

2019年12月18日

18GH201

清藤 博

## 労働時間法制の法的課題

長時間労働と働き方改革をめぐって

### 【目次】

序説 はじめに

第一章 労働時間規制の概要

第一節 労働時間規制の変遷

第一項 戦前・戦後期の労働時間規制の現状

第二項 工場法制定後の労働時間規制

第三項 戦前期労働時間規制の実情

第四項 労基法制定後の労働時間規制

第二節 労働時間法制の概要

第三節 労働時間法制の体系

第四節 労働時間規制の適用除外

小括

第二章 労働時間の概念をめぐらる問題

第一節 労働時間の概念

第二節 「労働時間」概念の現状

第一項 「労働時間」概念の解釈問題と労働時間の判断枠組み

第二項 労働時間概念に関する学説の展開

第三項 判例の労働時間定義と「労働時間」概念の解釈

小括

第三章 現行の時間外・休日労働規制

第一節 労基法上の要件

第一項 33条および36条による例外の設定

第二項 割増賃金の概要

第三項 割増賃金の課題

第二節 契約上の根拠の存在

第一項 学説

第二項 判例

第三項 三六協定の課題

第四項 賃上げの必要性

第五項 日本の労働時間規制の特徴

小括

## 第四章 労働時間法制の課題と働き方改革

### 第一節 立法課題

第一項 過半数代表制度の抜本的改正

第二項 労働契約法の整備

第三項 労働基準の抜本的改正

### 第二節 労働時間

第一項 労働時間の把握・管理

第二項 労働時間法制の転換点

### 第三節 長時間労働問題の現状および対策と課題

第一項 長時間労働問題

第二項 長時間労働の原因類型と是正の処方箋類型

第三項 長時間労働対策

第四項 長時間労働対策の課題

### 第四節 働き方改革

第一項 働き方の問題点

第二項 今後の働き方のあるべき姿

小括

## 第五章 まとめ

## 序説 はじめに

19世紀に誕生した近代的な労働法<sup>1</sup>は、労働時間に規制を加えることを歴史的な出発点とするものであり、また労働時間規制のあり方は、今日においても労働法上の重要な政策課題の一つになっている<sup>2</sup>。日本の労働立法史の中でも、労働時間を規制する法規定は他に先駆けて規制の先行をしていた分野である。工業化の進展が欧米列強より遅れた日本では、工場法を始めとする戦前のいくつかの旧法令は、女性や年少者だけでなく、広い範囲の成人男性労働者を対象に法定労働時間、時間外労働、休憩・休日の規制に踏み込んでいた。また、労使関係の実務でも、これらについての自治的規制が進行していたのである。日本の労働時間立法史というコンテキストの中では、労働基準法(以下、労基法)といえども相対的に重要な一改正法にすぎず、それまでの労働時間規制を前提に、新たな規制を加えたものにすぎない。したがって、労基法における新機軸がいかなる趣旨と射程範囲を有するかを知るには、それ以前の初期労働時間規制立法やその実態との比較が重要である。また、こうした視点は、労基法制定後今日に至る労働時間規制の変遷を、日本の労働時間規制立法史という広い視野の中に位置づける見方を、提供することにもなる<sup>3</sup>。そこで本稿では、まず労基法制定前の時間規制および実態を明らかにして、そこで得られた視点から労基法は、どのような労働時間規制をして、現在に至るのか等を検証する。そして、労働時間の概念についての学説や判例と現行の時間外・休日労働を取上げ、労働時間法制の立法課題を検証しながら、長時間労働問題を考察するうえで、どのようなことを議論する必要があるのか、そして労働時間と密接に関連する働き方はどのようにあるべきかを考察して、労働時間法制改革の必要性を明らかにすることを、この論文の課題としたい。

## 第一章 労働時間規制の概要

### 第一節 労働時間規制の変遷

#### 第一項 戦前・戦後期の労働時間規制の現状

日清戦争<sup>4</sup>とその勝利は、国内産業を急速に発展させ、劣悪な環境・条件で働く工場労働者を増加させた。政府は、産業の発達と国防の観点から労働者保護の必要性を訴えかけたが、産業界等の反対は根強かった。そのなかで、日露戦争<sup>5</sup>の勝利は、一つの転換点となった。工場の近代化・大規模化に伴って、より多くの熟練工が必要とされることとなったことに加え、欧米からのヒューマンイズムや産業民主主義の考え方が広がり、工場法制定を支持する世論が次第に形成され<sup>6</sup>、わが国最初の労働時間規制立法として、工場法<sup>7</sup>が誕生した。工場法制定までは、日本に

<sup>1</sup> 19世紀には、イギリスの1802年工場法、ドイツの児童労働保護に関する1839年規定、フランスの年少者労働時間規制に関する1841年法などを嚆矢として、年少者と女性を対象に労働時間や休日・深夜労働を制限する立法が各国で定められた。

<sup>2</sup> 水町勇一郎『詳解労働法』(東京大学出版会、2019年)641頁。

<sup>3</sup> 野田 進『労働時間規制立法の誕生』日本労働法学会誌95号(法律文化社、2000年)81頁。

<sup>4</sup> 1894(明治27)年から1895(明治28)年。

<sup>5</sup> 1904(明治37)年から1905(明治38)年。

<sup>6</sup> 水町・前掲注2)15頁。

<sup>7</sup> 工場法は、『職工事情』に見られるような悲惨な労働実態を改善するために制定された。当時、長時間労働で健康を害し結核に罹患する女工が多く、労働時間規制は何よりも、彼女らの健康を守るための安全衛生規制として設けられた

においては労働時間について法律上制限は加えられていなかった。『職工事情』<sup>8</sup>によれば、紡績業の労働時間は通例1日11時間または11時間半となっていたが、多くの産業で12時間を超えていた。女工は生糸業では13時間から14時間、織物業では12時間から13時間に上り、どちらも長い場合は17時間から18時間に達した。紡績業では徹夜をとまなう夜勤が多く、欠勤者の代わりに居残りを命じられ、しばしば24時間まれには36時間に及ぶ立ち作業に従事させられたと記されている。また、労働時間を延長するために時計の針を遅らせ、他の工場の汽笛などで、正確な時間がわかって時計が遅れていることが知られると困るというので、汽笛を鳴らすのをやめたなどということも記されている<sup>9</sup>。

第一次大戦後の1919(大正8)年、国際労働会議が開かれ、労働時間短縮の国際的機運が起るとともに、日本でも漸く労働者の自主的要求として、労働時間短縮の問題が全国的に取り上げられるに至り、大工場が8時間労働制を採用した。しかし、残業で名目上の短縮を補い、実態として実労働時間は同じであった。また、当時の大工場では機械化・動力化により労働生産性の向上を図ると共に人員整理を断行し、一人当りの労働負担の増大をもたらした。しかし、機械化促進を行えなかった中小工場では、労働時間の延長によって、これに対抗しようとした。満州事変開始直後[1931(昭和6)年]の実状は、工場によっては規定就業時間10時間に対して、残業は普通2時間から3時間、時には24時間、甚だしきは36時間に至った所もあった<sup>10</sup>。中小工場は、この低生産性を長時間労働と低賃金の維持、そして非人間的労働環境のもとで補おうとしたが、それはとりわけ、前近代的生産に頼る広汎な中小工場の生命の綱でもあった<sup>11</sup>。

## 第二項 工場法制定後の労働時間規制

工場法は、度重なる反対に直面しつつ、1911(明治44)年に成立し、その後さらに5年を経た1916(大正5)年に工場法施行令が制定されて、同法はようやく施行された。工場法は、当初常時15人以上の職工を使用する工場および危険有害事業を行う工場を適用対象とし、①保護職工(女性や年少者)<sup>12</sup>について、最低入職年齢(12歳)、休憩を含む就業時間の制限(12時間)、深夜業(午後10時から午前4時)の禁止、休日の付与(月2回)、危険有害業務への就業制限等の保護、②職工一般について、労働安全衛生のための行政指導(臨検・命令権)、業務災害への扶助、雇入れ・解雇・周旋の取締りを定めた<sup>13</sup>。労働時間に関しては、15歳未満の者および女性の就業を1日12時間(拘束時間)以内に規制したが、経営者側からの猛反対に遭い、施工後15年間、すなわち1931(昭和6)年まで就業時間を2時間以内延長することを許した(工場法3条)。つまり、保護職工に対しても、14時間にも及ぶ長時間労働が公然と認められた<sup>14</sup>。1923(大正12)年に改正

- 濱口桂一郎『新しい労働社会 - 雇用システムの再構築へ』岩波新書(岩波書店、2009年)38頁。

<sup>8</sup> 当時の農商務省が工場法立案の基礎資料として作成した、工場の労働事情報告書 - 1903(明治33)年刊。

<sup>9</sup> 萩沢清彦『八時間労働制』有斐閣双書(有斐閣、1966年)53頁。

<sup>10</sup> 斉藤 一『労働科学叢書4 労働時間・休憩・交替制』(労働科学研究所、1966年)10頁以下。

<sup>11</sup> 吾妻光俊『註解労働基準法』(青林書院新社、1965年)5頁。

<sup>12</sup> 対象が女性や年少者に限られたのは、将来の労働力となる年少者や労働者の担い手を産む女性を保護するという目的があった。つまり、「労働力再生産」が目的であり、例外的な措置である - 近本佳美『賃金労働者の労働時間にかんする考察』(香川大学 経済政策研究 第3号、2007年)175頁。

<sup>13</sup> 水町・前掲注2)15頁。

<sup>14</sup> 斉藤・前掲注10)10頁。

され、適用範囲を10人以上使用の工場に拡大、保護年齢を15歳から16歳に引き上げ、深夜業禁止も午後10時から午前5時に拡張、就業時間を12時間から11時間に短縮、産前産後の女性保護の導入等、保護内容が拡充された<sup>15</sup>。この工場法の経験は、戦後の労基法の制定にも大いに活かされることとなる<sup>16</sup>。総括すると、戦時体制初頭の労働時間規制は、次のような到達段階にあった。第一に、規制の対象領域は保護職だけでなく、かなりの範囲で成人男性に及んでいた。その結果、企業の職員層を除いては一般的な労働時間規制が完成しつつあり、特に休憩および休日については、すでに一般的規制が確立していた。第二に、時間規制の水準については、上述した1日11時間を原則とする水準が確立している。ところで、これらの時間というのは、労働時間ではなく「就業時間」であって、休憩時間、準備後始末など作業に関連する一切の業務を包含し、工場に入る時間から退出する時間までをいうとされている<sup>17</sup>。したがって、強いて労働時間に換算するならば、準備後始末等に要すると考えられる30分から1時間と法定1時間の休憩時間を引き算した、およそ9時間から9時間30分労働の規制であったことになる。第三に、時間外労働の事由が定型的<sup>18</sup>でこれに時間や回数限度を設けるか否か、行政官庁の届出または許可のいずれによるかである。また、休憩や休日と異なり、休暇に関する規定はどの立法<sup>19</sup>にも存在しない<sup>20</sup>。

なお、日本では戦時体制下の1939(昭和14)年には、戦争遂行のために労働者の就業制限を設定する目的で工場就業時間制限令が定められ、1941(昭和16)年には、労働力の徴用と重要産業への集中配備を目的とした国民徴用令が定められた。工場就業時間制限令によって、漸く16歳以上の男子にも1日12時間(就業時間)という規制が設けられたが、1943(昭和18)年に戦力増強のための労働強化を目的に、工場就業時間制限令は廃止された。戦時体制は、戦争遂行のための労務統制を主眼とするものであったが、人的資源の確保という観点から、従来の工場法を上回る労働者保護規定が設けられたという側面を持つものであった<sup>21</sup>。

### 第三項 戦前期労働時間規制の実情

工場における所定就業時間は、厚生省労働局1938(昭和13)年調査によれば、男性および女性職員のいずれも、10時間から11時間に7割近くが集中している。他方、実就業時間は男性職員の場合は9時間から12時間に6割以上が位置しており、女性職員の場合は10時間台に半数近くが集中し、8時間台も3割近い。また、同年の内閣統計局調査によれば、15種類の工場全体の平均所定就業時間は、法定就業時間よりかなり短い10時間26分であり、平均所定休憩時間は1時間10分である<sup>22</sup>。このように、戦前期は法定就業時間より短いという調査結果がある通り、全体として1日の就業時間が10時間前後であり、現在の原則1日8時間労働(実労働時間)と比較

<sup>15</sup> 1926(大正15)年の工場法施行例改正により、解雇予告制度(14日)、就業規則の制定・届出義務などが定められた。

<sup>16</sup> 荒木尚志『労働法 3版』(有斐閣、2016年)9頁。

<sup>17</sup> 岡実『工場法論』(有斐閣、1913年)420頁。

<sup>18</sup> ①やむを得ない臨時の必要がある場合、②その他臨時の必要がある場合、③業務の繁忙の場合、④交替制の場合。

<sup>19</sup> 工場法の他、鉱夫労務扶助規制(1941年に鉱夫就業扶助規則に名称変更)、商店法、工場就業時間制限令。

<sup>20</sup> 休暇についての規定があるのは、例外的に、1922(大正11)年7月4日の閣令第六号で設けられていた公務員に対する休暇(1年を通して20日以内)だけである。

<sup>21</sup> 野川忍『労働法』(日本評論社、2018年)25頁。

<sup>22</sup> 野田・前掲注3)85頁。



して準備後始末時間を加味すると若干多い労働時間数になる程度であるが、休日は月2日が一般的<sup>23</sup>であったことから、完全週休2日制(週40時間)がほぼ定着している現在と比べれば、年間労働時間数としては大きな開き(約800時間から900時間)があった。

なお、戦前の日本でホワイトカラー労働者(以下、ホワイトカラー)に適用されていた月給制とは、その月に何時間労働しようがしまいが、1月当たりの固定給として一定額を渡し切りで支給するもので、いわば純粋月給制であった。つまり、彼らにとって残業手当という概念がなかった。後述する高度プロフェッショナル制度(以下、高プロ制)<sup>24</sup>における「すべての割増賃金規制の適用除外」という発想のルーツと思われる。これに対し、ブルーカラー労働者(以下、ブルーカラー)に適用されていた日給制とは、残業すれば割増がつく時給制であった。その後、戦時下にブルーカラーにも月給制が適用されたことから、ホワイトカラーにも残業手当が支払われた<sup>25</sup>。

#### 第四項 労基法制定後の労働時間規制

日本国憲法は「労働基準」を基本権として掲げ、労基法<sup>26</sup>の制定によってこれが具体化された。1946(昭和21)年の制憲国会に際して、当時の厚生省は労働保護法を労基法という仮称で立案し、その草案を発表した。労基法は、1947(昭和22)年4月に制定され、9月に一部施工、11月に全部施行となった。労基法制定の原動力は、当時の労働運動であり<sup>27</sup>、その盛り上がりがあったはじめて労基法が成立した。労基法は工場法をはじめとする戦前の諸法規とそれらに関する多数の行政解釈等の遺産を継承し、それを新しい理念の下に発展させたものである<sup>28</sup>。工場法は、工場労働者の保護を目的としていたことから、労基法制定にあたっての昭和21年の議論において、当初「事務的労働従事者」<sup>29</sup>を適用除外とする案が提起されたが、労使双方の意見により、管理監督者(41条2号)として規定され、労働時間・休憩・休日に関する規定は適用されないことになった。また、国際的基準とされる8時間労働制等を一応の基準として、最低労働条件を定める<sup>30</sup>ことによって、日本の産業復興と国際社会への復帰を図ろうという労基法の基本理念の下、

<sup>23</sup> 昭和13年5月厚生省調査では、所定休日数を月2回とするものが男女ともに約70%、月に4日とするのは男女とも7%程度の少数である。実際に取得した休日数も、月2回が男女とも60%強、月4日は約9%に過ぎない。

<sup>24</sup> 本制度(特定高度専門業務・成果型労働制)は、これまで管理監督者など一定の特殊な業務につく従業員しか認められていなかった労働時間規制の適用除外の範囲を拡大するもの。裁量労働制では、みなし労働時間が1日8時間を超えていれば企業は三六協定を締結したり、割増賃金を支払ったりする必要があったが、本制度で働く従業員にはそうした規制は適用されない(時間外・休日・深夜労働すべての割増賃金規制が適用除外)。そして本制度は、職務の範囲が明確で、年収1,075万円以上を有する従業員が高度の専門的知識を必要とする業務に従事する場合のみ適用され、かつ企画業務型裁量労働制と同様、5分の4以上の多数の決議が必要など厳格な要件がある。なお、本制度の原型はホワイトカラー・エグゼンプションであるが、同制度の導入が検討されたきっかけの一つに2008(平成20)年の労基法改正で、60時間超の時間外労働の割増賃金が欧米並みの50%に上げられたことである。自分で残業時間を決められるタイプの労働者をその対象から外す必要性があったことが、挙げられる。

<sup>25</sup> 濱口・前掲注7)36頁。

<sup>26</sup> 労基法は、それ以前の労働者保護立法と異なり、適用対象労働者を限定せず一般労働者まで広げ、次のような規定を設けた。①規制の対象を拘束時間ではなく実労働時間、②最長労働時間の水準を1日8時間、週48時間、③週1回の法定休日、④休憩時間の付与、⑤年次有給休暇の導入を定め、これらの遵守を罰則付きで強制する労働時間規制を採用した - 浅野 高宏『サービス産業化に伴う労働時間をめぐる問題と労働時間規制』日本労働研究雑誌(労働政策研究・研修機構、2016年1月)71頁。

<sup>27</sup> 労働省・資料労働運動史 - 1947(昭和22)年 931頁。労働運動のスローガンは、労働者保護法の中心項目ともいえる労働時間制や週休制などであった。労働者の疲弊は限界に達していたことが推測される。

<sup>28</sup> 下井隆史『労働基準法』第4版(有斐閣、2007年)4頁。

<sup>29</sup> 戦前の職工分離を前提に、「職員」全般を指すもの。

<sup>30</sup> ここで定められた労働時間制は、法律の定める特定の事由があるときのみ例外を認める「硬式労働時間制」と異なり、

成立当初は1日8時間、1週48時間制の原則が採用されたが、最長労働時間として8時間制を採ることには多くの問題があった。敗戦後のわが国は多くの生産設備が破壊され、労働生産性が低下しており、8時間労働をもって、労働者の最低生活を保障するに足りる生産を確保できるかについて、議論が分かれた。当時の各産業の実際の労働時間を終戦後、半年経った産業経済の一般的状況（立法の資料とするに適当な安定状態になかった調査）では、工業の約73%が実質的に8時間労働制をとっていた。この調査結果が、8時間労働制を実施可能であると認める有力な資料となり、この原則が採用された<sup>31</sup>。労基法は施行されてから約40年間、週48時間制（1日8時間制・週休制の原則）を採用したが、1980年代になりオイルショックを克服した日本の経済躍進に対して、長時間労働によるソーシャル・ダンピングとの国際的非難が向けられたこともあり<sup>32</sup>、政府の明確な政策目標として長時間労働の削減が樹立され、その実現手段として、1987（昭和62）年の労基法改正で週40時間制となった（実際の移行は段階的に短縮し、10年かけて漸進的に行われた）<sup>33</sup>。1992（平成4）年には、年間総実労働時間を1,800時間とする政策目標（「生活大国5カ年計画」）が掲げられ、その実現のために「労働時間の短縮の促進に関する臨時措置法」（時短促進法）が制定された。しかし、時間外・休日労働の実体的規制は見送られ、1993（平成5）年の労基法改正で休日労働の割増率が35%に引き上げられただけであった。法定労働時間を短縮しても時間外労働に法律上の上限がないので、結果的には時間外労働が増えれば残業手当が増えるだけであった。それでいいのかというのが、法政策上の大問題でなければならなかったはずであるが、そうはならなかった<sup>34</sup>。また、1987（昭和62）年の労基法改正で、労働時間のいわゆる女子保護規定が撤廃され、女性労働者の時間外労働の時間規制や深夜労働の禁止がなくなった。2019（平成31）年4月の労基法改正（以下、今回の法改正）で、罰則付きの時間外労働上限規制<sup>35</sup>（以下、罰則規制）の本則への格上げすることで、漸く時間外労働に法律上の上限が設けられた。

労働時間規制は、本来は8時間労働を大前提としていたが、長時間労働の温床となった後述する三六協定により、労働者には「災害・公務等の臨時の必要による場合」以外にも時間外・休日労働の義務が日常的に発生している。2016（平成28）年9月27日に安倍総理は第1回「働き方改革実現会議」において、働き方改革のテーマとして、九つの項目<sup>36</sup>を挙げた。その項目の

労使協定の締結(労基法36条)および割増賃金の支払い(37条)を条件として、特に法律上事由を限定せず労働時間の延長を認めている点で「軟式労働時間制」に属するとされていた - 寺本廣作『労働基準法解説』（信山社、1998年）224頁。

<sup>31</sup> 寺本廣作『改訂新版 労働基準法解説』（時事通信社、1951年）216頁。

<sup>32</sup> 荒木・前掲注16）153頁。

<sup>33</sup> 菅野和夫『法律学講座双書 労働法 第11版』（弘文堂、2016年）461頁。

<sup>34</sup> 「その理由として、政労使とも労働時間を本質的にはカネ勘定と捉えていたからでしょう。それどころか、この時期の労働法政策において『時間外・休日労働の弾力的運用がわが国の労使慣行の下で雇用維持の機能を果している』（1985年労働基準法研究会報告）とか、『わが国の労働慣行の実情に合うような上限設定が可能か定かでない』（1992年同報告）と、雇用維持のためのコストとして恒常的な長時間労働を是認する考えが主流でした」 - 濱口・前掲注7）44頁。

<sup>35</sup> 原則で月45時間・年360時間、例外として年720時間、複数月平均80時間以内、単月100時間未満。ただし複数月平均80時間以内と単月100時間未満には休日労働を含む。また45時間を超えるものは6カ月まで。特別条項の場合の上限 - ①1年720時間(休日労働含まない)、②直前の2ヶ月から6ヶ月の平均がいずれも80時間(休日労働含む)以内、③単月100時間未満(休日労働含む)。ただし、建設・運輸・医師は2024年3月末まで上限規制の対象外である。なお、施行は2019(平成31)年4月であるが、中小企業は1年間猶予され、2020(令和2)年4月施行である。

<sup>36</sup> ①同一労働同一賃金など非正規雇用の処遇改善、②賃金引上げと労働生産性の向上、③時間外労働の上限規制の在り方などの長時間労働の是正、④雇用吸収力の高い産業への転職・再就職支援、人材育成、格差を固定させない教

なかには、長時間労働の是正や柔軟な働き方<sup>37</sup>がテーマとなっている。長時間労働の是正を巡っては、これまでも様々な意見が対立してきた。例えば、長時間労働を是正するためにあまりに法規制を強化すると、日本企業の対外競争力を弱めてしまうのではないかという懸念の声が聞かれる。こうした論者は、生産と労働時間がほぼ一対一で対応していた工場労働者を対象とした現行の労基法は、必ずしも労働時間と仕事の成果が対応するわけではない創造的な仕事をする人が増えている現代において、そぐわなくなっており、働いた時間と報酬がリンクさせないような、柔軟な働き方を新設することで、長時間労働を是正できると主張している。その一方で、柔軟な働き方を許容すれば結果として長時間労働が助長され、ワーク・ライフ・バランス(以下、WLB)<sup>38</sup>が損なわれるだけでなく、健康を害する可能性が高まるという反対意見もある。今回の法改正は、まさしく、それぞれの立場の主張を調整した折衷案といえる<sup>39</sup>。

