

# 民法改正は労働契約論見直しの好機となりうるのか

高橋 賢司

(立正大学准教授)

「民法の一部を改正する法律案」が成立し、公布された。今回の民法改正の労働契約への影響は少ないとみられているものの、実際には、過失責任の原則の大幅な変更など、労働契約論、特に安全配慮義務への影響は少なくない。危険負担では、民法536条2項は新たに履行拒絶権の構成をとったが、民法学では、危険リスクの配分を契約の趣旨に立ち返って考えるべきとの観点が示され、責めに帰すべき事由の解釈を事後的な落ち度が使用者側にあったどうかを考える視点とは異なる視点で考えるのが有力となっている。労働契約が個性に着目して締結されるため、不特定多数の者を相手方として行う取引でないという理由から、約款規制の労働法への適用を否定した。しかし、改正民法に盛り込まれなかった透明性の原則、不明確準則等の法理は、労働法への適用が排除されてもいない。改正民法とこれを契機とした民法理論の提示は、労働法学に新たな見直しを迫る内容であると思われる。そこで、本稿では、1. 債務不履行と過失責任との切断、2. 一方的な決定に対する制約法理、3. 危険負担と新たな解釈の可能性という重要な問題点について、検討していく。

## 目次

- I はじめに
- II 債務不履行と過失責任との切断
- III 一方的な決定に対する制約法理
- IV 危険負担と新たな解釈の可能性
- V その他の改正点
- VI 結びに代えて

## I はじめに

平成29年5月26日「民法の一部を改正する法律案」が成立し、同年6月2日公布された。法制審議会（以下、法制審と称す）は、平成21年10月28日に民法（債権関係）部会の設置後、同部会が平成23年に「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」を発表した。その後、平成25年2月に「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」を決定し、パブリックコメントを募集し

た。これらを踏まえて、平成26年8月に、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」、平成27年2月24日には、「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」を同審議会は採択し、法務大臣に答申された。明治29年（1896年）公布の民法の119年ぶりの大改正である。

今回の民法改正の労働契約への影響は少ないとみられているものの、実際には、過失責任の原則の大幅な変更など、労働契約への影響は十分考えられるところである。また、民法改正には盛り込まれなかったが、私法上理論構築が可能な理論（約款理論の一部等）は、民法学者によって今も主張されている。また、法制審で展開された魅力的な理論の数々は、刺激的なものも多く、そして、それらの理論は、労働契約への展開が可能なものが多いものである（損害賠償責任、約款法理や危険負担等）<sup>1)</sup>。

これらのうち、本稿では、労働法において、今

回の民法改正を経て労働契約への影響が予想される理論的な課題が示されていると考えられるものについて（損害賠償責任）、労働法上考えられる特性も考慮に入れながら、法理の新たな形成を試みる。また、法制審や民法学説での議論から、労働契約の分野においても考察されるべきであった理論的な重要な問題と思われるものについて（約款法理、危険負担）、考察を加えていく。

こうした目的から、本稿では、1. 債務不履行と過失責任との切斷、2. 一方的な決定に対する制約法理、3. 危険負担と新たな解釈の可能性という重要な問題点について、主に検討していく。

## II 債務不履行と過失責任との切斷

### 1 過失責任原則との切斷

伝統的には、民法では、債務不履行について、責めに帰すべき事由を要するとし、債務者の故意または過失を要すると解してきた<sup>2)</sup>。

これに対しては、帰責事由を損害賠償の要件としている理由が明らかではないと指摘されてきた<sup>3)</sup>。債務の本旨に従わざる履行と一元的に考えれば足りると説かれていた<sup>4)</sup>。債務者が「契約において約束したことを（不可抗力によらず）履行しないこと」とされ、債務の内容・射程により帰責事由の有無を判断すべきとの見解<sup>5)</sup>も示されていた。

国際物品売買契約条約では、損害賠償の発生要件の一つに契約違反を挙げ、債務者に支配を超えた障害がある場合（79条）を規定している。免責事由として、不可抗力の場合につき、ユニドロワ国際商事契約原則でも、「不履行が自己の支配を超えた障害による」免責（第7.1.7条）を、ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則共通参照枠（DCFR）でも、「債権者は債務者の不履行によって生じた損害についてその賠償を請求する権利を有する。ただし、その不履行が免責されるときは、その限りではない」と免責規定（Ⅲ-3 第701条）を定めていた。日本法との関係でも、国際条約を踏まえて、帰責事由の判断構造を、債務者の支配を超えた障害という観点から、改めることができ

るとする見解も示されていた<sup>6)</sup>。さらに、債務不履行をもたらす原因となった事態が契約内容の趣旨において想定されておらず、かつ、想定されるべきでもなかったときには、債務者がその損害を負担させられることは契約の拘束力からは正当化できないと説かれた<sup>7)</sup>。債務者が帰責事由がない事由とは免責事由であると説かれる<sup>8)</sup>。

改正民法415条1項ただし書では、債務の不履行が「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りではない」と定められ、すなわち契約から生じる債務の不履行については、「契約の趣旨に照らして」判断される。改正民法の立場は、契約責任の基礎を契約の拘束力に求める考え方が採用されたとみる見解がある。つまり、これは、「契約上の債務について、その不履行を理由とする損害賠償が契約の拘束力によって正当化されることを示すとともに、免責が認められるか否かが契約の内容に即して捉えられるものであることを明らかにしている<sup>9)</sup>」と。これによれば、債務者の責めに帰すことができない事由が契約当事者の主観的意思によって決まるのではなく、当該契約の性質、目的、契約締結の経緯その他の事情も考慮して定めることを示すという<sup>10)</sup>。過失責任原則との切斷がなされていると理解される<sup>11)</sup>。むしろ、債務者の帰責事由を契約内容に基づいて判断すべきとする近時の学説の影響が見られると説明される<sup>12)</sup>。

