

日本の労働法の体系と法理の生成と展開

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2012-05-16 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 松岡, 三郎 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/11852

日本の労働法の体系と法理の生成と展開

松岡三郎

目次

- 序 はじめに
- I わたくしの方法論への刺激
- II 労働立法をめぐる権力の主体と分配
- III 日本の労働法と労働法理の生成
- IV 戦後労働法の生成における市民法との調整をめぐる判例法の展開

序 はじめに

一 初期の労働法講座

わたくしの学生時代、法学部の課目の絶対的主役は、憲法、刑法、民法などの市民法であった。それは、学問的には、大きく、公法と私法に分けられていた。

労働法が法学部の講座に姿を見せたのは、歴史的には新らしく、しかもその講座は、初期の段階では、白眼視されていた。日本で最初に労働法の講座ができたのは、東大で、大正一〇年（一九二一年）であったが、随意課目とされ、名称も、後には労働法と改められたが、当初は、「労働法制」とされた。その講義を担当した末弘敏太郎博士

は、その経緯についてつぎの如く述べている。

「その時、教授会から労働法と名づけられる体系的法律はない。従って労働法ではなく労働法制と云う名で講義をせよと云われた。これをもて日本の法律専門家の間においてすら、当時如何に労働法についての理解が少なかったかが判る。」⁽¹⁾

次いで、大正一三年（一九二四年）に、東京商大（現在の「一橋大」）に、「労働法」という選択科目が置かれた。この講座を担当した孫田秀春博士は、ドイツのカスケル教授に師事し、同教授の有名な「労働法は、第二十世紀法律学が、公法私法の界線上に産み落した麒麟児である」という言葉を金科玉条として掲げ、新しい労働法の講義をしたので、財界からニラまれ、赤化教授の烙印を押され、とくに昭和五年（一九三〇年）に浜口内閣が作成した政府労働組合法案に賛成したので、内外の圧力で、「労働法」という講座はつぶされた。同博士は、その後、「商事法令」という科目のなかで、労働法の講義をしたようである。⁽²⁾

その後国立大では、大正一四年（一九二五年）に東北大に「社会法論」、昭和二年（一九二七年）に九大に「社会法」の講座が顔を見せている。昭和三年から開講の社会法担当者、菊池勇夫教授であるが、昭和三年は、治安維持法が猛威をふるっていた時代であるから、官憲の監視も強く、文部省の問い合せにたいして、内務省社会局編「現代社会法令集」の内容を回答して難なきを得たようであるが、このような苦難を経て、労働法、社会保障法、さらに経済法を統合する菊池社会法論の花が、咲いたと、わたしはみる。⁽³⁾

労働法に関する講座は、私大では、大正一三年（一九二四年）に、明治大学、法政大学に、大正一四年（一九二五年）に、中央大に登場している。東大と異なり、いずれも、選択科目であった。孫田秀春博士は、その大正一三年には、東京商大のほか、法政大学で、また、大正一四年には、中央大学でも、労働法を担当した。ところが、同博士は、中央大学で、七・八年間は講義を続けたが、ある日講義中に文部大臣の悪口を言ったので、罷免させられた。⁽⁴⁾

ともあれ、初期の労働法の講座は、かなり不安定な地位にあった。

二 市民法の優位と矛盾

このように、初期の労働法講座が不安定で白眼視されたのは、当時、労働法という名のつく労働法の体系がなかったからである。だから、東大の法学部では、「労働法制」の名称にさせられたのであり、東京商大で労働法の講座を担当していた孫田秀春博士のドイツの労働法は、当時の日本に存在していなかったもので、財界人に脅威を与えたのである。たとえば、同博士が、当時のドイツでは当然とされていた、浜口内閣の労働組合法案を支持したことについて、ある財界の御曹司が「父は近頃の労働運動にはいたく胸を痛めていたようだ。殊に今度の労働組合法案が出てからというもの、父はゲッソリ瘡せてしまって、母がワイシャツのサイズを詰めたりしていた。商大教授の孫田秀春などが組合法に加勢して云々」と述べている。⁽⁵⁾

このように、労働法の体系が存在しなかったために、断然、市民法は、優位にあった。市民法は、優位にあったからこそ、労働法の生成は、茨の道であった。もとより、その背景には、政治権力と財界の強い監視があった。

しかし市民法には、絶えず、矛盾が露出した。古典的市民法の三種の神器ともいべきものは、①対等人格、②契約の自由、③過失責任の三原則である。

この三原則は、市民社会においては、かなりの説得力を有し、大きな且つ進歩的役割を演じたが、労使関係の世界では、各種の矛盾を露呈する。

その一つは、虚構性である。一対一の取引の分野で、①対等人格、②契約の自由は、使用者にとっては、真実であるが、労働者にとっては、虚偽である。労働者は、売り惜しみのきかない労働力を使用者に売る場合に、使用者に頭

を下げて、使用者の一方的条件を飲まざるを得ない場面にくわさざるを得ないのである。

当時、この契約の自由は、絶対視され、これにたいする反旗は、タブーとされていた。したがってこの契約の自由にたいする法律の介入は、ミニマムに止められた。現行日本国憲法に基づく労働基準法（憲法二七条二項）による労働契約の自由にたいする介入は、当時としては夢にも考えられなかった。「契約をしたのだから仕方がないではないか」「規則に従うという約束をしたのだから止むを得ないではないか」といって、契約の自由を媒介として、その虚構性を強制された。

しかもこの契約の自由は、個々の取引の自由であった。個々の取引の自由こそ、当時の公共性と理解されていた。それゆえ、ほんとの対等人格とほんとの契約の自由を回復するための集団取引を成功させるストライキは、刑事、民事上違法とされていた。矛盾の最たるものである。⁽⁶⁾

もう一つの矛盾は、罪悪性である。①対等人格、契約の自由によって長時間労働、深夜労働を強制し、私生活や健康を奪うことは、罪深い一例だが、なにより、③過失なければ責任がないという過失責任の論理によって、大型の労働災、公害による大量の殺傷にたいして補償がなされないことは、市民法のもっとも罪深いものである。

もとより、市民法の矛盾として誕生した労働者の集団的行動や労働災害にたいして、市民法の分野から、これらを救済しようとする市民法学者から、進歩的提言がなされている。たとえば牧野英一博士は、多衆集合による暴行脅迫が直ちに公安を害する騒擾とみるべきでないとされ、末弘厳太郎博士は、同盟罷業が直ちに民法第六二八条の「已ムヲ得ザル事由」に該当するとして大審院判決を不当としている。⁽⁷⁾

また、工場法の扶助をめぐる、労災補償の本質に関する考え方が、はなやかに展開された。雉本朗造、岡実、柏木楨二郎、小野清一郎、牧野英一、末弘厳太郎、我妻栄、孫田秀春、平田慶吉、川島武宜、菊池勇夫各所説は、正

に、百花繚乱の感がある。⁽⁸⁾しかし菊池博士を除くすべての諸説は、公法あるいは私法の分野から、その本質に迫ったものであり、菊池博士だけが社会法学的立場から、その社会法的性質を取り上げている。⁽⁹⁾

三 労働法の体系の必要性

市民法の矛盾を市民法の手によって解決するには、限界がある。その解決のためには、発想を転換して、新たな法理が必要だし、新たな労働法の体系が必要である。

もとより、その日本の労働法の体系は、生成過程にあり、きわめて流動的である。そこで、日本の労働法の理解について、わたくしなりの方法で、その労働法の生成にアプローチし、現段階の到達点とその行方を探ってみよう。

註1 末弘敏太郎著「労働法のはなし」二頁

註2 その詳しい経緯については、孫田秀春著「労働法の開拓者たち」五頁、二七三頁—二七五頁。なお、同著「私の一生」七頁—七九頁

註3 菊池勇夫編「社会法総説」上一頁、一七頁—一九頁

註4 孫田秀春著「労働法の開拓者たち」二七二頁

註5 同右書二七四頁

註6 たとえば当時の大審院は、集団的労働運動にたいして騒擾罪の適用を認めたり（大13・7・10刑二集三卷八号五六四頁）また、同盟罷業にたいする民法第六二八条による即時解約—解雇を認めた（大11・5・29民二集一卷六号、二五九頁以下）

註7 牧野英一著「日本刑法（増訂大正一三年）」五四九頁、末弘敏太郎判決批評（判例民法大正十一年度三七事件一五八頁）。

治安維持法違反で退官した平野義太郎東大助教授は、その著「法律における階級闘争—同盟罷業権に関する若干の基礎的考察—」（大正一四年三月一日）のはしでこのなかで、牧野末弘両博士にたいして感謝の意を表している。

註8 村上茂利著「労災補償の基本問題」一〇五頁以下

註9 菊池勇夫博士「労働者災害補償の本質—その社会法的性質について—」（労働法の主要問題）一九六頁以下

I わたくしの方法論への刺激

一 三人の恩師の退官と教訓

三人の恩師の退官

三人の恩師といっても、わたしくのかかわりあいには、程度の差がある。河合栄次郎教授の場合には、法学部の学生として、経済学部はその社会政策の名講義を聞いた。南原教授の場合には、講義を聞いただけでなくわたしくが法学部の助手となって国家学会雑誌の編輯の仕事を通して直接に幾度かの接触があった。田中二郎教授の場合には、わたしくの助手時代直接指導を受けた恩師である。その退官の理由は異なるが、わたしくの方法論には夫々貴重な教訓となった。

河合栄治郎教授の場合

同教授は、大正四年に東大(当時東京帝国大学法科大学政治学科)卒業後労働立法、労働行政の仕事に魅力を感じ、農商務省に就職し、工場法の施行はじめ労働行政に従事したが、四年後の大正八年一〇月二十九日に退官をした。新聞は、この退官を大きく取扱った。たとえば大正八年一月六日の東京朝日新聞は、次のように報じている。

「辞職せる河合参事官 労働問題に献身 無定見の政府に呆れて 省内に踴躍するに堪えず 社会に出て大いに活躍す」

同教授は、その直後、「官を辞するに際して」という論稿を東京朝日新聞に大正八年一月一七日から同年二月二日まで一四回にわたって連載した。そのなかから、その退官の理由を抽出してみよう。

同教授は、なぜ、労働行政の担当官を希望したかということについて、つぎのごとく述べている。

「自分が学窓を出て労働問題に関係しやうとした時に行くべきいくつかの路が考へられた、一つは学校の先生になることであっ

て、一つは民間の工場に於て労働者と直接生活を共にすることで、他の一つは官界に於て労働立法に参与することであつた。自分がこの中最後の途を選んだのは之が最も効果のある仕事であつて又当時の日本に於て最も必要なものと思つたからであつた。しかしながら官界数年の生活は当初の予想を全然裏切つて了つた。」⁽¹⁾

同教授は、なぜ、予想を裏切られたかという点について、三つのことを指摘している。

「第一に今の当局者は労働者を見るに愛の眼を以てして居ないのである」⁽²⁾「第二に今の当局には思想を解する人が無いと思ふ」⁽³⁾「第三に今の当局には闘志と熱情とが足りないと思ふ」⁽⁴⁾

同教授は、憧れて就職した行政官の限界を發見し「自分は今の日本に於て労働問題に最も貢獻し得る地位は官吏ではない、又今の日本に於て労働問題の爲めに最も必要な仕事も立法の事業ではないと云ふことを悟つたのである。」

と述べ、「立法は抑々末である、国民の思想は本である、政府は末である、国民は本である」⁽⁵⁾という思想に到達して、官を辞した。

南原繁教授の場合

同教授は、大正三年に東大(当時の東京帝国大学法科大学政治学科)卒業後内務省に採用され、各地方の勤務をした後、大正八年一月に内務省の警保局に歸り、そこで、労働組合法の立案に従事した。かようにして大正九年つくられた内務省案は、農商務省の反対にあい、政府案としても、日の目を見なかつた。また、反対した農商務省案も、相打ちとなつて、葬られた。その後、大正一四年と昭和五年の二回議會に提案して、成功しなかつたが、この内務省案は、文字どおり初期のものである。

南原教授は、その手になる労働組合法案がそのような運命になつたことを機会に退官した。その退官の仕方については、河合教授とは対蹠的で、本人の告白通り「そつと」やめたが、その理由は、河合教授と近いものがあり、立法

よりも思想が大事だとして、内務省辞任の理由をつぎのごとく述べている。⁽⁶⁾

「私が考えたのは、こういう法案が日本でおおるにはもともと時がかかる。約二〇〜三〇年はかかると見たのです。……労働組合法とか争議法とかそういうことも大切だけれども、そういう立法を二つや三つしたところで、この問題に立ち向かうというのは、なかなか容易なことでない。問題はマルクスの思想、哲学であると思つたのです。これと取り組まないことにはわからない。そこで、マルクスが出て来たドイツ哲学、ドイツの理想主義哲学、カントからヘーゲル、この根本からやらなければ私は自信をもってこの問題には立ち向かえないということを感じたのです。」

田中二郎教授の場合

田中二郎教授は、昭和四年東大法学部卒業後、最高裁判所の裁判官になる以前は、東大で行政法担当の教授であり、同教授が裁判官を退官した経緯について、わたくしは、つぎのように見る。

現行公務員法は、公務員のストそのものを処罰してはいないけれども、その処罰してはいないストをそそのかし、あおり行為にたいしては三年以下の懲役または一〇万円以下の罰金に処することとし（国公法一一〇条一七号、地公法六一条四号）、明治三三年制定の治安警察法第一七条のテクニクを導入している。

第二次大戦後、日本国憲法は、ストライキを含む団体行動権を保障したが（二八条）、最高裁判所は、当初、単純に「全体の奉仕者」「公共の福祉」という概念を使用し、刑罰による公務員の争議行為の禁止を合憲とした（昭28・4・8国鉄青森機関区事件最大判、昭38・3・15全通中郵事件最(二)判）。

その後田中二郎教授が最高裁判所の裁判官に就任した後、最高裁判所は、全通中郵事件で、調整の原理として、「全体の奉仕者」ないし抽象的な「公共の福祉」を否認し、新たに、「国民生活全体の利益」をたて、しかも労働基本権の生存権的性格に着目して、その制限は合理性の認められる必要最小限にとどめるべきであり、とくに刑事制裁を科することは必要やむを得ない場合に限られるべきだとし、有名な四条件を提示し、右の二つの判決を変更して無

罪とし（昭41・10・26同事件最大判）、続いて、都教組事件で、同じ立場に立ち、しかも一律に争議行為を禁止したとすると憲法違反のおそれがあるので、合憲的に解釈する立場（適用違憲を避けるための合理的限定解釈論）から、地方公務員法が刑罰を科している「争議行為をあおる行為」について、①この場合の争議行為とは違法性の強いもの限り②争議行為に通常随伴して行なわれる行為は右のあおり行為にあたらぬという「二重しほり論」を展開し、本件は一日の休暇闘争であったが、勤務評定に反対することが目的であり、その違法性が必ずしも高くなく、しかも都教組かぎりのもので争議行為に通常随伴するものとして無罪とした（昭44・4・2同事件最大判）。

その後、昭和四八年四月二五日の全農林警職法最高裁大法廷判決では、全通中郵判決や都教組判決を変更し、「国民全体の共同利益」という新しい調整概念を持ちだし違憲解釈を避けるための合理的限定解釈を斥け、あおり行為の二重しほり論をやめ、刑罰を背景とする国家公務員の争議行為の一律全面禁止を合憲とし、有罪とした。この判決は、全裁判官のうち八対七の僅か一票の差であった。田中二郎裁判官は、これを契機に退官した。

三 教授退官の背景

河合、南原教授の退官の共通する理由は、労働立法より思想が大事だという認識である。両教授とも、治安警察法第一七条の撤廃を強く主張し、労働組合法の制定を強く希望したが、いずれも、不成功に終わった。両教授は、それは労働組合やストライキにたいする思想が欠落しているためだとしている。すなわち当時においては、労働組合は、悪党か謀反人か位に認識され、ストライキは後に述べるように悪事という受取り方をされその教唆を犯罪としていた。

日本は、明治維新により、世界の近代的資本主義国の仲間入りするため、富国強兵を打ちだし、当時強国であったイギリスをモデルに工場法の制定に乗りだし、他方、強兵には、ビスマルクを指標としたが、実際には、工場法は、遅れて明治四四年に成立したが、治安警察法は、市民よりも政治権力擁護のために治安の見地から明治三三年に制定

公布された。その第一七条第二号は、ストライキの誘惑煽動を禁じていることにより、ストライキの法思想が問題とされる。河合教授は、この点についての治安当局者の動揺する気持ちをつぎのように述べている。⁽⁸⁾

