

就業規則法理の再検討

——就業規則論研究序説——

三 井 正 信

はじめに

一 問題の所在

二 事業場の最低基準としての就業規則と労働契約条件としての就業規則

三 就業規則論の今後の方向性

おわりに

はじめに

就業規則の法的性質と不利益変更の拘束力をめぐる問題は労働法学の難問の一つであつて、契約説と法規説の対立を軸として学説の対立が激しく百花繚乱の状態にあり、なかなか議論の収束と説の一致をみない。これに対し、判例において、最高裁が昭和四三年に秋北バス事件判決（最大判昭四三・一二・二五民集二二卷一三号三四五九頁）で示した独自の

法理が定着してきており、法的性質論・不利益変更論につき判例実務と学説の間に大きな理論的乖離がみられる状態にある。

就業規則は労働者のワーキングライフ全般にわたって労働条件を規律し、従って労働関係はこれに即して展開されることが予定されており(そして、場合によっては、競業禁止義務や企業年金などに関して退職後も労働者の生活に大きな影響を及ぼす可能性を有しており)、配転義務・出向義務・時間外労働義務の存否などに関しても非常に重要な意義を有する。また、近年、リストラや社会・経済の構造変動にともないなされる労働条件の不利益変更は、通常、就業規則の不利益変更という形で実施・具体化され、それをめぐって紛争となる事例も増加してきている。従来、多くの学説は、判例法理の問題点を指摘してこれを批判しつつ多様な理論構成を展開してきた。しかし、それをしり目に最高裁を中心として独自の判例法理がほぼ三〇年以上にわたって展開され続けてきており、現在、これが法実務において確固たる地位を占めてしまった感がある。そして、学説が何と言おうと今後この判例状況がそう簡単に変化するとも思われない。

しかし、このような判例法理は法理論的にみれば明確性、論理一貫性、説得力を欠いており、大きな問題点を有している。また、現在でもなお多彩な展開がみられる学説の理論状況も判例と五十歩百歩の状態にある。労働者の職業生活における就業規則の重要性にかんがみれば、上記のような理論図式の展開はまさに由々しき事態といわねばならない。⁽¹⁾

では、重要問題にもかかわらず何故これほどの理論的混迷が生じ、就業規則をめぐる法理論の構築が労働法のアポリアとなったのか。本稿は、就業規則論の原点ともいべきかかる基本的かつ素朴な疑問から出発しつつ、これまでの議論とはやや視点・角度を変えて問題の原因究明に取り組むとともにその解決策を探り、更に加えて今後の検討課題を明らかにしようと試みるものである。従来の学説の膨大な就業規則論研究の営みに比し、本稿での検討はあまりにもささやかなも

のではあるが、就業規則をめぐる議論にいくらかでも新しい視点を付け加えることができれば筆者としては幸いである。⁽²⁾

(1) 学説・判例の理論状況について、一九七〇年代までの議論状況をフォローするものとして、諏訪康雄「就業規則」労働法学文献研究会(編)『文献研究 労働法学』(一九七八年、総合労働研究所)八二頁以下、諏訪論文以降の理論的検討を行うものとして、野田進「文献研究⑥ 就業規則」季刊労働法一六六号一四九頁以下、戦後の学説史を概観するものとして、中村和夫「就業規則論」萩井常喜(編)『戦後労働法学説史』(一九九六年、労働旬報社)七五五頁以下、学説・判例の就業規則の不利益変更法理を分析・整理するものとして、大内伸哉「労働条件変更法理の再構成」(一九九九年、有斐閣)八頁以下。

(2) 筆者のこれまでの就業規則に関連する研究としては、「就労請求権についての一考察」広島法学一六巻四号三〇五頁以下「三井一九九三」、「第93条〔効力〕」青木宗也・片岡昇(編)『労働基準法Ⅱ』(一九九五年、青林書院)二九一頁以下「三井一九九五a」、「就業規則・懲戒」片岡昇・前田達男(編)『労働法』(一九九五年、青林書院)二七二頁以下「三井一九九五b」、「労働判例回顧① 就業規則」労働法律旬報一四〇六号四四頁以下「三井一九九七」がある。本稿はこれらを踏まえつつも新たな視点から就業規則論の再検討を行おうとするものである。なお、以下での引用は、文献末尾のカッコ内に示した略号で行うことにする。

一 問題の所在

(一) 労働基準法における就業規則に関する規制

近代企業においては、通常、多くの労働者を雇用し企業組織内で協働させることによって事業が遂行され企業運営が営まれている。この場合、個々の労働者ごとに労働条件を設定していたのでは煩雑となる。そこで、企業は一般的に予め集団的・画一的に労働条件や服務規律を文書で定めておくようになる。このような文書が就業規則と呼ばれるものであるが、

就業規則は労働者の労働生活及び労働条件に多大の影響を及ぼすため、単にこれを優越的地位に立つ使用者が任意に作成するに任せておくことには問題があり、従つて労働者保護の観点から法規制を加える必要が生じてくる。

そこで、労働者の権利・義務を明確にするとともに作成者たる使用者もこれに拘束することによって労働者保護をはかる趣旨から、労働基準法は第九章において就業規則に関し一定の法規制(使用者の作成・意見聴取・届出義務、減給制裁額の制限、法令・労働協約との関係、就業規則の効力)を設けるとともに、一〇六条一項で使用者に周知義務を課した。特に、就業規則の効力に関する労基法九三条の文言は労基法の私法的効力を定めた一三条と同一の規定の仕方となっているが、これは労基法が就業規則を「事業場の小労働基準法⁽¹⁾」と位置づけ、就業規則に、労働契約がそれに違反した場合に問題となる規範的効力(強行的効力及び直律的効力) 最低基準保障的効力を付与したものである。

しかし、就業規則に関する労基法の規定は比較的簡素なものであるとともに、労基法は就業規則の拘束力(法的性質)や不利益変更の要件・拘束力といった重要問題に関する規定を欠落させており、必ずしも十分な法的規制になっているとはいえない。まさに、これが、就業規則の法的性質と不利益変更の拘束力をめぐり、学説・判例において激しい法理論上の論争・混迷を生じさせる一因となっているのである。

(二) 学説・判例の混迷

(1) 就業規則の法的性質(拘束力)をめぐる学説の議論状況

(ア) 概説

就業規則は労働条件や労働者の労働生活に大きな影響を及ぼし、労使がこれに従いつつ労働関係を展開して行くことが

予定されている。かくして就業規則が労使を實際に拘束することになるのだが、その法的根拠は一体どこに求められるのであろうか。労基法二条一項は労働条件労使対等決定の原則を宣言し労働条件は労使が対等の立場で労働契約によって定めるべきことを前提にしているが、他方、労基法八九条は就業規則を使用者の一方的作成になるものとし、かつ九三条はかかる就業規則があたかも法規範であるかのような規定の仕方をしている。⁽²⁾これらの労基法の規定は一見不統一なものであるため、学説はこれらをいかに調和的に解釈するかに腐心することになり、その結果、就業規則の法的性質につき大きく説が分かれ、現在、まさに理論的混迷状態にあるといえる。

就業規則の法的性質をめぐる議論状況の整理は既に別稿で行ったところではあるが、⁽³⁾以下では本稿のテーマと関連しかつ必要な限りで簡潔に問題点を確認しておくことにする。

(1) 就業規則の法的性質をめぐる学説状況とその問題点

かつて就業規則の法的性質をめぐる学説の対立は「四派一流」⁽⁴⁾と評され、それ以降もなお新たな説が陸續と登場してきており、混迷の度は更に深まるばかりだが、基本的には、契約説、法規説（保護法授權説・法的効力付与説）、集团的合意（同意）説、根拠二分説の四説の対立、強いていえばそのなかでも特に現在においては契約説と法規説の対立が学説の議論の主軸をなしているといつてよいであろう。

(i) 契約説

契約説には多様な流れが存し、そのなかで代表的なものとしては①就業規則を労働契約のひな形とみ個別合意によってこれが労働契約内容となるとする説（これも純粹契約説と事実規範説に分かれる）⁽⁵⁾と②労働条件は就業規則によるという事実たる慣習が存し民法九二条を通じて就業規則が労働契約内容となるという事実たる慣習説を挙げることができ、⁽⁷⁾

とにかくその共通項を要約すれば、私人間において人は自らの意思に基づく合意によってしか拘束されることはないという近代法の原則Ⅱ私的自治の原則を重視し就業規則の法的性質を契約的に捉えるということになる⁽⁸⁾。契約説は、結局は、就業規則を労働契約のひな形とみるものと解してよく、法理論的説明も比較的ストレートであるといえるが、次のような問題点を有している。

まず第一は、合意の虚偽性の問題である。労使の力関係からすれば労働者は使用者の決定した条件をのまざるを得ず、契約Ⅱ合意を重視するといっても結局は使用者の意思が一方的に貫徹することになり、合意の虚偽性は露わであるとの批判が法規説から提起されている（なお、事実たる慣習説に対しては、果たしてそのような慣習が存するのか、契約説といいつつも専ら就業規則が契約内容になることのみに目が向けられるので、合意の契機を軽視ないし無視する結果になるのではないかといった批判がある⁽⁹⁾）。確かに、これは、労働関係に抽象的・形式的に私的自治の原則を持ち出したことに原因があるといえよう。しかし、近年、あくまで私的自治の原則を重視しつつ労基法二条一項の労働条件労使対等決定の原則を援用して、もしも労働者が使用者と対等の立場で自由に交渉していたならばいかなる決定をなしていたかの観点から就業規則に合理的限定解釈を行うことで労働者保護を試みる新契約説が登場し、かかる問題点は現在では一定程度は克服されたといってもよい⁽¹⁰⁾。

次に第二の問題点は、労基法九三条の説明である。就業規則を労働契約のひな形と位置づけて契約説的に理解すると、就業規則の規範的効力を定めた労基法九三条の説明に窮することになる。例えば、契約説においては、労基法九三条につき「国が個別的労働契約の内容に対し公権的な監督を及ぼしたものにすぎない⁽¹¹⁾」と、あるいは、「労働基準法が、就業規則を通じて、使用者の労働基準法に対する違反取締の手がかりとしているところから、届出られた内容を下回る労働契約は、

法律的にこれを認めない、という制裁によって、監督を容易にせんとしたものと解する⁽¹²⁾と説明されるが、これに対しては法規説から、契約説に立てば労基法九三条の「強行法的効力は著しい背理とならざるをえ」ず「就業規則自体の効力を問題にすること自体が、無意味」となってしまうので、契約説が「労働者保護の原理によく合致しうるかどうかは、全く疑問であり」、従って契約説の労基法九三条論は「甚だ無理な解釈」であるとの批判がなされている。⁽¹³⁾なお、この批判に對しても、近年、新契約説が「法が労働者利益の擁護という〔政策的〕観点から就業規則に對し限定的に特別の最低条件保障の効力を付与したとしても不思議はないと解される。∴労基法九三条についても、就業規則が労働契約の内容になることを通して法的効力を取得することを前提として、当該規則に自らの定める基準より劣位の労働条件を定めた労働契約を無効とし、かつ自らの基準をもって労働契約内容とする強行的直律的効力を特に付与した趣旨の規定と解しても、契約説との矛盾は特に生じない⁽¹⁴⁾」と反論し、批判の回避を試みている。

