

COEソフトロー・ディスカッション・ペーパー・シリーズ

COESOFTLAW-2004-11

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? -

荒木尚志
東京大学大学院法学政治学研究科

2004年12月

1 問題の所在：ソフトローとしての努力義務

伝統的労働法は、使用者と労働者の間の労働契約関係を強行的に規律する法規範を設定し、それを公法上は、刑事罰や行政監督によって担保するとともに、私法上は当該規範に違反する法律行為を無効とし、事実行為を違法として不法行為責任を生ぜしめるという手法を採用してきた。このように法的拘束力を持つ規範による規制をハードローと呼ぶことができる。

しかし、近時の労働立法においては、当事者、とりわけ通常の労働法規制の名宛人である使用者に対して「努めなければならない」とか「努めるものとする」という文言を用いて「努力義務」を課す例が増えてきている。努力義務規定は、これに反する行為を違法・無効とする法的効果を生ぜしめるものではなく、（行政による履行促進措置の点は後に検討することとして）基本的に当事者の任意的・自発的履行に期待するものである。この意味で、努力義務規定は、いわゆるソフトロー¹として位置づけることができる法規制である。

諸外国の労働立法・労働政策においては、拘束力ある規範を設定するハードローに対して、そのような拘束力に欠けるソフトローの使用について議論が高まってきている。例えば、1974年から1989年までのECの社会労働立法は、そのほとんどが法的拘束力のあるハードローであったが、1990年代後半以降は、ソフトローによる措置に重点が置かれるようになってきている²。ソフトローという概念は、国際法分野で早くから展開されてきたが、その概念自体の当否、有用性については種々議論がある³。例えば、拘束力ある規則を示す「law」

* 本稿執筆に際し、藤田友敬東京大学教授および濱口桂一郎東京大学客員教授から有益な示唆を受けた。記して謝意を表したい。

¹ソフトロー概念を早くから展開させてきた国際法分野では、一般的に拘束力を欠く国際文書決議、宣言、覚え書き等のほか、ソフトローの性質を有する条約として、予防的（preventive）または先駆的（precursory）条約、自発的もしくは任意的履行に期待する条約等が挙げられている。大内和臣「ソフト・ローとハード・ローの衝突 トランスナショナル・プロセス論」法学新報 108 巻 11 - 12 号 15 頁（2002 年）村瀬信也『国際立法』23 頁以下（2002 年）参照。

² Catherine Barnard, *EC Employment Law*, 82-83 (2000, 2nd ed.). Bob Heppleはこのようなソフトローへのシフトの原因として、補完性原理（subsidiarity）の下では拘束力ある措置は最後の手段たるべしと解されたこと、より強力な措置を採択する政治的合意が成立していない場合に前段階措置として導入される例が少なくないこと、ソフトローは説得や最良の実務モデルの普及等を通じた目的達成のためのより柔軟な措置を可能とするという肯定的理解の存在、を指摘する。Bob Hepple, “Enforcement: the law and politics of cooperation and compliance”, in Bob Hepple (ed.), *Social and Labour Rights in a Global Context*, pp. 242-243 (2002).

³ 国際法におけるソフトローをめぐる邦語文献としては村瀬前掲注(1)書・5 頁以下、位田隆一「『ソフトロー』とは何か (一)(二) 国際法上の分析概念としての有用性批判」法学論叢 117 巻 5 号 1 頁、117 巻 6 号 1 頁（1985 年）大内前掲注(1)論文・1 頁、宮野洋一「『ソフト・ロー＝ソフトランディング・ロー』論の国際法源論的スケッチ」法学新報 109 巻 5 - 6 号 419 頁（2003 年）齋藤民徒「国際法と国際規範 「ソフト・ロー」をめぐる学際研究の現状と課題」社会科学研究 54 巻 5 号 41 頁（2003 年）等参照。

と拘束力ないことをしめす「soft」の組み合わせ自体が矛盾しているとの批判、ソフトローは必ずハードロー化する訳ではないが、ソフトローという用語はハードロー化を既定事項としている、真に求められるハードローよりも便宜的にソフトローを利用することによる法の実効性の減少という問題をはらむ、といった批判等がある⁴。概念・定義をめぐる議論の当否は別として、国際法の議論において、ソフトロー自体の効力（拘束力）に関する議論と、ソフトローが国際法の拘束的規則形成における役割、すなわちソフトローがハードローつまり拘束的規則へ変化していくプロセスに着目してその効果を把握する議論があることは、労働法分野における努力義務規定を考える上でも示唆的である。

労働立法で最も議論を呼んだ努力義務規定は、1985年に制定された男女雇用機会均等法（以下「旧均等法」という）の募集・採用・配置・昇進に関するそれであった。旧均等法は、これらに関して、均等な機会を与え、あるいは均等な取扱いをするように「努めなければならない」という努力義務規定による規制を採用した。そして、後述するように努力義務については私法上の違法性は問題とならず、損害賠償責任を生ぜしめるものでもないとされた。差別禁止規定によって直接的強行的に規制すべきであったとする立場からは、こうした努力義務規定は、旧均等法の実効性の欠如を示す典型的な場面として、厳しい批判が寄せられた。しかし、努力義務規定のもとで諸種の行政上の施策による履行確保が図られ、予想以上の効果も指摘された⁵。

労働立法における努力義務はその履行を確保するために、種々の行政上の措置や経済的インセンティブが用意されることが少なくなく、裁判所における履行確保の有無のみに考察を限定してはその機能を十分に捉えられない。また、旧均等法の努力義務規定は1997年改正によってすべて強行的禁止規定に変更されたように、努力義務規定が一定期間経過後に強行的義務的規定に変更される例が少なくない。そうすると、最近の日本の労働立法において多用される努力義務規定の意義を考察するため、当該努力義務規定をスタティックに捉えるのではなく、時間レンジを広くとって立法政策の展開の中でダイナミックに把握することも必要である。

この小論⁶では、努力義務規定の類型とその法的効力、ソフトローとしての努力義務規定

⁴ 位田・前掲注3論文（一）・8頁の紹介するアランジオ・ルイスの批判である。

⁵ 日本法研究者フランク・アッパームは、旧均等法の最も特徴的な点として努力義務規定を挙げ、行政救済も強制的なものではないことを指摘し、旧均等法は「法律という言葉に狭い定義を使えば、つまり、国民の間の権利義務を形成し変更することが法律であるという定義を基準とすれば、これは法律にならないほど弱いもの」で、効果がないと思っていたとする。しかし、法施行後の1987年の観察では、4年制大卒女子の就職機会の増加等、同法のインパクトは非常に大きいことがわかり、施行前に自らが下した評価は、「アメリカの法律家の典型的な解釈に過ぎなかった」と述べている。フランク・アッパーム「アメリカの法律家の目から見た日本の雇用機会均等法」日本労働協会雑誌 337号 46頁（1987年）。

⁶ 筆者は同様のテーマについて、簡単な問題の素描（「努力義務規定にはいかなる意義があるのか」日本労働研究雑誌 525号 70頁（2004年））を行ったことがあるが、そこでは紙面の制約もあり十分に論ずることができなかった。本稿はこれを若干発展させたものである。

のハードロー化、そして努力義務というソフトロー・アプローチの労働法政策における意義と課題について検討する。

2 努力義務規定の類型

「努めなければならない」「努めるものとする」という文言を用いた努力義務規定⁷⁾にも多様な規定がある。これをどう類型化するかは一個の問題であるが⁸⁾、本稿の主たる関心は、法的拘束力のないとされる努力義務規定を労働立法において採用することの機能を分析することにあるので、そのような観点からはおよそ実効性確保が問題とならない訓示的・抽象的努力義務規定と実効性確保がまさに議論の焦点となる具体的努力義務規定の二つの類型があることを確認しておこう⁹⁾。

(1) 訓示的・抽象的努力義務

まず、努力義務規定の中には、当該立法の基本理念・目的を示し、その方向に沿った当事者の努力を抽象的に促す趣旨の規定で、その性格上、具体的な履行を強行的に規制することを想定していない「訓示的・抽象的努力義務規定」がある。