「曾て治安警察法に就て討論をした席上に於て、警視庁の保安課長は初めに同盟罷業は権利であつて決して罪悪ではないと明言した。而して論漸く進んで誘惑煽動の條に至るや同盟罷業は悪事なるが故えに之に人を誘ふは犯罪なりと答弁した事がある。是等は明白なる矛盾であつて……」

後に、河合教授は、この点について、つぎのように整理している。⁽⁹⁾

第一に、ストライキ権について、まず、社会学的視野から、「同盟罷業は労働者が其の地位を改善するに用ひ得べき唯一の武器であつて、之れに依てのみ労働者の境遇を改善し得べき所以のものなること」と指摘し、つぎに、法的視野から、「一人が為して以て不法でないことは、多数が団結して之を為しても毫も之を罪悪であるといふ理由がない」と述べている。

第二に、ストライキの誘惑煽動にたいする処罰について、誘惑煽動は行為自体として不法でなく不法でないストライキを誘惑煽動することを処罰することは矛盾であるとし、しかもそもそもストライキには誘惑煽動を伴なうもので、ストライキが権利であるなら、誘惑煽動も権利であるとし、「誘惑煽動は同盟罷業の要素であるといふは蓋し至言であるといふべきである。既に同盟罷業を権利と認め之を適法であるとしつゝ、而も誘惑煽動を処罰するのは、甚しき自家撞着」と述べている。

田中二郎教授が参加したこの判決の「あおり行為」の考え方は、河合栄次郎教授の「誘惑煽動」の捉え方と軌を一にするものである。わたくしは、この点新聞で指摘したことがあつた。⁽¹⁰⁾

而教授の退官の条件は、夫々異なるが、治安警察法的な発想に反対する学者が退官せざるを得ない政治権力の背景

は、よく似ている面がある。政府は、全通中郵便事件判決、都教組判決に驚き、事後、最高裁の裁判官にたいする人事権を使用し、官公労の争議行為の一律禁止の合憲論者を最高裁の裁判官に任用したためか、それら合憲論者が多数派となり、田中二郎グループは、少数派となった。⁽¹⁾ その後も政府の人事政策は成功したためであろうか、現在合憲論者は、過半数を優に越え、あおりの考え方は、明治三年の治安警察法に逆戻りし、官公労の争議権は、冬の時代に入っている。

田中二郎教授を含めるなら、奇しくも、労働法とかわりをもった三教授がいずれも、労働法とのかかわりで退官した。それは、労働法を動かす権力がいかに強烈で、複雑であるかを物語る。したがってその場合の権力の性格、分配の構造の分析が労働法の方法にとって大事である。

二 戦時法令の運命と教訓

難を免れた解釈法学

正確な年月日は必要はないと思うが、満州事変、日中戦争、太平洋戦争の真只中に、わたくしは、学生時代、助手時代を過したが、その間、東大の経済学部の教授は、かなりの数教壇から姿を消した。植民政策の矢内原忠雄教授、マル経の指導者山田盛太郎教授、財政学の大内兵衛教授、クロボトキンの翻訳で有名な森戸辰男教授、社会政策の河合栄次郎教授など、当時の体制を批判した経済学者は、容赦なく治安維持法などの違反を契機に学園から追放された。

対蹠的なのは、法学部の教授である。治安維持法によって法学部から姿を消したのは、平野義太郎助教授一人であった。それは、当時の東大法学部の法学は、法律解釈学が中心であったためである。もっとも美濃部教授の天皇機関

説や京大の滝川教授の男女平等論などは、法律解釈学の部類に属するものであるが、当時の支配権力の天皇神格論や天皇制下当然と認められた男女差別思想に抵触するものと評価され、両教授は、公的地位を剝奪された。しかし当時の東大の法学部の法律解釈学は、そのような支配権力の基本的法思想に直接抵触するような方向ではなかった。

宮沢俊義教授の憲法学も、天皇の地位について深く掘り下げない限り、美濃部教授と異なり、安泰であったし、牧野英一教授の進歩的な自由法論も法律解釈学の枠内にとどまる限り、滝川教授と異なり、もとより問題とされることもなかった。

戦争の遂行のために、次々に、戦時の新法令が制定、公布されたが、東大法学部の教授助教教授のスタッフが手分けをして、この法令の解説を東大法学部の機関誌である法学協会雑誌に連載した。それは、新法令の整合性や論理の一貫性などの指摘をしたけれども、解説が中心で、戦争に反対する内容を看取されないうえ、むしろ政府筋から、ニラまれるどころか、歓迎されたのではあるまいか。

解釈法学一辺倒に非難の声

もとよりこの新法令の解説に見られる法律の紹介ないし解釈一辺倒の姿勢にたいして批判がないわけではなかった。わたくしの助手時代、よい先輩に恵まれた。わたくしの助手共同部屋で、同居の助手として、後の東大教授辻清明氏（行政学専攻）、後の上智大教授佐藤功氏（憲法専攻）と机を並べた。わたくしに与えられた机は、助教教授に昇格したために共同部屋を出られたばかりの東洋政治思想史専攻の丸山真男助手が使用していた古机であった。そういうわけで、わたくしたちの共同部屋には、丸山真男教授はよく訪ねてこられた。その後には都立大教授戒能通孝氏（当時浪人）、後に東大社研教授磯田進氏（当時別部屋で助手）も、顔を見せ、しばしば食事もし、その食事をしながら語り合う話題は、きわめて多方面にわたった。

その片言隻句に見られる法学の方法論は、解釈法学一辺倒にたいする不満となって表現された。戦争の遂行過程で、あるいは戦争の終結と同時に忽ち無くなる新法令の解説などは法学者のなすべき仕事だろうかという疑問も、だされた。

さらに、もしこれにアプローチするなら、新法令の背景や影響から、その新法令のもつ罪悪性を暴露し、日本の社会を正しく導くことが法学の任務だという、当時としてはかなり強硬な見解も、聞くことができた。⁽¹²⁾

戦争が終わったとき、これらの新法令は、殆んど、なくなった。「不磨ノ大典」と謳った大日本国憲法は、敗戦と同時に姿を消したのである。実際、わたくしは、苦勞して、この大日本国憲法を丸暗記までして司法試験に合格したことを損したと思った。

しかし当時、法令、法学の生い立ち、役割それらの運命を考える訓練を助手の間、助手の共同部屋を中心に受けていたので、大日本帝国憲法や新法令の壊滅に接しても、大げさに言うとは、自殺せずにすんだどころか、むしろ新しい希望をもつこともできた。それは、法令だけでなく法学—労働法学の背景にたいする分析への関心であった。それは、法社会学から法学社会学といったものである。

三 比較法へのアプローチと教訓

協約の紳士契約説の実態

わたくしは、昭和二八年、明治大学から、一年間の留学の機会を与えられた。戦後外貨を使用しての初めての留学であった。その時、わたくしには、調査したい幾つかのテーマがあった。その結果については、別の機会に述べたいが、ここでは、わたくしの方法論に刺激を与えた若干の問題だけを述べておきたい。

その一つは、労働協約の法規範的性質に関連するものである。わたくしは、終戦直後の労働組合法の制定を手伝ったが、末弘殿太郎博士の戦前からの労働協約の法規範的性質を労働組合法第一六条に導入した際、何らの異和感もなかった。

しかしこの労働組合法第一六条が定めた労働協約の法規範的効力にたいして真向から反対したのは、一橋大学の吾妻光俊教授であった。同教授は、労働協約は、使用者と労働組合との間で締結されたもので、法規範ではなく紳士契約だとし、イギリスの労働協約を指摘した。たしかに、当時、イギリスでは、一八七一年法によると、個々の使用者と個々の労働者とが労働協約に違反する労働契約を締結しても、その事件を裁判所に提訴できず、また、その労働契約は労働協約に違反して無効とされることはなかった。

したがってわたくしは、イギリスを訪問したとき、イギリスの労働協約の実態と機能にメスをいれてみた。イギリスの労働協約は、日本のそれと異なり、企業ごとの使用者と企業ごとの労働組合との間に締結されるものではなく多くは使用者の団体と企業外の労働組合との間に締結されている。

それゆえ若し個々の使用者と個々の労働者が労働協約に違反すると、労働協約の締結当事者である使用者団体は、違反した使用者にたいし取引をはじめ各種のボイコットをし、その違反した使用者は、経営上の大きな損害を受けるから、労働協約にたいし法律と同じような、あるいはそれ以上の権威を感じ、遵守せざるを得ない。他方労働協約の締結当事者である企業外の労働組合は、その労働協約に違反した労働者にたいして「朝お早よう」を言わないなどのコベントリー送り（村八分）を行なうから、労働協約は、労働者にたいして絶大な力をもっている。

このようにみえてくると、イギリスの労働協約は、その実態と機能からみると、職業別あるいは産業別の法規範と言える。わたくしは、この点について論文を書いた。⁽¹³⁾

その意味では、日本の労働組合法第一六条が提起している労働協約の法規範的効力論は、イギリスの労働協約の機能と軌を一にするものである。

以上は、労働協約の法的性質について比較法の方法を展開する場合に、その背景の検討が大事であるかを示すものであるが、つぎに不当労働行為制度についても、ふれよう。

使用者の紳士説と不当労働行為制度

わたくしは、昭和二八年に初めて海外留学に出かける直前に、中央公論社から、不当労働行為の論文の依頼を受けた。丁度海外に出かける直前の原稿の依頼であったので、海外の不当労働行為制度を見て後に書くことを約束して海外に出かけた。

まず、イギリスの不当労働行為制度を調査するために、イギリスに出かけてみると、当時、イギリスには、不当労働行為制度がないのである。そこで、わたくしは、なぜ、イギリスに不当労働行為制度がないのかを調査せざるを得なくなった。そのために、労使の幹部に会う計画をたてた。

最初に、イギリスの海員組合の幹部A氏に会って、なぜ、イギリスに不当労働行為制度がないのかを聞いたところ、A氏は、イギリスの使用者はセントルマン（紳士）であるからだと答えた。つまり労働組合がその当然の権利であるストライキ権を行使しても、使用者は、セントルマンであり、ストライキをしたことを理由とする解雇などの不利益な取扱い（日本の労組法七条一号）をしないのだというのである。

しかし日本の使用者はセントルマンでなくてイギリスの使用者がセントルマンであるとは考えられない。

そこで、当時のイギリスのナショナルセンターTUCのなかで、最有力の一般運輸組合一二五万の相手となっている経営者代表B氏に会って、イギリスの経営者は労働者がストライキをしたという理由で解雇その他不利益な取扱い

をしないかと聞いてみた。「しない」(ノー)という答えがはねかえってきた。それはイギリスの使用者がセントルマンのためかと聞きかえすと、やはり「ノー」という返事である。そこで、なぜ、解雇などしないかと聞くと、B氏は、「そんなことをしたら、抗議ストに遭い、大きな損害を受けるからだ」と答えた。

それは、イギリスの労働組合の組織力がイギリスの使用者をしてセントルマンたらしめていることを物語るものである。それは、当時の西ドイツ、フランスにおいても、同じような問題状況であった。わたくしは、このような諸外国の背景に着目しながら、中央公論社の依頼原稿の義務を果たした。⁽¹⁴⁾

憲法と国際基準からの背離—ひとこと

昭和二〇年に制定された労働組合法は、官公労のスト権を保障したのに、また、昭和二一年に制定された日本国憲法がわざわざスト権の保障を宣言した後に、当時の国際常識に反して官公労のスト権を刑罰によって剝奪したのはなぜか。また、日本国憲法は、個人の尊重(二三条)、差別の禁止(二四条)、労働権(二七条一項)を謳っているのに、それから三八年を経た今日、男女雇用均等法案が審議されているが、なぜ、国籍、信条、社会的身分、年齢差別雇用均等法案が問題とされないか。

さらに、経済は大国になったが、労働条件の最低基準は国際基準をはるかに下廻って途上国以下と言われているのはなぜか。

この背景の分析が大事である。

註1 河合栄次郎「官を辞するに際して」第十三回(大正八年二月一日東京朝日新聞)

註2 同右第七回同年一月二五日同新聞

註3 同右第八回同年一月二六日同新聞

註4 同右第九回同年一月二七日同新聞

註5 同右第一三回同年二月一日同新聞

註6 南原繁「内務省労働組合法案のことなど」(労働行政史余録二九一三〇頁)

註7 北岡寿逸「旧社会局の思い出」(労働行政史余録二頁)

註8 河合栄次郎「官を辞するに際して」第五回(大正八年一月二二日東京朝日新聞)

註9 河合栄次郎著「労働問題研究」四三五頁―四三七頁

註10 松岡三郎「都教組動評事件・安保六・四事件両判決を読んで」(昭和四四年四月二日毎日新聞)

註11 その背景として政府の最高裁判官の人事政策について、松岡三郎「最高裁と労働基本権」(明治大学社会科学研究所年報23号三頁)

註12 詳しくは松岡三郎「助手時代」(戒能通孝著作集月報4)

註13 松岡三郎「労働協約の本質論序説―イギリスの協約法の教え」(季刊法律学二三号)

註14 松岡三郎「不当労働行為―制度論―固結の力が法律をまもる」(中央公論六九巻五号)

Ⅱ 労働立法をめぐる権力の主体と分配

一 大胆に四つの権力主体の設定

まず三本柱の仮説とその実益

労働法学の方法論として、解釈法学一辺倒から背景への傾斜に脱皮するということになれば、当然、その背景の権力の性格、権力の分配とその過程に眼を向けなくてはならない。

わたくしは、かつて、田中二郎教授の古稀の祝賀論文として、労働行政について、権力の分配について、仮説を設定したが、⁽¹⁾労働法の背景についても、大体、同じ手法で、大企業、中小企業、労働者階級の三つの権力主体(以下三本柱という)、さらに国際的監視(外圧)の権力主体を加え、四つの権力主体(以下四本柱という)の仮説を設定

して論理を展開をしてみたい。多くは、労働行政についての論稿に譲ることとし、その論稿後の材料や整理した考え方をつけ加えておきたい。

資本家階級と労働者階級の二本柱でなく資本家階級をさらに大企業と中小企業に二分して三本柱をたてるのは、初期の段階で、裁判所の世界では、この三本柱が登場し、その斗いのなから、労働法理の生成を理解することが容易であるためであり、この三本柱から、その後のあゆみも、鮮明に、解明ができるからである。

いずれ世界の労働法の考え方については、別の機会に詳しく述べるが、ここでは、三本柱の観点から、その歴史的な過程における役割を抽出しておこう。

二 世界の労働法に三つの柱

第一次大戦以前の三本柱―労働力の保全と産業平和

初期の労働立法は、どの国でも、女子・年少者の深夜労働、長時間労働を規制する労働保護立法であった。それは、開明的大企業のトップが労働組合を説得し、協力を得て立法化されたものである。この労働保護立法は、大企業にとつては、労働力の摩滅を防止できただけでなく中小企業の競争力を弱め、労働組合に顔をよくすることができた。他方、それは、政府にとつて、労働力だけでなく国防力の基礎になる人的資源を確保する上に役に立つし、また、体制に抵抗する社会主義やその運動の緩和にいくらかでも役に立てば幸である。

しかしその労働保護立法は、中小企業にとつては、女子、年少者を長時間使用する自由を奪うことになる。そこで、アメリカの場合、中小企業は、成年婦人などの協力を得て、それらの立法が男女平等、契約の自由の憲法の規定に違反するという訴訟を提起した。当初、違憲判決もかなりだったが、結局、女子・年少者の健康の保全に奉仕し、公

其の利益に合致し合憲であるとする判例が支配するにいたった。

この場合裁判所の窓からみると、実質的には、その立法を推進した大企業と労働組合対中小企業の三本柱の衝突であった。そのことは、成年男子の労働時間の規制立法についても、全く同じことが言える。

当初、労使の契約は、個々の取引によるものが公共に合致するものとされていたので、労働組合による集団取引やストライキは違法とされていた。しかし労働者は、労働組合をつくり、それを通して集団的に取引をしなければ、労使対等によって人間らしい労働条件を得ることができないので、違法とされていても、労働組合をつくり、ストライキをした。もとより警察や軍隊が出勤して弾圧した。しかしそれでも、彼らは、やめなかった。裏切り労働者に制裁も、行なわれた。それらは、程度の差はあっても、世界に共通するパターンであった。

世界でも労働組合法をいちばん最初につくったイギリスでは、それが典型的に現われ、一八六〇年代の後半、警察や軍隊の介入、これにたいし暴力、乱暴で血で洗われ、これ以上弾圧すると、治安が維持できないと思われるほど、労働者が抵抗を示した。その頃大企業は、独占化してきたので、政治権力は、その要請を容れ、条件つきで、合法化し、産業平和をまもろうとした。一八七一年法、一八七五年法は、労働組合を法的に認め、正当なストライキにたいする刑事上の保障を確立し、一九〇六年法で、正当なストライキにたいする賠償を免除した。

