

## 個別合意による労働法規制の適用除外：イギリス法を手掛かりに

龔, 敏  
久留米大学法学部：准教授

<https://doi.org/10.15017/1560325>

---

出版情報：法政研究. 82 (2/3), pp.475-502, 2015-12-25. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# 個別合意による労働法規制の適用除外

——イギリス法を手掛かりに

龔

敏

- I はじめに
- II 日本における個別合意による規制除外（緩和）をめぐる議論
- III イギリスにおける個別合意による規制除外
- IV 日本法への示唆——試論

## I はじめに

## 1 労働契約における個別意思の危険性

労働契約は、当事者の自主的な交渉の下で、合意により成立し変更されるのが理想である（労契法一条）。しかし、現実の労働関係においては、労働者が従属的な地位に置かれ、使用者と対等な情報力・交渉力を持たないため、真の意思が契約内容に反映されないことが多い。また、仮に労働者が真の意思に基づいて合意したとしても、その個別意思が常に公正妥当な労働条件をもたらすとは限らないため、労働者の意思を過度に強調すると、労働保護法の本質が見失われる危険性が高い。

このため、従来の労働法学において、労働者の個別意思や合意に対して消極的に捉える傾向があった。その根拠とされるのは、たとえば、労働契約が特殊な契約関係として、その内容形成において当事者の個別意思の役割が限定されていること、労働者の個別意思よりも生存権が優先されるべきであること等が挙げられる。いづれにしても、労働者の個別意思の虚偽性を意識し、それを制限・修正することこそ必要であるという認識が主流であったといえる。

## 2 労使の個別意思・合意がもつ役割の変化

しかし、高度成長期以降、労使関係の実態や労働者意識の変化、労働者像の多様化等により、労働者の個別意思・合意が従来よりも重視される傾向になった。そのうえ、二〇〇七年に制定された労契法は、「対等な立場における合意」という合意原則を強調しており（三条一項）、合意による労働条件の変更、有期労働契約の不更新条項、労働契約の合

意解約等労使の個別合意なしには実現できない場面も増えているため、学説上も実務上も労働契約における個別合意論への関心が高まりつつある。<sup>3)</sup>

一方で、特に二〇〇八年世界同時不況以降、労使関係における利益状況が複雑化しつつあるなか、労働法制の規制緩和をめぐる議論が進められている。この中には、労働者や企業の属性の相違を考慮し、労働法の適用除外や規制手法の多元化を図るべきである、という議論もみられる。<sup>4)</sup> これらのことに鑑みると、労働者の同意に基づいて、労働保護法の規制を緩和・除外することができるとすればどの範囲までできるかということが、新たな問題として議論の俎上に載せられる可能性がある。

この意味では、労働契約の内容決定について、労働法の強行法規や就業規則による規制だけに任せるのではなく、労働者の意思を反映させることが時代の流れに沿った考えといえる。また、労働法の規制緩和と雇用崩壊といわれる時代だからこそ、労働者の真の自己決定の実現<sup>5)</sup>がこれに対抗するために欠かせない武器にもなるため、いま労使の個別合意と労働法規制の関係を検討することは、重要な意味をもつのである。実際、後述（II）のように、日本の裁判例では、既にこの種の問題が争われている。ところが、法規制の適用を除外する効果をもつ労使の合意に対して、その位置づけ及び認定基準が不明確であるため、大きな危険性を孕んでいると言わざるを得ない。具体的には、以下の二つの問題を指摘することができよう。まず、労使の個別意思による労働法規制の適用除外は、慎重になさなければならぬところ、個別合意により除外できない法規制の境界線・範囲の画定が極めて重要であるにもかかわらず、このような議論はほとんど意識されていない。次に、仮に労働法の規制が当事者の意思により除外される場面があるとすれば、労働者が自由な意思に基づいて合意していることを担保する法的仕組みの整備が不可欠であるにもかかわらず、これが確保されていない。

### 3 本稿の検討対象——労使の個別合意と労働法規制の関係

労契法制定以降、合意原則をめぐる裁判例による解釈論上の変化を指摘した野田教授は、かかる変化が、①強行法規の適用解除、②労働条件の不利益変更、③労働契約の終了、といった三つの局面から生じていると説明しており、課題整理のために参考となる。本稿では、学説上比較的議論が積み重ねられている②、③の局面を割愛し、法律適用解除（緩和）に関する個別合意の問題に焦点を当てて検討したい。<sup>7)</sup> 具体的には、まず、日本における合意による規制除外をめぐる裁判例の状況を確認し、そこに現れる法的課題を明らかにする。次に、労使自治を重視する伝統がある一方で、EU法の影響等で近年整備されつつある労働法規制と労働者意思との緊張関係が鮮明に描かれる場面が多いイギリス法を素材に検討する。最後に、イギリス法に対する考察から、2で示した法的課題について日本法への示唆を求めたい。

## II 日本における個別合意による規制除外（緩和）をめぐる議論

### 1 判例上認められている合意による規制除外

(1) 合意による賃金債権の放棄・相殺（労基法二四条一項・三七条の規制除外）  
労働者の同意があっても、強行法規に違反する労働条件の合意は無効となるのが原則である（労基法一三条など）。しかし、判例は、労働者の「自由な意思に基づく」合意が認められた場合、強行法規も含む法規制の適用除外を認めている。

まず、周知のとおり、最高裁は、シンガー・ソーイング・メシオン事件において、賃金債権の放棄について、労基法

二四条の賃金全額払いの原則が、労働者が退職に際して自ら退職金債権を放棄する旨の意思表示の効力を否定する趣旨のものであるとまで解することはできないとしている。すなわち、かかる意思表示が労働者の自由な意思に基づくものであることが明確である場合、労基法二四条の適用除外が認められることになる。<sup>8)</sup>その後、この種の合意は、退職金債権と借入金の相殺に関しても同様な効果を持つことが最高裁によって確認され、<sup>9)</sup>また、この立場は近時の下級審にも踏襲されている。<sup>10)</sup>

