

労働契約論ノート

菊池, 高志
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/16217>

出版情報 : 法政研究. 46 (2), pp.505-538, 1980-03-25. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

労働契約論ノ一ト

菊池高志

- 一、課題の限定
- 二、判例の動向
- 三、労働契約の解釈について
- 四、労働契約の抽象性について

一、課題の限定

労働契約をめぐる問題は常に労働法の基本課題であり、最重要問題のひとつとしてくり返し論ぜられてきた。戦前、いまだ成文法上の概念になつていなかった時代から、労働契約概念の把握は労働法学の最重要課題であつた。というよりも、そこでは、労働契約概念の把握が労働法の存立基礎をなすものであり、労働契約の本質が労働法の性格を規定するものとして、労働法学の学的基礎そのものであると解されていたと言つてもよいであろう。

戦後、実定成文法規の展開とともに労働契約という語も成文法の上に定着を見たのであり、こんにちわれわれが労働契約という言葉で意識するものは、まずもつてこの現行法秩序における労働契約である。しかし、このような明文上の手掛りが与えられたにもかかわらず、戦後労働法学における労働契約をめぐる論議はむしろ低調であつたと言えよ

う。⁽¹⁾それは、戦後労働法学の抱いた関心のあり方の当然の帰結でもあった。主要関心が労使間に生ずる集団的關係、そこでの紛争とそれを通じての秩序形成にかかわる法理に集中された戦後労働法学にとって、労働契約の問題は二義的地位を占めるにすぎなかった。戦前労働法学が、民法原理（＝私法一般原理）の修正という角度から追究され、まづもってそこに独自の存在意義を主張すること自体を課題とせざるを得なかったとは異なり、実定労働法制を対象とし、その背後に据えられた憲法規定（＝労働基本権条項）の存在を前提として構築されてきたのが戦後労働法学であった。いわゆる争議行為責任の問題ひとつとっても、あえて民法契約法理との關係にまで遡って吟味することを要しないだけの実定法規が用意されていた。社会的人権の思想を主軸に権利論の構築に力を注いだ戦後労働法学は、それだけに私法理論とりわけ契約理論の側面には充分な関心を払ってこなかったと言えよう。⁽²⁾

こうした傾向にある労働法学の上で改めて労働契約の問題が関心をあつめるに至るのは、三〇余年の歴史の後半期のことである。が、そこでの論議は戦前から戦後初期におけるものとは著しく異なるものとなった。それは、関心の集中が具体的争訟事件の増加、判決例の蓄積という現実に刺激されたものであったことによる。学説論議も多くは具体的裁判事件の紛争に則した視角からアプローチする実定法解釈を中心とするものとなった。窮極的には労働契約の成立・終了、契約義務、さては労働契約の概念範囲をいかに画するかといった契約理論上の問題に達着するにしても、紛争事案においては常に労働基準法規、労働協約、就業規則等の解釈適用問題に媒介されて問題が提起されるのであり、これに則した論議は契約理論の深化に直結しにくい要素を孕んでいる。労働契約をめぐる多様な争訟事件の現出は、多面的な理論課題を提起し、問題展開に応じた多彩な論議がかさねられているにもかかわらず、労働契約の本質、労働契約概念の画定という点では、むしろ一層不透明を状態になりつつあると言えそうな現状である。

本稿は、最近一〇余年のトピカルな判決例の若干を追ひ、そこから、今日の時点における労働契約論の課題をあき

らかにするために、いささかの整理を試みることを目的とする。

(1) 勿論、労働契約が労働法における基礎的概念である以上、これに触れられてこなかったと言ふことではない。否むしろ「労働法を論じ、労使関係を問題にする場合には、はじめに労働契約の法的性質を詳論するのが普通である。労働契約とは何か。雇傭との本質的な差はどこに求められるか。さらにそれと委任、請負との違いはどこにあるか。それは従属労働を前提とするかどうか。それは債権契約であるかそれとも身分契約であるか等々……わが国の労働法学者の好んで取り上げるところ」(有泉亨『労働基準法』八七頁)とさえ言われるものである。「労働契約の法的性格をどのように把握するかは、労働法全体の性格理解に関する各人の基本的立場に深くかかわっている。」(片岡昇「労働契約論の課題」季刊労働法別冊・労働基準法)だけに、労働法の体系的な叙述に際しては欠くことのできない事項とされるのであるから、これに触れた論稿は夥しい。が、その多くはまさしく法的性格を論ずるにとどまるものであり、また、労働法全体の性格理解のための叙述として存在するのである。そこでの最大の焦点は、「労働の従属性」ないしは「従属労働」なる概念を認めるか否か、認めるならばその従属とはいかなる意味における従属であるか、という点にあった。ひとたび性格規定が与えられると労働契約の契約としての意義、効力等をそれとして解析する作業へ踏込むことには多くの力が注がれることはなかつた。

(2) 沼田稲次郎「労働法の基礎理論」労働法事典九頁。

二、判例の動向

一、内定取消・本採用拒否・短期契約の更新拒絶

(一) 成文法規が解雇予告義務の除外についてわずかに規定するにすぎない「試の使用期間」の法律問題は、比較的早くから関心を集め、一九五〇年代後半には、裁判事件の増加と併行して学説上も論争状態を呈することになった。裁判事件は、頭初予定された試用期間経過後使用者から具体的意思表示のないままに引き続き就労している場合の法律

關係、頭初予定の試用期間を使用者が一方的に延長した場合、試用期間終了に際して本採用を拒否した場合の法律關係を争うものである。問題の焦点は、試用期間終了後の期間の定めなき労働契約との接合をいかに図るか、これに関連して「試用」の性格、その間の解雇・解約権をいかに解するかにあった。

労基法所定の「試の使用」がわずか一四日間を限度とするのとは異なり、労働關係の現実にあつては二、三ヶ月ないし半年という比較的長期の期間設定がなされ、しかも多くは新規卒者の定期採用というわが国の雇用慣行を前提に、後の期間の定めのない契約（事実上長期勤続雇用となる）へ移行することが予定されたものである。この現実に機能する試用期間の問題は、おのずから労基法条文の解釈問題とは別個の契約法理課題である。

試用の実態の多様性、契約自由の法原理から、現実の試用が一元的に構成しきれぬものではない。個別具体的実態に則した当事者意思の確定を要することは判例学説の一致するところである。が、一般論としては、期間の定めなき契約についての停止条件として試用労働に対する使用者の評価を位置づける説、逆にそれを解除条件とする説、試用期間の当初より解約権の留保された労働契約が成立したと見る説、試用期間を本契約と別個の期間を定めた無名契約とする説がみられる。判例はしだいに留保解約権付労働契約の成立を認める方向に収斂し最高裁もこれに同調するに至った。

三菱樹脂事件判決⁽²⁾は、試用契約の判断には就業規則の規定文言のみならず処遇の実情、事実上の慣行のいかんを重視すべきであるとして、本採用を拒否した前例がなかったこと、本採用に際し別段の契約書の作成はなかつた氏名、職名、配属部署を記載した辞令の交付にとどまる等の慣行的実態に照らして留保解約権付労働契約が当初より成立していたものと判断した。採否決定の当初においては、適格性判定の資料を十分蒐集できないため最終的決定を留保すること自体は、今日の雇傭の実情から見て合理性をもつとしてその効力を肯定するが、「留保解約権の行使は、……

解約権留保の趣旨、目的に照らして、客観的に合理的な理由が存し社会通念上相当として是認されうる場合にのみ許される」と解したのであった。

(二) 採用内定については、学説論争がむしろ先行するが、一九七〇年以降判決例もあらわれる⁽³⁾。これまた現実には多様であり、一元的構成は困難であるが、争いの焦点は早期に約された新規卒業予定者の採用が、卒業^{II}就職前に取消された場合の就職予定者の地位いかんにある。したがって、法理課題も内定をもって労働契約の成立を認めるか否か、認めるとすれば使用者の取消^{II}解約権の性格、限界はいかに画されるべきかを焦点とするものであった。判例動向は、内定をもって解約権留保付始期付労働契約の成立と見ることに収斂するが、そこには試用をめぐる論議が大きく影響を与えていると言えよう。

