

# 争議行為による労務不提供 と賃金カット

道 幸 哲 也

はじめに

I 明治生命事件最高裁判決以降の判例傾向

- (1) 賃金カットの範囲に関して
- (2) 一時金算定の際の措置に関して

II 学説の傾向

III 私見の展開

- (1) 合意内容が明確な場合
- (2) 合意内容が不明確な場合

はじめに

争議行為を理由とする賃金カットの問題は、労働法上の重要争点の一つである。賃金カットの時期、スト不参加者の賃金請求権、労務の提供態様と賃金請求権等多様な論点があるが、その中心となるのはいわゆる「賃金カットの範囲」の問題である。

この点については、明治生命事件最高裁判決以降、賃金を二分してカットの可否を処理するアプローチはほぼ確立しているといえよう。しかし、その理論的根拠については種々の批判がなされ、現在にいたるまで激しい論争がなされている。とはいえ、それはあくまでも理論上のもので、個別事案の処理において結論が相違することはあまりないとみなされていた。論争が今ひとつ盛り上がり欠けていた所以と思われる。

ところが、最近、注目すべき判決が出されるにいった。住宅手当・家族手

当のカットを認めたシェル石油・シェル化学事件判決<sup>(1)</sup>と争議による不労給与規定上の「欠勤」に該当しないと判示した日揮化学事件判決<sup>(2)</sup>である。とりわけ、前者は、実質的に前述最高裁判決のフレーム自体の改変をせまる内容と思われる。本稿は、それらの判決に触発されて、争議行為を理由とする賃金カットの範囲の問題を考察するものである。Ⅰで最高裁判決以後の裁判傾向を、Ⅱにおいて学説の論争状態を概観し、Ⅲで私見を展開する。

その際の基本的視点をあらかじめここで提示しておきたい。私は、賃金カットの範囲の問題はあくまでも契約の意思解釈による、という最近の「通説」に賛成である。しかし、それらの説は、賃金二分説に批判的なあまりそれ以上突っ込んだ議論を十分に展開していない。<sup>(3)</sup>意思解釈による、との指摘は議論の出発点にすぎないのではなからうか。問題は、いかに意思解釈すべきか、その際の指針はなにか、である。そこで、本稿では、意思解釈をなす際の論点を重点的に検討し、若干の私見を述べてみたい。

## Ⅰ 明治生命事件最高裁判決以降の判例傾向

賃金カットの範囲に関する現在の論争の出発点となっているのは、明治生命事件最高裁判決<sup>(4)</sup>であり、その後の裁判例および学説に決定的な影響を与えている。そこで、まずこの最高裁判決を簡単に紹介しておきたい。

本件は、月掛生命保険契約の募集および継続保険料の集金に従事する外勤職員の事案である。職種、ひいては賃金の支払形態との関連ではやや特殊な事案である。しかし、そこで展開された最高裁の法理、とりわけ賃金部分の

原稿受領日 1980年5月9日

(1) 昭和54年10月12日東京地判『労働判例』329号22頁。

(2) 昭和52年12月21日東京地判『労働判例』290号24頁。

(3) この点につき最も詳細な議論をしているのは、渡辺章「賃金体系の法理—ストライキの際の賃金カットの範囲を中心として—」『労働判例』255号(1976年)であり、本稿も多くの示唆をうけた。

(4) 昭和40年2月5日最2小判『最高裁判所民事判例集』19巻1号52頁。本件は差戻され、東京高裁(昭和41年11月4日『労働経済判例速報』839号8頁)、最高裁(昭和49年2月7日『労働経済判例速報』839号4頁)判決により確定した。

(5) 性質に応じてカットの可否を論ずるアプローチは、以上の制約にもかかわらず一般的な判断基準とみなされるにいたっている。

最高裁は、賃金部分を以下のように三分して、ストによる賃金カットの可否を判断している。もっとも、「労働協約等に別段の定めがある場合等」はそれに従うとの留保はなされている。

(5) 我が国における賃金体系の複雑さはつとに指摘されているところである。以下に賃金構成と各種手当の支給実態に関する最近の資料をのせる。生活手当部分のウェイトが次第に高まる傾向にあるのに注目したい。

1. 月間賃金額の構成比率 (単位：円、%)

賃金の種類		45年	52年	53年
合計		59,563	167,757	179,790
		100.0	100.0	100.0
所定内賃金		52,772	152,259	162,951
		88.6	90.8	90.6
		100.0	100.0	100.0
基	本人給	83.3	84.0	83.7
	所属給	23.2	30.3	31.2
	職給	23.2	18.4	16.4
	業務給	36.9	35.3	36.0
	勤務手当	5.4	2.1	2.1
	役付手当	3.5	3.9	4.1
	特殊勤務手当	2.0	2.2	2.4
	特種技能手当	0.3	0.2	0.2
	奨励手当	0.9	1.1	1.1
	奨励手当	0.4	0.4	0.4
	奨励手当	1.2	0.9	0.9
	奨励手当	6.2	8.5	8.6
	奨励手当	1.9	2.8	3.0
	奨励手当	0.5	0.6	0.5
	奨励手当	2.0	2.5	2.5
	奨励手当	0.9	1.4	1.4
	奨励手当	0.9	1.1	1.1
	奨励手当	0.4	0.6	0.6
その他		6,791	15,498	16,838
		11.4	9.2	9.4