さらに、テックジャパン事件では、最高裁は、労働者の「自由な意思に基づく時間外手当の請求権を放棄する旨の意思表示があつたとはいえ」ないとして、時間外手当を放棄する合意の存在を否定したものの、前掲シンガー・ソーイング・メシオン事件に示された判断枠組をそのまま援用している。すなわち、賃金債権を放棄する旨の意思表示があり、それが当該労働者の自由な意思に基づくことが明確である場合、労基法三七条に基づく割増賃金規制の適用を放棄（除外）する余地を認めている。<sup>11)</sup>実際、下級審の裁判例では、労働者は「今回受領した割増賃金以外に、貴社に対する賃金債権はありません」との文言が記載された確認書を署名捺印のうえ、提出したことについて、社労士の説明を受けたうえでなされたこと、確認書に「自らの自由な意思」に基づき確認ないし了承するものであることが明記されていること等の事情の下に、上記意思表示が自由な意思によるものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存すると判断し、割増賃金債権の放棄として有効性を認めたものもある。<sup>12)</sup>

## （2）合意による有期労働契約の更新制限と雇止め法理（労契法一九条の適用除外）

次に、労契法一九条二号は、労働者において、有期労働契約の期間満了時にその契約が更新されるものと期待することについて合理的な理由があると認められる場合、有期労働契約の更新拒絶（雇止め）について所定の条件のもとで労働契約の「申込みを承諾したものとみなす」としているところ、「今回の契約を最終契約にする」等いわゆる「不更新

条項」等の個別合意は、労契法一九条の適用条件となる労働者の更新への合理的期待を遮断し、上記規制の適用を除外する効果をもつかが問題となる。これに対し、判例は、これらの合意の成立について慎重に認定すべきとするものが少なくない一方で、使用者が十分に説明し、厳正な手続きを踏まえた場合、かかる合意の成立を認め、労契法一九条に基づく解雇法理の類推適用を否定したものもある。<sup>14)</sup>

(3) 合意による不利益取扱い禁止規制（雇均法九条三項）の除外

最後に、雇均法九条は、産前産後休業等の母性保護措置を請求・取得したことを理由とする解雇その他の不利益取扱いを禁止しているが、近時の最高裁判例は、以下のように、労働者の合意に基づいて同条による規制の適用を除外する可能性を認めている。同判決は、一方で「女性労働者につき妊娠中の軽易業務への転換を契機として降格させる事業主の措置は、原則として同項「均等法九条三項」の禁止する取扱いに当たるとしながら、他方で、「当該労働者が軽易業務への転換及び上記措置により受ける有利な影響並びに上記措置により受ける不利な影響の内容や程度、上記措置に係る事業主による説明の内容その他の経緯や当該労働者の意向等に照らして、当該労働者につき自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するとき……は、同項の禁止する取扱いに当たらないものと解するのが相当である」としている。すなわち、最高裁は、労働者が自由な意思に基づいて降格を合意したと認められれば、「雇均法九条三項による不利益取扱い禁止の規制も事実上放棄できると認めたのである。

## 2 今後予想される合意による規制の除外

### （1）労働時間規制の除外

以上、既に裁判例で示された、労使の個別合意により法律規制の適用が除外される可能性のある場面を考察したが、近時の立法動向に注目すると、こうした場面がさらに拡大することも予想される。

まず、労働時間規制の適用除外に関して、二〇一五年四月三日、政府は一定年収以上で高等な専門職に就く労働者を労働時間規制から除外する、「特定専門業務・成果型労働制」（高度プロフェッショナル制度）を盛り込んだ労基法改正案を閣議決定し、第一八九回国会に提出した。かかる法案によれば、職務の範囲が明確で一定の年収（少なくとも一、〇〇〇万円以上）を有する労働者が、高度の専門的知識を必要とする等の業務に従事する場合に、健康確保措置等を講じること、本人の同意や委員会の決議等を要件として、労働時間、休日、深夜の割増賃金等の規定が適用除外となる。

### （2）合意による無期転換権（労契法一八条）の放棄（規制除外）

次に、二〇一二年労契法改正に伴い導入された有期契約労働者の無期転換ルール（一八条）について、同条の要件を満たした労働者の無期契約転換権の放棄・不行使に関する個別合意の問題が今後顕在化してくることが懸念されている。この点、労契法施行通達（第五一四（二）オ）は、無期転換権発生前になされた今後無期転換を申し込まないとする合意については、同条の趣旨を没却するものであり、公序に反して無効となるとしているものの、無期転換権発生後になされたかかる権利を行使しない合意については直接に言及していない。その結果、学説上、後者の合意の効力について、現に無効説から放棄可能説<sup>17</sup>まで多彩な解釈が生み出されているが、無期転換権申込権が現実に行使可能となる二〇一八年四月以降（施行日から五年経過後）、さらに議論がヒートアップすることが予想される。

以上みてきたように、判例では、労働者の同意により強行法規の規制の適用を除外する可能性が既に認められている。その場合、労働者の自由な意思に基づいていることが必須とされている。しかし、何をもって自由な意思といえるか、その判断が容易ではない。<sup>19)</sup> 実際、特定の合意が有効に存在し、法規制の適用を除外する効果をもつか否かは、個別事案の具体的事情（使用者による説明、書面性、記載文言等）、裁判官の解釈の幅によって異なってくる。その結果、労使双方にとっては予測が困難であり、とりわけ労働者は法的効果を事前に読み取ることができず、十分な情報と熟慮の上で自由な意思を形成するケースが少ない。

また、より根本的な問題として、判例は、賃金債権の放棄についてまで適用除外の可能性を認めているが、自由な意思に基づく合意だけで排除できる法律規制の範囲や限界についてはほとんど意識されていない。II 2で検討したように、労契法施行に伴う合意原則の強調と近年の規制緩和と政策の推進により、労働者の同意による規制除外の場面が増えることになれば、労働者保護の面で様々な問題が発生することが危惧される。

### III イギリスにおける個別合意による規制除外

イギリスでは、いくつかの法制度のもとに、個別合意による法規制の適用除外が認められている。そのため、以上見た日本法の状況に比べると、適用除外の範囲及び合意認定の基準が明確である。また、ここ数年、日本と同様に労働法の規制緩和が進められているため、労働者の個別意思による規制の適用除外が広がる傾向にある。以下では、労働者の個別合意に基づく三つの労働法規制の適用除外制度（①労働時間上限規制のオプト・アウト制度、②株の付与と引換えに不公正解雇の申立権等を放棄する「株主被用者」制度、③不公正解雇の申立権を訴訟前に放棄する「和解契約」制度）について、これらの制度の仕組み、法的効果、利用実態及び問題点に対する考察を通じて、日本法の改革方向性の