大日本印刷事件判決⁽⁴⁾は、採用内定通知のほかに労働契約締結のために特段の意思表示が予定されていなかったことを考慮し、誓約書所定の内定取消事由に基づく、解約権を留保した労働契約が成立していたものと判断した。「就労の有無という違いはあるが、採用内定者の地位は、一定の試用期間を付して雇用関係に入った者の試用期間中の地位と基本的には異なるところはない。」それゆえ、三菱樹脂事件判決を援用し、内定中の留保解約権の行使にも同様の理が妥当すると解する。内定取消しもまた「解約権留保の趣旨、目的に照らして客観的に合理的と認められ社会通念上相当として是認することができるものに限られる」と説示された。

(三) 有期労働契約に関する労基法上の明文規定は、期間が一年を超えるものの禁止と、二箇月以内の短期契約についての解雇予告義務除外の定めのみである。短期労働契約に関する裁判事件はもっぱら「解雇」事件であるが、期間経過後も特段の意思表示なしに従前どおり就労させていた場合の解雇と、短期契約を反復更新してきたものが突然更新を拒絶した場合とがある。とりわけ、後者の場合にはこれを解雇と見るか、単に既存契約の終了^{II}新契約締結の拒否

と見るか、その前提として反復更新されてきた事実をいかに評価するかが焦点となった。

期間の定めのない契約への転化を認める立場は、(1)労基法二一条の法意からみて、実質が「常傭工」化しているものは期間の定めのない契約と解すべきである、(2)反復更新の事実からみて、契約書も単なる形式であり、当事者の実質的合意内容をなしていないとするのが相当である、(3)引続き雇傭されてきた事実により期間の定めのない契約に転移したものと解すべきである、などをその理由とする。他方、いかに反復「更新されて来たとしても期間の定めのない契約と見ることはできないし又、期間の定めのない契約と同様に取扱わなければならないものではない」として転化を否認する立場からは、更新拒絶の意思表示の必要自体を否定する見解もなりたつが、多数は当事者の意思解釈として「暗黙の合意」を認めるか、もしくは反復の事実によって生ずる労働者の「期待権」を認め、更新拒絶には明示的意思表示を要すること、さらには相当な理由なしには更新拒絶を行ない得ないことを認める。最高裁も、「期間の終了毎に当然更新を重ね実質上期間の定めのない契約と異なる状態」にあり、作業内容が基幹的業務に従事していた臨時工の場合、「単に期間が満了したという理由だけでは、……傭止めは行わず、「労働者も」またこれを期待信頼し、このような相互関係のもとに労働契約関係が存続、維持されてきた」と見て、臨時工就業規則所定の解雇事由に掲げられた「契約期間の満了」を理由とする傭止めは、「経済事情の変動により剩員を生ずる等、……右条項を発動してもやむをえないと認められる特段の事情の存しないかぎり……信義則上からも許されない」と判断するに至った。⁽⁴⁾

(四) 以上の概観から気づくことは、争いの焦点が使用者側からの一方的契約関係の解消・終了⁽⁵⁾「解雇」にあり、これをいかにして期間の定めなき労働契約の場合の解雇に引寄せて取扱うかに腐心していることである。試用・内定事件で解約権留保付ながら期間の定めなき契約そのものの存在を認めることも、短期契約の形式的転化を否認しながら

実質上期間の定めなき契約と「同様の取扱」を認めることも、その基礎には使用者の行う雇用関係の一方的打切りが不当であり、これに対する実質的制約強化が必要である、という価値判断が横たわっていると見てよい。これを期間の定めのない契約そのものとして、あるいは同様のものとして取扱うことではたそうとするのは、その前提に期間のない契約の解約＝解雇の自由は大幅に制約を受けるという理解があるからにはかならない。

解雇理論は戦後労働契約論において最も活発な論議をみたものであるが、学説上は解雇に正当事由を要するという立場と、解雇の自由を基本的に是認する立場とが、こんにちなお原則的対立状態にある。にもかかわらず、実務上は権利濫用法理の適用が定着したものとなっており、しだいに判例の蓄積を通じて、解雇には「相当な理由」を要するという要件事由説の実質を備えつつある。ただ、こんにちまでのところ、この「相当」の内実については充分な基準化を見ていないのであり、換言すれば救済範囲はいまひとつ明らかでない。試用や内定において解約権留保説を採用するとして、その解約権の意義・内容は充分あきらかにされていない。これを明確にする努力は、同時に、前提とされる期間の定めなき契約の場合の解雇権行使の制約（＝濫用法理に則して見るならば濫用評価の標識）の明確化と、その理論的根拠の確定をも要請するであろう。

- (1) 学説論議の検討については、山口浩一郎「試用期間と採用内定」季刊労働法八三号（後、文献研究労働法学所収）参照。
- (2) 最高裁大法廷判昭四八・一一・一一一。
- (3) 学説については山口、前掲参照。
- (4) 最一小判昭五四・七・二〇。
- (5) 新日本飛行機事件横浜地判昭二九・七・一三。
- (6) 東芝柳町工場事件最一小判昭四九・七・二二。
- (7) 従来、訴訟事件のほとんどが「解雇無効」＝労働契約の存続ないし従業員たる地位の確認、を争うものであったため、判

決も「解雇無効」を宣するにとどまり、無効が確認された後の法律関係に立入ることを必要としなかった。ところが臨時工に対する本工登用制度のある労働関係において、単に「解雇無効」とするのみならず本工としての地位の確認を求めるものがあらわれた。日立製作所武蔵工場事件（東京地裁八王子支判昭五二・三・二八）は作業指示違反、服務規律違反、成績不良を理由とする解雇が臨時員就業規則所定の解雇事由に該当するものではないとして無効とした上で、原告労働者の本工としての地位について次のように判断した。

「臨時員が契約更新を重ね長期間勤務してきたとしても、これによって自動的に所員となるわけではなく、……所員たる地位は、被告（「会社」）の意思表示によって形成されるもので、所員登用は被告の意思表示を要素とするものといえる。」しかし、不当解雇された臨時員に登用の意思表示がないことを理由にその昇格を否定するならば、「不当解雇から権利回復を得たとしても、……労働者の被る不利益は不当解雇をし右のような状態をあえて作出した被告会社の不利益に比較して大きく不合理、不公平である。」したがって、登用制度の運用の実態と成果などを総合的に検討のうえ、「解雇されずにそのまま就労していたならば、所員に登用されたであろうと判断される場合は、単に臨時員を所員同様の労働条件で処遇するにとどまらず、たとえ被告による所員登用の意思表示がなくとも、所員として右地位にもとづく労働契約上の権利を有するものと解するのが相当である。」実態は組合との合意を背景に臨時工の本工化が進められていたのである、特に優秀者でなくても一年以上継続勤務した者に本工登用の途を開き、原告より遅れて採用された同僚達も登用されている。解雇されることがなければ原告も「登用されていたもののみるのが至当である。」から本工としての地位を認めろ。

二、配置転換・出向・下請労働の地位

(一) 「労働者の労働力を業務目的のために利用処分する権能は、当該労働者との契約により初めてこれを取得する」ものであり、「この契約関係を離れて、労働力を処分利用できる使用者の固有権限は存しない」。「労働者は別段の特約がない限り当該使用者の指揮命令下において使用者のために労務提供の義務を負担し、使用者が労務者に求め得るところも自己の指揮命令下に自己のためにする労務の給付にとどまると解するのが相当」であるから、「当該労働

者の承諾その他これを法律上正当づける特別の根拠なくして労働者を第三者のために第三者の指揮下において労務に服させることは許されない」旨判示した日立電子事件判決は、⁽⁹⁾ 出向事件に関するリーディング・ケースとしてその後の同種事件に大きな影響を与えた。

民法の定める雇傭契約の一身専属性、無断譲渡禁止の規定と、労基法一五条の労働条件明示義務に根拠を求め、使用者の専権の出向命令の効力を否認する考えは、同時期に学説上も主張されることとなった⁽⁹⁾が、実務上この判決のもった意味はきわめて大きい。当事者関係の変更という契約内容のもつとも基本的要素にかかわるだけに、実定法規の上に根拠を求めることも容易であり、契約内容の重大な変更・修正の効力を就業規則や慣行に認め得るにしてもその解釈には厳格な態度で臨まねばならないのであって、就業規則上休職事由のひとつとして出向が掲げられていることのみをもって出向義務の創設と認めることはできない、とする見解は、⁽¹⁰⁾ 最高裁によっても支持され、以後の判例に無理なく踏襲された。⁽¹¹⁾

