用されている雇用仲裁による私的紛争解決制度の機能を対比して検討してみようというのが本研究である。

もとより、アメリカの雇用仲裁自体は、国家による法規制の柔軟化を直接に意図したものではない。したがって、これを国家による法規制の柔軟化措置と雇用仲裁を対比して分析することは、異質のものを比較しているとの印象を与えるであろう。しかし、アメリカの雇用仲裁は、制定法たる労働関係諸立法が個別の労働者に保障した権利の実現を、当事者の選任した仲裁人の私的判断に委ねるものであり、その反射として、公的裁定者たる裁判所に提訴して公的な判定を受ける途を閉ざす効果を伴うものである。それゆえ、雇用仲裁の活用は司法制度の民営化(Privatization of Justice)と称されて、その活用の広がりについては、深刻な問題があるとの指摘もある。そして、仲裁人の判断により制定法上の権利にかかわる紛争を仲裁人という具体的紛争当事者が選任した判定者の判断によって終局的に解決するという雇用仲裁は、實際上、仲裁人が、当該使用者と労働者の関係に照らして、制定法の解釈適用をかなり柔軟に行い、紛争の解決を可能ならしめる。このような仕組みが活用される国においては、国家法が一律の規制を採用していても、多様な雇用関係の実情を踏まえて、仲裁人が柔軟な法解釈によって対処し得ていれば、あえて国家法規範自体を柔軟化する必要があるという議論は生じにくいことになる。

逆にいえば、現在の国家法規制が仮に硬直的だとしても、あえて国家法の柔軟化の方途を探らずに、雇用仲裁を活用し、仲裁人による柔軟な法解釈・適用の途を開くことによって問題に対処するという選択肢も想定されるかもしれない。これは問題が生じている最も分権化した現場において、その現場の状況に即応した紛争処理を、私人が選任した仲裁人に委ね、現場レベルの正義に照らして処理しようとする仕組みである。しかし、こうした選択肢を採用すべきか否かは、雇用仲裁がはたして、公正妥当な紛争処理制度として機能しているのかどうかを慎重に見極めつつ検討する必要がある。

本研究は、このような問題意識に基づき、労働者・就業関係が多様化する中で、法の実効性確保が大きな課題となっている労働法の将来の方向性を探るための基礎的作業を行おうとするものである。

以下では、まず、労働法が直面する現代的課題としての労働者・就業関係の多様

化と法規制の関係を概観する（2節）。次に、集団的合意を活用した労働条件規制規範の柔軟化について、日本、韓国、ドイツの状況を検討する（3節）。そして、アメリカで活用されている雇用仲裁について、その特色や判例における位置づけ、最近問題となっている状況等について検討する（4節）。最後に、全体の総括を行う（5節）。

2. 労働者・就業関係の多様化と法規制・紛争処理システムの対応

(1) 労働者・就業関係の多様化

現代の労働法が抱える最大の課題は、労働者の多様化、就業関係の多様化¹に対して、いかに実効性のある規制を行うかという点にある。国家法による法規制とは最も中央集権的レベルにおける規範設定である。その一律的規制は、多様化した労働者の多様な利益や多様化した職場の実情に常に適合するとは限らない。想定した一定の労働者や雇用モデルに有効な規制であっても、異なる労働者、雇用モデルにとっては、想定外の悪影響が生じたり労働者に不利益に作用する可能性がある²。

1 労働者の多様化は、例えば、以下のように指摘できる。第1に、伝統的な長期雇用システムの中核であった正規雇用（正社員）の比率が減少し、非正規雇用比率が急速に増加した。1990年当時、非正規雇用の比率は役員を除く雇用者全体の約20%であったが、2014年には37.5%にまで増大した。第2に人事管理の多様化により、正規雇用労働者の内部でも多様化が進行している。かつては年功的・集団的・画一的雇用管理が一般的であったが、例えば労働時間については裁量労働制やフレックスタイム制等、個々の労働者によって異なる就業時間であったり、賃金についても成果主義賃金や年俸制賃金のように、個別の目標設定、査定、交渉による等、個別化・多様化が進行している。また、勤務地限定社員や職務限定社員など、正社員と位置づけられている労働者が多様化してきており、近時は「多様な正社員」あるいは「限定正社員」という呼称も登場し、政策論の対象となっている。第3に、女性労働者の増加も多様化の重要な側面であり、女性労働者の多くは非正規雇用として就労していることも多様化を重要な政策問題としている。第4に、少子高齢化の進展は、短時間勤務の増加や定年後の継続雇用という形での非正規雇用の増加をもたらしている。第5に、障害者雇用政策の進展により、障害者の雇用関係への参入が促されている。第6に、外国人労働者の増加も労働者の多様化の重要な場面である。また、そもそも、労働者に該当するのか、独立営業者なのかの区別が微妙な労務提供者も増えてきている。これらの多様な労働者・就業者は、それぞれに異なる価値観や利害を有しており、かつてのように「労働者階級」と一括してその保護を論ずることのできない存在となっている。

2 例えば、男女雇用機会均等法制定前は、女性の深夜業は一律に禁止されていた。これが有益な保護となっている労働者もいたが、男性と平等に働きキャリア展開を図りたいと考えている労働者にとっては、かえって雇用平等の実現を阻む規制になっているとの声も上がった。2015年の労働者派遣法改正では、生涯派遣を可能とするものとする批判と、従来期間の制限なく派遣として働けたのに、派遣可能期間が3年に制限されて不当だとの批判が同時に生じた。これも派遣労働者に派遣と

(2) 法規制の対応

そこで、多様化した労働者・就業関係を踏まえた法規制のあり方が大きな課題となっている。これには、さまざまなレベルでの対応が考えられる³。例えば、規範自体を画一的な規制ではなく、労働者の多様化に応じて多様な規制とすることも、もちろん考えられる。しかし、このアプローチによると、労働法規制は著しく細分化され複雑なものとなってしまふ。そうすると、労働者自身が、自分にどのような権利が法によって与えられているのかを認識しがたくなり、法の実効性確保の点からも問題が生じうる。日本の労働法自身が、例えば労働時間規制（労働基準法〈以下「労基法」〉32条～41条参照）をみるとわかるように、相当に細分化、複雑化してきているのは事実であるが、それは法の実効性の点から問題をはらむものであることも認識されてきている。

そこで、労働条件基準規制をいたずらに細分化するのではなく、一定の条件下で（典型的には集団的合意を要件に）、強行的規範からの逸脱や柔軟化を認める半強行的規範、さらには個別合意によっても逸脱を認める任意規範を活用する等、規制規範自体の再検討がありうる。以上は、いわばハードローを細分化するか、あるいはハードローは画一的なものとするが、労使合意を条件に現場にあわせて修正するかという問題である。

これに対して、別の多様なアプローチも考えられる。例えば、規制内容を実体規制（例えば最低賃金額や最長労働時間等の具体的労働条件を定める規制）から手続規制（ある労働条件を定めるに当たって、当事者に一定の手続、例えば、労働者集団との集団的合意を得る等の適正な手続を経ることを要求するが、そこで決まった労働条件については法は直接規制を行わないアプローチ）に移行することも考えられる。これは、ハードローの内実を実体規制から手続規制に変えようとするアプローチといえよう。

さらには、ハードローによる規制からソフトローによる規制を指向することも考えられる。ソフトローは、その違反について裁判所を通じた履行確保を予定していないので、労働関係の多様化との抵触は生じなくなる。しかし、それでは法の目的とする規制の実効性が上がるのかという問題が生じうる。そこで、そうしたソフトローによるアプローチの実効性をどう確保するかが課題となる。日本の労働法は、ハードローによる規制が大きな社会的混乱を惹起するような場面では、まずは努力義務規定を活用して、当該規範が社会に浸透した後にハードロー化するというアプ

.....
いう形態のまま働きたいとする者と正規雇用を希望していたが不本意ながら派遣労働者として働いている者という異なる派遣労働者グループが存在することに起因する。

3 この問題の詳細については、荒木 [2014b] 3頁参照。

ローチをしばしば用いてきた⁴。つまり、規制のない状態に新たな規制を導入するに当たって、いきなりハードローで臨むのではなく、ソフトローたる努力義務で新たな規範の社会的浸透を図り、その後、ハードロー化することで規制の実効性を高めるという手法を採用してきた。しかし、今ここで論じているのは、ハードローをソフトロー化するというアプローチ（あるいは新たな規制を導入するに際して、ハードロー化することなくソフトローのまま、規制の実効性を確保しようというアプローチ）であるので、いかにしてソフトローの実効性を確保するかが大きな課題となる。

この点に関連して、政策目的をハードローで強制するのではなく、情報公開等を義務づけることで市場機能を組み合わせて実効性を高めるという手法も注目される。例えば、CSR（Corporate Social Responsibility: 企業の社会的責任）やSRI（Socially Responsible Investing: 社会的責任投資）の分野では、ハードローによって規制するのは適切とは考えられていないためにソフトローが活用されている。そして、その実効性確保のためには、例えばCSRにかかわる情報開示を企業に義務づけ、その情報に基づいて市場が投資先を選別するという手法が検討されている⁵。また、2015年に成立した女性活躍推進法は、企業に自社の女性の活躍状況について実情調査、課題分析の義務を課し、次に、女性活躍推進のための行動計画の策定、届出、社内周知、公表を義務づけている。そして、自社の女性活躍情報を対外的に公表することで、市場の評判のメカニズムを通じた政策目的の達成を企図している。社会の枢要な地位に女性の占める割合を3割以上にする等の目標達成のために、クォータ制等のハードローによる実体規制を用いるのではなく、評判のメカニズムを通じた市場機能が働くように、一定の情報を公開する義務を課し、そのための調査や計画策定等の作為義務を課すというアプローチである⁶。

(3) 紛争処理システムによる対応

労働者・就業関係の多様化に、法規制で対応するのではなく、具体的な紛争処理の場面での対応も考えられる。日本では2006年から労働審判制度が施行され、権利義務を踏まえつつも、事案の実情に即した解決をするために必要な審判をなしうることとなった。また、アメリカでは雇用仲裁が活用され、制定法に関する紛争を

4 労働法における努力義務規定というソフトローの活用の意義と課題について、障害者雇用、男女雇用平等、育児介護休業、高齢者雇用を素材に検討したものとして、荒木〔2004〕参照。

5 労働法とCSRやSRIの関係については、荒木〔2007〕参照。

6 労働法においては、政策目的達成のために、使用者に一定の作為義務を課し、それに従わない場合には、行政指導や勧告を行い、それにも使用者が従わない場合、企業名を公表するという手法は、すでに男女雇用機会均等法、パートタイム労働法等、多くの法律で活用されている。この企業名公表も評判のメカニズムを活用する規制の履行確保手段である。

含めて終局的解決が図られている。このように紛争処理の現場で多様化した実態に即した形で、国家法の解釈運用を柔軟に認めることで、制定法自身の柔軟化を行うことなく対応する方途も考えられよう。

(4) 本研究での検討

このように労働法規制を労働者や就業関係の多様化に対応させるためにはさまざまなアプローチがありうる。本研究では、これらの中で、最も伝統的手法であるとともに、欧州、日本および韓国で大きな課題ともなっている集团的合意を通じた法定の労働条件基準の柔軟化の問題（欧州で *Derogation*⁷ と呼ばれる手法）と、アメリカで議論を呼んでいる雇用仲裁に焦点を当てる。

3. 集团的合意による法定基準の柔軟化（デロゲーション）

労働関係を契約自由（市場調整）に委ねた結果、是認し得ない労働者の酷使、窮乏状態が現出したことから、近代市民法ルールを修正するために登場したのが労働法である。労働法は、主として2つの方策を採った。その第1が、契約自由を修正して、契約によっては引き下げ得ない労働条件の最低基準を法定すべく、労基法や最低賃金法といった労働保護法を制定した。第2に、最低労働基準より有利な労働条件を使用者と対等の立場で設定させるために、労働組合を法認し、団体交渉によって労働条件の上積みを認めるという制度を導入した。圧倒的に交渉力格差のある個別労働者と使用者の個別交渉とは異なり、労働組合の団体交渉は、使用者がこれに応じない場合には争議行為という経済的圧力手段を用いることが保障されている結果、使用者と対等の立場で交渉することができる。これが伝統的労働法が想定したモデルである。

しかし、現代においては、第1の法定労働基準と第2の場面にかかわる（労働協約には限定されないが）集团的合意との関係に重要な変化がみられる。それが、既に触れたデロゲーションの問題である。すなわち、2節で概観したような事情から、多様化する労働者像、就業関係に対応するために最低基準たる法定労働条件基準を引き下げる等の調整が必要となり、その際に、集团的合意が活用されている。

.....
7 *Derogation* は、元来フランス語の *déroger* や *dérogation* に由来する語で、英語としては *Deviation* と表現すべきところであるが、欧州の雇用労働政策の議論においては *Derogation* が英語として使用されている。

ここでは、集团的合意が法定最低基準の上積みには用いられるのではなく、法定最低基準の引下げを含む調整のために活用されているのである。

この集团的合意による法定基準の柔軟化の状況を、分権化した労使関係の中で事業所レベルでのデロゲーションの仕組みを持つ日本と韓国、伝統的に中央集権的労使関係を持つ欧州⁸の代表としてドイツ、そして、市場による調整を指向するアメリカについて概観する。

(1) 日本

イ. 分権化した労使関係

日本におけるデロゲーションを検討する前に、集团的労使関係の実態について概観しておこう。

諸外国の労使関係と比較した場合の最大の特徴は、労働組合の9割以上が企業別組合であり、団体交渉も企業レベルで行われるという分権的労使関係である。2015年労働組合基礎調査（総括表 第2表）により計算すると、民営企業の労働組合のうち企業別組合は93.5%、これに所属する組合員は全民営企業組合員の88.7%を占める⁹。

したがって、デロゲーションの問題も、欧州諸国のように、産別組合との合意に基づくような制度は想定されていない。もっとも、1947年に労基法が制定された当初は、今日のように企業別組合が組合組織形態の主流になることが想定されていたわけではなく、労働組合自身も、交渉力の弱い企業別組合からより強力な産別組合への移行が模索されていた。しかし、日本の長期雇用システムの定着とともに、企業レベルの内部労働市場のニーズにより迅速かつ適切に対応しうる企業別組合のパフォーマンスが、企業別組合の弱点を補完する春闘のような制度の展開とあいまって支持され、今日のような分権化した労使関係が定着したものと思われる。

日本におけるデロゲーションの制度には、労働協約によるもの、事業場の過半数代表によるもの、そして労使委員会によるものの3つがある。このうち、労働協約によるデロゲーションは賃金の通貨払いに関するものに限られ、最も活用されているのが過半数代表との労使協定方式、そして、最近になって労使委員会の決議による方式の活用が増え始めている状況にある。

8 なお、本稿では特に取り上げないが、極めて高い労働組合組織率と中央集権的労使関係で有名なノルディック・モデルの代表であるスウェーデンでは、労働法一般について、法定基準を協約で引き下げるのが許容されており、注目される。Rönmar [2004] 参照。

9 荒木 [2016] 567 頁注 1 参照。

ロ. 過半数代表との労使協定によるデロゲーション

(イ) 過半数代表制

日本では、法定基準からのデロゲーションを認める仕組みとして最も活用されているのが、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はその労働組合（過半数組合）、過半数組合が存在しない場合は労働者の過半数を代表する者（過半数代表者）との労使協定による方式である（以下、過半数組合と過半数代表者の両者をあわせて「過半数代表」という）。

労基法制定当初、デロゲーションの仕組みとしては、賃金全額払・通貨払原則の例外を認めるために、労働協約による方式と、法定労働時間規制の例外として時間外労働を認めるための過半数代表との労使協定方式の2つがあった。その後、1952年労基法改正で、賃金の全額払原則の例外が労働協約ではなく過半数代表との労使協定方式に変更された¹⁰。これは労働組合が存しない場合や労働組合があっても労働協約がない場合でも、共済組合費や購買代金等を賃金から控除する便宜のために、規制を緩和したものである¹¹。その後、1987年の労働時間規制の大改正の際に、過半数代表との労使協定方式が大幅に取り入れられることとなった。その後、過半数代表との労使協定方式はデロゲーションの主要な方式として活用されるとともに、労働関係施策のさまざまな場面で活用されるに至っている¹²。

事業場の過半数代表との労使協定によるデロゲーションを最初に導入したのは、時間外労働に関する労基法36条（いわゆる36協定に関する条文）である。そこでは、過半数組合が存在すればその組合が過半数代表となるが、そうした組合が存しない場合は、過半数代表者がデロゲーションを認める労使協定を締結できることとした。今日に至る過半数代表者によるデロゲーションが立法当初から認められていたわけである。しかし、当時の立法担当者は、労働組合運動が隆盛を誇っていたこともあり、過半数組合が労使協定締結の主体となる場合が普遍的となることを想定していたようであり¹³、したがって、過半数代表者はあくまで過半数組合が登場するまでの暫定的・補完的な存在と考えていたようである¹⁴。

前述のように1987年の労基法改正で労働時間規制の大改正が行われた際に、まさに多様な就業形態に対応するために多様な労働時間制度が導入された。そこで用意された種々の変形労働時間制、フレックスタイム制、裁量労働制といった原則的労働時間制度からの逸脱を認めるために、事業場の過半数代表との労使協定が大幅に導入されることとなった。

.....
10 通貨払原則は、今日でも、労働協約方式が維持されている。

11 東京大学労働法研究会 [2003] 412頁。

12 現在存在する過半数代表を活用した諸制度については労働政策研究・研修機構 [2013] 97～98頁参照。

13 渡辺 [1997] 19頁。

14 濱口 [2004] 483頁。

しかし、このように活用されることとなった過半数代表制度であるが、過半数組合が存しない場合の過半数代表者の選出については、何ら法規上の定めがなく放置されていた。そこで、1998年労基法改正の際に、労働基準法施行規則（以下「労基則」）6条の2が設けられた。すなわち、過半数代表者は、(1) 労基法41条2号に規定する「監督又は管理の地位にある者でないこと」、(2) 「法に規定する協定等をする者を選出することを明らかにして実施される投票、挙手等の方法による手続により選出された者であること」という要件を満たさなければならないことが規定された（労基則6条の2第1項）。また、「使用者は、労働者が過半数代表者であること若しくは過半数代表者になろうとしたこと又は過半数代表者として正当な行為をしたことを理由として不利益な取扱いをしないようにしなければならない」旨も定められた（同3項）。

（ロ） 過半数代表制の問題

過半数代表制のうち、特に、過半数組合が存しない場合の過半数代表者については、制度面で種々の問題点が指摘されている¹⁵。

まず、過半数代表者の選出方法については規定があるものの、選出手続の運営主体に関する規定がない。選出手続については、選挙管理委員会といった機関の設置や、選挙日の設定・周知、施設の貸与、実際の投票実施等のさまざまなプロセスに使用者がどこまで関与することが許されるのかが問題となるが、現在は明確な規制はない。

その結果、過半数代表者の実態にはかなり問題がある。選出方法としては、会社側が指名した（28.2%）、社員会・親睦会等の代表者が自動的に過半数代表者になった（11.2%）等、明白に違法な選出が4割近い。また、部・次長クラス以上の者（10.6%）、課長クラス（13.2%）等、労基法41条2号の管理監督者として過半数代表者に選任されてはならない者である可能性の高い者が相当割合で選任されている模様である。

過半数代表者が、事業場の労働者の過半数を代表する者として適法に選出されたとしても、現行法で要求しているのは選出手続が民主的になされることまでである。法定基準の解除をもたらす労使協定を締結する過半数代表は、単に、法定基準を解除するかというだけでなく、どこまで解除するのか、すなわちデロゲーションの範囲を決するという意味で、新たな最低基準の設定にかかわる交渉を担うこととなる。例えば、時間外に関する36協定では、1日8時間および週40時間という法定基準を解除することに加え、法定時間外労働を具体的に何時間まで許容するのかという最低基準の再設定を担っている。しかし、現行法においては、このような実際上の問題について、過半数組合のような組織をもたない過半数代表者が意見集約

.....
15 労働政策研究・研修機構 [2013] 12頁以下参照。

を行う手段・制度に関する規制は用意されていない。

さらに、過半数代表者には、常設性や機関性がなく、その役割や権限を担う場合にのみアドホックに選出される存在にすぎない。また、制度の運用にかかる費用負担に関する規定も存在しない。その結果、現行の過半数代表者は、労使協定で取り決めた内容を、使用者が適切に履行しているかどうかをモニタリングする機能を果たしうるような制度設計になっていないという問題がある。

