

日本的慣行と労働契約(3)

AKITA, Joju / 秋田, 成就

(出版者 / Publisher)

法政大学社会学部学会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

社会労働研究 / Society and labour

(巻 / Volume)

38

(号 / Number)

3・4

(開始ページ / Start Page)

38

(終了ページ / End Page)

79

(発行年 / Year)

1992-03

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00006396>

日本の慣行と労働契約（三）

秋田成就

第一章 日本の雇用慣行の提起する法的問題

第二章 わが国の私企業における雇用慣行の形態（以上第36巻第4号）

第三章 わが国の私企業における労働契約の存在形態（第37巻第2号）

第四章 労働契約の側面からみた日本の雇用慣行

第一節 日本の雇用慣行と階層別雇用

第二節 終身雇用制と労働契約

第三節 職種、職務と労働契約

第四節 年功制処遇と労働契約

第五節 労務管理、服務規律と労働契約

第六節 企業内教育・訓練、小集団活動と労働契約

第五章 結び——労働契約論の再検討のために

第四章 労働契約の側面からみた日本の雇用慣行

第二章では、わが国の企業における労働者の採用から退職に至る雇用管理の特色をとりあげ、これを「日本の雇用

慣行」として扱えた。ここで一般に「日本的雇用慣行」の名称として通常用いられるものより広い捉え方をしたのは、本稿では労働契約とのかかわりに重点を置いたからである。

第三章では、これらの雇用管理の法的礎石となっている「労働契約」のあり方、つまり「契約の形態」を問題とした。これは、わが国の企業における「労働契約」の実際の形態が、契約書という目に見える形でなく、ほとんどの場合、就業規則という制度の中に埋没させられて「観念的」な存在に化している事実をあらためて強調するためであった。わが国の企業における労働関係が、法的には、この意味における観念的な労働契約を媒介として成立しているという事実は、同じように具体的な形として捉え難い日本的雇用慣行を究明するに際してまづ留意すべきことである。

わが国の労働契約の「存在形態」を特色づけているもう一つの側面は、その中に集団的な法体制が独特の形で入りこんでいることである。これは企業に労働組合が組織され、労働協約が締結された結果として個々の労働契約が規制されている場合に限らない。わが国の立法は、未組織の企業についても労働時間の協定等、重要な労働条件の決定について従業員代表による労使協定制度を採り入れ、それを通じて個別労働関係（労働契約）の集団的規制に大きな役割を果たしている。個別契約における「集団主義 (collectivism) の優位」は組織化された分野だけの現象ではないことに注目すべきである。

本章では、第三章で分析した労働契約の実態的形態をふまえたうえで、第二章で指摘した雇用慣行のそれぞれの内容をほんらいの契約モデルの観点から捉え直して、どこに問題があるかを究明してみたいと思う。

第一節 日本の雇用慣行と階層別雇用

一すでに随所で述べたように、わが国の、とりわけ大規模企業においては、労働力政策として従業員を「常用」

と「非常用」労働者の二つに階層的に分け、それぞれ相異なる管理体制の下に置いている。⁽¹⁾この政策の結果、企業の基幹的労働力として原則的に「終身」雇用の下に置かれ、実質的に雇用を保障されるばかりでなく、労働条件その他の雇用条件にめぐまれる常用労働者と、短期の限定的雇用者である非常用労働者との間に「身分的」ともいえる大きな格差が生じており、一方、常用労働者については「会社共同体」のメンバーとしての雇用管理が、他方、非常用労働者については、エトランジェ（部外者）として「企業共同体」に組み込ませない雇用管理をするという二重の意味における日本の特色を見出すことができる。

二 企業が労働需要に応じて被用者を有期（fixed term）と不特定期間別に継続的（continuous）と一時的（casual）雇用し、あるいはフルタイマーとパートタイマーに分けて雇用する制度は、諸外国でも普通に行なわれていることであり、それ自体としてはわが国の特色とはいえない。しかし、わが国の場合には、この制度の下で「常用」労働者とそれ以外の非常用労働者との待遇（必ずしも賃金ではない）上の格差がとりわけ大きいということがある。

西欧諸国の場合にも、フルタイムの常用者は、それ以外の被用者に比し、より有利な労働条件で雇用されているが、両者の格差は主として職種や職務の恒常性によるもので、常用者の賃金も職種、職務別に格付けられ、年齢や勤務年数を昇給基準とする年功比率が低いうえ、基本給以外の「手当」に当る部分がほとんどなく、賃金と連動する一時金や退職金制度もないから、常用かどうかによって日本ほど大きな格差は生じないといわれる。にもかかわらず、常用労働者については、日本のような「終身雇用」の慣行がなくても、今日ではどの国でも解雇が難しいのが実情であり、このことを踏まえて企業は常用の職務を雇用期間を限定した非常用労働者で代替しようとする気運が強い。そこで常用としての安定した継続的雇用を望む労働者側からは、雇用期間に関する国家の自由放任（無規制）政策に対し

て批判が強まり、とりわけ一九七〇年代以後、各国において、特に雇用期間を限定する理由のない限り、「期間の定めをしない」ことを雇用の原則とする雇用政策が採用されるようになった。⁽³⁾その後、八〇年代の不況による深刻な失業者増加に伴い、この政策も緩和を余儀なくされたが、ヨーロッパの場合、正当理由のない雇用期間を一方的に設定することは一般に難しくなっているようである。

これに対して、わが国では、労働契約にの締結に際し、企業側が一方的に期間の定めをすることについて、何らの法的規制もない。「日本的雇用慣行」にいう「終身」雇用制も「年功制」処遇も、雇用期間が最長一年に満たない非常用労働者には初めから適用の余地がないのである。企業 of 全労働者の中で非常用労働者の占める比率がごく小さかった時代はともかく、それが著しく高くなった今日、雇用保障が「一部の」非常用労働者の「特権」でしかないということは、企業がその労働力の中核となるべき非常用労働者を確保するという政策自体の合理性を認めるとしても、なお、社会的アンバランスの感を免れない。

企業のこのような階層別雇用の結果としての、非常用労働者と常用労働者との身分上および待遇上の格差が国の雇用期間に関する自由放任政策に基くものとすれば、今やその政策自体の当否が問われるべきである。⁽⁴⁾

以上を要約すれば、日本的雇用慣行といわれる終身雇用制や年功的処遇は、実際には、「常用」と呼ばれる労働者のみについての慣行であり、それ以外の非常用労働者層には、短期の雇用を前担とし、勤務年数やそれによる企業への貢献度や職能性の向上をほとんど考慮しない雇用慣行が適用されている。このような雇用慣行は、企業の伝統的労働力政策による階層別雇用政策に基くものであるが、それには国の立法政策が少なからず寄与しているということがある。⁽⁵⁾

(1) 常用労働者と非常用労働者の階層別雇用・管理政策は、大企業において典型的であるが、中小企業においても常用労働者はいろいろな意味で高い地位を与えられており、定年後も、引き続き就労する比率が高い。その点では「終身」雇用の概念が大企業の場合より、より実体をもっている。

(2) 企業が雇用労働者を常用と非常用に峻別し雇用条件に格差をつけることは、労基法三条にいう「社会的身分」を理由とする「差別的取扱」に当たらないというのが通説的解釈である。これは、「社会的」という概念を「生来のもの」に限定して、常用と非常用といった結果的に生ずる格差と区別しようという考え方によるもののであるが、論理的にいえばやや無理な解釈である。真実は、終身雇用制と裏腹をなすこの階層別雇用政策が日本の企業社会にあまりにも深く根を下ろした慣行になっているところから、これを肯定的に解釈することによる社会的に深刻な影響を考慮した「政策的」解釈と思われる。

(3) EC諸国のうち、特別立法により「期間の定めのある契約」の締結を規制し、期間の定めをすることについて正当理由を要求している国として、イタリア、ルクセンブルグ、ポルトガル、スペイン等がある。その外、ドイツでは、立法はないが判例法によって実質的に正当理由が必要とされており、ベルギーは、有期の契約を締結する場合にも最高を二年に限定し、一定の場合に限り更新を認める、など、労働者側の意に反する有期契約を規制しようとする動きが強い。

(4) この階層別雇用政策が最も端的に表われるのは、企業が合理化のために労働者を大量に整理解雇する場合である。企業はこのような場合に、できるだけ常用労働者を残す途を選び、そのためには常用でない者を優先的に解雇しようとする。これもわが国の労働慣行の一つといえる。ある判例は、常用労働者の整理解雇につき、それが正当と認められるための要件の一つとして、企業が臨時雇等非常用者をまず剰員として整理したかどうかを挙げている。

(5) 政府は最近、主としてパートタイマーの処遇改善のための各種の行政的措置を構じており、それなりの効果を挙げている。しかし、問題は労働契約において決定的に重要である雇用期間がある一群の労働者層についてはその思いいかにかわらず、一方的に企業の決定に任されたままでよいか、ということである。

第二節 終身雇用制と労働契約

一 わが国におけるいわゆる「終身雇用制」が「雇用慣行」といえるかどうかについては賛否の議論のあるところであろう。これをもはや慣行から一步出て企業の「制度」とみる説、あるいは単に人事管理の方針と捉える考え方もある。⁽¹⁾「雇用慣行」という場合の「慣行」の意味についても、世間で通常用いられている用法と法学の世界で専門的に使用される慣行（慣習）との間には若干のニュアンスの違いがある。ここでは、それが慣行的制度にせよ、管理政策にせよ、わが国の企業における雇用関係の特色を形成している、という一般的な見解⁽²⁾（ただし、最近では急速に、衰退ないし変動しつつあるとみられている⁽³⁾）に従い、終身雇用制というものが個々の労働契約の内容にどのような形で入りこんでいるかを検討してみよう。

二 わが国の企業では、就業規則の規定を初め人事管理に関する公式の文書のどこをみても「終身雇用」とか、「終身、雇用を保障する」といった定めはまず見当らない。そのような労働契約が締結されることもないし、雇用に際して「終身」雇用する旨の約束がなされることもない。要するに、終身雇用といっても、企業側がそれ自体としてフォーマルに制度化したり、確認することはほとんどないのである。

