

非典型雇用問題の法社会的検討

1 はじめに

1.1 テーマの設定

本章では、第2章で概説した非典型雇用制度のあらましを踏まえ、やはり労働法学者としての立場から、非典型雇用労働者の典型である、パートタイム労働者の賃金格差について論じる。賃金格差は様々な労働条件格差の象徴であり、同時に身分「的」な格差の象徴でもある。つまり、その組織がその人物をどれだけ大切にしているか、を示す一つの象徴である。たしかに、派遣労働者や業務処理請負業（被用）者には、間接雇用であることに由来する管理、保護責任の不明確化といった別個の問題も生じ得る。しかし、経営者が、これら非典型雇用労働者を用いる共通の動機が「安くて切り易い」ことにあることは、改めて繰り返すまでもない。要は、彼らが「軽く扱われる」ことに問題の本質があるのだから、その象徴である賃金格差について論じることは、労働衛生条件の格差を論じることにも大いにつながるはずである。

さて、この問題については、労働法学、労働経済学、社会保障論、社会政策学等、各分野で随分と検討が行われてきたが、労働法学の分野でもっとも体系的で包括的な検討を行った著作は、平成9年に刊行された、水町勇一郎『パートタイム労働の法律政策』（有斐閣、1997年）であろう。

刊行から既に10年を経ているので、その間には、配偶者特別控除の一部廃止（平成16年1月1日より施行）、パートタイム労働法改正（平成20年4月1日より施行）を含め、法律政策にも大きな変更があった。しかし、この著書で描出されたこの問題をめぐる論点は的確かつ網羅的で、それらに関する水町准教授の主張も学術的に一貫しており、今なお議論する意義が大きいと思われる¹⁾。

そこで以下では、先ず、この問題に関する筆者（三柴）の視点を示したうえで、次節以降で、水町前掲書（1997年）の立論に準拠して、主な論点ごとに、処遇格差を合理化する説明、水町准教授の反論、筆者のコメント、を示していくこととする。

なお、水町前掲書（1997年）の立論は、短時間労働者を、フルタイム労働者より労働時間が短い労働者と定義し、パートタイム労働者を、短時間労働者と、疑似パートなど、短時間労働者でなくとも、企業においてパートと呼ばれている労働者の両者を含めたものと定義したうえで展開されており、本章もこれに準じる。

1.2 筆者の視点

人文・社会科学系の学者の中には、どこを入口として研究を始めても、結局、差別論にその矛先を進める者が案外多い。それは、差別（問題）にこそ、（その）人間や人間集団の本性がよく現れることも、一つの原因であろう。第2章で述べたように、非典型雇用の問題も、ある面では身分「的」な問題であり、従って差別の問題と考えられなくもない。そして、先に筆者は、労働「法学者」としての視点からこの問題を論じると記した。

しかし、労働法というのは、構造的に労働者が弱い立場に立たされることが多い、といった「雇用の

実態」を直視するところから生成された法分野である。従って、「労働法」学者は、憲法、民法、刑法、といった一般法分野の法学者に比べ、より労働の実態を知らなければ意味をなし得ない面がある。そして、現場はそこで就労する者の「こころ」が直接的に反映される場であるから、労使を問わず、現場で働く人間の「こころ」が分からなければ、その実態の本質、分野の本質を掴みきれない面がある²⁰。

そのような観点から、非典型雇用労働者の処遇格差を糾弾する専門家（法学者、弁護士など）の立論を観ていて、つとに感じてきた素朴な疑問がある。以下、やや挑戦的な表現にはなるが、いわば帰無仮説としての趣旨も含め、筆者の視点を記す。

1.2.1 なぜ雇用労働にこだわるのか

日本の憲法では、職業選択の自由が保障されている（第22条）。やや乱暴な議論ではあるが、仮に、非正規労働者が、処遇格差にそれほど不満があるというならば²¹、「雇われる」ことを辞めて、自ら事業を始めるなり、地方に行って自給自足生活を営むなり、一次産業に従事するなり、新たな活路を見出せば良いのではないかと、との疑問が湧く。そういう者が増加すれば、経営者サイドも対策を真剣に考えざるを得なくなるのではないかと。

むろん、それには別の構造的問題や困難が伴うことは承知している。また、職業選択の自由があるからこそ、雇用労働の条件を改善すべき、という論理も理解できる。その他、様々な法理学的な主張も展開できるであろう。

しかし、非正規労働者自身が、中途半端に都会的価値観にこだわるから、過大な競争秩序に組み込まれ、虐げられることになる面がないのか、再考してみる必要はあるだろう。なお、筆者自身は、非典型雇用の問題は、労働衛生条件の問題にも深く関連はするが、そこに本質があるわけではないと考えている。しかし、仮に、非正規労働の故に労働衛生条件が悪くなり、命や健康まで奪われることがある、というのであれば、行為選択能力が失われるような特殊事情のない限り、それほど雇用労働にこだわる必要もないのではなからうか。

これは、社会政策論やその関連領域の根幹に関わる問題提起である。

1.2.2 日本の雇用社会における仕事の「能力」とは

我々学者もそうだが、日本では特に、プロとして一人前の仕事ができるようになるまでは、いわば「でっち」扱いで、報酬は、仮に貰えても比較的低額にとどまるのが常である。しかし、その分野で修練を重ね、一定のキャリアを経ると、相応の報酬を得られるようになる。要は、トータルでみれば、それなりにバランスがとれるようにできている。

ここで、「でっち」時代の報酬が低い理由としてすぐに思い浮かぶのは、<1>労働能力が低く、自分の勉強に精一杯で仕事での貢献が難しいこと、<2>でっち時代を踏み越えれば相応の報酬を得られる、という将来展望があること、<3>でっちには若年者が多く、背負うものが少ないので、生活費等がそれほどかからないこと、といったところであろう。

では、非典型雇用労働者の場合はどうか。結論的に、<1><2><3>のいずれも、それが当てはまる者も当

てはまらない者もいる。

先ず、<2>については、非典型雇用労働者には当てはまり難(にく)い、と言って良いであろう。業種や企業体質、経営者の意識などにもよるだろうが、一度非正規として就職すると、総合的にどんなに仕事ができても、正規への昇格機会はなかなか得られない、という階層の固定性がある³⁰。後述するように、日本でも、約半数近くの企業がパートタイム労働者の正社員への転換制度を有している、という厚生労働省の調査結果があるが、現実の転換例はかなり少ないのが実態である⁴。非正規労働者の場合に限らず、入口の違いが後々まで大きく響き続ける、という傾向は、日本社会のあちこちで見られる。

また、<3>についても、パートタイム労働で生計を立てている主婦を典型として、当てはまらない例が多くある。また、正規労働者の非正規化が進行している現在、中高年でありながら非正規労働者として低賃金に抑えられている者の割合は一貫して増加傾向にある⁵⁰。

しかし、<1>については、計られる「仕事の能力」とは何か、が問題である。チームワーク重視の日本の職場では、「組織へのつき合いの良さ」も能力の一つという面がある。従って、いざという時に自分の都合を優先する労働者は、非正規、正規を問わず、そもそもその職場の一員とはいえない、という面もある。だから、労働時間が短い者にも単純に比例配分で報酬を与えるべき、ということにはなり難い(疑似パートでも、組織との結びつきが弱い者については同じことが言える)。たしかに、こういう考え方が長時間労働などの様々な弊害を生んできた、ともいえる。しかし、労使共に、そういう関係の中で守り守られてきた、という面もあるから、どこか一部の断面のみを切り取って、公平・不公平を論じることは、必ずしも当を得ない。

また、職場内外共に粘着質な人間関係で結ばれ、それを通じて初めて良質な仕事ができることの多い日本の雇用社会では、職場内外の人間関係、信頼関係の蓄積も職業能力の重要な要素となる。なんとなれば、たとえ実作業の遂行能力が同じでも、仕事をめぐる人間関係で信頼を得ている者の発する一言と、そうでない者の発する一言では、成果への貢献度が異なることもあるのだから。

さらに、日本では、採用過程で、正社員採用に際しては、非言語的情報と言語的情報を捉え、かなり慎重で多角的な審査を行うことが多い⁷⁰。こうした採用過程の違い(採用条件の違い)を出発点として、教育研修機会を含めた様々な場面で、正規と非正規が区分されることが多かった⁸⁰。つまり、実作業の遂行能力においても、両者間には、そもそも実力差があることが多く、採用後その差が更に拡大することも多かったはずである⁹⁰。

このように、一概に仕事の能力と言っても、仕事の性格の違いからも、欧米とは能力観が異なる面があり、更に、実作業の遂行能力についても、フルタイム労働者と短時間労働者ないしパートタイム労働者の間には、所与の格差があることが多く、その差が更に拡大する条件がある。うち、教育訓練条件の相違に基づく格差は不合理といえようが、能力観の違いに基づく格差は、ほころびが観られるとはいえ、労使双方のメンタリティーに基づく日本の職場慣行(patterns)の問題でもあり、その是非を一刀両断に断じることは難しい。

1.2.3 なぜ闘おうとしないのか

日本では、憲法で労働者に労働三権が認められていること（第28条）は、中高生用の教科書にも載っている、いわば常識（たるべき事柄）である。むろん、こういう教条的な理屈が容易に通じないところに、現実社会の難しさがあるのだが。