(ii) 法規説

法規説のなかには、かつて、経営の社会規範たる就業規則が慣習法の法源性を認める法例二条の類推適用によって法規範性が認められるとする社会自主法説⁽¹⁵⁾、企業に固有の経営権ないしは所有権の一作用によって使用者は法規範としての就業規則を制定することができるとする固有権説⁽¹⁶⁾などもみられたが、現在、有力に展開されているのは専ら保護法授權説⁽¹⁷⁾ないしは法的効力付与説⁽¹⁸⁾と呼ばれるものであり、この説は労基法九三条が労働者保護の目的から政策的に就業規則に法（規範）的（ないしは法規範類似的）効力（≡労働関係に対する拘束力）を付与したと主張する。この説に對しては、今度は契約説から、私的自治の原則に反するとか、使用者が一方的に作成したにすぎないものに法規範としての効力を与えるのは問題である⁽²⁰⁾といった批判がなされている。また、労基法九三条はその文言からしてあくまで労働契約が最低基準たる就

業規則に違反した場合にその契約部分を無効としそれを就業規則で補充するという限定的な法規範性を規定しているにすぎず、それを超えた全体的な法規範性をこの条文から引き出すことは無理ではないかという問題点もある。⁽²¹⁾

(iii) 集团的合意（同意）説

かつて有力に主張された集团的合意（同意）説は、①労働者の集团的参加を重視して、就業規則は集団を場とする規範でありそれが有効に成立するためには労働者集団の同意が必要であるとか、②就業規則の規範性が事実として否定されない以上は多数決によって形成される労働者側の集团的意思を基盤とする同意または合意にその拘束力の根拠を求めるべきであると説く。⁽²²⁾ この説は労基法が就業規則の作成・変更にあたり労働者側に諮問の機会しか与えていない現行法の建前（労基法九〇条）と合致しないし、また労働組合が団交を通じて労働協約を締結し労働条件を規整するという労働団体法のシステムとの区別が曖昧となり、それとの整合性の点において問題があるとされる。⁽²³⁾

(iv) 根拠二分説

かつて有泉教授によって展開されたユニークな理論である根拠二分説は、就業規則は当事者を拘束する根拠を異にする二つの部分から成り立っており、労働条件を定めた部分は合意によって労働契約内容となり労働者を拘束するが、服務規律ないしは行為準則を定めた部分はいわば使用者の指揮命令権を予め具体化するものであつて使用者が労働契約の締結によって獲得している指揮命令権に基づきこれを労働者に告知ないしは周知することにより労働者を拘束すると説く。⁽²⁴⁾ この説は、労働契約（に基づく指揮命令権）と合意を就業規則の拘束力の法的根拠にするものであるが、就業規則の現実の効果に関しては契約説と法規説の折衷的なものと位置づけることが可能であろう。なお、この説に対しては、契約説に対するのと同様の批判に加えて、実際には労働条件の部分と服務規律・行為準則の部分とを区別するのは困難であるという問題

点を指摘できよう（例えば、就業規則で始業午前九時となっている場合、これは労働条件であるとともに違反に対する懲戒処分⁽²⁵⁾の裏付けをともなった行為準則・服務規律の一部をなしている）。

(2) 判例における独自の就業規則の法的性質論・不利益変更論の展開

(ア) 法的性質論

判例においては、最高裁が秋北バス事件（最大判昭四三・一二・二五民集二二卷一三三三四五九頁）において、①「多数の労働者を使用する近代企業においては、労働条件は、経営上の要請に基づき、統一かつ画一的に決定され、労働者は、経営主体が定める契約内容の定型に従つて、附従的に契約を締結せざるを得ない立場に立たされるのが実情であり、この労働条件を定型的に定めた就業規則は、一種の社会的規範としての性質を有するだけでなく、それが合理的な労働条件を定めているものであるかぎり、経営主体と労働者との間の労働条件は、その就業規則によるという事実たる慣習が成立しているものとして、その法的規範性が認められるに至つてゐる（民法九二条参照）ものといふことができる」、②「労働基準法は、右のような実態を前提として、後見的監督的立場に立つて、就業規則に関する規制と監督に関する定めをしているのである。∴これらの定めは、いずれも、社会的規範たるにとどまらず、法的規範として拘束力を有するに至つてゐる就業規則の実態に鑑み、その内容を合理的なものとするために必要な監督的規制にほかならず、同法はさらに進んで九三条で就業規則のいわゆる直律的効力まで肯認している、③「就業規則は、当該事業場内の社会的規範たるにとどまらず、法的規範としての性質を認められるに至つてゐるものと解すべきであるから、当該事業場の労働者は、就業規則の存在および内容を現実に知つてゐると否にかかわらず、また、これに対して個別的に同意を与えたかどうかを問わず、当然に、その適用を受けるものといふべきである」、と判示して従来の学説とは異なる独自の理論展開をはかったが、現

在では判例実務においてはこのような理解が定着し、一般的・支配的な判例法理となっている。⁽²⁶⁾

学説は、この判決につき、当初、最高裁が独自の法規説を採用したものと捉え、「民法九二条は、法律行為についての意思解釈に関する規定であり、本来これを根拠に、法規範の成立を認めることは無理である」とか、「その論拠は必ずしも明確ではない」といった批判を行っていた。⁽²⁸⁾しかし、学説の中には、この最高裁判決は電気・ガスの供給契約、保険契約、旅客輸送契約などにみられるような普通契約約款に関する法理論(事前の開示と内容の合理性を条件に約款の拘束力を認める考え)を就業規則に当てはめたものであつて必ずしも矛盾したものではなく、「法的規範性」という言葉も法規範という意味ではなく労働契約の内容となつて法的効力を有する契約規範となるという意味であると解する説が登場し、⁽²⁹⁾また更にこれを普通契約約款説ないし定型契約説と名付けて契約説の中に位置づけ支持する見解も現われた。⁽³⁰⁾確かに、後に最高裁も、秋北バス事件の法的性質論を引きつつ自己の法的性質論が契約説に立っているとも読みとれる「就業規則の規定内容が合理的なものであるかぎりにおいてそれが当該労働契約の内容となっている」(電電公社帯広局事件・最一小判昭六一・三・一三労働四七〇号六頁、同旨、日立製作所武蔵工場事件・最一小判平三・一一・二八民集四五卷八号一二七〇頁)との説示をなすに至つた。このように考えれば、就業規則に関する労働基準法の法規制は、最低基準を確立する「事業場の小労働基準法」の定立を目的とするというよりも、普通契約約款を規制対象とする約款規制法と同様の性格を有するものと位置づけられることになる。以上のように解しても、果たして判例の述べるような事実たる慣習が存在するのか、契約説といいながらも専ら就業規則が契約内容になることのみに理論の比重が置かれるため合意なき契約論となつていないのか、労働契約関係を不特定多数の顧客を扱う約款取引と同視してもよいのかといった問題点がある。⁽³²⁾

(イ) 不利益変更論

不利益に変更された就業規則に労働者が拘束される要件として、契約説では基本的に労働者の同意が必要とされ⁽³³⁾、保護法授權説・法的効力付与説といった法規説でも労働者保護の観点から、①就業規則は労働者保護法原理の真の実現に向かつてのみ認められ⁽³⁴⁾、あるいは②就業規則は労働契約に化体し労働契約内容となってしまう⁽³⁵⁾ので、不利益変更のためには労働者側の同意を必要とする⁽³⁶⁾と考えるのが大勢を占めている。また、集团的合意(同意)説でも不利益変更については集团的合意(同意)が必要とされる⁽³⁶⁾。

これに対し、前掲・秋北バス事件において最高裁は法的性質論を展開したのに引き続き、「新たな就業規則の作成又は変更によつて、既得の権利を奪い、労働者に不利益な労働条件を一方的に課することは、原則として、許されないと解すべきであるが、労働条件の集合的处理、特にその統一かつ画一的な決定を建前とする就業規則の性質からいつて、当該規則条項が合理的なものであるかぎり、個々の労働者において、これに同意しないことを理由として、その適用を拒否することは許されない」と述べ、独自の不利益変更論を展開した。この判決は、一方で不利益変更には労働者は原則として拘束されないとしながらも、他方で変更には合理性があれば同意がなくとも労働者を拘束するとしており、両者がいかなる関係に立つかが不明確であったが、後の最高裁判例によりある程度明確化が図られ①不利益変更には合理性があれば労働者を拘束するが、②合理性が存しなければ労働者は拘束されないとの公式に整理された。とすれば就業規則の不利益変更につき合理性の有無をいかに判断するかが鍵となる。これについても最高裁は一連の判決(御國ハイヤー事件・最二小判昭五八・七・一五労働四二五号七五頁、タケダシステム事件・最二小判昭五八・一一・二五労働四一八号二二頁、大曲市農協事件・最三小判昭六三・二・一六民集四二卷二六〇頁、第一小型ハイヤー事件・最二小判平四・七・一三労働六三〇

号六頁、朝日火災海上保険事件・最三小判平八・三・二六民集五〇卷四号一〇〇八頁)を通じて合理性の判断基準を積み上げてきており、近年、第四銀行事件(最二小判平九・二・二八勞判七一〇号一二頁)で次のように集大成した。即ち、「当該規則条項が合理的なものであるとは、当該就業規則の作成又は変更が、その必要性及び内容の両面からみて、それによって労働者が被ることになる不利益の程度を考慮しても、なお当該労使関係における当該条項の法的規範性を是認することができるだけの合理性を有するものであることをいい、特に、賃金、退職金など労働者にとって重要な権利、労働条件に関し実質的な不利益を及ぼす就業規則の作成又は変更については、当該条項が、そのような不利益を労働者に法的に受忍させることを許容することができるだけの高度の必要性に基づいた合理的な内容のものである場合において、その効力を生ずるものというべきである。右の合理性の有無は、具体的には、就業規則の変更によって労働者が被る不利益の程度、使用者側の変更の必要性の内容・程度、変更後の就業規則の内容自体の相当性、代償措置その他関連する他の労働条件の改善状況、労働組合等との交渉の経緯、他の労働組合又は他の従業員の対応、同種事項に関する我が国社会における一般的状況等を総合考慮して判断すべきである」。以上のような法理が下級審も含め判例実務に広く定着しており、理論上學説との間で大きな乖離をみせている。⁽³⁷⁾

このように合理性の有無で不利益変更の拘束力を判断する枠組みは労使の利益衡量・利益調整が十分になされ合理性判断さえ適切・公正に行われれば現実的に一定の妥当な結論を導き出し得る余地も存し、⁽³⁸⁾実務処理上は「解釈論のレベルを離れて、独自の就業規則紛争処理システムを構築したという評価は可能」⁽³⁹⁾であると一応はいうことができる。しかし、たとえそうだとしても法理論的にみれば大きな問題点がある。例えば、最高裁の法的性質論を契約説の一種である定型契約説と名付けこれを「苦心の作」と評して支持する菅野教授も最高裁の不利益変更法理につき「新設された不利益規定が合

理的なものであるかぎり、それに反対の意思を表明する労働者もその適用を受けるとしている点において契約説のわくを明確にはみ出している⁽⁴⁰⁾と述べており、またそもそも判例法理に批判的な道幸教授は正面から「判例法理は正直いってよく理解できない⁽⁴¹⁾」と論じている。また、「なぜ『合理的』だと拘束力をもつことになるかについての説明がない⁽⁴²⁾」との根本的批判もある。