### 2 安全配慮義務と過失

労働法上の損害賠償で特に問題になっていた、安全配慮義務をめぐっては、過失が問題とされることが多かったと思われる。では、今後、安全配慮義務はどのように判断されていくべきかが問われることになる。民法では、結果債務（結果実現自体を保証していることが内容となっている債務）と手段債務（債務者として合理的な注意を尽くすことが内容となっている債務）とを区別する見解が唱えられている<sup>13)</sup>。安全配慮義務は、手段債務であるとして、合理的な注意を尽くしていたかどうか主に関わるとし、「契約の趣旨に照らして当該具体的状況下において、合理的な使用者であ

ればとるべきであった配慮措置を講じることが、安全配慮義務の内容となる」と説かれている<sup>14)</sup>。但し、契約の目的といっても、労働契約では、労働義務は労働者の義務である一方、安全配慮義務は、その契約目的との関連で労働者が負うのではなく、同義務を負うのは使用者である、という履行構造になっている。こうした履行構造をもつ安全配慮義務については、むしろ、労働者による労働義務の履行という契約の目的で、安全配慮義務を立てるといっても、安全配慮義務を負うのは、使用者である。

これについては、むしろ、労働者は使用者の指揮命令に服し、そのなかで労働せざるを得ず、このため、労働者の生命、健康、人格についての侵害が労務の提供に伴ってありうるという労働契約の特性を考慮すべきことのほうが重要であると思われる。労働と労働者とが不可分な性質を有するがゆえに、使用者において、生命、健康、人格についての侵害があるおそれがあることについて、その侵害を回避し保護すべき義務があると解される。

また、従来から、安全配慮義務について、義務違反を問う裁判例<sup>15)</sup>と過失を問う裁判例<sup>16)</sup>があったことはよく知られており、他方で、「義務違反が過失の前提たる注意義務違反(結果回避義務違反)と等しいため、債務不履行ないし信義則上の義務違反の証明は過失と等しいことにあり、過失の証明は不法行為により賠償請求するのと変わらないことになる<sup>17)</sup>」。そこで、予見義務と回避義務を基本として、安全配慮義務を構成していくことは可能であると思われる(予見義務については以下の3)。

なお、人の生命・身体の侵害を理由とする損害賠償については、主観的起算点からの5年の消滅時効と客観的起算点からの20年の消滅時効という扱いにおいては、不法行為と債務不履行のいずれの構成によっても、差異がなくなっている(改正民法166条1項1号、167条)。

さらに、約款により安全配慮義務に関して、責任制限・排除条項があったとしても、生命および健康、人格についてなど完全性利益の侵害の場合には、免責条項を信義則ないし公序良俗違反と理解

しうると解される。つまり、第三者の行為等不可抗力が介在した場合も「防止措置」などを重視して義務違反を問題にしうるし<sup>18)</sup>、約款に基づく責任制限・排除条項があったとしても、免責条項を公序良俗に反して無効と解しうる<sup>19)</sup>。

### 3 損害賠償の範囲

損害賠償の範囲についても、旧法では、民法416条において「通常生ずべき損害」の賠償が定められ(同条1項)、特別事情によって生じた損害については、特別事情についての当事者の予見可能性、「予見し、又は予見することができたとき」を要件とする(同条旧2項)と定められていた。改正民法では、予見し、又は予見すべきであったとき、債権者は、その賠償を請求することができる(同条2項)。予見可能性について、事実的なものではなく、規範的なものであることを明らかにした<sup>20)</sup>。

かつては、1項はドイツ法に倣い、相当因果関係のある損害と読み替え、2項は、相当因果関係を判断する際に基礎とすべき特別事情の範囲を示したものと解されていた<sup>21)</sup>。ドイツ民法と構造が異なるのに、完全賠償主義をとるドイツ法と同様に、わが国においても解する必要がないと批判されていた<sup>22)</sup>。そこで、因果関係は損害と債務不履行との間の事実的因果関係でとらえるべきである<sup>23)</sup>と説かれていた。

民法改正後も、「『契約を締結することにより契約利益の実現を保障した以上、債務者は、契約締結後も、債権者のもとで契約利益が本旨にあって実現されるよう、誠実に行動すべきである』との規範を介して、債務者の損害回避義務違反を理由として賠償を認める<sup>24)</sup>」べきであると説かれている。予見可能性は、単なる事実判断としての予見可能性ではなく、予見すべきであったかどうかの規範的判断であるというのは、適切な判断である。これに対して、労働法では、例えば、職場いじめ自殺の場合に、使用者が死について予見可能でなかったから、使用者が死については責任を負わないと判断する裁判例が存在するが<sup>25)</sup>、規範的にとらえていない問題点が存在していたと思われる。いじめ・過労自殺事件において問われる、

死という結果の予見については、いじめ・過労自殺事件では、うつ状態にある者が自殺することが比較的頻繁にあることや、いじめ行為や長時間労働の結果、うつにいたる因果関係がある場合にはこれを予見すべきことから<sup>26)</sup>、かかる場合のうち一定の場合には、予見(可能であるし)義務があり、回避可能性とその義務があるという形で、判断を下すべきである。

#### 4 過失相殺と損害軽減義務

従来の規定が「債務の不履行に関して債権者の過失があったとき」という文言が、「債務の不履行又はこれによる損害の発生若しくは拡大に関して過失があったとき」と変更されている。中間試案では、過失に代えて、損害の発生または拡大を「防止するために状況に応じて債権者に求めるのが相当と認められる措置を債権者が講じなかった」ことを要件とする案が提案されていた。しかし、この文言により、過失相殺を認めるべき場合を過不足なく包含させているかについて疑問が残り、改正に至らなかった。「債務の不履行」のみならず「損害の発生若しくは拡大」についても過失相殺とする裁判実務が定着しているため、この部分のみ規定された<sup>27)</sup>。

