



日本劳动法研究

Study of Labour Law of Japan

田思路 贾秀芬 著

中国社会科学出版社

014032901

D931.325
05



日本劳动法研究

Study of Labour Law of Japan

田思路 贾秀芬 著



D931.325
05

中国社会科学出版社



北航

C1721138

图书在版编目(CIP)数据

日本劳动法研究 / 田思路、贾秀芬著. —北京: 中国社会科学出版社, 2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5161 - 3061 - 2

I. ①日… II. ①田…②贾… III. ①劳动法—案例—日本
IV. ①D931. 325

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 170671 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 任 明
责任校对 邓晓春
责任印制 王 超

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 (邮编 100720)
网 址 <http://www.csspw.cn>
中文域名:中国社科网 010 - 64070619
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京奥隆印刷厂
装 订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2013 年 12 月第 1 版
印 次 2013 年 12 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 25.75
插 页 2
字 数 471 千字
定 价 68.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社联系调换

电话:010 - 64009791

版权所有 侵权必究

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金设立的一类重要项目，旨在鼓励广大社科研究者潜心治学，支持基础研究多出优秀成果。它是经过严格评审，从接近完成的科研成果中遴选立项的。为扩大后期资助项目的影响，更好地推动学术发展，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

前 言

近年来在日本社会经济发展过程中，劳动法所处的环境发生了很大变化，导致了其终身雇用制和年功序列制的动摇，也带来了劳动力供需体制的变革和劳动立法的加速进行。本书希望从现代社会日本劳动法的发展入手，分析日本劳动法学的先进理念、立法成果和判例实践，为我国劳动法的发展提供参考和借鉴。

本书有以下几个特点：

一是体系完整，重点突出。日本劳动法令集有上下两册计共 4500 多页，与“二战”后的“劳动三法”（《劳动组合法》、《劳动关系调整法》、《劳动基准法》）相比内容增加了百倍以上，特别是近年来相关立法和修订呈加速之势，增加了许多新的内容。《六法全书》中收录了 13 个劳动关系法令^①，其中 2007 年新制定的《劳动契约法》和该年大幅度修改的《短时间劳动法》在 2008 年版的《六法全书》中被首次收录。本书以上述 13 个主要法律为基本研究内容，尽量避免抽象的记述，简洁平实地论述日本劳动法的产生和发展，在结构上以雇用保障法（劳动市场法）、个别劳动关系法（雇用关系法）、集体劳动关系法（劳资关系法）和公务员劳动关系法为基本框架，采用章、节的体例，注重研究现代日本劳动法的理论体系、主要内容、学说观点、判例法理等，内容涵盖了日本劳动法的主要问题，删繁就简、结构完整、清晰易懂。在内容相对平衡的同时，考虑到我国劳动法发展所面临的课题以及国内读者的需求，与日本传统劳动法著作相比对相关章节的内容进行了充实，比如派遣劳动问题、外国人劳动者问题、大学生就业问题、性别歧视与平等问题，等等，以有助于国内

^① 即《劳动组合法》、《劳动关系调整法》、《劳动基准法》、《劳动基准法施行规制》、《增加工资令》、《劳动契约法》、《劳动审判法》、《男女雇用机会均等法》、《育儿护理休业法》、《短时间劳动法》、《劳动契约承继法》、《劳动者灾害补偿保险法》、《劳动者派遣法》。这 13 个法律也是司法考试的范围，2006 年开始的新司法考试将劳动法作为 8 个选择科目之一。

读者从日本社会、历史、文化的大背景出发,对其现实的劳动法律规则有更好的认识与把握。

二是反映了最新的研究和立法成果。本书不拘泥于一家之言,而是博采众长,对日本学者各种学说、研究动态特别是相对立的观点加以介绍分析,对已经成为通说和定论的理论进行重点解读,避免以偏概全,以保证本书的科学性。同时,本书关注日本劳动法的最新立法发展,其中最新的法律更新为2012年10月修改的《劳动者派遣法》。在此基础上,结合时代发展带来的新课题,提出作者的见解,并对学说的发展趋势进行展望,使读者在纵观日本劳动法体系的同时,能深入了解其法律规定和现实的热点、争点问题。