## 第二節 労働時間法制の概要

1987(昭和62)年の労基法改正で上述した週40時間制を法律上明定したほか、①年休付与日数の引上げ(6日から10日)、計画年休の導入、年休取得に対する不利益取扱いについての規定(附則)の導入、②産業構造・就業実態の変化<sup>40</sup>に対応した労働時間規制の弾力化<sup>41</sup>(新たな変形労働時間制<sup>42</sup>・フレックスタイム制<sup>43</sup>・専門業務型裁量労働制の導入<sup>44</sup>)がなされた。その後、1998(平成10)年の労基法改正で、変形労働時間制の改正、企画業務型裁量労働制<sup>45</sup>と時間外労働の限度基準規制<sup>46</sup>が導入され、2008(平成20)年の労基法改正では、月60時間超の時間外労働の

育の問題、⑤テレワーク、副業・兼業といった柔軟な働き方、⑥働き方の中立的な社会保障制度・税制など女性・若者が活躍しやすい環境整備、⑦高齢者の就業促進、⑧病気の治療、そして子育て・介護と仕事の両立、⑨外国人材の受け入れ。

<sup>37</sup> 2014年6月の『規制改革会議(第二次答申)』でも、「個人のライフスタイルや価値観に応じた多様で柔軟な働き方が選択できる雇用制度を整える必要」、「多様な働き手が社会に貢献できる環境を作り、一人ひとりの働く価値を高めることが、経済成長の源泉」との記述にみられるように、選択肢を増やしていく改革を強調している。

<sup>38</sup> 政府関係でワーク・ライフ・バランスを正面から取上げたのは2004年6月の「仕事と生活の調和に関する検討会議」報告である。そこでは「個々の働く者が、いわゆる拘束度の限定的な非正規労働者かといった二者択一をいたずらに迫られる現状を改め、すべての者が、育児・家族介護、自己啓発、地域活動への参加などの仕事以外の活動状況等に応じて、希望する生活時間を確保しつつ、生涯を通じて納得した働き方を選択できるようにするためには現在の労働時間の在り方を見直す必要がある」と提起している。

<sup>39</sup> 黒田祥子『長時間労働と健康、生産性との関係』日本労働研究雑誌 No.679(労働政策研究・研修機構、2017年)18頁。

<sup>40</sup> 工場での集团的・画一的な就労方法を想定していた工場法の時代とは異なり、多様な就労方法が存在しているため人の従属性(使用者の指揮命令下において労務に従事する状況)の判断もそれだけ困難となっている。

<sup>41</sup> 改正法は、労働時間の弾力化の導入と引き替えに、1週40時間・1日8時間の原則を宣言した-西谷 敏『労働時間の思想と時間法制改革』労働法律旬報 No.1831+32(旬報社、2015年1月)12頁。

<sup>42</sup> 本制度は、一定期間を単位として、その期間内の所定労働時間を平均して法定労働時間数以内であることを条件に1日および1週の法定労働時間を超える労働を許容する。本改正で、当初の4週単位が1ヶ月単位とされ、新たに3ヶ月単位(後に1年単位)、1週間単位の変形制が導入された。

<sup>43</sup> 本制度は、変形労働時間制よりさらに弾力的な労働時間制度で、単位期間内で定められた労働すべき時間配分(始業就業時刻)を労働者が選択できる。当該単位期間(清算期間)内の労働時間を平均して法定労働時間内に収まっていれば法定時間外労働と評価されない。

<sup>44</sup> 本制度は、①「業務の性質上その遂行の方法を大幅に当該業務に従事する労働者の裁量にゆだねる必要がある」業務であり、かつ②「当該業務の遂行の手段及び時間配分の決定等に関し使用者が具体的指示をすることが困難」な業務に適用される。①は業務の種類・内容の面での、②は就業管理の面での特性である。それゆえ、本制度の範囲は上の二つの客観的、限定的要素に即して命令により個別業務が限定列挙されている。

<sup>45</sup> 本制度は、企画、立案、調査、分析の業務に認められ、その導入には労使双方の代表で構成される労使委員会の5分の4以上の多数で所定の事項について決議し、その決議を労働基準監督署長に届け出ることが導入要件である。また、労働基準監督署長に労働者の状況報告(労働時間・健康及び福祉を確保するための措置)を6ヶ月以内ごとに1回しなければならない。

<sup>46</sup> 1998(平成10)年、労働省告示154号「労基法36条1項の協定で定める労働時間の延長の限度に関する基準」(限度基



割増賃金が50%に引き上げられた<sup>47</sup>。そして、今回の法改正により、多様で柔軟な働き方の実現を目的に、脱時間給制度として高プロ制が創設され、これを実施するにあたり厳格な健康・福祉確保措置<sup>48</sup>を講じることが義務づけられた。高プロ制の目的は、研究職などを対象に効率よく成果を出し、生産性を高めることである。また、フレックスタイム制(以下、フレックス制)の改正<sup>49</sup>も行われたが、改正の狙いは本制度の普及度を高めることである。しかし、本制度の盛衰は法規定の整備ではなく、本来の意味での「働き方改革」ができるかどうかにかかっている<sup>50</sup>。

### 第三節 労働時間法制の体系

労働時間法制の全体像として、労基法では原則と特則に大きく分けられる。原則として32条<sup>51</sup>には、法定労働時間が定められ、これを超える労働をさせるときには、法所定の要件<sup>52</sup>を満たさなければならず、かつ、割増賃金<sup>53</sup>を支払わなければならない。休憩<sup>54</sup>と休日<sup>55</sup>は、それぞれ34条、35条に定めている。労基法の前身ともいえる工場法でも、休憩と休日は定めているが成人男性労働者には適用されず、その内容も労基法に比べかなり見劣りした内容である<sup>56</sup>。原則には適用除外制度(41条)<sup>57</sup>があるが、最も問題になるのは41条2号の「管理監督者」の範囲である<sup>58</sup>。その範囲について行政解釈は、部長、工場長等労働条件の決定その他労務管理について、

準)として、従来の目安時間と同内容の基準(1週間：15時間、1ヶ月：45時間、1年間：360時間)として出された。労使は、三六協定の内容がこの基準に適合したものとなるようにしなければなりません - (労基法第36条3項)。

<sup>47</sup> 中小企業については、当分の間、適用が猶予するとされていたが、2019(平成31)年4月の労基法改正で2023(令和5)年4月から、月60時間超の時間外労働に50%の割増賃金規制が適用される。なお、労働政策審議会労働条件分科会(2019年3月6日)議事録によれば、2020年度までの目標として、週労働時間60時間以上の雇用者の割合を5%としているが、2018年度実績(総務省「労働力調査」)は6.9%である。

<sup>48</sup> ①必須の措置(1年を通じ104日以上かつ4週間を通じ4日以上以上の休日を与える)、②選択の措置(勤務間インターバル措置・健康管理時間の上限措置・2週間連続の休日確保措置・一定要件該当者への健康診断実施)、③その他の健康・福祉確保措置(対象労働者の健康管理時間の状況に応じた健康・福祉確保措置であって、有給休暇の付与健康診断の実施その他省令で定める措置のうち決議で定めるものを使用者が講ずることとされる)。なお、①を必須にしたのは、締め切りの業務に対して、深夜や休日出勤をした後には、必ずその代替休暇をとらせることを義務化したもの。いわば「まとめて働き、まとめて休む」ことで、結果的に年間を通じた週休2日制を高プロ制対象者に必ず適用するための規制強化である。

<sup>49</sup> 清算期間をそれまでの1ヶ月から3ヶ月に延長した。本制度、育児への参加としてかなり利用されているが、生産期間の短さが不満とされていた。延長する期間として最も回答が多かった3ヶ月に改正された。

<sup>50</sup> 和田 肇『労働時間規制改革の法的分析』日本労働研究雑誌 No.702(労働政策研究・研修機構、2019年)9頁。

<sup>51</sup> 使用者は、労働者に休憩時間を除いて1週40時間を超えて労働させてはならず、かつ、1日8時間を超えて労働させてはならない。

<sup>52</sup> 時間外・休日労働をさせるには、労基法上の要件①非常事由による場合 - 33条1項、②労使協定による場合 - 36条1項)と労働契約上時間外・休日労働を行う義務を設定しておくこと、以上の二つの要件が必要である。

<sup>53</sup> 通常の労働時間または労働日の賃金の2割5部以上5割以下の範囲内で命令の定める率以上の率で計算した割増賃金を支払わなければならない(37条1項)。割増率は、時間外労働については2割5部、休日労働については3割5部と定められている(割増賃金令)が、2008(平成20)年労基法改正により、上述のとおり、月60時間を超える時間外労働部分については割増率が5割に引き上げられた。

<sup>54</sup> 使用者は、労働時間が6時間を超えて8時間以内の場合には少なくとも45分、8時間を超える場合は少なくとも1時間の休憩を、労働時間の途中に与えなければならない。

<sup>55</sup> 使用者は、労働者に毎週少なくとも1回の休日を与えなければならない。ただし、4週間を通じ4日以上以上の休日を与える場合には、この週休1日原則は適用されない。

<sup>56</sup> 休日は少なくとも月に2日(深夜労働従事者は4日)。休憩は就業時間が6時間を超えるときは少なくとも30分、10時間を超えるときは少なくとも1時間、しかも「就業時間中」に与えればよいとされたので、たとえば、10時間労働の場合であれば、法文上解釈すると10時間連続労働も許された。労基法では「労働時間の途中」に改めた。

<sup>57</sup> 農業・畜産・水産業に従事する労働者(1号)、管理監督者および機密事務取扱者(2号)、行政官庁の許可を得た監視・継続的労働従事者(3号)については、労働時間、休憩、休日に関する規制を適用しないと定めた制度。

<sup>58</sup> 管理監督者を適用除外とした趣旨は、労働時間規制を超えて活動することが要請される重要な職務と責任をもち、現実の就業形態も労働時間規制になじまない者について、その地位の特殊性ゆえに労働時間、休憩、休日を適用しな

経営者と一体的な立場にある者としている<sup>59</sup>、以上が原則である。特則として、①変形労働時間制(32条の2、4、5)やフレックス制(32条の3)の法定労働時間を柔軟化する制度、②事業場外労働のみなし制(38条の2)<sup>60</sup>や裁量労働のみなし制(38条の3、4)<sup>61</sup>の労働時間の算定の仕方に関する特別な制度がある。

労働時間法制には、「労基法上の労働時間」<sup>62</sup>である実労働時間(労働者が現実に労働した時間)規制とその適用除外があり、実労働時間によらずに労働時間を一定時間とみなす特殊な規制として「みなし時間制」<sup>63</sup>がある。実労働時間規制の中に、労働時間・休憩・休日の原則的規制と弾力的規制を可能とする「変形労働時間制」、時間的拘束性がゆるやかな「フレックス制」、例外として後述する「時間外・休日労働を許容する場合についての規制」がある。

41条2号の管理監督者も、37条の深夜割増賃金は請求できるとした最高裁判決<sup>64</sup>が出ているが、管理監督者は出退勤をはじめ、勤務時間を自らの裁量でコントロールできる。つまり「時間外・休日労働のみならず深夜労働も自らの裁量で行うことができるので、深夜業規制についてのみ適用除外されないということに、合理的理由は見出すことは難しいのではないか」という議論(収入増加のために自らの裁量であえて深夜に業務を行うことも考えられる)もある<sup>65</sup>。

#### 第四節 労働時間規制の適用除外

労基法上の労働時間・休憩・休日に関する規制は、①農業、畜産・水産業の事業に従事する者、②管理監督者または機密事務取扱者、③監視・継続的労働従事者で行政官庁の許可を受けたもの(41条1号・2号・3号)、および④特定高度専門業務・成果型労働制(いわゆる「高プロ制」)<sup>66</sup>の適用を受ける者(41条の2)には適用されない。上述した労働時間・休憩・休日の原則の適用除外を定めたものである。

これらの適用除外のうち前三者は、①農林業・水産業を対象とする労働時間・休日に関する国際労働条約は採択された例がないこと、②管理監督者・機密事務取扱者については、1919

い点にある - 寺本・前掲注 30) 255 頁。

<sup>59</sup> 昭 22 ・ 9 ・ 13 基 発 17 号、昭 63 ・ 3 ・ 14 基 発 150 号。

<sup>60</sup> 労働者が労働時間の全部または一部について事業場外で業務に従事し、かつ、労働時間の算定が困難な場合には所定労働時間だけ労働したものとみなされる。ただし、その業務を遂行するためには所定労働時間を超えて労働することが通常必要になる場合には、その業務の遂行に通常必要とされる時間労働したものとみなされる。

<sup>61</sup> この制度は、1987(昭和 62)年の労基法改正において、研究開発やシステムエンジニアなどの専門職について導入された専門業務型裁量労働制と 1998(平成 10)年および 2003(平成 15)年の労基法改正により、企画業務型裁量労働制が導入された - 前掲注 44)、前掲注 45)。

<sup>62</sup> 労基法 32 条が法定時間を超えて「労働させてはならない」という、現実の労働の長さを規制する場合の対象となる実体を備えた時間であると同時に、刑罰法規の構成要件としての概念である。原則として当事者の約定によって左右することができない客観的な概念と考えられる。

<sup>63</sup> 裁量労働のみなし制は、労働時間の計算方法の特例としての枠組みのもとで立法されたものであるが、日本型雇用慣行や働き方の変化という文脈の中で議論されることが多くなっている。裁量労働のみなし制は雇用慣行の変貌のなかでの過渡的な存在として、位置づけられるかもしれない(この過渡期がいつ終わるのかは文明ではないが) - 山川 隆『裁量労働制の将来』ジュリスト No.1066(有斐閣、1995 年) 197 頁。

<sup>64</sup> ことぶき事件・最二小判平 21 ・ 12 ・ 18 労判 1000 号 5 頁 [管理監督者にあたる者であっても深夜労働の割増賃金を請求できる]。

<sup>65</sup> 梶川敦子『管理監督者における労働時間規制の適用除外の範囲』季刊労働法 251 号(労働開発研究会、2015 年冬季) 226 頁。

<sup>66</sup> 前掲注 24)。

(大正8)年のILO<sup>67</sup>第1号条約でも適用除外とされていること[2条(a)]、③間歇的作業従事者については、同条約で各国は例外規定を定めることができるとされており[6条1項(a)]、日本の戦前の鉱夫就業扶助規則において監視・間歇的業務従事者について、例外規定が置かれていたこと(5条)など、国際労働条約や戦前の日本の立法例を参考にして、労基法制定時に定められたものである<sup>68</sup>。2018(平成30)年に制定された働き方改革関連法は、この以前からの適用除外に加えて、④労働者の意欲や能力を發揮できる柔軟な働き方の選択肢として、高プロ制という新たな適用除外を導入した。

これらの適用除外の対象は、労基法の第4章(「労働時間、休憩、休日及び年次有給休暇」)、第6章(「年少者」)および第6章の2(「妊産婦等」)で定める「労働時間、休憩、休日」に関する規定とされている(41条柱書)。この条文の規定ぶりから、労基法上の年次有給休暇は適用除外の対象外であり、育児・介護休業法上の育児・介護休業、子の介護休暇・介護休暇等も対象外と解される。また、労基法37条の定める割増賃金のうち、深夜労働に対する割増賃金については、④高プロ制では、明文で適用除外の対象とするものとされているが、管理監督者など従来の適用除外制度では、その趣旨から適用除外の対象外とされている<sup>69</sup>。

#### 小括

本章では、働き方改革の最重要課題である長時間労働の是正を議論するうえで、先人達がどのくらい働かせられたか、検証するための大きな指標である労働時間の変遷をみてきた。工場法が施行されても、大工場は機械化・動力化により生産性は向上され、8時間労働制を一応は採用したが、残業を行い実態として実労働時間は同じであった。中小工場は機械化・動力化を行えなかったため、労働時間の延長で大工場に対抗した。大工場の労働者は機械化・動力化により人員削減されたため、一人当りの労働負担の増大で疲弊し、中小工場の労働者は残業の常態化で疲弊した。工場法の恩恵を受けない労働者一般は、工場法が施行されても労基法が施行されるまでの約31年間(工場就業時間制限令が施行された約4年間を除いて)は、何ら保護を受けずにいたことになる。

また、労基法は行政官庁が最低賃金審査会の調査および意見に基づき、一定の事業または職業について最低賃金を定めることができる、と規定していた(28条から31条)が、戦後の経済の疲弊と復興の必要性に鑑み、1959(昭和34)年の最低賃金法<sup>70</sup>の制定に至るまで、ついに最低賃金を定めることをしなかった<sup>71</sup>。最低賃金法が実質的にすべての労働者に適用されることになる地域別最低賃金は、1972(昭和47)年より各都道府県に順次この最低賃金が設定されていき、1975(昭和50)年に漸くすべての都道府県がこの最低賃金が適用されることになった。労基法が

<sup>67</sup> 1919(大正8)年6月された国際労働機関 (International Labor Organization)。

<sup>68</sup> 厚生労働省労働基準局編『平成22年版労働基準法上巻(労働法コンメンタールNo.3)』(労働行政、2011年)621頁。

<sup>69</sup> 梶川・前掲注65)。

<sup>70</sup> 最低賃金法は、完全な最低賃金制に移行するまでの過渡的な「基盤づくり」の制度として業者間協定に基づく最低賃金を中心とする法律。1967(昭和42)年改正により、業者間協定に基づく最低賃金という不完全で過渡的な最低賃金から脱皮して、最低賃金を①労働協約に基づく最低賃金と②最低賃金審査会の調査審議に基づく最低賃金という二種類のものに整理した。2007(平成19)年改正により、①を廃止し②のうち「事業」と「職種」に関するもの(産業別最低賃金)は、「特定最低賃金」という補足的制度(任意の設置、罰則なし)として明文化した。

<sup>71</sup> 菅野・前掲注33)443頁。

1947(昭和22)年に施行されても、賃金に関しては長年にわたり、すべての労働者を対象とした実質的な法的保護は1975(昭和50)年までなかった。高度成長<sup>72</sup>も1970年代前半で終焉しているが、時を同じくして地域別最低賃金が整備されたことになる。

労働時間制の概要では、多様で柔軟な働き方の実現を目的に、脱時間給として高プロ制が施行されたことが、一番の話題である。その趣旨は管理監督者に該当する者以外にも時間の長さによる規制が適切でない労働者が現われており、それに相応しい制度が労基法に用意されていないということである<sup>73</sup>。裁量労働制は実労働時間数に関わらず、一定時間労働したとみなす制度であり、成果と報酬の連動が一定程度可能であるため、労働政策審議会労働条件分科会(以下、労政審)で労働者代表委員は高プロ制の導入に反対した<sup>74</sup>。しかし、現行の裁量労働制は導入要件が進んでおらず、また制度上も労働時間算定の特例にすぎず、休憩・深夜労働・休日労働等の規定は適用されるため、労働者の働く時間や時間帯を制約する規制要素が残っている。こうした現状を踏まえ、学説では現行の管理監督者と裁量労働制を整理・再編し、これらを統一的な適用除外制度に統合する案<sup>75</sup>もあった<sup>76</sup>が、労政審は現行の制度的選択肢を維持しつつ、時間ではなく成果で評価される働き方にふさわしい労働者のための新たな受け皿として、高プロ制を2015(平成27)年2月13日に厚生労働大臣に建議した。本来であれば、厚生労働大臣の諮問機関である労政審が高プロ制について、十分な議論を行い建議すべきであるが、財界や企業トップらで構成する「未来投資会議(旧産業競争力会議)」や「規制改革会議(旧規制改革推進会議)」で、基本方針や方向性を決めてしまい、労政審はまるで追認機関のような扱いであった<sup>77</sup>。このように、高プロ制は何よりも、労政審での労働者代表委員からの強い反対意見を聞き入れない形で、そして管理監督者規定や裁量労働制だけでは不十分な理由が見つからないまま、なし崩し的に施行された。

## 第二章 労働時間の概念をめぐる問題

わが国の労働時間は、労基法第4章の諸規定によって規制されている。1987(昭和62)年に法定労働時間の引き下げとともに弾力的労働時間規制を導入する等の大改正がなされたが、このような法改正の前後を通じて、労基法の規制対象となる労働時間とは何かという基本問題は意外と解明されておらず、むしろ近時混迷を深めている。本章では、労働時間の概念をめぐる問題をみていきたい。

### 第一節 労働時間の概念

「労働時間」には従来から二つの概念がある。労働契約当事者が労働条件の一つとして合意

<sup>72</sup> 経済成長率推移 - 1956~73年度平均9.1%、1974~90年度平均4.2%、1991~2018年度平均1.0%。

<sup>73</sup> 荒木尚志『労働法 第2版』(有斐閣、2013年)179頁。

<sup>74</sup> 「本制度については、既に柔軟な働き方を可能とする他の制度が存在し、現行制度のもとで成果と報酬を連動させることは十分可能であり、現に実施されていること及び長時間労働となるおそれがあること等から新たな制度の創設は認められない」 - 『今後の労働時間法制等の在り方(建議)』(労審発第777号、2015年)8頁。

<sup>75</sup> 鶴光太郎ほか編著『労働時間改革』(日本評論社、2010年)139頁以下(水町勇一郎)。

<sup>76</sup> 桑村裕美子『労働時間法制をめぐる動向と展望 - 労基法等の一部を改正する法律案の意義と課題』ジュリスト No.1482(有斐閣、2015年7月)52頁以下。

<sup>77</sup> 久原 穂『働き方改革』の嘘 - 誰が得をして、誰が苦しむのか(集英社、2018年)45頁。



した労働時間(広い意味では労働契約や就業規則などで労働義務があるものと定められた)、すなわち、①「労働契約上の労働時間(所定労働時間)」概念と、労基法の規制対象となる②「労基法上の労働時間(法定労働時間)」概念である。①「労働契約上の労働時間」は「就業規則など労働契約の定めによって労働義務があるとされている時間」をいい、当事者の主観的意思によって決定されるものである。契約自由原則の下、労使が自由交渉で所定労働時間を決する場合、労使間の交渉力の差ゆえに、当該時間は労働者の意向を遥かに上回って長く設定され、労働者に著しい健康障害を引き起こした。このことは、わが国における歴史的教訓であり、世界史上も歴然たる事実である。だからこそ、国際的な労働基準の策定等を目指して、ベルサイユ条約に基づき設立されたILO第1号条約は、①「労働契約上の労働時間」を規制しようとしたのであろう<sup>78</sup>。②「労基法上の労働時間」は、①の弊害を除去するため、わが国では①の上限を法律により規制するという手法が第二次世界大戦以前から用いられ(嚆矢として工場法)、日本国憲法27条2項の委任に基づき制定された労基法においても継承された。現在、同法32条は1週40時間・1日8時間労働制原則を設定する。同条にいう「〔使用者が労働者を現実的に〕労働させ」る時間(実労働時間)をいう。

通常、①と②とは一致する。その限りで法律問題は生じない。ところが、労働契約や就業規則等が①(所定労働時間)と評価しない「労働義務を履行するための準備行為、労働義務履行後の後始末行為や小集団活動等に從事する時間」(以下、本務外活動時間)、あるいは休憩時間、非活動時間と把握する「労働者が実際には労働力を提供していない時間」(いわゆる手待時間や仮眠時間を含む不活動時間)について、労働者が②(法定労働時間)に該当するはずであると主張すると、一見明瞭と思える当該時間の法的意義が法律問題として正面に浮上する。

なお、①「労働契約上の労働時間」を「賃金時間」と「労働契約上の義務の存する時間」とに分けて論じる見解がある<sup>79</sup>が、前者(賃金時間)は賃金請求権の発生の問題、後者(労働契約上の義務の存する時間)は労働契約上の義務の存否の問題として論じればよく、あえて「労働時間」と観念して論じる必要はないだろう<sup>80</sup>。また、最近では高プロ制の施行に伴い、「健康管理時間」<sup>81</sup>という新たな概念も定立されている。健康管理時間が限度基準<sup>82</sup>に該当した場合、対象労働者に対し、長時間労働の面接指導義務化のほか、健康・福祉確保措置<sup>83</sup>を打ち出している。

