

賃金債務不履行における二つの「帰責事由」

— 「休業命令の抗弁」とは —

法学部法学科 4 年 02A21701

佐久間弓束（さくまゆづか）

I 問題意識

1. 経営が困難に直面した際の賃金債務履行の「グラデーション」

コロナ禍のような需要低迷により経営が困難に直面した時、使用者（経営者）は債務の弁済猶予の要請や資金の調達に奔走しつつ、様々な判断を行う。その際、賃金債務の履行についてどのような選択肢があるだろうか。経営の困難の度合いに応じて、状況が深刻である順に、(i)廃業を伴う解雇 (ii)廃業を伴わない整理解雇 (iii)休業手当を支払わない休業 (iv)休業手当を支払う休業 (v)賃金全額を支払う（通常通り労働させる場合と休業させる場合を含む）を考えてみる¹。(i)及び(ii)は「労働契約の終了」であるが、労働者にとっては期待していた賃金得られなくなる点で不履行に類似した意味を有すること、(i)や(ii)が後に無効と判断された場合に(iii)～(v)の適用が問題になることから本稿では賃金債務の履行の「グラデーション」に含めている（次頁図）。

(i)は多くの場合「余儀なくされる」ものという側面が強い²。一方、(ii)～(v)のうちいずれを選ぶかは、後にその法的妥当性が審査されるとしても、一旦は使用者の経営判断に任される³。賃金債務の履行を優先させたくても、より人件費を抑制できる選択をしなかったことについて、他の債権者・株主から説明求められる場合もあろう。つまり「グラデーション」のうちいずれを選択するかは使用者にとっての「悩みどころ」であり、いかなる状況ではいずれを選択することが少なくとも法的には必要なのかを、身近に法律家が居ない使用者にとっても明確な程度の基準をもって画しておくことは、予測可能性という意味で労働者・使用者双方の利益になろう。

このうち、(ii)の整理解雇の可否については多くの裁判例が積み重ねられ、文献も多い。その有効性については労働契約法 16 条又は 17 条 1 項と、いわゆる整理解雇に係る 4 要素に照らして争うことになる。一方でコロナ禍のような需要低迷期においては (iii)(iv)(v)の使い分けが問題となりやすい⁴。

¹ またこれらに加えて、賃金（時間単価等）の減額という選択肢もあり、多くの場合労働契約又は就業規則の変更により行われる。

² コロナ禍関連で事業廃止に伴う解雇が有効とされた例として「龍生自動車事件」東京地裁令和 3 年 10 月 28 日判決・労判 1263 号（2022 年）16 頁

³ 事業継続のための選択という意味では整理解雇と休業の二者で悩む使用者は多い。久米功『休業手当は就業継続につながったのか』慶應義塾大学出版会（2022 年）189 頁

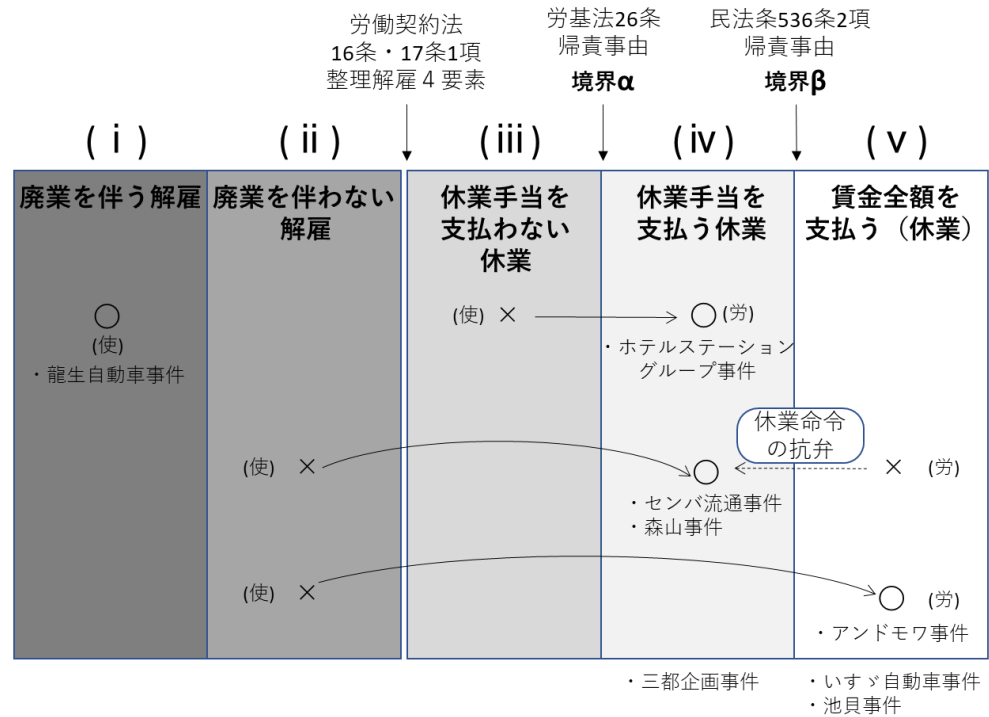
また(iii)～(v)の部分について図示したものとして河合壘「コロナ禍での休業と補償・賃金に関する一考察」季刊労働法 271 号（2020 年）19 頁