- (1) 有泉亭『労働基準法』（一九六三年、有斐閣）二〇八頁、菅野和夫『労働法 第五版補正版』（二〇〇〇年、弘文堂）一二二頁。
- (2) 就業規則の効力と拘束力の違いについては、三井一九九五a・二九五頁以下参照。
- (3) 法的性質論・不利益変更論全般の概略については、三井一九九五b・二七二頁以下参照。
- (4) 諏訪康雄「就業規則」労働法学会文献研究会（編）『文献研究 労働法学』（一九七八年、総合労働研究所）一〇三頁。
- (5) 三宅正男『就業規則』（一九五二年、日本評論新社）八〇頁以下。
- (6) 吾妻光俊「労働協約と就業規則」法曹時報二巻一号三六頁以下。
- (7) 石井照久「就業規則論」私法八号一七頁以下、同『新版 労働法 第三版』（一九七三年、弘文堂）一二五頁以下。
- (8) 例えば、近年の有力な契約説の立場である下井隆史『労働基準法〔第2版〕』（一九九六年、有斐閣）二六〇頁は、私的自治の原則につき「この近代法のプリンシプルは、労働関係の現実の場では自由意思が形骸化しているというようなことで軽視されてはならない」と述べ、その重要性を力説している。
- (9) 西村信雄ほか『労働基準法論』（一九五九年、法律文化社）三九七頁以下〔本多淳亮執筆〕、本多淳亮『労働契約・就業規則論』（一九八一年、一粒社）一七五頁以下。なお、事実たる慣習説に対する批判については、渡辺章「労働法理論における法規的構成と契約的構成」日本労働法学会誌七七号一二頁も併せて参照。
- (10) 渡辺・前掲論文一〇頁以下、西谷敏「労働契約論と労働法の再構築」法律時報六六巻二号五頁、同「労働法における自己決定の理念」法律時報六六巻九号三一頁、土田道夫「労働契約における労務指揮権の意義と構造（三）」法学協会雑誌一〇五巻一二号一八一頁以下、同「労務指揮権の現代的展開」（一九九九年、信山社）三四八頁以下。なお、併せて、三井一九九三・三三二〇

頁以下、三井一九九五a・二九六一一九七頁も参照。

- (11) 石井・前掲論文三三頁。
- (12) 吾妻光俊『新訂 労働法概論』(一九六四年、青林書院) 三三四―三三五頁。
- (13) 片岡昇「就業規則の効力」法学論叢七六卷一―二号一七九―一八〇頁。
- (14) 土田・前掲論文一七七―一七八頁。なお、併せて、三井一九九五a・二九七頁も参照。
- (15) 末広厳太郎『労働法研究』(一九二六年、改造社) 三九四頁以下。
- (16) 固有権説のうち経営権説に立つものとして、孫田秀春『労働法総論』(一九二四年、改造社) 一八九頁以下、柳川眞佐夫『古山宏』緒方節郎『高島良一』齊藤平伍『追補 判例労働法の研究』(一九五二年、労務行政研究所) 二二四頁以下、所有権説に立つものとして、津曲藏之丞『労働法総論』(一九五四年、有信堂) 一一〇頁以下。
- (17) 沼田稻次郎「就業規則の法的性質」学会誌労働法四号一六頁以下。
- (18) 西谷敏「就業規則」片岡昇ほか『新労働基準法論』(一九八二年、法律文化社) 四五〇頁以下。
- (19) 吾妻光俊『労働法の基本問題』(一九四九年、有斐閣) 一三五―一三六頁、同・前掲論文三八頁以下、石井・前掲論文二二―二三頁。
- (20) 石井・前掲書二三〇頁、石井照久「萩澤清彦増補」『労働法総論(増補版)』(一九七九年、有斐閣) 二五一頁。
- (21) 下井・前掲書二六〇頁、土田・前掲論文一七五頁。
- (22) 浅井清信「就業規則の再検討」学会誌労働法六号三四頁以下、同『改訂増補 労働契約の基本問題』(一九六七年、法律文化社) 一六一―二三頁、同『日本労働法原理』(一九七八年、有斐閣) 二二二―二三三頁、宮島尚史『労働法学』(一九六四年、青木書店) 一七九頁以下、同「就業規則の規範性」法律時報三二卷三号三一〇頁以下、同「就業規則の社会的機能と法構造(下)」判例タイムズ二二六号四三頁以下。
- (23) 西村健一郎ほか『労働法講義3 労働者保護法(新版)』(一九九〇年、有斐閣) 二二一頁(長渕満男執筆)、下井・前掲書二六二頁、菅野和夫「就業規則の法的性質」蓼沼謙一・横井芳弘(編)『労働法の争点』(一九七九年、有斐閣) 二九〇頁。
- (24) 有泉・前掲書一九一頁以下。

(25) 下井・前掲書二六二頁。

(26) 法的性質論をめぐる判例の最近の傾向については、三井一九九七・四七―四八頁参照。

(27) 石井・前掲注(7)書一二七頁。

(28) 片岡昇『労働法(2)初版』(一九七五年、有斐閣)五〇八頁。

(29) 下井隆史「就業規則の法的性質」日本労働法学会(編)『現代労働法講座10 労働契約・就業規則』(一九八二年、総合労働研究所)二九三頁以下。

(30) 菅野和夫『労働法 初版』(一九八五年、弘文堂)九二―九三頁、同・前掲論文二九〇頁。

(31) 菅野・前掲注(1)書一一―一二三頁。

(32) 三井一九九五b・二八〇頁。なお、最高裁をはじめとする判例の法的性質論に対し鋭い批判を提示するものとして、道幸哲也『職場における自立とプライバシー』(一九九五年、日本評論社)一九三頁以下、西谷・前掲「労働法における自己決定の理念」三二頁以下。また、渡辺・前掲論文一三頁は「就業規則の法的性質に関する判例の立場は、私には遂に理解することのできない内容であるといわざるを得ない」と述べている。就業規則に約款説的発想を持ち込むこと自体の問題点については、併せて、宮島尚史「就業規則の社会的機能と法構造(中)」判例タイムズ二三三三―三三三三頁を参照。

(33) 例えば、事実たる慣習説に立つ石井教授ですら「就業規則の変更通告は法的には労働契約条項についての変更申入にすぎず、契約当事者の一方が一方的に、これを変更しえないことは、むしろ当然のことである」(石井・前掲論文三四頁)と、あるいは「新しく変更された就業規則の内容によるべきことを相手方の同意なく主張することはできない」(石井・前掲注(7)書一三三頁)と述べ、同意(合意)の必要性を説いている。もともと、近年、契約説の中にも少数説ではあるが、①労働関係の継続的性格から予め合理的な範囲で合理的な方法で就業規則を変更することにつき労働者は使用者に黙示の承諾を与えている(下井・前掲書二七五頁、山川隆一『雇用関係法 第2版』(一九九九年、新世社)三三三頁)、あるいは②就業規則中に使用者が就業規則を変更できる旨の規定があれば変更に対する労働者の同意がある(浜田富士郎『就業規則法の研究』(一九九四年、有斐閣)八二―八三頁)として、変更時のその都度の同意ではなく予めの(あるいは入社時の)包括的同意でよいと説き使用者の一方的変更権を認める見解が登場している。

(34) 沼田・前掲論文二四頁以下。なお、沼田教授が労働者側の同意という場合、それは個別的同意ではなく「労働者が団体を通じて表明する意思」であることに注意を要する。

(35) 西谷・前掲注(18) 論文五〇五頁以下。なお、沼田説とは異なり、西谷説は個別的同意必要説である。この点については、併せて、片岡・前掲論文一九〇―一九一頁も参照。

(36) この点については、注(22)に掲げた文献を参照。

(37) 近年の不利益変更に関する判例の傾向については、三井一九九七・四九頁以下参照。

(38) 西谷・前掲「労働法における自己決定の理念」三四頁。

(39) 道幸・前掲書一九九頁。

(40) 菅野和夫『労働法 第四版』（一九九五年、弘文堂）一〇三―一〇四頁。

(41) 道幸哲也「業務命令権と労働者の自立」法律時報六六卷九号四一頁。

(42) 中窪裕也・野田進・和田肇『労働法の世界「第3版」』（一九九九年、有斐閣）二六六頁。同旨、道幸・前掲書一九八―一九九頁。

二 事業場の最低基準としての就業規則と労働契約条件としての就業規則

(一) 理論的混迷の基礎・原因

さて、以上のように就業規則をめぐる理論状況は混迷しており、学説・判例はいずれの考え方にも一長一短あって、必ずしも法理論的にみて十分に説得力を有しているとはいえず、何らかの問題点を内包している。いわば決定打とでもいふべき考えがみられないのである。では、その原因はいかなるところにあるのか。

それは、実に単純なことなのだが、以下で詳述する如く、そもそも議論の出発点において、事業場の労働条件の最低基

準（なお、ここでいう「最低基準」とは具体的な最低基準のみならず労働条件決定の枠組みや人事・懲戒などに関する手続も含むものとする…以下同じ⁽¹⁾）を規定する就業規則（以下、「最低基準としての就業規則」と呼ぶ）と実際に労働契約内容となるべき労働条件を定めている就業規則（以下、「労働契約条件としての就業規則」と呼ぶ）とを法的性格を異にする二つの別個の文書形式として認識・区別することなく、しかも両者を混同・融合して議論を展開してきたことにあると考えられる。確かに、筆者と類似の問題意識から就業規則の効力と拘束力の問題を分けて考えるべきことを説き、前者については労基法九三条が法規範的効力たる最低基準保障的効力を承認しているが、後者の根拠はあくまで合意⁽²⁾労働契約に求められるべきとする説も近年有力になりつつある（かかる発想は近年新契約説として一つの流れをとるに至り、筆者自身かつてこの説に親和性を感じていた⁽³⁾）が、これとて労働契約条件を定める「就業規則」という一つの文書につきその効力と拘束力を局面分けして論ずるにすぎない点において二つの就業規則を区別せずに混同・融合していることに変わりはなく、問題の根は同じといえる⁽⁴⁾。そこで、就業規則論に生じた混乱を収束せしめるためには、まずは最低基準としての就業規則が同時に労働契約条件としての就業規則として労働者を拘束し現実の労働条件を形成することにもなるという学説・判例が通有する大前提から疑ってかかる（要するに、労働契約がそれを下回る場合を除いては最低基準としての就業規則が労働契約内容となることはないという方向の解釈を押し進めてみる）とともに、今一度、労基法の規制趣旨の原点に立ち返って問題を捉え直したうえで、先に言及した二種類の就業規則をそれぞれ別個の文書として概念上厳格に区別して議論を行う必要がある⁽⁵⁾。以下、この点を敷衍して述べてみよう。

