



行政機関の定める指針の行政法上の位置づけ

興津, 征雄

(Citation)

季刊労働法, 280:24-36

(Issue Date)

2023-12-15

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100486202>



行政機関の定める指針の行政法上の位置づけ

神戸大学教授

興津 征雄

おきつ ゆきお

I はじめに

労働法分野において、法令が行政機関に一定の事項に関する指針の策定・公表¹⁾を授権し(多くの場合には義務づけ)、それに基づいて策定された指針が労働法の解釈適用において参照されることがある。行政機関が法令の根拠なく策定したガイドラインが同様に参照されることもある²⁾。こうした指針やガイドラインは、労働法分野でしか見られないわけではない³⁾ものの、労働法分野において特に多用されている。

労働法学においては、こうした指針やガイドラインの重要性は当然に認知されている。しかし、労働法学における指針・ガイドラインの参照は、ハラスメント対策や同一労働同一賃金といった個別の論点ごとになされるにとどまり、さまざまな指針やガイドラインを包括的にとらえてそれに共通する機能や性質を探究したり、労働法の実現手法としての体系的な位置づけが模索されたりしているわけではないようである⁴⁾。行政法学においては、こうした指針やガイドラインが既知の行為形式に当てはまるかどうか直ちには明らかでないにもかかわらず、その行政法上の位置づ

1) 法令上明文では指針の公表のみを授権する規定例もあるが、その場合には策定の授権も当然に含むと解釈した。

2) 法令上根拠を有するものは「指針」と呼ばれ、根拠を有しないものは「ガイドライン」と呼ばれるようである。労働時間等設定改善指針(平成20年厚生労働省告示第108号)には、「労働時間等見直しガイドライン」という通称が付記されているが、根拠規定(労働時間等設定改善法4条1項)ではあくまでも「指針」と称されている。

もっとも、法令に明文の根拠のない文書に「指針」という言葉が用いられている例はないわけではない。たとえば「深夜業に従事する女性労働者の就業環境等の整備に関する指針」(平成10年労働省告示第21号)、「コース等で区分した雇用管理を行うに当たって事業主が留意すべき事項に関する指針」(平成25年厚生労働省告示第384号)がある。前者は内容的には雇用機会均等法施行規則13条を受けたものと見られるが、同条には指針策定の授権は明文では定められていない。後者は雇用機会均等法10条1項を根拠とするものとも見られるが、指針の中には根拠規定は明示されていない。ただし、後者については、「今後の男女雇用機会均等対策について」(平成25年9月27日労働政策審議会雇用均等分科会報告)において、従前の内部規則(局長通達)をより明確な記述としつつ指針に規定することが適当であるとされたことを受けて策定されたものであることが明らかにされている(厚生労働省雇用均等・児童家庭局長通知「コース等で区分した雇用管理を行うに当たって事業主が留意すべき事項に関する指針の策定について」(平成25年12月24日雇発1224第9号))。

3) 労働法分野以外の例として、不当景品類及び不当表示防止法26条2項を根拠とする「事業者が講ずべき景品類の提供及び表示の管理上の措置についての指針」(平成26年内閣府告示第276号)、特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律7条2項を根拠とする「特定デジタルプラットフォーム提供者が商品等提供利用者との間の取引関係における相互理解の促進を図るために講ずべき措置についての指針」(令和3年経済産業省告示第16号)などがある。

4) 山川隆一「労働法における法の実現手法」『岩波講座 現代法の動態2 法の実現手法』岩波書店(2014年)171頁以下、188～189頁は、「法遵守のための体制整備」の手法として事業者に対する措置の義務づけを挙げ、その例としてセクシュアル・ハラスメントについての指針に言及している。しかし、その根拠である雇用機会均等法の仕組みや趣旨を踏まえた考察がされているわけではない。

けに関心が寄せられているとはいえない。そもそも労働法（とりわけ個別的労働関係法）分野における行政機関の権限は、一般行政法から見るとかなり特異である⁵⁾にもかかわらず、行政法学における労働行政への注目度は低い。

本稿は、このうち特に指針に焦点を当てて、さしあたりは筆者の専門である行政法の観点から、その法的位置づけを検討する。それを通じて、労働行政における行政機関の役割の特性を明らかにしたい。

II 指針の実例

1 指針の類型

ア 前記Iで述べたとおり、労働法学における指針への言及は個別的・文脈依存的なものにとどまり、実際にどのような指針が策定されているかについて一覽的に示したものは見当たらない。そこで、指針の実例を知るために、実態調査が必要となる。

法令上、「指針」という言葉は多義的に用いられている。多いのは、行政機関が行う政策・施策の基本方針という意味である⁶⁾。しかし、労働法分野における指針は、この意味における指針とは異なり、私人に対して行動準則を提示する点に特徴がある。

イ それも、大きく分けると次の二つのタイプがある。

一つは、法律が事業主（事業者）⁷⁾に一定の措置を講ずべきことを義務づけ（努力義務を含む）、その適切かつ有効な実施を図るために定められる指針である。このタイプの指

針は、法定の措置義務を具体化するものである。措置義務の根拠はあくまでも法律にあり、指針によって新たな義務が課されるわけではない。なお、義務違反があった場合に行政機関が違反者に対して行政指導（指導・勧告・助言等）⁸⁾をすることができる旨が法律で定められるのが通例である⁹⁾。さらに、行政指導不服従事実の公表が定められることもある（雇用機会均等法30条など）。この場合の行政指導や公表の根拠も、法律であって指針ではない。以下、この類型の指針を「措置義務型」と呼ぶ。

もう一つは、事業主の義務を前提とせず、事業主が法律に基づいて一定の行動をとった場合に一定の法効果が発生する制度において、その行動の具体的内容について定める指針である。労働基準法36条7項に基づいて定められる三六協定に関する指針がその例である。三六協定を締結しそれを行政官庁に届け出るか否か自体は使用者の任意であるが、協定を締結し届け出ることによって時間外・休日労働について労働基準法の適用が除外される効果が生じるので、時間外・休日労働を適正なものとするために協定の内容についての指針が定められている。実際に協定を締結する場合には、協定の内容が指針に適合したものとなるようにしなければならず（同条8項）、行政官庁は指針に関し行政指導をすることができる（同条9項）。以下、この類型の指針を「任意型」と呼ぶ。