⁴ 休業手当は労働義務のある日であったが休業とされた日について支給される（昭和 24 年 3 月 22 日基取 4077 号）ため、実際に 1 ヶ月あたり支払われる休業手当の額は平均賃金の 4 割程度となる。このため労働者としては(iv)と(v)の間で争う利益は大きい。

2. 労働基準法 26 条の帰責事由と民法 536 条 2 項の帰責事由

(iii)と(iv)を画する境界、即ち労働者を休業させるにあたり労働基準法 26 条による休業手当の支払いが必要な場合と不要な場合の境界（以下「境界 α」とする）は「使用者の責に帰すべき事由による休業」かどうかである。一方で(iv)と(v)を画する境界、即ち休業手当の支払いが必要な場合と民法 536 条 2 項により賃金全額の支払いが必要な場合の境界（以下「境界 β」とする）は「債権者の責めに帰すべき事由によって債務（労務）を履行することができなくなった」か、である。

コロナ禍のような需要低迷期においてこれら二つの「帰責事由」はどのように判断されるべきだろうか。コロナ禍に起因する整理解雇無効や休業手当に関する裁判例が出始め、令和 4 年に入っても裁判例は増えているが、本稿Ⅲでは令和 4 年末時点で判例集に登載されている 4 件につき境界 α 及び β の適用関係を考察する。



Ⅱ 二つの「帰責事由」の判断の前提となる規範

1. 労働基準法 26 条の立法趣旨

労働基準法 26 条の立法趣旨については、「天災地変等労使双方の責に帰すべからざる事由による休業についてまで使用者に賃金支払義務を課することは、本法の性格上必ずしも適当ではなく、そのために労働者の生活が困窮に陥ることがあっても、その救済は、他の社会保障立法にまつべきであるとされ、本条では使用者の責に帰すべき事由による休業の場合にのみ休業手当の支払を強制することとし」⁵とされており、天災地変を例として挙げていることから、不可抗力であるか否かが境界 α を画するかに読める。コメントールは「使用者の責に帰すべき事由」を「経営者として不可抗力を主張し得ない一切の場合を包含するもの」としており、下記昭和 62 年最判とは文言上必ずしも一致しない⁶。

2. 二つの「帰責事由」の違いに関する判例

最高裁は境界 α と境界 β の二つの帰責事由の違いについて、「労働基準法 26 条の『使用者の責に帰す

⁵ 『令和 3 年版 労働基準法 上』厚生労働省労働基準局編（2022 年）375 頁

⁶ もっとも、この違いは「不可抗力」として認める範囲をどこまでとするか、という議論により解消し得る。

べき事由』は、民法 536 条 2 項の『債権者の責に帰すべき事由』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」と判示した⁷。

上記規範に至る理由としては、まず労働基準法 26 条は民法 536 条 2 項の適用を排除するものではないこと、そして「使用者の負担において労働者の生活を右の限度〔平均賃金の 6 割以上：引用者注〕で保証しようとする趣旨によるもの」であり「社会保障という観点から設けられたものである」ことから、「いかなる事由による休業の場合に労働者の生活保障のために使用者に前記の限度での負担を要求するのが社会的に正当化されるかという考慮」を必要とすることを判例は述べている。

この規範は 30 年以上を経て定着していると言えようが、使用者への負担の要求が「社会的に正当化されるか」はその時々々の社会の状況にも左右されうるため、労働基法 26 条の帰責事由について、使用者の経営判断に必要な基準を明確に示しているとは言い難い⁸。調査官解説も、通説が「使用者の責に帰すべき事由」について「外延はぼんやりした表現をしている見解が多い」と指摘した上で「本判決も、『使用者の責に帰すべき事由』の外延をいい切っていないことは、右の表現から明らかである。このことは、逆にいえば、本判決が、『企業の経営者として不可抗力を主張しえない全ての場合』という徹底したところまでは踏み切れなかったものとみられよう」と評価している⁹。