(二) 学説の就業規則の法的性質論の出発点における概念の混同

(1) 労基法の実業規則関連規定と最低基準としての就業規則

既述のように、就業規則の効力（規範的効力）を規定する労基法九三条の文言は労働基準法の私法的効力を定めた一三条と同一の規定の仕方となっているが、これは労働者保護（労働者の権利・義務の明確化、及び就業規則への使用者の拘束）の観点から労基法が就業規則をまさに最低基準を定める「事業場の小労働基準法」と位置づけようとしたのである。実際、労基法八九条が一号から一〇号にわたり規定する就業規則の必要的記載事項は最低「基準」としての観点から捉えられ列挙されたものである。労基法自身の性格・構造をみても分かるように、最低基準はあくまで最低基準であって、それ自体は現実の労働条件ではない。とすれば、就業規則についても本来は同様に考えるべきといえよう。要するに、労基法が「就業規則」として規定するのはあくまで「最低基準としての就業規則」のみであって、それ以上でも以下でもないのである。そして、そのうえで労基法は二条一項で労働条件労使対等決定の原則を規定し、かつ一条二項で労働関係の当事者による労働条件向上を訓示し、二条二項は就業規則の遵守義務を労使に課している。以上を総合すれば、労基法は、就業規則で定められた事業場の最低条件を踏まえこれをベースラインとして、できればこれを上回る方向で、そして労基法八九条で列挙された就業規則記載事項以外の事項についても併せて、（ちなみに、労働組合があれば就業規則に加え更に労働協約をも基礎にして）労使が労働協約で実際の個別的労働条件を設定すべきことを期待していたといつてよい。要するに、道幸教授の指摘するように「契約と就業規則とによって『二重に』労働条件を定めるといふ」こと（二元的構成）が「労基法の建前」だったのである。⁽⁶⁾

労基法が規制対象として想定し使用者に作成・意見聴取・届出・周知を命じている「就業規則」とは、あくまで以上の

ような最低基準としての就業規則のみなのである（以下ではこれを「労働基準法上の就業規則」と呼ぶ場合もある）。とするならば、就業規則と労働契約の関係も労働契約が就業規則基準に達しない場合の限定的なものにすぎず、従ってこれが全体として労働契約を拘束することではなく、そもそもその法的性質⁽⁷⁾に拘束力を論じる余地も必要もないことになる。そして、就業規則の不利益変更もあくまで事業場の最低基準の低下にすぎず、これが自動的に既存の労働契約内容の引き下げにつながることもならない。要するに、最低基準としての就業規則（のみ）を前提にするならば、そもそも就業規則法制と労基法二条一項の理念の間で抵触を生じる可能性は存しないといえ、就業規則に関連する労基法の諸規定は特に矛盾なく整序できるのである。⁽⁸⁾

(2) 学説における「労働契約条件としての就業規則」中心主義の優位

しかし、学説は就業規則を最低基準としてのみならず現実の労働条件を定めるものでもある（即ち、労働契約内容にもなる）とも性格づけ、しかも両者の違いを十分認識・区別することなく両者を混交・融合して論を展開してきた。あるいは実際にはむしろ、概して、最低基準としての就業規則よりも労働契約条件としての就業規則に力点が置かれ、最低基準としての効力を定める労基法九三条もその観点に引きずられて議論されてきたといってもよいであろう（「はじめに『労働契約条件としての就業規則』ありき」⁽⁹⁾）。従って、就業規則には最低基準にとどまらず労基法の規定する必要的記載事項の範囲・限度（ないしは最低基準としての性格）を超える配転・出向・時間外労働などの労働者義務づけ条項や任意的記載事項も記載可能と解され（就業規則記載事項の拡大）、就業規則の法的問題は労働契約条件としての就業規則の視点から捉えられることになったのである。換言すれば、就業規則をめぐる基本問題ないしは論点が、最低基準設定による労働者保護から人事・時間外労働や服務規律に関する義務づけなどを含めた労働者の拘束ヘシフトしたといってもよいであろう。

そこから一(二)(1)(ア)で述べたような労基法の規定の不統一性の認識の問題を含め就業規則をめぐる理論的混乱ないし理論的問題が生ずることとなった。最低基準としての就業規則しか規制対象としていない労基法の規定を労働契約条件としての就業規則についてもあてはめて考えることには、そもそも無理があつたのである。

先に一(二)(1)(イ)でみた法的性質論についていえば、契約説が合意の虚偽性を看過するとか労基法九三条の効力の説明に窮するとかの問題はあくまで最低基準にすぎないものを契約内容となるひな形として位置づけてしまったために生じたもので、また法規説が私的自治の原則を軽視したり労基法九三条の文言を超えて解釈しこれを拘束力の法的根拠とするといった問題も、本来、最低基準としての効力の説明に用いるべき条項によって拘束力Ⅱ法的性質を根拠づけようとしたために生じたものといえよう。更に、集団的合意説は、労働契約条件としての就業規則としてならば（代理説的構成を加味して考えたうえで）集団的契約として説明することで理論的に成り立ち得る余地もあると考えられる（ちなみに、後に検討するように、本稿ではこれとは異なる方向で労働契約条件としての就業規則の作成・変更に関し集団的合意説的発想に若干注目している）が、それを最低基準としての就業規則にも当てはめようとしたために現行法との齟齬が生ずる結果となつたと考えられる。根拠二分説についても合意に基づく労働条件部分のみならず指揮命令権に基づき行為準則・服務規律部分が直接労働者を拘束するという点も含めて究極的には法的根拠として契約説的考えを取り入れている点において契約説と同様の思考法と問題点から抜け出していないし、また効果において契約説と法規説の折衷的見解を示す点では契約説以上に「労働契約条件としての就業規則」の現実の拘束力に目を向けこれをより技巧的に説明しようとしたのである。⁽¹⁰⁾なお、新契約説も契約説に位置づけられる以上、最低基準としての就業規則（労働基準法上の就業規則）と労働契約条件としての就業規則を区別せずに論を展開するという諸説と共通した問題の根ないしは発想法を有していることに変わりはない。

(三) 学説における混迷の判例への影響あるいは判例法理の問題点

以上のような学説の理論的混迷が最高裁の理論にも影を落とし、直接間接に影響を及ぼしているものと推察される。つまり、学説には説得的な法的性質論が存せずしかも激しい理論的対立がみられ、とはいってもそのなかでは法規説と契約説が二大学説として比較的有力であったので、判例は、現実の事案処理・実務的要請も考慮に入れつつ、学説（特に契約説と法規説）を総合することで説の対立を止揚しようと試み、その結果、いずれの学説とも異なる独自の理論展開をはかるに至ったと思われる。

また、学説は、その法的性質論をめぐる理論構成がいかなるものであれ、議論にあたり労働契約条件としての就業規則を念頭に置くことで一般的に「労働条件は就業規則による」ということを議論の原点・基底に置き（あるいはモチーフにしており）、この意味でいわば「事実たる慣習説」的発想を分けもつていたともいえる。判例も学説と同様、「労働契約条件としての就業規則」を視野の中心に置いて「就業規則自体が契約内容になる側面のみ言及している」（「一元的構成」⁽¹¹⁾）が、学説よりも事実たる慣習説的発想を更に押し進めこれを法理上ストレートに前面に押し出している点に大きな特徴を有する。そして、一(二)(ア)でみた秋北バス事件最高裁判決の判旨②からも分かるように、効力に関する規定である九三条を含めた労働基準法の規制もあくまで労働契約条件を定める約款たる就業規則の拘束力を事実たる慣習に基づいて承認するための要件のひとつである合理性を担保するものと捉えている。しかし、その結果、かえって「就業規則をめぐる判例法理は、労基法のシステムからしても、また、契約法理からしても問題が多い」⁽¹²⁾法理であると評されることになり、就業規則論を更なる混迷に導くこととなったのである。

ちなみに、就業規則の不利変更については、学説の多くはそれに拘束されるためには労働者側の同意が必要と解し、

場合によつては（労働者側の同意が存しない場合）労働契約内容と就業規則内容が一致しないケースが生じ得ることを承認することで必ずしも「一元的構成」を徹底してはいない。これに対し、判例は法的性質論のみならずここでも「合意」を媒介にしない契約論」という形で「一元的構成」⁽¹³⁾を貫徹させており、労働条件の労使対等決定と就業規則による事業場の最低基準の確立という労基法の趣旨ないしは理念から大きくはずれる結果となつてしまつてゐる。

（四）まとめ

以上でみたように、就業規則論の混迷の原因は、労基法が予定していたのが「最低基準としての就業規則」であるにもかかわらず、学説・判例がこれを「労働契約条件としての就業規則」の視点から問題把握し、効力・拘束力・不利益変更などをめぐる理論を展開したことにある。その結果、事業場での最低基準を確立することによる労働者保護という視点が背後に退き、「就業規則を通じて使用者が一方的に労働条件を決定・変更しうる法システムが完成しつつある」⁽¹⁴⁾という状態が出現することとなつた。

とすれば、理論的混迷を抜け出し問題点を回避するには、原点に戻り労基法上「就業規則」とはあくまで最低基準としての就業規則のみであるという形で就業規則概念を純化させる必要があるように思われる。しかし、概念純化した場合、具体的な労働条件決定システムをいかに考えるのか、そして労基法八九条に列举されている事項を超えて広く現実の労働条件を規定しているいわゆる就業規則（労働契約条件としての就業規則）を法的にはどう評価し、それを労働条件決定システムの中にいかに位置づけるのかといった問題が浮かび上がってくる。そこで、章を改めてこれらの問題に検討を進めてみることにしよう。

(1) 具体的な数量的最低基準ではない労働条件決定の枠組みも、それに従って労働条件が具体化されるのであり、このように具体化された労働条件は結局は就業規則に基づく最低基準といえるであろう。従って、これを踏まえ労働契約でより有利な労働条件を決定することも可能といえる。また、手続規定は人事や懲戒などに関しそのような手続が最低限遵守されなければならないこと（最低手続基準）を示し、更により厳格な（＝労働者にとって有利な）手続を別個に（例えば労働協約で）定める可能性も存するのである。

(2) このような発想の先駆をなすものとして、荒木誠之「就業規則の効力」石井照久Ⅱ有泉亭（編）『労働法大系5 労働契約・就業規則』（一九六三年、有斐閣）六八頁以下。荒木説以降の学説の展開については、三井一九九五a・二九六―一九七頁参照。

(3) 三井一九九三・三二〇頁以下、三井一九九五b・二八〇―二八一頁。

(4) 例えば、土田道夫「労働協約・就業規則と労働者の義務」季刊労働法一六号九六頁以下。ちなみに、就業規則の作成・変更プロセスと集団的労働条件の形成プロセスを区別し、かつ集団的労働条件の形成プロセスとその労働契約への編入プロセスを分けて段階的に考察するとの新たな見解を提示した大内伸哉「労働条件変更法理の再構成」（一九九九年、有斐閣）も、結局は、「就業規則の作成・変更とそこに記載される集団的労働条件の形成プロセスとを区別して分析する立場」（同書二六一頁）にすぎず、同一文書に労働基準法上の就業規則と労働契約条件としての就業規則が記載されていることを前提に論を進めている（要するに、就業規則が最低基準であると同時に統一的・集団的労働契約条件ともなり得ることを認める）ことに変わりはない。

