

労働契約法としての労働基準法 (五・完)

三井正信

はじめに

一 判例による労働契約法理の意義・特徴と問題点

二 労働契約法の基本原理

(一) 労働基準法と労働契約法の基本理念

(二) 労働基準法一条論・二条論の再検討

(1) 憲法二七条二項の基本理念

(2) 使用者の社会的権力と労働契約 (以上二八卷二号)

(3) 労働契約法の総則的規定としての労働基準法一条・二条の具体的規範内容

三 労働契約法の基本的方向性

(一) 労働者概念・労働契約概念 (以上二八卷三号)

(二) 労働契約の基本原理・解釈原理と労働契約上の公序 (以上二八卷四号)

(三) 労働契約上の信義則と労使の権利義務

(1) 労働契約上の信義則の意義

(2) 労働契約上の信義則の機能

(3) 労使の労働契約上の権利義務

(7) 労働契約上の主たる義務と基本義務・付随義務

(イ) 基本義務としての職場環境配慮義務 (基本義務論Ⅰ)

(ウ) 基本義務としての労働者主体性確保義務 (基本義務論Ⅱ) (以上二九卷二号)

(エ) 労使の主たる義務と信義則

- (i) 労働契約上の労働者の主たる義務Ⅱ労働義務
 - (ii) 労働義務の範囲と使用者の労務指揮権
 - (iii) 労働義務の限界
 - (iv) 労働義務と労務指揮権の濫用
 - (v) 労働契約上の使用者の主たる義務Ⅱ貸金支払義務
 - (オ) 労使の付随義務と信義則
- おわりに(以上本号)

三 労働契約法の基本的方向性(承前)

(三) 労働契約上の信義則と労使の権利義務(承前)

(3) 労使の労働契約上の権利義務(承前)

(I) 労使の主たる義務と信義則

本項では、労使の労働契約上の主たる義務とその履行にともなう労働契約上の信義則の働きについて検討してみよう。

(i) 労働契約上の労働者の主たる義務Ⅱ労働義務

労働契約上の労働者の主たる義務はいうまでもなく労働義務である。これは単に労働を行うという義務にとどまらず、債務の本旨に従って労働を行うという誠実労働義務(職務専念義務)を包含するものと解されるし、労働者の労働義務に対応して使用者は労務給付請求権のみならず労務指揮権(指揮命令権)をも取得することになる。なお、労務指揮権(指揮命令権)の問題は労働義務のみにかかわらず配転や出向等の人事異動をはじめとする様々な使用者の

業務命令権に關しても問題となり得る事項(例えば、使用者の命令権の権利濫用の基準)を含むので、以下本項を含め本稿において、便宜上、これらに共通の事項については、必要な限りで厳密ないし厳格な意味での労務指揮権の範圍を超えて人事異動などに関するものも含めた業務命令権一般についても併せて念頭に置きつつ検討を加えておくことにする^①(なお、人事異動の法的根拠とその法的性格をめぐる問題は、本来、続稿において検討を加える予定であったが、「おわりに」で示すような理由により割愛せざるを得なかつたことをお断りしておく)。

まずは、誠実労働義務(職務専念義務)からみてゆこう。労働関係も契約関係であるから、労働者が債務の本旨に従つて労働を行う誠実労働義務(職務専念義務)を負うことは当然のことといえ、このこと自体、特に問題はないといえよう^②。また、労働契約上の信義則を定めた労働基準法二条二項が「労働者及び使用者は、…労働契約を遵守し、誠実に各々その義務を履行しなければならない」と述べているところからもこのような結論を導き出すことができよう。しかし、判例の説く誠実労働義務(職務専念義務)は、勤務時間中においては労働者は「身体活動の面」のみならず「精神的活動の面」も含めて「職務上の注意力のすべてを職務遂行のために用い職務にのみ従事すべき義務」(電電公社目黒電報電話局事件・最三小判昭五二・一二・一三民集三一巻七号九七四頁)を負うという内容のものであり、極めて問題であるといえよう。本稿においてこれまで各所において縷述してきたように、労働基準法二条一項の労働条件労使対等決定の原則は、対等決定の前提ないし基盤として労働者の契約主体性が確保されるべき旨を規範的に要請しているのだが、労働者の契約主体性の確保のなかには労働者の人格の尊重・確保も含まれているといえよう。このことは当然に労働義務の履行中においても(要するに、使用者が労働者を「労働させ」るところの労働時間中ないしは勤務時間中(労働基準法三三条参照)においても)労働者が独立の人格を有する契約当事者であり続けることをも含意するものと解される。従つて、いわば職務にのみ全人格を投入すべきことを示唆するところの身体的・精神

的「注意力のすべてを職務遂行のために用い職務にのみ従事すべき」との説示は通常の人間にとつては不可能事であつて労働者の法主体性及び人格の独立性とはおよそ相容れないとともに、労使の対等性や対等決定性にも反する結果となろう。^③ 要は、労働者も対等の契約主体として自己の人格的利益を含めた合理的利益を保持しつつ労働契約を締結しているという点を想起することがここでは重要となるのである。特に、後に詳しく検討するように、近年の成果主義賃金体系や裁量労働制の普及等により上記の判例の述べるところはますます妥当し得なくなつてきているといえよう。

そこで、既に述べたように、誠実労働義務（職務専念義務）とはあくまで労働者が債務の本旨に従つて労働を行う義務と解すべきことになるが、問題は債務の本旨に従つた労働とは何かである。そこでまずは裁量労働制（労働基準法三八条の三、三八条の四）^④、特に成果主義賃金体系下に置かれた裁量労働のケースを手がかりとして検討を加えよう。次いで、次にそれに基づいて更に一般的考察を展開してみよう。

裁量労働制の場合には、職務遂行における労働者の自主性・自立性と裁量が重視され、その結果、労働の過程（プロセス）において身体的・精神的注意力の「すべて」を職務のために用いることは裁量労働制とは相容れず、一般の労働者に比べて更に一層不可能といえよう）、それだけの注意力をいつどのように用いるのかについてはあくまで労働者の自主的判断に委ねられることが原則となる。この場合、いくら働いたかという労働時間の量よりもどれだけ労働の成果を上げることができたかが重要な焦点となり、従つて賃金も労働時間量ではなく成果に従つて決定される成果主義賃金体系と結びつきやすくなるといえよう（「時間」から「成果」へ）。とすると、労働者は、成果主義賃金体系と結びついた目標管理制度において定められた目標達成に向けて誠実に労働することが求められることになるのであつて、労働者は労働に関

する裁量と自主性・自立性を保ちつつ結果達成に向けて手段を尽くすべきことが要請されるのである。そうであるならば、成果主義賃金体系のもとで裁量労働制で働く労働者に要求される「債務の本旨」とは目標達成のために必要であると認められる合理的な範囲・限度において真摯に労務を提供するということにほかならない。そして真摯な労務提供が裁量労働ということで無限定になされれば問題があるので、その合理性は原則として（即ち、標準的な形として）みなし労働時間数に照らして判断されることになる。つまり、通常人であればみなし時間内で当該目標を達成するためにはどのような真摯な労務提供が求められるかに照らし、それとの質的ないし量的な均衡を踏まえて労働義務の履行が「債務の本旨」に従ったものかどうかの判断が行われることになるのである。

以上のように解することができるならば、裁量労働制をとらない通常の労働時間制のもとで働く労働者についても同様にいうことができるのではないだろうか。確かに、通常の労働時間制のもとで働く労働者は労働時間に拘束されて労務提供を行うことを労働契約上義務づけられるが、それは労働者が実際に誠実労働義務（職務専念義務）を負う時間帯が具体的に特定ないし限定されていることを意味するのであって、その時間帯においては労働者はあくまで当該労務を遂行するために（成果主義賃金の場合には裁量労働制の場合と同様に目標を達成するために、成果主義賃金体系がとられているのではない場合でも使用者による指示を実効的に遂行するために）合理的な範囲で通常必要とされる「真摯さ」を求められるにすぎないものといえよう。

なお、債務の本旨に従った労働か否かに関して注目すべき判断を行ったものとして、片山組事件・最一小判平一〇・四・九労判七三六号一五頁⁶があり、この判決には本項で検討すべき重要な論点が含まれている。具体的な事案は、工事現場の現場監督を命じられた技術系労働者が私病であるバセドウ病に罹患したためデスクワークならでできる旨を使用者に告げたところ休職を命じられたことに対し、この労働者が、休職中に支払われなかった賃金の支払を使用者