3. 労働基準法 26 条(境界 α)に係る行政解釈基準

上記昭和 62 年判決は使用者の負担が「社会的に正当化されるか」という価値判断の余地を残すことから、東日本大震災に伴う計画停電の際には行政解釈基準が公表された¹⁰。もっとも、この行政解釈基準は計画停電という、自主電源設備がない限り物理的に操業できない場合の判断を示したものであり、コロナ禍における休業のように物理的不可能ではないが社会的状況により休業せざるを得ない場合の判断基準とはならない。また不可抗力でなければ必ず休業手当の支払いが必要なのは（少なくとも昭和 62 年判例からは）不明確であり、コロナ禍に際して厚生労働省はさらに Q&A を作成した¹¹。その中で、「不可抗力による休業の場合は、使用者に休業手当の支払義務はありませんが、不可抗力による休業と言えるためには、①その原因が事業の外部より発生した事故であること②事業主が通常の経営者としての最大の注意を尽くしてもなお避けることができない事故であること¹²という要素をいずれも満たす必要があります。」としている。

⁷ 「ノースウェスト事件」最二小判昭和 62 年 7 月 17 日・民集 41 卷 5 号 1283 頁

⁸ 本判例は、部分ストライキによる労務提供の不能を労基法 26 条の「使用者の責に帰すべき事由」に当たらないと判断したが、「同社がストライキに先立ち、労働組合の要求を一部受け入れ、一応首肯しうる改善案を発表したのに対し、労働組合がもっぱら自らの判断によって当初から要求の貫徹を目指してストライキを決行したなどの判示の事情」を基礎とした判断であった。本判例の原審（民集 41 卷 5 号 1305 頁）が認定しているとおり、原告が労務の提供ができなくなった原因として組合による車両の占拠（ストライキとして認容される範囲を超える行為）があったことも暗に考慮されている可能性もある。

⁹ 岩淵正紀「判解」最判解民事篇昭和 62 年度 467 頁

¹⁰ 平成 23.3.15 基監発 1 号。戦後の休電による休業の帰責事由の判断について昭和 22 年 12 月 1 日 基発 29 号及び昭和 26 年 10 月 11 日 基発 696 号があり、これらを踏襲した内容である。

¹¹ 「新型コロナウイルスに関する Q&A（企業の方向け）」厚生労働省 Web

¹² 同様の内容を定めたものとして、既に廃止されている昭和 41 年 6 月 21 日 基発 630 号

本 Q&A は「事業の外部より発生した事故」の例として自粛要請の直接の対象となった業種を念頭においており、それ以外の業種については①の要件を満たさないため「不可抗力」とまでは評価されないとの行政解釈を示したものと考えられる。

Ⅲ コロナ禍による需要低迷に関連する裁判例

1. 境界 α が争われた「ホテルステーショングループ事件」東京地裁令和 3 年 11 月 29 日決定¹³

コロナ禍の需要低迷によりシフト勤務者であるホテルの清掃員の勤務日数・勤務時間が使用者により減らされたことが、所定労働時間等の変更には当たらず、『時短』及び『休業』の日においては、1日の所定労働時間の一部又は全部につき、被告が原告に休業を命じたものと解すべき」と判断され、休業手当の支払いが認められた事例である。

労働者（原告）は賃金全額相当の支給(v)を主張しておらず、休業手当の支給(iv)とその額について主張し、使用者（被告）は「休業の原因が外部から発生したものであり、被告が通常の経営者として最大の注意を尽くしたとしても避けることはできなかつたため、原告の休業につき、被告の責めに帰すべき事由はない」として上記行政解釈基準の②の文言を用いつつ(iii)を主張したことから、境界 α が争われた事案であった。

東京地裁は「人件費削減の対策を講じたことの合理性は認められる」としながらも、「被告は事業を停止していたものではなく、毎月変動する売上の状況やその予測を踏まえつつ、人件費すなわち従業員の勤務日数や勤務時間を調整していた」ことを指摘し、「本件休業は、被告側に起因する経営・管理上の障害によるものと評価すべきである」と判じた。つまり(iii)を否定し(iv)を認めた。