(5) この点で、毛塚教授が労働条件集成明示説を提示し、就業規則はあくまで「使用者が自ら当該事業場における契約規範上の労働条件のうち最低基準のもの」を明示したものであり実質的に労働条件を形成するものではない（使用者が一方的に実質的労働条件を決定できるならば近代法の原則や労基法二条一項に反することになる）と論じているのが示唆的であり、注目される。ただし、毛塚教授は就業規則は既に事業場で形成された労働条件を集成してその最低限を明示するものである（具体的労働条件↓就業規則）とするのに対し、筆者はまず最低基準としての就業規則が作成され、次いでそれを基礎にして具体的な労働条件が決定される（就業規則↓具体的労働条件）と考える点で異なっており、就業規則と具体的労働条件の形成関係につき発想が逆になっている。毛塚勝利「就業規則理論再構成への一つの試み（一）」労働判例四二八号四頁以下、同「就業規則の法的性質」蓼沼謙一Ⅱ横井芳弘Ⅱ角田邦重『労働法の争点（新版）』（一九九〇年、有斐閣）二八五頁。

- (6) 道幸哲也『職場における自立とプライバシー』（一九九五年、日本評論社）一九五頁、一九八頁。
- (7) 道幸・前掲書二〇〇頁が「あえていえば、就業規則が最低労働条件基準になる側面だけ重視していわゆる『法的効力付与説』を採用すべきか」と述べているのは、私見に近い発想かと思われる。
- (8) 労基法が想定する労働条件決定システムが本文で述べたようなものであるとするならば、まず、労働協約については有利原則が認められるべきこととなる。そして、労基法九二条が定める「就業規則は、…当該事業場について適用される労働協約に反してはならない」の意味も次のように解すべきこととなる。使用者の一方的作成になる労働基準法上の就業規則はあくまで事業場の最低基準を定めるにすぎない。とすれば、組合と使用者が対等の立場で合意した労働協約がこれを踏まえこれを上回る労働条件を定め得ることも当然のこととして予定されているものといえ、このように協約基準が就業規則を上回る場合、就業規則が「労働協約に反してはならない」とは、当該協約が適用される従業員に対しては最低基準はあくまで労働協約の定める基準であつて就業規則の定めるそれではないという、両者の適用に関する優劣関係を示したものとなる。なお、有利原則については、三井正信「労働組合と労働者の自己決定」法律時報六六卷九号七四頁を参照。
- (9) この点については、三井一九九五a・二九五頁以下参照。
- (10) 根拠二分説の問題点については、菅野和夫「就業規則の法的性質」蓼沼謙一・横井芳弘（編）『労働法の争点』（一九七九年、有斐閣）二九〇頁、西村健一郎ほか『労働法講義3 労働者保護法〔新版〕』（一九九〇年、有斐閣）二二二頁〔長渕満男執筆〕。
- (11) 道幸・前掲書一九八頁。
- (12) 道幸・前掲書一九九頁。
- (13) 道幸・前掲書一九五頁。
- (14) 道幸・前掲書一七五頁。

三 就業規則論の今後の方向性

(一) 労働基準法上の就業規則と労働契約論上の就業規則

(1) 両者の区別の必要性

既に述べた如く、労働基準法は就業規則をあくまで八九条の記載事項を定める事業場の最低基準を規定するものと捉えているにすぎない。従って、労働契約に対する効力も九三条に規定されている限定的な法規範的効力にすぎない。労基法自体、労働契約の締結・展開・終了についてのルールを提示する労働契約法 (Arbeitsvertragsrecht) といふ側面が稀薄であり、基本的には行政監督と刑罰によつて国家が最低労働基準を使用者に遵守せしめようとする労働保護法 (Arbeitsschutzrecht) 的性格を強力に有しており、⁽¹⁾ 以上からもそれに規定された「小労働基準法」たる就業規則が事業場の最低基準を定めるものにすぎないことが明らかとなる。また、労基法八九条及び九〇条は使用者の就業規則の行政官庁 (労働基準監督署長) への届出義務を定め、九二条二項は届け出られた就業規則につき行政がチェックし変更命令をなし得ることを予定しているが、かかる行政の監督・介入も就業規則が規定するのが労基法の基準を上回るかつ私的自治の原則と密接に関連する現実の労働契約条件それ自体ではなくあくまでも事業場の最低基準であるということ为前提として⁽²⁾ はじめて理解できるといえよう。ちなみに、労基法二条二項が労働者及び使用者が「労働協約、就業規則及び労働契約」を遵守すべき法的義務を負うと規定している点につき、就業規則は使用者に作成権限が与えられているので労働者が当然義務を負うことには「疑問が残る」という見解が示されているが、⁽²⁾ かかる疑念はやはり就業規則を最低基準の側面からではなく労働契約条件として捉えたために生じたものといえよう。就業規則をあくまで事業場の最低基準としての側

面で捉えるならば、労基法二条二項の意味は同条一項や一条二項の法意と合わせて、労働条件は就業規則の最低基準（そして組合がある場合には労働協約基準も）を踏まえたうえで労使対等の立場で労働契約で決定すべきであり、このように対等決定された労働契約につき労使は遵守する義務を負うというものとなる⁽³⁾。

以上のように解すれば、学説・判例が念頭に置く現実の労働条件を定める「就業規則」とは、労働基準法上の就業規則ではなく、あくまでそれとは別個の契約のひな形ということになる。これはいわば「労働契約論上の就業規則」とでもいうべきものであり、概念上労働基準法上の就業規則（最低基準としての就業規則）とは明確に区別されねばならない⁽⁴⁾。

(2) 両者の関係

労基法上「就業規則」という言葉の意味は限定されているとして、それと現実の労働契約内容となる文書として広く現実使用者によって作成されている労働契約論上の就業規則Ⅱ労働契約条件としての就業規則の関係はどうなるのか。

通常、事業場には「就業規則」という文書は一つしかなく、そこには必要的記載事項に関する最低基準にプラスして労働者義務づけ条項その他や諸々の任意的記載事項も含まれている。これが労基法の定める手続に従って作成され行政官庁に届出られるのが一般的にみられる状況であろう。ということは、本来概念上区別されなければならない労働基準法上の就業規則と労働契約論上の就業規則が一つの文書上に融合されていることになる。

では、労基法は果たしてかかる融合の実態を許容するものなのであるか。通説は、労基法八九条一〇号の解釈を通じてあるいは任意的記載事項という概念を持ち出すことによって融合を許容する結果を認めている。しかし、これが就業規則論の混迷の原因であり、しかもこのような融合の許容が事業場の最低基準を超えて使用者が労働者の義務を含めた現実の労働条件や業務命令権の根拠を一方的に決定できることに繋がり、⁽⁵⁾ 最低基準定立による労働者保護や労働条件の労使対

等決定の実現というもとの労働基準法の趣旨とも乖離する結果を生み出している。以上を踏まえれば、労基法自体は明確には禁止していないけれども、法の趣旨を勘案して、就業規則の内容はあくまで労基法の規定範囲の最低基準に限定され、そもそも法が示していない事項はこれに記載することはできないと考えるべきであろう。

その場合、もしも使用者が労働条件の集会的処理の要請に基づき実際の（統一的）労働条件を定める契約文書を必要とするならば、労働基準法上の就業規則とは別個に、それが定める最低基準を踏まえうえて、更に労働契約論上の就業規則を作成しなければならないこととなろう（厳格分離説）。

しかし、とすると、今度は、果たして、そもそもそのような労働契約論上の就業規則を使用者が作成することが法的に許容されているのかが問題となる。既に述べたように、労基法の予定する労働条件決定システムは労働基準法上の就業規則の定める最低基準をもとに労働協約と個別契約で具体的な労働条件を決定するというものであるが、必ずしもすべての事業場に組合が存するとは限らず、また組合が存しても従業員全員が組合員とは限らないことなどを考えると、かかるシステムは従業員の労働条件の集会的処理（ないしは集团的制度としての労働条件）を必要とする現代企業Ⅱ組織における労使関係の現実にとっては必ずしも適合的なものとなっていない。労働条件決定システムにつきいけば法に欠缺が存するのである。そこで、このような法の欠缺の重大性と労働条件の集会的処理の必要性を考慮すればかかる欠缺を埋める手段を用いることにも一応の合理性があり、従って労働条件の集会的処理のための方途Ⅱ労働契約論上の就業規則（労働契約条件としての就業規則）を作成する余地を認めてよいであろう。ただし、労働契約論上の就業規則については労基法その他に法規制が存しないとはいえず、使用者がこれを自由に作成できると考えるべきではない。労働条件労使対等決定の理念（労基法二条一項）に照らせば、労働契約論上の就業規則が法的拘束力を有するためにはその作成・変更手続、内容、

個別契約への編入のあり方などについて一定の要件が存するものと解さざるを得ない。⁽⁶⁾

以下、節を改めて、この問題を論じることとしよう。また、厳格分離説が法的には妥当であるとしても、現実には、労働基準法上の就業規則と労働契約論上の就業規則が一つの文書に融合しているのが一般的実態であり、このような事態が今後仮に改まるとしてもまだ相当の時間を要すると思われる。従って、問題があるとはいえ一応このような実態を前提とした解釈論についても併せて提示しておくことが必要となろう。そして、就業規則論の混乱を作り出した原因は、そもそも労基法の規定自体が不十分かつ不明確であったことと労基法の労働保護法としての構造それ自体に限界が存したことにありと考えられる。要するに、問題の解決のためには解釈論のみではなし得ることに限界があり、併せて新たな制度設計へ向けての立法論が必要となる。そこで、わずかながら立法論にも言及しつつ論を進めたい。

(二) 就業規則をめぐる解釈論の今後の方向性

(1) 「労働基準法上の就業規則」・「労働契約論上の就業規則」 厳格分離説に基づく労働条件形成・変更法理

本項では、労働基準法上の就業規則とは概念上及び存在形式において異なる労働契約論上の就業規則につき、①その作成・変更の要件、及び②その労働契約への編入の要件をいかに考えるべきかを考察するが、二つは性格の異なった問題であって別個の検討を必要とする。そこで、以下、まずは前者の方から検討を加えることとしよう。

(ア) 「労働契約論上の就業規則」の作成・変更の要件

労働契約論上の就業規則の作成・変更の要件を考えるにあたっては、それが最低基準ではなく現実の労働条件（ないしは現実の労働条件に関する標準的契約モデル）を定めるものであり、労働契約内容と深く関連していることに留意すべき

である。そこで重要となるのが労基法二条一項である。労基法二条一項は、労働条件は労使が「①実質的に対等の立場で」
「②労働契約によって」定めることを原則とし、⁽⁷⁾これら二要件が具体的に充足さるべきことを求めていると解される。とするならば労働契約内容の決定(②)のためには①の要件の充足が理論上その不可欠の前提ないしは基盤をなすといえる。従って、作成・変更された労働契約論上の就業規則＝標準的契約モデルに基づいて行われる現実の労働条件に関する個別の労使の個別的契約交渉において労基法二条一項の理念が確保されることが必要となり、そのためには個別交渉に先立ち対等決定のための前提・法的環境が予め存在し十分に整備されていることが要請されるといえよう。それ故、労働契約論上の就業規則の作成・変更にあたっては、使用者の一方的作成を前提とした労働基準法九〇条が定める単なる過半数代表(過半数組合あるいは過半数代表者)への諮問(あるいは近年のある学説が集团的労働条件形成・変更の正当性原理を充たすために必要な民主性の要件とする従業員の過半数の同意)⁽⁸⁾ではなく、労働契約論の観点からみて労働条件労使対等決定の理念を実質的に充足し得る前提・法的環境の整備とは何かを追求することが鍵となる。