但し、債務者の帰責事由が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして判断すべきことになったことから、同様の視点が過失相殺にも及ぶべきだとし、債務不履行に該当する事実の発生に関するリスクが契約においてどのように配分されていたかが出発点として考えられるべきだとされている<sup>28)</sup>。これについて、「契約のもとで損害リスクを回避するためにみずから課されている措置を講じなかったこと」を意味し、結果回避義務を問うべきである<sup>29)</sup>と説かれている。

労働法上、特に、安全配慮義務のような義務で労働者側の過失を従前どおりに問うのであれば、契約の趣旨に照らし判断するだけではなく、契約締結後契約利益の実現のため誠実な行動をとったかどうか重要であるように思われる。但し、労働契約関係において考慮されるべきなのは、過労死や過労自殺が問題になる場面で、労働者が自らの措置を講じるべきであるといっても、使用者に

よる指揮命令や人事考課制度の下で、労働者が長時間労働を行っている状況があることである。實際上労働者の治療機会が使用者によって喪失されている場合があるのである。労働者が長時間労働をさせられていたという使用者側の圧倒的な帰責事由があるなかで、労働者が病院に行かなかったことや家族が行かせなかったことが本人側の過失といえるか、疑問がある。また、使用者に疾病(基礎疾病、うつ病等)を通知しなかったため、労働時間の削減措置などをとれなかったというケースがありうる<sup>30)</sup>。この場合、確かに、労働者が使用者に対し疾病を通知しなければ、業務の軽減措置を取りようがない面はあり、労働者が疾病を通知しなかったことに落ち度がある場合がありうる。しかし、疾病はプライバシー権の及ぶセンシティブ情報であり、労働者に対して通知が義務であるといえるかは疑問であるし、労働者が通知しなかった結果、過失相殺での減額理由となりうるというのも、プライバシー権の保護の観点からは、望ましいとは言えない。労働者に過重な業務によって疾病が発症し増悪した場合において、使用者の安全配慮義務違反等に基づく損害賠償の額を定めるに当たり、当該労働者が自らの精神的健康に関する一定の情報を使用者に申告しなかったことをもって過失相殺をすることができないと解すべきである。また、専門医の診療を受けるなどの行動をとれなかったとしても、使用者が労働時間の抑制その他適切な措置を取るべきであったといえるから、労働者の側に過失を認めることはできない<sup>31)</sup>。さらに、自殺の原因について労働者の性格などに損害額を減額すべき要因を認めることもできない<sup>32)</sup>。家族が病院に行かせなかったこと<sup>33)</sup>も、自立した労働者につき家族に責任を負わせるべきではないというべきである。

しかし、なぜ、そもそも、過失が債権者側のみ実務上問われ続けるのか、立法上理不尽さが残るように思われる。債務不履行の帰責事由との関係では、上述のように、過失責任の原則との切断が意識されたにもかかわらず、過失相殺の場面では、過失という概念が残っているという矛盾は存在しているように思われる。

### Ⅲ 一方的な決定に対する制約法理

法制審第98回議事録によると、要綱仮案原案(その2)によれば、①労働契約が個性に着目して締結されるため、不特定多数の者を相手方として行う取引でないという理由から、約款規制の労働法への適用を否定した<sup>34)</sup>。さらには、②就業規則には監督行政が及ぶ<sup>35)</sup>、③10人未満の就業規則の及ばない事業場に約款規制が及ぶことになると、これらの零細事業場への就業規則の規制の可能性が排除されてしまうというのも理由とされている。

しかし、①に対しては定義上、不特定多数を対象とするもののみ約款規制が及ぶとされている点にも、そして、その定義に外れるからという理由で労働契約が対象外となるという点にも疑問がある。また、②に対しては、労働基準法上の就業規則に関する公的な規制と約款規制のような私法的規制は、十分両立しうるから、②が約款規制が及ばない理由であるというのも説得力を欠く。③にいたっては、結局、③の理由から約款規制すら零細事業場に及ばなくなってしまったため、零細事業場の労働者が保護のない状態へ陥ったままであるという疑問もある。さらに、不当条項と労契法7条、10条とが重複すると考えられたのかもしれないが、後述するように、約款法理は不当条項に尽きるわけではない。結果的には、立法の欠缺が生じていると思われる。

なお、かつて、2002年のドイツ民法改正前は、ドイツでも約款規制が労働契約には適用されないと普通取引約款法23条が規定していたため、立法の欠缺が生じていた。そこで、統一的労働条件ないし画一的規整と呼ばれる使用者によって一方的に定められる労働条件には、民法242条(信義則)、315条(公正審査)などの一般条項が適用され、これにより、立法の欠缺を補充していった。2002年のドイツ民法改正により、普通取引約款規制が雇用契約には適用されると規定され、使用者によって規定される各種規定に同規制が及ぶこととなった。

わが国では<sup>36)</sup>、就業規則に対して定型約款の定義に該当せず、約款規制が及ばないとされたた

め、約款の取入れ要件や不当条項の就業規則への適用をめぐって、上のように、民法上の約款規制が労働契約には及ばないとされた。他方で、不明確準則、透明性の原則、事情変更の法理は改正民法自体にも盛り込まれなかった。改正民法に盛り込まれなかったこれらの法理は労働法への適用が排除されてもいないということでもある。

民法学では、約款法理が適用される理由として、約款の内容の形成には、相手方「意思的関与が乏しく」、「顧客間の平等待遇や画一的処理」の要請に応えるべく、「個々の具体的な当事者の真意の探求以上に、一定の顧客圏を前提とした客観的、合理的解釈」を施すのが「顧客の利益にも適う」と述べる<sup>37)</sup>。

また、透明性の要請は、「契約の諸条件につき認識し理解しうる状態に置かなければならない<sup>38)</sup>」ことから、導かれるとする。透明性の原則、不明確準則をこのような根拠から導く。民法上、不明確準則<sup>39)</sup>、透明性の原則<sup>40)</sup>は、従来から法理の定立が提唱されている。このような要請は、労働契約法の領域における一方的に労働条件が形成される場合にも、いえる。