一般的に、非正規労働者は、タテの関係で立場が弱く、ヨコの結びつきも弱く、就労先で組合を作ってウエに楯突けば、なんかかんか理由を付けて、早期に関係を切られるのではないか¹⁰、また、一度トラブルを起こした者は、再就職に当たっても敬遠されるのではないか¹¹、といった危惧を持つであろう。

しかし、非正規労働者が連帯を図ることは、憲法のみならず、労働組合法等によっても「支援」されているわけだし、パートで生計を立てている者、疑似パートなどを除けば、非正規労働者は正規労働者より「身軽（就業先との関係が相対的に希薄）」である場合も多いわけだから、むしろ彼らより闘い易い、と言えなくもない¹²。非正規労働問題に熱心に取り組む合同労組もあるし、非正規労働者（パートタイム労働者）の組織化が賃金上昇をもたらす、という分析結果もある¹³。にもかかわらず、非正規労働者の多くは闘おうとはしない。この要因として、先述の事情のほか、知識のなさや、コストパフォーマンスの悪さ、などが挙げられることも多いが、両者ともに、気概があれば、ある程度はカバーされるものではなからうか。

これもまた社会政策論やその関連領域の根幹に関わる問題提起であるが、要は、当事者に闘う気概が欠けているのではないか、と思わされることも皆無ではない。

1.2.4 問題の当事者自身、救済に当たる専門家自身に差別（のこころ）はないのか

第2章でも述べたが、差別というのは、人間にとって、とても生理的な現象である。だから、知情意を駆使した学びをよほど重ねていないと、人は人を簡単に差別する。このことは、処遇格差問題の当事者である非正規労働者自身から、それらの問題を糾弾する専門家（法学者、弁護士など）に至るまで、決して例外ではない。分かり易い例は、一方で非正規労働問題を糾弾しつつ、他方で自ら非正規職員を雇い入れている専門家の例だが、もう少し分かり難い欺瞞（言行不一致）の例は巷間溢れている。仮に、「教養」というものを、「愛情や学識の裏付けをもって、幅広い視野から、眼に見えにくい真理を洞察し、正視する力」と定義すると、差別というのは、ある面、教養の問題とも言い得るし、全ての専門家が充分な教養を持っているとは限らないからである¹⁴。

このような欺瞞を放置していると、裁判で勝つことや、法政策に訴えることばかりに関心が行き、本質的な解決が等閑視されてしまうのではないか、と思われてならない。

1.3 押しつぶされたまんじゅう

以上に記した疑問は、おおよそは時代を跨いで共通する問題提起であるが、筆者自身、非典型雇用問題は、今の時代だからこそより深刻化している面がある、とも考えている。

昨今、国際競争、規制緩和、自由競争、少子化、高度情報化等々、人々を煽りたてる言葉が社会を席卷している。こうしたプレッシャーが行き過ぎた職場空間では、「押しつぶされたまんじゅう」のように二極化が進み、「あんこ」が両極からはみ出してしまう。そして、皮からはみ出た「あんこ」は、乾

燥してパサパサになる。最近放送されたNHKのラジオ番組¹⁵で、湯浅誠氏（自立生活サポートセンター事務局長）が指摘していた、労働者が「過労死か貧困か」の選択に追い込まれる状況は、まさにその典型である。つまるところ、「時代の尺度で世界一」以外の者は（あるいはそこに登りつめた者さえ）、容易には幸せになれない消耗戦に突入することになる。

過剰な圧力がかからないまんじゅうの中（職場空間）は、ほんらいウェットで複雑な構造でできていた。まず、正規労働者と非正規労働者の部屋はけっこう厚い皮で仕切られており、通常、非正規の部屋の方が下方の外延にある。正規労働者の部屋のはんこは、重層構造になっているが、各階層の間は案外「あいまい」である。そして、まんじゅうには、定期的に甘味成分（給与）が上から注がれる。上から注がれるから、途中で吸収されて、下にいくほど割当てが少なくなるが、注入日（給料日）以外にも、上からおこぼれが落ちてくることもある¹⁶。だから、上は求心力を保つことができる。このおこぼれは、たまには厚い皮を跨いで非正規の部屋に落ちることもある。こうしたまんじゅうの中は、それなりの不条理さもあるが、それなりの調和がとれた空間でもある。

しかし、ここに過剰な圧力がかかると、はんこの粒（個々の労働者）は自分の身を守るだけでも精一杯になり、こうしたおこぼれもなくなってしまふ。結果、潤い（信頼関係）を失い、皮にも穴が開いて、これまでは考えられなかったような機密漏洩が生じたりもする。これを新陳代謝といえば聞こえはよいが、さらに圧力がかかると、先述のような事態にも陥る。そして、そもそも職場の階層秩序の下位ないし外延にある非正規労働者には、より大きなしわ寄せがいき、拘束性の弱さによる「気楽さ」といった正の面より、「安くて切り易い」という負の面の方が、より顕在化することになる。

むろん、いかなる制度も、一定の時間を経ると、環境条件と合わなくなったり、制度疲労を起こしたりして、負の面ばかりが目立つようになることがある。マクロ的視点でみると、非典型雇用問題も、日本の雇用慣行を含めた日本の文明の変容の過程で拡大化し、顕在化している問題とみることもできる。

以上、雑多かつ断片的ではあるが、筆者なりの視点を呈示してきた。繰り返しになるが、あえて挑戦的な表現を用いたのは、そのことで、却って非典型雇用問題に対する社会政策的な配慮の必要性などを浮き彫りにできると考えたことにもよる。しかし、その本旨は、職場やそれを取り巻く社会の実態をモデル化して、比喻を交えつつ、社会（心理）学的に捉えようとする試みによって、水町前掲書（1997年）が立脚する比例的平等命題やそれに通じる法的正義の観点のみでは解決が困難な事情が多々あること、仮に比例的平等命題を採るにしても、その前提となる分配（労務給付）の質についてのより踏み込んだ検討が必要となること、などを示すことにある。なお、法学者はよくドイツの法制度を引き合いに出すが、例えばドイツの経営組織法第2条でも、「使用者と従業員代表委員会は、労働協約に考慮を払いつつも、当該事業所を代表する労働組合や使用者団体との協力の下で、労働者および当該事業所の福利のため、信頼に溢れた協働をなすものとする」、と定められていることは、もっと強調されて良いのではなかろうか。いくら法化を図っても、構成員に「信頼に溢れた協働」がなければ、仕事も職場も成り立ち得ないことは、ドイツの経営組織法でも認識されているのである。

ただ、ここには一つ、重要な前提がある。信頼に溢れた協働には、信頼に足る人間が必要だ、という

ことである。職場集団の構成員が持つ「広い意味での教養」にある程度の共通性がないと、共感に基づく信頼関係が成り立ち難い。そして、「広い意味での教養」は、ある程度は「生まれ」や「育ち」の問題とリンクしている可能性もある。こここのところ、世代を跨いだ階級の再生産を指摘する著作も増えてきたが¹⁷、確かに、有形財、無形財共に、世代を跨いで再生産される傾向は否定できない。ちなみに日本では、職場も一つの家庭と喩えられるほど、長期的で濃厚な人間関係が求められることも多かった。だからこそ、興信所を使った身上調査等を行おうとする企業が後を絶たなかったのではなかろうか。

むしろ、このような身上調査等は、法的にはプライバシー侵害に当たる違法行為であり、職業安定行政も、そのような行為を行わないよう啓発してきた。また、正規の間でも、正規・非正規の間でも、原則とすれば、統計的差別（一部の者の行動を理由にその属性にある者全てを不利益に扱う行為）に正当性が認められるはずはない。しかし、例えば正規と非正規の処遇格差の説明として挙げられる採用過程の違いについても、「先ず人ありき」という人事制度¹⁸の下では、このような事情が裏にあることも考慮しないと、本質的な議論はできないのではなかろうか。

2 水町説の再検討

2.1 社会保険料、教育訓練コスト

<格差を合理化する説明>

- ・短時間労働者であっても、雇い入れれば、社会保険料など種々の固定費用がかかることから、フルタイム労働者に比べ、短時間労働者に要する人件費が割高になる、という説明（ - (1) ）
- ・短時間労働では、企業が教育訓練コストをかけてもその回収がフルタイム労働者に比べて困難なので、彼らに対する教育訓練が減らされる結果、労働能力が低くなり、それに見合った賃金が低下する、という説明（ - (2) ）

<水町准教授の反論>

- (1)について
 - ・短時間労働者の中には、健康保険と厚生年金保険について、加入義務が免除されている者もいるから、フルタイム労働者ほど固定費用はかからない。
 - (2)について
 - ・短時間労働ゆえに集中度や生産性が高いとも言える。また、法的な観点からは、同様の事情のある独仏が、賃金平等原則を法定している以上、そのような説明に正当性は認められない。
- （水町前掲書（1997年）231、232頁）

