

労働基準法上の過半数代表・労使協定の位置づけと 機能の縁起沿革：労基法上の規定の効力の二元的理 解完成まで

新屋敷, 恵美子
九州大学大学院法学研究院：准教授

<https://doi.org/10.15017/7329605>

出版情報：法政研究. 91 (3), pp.137-168, 2024-12-18. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン：

権利関係：



労働基準法上の過半数代表・労使協定の 位置づけと機能の縁起沿革 ——労基法上の規定の効力の二元的理解完成まで

新屋敷 恵美子

- I はじめに
- II 制定時の労働条件決定・設定の仕組みと三六協定の位置づけ・機能
- III 三六協定の効力の争点化と労基法上の規定の効力の二元的理解
- IV 結びに代えて

I はじめに

1 緒言

労基法上の過半数代表（ないし従業員代表制）について議論が盛んになったのは、1980年代半ば以降とされ⁽¹⁾、現在でも引き続き、労働組合の組織率の低迷等を背景に、労働法規制の実現や職場に合ったルールの形成を集团的に図る「労使コミュニケーション」の一環として、過半数代表の機能拡大が検討されている⁽²⁾。

そして、上記の通り注目を集める過半数代表の機能につき、比較的近時の文献は、「①労使協定の締結を通じた法定最低条件を下回る労働条件設定の合法化機能」、
「②就業規則の作成または変更における意見聴取を通じた労働条件の設定に関与する機能」⁽³⁾を主要なものとする。こうした機能についての理解は、現在では、ある程

(1) 藤川久昭「労働法学における従業員代表制論」季労169号（1993）173頁、竹内（奥野）寿「従業員代表制と労使協定」日本労働法学会編『講座労働法の再生（1）労働法の基礎理論』（日本評論社、2017）159頁などを参照。

(2) 労働基準関係法制研究会「これまでの議論の整理」（以下、「2024年整理」という。）（令和6年4月23日）（https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_39877.html）（最終閲覧日2024年8月28日）16頁以下。ここでいう「労使コミュニケーション」には、「労使が団体交渉してよりよい労働条件を設定するもの」と「労働基準法制にある最低基準について、労使の合意で例外を認めるもの」とが含まれ、後者を担うものとして過半数代表が想定されている（16頁）。

(3) 前掲注1・竹内論文・162頁。

度共通するものとして受け止められ、議論の契機となった1987年の労基法改正において①に係る過半数代表の機能が多く導入されたことから、①は、「デロゲーション」、「逸脱」、「柔軟化」といった用語で、特に意識的に議論されてきた⁽⁴⁾。

しかしながら、労基法の仕組みを考える上で、①②の区別が、特に労基法の元々の設計から考えて、正確といえるのか、また、議論の前提としてよいのか疑問がある。というのも、①にいう労使協定は、労基法制定当初からあった労基法36条の仕組み（いわゆる三六協定）を応用して労基法等において拡大してきたものであるが、歴史的に見れば、三六協定は、就業規則を基礎とした労働条件決定・設定の仕組みの一端を担うものであったと考えられるからである⁽⁵⁾。つまり、現在多数に上っている①の労使協定は、労基法上の規定から逸脱した労働条件設定を合法化するところに主眼はなく、むしろ、ただ、②の過半数代表の機能と同様に労働条件設定をするための仕組みであったように思われるのである。

そして、制度設計全体を考える上で、労基法の中での①と②の意義の正確な把握は、たとえば過半数代表の選出のあり方を構想するといった重要な局面で、決定的に重要となるであろう⁽⁶⁾。そこで、労使協定の縁起沿革を確認する必要がある。

また、労基法の法案作成過程等からは、労基法は、その制定当時においては、労働者の労働条件決定・設定の局面で、当事者の合意の具体的な意義を予定していなかったことがわかる⁽⁷⁾。当時においては、労基法は、個別の合意の意義を可能な限り排除し、むしろ、就業規則、そして、労働協約による集団的な労働条件の決定・設定を前提としていた。だとすれば、特に1987年以降、労基法36条の仕組みを拡大していくとすときに、基本的には個別合意を議論する余地はないはずである。ところが、そうした拡大の背景には、「労働者の働き方の多様化」⁽⁸⁾が存在してきたこと

(4) 桑村裕美子「労働者保護法の基礎と構造——法規制の柔軟化を契機とした日独仏比較法研究」(有斐閣、2017) 11頁など。

(5) 新屋敷恵美子「労働基準法24条の定める全額払原則と強行法規性の淵源・沿革：合意・労働協約・労使協定の位置づけと機能」法政研究90巻3号(2023) 79頁を参照。

(6) 柳屋孝安「従業員代表制の運用をめぐる法的諸問題の検討」法と政治43巻1号291頁(1992)は、「従業員代表制」の存在意義の理解の種類と各理解に基づく解釈論上、立法論上の問題の表出を示しており、その位置づけの正確な把握が、過半数代表制等の全体的な構想を考える上で重要であることを示している。

(7) 新屋敷恵美子「労働契約関係における労働条件設定の原型」法政研究82巻2 = 3号(2015) 553頁や前掲注5・新屋敷論文を参照。

は確かであり、⁽⁹⁾「合意の原則」を強調する労契法の施行（2008年）等もあって、現在増々多様化する働き方の基礎となる当事者の合意の労働条件決定・設定の局面での意義は格段に重要となってきた⁽¹⁰⁾。

つまり、労基法が制定された当時には（少なくとも法の仕組みにおいて⁽¹¹⁾）想定されていなかった労働条件決定・設定の局面での個別の合意の意義が出現してきている。そうすると、現在において、過半数代表制度の拡大を構想し、上記①②も含めて、労働条件決定・設定の機能を考えていこうとすると、元々の制度設計からすれば新たな要素である個別合意と①・②の機能との関係を整理しなければならないはずである。その考察には、やはり元々の制度の趣旨や構成の理解が欠かせない。

2 本稿の考察対象・分析視角・考察順序

1より、本稿は、まず、労基法制定当時の、労基法36条の労使協定の位置づけや機能を改めて確認し、これらが、いかなる意味で1①②の過半数代表の機能に対応するものとなっていたのかを確認する（Ⅱ）。当然、その確認は、労基法の法案作成過程の確認となる。

次に、1950年代から1960年代までに活発になされた三六協定の効力をめぐる議論を細かく見ていく。現在のように、労基法の規定の効力についての理解が必ずしも確立していない中で、労基法36条をめぐる議論が、労基法上の規定の有する効力についての統一的な理解をもたらしたこと、そして、その理解が、先の労基法上の過半数代表に認められるとされる①②の機能を分化させて理解する解釈に繋がっていることを示す（Ⅲ）。

最後に、以上の検討を纏め、今後の課題を示す（Ⅳ）。

(8) 前掲注1・竹内論文・167頁。

(9) 安枝英紳「労働時間法制をめぐる論点——時短の必要性・法改正の背景・立法政策の方向」季労135号4頁（1985）など。

(10) 「多様化する労働契約のルールに関する検討会報告書」（2022年3月）（<https://www.mhlw.go.jp/content/11201250/000928269.pdf>）（最終閲覧日2024年8月27日）27頁等を参照。

(11) 労基法の法案作成過程を主導した末弘徹太郎の考えでは、個別合意の意義を排斥するために労基法上の就業規則規定が設けられた（前掲注7・新屋敷論文を参照）。

Ⅱ 制定時の労働条件決定・設定の仕組みと三六協定の位置づけ・機能

Ⅱでは、労基法制定当時の労基法36条に定められた仕組みが、労働条件決定・設定の仕組み全体の中で、いかなる機能を有するものとして設けられたのかを確認する。

1 制定当時の労基法における労働条件決定・設定の仕組み

まず、制定当時の労基法について想定されていた労働条件決定・設定の仕組みはいかなるものであったのか。

(1) 集団的な意味での対等決定原則

まず指摘すべきは、労基法2条1項は、労働条件の対等決定原則を定めているが、同条につき、法案の起草過程で、対等な者として想定されていたのは、使用者と労働者らの組織する労働者の集団、特に労働組合であったという点である。

個別契約の意義を意識しつつ仔細に労基法の法案作成や立法過程を追った先行研究⁽¹²⁾は、立法のための議会に臨む「当局の基本的見解」を示した文書では、制定される労基法につき、「労使の対等関係の樹立と自由な労働条件交渉の促進も強調されているのみならず、労働条件決定への労働組合の参加を非常に重視している点が目立つ」とし、また、「就業規則についての意見聴取が、作成に関する労使の対等決定を援助するものであることを明言」⁽¹³⁾していたことを指摘する。さらに、同研究は、法案作成過程で強い影響力を発揮した末弘厳太郎が、労基法制定後「二条の対等決定原則につき、これは労働者個人と使用者との関係を想定しているのではなく、労働組合による交渉と対等決定とを想定しているとも述べている」⁽¹⁴⁾ことを指摘する。

労基法2条1項それ自体について、法案作成過程を詳しく確認した文献からも、実際にそうした趣旨で、対等決定の原則が規定されたことを確認できる。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾

(12) 野川忍「立法資料から見た労働基準法——規制と団交から契約と参加へ」学会誌95号（2000）45頁。

(13) 前掲注12・野川論文・53頁。

(14) 末弘厳太郎「労働基準法序説」法時19巻9号（1947）2頁・3頁。

(15) 前掲注12・野川論文・58頁。

(16) 前掲注5・新屋敷論文・84-85頁。

(17) 前掲注5・新屋敷論文・91頁以下を参照。

（２）全体の仕組み

（１）の対等決定原則の位置づけからも窺えるように、制定された労基法の仕組みは、少なくとも、法案作成をリードした末弘の理解においては、「個別合意に代わり、労働条件の決定・設定の出発点は、あくまで使用者の作成する就業規則であり、労基法は、その内容をどのように下支えし、また、労働者の団結による改善を促進するか、という構え⁽¹⁸⁾」を取っていた。当時においては、使用者と労働者が、個別に合意をして労働条件を決定・設定する⁽¹⁹⁾ということは観念されていなかった。そして、制定された労基法は、使用者の作成・変更する就業規則に基づいて、労働条件が決定・設定されることを前提とし、また、その前提を法的に確立するためのものであった。そのため、就業規則の内容が、最低限である労基法に規定をされるところを下回らないようにし（労基法92条）、その上で、就業規則の内容も含めて集団的な労働条件の向上が図られるようにするという制度設計がなされていた。

２ 三六協定の位置づけ

そのような全体的な構想の中では、労基法の各規定が示す労働条件の最低限が真にその下限となる。本稿の関心からは、問題は、そのような最低限に代わっての、労基法36条に基づく異なる基準の設定の趣旨である。

なお、労基法90条にも過半数代表の役割が当初より規定されていたが、この点の趣旨については、先行研究で詳細に示されているため省略する⁽²⁰⁾。

（１）法定労働時間の統一と柔軟性確保の必要性

まず、1947年制定当時の労基法36条は、「使用者は、当該事業場に、労働者の過半数で組織する労働組合がある場合においてはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がない場合においては労働者の過半数を代表する者との書面による協定をし、これを行政官廳に届け出た場合においては、第三十二條若しくは第四十條の労働時間又は前條の休日に関する規定にかかわらず、その協定で定めるところによつて労働時間を延長し、又は休日に労働させることができる」と規定した。

(18) 前掲注5・新屋敷論文・99頁。

(19) 法案作成過程においては、当事者の合意は「何物も期待されない」ものであった（前掲注5・新屋敷論文・87頁）。

(20) 詳細については、前掲注5・新屋敷論文と前掲注7・新屋敷論文を参照。

この書面による協定が三六協定であるところ、この位置づけを知るには、労基法36条の前提となる、特に労基法32条に定められた1週間と1日の法定労働時間に関する議論の変遷が重要である。以下では、法案作成過程に係る資料にも触れつつ、この点を確認する。

なお、労基法の本格的な法案作成は、労働保護課において昭和21年3月から開始され、その過程は、「準備期、展開期、調整期および完成期」に区分される⁽²²⁾。そこで現れる資料は、「労働保護法作成要領」から始まり、「第一次案」等と呼称され、「労働基準法案（国会提出法案）」までとなる。本稿も、そうした表記に従う。

(i) 週48時間1日8時間への統一

(a) 第一次案

まず、起点となる「労働保護法作成要領」（昭和21年4月11日）では、「法案作成上問題トナルベキ主要事項」の十五の項目に、「(二) 就業時間」が挙げられている⁽²³⁾。その細目は、「1 成年工ノ適性〔ママ〕労働時間」「2 保護職工ノ適正労働時間」等であった⁽²⁴⁾。より具体的な「労働保護法草案」（昭和21年4月12日）（第一次案）では、休日に関する規定の次に、労働時間に関する諸規定（第5条以下）が示されている。第5条は、「事業主ハ十八歳未満ノ者及女子ヲシテ一日ニ付八時間、一週ニ付四十八【四】時間ヲ超エ其ノ他ノ者ヲシテ一日ニ付九時間、一週ニ付五十時間ヲ超エテ労働セシムルコトヲ得ズ」とした（【】内は、「当該草案で追補ないし補正された部分」であり、次の案に組み込まれる内容。以下同じ。）⁽²⁵⁾。

他方で、「臨時必要アル場合ニ於テハ事業主ハ其ノ都度予メ行政官庁ニ届出デ一月ニ付七日ヲ超エザル期間労働時間ヲ四時間以内延長スルコトヲ得但シ一週ニ付第五條ノ【前項ニ】規定スル時間ヲ超ユルコトヲ得ズ」（第八条）、しかし、女性と年少者に「非ザル者ニ付」いては、「業務又ハ作業ノ性質上又ハ已ムヲ得ザル事由アルトキハ」事業主は予め「地方長官【行政長官】ニ届出」て、「第五條ノ規定ニ依

(21) 渡辺章編『日本立法資料全集 51 労働基準法〔昭和22年〕（1）』（信山社、1996）3頁（以下、「資料集（1）」と略して表記する）〔渡辺章〕。

(22) 資料集（1）・3頁。

(23) 資料集（1）・176頁。

(24) 同上。

(25) 資料集（1）・5頁〔渡辺章〕。

ル一日ノ労働時間ヲ延長スルコトヲ得」とした⁽²⁶⁾（下線部分は、次の案で削除。以下同じ）。

以上のように、第一次案は、女性・年少労働者とそれ以外の男性労働者（以下、「一般の男性労働者」という。）とを分けて、それぞれに法定労働時間を設定した上で、臨時に必要な場合でも、第五条に定められる一週についての法定労働時間を超えられないものとし、他方で、一般の男性労働者についてのみ、事前の届出によって第五条の定める一日の法定労働時間を超えて労働させることができたとした。

(b) 第二次案

第二次案（昭和21年4月24日）になると、労働時間に関する規定は、「第四章労働時間、休憩、休日【、休暇】及深夜作業」に纏めて規定されるようになる。

同章の最初の規定である第一四条は、「事業主ハ労働者ヲシテ一日ニ付八時間、一週ニ付四十四時間ヲ超エテ労働セシムルコトヲ得ズ【サセテハナラナイ】十八歳未満ノ者、女子及坑内ニ於テ就業スル労働者ヲ【其ノ他特ニ健康上有害ナル作業等ニ付テ命令ノ定ムル場合ヲ】除クノ外事業主ガ当該事業場ニ労働組合【ガ】アルトキハ労働組合トノ協約、労働組合【ガ】ナキ【イ】トキハ労働者ノ多数【過半数】ヲ代表スルモノ【者】トノ書面ニ依ル協定ヲ為シタルトキハ前項【労働時間及休日ニ関スル】規定ニ拘ラズ其ノ協約又ハ其ノ協定ノ定ムル所ニ依ル⁽²⁷⁾」。

一週間の法定労働時間については、第四次案（昭和21年6月3日⁽²⁸⁾）、第五次案（昭和21年7月26日⁽²⁹⁾）で48時間⁽³⁰⁾に修正されることになる。

ここで本稿の観点から注目したいのは、この段階で全労働者に共通の法定労働時間が示された（性別等により法定労働時間を増減させない）点である。これによって、一般の男性労働者は、女性労働者等と同様に、（第二次案の段階では）一日について8時間、一週間について44時間という一応の労働時間の制限に服することになる。第一次案で一般の男性労働者に認められていた労働時間からすれば、それら

(26) 資料集（1）・180頁。

(27) 資料集（1）・190頁。

(28) 資料集（1）・223頁。

(29) 資料集（1）・241頁。

(30) この点の経緯については、野田進「労働時間規制立法の誕生」日本労働法学会誌95号（2000）81頁・88頁以下を参照。

の者についての労働時間規制の改善の幅は大きい。

(ii) 軟式労働時間の採用と協定・協約の導入

他方で、上記の第二次案第14条に見られるように、時間外労働を広く許容する方針が採られた。既に (i) (a) で触れたように、第一次案においては、「法律の定める特定の事由のあるときのみ労働時間延長を認めるという、いわゆる硬式八時間制⁽³¹⁾」が採られていたのだが、第「一次案補正案の検討段階で、事由無限定・時間制限なしの時間外労働を、労働組合との協約または多数代表者との書面協定で承認する規定が設けられ」、第「二次案の検討段階以降には、時間外労働の事由に関する規定がそぎ落とされ」、「事由無限定の協約・協定に基づくもの」と天災事変等の場合とが認められ、時間外労働が広く認められる「軟式労働時間制」が採用された。⁽³²⁾

(2) 三六協定（労使協定）の位置づけ・意義

(i) 法定労働時間の設定と時間外労働の希望の実現

(a) 法定労働時間の統一と実態との不整合

こうした軟式労働時間制において、「協約・協定に基づく時間外労働」が認められた理由を、先行研究が、関連の資料から明らかにしている。すなわち、「①労働者に最長労働時間を規制する理由を認識させて余暇時間を確保させる」、「②大多数の労働者は、労働時間の上限を法律で厳格に制限することに反対する」と考えられたからである。⁽³³⁾ 以上を敷衍すると、「最長労働時間を規制することには、当時の賃金水準の低い労働者がむしろ反対する。それならば、労働者が自主的に、余暇時間を確保することの意義を認識しながら判断すべきである。それゆえ、労働者が長時間労働を望むならば、労働組合その他を通じて『延長することに合意する自由が残されている』、といういわば集団の自己決定の論調」⁽³⁴⁾があった。

後に、末弘は、制定された労基法36条について、次のように述べている。すなわち、「本條の目的」として、「この法律の規定する労働時間の制限（三二條四〇條）

(31) 前掲注30・野田論文・93頁。

(32) 前掲注30・野田論文・93頁。

(33) 前掲注30・野田論文・93-94頁。寺本廣作『労働基準法解説』（時事通信社、1948）（日本立法資料全集別巻46〔信山社、1998〕）236頁以下でも、労基法36条につき、同様の趣旨が示されている。

