

# 琉球大学学術リポジトリ

## 労使慣行の成立とその改廃及び就業規則との関係

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部・大学院法務研究科 公開日: 2015-08-14 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 戸谷, 義治, Toya, Yoshiharu メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/31477">http://hdl.handle.net/20.500.12000/31477</a>

# 労使慣行の成立とその改廃及び就業規則との関係

戸谷 義治

## はじめに

我が国労働法は、就業規則及び労働協約という明文の規則が労働契約の内容を規律することを当然に予定し、実際にもそのように運用されているところではあるが、そうした明文の規律とは別にいわゆる労使慣行と呼ばれる不文のルールが存在し、労使の行動を規制している。そのため、賞与の支払い、有期労働契約の更新、定年退職後の嘱託職員としての雇用など、様々な場面で労働者は労使慣行の存在を主張して、自らの主張の正当性を明らかにしようとする事案が多く見られる。

こうした労使慣行の問題となる事案の中でも特に判断が困難なのは、労使慣行が明文の就業規則等に反している場合や、労使慣行の成立は認められても使用者が事後的にその労使慣行を廃止若しくは変更するような就業規則を制定（改正）する場合である。

本稿では、労使慣行の基礎的な事項を確認した上で、就業規則と抵触する労使慣行について若干の検討を試みることにしたい。

## 1. 慣習法、事実たる慣習と民法 92 条、法適用通則法 3 条(旧・法例 2 条)

労使慣行という用語はこれまでの判例・裁判例においても数多く使用されているが、その関知するところは個別労働関係における就業規則の用語の解釈から賃金の決定及び支払いの方法、労働時間の算定方法など、また集団的労働関係における団体交渉のルールなど実に様々である。そのため、労使慣行を一義的にとらえることは困難であると考えられ、以下ではまず民法 92 条及び法適用通則法 3 条<sup>\*1</sup>に規定された慣習と法との関係について概観した上で労使慣

<sup>\*1</sup> 平成 18 年代 164 国会で法例の全面改正として法の適用に関する通則法が制定され、旧・法例 2 条の規定は漢字・平仮名に改められた上で通則法 3 条に定められた。なお、現行の法令としてはこのほか、裁判事務心得（明治 8 年・太政官布告 103 号）3

行がどのようなものであるかを検討したい\*2。

従来、民法92条と法適用通則法3条との関係については、法適用通則法3条が定めるのは広義の慣習のうち社会的な法的確信の伴うもの、すなわち「慣習法」であり、民法92条の定めるのはそのような法的確信を伴わない「事実たる慣習」であるとの理解が一般的であった\*3。しかし、このような考え方については、各種の批判がなされ\*4、必ずしも通説的な見解は見あたらないが、現在ではそもそも起草の段階で担当者間に意見の違いがあり、それを解決しないままに立法がなされたため、この2つの条文を無理なく整合的に解釈するのは不可能もしくは困難であるとの認識の下に\*5、民法92条は法適用通則法3条の特則である\*6、法適用通則法3条に言う「法令の規定」には民法92条を含む\*7、もしくは法適用通則法3条は法令に規定のない場合を定め民法92条は法令の規定がある場合を定めたものである\*8といったように理論は異なる

---

条が「民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ」と定めているが、これについては旧・法例2条によってその内容が引き継がれ、現在においては法適用通則法3条と裁判事務心得3条とは同一の内容を定めるものと解されている。児玉寛『慣習論』（内田貴・大村敦志編「民法の争点（ジュリスト増刊・新法律学の争点1）」63頁参照。

\*2 また、商慣習法が成立するためには当該慣習が全国一律に適用されるようなものでなければならないと解されているため、通常一企業内乃至一事業場内での慣行が問題となる労使慣行では問題となる場面は少ないと考えられるが、使用者が商事会社である場合には、労働契約の締結も付随的商行為であるため商法1条による商慣習法の規定が適用される可能性がある（鴻常夫「商法総則新訂5版」（弘文堂・平成15年）60頁）。なお、貸金債権や退職金債権に係る利率が民事法定利率によるか商事法廷利率によるかが争われた事件ではあるが、雇傭契約締結を商行為であるとした判例として、大判昭11.12.26大審院判決全集4輯2号16頁、鶴原谷印刷事件最一小判昭30.9.29判タ53号35頁、新井工務店事件最一小判昭51.7.9判タ337号197頁。

