

第11版補正版 はしがき

2016年2月の第11版上梓以降も、現政権下の活発な労働政策が継続し、立法に結実している。同年3月成立の雇用保険法等の一部を改正する法律などによって、雇用保険法、育児介護休業法、高齢者雇用安定法、男女雇用機会均等法、等が改正され、雇用保険料率の引下げ、65歳以降の高齢者への雇用保険法の適用拡大、育児・介護に対する雇用関係上の支援措置の拡充、等々が行われた。また、同年11月には入管法の改正と外国人技能実習法の制定が行われた。本補正では、頁数変動をできるだけ避けつつ、これらの法改正に対応した。

2016年12月26日

菅野 和夫

第11版 はしがき

第10版上梓後の新自公政権の3年間は、労働政策が経済成長戦略の重要な柱として活発に行われた。かくして、従来からの「全員参加型社会」、「ワーク・ライフ・バランス」、「成長力底上げ」に加えて、「失業なき労働移動」、「女性活躍推進」、「働き方改革」、「一億総活躍社会」などの新しい標語のもと、労働関連立法のラッシュとなった。有期労働契約（無期転換ルール）の特例措置立法、パートタイム労働法・労働者派遣法の大改正、非正規労働者待遇確保法の制定、労働安全衛生法の改正、過労死等防止対策推進法の制定、障害者雇用促進法の大改正、女性活躍推進法・青少年雇用促進法の制定、次世代育成支援対策推進法の時限延長、雇用保険法・職業能力開発促進法の改正、等々である。また、労働基準法（労働時間法制）の改正案と外国人技能実習制度法案が昨年の通常国会に提出されて、継続審議中である。今回の改訂では、まずもって、これら多数の立法の動きを本書の体系にはめ込んで、その内容と法的論点を解説した。その他、本書の全般にわたり、雇用社会の変化を反映した判例・裁判例の発展をフォローすること、そして学説の営みにも可能な限り目配りをすることに努めた。

今回の改訂では、以上の updating に努めたほか、自分として不十分と感じてきた分

野の記述の充実に努力した。まずは、第10版出版後に勤務している(独)労働政策研究・研修機構(JILPT)での知見のおかげで、近年、新制度・新施策が蓄積している「第2編 労働市場の法」の分野について、内容を再構成して大幅な加筆をすることができた。また、有期労働契約、労働安全衛生、労災補償、解雇などについても、今日の問題状況に即した法的論点の加筆に努めた。以上の結果、1200頁近くの大部になったので、索引や相互リファアの充実に努めた。

今回の改訂についても、多くの方々の助力を得た。特に、厚生労働省、JILPT、中央労働委員会の方々には様々なお世話をいただいた。また、今回は1年半を超える長丁場の改訂作業となり、弘文堂編集部の清水千香さんには格段のご苦勞をおかけした。これらの方々には心からの御礼を申し上げる。

2016年1月20日

菅野 和夫

はしがき〔初版〕

さる6月に閉会した第102国会における男女雇用機会均等法、労働者派遣法、職業能力開発促進法の成立に示されるように、労働法は、社会経済の変動のなかで立法の変革期に入っている。この労働立法の変革は、最近十数年間における立法・行政・判例の新たな取組みの延長線上にあるものであり、それら取組みによっては処理しきれなくなった問題への対処を開始したものと見ることができる。このように労働法は、ここ数十年間に多くの素材や問題を注入されて大きく変容し、かつ現在も変容中であるといえる。現時点の労働法を、いわゆる労働三法を中心とする戦後の労働法と比較すれば、その変貌ぶりはいっそう明らかとなる。

本書は、近年の変化のなかで形成されてきた労働法の新しい姿を体系化し、そのなかで個々の解釈問題を相互に関連づけて検討することを目的としている。そこで私としては、この数十年間に労働法の領域に加わった諸々の立法を位置づけつつ、その内容を明らかにすること、労働法の多くの箇所にちりばめられるにいたった最高裁判例について、そのエッセンスを示しつつ論評を加えること、近年の労働関係の変化に対応して生じてきた新たな解釈的論点を整理し検討することなどを心がけた。また、実体法的な解釈問題ばかりでなく、手続法的な問題や制度の技術的内容にも意を用いた。結果として本書は、膨張した労働法の姿を示すものとなったが、それでも公共部門労働法その他の特別労働法までは取り扱うことができなかった。

