

企業法研究ノート

改正民法におけるノーワーク・ノーペイ原則の再考

東京家政学院大学非常勤講師・名古屋商科大学非常勤講師 松本 研二

I はじめに

民法 624 条は、1 項で「労働者は、その約した労働を終わった後でなければ、報酬を請求することができない。」と定め、2 項で「期間によって定めた報酬は、その期間を経過した後に、請求することができる。」と定めている。これらの規定については、労働義務の履行請求権と賃金請求権は労働契約締結と同時に発生し、支払時期のみを定めたとする見方と、労働義務の履行により賃金請求権が発生することを定めたとする見方（ノーワーク・ノーペイ）の 2 つがあるが、特にストライキ参加者に対する賃金不支給（賃金カット）の根拠として、後者が半ば自明のものとして定着している(注 1)。

その一方で判例は、使用者の責めに帰すべき事由により労務の履行が不能となった場合については、危険負担にかかる民法 536 条 2 項を根拠に、労務が実際に提供されなくても、労働者に賃金請求権を認めている。危険負担は、双務契約の一方の債務が履行不能となった場合に反対債務が消滅しないことを定めた規定であり、賃金請求権の発生根拠規定とはなりにくいはずである(注 2)。すなわちノーワーク・ノーペイ原則とかかる危険負担による処理は、本来矛盾するものである。そこで中間試案第 42、1 (2) では、「労働者が労務を履行することができなくなった場合であっても、それが契約の趣旨に照らして使用者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、労働者は、反対給付を請求することができるものとする。この場合において、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを使用者に返還しなければならないものとする。」とあえて規定化することが提案された。

平成 29 年民法（債権関係）改正は（以下、同改正前民法を「旧法」、改正後民法を「新法」と呼ぶ）、ノーワーク・ノーペイ原則及び使用者の責めに帰すべき事由により労務の履行が不能となった場合の危険負担処理による賃金請求権の発生につき、変更を及ぼすものではない。しかし同改正により、危険負担の位置づけは大きく変化した。本稿は、新法の下で危険負担が変容したことをきっかけに、ノーワーク・ノーペイ原則の意義を改めて見直すことを目的とするものである。

II ノーワーク・ノーペイ原則の状況

1. ノーワーク・ノーペイ原則を示した判例

ノーワーク・ノーペイ原則は、半ば自明のことと考えられているため、判例上の根拠が示されることは必ずしも多くないが、以下の 2 つの判例を挙げる事ができる。

第 1 に、労務を終了しない部分にかかる賃金債権は差押え可能であるが、転付命令の対象とならないとした事案(注 3)であり、大審院は以下のとおり判示した。

「俸給又ハ此ニ類スル継続収入ノ債権ノ差押ハ差押後ニ収入ス可キ金額ニ其ノ効力ヲ及ホスコトハ民事訴訟法第 604 条(注 4)ノ明定スルトコロナリト雖其ノ差押ヘラレタル債権ニ付転付命令ノ送達アリタル場合ニ於テハ転付セラル可キ債権カ該命令ノ送達即チ効力発生当時現存セサル以上ハ債権転付ノ効力ヲ生セサルコト言フ俟タス然リ而シテ雇用契約ニ因ル労務者カ使用者ヨリ受クヘキ俸給其ノ他ノ報酬ノ如キモ労務者ニ於テ其ノ約シタル労務ヲ終リタル後ハ其ノ部分ノ報酬債権ヲ有スルモ未タ労務ヲ終ラサル限りハ之カ報酬債権ヲ有セス従テ前者即チ労務ヲ終リタル部分ニ対スル報酬債権ハ転付命令ニ因リ債権転付ノ効力ヲ生スルハ勿論ナルモ後者即チ未タ労務ヲ終ラサル部分ニ付テハ報酬債権発生セサルカ故ニ債権転付ノ効力発生ノ余地ナキモノト謂ハサルヲ得ス」

この判決に対しては、差押えが可能な賃金にかかる基本債権は雇用契約と同時に発生するが、履行請求が可能な支分権としての具体的賃金請求権は、労務の終了によって発生すると肯定的に解釈する見解(注 5)があるが、労働契約締結時に発生した賃金請求権が、民法 624 条により条件または期限付きであることから、券面額が確定しないゆえに転付命令の対象とならないと解すれば十分であり(注 6)、ノーワーク・ノーペイ原則に直結させる必要はないように思われる。また差押え、転付命令の連続性からは、判例を支持する見解のようにこれらの対象を別の債権ととらえるのは、妥当でないであろう。少なくとも、転付命令の対象とならないことをもって、労務の履行により賃金請求権が発生したと見るのは疑問である。なお賃金請求権を雇用契約の締結と同時に発生する基本債権と支分権としての具体的請求権に分ける見解は、その基本債権の内容が極めて抽象的であり、契約当事者にどのような拘束力を及ぼすのか明らかでない。使用者に指揮命令の行使を求めず、あくまでその行使は使用者の任意とするのであれば、使用者が具体的な指揮命令を行わなければ支分権が発生しないことから、労働契約における労働者の賃金を受領する期待をあまりに軽視しているように思われる。

第 2 に、裁判により解雇が無効となると、後で述べるように使用者に解雇期間中の賃金支払いが命じられるが、無効確定まで時間を要するため、本案訴訟未確定の段階で、解雇期間の賃金仮払仮処分により労働者の生活基盤の確保が図られる場合がある。控訴審が原審の仮払仮処分を取り消したことに伴い、使用者が労働者に対し、受領した仮払金につき、依然として本案訴訟未確定の段階での返還を求めた事案(注 7)で、最高裁は、以下のとおり判示

し、労働者に仮払金の返還義務を命じた。

「実体法上の賃金請求権は、労務の給付と対価的關係に立ち、一般には、労働者において現実に就労することによって初めて発生する後払的性格を有するところ、仮払仮処分は、使用者による就労拒絶という事態を前提とし、これが将来も続くことを予想して発せられるのが通例であって、仮処分債権者に対し労務の給付又はその提供を義務づけるものではなく、仮処分債務者の仮払金支払義務も当該仮処分手続内における訴訟法上のものとして仮に形成されるにとどまり、その執行によって実体法上の賃金請求権が直ちに消滅するものではない。したがって、仮払金返還請求権は、右賃金請求権の存否に関する実体的判断とはかかわりを有しないこととなるから、それをめぐる本案訴訟が別に係属中であっても、仮払金返還請求権の発生ないし行使の障害になるものではないというべきである。」

この判決では、仮払金返還請求権が実体法上の賃金請求権と無関係に消滅することを判示するにあたり、ノーワーク・ノーペイ原則は、特段その前提をなすとはいえず、傍論に過ぎないと思われる。