ところが、使用者による一方的な決定では、不意打ちになる条項、多義的な条項、不透明な条項、労働者に不利な条項などが生じうるが、これらに応じた多岐にわたる問題の特性に則した法原則を立てることなく、一元的に「合理性」という概念のみしか存在せず(労働契約法7条、10条)、就業規則等使用者に一方的な決定によって生じやすいという問題の特性に応じた法理の形成がなされていない。そこで、特に、今回の改正民法で就業規則への適用が問題にならなかった法理、不明確準則、透明性の原則は、労働法領域でも、信義則に基づいて定立する余地があるといえる。

#### 1 不明確の準則

古くから不明確準則(Unklarheitsregel)は法的に認められてきたものである。約款利用者によって提示された契約条件を明確かつ了知可能に定式化することは、利用者の責任で行われるべきことであるとされたのである<sup>41)</sup>。

その条項は誠実で理性的な約款受領者の観点か

ら評価される<sup>42)</sup>。不明確準則は、あらゆる解釈の観点を汲みつくした上で、除去し得ない疑いが残り、少なくとも二つの解釈が法的に主張される場合に、適用される<sup>43)</sup>。

不明確準則は、不意打ち禁止の原則と並んで、約款利用者によって提示された契約条件を明確かつ了知可能に定式化させることに役立つ。

例えば、神戸弘陵学園事件・最三小判平成2年6月5日民集44巻4号668頁において、労働者の適性を判断するための1年の期間が、労働契約自体の期間なのか、それとも無期契約における試用期間の設定と解すべきかが問われたが、最高裁第三小法廷は、「使用者が労働者を新規に採用するに当たり、その雇用契約に期間を設けた場合において、その設けた趣旨・目的が労働者の適性を評価・判断するためのものであるときは、……右期間は契約の存続期間ではなく、試用期間であると解するのが相当である」と説示した。しかし、「趣旨・目的が労働者の適性を評価・判断するためのものであるとき」という以外、なぜ、試用期間となるのかという点について、理由の説明はない。こうした解釈上の不明確さを生じさせたのは、規範の設定者の方である。解釈上二つの解釈の可能性が創出されている限り、不明確準則に基づき、これを規範設定者の責めに帰すべきであると考える。

## 2 透明性の原則

透明性の原則は、ドイツの判例によって、内容コントロールの基準として、発展してきた原則である。同原則は、現行法において明文化されている。民法307条1項2文によれば、「不相当な不利益は、規定が、明確でなく、理解できないということからも生じる」と定められる。ある規定が、法的小および事実上の期待可能性の枠内で、条項利用者の契約当事者の権利義務を可能な限り、明確で厳密に記載されない場合には、その条項は、同原則違反とはなるというものである。契約条項が、ある契約当事者にとって十分に明らかに認識可能でなく、その契約当事者に不利な影響を与える場合、その契約条項は、透明性の原則に反すると解される。

透明性の原則の実質的な根拠は、市場の一層の透明性を確保し、これによって契約条件をめぐる企業間の競争に配慮すべきである、という点にあるといわれる<sup>44)</sup>。自由な競争は、個人が企業間での契約条件の比較・選択をなしうる場合に、はじめて、成り立ちうるからである<sup>45)</sup>。

透明性を評価するにあたって、考慮されるべきなのは、平均的な契約当事者の期待と認識可能性である<sup>46)</sup>。

例えば、ドイツでは、労働協約によって賃金を定めるが（職務給）、その協約の上乗せとして協約外給付と呼ばれる賃金・手当が支払われる（成績加給やプレミアムなどと呼ばれ、労働者の労働へのモチベーションをアップさせるために支払われる）。しかし、この協約外給付が、「いつでも無制約に撤回しうる」旨の一方的な条項により、撤回されることがありうる（「撤回留保の条項」と呼ばれる）。これによって、経営上差し迫っている場合に同給付の撤回により賃金の引き下げを行うことになる。これについて、ドイツの連邦労働裁判所は、透明性の原則に基づき、撤回留保の条項の行使は、「期待可能なものでなければならない。これは、規定が、相当性と期待可能性を認識しうるものでなければならないということの意味している。……規定自体から、撤回が、理由なく行われることが許されない、ということが、明らかにならなければならない」「変更の要件と範囲は、可能な限り具体化されていなければならない。場合によって何を得るのか労働者が認識できるように、撤回する給付は、種類と額により、明らかでなければならない。」とし、上のような「撤回留保の条項」のような抽象的な条項に基づく撤回留保権の行使は許されないと解されている<sup>47)</sup>。

上述のとおり、労働の対価に対応した額が一定程度確定される必要があり、ある規定が、法的小および事実上の期待可能性の枠内で、条項利用者の契約当事者の権利義務を可能な限り、明確で厳密に記載されない場合には、その条項は、信義則上の透明性の原則違反になるというべきである。

例えば、国際自動車事件・最三小判平成29年2月28日労判1152号5頁<sup>48)</sup>では、労働契約において売上高等の一定割合に相当する金額から労

基法 37 条に定める割増賃金に相当する額を控除したことが問題になったが、このことを賃金規則と呼ばれる規則に定めていた。結局、契約上の賃金額が時間外労働によって減少していく規定の有効性が問題になった。かかる場合に、労働の対価の額が一定程度確定される必要があったにもかかわらず、当該規定が、法的小および事実上の期待可能性の枠外で、賃金額が不相当に変動する当該条項は、信義則上の透明性の原則違反になる余地があると解する。