それでは、わが国の常用労働者はどのようにして、またいかなる意味において労働契約上、「終身雇用」を約束されたものとみなされるのであろうか。

第二章で述べたように、企業に常用社員として雇用された者は、原則として①雇用期間が限定されず、定年制が適用され、②一定の試用期間を経て「本採用」とされ、③最初から職務や職場が限定されず、配置は人事異動により随時、変更され、④年功制を基本とする賃金制度や昇進制度の適用をうけ、退職時には所定の年功制に基づく退職金を支給され、⑤企業による教育・研修を受け、⑥一定の事由に該当しない限り解雇されることはない。

右のうち、①の雇用期間の定めがなく、定年制の適用があること、及び⑥解雇の事由が限定されていることがとりわけ「終身雇用制」を裏づける制度的定めである。採用時に雇用期間の定めがない、ということは、期間の満了による自働的な契約解除は起り得ないことを意味しており、そのうえ企業に定年の定めがある場合には、「定年に達するまでは、（原則として）一方的な解雇が行われない」ことを意味する。後者の解雇の事由の限定は、その反対解釈により、労働者は特定された解雇事由に該当しない限り解雇されない、という身分保障の側面からの継続雇用を裏づける。右のいずれも「原則として」の留保がつくが、これによって従業員たる地位が一応（定年までは）保障されるのである。わが国で終身雇用制と呼ばれるものは、文字通りの終身（生涯）までの雇用を意味するものでないことはもとより、企業制度上も右以上の意味は持たされていない。以上のことを労働契約の内容に移し替えてみると、次のようになる。ある労働者が労働契約の締結時に（その時期については法的に必ずしも明確ではないが）、(1)「常用」労働者として雇用されること、(2)雇用期間を特に定めないこと、(3)定年制が適用されること、(4)就業規則等に解雇の事由が限定されていること、を明示されることによつて、彼は、労働契約上、「少なくとも定年までは、一方的に解雇されることなく、継続的に雇用される」という意味での終身的雇用の合意をしたということである。右の要件のうち、定年制と就業規則上の解雇事由の限定とは、常用者を雇用する企業のすべてに実施されているわけではないから、この要件を満たさない「終身雇用制」は、単に企業が常用者を慣行的に一定の引退年齢まで雇用し続けているという事実的なものとどまるとみる外はない。ある解雇が解雇権の濫用になるかどうかの判断において裁判所は、終身雇用の慣行性ということを考慮に入れているようである³。

三 わが国企業の終身雇用制を特色づけているものとして、右の要件の外、さきに挙げた試用制、配置・配転、年功制処遇、社員研修という諸制度の存在は終身雇用制に関連して決定的に重要である。その意味をあらためて指摘し

てみよう。

(1) 試用期間とは主として新規採用の学卒者を対象とする観察期間である。これには技能研修や見習の機能もあるが、常用者のみを対象とするのは、企業が、彼がその後、生涯にわたり会社のために働き、定年まで「勤め上げる」会社にとって適合的な人物であるかどうかの、広い意味における職務適合性をおおづかみに評価するためであり、一種の人物テストの期間である。本採用といっても採用拒否（解雇）の例はごく稀であってほとんど形式化している。

(2) 配置については、あらかじめ次節で述べるが、職種を限定しない採用、広い範囲にわたる職種・職務の指定およびその後のひんばんで柔軟な配転は、終身雇用を前提として初めてそのロスを補い、有効に機能する政策である。

(3) 年功処遇制についても後に述べるが、年齢、勤務年数を基本とする年功賃金と社内昇格制は、終身雇用制と密接、不可離の関係にあり、労働者側から見れば終身雇用制の主たるメリットは年功処遇制にある。

(4) 企業の負担による教育・研修も、労働者の配置さるべき職種・職務が終身雇用勤務を前提として大幅に変化することを予定するものであって、その適応性を習得することは一の「雇用条件」になっている。

このようにみると、わが国企業の終身雇用制は、単に「従業員を終身雇用する」ということだけでは「日本的雇用慣行」としての意味を大したくないこと、その本質的な性格を終身雇用者としての「扱い方」に深くかわるものとして、年功制や包括的職務配置制等の雇用慣行と一体のものとして把える場合において、はじめて実質的意味をもち得るといえよう。

(1) 例えば石田英夫「企業と人材」(放送大学教材一九八九)では「日本企業の人的資源に関する戦略」として「内部化」と呼ばれている(三〇頁)。

(2) 終身雇用制という慣行の事実、その定義や基準があいまいなせいか、これを統計的データに表したものがあまりない。石田前掲書で用いられている高年齢者雇用開発協会「定年延長と人事管理の動向」(昭五九)の中には「終身雇用制は堅持していく」というアンケートがある(ちなみに七九%の企業が支持)。社会調査には内容を説明しないまま、こういう形で設問されているものが多い。多分、日本人にはこれで十分「分かる」からであろう。ちなみにアベグレン・ストーク「カイシャ」一九八五年(植山訳三〇一頁)では、「終身雇用制度」を①大学を卒業したばかりの若者を採用すること、②職種別採用でなく、総合的な能力や性格を基準に採用すること、③一生を会社に捧げてもらうことを要求するかわりに一生職を保証すること、としている。

(3) 終身雇用制の変動傾向は、しばしば労働者の企業移動率で示される。労働省の一九九一年発表の雇用動向調査(従業員五人以上一四〇〇〇事業場)によると、九〇年中の労働移動者(就職、転職、退職者)一〇五五万人のうち転職者は過去最高の三一七万人(男一七〇万、女一四七万)である。従業員全体のうち転職者が占める割合は男子八・五%に対し女子一一・三%であり、後者の半数近くが一〇〜二〇代である。また新規学卒入就職で同年末までに退職したものは二〇万人で退職者比率一八・二%に達している。

(4) 終身雇用が労働契約の内容になっているかどうかを法的に争ったケースはほとんどない。労働者側がそれを主張しても直接の立証が難しいからである。ただし、裁判所が解雇をめぐる争いで就業規則等に「解雇制限条項」がない場合にも、企業が常用労働者について一般的に「終身雇用」を前提とした長期雇用制をとっているという事実を重視して権利濫用と判断した例は少くない。この意味において、わが国の終身雇用制は一の「法的」評価を得ているということができる。

第三節 職種・職務と労働契約

一 わが国の企業では、常用者については職種を特定した、いわゆる西欧型の「職種採用」は一般に行なわれない。具体的な職種や職務は、入社後、あるいは本採用時に決まる。特に新規の学卒採用ではそうである。一方、非常用者の場合には随時・短期雇用という性格上、職種・職務が最初から特定ないし範囲を限定されている。ただし、常用者でも女子の場合は従来長い間、企業にとつての「基幹」労働力とはみなされず、雇用期間が長くなっても職種・職務は単純作業が男子の補助作業にとどまり、原則として勤務地を変更する配置転換はなかった。そのような特殊の雇用慣行が女子の場合にだけ成立していたといえる。

常用労働者の職種や職務は採用の当初から契約当事者間の交渉の対象にならず、もっぱら企業サイドが事務、営業、現場というように大きくりに指定するのが通常である。職務が特定した後も、西欧諸国で行われているような詳細な「職務分類」(job classification)や「職務評価」(job evaluation)は行なわれていない。この指定は人事管理上、「配置」と呼ばれるが、労働者が採用後、最初に配置された職務や職場も、その後の定時または随時の「人事異動」によつて恒常的に変更される。これを一般に「配置転換」と呼んでいる。

このように、もっぱら企業サイドによる包括的な配置および配置転換が人材管理あるいは要員計画に基づいて普遍的になされるということは、職務や職種がかなり固定的で、(必ずしも労働者の合意を媒介とするものではないにしても)少なくとも使用者側による一方的、恣意的な変更がかなり難しい西欧型の配置に比べて、「日本的雇用慣行」として特色づけることができるであろう。

二 右のように採用時の職種や職務がもっぱら企業サイドの指定で大まかに定められるうえ、その後の変更である配転が原則的に予定されているわが国の場合には、労働者にとっては、自らの仕事(職種・職務または職場)に関す

る労働契約上の内容が何であるかを「確認」するのが一般に困難である。そこで配置は、ほとんど会社の人事異動任せの「白紙委任」契約になっている。例えばある労働者の三年先の配置などは人事課でさえ、予測できないようなし組みになっている、といわれる。たまたま同一または同種の職務に同僚（例えば同期、同学歴の者）よりずっと長く就いていたとしても、それが彼固有の「ポ」とみなされることにはならない。就業規則上、会社はすべての従業員について「業務の都合により職務を変更する」ことができるからである。労働契約の内容としての「ポ」が最初から不確定的で、常に配転が制度的に予定されているとすれば、労働者が配転を契約違反として法的に争うことはきわめて難しい。

三 それでは、わが国では労働者の配置あるいは配転がすべて企業の人事として一方的に業務命令として行なわれるか、といえば、実情は必ずしもそうではない。⁽¹⁾ 企業は、配置先に関して従業員の希望を調査したり、「適正職種」の自己評価をさせることによって、その意志をなるべく人事に反映させようと努力しているし、あるいは、配転実施に先立つ上司による非公式の折衝を通じて、「内意」をとりつけるよう努力しているところもある。就業規則の中ではむしろ少ないが、労働協約の中に配転についての「同意」または「協議」条項を置いているところは少なくない。配転についての苦情を労使の代表から成る苦情処理委員会にかけ解決を図るところもある。これらについては、企業それぞれに独自の慣行があるようである。

企業が配転を行う理由としては業務運営上の必要、企業組織全体のニーズとしての人材の育成、労働者に新たな職務を経験させることが挙げられる。何れにしても従業員は毎年の定期異動期に一定の年数ごとに移動するのが国の常態である。配転による待遇上の不利益がないばかりでなく、配転を期に昇進・昇格が行なわれること（いわゆる「栄転」）もあって、（遠隔地への配転を別とすれば）従業員の側にも特に不満はないし、またあつたとしても表に出