2. 各種手当を支給する企業数の割合

(単位%)

企業規模	勤務手当					奨励 (精皆勤) 手当	生活手当				その他 の諸手 当	
	役付 手当	特殊 業手 当	特殊 作手 当	特殊 勤手 当	技能 手当		家族 手当	地域 手当	通勤 手当	住宅 手当		その他 生活 補助 手 当
調査産業計												
45年	78.8	17.3	22.8	35.5	62.1	65.5	13.5	80.2	32.1	19.2	16.3	
52年	82.6	15.1	35.8	35.5	60.6	71.8	14.9	89.7	43.0	33.9	19.2	
53年	83.2	15.0	36.5	39.1	59.9	72.8	15.6	89.5	45.4	34.9	22.8	

(出所、「賃金制度の実態」『労働統計調査月報』vol.31, No.8 (1979))

第一は、「拘束された勤務時間に応じて支払われる賃金」部分であり、これはスト期間の割合に応じてカットされる。

第二は、「支給金額が相当期間固定して」いてもそれが過去の「仕事の成果によって決定されるものであって、それが一定の資格にとどまる間その期間中における」仕事の成果に関係なく支給されるもの（本件では給料、出勤手当、功勞加俸、地区主任手当）である。いわば能率給的な色彩のあるものであり、この部分はカットできない。純然たる能率給ならば当然のようにカットできない。

第三は、「職員に対する生活補助費の性質を有する」もの（勤務手当・交通費補助）である。この部分はカットしえない。

以上のように最高裁は、各賃金部分の性質に応じてカットの可否を判断するフレームを形式した。その際、2番目の賃金部分は特殊な範疇なので、結局、1番目と3番目の賃金部分に関する判旨がその後の事案処理に強い影響を与えるいたった。すなわち、労働の対価的部分はカットができ、生活補助費はカット不可というわけである。学説の多くも前者を「交換的部分」<sup>(6)</sup>、後者を「保障的部分」とよび、最高裁の立場を原則的に支持するにいたり、ここに通説が形成された。

その後、下級審はこのフレームを前提にして個別事案につき判断をしている。もっとも、「労働協約等に別段の定めがある場合等」との留保をいかに把握するか、の点までは十分な議論がなされていない。学説も同様と思われる。この留保が結論を左右するような事案がほとんどなかったからであろう。しかし、シェル石油判決は、この留保部分をクローズアップすることになる。

ところで、以下では、それらの下級審判決の傾向につき検討したい。同時に一時金算定の際ストによる不就業を他の事由による欠勤と同様に取扱うべきかが争われた最近の一連の裁判例についても検討しておきたい。賃金カットの問題は契約解釈によるとの立場を貫くにつき無視できない重要な論点を提起しているからである。

(6) もっとも、最高裁判決を批判するものとして、石川吉右衛門『法学協会雑誌』82巻5号(1966年)、萩澤清彦『新労働判例百選』(1967年)、三宅正男『労働判例百選(3版)』(1974年)の各評釈がある。

(1) 賃金カットの範囲に関して

賃金カットの範囲およびそれに関連する問題につき下級審は概略次のように判断している。

いわゆる基本給については、争議期間の割合に応じてカットしうることがいわば当然視されているので裁判上も争われていない。具体的争点となり、カットが認められたのは、1月の所定就労日に3日以上欠勤しないことを支給条件とする「精皆手当」についてである。これは交換的部分と判断された。<sup>(7)</sup>

基本給のカットについては、むしろ争議行為の態様に関連して興味ある論点が提起されている。

その一は、スローダウンであり、この場合には労務不提供の割合に応じて基本給がカットされる。しかし、その割合の具体的算定は極めて困難である。この点につき、裁判所は、「個々人」の「出来高（水揚高）」に応じてその割合を算定すべしと判断している。<sup>(8)</sup> 個々人の出来高が算定しうる職種はごく限られているので、それが算定しえない場合はどう処理するのか、また、争議の集団性を無視しうるか、等多くの問題が残されている。<sup>(9)</sup>

その二は、特殊な職務につく労働者の時限ストである。自動車教習所の技能指導員の15分のストに対し、1時間分のカットが認められるかが争われ、東京地裁は、職務の特殊性からそれを認めた。<sup>(10)</sup> 就労時間と賃金請求権の関連性を考えるにつき極めて注目すべき事案といえよう。

