



Title	就業規則に関する覚書
Author(s)	小島, 典明
Citation	阪大法学. 2012, 62(3,4), p. 53-70
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/60192">https://doi.org/10.18910/60192</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 就業規則に関する覚書

小 島 典 明

一 はじめに——現実は理論に従う？

二 就業規則と個別同意

三 最低基準効とその限界

四 就業規則と労働協約

五 まとめにかえて——法律の前に常識がある

## 一 はじめに——現実は理論に従う？

「理論は現実に従う。われわれにできることは、すでに起こったことを体系化することだけである」。P・F・ドラッカー（一九〇九—一〇〇五）は、かつてその代表的著書『マネジメント』のなかでこのように述べた。<sup>(1)</sup> 経済理論と現実の経済との関係であれば、あるいはこういえるかもしれない。しかし、法律の世界では、むしろ「現実は理論に従う」ことを当然のごとく考える傾向がある。

体系化された知識を身につけるためには、理論がどうしても必要になる。理論を初めて学ぶ者にとっては、それ

が神聖にして侵すべからざるものであるかのようにならざることもある。理論という支えがないと、法的安定性も保てない（法の解釈運用がバラバラになつてしまふ）。とはいふものの、理論も行き過ぎれば、災いをもたらす。ある一つの理論でいかなる現実にも対応できるほど、世の中はシンプルではない。

現実に合致さえすれば、理論などどうでもよい。そんな極論を吐くつもりはもとよりない。少なくとも法治国家である以上、一定のルール＝原則となる考え方（理論）は必要である。ただ、いかに正しい理論であつても、必要以上にこれを振り回すことは避けなければならない。

過ぎたるはなお及ばざるがごとし。職場の法律ともいへべき就業規則の世界においても、この哲理は等しく妥当する。以下、早速、その具体例をみていくこととしよう。

## 二 就業規則と個別同意

中小企業の場合、就業規則の変更にあたって、従業員から同意書をとる等、個別に同意を得るケースがしばしばみられる。そのような指導を現に行つている弁護士や社会保険労務士も少なくない<sup>(2)</sup>。裁判で争われるリスクを回避するためである。

「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、労働条件の集合的処理、特にその統一的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」。かつて最高裁が秋北バス事件（最大判昭和四三・一二・二五民集一二巻一二号三四五九頁）においてこのように述べたときも、個々の労働者が就業規則

## 就業規則に関する覚書

の変更に同意している場合には、変更後の就業規則が——合理性の有無にかかわらず——当然に適用されることをその前提としていた。

また、このような判例法理をベースとして制定をみた労働契約法（平成一九年法律第一二八号、平成二〇年三月一日施行）も、右の理にいささかも変更を加えるものではなかつた。具体的には、以下のように定める。

### （就業規則による労働契約の内容の変更）

**第九条** 使用者は、労働者と合意することなく、就業規則を変更することにより、労働者の不利益に労働契約の内容である労働条件を変更することはできない。ただし、次条の場合は、この限りでない。

**第十条** 使用者が就業規則の変更により労働条件を変更する場合において、変更後の就業規則を労働者に周知させ、かつ、就業規則の変更が、労働者の受ける不利益の程度、労働条件の変更の必要性、変更後の就業規則の内容の相当性、労働組合等との交渉の状況その他の就業規則の変更に係る事情に照らして合理的なものであるときは、労働契約の内容である労働条件は、当該変更後の就業規則に定めるところによるものとする。ただし、労働契約において、労働者及び使用者が就業規則の変更によつては変更されない労働条件として合意していた部分については、第十二条に該当する場合を除き、この限りでない。

### 第十一條（就業規則の変更に係る手続） 略

#### （就業規則違反の労働契約）

**第十二条** 就業規則で定める基準に達しない労働条件を定める労働契約は、その部分については、無効とする。この場合において、無効となつた部分は、就業規則で定める基準による。

ただ、裁判例のなかには、ときとしてこうした判例や法令の趣旨を十分には理解していないと思わざるを得ないものも散見される。例えば、次のように述べる協愛事件の第一審判決（大阪地判平成二一・三・一九劳判九八九号八〇頁）がそれである。

「労働基準法九三条（現行の労働契約法一二条）は、『就業規則で定める基準に達しない労働条件を定める労働契約は、その部分については無効とする。この場合において、無効となつた部分は、就業規則で定める基準による。』旨定める。」

