

「バック・ペイ」問題再論

三 藤 正

本稿が、もって「再論」というゆゑん、のものは、本文中でも触れたように、わたくしは、この問題について、すでに一度論じたことがあるからである（「バック・ペイ」労働法大系(4)）。しかし、前稿とは、とりあげた材料も、とりあげ方も違うこと
いうまでもない。

なお、本稿は、昭和三九年七月二五日、日弁連研修会で試みた「バック・ペイと中間所得の控除」と題する講演にもとずいている。本誌への掲載を許された日弁連および、研修会の主催者である大阪弁護士会に感謝する次第である。

一 課 題

労働者が解雇された。その解雇が組合結成加入あるいは正当な組合活動などを、少なくとも決定的原因とする場合には、労働委員会は通常、救済命令として、原職復帰と、解雇から復職までのうべかりし賃金などの遡及払

「バック・ペイ」問題再論

(バック・ペイ)を命じる。いわゆる原状回復命令である。ところが、その被解雇者が、解雇期間中、他で働いていたときには、その間の収入(中間所得)を、このバック・ペイから控除すべきかどうか。これが、本稿の課題である。

実をいえば、この問題は、不当労働行為制度がとり入れられたそもそのはじめから問題となっていることであり、今さら問題となるようなものでもない。そこで、わたくしもまた、もう随分以前から、この問題については、何度も書いてきたところである。ただ残念にも、一般的には、あまり注目されることもなく、反対論も賛成論もみぬままに過ぎてきたのが事実である。こうした古い問題をいまになってとりあげようというのは、二つの理由がある。

第一は、周知のように、昭和三十七年九月一八日最高裁第三小法廷判決が、この問題について、はじめて、はっきりした線を打ち出した。これをめぐって(正確には、その控訴審である東京高裁判決(昭和三六・一・三〇)をもふくめて)、賛否両論がその年の末から三八年にかけて、続々と現われ、にわかに活発な論議の中心になった。わたくしもその中にまきこまれて、とくにこの問題について一文を草したこともある*。ところが、この論議も今年になっては、もう一応出つくした観があるし、その判決に沿う下級審判決や命令も現われはじめた。こうして、議論が一応出つくし、問題がほぼはっきりしたところで、この問題について一度整理してみるのには、かなり意味あることと考えられる。これが第一点である。

第二は、ことは、不当労働行為制度の本質に直接関係ある大問題であることが、この論議の過程で、さらにはっきりしてきた。そこで、この問題について論じることが、いわば、不当労働行為論そのものであるという意味

をもつとも考えられる。こういう機会に、私見を申し述べて皆様のご議論をいただくことは、やがては、不当労働行為制度の正しい発展に寄与するであろうと考えられたことである。

というわけで、ここでは、むしろ私見も申しあげるが、むしろその中心を、賛否両説のくい違いはどこにあるか、その分れ目はどこかをはっきりさせることにおいて、いわば、この問題についてお考えいただく材料を提供するというところに重きをおきながら問題を取りあげたいと思う。

* 東京高裁判決および最高裁判決をめぐる論文は、かなり多数にのぼる。そのうち、とくに重要と思われるものは次のとおりである。

浅井清信「バック・ペイ」（『労働判例百選』一八二頁以下）、『賃金遡及と中間収入控除』（季刊労働法一三卷一号四頁以下）、島田信義「バック・ペイに関する最高裁判決」（労働法二二号二一六頁以下）、「バック・ペイの諸問題」（労働法二三号一六九頁以下）、『現状回復と民法五三六条但書について』（早稲田法学三七卷一・二号）、千種達夫「不当労働行為における解雇とバック・ペイ」（労働経済判例速報一二卷二三号）、西川美教「裁判所からみた労働委員会」（中央労働委員会時報三九四号九頁以下）、渡辺吉隆「被解雇者が他の職についてえた収入は、賃金から控除することを必要とするか」（ジュリスト二六〇号四四頁以下）、大和哲夫「バック・ペイについて」（法学教室六号一五〇頁以下）、荒木誠之「団結権侵害の解雇とその救済」（民商法雑誌四八巻五号三頁以下）、小野木常「現状回復と賃金遡及」（民商法雑誌四九巻五号三頁以下）、横井芳弘「不当労働行為の救済」（『学界展望』（ジュリスト三〇〇号）三八六頁）。

いろいろのニュアンスはあるが、このうち、千種、西川、渡辺の三者が、おおよそ東京高裁および最高判決賛成、他は反対説と考えておいてよからう。

一 東京調達支部事件最高判決の位置づけ

一 最高判決以前

昭和三七年九月一八日最高第三小法廷判決、いわゆる東京調達支部事件判決以前には、この問題についての明確な、あるいは、積極的にこの問題に対して見解を明らかにした判決はない。労委の命令には、注目すべき若干のものがある。