また、成果主義賃金制度においても（例えば、日本システム開発研究所事件・東京高判平成 20 年 4 月 9 日労判 959 号 6 頁、ノイズ研究所事件・東京高判平成 18 年 6 月 22 日労判 920 号 5 頁<sup>49)</sup>、賃金の減額や（賃金減額をもたらす）降格について就業規則において定められる場合においては、労働の対価の額が労働に対する評価によって著しく変動し、当該企業の労働者の合理的な範囲での予測と期待に反して労働の対価が次年度著しく低下する場合、当事者には不測の事態を招く<sup>50)</sup>。就業規則においては、成果主義の対象者、評価制度の内容、評価に応じて賃金の変動する額（上限と下限）は明示されるべきであり、また、その内容も合理的な内容（特に変動幅も通常の契約当事者の合理的で相当な範囲のもの）でなければならないといえる。

このような法理の形成の余地があるといえるが、法理の概念構成の緻密化、射程範囲の解明等が求められる。但し、これらは、法規制がなくても、解釈上の準則として定立していくことが可能であると思われる。おそらく一番問題になるのが、労働契約法上の就業規則の合理性の内容審査（労働契約法 7 条、10 条）との関係ではある。しかし、不明確準則や透明性の原則は、労働契約法 7 条、10 条の規制と内容上矛盾するものではない。むしろ、補充的契約準則の少ない労働契約法の領域において、これを補完する役割を果たしうる。同時に、こうした法理の形成は、契約条件の明確化、市場での競争条件の透明化という、労働契約法 7 条、10 条が明示的には果たしていなかった機能をも期待し得るのではないと思われる。労働契約法 7 条、10 条の規制の存在が、これらの

解釈上の準則を否定する理由には乏しい。繰り返しになるが、不明確準則、透明性の原則は、今回の改正民法で就業規則への適用が問題にならなかった法理であるから、今回の民法改正での議論を理由に、同原則の適用を否定する理由にもならないと考えられる<sup>51)</sup>。これらの法理のさらなる発展が望まれる。

このほか、改正法にならなかった不意打ち禁止の原則<sup>52)</sup>、および、労働契約には適用されないとされた不当条項についても、さらなる理論形成が可能かどうか、検討が必要であると思われる。

## IV 危険負担と新たな解釈の可能性

### 1 従来の裁判例と改正法の動向

民法 536 条 2 項の代表的な裁判例は、労働者の一部のストライキが原因でスト不参加者の労働が不能となった場合（いわゆる部分ストの場合）である。最高裁は、使用者側に不当労働行為意思など不当な目的をもってストを行わしめたなどの特別の事情がない限り、右ストは民法 536 条 2 項の「債権者ノ責ニ帰スヘキ事由」に当たらず、スト不参加者は賃金請求権を失うと判断している<sup>53)</sup>。労働が社会観念上不能または無価値となったことが考慮されている<sup>54)</sup>。

民法改正に際して、唐津教授は、「ストライキによる休業とスト不参加者の賃金請求権」という問題は、ノーワーク・ノーペイの原則の規定と民法 536 条 2 項の規定に処理されるであろうが、この問題についての従来の議論を整理し、新たな議論が求められることになると指摘する<sup>55)</sup>。新たな裁判例には、「使用者としては、労務の受領を拒否したことについて自己の責めに帰すべきものであることを否定するためには、そこに合理的な理由があること等……を主張・立証しなければならない」と述べたエスエイロジテム事件<sup>56)</sup>がある。山川教授も、使用者に生じた「合理的とはいえない事由によって」、あるいは「正当ではない事由によって」役務の提供が不可能になった場合、使用者による就労拒否が正当化されると説かれる<sup>57)</sup>。民法改正との関係で、川口美貴教授・古

川景一弁護士は、「使用者の責めに帰すべき事由」により労務を履行することができなくなった場合の報酬請求権が肯定されるべきであると述べる<sup>58)</sup>。

## 2 改正法とこれを契機とした理論見直しの可能性

法制審では、債務者の帰責事由を要件から外す議論が進行した。そこで、解除と危険負担の区別が困難になるため、中間試案では、危険負担制度を廃止し、解除に一元化する案等が検討されていた。この解除構成には、民法学上は賛否両論があった<sup>59)</sup>。そして、要綱仮案では、民法 534 条、535 条が削減されつつ、民法 536 条の効果として履行拒絶を認める構成が提案された。最終的には、改正前の 534 条は削除され、536 条がすべての双務契約に適用されることになるとともに、要綱仮案通りに、効果としては履行拒絶権を債権者に認める構成となった。反対債務が未履行の場合には、反対債務自体は消滅しないが、改正民法 536 条 1 項により履行拒絶権が与えられるため、反対債務の債務者は履行拒絶できることになった。

前記のように、損害賠償について、過失責任の原則を離れ、「契約及び取引上の社会通念」に照らして「責めに帰すべき事由」とを定めることに対応して、改正法 536 条 2 項でも、当該契約のもとの不履行に関するリスクの観点で考慮されるべきであると説かれる<sup>60)</sup>。

こうした観点を労働法に発展させる必要がある。それは次のような理論になると考える。つまり、労働契約、規則、労働協約等の定め又は労働慣行の趣旨に照らし（リスク配分上）ストに際して賃金が削減されるべきかどうか、あるいは賃金削減が社会通念上通例であったかどうかによって決せられることになるかと解されるのである。つまり、債権者に帰責事由があるかどうかは、当該契約のもとのリスクの配分により定まるのであって、前掲・ノースウエスト航空事件・最高裁第二小法廷判決で考慮されたような、もはや契約締結後の事情を考慮して使用者と労働者のいずれの当事者に落ち度があったか、つまり、ストに陥った原因がいずれの当事者にあったかではない、とい

うことになる。むしろ、部分ストの場合、当該労働契約、規則、労働協約等の定め又は労働慣行の趣旨に照らし（リスク配分上）賃金削減されるべきかどうか、あるいは賃金削減が社会通念上通例であったといえるかによって決せられる。仮に、東京でのストに際して、（沖縄・大阪の組合員を含めて）労働組合員については、当該労働契約、規則、労働協約等の定め又は労働慣行の趣旨に照らし（リスク配分上）スト期間中の賃金が削減の対象となるか、あるいは賃金削減の対象となるのが社会通念上通例であったならば、上記判例と同じ結論（賃金が削減される）となるが、アプローチの仕方が異なることになる。