今回の法改正により、健康管理の観点から裁量労働制が適用される人や管理監督者も含め、すべての人の労働時間の状況が客観的な方法その他、適切な方法で把握することを労働安全衛生法(以下、安衛法)で義務づけられた。今までの「労働時間」とは異なる「在社時間」の把握が、使用者の義務となったのは、残業が一定時間を超えた労働者から申出があった場合、使用者

<sup>78</sup> 東京大学労働法研究会『注釈労働時間法』(有斐閣、1990年)1頁以下、厚生労働省労働基準局編・前掲注68)392頁以下。

<sup>79</sup> 荒木・前掲注16)162頁以下。

<sup>80</sup> 水町・前掲注2)646頁。

<sup>81</sup> 対象となる労働者が、事業場内にいた時間と事業場で労働した時間の合計をいう。高プロ制では、対象労働者の「健康管理時間」の把握が義務付けられている。健康確保の観点からの「労働時間」概念の再構成といえる。

<sup>82</sup> 法定休日労働時間数を含め、月100時間以上の法定時間外労働時間。

<sup>83</sup> 前掲注48)。



は医師による面接指導を実施する義務が設けられたからである。また、過労死・過労自殺に係る労災認定において、法定時間外労働が月間 100 時間超か否かは重要な判断基準とされているが、厚生労働省(以下、厚労省)の行政通達をみる限り、その時間は②「労基法上の労働時間」と同じであった。しかし、裁判例の中には労災認定における過重性評価のための「労働時間」を、労基法のものとは比べ拡張する傾向<sup>84</sup>があることの影響を受けてか、すべての労働者に「在社時間」等による長時間在社の把握と面接指導の実施を、強く義務づける方向に舵を切りつつある<sup>85</sup>。また、情報通信技術(以下、ICT)の発展を踏まえた「労働時間」の概念のあり方への踏み込んだ検討<sup>86</sup>が、今後の課題としてある。先行研究の中には、「テレワークに即した労働時間制度を考えていく必要があるとの見解もみられる」ことを指摘しつつも、「実態上は現行法制の枠内で対処されているのであり……現行法令の解釈・運用によるのが適用」であるとする<sup>87</sup>。むしろ、ICTの発展が労働時間のありように与える影響についての対応は、「労働時間」概念の再構成を含めた、現行法の解釈の修正等による対応も考えられるものである<sup>88</sup>。

## 第二節 「労働時間」概念の現状

### 第一項 「労働時間」概念の解釈問題と労働時間の判断枠組み

労基法 32 条 2 項は、「使用者は…労働者に…1 日について 8 時間を超えて労働させてはならない」と規定する。32 条の規制を超えて労働させた使用者に対しては、後述する割増賃金の支払い(37 条 1 項・2 項、割増賃金令)や罰則の適用が予定されている(119 条 1 号)。それだけに「労基法上の労働時間」の法的意義は明確に示されなければならないが、労基法自体にはその意義規定が置かれていないため、これまで盛んに議論されてきた。日常の活動のどこから労働時間として計算するのかによって、1 日 8 時間規制の意味も変わってくる。しかし、法文はそうした活動の何が労働時間と評価されるかについては何も定めていないので、法を「解釈」して「労基法上の労働時間」とはいかなる時間かを明かにすることが必要となる。従来、判例・学説において、32 条に定める「労働させ」る意義に関しては、大きく当事者の約定を重視する説と客観的に判断する説に分かれていた。この点についての学説は、①当事者が労働時間性を約定によって決定してよいとする「約定基準説」、②労働時間性は労基法の観点から客観的に判断されるとする「客観説」、③労働力提供そのものである中核的時間については客観的に、その前段階の周辺の労働時間(グレーゾーン)については、当事者の約定や取扱いを基準に判断する「二分説」の 3 説に整理できる。しかし、①「約定基準説」や③「二分説」の説は、労基法の強行法規性

<sup>84</sup> 脳心臓疾患の労災認定に係る裁判例では、「労基法上の労働時間」に該当しえない QC サークル活動時間[豊田労基署事件(トヨタ自動車)事件 名地判平 19・11・30 労判 951 号 11 頁]、技術士試験勉強のための自宅学習[国・さいたま労基署長(鉄建建設)事件 大阪地判平 21・4・20 労判 984 号 35 頁]などの労働時間を明確に労災認定上の過重性評価に加えている。

<sup>85</sup> 北岡大介『働き方改革』まるわかり』日経文庫(日本経済新聞出版社、2018 年) 126 頁。

<sup>86</sup> ICTの発展が労働時間法にもたらす課題として、「労働時間」と「休息・休日」との区分の曖昧化の問題がある。テレワークに限らず、一般の労働者についても就業時間後に何らかの形で業務に通信(携帯電話やメール、いまや SNS の普及)が四六時中可能となっているのが現状である。「労働時間」と「休息・休日」との区別をどのように設定するかは今後の重要課題である。

<sup>87</sup> 池添弘邦『テレワーク再考 - 雇用型テレワークの実態と課題の理解に向けて』季刊労働法 264 号(労働開発研究会、2019 年) 55 頁注 12。

<sup>88</sup> 細川 良「ICT が「労働時間」に突き付ける課題 - 『つながらない権利』に解決の処方箋となるか?」日本労働研究雑誌 No.709(労働政策研究・研修機構、2019 年) 49 頁注 10。

(13条)に反することや労基法の刑罰法規としての実効性確保の観点からもいえることであるが<sup>89</sup>、いわゆる直接規制型の労働時間法制を採用する日本では、約定を基準に判断してよいとの立法的手当がなされていない現行法では、②客観説を採るべきことで判例<sup>90</sup>・学説はほぼ一致している<sup>91</sup>。客観説にたつと、客観説に決まる労基法上の労働時間概念を確定しておく必要がある。

## 第二項 労働時間概念に関する学説の展開

客観説の中でも、客観的に定まる労働時間概念をどのように考えるべきかという問題につき、いくつかの見解が示された。

### (1) 指揮命令下説（単一要件説）

労基法上の労働時間を「労働者が使用者の明示または黙示の指揮命令ないし指揮監督の下に置かれている時間」と定義した伝統的学説であり、従来の多数説、行政解釈<sup>92</sup>の立場である。この定義は、いわゆる手待時間が休憩にはあたらず労働時間となるという場面、すなわち不活動時間の場面を主として想定し、使用者の関与要因の典型である指揮命令概念に依拠してなされた定義である。古典的工場労働では、労働時間とは使用者の指揮命令に拘束されて働く時間と把握しても、あまり問題はなかった。しかし、労働者の過半数をホワイトカラーが占め、自らある程度の裁量を持って就労する労働者が増えてくると、指揮命令概念による労働時間把握がうまく機能なくなり、別の判断要素（職務関連性等）で判断した結果を「指揮命令下に置かれている」との定義に帰着させ、指揮命令概念を抽象化して対処し、判断精度が低下しているのではないかとの問題点が指摘されるようになった<sup>93</sup>。

### (2) 有力説

これに対して有力説からは、業務とは全く無関係の私的活動であっても、それが使用者の指揮命令下でなされている限り、労働時間性を否定しがたくなってしまふ<sup>94</sup>。指揮命令が抽象的になりがちなホワイトカラーの労働時間の判断にあたり、指揮命令下説も業務性・職務性といった別の要素により労働時間性を判断した上で「指揮命令下に置かれた時間」という説明に帰着させているに過ぎない等の批判があり、以下のような見解が主張されている。

#### ① 限定的指揮命令下説（部分的二要件説）

労働時間とは、「使用者の作業場の指揮監督下にある時間または使用者の明示・黙示の指示によりその業務に従事する時間」とし、待機や仮眠時間などの不活動時間の場面と純然たる本務以外の活動場面それぞれに対応した定義が提示された。本説は、指揮命令概念のみによる把握の限界を認め、指揮命令概念では処理できない場面に「業務性」という新たな判断要素を導入し

<sup>89</sup> 浅野高宏『労働判例百選〔第9版〕』（有斐閣、2016年）71頁。

<sup>90</sup> 日野自動車事件・東京高判昭56・7・16労民集32巻3・4号437頁（上告審：最一小判昭59・10・18労判458号4頁により支持）など、かつての判例には、二分説と位置づけられるものも存在した。

<sup>91</sup> 吾妻・前掲注11）153頁。

<sup>92</sup> 厚生労働省労働基準局編・前掲注68）399頁。

<sup>93</sup> 三菱重工工業長崎造船所事件・最一小判平12・3・9民集54巻3号801頁、大星ビル管理事件・最一小判平14・2・28民集56巻2号361頁、大林ファシリティーズ事件・最二小判平19・10・19民集61巻7号2555頁。

<sup>94</sup> 梶川敦子『労働判例百選〔第8版〕』（有斐閣、2009年）83頁、水町勇一郎『労働法 第6版』（有斐閣、2017年）2頁。

部分的に労働時間を二要件で把握する立場である<sup>95</sup>。

## ② 相補的二要件説（完全二要件説）<sup>96</sup>

さらに進めて労働時間を「使用者の関与要件」（32条の労働「させ」たといえるか）と「職務性要件」（当該活動ないし拘束が「労働」といえるか）という二要件説で捉えて、労働時間性を認める立場である。本説は、いずれか一方が全く欠ければ（使用者の認識すらなくなされた活動や職務性の全くない活動等）、労働時間性が否定されるとする。部分的二要件説との違いは、待機や仮眠時間などの不活動時間の判断場面でも使用者の関与と当該時間の職務性（労働していると評価されてよい当該時間の拘束の程度）の二要件で把握する点である。そこで、本説は労働時間を「使用者の関与のもとで労働者が職務を遂行している時間」と定義する。本説の主張のもう一つのポイントは、労働時間性判断の仕組みを明示した点である。すなわち、労働時間性が問題になるのは、二要件の一方が希薄な場合であり、他方の要件を相互補充的に把握して、客観的に「労働」「させ」たと評価してよい程度に達している場合に、労働時間性が肯定される<sup>97</sup>。

## 第三項 判例の労働時間定義と「労働時間」概念<sup>98</sup>の解釈

こうした学説の展開がみられた後、判例は「労基法……32条の労働時間とは、労働者が使用者の指揮命令下に置かれている時間をいい、右の労働時間に該当するか否かは、……客観的に定まるものであって、……等の定め……により決定されるべきものではない」と述べて<sup>99</sup>、客観説たる指揮命令下説にたつことを明らかにした<sup>100</sup>。しかし、労基法上の労働時間概念は指揮命令下説を採ったことにより、全てが明らかになるわけではない。さらなる問題は、労働者が使用者の指揮命令下にあるか否かを判断する基準・要素如何である。最高裁はこの点に関し、本務外活動時間が争われた前掲三菱重工長崎造船所事件において、労働者が「就業を命じられた業務の準備行為等を事業所内において行うことを使用者から義務付けられ、又はこれを余儀なくされたとき」に、当該行為は原則として使用者の指揮命令下にあると評価でき、「当該行為に要した時間はそれが社会通念上必要と認められる……限り」、労基法上の労働時間概念に該当すると述べた。こうした説示から、判例における本務外活動時間の労基法上の労働時間概念の該当性判断基準は、業務上の必要性（あるいは業務関連性）、時間的・場所的拘束性、義務づけ（強制度）

<sup>95</sup> 菅野・前掲注 33) 478頁。

<sup>96</sup> 「労基法上の労働時間」性については、「労働」要件と「させ[る]」要件との二つから判断されるとする②相補的二要件説(完全二要件説)が妥当であると解される - 水町・前掲注 2) 648頁。

<sup>97</sup> 荒木・前掲注 16) 184頁。

<sup>98</sup> 労働時間とは、労働者が使用者の指揮命令下に置かれている時間とする理解が一般的であるが、この労働時間の定義が抽象的であることもあり、具体的な始業前の歩行、更衣、体操等の労働時間性については、学説、裁判例ともに判断が分かれている状態である。このような状況下において、日野自動車工業事件(最一小判昭59・10・18 労判58号4頁)で最高裁が是認した二審判決は、始業前後の諸活動の労働時間性を客観的に確定しようとする従来の議論を不要とするような、新たな枠組みを採ったものと解され、労働時間概念の根本問題についての再検討を要請している - 荒木尚志『労働判例百選〔第5版〕』(有斐閣、1989年)100頁。

<sup>99</sup> 前掲注 93) 三菱重工長崎造船所事件判決。その後の判例も、この定義を採用している(大星ビル管理事件・最一小判平14・2・28 民集56巻2号361頁など)。

<sup>100</sup> 大林ファシリティーズ事件・前掲注 93) では、住み込みのマンション管理人の病院通院、犬の散歩を原審は指揮命令下から離脱していないとして労働時間性を認めたのに対し、最高裁は指揮命令下にあったとはいえないとする。しかし、最高裁自身認めるように労働時間性が否定されるのは「業務とは関係ない私的行為」だからであり、指揮命令下に置かれていたか否かの基準は機能していない。

という諸要素の総合衡量によると考えられる<sup>101</sup>。そして、判例の具体的判断を子細に観察すると、その判断の実質においては有力学説(二要件説)の判断基準を相当程度取り入れていることも指摘されており、そうであれば定義と判断基準の一貫性が疑問となるとの指摘もある<sup>102</sup>。今後は労働時間性判断がより明確・容易になるようその判断基準を、いかに精緻化していくかが課題であろう。しかし他方で、いくら精緻な判断基準をたてようとも、労働時間性が問題になるケースが多様化するなかでは、使用者が正確に労働時間性を判断することの困難性は、簡単には除去できないのではないかと疑問も生じる。もし、そのような疑問が妥当するのであれば、将来的には労働時間性判断を明確化し、当事者の自らの権利義務関係にかかる予測可能性を高めるべく二分説の発想を取り入れた法改正を行うこと(例えば、本来の業務に従事していない時間の労働時間性の有無は労使協定にゆだねるなど)も一つの検討課題となるであろう<sup>103</sup>。実際には、判例・裁判例においても、「指揮命令下」という基準のなかで、職務遂行と同視しうるような状況の存在(「労働」要件)と使用者の指揮命令や黙認など使用者の関与の存在(「させ[る]」要件)の二つの点を実質的に考慮して、労働時間性が判断されていることが多い<sup>104</sup>。

#### 小括

本章では、働き方改革の最重要課題である長時間労働の是正を語るうえで、重要な労働時間の概念に関しての学説、判例と労働時間法制の変遷や全体像についてみてきた。一番確認しておきたいことは、法律上、「労働時間とは何か」についてどこにも定められていないということである。判例は、「労基法上の労働時間」を「使用者の指揮命令下に置かれていると客観的に評価できる時間」と定義した<sup>105</sup>。しかも、その指揮命令下にあるかどうかというのは、事業場外労働のみなし制、裁量労働のみなし制や高プロ制の導入により、客観的に判断できず、曖昧になっている。また、労働時間の上限規制をどうするかとか、割増賃金がいくらであるとかといった問題は労働時間をカウントできることが前提であるので、その労働時間のカウントができないような働き方が増えてくると、労働時間法制は根本から崩れていくことになる<sup>106</sup>。まさしく、ここに労働時間規制の限界が存在する。働き方を議論する上で、「労働時間」の定義を明確にすることは重要である。労働時間法制に求められる役割が多様化するとともに、そもそも労働時間性を基礎づける指揮命令関係自体が多様化して、労働基準法の射程範囲自体が問い直されていることは、「労働時間」の定義自体も問い直される必要があることを示唆している<sup>107</sup>。

労基法施行当時の長時間労働者はブルーカラーが中心であり、通常は始業のベルで労働が始まり、一日の作業終了のベルでその日の労働は終わり、その間の休憩時間を除いた時間が

<sup>101</sup> 石橋洋「労基法上の労働時間の概念と判断基準」日本労働法学会編『講座 21 世紀の労働法(5)』(有斐閣、2000 年) 218 頁。

<sup>102</sup> 土田道夫『労働法概説』(弘文堂、2008 年) 116 頁、石橋 洋『労働判例百選(第 7 版)』(有斐閣、2002 年) 107 頁。

<sup>103</sup> 梶川・前掲注 94) 83 頁。

<sup>104</sup> 荒木尚志『労働時間の法的構造』(有斐閣、1991 年) 258 頁以下。例えば、近年の株式会社乙山事件・東京地判平 24・3・23 労判 1054 号 47 頁は、業務の提供の有無、労働契約の義務づけの有無(義務づけに伴う場所的・時間的拘束の有無・程度)を総合考慮して、労働時間性を判断するものとしている。

<sup>105</sup> 前掲注 93) 三菱重工業長崎造船所事件。

<sup>106</sup> 大内伸哉『君の働き方に未来はあるか?』光文社新書(光文社、2014 年) 210 頁。

<sup>107</sup> 長谷川聡『時間外労働規制の意義と手法』法律時報 91 巻 2 号(日本評論社、2019 年) 19 頁。



「労働時間」になることに異議を唱える者はいなかった。その一方で、情報化社会といった第三次産業の発展で大量に生み出されたホワイトカラーは、定型的な作業に予め定められた時間について仕事に従事するのではなく、与えられた仕事の達成のために働いている。仕事の手順、やり方については大きな裁量性を有しているが、与えられた仕事の達成には一般に期限が示されているので、仕事の裁量性は必ずしも高くないことが多い。一日当たりの労働時間が可変的であるほうが、仕事の効率的な達成に資することになる。したがって、もともと厳格な定型的な労働時間制度はホワイトカラーに適合的とはいえない<sup>108</sup>。専門業務等に従事するホワイトカラーの場合は成果主義が多く、同じ成果を出すにもそれに費やす時間は人それぞれであり、脱時間給制として、みなし労働制や高プロ制が誕生したわけである。しかし、現在でも「労働時間」で賃金を得ている労働者が大勢おり、また、労働者の賃金を計算するうえでも「労働時間」の定義を明確にすることは重要である。

現在は、ホワイトカラーが長時間労働の中心であるが、彼らは長時間労働で肉体的疲労と精神的疲労<sup>109</sup>が過重され、これらが原因での過労死・過労自殺<sup>110</sup>が多く、大きな社会問題となっている。長時間労働是正の切り札として、今回の罰則規制に至っているが、その一方で時間外労働規制のすべてを適用除外する高プロ制、つまり、時間外規制を除外した制度が同時に施行された。私には、それはブレーキを踏みながらアクセルを踏むような政策で、行方が定まらず蛇行を続ける自動車走行のように思えてならない<sup>111</sup>。政府は連合などの労働者団体が猛反対した高プロ制を、労働者団体が長年切望してきた罰則規制を交渉材料にしてまで、なかば強引に高プロ制を成立させたことが新聞記者の書いたドキュメント<sup>112</sup>からも明らかである。このような「アメとムチ」の政策に隠された真実は何か、政府は本当にすべての労働者の長時間労働の是正を本気で考えているのか、問題提起したい。

### 第三章 現行の時間外・休日労働規制

#### 第一節 労基法上の要件

##### 第一項 33条および36条による例外の設定

労基法上は、法定時間外労働（「時間外労働」）と所定時間外労働とは峻別され、また法定休日における労働（「休日労働」）と所定休日における労働は峻別され、それぞれ前者についてのみ、労使協定の締結・届出や割増賃金の支払などの法規制が行われる<sup>113</sup>。労基法上、適法に時間外・休日労働を行い得るのは、次の二つの設定がある。労働時間の原則が厳格に貫かれていたわけで

<sup>108</sup> 島田陽一『正社員改革と雇用政策』季刊労働法 247号（労働開発研究会、2014年）20頁以下。

<sup>109</sup> 昨今のわが国の過労死は、「過労自殺」と読み替えたほうが良いほどに、精神疾患が関係していると指摘されている。- 川人 博『過労自殺』岩波新書（岩波書店、2014年）156頁。

<sup>110</sup> 1999年9月以前は、労災上の「過労自殺」は認定されることがほとんどなかった。その判断の根底には、自殺は「故意」、すなわち、本人の意志に基づくものだから、業務と自殺に直接の因果関係があるとは認められないとの認識があった。しかし、労働者を取り巻く環境の変化、長時間労働の深刻化、潜在的な「過労自殺」の増加、「過労自殺」の民事裁判の影響などから、1999年9月に新たな判断指針が出され、以降、徐々に請求・認定件数が増えるようになる。- 小倉一哉『エンドレス・ワーカーズ』（日本経済新聞出版社、2007年）6頁。

<sup>111</sup> 和田・前掲注 50）14頁。

<sup>112</sup> 朝日新聞記者（澤路毅彦、千葉卓朗、贄川俊）「ドキュメント『働き方改革』」（旬報社、2019年）第4章 連合の苦悩。

<sup>113</sup> 菅野・前掲注 33）483頁。



なく、労基法制定当初より、法定外労働時間を許容する制度(33条、36条)が設けられている。

(1) 災害・公務等の臨時の必要による時間外・休日労働 (33条による例外の設定)

「災害その他避けることができない事由によって、臨時の必要がある場合」使用者は行政官庁<sup>114</sup>の許可を受けて(許可を受ける暇がない場合、事後の届出で可)、必要な限度で時間外・休日労働を行わせることが可能である(33条1項)。行政官庁の許可を与えられるのは、突発的な機械の故障や急病の発生などで人命・公益を守るために必要がある場合(病院や公益事業など)に限定されている<sup>115</sup>。33条は、「災害等による臨時の必要があり場合の時間外労働」を許容する規定であるが、これは労基法の前史に当たる工場法においても定められており、結果的にそれを引き継いでいるように思われる<sup>116</sup>。

(2) 労使協定に基づく時間外・休日労働 (36条による例外の設定)

36条は、使用者と事業場の過半数代表が書面による労使協定(「三六協定」)を締結し、これを行政官庁に届け出た場合、その三六協定で定めるところに従った時間外・休日労働を許容している(36条1項)。もっとも、この労使協定自体は労基法の規制を解除する効力は持たないため、使用者が労働者に時間外・休日労働を命ずるためには、労働契約上時間外・休日労働義務を設定しておくことが必要である。時間外・休日労働をさせるための三六協定には、①時間外・休日労働の具体的事由、②業務の種類、③労働者の数、④時間外・休日労働の上限(以上、労基則16条1項)、⑤協定の有効期間(同条2項)、定められた書式(様式第9号)によって、これを行政官庁に届け出なければならない(労基則17条1項)<sup>117</sup>。④時間外・休日労働の上限については、厚生労働大臣がその限度となる基準を定めている(36条2項)。

三六協定の当事者は、労使双方ともその基準を守るようにしなければならず(同条3項)、行政官庁はこの基準に関して、協定当事者に対して必要な助言指導を行うことができるものとされている(同条4項)。この基準は法的には行政指導の根拠となるものにすぎず、わが国の実定法上の時間外労働の上限に関する絶対的な基準は、今回の法改正で罰則規制になるまでは、存在していなかった<sup>118</sup>。また、これまでの三六協定は、月単位の時間外労働時間を明記することは義務付けられていなかったが、今回の法改正以降は、原則として45時間以内の時間数が月単位として記載されていない場合は、当該三六協定は無効となる。

時間外を認める手続については、1992(平成4)年時短促進法<sup>119</sup>によって、三六協定の締結を労働時間短縮推進委員会による決議によって代替することを認めたという動きがあった。その目的は、過半数代表者の推薦によって選出された委員が半数を占めるこの委員会に、恒常的に話し合いをさせて、その結果を事業場における時短の促進に反映させたいという点、別途労使協定を締結