このような拙い書も、刊行までには多数の方々から助力をいただいている。まず、私

第1編 総論

第1章 労働法の意義と沿革

1. 「労働法」の意義と体系

わが国で今日「労働法」と呼ばれている専門的法分野は、1つの定義として、「労働市場、個別的労働関係および団体的労使関係に関する法規整の総体をいう」と把握しておくことができよう。この定義のうち、「労働市場」とは、労働力の需要・供給の調整をめぐる社会的な仕組みであり、「個別的労働関係」とは、個々の労働者と使用者との間の、労働契約の締結、展開、終了をめぐる関係であり、「団体的労使関係」とは、労働者の利益を代表する団体の組織・運営およびこの団体と使用者またはその団体との間の労働条件に関する交渉を中心とした関係をいう。また、「法規整」とは、法の装置を用いての社会活動のコントロール（統制）をいう。これには、行為規範としての実体法的ルールとその監督実施や紛争解決の手續・仕組みが所属する。

本書は、「労働法」という法分野を上記のように把握したうえ、それを、労働法の原理的沿革、わが国労働法の発展過程、労働法学の方法論、憲法の基本原則などを論じる「第1編 総論」、労働力の需給調整サービスの法規制と労働市場のセイフティ・ネットの内容を論じる「第2編 労働市場の法」、個別的労働関係における労働基準の内容と実施の仕組みおよび労働契約の法的ルールの内容を論じる「第3編 個別的労働関係法」、労働組合と使用者間の団体的労使関係の法的ルールと仕組みを検討する「第4編 団体的労使関係法」、労使紛争の迅速・公正な解決のための手続的仕組みを明らかにする「第5編 労使紛争の解決手続」に体系化して、論じることとする。

2. 労働法の原理的沿革

(1) 労働関係に関する市民法の問題点 資本制経済社会の初期においては、私的所有権の保障、契約の自由および過失責任主義を基本原理として私人間の経済

取引の自由を保障する法制（市民法）が樹立された。この市民法の下においては、労働者が使用者に対し労働力を提供して賃金を得る関係（労働関係）は、法的には独立対等な当事者間の自由な合意に基づく契約関係（＝「雇用契約」）として構成された。この労働関係においては、市民法の基本原理が適用される結果、過去の歴史が示すとおり次のような問題が生じた。

第1に、上記の自由な契約関係の構成のもとでは、労働者と使用者間の交渉力の格差（取引の実質的不平等性）は捨象され、雇用契約の内容として成立する賃金・労働条件はいかなるものであれ、自由な意思に基づく約束の結果として法的に是認された。こうして低賃金・長時間労働などの劣悪な労働条件が契約自由の名のもとに放置され、とりわけこのような労働条件下の女性・年少者の酷使が、その健康の破壊などによって社会問題となった。

第2に、労働者が劣悪な作業環境や長時間労働による疲労の結果労働災害に遭遇しても、過失責任法理が適用される結果、その補償を受けることは困難であった。

第3に、雇用契約における契約締結の自由や解約の自由は、使用者のための採用の自由および解雇の自由と化し、労働者は使用者の恣意や経済情勢のおもむくままに失業の憂き目を見ることとなった。また、このような弱い立場にある労働者の求職や就職をめぐるには、営利職業紹介業などによる中間搾取や経済的・非経済的手段による強制労働（拘束労働）が行われた。

第4に、労働者の自救行為としての団結活動は、市民法上の基本原則と抵触するものとして禁圧された。すなわち、労働者が団結して労働条件の基準を申し合わせ、使用者に対しその遵守を要求する行為は、使用者および個々の労働者の労働力に関する取引の自由を制限する違法な行為として禁圧された。また、団結の主要な武器としてのストライキ（労働力の集団的な提供拒否）は、雇用契約上の労働義務違反や集団的な業務阻害行為として違法とされた。

(2) 労働法による市民法の修正 先に定義した意味の労働法は、各国において、市民法下の労働関係の以上のような問題に対処すべく、生成・発達したものである。

まず第1の劣悪な労働条件に対処するために生成したのが、工場労働に関する労働条件の最低基準を定めて、その遵守を罰則や行政監督によって強制する立法（工場法）である。これは、当初は工場における女性・年少者の労働時間の制限を中心的な内容とするものであったが、しだいに、適用事業、適用対象労働者お

よび保護の内容を拡充し、一般的な労働基準立法となった。

第2の労働災害の問題に対しては、労働者の業務上の災害については、使用者の過失の立証を要せず当然に使用者から一定額(率)の補償を受けることができるという、労災補償制度が樹立される。また使用者の労災補償責任を公的な強制保険制度によって填補する労災保険制度も樹立される。

