

# 「労働者の就労不能の場合における賃金請求権の存否-労働者による履行の提供と使用者の受領遅滞責任の有無を基準に判断する立場からの検討-」

大足 知広

- I 初めに
- II 現行解釈上の問題点
  - 1 現行解釈
  - 2 具体的な帰結における問題点
  - 3 理論上の問題点
- III 民法上の双務契約における債務の牽連性
  - 1 原始的不能（成立上の牽連性）
  - 2 後発的不能（存続上の牽連性）
    - (1) 債務者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合（債務不履行責任）
    - (2) 債務者の責めに帰すべき事由によらないで生じた履行不能の場合（危険負担）
  - 3 履行上の牽連性
- IV 本構成における労働契約上の中心債務についての理解
  - 1 双務契約としての労働契約
  - 2 履行上の牽連性の特則
- V 労務の履行不能の原則的な処理
  - 1 労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合
  - 2 労働者の責めに帰すべき事由によらない履行不能の場合
- VI 労働者による履行の提供
  - 1 履行の提供の時期を確定することの必要性
  - 2 履行の提供の効果が認められる時期
    - (1) 現実の提供または口頭の提供による履行の提供
    - (2) 口頭の提供すら要さずに履行の提供の効果が生じる場合
  - 3 労働者に履行の提供が認められる時期
- VII 履行の提供後の法律関係の概説
- VIII 履行の提供と受領遅滞概念を導入した場合の危険負担事例の具体的帰結
  - 1 当事者双方の責めに帰することのできない事由による履行不能の場合
    - (1) 定刻通りに履行の提供を完了した労働者との関係
    - (2) 履行の提供ができなかった労働者との関係
    - (3) 定刻より遅れて履行の提供をなした労働者との関係
  - 2 使用者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合
- IX 正当なストライキによる履行不能の場合
  - 1 スト参加者と使用者との関係
  - 2 スト不参加者と使用者との関係
    - (1) 履行の提供があった労働者と使用者との関係
    - (2) 履行の提供がなかった労働者と使用者との関係
  - 3 部分ストの場合
- X 他の構成に対する考察
  - 1 使用者の責めに帰すべき事由の拡張解釈をおこなう立場について
  - 2 履行不能と受領遅滞を峻別する立場について

- 3 ノーワーク・ノーペイの原則について
  - (1) 労務の給付までは具体的な賃金請求権が発生しないとする考え方（現行解釈もここに含まれる）について
  - (2) ノーワーク・ノーペイの原則という概念についての疑問
- 4 一部ストの場合に非組合員にのみ休業手当を認めるという見解について
- X I 使用者の正当なロックアウトとの関係
  - 1 履行の提供と受領遅滞の効果
  - 2 使用者の正当なロックアウトの場合における法律関係
    - (1) 民事免責の効果
    - (2) 履行の提供と受領遅滞の効果に関するそれぞれの説からの帰結
    - (3) 検討
- X II 本構成における課題
  - 1 労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合における賃金カット
    - (1) 賃金カットと全額払いの原則
    - (2) 使用者の債権と労働者の賃金債権との相殺が全額払いの原則に反しないとされた事例
    - (3) 調整的相殺と中間収入控除の場合に賃金債権を受働債権とする使用者の一方的な相殺が許される根拠
    - (4) 債権者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合における使用者の損害賠償債権と労働者の賃金債権との相殺の可否
  - 2 労働者に不利な特約の処理
- X III 結び

## I. 初めに

労働者の労働債務が履行不能となった場合において、当該労働者がその不就労部分に対応する賃金債権を有するか否かという問題は、一般に、以下のような理論・基準に従って処理されているといわれる。

まず、労働者の具体的な賃金請求権は、労働者が実際に労働に従事して初めて発生する。他方、労働者が就労不能となった場合には、危険負担法理に従ってその賃金請求権の帰趨が決定されるものとされており、その履行不能が使用者の責めに帰すべき事由によるものである場合には労働者は賃金債権を失わないが、それ以外の場合には労働者は賃金債権を有しないのだという（以下、現行解釈という）。

しかしながら、その理論構成には不明な点が多く、また、こうした構成では個々の労働者に応じた妥当な解決を図ることができない。特に、不可抗力により就労できなかった労働者や、ストライキが行われた場合にストライキに参加していなかった労働者に対してまで賃金債権が否定されてしまうという帰結は、使用者のリスクと比して当該労働者にとって非常に酷である。このような帰結は、危険負担の法理から導き出されるやむを得ないものなのであろうか。

ここで、労働者が就労できない場合において実体法上いかなる法律効果が生じているかとい

うことを、今一度、民法上の一般的な双務契約の場合における処理に沿って検討してみると、より妥当な解決をなし得る法律構成が表出してくる。すなわち、労働者の履行の提供という概念を考慮に入れ、使用者に受領遅滞責任が生じるか否かという観点から、危険負担の処理を行っていく<sup>1</sup>という構成である（以下、本構成という）。そこで、本稿ではこれについて論じていくことにするが、論の構成は以下の通りである。

まず、現行解釈上の問題点を指摘した上で、本稿がそれをどのように解決していきたいのかを簡潔に示す（→Ⅱ）。その上で、論の前提として、危険負担等の基礎理論の確認も兼ねて、双務契約上の一方債務が履行不能となった場合の民法上の原則的な取り扱いについて確認し（→Ⅲ）、それを単純に労働契約に当てはめた場合、どのような帰結が導き出されるかを確認する（→Ⅳ、Ⅴ）。次に、履行不能の事案で債務者に履行の提供（と使用者の受領遅滞）が認められる場合には、危険の移転という効果が発生するため、先に確認した原則は修正されることになる。そこで、まず労働契約における履行の提供とはどのようなものを指すのかについて検討し（→Ⅵ）、その概念を考慮した上で改めて労務の履行不能の場合の処理がどうなるかを見ていく（→Ⅶ、Ⅷ、Ⅸ）。その後、本構成と他の構成との相違を確認し（→Ⅹ）、やや細かい論点が絡む正当なロックアウトの場合における処理について簡単に検討する（→ⅩⅠ）。最後に、本構成において問題となる点について検討を加え（→ⅩⅡ）、論を結ぶ。

以上が本稿の構成である。なお、本稿において受領遅滞の法的性質については、特に断りがない限り法定責任説<sup>2</sup>（受領遅滞責任は債務不履行責任とは異なるものであり、その成立に債権者の帰責性は不要であり、効果に契約の解除や損害賠償は含まれないという立場であり、判例<sup>3</sup>・通説の立場とされる）を前提として論を進めていく。

## Ⅱ．現行解釈上の問題点

### 1 現行解釈

労働者の就労が不能となった場合における賃金請求の処理についての現在の判例及びそれに倣う多数の学説の理論構成は、以下のように整理されている<sup>4</sup>。

<sup>1</sup> 既に雇用契約について受領遅滞による危険の移転という構成を唱えていたものとして、奥田昌道『現代法学全集 18 I 債権総論（上）』（筑摩書房，1982年）229頁。

<sup>2</sup> 鳩山秀夫『日本債権法 総論』（岩波書店，増訂改版，1925年）171頁，於保不二雄『法律学全集 債権総論』（有斐閣，新版，1972年）119頁，平井宜雄『債権総論（第2版）』（弘文堂，1994年）175頁，内田貴『民法Ⅲ 債権総論・担保物権』（東京大学出版会，第3版，2005年）97頁，円谷峻『債権総論・判例を通じて学ぶ-』（成文堂，第2版，2010年）138頁など。

<sup>3</sup> 最判昭和40年12月3日民集19巻9号2090頁。

<sup>4</sup> 土田道夫編『債権法改正と労働法』（商事法務，2012年）148頁以下〔村中孝史・坂井岳夫〕参照。

まず、具体的な賃金請求権は、労働者が実際に具体的な労働を行って初めて発生する。そして、就労不能が生じた場合には、それが使用者の責めに帰すべき事由による場合には民法 536 条 2 項に従い労働者の賃金請求権は失われないが、それ以外の場合には具体的な賃金請求権は依然として発生しないという<sup>5</sup>。

更に、ストライキが原因となって生じた就労不能については、原則として民法 536 条 2 項にいう債権者の責めに帰すべき事由による履行不能には当たらないとし、ストライキに参加していない労働者についても賃金請求権を失うという<sup>6</sup>。

しかしながら、こうした現行解釈は果たして妥当なものなのであろうか。現行解釈には、具体的な帰結の面からしても、理論構成の面からしても、問題があるというべきである。以下、これらの問題について述べる。

## 2 具体的な帰結における問題点

現行解釈に則って処理をした場合、不公平な帰結を導き出すことがある。

例えば、ストライキによりスト不参加者までもが就労不能となったような場合について考えてみると、当該労働者はストライキに参加せず実際に事業場に赴いて労働債務を履行しようとしているのである。それにも拘らず現行解釈がこの場合にも労働者に賃金請求権が認められないとしてしまうのは、労働者にとってあまりにも酷である。また、例えば労働者は定刻通りに出勤したものの不可抗力による事業場火災によって就労することができなかったという場合についても、現行解釈からは労働者がその危険を負担するという帰結が導き出されることになる。しかしながら、この場合、労働者としては就労の準備として自らなすべきことは全てなしているのであって、事業場における火災の発生は、その火災が当該労働者の責めに帰すべき事由によって生じた場合は別として、基本的には労働者の側ではどうすることもできない事情である。それにも拘わらず、この場合においても労働者が賃金という生計を維持する上で非常に重要な財源を得られなくなるというのは、一般的には労働者よりも優位に立つとされている使用者が負っているリスクに比して、あまりにも不公平である。

---

<sup>5</sup> 前橋地判昭和 38 年 11 月 14 日労民集 14 卷 6 号 1419 頁。

<sup>6</sup> いわゆるノース・ウエスト航空事件において、最高裁は、一部ストの影響を受けてなされた休業命令によってスト不参加者が就労不能となった場合につき、「使用者が……不当な目的をもってことさらストライキを行わしめたなどの特段の事情がない限り、右ストライキは民法 536 条 2 項の『債権者ノ責ニ帰スヘキ事由』には当たらず、当該不参加労働者は賃金請求権を失うと解するのが相当である」として、スト実行組合の組合員とそれ以外の労働者ともに賃金債権を否定した（最判昭和 62 年 7 月 17 日民集 41 卷 5 号 1350 頁）。また、同事件についての同日付の別の判決において、スト実行組合の組合員については、休業手当債権も否定された（最判昭和 62 年 7 月 17 日民集 41 卷 5 号 1283 頁）。

このように、現行解釈の処理の方法では、個々の労働者の態様に応じた妥当な帰結を導き出すことができない。

### 3 理論上の問題点

次に、理論上の問題として、現行解釈の理論構成には不明な点が多いということが挙げられる。例えば現行解釈は、労働契約においては労働者が労働をなして初めて具体的な賃金請求権が発生するとした上で、就労不能が使用者の責めに帰することのできない事由により生じた場合には賃金請求権が発生せず、使用者の責めに帰すべき事由により生じた場合には賃金請求権が失われまいとする。しかしながら、本来危険負担法理は、双務契約において一旦発生した債務における存続上の牽連性の問題を処理する法理であり、それを労働契約の場合において賃金請求権の発生・不発生という効果を導き出すものとして用いるための根拠が不明である。更に、そもそも労働者が実際に労働しない限り具体的な賃金債権自体が発生しないという原則を採用するのであれば、敢えて危険負担法理を持ち出す必要はなく、その原則自体によって処理が完結するはずである（→X - 3）。また、民法典上には履行の提供と受領遅滞という概念が存在し、それらの効果として危険の移転というものが観念されているにも拘らず、危険負担法理を用いる現行解釈においてそれが考慮されていないことも大きな問題である。このように、現行解釈を支える理論構成は多くの問題を有している。

以上のように現行解釈には様々な問題点が存在している。そこで本稿では、履行の提供と受領遅滞の機能に着目しながら、上記の現行解釈上の問題を解決することができる法律構成を立ち上げることを目指し、論を進めていく。