三是结合重要判例进行法理分析。本书注重案例的介绍和分析,这些判例包括经典判例、热点判例、疑难判例等,这些重要判例都是在学习和研究日本劳动法时被经常分析和引用的。日本是大陆法系国家,但十分注重对判例的积累,在劳动法领域,由于劳动环境的变化多样,在对劳动法律的适用存在学说上的争论和判断困难的情况下,判例法理和规制得到了发展,特别是最高裁判所的判决具有一定的指向意义,因此本书重点对最高裁判所的相关判例进行介绍评析。

最后,鉴于日本主要劳动法律没有中文译本或者译本较旧,为便于国内学者的研究,笔者翻译了日本最新修订的《劳动基准法》、《劳动组合法》、《劳动关系调整法》和《劳动契约法》,附于卷末;本书在写作过程中,研究和借鉴了大量日本学者的学术成果,在此将主要参考书目附后,供国内学者了解和参考。

目 录

第一章 总 论	(1)
第一节 现代雇用社会与劳动法	(1)
一 劳动法的概念	(1)
二 劳动法的特质	(2)
三 劳动法的法源	(6)
四 劳动法的体系	(9)
第二节 《宪法》上的劳动基本权	(12)
一 《宪法》与劳动法	(12)
二 劳动基本权的意义	(12)
三 《宪法》第 27 条第 1 款 (劳动市场法)	(13)
四 《宪法》第 27 条第 2 款、第 3 款 (个别劳动关系法)	(14)
五 《宪法》第 28 条 (集体劳动关系法)	(15)
第二章 劳动市场法	(16)
第一节 劳动市场法的构成与发展	(16)
一 劳动市场法的体系构成	(16)
二 战后劳动市场法的发展	(16)
第二节 劳动力供需结合的法律规制与课题	(17)
一 职业介绍	(18)
二 劳动者募集	(19)
三 劳动者供给	(19)
四 劳动者派遣	(20)
五 派遣与外包的转换与区分	(26)
第三节 职业能力开发的立法	(35)

2 日本劳动法研究

一	职业能力开发的意义	(35)
二	职业能力开发的理念发展	(36)
三	职业能力开发的法律促进	(37)
第四节	雇用保险法与再就业的促进	(38)
一	雇用保险的财政支持	(39)
二	失业等补贴	(40)
三	雇用保险制度的问题点	(43)
第五节	特定领域劳动者的雇用保障	(44)
一	高龄者的雇用保障	(44)
二	残疾人的雇用保障	(45)
三	护理劳动者的雇用保障	(45)
四	地域雇用政策	(47)
(1)		
第三章	雇用关系法	(48)
第一节	雇用关系法的历史与现状	(48)
第二节	雇用关系法的一般原则	(50)
一	雇用关系法的适用对象	(50)
二	劳动形式多样化与短时间劳动者	(59)
三	外国人劳动者	(63)
第三节	雇用的平等	(71)
一	从保护到平等的理念发展	(71)
二	雇用领域的男女平等	(73)
三	劳动形态的差别与均等待遇	(80)
四	职场性骚扰的法律规制与判例法理	(83)
第四节	《劳动契约法》的制定与课题	(91)
一	《劳动契约法》制定的背景与过程	(91)
二	《劳动契约法》的主要内容	(93)
三	关于劳动契约的概念	(94)
四	关于劳动契约的基本原则	(95)
五	《劳动契约法》的评价与课题	(97)
第五节	劳动契约的成立	(100)
一	劳动契约与《劳动基准法》	(100)
二	录用内定	(108)
三	试用期	(113)