しかしなお、就業規則・労働協約等における出向規程・出向条項の存在が、出向命令を正当づける根拠として承認される可能性は否定されていない。就業規則、労働協約の効力が個別労働契約の内容をただちに補充・修正すると解することに難点があるとしても、⁽¹²⁾ 契約の意思解釈としてこれを肯定することは当然に排斥されるともいえないであろう。⁽¹³⁾

(二) 配置転換拒否事件で注目をあつめたのは日野自動車事件判決であった。⁽¹⁴⁾ 養成工出身の作業員の人事係勤務への配置転換について、「事務員と区別される職種たる作業員としての工場現場の作業労働とする旨が暗黙のうちに合意されたものと認め」、「使用者が労働者に対し指揮命令権を行使して配置転換をして、従前と異なる労働の提供を命じうるのは労働者が労働契約によって使用者に提供すべきものと定めた労務の種類ないし範囲に限られ、その範囲を出たのでは、その労働契約の趣旨に反するから、」労働者はこの命に応ずべき義務を負わない、と判断した。

この判決以降、学説上も従来有力な地位を占めてきた「労働者は労働契約において具体労働の給付を約したのではなく、労働力の処分権を使用者に委ねることを約した」のであり、「労働の種類・態容・場所に関する具体的個別的な決定に際しては、「使用者に委ねられた労働指揮権能」にもとづいて使用者側が一方的に意思表示することによって、法的効果を生ずる」という労働契約包括合意説（Ⅱ配転命令形成権説）に対して、配置転換を命ずる人事権行使が労働契約の内容として合意の範囲内か否かをもって区別しようとする契約範囲説からの批判が強まり、論争の状態が生れた。⁽¹⁶⁾ 包括合意説の核心は、使用者が一方的に行使する各個の労働指揮行為を法律行為と理解することにより、現実労働関係にみられる経営権・人事権発動を司法審査の対象とし、これに歯止めを掛けることにあつた。これに対する批判は、使用者の裁量・指揮行為を契約債務である労働義務の履行過程の問題として捉え、配転に対する使用者の自由裁量の問題は、「当該労働契約において労働者はどの程度まで労務の利用処分を使用者に委ねたかという労働契約の意思解釈の問題に帰着」⁽¹⁷⁾ するとして、この契約範囲の画定をもって問題に対処しようとした。

学説における論争の活発さを余所に、実務上はこの契約法理の一層の発展は期待し得ないものとなつた。契約範囲論をもって配転義務を否定する事例は例外的少数にとどまり、その実態は包括的合意説をもってしても不当な人事権の濫用と解される類のものであり、両説いずれの立場をとるかは具体的事案処理の結果に影響を及ぼすものではなくなっている。のみならず、判決例の多くは、むしろ個別契約意思の特定よりも就業規則、労働協約の配転条項の解釈に関心を示し、結論的にはこれら条項の存在をもって労働契約上の包括的配転権限肯定に向うものとなっている。日野自動車事件判決は先例的地位を占め得なかつたと言ふべきであらう。

(三) 企業経営の合理化は企業形態の改変、組織関係の変容を様々にもたらす。特定部門の分離・別会社化、新規部門・地域への進出のための子会社・別会社の創立、特定業務の外註・下請化、さらには直備臨時上にかわる労働力調達

手段としての社外工導入が行われ、その結果使用者に実質的当事者能力の欠如した労使関係が広く現出した。下請労働者、社外工が労働契約上の権利を主張するために、形式的使用者の背後にある元請・親企業を相手方とする事件があらわれた。

これに法人格否認の法理を適用することは、まず解散子会社の未払賃金債務請求事件で認められたが⁽¹⁸⁾、さらに親会社に子会社労働者との「雇用関係の存在（法形式的には雇用契約の承継）」を認めるものがあらわれた。また、特定の仕事の請負契約を結ぶこともなく、もっぱら労働者を受入会社のためにあつせんし、受入会社の機械を用い、受入会社の指揮監督下に就労させている場合や、自己本来の業務に関係ない仕事を特定し、しかも受入会社の業務であることを明示して採用した労働者の派遣につき、受入会社との労働契約関係の存在が認められた。

四 現実の企業経営行動は多様であり、しばしば形式と実体に不一致がみられる。事実上の経営活動の一体性を何ら変更することなく、企業の一部門を分割、別会社形態をとる場合もあれば、形式上は別企業体としての形式を保ちながら、現実の経営活動ではまったく一体として行動する場合もある。同一資本系列や生産・営業上の連関をもって強力な連携活動グループ・集団を形成するもの、そのグループ内部に強い支配関係が見出されるものもある。

こうした経営活動の実態に則して判断するならば、配置転換と出向の判別が容易でない場合も少なからず存在する。形式上は出向であっても実質的には配置転換と同視すべき場合もあろうが、これを認めることは、形式的にもせよ明瞭に存在する当事者主体の相異をあえて否認することになる。他方、下請労働者、派遣社外工の地位に関し、元請・親会社との直接契約関係を認めることが広く行われるとするならば、ここでも明示された契約当事者関係を否認することになる。「実質的な指揮命令関係」の存在をもって契約関係を認定する傾向が、逆に出向を安易に容認させる可能性があり、さらに、出向した労働者の出向先使用者との関係および出向元使用者との関係をいかに整理づけ

て理解するかという点でも混乱をもたらす可能性がある。²³⁾

- (8) 東京地判昭四一・三・三一。
- (9) 後藤清「出向」季刊労働法五九号(昭四一・三)。
- (10) 日東タイヤ事件最二小判昭四八・一〇・二九。
- (11) 名村造船所事件大阪地判昭四八・八・一六。小野田セメント事件東京高判昭四八・一一・二九。
- (12) 就業規則・労働協約等に出向条項がないことを論拠に出向義務を否定する判例(高木電気事件大阪地決昭四九・七・四。北陸コンクリート工業事件福井地決昭五一・二・六)がある一方、就業規則変更がそれ自体で労働契約内容を変更するものではないが、当該労働者自身が就業規則の変更に同意することによって労働契約の内容となる、とする立場があり(洞海産業事件福岡地小倉支決昭四三・七・五)、就業規則の規程すらない場合でも採用時に包括的同意があったとして出向命令権を肯定するもの(東京エンジニアリング事件東京地判昭五一・八・一〇)がある。労働協約の出向条項については、これをもって労働契約が変容を受けたと認める(日本電気事件東京地判昭四三・八・三一。光洋自動機事件大阪地判昭五〇・四・二五)ものがある。
- (13) 出向に民法六二五条を適用することについては学説上にこれを疑問視する見解が早くから見られた。第三者のために第三者の指揮下に労務提供を行う趣旨の契約も適法と言うべく、これを法的権利譲渡と同一視すべきではないとの見解である。明示されていない義務は存在しない、と解することで法解釈としては充分であると言う。が、出向規程・出向条項の存在、出向が広く行われている慣行的事実から黙示合意を推認する可能性は残る。
- (14) 東京地判昭四二・六・一六。
- (15) 本多淳亮「配置転換・転勤をめぐる法律問題」菊池還暦・労働法と経済法の理論四七五頁以下(昭三五・一一)。
- (16) 学説論争の展開は、渡辺裕「配置転換・転勤と出向の法理」季刊労働法八四号(文献研究労働法学所収)参照。
- (17) 萩沢清彦「配置転換の効力停止の仮処分」成蹊法学二号。
- (18) 川岸工業事件仙台地判昭四五・三・二六。
- (19) 徳島船井電機事件徳島地判昭五〇・七・二三。中本商店事件神戸地判昭五四・九・二一。

(20) 新甲南鋼材工業事件神戸地判昭四七・八・一。

(21) 青森放送事件青森地判昭五三・二・一四。

(22) 大日本金属工業事件岐阜地裁大垣支判昭五〇・五・二九は子会社を出向元親会社の一部とみなし民法六二五条の適用を否定する。

(23) 伊藤博義「親子会社における使用者概念」労働法学会誌四二号。高木紘一「親子会社に特殊的な労働者の地位」同誌。

「シンポジウム労働契約」同誌一六〇頁以下、とりわけ後藤清発言。下井隆史「配転・出向と労働法理論」季刊労働法別冊・労働基準法、参照。

三、労務提供義務の履行

(一) 配転・出向をめぐる論争は、労務指揮権の根拠と範囲に関する理解を論ずるものとなり、それは遡って労働契約における労働者の義務（＝提供給付すべき労務）と、契約履行過程の法的構造理解へと関心を赴かせることになった。⁽²³⁾が、この点への関心はまったく別種の紛争からも注目されることになった。