## Ⅲ. 民法上の双務契約における債務の牽連性

まず、論の前提として、一般に双務契約の一方債務の履行不能の場合における処理がどのようになされているのか確認しよう。双務契約において、一方の債務が履行不能等によって消滅した場合に、反対債務がどうなるかという点について、民法典の規定は、いくつかの場合に分けてこれを定めている。この規定の仕方から、判例及び民法学の伝統的な通説とされる立場はこの問題を以下のように処理する<sup>7</sup>。

---

<sup>7</sup> 以下、浅井清信『債権法に於ける危険負担の研究』（新青出版、復刻版、1996年（原版1942年）281頁・284頁・310頁・316頁）、小野秀誠『危険負担の研究-双務契約と危険負担-』（日本評論社、1995年）23頁・113

## 1 原始的不能（成立上の牽連性）

双務契約において、契約締結時において既に一方債務の内容が原始的に履行不能であった場合、当該債務は債務として成立せず、それに伴って反対債務も成立しない。契約自体が無効である<sup>8</sup>。

## 2 後発的不能（存続上の牽連性）

契約成立後において一方債務の履行が不能となった場合（後発的不能）に、反対債務はどうなるか。これについては、その履行不能が債務者の責めに帰すべき事由により生じたか否かで、その後の対応が異なる。

### (1) 債務者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合（債務不履行責任）

まず、その履行不能が債務者の責めに帰すべき事由により生じた場合には、当該債務は損害賠償債務に転化して存続するとされている。よってこの場合、一方債務の消滅という問題は生じないから、反対債務もそのまま存続する。これが債務不履行責任であり、ここでは危険負担の問題は生じない<sup>9</sup>。

### (2) 債務者の責めに帰すべき事由によらないで生じた履行不能の場合（危険負担）

次に、その履行不能が債務者の責めに帰すべき事由によらないで生じた場合には、履行不能となった債務は消滅する。それでは、それと牽連関係にある反対債務もこれに伴って消滅するとすべきであろうか、それとも反対債務のみを存続させるべきであろうか。これが危険負担と呼ばれる問題である。民法典は、その履行不能が債権者の責めに帰すべき事由により生じた場合には、反対債務は存続し、債務者はなお反対債権を行使することができるとしている。しかしながら、その履行不能が債権者の責めに帰すべき事由によるものでない場合（つまりは、当事者双方の責めに帰することのできない事由による履行不能の場合）には、当該債務が履行不能によって消滅するのに伴って反対債務も消滅する。これが危険負担の原則である（民法 536 条）<sup>10</sup>。

---

頁-118 頁、三林宏「原始的不能・不能無効」に関する一考察」伊藤進教授還暦記念『民法における「責任」の横断的考察』（第一法規、1997 年）95 頁、内田貴『民法Ⅱ 債権各論』（東京大学出版会、第 3 版、2011 年）47 頁-75 頁参照。

<sup>8</sup> 原始的不能の場合に当該契約が無効であるという原則を疑問視する声は強く、判例・学説において、契約締結上の過失という概念を用いて一定の場合に債務者の責任を問えるよう修正が図られている。

<sup>9</sup> 民法典上危険負担が債務者の責めに帰すべき事由による履行不能をその対象としていないのは、民法 534 条及び 536 条の文言からもみてとれる。

<sup>10</sup> なお、特定物の物権の設定及び移転を目的とする双務契約の場合には、危険負担につき 536 条とは異なる

### 3 履行上の牽連性

双務契約における中心債務の牽連性には、他に履行上の牽連性というものも挙げられる。内容としては、双務契約の場合における原則形態としては、両債務は同時履行関係に立つということである（民法 533 条）。

## IV. 本構成における労働契約上の中心債務についての理解

さて、Ⅲで一般的な双務契約の履行不能についての問題を見てきたので、いよいよ次は労働契約について見ていくことにしたい。まずこの章では、労働契約上の中心債務（給付債務）について本構成がどのように理解しているかを述べることにする。

### 1 双務契約としての労働契約

民法 623 条から、労働契約の成立によって労働者は契約内容に応じた「労働に従事する」義務を負い、それに対して使用者は契約内容に応じた「報酬を支払う」義務を負う<sup>11</sup>。これらが双務契約としての雇用契約の中心的な債務であり、他の双務契約と同様、両債務は成立上の牽連性を有しており、労働債務の発生と同時にそれに対応する賃金債務も発生すると考える。よって、賃金債務も契約（合意）の成立時に発生することになる。これに対し、現行解釈を含め、労働契約においては労働者が実際に労働しない限り、具体的な賃金請求権が「発生しない」という構成を採るものが多数説を形成していると思われる。しかしながら、このような構成は多くの問題を抱えており（→Ⅱ，X - 3），妥当でない。

### 2 履行上の牽連性の特則

学説の中には、民法 624 条の規定を、労働者が労務を完了しない限り具体的な賃金債権が発生しないことを定めたものであると捉えているものも数多くみられるが、私見としては、

---

規定がある。この場合、危険は債権者が負担する（民法 534 条）。その根拠は、一般にローマ法以来の伝統に基づくものとされている（「危険買主に在り」：浅井・前掲注（7）401 頁，「利ノ歸スルトコロ害モマタ歸ス」：梅謙次郎『民法要義 卷乃三 債権編』（有斐閣，大正元年復刻版，1984 年（原版 1912 年））417 頁）。また、民法 176 条と併せた所有者負担の原則に依るものであると理解し直そうとするものも存在する（潮見佳男『債権総論Ⅰ』（信山社，第 2 版，2003 年）470 頁，平野裕之『コア・テキスト民法Ⅴ 契約法』（新世社，2011 年）54 頁）。しかしながら、学説上は、いずれの立場からも同条の原則の妥当性について批判が強い。

<sup>11</sup> なお、労契法 6 条は、「労働契約は、労働者が使用者に使用されて労働し、使用者がこれに対して賃金を支払うことについて、労働者及び使用者が合意することによって成立する。」としており、また、労働契約と雇用契約との関係については以前から議論されてきたものではあるが、この点について検討することは本稿の主題ではないため、本稿においては雇用と労働という用語は意識的な使い分けをせず使用していくこととする。

同条は民法 533 条（同時履行の抗弁）の特則であり、履行上の牽連性あるいは賃金支払債務の履行期について、他の双務契約と異なる定めをした任意規定であると捉える<sup>12</sup>。

具体的には、同条 1 項により、雇用契約においては当事者間で特別の定めをしていない場合、使用者は報酬を労働終了時に提供すればよく、労働者は労働が終了する前の段階で使用者に賃金を請求することはできず、賃金が同時に支払われないことを理由に労務の提供をしないことも認められない。すなわち、特約がない場合における使用者の賃金支払債務の履行期（労働者の賃金請求権の行使が可能となる時期）は、約された労働が終了した後であるということになる。

また同条 2 項により、期間によって報酬を定めた場合には、労働者はその期間が終了した後に報酬を請求することができる旨規定している。これも要するに、報酬が期間によって定められている場合には、当事者間に特約がないのであれば、使用者の賃金支払債務の履行期はその期間が終了した時点であるということを決めているのである。

このように 624 条は、双務契約における同時履行原則の特則を定めたものであり、また、労働契約の成立によって発生した賃金支払債務の履行期についての任意規定<sup>13</sup>であるということになる。

## V. 労務の履行不能の原則的な処理

以上のように労働契約の法的性質を捉えるとして、Ⅲでみた一般的な双務契約における履行不能の事案に関する民法の原則的な処理を労働契約に当てはめると、以下のような結論が導き出される<sup>14</sup>。

---

<sup>12</sup> 起草段階において 624 条が同時履行の抗弁の特則規定とされていたことは明らかである（「労務契約ノ如キモノハ……其性質上同時履行ハ當ラヌノデアリマス若シ……同時履行ニ明文ガゴザイマセヌナラバ丸デ此處ニ置カヌガ宜シイ、……同時履行ノ明文ガアリマスカラ夫故ニ此處ニ其例外ヲ明文スル必要ガ出テ來タノデアリマス」：『日本近代立法資料叢書 4 法典調査会民法議事速記録四』（商事法務研究会，1984 年）464 頁〔穂積陳重発言〕、「本條ハ労務者カ報酬ヲ請求スルコトヲ得ル時期ヲ定メタルモノナリ……若シ本條ノ規定ナクンハ第五百三十三條ノ通則ニ依リ……」：梅・前掲注（10）685 頁）。

<sup>13</sup> 同規定自体は任意規定であるから当事者間においてこれと異なる特約を結ぶことは可能であるが、現在においては労働基準法により賃金の支払いにつき労働者の保護が図られている。よって、当該労働者に同法の適用がある限り報酬の定め等については強行法規たる同法 24 条の制限を受けるし、賃金支払債務の履行期について同条に違反する特約を結んだ場合もその特約は同条に反する部分につき無効となる。

<sup>14</sup> この点を明示しているものとして、宇都宮地判木支決平成 21 年 5 月 12 日労判 984 号 5 頁は、労働債務の受領拒絶の場合においても、民法 536 条の規定は「債務者の債務が消滅した場合」における「反対給付債権の消滅・滅失という「権利滅却に係る要件」を定める原則的な規定であるから、「債務者の責めに帰すべき事由」によって履行不能となったときには、債務者の債務が損害賠償債務として存続するため同条の適用の余地はない」としている。

## 1 労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合

労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合は、債務不履行責任の問題となる。この場合、労働者の債務は損害賠償債務に転化して存続するのであるから、反対債務たる使用者の賃金債務も存続することとなる(この帰結が有する問題点については後述する→X II 1)。

## 2 労働者の責めに帰すべき事由によらない履行不能の場合

この場合、当該履行不能は危険負担の問題によって処理されることとなる。労働契約の場合は民法 536 条の問題となる。よって、それが使用者の責めに帰すべき事由により生じた履行不能であれば債権者主義となり、反対債務たる賃金支払い債務は存続する(同条 2 項)。一方、そうでない場合(当事者双方の責めに帰することができない履行不能の場合)には債務者主義となり、反対債務たる賃金債務も消滅する(同条 1 項)。

以上が、履行不能に関する民法の伝統的な理解及び判例体系を労働契約にも当てはめた場合の帰結である。

そして次章からは、労働者が債務の本旨に従った弁済の提供をなしたか否かという視点を取り入れて、より具体的にこの問題の解決法を構成していくこととする。

## VI. 労働者による履行の提供

原則としては債務者が危険を負担する場合であっても、債務者が民法 492 条の効果を生じさせる「弁済の提供」(以下、履行の提供という)をなし、債権者がこれを受領することができない場合には、それ以降危険が債権者に移転する(危険の移転)<sup>15</sup>。よって、危険負担の処理に

---

<sup>15</sup> この効果は起草段階から意識されていた(「債務者が有効ニ弁済ノ提供ヲ爲シマシトキハ其ノ時カラシテ遅滞ニ依リテ生ジマス責ト云フモノハ總テ之ヲ免レルコトハ固ヨリ當然ノコトデアリマシテ……危険ノ場合モ含ミマス様ニ廣ク書イタ」:『日本近代立法資料叢書 法典調査会民法議事速記録三』(商事法務研究会, 1984 年) 367 頁 [穂積陳重発言], 「危険カ弁済ノ時ヨリ債権者ニ移轉スヘキ場合ニ於テハ其危険ハ弁済ノ提供ノ時ヨリ直チニ移轉スヘク」: 梅・前掲注 (10) 279 頁)。

この点について、奥富晃『受領遅滞責任論の再考と整序』(有斐閣, 2009 年)は、受領遅滞に関する起草者らの見解について独自の観点から分析した上で [151 頁 - 282 頁], 危険の移転について考える際には上記のような起草者らの見解は度外視してよいと結論付け、以下のように主張する。すなわち、危険負担の問題は受領遅滞制度の枠外のものであって、その帰結は専ら民法 536 条の原則によって判断すべき(すなわち、受領遅滞の場合であればその不受領が債権者の責めに帰すべき事由による場合にのみ、債権者が危険を負う)とする [294 頁・302 頁 (初出: 奥富「買主および注文者の引取義務問題に関する若干の考察・ドイツにおける近時の一議論の紹介を兼ねて」南山法学 22 卷 3 号, 2008 年)]。この分析は斬新な切り口からなされており、大変興味深いものではあるが、現時点ではその分析の妥当性についての検討が十分にできておらず、特に起草者見解についての理解を中心に疑念を捨て切れない部分も多いため、本稿における考察の時点では、履行の提供及び受領遅滞については、従前通りに理解しておくことにする。

