

三六協定をめぐる一問題点

蓼 沼 謙 一

労働基準法が実働八時間制の原則に対して種々様々の例外を認めていること、とくに同法三六条に定める労使間の協定(いわゆる三六協定)による時間外労働の許容が、日本の低賃金という環境のもとで、時間外労働の慢性化・常態化、実働八時間制の空洞化をまねいてきたことは、すでにしばしば指摘されているところである。こうした現実との関連において、三六協定をめぐる解釈論がかなり前から一部の学説によってとりあげられてきたが、労働時間短縮問題の漸次的本格化にともなう、多くの学説がこの問題に関心をよせるにいたった。少数ながら下級審裁判例も現われ、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みえる。しかし、よく見澄ましてみると、問題領域に対してあれこれの角度から鉤が入れられたとはいえ、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なかのこの時点において必要不可欠のように思われる。本稿は、紙幅の関係でこの作業の全体にアタックすることはできないが、その重要と思われる側面に、一つの問題提起を試みよう

とするものである。

使用者が適法に(すなわち①当該事業場の労働者の過半数を組合員とする労働組合——以下「過半数組合」と略称——があればその組合との間に、かかる組合がなければ労働者の過半数を代表する者——以下「過半数代表者」と略称——との間に、②施行規則一六条に定める事項を定めた)三六協定を結び、これを所轄労働監督署長に届け出た場合には、「第三十二条若しくは第四十条の労働時間……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って労働時間を延長(する)……ことができる」と労基法三六条は規定する。ここに「できる」ということが、三六協定によって三二条(実働八時間制とその変形)または四〇条(九時間制、一〇時間制などの特例労働時間制)に定める労働時間を超える労働——労基法上の時間外労働——をさせても、それが三六協定により、且つその定める範囲内ならば、使用者が労基法(三二条一項)違反で処罰されることはない、という意味を含んでいることは疑問の余地がない。適法な三六協定に認められるこの効力を、一般に免罰的(刑事免責的)効力とよんでいる。

しかし正確には、適法な三六協定の締結と届出に対し認められる法的効果というべきものである。

この免罰的効力の及ぶ時間外労働の範囲が、過半数組合の組合員のなした時間外労働に限らず、過半数組合の組合員以外の

労働者（他組合員または未組織の労働者）のなした時間外労働にまで及ぶことも疑の余地がない。つまり、労働者一〇〇人の事業場で、五人（またはそれ以上）を組合員とする労組と三六協定を結びこれを屈出れば、組合員である五人以上の労働者に三六協定に従って時間外労働をさせても、使用者は労基法違反で処罰されないばかりでなく、組合員でない四九人（またはそれ以下）の労働者に三六協定による時間外労働をさせても、同様に処罰されないのである。もっとも協定で、時間外労働の行なわれるべき「業務の範囲」（則一六条一項）を当該事業場内の特定の業務に限定した場合には、それ以外の業務に従事する労働者に時間外労働を行わせることは法三二条一項違反の罰則の適用を免れない。しかし、こうした限定がないときは、右の例の場合、五人を組合員とする組合との間の三六協定によって、他組合員などを含む一〇〇人の労働者全員に時間外労働をさせても免罰されるのである。

問題は、三六協定に、このような免罰的効力以外の効力を認めうるか、とくに三六協定が適法に結ばれば、その定めるところに従って時間外労働に従事すべき労働者の義務も生ずるかである。つまり、適法に三六協定が結ばれば、右の例で当該事業場の労働者全員一〇〇人は、誰もが、三六協定に定める時間外労働、たとえば三六協定に「延長すべき時間」（則一六条一項）を二時間と定めてあれば二時間の時間外労働、に従事すべき義務を負うか。換言すれば、この場合二時間の残業命令が使用者から発せられれば労働者はこれに服さなければならな

いか、である。この問題は、これまで三六協定をめぐる中心的な問題の一つとして多くの文献のなかでとりあげられてきたものであり、答は結論的にはすでに固まっているといつてよい。すなわち、ほとんどの学説が三六協定そのものから当然には（直接には）右の義務は生じないとする。行政解釈（昭和三三・九・二〇基収二六四〇）は反対であるが、労働基準局編者のコメントメンタールも学説の圧倒的多数と同じ立場をとっている。