その点で集团的合意(同意)説の考え方が示唆的であり一定注目に値する。この説は労働基準法上の就業規則の作成・変更に関しては現行法のシステムに合致しないが、労働契約論上の就業規則の作成・変更にあたっては労使対等決定の原則に適合的な発想と評価できよう。では、どの程度の従業員の集团的同意が要求されるのかが問題となるが、これについては、近年、最高裁が第四銀行事件判決(最二小判平九・二・二八労判七一〇号一二頁)⁽⁹⁾において、就業規則の不利益変更が従業員の多数(約九〇パーセント)で組織されている多数組合との交渉、合意を経て行われたものであるから「変更後の就業規則の内容は労使間の利益調整がされた結果としての合理的なものである」と一応推測することができ「[る]」と述べたところが変更のみならず作成にあたっても参考になろう(最高裁がいうように、従業員の多数を組織する組合との

交渉がなされた事実はいくまで合理性を推測させるにすぎないため、利益調整が公正かつ十分になされていない場合にはかかる推測は成り立たず、後述のような合理性判断を実際に行う必要がある。ちなみに、この場合、多数とは単なる過半数ではなくそれを超える従業員の相当数と解すべきであろう。労働組合は存するが従業員の多数を組織しているとまではいえない場合には、その組合（必ずしも従業員の過半数を組織している必要はないが、使用者との対等決定を行える力量・実体を備えた組合であることは要しよう）が非組合員・他組合員を含め従業員の多くの支持を取り付けるよう努力したうえで公正に事業場の全労働者の利益調整を行いつつ使用者と交渉を行い、その結果、使用者がかかる組合との合意のうえで就業規則を作成・変更したといった事情がみられれば労使対等決定の要件を充たすといえよう。⁽¹⁰⁾

また、①組合が存しない場合には、たとえば、社員会・親睦会・発言型従業員組織や労使協議制などが存しておりこれらの関与によって使用者との就業規則をめぐる交渉・協議がみられたとしても、必ずしも労使対等を確保し得る法的・制度的枠組みが十分に存しているとはいえないため、あるいは②上記のように組合と交渉・合意がなされた場合であっても従業員全体の利益調整が公正かつ十分にははからなかったといった事情が存すれば、労働契約論上の就業規則の作成・変更にあたっては集団的労働条件レベルにおいて労働条件労使対等決定の原則に照らして内容的に合理性判断（ないしは場合によっては合理的限定解釈）を行う必要がある。⁽¹¹⁾ その具体的基準は、ことの性質から、野川教授が指摘するように、「従業員総員の利益を守り、事業所全体の利益にも配慮する」という意味で最も合理的に行動する従業員代表（理念型）の同意」が得られるような場合に合理性が存するというのが妥当であろう（もつとも、野川教授は就業規則の作成・変更それ自体の合理性ではなくて拘束力を認めるための要件として述べている点に注意する必要がある）。⁽¹²⁾ この意味で、今後、従業員代表制をめぐる立法論が重要となるであろうし、⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾ 労働契約条件としての就業規則の作成・変更における労働組合の役割に

についても新たな検討を要しよう。

なお、労働契約論上の就業規則の作成・変更につき労使対等決定性が充たされていないかあるいはその内容が合理性を欠く場合には、使用者（＝企業という社会的「権力」）がこれを契約条件として持ち出すことは労基法二条一項の理念に反することになって公序良俗違反（民法九〇条）あるいは信義則違反（民法一条二項）を構成し、労働契約論上の就業規則の労働契約への編入が阻止される（ちなみに、集団レベルで合理的限定解釈がなされた場合には、かかる合理的な範囲でのみ個別契約への編入の可能性が認められる）。

(イ) 「労働契約論上の就業規則」の労働契約への編入要件

(ア)で論じたのはあくまで労働契約論上の就業規則の作成・変更の要件であり、まだそれが個々の労働契約へ編入されるための要件の検討が残っている。私的自治の原則と労働条件労使対等決定の原則を考慮すれば、編入については個別合意が必要ということになる。既述のように、労基法は労使が労働基準法上の就業規則が定める最低基準を踏まえこれをベースラインとしつつ対等の立場で現実の労働条件を決定することを予定している。そこで、(ア)で述べた作成・変更の過程を経て一応の労使対等決定性が保障された労働契約論上の就業規則が、労働契約をめぐる労使の個別交渉にいわば現実の労働条件の叩き台（標準的労働契約モデル）として提出されることになる。かかる交渉の過程で、個別の労使がそれをそのままを受け入れあるいは個別の事情に適合するように部分的に修正した結果合意がなされ労働契約内容が形成される。しかし、現在、労働組合を除き個別交渉において労働者をバックアップや補佐したり苦情処理を行ったりする従業員代表制や企業オンブズマンなどのサポートシステムは存せず、（集团的労働条件レベルはさておき）すべての労働者に対し個々の労働契約レベルで具体的かつ現実的な個別的事情に即して労働条件を調整し労使対等決定を最終的に担保・保障する法

システムは必ずしも十分に整備されているとはいえない。そこで、(集団レベルに加えて更に) 個別的労働契約レベルでも、労働契約論上の就業規則に基づく労働契約内容につき、当該労働者と使用者との間で個別的事情を考慮して利益衡量をなし、合理的限定解釈を行っておく必要がある(もつとも、既に集団レベルで利益調整ないしは合理性判断が行われている以上、個別契約レベルでの合理的限定解釈はあくまで補充的・付随的なものとどまるとはいえよう)⁽¹⁵⁾。以上のようになれば、標準的労働契約モデルを提示し得るという点で企業側の労働条件の集団的決定の必要性が、個別交渉・個別契約におけるその修正可能性(ないしは合理的限定解釈)を承認する点で労働者側の個人的利益や自己決定の確保の要請がそれぞれ一定考慮され、その結果、両者の間での均衡が可能となる。

ついでに以上と関連して一言付言しておく。就業規則の作成・変更については従業員の過半数の同意(過半数組合との合意など)により集団的労働条件の決定・変更の正当性たる民主性の要件を充たすことが必要であり、次いでこれが労働契約に編入され労働契約内容になるためには私的自治の原則に照らし労働者の同意が必要であるとしつつ、同意獲得の手段として使用者に集団的変更解約告知をなすことを認めるという新たな見解が、近年、有力に主張されている。⁽¹⁶⁾しかし、労働条件労使対等決定の原則に照らせば、そして個別交渉のレベルでは労働契約論上の就業規則内容に対し個別合意によつて個別修正が加えられる可能性があることを考えれば、そのような考え方は認められるべきではないと考える。これは民主性の要件の充足(過半数による決定)と解雇の脅威のもと、個人を、変更に同意するかそれとも解雇というリスクをともなつた不同意の自由を行使するかという究極の選択のもとに置くものであつて、ここで述べられる私的自治ないし労働者の自己決定の重視とは狭くて形式的な、そして純粹に理論上の(あるいはメタフィジックな)ものにすぎないといえよう。現実の労使関係や雇用をめぐる状況を踏まえれば、むしろ、解雇を制限し、労働者が解雇をおそれず安心して使

用者と個別交渉に臨める環境を作り出すことこそが（特に、労働条件の個別化が進展している現在の状況においては）重要であり、これこそが真の自己決定ないし私的自治の実質化（＝労働者が自己の雇用を保持しつつ自己決定を行おうとすること）を保障するものといえよう（憲法一三条と二七条の理念の尊重¹⁷）。就業規則通りの労働条件を労働契約上実現しなければ、使用者は個別交渉でその旨を主張し労働者の説得に努めれば済むだけの話である。もしも、労働者の同意が得られず、そこで労務管理上支障が生じれば、その後に厳格に解雇権濫用法理に照らしそれが客観的に合理的で社会的に相当な理由となるかどうかを吟味したうえではじめて解雇の可能性が（例外的に）問題となるにすぎないといえよう。私的自治や自己決定を重視するならば、不同意にともない解雇されること（労働契約関係の解消）ではなく、できるかぎり雇用継続を前提として労働者の自己決定を尊重しかつ労使の利益調整をはかりつつ、将来に向けていかに個別的労働条件を決定するか（私的自治に基づく労働契約関係の新たな更なる展開）こそが重要なのである。¹⁸¹⁹ また、既に述べたところではあるが、労基法二条一項の理念を勘案すれば、重要なのは、単に民主性の要件に基づく過半数の充足ではなく、あくまで集団レベルにおいて労使の利益調整を織り込みつつ実質的に労使の対等決定の理念が確保されることであるといえよう。

（ウ）「労働契約論上の就業規則」が作成されない場合の労働条件形成法理

労働契約論上の就業規則が作成されなければ、最低基準を定める労働基準法上の就業規則しか存しないことになる。この場合、それを踏まえ個別合意や労働協約を通じて労働条件が具体化されよう。ちなみに、労働協約もなく、かつ個別合意で明確に個別的労働条件が決定されていない場合でも、（性質上原則として契約上の一律的スタンダードとならざるを得ない懲戒処分などの事項を除き）個々の労働者は最低基準（就業規則）通りの労働契約を締結していると考えるべきではない。労働条件労使対等決定の原則（労基法二条一項）や労働関係当事者による労働条件向上に関する努力の訓示（労

基法一条二項)などの労基法の理念を考慮すれば、むしろ最低労働条件を上回る内容で労働契約が締結されているという推定を受けるといふべきである。⁽²⁰⁾そして、労働契約締結過程での労使のやりとり、就労後の労働過程での具体的取扱や契約条件の特定、企業慣行、他の従業員に対する取扱などを総合的に考慮して労働契約の解釈を行い具体的労働条件を確定して行く必要がある。⁽²¹⁾⁽²²⁾

(2) 二者融合許容説をとる場合の解釈論上の留意点

仮に、就業規則をめぐる現状あるいは実態を考慮して、労働基準法上の就業規則と労働契約論上の就業規則という本来別個に作成さるべき二つの性格の異なるものを、便宜上、一つの文書に合わせて記載することを認める融合許容説(ちなみに、既述のように、これは決して筆者の立場ではないことをもう一度確認しておく)に立つならば、労基法の実態を考慮して就業規則が関係するのはあくまで前者の部分であることに留意しつつ、後者の部分(といっても前者の範囲と重なるために前者の性質も同時に兼ねることになる条項も多いであろう)に対しては(1)で述べた法理を手続面・内容面双方にわたって慎重に適用していく必要がある(その結果、労働基準法上の就業規則としては有効であるとしても、労働契約論上の就業規則としては合理性を欠くという事態が生ずることもあり得よう⁽²³⁾)。なお、最低基準と労働契約条件が重なって規定されている就業規則条項については、①前者として問題になる場合と後者として問題になる場合とは条項の性質の差異を反映して解釈にあたつて意味が異なってくることを考えられるし、また②かかる条項に関連しての個別契約の解釈・内容確定にあたつては(1)ウの場合に準じて考える必要もある。