ハ. 労使委員会によるデロゲーション

過半数代表者に上記のような問題があるところ、1998年の労基法改正で企画業務型裁量労働制に関する規定を新設するに当たって、労使委員会制度が創設された。労使委員会は、その委員の半数が事業場の過半数代表から指名された労働者側委員によって構成された労使からなる委員会である。なお、2003年の労基法改正前は、過半数代表による指名とともに事業場の労働者の過半数による信任を得ることが要件として定められていた¹⁶が、この要件については、「制度の趣旨を損なわない範囲において簡素化する」との方針により、当該改正において、事業場の労働者の過半数による信任という要件が廃止されている。かかる労使委員会を、労基法は、「賃金、労働時間その他の当該事業場における労働条件に関する事項を調査審議し、事業主に対し当該事項について意見を述べることを目的とする委員会」と定義している（労基法38条の4第1項）。

定義上は広範な機能・権限を付与されるべきものであるが、現行法上の具体的な役割と権限としては、企画業務型裁量労働制の導入に必要な決議を行うことに加えて、法定労働時間規制（同法32条）や変形労働時間制・フレックスタイム制（同法32条の2から32条の5まで）等に関する法定基準規制の解除に必要な労使協定に代替する決議を行うことが定められている。また、企画業務型裁量労働制の導入に当たっては、当該制度の対象となる労働者にかかる健康および福祉の確保や苦情処理に関して使用者が講ずべき措置を決議することとなっており、労使委員会はモニタリング機能を果たすべきことも期待されているといえる。

また、労働者側委員の指名に当たっては、任期を定めることとされているため、労使委員会は常設的な機関であり、過半数代表制と比べ、集团的発言チャネルとして比較的よく整備されたものといえる。しかし、労働者側委員を指名するのは過半数代表であることや、上記の過半数代表制と同様に、制度の運用にかかる費用負担に関する規定や労働者側委員の意思決定に労働者が関与する手続にかかる規定は存在しないという問題点を抱えている。

労使委員会は、過半数代表者と比較すると、労働者の利害を反映する従業員代表

.....
¹⁶ 信任は、労使委員会の委員の信任に関するものであることを明らかにして実施される投票、挙手等の方法による手続により得なければならないものであるが、行政解釈により、当分の間は、これらの手続のうち投票に限るものとされていた。

組織として機能することが期待されている。しかし、労使委員会の設置率は非常に低い。労使委員会は企画業務型裁量労働制を導入するために設けられた制度であるが、同裁量労働制自体の導入率が0.7%にすぎない。企画業務型裁量労働制の導入が進まない背景には、労使委員会を設置しなければならないという手続的な負担が大きな阻害要因になっていると指摘されている。

二. 日本におけるデロゲーション

こうした日本の現状のもとでは、多様化する労働者・就業関係に対応するためにデロゲーションの仕組みを用意して対応しようとする場合、いくつかの検討を要する課題が浮上する。第1に、過半数組合が存在すれば、使用者との対抗力という点では大きな問題はないようにも思われる。しかし、現在の企業別組合は、基本的に企業の正規労働者のみを組織し、非正規労働者は組織対象としていないのが通例である。したがって、デロゲーションに当たって、当該過半数組合が非正規労働者の利害を適切に反映し得ているかどうかが問題となりうる。第2に、過半数組合が存在しない場合にデロゲーションの権限を与えられる過半数代表者については、大いに問題がある。既に指摘したように、その選任自体、適法性が疑われる例が少なくない。さらに、仮に適法に選任されていても、個人たる過半数代表者が、法定基準の引下げという重大な事項を使用者と交渉して労使協定を結ぶに相応しい対抗力や能力を備えているかという点では、重大な課題が残されているといわざるを得ない。

このことが、新たな労働関係の立法政策を論ずる場合にも、大きな桎梏となっている。すなわち、新たな労働立法を検討する場合に、国家レベルで規範を設定しても、労働者・就業関係の多様化にあわせて、現場レベルで規範の調整・柔軟化が必要な場合が増えてきている。ところが、その柔軟化の担い手が、労働者の利益を公正・適正に反映し得ない場合、そうした柔軟化を組み込んだ立法自体が頓挫してしまう。今後の労働立法を考えるうえで、デロゲーションの公正妥当な担い手を構築することが、立法作業自体を促進することになる重要な課題と考えるゆえんである。

(2) 韓国¹⁷

イ. 序説

韓国の労使関係の最も顕著な特徴として、組合形態が企業別組合中心で、団体交渉も企業レベルにおいて行われるという分権的な労使関係を挙げることができる。

.....
 17 韓国の状況については、車東昱氏（東京大学大学院博士課程）の助力を得た。

実際、韓国の雇用労働部が実施した「2010年の全国労働組合組織現況（2011）」によれば、90%以上の労働組合が企業別組合である¹⁸。団体交渉は基本的に企業レベルで行われる。なお、2011年7月から1つの事業場内に複数の労働組合が存在する場合、原則として団体交渉における交渉窓口を一本化しなければならないという規制が導入され、同一事業場内の統一的な交渉が意図されている。

韓国の労働組合は、1953年の労働組合法制定時から企業別組合形態が主流であった。1963年に産業別組合の組成促進を指向する法改正が行われたこともあったが、1973年の労働組合法の改正で、1963年改正によって導入された規定は削除され、また、1980年の改正では、労働組合の形態を企業別組合に限定する明文の規定が導入されたこともあった。もっとも、企業別組合形態を強制する規定は1987年改正によって削除され、現在では組合の組織形態を強制する規定は存しなくなった。しかし、今日まで、韓国においては企業別組合が基本的な労働組合の形態として維持され、分権的な労使関係が社会に根づいているといえる。

なお、近時、労働組合連盟等により、企業別組合から産業別組合への移行が模索されている。2009年現在の産業別組合の組合員数は、組織されている労働組合員数の50%を超えている¹⁹。しかし、産業別組合とはいえ、実質的に事業場単位で組織されている支部・分会が単位労働組合の下部組織として団体交渉の交渉権限を授けられ、交渉代表として使用者と団体交渉を行うことが多い。元来、企業別組合として活動し、成長してきた背景があるため、産業別組合体制への転換あるいは企業の本社に単位組合を設置し、所属工場や支社等に設置されていた組合をその下の支部・分会に再編した後も、独自の団体交渉権かつ労働協約締結権を行使しようとする傾向が強く、実際にもなお事業場別に団体交渉が行われる例が少なくない²⁰。

産業別組合形態を指向したことは、過去の権威主義政権下での交渉力低下に対する反発および使用者からの労使関係介入の防止等のためであったが、雇用関係の多様化、非正規労働者の増加、事業場間の労使関係や経営上の立場の相異等により、欧州諸国のような産業別体制へ転換するとの見通しは立っていない。実際、産業別組合から企業別組合への復帰の例も見られる等、分権化された労使関係はなお韓国の労使関係の基本的性格として維持されていると考えられる。

韓国のデロゲーション制度は、日本と同様、労働協約または事業場の勤労者代表との書面合意によるものが存在する。このうち、労働協約によるデロゲーションは日本と同様、賃金の通貨払いに関するものに限られている。他方、勤労者代表との書面合意による方式は労働時間規制等で活用されているが、日本程に多用されているわけではない。

18 국가지표체계 [国家指標体系] ホームページ参照 (http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1511#quick_01, 2017年5月22日)。

19 李哲洙・李多惠 [2013] 77頁。

20 이준희 [李準熙] [2014] 199~200頁。

ロ. 勤労基準法上の勤労者代表とデロゲーション

韓国の勤労基準法は、日本と同様、事業場の過半数を代表する「勤労者代表」との書面協定により、法定基準からの逸脱を認める制度を採用している²¹。

韓国の勤労基準法は 1953 年に制定されたが、当時は日本の過半数代表に相当する制度は導入されていなかった。例えば、法定時間外労働についても、当事者間の合意によって許容されるとされており、日本の 36 協定のような時間外労働のために過半数協定を要求する規制はなかった。日本の過半数代表制度に相当する勤労者代表の制度が導入されたのは 1997 年のことであった。

韓国勤労基準法 24 条 3 項は、経営上の理由による解雇について、「使用者は、2 項の規定²²による解雇を避けるための方法と解雇の基準等に関して、その事業又は事業場に、勤労者の過半数で組織される労働組合がある場合においてはその労働組合（勤労者の過半数で組織される労働組合がない場合には、勤労者の過半数を代表する者をいう。以下「勤労者代表」という）に解雇をしようとする日の 50 日前までに通知し、誠実に協議しなければならない」と規定して、協議の相手として、勤労者代表の概念を導入している。この条文を読むと、勤労者代表は、過半数組合が存しない場合の勤労者の過半数代表者のみを指すように読める。しかし、現行の勤労基準法 24 条 3 項の前身である 1997 年勤労基準法 31 条 3 項は、過半数組合と過半数代表者の双方を指して「以下、『勤労者代表』という」という規定振りであった²³。この点、規定振りの修正は、協議の主体が労働組合であるのが原則であることを強調する点に主眼があり、「勤労者代表」の概念を、過半数組合を除外して定義する趣旨であったとは解されていない。実際に、後述するように、勤労基準法の他の条文でも、「勤労者代表」は過半数組合と過半数代表者の双方を指すと解されている。そこで、以下では、過半数組合と過半数代表者²⁴の両者を包括する概念として「勤労者代表」という用語を用いる。

次に、デロゲーションの要件となっている書面合意について、勤労基準法は、51 条以下で、労働時間に関する柔軟化制度に関連し、勤労者代表との書面による合意をその要件とし、法定基準を解除する等の効力を付与している。51 条以下の条文では、これらの書面合意制度について、単に「勤労者代表との書面合意」とだけ規

21 なお、以下に紹介する勤労者代表との書面協定によるデロゲーション制度のほかに、勤労基準法 43 条 1 項は、通貨払原則の例外を、労働協約が締結された場合に許容している。これは、日本の労基法 24 条による通貨払原則の例外を労働協約の場合に認めるのと同様である。

22 勤労基準法 24 条 2 項「第 1 項〔経営上の理由による解雇〕の場合、使用者は解雇を避けるための努力を尽くさなければならず、合理的で、公正な解雇の基準を定め、これによってその対象者を選定しなければならない。この場合、男女の性を理由として差別してはならない。」

23 1997 年勤労基準法 31 条 3 項は、1998 年の同法改正により、現行の勤労基準法 24 条 3 項のような規定振りに変更され、さらに 2007 年 4 月の勤労基準法の全面改正を経て、現行の 24 条 3 項になった。

24 韓国では、過半数組合が存在しない場合の過半数代表者を「(狭義の) 勤労者代表」とすることが少なくないが、本稿では、過半数組合と過半数代表者の双方を指す（上位概念としての）「勤労者代表」との混同を避けるため、「(狭義の) 勤労者代表」ではなく、「過半数代表者」の語を用いる。

定している²⁵。この書面合意（日本でいう労使協定）が、法定基準を解除する効力をもつことは法文上明らかであるが、労働契約上の義務を設定する等の私法上の効力をもつか否かについては規定がおかれておらず²⁶、学説上の対立もみられる。本稿では、書面合意による私法上の効果についての検討には立ち入らず、制度の具体的内容と運用、およびデロゲーションの効果を中心に検討する。

なお、韓国には、労働組合および勤労者代表とは別に、特定の問題について、労働者の利益を代表するメカニズムとして「勤労者参加及び協力増進に関する法律」に基づく労使協議会が存在する。労使協議会は勤労者代表とは別個の存在であり、労使協議会が存在したとしても、デロゲーションのための書面合意を締結することはできず、過半数組合が存在しない場合には、別途、労働者の過半数を代表する者（過半数代表者）を選出しなければならない。

ハ. 勤労基準法上の勤労者代表の意味

勤労者代表は、事業²⁷または事業場²⁸に従事する労働者の過半数を代表する者である。解釈上、使用者は、勤労者代表と協議あるいは書面合意することのみが要求され、個々の労働者の同意は必要ない。ここで、労働者の過半数の算定基準となる「労働者」の範囲が問題になりうる。すなわち、一部の労働者を対象とする事項について、当該事業場の労働者全体の勤労者代表との協議や書面合意を締結すべきか、それとも、当該事項の適用対象となる労働者の勤労者代表との協議や書面合意でよいのかという問題が生じうる。こうした問題について、具体的に定めた法律上

25 これについて、経営上の理由による解雇（24条3項）での勤労者代表と、勤務時間の運用（51条以下）での勤労者代表は、その概念が互いに異なるとする見解が一部存在するが、現在の通説は両者は同一の概念と解している。これは、過半数組合が勤務時間制度についての勤労者代表に当然含まれるかについての見解の対立であった。立法形式上、勤務時間制度と関連しては、労働組合に言及せずに、「勤労者代表との書面合意」という規定のみ存在しているからである。

26 박종희 [朴鍾熹] [1998b] 311頁。

27 「事業」の意味について韓国最高裁の判例では、特別な事情がない限り、経営上の一体をなす企業そのものを意味し、したがって、経営上の一体をなしながら、有機的に運営されている企業組織は、1つの事業として把握しなければならないとしたものがある（公社の視聴料徴収員の担当業務は、単一の企業である公社という1つの事業の一部に該当するとした判例〈1993.2.9.大判 91ダ 21381〉、や会社のソウル本社と釜山工場は、1つの事業に該当するとした判例〈1993.10.12.大判 93ダ 18365〉）。しかし、これらの判例は、事業場内で差別的な退職金制度を設けることを禁じた規制の適用に当たって、本社と工場等を同一事業所とみるべきかという争点についての判断であった。したがって、ここで論じている過半数代表の選出母体たる事業場を企業とみるかどうかという先例として議論するのは適切でなく、行政解釈や学説も、この判例をこの問題の先例としては取り扱っていない。

28 「事業または事業場」とは、一般的には、使用者が労働者とともに物的、非物的手段を使用して、労働、技術的な目的を追求する一定の機関の中で、組織的に結合した単一体を意味する。勤労基準法の趣旨は、個々の労働者の保護のために、個々の労働条件の決定を規律することにその目的があるので、事業または事業場とは必ずしも場所的観念を基礎とするものではなく、むしろ労働条件の決定主体としての組織的統一概念を前提とするものと理解しなければならないという見解がある（박종희 [朴鍾熹] [1998a] 23頁）。

の規定は存在しない。学説には、「労働者の過半数」における「労働者」とは、合意事項の対象となる労働者あるいはその他これらに影響を受ける労働者に限定され、必ずしも全体の労働者をいうものではないという少数説も存在する²⁹。しかし、行政解釈および多数説は、事業または事業場内の労働者全体を意味するとしている。すなわち、1996年12月31日の勤労基準法改正法では、「勤労者代表との書面合意（業務単位または部分的に適用しようとするときは、当該勤労者との書面合意）」という規定があったが、以前の勤労基準法を廃棄し、（旧法の改正ではなく）新たに立法した1997年勤労基準法制定時には「（業務単位または部分的に適用しようとするときは、当該勤労者との書面合意）」の部分が削除されたので³⁰、文言どおりに、勤労者代表とは、事業場の全労働者の代表と解釈しなければならないとする。例えば、日本の変形労働時間制に相当する弾力的勤労時間制（勤労基準法51条）の導入においては、導入しようとする事業部門ないし部門の労働者のみの書面合意を得て弾力的勤労時間制を実施することは許されず、（事業または事業場内の）労働者全体の代表と書面合意をすることが必要とされている。

なお、勤労者代表が当該事業場あるいは当該部門の労働者の意思に反して書面合意をした場合、その効果についても問題となる。この点についても、適法な勤労者代表による書面合意であれば、一部の労働者の意思に反するものであったとしても、書面合意としては有効となる³¹。

二. 勤労者代表の構成および選出

勤労基準法上、過半数組合が勤労者代表となる場合には、すでにその組織および代表が存在するため、その構成や選出は問題とならない。これに対して、過半数組合が存しない場合には、勤労者代表は事業または事業場内の労働者の過半数を代表する者（過半数代表者）となる。法律上、勤労者代表の選出方法およびその構成については特に規定されていないため、文言どおり過半数を代表する者であることが証明されれば適法な勤労者代表に該当することになる。

勤労者代表の選出方法およびその構成に関する行政解釈が出されているが、法律上の明確な規定がないため、学説上さまざまな議論がなされている。過半数代表者の選出は、少なくとも労働者自らの決定が前提として必要であるため、使用者の指名、指定は認められない。また、「労働者に関する事項について、事業主のために

29 임종률 [林鍾律] [2016] 428頁, 도재형 [都在亨] [2011] 99頁, 박종희 [朴鍾熹] [1998a] 23頁, 38頁等。

30 노동법실무연구회 [労働法実務研究会] [2010b] 89頁。韓国の国会の検討報告書や法制司法委員会、本会議の会議録等でも、この部分についての言及はないとする。

31 노동법실무연구회 [労働法実務研究会] [2010b] 89頁, 1997.6.5. 勤基 68207-735 参照。「勤基」とは、雇用労働部（日本の厚生労働省に相当する）の行政解釈の1つである。

行為する者」は除外される^{32,33}。また、規定が存在しないため、過半数代表者は単独ではなく、複数人であることも可能である。ただし、この場合、過半数代表者間で代表権を行使する方法が別に設けられていない場合は、複数の過半数代表者の全員が書面合意に参加しなければならないとされている³⁴。

また、制度趣旨を考慮すると、公正な手続を経ないまま過半数代表者を選出した場合、その過半数代表者が締結した書面合意は無効と解されている³⁵。

また、選出に当たっては、労働時間の柔軟化等に関する書面合意について代表権を行使するための過半数代表者の選出であることを周知しておく必要がある。これらの要件を満たした場合、選出方法は特に制限されず、例えば、集会を通じた選出もしくは事業場に回覧して、個々の署名を受ける等の方法も可能である。また、過半数代表者は常設機関ではなく、書面合意時点での労働者の意思を表現する一時的機構であるため、任期を定めて選出したとしても、新たな合意ないし協議の時点で、再び労働者の過半数を代表する者としての資格を有するかどうかを確認しなければならない³⁶。

ホ. 勤労者代表に与えられた権限

(イ) 協議権

勤労基準法 24 条 3 項（経営上の理由による解雇の制限）では、経営上の理由による解雇（整理解雇）を避けるための方法（解雇回避努力）と解雇の基準等について勤労者代表との協議義務を規定している。勤労者代表との協議義務が規定される以前の一部の韓国大法院（最高裁判所）の判決では、手続上の要件を重視しない傾向があり、事前の協議手続を経なかったという事実のみでは整理解雇は無効とされないとした事例があった。しかし、整理解雇の手続規定が明文化された 1998 年以降は、勤労者代表との協議が存在しないか、不誠実な協議しかなかった場合には、当該整理解雇は無効とされている³⁷。

また、勤労基準法 70 条は、妊婦と 18 歳未満の若年労働者の夜間労働と休日労働を制限しているが、これに対する例外として、18 歳未満者の同意、産後 1 年が経過しない女性の同意がある場合、妊娠中の女性が明示的に請求する場合に限り、雇用労働部長官の認可を受けて夜間労働と休日労働が可能であるとする（同法 70 条 2 項）。この場合、使用者は事前に労働者の健康と母性保護のためにその実施の可否

32 2003.11.13. 勤基 68207-1472。

33 ただしこれと関連して、法律で特別に勤労者代表の資格を制限していない以上、たとえ使用者の利益代表者であるとしても、過半数代表の資格がないとは判断できないという見解も存在する。도재형 [都在亨] [2011] 104 頁。

34 1997.5.13. 勤基 68207-630。

35 김인재 [金仁在] [1999] 252 頁。

36 도재형 [都在亨] [2011] 106 頁。

37 노동법실무연구회 [労働法実務研究会] [2010a] 260 頁。

と方法等について、その事業又は事業場の勤労者代表と誠実に協議しなければならない（同条3項）として、勤労者代表の協議権（使用者からすると協議義務）を規定している。また、この協議の以後、業務内容、労働方法等の勤務形態や作業環境に変動があって妊婦等の夜間および休日労働に影響を与える場合、労使間で新たに協議をして変更された協議の結果を行政官庁に届け出なければならないとする行政解釈がある³⁸。