例えば 1947 年制定の労働基準法 1 条 2 項（「この法律で定める労働条件の基準は最低のものであるから、労働関係の当事者は、この基準を理由として労働条件を低下させてはならないことはもとより、その向上を図るように努めなければならない。」）、1946 年制定の労働関係調整法 2 条（「労働関係の当事者は、互に労働関係を適正化するやうに、労働協約中に、常に労働関係の調整を図るための正規の機関の設置及びその運営に関する事項を定めるやうに、且つ労働争議が発生したときは、誠意をもつて自主的にこれを解決するやうに、特に努力しなければならない。」）、同 3 条（「政府は、労働関係に関する主張が一致しない場合に、労働関係の当事者が、これを自主的に調整することに對し助力を与へ、これによつて争議行為をできるだけ防止することに努めなければならない。」）といった努力義務規定は、いずれも当該制定法の趣旨・目的を示しつつ、関係当事者の努力を促す訓示規定にすぎない。したがって、その努力義務の具体的内容を行政が特定して、それ

⁷⁾ 努力義務について分析した文献として安枝英紳「わが国における労働条件と法規制」日本労働法学会編・講座 21 世紀の労働法第 3 巻『労働条件の決定と変更』34 頁以下（2000 年）、寺山洋一「労働の分野における努力義務規定から義務規定への移行に関する立法政策について」季刊労働法 116 頁（2002 年）等がある。

⁸⁾ 寺山・前掲注 7 論文・131 頁（注 39）は、努力義務規定を 総論部分におかれる抽象的努力義務規定、義務規定に隣接する努力義務規定、責任者選任に関する努力義務規定、その他の 4 つに整理している。

⁹⁾ 荒木・前掲注 6 論文・70 頁では、法律学以外の読者をも対象とした学際研究雑誌の性格もあり、よりイメージしやすい名称として「純然たる訓示規定としての努力義務規定」「過渡的（規制猶予的）努力義務規定」という用語を用いた。しかし、立法過程における政治的妥協によって努力義務規定に落着いた場合、将来の強行規定ないし義務規定化が当然に予定されているわけではない。過渡的（規制猶予的）努力義務であることは、より直接的規制が導入されて事後的に確定する性格のものである。そこで、本稿では、本文のように名称を改めた。

を行政上の種々の施策を用いて実施するといったことも特に想定されていない。

こうした努力義務規定は上記の例でも明らかなように戦後直後の労働立法でも規定されており、同様の例は今日でも少なくない。例えば、育児介護休業法 4 条（関係者の責務）、短時間労働者法 3 条（事業主等の責務）、個別労働関係紛争解決促進法 2 条（紛争の自主的解決）、職業安定法 5 条の 2（職業安定機関と職業紹介事業者等の協力）、高年齢者雇用安定法 2 条の 2（基本的理念）、同 2 条の 3（事業主の責務）、均等法 11 条（苦情の自主的解決）等はこの種の努力義務規定と解される。これらの規定は、国ないし地方公共団体を名宛人とするもの、私人を名宛人とするもの、国・地方公共団体と私人を共に名宛人とするものなど多様である。

(2) 具体的努力義務規定

これと対置されるべきは、「具体的努力義務規定」である。すなわち、努めるべき義務内容が具体的特定のであり、強行的義務規定ないし禁止規定によって規制することが可能であるにもかかわらず、そのような法規制の立法化の合意が得られなかったために、あるいは、強行的規制が時期尚早で漸進的アプローチが妥当であるとの判断から、努力義務を課すに留められた規定である。この場合、努力義務の対象事項は具体的であり¹⁰、あるいは、指針等によって義務内容を具体化して当事者による履行が予定されている¹¹。名宛人としても強行的・義務的規範化を想定した場合の対象者たる私人、とりわけ使用者を名宛人とすることとなる。立法政策として禁止規定ないし義務規定とすべきか努力義務規定に留めるべきか、あるいは努力義務とすることで実効性があるのか等が問題となるのはまさにこのような規定においてである。

こうした「具体的努力義務規定」は、立法過程における強行的規制導入の可否について労使が対立し、妥協の結果、努力義務規制が採用されたという場合が少なくない。このような場合、当該規範への意識の高まり、強制的規制の必要性に関する認識の深化、当事者の対応可能性の増大等に応じて、強行規定化される可能性があり、また労使当事者もそのことを認識していることも少なくないと考えられる。実際、日本の労働立法の展開はソフトローたる努力義務が一定期間の後にハードロー化した多くの事例を提供している。これらについては 4 で検討することとして、次項では、具体的努力義務規定の法的効果について検討する。

3 努力義務規定の法的効果

訓示的・抽象的努力義務規定は、その性格上、具体的な法的効果を生じさせない。これに対して、具体的努力義務規定は、強行的規制も可能な事項を対象としており、努力義務

¹⁰ 例えば、育児介護休業法 24 条は 3 歳から小学校就学時までの子を養育する労働者について育児休業・勤務時間短縮措置の努力義務を課しているが、その内容は同 23 条の 3 歳未満の子を養育する労働者に対する義務的なそれに準ずるものであることが明らかである。

¹¹ 1985 年の旧均等法の募集・採用・配置・昇進にかかる努力義務規定については、指針作成権限が定められ、指針によって具体的努力目標が示された。

としてではあれ、法律上「努めなければならない」との規定がおかれたことが法解釈上何らかの意義を持たないのかが問題となる。

(1) 努力義務の私法上の効果

努力義務規定は、一般に何らかの私法上の効果をもたらすものとは解されていない¹²。たとえば、旧均等法の努力義務規定については、当初より「努力規定については、もともと私法上違法性が問題となることはなく、私法上直接これを根拠として損害賠償請求権が生ずることはない」と解されていた¹³。ただし、努力義務規定は公序法理の適用を排除するものではないので、「努力規定が設けられた分野における男女異なる取扱いの中に公序良俗に反する不当な取扱いがある場合には、法律行為は民法 90 条により無効となり、事実行為についても不法行為として損害賠償請求の対象となることが考えられ」る¹⁴ともされ、学説でも、努力義務を具体化する指針の内容が社会的に定着した場合には、公序の具体的基準として使用されることも考えられるとする指摘¹⁵があった。

この点、旧均等法の努力義務規定の効果が争われた裁判例では、私法上の効力が否定されるのみならず、公序違反を惹起せしめるかという点についても否定的に解されている。例えば、野村證券（男女差別）事件東京地裁判決¹⁶は、男女別コース制とその後の総合職・一般職のコース別人事管理について、男女のコース別処遇が改められたとはいえないとしつつ、「旧均等法は・・・男女で差別的取り扱いをしないことを努力義務に止めているのであり、・・・旧均等法が制定、施行されたからといって、会社の男女のコース別の処遇が公序に反して違法であるとまでいうことはできない。」としている¹⁷。同事件判決は、逆に、1997 年改正均等法が 99 年 4 月 1 日に施行された後は、「男女の差別的取扱い禁止は使用者の法的義務であるから、この時点以降において、会社がそれ以前に会社に入社した社員について、男女のコース別の処遇を維持〔することは〕、均等法 6 条に違反するとともに、公序に反して違法である」とし、公序判断においても、努力義務規定と禁止規定とで明確な区別を行っている。

¹² ちなみに、年休取得労働者に「不利益な取扱いをしないようにしなければならない」として、努力義務規定よりさらに強い文言を用いている労働基準法 136 条の私法上の効力についても、最高裁（最二小判平成 5 年 6 月 25 日民集 47 卷 6 号 4585 頁）は「努力義務を定めたものであって・・・不利益取扱いの私法上の効果を否定するまでの効力を有するものとは解されない」としている。