なお、改正民法 536 条 2 項は債権者に履行拒絶権が認められないと定められているにすぎないため、同項を根拠に、債務者の報酬請求権を認めるのは困難であるようにみえる。しかし、審議過程では、改正法下でも、債権者に帰責事由がある場合には同項を根拠として報酬債権が発生するという理解を示している<sup>61)</sup>。この点ではなにも変わっていないという理解もありうる。責めに帰すべき事由の理解もいままで通りであるという考えもありうる。当該契約のもとのリスクの配分により定まるといったものではないというものである。これを前提に考えると、今まで通りの論争が展開されることになる。

その場合であっても、民法改正で考慮された国際条約を考慮して、次のような新たな観点を解釈に投入すべきであると考えられる。

ストライキによってストライキ不参加労働者が労働できなくなった場合、そのストライキは、使用者の「責に帰すべき事由」にあたるか否かについて評価が分かれていた。

ノース・ウエスト航空事件に則して考えても、東京のストライキの結果、航空機が一部運航しなくなり、沖縄・大阪での労働者（組合員）の労働義務が不能となった場合でも、路線の運休がただちに同労働義務の履行が完全に不能になるわけではなく、沖縄・大阪での労働者（組合員）が労務提供先の事業所を訪れたか否か、他の業務を実施し得たか否か等を問い、債務の本旨に従った履行の提供があったといえるかを本来は問うべきと

ころである（いつもの業務での労働力提供義務が不能または無価値になったとしてもそうであるはずである）。使用者は、他の業務の実施の可能性を問うことなく、当該就労を拒絶してしまっているが、これが、労務提供義務の履行不能の最大の原因ではあるまいか。

国際物品売買契約条約では「買主は、危険が自己に移転した後に生じた物品の滅失又は損傷により、代金を支払う義務を免れない。但し、その滅失又は損傷が売主の作為又は不作為による場合は、この限りではない」と定められる（66条）。いわゆる引渡主義である。興味深いのは、滅失又は損傷が売主の作為又は不作為による場合は、この限りではないと定める点である。（むしろ、かかる就労拒否による就労不能（あるいは労働の社会観念上の無価値）は、法律が想定する物品の滅失又は損傷等の両当事者に起因しない後発的な履行不能とは性格が異なる）。裁判例では、使用者によって明確な就労拒否の意思表示が示されたものは多い。賃金支払拒否事件では、解雇や雇止め事件等のように労働契約関係が終了した後の賃金請求が問題になった事件以外では、労働者が傷病にある場合に、使用者が命令を発し、これにより、就労を拒絶したという事件が多い<sup>62)</sup>。使用者の作為又は不作為がある場合、両当事者に起因しない後発的な履行不能とはかなり異なり、債務者（労働契約では労働義務の債務者である、労働者）がその危険を負担しなければならなくなり、労働者の生活の手段であるはずの賃金支払を受けなくなるというのは、衡平の観念に反する。使用者の就労拒否という明白な作為又は不作為によって、労働義務が履行不能となった場合、使用者の就労拒否に合理的理由がない限り、労働者は報酬債権を失わないと解すべきである（前掲・ノースウエスト航空事件では、東京でのストの場合に、大阪・沖縄の労働者に対して使用者が就労を拒否した事例である）。これが改正民法の履行拒絶権に対応した解釈にもなる。

## V その他の改正点

そのほかには、請負契約での注文者が受ける利

益の割合に応じた報酬請求権（改正民法634条）、請負契約の契約不適合責任（同636条）、委任契約における仕事完成型の明記、委任事務処理が途中で終了した場合の割合的な報酬請求権（同648条3項）、委任契約における成果に対する報酬（同648条の2）、同契約の任意解除権（同651条）などが新たに規定された。（労基法上の「労働者」でないと解される場合の）非雇用型の就労と使用者（委任契約の場合）の関係で、問題になりうる可能性はある。

雇用に関する章では<sup>63)</sup>、改正民法624条の2では、使用者の帰責事由のないときで労働者が労働に従事できなくなった場合（1号）と、雇用が履行の途中で終了した場合に（2号）、既にした履行の割合に応じて報酬請求できることとなった。「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」<sup>64)</sup>。このため、雇用が履行の途中で終了する場合は、その割合に応じた報酬請求権は当然認められる<sup>65)</sup>。

## VI 結びに代えて

民法改正により、従来とは異なり、債務不履行や危険負担などの領域で、契約の趣旨、内容をいかに定めるかが、重要なウエートを占めるようになったともいえる。実際の社会はともかく、法制度は、本格的な契約社会の入り口へ向けてさらに新たな道を開いたともみれる。

こうした領域での理論形成は、私法秩序において労働法がいかなる位置づけに立つかという深淵な問題と関わる。私法秩序において統一的な理論形成が可能であったとしても、労働法の領域で考慮に入れられるべき特性も存在する。労働契約の領域では、使用者のイニシアティブによって形成・変更される就業規則、労働組合との交渉を得て形成される労働協約が重要な役割を果たしている。また、外部労働市場の発展により、労働者が転職を通じて使用者との交渉力を備えつつあるが、しかし、多くの労働者は、依然、使用者による解雇権行使の威迫のもとで、労働条件の交渉を躊躇せざるを得ない立場にあるといわれる<sup>66)</sup>。

契約の趣旨、内容がいかに定めるかが重要であるといっても、労働法のこれらの特性を踏まえて、理論形成されなければならない。

本論文では、特に、安全配慮義務での免責については、公序良俗違反により無効と解すべきであると述べた。また、過失相殺の場面で、債権者が損害リスクを回避するために自ら課された措置を取らなかったかどうかを考慮すべき、という点が議論される民法一般の議論とは異なり、労働者の申告等の労働者の措置をあらかじめとったかどうかについて、プライバシー権等を理由として慎重な立場を明らかにした。