四 劳动契约上的权利义务	(115)
第六节 就业规则与劳动条件变更	(123)
一 就业规则的意义	(123)
二 就业规则的法的规制	(124)
三 就业规则的法的性质	(126)
四 就业规则的不利益变更	(129)
第七节 企业秩序与惩戒制度	(132)
一 企业秩序	(132)
二 惩戒权的法的根据	(133)
三 惩戒事由	(134)
四 惩戒处分的种类和手续	(141)
第八节 工资支付原则与保障制度	(142)
一 工资制度概说	(142)
二 《劳动基准法》关于工资的规定	(144)
三 工资支付的四项原则	(145)
四 各种工资制度的法律问题	(148)
五 最低工资标准	(151)
六 工资债权的确保	(153)
第九节 劳动时间与休息休假	(157)
一 劳动时间	(157)
二 休息和休息日	(166)
三 法定劳动时间外劳动和休息日劳动	(168)
四 年度带薪休假	(172)
五 展望：工作与生活的协调与劳动时间规制	(178)
第十节 未成年者与女性的雇用	(179)
一 概说	(179)
二 未成年者保护	(179)
三 女性劳动者保护	(181)
第十一节 劳动者的健康与安全	(186)
一 安全卫生的确保	(187)
二 劳动灾害补偿制度	(189)
三 劳动灾害与损害赔偿	(196)
第十二节 人事变动	(198)
一 升职降职	(199)

4 日本劳动法研究

二 内部调动	(200)
三 借调	(202)
四 外部调动	(204)
五 休职	(205)
第十三节 劳动契约的变更	(206)
一 劳动条件的变更	(206)
二 企业合并与企业转让	(211)
第十四节 劳动契约的终止	(212)
一 退职	(213)
二 解雇	(215)
三 劳动关系的终止	(223)
第十五节 个别劳动关系纠纷解决机制	(225)
一 个别劳动关系纠纷的解决途径	(225)
二 劳动审判制度	(226)
第四章 劳资关系法	(233)
第一节 总论	(233)
一 劳资关系法的产生和发展	(233)
二 劳资关系的现状	(234)
三 法律适用对象的范围	(235)
第二节 工会的成立与组织机构	(237)
一 工会的目的与机能	(237)
二 工会资格要件	(238)
三 工会的组织与运营	(239)
四 会员资格的取得和丧失	(241)
五 工会的管制权	(242)
六 工会的组织变动	(243)
第三节 集体谈判	(244)
一 集体谈判	(244)
二 劳资协议制度	(248)
第四节 集体协议	(249)
一 集体协议的概念、特征及其作用	(249)
二 集体协议的成立	(249)
三 集体协议的效力	(251)

四 集体协议的扩大适用	(253)
五 集体协议的终止	(254)
第五节 争议行为	(256)
一 争议行为的概念与法的保护	(256)
二 争议行为的正当性	(257)
三 违法争议行为的责任	(264)
四 争议行为与工资	(265)
五 争议行为与第三者	(267)
六 关闭工厂：雇主的争议对抗行为	(268)
七 法律对争议权的限制和禁止	(270)
八 劳动争议的调整制度	(272)
第六节 工会活动的自由权利	(273)
一 工会活动的法律保障	(273)
二 工作时间内的工会活动	(273)
三 利用企业设施的工会活动	(274)
四 “春斗”的发展与课题	(277)
第七节 不当劳动行为制度	(283)
一 不当劳动行为概说	(283)
二 不当劳动行为的类型和成立要件	(287)
三 工会间的差别与不当劳动行为	(293)
四 不当劳动行为的救济	(294)
第五章 公务员劳动关系法	(298)
第一节 总 论	(298)
一 意义	(298)
二 适用法令	(301)
三 法律适用的除外	(303)
第二节 公务员的个别劳动关系	(303)
一 职阶制	(303)
二 任用	(303)
三 录用	(304)
四 公务员关系的变更	(306)
五 工资支付	(307)
六 工作时间、休息休假、育儿休业	(307)

6 日本劳动法研究

七 职员的义务	(308)
八 身份保障、身份变化、惩戒	(309)
九 公务员关系的终止	(310)
十 利益保护与人事行政机构	(310)
第三节 公务员的集体劳动关系	(311)
一 团结权	(311)
二 交涉权	(312)
三 争议权	(312)
第四节 公务员劳动关系法的改革	(314)
一 公务员制度改革的进程	(314)
二 公务员制度改革对劳动关系的影响	(314)
三 公务员制度改革与劳资关系的建构	(315)
四 改革的最新动态：关联四法案的提出	(316)
终章 21 世纪劳动法的课题	(317)
一 劳动法的环境变化	(317)
二 劳动法的立法应对	(321)
三 趋势与展望	(325)
参考文献	(326)
附件 1 日本劳动基准法	(331)
附件 2 日本劳动组合法	(362)
附件 3 日本劳动关系调整法	(384)
附件 4 日本劳动契约法	(393)
后记	(397)