¹³ 赤松良子『詳説男女雇用機会均等法及び改正労働基準法』244 頁（1985 年）。

¹⁴ 赤松・前掲注 13 書・244 頁。

¹⁵ 菅野和夫『労働法（初版）』124 頁（1985 年）。

¹⁶ 野村證券（男女差別）事件・東京地判平成 14 年 2 月 20 日労判 822 号 13 頁。

¹⁷ 同様に、努力義務にすぎないことから、男女処遇格差について公序良俗違反の成立を否定した例として、社会保険診療報酬支払基金事件・東京地判平成 2 年 7 月 4 日労判 5 6 5 号 7 頁がある。なお、旧均等法施行前の男女別コース制の公序違反性が問題となった日本鉄鋼連盟事件東京地判昭和 61 年 12 月 4 日労民集 37 卷 6 号 512 頁は、旧均等法が募集・採用について努力義務を課しているにすぎないことに言及して、公序違反の成立を否定している。

定年制に関する努力義務についても同様である。青森放送事件青森地裁判決¹⁸では、定年が60歳を下回ることはないよう設定すべき努力義務が存する下で55歳定年制が公序違反となるかが争われた。原告らは高年齢者雇用安定法4条は厳格な努力義務であり、その違反は直ちに公序違反となると主張したが、裁判所は、定年引き上げ要請、定年引き上げ計画作成命令、企業名公表等の措置が定められていることに言及した後、「右努力義務は行政措置の対象として位置づけられているに過ぎず、[高年齢者雇用安定法]4条は、事業主と労働者との間に直接私法上の効力ないし規範的効力を及ぼすものではないと解するのが相当」とした。同様に、アール・エフ・ラジオ日本事件¹⁹でも、「高年齢者雇用安定法に定める努力義務を十分に尽く[していないが]、本件55歳定年制が平成2年2月28日の時点における客観的法規範に反するとはいえず」公序良俗に反するとはいえないとされ、別件のアール・エフ・ラジオ日本(定年制)事件²⁰でも、会社は「高年齢者雇用安定法上の努力義務を怠ったものであるとの指摘を免れないとしても、本件55[歳]定年制をとらえて、公序良俗に反する違法・無効なもの」との評価を与えることはいまだ困難である、としている。三洋電機(住道工場)事件²¹では、努力義務を強行的規範(60歳未満の定年制を禁止)とする法改正がなされたが、なお施行に到っていない段階でも「強行的に60歳定年制度を保障すべしとの公序がすでに形成されていたとするのもまた困難」とされた。

このように、努力義務規定から具体的な私法上の効果が発生するとは解されておらず、また、公序違反の判断において特に努力義務が有意に考慮されているともいえない。

(2) 努力義務の公法上の効果

しかし、努力義務規定の機能としては、私法上の効果に着目するのみでは不十分で、その公法上の効果を考慮する必要がある。すなわち、1985年の旧均等法の努力義務規定について、行政当局は公法上の効果として「義務規定に違反している場合、又は努力規定の趣旨を満たしていない場合には、労働大臣又は婦人少年室長が助言、指導又は勧告を行うことができ、これによりその是正を求めることとなります。」²²として、行政指導の発動根拠となることを挙げている。努力義務は、「どのような状態をもって『努めていない』と判断するのは非常に難しく」²³、努力義務規定単独では、当該努力義務規定の「趣旨を満たしていない」ことの判定も困難である。そこで、行政は努力義務規定に関しては、事業主の講ずべき措置について具体的な指針等を策定し、努力義務規定の実効性を確保することとなる。また、以下に見るとおり、身体障害者雇用に関する努力義務については、雇入れ計

¹⁸ 青森放送事件・青森地判平成5年3月16日労判630号19頁。

¹⁹ アール・エフ・ラジオ日本事件・東京地判平成6年9月26日労判658号13頁。同旨・同控訴審・東京高判・平成8年8月26日労判701号12頁。

²⁰ アール・エフ・ラジオ日本(定年制)事件・東京地判平成12年7月13日労判790号15頁。

²¹ 三洋電機(住道工場)事件・平成9年12月22日労判738号43頁。

²² 赤松・前掲注13書・243頁。

²³ 安枝英諄『労働の法と政策(第2版)』26頁(1998年)。

画作成命令、職業指導強化、雇用援護措置、さらには雇用率の低い大規模事業所名の公表という措置が、そして高年齢者雇用安定法における60歳定年の努力義務についても、定年引き上げ計画作成命令、勧告、そして最終的には企業名公表に至る、より強力かつ直接的な行政措置発動が予定されていた。このように努力義務規定は行政上の諸種の施策の根拠となり、それらの行政措置を通じて努力義務の実効性を確保することが企図されている。

4 ソフトローからハードローへ

以下では、雇用労働政策において、努力義務規定が活用され、一定の時間的経過の後に強行規定や禁止規定、つまりハードローに展開した代表的な例を確認しておこう²⁴。

(1) 障害者雇用政策

障害者雇用政策²⁵が本格的に展開するのは、1960（昭和35）年制定の「身体障害者雇用促進法」が、一般雇用主に法定雇用率以上の障害者雇用の努力義務を課す障害者雇用率制度を導入して以降である。同法は、1976（昭和51）年に「障害者雇用促進法」に改正され、障害者雇用率制度は努力義務から強行的義務規定に変更されるに至る。

(A) 1960（昭和35）年身体障害者雇用促進法の制定

1960年身体障害者雇用促進法は、ヨーロッパ諸国で身体障害者の雇用法が制定され、1955年にはILOで『身体障害者の職業更生に関する勧告』が採択されたことなどに鑑み、身体障害者雇用率を設定し、障害者の雇用促進を図ることとした。すなわち、国・地方公共団体、三公社、地方公営企業については、努力義務ではなく、政令で定める身体障害者雇用率（非現業機関1.5%、現業機関1.4%）以上の身体障害者を雇用するため、身体障害者採用計画を作成しなければならない（1960年法11条）とされた。これに対して、一般雇用主に対しては、強制雇用とすることの可否や強制しない場合の実効性確保が問題となった。そこで、1960年法は労働者の雇入れにつき「常時使用する身体障害者である労働者の数が、常時使用する労働者の総数に、事業の種類に応じて労働省令で定める身体障害者雇用率を乗じて得た数（・・・）以上であるように努めなければならない。」（1960年法13条）と努力義務を課し、実効性確保のため、雇用率未達成の場合、公共職業安定所長が、雇用主に対し、身体障害者の雇入れ計画作成を命じることができるとされた（同14条）。民間事業所の雇用率は、施行規則により現場的事業所については1.1%、事務的事業所については1.3%、特殊法人についてはそれぞれ1.3%、1.5%とされた。

その後、1968年には雇用率が引き上げられ、官公庁については現業的機関が1.6%、非現業的機関が1.7%、民間事業所については、現場的、事務的事業所の区分は明確でないこ

²⁴ このほかにも、短時間労働者法6条の労働条件に関する文書交付の努力義務が1998年労基法改正で一般化された例、1999年労働者派遣法40条の3における派遣先の直接雇用の努力義務を拡充する2003年改正による直接雇用申込義務への展開等、類似の事例があるが割愛する。