<sup>114</sup> 所轄労働基準監督署長。

<sup>115</sup> 昭22・9・13発基17号、昭26・10・11発基696号。

<sup>116</sup> 池添弘邦『日本の労働時間法制にかかる近年の政策と議論について - 長時間労働の観点から』JILPT資料シリーズNo.94(労働政策研究・研修機構、2011年9月)61頁。

<sup>117</sup> 労基法制定当初は、事由・限度とも無限定であったとされる - 野田・前掲注3)96頁。

<sup>118</sup> 水町勇一郎『労働法 第6版』(有斐閣、2017年)262頁。

<sup>119</sup> 年間総実労働時間の目標を1,800時間と設定して各事業場における労働時間短縮に向けた取組みを促進することを目的とした「労働時間の短縮の促進に関する臨時措置法」の略称。

することの二度手間を回避することにあつた<sup>120</sup>。こうした時間外労働規制の仕組みは、法定労働時間を絶対的な労働時間の上限ではなく、割増賃金を支払うための基準として社会的に位置づけることに結び付いた<sup>121</sup>。なお、自動車運転<sup>122</sup>・建設<sup>123</sup>・医師<sup>124</sup>・研究開発などの業務については限度基準が猶予あるいは適用除外とされるが、これらもそのまま放置されるわけではなく、5年後の見直しを行い、将来的には原則に近づけていくことが想定されている<sup>125</sup>。

## 第二項 割増賃金の概要

時間外・休日労働に対しては、37条により、割増賃金支払が義務づけられている。割増賃金の支払い義務は、時間外・休日労働を間接的に抑制しようとする目的をもっているが、本来、労働者の過半数代表との書面協定(三六協定)そのものが、長時間労働の歯止めになるはずであるが、現実にはそうした歯止めを十分信頼することができないので、労基法は使用者自ら時間外・休日労働を抑制するように、割増賃金の支払いを義務づけたのである<sup>126</sup>。当初、割増率は25%とされていたが、1994(平成6)年の改正で「25%以上50%以下」とされ、休日労働の割増率は35%に引き上げられた<sup>127</sup>。2008(平成20)年の改正で、WLBを目指す政策の一環として長時間労働を抑制するために、月60時間を超える時間外労働に対する割増賃金率は50%とされた<sup>128</sup>。労働時間制の原則維持、過重な労働に対する補償という割増賃金制度の趣旨<sup>129</sup>が、制度的には重視されるようになった。

限度基準改正<sup>130</sup>を踏まえ2010(平成22)年4月以降、使用者は月45時間までの時間外労働には25%、月45時間以上60時間までの時間外労働には25%を超える協定割増率を設定する努力義務が課され<sup>131</sup>、月60時間超の時間外労働には50%の割増賃金支払義務が課されている。また、2008(平成20)年の改正で月60時間を超える法定時間外労働に対する賃金のうち、25%を超える割増賃金については、労使協定の締結により、希望する労働者に1日または半日単位で、代替休暇を与えることもできる。深夜労働<sup>132</sup>については、労基法当初から25%の割増賃金支払が

<sup>120</sup> 厚生労働省労働基準局賃金時間課編『改正時短促進法の詳解』(労務行政研究所、2002年)81頁。

<sup>121</sup> 長谷川聡『時間外労働規制の意義と手法』法律時報91巻2号(日本評論社、2019年)16頁。

<sup>122</sup> 猶予後の取扱(2024年4月1日以降) - ①特別条項付き三六協定を締結する場合の年間の時間外労働の上限が年960時間、②時間外労働と休日労働の合計について、「月100時間未満、2ヶ月から6ヶ月平均80時間以内」は非適用、③時間外労働が月45時間を超えることができるのは年6ヶ月までの制限は非適用。

<sup>123</sup> 猶予後の取扱(2024年4月1日以降) - ①災害の復旧・復興の事業を除き、上限規制がすべて適用、②災害の復旧・復興の事業に関して、「月100時間未満、2ヶ月から6ヶ月平均80時間以内」は非適用。

<sup>124</sup> 猶予後の取扱(2024年4月1日以降) - 具体的な上限規制は今後、省令で定める。

<sup>125</sup> 野川 忍『働き方改革 - 関連法案の帰結とその評価』法律時報 通巻1134号(日本評論社、2019年)9頁。

<sup>126</sup> 西谷 敏『労働時間の思想と時間法制改革』労働法律旬報No.1831・2(旬報社、2015)17頁。

<sup>127</sup> 行政解釈(直近では平11・3・31基発)や休日労働中に1日8時間を超える労働が行われた場合については、休日における労働には休日労働に関する規制のみが及び、時間外労働に関する規制は及ばないとする学説(菅野・前掲注33、498頁)による。一方、労基法32条は健康保持等のための規定であり、これが休日労働に適用されないとする根拠はなく、また、労働時間の長さの規制の側面と自由時間保障の側面からこれを補償しなければならないから法定休日労働時間の8時間超の割増率は、時間外労働+休日労働=6割以上と解すべきとする学説〔川口美貴『労働法』(信山社、2015年)275頁]もある。

<sup>128</sup> 前掲注47)。

<sup>129</sup> 静岡県立高校教員事件・最一小判昭47・7・6民集26巻3号397頁。

<sup>130</sup> 前掲注46)。

<sup>131</sup> 限度基準3条3項。

<sup>132</sup> 午後10時から午前5時までの労働をいう。

義務付けられている。

### 第三項 割増賃金の課題

割増賃金の課題として、①代替休暇制度がある。同制度は現状では大企業での運用となっているが、導入率 11.7%、取得者数 0.2 人<sup>133</sup>というデータからもわかるとおり、せっかく導入しても取得者は皆無に等しい。この現状をどうにか改善し、使い勝手のよい制度にする必要がある<sup>134</sup>。②月 60 時間超の時間外労働に課されている 50%の割増賃金（現行では大企業のみ適用）であるが、現行の大企業での労働時間数の削減には効果が少ないという現実がある。「データを見ても割増賃金の時間外労働の抑制効果という部分では、あまり効果が出ていない。かえって、実態として逆の状態になっている」との発言が労政審の使用者代表委員<sup>135</sup>からある。発言内容にある 50%の割増賃金になることによって、時間外労働が増える実態を裏付ける先行研究<sup>136</sup>もある。

割増賃金の時間外労働の抑制効果があまり出ていない要因として、労政審の使用者代表委員から「長時間労働の多くは、個人の専門性が必要なケースで発生するため、割増賃金率で左右されるものではない」という発言があった一方で、労働者代表委員から「割増賃金率上げが長時間労働の抑制という改正趣旨をはたしていないと結論づけるのは、一面的な見方であり妥当ではない」、「労働条件が厳しい中小企業ほど労働者保護の必要性も高い。最低基準を定める労基法のダブルスタンダードは早期に解消すべき」<sup>137</sup>との意見が出されている。実際に中小企業に月 60 時間超の時間外労働の割増賃金率 50%適用されるのは、2023(令和 5)年 4 月であるが、2010(平成 22)年の本則施工当初は、施工後 3 年を経過したら、必要な措置を講ずることになっていた<sup>138</sup>。このダブルスタンダードは、13 年の歳月をかけ、解消されることになるが、大企業より給与水準が低い中小企業ではことさら、時間外労働の抑制効果はあまり期待できない懸念がある一方で、月 60 時間超の時間外労働がサービス残業化する懸念もある(実施されるまでに本来の目的である時間外労働の抑制効果を持たせる抜本的な対策が必要である)。

<sup>133</sup> 厚生労働省『労働時間等総合実態調査結果』表 42 (2013 年)。

<sup>134</sup> 現行制度では、代替休暇を与えることができる期間が翌月から二ヶ月以内としている。また、1 日の所定労働時間が 8 時間の場合、1 日分の代替休暇を取得するためには月 92 時間の時間外労働(60 時間を 32 時間オーバー)が必要であるが、これは過労死認定基準に達するレベルとなる。法令では代替休暇の取得単位を「1 日または半日」と定めているが、今回の改正では「時間単位の年次有給休暇の取得」が別途導入され、代替休暇はこれと合算できるようになった。そのため、両制度を併せて活用すれば「1 日または半日」単位の休暇が取得しやすくなった。使い勝手は多少改善されたが、最大の難点は 60 時間残業しなければ代替休暇の権利が与えられないこと、そして労務管理の煩雑さである。

<sup>135</sup> 秋田進（日本通運株式会社）第 106 回労働政策審議会 労働条件分科会『議事録』（2013 年 12 月 17 日）。

<sup>136</sup> 所定外労働を前提とした長時間労働がある要因の一つにわが国の労基法で定められた残業代の割増率の低さを挙げている。欧州諸国では、通常の所定外労働で 50%以上・深夜で 100%以上・休日で 150%以上の割増率が一般的であるが、日本においては通常の所定外労働および深夜労働の割増率がそれぞれ 25%以上、休日労働でも 35%以上と低いと、残業させてこそ割に合うという構造になっている - 久本憲夫『正社員ルネサンス』中公新書(中央公論新社、2003 年) 70 頁。

<sup>137</sup> 第 109 回労働政策審議会 労働条件分科会 配布資料 - 『労働時間法制に関する各側委員からの主な意見』（2014 年 2 月 25 日）。

<sup>138</sup> 中小企業には、当分の間、割増賃金に引上げを適用しないとする猶予措置が定められており(労基法附則 138 条)、改正法施行後 3 年を経過した場合にこの点につき必要な措置を講じるものとされていた - [2008(平成 20)年労基法改正、法附則 3 条 1 項]。

## 第二節 契約上の根拠の存在

### 第一項 学説

使用者が労働者に時間外・休日労働を命ずるためには、三六協定の締結・届出など労基法上の要件を満たすことに加えて、労働契約上時間外・休日労働を行う義務を設定しておく必要があり、この時間外・休日労働義務がいかなる場合に認められるかについて、学説は以下の5説がある。①三六協定から直接的に労働義務が生ずるとする立場、②三六協定は、労基法違反の免責要件の効力しかないので、協定の内容如何により就労義務が生ずる余地があるとする立場、③三六協定が時間外・休日労働を適法に行いうる枠を設定するものである以上、労働協約や就業規則において業務上の必要があるときは、三六協定の範囲内で時間外・休日労働を命じることができる旨の明確な定めがある場合には、労働契約上時間外・休日労働義務が生ずるとする立場（「包括的同意説」）<sup>139</sup>、④労働協約に労働義務が明記されており、さらに三六協定が締結された場合は労働義務が生ずるとする立場、⑤時間外・休日労働は法定労働時間・法定休日規制の例外として、かつ、労働者個人の私生活時間の確保という観点から厳格に規制すべきであり、労働協約や就業規則により集团的に時間外・休日労働義務を設定することはできない等として、労働者個人の同意がある場合のみ時間外・休日労働義務が生ずるとする立場（「個別的同意説」）。

なお、⑤個別的同意説はさらにこれは労働者のその都度の同意が必要であるとするその都度同意説<sup>140</sup>と労働者個人の事前の同意でよいとする個別事前同意説<sup>141</sup>とに分かれる。③包括的同意説では、協定の締結によって時間外労働義務を設定することが私法上可能となっている以上、就業規則や協約で包括的な時間外労働義務を負わせることも可能であり、個別的同意に限る論拠はないとする<sup>142</sup>。

三六協定が締結され行政官庁に届出がされると、使用者は労基法32条、35条の制限にかかわらず、時間外・休日の超過労働をさせても処罰されないこと（三六協定の免罰効果）に関する限り異論はないが、協定の当事者間における効力、すなわち、使用者はこの協定の範囲内では労働者に超過労働を命令することができるか（労働者はこれに必ず義務を負うか）については、学説を大別すれば3説がある。①「肯定説」の代表的なものは、行政解釈である。使用者が時間外または休日に労働することを命じ、労働者がその命令に従わない場合にも、通常の労働時間また

<sup>139</sup> 菅野和夫『労働法[第11版補正版]』（弘文堂、2017年）492頁。

<sup>140</sup> この見解をとった裁判例として明治乳業事件・東京地判昭44・5・31 労民集20巻3号477頁、最近の学説は西谷敏『労働法[第2版]』（日本評論社、2013年）307頁。

<sup>141</sup> 東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法下巻』（有斐閣、2003年）626頁〔中窪裕也〕など。

<sup>142</sup> 学説の詳細は、①包括的同意説：労働契約、労働協約または就業規則に「業務の必要がある時は労働者に時間外・休日労働を命じることがある」旨の一般規定があり、かつ三六協定が締結されていれば、三六協定の定める限度で労働者に時間外・休日労働が発生する、と解する見解、②個別的同意説：本文に記載、③具体的規定説：労働契約、労働協約または就業規則に一般的・概括的な規定を設けても時間外・休日労働は生じないが、それらにおいて時間外・休日労働の具体的内容が定められた場合にはそれに従った労働義務を生ぜしめる、と解する見解、④限定的命令説：包括的同意説を前提にしながら三六協定で定める時間外・休日労働の内容が抽象的である場合には労働者の義務は生じない、とする見解、⑤個別的事前合意説：本文に記載、以上のように法定基準を超える時間外・休日労働の義務の発生要件について、学説は5説に分かれて複雑な対立状況を呈している。最高裁の立場（静内郵便局事件・最三小判昭59・3・27 判例430・69）は、①包括的同意説に立つものと解されている（東京大学労働法研究会・前掲注78）450頁以下。



は労働日に就業を拒否した場合と同様であるとする<sup>143</sup>。ただし、学説では本説をとるのは、むしろ例外に属するといえる<sup>144</sup>。②「条件付肯定説」は、三六協定自体には免罰効果しかないとしながら、一定の条件の下に超過労働義務が発生することを認めるものをいう。ただし、この条件はその説くところ種々であって、三六協定の内容(協定の決め方)<sup>145</sup>、就業規則の規定<sup>146</sup>、労働協約との関連<sup>147</sup>等が挙げられる。このうち、三六協定の定め方によって超過労働義務の発生を認めるとする説は、三六協定自体から義務発生を認めるものとも解される<sup>148</sup>。③「否定説」は、36条をあくまでも使用者に対する免罰規定と解し、これによって使用者は合法的に労働者に対し、超過労働の申込みをなしうるに止まるとする<sup>149</sup>。この立場からは、仮に協約形式をとる三六協定であり、その中に労働者の労働義務を発生させるような表現をとる規定が含まれていても、それは無効であると解されている。

## 第二項 判例

最高裁は「個別的同意説」を斥け、使用者が三六協定を締結し、行政官庁に届け出た場合において、就業規則に当該協定の範囲内で一定の業務上の事由があれば、時間外労働をさせることができる旨定めているときは、当該就業規則の規定が合理的なものである限り、具体的労働契約の内容をなし、労働者は時間外労働義務を負うとした<sup>150</sup>。労働者の不利益との調整は、就業規則規定の業務上の必要性の存否のチェック、そして時間外労働命令権の判断で吟味することとなる<sup>151</sup>。最高裁は日立製作所武蔵工場事件(以下、日立事件)において、就業規則の規定にもとづき労働者の時間外労働義務が発生することを明確に承認したわけであるが、そのような方向はすでに静内郵便局事件(最三小判昭 59. 3. 27 労判 430 号 69 頁)で示唆されており、同事件は現業国家公務員に関する事案であり、協約・就業規則と並んで国家公務員法も採用するという特殊性を有していた。

日立事件で、最高裁が示している「就業規則に時間外労働条項がある場合その規定の内容が合理的なものである限り、それが具体的労働契約の内容をなすから、労働者はその定めるところに従い、労働契約に定める労働時間を超えて労働する義務を負う」とは、最高裁が形成してきた就業規則法理を時間外労働規定にも規定したものであり、秋北バス事件(最大判昭 43. 12. 25 民集 22 卷 13 号 3459 頁)および電電公社帯広局事件(最一小判昭 61. 3. 13 労判 470 号 6 頁)が引用されている。これらの判決が、就業規則法理で要求される「合理性」を審査する姿勢を打ち出した点は、注目に値するが、一般的・抽象的な就業規則の規定の合理性を協定の規定内容をも参照すると

<sup>143</sup> 昭 23・9・20 基取 2640 号。

<sup>144</sup> 西川達雄『労働時間』旧労働法講座 5 卷(有斐閣、1958 年)1242 頁。

<sup>145</sup> 野村平爾『労働法ノート』(日本評論新社、1963 年)193 頁以下。

<sup>146</sup> 有泉 泉『労働基準法』法律学全集(有斐閣、1963 年)340 頁、松岡三郎『条解労働基準法』上(弘文堂、1958 年) 447 頁。

<sup>147</sup> 西村信雄他『労働基準法論』(法律文化社、1959 年)186 頁、有泉・前掲注 145)、松岡・前掲注 145)。

<sup>148</sup> 山本吉人『時間外・休日労働』新労働法講座 7 卷(有斐閣、1967 年)298 頁。

<sup>149</sup> 沼田稲次郎『労働法論(上)』(法律文化社、1960 年)376 頁、本多淳亮『業務命令施設管理権と組合活動』(労働法学出版、1964 年)125 頁、山本・前掲注 154)、佐藤昭夫『労働基準法第 36 条と争議行為』- 労働法大系 3 卷(有斐閣、1963 年)156 頁。

<sup>150</sup> 日立製作所武蔵工場事件・最一小判平 3・11・28 民集 45 卷 8 号 1270 頁。

<sup>151</sup> 吾妻・前掲注 11) 164 頁以下。



いういささか変則的な方法によって判断している。また、当該協定の定める事由が、「業務の内容によりやむをえない場合」や「その他前各号に準ずる理由がある場合」を含む概括的・網羅的なものであったにもかかわらず、簡単に合理性を認めている。労働者としては、使用者の時間外・休日労働命令権の存在を前提に、命令に従えないやむをえない理由があった場合には、時間外・休日労働命令権の濫用を主張するか、命令拒否を理由とする使用者の処分に対して、解雇権や懲戒権の濫用の主張を試みるべきことになろう。これに関連した判例として、労働者の眼精疲労等がやむをえない理由にあたり、残業命令を拒否できるとした裁判例として、トーコロ事件（東京高判9.11.17 労民集 48 卷 5 = 6 号 633 頁）がある。

### 第三節 三六協定の課題

法 36 条の規定に適合する時間外労働協定、すなわち、当該事業場に過半数組合があればその組合との間に結ばれた則 16 条所掲の事項を定めた協定は、それが過半数組合によって結ばれたものであるから、「多数決原理」（過半数による決定は全体の決定として少数者をも拘束する）によって、当該事業場の労働者全員に三六協定に定める時間外労働に服すべき義務を生じさせていない。三六協定が適法に結ばれれば、各個の労働者に当該協定による時間外労働義務が生ずるとする少数の判例・学説・行政解釈においても、その根拠としてかかる「多数決原理」を持ち出す者は見当たらない。しかし、単に 36 条の規定に適合するだけの三六協定から、右のような各個の労働者の義務が生ずるのだとすれば、このような「多数決原理」を持ち出す以外に根拠づけは不可能であろう。しかし、この根拠づけは 36 条の文理上無理であるばかりでなく、本人自身の合意に基づかずに、その者に労務提供そのものを義務づけることとなる点において、とうてい採用しえない。上述した学説<sup>152</sup>のように、三六協定の定め方如何によっては、すなわち、三六協定のなかに則 16 条所掲の事項のほか、各個の労働者が協定による時間外労働に服する義務を負う旨の規定が含まれておりさえすれば、かかる義務が生ずるとする説があるが、同様の批判を免れない。過半数組合がない場合の過半数代表者の選出において、通達にいう「投票、挙手」等による民主的な手続が定着していくことが必要であるが、それは当事者選出の民主化に過ぎず、協定に対する労働者の意思の反映は別の問題である。協定ごとに労働者の意思が反映されるような手続がなくてはならない。協定当事者を民主的に選出する保障があったとしても、過半数意思の確認もせず、使用者の提案どおり協定していく可能性がある。現時点にあっては、労働組合でない過半数代表者の協定への意思反映が保障されていないのは、法の不備といえる。これを最初の課題として挙げたい。

次の課題は、「特別条項を労使協定で締結すれば、年間の半分(6ヶ月)は、実質青天井になっていた」ことである。罰則規制が制定されたとはいえ、規制内容は満足できるものではないが、「坑内労働その他健康上とくに有害な業務」と「年少者」に対する制限は、厳格である。これら以外は、実質的に無制限に許容していたので、時間外労働は例外ではなくして、常態化する現象

<sup>152</sup> 三六協定は、労基法違反の免責要件の効力しかないので、「協定の内容如何により就労義務が生ずる余地がある」とする立場。

<sup>153</sup> を示し、1日8時間制・週休制の意味はとかく見失われ、形骸化している。2014(平成26)年2月の労政審でも、労働者代表委員からこの件に関して問題提起されていた<sup>154</sup>。労政審の議事録を読んでいくと、労働者代表から罰則規制の要望が強く出されていたが、長年に渡って反対してきた(ホワイトカラー・エグゼンプション<sup>155</sup>の延長線上にある)高プロ制を容認する形で、罰則規制を勝ち取ったことがわかる。

次の課題として、「三六協定なしの事業場がデータでは44.8%<sup>156</sup>」という事実である。このことは労政審<sup>157</sup>でも議論されているが、最も危惧するのは、30人以下の事業場の約16%が「時間外労働・休日労働に関する労使協定の存在を知らない」と答えていることである。驚くべき事実であるが、このデータを踏まえて、行政官庁は三六協定の完全な周知徹底を図る必要がある。特に30人以下の事業場の約20%が「時間外労働・休日労働がない」と回答しているが、サービス残業の温床になっている可能性が高い。その対策として、厚労省はPR活動を行っているが、実効性を高めるため社員からの通告制度の活用等あらゆる手段・方法を使って、すべての事業場に適正な労務管理、つまり三六協定の厳格な運用が必要である。

三六協定に関する学説は、上述した5説に分かれるが、何れの解釈をとるかは労基法上の労働時間規制と三六協定との関係をどのように捉えるか、特に労働時間規制の労働保護法を如何に考えるかにかかっている。労基法が協定の形式によって超過労働を認めるのは、あくまで例外的なことである。そのため、超過労働時間を基準内労働時間と同視することは、許さるべきではない。肯定説によるときは、超過労働の例外性はまさしく割増賃金(37条)との関係においてのみ、認められるだけとなり、最低労働条件設定という労基法の趣旨は、ほとんどなくなってしまふ。この点、条件付肯定の諸説は三六協定自体の効力としては、労働義務の発生を認めないのであるから、その限りでは超過労働の例外性は守られているといえる。しかし、個々の労働者の合意なしで労働義務を認めるところに問題がある。また、労働協約の規定であっても、労基法違反の協定は無効であるから、労働協約との関係で超過労働義務を認める見解は、三六協定に「無効なものを有効なものに転換せしめる効力を付与したとみるか、または三六協定に具体的義務を生ぜしめる効力ありと解する」以外には認めることができない<sup>158</sup>。就業規則に超過労働

<sup>153</sup> 第三六条の規定によって労使協定を締結すれば、労働時間が延長することが許される点に関しては「こういった規制では、労働時間制限立法の役目を果たすことができない。いわばザル法をつくったといわれてもしかたがない」 - 藤本 武『労働時間』岩波新書(岩波書店、1963年)83頁以下。

<sup>154</sup> 「ワーク・ライフ・バランスのとれた働き方をまず可能である労働時間にするためには、長時間労働を是正し、睡眠や休日時間を確保し、実質青天井になっている時間外労働時間の歯止めの議論をすることこそ、必要でないか」 - 富田珠代(全日本自動車産業労組)第109回労働政策審議会 労働条件分科会『議事録』(2014年2月25日)。

