

## 巻頭言

### 鱗

佐藤 敬二(法学部教授)

2023年度の衣笠社会法學は、社会法演習四回生の論文を収録しています。今年度は6人の受講生が6本の論文を執筆しました。論文集の表題は「鱗」としました。鱗とは、言うまでもなく魚の鱗です。鱗の一枚一枚は異なった形をしています。また、魚をさばく際にはまず鱗を落とす作業から始めるように、魚を食べる際には邪魔もののように扱われます。しかし、鱗がないと、魚は生存できません。その意味で、一枚一枚は異なった形をしている鱗が集まって魚を成立させているともいえます。これは、人間と社会の関係とも同じではないでしょうか。人間は一人ひとり異なっています。よく「少数者」という言い方をします。しかしすべての点で「多数派」の人はおそらく皆無でしょう。これは当然であって、一人ひとりが異なっているからです。異なった個性をもった人が集まって社会を構成しています。この視点で社会を捉えるべきではないか、との思いをもって、本論文集のタイトルを「鱗」としました。

もちろん、すべての人が何らかの「少数者」であることに伴う困難を持っていますので、その困難への解決策を考えることは必要です。本論文集の各論文もその検討を行っています。しかし他方で、異なる個性を持っているとしても、すべてが「鱗」と観念できるように、「人間」という点では共通です。「少数者」としての特殊性に目を奪われすぎて、人間としての共通性を忘れてしまっただけではありません。この両面を認識したうえでの法解釈、本演習では社会法の法解釈ですが、を行うことが必要となります。本論文集の各論文の検討にあたって、この点を意識して議論してきました。

以下で収録論文を簡単に紹介します。小嶋優花子「プロ e スポーツ選手の労働環境」は、今、盛り上がっている e-sports のプロ選手の労働問題を取り扱っています。プロ選手にかかわっては、2000年前後からプロ野球選手の労働関係が議論になり徐々に明確化されるようになっていきますし、2020年前後からは芸能人の前近代的な非契約的な関係が問題となり契約関係の明確化が進んでいます。しかし、e-sports のプロ選手については、まだ走り出したばかりであり、権利義務関係については曖昧なままになっています。労働法的な側面以外の諸点も含めて、法的な問題点は多岐にわたりますが、この論文ではその中で、未成年者の問題を取り扱っています。e-sports はとりわけ瞬発力が求められることなどから

比較的若年者が選手として活躍しており、未成年者も多く中には義務教育年齢の者もいます。未成年の場合に、権利主張がしづらいこと、e-sports が趣味の延長のように受け止められていること、などが、とりわけ労働時間の管理についてはほとんどなされていない状態です。労働基準法は、義務教育年齢の者は義務教育を受けることを優先し、働けるのはその後で法律上の上限規制までと考えています。e-sports 選手といえ他の者と同様に、義務教育を受けることは大切であり、労働基準法の考え方は守られるべきです。しかし、e-sports の場合、試合などの場合には一定時間の拘束を受けることが必要ですが、それ以外の時間は個人練習であることも多いのです。とすると、週 40 時間・1 日 8 時間という枠内で義務教育年齢の者が働ける時間を考えるのではなく、年間で考えるべきこと、学校のカリキュラムとの齟齬は補修なり自主学习で補うべきことを主張しています。

**末永颯「」**は、「性同一性障害者の性別の取り扱いの特例に関する法律」が、性別変更のために必要とされる「現に未成年の子がいないこと」(同法 3 条 1 項 3 号)の要件は、憲法違反であると論じています。上記法律は、性別変更が認められる要件として、20 歳以上であること (1 号)、現に婚姻をしていないこと (2 号)、現に未成年の子がいないこと (3 号)、生殖腺がないこと又は生殖腺の機能を永続的に欠く状態にあること(4 号)、その身体について他の性別に係る身体の性器に係る部分に近似する外観を備えていること (5 号) を挙げています。昨年 10 月に最高裁は、この第 4 号のいわゆる「生殖不能要件」を憲法違反と判断しました。しかしそもそも同法が、性同一性障害を、単に生物学的な性別とは異なる心理的性別を持つものといだけではなく、「自己を身体的及び社会的に他の性別に適合させようとする意思を有する者」(同法 2 条)であると捉えていることが問題です。昨年 7 月に最高裁は、経産省事件において、高裁判決を取り消し、トランスジェンダーの職員に対して自認する性でのトイレ使用を認めました。この場合も、本人の健康上の理由から性別適合手術は受けていないものの、ホルモン治療は受けていることが前提でした。性自認についての社会的認識が進むことことが必要です。

**隅田朱音「不法就労を理由に外国人労働者を解雇することは認められるか」**は、不法就労とは、あくまで入管法上の滞在資格・期間に違反しているという行政取締法規違反にすぎないものであるにもかかわらず、不法就労助長罪という雇用主への刑罰法規が設けられたことから、その刑罰を免れるために雇用主が「不法」就労の外国人を解雇することできるという主張がされていますが、そのような見解に異議を呈しています。日本人が行政取締法規、たとえば道路交通法に違反したとして、それのみを理由として雇用主が労働者を

解雇することは認められません。それにもかかわらず、外国人のみその解雇を認めるとい  
うのはいかにも奇異です。また、それを認めることで解雇を正当とする事由の範囲が拡大  
され、それは解雇規制の立法時の衆参両院の付帯決議に反するとともに、労働者の雇用上  
の地位を不安定化するものです。隅田論文は、外国人を特別扱いするのではなく、日本人と  
同じように扱うべきであると主張しており、不法就労を理由とする解雇はできないと論じ  
ています。ただし、日本人も、たとえば道路交通法違反を犯すことで、企業秩序を乱すこ  
とになれば懲戒解雇ができ、留置や収監されることで勤務できない場合には不就労として  
懲戒処分ができますので、不法就労外国人も、たとえば本国へ送還などされれば不就労に  
なり、それに伴う懲戒解雇ばてきる、と解するべきだと主張しています。