に求めたというものであり、最高裁は、「労働者が職種や業務内容を特定せずに労働契約を締結した場合においては、現に就業を命じられた特定の業務について労務の提供が十全にはできないとしても、その能力、経験、地位、当該企業の規模、業種、当該企業における労働者の配置・異動の実情及び難易等に照らして当該労働者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務の提供をすることができ、かつ、その提供を申し出ているならば、なお債務の本旨に従った履行の提供があると解するのが相当である。」との判断を示した。本来ならば、使用者が有する労務指揮権（指揮命令権）に基づいて命じられた（特定された）業務を行ってはじめて労働者は債務の本旨に従った労務の提供を行ったことになるのであるが、この判決においては、労働者側に使用者の指揮命令通りに労働できない正当な事由（私傷病に罹患したという事由）がある場合には、労働者が自分が可能な労務の提供を申し入れれば債務の本旨に従った履行ありとされている。この判旨を労働者からする労働契約内容変更法理の観点から捉える見解があるが、次にみるように変更プロセスの観点から光を当てて理解するのであればかかる見解は基本的に妥当なものといえよう。

労働基準法二条一項によるならば、労使は対等の立場で労働契約によって労働条件を決定することとされているが、労働者が合理的なし正当な事由により使用者の労務指揮権（指揮命令権）によって特定された本来の業務を遂行することができない場合においては、労働関係の継続的性格から、労働者は対等の契約当事者として使用者に対して労働契約内容（即ち、労務指揮権により特定された本来の業務）の変更を申し出ることができ、労務指揮権、ないしは業務変更権（業務命令権）を有する使用者は、労働契約上の信義則を踏まえてかかるといえるが、労働者が申し出に依りて誠実に交渉を行う義務（誠実交渉義務）を負うものといえよう（ちなみに、ここでいう「誠実交渉」とは使用者の主観的態様からみた「誠実な」交渉というよりも労働者の合理的なし正当な事由を踏まえての「実質的かつ公正な」交渉と解すべき

であろう）。加えて、労働者が私傷病に罹患している場合には、労務指揮権を行使するにあたって労働者の健康状態に一定の配慮を行うことが労働契約上の信義則から使用者に要請されよう。しかし、使用者が誠実な交渉に应ぜず、また一定の配慮を行うこともしない場合には、契約内容は変更されず労働者は労働義務を履行することができなくなる。けれども、誠実交渉義務違反、及び配慮義務違反という形で企業の社会的権力の不当な行使がなされたこと、即ち労働者が労働義務を履行することができなかったことのリスクは、労働者ではなく不当な企業権力行使を行った使用者が負うべきであつて、従つて、労働者にとつて労働契約の枠（範囲）内において遂行できる他の業務があり、それを労働者が申し出ており、労使の合意により、あるいは使用者の適切な配慮により、かかる業務に異動できる余地が存する場合には、労働者は使用者の不当な権力行使がなければ（要するに、対等の契約当事者として契約内容の変更につき交渉・合意がなされていれば、あるいは適切に配慮がなされていれば）、債務の本旨に従つた履行を行う可能性が存したのであるから、労働契約上の信義則に照らせば、かかる場合であっても労働者は債務の本旨に従つた履行を行ったものとみなされる（あるいは評価される）べきと解することが妥当とならう。従つて、この場合には、労働者が労働することができなかつたことに対する帰責事由が使用者に存することになるのであつて、労働者は民法五三六条二項に基づいて賃金請求をなし得ることになる。

以上は、労働者が私傷病に罹患したケースについての問題であるが、私傷病以外であっても労働者側に合理的ないし正当な事由が存する場合には同様に解すべきであらう。また、たとえ、労働者側に必ずしも十分に合理的ないし正当な事由が存しない場合であっても、あるいは労働契約の枠（範囲）外の業務であっても、労働者が業務変更の申し出をしている場合においては、使用者は話し合いの結果はどうであれ、対等の契約当事者として、少なくとも誠実に（即ち、実質的かつ公正に）労働者の申し出を聞く義務が存すると解すべきであらう（ただし、使用者側の「誠実さ」

の程度は労働者側の申し出の理由、その合理性ないし正当性の程度ないし存否、あるいは労働契約の枠内の業務であるか否かに応じて変化することになる点はいうまでもない。

ちなみに、付言すれば、労働者が私傷病に罹患した場合においては、そのような私傷病に罹患しつつ労働契約に含まれる一定の労働（業務）を遂行できるならば、上記とは別個に、更に、併せて、次のような理論構成も可能であろう。使用者は基本義務論で検討した職場環境配慮義務の観点から、労働者の状態に応じて労働契約の範囲内において職場環境を整える義務¹¹能力発揮できる職場環境を提供する義務を負い、労働者は使用者のかかる義務についての履行請求権を有するものと解される。とするならば、場合によっては労働者は自己の健康状態に応じて労働することができ、そのような職場環境の整備を労働契約の範囲内において使用者に請求することができ、その結果、結論的には労働者が、一定、業務変更権を有するのと異なることになるケースも存し得ることになろう。

(ii) 労働義務の範囲と使用者の労働指揮権

労働義務は労働契約から生ずるものである以上、労働義務の範囲は労働契約によって画され、従って、労働の内容・種類・場所等は労働契約によって基本的に決定されることになる。確かに、労働契約で明確に範囲を定めない事例が多いとはいえ、このような場合であっても、「労働者は、労働契約を締結して企業に雇用されることによって、企業に対し、労務提供義務を負うとともに、これに付随して、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」（富士重工事件・最三小判昭五二・一一・一三民集三一巻七号一〇三七頁）のであり、更に労働基準法二条一項に照らせば使用者に広範な裁量を与えたことになるべきではないであろう。

従って、明確な定めがない場合であっても、労働契約の合理的解釈を行って労働義務の範囲、換言すれば使用者の

労務指揮権の範囲を合理的な形で確定ないし限定すべきことになるのである（なお、労働契約の解釈については既に述べたところであるのでここでは繰り返さない）。以上の点から問題となるのが、国鉄鹿児島自動車営業所において補助管理者としてバスの点呼執行業務に従事していた労働者が上司の取り外し命令にもかかわらず国労の組合員バッジを着用したまま勤務したので、上司がこの労働者を点呼執行業務からはずして一人でかなりの不快感と肉体的苦痛をとまなう自動車営業所構内の桜島火山灰の降灰除去作業を七月、八月の炎天下に一〇日間にわたって行うことを命じたことが適法な業務命令権の行使であるとされた国鉄鹿児島自動車営業所事件・最二小判平五・六・一一労働六三二号一〇頁である。一審（鹿児島地判昭六三・六・二七労民三九卷二―三三二―一六頁）・二審（福岡高宮崎支判平元・九・一八労民四〇卷四―五号五〇五頁）は、本件バッジ取り外し命令には合理的理由があり降灰除去作業は労働契約上の付随的業務に含まれるが、本件では労働者に対しそれを命ずる必然性もなく、本件業務命令はバッジ取り外し命令に従わなかったことに対し懲罰的に発せられたものであり、かなりの肉体的、精神的苦痛をとまなう作業を懲罰的に行わせるのは業務命令権の濫用であつて違法であると判示した。⁽⁸⁾これに対し、最高裁は、降灰除去作業は労働契約上の義務の範囲内に含まれ、本件業務命令も職場管理上やむを得ない措置であつて不当な目的でなされたものではなく違法（権利濫用）ではないとした。以上は一審・二審と最高裁では結論は異なるものの、共通して付随的業務という概念を持ち出すことによつて労働者の義務（使用者の業務命令権）の範囲を著しく広範に捉えることになつており、労働者の本来の職務が管理職に準ずる点呼執行業務であるにもかかわらず、いずれの裁判所もこれとはまったく異なる単純でかなりの苦痛をとまなう肉体的作業を行うことまでが労働義務の範囲に含まれると解釈した。このような付随的業務という概念を広く捉えることになると、企業側の必要性に応じて労働義務の範囲が極度にかつフレクシブルに広がるのみならずその外延が極めて不明確かつ曖昧なものとなり、大いに問題であるといえよう。しかも、