<sup>155</sup> 別名は頭脳労働者脱時間給制度といわれ、ホワイトカラー労働者の一部に対する労働法上の規制を緩和・適用免除する制度。2005(平成17)年6月に経団連が提言を行い、以降厚生労働省労働政策審議会労働条件分科会において、「労働時間法制のあり方」の課題の一つとして導入が検討された。当時は、「自律的労働にふさわしい制度」、あるいは「自由度の高い働き方にふさわしい制度」として検討されていた。

<sup>156</sup> 「時間外労働・休日労働に関する労使協定をいづれも締結していない事業場—合計44.8%(大企業6.0%、中小企業56.6%)」、このうち「時間外労働・休日労働がない」が全体の43.0%であるが、「労使協定の存在を知らなかった」が35.2%もある - 厚生労働省『労働時間等総合実態調査』(2013年)。

<sup>157</sup> 「こうした現実を正確に認識するという事の中で、その旨でやっていくときに、やはり実効性を高めるということが非常に重要な部分だと思う。三六協定の根本のところをどのようにしていくのかということも議論していきたい」 - 八野正一(UAゼンセン)第133回労働政策審議会 労働条件分科会『議事録』(2017年4月27日)。

<sup>158</sup> 山本・前掲注148)299頁。

義務を規定するときも同じことがいえる。就業規則の法規的効力は、それが労働保護上プラスの効果をもつ限度において認められるものであるからなおさらである(92,93条)、以上のようにみれば、結局、否定説の見解が正しいということになる。しかし、この立場をとる者も、労働者の拒否の自由には何らかの制約を付する例がある。残業命令を残業の申込みと解し、労働者の同意によって労働義務が発生するというのであれば、原則的には労働者は本来、自由にこれを拒否するというべきである。しかし、労働者はこれを拒否するには、やはり「一応の理由を必要とする」という見解がある<sup>159</sup>。その他の見解もまた、労働者の拒否の自由には一定の制約を認めるかどうかは必ずしも明確ではないが、否定的に解されているものとみるべきである。原則論的には、こうした制約を認めない方が正しいようにも思われる。以上の学説は、労基法誕生20年後の1968(昭和43)年の専門誌<sup>160</sup>に寄稿された論文である。労基法誕生70年以上経過した現在でも、根本的な三六協定の課題は解決されていない。この間に学説・判例<sup>161</sup>とも、積み重ねられてきたが、高プロ制等に関連する「脱時間給」や働き方改革に関連する「時短」の議論を俎上に載せている現在においては、三六協定の課題を議論するより、「脱時間給」や「時短」の議論が大きくなっている。しかし、三六協定の周知徹底や三六協定なしの残業等の根絶など三六協定の課題は未だに多いのが現状である。

#### 第四節 賃上げの必要性

低成長による実質賃金の目減り、非正規労働者の増加による世帯収入の目減り等、現実の生活の経済的な厳しさからいうと、労働者の本音は、「賃上げなくして、長時間労働の是正はない」である。このことから、本節では労働者の本音である「賃上げの必要性」を論じたい。

2015(平成27)年の総務省の「労働力調査」<sup>162</sup>では、正規労働者が8年ぶりに増えた。しかも、増加総数44万人のうち、正規労働者の増加は26万人で、非正規労働者の増加数18万人を上回った。正規労働者が、非正規労働者を上回ったのは21年ぶりである。正規労働者が、増加に転じたのは景気の盛り上がりというより、15歳から64歳の働ける年代層の人口、つまり、生産年齢人口の減少が、ここへきてついに顕在化し始めたことが、大きいのではないだろうか。そこに、アベノミクスによる景気回復がメディアでもてはやされたことも手伝って、人手をつなぎとめなければならぬという心理が広がり、正規労働者の確保を再開し始めたということである。正規労働者が増えれば、働き手の賃金は大幅に上がり、消費は活発になり物価が下がり続けるデフレも改善するのではないかと、誰もが思うだろうが、現実とは違った。消費支出は二年連続で前年割れにとどまった。原因の一つは、賃上げの鈍さである。原因としては、社会保険料の引上げなどの社会保障の削減による負担増、消費増税といった政府の政策によって賃上げ分が

<sup>159</sup> 三島宗彦『残業拒否・定時退勤』季刊労働法56号(労働開発研究会、1965年)115頁。

<sup>160</sup> 深山喜一郎『三六協定』季刊労働法68号(労働開発研究会、1968年)56頁以下。

<sup>161</sup> 最高裁は上述した日立事件で「包括的同意説」に立つことを明確にした。しかし、働き方改革の実効性を高めるため、WLBを実践することが求められている。社会的背景等により、今後は「個別的同意説」が主流となり得る可能性もある。今後、判例の動向を注視する必要がある。

<sup>162</sup> 雇用者5,284万人のうち、正社員は前年比で26万人増えて3,304万人となった。正社員が増えるのはリーマンショックが起きた2008年以来、8年ぶりである。

相殺され、実質賃金は2015（平成27）年、過去26年で最低となった<sup>163</sup>。このように、正規労働者になって生活にゆとりが生まれるだけの賃金補償と是正された労働時間に見合うだけの賃金補償、つまり、賃上げが必要である。そのためには、非正規労働者の最低賃金（時給）の引上げ<sup>164</sup>、正規労働者の基本月給の引上げが必須であり、政府も「働き方改革実行計画」（平成29年3月28日働き方改革実現会議決定）において、「年3%程度を目途として、名目GDP成長率にも配慮しつつ引き上げていく。これにより、全国加重平均が1,000円になることを目指す<sup>165</sup>」ことを決定して、賃上げを経営者団体に要請している。経済成長率<sup>166</sup>はおよそ1991年度以降から低成長になり、物価を考慮した実質賃金は2018年には1988年の水準を下回っている。つまり、労働者の賃金は30年前より実質的に悪化している状態でありながら、日本の企業は約20年間も給料を上げず、また、全雇用者の4割弱を非正規雇用としたことから<sup>167</sup>、企業の内部留保は6年連続で過去最高<sup>168</sup>を更新した。非正規労働者の給料を倍にして、正規雇用とすれば、年収200万円未満の非正規労働者が約1,600万人もいるので、人手不足<sup>169</sup>は大幅に解消する。大企業が中心となるだろうが、企業は賃上げが十分できる財務状況であり、最近ではIT関連業務の人材不足<sup>170</sup>を反映してIT関連企業を中心にIT技能を有する新入社員等の高給ぶりが話題になっている<sup>171</sup>。未曾有の人手不足は、すべての業種で全国的な問題であり、一方で最低賃金は英独仏の約7割の水準でしかなく<sup>172</sup>、このことから賃上げが必要なのは確かである。賃上げは中小企業にとって、負担は大きいですが、賃上げによって働く人の労働意欲は高まり、企業側にとっても人件費が上げられ

<sup>163</sup> 竹信三恵子『正社員消滅』朝日新書（朝日新聞出版、2017年）185頁。

<sup>164</sup> 最低賃金の引上げは、低賃金労働を生産性に合った賃金に近づけ、労働市場の効率性を高める可能性をもっている。最近では最低賃金水準で働くシングルマザーや非正規社員が増えたため、最低賃金の引上げが「貧困対策」としての役割が期待されているが、その多数が主婦パートや学生アルバイトであり、貧困対策としての効果は小さく効率的でない - 大竹文雄『最低賃金上がっても貧困対策としては非効率』（朝日新聞、2019年7月31日）。

<sup>165</sup> 安倍政権の「年3%程度の最低賃金引上げ」というかけ声もあり、最低賃金はここ数年、急ピッチで上がりました。このままいけば、あと数年で「全国加重平均1,000円」の目標に到達しそうです。ただ、現在の水準はフルタイム労働者の多くがもらう賃金の約4割です。他の先進国は5~6割なので、国際的にみると日本は低水準で、まだ上げる余地があるといえる。また、地域で最低賃金に差をつける先進国はほとんどなく、多くは「全国一律」最低賃金をとっている。しかし、必ずしも「全国一律」ではなく、欧米では学生や若者、実習生などに対し、一般成人労働者とは別に低い最低賃金が設定されている。日本でも、地域ではなく年齢層や就学状況、企業の規模別で最低賃金に差をつける選択肢もありえます - 神吉知郁子『地域差含め 見直す時期』（日本経済新聞、2019年7月31日）。

<sup>166</sup> 前掲注 72）。

<sup>167</sup> 過去の高成長の下でも慢性的な人出不足で結果的に終身雇用が実現した。だが30年近い名目ゼロ成長という環境で従来と同じ雇用慣行を維持するには、その対象は絞り込まざるを得ない。終身雇用という正社員の特権を守るため、非正規社員比率は4割弱に高まっている - 吾妻橋「大機小機『70歳終身雇用を強制するな』」（日本経済新聞、2019年6月5日）。

<sup>168</sup> 財務省が公表している法人企業統計によると、2017年度における日本企業（金融・保険業を除く）の内部留保は446兆4844億円と過去最高を記録した。昨年より40兆円以上増えており、過去最高を更新するのは6年連続。内部留保はあくまでも会計上の概念とされているが、すべて資産に変わっているわけではないので、実際のところ半分程度の現金が何もしない状況で遊んでいるとされている。

<sup>169</sup> 東京商工リサーチによれば、2018年度の人出不足に起因する倒産は前年比約22%増の387件。

<sup>170</sup> 経済産業省は日本の産業界で20年末にAI人材が約30万人不足すると試算する - 「AI人材『年25万人』へ始動」（日本経済新聞、2019年3月30日）。

<sup>171</sup> ソニー（電機）はAIなどで高い能力を持つ人材は年間給与を最大2割増しに - 『新人同士でも給与差 AI人材取り込み』（日本経済新聞、2019年6月7日）。

<sup>172</sup> ILO(2012) Global Wage Report 2013/13:Low Pay Commission(2012) National Minimum Wage Low Pay Commission Report 2012、労働政策研究・研修機構の資料(18年)によると、日本はドル換算で7.7ドル。仏は11.7ドル、英独は10.4ドルで、6~7割の水準。低賃金による消費の伸び悩みはアベノミックス批判につながりかねない - 検証『3%上げまた官邸主導』（毎日新聞、2019年8月1日）。



ば経営者はそのコスト以上に生産性を高める必要に迫られる。つまり、生産性の低い業務を減らしたり、付加価値を高めたりするようになり、長い目でみれば日本の生産性向上につながる<sup>173</sup>。そして、求人難からの賃上げばかりでなく、長時間労働の是正を行い、働き方改革を成功させるにも賃上げは必要である。

賃金に関連した提言として、「日本企業は相いれない二つの戦略のどちらかを選択しなければならない」というのがある。①賃金の抑制を続けて、中国との労働コスト格差の縮小を目指す戦略である。②働き方を変えて、フランスなどの OECD 諸国との労働生産性格差の縮小を目指す戦略である。どちらを選択すべきか、いうまでもないが、日本企業は自らの過去から学ぶことができる。歴史的著作<sup>174</sup>で検証されているように、60年代から70年代には労働コストを増やしたことが、その後の技術革新を促した。日本企業は、こうした経験に今こそ学ぶべきである<sup>175</sup>。

#### 第五節 日本の労働時間規制の特徴

日本の労働時間規制は、法定労働時間を超えた労働は罰則をもって原則として禁止しているという意味で、労働時間を直接的な規制のないアメリカとは異なり、大陸ヨーロッパ型の規制アプローチに近い。しかし、法定労働時間を超えて労働させる場合、EU労働時間指令では個別のオプアウト<sup>176</sup>(以下、オプアウト)が認められているが、日本の場合では協定という過半数代表者との集団的な合意が必要になる。この点については、オプアウトより形式的にはより厳しい要件となっているように見える協定であるが、例えば①限度基準を超えて労働時間を延長させることを可能とする「特別条項」を協定に定めることができること、②労使協調の流れの中で協定締結<sup>177</sup>が拒否されるケースがほとんどなく、過半数代表者指名も使用者主導が多かったことなどが指摘<sup>178</sup>されていること、以上からわかるとおり、名ばかりに近い協定である<sup>179</sup>。このことに関しては次の章でも述べるが、このような協定の仕組みにおいては、長時間労働を抑制する実効性は乏しく、日本の労働時間規制は形式的にはヨーロッパ型の要件は備えているものの、実態的にはむしろ長時間労働の歯止めは主に割増賃金に依存するというアメリカ型に近かったといえる<sup>180</sup>。

173 『中小、生産性の向上急務』(日本経済新聞、2019年8月4日)。

174 中村隆英『昭和史(下)』(東洋経済新報社、2012年)、南亮進『中国の経済発展』(東洋経済新報社、1991年)。

175 S・ルシュバリエ『経済教室—フランスに学ぶ働き方改革』(日本経済新聞、2018年8月23日)。

176 労働者との書面による合意がある場合には法定労働時間規制の適用対象外とすることができるが、休息期間規制(1日につき最低連続11時間の休息期間)があり、これと1週ごとに最低24時間の絶対休日を合わせると1週間の労働時間の上限は78時間を超えることはできない。

177 労使協定の締結が時間外労働実施の条件であるにもかかわらず、長時間労働が問題となっていることから、過半数代表による歯止めが機能していない可能性がある。新たな労働者代表制度の構築が急務である - 桑村裕美子『労働時間をめぐる政策課題』パネルディスカッションでの桑村報告(労働政策研究会議報告、2016年)。

178 梶川・前掲注 65) 20頁。

179 第三六条の規定によって労使協定を締結すれば、労働時間が延長することが許される点に関しては「こういった規制では、労働時間制限立法の役目を果たすことができない。いわばザル法をつくったと言われてもしかたがない」 - 藤本 武『労働時間』岩波新書(岩波書店、1963年)83頁以下。

180 鶴 光太郎・樋口義男・水町勇一郎『労働時間改革』(日本評論社、2010年)16頁以下。

## 小括

現行の時間外・休日労働規制で、「災害・公務等の臨時の必要による時間外・休日労働」に関しては、人命・公益を守るために必要がある場合に限定されての時間外・休日労働であり、必要な限度で行われる限り、異議を唱える者はいないであろう。問題は、「協定に基づく時間外・休日労働」であるが、実質的には時間外労働が青天井の協定であったことを述べた。すべての労働者を対象とした労働者保護法である労基法における労働時間規制を骨抜きにしてきた。労基法が施行される 1947(昭和 22)年以前は、労働者は工場法が施行された大正 5 年から 15 年にわたり、16 歳以上の男子労働者を除き、実労働時間は 1 日 11 時間から 11 時間 30 分であった。その後も労基法が施行されるまでの約 16 年間は 2 時間削減されたとはいえ、1 日 9 時間から 9 時間 30 分の労働をするのが一般的であった<sup>181</sup>。労基法が施行されたとはいえ、労働時間の原則通り、1 日 8 時間しか実労働しなかったとすれば、1 時間当たりの賃金単価が、約 1.2 から 1.4 倍<sup>182</sup>にならない限り、労働者は同じ賃金を得ることはできない。

立法史研究によれば「当時の大多数の労働者の賃金が低く、労働時間の上限を法律で厳格に規制することに反対するだろうから、労働者の望むならば労働組合等を通じて労働時間の延長に合意する自由を残す」ことが必要であったとされている<sup>183</sup>。つまり、労働者の賃金の低さは周知の事実であり、1 日 8 時間(週 40 時間)労働規制の合法的な抜け道として、三六協定が意図的に作られたといえなくもない。また、「残業させてこそ割に合うという構造」になっているとする先行研究<sup>184</sup>からも、使用者側も労働者を新たに雇入れるよりはいくらか労基法が施行されたとはいえ、残業させたほうが割に合うことから当然のように残業をさせて現行の生産量の維持を図ったわけである。労基法制定当時は労働力人口が多く、そのため労使関係は使用者が圧倒的に強く、労働時間短縮による賃上げ要求はかなわず、労働者はやむなく従来通りの労働時間数で働かざるを得なかった。

日本の罰則規制の議論が長年にわたり、活発に議論されてこなかった根底にあるのは、(労働者に対する低賃金構造は改善されるどころか、上述のように賃金水準は 30 年前より実質的に悪化している状態であり、日本の企業は約 20 年間も給料を上げずにいる現実を前にして) 残業が減れば、手取り給与が減り、賃金水準はさらに悪化することから、残業は一種の「必要悪」として公然と労働者の前に重くのしかかった。このように労基法が施行されても三六協定を結び、現状通りの労働時間数で働かざるを得ないことは、労使ともに暗黙の了解であった。

<sup>181</sup> この間、1939(昭和 14)年の工場就業時間制限令によって、漸く 16 歳以上の男子にも 1 日 12 時間(就業時間)という規制がもうけられたが、1943(昭和 18)年に廃止された。

<sup>182</sup> 16 歳以上の男子であれば、仮に 11 時間労働としていたとすると約 1.4 倍となる。

<sup>183</sup> 野田・前掲注 3) 93 頁。

<sup>184</sup> 諸手当の一部やボーナスなどが割増賃金の算定基礎に入らない現行基準(施行規則 21 条)での 71%の名目割増率が、実質割増率 0%となる(割増率 71%以上にならないとすれば雇用を増やさず、現在雇用している労働者に残業させたほうが、安上がり)。実際、名目割増率はほとんどの企業で 25%から 30%である。労基法の残業割増率の基礎を労働費用(人件費=労働者にかかるすべての費用)とすれば、時間あたりの残業手当は現在の倍程度になる。そうすれば、企業は残業を減らし、雇用を増やすであろう - 久本憲夫『正社員ルネサンス 多様な雇用から多様な正社員へ』中公新書(中央公論新社、2003 年) 78 頁。

しかし、過労死や過労自殺(未遂を含む)で労災認定された人は2017年度で計190人にのぼり<sup>185</sup>、過労死や過労自殺が大きな社会問題となり、長時間労働の是正が働き方改革の大きなきっかけの一つになったのは、周知の事実であり、罰則規制は、日本の労働時間法制史に残ることである。しかし、これまでの長時間労働抑制の手段とされてきた労使による三六協定と割増賃金だけでは、現実に長時間労働が原因となる過労による健康被害が発生していることから、現行の仕組みが機能不全であることを評価せざるを得なくなり、そこで今回の法改正で罰則規制に至ったともいえる<sup>186</sup>。

この罰則規定は、働き方改革の大きな功績であるかのように見えるが、その中身は労使間で三六協定を結び、特別条項<sup>187</sup>の有無に関わらず、1年と通して常に時間外労働と休日労働の合計は月100時間未満、2ヶ月から6ヶ月平均で80時間以内であれば良いとの内容である。大企業<sup>188</sup>には、既に罰則規制は施行されているが、厚労省が定めた健康障害リスクが高まる「過労死ライン」での最高危険度(業務と発症との関連性が強い)での基準<sup>189</sup>に相当する時間外労働を、今度は合法的に労働者に強いている。罰則規制が大きな功績かどうかは、法律で縛る「上限」が適切なものかによる。上限が緩すぎれば実効性がないばかりか、逆にその上限までなら合法的だとし、かえって労働環境を悪化させることになってしまう。その意味では、繁忙期の例外規定(特別条項)<sup>190</sup>は「甘すぎる」と指摘されても仕方がない<sup>191</sup>。

#### 第四章 労働時間法制の課題と働き方改革

##### 第一節 立法課題

##### 第一項 過半数代表者制度の抜本的改正

労基法立法当時において、過半数代表者について議論らしい議論はなされなかった。それは立法担当者らが、今後ほとんどの事業場に過半数組合が存在するようになるとの認識を有していたからであり、団交事項である残業に係わる三六協定は、通常は過半数組合が団体交渉によっ

<sup>185</sup> 厚生労働省『過労死等の労災補償状況』(2018年7月6日発表)。

<sup>186</sup> 濱口・前掲注7)40頁。

<sup>187</sup> 特別条項(臨時的な特別の事情)を設けなければ、限度時間(月45時間・360時間)を超えることはできない。時間外・休日労働指針(平30・9・7厚労告323号)5条は、当該事業場における通常予見することのできない業務量の大幅な増加等に伴い臨時的に限度時間を超えて労働させる必要がある場合をできるだけ具体的に定めなければならないとし、「業務の都合上必要な場合」、「業務上やむを得ない場合」など恒常的な長時間労働を招くおそれがあるものを定めることは認められないとしている。なお、エスケープ条項と呼ぶ場合もある。

<sup>188</sup> 大企業は2019(平成31)年4月施行であるが、中小企業は2020(令和2)年4月から施行される。

<sup>189</sup> 現行は、2ヶ月から6ヶ月の平均80時間以内、単月で100時間未満の時間外労働時間数であるが、厚生労働省は過労死の労災認定基準を見直す方針を固めた。脳・心臓疾患に関連する基準は2001年以来で約20年ぶり、精神疾患の基準は2011年の策定以来初めての改正になる。働き方の多様化やパワーハラスメント防止を企業に義務付ける関連法の成立などを踏まえ、12月以降の専門家による検討会で議論していく。同省は18年度から脳・心臓疾患について新しい医学的知見の収集をしている。20年度にも検討会を設置し、現在の基準と最新の知見を比較して改定内容を議論する-(日本経済新聞、2019年11月2日)。

<sup>190</sup> 特別条項を利用するためには、臨時の必要がある特別な場合と定めているので、当該事業場にそのような部門・業務がある場合に限られる。具体的には、予算・決算の業務、ボーナス商戦に伴う業務の繁忙、納期のひっ迫、大規模なクレームへの対応、機械のトラブルへの対応などである。なお、三六協定において特別条項の対象となる具体的な事由を定める必要があり、単に「業務の都合上必要な時」、「業務上やむを得ない時」などと定めることは許せない-岡崎淳一『働き方改革のすべて』(日本経済新聞出版社、2018年)91頁。

<sup>191</sup> 久原・前掲注77)85頁。

て十分に協議しうると想定していたからである<sup>192</sup>。ところが、労使協定は飛躍的に増加する一方、民間労働組合の組織率は長期低落の状況であり、現在は16.4%にすぎず、民間労働者(約4,800万人)の過半数(約2,500万人)に占める規模100人未満の事業場での組織率は1.2%である。過半数組合が存在しない事業場の割合も、かかる事業場で就労する労働者の割合も恐らく9割を超えるるとされている<sup>193</sup>。今日、過半数代表制度は、過半数代表者によって担われているのである<sup>194</sup>。過半数代表制度には、以下の三つの問題がある。

①労基法では過半数代表者に関して、その資格や選出手続きについて、何もふれていないことである。協定の効力として、処罰免除的効力しかないとすれば、代表者の選出について何の規制も加えなかったという点を批判攻撃する必要はない。上述した「包括的同意説」に立てば、協定が重要な作用を営むものであり、時間外・休日労働などの命令を拒否することが困難な事情にある実態からみて、協定当事者の資格と選出方法は労使にとって、きわめて重要である。協定が処罰免除的効力しかなければ、民主的ルールに従って選出された代表者に一任しても、特に問題はない。「包括的同意説」の立場であれば、協定内容が労働者に一定の義務を負担させる根拠となりうるので、労働者の意思が反映されるような手続がなくてはならない。現時点にあっては、労働組合ではない過半数労働者の意思反映が保障されていないのは、法の不備といえる(代表者について、通達では民主的ルールにそった適正手続を要求しているが、法は何らふれていない)<sup>195</sup>。

②過半数代表者のあり方である。労働組合組織率の低下とともに、過半数組合が存在しない事業場が増えたが、そこでは個々の問題ごとに従業員の意見を代表する者という法律のタテマエとは異なり、通常は一人の労働者がすべての問題に関する代表となっている。しかし、一人の労働者がすべての問題について、「代表」としての役割を果たすことが不可能なのは明らかである。過半数代表制度は、少なくとも過半数組合が存在しない場合には虚構と化している。