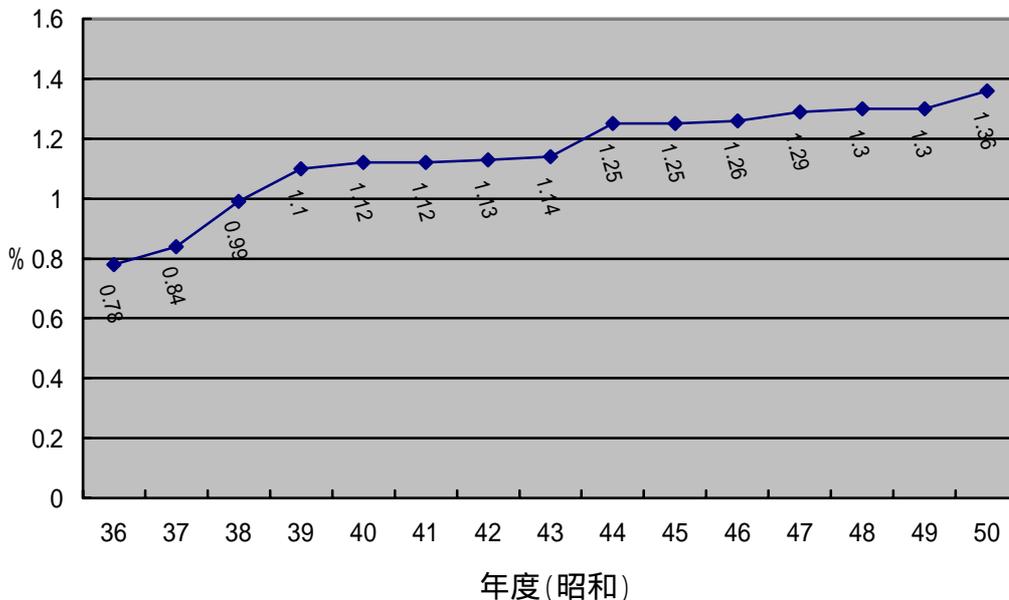
²⁵ 障害者雇用政策の展開については、征矢紀臣『障害者雇用対策の理論と解説』49頁以下（1998年）、濱口桂一郎『労働法政策』163頁以下（2004年）等参照。

とから廃止統一され、純粹の民間事業所が 1.3%、特殊法人が 1.6%とされた。

1960 年法制定以後、雇用率制度を柱として、職業指導、職業指導の強化、雇用援護措置の拡充等により、身体障害者の雇用は相当に改善された。1968 年の法定雇用率引き上げの効果も顕著に表れ、1960 年代半ば以降頭打ちとなっていた雇用率が 1969 年には 0.1 ポイント以上上昇している（図 1 参照）。また、雇用率未達成事業所については公共職業安定所長の雇入れ計画作成命令制度が積極活用され、1974 年度においては「事業主の身体障害者の雇用についての意欲を喚起することを目的として、常用労働者を 300 人以上雇用する事業所であって、身体障害者雇用率を達成していないところについては、その事業所名等を新聞等に公表することとされ」、実際、1975 年 12 月 25 日には、特に雇用率の低い大規模事業所 115 所についてその事業所名等が公表された²⁶。

職業指導・紹介については、障害者の求職申込を特別の求職登録票に障害の状況、技能、知識、適性、身体能力、希望職種等を記入し綿密な相談を行い適合する職業紹介を行う「求職登録制度」が実施された。障害者を雇用する事業主に対しては身体障害者等雇用奨励金制度による助成金支給や、障害者のための作業施設整備、モデル工場（心身障害者多数雇用事業所）のための特別融資制度、税制上の優遇措置が用意された。また、障害者自身に対しても職場適応訓練や就職資金貸付け、雇用促進事業団による身元保証等の就職援護措置が講じられた。そのほか、国民一般、事業主の理解を深めるための各種の啓発活動も精力的に実施された。

図 1：民間事業所における身体障害者雇用率の推移



労働省「民間事業所における身体障害者雇用状況調査」

²⁶ 征矢・前掲注25書・69頁。

(B) 1976 (昭和 51) 年法改正

1960 年法の下でも障害者雇用は相当に進展したが、1975 年時点で全体の約 3 分の 1 の事業所が法定雇用率に達しておらず、特に大規模事業所の雇用達成状況が悪いこと、障害者雇用率の改善には高度成長による労働力不足の影響も大きかったと考えられるところ²⁷、1973 年のオイルショック以降の低成長下での身体障害者雇用の促進には一層の困難があると予想されたことから、1976 年には身体障害者雇用促進法について次の二つの大きな法改正が行われた。

第一に、従来の法定雇用率以上の身体障害者雇用を努力義務から、法定雇用率「以上であるようにしなければならない」と改め、法的義務に強化した(76 年法 14 条 1 項)²⁸。この改正は、憲法 22 条の職業選択の自由や営業の自由との抵触も問題となり、労働省を中心に慎重に検討されたが、刑罰をもって強制するのではなければ問題なしとの一応の結論を得たとされる²⁹。なお、同改正では法定雇用率自体も引き上げられた。すなわち、重度障害者を 1 人雇用すれば 2 人としてカウント(ダブルカウント)することにより重度障害者雇用促進が図られたことを勘案し、雇用率も 0.2 ポイント引き上げられ、官公庁では非現業的機関につき 1.9%、現業的機関につき 1.8%、一般事業主については 1.5%、一定の特殊法人については 1.8%とされた。そして、身体障害者雇用義務の履行確保のため、身体障害者雇入れ計画を作成した事業主が、正当な理由なく当該計画の変更勧告または適正実施勧告に従わないときは、その旨を公表することができることが法律上明定された(76 年法 16 条)。

第二に、身体障害者雇用納付金制度が新設された。これは、法定雇用率未達成の事業主から身体障害者雇用納付金を徴収し、法定雇用率以上の雇用を達成している事業主に対して身体障害者雇用調整金等の助成金を支給する制度であり、社会連帯責任の理念に立って身体障害者を雇用している事業主とそうでない事業主の経済負担を調整することを趣旨とするものである。この納付金制度の性格について、労働省は次のように解説している。すなわち、雇用納付金制度は、身体障害者又は知的障害者の雇用に関する事業主の社会連帯責任の履行を確保するための経済的制度であって、その法的性格は、「負担すべき社会的連帯責任を免れて利益を得ている事業主(雇用率未達成の事業主)からその免れている利益を納付金という形で徴収し、分担すべき社会連帯責任以上の負担をしている事業主(雇用

²⁷ 征矢・前掲注 25 書・86 頁。

²⁸ 正確には、雇用率に達していない状態自体が法違反ではなく、「厚生省令で定める雇用関係の変動がある場合」、すなわち、フルタイム常用労働者の雇入れ・解雇(労働者の責めに帰すべき解雇を除く)の際には、雇用率を達成しているようにする義務があるというものである。征矢・前掲注 25 書・433 頁以下参照。

²⁹ 征矢・前掲注 25 書・88 頁。なお、同書・437 - 439 頁は、薬事法距離制限違憲判決(最大判昭和 50 年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁)の立論に照らして、雇用率制度は障害者福祉に多大の寄与をなすものであり、事業主の採用の自由、営業の自由に対する規制は必要かつ最小限のものであり、公共の福祉のため必要かつ合理的な措置として憲法に抵触しないとされている。

率達成事業主) に対してその超えて負担している金銭に相当する額を調整金の支給により補填し、もって身体障害者又は知的障害者の雇用に伴う経済的負担の調整・平等化を行おうとする」という性格と、「全事業主があらかじめ平等の負担割合によって失業中の身体障害者又は知的障害者(法定雇用率と現実の平均的雇用率との差に相当する部分)の雇用促進のための経費を拠出し、それを原資として、新たに身体障害者又は知的障害者を雇用する事業主が、作業施設や作業設備の設置改善等について一時的に多額の経済的負担を余儀なくされる場合に、一定額の助成金を支給することにより、身体障害者又は知的障害者の雇用を容易にし、もって[これらの者]の雇用水準を全体として引き上げようとする」「共同拠出金的な性格」を持つとされる。その結果、租税、罰金、社会保険料、雇用保険三事業の雇用保険料のいずれとも異なると説明されている³⁰。

こうして、努力義務であった法定雇用率は法的義務とされ、企業名公表という社会的サンクションと身体障害者雇用納付金制度という機能的には経済的サンクションとして作用する制度によって履行確保が図られることとなった。納付金制度は同時に、法定雇用率を超えて雇用する使用者には助成金という経済的インセンティブを付与するものでもある。

その後、法定雇用率は1987年政令285号によりそれぞれ0.1%引き上げられ、官公庁(非現業)2.0%、官公庁(現業)1.9%、民間企業1.6%、特殊法人1.9%とされた。また、1987年改正により身体障害者雇用促進法は知的障害者、精神障害者を含むすべての障害者を対象とすることとなり、法律名も「障害者の雇用の促進等に関する法律(障害者雇用促進法)」に変更された。そして、精神薄弱者³¹は身体障害者とみなして法定雇用率の対象にも含められた。その後、身体障害者雇用率は、1997年以降、障害者雇用率に改められ、精神薄弱者は「知的障害者」と呼称され、正面から雇用率の対象としてカウントされることとなり今日に至っている。