2. ノーワーク・ノーペイ原則を巡る学説の状況

ノーワーク・ノーペイ原則に異議を唱える学説は少数であるが、労働契約が双務契約であることを根拠として、労働契約の締結により、支分権としての具体的請求権を含む賃金請求権が発生するとする説が唱えられた(注 8)。この説は、売買契約等の通常双務契約では、物を引き渡さなければ代金債権が発生しないなどとは考えられておらず、双務契約上の両債権は契約の当初から発生し、労働契約だけを特別視する理由はないとする(注 9)。

この説に対しては、労務給付は時間の要素と結びつく継続的な法律関係であり、労働者が自己の責めに帰すべき事由によって欠勤する場合には、労働者の債務は時々刻々と履行不能となるが、働くことなしに労働者は使用者に賃金を請求できるはずはないとして、労働契約締結時の賃金請求権の発生を否定し、ノーワーク・ノーペイ原則を肯定する反対説(注 10)がある。しかしこの説に従えば、請負契約においても、仕事が完成しなければ請負人は注文者に報酬請求権が発生しないことになるが、請負契約締結時に請負人に報酬請求権が発生することが判例上確立している(注 11)。さらにこの説は、労働契約締結時に賃金請求権を認め、労働者の履行不能により使用者が損害賠償請求権を得、労働者の賃金請求権と並立した場合、解除または相殺による処理は、賃金全額払いの原則(労基法 24 条 1 項)や解除の不遑及(民法 630 条)により困難であるとする(注 12)。しかし解除の不遑及は、継続的契約の特質に鑑み、過去の就労や賃金支払いをなかつたことにはしないことを意味するに過ぎず、すでに生じた損害賠償債権と賃金支払債務の消滅を認めない趣旨ではない。もっともこの反対説においては、従来ノーワーク・ノーペイ原則が、民事免責の対象となるストライキにおける賃金カットの枠組みで論じられてきたことを超え、労働者の責めに帰すべき事由による労務の不提供における賃金請求権の帰趨に注目としたことが重要であろう。

ただしノーワーク・ノーペイ原則否定説においても、労働しないとそもそも賃金請求権が発生しない場合があることを認めている(注13)。出来高給や歩合給のように、就労が終了しないと賃金額が決定しない場合が該当する。またノーワーク・ノーペイ原則を認める場合も、賃金の前払いのように特約による排除が可能であり、賃金請求権の発生時期についての合意内容が不明確な場合の補充的原則にとどまる(注14)。しかし賃金制度で最も多くみられるものが月給制であることを考えると、原則というためには、月給制にノーワーク・ノーペイが妥当しなければならないであろう(注15)。

以下、本稿のVIまでの記述においては、月例賃金のうち、時間を単位として定められる基本給を前提に論じる。ただし基本給であっても、仕事量に応じて決定される出来高給等は、上記のとおり、検討から除かれる。

VII以降は、基本給以外の賃金について、ノーワーク・ノーペイ原則が妥当するか、労働環境や法制度の変化を受け、ノーワーク・ノーペイ原則が賃金制度全体にどのような影響を及ぼすか、検討する。なお基本給は、短時間労働者(パート・アルバイト)については時間給制が取られる場合が多く、正社員にあっては、管理職を中心に年俸制が取られる場合がある。年俸制は、当該年度の開始前に1年間の賃金総額が決定され、各月に分割されて支払われるのが特徴である。年俸制は、成果主義賃金の代表例であるが、前年度の成果は、あくまで当該年度の賃金を算定するための要素に過ぎず、前年度の労働の対価の後払いではない(注16)。時間給制も年俸制も、労働義務の履行前に賃金の額が確定している点で、通常の正社員の定額基本給と違いはない。

3. 賃金カットを巡る判例の状況

単純にストライキ中の賃金の全額支給を求めて提訴がなされることはまずない。実際に問題となったのは、賃金の性格に応じて賃金カットの対象とならない部分があるか否か、及び年次有給休暇取得時にストライキに参加した場合に賃金は支給されるかという事案である。

三菱重工長崎造船所事件(注17)では、就業規則の定めに従い、ストライキの期間に応じて家族手当を含む時間割賃金の削減がなされた。賃金には、日々の労働の対価としての交換的部分と、勤務時間や仕事量に関係なく労働者の地位にある間、固定的に支給される生活補助的、保障的部分があり、家族手当は後者であるとして、賃金カットの対象とならないかが問われた。最高裁は、「ストライキ期間中の賃金削減の対象となる部分の存否及びその部分と賃金削減の対象とならない部分の区別は、当該労働協約等の定め又は労働慣行の趣旨に照らし個別的に判断するのを相当とし、・・・いわゆる抽象的一般的賃金二分論を前提とする被上告人らの主張は、その前提を欠き、失当である。」と判示し、就業規則の規定及び家族手当の削減が労働慣行となっていることを根拠に、家族手当を含む賃金カットを認めた。

津田沼電車区事件(注18)では、当初予定されていたストライキの期日が繰り上がり、予め労働者が年次有給休暇を請求した時季に重なったことから、労働者がストライキに参加し

たところ、年次有給休暇と認められず欠勤として処理され、賃金カットがなされたことの是非が問われた。最高裁は、「上告人は、前記争議行為に参加しその所属する事業場である津田沼電車区の正常な業務の運営を阻害する目的をもって、たまたま先にした年次休暇の請求を当局側が事実上承認しているのを幸い、この請求を維持し、職場を離脱したものであって、右のような職場離脱は、労働基準法の適用される事業場において業務を運営するための正常な勤務体制が存在することを前提としてその枠内で休暇を認めるという年次有給休暇制度の趣旨に反するものというべく、本来の年次休暇権の行使とはいえないから、上告人の請求に係る時季指定日に年次休暇は成立しないというべきである。」と判示し、賃金カットを認めた。労働者には、年次有給休暇の自由利用が認められるが(注 19)、正常な業務の運営を阻害する目的で年次有給休暇を取得する一斉休暇闘争においては、年次有給休暇の成立が否定される(注 20)。この事案における年次有給休暇の請求は、予め正常な業務の運営を阻害する目的でなされたものではないが、ストライキを理由とする賃金カットが認められる結果となった。

賃金カットに関する判例の評釈においては、冒頭でノーワーク・ノーペイ原則に言及することが多いが(注 21)、上記の判例においては、ノーワーク・ノーペイ原則が明示されておらず、II-1. で触れたノーワーク・ノーペイ原則を示した判例の引用もない。これらの判断を導くうえで、労働義務の履行により賃金請求権が発生することを根拠とする必然性は見当たらない。