（ロ） 勤労者代表との書面合意によるデロゲーション

韓国の労働基準法は、勤労者代表との書面による合意を条件として労働時間について、以下に説明するような法定基準の柔軟化を認めている。

ただし、興味深いことに、日本のみならず諸外国でも労働時間規制のデロゲーションの典型的場面である時間外労働に関して、韓国の労働基準法は、勤労者代表制によるデロゲーションを導入していない（ただし、労働基準法59条により、特定の事業部門に関連する特例が認められており、そこでは一種の勤労者代表とのデロゲーションが導入されている。後述 e. 参照）。

労働基準法53条1項³⁹は、時間外労働について、当事者との合意をその要件としており、この当事者との合意は、使用者と労働者の個別合意というのが通説・判例である⁴⁰。また、合意の形式について何ら規定を置いていないので、合意が効力を生じるために、必ずしも書面で合意する必要がない。

労働基準法53条2項は、以下に述べる弾力的労働時間制（変形労働時間制）および選択的労働時間制（フレックスタイム制）を実施している場合において、当事者間に合意があれば、1週間に12時間（選択的労働時間制では、精算期間を平均して1週間12時間）を限度として、労働時間の延長が可能である。ただし、この場合の時間外労働の合意は、弾力的労働時間制および選択的労働時間制の導入に関する合意とは異なり、制度導入によって定められた所定労働時間を超えて働かせなければならない具体的な必要に応じたものであり、その合意主体も通常的时间外労働における合意のように、個別労働者と使用者との合意を意味するのが一般的である⁴¹。

a. 3ヵ月単位の弾力的労働時間制（変形労働時間制）

労働基準法51条2項は、勤労者代表との書面による合意によって、3ヵ月以内の単位期間を平均して所定労働時間が法定時間内に収まることを条件に1日および1週の法定労働時間の超過を許容する弾力的労働時間制（日本の変形労働時間制に相

38 2001.11.14. 女援 68240-501。「女援」とは、雇用労働部（日本の厚生労働省に相当する）の行政解釈の1つである。

39 労働基準法53条1項「当事者間で合意すれば、1週間に12時間を限度にして、50条の労働時間を延長することができる」（注：50条の労働時間とは、週40時間、1日8時間の法定労働時間をいう）。

40 1993.12.21. 大判 93 ヌ 5796；1995.2.10. 大判ダ 19228。

41 노동법실무연구회 [労働法実務研究会] [2010b] 108頁。

当する)を実施できるように規定している。書面での合意事項は、(a) 対象労働者の範囲、(b) 単位期間(3ヵ月以内の一定の期間)、(c) 単位期間の労働日とその労働日ごとの労働時間、(d) 書面合意の有効期間である。((a) から (c) については勤労基準法 51 条 2 項 1~3 号、(d) については勤労基準法 51 条 2 項 4 号および勤労基準法施行令 28 条 1 項)。ただし、特定の週の労働時間は 52 時間を、特定の日の労働時間は 12 時間を超えることができない。

これらの弾力的勤労時間制が適用されると、1 日 8 時間および週 40 時間の法定労働時間を超える労働がなされても、書面合意を超えない限り、定められた所定労働時間内では時間外労働が成立しないので刑事責任が生じず、加算賃金支払義務も免除される。ただし、勤労基準法 51 条 4 項では、弾力的勤労時間制を実施する場合は、既存の賃金水準が低くならないように賃金補填方策を講じなければならないと規定している。しかしこれは訓示規定と解されている。

b. 選択的勤労時間制(フレックスタイム制)

選択的勤労時間制とは、基準労働時間の範囲内で労働時間の始期と終期を任意に選ぶことができる制度で、日本でいうフレックスタイム制に当たる。選択的勤労時間制の前提条件として、使用者は、就業規則またはこれに準ずるものに、「業務の開始と終了時刻を労働者の決定に委ねる」という趣旨を定めなければならない、その対象となりうる労働者の範囲を特定しなければならない(勤労基準法 52 条)。

勤労者代表との書面による合意事項として、対象となる労働者の範囲(15 歳以上 18 歳未満の労働者を除く)、精算期間(1ヵ月以内の一定の期間)、精算期間の総労働時間、必ず労働しなければならない時間(コアタイム)を定める場合にはその開始と終了時刻、労働者が自ら決定によって労働することができる時間帯(フレキシブルタイム)を定める場合には、その開始と終了時刻、そして標準労働時間がある。

選択的勤労時間制を採用した場合、精算期間中に法定労働時間の適用が排除される。したがって、精算期間を平均して週法定労働時間を超えない限り、1 日または 1 週の法定労働時間を超過する労働が可能であり、時間外労働に伴う加算賃金を支給する必要がない。弾力的勤労時間制とは異なり、賃金補填方策についての規定はなく、この条項自体の違反に対する罰則規定もない。

c. 補償休暇制

勤労基準法 57 条は、使用者は、勤労者代表との書面による合意に基づいて時間外労働、夜間労働および休日労働に対して賃金を支給することに代えて、休暇を与えることができると規定している。したがって時間外労働、夜間労働と休日労働に対する実際の賃金と加算賃金の両方が代替対象であり、その全体の賃金の全部または一部に対応する労働時間を算定して、代替休暇を付与することができる。

d. みなし勤労時間制および裁量勤労時間制

勤労基準法 58 条では、みなし勤労時間制と裁量勤労時間制を導入している。みなし勤労時間制（日本の事業場外労働のみなし時間制にほぼ相当）について、業務遂行に通常必要な時間に関する勤労者代表との書面による合意がある場合、その合意された時間が、業務遂行に通常必要な時間になる（勤労基準法 58 条 2 項）。ただし、労働時間の一部に事業場外での労働時間を含む場合、業務遂行に通常必要な時間の対象は、「事業場外の労働」に限る。したがって、事業場内の労働を含む総労働をみなすという書面合意は許されない⁴²。

裁量勤労時間制について、日本では専門業務型裁量労働制と企画業務型裁量労働制に分けられている。しかし、韓国の勤労基準法は、58 条 3 項において専門業務型裁量労働制に相当するもののみを定めている。裁量勤労時間制について書面上の合意で規定すべき内容は、対象業務、使用者が業務の遂行の手段および時間配分等について労働者に具体的な指示を行わないこと、労働時間の算定は、当該書面合意で定めることによることである（同法 58 条 3 項）。

e. 勤労時間および休憩時間の特例

勤労基準法 59 条は、法律で定める事業部門⁴³について、対応する使用者が、勤労者代表と書面合意をした場合には、勤労基準法 53 条 1 項の時間外労働の制限（当事者間の合意による週 12 時間の制限）を超えて時間外労働をさせたり、休憩時間を変更することができることと規定している。

これらの特例は、勤労基準法 53 条 1 項に限定されるので、同条 2 項で定めた弾力的・選択的勤労時間制については、例外なく、週 12 時間を超えて時間外労働をさせることができない⁴⁴。

f. 有給休暇の代替（使用者による年休の一方的時季指定）

使用者は、勤労基準法 62 条の規定により、勤労者代表との書面合意によって年次有給休暇日に代えて、特定の労働日に労働者を休業させることができる。つまり、本来労働者が時季指定権を有する年次有給休暇日について、使用者側で特定の労働日を年休に当てることが可能となる。いわば日本でいう計画年休と同様の機能を営む制度といえる。書面で規定すべき内容について、休業させることができる条件と日付を明確に定めなければならないとされている⁴⁵。また、有給休暇の代替は、その日数に関する制限がない。したがって、労働者の年次休暇時季指定権が過

42 노동법실무연구회 [労働法実務研究会] [2010b] 183 頁。

43 勤労基準法第 59 条 1~4 号の内容として、1. 運輸業、物品販売および保管業、金融保険業、2. 映画製作および興行業、通信業、教育研究および調査事業、広告業、3. 医療および衛生業、接客業、焼却および清掃業、理容業、4. 大統領令で定められる事業（社会福祉事業）がある。

44 노동법실무연구회 [労働法実務研究会] [2010b] 191 頁。

45 1998.3.31. 勤基 68207-609。

度に制限されるおそれも存在する。

へ. 勤労者代表との書面合意の効力

(イ) 免罰的効力・合法化効力

勤労者代表と使用者との間の書面による合意は、勤労基準法の強行的最低基準に反して労働させた使用者の処罰を免れさせる効力（免罰的効力）を有する。また、書面合意が締結された場合、さもなくば法定基準に反して違法・無効となる合意その他の法律行為を、民事上有効とする強行性解除効が発生する。

(ロ) 私法的効力

勤労者代表との書面合意の私法的効力、すなわち書面合意そのものが法源になり、労働者と使用者との間の権利義務を規律する効力を持つのか、あるいは労働者と使用者との間の権利義務の設定・変動には、書面合意とは別に、就業規則、労働協約、個別労働契約等の根拠が必要かが問題になる。これについては、学説上の対立がみられており、判例も存在しない。日本における過半数代表との労使協定に関する私法的効力に関する議論が、韓国でもそのまま引用されている状況である。

ト. 韓国におけるデロゲーション

韓国の勤労基準法は日本の労基法と類似の規制を行っている場面が少なくないが、勤労者代表（過半数代表）との労使協定方式によるデロゲーションについては、日本の労基法が1947年の制定当初から法定時間外労働について採用していたのに対して、韓国では採用されていなかった。韓国で労使協定方式のデロゲーションが活用されるようになったのは、労働時間規制に種々の弾力的制度を導入した1997年以降のことであった。

韓国では、事業場レベルの、労働組合ではない過半数代表との合意によって法定基準を引き下げることの可否、そうした立法政策の当否について、その活用場面が労働時間制度に限られていることも影響してか、必ずしも十分な議論はされていないようである。

しかし、韓国でも労働者・就業関係の多様化への対応は問題となる。未だ具体的政策となっているわけではないが、労働組合、勤労者代表に加えて第3の労働者代表組織である労使協議会を活用する方途が立法論として議論されているようである。

(3) ドイツ

ドイツの労使関係は、日本と対比した場合、労働組合が産業別レベルで結成され

ていること、その結果、団体交渉も国家レベルや産業別レベルで行われる等中央集権的システムであることに顕著な特徴がある。

したがって、デロゲーションも、かつては、産業別レベルの労働組合の合意によってのみ可能であると解されるのが一般であった。しかし、1980年代以降、労使関係の分権化の趨勢ともあいまって、デロゲーションの主体も産業別組合から企業レベルの労働者代表へと分権化の動きが生じてきている。しかし、なお、産業別労働組合のコントロールはデロゲーションを認めるに当たって重要なファクターとされていると見てよい。

ドイツにおける集団的合意による法定基準の柔軟化は、使用者（団体）と労働組合の間で締結される労働協約（Tarifvertrag）によるものと、使用者と事業所における従業員代表組織である事業所委員会（Betriebsrat）の間で締結される事業所協定（Betriebsvereinbarung）による場合の2つがある⁴⁶。

イ. 協約による法定基準の柔軟化

（イ） 協約に開かれた法規範

ドイツの労働立法は、基本的に最低基準を法定するものであり、法定基準を上回る合意は有効だが、これを下回る合意は、個別合意であれ集団的合意であれ、無効となるのが原則である。例外的に法律上、協約による別段の定めがあれば、法定基準からの逸脱を許容する規制（これを「協約に開かれた法規範（tarifdispositives Recht）⁴⁷」、これを定めた規定は「協約開放条項（Tariföffnungsklausel）」という）が設けられることはあったが、それは、労働時間関係の一定の規制等、特定の場面に限られていた。しかし、1963年の連邦休暇法では「協約に開かれた法規範」が大幅に導入されることとなった⁴⁸。連邦休暇法は、協約に対しても強行的規範を設定した「基本規範 Grundnorm」の部分と、協約優位（Vorrang der Tarifvertrag）を認め、協約によってはその基準を引き下げることも許容する部分とから構成されている。そして、基本規範に属するのは有給休暇請求権、労働者の定義、最低休暇日数に関する部分に限定され、その他の大多数の規定は協約に開かれた法規範となっている。

その後、1969年には、民法典における解雇予告期間、継続賃金支給法における継続支給賃金の算定方法等についても、協約に開かれた法規範が採用された。

さらに、判例では、「協約に開かれた判例法」も認められるようになった。これは、判例法理によって強行的規範が設定されていた場合でも、その判例法規範を

46 欧州とりわけドイツとフランスにおける労働法の柔軟化についての最も包括的研究として桑村 [2008a～f]。また、ドイツについては岩佐 [2015] も本研究にとって貴重な知見を提供している。以下の検討もこれらの研究に多くを負っている。

47 桑村 [2008b] 1258 頁の訳によった。「協約に開かれた強行法規（tarifdispositives Gesetzrecht）」ということもある。

48 連邦休暇法における「協約に開かれた法規範（協約に開かれた強行法規）」の採用については荒木 [1988] 75 頁以下参照。

協約によって引き下げることは認めるといえるものである⁴⁹。例えば、有期労働契約の締結は、期間を設定する客観的理由が存在する場合にのみ許されるとする判例法理が1960年の連邦労働裁判所大法廷決定⁵⁰によって確立する。この法理は、その後、1985年に就業促進法によって客観的理由のない有期労働契約を許容する立法がなされるまで有期労働契約についての重要な強行的判例法理であった⁵¹。しかし、1969年の連邦労働裁判所判決⁵²は、労働協約が労働契約の期間設定について独自の規定を置いている場合には、裁判所が改めて「客観的事由」の存否について判断する必要はないとした。

1980年以降になると、さまざまな法律に、協約による法定規範からの逸脱ないし柔軟化を認める「協約開放条項」が明文で定められるようになる。例えば、1984年の年少労働者保護法改正では、1日の労働時間や休憩時間の短縮および配分等について労働協約または労働協約に基づく事業所協定⁵³による逸脱が認められた。その後、協約開放条項を多数採用した代表的な立法として注目されるのが、1994年の労働時間法（Arbeitszeitgesetz、以下「1994年法」）⁵⁴である。

ドイツの労働時間規制は1994年法が制定されるまでは、1938年の労働時間法（Arbeitszeitordnung、以下「1938年法」）⁵⁵によって規制されていた。戦前に制定された1938年法の労働時間規制では、1日8時間労働の原則の柔軟化のための変形労働時間制は2週単位と5週単位の2種類しか用意されていなかった。しかし、労働協約ではより長い変形期間による変形制や、法律上は予定していないフレックスタイム制を導入するという実務が広がっていた。このような措置が法定最低基準を設定したはずの労働時間法の規制に反しないのかは問題となるが、学説は、協約によって法定時間を超える労働（法定時間外労働）を行うことも可能であることを根拠に、適法とする解釈等が唱えられた。しかし、理論的には、法定時間外労働には法定の割増賃金（1938年法15条）が発生するところ、変形制やフレックスタイム制の場合には、変形（清算）期間内で平均労働時間が法定時間に収まっていれば、特定の法定時間を超える労働について、割増賃金を発生させないという違いがあるので、協約によれば法定時間外労働が可能であることを根拠にこのような措置の適

49 このような立場を最初に採用したのは BAG vom 31. 3. 1966, AP Nr. 54 zu §611 BGB Gratifikation（連邦労働裁判所判決）である。同判決に大きな影響を与えたのが Biedenopf の学説で、同判決でも引用されている。Biedenopf の学説や同判決については桑村 [2008b] 1262 頁以下参照。

50 BAG GS vom 12.10.1960, AP Nr. 16 zu §620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

51 ドイツの有期労働契約についての法規制の展開については荒木 [2001] 113 頁以下。

52 BAG vom 4.12.1969, AP Nr. 32 zu §620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

53 事業所協定とは、事業所における従業員代表委員会である事業所委員会と使用者との間で締結される書面合意をいう。事業所組織法（Betriebsverfassungsgesetz）により、事業所協定は当該事業所に所属する労働者の労働契約に対して強行的直律的効力を有する（事業所組織法 77 条 4 項 1 文）。

54 1994 年法の詳細については和田 [1998] 13 頁以下参照。

55 1938 年法による労働時間規制の詳細は、荒木 [1988] 19 頁以下、荒木 [1991] 24 頁以下参照。

法性を説明することは困難である⁵⁶。そこで、1980年代より、新たな労働時間法の立法論が展開され、そこでは、協約による柔軟化を正面から認める法規制が提案されていた。

1994年に1938年法を全面的に改正して立法された労働時間法は、多くの協約開放条項を導入した。すなわち、手待の場合の1日の労働時間延長、変形制における変形（清算）期間の拡大、休憩時間の短縮分割、連続休息時間の短縮、深夜時間帯の変更、農業や医療・介護業務あるいは公勤務での特例の設定（同法7条）、非労働日である日曜日数の削減、祝日労働に対する代替休息付与の免除（同法12条）について、労働協約で法定基準の引下げが可能とされた。立法過程では、労働保護法規を労働者に不利に引き下げることについては反対論も強かったが、政府は、労働協約当事者（使用者団体と産業別労働組合）および一定の要件のもとで事業所当事者（使用者と事業所委員会）によって、実務に合致した正当かつ実効的な労働者保護を実現させようというのが法の趣旨であり、これらの労使当事者は責任を持って逸脱権限を行使しうるので、法の期待する保障は十分に確保されるとの立場であった。こうして、1994年法は協約開放条項を大幅に導入した。また、こうしたデロゲーションは、協約による場合、協約によって事業所当事者に逸脱権限が委譲された場合に認められるのみならず、協約に拘束されない当事者（具体的には、使用者が協約を締結した使用者団体に加入していない場合および労働者が協約締結組合の組合員でない場合）が、その協約の適用範囲に含まれ、かつ、事業所委員会が存在しない事業所では、労使の合意によって、逸脱協約を援用することによって、法定基準から逸脱が可能とされている（1994年法7条3項1文、12条2文）。

さらに、2000年パートタイム労働・有期労働契約法では、客観的事由なく有期労働契約の締結が認められる場合について、最長2年、更新回数3回という上限が設定されたが、この上限規制について、協約による別段の定めをすることが許容された（同法14条2項3文）⁵⁷。労働者派遣法の領域でも、2002年労働者派遣法改正は、派遣労働者と派遣先の比較可能な労働者との平等取扱原則（不利益取扱禁止）を定めているが、この規範も、労働協約による逸脱が可能とされている（労働者派遣法9条2号）⁵⁸。

.....
56 荒木 [1988] 28頁、34頁参照。

57 同条項に基づき、利用期間2年、更新回数3回の原則を協約で42ヵ月、更新回数4回までを許容した事案につき、連邦労働裁判所2012年判決は、適法としている（BAG vom 15.8.2012 NZA 1/2013, S. 45ff.）。ただし、協約による開放が無制限に許されるものではなく、パートタイム労働・有期労働契約法の体系、憲法、EU法の規制の趣旨に照らした制約が生じうることも判示している。これらについては、川田 [2015] 460頁以下参照。

58 労働者派遣法9条2号については高橋 [2015] 172頁以下も参照。なお、2008年のEU労働者派遣指令でも、派遣労働者に関する平等取扱原則は、協約によって逸脱可能とされている。

(ロ) 協約に開かれた法規範の根拠

以上見たように、法定基準を協約当事者の合意によって引き下げることを許容する協約開放条項が多用されることとなっている。こうした法システムを要請している経済的背景としては、経済のグローバル化、就業関係の多様化、柔軟な働き方を求める労働者の意識変化、労働者像の多様化といった先進国に共通の事情に加えて、ドイツが経験した深刻な失業問題への対応の必要という事情を指摘できる。

他方で、ドイツでは、国家法が定めた法の最低基準ないし強行的規範を、国家ならぬ労使合意によって引き下げることがなぜ許容されるのかが議論されている。すなわち、労働組合には争議行為が保障されているため、使用者と対等の立場で交渉をなしうる。したがって、労働協約にはその内容についての「適正さの保障 (Richtigkeitsgewähr)」があるとされる。使用者と対等の立場で交渉しうる労働組合は、国家の設定した最低基準の引下げと引換えに、別の場面でより有利な労働条件を獲得しえ、全体としてはバランスの取れた協約を締結しうると解されている⁵⁹。

逆に、労働組合にそのように使用者と対等の立場で労働条件を設定することのできる力がない場合には、当該労働組合は、「協約能力 (Tariffähigkeit)」を欠くものとして、適法な労働協約締結権限を有しないと解されている。

近時、このことが大いに問題となったのが、労働者派遣関係における平等取扱 (不利益取扱禁止) 規制の適用除外であった。前述のように、2002年ドイツ労働者派遣法は、派遣労働者について派遣先の比較可能な労働者との平等取扱いを定めたが、この規範は協約に開かれた法規範であり、労働協約によって異なる定めをすることを許容している (労働者派遣法3条1項3号)⁶⁰。これは、協約に開かれた法規範について議論されたように、全体としてバランスの取れた内容の協約と評価されるものであれば、これまで同様に、開放条項それ自体は問題とされなかったであろう。ところが、一部の派遣労働者を組織した組合が、平等取扱原則の適用除外協定を締結し、相当に低額の賃金を許容する協約を締結したために、大問題となった。