なお、基本給部分のカットの仕方につき争われた興味深い事案としては、前

(7) 旭カーボン事件・昭和46年3月31日新潟地判『労働関係民事裁判例集』22巻2号409頁。

(8) 西区タクシー事件・昭和40年11月15日横浜地判『労民集』16巻6号991頁、丸互タクシー事件・昭和49年3月5日大分地判『労働判例』199号35頁。いずれの事案においても具体的立証はなされていない、と判断されている。

(9) ストの場合は、労務不提供の割合（欠勤日、欠勤時間）自体を問題にしているがスローダウンの場合には労務の不完全な提供の結果を問題にしており、アプローチが相違している。この点につき注(10)判決参照。

(10) 府中自動車教習所事件・昭和53年11月15日『労働判例』308号65頁。本判決の問題点については、下井隆史「労務の不完全提供と賃金カット」『労働判例』313号（1979年）参照。

掲日揮化学事件があげられる。東京地裁は、「欠勤、遅刻、早退」の場合基本賃金の一定率（欠勤割合以上有利なもの）を控除すると就業規則の規定は当然にはストによる不就労の場合を含まない、と判示した。雇用契約上の就労義務の有無、恩恵的措置の必要性の有無、査定可否に応じた欠勤の性質の相違というのがその理由であった。この判旨は、本稿の基本的立場たる意思解釈的視点からみて非常に注目すべきものである。この点はⅢで検討したい。

さて、議論を賃金カットの範囲の問題にもどすと、カット不可とされた賃金部分としては、生活補助費と能率給がある。

前者の具体例としては、従業員資格に基づく「家族手当」<sup>(11)</sup>、毎月定額を支給し欠勤控除条項のない「住宅手当」<sup>(12)</sup>、勤続に応じて一律に評価されている「勤続手当」<sup>(13)</sup>、無断欠勤の場合にさえ支給されている「祝日手当」<sup>(14)</sup>、労働の対価としての意味を有しない「交通手当」<sup>(15)</sup>がある。裁判所は、それらの事件において、当該賃金部分の支給目的、欠勤控除条項の不存在もしくは他の事由による欠勤の場合との対比、労基法37条2項の趣旨等をカットができない理由としてあげている。また、不当労働行為事件としては、争議の場合だけ「精勤手当」「残業手当」等をカットする措置が不当労働行為とみなされた例も存する。<sup>(16)</sup>

後者の具体例としては、歩合給や能率給的色彩のある基本給・残業手当・深夜手当<sup>(17)</sup>があげられる。<sup>(18)</sup>

以上の諸判決により賃金二分説はそれなりに確立するかにみえた。しかし、

(11) 前掲西区タクシー事件、前掲旭カーボン事件、三菱重工長崎造船所事件・昭和50年9月18日長崎地判『労働判例』247号58頁、同事件・昭和51年9月13日福岡高判『労働判例』259号11頁、前掲府中自動車事件。

なお、就業規則の規定上、家族手当につき欠勤控除条項が多いとの指摘もある。賃金二分説はこの「事実」をどう評価するのであるうか。石井照久編『就業規則の実証的研究』（1968年）222頁（正田彬執筆）。

(12) 前掲旭カーボン事件。

(13) 同上事件。

(14) 岡山電気軌道事件・昭和47年4月13日岡山地判『判例タイムズ』280号303頁。

(15) 前掲府中自動車事件。

(16) 大栄交通事件・昭和49年3月29日横浜地判『労働判例』200号39頁。

(17) 前掲西区タクシー事件。

(18) 都タクシー事件・昭和51年7月3日盛岡地決『労働法律旬報』914号67頁。

最近、住宅手当・家族手当についてもカットが可能であるとの前述判決が出されるにいたった。本判決は、たしかに形式的には最高裁のフレームを利用しているが同時に前述の留保、すなわち「労働協約等に別段の定めがある場合等」との部分をも重視し、結局、「ストライキ等による不就業の場合における賃金控除に関する条項」の定め方如何と判断した<sup>(19)</sup>。そして、本件については、住宅手当・家族手当をもカットしようとの「合意」が存在したと認定した。この判示は、類似の事案たる三菱重工業長崎造船所事件において、長崎地裁および福岡高裁が留保部分につき極めて厳格な解釈をなしたのときわだった対比をなしている<sup>(20)</sup>。ここに論争は新たな局面をむかえたわけである。

## (2) 一時金算定の際の措置に関して

近時、査定をめぐり多様な紛争が多発しているのは周知のとおりである。本稿との関連では、争議による欠勤を、一時金の出勤率の算定につき、他の事由による欠勤と同様に評価しうるか、が争われた一連の事案があげられる。これらの多くは、不当労働行為の成否が争われた事案であり、必ずしも意思解釈が正面から問題になったものではない。しかし、争議による欠勤と他の事由による欠勤の性質の異同が直接の争点となっている。これは、後述するように契約論的賃金カット論を展開する際の重要論点と思われる。