第3の失業と就職の問題については、使用者の採用の自由は維持しつつも、国が求職者に対し職業紹介や職業訓練のサービスを提供して就職活動を援助する制度や、失業者に対し保険給付を行ったり(失業保険)、暫定的な労働の場を与えたりして、生活を援助する制度が発達した。また、営利職業紹介業などの弊害にかんがみ、労働者の求職・就職に関与する事業を厳しく規制する立法も成立した。さらに、使用者の解雇権を規制する立法も成立した。

第4の団結の禁圧については、労働者の団結活動の禁止を撤廃し、その活動にまつわる市民法上の違法性を除去する立法が各国で成立する。まず、団結(労働組合の結成)を許容する立法(団結禁止撤廃法)が成立し、ついで、労働者のストライキ、ピケッティングなどの争議行為が生ぜしめる市民法上の責任を免責する立法が制定される。これらは、いわば、労働組合とその活動を自由にする消極的保護にとどまるものであるが、国によってはやがて、労働協約に特別の効力(規範的効力・一般的拘束力)を与え、あるいは使用者の反組合的活動を不公正労働行為(unfair labor practice)として禁止し、これについての特別の救済手続を設けるなどして、団結活動の積極的な助成を図る法制も成立する。

3. 戦前の労働関係と労働法

わが国労働法の骨格をなす主要立法は、第2次世界大戦後の占領下に制定されたものであるが、同大戦前の労働(労使関係)や労働法の生成・展開と重要な関連を有している¹⁾。それらの主要な点は次のとおりである。

- (1) 原生的労働関係²⁾ 第1は、劣悪な前近代的労働関係(「原生的労働関係」)

1) 濱口桂一郎・労働法政策29～35頁は、同大戦前の労働法政策の変遷を、労働法政策の準備期、自由主義の時代、社会主義の時代に区分して描写している。

2) 大河内一男・社会政策—総論148頁以下は、産業革命の進行中およびその直後の時期における、低賃金、過重労働、身分的＝強権的關係などを特徴とする労働関係を「原生的労働関係」と呼んでいる。

第3編 個別的労働関係法

第1章 個別的労働関係法総説

個別的労働関係法は、個別的労働関係に関する諸々の法規整の総称である。労働者が使用者に対し労働力を提供し報酬を得ることを基本とする個別的労働関係は、私人間の取引を契約（合意）に基づく関係として整序する市場経済社会では、法的には、個々の労働者と使用者との間における労働に関する契約の締結、展開、終了をめぐる関係として構成される。

第1節 労働契約の意義と特色

1. 労働契約の意義

(1) 民法・労働基準法・労働契約法の関係 ある者が他人のために労働して報酬を得る関係については、民法では、使用者に使用されてその指揮命令に服する場合については「雇用」（民623条）という契約形態が、そして労働する者が相手方から仕事の完成や事務の遂行を任される場合については「請負」（民632条）、「有償委任」（民643条・648条）という契約形態が設けられている。労働法が規整対象とするのは、労働者が他人の指揮命令下で労働を行う関係であるので、民法のそれら契約のなかでは「雇用」が通常契約形態である。

契約に関する民法の基本的考え方では、契約は対等な人格である当事者がその合意によって自由に取り結ぶものなので、その結果としての合意内容は自由な意思により行われた約束として当事者が相互に遵守すべきことになる。そこで、民法の「雇用」に関する規定も、労働関係の基本的要素と最小限のルールを定めたいうで、契約関係の内容を当事者の合意に委ねており、かつ両当事者に平等の権利義務を与えている。

しかしながら、実際上は、雇用契約は、交渉力に歴然たる格差のある企業と労

働者の間で取り結ばれるものであるから、雇用契約下の労働関係は労働者にとって劣悪な労働条件をもたらしがちである。また、雇用契約関係は、使用者の指揮命令と組織的な統制を予定するので、使用者による権力的な支配が行われ、その行過ぎが問題となる^{*}。

そこで、戦後、労働基準法は、労働者保護のために、労働に関する契約関係の強行的な原則や基準を多数法定し、かつ組織的統制の基本となる就業規則に関する規制を樹立した。そして、それらの法規制が及ぶ労働関係を表現するために「労働契約」という契約概念を設定した。労働基準法の適用範囲を画する「労働者」の定義（労基9条）と民法上の「雇用」（労基法制定時は「雇傭」）の定義（当時の民623条）¹⁾の類似性からすれば、労働基準法は、民法の「雇用」に該当する労働関係を想定して上記のような規制を行うこととしたと考えられるが、民法の契約概念をそのまま用いずに、「労働契約」という基本概念を創設したのである。これは、労働関係における契約当事者間の実質的不平等性と組織的支配の特色とを意識し、これらを反映した契約概念を定立しようとしたためであると考えられる²⁾。いいかえれば、「労働契約」という概念には、実質的に不平等な組織的な労働関係の契約という性格づけが込められていると理解できる。