III 使用者に起因するノーワークの場合の賃金請求権

旧法 536 条 2 項は、債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行できなくなった場合、債務者の反対給付を受ける権利が消滅しないと規定する。工事請負契約で債権者(注文者)の帰責事由により完成不能となった事案(注 22)では、「請負契約において、仕事が完成しない間に、注文者の責に帰すべき事由によりその完成が不能となった場合には、請負人は、自己の残債務を免れるが、民法 536 条 2 項によって、注文者に請負代金全額を請求することができ、ただ、自己の債務を免れたことによる利益を注文者に償還すべき義務を負うにすぎないものというべきである。」と判示され、請負人に請負代金全額の請求権が認められた。もともとこれまで 536 条 2 項は、請負契約であっても、ほとんどは雇用に類するものに適用されてきた(注 23)。

労働契約においては、民法 536 条 2 項は、特に解雇が無効となった場合の解雇期間中の賃金請求権の根拠として用いられるようになり、解雇期間中に労働者が他からの収入(中間収入)を得ていた場合の請求金額は、同第 2 文と休業手当(労基法 26 条)を考慮して決定される。米軍山田部隊事件(注 24)では、「労働基準法 26 条は、民法 536 条 2 項の特別規定であって、労働者の労務の履行の提供を要せずして使用者に反対給付の責任を認めているものと解すべきであるから、…原判決が被上告人解雇期間内に他の職について得た利益は上

告人に償還すべきであると認めながら、その償還の限度を平均賃金の 4 割にとどめ、上告人に対し被上告人の解雇期間中の賃金として、平均賃金の 6 割相当の賃金の支払を命じたことは正当である」と判示され、解雇期間中の賃金額のうち、平均賃金の 6 割までの部分は、中間収入の多寡にかかわらず支払わなければならないとされた。なお賞与等の一時金は、休業手当の算定の基礎となる平均賃金の算定には含まれないが、あけぼのタクシー事件(注 25)では、中間収入の「額が平均賃金額の 4 割を超える場合には、更に平均賃金の算定の基礎にされない賃金（労働基準法 12 条 4 項所定の賃金）の全額を対象として利益額を控除することが許されるものと解せられる。」と判示され、賞与の全額が中間収入控除の対象をなることが明らかになった。

ロックアウトによる就労不能は、使用者に起因するものであるが、正当なロックアウトであれば、使用者は賃金支払義務を免れる。丸島水門事件(注 26)で最高裁は「個々の具体的な労働争議の場において、労働者側の争議行為によりかえつ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。労働者の提供する労務の受領を集团的に拒否するいわゆるロックアウト（作業所閉鎖）は、使用者の争議行為の一態様として行われるものであるから、それが正当な争議行為として是認されるかどうか、換言すれば、使用者が一般市民法による制約から離れて右のような労務の受領拒否をすることができるかどうか、右に述べたところに従い、個々の具体的な労働争議における労使間の交渉態度、経過、組合側の争議行為の態様、それによって使用者側の受ける打撃の程度等に関する具体的諸事情に照らし、衡平の見地から見て労働者側の争議行為に対する対抗防衛手段として相当と認められるかどうかによってこれを決すべく、このような相当性を認めうる場合には、使用者は、正当な争議行為をしたものとして、右ロックアウト期間中における対象労働者に対する個別的労働契約上の賃金支払義務をまぬかれるものといわなければならない。」と述べた。この判決は、民法 536 条 2 項に直接言及するものではないが、具体的な争議行為において労使間の均衡が破れ、使用者に著しく不利な状況では、均衡回復のための防御的ロックアウトであれば(注 27)、もはや債権者の責めに帰すべき事由による労務の受領拒否とはいえず、同 1 項の危険負担の債務者主義の原則に戻り、使用者の賃金支払義務を否定したと解することができよう(注 28)。

なお別の事業場で労働者自らが加入している労働組合が部分ストを実施し、自らは参加しないものの、部分ストの結果就労できなかった場合、債権者の帰責事由は存在しないため、民法 536 条 2 項によっては、労働者は賃金の支給を受けない。そこで休業手当の対象となる使用者の責に帰すべき事由による休業に該当することにより、休業手当の対象となるかが問われたノース・ウエスト航空事件(注 29)で、最高裁は、「(労働基準法 26 条)の『使用者の責に帰すべき事由』とは、取引における一般原則たる過失責任主義とは異なる観点をも

踏まえた概念というべきであって、民法 536 条 2 項の『債権者ノ責ニ帰スヘキ事由』よりも広く、使用者側に起因する経営、管理上の障害を含むものと解するのが相当である」としたが、「本件ストライキの結果上告会社が被上告人らに命じた休業は、上告会社側に起因する経営、管理上の障害によるものということとはできないから、上告会社の責に帰すべき事由によるものということとはできず、被上告人らは右休業につき上告会社に対し休業手当を請求することはできない。」と判示した。

旧法で危険負担は、双務契約の債務の一方が履行不能となった場合の他方の債務の存続・消滅（存続上の牽連関係）を規律していたが、労務履行によりはじめて賃金請求権が発生するというノーワーク・ノーペイ原則と抵触する。あえて危険負担とノーワーク・ノーペイ原則を統一的に理解するなら、使用者に帰責事由ある労務の履行不能によりはじめて、賃金請求権が発生する(注 30)という技巧的な処理が必要となる。

IV 民法（債権関係）改正における解除及び危険負担の変容

1. 改正の概要

旧法	新法
<p>（債務者の危険負担等）</p> <p>民法 536 条 前二条（※1）に規定する場合を除き、当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を有しない。</p> <p>2 債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債務者は、反対給付を受ける権利を失わない。この場合において、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。</p>	<p>（債務者の危険負担等）</p> <p>民法 536 条 当事者双方の責めに帰することができない事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができる。</p> <p>2 債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができない。この場合において、債務者は、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。</p>
<p>（履行不能による解除権）</p> <p>543 条 履行の全部又は一部が不能となったときは、債権者は、契約の解除をすることができる。ただし、その債務の不履行が債務者の責めに帰することができない理由によるものであるときは、この限りでない。</p>	<p>（債権者の責めに帰すべき事由による場合）</p> <p>543 条 債務の不履行が債権者の責めに帰すべき事由によるものであるときは、債権者は、前二条（※2）の規定による契約の解除をすることができない。</p>