2 指針の検索

まず、前記1の類型のうち、措置義務型の

5) 興津征雄「労働者のために、行政は何をしてくれるのか——行政法」大内伸哉編『働く人を取りまく法律入門』ミネルヴァ書房（2009年）123頁以下。

6) たとえば地域保健法4条1項、児童福祉法33条の19第1項、食品衛生法22条1項など。

7) 以下、引用の場合を除き、「事業主」に統一する。

8) 法律上は「指導」「助言」「勧告」などの文言が用いられるが、それらを総称して「行政指導」と呼ぶ。行政指導は講学上の概念であると同時に、行政手続法2条6号に定義された法令用語でもある。

9) 行政指導の根拠の定め方には、措置義務を定めた規定を特定してその「規定の施行に関し必要があると認めるときは」行政指導をすることができるものと定めるもの（障害者雇用促進法36条の6など）と、包括的に「この法律の施行に関し必要があると認めるときは」行政指導をすることができるものと定めるもの（雇用機会均等法29条1項など）とがある。さらに、個別労働関係紛争の当事者に対する行政指導権限が都道府県労働局長に認められている（個別労働関係紛争解決促進法4条、特別として雇用機会均等法17条など）。

指針を定めた法律¹⁰⁾の規定をピックアップするために、e-Gov 法令検索¹¹⁾において、検索用語を「指針 講ずべき」として法律について全文検索を行い、ヒットした97件の法律を一件一件目視で確認して、上記の意味における指針の規定例を抽出した。次に、任意型の指針については筆者の個人的知識に拠りつつ、労働法の体系書を参照して補充した。このように規定の抽出は人力によっているため、見落としもあると思われるが、多くの規定例を拾うことができたと思っている¹²⁾。さらにそれぞれの規定を根拠として策定された指針を厚生労働省のウェブサイトを検索するなどして調べた。

その結果を一覧化したのが表1である。なお、措置義務型か任意型かを問わず、指針策定にあたって一定の手続（関係行政機関の長との協議、労働政策審議会（労政審）の意見聴取など）をとることを定める規定を置く例があるため、それについても表1に示した。表1に掲げた指針は、番号のみで引用することがある。

Ⅲ 指針の法的性質

1 指針の形式と法源性

ア 前記Ⅰで述べたとおり、指針について

の行政法学の関心はきわめて薄く、それがどのような法的性質を有する行為であるかも十分に解明されているとはいえない。そこで、基本的なところから確認していく。

指針は多くの場合（表1に掲げたものはすべて）主務大臣（指針2-4のみ経済産業大臣、その他は厚生労働大臣）の発する告示の形式をとっている¹³⁾。告示とは、行政機関が一定の事項を一般に公示するための形式である（国家行政組織法14条1項）。政省令等の命令とは異なり、法源の形式ではない（単なる事実や拘束力のない基準等が告示されることもある）。もっとも、法律の根拠があることを前提に、根拠規定の趣旨と告示の内容から、告示に法源¹⁴⁾としての性質が認められることがある¹⁵⁾。法源であれば、私人の権利義務を規律する法規範として裁判の基準となったり、それに違反する行政活動が違法と評価されたりする。

イ しかし、本稿の検討対象である指針については、法源としての性質は認められないだろう。その理由を、指針1-8（性差別禁止指針）を例にとって説明しよう。

指針は、行政機関が策定するものであるから、それが法源であるためには、立法の委任が必要である。指針1-8の根拠規定である雇用機会均等法10条1項は、次のように定め

10) 指針には、法律ではなく委任命令を根拠とするものもある。たとえば労働安全衛生規則24条の2を根拠とする「労働安全衛生マネジメントシステムに関する指針」（平成11年労働省告示第53号）がそれである。しかし、委任命令をも対象とすると検索対象が膨大となり人力による抽出には堪えられなくなってしまうので、法律のみに対象を限定した。

11) <<https://elaws.e-gov.go.jp/>>。

12) 規定例の抽出にあたっては、大内伸哉教授から貴重な情報を得た。

13) 例外として、たとえば労働安全衛生法70条の2第1項に基づいて公表された「事業場における労働者の健康保持増進のための指針」は、「健康保持増進のための指針公示第1号」という形式がとられている。この形式は汎用性のあるものではなく、この指針を公示するためにのみ用いられているようである。累次の指針改正も同じ形式によっている。

14) 行政法の判例（最判平2.1.18後掲注15）や文献（宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論〔第7版〕』有斐閣（2020年）8～10頁）では、「法規」という言葉が用いられることがある。しかし、「法規」の概念は多義的であるため（参照、小早川光郎『行政法（上）』弘文堂（1999年）87～93頁・107～108頁）、本稿では「法源」と称する。「法源」という言葉は、〈法の存在根拠たる事実〉の意味で用いている。とはいえ、本稿の文脈では、告示が法源かという問いと、告示が法規かという問いとは、ほとんど同じことを問うていると考えてよい。なお、後掲注27）参照。

15) たとえば、労働基準法38条の3第1項1号の委任を受けて専門業務型裁量労働制の対象業務を定める労働基準法施行規則24条の2の2第2項6号は、「前各号のほか、厚生労働大臣の指定する業務」を挙げている。同号に基づいて定められた「労働基準法施行規則24条の2の2第2項6号の規定に基づき厚生労働大臣の指定する業務」（平成9年労働省告示7号）は、労働基準法からの再委任を受けた委任命令であり、法源の性格を有する（労働基準法施行規則24条の2の2第2項各号と相まって、専門業務型裁量労働制の対象業務を法的に特定する効力をもつ）。そのほか、判例における告示の法源性の肯定例として最判平2.1.18判タ719号72頁①事件（学習指導要領）、否定例として東京高判昭62.12.24行裁例集38巻12号1807頁（環境基準）。