かようにして個々の取引ではなく集団的取引が公共に合致するという価値観の転換が行なわれ、大企業は、企業外の労働組合と労働協約を締結をし、産業平和を維持することができたが、中小企業は、痛手を受けた。

第一次大戦後の三本柱—新しい国家観、国際平和と国民生活の保障

第一次大戦の終戦の直前一九一七年に、ソビエットに革命がおこり、この地球上初の社会主義国が誕生した。このことは、他の資本主義国に大きな波紋を投じた。戦勝巨大資本主義国は、ソビエットの影響を排除するために、各国

にも適用する労働立法を考慮した。このことは、戦勝巨大資本主義国にとって、ソビエツトのような社会主義国と對抗し、また、それ以上に社会主義国の誕生を防止できるだけでなく弱小資本主義国の競争力を弱め現状の有利な地位を維持することができるという利得がある。第一次大戦直後一九一九年、ヴェルサイユ平和条約に基づき、国際平和の名においてILOが誕生したことは、そのように、理解できる。とすると、このことは、以上分析してきた大企業と中小企業と労働組合の三本柱の法則を戦勝大資本主義国と弱小資本主義国などの国際関係にも適用を可能にした。

このようにして第一次大戦後労働法の地位は、高まり、さらに、国民生活の保障の役割も、期待されるようになった。たとえばアメリカでは、一九二〇年代末に、世界的大恐慌に見舞われ、ドルショックにより、大企業の倒産、社長自殺、失業者の洪水、暴力、国民の生活は荒れた。

ルーズヴェルト大統領のニューディール政策は、労働法をその処方箋にした。社会保障立法（後の社会保障法）により、社会不安を解消し、週四〇時間制（後の公正労働標準法）により、雇用の増大を図り、不当労働行為制度（後のワグナー法）により、購買力を増し、一応、不況を乗り切り、国民生活に光を与えた。

最後の不当労働行為制度は、ストライキにたいする解雇その他の不利益な取扱いなどの制裁を禁ずるといった内容のものだが、それは、ストライキにたいする制裁から生ずる暴力や各種の混乱を防止し、ストライキ権を背景に、団体交渉により、高い賃金を得ることによって購買力を増加させ、アメリカの経済と国民生活を救った。この場合、財界も、ストライキ権の保障は公共の福祉に合致することを認めざるを得ないのである。

もっとも一九四七年のタフト・ハートレー法によるストライキにたいする規制は、公共の政策の名において行なわれた。

このように公共性は、第一次大戦以前では、労働時間の規制やストライキの刑罰からの解放に、第一次大戦後で

は、アメリカの不当労働行為制度によるストライキ権の保障に、一九四七年のタフト・ハートレー法によるストライキの規制に向けて使用され、七面鳥の顔のように変転極まりないように見える。それは、夫々、労働力の保全、産業平和、国民生活の安定の役割を果しているが、その共通するものは、大企業の利益に大きく奉仕したことである。

ところで、アメリカの労働組合は、不当労働行為制度によるストライキ権の保障を背景に、労働力の値段だけでなく購買力にたいする影響力、国民生活の安定にたいする功績により、大小企業ならびに国民にたいする発言力を高めた。ここに、三本柱は、新たな局面を迎えた。

第二次大戦後の三本柱―体制の維持

第二次大戦中大きな犠牲を受け、大きな力を発揮したのは、女子と労働者であった。そのため、戦後、女子に男子と同じく選挙権を与える国が目立って増加し、また、ILOの舞台で、女子の保護、労働者の団結権・団体行動権を保障する条約案や勧告の採択は、かつて経験しないほど、多く登場した。

それと歩調を合せて、戦前社会主義国は、ソビエト一国だったが、戦後は一三国ないし一四国にも増加し、資本主義国でも、労働組合が推す者が政治権力の座に就いたり、また労働組合の幹部が多数国会で活躍するようになった。

したがって政治権力者は、反体制運動にたいする規制だけではその体制の維持はできなくなった。労働法がその体制維持の切り札となってきたのである。

たとえば資本主義体制の国で、フランスのミッテラン政権、スウェーデンのパーメ政権などが政治権力の座に就いているのは、政治指標に掲げた労働法の魅力のためであるまいか。

また、資本主義国の政治権力者が、隣国の労働者階級が主役となっている社会主義国と競争して政治権力を維持す

るには、社会主義国に負けない労働法を準備しておかなくてはならない。現在の西ドイツの労働法は、世界の資本主義国のなかでは、素晴らしい内容となっているが、それは、隣国の東ドイツと競争するためである。

三本柱は、このように、国内だけでなく国際的にも、広がりを示している。第二次大戦後、労働者階級は、大きな實力を発揮し、社会主義国では、三本柱を解体し、また、資本主義国でも、政治権力に迫り、労働法は、労働力の保全、産業平和、国民生活の保障から体制維持の役割を果してきた。

三 日本の労働法に三つの柱

三本柱の権力の実質的の中身

日本における三本柱の権力の特色について、まず理解しておく必要がある。日本においては、日本株式会社という言葉が示すように政治権力と大企業との間の愈着が強く、大企業と中小企業の権力の相違が大きい。この相違を理解しておくことが、日本の労働法、労使関係や労働運動の研究に大事である。三本柱は、その実益がある。

その相違を指摘すると、まず、大企業は、選挙資金その他の財力で、政治権力に大きな発言力を持ち、政治権力を通して政府・行政当局を支配するだけの實力をもっている。しかも大企業は、政府筋から各種の財政上の恩典だけでなく、民間金融部門の協力を得ることができ、現実における財力も大きな武器となっていると言えよう。

これに反して中小企業は、大企業の下請ないし系列下にある場合には、程度の差はあるけれども、同じ武器を借りることができ、しかし中小企業が孤立化している場合には、政府・行政ならびに金融の協力という点で、十分な武器をもたない。それどころか、労働委員会や労基署などは、ともすればこの弱い地位の中小企業にたいして不当労働行為制度や労働基準法を厳格に適用することによって、中小企業において労働組合法や労働基準法など、それらの

法律の権威を保持し、政治権力と癒着した大企業にたいしてルーズな取扱いをする口実としているのだと分析し、酷評している人があるぐらいである。

大企業の労働組合と中小企業の労働組合の運動も、そのことを考慮におくべきである。中小企業の背景的資本の研究が必要なわけである。

三本柱の組織力

大企業は、現在、政権党の主力のスポンサーとなっており、労働組合のナショナルセンターは、夫々、革新党を支持し、約国会の三分の一の実力をもつに至っている。

中小企業も、とくに、大企業の系列下にある場合には、大企業と同じような選挙資金などの分担の責任を負わされているが、そうでない場合には、政権党や労働組合から、選挙にあたって、ラブ・コールが寄せられる。

たとえばある市には、巨大な労働組合があり、ボータス時になると、組合員は、その市の子供服店で子供の服を買い、牛肉屋から上等な肉を買うなどして、その労働組合員は、その市の零細企業にとって有力な得意先である。地方選挙にあたって、その労働組合の幹部は、それらの零細企業に協力を頼む。政権党は、その零細企業にたいして有利な税金や融資などの政策をPRして協力を依頼する。このようにして中小企業は、それだけの発言力をもっている。

この場合地方選挙について、政権党の背後の大企業と購買力を背景とする労働組合と中小企業の三本柱のうち一つの関係を発見できる。

三本柱の労働立法へのインパクト

大企業は、中小企業にたいして複雑な気持ちをもっている。その一つは、競争関係に立っている中小企業にたいしては、厳しい労働法をつくり、これを強行して競争力を弱めたいというものである。世界の流れは、このことを示して

いる。先進工業国の企業外の労働協約は、これに拍車をかけ、中小企業の安い労働力の価格を許容しない。

しかし日本では、中小企業が多く、しかも下請ないし系列下にある中小企業が少なくない。大企業は、系列下にある中小企業にたいしては、労働法を緩和し、安い労働力を可能にさせたいというものである。それによって下請代金を安く値切ることができるからである。

さらに、大企業は、日本のように中小企業が多くしかも中小企業には組織化が進んでおらず、組織化といっても、一般的には企業別のものであるので、むしろこれらの者にたいして労働法を緩和して安い労働力を可能にしたい気持である。そうすれば間接的に、大企業の労働力の値段を安く抑えることができるからである。かようにして大企業は、中小企業の団体からの労働法の緩和に耳を傾け安い。

大企業は、政治権力にたいして、この複雑な気持で、動揺しながら、労働法の緩和を訴え、労働組合は、これを監視するということになる。

今後の労働基準法の改正についても、中小企業を頭に置いて立案されようとしている。たとえば昭和六〇年末をメドに三十八年前に制定された労働基準法の週四十八時間の短縮について、労働大臣の私的諮問委員会⁽²⁾の中間報告が僅か三時間短縮して週四五時間を段階的に提案している背景は、正に、中小企業を配慮してのことである。

四 国際的監視—第四の柱

国際的監視とその担い手

特定の国のみが、自国内の事情を優先に、労働力の値段を安くして、それを背景に安い商品価格で国際市場に臨むなら、各国は、公正な競争を力説し、報復手段としては、通商上の不利益を背景に、国際的監視に乗りだす。これ

は、日本にたいしては強く、労働立法を動かす第四の柱であり、これを外圧と呼ぼう。その担い手は、官僚である。

外圧第一号—黒船

第一は、アメリカのハリスによる黒船によって、日本は、長い間続けてきた鎖国を維持することができなくなつて、開国にふみきり、明治維新は、国際資本主義国に仲間入りするために、窓を明けて、世界の空気を導入し、工場法の立案に乗り込んだのである。

工場法は、日本が国際資本主義国の仲間入りするための重要な証であるから、第三次伊藤内閣の農商務大臣であり、また、第一回農商工高等会議議長であつた金子堅太郎は、先頭切つて工場法の必要性を説いた。⁽³⁾ もっとも、当時は外圧も労働組合の監視力も弱く企業の強硬な反対を受け、すでに述べた治安警察法と同時に国会に提出を予定されていたのに、前者が先行し、後者のあゆみは鈍いものとなつただけでなくその内容も、後にILOの舞台で強い非難を受けたほど貧弱なものであつた。

その工場法施行の実務にあつた河合栄次郎教授は、その完全実施と工場法の改正に乗り込んだ。その気持をつぎのごとく述べている。⁽⁴⁾

「初めて官に就くに及び自分は堅く決心した、日本には一人の労働党の代議士あるなく又一の有力なる労働組合もない。資本家は其の利害を述ぶるの機関と便宜とを持つけれども労働者は其の利益を代表する一人のスポークスマンを持たぬのである。此の間に於て若し農商務省の官吏が労働者の立場を熱心に考慮に入るとに非ざれば彼等は一人の自己を顧みるべきものを有しない、此に於てか労働問題の局に当る者は一個の殉教者の如き心事を持つて事に当らなければならぬ。」

三本柱の有力な一つが欠落している限り、国際的監視がなければ、良心的な官僚も、大きな力を發揮できないで、退官していったのである。

外圧第二号—ILOの登場

第一次大戦後のILOの登場は、日本政府と日本の労働立法にかなりのインパクトを与えた。大正八年（一九一九年）にワシントンで第一回総会が開かれたが、実りはなかったが、大正九年の労働組合法案が準備されたのは、同総会の資格審査で、日本政府の労働者代表の選出方法が厳しい非難を受けたためであり、その工場法の改正も、ILOの基準に近づける努力がなされた。⁽⁵⁾ また、日本の初の雇用立法としての大正一〇年の職業紹介法は、当時高まってきた失業・失業保険対策を要求する労働運動に対処し、ILOを指向したものであり、後の昭和十一年の退職積立金及退職手当法は、ILOの失業保険立法の要請に代替したものである。⁽⁶⁾

また、すでに述べたように、大正九年頃から大学に労働法の講座が置かれ、大正一五年に、末弘敏太郎著「労働法研究」、孫田秀春著「労働法総論」、同著「わが労働法規及び判決例」などが登場している。ILOの登場と関連して興味深いものがある。

しかし日本政府と使用者は、ILOの条約勧告にたいして冷淡の態度をとり、ILOの舞台で、日本の労働者とは対抗的な行動をとり、国際的非難を受けた。

一九一九年（大正八年）ILO第一回総会で、工業における八時間労働制にたいして、日本政府代表ならびに使用者代表は反対したが、日本の労働者代表団の一人武藤七郎氏は、政府ならびに使用者代表の発言を鋭く批判し、「日本の工業は第一次大戦中驚くべきほど発達して、少なくともイタリアやスペインと匹敵していること、日本の使用者が八時間労働に反対なのは労働者にたいする搾取によって得られる有利な地位を保持しようとする野望によるものであること、日本の労働者にたいして非難を与えている非能率は、彼らのエネルギーを消耗しつくしている長時間労働のためである」という趣旨述べた。

他方各国の労働者代表もこの主張を支持するだけでなく、日本はあらゆる点において第一級強国であるのに、産業

上の劣性を口実にして利益を得ていると力説し、動議まで出した。⁽⁷⁾

それから七年後の一九二六年（大正一五年）の第八回ILO総会で、インドの使用者代表のサー・アーサー・フルーム氏の日本のILO条約無視の非難にたいして、日本の使用者代表である松方幸次郎氏は、「我国の伝統とその生活様式の影響で、人々はその仕事を長い時間かかって呑気にやる事を欲して、決して時間を短縮しその代りに緊張した労働に従う事を嫌ふ」と答えた。⁽⁸⁾

その後商業における八時間制、さらに四〇時間制はもとより週休、休暇など重要な労働条件に関する条約にたいして、日本の労働者代表は、ほとんどすべて賛成してきたけれども、日本国政府は、使用者の反対を背景に、特殊事情をもちだし、時期尚早として反対し続けた。当然のことであるが、長時間労働を背景とする社会的ダンピングにたいする国際的非難が頂点に達したとき、日本は、一九四〇年にILOを脱退し、戦争に狂奔した。

外庄第三号—占領

第三回目の外庄は、昭和二〇年の終戦、アメリカを主とした連合国による占領である。アメリカは、ニューデールの法思想を背景に、ILOの国際基準を中心に日本に導入しようとした。

日本は、占領下、国際仲間の一員となることを誓い、オカユをすするといった発展途上国以下の経済的背景の下に、一五のILO条約より下廻るままで、労働基準法を出帆させることに成功し、⁽⁹⁾また各国を説得する努力を続け、遂に戦後六年後の一九五一年（昭和二六年）にILO復帰に成功した。

にも拘らず日本政府は、たえず労働基準法の緩和をしようと意図したが、占領軍ならびに占領国は、これを監視し続けた。

したがって日本政府は、その裏をかいて、法律でなく施行規則、通達、予算などで緩和し、また、ILOの舞台で

も、使用者の反対を背景に、条約、勧告に冷たい態度をとり続けた。

發展途上国の実情を考慮して「漸進的短縮の原則」を導入し、一九六二年（昭和三七年）に、一日八時間（ILO一号条約）を前提に、週四〇時間のILO一一六号勧告が採択された。

日本の労働者代表は、賛成したが、日本の政府と使用者は、「日本の経済が發展途上にあること」などを理由として、夫々、棄権し、反対をしたが、そのなかでよその国に珍しい口実として、「わが國民の伝統的な勤労精神がそこなわれるのを容認するわけにゆかない」という使用者代表の発言がある。⁽¹⁰⁾

この場合「伝統的な勤労精神」とは何か。それは、戦前ILOでインドの使用者代表の非難に答えた「長い時間かかって呑気にやる」というわが国伝統の「ユックリズム」と相通うものだろうか。日本の労働者の全部の氣質が必ずしもそうとは言えない。戦前の労働者の氣持をよく知っている横山源之助氏は、「職工にして労働時間の長きを欲するが如きは、普通の労働時間にては到底生活を維持し得ざるが故」と述べており、戦後労働基準法の立案者の一人の寺本広作氏は、「所定労働時間内の賃金が低劣であるため、残業による割増賃金を特別の恩典であるかのごとく誤解している向きの多い我が国の労働界」と呼んでいる。⁽¹²⁾

その後一九七〇年（昭和四五年）にILOで年次有給休暇について、一年につき労働基準法の三倍の三労働週、そのうち二労働週は一括してとらなければならないというILO一三二号条約が採択された。日本の使用者代表と政府代表は、反対に廻った。