調整に示唆を求めることにしたい（この中で、労働時間規制のオプト・アウトは、EU法に基づく制度であるものの、主にイギリスの利用状況をもとに検討するため、本稿の考察対象とした）。なお、この問題の全体像を把握するために、労働者の契約上の権利を制限する個別合意への一般規制についても若干の検討を加えたい。

## 1 労働時間規制のオプト・アウト

### （1）制度の変遷

イギリスは、長い間労働時間に関する統一的な立法規制がなかったが、一九九六年E.C労働時間指令（Working Time Directive）を施行するために一九九八年労働時間規則を導入し、週労働時間の上限を四八時間と制限した。しかしながら、同規則は、E.C指令も認めているように、労使の個別意思による週労働時間上限の除外も認めていた。そのため、使用者は労働者の自由な意思による合意を得ていること、労働時間の記録をしていることを前提に、労働者に一定期間（一七週間）において週四八時間を超えて就業させることができる。

そもそも、この労働時間規制のオプト・アウト制度は、他のEU加盟国も利用しているが、イギリスはこれを実際に広く活用している代表的な国である。また、当初この制度の実施期間は、E.C労働時間指令の発効から七年間と限定されていた<sup>(21)</sup>。その後、イギリス議会は、二〇〇三年末に欧州委員会は改正に向かって審査手続きを開始したが、その交渉が数年間も続き難航していた。その後、イギリス議会は、二〇〇八年一二月にこの修正案を拒否する改正案を可決し、今なお労働時間のオプト・アウト制度を維持している。

## (2) オプト・アウト合意書の締結と取消

労働時間規制のオプト・アウト合意書を締結することができるのは、すべての労働者ではない。まず、船員、飛行機や他の交通機関で勤務する者、トラック運転者、バスの車掌、貴重品運送車両の警備員等の労働者は、仮に自分の意思に基づく場合でも、このような合意をしてはならない。また、一六歳又は一七歳の年少者も、一日八時間かつ一週間四〇時間を超えて働くことができず、自分の意思に基づいてこの労働時間規制を外すことができない。

そして、使用者は、同合意書を職場協定 (workforce agreement) の中に定めてはならず、個別労働者に締結意思の有無を打診しなければならぬ。打診された労働者は、自分の意思に基づいて締結するか否かを決定し、拒否した場合でもこれを理由とする解雇その他の不利益取扱いが禁止される。これに対し、労働者が同意した場合は、書面による合意書を締結しなければならない (ただ、その形式は特約でも、雇用契約に含まれる条項でも良い)。また、当事者は、かかる合意書に期間を設けるか否かも自由であるが、通常次のような文言が記載されている。

「私〔労働者の氏名〕は、一週間の平均労働時間が四八時間を超えて勤務することがあることを同意する。私の考えが変わった場合、〔三か月までの一定期間〕前に書面により使用者にこの合意の終了を予告する。」

この文書からもわかるように、労働時間のオプト・アウト合意に関して興味深いのは、労働者側のみこの合意をいつでも取消することができる点である。ただ、この場合、労働者は使用者に対して少なくとも七日前に予告しなければならず、事前に書面で承諾した場合には使用者はこの予告期間をさらに長く (最長三か月) 設定することもできる。

このように、労働時間規制のオプト・アウト制度は、労働者の同意による労働時間規制の適用除外を認めているが、適用範囲を明確に制限していること、締結拒否を理由とする不利益取扱いを禁止していること、予告すれば取消が可能であること等、労働者保護の視点から制度的な担保がなされている。

(3) 利用実態

実際、この労働時間規制のオプト・アウト制度はどのように利用されているのであろうか。やや古い調査であるが、Catherine Bernard 教授の実証研究<sup>22)</sup>によれば、被用者にとって、収入を増やすためであること、(病院、国際法律事務所等) 仕事の性格上間接的に長時間労働の圧力を強いられていること、自律的に働きたいこと等が主な締結動機になる。一方で、使用者にとって、かかる制度を利用する動機は、新たに人員を採用するコストを節約すること、顧客等のニーズに応えるためであることのほか、EC指令に求められる煩雑な規制等を避けるというのも大きな要因の一つである<sup>23)</sup>。そのため、労働者の健康被害や生産性の低下等の問題の背景には、労働時間規制のオプト・アウト制度の存在があったといえる<sup>24)</sup>。

このように、労働時間規制の個別合意によるオプト・アウト制度自体は、長時間労働の弊害を助長する意味では、望ましい制度ではない。しかし、制度設計の面に関して、シンプルで明解であるという特徴があるから実際労使双方にとって利用しやすいことも否定できず、この意味に限定して成功している面もあるといえるかもしれない。

2 合意による不公正解雇等の権利の放棄——「株主被用者」制度

(1) 制度の概要

次に、イギリスは、二〇一三年成長・基盤整備法 (the Growth and Infrastructure Act 2013) 第三二条<sup>25)</sup>により、「株主被用者 (employee shareholder)」という新たな制度を導入した (同年九月一日施行)。この制度は、被用者 (又は「株主被用者」として採用される予定の個人、以下略して「被用者」という) と使用者 (又はこれから使用者となる会社、以下略して「使用者」という) の間に、書面の合意により、前者が後者から二〇〇〇ポンド以上の価値を有する株

式を付与されることが引き換えに、不公正解雇の申立をはじめとする雇用法上の重要な権利を放棄する、という趣旨のものである。この「株主被用者」になるという個別合意は、後述(2)の要件を満たし成立すれば、被用者は(a)教育訓練の申込権、(b)柔軟な働き方の申込権、(c)不公正解雇の申立権、(d)剰員整理手当の受給権等を失うという効果を生じる。一方で、当該合意により放棄できない権利も明確に定められている。すなわち、①「自動不公正解雇」となる理由により解雇されない権利、②法定傷病手当、③法定母親・父親・養子休暇及びその手当、④雇用終了最低予告期間、⑤緊急時のタイム・オフ、⑥集団剰員整理に関する労使協議、⑦事業譲渡(雇用保護)規則(TUPE)の適用、⑧全国最低賃金、⑨違法な賃金控除の禁止、⑩年次有給休暇、⑪休憩、⑫パートタイマー又は有期契約労働者への差別取扱い禁止、⑬他の差別禁止、に関する権利は当該合意によっても放棄できない。<sup>26)</sup>