最高裁は一審・二審とは異なり、業務命令権の濫用を認めなかったのであり、本来、合理的な範囲に限定されるべきであるとともにその行使が適正・妥当なものとなるようにコントロールがなされるべき使用者の権力行使を逆に大きく容認するのみならず、これに対するコントロールを緩める方向へ踏み出したのである。加えて、この事件で問題となったようなかなりの肉体的、精神的苦痛をとまなう作業を懲罰的に労働者に行わせることは、「この法律は、個人の尊厳を旨として、解釈しなければならない」と述べ民法の基本理念を定める民法二条にも抵触するものといえよう。確かに、継続的契約関係である労働関係においては、状況の変化等により労働者が本来の業務以外に一定の業務を行うことが必要となる場合があるが、それはかかる必要性を踏まえつつ労働契約上の信義則に照らして、あくまでも必要かつ合理的な範囲内のものであるべきであらうし（前出・富士重工事件・最判参照）、本来の業務以外の業務であるということを考慮すれば、これに対する使用者の業務命令権行使についての法的コントロールも厳格になされるべきである。

また、労働者が一定の業務に長期間従事しているとか、一定の業務に従事し続けることに対する合理的期待が大きい場合などには、黙示の合意を認定するなどにより労働契約内容の特定を認め、たとえ当初の労働契約の枠内ないし範囲内に含まれるものであっても、現在従事するものとは異なる労働を命じるためには改めて労働者の個別的同意を要すると解すべきであらう（この点に関し、配転の事例で長期間一定職種に従事したことを理由とする特定を認めなかった日産自動車村山工場事件・最一小判平元・一二・七労判五五四号六頁の判旨には問題がある）。あるいは、特定が認められないとしても、少なくとも、労働者の長期間にわたる一定の業務への従事ないしはそれに対する合理的期待を尊重して、使用者は、業務変更のために権限を行使するにあたり、労働契約上の信義則から、対等の契約当事者である労働者に対して事前の説明等を行って納得を得るよう試みる手続上の義務を負うものと解すべきである。

(iii) 労働義務の限界

使用者によつて一定の業務を行うべき指揮命令がなされ、たとえ、それが一見労働契約上の労働義務の範囲に含まれるように思われても、次のような場合には労働義務の限界として労働者は業務遂行を拒否することができるといえよう。^①

① 強行法や公序良俗に反する場合
 ② 生命・身体に対して重大な危険が存する場合

③ 労働者の人格・権利を不当に侵害する場合

④ 労務指揮権の行使が権利濫用と評価される場合

以上はいずれも使用者の不当な企業権力の行使と評価されるべきケースであるといえよう。①は当然のことであり、ことさらいうまでもないといえよう。②、③も、既に検討した労働基準法二条二項の信義則に基づく使用者の基本義務の観点からみて、当然のことといえる(②についての有名な事例として、全電通千代田丸事件・最三小判昭四三・一二・二四民集二二卷一三三〇五〇頁がある)が、これらについては、更に、労働者の対等の契約主体性の前提ともいふべき基盤を侵害するケースであり、従つて労働基準法一条一項の趣旨から見ても到底許されないものといえよう。

④については、権利濫用が許されないことは私法の一般原則からみてもこれまた当然のことといわなければならぬが、判例の権利濫用論には大きな問題点が含まれており、従つて、項を改めて詳細な検討を加えることとする。

(iv) 労働義務と労務指揮権の濫用

使用者の労務指揮権の行使が権利濫用となるかどうか争われた有名な事例として、先に(ii)でみた国鉄鹿児島自動

車営業所事件がある。点呼執行業務を行っていた労働者に対し降灰除去作業を行うことが付随的業務であるとされたこと、及び一番・二番が労務指揮権の濫用を認めたのに対し最高裁はこれを認めなかったこと、が問題である点は既に触れたところであるが、ここで新たに検討を加えるのは権利濫用の判断基準それ自体である。一番の鹿兒島地裁は、「使用者が労働者に対し労働契約に基づき命じうる業務命令の内容は、労働契約上明記された本来の業務ばかりでなく、労働者の労務の提供が円滑かつ効率的に行われるために必要な付随的業務をも含むことは言うまでもない。しかしながら、そのような業務であっても、使用者はこれを無制限に労働者に命じうるものではなく、労働者の人格、権利を不当に侵害することのない合理的と認められる範囲のもでなければならぬものというべきである。そして、その合理性の判断については、業務の内容、必要性の程度、それによって労働者が蒙る不利益の程度などとともに、その業務命令が発せられた目的、経緯なども総合的に考慮して決せられる必要があるものと解される。」、「降灰除去作業は、前記のとおり、それ自体かなりの肉体的苦痛を伴うものであるから、使用者が付随的業務としてこれを労働者に命ずるについては、その作業量、作業時間、作業人員、作業方法などを考慮して、作業がいたずらに苛酷なものにわたらないようにすべきであつて、このような考慮を欠いて、何ら合理的理由もなしにいたずらに苛酷な作業を行わせたり、懲罰、報復等の不当な目的で行わせたりすれば、それは業務命令権行使の濫用として違法なものとなると言わなければならない。」と判示している。この判決が濫用の前提となる業務命令権の範囲を付随的業務を含む広範なものとして措置している点に問題が存することは既に検討した通りであるが、ここで示されている業務命令権濫用の判断基準（判旨からすれば、要は、①業務の必要性と労働者の被る不利益の比較衡量、②業務命令の目的の不当性の有無、③あるいは両者の総合的検討の三つに整理できよう）それ自体に限定すれば基本的に妥当なものであると考えられる。ただ、このような基準を用いて権利濫用判断を行う場合においては、あくまで使用者が労働者を遙かに凌

駕する社会的経済的な力を持った社会的権力とでもいふべき存在であることを念頭に置く必要がある。この点からすれば、一番・二番が、本件では労働者に対し降灰除去作業を命ずる必然性もなく、本件業務命令はバッジ取り外し命令に従わなかったことに対し懲罰的に発せられたものであり、かなりの肉体的、精神的苦痛をとまなう作業を懲罰的に行わせるのは業務命令権の濫用であつて違法であると判示したのに対し、最高裁が、本件業務命令も職場管理上やむを得ない措置であつて不当な目的でなされたものではなく違法（権利濫用）ではないとしたことには大きな疑問が残る。

次に、より詳細に権利濫用の判断基準を探るといふ意味で、通常の業務命令権一般に関する濫用基準から配転に関する濫用基準へ目を向けてみよう。この点につき、配転に関する権利濫用法理を展開するリーディングケースであり、労働者が単身赴任となる配転の効力が争われた東亜ペイント事件・最二小判昭六一・七・一四判時一一九八号一四九頁は、「使用者は業務上の必要に応じ、その裁量により労働者の勤務場所を決定することができるものといふべきであるが、転勤、特に転居を伴う転勤は、一般に、労働者の生活関係に少なからぬ影響を与えずにはおかないから、使用者の転勤命令権は無制約に行使することができるものではなく、これを濫用することの許されないことはいふまでもないところ、当該転勤命令につき業務上の必要性が存しない場合又は業務上の必要性が存する場合であつても、当該転勤命令が他の不当な動機・目的をもってなされたものであるとき若しくは労働者に対し通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を負わせるものであるとき等、特段の事情の存する場合でない限りは、当該転勤命令は権利の濫用になるものではないといふべきである。右の業務上の必要性についても、当該転勤先への異動が余人をもつては容易に替え難いといった高度の必要性に限定することは相当でなく、労働力の適正配置、業務の能率増進、労働者の能力開発、勤務意欲の高揚、業務運営の円滑化など企業の合理的運営に寄与する点が認められる限りは、業務上の必要性

の存在を肯定すべきである。」と判示して、労働者に単身赴任を強いる程度では配転命令権の濫用を認めないとの姿勢を示した。^⑩この判決は、権利濫用の基準について権利濫用に該当する場合を三つのケースに整理して示した点において権利濫用論一般の見地からみて大きな意義を有するが、使用者の広範な配転命令権を認める点及び権利濫用の第三のケースにつき通常の比較衡量の基準をとるのではない点に関しては疑問なしとせざるを得ない。前者については、既に労働者の義務の範囲は合理的な範囲に限定さるべきことを論じたので、その箇所を参照頂くことにして、以下では後者について考察を加えてみよう。