すなわち、2003年にはドイツ労働総同盟 (DGB) と大手派遣会社を組織する使用者団体 (BZA) との間では、派遣労働者の最低賃金を原則時給 8.4 ユーロとし、派遣先部門ごとに、均等待遇が実現されるように漸進的に派遣労働者の賃金を引き上げる旨の合意が成立していた。しかし、この賃金水準が高すぎるとして派遣業者の団体から不満が出ていたところ、DGB とは独立のキリスト教労働組合 (CGB) 傘下の派遣・人材サービス労働協約共同体 (Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personal-Service-Agenturen: CGZP) は、DGB と BZA との合意よりはるかに低額の賃金を許容する逸脱協定を BZA とは別の使用者団体 (北バイエル

59 桑村 [2008b] 1276 頁以下参照。

60 これに対して、同じ非正規雇用でも、パートタイム労働、有期契約労働に関する不利益取扱禁止規制については、労働協約によっても逸脱することは許容されていない (パートタイム労働・有期労働契約法 22 条 1 項)。

ン派遣企業団体、INZ)と締結した。その賃金額は最低時給が西側地域で 6.3 ユーロ、東側地域で 5.7 ユーロと、DGB と BZA 間の合意の 8.4 ユーロを大幅に下回るものであった。CGZP は、他の派遣業者団体とも同様の協約を締結し、派遣労働部門を席卷しかねない雲行きであったため、DGB の側が追い込まれ、結局、DGB も BZA と最低賃金を、西側地域で 6.85 ユーロ、東側地域で 5.93 ユーロとするに至った⁶¹。

こうした事態を引き起こした CGZP の逸脱協約については、そもそも、CGZP に適法な協約を締結する協約能力が備わっているのかが訴訟で争われ、連邦労働裁判所は、これを否定した⁶²。結果として、CGZP の平等取扱規制からの逸脱を規定した協約の効力も否定された。

この事件は、改めて、法定基準を引き下げる協約を締結しうるのは、しかるべく労働者保護を確保しうる社会的実力、すなわち、協約能力を有する労働組合に該当することが前提となっていることを示している。

ロ. 事業所協定による法定基準の柔軟化

以上のように、労働組合には、争議行為を保障されて使用者と対等の立場で労働条件設定をなすうることがその主たる根拠となって、デロゲーションの権限を委ねても問題はないと解され、労働協約による法定基準の柔軟化が許容されてきた。これに対して、事業所レベルで締結される事業所協定については、直ちに協約と同列に論ずることはできない。なぜなら、事業所協定の締結当事者たる事業所委員会⁶³は、従業員代表組織として労働者によって選挙された組織であるが、労働組合とは異なり、争議行為は禁止されているため、争議権を有する労働組合のように、使用者と対等決定することのできる団体と直ちに評価することはできないからである⁶⁴。まず、日本にはない事業所委員会について解説をしておこう⁶⁵。

(イ) 事業所委員会

事業所委員会は、事業所で就労する労働者の選挙によって選出された従業員代表からなる組織で、18 歳以上の常用労働者を 5 人以上使用する事業所で、その労働者のうち 3 名が被選挙権（6 ヶ月以上当該事業所・企業・コンツェルンに所属する場合に与えられる）を有する場合に設置される。この要件が満たされた場合には、事

61 この経験は、DGB に大きな反省を迫り、均等待遇規制からの逸脱を禁止する法改正や、最低賃金規制の導入を求める動きをもたらすことになる。以上の経緯については岩佐 [2015] 189 頁以下参照。

62 BAG vom 14. 12. 2010, AP Nr. 6 zu §2 TVG Tariffähigkeit. もっとも、協約能力が否定されたのは、いわゆる社会的実力の欠如から直接に導かれたものではなく、派遣労働者について管轄権を有しないにもかかわらず協約を締結したという理由によるものであった。同事件については高橋 [2015] 176 頁以下も参照。

63 経営協議会、あるいは従業員代表委員会と訳されることもある。

64 例えば、BAG vom 16.11.1967, AP Nr. 63 zu §611 BGB Gratifikation.

65 荒木 [2000] 241 頁以下、藤内 [2009] 41 頁以下、桑村 [2010] 85 頁以下等参照。

業所委員会設置義務があると紹介されることが多いが、事業所委員会は、当該事業所の労働者または当該事業所に組合員を有する労働組合がイニシアティブをとって選挙を行い事業所委員を選出することにより設置されるもので、労働者や労働組合が望まなければ設置が強制されるものではない。その結果、規模の小さな事業所では、法定設置要件が満たされているにもかかわらず、事業所委員会が設置されない場合が少なくない。2006年のWSI⁶⁶調査によると、500人超の事業所では、設置率8割超（西側88%、東側82%）であるが、51～100人の事業所規模だと5割を切り（西側44%、東側43%）、50人以下になると1割を切っている（西側6%、東側7%）⁶⁷。

事業所委員会は労働組合とは別個の従業員代表組織であるが、委員候補リスト作成について労働組合が優先権を持つ等、労働組合と密接な関係にあり、事業所委員会委員はほとんど組合員であるのが実態である。また、非組合員が事業所委員会委員になった場合、労働組合の専門知識や政治的なサポートを求めて、組合に加入することがしばしばあるという⁶⁸。

事業所委員会は事業所共同体の共同の利益を増進させるパートナーと位置づけられ、使用者からの種々の便宜供与が法定されるとともに、争議行為を行うことは明文で禁止されている（事業所組織法74条2項）。

（ロ） 事業所協定の「適正さの保障」

a. 伝統的評価とその変化

このように事業所委員会には労働組合と違って、争議権が与えられていないことから、伝統的には、事業所協定は労働協約とは異なり、その内容に「適正さの保障」がないとされてきた。このことが、裁判所の内容審査（当該集团的合意の効力を判断するに際しての、その合意内容に関する裁判所の司法審査）にも影響している。すなわち、対等当事者間で締結されたと解される労働協約に対して、裁判所の内容審査は及ばないのに対して、対等の交渉力を持つとはいえない使用者と事業所委員会との合意である事業所協定に対しては及ぶと、かつては解されてきた。したがって、そのような事業所協定による法定基準の引下げは許容されないと解するのが一般的であった。

ところが、事業所協定による法定基準の引下げ・柔軟化を許容する立法⁶⁹が、

66 Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut（ハンス・ベックラー財団経済社会研究所）。

67 藤内 [2009] 223 頁。

68 Bertelsmann und Hans-Böckler-Stiftung [1998], Kap. 3, 9.

69 ただし、法律によるものではないが、「製紙業における日曜・祝日労働禁止の例外に関する命令（Verordnung über Ausnahme vom Verbot der Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen in der Papierindustrie vom 20. Juli 1963, BGBl. 1963 I, S. 491）」や、「製鋼業における日曜・祝日労働禁止の例外に関する命令（Verordnung über Ausnahme vom Verbot der Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen in der Eisen- und Stahlindustrie vom 31. Juli 1968, BGBl. 1968 I, S. 886）」は、労

1980年代から登場し始める⁷⁰。そして、1994年の労働時間法では協約とともに事業所協定によるデロゲーションを正面から承認することとされた⁷¹ ために、大きな議論を呼ぶこととなった。

この点について、ドイツの近時の大多数の学説は、事業所委員会には確かに争議権は与えられていないが、他の諸制度によってその締結する事業所協定にも適正さの保障が備わっており、したがって、事業所協定について裁判所は内容審査を行うべきではない、とする立場を採るに至っている。それは、次のような理由による。

第1に、事業所委員会に対しては事業所組織法上種々の保護規定（有給の活動時間保障、就業時間外の職務遂行を要する場合の労働免除、任期中および任期終了後1年間の事業所における比較可能労働者と同等の賃金の保障、同等業務への従事の保障、その活動を理由とする差別的取扱いの禁止、任期中および任期終了後1年の普通解雇の禁止、即時解雇に事業所委員会の同意要求、配転により事業所委員会委員の資格を失う場合に事業所委員会の同意要求等）により、使用者に従属することなく活動することが制度的に保障されていることがある。第2に、争議権を有していない点は、使用者も同様にロックアウト等の争議権を認められていないので、事業所委員会が使用者に対して対抗力が弱いとはいえ、共同決定権等、事業所委員会の同意を得なければ使用者が一方的措置を取り得ない等、制度的な対処がなされている。第3に、事業所委員会は事業所共同体の労使共同の利益を増進させるパートナーと位置づけられているところ、事業所委員会が使用者と協力することを事業所委員会の交渉力の弱さと捉えるべきではない。第4に、事業所委員会の活動には使用者が経費援助することが法定されているが、これは法律上の義務であって、事業所委員会の使用者への経済的従属性を示すものではない。第5に、小規模事業所において事業所委員会が實際上、自由な権限行使を妨げられる可能性が高いとしても、そのことから一般に事業所委員会の交渉力の弱さを導くことはできない。第6に、事業所委員会は、事業所組織法上、種々の情報収集の機会や研修の機会、専門知識を有する者の協力を受ける権利等と与えられており、交渉上、情報・知識の面

働協約が存在しないという条件下で、事業所協定による法定の休息時間規制、労働時間規制からの逸脱を許容していた。桑村 [2008c] 1607 頁参照。

70 1984年改正年少労働者保護法 (Jugendarbeitsschutzgesetz) は、法律上初めて事業所協定によるデロゲーションを、協約に基づいて事業所協定による逸脱が認められた場合と、協約に拘束されない事業所で逸脱協約規定を援用する場合に認めた。桑村 [2010] 89 頁参照。

71 1994年労働時間法では、事業所協定によるデロゲーションが、①労働協約に基づく場合（協約が事業所協定による逸脱を認めている場合で、その逸脱の範囲を協約が定めていることもあれば、その範囲を、法律の許容する枠内で、事業所当事者に委ねる場合もある）、②協約に拘束されない事業所で、デロゲーションを定めた労働協約の規定を援用する場合（具体的には、協約の適用範囲内で、当該協約に拘束されない当事者が、労働条件統一のために、当該協約を援用する場合に問題となる）、③協約に拘束されない事業所で、労働協約に基づくデロゲーション権限を援用する場合（①を認める協約があり、協約に拘束されない事業所当事者が、この①で認められる逸脱権限を援用する場合を指す）に、認められた。桑村 [2008c] 1613 頁以下参照。

での対等性を確保する措置がなされている⁷²。

中でも、第2の点で、労働組合と異なり、争議権を有しない点について、事業所組織法において、事業所委員会の交渉力を高める共同決定制度等の制度的対処がなされている点が特に重要であるので、若干解説を行う。

b. 事業所委員会の共同決定権

共同決定権というと、商法分野では、監査役会への労働者代表の参加制度を指すものが想起されるが、ドイツには会社の監査役会レベルにおける共同決定と、事業所レベルの事業所委員会による共同決定という2つの共同決定がともに *Mitbestimmung* という語で語られる。しかし両者は異なる制度であり、実務においてより重要性を持つのは、事業所レベルの事業所委員会による共同決定制度である⁷³。

事業所組織法は、事業所委員会に種々の共同決定権を付与している。共同決定権 (*Mitbestimmungsrecht*) は、広義には、使用者から情報提供、意見聴取を受けたり、協議する権利を含めて、事業所委員会の参加権全般 (関与権 (*Mitwirkungsrecht*)) を指して用いられる。また、狭義には、使用者の決定を事業所委員会の同意にかからしめ、事業所委員会の同意を得ない使用者の一方的措置を無効ならしめるといふ、事業所委員会の関与権のうち最も強力な共同決定の権限を指す⁷⁴。

事業所委員会の関与が法定されている事項は、事業所組織法の規定によると、社会的事項、職場・作業関連事項、人事事項、経済的事項の4つに大別される。事業所秩序、労働時間の配分、賃金支払等に関する「社会的事項⁷⁵」については最も強力な狭義の共同決定権が与えられている。「社会的事項」以外の3分野については、狭義の共同決定権より緩やかな関与権が中心となる。すなわち工場の施設・設備等に関係する「職場・作業関連事項」については、主として、情報提供・協議権が、

72 以上については桑村 [2008c] 1622 頁によるドイツの学説整理を参考とし、適宜補充した。

73 この2つの共同決定制度の詳細については、荒木 [2000] 234 頁以下参照。

74 この狭義の共同決定権にもさらに2種類のものがある。すなわち、事業所委員会が当該事項について共同決定を使用者に提案するという発議権 (*Initiativrecht*) を有し、使用者が同意しない場合には仲裁委員会の決定をもって両者の同意に代替させる権利を含む共同決定権と、発議権はないが、使用者の提案に対して同意しないことによって、使用者の一方的措置を妨げる権利 (同意権) を与えられた共同決定権である。

75 共同決定権が認められている事項の代表的なものが、事業所組織法 87 条の規定する社会的事項である。具体的には、事業所秩序 (1号=入退場や欠勤届、懲戒処分等の職場秩序に関する事項)、労働時間の配分 (2号=始業時刻の確定)、所定労働時間の一時的な延長・短縮 (3号)、賃金支払方法 (4号=例えば賃金を直接払いから口座振込に変更する等)、休暇 (5号=休暇付与に関する原則、休暇計画、休暇付与時期等)、労働者の監視装置 (6号=ビデオカメラや通話録音装置に関する事項等)、災害防止と健康保護 (7号)、企業内福利厚生制度 (8号=従業員食堂、保養施設、企業老齢年金制度の形態等)、社宅 (9号)、事業所における賃金形態 (10号=時給制、出来高制等の賃金形態原則等)、成果給 (11号=出来高制、歩合制等の成果能率関連給)、事業所における提案制度 (12号=改善提案制度やその評価等) である。

また、採用・配転・解雇の基準に関する「人事事項」については、協議権が、そして経済的事項については、主として、情報提供・協議権が与えられている。しかし、人事事項のうちの人事調査票や評価基準の作成（事業所組織法 94 条）、人員補充・削減等の人事計画における選択指針⁷⁶（同法 95 条）、採用、格付け、格付変更、配転（同法 99 条）、事業所委員会委員の非常（即時）解雇（同法 103 条）、事業組織の変更の際して整理される労働者への金銭的補償等を定める「社会計画（Sozial Plan）」の策定（同法 112 条）については、狭義の共同決定権が付与されている。

狭義の共同決定権は、事業所委員会に大きな権限を付与することになる。例えば、社会的事項で共同決定の対象事項である労働時間配分（週労働時間を各日にどのように配分するか）について、事業所委員会の同意を得ずに使用者が一方的に決定を行っても無効である。もちろん、共同決定事項について合意が成立しない場合、何らの措置もとりにえなくなるわけではない。この場合は、使用者側、事業所委員会側同数からなる仲裁委員と、その両者が合意して選任する中立の議長⁷⁷の三者からなる仲裁委員会（Einigungsstelle）⁷⁸の裁定が、使用者と事業所委員会の合意に代替する。裁定は、単純多数決で決する。当初、議長は裁決に加わらず、賛否同数の場合に、さらなる審議の後に、議長も投票する（事業所組織法 76 条）。しかし、三者構成の仲裁委員会の裁定によるため、使用者の望む措置が貫徹される保障はない。その意味で、事業所委員会の共同決定権は労働者側の意見を経営に反映させる強力な制度であり、使用者の経営権に対する重大な制約である。そして、仲裁委員の報酬等、仲裁委員会にかかる費用は使用者負担とすることが法定されている（同法 76 条 1 項）。

このような共同決定制度が用意されていれば、事業所委員会が争議権を有しないとしても、使用者との関係で交渉力が劣るとはいえないと評価するわけである。

上記のような義務的共同決定事項以外については、事業所委員会の同意は不可欠とはされていない。しかし、そうした任意的事項についても、学説は、使用者の提案（例えば従来の労働条件を引き下げるための事業所協定変更提案）に対してノーという権利（防御権）は有しており、そうである以上、事業所委員会の同意が使用者の圧力のもとになされたと解するのは妥当でなく、それに事業所委員会が同意したのであれば、それは事業所委員会が労働者にとって適切との判断を下したものと考えられるとする⁷⁹。

このような立場からは、法定基準を引き下げる権限を労働組合ではなく、事業所

76 なお、事業所の従業員が 1,000 人以上の場合、事業所委員会は発議権もある狭義の共同決定権を有する。

77 仲裁委員会の議長には労働裁判所の判事が選ばれることが多い。

78 議長選任についての合意が成立しない場合、労働裁判所が指名する。また、仲裁委員の人数についての合意が成立しない場合も、労働裁判所が決定する（事業所組織法 76 条 2 項）。

79 桑村 [2008c] 1623 頁。

委員会にも認めることも可能となり、事業所協定によるデロゲーションも認められることとなる。

c. 裁判所の司法審査

このように、事業所協定には適正さの保障がないとして、裁判所による内容審査を肯定する立場には疑問が呈され、現在の学説は一般に、事業所委員会と使用者とは対抗力の点でも対等の立場に立つとの理解に至っている。このような学説の展開を受け、裁判所も、事業所委員会は交渉力において劣位にあるとして内容審査を肯定するという論拠には言及しないようになってきている。むしろ、事業所組織法 75 条 1 項が、事業所当事者は、事業所の全構成員を「法と公正」の原則に従って処遇すべしと定めたことに根拠を求めて、司法審査を行うようになってきている。すなわち、同法 75 条 1 項は、法と公正の原則による処遇を求め、人種、民族的背景、門地、国籍、宗教、世界観、年齢、政治活動もしくは組合活動、政治的または組合的立場、性別、性的指向を理由とする差別的取扱いを禁ずる平等取扱原則を定めている。また、同法 75 条 2 項は、事業所当事者は、労働者の人格権を保障しなければならないとしているため、労働者の人格権を侵害するような協定については、この観点からの司法審査が基礎づけられうる。

こうした、事業所組織法の法規制に基づく司法審査を超えて、事業所協定の内容の合理性や公正さについても司法審査が及ぶかについて、裁判所は及ぶとする立場を採っているものの、学説は、そこにいう司法審査は適法性審査であって、それを超えた内容審査は認められないとする批判が強い⁸⁰。

ハ. ドイツにおけるデロゲーション

以上のように、ドイツでは、法定基準の柔軟化に当たって、労働協約と事業所協定という 2 つの集団的合意に基づく柔軟化の途が開かれている。かつては、労働条件規制について歴史的に重要な任務を担い、憲法上も協約自治が保障された労働協約当事者（労働組合と使用者団体）による産業別レベルの労働協約によるのであればこのようなデロゲーションを認めても問題はないのに対して、事業所当事者にも同様のデロゲーションを認めることはできないと解されていた。しかし、1980 年代から事業所当事者にもその権限が認められ、1994 年の労働時間法では正面からその権限が承認される。そして、事業所委員会の交渉力については、事業所組織法の事業所委員会委員やその諸活動へのサポート、そして共同決定制度等を踏まえると、事業所委員会は使用者と対等に交渉をなしうる立場に立っていると理解が定着するようになる。

もっとも、労働組合と事業所委員会は、使用者との関係で同様に対等の立場に立

.....
80 桑村 [2008c] 1627 頁以下。

つかという点、実はそうは解されていない。実態としては、やはり事業所委員会の交渉力は、労働組合には及ばないと受け止められている。そのことが、事業所委員会によるデロゲーションについては、協約と無関係に認められるものではなく、基本的に労働協約による授権や、労働協約によるデロゲーションが先行しておりそれを援用する等、労働協約によるコントロールを前提とした位置づけになっていると解される⁸¹。

しかし、従業員代表制度として最もよく整備されたモデルとして参照されるドイツの事業所委員会は、多様な労働者の利害を公正に反映させるためのさまざまな制度工夫をこらしており、比較法的に参考とすべき点が多い。

(4) アメリカの状況

アメリカにも法定基準を労使の集団的合意によって柔軟化する仕組みがないわけではない。例えば、公正労働基準法（Fair Labor Standards Act）は、週40時間を超える時間外労働に5割増しの時間外労働手当を義務づけている。しかし、一定の要件のもとで労働協約によって26週単位または52週単位の変形労働時間制を採用することが許容されている（公正労働基準法7条(b)(1)、(b)(2)）。

しかし、アメリカでは、このように労使の集団的合意によって、法定基準を現場の労働実態に合致させるという手法はあまり使われていない。これには、いくつかの要因を指摘できよう。