第一章 总 论

第一节 现代雇用社会与劳动法

一 劳动法的概念

劳动法是调整、规范劳动关系的法律，是现代社会的形成的与雇用或劳动关系相关的法的领域。劳动从广义上说还包括家事劳动、自营业劳动、志愿者活动等，但作为劳动法的对象，是指通过雇用联结起来的、以劳动关系为媒介的劳动。劳动关系是指向他人提供劳动并获得报酬者与利用该劳动并支付报酬者之间形成的一定的法律关系。

这种劳动的特征是，与报酬相交换，服从雇主^①命令的劳动力提供（日本《民法》^②第623条），或者是被雇主所使用（《劳动基准法》第9条），其特征是“从属劳动”^③。“从属劳动”是决定劳动法基本性质的要素，同时也是决定劳动法适用对象的基准。

但是，关于“从属劳动”的意义，被从“人格的从属性”、“组织的从属性”、“经济的从属性”等各种侧面加以论及，另外从劳动实态来看，指挥命令的内容和程度、企业规模和组织形式、原材料和工具的所有形式、买卖交易关系、报酬计算方法等多种多样，并且随着时代的发展而不断变化，更何况像派遣劳动那样还涉及第三方的问题，所以任何法条的适用都不能是千篇一律的，因此对从属劳动的判断基准实际上也无法完全加以明确。

由于劳动关系是通过建立雇用契约（劳动契约）以当事者为中心形

① 日语为“使用者”，是“经营者”、“企业主”等的总称，类似于我国的用人单位。

② 若无特别说明，本书法规均为日本法规。

③ 也称“劳动的从属性”或“使用从属关系”。

成的,所以契约的存在在劳动法中占有极为重要的基础地位。但需要注意的是,劳动法的适用对象并不一定仅仅限于建立雇用契约或劳动契约的当事人。根据不同情况,过去的当事人(如合并前的企业)、将来的当事人(如合并后的企业)、委托或外包形式下的劳务供给契约的当事人、第三者(如上述劳务派遣的第三方)等,也会成为劳动法的对象。现在,日本的法律承认劳动者以及雇主可以组建自己的团体来开展活动,另外,国家作为实施法律政策的直接当事人发挥着重要作用。因此对日本劳动法的概念可以定义为:劳动法是以劳动关系为媒介形成的,规范劳动者、雇主、劳动者团体(工会)、雇主团体以及国家(包括地方公共团体)之间相互关系的法律。其中规范劳动者与雇主的个别劳动关系的代表性法律是《劳动基准法》,规范工会等劳动者团体与雇主(或者雇主团体)的集体劳动关系的代表性法律是《劳动组合法》^①,关于劳动市场法的代表性法律是《职业安定法》。根据这些法律规范的全部法律关系被总称为劳动法。可见日本的劳动法与其宪法、民法、刑法不同,不是由“劳动法”这一单一的法典构成,而是由诸多法律构成的法领域。像我国那样以《劳动法》为名称的法律并不存在。

现在,日本的就业人口中80%被企业和个人事业主所雇用,他们被称为“劳动者”,其法律关系由劳动法调整。由于与战后日本劳动法诞生时相比,劳动者的雇用与劳动的环境发生了很大变化,使劳动法自体也发生了很大改变。随着社会的发展和进步,劳动法的作用已经从过去的“制定规则的机能”或“形成秩序的机能”向“创设制度的机能”(政策立法)的方向转变,在经济社会的成熟和发展的过程中发挥着越来越重要的作用。有学者指出,劳动法是规制作为市民最基本的生活关系的雇用关系的法律,其作用类似于空气,就像没有空气,市民就不能生存一样,没有劳动法市民也无法生存,劳动法对于市民来说是基本法。^②