(表1) 労働法分野における指針の例

整理番号	法律名	根拠規定	指針名	形式	策定手続
1-1	育児・介護休業法	28条	子の養育又は家族の介護を行い、又は行うこととなる労働者の職業生活と家庭生活との両立が図られるようにするために事業主が講ずべき措置等に関する指針	平成21年厚生労働省告示第509号	労政審の意見聴取（57条）
1-2	職業能力開発促進法	10条の2第3項	実習併用職業訓練の適切かつ有効な実施を図るため事業主が講ずべき措置に関する指針	平成18年厚生労働省告示第514号	
1-3		10条の5	労働者の職業生活設計に即した自発的な職業能力の開発及び向上を促進するために事業主が講ずる措置に関する指針	平成13年厚生労働省告示第296号	
1-4		12条の2第2項	労働者の熟練技能等の習得を促進するために事業主が講ずる措置に関する指針	平成18年厚生労働省告示第516号	
1-5	高齢者雇用安定法	6条1項	高齢者等職業安定対策基本方針	令和2年厚生労働省告示第350号	関係行政機関の長との協議 労政審の意見聴取 (6条3項)
1-6		9条3項	高齢者雇用確保措置の実施及び運用に関する指針	平成24年厚生労働省告示第560号	関係行政機関の長との協議 労政審の意見聴取 (9条4項、6条3項)
1-7		10条の2第4項	高齢者就業確保措置の実施及び運用に関する指針	令和2年厚生労働省告示第351号	
1-8	雇用機会均等法	10条1項	労働者に対する性別を理由とする差別的禁止等に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針	平成18年厚生労働省告示第614号	労政審の意見聴取（10条2項、4条4項）
1-9		11条4項	事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置等についての指針	平成18年厚生労働省告示第615号	労政審の意見聴取（11条5項、4条4項）
1-10		11条の3第3項	事業主が職場における妊娠、出産等に関する言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置等についての指針	平成28年厚生労働省告示第312号	労政審の意見聴取（11条の3第4項、4条4項）
1-11		13条2項	妊娠中及び出産後の女性労働者が保健指導又は健康診査に基づく指導事項を守ることができるようにするために事業主が講ずべき措置に関する指針	平成9年労働省告示第105号	労政審の意見聴取（13条3項、4条4項）
1-12		障害者差別解消法	11条1項	関係府省庁所管事業分野における障害を理由とする差別の解消の推進に関する対応指針	www8.cao.go.jp/shougai/suishin/sabekai/taioshishin.html
1-13	障害者雇用促進法	36条1項	障害者に対する差別の禁止に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針（障害者差別禁止指針）	平成27年厚生労働省告示第116号	労政審の意見聴取（36条2項、7条3項）
1-14		36条の5第1項	雇用の分野における障害者と障害者でない者との均等な機会若しくは待遇の確保又は障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善するために事業主が講ずべき措置に関する指針	平成27年厚生労働省告示第117号	労政審の意見聴取（36条の5第2項、7条3項）
1-15	職業安定法	48条	職業紹介事業者、求人者、労働者の募集を行う者、募集受託者、募集情報提供事業者を行う者、労働者供給事業者、労働者供給を受けようとする者等がその責務等に関して適切に対処するための指針	平成11年労働省告示第141号	

ている。

「厚生労働大臣は、第5条から第7条まで及び前条第1項から第3項までの規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するために必要な指針（次項において「指針」という。）を定めるものとする。」

この規定に引用された「第5条から第7条まで及び前条第1項から第3項までの規定」は、事業主に対し、性別を理由とする差別の禁止等の義務を課す規定である。定められるべき指針は「……に定める事項に関し、事業主が適切に対処するために必要な指針」とさ

れている。まず、「指針」という文言が、法的拘束力を伴わない行動準則を含意すると解される。次に、その内容は「事業主が適切に対処するために必要な」ものであり、「第5条から第7条まで及び前条第1項から第3項までの規定に定める事項」を具体化して明確にしつつ、事業主の行動を適切な方向へ教導することにあると解される。このような文言から、法的拘束力をもって私人の権利義務を規律する法規範の定立を委任する趣旨を読み取ることは無理であろう。

実際に策定された指針1-8は、文言の定

(続き) (表1) 労働法分野における指針の例

1-16	青少年雇用促進法	7条	青少年の雇用機会の確保及び職場への定着に関して事業主、特定地方公共団体、職業紹介事業者等その他の関係者が適切に対処するための指針	平成27年厚生労働省告示第406号	
1-17	パートタイム・有期雇用労働法	15条1項	事業主が講ずべき短時間労働者及び有期雇用労働者の雇用管理の改善等に関する措置等についての指針	平成19年厚生労働省告示第326号	労政審の意見聴取 実態考慮 (15条2項、5条3項・4項)
1-18			労働者派遣法	47条の12	
1-19	労働安全衛生法	28条1項	機能安全による機械等に係る安全確保に関する技術上の指針	平成28年厚生労働省告示第353号	
※労働安全衛生法には、このほかに、19条の2第2項、28条3項、28条の2第2項、45条3項、57条の3第3項、60条の2第2項、65条3項、66条の5第2項、66条の10第7項、70条の2第1項、71条の3第1項、104条3項し指針策定・公表の根拠規定が置かれているが、詳細は省略する。					
1-20	労働契約承継法	8条	分割会社及び承継会社等が講ずべき当該分割会社が締結している労働契約及び労働協約の承継に関する措置の適切な実施を図るための指針	平成12年労働省告示第127号	
1-21	労働時間等設定改善法	4条1項	労働時間等設定改善指針	平成20年厚生労働省告示第108号	関係行政機関の長との協議 都道府県知事の意見聴取 労政審の意見聴取 (4条2項)
1-22	労働施策総合推進法	8条	外国人労働者の雇用管理の改善等に関して事業主が適切に対処するための指針(外国人指針)	平成19年厚生労働省告示第276号	
1-23		30条の2第3項	事業主が職場における優越的な関係を背景とした言動に起因する問題に関して雇用管理上講ずべき措置等についての指針(パワーハラスメント指針)	令和2年厚生労働省告示第5号	労政審の意見聴取(30条の2第4項)
1-24	労働者派遣法	47条の12	派遣元事業主が講ずべき措置に関する指針	平成11年労働省告示第137号	
1-25			派遣先が講ずべき措置に関する指針	平成11年労働省告示第138号	
1-26			日雇派遣労働者の雇用の安定等を図るために派遣元事業主及び派遣先が講ずべき措置に関する指針	平成20年厚生労働省告示第36号	
任意型					
2-1	労働基準法	36条7項	労働基準法第36条第1項の協定で定める労働時間の延長及び休日の労働について留意すべき事項等に関する指針	平成30年厚生労働省告示第323号	
2-2		38条の4第3項	労働基準法第38条の4第1項の規定により同項第1号の業務に従事する労働者の適正な労働条件の確保を図るための指針	平成11年労働省告示第149号	労政審の意見聴取(38条の4第3項)
2-3		41条の2第3項、 38条の4第3項	労働基準法第41条の2第1項の規定により同項第1号の業務に従事する労働者の適正な労働条件の確保を図るための指針	平成31年厚生労働省告示第88号	労政審の意見聴取(41条の2第3項、38条の4第3項)
2-4	特許法	35条6項	特許法第35条第6項に基づく発明を奨励するための相当の金銭その他の経済上の利益について定める場合に考慮すべき使用者等と従業者等との間で行われる協議の状況等に関する指針	平成28年経済産業省告示第131号	