第1に、アメリカにはそもそも労働者を保護するための労働条件基準を定めた労働立法が少ないということがある。

第2に、アメリカの労働条件保護法は、その一律規制を適用することが適切でない場面については、規範を調整して適用するというのではなく、端的に適用除外を認める手法を採用していることが指摘できよう。例えば、公正労働基準法の労働時間規制についても、いわゆるホワイトカラー・エグゼンプションが広範に認められているが、これはまさに一定のホワイトカラーに労働時間規制を適用除外してしまうもので、適用除外されると何らの規制もないということになる。この点は、2015年時点で継続審議となっている日本の労基法改正法案における高度プロフェッショナル制度等が、労使委員会決議を要件として、労働時間規制の適用を除外しつつ、健康確保のために、一般労働者には適用されない特別の規制（インターバル規制、週休2日の確保、在社時間を把握する健康管理時間規制のいずれかを採ることを要

81 桑村〔2008c〕1640頁以下は、事業所委員会によるデロゲーションの対象事項および限界について、その権限が労働組合に比して限定されている理由として、実態として、事業所委員会の交渉力や労働者保護機能に限界があると認識されていることを指摘する。

請)を適用しようとしているのとは対照的である⁸²⁾。

第3に、アメリカでは集団的労使紛争も、個別的労使紛争も、訴訟によって裁判所で処理するよりも、むしろ仲裁人による仲裁によって処理することが広く行われている。仲裁が、法定基準を現場の多様な実態に即して柔軟に運用した処理を行うことができれば、法規範自体を柔軟化する必要性は高くはないことになる。

アメリカは、労働条件規制法は他の先進諸国に比して充実しておらず、むしろ市場調整に委ねる立場をとってきたが、差別禁止法は世界に先駆けて発展させてきた。この差別禁止法の適用問題も仲裁による処理に委ねることができるかが大きな問題となるが、次に検討するように、これも肯定されている。

アメリカで法定基準の柔軟化のための仕組みが発展していない要因としては以上指摘したような事情が影響しているように思われる。中でも、第3の仲裁による処理は、機能的には、デロゲーションと同様の機能を営んでいると評価することも可能かもしれない。そこで、デロゲーションの仕組みではなく、仲裁という仕組みによって多様化に対応している可能性のあるアメリカの仲裁制度について、4節で改めて検討する。

4. アメリカの雇用仲裁とその機能

裁判外紛争処理の中で、あっせん、調停は、その解決についてあっせん案、調停案が示されても、それを受け入れるかどうかは当事者の自由であり、解決案には拘束力がない。これに対して、仲裁は、契約当事者が当該契約に関する紛争解決を第三者(仲裁人)に委ね、その仲裁裁定に服することを合意して進められる手続であるため、その判断(仲裁裁定)は原則として終局的かつ拘束的なものとなる⁸³⁾。仲裁合意を行っていたにもかかわらず、一方当事者が仲裁ではなく訴訟に訴えた場合、他方当事者が仲裁合意の存在を主張すれば、裁判所は訴えを却下する。仲裁は、仲裁人の中立性・専門性、その手続の柔軟性、非公開性、迅速性等にメリットがあるとされ、商事紛争等では活用が期待されている。

しかし、個別的労働関係紛争に仲裁を活用することについては、多くの国が慎重な態度を採っている⁸⁴⁾。日本の仲裁法も、附則4条で当分の間、同法施行後に成立

82) したがって、この労基法改正法案における高度プロフェッショナル制度をアメリカのホワイトカラー・エグゼンプションと同じ名称で呼ぶことはミスリーディングである。この点については、荒木 [2015b] 101 頁参照。

83) 日本の仲裁法(平成16年3月1日施行)でも仲裁判断は確定判決と同一の効力を有すると定められている(仲裁法45条1項)。

84) Stipanowich [2011] p. 418によると、EU加盟国ではイタリア、フランス、ドイツ、ハンガリー、スペイン、イングランド、ベルギーが雇用契約における仲裁合意の履行強制を否定しているとする。

した仲裁合意であって、将来において生ずる個別労働関係紛争を対象とするものは無効とすると規定している。個別労働紛争を仲裁合意によって処理することを認めると、使用者と労働者間に交渉力格差があることから、使用者の仲裁付託要求を労働者は拒否することができず、仲裁合意は、訴権の放棄を意味するため、結果として、労働者は個別労働紛争を裁判所における公的判定によって処理する道を閉ざされることとなる。多くの国が、個別労働紛争を仲裁付託によって処理することに慎重なのは、こうした事情を考慮してのものと思われる。

これに対して、アメリカでは、個別労働紛争の雇用仲裁による処理が、特に1990年代以降急速に拡大してきている。そして、雇用仲裁の活用は、単なる雇用契約上の紛争に留まらず、労働立法や差別禁止立法によって個別労働者に与えられた権利の侵害が問題となる事案にも広がってきている。さらには、クラス・アクションや集団訴訟によって権利を実現する方途についても、雇用仲裁があれば、そうした集団訴訟権を放棄したことになり、個別仲裁でしか争えないことになるのかも大きな論争点となってきている。そこで、このような雇用仲裁の活用については、裁判所による公的紛争解決の途を閉ざすものとして、学説からの批判は強い。しかし、他方で、訴訟には費用がかかり、資力のない労働者が公正な判定により権利を実現するには、むしろ公正中立な第三者である仲裁人の判定によって紛争を解決する仲裁利用こそが、労働者の保護に資するという評価もある。確かに、仲裁が裁判所と同等に公正で中立的であれば、紛争解決の「法廷 (forum)」が異なるだけであって、それが簡易・迅速・安価に労働者の権利実現に資するのであれば問題はないともいえる。しかし、近時の実証研究は、仲裁による処理には中立性に疑問があり、裁判所と比肩すべき公正な紛争処理の「法廷」とみなすことには大きな問題があることを指摘している。

近時、日本の産業競争力会議では、雇用紛争の仲裁付託禁止が外資系企業進出の障害となっているとの批判があり、法改正によって解禁すべきかが議論されている(解禁論)⁸⁵。解禁論者が念頭に置いているのは、諸外国、特にアメリカで仲裁が活用されているという状況のようである⁸⁶。しかし、アメリカでは、集団的労働紛争に関する仲裁(労働仲裁)は、高く評価され定着しているのに対して、個別的労働紛争に関する仲裁(雇用仲裁)活用の当否については、種々問題点も指摘されており、現在、判例でも大きな争点となっている。

以下では、アメリカにおける雇用仲裁をめぐる理論状況を概観し、雇用仲裁が多用されている背景事情や課題等を明らかにするとともに、アメリカにおける裁判外紛争処理手続(Alternative Dispute Resolution: ADR)としての雇用仲裁の活用には比

85 2013年12月26日産業競争力会議・雇用・人材分科会「中間整理～『世界でトップレベルの雇用環境・働き方』の実現を目指して～」参照。

86 アメリカにおける労働紛争処理システムの全体像については山川[2002]、中窪[2012]等参照。

較法的視点から検討を加える⁸⁷。

(1) アメリカ労働法の特徴

まず、アメリカにおいて雇用仲裁が活用されるに至る背景事情として、アメリカ労働法制の特徴に触れておく必要がある。

アメリカは、伝統的に契約自由を尊重し、契約自治に介入する法規制には謙抑的態度を採ってきた。最長労働時間や最低賃金について、19世紀以来、各州が労働時間規制・最低賃金規制の立法を行ったが、これらの立法は、連邦憲法第14修正の「いかなる州も、法の適正手続によらずに、何人からも生命、自由または財産を奪ってはならない」という規定により保障された契約自由を侵害するものとして、裁判所により違憲と判断された。特に、1905年の *Lochner v. New York* 事件⁸⁸ は、1897年制定の製パン業労働者の労働時間を1日10時間、週60時間と規制するニューヨーク州法を契約自由の侵害として違憲とした。同事件は、いわゆる「実体的デュー・プロセス」の法理により、手続的適正さのみならず、契約自由を制限する立法について裁判所が立法内容の合理性について積極的に司法審査を行い、違憲判断をした例として有名で、1937年に連邦最高裁判所（以下「連邦最高裁」という）がその立場を転換するまでの時代は「ロクナー時代」とも呼ばれる⁸⁹。その後、州法による労働時間規制については、連邦裁判所も合憲判断に転じていくが⁹⁰、ロクナー事件の立場が明示的に放棄されたわけではなかった。

最低賃金規制については、より直接的に契約の中核問題について契約自由を制限するものであり、立法自体も労働時間規制よりも遅く、1912年のマサチューセッツ州法が最初の最低賃金規制であった。しかし、連邦最高裁は、労働時間規制について合憲判断が定着していた1923年の時点で、*Adkins v. Children's Hospital* 事件判決において、コロンビア地区の女子・年少者の最低賃金を定めた連邦法を、成年女子に関する限りで、連邦憲法第5修正⁹¹のデュー・プロセス違反で違憲と判断した。この立場は *Morehead v. New York ex rel. Tiplado* 事件⁹² でも維持された。連邦

87 以下は、荒木 [2015a]、および筆者と池添弘邦氏との共同研究『アメリカにおける個別労働紛争の解決に関する調査結果』（労働政策研究・研修機構 [2015]）の成果を踏まえつつ、本研究の視点から、整理発展させたものである。

88 198 U.S. 45 (1905).

89 同事件およびアメリカ憲法との関係の詳細については、樋口 [2011] 参照。

90 *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908); *Miller v. Wilson*, 236 U.S. 373 (1915); *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 426 (1917) 等。その経緯については、荒木 [1991] 95頁以下、中窪 [2010] 3頁参照。

91 第14修正は州の立法についてのデュー・プロセスを定めたものであるが、第5修正は連邦政府に関するデュー・プロセス条項を規定したものである。

92 298 U.S. 587 (1936).

最高裁がこれら社会立法について、実体的デュー・プロセスの法理により、違憲判断を下す立場を明示的に転換したのは、ルーズベルトがいわゆる Court Packing Plan を発表し、大統領に裁判官の追加任命権を与えることで、あからさまに最高裁改革に着手しようとした⁹³ のを受けて、連邦最高裁自身が従来の立場を一転して覆し、女性労働者の最低賃金を定めるワシントン州法を合憲とした West Coast Hotel v. Parrish 事件⁹⁴ においてである。同事件判決では、契約自由については基本的な自由とはもはやいえないので、厳格審査を必要としないこと、したがって、契約自由を規制する法律審査においては、裁判所が自らの判断を立法部の判断に代えて行うことはしないこと、当事者間の経済力・交渉力を是正し、弱者に救済を与えようとする目的の立法についても、公共の福祉に関係しないとして違憲無効とはしないことを明確にした。これ以後、実体的デュー・プロセスの法理により、裁判所が社会立法を違憲判断とすることはなくなった。

こうして、社会労働立法の基礎が提供されるが、1938年には最低賃金・労働時間・年少者労働規制等を定めた公正労働基準法（Fair Labor Standards Act）が制定され、1941年には合憲判断も下された⁹⁵。

このように、労働者保護のための労働条件規制立法の憲法上の障害は除去されるに至った。しかし、アメリカは労働者保護立法に積極的であったかというところではない。むしろ、個別労働者と使用者の交渉力格差故に是正すべき事態が生じているとしても、その事態を直接的な法規制によって是正することは最小限に留め、当事者間の交渉力格差を対等化すべく、労働組合を法認・助成し、団体交渉という対等な交渉による合意を通じた労働法システムを指向してきたといつてよい⁹⁶。

ただし、労働者保護立法の展開こそ控えめであったが、アメリカで注目すべきは、1960年代から差別禁止立法がめざましく発展したことである。すなわち、1963年の同一賃金法制定後、差別禁止規制の基本法ともいべき1964年の公民権法第7編（Title VII of the Civil Rights Act of 1964）が成立する。さらに、1967年には年齢差別禁止法（Age Discrimination in Employment Act）、1990年には障害を持つアメリカ人法（Americans with Disabilities Act）等が制定され、労働条件規制立法の手薄さを差別禁止法が引き受けるかのような様相を呈するに至る。また、差別禁止規制

93 当時の違憲判断が、実体的デュー・プロセスの法理を5対4の僅差の多数意見によって下されていたところ、連邦最高裁の裁判官を増員し、大統領がニューディール政策に好意的な裁判官を選任することで、最高裁の立場を変更することを企図したものであった（樋口 [2011] 280頁、中窪 [2010] 19頁等参照）。

94 300 U.S. 379 (1937).

95 連邦がこれらの事項について立法を行うに当たっては、契約自由への侵害問題のほか、連邦の立法権限としての州際通商条項の解釈問題があった。この点についても、鉄道労働法、全国労働関係法について、すでに合憲判断が下されていたことから、United States v. Darby Lumber Co., 312 U.S. 100 (1941) において、公正労働基準法は全員一致で、州際通商条項についてもデュー・プロセスに関しても合憲とされた。荒木 [1991] 97頁以下参照。

96 中窪 [2010] 193頁参照。

以外にも、1970年には職業安全衛生法（Occupational Safety and Health Act）、1993年には家族・医療休暇法（Family and Medical Leave Act）等の個別労働関係立法も登場する。さらに、コモンロー上の不法行為責任追及を通じた労働者保護法理も発展する。労働組合組織率の低下と集団法の機能縮小に代わって、個別法領域における法規制・保護システムが労働者保護の主役となってきているといつてよい⁹⁷。

個々の労働者に権利が付与されるようになると、その履行確保を求めて、多数の訴訟が噴出することとなった。そこで、使用者側は、訴訟を回避する手段としてADRを活用することとなる⁹⁸。個別の労働者に差別からの保護や個別関係上の権利を付与しようとして制定された各種労働関係立法が、多数の訴訟提起を招き、対する使用者は、訴訟を回避すべくADRなканずく雇用仲裁を活用するようになった⁹⁹。雇用仲裁合意があると、もはや制定法上の権利保護を求めて裁判所に提訴する権利が制限されるというパラドキシカルな状況が生じている¹⁰⁰。

ともあれ、比較法的に見ると、労働保護法の発展に乏しいアメリカで、労働者がその権利保護を裁判において主張しようとする、差別禁止法やコモンロー上の保護に依拠することとなるが、その途が、雇用仲裁によって閉ざされかねないという問題が今大いに注目されているわけである。

(2) 労働仲裁と雇用仲裁

以下に検討する個別的労働関係における雇用仲裁（employment arbitration）の意味を理解するためには、集団的労働関係における労働仲裁（labor arbitration）との相違について触れておく必要がある。アメリカでは労働仲裁については長い歴史があり、その法的根拠は連邦仲裁法ではなく、連邦労働政策を反映したタフト＝ハートレー法（Taft-Hartley Act, 労使関係法〈Labor Management Relations Act〉の通称）301条と判例法理である。

これに対して、雇用仲裁が関心を集めるようになったのは1990年代以降、特に広く普及するようになったのは2000年代になってからのことである。そして、雇用仲裁は1925年の連邦仲裁法（Federal Arbitration Act）およびこの連邦法の精神に反しない限りでの州法による規制に服し、仲裁付託強制もこれらの法規制に根拠を持つ。

.....
97 こうした労働者保護の担い手が労働組合から立法に転換していく状況については Summers [1988], Piore and Safford [2006], Colvin [2012], Estlund [2010] 等参照。

98 Lewin [2008] p. 64.

99 中窪 [2010] 323頁。

100 アメリカ労働法にはいろいろな場面でこのようなパラドクスを観察することができる。荒木 [2014a] 121頁参照。

イ. 労働仲裁

労働仲裁とは、使用者と労働組合の間で締結された労働協約に基づく、集団的労働紛争（狭義には協約の解釈適用をめぐる紛争）に関する仲裁である。アメリカでは使用者と労働組合は、労働協約締結に当たって、協約の解釈適用に関する紛争については仲裁に付託し解決することを協約上規定し、協約存続中はストライキやロックアウトを行わないことを約するのが通例である。

裁判所と労働仲裁との関係については以下のような展開があった¹⁰¹。協約違反に対しては、タフト=ハートレー法 301 条に基づき、連邦裁判所（または州裁判所）に協約違反の訴えを提起できる。しかし、協約の仲裁付託条項違反に対して、損害賠償ではなく仲裁付託という特定履行を強制可能か等が問題となった。この点についてのリーディング・ケースである *Lincoln Mills* 事件¹⁰² では、協約にノー・ストライキ条項とともに苦情・仲裁条項が設けられていたが、会社が作業量の割り当てに関する苦情の仲裁付託を拒否したため、組合が仲裁付託の履行強制を求めて出訴した。連邦最高裁は、苦情に関する紛争を仲裁に付するという合意は、ストライキを行わないという合意の代償物（*quid pro quo*）であるとし、タフト=ハートレー法 301 条は、仲裁条項の履行強制によって産業平和が最もよく達成されるという連邦の労働政策理念を示したものである旨を判示し、仲裁付託強制を認めた。

その後、連邦裁判所は裁判所と仲裁の関係について、以下のような労働仲裁尊重の法理を確立する。

（イ）労働仲裁尊重法理の確立

連邦最高裁は 1960 年に「スティーラー・ワーカーズ 3 部作（*Steelworkers Trilogy*）」と呼ばれる 3 判決¹⁰³ で、集団的労働紛争はできるだけ仲裁によって解決を図るべきで、苦情内容の実体判断は裁判所が行うべきではなく、仲裁に付託し仲裁人に委ねるべきである、仲裁に服する事項かどうかの判断に関して、疑わしきは仲裁可能とする、仲裁に付託されて仲裁人が裁定を下した場合、当該裁定が協約からその本質を引き出している限り、これを尊重し、裁判所は介入しない（裁判所は自らの解釈と異なるからといって仲裁人の裁定を覆すべきではない）、という判断を示した。また、1962 年の *Drake Bakeries* 事件では、ノー・ストライキ条項違反のストライキを行った組合に対して、使用者が損害賠償を求めて 301 条の訴訟を提起したが、連邦最高裁は、ノー・ストライキ条項違反が仲裁の対象となる事項であるとして、仲

101 以下については中窪 [2010] 135 頁以下、藤原 [1999] 132 頁、荒木 [2001] 58 頁以下およびそこに掲記の文献参照。

102 *Textile Workers Union v. Lincoln Mills*, 353 U.S. 448 (1957).

103 *United Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960); *United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574 (1960); *United Steelworkers v. Enterprise Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593 (1960).

裁が出されるまで手続を停止する旨を判示した¹⁰⁴。

以上の連邦最高裁の判例により、(1) 協約に仲裁条項がある場合（ほとんどの協約がそうである）、協約当事者（労働組合・使用者）が仲裁を経ずに協約違反の訴えを提起しても、仲裁裁定が下されるまで訴訟手続は停止される、(2) 当事者の一方が仲裁付託を拒んでいる場合、裁判所は仲裁付託可能性を判断するに際して、疑わしきは仲裁可能という立場から当該仲裁条項を解釈する（その結果、仲裁付託が広く命じられることになる）、(3) いったん、仲裁裁定が下されると、当該裁定が協約の解釈の範囲内である限り（協約の本質から引き出されたものである限り）、裁判所は実体審査を行わずに仲裁裁定を尊重する、というルールが確立されている。

こうした労働仲裁における仲裁尊重法理には、労働組合の公正代表義務違反の場合¹⁰⁵や、制定法上の権利に関する場合、公序違反の場合等に一定の例外が認められている¹⁰⁶。労働仲裁と雇用仲裁の双方に関係する論点もあるので、後にまとめて検討する。

(ロ) 労働仲裁における仲裁尊重法理の背景

労働仲裁尊重の背景としては、次のような事情を指摘することができる。第1に、労働仲裁は協約存続中に協約解釈をめぐる紛争について、労使が争議行為（ストライキやロックアウト）に訴えることなく解決するために採用した争議行為の代替物と捉えられており、産業平和のために仲裁付託によって解決することが国家的見地からも妥当と解されたことが挙げられる。

第2に、労働協約紛争が当該協約の解釈に関するものであれば、職業裁判官による判断よりも、当該産業に通じた専門家による判断が妥当と解されたことが重要である。労働仲裁における仲裁人の任務は、問題となった協約の解釈適用をめぐる紛争を解決することであり、その際には、協約外の規範、特に制定法の適用はその任務とは考えられていないため¹⁰⁷、法に照らした解釈よりも、当該産業の実情に応じた解決がより重視された。労働協約は、団体交渉を経てさまざまな妥協の末に妥結した文書であるが、交渉事である以上、協約の文言によってはその内容が明白でない部分や、想定しない事態について当該協約をどう適用すべきかといった問題も生ずる。そこでの協約解釈は、多分に団体交渉の延長線上の作業という色彩を帯び

104 *Drake Bakeries, Inc. v. Local 50, American Bakery & Confectionery Workers*, 370 U.S. 254 (1962).