**丸岡凌「厩務員の仕事管理と労務管理の在り方」**は、厩務員の労務管理、とりわけ労働  
時間管理の在り方を検討しています。厩務員は形式的には調教師に雇われているのです  
が、その労働条件については、調教師会、馬主、日本競馬会との関係を抜きには考えられ  
ません。また、競走馬を相手にしているため、ある意味で1年365日、毎日24時間、働  
いているともいえる働き方をしています。厩務員の労働時間は、確かに特殊ではありますが、  
たとえば研究職にある者も1年365日、毎日24時間仕事をしているとも言え、この  
ような勤務形態の者は、厩務員のみでなく他にも存在していると言えます。そこで丸岡論  
文は、労働基準法の規制をベースとして、厩務員に適した労働時間管理の在り方を提案し  
ています。そこでは、レースなどの時期は長時間労働にならざるを得ないために、年間を  
通じた労働時間管理であるべきであり、平常時の競走馬のケアについては、監視労働の側  
面も大きいと、労働基準法は監視労働を適用除外としていることもあるので、すべての  
ケアを労働時間とカウントするのではなく、必須業務と監視労働と合わせて一日の労働時  
間(もちろん、レース時の労働時間も考慮して、年間総労働時間が労基法の原則に合致す  
るように設定することが必要だが)を設定する、という方式を提案しています。

**網分皓介「過労死の新認定基準の検討」**は、過労死の認定基準については1990年代よ  
り盛んに議論され、認定基準は不十分ながら徐々に改善され、過労自殺についても認識さ  
れ認定基準が設定されることで、精神障害による労災認定件数が激増している中、本人の  
働きすぎ(あるいは、働かされすぎ)というよりも、上司からのパワハラによって自死に至  
る場合の検討が遅れているのではないかと問題提起をしています。パワハラ防止法(労働  
施策総合推進法第9章)の全面施行に伴って、厚生労働省も、2023年9月「心理的負荷  
による精神障害の労災認定基準」を改定し、パワハラによる心理的負荷の問題が取り入れ

られるようになりました。しかし、前提となっているパワハラ「6類型」と言われているものがそもそも狭い内容に過ぎない問題があります。詳説は避けませんが、パワハラ3要件全てをみることが求められ、その要件も狭いものであり、対象も職場の雇用する労働者に限定され、それも平均的な労働者によって判断され、実害の発生を要件としている、性的少数者についてもILO勧告では「脆弱なグループ」とされていることに比しても対象が狭い、などがあげられます。さらに、パワハラ認定上の問題に限らず、パワハラから自死に至る職場のメカニズムの分析と対策がなければ、本人が弱かったという事業主の弁明を認めることになってしまいます。

**吉澄友雅「育児休業を取得した労働者の代替労働者を雇用した事業主の責任」**は、育児休業を取得した労働者が育児休業から復帰した場合、以前の職に代替者が在籍しており、他の同等の職も存在しない場合に、原職復帰できないのが、という問題について、育児休業者が復帰することが分かっているにもかかわらず恒常的な代替者を職に入れることで原職復帰できなくしてあるのであるから事業主に責任があり、負担は事業主が負うべきであると論じています。広島中央保健生協病院事件において2015年に最高裁は、原職復帰できなかったことにつき、高裁が本人の同意があったと判断したことを否定し、男女雇用機会均等法違反として、損害賠償請求を認めました。しかし、金銭賠償にとどまらず、原職に代替者が入職していた場合の、育児休業取得者の原職の保障については問題が残ったままです。吉澄論文は、事業主の責任と考えるのですが、具体的には、男女雇用機会均等法並びに育児介護休業法によって事業主は原職復帰させる義務を負うとともに、原職復帰させることが可能となるような人事を行う義務を負うと考え、それに反した場合には、一時的には同じ職に二名(代替者と原職復帰者)が就くこととなり(もちろん給与や手当などは通常通りに支払う形で)、適切な時期に人事異動を行ってそれを解消する、ことが求められる、と考えています。

以上で簡単に紹介した各論文は、まだまだ検討の緒についたばかりのものであることも事実ですが、引き続いて議論を展開するためにも、現時点での到達点を論文集の形にまとめておくことが必要でした。しかし、多少なりとも自らの論文を公開するとなると、著作権侵害しないことを始めとして、論文執筆のための基本ルールを守ることが必須となります。その第一歩は、自らの見解と他人の見解を自覚的に区別していくことです。本社会法演習で扱っている問題は、先行業績がほとんどあるいはまったくない領域でのものですから、自らの見解を作っていくことがたいへんでしたが、逆に言えば他人の見解との区別と

いう点では誤りをおかす可能性が低いともいえます。しかし、それ以外の部分では、他人の文献を書き写して、あるいはつまみ食いして、レポートとしてまとめるという高校以来の誤ったレポート作成の方法からなかなか抜け出せないのも学生の現状です。逆に、まったくの思い付きの文章を論文と勘違いする者もいます。これらについては繰り返し指導してきましたので、最低限の力量は身につけているのではないかと思います。

本論文集に掲載した各論文の評価は、お読みいただいた皆様に委ねたいと思います。しかし仮に、このような考え方もあり得るのではないか、ということの問題提起としての意味があり、学問的な議論が進むことに寄与できれば望外のよろこびです。また、執筆者は今年度で卒業して大学から離れる者をはじめ、様々な次の道へとすすみますが、問題意識を持ち続けて、今後に生かしてくれることを期待しています。