<三柴のコメント>

- (1)について

現行法の下では、健康保険・厚生年金保険については、常用的雇用関係にある者で、1日または1週の所定労働時間および1月の所定労働日数が通常の就労者に比べおおむね4分の3以上であり、かつ年収が一定額（平成5年度から130万円）以上の者のみが被保険者として取り扱われ、かつ標準報酬額に応じて保険料が定まる。従って、水町准教授の指摘通り、短時間労働者の多くは、加入を免除され、加入義務を負う者についても、保険料額はさほど高額にはならないと察せられる。雇用保険についても、所定労働時間が週20時間未満の短時間労働者は被保険者とならず、週20時間以上の者も、その保険料は標準報酬額に応じて保険料が定まるため、さほどの負担になるとは限らない。さらに、労災保険については労働時間を問わず加入が義務づけられ、保険料は全額事業者負担となるが、保険料はさほど高くはない。

しかし、企業が労働者を雇用することに伴う費用は、これら社会保険料のみにとどまらない。使用する設備にかかる費用、職務に従事させるための教育訓練費用、その他諸々の費用を要するほか、労基法所定の労働者数（「常時使用する労働者の数」）の要件にもカウントされるから、就業規則の作成届出義務をはじめとして、同法所定事項を遵守するための費用もかかってくる。

- (2)について

短時間労働者の集中度や生産性がフルタイム労働者のそれより高いとも言い得る、とする水町准教授の立論の根拠は、複数の欧米文献に求められているが、少なくとも2つの視点から疑問が湧く。第一に、事理としてどうかということ、第二に、国が違うということ、である。

まず、第一の点だが、短時間労働者とフルタイム労働者でいずれの生産効率が高いか、は職種など様々な属性によって異なるはずである。例えば高度な知識技能の蓄積が必要な職種であれば、「前提として」一定時間以上の就労がないと、ある短時間においても十分な貢献を果たすことは難しいであろう（逆に、もともと高い知識技能を持った短時間労働者には、実態としてもある程度高額な報酬が支払われているはずである¹⁹）。

次に、第二の点だが、先述したように、「組織へのつき合いの良さ」も仕事の能力の一つとみなされるウェットな職場の多い日本では、割り当てられた職務をこなささえすれば一応の責務が果たされる、という欧米とは事情が異なる²⁰。日本では、労働者が職場でストレスを感じる原因のトップに人間関係が挙げられることが多い²¹。職種や労働者の個性にもよるであろうが、裏を返せば、それだけ人間関係に関わる要素が仕事の多くを占めている、ということであろう。つまり、日本の職場では、仕事をめぐる人間関係能力が、仕事の能力のうち相対的に高いウェイトを占めることが多い、ということである。

そもそも、経営学の分野では、従業員の管理階層が上昇するほど、リーダーシップの必要能力として、仕事（：実作業）の遂行能力よりも（組織を束ねて一定の目標を達成するための）人間関係（調整）能力の比重が増加する傾向があると指摘されて来た²²。つまり、人間関係（調整）能力の有無が、出世の鍵の一つになってきた、ということである。パートタイム労働者は、補助的、定型的な作業に従事することが多いが、仮に正社員となりたい、なって組織階層の上位を目指したい、というのであれば、所属する組織のタテヨコ、組織外に及ぶ人間関係の形成・維持・発展にも意を注がねばならず、それには、職務そのものと同じくらいに時間を要するのが普通であって、とても短時間労働ではこなせない、とい

うのが実情であったともいえよう。

もっとも、この論旨にはいくつかの留保がある。まず、ここでは人間関係能力に着目してはいるが、職務能力の本旨は実作業の遂行能力であることはいうまでもない。ただ、「仕事」や「能力」の中身が欧米に比べ相対的であるというにすぎない。次に、ここでは科学的合理性よりも感情の取引が重視される日本的風土の是非そのものについては論じていない²³。また、たとえ短時間でも、総合的に観てフルタイム労働者より時間ごとの成果を挙げている者がいることも看過さるべきではない。

次に、仮に短時間労働者に相対的に高いコストがかかるとしても、同様の事情下にある独仏では、賃金平等原則が広く認められているから、法的正義の観点からは、短時間性のみを根拠に低賃金を正当化できない、という立論についても、そのまま受け容れるには疑問が残る。例えば、筆者の研究対象国であるドイツについては、水町前掲書（1997年）が記述している内容からでも、以下のような背景事情を看取できる。

(1)産業別協約により産業横断的に職務内容と熟練程度に応じた賃金制度が確立されていること²⁴。

(2)わが国とは異なり、短時間労働者にも企業の忠実義務という点でフルタイム労働者と同様の義務が課せられていること²⁵。

ドイツでは、85年就業促進法3条を根拠に、フルタイム労働者への転換を含め、労働時間の変更を希望する短時間労働者には「相応の労働ポスト（基本的には従来と同様の労働ポスト）」についての情報提供をなす義務が使用者に課されており、その結果として、「使用者が人選の際に採用・配置希望者の客観的な能力評価を行うことが要請される」こととなる。

また、わが国でいう整理解雇が行われる際にも、解雇を避けるために、短時間労働者には、「フルタイム労働への転換」が提示されなければならない、とされる。日本では考えられない発想である。解雇対象者の選定に際しても、短時間労働者の優先解雇は違法とされる。

つまり、彼国の短時間労働者は、そもそも「地位」的な意味でフルタイム労働者と同等（場合によっては同等以上）とする社会的認識があるものと考えられる。

もっとも、わが国で「同一（価値）労働同一賃金原則」が主張される際にたびたび引き合いに出されて来たドイツの平等取扱原則も、85年の就業促進法ができる前は、適用対象が企業年金など一部の条件（クリスマス賞与、病気見舞金等の付加的社会給付）に限られており、特に賃金については契約自由原則の方が優先するとされていた。

また、就業促進法制定以後も、フルタイム雇用の促進のための賃金格差など「客観的な理由」のある取扱いは正当化されるほか、それが短時間労働であることを理由としたものではなく、労務給付、格付け、職業経験、社会的立場（通常は家族の有無等を意味するが、副業勤務か否かも意味する）、労働ポストの性質からくる必要性の違いなど、他の理由に基づくものであれば許されることもある、とされている。

ドイツの平等取扱原則の詳細については、既に多くの研究があるが、就業促進法が定められて以後、

例えば賃金については、賞与、特別手当などもその対象となり、その他、有給休暇、昇格のための適格性観察期間(Bewährungszeit)、解雇制限法の適用なども、基本的にはフルタイム労働者と同じ要件で同じ(配分の)効果が得られることになっている。こうした原則を規定する就業促進法2条1項は、労働協約によってもそれに反する定めを置き得ない、とされている。

その一方で、使用者は、短時間労働者に対しては、所定時間外労働を命じることはできない、というのがドイツでの通説となっている。その理由は、パートタイム労働契約の本質から説明されているが、やはり、ドイツの短時間労働者の「地位」の高さを思わずにはいられない²⁶。

要するに、日本では、ドイツと違って、職務の概念がかなり曖昧であり、その曖昧な仕事をどこまでこなせるか、という姿勢がより強く問われて来た、ということである(よって、特に短期的には、限界生産力理論が、より当てはまりにくい土壌であったといえよう)。近年の成果主義賃金制度をめぐる議論の中でも、同志社大学の土田教授は、雇用は請負とは異なる以上、成果のみによって報酬を決定することはその趣旨に反し、「成果へ向けた努力」を含めて勘案することになる、として、人事評価においても、プラス要素として情意(非言語的情報)を考課対象とすること(そしてそれを処遇に反映させること)を、早くから肯定してきた²⁷。また、同教授は、その後の著作で、労働契約の性格という視角から、職場のチームワークへの貢献を考課基準とすることの合理性を論じている²⁸。この理は、法理とすれば日独に共通するものの、やはり土田教授の日本的雇用慣行観を反映した考え方ではないかと思われる。このような考え方は、確かに長時間労働に結びつき易いともいえるが、たとえ同じ時間内でも、労働の質を問う際には大いに妥当する。つまり、ドイツでも認められている、労務給付、格付け、職業経験による格差基準を日本に置き換えてより精査して観なければ、日本の非典型雇用問題を論じることはできない。

また、ドイツでは、短時間労働者にもフルタイム労働者と同様の忠実義務が認められていることは先述した。忠実義務の典型は、副業制限や競業禁止義務であるが、その範囲・程度については、水町准教授自身、SchaubやBeckerの言説を引用し、使用者との人的結びつきの強さ、業務の性質・種類、事業所における労働者の地位など、個別の事情に応じて異なるものとしている²⁹。

わが国では、こうした非言語的な人的要素が重視される結果、労働者は身分的な格付けを与えられ、処遇にもそれに応じた格差が生じることになる。逆に、そうした要素を持ち合わせた非正規労働者に対しては、たとえ階層の固定性があっても、正社員への転換、すなわち組織内階層の上昇が打診されることも、なくはなかった(厚生労働省の調査で、1~2割5分程度の事業所が、有期契約労働者の正社員への転換実績を有していることについては、先述した)。確かにその割合は少ないし、社会慣行の問題等から、ILO156号条約を批准しているにもかかわらず、家庭責任等の負担が、多くの場合、女性に対して、仕事に専念し難い事情や、転換の打診を受けても受諾できない事情を創出してきたこと等も、事実である³⁰。ただ、この点については労使間のみでは解決が困難な問題も多いので、一旦捨象する。となると、次なる問題は、昇格基準の明確性であるが、ここでは、ある程度「人の眼」に頼らざるを得ない。「人の眼」を通すと、判断が恣意的になる危険は多分にあるが、非言語的情報などは、それを通さなければ