ることは少ない。わが国の企業のいわゆる「柔軟な」配転人事とはこのような状態の下で行われるのである。

四 それにもかかわらず、配転をめぐる労使間の紛争が社内で解決しない場合には、配転（命令）の法的有効性をめぐって法廷に争いがも込まれる。その件数はそれほど多いわけではないが、職種や職務の変更、特に企業の命令による配転といった現象が起こりにくい西欧諸国に比べればかなり多いといつてよい。

配転をめぐる訴訟では、主として配転という使用者の一方的措置が労働契約に違反するかどうか、という形で争われる。すなわち、労働者側は、自己の職種、職務あるいは就業場所が、採用時あるいはその後の時点で労働契約の内容として確定しているにもかかわらず、使用者が労働者の合意によることなく一方的にこれを変更するのは契約違反だと主張する。そして、救済として「配転命令が無効である」こと、あるいは「配転先の職場において就労する義務のないこと」の確認を求める。これに対して使用者側は、労働者が現在、就労している職種や職務は契約内容として確定または特定しているわけではなく、労働契約上その範囲はより広く、各職種にわたりうるものであること、従って使用者の配転によって変更されることを労働者側も採用時に知ったはずであるし、また就業規則には「業務上の必要によって配転させる」旨を定めているから、配転は人事権の正当な行使であり、労働契約に違反しないと反論する。そうすると、問題は、労働者の現在の職務ないし就業場所がいかなる契約として労使間で合意されたかどうかの認定または解釈にかかることになるが、わが国の企業における慣行からみると、少なくとも新規学卒の常用者の場合、これを明示的に定めるといふ例は少ない。のみならず、企業が配転に関し就業規則に前記の定めを置くようになってからは、採用時のその旨の説明と相まって、労働者は「予め配転があり得ること」、その場合には「これに應ずることを事前に合意した」とみなされるのが通常であろう。判例の大勢も、最近では、常用労働者は特約のない限り、予め包括的に配転に合意したものとみるようになった。²⁾その背景には、それが日本の企業社会における労使慣行として

定着するに至つてゐるという判断ができ上つてゐるに思われる。

ところで、訴訟において、労働者側から、かりに職種や職務が労働契約の内容として特定しておらず、使用者側に配転という形でこれを変更する「人事権」があるとしても、それは濫用されてはならず、もし、労働者に当該配転命令に応じられない正当な事情があるにもかかわらず、それを一方的に行使するのは「権利の濫用」として許されない、ということが労働契約違反の主張とは別に主張されることが多い。裁判所もまた、この主張を受け入れて、配転が労働契約違反といえない場合にも、企業にとつての配転の業務上の必要性と配転によつて被る労働者の不利益とを勘案したうえ、両者の「利益の均衡⁽³⁾」という観点から「権利の濫用」の有無を判定するという、「仲裁的」判断を下すことが少なくない。その当否は別として、このように、厳密な意味では「労働契約の法理」とはいえない判例の法理は、わが国独自のものといえるかもしれない。

右のように、配転がわが国の企業で恒常化した慣行になつてゐるとすれば、労働者側にとつては、一定の条件の下で、例えば職務能力、勤務年数、あるいは同期の者と対比において、企業に対してそれを労働契約上請求する一の権利といえないであらうか。配転の労働契約性は、今後、この両様の意味で問題となりうるであらう。

配転に関するわが国の学説は、配転の「法的性質」(下井隆史「雇用関係法」一一〇頁ほか)、あるいは「法的構成」(菅野和夫「労働法第二版」三二五頁ほか)として、使用者の配転命令(権)の法的根拠、これに対する労働者の服従義務、あるいはその範囲、限界という形で論じてゐる。そして学説の主要な考え方は、「包括的合意説」と「契約説」あるいは「特約説」に分れてゐる。⁽⁴⁾いずれも、わが国では配転の規制に関する立法が全くないところへ、職務の概念が稀薄で流動的だという企業の労使関係の実態による影響を受けてゐるに思われる。特別の規制立法が必要かどうかについては賛否両論に分かれるところであり、現在までのところ消極説が強いようである。

五 次に、これもわが国独特といつてよい「出向」という慣行を配転との対比において取上げよう。

子会社あるいは関連会社への配置換えである「出向」という制度が、相当に古い沿革をもちながら、現在のように関連企業間における「広域配転」として広く普及するようになったのはむしろ近年のことである。その点では、企業内の配転に比して伝統的な雇用慣行と位置づけるまでに至っていないかもしれない。とはいえ今日では、出向をフォーマルな人事管理制度とし、就業規則の中に配転と並べて「業務の都合により出向させることがある」旨の規定を積極的に置くところがかなり多くなった。とりわけ昭和五〇年代の不況時における雇用調整としての出向以来、それが顕著になった。出向の理由としては、経営技術指導、経営の多角化、従業員教育、雇用調整の必要等が挙げられている。⁽⁷⁾

出向と労働契約との法的関係については今日なお、定説のない状況である。出向のうち「移籍出向(転籍)」の場合には、一般に、出向元企業との労働契約が一旦解消され、出向先企業との間に新たに労働契約が締結されるものとして扱えられている。もつとも、この場合にも、出向先に転籍した社員を再び出向元に「復籍」させることがある。こうなると、「在籍」出向との差異ははつきりしなくなる。「在籍出向」にいう「在籍」という意味は、法的には、出向元企業との間に「労働契約が残っている」状態と解することにまづ異論はないであろう。それでは、出向者が一定の長期期間にわたり出向元企業の人的管理から完全に離れ、もっぱら出向先企業の指揮・監督下に就労している場合に、そこに実質的に「労働契約」が成立していることを全く否定して出向元との間にしか労働契約は存在しないとみるのが妥当か。それではあまりにもフィクションに過ぎよう。とすれば、出向労働者は出向元および出向先の両企業との間に労働契約が存在するとみるのがより自然であろう。出向と、もっぱら企業が労働者の管理に当たる「出張」や「派遣」との相違点もそこにある。

出向の法的判断についてはリーディング ケースである「日立電子事件」(東京地判昭四一・三・三一 労民集一七巻二号三六八頁)は、昭和三〇年代という日立系列会社間においてもまたわが国の企業の大部分においても、出向が一般的な慣行になっていない時代の考え方を代表している。それは、出向者の待遇等の取扱について共通の制度がないこと、就業規則に出向義務に関する規定がないこと等からみて、従業員が出向命令を当然のこととして受け入れる慣行ないし黙示の合意が認められないとして、出向の効力を否定した⁽⁸⁾。しかし、その後、経済不況に伴う企業合理化の一環として、雇用調整型の出向が急激に増え、中には系列会社のワクを超えて、全く別会社に仕事を求めて出向者を派遣する形態さえ現われてくるに従い、判例の態度にも変化が生じてきた。すなわち、出向には常に労働者の個別の同意を必要とすると解することは「実態に沿わない」⁽⁹⁾とする考え方が登場し、そして更に、その合意性も入社時、またはその後に行った労働者が包括的な同意をしたとみられる事実の有無、もしくは就業規則や労働協約の関連規定、あるいは「労働慣行」の存在等を考慮に入れて判断すべきものとする考え方が強まっていった。そこには、出向について、労働契約とのかかわり、つまり、その主体としての労働者の意思といった側面よりも、企業制度としての人事異動の円滑性に合理性の根拠を求めようとする判例の考え方が出てきているのが注目される。

こうして雇用慣行としての出向は、法的根拠不明確なまま、徐々に法的サンクションを得てきているように見える。もともと、具体的事案についての裁判所による「合意性」の認定は、配転の場合に比べればるかにシビアであり、また出向による労働者の身分関係の不安定や労働条件の不利益というマイナス面に配慮し、「権利濫用の法理」を用いることにより出向の有効性を総合的に判断するものが多い⁽¹⁰⁾が。

以上、日本的雇用慣行としての職務配置の仕方は、労働契約の側面からみた場合、契約内容として確認することをきわめて難しくしている。労働者が法的に争い得るのは、せいぜい使用者の一方的な命令による配転が職種または勤

務地を限定する旨の特約に反するという場合である。いずれにしても、日本的雇用慣行がもつとも経営サイドに有利に機能している領域とすることができる。

注

（１） わが国企業の人事異動に関する数量的データを示す調査や統計資料はこれまでのところきわめて少ない。平成三年三月に実施された労働基準局の「労働契約等に関する実態調査（一五五〇者）」はそのわずかな例である。この調査によると、配転について労働契約に定めのあるもの四・二％、労働協約に定めのあるもの一八・五％、就業規則その他の文書に定めのあるもの四七・六％、「何らの定めもないもの」三二・五％となっている。「定めがある」とは、企業が「配転を命ずることがある」旨の定めのほか、配転に際しての組合との協議条項等がある場合であり、「何らの定めのない」場合は、配転が企業側の一方的な業務命令で実施されている場合である。

（２） 配転が労働契約の範囲内かどうかは、わが国では採用時に職種を限定する旨の合意があったかどうかの判断にかかることになるが、実際には、一定の資格をもつ職種とか、特別の約束（特約）がある以外は認められるケースは少ない。限定が認められた例として日野自動車工業事件（東京地判昭四二・六・一六 労民集一八巻三三六四八頁）、東亜石油事件（東京高判昭五一・七・一九 労民集二七巻三・四号三九七頁）。他方、採用後、長年の間、同一職務に就労していたという事実だけでは職種を限定した契約と認められないとして典形として日産自動車事件（東京高判昭六二・一二・二四 労経連一三一二号三頁）参照。