さらに、当該契約のもとのリスクの観点が考慮されるべきであるという民法学の観点を発展させると、民法536条2項の危険負担については、部分ストに関して、労働法の特性を踏まえて、少なくとも、労働契約、規則、労働協約等の定め又は労働慣行の趣旨に照らし（リスク配分上）賃金削減となるかどうか、あるいは賃金削減が社会通念上通例であったといえるかによって決せられると解すべきであると述べた。

こうした労働法の特性を踏まえた、新たな民法やそれを前提にした民法理論の修正という、新たな理論的発展可能性についての議論が再燃せざるを得ないと思われる。

- 1) 労働法では、本文で引用したもののほか、土田道夫編『債権法改正と労働法』（商事法務・2012年）所収の論文およびディスカッション、日本労働法学会誌123号所収の論文（野田進「労働契約法と債権法との関係性」3頁、野川忍「労働条件の形成と変更」39頁等）、毛塚勝利「民法（債権法）改正に労働法学はどう向き合うべきか」労働法律旬報1811号（2014年）13頁以下が示唆的、先駆的である。
- 2) 例えば、我妻榮『債権総論』新訂版（岩波書店・1964年）100頁、105頁。
- 3) 川島武宜＝平井宜雄「契約責任」石井照久ほか編『企業責任』（ダイヤモンド社・1968年）268頁。山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリスト1318号（2006年）87頁（92頁）、同「債務不履行責任における『帰責事由』」法セミ679号（2011年）10頁（11頁）。川島・平井編・前掲書276頁によれば、「責に帰すべき事由」の有無は、契約の性質・目的、契約によって生ずる危険等を考慮して定まるとすでに指摘されていた。
- 4) 平井宜雄『債権総論』（弘文堂・1985年）42頁。
- 5) 森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣・2002年）49頁、54頁以下、55頁。同論文によれば、結果債務の場合、結果の不実現のなかに帰責事由が含まれ、手段債務の場合、「結果の不実現のみならず債務者が一定の行為義務があったこと」が帰責事由の中に含まれるとする（森田・前掲論文47頁、52頁）。能見善久「履行障害」山本敬三ほか『債権法改正の課題と方向』（商事法務研究会・1998年）113頁（116頁）も、すべての債務不履行を包摂する概念として契約義務違反という概念を提唱している。これによれば、履行遅滞・履行不能・不完全履行と三分することに疑問を投げかける。小朔太郎「債務不履行の帰責事由」ジュリスト1318号（2006年）117頁（120頁）も、帰責事由の内容を債務内容から判断すべきであるとする。
- 6) 石崎泰雄「債務不履行の要件をどのように考えるか」椿・新実・平野・河野編『民法改正を考える』（日本評論社・2008年）197頁（199頁）。
- 7) 潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社・2017年）377頁。
- 8) 潮見・前掲書377頁。
- 9) 潮見・前掲書379頁。
- 10) 潮見・前掲書379頁。渡辺達徳「債務不履行」法律時報86巻12号（2014年）21頁（25頁）、都築満雄「債務不履行と履行の不能」法セミ739号（2016年）14頁（16頁）も同旨。渡辺・前掲論文24頁以下は、改正の経緯を詳細に分析している。
- 11) 渡辺・前掲論文25頁、都築・前掲論文16頁、潮見・前掲書379頁。これによれば、「契約……債務者の責めに帰することができない事由」についての主張・立証責任が債務者の負担にあることを示したとされる。
- 12) 渡辺・前掲論文25頁、都築・前掲論文16頁。
- 13) 潮見・前掲書158頁。
- 14) 潮見・前掲書174頁。
- 15) 例えば、川崎市水道局事件・横浜地川崎支判平成14年6月27日労判833号61頁。
- 16) 例えば、電通事件・最二小判平成12年3月24日労判779号13頁。
- 17) 平野裕之『債権総論』（日本評論社・2017年）105頁。
- 18) 川義事件・最三小判昭和59年4月10日労判429号12頁。
- 19) 労働契約以外の分野において、民法上の安全配慮義務についての免責条項は、無効と解されていることが重要である（札幌高判平成28年5月20日判時2314号40頁、神戸地伊丹支判平成21年12月17日判タ1326号239頁、大阪高判昭和60年4月18日判タ559号133頁）。
- 20) 潮見・前掲書448頁。
- 21) 我妻・前掲書118頁、120頁。
- 22) 平井・前掲書40頁以下、42頁。
- 23) 平井・前掲書57頁、60頁、潮見・463頁。
- 24) 潮見・前掲書463頁。また、「原則として契約時に予見可能な損害を問題にするが、債務不履行時までに予見可能になっている損害でも、故意による債務不履行の事例については賠償範囲に含まれる」と解する立場もある（平野・前掲書127頁）。
- 25) 誠昇会北本共済病院事件・さいたま地判平成16年9月24日労判883号38頁。
- 26) 前掲・電通事件、前掲・川崎市水道局事件。
- 27) 法制審議会民法（債権関係）部会第78回会議・民法（債権関係）部会資料68A。
- 28) 潮見佳男・千葉恵美子・片山直也・山野目章夫編『詳解改正民法』（商事法務・2018年）162頁〔長野史寛執筆部分〕。
- 29) 潮見・504頁。
- 30) 東芝事件・最二小判平成26年3月24日労判1094号22頁。
- 31) 山田製鉄所（うつ病自殺）事件・福岡高判平成19年10月25日労判955号59頁。
- 32) 前掲・電通事件。
- 33) みくまの農協事件・和歌山地判平成14年2月19日労判826号67頁。
- 34) 法制審議会民法（債権関係）部会第98回会議・民法（債