(34) 前掲注30・野田論文・96頁。

及び休日労働の禁止（三五條）は、労働者任意の同意がありさえすれば、必ずしもそのまゝこれを強行する必要がない。何故なれば、一般の男子労働者についてまで、これ等の原則を例外なく強行するのは無意味であり、労働者が同意しさえすれば、或る程度まで労働時間の延長を認め、又休日に労働せしめても、實際上不都合はないと考えられるからである。〔改行〕この故に、本條はこの例外的措置を認めるについて、次の諸点を重視している⁽³⁵⁾。第一の点として、「労働者の同意はその眞意に基くものでなければならない。ところが、個々の労働者は、やゝともすれば使用者の強要によつて不本意に同意を與えるおそれがあるから、本條は『労働者の過半数で組織する労働組合』——それが無い場合には『労働者の過半数を代表する者』——その『書面による協定』によつてのみ、例外を許すこととしている」と指摘している⁽³⁶⁾。さらに、第二の点と第三の点は、業務の種類や当事者（年少者及び女子労働者）によっては、「たとえ労働者の同意があつても」、一定の条件の下でなければ労働時間の延長等は認められない、という点を強調する⁽³⁷⁾。

たしかに、第一次案では、一般の男性労働者については、一週間50時間、一日9時間という労働時間の原則が考えられていたが、第一次案修正案の段階から一律の規制として、一週間44時間（後に48時間に修正）、一日8時間とした。こうした事情からすれば、労基法32条等の制限は、「原則」ではあるが、「一般の」男性労働者についてまで強行的なものと解されるようなものではなく、例外なく強行するのは「無意味」な類のものであった。つまり、本来、労基法32条に定められた労働時間を超えた労働時間を働くかどうかは、「労働者任意の同意」があればよい、ということが基本にあったと思われる。

(b) 個別の合意の否定と協定による実現

しかし、末弘の構想ないし労基法の枠組みにおいては、上記の労働者の同意の法的な実現は、個別の同意そのものではあり得ない（1を参照）。そこで、「本條は『労働者の過半数で組織する労働組合』」等との協定によって「のみ」、「例外」を許すことにした。

(35) 末弘徹太郎「労働基準法解説（一）」法時20巻3号（1948）32頁。

(36) 前掲注35・末弘解説・32頁。

(37) 同上。

そして、上述の通り、末弘は、労働時間数の決定・設定が、本来的には、(一般の男性)労働者の個別の同意によるものでもよいとしていたが、それを、強行法規からの逸脱が個別の同意によっても可能であるという理解を示したものであると解するのは不自然と言えよう。そのように理解するよりは、一般の男性労働者については、労基法32条の労働時間の原則は、必ずしも絶対的なものではなく、なお労働者自身で決定する余地のあるものとして理解していたことを示すものと解するのが自然である。そして、末弘は、書面による労使協定のみによって、労働時間等を再設定できるとしているのである。

以上の通り、労基法(特に労働条件決定・設定の全体的な仕組みや労基法32条の軟性労働時間制の採用)の法案作成過程での議論の変化等も踏まえると、労基法36条に定められた労使協定は、強行法規からの逸脱のためのものというよりは、むしろ、本来的に労働者の同意に委ねられるべき事柄の、労基法の全体的な設計(個別の合意に労働条件決定・設定の機能を担わせない)に合わせた、集団的な決定・設定の仕掛けであったと解される。

(ii) 協約・協定の法的性格

労基法36条の協定が、労働条件決定・設定の機能を担うとしても、三六協定はどのような法的性格のものなのか。

まず、先述のように、制定された労基法36条には、第一次案にはあった「協約」という文言はない。⁽³⁸⁾第三次案から第四次案にかけて、⁽³⁹⁾「協約」という文言は削除され、「協定」に一本化された。

しかし、先行研究は、この点に「規範的な意味が込められているわけではない」、⁽⁴⁰⁾「おそらく、過半数代表との書面協定という表現に合わせる以上の意図」はなく、資料からは、「むしろ時間外労働協定は、法案作成時には、労働協約そのものであるという理解が前提とされているようにみえる」とする。

末弘も、労基法2条1項の対等決定の原則に関し、労基法「自らも、法定労働時間の延長及び休日の労働を団体交渉に委ねたり(三六條)」として解説しており、

(38) 資料集(1)・204頁。

(39) 資料集(1)・223頁。

(40) 前掲注30・野田論文・97頁。

労働組合等の「労働者の團結体」による労働条件決定を想定していた⁽⁴¹⁾。さらに、末弘は、同36条に関し、「この協定は、一般の労働協約とは別物であつて、例えば労働協約で一定の労働時間を協約している場合でも、それとは別に臨時短期間を限つてこの協定をすることを許そうというのが本條の趣旨」と説明しており、完全に労働協約と同一視されるものと述べてはならず、また、労働協約によって原則的な労働条件決定・設定がなされるべきという前提はあるが、「一般の労働協約とは別物」と表現しているところからすれば、労使協定の労働協約としての性格を多分に意識しているように思われる。⁽⁴²⁾

3 小括

(1) 全体的な労働条件決定・設定の仕組み

末弘の理解においては、労基法の対等決定の原則は、個別の当事者におけるそれを意味するものではなく、基本的には労働者集団、とりわけ、労働組合と使用者との間の集団的なそれを意味していた（1（1））。

そして、個別の使用者と労働者の合意は、労働条件決定・設定の局面では何らの役割も期待されておらず、むしろ、その意義は排斥されていた。もちろん、労働協約による労働条件決定が最終的に目指される場所であったが、その最低限としては、使用者の就業規則による労働条件決定・設定が予定される（労基法89条、旧93条）。もっとも、就業規則の作成・変更に当たっては、過半数労働組合又は過半数代表者の意見聴取を経るが、そこで定められる労働条件も労基法が設定する労働条件を下回ることはできない（労基法92条）。

(2) 労働条件決定・設定における労使協定の位置づけ・機能

このような枠組みの中で、労基法が定める労働条件は、個別合意（それはそもそも観念されない）はもちろん、（一定の労働者集団の意見が反映されるはずの）就業規則によっても下回れない基準である。しかし、こうした枠組みの中でも、法案作成過程の初期から、日本の労使の実情に合わせて、法定の労働条件に柔軟性が認

(41) 末弘徹太郎「労働基準法序説」法時19巻9号（1947）2頁・3頁。

(42) 前掲注35・末弘解説・33頁。濱口桂一郎「過半数代表制の課題」季労207号（2004）208頁・209頁も、三六協定の仕組みは、「集团的労使関係システムによって労働条件規制を行うこと」を「眼目」とし、三六協定が「労働協約であること」を前提に立法化されたことを示唆する。

められている部分があった。それが、労基法32条の規定した法定労働時間であった（2（1））。

法定労働時間は、原則として定められてはいたが、一般の男性労働者については、本来的には使用者と労働者の個別の合意に委ねられてもよい部分であった。しかし、1のとおり、労基法の労働条件決定・設定の枠組みの中では、そもそも、個別合意による労働条件決定・設定を認める余地はない。そこで、それに代わるものとして、過半数組合や過半数代表者との間の労使協定（三六協定）が設けられた（2（2）（i））。そして、同労使協定は、労働協約として共通した性格を有するものであった。

なお、労基法制定後、昭和52年の労基法改正により、「第三六条の時間外休日労働に関する労使協定の制度を取り入れて」、「貯蓄金管理、賃金の一部控除、年次有給休暇の賃金計算に関する規定の改正」が行われた（それぞれ、労基法18条、同24条、同39条⁽⁴³⁾）。当時における労基法36条の労使協定の拡大・導入の趣旨は、法施行以後、煩瑣なものと感じられた手続きの簡素化、（労使協定に委ねてもよい事項についての⁽⁴⁴⁾）労使双方における便宜の拡大、そして、労使の自主的決定の尊重にあった⁽⁴⁵⁾。1952年労基法改正で拡大された労使協定の仕組みも、基本的には制定当時の労基法36条に定められた仕組みと同様の趣旨で導入されたものといえよう。

Ⅲ 三六協定の効力の争点化と労基法上の規定の効力の二元的理解

Ⅱで見たように、制定当時の労基法における労働条件決定・設定の枠組みの中では、労使協定は、一律の最低限を強制する必要のない部分について、原理的に認められない個別の労働者の同意に代わり、集団的に労働条件決定・設定を行うための仕組みであり、その法的性格は、労働協約と区別がつきにくいものであった。

このように、制定当時の労基法にそうした仕組みが組み込まれている以上、制定後、労基法上の労使協定に労働協約と同様の機能を認める理解が出てきてもおかし

(43) 掘秀夫「労働基準法の改正」時の法令解説71号（1952）49頁・51頁。

(44) 1952年の労基法改正の際、現物給与については、弊害が大きいとして労使協定の仕組みは入れられなかったが、全額払原則については、むしろ労使双方に便宜を拡大するものとして導入された（前掲注5・新屋敷論文・101頁以下を参照）。

(45) 前掲注5・新屋敷論文・101頁以下を参照。

くはない。そして、この点に関連して議論が生じ、その議論が、労使協定についてだけでなく、そもそもの労基法上の規定の効力に関する解釈を確立させていく。

1 議論の背景

(1) 私法上の効力の有無という論点の出現

労使協定と労働協約の性格の異同は、三六協定の私法上の効力が問題となる中で議論されるようになった。具体的には、三六協定の締結により、労働者が使用者の時間外労働の命令に従う義務を負うのであれば、労働者が使用者の時間外労働の命令を拒否して就労しなかった場合には、業務命令違反として懲戒処分などの不利益を被ることになる。労基法36条にいう「協定〔が〕、刑罰適用の免責規定としての効力を持つ⁽⁴⁶⁾」こと（免罰的効力）は争いはなかったが、特に、三六協定が労働組合と使用者との間で締結される場合に、三六協定＝労働協約と理解されるのであれば、この例でも、三六協定＝労働協約に時間外労働等についての定めがなされた以上、労働者はそれに拘束され、業務命令違反に連なる不利益を甘受しなければならなくなるのか。このような文脈で、労使協定の法的性格が議論されていく。