（３） 家庭的事情を考慮して権利濫用が認められた典型的ケースとして日本電気事件（東京地判昭四三・八・三一 労民集一九巻四号一一一頁）、徳山曹達事件（山口地判昭五一・二・九 判時八一二号一一三頁）参照。反対に同居中の母親や有職の妻を残しての配転が、「転勤に伴う通常のもの」と判断して濫用と認められなかったケースとして東亜ペイント事件（最二小判昭六一・七・一四 判時一一九八号一四九頁）参照。

（４） 学説のいう「契約説」とは、訴訟において当該配転の適法性を判断する場合の基準として、彼の職種または職務を労

働契約の内容として特定する合意があったかどうかに求める考え方のことであり、「包括的合意説」とは、職種または職務についての特別の合意がないか、または「いかなる職務にも就労する」旨の合意があったかどうかにその基準を求めるものと思われる。とすれば、いずれの考え方も労働契約における合意の存否の判断の方法上の差異に過ぎないといえる。私見としては、明示または黙示の合意があったかどうかを基準にすべきだと考えている。

- (5) 労基局の前掲調査によれば、(在籍) 出向について就業規則その他の文書(社則の類と思われる)に定めをしているもの五五・二%、労働協約に定めをしているもの二〇・三%、労働契約に定めをしているもの四・八%、何らの定めのないもの三〇・二%であり、転籍(出向)については、それぞれ三九・八%、一三・二%、三・一%、三九・五%である。「配転」と「出向」のそれぞれの比率を比較してみると、それほど大きな差異がみられない。ということは、出向という人事が、現在では、配転なみに通常化していることを示しているようである。

- (6) 連合「総合生活開発研究所」の平成三年二月の調査によれば、連合加盟三六三単組のうち、企業の九二・一%、一〇〇人以上の大企業では九七・五%までが出向を実施し、全従業員に占める出向者の比率は九・六%に達している。

- (7) 連合前掲調査によれば、出向の主たる理由として「雇用調整」、「経営技術指導」、「経営の多角化」、「教育ローテーションの一環」を挙げている。これらの出向理由について組合側がどう対応しているのかは明らかでない。

- (8) 同事件の判決に示された「事実」によると、日立では昭和三〇年代、三八の「系列会社」のうち、約三分の二の会社相互間で出向が実施されていたようである、出向者数はまだ少なく、昭和三六〜三九年の出向者数三名以下のところが約一〇社という状況である。日立本社当時の就業規則には「社員を社命により社外の業務に専従させた場合は専従期間休職させる」、「系列会社からの転入者につき前会社における勤務期間を勤続年数に通算する」旨の規定があるだけで、「出向」自体に関する定めはなく、業務の必要に応じ約半月前に内示した上、業務命令で出向させていたという。

- (9) 例えば興和事件(名古屋地判昭五五・三・二六 労民集三一巻二号三七二頁)、ダイワ精工事件(東京地八王子支判昭五七・四・二六 労働判例三八八号六四頁)など。

- (10) 例えば、日本ステレンス事件(新潟地高田支判昭六一・一〇・三一 労判四八五号四三頁)など。

第四節 年功制処遇と労働契約

一 終身雇用制とともに日本的雇用慣行の最も典型として挙げられるのが「年功賃金制」を初めとする「年功に準拠する (seniority based) 処遇制度」である。第一章でみたように、わが国の賃金制度および昇進・昇格制度について「年功」の占める割合はかなり高いといえるが、純粹に「年功」すなわち年齢、勤務年数に比例する部分は、今日では明らかに低下してきている。他方、西欧諸国における賃金構造の中で「職能」の評価に経験年数や先任権 (seniority) が加味されることが多いから、それがどこまでが「日本的」かは議論の多いところである。⁽¹⁾それは別として、ここでは、わが国の賃金制度のうち、年功賃金の部分と能力給の部分のそれぞれが労働契約の内容とどのようなかわりをもっているかという観点から要約しておこう。

賃金制度の一般的特色としては、

(1) 中規模の企業を含めてわが国のほとんどすべての大企業が賃金制度を常用と非常用労働者用とに区分し、それぞれ別建の賃金規定を適用している。

(2) 非常用労働者の賃金体系は、(單純な) 職種または職務別の時間給 (時給・日給) から成る。稼働実績に応じ、歩合給的加給制が採られることもあるが、常用者の場合のような考課査定による職能給はほとんどみられない。本給以外の手当は全くないか、あつても交通費あるいは精勤手当の類であり、家族手当を支給するところはほとんどない。更新によつて実質的に雇用期間が長くなった場合に、時間給のランクを勤続年数に応じて上げるところはあるが、それも常用者の場合の昇給におけるような考課査定を含むものではない。

(3) 常用労働者の賃金体系は、「基本給」と各種の「手当給」の二本立てである。そして、それとは別に一時金・賞与制度があり、今日ではほとんどの企業で恒常化している。また、基本給に勤務年数を乗じて算定される「退

職金」または退職年金制度があり、これも現在では普遍的な制度となっている。

(4) 基本給は、職級別に、学歴、勤続年数を基準（年齢給）とする統一的な号棒制の（モデル）基準（給与表）が定められ、定期的に昇給する。「年功賃金」といわれる所以である。⁽²⁾ 職能給部は、上司の考課査定により、通常向う一年分の格（ランク）づけがなされる。

(5) 基本給のベースについては、「社会的相場」を考慮した初任給が設定され、それを出発点とするがその額は、物価や生計費の上昇を考慮し、毎年、ほぼ「春闘」時にベースアップ（ベア）と呼ばれる改訂が行なわれ、その際に年齢階層別に昇給カーブの是正がなされることが多い。

二 日本的雇用慣行としての賃金制度の特色を以上のように把握すると、それは、個々の労働者の労働契約の側面から次のような問題点を含んでいるように思われる。

(1) 常用労働者の賃金は、終身雇用を前提とした長期の継続勤務を前提として、毎年、額が変動していくため、静態的に労働契約の内容として把握することを難しくしている。

(2) 基本給のうち、年齢、勤続年数による「年齢給」部分は、スケジュール化されているから労働契約内容としては明確であるが、今日では一般に五〇％以上を占めるに至ったといわれる、使用者の査定による「職能給」部分については、査定基準や査定値が公表されない限り、労働者の側からは契約内容として確定的に把握することが甚だ難しい。⁽³⁾ 基準が公表されている場合でも、わが国の考課査定が一般に厳密な職務能力よりも、「勤務態度」、「協調性」、「企業への貢献度」といったかなり抽象的評価を内容としていること、査定が末端の直属上司である管理職にはじまり、より上級の管理者による「調整」が行なわれることから労働者が最終的賃金決定の具体的過程や理由を知ることとはきわめて難しい。従って、個々の労働者が査定が不当に低く評価されたとしても、労働契

約違反として法的に争うことはかなり困難である。⁽¹⁾ 賃金ランクの引上げを意味する「昇給」の場合にも、もっぱら使用者側の裁量においてなされる点において同じである。

三 昇進・昇格について、ほぼ右と同じことがいえる。企業が(常用)労働者をいわゆる役職(管理職)に昇格(promotion)させる場合の⁽⁵⁾資格は、比較的下級の役職では勤務年数(年功)により自動的に昇格させる場合もあるが、一般に上級に進むにつれ、年功(勤務年数)とは別に役職者としての資質・能力の評価が重要視される。これらの昇格基準は、年功資格部分以外はもっぱら企業の裁量によるから、ほとんど公表されることはない。わが国のような年功的な企業社会では、労働者にとつての昇格は、待遇面のみならず、社内における「權威」(authority)にかかわるものとして重要な意味をもつが、これを労働契約の「雇用条件」として把えることは、実質的にほとんど不可能のように思われる。

注

(1) 年功賃金が一般にいわれているほどには日本の企業にユニークなものでなく、国際的に共通する面をもっていることは経済学の領域でかなり早くから指摘されている(小池和男「職場の労働組合と参加」一九六六年、隅谷三喜男「日本の労働問題」一九六七年、島田晴雄外「労働市場機構の研究」一九八一年、佐野陽子「賃金と雇用の経済学」一九八一年など)。

(2) 年功賃金の根拠としては、労働者が勤務年数を重ねて、仕事上の経験を積むに従い、熟練が高まるので賃金も上昇するという「熟練説」と、年齢が高まるにつれ生計費も高まるのでそれを保障するために賃金も上昇するという「生計費保障説」の二つの仮説が主張されている(小野旭「日本的雇用慣行労働市場」一九八九年)。いずれにしても、労働者側は雇用の際に賃金体系の根拠についてまで説明を受けることはまずないから、これを「所与」のものとして受とる外

58

「雇用慣行」とまでいえるかどうかは別として、わが国企業の常用労働者に対する労務管理のしかた、あるいは規律 (discipline) のしかたには、独特のしきたりがある。企業と従業員間の人間関係に由来するといってもよいであろうが、このことは、労働者の労働契約上の義務の範囲ないし性格を考へるうえでなかなか重要と思われる。

労働契約における契約主体としての労働者と使用者の契約上の「権利」と「義務」は相互的 (reciprocal) であり、一方の「義務」は相手方の「権利」に対応する、と原則的とはいへるが、長期継続的な雇用関係の下で使用者の指揮・監督下に拘束され、日々、労務を提供する労働関係にあつては、一般の債権—債務関係とは異なり、当事者の一方の義務が直ちに相手方の権利ないし請求権に直結するわけではない。また一方の「義務」と相手方の「義務」との関係についても、必ずしも相互的あるいは互換的 (give and take) 関係が生ずるわけではない。⁽¹⁾

労働者の労働契約上の義務としては、通常、使用者の指揮・命令に従つて労働を提供する「主たる」義務とは別「付随的または従たる」義務として「信義誠実に行動する義務」がある、と説かれている。⁽²⁾

企業の実際の労務管理上は、このような「主たる」または「従たる」義務といった抽象的表現が用いられることはないが、企業が特に常用労働者あるいは「正社員」に対して単に労働力の提供にとどまらず、プラス^αの「社員たる status」としての義務」を期待しているのは明らかである。しかしその範囲や程度は、必ずしもはつきりしているわけではないから、義務違反に対する懲戒やマイナス査定といった上司と部下間の人間関係に及ぶ紛争が起こりがちである。