\*3 我妻栄「新訂民法総則」（岩波書店・昭和40年）251頁以下。

\*4 文字通り考えれば、事実たる慣習の方が慣習法よりも効力の順位が高くなってしまふことなど。内田貴「民法1第2版」（東京大学出版会・平成12年）265頁参照。

\*5 来栖三郎『法の解釈における慣習の意義』（安達三季生・久留都茂子・三藤邦彦編「来栖三郎著作集I」（信山社・平成16年）175頁）176頁参照。）

\*6 四宮和夫・能見善久「民法総則第5版」（弘文堂・平成11年）165頁。

\*7 前掲・内田「民法1第2版」266頁。

\*8 前掲・来栖『法の解釈における慣習の意義』182頁。

ものの両条ともに慣習法乃至慣習に法的規範性を認め、かつ民法92条については法的規範性を持たないまでも契約の解釈基準となるべき慣習の存在を肯定している\*9。判例の考え方は必ずしも明らかではないが、後記のように労使慣行に関する限り従来通説に従っていると考えられる。

## 2. 慣習・慣行の成立

### （1）慣習・慣行の成立と民法92条、法適用通則法3条

労使慣行と上記のような慣習との関係については、裁判例を見る限り民法92条や法適用通則法3条との関係は必ずしも明らかではないが、三菱重工業長崎造船所事件\*10のように法例2条（通則法3条）に言う慣習法又は民法92条に言う事実たる慣習に当たるものでなければ法的拘束力を持たないとし、それ以外に労使慣行に効果を持たせないものもあるものの、最近の裁判例においては必ずしも事実たる慣習と呼べるほどのものでなくとも一定の範囲において労使慣行に効力を認めるものが多い。

### （2）労使慣行の成立基準

ただ、労使慣行の成立の要件については一定しない。最近の裁判例に現れた判断要素としては、①長期にわたり反復継続されてきたこと、②労使双方が慣例に対して規範意識を持って従ってきたこと、③事実上の行為準則として機能していること、④当事者が明示的にこれを排除していないことがあげられる\*11。多くは①から④のすべてを要求しているが、学校法人N大学事件\*12が「労働契約の当事者間で一定の労働条件について就業規則、労働協約、労働契約などの成文の規範に基づかない労使慣行が成立しているかどうかについては、一

\*9 寺井基博『労働条件の決定・変更と労使慣行の法理』（日本労働法学会編「講座21世紀の労働法第3巻－労働条件の決定と変更」（有斐閣・平成12年）186頁）188頁は来栖説が有力説であるとする。

\*10 長崎地判平1.2.10労判534号10頁。

\*11 下井隆史「労働関係における慣行ないし慣習の法的効力」（同志社法学54巻3号338頁）340頁以下参照。

\*12 東京地判平18.1.13判タ1219号259頁。

定の取扱いなしし処理の仕方が長い間反復・継続して行われ、それが使用者と労働者の双方に対し事実上の行為基準として機能しているかどうかによるべきであると一般的には考えられる。」と述べるように②規範的意識を問題としないものも見られる\*13。

またこれらとは別に、公務員に関して広島県（学校教員年休）事件\*14は、法令に違反する態様で労働組合活動のために職場を離れる時間についても給与を受け取ることが常態化している状況において、「県教委と被告らとの労使関係は、公法上の法律関係であり、その間に法律上有効な労使慣行が存在するというためには、それが同法律関係を規律する公法に抵触しないことが必要であるところ、……有給休暇を取得せずに勤務時間中に職場を離脱した者に対し、当該離脱時間に相当する給与を支給することは、地方公務員に対し給与条例なしし勤務時間条例に定めのない給与又は休暇を付与するものであって、これが地公法24条6項に反することは明らかである。したがって、仮に被告ら主張の労使慣行の存在が認められるとしても、その法的効力を肯定することはできない」と判示し、労使慣行の成立の余地を認めた上で、その法律関係を規律する公法に抵触しないことが必要であるとした。

なお、当該労使慣行が労基法等の強行規定に違反するものである場合には、いかに上記4つの要件を備えたものであったとしても、その効力は否定される\*15。

この点、上記のように労使慣行は必ずしも民法92条に言う事実たる慣習に至る程度でなくとも一定の効力を認めることができること、後述のように継続

\*13 同様の判断を示す事例として、JALメンテナンスサービス事件一審（東京地判平22.4.13判時2089号154頁）、同控訴審（東京高判平23.2.15判時2119号135頁）。

\*14 広島地判平17.5.31判タ1214号195頁。

\*15 三六協定なしの時間外労働命令が許される旨の労使慣行について効力を有しないとした事例として、大京事件（大阪地判平16.1.23労経速1864号21頁）、一定の職位にある者（労基法上の管理監督者ではない者を含む）に時間外割増賃金を支払わない旨の労使慣行につきこれを否定した事例として東建ジオテック事件（東京地判平14.3.28労判827号74頁）、キャスコ事件（大阪地判平12.4.28労判787号30頁）。