極く古くに、中川練瓦事件（滋賀地労昭和二六・四・二〇）があった。解雇中にサーカスの小屋掛けや広告立てを手伝って若干の収入をえていたという事件である。しかし、本件では、金額も極めて少なかったもので、また、問題はむしろそういう臨時雇的な仕事を他への就職とみるかどうか集中されたので、むしろ控除にはいたらなかった。正面から問題となったのは、新共和タクシー事件（大阪地労昭和三〇・三・九）がはじめてである。被解雇者の他への就職でえた収入は、バック・ベイから控除されるべきだと命令された。もっとも、その理由については、恐らく当然と考えられたからであろうが、命令では触れるところがない。

問題になるのは、三福自働車事件についての中労委命令であった。本件初審では、控除問題はとりあげられなかったらしいのであるが（島根地労昭和三〇・三・九）、中労委の段階で問題になったとみえ、中労委は、「使用者の責によって本来の職務の就労を拒否されている労働者の救済等を目的とする不当労働行為制度の趣旨に徴するとき」は、他所でえた中間収入は、控除すべきではないとした（中労昭和三五・二・一七）。まことに理屈にならぬ理屈で、東京調達支部事件での中労委の上告理由から察すると、この場合もまた中労委には、解雇中の生活を

支えるため働いたのだからそれでいいではないかとか、期間も短かく本格的収入とはいえないとか（これならばいいと思う）、どうせ使用者は全額バック・ペイすべきだったのだから払わせてもいいとか、不当労働行為制度の目的には、ある種の教育的（社会的制裁を中労委は考えているらしい）意味ありとかの心理が働いて、それをこういうかたちで表現したのではないか、とも推測される。いずれにせよ、そうならそうとはつきりするべきで、単に「制度の趣旨」に照して、と大上段に振りかぶっただけでは、説得力がないだけでなく、そもそも中労委は、制度の趣旨をどう考えているのかが疑わしくさえなる。そこで、いずれかといえば、本件命令が、中間所得控除問題の中心となるのではないかと思われたのであるが、火の手は、思いもかけなかった東京調達支部事件を中心としておこった。

二 最高判決

東京調達支部事件では、もともと初審の段階でも（東京地労昭和二九・二二・二四）、再審でも（中労委昭和三〇・一一・三〇）、控除の問題は全く発生していない。中労委命令の違法を争う控訴審で、問題がはじめてとりあげられ、控除を命じなかった（命じようにも、中労委の審査では、全然問題になってはいなかったのだが）中労委命令は、違法と判決され（東京高裁昭和三六・一・三〇）、さらに同じ結論が、最高で支持されたというわけなのである（最高第三小法廷昭和三七・九・一八）。その論拠については、後で述べる。

三 最高判決以後

最高判決以後、命令を一部取消された当の中労委は、行政事件訴訟法三三条に従って、さらに審査をやり直し、改めて命令を出すべきことになったのであるが、どういう理由か、二年余を経過した今日まで、いまだに命令が

出された事実はないようである。

しかし、最高判決の見解は、他の事件では支配的になってきているようにみえる。すなわち、紀伊木工所事件の行政訴訟における地裁判決（和歌山地裁昭和三七・三・一七）は、収入が副業的であつた僅少であるからとして、中間所得を控除していない命令（和歌山地労昭和三一・一一・二二）を支持し、玉野電機事件についての命令（岡山地労昭和三八・二・一二）は、控除を認め、第二鳩タクシー事件では（東京地労昭和三九・二・二六）、諸般の事情を考慮したうえで、本件の他所でえた収入を控除することは、かえつて救済の実効を失わしめるという理由で控除を認めなかった。

要するに、最高判決以後は、判旨のように、原則として控除することを是認したうえで、具体的事件における判断、すなわち救済の必要の限度の角度から労委の自由裁量権限の範囲内の問題としてことを処理する方向を示しつつあるとすることができる。この線が正しいことは、いうまでもないと、わたくしは考える。

三 最高判決（控除説Ⅱ積極説）の論拠

最高判決は、極めて短かいものであるが、その控除説をとる論拠は、おおよそ次の四点に要約できる。

- (1) 不当労働行為からの救済の目的は、原状回復、すなわち「不当労働行為を排除し、申立人をして不当労働行為がなかったと同じ事実上の状態を回復させる」にあるのであって、「申立人に対して、「不当労働行為による私法上の損害の救済を与えること」や、「相手方使用者に対して懲罰を科すること」を目的とするものではない。