労働契約により労働者の負う主要な債務が約定労務の給付にあり、所定就労時間中は使用者のために労務を提供し、所定業務に従事せねばならないことは明らかであるにしても、それがいかなる態容でなされたときに十全な給付と評価されるかは明瞭ではない。民間労使関係にあっては契約債務の本旨に従った履行という契約法理の問題であるが同時に、これは官公労働者の場合には職務専念義務という法定義務の問題でもある。

「組合活動」には目的・意図においても態容においてもきわめて多様・多岐なものが含意されるが、そのなかには約定労務の給付と明瞭に両立し得ないものもあれば、両立し得ないとは速断し難いものもある。就業時間中の組合活動の当否が争われるのは後者の場合である。⁽²⁵⁾近年注目を集めている代表的なものは、リボン（ゼッケン・鉢巻）着用による就労である。所定労務に従事すべき就労時間中に行われる組合活動が原則的に正当性を主張し難いことは判例・

学説とも異論がない。しかし、その根拠、論理の理解の相違によって具体的紛争の評価に大きな差異が生れてくる。また、同様の行為は「組合活動」としてのみ行われるのではなく、したがって、「組合活動性」の確認・強調のみによっては問題解決は得られない。

六〇年代後半の下級審判例はリボン着用に肯定評価を与えていたが、しだいにこれを否定する判例動向は顕著になってきた。

(二) リボン闘争に対して科せられた訓告処分を不当とし、労働者の慰謝料請求権を認容した全通灘郵便局事件第一審判決は、⁽²⁶⁾初期判例の代表的なものである。

「労働者は勤務時間中使用者のために完全に労務を提供しなければならない雇傭契約上の義務を負担しているから、」勤務時間中の組合活動が原則として禁止されることはむしろ当然であるが、「労働者が労働法上保障された労働基本権を行使する場合で、しかも労働者が雇傭契約上の義務の履行としてなすべき身体的精神的活動と何等矛盾なく両立し業務に支障を及ぼすおそれのない組合活動については例外的に許されるものと解するのが相当である」。

ここでは、労働給付義務および使用者の業務遂行に支障を及ぼすおそれのないことを条件に、⁽²⁷⁾すなわち具体的結果発生の危険のないことを条件に、労働基本権行使である場合に容認できるとされた。

これを否認する立場は、まず官公労働法上の職務専念義務規定に依拠して、「職員の行為または活動が、職務専念義務に違反するかどうかは、それが職務の遂行と関係があるかどうか、その行為または活動が職務に対する精神的、肉体的活動力の集中を妨げないものであるかどうかによって決せられるべきものであり、その行為または活動によって、具体的に業務が阻害される結果が生じたか否かは、右の判断とは直接関係がないもの」とした。⁽²⁸⁾この立場は、さらに、リボン等着用行為自体が正常な業務運営を阻害することなく、着用状態を継続する間の労務提供が正常なもの

であるとしても、上司の取外し命令を拒否する決意をもって、当局および第三者に示威する趣旨の精神活動を継続することは、「これによって具体的にどのような業務遂行上の支障を生じたかを問うまでもなく、……郵便業務の秩序ある正常な運営と相容れぬところの積極的な職場秩序攪乱行為であったと断ずる」²⁹⁾までに至った。

(三) つまり、労務提供も業務の正常な運営も、それを阻害する結果発生が問題とされるのではなく、就労時間中に精神的・肉体的活動の集中が妨げられるか否かが問題であり、上司の命令に反し当局および第三者に対する示威の趣旨をもつ以上、それ自体正常な業務の運営と相容れない秩序攪乱行為である。また、その労働者の行為が労働基本権行使であるか否かも問うところではない。という理解がなされている。こうした理解に立てば、労働者の行為が団結意思にもとづく組合活動であれ、組合活動以外の個人的な政治的意志の表明であれ、何ら区別を要するものではなく、また当否判断にあたって労働者側の利益はまったく評価を左右する要素とはならないことになる。

公社就業規則の定める局所内政治活動禁止の趣旨を、「一般私企業において就業規則により事業所（職場）内における政治活動を禁止しているのと同様に、企業秩序の維持を主眼としたものである」と解し、禁止行為が就業時間中に行われる場合には、行為者自身の労務提供義務に反するとともに、他の従業員の業務遂行をも妨げるおそれがあり、休憩時間中に行われる場合には他の従業員の休憩時間の自由利用を妨げ、ひいては就業時間中の作業能率低下をもたらすおそれがあるなど「企業秩序の維持に支障をきたすおそれが強い」がゆえにこの禁止を是認し得るとする一方、反戦プレートを着用しての就労は、「精神的活動の面からみれば注意力のすべてが職務の遂行に向けられなかったものと解されるから」、公社法所定の職務専念義務に反するとともに、「他の職員の注意力を散漫にし、あるいは職場内に特殊な雰囲気をかもし出し、よって他の職員がその注意力を職務に集中することを妨げるおそれのあるもの」であり、この両面から秩序維持に反すると判断した最高裁の理解は³⁰⁾、基本的に右の理解を踏襲するものである。

が、同時に、これを官公労働者に対する立法上の義務としての職務専念義務の問題としてよりも、労働契約にもとづく契約法上の義務とすることにより比重を置くものと解することができよう。

(四) 民間労使関係における契約義務の問題として、逸早くこの種見解を示した大成観光事件第一審判決は、「たとい労働の給付ないし労働の成果にさしたる影響を与えないとみられるような場合においても、……労働者がその労働の給付ないし労働に服しながらリボン闘争による組合活動に従事することは、誠実に労働に服すべき労働者の義務に違背するものと解するのが相当である」とする。この見地を徹底させるならば、問題は多くの事件に見られる労働指揮、就業規則違反としての懲戒処分⁽²⁾の当否のみならず、そもそも反対給付としての賃金請求権の発生自体が問題となり得ることが予想された。

はたして、沖縄全軍労賃金請求事件⁽³⁾は鉢巻着用としての就労を債務の本旨に従った履行とはいえないとして、賃金請求権を全面的に否認することになった。「労働者は、勤務時間中、労働契約に従って職務に専念すべき義務、すなわち、職務上の注意力をすべてその職務遂行のために用い職務にのみ従事すべき義務を有している。従って勤務時間中に、職務の遂行と関係のない行為を行なうことは、原則として、右義務に違反するものと解されるから、勤務時間中に斯る行為をすることは、債務の本旨に従った履行とはいえない。そして右義務違反が成立するためには、現実に職務の遂行が阻害されるなど実害の発生を必ずしも要件とするものではない。」職務専念義務に違反し、ひいては職場秩序を乱すものであるから、「ハチマキ着用⁽⁴⁾のうえでしか労働しないという就労の申入れは債務の本旨に従った労働の提供とはいえない。」それゆえ、この受領を拒否することは正当であり、また、「ハチマキ着用⁽⁵⁾のうえでの就労には、賃金を支払わない旨通告しているのであるから、……命令を無視して就労したとしても、それは労働契約に基づく本来の労働の提供となるものではなく、「賃金請求権を取得するものではない、とする。

(四) かくして、官公労働者に対する立法上の職務専念義務も、民間労使における契約上の義務と何ら本質的差異を認められる性質のものではないと解されていると言ひ得るであろう。問題は、労働契約上の義務の内容画定にある。労働者のなすべき労務の提供、履行はどのような質を備えたものでなければならぬか。その評価視角はどこに定められるべきものであるか、ということである。

労働者は自己の所定労務自体を十全に遂行すべき義務を負うものであるが、それは「職務に対する精神的、肉体的活動力の集中」に、もしくは「注意力のすべてが職務の遂行に向けられ」ることにあると解すべきものであろうか。また、労務提供義務の一部として、同僚労働者の職務遂行の妨げになる行為を行わない義務が観念されるのであろうか。それとも別個の義務とすべきものか。それらは使用者の「業務遂行の妨げ」といかなる関係にあると解すべきであらうか。以上いずれの意味においても具体的妨げとならない場合であっても、なお使用者の求めに応じた形での就労でないこと、上司の命を拒否することは、それ自身が債務の本旨に則した義務の履行とは認め難い、ということになるのであろうか。

また、以上のことと関連して、上司の命を拒否する決意をもって行なう行為が「積極的な職場秩序攪乱行為」とされ、休憩時間中をも含めて、政治活動を行なうことが「企業秩序の維持に支障をきたす」とされる場合の職場秩序、企業秩序とは何か。その維持と契約債務として労働者の負う義務とはいかなる構造をもって理解されるべきか。右の諸判決例によってもこれらの点に十分な説明は与えられていないと言わざるを得ない。