二 劳动法的特质

众所周知,劳动法是从民法的契约法中分离、独立而成立的法律,其起源于民法,劳动法作为一个新的法律而产生、发展具有其历史必然性。

① 即《工会法》,日语的“劳动组合”意为工会,但为了保存日本法律法规原称,本书仍然使用《劳动组合法》的用语。但除此语境之外的“劳动组合”,为了便于阅读理解,一律译为“工会”,比如“组合员”译为“工会会员”,“组合活动”译为“工会活动”等。

② [日]土田道夫、丰川义明、和田肇:《观察劳动法》,[日]有斐阁2005年版,第3页。

现实社会中,大多数人需要通过劳动获取报酬来维持和保证其生活。另外,无论企业、国家、地方公共团体,甚至NPO,所有的组织都必须雇用和使用劳动力,否则这种组织就无法成立和运行,可见这种雇用关系和劳动契约十分重要。劳动法就是以这种劳动契约为对象,对围绕劳动契约订立、履行、终止而产生的诸问题进行法律解决而成立的法律。其特质主要表现在:

(一) 劳动法是对市民法原理的修正

工业化社会的经济活动,是由以劳动关系为前提的雇用加以支撑的。产业革命以后,在就业人口中以工资收入为生存手段的“工资劳动者”的比例急速上升。近代资本主义国家的市民法,是在打破封建制度下的身份制和绝对权力主义对自由束缚的基础上诞生的,私有权的保障、契约的自由和过失责任被称为市民法的三大原则,日本的现代法律体系也是以这些原则为基础构成的。

但随着社会的发展,市民法的三大原则在现代社会被不断修正^①,劳动法领域也是同样,在近代市民法的原则下,劳动者与雇主的关系只不过是平等的私人契约关系的一种,该契约关系是当事人之间的自由合意。但由于在资本主义发展的初期阶段,大量的劳动力从农村流向城市,成为熟练的劳动者,他们为了生存而被迫出卖自己的劳动力。在劳动力过剩的市场,与雇主相比劳动者在交涉能力等方面处于弱势地位,即使劳动条件低下,劳动环境恶劣,劳动者为了生存也不得不同意雇主的苛刻条件而建立不平等的劳动关系,而一旦达成这样的“合意”,作为市民法上对等交易的结果其效力被认可,导致劳动者处于缺乏保护的境地。特别是对妇女和儿童的残酷使用以及对他们的健康损害成为资本主义各国普遍存在的问题。

即使在现代社会,劳动者与雇主之间仍然存在交涉能力与信息获取方面的差距,导致劳动契约的内容对劳动者的不利益。比如大学毕业生就业时,根据自己的意愿,持有与大企业对等的立场来决定劳动契约中的劳动条件,这在日本是难以想象的。再比如,劳动者就业以后,对劳动条件不满意,即使可以与企业进行交涉,但很多劳动者担心会被解雇而不去进行交涉。

可见劳动条件(契约内容)主要是根据雇主来决定的,在日本又被

^① 比如日本《民法》第1条第3款“禁止滥用权力”,《原子力基本法》第21条和《矿业法》第109条的无过失赔偿原则,《独占禁止法》和《不正当竞争防止法》的制定,等等。

称为“他人决定劳动”，这是劳动契约的基本特质。由于劳动者与雇主在交涉能力上的差距，如果机械地贯彻契约自由的原则，就容易产生许多弊病，因此，各国为了从实质上保护劳动者而对契约自由原则进行了部分修正，日本也不例外。可见新的劳动关系在适用市民法时，由于劳资^①间社会、经济地位不平等，产生了诸多社会、劳动问题。为此新产生的劳动立法是对市民法的修正。

（二）劳动法是对市民法原理的实质化

劳动法对市民法的修正，从另一个侧面可以认为是消除了劳动领域实现市民法原理的障碍和弊病，是市民法基本原理的实质化。具体来说：

第一，劳动时间、工资等劳动条件最低标准的设定以及雇主对劳动基准法的遵守等，这是对当事人自由决定契约内容的市民法原则的修正。

第二，雇主没有合理的理由，不能拒绝录用和解雇劳动者，禁止差别对待和强制劳动，这也是对契约自由原则的修正。另外，为了维持失业者的生活而设立的失业保险制度，也是为了防止由市民法的基本原理导致的不公正的危险的发生。