的契約である労働契約において契約自体や就業規則もしくは労働協約等の規定や解釈を補充するものと考えられることからすれば、①、③及び④を備えていれば一応その成立を認めることができるものと考えられる。

②については「規範意識」の意味するところが必ずしも明らかではないが、確かに慣習法及び事実たる慣習に関する従来の通説に従えば、仮に労使慣行を事実たる慣習と考えたとすれば、その成立を認めるためには「法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものと認められる」必要があることになり<sup>\*16</sup>、すなわち「慣習による意思＝規範的意識」と見ることも可能ではあるとは思われる。しかし、前述の通り現在では多くの学説が「通則法3条＝慣習法」「民法92条＝事実たる慣習」と厳密に区分すること自体に懐疑的であること、また下記のように②を問題にする結果、事実上、使用者にこれに従う規範意識が存したか否かの問題となり、使用者が実際には当該慣例に従った行動をとってきたにもかかわらず規範的意識までは有していなかったとの判断がなされるとすれば妥当ではないことなどからすれば、規範的意識を基準としてたてることには疑問が残る。この点、特に就業規則条項と異なる労使慣行の成立が問題となる場面においては、三室戸学園事件判決が「就業規則を制定改廃する権限を有する者か、あるいは実質上これと同視し得る者が、当該取り扱いについて規範意識を有していたことを要する」と述べているように<sup>\*17</sup>、本来使用者が就業規則を以て労働条件を決定できることから、使用者の規範意識を重要視する考え方もあり得る<sup>\*18</sup>。しかし、就業規則によって労働条件を決定する権限は労基法によって特に与えられたものであって、常に就業規則によって労働条件を決定しなければならないわけではないことは当然であり、契約によって定め

\*16 関西新幹線サービックほか事件（大阪地判平18.4.26 労経速1941号23頁）

\*17 同事件判決は、使用者の規範意識のみを問題とし、労働者のそれは要件として取り上げていない。

\*18 同様に、労働条件決定権限を有する者の規範意識を重視する事案として、日本大学（定年・本訴）事件（東京地判平14.12.25 労判845号33頁）、日本大学（定年・仮処分）事件（東京地決平13.7.25 労判818号46頁）、商大八戸ノ里ドライビングスクール事件（大阪地判平8.1.22 労判691号54頁）など。

ることができるのであるから、これが慣習による場合であっても就業規則制定権限を理由に使用者の規範意識をことさら取り上げることはなお妥当ではないと思われる。

また、「慣習による意思」は④の明示的な排除がない限り認められると考えれば十分と思われる\*19。

### (3) 就業規則に反する労使慣行の成立について

労働協約や就業規則において何ら定められていない事項について、それまでの慣行により問題が処理されるべきことは、比較的理解しやすい。エキゾー事件\*20が、「雇用者の就業規則に規定のない制度であっても、そのような事実が長期間にわたり、多数行われており、かつ、労使双方がそのような扱いをすることに規範意識を有していた場合には、その慣行自体が、労使の関係を規制する拘束力を有し、労使の関係を規制する規範となる場合があることは否定することができないものと解するのが相当である。」と述べるとおりである。

それでは、就業規則や労働協約など法定の手続を経て定められた明文の規定に反する労使慣行の成立は認められるであろうか\*21。日本システム開発研究所事件\*22のように、年俸制の導入について就業規則には全く規定がないため真正面からこれに反するとはいえないが、少なくとも賃金の支払い方法として月給制しか定めていない就業規則が予定していなかった制度が慣行として成立

\*19 戦前の判例ではあるが大審院も、「民法第九十二条ノ慣習ニ依ル意思アルコトヲ認ムルニハ法律行為ノ当事者カ其意思ヲ有スルモノト認ムルコトヲ得ヘキ事情存スルヲ以テ足レリトシ其慣習アル場合ニ於テ普通之ニ依ルノ意思ヲ以テ為スヘキ地位ニ在リテ取引ヲ為ス者ハ特ニ反対ノ意思ヲ表示セサル限りハ之ニ依ルノ意思ヲ有スルモノト推定スルヲ当然トスルコトハ本院判例ノ示所ナリ」（大判大5.1.21大審院民事判決抄録64巻13928頁）と判示している。前掲・来栖『法の解釈における慣習の意義』182頁参照。