判例は多くはなく、代表的な解釈を示したものとして批判的に位置づけられるのが、1950年の池貝鉄工所事件・東京地決昭25.6.15労民集1巻5号740頁である。同決定は、「組合と会社との間に〔労基法36条にいう〕協定がなされた以上、組合員は右協定に服する義務あるものというべきであるから、正当の理由なくして会社の残業命令を拒否することは許されない」として、使用者による時間外労働の命令に対する労働者の拒否の、同事件の人員整理基準（業務命令違反）該当性を肯定した。

上記の説示は、「その時間外協定が労働協約だから、個々の組合員は時間外労働の具体的債務があるのか、本条の協定自体がその具体的債務を与えていると解しているのか、はつきりしない⁽⁴⁷⁾」。しかし、その説示のみを見ると、労使協定の締結によって労働条件決定・設定がなされると解しているように読める。

また、早い段階での行政解釈（昭和23.9.20基収2640号）も、「法第三六条の協定の

(46) 労働省労働基準監督課監修・労働事務官辻本慶治編『判例労働基準法』（労働法令協会、1954）266頁。

(47) 松岡三郎『条解労働基準法上〔新版〕』（弘文堂、1961）446頁。

有効期間中においては、……使用者が時間外又は休日に労働することを命じ、労働者がその命令に従わない場合にも通常の労働時間又は労働日に就業を拒否した場合と同様であり、職務命令違反として制裁の原因となるか否かは就業規則の定めるところによる」としており、三六協定の締結により通常の労働時間等と同様に労働者が拘束される（私法上の効力が発生する）と解しているように思われた。⁽⁴⁸⁾

実際に時間外、休日労働が実施される中で、このように三六協定の私法上の効力が問題となり、判例や行政解釈は、三六協定そのものによって、あたかも労働協約のように、労働者を拘束することを認める傾向にあると理解された。

（２）労使協定と労働協約の関係

後述の通り、1970年頃には、労基法36条の「いわゆる『書面による協定』はそれ自体としては免罰的効力のみを有し、個々の労働者に労働契約上の時間外労働義務を創設する効力をもつものではない、という今日ほぼ結論的に固まっていると思われる学説上の大勢⁽⁴⁹⁾」が確認できる。このようないわば通説が形成される前に、批判的に受け止められたのが、（１）の判例・行政解釈であるが、以下に見るように、行政においても三六協定に私法上の効力をそのまま認めていたわけではない。

（i）直截的な私法上の効力の否定

まず、比較的早い段階（1954年）で、労働事務官辻本慶治は、「本条の協定があるということは、直ちに使用者が民事上も時間外労働や休日労働を命じうる権能を持つとはいいい難い。使用者の残業命令や休日労働命令に、各従業員が拘束されるかどうかは別個の問題」との解釈を示していた。⁽⁵⁰⁾

（ii）労働協約として締結された場合の効力

結局、労働協約との関係で、三六協定の法的性格がより深く議論されるようになったのは、三六協定の締結主体や「記載内容如何によって」⁽⁵¹⁾は、三六協定の私法上の効力を認められると解しているように受け止められるものが、実務上や学説

(48) その趣旨は必ずしも明確ではなかったと解されるが、「判例および行政解釈は、三六協定の締結は労働者に残業義務を生ぜしめるとの考え方をとっている」と、学説は批判的に位置づけた（三島宗彦「残業拒否・定時出退勤」季労56号（1965）110頁・114頁。なお、行政解釈の引用は、後掲注105・山本書・94頁より転記したものである。）。

(49) 渡辺章「文献研究・日本の労働法学（1）時間外労働協定の法理」季労（1971）・202頁。

(50) 前掲注46・辻本・266頁。

(51) 前掲注49・渡辺章論文・203頁。

上、存在したからである。たとえば、先の労働事務次官であった辻本も、「時間外、休日労働協定が、使用者と『労働者の過半数で組織する労働組合』との間に結ばれた場合は、その協定が労働組合法第十四条の『労働協約の効力の発生』要件を充たしているかぎり、労働協約としての効力を認めるべきであろう。この場合においては、協定を締結した労働組合の組合員は、この協定の効力によつて、その範囲内において使用者が命じた残業命令や休日労働命令には服すべき義務があると考えられる⁽⁵²⁾」とした。

もっとも、辻本は、「協定が、非組合員又は協定締結当事者でない組合の組合員を拘束するかどうかは、直接本条と関係なく、本条に基づく協定そのものによつて、これらの者を拘束するということは困難⁽⁵³⁾」であるから、「これらの者については、就業規則なり労働契約なり」で、各「雇用契約上の法律関係を設定する以外に時間外労働や休日労働の命令権に法律上の拘束力を与えることは困難なのではなかろうか⁽⁵³⁾」としていた。

その他、行政の見解を敷衍する松岡三郎は、三六協定は「協約と違う⁽⁵⁴⁾」ものであって、「それは労働契約の集合体とも言うべきもの⁽⁵⁵⁾」とする。そして、松岡は、「三十六協定を労働協約として結ぶのは勝手に〔ある〕。基準設定の意思をもって、個々人に債権債務を与える労働協約という形で結ぶならこれは労働協約で〔ある〕。……実務的な処理としてはこの考えが大体行われている⁽⁵⁶⁾」とした。

（３）具体的な争点と二元的解釈

こうして、労基法36条の協定が「もっぱら公法的意味（処罰解除⁽⁵⁷⁾）」の解除をもたらすのみなのか、その締結によって、労働者は私法上も時間外労働等の義務を負うのか、が問題になった。

より具体的には、（２）で紹介した行政の立場にあった者の解釈が示したように、過半数労働組合によって締結された三六協定が労働協約としての形をとるようにも

(52) 前掲注46・辻本書・266頁。

(53) 前掲注46・辻本書・267頁。

(54) 松岡三郎「労働時間・時間外協定の解釈」季刊労働法8巻4号（1958）50頁・64頁。

(55) 前掲注54・松岡論文・65頁。

(56) 前掲注54・松岡論文・65頁。

(57) 前掲注49・渡辺論文・202頁。

評価できる場合に、三六協定＝労働協約と解釈することを認めてよいのが論点となり、労使協定と労働協約との関係が議論された。⁽⁵⁸⁾

ここに、本稿の観点から注目すべき解釈の形成が認められる。すなわち、こうした議論の中で、労基法36条に定められた労使協定の法的効力を分けて理解する見方が出てきているのである。上述のところからわかるように、こうした議論の中で、労基法上の規定の効力（強行法規性）とその解除としての労使協定という解釈が通説により採用されるのであるが、このような労基法上の規定の解釈は、先に紹介した末弘における三六協定に関する理解とは異なるものとなってきている。以下、説明しよう。

実は、後の学説からは、末弘の理解では、三六協定の効力が「労働契約当事者の権利義務関係にも直接および〔とされていた〕のかは不明といわざるをえない」⁽⁵⁹⁾と評価されている。これは、末弘の理解を、一面で正しく理解しているものと言える。というのも、末弘自身は、Ⅱで紹介したように、三六協定を、労働者集団による労働条件決定・設定の中の一つの仕組みであると位置づけていたと解されるからである。言い換えると、末弘は、三六協定を、強行法規の解除というよりは、本来的には当事者（一般の男性労働者）に委ねてもよい労働条件決定の領域を、労働者集団の意思決定に委ねる仕組みとして理解していたと解されるからである。要するに、末弘は、労基法上の規定の効力を、労使協定の機能も含めて、労働条件決定・設定の局面で一元的に理解していた（以下、労基法上の規定の効力の「一元的理解」という）。したがって、末弘は、労使協定の私法上の効力を前提としており、それ自体の有無を明示的に議論することはない。そのため、末弘における三六協定の法的性質の理解は、末弘のような一元的理解を取らず、一方で労基法上の規定に強行法規性⁽⁶⁰⁾を認め、他方で労働条件決定・設定に関しては私法上の効力についての根拠づけを要する、と理解する者の眼には、肝心の点が議論されておらず、断定しがたいものに映るのである。

このように、既に認識の齟齬が生じ始めているところ、以後大勢を占めるように

(58) 前掲注49・渡辺論文・202頁以下も同様にまとめている。

(59) 前掲注49・渡辺論文・202頁。

(60) 労基法制定当初想定されていたと解される労基法上の規定の強行法規性については、前掲注5 新屋敷論文・529頁以下を参照。

なる学説は、三六協定の効力ないし労基法の効力を、公法的なそれ（免罰的効力）と、私法的なそれ（労働者に対する時間外労働等の義務づけ）とに分けて理解（以下、労基法上の規定の効力の「二元的理解」という。）し、その理解の正当性を強調していく。

こうして、労使協定と労働協約の関係性を具体的な争点としつつ、労基法上の規定の効力についての基本的な理解が問われる論争が展開する。その中には、以下の2ないし4のとおり、むしろ末弘の理解に親和的な労基法の解釈を展開する少数説もあった。