(三) 残された立法論的課題の素描

以上のように就業規則論の混乱を解決すべく論を展開しても、やはり解釈論には限界がある。そこで、現在、就業規則をめぐる立法論的提言が数多くなされてきているが、以上での検討を踏まえれば、①労働基準法を改正し労働基準法上の就業規則の法的地位・存在意義及び守備範囲を明確にすること（場合によっては特に事業場における集団的処理を必要とする共通基準たる服務規律、懲戒処分、安全衛生などに記載事項を限定しスリム化することも考えられよう⁽²⁴⁾）、それと同時に②労基法とは別個に新たに労働契約法を設け、通常いわれているように現在その形成・展開が判例法に委ねられている労働契約の基本ルール（労働契約法理）を条文化して客観的かつ明確に示すことに加えて、労使対等決定の原則に即した最低基準を超える労働契約条件を定めるための（労働契約論上の就業規則に相当するところのそれに代わる適切な）集団的労働条件決定・変更システム（即ち、かかるシステムの形成による事業場の最低基準と労働契約条件形成手段の分離・棲み分け）、個別合意の実質化を保障すべき法的支援装置ないしはサポートシステム、そして併せて不利益変更や個別合意をめぐるトラブルについての簡易迅速な実効性ある苦情処理システム並びに個別紛争解決手続を確立することなどが、喫緊の課題であると思われる⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾。

(1) 労働保護法 (Arbeitschutzrecht) と労働契約法 (Arbeitsvertragsrecht) の違い及びそれらの基本的性格については、西谷敏「労働者保護法における自己決定とその限界」松本博之・西谷敏（編）『現代社会と自己決定権』（一九九七年、信山社）二二七頁以下、土田道夫「労働保護法と自己決定」法律時報六六卷九号五九頁参照。

(2) 安枝英紳・西村健一郎『労働法（第6版補訂）』（二〇〇〇年、有斐閣）五二頁。

(3) この点については、道幸哲也『職場における自立とプライバシー』（一九九五年、日本評論社）一九四—二〇一頁も参照。

(4) なお、労働基準法上の就業規則は労基法上の制度であるが故に作成単位は事業場となるが、労働契約論上の就業規則はかかる労基法上の規制がないため作成単位はある程度フレキシブルであつて事業場には限られず、企業単位や事業場の一部ないしは複数の事業場などを単位となし得る点に注意されたい。また、労働契約論上の就業規則については対象となる従業員の範囲にも同様に限定はないといえよう。ただし、以下、本稿では、紙幅と論述の関係上、事業場単位で全従業員を対象とするところの労働契約論上の就業規則のみを（理念型として）念頭に置いて論を進めることにする。

(5) 道幸・前掲書一七四—一七五頁、一九七—一九八頁、二〇七頁。

(6) このように考えた場合、変更されるのは、通常、労働契約論上の就業規則であつて、労働基準法上の就業規則はあくまで最低基準故に一度設定されると変更されず、時代が経過してもそのまま放置されるのではないかという疑問が生じよう。しかし、①労働契約論上の就業規則の不利変更を行えば労働基準法上の就業規則の最低基準を下回ることになる場合、②懲戒処分や服務規律など性質上二つの就業規則の規定がスタンダードとして一致していて、かかる懲戒処分や服務規律に関する規定を変更する場合、③労働契約論上の就業規則の労働条件レベルが大幅にアップし労働基準法上の就業規則の基準と大きな乖離をみせた場合、④労働契約論上の就業規則の就業条件体系と労働基準法上の就業規則の労働条件体系が異なるものとなつてしまった場合、などには使用者は労働基準法の就業規則を変更しなければならないと考えられる。ちなみに、③・④の場合につき補足しておく。労基法八九条にう「作成」とは、労働者保護の精神や労基法一条・二条の理念に照らせば、一度作ればよいという意味ではなく、時代や経営状況に即しその時点時点で適切公正な最低基準を常に設定しなければならないという意味に解釈されねばならない。従つて、現実の労働条件が大幅に向上したりその体系が大きく変わつてしまえば最低基準もそれに対応させる必要が生じ、それに相応して使用者は労働基準法上の就業規則の変更を行うことを要することになる。この意味で、二の注(5)で言及した毛塚教授の労働条件集成明示説が述べる、現に存在する事業場の最低条件の明示を使用者に義務づけるという発想が、まさに変更問題につき重要とならう。もっとも、理念通りに考えれば、まず最低基準としての就業規則が改訂され、次いでそれを基礎としてつ組合との合意を経るなどしてそれを上回る形で労働契約論上の就業規則が改訂されることが望ましいとはいえよう。

(7) 西谷敏「就業規則」片岡昇ほか『新労働基準法論』（一九八二年、法律文化社）四六三—四六四頁。

(8) 大内伸哉『労働条件変更法理の再構成』（一九九九年、有斐閣）二四八頁以下。大内説に対しては、何故、そしていかなる法

的根拠に基づいて従業員の過半数の同意があれば集团的労働条件形成・変更の正当性が認められるのかにつき説得力を有しないとの問題点を提示できよう。従業員集団は労働者の意思に基づく一つの任意的結社ないし団体ではなくあくまで労働契約によって一人の利用者に結びつけられている人たちの一定範囲（例えば、事業場という場所）における（事実上の）集合にすぎない。任意的結社の内部運営の場合ならいざしらず、このような単なる一定場所における労働者の集合の場合には「過半数」というのはあくまで労基法などの実定法に明示の根拠があつてはじめて要件となり得ると考えられる。確かに、大内説は労基法九〇条と二条一項を根拠に挙げているが、無理な解釈といえよう。むしろ、実定法上重要なものは、過半数要件ではなく労基法二条一項の労働条件労使対等決定の理念を実質的に充足することである。特に、大内・前掲書二八〇頁は、労基法九〇条が定める過半数代表者が民主的「正統性」を有しない場合にはその同意があつても当該集团的労働条件に民主性は付与されないので使用者は従業員全員の意見を直接聴取することが必要となり、この場合、変更に同意する者が多数であれば集团的労働条件は民主的正当性をもつことになる（そして、使用者は残りの反対派に対して変更解約告知をなすことが認められる）と述べているが、となるとこのようなケースでは専ら数としての過半数のみが重視されることになって労働条件の労使対等決定の理念が後景に退き、必ずしも労使対等決定性が保障・確保されているとはいえなくなる点に大きな問題があるといえよう。なお、過半数要件重視をめぐる問題点については、三井正信「労働組合の職場代表機能に関する法理論的考察（二）」広島法学二三巻三三六頁以下も参照。

（9） この判決及びその意味するところについては、菅野和夫「就業規則変更と労使交渉」労働判例七一八号六頁以下、土田道夫「定年延長に伴う就業規則による労働条件の不利益変更の効力」法学教室二〇四号一三八—一三九頁、盛誠吾「労働条件変更の法理」自由と正義一九九七年一月号九六頁以下。

（10） 本文のように考えるとしても、私的任意団体たる労働組合が自己の組合員の範囲を超えて、何故、非組合員や他組合員にも影響を及ぼす労働契約論上の就業規則を作成・変更できるのか（あるいは、何故、組合員のみ適用される労働協約に加えてわざわざ全従業員のために労働契約論上の就業規則を作成・変更するのか）、またこの場合において労働協約と労働契約論上の就業規則の関係はどうなるのかといった法理論上の問題が生じよう。これについては本稿では詳論する余裕はなく、とりあえずは、三井正信「労働組合の職場代表機能に関する法理論的考察（一）」広島法学二二巻二二三頁以下を参照されたいが、詳細な検討はいずれその続稿に行う予定である。なお、以上に関連しては、三井正信「組合のなかの集団と個人」日本労働法学会就業規則法理の再検討（三井）

(編)『講座 21世紀の労働法 第8巻 利益代表システムと団結権』(二〇〇〇年、有斐閣)二四—二六頁も参照。

- (11) もっとも、一応は本文のようにいえても、場合によっては、就業規則をめぐり使用者が社員会・親睦会・発言型従業員組織と話し合ったり労使協議制で十分議論を尽くしたりした結果、従業員の公正な利益調整がなされ労使対等決定原則が充たされたと判断されることもあるし、そうでなくとも作成・変更された労働契約論上の就業規則の合理性判断にあたってはこれらの交渉・協議がなされたという事情が考慮されるものといえよう。なお、組合のみならず社員会・親睦会・発言型従業員組織や労使協議制も存しない場合の労働契約論上の就業規則の作成・変更をいかに考えるかが問題になるが、正直言って難問である。一応ここでは次のように解しておきたい。労働基準法上の就業規則を作成・変更する際に使用者は過半数代表者に諮問を行う(労働法九〇条)が、このような代表者は一応従業員の過半数の支持を得て選出されているところから、使用者は労働基準法上の就業規則を作成・変更した後引き続きこの者に従業員の利益調整と意見集約を依頼し、この(元)過半数代表者が従業員集会を開いたり意見投票を行ったり従業員間を個別に走り回って調整を行ったりするなどして意見集約が行われ、その結果、ある程度公正な利益調整が整えば、使用者は労働契約論上の就業規則を作成・変更し得る。ただし、この場合、使用者は(元)過半数代表者に対し労使対等性を侵害するような行為(介入・干渉・妨害等)をなし得ないし、また、単なる(元)過半数代表者には労使対等性を確保する制度的枠組みが法的に保障されていないので、作成・変更された労働契約論上の就業規則に対しては厳格に合理性判断ないし合理的限定解釈がなされなければならない。この視点からすれば、平成一〇年の労基法改正で三八条の四で新裁量労働制の導入要件として設けられた労使委員会のこの問題への活用や更なる法改正によって労使委員会の権限を拡大しこれが(労働契約論上の)就業規則の作成・変更に正面から関与し得るようになる方向も考えられよう。

- (12) 野川忍「就業規則と労働条件」東京学芸大学紀要第三部門四四集一頁以下、同「就業規則と労使協定(下)」ジュリスト一〇五二号一四六頁。

- (13) 野川教授が就業規則論も含めて今後の労働者代表のあり方を論ずるものとして、野川忍「変貌する労働者代表」菅野和夫Ⅱ岩村正彦(編)『岩波講座 現代の法12 職業生活と法』(一九九八年、岩波書店)一〇三頁以下。

- (14) 従業員代表制をめぐる立法論的考察は多数存在するが、さしあたり筆者の論点と方向性を簡潔に述べるものとして、三井正信「団体交渉と労使協議制」横井芳弘Ⅱ角田邦重Ⅱ脇田滋(編)『新現代労働法入門』(二〇〇〇年、法律文化社)二九四—二九五

頁。

- (15) 個別合意レベルで合理的限定解釈を行うことについては、意思解釈の限界を超えているとか、裁判官の判断を押しつけることになりかねて私的自治や自己決定から離れる結果となるといった批判があるが、かかる批判は妥当ではない。憲法二七条二項の趣旨は立法Ⅱ国家介入により個別的労働関係に関し公正な労働条件を形成し社会的権力たる使用者の権力（の濫用）を抑制することによって実質的に労使対等の立場で労働契約が締結・展開され得るようにするといふもので、かかる社会的規制こそが「労働契約の自由」の基本的ルール・基盤をなすといえよう。このような観点からすれば、就業規則法制や労働契約法理をみても分かるように、またフランスなどのヨーロッパ諸国に比べ、わが国の立法による社会的規制は極めて不十分であり、従って現在の実定個別的労働関係法状態は憲法二七条二項の理念に反する可能性すらあるといえる。そこで、裁判所が合理的限定解釈を行うことによりかかる実定法の不十分さを補い社会的公正をはかることは、むしろ憲法二七条二項の理念に適合すると考えられる。この点に関連しては、三井正信「イギリス雇用契約論における contract と status (一)」広島法学二二卷二号一八—一九頁も参照。また、比較法的視点からみたわが国労働法規制の不十分さについては、野川忍Ⅱ野田進Ⅱ和田肇『働き方の知恵』（一九九九年、有斐閣）七二頁以下参照。なお、自己決定と私的自治の理念に照らしての就業規則の合理的限定解釈の必要性については、土田道夫『労務指揮権の現代的展開』（一九九九年、信山社）三四八頁以下参照。ちなみに、個別交渉において労働者が労働組合によってサポートを受けるなどして個別レベルでも十分に利益調整がなされたといった事情が存する場合には合理的限定解釈を行う必要はないであろう。