（※1）旧法 534 条の債権者の危険負担、535 条の停止条件付双務契約における危険負担

（※2）新法 541 条の催告による解除、542 条の催告によらない解除

旧法 543 条但書では、履行不能について、債務者に帰責事由ない場合、債権者は契約を解除できないことを定め、履行遅滞についても同様と解されてきた。改正法では、解除の意義を債務者へのサンクションから債権者の契約の拘束力からの解放へと転換し、債務が履行されない場合は、債務者に帰責事由なくても解除が可能となるよう改められた。ただし債権者に帰責事由がある場合は、契約を解除できない(注 31)。

履行不能において、債務者に帰責事由ない場合にも債権者が契約を解除できるとすると、一方で危険負担により反対債務が消滅しているのであれば、すでに消滅した債務が解除による消滅の対象となるという自己矛盾が生じる。改正にあたっては、536 条 1 項の危険負担を廃止する解除一元化案が検討されたが(注 32)、解除の意思表示の到達や 544 条の解除の不可分性の問題が指摘された。そもそも履行不能による契約解除と危険負担の重複の問題は、危険負担の効果を反対債務の当然消滅としたことに起因する。そこでかかる重複の問題を解消するため、536 条 1 項の危険負担を廃止せず、その内容を当然消滅構成から履行拒絶構成に改めることにより、解決が図られた(注 33)。

危険負担の効果を反対債務の自然消滅構成から履行拒絶構成に変更すると、すでに発生した債務であるがゆえに履行を拒絶できると解するのが自然であり(注 34)、労働契約締結時に使用者の賃金支払債務の発生を認めないノーワーク・ノーペイ原則は、より説明が困難になる。ノーワーク・ノーペイ原則を維持するのであれば、使用者の帰責事由により労働者が労務を履行できなくなった場合、労働者に賃金請求権が発生することを明文化(注 35)することが、より重要な意義を持つこととなる。しかしノーワーク・ノーペイ原則のもとでも旧法の 536 条 2 項の「反対給付を受ける権利を失わない」との文言を根拠に賃金請求権が発生すると実務上考えられていることとの関係で、新法においても依然として 536 条 2 項を賃金請求権の発生根拠とすることができるとして(注 36)、新たな賃金請求権発生根拠の規定化は見送られた。しかしこのことは、反対債務の自然消滅構成から履行拒絶構成へと、危険負担の効果が変化したことの重要性をあまりに軽視したと言わざるを得ないだろう。

2. 労働者による労務の提供がなされない各局面での賃金請求権

以下では、民法（債権関係）改正の下で、ノーワーク・ノーペイ原則が維持された場合、及びノーワーク・ノーペイ原則が維持されず労働契約締結時に労働者の賃金請求権が発生する場合において、労働者が労務を提供しないまたは提供しようにもできない各局面における労働者の賃金請求権の帰趨を示す。

(1) ノーワーク・ノーペイ

法改正の影響を受けない。

① 正当なストライキの場合

労務の提供なく、労働者の賃金請求権は発生しない。

② 不当解雇の場合

賃金請求権が 536 条 2 項で発生する。

③ 正当なロックアウトの場合

使用者に 536 条 2 項の帰責事由がないため、賃金請求権は発生しない。この点、ノーワーク・ノーペイ原則に配慮しない丸島水門事件のⅢの法律構成と異なり、同 1 項による賃金請求権の消滅という解釈は取れない。

④ 無断欠勤の場合

労務の提供なく、労働者の賃金請求権は発生しない。

(2) 労働契約締結時に賃金請求権発生 (旧法)

① 正当なストライキの場合

労働者が労務を提供できないことにつき、使用者・労働者ともに帰責事由がないため、536 条 1 項により、賃金請求権は消滅する。

② 不当解雇の場合

使用者にのみ帰責事由があるため、536 条 2 項により、賃金請求権は存続する。

③ 正当なロックアウトの場合

正当なロックアウト (防御的ロックアウト) が認められる場合は、使用者に 536 条 2 項の帰責事由がないため、たとえ労働者の争議行為に労務不提供の帰責事由が認められなくても、同 1 項で賃金請求権は消滅する。労務不提供に労働者の帰責事由が認められる場合は、次の④のとおりである。

④ 無断欠勤の場合

労働者に帰責事由ある労務不提供として、使用者の 543 条の解除により、賃金請求権は消滅する。

(3) 労働契約締結時に賃金請求権発生 (新法)

① 正当なストライキの場合

使用者は、労働者が労務を提供できないことにつき、労働者に帰責事由なくとも解除ができ、解除により賃金請求権は消滅する。なお労働者の債務は、時々刻々と履行不能となるため、542 条の無催告解除の対象となる。債権者は、解除しない場合も、536 条 1 項により、賃金の支払いを拒絶できる。

② 不当解雇の場合

使用者は、543 条但書により解除できず、536 条 2 項により賃金支払いを拒絶できない。

③ 正当なロックアウトの場合

使用者に帰責事由はなく、その場合、賃金支払義務は存続するものの、使用者は 536 条により履行を拒むことができる。542 条の無催告解除により、賃金請求権は消滅する。この場合、丸島水門事件最高裁判決の「(使用者は) 賃金支払義務をまぬかれる」との判断は、新法の下で見直しを迫られることも考えられる。労務不提供に労働者の帰責事由が認められる場合は、次の④のとおりである。

④ 無断欠勤の場合

労働者の労務不提供に対し、使用者の 542 条の無催告解除により、賃金請求権は消滅する。

(4) まとめ

以上の労働者の賃金請求の可否をノーワーク・ノーペイ原則が維持された場合と比較すると、下表のとおりとなる。下線部のケースでは、賃金支払債務が消滅するためには、使用者による解除が必要になる。

	正当な ストライキ	不当解雇	正当な ロックアウト	無断欠勤
ノーワーク・ノーペイ（改正の影響なし）	×	○ 536 条 2 項で発生	×	×
労働契約締結時に賃金請求権発生（旧法）	×	○ 536 条 2 項で消滅せず	×	×
	536 条 1 項で消滅		使用者に 536 条 2 項の帰責事由がないため、同 1 項で消滅	<u>労働者の債務不履行にもとづく</u> <u>543 条の解除で消滅</u>
労働契約締結時に賃金請求権発生（新法）	×	○ 543 条但書で解除できず、536 条 2 項で履行拒絶できず	×	×
	<u>536 条 1 項で履行拒絶、542 条の解除で消滅</u>		使用者に 536 条 2 項の帰責事由がないため、同 1 項で履行拒絶、542 条の解除で消滅	<u>労働者の債務不履行にもとづく</u> <u>542 条の解除で消滅</u>