捕捉が難しい面もある³¹。筆者自身、査定格差の不当労働行為該当性が争われた裁判例を検討した際³²、判決文に現れた企業の人事考課基準を精査したことがある。その結果、多くの企業で、成果主義賃金制度の採用後も、職階の上下を問わず、協調性、職務に取り組む姿勢などの情意考課部分が設けられていること、他方、上位職階の考課基準ほど、定型的な尺度を離れ、推薦、面接や作文などの総合評価的な基準が採用される傾向があること、などが判明した。

筆者自身は、情意の中身を具体化（言語化）する必要性を痛感している一人ではあるが、重要な要素ほど客観的指標化が難しい、という矛盾も痛感している。非言語的情報には、不合理な偏見が含まれることも多いが、寛容さ、繊細さ、洞察力、真摯さ、志向性、価値観、情熱など、法的議論の俎上にはのぼらないが、他者と関わり、自己と向き合いながら職務を遂行していくうえで重要な要素³³が多くある。また、仮に言語化できたとしても、メランコリックで繊細な労働者を前提にすれば、場合によっては、評価内容を伝えることがマイナスに作用する場合もあり得る。従って、評価者に慧眼があることを前提とする限り、一概に「人の眼」方式の評価の合理性を否定できない。法治と人治（に加え、市場的要素など）が相まって成る日本の労働・労使関係は、やはり人の良質化なくしては成り立ち難い。

2.2 相対的な高離職率

<格差を合理化する説明>

・パートタイム労働者は、正規従業員に比べて相対的に離職率が高く、従って、その分に見合った条件格差を設けることには経済的合理性がある、との説明（ ）

<水町准教授の反論>

・理論的には同じ条件下にある独仏には、平等取扱原則を定める法規や法理が存在する。
（水町前掲書（1997年）233、234頁）

<三柴のコメント>

比較法の観点からは、水町准教授の言う通りである。しかし、ここには、水町准教授自身が「導入の当否」として論じている問題がある³⁴。特に、平等取扱原則を採用した場合、経営者がパートタイム労働者の採用を抑制するのではないか、という問題である。この点につき、水町准教授は、一定の条件付きだが³⁵、おおよそ次のような趣旨を述べている。<1>水町説では、拘束性が低いパートの賃金格差は容認されるから、需要が減少するのは、高賃金となる高拘束パートのみとなるはず。<2>高拘束パートも、賃金額の上昇により、勤労意欲やモラルが向上し、離職率が低下するから、結局長期的には需要は増加する。

また、パートタイム労働者への厚遇により、正社員の既得権が失われることになるのではないか、という問題についても、水町准教授は、「その比重はわずかなものであり、システムの安定性を失わせる

ほどの効果をもつとは考えられない」、としている。

要するに、ここには水町准教授の基本的な法社会観、すなわち、統計的差別を排し、比例的平等命題に即した（個別的な）賃金処遇を行うべき、というSollen（当為の法則）尊重の考え方が反映されているように思われる。そして、そのSollenは、確かに、水町准教授自身の真摯な学術研究の末に到達した平等観（理論）である。しかし、SollenとSein（現実的妥当性）は、必ずしも相対立するものではなく、契約（締約ないし内容形成）自由の原則を好例として、Seinに叶った法律構成もある程度は可能である。つまり、（法）社会観の対立を反映した法理論の対立が成り立つことも多い。だから、我々法学者としては、議論が可能な領域（法創造的領域）については、自身の立論を裏付ける根拠をできる限り説得的、学際的に呈示し、後は立法者ないし裁判官、行政官などの法的意思決定者の意思決定に待つしかない。

省みるに、水町前掲書（1997年）でも、相対的な離職率の高さという賃金格差についての経済的合理性は否定されておらず、それを押して比例的平等命題に即した賃金処遇を行うことにより、（要は、賃金上昇が不可避となる者について）採用抑制現象が起きる蓋然性があることも否定されてはいない。この点に関する水町准教授の立論の直接の根拠が、比較法にとどまり、また長期的展望も、やや希望的観測と考えられなくもないこと、などに鑑みると、法的根拠の観点からも、現実的妥当性の観点からも、その説得性にはやや疑問が残る。

なお、民法626条ないし628条の規定からも、有期雇用であれば、その雇用期間中については、労働者側の解約（退職）も制限されるのが原則であるから（無期雇用であれば、民法上は、2週間の予告期間を置けば、労働者側からの解約は自由にできる³⁶）、法的に考えるのであれば、雇用期間内の拘束性は非正規の方が高いはずである。しかし、厚生労働省の平成17年雇用動向調査³⁷によれば、パートタイム労働者の離職理由のうち、契約期間の満了は12.2%、経営上の都合は3.2%であり、これに対し、個人的理由は60.7%を占めている。このなかには、個人的理由と擬制されたものもあり得るし、雇用条件が悪いからこそ退職に追いやられる者もいるだろうから、若干の修正は必要だろうが、それにしても、離職したパートタイム労働者のうち、少なくとも半分以上は契約期間満了前に、自身の都合で退職している、ということになる。たしかに、一般労働者の場合も、離職理由のトップは個人的理由で、実に69.7%にのぼる。しかし、離職したパートタイム労働者の勤続年数をみると、最も多いのは6カ月未満で34.1%、6カ月以上1年未満が18.9%で、それ以降、期間が長くなるほど、少しずつ割合が減少している。他方、離職した一般労働者の勤続年数で最も多いのは、2年～5年の21.8%、それに肉薄して、10年以上が21%などとなっている。やはり、パートタイム労働者の方が、明らかに気軽に辞めている。水町准教授は、独仏も同じ状況にある、とするが³⁸、その論拠として数字までは明らかにされていないので、詳しくは分からない。

いずれにしても、法が整えば現実が付いてくる、というほど簡単ではないことは看取できる。

2.3 労働市場の違い

<格差を合理化する説明>

・企業は、組織の中核を担う正社員に対しては、長期雇用を促し労働意欲を高めるため、市場賃金より高い賃金を支払う、というように、正社員については、企業の内部的な事情に基づいた（労働市場での）決定がなされる。しかし、周辺労働者に過ぎないパートタイム労働者に対してそうした動機は働かず、よって、その賃金は外部労働市場において決定され、かつ、パートタイム労働市場は、地域限定的で労働力供給過剰傾向があるため、低水準で均衡しがちとなる、という説明（ ）³⁹

<水町准教授の反論>

・正社員とパートタイム労働者を異なる市場に分別する合理性自体が疑問である。
・法的にも、比例的平等命題適合性に照らして正当性を欠く。
(水町前掲書(1997年)236-237頁)

<三柴のコメント>

水町准教授自身が指摘するように、正社員とパートタイム労働者を異なる市場に分別する理由の本旨は、要するに、(期待される)労働生産性は正社員の方が高いが、彼(彼女)らを雇うとなると、彼らのモチベーションを高めるためにも、企業の内部事情に照らした高い人件費がかかる。すると、周辺労働者に過ぎないパートタイム労働者の賃金を低く抑えなければならなくなってしまう、ということである。

比例的平等命題からすれば、これもパートタイム労働者は正社員より仕事ができない、と決めつけた前提を採っている点で、一種の統計的差別ということになるであろう。しかし、ここでは、前項で述べたことがそのまま当てはまるうえ、パートタイム労働者の能力観については、前々項で述べたことも当てはまる。更に、統計的差別批判についていえば、原理的に危険回避的個人(自己防衛本能)という対立軸ないし前提があることに留意する必要がある。第2章でも述べたように、資本主義社会の下での企業の存立目的の一つとっても、経営者は、臆病で保身的、打算的にならざるを得ない面もある。まして、個々の人の能力を的確に評価しようと思ったら、大変なエネルギーと時間がかかることは、大学入試制度の迷走が示す通りである。だから、そこでは、どうしても一定の「調整」が必要となる。

2.4 低拘束性

<格差を合理化する説明>

・経済学的には補償賃金の理論により、法学的には、残業命令応諾義務、配転命令応諾義務、競業避止義務、副業制限等の付随義務、その他種々の業務命令服従義務の相違から、同一義務同一賃金理論により、差別化が可能、という説明（ ）

<水町准教授の見解>

・この説明については、水町准教授自身が支持している。
(水町前掲書(1997年)234-235頁)

<三柴のコメント>

水町説の要点はおそらくここにある。水町准教授は、この説明は、わが国のパートタイム労働問題の特殊性であるが、比例的平等命題にも適った判断であり、これを肯定しないと逆に正社員が差別されることにもなりかねない、とする⁴⁰。他方、水町准教授は、ここでの「拘束性」は、法的に「義務」として観念されるもののみを指し、採用方法の違いや使用者の主観的な期待などは、「義務」の相違として具体化されない限り、賃金差別を「法的に正当化」する根拠とはなりえない、ともしており⁴¹、立論を比例的平等命題に即したSollenの範囲に限定している。