2 一元的理解の試み——西川達雄

1で確認した大勢を占めていく理解（二元的理解）に繋がるような議論にも、「若干の疑問なし」としないとするのが、西川達雄⁽⁶¹⁾である。西川は、先に紹介した辻本の書の説示を引用しつつ、労基法36条にいう協定の特殊性を指摘する。先に紹介したように、辻本は、非組合員については、三六協定の他に、「就業規則なり労働契約なりによって、これらの雇用契約上の法律関係を設定」しなければ、時間外労働等を義務づけられないとしていた。しかし、西川は、「締結当事者とそれ以外の者とを区別する必要はないのではないか。そして私は協定の効力は三二條二項の『定をした場合においては』と同じく使用者に〔時間外労働を命じうる〕権限を与えるものであると考える。敢て三六条の協定を免責規定と考えねばならぬ理由を見出したいからである」としている⁽⁶²⁾。

西川は、その後、「この協定は労働協定と異なり、労働契約を律するものではないが、使用者は過半数組合または過半数従業員との協定により（成立要件）、全従業員に時間外労働をさせうる基準法上の権限をもつに至ると考えられる。したがって有効期限内は（規則一六Ⅱ）、たとえ締結した組合が解散したり分裂してもその権限は影響を受けないし、正当な理由なくして時間外労働を拒否できない」と自身

(61) 西川達雄「労基法上の労働時間〔二〕」彦根論叢32号（1956）30頁・41頁。

(62) 前掲注61・西川論文・42頁。当時の労基法32条2項は、「使用者は、就業規則その他により、四週間を平均し一週間の労働時間が四十八時間を超えない定をした場合においては、その定により前項の規定にかかわらず、特定の日において八時間又は特定の週において四十八時間を超えて、労働させることができる」と規定していた。

の理解を示している。

三六協定が労働契約を律するものではないとしており、独特な理解にも思われる⁽⁶⁴⁾が、西川は、「協定を免責規定と考えねばならぬ理由を見出しがたい」として、労使協定の私法上の効力（全労働者への拘束力）を肯定する見解を取る。西川の解釈は、労基法の条文の構成に基づいて、労基法上の規定の効力の一元的理解を取るものと解される。⁽⁶⁵⁾

3 労基法上の集団と集団意思——三浦恵司

労基法と労組法の一体的な理解の可能性と必要性から、三六協定の法的性格を論じ、一元的理解を取るのが、三浦恵司⁽⁶⁶⁾である。

(1) 一体的な理解の可能性

三浦は、労組法と労基法とを、それぞれ集団的労働関係法と個別的労働関係法（労働契約関係に対する保護立法）とに分けて理解することに疑問を呈するところから議論を始める。すなわち、「労基法は、すべてその規定の予定する対象として労働契約関係のみを考慮するかという点については、疑問」とし、「労基法の適用は労働組合の存在する場合といえども、まぬかれることは不可能であるし、また、労働組合が労基法を労働条件の維持、改善の一つの足掛かりとすることも、特に現下の中小企業の実態を観察するとき、認めなければならない事実」であるとす⁽⁶⁷⁾る。そのような視点で見ると、「労組法の立場、労基法の立場は、学問的には一応の役割が予定されてはいるものの、職場における労使は」、具体的な問題の処理に⁽⁶⁸⁾当たり、各法目的を意識していないのではないかと、とする。

(63) 西川達雄「労働時間」日本労働法学会編『労働法講座（5）労働基準法』（有斐閣、1958）1242頁。

(64) しかし、末弘自身は労働契約（当事者の合意）による労働条件設定を觀念しておらず、労働条件設定が就業規則や労基法、労働協約によってなされることを前提にしていたから（つまり契約上の規律というよりはそれ以外の法源による規律のみで労働条件決定・設定を考えているから）、その意味では、西川の理解は労基法の構成に素直な解釈といえる。

(65) 前掲注64も参照。

(66) 三浦恵司「労基法における過半数労働者の代表者の行う協定」横浜市立大学論叢9巻4号（1958）1頁。

(67) 前掲注66・三浦・2頁。

(68) 前掲注66・三浦・2頁。

（２）労基法の目的と集団意思の存在

そして、三浦は、1952年改正で導入された労使協定も含めて、「労基法の目的と
 するところと、労基法に規定されている協定との関係⁽⁶⁹⁾」を検討する。この点につい
 て、「労基法の保護対象とする労使関係は、労働契約関係、個別的労働関係ではな
 いかとの根本的立場が存在するのであつて、労基法は、個人の保護を原則的立前と
 しつゝ、……協定を通し労働者の多数意思——集団意思の意ではない——を把握
 し、これにより労働者個人の立場と使用者の便宜を図るものであるとの見解が通説
 とされている⁽⁷⁰⁾」。しかし、労基法上の「条項は、集団的労働関係を問題としてはな
 らない確たる根拠もないし、また、現実の労使関係よりするならば、組織労働者は
 一々この協定を労働契約として扱うことに納得しないであろうし」、未組織労働者
 にも、「一時的、一事項的に集団意識が作用する」から、「これを一種の集団形態で
 あると解して差支えないのではなからうか⁽⁷¹⁾」とする。

（３）協定の本質

そして、通説と異なって、「過半数労働組合による協定も」、労組法14条の定める
 労働協約の成立要件を充たす場合、「労働協約としての効力を持つ場合も、また、
 あり得よう⁽⁷²⁾」として、労基法上の協定と労組法の制度的な連携を示唆する。

三浦は、本質的には、労基法上の「協定は、それが直ちに労働協約とは言い得な
 いとしても、一種の団体協約（Tarifvertrag）としての性格⁽⁷⁴⁾」を認めうるとし、そ
 のように理解しなければ、労基法や労組法の解釈に問題が生じることを指摘する。
 そうした点から、「就業規則の作成、変更上の意見聴取は、これを同意の意に解さ
 れなければならないか、然らざれば、協定は、就業規則の如く、使用者の一方的意
 思により決定せられるものでないだけに、協定締結上の労使間の集団的労働関係は
 是認した上で、労働協約類似の概念が妥当しなければならぬ⁽⁷⁵⁾」のである。

(69) 前掲注66・三浦論文・4頁。

(70) 前掲注66・三浦論文・5頁。

(71) 前掲注66・三浦論文・5-6頁。なお、三浦は、前掲松岡の議論が通説的な立場に立つもの
 として位置づけ、自らの異常の理解を示しているところ、先に紹介した松岡は、三浦の議論に
 も触れつつ自らの理解を改めて述べている。

(72) 前掲注66・三浦論文6-7頁。

(73) 前掲注66・三浦論文・8頁。

(74) 前掲注66・三浦論文・9頁。

(75) 前掲注66・三浦論文・10頁。

(4) 集団の存在と代表性の検討

このように、三浦は、当時における通説のように、労基法の過半数代表を「これを通して〔労働契約締結当事者である〕労働者の多数意思を知る」便宜を図るものとみない⁽⁷⁶⁾。それは、「団体意思」を表明する主体であり、労使「協定〔は〕、決して労働契約的なものでないが故に、その当事者としても、恒久性を有する組織、すなわち、団結体としての労働組合を無視できなかつたからであり、過半数労働者の代表者は、これに比して、一時的、一事項的集団という形で、二義的地位に置かれ⁽⁷⁸⁾るが、「未組織の場合といえども、その集団性」は否定されないと考える。

このように、過半数代表の集団性を認めるため、三浦は、そのあるべき集団性の形、つまり、過半数労働者の選出の在り方など、代表性の内容を検討していく⁽⁷⁹⁾。

(5) まとめ

以上の三浦の見解は、ドイツ法の議論⁽⁸⁰⁾に影響を受けてはいるが、基本的には、日本の労働法規制の構成や、その背景に展開する労使関係の実態との、総合的な理解から、労使協定の本質的性格を導いたものである。それは、「通説」とは異なって、労使協定を、単なる強行法規性を解除するものとのみ位置づけ⁽⁸¹⁾ず、積極的に、団体意思を示すものと位置づける。三浦の理解においては、労使協定は、労基法における、一義的には労働組合、二義的には過半数代表者という、労働者の集団意思を反映する仕組みと位置づけられ、労基法は、労組法上の労働組合や労働協約との関係も意識しつつ、集団的な意思決定の仕組みを組み込んだ立法として理解されている。

そして、こうした三浦の解釈は、労使協定を、免罰的効力の解除のための仕組みというよりは、労働条件決定・設定の枠組みの中に位置づけるものであり、一元的理解を取るものと言える。

(76) 前掲注66・三浦論文・12頁。

(77) 前掲注66・三浦論文・12頁。

(78) 前掲注66・三浦論文・13頁。

(79) 前掲注66・三浦論文・13頁以下。

(80) 三浦は、ドイツのLotmarの議論に発想を得ていることが窺われる(11頁注(6))。

(81) 三浦は、1で紹介した労基法の効力の二元的理解を取らないことも示唆していた(前掲注66・三浦論文・7頁)。

4 労基法上の経営協定としての労使協定——花立忠

そして、ドイツの「経営協定論」に着想を得て、労使協定の性格等を大々的に解釈しなおしたのが、花立忠⁽⁸²⁾である。

(1) 基本的な視点

花立は、「通常、労基法上の協定は労働協約と対比的に考察され、その法的性格が労働協約と同一のものであるか否かがその争点とされてきた⁽⁸³⁾」とする。この点、自身は、労使協定につき、「基本的には集团的労使関係における『社会的対決者』としての所産である『労働協約論』としてではなく、経営的労使関係における『同一の誠実および責任主体としての労働協同者（Mitarbeiter）』間の経営的所産としての『経営協定論』が可能」という視点から、「経営参加保障上の法理的展開」を試みるとする⁽⁸⁴⁾。