(16) 大内・前掲書二四八頁以下。

(17) 西谷敏「労働法における自己決定の理念」法律時報六六卷九号三一頁、同・前掲注（一）論文二三八頁以下。

(18) もっとも、大内・前掲書も使用者が変更解約告知を行う前に労働者と十分交渉を尽くすべきことが必要である旨を説いているのだが、あくまで変更解約告知という手段自体が問題なのである。ちなみに、フランスでもかつては労働契約の本質的変更につき変更解約告知と同様の法理が判例によって認められていたが、一九八七年のラカン判決 *l'arrêt Raguin* (Soc. 8 oct. 1987, Dr.soc. 1988, p. 140) において破毀院社会部が判例変更を行い、使用者によって提案された労働契約の本質的変更を労働者が拒否しても労働契約が終了することはなく、その後解雇理由（真実かつ重大な理由）が存するか否かに照らして使用者が解雇を

行うかどうか決定し（使用者が解雇しても真実かつ重大な理由がなければ当該解雇は違法となる）、たとえ解雇理由が存しても使用者が解雇しない場合には従前の労働条件で労働者の雇用が継続するとの法理が確立され、現在に至っている。なお、このような法理は学説によっても評価されている。そして、このような処理は、近年、懲戒処分としての労働契約の変更（降格・降職）にまで及ぼされており、まさに「適法になされた合意はそれをなした当事者にとって法律の代わりとなる」という形で契約の拘束力（私的自治の原則）を定める民法典（Code civil）一一三四条の趣旨に合致すると学説によって論じられている。この点については、さしあたり、三井正信「懲戒処分としての労働契約の変更と労働者の同意」労働法律旬報一四五九号二二頁以下参照。

(19) 大内・前掲書は、労働者は自己決定の結果として自己責任も負うべきであるとし、かかる自己責任にともなうリスクが解雇（変更解約告知）であると述べているが、何故それが解雇（変更解約告知）でなければならぬのかも説得力をもたないと考ええる。企業において労働者が集団的労働条件の変更を拒否した場合、通常、労働者は人事・昇進・配置も含め（解雇以外の）様々なリスクを甘受することを覚悟して拒否を行っているのであって、まさにこれこそが自己責任にともなうリスクといえよう。また、わが国においては、その理由がいかなるものであれ「解雇」には企業の社会的権力の行使という側面があることは否定できず（例えば、菅野・前掲注（1）書四三六頁は、解雇につき「このように労使双方に平等に認められた市民法上の『解約の自由』が労使の実質的不平等性によって使用者の強大な権限に転化したものである」と述べている）、また解雇には例えばフランスなどとは異なっていないまだ一定の社会的ステイグマがともなっているということも立論にあたっては慎重に考慮に入れる必要がある。ちなみに、自己決定の理念を重視しこれを労働契約の解消に結びつけるならば、むしろ変更された集団的労働条件に同意できないと考えるケースでは、労働者が自ら辞職する道を選択することで不同意の自由を表明することもあり得ると論ずることとどめておく方が理念適合的となろう。加えて、大内説は、私的自治の理念を強調するあまり、普通に生活する普通の労働者ではなく、あくまで私的自治の「理念」に沿った、そもそもリスクをとまう自己責任を負い得る自己決定の主体である労働者Ⅱ自立した強い個人の仮定から理論を出発している（なお、大内助教教授は、組合という憲法に根拠を有する法的手段が存している以上、もしも労働者が対等決定を実現したければ組合を作ればよく、そうでなければ作らない責任・リスクは個人が甘受すべきとの「突き放した」姿勢をみせている）。しかし、このような強い自立した労働者の仮定から出発すれば、個人にあまりに

も高い負荷をかけることになって現実との齟齬を来たし、理論的に綻びないしは裂け目をみせ、その結果、現実的妥当性とは反対の帰結に至る危険性があるともいえよう。確かに、労働関係へのパターンリスティックな介入は一面で労働者の自立を阻害するという側面を有し（この点については、三井正信「労働法の新たなパラダイムのための一試論（一）」広島法学二四卷二号三九頁以下参照）、労働者ができる限り自己責任に基づくリスクを負い自己決定を行うという方向を探ることで私的自治の「理念」に忠実であろうとする大内説の問題意識には共感すべき点も存しないではないが、結局は専ら「理念」を強調するあまりかえって「角を矯めて牛を殺す」の弊をもたらしことになるのではないかと考えられる。この点については、金子勝『市場』（一九九九年、岩波書店）一頁以下参照。ちなみに、これは、大内説と同じく新たな労働法の流れとして個人の重視や自己決定ということとを問題としつつも、理念（要するに到達目標）として自己決定の重要性を説く一方で現実の労働者の従属性を直視しこれを基底に据えて両者のギャップを埋めるべく論を展開する西谷教授や「自己責任をとりたくてもとれない実態にある」普通の個人たる労働者を見据え念頭に置きつつ、いかにして職場においてこのような労働者の自立をはかるか（そして、そのための法的・理論的前提条件ないし環境整備として何が必要か）を模索する道幸教授の労働法理論と決定的に異なる点である。むしろ、道幸哲也「労働組合法はどうなるか」中央労働時報九六八号一〇頁が述べるように、「私はどうしても個人は弱いと思っています。強い個人なら、労働法は要らない。：労働法とか労働組合は、普通の人を対象にしています。能力がない人というと、ちょっと支障がありますが、『普通の人の利益をどう守るか』が、組合とか労働法とか、ある意味では労働委員会の役目ではないかと考えています。普通の人の利益が、いろんな形でだんだん守られにくくなっていて、それが基本的な問題だと思っております」という視点こそが現在においては重要ではないかと思われる。以上の点については、詳しくは、西谷・前掲注（一）論文、同「労働法規制緩和論の総論的検討」季刊労働法一八三号六頁以下、同「労働法における個人と集団」（一九九二年、有斐閣）、同「個人主義」の意味について「労働法律旬報一三七〇号四一五頁、道幸・前掲書、同「職場における人権保障法理の新たな展開」日本労働研究雑誌四四一号二頁以下、同「不当労働行為の行政救済法理」（一九九八年、信山社）などを参照。もともと、道幸・前掲注（三）書二〇三頁は、「場合によれば、労働条件の変更に同意しなければ解雇するという変更解約告知も認められよう」としている。しかし、続けて、「もともと、そう解したとしても、特定の選択をしたことが正当な解雇事由に該当する必要がある」とも述べており、これからすれば道幸説は実質的にはむしろ労働者が変更に同意しない場合でも解雇権濫用法理に照らせば就業規則法理の再検討（三井）

解雇の可能性は例外的なものにとどまるとの本文で述べた私見に近いものと思われる(ちなみに、大内・前掲書二六五頁は、変更解約告知に通常の解雇と同様の厳しい要件を課す見解に対して批判的立場を述べている)。

- (20) 就業規則による労働契約内容の推定については、秋田成就「労働契約における契約の推定操作について」社会科学硏究二六卷三二四号一七二頁以下。

- (21) この点に関しては、道幸・前掲注(3)書二〇二頁以下が述べる法理が参考になる。

- (22) この場合、個別的契約(合意)で明確に労働条件を決めておかなかったことのリスクは、労使の力関係を考慮して公平の原則から使用者に負わせるべきである。従って、訴訟において、労働者側が実際の取扱などの一定の事実を示して労基法上の就業規則を上回る労働条件が労働契約内容となっていることを主張すればその旨推認され、そうではないこと(要するに、労働契約内容が就業規則通りであること)の立証責任は使用者が負うと考えるべきことが妥当であろう。

- (23) この点に類似する発想を示すものとして、野川忍「就業規則と労使協定(上)」ジュリスト一〇五一号七四頁、大内・前掲書二五七頁。

- (24) この点で、フランスで一九八二年にミッテラン大統領のもとで行われた一連の労働法改革たるオルー改革において、就業規則の記載事項が職場規律、懲戒処分及び安全衛生に限定されたことが参考になる。オルー改革については、大和田敢太「フランスにおける労働法制改革の動向」日本労働法学会誌六三号一三五頁以下、保原喜志夫「オルー法とフランス労働法の新展開」日本労働協会雑誌三〇二号三七頁以下参照。

- (25) 労働契約法及び個別紛争処理システムをめぐる立法論的提言は数多いが、さしあたり、日本労働法学会誌八二号のシンポジウム特集『労働契約法制の立法論的検討』所収の諸論稿、土田道夫「労働契約法制の課題」獨協法学四四号三二二頁以下などを参照。

- (26) 労働契約法制や労働組合法制も含めて個別的労働者のサポートシステム・法的支援装置の今後のあり方を総合的に論ずるものとして、菅野和夫・諏訪康雄「労働市場の変化と労働法の課題」日本労働研究雑誌四一八号二頁以下、土田道夫「変容する労働市場と法」菅野・岩村(編)・前掲書四三頁以下、同「日本型雇用制度の変化と法」日本労働法学会(編)『講座 21世紀の労働法 第1巻 21世紀労働法の展望』(二〇〇〇年、有斐閣)二四頁以下、西谷・前掲「労働法規制緩和論の総論的検討」六頁以下などを参照。

おわりに

以上で、就業規則論の混迷を脱すべく論を展開し、一応の私見を提示してみたが、例えば労働基準法上の就業規則と労働契約論上の就業規則の関係をみても分かるように、やはり就業規則論は解釈論上及び立法論上難問であることに変わりはない。また、論述上、重要であるにもかかわらず本稿では不十分にしか（あるいはまったく）触れることができずに残した課題も多く、これらにもまだ説明を要する理論上難しい論点が含まれている。また、振り返ってみれば、本稿には理論構成の粗さや理論展開と詰め甘さが多々みられることも否定できない。その意味で、本稿は、あくまで新たな就業規則論構築のためのほんの出発点ないしはエスキースにすぎないといえる。

今後は、本稿で得られた成果をもとに、未だ検討を加えていない事項も含めて、そして大きく変貌しつつある雇用社会を見据えつつ、近代法の原則や労働法の基本原理を踏まえて労働条件の決定・変更システムはいかにあるべきかを問いつながら、より妥当な方向で解釈論と立法論の双方を交えた就業規則論を本格的に展開・構築して行きたいと考える。

* 本稿は、財団法人広島大学後援会より平成一二年度研究助成金の交付を受けた研究成果の一部である。

（二〇〇〇年一〇月三日脱稿）