このように、「株主被用者」の合意により除外される規制の範囲・内容の妥当性には、議論の余地があるものの、その射程の限定が意識されているといえる。また、株との引き換えという制度設計の根底には、単なる放棄ではなく、労働者に一定の代償を払うことが規制適用除外の前提であるという発想があると思われる。

## (2) 手続的要件

この制度の適用を受けるためには、厳格な手続的要件が課されている。まず、使用者と被用者は、書面の契約を締結しなければならないが、その前に以下のような手続を履行していなければ、契約が締結されても効力が発生しない(一九九六年雇用権法二〇五A条(5))。

第一に、使用者が被用者に対して、契約の雛形として放棄する法的権利、付与される株式の種類及びそれに付属する権利を明記した契約条件明記文書(written statement)を交付しなければならない。

第二に、被用者は、そこに提案された契約の条件及び効力について、独立性を持つ適正な助言者から助言を受けな

ればならない。このような助言を与えることができるのは、①弁護士資格がある者、②この種の助言を与える者としてふさわしいと労働組合が認める労働組合の役員、幹部、組合員又はその他の被用者、③助言センター<sup>27)</sup>に勤めており、この種の助言を与える能力が十分であると同センターに認定された者、④国務大臣の認可を受けた法的助言者（法律専門家協会の会員）に限定される。また、上記助言の独立性を担保するために、使用者は社内弁護士に依頼することはもちろん、特定の弁護士等を指定することも認められない。最後に、被用者が確実にこのような助言サービスを受けられるように、会社側が費用の全額を負担しなければならず、被用者が最終的に締結を拒否してもこの点は変わらない。

第三に、株主被用者契約の締結を検討している被用者は、上記助言を受けてから、七日間の熟慮期間を経過していないと、当該契約の締結まで踏み込むことができない。これは被用者の衝動的な決断を防ぐためにも重要な意味をもつと思われる。

### （3）利用実態

以上見たように、この「株主被用者」制度は、雇用法上の重要な保護規制を放棄する効果をもつ労使の合意について、手続きの面から厳格な要件を課しており、労働者の自由な意思の形成を確保しようとしている。しかし、この制度は、施行後において導入目的と異なる意図で利用されることが多く、その効果が政府の予想や期待と大きく乖離している状況であった。<sup>28)</sup>この状況をもたらした最大の要因としては、権利放棄の代償となる株式の発給・制度設計が複雑であり、株の価額を正確に把握することが極めて困難であるため、多くの会社が、コンプライアンスコストを懸念し、同制度を活用する意欲を削がれることが挙げられる。その結果、雇用権利の放棄とはほぼ無関係で、既に株式が付与されている高級管理職の脱税に利用される以外にあまり活用されていないという指摘が多い。<sup>29)</sup>すなわち、イギリス政府が大胆に踏み込んだこの新たな改革制度は、権利放棄の代償という重要な合意内容を形成する部分に対する規制が複雑かつ難解で

あるため、実際ほとんど使われない制度になったのである。

### 3 事前の合意による訴訟の放棄

#### (1) 制度の概要

最後に、イギリスでは、訴訟の放棄を目的とする和解契約 (Settlement agreement) が労働紛争の解決において重要な役割を果たしているため、これについても考察したい。和解契約 (Settlement agreement) は、従来妥協契約 (Compromise agreement) と呼ばれていたが、二〇一三年七月二十九日に一九九六年雇用権法一一一 A 条の改正により、「和解契約」へ名称が変更された。その内容は、労働者が当該契約の定める範囲で、雇用審判所又は裁判所に訴訟を提起することを放棄するものであるが、通常労働者に金銭補償のほか、再就職をスムーズにさせるための紹介状を提供するという条件が付されていることが多い。当事者らが一旦法的に有効な和解契約を締結すると、被用者は雇用審判所において、当該契約に記載されている類型の申立をすることができなくなる。一方、仮に和解契約が締結されるに至らなかったとしても、被用者が雇用審判所に申立てることができるだけであり、交渉内容が後述の内密扱い原則により保護される。

#### (2) 締結プロセス

このような和解契約は、締結段階においては柔軟なプロセスが想定されている。当事者双方は、いかなる段階においても和解契約の締結を提案することができ、相互に合意した時間や場所でかかる提案について話し合うことができる。<sup>30)</sup>そして、法的要件ではないが、A C A S の行為準則によれば、使用者は、被用者の同僚、労働組合の役員等が被用者に

付き添うことを認めるべきである。実際、提案を受けた当事者（被用者であることが多い）はそれを受け入れるか否かは自由であり、最初から話し合いを拒否しても良いし、ある程度の交渉を経てかかる提案に修正を加えながら合意達成の可能性を模索しても良い。

（3）内密取扱い原則と「不当な行為」

前述のように、この和解契約は、内密取扱い原則に従う。すなわち、雇用関係の終了等に関して当事者が合意した案件の詳細は内密に扱われ、後日雇用審判所への不公正解雇等の申立において証拠として使うことができない。この原則は、既に生じた紛争に対して一方当事者が和解契約の締結を提案した場合にも適用される。<sup>31)</sup>

ただし、内密扱い原則が適用されるためには、「不当な行為 (improper behavior)」が存在しないことが前提となる。<sup>32)</sup> ここでいう「不当な行為」とは、まず、あらゆる形態のハラスメント、いじめ、威嚇、暴力その他の犯罪行為、虐待、二〇一〇年平等法が禁止する各種差別<sup>33)</sup>が含まれる。また、一方当事者（通常は被用者）に不当な圧力 (undue pressure) をかけることもこれに該当する。たとえば、① A C A S の行為準則に基づく合理的な熟慮期間を与えないこと、② 使用者が（懲戒手続を始める前に）被用者に対して、和解契約の提案を拒否すれば解雇すると発言すること、③（一九九八年公益告発法 (the Public Interest Disclosure Act 1998) の規定が適用されない状況において）、被用者が使用者に対して、和解契約を締結しなければ、使用者の社会的評価を傷つけると脅迫すること等が挙げられる。<sup>34)</sup>

このように、和解契約の成立に向けて、相手当事者の自由な意思の形成を妨げる「不当な行為」をすると、交渉内容が内密扱い原則による保護を受けられなくなる。また、それだけではなく、交渉過程における「不当な行為」自体が雇用審判所への申立事由にもなりうる。<sup>35)</sup> しかし、これがない限り、内密扱い原則の存在は、当事者間の自由な交渉と取り決めに保障する役割を果たしているため、柔軟な交渉が期待できよう。