この考え方は、労働委員会では、ずっと古くから支配的であったので、いまさらいうまでもないことである。

しかし、制度の初期には、それが団結権保護を目的とすることから、権利保護の普通のかたち、すなわち司法処分と混同したり、字づらから不法行為ないしは犯罪などを連想したりしたのであろうか、損害賠償を請求した事件さえあった。そこで、私法上の効果が発生する「違法性体系」と、不当労働行為の成立要件である「不当性体系」との区別をいくらかオーバーに説かなければならなかった時期もあった。また、旧労組法一条が、こんにちの不当労働行為的解雇などに対して、刑事罰で臨んでいたことの残映であるか、あるいは、団結権侵害の所行は、犯罪的罪悪だという偏った正義観が支配的なのであるか、憎さも憎しという感情的反感がこうしたきつかけに暴発するためかは、はっきりしないが、不当労働行為をした使用者に懲罰を科すという気持が、かなり強く支配した時代もあったし、いまもなお、潜在的には、こうした気持をもち続けているひとびともいるようである。実は、本件の中労委上告理由のなかにも、「精神的損害の補填」とか、「教育的、啓蒙的」とかそうと推測せられないでもない意見があるのでから、救済の目的は、「事実上の状態の回復」にあり、「賠償的」でも「懲罰的」でもないのだと大上段に振りかぶらざるをえなかった最高判決は、悲しい思いをしたに違いない。しかし、この判決の問題はむしろ、この当然の論理を、中間所得非控除命令の違法性に結びつけた、第二点にあるのだから、皮肉である。それについては、後で述べる。

次に、問題の中間所得の控除については、最高裁は、バック・ペイの金額は、解雇によって労働者が「事実上被った損失額を限度とし」、「それが副業的なものであって、解雇がなくても当然取得できる等特段の事情がない限り、週及賃金額より控除すべきである」。けだし、もし控除しないとすれば、その「救済命令は、原状回復と

いう本来の目的の範囲を逸脱し、使用者に対して懲罰を科することになって、違法たるを免れない」というのである。

すなわち、中間所得は、救済の限度からみて、本来控除すべきもの、もし控除しなければ、それは、懲罰的性質を帯びることになる、というのである。救済の非懲罰性は正しいし、救済の限界が、事実上被った損失にあるとの認識も正しいが、前にもいったように、この二つを結びつけたところに、最高判決の正しさへの疑問がある。

(3)最高判決の第三点は、もし右のような事情が明らかであるのに、これを控除しなかった場合の命令の違法性の問題に関するが、この点については、もしそうならば、命令は「違法たるを免れない」とする。

(4)第四点として、この判決のもつ極めて重大なポイントの一つは、不当労働行為の救済と私法上の法律問題、とりわけこの場合でいえば、民法五三六条二項（および労基法二六条）との関係についての見解である。最高判決は、中間所得が「私法上労働者においてこれを使用者に償還義務を負っているかどうかにかかわらず」といい、また、後にもっと詳しく述べるように、高裁判決が、民法五三六条二項の解釈論を控除説の一つの論拠としたのを排斥しながら、中間所得を控除しない救済命令が違法になるのは、前記(2)の理由によるのであって、それが「私法上の法律関係と一致しないという理由によるものでない」ということよって、不当労働行為からの救済と私法上の救済は、全く異なる目的を追求するのだから、それは民法五三六条二項とは、無関係だとした。

最高判決の要点は、以上でつきるが、なお本件に附随して二つの点に簡単に触れておきたい。

第一は、命令の違法性は、何時を標準として判断すべきかの問題である。本件での控除問題、すなわち中間所得についての主張と立証は、労働委員会の審査段階では全然なかった。それは、控訴審における口頭弁論ではじ

めてなされたのであるが、これを理由に、こうした事実については全然知らないままになされた命令が、違法として取消された。上級審、下級審の關係に裁判所と労働委員会があるならいざ知らず、労委は、裁判所から独立して機能する行政委員会であり、それがなす命令は、行政処分であつて司法処分ではない。わたくしは、命令の違法性は、命令（処分）時を標準とすべきだと考えるのであるが、判例は、これまでも、違法性は行政処分の全体について判決時を標準とすべきだという理論に立つてきた。本件でも、中労委は、この点につき、原告の主張は、「時機に後れた」ものであるから却下されるべきだと抗弁しているのに対して、東京高裁判決は、遅れて出てきたことは明らかだし、原告が「右主張を原審においてなし得なかつた特別の事情のあつたことは認められない」から、原告が「故意ではなくても、少なくとも重大な過失によって時機に後れて右主張をなしたものとわざるを得ない」として、い、ち、お、うこの抗弁を認めながら、「しかしながら、この主張については、事実關係が当事者間に争がなく、これによって特に訴訟の完結を遅延させるものとは認められない」として、被告中労委の主張を却下している。

同じ行政委員会でも、公正取引委員会の場合には、「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」八〇条によつて、いわゆる実質的証拠は、裁判所を拘束することにされているのであるが、この独禁法八〇条の趣旨は、独立官庁としての行政委員会の行政処分においては、ほとんど不可欠の要素だと考えられている。こうした立法的措置の有無が、労委の命令については、判決時を標準としてその違法性を判断するという判例の形式上の論拠とされているらしいのである（公取委の場合と同じ効果を認めるには、労委の委員の資格などの問題もあるが、これは別において）。しかし、ことは、労委と公取委が差別的に扱われているのが不当という意味だけ