義や例示を含んでおり、事業主に課された義務の内容を解釈する参考とすることまでは排除されなからう。しかし、法規範の定立(立法)の委任がない以上、指針の内容はあくまでも行政機関の解釈を示すものであって、この指針には法源としての性格は認められないと解される。

指針1-8のほか、表1に掲げた指針の根拠規定はいずれも同じような規定ぶりであり(「事業主が講ずべき措置の適切かつ有効な実施を図るため必要な指針」といった文言を用いるものもある)、基本的に同じ解釈が妥当する。

2 指針の機能

指針が法源ではないとすれば、指針はどのような機能を果たしているか。

ア 労働法分野の指針は、それぞれの法律に定められた特定の事項に関し行政機関の解釈を示すものという点では、講学上の解釈基準に類似する機能を有する。「解釈基準とは、ある処分をする場合に取扱いが区々になることを防ぎ、行政の統一性を確保するために、上級行政機関が下級行政機関に対して発するところの、法令解釈の基準であって、通達という形式が用いられる」¹⁶⁾。労働法分野ではい

16) 塩野宏『行政法 I 行政法総論 [第6版]』有斐閣(2015年)114頁。

わゆる解釈例規（解釈通達）が解釈基準の典型である。解釈例規は、事実上のコンメンタールとして参照されることもあると推測されるが、形式的にはあくまでも都道府県労働局長等の行政機関が行政権限行使の拠り所とするための行政解釈を示した通達（行政組織の内部行為）である。それに対し、指針は通達ではなく告示であり、また私人である事業主の行動準則を示すものであるとすると、行政組織内部で法解釈を統一することを主眼とする解釈基準そのものではない。

また、指針が必ずしも行政機関が行政処分を行う場合を念頭に置いたものではないことにも注意を要する。とりわけ個別的労働関係の監督行政においては、安全衛生に関する事項を除けば、基本的に行政機関の行政処分権限は法定されていないからである¹⁷⁾。その代わりに、多くの指針については前記Ⅱ 1 で見たように、法定行政指導がセットで規定されている。そのような指針は、行政指導の内容となるべき事項を定めた行政指導指針の性質を有すると解される（行政手続法2条8号ニ）。したがって、これらの指針の策定にあたっては行政手続法39条以下の意見公募手続（パブリック・コメント手続）を経る必要がある。また、行政指導指針には公表義務がある（同法36条）が、労働法分野の指針についてはそれぞれの根拠規定において基本的に公表義務が課されており、実際に告示等で公示されているので、この点は問題にならないだろう。

イ しかし、労働法分野の指針を、行政指

導権限行使のための基準としてのみ理解するのは、やはりこれらの指針の本来の目的や機能をとらえそこなっているように思われる。とりわけ措置義務型の指針については、その根拠となる法律の規定が「事業主が適切に対処するために必要な指針」「事業主が講ずべき措置の適切かつ有効な実施を図るため必要な指針」などの表現を用いているように、これらの指針は事業主が負う法定の措置義務の内容を具体化し、事業主に対する行動準則を示すことに重要な意義が認められるからである。さらにいえば、事業主が負う措置義務は、通常の行政法上の義務のように行政機関あるいは公衆一般に対して負うものではなく、第一義的には事業主が雇用する労働者に対して負う義務である。現に、裁判所は、私人間（事業主・労働者間）の民事訴訟において、私人間の法律関係を規律するために指針を参照することがある。

以下では、措置義務型の指針に焦点を当てて、裁判における指針の参照と、私人（事業主）の行動準則としての指針の側面につき、さらに分析する。

Ⅳ 裁判における指針の参照

民事訴訟において指針が明示的に参照された例として、二つの事件を取り上げる。網羅的な調査はすることができなかったため、この二つ以外に参照例がないかどうかは定かではないが、法源ではない指針が裁判所に参照されることは珍しいと思われるところ、この

17) 事業主に対する監督処分の例は、労働基準法92条2項・96条の2第2項・96条の3・103条、労働安全衛生法98条～99条の3ぐらいしか見当たらない。ただし、調査権限は多く定められている。参照、興津・前掲注5）134～135頁。

なお、行政指導不服従事実の公表（前記Ⅱ 1）について、法律の根拠を必要とするという結論を導くために「行政処分に該当」する旨を指摘する文献（水町勇一郎『詳解 労働法〔第2版〕』東京大学出版会（2021年）109頁）があるが、公表の法的性質については行政法学においても見解が分かれており、一概にいうことはできない（水町・同頁注22に、塩野・前掲注（16）266頁以下が引用されているが、塩野はこの箇所では公表が処分にあたるとは明言していない。塩野・同書の第2版増補（2000年）までは「公表の取消訴訟の提起が認められる」（201頁）との記述があったが、第3版（2003年）で「公表に処分性が認められない限りは、通常の民事訴訟によることとなる」（213頁）という記述に改められた。水町が引く最新の第6版ではやや表現が異なっている）。しかも、公表に取消訴訟対象性という意味での処分性を認めうるとしても、公表はあくまでも事実行為であって法行為ではないから、ここにいう監督処分とは性質が異なる。公表の法律の根拠の要否は、公表が行政処分に当たるか否かとは独立に議論することができる（北村喜宣『行政法の実効性確保』有斐閣（2008年）第5章「行政指導不服従事実の公表」、土井翼「行政機関による公表に関する法的規律の批判的再検討」一橋法学19巻2号（2020年）119頁以下などを参照）。