元来、労働条件は、労働者と使用者が、対等な立場において決定するものである（現行の労働契約法三条一項）が、就業規則は、労働者の労働条件について、統一的かつ画一的に決定するために定型的に定めるものであり、そのため、その内容は合理的なものにすることが求められている。そして、労働基準法九三条は、同法八九条、九〇条、九二条及び一〇六条の各規定とあいまつて就業規則の内容の合理性を担保するために、いわゆる直律的効力を定めたものと解される（略）。

このことに照らすと、就業規則に定められた労働条件の基準より不利益な労働条件については、労働協約を締結するか又は就業規則を変更しない限り、個々の労働者がその労働条件を内容とする労働契約を締結した場合においても、その不利益部分において無効であり、就業規則に定める基準によるものと解するのが相当である。

そうすると、使用者が労働者に不利益な労働条件を定める就業規則に変更するに当たり、個々の労働者が同意した場合においても、そのことから直ちに労働条件の内容が同変更後の就業規則の内容に変更されると認めることはできない。

確かに、使用者が、労働者と合意することなく、就業規則を変更することによって、労働契約の内容である労働条件を労働者の不利益に変更することは、その変更が合理的なものである場合を除いて、原則として許されないと解される（現行の労働契約法九条、一〇条本文参照）。しかし、上記の説示に照らすと、このことをもって、使用者が、労働者との間で、就業規則における労働条件の内容を不利益に変更することに合意をすれば、当然に労働条件の内容が就業規則の不利益変更後のものになるとまで認めることはできない」。

変更された就業規則への同意と就業規則の内容とは異なる労働条件への同意とでは、その意味がまったく違う。にもかかわらず、右の裁判例はこうした違いを事実上無視するものとなっている。合意による労働条件の変更と、就業規則の変更によるそれとをあまりに截然と書き分けたがために、後者には前者が含まれないかのように読める労働契約法の規定内容にも問題はあるとはいえる、これではいくら同意を得ても無駄ということになりかねない。

それゆえ、同事件の控訴審判決（大阪高判平成二二・三・一八劳判一〇一五号八三頁）が「就業規則の変更と労働者の同意」に関する判示部分（一般論）を次のように改めたのも当然であった。

労働契約法九条は「合意原則を就業規則の変更による労働条件の変更との関係で規定するものである。同条からは、その反対解釈として、労働者が個別にでも労働条件の変更について定めた就業規則に同意することによつて、労働条件変更が可能となることが導かれる。そして同法九条と一〇条を合わせると、就業規則の不利益変更是、それに同意した労働者には同法九条によつて拘束力が及び、反対した労働者には同法一〇条によつて拘束力が及ぶものとすることを同法は想定し、そして上記の趣旨からして、同法九条の合意があつた場合、合理性や周

知性は就業規則の変更の要件とはならないと解される」。

たしかに、控訴審判決は、これに続けて、次のようにいう。「もつともこのような合意の認定は慎重であるべきであつて、単に、労働者が就業規則の変更を提示されて異議を述べなかつたことだけで認定すべきものではないと解するのが相当である。就業規則の不利益変更について労働者の同意がある場合に合理性が要件として求められないのは前記のとおりであるが、合理性を欠く就業規則については、労働者の同意を軽々に認定することはできない」。一審判決と比較して、その結論がさほど大きく異なるものとなつた（認容額も一三五〇万円から九〇〇万円に減額されたにすぎない）理由もここにある。

本件の場合、退職金制度の廃止に至る都合三回に及ぶ就業規則の変更（一回目で三分の二に減額、二回目で半額まで減額し、三回目で廃止）のうち、高裁が「同意」を理由に拘束力を認めたのは初回の変更にとどまつていて、減額幅が大きくなればなるほど、裁判所の姿勢もおのずと厳しくなる。「従業員に対し適切かつ十分な説明をしたものと認めるることはでき」ず、「眞の同意」があつたとはいえない（二回目）。「従業員においてそのような不利益な変更を受け入れざるを得ない客観的かつ合理的な事情があり、従業員から異議が出ないことが従業員において不利益な変更に眞に同意していることを示しているとみることができるようにするような場合でない限り、従業員の同意があつたとはいえない」（三回目）。このように、その判断も回を重ねるごとに変わつていつたのである。