3. 労働契約締結により賃金請求権の発生を認める場合の問題点

新法の下では、ストライキによる労務不提供に対しては、使用者は賃金支払債務の履行を拒絶できるが、義務自体は存続し、消滅のためには、解除が必要となる。もし解除が解雇を意味するのであれば、ストライキを理由とする解雇は、不当労働行為として、労働委員会による原職復帰命令の対象となるだけでなく、私法上も無効となる。ロックアウトに際して、賃金支払義務を消滅させるために解除を行う場合も同様である。

また法改正の前後を問わず、無断欠勤のような労働者に帰責事由ある労務の不提供に対しては、解除により使用者の賃金支払債務が消滅する。ここでももし解除が解雇を意味するのであれば、労働者の債務不履行の程度が軽微であれば、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められないとして、解雇が無効になる（労契法 16 条）場合も多い

であろう。

V イギリスにおける雇用契約の二面性

1 イギリス雇用法の応用可能性

労務提供型契約が雇用契約かどうかの判断方法については、わが国とイギリスでは共通点が多いとされる(注 37)。後述のとおり、イギリスでは、雇用契約かどうかの判断基準として、義務の相互性基準が用いられる。同基準は、民法 623 条「雇用は、当事者の一方が相手方に対して労働に従事することを約し、相手方がこれに対してその報酬を与えられることを約することによって、その効力を生ずる。」及び労契法 6 条「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。」の規定と共通すると思われる。もともと過去の議論では、イギリスでは、身分関係を克服し、市民法理としての契約関係を重視したコモン・ロー雇用契約法が現在も重要であるのに対し、わが国では、労働者の使用者に対する従属性が重視され、独立した労働契約法典を持たない中で、民法の雇用契約とは異なる使用従属性に裏付けられた労働関係が存在するとされてきた(注 38)。しかし平成 19 年に労契法が制定され、労働契約が、使用者及び労働者の対等な立場での自主的な交渉にもとづく合意により締結・変更される契約であることが明らかにされた(労契法 1、3 条)。労契法の労働契約は、民法の雇用契約と同義と解されている(注 39)。上記の民法 623 条及び労契法 6 条も同趣旨とされている(注 40)。以上に鑑みると、イギリス雇用法の解釈をわが国の労働契約(=雇用契約)に応用することには、十分な意義があると考えられる。

2 イギリスにおける被用者性

イギリスでは、雇用契約(contract of service)(注 41)を請負契約等の他の労務提供型契約(contract for service)と区別するため、これまで様々な基準(注 42)が提唱されたが、最近では約因(consideration)法理にもとづく義務の相互性基準(mutuality of obligation test)が定着している(注 43)。

O'Kelly v Trusthouse Forte plc 事件(注 44)では、原告は、被告ホテルチェーンのリストに登録され、一定期間、求めに応じてホテルのケータリングサービスに従事することを求められていた。原告は他で雇用されることなく、ホテルの要請を断れば、リストから外された。原告は、組合員であることを理由とする解雇からの保護を受ける被用者に自らが該当すると主張した。原告が被用者であるためには、分離した個々の勤務自体を雇用契約と見るか、後述の個々の勤務をつなぐ雇用契約としての global contract (umbrella contract と呼ばれる)が認められなければならない(注 45)(注 46)。global contract が存在するといえるためには、サービスへの従事が断続的で、実際には従事していない期間があっても、その間も以後に従事する見通しが認められなければならない。雇用控訴審判所(Employment Appeal Tribunal ;

EAT) は雇用契約の存在を認めたが、控訴院 (Court of Appeal) は、EAT の判断を覆し、EAT の前審である雇用審判所 (Employment Tribunal) による以下の判断を支持して、原告は単に 1 つのクライアントのみの勤務を選んだ独立契約当事者に過ぎないとした。global contract の存在も認めなかった。

「原告は勤務可能な仕事を供給されるとの期待のもとで、会社と関係を築いた。それは特定のイベントにおけるサービスにかかる純粋な商取引である。なぜならば、会社には仕事を供給する義務が認められず、原告には将来にわたりサービスを提供する義務が認められないからである。」

このように控訴院は、O'Kelly 事件の判断に際し、義務の相互性の考え方を導入した。一般にイギリス契約法では、契約が有効であるためは、約因によって裏付けられなければならない。約因は、契約当事者間における将来に向けての相互の義務の交換である(注 47)。義務の相互性基準は、Carmichael v National Power 事件(注 48)で貴族院 (House of Lords) によっても支持された。Carmichael 事件で貴族院は、求めに応じて働く臨時労働者 (casual as required basis) であるツアーガイドの勤務形態が、global contract に必要な義務の相互性を欠いていることを指摘したが、使用者に勤務枠提供の縛りがないゼロ時間契約 (zero hours contracts) による個々の勤務の間に、結合性を認めなかったことになる。その判断の重要な根拠は、使用者による呼び出しがあっても、原告が自由に断れることにあった(注 49)。

3 雇用契約の二面性

雇用契約には、特定の期間、作業、義務または相互の約束によって画される就労と賃金の交換取引 (exchange transaction) の側面と、期間を通じた将来のパフォーマンスにかかる相互の義務の交換を内容とする関係性契約 (relational transaction) の 2 つの側面がある。後者は、安定性と継続性を特色とし、期間の短さや通知による解消の容易さに左右されない(注 50)。もっとも関係性契約が契約といえるためには、削減できない最小の (irreducible minimum) 相互義務が存在しなければならない(注 51)。かかる相互義務の内容は、使用者における将来に向けて仕事を提供する義務と、被用者における依頼された仕事を受諾する義務である。関係性契約は、期間を通じて個々の交換取引をその傘下に収める global contract に相当する(注 52)。

4 日本法への示唆

II-1. では、賃金債権を雇用契約の締結と同時に発生する基本債権と支分権としての具体的請求権に分ける見解に言及した。イギリスの議論からは、基本債権は関係性契約に、支分権は交換契約に、それぞれ相当するように思われる。

ここで重要なことは、関係性契約は、契約当事者にどのような拘束力を及ぼすのか明らかでない抽象的なものではなく、労働者に対し具体的な指揮命令を行うことを使用者に求める拘束力を有する点である。関係性契約の存在は、使用者の指揮命令を導くことにより具体

的請求権が発生し、労働者の賃金を受領する期待が満たされるだけでなく、雇用そのものの安定性と継続性をももたらすのである。

VI 小括

民法（債権関係）改正により反対債務の自然消滅構成から履行拒絶構成へと危険負担の効果が変化することにより、新法の下でのノーワーク・ノーペイ原則は、旧法以上に説明が困難となった。結局のところ、法改正においては、ノーワーク・ノーペイ原則の是非が顧みられることなく、また同原則を認めるとしても、その根拠を明確化させることなく、実質的に議論を棚上げしたとみるべきであろう。