先に、業務命令に関して鹿児島自動車営業所事件・鹿児島地判が示した権利濫用法理を検討したが、そこにおいては、使用者側の業務命令の必要性と労働者の被る不利益の比較衡量を行い、後者の方が大きければ権利濫用となる可能性が示唆されていたといつてよい。最高裁が東亜ペイント事件で示す権利濫用の第三番目のケースは表面的には一見したところ配転に関し同様の比較衡量の基準を示しているかに見えるが、使用者の配転の必要性は「企業の合理的運営に寄与する」ものであればよいとしてこれを容易に認める反面、配転命令権が濫用となるためには、労働者の被る不利益は「通常甘受すべき程度を著しく超える不利益」でなければならぬとしており、大きく企業側にバランスが傾くとともに労働者に対して厳しい結果をもたらす説示となっている。^⑪

このような基準は、労働基準法二条一項の労働条件労使対等決定の原則及びそれが要請する労働者の対等の契約主体性の確保という観点からみて大いに問題があろう。また、労働基準法一条一項が示唆する企業の社会的権力の行使をチェックするという観点からみても、使用者に大きな裁量の余地を認め、権利濫用の可能性を非常に狭めるように思われるかかると判示には重大な問題点が存しているように思われる。

労使の対等の契約主体性と労使双方の合理的利益の確保という点を踏まえるならば、そして、使用者の不当な権力

行使を抑止するという観点からは、労働者側の被る不利益を十分に考慮したうえで厳格かつ公正に労使の利益衡量を行う必要があるといえ、その際には労働者の私生活上の利益についても考慮に入れることが労働者の対等の契約主体性確保の観点から重要となってくるといえよう⁽¹²⁾。従って、労働者が単身赴任を強いられるといったような労働者に一定の重大な不利益が生ずる事例においては、労働者の不利益が大きくなることに対応して(あるいは比例して)、配転命令権が濫用とならないためには使用者側に一定大きな業務上の必要性(例えば、その労働者がぜひ必要であるという高度の業務上の必要性)が存することが要求されることになろう⁽¹³⁾。この意味でも、東亜ペイント事件・最高裁判決が示す人選の必要性(妥当性・合理性)の基準は緩すぎるといわざるを得ない。以上を踏えると業務上の必要性の判断にあたっては単身赴任の場合に限らず、労働者の不利益の程度に応じて人選の必要性について考慮を行うことも重要となると思われる。

また、既に若干述べたように、配転にあたっては、労働契約上の信義則から使用者は一定の手続的措置をとることを要請されるのであり、事前に労働者に配転についての情報提供や打診や事情説明を行い、少なくとも労働者の納得を得るべきといえる。従って、使用者がかかる要請を遵守しない場合には、手続違反の観点から当該配転命令は権利濫用と評価されることになるべきものと考えるが、東亜ペイント・最高裁判決にはかかる視点がまったくみられないのである。このような手続的措置をとった結果、労働者が一定の不利益を被ることが明らかとなった場合には、使用者は、労働契約上の信義則に基づき一定の配慮をなすことを要請されると解すべきである(ちなみに、業務命令に関する国鉄鹿児島自動車営業所事件の一番・二審判決が、作業が過酷なものにわたらないように使用者に「考慮」すべき旨を説いていることは、この視点から評価できよう)。例えば、勤務場所の変更、即ち転勤の結果、労働者が単身赴任となるような場合には、先に論じた人選に関する高度の業務上の必要性が存することに加えて、①配転期間の限

定・合理的配慮、②生活上の便宜供与(単身赴任手当・帰郷旅費の支給や賄い付き下宿の貸与など)などを行うことが使用者に求められるといえよう。¹⁴⁾ なお、確かに、このような場合に、一定の配慮をなすべきことを示唆する裁判例が存する(帝国臓器事件・東京地判平五・一・二七労判六三六号一九頁、帝国臓器事件・東京高判平八・五・二九労判六九四号二九頁、帝国臓器事件・最二小判平一一・九・一七労判七七八号一六頁)が、かかる配慮はあくまで東亜ペイント事件・最高裁判例の判旨を前提ないしベースとしたものであり、いまだ不十分かつ問題をはらむものといえよう。

以上これまで検討してきたところを総合しまとめれば、労務指揮権あるいは更に人事等も含めた業務命令権の濫用を判断する場合には、基本的には、①(人選の必要性(妥当性・合理性)も含めた)業務上の必要性の有無、②業務命令が発せられた目的・動機、③業務上の必要性と労働者の被る不利益の厳格かつ公正な比較衡量、④手続的要請の履践の有無、⑤労働者の被る不利益を軽減するための合理的な配慮の存否が判断事項として重要となるといえよう(以上の観点からすれば、あくまで出向についてはあるが、そして出向命令権の法的根拠をめぐる問題はさておくとして、出向の権利濫用判断にあたり、①出向の必要性、②人選基準の合理性、③(社外勤務協定による労働条件の調整等を勘案したうえで)労働者の被る不利益の程度、④手続の相当性を考慮する新日本製鐵(日鐵運輸第二)事件・最二小判平一五・四・一八労判八四七号一四頁が注目される)。

(V) 労働契約上の使用者の主たる義務Ⅱ賃金支払義務

労働契約は労務の提供と賃金の支払が対価的牽連関係に立つ有償双務契約であることからして、使用者の労働契約上の主たる義務は賃金支払義務であることはいうまでもない。これについては、労働基準法が詳細な規制を置いているので、あまり問題とはならないように思われるが、次の点に留意しておく必要がある。

賃金は労働契約の重要な要素である。従つて、その額は、本来ならば、重要な労働条件として労働契約において明確に定められるべきであるといえる。しかし、通常においては、賃金額は、使用者による人事考課・査定に基づいてその額が具体化され、支給額が確定することが一般的となつてゐる。従つて、使用者が賃金支払義務を履行することの前提として、賃金額を確定する義務を負うことになることはいうまでもない。この場合、契約の重要な要素の内容の確定を使用者に委ねる旨が労使間で合意されているものと解されるが、使用者はかかる義務の履行にあつては、労働基準法二条一項及び二項の原則に適合すべく、誠実から公正にこれを行わなければならないといえよう。それ故、使用者は、学説が主として成果主義賃金に関して発展させてきた公正評価義務論が説くところと同内容の義務を賃金に關してより一般的に負つてゐるものと考えらるべきである。具体的には、合理的な人事考課・査定基準の作成・公表、人事考課・査定基準への適正かつ公正なあてはめによる評価、評価と賃金額との具体的かつ明確な関連性の明示、労働者への説明・情報提供、苦情処理手続の整備などを行うよう使用者は義務づけられることになる。

なお、この義務は、賃金に関するものであるから、就業規則の絶対的必要記載事項である労働基準法八九条二号の対象となつてゐる（ちなみに、苦情処理手続も賃金決定手続の一環であり、記載事項の対象に含まれてゐる）と解すべきであり、従つて、通常は、就業規則によつて具体化・明確化されることになる。しかし、就業規則の記載に不備があつたり、記載が曖昧ないし抽象的な場合には、使用者にいわば就業規則作成義務違反が存することになると考えられ、既に就業規則の解釈や就業規則作成義務違反の瑕疵の治癒に關して論じたような方向で、補充ないし補正がなされるべきこととなる。

ちなみに、このような義務は、労働契約の重要な要素に關するものであるから、使用者が義務を履行しない場合には、労働者は、損害賠償請求のみならず、評価の実施や確定可能な場合には具体的な額の賃金支払などを含め履行請

求をなし得ると解すべきであり、使用者の決定がない限り賃金額が確定しないとして義務違反の場合のリスクを労働者に負わせるべきではない(義務違反のリスクを負うのは、あくまで義務違反を行った当事者である使用者というべきである)。また、労働基準法二四条は労働者保護の観点から賃金が確実に労働者の手元に届くように賃金支払に規制を加えているが、このことはその前提として当然のこととして支払われるべき賃金額は確定すべしという賃金額確定の要請を内包しているといえ、従ってこの点からも以上の説示を補強することが可能と考えられる。

(オ) 労使の付随義務と信義則

(i) 概説

従来、使用者の付随義務として論じられてきたものは、既に検討したように、むしろ労働契約上の基本義務と捉えられるべきである。従って、ここでは、従来、労働者の付随義務として論じられてきたものについて考察を行うことにする。