二つは参照例として知られているものである¹⁸⁾。

1 下関セクハラ事件

ア 下関セクハラ事件の第1審判決¹⁹⁾および控訴審判決²⁰⁾は、従業員間のセクシュアル・ハラスメント（セクハラ）について、使用者自身の不法行為責任（民法709条）を肯定したものである。判決はいずれも、使用者が、セクハラ防止に関して職場における禁止事項を明確にし、これを周知徹底するための啓発活動を行うなど、適切な措置を講じる義務を負うことを認め、それを怠ったことを理由に使用者の不法行為責任を肯定した。判決は、当該義務の根拠づけに、セクハラ防止に係る事業主の責務を明示した雇用機会均等法の改正およびそれに基づく指針²¹⁾を援用している。

雇用機会均等法上の措置義務は、第一義的には事業主が公法上負う義務であり、労働者に対して私法上の請求権を直接付与するものではない²²⁾。しかし、不法行為責任を基礎づける行為義務は、取締規定に基づくものであってもかまわないという不法行為法の一般論²³⁾からすると、この文脈で雇用機会均等法に基づく措置義務が援用されるのはなんらおかしいことではない。また、取締規定の遵守が自動的に不法行為責任の成立を否定するも

のではない²⁴⁾とはいえ、法定の措置義務の遵守が、使用者の免責を根拠づける一要素として考慮されうること²⁵⁾も首肯できる。

イ 問題は、行政解釈を公示したにすぎない指針をこれと同列に扱うことができるかである。この点につき、第1審判決は次のように述べている。

「前記改正法や具体的指針が直ちに裁判規範としての性質を有するとはいえないが、公序の一翼を担うものとして、使用者に係る前記法的義務違反の判断に当たっては、当然に斟酌されると解すべきである。」

控訴審判決はこの一節を引用していないが、雇用機会均等法の改正法の施行と同日（平成11年4月1日）に指針が適用されるに至ったことを指摘し、「同日以降、使用者としては、セクシュアル・ハラスメント防止のための適切な措置を講じることがいっそう強く要請されるというべきである」と判示している。両判決に共通するのは、いずれも指針の内容を認定することなく²⁶⁾、したがって指針の内容が根拠法に照らして正当なものであるかどうかを審査することもなく、指針を不法行為責任の根拠として援用していることである。つまり、指針に、法令と同様の内容独立的な権威ないし通用力²⁷⁾を認めているように読める。

18) この二つの事件の所在については、大内伸哉教授のご教示を得た。

19) 山口地下関支判平16.2.24労働判例881号34頁。

20) 広島高判平16.9.2労働判例881号29頁。

21) 「事業主が職場における性的な言動に起因する問題に関して雇用管理上配慮すべき事項についての指針」（平成10年労働省告示第20号）。この指針はその後指針1-9により廃止されている。

22) 山川・前掲注4）188頁。

23) 窪田充見『不法行為法〔第2版〕』有斐閣（2018年）95～98頁。

24) 窪田・前掲注23）98頁。

25) 水町・前掲注17）282頁・287頁。これに対し、菅野和夫『労働法〔第12版〕』弘文堂（2019年）281頁は、「事業主は、指針に従った雇用管理上の対応を十分にしていれば使用者責任（民法715条）を免れることになる」と述べる。法定の措置義務ではなく指針に従ったことを免責事由とする点で、水町の見解とは異なる。

26) ただし、第1審判決は、平成11年4月1日をもって指針が改正雇用機会均等法とともに施行されたことを「公知の事実」として認定している。控訴審判決はこの部分を引用しておらず、平成11年4月1日に指針が「適用されるに至った」ことを証拠を示さずに述べている。

27) 内容独立的な権威ないし通用力とは、たとえば法律が、憲法およびその附属法令（国会法など）の定める手続に従って国会で議決され、法律という形式をとって制定されたことをもって、その内容のいかんを問わず、法として通用することをいう（興津征雄「正統性の構造分析——行政国家の正統性を手がかりに」(上)法律時報93巻1号（2021年）105頁以下、107頁）。法源と法源でないものを区別する一つの意義は、内容独立的な権威ないし通用力の有無にある。

しかし、指針が法源ではないことからすると、このような援用の仕方には違和感が残る。一般に法の解釈は司法権の専権事項であって、裁判所は行政機関の示した解釈を一顧だにせず、独自の立場で法解釈を示すことができる²⁸⁾。もっとも、裁判所は常に行政解釈を無視して更地から解釈を行わなければならないのかというと、必ずしもそうではない。解釈基準が定められている場合に、裁判所が解釈基準の内容が法の解釈として合理的であることを確認した上で、その解釈基準を前提に判断を行うことはありうる²⁹⁾。これは裁判所の法解釈が行政庁の法解釈と結論において一致したということだから、その結論に至る過程で解釈基準に示された行政庁の法解釈を手がかりとしたとしても、別におかしなことではない。しかし、このような場合でも、裁判所が行政解釈を盲信することは許されず、その内容の合理性は司法審査に服する³⁰⁾。いかえれば、行政解釈には内容独立的な権威は認められない³¹⁾。これは、指針が法律の根拠に基づいて策定され、また、多くの指針が告示という正規の形式により公示されるとしても、同じである（前記Ⅲ1）。

もちろん、両判決とも、指針が法令とは異なることは意識していると見られる。第1審判決は上記のとおり「直ちに裁判規範としての性質を有するとはいえない」としているし³²⁾、控訴審判決も「いっそう強く要請される」と述べるにとどまり、指針によって事業

主に直接に義務が課されるときまでは言っていない。また、両判決とも、使用者の義務違反の判断は、具体的事実即して当該被害を防止しうるのに十分であったかという観点から行われており、使用者が指針に従った措置を一般的にとっていただこうかという観点から行われているわけではない。その点では、指針の援用は象徴的なものにとどまるということもできる。