- (24) 労務提供義務の範囲、換言すれば労務指揮権の及び得る範囲・限界については、全通千代田丸事件最三小判昭四三・一二
- ・二四、が重要な方向を示した。労働契約の解釈上、その種類、内容、就労場所、態様などから見て、提供義務の範囲内にある労務であっても、現にその労働が行われる時・環境などによっては労働者は就労義務を負わない、換言すれば労務

指揮権をもって強制し得るものではないことがあきらかにされた。

(25) 裁判事件の流れをみると、就業時間中の組合活動として争われた初期の事件は、時間中の職場離脱、ピラ配布活動等、明瞭に職務遂行性とは衝突する行為が問題とされ、これに対する懲戒処分が不当労働行為に該当するか否かが争点であった。そこでは短時間の職場離脱、作業中断も業務運営に具体的影響を及ぼすことのない範囲で容認され、従って懲戒処分は不当労働行為に該当するという基調にあった。このような判断がなされる前提には就労状態おける監督指揮の実情が大きく作用する。日常的に就業中の集中度が厳しく管理されていないならば、組合活動のみを厳格に規制するところに反組合理性が認められる、という枠組で判断されていた。

経営合理化、作業管理強化の進行につれて、就業時間管理の実態が著しく変化し、それに伴い社会的意識の上にも厳格な感覚が浸透してきたと言える。しかも当初「時間」そのものの管理であったものが、しだいに時間中の労働能力発揮、さらには發揮努力へと焦点を移行してきた。こうした経営労務管理・労働力管理上の変化は、裁判過程へも浸透し、就業時間中に職務外の行為を行うことから、職務遂行自体を阻害するものではない服装等を含む全般的規律の問題へと焦点が移行してきた。

(26) 神戸地裁判昭四二・四・六。

(27) 同様の判断基準をとるものは、中部日本放送事件名古屋高裁判昭四四・一・三一。

(28) 国労青函局事件札幌高裁判昭四八・五・二九。

(29) 全通灘郵便局控訴事件大阪高裁判昭五一・一・三〇。

(30) 目黒電報電話局事件最三小判昭五二・一二・一三。

(31) 東京地裁判昭五〇・三・一一。

(32) 福岡高裁那覇支判昭五三・四・一三。

四、所持品検査・協力義務

(一) 右に見たように、労働債務の本旨に従った履行、十全な給付自体の理解に問題が伏在しているのであるが、さらに労働契約により労働者が負うべきその他の義務は何か、も明瞭ではない。現実の雇用労働関係にあって、労働者は

自己の労務給付自体のほかに様々な義務を課せられるが、その法律的効力には少なからず疑問がある。また、その義務を肯定する場合にも、その論拠は明らかでない一致を見るものとはなっていない。

企業施設への入・退場に際し、また就労の前後に労働者の所持品検査を行なうことはしばしば見られるところである。検査の目的とするところは使用者の私的利益の防衛を第一義とするものと解されるが、その利益も経済的・財産的利益にとどまらず、広く経営内秩序の維持・管理が意図されていると言えよう。⁽³³⁾所持品検査は、その目的がどこにあるにせよ「被検査者の基本的人権に関する問題であつて、その性質上つねに人権侵害のおそれを伴うものであるから、たとえ、それが企業の経営・維持にとって必要かつ効果的な措置であり、他の同種企業において行なわれるところであるとしても、また、それが労働基準法所定の手続を経て作成・変更された就業規則の条項に基づいて行なわれ、これについて従業員組合または当該職場従業員の過半数の同意があるとしても、そのことの故をもって、当然に適法視されるものではない。⁽³⁴⁾」適法性判決には充分慎重な考慮が払われねばならない問題である。

(二) 乗務員の金品不正隠匿を摘発・防止するために行われる検査で、脱靴を拒否したことを理由とする懲戒解雇事件に関し、最高裁は、検査を「必要とする合理的理由に基づいて、一般的に妥当な方法と程度で、しかも制度として、職場従業員に対して画一的に実施されるものでなければならぬ」が、就業規則等明示根拠に基づくときは、「従業員は、個別的な場合にその方法や程度が妥当を欠く等、特段の事情がないかぎり、検査を受忍すべき義務がある」として、組合との話合によつて脱靴検査の継続が了承されていた等の事情のもとでは、これの拒否に対する懲戒解雇も正当であるとした。⁽³⁵⁾

下級審も基本的にはこの理解を踏襲するが、「合理的理由」「妥当な方法と程度」の具体的標識はなお明確ではない。また、検査の適法性を認めながらも、拒否者に対する懲戒には否定的見解もある。

従業員「受忍すべき義務」の性格は十分あきらかにされてはいない。最高裁判決は、基本的人權も「自己の自由意思に基く特別な公法關係上または私法關係上の義務によって制限を受ける」として、契約同意を根拠に合憲性を認めるのみで、それが使用者のいかなる権限の行使であり、何故従業員が受忍義務を負うかを説示していない。類似事件に対する地裁判決のなかには、私人といえども自己の財産権保全のため自力救済を否定されるものではない、「会社はその財産権保全のため、自力救済の理念から従業員を対象とした所持品検査を実施しうる」と述べる一方、従業員に対する服従義務を認めるには、「会社と従業員間の労働契約にその根拠が求められなければならない」と解し、「具体的には、所持品検査はそれを行なう会社（検査者）の就業規則上における実施の根拠がなければならないものと解される。ただし、憲法上の基本的人權といえども労使間の労働契約によって合理的範囲で制限されうるものであり、かつ、この場合に就業規則上の定めが右労働契約の内容にまで高められているものと評価しうるからである。」とするものがある。³⁶⁾

(三) しかし、所定手続を経て作成・変更された就業規則の条項に基づいてであれ、職場従業員の過半数の同意があることよってであれ、当然に適法視されるものではない所持品検査について、就業規則の定めが契約内容にまで高められていると解されるがゆえに、従業員はこれに服すべき義務を負うとするのはいささか無理のある論理ではなからうか。就業規則の定めが労働契約内容に高められる、という意味も明瞭ではない。また、所持品検査行為自体は財産権保全のための自救行為とされるのであるから、これに服する従業員の契約上の義務とは、使用者の自救行為に協力する、ないしは自救行為によって生ずる人權侵害をも受忍する、という合意の結果であるということになる。かかる合意を労働契約一般に当然含まれるものと解することはできないであろう。特約とみなさざるを得ないであろうが、明示の約条のないところでこのような特約を黙示の合意とすることはなお困難であろう。就業規則の性格をめぐる周

知の論争状態を考慮すれば、契約法理をもってただちに根拠づけることの困難は一層大きいと考えられる。

所持品検査の目的を財産権保全をもって画すとすれば、それが許されるとしても、その範囲は限定されたものとならざるを得ない。経済的価値がはなはだ大きく、企業の営業に重要な意味を持つものであっても、いまだ財産権の客體とまでは認め難い企業情報（例えば開発途上の技術情報、新商品のアイデア、さらには営業活動情報など）の漏洩防止は、これとは別個の問題となる。³⁷⁾さらに、入門時における所持品検査は、その前提をなすと考えられる労働者の携行品持込み規制の問題とともに異なる角度から論ぜられねばならないであろう。³⁸⁾

四 同僚従業員の就業規則違反行為に関連し、使用者の行なう事情聴取・調査活動に協力すべき労働者の義務の存否が問題となった。最高裁判決は、³⁹⁾契約上、労働者は労務提供義務に付随して、「企業秩序遵守義務その他の義務を負うが、企業の一般的な支配に服するものということはできないから」、右調査に協力すべき義務を当然に負うとは考えない。指導、監督、企業秩序維持などを職務とする者にとっては、調査協力は労務提供義務の履行そのものであるとする一方、それ以外の場合には「調査対象である違反行為の性質、内容、当該労働者の右違反行為見聞の機会と職務執行との関連性、より適切な調査方法の有無等諸般の事情から総合的に判断して、右調査に協力することが労務提供義務を履行する上で必要かつ合理的であると認められない限り、右調査協力義務を負うことはない」と解するのが、相当である」と判示した。

すなわち、ここでは労働契約上労働者の負う基本的義務である労務提供義務の履行に必要な合理的な範囲で右調査協力義務をも負担するものと解し、この基本的義務と別個にかかる義務があるものではないとするのである。してみると、具体的判断にあたっては、何が当該労働契約における労務提供義務の内容をなすか、換言すれば労務提供義務の質量規定に対する判断が結論を左右するものと解してよいであろう。