105 苦情・仲裁手続は労働組合（と使用者）によって運営されており、すべての苦情について仲裁付託することは時間・費用の点から不可能であるため、労働組合は苦情の選別を行わざるを得ない。そこで苦情・仲裁手続に乗せられなかった苦情を持つ労働者個人が、協約違反を理由として直接裁判所に提訴できるか否かも問題となる。この点については、*Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171 (1967) により、組合が「公正代表義務 (duty of fair representation)」を果たさず、恣意的・差別的・不誠実に仲裁付託を行わなかったという例外的場合でない限り、やはり個人による協約違反訴訟は認められないとの立場が確立されている。中窪 [2010] 144 頁以下参照。

106 詳細については荒木 [2001] 64 頁以下。

107 この点が、制定法の解釈適用も仲裁人の任務とされている雇用仲裁の場合との、大きな相違である。

る。そうした作業を職業裁判官よりも、当該産業の労使関係に通暁した仲裁人の解釈に委ねることが妥当と解されたことも理解できる。

第3に、仲裁制度を導入することに合意し、そして、仲裁人を選定する当事者である使用者と労働組合は、交渉力において対等と考えられていることが、仲裁に委ねた処理が妥当と解されている大きな要因である。この点で、次に検討する雇用仲裁とは大きな相違がある。仲裁人の選任に当たっては、仲裁人候補者名簿のうちから、使用者と組合が不適任とするものを相互に削除していき、最後に残った者が仲裁人となるという手続が取られることが多い。労働仲裁においては、労使ともに、協約紛争のたびにこの仲裁を利用することから、双方共がリピート・プレーヤーである。したがって、いずれかにより有利な判断を下す傾向のある仲裁人かどうかについても、双方が対等の立場でチェックすることができる。

また、労働仲裁における費用は一般に労使折半で負担する。この点も、雇用仲裁の場合、その費用がもっぱら使用者負担とされているのとは異なり、仲裁人の判断の中立性を確保する要因として指摘されているところである。

ロ. 雇用仲裁

雇用仲裁は、個別の使用者と個別労働者の間で取り交わされる仲裁合意に基づく、個別雇用契約に起因する紛争に関する仲裁である。使用者と労働組合という対等な当事者によって設定された労働仲裁とは異なり、雇用仲裁の場合は、交渉力に大きな格差がある使用者と個別労働者の合意に基づくものである。

(イ) 2種類の雇用仲裁

もっとも、雇用仲裁にも、次の2種類のものがあることに留意する必要がある。すなわち、1つが、一般労働者を対象とするもので、使用者側で雇用仲裁合意を用意し、採用時に労働者がそれにサインをして採用される「使用者設定型雇用仲裁」(アメリカ仲裁協会〈American Arbitration Association: AAA¹⁰⁸〉では Employer promulgated plan と称されている)である。

使用者設定型雇用仲裁では、労働者は、雇用契約締結時(雇入れの際)に仲裁条項が規定された雇用契約や従業員ハンドブックに署名を求められる場合が多い。仲裁合意では、通例、雇用契約に起因するすべての紛争ないし主張については仲裁によって解決するといった条項がおかれる¹⁰⁹。一般の労働者としては、雇用仲裁に合意しなければ事実上その職場では働けないため、使用者設定型の雇用仲裁合意は選択の余地のない附合契約(adhesion contract)たる性格を持つ。このタイプの仲裁合

108 アメリカ最大の仲裁人協会で、仲裁人のあっせんや仲裁廷の提供等を行っている公益法人である。多様な仲裁について仲裁ルールや手続を定めているが、労働仲裁・雇用仲裁についても仲裁ルールを定め、AAAがあっせんする仲裁人はそのルールに従って仲裁手続を実施することになる。

109 American Arbitration Association [2013] p. 19.

意を含む雇用契約においては、通例、労働協約とは異なり、解雇についての正当理由条項¹¹⁰や、経済的解雇に関する先任権ルール等を含んでいないことに注意する必要がある。

もう1つが、上級管理職を対象に、当該労働者と使用者とが個別に交渉してその内容を定める「個別交渉型雇用仲裁」(AAAでは Individually-Negotiated Employment Agreements and Contracts と称されている)である。この場合、労働者側の交渉力が強く、労働者が交渉により待遇やルールを個別的に合意したうえで、仲裁対象事項も、例えば退職金やストック・オプションについての紛争は仲裁に付託するといったように、個別の交渉によって決められる¹¹¹。

この両者は、おなじ雇用仲裁でもその性格が相当に異なる。後に紹介するように、個別交渉型雇用仲裁は、その利用者が上級管理職であることから、仲裁裁定で救済された場合、高額な賠償等が認められうる。したがって、雇用仲裁の実情を評価する場合には、一般職員が附合契約として締結を半ば強制されている使用者設定型雇用仲裁と、高い交渉力を持って個別に合意している個別交渉型雇用仲裁とは、注意深く分けて論ずる必要がある。

(ロ) 雇用仲裁と裁判所

雇用仲裁については、一方で、コストがかかって利用困難な裁判とは別に、利用可能な正義実現のルートを一般労働者に対して提供する望ましい制度という評価がある。これに対して、仲裁付託強制がなされると、制定法によって与えられた権利を裁判所において実現する途が閉ざされてしまい、労働者の権利を縮減する結果となるという批判や、雇用仲裁の実態も、使用者よりの結論となりがちで、公正な「法廷」とは評価し得ないため、結局、労働者の保護を奪うものとなっているという否定的な評価もある。

雇用仲裁と裁判所との関係については、次の3点が問題となる。まず第1に、雇用仲裁に限った話ではないが、仲裁裁定が下された場合、その効力を裁判所で争うこと、すなわち、仲裁裁定の司法審査の可否・程度が問題となる。仮に、仲裁裁定が下されても、裁判所がその内容を詳細に審査するのであれば、仲裁裁定の当否についてはそれほど大きな問題と捉えなくともよいかもしれない。しかし、仲裁は、

.....
110 アメリカでは、今日なお、解雇の自由 (Employment at will) 原則が維持されている。そのため、特に、解雇に正当事由を要する旨を合意していない場合、差別禁止事由に該当しない限り、何らの理由なく解雇することができる。この解雇自由原則 (随意雇用原則) は、2014年にアメリカ法律協会が初めて採択した雇用リステートメントでも確認されている。リステートメントとは、法律のような拘束力はないが判例を中心とした現在の法理論状況を示す重要な文書として裁判でもしばしば引用されるものである。荒木 [2014a] 参照。

111 筆者が2014年4月3日に行ったアメリカ仲裁協会におけるインタビュー (以下「AAAインタビュー」) と、2014年4月7日に行ったポール・セクンダ (Paul Secunda) 教授 (Marquette University Law School) に対するインタビュー (以下「Secunda教授インタビュー」) による。

終局的・拘束的判断であって、裁判所の司法審査が後退するとすれば、重大な問題として論ずる必要が生ずる。

第2に、交渉力に格差のある使用者と労働者間の合意を根拠に仲裁付託が強制され、その結果、労働者が、裁判所に対して訴訟を提起することができなくなってよいのが問題となる。

第3に、単なる契約紛争ではなく、制定法が労働者個人に一定の権利を付与している場合、そのような権利をめぐる紛争についても、仲裁合意があれば、裁判所に提訴をなし得なくなるのか。最近では、個別法によって保障された権利のみではなく、クラス・アクションや集団訴訟を提起するという手続法上の権利と仲裁の関係も訴訟において争われており、さらに、そうした集団訴訟の提起は、全国労働関係法によって保障された団体行動権の行使として保護されるべきものではないかという集団法上の論点も加わり、議論状況は極めて複雑化してきている。

以下これらの問題について順次検討する。

(3) 裁判所による仲裁裁定の司法審査

仲裁においては、仲裁裁定は終局的・拘束的なものとされている。この紛争解決の終局性が仲裁の大きなメリットでもある。したがって、仲裁裁定が裁判所の司法審査によって破棄される場合は極めて限られている。連邦仲裁法10条が挙げる仲裁裁定の破棄事由としては、(1) 仲裁裁定が汚職、詐欺、または不正な手段により獲得された場合、(2) 仲裁人の明白な非中立性、汚職があった場合、(3) 仲裁人が審問期日を正当な理由があるにもかかわらず延期せず、争点に関する適切な証拠を採用せず、その他、当事者の権利を侵害する不正行為があった場合、(4) 仲裁人がその権限を超越し、または不十分にしか行使しなかった場合等である。

この他にも、公序違反を理由として仲裁裁定が覆される余地があることは判例上も認められている¹¹²。しかし、仲裁裁定を覆すには、観念的な公共利益の一般的考慮によってではなく、法律や判例に照らして明確に確認できる明白な公序違反でなければならないとされ¹¹³、仲裁裁定についての司法審査は極めて限定されている。その結果、終局的仲裁裁定はまさに拘束力があり、強制可能で、裁判所において覆すことはほとんど不可能なものと認識されている¹¹⁴。つまり、仲裁付託強制を認めることは、当該紛争解決に当たって裁判所という救済ルートを、事実上、閉ざすこ

112 Willborn *et al.* [2012] p. 1175, Brunet, Craver, and Deason [2011] p. 546.

113 例えば、W. R. Grace & Co. v. Local Union 759, 461 U.S. 757 (1983); United Paperworkers Union v. Misco, Inc., 484 U.S. 29 (1987); Eastern Associated Coal Corp. v. UMW District 17, 531 U.S. 57 (2000). 中窪 [2010] 140 頁以下、荒木 [2001] 70 頁等参照。

114 Arrastia and Underwood [2009] p. 3.

とになりかねない。そして単に契約上の権利義務ではなく、労働者保護のための制定法上の権利の侵害が問題となっている場合には、より深刻な問題を提起することになる。

(4) 雇用仲裁の仲裁付託強制

そこで、次に、雇用仲裁の合意を取り交わしていた場合に、当事者は当該紛争を仲裁によってではなく裁判所によって解決することを求めるのか、それとも、仲裁に合意した以上、仲裁付託が強制されるのか、という問題を検討する必要がある。

イ. 1925 年連邦仲裁法

雇用仲裁は、個別の使用者と労働者間の仲裁合意に基づくものであり、その効力や仲裁付託強制問題は、1925 年の連邦仲裁法（Federal Arbitration Act）によって規律されている。

裁判所は、かつて自らの管轄権限の縮小をもたらす仲裁制度について消極的な態度をとっていた。そこでこうした裁判所の態度を改めさせるために議会が制定したのが同法であった。連邦仲裁法 2 条は、契約等から生ずる紛争を仲裁に付するという書面による合意は、当該契約が法律上もしくはエクイティ上の事由により覆されない限り、有効で、撤回し得ず、履行強制が可能であると規定している。

1925 年の連邦仲裁法は当初、対等な商人間の紛争についての仲裁を想定しており、雇用関係や交渉力に格差のある当事者間の紛争をも対象とするとは考えられていなかったことは多くの論者によって指摘されている¹¹⁵。実際、個別的労働紛争に関する雇用仲裁は決して以前から活用されてきたわけではない。ましてや制定法によって定められてきた個別労働者の権利にかかわる紛争について、仲裁合意によって裁判所ではなく仲裁付託強制がなされるとも想定はされていなかったといっ

ロ. 1991 年 Gilmer 事件

ところが、こうした理解を大きく転換したのが、1991 年の連邦最高裁 Gilmer 事件判決¹¹⁶である。Gilmer 事件では、証券トレーダーが、証券取引所への登録申込書の中で、あらゆる雇用上の紛争を仲裁により解決する旨合意していたところ、6 年勤務した後の 62 歳の時に解雇されたため、年齢差別禁止法（Age Discrimination in Employment Act）違反を主張して裁判所に提訴した。これに対して、使用者は登

115 例えば、Finkin [1996] p. 298, Hirsch, Secunda, and Bales [2013] p. 259, Szalai [2014] p. 56.

116 Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp., 500 U.S. 20 (1991). 同事件については多くの紹介があるが、藤原 [1999] が詳細である。

録申込書の仲裁合意に従って当該紛争は仲裁に付託されるべきであると主張した。

連邦最高裁は、連邦仲裁法に基づいて仲裁条項の拘束力を認め、当該訴訟は排除されると判示した。原告トレーダーは、提訴が認められるべき理由として、年齢差別禁止法上の権利保護の「法廷」として仲裁は不適切である、年齢差別禁止法の立法目的を達成し得ない、仲裁合意は平等な当事者ではない労使間で使用者によって押しつけられたもので履行強制すべきでない、そして雇用契約は連邦仲裁法の適用から除外されると主張した。しかし、連邦最高裁は、年齢差別禁止法の法文も立法過程の議論も明示的に仲裁を排除しておらず、むしろ仲裁を含む柔軟な紛争解決を認めることを示唆している、また、ニューヨーク証券取引所の仲裁手続は、トレーダーの権利を十分保護するに足りるものであり、年齢差別禁止法の目的は裁判所以外の紛争処理手続でも達成される、として原告の主張を退けた¹¹⁷。

ハ. 2001年 Circuit City 事件

Gilmer 事件の仲裁合意は雇用契約とは別の証券取引所への登録申請における合意であった。そして、連邦仲裁法 1 条は一定の雇用契約について適用除外を定めているところ、Gilmer 事件判決は同判示が雇用契約一般に妥当するかどうかについては明示的に判断を回避していた¹¹⁸。

この点について、明確かつ重大な判断を下したのが、連邦最高裁の 2001 年 Circuit City 事件判決¹¹⁹である。連邦仲裁法 1 条は「船員、鉄道被用者、および外国または州際通商に従事するその他のいかなる種類の労働者の雇用契約 (contracts of employment) にも適用されない」と定めている。Circuit City 判決は、5 対 4 の僅差による法廷意見において、船員や鉄道労働者が列挙されていることから、これに準ずる者のみが適用除外となる、「従事する (engaged in)」とは、「かかわる (involving)」という文言より限定的で、州際通商そのものを行う事業に限定される、という解釈を採った¹²⁰。

同判決により、連邦仲裁法が適用除外となる雇用契約とは、運送業におけるそれ限定されることとなった。その結果、運送業以外の一般の雇用契約は、広く連邦仲裁法（そして連邦の仲裁尊重政策）に服し、仲裁付託強制が広く認められることとなった。同判決のインパクトは甚大で、実務上、雇用仲裁が広く活用されるようになったのはこの判決以降のことという¹²¹。

.....
117 Gilmer, 500 U.S. at 27-32.

118 Gilmer, 500 U.S. at 25 n. 2.

119 Circuit City Stores, Inc. v. Adams, 532 U.S. 105 (2001). 同事件については、山川 [2001]、藤原 [2002] 等参照。

120 これに対して、Stevens 判事の反対意見は、労働組合側が、同法の 1 条に労働紛争が適用除外となる文言が挿入されたことと引換えに、同法の立法への反対を撤回したという事実を指摘し、法廷意見の解釈を批判している。

121 Secunda 教授インタビューによる。

(5) 制定法上の権利と仲裁

4節(2)～(4)で記述したような仲裁尊重ルールのもとでは、仲裁合意があれば、個別契約あるいは労働協約上の権利義務に関する紛争のみならず、制定法上の権利についても仲裁付託が強制されることになるのか。また、仲裁合意が協約による場合と個別契約による場合とで異なるのか。これらの点については、次のような判例の展開があり、なお、議論が続いている。以下で問題とされる事案は、協約上の仲裁条項(労働仲裁)に関するものも含まれるが、制定法上の権利と労働仲裁・雇用仲裁の関係について論じられているので、まとめて取り上げる。

イ. 1974年 Gardner-Denver 事件

まず、仲裁尊重ルールは、労働協約上の権利については妥当するが、制定法上の権利については仲裁条項に関係なく裁判所に提訴が可能である、という立場が1974年の Gardner-Denver 事件連邦最高裁判決¹²²によって示された。

この事件では、成績不良を理由に解雇された黒人の見習いドリル工が、差別的解雇であるとして苦情・仲裁手続および雇用機会均等委員会(Equal Employment Opportunity Commission: EEOC)において争ったが、いずれにおいても解雇は正当とされた。そこで、公民権法第7編の人種差別であるとして提訴したが、連邦地方裁判所¹²³および控訴裁判所¹²⁴は、原告は仲裁裁定に拘束され、公民権法第7編を根拠に提訴することはできないとした。

これに対して、連邦最高裁は、第1に、仲裁人の判断が尊重されるのは仲裁人が労働協約の解釈の専門家であるためであり、労働協約とは独立に労働者個人に与えられた制定法上または憲法上の権利については、裁判所による救済が協約上の仲裁条項によって妨げられることはない、とした¹²⁵。また、第2に、公序違反が争点となっている場合、労働者の主張は裁判所において最初から審査されるべきであり、仲裁裁定はその全体について司法審査の対象となるとした¹²⁶。

第1の、個人に与えられた制定法上の権利主張が協約上の仲裁条項によって妨げられることはないという判示は、その後、公正労働基準法上の権利¹²⁷、1871年公民

122 Alexander v. Gardner-Denver Co., 415 U.S. 36 (1974).

123 Alexander v. Gardner-Denver Co., 346 F. Supp. 1012, 1019 (D. Colo. 1971).

124 Alexander v. Gardner-Denver Co., 466 F.2d 1209, 1210 (10th Cir. 1972).

125 Gardner-Denver Co., 415 U.S. at 49-50.

126 Gardner-Denver Co., 415 U.S. at 59-60.

127 Barrentine v. Arkansas-Best Freight System, Inc., 450 U.S. 728 (1981). この事件では労働者が車の検査、修理工場への輸送時間についての賃金支払いを求めて苦情処理を申し立てたが認められなかったため、裁判所に対して公正労働基準法に基づく請求を行った。連邦最高裁は公正労働基準法上の権利は団体交渉過程とは独立したもので、組合員ではなく個別の労働者に与えられたものであり、組合がこれを放棄することはできないとした(450 U.S. at 745)。なお、ウォーレン・バーガー(Warren

権法上の権利¹²⁸等について確認されていく。しかし、以下に述べるように、Gilmer 事件判決以降、この点について、Gardner-Denver 事件判決の立場が、なお維持されているのかについては議論がある。

また、第2の公序違反による仲裁裁定についての司法審査については、すでに触れたように、その後の判例によって司法審査をより制限し、仲裁判断を尊重する傾向が顕著となってきている。

ロ. 1991年 Gilmer 事件

4節(4)ロ.の Gilmer 事件連邦最高裁判決¹²⁹は、仲裁付託の個別合意があれば、仲裁付託が強制され、制定法上の権利について仲裁手続と別個に裁判所で救済を求めることはできない旨判断した。

この判決では、Gardner-Denver 事件で言及されていた制定法上の権利実現を仲裁手続に委ねることに対する不信¹³⁰は、近時の仲裁に関する諸判決によって既に払拭されており¹³¹、連邦最高裁は仲裁制度に高い信頼をおくに至っていること、制定法上の権利についての仲裁合意は、当該権利の放棄ではなく、裁判所の法廷における手続の代わりに簡易で非公式で迅速な仲裁を選んだということである¹³²と、いわば「法廷」の選択の問題であるとしている点も注目される。

Gilmer 事件判決自身が指摘するように、同事件は Gardner-Denver 事件とは次の点で区別される。第1に、仲裁条項が協約によって設定されたものではなく、個別労働者との合意による¹³³、第2に、労働組合は交渉単位全体の利益のために個人の主張を犠牲にすることがありうるが、Gilmer 事件ではそのような集団対個人の緊張

Earl Burger) およびウィリアム・レンクイスト (William H. Rehnquist) 裁判官は、人種差別のような事項はさておき、賃金請求等については、訴訟経済の観点から多数意見は妥当でないとする反対意見を述べている (450 U.S. at 747-749)。

128 McDonald v. City of West Branch, 466 U.S. 284 (1984). 政治活動を理由に解雇されたとする市の警察官が、仲裁で敗れた後に、憲法によって保障された権利、特権または免責を奪われない権利を規定した 1871 年の公民権法を根拠に裁判所に提訴した。控訴審は仲裁による処理がなされていることを理由に提訴できないとしたが、連邦最高裁は独立した制定法上の権利に基づく提訴は可能として控訴審を覆した。

129 Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp., 500 U.S. 20 (1991).