確かに制度の上では、わが国の企業の就業規程は一般によく整備されており、労働者が上司の指示・命令に従つて就労することを初めとする従業員としての行為規範 (服務規律) がそこに定式化されている。そしてこれに違反した場合の制裁 (懲戒) 規定もかなり詳細に定められ、また、懲戒の場合の決定手続きについても相当程度に、従業員側の

利益を保障させるための配慮がなされている。

しかし実際には、わが国の企業の従業員に対する規律（従つて違反に対する制裁）の対象となる行為は、西欧社会のそれに比して一般に幅広く捉えられ、また本質的に従業員の生活、管理的色彩が強い。これは、既述の終身雇用制や職務範囲の不明確さにも関連しているが、とりわけ、労働者の労働契約上の義務の範囲が明確でないところから、問題になりやすい。

一 わが国の企業においては、労働者は職務内容を一般によく理解している。常用であれば通常、経験年数を経たベテランの労働者は、特に上司によるその都度の指示を待つまでもなく、自主的に仕事をこなす。にもかかわらず、職場の監督機構は企業規模が大きくなるほど複雑で、末端の労働者は「中間」管理職を通じて重層的な規制を受けるしくみになっているから、個々の労働者の仕事に関する「責任」と「権限」はしばしば労働契約の内容として限り明確でない。例えば、事務職では、些末なことにも自己の責任で処理することが許されず、上司の「決裁」が必要とされる。

また仕事のしかたは、ブルーカラーのみならず、ホワイトカラーの場合にもチームワークの下で遂行されることが多いが、その場合、各労働者はチームの一員として互いに「共同的に」仕事を進める必要があり、仕事の進行上、時として直接の職務以外に、職場の他の仕事の応援を求められることがある。多能工としてのわが国の労働者はOJTを通じて柔軟に対応できる能力を身に付けており、仕事の縄張り紛争のようなことはめったに起こらない。職場の上下関係はかなり「権威的」であるが、チームワークの下では地位に関係なく「目標」の達成に協力する必要がある、管理職でも部下の仕事の代替することが珍しくない。このようなチームワークの就労体制の下では、所定の終業時間がきても、たとえ所定の仕事は終了していても、下級者は自由に退出することができない雰囲気下に置かれ

ている。職場のいわゆる「サービス残業」⁽¹⁾も主としてこのような人間関係の下で生ずる。

このような関係は、労働者の「義務」の性格を質量両面において不明確にしている。労働者がチームワークの中で「協調的」であることは、就業規則の中で明示の服務規範とされているわけではないが、「協調性」ということが、しばしば上司による人事考課に際して重要な判定基準の一つとされており、結果的には、それは労働者にとつての「義務」化を意味する。

二 第二章で触れたように、企業が実施している始・終業時間が、正式の定めとは別に職場の慣行に任せている場合がある。そこで法上の労働時間と制度上または「慣行上」の労働時間との間には、しばしばギャップが生ずることがある。その一つに、職場における始業前の「準備」作業とか、始業後の「跡片付け」作業、あるいは始業前の体操、「社訓」や「社歌」の斉唱といった日本的慣行がみられる。そして、立法（労基法）上の「労働時間」と労働契約上の「労働時間」との間に生ずるギャップについては、従来は慣行という形の企業の一方的決定によるか、多数派従業員との間に締結される労使協定によつて処理されてきた。これに対して、近時、少数派従業員からの訴訟がしばしば提起されるようになった。⁽²⁾慣行の支配に対する異議の申立てである。

三 労働者の義務の範囲をめぐつて最も問題となるのは、所定労働時間を超えた「時間外」労働、または所定休日の「休日」労働のそれである。これらの所定外労働について労働者が就労の義務を負うかどうかは、労働契約上の大きな問題である。わが国の私企業では、戦前には最高労働時間の法的規制がなく、「所定」労働時間と「時間外」労働の区別は、もっぱら企業の就業規則上の定め過ぎなかつたから、時間外就労も企業サイドの一方的業務命令で決定され、時間外労働の契約上の義務の合無は実質的に問題になりえなかつた。

第二次大戦後、労基法は、法定労働時間制とともに経営上やむを得ない理由で例外的に認められる時間外休日労働

について、事業所ごとの労働協定の締結と届出を有効要件として認めたが、この協定に基づく時間外・休日労働の就労義務については何の定めもしなかった。暫らくの混乱期を経て、企業は事業所別の労働（時間外・休日）協定の締結という法的手続を前提としたうえで、就業規則の中に企業は「業務上の必要がある場合には時間外・休日労働を命ずることができる」こと、「この場合には従業員は正当の理由のない限り応じなければならない」旨の規定を置くようになった。労働組合側は、従業員の過半数を代表する資格で協定当事者になっている場合にも、時間外労働が日常的に恒常化せざるを得ない経営状況の下では就業規則の右規定の挿入に反対する態度を貫くことはできなかった。こうして、わが国の私企業の時間外・休日労働の手続としては、法的要件としての労働協定・届出と企業内規範としての右就業規則の規定というワンセットの慣行が出来上った。労働組合のコントロールは、労働協定締結ないし更新の可否、協定で定める時間外労働数の総ワクの規則にとどまった。⁽⁸⁾この協定の総ワクの範囲で職場ごとに具体化される緊急度と時間数に基き、上司が個々の労働に就労を判当てるわけであるが、労働者が相当の理由なく、これを拒否することは、「上司の指示・命令に従う」べき服務規律違反に問われるし、企業としては、時間外を予定した業務運営に支障を生ずることもさりながら、労働者の「恣意的」な拒否を放任することによる他の労働者への波及を恐れて重大な服務規律違反として扱わざるをえず、懲戒解雇の重罰に処することも少なくない。

わが国の労働者が置かれている現在のような労働関係の下において、また時間外手当が労働者の稼得の相当部分を占めている家計状況からして、時間外就労そのものに反対してこれを拒否する例は実際には少ない。⁽⁹⁾これまで法的紛争になった事例も数えるほどである。しかし、一旦、争いが生ずると、理論的には労働契約の解釈として妥協の困難な問題を生ずる。⁽¹⁰⁾判例は、時間外労働の拒否者に対する懲戒処分の有効性判断の前提としての労働者側の時間外労働に应ずる労働契約上の義務の存否について長い間、見解が分れてきた。平成三年に至って、最高裁は企業の労働者の

時間外就労は労基法上の手続要件と就業規則等の合理的定めを通じて労働契約上の義務となりうることを一般的に認め、下級審の対立に一応の終止符が打たれた。¹¹⁾ 政策的には雇用慣行を重視した選択である。

四 企業の労働者の義務の範囲についてのもう一つの特色は、多くの企業が労働者の職務の遂行とは直接に関係のない、企業の対外的信用あるいは名譽を保持する一般的義務を負わせていることである。就業規則にはこの義務を服務規範の一つとして明示的に定めていることが少なくない。そこで、労働者が就業時間外に、職務の遂行とは関係なく、私生活の場においてなした非行がたまたまマスコミ等を通じて「〇〇会社」の従業員の非行として世間に暴露されたりすると、企業はこれを「企業の体面を汚した」行為として懲戒処分¹²⁾に付し、対社会的な会社の名譽の侵害性が大きいと考えた場合には企業外への放逐（懲戒解雇）することも稀ではない。

職務外・企業外非行が何故、企業の服務規律に違反することになるのかは、そのような規範が労働者にとっての労働契約の内容となりうるかどうかという基本的問題にかかわる。この場合、就業規則に「企業の名譽・信用を傷つける行為をしてはならない」こと、そのような行為をした者は「懲戒処分¹³⁾に付すること」が定められているから、これを「遵守することが労働契約の内容となっている」との主張は、設問に対する解答にはならない。それは就業規則イコール労働契約のロジックに過ぎないからである。わが国の企業が、企業外非行について管理職以外の一従業員についてまで一律に企業の名譽の保持を義務付けているのは、単なる労働力の提供者としてではなく、「会社」という共同体の一員として社会的に行動すべきことを規範として求めているからであり、また、あえて懲戒処分を行なうのは、職務外の非行であるとしても、そのような「不心得な」社員を出したことに對する会社の管理責任を追求するに急なわが国社会の風潮によるところが大きい。そこに企業の雇用慣行が社会のおきてに影響されているのを見ることができ

このような企業内の服務規律規範や懲戒処分の効力について、わが国の裁判所はむしろ積極的介入の態度をとっているが、最近の判例の傾向としては、企業外非行を服務規律の対象に含める根拠として、企業側については「企業秩序の維持」の必要性を、労働者側の義務の根拠としては、社員としての「信義則」を挙げるものが多くなっている。⁽¹³⁾

注

(1) 学説上、労働者の使用者に対する忠実義務は、使用者の労働者に対する配慮義務と相互関係にある、としばしば論じられる。これは一般的な企業倫理としては受け入れ易いテーマであるが、具体的な義務違反をめぐる係争事件においてはほとんど意味を有しない主張である。

(2) 労使間の義務を「主たる」義務と「従たる」義務を分ける考え方は、最初は、労働者側の長期的雇用関係における忠実あるいは信義的な義務を重視することから出発した。そしてその根拠として家内工業時代における雇主の家父長的「配慮」が強調され、それに見合う「報恩的」忠実義務が労働者に求められたのである。今日では、当該労働関係における黙示の義務を推定したり、義務違反に対する懲戒処分の相当性を判断する場合の「利益衡量」の論拠として使用されている。

(3) 例えば新卒の大学出身社員を対抗野球試合の応援に動員する類いの公私混同が日本の企業では日常的にみられるが、西欧社会ではほとんど起こりえない現象であろう。このような「仕事」が労働契約上の義務となりうることを外国人に説明することは難しいであろう。企業は、実際上の業務命令による事業所外の「労働」として処理しているが、公権的取扱においても、もし途中で事故による傷害が発生した時は、使用者の「指揮・命令下にある」として労災補償法の適用が認められることになっている。