(33) 使用者の利益が第一義的なものであるとしても、それがすべてではない。経営施設内の安全・衛生保持を目的とするような規制は、使用者の利益とともに、その場に集会するすべての人の共同利益の擁護でもある。企業・経営施設の利用に関する規制も、その施設の目的・機能に則して多元的に評価されるべきであろう。所持品検査その他の入退場チェックや、施設利用・行動規制のための使用者の行為は、この前提との関連を考慮されねばならない。

(34) 西日本鉄道事件最二小判昭四三・八・二。

(35) 同右。

(36) サンデン交通事件山口地裁下関支判昭五四・一〇・八。

(37) 帝國通信工業事件横浜地裁判昭五〇・三・三参照。

(38) 神戸製鋼所事件大阪高裁判昭五〇・三・一二。

(39) 富士重工事件最三小判昭五二・一一・一三。

三、労働契約の解釈について

(一) こんにち労働契約に関して説明を求められる課題は契約法の全領域に及んでいる。しかも、トピカルな若干の判決⁽¹⁾からも、これら課題の解明が著しく困難なものであることは窺うことができる。

試用のみならず、内定状態にもすでに労働契約の成立が認められるに至ったことは、われわれに改めて労働契約とは何か再考することを迫ることになるであろう。そこで成立の認められる労働契約の合意内容とは何か、換言すれば、何を約すことで労働契約の成立を認め得るか、労働契約を労働契約たらしめる要件は何かという問題である。たしかに、労務の提供と賃金の支払という基本的債務について、当事者双方の意思の合致が存在することには疑いない。契約成立要件として求められる意思一致は合意内容の精粗繁簡を問うところではないとされる以上、契約成立自体はこれによって問題なく認め得るであろう。しかしながら、基本的債務自体が具体的明確さを欠き、支払われるべき賃金

の類ないし基準すらあきらかにしないままに締結される契約を是認し得るであろうか。他方に対置される提供労務については一層不明確なままであることは言うまでもない。契約債務は確定し得るものであれば充分であり、締結時にすべて確定していることを要するものではないとするのが契約法の一般的理解である。が、労働契約にあっては、使用者が締結に際し労働条件を明示することが立法上義務づけられている。とりわけ、賃金についてはその条件が明らかとなる書面の交付を必要とする。われわれはこのような契約をいかに理解すべきであろうか。²⁾

また、提供労務の不明確さ、不画定性はただに内定期間だけの問題ではない。契約発効後、現実の就労開始後に至ってもなお範囲・内容が争われる性質の問題である。配転・出向問題にせよ、就労時間中の義務履行の問題にせよ、窮極において争われるのはこの労務提供義務の内容画定にほかならない。基本的債務すらこのような不明確な状態にある労働契約は、その他の義務に関しては一層あきらかでない。つまり、こんにち労働契約は著しく内容が空疎なままに成立を認められるわけであるが、それは何ら例外的なものではなくそれが労働契約の常態をなしているのである。

(二) さらに、契約期間については期間の定なきものが常態となっており、期間の画されたものであってもこれを期間の定めなきものに引寄せて取扱われる。しかも、請負等其他の契約形式をとっている場合にもあえてこれを否認し、存在する形式的当事者関係をも否認して、これと異なる当事者の間に労働契約の存在を認容することが行われる。こうして労働契約概念は内容空疎にもかかわらず、その適用範囲を拡大し、雇用労働関係の全面を覆うものとなりつつある。いわゆる「事実上の労働関係」の理論に基づいて労働保護法規の適用を認めることにみに満足するのではなく、労働契約の存在を積極的に肯定して行こうとするこの傾向は、雇用労働関係に契約法理を貫徹して行こうとする態度の表れであろう。が、こうした動向が労働契約概念の把握、当事者合意の意義解明を一層困難にしているようにも思

われる。

かつて日立電子事件判決、日野自動車工業事件判決が学界の注目を引き、高い評価を与えられたのは、これら判決が契約法理一般のオーソドックスな論理に立ち、現実の労働関係にいまなお付纏うと思われる日本の伝来的な意識構造に捉われることなく、契約法理の貫徹を意図したことによると言えよう³⁾。しかし、当事者意思の重視によって義務内容に限界を画す努力、契約法理に依る裁断がただちに当事者関係の明確化、紛争解決の明析化に大きく寄与することになったとも思われぬ。合意内容の空疎ないし不鮮明な労働契約にあっては意思の重視も合理的結果に結びつきにくい面がある。「契約意思」の強調が、むしろ過大、無限定な契約義務の肯定へ途を開く危険性を孕むものである。

(二) 契約論理の貫徹を意図するならば、紛争解決には当然契約の解釈を通じて対処することになる。

契約の解釈はときとして契約の存否自体に関しても及ぶものである。契約意思解釈は形式的文言にとらわれることなく当事者の真意を探求し、合意内容を確定することにある。その解釈にあたっては、契約のなされた時、所、人の関係において規制される社会の一般的経験則が依りどころとされる以外にない。合意内容が法規範の規整を受けるものであることは言を待たないが、他方、契約の解釈は、四周の事情から、表示された合意の意味を画するとともに、明示されてはいないが当事者間に暗黙のうち認められている黙示の合意を推認する作業でもある。このような契約解釈に関する一般的解理は、労働契約の場合においても何ら異なるべき理由はない。とすればこのような解釈という処理を通じて紛争解決がはかられることになる。

しかし、現に労働契約について行われているところを見るならば、当事者意思の合理的解釈として通常理解されるところをはるかに越え出たことが行われているように思われる。内容空疎な合意に対し、卒直にそれを評価するなら

ば、当該事項に関する当事者の合意は存在しないと判断されることが自然である場合においても、そこに暗黙の合意を認めることにより、また、合意により一方当事者に裁量決定の自由が委ねられていると解することによって、空隙を埋める操作が広く行われている。

こうした司法判断の傾向は、明示の意思に先行し、また明示の意思を越えて事実が展開する労働契約の実態的性格を考慮し、現実の労働関係に生ずる紛争を合理的解決に導くための努力と考えられる。それは実定法規の作用によるものではなく、むしろ事実からの推定 *implied terms of fact* なのである。³⁾ しかし、それはしばしば「社会通念」を媒介とする実定法規の解釈として構成されるか、または契約法理一般に共通するところの信義則の適用として表現されることになる。このことが労働契約論の明析化を著しく困難にし、労働契約概念の把握をも難しくしているのはなからうか。

四 労働契約に関する具体的紛争解決に際しては、労働基準法規、労働協約・就業規則所定の諸基準・規範が重要な規準をなす。また、労働慣行の存在が規準として作用するのであって、これら規準によって労働契約は規整され、補充されることになる。就業規則や労働協約の法的性格に関しては周知の見解の対立が存在する。この論議にいかなる立場をとるにせよ、この労働契約の現状に債権契約一般とは著しく異なる性格を認めうることに異論がないであろう。また、慣行に規範的性格を認め、それに契約外的規整力を承認するか、あるいは慣行的事実に黙示の合意を認め契約条項としての拘束力を肯定するかも、法的構成技術の相異にすぎないと見ることもできよう。

が、黙示の合意を広範に認め、黙示条項を安易に推定することは、契約意思を重視し、契約論的構成を追及することによって頭初めざしたものと逆の結果を招来することにならないであろうか。それが、労使関係の現実・生活関係のなかに残存する意識構造に対置して、意思の自由を意識的に重視し、近代契約法理の貫徹をめざしたところ

核心的意義があつたとすれば、黙示条項の広範な認容は一方で排斥しようとしたものを、別の形式をもってみずからのなかに招き入れるものであるとの批判を避け難いであろう。

さらに、最近の判決例に見られるように、労働契約義務、とりわけ労働者の義務として、労務提供という基本的義務以外の副次的義務ないし「附随的義務」の存在が、信義則に依拠して広範に是認されることになる、契約法理構成の意義に一層強い疑問を抱かざるを得ないことになる。

意思解釈の名のもとに、実質的には契約内容の創設とも言えることが行われているのが労働契約の現状であろう。

このような評価・解釈の動機をなすものは、それが現実労使関係にもたらす結果の社会的妥当性である。そのような妥当性確保への解釈者の意欲すなわち、価値選択こそが原動力となつていふ言つてよいであろう。