従業員から異議が出なければ、それだけで就業規則の不利益変更にも同意したものとみなす。このような方便が易々と通じるほど、世の中は甘くない。労働条件を不利益に変更する以上、その説明は適切かつ十分といえる程度にこれを行う。そうした努力を尽くすか尽くさないかで、裁判の結果も当然違つてくる。同意書をとる慣行のない

大企業も、このことは忘れてはなるまい。

### 三 最低基準効とその限界

「この法律で定める基準に達しない労働条件を定める労働契約は、その部分については無効とする。この場合において、無効となつた部分は、この法律で定める基準による」。労働基準法一三条は、このように規定する。そこにいう「この法律」を「就業規則」に置き換えると、そのまま労働契約法一二条（旧労働基準法九三条）となる。両者の相違点は、読点の数でしかない。<sup>(3)</sup>

このことは、就業規則を一種の法規と理解する考え方を裏付けるものとはいえる。<sup>(4)</sup>だからといって、就業規則をあたかも強行法規であるかのように考えるのは行き過ぎという以外にない。

例えば、就業規則の規定は「死文」と化すしがしばしばある。だが、このような場合にも、最低基準効をタテに、就業規則の規定内容を下回る（默示の）同意を認めないとすると、その結果は現実離れした、きわめて非常識なものとならざるを得ない。以下にみる野本商店事件（東京地判平成九・三・二五劳判七一八号四四頁。事実関係を明確にするため、引用は多少長くなる）は、その典型ともいえる事案であった。

「本件給与・退職金規定によれば、被告は従業員に対し、毎年五月には基本給の五パーセント、一一月には基本給の一〇パーセントの定期昇給を実施し、賞与については、七月には基本給の〇・五か月分、一二月には基本給の一か月分を支給するというものであつて、しかも、右実施及び支給については業績等の諸事情を考慮対象とする等の留保条項が付されていないから、もともと、従業員は被告に対し、本件給与・退職金規定に基づき、右

規定のとおりの昇給額及び賞与額の支給を求めることができ、したがって、原告の平成六年五月分以降の基本給額は原告の右主張するとおりとなるから、原告は被告に対し、原告の右主張するとおりの未払賃金と賞与などを請求をすることができる」ということができる。

ところが、被告は、本件給与・退職金規定は、これが制定された昭和三六年当時は被告は盛業であつたが、その後の経済状況の激変により被告の業種は構造的な不況に陥り、このようなことから本件給与・退職金規定はその効力を失つたのであり、また、本件給与・退職金規定のとおりの昇給、賞与の支給をしないことについて原告を含めた従業員全員が同意をしていた旨主張し、原告の請求に応じない」。

「被告は、明治一〇年に個人商店として創業され、昭和二八年に現在の有限会社に組織替えをし、主に呉服の白生地染色加工業を営んできており、昭和三〇年ころから四〇年ころにかけては被告の営業は繁盛し、従業員も約三〇名雇用していたが、その後、呉服（和服）業界の衰退とともに構造的不況業種の一つとなり、これにともない被告の業績も悪化の一途を辿るようになつた。とりわけ、昭和五六年一月二〇日の手形の不渡事故発生の危機に直面して以降は業績も悪化の一途を辿り、平成元年度以降の業績をみると、平成元年五月一日から同二年四月三〇日までの間の営業年度においては、代表者からの短期借入金七〇〇万円を、自家消費の売上げに振り替えて商品売上高を増やし、決算書上は一四万二八〇〇円の黒字決算としている。平成二年五月一日から同三年四月三〇日までの間の営業年度においては、代表者からの短期借入金四六三万九九八八円及び取締役の野本松枝からの短期借入金二九五万円を、いずれも自家消費の売上げに振り替えて商品売上高を増やし、決算書上は、一五万五〇五二円の黒字決算としている。平成三年五月一日から同四年四月三〇日までの間の営業年度においては、代表者についての未払費用（報酬未払分）二一〇万円を、自家消費の売上げに振り替えて商品売上高を増やし、