では、なぜ日本の使用者代表は反対したのか。日本の使用者代表は、一九六九年の第五三回ILOの第一次討議において、その内容の弾力性の欠如を指摘し、⁽¹³⁾翌七〇年第五四回の総会で反対した理由として「日本の中小企業の立場とか、一番水準の低いところも救済できる意味において、少なくとも現行の基準法が六日であるという意味において

六日という線が日本の使用者側の立場であります」と述べている。⁽¹⁴⁾

それは、GNPが世界二位、三位にのしかがっている経済大国の使用者代表の発言としては、「経済大国といいな
がら、日本は依然低い労働条件で競争にのぞんでいる」という非難の心配を深くさせる。⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾

外庄第四号—貿易摩擦

外庄第四号は、日本にたいして、経済大国なみの労働条件を背景として公正な競争をすべきだという要請である。

日本は、経済大国になっているのに、現在ILO条約の批准率は低く、発展途上国を含めた平均より僅かに上廻っ
ているにすぎなく、⁽¹⁷⁾労働時間、婦人などの重要なものについては、すべて批准をしていない。⁽¹⁸⁾現在、EC、OECD
における先進工業国の国際基準は、ILOのそれよりはるかに超え、ILOの水準は、現在、発展途上国との関連
で、問題となっているに過ぎない。⁽¹⁹⁾

したがってサミット会議参加国で、完全週休二日制になっていないのは、日本だけなので、アメリカあたりから
も、強い要請があり、昭和五四年四月二四日に、大平首相は、日本におけるサミット会議を前にして、週休二日制に
より、「経済的豊かさ」から「文化的豊かさ」への移行を語った(たとえば同日朝日新聞夕刊)。

また、労働協約により日本のA自動車会社では、年次有給休暇は二〇日であるのに、その労働者は七割しかとって
いないが、西ドイツのフォルクスワーゲンでは、労働協約による年次有給休暇三〇日を完全に消化している。したが
ってフォルクスワーゲンは、日本のA会社の労働者は六日の年次有給休暇を会社にプレゼントして働きまくって、世
界の自動車市場で荒稼ぎしていると非難している。これが貿易摩擦の一つの原因となるのが心配である。

註1 松岡三郎「労働行政の地位と体系」(田中二郎先生古稀記念「公法の理論」中八三五頁以下)

註2 労働省労働基準局監督課長補佐松崎朗「労基法・労働時間法制の改正動向」(労働法学研究会報一五二六号八頁)

註3 片山潜「日本の労働運動」一九三頁

- 註 4 河合栄次郎「官を辞するに際して」(東京朝日新聞大正八年一月一七日)
- 註 5 第一回総会への農商務省内の対応について、河合栄次郎「官を辞するに際して」(東京朝日新聞大正八年一月二日)
- 北岡寿一「旧社会局の思い出」(労働行政史余録二頁—三頁)
- 註 6 労働省編「労働行政史」第一卷一六九頁、一八九頁、三一一頁—三一二頁
- 註 7 V. B. Turner, The International Labor Conference, Monthly Labor Review, January, 1920, pp. 10-11.
- 註 8 前田多門「国際労働」一三六頁、一三八頁、一五八頁—一五九頁
- 註 9 昭和三年二月二八日衆議院社会労働委員会における政府当局の答弁
- 註 10 詳しくは政府代表の態度については「週間労働ニュース」一四〇号、「世界の労働」一九六〇年二月、使用者側の態度については「日経連タイムス」七一三号
- 註 11 横山源之助著「下層社会」二二八頁
- 註 12 寺本広作著「改正労働基準法の解説」二九八頁
- 註 13 第五三回ILO総会報告書一八二頁
- 註 14 一九七〇年八月「世界の労働」五九頁
- 註 15 昭和四五年六月二四日の朝日新聞
- 註 16 その他のILO条約、勧告にたいする日本政府、使用者の対応について、松岡三郎「ILO(条約勧告)と日本の経営者センス」(学習のひろば二二七号)
- 註 17 その最近の分析について、今城義隆「国際社会政策の構造と体系—ILOと日本の社会政策」(社会政策叢書第8集「国際化する労働問題と社会政策」一四七頁以下)
- 註 18 松岡三郎、松岡二郎共同研究「国際関係と労働立法—労働時間、婦人労働に光をあてて」(武蔵野女子大学紀要二〇号)
- 註 19 昭和四四年九月一九日から二二日の三日間ハンガリーのセゲドで開催された第一回ヨーロッパ国際労働法、社会保障学会 European Regional Congress on Labor Law and Social Security に提出されたルギーの Leuven 大学のフランパン教授のベネラルレポート Prof. Dr. Roger Blanpain "Methods of Comparative Labor Law" p. 8.

Ⅲ 日本の労働法と労働法理の生成

一 日本の労働法の体系の生成

戦前の日本の労働法の体系

日本の労働法の体系を仮に労働者の保護立法、団結立法、雇用立法、未だ熟していないが、福祉立法を加えて四つの体系に分類すると、戦前の日本の労働法の体系は、ゼロに近いものと言えそうである。

しかもその中身は、すべて、国防、戦争に奉仕するものとなっていた。明治維新当初、富国強兵の見地から、一方では、強い軍隊、警察、他方では、工場法、労働組合法などの労働立法が囁かれていたが、前者オンリーという形になってしまった。

明治四四年に制定され、大正五年（一九一六年）に施行された工場法は、満一六歳未満の者と女子についてだけ、労働時間を一日一時間に制限し、毎月二回の休日の保障をしたにすぎない。年次有給休暇の保障は、もとよりない。それは、その保護によって、強い軍人を育て国防力の維持を狙ったものである。

当時政府当局は、労働者を機械視していたのである。工場法の立案当局者の岡実氏は、その立案にあたって、「夫レ職工ハ工業主ニトリテハ之ヲ生産用具ノ一種ト看做スヘキモノナリ。機械ニ破損ヲ生スレハ工業主ノ負担ニ於テ之ヲ修繕スルハ当然ナリ」と述べている。^①

団結立法は、マイナスの評価ができる。何度かの試みはあったが、ついに、労働組合法は制定されなかった。それどころか、治安維持法（大正一四年）を、また、治安警察法一七条の廃止と同時に暴力行為等処罰に関する法律と労働争議調停法を制定し（大正一五年）、さらに治安維持法を改正し、死刑を準備した。もっともそれらと引換えのよ

うに、健康保険法を施行し（大正一五年）、さらに労働者災害扶助法、労働者災害扶助責任保険法、入営者職業保障法の三法（昭和六年）を制定した。飴と苔の政策が典型的に行なわれた。

雇用立法、労働福祉立法ともみられる労働保険立法は、すべて戦争遂行のため人的、物的調達のために展開された。

日中戦争突入後、政府は、昭和一四年に船員保険法、昭和一六年に、労働者年金保険法、さらに昭和一九年には、厚生年金保険法を制定した。戦費調達のためである。強い言葉で言えば、戦争で死ぬために、保険料を払ったことになる。太平洋戦争突入後は、総決戦のために工場法をはじめ労働保護法は停止され、終戦となった。

戦後の日本の労働法の体系

戦後の労働法を戦前のそれと較べて大きな相違点を述べると、次の通りである。

第一に、戦前の労働法は労働者を生産用具とみなすことを出発点としたが、戦後の労働法は労働者を人間的取扱いをすることを基礎に構築しようとしていることである。

第二に、戦前の労働法はILOをはじめ国際的労働基準を結局において無視したが、戦後の労働法はポーズとしてはこれらの国際的労働基準に敬意を払うという姿勢をとっていることである。昭和五三年以降政府の宣言している「国際的協調」、前述の大平発言は、そのことを示している。

第三に、戦前の労働法は憲法に根拠を持たなかったが、戦後の労働法は憲法に根拠をもっており、憲法を具体的に実現する任務を帯びている。

したがって戦後の労働法は、労働者の人間らしい取扱いを基礎に、国際的労働基準と日本国憲法から、右の労働保護立法、団結立法、雇用立法、福祉立法の四つの体系を予想できるのである。それは、ILO条約や勧告の豊富な材

料で容易に組みたてられる。日本国憲法との関連においても、夫々、重複をしているが、そのものずばりの規定で、しかもかなり多くの人たちの納得する線をたぐって、連結する一条文だけ指摘すると、労働保護立法は日本国憲法第二七条第二項の労働条件の基準の法定の規定に、団結立法は日本国憲法第二八条の団結権・団体行動権の保障の規定に、雇用立法は日本国憲法第二五条の生活保障の規定を背景に二七条第一項の労働権の保障の規定に、福祉立法は日本国憲法第二五条の生活保障の規定を背景に同法第一三条の個人の尊厳・尊重の規定に、夫々連結する。

しかし現在、この四体系に夫々適用される原理は、未だ熟しているとは言えず、なによりそれに値する法的素材が十分ではない。

それでも、終戦直後労働三法が制定された後、昭和三〇年後半の高度経済成長下人手不足に対応して展開された雇用対策法をはじめ各種立法が誕生し、さらに、昭和四八年の石油ショック以降の低成長を転機に、福祉立法が陽の目を見た。

したがって昭和三〇年前半までの労働法の文献は、労働保護立法、官公労を含めて団結立法の二体系を中心としているが、三〇年後半以降の労働法の文献は、雇用立法を加えて、三体系を確立している。しかし福祉立法を加えて四体系を組立てることに躊躇している。⁽²⁾

福祉立法の市民権獲得の展望

わたくしは、躊躇している一人であるが、わたくしは、国際労働基準や日本憲法に答えて、一日もはやくその市民権を確立するために、若干の指摘をしておきたい。

第一に、福祉立法は、大きな他の政策とのだき合せの形で展開されてきた。たとえば労働金庫法は、池田・ロバートソン会談により、日本が自衛にふみきり、「政策の重点を個々の労働者の福祉に置き、労働組合育成過重の行き過

ぎは、これを是正する」という、いわゆる小坂労政が打ちだされようとしていた昭和二八年に誕生したものである。その同じ年に、産業労働者住宅資金融通法がつくられている。昭和三五年国論を二分させた安保条約の改訂前に、労働福祉事業団法（昭和三二年）、初の最低賃金法、中小企業退職金共済法（昭和三四年）などが登場している。

また、昭和三〇年後半高度経済成長の矛盾ともいべき労災日本・公害日本の汚名に値する労災、公害に対処して労災立法、公害立法の外、昭和同四六年には、児童手当法、勤労者財産形成促進法などがつくられている。

これらの福祉立法は、必ずしも実りのあるものではないが、労働金庫法、勤労者財産形成促進法など、その多くは、他の労働立法と異なり、直接労働者の私生活に向けての立法である点において大きな特色がある。

第二に、その特色を雇用について考えてみると、昭和三〇年後半の高度経済成長時代の雇用政策は、人手不足に対処して全国的労働力の流動化を意図する雇用対策法を頂点とし、人手不足に対処して身障者、高齢者をも動員し（身障者雇用促進法、中高年齢者等の雇用の促進に関する特別措置法）、青少年、婦人を労働力の供給源とする措置を考え（勤労者青少年福祉法、勤労婦人福祉法）、技術労働力確保のための職業訓練を配慮し（職業訓練法の改正）、失業認定を厳しくし、失業救済の保険から労働力保険への移行を推進した（雇用保険法）。

それは、戦前の軍への徴用が労働力の企業とくに大企業への徴用になったと同じで、労働力の徴用立法であり、この場合労働者は、自分が金をだして、大企業本位の技術の訓練を受け、必ずしも自分の好きでない仕事に就かざるを得ない結果になりかねない（強制労働）。

しかし福祉立法としての雇用は、労働者にたいしてでなく使用者に義務づけるものである。低成長下に誕生した身障者雇用促進法の改正、中高年齢者等の雇用の促進に関する特別措置法の改正は、不十分であるが、そのような精神を導入した。さらに、身障者、年齢雇用差別禁止法が実現するなら、それは、個人の尊厳に合致するものであ

る。福祉とは、個人の人権の保障である。日本国憲法第一四条に基づき、国籍、信条、社会的身分雇用差別禁止法が誕生するならば、福祉立法の市民権が認められる大きな条件である。男女雇用機会均等法案は、その先頭を切っているだけに、その内容を充実させたいものである。

福祉立法としての雇用は、労働者が人間らしく生きることができるよう、労働者が自分の好きな職業訓練を受け、自分の好きな仕事に差別なくつける権利を保障されたものであるべきである。

第三に、隣接領域、とくに、労働保護立法による時短、年休の増加、業務上の事故にたいする補償の増額などは、労働者の私生活の向上に関係し、ある意味では、福祉立法の一環とも言える。かようにして現在、福祉立法は、直接、私生活の保障に関連する部分も包括するといえよう。

このようにみえてくると、福祉立法は、これまでのような戦争、高成長下の人手不足、低成長下の雇用の危機を免れるための補充ではなく、それ自体、労働法の体系の中で、他の労働立法に支えられながら、労働者個人の生活の権利の法則を拡大しつつ、市民権をもたざるを得ないし、また、もつべきである。

さらにその地位は、企業、労働組合、労使の共同の福祉政策の推進によって高まるだろう。そしてその場合、その福祉政策について、①国と②企業と③労働組合と④労使共同でなすべき守備範囲も、検討すべきである。それは、夫々の立場から目的を異にするので、相補完して推進すべきである。

二 日本の労働法理の生成—戦前と戦後の断絶と継承

労働契約をめぐる夫婦関係(身分契約)から継続的契約関係へ

工場法下『女工哀史』によって、大正十二年十二月十二日の誓約書をみると、「満三ヶ年間御指定の労務ニ従事シ

且ツ勞務時間賃金等総テ御社ノ御指図ニ従フベキコト」さらに「御社事業ノ御都合上又ハ本人不都合ノ処為アルニヨリ解雇セラルルモ異議ナキハ勿論御社職工規定ニヨリ如何様御取計相成候トモ苦情申立問敷コト」と記名押印させられている。⁽³⁾

このことからわかるように、賃金は、宛行扶持であつたし、労働時間も、仕事も使用者の一方的に決められ、解雇も自由ということであつた。

そんな安い賃金を得るためにも、ときにはピンハネが行なわれた。さらに、その劣悪な労働条件を脱却するためにやめようとするやと暴力をふるわれることがあつたし、なにより、長期間の契約や前借金が設定されていた。そして、念入りなことには、その契約不履行には多額の損害賠償額が予定されていたり、懲戒が行なわれたりした。当時の労働保護法は、このような封建的な足止めとよばれるものを黙認していたのである。

したがつて当時の雇用契約は、社員という身分を得るといふ実態を有するので、末弘博士は、これを労働契約と呼び、婚姻の契約とよく似ているとし、雇用契約とちがった特色を指摘して、労使関係の改善を期待した。⁽⁴⁾

婚姻に近いものと解する以上、離婚は婚姻の継続しがたい重大な原因がなければその訴えができない(民法第七七〇条)のと同じように解雇を容易にすべきでないといったムードは、大衆の共感を呼び、また、大正一五年九月二八日徳永硝子の協約(解雇について組合との協議決定事項)などのほんのわずかな協約のなかに実現されたけれども、一般的に、裁判所を完全に説得することはできず、末弘博士自身も、民事法の解釈としては、解雇予告の手続きをすれば、どんな理由でも解雇できると言わざるを得なかつた。⁽⁵⁾

しかし戦後日本国憲法も、労働基準法も、労働者を生産用具でなく人間として位置づけ(憲法一三条、二五条、労基法一条一項)、労働契約の対象としての労働条件は広く日本国憲法に基づき(二七条二項)、労働基準法で、賃金、

労働時間だけでなく年次有給休暇などを宛行扶持でなく罰則による権利として捉え、その「労働条件は労働者が人たるに値する生活を営むため必要を充たすべきもの」たるを定め（一条一項）、しかもそれは労使対等で決めるべきことを宣言した。

そのために、労働基準法は、「労働関係に残存する封建的遺制の一掃」のための規定を設け（五条、六条、七条、一四条、一六条—一八条）、労働契約の締結の際、労働条件の明示義務を使用者に課し（一五条一項、一二〇条）、その明示すべき労働条件として、就業の場所、従事すべき業務を冒頭に掲げ、労働時間・休息、賃金、退職に関する事項その他経営内で定める事項を指摘している（同法施行規則五条一項）。その明示義務違反にたいして、刑罰が定められている（労基法一二〇条）。

かようにして戦後の労働契約は、身分を得るといふ点では、戦前の婚姻と同じ側面をもっているが、婚姻と異なり、罰則付きの労働条件を内容とした継続的關係を持つに至った。

労働契約をめぐる、戦前と戦後の間には、このような断絶がある。

就業規則をめぐる契約から法規範へ—労働者の参加権

戦前においては、就業規則の法的性質は契約であるという学説が支配的であった。それは、就業規則が法的効力を有するのは、労働契約の締結の際これに服するという合意—契約のためである、という説明である。それは一見近代に見えるけれども、当時の背景の下では、契約という媒介を通して、使用者は絶対者の地位にあり、労働者は、弱者の地位にあり、使用者が一方的に提案した内容を受諾せざるを得ないのである。したがって当時労働契約は、すでに述べたごとく身分を得るだけのものであるから、身分契約と呼ばれていた。