使用者が配慮義務を負うことに対応して、労働者は信義則上一般的に使用者の利益を害してはならないという誠実義務(あるいは忠実義務)を負うという考えがあるが、これはあまりにも労働者に広範な義務を負わせることになり、問題であろう。そして、また、このような義務を認めることは、労働者の使用者に対する従属を強めるものとも、労働基準法二条一項が宣明する労働条件労使対等決定の原則及びそれに由来する労働者の対等の契約主体性の確保の要請に反することにもなる。確かに、基本義務論で述べたように、労働基準法二条二項が規定する労働契約上の信義則から使用者は企業の社会的権力を不当に行使しないように配慮することが一般的に要請されるといえようが、これはあくまで社会的権力が不当に行使されることや社会的権力行使にともなう弊害・影響が労働者に及ぶことを阻止ないし抑止するという観点からのものである。

以上からすれば、労働者の付随義務については、一般的な誠実義務を指定するのではなく、あくまで、使用者に課される基本義務が履行されて労使対等性が確立されたうえで、労働契約上の信義則に基づいて、当該具体的な労働関係ないし労使の利益状況に応じて、問題となる個別の事項ごとにいかなる付随義務を労働者が負うことになるかを考察すべきことにならう。その代表的なものとしては、共同作業秩序遵守義務、競争禁止義務、秘密保持義務、企業の名譽や信用を傷つけないようにする義務などを挙げることができるが、一点詳細な検討を加えておかねばならないように思われるのが共同作業秩序遵守義務である（これについては、密接な関連性を有する懲戒処分についても併せて検討を加えておく）¹⁹⁾。

(ii) 共同作業遵守義務と懲戒処分

集団的性格を有し多くの労働者が組織的に協働している現代企業においては、企業ないし職場の共同作業秩序（企業秩序）は、労使双方が必要とする客観的性質を有するものとなっており、その維持・確保が不可欠のものとして必要となると解される。使用者にとつては円滑・良好な企業運営や企業利益の観点から、労働者にとつてはチームワークや共同作業が要請される企業内・組織内において自己の労務提供義務（労働義務）を債務の本旨に従って履行するという観点から、共同作業秩序の維持・確保が重要となるのである。

このような共同作業秩序が乱されれば企業運営と労働者の職場での労務提供はたちまち立ちゆかなくなる。従つて、労働者のみならず使用者も、（黙示の）合意あるいは労働契約上の信義則によつて共同作業秩序遵守義務を負つていると解すべきことが妥当となる。要は、共同作業秩序遵守義務はひとり労働者のみならず労使双方が負う労働契約上の付随義務と捉えられるのである。このように考えることは、まさに、労働基準法二条一項及び二項の要請に合致するものといえよう。²⁰⁾

さて、労使双方が必要とする客観的性格を有する共同作業秩序のこのような重要性に鑑みれば、実効的なその維持・確保とそれが乱された場合の迅速な対処・秩序回復が企業においては必須のものになるといえよう。共同作業秩序遵守義務は契約上の義務であるから、労働者によるその違反（即ち、債務不履行）に対しては、本来ならば、損害賠償と契約の解約という債権法（民法）が用意する対抗措置によって対処すべきことになる。しかし、これらの措置では、秩序の維持やその迅速な回復にとつて必ずしも実効性があるとはいえず、また使用者が労働契約を解約することとは解雇権濫用法理（労働基準法一八条の二）によって厳しく規制されているため軽微な義務違反では労働契約の解約（＝解雇）を行うことは困難となり、事態に有効に対処できない。

そこで、実効性をともなつた共同作業秩序の維持及び迅速な回復のための特別の措置が必要となるが、このような必要に対応するために（即ち、客観的性質を有する共同作業秩序を維持・担保し、それが労働者によつて乱された場合には共同作業秩序を迅速に回復するために）、多くの企業では就業規則に服務規律と懲戒処分に関する規定が設けられることとなる（かかる秩序の維持・迅速な回復の必要性が、一見、私的制裁にもみえる懲戒処分を使用者が行うことが公序良俗違反とされず適法性が認められることの根拠となるといえよう）。そして、就業規則に労使が合意する（あるいは就業規則が契約内容となる）ことによつて労働者が就業規則に規定された服務規律と懲戒に関する規定に拘束されることになる（懲戒規定に関する労働者義務づけの根拠）。従来、懲戒処分の法的性質としては、専ら後者の側面から論じられてきた感があるが、前者の側面も、何故、社会的権力たる企業が、労働者に対して大きな不利益を負わせる権力行使ともいえる懲戒的制裁を行うことが法的に許されるのかという問題に回答するために必要不可欠となるのである。

しかし、以上はあくまでも労働者側による共同作業秩序遵守義務違反に対する対処にすぎない点に注意すべきであ

る。共同作業秩序はあくまで労使双方に共通した客観的性質を有するが故に、使用者による秩序紊乱 \parallel 共同作業秩序遵守義務違反の場合（例えば、使用者による企業の名誉毀損や評判低下、信用失墜行為、企業内いじめ、セクハラ、職場八部、労基法違反をはじめとする法令違反など）にも迅速な秩序回復が必要となることには変わりはないといえよう。しかも、労働者のみが共同作業秩序の維持・回復のために特別に設けられた（ \parallel 債権法上当然にはとり得るものではない）措置の拘束を受ける（ \parallel 懲戒処分という不利益を被る可能性を負う）ことになると解することは、労働契約の双務的性格と労働基準法二条一項の労働条件労使対等決定の原則に合致・適合せず妥当ではない。それ故、労働者にかかる措置が必要とされるのならば、使用者に対しても共同作業秩序を維持・遵守せしめ、その秩序違反の場合に迅速に秩序回復させるための特別の（即ち、債権法上当然にはとり得るものではない）措置を設けることが必要となってくる。しかし、そうはいっても、労働者が使用者を懲戒するということは非現実的で考えにくく、また実際にも困難であるように思われる。

では使用者の共同作業（企業）秩序紊乱に対する対処策につきいかに考えるべきか。この場合、労働者側から使用者に対して共同作業秩序の維持・回復を請求するということが重要でありことの本質をなすということを勘案すると、端的に、服務規律と懲戒に関する規定（ \parallel 就業規則）に労使が合意するときに、労働者が共同作業秩序遵守義務に違反した場合に懲戒処分が付されることとの均衡ないし対応物として、使用者が共同作業秩序遵守義務違反により秩序を乱し秩序侵害状態を作り出している場合には、使用者に対して秩序の回復を求めることができるという共同作業秩序回復請求権を労働者が取得する旨の黙示の合意を併せて行った（要するに、労働者は各々各自が労働契約上、使用者に対して共同作業秩序回復請求権を有する）と解釈することが衡平の原則に合致するとともに、労働者がとり得る措置としても可能かつ合理的なものといえよう。つまり、労働者は労働契約上、使用者に対して侵害された秩序

を迅速に回復せよと請求することができると考えるのである。ちなみに、このような共同作業秩序回復請求権は、その性質からして不可分債権と解すべきであり、従って、民法四二八条により「数人の債権者〔労働者〕があるときは、各債権者はすべての債権者のために履行を請求し、債務者〔使用者〕はすべての債権者のために各債権者に対して履行をすることができる」ことになるといえよう。

(iii) 懲戒権濫用法理及び懲戒権行使の前提

通常、懲戒処分はの刑法との機能的類似性から、懲戒処分に関しては罪刑法定主義の原則（に準じた制約法理）に従うべきであると論じられている（罪刑法定主義のアナロジー）。懲戒処分は企業の社会的権力行使の一環にほかならず、このような考え方は、労働基準法一条一項の法意に照らし権力抑止の観点からみて当然かつ妥当なものといえよう。また、これは、労基法八九条九号が「制裁」を就業規則の相対的必要記載事項に位置づけ、懲戒制度を設ける場合には就業規則に記載しなければならないとしていることから導くことができよう。それ故、使用者は、あらかじめ就業規則に服務規律とそれに違反した場合の制裁Ⅱ懲戒処分を明確な形で記載しなければならない。そして、罪刑法定主義のコロラリーとして、制裁規定の不遡及の原則及び二重制裁の禁止・一事不再理の原則も妥当することとなる。