しかしここで問題としたいのは、その根拠づけである。三六協定による時間外労働には労働者としてこれに従事すべき義務があるのではないかという場合、この義務は、いうまでもなく使用者との関係において問題となる義務である。ところが、法三六条は直接には国家が使用者に対し、法三二条または四〇条に定める労働時間を超えて労働させることの刑事的禁止を同条の要件・手紙のもとで解除する旨を規定したにとどまり、使用者と労働者との間の私法的関係¹¹権利義務関係を定めたものとは解しえない。たしかに、労基法の多くの規定、とくに労働条件の最低基準を保障した規定は、基準を下廻る条件での労働者の使用を罰則つきで禁止するだけではない。労働時間のような狭義の労働条件の基準を定めた規定は、その基準に達しない労働条件を基準の線までひきあげ、基準とおりの労働条件を個別労働契約の内容として妥当せしめる（労基一三条参照）ことによって、個々の労働者と使用者との間の私法的関係をも規制する。一日の最長労働時間を一般に八時間に制限した法三二条一項の規定や、業種・業務を限ってこれを九時間等に制限した法

四〇条の規定は、このような法的効果ももつ規定である。しかし三六条は、労働条件の最低基準をこのような刑事的禁止や私法的規制をもって保障しようとする規定ではない。逆に、労働時間に関する最低基準すなわち最長労働時間をこえる労働の禁止を、一定の要件・手続のもとで、一定の範囲・限度において解除するものである。この解除はいうまでもなく、使用者側の利益・便宜を考へてのことであるが、この場合、三六条が、単なる禁止の解除の域をこえて、法定最長労働時間をこえる労働を、対使用者の関係において同条が直接労働者に義務づけることにより、使用者に保障したものと解することは、同条の文言上はもとより、労基法の労働時間制の趣旨にてらしても無理である。労働者の勤労権(憲二七条二項、労基一条一項)という立場から労働条件の最低基準を保障する場合にこそ、労基法はすでにのべたような刑事的禁止とならんで個別労使間の私法的関係の形成・規律をも行なわなければならないが、三六条のように逆に最低基準の保障をはずす場合にまでこのような規律をなすべき必要性は考えられないのである。

要するに、労基法三六条の規定の性格からして、同条は三二条一項や四〇条に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指定したものと解しえない。もしも、このような義務が問題になりうるものとするれば、三六協定が過半数組合または過半数代表者によって結ばれるために、かかる協定の締結という事実からして——法三六条

の規定じたいからではなしに——当該事業場の各個の労働者に、協定に定めるところに従った時間外労働をなすべき義務が対使用者の関係において生ずるのではないか、というかたちでしか問題になりえない、と解されるのである。

- (1) 施則一六条は法三六条の委任命令ではない。そこで三六協定の内容が施則一六条に適合しない場合、かかる協定によって時間外労働をさせた使用者を労基法三二条違反で処罰するのは罪刑法定主義の原則に反しないか、という問題がある。この点については吾妻編(執筆蓼沼)「註解労働基準法」三七六—七頁。

- (2) 学説と行政解釈の詳細に関する最近の文献としては山本吉人「労働時間制の法理論」九三頁以下、深山喜一郎「三六協定」季刊労働法六八号。関係裁判例についてもこの二つの文献参照。

- (3) 労働基準局編著「改訂新版・労働基準法」三八六頁。

- (4) このように三二条一項や四〇条に個別労使間の関係を私法的に規律する効力があるといっても、これらの規定から直ちに、個々の労働者に実働八時間または九時間などの労働時間だけ勤務に服すべき対使用者の関係における私法上の義務が生ずるわけではない。

- (5) 全面的には必ずすのではなく、三六協定に従ってなされた時間外労働についてだけはずすにすぎない。したがってたとえば三六協定に定める延長時間を超えての時間外労働

については、禁止の解除はないし、個別労使間の私法的関係としてもかかる時間外労働をなすべき権利義務を労基法は直接否定するのである。

二

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關係における義務（以下これを「三六協定に定める時間外労働に従事すべき義務」と略称する）は生じないという命題の根拠が、右にのべたような観点からとりあげられたことはないように思う。

まず、右の義務が「三六条の規定」じたいからは生じないと解するのか、「三六協定」じたいからは生じないと解するのかが、これまで、裁判例はもとより多数の文献のなかでも、必ずしも明らかでない⁽¹⁾。この二つの問題は密接な関連はもっていないが、同一ではない。前者の問題について、三六条の規定じたいは労働者の三六協定に定める時間外労働に従事すべき義務を定めていないという結論が異論なく確定されたとしても、三六協定じたいの協定としての性格によって協定関与者たる各個労働者に協定に定める時間外労働に服すべき義務が生ずるのではないか、という問題はこれと別個の問題になりうるのであり、それはまさに、これまでの文献のなかで、三六協定が過半数組合により「労働協約」（則一六条二項参照）として結ばれた場合にとくに問題とされてきたところなのである。しかし、右の二つの問題をゴッチャにして、三六協定にいわゆる「民事的効