第三，鉴于劳动灾害事故发生时，劳动者向雇主索赔极为困难，于是产生了无过失责任的劳动灾害补偿制度，另外还实行劳动灾害保险制度，这些都是对市民法过失责任主义原则的修正。

第四，对劳动者组织工会，通过集体谈判^②决定劳动条件、签订集体协议或者进行罢工等集体行动予以法律保障，这是对个人主义的契约自由的修正。特别是罢工，在传统的法律体系下作为违反劳动契约上的义务而被追究刑事和民事责任，如今为了保障劳动关系当事人的平等地位，使契约自由从空洞化回归其实质性，对罢工者给予权利保障和刑事、民事免责。

第五，公共职业介绍、职业培训等是对市民法自我责任原则的修正。

（三）劳动法的社会法领域之归属与法理建构

对市民法修正和实质化的立法过程中逐渐形成了一个新的法领域——“社会法”。社会法是国家对国民的经济生活积极介入的法领域，它区别于确定国家机关的构成以及国家对国民的自由行使权力的“公法”，以及区别于确定在经济活动自由的前提下当事人的权利义务的“私法”。社会法是以生存权、劳动权、团结权等为代表的社会基

① 日本称为“劳使”，即劳动者与使用者（雇主）。

② 日本称为“团体交涉”。

本权思想为根基的,劳动法和社会保障法是该领域最重要的法律。此后在社会法中劳动法、社会保障法、消费者保护法等不断分化和发展。近年来,日本学界有将消费者保护法作为消费者法归入私法范畴的倾向,另外对失业和劳动灾害事故的各种保障,被认为属于劳动法和社会保障法的交叉领域。^①

从劳动法的产生和发展可以看出,其法理是与传统的民法、刑法等完全不同的^②。民法将雇用契约作为典型契约的一种加以规定,这种雇用契约是以劳动者和雇主作为地位平等的契约当事人为前提来规定劳动条件的,而为了对应现代企业的各种劳动问题,需要制定劳动基准法和劳动契约法等个别劳动关系法。另外关于工会活动,需要承认劳动协议的特别的效力(规范的效力),对正当的争议行为制定民事免责规定。为了保障和推动工会的团体行动,对一定范围内的工会活动规定刑事免责,对违反劳动基准法的刑事责任予以强化,相对于刑事法的一般原则制订特别的规则。因此,相对于民法、刑法的一般原则和雇用的一般规定,劳动法处于特别法的位置。在发生劳动问题时,劳动法有规定的适用劳动法,劳动法没有规定的适用一般法,比如劳动者辞职、竞业限制义务等。当然,在适用一般法进行解释时,也要充分考虑劳动法的理念和原则,如劳动者保护的理念、劳动关系安定的理念、劳动条件的原则、对等决定的原则,等等。一个明显的事例是,在劳动契约的领域,2007年日本制定的《劳动契约法》出台以前,关于劳动契约的订立和解除等重要问题,并没有适用的法律规定,为此在很长时间内都是通过判例根据民法规定的权利滥用的一般原则加以解决,并在适用时体现劳动者保护、劳动关系稳定等劳动法的政策原理。

在社会法这一新的法领域形成过程中,产生了自己独特的制度和法理,所以必须从劳动法独自の视角构筑其合理的、具有说服力的法的理论。但是,劳动法的基本概念和原理是以民法、刑法、行政法等基本的传统的法理论为基础,并在一定范围内修正和发展的。比如,劳动契约是以民法的雇用契约的有关规则为前提,通过劳动基准法等劳动立法进行特别规制而确立的。像劳动基准法那样设定强制的规

① [日] 马渡淳一郎:《现代劳动法》, [日] 八千代出版社 2000 年版,第 3 页。

② 对战后日本劳动法学的这种特征的全面研究,参见 [日] 初井常喜编《战后劳动法学说史》, [日] 劳动旬报社 1996 年版。