(4) 営業や研究部門等に見られるきわめて日本的な慣行の一つである。その理由はいろいろあるが、法によって時間外労働が禁止されている場合（女性など）、時間外協定が締結されておらず、あるいはその協定ワクを超える場合、人件費または予算上のワクを超える場合、あるいは仕事の性格上、「どこまでが労働時間であるか把握が難しい」場合などで

あり(石田前掲一二二頁参照)、自分の判断あるいはチーム内のとりきめで正式の時間外労働としての申告をせず、時間外割増し手当の請求を放棄する等の形で起きる。一九九一年の労働白書は、「サービス業」という言葉と実態を初めて公的に発表した。

(5) 労基法上の労働時間と就業規則等を含めた労働契約上のそれとの間にギャップがあることは、学説上、相当古くから指摘され、論じられてきた。菱沼謙一「労働時間・残業・交替制」一九七一年六二頁、「入門時遅刻認定制と始業時刻の意味」労判四四八号一九八五年四頁、安西壺「労働時間・休日・休暇の法律実務」一九七七年九頁、山本吉人「労働基準法と労働時間規制」法学志林八六巻三・四号一九八九年三四頁。荒木尚志「労働時間の法的構造」一九九一年は、多義的に使用される労働時間の概念を二つに峻別することにより、労働時間制の判断枠組みを確立すべきだとする新たな提案をしている。

(6) 昭和五〇年代、労働契約上の労働時間の起算点の確認を求める争いとしては石川島播磨事件(東京地判昭五二・八・一〇)労民集二八巻四号三六六頁、東京高判昭五九・一〇・三一(同三五巻五号五七九頁)をはじめ幾つかの判例が出ている。この事件は、多くの企業が労働時間制度体制の分理化など労働条件に影響する問題を解決しようとする場合に採ってきた「多数派」従業員との「集団主義的」解決というやりかたに対し、少数派が労働契約上合意による解決を主張して争ったものである。企業内の「集団主義」に立脚した慣行の含混性いかんという難しい問題を提供したものと見て注目を引いている。

(7) 大規模の企業では、時間外協定の締結・届出という法的義務は比較的良好に遵守されているようである。これには労働組合がかつて時間外労働そのものはやむを得ないものとして、三六協定の締結に対する拒否権を労使交渉の武器に使ったことも影響している。比較的最近まで就業規則に時間外・休日労働に関する義務づけ規定を置いている企業は多くなかった。労働協約が「優越」性を保っていた時代には、企業側が組合の反対を押しきって就業規則の改訂という手続をとってまで規定することは難しかったからである。

(8) 期間一〜三ヶ月程度の三六協定が締結されるころでは、期限終了後の組合側の締結拒否戦術は労使間のバランスを維持するための組合側の有力な武器であり、しばしば労働争議に代る戦術として利用された。とはいえ、組合にとつて

も長期的な拒否を続けることは内部的に不可能であり、次第に時間外の総ワック問題に交渉がしばらく、「時短（時間短縮）問題に転化していった。

- (9) 今日では企業の一方的命令による超過勤務のバターンは崩れつつある。日本労働研究機構の一九九〇年の調査によれば「上司の命令によるもの」と「労働者の申し出で・申告による方が多い」が四三・四%で最も多く、「労働者の申し出で・申告による方が多い」が三六・〇%がこれに次ぎ、「上司の命令による方が多い」は一七・四%にとどまっている（調査報告研究旨 No. 8 1991）。

- (10) 労働者の時間外就業（over time）の問題は、最高限度を規制したうえ、例外的に許容を認める立法を定めている国では、労働契約との関係でどこでも起る問題である。立法が使用者に対し許容された範囲の時間外労働を「労働者の同意を得たうえで」認める、あるいは逆に、許容された範囲の時間外労働については使用者が「無条件に」命ずることができると定めている場合には、契約との問題を生じない。また時間外労働の割当て権を職長が専断的に握っているところでは、指定を拒否した労働者は即時解雇を申し渡されるであろうから、これまた実質的に問題となりえない。しかし、立法または判例法上、解雇に正当事由が求められている国では、時間外拒否が労働契約違反になるかどうかがまさに問題となる。

- (11) 日立製作所事件（小判平三・一一・二八 労判五九四号七頁。手抜き作業を補正させるための残業命令を拒定した労働者に対する懲戒解雇が有効とされたもの）

本判決の結論は、企業就業規則を（合理性あるものという条件付ながら）法的規範と認め、その規定が労働契約の内容として拘束力をもつことを一般的に宣言した昭和四八年の大法廷判決（秋北バス事件昭四八・一二・二五）からみである程度予測されるところであった（第三章二(3)参照）。

- (12) 諸外国でも、企業の威信（prestige）を害うような労働者の私生活上の非行やスキャンダルが解雇の事由とされることとがないわけではないが、それは概してホワイトカラーの管理層に限られ、その理由も職務者としての適格性に欠けるという点に置かれるようである。わが国では、外部との接触の多いホワイトカラーであれ、現場のブルーカラーであれ、職務や地位に関係なく常用の労働者である限りは、就業規則に定める「企業の信用・名譽を失墜させる行為をしない」

義務に違反するという理由で懲戒処分の対象とされるのである。

(13) 特に刑事犯や破廉恥行為が対象となるが、政治デモや街頭運動等も規模や性格によつて対象とされる。横浜ゴム事件(最三小判昭四五・七・二八民集二四卷七号一二三〇頁)、日本鋼管事件(最二小判昭四九・三・一五民集二八卷二二六五頁)、国鉄中国支社事件(最一小判昭四九・二・二八民集二八卷二一六六頁)等参照。日本鋼管事件において判決は「会社の対面」とは、「会社に対する社会一般の客観的評価」であつて、「経営者や従業員等の有する主観的な価値意識ないし名譽感情を含まない」といつている。懲戒処分における公正、適切な評価が必要だという意味ではそのとおりであるが、労働契約における規範意識としては何の説明にもなつていない。これに対し、国鉄事件の判旨は、企業の「社会的評価の低下毀損は、企業の円滑な運営に支障をきたすおそれがある」として「企業秩序の維持」という高度に抽象的な規範を根拠としている。森誠吾「経歴詐称・企業外非行と懲戒」季労一六〇号六〇頁参照。

第六節 企業内教育・訓練、小集団活動と労働契約

一 わが国の企業において、従業員の教育・訓練(研修)に大きな比重をかけていることを日本的雇用慣行の特色の一つとして把らえることに對しては、雇用主が被用者の技能や能率の向上のため必要な訓練をすることはある程度、どの国でも見られるところであり、わが国固有の慣行と位置づけるほどのことはない、という反論がありうる。しかし、既述のように、わが国の企業の研修は主として常用者に限るとはいえ、入社後(場合によっては採用後入社までの間に)の「試用」教育にはじまり、本採用後の配置はもとより、配転で新たな職務に就いた場合の随時の「職務」研修、新たな技能の修得のための積極的な援助、いかなるポストでもこなし得る管理者になるための研修、というように研修の対象範囲が広い。ほとんど定年近くまでの生涯にわたり、職種、職務、地位を問わず行われ、中高年者については、退職後に備えた準備教育や生活指導としての研修⁽¹⁾まである、というようなことは、他の国ではあまり

見られないことであろう。

加えて、社内研修制度が、定年までの長期にわたる終身雇用的キャリアを前提としていること、その間に職種、職務が配転によって恒常的に変更されるのに対応して、従業員が社内での多能工のおよび管理職者としての管理能力を身につけることを目標としていること、そのための費用を（OJTはもとよりOFD→OJTでも）主として企業が負担し、勤務時間内の研修はすべて「業務」として扱われ、賃金等に何らの影響もないこと、等の諸事情もほぼ、一定以上の規模の企業において共通に見られるところである。従業員の側からみれば、研修を「義務」として受け入れざるを得ないのである。

それでは、これらの研修は労働契約上労働者の義務であるかといえ、その旨の労働契約書が取り替わっている例は見当たらないしそのような合意の存在を裏づけるものもない。ただ少数であるが、就業規則に「会社は業務の知識又は技術の向上のため従業員に教育研修を命ずることがある」、「この場合特別の理由のない限り拒否してはならない」と定める例はある。この場合には一般に契約内容になっているとみなされることになるであろう。逆に、何らの定めがない場合には企業は研修を「業務」として自由に命ずることができる、という考え方も成り立つ。

しかし、企業の従業員に対する研修を労働契約上、従業員側の「義務」の側面でのみ把握するのは、その内容、方法、効果等からみて実情に合わないように思われる。従業員にとっては、長期的に見れば、職種や職務が現在のものに特定しているわけでなく、配転・出向、昇格により、あるいは企業の合理化等によって、近い将来に変更が予想されるだけでなく、近時のようにテンポの早い技術革新に自らの知識、技能をフィットさせる必要があるとすれば、職務の必要に応じて研修の機会が与えられる期待をもつに至ることは当然の趨勢であろう。まして、研修の機会が企業側の恣意によって決められるような場合には、公平の原則によって差別なく与えられることを要求する権利があると

いえる。この意味においては研修を受ける利益は、「労働条件」に接近した一種の「権利」として把らえることができる。それは、従業員の側から集団的利益としての福利厚生上の「便宜」などより、重要視されているかもしれない。現に法律（労働安全衛生法）が定める安全衛生教育は、安全な職場環境の確保という点から従業員にとつての一つの「権利」の性格をもっているといえる。げんに地方公務員法は、当局に職員に対する研修の機会を与えることを「義務」づけている。⁽³⁾

私企業において研修を労働契約上の「権利」として位置付けるような明示の規定は、現在のところ見受けられないとはいえ、右に述べた意味での労使双方の意識からみれば、そこに義務と権利の組み合わせによる一種の黙示の合意が形成されている、といつてよいのではないかと思われる。