2 広島中央保健生活協同組合事件

ア 広島中央保健生活協同組合事件の上告審判決³³⁾は、いわゆるマタニティ・ハラシメント（マタハラ）による事業主の責任について判示する際に、指針1-8を参照したものである³⁴⁾。雇用機会均等法9条3項は、妊娠・出産に関する事由を理由として女性労働者に対し「解雇その他不利益な取扱い」をすることを禁止している。本件では、妊娠を理由に労働基準法65条3項の軽易な業務への転換を請求した労働者が、転換に際してそれまで就いていた副主任の職位を免ぜられ、育児休業の終了後も副主任に復帰できなかったことから、副主任を免じた措置が雇用機会均等法9条3項に違反するなど主張して、事業主に対し損害賠償請求をした。

判決は、雇用機会均等法9条3項が強行規定であり、それに違反する「解雇その他不利益な取扱い」は違法であり無効であるとする。そして、「女性労働者につき妊娠中の軽

28) 塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法〔第6版〕』有斐閣（2019年）167頁。

29) 東京地判平28.6.17判時2346号20頁。

30) 大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論〔第4版〕』有斐閣（2019年）144頁、同「行政法判例の現状と課題」法曹時報75巻1号（2023年）1頁以下、13頁注17。

31) 菅野・前掲注25) 275頁は、指針は「専門的行政機関が専門家の研究会の検討と関係審議会の審議を経て提示したものであり、客観的に妥当な法解釈として裁判所によって是認される可能性が大きい」と述べる。しかし、これも、指針に内容独立的な権威を認める趣旨ではなく、指針がしかるべき手続を経て策定されたものである以上、司法審査において指針の客観的妥当性が認められる「可能性が大きい」という予測を述べたにとどまりと解される。ただし、後掲注48)に対応する本文をも参照。

32) とはいえ、第1審判決が雇用機会均等法（改正法）もまとめて裁判規範性を否定するかのようには言うのは、疑問である。雇用機会均等法により課された義務は法的義務であり、前述のとおり私法上の請求権を直接根拠づけるわけではないとしても、それは裁判規範性の否定にはつながらないからである。第1審判決は、ほかにも雇用機会均等法と指針をまとめて「諸法規」と呼ぶなど、法源である雇用機会均等法と法源ではない指針の性質の違いに鈍感であるような印象を受ける。

33) 最判平26.10.23民集68巻8号1270頁。

34) この判決の櫻井龍子補足意見においては、育児休業の終了後に副主任の地位に復帰させなかった措置につき、指針1-1の前身である平成16年厚生労働省告示第460号が参照されている。しかし、本稿ではこの点の検討は省略する。

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、原則として同項の禁止する取扱いに当たるものと解される」とした上で、例外事由として「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」こと、または、「上記措置につき同項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情が存在する」ことを挙げ、それぞれの判断に際して考慮されるべき要素を詳細に示した。

イ その上で、指針1-8につき、次のように判示した。

「均等法10条に基づいて定められた告示である「労働者に対する性別を理由とする差別の禁止等に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針」（平成18年厚生労働省告示第614号）第4の3（2）が、同法9条3項の禁止する取扱いに当たり得るものの例示として降格させることなどを定めているのも、上記のような趣旨によるものということができる。」

この判決における指針の援用は周到である。というのも、最高裁は、雇用機会均等法9条3項の解釈を、まずは指針を参照せずに示した上で、指針の内容が最高裁の示した解釈と同旨であるとして指針を参照しているからである。法の解釈は司法権の専権事項であって、裁判所は行政解釈に拘束されるものではないが、行政解釈が合理的であり裁判所の法解釈に一致する限りにおいて援用しようという基本に忠実な参照の仕方である。

しかし、この判決がどのような趣旨で指針

を援用したかには、不分明な点が残る。判決は、上記のとおり、指針が雇用機会均等法9条3項の禁止する取扱いの例示として降格を挙げていることを指摘するにとどまるが、降格が典型的に「解雇その他不利益な取扱い」に当たるかどうかは本件で争われていたわけではなく、その解釈を補強するためにわざわざ指針を持ち出す必要があったとは思えないからである。それ以上に指針から読み取れるのは、せいぜい、雇用機会均等法9条3項に定める事由を理由として降格措置をとれば、原則として同項違反となるということまでであろう。判決が詳細な考慮要素とともに挙げる例外事由が指針に明記されているわけではない。つまり、指針に言及したところで、本判決の解釈を補強する意味はほとんどなかったと考えられる。

ウ 最高裁が指針に言及した上記判示部分は、本判決の評釈類における「判旨」欄ではことごとくオミットされており、労働法学においては必ずしも注目されていないようである³⁵⁾。たしかに、最高裁としても指針の参照に深い意味を込めたわけではなく、指針があったのでひとこと挨拶しただけかもしれない。それでも、最高裁がわざわざ指針に言及した理由があるとすれば、それは何かを推測してみたい。

指針は、調査官解説において特段の留保なく引用されている³⁶⁾ように、実務・学説において頻繁に参照されている。それに対し、雇用機会均等法については指針とは別に解釈通達³⁷⁾が存在していたが、判決も調査官解説も、解釈通達にはまったく言及していない³⁸⁾。そうすると、指針は、いかに行政解釈とはい

35) 本判決の評釈である長谷川珠子・法学教室413号（2015年）35頁以下、40頁は、雇用機会均等法9条3項の「理由として」の解釈について、本判決が、従来の学説が主張している主観的要素説ではなく、指針1-8において示されていた客観的因果関係説をとったと理解し、「最高裁はこの規定〔指針1-8の該当箇所を指す〕を合理的と捉え、指針を尊重した判断を行ったものといえる」と述べる。ただし、長谷川も上記判示部分に即してこのことを論証しているわけではない。本判決がいずれの説をとったものかは労働法学の議論に委ねるが（長谷川に反対するものとして、たとえば水町勇一郎・ジュリスト1477号（2015年）103頁以下、106頁）、少なくとも本判決のテキストによる限り、最高裁はあくまでも指針が自らの解釈に合致すると述べているだけであって、指針を「尊重した」とまで見るのはいささか読み込みすぎのように思われる。

36) 市原義孝・最高裁判所判例解説民事篇平成26年度425頁以下、432～434頁。

37) 厚生労働省雇用均等・児童家庭局長発、各都道府県労働局長あて「改正雇用分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律の施行について」（平成18年10月11日、雇児発第1011002号）。