## 就業規則に関する覚書

決算書上は、六万一二四七円の黒字決算としている。平成四年五月一日から同五年四月三〇日までの間の営業年度においては、野本松枝からの短期借入金四二二万三〇〇〇円を、自家消費の売上げに振り替えて商品売上げを増やし、決算書上は八万九五四六円の黒字決算としている。平成五年五月一日から同六年四月三〇日までの間の営業年度においては、野本松枝からの短期借入金三三二〇万円を、自家消費の売上げに振替えて商品売上高を増やし、決算書上は一七万九二五九円の黒字決算としている。平成六年五月一日から同七年四月三〇日までの間の営業年度においては、親族である被告役員からの借入金はなかつたが、前代表者の亡野本博司の死亡保険金一二六三万五九三四円が雑収入として計上されたにもかかわらず、決算書上は八二万二三九六円の赤字決算となつている。このようなことから、被告は、何時倒産になるかも知れない状況にあり、従業員も四名、原告が退職して以降は三名となり、この従業員によつて辛うじて営業を継続している状況にある。

ところで、本件給与・退職金規定は、被告の現代表者の夫亡野本博司の亡父野本富士太郎<sup>(ラ)</sup>が代表者の時代に制定・施行したのであるが、この当時の被告の営業は前記のとおり繁盛している状況にあつて、右規定のとおりの昇給の実施及び賞与の支給をすることも可能であつたが、その後の前記の被告の業績悪化、とりわけ手形不渡り事故発生の危機に直面した以降は右規定のとおりの昇給の実施及び賞与の支給が困難となり、このような状況はその後も改善されることなく、現代表者の夫亡野本博司が平成五年七月に脳梗塞で倒れ、同年一一月に退任し、この後を同代表者の妻である現代表者が引き継いで以降は右規定のとおりの昇給の実施は勿論のこと、賞与の支給も基本給の〇・一ないし〇・三か月分程度にとどまつており、また、同代表者は、本件給与・退職金規定の存在すらを原告との本件紛争発生まで知らなかつた。

他方、原告を含めた従業員全員は、被告が右のような営業状態にあつたことから、被告の右のような措置に対

して規定のとおりの昇給の実施及び賞与の支給を要求したこともなかつた。

なお、原告は、主に営業を担当していたが、昭和四七年ころから同五七年ころまでの間、経理関係業務をも担当したことがあり、被告の業績が不振であったことは十分に知ることのできる立場にあつた。

右認定事実によると、本件給与・退職金規定の施行された当時の被告の営業は盛業状況にあつて、この規定のとおりの昇給を実施し、賞与を支給することも可能ではあつたが、その後の被告の業績の悪化、とりわけ、昭和五六年一一月二〇日の手形不渡事故発生の危機に直面して以降の業績は悪化の一途を辿るようになり、このようなことから右規定のとおりの昇給の実施及び賞与の支給は困難な状況となり、このような状況は一向に改善されず、現代表者が経営を引き継いだ以降は昇給の実施を全くしないようになったばかりか、賞与についても僅かの支給に止まつていたというのであり、従業員は、このような被告の経営状況を知っていたためと考えられるが、被告の右のような措置に対し何らの要求等をしなかつたというのである。

そうすると、原告をも含めた従業員全員は、被告が右規定のとおりの昇給の実施をしないこと及び賞与の支給をしないことを暗黙のうちに承認していた、すなわち、默示の承諾をしていたということができる。

したがつて、この点に関する被告の主張には理由があることとなるので、原告の請求は理由がない」。

また、世の中には、労使関係の現実からみて、就業規則の変更によって労働条件を変更することが事実上困難なケースも存在する。そして、そのような場合にも「默示の同意（合意）」の有無が判断の決め手となり得ることを正面から認めたものに、次のように述べる朝日火災海上保険（伊藤）事件の最高裁判決（最一小判平成六・一・三

## 就業規則に関する覚書

「上告人は、原審の口頭弁論において、昭和五四年度から昭和五七年度までの賃金引上額を退職金算定の基礎には算入しないとの条件の下で上告人は賃金引上げに応じることを組合と合意したこと、このことはその都度被上告人を含むすべての従業員に周知徹底していたこと、被上告人も右各年度の賃金引上げは右の条件の下でされるものであることを知りつつ賃上げ後の賃金を異議をとどめることなく受領していたのみならず、支店長等の立場において、退職する部下に対し、退職金は退職時ではなく昭和五三年度の本俸の月額を基礎として算定されるものである旨を説明していたことなどの事実を主張するとともに、右の事実関係の下では、被上告人の退職金は、昭和五三年度の本俸の月額を基礎として算定されるべきである旨を主張している。右の上告人の主張には、右事実関係の下では、当事者間の雇用契約において、昭和五四年度から昭和五七年度までの賃金引上額は退職金算定の基礎に算入しない旨の默示の合意が成立するに至っていたという主張が含まれていると解すべきである。そうすると、上告人と組合との間の合意の効力が非組合員である被上告人には及ばないとする原判決の説示だけでは、原審は、右の主張の当否について何らの判断を示していないものといわざるを得ない。したがつて……」の点の指摘を含むと解される論旨は理由があるから、原判決中上告人敗訴部分は、その余の論旨について判断するまでもなく、破棄を免れない」。