まず、この種事案で最も注目すべきは、賞与規定上の欠勤控除規定をストを理由にする欠勤にも適用し、一時金算定につき不利益に取扱うことができるかが争われた東洋オーチス、エレベーター事件である<sup>(21)</sup>。最高裁は、ストによる欠

(19) 生活保障的部分については、「その賃金の性質上、争議行為等を理由とする不就業の場合賃金を控除し得る等の別段の定めがない以上賃金控除が出来ないということとどまるのであって、賃金が生活保障的部分の賃金に該当するからといってそれが直ちに具体的な賃金債権の発生要件をも羈束するものではない」と判示している。

(20) 協約でその旨明確に約定しなければ保障的部分につきカットしえない、との立場と思われる。

(21) 昭和48年12月18日最3小判『集民』110号715頁。

勤をも含むとした東京高裁<sup>(22)</sup>の見解を支持した。その後、かような立場が裁判例の主流となっていると思われる。民間の事案としては、市川造船所事件<sup>(23)</sup>、岩手医大事件<sup>(24)</sup>が、官公労のそれとしては、勤勉手当算定の際の期間率の計算が問題となった福岡県教組事件<sup>(25)</sup>および神戸大学事件<sup>(26)</sup>があげられる。

それらの判決の基本的立場を簡明に示すものとして岩手医大事件盛岡地裁判決をあげておこう。同判決は、ストの欠勤評価につき、「不就労の日があればそのこと自体が、事由の如何を問わず、原則として期間率に反映されることになるわけである。正当な争議行為による不就労の場合にも、債務不履行や不法行為の責任が生じないというだけで、労働契約に基づく労務提供がないことに変わりがないから、それが期間率に反映され、能率の低下として評価され」ても不当労働行為にあたらぬ、と判示している。ここでは欠勤の質の相違はまったく問題とされていない。

一方、当該措置を不当労働行為とみなした例としては、西日本重機事件<sup>(27)</sup>とフジテック事件<sup>(28)</sup>がある。前者につき、福岡地裁は、「本来就労義務を負いながらその履行をしない(場合によれば債務不履行の責を免れない)欠勤については、右の計算方法が合理性を持つとはいえても本来法によって認められた権利の行使であるストライキを右の欠勤と同様に扱うことは、合理性がない」と判示している。

以上のように、一時金の出勤率算定の際、争議を他の事由による欠勤と同視しうるか、については顕著な対立がみられる。学説上も次第に論争の状態になってきている<sup>(29)</sup>。

(22) 昭和44年1月30日東京高決『判例タイムズ』237号299頁。

(23) 昭和51年10月27日東京高判『判例タイムズ』348号235頁。

(24) 昭和52年10月27日盛岡地判『労働判例』286号83頁。

(25) 昭和48年12月14日福岡地判『判例時報』728号30頁。

(26) 昭和53年5月11日東京地判『判例時報』903号96頁。

(27) 昭和53年5月16日福岡地判『労働判例』298号19頁。

(28) 昭和54年9月27日大阪地判『労働判例』328号37頁。

(29) たとえば「シンポジウム、複数組合併存下の法律問題『学会誌労働法』54号(1979年)146～150頁。一時金の算定(成績率だけではなく出勤率についても)については通常の賃金と異なり、実質的に査定の側面があるので、主にこの点につき評価がわかれているのであろう。なお、組合併存下において一時金のスト欠勤条項に固執して一時金を支払わなかったことが不当労働行為とされた例としてオリエンタルチェーン工業事件(昭和54年10月26日金沢地判『労働判例』336号50頁)がある。



さて、(1)(2)に関する裁判例を簡単にフォローして最も問題にしたいことは、争議による欠勤と他の事由によるそれとの異同についてである。(2)の多くの判決では、争議＝欠勤とドライに割り切っている。一方(1)では、この点は必ずしもあきらかではない。基本給部分の控除の仕方につき、通常の欠勤とストによるそれを明確に区別する見解も存する<sup>(30)</sup>。後述のように学説の多くもかような立場と思われる。いわば欠勤の質の相違に注目しているわけである。しかし、はたしてそのようにいえるか、というのが私の根本的疑問である。その点はⅢで検討することとし、その前に学説の傾向についても概観しておきたい。

## II 学説の傾向

学説の多くは、多少のバリエーションはあるが、最高裁の立場を基本的に支持しているといわれる。すなわち、労働契約の二面性（労務提供と従業員身分の取得）を前提に賃金二分説を展開し、交換的部分については割合的カットは可能だが、保障的部分についてはカットをなしえない、と主張している<sup>(31)</sup>。なお学説も下級審と同様に最高裁判決の留保部分をあまり問題にしていない<sup>(32)</sup>。

この賃金二分説に対しては近時種々の批判がなされるにいたった<sup>(33)</sup>。

その一は、賃金控除は賃金支払「単位」を中心に処理すべし、とする宮島説である。教授は、「労働力は単位のある価格を以って売買されている以上、この単位を動かすに至らぬ程度の不就労は、賃金カットの対象になりえないもの