なお、危険の移転が受領遅滞の効果なのか弁済の提供の効果なのかについては議論があるが、大抵の場合に

当たっては、労働者が履行の提供をなしていたかどうかという点が重要な意義を有しているのである。そこで、以下で労働者の履行の提供について検討していくことにする。

## 1 履行の提供の時期を確定することの必要性

どの時点で労働者に履行の提供が認められるかという点については、以下のような主張がなされると想定できる。すなわち、労働者の債務は労働に従事する債務であるから、労働者における履行の提供とは実際に労働に従事することであり、労働に従事しなかった場合には履行の提供がなかったものとすべきである、という主張である。しかし、履行の提供は履行の完了とそもそも異なる概念であり、履行の完了がなければ履行の提供がないというのは妥当ではない<sup>16</sup>。例えば売買契約の場合で考えてみよう。買主の中心債務は代金支払義務であり、売主の中心債務は目的物引渡義務である。ここで、売主が目的物を引き渡そうとしているのに、買主がこれを受け取ることができないとして受領を拒否したとき、売主が実際に目的物を引き渡していない以上履行の提供は認められないなどとはされない。もし実際に引渡しあるまでは履行の提供なしということになれば、民法 492 条や同法 413 条は機能しなくなってしまう。

すなわち、履行の提供と履行の完了との間には差異があるのであり、労働契約において労働に従事していない限り履行の提供は認められないということにはならないのである。従って、実際に労働に従事するまでのどこかの段階に、労働者に履行の提供が認められる時点があることになる。

## 2 履行の提供の効果が認められる時期

それでは、債務一般について、どの段階において債務者に履行の提供の効果が認められることになるのかをみていこう。

### (1) 現実の提供または口頭の提供による履行の提供

この点について、民法 493 条は、履行の提供は原則として債務の本旨に従って現実にし

---

はどちらの効果とを考えても特に差は生じないので、この章では特に区別することはしない。但し、後にロックアウトの問題に言及する際にこの論点に関連してくる（→X I）。

<sup>16</sup> 例えば、最判平成 10 年 4 月 9 日労判 736 号 15 頁における、「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」という判示も、たとえ口頭の提供であっても労務の履行の提供として認められ得ることを示しているものであり、実際に労務に従事することをもって履行の提供とされている訳ではないということは明らかである。また、小野・前掲注(7) 186 頁は、「給付行為」と「給付効果」という語を用いてこの点について言及している。

なければならない（以下、現実の提供という）が、債権者が予め受領を拒んでいる場合または債務の履行について債権者の行為を要する場合には、弁済の準備をしたことを通知して受領を催告すれば足りる（以下、口頭の提供という）と定めている。それでは、口頭の提供で足りるとされる「債務の履行について債権者の行為を要するとき」に当たるか否かの判断は、どのような基準で行っていくべきであろうか。参考までに、売買契約における取扱いをみておこう。

まず、持参債務については、現実の提供を要する場合に当たるとされている。具体的には、債務者が債権者の住宅等に代金または目的物を持参した時点（引渡しの時点ではない）で現実の提供があったものと認められる。よって、ここで債権者が受領拒絶または受領不能に陥った場合には、債権者に受領遅滞責任が生ずることになる。

これに対し、引取債務については、債務の履行について債権者の行為を要する場合に当たり、口頭の提供でよいとされている<sup>17</sup>。具体的には、債務者が代金または目的物を用意し、引渡しができる状態にあることを債権者に通知した段階で履行の提供があったものとされる。よって、ここで債権者が受領拒絶または受領不能に陥った場合には、債権者に受領遅滞責任が生ずることになる。

では、何故、引取債務のような「債務の履行について債権者の行為を要する場合」には、口頭の提供によって履行の提供を認め得るとされているのだろうか。その理由について、起草者は以下のように説明する<sup>18</sup>。債務者が履行に必要な行為のうち自己のみによってなすべき行為を完了して履行の意思を表示した場合には、厳密な意味で履行の完了ということとはできないけれども、それ以降において未履行の責任を負わせることは債務者にとって著しく酷である。従って、上記のような行為を弁済の提供として定め、債務者はその時点で未履行による責任を免れることとしたのである。

以上から、債務の履行に必要な行為のうち、債務者自身のみでなすべき行為を完了し、履行の意思が債権者に表示された時点をもって、履行の提供があったものというべきである。

---

<sup>17</sup> 梅・前掲注（10）282頁も、「債権者ノ行為ナケレハ現実ノ提供ヲ爲スコトヲ得サル」場合の例として「債権者カ債務者ノ許ニ來リテ債務ノ目的物ノ引渡ヲ受クヘキ場合」を挙げ、この場合においては「債務者ハ何時ニテモ其引渡ヲ爲スコトヲ得ヘキ準備ヲ爲シ之ヲ債権者ニ通知スルカ速ニ其物ヲ引取ルヘキ旨ヲ催告スルトキハ辨済ノ提供アリタルモノトス」としている。

<sup>18</sup> 「辨済ノ提供トハ債務者カ履行ニ必要ナル事項ニシテ自己ノミニテ爲スヘキモノヲ爲シテ履行ノ意思ヲ表示スルヲ謂フ……債務者カ債務ヲ履行セント欲スルニ方リ債権者カ其履行ヲ受ケサルトキハ嚴格ニ之ヲ言ヘハ未タ履行アリタリト謂フコトヲ得ス然リト雖モ債務者ヲシテ其結果ヲ負擔セシムルハ頗ル不當ト謂ハサルコトヲ得ス蓋シ債務者ハ其債務ノ履行ニ付キ自己ノ權内ニ在ル事項ヲ完了シタレハナリ」：梅・前掲注（10）279頁。

## (2) 口頭の提供すら要さずに履行の提供の効果が生じる場合

以上でみた類型に加え、たとえ口頭の提供をしたとしても債権者が弁済を受領しないことが明らかな場合においては、口頭の提供すら要さず履行の提供の効果が生じるものとされている<sup>19</sup>。

以上をまとめると、債務の履行に必要な行為のうち債務者自身のみでなすべき行為を完了し、履行の意思が債権者に表示された時点と、債権者が弁済を受領しないことが明らかな場合に、債務者に履行の提供の効果が認められるということとなる。

## 3 労働者に履行の提供の効果が認められる時期

それでは、いかなる場合に労働者に履行の提供の効果が認められることになるのであろうか。

まず、事業所に労働者が出勤して就労する典型的なケースにおいて、債務の本旨に従った弁済に必要な事項のうち労働者のみでなすべき事項とは何かを考えると、「業務に不可欠で労働者自身が事業所に持ち寄ることを要請されている用具を持って、就業可能な心身状態で、事業所に出勤する」ことであると考えられる。そして、このような状態で事業所に出勤すれば、客観的にみて、労務の履行の意思が使用者に表示されているといえる。よって、労務については、この時点で一旦民法 492 条にいう履行の提供があったものとすべきである（もっとも、労働の形態は多種多様であるから、個々の労働形態に応じて履行の提供として求められる行為に差が生じ得るのは当然であるし、また、一度出勤した後であっても、労働者が別の場面で新たに履行の提供を要求されると解釈されるようなケースもあるかも知れない。ここで述べているのは、あくまでも典型的な事態を想定した場合の基準である）。

また、例えば工場が全焼してしまい長期間にわたり休業せざるを得なくなったことが明らかとなったケースや使用者がロックアウトを宣告したようなケース（正当なロックアウトの場合の賃金債権の処理については、別途 X I で触れる）においては、先述した債権者が弁済を受領しないことが明らかな場合に該当し、使用者側から、受領が可能になった、あるいは受領をすることにした、ということが債務者に伝えられるまでは、労働者は現実の提供・口頭の提供のいずれもなすことなく履行の提供の効果を享受することができるということにな

---

<sup>19</sup> 最判昭和 23 年 12 月 14 日 LEX/DB 文献番号 27003594（傍論）、最大判昭和 32 年 6 月 5 日民集 11 卷 6 号 915 頁（なお、五名の裁判官が少数意見を有している）。

る。

## Ⅶ 履行の提供後の法律関係の概説

それでは、労働者が履行の提供をしたにも拘らず、その業務に従事することができず、かつ、それが当該労働者の責めに帰すべき事由に依らずに生じた場合（たとえば火災で事業所が就業可能な状態になかった場合など）においては、当事者間の法律関係はどのようなものとなっているのであろうか。

この場合、労働者に履行の提供が認められるのであるから、労務を受領することができない使用者は、その時点から受領遅滞に陥り民法 413 条の責任を負うというべきである。そして労働者の履行の提供と使用者の受領遅滞の効果として、労働債務の危険は使用者に移転する。よって、これ以降は、労働債務が時々刻々と履行不能となって消滅していく<sup>20</sup>が、消滅部分に対応する賃金債権については消滅せずに存続していくということになるのである。

以上をまとめると、履行の提供・受領遅滞→使用者に危険移転→労働債務が時々刻々と当該労働者の責めに帰すべき事由に依らない履行不能により消滅→危険負担の問題<sup>21</sup>→反対債権存続、ということになる。

次章以降では、この構成を採ることによって具体的な事案においてどのような帰結が導き出されるのか検討していく。

## Ⅷ. 履行の提供と受領遅滞概念を導入した場合における危険負担事例の具体的な帰結

それでは、履行の提供と受領遅滞という概念を挟むことによって、危険負担の場合における履行不能の処理はどのように変わるのであろうか。

### 1 当事者双方の責めに帰することのできない事由による履行不能の場合

例えば、天災等の不可抗力により事業所が火に包まれ、本来の業務の遂行ができないような場合を考えてみると、このような事例は、まず債務者の責めに帰すべき事由による履行不

<sup>20</sup> 奥田・前掲注(1) 229頁。

<sup>21</sup> ここで、宇都宮地栃木支決平成 21 年 5 月 12 日・前掲注(14)は、就労不能の場合における民法 536 条の立証責任の分担についての判示のなかで、労働者が履行の提供をしたにも拘らず、使用者がその受領を拒絶した場合には、その後「労働債務の履行の性質上、時間の経過とともにその債務の履行は刻々と不能となり」、またそれが「債務者の責めに帰することのできない事由による」ものである（危険負担の問題となる）ことも立証されたことになるとしている。なお、同決定は、その後の処理として、使用者の側が、同条 2 項にいう「債権者の責めに帰すべき事由」のないことを立証する責任を負うとしている。

能ではないから危険負担の問題となる。ここで使用者の責めに帰すべき事由を使用者の故意・過失と同様のものと捉えれば、使用者の責めに帰すべき事由による履行不能でもないから、危険負担の原則からすれば、民法 536 条 1 項が適用され、労働者がその危険を負担する（反対債務たる賃金支払債務も消滅する）ことになる。

それでは、これに履行の提供と受領遅滞についての考慮を加えた場合、どのような帰結が導き出されるのだろうか。

(1) 定刻通りに履行の提供を完了した労働者との関係

労働者の履行の提供（と使用者の受領遅滞）により、危険は使用者に移転し、その後の履行不能の危険は使用者が負担する。すなわち、刻一刻と労働債務は履行不能となって消滅していくが、反対債務たる賃金債務は存続することになる。従って、この場合において、労働者は賃金請求権を有するということになる。

(2) 履行の提供ができなかった労働者との関係

労働者が履行の提供ができなかった場合、使用者は受領遅滞に陥らず、危険の移転は生じない。よって、原則通りの処理となるから、当事者双方の責めに帰することのできない事由により労働債務が消滅したと判断される場合、それに対応する賃金債務も消滅する。従って、この場合において、労働者は賃金請求権を有しない<sup>22</sup>。

もっとも、長期にわたり就業不能状態が続いている場合においては、VI 3 でみたように、労働者が履行の提供をなさずともその効果が生じる。従って、この場合においては、労働者は賃金債権を有することとなる。