もっともノーワーク・ノーペイ原則を否定し、労働契約締結により賃金請求権の発生を認めた場合、労務不提供の原因ごとに賃金請求権の帰趨が大きく異なり、法改正により危険負担の位置づけが変わり、使用者の賃金支払義務の消滅には解除を要することとなったことも相俟って、法律関係が複雑であることは否めない。この点ノーワーク・ノーペイ原則は、労務不提供の原因ごとの賃金請求権の帰趨の差異が小さく、法改正の影響も受けないことから、簡明な処理を可能とする。またノーワーク・ノーペイ原則は、主にストライキの際の賃金カットの根拠とされるが、旧法では、同原則によらなくても、危険負担の効果としての賃金請求権の消滅により、労働者はストライキ期間の賃金を請求できない。ところが、労働契約締結により賃金請求権の発生を認めると、無断欠勤の場合、法改正の前後を問わず危険負担は適用されず、解除によらなければ賃金請求権は消滅しない。すなわち無断欠勤を理由とする解除の困難さの問題は、すでに旧法の時点から生じていたのである。その意味でノーワーク・ノーペイ原則は、むしろ労働者に帰責事由ある労務不提供の場合にこそ、強い存在意義が認められよう。このように考えると、ノーワーク・ノーペイ原則を残すメリットも認められる(注 53)。

しかしわたくしは、実務的な観点を含め、以下の理由により、賃金請求権発生根拠としてのノーワーク・ノーペイ原則を消極的に解したい。

IV-1 で述べたとおり、旧法では、債務者に帰責事由ある場合のみ、債権者は契約を解除できたが、現実の事例では、債務者に帰責事由があったかどうかは、容易には判断できない。売買契約を例にとると、引渡し前に倉庫への落雷により目的物が消失した場合、売主には当然に帰責事由がないとは言い切れず、倉庫の耐火性が十分であったか等の事情が、帰責事由として検討されなければならなかった(注 54)。新法では、解除に債務者の帰責事由が不要となったが、その背景には、かかる帰責事由の証明が困難であるという実務的な問題がある。労働契約に目を転じると、労働者に帰責事由ある労務不提供の典型例として、IV-2 では無断欠勤を取り上げたが、欠勤の大半を占める私傷病にもとづく欠勤については、労働者に帰責事由あるかどうかの判断は困難である。このように労働契約締結時に賃金請求権の発生を認めると、旧法では、解除に際して、債務者の帰責事由の有無の判断が困難であるため、

ノーワーク・ノーペイ原則を支持すべきであったとも考えられる。しかし実務上は、私傷病は、仮に回避可能性があっても、労働者に帰責事由ないものと扱う場合が多いと考えられる。そうすると旧法のもとでは、多くの欠勤は、労働者に帰責事由ない場合として、債務不履行ではなく危険負担の問題として処理され、解除によらず賃金請求権は消滅したと考えるべきである。さらに民法（債権関係）改正により、賃金請求権の消滅には解除を要件とするものの、解除に債務者の帰責事由が不要となったことは、ノーワーク・ノーペイ原則を採用する必要性をさらに低下させるものといえよう。

結局のところ、労務不提供の原因ごとに賃金請求権の帰趨が異なるという法律関係の複雑さの問題は残るものの、上記の実務上の観点を含め、ノーワーク・ノーペイ原則が確固とした根拠にもとづくものとはいえないこと、新法において旧法以上に危険負担処理との整合性が疑問視されることから、ノーワーク・ノーペイ原則を賃金請求権発生における大原則とすることには、躊躇せざるをえない。

ノーワーク・ノーペイ原則を採用せず、労働契約締結時に賃金請求権が発生するとした場合、民法（債権関係）改正により、危険負担の効果が反対債務の自然消滅構成から履行拒絶構成へと変化したことに伴い、労働者の労務不提供にもとづく使用者の賃金支払債務の消滅に解除を要することとなったが、IV-3 では、解除が解雇を意味するのであれば、わが国の厳しい解雇規制に抵触する可能性があることを指摘した。

かかる問題の解決には、イギリス法の議論が有益である。V-4 で述べたとおり、雇用契約の締結と同時に発生する基本債権は、イギリス法にいう関係性契約に、支分権としての具体的請求権は交換契約に、それぞれ相当すると考えられる。わが国の厳しい解雇規制の対象となるのは、関係性契約としての労働契約であろう。これに対して、労働契約締結と同時に発生し、解除により消滅する賃金請求権は、交換契約にかかるものと考えべきであろう。もっともV-2 で見たとおり、関係性契約は、断続的な交換契約を連結するところに重要な意義があるが、月給制に代表される連続的な労働契約における労働義務も賃金請求権も、期間で区切って認識することが可能であり、やはり交換契約にかかるものであるということができ、その結果、関係性契約と交換契約の併存は可能であろう。

正当なストライキの場合、正当なロックアウトの場合および無断欠勤の場合、使用者は労務不提供の期間にかかる交換契約を解除することにより、賃金支払義務を免れる。解除にあたっては、労働者に対する解除の意思表示が必要となるが、現実の賃金の不支給をもって、解除の意思表示とみることが可能であろう。

このように、イギリスにおける雇用契約の二面性の議論を参照することにより、解雇と労務不提供にあたり賃金請求権を消滅させるための解除とを切り離して理解することが可能となる。

VII 各種の賃金とノーワーク・ノーペイ原則

これまでは、月例賃金のうち基本給を前提に論じてきたが、以下では、月例賃金のうち基本給以外の諸手当及び賞与について、ノーワーク・ノーペイ原則の対象とすべきか、検討する。これまでの本稿の議論からは、ここでノーワーク・ノーペイ原則の対象とすべきものとは、賃金の構成要素のうち、労働義務の履行により賃金の額が確定するため、労働契約締結と同時に労働義務の履行請求権と賃金請求権が発生するとはいえないものということができよう。

1. 諸手当

わが国では、基本給を補う目的で、(i) 役付手当、技能手当等の職務関連手当、(ii) 家族手当、住宅手当、地域手当、単身赴任手当等の生活関連手当、(iii) 通勤手当、(iv) 給食手当、(v) 成績加給、精皆勤手当、無事故手当等の勤務実績にもとづく追加的手当等の諸手当を支給される場合が多い(注 55)。(i) から (iv) の中には、労務提供のいかんにかかわらず、就業規則の定めに従って支払われるものも少なくない。労務提供とリンクしない賃金は、ノーワーク・ノーペイ原則の埒外である。その一方で、三菱重工長崎造船所事件最高裁判決が示したとおり、生活関連手当等であっても、就業規則の定めにより、賃金カットの対象となる場合がある。この場合は、ノーワーク・ノーペイ原則適用の可否が俎上に上り、時間を単位として定められる基本給に準じて、本来ノーワーク・ノーペイ原則は適用されないと考えるべきであろう。これに対して (v) は、労働者の勤務実績にもとづき支給の可否や金額が決定されるため、出来高給や歩合給と同様に、ノーワーク・ノーペイ原則が妥当しよう。