そこで、再度、SollenとSeinが乖離している場合の立論のあり方が問われる。再三述べるように、Sein尊重の法的立論も可能だからこそ、Seinを直視する必要がある。

例えば、所定労働時間外の実労働時間ないし活動一つとっても、以下のようなものがある。

- (1)労働協約、就業規則等の合理的規定に根拠を置いてなされた業務命令によるもの。
- (2)違法になされた命令等使用者の関与によるもの。
- (3)使用者の関与のないままに、労働者が自発的に行う職務。
- (4)現行法解釈では、使用者の関与も職務性も認められ難いが、実質的に仕事に関わっている活動。

このうち(1)は、水町准教授の立論でも捉えられているし、(3)は、職務性が認められ、労基法上の労働時間に当たるとなれば、(1)とnearly equalになる。しかし、(2)(4)は捨象されている。これらは、法の俎上にのぼらないから捨象すべき、と言われてしまえばそれまでだが、(2)は、「違法な負担」が正社員に課されることが多く、まさにサービス残業が日常化している⁴²、といった現状を考えれば、illegalだからといって捨象するわけにはいかないであろう。また、(4)については、筆者自身、別に論じたことがあるが⁴³、例えば、会社外で仕事や仕事に関わる話をする(いわゆるノコミュニケーションの)時間とか、道ばたを歩きながら仕事のことを考えている時間など、会社や仕事との結びつきが密であるために、高いプロ意識に基づいて、仕事に関わってしまうというような時間を意味している。そして、こうした活動が、仮に正社員の側に多いとすれば、それをどう考えるか、という問題が生じる。むろん、最近は、法的にも、裁量労働制の適用範囲の拡大等によって対処が図られては来ているが、それらの全てが法的に捕捉される条件は整っていない。

要は、水町説は、立論範囲を法的義務に限定しているため、経済学が唱える補償賃金理論の捕捉対象を含め、実在する相違(Sein)の全てを捉えてはいない。

また、前提条件の違い故に、比較法にも限界があるが、水町准教授も紹介している、ドイツの忠実義務は、「全力で使用者と事業所の利益を考慮し、この利益を害する全てのことを避けるべき義務」と定義され⁴⁴、「契約上合意された義務以外のものを労働者に負わせたり、基本法上保障されている基本権の行使を制限したり、さらに労働者の私的領域を労働領域の中に組み込む機能を営んでいる」⁴⁵。ドイ

ツでは、かような忠実義務が、原則として、短時間労働者にも正社員と同様に課されていることは前述した。たしかに、忠実義務が無限定となる場合の危険への配慮や、近年の労働関係の独自性を見直し(一般的な債権法理論への還元)傾向もあり、類型化の努力や、種々の限定がなされている。また、水町准教授は、そうした限定が特に短時間労働者に強く、またはそのみに働くものとして、副業制限と所定時間外労働義務を挙げ、いずれも労働時間が短い故の限定であって、企業との結びつきの弱さによる限定ではない旨論じている⁴⁶。その趣旨は、ドイツ労働法は、忠実義務に関する限り、短時間労働者の企業との結びつきの強弱には関知していない、ということと思われる。しかし、そのような限定的な解釈で本当に良いのか、という疑問がわくし、そもそも、ここでの問題は、彼国において、短時間労働者が正社員同様に負っている忠実義務の具体的内容と、日本のパートタイム労働者が法的、倫理的⁴⁷に負っている義務内容との相違である。先述の通り、ドイツにおける忠実義務には多様な性格と機能がある。和田肇教授の研究が示す通り、忠実義務が目的とする使用者と事業所の利益には、労務給付に関する利益、事業所秩序に関する利益のほか、労使間の人的信頼の利益も含まれる⁴⁸。それらは、事業所内での地位や、従事する職務の種類などによって程度が異なるが、水町准教授の指摘通り、副業制限と所定時間外労働義務のように、労働時間が短いことによる限定が働かない限り、短時間労働者も負担することになる。つまり、ドイツでは、日本では非言語である事象を言語化しているだけ、という面がないか、人文科学の研究成果にも照らしたより精緻な検証が求められる。

3 賃金論についての総括～水町説の基本理念について～

水町説の基本理念は、統計的差別を廃し、労働者はすべからず属性ではなく、個人ごとに比例的平等命題に照らした処遇をされるべき、というものと考えられる。そこでは、そもそもパートタイム労働者と正規従業員という属性自体が、労働時間の長短以外には殆ど意味を持たなくなる⁴⁹。

水町説は、パートタイムという名の下に、不合理な身分「的」差別が存在しているのではないかと、この問題関心に基づくものであり、比較法的観点を重視しつつ、法理論構成を図ったものと考えられる。

その検討は精緻でクリアであり、主に法規範学的観点からは筋が通っている。しかし、社会(心理)学その他人文科学的な観点からの洞察が充分とは思われない。その一例が、1.2.2や2.1でも論じた能力観である。水町説に従えば、パートタイム労働者は、「私の就労期間内で見たところ、私はあなたと同等以上の仕事ができる(ようだ)から、あなたと同じ賃金を求めます」、といえることになる。至局、就業規則変更の合理性が認められ、正社員の賃金が下げられることにもなり得る。しかし、これでは、多くの正社員は、不満を持つだろうし、安心もできないであろう。とりわけ、難関の入社試験を突破して、その後、何かあれば、時には法的義務を超えて会社のために動く生活を送り、ようやく組織内外の信頼を獲得してきた正社員は、泣くに泣けない。他方、組織のコアとなる一定数の従業員に長期間「安心(地位、効率賃金など)」を与えようとすれば、属性による統計的差別はある程度不可避になる。

たしかに、こうした事象を捉える人文科学は、不合理な制度や政策を正当化する方便、つまり日本を非文明国、非法治国に誘う方便として使われる危険⁵⁰もある。正規社員の過労死を生み出す方便にもなり得る。しかし、とりわけ法創造領域における法理論の正当性は、一定程度は相対性を免れない以上、

Seinを直視しないわけにはいかない。より多角的な現状認識なしに法を論じても、禁酒法を論じる結果となりかねない。

他方、先進国と言われる国でも、実態としての差別は多くあり、WASP、ネオコンなどに観られるように、それらが日本より露骨に表現されることも多い⁵¹⁰。従って、どちらの教養がより優れている、ということは一概には言えない。結局、ルース・ベネディクト、中根千枝らの国民性研究が描くように、日本人は、個々人の感情に（少なくとも表面上）配慮する傾向があるから、それらが内に隠るだけのことである。

水町説の理念は、個の尊重（ひいては憲法13条）に通じるものだが、個は個のみでは成立しないからこそ、中間団体が組織され、地域ができ、国ができる。であれば、中間団体の個性、地域の個性、国の個性も認めるべきではなからうか。むろん、集団による制度⁵²等を介した統制、それらに通じる差別に問題が多いからこそ、歴史的価値選択として、憲法を筆頭とする法規範により、個の尊重、様々な場面での平等原則が明記されるに至っている。しかし、差別についても、それらを抑制する装置として、法が発達しているか、倫理が発達しているか、の違いは認めるべきであろう。また、法理論に倫理を取り込む努力も必要であろう。日本の就業慣行（patterns）の中には、法慣習（通則法3条）や事実たる慣習（民法92条）として直ちに法的拘束力を認められるべきものもあるだろうが、そこまでには至らないながら、制度ないし条理⁵³として、法解釈の対立や、認識裁量の認められる条件下、あるいは法政策の立案過程などで、尊重を受けるべきものは数多い。

確かに、昨今の日本のように、ボーダレス化等の環境条件の変化の下で倫理が乱れれば、法化がより強く求められるが、丸子警報機事件判決（長野地上田支判平8.3.15労判690号32頁）が、非正規と正規間における内面的帰属意識の同一性を指摘していたように、企業へのloyalty⁵⁴は、法の下でも格差正当化事由となる。それ以前に、どんなに法化を進めても、愛社精神の希薄な者に、愛社精神旺盛な者のもたらすものと同じ質量の分配（労務給付）を期待することが困難なことは、周知の理であろう。

たしかに、アメリカで実験済みの通り、社会心理学的正義観は、投下資本に対する利得をバランスさせる公平観、要は弱肉強食の公平観に結びつき易いから、平等的正義観からの批判を招き易い。しかし、る述べてきたように、日本には、良質な人・倫理を基盤とする独自の社会心理学的正義観がある。倫理には、社会的弱者（総合的な観点で仕事ができないと評価され得る者）の「保護」も含まれている。これは、彼（彼女）らの弱さを正面から認めつつ、それを護ろうとする配慮である（もっとも、こうした倫理の乱れが法化論を後押ししている面があることは否めない⁵⁵⁰。問題は、実効的対策として法的立論を強調するか、倫理的立論を強調するか、また、法的立論による対策を採る場合にも、SollenとSeinの双方を如何に認識するか、であろう）。他方、水町説も、それが基盤とする比例的平等命題に則れば、能力主義となり、かつ実作業能力重視の能力観に則っている（ように思われる）から、結局、社会的弱者、というより市場的弱者は保護され難い。したがって、筆者自身は、「比例的平等命題」を基軸としつつも、「信頼・納得」の要素を一定程度汲み入れた法的立論を試みる必要があるのではないか、と考える。主に人文科学が捉える事象の多くを反映した「信頼・納得」は、法解釈学上は、契約自由の原則の問題となるから、結局、契約正義・規範的正義に契約自由を加味すべき、ということになる。