しかし就業規則の制定・変更については、使用者は、労働者の意見すら聞く義務はなく全く使用者の専権に委ねら

れていた。したがって使用者は、就業規則によって、思想や私生活を規律し、したがって就業規則は、労働者にたいし、一括、警察的取締りによる人間支配という役割を演じていた。

したがって末弘厳太郎博士は、戦前において、就業規則についてその法的性質を契約だとすると、契約を媒介として使用者が絶対者の地位にあることを許すことになるので、就業規則の法的性質について、合意に根拠を求める契約説に反対し、法規範説を主張した。⁽⁶⁾

なぜ、末弘博士は、そのような説を主張されたのか。

その一つは、この説を唱えることによって、使用者がそれ以下のひどい取扱いをするをやめさせようとしたのだと思う。

もう一つは、当時は、契約の自由が絶対であり、就業規則が法規範だとして、これに介入しようとしたという。⁽⁷⁾ ちょうどその頃（大正一五（一九二六）年）、工場法施行令を改正して地方長官に就業規則の変更命令権を与え（大正一五年六月五日同施行令二七条ノ四）、社会局は、それを背景に就業規則の是正に乗りだし減給または過怠金について、従来青天井であったのを、一回の過失にたいし、一日につき賃金の半額、総額において賃金三分をこえないこと、ただしやむを得ない事情がある場合には、五日分まで認めるといふ通達をだし（大15・12・13発勞七一号、昭3・1・31発勞三二号）、また、後にも述べるように、ストライキ禁止に違反する懲戒解雇は認めるが、黄大契約規定の削除を命じる通達をだしている（同上通達）。

末弘博士は、地方長官のこの就業規則の変更権にたいして、それが有力且適正に行使せらるるなら、従来の無放任主義より、就業規則に関連して訴えられてきた非難を除去し得ると評価すると同時に、就業規則の制定、変更にたいする労働者の参加権の欠落を指摘し、つぎのような提案をしている。

第一期的立法として、労働者の意見を聞くという制度を提案している。その場合古く一八九六年のベルジック就業規則法第七条、一八九一年のドイツ帝国の *Gewerbeordnung* 第一三四条 d などのクラシックな立法を参考にしておられる。

第二に、一步を進めて、ドイツの一九二〇年二月四日の企業協議会法による就業規則の制定について当該企業の労働者を代表する企業協議会と企業主と協議せしめるという方式を高く評価し、さらに、一九二二年十一月九日のロシア新労働法がドイツの新制度のごとく当該企業の労働者を代表する企業協議会をしてでなく、当該企業の労働者が加入している企業外の労働組合をして直接企業経営者と協議させる方式をとったが、博士は、「労働組合の発達した国に付ては、上記のドイツ主義よりも寧ろロシア主義が適当であると信じて居る」と述べている。⁽⁸⁾

労働基準法は、末弘博士の就業規則の法規範を導入したが（九三条）、その制定、変更の際の労働者の参加権については、一九二〇年代の労使協議制をとらず、一八九〇年代の労働者の意見をきくという、同博士の第一期的立法を参考にした（九〇条）。

労働基準法は、就業規則の制定・変更について、事業場の労働者の過半数代表者の意見を聞く義務に止めているので（九〇条）、企業外労働組合との協議という末弘博士の理想とは著しく離れているが、他方、労働基準法は、労働条件は労使対等の立場で決定すべきだとしているので（二一条一項）、使用者がその就業規則の制定・変更について労働者代表に意見を求めたとき、労働組合がある場合には、団体交渉をすることができる。

しかも労働条件は、人たるに値する内容のものでなければならぬから（一条一項）、労働基準法下の就業規則は、服務規律の性格をもっているが、戦前のような警察的取締りによる人間支配でなく人たるに値する権利章典の性格をも併せもつに至っている。

ところで、団体交渉決裂した後の就業規則の変更の効力については、後に述べよう。

労災補償をめぐって扶助から生活補償の権利へ—命と体の値段の引上げ

業務上の労災補償については、市民法と異なり、使用者の無過失責任と労働者の過失相殺の禁止は、古くから、諸外国の立法で確立していた。それは、各国とも産業革命により機械の導入によって産業危険が高まるなかで、とくにドイツにおいては、社会主義運動に対処するため、被災労働者とその家族の保護に乗りださざるを得なかった。政府は、工場法の制定にあたって、この国際的な動向を重視して使用者の無過失責任と労働者の過失相殺の禁止を導入した。その後、健康保険法、さらに、労働者災害扶助法などを制定した。

これら戦前の労働保護立法や労災保険法は、適用範囲は、せまく、すでに述べたように、労働者を生産用具の一種とみなしているので機械の破損にたいして修繕すると同じように無過失責任と解雇禁止（現行労基法一九条）を認め、それが、扶助という名称が示すように、恩典の思想から、その内容は、国際的にみてもはるかに劣っていた。

労働基準法は、戦後、日本国憲法に基づき（二七条二項）、労働条件は人たるに値する生活を営むための必要を充たすべきもの（一条一項）という旗を掲げて登場し、労働者災害補償保険法は、使用者から保険料を徴収し、労働災害を受けた労働者、遺族にたいして、使用者に肩代って保険給付をするものとして誕生した。しかしそれは、支払能力のない使用者の場合には労働者が補償されないことを心配して労働者の労災事故を保護するために、国の義務として定めたものである。

しかも昭和三〇年後半以降、労働者災害補償保険法は、年金を導入し、業務外の出・退勤途上の事故及び労働者でない重役などの特別加入者の事故にたいしても、保険給付の手を差し述べ、すでに、労働基準法から独立し、労働者災害補償法と改題しても不都合でないという提案も、行なわれている。

かようにして労災補償給付は、国の法律上の義務である。国が法律上の義務を果たすためには、財源が必要であるが、その財源を税金に求めるか、保険制度によるかは、夫々、国の政策によって異なる。財源をどこに求めるかは、国の政策上の問題である。現在、労災保険料による保険事業は、驚くべきほど拡大し、保険料の性格は税金に近いものとなっている。

現在保険料の徴収は、「労働保険の保険料の徴収等に関する法律」により、この法律に別段の定めがある場合を除き、国税徴収の例により徴収するとされている（二九条）。

しかし現在労災保険料は、使用者の負担としているので、国の義務としての労災補償は、人たるに値する生活補償には程遠く、労災当局者の指摘している「稼得能力の損失でん保」にすぎない。

したがって人たるに値する生活補償としての労災補償は、現在、使用者に過失ある場合、使用者にたいして民事訴訟を提起するか、労働協約による外はない。民事訴訟については、後に述べよう。

車の両輪、事業一家から団結権の保障へ

明治維新の政治権力の担い手のなかには世界の資本主義国の仲間入りするために、工場法と労働組合の必要性を説いた者が居る。その典型的な者は、農商務大臣の時工場法案のために尽した金子堅太郎氏であった。

同氏は、明治三十一年一月二〇日の期成会主催の講演会で、「職工の前途」という講演のなかで、労働組合について、つぎのごとく述べている。⁽⁹⁾

「職工の団体を堅くするのは一国の基礎を固くするので、決して職工文けの為では無い。夫は國の為です（拍手喝采）。職工の団体の弱い國は矢張り國として弱い（拍手喝采）。職工の団体の堅い國は英吉利を御覧なさい。世界各国英吉利の右に出づる工業國はございませんまい（拍手喝采）。又英吉利の經濟位強固なもの無し。」

その後、農商務省は、とくに、明治三三年治安警察法制度後、反動化し、ついに、河合栄治郎教授が辞任するに至るほどになったが、大正八年第一回ILO総会の際、労働者代表の派遣にあたって、すでに述べたごとく、労働組合を悪党か謀反人位に考えて、その代表を国際会議に送ることは以ての外と考へ、結局その代表を派遣しなかつた。⁽¹⁰⁾

しかしILOの非難を受け、ILOへの派遣の母体として健全な労働組合の育成をしなければならぬ羽目になり、大正九年には、農商務省、内務省ともに、夫々の労働組合法案をつくつたが、日の目をみなかつた。大正一四年の社会局案も、成功しなかつた。

そこで、大正一五年、社会局は、工場法施行令を改正して地方長官の就業規則変更権を定め(二七条ノ四)、この変更権を背景に、「労働組合に加入させること又は組合より脱退することを雇入の条件となすものは之を削除せしむること」という通達をだした(大15・12・13発勞七一号)。

その頃右派組合は、左派組合と訣別し、社会局の労働組合にたいするハト派的理解を背景に、使用者の信頼を得て、かなり有利な労働協約を締結した。クローズド・ショップ協定は、その典型である。大正一五年(一九二六年)に締結された東京製鋼の労働協約の十周年の思い出について、当時の労働者金久保氏は、「初め会社は組合と云うことを一寸口にしても誠首すると言って威してゐた。それが急に組合を認めてから今度は這入らなければ首だというから、工場内はよるときはると其の話で持ち切りだ」と語っている。⁽¹¹⁾

当時の経営者は、まだ、労働組合の組織を危険視する者が多かつたので、労働組合について、車は両輪がなければ動かないが、右の車輪が経営者であり、左の車輪が労働組合であるといった比喩が説得力をもっていたと言われている。右のクローズド・ショップ協定は、会社としては、もし労働組合の結成が社会の大勢だとするなら、むしろこれに順応して穩健な組合を承認し、労使関係を合理化した方がよいと考えた。⁽¹²⁾

総同盟は、この労働協約の締結によって組織を拡大し、左派組合を排除したが、第二次大戦に入ってから、ついに、解体を余儀なくされ、産業報国会（以下産報）が登場した。その過程において、労働組合と使用者との間の関係は、親子、ときには祖父と孫の間の親権関係、事業一家に似ており、労使一体を基礎観念とされた⁽¹³⁾。

戦後、労働組合法は、労働組合の自然発生的性質に着目して制定されたが、その後誕生した日本国憲法は、労働組合を組合員の生存の担い手として権利を保障し（二五條、二八條）、現在労働組合法は、労働組合にたいし、自主性、民主性、責任性を期待している（二條、五條二項）。

争議をめぐる夫婦喧嘩論、スポーツ説、正札説から個人の尊厳、生存権論へ

末弘博士は、争議行為を夫婦喧嘩やスポーツと同じであるという比喻を好んで使用された⁽¹⁴⁾。しかし労働組合とちがって争議行為の禁止・制限については、政府当局は、比喻に耳をかさなかった。たとえば、ストライキは別れたくないから喧嘩をする点、夫婦喧嘩と同じであり、また、一定のルールの下で対抗する点、ラグビーなどのスポーツと同じであり、警察は夫婦喧嘩やスポーツと同じように、ストライキにも介入すべきでないと説いても、当時の警察は、ストライキを治安問題とみて、治安維持法や暴力行為等取締法を使って事実上これらに介入した。治安維持法は、すでに述べたように、後には死刑の刑罰を置いた。

また、当時、イギリスの一八七一年法、一八七五年法のストライキの法思想を取り入れ、一人が働かなくても刑罰を受けることがないなら、みんなで働かなくても罰せられる筋合いはないとも説かれた⁽¹⁵⁾。ストライキの個人の人權論のはしりである。

しかし治安警察法にも、治安維持法も、その教唆者―指導者を犯罪者とみた。みんなで働かないことが違法でないなら、働かせないことも、違法でないはずであり、当時、このような観点からの批判も、鋭くなされたが⁽¹⁶⁾、当時の政

治権力は、治安の面から、弾圧した。

さらに、社会局は、争議にたいして、組合の結成の場合と異なり、穏健な方法で請願する場合を除外するが、「事由の如何を問はず同盟又は結束して請願又は抗争をなし或は事業上支障を来すか如き所為を厳禁し違反するものは懲戒解雇とするもの」はやむなしとしている（大15・12・13発勞七一号）。

ストライキは、民法からみると、労働者は労働力の提供の債務不履行したことになり（四一五条）。その債務不履行させた労働組合は不法行為をしたことになりそうである（七〇九条）。若しこれに該当すれば、契約の解除—解雇、損害賠償の民事責任が追求される。

ストライキの民事責任からの解放はどこから生ずるか。当時、ストライキは労働契約の解約の予告であり、予告をすれば労働力の提供の債務はないから債務不履行にならないとするドイツの解約予告説や労働契約は日々更新するものであるから債務不履行にならないとするアメリカの日々更新説も、説かれたが、日本の民法との関連を直接取り上げた二人の学説を紹介しておく。

一人は、治安維持法違反で東大法学部助教授の地位を捨てた平野義太郎博士である。同博士は、ストライキが債務不履行にならない理由を二つ指摘する。¹⁷⁾

その一つは、正当な事由としての同盟罷業である。曰く「当事者が契約締結後著しい事情の変更はないといふ仮定の下に締結した契約はこの仮定の下においてのみ、法律上の拘束力をもつものとなさねばならぬ。しからば、この仮定に反して、事情が著しく、変化した場合においては法は当事者に対して、或は契約解除権を付与し又は履行拒絶権を与へ或は給付行為の内容の変更権（例へば貸借に於ける賃金の値上値下）を与へて然るべきである」

その二は、団体交渉としての同盟罷業である。曰く。「同盟罷業はこの団体交渉の一種として個々の労働契約の基

礎となるべき条件を定むべき効力を有するものと解せざるを得ない。故に、わたくしはいふ。同盟罷業は団体交渉の効力を有すると。」

もう一人は、末弘敬太郎博士である。同博士のストライキ権は、平野博士が高く評価されるものであるが、労働者は、労働力を売ることによってのみ生存を維持するはかはないが、その場合、使用者と同じく労働力を高く売るための掛引の権利をもたなければならぬ。この場合、労働者は、使用者を相手として平等な取引をして、高く労働力を売るためには、労働力の売り惜しみの権利を認められなくてはならない。それがストライキ権である。⁽¹⁸⁾

このように、末弘博士は、ストライキは労働力をこれ以下では売らないという集団的労働力の高値の中込みである意味では、デパートにおける正札と同じで、債務不履行や不法行為の責任を負うべきでないはずだが、社会局の通達には、すでに述べたごとく組合をつくったり、穏健な方法で請願する場合と異なり、ストライキにたいして懲戒も已むを得ないとして、不当労働行為として禁止しなかった。

終戦直後昭和二〇年一二月に誕生した労働組合法は、正当なストライキにたいして刑法第三五条を適用して罰しないこととし、また、損害賠償の請求を禁止して、不完全ながら、はじめて、末弘博士の夫婦喧嘩論、スポーツ論、正札論を採用したが、ストライキに不当労働行為制度の導入は、日本国憲法の誕生による新しい価値観に待つほかはなかった。

日本国憲法は、労働者の個人の尊重—尊厳（一三条）、生存権（二八条）の保障を背景に、労働者のストライキ権を含め団体交渉権、団体行動権を保障する規定を置いた（二八条）。この憲法の規定と同時に、ストライキにたいする懲戒などを不当労働行為として禁止する制度が充実された（現行労組法七条）。

労働協約の契約的性質と法規範的性質

労働協約の法的性質については、すでに述べたごとく紳士契約、債権的契約だとする者が居るが、末弘博士は、これに反対で、労働協約の生成は契約によるが、制定された労働協約の拘束力は契約ではなく法律として取扱うべきだとして、労働組合法が制定されていなくても、その法規範的性質を認めた。

すなわち末弘博士は、労働協約の法規範的効力について、それは、「国家が其法律によって之に裁可乃至援助を与ふると否とに關係なく、労使相互の相対的実力關係によって支持されるものである」とし、「例えば仮りに資本家協約に違反せむと欲しても、それによって惹起せらるべき労働者の反抗を恐るるが為め、自ら違反行為を差控えて協約を遵守するに至ること、尚国際条約の効力が戦争に対する恐怖によって支持せらるると同一である」と説明し、それに関連して、ちようど、社会規範たる慣習法が法例第二条によって与えられる「法律ト同一ノ効力」とは別個に社会それ自身の自治的権力によって支持される効力に着目し、その取扱いとして、「第一協約が真に適法なる過程によって有効に成立したりや否やの点については一般契約の成立に関する法理を適用すべきこと、第二愈々協約の存在及び内容が確定したならば、略法例第二条と同様の標準によって之に『法律ト同一ノ効力』を認むるや否やを決すべきである」と結論している。⁽¹⁹⁾