(3) 定刻より遅れて履行の提供をなした労働者との関係

履行の提供がなされていない間は、使用者は受領遅滞には陥らず、危険の移転は生じない。よって、この間において、当事者双方の責めに帰することのできない事由により生じた履行不能は、労働者が危険を負担する。一方、履行の提供がなされて以降は、受領遅滞の問題となり、使用者側に危険が移転する。以上より、この場合において、労働者は、履行の提供以降の部分についての賃金請求権を有する<sup>23</sup>。

---

<sup>22</sup> なお、履行の提供をなさなかったことについて労働者に帰責事由がある場合には、多くの場合、当該労働者の就労不能は労働者の責めに帰すべき事由による履行不能であると評価されることになるであろうから、債務不履行責任の問題として処理されることになる（この場合の具体的な処理については、X II - 1）。これに対し、労働者の責めに帰することのできない事由により履行の提供ができなかった場合には、当該労働者の履行不能は当事者双方の責めに帰することのできない事由による履行不能と評価せざるを得ないはずであり、ここで記したような処理がなされることになる。

<sup>23</sup> この場合も、定刻通りに履行の提供をなさなかったことにつき労働者に帰責事由がある場合には、当該労働者が履行の提供をなすまでの間に生じた履行不能は、当該労働者の責に帰すべき事由による履行不能と評価さ

ここまでみてきた、本構成における当事者双方の責めに帰することのできない事由による履行不能の場合の処理について簡潔にまとめると、以下ようになる。すなわち、労働者が履行の提供をなしたか否かに注目し、履行の提供をなしていない場合には時々刻々とその賃金債権が消滅していくが、履行の提供をなして以降は、使用者がその受領遅滞を解消しない限り、賃金債権は存続するということになる。

## 2 使用者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合

労働者の就労不能が使用者の責めに帰すべき事由によると認められる場合には、民法 536 条 2 項により使用者がその危険を負担するから、労働者の賃金請求権は消滅しない。例えば、使用者の責めに帰すべき事由により労働者が負傷し入院せざるを得なくなったような場合には、労働者は入院期間中も賃金請求権を失わない。この場合、初めから使用者が危険を負担しているから、入院期間中に労働者の履行の提供が認められないことは賃金請求権の存続を妨げる事情にはならない。

## Ⅸ. 正当なストライキによる履行不能の場合

それでは、正当なストライキによる履行不能の場合においては、どのように賃金債権の運命を決すべきであろうか。

まず、スト不参加者と使用者との関係においては、これを当事者双方の責めに帰することのできない事由による履行不能の場合と捉えることができる。

一方、スト参加者と使用者との関係についてはどのように評価すべきであろうか。まず、ストライキという行為を純市民法的な観点から評価すれば、それはスト実行者の責めに帰すべき事由による履行不能であって、スト実行者は使用者に対して債務不履行に基づく損害賠償責任を負うことになる。しかし、正当な争議行為としてストライキを実行した場合には、労組法 8 条にあるように、スト実行者は使用者に対する債務不履行責任を免責される。これを法律上どのように構成するかについては、違法性阻却説、構成要件該当性阻却説、市民法的評価排除説など様々な学説がみられるが、いずれの説を採ったとしても、その実体法上の効果に顕著な差

---

れることになるであろう。これに対し、履行の提供をなさなかったことにつき労働者に帰責事由が認められない場合には、労働者が履行の提供をなすまでの間に生じた履行不能についても当事者双方の責めに帰することのできない事由による履行不能と評価されることになる。そして、履行の提供がなされるまでは危険の移転が生じていないため、その間においては、民法 536 条 1 項により労働債務の消滅に伴い賃金請求権も消滅することになるのである。

が生じる訳ではないとされている<sup>24</sup>。そこで、ひとまず本稿においては民事免責の法的構成についての議論に立ち入ることはせず、正当なストライキの場合においては、民事免責によって当該労務の不履行は債務不履行としての法的評価を受けないという帰結に至るものであると理解しておくことにする。よって、正当なストライキによるスト参加者の労務の履行不能の場合、それは債務者の責めに帰すべき事由による履行不能としての評価を受けないため、危険負担の問題となる。そしてまた、これは使用者の責めに帰すべき事由による履行不能でもないから、結局当事者双方の責めに帰することのできない事由による履行不能として評価され、あとはその事案において危険の移転が生じているか否かが考慮されるということになる。

それでは、以下この場合における具体的な帰結をみていこう。

## 1 スト参加者と使用者との関係

スト参加者には、基本的に履行の提供があったと認められないであろう。すると、履行の提供がない以上、危険の移転は生じず、履行不能は原則通りに処理されることになる。そして、その後時々刻々と生ずる履行不能は、上記の通り当事者双方の責めに帰することのできない事由による履行不能と評価されるから、反対債務たる賃金債務も消滅していくこととなる。従って、スト参加者は賃金請求権を有しない。

## 2 スト不参加者と使用者との関係

次に、スト不参加者の場合についてみていく。

### (1) 履行の提供があった労働者と使用者との関係

スト不参加者の場合、通常は履行の提供をなすことになる。履行の提供があった場合には、それ以降使用者は受領遅滞に陥り、危険は使用者に移転する。従って、履行の提供以降の部分について、当該労働者は賃金請求権を有する。

### (2) 履行の提供がなかった労働者と使用者との関係

例えば、ストライキの実行者でない労働者が、不測の交通麻痺等によって終日出勤できなかった場合や、自宅から出るのを実力行使によって終日阻止された場合<sup>25</sup>、当該労働者

<sup>24</sup> この問題について、日本労働法学会編『現代労働法講座第5巻 労働争議』（総合労働研究所、1980年）24頁-34頁〔深山喜一郎〕参照。

<sup>25</sup> ただ、このような実力行使に対しては、使用者に賃金の支払いを求めることができなくとも、実行者らに対して不法行為に基づく損害賠償請求をすることによって賃金相当額の賠償を受けるという途は残されているというべきであろう。そして、このことはピケティング等による就労阻止の場合にも応用し得ると考えられる（ピケティングにつき同様の帰結を妥当とするものとして、下井隆史「争議不参加者の賃金請求権」下

は履行の提供をなさなかったものと認められる以上、危険は依然として労働者が負担している。よって、就労不能部分につき、当該労働者は賃金請求権を有しない。

以上のように、本構成を採ることによって、当該労働者が組合員であったか非組合員であったかではなく、当該労働者が実際に履行の提供をなしたかどうかを基準に賃金請求権の存否を判断することが可能となる<sup>26</sup>。

### 3 部分ストの場合

私見としては、ストライキによる就労不能の場合一般につき上記1及び2で示した処理を行うべきであると考えている。もっとも、たとえ一般的には上記の帰結が妥当するとしても、部分スト（指名スト）の場合については、スト実行組合に所属するスト不参加組合員にも賃金債権を認めるべきではないという批判があるかもしれない。しかし、たとえ通常業務が履行不能となるような場合であっても、労働者が履行の提供をなしている限りにおいては、当該労働者は使用者の指揮・命令に服する準備を完了したのであり、その履行の提供を使用者が受領できない、あるいは、受領しないといったことについてまで責任を負わされる道理はないのである。そもそも、労働者が履行の提供をした以上はそれが組合員であろうとなかろうと、当該労働者は、使用者に職場待機を命じられればそれに従うことになり、普段と異なる労務に従事するよう命じられれば（それが労働契約の内容に反しない限り）それに従うことになるというように、未だ労働契約上の義務に拘束されている状態にある。また、各組合員個人の意思と組合の意思とは同一のものではないのであるから、組合員というだけで一般に連帯責任を負わされるといっても筋違いである。よって、スト不参加労働者は就労不能部分に対応する賃金も請求できるとすべきである（なお、組合員には積立費から生活保障費等が支払われるであろうから、スト不参加組合員については休業手当等を支払う必要はない、という主張に対する批判は、X - 4）。

---

井＝浜田富士夫編・久保敬治教授還暦記念『労働組合法の理論課題』（世界思想社、第2版、1982年）229頁。  
<sup>26</sup> この点につき、外尾健一「労働争議と賃金債権」『外尾健一著作集 第2巻 団結権保障の法理Ⅱ』（信山社、1998年（初出：季刊労働法23号、1957年）111頁は、本構成とは労働契約や争議行為の法的性格について異なる構成に立つものではあるが、「賃金請求権は具体的な債権債務の関係であるから、純粹に個別的な労働契約の問題」であり、「部分ストが採用されても賃金を失うのは現実に指揮命令関係から離脱した労働者だけに限られ、労働力の提供がなされた以上（前述せるように現実に労働が行われたか否かは問わない）他の組合員に対しては賃金は全額支払われなければならない」としている（引用に当たり原文中の傍点は省いた）。なお、部分ストの与える影響が使用者にとって著しく酷く労使の立場が完全に逆転しているような場合には、使用者には争議行為としてロックアウトを行うという選択肢も生じ得るといふ点も考慮に入れておく必要があるだろう。

## X 他の構成に対する考察

このように、本構成をとった場合、当該労働者が履行の提供をなしたかどうか賃金請求権の有無の決定に大きな影響力を有している。これに対し、現在唱えられている学説等にはどのような問題点が存在しているのでしょうか。

### 1 使用者の責めに帰すべき事由の拡張解釈を行う立場について

学説の中には、伝統的な民法上の履行不能の処理方法に一定程度従いつつ、労働契約に関しては、民法 536 条 2 項の債権者の責めに帰すべき事由を、伝統的理解である使用者の故意・過失による場合よりも広い概念として認めようとするものがある。これらの説においては、同条にいう使用者の責めに帰すべき事由につき、使用者側の領域において生じた事情もこれに含めるとか<sup>27</sup>、使用者が不可抗力を主張できない全ての場合をいう<sup>28</sup>というような説明がなされるのが一般的である。

こうした考え方は、結局、履行不能の原因事象が民法 536 条 2 項の使用上の責めに帰すべき事由によるか否かによって賃金債権の帰趨を決することになるのであるから、個々の労働者の態様に応じた適切な処理をすることが難しい<sup>29</sup>。例えば、先程挙げた、使用者の責めに帰すべき事由につき使用者の故意・過失による場合のみならず使用者側の領域において生じた事由もこれに当たるという立場の下では、使用者の領域における事情を一般に使用者の帰責事由として構成してしまうため、就業時間中に事業場で火災が生じた場合において、火災発生時にそもそも出勤できていなかった労働者についても賃金債権が残存しているということになってしまうなど、画一的な帰結が導き出されることになりかねない。従って、本構成のように危険の移転を考慮するという方法を用いた方が、より柔軟に問題を解決することが可能なのである。特に、正当なストライキによる就労不能の場合においては、これらの見解

<sup>27</sup> 有泉亨『労働基準法』（有斐閣、1963年）255-261頁、島田信義「休業と労働者の賃金請求権」『市民法と労働法の接点』（日本評論社、1965年）153頁、近江幸治『民法講義IV 債権総論』（成文堂、第3版補訂版、2009年）87頁。

<sup>28</sup> 島田・前掲注（27）153頁、内田・前掲注（7）102頁。

<sup>29</sup> なお、536条2項を拡張解釈する立場の中において、本構成と同様に個々の労働者の態様を問題とするものが存在する。すなわち、下井・前掲注（25）208頁以下は、「労働者が履行の提供をなし、またはなしたにもかかわらず、使用者が労務の受領を拒否し、もしくは受領しえなかったために」就労不能が「生じたのであるならば、危険は使用者によって負担されるべきであり、したがって労働者の賃金および休業手当の請求権は消滅しない」〔240頁〕としつつ、理由は定かではないが「これを、民法四一三条の受領遅滞によって危険が移転すると理論構成することは適切でない」〔226頁〕とし、民法536条2項の解釈から導き出している。しかしながら、このような処理をするのであれば、受領遅滞の法的性質につき法定責任説に立つ限り、受領遅滞による危険の移転の問題として構成する方がやはり理に適っているように思われる。