でなくて、むしろ、この「実質的証拠」の拘束力の原則がとり入れられない限り、労委は行政委員会としての完全な機能を果しえないというところに問題があるのだと考える。

第二には、中間所得を控除すべきときに、他でえた収入が、受くべきバック・ペイより少ないときはいいが、多いときにはどうなるかの問題である。そして、まさに本件は、こうした点で判断を示すには、絶好の事件でもあった。しかし、残念ながら、高裁も最高裁も、判決では、これに触れるところがない。ただ、本件に附随して提起された緊急命令の申立に対して、東京高裁は、次のような決定をしている（東京高裁昭和三六・七・三一）。

すなわち、本件で解雇されたのは、四人であるが、そのうちAは、昭和二八年解雇当月収三四・六四七円であったに対して三六年決定当時は、三〇・七四〇円と収入が減っているが、Bは、三一・六八七円から四三・五〇〇円、Cは、二八・八九三円から四九・五〇〇円、Dは、二七・七六六円から三三・六六九円とかなり上廻る収入をえている。そうだとすると、バック・ペイからの控除どころではなくて、使用者に対して払戻す必要もありそうにみえるのである。

この点について、高裁は「三名については、現在の他の職場での賃金収入額だけでも、解雇当時の給与額を上回ることは計数上明らかである」が、「解雇後における昇給、ベースアップその他給与事情の変更を考慮すると、右四名が現在原職に復帰したとするならば受けるであろうところの給与額は、これを具体的に確定することは困難であるにしても、解雇当時の給与額をかなり上回ることは確かである」し、また現在の職場は「必ずしも安定した」ものともいえないとして、地位保全のための緊急命令の必要あるはもとより、使用者も、次の限度では、賃金を支払うべきだとして、Aについては毎月二万円（地裁では、二六・三三〇円）、Bについては一万七千円

(地裁では、二五・九三三円)、Cについては一万五千元(地裁では、二五・六〇八円)、Dについても一万五千元(地裁では、二五・〇〇〇円)の支払いを命じている。

この論理をそのまま問題の場合に当てはめうるかは、ことが緊急命令の決定における見解であるだけに危険であり、疑問は残る。しかし、そこに述べられている見解、その趣旨は、極めて味のあるものだといえよう。

四 控除と民法五三六条二項との関係について

中間所得控除説と非控除説の分れ目に立ち入る前に、救済命令におけるそれと民法五三六条二項の解釈論との関係(すなわち最高判決の論拠の(4)の問題)に触れておくのが順序だろう。というのは、一つには、こんにちでは、この両者は、無関係だということについて控除説、非控除説のどちらに立つものにも、ほとんど異議がなくなっているようにみえるから、両者の分れ目論としてはとりあげる必要がないということ。しかし、二つには、実はといえ、最高判決ができるまでは、民法五三六条二項の解釈論は、控除、非控除のいずれをとるにしても、いわば決め手の一つとして論じられるのが一般であったし、こんにちでもこの誤解は一部に残っているらしいし、無関係を認める学説のなかにも、何故救済と私法上の関係が一致してはいけないのかなどと未練を残すものさえもあるということ、従って、問題の解明に混乱をおこさせないためには、これから触れるのが至当だろうと思われるからである。

この順序として、民法五三六条二項の解釈論にいちべつを加えておく。

民法五三六条二項をめぐる解釈論には二つのポイントがあった。第一は、同項但書のいう「債務を免れたるに因りて得たる利益」のなかに、被解雇者が他に就職してえた収入がはいるかどうかの問題であり、第二には、それがはいるとして、その場合の控除の限度について、労働基準法二六条の適用があるかどうかである。

第一の問題については、周知のように、積極説（我妻「債権各論」上巻一二二頁）と消極説（末川「契約総論」一四六頁）の対立がある。しかし、判例は、大正四年七月三十一日大審院判決以来、一貫して積極説をとってきたのである。この態度は、多くの労働立法をみた戦後も変わらない。下級審も同様で副業的収入以外は、控除されるとしてきた（例えば、東京地裁昭和二四・一二・二七）。ただ、最近の大阪地裁の判決には、組合活動を理由に解雇されたときは、ただでも狭いわが国の労働市場事情では、再就職は困難であるから（この点民法五三六条二項の解釈論とは無関係と思うのだが）、他に就職してえた収入と労務の免脱との間には、相当因果関係はないと解すべきだというのがある（大阪地裁昭和三七・五・一一）。

次に、第二点すなわち、控除した場合に、労基法二六条の適用ありやについては、学説判例とも、これを肯定的に解して、しかも、その控除は、同条の趣旨からして四割を超ええないと解すべきだとされている（例えば、東京地裁昭和二四・一二・二七など）。