労働条件の変更は、労働協約の締結や就業規則の変更によってこれを行う。それを例外なきルールと考える向きもあるが、労使関係の現実はそれほど素朴でも単純でもない。最終的に労使間で合意すれば、労働協約は締結するとはいうものの、それまでは就業規則の変更も頑として認めない。明文化は変更の固定化につながり、労働組合にとっては不利に働く。このように考える組合も、実際には多い。

本件の場合も、差戻し後の控訴審（大阪高判平成七・九・二八労判六八三号二五頁）においては「各年度の賃金引上額は同年度退職者の退職手当の基準額である『本俸』には加算しないことが繰り返し労使間で合意されてきたが、組合側が、そのことが労働協約・就業規則等において明文化されることは不利であると判断しこれに反対していただけ、会社側でも強いて明文化しようとはせず、結局、明文化されないまままで終わつた」との事実が認定されている。そのような場合にまで、就業規則の変更をあくまで求める（最低基準効を根拠に、従前の就業規則の内容とは異なる同意を認めない）のは、当事者にとつては酷に過ぎる。

最低基準効にも限界はある。<sup>(5)</sup>このように答業に書けば、それだけで減点の対象となる。学生諸君のなかにはこう考える者もいるかもしれない。しかし、現実が常に理論に従うとは限らない。右にみたように、就業規則は事実上「失効する」こともあれば、これを「変更できない」<sup>(6)</sup>こともある。最低基準効についても、こうした場合には理論ではなく、現実を優先させる。その可能性までは否定すべきではあるまい。

#### 四 就業規則と労働協約

労働協約を解約した後、就業規則の変更を行つた場合、変更後の就業規則が解約前の協約に違反することを理由として無効と解されることはあるのか。「就業規則は、法令又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」とする労働基準法九二条一項、および「就業規則が法令又は労働協約に反する場合には、当該反する部分については、第七条、第十条及び前条の規定は、当該法令又は労働協約の適用を受ける労働者との間の労働契約については、適用しない」と定める労働契約法一三条。これらいづれの規定に照らしても、「ノー」以外に答えは考えにくい。

## 就業規則に関する覚書

では、就業規則を変更した後、労働協約の解約を行つたとすればどうか。前述した場合を含め、変更・解約前の就業規則と労働協約の規定内容は異ならず、これらの手続きに先だって、使用者は労働組合に対し変更後の就業規則に合わせた協約改定の申入れを行い、これを労働組合は拒否していたと仮定する。

このように、労働協約の解約と就業規則の変更が一体のものとして行われる場合、どちらを先に行うかはさして重要な問題ではなく、したがつて、その結論も変わらない。常識で考えれば、このようにならうが、そうは考えなかつた裁判例もある。事案そのものはもう少し複雑ではあるものの、佐野第一交通（差額賃金仮払）事件の仮処分決定（大阪地岸和田支決平成一四・九・一三労判八三七号一九頁）がそれである。決定は次のようにいう。

「本件労働協約は、債務者会社が、平成一三年七月四日に、組合に対し、文書により破棄する旨を通告したことにより、それから九〇日の経過をもつて解約され、失効したものといえる（労働組合法一五条）」。

「しかし、本件においては、なお、従前の本件労働協約の定めていた旧賃金体系等の労働関係が、暫定的に継続しているものと解すべきである。

なぜなら、労働協約の終了後も労働関係を継続していく労働契約当事者の合理的な意思は、就業規則等の補充規範があればそれに従い、依るべき補充規範がない場合には、新たな労働協約が成立したり、新たな就業規則の制定による労働条件の合理的な改定が行われたりするまでの間は、暫定的に従来の労働協約上の労働条件に従うことにあると解されるところ、本件においては、依るべき補充規範がないからである。

この点につき、債務者会社は、補充規範として新就業規則がある旨を主張しているが、もともと新就業規則は本件労働協約に反して無効だったのであり、本件労働協約が失効したからといって、その効力が当然に復活する