(四) 他方、「社会通念」論を媒介としてなされる実定法規の解釈・適用においても問題は同様に考えられる。試用や内定における留保解約権の行使を「社会通念」をもって画し、雇用労働関係における使用者の指揮・命令権限とこれに対応する労働者の服従義務を「社会通念」をもって画することは、このようにして得られる結果妥当性の確保への判断者の意欲を抜きには考えることができない。「社会通念」論は判断者の行なう価値選択を法解釈の内部に抱摂する手段とされていると言ふこともできよう。

これを、契約の一部が不法・不当である場合にも、全部の効力を否定することなくその部分だけを無効として、そこを合理的なもので補充し、全体としての効力をできるだけ維持することが私的自治の尊重にもなり、社会的立場からも有意義であると見る契約法理一般に共通した一部無効肯定思想のあらわれとみることはできないであろう。内容空疎なままに成立を認められる労働契約に対し、法の解釈・適用という手続形式をとりながら、実質的内容を盛込む作業とも言い得るこの過程は、私的自治の尊重というよりも、私的自治の名のもとに行われる放恣に枠付けを与え、

適法視し得るものへと整序しようとするものと解されるのである。

契約の解釈にせよ、法の解釈にせよ、労働契約紛争をめぐる判断作業は、判断者の選択した価値の宣明、しかも法的な意味でも社会的実態における当事者利益の妥当な均衡確保ということにならざるを得ない。それだけに判断者は雇用労働関係の現実への鋭敏な感覚とたしかな洞察力を要請されるのである。

(1) 右の問題のほか、労働契約にもとづく使用者の義務をめぐって、(イ)賃金カットの範囲が争われ(明治生命事件最二小昭四〇・二・五)、賃金の性格論への関心を引き、(ロ)一連の労災補償請求事件を通じて、契約債務としての使用者の安全配慮義務が認められるに至った。また、労働者の義務として、競業禁止約款の効力(三見社事件最二小判昭五二・八・九)が問題とされる。

(2) 八洲測量事件東京地裁判昭五四・一〇・二九参照。

(3) 磯田進「配置・転換・転勤・出向」季刊労働法九六号。

(4) 秋田成就「労働契約の推定操作について」磯田還暦・農村と労働の法社会学二四八頁。

(5) 判決の上にはしばしば見られる「信義則」が、契約の履行義務としてのそれか、より一般的な法律上の義務(民法一条二項)かはかならずしも明確ではない。むしろ後者と解すべき場合が多いようにも思われるが、ここでは一応契約上の義務として取扱っておく。

四、労働契約の抽象性について

(一) こんにちの労働契約が著しく内容空洞なものであることはすでに見てきたとおりであるが、労働契約のこのような抽象性、観念性はいかなる要因によってもたらされるものであろうか。

たしかに労働契約は当初から擬制的性格の強いものであった。近代法以前には、ひとつの「身分」であった雇用労

働關係は、初期資本主義段階においてもなお依然としてその色濃いものであった。近代法制の確立は、すべての労働關係を当事者労使の合意に基礎を置くもの、すなわち、自由意思主体による契約労働として把握するに至る。そこでは労働關係は雇傭契約として、債権契約に基礎を置くものとして觀念されるのであり、雇用労働關係はその基礎に「労働契約」が存在するものとみなされる。雇用労働の実態が自由主体による契約にふさわしいものではなく、その合意が近代的債権契約にふさわしいものでなかったとしても、「労働契約」として取扱われざるを得ない。近代的債権契約の一般的原则に従い、労働契約は諾成をもって成立する。かりに書面形式をとるにしてもそこには実質的内容が何らあきらかにされてはいない。労働者がその内容を知ると否とにかかわらず労働契約の成立は認められてきた。觀念的労働契約は、多分に擬制的に前近代的雇用労働を覆う「外皮」をなしてきたのであった。

しかし、こんにちの労働契約に見られる抽象性をこのことから導くことはできない。契約意識の浸透、雇用労働に纏わる前近代的・身分的要素の払拭によってもその抽象性は克服し得ないものである。そこには資本主義的雇用労働のありかた自体に帰因するものがある。分業・協業による生産・労働組織の展開は、近代的商品経済と基底において不可分なものとなっているが、この体制のもとでは労働力掌握の有機的・画一的傾向は不可避なものであり、労働条件Ⅱ契約内容の画一化も使用者にとって当然の要請となる。そこには個々の自由意思による個別取引の介在する余地は極めて少ないものである。しかも資本の致富衝動は、経済的取引場裡における実質的優位を背景に、一方的条件を強制することとなる。契約内容は労働者にとってきわめて不利な水準にとどまらざるを得ないのみならず、不確定性の強い、使用者の裁量の余地を大幅に留保したものとならざるを得ないわけである。そこには近代的債権契約が理念とする自由意思主体の責任による契約という原理とは異なるものが本来的に内在しているといわざるを得ない。

(二) したがって、すべてを自由な人格者たる個人の主体性に依拠し、「契約の自由」を原則とする近代的契約が、そ

の幣を最も露呈した領域が雇用労働に関する領域であった、とされることも、このような事実を含蓄するものとして理解されねばならない。この幣に対処すべく展開を見る労働保護立法は、必然的に強行的性格の強いものとならざるを得ないのであって、その発展は債権契約法理一般に認められる立法の解釈法規性、補充法規性を広範に認める傾向をそのままでは通用し難いものとした。労働保護立法の内容は、生活関係の現実のうちになお残存する前近代的特質の除去をめざし、国家の積極的関与によって近代の実質の達成・確保を意図する面と、資本の本質的衝動の結果する過酷な労働・雇用条件を規制するため、これに対する社会的妥当水準を立法手段をもって定立・確保する面とを含むものとなる。この意図するところの達成が、前者に対しては契約締結過程・契約内容への直接的規整という介入的色彩を強いものとするのに対し、後者にあつては、契約そのものへの介入という形式はとらず、むしろ具体的就労過程における就労制限という形をとつて表現されるのも、この相異がある程度反映するものと言ひ得るであらう。しかしいずれにせよ、契約の側から見れば、契約の形式・内容にわたつて国家規整を加えられることに相異はないのであり、重要な部分について実質的に自由を制限されるものであることは共通するものである。

こうした労働保護立法の性格を考えるならば、その強行的性格が法規違反即無効な契約とするのではなく、補充・直律性をもつて契約を規整し、労働契約の維持・存続の方向をとることもまた当然と言へるのである。

(三) 労働保護立法による直接的規整も、契約自由の重要な修正であり、その幣を除去する重要な手段ではあるものの、なおこれによつてなし得るところは限られている。とりわけ、前近代性の克服とは異なる資本主義的雇用労働内在的な幣に対しては、直接的介入に限界のあることは否定し難い。この足らざる部分を補うことを期待されるのが就業規則制定の強制である。ここでは近代的生産・労働体制における雇用・労働条件の画一化傾向を当然の前提とし、そのもとでの条件内容の不確定・不明瞭性の除去、使用者に留保される裁量の余地を限定することが意図されたので

ある。使用者に対する就業規則作成の強制を通じてめざされたものは、何よりも労働契約の抽象的・観念的性格の背後で、使用者が契約内容を一方的・恣意的に決定・変更し、自己に有利に拡大して行くことに対して、規準明示の義務を通じて制約を加えることにあったと言つてよい。労働の現実における集团的・画一的管理の進行とともに、ここに盛込まれるべき事項は拡大することになり、契約締結時にはこれを提示することによって主要合意内容を確定させることも可能となるわけである。こうした現象は他の契約にも広く見られるに「契約の附合化」の一種とも解されるものであるが、他の契約における附合化傾向と同視することには疑問がある。労働契約においては、本来個別契約意思によつて画定してきた事項が画一化され、標準化して個別意思の自由を制約するに至つた附合化とは異なり、むしろ契約上は空白なままに使用者の一方的恣意に委ねられていた領域に関する新たな画定という意味を持つ。

(四) 就業規則の作成が、使用者の恣意的裁量の余地の限定、契約空白部分の補充的機能を営むとしても、その作成が使用者の手に委ねられている限り、そこに見出される規準は水準自体の改善を直接保障するものではなく、ましてや労働契約の抽象性・観念性を克服するものではない。当事者意思による交渉・取引を通じての条件画定という近代契約の理念とするところは、労働契約にあっては、個別意思主体を離れ、労働者団結を主体とする団結意思の締約する労働協約という方法をもつて実現がめざされることになる。