その他にも、不当な権力行使の抑止及び権力の適正な行使という観点から、平等取扱い原則、相当性原則・比例原則、適正手続の原則などが懲戒処分に際して要請されるものといえ、これらの原則に反してなされた懲戒処分は懲戒権の濫用と評価されるべきといえよう。ちなみに、最高裁は、ダイハツ工業事件・最二小判昭五八・九・一六判時一〇九三号一三五頁において、一般論として、「使用者の懲戒権の行使は、当該具体的事情の下において、それが客観的に合理的理由を欠き社会通念上相当として是認できない場合に始めて権利の濫用として無効になると解するのが相

当である」と判示している。

また、労働者に多大の不利益を課すことになるので就業規則の懲戒規定に対しては合理的限定解釈を加える必要が認められるし、一見、労働者が懲戒処分に関する規定に違反しているようにみえても、そのような労働者の行為が懲戒制度の趣旨からして企業秩序を現実に侵害しないかあるいは侵害する具体的な危険ないしおそれが存しなかった場合には懲戒処分を行うことはできないといえよう。同様に、当初は企業秩序の侵害行為があつたとしても、時間の経過により企業秩序が回復してしまつた後には、使用者は労働者に対してもはや懲戒処分をなし得ないといえよう（懲戒事由とされた職場での暴行事件から七年以上経過した後になされた諭旨退職処分は権利濫用でありそれに基づく懲戒解雇は無効であると判示した例として、ネスレ日本（懲戒解雇）事件・最二小判平一八・一〇・六労判九二五号一頁がある²⁾）。なお、迅速な共同作業秩序の回復のための適正な手続履践の必要性という観点（手続的側面）からも時宜を得た対処が要請されることになるものと考えられる。

そして、共同作業秩序遵守義務は労使双方が負うものである以上、使用者が一定重大な共同作業秩序違反を行っている場合においては、いわばクリーンハンドの原則から、そして労働基準法二条二項に照らして、使用者は労働者に対して懲戒処分をなし得ないものといわざるを得ない。この場合、使用者が労働者に対して懲戒処分をなし得るためには、自らの共同作業秩序違反状態を除去して秩序を回復し、今後そのような事態を生じさせないような防止措置・体制を設け、職場に信頼を確立する必要がある。

(IV) 最高裁の企業秩序論の問題点

これまで労働基準法の基本原理に従つて労働契約法的視点から共同作業秩序と懲戒処分について論じてきたが、最高裁はこれとはまったく異なる企業秩序論とでもいうべき考え方を示してきている（代表的な判例として、富士重工

業事件・最三小判昭五二・一二・一三民集三一巻七号一〇三七頁、国鉄札幌運転区事件・最三小判昭五四・一〇・三〇民集三三巻六号六四七頁)。このような企業秩序論の特徴は、合理的な範囲に限定せず広く使用者の企業秩序定立・維持権を認める点にある。その根拠については企業及び労働契約の本質に根ざす当然の権利とされ、具体的には、「企業秩序は、企業の存立と事業の円滑な運営のために必要不可欠のものである」るので企業は企業秩序を定立し維持する権限を有する、「労働者は、労働契約を締結して企業に雇用されることによつて、企業に対し、労務提供義務を負うとともに、これに付随して、企業秩序遵守義務その他の義務を負う」と説かれている。使用者の企業秩序定立・維持権の目的については、「構成する人的要素及びその管理する物的施設の両者を統合し合理的・合目的に配備組織」するためとされ、その内容としては、①規則制定権、②指示命令権、③回復指示命令権、④調査権、⑤懲戒処分権が含まれると解している。²²⁾

最高裁は、企業秩序論を企業と労働契約の本質から導き出して理論展開しており、固有権の説明となっている点に問題がある。ただし、労働契約を援用する点において、そして、先に引用した部分に加えて、別途、使用者はあくまで就業規則に基づき懲戒処分をなし得ると判示する点において、固有権説そのものではないといえるが、労働者が労働契約により固有権説的な企業秩序と使用者の企業秩序定立・維持権をいわば丸飲みするという構成になっているのである。このような最高裁の理論は、ア priori に企業秩序なるものを認めるとともに強大な秩序定立・維持権を使用者に承認する点において、労働基準法一条・二条の精神に反するものとなつているといえよう。

(1) 労務指揮権に関する浩瀚な総合的考察として、土田道夫「労務指揮権の現代的展開」(一九九九年、信山社)。なお、土田説のエッセンスをコンパクトに示すものとして、土田道夫「労務指揮権とその限界」蓼沼謙一・横井芳弘・角田邦重(編)「労働法の争点

- (新版) (一九九〇年、有斐閣) 一七二—一七三頁。
- (2) 菅野和夫「労働法 第七版補正版」(二〇〇六年、弘文堂) 六五頁、荒木尚志「新労働法講義 第4章 労働契約の基本原理」法学教室三一—一七六頁(二〇〇六年) 七六頁。
- (3) 片岡昇||前田達男(編)「労働法」(一九九五年、青林書院) 一七五—一七六頁(三井正信執筆)。なお、道幸哲也「職場における自立とプライベート」(一九九五年、日本評論社) 九一頁は、電電公社目黒電報電話局事件・最高裁判決の説く職務専念義務につき、「このような『根性論的』法理は、実態にもまったく合致せず、理論的にも労働契約上の合意内容との関連性が必ずしも明確ではない」との、また、同書一〇九頁は、かかる義務の遵守を要求することは「不可能であり常識に反する」との批判を加えている。
- (4) 労働基準法三八条の三及び三八条の四について、詳しくは、金子征史||西谷敏(編)「基本法コンメンタール」[第五版]労働基準法(二〇〇六年、日本評論社) 二〇七頁以下(三井正信執筆)。
- (5) 片山組事件・最高裁判決について、詳しくは、三井正信「私傷病と労務受領拒否」菅野和夫||西谷敏||荒木尚志(編)「労働判例百選」[第七版](二〇〇二年、有斐閣) 三八—三九頁。
- (6) 浜村彰||唐津博||青野覚||奥田香子「ベーシック労働法 第2版補正版」(二〇〇六年、有斐閣) 八三頁。
- (7) 国鉄鹿兒島自動車営業所事件・最高裁判決について、詳しくは、三井正信「業務命令」山口浩一郎||菅野和夫||西谷敏(編)「労働判例百選」[第六版](一九九五年、有斐閣) 三四—三五頁。
- (8) 国鉄鹿兒島自動車営業所事件・鹿兒島地裁判決について、詳しくは、三井正信「勤務時間中の組合員バッジの着用と懲罰的業務命令の効力」労働法律旬報二二七号(一九八九年) 二三頁以下。
- (9) 片岡||前田(編)・前掲注(3) 書一七六頁(三井正信執筆)。
- (10) 東亜ベイント事件・最高裁判決について、詳しくは、本久洋一「配転」菅野和夫||西谷敏||荒木尚志(編)「労働判例百選」[第七版](二〇〇二年、有斐閣) 七六—七七頁。
- (11) もっとも、下井隆史「労働基準法」[第3版](二〇〇一年、有斐閣) 一〇五頁は、東亜ベイント事件・最高裁判決につき、「業務上の必要性」の判断は「人事異動の合理性」と「人選の妥当性」について行われることになり、前者は特殊な場合を除いて肯定されることが多く、後者についても「最高裁判決が示した基準は支持しうるものである」と述べ、更に「個々の従業員の生活事情は千差万別であるが、そのような個別的な、あるいは『私的』な事柄が企業における人員配置のあり方を大きく左右することは、企業経営

の合理性の観点からのみでなく労働者の職業的な利益という面から見ても適切・妥当とはいえないからである。従業員の個別的な生活事情の如何にとらわれすぎた配転は、人事の「公正」を害するといつてよい。」という理由で、最高裁の示す労働者の「通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を負わせるものであるとき」という基準はリーズナブルと評価できるとしている。

(12) このような視点の重要性を説くものとして、和田肇「業務命令権と労働者の家庭生活」日本労働法学会(編)『講座21世紀の労働法』第7巻 健康・安全と家庭生活(二〇〇〇年、有斐閣)二〇八頁以下。

(13) 片岡 前田(編)・前掲注(3) 書一九六頁(三井正信執筆)。

(14) 片岡 前田(編)・前掲注(3) 書一九六頁(三井正信執筆)。

(15) 公正評価義務をめぐる議論状況を総体的にまとめるものとして、三井正信「労働者の能力を公正に評価する義務は使用者の労働契約上の義務として構成可能か」日本労働研究雑誌五〇一号(二〇〇二年)八五頁以下、石井保雄「成果主義賃金制度と労働法(学の10年)」日本労働研究雑誌五五四号(二〇〇六年)五頁以下。