\*20 前橋地太田支判平18.8.9労経速1951号18頁。

\*21 石山陽『労使慣行に関する一考察』（季刊公企労研究31巻40頁）45頁は、「事実たる慣習としての労使慣行が成立しうる分野は、法例の強行規定、労働協約、就業規則に明文の定めのない事項に限られると言っても過言ではない」とする。

\*22 東京地方裁判所平成18年10月6日判決 労判934号69頁

している場合もある。この点、名古屋地判平15・8・26判例集等未登載は、「企業内の慣行に関する労使間のやり取り、交渉等の反復継続に基づき、就業規則とは異なる新しい法律関係が形成され得ることが承認される場合があるのであって、問題の労使慣行が就業規則に反するというだけで、その法的拘束力が否定されるというのは妥当でないが……単なる就業規則の空白領域における労使慣行の成立等とは、その要件を異にすると考えるのが相当である」として、通常よりも厳格な判断をすることで就業規則に反する慣行も成立しうるとする。

また、前掲・日本大学（定年・本訴）事件判決は、「労使間で慣例として行われている労働条件等に関する取扱いである労使慣行は、それが事実たる慣習として、労働契約の内容を構成するものとなっている場合に限り、就業規則に反するかどうかを問わず、法的拘束力を有するというべきである」として、事実たる慣習と認めることができる労使慣行に限り就業規則に反する慣行も成立とする。当事者の規範意識を問題としないとしても、就業規則であれば少なくとも使用者が、また労働協約であれば労使双方が、それぞれの明文規定によって他の慣行を排除していると見るのが通常と思われることからすれば、明文規定に反する慣行の成立のためには上記2判決のように事実たる慣習と認められる程度の慣行が存することが必要と思われる\*23。

前掲・日本システム開発研究所事件では、この点につき、「労使間に給与の取り決め方において、相当以前から年俸による給与交渉を毎年一定時期に行い合意によって取り決めてきたことが認められ〔る〕」ことのみを示して年俸制を労使慣行であったと認めている。この事件の場合、判決は労使慣行の成立については特に紙幅を割くこともなく重要な問題としてとらえていないとも見られ、上記判決が労使慣行の成立には長期の反復継続のみで足りるとする趣旨であるのか、単に他の基準を検討しなかっただけであるのかはわからない。ただ、上述の基準に照らしてこの事件を考えても、①については判決の示すとおりであり、③については正にこれによって労使双方が行動していたことが伺わ

\*23 前掲・寺井『労働条件の決定・変更と労使慣行の法理』194頁。

れる。また、④月給制を定める就業規則条項には反する可能性があるものの、これまで労使ともにこれに明示的に反対の意思を表明した事実は認定されておらず、現に40代以上の労働者で年俸制を適用されない（もしくは適用を拒否する）者は皆無であったことが伺われることからすれば、結論においてこの点に関する判決の判断は妥当であると考えられる。

### 3. 労使慣行の効力

成立が認められる労使慣行の効力については、それが事実たる慣習といえる程度のものであれば労働契約の内容となり、そうでないものについては労働契約解釈の基準となるにとどまると考えるのが多数である\*24。この点、日立電子出向命令拒否事件判決\*25は、「労働契約締結に際し当事者間に明示の合意がない事項についても、それが企業社会一般において、或いは当該企業において慣行として行なわれている事項である場合には、黙示の合意によりそれが契約の内容となつていと認められる場合があり、又契約締結時にはそのような合意を認められない場合でも、労働契約関係が現実には長期に亘る継続的契約であつて、労働関係の内容が多種類且つ流動的なことから契約締結後に契約内容と異なる慣行が長期間に亘つて労働関係を律し、当事者もそれによることを黙示的に合意していると認められる場合には、その慣行によつて当初の契約内容が修正されたものと解する余地があることは否定できない。しかし右にいう慣行とは、当該慣行が企業社会一般において労働関係を律する規範的な事実として明確に承認され、或いは当該企業の従業員が一般に当然のこととして異議をとどめず当該企業内においてそれが事実上の制度として確立している底のものであることを要する」とのべているが、労働契約の継続的性格に鑑みれば、労使慣行が労働契約を補充することは当然に認められるものと考えられる。