4 おわりに～労働衛生論との関係についての再論～

最後に、以上の議論と本書の主題である労働衛生論との関係について改めて論じる。むろん、労働衛生は賃金、労働時間などの実質的労働条件と不可分ないし（前者 後者、後者 前者の）包摂関係にあるともいえ、だからこそ、本章での検討を雇用における身分的格差が反映され易い賃金論に絞った経緯がある。しかし、ここでは、労働衛生を、労災・職業病⁵⁶の予防といったやや狭い意味で捉え、それと本章での検討の関係について論じる。

本章では、パートタイム労働者の賃金に関する水町准教授の立論を素材として、非正規労働者の処遇格差の是非について論じてきた。その結果、あくまで比例的平等命題（Sollen）を基軸としつつも、日本の就業慣行の実態（Sein）を加味した法的立論を立てるべきではないか、より正確には、法的立論のあり方にも多様性がある以上、後者も一定程度は汲み入れた立論を検討すべきではないか、という結論に至った。つまり、従来は身分的格差と言われつつ、しかし社会（心理）学等、非言語的情報を扱うがゆえに、いっけん訴外論ととられかねない学問や経済学等の分析からは説明の付く格差について、その存在と法的正当化の可能性を正面から認めつつも、それが大きくなりすぎないようにすべきではないか、ということである。賃金論についての水町前掲書（1997年）の分類に従えば、同一義務の者に対する「著しい」賃金格差を違法とするもの⁵⁷、に近いと言えよう。

では、この理を労働衛生論に敷衍するとどうなるか。

先ず、賃金論、労働衛生論共に、最低基準については正規、非正規の別なく遵守すべき、という点に変わりはない。賃金論であれば最低賃金法令の他、局所的に平等取扱義務を定めたパートタイム労働法令の定め、労働衛生論であれば安全衛生法令の定め、特に危害防止基準⁵⁸を遵守する、ということである。もっとも、労働衛生論では、この基準の遵守自体がそれほど容易でないことは指摘しておきたい。

また、労働衛生論では、民事上の法理である、債権債務法上の安全衛生配慮義務ないし不法行為法上の注意義務等についても、正規、非正規の別なく履行されねばならないが、その具体的内容は、対象者の職種、地位、同義務が問題となる状況等に応じて異なるため、一定の措置を一律的に講じるのみでは足りない場合もあるし、逆にその必要がない場合もあり得る。ただ、予見可能、回避可能な災害に対しては、その時々科学的知見を踏まえ、最悪の事態を想定した措置が求められるから、その履行認定の水準は相当に高いものといえよう。

他方、賃金論における民事上の法理としては、前掲の丸子警報機事件判決の示した、「およそ人はその労働に対し等しく報われなければならないという」均等待遇の理念が挙げられる。しかし、これは、平等論であって実体（実額）論ではないし、賃金格差の違法性判断（公序良俗違反）における重要な判断「要素」とされているにとどまり、民事判例上、安全衛生配慮義務のように法的義務として確立しているわけでもない。つまり、民事上の義務について言えば、労働衛生分野の方がはるかに発達しているといえる。

この差異は、労働衛生にかかる義務（特に民事上の義務）のレベルが高い、という点では、賃金論より労働衛生論の方が、命と健康に関わる分だけ重要視されている、ということであろう。また、賃金（平

等)にかかる義務のレベルが低い、という点では、やはり先述した職場慣行、能力観、人事制度、コストパフォーマンスなど、様々な日本の事情が直接的に反映している、ということであろう。

かような条件を踏まえ、使用者が非正規労働者に対してなすべき衛生(管理)上の措置はどうか。本章での論述からも明らかなように、日本の労働関係が、「親愛、非言語的コミュニケーション等の特質とする産業封建化理論のモデル(要は、ご恩と奉公の関係モデル)」から本質的に変化したとまでは考えていない私としては、以下のような原則が妥当すると考えている。

正規と非正規に共通する措置

先述した通り、安全衛生法令所定の危害防止基準の遵守、とりわけ物的措置に関する面では、両者を区分する必要はない。また、安全衛生配慮義務等の民事上の義務についても同様である。

但し、やはり先述した通り、安全衛生配慮義務及び注意義務の具体的内容には相対性がある。そこで問題になり得るのは、例えば休憩室、更衣室等、衛生に関係するが、福利厚生的性格を持つ施設の非正規労働者に対する利用制限である。

休憩室、更衣室は、双方ともに、平成20年4月1日施行予定のパートタイム労働法施行規則改正令(短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律施行規則の一部を改正する省令(平成19年10月1日)(厚生労働省令第121号))の第5条で、改正パートタイム労働法の第11条に定める福利厚生施設に該当することが明示されている。これにより、パートタイム労働法上は、全ての短時間労働者に対して、双方の施設の利用機会を与えるよう「配慮する義務」を負うことになる。但し、省令5条は、法8条所定の福利厚生施設的具体化を図ったものではないので、これらの施設の利用機会付与は、いずれの短時間労働者についても、配慮義務にとどまる。これは、正社員との平等取扱の観点からの定めなので、配慮義務とはいっても、安全衛生配慮義務に直接的には関わらない。

他方、労働安全衛生法71条の3第1項に基づく「事業者が講ずべき快適な職場環境の形成のための措置に関する指針(平成4年7月1日)(労働省告示第59号)」の第1、3では、「休憩室等の心身の疲労の回復を図るための施設の設置・整備を図ること」が求められ、第2、3では、「疲労やストレスを効果的に癒すことができるように、臥床できる設備を備えた休憩室等を確保すること」が求められている。また、第2、4では、更衣室等は、「就業に際し必要となる設備」であると明記されている。さらに、休憩室については、労働安全衛生規則630条1項11号、鉛中毒予防規則45条、四アルキル鉛中毒予防規則2条1項4号、特定化学物質障害予防規則37条、石綿障害予防規則28条のように、特定の職場で働く、または特定の作業に従事する労働者を対象に設置等を義務づけた規定も存する。これらの規則の不遵守が、労働安全衛生法違反と同時に安全衛生配慮義務違反にも該当することはいうまでもないが、問題は、規則の規定外のところで、正規には利用可とし、非正規には利用不可とする措置の合法性である。これを、指針の定めを根拠に、安全衛生配慮義務違反とする解釈も成り立ち得るし、原則的にはそのように解すべきであろうが、指針の定めにも照らしても、職務の性格、労働時間等の観点から、非正規だからこそ、それに該当しない者も中にはいるであろうから、一概にそう言えるか、については議論の余地がある。指針の定めすら存しない措置についてはなおさらであろう。

そして、この議論は に関係してくる。

非正規にこそ必要な措置

非正規労働者の方が仕事や職場の事情を知尽くにくい、馴染みにくい、などのハンディがある限り、正規には不要な衛生教育などを施す必要がある。原理的には、まさに、非正規であるが故のハンディを捉えた措置である。但し、これは で論じた安全衛生配慮義務の相対性、また安全衛生法令所定の基準の解釈の範囲内である程度は説明が付くであろう。

正規と非正規で区分すべき措置

結論的には、労働衛生に関するILO/WHO合同委員会が、WHOによる健康の定義をもとに、労働衛生の目標として述べた、「肉体的、精神的および社会的福祉を最高度に増進し、かつこれを維持させる」といった、わが国の労安法令や安全衛生配慮義務法理が想定する衛生概念（労災・職業病⁵⁹の予防）と関連しつつもそれを超える内容については、使用者の講じる措置に、正規、非正規間で差異が生じたとしてもやむを得ない、と考える。これは、安全衛生の観点からは、安全衛生配慮義務の内容の相対性から、あるいは安全衛生配慮義務の内容を超えるものとして説明が可能であり、平等の観点からは、まさに本章で賃金論を通じて検討した処遇論から説明が可能になると思われる。

<脚注>

*1これは、種々の法政策の変更があってもなお実態が本質的に変化していないことの証左でもあるが、水町書の学術的価値が高いことの証左でもある。

*2むろん、フィールドワークひとつとっても、ひとのこころ（本音）にアプローチすることは難しい（このことを法学者の立場から明快に指摘した業績として、高橋真「『日本の法意識』論について - 川島武宜『日本人の法意識』を読む - 」社会システム研究2号（1999年）1-14頁、同「『日本の法意識』論について（その2）家族制度批判と川島武宜『日本人の法意識』」社会システム研究4号1-17頁、同「『日本の法意識』論について（その3）ジョン・ダワー著『敗北を抱きしめて』と『日本的』社会観念」社会システム研究5号11-24頁などがある）。また、人間心理やそれが反映する社会現象には、偏見や歪みが生じやすいことも事実である。しかし、これらには、主に社会（心理）学や文化人類学などが捉えてきた真実（非言語的情報）や真理が詰まってもいる。したがって、法学（者）が可視化の困難な真実、真理の探究から逃げていては、形式的な客観性しか担保されず、ストレス被害の救済を含め、実質的に不公平、不平等をもたらす場面が多く生じるであろう。