(2) 男女雇用機会均等法

男女雇用機会均等法における募集・採用・配置・昇進に関する規制も、努力義務規定がその後に禁止規定に展開した典型的な事例である。

1985年雇用機会均等法(以下「旧均等法」)は、女性の労働市場への進出という国内的背景もあるが、国連における1975年から1985年までの国連婦人の10年に合わせて、1979年採択の女子差別撤廃条約を1985年までに批准するという国際的背景が決定的要因となって立法された³²。しかし、同法制定に際しては、国論を二分するといわれるほどの意見の対立が生じ、立法担当者自身が最後まで立法の成就を危ぶむ様な状況であった。そして、募

³⁰ 征矢・前掲注25書・454～464頁。

³¹ 障害者雇用促進法自体は精神薄弱者のほか精神障害者をも対象としているが、雇用率適用上カウントされるのは精神薄弱者(1998年以降は「知的障害者」と呼称)のみである。

³² 赤松・前掲注(13)書・頁は、女子差別撤廃条約なかりせば、また、国連婦人の10年最終年までの批准という目標なくしては1985年に旧均等法が成立していたかどうかには、むしろ否定的に答えざるをえないとする。

集・採用・配置・昇進に関する差別を禁止するか、努力義務に留めるかはもっとも調整の難航した事項であった³³。最終的に、旧均等法 7 条は、「事業主は、労働者の募集および採用について、女子に対して男子と均等な機会を与えるように努めなければならない」、同 8 条は「事業主は、労働者の配置および昇進について、女子労働者に対して男子労働者と均等な取扱いをするよう努めなければならない」という努力義務規定を採用した。

1984 年 3 月 26 日の婦人少年問題審議会の建議までは配置、昇進、昇格に関しては強行規定によることとされていたが、これらについては、同年 4 月 19 日の「雇用の分野における男女の均等および待遇の確保を促進するための関係法律案（仮称）要綱」で努力義務規定とされた³⁴。一定の教育訓練・福利厚生、定年・退職・解雇については差別的取扱いを禁止しつつ募集・採用・配置・昇進について努力義務を課すに留めた事情につき、立法担当者は、法律の制定、改廃は、「将来を見通しつつも現状から遊離したものであってはならない」との婦人少年問題審議会の建議を踏まえ、わが国の社会・経済の現状を勘案したこと、わが国の企業の雇用管理においては、勤続年数が重要な要素として考慮されており、その平均的な男女差を無視できないこと、募集、採用、配置、昇進のように将来にわたる勤続年数を念頭において雇用管理が行われている分野については、当面、努力規定とすることが適当であること、などによるとし³⁵、あるいは、女子の就業意識、就業実態を無視して禁止規定により規制することとすれば、企業の雇用管理のみならず労働市場にも大きな混乱をもたらしかねず、「現段階においては、男女の機会均等を漸進的に実現することが最も適当と考えて」努力義務を事業主に求めることとしたとする³⁶。このような判断について立法担当者はその後、「募集・採用とともに、配置・昇進・昇格まで努力規定となるのは、なんとも残念というほかはなかったが、法案を成立させるためには、やむを得ない妥協と思いあきらめた。」と述べられている³⁷。なお、努力義務規定に至ったことについて、使用者による抵抗以上に、労働側が労基法上の女子保護規定緩和に強硬に反対した点を指摘し、「保護をかなり残す代わりに平等もあまり進めないというのは当時の労使自身の判断だった」という評価もある³⁸。

旧均等法は当該努力義務規定の実効性を高めるために、労働大臣に事業主が講ずるよう努めるべき措置についての指針作成権限を付与し、具体的努力目標を明示することとした（旧均等法 12 条）。また、努力義務規定・差別禁止規定双方について事業主に苦情の自主的解決の努力義務を定め（旧均等法 13 条）、当事者の一方または双方から求められた場合、都道府県婦人少年室長に紛争解決に必要な助言、指導、勧告権限を付与し（旧均等法 14 条）（7 条の募集・採用は対象外で、また、調停開始には双方の同意が要件とされたが）

³³ 赤松良子『均等法をつくる』103 頁以下（2003 年）。

³⁴ 赤松・前掲注13書・166 頁以下。

³⁵ 赤松・前掲注13書・245 頁以下。

³⁶ 赤松・前掲注13書・263 頁、268 頁。

³⁷ 赤松・前掲注33書・120 頁。

³⁸ 濱口・前掲注25書・385 頁。

調停申請があった場合に機会均等調整委員会による調停を用意した（旧均等法 15 条）。

労働大臣は 1986 年に「事業主が講ずるように努めるべき措置についての指針」（昭 61 労告 4 号）を定め、募集・採用については、女子を対象から排除しないこと、女子に対し年齢、婚姻の有無、勤務の状況などについて不利な条件（年齢制限、未婚、自宅通勤）を設定しないこと、配置については、一定職務への配置に当たって女子労働者を対象から排除しないこと、婚姻、年齢を理由に不利益な配置転換をしないこと、昇進については、対象から女子を排除しないこと、女子に対し出勤率・勤続年数等において不利な条件を設定しないこと、昇進試験において女子を不利に取り扱わないこと等を要請した。

旧均等法は、一方で、男女の役割分担を前提とした雇用システム、そしてそれを前提とした男女の就業意識が存するという状況、そして他方で、機会均等理念とは矛盾する労基法の女性保護規定を、女性が事実上多くの家事責任を負っているという現実の前で撤廃し得ないという状況の中で、男女雇用平等を漸進的・实际的に推進しようとするものであった。1990 年代になると、職業と家庭責任の調和をはかるために、1991 年に育児休業法が、さらに 1995 年には育児介護休業法が制定され、家庭責任の負担により職業生活を途中で断念せざるを得ない労働者に対する就業支援策が強化された。日本の雇用平等法制の展開は、諸外国の雇用平等法制とは異なり、男女雇用差別をすべて強行的に禁止するというハードロー・アプローチを採らずに、努力義務を課しつつ、指針とそれに基づく行政指導を駆使して、当事者の意識・雇用慣行の変革を図り、あわせて雇用平等の実現を支援する就業援助措置を充実させる³⁹というソフトロー・アプローチを採用したものであったといえることができる⁴⁰。

その後、1997 年に旧均等法が大改正され、懸案事項の多くが立法的に解決された⁴¹が、最も重要な改正は、募集・採用・配置・昇進に関する努力義務規定が、募集・採用に関して「女性に対して男性と均等な機会を与えなければならない」、配置・昇進に関して「労働者が女性であることを理由として男性と差別的取扱いをしてはならない」と、強行規定・

³⁹ 育児休業法、育児介護休業法はともに、男女いずれの労働者にも平等に育児休業・介護休業の権利を付与するもので、女性のみを対象とするものではない。しかし、実際に家庭責任を多く負担しているのは圧倒的に女性であり、女性の雇用平等の実質化を進める措置という位置づけが可能である。

⁴⁰ Takashi Araki, “Equal Employment and Harmonization of Work and Family Life: Japan’s Soft-law Approach” 21 Comparative Labor Law & Policy Journal 451(Spring 2000).