力」すなわち三六協定に定める時間外労働に従事すべき各個労働者の義務を生ぜしめる効力、があるかどうかを論ずべきではない。まず三六条の規定じたいからかかる労働者の義務が生ずると解すべきかどうかを問い、ついでこれが否定的に解される場合に、三六協定の協定としての性格から、とくにそれが協定の形式をとる場合に右のいわゆる「民事的効力」が認められるかどうかを問題としなければならぬのである。従来は、こうしたいわば二段階論的な問題のとりあげ方がなされていなかったように思う⁽²⁾。

つぎに指摘したいことは、「三六条の規定」と同じような性格をもつ規定が労基法中に他にも存在するということである。この点もこれまで指摘されたことがなかったように思う。実はいわゆる変形八時間制を定めた三二条二項の規定は、使用者が「就業規則その他により」変形八時間制——たとえば月曜日、木曜日、各実働九時間、金曜日、実働八時間、土曜日、実働四時間・半休、日曜日、週総実労働時間四八時間——を定めた場合に、この定めに従って労働者を使用するかぎり、月曜日から木曜日までの各日に実働八時間を一時間オーバーする九時間の労働に従事させても、使用者は三二条一項違反で処罰されることはない、という免罰規定である。たしかに三二条二項の場合には、右の例で実働八時間を超える一時間の労働は、それが就業規則その他の「定め」によるものであれば、労基法上時間外労働の取扱をうけず、したがって、実働八時間を超える労働について三三条、三六条に定める要件・手紙を具備する

ことを要せず、また三七条所定の割増賃金の支払を強制されない。これに対し、三六協定の定めによる実働八時間等を超える労働は、割増賃金の支払を強制される時間外労働となる、という違いはある。しかし、定めによる実働八時間を超える労働について免罰を認めるという点では、両者共通である。この場合、三二条二項では、実働八時間を超える労働を含む変形八時間制を、「就業規則その他」⁽³⁾であらかじめ定めれば足りるとしている。この点は実働八時間等を超える労働を労使間の協定であらかじめ定めることを要求している三六条とたしかに異なる。しかし、三二条二項も三六条も、実働八時間を超える労働の禁止の、一定の要件・手続のもとでの解除という点では共通である。かかる性格の規定であるいじよう、これら二つの規定から、労働者は就業規則その他、または三六協定によるかぎり、実働八時間を超える労働に従事しなければならないという対使用者の義務を負う、というように解することはできないのである。

労働者のこのような義務の発生根拠として問題になりうるのは、刑事的禁止解除規定ないし免罰規定そのものではなしに、就業規則または三六協定である。ただし、就業規則で、とくに法九〇条に定める過半数組合または過半数代表者の「意見を聴」いて作成・変更した就業規則で変形八時間制を定めた場合⁽⁴⁾には、かかる就業規則の性格と効力からして、そのために従って労働すべき対使用者の義務が各個の労働者に生ずるのではないが、が一方で問題となり、他方で、過半数組合または過半数代表者との協定によって時間外労働が定められたいじよう、組

合員または被代表労働者はその定めに従って労働すべき対使用者の義務を負うことになるのではないか、が問題となりうるからである。

前者は就業規則の効力の問題であるが、周知のように学説はさまざまに分れており、五五歳定年制を新たに設けた就業規則変更の効力について判示した最高裁判決（大判昭四三・一二・二五秋北バス事件）も、すでに批判されているように、諸学説のいわば雑炊で論理的な一貫性を欠いている。このような混迷状況を整理するだけでも多くの紙幅を要するし、また本稿は三六協定を主題とするので、ここではこれ以上触れないことにしたい。

後者は三六協定の効力の問題であり、三六協定が過半数組合により労働協約として締結された場合にもっとも問題となる。

(1) たとえば三六協定の問題につき詳細な考察を試みた最近の山本吉人「時間外労働と三六協定の効力」労働時間制の法理論所収においても「労基法は労働条件の最低基準を設けたものであって、労働者の使用者に対する義務を定めたものではない」から、労基法三六条それ自体から労働者の超過労働義務の生じないのは当然とされている（九三頁）。しかし三六条はごく広い意味では労働条件の最低基準を定立した規定といえるかもしれないが、三二条一項のように語の真の意味で労働条件の最低基準を定立した規定とは區別される。むしろかかる最低基準規定の適用の例外を定め