最近の最高判決（米軍山田部隊事件・最高裁昭和三七・七・一〇）も、この大勢的な結論を支持している。すなわち、(1)労働者は、全労働時間を通じて、使用者に対する勤務に服すべき義務を負うものであるから、使用者の責に帰すべき事由によって解雇された労働者が、解雇期間中他の職について利益をえたときは、その利益が、副業的なものであって、解雇されなくても当然取得しえる等特段の事情がない限り、民法五三六条二項但書にもとず

いて償還義務がある。(2)労基法二六条は、「労務の給付が、使用者の責に帰すべき事由によって不能となった場合に、使用者の負担において労働者の最低生活を右の限度(すなわち、六割以上の収入確保)で保障」しようとするものであるから、この規定は、民法五三六条二項の償還義務にも適用がある。そして、労基法二六条が、六割を最低限とする趣旨は、この償還の「決済手続を簡略ならしめるため、償還利益を予め賃金額から控除しうることを前提として、その控除の限度を特約なき限り平均賃金の四割までならなしうるが、それ以上は許さない」と解すべきだというのである。

問題はまだ残っているだろうが、民法五三六条二項解釈論としての賃金請求権の問題としては、こんなところであろう。

だが、それがどうであろうと、ここでは全然考慮する必要がないというのが最高判決の考え方であり、わたくしもまた、ずっと前からそう考えてきた。けだし、もともと、救済におけるバック・ペイの問題、従って中間所得のそれからの控除の問題は、後に述べるような不当労働行為という特別な制度のもつ特別な目的から考えられるべきものであって、賃金請求権の確定という私法上の問題とは、全く別の観点、別の角度に立つべきもの、いわば、全く異なるディメンジョンの問題なのだからである。

ところが実際には、そうは考えられず、両者は、学説でさえもしばしば混同され、場合によると決め手にさえ使われてきた。といていいすぎならば、そう受けとられても仕方がないふし、が少なくともなかった。前にあげた控除を認め、あるいは認めなかった命令も、安易に民法五三六条二項の解釈論によりかかっていたとみられる点がある。東京高裁の本件判決さえもそうであり、中労委の上告理由にまでもその混同のうえに立つ理論が強く主張

されていたのだから驚く。

高裁判決はいう。中間所得の控除問題は、「これを実体法上の見地から検討してみても」、解釈論上の争いはあるが、中間所得をもって民法五三六条二項にいう「債務を免れたるに因りて得たる利益」と解するのが相当である。そして、被解雇者がえた収入は、「通常えられうる程度のもの」と認められるから、本条にいわゆる「利益」に当る。よって、被解雇者は、その償還義務があり、かれらが請求しうるのは、「償還金額を控除した残額のうちばかりし利益」にすぎない。

これに対する中労委の上告理由は、民法五三六条二項の解釈論において、東京高裁がいわゆる積極説をとるのに反駁して、消極説を論じて、判決は「民法五三六条二項および労基法二六条の適用を誤ったもの」だとこだわった。

最高判決は、この主張を斥けるとともに、高裁判決に対しても、前に引用したように、中間所得の控除は、もし控除しなければ「救済命令の目的たる原状回復の範囲を逸脱して使用者に懲罰を科することになる」からであって、「それが私法上の法律関係と一致しない」からという理論によるのではないとし、従って、高裁判決が「私法上の法律関係と符合するかどうかの観点から判断した点は、失当の譏りを免れない」というのである。

この論旨の前段には、他の個所で論じておいたように賛成できない。しかし、制度の目的の違うこと、従って両者は一致する必要がないとする後段は、まさにそのとおりである。高裁が中労委の主張に引きずられて、勇み足をしたのだと思うが、それにしてもただけない。もっとただけないのは、この勇み足に引きずられて、高裁判決に対する批判を民法五三六条二項の解釈論を決め手に展開した諸説である。しかし、問題は、いまでは過

去のものとなった。いまさら、あげつらうまでもあるまい。要するに、ことは不当労働行為制度の本質についての認識の甘さが生んだ一幕の茶番劇だったのである。

五 非控除説（消極説）の論拠

前に述べた最高判決の控除説に対して、反対する多くの議論がある。その論点はいろいろであるが、要約すれば、おおよそ次の五つにその論拠があったと考えられる。そのうち(1)(2)は、いわば不当労働行為制度の目的論の正面から、(3)(4)は、その角度からではあっても、ある意味で懲罰的色彩に重点をおくものとみていい。さらに、(5)は、前の四者とは全く別の角度、すなわち、救済の団体性（団結救済論）に立つ議論である。むろん、それぞれの論者によって、いずれの論拠にも細かいニュアンスの違いはあるが、それは省略する。

(1) 不当労働行為制度の目的は、不当労働行為の事実を排除すること、すなわち、団結権侵害の事実状態を排除することにある。従って、単なる原状回復では、その救済として狭きにすぎる。