(2) 労基法の性格と労使協定の位置づけ

花立は、労働者保護を「使用者の公法的保護義務の意」に解するものの、労基法の性格がこうした意味での「労働者保護法に尽きるか⁽⁸⁵⁾」疑問とし、学説の検討から、労働基準法の性格について七点述べる。中でも、花立の解釈において重要な点は以下である。

まず、「現代労働法上の諸関係はその本質およびその社会的基盤からみて、いわゆる『自治の原則』が適用⁽⁸⁶⁾」され、「労働基準法もまたこの『自治の原則』を採用⁽⁸⁶⁾」する。

次に、労基法89条以降の就業規則の作成等に関する規定から、「労働基準法は『自治の原則』を採用しながら経営を組織的に規範づける経営組織法的な側面をもつ⁽⁸⁷⁾」。

そして、「労働基準法は労働関係を〔一方で〕国家の干渉と〔他方で〕自治の原則に基づいて組織法的に規範化しているが、そのことはなんら労働基準法の保護法たる性格を侵すものではなく、むしろ団体法理によって純化発展せしめよう⁽⁸⁸⁾」とす

(82) 花立忠「労働基準法上の協定（一）（二）」専修法学論集1号（1966）67頁、同2号（1966）34頁。

(83) 前掲注82・花立論文（一）・68頁。

(84) 前掲注82・花立論文（一）・69頁。

(85) 前掲注82・花立論文（一）・70頁。

(86) 前掲注82・花立論文（一）・74-75頁。

(87) 前掲注82・花立論文（一）・75頁。

(88) 前掲注82・花立論文（一）・75頁。

るものである。

ただし、労基法上の団体法理は、「労働共同体を主体とするいわゆる『経営労働法学』の範囲のものであることを注意しなければならない。このことから、労働基準法上の経営参加の問題がとり上げられるべきである。労基法第二条第一項は労働条件の対等決定を期待し、使用者が一方的に労働条件を決定することを防止した。……また、……〔労基法〕上の『書面による協定』に関する規定も、特定経営における労働条件の共同決定ならびに労働関係の行政参加制度保障と解しうる⁽⁸⁹⁾」。こうして、労基法は、「経営参加法たる性格面を有する⁽⁹⁰⁾」ことになる。

(3) 労使協定の法的性格

上記のように理解する花立は、労基法上の労使協定に、労基法上の規制の解除や免罰的効力以外の意義を見出す。例えば、1952年の改正で導入された労基法24条1項但書後文に定められる労使協定につき、この労使協定の対象となる事項につき、「労働者の私的経済生活上生ずる事務の簡素化や信用の確保等に重点があるように思われる。したがって、賃金の一部控除協定は労使相互に便宜な債権債務の決済方法を定めた経営内制度と解すべき⁽⁹¹⁾」とする。

こうして、花立は、各労使協定に期待された機能につき検討を加えた上で、労使協定の性格について、「結論的には、私……も協定と協約は異なる性質のものとする⁽⁹²⁾」が、他の学説とは「立場を若干異にする」として、「労基法上の協定は労使協同理念が支配する経営的所産として、もっぱら経営労働法学上の評価を受ける」ものであり、労働協約とは法理念の点で「本質的差異⁽⁹³⁾」があるとする。しかも、花立は、「労働基本権を経済憲法的基本秩序の面から一の国家的制度として捉える」学説に依拠して、「憲法二十八条の『団体交渉』の概念を広義に解し、協約法上用いられている通常の『団体交渉』のほか、経営参加法上のいわゆる『労使協議』をも包含せしめることができる」という解釈の方向を取る。そして、労使協定と憲法28

(89) 前掲注82・花立論文(一)・75-76頁。

(90) 前掲注82・花立論文(一)・76頁。

(91) 前掲注82・花立論文(二)・37頁。実際の労使協定導入の経緯については、前掲注5・新屋敷論文を参照。

(92) 前掲注82・花立論文(二)・47頁。

(93) 前掲注82・花立論文(二)・47-48頁。

条を結びつける理解に立てば、労使協定の締結に当たっても労組法上の不当労働行為制度上の保護が考えられるとする⁽⁹⁴⁾。

このように、花立は、労基法による労働条件決定・設定の仕組みを十全に機能させる基礎的なものとして、労働基本権や労組法上の制度を位置づけ、三浦よりも一層、労基法と労組法を一体的に理解している。

そして、花立は、労使協定につき、「多数学者の説くように刑事免責の効力をもつにとどまる」ものではなく、「事業場内従業員団のもつ主体的価値に着眼し、その法形成機能を評価すべき」とする⁽⁹⁵⁾。そこで、花立は、「協定は当該事業場の労働関係の内容たる労働条件の最低基準を労使共同決定の方式によって定立する自主的規範」と理解する⁽⁹⁶⁾。また、最低基準を定める労基法の位置づけからすれば、「労働保護法原則の例外・緩和である各協定の内容それ自身が、個別契約の全く許容される余地のない労働条件の最低基準たる性格のもの」であると解する⁽⁹⁷⁾。他方で、「労基法は労働条件の対等決定の原則（労基法第二条第一項）の具体的表明として、労基法上の協定内容に限り事業場内従業員団と使用者に対し、共同決定行為に基づいてのみ協定しうることを権利として創設的に保障したもの」とする⁽⁹⁸⁾。

（４）まとめ

以上で見てきた花立の労基法上の労使協定についての解釈は、ドイツ法における概念や労働法の構成を、日本の労基法や労組法の意義を理解する上での基本的な視座とするものであり、そのまま賛同することは容易ではない。

しかしながら、花立の解釈は、労基法の法案作成過程をリードした末弘における理解に、労基法上の個別合意や対等決定の原則、そして、労使協定の位置づけや解釈の点で、奇妙なほど合致している。たとえば、花立は、上記の通り労基法の最低基準の意義との関係で、「個別契約の全く許容される余地のない」との理解を示したが、それは正に末弘が労基法の枠組みを構想するとき狙ったところであった⁽⁹⁹⁾。

(94) 前掲注82・花立論文（二）・48頁。

(95) 前掲注82・花立論文（二）・48頁。

(96) 同上。

(97) 前掲注82・花立論文（二）・48-49頁。

(98) 前掲注82・花立論文（二）・49頁。

(99) 前掲注7・新屋敷論文・841頁以下も参照。

また、本稿で述べたように、末弘において、労基法上の対等決定原則は集団的なそれを意味し、労使協定の仕組みも、個別合意に代わって事柄を集団的に決定するために設けられており、花立の解釈はこの点でも末弘の解釈に近い。さらに、労組法や憲法の制定後に労基法が制定されており、花立のように、労基法の仕組みが、労働組合法や憲法の仕組みや権利、そして、当時の労働組合の組織化の状況を背景として、構想され実現したものと理解することも強ち間違いとは言えないように思われる。

要するに、制定当時の労基法は、花立のような解釈を十分に許容する構成であった。そして、花立の解釈が、三浦よりも一層、労基法上の規定の効力の一元的理解（私法上の効力を肯定する）に立つものであることは明らかである。

5 二元的理解の確立と労働者の義務づけへの関心の遷移

2ないし4のとおり、一部学説には、労基法36条に定められる労使協定を、労組法の機能も含めた労働条件決定・設定の仕組みとして理解する、労基法の効力の一元的理解も見られた。しかし、その後、労基法上の規定の効力の二元的理解が整理され、確立していく。

1970年に、蓼沼謙一⁽¹⁰⁰⁾は、議論を整理しつつ、改めて労基法の規定や三六協定の意義や効力を示した。蓼沼は、「三六協定をめぐる解釈論上の問題点は、多様多彩な学説によって、いまや一見論じつくされた」ように見えるが、「視角・論点の整理と今後の問題点の設定が時短問題の進展にともなう新たな情況展開の中のこの時点において必要不可欠」として、議論していく⁽¹⁰¹⁾。こうして、蓼沼は、「労基法三六条の規定の性格からして」、同条は労基法32条等の「定める労働時間を超える労働の禁止を単に解除するものにすぎず、三六協定による時間外労働に従事すべき対使用者の関係における労働者の義務を措定したものと解しえない⁽¹⁰²⁾」ため、当該労働者の義務の根拠が問題となるとする。「しかし、三六条の規定から直ちに、三六協定に定める時間外労働に服すべき各個労働者の対使用者の関係における義務……は

(100) 蓼沼謙一「三六協定をめぐる一問題点」一橋論叢64巻6号(1970)750頁。

(101) 同上。

(102) 前掲注100・蓼沼論文・752頁。

生じないという命題の根拠」の探求が十分でなく、従来の議論では、「二段階論的な問題のとりあげ方」（三六条により労働者の義務が生じるかを問題にし、さらに、三六協定から労働者の義務が生じるかを問題にする検討）がなされていなかったとする⁽¹⁰³⁾。結論的には、蓼沼は、両方について否定的に解し、「労使間の集团的協定によっては、それが労働協約であっても、集団構成員ないし団結構成員の使用者に対する労務提供の義務」の設定はできない「という観点から、三六協定のいわゆる民事的効力の問題を洗い直してみる必要があるのではなからうか」と、改めて労働者への義務づけのレベルを問い直す必要性を指摘した⁽¹⁰⁴⁾。