(30) 前掲日揮化学事件。

(31) 本多淳亮『賃金・退職金・年金』（1971年）117～121頁、159～164頁、窪田隼人「月給制労働者の争議と賃金カット」『季刊労働法』93号（1974年）32～38頁等。

(32) もっとも、窪田隼人「明治生命事件最高裁判決評釈」『民商法雑誌』82巻5号（1965年）150頁は、かような留保は許されないと指摘している。同旨、島田信義「シェル石油事件評釈」『季刊労働法』115号（1980年）194頁。今後の重要な争点となるであろう。

(33) 行政解釈（昭和25年7月10日労収3591号）および片岡昇『団結と労働契約の研究』（1959年）236頁（もっともその後改説か「争議行為と賃金」『法学論叢』77巻5号8～9頁）は、保障的部分についてもカットすべしと主張していた。また、我が国における賃金支払の実態から「対価的」部分と「保障的」部分に区分する合理性についてもつとに疑問が出されていた（『労使関係法運用の実情及び問題点3』（1967年）248～249頁）。

であり、逆にこの単位全部又は殆どの不就労に対する賃金全額カットは、労使間の特別の合意や慣行なき限り、又は不当労働行為にならぬ限り、合法的である<sup>(34)</sup>と主張する。また、保障的部分のカットについても多くの疑問を提起している<sup>(35)</sup>。

たしかに賃金支払「単位」との発想は示唆にとむ。しかし、月給制との「単位」が採用されることと、分割的処理が不相当ということは必ずしもストレートに結びつかないのではなからうか。とりわけ基本給部分については、通常の場合、不就労の割合に応じて賃金をカットするとの合意があると推定する方が素直な見方ではなからうか。また、単位のほとんどの不就労の場合に全額カットしうるとの点にも多くの問題がある<sup>(36)</sup>。

その二は、契約説的立場からする賃金二分説批判である。賃金カットに関する「本質的」な法理はなく、それはあくまでも賃金請求権に関する意思表示の問題だとする。たとえば、最もやくからこの見解を主張する下井教授は、「現実<sup>(37)</sup>に労働がなされなかった時間に対応する賃金のみがカットされるべきことは当然ながら、その具体的範囲は、結局、個々の関係にかかわる『契約解釈』、つまり個々の労働契約関係を支配する労働協約、就業規則などの解釈によって決せられる、ということになる<sup>(38)</sup>」と指摘する。最近、このテーマをとりあげた論者の多くも基本的にこの立場を支持しているように思われる。また、賃金二分説<sup>(39)</sup>にたつ論者さえも、実質的に意思表示的視点を導入しはじめている。その

(34) 宮島尚史「『賃金カット論』その1、その2」『学習院大学法学研究年報』8、9号(1973~1974年)その1、167~168頁。

(35) 同上論文その2、166頁。

(36) より詳細な批判は、渡辺前掲論文12~13頁参照。

(37) 下井隆史「労働契約と賃金をめぐる若干の基礎理論的考察」『ジュリスト』441号(1970年)441頁。

(38) 渡辺前掲論文11頁、秋田成就「賃金の法的関係論」『季刊労働法』93号(1974年)16頁、大沼邦博「争議行為法における基礎理論的課題(中)」『季刊労働法』107号(1978年)182頁。

(39) たとえば、本多教授は、賃金の中にカット不可の部分が必ずあるというわけでない<sup>(39)</sup>と発言し(「座談会：賃金と労働法学」『季刊労働法』97号(1975年)138頁)、窪田教授は、ストが長期化した場合の保障的部分の処理は不明である(前掲論文38頁)、と指摘してる。

意味では、契約説的立場が次第に「通説化」しつつあるといえよう。<sup>(40)</sup> シェル石油事件東京地裁判決もまさにこの流れに位置するものである。

私も、原則的にこの立場を支持したい。とはいえ、今まで展開された契約説の具体的内容には多大の疑問を感じる。今までの論議は、はっきりいえば、保障的部分のカットの可否（契約解釈上カットが可能な場合がある）にのみ力点を置いたものと思われる。しかし、契約説の立場を貫くかぎりには、それ以上に労務不提供と賃金請求権の関連性全般についても問題にする必要がある。すなわち、保障的部分のカットが不可能ではない、のとまったく同様に対価的部分の割合のカットが必ず可能である、ともいえなくなるのではなからうか。契約説は、この双方を問題にしなければならないが、この点の議論は完全に欠落していたと思われる。Ⅲでは、この問題を検討したい。

### Ⅲ 私見の展開

以上の判例、学説の検討をふまえてここでは、争議行為を理由にする賃金カットのあり方につき私見を展開したい。その際の基礎視点は、賃金カットのあり方は、あくまでも労務不提供と賃金請求権との対応の仕方の問題なので、当事者間の合意の意思解釈による、というものである。そして、かような観点からは、当事者がこの点につきどの程度明確に合意したか、がまず問題になる。そこで、以下では、約定内容が（それなりに）明確な場合とそうでない場合に区別して検討をくわえたい。