38) ただし、調査官解説には、労働基準法の解釈通達には言及がある。市原・前掲注36）439頁注4および対応する本文。

え、単なる解釈通達以上の重みがあるものとして扱われているようである。そのような状況を前提にすると、最高裁は、指針を自らの解釈の積極的な補強に使うというよりは、むしろ、判決と指針の関係を説明するために指針に言及したのではないかと考えられる。つまり、判決は自己の立場が指針と軌を一にするものであることを明示することによって、以後判決の示した解釈を採り込んだ形で指針の運用が行われるべきことを暗に要請したとはいえないだろうか。指針が事業主の行動準則（行為規範）を示したものであるのに対し、本判決が判示したのは使用者による人事権（配転命令権）の行使が無効となるための基準（評価規範）であるから、論理的には両者が一致しなければならない必然性はない。しかし、最高裁は指針が判決と同趣旨である旨を述べることで、事業主の行為規範としても、判決が示した例外事由が存在しなければ降格等の措置を行うべきではない旨を明示したというのが本稿の推測である。なお、解釈通達は、本判決後に一部改正されている³⁹⁾。

V 私人の行動準則としての指針

1 指針の正統性

裁判における内容独立的権威までは認められないとしても、指針は策定され公表されることにより、私人（事業主）に対する行動準則として機能する。もちろん事業主が負う措置義務の根拠はそれぞれの根拠法（法律）にあるが、どのような措置を実施すれば義務を履行したことになるかは指針によってはじめて具体的に示される部分が多い。これにより、指針は私人に対する行動準則としての（事実上の）権威をもって通用することになる。以下では、この権威について、正統性と

いう概念を使って分析する。

正統性とは、端的にいえば権威の正当化根拠である⁴⁰⁾。指針が当事者の行動準則として権威をもっている（守らなければならないものとして当事者に受け入れられている）とき、指針がそれにふさわしい資格要件（一定の主体・機関により策定されたものだからとか、一定の手続を経て策定されたものだからとか）を備えているかどうかを問う概念が正統性である。指針が裁判外で通用する現象は事実上のものだから、指針が正統性を欠いていたとしてもその状態が直ちに違法と評価されるわけではないが、正統性を満たすためにはどのような仕組みが必要かを問うことで、制度改正や立法提案に向けた視点を提供することができる。

以下、行政機関による私人間の法律関係への介入の正統性と、指針を策定する手続の正統性に分けて検討する。

2 行政機関による私人間の法律関係への介入

ア 指針の根拠となる法律が事業者に課す措置義務は、その多くが、事業主と労働者との間の個別的労働関係（契約関係）に関するものである。伝統的には、個別的労働関係に関する行政規制は、安全・衛生など労働者の生命や健康の保護に関する事項を除くと、契約関係に対する刑罰や行政処分による介入は控ええられる傾向にあった⁴¹⁾。行政法上も、「市民的法治国原理のコロラリーとしての民事不介入の原則」⁴²⁾が語られることがあり、私人間の法律関係に対する行政の関与は謙抑的であるべきと考えられてきた。こうしたことからすると、行政機関が指針という形で労働契約の内容にまで踏み込んで規制を行うことは、正統性を欠くようにも思える。

イ しかし、このような見方は、次の二つ

39) 厚生労働省雇用均等・児童家庭局長発、各都道府県労働局長あて「改正雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律の施行について」及び「育児休業・介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律の施行について」の一部改正について（平成27年1月23日、雇発第0123第1号）。調査官解説はこの改正には言及している（市原・前掲注36）438～439頁。

40) 正確な定義は、興津・前掲注27）106頁参照。

41) 参照、興津・前掲注5）135頁。

42) 塩野・前掲注28）57頁。

の理由から失当である。

第一に、個別的労働関係に関する措置義務のほとんどは、エンフォースメントの手段として罰則や行政処分権限を伴うわけではなく、あくまでも行政指導と、せいぜい行政指導不服従事実の公表にとどまっている。その点では、上述の個別的労働関係に関する行政規制の傾向に反するものではない。

第二に、民事不介入の原則が、現代の行政法学において一般に支持されているわけではない。最近の研究は、かつて「警察権の限界」の標目の下に説かれた「警察公共の原則」の派生物としての「民事不介入の原則」の理論的根拠を問い直し、また射程を厳格に画定しようとしている⁴³⁾。少なくとも立法で根拠を設けて労働関係を規制することが、民事不介入の原則により許されないとする根拠はない。労働法における行政機関の関与としては、従来は団体的労使関係における労働委員会の役割に注目が集まってきたが、近年になって個別的労働関係においても都道府県労働局が個別労働紛争の処理を担うようになってきている⁴⁴⁾。このことは、使用者・労働者関係においても行政機関に期待される役割が増大していることの現われであろう。

このような状況にかんがみれば、行政機関が事業主（私人）に対する行動準則を示すことは、まさに個別的労働関係において行政機関に求められる役割の一つであるように思われる。事業主が負う措置義務に関する法律の規定は、多くの場合には抽象的で、事業主としては具体的にどのような対応をすれば措置義務を果たしたことになるかが明らかではない。また、措置義務の内容についての理解が労働者と異なれば、事業主が必要な対応をとったかどうかで対立が生じ、紛争へと発展することもあるだろう。そうした場合に、いちいち裁判所の判断を仰がなければならないの

は、当事者にとっても裁判所にとっても負担である。しかし、行政機関が行動準則を示すことにより事業主に一定の対応をとるよう方向づけ、労働者に対して事業主の責任追及の日安を示すことで、労働者の権利侵害や紛争を未然に防止することができる。これが指針の重要な機能であり、私人に対する権威を基礎づける正統性である。

3 指針策定の手続

ア 指針が正統性をもつには、指針が当事者の遵守に値するものでなくてはならない。指針がたとえば行政機関や特定の利害関係者の恣意により策定されたものである場合には、指針はこの意味での正統性を欠き、当事者に遵守を要請する根拠も失われるであろう。しかし、指針の内容は司法審査に服するから、その内容が法解釈として正しいか否かは、裁判になってみないとわからない。前記1および2で述べたとおり、指針は裁判外（裁判前）で当事者の行動準則を示すところに意味があるから、指針の内容が法解釈として正しいことをこの意味での正統性として要求することはできない。そこで、前もって指針の公正妥当を担保し、行政機関や特定の利害関係者の恣意を排除する仕組みとして、指針策定の手続が意味をもってくる。これを手続による正統化ということが出来る。