ことにはならないから、上記主張は採用できない。そして、本件労働協約が平成一三年一〇月に失効して以降、組合との交渉を尽くした上で意見聴取や労働基準監督署への届出等の正規の手続きを経て新たに就業規則が定められたことはない（本件労働協約の失効という状況の変化を踏まえて、債務者会社と組合との間で正式な交渉がされたということすら窺われない。）。

したがつて、債務者会社と組合との間で新たな労働協約が締結されるか、新たな就業規則の制定により労働条件の合理的改定が行われるまでの間は、労働契約当事者の合理的意思として、従前の労働条件（旧賃金体系）が存続する」。

新たな労働協約の締結や新たな就業規則の制定と裁判官はいとも簡単にいうが、それが容易ならざることは少し考えただけでもわかる。<sup>(7)</sup> 労働協約は労働組合が同意しなければ締結できず、「新就業規則」も労働協約に違反することを理由に無効とされた以上、これと同一内容の就業規則を改めて組合に提示するわけにはいかない。<sup>(8)</sup> どちらにころんでも、新賃金体系は維持できそうにない。本件決定は、その放棄を求めているとさえいってよい。

とはいえ、本件の場合、債務者会社が新賃金体系案を債権者が所属する労働組合に提案し、これをもとに新就業規則を制定した平成一三年五月当時、債務者には本件労働協約（協定）が有効に存続しているとの認識がそもそもなかつたことにも留意する必要がある。

たしかに、本件の場合、これに先行する同一裁判所の仮処分決定（大阪地岸和田支決平成一三・七・二労経速報一七八九号三頁）において、平成九年に締結された本件協定は「有効期間を一年間とするものであり、債務者が新賃金〔体系〕案を提案した当時、本件協定はその効力を失っていた」とか、「仮に、本件協定が有効期間の定めの

## 就業規則に関する覚書

ない労働協約であるとしても、平成九年九月から三年を経過した平成一二年九月をもつて期間満了により失効」しているといった債務者の主張は、ことごとく斥けられている。ただ、だからこそ、債務者は改めて、本件協定には期間の定めがないものとして、その解約手続きをとつたともいえる。<sup>(9)</sup> このような経緯をみる限り、会社側に著しい落度があつたとは思えない。

他方、本件が労働協約に定める旧賃金体系を就業規則に定めを置く新賃金体系に移行させる過程で起きた、通常の労使関係ではあまり例をみない事件であつたことにも目を向ける必要がある。

本件の場合、労働条件の不利益変更とはいっても、その内容は、月間営業収入に占める月例賃金と賞与の割合を一律六二・五%から、月間営業収入に応じて四〇万円未満の場合は四五%，五〇万円未満の場合は五四%，六〇万円未満の場合は六一%にそれぞれ引き下げるという比較的軽微なものであり、仮に本件が就業規則の不利益変更を争点とする事案であれば、状況次第では変更に合理性が認められる余地もなくはなかつた。

だとすれば、協約違反を理由に新就業規則の無効をいうには、もう少し慎重であつてもよかつたのではないか。<sup>(10)</sup>

「木に縁りて魚を求む」の類ではあるが、筆者にはそう思えてならない。

誰にでもミスはある。<sup>(11)</sup> 労働協約を解約したつもりが、実際には解約できていなかつた。本件の場合、新就業規則は、こうしたミスのもとで制定をみた。それゆえ、協約が正規の解約手続きを経て失効するまではその効力が否定されたとしてもやむを得ない。しかし、協約がこうして失効した後も、新就業規則を無効なものとして扱うことは明らかに行き過ぎといえる。

現実は理論に従い、理論は現実に従う。人間のやることゆえ誤差はあるものの、正解はその中間にあら。以上を要するに、こうもいうことができよう。

## 五 まとめて——法律の前に常識がある

「細かくルール化すればするほど本質から遠ざかり、内容そのものが良いのか悪いのか、それさえもわからなくなる」「いちいち詳細なルールなど作らなければ、自分がどういう思いで行動し、人に聞かれた時にどう説明するか、人間性の内実をしつかり踏まえてその都度考えられるはず」「最初からその過程を放棄してルールの中に逃げ込んでいては、どんどん人間そのものがわからなくなつて」いく。