⁴¹ 努力義務の禁止規定化のほかに、次のような点が挙げられる。第一に、勤労婦人福祉法の法改正という経緯をとった旧均等法は雇用機会均等とともに女性の福祉増進を目的とするという複合的性格を持っていたが、97 年改正により法律の正式名称から「女子労働者の福祉の増進のための」という文言が削除され、より雇用平等法としての性格が強まった。第二に、旧均等法下の行政解釈が女性のみ募集等の女性優遇措置を許容していたのに対して、ポジティブアクションとして許容される場合を除き、女性優遇措置を原則違法とした。第三に、相手方当事者の同意が必要とされ殆ど活用されなかった機会均等調整委員会による調停を当事者一方の申請で開始可能とし、禁止規定違反に対する勧告に従わない場合に、企業名公表を可能とする等、実効性確保措置を強化した。

禁止規定とされたことである⁴²。

努力義務と行政指導を中心とするソフトロー・アプローチの実効性については、法的拘束力に欠ける努力義務規定の下でも、男女別の求人広告は姿を消し、大卒女性への門戸開放、初任給の男女同一化、男女別雇用管理の解消等、少なくとも外形的雇用平等は進展し⁴³、女性の就業率、勤続年数、進出職場等も伸張拡大したとの評価がある⁴⁴。もとより、このような外形的な女性労働の進展が、直ちに実質的な雇用平等の進展を意味するとは限らず、例えばコース別雇用管理について指摘されるような複雑化した形での問題の伏在を看過すべきではない。しかし、少なくとも国論を二分するほど見解の分かれた 1985 年の旧均等法制定時と比較したとき、1997 年法改正の際に、努力義務規定を強行規定化することに対して反対論が公式に展開されることはなかったという事実は注目される。もちろん、母性保護を除く労基法上の女性保護規定（女性労働者の時間外・休日労働規制、深夜業規制）の撤廃とセットでなされた改正という事情もある。しかし、努力義務のもとで展開された雇用平等促進政策の結果、男女雇用平等について、少なくとも理念のレベルではもはや公式には反対しえない程に人々の意識を変えたと見ることは可能であろう。

(3) 育児介護休業法

育児介護休業法にも同様の規制の展開が見いだされる⁴⁵。

育児休業は、1972 年制定の勤労婦人福祉法 11 条の努力義務規定に淵源があり、旧均等法 28 条⁴⁶でも努力義務として受け継がれていた。旧均等法立法時には育児休業請求権の法制化も検討されたが、婦人少年問題審議会建議の多数意見は「わが国における普及率も一割強に過ぎないこと等を考慮すると、現段階において全企業に本制度の実施を要請することは困難であり、当面、行政側の積極的な指導、援助等により本制度のなお一層の普及を図ることが先決」として、育児休業の義務化は見送られ、努力義務とされた経緯があった⁴⁷。その後、1992 年の育児休業法制定によって育児休業の権利が、旧均等法における努力義務とは異なり、強行的義務とされ、かつ、かかる権利は女性労働者のみならず、男性労働者に対しても付与されることになった⁴⁸。

⁴² 同様に、旧均等法では努力義務を課すに過ぎなかった母性健康管理（旧均等法 26 条、27 条）に関しても、97 年改正法は義務規定（22 条、23 条）としている。

⁴³ 菅野和夫「雇用機会均等法の 1 年」ジュリスト 881 号 44 頁（1987 年）。

⁴⁴ 労働省女性局編『増補改正男女雇用機会均等法の解説』2 頁（1999 年）。

⁴⁵ 育児介護休業規制に関する努力義務から強行的規制への移行については寺山・前掲注 7 論文が詳細な分析を加えている。

⁴⁶ 旧均等法 28 条 1 項は「事業主は、その雇用する女子労働者について、必要に応じ、育児休業（・・・）の実施その他の育児に関する便宜の供与を行うように努めなければならない。」とし、同 2 項は、再雇用特別措置にかかる国の事業主に対する助言、指導とその他の援助を行う努力義務に関する 25 条 2 項を「前項の育児休業について準用する」としていた。

⁴⁷ 赤松・前掲注 13 書・327 頁。

⁴⁸ なお、旧均等法 28 条は、育児休業その他の育児に関する便宜の供与の努力義務を定めて

育児休業法は 1995 年改正により介護休業の規制を盛り込み、1999 年からは育児介護休業法と呼称されるようになるが、95 年改正は、介護休業について努力義務の設定を経ずに強行規定化した。しかし、実施は法案成立の 4 年後の 1999 年 4 月とされ、施行までの間、介護休業制度を設ける努力義務が育児休業法改正法附則第 2 条で設定された。その意味では事実上努力義務規定を経て強行規定の実施に至ったともいえる⁴⁹。

また、2001 年育児介護休業法改正では、小学校就学の始期に達するまでの子の看護のための休暇を与えるための措置を講ずるよう努めなければならないという努力義務規定が設けられた（25 条）。そして、2004 年通常国会に提出された育児介護休業法改正法案では、努力義務とされていた子の看護休暇につき、小学校就学の始期に達するまでの子を養育する労働者は一の年度において 5 労働日を限度として、看護休暇を取得することができる、という権利付与規定の創設が盛り込まれており（16 条の 2）、使用者は労働者からのかかる申し出を拒むことはできないとされ（16 条の 3）、強行規定化が予定されていたが継続審議となった。

(4) 高年齢者雇用安定法

高年齢者雇用安定法における高齢者雇用に関する規制⁵⁰、とりわけ、定年延長と定年後の継続雇用に関する規制も、当初は努力義務規定で定められた事項がその後強行規定による規制へと展開した典型的なケースである⁵¹。

おり、ここにいう「育児」とは、乳児のみならず幼児、すなわち、誕生から小学校就学の始期に達するまでの子を念頭においていた。3 歳までの子を養育する労働者が希望する場合、23 条によって、育児休業制度に準ずる措置や勤務時間の短縮等の措置を要求できることとされているので、3 歳から小学校就学の始期までの子を養育する労働者に対しては、24 条で、育児休業・勤務時間短縮等の措置に準じて必要な措置を講ずる努力義務が課された。厚生労働省雇用均等・児童家庭局編『改訂新版詳説育児・介護休業法』572 頁（2002 年）参照。

⁴⁹ 寺山・前掲注 7 論文・120 頁。

⁵⁰ 高齢者雇用の施策としては、1971 年の中高年齢者雇用特別措置法が、中高年齢者（45 歳以上）の雇用率制度を定めていたが、これは外部労働市場を前提とした職種別の雇入れの際の雇用率制度であった。その後、同法の 1976 年改正で、高年齢者（55 歳以上）労働者を企業単位で常用労働者の 6 パーセント以上雇用することが努力義務とされ、内部労働市場に向けた政策へと転換していった。そして、雇用率に関する努力義務の実効を確保するため、求人受理の特例や雇入れの要請に加えて、雇用率達成計画の作成命令や適正実施勧告の規定等、その後の定年延長の努力義務と同様の手法が採用されていた。しかし、高年齢者雇用率制度は 1986 年改正で廃止され、1970 年代初頭から浮上した定年年齢の引き上げへと政策の焦点が移動していった。これら的高年齢者雇用政策の展開については濱口・前掲注（25）書・146 頁以下を参照。

⁵¹ 森戸英幸「雇用法制と年金法制（一）」法学協会雑誌 109 巻 9 号 1475 頁以下（1992 年）、岩村正彦「変貌する引退過程」岩村他・現代の法 1 2 『職業生活と法』353 頁以下（1998 年）、阿部和光「高齢者就労社会の雇用政策」日本労働法学会編講座 21 世紀の労働法 2 『労働市場の機構とルール』176 頁以下（2000 年）、濱口桂一郎「高年齢者雇用政策における内部労働市場と外部労働市場」季刊労働法 204 号 172 頁以下（2004 年）等参照。

(A) 定年延長問題

定年延長問題は、男性の平均寿命が 70 歳を超えるに至った 1970 年代初頭から政策上の課題となったが、その法制化については組合側は賛成、使用者側は反対で意見が対立し、行政指導ベースの対応が続いた⁵²。

しかし、1986 年に中高年齢者雇用促進特別措置法を改正して成立した高年齢者雇用安定法は、当時一般的であった 55 歳定年を 60 歳に引き上げることを目指して、定年を定める場合「当該定年が 60 歳を下回らないように努めるものとする」との努力義務を法定した(86 年法 4 条)。そして、60 歳以下の定年を定めている事業主に労働大臣が定年引き上げを要請でき(同法 4 条の 2)、定年引き上げに関する計画作成の命令、勧告が可能で(同法 4 条の 3)、正当理由なく命令・勧告に従わない企業につき、その旨の公表が可能とされた(同法 4 条の 4)⁵³。また、同時に 60 歳以上の高齢者雇用率 3%以上の事業主には、「多数雇用報奨金」を支払うという高齢者雇用誘導策もとられた⁵⁴。