#### (1) 合意内容が明確な場合

争議行為を理由にする欠勤につきどのような割合で賃金控除をするか、につき<sup>(41)</sup> 労働協約、就業規則において明確に定めている場合はその定めによる。また

(40) 「結局は、通説の二分説を一応の拠り所とし、それに当事者（就業規則の場合は使用者、労働協約の場合は使用者と労働組合）の意思を加味して決す」（石川吉右衛門『労働組合法』（1978年）252頁）べしというのが現在のほぼ通説的立場と思われる。

(41) 抽象的に不払い、とだけ定める例が多い。（矢鍋邦一『最近の労働協約』（1970年）206頁）。

労働契約（慣行）上、控除の仕方につき当事者の合意が推定される場合にもそれに従う。<sup>(42)</sup> シェル石油事件も、家族手当・住宅手当のカットにつき組合が異議をとなくなってきたので、この点につき「合意」が成立したと推定されよう。<sup>(43)</sup>

ところで、規定内容が明確な場合に主に問題になるのは、通常の欠勤に比し争議の場合のそれを不利益に取扱うことの不当労働行為性についてである。欠勤の原因、性質に応じて賃金控除の割合につき差異をつけることはそれなりに合理性があり、原則として許されるであろう。<sup>(44)</sup> もっとも、欠勤の割合以上にカットすること、もしくは組合間差別をなすことは許されない。

## (2) 合意内容が不明確な場合

契約説をとる際の最大の難問は、賃金控除の仕方につき当事者の合意内容が不明確な場合の処理である。契約説を主張する論者も渡辺説を除いてはこの点まではほとんど論じていない。そこで、以下ではこの渡辺説に胸をかりて私見を展開してみたい。

渡辺説は、結局(イ)労働時間の欠損に対する差引き、(ロ)労働時間の増加に対する割増し、(ハ)労働時間の継続に対する積算、の取扱いから当事者の合意内容を推定すべし、としている。しかし、(イ)については、通常の欠勤と争議によるその性質の相違に注目し、「ストライキを賃金請求権との関係で債務不履行（労働者の責に帰すべき不就業）と同視することは性質上できないし、ことを具体的な契約意思の解釈の問題としてとらえるかぎり、後者の規定から前者の賃金請求権の存否まで判断しようとするのは契約意思の認定ないし解釈の方法

(42) もっとも、ストに対しカットをしていなかった従来の方針を改めて使用者が一方的にカットをするようになっても不当労働行為とはみなされない、と判断されている（理研電具事件昭和36年6月7日中労委・不当労働行為事件命令集24—25集389頁）。

(43) とはいえ、合意の成立時期に関する判示内容には多大の疑問がある。

(44) 同旨・前掲秋田論文15頁。これに対し前掲宮島論文（その2）149頁は、争議行為の場合の不就業だけカットするのは不当労働行為だとする。事案の諸状況によってはこのようなケースもあろう。なお注(42)中労委命令参照。

としても妥当性を欠く<sup>(45)</sup>」と指摘する。そして、(イ)をも参照にするが、主に(ロ)を重視する。その理由は、「労基法が『賃金体系』下の賃金制度を予定して支払項目の種類いかんによっては労働時間の増加に対する『割増賃金の基礎となる賃金』に算入しないでもよいことを直接規定しているからであり(37条2項)、実定法上この規定以外に賃金体系の内容に直接法律効果を付与している規定は存在しないからである<sup>(46)</sup>」。

私は、(ロ)(イ)から当事者の意思を推定する渡辺説に基本的な疑問を感じる。むしろ端的に(イ)を重視すべき、と主張したい。

まず、渡辺説は、労基法37条2項を極めて重視しているが、この規定の趣旨・存在理由は必ずしもあきらかではない、と思われる<sup>(47)</sup>。労基法1条2項(労働条件の原則)よりすれば、この規定の趣旨は、たんに家族手当・通勤手当等を割増賃金算定の基礎にすることを罰則をもって強制されない点にのみあるのではなからうか。したがって、私法上は、家族手当等を割増賃金の基礎にすること自体は禁止されておらず、それは原則として当事者の約定に委ねられるとみるべきであろう。そうならば、当該規定は、意思解釈の指針としてはそれほど重要な規定とはいえなくなる。さらに、必ずしも労務提供と対応していない「住宅手当」が2項に含まれていないアンバランスもつとに指摘されているところである<sup>(48)</sup>。次に、(イ)の点については、たしかに、一時金・退職金の算定の仕方と賃金カットの仕方とは関連性はないわけではない。しかし、その程度はかなり薄いものではなからうか。賃金カットに関する意思解釈の指針としてはそれほど重要だとは思われない。