と本構成との差異が際立つものとなろう。

## 2 履行不能と受領遅滞を峻別する立場について

学説の中には、履行不能と受領不能とを峻別した上で、労働者の就労不能がそのいずれに当たるのかを問題とするものがあり、例えば、ドイツ法の影響を受け、その原因が使用者側の領域にある場合には受領遅滞と評価し、原因が労働者側にある場合には履行不能と評価するというものもみられる。ここで受領遅滞の法的性質につき債務不履行責任説に立つ場合においては、履行不能を債務者の履行不能と債権者の履行不能（受領遅滞）とに区別する必要があると考えることもできるから<sup>30</sup>、上記の説はこのような考え方を採用した場合における両者の区別基準としての機能は果たし得る。

一方、受領遅滞の法的性質につき法定責任説に立つ場合においては、日本民法の構造からして危険負担と受領遅滞とはそもそも背反するものではないのであるから、本来、履行不能を上記のような二類型に峻別する必要性は存在しない<sup>31</sup>。すなわち、労働者の就労不能は労働債務の履行不能なのであり、そのうえで、（労働者に履行の提供が認められるか、）使用者に受領遅滞責任が生じているかといった点や、それは当事者のいずれかの責めに帰すべき事由によるものなのか、あるいは当事者双方の責めに帰することのできない事由によるものなのかといった点について、改めて検討すればよいのである。この場合においては、危険負担は双務契約における債務の存続上の牽連性についての規定であり、受領遅滞は債務者を遅滞の責任から解放し債権者に遅滞の責任を負わせる規定であって、後者の効果の一つとして、危険の移転があるに過ぎない。よって、労働契約における両者の関係は、労働者の責めに帰することのできない事由による就労不能という、危険負担法理の対象となるケースにおいて、（労働者が履行の提供をなし）受領遅滞が生じた場合には、その効果として危険負担の原則が修正されるという関係であるということになるのである。

従って、本構成においては、そもそも就労不能が履行不能と受領遅滞のいずれに当たるのかという問題意識自体を必要としておらず、就労不能の原因がいずれの領域に属するかという点は、あくまで履行の提供が認められるか否かを判断する上での一要素として位置付けられるに過ぎない。そしてこのことは、上記1で述べたように、労働者の行為態様等を考慮に

<sup>30</sup> 実際に、我妻栄『債権総論』（岩波書店、新訂版、1964年）239頁は、一般論としてはこのような考え方に立っていると思われる。但し、同『債権各論 上巻』（岩波書店、1954年）112頁は、民法536条2項の適用に関していえば履行不能と受領遅滞を区別する必要はないとしている。小野・前掲注（7）259頁も、受領遅滞の成立に債権者の帰責性を要求するのであれば、領域説を持ち出す意義は失われるとする。

<sup>31</sup> 小野・前掲注（7）256頁も同旨

入れた柔軟な解決が困難であるという領域説的な構成の問題点を克服することへと繋がる。

### 3 ノーワーク・ノーペイの原則について

(1) 労務の給付までは具体的な賃金請求権が発生しないとする考え方（現行解釈もここに含まれる）について

現在の学説においては、現行解釈のように、労働者が実際に労務を給付するまでは、具体的な賃金債権が発生しない（以下、賃金不発生原則<sup>32</sup>という）とする説が数多く見られる（なお、その根拠として、民法 624 条を挙げるものが多い<sup>33</sup>）。そしてこれらの立場は、一方で、就労不能の場合の処理は危険負担の原則に従うとしている。しかしながら、この考え方は以下のように理論上の問題を抱えている。

まず、労働者が労務を履行しなかった場合に賃金債権が発生しないのであれば、そもそも危険負担を論ずるまでもなく、履行不能の処理は賃金不発生原則によって解決されることになるはずであり、危険負担などという処理が出る幕は無い。また、民法 536 条の規定は双務契約における債権同士の存続上の牽連性に関する規定であって、未だ発生していない債権を発生させるという効果を導き出すものではない。よって、賃金不発生原則を採るのであれば、本来、その就労不能が使用者の責めに帰すべき事由によるものであろうがあるまいが、労働者に賃金債権は発生しないとすべきなのである。

また、一步譲って、何らかの理由で、使用者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合には使用者から労働者への補償を認める必要性があると考えたとしても、賃金不発生原則に立つのであれば、その補償の方法としては、不法行為（あるいは、労働契約上の付随義務違反という構成も考えられようか）に基づく損害賠償によるべきであろう。このように構成した場合、損害賠償債権については労基法の規定が適用されないことになる（但し、休業手当を否定しなければ、その額の限度においては労基法の規定が適用される）が、このような差異を肯定してこそ、労働契約特有の原則として賃金不発生原則を観念する

---

<sup>32</sup> 実際にはこの賃金不発生原則をもってノーワーク・ノーペイの原則としているものが多いが、労務を給付しなかった場合に賃金の「支払いを受けることができない」という内容を、労務を給付するまでは賃金債権が「発生しない」と捉える場合には、危険負担法理の適用の是非について大きな問題が生じると考えたため、本稿においては特にこの立場を指す名称として、このような文言を用いることにした。

<sup>33</sup> 水町勇一郎『労働法・Labor and Employment Law-』（有斐閣、第 4 版、2012 年）251 頁、浅倉むつこ・島田陽一・盛誠吾『有斐閣アルマ 労働法』（有斐閣、第 4 版、2011 年）139 頁・382 頁、西谷敏『労働法』（日本評論社、2008 年）566 頁、潮見佳男『基本講義 債権各論 I - 契約法・事務管理・不当利得-』（新世社、第 2 版、2009 年）212 頁。これに対し、根拠条文を示さないものとして、我妻栄『債権各論 中巻二』（岩波書店、1967 年）580 頁。

意義が見出せるといえよう<sup>34</sup>。

更に、これらの立場は、(意識的に行っているのか無意識で行っているのかは分からないが、)本来債務不履行責任の問題となるはずの労働者の責めに帰すべき事由による履行不能までも民法 536 条 1 項の場合に取り込んでしまっており、賃金不発生原則の内容が如何なるものなのかということについて、一層不明瞭にしているのである。

以上の点から、賃金不発生原則と危険負担法理とを併用することは妥当でないといえる。それでも敢えて両者を併用しようとするのであれば、少なくともそれを可能とする理論構成と、そのような構成を採る実質的な意義について、説明がなされなければならない。しかし、これらに関する説得的な説明は未だみられない(なお、仮に今後危険負担を借用することを可能ならしめる何らかの説明がなされたとしても、その場合に履行の提供による危険の移転を考慮しなければ妥当な帰結を導けないのは、既に 1 でみた通りである)。

## (2) ノーワーク・ノーペイの原則という概念についての疑問

現在の判例・学説においては、賃金不発生原則を含め、ノーワーク・ノーペイの原則というものが観念されているが、これは、果たしていかなる意図をもって行われているのであろうか。そもそも、労働契約特有の不文律としてノーワーク・ノーペイの原則を観念する意義があるようにはどうにも思えないのである。

まず、ノーワーク・ノーペイの原則を観念しないからといって、「労働者が労務を提供していないのに使用者に賃金の支払いを請求できることになる」などということにはならない。例えば、売買契約が締結された際に、売主が特に正当な理由もなく目的物を引き渡す準備が整っていないとき、買主に対して代金を支払うことを求めたとしても、売主が履行の提供をしていない以上、その請求は民法 533 条の同時履行の抗弁規定によって否定されるのである。そして、雇用契約においても民法 624 条という規定が存在し、起草者はそれを同時履行規定の特則であるとしているのであるから、労働者が労務の提供をなしていないにも拘らず使用者に対し賃金の支払いを求めたとしても、その賃金支払請求は同条によって否定されることになるはずである。

また、労働者の責めに帰することのできない事由による履行不能の場合には、賃金不発生原則を唱える立場からでさえも、危険負担法理によって処理するとされている。する

---

<sup>34</sup> しかしながら、使用者の責めに帰すべき事由による就労不能の場合において、当該就労不能部分に対応する賃金額の 6 割にしか労基法上の保護が及ばないという帰結は、果たして妥当なものなのであろうか。このような帰結を妥当とする合理的な根拠があるようにはどうにも思えない。やはりこの場合には、不就労部分相当額について労基法上の保護を与えるべきだろう。従って、使用者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合に使用者の不法行為として構成するという方法は、結局、妥当でないといえる。

と、この場合もノーワーク・ノーペイの原則は民法上の原則と異ならない。本来ならば（賃金不発生の原則からは特に）、この場合に危険負担を用いずに賃金支払請求を否定してこそ、ノーワーク・ノーペイという原則の独自性が強調できるはずである。先述したように、もし何らかの理由で労働者への補償を認める必要があるとしても、それを損害賠償として構成するなどしてノーワーク・ノーペイという結果に出来る限り近づける方法も存在しているのである。それにも拘らずこの場合を危険負担で処理するとしているため、ノーワーク・ノーペイという原則の内容は非常に不明瞭なものとなっており、果たして、その原則から演繹的に法律問題を処理することができるまでにその内容が確立しているのか疑問であると言わざるを得ない。むしろ、民法 536 条における危険負担の法理を中心とした、契約の成立時に債権が発生することを前提とする民法上の原則から導き出される帰結に、単に名称を付したに過ぎないようにも感じる。

ただ、労働者の債務不履行の場合に限っては、ノーワーク・ノーペイの原則という不文律を観念するメリットが皆無という訳ではない。すなわち、現在の成文法の規定からは、労働者の責めに帰すべき事由による不就業部分相当額をカットして賃金を支払うことが労基法 24 条に抵触しないかという問題を考慮する必要がある（→X II - 1）。これに対し、賃金不発生の原則を持ち出せば、労働者の不就業部分に対応する賃金債権はそもそも存在しなかったことになるから、賃金カットが同条に抵触しないとすることは容易であろう。よって、この場合に限っては不文律たる賃金不発生の原則を観念する実質的意義が存するということになる。もっとも、このことは労働契約に危険負担法理を適用することとは非親和的であるから、上記(1)で述べたように危険負担法理を適用しない構成を採用するのであれば、整合性がとれなくなってしまう<sup>35</sup>。それに加え、賃金カットが禁止されたとし

---

<sup>35</sup> なお、ノーワーク・ノーペイの原則に関する一般的な理解から離れて、例えば「労働者が労働者自身の責めに帰すべき事由により労働債務を履行しなかった場合には、それに対応する反対債務が消滅する」という原則としてこの原則を認める（同見解とまではいえないが、菅野和夫『法律学講座双書 労働法』（弘文堂、第 10 版、2012 年）737 頁の記述が比較的これと近い。）ことによって、民法 536 条の適用を残しつつ、債務不履行の場合において相殺を問題とすることなく不就業時間相当分の賃金控除を可能にすることはできると考えられる（これに対し、賃金請求権が「発生しない」という構成では、前述のように危険負担法理との併用に論理的矛盾が生じることは、既にみた（→X 3））。この場合、ノーワーク・ノーペイの原則とは、労働契約における債務不履行責任の特則であるということになり、以後比較的容易に帰責性のある労働者の賃金請求権を否定することができることにはなる。しかも、この場合、賃金請求権はもともと存在していたものとされるのであるから、債務者の責めに帰すべき事由によらない履行不能の場合には、存続上の牽連性の問題として自然に危険負担を持ち出すことができるのである。

しかしながら、この構成については、何故雇用契約の場合においてのみ反対債務が消滅することになるのか、その根拠が不明である。根拠条文として民法 624 条を挙げることができるという意見もあるかもしれないが、624 条の規定の体裁からしてこれを債務不履行責任の特則として解釈するには無理があり、同条の解釈としては、雇用契約において、双務契約の一般原則たる同時履行の原則の特則を定めた任意規定であるとする方が素直である（前掲注（12）速記録四 464 頁、梅・前掲注（10）685 頁）。従って、624 条を根拠とすることは

でも最終的な収支が異なる訳ではないため、その差は専ら控除ができるか否かというものととどまる点、本構成によっても債務不履行時の賃金債権との相殺が認められる可能性がある点（→XⅡ-1）も考慮すれば、ノーワーク・ノーペイの原則を不文律として観念し、ある場合についてはこれを用いずに民法上の原則から処理する一方で、別の場合については民法的な処理を排斥しノーワーク・ノーペイの原則という不文律から演繹的に法律問題を処理する、ということが妥当であるかは極めて疑わしいといわざるを得ない。結局のところ、ノーワーク・ノーペイの原則という言葉が独り歩きしている感が否めないのである<sup>36</sup>。