## (4) 手続的要件

これに対し、和解契約が法的拘束力をもつためには、厳格な手続的要件を満たさなければならない。<sup>36)</sup> 第一に、書面での締結が必須条件であるが、かかる契約がカバーする申立や訴訟の内容についても明確に特定しなければならない。<sup>37)</sup> 第二に、被用者は、提案された契約条件、雇用審判所への申立権に対する影響を含む法的効果について、独立性をもつ適正な助言者から助言を受けなければならず、和解契約に、助言者の名前等も明記しなければならない。そして、かかる助言者は、自分の助言により被用者が被りうる損失をカバーできる一般保険又は職業免責制度に加入していなければならない。第三に、和解契約を提案した当事者は、相手当事者に合理的な熟慮期間を与えるべきである。この熟慮期間がどのぐらいの長さかは具体的な状況にもよるが、書面で作成した提案内容を検討し、独立性をもつ助言を受けるための期間を考慮すると、別途の合意がない限り、最低でも一〇日(暦日)以上が必要とされる。第四に、当該和解契約は、その有効性の前提となる法的要件をすべて満たしていることも明記しなければならない。

## (5) 放棄契約と妥協(和解)契約を区別する視点

最後に、法律上求められていないものの、このような和解契約について、使用者は被用者に代償を払っているのか、それとも無償に訴訟の権利を放棄させているのか、判例では重視されているようである。以下にみる裁判例<sup>38)</sup>において、控訴院は、被用者が特定の雇用紛争について訴訟権利の放棄を合意するに際して、使用者が情報開示義務を負うか否かは、当該契約の性格が(無償の)放棄契約なのか、それとも(有償の)妥協契約なのかにもよると判示した点が興味深い。

## 【事案の概要】

Y銀行は一九九〇年に事業再編成の一環として約九〇〇〇名の被用者を剰員整理した。Xらは剰員整理手当、恩恵給

付等の他、「法令、コモン・ロー又は衡平法において、既存する又は将来に起り得る訴訟に対しての最大限かつ最後の解決」として、一か月の賃金に相当する金銭を受け取り、A C A Sの様式による本件協定に署名した。ところが、Yは遅くとも一九八六年から支払い不能に陥り、以降この事実を隠すため違法な事業運営をしていた。一九九一年破産清算後、数名の元被用者が別件訴訟を提起し、使用者が不道德かつ不誠実な方式で事業を運営したことが、雇用契約上の黙示的相互信頼関係維持条項に違反するとして、損害賠償を請求したところ認められたため、Xらも同様な理由に基づく損害賠償を請求した。そこで、Yは、本件協定によりXらが損害賠償請求権を有しないと主張したところ、Xらは、Yが支払い不能及び不誠実な事業運営の事実を開示し、Xらがこれらを知っていたら本件協定に合意しなかったはずであると反論した。そこで、高等法院衡平法部はXの請求を認めたため、Yが控訴した。

【判旨】この点で控訴認容。

「XらとYの間の「協定は『放棄』ではなく『妥協』的なものであるため、使用者は協定が結ばれる前に、被用者たちに既存の不正行為や契約違反を開示する義務を負わない」。「放棄協定の場合、被用者に訴訟を放棄してもらうには使用者が開示義務を負うが、妥協協定の場合にはそのような義務はない。妥協協定と放棄協定の本質的な区別は、後者は代償がない点にある。『放棄』協定であるか『妥協』協定であるかは、契約の形式ではなく、その実質によって判断される。」

#### 4 雇用契約における使用者責任免除・制限の合意への一般規制

本稿の検討対象から若干離れるが、法律上の規制ではなく、単に使用者の責任を免除・軽減する個別合意に対する歯止めとなる一般規制についても少し触れてみたい。

この点、まず、コモン・ロー上、一方当事者が定型的契約を提案した場合、その中の特別 (unusual) 又は相手の義務負担となる (onerous) 条項について、相手当事者の注意を喚起するよう合理的な措置を取る義務を負う。<sup>39)</sup>次に、制定法上、雇用契約の条項が労働者に過酷な結果をもたらした場合、一九七七年制定の不正契約条項法 (Unfair Contract Terms Act) により無効とされる可能性がある。<sup>40)</sup>たとえば、人的損傷 (personal injuries) に関する過失責任を否定・制限することを内容とする免責条項等が同法により無効となる (二条) ため、労働者の健康・安全に対する使用者の責任を免除・制限する契約条項はこれにより規制される。<sup>41)</sup>しかし、この法律は、労働法の分野における役割が極めて限定されている。たとえば、同法三条は、定型契約における不正な除外条項 (unfair exclusion clauses) を無効としているが、判例は、雇用契約上の制限条項が使用者義務と被用者権利の範囲を限定するにとどまっているため、同法が禁止する「除外条項」に該当せず、同法が適用されないと判断したものがほとんどである。<sup>42)</sup>その結果、被用者の法定の権利 (最低賃金及び不正解雇等) は、以上検討した制度を導入しない限り、雇用契約上の制限条項により除外できないものの、<sup>43)</sup>契約上の利益 (benefits) は、被用者の合理的期待に反して制限・除外されても歯止めがほとんどきかないのが現状である。

#### IV 日本法への示唆——試論

##### 1 個別合意による「規制の選択的適用除外」の可能性

以上見てきたように、イギリスでは、特定の法制度に基づく労使の個別合意により、労働者に労働時間の上限規制、不正解雇の申立権等の雇用法上の権利を放棄させることが可能である。一方で、IIで検討したように、日本の裁判例

も、個別合意による規制の選択的適用除外の余地を認めている。

しかし、このような考えを無防備に受け入れるべきではない。その最大の理由は、労使の個別合意が、規制緩和改革の流れの中で、労働法の基本理念を侵食する労働政策を正当化する道具として利用されかねないからである。<sup>(4)</sup> イギリスでは、一九九〇年代まで労働時間規制が立法よりも団体交渉に委ねられてきたという伝統があり、労使自治の文化も日本より発達しているといえる。しかし、後述の手續的要件で合意の実質化を図っているイギリスの個別合意による規制適用除外制度でさえ、（制度目標とされる）雇用規制のフレキシビリティを促進することに大きく寄与したとは評価し難く、むしろ数多くの問題点を残している。まして労働者の権利意識や契約意識がまだ成熟に程遠い日本では、合意による法規制の適用除外という手法を認めることは、なおさら慎重を要するであろう。