(2) 不当労働行為は、就労拒否、賃金不払を通して行なわれる。従って、賃金全額の遡及払は、当然のことであり、制度の目的を逸脱するものではない。

(3) もし中間所得の控除を認めるとすれば、解雇期間中働いたものが損をし、遊んでいたものが得をすることにあり、社会的正義観に反する。のみならず、バック・ペイは、原職に復帰させる以上、使用者が当然全額払うべきものであったのだ。どうせ払うべきならば、払わせてよいではないか。また、わが国の低賃金、労働市場の狭さからすると、解雇されてから復職するまで（これも命令をみない限り、当てにはならない）遊んで食えるわけ

ではない。他で働くのは、自分の生活を支える必要上当然なされることになるだろう。それを復職したからといって、はき出させるのは、酷だ。

(4)バック・ペイから中間所得を控除しないのは、懲罰的であるとは申せない。

(5)労委による救済は、団結権の保護、すなわち団結救済を目的とする。従って、個人にバック・ペイを与えるのは(個人救済)、そもそもその目的に反する。

六 批判と私見

一 最高判決および非控除説の批判

私見のあらましは、後に要約して申すとして、さし当ってこれまで挙げってきた最高判決のとり控除(積極)説およびこれに対する非控除(消極)説についてのわたくしの疑問を述べよう。その場合、便宜上、非控除説の論拠とする諸点を手がかりにする。

(1)救済の目的が不当労働行為たる事実、すなわち団結権侵害の事実状態の排除にあることは、前からわたくしも力説してきたところなので異議はない。そして、この事実状態の排除をどんなかたちでやるかについて労働委員会のもつ自由裁量権限という特徴を最大限に發揮すべきだというのも、わたくしが前からいってきたことだが、この趣旨に限るならば最高判決も同じだし、消極説第一点についても異議はない。

しかし、事実状態の排除が直ちに原状回復では狭すぎることとどう結びつくのであろうか。論者のいわんとするところは、救済には、原状回復以上のもの、つまりプラス・アルファを与えるべきだというのであ

うか。もしそうとするならば、排除されるべき不当労働行為たる事実状態が発生する前から、すなわち、原状においてすでに不当労働行為たるべき事実が存在していたというのであるうか。もしそうとすれば、不当労働行為制度という特別な制度は、はじめから無用であるということにもなりかねないと思うが、どうであろうか。

— というのは、もともと不当労働行為制度の目的は、ILOの「結社自由および団結権の保護に関する条約」(条約八七号)、「団結権および団体交渉権の原則の適用に関する条約」(条約九八号) (不当労働行為制度の設定がこの条約の趣旨であること周知のとおり) および労組法一条一項の趣旨から考えても、労使の自由なる団結、自由対等の団体交渉および争議の自由という労働組合主義の三原則(憲法二八条)の擁護にあることは、間違いない。すなわち、こうした関係における労使の自由対等を前提とし、それが使用者の不正な反組合的意図によって侵害された場合に、その侵害を排除して、自由対等性をとりもどすことが、すなわち不当労働行為制度の目的である。われわれが、回復すべき「原状」と呼ぶものは、まさにこの労使の自由対等の立場(団結および団体交渉における自由と対等)のことなのである。いわば、労使の自由対等なバランスの回復といってもいい。さればこそ、救済は、そのバランスの回復以上でも以下でもないけしないし(no more, no less)、またその必要があれば、賃金のバック・ペイを復職に伴わせること(これが普通だろうが)も、伴わせないこととすべきである(with or without)とされるのであり、さらに、この意味があればこそ、民法五三六条二項の予定するような私法上の法律関係とその救済は一致する必要がないこと、すなわち解雇の有効無効とは無関係に、また賃金請求権の私法的確定とは全く別に、事実的な原状回復をなしうるのだという前述四の論理が是認されるのである。

論者のいう「原状」とは、右のような一般に承認されている「原状」とは、少々違うようであるとも考えな

ければ、この論拠は、理解し難い。あるいは、もともと低賃金なのだから、全額もらっても足りないのだという意味なら、全く別問題であろう。不当労働行為制度は、もともとこの低賃金そのものを直接にでなくて、これを脱却するために民主的社會で根本的な團結自由、団体交渉の自由を保障しようとする制度である。

(2) いうまでもないけれども、非控除説第二点がいうように、賃金の全額遡及払が制度の目的を逸脱するものではないのは当然のことである。さればこそ、多くの命令は、これまでこれを命じてきた。