#### 4 一部ストの場合に非組合員にのみ休業手当を認めるという見解の問題点

3でみた説の中には、その後の処理として、一部ストの場合におけるストライキを行った組合に所属していない労働者（他組合の組合員と非組合員。以下これらをまとめて非組合員ということにする。）については、労基法26条にいう使用者の責に帰すべき事由による休業に当たるとして、平均賃金の6割に当たる休業手当を認めるものがある<sup>37</sup>。

しかしながら、ストライキに参加していなかったのはスト不参加の組合員も同じであり、非組合員であるか組合員であるによって帰結が左右されるべきではない。ここで、組合員がストライキに参加しない場合としては、組合の方針として一部の者のみがストライキを実行すると決定された場合（部分ストや指名ストの場合）と、組合員自らがストライキに反対して出勤した場合とに分けることができるだろう。まず、前者の場合については、既にIX3でも触れたように私見としては賃金債権を認めるべきであると考え。次に、後者の場合についてみれば、彼らはむしろ就労しようとしているのであって、組合員であったからといって就労不能の責任を負わされる筋合いはない。このことによって、当該労働者と組合との間で問題を生じることがあり得るにせよ、使用者との間で賃金に関する問題を生じさせる必要性は全く存在しない。

なお、組合員については積立費から生活保障費が拠出されることが想定されるから労基法

---

できない。また、民法623条の対価関係を根拠として挙げるものもある（菅野・前掲注（35）278頁）が、対価関係の条文は双務契約には須らく存在するのであって、それらの規定がノーワーク・ノーペイの原則に相当する原則を定めたものとして解釈されていないことからしても、623条を根拠とすることは妥当ではない。よって、これを正当化するとしたら、雇用契約特有の取引通念によるものであるとでもいう外ないだろう。

<sup>36</sup> なお、現在のノーワーク・ノーペイの原則という概念について、本稿とは異なる観点から問題を指摘するものとして、山口浩一郎『労働組合法』（有斐閣、1983年）248頁・252頁。

<sup>37</sup> 水町・前掲注（33）378頁、西谷・前掲注（33）567頁。また、これらとはやや法律構成が異なるが、菅野・前掲注（35）740頁も同旨。判例については、これらと同一の基準に依ったとは必ずしも言い切れないものの、前掲注（6）ノース・ウエスト航空事件は、事案の解決としてはこの立場と同様の帰結で確定した。

26条による手当の必要がないとの見解もある<sup>38</sup>が、積立費から生活保障費が拠出されるか、拠出されるとしてもその額はいくらかといった点については組合の方針に委ねられており、ストライキに参加しなかった組合員には賃金も休業手当も与えないということを一般的な原則として採用すべきではない。その上で、ストライキに参加しなかった組合員にも実際に組合から補償金が支払われ、かつ、それが労務を免れたことによって得た利益であると評価される場合においては、当該スト不参加労働者との関係では危険の移転によって使用者が危険を負担している以上、民法 536 条 2 項後段（利益償還）の規定を類推適用することによって調整を図ることも可能である<sup>39</sup>。

従って、組合員であるか非組合員であるかによって休業手当（本構成においては賃金）の支払いに差を付けるべきではない。

## X I . 使用者の正当なロックアウトとの関係

労働者の争議行為に対し、使用者がいわゆるロックアウトをもって対抗することが法的に許容されるかという点につき、学説はかつて、これを緊急避難等の実定法上の規定で許容される範囲内で認めるという立場（いわゆる「市民法的考察」）と、使用者にも争議権を認めた上でその正当な行使としてロックアウトが行われている限り許容されるという立場（いわゆる「労働法的考察」）とに分かれ激しく対立していた<sup>40</sup>。

そのような状況の下で、最高裁はいわゆる丸島水門事件判決<sup>41</sup>において、労働争議に際し「労働者側の争議行為によりかえって労使間の勢力の均衡が破れ、使用者側が著しく不利な圧力を受けることになるような場合には、衡平の原則に照らし、使用者側においてこのような圧力を阻止し、労使間の勢力の均衡を回復するための対抗防衛手段として相当性を認められるかぎりにおいては、使用者の争議行為も正当なものとして是認されると解すべきである」として、ロックアウトが使用者の正当な争議行為として取り扱われる場合があることを認め、この場合においては、使用者はロックアウト期間中における対象労働者に対する賃金支払義務を免れると判示した。

---

<sup>38</sup> 水町・前掲注（33）379頁。

<sup>39</sup> 生活保障費について、どのような場合に民法 536 条 2 項後段によって償還されるべき利益に当たると判断するかについては、見解が分かれるであろう。なお、現在の判例の立場からすれば、労働者に支給された生活保障費が償還利益に該当するときに、それに相当する額を使用者が一方的に控除して賃金を支払う場合には、基本的にその控除は平均賃金額の 4 割を超えることができないということになりそうである（→X II (2)(iii)）。

<sup>40</sup> 「市民法的考察」、「労働法的考察」という用語につき、担当者記載なし「判解」最判解民事篇昭和 50 年度（法曹会，1979 年）186 頁-187 頁から引用。

<sup>41</sup> 最判昭和 50 年 4 月 25 日民集 29 卷 4 号 481 頁。

しかしながら、判例においては使用者が争議行為として正当なロックアウトをなした場合に  
いかなる論理の下で対象労働者に対する賃金債務が消滅するのかという点が明らかにされてお  
らず、疑問が残るところである。もっとも、上記丸島水門事件判決はいわゆる「労働法的考察」  
の立場に立ったものであるとされており<sup>42</sup>、使用者の争議権の行使についてはそもそもこれに  
関する実定法上の規定が存在していないから、効果論においてもこのような概念を認めた趣旨  
から、あるべき効果を抽象的に導出せざるを得ないという面もあったのかもしれない。それは  
それで分からなくもない。

しかしながら、判例も学説の大勢も、労働者が正当な争議行為としてストライキを行った場  
合の賃金債権の存否については、争議行為の趣旨からではなく、一応（「現行解釈」に基づく）  
私法秩序に沿って判断しているのである。それならば、たとえ「労働法的考察」に基づいて使  
用者のロックアウトを論ずるのだとしても、やはり実定法の規定に則った上で効果論を展開す  
るのが望ましいのではなかろうか。そしてこのことは、同じく正当なストライキの場合に賃金  
債権の存否を私法秩序に沿って決する本構成においても異ならないといえよう。

従って、この章では、本構成の下で、使用者の正当なロックアウトの場合の効果を実定法の  
規定に沿って考察していくことを試みる<sup>43</sup>。

## 1 履行の提供と受領遅滞の効果<sup>44</sup>

まず、この問題を考える前提として、履行の提供と受領遅滞それぞれの効果について簡単  
に確認しておくことにする。履行の提供と受領遅滞の効果としては、一般に、①債務者はそ  
れを理由として不履行責任を問われない、②債権者の同時履行の抗弁が制限される、③債務  
者が善管注意義務を負っている場合には自己のものに対するのと同じの注意義務に軽減され  
る、④増加費用が生じた場合には債権者が負担する、⑤債務者の負っている危険が債権者に  
移転する、⑥供託が可能となる、といった内容が挙げられる。

---

<sup>42</sup> 担当者記載なし・前掲注（40）最判解 187 頁。もっとも、リーディングケースである最判昭和 50 年 4 月  
25 日・前掲注（41）の事案は、労働者側の争議行為が「暴力行為を伴う相当熾烈なもの」であったとされた  
ケースであり、これ以降最高裁はロックアウトに正当性を認めることに慎重な姿勢をみせていることには注意  
を要する。正当性を否定した例として、最判昭和 50 年 7 月 17 日裁判集民事 115 号 465 頁、最判昭和 55 年 4  
月 11 日民集 34 卷 3 号 330 頁、最判昭和 58 年民集 37 卷 5 号 636 頁。これに対して正当性を肯定した例とし  
て、最判平成 18 年 4 月 18 日民集 60 卷 4 号 1548 頁。

<sup>43</sup> 使用者のロックアウトについては、これまでにその法的根拠、正当化基準、効果等について様々な議論がな  
されてきた（日本労働法学会編・前掲注（24）234 頁以下〔小西國友〕、下井隆史「使用者の争議行為・ロック  
アウトをめぐる諸見解の整理と検討」沼田稲次郎先生還暦記念『労働法の基本問題 下巻』（総合労働研究所、  
1974 年）389 頁・394 頁参照）が、本稿ではこれらの議論に深く立ち入らない。

<sup>44</sup> 内田・前掲注（2）81 頁・99 頁、星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』（良書普及会、補訂版第 5 刷、1988  
年）135 頁・269 頁、中田裕康『債権総論』（岩波書店、新版、2011 年）192 頁参照。

この内、一般的には、①と②は履行の提供の効果であり、⑥は受領遅滞の効果であるとされている<sup>45</sup>が、③から⑤についてはどれが履行の提供の効果で、どれが受領遅滞の効果であるかについては見解の統一には至っていない。

## 2 使用者の正当なロックアウトの場合における法律関係

それでは、使用者の正当なロックアウトの場合における法律関係について、具体的な考察に入っていこう。

### (1) 民事免責の効果

受領遅滞の法的性質についての判例・通説の立場である法定責任説を採った場合、受領遅滞は使用者の債務不履行責任ではなく、原則としてその成立に債権者の帰責性は不要である。すると、使用者がロックアウトをした場合、「市民法の一般原則からすれば、使用者に受領遅滞の責任が生じ、あるいは債権者の責に帰すべき履行不能による危険負担を免れないことになる」<sup>46</sup>。しかしながら、判例はロックアウトが使用者の正当な争議行為と評価される場合があることを認めた。

それでは、ロックアウトが使用者の正当な争議行為として認められる場合においては、これによっていかなる法律効果が生じるのであろうか。この点については、労働者の争議権の行使に倣い、使用者は、ロックアウトすなわち使用者による受領拒絶行為により生ずべき民事上の責任を免れるということになるだろう。すなわち、労働者の正当なストライキによる就労不能の場合における処理と同様に考えれば、正当なロックアウトによってその対象労働者に生じた就労不能は、使用者の責めに帰すべき事由による履行不能としては評価されない。また、受領拒絶行為は、市民法上は受領遅滞として評価される行為であるけれども、それが正当な争議行為として認められる場合には、使用者は民法 413 条の受領遅滞責任を免れる（その法的構成については、やはり違法性阻却説、構成要件該当性阻却説、市民法的評価排除説のいずれを採ることも可能であろう）。

これに対して、使用者の民事免責の効果は労働者による履行の提供には及ばないというべきである。というのも、争議行為における民事免責効は、争議行為者に責任を生じさせる私法規定との関係で、当該争議行為が、あるいは違法性を阻却され、あるいはその規定の構成要件に該当せず、あるいはその規定の定める法的評価を受けない、ということから

<sup>45</sup> 但しこれと異なる見解もある。例えば、我妻・前掲注（30）債権總論 234 頁。なお、奥富・前掲注（15）294 頁-302 頁の見解及びこれに対する本稿の立ち位置については、注（15）で記した通りである。

<sup>46</sup> 担当者記載なし・前掲注（40）最判解 186 頁。

導かれるものであった。すると、民事免責によって争議行為たる受領拒絶行為自体に対する法的判断に影響が出ることはあっても、それを超えて、例えば労働者による履行の提供行為につき、民法 492 条の構成要件該当性が阻却されるとか、労働者の行為が同条にいう履行の提供としての法的評価を受けないといった帰結を導き出すことにはならないであろう（履行の提供が、自己のみによってなすべきことを完了した債務者につき、遅滞の責任を免れさせるために設けられた制度であることは既に確認した通りである<sup>47)</sup>。よって、ロックアウトが正当な争議行為として認められる場合であっても、そのことから労働者の履行の提供の効果が否定されるということにはならないのである。

また、ロックアウトの場合には使用者が予め労務の弁済を受領しないことが明確であると認められるのが通常であろうから、労働者が全く労務の履行の意思を有していないなど特段の事情のない限り、労働者に履行の提供の効果が認められると考えることができるだろう（→VI 3）。