130 Gardner-Denver 判決は、仲裁では、審理記録が不完全で、通常の証拠法則が適用されないこと、民事訴訟において一般的なディスカバリー、強制召喚令状、反対尋問、宣誓に基づく証言等の権利や手続が仲裁においては著しく制限されたり利用し得ないこと等、仲裁手続におけるデュー・プロセス保障の欠如の問題を指摘していた。Gardner -Denver, 415 U.S. at 57-58.

131 Gilmer, 500 U.S. at 34 n. 5. 連邦最高裁は Mitsubishi 三部作ともいわれる 1980 年代後半の三判決 (Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985); Shearson/Am. Express, Inc. v. McMahon, 482 U.S. 220 (1987); Rodriguez de Quijas v. Shearson/Am. Express, Inc., 490 U.S. 477 (1989)) で、反トラスト法、証券法等における制定法上の権利についての仲裁付託を肯定していた。

132 Gilmer, 500 U.S. at 26 は、Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. 473 U.S. 614, 628 を引用してこのように論じている。

133 Gilmer, 500 U.S. at 33-35.

関係はない¹³⁴、第3に、Gardner-Denver事件は連邦仲裁法に服する個別の仲裁合意の事案ではなかったのに対して、Gilmer事件は仲裁合意を尊重する政策を反映した連邦仲裁法によって判断された¹³⁵という点である。その結果、特に第1の点を重視すると、仲裁条項が協約によって設定されたもの（労働仲裁）である場合、制定法上の権利について労働者は裁判所に提訴可能となるが、個別合意による仲裁条項の場合には、仲裁付託合意が尊重され、裁判所への提訴はできなくなるという帰結が導かれる。

ハ. 1998年Wright事件

このようにMitsubishi三部作¹³⁶そしてGilmer事件以後、制定法上の権利に関しても仲裁付託合意を尊重する立場が有力になってきたことから、協約による仲裁付託条項によっても裁判所に対する制定法上の権利主張が排除されるのか、それともやはりGardner-Denver事件により、裁判所に対する提訴が可能か、連邦控訴裁判所の判断も分かれていた。この点は、連邦最高裁でも1998年のWright v. Universal Maritime Service Corp.事件¹³⁷で問題となった。

この事件は、労働者が恒久的に労働能力を失い協約上の資格を有しないとして会社が雇用関係を解消しようとしたため、当該労働者が協約上の苦情処理・仲裁手続を経ずに、障害者差別禁止法（障害を持つアメリカ人法）違反の雇用差別を主張して提訴したものである。使用者は本件紛争も協約の仲裁条項の対象であり、仲裁付託がなされるべきと主張し、原審はこれを支持した。しかし、連邦最高裁は、本件協約の一般的仲裁付託条項¹³⁸は、協約の適用を受ける労働者が裁判所に対して制定法上の権利を主張することについての「明確で誤解し得ない放棄（a clear and unmistakable waiver）」とはいえないとして、原審判断を覆した。

本判決は、制定法上の権利と仲裁付託合意についてのGardner-Denver事件の系列（裁判所における制定法上の権利主張を協約の仲裁条項によって奪うことはできないとする立場）と、Gilmer事件の系列（裁判所における制定法上の権利主張を、個別契約の仲裁条項に基づき仲裁付託強制可能とする立場）の2つの流れがあり、「両者の間には明らかに一定の緊張関係がある」としている。しかし、連邦最高裁は、労働組合との交渉によって設けられた放棄条項の有効性の問題を本件で解決する必要はない、なぜなら、本件ではそのような放棄は存しないことが明らかだから

.....
134 Gilmer, 500 U.S. at 35.

135 Gilmer, 500 U.S. at 35.

136 前掲注131参照。

137 Wright v. Universal Maritime Service Corp., 525 U.S. 70 (1998).

138 本件協約は15条(B)で4段階にわたる苦情処理・仲裁手続を規定し、15条(F)で、「本協約は、賃金、労働時間その他の雇用条件に関係するすべての事項を包摂する趣旨であること[...]に組合は同意する。本協約に含まれていない事項は本協約の一部をなすものと解釈されてはならない。[以下省略]」と規定していた。

であるとして、この問題について明確な判断を行わなかった。

Gilmer 事件判決以後の裁判例では、個別合意による仲裁付託条項の効力をそのまま認めるもの¹³⁹がある一方で、そのような個別仲裁合意があっても裁判所における労働保護法上の権利主張、とりわけ差別禁止違反の主張は妨げられないとするものもあり¹⁴⁰、裁判所の態度も明らかではない状況が続いていた。

二. 2009 年 Pyett 事件

こうした状況下において、2009 年の Pyett 事件¹⁴¹は、Gardner-Denver 事件の立場を明示的に覆したわけではないが、これに大きな限定を加えたと解される判断を下して注目を集めた。

Pyett 事件では、協約に、人種、信条、年齢、障害、性別等による差別を禁止するとともに、制定法に基づくものを含む一切の雇用差別の主張について、協約上の苦情処理・仲裁が唯一の救済手続と明記され、仲裁人が法律に基づいて判断すると規定されていた。この事件の原告は、配転が年齢差別であるとの苦情を申し立てたが、組合の判断で仲裁には付託されなかった。そこで、原告は Gardner-Denver 事件判決に依拠して、協約条項によって、制定法上の権利について裁判所に提訴する権利の放棄を強制することはできないとして、年齢差別禁止法に基づいて裁判所に提訴したところ、控訴審は、原告の主張を支持した。

しかし連邦最高裁は、Gardner-Denver 事件判決は、労働組合がその組合員のために、年齢差別の主張について仲裁付託の合意をすることを何ら妨げていないとして、控訴審判決を破棄差戻しとした。

Pyett 事件判決は、Gardner-Denver 事件を、協約の仲裁条項が制定法上の権利をカバーしていなかった事案に関するものと限定的に位置づけることで区別しており、同判決を明示的に覆したわけではない。しかし、Gardner-Denver 事件判決の、より広範な一般論を展開した傍論部分については、明示的に不適切としている¹⁴²。

このように、制定法上の権利について、仲裁合意にかかわらず裁判所に提訴する権利を認める立場は大きく縮減され、仲裁付託強制がより広範に認められる傾向が顕著となってきている。

.....
139 例えば、Seus v. John Nuveen & Co., 146 F.3d 175 (3rd Cir. 1998) は、雇入れ 4 ヶ月後に労働者がサインした証券取引所への登録申込書に記載された、使用者と労働者間のすべての紛争を仲裁によって解決する旨の条項の効力をそのまま承認し、年齢差別禁止法と公民権法第 7 編違反の提訴を不適法とした。

140 例えば、Duffield v. Robertson Stephens & Co., 144 F. 3d 1182 (9th Cir. 1998) は、雇入れ時に証券取引所への登録申込書における強制仲裁条項にサインしていたとしても、裁判所に対する公民権法上の権利に基づく提訴については拘束力がないとした。

141 14 Penn Plaza LLC v. Pyett, 556 U.S. 247 (2009). 同事件については中窪 [2010] 147 頁参照。

142 なお、協約が組合に組合員の差別主張を封ずるような裁量を与えている場合、当該被用者の制定法上の権利はどうなるのかについて、裁判所は判断を保留した。

ホ. 仲裁合意と制定法上の権利に関する行政機関の権限

なお、以上の検討は、あくまで、使用者と労働者ないし労働組合が仲裁合意をしたことにより、労働者の有する制定法上の権利について、労働者の裁判所に提訴する権利が制約されるかどうかという問題に関するものである。これに対して、制定法上の権利の履行確保について行政機関が有する権限を、労使の仲裁合意によって奪うことはできない。このことは、Waffle House 事件判決¹⁴³で確認されている。同事件では、採用時に制定法上の権利も含めて仲裁対象とする書類にサインをしていた労働者が解雇され、仲裁手続を経ることなく、EEOC に障害差別の申立てを行った。EEOC は、この被解雇労働者の主張を認め、同人のために、自ら使用者を相手として民事訴訟を提起したところ¹⁴⁴、連邦最高裁は、仲裁合意は、EEOC が使用者に対して訴訟を提起する権限を何ら制約するものではないとした。

仲裁合意が、当該合意の当事者ではない行政機関の提訴権限を制約することはあり得ないという考え方に立つもので、この点については、ほぼ異論がない。

(6) 個別の仲裁合意と集団訴訟・集団的労働関係法の交錯

近時、雇用仲裁に限らず、仲裁合意に集団訴訟の権利放棄を盛り込むことによって、クラス・アクションや集団訴訟¹⁴⁵の途が封じられることになるのが、大問題となっている。まず、この問題を提起している近時の雇用仲裁以外の連邦最高裁判決を紹介する。

イ. 2011 年 Concepcion 事件と 2013 年 American Express 事件

個々人の有する請求額が僅少である場合、訴訟コストを考えるとあえて提訴することは現実的でないために、請求権者が泣き寝入りとなり、司法上の救済を得られないという事態に対処するために考案されたのがクラス・アクションの制度である。クラス・アクションは消費者訴訟等では原告たる消費者側にとっては大きな武器となる。しかし、その請求額が莫大なものとなりうることから、被告である企業にとっては、大きな脅威となる。そして、敗訴した場合に莫大な損害賠償責任を負う可能性があること自体が、たとえ敗訴の可能性が小さい場合であっても、企業に和解金支払いによる解決を強いることとなっているとの指摘もあり、企業は、クラス・アクションの提訴リスクを回避しようと試みることとなる。そうした手法とし

143 EEOC v. Waffle House Inc., 534 U.S. 279 (2002). 同事件については中窪 [2010] 322 頁参照。

144 EEOC のこのような権限とその運用実態の最新の紹介として、安部 [2015] 78 頁以下。

145 連邦民事訴訟規則 23 条の規定するクラス・アクションとは別に、例えば公正労働基準法 (Fair Labor Standards Act) には、ある労働者が同様の立場にある他の労働者のために集団訴訟を提起しうる旨の定めがある。この場合、クラス・アクションと異なり、訴訟当事者になることについての各人の書面による同意が必要とされている (FLSA16 条 (b))。

て近時大きな関心を呼んでいるのが、クラス・アクション放棄条項を盛り込んだ仲裁合意である。

クラス・アクション放棄条項を含む仲裁合意は、公序違反あるいは非良心的 (un-conscionable) として、その効力を否定する州裁判所も少なくなかった。Concepcion 事件においても、連邦地裁および控訴審裁判所は、クラス・アクション放棄条項が非良心的と評価される場合を定めたカリフォルニア州法に照らして、当該事件におけるクラス・アクション放棄条項を含む仲裁合意を非良心的とし、その効力を否定していた。

しかし、連邦最高裁¹⁴⁶は、5対4という僅差の多数意見で、非良心性によって仲裁合意の効力を否定するカリフォルニア州法は、連邦仲裁法の、仲裁合意をその条項に従って執行することを確保するという目的実現を阻害するとして、連邦仲裁法2条により排除されるとした。その結果、当該クラス・アクションの訴権放棄を含む仲裁合意は、有効とされた。

さらに、クレジット会社とレストラン間の契約が反トラスト法に違反するかが問題となった、American Express 事件¹⁴⁷でも、連邦最高裁はクラス・アクション放棄条項を含む仲裁合意の効力を認める判断を下した。

Concepcion 事件判決は、使用者と労働者間の雇用紛争を例示して、交渉力に格差のある当事者間においても仲裁合意は履行強制可能である旨を述べている。そこで、こうしたクラス・アクション放棄条項を含む仲裁合意が雇用・労働事件にもそのまま及ぼされるのかについて関心が高まっている。しかし、近時、この問題には、集团的労働関係法に関する新たな論点が追加されて、事態はさらに複雑な様相を呈している。

ロ. 2012年 D. R. Horton 事件

前述のように、連邦最高裁がクラス・アクション放棄条項を有効とし、この議論がそのまま労働関係に及ぼされそうな情勢となってきた。しかし、アメリカの不当労働行為事件の審査にあたる全国労働関係局 (National Labor Relations Board: NLRB) は、D. R. Horton 事件で、採用時の仲裁合意によりクラス・アクションまたは集団訴訟を放棄する合意は、全国労働関係法 (National Labor Relations Act: NLRA) 8条(a)(1)違反の不当労働行為になると判断し、注目されている¹⁴⁸。

NLRA8条(a)(1)は、同法7条により保障された権利行使に対する干渉、妨害または威圧を不当労働行為としている。そして、クラス・アクションや集団訴訟を提起する行為は、7条の保障する労働者の「相互扶助ないし相互保護のために団体行

146 AT & T Mobility LLC v. Concepcion, 563 U.S. 333 (2011).

147 American Express Co. et al v. Italian Colors Restaurant et al, 133 S. Ct. 2304 (2013).

148 357 NLRB No. 184 (2012).

動（concerted activities）を行う権利」に含まれる¹⁴⁹。したがって、NLRBは、D. R. Hortonが、雇用条件として、全ての雇用に関する紛争は、個別の仲裁によって解決されねばならず、仲裁であれ司法であれ、クラス・アクションまたは集団訴訟は行わない旨の同意を要求することは、7条の労働者の団体行動を行う権利の違法な制限に当たると判断したものである。

しかし、第5巡回区控訴裁判所¹⁵⁰は、主として次のような理由から、このNLRB命令を支持しなかった¹⁵¹。すなわち、クラス・アクション手続を用いることは、実体的権利の問題ではないこと、クラス・アクションや集団訴訟の訴権放棄を禁ずるNLRBの判断は、連邦仲裁法2条にいう仲裁合意を無効とする事由に当たるものではないこと、そして、NLRAには、連邦仲裁法の適用を排除するような議会の意図を見いだすことはできないことを指摘し、仲裁合意によってクラス・アクションや集団訴訟の訴権を放棄することがNLRA7条の権利制限に当たるとするNLRBの解釈を退けた。

学説上は、NLRBの立場を支持する見解も多数公表されており、NLRB自身も、連邦最高裁で確定的判断がなされるまで、D. R. Horton事件決定の立場を維持するとしている。これに対して、連邦裁判所の多くは、NLRBの立場を支持せず、仲裁付託強制を認める立場を採っている¹⁵²。

このように、連邦裁判所が制定法上の権利や集団訴訟提起の権利等についても仲裁合意によって放棄することを有効とし、そのような内容の仲裁合意について仲裁付託を強制する立場を強化していることに対しては、立法によって対抗しようとする動きがある。すなわち、2000年代後半から、雇用関係、消費者関係については、仲裁合意の履行強制を禁止する内容の仲裁公正法（Arbitration Fairness Act）の法案が何度も提出されている。しかし、同法案は成立には至っていない¹⁵³。

(7) 訴訟と比較した仲裁の特色

以上概観してきた雇用仲裁を、改めて、訴訟（裁判手続）と比較した場合の相違や特徴をここでまとめておこう。

.....
149 連邦最高裁判例（Eastex, Inc. v. NLRB, 437 U.S. 556 (1978)）において、相互扶助ないし相互保護のための団体行動は、行政・立法ないし司法のあらゆる「法廷」に訴える労働者の地位改善のための集団的な努力を含むと判示されている。

150 D. R. Horton, Inc. v. NLRB, 737 F. 3d 344 (5th Cir. 2013).

151 ただし、労働者が、仲裁合意によって、不当労働行為の救済をNLRBに申し立てることもできなくなると合理的に信じてしまうような表現を用いている点が不当労働行為であるとした部分については、第5巡回区控訴裁判所も支持している。

152 U.S. Chamber of Commerce [2014] pp. 24–25 参照。

153 詳細については Szalai [2013] pp. 271, 280 参照。

第1に、訴訟において、紛争当事者は判定者（裁判官）を選ぶことはできないのに対して、仲裁においては、仲裁人の人数を含めて、当事者達が選択できる。また、コモンロー上の訴訟については、当事者の一方が陪審審理を要求した場合、他方当事者はこれを拒み得ない¹⁵⁴ のに対して、仲裁においては陪審にかかるおそれはない。その結果、素人である陪審による判断がなされる場合、さらには裁判官であっても当該問題の専門家といえない場合と比較すると、仲裁の場合は、専門知識を持った仲裁人による公正な判断が下されるメリットがあると指摘されている¹⁵⁵。

しかし、次項で見ると、雇用仲裁については、実質的に使用者が仲裁費用を負担していることや、使用者のみがリピーター・プレーヤーであることから、仲裁人の中立性について問題があるとの指摘やそれを裏づける実態分析も報告されている。

第2に、手続については、仲裁手続においても裁判手続と同様の証拠ルール、証拠開示（discovery）の手続によることも可能である。しかし裁判と異なり、仲裁手続においては、当事者がこれらの諸手続を事案に応じてより適切妥当にカスタマイズできる。係争額が低い事案では、時間と費用のかかる大がかりな証拠開示手続等を用いる合理性はなく、当事者が簡略化した手続でよいと考えればそのような手続で進行できる。この柔軟性が仲裁制度を選択する大きなインセンティブとなっているとされる¹⁵⁶。簡略な手続が採用されれば、手続全体も短縮化され、仲裁手続の費用を低くおさえることにもつながる¹⁵⁷。

しかし、非公式な仲裁手続の場合、実態としてデュー・プロセスの保護は十分でないとの指摘もある¹⁵⁸。

第3に、裁判は原則として公開の法廷で行われ、その審理は報道の対象となることもありえ、誰でも訴訟記録にアクセス可能であるのに対して、仲裁は非公開の私的な「法廷」であり、秘密保持が可能である。もっとも、秘密保持や非公開性は、仲裁裁定の公正性について第三者が検証する機会を失わせるという点で問題であるとの指摘もある¹⁵⁹。

第4に、非公式・簡易な手続の帰結でもあるが、仲裁手続では裁判よりも迅速に結論が得られる。この点は、雇用仲裁においても確認されており、AAA¹⁶⁰ の2007

154 ただし、民事訴訟のうち、特定履行（specific performance）等を求めるエクイティ上の訴訟については、陪審審理の対象とはならない。樋口〔2008〕40頁以下等参照。

155 Arrastia and Underwood [2009] p. 3.

156 Arrastia and Underwood [2009] p. 2.

157 Arrastia and Underwood [2009] p. 6.

158 2014年4月9日に筆者が行ったマシュー・フィンキン（Mathew Finkin）教授（Illinois University Law School）インタビュー（以下「Finkin教授インタビュー」）による。Befort and Budd [2009] p. 146も参照。

159 Finkin教授インタビュー。

160 前掲注108参照。

年の統計では、(雇用紛争を含む)裁判における提訴から判決までに要する期間は約2年(23.8月)であるのに対して、雇用仲裁の申立てから仲裁裁定までに要する期間は約1年(366日)と、仲裁の方が2倍のスピードで迅速に処理されている¹⁶¹。

第5に、救済権限に関しては、仲裁人は裁判官と同等の権限を持つとされている。したがって、雇用仲裁の裁定でも、懲罰的損害賠償等を含め、裁判所と同じ内容の救済を発することができると考えられている。もっとも、実際に懲罰的損害賠償の裁定が下されるのはごく稀のようである¹⁶²。

第6に、仲裁裁定は原則として終局的・拘束的なもので、紛争の終局的解決をもたらす。裁判については上訴が可能であるが、仲裁裁定の場合、FAAの規定する無効事由があり無効とされる例外的な場合を除き、仲裁裁定の内容を別の審査機関が審査することは(当事者が特にそうした手続を予定していない限り)ない。

(8) 比較法的視点からみたアメリカの雇用仲裁

以上のようなアメリカの雇用仲裁を比較法的視点から見ると次のような点を指摘できよう。

第1に、雇用仲裁がアメリカで近時、盛んに活用されるようになってきた背景には、アメリカ特有の事情が大いに作用していると思われる。

すなわち、アメリカでは訴訟に多大の時間と費用がかかり、かつ、コモンロー上の訴訟事件については陪審審理を要求することが権利として保障されていることもあり、使用者には訴訟を回避し、ADRとしての雇用仲裁を利用したいという強い要求がある。同時に、コストのかかる訴訟提起が現実的な選択肢となっていない多くの労働者にとっても、雇用仲裁は、その費用を原則使用者負担で利用できる第三者による判定制度としてメリットがある。加えて、裁判所も、大量の未済事件の滞留を解消する施策として、仲裁制度を裁判所とならぶ公正な「法廷」と評価できる場合には、積極的に活用する態度を採っている。これらの事情が、現在の連邦最高裁の仲裁尊重・活用方針の重要な要因となっているといえよう。