③直近30年の非正規労働者の急増(20%から37%へ)<sup>196</sup>にもかかわらず、非正規労働者の声を反映させる仕組みが形成されていないことである。過半数組合が存在する場合でも、多くは正社員しか組織していない。パート就業規則<sup>197</sup>を作成するのに、正社員組合の意見を聴取すればよいというのは、明らかに奇妙な事態である。

以上、いずれの面から見ても過半数代表制は、きわめて深刻な矛盾をかかえている。新たな労働者代表制度の確立、つまり常設の労働者代表委員会の設置が必要である。

<sup>192</sup> 野川 忍『立法資料から見た労働基準法』、土田道夫『労働基準法とは何だったのか?』日本労働法会誌95号(法律文化社、2000年5月)。

<sup>193</sup> 日本政策研究・研修機構『労働条件の設定・変更と人事処遇に関する調査』(2005年5月)。

<sup>194</sup> 鴨田哲郎『労働時間法制の問題点と立法課題 - 労働者側弁護士視点から』季刊労働法214号(労働開発研究会、2004年)62頁。

<sup>195</sup> 労働組合の存在しないところでは、過半数代表者は団体交渉の担当者としての資格はない。このような性格である集団を母体にし、しかも資格、手続について法が何らの要件を定めていない代表者の締結した協定が民事上の義務を生ずるとみることは、労働法体系上不可能である。労働者が民事上の義務が生じるのは、労基法上の協定でなく、労働協約や就業規則における義務規定である - 鴨田・前掲注194) 63頁。

<sup>196</sup> 1985(昭和60)年16.4%、1990(平成2)年20.2%、2000(平成12)年26.0%、2010(平成22)年34.4%、2017(平成29)年37.3% - 総務省『就業構造基本統計調査』(2018年)。

<sup>197</sup> パート法7条にパート代表の意見聴取に関する努力義務規定がある。



## 第二項 労働基準の抜本的改正

現行労働時間法制は、事実上青天井に運用されてきた時間外・休日労働、始終業時刻や休憩の繰上げ・繰下げ、休日振替、各種変形労働時間制、みなし労働時間制、特例、適用除外、年休付与義務は5日しかなく、時季変更権があるなど、直接規制型とされる日本の労働時間規制は弾力化のオンパレードであり、経営者は残業を当然の前提として、長時間労働を命じうるものとして労務管理を行っている。そして、近時の成果主義賃金の強調・強化と相まって、いわゆる、労基法違反が横行している。労基法によって長時間労働から守られるべき労働者は、何の保護も受けていない実態が浮かび上がってくる。現在の労基法は、三六協定をはじめとする適用除外(抜け道)が多く、また労働時間の概念など明定されるべき項目も多く、働き方改革やWLBを持ち出さなくとも、適用除外の見直しなどの抜本的改正は避けて通れない。

今日の日本の労働基準を先進国として、国際的にも恥ずかしくない水準とするために、ILO各条約及びEU労働時間指令等に準拠して、日本の長時間労働の要因を除去すべく以下の八つの項目を労基法に定めなければならない。①実労働時間の上限短縮<sup>198</sup>、②所定外・休日労働の規制<sup>199</sup>、③勤務間隔時間(休息时间)制度の導入、④完全週休2日制の法定、⑤閉店法・日曜営業制限法の導入、⑥年休付与義務<sup>200</sup>の法定と諸休暇制度の導入、⑦深夜労働、交代制労働の規制と就労労働者の保護、⑧適用除外者及びみなし時間制適用労働者の保護<sup>201</sup>。

そして、労働基準の抜本的改正の課題として以下の三つを挙げたい。①三六協定の適正運用、②それぞれの労働者の事情に適した制度であるフレックス制等の「労働時間の弾力的規制」の整備、特にオプトアウト導入の議論、③「労働時間」の定義の明定化。特に、③は①以上に重要で、事業所や労働者の実態に合わせて労使協定ではっきりさせて<sup>202</sup>、労働時間管理を徹底する必要がある。これにより、労使双方に労働時間管理の重要性が再認識され、最終的にはサービス残業をなくすることで、真の長時間労働の是正を図ることができる。これが、労働基準の抜本的改正の最終目標である。

### 第二節 労働時間

#### 第一項 労働時間の把握・管理

どの時間が労基法上の労働時間に該当するかを客観的に認識することと同様に、使用者が労働者の労働時間を適正に把握し適切な管理を行っていくことも、労基法等の規則の遵守のために重要である。労基法自体は、労働時間の把握・管理の方法について具体的な規定を置いていな

<sup>198</sup> 今回の改正で罰則規制は制定されたが、三六協定(特別条項)により過労死ラインと同じ、長時間労働は未だに合法化されている(特別条項は通常予見できない事由かつできる限り具体的に定める必要がある)。

<sup>199</sup> ①所定外労働の事由の制限、②法定休日労働の原則禁止、③延長時間の上限の法定(現行規制の短縮)、最終的に特別協定制度の廃止、④割増賃金額の向上(基礎賃金の改善と割増率の向上)。

<sup>200</sup> 今回の改正で、5日を使用者に義務化されたが、原則として繰越分を加算した全日数の付与義務化。

<sup>201</sup> 鴨田・前掲注 194) 66頁。

<sup>202</sup> 「労使間の約定を基準に判断することにより、労働時間性判断の困難が解消される、労働時間の範囲が当事者に明確に認識され、紛争を惹起させない、当事者の決めた労働時間の範囲と『労基法上の労働時間』の範囲が合致し、これは当事者の意識に合致した労働時間概念であり、『労基法上の労働時間』としてもむしろふさわしい」- 荒木・前掲注 104) 11頁、「労基法 32条に定める『労働させ』る意義」に関しての学説①当事者が労働時間性を約定によって決定してよとする「約定基準説」、または②労働力提供そのものである中核的時間については客観的に、その前段階の周辺の労働時間(グレーゾーン)については当事者の約定や取扱いを基準に判断する「二分説」のいずれかを支持したい。

いが、サービス残業<sup>203</sup>や長時間労働問題が社会的に深刻化したことに伴い、2001(平成13)年に労働基準局長通達として「労働時間の適正な把握のために使用者が講ずべき措置に関する基準」<sup>204</sup>が発出された。この通達を背景に、近年の裁判例においては、使用者には労働時間を適正に管理する義務があるとし、使用者がタイムカードで労働時間を管理していた場合には、これと異なる認定をすべき特段の事情(使用者による反証)が認められない限り、タイムカードに打刻された時刻に従って労働時間を認定すべきであるとするものが多い<sup>205</sup>。

2018(平成30)年の働き方改革関連法は、この使用者の労働時間適正把握義務の位置づけを、サービス残業対策から労働者の健康確保を目的とするものに改めるとともに、通達に基づく責務から法律上の義務に改正することとし、労働安全衛生法(以下、安衛法)にその根拠規定を置くこととした。改正安衛法は、事業者は厚労省令で定める方法<sup>206</sup>により、労働者の労働時間の状況を把握しなければならないと規定している。この改正により、実労働時間による割増賃金の支払いの対象となっていない管理監督者等の労働時間規制の適用除外者や事業場外労働のみなし制・裁量労働のみなし制の適用者についても、労働時間適正把握義務の対象に含まれることとなった<sup>207</sup>。

## 第二項 労働時間法制の転換

労働時間問題は、資本主義的生産方式の発生とともに始まったといわれている。封建制社会においては、都市の手工業者は自分で自分の労働を管理した。彼らは利潤を追求する目的を持ってではなく、自分の生活を維持するために生産をした。その労働時間は、健康を維持し体面を保持するために必要な生活を営む時間に制約され、労働時間は1日8時間ぐらいがふつうであった。しかし、資本主義的生産方式の時代になると、労働者を生産手段から分離するとともに労働を商品化して労務の提供とその対償である賃金との間の等価交換方式を確立した(民法623条)<sup>208</sup>。労働時間は賃金と並んで、労働条件の二大支柱として登場し、社会の関心を集め始めた。しかし、資本主義の初期には、生産技術は機械よりも人間労働の熟練度に依存するところが大きく、商品の市場も限られ、労働者の賃金が比較的高かったこともあって、労働時間は10時間から12時間程度であった。労働時間の問題が重大かつ深刻になってきたのは、産業革命以後<sup>209</sup>のことであり、10時間労働制の問題が、いわゆる労働時間問題の出発点とされている<sup>210</sup>。

<sup>203</sup> この性質上、公的機関からの調査データはないが、平成28年10月に日経ビジネスが行ったインターネット調査では、6割以上の人がサービス残業をしていると答えている。サービス残業時間数は20時間未満が4割であるが、最長は120時間以上もあった。

<sup>204</sup> 平13・4・6基発339号(いわゆる「46通達」)。その後、平29・1・20基発0120第3号により『労働時間の適正な把握のために使用者が講ずべき措置に関するガイドライン』に改正された。

<sup>205</sup> 丸柴西野事件・大阪地判平20・1・11労判957号5頁、京電工事件・仙台地判平21・4・23労判988号53頁、スロー・ライフ事件・金沢地判平26・9・30労判1107号79頁など。

<sup>206</sup> タイムカード、パソコン等の記録等の客観的な方法その他の適切な方法-(労働安全規則52条の7の3)。

<sup>207</sup> 水町・前掲注2)655頁。

<sup>208</sup> 雇用は、当事者の一方が相手方に対して労働に従事することを約し、相手方がこれに対してその報酬を与えることを約することによって、その効力を生ずる-民法623条。

<sup>209</sup> 通説では、イギリスの産業革命は18世紀後半(1770年代)から開始されたとする。

<sup>210</sup> 萩沢清彦『八時間労働制』有斐閣双書(有斐閣、1966年)13頁以下。

資本主義の初期<sup>211</sup>を過ぎると、労働者の賃金は徐々に低くなり、産業革命以後は低賃金で働かせられた。労働者は自分たちの最低限の生活を維持するため、非人間的労働環境の下での長時間労働を我慢するという悪循環を繰り返す「負のスパイラル」により、当時の労働者は健康を害し、結核等に罹患する者が多かった。また、労働者は長年の過重労働がたたりに、40歳後半まで働くのが限界といわれた時代であった。現在も社会問題となっている長時間労働は、この低賃金問題とサービス残業を抜きにして論じることはできない。

日本で最初に労働時間を規制した工場法が1916(大正5)年に施行され、その後を引き継いだ労基法が1947(昭和22)年に施行された。労基法は幾度となく改正されてきているが、草案の段階では規定されていた法定労働時間を超える労働時間の延長の限度<sup>212</sup>が、その内容を変えて今回の法改正でようやく日の目を見るまで、約70年も経ってしまった。たしかに、労働時間制度改革は1987(昭和62)年の労基法改正に始まり、この約30年間は年間総労働時間の短縮を目指して、幾度もの法改正がなされた。しかし、時間外労働の上限規制に切り込むことがなく、また従来の働き方に変革を迫る内容がなかったため、正規労働者の長時間労働の抑制には十分な効果を上げることはできなかった。今まさに、労働時間法制の転換点を迎えている。

### 第三節 長時間労働の現状および対策と課題

#### 第一項 長時間労働問題

年間総実労働時間は、1990年代中盤から低下傾向を示し、2009(平成21)年には、ついに1,800時間を切り、1,777時間となった。しかし、これはパートタイム労働者の増加が大きく寄与しており、男性正規労働者の労働時間は短縮していない。いわゆる、「労働時間分布の長短二極化」現象に過ぎなかった。「日本の労働時間をめぐる平成25年時点の年間総実労働時間の状況をみると、一般労働者(正規労働者)が2000時間を上回る水準で推移する中、雇用者のうち週労働時間60時間以上の者の割合は、低下傾向にあるものの8.8%と平成32年時点の政労使目標である5%を上回っており、特に30歳代男性では17.2%となっている。また、年次有給休暇の取得率は48.8%であり、平成32年時点の政労使目標である70%を下回っている状況にある。こうした中、過労死等防止対策推進法が制定されるなど、労働者の健康確保に向けた一層の取組が求められるとともに、次世代育成支援や女性の活躍推進等の観点からも、長時間労働を抑制し、WLBを上げていくことが喫緊の課題となっている」<sup>213</sup>。この労政審建議からは、過労死・過労自殺問題の深刻さが伝わってこないが、日本の労働時間政策は、生命に危険が及ぶほどの長時間労働<sup>214</sup>を解消することが、本当の喫緊の課題である。「長時間労働を抑制し、WLBを上げていく」という流ちょうな表現であり、長時間労働を解消し、「過労死等ゼロ」を実現することは建議

<sup>211</sup> 資本主義の萌芽は15世紀の封建社会末期に発生し、18世紀中期頃に一つの経済体制として確立した。

<sup>212</sup> 1日について3時間以内、1週間について9時間以内、1年について150時間以内。

<sup>213</sup> 労働政策審議会建議『今後の労働時間法制等の在り方について』(2015年2月13日)。

<sup>214</sup> 過労死事件で被災者の年間労働時間を調査すると、3,000時間前後かそれ以上のケースがほとんどである。週35時間以上働くフルタイム従業者のうち、年間労働時間3,128時間(平均週間就労時間が週60時間)以上の者も12.4%、男性では15.9%に及んでいる。日本の474万人もの労働者が、月80時間以上の法定労働時間外労働に従事し、命の危険に曝されている - 総務省『労働力調査』(2017年)。

されなかったが、第二の電通事件<sup>215</sup>もあり、約2年後の労政審建議<sup>216</sup>で「過労死等ゼロ」を実現することが建議され、漸く労政審でもその重要性が認識されるようになった。

上述した『職事情』のなかで女工が徹夜をとまなう夜勤が多く、欠勤者の代わりに居残りを命じられ、24時間まれに36時間に及ぶ立ち作業に従事させられたと記されているが、現代は無条件にこれよりましだとはいえない。近年では1日15時間働かされて、残業代がわずかしか支払われないか、まったく支払われないような「ブラック企業」が増えてきた。IT産業における若者の過労死では、朝9時から徹夜して翌晩10時までの37時間連続勤務の例もある<sup>217</sup>。若い労働者を虐使する「ブラック企業」の労働条件は、『女工哀史』<sup>218</sup>にいう「散々こき使って健康な肉体を破壊してしまい、もう役にたたなくなればあたかも破れ草履を捨てるごとく、路傍に打ち捨ててかえりみない」働かせ方を想起させる<sup>219</sup>。特に近年、上述したように労働時間の二極化傾向が進み、正規労働者の労働時間が長時間化していることが指摘されており<sup>220</sup>、その極限状態で過労死・過労自殺に至るなど日本における過重労働の問題は、欧米諸国に比べてかなり深刻であることが認識されている<sup>221</sup>。その要因として、①日本的雇用システムの最大の特徴である長期雇用慣行の下では、外部労働市場を利用した雇用の柔軟性(外的柔軟性)を確保することが難しかったことから、企業内部で柔軟性(内部柔軟性)を確保する方法の一つとして、日常的に長時間の時間外労働が行われてきたこと<sup>222</sup>、②日本的な労働市場の二重構造<sup>223</sup>が残存するなかで、1990年代以降、グローバル競争の激化、景気低迷の長期化、企業内人員構成の高齢化などを背景にコスト削減圧力が急激に高まったため、コスト削減の手段として非正規労働者が増加し、量的に減少した正規労働者の過重労働を深刻化させたことが挙げられる。

日本の長時間労働問題は、日本の雇用システムや労働市場の構造と密接にかかわる深刻な問題となっている<sup>224</sup>。また、長時間労働問題は、長時間労働による労働生産性の低下をもたらしているだけでなく、労働者のメンタルヘルス問題、過労死・過労自殺等を生む原因となっている。そして、長時間労働は仕事と家庭生活との両立を妨げ、少子化の原因となるとともに、家庭生活や健康面等で制約をもつ女性や高齢者などの労働市場への参加やキャリア形成を阻害する。

<sup>215</sup> 最初の電通事件(最小二省平12・3・24民集第54巻3号1155頁)は「過労自殺」という概念がこの事件によって初めてクローズアップされた。二人目の犠牲者、高橋まつりさん(平成27年12月没)が出た以降のマスコミの報道は働き方改革の長時間労働是正問題とも絡み、大きかったことは記憶に新しい。最初の犠牲者(男性)が亡くなった年に高橋さんが生まれ、二人とも24歳の若さでこの世を去ったのは、ただの偶然であろうか。

<sup>216</sup> 「長時間労働は、健康の確保だけでなく、仕事と家庭生活との両立を困難にし、少子化の原因や女性のキャリア形成を阻む原因、男性の家庭参加を阻む原因になっている。『過労死等ゼロ』を実現するとともに、マンアワー当たりの生産性を上げつつ、WLBを改善し、女性や高齢者が働きやすい社会に変えていくため、長時間労働の是正は喫緊の課題である」- 労働政策審議会建議『時間外労働の上限規制等について』(2017年6月5日)。

<sup>217</sup> 森岡孝二『悪化する若者の雇用環境と大学生の就活自殺』現代思想(青土社、2013年4月)。

<sup>218</sup> 細井和喜蔵著のルポルタージュ(改造社、1925年)- 細井自身の機械工としての経験と妻としをの紡績工場での労働体験を基本とした記述という面からは、この著作は細井と妻としをの共同作業の産物といえる。

<sup>219</sup> 森岡・前掲注217)。

<sup>220</sup> 黒田祥子『日本人の労働時間-時短政策導入前とその20年後の比較を中心に』RIETI Policy Discussion Paper Series 10-P-002(独立行政法人 経済産業研究所、2010年)。

<sup>221</sup> 山川隆一＝荒木尚志『諸外国のホワイトカラー労働者に係る労働時間法制に関する調査研究』(労働政策研究・研修機構研究調整部研究調整課編、2005年)20頁。

<sup>222</sup> 不況で業務量が減ったときに時間外労働を減らすことで一種の雇用調整を行ってきた。

<sup>223</sup> 正規労働者と非正規労働者間大きな格差・乖離。

<sup>224</sup> 水町勇一郎『『働き方改革』の到達点と課題』法律時報91巻2号(日本評論社、2019年)54頁。



これに対し、長時間労働を是正すればWLBが改善し、女性や高齢者も仕事に就きやすくなり、労働参加率の向上に結びつく。経営者は時間的制約のなかで、いかにして効率的に働いてもらうかに関心が高め、時間当たりの労働生産性向上につながる<sup>225</sup>。このように、時間外労働に上限時間を設定することは、労働参加率および労働生産性を向上させ、日本経済の潜在的成長率を高めることも期待される<sup>226</sup>。

## 第二項 長時間労働の原因類型と対策

長時間労働の原因を、次の三つの類型に分類してその対策を考えてみたい。

### 1. 仕事量起因長時間労働

比較的単純な理由であるが、仕事量に比べて人手が不足している場合である。恒常的長時間残業が発生するので、対策としては超過勤務時間の総量規制、超過勤務時間の長さの段階に応じて使用コスト(具体的には超過勤務の割増率や労災保険料率など)のかさ上げ、欧州では一般化している「休息时间」を確保することを義務づける規制を設ける(勤務間インターバル制度)<sup>227</sup>、などの規制が考えられる。

### 2. 仕事特性起因長時間労働

仕事の性質による場合であり、仕事特性とある程度の個人特性に属する要因である。仕事には、それぞれの性質や態様に応じて、最も効果的・効率的な継続時間の固まりがそれなりにあると考えられる。一つひとつの作業が意味をもつために必要な時間の固まりには長短があり、当然にその時間を確保できる継続した労働時間が必要である。さらに、同種・同様の作業を短時間で繰り返すような仕事であれば、(複数の人による)短時間の労働に細切れにすることが可能であるが、同様の作業の繰り返しではあっても、一つひとつの作業がその前の作業結果を考慮して工夫を行いながら行うような仕事(例えば材料工学的な研究開発など)であれば、かなり長い時間の継続的労働とすることが効率的になるであろう。これらの長期間労働には、二つの対策が考えられる。①それが真に必要な仕事特性かどうか再検討することである。必要でない「つきあい残業」などの企業内見直し・対応のほか、消費者に対する「過剰サービス」の社会的見直しなどが求められる。②メリハリのある「しっかり働き、きちんと休む」という労働習慣の形成である。この対策に対しては、リフレッシュのため長期休暇の(計画的)取得が重要となる。

### 3. 内発的なワーカホリック起因長時間労働

職業生活の中で、十分の適正や嗜好に合致した仕事に従事するという「幸運」にめぐり合った人である。いくら仕事をしていても苦にならないという場合があるであろうし、そうした人は想像以上に少なくないといえるように思われる。一方、症状は同じでも、強制的・外傷的なワーカホリックは、これには該当せず、仕事量と仕事特性起因という二つの因子がより強く働いている

<sup>225</sup> 働き方改革実現会議決定『働き方改革実行計画』(2017年3月28日)2頁。

<sup>226</sup> 水町・前掲注 224) 56頁。

<sup>227</sup> 欧州では終業時刻から次の始業時刻まで11時間以上の休息时间を確保することが義務付けられている。日本でも法律上の義務化検討されたが、使用者の反発は根強く、努力義務としてではあるが実定法に明記された。すでに勤務間インターバル制度を導入している企業は1.8%にとどまっており、89.1%の企業は「導入予定はなく検討もしていない」と回答した。2020年までに10%以上とする政府目標には程遠い - 厚生労働省『就労条件総合調査』(2018年)。

と考えるべきである。内発的なワーカホリック起因長時間労働については、究極的には使用従属関係が前提となる雇用関係の下で、仕事をするのが適当かどうかにも遡って検討されることが求められるといえる。これをさておき、雇用労働を前提とすれば、少なくとも本来の意味での「裁量労働」ができる制度が整備されることが、対策として求められる。その上で労働時間を適切に把握し、企業は法制上・制度上負担すべき労務コストは、実際に負担し履行することを確保することが重要である。そうすることで、働く人の個人的な「勝手な思い」によってではなく、市場が求める真の需要に見合った仕事量を確定することができる。

なお、これらの原因類型は排他的なものではなく、複合して長時間労働に結実している場合が少なくないであろう<sup>228</sup>。

### 第三項 長時間労働対策

これまで長時間労働抑制の手段は、労使による「三六協定」と「割増賃金」であった。労働者が協定に同意しなければ、時間外労働はできない。しかし、長時間労働や過労による健康被害が実際に発生していることから、上述したように現行の仕組みが機能不全だったと評価せざるを得ない。そこで今回の法改正で、漸く罰則規制をかけることになった。しかし、ホワイトカラーについては、そもそも労働時間の把握が難しい。職場内でも自己判断で適宜休憩をとれるし、職場外でも仕事ができるという意味で、仕事と余暇の切り分けが難しい。また、自分のキャリア形成を重視し、ある時期に集中的に働くことを希望する労働者もいる。そこで日本でもアウトプットの導入を図り、労働者の働き方に対応する必要がある。また、今後の長時間労働対策を考えるうえで、少しずつ人間の働き方を変えつつある情報通信技術(以下、ICT)の発達に注視する必要があり、ロボットや人工知能(以下、AI)などの先端技術は、現状でも様々な業務で利用されている。

少子高齢化による労働力不足によって、情報システム導入黎明期の1960年代に給与計算に代表される定型的な業務をコンピュータに置き換えるようになった電子データ処理システム(EDPS<sup>229</sup>)と同様に、人をコンピュータに置き換える必要が出ている。工場業務の多くは高品質なものを確実に休憩なしで、作り続ける産業用ロボットが既に担っているが、日本の産業用ロボットの導入台数は2000(平成12)年をピークに、製造現場では導入が一段落していた。しかし、人手不足に直面する食品業界等で、ロボット導入を促進して生産性向上を図ろうとしている。ロボット導入のネックになっていたロボットの価格低減を図るべく、政府は業種に関わらず、共通で必要とされる産業用ロボットの基礎的な技術の研究開発を進める計画がある<sup>230</sup>。これにより、ロボットの導入が進んでいなかった業界等への普及も期待される。今後は、業務のなかで人間が行ってきたタスク、例えばコミュニケーションや記憶のようなものも次々と先端技術が肩代わりしていく社会になっていくとされる<sup>231</sup>。そして、AIとロボットの台頭は非定型業務に