以上をまとめると、使用者の正当なロックアウトによる就労不能の場合には、労働者が履行の意思を有している以上は、履行の提供の効果は生じるが、使用者の受領遅滞の効果は生じないという状態にあるということになる。ここで、1 でみた①～⑥の効果の中で、賃金債権の存否に影響を及ぼし得るのは、⑤の危険の移転のみである。従って、これを履行の提供の効果と捉えるか、受領遅滞特有の効果として捉えるかによって、結論に差が生じることとなる。

## (2) 履行の提供と受領遅滞の効果に関するそれぞれの説からの帰結

それでは、危険の移転を履行の提供の効果と捉えるか、受領遅滞特有の効果として捉えるかによって、具体的な帰結がどのように異なるのかについてみてみよう。

(i) 危険の移転を履行の提供の効果（ないし履行の提供と受領遅滞に共通の効果）であると捉える立場<sup>48</sup>

⑤の危険の移転が労働者の履行の提供の効果に含まれると考えれば、使用者の民事免責の効果として当該履行不能が使用者の責めに帰すべき事由によるものではないと評価されたとしても、労働債務の履行の提供の効果として危険が使用者に移転するために、労働者は就労不能部分につき賃金債権を有することになる。

<sup>47</sup> 梅・前掲注（10）279 頁。

<sup>48</sup> 於保・前掲注（2）384 頁、円谷・前掲注（2）141 頁。

(ii) 危険の移転を受領遅滞に特有の効果であると捉える立場<sup>49</sup>

⑤の危険の移転を受領遅滞に特有の効果であると捉えれば、正当なロックアウトの場合には危険の移転の効果が生じず、また当該履行不能が 536 条 2 項の場合ではないと評価されるのであるから、536 条 1 項の原則通りに処理されることとなり、就労不能部分に対応する賃金債権は消滅することになる。

### (3) 検討

以上の考察から、本構成の下で正当なロックアウトの効果について論理的に考察していくと、履行の提供と受領遅滞それぞれの効果をどう捉えるかによって、二通りの帰結があり得ることが示された。そこで、これらの帰結の妥当性について検討してみようと思う。

まず、労働者が正当なストライキを実行した場合の帰結がどうであったか想起すると、本構成においても、判例、学説上も、スト参加者には賃金請求権が認められないという帰結を導き出すという点では一致している。それならば、労働者が正当な争議行為を行った場合には労働者がその危険を負担するにも拘らず、使用者が正当な争議行為を行った場合に使用者がその危険を負わないというのでは不公平感を覚える。

しかしながら、実際問題として、ロックアウト時に賃金請求権を認めてしまうと、ロックアウトをなしても組合側に何ら圧力がかからないということとなり、争議行為として使用者にロックアウトを認める意義が失われることになる。すると結局、争議行為としてロックアウトを認容する以上は、正当なロックアウトの場合には労働者はその部分に対する賃金の支払いを使用者に請求できないという帰結を、事実上、導き出さざるを得ないといえよう。

すると、帰結の面からは危険の移転を履行の提供の効果として捉える立場が妥当であるということになりそうである。ただ、これはあくまで帰結の面からの検討に過ぎない。これに対し、それぞれの立場の理論的な面からの優劣についての検討は、本稿の段階では十分に行うことができなかつた。また、帰結においても、危険の移転を受領遅滞特有の効果と捉えることによって、他の契約類型において不都合が生ずることがないかという点についてはなお検討が必要であろう<sup>50</sup>。これらの点については引き続き考察を重ねていく次第

<sup>49</sup> 鳩山・前掲注(2) 179頁, 平井・前掲注(2) 176頁, 内田・前掲注(2) 100頁。

<sup>50</sup> もっとも、通常のケースにおいては、危険の移転を履行の提供の効果と捉えようが受領遅滞特有の効果と捉えようがその帰結に影響が及ぶことはない。

これに対する「例外的な場合」として、内田・前掲注(2) 100頁は、特定物の引渡債務につき、それが取立債務であって、かつ、目的物の受領時に危険が移転するとの特約が付されている場合を挙げ、この場合においては危険の移転は受領遅滞特有の効果であるとすべきであるとする。もっとも、このようなケースは、危険

であるが、ひとまず現時点における暫定的な評価として上記の検討の結果をとどめておく。

以上、本構成の下での正当なロックアウトの場合における対象労働者の賃金債権の存否につき、私法秩序に沿った形で検討した。

## X II．本構成における課題

ここでは、本構成を採った場合に考慮されるべき問題についてみていくことにする。

### 1 労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合における賃金カット

労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合、使用者は不就業部分相当額を控除して賃金を支払うことができるだろうか。

#### (1) 賃金カットと全額払いの原則

本構成を採った場合、労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合には、履行不能となった労働債務は損害賠償債務に転化して存続し、従って反対債務たる賃金支払債務も存続する、ということになる。この場合において、労働者の債務不履行によって、不就業部分相当額の損害が使用者側に通常損害として発生すると観念することは可能であろうから、最終的な収支として、労働者の責めに帰すべき事由による履行不能部分の賃金が支払われないのと同様の結果を導くことはできる。

しかし、使用者が、不就業部分相当額の損害賠償債権と労働者の賃金債権とを相殺し、不就業部分相当額を控除した上で賃金を支払うことができるか否かについては、問題が残る。もし、これが通常の契約であれば、一方当事者は両債権を相殺することが可能なはずであるが、労働契約の場合には、労基法 24 条の賃金全額払いの原則に抵触する可能性があるのである。全額払いの原則は、使用者の金銭債権と労働者の賃金債権との相殺も原則

---

の移転時期について特約を付しているのであるから、それによって法定の危険の移転時期は修正されていることになり、専ら当該特約における当事者の意思解釈の問題に帰結する様にも思われる。そうすると、この場合においても、危険の移転が民法 492 条の規定する弁済の提供の効果なのかあるいは民法 413 条の規定する受領遅滞特有の効果なのかということは問題にならないということになる（奥富・前掲注（15）297-298 頁も同旨）。

なお、内田・前掲注（2）100 頁においては、上記のような特約がある場合の他に、民法 534 条の規定につき目的物の引渡し時に危険が移転すると読み替える解釈を採用した場合も挙げられている。このような立場の下では、確かに危険の移転がいずれの効果であるかを決することが問題となり得るだろう。ただ、このような解釈はやはり文言上あまりにも無理があるといわざるを得ず、私見としてはこの立場を採用し得ないと考えている。また、仮にこのような見解を採ったとしても、売主が買主に目的物を引き取りに来るよう連絡した直後に目的物が滅失した場合に買主に代金を支払わせるべきではないであろうから、危険の移転を受領遅滞に特有の効果であるとする立場からの帰結は妥当なものであるということになる。

以上のことからすると、危険の移転を受領遅滞特有の効果であるとする立場を採用したとしても、特に目立った不都合は生じないのではないだろうか。

として禁じるものであるとされており、相殺が認められない場合、使用者としては当該労働者に不労部分相当額を控除して賃金を支払うことができないことになる。この点については、判例が労働者の債務不履行並びに不法行為に基づく使用者の損害賠償債権と労働者の賃金債権との相殺を否定しており<sup>51</sup>、それとの整合性を図ろうとすれば、この場合も使用者からの一方的な相殺は許されないということになりそうである<sup>52</sup>。

しかし、仮に損害賠償債権一般に対しては賃金債権との相殺が全額払いの原則に反しないということができないとしても、労働者の責めに帰すべき事由による不労部分相当額の範囲においては賃金債権との相殺が許されるということとはできないだろうか。以下、この点について検討していく。

## (2) 使用者の債権と労働者の賃金債権との相殺が全額払いの原則に反しないとされた事例

判例において、使用者の債権と労働者の賃金債権との相殺であっても、それが全額払いの原則に抵触しないとされたケースが存在する。それでは、どのような場合に相殺が許されているのであろうか。以下、これについてみていくことにする。

### (i) 労働者の自由な意思に基づく承認がある場合

判例は、合意相殺については、それが労働者の自由な意思に基づきなされたと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するときは、全額払いの原則に反しないとする（もっとも、労働者の自由な意思に基づくものであるという認定は、厳格かつ慎重に行う必要があるとする）<sup>53</sup>。

### (ii) 調整的相殺の場合

判例は、賃金の過払いが生じた際、その後に支払われるべき賃金について過払額を控除して支払うという調整的相殺は、全額払いの原則に反しないとする<sup>54</sup>。

### (iii) 使用者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合における中間収入の控除

判例は、使用者の責めに帰すべき事由による就労不能の期間中に労働者が他の職に就いて得た中間収入は、特段の事情のない限り、民法 536 条 2 項但書の償還しなければな

<sup>51</sup> 前者について、最判昭和 31 年 11 月 2 日民集 10 卷 11 号 1413 頁。後者について、最大判昭和 36 年 5 月 31 日民集 15 卷 5 号 1482 頁（二名の裁判官が反対意見を示している）。

<sup>52</sup> ただ、果たして労働者の不法行為や債務不履行の場合に損害賠償債権と賃金債権との相殺を全額払いの原則を理由に一般的に否定することが妥当かという点については疑問の余地がある。この問題につき、最大判昭和 36 年 5 月 31 日・前掲注（51）の二名の裁判官の反対意見、並びに石川吉右衛門「賃金の「全額払」についての疑問」小山昇＝中島一郎編・兼子博士還暦記念『裁判法の諸問題 下』（有斐閣、1970 年）633 頁以下参照。

<sup>53</sup> 最判平成 2 年 11 月 26 日民集 44 卷 8 号 1085 頁。

<sup>54</sup> 最判昭和 44 年 12 月 18 日民集 23 卷 12 号 2495 頁。

らない利益（以下、償還利益という）に当たる<sup>55</sup>とし、労基法 26 条との関係から、使用者は平均賃金の 4 割を限度額としてこれを控除して賃金を支払うことができるとする<sup>56</sup>。ここで、利益償還の場合における法律関係について整理すると、民法 536 条 2 項但書により債務者に利益償還義務が生じた場合であっても、債権者には未だ反対給付債務の全部が残っているのであって、このままでは反対給付から償還利益を控除して債務者に給付することはできない。もし償還利益を控除したいのであれば、それは相殺によって実現されることとなる<sup>57</sup>。従って、使用者の責めに帰すべき事由による履行不能期間における中間収入控除の法的性質は、相殺による賃金債権の一部消滅ということになり、判例は、中間収入償還のケースにおいては平均賃金の 4 割の限度で使用者による労働者の賃金債権との相殺を認めていることになる<sup>58</sup>。

### (3) 調整的相殺と中間収入控除の場合に賃金債権を受働債権とする使用者の一方的な相殺が許される根拠

以上でみたように、(2) (i), (ii), (iii) の場合においては賃金債権を受働債権とする相殺が判例によって認められている。このうち、全額払いの原則が労働者を保護するためのものであることからすれば、労働者自身がその自由な意思に従って敢えて相殺を承諾している場合にまで相殺を禁止する必要はない。よって、(i) の結論は問題ないだろう。しかしながら、(ii) と (iii) については、使用者が一方的に相殺によって支払う賃金を減額したとしても、それが全額払いの原則に反しないとしていることになる。その根拠はどこにあるのだろうか。

まず、(ii) の場合について、判例が展開した論理は、次のようにまとめることができる。

①：労基法 24 条の法意は、労働者の賃金はその生活を支える重要な財源で日常必要とするものであるから、これを労働者に確実に受領させ、その生活に不安のないようにすることが労働政策上極めて重要であるということにある。よって、原則として、相殺は

<sup>55</sup> これに対し、中間収入は民法 536 条 2 項の償還利益に当たらないとするものとして、鳩山秀夫『日本債権法 各論 上巻』（岩波書店、増訂版、1924 年）137 頁、末川博『契約法 上』（岩波書店、1958 年）102 頁。

<sup>56</sup> 最判昭和 37 年 7 月 20 日民集 16 卷 8 号 1656 頁。私見としても、この場合の中間収入は、労働者が労務を免れたことから直接に給付されるものではなく、労働者が新たに労務を提供したことと対価関係に立つ給付であるから、中間収入を一般に償還利益と解釈することには疑念を有している。なお、労働委員会の救済命令による賃金遡及支払いの場合については、これと異なる取り扱いがなされている（最大判昭和 52 年 2 月 23 日民集 31 卷 1 号 98 頁）が、本稿では検討を簡略にするため取り上げていない。