この見解は、昭和五年一月一日京都地方裁判所第一民事部ならびに昭和七年二月二一日の大阪控訴院第四民事部判決に影響を及ぼしたとみることができる。すなわちこれらの判決は、A工場主と同工場職工一同および同工場労働組合との間で締結された解雇手当などの労働条件に関する契約者は締結当時の職工のみならず、その後雇われた職工にも「共ノ雇ハルト同時ニ被告工場ノ職工団ノ一員トシテ右制度ノ利益ヲ享受スベキ趣旨」であるとし、大審院は、昭和九年三月二〇日に、「反証ナキ限り其ノ協約ニ從フ意思ヲ以テ」雇用契約を締結したものとみなし、後退したが、同じ結論を支持した。

いずれにしても、労働協約の内容は、契約と異なり、法規範的性質のものであることを認めている。前者は、かなり明白に、後者は、暗に承認していると言える。

戦後労働組合法は、労働協約に法規範効力だけでなく一般的拘束力を認めた（一六条―一八条）。したがって文書などの要式（一四条）は、一般的拘束力を得るためのもので、法規範的効力は、不文の労働協約にも認むべきである。日本国憲法下においては（二八条）、明治憲法下の末弘理論や裁判所の考え方より後退すべきではない。⁽²⁰⁾

註1 岡実著「改訂増補工場法論全」二四九頁以下（大正六年）、労働者の命が粗末にされ信じられないような悲惨な状態について、細井和喜蔵著「女工哀史」（大正一四年五月二日発行）一四六頁、機械より安い人命について、明治四五年社会政
策学会編纂「労働保険」二六一頁

註2 以上の立法ならびに体系の展開、その諸学説については、田中二郎先生古稀記念中前掲拙稿参照

註3 細井和喜蔵前掲書六四頁、六五頁

註4 末弘蔵太郎「労働法のはなし」四八頁―五九頁

註5 「期間の定めなき労働関係に付ては企業主は何時にも理由を示さずして解雇を為し得る」としている（岩波書店「法律学辞典第四卷二七九頁」）

註6 末弘蔵太郎「就業規則の法律的研究」（同著労働法研究三九四頁―四一二頁）

註7 日本労働法学会主催「座談会戦前の労働法学」における石井照久教授の発言（日本労働法学会誌37号一七二頁）

註8 末弘蔵太郎前掲書労働法の研究四三五頁―四三八頁、四四四頁―四四五頁

註9 片山潜著「日本の労働運動」一九五頁

註10 北岡寿逸「旧社会局の思い出」（労働行政史余録二頁）

註11 製鋼労働組合「団体協約十年」二二二頁

註12 大河内一男、松尾津「日本労働組合物語昭和」六四頁

註13 松岡三郎、石黒拓爾「日本労働行政」一一八頁

註14 末弘蔵太郎著「労働法のはなし」四五頁、一五五頁

- 註15 河合榮治部著「労働問題研究」四三六頁
 註16 末弘巖太郎著「労働法研究」五二〇頁、五二四頁
 註17 平野義太郎著「法律における階級闘争」二七六頁—二八三頁
 註18 末弘前掲書「労働法研究」五一六頁—五二六頁
 註19 同右書三一九頁、三三三頁—三三四頁、三三五頁
 註20 松岡三郎「労使慣行と労働契約」(季刊労働法二二九号一八頁—二〇頁)

Ⅳ 戦後労働法の生成過程における市民法との調整をめぐる判例法の展開

一 労働判例の多発と市民法との調整の原理

労働立法の当初の考え方

終戦直後労働立法が誕生したとき、労働事件の解決は、労働行政に大きな期待をかけた。それは、裁判所では、時間と金がかかるし、また裁判所は心ずしも労働事件になじみがあるわけではないからである。

労働判例の多発

しかし現在まで、労働判例は、膨大な数に上っている。ついに、わたくしは、これらの判例をホローする五冊の書物を書いてきた。⁽¹⁾と同時に、なぜ、労働判例が多発しているかについて法社会学的研究に興味深い課題とした。⁽²⁾

ここでは、市民法と競合する判例に限定して取上げ、わたくしの感想を述べておきたい。

二 労働者と使用者の概念の拡大

最高裁判決の変更—労働者概念の拡大

労働基準法は、その適用事業に「使用される者で、賃金を支払われる者」を労働者と定義し（九条）、その使用従属関係を明確に打ちだし、労働組合法は、賃金で生活する者を労働者と定義し（三条）、使用従属関係を軸に、賃金で生活する階級の者を労働者と位置づけた。

この労働者の概念について、裁判所は、当初から、民法の雇用にこだわった。民法では、雇用（六二三条以下）、請負（六三二条以下）、委任（六四二条以下）に区別されているが、最高裁をはじめ裁判所は、雇用関係のある者についてのみ、右の労働者だとした。しかし使用従属関係を労働者の基準とすべきだという労働法の立場から批判を受け、裁判所は、譲歩し、昭和四〇年の初頭から、使用従属関係から雇用契約があったとする判例を多発させ、さらに、昭和五〇年初頭から、最高裁も使用従属関係があれば直接労働法の労働者であるということに到達した。

使用者・事業者の刑事・民事責任の特色

また、使用者は、民法では、事業経営の名義人を指すが、労働基準法は、刑事罰の立場から、各条文ごと、監督責任者と位置づけ（一〇条）、また、いわゆる両罰規定（二二一条一項）の外、現場の監督者に命令してその行為をさせた者にたいして、刑法の教唆罪と異なり、行為者として処罰することにした（二二一条二項）。かようにして労働基準法の使用者概念は、多様化し、裁判所は、これを承認せざるを得なかった。

労働安全衛生法は、労働基準法と異なり、使用者概念を拒絶し、事業者概念を導入し（二条三号）、労働災害の犯罪の主体を事業者と認めた。従来刑法は、個人罰中心であるから、企業に刑事犯の責任を認めたことは、新しい問題の提起であった。企業責任といっても、企業を動かすトップが刑事上の責任を負うべきであり、この事業者の概念の導入により、事業者とそのトップが労働安全衛生法上の刑事責任を負うだけでなくトップが刑法第二二一条の業務上過失致死傷罪の責任を負うに至る。ストレートにこの刑事責任を認める判例が登場している。

さらに、労働安全衛生法は、機械などの設計・製造・輸入者、注文者、元請などにも労災防止の責任を負わせ（三条二項、三項）、それを契機に、それらの者は、労働三法や職安法などの労働立法上の責任、刑事、民事上の責任（たとえば刑法一九九条、二二一条、民法四一五条、七〇九条など）を負わざるを得なくなつた。⁽³⁾

三 採用と労働契約

一 〇〇%の採否権—人権より優位

最高裁は、有名な三菱樹脂事件で、憲法の信条の自由などの人権規定は国と国民との関係を示したものであるから、特別法規がない限り、信条を理由として採用を拒否できるし、また、信条調査もすることができるとした。

しかし最高裁は、憲法第二八条の団結権の規定については、私人間の拘束力を認めているので、わたくしは、最高裁判決の整合性を問題とし、少なくとも憲法の人権規定は公序（民法九〇条）を通して私人間に拘束力を認めるべきでないかと説いたことがある。⁽⁴⁾

内定—民法の予約から労働契約

内定の法的性質論争は、その時代的背景と大きくかわりを持つ。当初それは、昭和三〇年代の不況下、人手が多く使用者がいつでも人を得ることができるような場合には、内定契約は必要でないし、また、その内定契約の内容が漠然としていても、人手を失うことはない。その就職希望者も、大して期待をかけない。このような労使の法意識の下では、内定の法的性質は、民法学者から提案された労働契約締結の過程説、労働契約の予約説に大きく影響された。

しかし昭和四〇年に入つて高度成長下、青田刈が普及し始めてくると、使用者は、足止めのための誓約書を書かせ

たり、内定者も、その誓約書を書く、その時点から、愛社精神も生まれ、会社人間化してくる。このような背景の下では、内定は民法の予約ではなく労働法の労働契約であるとふみ切った。

労働契約といっても、当初、停止条件付始期付労働契約、解除条件付始期付労働契約であるに止まっていたが、最高裁は、ついに、解約権の留保された始期付労働契約という考え方をとるに至った。⁽⁵⁾昭和五〇年代低成長下になって、不況下であれば、かえって人材を確保しておきたいという使用者側の期待とこれに答える内定者の意識とが、この法理を支えている。

内定が労働契約だという位置づけが行なわれるなら、内定者は、内定後は、採否の場合とちがって全面的に労働法の保護を受ける。

試用の許稼論争—労働契約の成立

民法の我妻栄博士は、三菱樹脂解雇事件の意見書のなかで、試用は許婚と同じであるから、結婚した後の離婚とちがって、許婚の解約は容易であるという見解を述べた。わたくしは、これに反対する論文を書いた。⁽⁶⁾明々白々たる点だけを述べると、労働基準法第二一条は、試用の解雇の手續を定めているから、許婚の解約ではなく離婚と同じ位置づけをしているのである。

最高裁は、許婚説を斥け、この点に関する限りは、わたくしに軍配をあげた。試用の法的性質についても、内定と同じ方向を辿り、採否の決定の自由に対応するとする説、解除条件説、停止条件説から、最高裁は、ついに、解雇権留保付の期間の定めのない労働契約説をとるに至っている。⁽⁷⁾

四 労働契約と業務命令の判例の動向—解雇を含めて

転勤・配転をめぐる労働契約の合理的解釈論と否認論—業務命令権の否認と肯定の場合の濫用三原則の浮上

具体的問題について、転勤・配転から入っていくとし、使用者は、労働契約の締結にあたって、*「業務の必要上転勤・配転させる」*という条項を含めて就業規則などの遵守を約束させ、君の配属場所は当分〇〇だが、近い将来ベトナムにも行ってもらうようになるかも知れないが、よいねと確認を迫られ、*O・K*した労働者にベトナムへの転勤の命令、この拒絶にたいする処分の民事上の効力が問題となる。

この場合の労働契約の提え方について、民事判例は、いろいろに分れているが、大きく二つに分けることができる。

その一は、包括的合意とみるケースで、それは、労働者の就職時の*O・K*をきわめて形式的に解し、特別の合意がない限り、労働者がその労働力の使用を包括的に使用者に委ねることを内容とするものである。とくに、現地ではなく全国採用の大卒については、将来、管理職に就くことが予想されているとして、その殆んどのケースで包括的合意とみる。この考え方に立つと、業務命令も、この拒否にたいする処分も、有効となる。ただ後述するように、濫用の法理によって救済される。

その二は、特定合意とみるケースで、それは、就職時の形式的な*O・K*に捉われず、労働契約締結の際の事情、慣行・先例、あるいは現地採用の高卒者の勤務の実体から、合理的に解釈し、転勤・配転に伴う就業の場所や業務の変更は本人の合意を要し、合意をしない転勤・配転を無効とするものである。この際とくに、慣行のみならず先例を合意の基準としているケースの多いことに注意されたい。

ケースによって異なるが、方法論からいうと前者包括合意説は、就職時の弱者の地位にある労働者の合意の虚構性に目を向けない結果、明治憲法下の女工哀史による右の「御社御指定の労務ニ従事」する実態に近いものとなって

いる。

明治憲法下とちがって、労働基準法第一条第一項の労働者の人たるに値する生活のなかには、家族の生活をも含められており(昭22・9・13発基一七号、昭22・11・27基発四〇一号)、転勤・配転とくに住居の変更を伴なう転勤が家族の生活に与える影響は深刻であるだけに、同法第二条の労働条件の労使対等決定によっているかどうかはそのほんとうの自由意思によっているか否かを追及することが大事である。また、労働契約の締結に際し明示すべき労働条件として、労働基準法施行規則第五条第一項は、冒頭に就業の場所、従事すべき業務に統いて賃金を定めているが、その場所、業務を賃金に劣らず重視するようになった労働者の気持などから、合理的解釈論に立った特定合意説が正しい。

前者の包括的合意説は、契約の文言万能の伝統的民法の形式論理と相通するものであり、したがって労働基準法第一条の家族を含めての人間らしい生活保障に対応するために、民法の条理―濫用の法理を援用して救済している。

その内容は、民法の原理―濫用の法理の整理の仕方と異なるかも知れないが、つぎの三つに分けることができる。

- (1) 悪意⇨合理的理由の欠如 転勤・配転命令が①必要性②基準の合理性③適性などから検討され、悪意を推定し、あるいは合理的理由がないものとして権利の濫用として無効であり、その拒否を理由とする処分も無効とされている。
- (2) 方法⇨慎重さの欠如 転勤・配転させる場合、①内示、意向打診②常職的赴任期間の設定③十分な説得などしないと、信義則違反として、その命令、その拒否を理由とする処分は無効とされている(民法一条二項)。

- (3) 結果⇨酷に失する場合 業務上の必要性と較べて労働者とその家庭の受ける不利益が大きい場合すなわち均衡を失し酷に失する場合には、その転勤・配転は権利の濫用とされる(民法一条三項⁽⁶⁾)。

出向と転勤・配転の差異

つぎに、出向は、転勤・配転と異なり、多くの場合身分の変更を伴い、そして島流しということばで表現されるように労働者の不利益を伴う場合が少なくない。つまり①身分の変更②不利益がその特色である。かくしてそれは、転勤・配転と異なり、民法六二五条の適用を受ける。同条は、「使用者ハ労働者ノ承諾アルニ非サレハ其ノ権利ヲ第三者ニ譲渡スルコトヲ得ス」と定めている。したがって特別の約定を定めていない限り（すなわち労働者の同意のない限り）出向命令ができないということは、判例の世界で確立している。

問題は、就職時に、就業規則、労働協約のなかの、必要ある場合に出向を命ずるという規定を示して誓約させたことが合意とみなされるか否かである。包括的合意、特定合意の考え方、さらに合意を前提とした出向命令が①合理的理由の欠如②信義則違反③均衡を失っていることの三条件のいずれかに該当すれば権利の濫用と評価されることなどは、すべて転勤・配転で述べたと大体同じである。

しかし出向は、転勤・配転に較べて身分の変更や労働条件の不利益を伴う場合には、合意の判定にあたって、転勤・配転の場合よりも強く合理的解釈が要求されるし、また、合意があるとしても、権利濫用の三条件の適用が強く要求される。

たとえば最高裁の合意説を頂点とし、下級審は、多少の動揺はないことはないが、その合意が「真意に基づくもの」であり、「内容が著しく不利益なものや、将来不利益を招くことが明白なもの」でないかどうかを追及したり、また、「過去において多数の労働者が出向したという事実から直ちに、被申請人会社が該労働者の同意を要せず、その一方的命令により出向を実施して来たとの労使慣行を推認することはできず」とは述べるなど、合意を要することを強調している。

また、合意を前提とした濫用の法理の適用についても、本人の意向を無視して行なった出向命令は信義則に反する

としたり、また家族が従来の生活基盤を大きく崩され、忍び難い不利益を与えるという点で、酷に失するという見地から無効としたケースがある。⁽⁹⁾

この場合にも、むしろ労働契約の合理的解釈論を中心とすべきであろう。

時間外・休日労働命令権の存否

さらに、時間外、休日労働について、たとえば労働協約、就業規則に、使用者は三六協定締結の後、時間外労働させるという定めがない場合には、事実たる慣習がない以上、信義則を引用するまでもなく、その労働の義務を否定すべきだと思いが、その定めがある場合に、その定めが労働者の合意となっているか否かの問題がある。

判例は、真二つに別れ、その一つは、肯定して時間外労働義務を認めるもの（包括的合意説）と使用者は具体的条件を提示して本人の合意を要するもの（特定合意説）である。前者は、オカユをすする生活時代、モーレッツ社員時代の労働者の意識を強く反影するものであり、後者は、賃金よりも時短により私生活をエンジョイしたいとする労働者の意識の変化を反影するものである。

方法論からいうと、わたくしは、後者に軍配をあげたい。

一つは、労働協約や就業規則の法的性質からである。労働協約のこの定めは「基準」ではなく労働組合としては、このことについては使用者に介入せず、個々の組合員と使用者との合意に任せたと解すべきだし、まだ、就業規則の定めは時間外、休日労働のスケジュールの宣言にすぎなく個々の合意による外はない。

もう一つは、時間外・休日労働の実態からである。時間外・休日労働は労働基準法第一条第一項のすでに述べた、家族の生活をも含めた人たるに値する生活設計に狂いを生じさせるだけに、同法第二条第一項の提案を受入れて、その労働条件（何日に、どの場所で、どんな仕事を、何時から何時まで時間外・休日労働をするのか）を、ほんとの自