(45) 前掲渡辺論文11頁。

(46) 同上論文12頁。

(47) 労働省労働基準局編『解釈通覧労働基準法』(1977年)276頁は、算入しない理由として労働との関連性がうすい(家族手当・通勤手当・別居手当・子女教育手当)こと、および計算技術上の困難(臨時に支払われた賃金、1カ月を超えるごとに支払われる賃金)をあげている。

(48) 前掲シェル石油事件東京地裁判決参照。西村健一郎「争議行為と賃金カットの範囲」『労働判例』337号(1980年)15頁。

(49) 労働省労働基準局編『労働基準法研究会報告』(1979年)192～196頁。

では、いかに考えるべきか。私は、賃金カットの問題はあくまでも「労務不提供」と「賃金請求権」との「対応」の問題なので、端的に「通常の欠勤＝労務不提供」の場合の処理を解釈の指針にすべし、と主張したい。つまり、協約上、就業規則上、労働契約上「通常の欠勤」の場合の処理がどうなっているかにより当事者の合意内容を推定し、それを「争議による欠勤」の場合にもストレートにあてはめるわけである。争議は、こと賃金請求権との関連においては欠勤現象にすぎないからである。

ところで不必要な誤解を避けるために、私見には以下のような限定があることもあらかじめ指摘しておきたい。多くの就業規則は欠勤事由（業務上の疾病、業務外の疾病、自己都合等）に応じて賃金控除の仕方、割合につき異った定め<sup>(50)</sup>をしている。争議の場合の欠勤控除の仕方が推定されるのはその中でもいわゆる「自己都合」の欠勤の場合である。やむをえないもしくは正当な理由のある欠勤（病気、生理休暇、公民権の行使等）の場合ではない。後者については、パブリックポリシー上もしくは社会通念上賃金を控除しない方が好ましい、との要請があるからである。争議の場合にはかような要請はまったくない。

以上の私見を具体的に展開すると以下になる。理解しやすいように具体例（月給制労働者の1日の「通常の欠勤」）をあげ、説明の便宜上二分説のフレームを利用する。この場合には、カットの方法として一応次の三つの型が考えられる。

第一は、交換的・保障的部分の双方をカットしない場合。

第二は、交換的部分はカットするが、保障的部分はカットしない場合。

第三は、交換的・保障的部分の双方をカットする場合。

私見は、以上の型に応じて労働契約の内容を推定する。そうすると、契約上保障的部分がカットされうる（第三の型）のと同様に交換的部分がカットされ

(50) 欠勤規定の具体例およびその問題点については、前掲石井編文献参照。なお、日経連は、ノーワーク・ノーペイの原則を貫きつつ「正当な理由のある欠勤、遅刻等の不就業については社会保障との関係を考慮に入れ、フリンジ的な給付で収入安定をはかるという方策が望ましい」と提唱している。日経連能力主義管理研究会報告書『能力主義管理』（1969年）488～489頁。

ない場合（第一の型）があることになる。<sup>(51)</sup>これをそのまま争議による「欠勤」にあてはめる。そうすると、第一の型では兩部分ともカットされず、第二では交換的部分だけがカットされ、第三では兩部分ともカットされる。

以上の私見は、とりわけ第一の型について多くの問題点があると思われるので、以下ではこの型を中心に検討していきたい。第一の型の場合は、一日の「欠勤」にもかかわらず全額につき賃金請求権が発生する「契約」とみなされるので、ストによる1日の「欠勤」に対してもまったく賃金カットができないことになる。そのような契約内容であるからに外ならない。

かような見解については、おそらく次の二点、すなわち「欠勤の質」と「経費援助」との関連性が問題になるであろう。

まず、前者については、通常の欠勤と争議による欠勤とでは本来欠勤の性質が相違するので私見のような意思解釈はできないとの反論が考えられる。かような立場が判例・学説上の「通説」かもしれない。もっとも、この点は別段論争的状况になっているわけではない。<sup>(52)</sup>たしかに、①争議は通常の指揮命令から離脱して使用者に圧力をかけることが目的であり、通常の欠勤は指揮命令下にあることが前提になる。<sup>(53)</sup>②争議は通常多数が参加するのでそれによる欠勤により企業経営上大きな障害になるが、通常の欠勤は個々の現象にすぎない。<sup>(54)</sup>③争議による欠勤は原則として査定の対象となしえないが、通常の欠勤は当然のようになしうる。<sup>(55)</sup>等の点でその性質に相違があることは否定しえない。<sup>(56)</sup>

(51) もっとも以上は、1日の欠勤からの推定であり、そこから欠勤が長期化した場合の「合意内容」をストレートに導き出すことはできない。

(52) 一時金算定との関連では論争がなされている。

(53) 吾妻光俊「ノーワーク・ノーペイの原則について」『ジュリスト』122号（1957年）13頁、有泉享「争議・組合活動と賃金カット」『季刊労働法』64号（1967年）9頁、菅野和夫「日揮化学事件評釈」『ジュリスト』689号（1979年）135～6頁、前掲渡辺論文11頁。