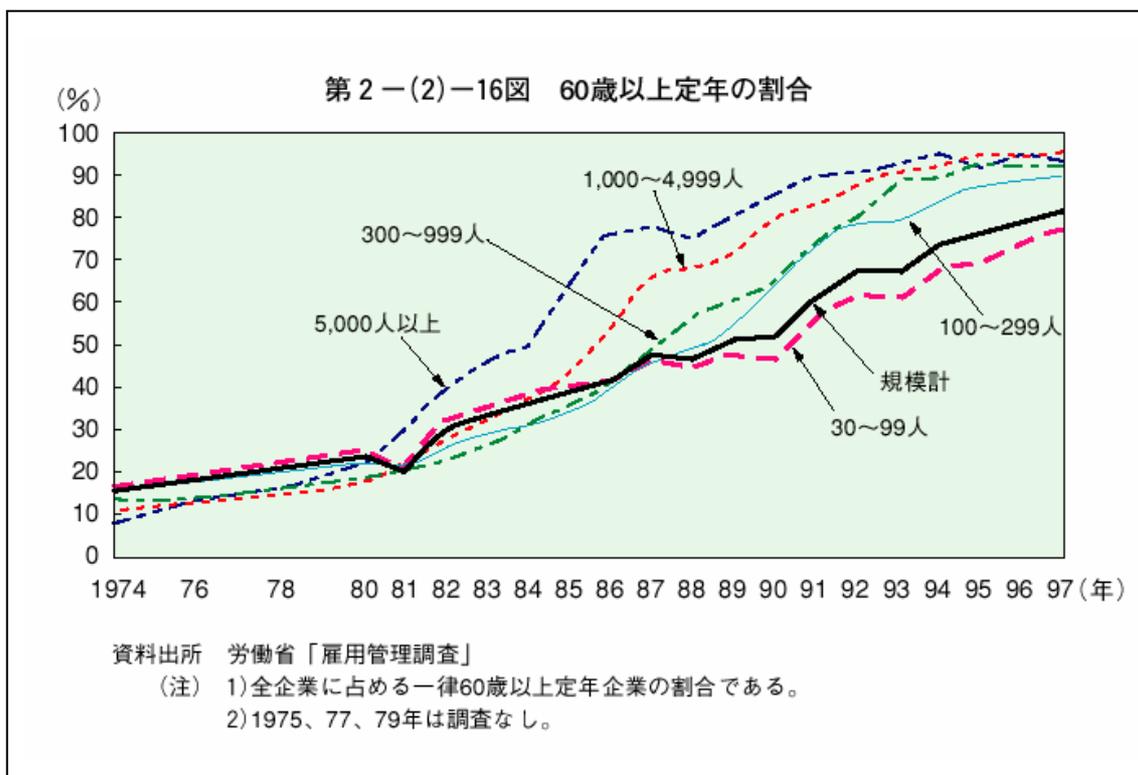
政府は 1989 年の高齢者等職業安定対策基本方針で 1993 年度の 60 歳定年完全定着の目標を定めていたが、上述の努力義務の設定と最終的には企業名公表というサンクションを伴う強力な行政措置による総合的な取り組みにより、60 歳定年制は相当の普及を見た。一律 60 歳以上の定年制企業の全企業に占める割合は、1980 年には企業規模⁵⁵計で 23.8%であったが、1985 年には 38.9%、1990 年には 52.3%、1994 年改正直前の 93 年には 67.9%と上昇し、特に、300 人以上の企業ではほぼ 9 割(89.0%)が 60 歳以上定年を実現していた(図 2 参照)。

⁵² 濱口・前掲注 25 書・149 頁以下。

⁵³ 濱口・前掲注 25 書・153 頁はこのような努力義務規定と行政措置による担保を、「義務化を拒む使用者側の意向と、強制的規定を求める労働側の意向をぎりぎりのところで釣り合わせた法的技巧であった。」とする。

⁵⁴ 濱口・前掲注 25 書・153 頁は、1986 年改正において定年引き上げの努力義務規定が法定される一方、雇用率制度は廃止されて助成金制度とされた政策展開を、規制的法政策としては、内部労働市場政策たる定年引き上げ政策に純化し、外部労働市場政策としては、助成的法政策に縮減された、と評している。

⁵⁵ ただし 30 人以上の企業を対象とした統計である。



こうした展開を受けて 1994 年改正では、60 歳以上定年制の努力義務規定が、60 歳未満の定年制を禁止する強行規定（定年の定めをする場合、「当該定年は、60 歳を下回ることができない。」）へと変更された（94 年法 4 条 [現行法 8 条] 施行は 1998 年 4 月 1 日）。

(B) 65 歳までの雇用確保措置

94 年改正による 60 歳以上定年制の義務化⁵⁶によって、高年齢者雇用の焦点は年金支給開始年齢引き上げに対応した 65 歳までの雇用確保へと移っていく。1990 年改正で新設された定年後 65 歳に達するまでの継続雇用の努力義務（90 年法 4 条の 5）は、94 年改正では 4 条の 2 としてほぼそのまま存続した。この努力義務規定を実効あらしめるため諸種の行政措置が予定され（94 年法 4 条の 3、4 条の 4）60 歳以降の継続雇用の場合の賃金低下を補填する高齢者雇用継続給付や 60 歳以上の高齢者を雇用する事業主に対する継続雇用定着促進助成金（継続雇用制度奨励金・多数継続雇用助成金）等のインセンティブも用意され、さらに、60 歳以上の労働者派遣につき 99 年の派遣法改正に先んじて派遣業務規制を原則自由化（ネガティブリスト方式化）するなど種々の施策が実施された⁵⁷。

その後、2000 年改正では、継続雇用に「定年の引き上げ」という選択肢が挿入された（2000 年法 9 条）。そして、2004 年の高年齢者雇用安定法改正では、65 歳未満の定年を定めている事業主は、定年の引き上げ、継続雇用制度の導入、定年の定め廃止のいずれか

⁵⁶ ただし、あくまで定年を定める場合、60 歳を下回ってはならないという意味で、定年制を設けないことは依然として自由である。

⁵⁷ 詳細については阿部・前掲注 51 論文・182 頁以下。

の措置を講じなければならないとされた（2004年法9条）。ただし、過半数代表との労使協定の基準に基づく制度を法定の「継続雇用制度」（同法9条1項2号）とみなし（同法9条2項）、さらには、法施行後一定期間、過半数代表との協議不調の場合、就業規則の定める基準による制度をも「継続雇用制度」とみなすこととされた（附則5条）。

以上のように高年齢者雇用安定法でも、60歳定年の努力義務規定が一定期間経過後に強行規定化され、さらに、65歳までの継続雇用努力義務も一定の緩和措置を伴いつつも強行規定化された。

5 労働立法とソフトロー・アプローチ

(1) 具体的努力義務規定の過渡的・規制猶予的性格

以上概観した具体的努力義務規定がその後に強行的義務規定・禁止規定に展開した例は、いずれも、その立法過程において拘束力ある規制を望む関係者（通常は労働側）と規制を望まない関係者（通常は経営側）とのせめぎ合いの中で、努力義務として立法化することで暫定的妥協が成立したという例が多い。このように見解が対立する背景事情としては、障害者雇用、男女雇用平等の場合のように、国際的な要請ないし背景事情から新たな理念の導入が目指され、それが当時の国内情勢からするとには受容されにくいという事情があったことも指摘できよう。また、定年に関する規制では、その雇用システムに対する甚大な影響が努力義務規定という柔軟な実施を可能とする枠組みを要請したといえよう。いずれにせよ、このようにハードローとソフトローの選択についての対立の中で暫定的に努力義務が立法化されたとしても、それによって政策課題が収束した訳でない。当該規制を取り巻く状況の進展に応じて次のステップが展望される場合が少なくない。その意味で、こうした具体的努力義務規定は立法政策の展開の中では過渡的・規制猶予的な位置づけを与えられることになる。そして、労働立法における両当事者である労働側・使用者側は、努力義務規定のこのような性格を熟知しているといつてよい。とりわけ使用者は、努力義務として採択された規範は、それが過渡的・規制猶予的性格のものであると認識すれば、近い将来、ハードロー化されることを予想してその対応を行うことになる。