イ 指針策定の手続には2種類のものがある。

一つは、労政審の意見聴取手続であり、指針の根拠となる多くの法律において定められている（表1参照）。労政審は、厚生労働省設置法6条1項により設置された厚生労働省の審議会（国家行政組織法8条）であり、厚生労働省設置法8条1項により、厚生労働大臣等の諮問に応じて、労働政策に関する重要事項の調査審議を行う。労政審は、国際労働

43) 大橋洋一「『民事不介入』の観念と行政型ADR」[2005年]『都市空間制御の法理論』有斐閣（2008年）238頁以下、米田雅宏『「警察権の限界」論の再定位』有斐閣（2019年）129頁以下。

44) 菅野・前掲注25) 1073頁以下。さらに、地方自治法180条の2により都道府県知事の委任を受けて、都道府県労働委員会も個別労働紛争解決の促進のために相談・あっせんなどを行うことができる（個別労働関係紛争解決促進法20条3項参照）。現在、東京・兵庫・福岡を除く44道府県で労働委員会によるあっせんが行われている（菅野・前掲注25) 1098～1101頁）。

機関（ILO）諸条約に定められた公益代表・労働者代表・使用者代表の三者協議を実現する場として、公労使三者構成の原則により各代表委員が選任される（労働政策審議会令3条）。つまり、労政審はいわゆる利益代表審議会であり、利害関係者による利害調整のプロセスを経ることで、利害関係者との関係での正統性を調達する仕組みである⁴⁵⁾。

もう一つは、行政手続法による意見公募手続であり、指針が行政手続法上の行政指導指針や（労働法分野では多くないと思われるが）処分基準・審査基準に該当する場合に行われる。これらに該当しなくても、行政手続法によらない任意の手続として実施されることもある。意見公募手続は、「広く一般の意見を求め」（行政手続法39条1項）、行政機関がそれを「十分に考慮」（42条）し、その結果を公示（43条1項）する手続である。労政審のような利益代表審議会による利害調整のプロセスとは対極的に、利害関係の有無にとらわれず一般公衆の批判にさらし、特殊利益から距離をとることで一般公衆（一般公益）との関係での正統化を図る仕組みである。

このように、両者は正統化のタイプ・構造が異なるため、適切に使い分け、また組み合わせることが望ましい。たとえば、行政手続法39条4項4号は、利益代表審議会の審議を経て定められる命令等を意見公募手続の対象から除外しており、同号の委任を受けた行政手続法施行令4条1項9号は除外対象として雇用機会均等法に基づいて定められる指針（1-8～1-11）を挙げている。しかし、雇用機会均等法に基づいて定められる指針は、個人的人格的利益にかかわり、その影響は必ずしも労働者・使用者という特定の利害関係者のセクターのみに限定されるものではないこ

とからすると⁴⁶⁾、一般公衆の意見を反映させる意見公募手続をも併用することが望ましいだろう。実際には、労政審の意見聴取を経る場合でも、行政手続法に基づかない任意の意見募集があわせて実施されることも多く⁴⁷⁾、積極的に評価できる。

ウ さらに、指針が専門的行政機関により、専門家の関与を経て策定されることが、正統性を基礎づけるものとして援用されることがある⁴⁸⁾。たしかに、指針の原案を作成する厚生労働省の所管部局は、労働法制や労働政策について実践知を有しているとはいえる。また、所管部局が開催するインフォーマルないしアドホックな研究会等を通じて労働法や労働政策の専門家の意見を聴取することもあるだろう。

しかし、指針の策定に際しては労政審以外に専門家が関与する場が制度的に確保されているわけではない。インフォーマルないしアドホックな研究会等も、その設置やメンバーとなる専門家の選任基準・手続等に法令上の根拠があることは稀であろう。つまり、選ばれる専門家の識見や中立性を評価し保証する仕組み（いわばメタ手続）が存在しないところでは、行政機関が自らの見解にお墨付きを与えてくれるような「専門家」をその恣意により選定するおそれを排除することができないので⁴⁹⁾、単に専門家（と称される人）が関与したというだけでは、策定される指針の正統性を担保することはできないと思われる。同じ理由で、行政機関自身が有する（と主張する）専門性も、それ単独では正統性を基礎づけないだろう。

45) 興津征雄「行政過程の正統性と民主主義——参加・責任・利益」小早川光郎先生古稀記念『現代行政法の構造と展開』有斐閣（2016年）325頁以下、344頁。

46) 公共的決定の影響範囲の画定が理論的に困難な課題であることについては、興津征雄「正統性の構造分析——行政国家の正統性を手がかりに」（下）法律時報93巻2号（2021年）115頁以下、117～118頁。

47) e-Gov パブリック・コメント <<https://public-comment.e-gov.go.jp/>> →案件一覧→過去案件から検索可能。

48) 菅野・前掲注31）引用箇所。

49) ただし、研究会等の会議を公開にしたり、会議録を公表したりして、人々の批判にさらすことで、このおそれは多少払拭できるかもしれない。しかし、その場合に正統性を基礎づけるのは、専門家の関与ではなく、検討プロセスの公開であるように思われる。

VI おわりに

従来、行政機関が策定する規範その他の文書に行政法学が注目してきたのは、あくまでも行政活動（行政権限の行使）の基準としての側面であった。本稿で取り上げた労働法分野の指針は、私人の行動準則としての性格が強いこと、法律の根拠があること、告示の形式をもって公表されることなどの点において、従来の行政法学における行為形式のカタログにはピッタリと収まらないように思われる。しかし、指針は、労働法以外の分野でも用いられるようになっている⁵⁰⁾。今後は他分野の素材についてもあわせて分析を進め、指針が行政手法としてどのような特質を備えているのか、どのような行政分野においてどのような目的で用いられるのかなどを理論的に解明することが、行政法学と他法分野とが協働して取り組むべき課題となろう。

50) 前掲注3) 参照。