使用者は、労基法上の時間外労働・休日労働をさせた場合、一定率以上の割増賃金を支払わなければならない。就業規則が法定の割増率を超える時間外賃金の支払いを定めていた場合は、使用者は当該割増賃金を支払わなければならない。さらに法定労働時間内であっても就業規則により時間外労働と扱われる法内超勤についても、割増賃金の定めがあれば、使用者は当該割増賃金の支払義務を負う。これら時間外手当については、基本的にノーワーク・ノーペイ原則が適用されると考えられる。

2. 賞与

賞与は、一般に就業規則の定めにより、特定の支給日に会社の業績、労働者の勤務実績を考慮して決定した額が支払われる場合が多い。東芝（うつ病）事件(注 56)では、勤務実績に対する査定により、具体的な賞与の支払請求権が発生するとされた。したがって賞与についても、基本的にノーワーク・ノーペイ原則が妥当すると考えられる。

VIII 結びに代えて（働き方改革とノーワーク・ノーペイ原則）

平成 30 年に成立した働き方改革関連法は、賃金における各構成要素の比率に影響を与える可能性がある。

第 1 に、時間外労働に上限規制が設けられたことによる影響が考えられる。従前は、適法な 36 協定が締結されていれば、法的拘束力のある時間外労働の上限規制はなかった。働き方改革関連法によって長時間労働是正のための労基法改正が行われ、時間外労働の上限は、原則として月 45 時間、年 360 時間となり、臨時的な特別の事情があつて労使が合意する場合でも、(i) 年 720 時間以内、(ii) 複数月平均 80 時間以内（休日労働を含む）及び (iii) 月 100 時間未満（同）のいずれも満たす必要があり、原則である月 45 時間を超えることができるのは、年間 6 か月までに限られることとなった。これらに違反すると、罰則が適用される。時間外労働規制の強化は、労働時間短縮の機運とも相俟って、ノーワーク・ノーペイ原則が適用される時間外手当の縮小に向かうことが予想される。

第 2 に、高度プロフェッショナル制度の法制化による影響が考えられる。高度プロフェッショナル制度は、高度の専門的知識等を必要とし、その性質上従事した時間と従事して得た成果との関連性が通常高くないと認められる一定の業務で、賃金の額が基準年間平均給与額の 3 倍の額を相当程度上回る場合、働きすぎ防止措置や健康・福祉確保措置を講じることで適用が可能となる。同制度が適用されると、労基法の労働時間規制の適用を受けない。高度プロフェッショナル制度がどの程度普及するかは未知数であるが、労働時間規制の非適用により、ノーワーク・ノーペイ原則の埒外となる。これにより時間を単位として定められることで本来ノーワーク・ノーペイ原則を適用すべきでない基本給部分は、後退することとなる。

第 3 に、パート・有期契約労働者に対する適正処遇の影響が考えられる。短時間・有期雇用労働者法 8 条は、パート・有期契約労働者と正社員との労働条件の相違が、労働者の業務の内容及び当該業務に伴う責任の程度、当該職務の内容及び配置の変更の範囲その他の事情を考慮して、不合理であつてはならないと定める。同条のもととなった旧労働契約法 20 条の解釈に関し、定年後に再雇用された有期契約の嘱託乗務員と正社員との労働条件の差異が不合理であるかが問われた長澤運輸事件(注 57)で最高裁は、能率給、職務給、住宅手当、役付手当を嘱託乗務員に支給しなかったことを不合理としない一方で、精勤手当の不支給とそれに伴う時間外手当における不利益な扱いを不合理であるとした。ハマキョウレックス事件(注 58)では、最高裁は、正社員に支給される住宅手当が（有期）契約社員に支給されなかったことを不合理としなかったものの、皆勤手当、無事故手当、特殊作業手当、給食手当、通勤手当については、契約社員に対する不支給が不合理な扱いに当たるとした。これら不支給が不合理とされた手当には、VII-1 で述べたとおり、ノーワーク・ノーペイ原則が当然に適用されるものと、通常同原則の埒外とされるものがある。いずれにしても適正処遇

の要求は、非正規労働者の賃金体系におけるノーワーク・ノーペイ原則の比重につき、正社員と平行に判断すべき傾向を高めることとなろう。

以上のとおり、働き方改革関連法により、賃金における各構成要素の比率の変化を通じて、ノーワーク・ノーペイ原則の比重も変化することとなろう。

(脚注)

(注 1) 菅野和夫『労働法』990 頁 (弘文堂、第 12 版、2019)、石川吉右衛門『労働組合法』249 頁 (有斐閣、1978) 等。

(注 2) 民法 (債権関係) の改正に関する中間試案 (以下「中間試案」と呼ぶ) 第 42、1 (2) の補足説明。

(注 3) 大判昭 9.4.26 民集 13 巻 622 頁。

(注 4) 現民事執行法 151 条。

(注 5) 我妻栄『債権各論中巻二』580 頁 (岩波書店、1962)。幾代通『注釈民法 (16)』58 頁 [幾代、広中編] (有斐閣、新版、1989)。山川隆一『新注釈民法 (14)』53 頁 [山本豊編] (有斐閣、2018)。

(注 6) 現在では、券面額に代えて執行裁判所が定めた価額での代物弁済を認める譲渡命令 (民事執行法 161 条 1 項) の対象となることも考えられる。

(注 7) 宝運輸事件・最判昭 63.3.15 民集 42 巻 3 号 170 頁。

(注 8) 坂本宏志「賃金控除の理論的基礎」労働 90 号 79 頁 (1997)。

(注 9) ここではむしろ労働契約と同じく労務提供型契約である請負契約が双務契約であり、後述べるように、請負契約で契約成立と同時に当事者間に相対する債権債務が発生することとの類似性を根拠とすべきであろう。ところで実際には、請負契約と労働契約の区別は、必ずしも容易とはいえない。フリーの映画撮影技師についての労働者性が争われた新宿労基署長事件では、一審 (東京地判平 13.1.25 労判 802 号 10 頁) と二審 (東京高判平 14.7.11 労判 832 号 13 頁) の間で、判断が分かれた。

(注 10) 奥富晃「雇傭契約における報酬請求権発生問題の基礎理論的考察—いわゆる『報酬支払債務と労務給付との牽連性』について—」南山 23 巻 1・2 号 263 頁 (1999)。