二「日本的雇用慣行」の一つの要素として職場の労働者のグループを主体とするQC（サークル）活動、ZD活動など一般に「小集団活動」と呼ばれる行動が挙げられることが多い。本稿では、第二章においてこの「小集団活動」を「雇用慣行」に含ませなかつた。というのは、「小集団活動」とは本来労働者の「自主的」活動である以上、企業の労働者に対する上からの「労務管理」ではないし、もともと労使間の個別的な合意としての労働契約とは理念的に相容れない性格のものだからである。労務管理論の中でも、この運動を日本の企業における特色ある制度として把らえながら、これを直接の労務管理の対象ではなく、むしろ集団的な「経営参加制」の一つの形態として位置付けるものが、最近では多いようである。⁽⁴⁾

それでは、小集団活動は「労働契約」とは無縁のものかと問えば、必ずしもそう断定できないように思われる。小集団活動は、沿革的には、職場の労働者自身による自主的管理（職場自治）方式として諸外国において古くから種々の形態の下で試みられてきた。わが国でも状況はほぼ同じで、主として昭和三〇年代後半から主要産業に拡がり、五

○年代に入ると普及率は著しく高まり、わが国産業の生産性の高さと品質の向上を支えるカギとさえいわれるようになった。初めは現場部門に限られたが、次第に営業、管理、開発部門にも波及している。前掲の「労使コミュニケーション調査」によると、小集団活動のある企業の割合は昭和四七年の三九・七％が同五九年で六〇・二％（内五〇〇人以上の企業では八三・七％、全員参加率が七七・八％）に普及している。⁽⁵⁾

小集団活動がこのように普及したことの背景には、これまでに述べた日本的雇用慣行の存在が大きく影響していると思われる。とりわけ閉鎖的市場を形成している終身雇用制、年功処遇、幅の広い柔軟な職場配置、企業内教育等が相乗効果を及ぼしたことは確かである。

企業は小集団活動を労働者の自由意思による改善運動として、たて前としてはこれを管理体制に組み込んだり、従業員の参加を強制したりしていない。もとより就業規則には「小集団活動」の項目はない。小集団活動は、日常の就業時間とは「隔絶」され、企業教育・研修過程に組み込まれていないし、賃金その他の個人別稼得の対象ともなっていない。

しかし、このような小集団活動が製造業のみならず、サービス業にも普及し、かつ実施されている企業での従業員の参加率が七〇〜八〇％というように高率化してくるとなると、もともと従業員の職務性あるいは職能性が特定のでなく、配転を通じて変動していく高度の柔軟性をもち、企業内教育によつてその適応性を身に付けさせるという労務管理体制をとっているわが国の企業では、多能化を目標とするフォーマルな社内教育体制とQC技法を中心とするインフォーマルな小集団活動とがどこかで結び付かざるを得ないであろう。そしてまた、生産性向上の志向意識の高いわが国の労働者の資質からして、小集団活動の成果が挙がるほどに、その成果の人事考課への反映を求める声が高まることが予測される。昭和六〇年に雇用職業総合研究所が実施した事例研究⁽⁶⁾によれば、小集団活動が結果的に多能工

化を促進する方向に作用していること、一般職層では小集団活動と人事考課制度とは全く関連付けられていないが、管理・督監者層では、日常のサークル活動を活発化させ、所定の成果を挙げさせることが管理責任として期待され、昇進・昇格の人事考課に反映させている例が少なくない。

すでに述べたように、わが国の企業就業体制が広くチームワークとして遂行されていることを前提とすれば、就業時間後のインフォーマルな小集団活動に職場の大多数の者が参加すれば、むしろ「参加しない」ことのほうが目立つことになるであろう。もちろん、管理・監督者を含めて全ての従業員は労働契約上は何らの義務も負わないのであるが、そこに「サーヴィス残業」に類似した人間関係が生ずることもあながち否定できないであろう。少数であるが、法的紛争例も出ており、ある判例は、全従業員に対し、作業ミスをした場合にはQCサークル活動のそれを含めて「作業ミス報告書」を提出させている場合にこれを提出しなかったため解雇された溶接工のケースにつき、作業ミス報告書の不提出は、労働提供の義務それ自体の違反とはならないという理由で解雇を無効と判示している。⁽²⁾

小集団活動に対する労働組合の態度は、今のところ微妙な状況にあるようである。それが労働者の「経営参加」の一つの形態であるとしても、労働組合サイドからみれば、労働協約や労使協定のように組合がアクティブにとりあげるに至っている問題ではなく、どちらかというと、時には組合役員がQCサークル等のリーダーの一人になることはあるとしても、基本的には従業員の「自主的」意思による参加として「反対はしないが、組合運動として積極的に支持もしない」という態度にとどまっている。⁽³⁾ 労働組合が一般的に労働契約の具体的内容にわたって組合員のためにコントロールの役割を果たすに至っていない状況が象徴しているように、企業内教育も小集団活動も、現在のところ、労働契約としての位置付けは「未定」である。しかし、従業員の多数の者にとって、それが企業内の一つの慣行としての重みをもってきていることは事実であり、早晚、とりあげられるべき課題となることであろう。

注

- (1) 労働省が平成三年三月に実施した「労働力尊重時代の人事政策に関する調査」では、従業員の退職後に備えた教育・指導・援助を行っている企業は、健康管理指導二・四％、退職後の生活設計指導一九・一、職業能力の開発八・一％となっている(同省「従業員福祉の実態とサラリーマンの本音」)。
- (2) 労基法は、昭和四四年、労働者を採用するに際しての明示すべき労働条件および就業規則に記載すべき事項として「職業訓練に関する事項」を加えた(規則五条八号)。
- (3) 地方公務員法三九条一項。
- (4) 例えば白井泰四郎「現代日本の労務管理」一九七九年二六四頁
- (5) 石田前掲書一五七頁以下による。
- (6) 職研調査研究報告書Z・O・S一三九頁参照。
- (7) 新興工業事件神戸地尼崎支判 昭六二・七・二労判五〇二号六二頁。
- (8) 前掲職研調査報告書 一五五頁参照。

第五章 結び——労働契約の再検討のために

序説にあたる第一章で述べたように、本稿は、わが国の企業の労働関係において「日本的雇用慣行」と呼ばれる慣行が法的制度ないし規範としての労働契約とどのようにかわるのかというテーマをとりあげた。日本的雇用慣行の問題は、主として企業論ないし労務管理論においては、終身雇用制や年功賃金制などの雇用上の慣行が日本特有のものか、それとも他の産業諸国にも共通性をもつものかどうか、そしてそのような慣行が企業の至上命題としての生

産性の発展にとつて阻碍要因になるのか、あるいは逆に発展要因として機能しているのかという角度から論じられているようである。このような論点は、経済政策や社会政策上の政策課題として重要であり、とりわけ日本の企業が「外資系」企業の一つとして他の国に進出し、そこで「現地」の人々を雇用する場合において切実な問題となろう。他方、日本の企業が近い将来、移入してくるであろう外国人を大量に雇用する場合においても、日本的雇用慣行の「適用」による文化的「摩擦」の問題がきわめて現実的な課題となるであろう。また、終身雇用制のような伝統的な慣行は、企業の労務管理や政策の問題とは別に、今やわが国労働者自身の生き方にかかわる問題として価値を問われつつある。

日本的雇用慣行にかかわるこのような重要な側面については、もとより専門でない筆者には、本論において必要ない限りで触れた以上に究明する余裕がない。本論では、これまで「日本的雇用慣行論」の中では直接に言及されることのなかった雇用慣行とその適用対象者である労働者の労働契約上の「個別」意思の問題をとりあげた。雇用慣行について、それと労働者の個別意思との関係が何故問題となるかといえ、そもそも「日本的雇用慣行」なるものの具体的内容が労働者の意識の中であまりはつきりしていないからであり、またはつきりしているとしても、労使の当事者間では慣行なるが故に、契約交渉（「とりきめ」）の対象となることなく、もっぱら企業側に都合のよいルールとして機能する結果になりかねないからである。そうすると、「労働関係は当事者間の合意である労働契約を媒介として行われなければならない」という近代法の基本原則に背馳することになる。

労働契約が当事者間の完全な同意の産物ではなく、むしろ合意の擬制的性格が強いこと、また、労働契約が形式化制度化してそこに労働者の意思がますます反映されにくくなっている傾向は、もとよりわが国だけに限らず、このような法—契約制度を採用している諸国共通の問題である。そこから労働契約の有名無実化による労働者の保護を目的

として、立法による契約内容の規制や労働協約のような集団的規制など、これを補強する制度が発展した。これによつて労使間の私的規範としての労働契約の地位は今日、著しく後退したが、にもかかわらず、労働者の一人ひとりの合意に基づく労働という理念を最も端的に象徴する古典的な「労働契約」は、他に代替すべき法的概念がないままに現在でも基本的な法規範であり続けている。

問題は、わが国においては、近代の諸国に普遍的に見られるこの労働契約の機能の衰退現象が、特に著しいということである。その理由については、すでに第三章において、わが国の労働契約の「存在形態」という形で論じた。要約すれば、わが国では日本的雇用慣行の主たる適用者である常用労働者は、採用から退職までの企業の在職期間中、ほとんど一度も文書による契約書を作成しないこと、そして、企業における実際の労働関係は、企業が作成した経営規範としての就業規則によつて画一的に規律され、さらに企業別の労働協約あるいは労使協定という集団的規範が加わる結果、個々の労働者の合意規範としての労働契約はいよいよ「観念的」存在と化していること、さらに裁判所が判例を通じて、企業規範としての就業規則に直接の法的拘束力を認めたことによつて労働契約のフィクション化が一層進められた、ということである。