*3なお、「格差社会」のもとで二極化する所得と働き方の実態～「2006連合生活アンケート」調査結果（概要版）～（http://www.jtuc-rengo.or.jp/shuppan/shiryou/2006seikatsu_enq/20061226kakusa.pdf）によれば、パート・派遣等の労働者約8千名のうち、不安・不満の第1位は、「賃金・一時金が安い」こと（パート労働者48%、派遣労働者38.8%）であった。

*4もっとも、階層の固定性があるからこそ、階層の上位に登った者は、安心して長期的な展望を持った

仕事ができる、という面もある。

*5厚生労働省「パートタイム労働者総合実態調査」によれば、正社員への転換を制度として実施している企業は、平成7年調査で46.1%、平成13年調査で46.4%、平成18年調査で45.8%であったという。うち18年について産業別にみると、最も多いのが、「飲食店・宿泊業」59.1%、続いて多いのが「医療・福祉」52.2%、逆に最も少ないのが、「情報通信業」30.4%、続いて少ないのが「製造業」37.8%の順になっている（<http://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/koyou/keitai/06/index.html>ほか）。

他方、平成17年の厚生労働省「有期契約労働に関する実態調査」によれば、平成17年調査において、有期契約労働者を雇用したことのある事業所のうち、正社員への転換事例があるものは、短時間のパートタイマーにつき13.2%、その他のパートタイマーにつき25.2%であった（<http://www-bm.mhlw.go.jp/houdou/2006/06/dl/h0614-1a.pdf>）。

*6総務省労働力調査（<http://www.stat.go.jp/data/roudou/longtime/03roudou.htm>）によれば、45歳以上の非正規労働者の数は、昭和63年2月時点で321万人（全雇用者4422万人中約7.3%）、平成13年2月時点で606万人（全雇用者5342万人中約11.3%）、平成19年7～9月時点で825万人（全雇用者5577万人中約14.8%）となっている。

*7最近の文献として、岩脇千裕「大学新卒者採用における面接評価の構造」日本労働研究雑誌567号（2007年）51頁以下を参照されたい。

*8三菱総合研究所「平成17年度・厚生労働省委託・能力開発基本調査報告書」（2006年）によれば、企業の計画的職場内訓練は、正社員には48.9%、非正規従業員には18.3%に実施され、職場外訓練は、正社員には60.1%、非正規従業員には17.4%に実施されている。現段階では、OJT、OffJT共に、正規・非正規間格差が大きいことが分かる。

*9第2章で述べたように、この点については、最近、改正パートタイム労働法10条1、2項で法的措置が講じられた。とりわけ職務内容同一短時間労働者については、原則として、フルタイム労働者の従事する仕事に必要な教育訓練を実施することが義務づけられた（1項）。しかし、殆どのパートタイム労働者は職務内容同一短時間労働者には当たらないと考えられるので、教育訓練の実施は2項の定める努力義務にとどまり、内容についても簡易なものにとどめられる可能性が高い。

*10非正規雇用労働者の失業不安意識に関する実証データの例として、米田幸弘「就業不安のメカニズム - 失業リスクと不安感はどう関わるか - 」直井優編『情報通信技術革命の文化的・社会的・心理的效果に関する調査研究』平成13～平成16年度科学研究費補助金（基盤研究A2 13301007）研究成果報告書（2005年）135頁などを参照されたい。

*11むろん、法的には、求職者の再就職希望先企業は、労基法22条所定の退職事由証明書の提出を就職希望者に強制することはできず、仮に希望先企業から求職者の元の就業先に証明書事項について問い合わせがなされた場合にも、本人の同意を得ずに情報を提供することは違法行為となる（安西愈「改正労働諸法規のポイント - 実務上の運用と留意点 - 第35回」労働新聞2266号（1999年））。また、労基法22条3項には、証明書を発行する使用者は、労働者が請求しない事項について証明書に記載してはならない旨定められている。

しかし、実際に、再就職希望先企業が指示した事項を記載した証明書の提出や問い合わせについての同意を求められた求職者がそれを拒否すれば、不採用に繋がりがねないため（また、不採用の理由について開示すべき法的根拠もないため）、事実上の圧力が働くことは避けられないであろう（なお、厚生労働書のホームページでは、退職事由に係るモデル退職証明書が掲載されており

<<http://www2.mhlw.go.jp/info/download/19990226/06.htm>>、ここには、典型的な解雇・退職事由のほか、それらに当たらない場合の具体的な解雇・退職事由についての記載欄も設けられている）。

*12先述した再就職にかかる不利益についても、通常、非正規労働者について、そこまで丁寧な審査を行う事業者は稀であろう。

*13古郡鞆子『非正規労働の経済分析』（東洋経済新報社、1997年）。

*14この点につき、特に、水林彪「『実践的真理』の探究 - それを阻むものとその克服の課題 - 」学術的動向（2005年）75頁を参照されたい。

*152008年2月11日特集・つながるラジオ「格差社会を生き抜くために」。

*16こうした隠れた慣習についての統一した調査結果は見あたらなかったが（もっとも、制度として表面化するようであれば、それ本来の意味がなくなるであろう）、インターネットで、「上司」「部下」「おごる」というキーワードで検索すると、まだまだ労使間に残存している実態が垣間見られる。但し、上司、部下双方による選択と集中、景気の良い企業（業界）とそうでない企業（業界）の格差などが進んでいるようにも見受けられる。なお、組織の上位階層から下位階層へのもたらされるものは、金銭に限られるわけではない。知識、技能、評価、愛情といった無形財も含まれることに留意する必要がある。

*17苅谷剛彦『階層化日本と教育危機 不平等再生産から意欲格差社会(インセンティブ・ディバイド)へ』（有信堂、2001年）などはその典型であろう。

*18津田眞澁『新・人事労務管理』（有斐閣、1995年）23、85頁以下を参照されたい。

*19なお、2008年2月24日に、ハローワークのインターネットサービス

（<https://www.hellowork.go.jp/kensaku/servlet/kensaku?pageid=001>）で求人情報を調べたところ、パートタイム労働で、時給2000円以上の条件を充たす求人のヒット数は、全国で、21万件強の登録件数のうち1万件強（但し日給が2000円以上の求人情報もヒットする設定になっているため、実際には若干少ない）、正確な割合は不明だが、職種としては、薬剤師、技師、学習塾や学校などの講師が圧倒的に多く、CAD（パソコンを利用した図面作成）、放射線技師、大型バス運転士なども見受けられた。

*20津田前掲書（1995年）72-73頁など。

*21例えば、株式会社毎日コミュニケーションズが、入社3～7年目の正社員を対象に行ったWEB上のアンケート調査（回答数503名<男性：259名、女性：244名>）によれば、仕事に非常にストレスを感じている者が約37%、ややストレスを感じている者が約50.5%おり、その原因については、複数回答ではあるが、男性の場合、トップが自分の能力不足で45.6%、女性の場合、トップが(社内外の)人間関係問題で48.8%であった。しかし、男性の場合も、41.7%が人間関係問題を挙げており、男女あわせると、やはりストレス原因のトップは人間関係問題で、45.1%であった（<http://cobs.jp/pr/070828.html>）。

*22津田前掲書（1995年）123-124頁は、以下の2つの著作が、本文に掲げた内容を含め、日本でのリーダー

ーシップ論の先導的役割を果たしたと指摘している。Katz, Daniel/Maccoby, Nathan/Morse, Nancy C., Productivity, Supervision, and Morale in an Office Situation (Ann Arbor, Michigan: Survey Research Center, 1950); Gibb, C. A.: Leadership in G. Lindzey (Ed.). Handbook of Social Psychology (Cambridge, Mass.: Addison-Wesley, 1954), vol. 2, (pp. 877-917).

*23筆者自身の衡平観をイメージで示せば、「なあなあ」と「がちがち」の間にある。但し、双方共に、その本質が的確に洞察される必要があると考えている。

*24水町前掲書（1997年）127頁。

*25水町前掲書（1997年）127、138-139頁。

*26以上、水町前掲書（1997年）116-119、126-127、138-139、145、151-152、154-156、168頁以下。平等取扱原則に関する詳細は、122、126-153、166頁を参照されたい。なお、平等取扱原則に関するその他の最近の研究業績には、蛸原典子「ドイツ労働法における平等取扱原則（一～三・完）」立命館法学260号（1998年）42-74頁、261号（1998年）160-216頁、同262号（1998年）143-198頁、同「雇用差別禁止法理に関する一考察 - 労働法における平等取扱原則を中心に - 」立命館法学269号（2000年）159-251頁、同「労働法における平等取扱原則」日本労働法学会誌96号（2000年）161-175頁などがある。