また、山本吉人は、1970年に、三六協定の締結と届出による、「処罰免除的効力が生ずることについては異論がなく、通説⁽¹⁰⁵⁾」とするが、三六協定の民事上の効力については、「判例・学説ともに対立がある⁽¹⁰⁶⁾」とする。もっとも、「三六条により締結された労使間の協定は、使用者に刑罰免除的効力しか有せず、その協定から直ちに労働者は時間外・休日労働命令に服すべき義務が生ずるものではないとするのもまた多数説である」とする。それは、労基法「三六条は三二条の例外として時間外および休日労働を適法に行いうるための手続を定めたもので、三六条に基づいて締結された三六協定もそれだけの意味しか有せず、労使間に権利義務関係を設定するものではないからである。しかし一部の学説・判例にあっては、この理を無視し、協定から直ちに労働者の超過労働義務が生ずるかのごとく主張する例がある⁽¹⁰⁷⁾」として、先に紹介した西川や池貝鉄工所事件決定を挙げる。山本は、西川らの「考え方は、三六協定それ自体から、労使の権利義務を導き出すもので論外⁽¹⁰⁸⁾」と一蹴した。山本は、同書において、「最近、学説の多くは、三六協定から民事的効力の発生を否定するのみならず、労働協約の形式で協定を締結した場合にも、また協約、就業規則、労働契約等において超過労働義務が定めてあっても、個々の労働者の超過労働

(103) 前掲注100・蓼沼論文・753頁

(104) 林迪広「三六協定の解釈に関する一試論」季労21巻3号（1971）4頁は、沼田稲次郎『労働法論（上）』（法律文化社、1960）の記述に依拠して、「三六協定を労働協約と同一視するような考え方ははなはだ形式論的思考である」（7頁）としている（当時の主要な文献については、同論文の注3にも挙げられている）。

(105) 山本吉人『労働時間制の法理論』（総合労働研究所、1970）92頁。

(106) 前掲注105・山本書・93頁。

(107) 前掲注105・山本書・93-94頁

(108) 前掲注105・山本書・94頁。

働義務が生ずるものではない、とする立場にある。この説では、三六協定は、使用者に対し個々の労働者との間に超過労働契約を締結しうる権能を付与したものと解する⁽¹⁰⁹⁾と、自身や当時の多数説の見解を簡潔に示し根拠づける⁽¹¹⁰⁾。

以上からわかるように、1970年までに学説の大勢は固まり、少なくとも三六協定について労働者の時間外労働等の義務に関するの私法上の効力を肯定する労基法上の規定の効力の一元的理解は、労働契約と労働基準法との関係を正しく理解しない（おそらく公法上の規制と私法上の規制の意義の違いという法学における基本さえ適切に区別できていない）、「論外」という評価の下に排された。

こうして、ここまでの段階で、末弘が構想した労基法上の労働条件設定のための規定の効力を、おそらく末弘が全く意図しない形で分化させて理解する解釈が完成した。その結果、労基法上の規定の効力は、公法的な規制としての意義と私法上（労働契約に対する）の規制としての意義とに截然と分けて考えられるようになった（後者〔特に直律効〕については、労基法13条等がなければ基本的には否定されると理解される）。こうした理解に従い、三六協定は、労基法上の規制との関係でのみ捉えられ、当該規制についての免罰的効力（同時に、規制に反した労働条件の設定を許容するという効力）をもたらすに過ぎず、私法上の権利義務の設定については、別途労働契約上の根拠が必要とされる、という理解が定着していった⁽¹¹¹⁾。

6 小括

Ⅲの内容を纏めよう。

(1) 論点の出現と通説

冒頭で触れたとおり、過半数代表ないし従業員代表制についての議論が盛んになったのは、1980年代以降であるとされるが、その議論の中でも重要な項目である

(109) 前掲注105・山本書・99頁

(110) 前掲注105・山本書・100頁以下。この中で、山本は、「三六協定に労働協約としての法理を適用する立場」の問題も示している（同101頁以下）。

(111) その後、山本吉人「現業公務員の時間外労働義務」ジュリ614号（1984）48頁は、「いうまでもなく……三六協定から労働者の時間外労働義務は生ぜず、この協定は、三二条の原則を超えて労働させても使用者は処罰されないという刑事免責的効力を有するにすぎない。かつては、協定から労働者の義務を導き出すという立場、協定内容の如何によっては肯定できうとする立場も存在したが、少数説といえよう」とし、そこで問題となる労働契約上の労働者に対する時間外労働等の義務づけ・根拠に関する議論の展開を示している（49頁）。

労使協定をめぐっては、1950年代から60年代にかけて、一定の議論が認められた。

そうした議論の中で、労基法上の規定の効力についても議論となり、労基法36条に定められる労使協定が、いわゆる免罰的効力をもたらすものであることについては「異論」がなかった。⁽¹¹²⁾争点となっていたのは、労使協定がそのまま労働者を拘束するかという私法上の効力の点であり、合わせて、労使協定が労働協約として締結されるのか、といった点が議論された。

裁判例や行政の解釈は、必ずしも明確にその点についての理解を示していたと評価できるのか判然としなかったが、通説は、それらの解釈が労使協定の私法上の効力を肯定しているものと位置づけて批判し、それを否定していた。

（２）一元的理解の試み

しかしながら、1950年代から60年代において、労基法や労組法の各規定やその整合性の検討、そして、それらの全体的な理解を基礎として、大勢を占めていく学説の理解と異なる見解も示されていた。それらは、労使協定に免罰的効力を認めるといよりは、労使協定が、労基法上予定された本来的な機能として私法上の効力を有するものと解していた。そうした学説は、むしろ末弘の労基法制定当時の理解により近い形で、労使協定の位置づけや法的効力を解釈していると評価できる面があり、労基法上の規定の効力を労働条件決定・設定の局面で一元的に理解していた。

（３）二元的理解の確立

しかし、通説は、一元的理解を「論外」なものとし、労基法上の規定の効力を、公法上の規制としての意義に純化させ、私法上の意義を分離させた形で理解する解釈を確立させていく。

そうした解釈には、労基法上の規定は、強行的な規制として労働条件の最低限を定め、また、それ単独では、公法上の効力を有するにすぎないものであるという、労基法上の規定の効力の解釈を前提とする。そして、そうした解釈においては、労基法36条や三六協定は、公法上の効力のレベルで免罰的な効力をもたらすものであり、同時に、同協定の範囲で、法が規定する最低限を逸脱して労働条件を設定することを可能とするが、一元的理解のように、労働契約上の権利義務の設定をする私

(112) 前掲注49・渡辺論文・202頁。

法上の効力をもたらすものではない。通説は、労働契約（私法上の関係の局面）を尊重し、私法上の規律には、少なくとも労働契約や就業規則、労働協約などの別個の根拠づけを必要とする。

Ⅳ 結びに代えて

本稿冒頭で疑問を呈した過半数代表の機能の①（労基法の規定の下回りについての合法化機能）と②（労働条件の設定に関与する機能）の区別の点に戻ろう。

本稿で考察してきたところからすると、疑問は一層強まるように思われる。その理由は、概して、①の機能は、やはり、労基法が制定された当時の想定では、②も含めた、労働条件決定・設定の仕組みの一環であったと解されるからである。そして、その後の論争の中で、労基法上の規定の効力を分化させて理解する二元的理解が確立し、①が独立して見出されてきた（にすぎない）。①を独立させて労使協定の議論をすることは、労基法の元々の枠組みに反する可能性が高い。

ただ、残念ながら、本稿は、従業員代表制が盛んに議論されるようになった1980年代後半以降の議論を検討する余裕がなく、その検討は、今後の課題とせざるを得ない。以下では、本稿における若干の歴史的考察からすると、今後の過半数代表制の拡大等において留意すべきと考えられる点を指摘して、結びに代える。

1 制度拡大の意義と労働条件決定・設定の全体像

まず、1980年代後半以降の議論が、「労基法における過半数代表制度のもつ問題性の顕在化・拡大」⁽¹¹⁴⁾を大きな契機としているにも関わらず、問題を、より広い「従業員代表制」⁽¹¹⁵⁾の問題として捉え、労働契約内容や労働条件決定の仕組みの問題として理解していつている点が目に付く。たとえば、1991年の日本労働法学会の大会で、毛塚勝利は、1987年の労基法「改正前の労基法上の労使協定は労働保護法たる

(113) 労働法全体に係る末弘の理解の意義からすれば、七戸克彦「末弘厳太郎研究資料総覧」法政研究85巻1号（2018）175頁などからも窺われるその変遷の確認も重要であろう。

(114) 毛塚勝利「わが国における従業員代表法制的課題——過半数労働者代表制度の法的整備のための検討課題」日本労働法学会誌79号（1992）129頁・130頁。

(115) 議論の背景については、坂本重雄「従業員代表制と日本の労使関係——団交・協議・過半数代表制——」日本労働法学会誌79号（1992）5頁を参照。

労基法の強行法規性の排除するためのものであったが、改正法により……労使協定の役割が拡大することにより、……労使協定が個別労働者の契約内容を実質的に形成することがより明確になった⁽¹¹⁶⁾」とことを記しており、議論全体の変化を指摘していた⁽¹¹⁷⁾。そして、そこで注目されていた様々な局面に導入された労使協定は、元々は労基法36条に定められた労使協定の仕組みを応用したものであった。

ところが、1970年までには確立していたと解される通説では、1980年代後半以降の従業員代表制に関する議論とは異なって、労使協定（三六協定）は、「契約内容を実質的に形成する」機能（私法上の効力）を認められるべきものではなかった。むしろ、通説は、そうした理解を「論外」とし、そうした議論の中で、三六協定の効力だけでなく、その前提となる労基法の規定（具体的には労基法32条等）の効力についても、解釈の統一を図っていった。