しかし、だからといって、すべての場合に全額支払わなければならないという論理は、どんな場合にも控除しなくてはならないという議論と同様に間違っている。前述のように、制度の、従って救済の目的は、あくまでも、労使の自由対等なバランスという原状の回復にある。全額支給（むろん、支給時までの「うべかりし」賃金額だから、昇給分、手当なども性質の許す限り加算される）以上は、バランスが失われること当然であるとともに、全額ではかえってバランスを失うと考えられる合理的根拠があれば、控除、減額もやむをえない。すべての判断の目安は、それが現状回復に必要かつ充分か、に存する。従って、通常の場合、恐らく九九パーセントまでは、全額のバック・ペイが、原状回復のために必要かつ充分とされるべき合理的根拠があるだろう。しかし、それでは、原状以上の回復が被解雇者に与えられることになると考えられる合理的根拠があれば——例えば、賃金の二重どり——これを控除するのは、制度の目的から当然だろう。そして、もしこうした合理的根拠があるのに控除しなければ、それは制度の目的を逸脱するから、命令が違法になるのもやむをえない。

念のためつけ加える。くだいようだが、中間所得を控除すべきかどうか、それが原状回復のために必要かつ充分かの判断は、労委の自由裁量権限に属する。それを最大限に發揮するところに労委の判断が裁判所のそれと違

うう意味がある。と、いって、その判断、裁量が常に合理性と合法性をもつべきは当然である。

(3) 中間所得をはき出させるのは可愛そうだという議論、どうせ払うべかりしものなら払わせてもいいではないかという議論、他人が払ったものだから放っておけという議論も気持はわかる。

しかし、不当労働行為制度の機能する場合は、前のような原状回復の場である。その範囲内での自由裁量によって、中間所得の控除が原状回復のために不必要だと合理的根拠が判断されれば、控除する必要がないのは、当然である。単なる気の毒論だけでは、その合理性が薄いし、とりたててこの点をこのかたちで強調するつもりならば、制度の本来の機能の場からはみ出してしまふ。不当労働行為制度は、もともとそうした社会政策的な社会保障的な機能を果たすために設けられてはいない。論者のいわゆる社会的正義観は、従って、むしろそうしたことを目的とする他の制度、例えば、失業保険制度、法律扶助制度などで、あるいは、団結権侵害を主張する組合の援助でカバーされるのが本筋であろう。どうせ払うべきだという支払当然論、放っておけ論などは、法律論としては、あまりにも幼稚すぎる。

とすると、この論点で、論者は社会的正義観という看板を掲げているけれども、その考える不当労働行為の救済のなかには、何か不当労働行為をした使用者に対する公憤、いわば社会的懲罰意識が潜んでいるのではないかと勘ぐりたくなるのである。しかし、こんにちの制度が旧労組法一条と違って、懲罰的、賠償的な意味をもたないことは、次の(4)ではっきりしているように、論者もおおよそ是認しているところである。

(4) 救済が懲罰的、賠償的であってならないのは、最高判決のいうとおりであり、ほとんどの論者にも、こんにちでは異論はない。しかし、さればと、いって、最高判決のいうような、中間所得の非控除が、使用者に対して

懲罰的な意味をもつというのは、誤りであろう。

控除するかしないかの問題は、懲罰とか損害賠償というように、本質的に労委の権限外、従って不当労働行為制度の目的外にある問題ではない。懲罰や賠償の判決は、裁判所だけがなしうる国家権力であるから、もし労委がそんなことをすれば、むしろ有無をいわず違法だろう。しかし控除問題は、労委の自由裁量権限にまかされているところの原状回復〓救済の度合い、すなわち必要かつ充分かどうかの量の問題なのである。最高判決は、この量の問題を質の問題にすりかえたところで誤っている。

もっとも、本件についての中労委の上告理由、あるいは前記三福タクシー事件の中労委命令などをみると、そこには、そこはかたなく流れる不当労働行為社会制裁論のにおいがする。最高判決が、この勇み足をしたのは、これに牽制された観がなくもない。しかし誤りであることはかくせない。

なお、小さいことだが、最高判決について、も一つ注文をつけると、控除しなくてもいい例外的場合として、「それが副業的なものであって、解雇がなくても当然取得できる等特授の事情がある場合」といっているのだが、あまりに細かすぎ、限定的であり、ひょっとすると、一方で否定しながら、民法五三六条二項の解釈論に、まだこだわっているのではないかを疑わせる。むしろ、あっさりとして「少額の場合はいざ知らず、本件のような場合には、その控除を認めるのが制度の目的からして当然である」くらいでよかったのではないかと思う。

(5)最後に、団結救済論であるが、どうも賛成し難い。というのは、ここで個人としての労働者の救済が認められているのは、個人としての労働者が、使用者の反組合的意図によって干渉を受け、八七号条約のいわゆる「自由な選択による団結」の自由がおびやかされるのを防止すること、すなわち、基本的人権としての結社の自由が

害されることを防止しようとするにある。むろん、反射的に、かれが属し、または属そうとする組織の団結権が害される。しかし、これも個人としての労働者の団結権保護を通して守られるというねらいである。

のみならず、使用者の不正な干渉は、既存の組合への加入しないしは、組合員の解雇など、既存の組織における団結権だけでなく、新たに組合を結成しようとする場合にも行なわれる。これも防止しなければ、団結の自由は守れない。とすれば、この説によると、救済を申立てるのは、まだ存在しない架空の組合であるか、それができなければ申立て不可能かいずれかになるだろう。不当労働行為から守られるべきものは、単に団結＝組織の団結権だけでなく、個人としての労働者の基本的人権としてのそれでもある。