もっとも、具体的努力義務規定が過渡的・規制猶予的な性格のものであり認識されていても、その認識だけで当事者が任意に履行することはあまり期待しがたい。この点、日本の労働立法における具体的努力義務規定は、私法上は具体的効果をもたらさないが、公法上は行政指導の根拠規定となり、その実効性を担保するために、周到な行政措置が用意されていた。すなわち、努力義務の具体的内容を指針等で示し、当事者にその履行を促し、助言・指導・勧告等の行政指導が行われる。さらには勧告等に従わない場合の企業名の公表が予定されている例もある。また、当該施策を誘導すべく給付金等による経済的インセンティブが用意されることも少なくない。このように、具体的努力義務規定については行政上の施策を総動員して、場合によっては企業名公表という行政的なサンクションも用意して、当該努力義務の履行を促し、当事者の規範意識の定着を図り、制度受容の気運を高める努

力がなされる。

努力義務規定自体は裁判所による法の履行確保が担保されていないという点ではソフトロー・アプローチの典型的なものといえる。しかし、労働行政における努力義務規定については、数段階の漸増的なサンクション (gradual escalation of sanctions⁵⁸) と経済的インセンティブ付与による誘導が行われていた。努力義務というソフトロー・アプローチの意義は、こうした政策目的達成のための多様な政策手段を動員することを可能とし、社会的混乱を回避して漸進的に政策目的の実質的実現を図ろうとする点にある。そして、この手法が、障害者雇用、男女平等、仕事と家庭の両立、定年等の社会の構成員の価値観に密接に関わる事項の規制手段が問題となった場合に採用されたことが注目される。日本の労働立法は、こうした人々の価値観にかかわる問題について、法によって直接的に介入することを控え、努力義務というソフトロー・アプローチを採って、漸進的に従来の価値観の転換および新たな価値観の定着を図ってきたということもできよう⁵⁹。

(2) ソフトローからハードローへ

漸進的な政策実現を目指した努力義務規定をどの段階で強行規定化する (すべき) かは一個の問題である。一定の規範や制度を強行的に義務づける場合には、その規範・制度の社会における定着状況が重要な判断要素となる。もとより規制対象事項によって一律の基準があるわけではなく⁶⁰、高度の政策判断に委ねられる。労働立法に対するスタンスは国によって異なるが、日本では、強行的規範を設定するからには、立法後に当該規範が社会においておよそ遵守されず空文化するような事態は許されず、当該規範が実際にも遵守される環境が整う必要があるという考え方が一般的であるように思われる。努力義務の多用には、このような労働立法に対する考え方も背景にある。

しかし、本当に深刻な問題が生ずるのは、努力義務と行政措置により期待したように規範・制度が定着しなかった場合である。この場合に、ハードローの規制が必要だと考えるのか、あるいは、そのような状況ではハードローの規制を行うべきではないと考えるのか。努力義務の評価は、この法の役割に関する根源的な問題をどう考えるかにも依存する。

(3) 差別禁止規制とソフトロー・アプローチ

この問題とも関連して、日本の労働立法における努力義務規定の活用を比較法的視点から見ると、これらの事項についてソフトロー・アプローチをとることがそもそも許されるかという問いも発せられ得る。すなわち、本稿でレビューした努力義務規定の対象事項は、諸外国では、障害者差別、男女差別、年齢差別というように人権に関わる差別禁止法制の対象事項である⁶¹。そうすると、そもそも当該差別状態を法的に違法としないことを認める

⁵⁸ Bob Hepple, supra note(2), 245.

⁵⁹ Takashi Araki, "The impact of fundamental social rights on Japanese law" in Bob Hepple (ed.), *Social and Labour Rights in a Global Context*, 215 (2002).

⁶⁰ 寺山・前掲注7論文・123頁以下では、育児休業制度は普及率17%程度で強行規定化され、60歳以上定年制は普及率80%で強行規定化されたと分析している。

⁶¹ アメリカではこれらの事項はいずれも、障害を持つアメリカ人法、公民権法第7編、雇

ソフトロー・アプローチを採ること自体が許容されるのか、端的にハードローで規制すべきなのではないか、が問題となりうる。日本では、均等法における募集・採用・配置・昇進差別の問題は男女差別問題であることが認識されていたが、高年齢者雇用の場面では、定年年齢の漸進的引き上げという純然たる政策的な施策の側面で把握され、差別問題という認識は極めて希薄であった。しかし、高齢者雇用問題を年齢差別として把握する立場からは、定年制自体が許されないという議論も出てき得る。実際、2001年改正により導入された雇用対策法7条は、「事業主は、労働者がその有する能力を有効に発揮するために必要であると認められるときは、労働者の募集及び採用について、その年齢にかかわらず均等な機会を与えるように努めなければならない。」と規定し、年齢差別に通ずる視点を示すに至っている⁶²。また、障害者雇用についても、従来、障害者雇用促進を雇用政策の一環として捉えてきたが、2004年改正の障害者基本法が障害者差別禁止を明定したことから⁶³、今後、人権保障の観点からの施策へと転換していく可能性がある。

しかし、雇用政策事項としてソフトロー・アプローチを含む多様な政策選択が可能と考えられてきた従来のアプローチが、今後、これらの事項を人権保障問題と把握すると、当然に一律の差別禁止規制を選択することになるのかは、大いに議論の余地のあるところであろう⁶⁴。これは基本的人権と法政策の関わり⁶⁵をどう理解するかという問題につながる。いずれも、別個の本格的考察を要する事項であり、今後の課題としたい。

用における年齢差別禁止法により、差別禁止という観点から規制されている。EUでも男女差別は男女均等待遇指令等で、そして障害および年齢を理由とする差別も2000年の「雇用及び職業における平等取扱いの一般的枠組を設定する、2000年11月27日の理事会指令2000/78/EC」により差別規制の対象とされた。

⁶² この努力義務を具体化するための指針も策定されている（平成13年9月12日厚生労働省告示295号）。もっともこの指針では、非常に広範な雇用政策上の考慮を可能としており、年齢差別規制としての色彩は希薄である。なお、2004年高年齢者雇用安定法は、やむを得ない理由により募集・採用年齢に上限を設定する場合、求職者に対しその理由を示さねばならないこととしている（同法18条の2）。

⁶³ 障害者基本法の基本理念を規定した3条に、2004年改正で3項「何人も、障害者に対して、障害を理由として、差別することその他の権利利益を侵害する行為をしてはならない。」が新設され、差別禁止が明定され、国・地方公共団体（同4条）、国民（同6条）の差別防止の責務も定められた。こうした差別禁止の考え方が障害者雇用法制にも波及することは十分考えられる。

⁶⁴ 年齢差別を素材にこの問題に意欲的に取り組んだ近時の業績として櫻庭涼子「年齢差別禁止の差別法理としての特質 比較法的考察から得られるもの」（東京大学大学院法学政治学研究科提出博士論文）がある（法学協会雑誌に掲載予定）。

⁶⁵ 比較法分析を通じて、差別問題について人権として把握する立場と雇用政策として把握する立場の存在を指摘した先駆的業績としてKazuo Sugeno, "Discrimination in Employment: Dynamism and the Limits of Harmonization in Law" in Roger Blanpain (ed.), *I. Discrimination in Employment, XV World Congress of Labour Law and Social Security, 22-26 September 1997*, p.5 (1998).

[本稿は、「21世紀 COE プログラム国家と市場の相互関係におけるソフトウェア ビジネス
ローの戦略的研究教育拠点形成」の研究成果の一部である。]