## 2 個別合意により除外できる規制の範囲

しかしながら、日本では、合意による法規制の適用除外が立法により制度化されていないものの、判例で認められている以上、避けては通れない問題であろう。ここでは、判例が認めている規制除外の可否及び範囲について、当該法規制の性格等に鑑みて検討してみたい。

まず、労働時間に関しては、イギリスで労働時間規制のオプト・アウト合意が利用されている要因の一つは、前述のとおり労働時間の算定・記録手續の煩雑さ及びこれを起因とするトラブルを減らすためであった。一方で、長時間労働が横行していることの弊害は周知のことであって、イギリスでも同様に多くの批判を受けている。そうすると、労働時間規制の簡素化・柔軟化を図るために、個別合意による労働時間規制の適用除外を利用する必然性やメリットは必ずしも大きくない。他方で、日本の労働者意思の成熟度を考えると、労働者側のリスクが非常に大きいことも懸念されるか

ら、このような除外は認めるべきではない。

次に、割増賃金に関しては、労働時間との関連性が強いいため、上記の結論は割増賃金にも概ね妥当すると思われる。また、その他の賃金債権に関しては、立法に基づく除外制度がない限り、判例で認めるのは理論上説明し難い。この点、合意による規制が比較的認められているイギリスですら、法律制度による除外がみられないし、既になした労働の対価である賃金債権への保障を個別合意により除外することは、やはり公序良俗の違反に該当し、認められるべきではない。

また、有期労働契約に関する規制や雇均法九条に基づく不利益取扱いの禁止などその他の法規制は、問題ごとに検討する必要があるものの、大まかに言えば、法的権利が形成されているか否かによって結論が変わってくると思われる。たとえば、労契法一九条の適用は確定した法的権利とはいえず、様々な要素によって結論が変わってくるという性格をもつ。そこで、不更新に関して解雇権濫用法理が適用されるという結論（法的権利）が明確である場合、不更新条項のような合意をしてもこれを妨げる効力を有しないものの、同条の適用が定かでない場合、一定の条件の下で、かかる合意を適用除外が認められるための一要素と位置付けて良い。これに対し、無期転換権や雇均法九条に基づく不利益取扱いの禁止は、確立した法的権利といえる。これらの権利を個別合意によって放棄できるか否かが、判例の解釈に委ねられることは適切ではない。というのは、立法により明確に保障されている労働者の法的権利の放棄は、やはり法律に基づく合意によってのみ可能であるからである。その際、合意によって除外できるかが、立法論として、当該法規制の性格に鑑みて慎重に検討すべきであろう。

### 3 個別合意の実質化

仮に立法によって個別合意による法規制の適用除外が認められる場合でも、「裸」の合意論は危険であり、労働者が

真の意思により選択できるような合意の実質化を実現させる法的仕組みを整備することが不可欠である。<sup>(45)</sup> この点に関していえば、イギリスの法制度は、労働者の自由な意思の形成を促進するための手続的要件を重視しており、示唆に富むところが多い。

(1) 明確性

イギリスでは、個別合意による法規制の適用除外を認めるためには、まず、書面契約の締結が必須であり、除外する範囲も、法律で定めているか、かかる書面により明確に特定しなければならぬ。この点、日本の判例も書面化を重視する傾向が窺えるが、先述したように、立法等によって最低条件とする必要がある。また、イギリスの株主被用者制度と労働時間規制のオプト・アウト制度を対比すると、制度自体の明解さがその実質的效果を大きく左右するだけでなく、労使双方の合意形成にとっても重要である。

しかし、合意が明確に文書化されている場合には、事後的な法的救済が困難になるという問題点も残る。そこで、IIで概観した日本の裁判例を見ると、使用者側による説明や署名押印等の手続履行事実を重視するものが増えている。ところが、判例に求められている手続的規制は、具体的な事案によって異なるため予測可能性が低いだけではなく、その内容も十分とはいえず、より実質的な合意を担保する法的仕組みを探求しなければならない。

(2) 実質的な合意を担保するための仕組み

(i) 独立性をもつ専門家による説明・助言

これに関して、まず、イギリスでは、株主被用者制度と和解契約において、独立性をもつ専門家による説明・助言が合意形成の前置条件とされており、大いに参考となる。というのは、使用者側による説明だけでは以下のような限界があるからである。<sup>(46)</sup> 第一に、使用者による情報提供は具体的状況に対する説明に限られることがほとんどであり、労働者

が自らの法的権利への影響を的確に把握し、意思判断するには不十分である。第二に、労使関係の現状からみると、使用者の説明は勧奨の趣旨を含んでおり、労働者にとって大きなプレッシャーになることが多いため、労働者の自由な意思決定を促進するどころか、その形成を阻害してしまうという逆効果を及ぼすことも避けられない。労働条件の変更の場合とはかく、特に法的規制の適用を除外するという重大な効果をもつ合意の形成プロセスにおいては、使用者による情報説明だけでは不十分である。

これに対し、イギリス法のように、独立性をもつ専門家による助言を通じて労働者への情報提供・説明義務を使用者に課している場合、労働者は、かかる法律規制の除外を合意することによって、自らの法的地位や権利喪失の状況を十分に理解し、全体の利害得失を考慮したうえで決断することができる。また、この助言プロセスを経なければ合意書を締結することができないところ、助言にかかる費用は、労働者が合意書を締結するか否かにかかわらず、使用者側が負担するため、労働者は安心して受けることができる。そして、労働者が使用者の影響を間接的に受けることなく、自由な意思に基づいて判断できるよう、助言を提供する専門家の選定・依頼を労働者側にさせる等、助言の中立性・独立性を担保するための工夫も重要である。

## (ii) 熟慮期間

次に、前述の株主被用者契約と和解契約において、除外合意をなす前に必ず熟慮期間を設けなければならないという点も興味深い。労働者は、特定の利益のために、又は使用者の圧力の下で、衝動的に権利を放棄する決断をしがちである。そのうえ、この決断がいったん文書化されると、その後の法的介入によりかかる意思表示を否定することは至難である。したがって、前述した法的助言を受けてから一定期間の熟慮期間を設けることには、このような事態をある程度防ぐことが期待できよう。