<sup>228</sup> 浅尾 裕『日本における労働時間の推移と課題に関する小論』JILPT 資料シリーズ No.94 (労働政策研究・研修機構、2011年) 39頁。

<sup>229</sup> Electronic Data Processing Systems の略称。

<sup>230</sup> 『ロボット導入促進 - 経産省コスト減へ研究組織』(東奥日報、2019年9月17日)。

<sup>231</sup> 江間有紗『AI社会の歩き方 - 人工知能とどう付き合うか』(科学同人、2019年)。

日々拡がりを見せており、RPA<sup>232</sup>の進展は著しい。今後10年から20年程度で70%以上自動化されて消滅する仕事が47%あり<sup>233</sup>、RPAがホワイトカラーの業務を代替し<sup>234</sup>、日本の労働者全体の49%の職業は、今後数十年のうちに技術的に自動化されるという具体的な指摘もある<sup>235</sup>。このことは、雇用型テレワーク<sup>236</sup>が可能な業務の半分は、今後RPAが進めば仕事そのものがなくなる可能性があるということである。実際、RPA導入による人員削減は進められている<sup>237</sup>。このように、今後も順調にICTの導入が進めば、かなりの業務量の削減効果が期待できることから、長時間労働対策になると同時にWLBにも大きく貢献する。

長時間労働是正の根本的な対策は、上述したように残業代の割増率引き上げても、データ上では労働時間是正効果は少ないことや「長時間労働の多くは、個人の専門性が必要なケースで発生するため、割増賃金率に左右されない」という意見もあるように、それぞれの労働者の従事している仕事の特性や働き方、事業所の業務量と人員とのバランス等さまざまな要因が複雑に関係しており、すべての事業所に共通の解決策はないのが現状である。

#### 第四項 長時間労働対策の課題

労政審の配布資料「労働時間法制に関する各側委員からの主な意見」<sup>238</sup>の長時間労働抑制・過重労働対策での労働者側意見のなかで、実質青天井になっている時間外労働への歯止めと労働時間の上限規制や勤務間インターバル規制を真摯に議論すべきとの発言がある。これに対して使用者側意見として、時間外労働の背景は職種等によって異なるので一律に規制すべきでなく、職種別、規模別に状況を確認したうえでの議論をすべきとの発言がある。すべての労働者の適正な労働時間管理は使用者の責務であるとの意見が出されているが、労政審の配布資料『裁量労働制等に関するアンケート調査』<sup>239</sup>では、実労働時間の把握方法は「自己申告制」が専門業務型裁量労働制では33.3%でトップであり、企画務型裁量労働制では20.8%、フレックス制では25.4%、管理監督者では33.4%といずれも二位であった。また、このアンケートをみる限り、多くの事業場で実労働時間の把握方法が「不明」となっている。長時間労働対策を真剣に労使で話し合うにしても、このような実労働時間の把握状態で実効性のある対策は立てることは、使用者が実態を正確に把握していない現状では難しいといえるが<sup>240</sup>、いわゆる「自己申告制」と

232 Robotic Process Automation:従来人間がアプリケーションソフトを利用して行っていた業務を自動化する流れ。

233 Frey ,C.B.and Osborne,M.A.”The Future of Employment : How Susceptible Are Jobs to Computerisation?” Technological Forecasting and Social Change 114,(2017) pp.254-280。

234 Van der Aalst,W.M.P.,Bichler,M.and Heinzl,A.”Robotic Process Automation” Systems Engineering,Springer,60 (4),(2018) pp.269-272。

235 野村総合研究所『日本の労働時間の49%が人工知能やロボット等で代替可能に - 601種の職業ごとに、コンピュータ技術による代替確率を試算』 [https://www.nri.com//media/Corporate/jp/Files/PDF/news/newsrelease/cc/2015/151202\\_1.pdf](https://www.nri.com//media/Corporate/jp/Files/PDF/news/newsrelease/cc/2015/151202_1.pdf)。

236 雇用型就業者のうち、テレワークを実施している人 - 国土交通省による『テレワーカーの分類』(2019年)。

237 柳原佐智子『日本におけるテレワークの現状と今後 人間とICTとの共存はどうあるべきか』日本労働研究雑誌 No.709(労働政策研究・研修機構,2019年)23頁。

238 第115回労働政策審議会 労働条件分科会 参考資料『No.1』(2014年9月10日)。

239 第107回労働政策審議会 労働条件分科会 参考資料『No.2-3』(2014年1月15日)。

240 主要663社から回答を得た2018年度のスマートワーク経営調査は働き方改革施行前のものだが、すでに企業は働き方改革を重要な経営課題と捉えている。長時間労働の見直しへの取組を複数回答で聞いたところ、最多は「労働時間の見える化(管理職や従業員への共有)」の63.7%だった。残業時間が規制され、企業は社員が働いている時間について、まずあいまいさの排除を急いでいる - 『働き方改革』(日本経済新聞、2019年10月17日)。

もいえるシステムを導入して、多様な働き方に対応している企業もある<sup>241</sup>。

わが国では、2000(平成12)年前後に長時間労働が理由で企業側に厳しい内容の判決<sup>242</sup>が相次いだこともあり、「労働時間だけ短くすればいいという風潮」があった<sup>243</sup>。その流れからすると実定法上の時間外労働の上限に関する絶対的な基準は、この当時の労基法改正で設けられても不思議ではなかったが、今回の改正まで待たなければならなかった。これまでの長時間労働の変遷からしても、実定法上の時間外労働の上限に関する絶対的な基準が設けられなかったのは、制定当時の経済状況からの脱却やその後の高度経済成長の原動力に「長時間労働を厭わない日本人の勤勉さ」があったのも要因であろう。先行研究<sup>244</sup>では、長時間労働によってその後の昇進確率が高まることを明らかにしている。このような評価体制も長時間労働をもたらす要因の一つになっていると指摘できる。

近代的労働法の大きな任務は、比較法的にみて最低賃金の設定と労働時間の上限時間の設定にあることを鑑みると、時間外労働に罰則付き上限を設定した今回の法改正は、1959(昭和34)年の最低賃金法の制定と並ぶ、日本の戦後労働法の重大な節目となる改革と位置づけることができる<sup>245</sup>。長時間労働に歯止めをかける目的である三六協定を実質的に骨抜きに長年してきたことが、長時間労働を合法的に継続できた要因であるが、長時間労働であることをもって監督指導することは、今回の法改正以前は法の根拠規定がないことから、行えなかった。

長時間労働抑制・過重労働対策はとても重要であるが、労働時間短縮という形だけにこだわれば、意欲のある人材を逃すこともある。金融大手の経営者は、「思い切り仕事に打ち込みたい若者も多い」が、政府の方針に沿い残業を禁じて早く帰宅させた結果、横並び意識が薄い外資系企業に優秀で意欲の高い若者が流れていくと嘆いている<sup>246</sup>。短時間でも窮屈な仕事環境ならストレスが大きくなることもあるように、ただ労働時間だけを一律に短くすればいいわけではなく<sup>247</sup>、

241 社員にまず、自分がどんな働き方をしたいか宣言してもらい、何曜日にどんな時間帯にどこで働くか、と。上司は必要なら担当の変更などの調整を行い、この働き方で大丈夫だとすれば、グループウェア(情報共有システム)に載せて全社員が見られる状態にします。タイムカードのようなアプリで、社員の自己申告によって出退勤の時刻は記録でき、グループウェアへの接続記録で働いた時間は確認できる - 「多様な働き方 労働時間の管理は『社員自身がチェックする仕組みを』」(朝日新聞、2019年11月4日)。

242 ①電通事件(最高裁平12・3・24第二小法廷判決) - 長時間にわたる残業を恒常的に伴う業務に従事していた労働者がうつ病に罹患し自殺した場合に使用者の民法715条に基づく損害賠償責任が肯定された事例。

②川鉄裁判(岡山地裁倉敷支部平10・2・23、その後控訴審(平12・10・2)で和解が成立) - 常道を逸した長時間労働で心身とも疲弊して、うつ病にかかり会社のビル屋上から飛び降り自殺事件。電通事件に続き、会社が全面的に非を認めた今回の和解は、過労自殺の解決の道筋を定着させた事例。

③三洋電気サービス事件(東京高裁平14・7・23判決) - 会社の損害賠償責任を一審同様に肯定しつつ、自殺に対する会社の寄与度を七割とした原判決を変更して八割とし遺族の主張した業務上の退職金請求を棄却した事例。

243 山本 勲・黒田祥子『労働時間の経済分析』(日本経済新聞出版社、2014年) 278頁。

244 最近の研究の一例として、Kuroda Sachiko and Isamu Yamamoto “Why Do People Overwork at the Risk of Impairing Mental Health?” *Journal of Happiness Studies* (DOI:10.1007/s10902-018-0008-x)。

245 水町・前掲注 224) 57頁。

246 石鍋仁美『経営の視点 - ポスト働き方改革の行方』(日本経済新聞、2019年4月1日)。

247 労働者の健康確保のための法の仕組みは、まず労働時間の長さを基準にしているが、デスクワークを中心とするホワイトカラーの働き方は、労働時間だけでは疲労は図りきれない。残業がなく定時に帰っても、緊張感の高い密度の濃い仕事をしていることから疲労を感じている者もいるだろう。また、精神的な健康面は、労働時間以外の要因も関係する。たとえば職場の人間関係やさまざまなハラスメントなども、健康に悪影響を及ぼす。そうは言っても、こうした疲労やストレスを直接に測定することは困難だったので、法的な仕組みとしては代替りの指標として労働時間を使わざるを得なかった - 大内伸哉『会社員が消える 働き方の未来図』文春新書(文藝春秋、2019年) 116頁。



オプトアウト導入を図り、個々人の価値観に対応する働き方や事情を組み込んだきめ細かい働き方を作る必要がある。しかし、使用者による統一的処理の必要性も極めて大きい事項であるため、両者の兼ね合いが課題となる。いずれにしても、長時間労働対策の課題として罰則規制の施行で一步前進したが、三六協定の課題の解消の目処はたっていない。長時間労働を是正して、労働者のモチベーションを向上させ、労働生産性を高めるためにも、働き方関連法の整備が必要であるが、この整備項目のなかに三六協定を入れる必要がある。

なお、労働時間に関しては、いわゆる、就業規則変更法理(労働契約法10条)を適用することの可否や具体的な適用方法も課題となる<sup>248</sup>。

#### 第四節 働き方改革

##### 第一項 働き方の問題点

長時間労働の問題は、バブル経済崩壊以前から日本人の働き方の問題点として指摘されてきた<sup>249</sup>。近年では、特に正規労働者の働き方の問題として認識されるようになってきている。そのきっかけの一つは、2007年の「仕事と生活の調和(WLB憲章)」の制定である。そこでは、仕事と生活が両立しにくい背景理由として、上述した「生活の不安を抱える正社員以外の労働者が大幅に増加する一方で、正規労働者の労働時間は高止まりしたまま」というように、働き方の二極化の問題に言及している。そのような認識のもと、雇用政策研究会<sup>250</sup>(2014)は、「全員参加の社会」を実現するためには、「家庭状況、健康状況、ライフスタイル等の多様性を尊重しながら……『いつでも残業できなければ正規労働者になれない』という現状を変えていくことが必要だ」と指摘している。雇用政策研究会(2015)も正規労働者の働き方の問題だと特定こそしていないものの、①長時間労働が「子育てや介護を行っている者」や「経験や技能の蓄積はあるものの体力面に考慮して長時間労働を避けたい高齢者」の就業を妨げていること、②長時間労働は、「労働者の心身の健康確保の観点」からも抑制されるべきであること、③長時間労働を抑制することにより「主体的な能力開発や職業生活設計を行う時間の確保」を図れる可能性を指摘している。

##### 第二項 今後の働き方のあるべき姿

働き方改革は、アベノミクスの成長戦略の政策パッケージとして、2016年6月に閣議決定された「ニッポン一億総活躍プラン」の中で、方向が示され、同年9月に「働き方改革実現会議」を設置、残業時間の上限規制などを柱とする「働き方改革実行計画」を2017年3月に発表した。働き方改革の根底にあるのは「『世界で一番企業が活躍しやすい国』を目指すことであり、その下絵を描いたのは、まさに「利害当事者」である企業経営者だった。当然、内容は企業経営者、つまり財界の意向が反映されたものである<sup>251</sup>。まさに、高プロ制はその最たるものといえるであろう〔第2次安倍内閣の経済政策(アベノミクス)において、ホワイトカラー・エグゼンプションは高プロ制と名称を変え、当初は長時間労働政策、WLB政策、そして高プロ制の「3点セット改革論」が議論

<sup>248</sup> 斉藤善久「変貌する労働時間法理 - 第7章『労働時間の決定・変更方法』(法律文化社、2009年)134頁。

<sup>249</sup> 1980年、1986年、1991年、1992年の『労働白書』を参照。

<sup>250</sup> 厚生労働省雇用安定局が2004(平成16)年10月から実施する検討会。

<sup>251</sup> 久原・前掲注77)57頁以下。

されたが、2015(平成 27)年改正案では最後の部分だけが切り離されて提案され、18 年改正でも基本的にそれが受け継がれた)。しかし、労働者主導の働き方改革ではないにしても、罰則規制を制定したことは大きな前進である。今後の働き方改革を主導していくべき主役は、これからは政府でも企業経営者でもなく、労働者でなければならない。労働者主権の働き方改革を推進する意味においても、労働三権<sup>252</sup>が与えられている労働組合の役割は大きい、実態は上述したとおりである。そこで、本章で述べた労働者代表委員会の法制化を行い、三六協定に限定せず、労使で何事も話し合いで解決する体制を確立するのが、今後の働き方のあるべき姿であろう。

#### 小括

長時間労働になる原因を少子高齢化による人手不足、非正規労働者の急増による労働時間分布の長短二極化を挙げ、また長時間労働の原因を三つの類型(仕事量起因・仕事特性起因・ワークホリック起因)に分けて論じてきたが、それぞれが複合的に関係し、その結果として長時間労働になることをみてきた。しかし、三六協定は、労基法制定当時の労働者の賃金水準が低いことは公然の事実となっていたことは、上述した先行研究からも明らかである。このことは協定を結び時間外労働すること自体、労働者側から大きな反対運動等が起きなかったことから裏付けられる。そして、仕事量起因長時間労働は少子高齢化の影響もあるが、使用者側のさまざまな要因<sup>253</sup>があるとはいえ、非正規労働者を増加させたことが一番の要因である。三六協定は労基法制定当時の現状を反映させたものであり、仕事量起因長時間労働は現在の日本の社会的要因等<sup>254</sup>を反映したものといえる。人手不足は、外国人労働者や AI やロボットなどの先端技術の活用で改善されるだろうが、三六協定は改正の動きは今のところない。三六協定は労基法制定当初からの産物であり、現在に至るまで長時間労働を正当化する協定として存在している。

三六協定の功罪を再度まとめると、①協定を結ぶには労働者側の同意がなければ、そもそも時間外労働ができないことになっているが、その労働者代表制度はほとんどの事業場では労働組合がなく、過半数代表者によって担われている。しかし、過半数代表者は上述したとおり、法律のタテマエとは異なり、実態として機能していないのが現実であるが、未だにこの状態が放置されたままであること、②今回の改正で罰則規制(月 45 時間、年 360 時間等)が一応設けられているが、協定の特別条項<sup>255</sup>は適用条件が厳しくなったとはいえ、未だに設けられている。特別条項発動時の上限が、実質上限なしから過労死ライン<sup>256</sup>に変更となった程度で、長時間労働是正を目的とした協定とはいえないこと、③協定で定められる時間外・休日労働の上限は、厚生労働大臣が定める基準(労基法 36 条 2 項)を、守るようにしなければならないとする努力目標であり、違反しても罰則がない。しかも、協定の届出自体は義務化されているが、届出しなくても

252 労働基本権のうち団結権、団体交渉権、団体行動権(争議権)の三つを指す。

253 ①正規労働者の終身雇用を維持するため、人件費を抑制するため非正規労働者を増やした、②技術革新の進行による合理化の促進、③1990 年代以降の低い経済成長率に合わせるための減量経営、以上の要因が中心となっている。

254 社会的要因(日本型雇用システム)として前掲注 253 の①、社会的要因(産業技術の進歩)として②、その他の社会的要因として「少子高齢化」が挙げられる。経済的要因として前掲注 253 の③が挙げられる。

255 前掲注 187)。

256 ①1 ヶ月に延長できる時間外労働(休日労働を含む)…最長でも 100 時間未満、②1 年に延長できる時間外労働…最長でも 720 時間を超えない範囲(休日労働は含まず)、③特別条項を発動する月数…最大でも 6 ヶ月以内。

罰則がない。そのため、(上述した「三六協定なしの事業場がデータでは44.8%」<sup>257</sup>からもいえるが)三六協定自体が虚構化しているという現実があること、以上の三つがある。このことから、三六協定の抜本的改正を行い、実態に合った長時間労働から労働者を保護する本来の協定にしないことは、長時間労働を誘発するサービス残業はなくなり、長時間労働の是正の実現は永遠に「絵に描いた餅」となってしまうことをみてきた。

労働者の働き方は、自分のスキルアップのため「思い切り仕事に打ち込みたい若者も多い」こともあり、一律に長時間労働を禁止するのも「多様な働き方」を阻害することになるので、本章ではオプトアウト導入の議論が必要であると述べた。いずれにしても、個人によって働き方は違って来るが、置かれている環境などの外的要因によっても、変化してくる。また、少子高齢化により労働力人口の減少は著しく、人手不足は地方のほうが深刻<sup>258</sup>である。疲弊する地域経済を立て直すために、外国人労働者<sup>259</sup>が欠かせないのが現状であるが、都市部との賃金格差等もあり、問題は山積みである。人手不足は、外国人労働者やAI導入などにより多少は改善されるだろうが、根本的な対策にならず、逆に新たな問題が発生する<sup>260</sup>。特に外国人労働者受け入れのデメリットとして、地域住民とのトラブル<sup>261</sup>が発生する可能性ばかりか、上述した「賃上げの必要性」の足かせ(賃金上昇を抑え国内労働者の処遇改善を遅らせる)になる懸念<sup>262</sup>もある。

## 第五章 まとめ

今回の法改正で制定された罰則規制で長時間労働の是正に一定の目途はたったが、労働時間の長さだけを法律により抑制してみても、仕事量を減らさなければ真の意味での働き方改革につながらない<sup>263</sup>。だからこそ、先端技術の導入により、業務の効率化や省力化の進展が、働き過ぎの解決手段として、より注目される。現在の技術革新の速さからすると、企業は、これから必要となる人材を自前で育成することをやめ、その時点で企業のニーズに応じて貢献してくれる即戦力

<sup>257</sup> 前掲注156)。

<sup>258</sup> 厚生労働省が発表した2019年版「労働経済の分析」(労働経済白書)によると、従業員20人以上を抱える全国約2万社を対象に調査し、4,599社から回答を得た。経営に影響が出ている企業のうち、最多の43%が「既存事業の運営への支障」を挙げた。人手不足の理由として、約7割の企業は新規の人材取得が困難になっていると回答。東名阪を含む三大都市圏以外の地方では67.5%、三大都市圏でも51.7%が募集しても応募がないと答えている - 『人出不足企業の7割に影響 地方で深刻な求人難』(陸奥新報、2019年9月30日)。

<sup>259</sup> すでに世界4位の移民大国となった日本は、2019(平成31)年4月に専門職に限定されていたのを単純労働者(介護や建設など14分野)にまで広げ、2025(令和7)年までに技能実習生という名の移民50万人を受け入れる。これまで日本に住む外国人に日本語を教えるという発想がなかったが、外食産業の現場では人手不足の深刻さから、時給を払いながら、自社の研修センターで日本語教育に乗り出している。「日本語レベルが足りず採用できなかった外国人も戦力化する」という戦略である - 『外食 留学生バイト争奪』(日本経済新聞、2019年10月11日)。

<sup>260</sup> 現状の技能実習制度をみても、何千人の失踪者が出て、病死、自殺者もいる。言葉の問題や相談を受ける側の体制作り、医療や年金といった社会保障制度の課題にも取り組まなければならない - 老川最高顧問・主筆代理『報道と紙面を考える - 日本社会の大きな転換期』(読売新聞 第22回懇談会、2019年4月27日)。

<sup>261</sup> 生活習慣が異なり、地域の生活ルールを知らない外国人による、ゴミ出しの問題や騒音といったトラブル。

<sup>262</sup> 未熟練外国人が働くのは、基本的には厳しい労働環境などのために日本人が集まりにくい分野である。日本人の仕事を直接奪っているケースはほとんどないと思われる。その一方で、労働供給を増やすことでその分労働需要が緩和し賃金上昇を抑えており、未曾有の人手不足にもかかわらず、賃金上昇が穏やかな要因となっている - 日本総研 Research Report 『増加する外国人労働者とう向き合うか』(No.2018-006、2018年8月30日) 6頁。

<sup>263</sup> 社員の自己管理能力を高め、働き過ぎに自ら気づいてもらうしくみを検討する。これが過労対策として機能するには、社内にもものを言いつらい雰囲気はなく、仕事量が過剰にならないことなどが前提となる - 「多様な働き方 労働時間の管理は『働き過ぎ どう防ぐか課題』」(朝日新聞、2019年11月4日)。

<sup>264</sup>を採用するようになる可能性が高くなる。日本型雇用システムが揺らぎ、企業による雇用や賃金の安定の保証はなくなり、個人が自らの実力で雇用社会を生き延びていかなければならない時代となる。これまでの企業に自分の職業キャリアの将来を、任せきりにして働く時代は終わろうとしている。その前兆として、解雇が不当とされても企業が一定の金銭を支払えば 労働契約を解消できる「解雇の金銭解決」制度が、政府内で検討されている。もし将来、高プロ制のようになし崩的に導入されれば、正社員でも雇用の安定は期待できなくなる。政府内にジョブ型社員(以下、ジョブ型)<sup>265</sup>を推進する声があるのは、このためでもある。また、昨今の労働法の動きは、日本型雇用システムの下での正規労働者の働き方を見直し、労働者が自ら主導して、キャリアを展開できるようにする動きと連関しているとみることができる。

時間外労働の規制強化の目的は、過労死対策ばかりではなく、労働者が私生活の時間を確保し、その時間を将来のキャリア設計のために使えるようにする狙いがある。政府が副業を推奨しているのも、労働者が私生活の時間を活用して副業を経験することが、将来のキャリア展開に有益だからである。政府は、企業がどのような人材を今後求めていくか、理解している。今年6月にまとめたAI戦略でAI人材の育成目標を掲げ<sup>266</sup>、大学で「AI×専門分野」のダブルメジャー(二重専攻)の学位が取得できる環境づくりなどを進める方針を示した<sup>267</sup>。経済協力開発機構(OECD)が今年5月に公表した報告書<sup>268</sup>でも、日本の課題が浮き彫りになった。日本の労働者がAIやロボットと競合しないためにも、知的創造性を要する非定型な仕事において、専門的な能力を発揮して働くプロ人材<sup>269</sup>(以下、プロ)にならなければならない。こうしたプロが自らの知的創造性を発揮するためには、時間的および場所的な自由な働き方<sup>270</sup>が必要になる。そのため、プロは