しかし、この説は、極めて興味あり、かつ重大な一つの問題を示唆する。それは、こうだ。判決がはっきりいつているわけではないが、その論理のうちに、非控除による命令の違法を免れようと思つたら、労委は、職権審査（これは、現行法上不可能ではない）をしてでも、その事実を認定すべきであり、さらに控除額、すなわち賃金額をも確定すべきだという考え方がありはしないかと疑わせるふしがないではない。例えば、本件東京高裁判決は、その「事実が認められる以上」控除しなければならぬといっているなどはそれである。――また、事実、そう心配する向きもある。しかし、おそらくこれは杞憂であろう。現行法上、労委の審査は、当事者主義を原則とし、判断は、審査過程で当事者から主張され、事実が疎明された場合にだけ行えばいいのは通説だし、その救済の目的が前述のところであり、私法上の賃金請求権確定にはないことも一般的承認をえている。従つて、現在では、職権でまで審査する義務はなく、その命令は、可能な範囲で一般的、抽象的で足り、具体的な賃金請求権は、別に改めて民訴をおこして判決を求めるほかにはないと解されているのである。

不当労働行為為団結救済論は、とくにこの後の問題を、労委の職務権限から個人救済を外すことによって、はじめから裁判所の問題にしておもうとすることになる点で、禍根を絶つ効果はあるだろう。この説の面白さは、ここにある。しかし、それにしても、問題は、むしろ救済命令の内容の裁判所による具体的確定手続を立法することで解決すべきで、個人救済の排除は、あまりにも邪道である。

二 私見の要約

以上のところで、私見のあらまはしは、他の考え方との対照のかたちで明らかにしたと思うが、簡単に要約しておこう。

(1) 現行の不当労働行為制度の目的は、行政処分によって、労使の自由対等性（そのための結社の自由および自由な団体交渉権）の事実状態を保障するにある。私法上の権利義務の確定は、その目的とするところではないから、その判断は、いちおう民法の諸制度とは無縁である。従って、不当労働行為たる解雇であっても、当然には、権利乱用にもならなければ、公序良俗違反でもない。それが無効かどうかは、民法一条三項ないし九〇条の要件をその解雇が充しているかどうかで決るし、救済の仕方が私法上の法律関係と一致する必要もない。逆の場合も同様である。不当解雇が、当然、不当労働行為を構成するともいえない。中間所得の控除問題も、民法五三六条二項の規定と符合する必要はない。

(2) 救済の目的は、右のような制度の目的に従って、労使の自由対等性（憲法二八条および労組法一条一項の予定するところである）の回復にある。すなわち、そのような原状（自由対等関係に回復することが救済の目的である。懲罰や損害の賠償は、救済の目的とするところではない）。

(3)従って、救済命令は、この自由対等性の回復以下であってはならないし、また以上であつてもいけない (no more, no less の原則)。そこで、必要と認められる合理的根拠があれば、バック・ペイを伴いまたは伴わないで復職命令を出すことができる (with or without の原則)。

(4)もちろん、労使の自由対等関係の回復がえられるには、どうすればいいか、すなわち自由対等の限度を計量し、例えば、復職命令に何を付加し何を控除すれば、現状の回復に必要なかつ充分であるかの判断は、労委の自由裁量権限に属する。

(5)自由裁量権限の行使は、「法による行政」の原理に従い、合法的かつ合理的でなければならぬ。従つて、合理的根拠がないのに、中間所得を控除したり、それがあつたのに控除しないときには命令は違法となる。ただし、それは、命令がそれによつて懲罰的性質を帯びるからではなくて、原状回復に必要な救済の量定を誤つたからである。

(6)しかし、労委がこの決定をするに當つて、当事者の主張も立証もないのに進んでとりあげる義務はないし、また労委のバック・ペイの命令は、もちろん控除する場合にも、いちおうの目安を示せば足り、賃金請求権を具体的に確定する必要はない*。

* 私見については、なお次のものを参照されたい。三藤正「救済命令について」(「不当労働行為の諸問題」八七頁以下)、「不当労働行為からの救済命令」(「総合判例研究叢書」労働法(5)四九頁以下)、「バック・ペイ」(「労働法大系」(4)

一五一頁以下)。

七 結 論

こうしてみると、最高判決の控除説、これに反対する非控除説、それから私見の分れ目は、結局、不当労働行為制度、従ってその救済の目的をどうとらえているか、すなわちその認識の仕方にあるといえる。すなわち、本稿の課題とした問題は、極めてささいであるようにみえるが、実際は、その解決は、深く不当労働行為制度の本質論に直接につながるものであった。なお、将来の研究にま चाहたいと思う。