(iii) 「等価交換」の視点

これに加えて、III 3（5）で考察した和解契約をめぐる判例は、労働者が訴訟申立権の放棄に合意する代償を得たかを重要視している。すなわち、労働者が何の利益も得られないのに、真意に基づいて自らの法的権利を放棄したということは通常考えられず、労使の力関係の格差又は使用者の有形無形の圧力による意思表示である可能性が高い。もっとも、代償が支払われるにしても、その価値を客観的に判断することは難しいため、労働者が自由な意思に基づいて規制除外を合意したとは言い切れない。まして代償がなければ、なおさらそのように評価し難い。イギリスの判例は、ここまで触れていないものの、代償ありの和解契約と代償なしの放棄契約を区別する視点を取り入れるべきとすれば、代償措置や交換利益がないにもかかわらず、特定の法規制による保護を放棄するという合意は認めるべきではない（成立しない又は無効である）。

(iv) 柔軟かつ公正な交渉プロセス

さらに、和解契約の交渉過程において、当事者間のやりとりが内密扱い原則により保護され、労使が積極的にかつ柔軟性をもって交渉することができる一方で、自らに有利な結果に導くためにハラスメントや脅迫等の「不当な行為」を行うことが禁止されている。もっとも、日本においてもこのような行為がなされた場合には、相手当事者の意思表示の瑕疵が認められ、合意の成立が否定される可能性がある。しかし、民法の意思表示論に基づく主張や判断が容易ではないのは周知の事実であり、合意成立に対する予測可能性を高めるという意味においても、法律でこれらの行為を明確に禁止する意義は大きい。

(V) 重要な労働保護規制の除外に関する合意の取消

最後に、特に重要な労働条件となる労働時間規制のオプト・アウトに関して、労働者はいつでもその合意を取消することができると思われる。すなわち、労働時間規制の除外は長時間労働による労働者の健康被害をもたらすリスクが高いため、いったん合意するとかかる規制により保護されない状況がいつまでも続くのは労働者にとって過酷である。この点、労働者が随時合意を取消できるとすると、使用者の法的地位が不安定になってしまふとの反論もあり得よう。しかし、少なくとも特に重要な労働保護規制の適用を除外する効果をもつ合意に関しては、労働者の予期せぬ事態が生じることも考えられるため、労働時間規制はもちろん、このような危険性がある他の法規制の適用除外についても、合意の取消という選択肢を残すのが妥当であろう。

以上、イギリスの個別合意による法規制の適用除外制度に対する考察から、日本法への示唆を試論した。しかし、本稿は、このような制度を日本に導入すべきとする趣旨のものではない。労働時間・賃金規制のように個別合意による適用除外が（判例と立法のいずれによつても）認められるべきではないとする法規制の意義を改めて認識する必要がある。そして、個別合意による適用除外の余地が認められる法規制が存在しても、法令上の明確な根拠によつてのみ認めるべきであり、また、その際には上記の視点を視野に入れ、労働者の個別合意の実質化を図るための制度的工夫が不可欠であろう。

(1) 労働契約の制度的契約としての性格を強調する見解として、内田貴『制度的契約論』（羽鳥書店、二〇一〇年）一五三頁を参照。

(2) 吉村良一「労働契約における労働者の『意思』と『規制』」根本到・奥田香子・緒方桂子・米津孝司編『労働法と現代法の理論・西谷敏先生古稀記念論集（上）』八頁〜九頁。

(3) 根本到「労働契約による労働条件の決定と変更」西谷敏・根本到『労働契約と法』（旬報社、二〇一〇年）一一三〜一一四頁。

- (4) 米津孝司「なぜ労働法は強行法なのか」日本労働研究雑誌五八五号（二〇〇九年四月）五七頁。また、合理性の存在や労働者の自由な意思が存在する限りにおいて法律基準からの逸脱を許容するという半強行規制の考え方として、村中孝史「労働契約概念について」『京都大学法学部創立百周年記念論文集（第三卷）民事法』（有斐閣、一九九九年）五一―五五頁、大内伸哉「労働者代表法制に関する研究」（有斐閣、二〇〇七年）一二―一七頁等。一方で、裁判官や訴訟当事者の負担からこのような見解について懐疑的な見方を示しているものとして、西谷敏「労働契約法の性格と課題」西谷敏・根本到編『労働契約と法』（旬報社、二〇一〇）二二―二七頁。
- (5) 労働者の自己決定の理論について、西谷敏「規制が支える自己決定」（法律文化社、二〇〇四年）等を参照。
- (6) 野田進「不利益な労働契約条項に対する『労働者の同意』——フランス労働法に示唆を求めて——」法政研究八一巻四号三一―九―三二〇頁。
- (7) 問題の捉え方によって、この三つの局面が重なる部分もあるが、ここでは詳細を省く。
- (8) 最二小判昭和四八・一・一九民集二七巻一号二七頁。
- (9) 日新製鋼事件・最二小判平成二・一一・二六民集四四巻八号一〇八五頁。
- (10) 労働者の自由な意思に基づく合意の存在を理由に、株式褒賞の形で賞与支給を認めた例として、リーマン・ブラザーズ証券事件・東京地判平成二四・四・一〇労判一〇五五号八頁。これに対し、寮費の控除に関する合意を否定したものととしてコンドル馬込交通事件・東京地判平成二〇・六・四労判九七三号六七頁。
- (11) 最一小判平成二四・三・八労判一〇六〇号五頁。
- (12) ワークフロントティア事件・東京地判平成二四・九・四労判一〇六三号六五頁。
- (13) ダイフク事件・名古屋地判平成七・三・二四労判六七八号四七頁等。
- (14) 近畿コカ・コーラボトリング事件・大阪地判平成一七・一・一三労判八九三号一五〇頁。また、本田技研工業事件では、明確な合意に基づく不更新条項について、「雇用契約のさらなる継続に対する期待利益を確定的に放棄した」と解している。
- (15) 広島中央保険生協病院事件・最一小判平成二六・一〇・二三労判一一〇〇号五頁。
- (16) これをめぐって学説上既に多くの解釈論が見られているが、拙稿「有期労働契約の無期転換政策のゆくえ——特例の創設と合意の『乱立』からみえるもの」法律時報八七巻二号二二―一五頁で検討しているため、ここでは問題指摘だけにとどめたい。
- (17) 西谷敏「労働法（第二版）」（日本評論社、二〇一三年）四五〇頁、毛塚勝利「改正労働契約法・有期労働契約規制をめぐる解 釈論的課題」『労旬一七八三―一七八四号（二〇一四年）二〇頁等。
- (18) 菅野和夫「労働法（第一〇版）」（弘文堂、二〇一二年）二二五頁、岩村正彦「荒木尚志」島田陽一「〇鼎談」二〇一二年労働契約法改正——有期労働規制をめぐって」『ジュリ一四四八号（二〇一二年）一九頁（島田発言）』。なお、原則として放棄は認めら