由な意思による合意で決めるべきである。

ところで、包括合意説は、時間外・休日労働義務を肯定するから、その義務違反にたいする処分も考えられるが、特定合意説で取り上げた人たるに値する生活設計にたいする脅威を民法の濫用の法理で救済している。⁽¹⁰⁾

解雇についての判例の知恵

明治憲法下において、すでに述べたように、どんな理由でも解雇でき、その解雇の理由を述べる必要はないとされていた。

ところが、労働基準法は、就業規則のなかで、あるいは労働契約の締結に際し、解雇の事由を明示すべきことを定めた(八九条一項、一五条一項、同法施行規則五条一項)。そしてその事由は、解雇の種類によって異なる。普通解雇は、就業規則や労働契約により、信義則に反する行為とか定年とか病気休職期間の終了などであり、整理解雇の場合は、経営不振であり、懲戒解雇の場合は、経営秩序違反行為であり、多くの場合退職手当の不支給という不利益な取扱いをするので、最高裁によると、懲戒解雇はその他の懲戒と同じように就業規則または労働協約にその事由を規定していなければならないとされている。

しかも該当事由についての合理的解釈が要求される。たとえば普通解雇について新たな判例の動きとしては、協調性のないことが該当事由として取り上げ、また、管理職の場合は一般従業員と異なり、労働力の物理的提供の外に「人間関係としての相互信頼関係」を重視し、「より高い能力とより厳しい規律が要求される」として、解雇事由該当を判断している。他方、休職・定年退事由の合理的法律解釈も迫られている。

二カ月の臨時の労働者に五回ないし二十三回更新を重ねた東芝事件で、最高裁は、「本件労働契約においては、単に期間が満了したという理由だけでは上告会社において雇止めを行わず、被上告人もまたこれを期待、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、維持されてきたものというべきである」とし、「従来の取扱いを変更して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、期間満了を理由として雇止めをすることは、信義則上からも許されない」とし、雇止めを無効とした。

整理解雇は、日本の場合は全く判例に委ねているが、判例の流れは、倒産寸前、少なくとも、高度の経営の危機の場合に限定し、しかも合理的な基準によることを要求している。整理解雇は、全員解雇を避けるという些かな正義の旗を掲げているが、被整理者には何らの罪もなく経営の責任から生じたことであるから、経営危機の高度性や合理的基準は強く要求している。

また、懲戒解雇は、被解雇者に大きな不利益を与えるから、解雇事由を厳格に解し、たとえば就業規則のなかに政治活動を解雇事由と定めている場合、それは政治活動一般ではなく経営秩序違反を捉え、それに限定すべきであると、とくに、人権との関連では、慎重な態度である。⁽¹¹⁾

これらの合理的解釈によって、解雇事由に該当しなければ、解雇は無効である。

しかしこの解雇事由に該当しても、転勤・配転、出向で述べたように、濫用にあたるなら、やはり解雇は無効である。この見地から解雇を無効とした判例は、かなりの数に及んでいる。

たとえば女性にたいする結婚退職、若年退職、定年差別を合理的理由がなく公序に反するとした判例は、最高裁判決二件を合め三〇件に及ぶ。また、信義則に反する解雇を無効とする判例も、最高裁判決を含めて少なくないが、ごく最近のケースとして、整理解雇は、右のような解雇事由の該当性のほかに、整理解雇回避の努力義務、必要性・方法・条件などの説得義務を怠った解雇を無効とする最高裁判決も、登場している（昭58・10・27あさひ保育園事件最(一)判）。さらに、酷に失する解雇を権利の濫用としたケースも、少なくない。⁽¹²⁾

五 賃金契約の判例で注意すべき点

プレゼントから労働力対価へ

賃金は、明治憲法下においては、あてがいぶちであり、使用者の一方的プレゼントの性格のものであったが、労働基準法は、これを全面的に否定し、「労働の対償」として支給すべきものと定義し（二一条）、労使対等の立場で決めなければならぬとして（二条一項）、権利の性格を与え、しかも家族を含めて労働者の人たる値する生活を保障すべきことを宣言した（一条一項）。

ほんとの自由な意思と合理的内容

まず、ほんとの自由な意思で相殺契約をすると、労働基準法第二四条第一項の全額払の拘束を受けないとする事例に注意しておく必要がある。これまでの判例をみると、自由意思を肯定したものと否定したものがある。

しかし使用者にたいし弱い地位にある労働者が、使用者から右の相殺契約の締結を要請された場合に、ほんとの自由意思があるだろうか。労働基準法の世界では、その虚構性の検討が大事である。

内容の解釈について、合理的解釈の姿勢は、正しい。ストライキをした時間中の賃金のカットについて、労働力の提供の部分に限定し、家族手当など労働力の提供と直接関係ない賃金については、慣行を含めて定めのない限りにカットできないとする最高裁判決の方向は正しいと思う。また、賞与の支給日在职主義の規定の合理性を検討する姿勢も、結論はともかくとして、正当であると思う。

なお、使用者の承諾のない退職者に退職金を全額支給しないことについて労働法上の公序に反するというケースも、注目してよい。不合理な足止めの防止のためである。

使用者の責に帰すべき休業をめぐる民法と労基法

同じ使用者の責に帰すべき休業の文言について（労基法二六条、民法五三六条二項）、労働基準法は、労働者の人たるに値する生活の保障の目的や要件から、「不可抗力の場合を除いてすべての事由を含む」という風に解されるに對して民法は、債権の効力の担保という見地から、故意・過失または信義則上これと同視すべき事由と一般的に解されているから、判例の動向は、当然なことだが、競合を承認している。

しかしストライキの場合、スト不参加者にたいする使用者の両規定の休業の責任について、判例は、二つに分れている。その一つは、使用者にストライキをさせたことについての特段の事由のない限り休業の責任を否認するものであり、もう一つは、ストライキは企業内部の取引問題から生ずるものである以上、非参加者にたいする休業の責任があるとする。

大事なのは、ストライキについての特段の事情ではなくて労働契約に反してストライキ非参加者に就労させないことにたいする責任を免除させるための特段の事由である。後者の考え方が正しい。⁽¹³⁾

なお民法第五三六条の要件の伝統的な解釈も、労働基準法の人たるに値する生活への配慮をなすべきことを提案したい。

六 労働契約と安全配慮義務

労災補償と民事賠償の差異

現在我国の労働災害補償は、すでに述べたように、家族の生活を含めて人たるに値する生活の補償ではなく、政府当局の説明のように稼得能力の損失でん保にすぎないのである。

それゆえ、労働者が労災の被害を受けた場合に、慰謝料など人たるに値する補償を求めるためには、労働基準法第一条第一項の人たるに値する生活の保障の規定を背景に、使用者にたいする民事訴訟を提起する外はないのである。そのためには、使用者の過失が問題となる。

使用者の民事賠償責任について、不法行為の面（民法七〇九条）から捉えることもできるが、昭和五〇年代になつて労働契約に付随する安全配慮義務違反の側面（民法四一五条）から迫る方法論が増加してきた。後者の方法によると、使用者に過失がなかったという挙証をしない限り、過失が推定される。

安全配慮義務論について最高裁初の登場

最初に最高裁で安全配慮義務を持ちだしたのは、陸上自衛隊八戸車両整備工場事件で、最高裁は、「公務員の生命及び健康等を危険から保護すべき義務（以下『安全配慮義務』という）を負っているものと解すべきである」とし、その根拠として、「当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきもの」と、指摘している。

この安全配慮義務の基本的法思想は、その後の最高裁も、その適用について差異はあっても、継承しており、下級審も、大体、これを継承しているようにみえる。しかしこの最高裁の考え方は、明治憲法下の進歩的な民法の賠償理論なので、これに寄りながら明治憲法下の考え方の復帰を思わせる判例もある。営林署に勤務中チェンソーなどの使用による振動障害が公務上の疾病（職業病）であるとして労災補償を受けた労働者が、「ハシを持ってぬ」とか「眠れない」という日常の不便や苦痛を伴う稼得能力に関係しない慰謝料を含めての賠償の訴訟を提起した。これは、右に述べた人間らしい生活補償の訴えである。

高松地裁は、全面的に肯定したが、高裁は地裁判決を逆転させた（昭59・9・19）。高裁の判決のなかで見逃せな

い考え方は、「重症でない職業病について直ちに企業者に債務不履行の責任があるとしたら長期的にみると機械文明の発達による人間生活の便利さの向上を阻み合理的とはいえない」という点である。

たまたま、この事件では、高裁の眼からみて重症でない者が訴訟を提起したことになるが、いったい、重症と重症でないとは、どういう風にして区別するのか。なにより文明のためには、「ハシを持ってぬ」とか「眠れない」という日常生活の不便や苦痛を我慢し、国が責任をもたないとは、戦争が文明に代っただけで何と人間の尊厳を無視してはいないか。

命と身体 の 保護 の ため の 過失 の 程度

戦後、日本国憲法は、すでに述べたように人間の尊厳を強く訴えた。したがってとくに経営は、生産性向上のためであっても、人の生命・身体 の 保護 を 優先 し なくては ならない。そのためには、世界最高の技術・知識を動員して防止措置を講ずべきである。

このことを最初に打ちだしたのは、四大公害裁判である。それは、不法行為事件であるが、その一例をあげると、四日市ぜんそくケースで、津地裁は、「少なくとも人間の生命・身体に危険のあることを知りうる汚染物質の排出については、企業は経済性を度外視して、世界最高の技術・知識を動員して防止措置を講ずべきであり、そのような措置を怠れば過失を免れないと解すべきである」と断言している（昭47・7・24四日市ぜんそく事件津地判）。他の三事件も、殆んど同じ過失論を展開している。

労働契約をめぐる債務不履行の過失も、それに劣らず強く迫られる。一市民と一市民との間の関係とはちがって強大な生産手段を有する使用者と使用従属関係下になる労働者との間における使用者の責任は、重大であり、その過失は広く推定される。とくに、命や体に危険が及ぶおそれがある場合には、その危害防止について重い責任がある。

労働安全衛生法は、事業者にたいして、労災防止義務として、①最低基準の遵守②快適環境の維持③労働条件の改善を定め（三条一項、六四条）、繰り返して引用するが、その労働条件は家族の生活を含めて人たるに値する生活を保障するものでなければならないので（労基法一条一項）、このような安全配慮義務は信義則上負う付随義務というより労働基準法第二章の労働契約そのものの義務となっている言える。

したがって労働契約の内容としては、文明の機械よりも人間を優位の人間尊重を視点に置くべきである。そもそも大型設備、危険機械、有害物などの設備は、事業者が支配しているものであるから、労働者に過失があっても労災が起らないように、事業者は、現行法規の遵守だけでなく職場の人的組織、環境、保護具、教育を忘れてはならないこの「本質安全化」の法理を、この際われわれの労働契約の法常識として確立する必要がある。

さいごに、わたくしは、このような労働契約論から、これまでの判例にたいして、賠償額の算定にあたって、民法の金銭債権とは異なり、ペア（昇給）を考慮に置くべきだし、また先進工業国なみに、慰謝料を引き上げるべきであることを強く訴えたいし、また、民法の対等関係を前提とした過失相殺は十分に反省すべきであると思⁽¹⁵⁾う。

七 就業規則の一方的不利益変更をめぐる判例の行方—労働契約論と合理性論の葛藤

判例の混迷

労働者の既得権と一括処理の使用者の都合のいずれを重視するかは、すでに述べた、就業規則の法的地位に関する労働基準法の基本原理によって処理すべきであるが、判例は、混迷している。

初期の昭和二〇年代においては、①労働条件の労使対等決定の原則（労基法二条一項）に違反し、改訂規則を無効とするもの（無効一分説）②就業規則の基準よりよい労働契約を有効とする規定（労基法九三条）を背景に、改訂規

則は新規労働者に適用され、旧規則は労働契約の内容となっており、それが改訂規則よりもよい場合には優先して従来の労働者に適用になるとするもの（二分説）、③改訂した場合、労働者が退職しないことをもってその改訂条件で働くという同意をしたとみなすもの（三〇年代の有効一分説）、④労働条件の一方的不利益変更は原則として許されないが、労働条件の集合的理処、特にその統一かつ画一的な決定を建前とする就業規則の性質からいって、改訂条項が合理的なものである限り、個々の労働者の同意を必要としないとするもの（四〇年代の合理性二分説）のうち、最高裁は、④説を採用している。

最高裁の合理性とは

この秋北バス事件では、会社は就業規則を変更し、管理職の五五歳の定年制を新設したものが最高裁は、その合理性について、「定年制は一般的に不合理な制度ということとはできず」「本件五五歳は産業界かつ当該会社の一般職種の労働者の定年五〇歳との比較権衡からいっても低きに失するとはいえない」とし、しかも「再雇用の特則が設けられ」「中堅幹部をもって組織する『輪心会』の会員の多くは、……後進に道を譲るためやむを得ないものであるとして、これを認めている」として、本件就業規則の変更による管理職五五歳の定年制の新設を合理的としてその解雇を有効とした。

その後、最高裁は、退職金規定の不利益変更につき、合理性の見地から、代償となる労働条件を提供せず、また不利益を是認させる特別の事情も認められない以上、合理性を否認し、旧規定に基づく退職金の請求を認容する原判決を支持した。

そのさ中に、タケダシステムで、生理がないのに生理休暇を取得したことについて会社が有給生理休暇の日数等を一方的に不利益に変更した就業規則の変更を無効とした東京高裁の判決にたいして、最高裁は、合理性を判断すべ

きであるとし、同高裁に再審理を命じその合理性の判断にあたっては、「変更の内容及び必要性の両面からの考察が要求され、右変更により従業員の被る不利益の程度、変更との関連の下に行われた賃金の改善状況のほか」生休の濫用に対応する「社内規律の保持及び従業員の公平な処遇のための」必要性、さらに、他の従業員の対応、関連会社の取扱い、社会の生休制度の一般的状況などを勘案すべきだとした。

最高裁の合理性の権威

しかし、この最高裁判決の合理性の論理は、その後の下級審の判決のなかに必ずしも継承されていない。下級審の多くは、賃金、退職金、労働時間など基本的労働条件について、労使対等の立場で決めるといふ労働基準法第二条の精神に立脚し、むしろ右①説ないし②説、とくに②説が多い。⁽¹⁶⁾

判例法の分野で、このように下級審が最高裁に造反し、最高裁の権威を失なっているのは、他にあるまい。それは、最高裁がこの種の事件で提案している合理性という概念が不明であるし、その使用方法に疑問があるからである。

たとえば最高裁が就業規則の一方的変更を法的に認める場合に引用した定年制について、色川幸太郎最高裁判事は、少数意見として、この場合使用者にとっては合理性があるが、労働者にとっては「不合理極まる一層の搾取」と述べ、下級審のなかには、この少数意見を導入するものも出ている位である。⁽¹⁷⁾

これまで、判例の合理性の引用は、転勤、出向、解雇、賃金に関する労働契約、労働協約をめぐる合理的解釈、また、それら人事の権利の濫用についてなされたものが多く、労働基準法が明確に宣言している労使対等で決定すべき労働条件を一方的に不利益に変更することができる基準として合理性は、余りにも内容が不明確で、そのこと自体が不合理である。労働基準法の初心に帰って、①を出発点とし、就業規則の改訂が合法的に行なわれた場合には、②で

処理すべきである。さらに、この問題の合理的処理は、むしろ裁判外で納得すくの労使協議決定に期待する。

八 組合活動、ストライキにたいする刑事罰からの解放

刑法第三五条の導入の功罪—諸般の事情

組合活動とくにストライキの教唆は、すでに述べたごとく、治安の見地から重い犯罪とされ、その背景では、組合活動とくにストライキは違法なものという観方が一般であった。

戦後労働組合法の産みの親である労務法制審議会は、団体交渉、組合活動はもとよりストライキにたいして刑罰法の濫用を防止するために、労働組合法の目的に合致し、その精神に基づく行為に刑法、暴力行為等取締法などの刑罰法の適用をしないという内容を答申したが、政府は、正当な団体交渉、組合活動、ストライキにたいして刑法第三五条を適用すると定め、正当なものとは罰しないとした。これが現行労働組合法第一条第二項である。

この正当性にアプローチする方法としては、労使の利益の比較衡量その他諸般の事情を考慮すべきであるが、このような見地から、刑事罰の構成要件に該当しても、労働組合法第一条第二項の引用する刑法第三五条により罰しないとする判例は、かなり多い。とくに、下級審に多い。それは、刑法第三五条の導入の成果の一つである。