(注 11) 最判平 9.2.14 民集 51 巻 2 号 337 頁、最判平 9.7.15 民集 51 巻 6 号 2581 頁等。新法で新設された買主の代金減額請求権 (563 条) は、559 条により請負契約に準用されるが、契約不適合により完成していない段階ですでに確定した報酬額の減額を認めるものであり、契約締結時に報酬請求権が発生していることを前提としている。笠井修『新注釈民法 (14)』140 頁 [山本豊編] (有斐閣、2018) は、請負契約においてノーワーク・ノーペイ原則は妥当しないとす。

(注 12) 奥富・前掲注 (10) 262 頁。(注 13) 坂本・前掲注 (8) 86 頁。

(注 14) 水町勇一郎『注釈労働基準法 (上)』373 頁 [東大労研編] (有斐閣、2003)。

(注 15) 土田道夫『労働契約法』244 頁 (有斐閣、第 2 版、2016) は、完全月給制をノーワーク・ノーペイ原則の特約と位置づけるが、そうであればもはや原則としての意義は低下したとみるべきであろう。

(注 16) 盛誠吾『講座 21 世紀の労働法 第 5 巻 賃金と労働時間』68 頁 [日本労働法学会編] (有斐閣、2000)。

(注 17) 最判昭 56.9.18 民集 35 巻 6 号 1028 頁。

(注 18) 最判平 3.11.19 民集 45 巻 8 号 1236 頁。

(注 19) 白石宮林署事件・最判昭 48.3.2 民集 27 巻 2 号 191 頁。

- (注 20) 夕張南高校事件・最判昭 61.12.18 労判 487 号 14 頁。
- (注 21) 例として、三菱重工長崎造船所事件に関して、表田充生[判批]ジュリ 230 号 197 頁(2016)。
- (注 22) 最判昭 52.2.22 民集 31 卷 1 号 79 頁。
- (注 23) 潮見佳男ほか「企業実務からみた民法（債権関係）の改正に関する中間試案（下）—消滅時効、暴利行為、不実表示、約款、請負、委任をめぐる—」NBL1015 号 48 頁[潮見発言] (2013)。
- (注 24) 最判昭 37.7.20 民集 16 卷 8 号 1656 頁。
- (注 25) 最判昭 62.4.2 労判 506 号 20 頁。
- (注 26) 最判昭 50.4.25 民集 29 卷 4 号 481 頁。
- (注 27) アメリカでは、使用者による団体交渉における経済的圧力手段としての攻撃的ロックアウトが認められている。中窪裕也『アメリカ労働法』161 頁（弘文堂、第 2 版、2010）。
- (注 28) 村中孝史[判批]ジュリ 230 号 201 頁（2016）。
- (注 29) 最判昭 62.7.17 民集 41 卷 5 号 1283 頁。
- (注 30) 山川・前掲注（5）62 頁。
- (注 31) 筒井健夫ほか編『一問一答民法（債権関係）改正』234 頁（商事法務、2018）。
- (注 32) ただし中間試案第 12、2 は、債権者の責めに帰すべき事由による不履行の場合は、債権者による解除はできないとし、その一方で債務者の反対給付請求権を認めた。
- (注 33) 民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（以下、「要綱仮案」と呼ぶ）第 10、2 の補充説明。
- (注 34) 法制審議会民法（債権関係）部会第 94 回議事録 29、33 頁[山本幹事発言]、同第 95 回議事録 14 頁[潮見幹事発言]。
- (注 35) かかる明文化は、I で述べたとおり、中間試案で採用されたが、要綱仮案の段階で見送られた。松尾弘『債権法改正を読む』291 頁（慶応義塾大学出版会、2017）参照。
- (注 36) 法制審議会民法（債権関係）部会第 95 回議事録 13 頁[金関係官発言]。
- (注 37) 林和彦『労働契約の法理論 イギリスと日本』100 頁[秋田成就編]（総合労働研究所、1993）。
- (注 38) 林・前掲注（37）99 頁。
- (注 39) 荒木尚志ほか『詳説労働契約法』77 頁（弘文堂、第 2 版、2014）。
- (注 40) 荒木ほか・前掲注（39）96 頁。
- (注 41) イギリスの労働者（worker）には、わが国の労働者に相当する被用者（employee）の他、真に独立した契約当事者（independent contractor）を除く労務提供者も含まれる。有田謙司『諸外国の労働契約法制』293 頁[荒木尚志ほか編]（労働政策研究・研修機構、2006）。本稿でも、他の文献に倣い、イギリス労働法にかかる記述では、労働者に代え被用者、労働契約に代え雇用契約と表記する。
- (注 42) 長く支配的であった基準として、管理性基準（control test）。他に統合性基準（integration test）、経済的現実基準（economic reality test）及び複合性基準（multiple test）。小宮文人『現代イギリス雇用法』68 頁（信山社、2006）。
- (注 43) 労働政策研究報告書 No.18 「『労働者』の法的概念：7 ヶ国の比較法的考察」57 頁[キャサリン・バーナード執筆（櫻庭涼子訳）]（労働政策研究・研修機構、2005）。
- (注 44) [1983]IRLR369.
- (注 45) Simon Deakin&Gillian S Morris(2012)Labour Law,6thed.Hart Publishing,p.166.
- (注 46) Hellyer v McLeod[1987]ICR526,540 で控訴院は、global contract の性格を関係する契約を支配する（overriding）継続的な存在であり、それ自体が雇用契約に相当するものと評した。Douglas Brodie(2005)The Employment Contract:Legal Principles,Drafting,and Interpretation,Oxford

University Press,p.28.

- (注 47) M.R.Freedland(2003)The Personal Employment Contract, Oxford University Press,p.100.
(注 48) [2000]IRLR43.
(注 49) Deakin&Morris, supra note,p.167.
(注 50) Freedland,supra note,p.91.
(注 51) Freedland,supra note,p.104.
(注 52) Freedland,supra note,p.102.
(注 53) ノーワーク・ノーペイ原則を残すのであれば、Iで述べた中間試案における規定化を実施すべきであったと思われる。
(注 54) 中田裕康ほか『講義債権法改正』69 頁[道垣内弘人] (商事法務、2017)。
(注 55) 水町・前掲注 (14) 381 頁、盛・前掲注 (16) 69 頁。
(注 56) 最判平 23.2.23 労判 1022 号 5 頁。
(注 57) 最判平 30.6.1 民集 72 卷 2 号 202 頁。
(注 58) 最判平 30.6.1 民集 72 卷 2 号 88 頁。