「日本的雇用慣行」は、右に述べたように、それ自体内容が明確でないが、筆者は、初めに労働契約とのかかわりが深いと思われる労務管理上の手続、制度、あるいは非公式の慣行やしきたりを幾つか選択した。その中には、就業規則等の定めを通じて明示の制度に近くなっているものもあるが、根拠不明のまま白紙委任的に企業の決定に任されているものも少なくない。その結果、労働者サイドからみれば、明示されるべき労働条件を初めとして、ほんらい労働契約の内容たるべきことを知らされないままに就労しているわけである。第四章では、その幾つかを例示的にとりあげた。大筋をたどれば、終身雇用制や年功処遇制など、現在のわが国の企業において基本的な管理政策として採用

されているにもかかわらず、それが慣行であるために労働契約の内容として把えることの技術的な難しさを指摘した。企業内教育・訓練や福利施策には何程かの契約としてのプラスの要素が含まれており、服務規律のしかたにも、労働契約で定めるべき規律、の範囲を越えたわが国特有のしかたが見られる。職種や職務の内容は、配転という日本的慣行を通じてきわめて流動的に決定されており、契約内容として具体化 (visualize) することの最も難しい領域となっている。西欧諸国では、一般に本人の同意を経ない職務の変更や配転はまず契約違反とみられるのが普通であるのに対し、配転が「当り前」のわが国では使用者による一方的決定を労働契約違反として争うことは、社会的にも、また法的にもかなり難しい。わが国の場合、「職務」というものの契約的性格が、最初から特定 (限定) された者以外は不明確だからである。

それでは、「日本的雇用慣行」は、労働契約あるいは契約的概念とは無縁の、契約に相対立する経営的「事実」に過ぎないか、といえば決してそうではない。日本的雇用慣行の中核といわれる終身雇用制や年功処遇制をはじめ、配置、教育、規律、福祉等の面で特色を示す慣行が、わが国の私企業において定着、強化されたのは、むしろ第二次大戦後のことであり、大戦によって崩壊した企業体制を復興するための意識的な管理政策として登場したものである。従って、それは、当然に、戦後の「経営民主化」や組合運動との対決を経過することによって古い体質的な遺制といったものをかなり払拭し、それなりに合理化されてきている。また、それは「慣行」といっても、経営者の「専権」そのものではなく、その多くは、部分的に就業規則や社則その他の経営規範の中に制度化されるに至っている。そうすると、就業規則と労働契約との関係という労働法上の難問に再び逢着することになるが、わが国の裁判所の考え方をみると、日本的雇用慣行を形成している慣行的事実が就業規則を通して労働契約の内容となるとみる考え方を徐々に強めてきており、この考え方に立つ限りでは、日本的雇用慣行は就業規則の抽象化された規範を通じて、労

働契約の内容となる、という法的テーゼが成立することになる。⁽²⁾

しかし、このような把らえ方はすぐれて法形式的論議であつて、十分な説得性をもっていない。労働者サイドからみれば、日本的雇用慣行といわれるものの中には労働契約の中味になつていない――つまり慣行という名の強行的経営規範が少なからずある――と受け止められていることも確かである。そして、このような体制的、制的な慣行の支配に身を委ねることに対しては、「労働の人間化」を否定するものとして批判が生じているところである。⁽³⁾

もっとも、日本的雇用慣行のすべてが労働者側にとつてその意に反する強制的規範と意識されているわけではない。特に、高度経済成長時代の下での高い名目賃金と雇用率の確保については日本的雇用慣行が一定の役割を果たしたと評価し、今後それが維持されるべきだと考えている労働者が多いことは多くの実態調査の明らかにするところである。

日本的雇用関係を個別的「契約関係」に引き直して権利と義務の関係として把らえることには、主として経営サイドからの、次のような批判があるであろう。すなわち、労働関係を労使の「権利と義務」の関係に還元してしまえば、わが国の労働関係の美点である企業と社員間の信頼性とか協調性といった側面が抜け落ちてしまう。日本に高度経済成長を齎らした高い生産性は権利義務のヨコの契約関係よりも、タテの柔軟な企業―社員の共同体的関係に支えられているのであり、これを硬直的な契約関係に引戻すことは行き詰まった西欧型経営管理に逆戻りするアナクロニズムである。今日の日本の雇用慣行の下での労働契約の内容は、終身雇用制という雇用の保障と職能給を加味した生活保障給としての年功賃金を基本として原則的に上向指向に変化する柔軟な労務管理であり、その他の慣行も長期的視野にたつて企業内労働市場を充足させることにより、従業員の福祉に寄与している。労働契約の内容を不確定的にしているとの批判のある職務配置や配転も、手厚い企業内教育訓練と相まって従業員の職務能力の範囲を拡大し、相互競争を通じて人材の開発、確保に役立っており、企業として当面せざるをえない合理化の場合の雇用調整をスムーズに

している。これまで日本の企業が不況の際の剰員についてできるだけ解雇を避けることができたのは、この柔軟な慣行によるところが大きい、と。

これらの批判は、それ自体としてはまことにもつともであり、日本的雇用慣行の全体としてのメリットはそれとして認めなくてはならない。にもかかわらず、労働関係の基本理念としての労働契約の「個別性」のもつ重要性は否定されるべきではない。それは、この理念が、日本的雇用慣行の、というよりは、その「負」の部分の独走に対する唯一の歯止めになると思われるからである。その理由は次のように要約することができよう。

(一) 日本の雇用慣行の適用を受ける労働者は、企業単位でみれば、その一部である常用労働者に限られている。この意味においてそれは従業員に普遍的な慣行とはいえない。かつては、企業の従業員のほとんどは常用労働者で占められていたが、今や常用者自身の転職率が急増し、パートタイマー、派遣労働者等の非常用労働者の増加によって、常用者の比率は急速に低下し、企業によつては三分の一を割る状況である。日本的雇用慣行が常用と非常用労働者とを階層的に峻別する政策に拠っているとすれば、それは後者の犠牲のうえに前者を温存していることに外ならない。これは従業員平等取扱の理念に反することになる。

(二) 日本の雇用慣行の下での労働条件や待遇条件の定め方は、一定の長期間を単位として流動的であるため企業の裁量部分が大きいだけでなく、その基準が客観的でなく、主観に流れ易い。にもかかわらず、争いになれば法的には、そのような決定のしかたも、労働者の事前の「包括的合意」を得ていると解釈されることになる。

(三) わが国の現在の民事訴訟制度の下では、労使関係の紛争は、すべて個別労働契約に違反するかどうかの形で争われるしくみになっている。日本的雇用慣行をめぐる争いもこの形式をとらざるを得ない。しかし、労働者側にとつてはこれらの慣行に基づく措置が労働契約に違反することを立証するのは容易ではない。

日本的雇用慣行を労働契約に引直して検討すべき法技術上の必要性も右に述べた理由による。

最後に国際的視座からの課題に触れておきたい。

「日本的雇用慣行」あるいは「日本的経営」は、今日、国際社会からさまざまな評価の下に行方を注目されている。その経済的効率性に着目してその制度の一部を「移植」するメリットを説く見解もあるが、そこでも一定の限界や条件が提示されている。反対にこれを「異文化」の制度として排斥する見解が内外に強いが、このような考え方は、どのつまり、日本企業との接触そのものの忌避につながりかねない。いずれにしても、日本的雇用慣行を労使関係改善の一つのモデルとして国際社会に理解させるためには、その集団主義的エトスが企業の成員としての労働者の合意性⁽¹⁾と契約性⁽²⁾と権利性を否定することなく、両者が両立しうるものであることを論理および実証の両面において納得的に説明する必要がある。労働法学の分野における労働契約論も、「合意擬制論」というような超時代的観念論を離れて、実証的機能の検証の観点から総合科学としての途に進むべきだと考える。

注

(1) 労働関係以外の一般的取引契約においても契約書を作成しない場合が少なくない。その理由としては、当事者間の継続的関係等から書式による包括的、または明確な取決めをするのが却ってデメリットになること、そうしないことがむしろ事情に即した弾力性をもたせるメリットをもつこと、交渉力に差がある当事者間では、弱者は自己の弱い立場を契約書に反映させることを欲せず、強者は契約書による束縛を好まないこと、などが挙げられる(太田知行「交換過程における契約の役割―日米の比較を中心にして」藤倉・長尾編「国際摩擦―その法文化的背景」一九八九年、六本佳平「契約の日米比較―日本の法文化(3)」(法学教室一一号一九八九参照)。これらの事情は、雇用契約において契約書が用いられない理由としてある程度、あてはまるが、後者の場合には、とりわけ契約内容が画一化していることによる個別

契約書の形式性―有名無実化が大きいと思われる。

（２）このことが端的に示されていたのは、さきに挙げた「時間外労働の義務」に関する最高裁の判決（平三・一一・二八）である。およそ、経営の必要性による時間外労働は労働者本人の同意を得て行なう、というのが、労働のあり方からいって最も自然な形であることはいうまでもない。しかし、時間外労働が恒常化した日本の雇用慣行の下では、それが就業規則上の業務命令という規範になっている。同事件ではこれを「合理性のある」法的規範とみてしまうことができるかどうかが争われたのである。中嶋士元也同判決評釈ジュリスト九九五号九八頁参照。

（３）駒井洋「日本の経営と異文化の労働者」昭和六二年は、日本の経営が労働の人間化を無視しながら、高い生産性を維持させる役割を果たしていたことをアメリカ、および東南アジアのデータを通じて明らかにしている。

（４）わが国企業における職務分類や職務評価がフレキシブルで抽象的なため個別契約の内容に移し変え難いということは、いわゆる差別取扱訴訟における原告側の主張、立証を困難なものにしている。この問題は、これまでのところ、主として昇給、昇給差別をめぐる不当労働行為事件や昇格性別差別民事事件に反映しているだけである。しかし、今日、人種、性別、カラー、年齢、組合運動等を理由とする募集から解雇までの広い範囲の雇用差別が厳しく問われているアメリカにおいてとりわけ、日本の雇用慣行をそのまま踏襲しようとした日系企業が当面した訴訟事件（矢部 武「日本企業は差別する！」ダイヤモンド社一九九一年参照）を見ると、やがてわが国においても立法や訴訟のありかたが問われることになりそうに思われる。