「毎月変動する売上の状況やその予測を踏まえつつ、人件費すなわち従業員の勤務日数や勤務時間を調整していた」ことは確かに、使用者自らの判断が介在していることから不可抗力を否定する材料になりそうである。しかし「事業を停止していたものではない」ことは必ずしも不可抗力とは直結しない。「事業の停止」も経営管理上の障害に含み得ることからすれば（境界 α を「不可抗力」と読む前提においては）、「事業停止を（外部の事故により）余儀なくされていた」と読むべきであろうか。

2. 境界 β が争われた「センバ流通(仮処分)事件」仙台地裁令和 2 年 8 月 21 日決定¹⁴

有期雇用労働者であるタクシー乗務員の整理解雇の有効性が主に争われた。労働契約法 17 条 1 項の「やむを得ない事由」の判断が主な争点であり、「人員削減の必要性があること及びその必要性が相応に緊急かつ高度のものであったことは疎明がある」ものの、「直ちに整理解雇を行わなければ倒産が必死であるほどに緊急かつ高度の必要性であったことの疎明があるとはいえない」こと、「本件解雇に先立ち、雇用調整助成金の申請や臨時休車措置の活用はしていない」ことから「解雇回避措置の相当性は相当に低い」こと、「人員選択の合理性の程度も低い」こと、「解雇の手続の相当性も低い」ことから解雇を無効とした。

その上で、労働者が仮払いを受けられるのは賃金全額相当ではなく休業手当相当額(iv)であるとされた。つまり(ii)を否定し(iv)を認めた。

¹³ 労判 1263 号 (2022 年) 5 頁

¹⁴ 労判 1236 号 (2021 年) 63 頁

使用者（被告、債務者）は「仮に債権者らを解雇していなかったとしても、・・・債権者らには休業を命じることになるから、債権者らが仮払いを受けられるのは休業手当である」として(iv)を主張した（仮にこのような主張を以下「休業命令の抗弁」と呼ぶことにする）のに対して労働者（原告、債権者）は「仙台市内を主な活動範囲とするタクシー会社のうち半数は令和2年6月9日時点で休業措置を解除しており、同年7月1日からは全社が休業措置を解除することが見込まれ」として、賃金全額の支払い(v)を求めたことから、境界βが争われた。

仙台地裁は「本件解雇が無効であるのは、債務者が債権者らを休業させて雇用調整助成金を受給する等の回避措置を取らなかったことが大きな理由のひとつであることからすると、債権者らの雇用の継続は新型コロナの影響によるタクシー利用客の減少が解消されるまでの間、債権者らを休業させることが前提となっている」こと、実際に稼働させた従業員の大半が最低賃金を超える歩合給になるような営業収入を上げることができなかったことから、「仮に債権者らを解雇していなかったとしても、債務者が債権者らに休業を命じることに民法536条2項の帰責事由がないことの疎明がある」と判断し「仮払いを受けられる金額は休業手当相当額である」と判断した。また「従業員を休業させる必要性の有無は各社の経営状況や能力によって異なることは明らかであるから、他のタクシー会社が休業を解除しているからといって債務者の休業に帰責事由があることにはならない」とした。

当時の社会情勢を顧みれば、休業命令につき賃金全額の支払いが認められたリーマンショック時の「いすゞ自動車事件」¹⁵とは異なり、「民法536条2項の帰責事由がないことの疎明」が認められたことは結論としては妥当かもしれない。

しかし問題はその結論に至る過程である。「休業命令の抗弁」を認める理由として、使用者が労働者を休業させる解雇回避の努力をしなかったことが、解雇無効の理由に認定されたことを挙げている。このようなことを安易に認めてしまうと、労働者が賃金全額を請求する場合には、解雇無効を争う理由として、休業させるなどの努力をしていなかった事実を主張しにくくなる。労働者が解雇無効を争う場合に、まず主位的に「休業の必要すらなかったのに整理解雇された」ことを主張し、予備的に「休業させれば整理解雇の必要がなかった」ことを主張しなくてはいけないのだろうか？