(54) 沼田稲次郎「争議行為と賃金請求権」東洋経済新報社『賃金退職金をめぐる法律問題』（1957年）212頁、本多・前掲書162頁、明治生命事件第2審判決（昭和37年9月26日東京高判『労民集』13巻5号1009頁）。

(55) 日揮化学事件東京地裁判決。

(56) かような見解をとるのは、注53(54)の各論者以外に、蓼沼謙一「争議労働関係の構造と特質」浅井教授還暦記念『労働争議法論』（1965年）39～40頁、秋田成就「大柴交通事件評釈」『ジュリスト』591号（1975年）130頁（もっとも〈理由のある〉遅刻、欠勤との留保がある）。

しかし、こと賃金請求権との関連においては、争議による労務不提供＝欠勤と構成すべきではなからうか。<sup>(57)</sup> 争議の集団性を無視して争議＝欠勤と「擬制」するところにこそ争議権保障の趣旨があるのではなからうか。本稿が最も強調したいのはこのことである。この立場にたつて、争議による不就業を給与規定上の「欠勤」に該当しないとした日揮化学事件東京地裁判決に反対したい。他方一時金算定につき争議＝欠勤とみなす一連の裁判例は原則として支持したい。<sup>(58)</sup> もっとも、一時金の算定方法については査定的側面があるので、不就業期間と減額割合について合理的な対応関係が必要となるであろう。

ところで、私見に対してはとくにこの点から強い批判がなされると予想される（もしくはまったくの無視か？）ので、あらかじめ反批判をしておきたい。すなわち、通常の欠勤の場合の処理から争議の際の賃金カットの仕方に関する「合意内容」を本来推定しえない、ということになれば、この問題の契約論的構成は具体的にどのようにすべきであろうか。<sup>(59)</sup> これは、争議の場合の控除方法につき当事者の合意内容が不明確であることが前提であるが。この点、現在の「通説」ともいうべき二分說的契約解釈説(?)は、いわゆる保障的部分のカットについては通常の欠勤のアナロジーを使いながら、<sup>(60)</sup> 交換部分のそれについては、割合のカットをいわば当然視している。前者については、まさに契約説アプローチといえるが、後者は争議の「本質」からの展開のように思われる。こ

(57) 外尾健一「労働争議と賃金債権」『季刊労働法』23号（1957年）66～67頁は、「私は賃金請求権はすぐれて個別的な労働契約関係の問題であるが故に契約面から眺めなければならないとするものであって、病欠、都合による欠勤とストライキによる労働の休止とは、債務不履行の面で質的な相違を示すが、賃金請求権の面では同質的なものであると考えるのである」と指摘している。ほぼ同旨、明治生命事件第一審判決（昭和35年7月1日東京地判『労民集』11巻4号715頁）。

(58) 学説の多くは批判的である。たとえば、青野覚「ストライキと勤勉手当カット」、『労働判例』292号（1978年）17頁、本多・前掲書166頁等。

(59) 渡辺章「賃金と労働時間（報告）」『産業構造の変化と労働法』（1973年）72頁は、賃金カットの仕方につき「集团的労使関係における労使公平というふうな観念」を導入すべきと指摘するが、問題はそれをいかに具体化するか、である。

(60) 通常の欠勤についても保障的部分がカットされる例を想起されたい。この場合には、争議による欠勤についても当然にカットされるであろう。



れでは説明の仕方に矛盾があるのではなからうか。私は、契約説を貫徹するならば、交換的部分のカットの仕方につき争議の「本質」をもち出すのは説明にならないと思っている。では、具体的にどう構成するのか。

それに対して、契約説を棄てて争議の本質論をあくまでも貫くことも可能であろう。争議行為は、本来労使の対抗行為なのでそれによる欠勤については全賃金部分につき割合的にカットされる、とする前記行政解釈の立場がこれである。上述の問題関心からすると、二分説よりもむしろこの見解の方がそれなりに一貫していると思われる。

さて、私見の第二の問題点は、経費援助との関連である。争議行為にもかかわらず賃金カットがなされなければ「経費援助（労組法7条3号）」に該当するか。この点については、それはたまたま契約の解釈上賃金支給との事実が生じるにすぎず、争議行為に対してことさら資金援助をする趣旨ではないのでい<sup>(61)</sup>わゆる経費援助には該当しないと考える。また、「実質説」の立場よりすれば以上のような措置によって自主的な組合活動が抑制されることはないであ<sup>(62)</sup>ろう。さらに、賃金二分説においても保障的部分はカットされないので、程度の差こそあれ同種の問題がないわけではない。したがって、この側面をあまり厳格に考える必要はないであろう。

(61) 光文社事件・昭和45年11月7日東京地決『労働判例』115号93頁は、賃金カットをしないとの合意の有効性を前提としている。

(62) 沼田、前掲論文246～7頁、本多・前掲書160頁、岸井貞真『団結活動と不当労働行為』（1978年）129頁。なお、組合活動による欠勤に対する不控除についても同様な問題がある。