- 権関係) 部会資料 86-2「民法(債権関係)の改正に関する要綱案の原案(その2)補充説明」。
- 35) 菅野和夫『労働法』第11版(弘文堂・2016年)161頁。ほかに、就業規則は労使の集団の交渉とも関連していると指摘される(菅野・前掲書161頁)。このため、「就業規則は、機能的にも制度的にも、労働基準法および労働契約法上の特別規制で完結すべきであり、民法改正案で規定された定型約款には該当しないと解すべきである」と説かれる(菅野・前掲書161頁)。
- 36) 改正前の議論ではあるが、毛塚・前掲論文23頁、野川忍・前掲論文53頁、土田道夫編・前掲書335頁〔合意に対する不当条項の適用につき、土田、大内発言〕は、不当条項規制の適用を説いている。約款法理の労働関係への適用については、高橋賢司「債権法改正と労働法における約款法理の可能性」労働法律旬報1728号(2010年)30頁。
- 37) 河上正二「約款による取引」法律時報86巻12号96頁、99頁。
- 38) 鹿野奈緒子「約款の透明性と組入要件・解釈・内容コントロール」鹿野奈緒子・中田邦博・松本克美編『消費者法と法』(法律文化社・2013年)1頁(12頁)。潮見・前掲書41頁も透明性の原則を説く。
- 39) 石原全「約款解釈における不明確原則」喜多了祐先生退官記念論文集編集委員会『商事法の現代的課題』(中央経済社・1985年)29頁(37頁以下)、山下友信「普通保険約款論(五・完)」法学協会雑誌97巻3号(1980年)53頁(59頁)。上田誠一郎「約款による契約の解釈」同志社法学42巻4号(1992年)49頁(88頁)は、約款は平均的顧客の理解可能性を基準として客観的に解釈する可能性を説いておられる。
- 40) 潮見・前掲書42頁。鹿野・前掲論文14頁は、同原則の民法の規定への挿入を提言しておられる。
- 41) Schaub, ArbR, 13. Aufl., 2009, München, § 32, Rn. 32.
- 42) Schaub, a.a.O., § 32, Rn. 32.
- 43) Schaub, a.a.O., § 32, Rn. 32.
- 44) Köndgen, NJW 1989, S. 943 (946f).
- 45) Köndgen, NJW 1989, S. 947.
- 46) Schaub, ArbR, § 32, Rn. 45.
- 47) BAG, Urteil vom 12. 1. 2005, NZA 2005, 465.
- 48) 最高裁判所第三小法廷は、売上高などの一定割合に相当する金額から割増賃金に相当する額を控除したものを通常の労働時間の賃金とすることは、公序良俗に反するとは言えないと判断した。
- 49) 就業規則の変更により原告らの基本給が20数%程度減額され、役職手当を支給されなくなったという事案で、賃金原資総額を減少させるものではないし、経過措置が2年間で限られるが、合理的な内容であると判断された。
- 50) 主たる債務である年度の労働の対価は、前の年度の成果や評価によって定まるときで、成果による賃金の変動額が定まっていない場合、または著しく変動する場合、前の年度に労働しているに際しては、労働者は、そこまで賃金が低下するとは思わず、よって、契約の一方の当事者である労働者の合理的な範囲での予測の範囲を超えており、相当ではない。
- 51) これらの原則の適用可能性については以前に検討したことがある(高橋賢司・前掲論文36頁、39頁以下)。
- 52) これについては、改正前の議論として、高橋賢司・前掲論文34頁以下、野川忍・前掲論文51頁。
- 53) ノースウエスト航空事件・最二小判昭和62年7月17日労判499号15頁。
- 54) 蓼沼謙一・本件評釈労働判例百選〔第五版〕258頁(259頁)、荒木尚志・本件評釈・法学協会雑誌106巻9号1739頁(1744頁)。
- 55) 唐津博「民法改正案(時効・受領強制・危険負担)と労働法上の課題」法律時報82号11号(2010年)37頁(43頁以下)。このほか、水口弁護士も、この改正と部分ストとの関係について、この問題についての整理が必要であると説いている(水口洋介「労働法から見た民法(債権関係)改正について」季刊労働法229号(2010年)29頁(39頁))。
- 56) エスエイロジテム事件・東京地判平成12年9月25日労判796号49頁。
- 57) 山川隆一「民法(債権法)改正と労働法」月刊労委協2011年6月号28頁(43頁)。
- 58) 川口美貴/古川景一「民法(債権関係)改正と労働法学の課題」季刊労働法232号(2011年)149頁(155頁)。
- 59) 小野秀誠「危険負担規定の改正は必要か」椿・新実・平野・河野編・前掲書275頁、松岡久和「履行障害を理由とする解除と危険負担」ジュリスト1318号(2006年)138頁(148頁)、半田吉信「危険負担制度廃止論批判」千葉大学法学論集第25巻第2号(2010年)1頁(53頁)。
- 60) 潮見・前掲書590頁。
- 61) 法制審議会民法(債権関係)部会第95回会議事録参照。
- 62) 例えば、片山組事件・最一小判平成10年4月9日労判736号15頁、アシスト事件・東京地判平成25年3月29日〔掲載誌なし〕等。
- 63) ほかに、民法626条1項の「その終期が不確定である」との文言の修正、ただし書きの削除、同条2項の「者は、それが使用者であるときは三箇月前、労働者であるときは二週間前に」との文言の追加、627条2項文言の追加がなされている。しかし、「全体の規定の基本的な構造や内容には変更がない」(潮見佳男・千葉恵美子・片山直也・山野日章夫編・前掲書521頁〔和田肇執筆部分〕)。
- 64) 宝運輸事件・最三小判昭和63年3月15日民集42巻3号170頁。
- 65) 山川隆一「民法と労働法」日本労働法学会編『講座労働法の再生』(日本評論社・2017年)47頁(61頁)。
- 66) 土田道夫『労働契約法』第2版(有斐閣・2016年)11頁。

たかはし・けんじ 立正大学法学部准教授。主な著作に『解雇の研究』(法律文化社、2011年)。労働法専攻。