労働協約は、それが労働者仲間における契約条件に関する盟約ユニオン・ルールとして発生した、という沿革的・發生史的事情を別にしても、これが労使個別契約主体間の合意に代置されるものではない。こんにち、協約規準に与えられる法的地位は、各国の社会的条件、とりわけ一国の労使関係実態と、各国の法的伝統によつて一様ではない。これに法規範的地位を認めるか、産業慣習法としての効力を認めるか、それとも社会的事実規範としてとどめ、法的効力はあくまでも契約意思を媒介とする契約条項としての効力とするかは多様であり得る。たしかに労働協約制

度の展開は、しだいに雇用労働関係における重要な事項を自己の規整対象とし、その範囲を拡大し続けてきた。その結果、労働契約が自己の決すべき基本的事項についてもその内容決定を協約に委ねるものとなってきてはいる。それは使用者の支払うべき賃金に関して最も顕著に見られるところである。が、労働協約制度はその及ぶ範囲を拡大し、普遍性を高めるにしたがって当然、その裏面としてその全体に影響する事項に自己の範囲を限定せざるを得ないのであり、雇用労働関係の個別具体的現実性からは距離を置いたものとならざるを得ない。労働協約の発展は、使用者の一方的・恣意的決定に対する規制力を増し、雇用労働条件水準の改善に大きく貢献するものではあるが、その普遍性を強めるにしたがって規範的性格を増大することになり、むしろ労働契約に代置されるような当事者合意の性格からは遠ざかるものと言うことができよう。

(四) 就業規則の制定、労働協約の締約による雇用労働関係の規制は、労働契約の抽象性・観念性を補い、それによって雇用労働関係の妥当性の確保に大きな効果をあげ、こんにちの雇用労働関係秩序を規整する重要な役割を担うものである。が、それが労働契約の抽象性・観念性を直接克服するものでないこともあきらかである。そののみならず、この労働契約の抽象性・観念性は、こんにちその度を一層強めるものとなっている。ないしは一層強く意識されるに至っている、といつてよいであろう。

それは主として次のような産業社会の変化、雇用労働関係の現実の変化によるものと言えよう。その一は、生産・産業活動における著しい技術変化、技術革新の進行である。生産機械・装置体系の革新は、それに伴って従事する労働者の労働内容に顕著な変化をもたらす。さらに、新産業の発展と伝統産業の衰退は、従来社会において熟知された職種の消滅と新職種の生成をもたらす。こうした変化が労働契約の次元にもたらす影響はおよそ以下のような点にある。第一に給付労働内容への関心のたかまりである。安定した、ないしは停滞した生産技術体系のもとでは、具体的

職種・職能によって予想される給付労務の内容は、おのずからあきらかであり、その逐一について合意画定が存在しないにしても、当事者間に理解されるところに大きな距りはなく、そこに黙示の合意を推認することも充分合理性のあるものであった。かかる条件のもとでは、さしたる関心を引くことのなかつた給付労務内容の問題は、技術変化によつてまったく事情を異にするものとなつた。契約当事者間に契約当初予想されたものとは著しく事情を異にする事態が進行し、しかも四圍の事情から簡単にその補整をなすこともできないことから契約解釈に新たな課題を提示することになる。

第二に、この技術変化の過程は使用者の労務指揮権限、労働者の労働給付過程における義務履行をめぐる問題を提起する。雇用労働関係は本来的に使用者の指揮・指示にしたがつた労働給付をもつて労働者の契約義務履行とするものであり、その点において雇用労働の基本性格に変化が認められるものではない。そこにこそ前近代の要素の残存を可能にする根拠があつたのであり、また、資本主義的契約労働が新たな従属的色彩を胚胎させる原因も見られるのである。しかし、雇用労働関係が多かれ少なかれ使用者の指揮に服する労働であり、従属的性格を特質とする関係であるとしても、その具体的姿は産業の発展段階によつて、従事する労働の具体的性格によつて一様ではない。

手工的熟練に大きく依存せざるを得なかつた技術段階において、労働過程における実質的裁量・判断の多くはむしろ熟練を体現する労働者の側に留保され、これを指揮・統括しようとする使用者の側は労働過程における給付労働の質・量規制についてはなお間接的にしかこれを掌握できない状況にあつた。生産技術進歩の過程は、この労働者の手に留保された裁量・判断の領域をしいに資本の側が剝奪し、自己の手に掌握して行く過程であり、給付労働の質・量規制が使用者の直接支配可能なものへと転換を遂げてくる過程である。この技術進歩と、それを基礎とした分業・協業労働組織の管理強化が、個別労働者の労働の独立性を失わせ、生産・労働組織の有機的統一性のもとに併呑する

ことになる。資本による賃労働の包摂の深化は、同じく使用者の指揮に服する労働、従属労働と性格づけられるものではあっても、その具体的姿を大きく変容させるものである。

こうした雇用労働関係の現実の変容につれて、使用者の求める「指揮に服する」ことの内実は、有機的統一性をもった労働組織の一員として、与えられた職務に精神的・肉体的能力を傾注し尽くすことに純化されてゆく。が、それは労働者の側から見れば自己の人格性の喪失とも言うべき状態を現出させる危険がある。抽象的な使用者の労働指揮権限承認のみによっては、この現実の緊張関係への解答が得られないものではない。

(六) 雇用労働関係の現実変化として指摘すべきもうひとつの点は、より直接的に日本の現状にみられる企業動向の傾向である。それはふたつの異なる側面から問題とされるものである。第一は、企業活動の現代日本社会に占める地位にかかわるものである。経済活動の単位としての企業は、その発展とともにこんにち社会のなかで確固としたひとつの実在物となっている。のみならず、社会的活動主体として多面的活動を営むに至っている。それにつれて企業自体が単なる経済活動上の利益を越えて広範な社会的利益の主体としての地位を主張する。それに伴って、労働者を単に契約上の労務提供主体として捉えるにとどまらず、その消費生活をも含む生活者としての領域にまで及んで支配・包摂しつつある。

この傾向が労働契約法理に及ぼす影響は、「契約者は相手方の利益を害しないように行動せよ」という契約法理上の一般的命題に依拠して、労働者に、外延の不明瞭なままに主張される「企業の利益」を擁護し、これに反しない行動を求めるところにあらわれる。それは、ときには経営・職場秩序維持の名のもとに、また、ときには企業の対外的名誉・信用などを保護利益として主張されてきたものであった。が、近年ますます包括的に経営内外にわたって「企業秩序」維持の名をもって概括しようとする傾向にある。これに対応する、労働者の負う義務の性格も、あるいは労働

務提供という基本的義務に随伴する附隨的義務とされ、あるいは基本的義務とは別個に負うべき副次的・附隨的義務とされ、あるいは信義則上の義務とされるなど、いまだ諸説入りみだれた状態にある。が、いずれにせよ、従来は基本債務をなす労務提供義務によって根拠を与えられる使用者の労務指揮権限の一部として、就労秩序維持の権能を使用者に認める以上には深く顧みられてこなかった労働契約における副次的、附隨的義務の明確化が要請されるわけがある。

第二は、これとは対称的とも言える動向である。資本蓄積、利潤追及という企業本来の経済的機能性の追求のあらわれと言えようが、近年顕著になった資本結合、企業集団化の傾向と、これとはまったく逆の企業分割、別会社設立、業務委託、外註・社外化などの傾向である。こうした多様な企業変動の結果は、労働契約の一方当事者である使用者の実体を捉え難いものにする。一方では、従事する職務内容・勤務場所など給付労働の実質に何らの変化もないままに、業務全体の委託や、別会社化のために法的地位のみが変転し、他方では、法的にはまったく異なる契約関係に立つ労働者が同一職場同一職務に従事することになる。また、資本活動としての一体化を深めながらも法形式的には別個の主体性を維持し、営業活動体としての一体性を維持したままで法形式的には複数主体に分化する企業の変幻自在な行動の結果、法形式的な意思主体性と実質的意志決定中枢の所在とが様々に食違ふものとなり、労働契約は当事者主体の面でも観念性を深めるものとなる。

(七) こうした、こんにちの問題状況は、労働契約の抽象性・観念性を補う就業規則、労働協約による規整をもつてしても、従来まったくといってよいほど手の及び得ていない領域に属する事柄である。こんにちの労働契約論の課題は、あらためてこれら流動変遷する雇用労働関係の現実のなから、法理的考察を要する事項を抽出し、整理をなすことからはじめられねばならないであろう。