連邦最高裁は、1991年のGilmer事件、2001年のCircuit City事件で、雇用仲裁合意に連邦仲裁法を適用し、仲裁付託強制を認める態度を採った。しかし、そもそも連邦仲裁法が雇用仲裁をも対象とする趣旨であったのかについては、学説から強い疑問が呈されている。元来、対等な商人間の商事契約を念頭に置いていたはずの連邦仲裁法を、交渉力に大きな格差のある使用者と個別労働者間で、採用時に提示さ

161 AAA ホームページ参照 (https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_008048, 2017年4月21日)。

162 2014年3月13日に筆者が行ったチャールズ・クレイバー(Charles Craver)教授(George Washington University Law School)インタビューによる。

れて事実上合意を拒否できない使用者設定型の雇用仲裁合意に適用し、合意した以上仲裁付託を強制するという処理には、厳しい批判が寄せられている。

さらに近時は、クラス・アクションや集団訴訟の訴権放棄までももたらす仲裁合意の効力が肯定され、こうした解釈が、雇用仲裁にもそのまま及ぼされるのかが、NLRA が保障した労働者の団体行動権の侵害となるのではないかという論点も加わり、大問題となっている。

第2に、雇用仲裁が労働者にとってアクセスが容易なだけでなく、真に公正な判定の場として機能しているのかが問題となる。仲裁活用を進める立場は、仲裁が裁判所と同様に公正な、しかし裁判所とは別の「法廷」であって、それが労働者に利用しやすいものであれば、むしろ労働者にとってもメリットがあるとの立場に立ってきた。

しかし、紹介した Colvin の実証研究によると、この点についても問題が指摘されている。データを上級労働者と一般労働者の雇用仲裁で区別して分析すると、一般労働者の使用者設定型雇用仲裁では、労働者の勝率は従前の分析とは異なり低率であり、また、賠償額も訴訟の10~20%という低額にとどまる。また、使用者のみがリピーター・プレーヤーとして、有利に仲裁人の選別が可能であり、また実質的費用負担者が使用者であることが仲裁人の判定作業を偏向させている可能性も指摘されている。

第3に、労働者が事実上訴訟提起という選択肢を採りうる状況にない実情に鑑みれば、雇用仲裁制度は、柔軟・迅速・安価に専門家による比較的公正な判定を通じた救済を提供している点で意義があるという評価も、あくまで、アメリカの実情を前提にしたものにすぎない。比較法的視点からみると、通常の裁判手続と比べて柔軟・迅速・安価に雇用問題の専門家が公正な判定を提供するという雇用仲裁のメリットは、欧州では各国の労働裁判所、日本では2006年から導入された労働審判という、公的判定制度が提供している。柔軟・迅速・安価に雇用紛争解決サービスを提供する機関が、私人たる仲裁人ではなく、労働裁判所・労働審判という公的機関として存在するのであれば、仲裁制度に伴うアメリカが直面する前述の諸問題を回避しつつ、雇用仲裁のメリットを実現できている可能性が高い。

第4に、アメリカで仲裁制度がADRとして活用されている前提として、仲裁を担う仲裁人という専門家集団の存在がある。こうした仲裁人の存在は、特殊アメリカ的な訴訟実態において、仲裁制度というADRの活用が必要とされる中で生み出され、定着してきたものである。労働関係では、集団的労働紛争を処理する労働仲裁の長い伝統があり、労働仲裁人が育成されてきた。彼らの団体が仲裁サービス提供団体の1つの母体ともなっていることも見落とすことのできない点であろう。

日本では、前述したように、雇用関係については労働審判が仲裁制度のメリットの大部分を提供しうるとすれば、公的な雇用紛争処理制度を欠いたアメリカのよう

に、仲裁制度を活用すべき必要性が高いとはいえ、また、公的な労働審判や労働委員会制度¹⁶³とは別に雇用仲裁人という特別の専門家集団が育成されていくことも考えにくい。

第5に、第1の点とも関連するが、交渉力に大いなる格差のある当事者間でも仲裁に合意した以上、連邦仲裁法に基づき仲裁付託強制を認めるという態度は、アメリカの契約自由の強固な思想と不可分のものといえる。その合意を根拠に、労働者保護法や差別禁止法等の制定法上の権利を裁判所で主張する権利の放棄や、クラス・アクション等の訴権の放棄を認める点も、アメリカならではの、そして現在の連邦最高裁の判事構成のもとでの現象とも評価できるかもしれない。

こうした状況については、アメリカ国内でも批判が強く、当事者間に交渉力格差のある雇用関係、消費者関係における仲裁合意の履行強制を制限する仲裁公正法案が何度も提出されていることは前述したとおりである。連邦最高裁の5対4の僅差で展開されてきた個別の仲裁合意を根拠に、仲裁付託強制を認める立場¹⁶⁴を、立法によって修正すべきとする立場がアメリカでも強く主張されていることにも留意しておくべきであろう。

5. 総括

本研究では、労働者・就業関係の多様化に対して、現代の労働法がどう対応すべきかという課題について、大きくは立法内容において対応する方策と、紛争処理の場面で対応する方策の2つがありうることをまず整理した。その中で、重要でかつ現在注目を集めている方策として、立法内容を集団的合意によって柔軟化することを認めるデロゲーションの仕組みと、紛争処理のレベルで、柔軟な法適用を認め、それを終局的解決とすることにより、画一的な法規範の硬直性を紛争の実態に即して解決する仕組みである雇用仲裁に着目して、検討を行った。

まず、アメリカで活用されているADRとしての雇用仲裁については、あくまで、アメリカの特有の背景事情によるものであることを十分に認識すべきであると解される。雇用仲裁のメリットである柔軟・迅速・安価に雇用紛争解決サービスを提供するという点は、多大なコストがかかるアメリカの訴訟との対比におけるメリットではある。しかし、欧州諸国における労働裁判所や日本における労働審判のよう

163 労働委員会は集団的労働紛争処理のほか、個別労働紛争のあっせん等も行うようになってきている。詳しくは菅野 [2017] 1042 頁以下。

164 5対4の多数意見の理論的支柱として、仲裁合意の履行強制を強力に支持してきたアントニン・スカリア (Antonin Scalia) 判事が2016年2月13日に死去したことは、今後の連邦最高裁の仲裁合意の解釈にも影響を与える可能性がある。

に、同様の柔軟・迅速・安価な雇用紛争解決サービスを公的機関が提供する仕組みと比較すれば、むしろ、ADRであることのデメリット（制定法上の権利放棄、集団的訴権の放棄、救済の不十分さ、仲裁人のリピート・プレーヤー問題等）が目立つともいえよう。

雇用関係に関する限りは、日本においては、やや乱立して、相互の調整が課題となっている公的紛争処理機関の相互の連携を強化したり、現状では十分ではないADRのメリットがあれば、それらをより多く導入する等の工夫をこらす対応がより有益といえよう。

次に、集団的合意による法定基準の柔軟化については、日本の現状には種々問題があることが明らかとなった。特に、デロゲーションの担い手について、ドイツでは使用者に対して十分な交渉力があるかについて慎重な吟味がなされている。労働組合に比して、交渉力が十分ではないとされてきた事業所委員会については、事業所組織法による種々の仕組みを前提とすれば、交渉力の対等性は肯定できるというように捉えられるようになってきている。しかし、なお、事業所委員会のデロゲーションは、産業別協約の広い意味でのコントロールのもとでなされている。こうした状況と比較すると、日本における過半数組合が存在しない場合の過半数代表者にデロゲーションを許容している現状については、種々検討すべき課題がある。

公正妥当なデロゲーションの担い手が存在しない状況では、実は、多様化した労働者に向けた新たな立法の展開も阻害されかねない。非正規雇用労働者が労働者の4割近くにまで増加した現在、正規・非正規労働者の双方の利害を適切に調整する新たな法政策の展開が要請されている。そしてその立法展開を促進するには、多様なアプローチがありうるが、デロゲーションはその最も主要な手法である。この方策が適切に展開していくためには、デロゲーションの適切な担い手を用意することが鍵となる。

その場合、欧州に存在するような従業員代表制を構想することが想起される。しかし、労働組合が産業レベルに存在する欧州と比べた場合、日本は大多数の労働組合が企業レベルで組織されているため、従業員代表制度の導入には種々の困難が伴う。しかし、従業員代表制度を直接に指向しなくとも、現状の過半数代表者を複数化・常設化する等の漸進的措置を積み重ねることで、日本に相応しい制度の構想が開けてくることも考えられよう¹⁶⁵。

本研究は、多様化する労働者・就業関係に対処するための今後の労働立法の2つの方策について、限られた場面についてではあるが、基礎的な考察を加えた。今後は検討の幅をより拡げて、立法の時代に入ったと評価できる日本労働法の今後の発展方向について、さらに考察を続けていきたい。

.....
165 そうした試みの1つが、労働政策研究・研修機構 [2013] である。

参考文献

- 安部愛子、「アメリカ合衆国における労働法の権利の実現方法について—行政機関による民事訴訟の提起の仕組みを通じて」、『日本労働研究雑誌』664号、2015年、74～86頁
- 荒木尚志、「西ドイツの労働時間制度」、山口浩一郎・渡辺 章・菅野和夫編『変容する労働時間制度—主要五カ国の比較研究—』、日本労働協会、1988年、19～126頁
- 、『労働時間の法的構造』、有斐閣、1991年
- 、「日米独のコーポレート・ガバナンスと雇用・労使関係」、稲上 毅・連合総合生活開発研究所編『現代日本のコーポレート・ガバナンス』、東洋経済新報社、2000年、209～268頁
- 、『雇用システムと労働条件変更法理』、有斐閣、2001年
- 、「労働立法における努力義務規定の機能—日本型ソフトロー・アプローチ?」、土田道夫・荒木尚志・小畑史子編『中嶋士元也先生還暦記念論集 労働関係法の現代的展開』、信山社、2004年、19～45頁
- 、「企業の社会的責任（CSR）・社会的責任投資（SRI）と労働法—労働法政策におけるハードローとソフトローの視点から—」、菅野和夫・中嶋士元也・渡辺 章編『友愛と法—山口浩一郎先生古稀記念論集』、信山社出版、2007年、1～32頁
- 、「パラドクスを越えて—アメリカ労働法管見』、『日本労働研究雑誌』648号、2014年 a、121～122頁
- 、「雇用社会の変化と法の役割」、荒木尚志編『社会変化と法』（岩波講座現代法の動態第3巻）、岩波書店、2014年 b、3～27頁
- 、「アメリカの雇用仲裁とその機能についての覚書」、山田省三・青野 覚・鎌田耕一・浜村 彰・石井保雄編『毛塚勝利先生古稀記念 労働法理論変革への模索』、信山社、2015年 a、757～783頁
- 、「労働法政策を比較法的視点から考える重要性』、『日本労働研究雑誌』659号、2015年 b、98～102頁
- 、『労働法（第3版）』、有斐閣、2016年
- 岩佐卓也、『現代ドイツの労働協約』、法律文化社、2015年
- 川田知子、「ドイツにおけるパート・有期労働契約法14条の解釈をめぐって—近年の欧州司法裁判所及び連邦労働裁判所の判決を手掛かりに—」、山田省三・青野 覚・鎌田耕一・浜村 彰・石井保雄編『毛塚勝利先生古稀記念 労働法理論変革への模索』、信山社、2015年、447～467頁
- 菅野和夫、『労働法（第11版補正版）』、弘文堂、2017年
- 桑村裕美子、「労働条件決定における国家と労使の役割（1）—労使合意に基づく労

- 労働条件規制柔軟化の可能性と限界—」、『法学協会雑誌』125巻5号、2008年a、881～967頁
- 、「労働条件決定における国家と労使の役割（2）—労使合意に基づく労働条件規制柔軟化の可能性と限界—」、『法学協会雑誌』125巻6号、2008年b、1250～1301頁
- 、「労働条件決定における国家と労使の役割（3）—労使合意に基づく労働条件規制柔軟化の可能性と限界—」、『法学協会雑誌』125巻7号、2008年c、1597～1660頁
- 、「労働条件決定における国家と労使の役割（4）—労使合意に基づく労働条件規制柔軟化の可能性と限界—」、『法学協会雑誌』125巻8号、2008年d、1683～1752頁
- 、「労働条件決定における国家と労使の役割（5）—労使合意に基づく労働条件規制柔軟化の可能性と限界—」、『法学協会雑誌』125巻9号、2008年e、1991～2060頁
- 、「労働条件決定における国家と労使の役割（6・完）—労使合意に基づく労働条件規制柔軟化の可能性と限界—」、『法学協会雑誌』125巻10号、2008年f、2216～2277頁
- 、「労使関係法制—ドイツおよびフランスの動向」、水町勇一郎・連合総合生活開発研究所編『労働法改革』、日本経済新聞社、2010年、83～101頁
- 高橋賢司、『労働者派遣法の研究』、中央経済社、2015年
- 東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法 上巻』、有斐閣、2003年
- 藤内和公、『ドイツの従業員代表制と法』、法律文化社、2009年
- 中窪裕也、『アメリカ労働法 [第2版]』、弘文堂、2010年
- 、「アメリカにおける集団的労働紛争の解決システム」、『季刊労働法』236号、2012年、10～20頁
- 濱口桂一郎、『労働法政策』、ミネルヴァ書房、2004年
- 藤原淳美、「アメリカ労働法における制定法上の権利の仲裁付託可能性—最近の判例の動向に対する一考察—」、『日本労働研究雑誌』464号、1999年、132～146頁
- 、「Circuit City Stores, Inc. v. Adams, 532 U.S. 105, 121 S. Ct. 1302 (2001) —連邦仲裁法の適用が除外される『雇用契約』は、州際通商において『輸送』に従事する労働者との間の雇用契約に限定されると判断された事例」、『アメリカ法』2002巻1号、2002年、178～182頁
- 樋口範雄、『アメリカ契約法 [第2版]』、弘文堂、2008年
- 、『アメリカ憲法』、弘文堂、2011年
- 山川隆一、「雇用契約上の仲裁合意と連邦仲裁法で履行強制が適用される対象労働者」、『労働判例』809号、2001年、96～97頁

- 、「アメリカ合衆国における個別労働紛争処理システム—強力な司法制度とADRの発展—」、毛塚勝利編『個別労働紛争処理システムの国際比較』、日本労働研究機構、2002年、59～127頁
- 李哲洙・李多恵、「韓国における企業レベルの従業員代表制度」、『日本労働研究雑誌』630号、2013年、74～86頁
- 労働政策研究・研修機構、『様々な雇用形態にある者を含む労働者全体の意見集約のための集团的労使関係法制に関する研究会報告書』、労働政策研究・研修機構、2013年
- 労働政策研究・研修機構編『アメリカにおける個別労働紛争の解決に関する調査結果』、労働政策研究・研修機構、2015年
- 渡辺 章編『労働基準法〔昭和22年〕(3) 一上』、信山社出版、1997年
- 和田 肇、『ドイツの労働時間と法—労働法の規制と弾力化—』、日本評論社、1998年
- American Arbitration Association, “Drafting Dispute Resolution Clauses,” American Arbitration Association, 2013 (available at https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Drafting%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20A%20Practical%20Guide.pdf、2017年5月22日).
- Arrastia, John Jr., and Christi L. Underwood, “Arbitration v. Litigation: You control the Process v. The Process Controls You,” *Dispute Resolution Journal*, 2009.
- Befort, Stephen F., and John W. Budd, *Invisible Hands, Invisible Objectives*, Stanford University Press, 2009.
- Bertelsmann, Stiftung, und Hans-Böckler-Stiftung, *Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen-Bilanz und Perspektiven: Bericht der Kommission Mitbestimmung*, Verlag Bertelsmann Stiftung, 1998 (available at https://www.boeckler.de/pdf/p_hbs_bertelsmann_kommmb_abschluss1998.pdf、2017年4月21日).
- Brunet, Edward J., Charles B. Craver, and Ellen E. Deason, *Alternative Dispute Resolution: The Advocate’s Perspective: Cases and Materials* (4th ed.), LexisNexis, 2011.
- Colvin, Alexander J. S., “American Workplace Dispute Resolution in the Individual Rights Era [Electronic version],” Cornell University, ILR School site, 2012.
- , “An Empirical Study of Employment Arbitration: Case Outcomes and Processes [Electronic version],” Cornell University, ILR School site, 2011.
- , “Mandatory Arbitration and Inequality of Justice in Employment,” *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, Vol. 35, 2014, pp. 71–90.
- Eisenberg, Theodore, and Elizabeth Hill, “Arbitration and Litigation of Employment Claims: An Empirical Comparison,” Cornell Law Faculty Publications, Paper 358, 2004.
- Estlund, Cynthia, *Regoverning the Workplace*, Yale University Press, 2010.
- Finkin, Matthew W., ““Workers’ Contracts” Under The United States Arbitration Act:

- An Essay in Historical Clarification,” *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, Vol. 17, 1996, pp. 282–303.
- Hirsch, Jeffrey M, Paul M. Secunda, and Richard A. Bales, *Understanding Employment Law* (2nd ed.), LexisNexis, 2013.
- Lewin, David, “Employee Voice and Mutual Gains,” *Proceedings of the 60th Annual Meeting*, Labor and Employment Relations Association, 2008, pp. 61–83.
- Oppenheimer, David Benjamin, “Verdicts Matter: An Empirical Study of California Employment Discrimination and Wrongful Discharge Jury Verdicts Reveals Low Success Rates for Women and Minorities,” *UC Davis Law Review*, Vol. 37, No. 2, 2003, pp. 511–566.
- Piore, Michael J., and Sean Safford, “Changing Regimes of Workplace Governance, Shifting Axes of Social Mobilization, and the Challenge to Industrial Relations Theory,” *Industrial Relations*, Vol. 45, No. 3, 2006, pp. 299–325.
- Rönmar, Mia, “Sweden,” *Labour Law in Motion*, Kluwer Law International, 2004, pp. 41–49.
- Stipanowich, Thomas J., “The Third Arbitration Trilogy: Stolt-Nielsen, Rent-A-Center, Concepcion and the Future of American Arbitration,” *American Review of International Arbitration*, 2011, pp. 323–434.
- Summers, Clyde W., “Labor Law as the Century Turns: A Changing of the Guard,” *Nebraska Law Review*, Vol. 67, 1988, pp. 7–27.
- Szalai, Imre Stephen, “Correcting a Flaw in the Arbitration Fairness Act,” *Journal of Dispute Resolution* Vol. 2013, No. 2, 2013, pp. 271–300.
- , “More Than Class Action Killers: The Impact of Concepcion and American Express on Employment Arbitration,” *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, Vol. 35, 2014, pp. 31–59.
- Willborn, Steven L., Stewart J. Schwab, John F. Burton, Jr., and Gillian L. L. Lester, *Employment Law: Cases and Materials* (5th ed.), LexisNexis, 2012.
- U.S. Chamber of Commerce, “The Blue Eagle Has Landed: The Paradigm Shift from Majority Rule to Members-Only Representation,” Workforce Freedom Initiative, 2014 (available at http://www.uschamber.com/sites/default/files/documents/files/report_wfi_membersonlyunions_report_fin.pdf, 2017年4月21日).
- 김민재 [金仁在], 「근로기준법상 근로자대표의 법적 지위」 [勤勞基準法上勤勞者代表의 法的地位], 『노동법연구』 [勞働法研究] 第8号、1999年、238~261頁
- 노동법실무연구회 [勞働法實務研究会], 『勤勞基準法注解 II』、博英社、2010年 a
- , 『勤勞基準法注解 III』、博英社、2010年 b
- 도재형 [都在亨], 「근로기준법상 근로자대표 및 서면 합의 제도」 [勤勞基準法上勤

- 劳者代表及び書面合意制度]、『노동법학』[労働法学] 第 37 号、2011 年、87～122 頁
- 박중희 [朴鍾熹]、『현행 노동관계법상 “근로자대표”의 중첩성과 이에 대한 기능 조정을 위한 방안』[現行労働関係法上の“勤労者代表”の重畳性とこれに対する機能調整のための方案]、한국노동연구원 [韓国労働研究院]、1998 年 a
- 、[근로기준법상 근로자대표와 사용자가 체결한 서면합의의 효력] [勤勞基準法上勤勞者代表と使用者が締結した書面合意の効力]、『安岩法学』第 8 号、1998 年 b、311～330 頁
- 이준희 [李準熙]、『단체교섭권에 관한 연구』[団体交渉権に関する研究]、고려대학교 대학원 박사학위논문 [高麗大學校大学院博士学位論文]、2014 年
- 임중률 [林鍾律]、『노동법』[労働法] 第 14 版、博英社、2016 年