また、2006年6月に可決成立し、8月に施行された、一般平等取扱法については、山川和義「ドイツ一般平等取扱法の意義と問題点 - 包括的差別禁止立法の影響 - 」日独労働法協会会報8号（2007年）79-97頁、同法とほぼ同内容を持ちつつも、審議未了廃案となった差別禁止法案については、同「差別禁止へのあらたな取組み - 差別禁止法案の紹介 - 」労働法律旬報1608号（2005年）12-15頁などが詳しく紹介しているが、これはあくまで人種または民族的背景、性別または世界観、障がい、年齢、性的志向を理由とする不利益取扱の防止および排除を目的とするものである（1条）。ただし、ここでも、職務の性質およびその遂行条件に関して本質的かつ決定的な職業上の要請を理由とする異別取扱（8条1項）、その他、個別指標に基づくものとして、宗教または世界観を理由とする例外的異別取扱（9条）、客観的かつ適当で、適法な目的によって正当化され、その達成手段が適当かつ必要である場合の年齢を理由とする例外的異別取扱（10条）は正当化される。さらに、これらの類型以外の異別取扱でも、別の方法（積極的是正措置）によって、1条所定の法の趣旨が達成され得る場合には、正当化される。つまり、例外的ではあるが、非言語的理由を捉えた異別取扱の正当化ルートも残されてはいるのである。

ちなみに、これらの法（案）の前提となったEC指令等EUの動きについては、櫻庭涼子「EUの雇用平等法制の展開」法律時報79巻3号（2007年）64-69頁などが詳しく紹介している。

*27土田道夫「能力主義賃金と労働契約」季刊労働法185号（1998年）9頁以下。

*28土田道夫「成果主義人事と人事考課・査定」『成果主義人事と労働法』（日本労働研究機構、2003年）81頁以下、同「人事考課・査定」『雇用社会の法と経済』（有斐閣、2008年）184-185頁。

*29水町前掲書（1997年）138頁。引用文献は、Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 7. Aufl. (1992), § 53, S. 322ff., Bechker, Die Arbeitsrechtlichen Aspekte der Teilzeitbeschäftigung (1971), S. 68である。

*30この点を裏付ける統計は数多いが、男女共同参画会議仕事と生活の調和（ワーク・ライフ・バランス）に関する専門調査会報告書『「ワーク・ライフ・バランス」推進の基本的方向』（2007年）

(<http://www.gender.go.jp/danjo-kaigi/wlb/pdf/wlb19-7-2.pdf>) の18頁以下にかなり網羅的に示されている。また、ドイツやフランスの事情については、内閣府経済社会総合研究所/財団法人家計経済研究所『フランス・ドイツの家族生活』（2006年）に詳しい。男女の家事、育児責任の分担状況を含め、総じて、日本とはだいぶ異なる事情が垣間見られる。

*31この点につき、例えば光洋精工事件大阪高判平成9.11.25労働判例729号39頁を参照されたい。

*32裁判例に関する検討の成果は、三柴文典「査定格差の不当労働行為性に関する裁判例の検討」近畿大学法学51巻3.4号（2004年）89-172頁として公表済みである。

*32岩脇前掲論文（2007年）を参照されたい。

*33水町前掲書（1997年）240頁以下。

*34水町准教授は、同一義務同一賃金原則、即ち、同じ（価値の）労働を前提にすれば、後は、残業応諾義務や配転応諾義務といった付随義務を負担すべきか否か、という意味での拘束性の高低以外の事情に賃金額を連動させるべきではない、とする法原則を唱え、この原則を導入した場合の効果について論じている。同一義務同一賃金原則も、基本的に比例的平等命題の要請に適った法理であるが、拘束性の高低を賃金額に関連させている点などで、同一（価値）労働同一賃金原則をはじめとする伝統的な賃金平等法理とは異なる（詳細は、水町前掲書（1997年）238-239頁）。

*35但し、民法627条は任意規定だから、これと異なる定めを就業規則、労働契約などで置けば、原則としてそちらが優先適用される。

*36<http://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/koyou/doukou/05-2/gaiyou.html#3>

*37水町前掲書（1997年）234頁脚注34。

*38日本の代表的な労働法学者の一人である菅野和夫教授も次のように述べている。すなわち、わが国では、企業内の人材育成と活用の仕組みが強固で、他社への転職を前提とする外部労働市場が欧米ほど発達していない。従って、「パートタイム労働者であるが故の差別を禁じた・・・一片の法規定で根本的に変化するものではない」、と（菅野和夫『雇用社会の法』（有斐閣、1996年）202頁、同『新・雇用社会の法』（有斐閣、2002年）274-275頁も同旨と思われる）。

*39水町前掲書（1997年）235頁。

*40同前。

*41労働時間についての総務省統計（労働者対象）と厚労省統計（使用者対象）の相違については改めて説くまでもない。

*42座談会「過労死・過労自殺の実効的対策のあり方」労働法律旬報1666号（2008年）9-10、13、20-22、32-34頁（三柴発言）。

*43和田肇『労働契約の法理』（有斐閣、1990年）119頁。

*44和田前掲書（1990年）147頁。

*45水町前掲書（1997年）139頁。

*46倫理の考慮が直ちに前近代的とする評価は当を得ない。再三述べるように、倫理を実現する法的構成も可能であるうえ、その倫理を「（人文科学的観点も交え）多角的に」検証して合理性が認められるな

らば、それを正面から法化する方途なども考えられるからである。

*48和田前掲書（1990年）147頁。

*49むろん、拘束性の高低による処遇格差が認められる、という立論が水町説の要諦ではあるが、この理は正社員間（例えば地域限定社員と非限定社員など）にも適用可能だから、突き詰めれば、両属性を区分する基準と言えるか否かについて、議論が可能であろう。ちなみに、仮にこの基準が正規・非正規間を区分するものとして実質的、というのであれば、それも制度の問題と言えなくもない。

*50試みに、日本文化人類学会のHPに現れた文化人類学の研究対象国群を参照されたい。もっとも、ここでは、何をもって非文明国というか、という原理的な価値観が問われるし、あるいは、primitiveな社会環境にこそ、複雑化した先進国では見えにくくなった事象の原点が現れ易い、といった考慮があるのかもしれない。

*51前掲のドイツ一般平等取扱法制定の背景に、移民労働者に対する、人種または民族的背景を理由とする不当な干渉や頻繁な嫌がらせ等があったことについては、山川前掲論文（2007年）83頁。

*52「一定の状況の下において決定者の行う一定の決定がくり返されてパタン化している程度に安定して・・・いるときにおける、決定のパタン」（平井宜雄『法政策学（第2版）』（有斐閣、1995年）9、56-57頁。

*53「実定法体系の基礎となっている基本的な制度、基本的な価値体系（現実生活における社会規範）」（川島武宜『民法（総則・物権）』（有斐閣、1960年）21頁）。

*54アメリカの判例でも、loyaltyは処遇格差の正当化事由の一つとされて来た。一例として、ホモセクシュアルの雇用差別（解雇）事案に関するJeffery Collins v. Shell Oil Co., Triton Biosciences, Inc. et al, Appellate Department, Superior Court of California, Alameda County, 56 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 440; 57 Empl. Prac. Dec. (CCH) p40, 907が挙げられる。

*55むろん、比較法的にも実態的にも、法（実定法、判例法）的な最低基準が不十分とはいえないことは、西谷敏『規制が支える自己決定 - 労働法的規制システム -』（法律文化社、2004年）などが指摘する通りであるが、その背景には、国家と企業の「近さ」のほか、倫理重視の社会観念もあったのではないかと考えられる。

*55ここに作業関連疾患を含めるべきか、含めるとした場合の範囲等については、改めて検討する必要がある。さしあたり、参考文献として、石田真「作業関連疾患」日本労働法学会編集『講座21世紀の労働法 第7巻 健康・安全と家庭生活』（有斐閣、2000年）、上家子「労働衛生行政における脳・心疾患対策」日本職業・災害医学会誌48巻3号（2000年）209-213頁、森田哲也「産業医学と心身医学(<シンポジウム>変革期の社会問題への取り組み：職場のメンタルヘルス)(第45回 日本心身医学会総会)」心身医学45巻2号(2005年)127-131頁などを参照されたい。

*57水町前掲書（1997年）239頁。おおよその説に該当するものとして、水町准教授が挙示しているのは、「企業貢献度」を格差正当化事由として挙げる鈴木芳明「パートタイム雇用と労働契約・就業規則」日本労働法学会誌64号（1984年）27頁以下である。

*58「危害防止基準（労働安全衛生法1条所定）」については、現行法上明確な定義があるわけではない

が、畠中信夫『労働安全衛生法のはなし（第2版）』（中央労働災害防止協会、2006年）47頁には以下のような説明がある。すなわち、本来的には、「字義通り、危険と健康障害を防止するための基準ということであり、機械等並びに危険物及び有害物に関する規制、あるいは作業環境測定、特殊健康診断、安全衛生教育、就業制限などの規定も含まれる広い概念としてとらえられる」べきである。だが、「特定の危害に対して特定の措置を規定するというのが、通常スタイルであり、・・・・・・関係者の具体的な行為（作為または不作為）基準として罰則で・・・・その履行が強制される」ものを指す、と。筆者自身は、畠中教授の示す後者の理解がより一般的理解に近い、との考えから、具体的に準拠すべき数値基準や行為基準等の最低ラインを個別的对象ごとに定めることにより、安全衛生水準の確保、向上を図ろうとした技術的規制手段を指す、と考え、ここでもかような趣旨でこの用語を用いている。

*57ここに作業関連疾患を含めるべきか、については、更に検討したい。