るものである。そして三二条一項のような規定については、違反に対する罰則とともに、本文にのべたような私法的規制力（直接的・片面的）のあることを軽視すべきでないと思う。

(2) 拙稿前掲「註解労働基準法」(昭和三五年九月刊)所収三七二頁以下では、三六協定から「当然に右の〔三六協定に定める〕……時間外労働に従事すべき私法上、契約上の義務が生ずるわけではない」とし、また、三六協定が「労働協約による場合」(則一六条二項)というのは「労働協約の形式による場合」を意味し、この場合でも三六協定に協約としての性質・効力は認めえないこと、さらに三六協定が適法に結ばれた場合、刑事上の免罰的効力のほか「民事上は、使用者が当該事業場内の労働者との間に、協定に定められた限度内での時間外または休日労働の契約を結ぶことを適法ならしめるという効果を生ずる。したがって、かかる契約が結ばれたときは有効であり、約定された時間外または休日労働に従事すべき義務が契約当事者に生ずるが、しかしながら、事業場内の労働者がこの契約を結ぶか結ばないかは各人の自由であり、……〔また〕協定にもとづく就業命令に服したいからといって、労働義務(債務)不履行の責任を当然には負わないと解すべきである」とした。この結論を私はいまも維持したいが、しかし右の拙稿では本文にのべたようないわば二段階論的なとらえ方が明確に出ていない。

(3) 「就業規則その他により」とは、常時一〇人以上の労働者を使用する事業場については法八九条に定める就業規則によるべく、常時一〇人未満の労働者を使用しているため法八九条による就業規則の作成・届出義務のない事業場の場合には「その他」による、という意味に解され、前者の労働者への周知(法一〇六条)とともに後者の労働者への周知も定められている(則一二条)。法八九条の就業規則は結局は使用者の意思のみによって作成しうるものであり(法九〇条)、したがって右の「その他」も労使間の協定であることを要しない。

(4) 常時一〇人未満の労働者を使用する使用者の場合、変形八時間制の定めをしたときにこれを労働者に周知させなければならぬことは則一二条の規定に明らかであるが、この定めをするにあたって法九〇条に定めるような過半数組合または過半数代表者の意見を聴かなければならないかどうかは一つの問題である。

三

法三六条の規定に適合する時間外労働協定、すなわち当該事業場に過半数組合があればかかる組合との間に結ばれた則一六条所掲の事項を定めた協定は、それが過半数組合によって結ばれたものであることから、「多数決」原理(過半数による決定は全体の決定として少数者をも拘束する)によって、当該事業場の労働者全員に三六協定に定める時間外労働に服すべき義務

を生じさせるか。三六協定が適法に結ばれば各個の労働者に当該協定による時間外労働義務が生ずるとする少数の裁判例・労委会命・学説や行政解釈においても、その根拠としてかかる「多数決」原理をもち出すものは見当らない。しかし、単に三六条の規定に適合するだけの三六協定から、右のような各個の労働者の義務が生ずるのだとすれば、このような「多数決」原理でもち出す以外に根拠づけは不可能であろう。だが、この根拠づけは三六条の文理上無理であるばかりでなく、本人じしんの合意にもとづかずにその者に労務提供そのものを義務づけることとなる点において、とうてい採用しえない。学説のなかには、三六協定の定め方いかんによっては、すなわち三六協定のなかに則一六条所掲の事項のほかに、個々の労働者が協定による時間外労働に服する義務を負う旨の規定が含まれておりさえすれば、かかる義務が生ずるとする説があるが、同様の批判を免れない。

そこで、つきにとりあげられるのが、三六協定の労働者側当事者が「労働組合」である場合に、これに注目し、「労働組合」という団体の性格からして、組合員に関しては、協定に定める時間外労働に服すべき義務が生ずるのではないか、という問題である。しかし三六協定は、当該事業場の労働者の全員を対象としない場合、「業務の種類」(則一六条一項)によって一部労働者のみを対象とすることが認められるにすぎず、当該事業場の労働者のうちの組合員のみを対象とし、それ以外の労働者を対象外とする時間外労働協定は三六条の規定に適合しないもの