曾野綾子さんの近著『人間の基本』（新潮新書、平成二四年）には、こう書かれている（七三—七四頁）。現実を直視し、常識を踏まえた拳々服膺すべき一文である。

以下のところ、法律の世界は、こうした人間の知恵とは逆の方向に突き進んでいるようにみえるが、法律の前に常識があることはいうまでもない。<sup>(12)</sup>これをどう自身の行動規範としていくのか（実行を伴わないと、意味はない）。それが今、問われているのである。

(1) 原著のタイトルは、MANAGEMENT: Tasks, Responsibilities, Practices。一九七三（昭和四八）年に刊行された。

冒頭の訳文は、上田博生訳『マネジメント 下』ドラッカーナ著集<sup>15</sup>（ダイヤモンド社、平成二〇年）二〇一頁による。

これが、有賀裕子訳『マネジメント IV』（日経BPクラシックス、平成二〇年）二〇三頁では「理論は現実の後追いである。理論化できるのは、すでに起じた現実だけなのだ」となる。ちなみに「理論は現実に従う（理論は現実の後追いである）」の原文は、Theories follow events.

(2) 例えば、向井蘭（弁護士）「社長は労働法をこう使え！」（ダイヤモンド社、平成二四年）二一四一一五頁、井寄奈美（特定社会保険労務士）「トラブルにならない 社員の正しい辞めさせ方・給料の下げ方」（日本実業出版社、平成二一年）一三六一三七頁を参照。

(3) 小鳩「職場の法律は小説より奇なり」（講談社セオリーブックス、平成二一年）三三頁を参照。

(4) 「労基法は、その効力という点では、同法と就業規則を区別せず、両者を同列視していたという」ともできる」小鳩・前掲書(注3)三三頁。

(5) ただし、学説の多くはこのように考えておらず、本文で取り上げた判例・裁判例についても、きわめて批判的である。

例えば、菅野和夫「労働法（第九版）」（弘文堂、平成二二年）一一〇—一二一頁、東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法 下巻』（有斐閣、平成一五年）一〇二〇—一〇二一頁（荒木尚志教授執筆部分）を参照。

(6) 例えば、給与規程等の改正を經營協議会の付議事項としている国立大学法人（その根拠規定として、国立大学法人法二〇条四項三号を参照）の場合、地域手当の支給率が異なる新規の学外施設における採用が急に決まったときなどには、改正手続きがこれに間に合わないといった事態も十分に考えられる。

(7) わが国はかつて、敗戦後の混亂期に「労働協約は、新たな労働協約が締結されるまで有効とする」旨を定めた極端な自動延長条項のもので、協約の破棄が事実上不可能になる（労働組合に一方的に有利な内容の協約を変更できなくなる）という事態を経験したことがある。こうした歴史的事実も、ここでは想起する必要がある。詳しくは、小鳩「労働法とその周辺（一）」『阪大法学』六〇巻一号（平成二二年）七九頁以下、九四—九五頁を参照。

(8) 労働協約が失効している以上、旧協約に違反する就業規則も制定可能とはいえるが、労働組合がそれでは無効状態は解消されないとした主張をしてくることは目にみえている。なお、注10を併せ参照のこと。

(9) この平成一三年決定も、本件協定と抵触することを理由として、新就業規則を無効とするものではあったが、それはあくまでも本件協定が有効であることを前提としていた。そして「債務者から九〇日以上の予告期間を置いた上で署名又

は記名押印のある文書でもって本件協定を解約する旨の申入れがなされたことが窺われない」ことが、そこでは本件協定を有効とする理由とされていた。つまり、債務者はこの説示に触発されて、決定のいう解約手続きをとった（実際にも、決定のわずか二日後に解約を行っている）とも考えられるのである。

(10) 労働協約に違反することを理由として就業規則が無効になるといわれれば、労働組合としては旧協約をベースに戦わざるをえなくなる。それが要求の最低基準となり、これ以上は退けない一線となる。退こうにも退けない。そんな状況を本件の場合、平成一四年決定はつくりだしてしまったのである。

(11) 「決定的な局面でこそ、くじけてはならぬ失策を犯してしまったことが、人生にはある」小川榮太郎「約束の日——安倍晋三試論」(幻冬舎、平成二四年)一七六頁。それが人間というものであり、そうでなくともミスをしない人間などいない。

(12) 小鳩・前掲書(注3)二六八頁を参照。