<sup>264</sup> 「社員は、その時々で必要な人材を連れてくればよい」フリーランスについて、人材サービスみらいワークスの岡本社長のコメント『社員1割、個人事業主に タニタ、柔軟な働き方後押し』(日本経済新聞、2019年9月22日)、「自治体の意識が急速に変化していると感じる。プロパー職員だけでは様々な行政課題に対応できず、即戦力となる人材を外から迎え入れる動きが広がっている」雇用主の動向について、転職サイト大手、エン・ジャパンの鈴木社長のコメント『月曜経済観測 景気変動と人材市場』(日本経済新聞、2019年11月4日)。

<sup>265</sup> 別称「限定正社員」。勤務地や仕事内容、勤務時間などを限定して働く正社員のことで、従来型の正社員とパート・アルバイトなどの非正規社員の中間的な雇用形態を指す。なお、「日経スマートワーク」プロジェクトの2019年7月の最終報告によると、時間当たりで計測した労働生産性については、「職務限定正社員」と「フレックスタイム」の導入が正の効果を与えていることがわかった。正社員の多様で柔軟な働き方は、時間当たりの労働生産性の向上に寄与していた。

<sup>266</sup> 特定分野の学生だけでなく、幅広くAIやデータサイエンスを学ばせる。具体的には年間約50万人が卒業する大学・高等専門学校生全員に初級レベルのスキルを文系と理系を問わず、約25万人の学生には応用レベルの習得を促す。また、大学に社会人専門コースを設置し、学び直しを支援する-(日本経済新聞、2019年9月22日)。

<sup>267</sup> 「履修は『AI×専門科目』に-大学、学生分野問わず教育機会」(日本経済新聞、2019年9月16日)。

<sup>268</sup> 日本の就労世代はIT(情報技術)などの技能訓練が他国よりも不足し、国際的な競争で遅れを取る可能性がある。世界で急速なデジタル化が進み、就労者自身のIT能力が低ければ労働市場から締め出されるリスクが高まる。日本の職場のIT化も十分とはいえず、生涯学習などの環境整備が急務だ-(日本経済新聞、2019年5月10日)。

<sup>269</sup> 法律上、通常の労働者とは異なる特別な取扱いがなされることがある。たとえば1985年に解禁された労働者派遣は当初は「ソフトウェア開発」などの専門性が高い一定のプロ人材の業務にしか認められていなかった。「高度な専門知識・技術・経験を有する」プロ人材は、有期で活用する場合の1回ごとの契約期間の上限は、一般の労働者であれば3年であるが、特例で5年とされ、契約の反復更新により期間のない制限のない雇用への転換が認められるためのトータルの年数要件が、一般の労働者の5年ではなく10年になっている(有期の非正規社員とは異なり、有期雇用のまま長く働いても、雇用の不安定といった問題に配慮する必要がないから)。また労働時間については 裁量労働制が認められ、今回の改正で高プロ制という文字通り、一部のプロ人材を対象として、完全に労働時間規制を外す制度が導入された。

<sup>270</sup> 時間的・場所的制約から解き放たれ、高い生産性をあげることこそ、高度ICT社会における理想的な働き方となるはずであり、こうした働き方をする労働者には、労働時間管理も健康管理も本人に全面的に任せるといって、より徹底した自由な働き方(真の意味でのホワイトカラー・エグゼンプション)を認めることが必要だ。その意味で、高プロ



企業に指揮命令されて働く雇用的なスタイルではなく、フリーワーカー<sup>271</sup>(以下、フリー)としては働くほうが、より能力を発揮しやすいものとなる。また、これからの経営者は機械化できる業務は機械化し、残りの業務も外部のプロに委託していくようになり、それに伴い社員が減り、フリーが増えていくことが予想される。そうすると、労働法の役割も大きく変わらざるを得ない。フリーは企業に指揮命令される者でないので、使用従属関係になく「労働者」(労基法9条)には該当しない。そのため労働法は適用されないが、だからといって経済的にみると、自立できず特定の発注企業に従属していることもある。最近では、こうした経済的従属性に着目して、こういう状況で働く人を「雇用類似の者」<sup>272</sup>と呼び、労働者に対するものと類似の保護を及ぼしていこうという動きがある<sup>273</sup>。フリーの台頭は、従来の労働法とは、かなり違う内容の法分野になっていくことが予想される。

労働法(工場法が出发点)は、第一次産業改革後の工場における過酷な労働状況に直面し、当初は人道主義的な観点と優良な労働力の確保という経済的な観点から制定されたが、第4次産業革命が進み生産態様が大きく変わろうとしている現在では、それに伴って修正せざるを得ない。労働法の課題は、かつてのような指揮監督下で働くという支配従属状況にどう対処するかではなく、先端技術を活用しながら非定型的な仕事において、創造的で勝負する環境にいる労働者に、いかにして経済的な自立を確保するかに力点が移っていく。労働法は、これまでは労働者を契約上の弱者とみなし、企業の強い立場を抑制するために契約の自由を制限してきた。しかし、こうした労働者の保護のために設けた規定は、労働者が自由な働き方をするようになったときには、かえって妨げとなる。その代表例がまさに「労働時間法制」である。労働者を弱者と決めつけて、企業の権限を抑えるという労基法や安衛法に典型的にみられる伝統的な労働法の発想を大きく修正する必要が出てくる。労働者が先端技術<sup>274</sup>を活用しながら、自分の健康管理を含めあらゆる

ロ制は規制が多く、自由な働き方の受け皿とするには不十分だ - 大内・前掲注 247) 114 頁。

271 分類上の名称は、自由系フリーワーカー(プロフェッショナルで、特定の勤務先を持たずに働いている人)。フリーランスを4分類した中の一つ。他に①副業系すきまワーカー、②複業系パラレルワーカー、③自営系独立オーナーがある - (<https://nomad-journal.jp/archives/4024>)、特に①副業系すきまワーカーは、スマートフォンの普及を背景に、個人が好きな時にインターネット経由で仕事(米ウーバーテクノロジーが手掛ける、飲食店からの宅配代行サービス「ウーバーイーツ」など)を請け負う自由な働き方が広がっている(ウーバー側によると、日本で稼働する配達員は1万5千人を超す) - 『自由な働き方 道半ば』(日本経済新聞、2019年11月4日)。

272 厚生労働省所管の独立行政法人が民間の調査機関を通じて今年1月から2月にかけて、何らかの収入を得る仕事をしている20歳から69歳の人を対象に調査。同省が今年4月12日の有識者検討会で試算の速報値を示したものと、自分で事業を営む人のうち、「従業員を常時使用していない」などの条件に当てはまるフリーランスは約228万人。そのうち、主な取引先が「事業者」の人は約170万人(本業の人は約130万人、副業は約40万人) - 『フリーランス労働者170万人 厚生労働省試算 保護策検討へ』(デーリー東北、2019年4月14日)。

273 自由な働き方は急速に広がるが、働き手をどこまで保護すべきかを定めた法的ルールは未整備だ。海外(米カリフォルニア州)では今年9月、ライドシェアサービスの運転手らを従業員として扱うよう企業が義務付ける新法が成立した。フリーランスのような働き方を厚生労働省は「雇用類似の働き方」と位置づけ、昨年10月以降、有識者会議で論点を整理している - 前掲注 272)。

厚生労働省は30日、企業と雇用契約を結ばずフリーランスで働く人らの保護策を話し合う有識者検討会を開き、契約・報酬ルールの明確化に向けた法改正や指針整備の議論を本格化させた。一方的な契約の打ち切りや報酬の不払い被害は深刻化しており、セーフティネットをどう拡充していくかが焦点。早ければ来年春にも報告書をまとめる。同省では、契約・報酬ルール以外でも総合的な対策の整備を急いでいる - 『フリー就業 保護強化へ』(東奥日報、2019年10月31日)。

274 一例として、健康面でもテクノロジーとの融合(健康テック)が進んでおり、従業員の顔の表情や脈拍、血圧、体温などのバイタルデータ(生体情報)を、カメラやウェアラブル機器を通して、IOTで管理し、それをAIに分析させることにより、労働者の健康情報を精確に知ることができ、医師から健康改善の提案をうけたり、常時オンラインで医師に相談できたりする。こうした健康サービスをビジネスとして提供する企業も現れている - 大内・前掲注 247)

面で、自立できるようにするために、どのようにサポートできるかを考えていくことが労働法の優先的な課題となる。

本稿は、日本の労働時間規制を踏まえつつ、長時間労働問題の現状と働き方のあるべき姿を労働時間法制との関連において整理し、展望を行うことを目的としてきた。そこで、「長時間労働問題」に至っている現在までの労働時間規制の変遷、労働時間法制の概要・体系、そして労働時間の概念をめぐる問題と現行の時間外・休日労働規制を検証して、労働時間法制の課題について論じた。さらに、働き方改革の三本柱<sup>275</sup>のなかでもすべての労働者に関係する重要項目である労働時間に関する働き方のあるべき姿についても論じてきた。

日本の長時間労働問題は、今でこそマスコミに大きく取上げられて、大きな社会問題となっている。しかし、資本主義的生産方式が本格的に稼働された明治時代後半から、既に社会問題化(労働紛争)し、その勢いが全国的に激しくなり、政府は弾圧(ムチ)を続けた<sup>276</sup>。処遇改善等を求める労働紛争は全国的展開をみせ始めたので、その沈静化と工場の稼働率低下の長期化を恐れた経営者側の働きかけもあり、政府は労働者にアメとして、最初の労働者保護立法である工場法を制定した。しかし、対象者が保護職工<sup>277</sup>に限定され、零細工場<sup>278</sup>では保護職工も対象外であったこと、また工場法は1日の就業時間12時間以内の規制も、施工後15年間にわたり2時間の延長(就業時間14時間以内<sup>279</sup>)を条文に明記するなど、その内容から労働者保護という内容には程遠く、低賃金<sup>280</sup>を前提とした労働力の長時間安定供給が、真の目的であることをみてきた。

今回の法改正で制定された罰則規制<sup>281</sup>では、繁忙期の例外規定(特別条項)にも法のお墨付きを与えるだけで、かえって労働環境を悪化させる可能性があることを述べた。労政審で労働者代表委員が長年言い続けている「過労死(過労自殺)ゼロを目指す社会の形成」とは程遠い、実態としては、ほとんど何も変わらない可能性がある。繁忙期の例外規定(特別条項)の条件<sup>282</sup>は厳しくなったが、いずれにしても、単月で100時間未満まで時間外労働が許されるということは、長労働時間の是正が図られた社会とは程遠いことだけは、間違いないであろう。

現行の労基法は工場法を実質的に発展継承したものであるが、最終的にはGHQ<sup>283</sup>の関与の下、

117頁。

<sup>275</sup> ①働き方改革の総合的かつ継続的な推進(雇用対策法改正)、②長時間労働の是正と多様で柔軟な働き方の実現等(労働基準法改正、労働時間等設定改善法改正、労働安全衛生法・じん肺法改正)、③雇用形態にかかわらず公正な待遇の確保。

<sup>276</sup> 1900(明治33)年の治安警察法は、団結体(労働組合)へ加入させるための「公然誹毀」や同盟罷業(ストライキ)等のための「勧誘」・「扇動」を禁止し、刑事罰の対象とした(17条)。これは、規定の不明確さと当局の拡大解釈によって、労働組合活動に対する大きな抑圧手段となっていた - 大河内一男＝松尾洋『日本労働組合物語 明治』(筑摩書房、1965年)51頁。

<sup>277</sup> 女子、年少者、炭鉱労働者等に限定され、年少者(16歳)より上の男子労働者は対象外。

<sup>278</sup> 常時15人以下の職工を使用する工場(のちの改正で、10人以下の職工を使用する工場)。

<sup>279</sup> 具体的な例で見ていくと、「午前7時始業とすれば終業は午後9時」である。しかも、休日は月2日が一般的であり、当時の食料事情、労働環境からしても結核等に罹患するのも無理はないと思われる。

<sup>280</sup> 産業革命が始まった当時、農村から都市に出てきて工場労働者として働こうとするものは大勢いた。労働市場では労働力の供給過剰となり、それゆえ供給側の労働者の交渉力は低く、労働時間や賃金などの労働条件は劣悪であり、長時間労働と「低賃金」での労働が当たり前となってしまった。特に、賃金は1990年代以降の低成長もあり、実質賃金はむしろ悪化しており、低賃金構造は変わらない。

<sup>281</sup> 前掲注35) - それまでの限度基準規制(前掲注46)と基本的に同じ内容である。

<sup>282</sup> 前掲注187)。

<sup>283</sup> 連合国総司令部。GHQは元来軍事上一般に設けられるものであるが、日本では特に第2次世界大戦後連合国がボツ

民法<sup>284</sup>やILO条約<sup>285</sup>、欧州の労働法等を参考にしながら、完成させたものである。労基法は、構想から数えると、10年以上の歳月が費やされた労働者保護立法である。しかし、70年以上の歳月の間に幾度かの改正を繰り返した結果、労働法の労働時間規制は制定当時とは比べものにならないくらいに膨れ上がっている。しかも、労働時間の定義を明定することなく、現在に至るなど、実務上直面している課題や産業構造・就業実態の変化に十分な対応ができていない。特に労働時間の定義などは、日本の「言わなくともわかる文化」により、労基法制定当時はあえて定義付けを避けた可能性があることが、当時の制定にまつわる文献<sup>286</sup>から読み取れる。しかし、高プロ制などの脱時間給(成果給)で実際に評価される労働者の出現は、労基法制定当時としては想定することは困難であったであろう。また、外国人労働者の増加が顕著である現在では「言わなくともわかる文化」は通用せず、これからも労働時間の定義は重要である。

判例法理としての「労働時間」は定義付けされているが、「労基法上の労働時間」を「使用者の指揮命令下に置かれていると客観的に評価できる時間」と定義されているだけである。また、労働時間の算定の特別な制度として、事業場外労働のみなし制や裁量労働のみなし制が設けられているが、使用者の指揮命令下に置かれているとはいえない就業実態である以上、労働時間法制の課題として、「労働時間」の定義を事業所や労働者の実態に合わせて、はっきりさせる必要がある。しかし、最近では働く場所や時間などを管理するのを、そもそも取りやめた企業<sup>287</sup>もある。このような企業が働き方改革にともなって増えてくるのか、動向が注目される。長時間労働の是正や働き方を議論する上で、労働時間の定義の明定化は、いずれにしても今後も重要なことを述べた。

「労基法は(上述したように)幾度かの改正を繰り返した結果、労働時間規制は制定当時とは比べものにならないくらいに膨れ上がっている。単に枝番号を増やしていくのではなく、労働時間規制の哲学をもう一度議論しながら、単独の『労働時間法』を制定してもよいのではないだろうか」<sup>288</sup>という提言があるが、「労働時間法」を制定する意義は、労働時間の定義の明定化や三六協定の実態にあった法整備(労働者代表委員会の設置等)、判例法理等を条文に反映させた実務上の指針となる法体系の必要性があることから、見出すことができる。労基法の中核に位置する労働時間規制を「労働時間法」として独立させることは大きな議論となるだろう。しかし、労基法制定当時と現在のわが国の社会・経済環境の大きな変化、経済のグローバル化等を考えると(労基法の条文が労働契約法の条文に移されているように)今まさに時代の流れとして、その時が

ダム宣言および降伏文書に基づいて対日占領政策にあたるため、1945(昭和20)年8月に横浜に設置した連合国最高司令部の機関をいう。

<sup>284</sup> 1896(明治29)年法律89号。労働者と使用者との個々の労働関係は、民法の定める「雇用契約」に法的基礎を置いている。

<sup>285</sup> ILO(国際労働機関)の総会で採択された国際労働条約。労働条件や労使関係に関する国際的基準で、加盟国の批准によって、その国を拘束する。

<sup>286</sup> 寺本・前掲注30)、寺本・前掲注31)。

<sup>287</sup> オーディオブックの久保田社長は、働く場所や時間などの管理を取りやめた理由として「通勤の疲労など社員のストレスを取り除くことで、本来の業務に集中し、思考の幅を広げてもらおう」…根底には「社員の自主性にすべてを委ねる」がある。進捗は管理するが、管理はしないという方針にひかれた優秀な人材がおのずと集まっている - 『あなたの働き方』後押し 企業、人材つなぎ留め(日本経済新聞、2019年9月16日)。

<sup>288</sup> 和田・前掲注50)15頁。

到来している。そして、長時間労働の是正のために、罰則規制の改正<sup>289</sup>に加えて、裁量労働制などの適用除外制度の整理、業務の棚卸しや職務権限の明確化といった効率的な働き方に向けた取組み、職務記述書<sup>290</sup>の導入の取組み等と同時に企業と労働者の意識改革を行う必要がある。近時、労働経済学の観点からも総労働時間が長いこと、特にサービス残業時間<sup>291</sup>が長いことが労働者のメンタルヘルスに悪影響を与え、企業業績を低下させうることを実証した研究成果<sup>292</sup>が発表されている。メンタルヘルス悪化だけでなく、長時間労働の是正を図るうえからも、サービス残業の撲滅は重要であり、これが働き方改革の成功の鍵をいえる。

本稿では、急激な勢いで議論されている働き方改革と長年にわたる長時間労働の歴史から、労働時間法制の法的課題として、「労働時間法」として労基法から独立させる必要性を述べた。また、働くことをめぐる法の総体である労働法<sup>293</sup>も「雇用類似の者」の台頭が今後予想されることから、その中身は大きく変わらざるを得ないことも述べた。いずれにしても、労働時間の定義や三六協定の解釈論争等は「労働時間法」の制定で、論争(課題)に一定の目途が立つであろう。今後、労働者は自分のスキルアップのため、自発的に時間を気にせず働きたい人はオプトアウト<sup>294</sup>、育児や介護等で労働時間に制約がある人はフレックス制やジョブ型<sup>295</sup>、転勤に制約ある人や職務を限定したい人もジョブ型<sup>296</sup>を選択できるように、また労働者がWLB<sup>297</sup>を大切に働きがいのある充実した生活を送れるように、すべての使用者は必要な多様な働き方の整備、つまり就業規則等に関係する条項を規定する必要がある。そのためには、労働時間法制の整備・拡充が重要であり、これからの課題である。その課題に向けた一歩として、「労働時間法」の制定は時代の要請でもある。そして、労働者のみらいは、フリー(雇用類似の者)の台頭や先端技術の進歩に伴って、働き方も変わるであろう。そして、労働法のみらいも「労働時間法」の誕生をスタートとして、民法や商法、社会保障法といった旧来の法分野の境界線を乗り越えた新たなアプローチ<sup>298</sup>が必要になり、従来の労働法とはかなり違う内容の法分野になっていく可能性が高

289 現行の特別条項は単月で100時間を超える、または2ヶ月から6ヶ月間にわたり80時間を超える過労死ライン(労働災害である「過労死」と認定される労働時間の目安)を基準としている。この基準を引下げ(短縮)、過労死を一人でも少なくしなければならない。具体的な引下げ時間数は労政審で審議、厚生労働大臣に答申すべきである。

290 英語でいう「ジョブディスクリプション」のこと。担当する業務内容や範囲、難易度、必要なスキルなどがまとめられた書類で欧米では求職時や人事評価の際によく使用されている。

291 メンタルヘルスと働き方・企業業績の関係の分析では、労働時間の長さというよりは、その労働を行った時間に金銭的な対価があったかどうかメンタルヘルスに大きく作用している点が明らかになっており、この点は特筆すべきといえよう - 山本、黒田・前掲注 247) 291頁。

292 メンタルヘルスの不調が企業業績に与える影響を検証したところ、メンタルヘルス休職者比率は2年程度のラグを伴って売上高利益率に負の影響を与える可能性が示された - 山本、黒田・前掲注 247) 318頁。

293 法体系として、①雇用関係を規律する個別的労働関係法(または雇用関係法)、②労使関係を規律する集団的労働関係法(または労使関係法)、③求職者(労働者)と求人者(使用者)の間の労働力取引に関する労働市場法、④国際的な労働関係や労働法規範に関する国際労働関係法、⑤労働関係をめぐる紛争を解決するための労働紛争解決法などに分類される。

294 前掲注 176)。

295 勤務時間限定正社員。

296 勤務地限定正社員や職務限定正社員。

297 過労死・過労自殺に象徴されるように、労働者の生命・健康という視点から労働時間に関する現状を放置することはできない。少子化対策や男女共同参画という労働政策を超えた国民的視点から、WLBがとれる働き方を確保する労働時間の仕組みを考える必要がある - 島田陽一『労働法の争点 労働時間の法政策』(有斐閣、2014年)100頁。

298 労働法は、従属労働論から離れることにより、対等な当事者間の契約を規律する民法(古典的契約論)や商法に近



い<sup>299</sup>。労働法は、もとはといえば第1次産業革命後の産業界のニーズにこたえ、経済的合理性に支えられたものだったからこそ誕生することができ、また成長していくことができた。労働者の保護の論理を重視する発想の根底にあった、ブルジョワジーとプロレタリアートとの階級的断絶は技術の発展(オンデマンド型のビジネス<sup>300</sup>)により、すでになくなりつつある。物的資本がなくても、知性だけで誰でも経営者になれる時代になっている。このような時代では、労働法は国民が知性を使って(自分の知性を使うだけでなく、AIなどをうまく活用して)適職をみつけ、職業人生を充実したものとして、幸福を追求できるようにすることを目的とする法分野に再構築すべきである。そこでは、もはや労働者を支配する企業を規制するという発想は不要であり、政府は国民に向けて企業を媒介せず、ダイレクトに政策を進めていくことが必要である<sup>301</sup>。このように、労働者のための労働法として、そのあり方も大きく変わるであろう。

最後に、本稿で随所に取り上げてきた高プロ制について述べたい。高プロ制は施行されてまもなく、導入状況等は不明であるが、大方の予想通り年収条件の引下げにより、対象者の拡大が予想される。適用条件の改正(緩和)なければ、高プロ制も企画業務型裁量労働制のように導入が進まない可能性もある。しかし、日本社会のこれからの変革(フリーの台頭等)が追い風となり、時間に追われる業務等では、フリーと渡り合うため、使用者側の思惑通りの年収条件の引下げだけでなく、現行の対象業務<sup>302</sup>も拡大されて、高プロ制の導入が進むであろう。少なくとも過去の事実として、上述した戦前のホワイトカラーは純粋月給制であり、何時間労働しようがしまいが、残業手当がなかったことが挙げられる。時間外労働規制のすべてを除外する高プロ制の規制緩和が図られ、将来のホワイトカラーのスタンダードになると誰も断定できないだろうが、これからの社会や経済の情勢や先端技術の進歩を分析して、日本の労働者が将来に向けて、働きがいのある充実した人生を送るための議論するうえで、労働法の果たす役割はより重要になることは、断定できるであろう。

づき、また政府が主体となって国民の生活上のニーズに応えるという意味で、社会保障法にも近づくことになる。

<sup>299</sup> 大内 信哉『労働法』-働き方改革を超えて」ビジネスガイドNo.876(日本法令、2019年10月)13頁。

<sup>300</sup> スマホアプリを利用したデリバリー系のサービスではかなり普及している。事業を展開するうえで参入障壁が低いことが特徴といえる。すでに情報インフラが整備され、誰もがスマホをもつ時代になるなか、固定資本への巨額の投資の必要性は小さく、また自社で新たなインフラ面で開発すべき部分も小さく、価値を生むビジネスをどう構築するかという知的創造性が勝負となる。

<sup>301</sup> 大内 信哉『AI時代の働き方と法-2035年の労働法を考える』(弘文堂、2017年)210頁。

<sup>302</sup> 金融商品の開発業務、自らの投資判断に基づく資産運用・有価証券取引業務、有価証券市場における高度の分析・評価に基づく投資助言業務、事業運営に関する調査・分析に基づく考案・助言業務、新たな技術・商品・役務の研究開発業務-(労基則34条の2第3項)。