(16) 三井・前掲注(15) 論文八七頁。

(17) 誠実義務(忠実義務)を説く代表的な裁判例として、例えば、関西電力事件・大阪高判昭五三・六・二九労民集二九卷三号三七二頁は、「労働者は使用者と労働契約を締結するに際しては、使用者に対して労働を提供するほかに、黙示的に使用者に対して使用者の利益を不当に侵害しないように行爲するものをも約するものといふべきであるから、労働契約を締結した以上、その附随的義務として、企業の内外を問わず、ひろく使用者の利益を不当に侵害してはならないのは勿論、不当に侵害するおそれのある行爲をも慎むべき忠実義務を負うものと解すべきである。」と判示している。より近年の裁判例としては、転職にともなう引き抜きが問題となつたラクソン事件・東京地判平三・二・二五労判五八八号七四頁が、「企業間における従業員の引抜行爲の是非の問題は、個人の転職の自由の保障と企業の利益の保護という二つの要請をいかに調整するかという問題でもあるが、個人の転職の自由は最大限に保障されなければならないから、従業員の引抜行爲のうち単なる転職の勧誘に留まるものは違法とはいえず、したがって、右転職の勧誘が引き抜かれる側の会社の幹部従業員によつて行われたとしても、右行爲を直ちに雇用契約上の誠実義務に違反した行爲と評価することはできないといふべきである。しかしながら、その場合でも、退職時期を考慮し、あるいは事前の予告を行う等、会社の正当な利益を侵害しないよう配慮すべきであり(従業員は、一般的に二週間前に退職の予告をすべきである。民法六二七条一項参照)、これをしないばかりか会社に内密に移籍の計画を立て一斉、かつ、大量に従業員を引き抜き等、その引抜きが単なる転職の勧

誘の域を越え、社会的相当性を逸脱し極めて背信的方法で行われた場合には、それを実行した会社の幹部従業員は雇用契約上の誠実義務に違反したものととして、債務不履行あるいは不法行為責任を負うというべきである。」と判示している。また、誠実義務を正面から認める最近の学説の立場として、例えば、荒木・前掲注（2）解説七五―七七頁、土田道夫Ⅱ豊川義明Ⅱ和田肇「ウォッチング労働法」〔第2版〕（二〇〇七年、有斐閣）二二―二三頁（土田執筆）。これに対して、誠実義務を批判する代表的学説として、本多淳亮「労働契約・就業規則論」（一九八一年、一粒社）六三頁以下。なお、誠実義務について、詳しくは、和田肇「労働者の誠実義務」藜沼謙Ⅱ横井芳弘Ⅱ角田邦重（編）「労働法の争点（新版）」（一九九〇年、有斐閣）一七四―一七五頁。

（18）片岡Ⅱ前田（編）・前掲注（3）書一七六―一七七頁（三井正信執筆）。本文で述べた私見と同旨を説くものとして、片岡昇「現代労働法の展開」（一九八三年、岩波書店）二六二頁、西谷敏Ⅱ萬井隆令（編）「労働法2」（第5版）（二〇〇五年、法律文化社）四一頁（西谷執筆）。なお、菅野・前掲注（2）書六七頁は、労働契約関係にとまなう人的・継続的性格から、労使は信頼関係（Ⅱ誠実・配慮の関係）にあり当事者双方が誠実・配慮を要請されるとしながらも、そこから導かれる労働者の付随義務としては、あくまで競業禁止義務など個別具体的な義務を挙げるにとどまっている。

（19）以下本文で述べたことは、かつて、三井正信「就労請求権についての一考察」広島法学一六巻四号（一九九三年）三二―三八頁以下、及び片岡Ⅱ前田・前掲注（3）書一八三頁以下（三井正信執筆）で論じたところを、新たな観点から整理し直して再説したものである。

（20）なお、念のため、ここで、使用者の負う共同作業秩序遵守義務と基本義務論で述べた職場環境配慮義務との関係をみておこう。両者は密接に関係しているとはいえるが、後者は、あくまでも積極的な職場環境の整備を行うというポジティブな視点から使用者が負う義務であるのに対し、前者は、整備された職場環境（及びそのような環境のもとにおける多数労働者の労働義務の履行）を含め既に存する共同作業秩序を侵害してはならないという視点から使用者が負う義務であると解することができる。従って、両者は一応は別個のものとして区別されるべきものと考えられる。もつとも、共同作業秩序遵守義務について使用者の懲戒権の行使という観点からみれば、労働者によって侵害された共同作業秩序を回復し良好な職場環境を整備するという側面があり、両者に共通する部分が存すると考えられる。従って、以上については詳細かつ慎重な検討を行うておくことが必要であるように思われるが、紙幅及び本稿の取り扱うメインのテーマとの関係から、この問題については、いずれ別の機会に稿を改めて検討を加えることとしたい。

（21）この事件についての判例研究として、中窪裕也「懲戒処分とデュープロセス」NBL八四六号（二〇〇六年）七〇頁以下、川口美

貴「解雇法理の展開(上)」季刊労働法二二六号(二〇〇七年)一七九頁以下、古川景一「ネスレ霞ヶ浦工場懲戒事件」季刊労働者の権利二六八号(二〇〇七年)六四頁以下、土田道夫「企業秩序違反行為から長期間経過後に行われた懲戒解雇の効力」労働判例九三〇号(二〇〇七年)五頁以下、毛塚勝利「事件から長期間経過した後にされた懲戒解雇の効力」ジュリスト一三三二二号(二〇〇七年)二二九頁以下、後藤真孝「懲戒事由とされた職場での暴行事件から7年以上経過した後にされた論旨退職処分が権利の濫用として無効とされた事例」産大法学四〇巻三・四号(二〇〇七年)一九五頁以下、藤原淳美「懲戒処分までの時間の経過と」処分の相当性二日本労働法学会誌一〇九号(二〇〇七年)一三九頁以下。なお、筆者もこの事件の判例研究(「事件発生から7年経過後の論旨退職処分を無効とした例」を民商法雑誌一三六巻三号(二〇〇七年)に掲載する予定である。

(22) 最高裁の企業秩序論については、初井常喜「最高裁判例にみる「企業秩序」論の系譜と特質」外尾健一・広中俊雄・樋口陽一(編著)「人権と司法」(一九八四年、勁草書房)三七頁以下、遠藤昇三「労働契約と企業秩序」本多淳亮先生退任記念「労働契約の研究」(一九八六年、法律文化社)一四〇頁以下、中嶋士元也「最高裁における「企業秩序」論」季刊労働法一五七号(一九九〇年)一一二頁以下、野川忍「企業秩序と懲戒権の到達点」季刊労働法一七七号(一九九五年)六頁以下。なお、併せて、小西國友「渡辺章」中嶋士元也「労働関係法」(第五版)(二〇〇七年、有斐閣)一九八頁以下も参照。

おわりに

以上、不十分ではあるが、労働基準法という制定法を手がかりに、それ及びその制定根拠となる憲法二七条二項の基本原則を明らかにしつつ労働契約法のあり方を論じてきた。このような本稿での検討は、従来の労働契約法理や学説の考え方とは大きく異なり、いささか突飛な感じすら与えかねないものとなっていると読者には受け取られるかもしれない。そのような記述内容となったところの理由は、次のようなものである。即ち、労働契約は労働関係の成立・展開の基礎をなす重要な法的装置であるにもかかわらず、従来の判例法理(労働契約法理)や学説が体系的欠

如や基本原理・理念の不明確さ・曖昧さを含む多くの欠点・欠陥や欠缺を有していたため、それらの問題を正面から明らかにして補正しつつ、労働契約をめぐるルールを、これまでは必ずしも十分に検討・考察されてこなかった基本原理・理念を踏まえながら、新たに筋道をつけて体系的に示すことが重要であると思慮するに至ったが故に、これまでとは異なった新たな視点から、大胆で思い切った考察を敢えて加えることが必要であると判断したからである。しかし、結果的に本稿での検討は極めて不十分なものとどまるとともに、以下の理由で構想具体化の途半ばで稿を閉じることになる点をお詫びしておかなければならない。