と解される⁽³⁾。したがって、右の問題は、過半数・従業員組合により三六協定が事業場の労働者全員を対象として結ばれたとき、組合員以外の者は別として、組合員については、組合と組合員との関係からして、協定に定める時間外労働に服すべき義務が生ずるのではないか、という問題になる。しかし、組合——組合員の関係においても、多数決によって形成された組合じしんの意思により、使用者との協定で、組合員の使用者に対する労務提供義務そのものを設定することはできない、と解される。組合は、組合員の使用者に対する労務提供の条件、とくにその最低基準を、使用者と協定し、かかる最低基準が組合員と使用者との間の労務提供の条件を直律的・不可變的に規制するのである。そこで、つきのようなになる。三六協定中には「延長すべき時間」その他を定めなければならない(則一六条一項)が、たとえはある三六協定中で延長時間を一日二時間と定めた場合、組合が組合じしんの意思として、かりに二時間の各個組合員の時間外労働義務(もとより対使用者の関係における)を設定したつもりでいたとしても、それは法的には、各個組合員が時間外労働を実際に行なうこととなった場合に、二時間の、またはそれ以下の時間外労働を行なう義務しか引受けることができない(時間外労働を行なう義務そのものは組合と使用者によってではなく、組合員と使用者との明示または黙示の契約によって生ずる)という意味しかもたない、こうした三六協定が労働協約の形式をとって結ばれた場合(労組一四条参照)もこの理は変らない。そのなかの延長時間に関する規定は、組合員と使

用者との間の時間外労働に関する私法的関係を直律的・不可変的効力をもって規律するし、かかる協約の規定には事業場単位の一般的拘束力(労組一七条)も認められよう。他方、協約の形式をとらなくても、延長時間に関する三六協定中の規定には、右の直律的効力と似た効力を認めるべきである。何故なら、三六条は三六協定の定めによる限りで三二条・四〇条に定める労働時間をこえる労働を許容するものだからである。

以上のべたように、労使間の集団的協定によっては、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對する労務提供の義務を設定することはできない(労務提供の条件を直律的に規制できても)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見る必要があるのではなからうか。これが私のここでの問題提起の一つである。

- (1) 三六協定の効力をめぐる学説・裁判例などの状況に関する最近の文献としては山本・前掲論稿九三頁以下参照。
- (2) 三六条は、まず第一に過半数組合と三六協定を結びべきものとし、二次的に過半数代表者と結びべきものとしてゐる。注意すべきは、二次的に過半数代表者を相手とすべき場合には当該事業場の労働者の過半数が現実には当該三六協定の締結に賛成でないと三六協定は結ばれないが、過半数組合を相手とすべき第一の場合には、たとえば労働者一〇〇人の事業場で五一人を組合員とする過半数組合がある場合、原則として二六人(労働者総数一〇〇人に対する

関係では二割五分強)の賛成があれば三六協定は適法に結ばれることになる、という点である。この結論を不当として、過半数組合の有無を問わず、当該事業場の労働者総数の過半数の賛成がなければ三六条に適合する協定とはいえない、と解することは、三六条の文理上無理である。そればかりでなく、個人に対し、いかなる他の個人または団体も、その者じしんの合意をとりつけることなしに、たは他人(この場合使用者)に對する労務提供を義務づけることはできない。労働組合と組合員の間においてさえそうである。

このような義務づけによる労働はまさに意に反する苦役の禁止(憲一八条)に触れるのである。しかし、労務提供それじたいの義務ではなしに、労務を提供する場合には何時間労務を提供するか、その基準、とくに最低基準^{II}最長労働時間を労使間の集団的協定によって決定することはできるし、法的に望ましいことでもある。

- (3) 同旨、「労働基準法」三三五頁。
- (4) 最近沼田教授は、八時間制は過去の遺物的な劣悪水準であり、その例外としての三六協定を締結することは「労働者のモラル」に反するものであること、しかるに「代表者の意思による使用者との契約が自律的規範を定立して当然に個人を拘束するには、代表者の意思が労働者のモラルをふまえている」ことが要件とされると解すべきだという立場から、三六協定の性質・効力の問題をとりあげら

れている(沼田稲次郎「労働協約の締結と運用」一四〇頁以下)。この見解に対する検討も、ここでは他日を期するほかない。

(付記) 多田先生記念号なので、いわゆる従業員教育をめぐる問題の一端をこの欄でとりあげるつもりであった。

しかし資料不足などのため三六協定の問題にきりかえざるをえなかった。謹んで多田先生と編集委員の先生方に御詫び申上げ、御宥恕を御願する次第である。

(一橋大学教授)