<sup>57</sup> 谷口知平＝五十嵐清編『注釈民法（13）債権（4）』（有斐閣、新版、1996 年）688 頁〔甲斐道太郎〕、前掲注（55）末川 102 頁参照。

<sup>58</sup> もっとも、最判昭和 37 年 7 月 20 日・前掲注（56）では中間収入控除の性質について触れられておらず、この判決の調査官解説がこの見解に立っている（渡辺吉隆「判解」最判解民事篇昭和 37 年度（法曹界、1963 年）294 頁）。

労基法 24 条により禁止される。

②：賃金支払事務においては、賃金の過払が生ずることのあることは避けがたいことである。すると、調整的相殺ができるとすることは上記のような実務の実情に徴し合理的理由がある。

③：労働者にとってみても、賃金と関係のない他の債権を自働債権とする相殺の場合とは異なり、実質的にみれば、本来支払われるべき賃金は、その全額の支払いを受けた結果となる。

④：①と②及び③を併せて考えれば、調整的相殺は、労働者の経済生活の安定との関係上不当と認められないものであれば、賃金全額払いに反しないといえる。

次に、(iii) の場合についてであるが、判決の理由中で中間収入控除の性質について触れられることがなかったため、直接判示内容から相殺が許される根拠を見出すことはできない。そこで、同判決の調査官解説<sup>59</sup>の論理展開をまとめると、次のようになる。

⑤：労基法 26 条は、労働者の最低生活の保障のためのものである。

⑥：中間収入は償還利益に当たるため、労働者は履行不能期間中の賃金全額についての支払請求権を、使用者は中間収入利益の償還請求権を持っていることとなる。

⑦：⑥の場合にも労基法 26 条が適用されるということは、決済を簡便ならしめるため、償還利益の額を予め賃金額から控除し得ることを前提として、その控除は平均賃金の 4 割を限度とするとしたのだと解するのが相当である。

⑧：労働者は、もともと利益を償還すべき義務を負担しているのであるから、使用者に事前の控除を認めたからといって法律上労働者が不利益を被ることはあり得ないはずであるし、事実上の不利益を被ることまでも禁止されているものとは到底考えられない。

ここで、①～④の内容を更に整理して一般化すると、相殺が全額払いの原則に反しないといえるためには、⑨その相殺が労働者の生活を脅かす不当なものでないこと、⑩相殺を認める合理的な理由があること、⑪賃金債権と関連性のある債権を自働債権とすること、⑫相殺によって労働者に実質的な不利益が生じないこと、が必要であるといっているのではないかという仮説が立てられる。そして、これを (iii) の論理展開についてしてみると、労基法 26 条によって控除額の限度が 4 割とされるという点は⑨の要件と重なっている。また、中間収入は使用者に償還されなければならないものであり、その決済を簡便にする必要があるという点は⑩の要件と重なっている。そして、⑥の内容は⑪の要件と、⑧の内

<sup>59</sup> 渡辺・前掲注 (58) 294 頁。

容は⑫の要件と、それぞれ重なっている。

従って、使用者の一方的な相殺の意思表示について、それが⑨～⑫の要件を満たす場合には、その相殺は労基法 24 条に抵触せず許されるというのが法理であるといえる可能性がある。少なくとも、判例が調整的相殺と中間収入の控除については賃金債権を受働債権とする相殺が許されるとしていることは事実である。その背後に存在する何らかの法理については、今後の判例や研究の蓄積によってより具体的な内容が明らかになっていくことと思うが、本稿においては、この事案における賃金カットの可否の問題に対する現時点での筆者の結論を出すために、考察が不十分であることは承知しつつも、ひとまず上記の法理を肯定した上で検討していくことをお許しいただきたい。

#### (4) 債権者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合における使用者の損害賠償債権と労働者の賃金債権との相殺の可否

それでは、労働者の責めに帰すべき事由による就労不能部分相当額を賃金から控除することが許されるかについて、その控除が(3)の⑨～⑫の要件を満たしているかという点から検討する。

##### (i) 要件⑨についての検討

まず、⑨について検討する。ここで参考になるのが、判例において、賃金支払日後同月中に労働者がストライキ行為を行った場合における翌月以降の賃金控除も、調整的相殺に含まれるとされていることである<sup>60</sup>。このような事案の賃金控除というのは、労働者の側からみれば、労働者の不就労によって支払われる賃金額が減少する場合であって、この点については労働者の責めに帰すべき事由によって就労不能となった事案の賃金カットの場合と異ならない。この相殺を認めるに当たって、判例は、先述の④の部分で、控除が過払金債権の発生から合理的に接着した期間内に行われ、その額が多額にわたらないとか、控除が労働者に予告されたとか、要は労働者の生活を脅かすものでないことが必要であるとしている。すると、同じく労働者の不就労による賃金の減額の場合である、労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合における賃金カットについても、調整的相殺の場合と同様の基準に立って労働者の生活を脅かすことがないと判断される場合には、⑨の要件を満たしているといっていよいであろう。

<sup>60</sup> 最判昭和 44 年 12 月 18 日・前掲注 (54) の事案は、このような事案であった。なお、これに対し日本労働法学会編・前掲注 (24) 295 頁-300 頁〔清水兼男〕は、このような控除は、清算や調整ではなく減額であるから全額払いの原則に反し、また、たとえ全額払いの原則に抵触しなくとも一定期日払いの原則に違反するとして、批判を加えている。

それでは、控除額が労働者の生活を脅かすほど多額な場合はどうなるか。この場合、原則としては労働者の安定を害さない範囲を超える部分についての控除は認められないということになる。ただ、ここで控除額がそれほどまでに大きくなるということは、労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の時間が異常に長かったということであり、そのような労働者まで労基法 24 条が一律に保護の対象としていると考えることには無理があろう。従って、そのような場合には特段の事情のない限り同条の規律が及ばず、使用者が不就業部分相当額を控除して賃金を支払っても、全額払いの原則に抵触しないというべきである<sup>61</sup>。

以上より、労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合における賃金カットの事案においては、原則として⑨の要件は認められるということになる。

#### (ii) 要件⑩についての検討

次に、⑩の要件について検討する。まず、労働者の責めに帰すべき事由による履行不能が生ずる可能性は常に存在している。そして、そのような事態が生じた場合に決済を簡便ならしめるため使用者が不就業部分相当額を控除して賃金を支払うことの合理性は、調性的相殺や利益償還の場合と比して特に劣るということはない。従って、⑩の要件も満たしているといえる。

#### (iii) 要件⑪及び⑫についての検討

最後に、⑪及び⑫について検討する。この事案における不就業部分相当額<sup>62</sup>の損害賠償債権は、Ⅲでみたように、労働者の労働従事債務が転化したものであるから、賃金債権と関連性のある債権であることは疑いない。また、労働者は、使用者から請求を受けた際には、履行不能となった労務の代わりとして使用者に賠償金を支払わなければならない。ここで、賃金支払日に労働者が使用者から履行の請求を受けたとすると、労働者

<sup>61</sup> この点については、下級審裁判例ではあるが、東京地判昭和 60 年 4 月 17 日判タ 590 号 52 頁が、使用者が、取締役を兼ねていた従業員の不法行為に基づき有していた損害賠償債権を自働債権として、労働者の退職金債権と相殺する旨の抗弁をしたことにつき、一般論として、「労働者に使用者に対する明白かつ重大な不法行為があつて、労働者の経済生活の保護の必要を最大限に考慮しても、なお使用者に生じた損害の填補の必要を優越させるのでなければ権衡を失し、使用者にその不法行為債権による相殺を許さないで賃金全額の支払を命じることが社会通念上著しく不当であると認められるような特段の事情がある場合には、この相殺が許容されなければならない」と述べていることも参考になると考えられる（なお、実際の事案については上記特段の事情の存在は否定された）。

<sup>62</sup> これに対し、不就業部分以外の損害、例えばその債務不履行によって取引先との間に生じた損害については、賃金債権との関連性が弱いから、⑩の要件を満たさないと考えることもできる。また、このような損害も⑩の要件を満たすと考えた上で、その額があまりにも多大であり、かつ、⑨を満たさないとえる特段の事情の存在が認められるような場合については控除を制限するという処理をとることも可能である。これらのいずれが妥当かを現段階で決することはできないが、ここで重要なことは、⑨～⑫の要件を用いて不就業部分相当額以上の控除をどこまで認めるかについて論ずることも可能であるという点である。

はその日において、一方では賃金の全額を使用者から受け取ることになり、他方では使用者に不労部分相当額の賠償金を支払わなければならないことになる。すると、賃金支払日において使用者が不労部分相当額の賠償債権と労働者の賃金債権とを相殺したとしても、労働者には何ら実質的な不利益は生じない。以上から、⑪及び⑫の要件も満たしている。

以上のように、労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合においては、⑨の要件を満たさないといえる何らかの事情がない限り、原則として使用者は不労部分相当額を控除して賃金を支払うことができるといえる。

また、結果の面から考えても、使用者の責めに帰すべき事由によって履行不能が生じた場合には、使用者は相殺が認められその支払額が減少する可能性があるのに、労働者の責めに帰すべき事由によって履行不能が生じた場合には、使用者はいささかも相殺が認められず、賃金の全額を支払った上で別途労働者から損害賠償金を受け取らなければならないというのは不合理である。それに加え、既に判例において賃金支払日以降の不労に対する翌月以降の調整的相殺が認められていることとの均衡という点からしても、債務者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合の不労部分相当額の控除も原則としては認められるべきである。よって、この場合に相殺を認めるという帰結は妥当なものである。

以上から、本構成においても、労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合には、使用者は当該履行不能部分相当額を控除した上で賃金を支払うことができるといえる。

## 2 労働者に不利な特約の処理

危険負担等の規定は任意規定であるから、使用者が、危険の移転等により自らが負担することになる危険を労働者に移転してしまうような特約を労働者と締結する虞があり、これを完全に無制限に認めると労働者の保護が著しく不十分になってしまう。従って、これに一定程度の制限を課す必要がある。この点については、基本的に労働契約の内容や就業規則、労働協約といった、それぞれ個別の分野における議論にその身が委ねられることになる。ただ、強行法規たる労基法 26 条が、「使用者の責めに帰すべき事由」による休業の場合において使用者が労働者に平均賃金の 6 割の休業手当を支払うことを罰則付きで要請しており、ここにいう「使用者の責めに帰すべき事由」とは、一般的には危険負担の原則におけるそれよ

りも広い範囲を指す概念であると解されている<sup>63</sup>のであるから、少なくとも同条に反する限度においては、危険負担について労働者に不利な特約を締結しても無効であるということになる。

### XIII. 結び

以上でみた通り、労働者の就労不能の場合における賃金債権の存否に関する現行解釈には、その理論構成に不明な点が多く、また、個々の労働者の行為態様に応じた柔軟な処理ができずに不当な帰結を導き出すことになり、妥当でない。これに対し、労働者の就労不能の場合における実体法上の法律関係の変動を、一般的な双務契約における民法上の処理に沿って追っていくと、その労働者が履行の提供をなしたか否か（正当なロックアウトの場合をも考慮すれば、使用者に受領遅滞責任が生じる否か）という点が非常に重大な意義を有していることが分かる。そして、これを考慮に入れた本構成を採ることによって、例えばストライキによる就労不能の場合であれば、ストライキに実際に参加した労働者に対してはその賃金の支払いを否定し、ストライキに参加せず職場に出勤した労働者に対しては支払いを肯定することができるなど、当該労働者個人の行為態様に応じた柔軟な対応が可能となるのである。一方、本構成を採った場合、労働者の責めに帰すべき事由による履行不能の場合において、使用者が賃金から不就労部分相当額を控除することが可能かという論点が生じる。私見としてはこれを可能と考えるが、なお議論を要するものであろう。この点も含め、更なる研究の集積が望まれる。

以上

2014年3月

---

<sup>63</sup> 最判昭和62年7月17日・前掲注(6)民集1283頁。