本稿の執筆に取りかかったときには、厚生労働省に今後の労働契約法制の在り方に関する研究会が設けられ、立法へ向けての準備作業が始められてはいたものの、その方向性や内容はいまだ未知数であった。従って、その時点においては、個別的労働関係法の基本法たる労働基準法という制定法を手がかりに労働契約の法ルールを構成するとの戦略にも一定有効性が存していたといえる。しかし、その後、二〇〇五年四月に「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会中間とりまとめ」^①が、同年九月に「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会報告書」^②が公表され、将来制定さるべき労働契約法の姿ないしビジョンが詳細な形で提示された。そして、これを受けて、舞台は労働政策審議会労働条件分科会に移り、審議は紛糾し紆余曲折しつつも、二〇〇六年六月には「労働契約法制および労働時間法制のあり方について(案)」^③が、同年十一月には「労働契約法制及び労働時間法制の今後の検討について(案)」^④が同分科会に提出され、これを踏まえて同年十二月二七日に同分科会より「今後の労働契約法制及び労働時間法制の在り方について(報告)」^⑤が労働政策審議会に報告され、同審議会は厚生労働大臣にこれを答申した。その後、この答申に基づいて厚生労働省において労働契約法案要綱及び労働契約法案が作成され、この法案は、閣議決定の上、二〇〇七年三月一三日に第一六六回通常国会に提出された。以上によって制定されることになると思われる立法の骨格が明ら

かとなり、労働契約法の制定がリアリティーを帯びることとなった。このような事情の変化により、これまで筆者が本稿で試みようとした制定法の欠缺を埋めるべく基本原理を踏まえ労基法を活用しつつ労働契約のルールを構築し体系化するという作業から、今後は批判的視点も交えつつ新たに制定される労働契約法の分析・検討を行う方向へ研究の視点をシフトさせざるを得なくなった。従って、本来ならば、労働契約の法ルールの総論的考察をしめくくる本稿のこの第五回連載の後に、「集団的労働条件と個別的労働条件」、「労働契約の成立」、「労働契約の展開」、「労働契約の終了」、「従業員代表制と紛争処理システム」といった各論的重要問題の検討を続けて行う予定であったが、事情の変化によりこれらについては単に労働基準法を基礎としこれを活用しつつ新たなルール形成をはかるのみではなく、政府の政策の方向性や具体的な立法を踏まえてその批判的かつ総合的検討という形で考察を加えることも余儀なくされることとなったのである。しかし、これらの割愛せざるを得なかった各論的テーマについては、それぞれ断片的ではあるとはいえ、いくつかの旧稿で既に検討を加えており、また、二〇〇五年一〇月に日本労働法学会において、本来本稿で取り上げるべきテーマを、あくまで概括的にはあるが、総体的かつ総括的に取り扱った「企業の社会的権力コントロールと労働契約法」という報告を行い、それを論文化したものを学会誌に掲載した。^⑧それ故、本来の構想をはずれ、総論的な検討のみで論述を中断せざるを得なかったとはいえ、決して中途半端に終わるのではなく、それらの緒論稿も含めれば筆者の考え方自体は一応は全体的に示し得たものと思われる。ちなみに、制定が予想される労働契約法は、基本的にこれまでの判例法理を（その一部について不十分な形で）確認するにとどまるとともに、基本原理や重要問題に対する規定を大きく欠落させており、少なくとも本稿に限っていても、これまで既に論じ検討してきた部分において、あるべき労働契約法の理論的基礎を明らかにし、併せて制定されることになる労働契約法を批判的に検討するための視点を提供することができたと考える次第である。^⑨

今後は、本稿での成果を踏まえつつ、制定される労働契約法の総合的な検討を行い、併せて更なる法改正の方向も含めたあるべき労働契約法の姿を探るという作業を継続して追求していきたいと考える。¹⁰⁾

- (1) <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2005/04/dl/s0413-8d.pdf> 労働法律旬報一六〇〇号（二〇〇五年）五〇頁以下。
- (2) <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2005/09/dl/s0915-4d.pdf> 中央労働時報一〇四九号（二〇〇五年）九頁以下。
- (3) <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2006/06/s0627-4a.html>
- (4) <http://www.mhlw.go.jp/shingi/2006/12/s1208-12a.html>
- (5) これら二つの素案については、中央労働時報一〇六五号（二〇〇六年）二頁以下にまとめて掲載されている。
- (6) <http://www.mhlw.go.jp/houdou/2006/12/dl/h1227-4a.pdf>
- (7) 三井正信「労働法の新たなパラダイムのための一試論（一）―（四）」広島法学二四卷二号（二〇〇〇年）三九頁以下、四号（二〇〇一年）三五頁以下、二五卷二号（二〇〇一年）九一頁以下、二六卷一号（二〇〇二年）八七頁以下、同「労働組合の将来と労働者の利益代表システム」労働法律旬報一四九五―一四九六号（二〇〇一年）七七頁以下、同「就業規則法理の再検討」修道法学三三卷二号（二〇〇一年）七一頁以下、同「現代雇用関係法改革」高橋弘Ⅱ後藤紀一Ⅱ辻秀典Ⅱ紺谷浩司（編）『現代民法改革の動向』（二〇〇一年、成文堂）一九九頁以下、同「労働者の能力を公正に評価する義務は使用者の労働契約上の義務として構成可能か」日本労働研究雑誌五〇一号（二〇〇二年）八五頁以下、同「公正評価義務論の意義・射程と限界（一）―（三・完）」広島法学二六卷二号（二〇〇二年）八三頁以下、三号（二〇〇三年）一七五頁以下、四号（二〇〇三年）一〇九頁以下、同「準解雇の法理（一）―（五・完）」広島法学二七卷一号（二〇〇三年）五三頁以下、二号（二〇〇三年）一一頁以下、三号（二〇〇四年）一頁以下、四号（二〇〇四年）三二頁以下、二八卷一号（二〇〇四年）七三頁以下、同「課題山積の今後の労働契約法制」労働法律旬報一六〇〇号（二〇〇五年）二八頁以下、同「リストラ規制の新動向」高橋弘Ⅱ後藤紀一Ⅱ辻秀典Ⅱ田邊誠（編）『現代民法改革の動向Ⅱ』（二〇〇五年、成文堂）一九三頁以下。
- (8) 三井正信「企業の社会的権力コントロールと労働契約法」日本労働法学会誌一〇七号（二〇〇六年）三四頁以下。
- (9) なお、労働契約法案についてのさしあたりの筆者の批判的視点については、三井正信「労働者の『意思』と労働契約法」労働法律

句報一六四七号(二〇〇七年)四一五頁を参照。

- (10) 多くの論者による労働契約法をめぐる立法論的見地からの総合的な批判的検討として、「特集 『今後の労働契約法制に在り方に関する研究会中間取りまとめ』を読んで」労働法律句報一六〇〇号(二〇〇五年)四頁以下、「特集 新しい労働契約法制を考える—中間取りまとめの主張と課題」ビジネス・レーバー・トレンド二〇〇五年九月号二頁以下、北海道大学労働法研究会(編)「職場はどうなる 労働契約法制の課題」(二〇〇六年、明石書店)、「特集 労働法の未来と労働契約法制のあり方」労働法律句報一六一五—一六一六号(二〇〇六年)六頁以下、「特集 新たな労働法制への課題—2つの研究会報告書を読んで」ジュリスト一三〇九号(二〇〇六年)二頁以下、「シンポジウム 労働契約法の基本理論と政策課題」日本労働法学会誌一〇七号(二〇〇六年)三頁以下、「特集・労働契約法の課題Ⅰ」民商法雑誌一三四卷六号(二〇〇六年)一頁以下、「特集・労働契約法の課題Ⅱ」民商法雑誌一三五卷一号(二〇〇六年)一頁以下、「特集/二〇〇六年二月二七日労政審答申の検討」労働法律句報一六四一号(二〇〇七年)四頁以下などがある。なお、この問題については、併せて、厚生労働省「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」の委員の手になる菅野和夫「労働契約法制の課題—その概要と考え方」中央労働時報一〇四九号(二〇〇五年)二頁以下、山川隆一「新しい労働契約法制を考える」法学教室三〇九号(二〇〇六年)六頁以下も参照。また、国会に提出された労働契約法案に対する詳細な批判的検討として、深谷信夫「労働契約法案の批判的検討」労働法律句報一六四七号(二〇〇七年)二三頁以下、根本到「労働契約法案の法的問題点について」労働法律句報一六四七号(二〇〇七年)三三頁以下がある。