れないが、例外的に認められる場合もあるとする見解として、鈴木俊晴「無期転換権不更新の合意と有期契約不更新条項」労働一八二五号（二〇一四年）三六頁。

(19) 判例における「労働者の自由な意思」という判断基準の問題点に対する指摘として、野田・前掲論文三二九～三三三頁を参照。  
(20) 一九九六年一月三日。

(21) 欧州委員会は、二〇〇四年に各加盟国に対し、労働協約が締結されていない場合のみ個人によるオプト・アウトを認めることを協議文書で提案したものの、イギリスをはじめとする同制度利用国の反対により通らなかつた。同提案の修正案も翌年に挫折したが、数年間の交渉を経て、二〇〇八年六月に、同制度利用国が労働時間の定義を変更することで譲歩する代わりに、同制度を維持することで合意に達した。Simon Deakin, *Labour Law* (6<sup>th</sup> ed) (Hart publishing, 2012) pp347-348.

(22) Catherine Barnard, Simon Deakin, Richard Hobbs, 'Opting Out of the 48-Hour Week: Employer Necessity or Individual Choice? An Empirical Study of the Operation of Article 18(1)(b) of the Working Time Directive in the UK' *ILJ* (2003) 32(4) 223-252.

(23) 同研究によれば、使用者にとっては、個別合意によるオプト・アウト制度の手続が明快であること、労働時間記録の面において手間が少ない等のメリットがある。

(24) ただし、同研究は（EUの批判と労働党の反対により）同制度が廃止されても、使用者は、他の労働時間規制適用除外制度の利用に移行するだけであつて、長時間労働の状況を改善できると楽観視できないと指摘する。また、同研究は、従業員代表制度等が発達していないことも原因の一つとして強調しているが、ここでは詳述しない。

(25) これに伴い、一九九六年雇用権法（Employment Rights Act 1996）に二〇五A条が新設され、いくつか関連の改正が行われた。

(26) この制度の詳細について、拙稿「イギリスにおける『株主被用者（employee shareholder）』制度の導入——株の取得と引き換えにした雇用諸権利の放棄」季労二四六号（二〇一四年秋号）二四七頁以下を参照。

(27) 法律や法的サービスへのアクセス等について助言を提供する組織。

(28) 使用者は、株主被用者契約を締結した場合でも、政府に届出をするかが任意であるため、施行後の利用実態がまだ明らかにされていないが、新聞報道を見る限り、多くの問題を抱えている。Sarah Nicholson, 'Not dead yet: employee shareholder shares ("shares for rights")', (Feb 20<sup>th</sup> 2015) <http://www.globalcompensationinsights.com/2015/02/not-dead-yet-employee-shareholder-shares-for-rights/> (最終アクセス日：二〇一五年八月五日)；Rob Moss, 'Employee shareholder contract rarely used' (Mar 9<sup>th</sup> 2015) <http://www.personneltoday.com/hr/employee-shareholder-contracts-rarely-used/> (最終アクセス

日：二〇一五年八月一五日）

- (29) このため、労働党はマニフェストにおいて、脱税問題を解決するためにはまずこの制度を廃止する内容を含む金融法案を成立させると何度も宣言している。
- (30) 和解契約を提案する当事者は、通常使用者であることが多いものの、労働者から提案されることもありうる。
- (31) もっとも、コモン・ロー上、既存の紛争を真に解決しようとする和解交渉等と交わした書面・口頭のやりとりが後日裁判所又は審判所で証拠とされない、という「秘匿特権 (without prejudice)」の原則が存在する。一九九六年雇用権法一一一A条に基づく「内密取扱原則」は、同原則と類似するが、適用範囲がもっと広く、雇用終了をめぐる紛争が生じる前の交渉についても適用される。
- (32) この点、コモン・ロー上の「秘匿特権原則」も詐欺、不当な影響又は虚偽の意思表示、恐喝があった場合に適用されない。
- (33) 年齢・性別・人種・障害・性的志向・宗教・信条・性転換・妊娠・出産・結婚・同性結婚を理由とする差別。
- (34) なお、内部告発、労働組合員の身分又は法定権利の行使を理由とする自動不正解雇、契約違反及び不法解雇 (wrongful dismissal) に関する申立の場合にも内密取扱原則が適用されない。
- (35) ただし、「不当な行爲」をしたか否かが、その後の不正解雇に対する判断に直接影響せず、かかる行爲をしたからといって必然的に敗訴することはない。
- (36) ACAS Code of Practice on Settlement Agreements (under section 111A of the Employment Rights Act 1996).
- (37) たとえば「これは、すべての類型の訴訟をカバーする最終的な合意である。」という漠然とした形をとる契約は、効力を有しない。
- (38) BCCI v. Ali and others [1999] IRLR226 (CA).
- (39) Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd [1989] QB433 (CA).
- (40) イギリスの不正契約法に対する考察として、田島裕「標準契約における不正契約条項の効力」企業法字研究二〇一二年第一巻第一号一〜一九頁。
- (41) Johnstone v. Bloomsbury Health Authority [1992] QB333 (CA).
- (42) Peninsula Business Services Ltd v. Sweeney [2004] IRLR 49 (EAT); Keen v. Commerzbank AG [2006] EWCA Civ 1536; [2007] ICR 623; Hugh Collins, Keith Ewing, *Labour Law* (Law in Context) (Cambridge University Press, 2013) p117.
- (43) 一九九六年雇用権法二三〇条 (ERA 1996, s.230).
- (44) 同旨、西谷・前掲論文二〇〜二二頁を参照。

論 説

(45) 野田・前掲論文三四二頁等。

(46) もちろん、個別合意を適切に機能させるために使用者の説明義務・情報提供義務が大きな意義をもつことは否定できない。この点、根本・前掲論文二六頁以下を参照。