このような争点の存在から見返すと、1980年代後半からの契約内容を形成するものとしての労使協定の拡大は、一元的理解に近づくものであり、労基法上の規定の効力の理解において、本質的な変化を招来しうるものに思われる。

また、1980年代後半以降の従業員代表制の議論は、労基法上の過半数代表制の基礎に労働基本権（憲法28条）の存在を認め、労働基本権の内容は、「広く①事業所代表を自主的に選出ないし選択する権利……と、②事業所代表が行使することを予定された代表権というべき三種の権利（労使協定締結権、意見聴取権、推薦権）とをあわせ含むものとして」、再構成されるべきであるという小寫典明の「大胆な提言⁽¹¹⁹⁾」を一つの「嚆矢⁽¹²⁰⁾」としていた。

この憲法や労組法と労基法とのつながりを基礎とした小寫の提言は、1950年代や1960年代に三六協定に私法上の効力を認めた一部の学説とその根拠や解釈の点で共通し、⁽¹²¹⁾ 実は、制定当時の労基法に関する末弘の（一元的）理解と親和的である。

(116) 前掲注114・毛塚論文・130頁。

(117) 川口美貴「『過半数代表』制の性格・機能」日本労働法学会誌79号（1992）48頁も、労基法等における過半数代表が、「労働条件に関与するにいたっている」として議論を始める。

(118) 小寫典明「労使自治とその法理」日本労働協会雑誌333号（1987）13頁・15頁。

(119) 前掲注114・毛塚論文・132頁。

(120) 前掲注1・竹内論文・160頁（注3）。

(121) 前掲注118・小寫論文・15頁は、労基法制定当時の理解に遡って労基法上の過半数代表制と労働基本権との繋がりを確認する。また、同「三六協定に関する覚書」阪大法学45巻3＝4号（1995）519頁も、労基法の法案作成過程や制定当時の労基法の規定（Ⅲ2で紹介した西川

ところが、現在も続く従業員代表制の議論は、労使協定の効力を「合法化機能」や「解除」として分化させて理解し、むしろ1970年までには確立していた通説の理解を引き継いでいるように思われる。⁽¹²²⁾にもかかわらず、そうした従業員代表制の議論は、労働組合による労働条件規制機能の低下という議論の背景もあって、⁽¹²³⁾先述のとおり、労使協定に労働条件決定・設定の機能を認める方向の議論として展開する。したがって、1980年代後半以降の従業員代表制に関する議論は、1970年には認められた通説の解釈から離れていく側面があるのに、しかし、同通説が確立させた労基法の規定の効力についての解釈を前提としていると解され、憲法28条や労組法と労基法との相互関係をどのように捉えるものなのかも、気がかりとなる。

さらに、実は、三六協定に私法上の効力を認めない通説の理解は、末弘のような、労働契約（合意）それ自体に労働条件決定・設定の局面での具体的な役割を一貫して認めず、労働契約成立後即座に労基法や就業規則等が労働条件を設定するという理解を取らない、という解釈に立っていた。⁽¹²⁴⁾その意味で、1970年までに認められた通説は、労働条件決定・設定の局面で、労働契約（ないし当事者の合意）それ自体を重視し尊重する解釈といえ、労働法の構成全体に係る基本的あるいは原理的な主張を含むものであったと解される。

以上から、従業員代表制の議論が、むしろ「契約内容を実質的に形成する」ことに重点を置くようになっているとすれば、そもそも労働法の分野において、労基法上の規定の効力についても含め、何を基点に労働条件決定・設定の仕組み全体を構想するのか、という根本が問われると解される。同時に、その局面で、いかなる主体にいかなる役割を措定するのか、そうした役割と、憲法や労組法の各規定との関係をどのように結びつけるのか（あるいは、つけないのか）も問われよう。

と同様に同32条2項と同36条とで法的効力の点で差が生じるようには読めない点）を確認し、「三六協定の私法的効力を否定すべき理由は何一つ見当たらない」（526頁）とする。このように、小高の提言は、日本の労働法規制に対する本来的な洞察に基づく。

(122) こうした理解は、現在でも引き継がれているといえよう（前掲注1・竹内論文や桑村裕美子「労働協約と労使協定」日本労働研究雑誌657号〔2015〕26頁など）。

(123) 西谷敏「労使関係モデルと国家の役割」日本労働協会雑誌346号（1988）65頁参照。

(124) 吾妻光俊『註解労働基準法』（青林書院、1960）359頁以下は、1970年までには見られた通説の基礎となる文献であったが、吾妻（吾妻光俊『労働基準法』〔日本評論社、1951〕357頁以下）は、末弘の就業規則をいわば出発点とした労働条件決定・設定のあり方についての理解に根本的に反対する理解を採っていた（前掲注7・新屋敷論文・839頁以下を参照）。

2 「最低」基準の実現のための仕組み

1のように全体像が問われる中で、本稿の歴史的考察からは、労働法規制にいう「最低」基準の意義とその確保・実現が考えられるべきことを指摘したい。

Ⅱ 2（2）で見たように、制定当時、労基法32条による法定労働時間の設定と労基法36条による労使協定を通じた例外の設定によって、法定労働時間は意識されつつも、当事者に委ねられる部分については、例外的、臨時的なものとして、集団的な決定に委ねられた⁽¹²⁵⁾。つまり、そうした仕組みは、法定労働時間が一定の基準としての意義を発揮すること、その上で、限定的に集団による相当程度の交渉や調整が図られ労働条件が決定されることを想定していた。

ところが、通達等の改正を経て労基法32条は「死文化」したとまで表現されるようになった。1970年までには確立していた上記通説は、実は、こうした労基法の仕組みや実態から、労使協定等の私法上の効力を否定し、労働時間の労働条件としての個性を強調し、労働者に例外としての時間外労働等についての選択の余地を認めようとしていた⁽¹²⁷⁾のである。

しかし、こうした通説の努力は、1968年の秋北バス事件・最大判昭43.12.25民集22巻13号3459頁以降の就業規則に関する判例法理により水泡に帰す。同法理は、労働者に対する時間外労働等の義務づけについても及び、それについて、労働者の同意は不要とされた⁽¹²⁸⁾。こうして、時間外労働等の弊害が著しい実態を労基法の定める基準に引き戻す余地は、法制度や法理論の観点からは、ほぼ存在しなくなった。

このような歴史的な経緯を見ると、わが国の文脈において、何らの手当なく労基法36条に定められた労使協定の仕組みを拡大していくことは、第一に、法律に定

(125) 前掲注33・寺本書・236頁は、「八時間労働制が労働者の健康保持の爲の最長労働時間としてよりも、労働者の爲に余暇を確保しその文化生活を保障する爲に必要な最長労働時間として規定されるものであることは一般の定説であるが、かような意味で確保される余暇は労働者が自覚してこれをもとめるときに於て始めて有効にその目的のために利用されることになる。八時間制を畫一的に強制することを避け賃金計算等に關し八時間制の原則を維持しつゝも労働者が自覚して求めない限り尚時間外労働を認める軟式労働時間制はこゝにその存在理由を持つ」としていた。

(126) 前掲注49・渡辺論文・200頁。

(127) Ⅲ 5で引用した山本書の記述からも、通説が時間外労働等については個々の労働者のその都度の決定に委ねようとしていたことが窺われよう。

(128) 日立製作所武蔵工場事件・最一小判平成3.11.8民集45巻8号1270頁。

められた最低基準を果てしなく引き下げることが許容する政策決定の面があることを指摘しなければならない。このことは、上記の労基法32条と36条をめぐるわが国の歴史が証明している。

第二に、仮に労使協定の拡大を図るとしても、労基法の規定に最低基準としての意義を発揮させようとするのであれば、労基法の元々の構成やそれに着目した少数説（Ⅲ 2ないし 4）の主張等から考えて、労使協定を締結する主体の「代表」性と「交渉」を確実なものとする仕組みを設けなければならないといえる。よく知られているように、労基法制定当初、労働組合の組織化が進み、労基法に設けられた集団的な意思決定の仕組みも、過半数組合により活用されることが期待されていた。現実には、何十年を経ても期待された状況は実現せず、労基法32条の法定労働時間の基準としての実際上の意義はなお不明確である。わが国の文脈では、労基法に定められる原則も、期待を現実のものとする具体的な法的な方策が組み入れられなければ、法規制として定められたところの意義を発揮することはない。

第三に、労働条件決定・設定の起点として、使用者が一方向的に作成する就業規則を理論的にも法政策的にも認めることを根本的に問い直す必要性も強調しておきたい。元々、末弘の理論や労基法の構成は、労基法に基づく労働条件決定・設定の枠組みにおいて、労働者と使用者が個別に労働条件を決定することを観念していなかった。これに対して、本稿で挙げた通説は、1で触れたとおり、その枠組みから離れて、当事者の個別合意の機能をなんとか回復しようと試みるものであった。しかし、上述のとおり最終的な局面で、「個別的に同意を与えたかどうかを」⁽¹²⁹⁾問わない就業規則に関する判例法理に屈することになった。本稿でも示した元々の労基法の枠組みや労働条件決定の実態が織りなす秩序の中では、たとえ時間外労働等の義務づけという限定的な場面に限ったとしても、個別合意の意義を見出すことも難しかったと解される。これは、結局、労働条件決定・設定の局面において個別合意に位置づけを認めない形で構想された、労基法の原理的な限界であったと考える。

要するに、今後の議論においては、労働条件決定・設定の全体像を、その根本から見直し、労働法規制の「最低」基準としての位置づけや機能を實際上意義のあるものとする形で制度化していく方が考えられる必要がある。

(129) 前掲秋北バス事件最高裁判決。