2007年に制定された「労働契約法」は、労働基準法の「労働契約」という言葉をそのまま用い、同法の労働関係の規制と連携しつつ、労働関係の特色に即して、契約関係の成立、展開、終了に関する労働法上の原則（理念）と規範（ルール）を設定した³⁾。両法の適用範囲を画する「労働者」の定義は、労働基準法では後述の「事業」に使用されることが要件に加わる点を除けば、両法において基本的に同じである。こうして、労働契約法における労働契約の概念は、労働基準法における労働契約の概念と基本的には同一のものであると理解することができる。そして、それらは、基本的には民法の雇用と同一類型の契約関係を意味するものであり、ただしそれを労働関係の実質的不平等性と組織的性格にかんがみて別個の言

1) 2004年（平16法147）の民法の現代語化までは、民法623条は、「雇傭ハ当事者ノ一方カ相手方ニ対シテ勞務ニ服スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ与フルコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」と規定していた。

2) 労働基準法の起草に深く関与した末弘厳太郎が対等な契約関係としての「雇傭」（民623条）と対比される「企業者」と「労働者」間の関係として「労働契約」を観念していたことについては、石井保雄「戦前わが国における労働関係の法的把握」毛塚勝利古稀・労働法理論変革への模索220頁。

3) 労働契約法の成立に至るまでの議論については、荒木=菅野=山川・詳説労働契約法38～64頁。

葉で表現したものということができる。

労働法の体系としてみれば、個別的労働関係については、民法に代わる特別法としての労働契約法が、これを労働契約の関係として概念化したうえ、その権利義務関係の基本を定めており、また労働基準法が、事業に使用されて労働契約関係にある労働者を保護するために労働条件の最低基準を罰則と行政監督つきで設定している。そして、民法が、労働契約の民法上の概念としての雇用契約について、労働契約法（およびそれを補う労働契約の判例法理）を補う一般の契約法理を提供している、ということとなる。

*** 労働契約関係の一般的特色** 労働契約関係には一般的には次のような特色がある。第1に、それは労働力そのものの利用を目的とした人的・継続的な契約関係である。そこでは、労働力の利用のための使用者の指揮命令権が予定され、また両当事者間の信頼関係（誠実配慮の関係）が重視される。第2の特色は、組織的労働性である。事業の経営主体としての使用者は、労働契約によって多数の労働者を雇い入れて、彼らを事業目的のために有機的に組織づけ、その労働力を相乗的に活用していこうとする。このような組織的労働においては、労働条件その他の待遇の統一的で公平な取扱いや規律が必要となり、就業規則が必要となる。第3の特色は、契約内容の白地性と弾力性である。労働契約それ自身は簡易なものとなりがちであって、その内容の多くは就業規則や労働協約で定められることが多い。また、労働関係の相当部分は、後日にそのつど労働者・使用者間の合意や使用者の命令によって具体化されざるをえない。第4の特色は、使用者が優越的地位に立ちやすいこと（いわゆる使用従属性）であり、使用者は、経済的实力（交渉力）において労働者に対し優位に立ち、また労働力の利用について組織体としての諸々の統制を行う。

**** 民法の新たな契約理論と労働契約** 民法の契約法分野では、近年、市場型契約と対比される「組織的契約」の理論（平井宜雄「契約法学の再構築(1)～(3)」ジュリ1158号～1160号）、単発的契約に対比される「関係的契約」の理論（内田貴・契約の時代）、取引的契約に対比される「制度的契約」の理論（内田貴・制度的契約論—民営化と契約）などが提唱されている。労働契約は、その組織的・従属的・継続的性格から、上記の理論が説く「組織的契約」、「関係的契約」、「制度的契約」と類似する側面を有している。たとえば、労働契約が、実際には組織体である企業の制定する就業規則に従って定型的に運営されること、判例法理やこれを継承した労働契約法においても、就業規則は労働契約の締結・変更において周知と合理性の要件を満たせば労働契約を規律する効力を与えられてきたこと、権利義務内容の確定については、信義則や事情変更や交渉プロセスを考慮した調整的处理もなされること、などが、その類似点である。しかしながら、労働契約の締結・変更については、当事者間の合意によることが基本原則とされ、就業規則の労働契約規律効についても労働者に有利なかぎり当事者間の個別的な特約が優先されること、契約内容の交渉を対等にするために労働者の団体である労働組合による団体交渉が制度化されていること、などの点で、「組織的契約」、「関係的契約」、「制度的契約」のいずれの理論によっても割り切れ