\*24 前掲・寺井『労働条件の決定・変更と労使慣行の法理』191頁。山口浩一郎『労使慣行とは気の法理』（季労133号61頁）67頁。

\*25 東京地判昭41.3.31判例時報442号16頁

#### 4. 慣行は新たな就業規則によって不利益変更しうるか

前掲・日本システム開発研究所事件判決は、「被告が規定の整備・改定といった本来やれるべきことをせずに一足飛びに従来の慣行を一方向的に改めることは難しいものといわなければならない」「制度・体系の労働者にとっての不利益な変更がある場合には……就業規則なり給与規則の改定、その周知徹底及び改定の内容が必要性に裏付けられていて合理的なものでなければならない」等と述べており、實際上、就業規則の改定以外の方法では労使慣行である本件賃金決定手続きを変更できないかのような判断をしている。結論としては妥当と思われるが、そもそも労使慣行となった労働条件について使用者が一方向的にこれを変更することができるか、できるとすればどのような要件が必要かについて検討したい。なお、労働者や労働組合との合意や、労働協約による場合は問題なく変更できるものと思われるので、ここでは検討しない。

この点、日本貨物検数協会賃金請求事件<sup>\*26</sup>のように、労使慣行であると認められればそれによって既得権を得た労働者に対しては就業規則を定めても当該労使慣行は改廃できないとする裁判例もあるが、これは労働契約が継続的契約であって継続期間中に内容に一定の変更があり得ることが労使慣行の前提であったことからすれば妥当ではない。これまで述べてきたように、労使慣行も慣習としての程度、対象とする事項等が様々であるため一概には言えず、例えば就業規則の細かな文言の解釈に関するものであって、変更による労働者への不利益が存在しないか極めて軽微であるような場合には一定の合理性を審査は必要であるにしても、原則としては労働者もしくは労働組合との協議及び破棄の通告で足りると考えられる。しかし、賃金に計算や支払方法など労働契約の本質に関わる事柄については、就業規則によって変更すべきであり、その効力に関する判断基準は所謂就業規則不利益変更法理によるべきであると考える。この点、石川島播磨重工東二工場就業時間起算点確認事件判決<sup>\*27</sup>が「いわゆる労働慣行の性質、法的根拠、効力については講学上種々議論のある

<sup>\*26</sup> 東京地判昭46.9.13判タ270号128頁、東京高判昭50.10.28判例時報794号50頁

<sup>\*27</sup> 東京地判昭52.8.10判時883号84頁

ところで、右のように使用者の労働条件に関わる猶予的取扱いが慣行化したことによる従業員の利益が、はたして権利とまでいえるものかどうかについては問題のあるところであるが、当裁判所は、このような従業員の利益も使用者が恣にこれを奪うことはできず、就業規則の作成又は変更によつてもこれを変更し、一方的に不利益な労働条件を課することは、原則として許されないが、労働契約関係が継続的な契約関係であること及び労働条件の集会的、画一的処理の要請から、当該変更が合理性（もとよりその合理性は使用者からだけみた合理性をいうのではなく、従業員の立場も考慮したうえでの客観的合理性を厳密に考えなければならないものである。）を有する限り、個々の労働者が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できないものと解するのが相当と考える」とし、秋北バス事件最判を引用している。また、事柄によっては就業規則を作成又は変更することになじまないものもあるが、この場合でも合理性と手続遵守が必要である\*28。確かに、通常であれば不文の労使慣行は明文の就業規則規定に劣後するのであって、通常就業規則不利益変更法理によって判断するのは厳格に過ぎると思われるが\*29、すでに契約内容となっているような労使慣行の変更については、これに同意しない労働者をも拘束することを正当化するだけの合理性が必要である\*30。

\*28 岡山電気軌道事件（広島高岡山支判平7.10.31 労判696号84頁）「基本給以外の賃金についてストカットをしないという確立した労使慣行の破棄、改変は、補助参加人所属の組合員の控訴人に対して有する賃金請求権の内容を変更するものにほかならないから、これが可能としても、合理的な理由と必要性のあることを要すると解されるし、また、手続的にも、その理由及び必要性を示して、交渉又は説得の手続を踏むべき」とする。

\*29 前掲・寺井『労働条件の決定・変更と労使慣行の法理』201頁は就業規則と労使慣行の法的効力の違いから、「合理性判断は就業規則の変更に比べてより容易に認められなければならない」とする。

\*30 前掲・下井『労働関係における慣行ないし慣習の法的効力』361頁は、「相当な長さの猶予期間を設け、かつ解消理由を開示することが、労働関係における慣行ないし慣習を解消するための効力要件である」とする。

## 終わりに

労使慣行は問題となる場面が多種多様であるばかりでなく、まさに労使双方を拘束する法規範として登場する場合（貸金債権の発生、有期契約の更新など）から、就業規則・労働協約の細かな解釈の仕方まで、その重みにも大きな幅がある。本稿では、一般的な労使慣行の成立と改廃に関する裁判例の紹介と検討にとどまったが、特に改廃に関する問題となる事例ごとの判断基準に関しては今後の検討課題としたい。