ところが、刑法第三五条の導入によって、労使関係の特色を忘れて一般の市民事件と同様な手口の判例、とくに最高裁の判例が多い。つぎの二つだけを指摘しておく。

その一つは、最高裁判決の誤った手法である。最高裁第二小法廷は、日本電線、日本製線合併事件（その他、わたくしの気付いた七つの事件）で、「勤労者の団体交渉においても、刑法所定の暴行罪又は脅迫罪にあたる行為が行われた場合にまでその適用があることを定めたものでないと解すべきことは、当裁判所大法廷の判例（昭和二二年の三

一九号同二四年五月一九日宣告、集三卷六号七七二頁以下参照)とすると「述べている(昭29・8・20最(二)判)が、その最高裁大法廷によると、正当な団体交渉は、刑法第三五条の適用を受けるが、正当でない団体交渉であるなら、刑法第三五条の適用を受けないという当然の解釈をしているにすぎず、大法廷の判例の読み方が間違っているのではないか。

その二は、ピケに関する捉え方である。昭和二〇年当初、最高裁は、同盟罷業を労働力の不提供に限定し、他の権利の調和を強調し、不法に相手の自由意思を抑圧したり、人の財産にたいする支配を阻止するような行為は許されないとした(たとえば昭25・11・15山田鋼業所事件最大判)。この場合は平和的説得を出発点とした。

しかし日本国憲法は、アメリカ憲法とちがって、言論の自由の外、結社の自由(二一条)さらに団結権、団体行動権を保障しているので(二八条)、平和的説得プラスを予想している。しかも、その正当性は労使の対抗関係のなかで流動的に判断すべきである、という学説を無視できなくなり、昭和三〇年以降、ピケを諸般の事情から判定する最高裁判決が登場した。有名な三友炭鉱事件では、一審判決(昭23・3・22福岡地判)は、労働組合法第一条第二項の正当行為として刑法第三五条により無罪とし、二審判決(昭24・3・17福岡高裁)は、期待可能性の理論によって無罪としたが、最高裁(昭31・12・11)は、諸般の状況を考慮して刑法第二二四条の行為にあたらなかった。

その後、すでに述べた政府の最高裁判官の人事介入に成功し、公務員の争議行為にたいする刑罰による一律全面的禁止の合憲性について一八〇度の回転を示した最高裁大法廷判決は、ピケについても、「諸般の事情」の他に、「法秩序全体の見地」から、物理的ピケを有罪とし(昭48・4・25国労久留米駅事件最大判)、その後の最高裁判決は、これを踏襲している。それにしても、「法秩序全体の見地」は、流動性を特色とする労働運動にたいする可罰の基準としては抽象的すぎはしないか。

労働刑事事件にたいする労働法的アプローチの方法

労働組合法が制定された後、日本国憲法は、誕生したが、その第二八条で、「勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する」と定め、団体交渉、組合活動ならびに争議行為を憲法上の権利と宣言したのである。この段階において、わが国における団体交渉権、組合活動権、争議権は、ラグビーや夫婦喧嘩の内容を包含しながらも、たんなる違法性阻却でなく文字どおり権利の性格をもつにいたった。

したがって、団体交渉や組合活動や争議行為も、その正当性は、ラグビーや夫婦喧嘩の場合と同じく労使間の流動的に展開される対抗関係のなかで、評価されるべきであり、「諸般の事情」という法概念の使用は、その間の事情を示すものである。

この場合さらに注意すべき一つは、それが憲法の権利として保障されたことである（二八条）。団体交渉、組合活動、争議行為は、憲法上財産権その他の市民法上の権利と対等な地位でその権利を主張することができるようになった。

その場合もう一つ注意すべき点は、それは人間の尊厳の回復（憲法一三条）と労働者の生存権を支える唯一の手段（憲法二五条）の性格を有している点である。これにたいする刑罰の適用による介入は、労働者の生存権の規制だけでなくその人間の尊厳の否認に通ずるものがある。⁽¹⁸⁾

九 不当労働行為をめぐる民事訴訟と行政訴訟

不当労働行為にアプローチの方法——民事訴訟と異なる点

民事事件の民事訴訟とちがって、不当労働行為にアプローチする方法論上の特色として、つぎの点を指摘したい。

第一に、民事事件とは異なり、使用者の行為が有効か、無効かという点を重視すべきではなく、使用者の行為から受けた権利侵害が行政上の見地から行政救済すべきかどうか重点を置くべきである。

第二に、その場合労働者の解雇その他不利益な取扱いの救済という形をとるケースでは、一見して労働者の私的な権利の救済のように受取られるが、それは、たんなる個人の救済ではなく、その救済の法益は団結権という公益であることに注意すべきである。

第三に、従来 of 裁判は、とかく三段論法的手法により、たとえばある職場に Z という秩序違反行為をしたことにたいして懲戒に処するという規定がある場合に、「職場活動家の A は、Z という行為をした」「ゆえに A は懲戒解雇」という評価をしがちだが、同じような行為をした場合に、B には戒告にし、C には出勤停止にしたにすぎないのに、A だけを懲戒解雇にすることは差別である。従来 of 取扱いや他の社員にたいする取扱いは、その職場における生きた法ともいふべきもので、その追及が大事である。

第四に、労働組合の正当な行為にたいする使用者の介入行為が、行政救済に値する団結権の侵害であると判定するにあたっては、転々としてくりひろげられる集団的労使関係のなかで、労働組合の行為を夫々切り離すのではなく使用者の次々に展開する政策との関連で、しかもその使用者の政策を全体的 (トータル) に捉え、個々的には、使用者の一見正当な行為のように見えても、その背景の労働者の受取り方、労働組合の団結力にたいする深刻な影響などから、不当労働行為を把握すべきである。

わたくしは、さらに、労働委員会にたいして、民主性、専門性、迅速性、実効性の四原則を期待した。

このような期待をもって、不当労働行為をめぐる通達・判例の二著の外、かなり多くの論稿を書いたので、⁽¹⁹⁾ ここでは、判例の特色を述べておくに止める。

意外に多発した民事訴訟と行政訴訟

労働委員会は、不当労働行為事件について、かなり大きな成果をあげたと言つてよい。

しかし他方労働組合は、賃金のバックペイだけでなく団体交渉に応ずべきだという民事訴訟も提起し、勝訴した事例も、かなりの数に及ぶ。現行労働組合法は、重複訴訟を認めているが、民事訴訟では、現在のところ就労権は認めず、また、勝訴しても、間接強制力がないのに、敢て民事訴訟を提起するのは、勝訴による労働運動の成果を考えてのことだと思ふが、それだけ労働委員会オールマイティにたいする不信の念からでもある。

不当労働行為との関連で、使用者から、立入禁止の仮処分などの民事訴訟の提起も、見逃すわけにゆかない。しかし民事上の使用者の権利行使も不当労働行為として禁止される場合があるから、使用者にとつて民事訴訟がオールマイティとは言えない。比較的新しいケースをあげると、日本航空沖縄支店に、複数組合があり、支店は、移転先のビル内の事務所について、第二組合（組合員約五〇名）には供与を認めたが、第一組合（組合員五名）には供与を拒否した。最高裁は、その使用貸借の面で、第一組合に民事上の権利がないことを認め、会社に軍配をあげた（昭54・12・7最（二）判）。しかし沖縄地労委は、合理的な特段の事情がない限り、その差別は許さず、第一組合の組織を弱体化する意図の下になした不当労働行為とした（昭55・3・28）。

さらに、労働委員会の命令にたいする行政訴訟の多発も、気にかかる。この場合裁判所が労働委員会からの緊急命令（労組法二七条八項）の申請を却下する決定を行なうなら、実際の救済は、使用者の態度によつては、二〇年もかかり、二〇年後に救済されても、団結権の現状の維持の効果は少ない。不当労働行為のやり得ということになる。

伝統的民事法の考え方が優先した若干の事例

その一つは、執務時間中の要求貫徹のためのリボンなどの着用である。大体の労働判例によると、昭和四〇年前半

までは、業務の阻害がない限り正当だとされていたが、昭和四〇年後半以降業務の阻害でなく①所定の服装②職務専念義務違反で正当性を否認するようになった。最高裁も、大成観光事件で（昭57・4・13最(一)）、同じ考え方を踏襲した。

もとよりそれは、労使慣行がある場合には、権威はなく、また、その事実関係から、先例としての権威範囲は、狭く、さらに右①②は民事法上の考え方で、それを理由として団結に介入するなら、不当労働行為だとする労働委員会の命令は、その最高裁判決直後から登場している（昭57・4・21ワシントン靴店事件中労委命令、昭57・9・27朝倉コンクリート事件福岡地労委命令）。

もう一つは、組合活動のための使用者の施設の無断使用である。従来無断というだけでは、「正当」な組合活動である限り、処分はできないとされ、その正当性の判断は、その必要性、労使の利益の均衡など諸般の事情によって判断されてきたが、最高裁は、国鉄のピラ貼事件で、①使用者に受忍の義務のないこと②施設を使用させないことが権利の濫用など特別の事情がない限り正当な組合活動でないこと③国鉄の公共性からみて施設管理権の濫用にあたらなことを理由に戒告処分を認めた。（昭54・10・30国労札幌運転区事件最(三)判）

これは、最高裁の判決であるが、労働法の伝統的方法とは異なるし、また、一般的に先例となる考え方としては、問題点が少なくない。第一に、この判決が②の施設権の濫用の法理を否定するために「公共の福祉を増進する……目的」云々を引用しているように、この事件は国鉄という公共性の強い施設に関連したものである。

第二に、①のように、施設管理権について頭から「受忍」の義務を否認しているが、およそ対抗する権利間においては、団体行動権も受忍の義務を有するように、施設管理権も、受忍の義務を有すると解することが法常識であるまいか。

第三に、この判決によると、右の「受忍の義務」と「濫用」の二つのチェックを受けない限り、これを侵害する行為—無断使用は秩序違反として懲戒の対象となる。

しかし繰り返し返すが、一見秩序違反にみえても、労働組合法第七条により、これが正当な組合の行為と判定されるなら、懲戒の責任を負うことがないのである。右の国鉄の最高裁判決は、③によると秩序違反即正当性否認としているので、何か、一本抜けて逆立ちしている。

したがって、不当労働行為制度の運営の主役である労働委員会は、これまで、この最高裁とはちがった方法をとってきたし、これからも、最高裁の方法に直ちに同調しないだろう。

労働法的手法に傾いた最近の最高裁判決二つ

その一つ、西日本重機事件では、会社は、全金属の西重分会を結成した組合にたいしビラ配布に警告書を交付し、管理職をして脱退を勧めるなどの行為をさせる一方、夏季一時金などの賞与の算定に際し、ストライキによる不就労を欠勤と同一に取扱った。最高裁(昭58・2・24最(一)判)は、この警告書が労働組合法第七条第三号の支配介入にあたるとした二審判決を支持し、また、ストを欠勤と同一に扱うことについては、会社の分会嫌悪、脱退の勧告などの事実から、ストライキにたいする制裁として行なったものと認めることに理解を示し、労働組合法第七条第一号の差別取扱いにあたるとした二審判決の結論を正当とした。⁽²⁰⁾

その二、日本メール・オーダー事件では、会社は、「生産性向上に協力する」という労働協約を締結した労働組合の組合員には上積みの一時金を与えたが、その労働協約の締結を拒否した分会の組合員には、その一時金を与えなかった。それが不当労働行為になるかが争われた。

都労委命令(昭48・5・8)も、一審判決(昭49・3・21東京地判)も、不当労働行為だとしたが(労組法七条一

号三号)、二審判決(昭50・5・28東京高判)は、「分会の自由意思に基く選択の結果にほかならない」として、一審判決を取消した。最高裁は、この二審判決を取消した。

最高裁は、その生産性向上に協力するという前提条件は抽象的で具体性を欠き、しかも労働強化の危惧を解消する十分な説明もなされていないので、その前提条件を付することは合理性あるものとはい難いとし、したがってまた分会が受け入れないことを予測しえたに拘らず(会社)が固執したことによるもので、分会の自由な意思決定によるものとするには相当でないとしている。最高裁は、「全体としてみた場合には、分会に所属している組合員を、そのことの故に差別し、これによって分会の内部に動揺を生じさせ、ひいて分会の組織を弱体化させようとの意図の下に行われたものとして、労働組合法七条一号及び三号の不当労働行為を構成する」としている。⁽²¹⁾

一〇 きいごにーひとこと

わたくしは、労働法の行方を追う余り、労働法の判例に深入りしすぎてしまったが、実は、労働法学は、裁判外での合理的な労使解決の原理を発見し、体系化することを任務とするものである。それには、労使関係論と立法論が大きく関係する。

したがって、これに関連して、日本の労働法の将来像について、ごく近い将来、別の機会に述べたい。

註1 松岡三郎著「通達・判例実務労働法大系第1巻経営権・人事権と労働法一〇版」、同拙著「第2巻労働条件七版」、同拙著「第3巻安全衛生・労災補償」二版」、同拙著「第4巻労働組合」、同拙著「第5巻不当労働行為・労働協約」。以下拙著第1巻、第2巻、第3巻、第4巻、第5巻と引用するが、版を重ねる度に新判例をつけ加えたので、新しい版で引用した。

註2 松岡三郎「労働基準法の現状と展望」日本労働法学会誌36号三九頁以下

註3 労働基準法の労働者と使用者について、拙著第2巻七六頁—九三頁、九六頁—九八頁。一〇〇頁—一〇三頁、労働組合法

- の労働者と使用者について、拙著第5巻三九頁―五〇頁、労働安全衛生法の事業者について、拙著第3巻五六頁―七六頁
- 註4 拙著第1巻三四頁―三五頁、四二頁、松岡三郎「企業の自由と信条」（昭和四九年二月、法学セミナー二〇号）
- 註5 拙著第1巻九四頁―九八頁、松岡三郎「内定・見習社員」（昭和五二年五月法学セミナー二七七号）
- 註6 松岡三郎「我妻『意見書』と労働法―許婚と試用」（法律時報昭和四六年四月五〇九号）
- 註7 拙著第1巻一〇三頁―一〇四頁
- 註8 転勤、配転をめぐる労働契約の提え方について、拙著第1巻二一五頁―二一七頁、包括合意説、特定合意説について、同書二一八頁―二三六頁、合理的理由、信義則、バランスについて、同書二五六頁―二六六頁、なお松岡三郎著「人事・労務の法律」四一頁―四四頁、四七頁―五〇頁
- 註9 拙著第1巻二七〇頁―二七九頁
- 註10 拙著第2巻二七二頁―二七六頁
- 註11 松岡三郎著「人事・労務の法律」五九頁―六四頁
- 註12 拙著第1巻中解雇の自由論争について（二八九頁）、普通解雇について（二九四頁―三〇八頁）、整理解雇について（三〇九頁―三一七頁）、懲戒―懲戒解雇について（三二七頁―三五四頁）。なお、定年の合理性について、松岡三郎「定年延長をめぐる法律的諸問題」（日本労務学会編「定年延長をめぐる賃金・労務・法律」）
- 註13 スト中の賃金カット、賞与については、松岡三郎著「人事・労務の法律」八一頁―八三頁、相殺契約については、同著八八頁、使用者の責に帰すべき事由、スト不参加者にたいする賃金補償、休業手当については、拙著第2巻二二二頁、二二七頁―二二〇頁、夫々参照
- 註14 最高裁の判決とその批判的コメントについて松岡三郎著「人事・労務の法律」二〇一頁―二〇二頁
- 註15 現行労災補償額と民事賠償について、拙著第3巻四三七頁―四四八頁、労働者の過失相殺について、同書一一八頁―一二七頁
- 註16 詳しくは、松岡三郎著「人事・労務の法律」一四頁―一六頁、定年制の変更については、二五七頁―二六三頁
- 註17 定年についての註12の拙稿、註16の拙著
- 註18 刑事罰解放の答申については、松岡三郎「日本労働行政の生成」（松岡三郎・石黒拓爾「日本労働行政」）二一九頁―二三九頁、なお、団体交渉、ピケ、組合活動、争議行為と刑事責任の具体的判例の詳しいコメントについては、拙著第4巻二六

六頁—三二七頁

註19 拙著「不当労働行為の本質」(私法四号)、「不当労働行為—制度論」(中央公論六九卷五号)「不当労働行為」(法学セミナー一九五号)「人事権と不当労働行為」(中央労働時報五一九号)「使用者の言論の自由と支配介入」(峯村光郎編著「不当労働行為」)「不当労働行為制度」(労働の科学三三卷五号)「緊急命令制度の立法趣旨と却下決定の問題点」(月刊労委労協三〇〇号)

註20 拙著第5巻一〇九頁

註21 その他の膨大な不当労働行為事件に関連して、労働委員会の命令、裁判所の判決について、拙著第4巻と第5巻に詳細に述べている。とくに、バックペイ、緊急命令について、第5巻二〇七頁—二二二頁