そもそも、労働者を休業させるなどの努力すらしていない、というのは解雇無効判断の一要素（解雇回避措置の相当性）に過ぎない。整理解雇が有効か無効かは、解雇回避措置の相当性のみならず、他の3つの要素も加味して判断される（後述「アンドモワ事件」では手続の妥当性のみで解雇が無効とされた）。使用者が労働者を休業させるなどの努力すらしていなかったことが解雇無効の理由として認められた場合であっても、それ以外の3つの要素のみによっても十分に解雇無効が認められる事案はあり得る。労働者を休業させなかったことを解雇理由の無効の理由として認めたことのみをもって「休業命令の抗弁」を認めるべきではなかろう。もっとも本件では「休業させて雇用調整助成金を受給する等の回避措置を取らなかったことが大きな理由のひとつ」であるとしており、さらに他の従業員の稼働状況も考慮に入れている。「休業命令の抗弁」を認める際の上記のような理由づけは、休業させなかったことが解雇無効の4要素のうち「大きな理由」に該当すると場合に限られるとみるべきであろう。

¹⁵ 宇都宮地裁栃木支部平成21年5月12日決定・労判984号（2009年）5頁

3. 境界βが争われた「森山(仮処分)事件」福岡地裁令和3年3月9日決定¹⁶

期間の定めのない労働者契約を締結していた貸切バスの運転手の整理解雇の有効性が主に争われた。労働契約法16条の「客観的に合理的な理由・社会通念上の相当性」の判断が主な争点であったが、「人員削減の必要性があったことは一応認められる」としながら、「本件解雇の手続は相当性を欠く」こと、「人選の方法として合理的なものとは認めがたい」ことから解雇を無効とした。

その上で、労働者が仮払いを受けられるのは賃金全額相当ではなく平均賃金の6割に相当する額(iv)であるとされた。

使用者(被告、債権者)は「債権者が債務者の従業員の地位にあったとしても、債務者としては債権者を休業扱いする他なく、他の運転手と同様の待遇をせざるを得ない」と主張して、休業扱いとした他の運転手と同様の待遇である一定額の支給(基本給及び手当)を主張したのに対して労働者(原告、債権者)は、「就労不能は、債務者の責によって生じているから、債務者は賃金支払債務の履行を拒むことができない」として平均賃金全額相当の支払い(v)を主張し、予備的に「少なくとも平均賃金の百分の六十以上の手当が支払われるべきであり(労働基準法26条)」でありその額は上記一定額よりも高いと主張した。従って主位的には境界βが争われたはずの事例であった。

しかし福岡地裁は「債権者は、債務者の従業員としての地位を有することが一応認められるから、債務者に対し賃金請求権¹⁷を有するというべきである」と判断したものの、その額については、原告の平均賃金全額相当であるとの主張について判断することなく、予備的請求である「平均賃金の6割に相当する額」のみの仮払いを認めた。つまり(ii)を否定し(iv)を認めた。

本件では「貸切バスの運行事業が全くできなくなった」¹⁸ことを考慮すると、仮払いの額を休業手当相当額としたことは結論としては妥当かもしれない。しかし「賃金請求権」を認めつつ、原告が主位的に主張している賃金全額相当の支払い(v)につき何ら判断を明示しないまま、平均賃金の6割相当額(iv)のみ仮払いを命じることは妥当であろうか¹⁹。

4. 境界βを争わなかった事例「アンドモワ事件」東京地裁令和3年12月21日判決²⁰

期間の定めのない労働契約を締結していた居酒屋の店長の整理解雇の有効性が主に争われた。労働契約法16条の「客観的に合理的な理由・社会通念上の相当性」の判断が主な争点であったが、コロナ禍に伴う営業不振から「相当高度の人員削減の必要性があった」こと、「解雇回避のために現実的にとることが期待される措置は限定されていた」ことを認め、また「被解雇者の選定も不合理であったとは認めら

¹⁶ 労判1244号(2021年)31頁

¹⁷ ここでいう「賃金請求権を有する」とは単に基本権としての賃金請求権ではなく、(休業手当を含めた意味での賃金の)請求権を支分権としても認めるの意味ととるべきか。

¹⁸ 労判1244号37頁。但し使用者は高速バス事業も行なっている。

¹⁹ 本件は仮払いを求める訴訟であり、賃金全額を主張するのであれば本案で主張すればよいとの反論も可能ではあろう。しかし「とくに満足の仮処分については、仮の措置にとどまるはずの保全手続であるにも関わらず、事実上、終局的な解決に至るという現象が見られる」(中野貞一郎『民事執行・保全入門』補訂版(2013年)341頁)のであり、当事者がそれぞれ(iv)と(v)を主張している紛争において、境界βの判断理由に触れることなく平均賃金の6割相当(iv)という結論を示すことは、仮処分であっても妥当ではないと考える。

²⁰ 労判1266号(2022年)74頁

れない」としながらも、「手続の妥当性が著しく欠けていた」ことから解雇を無効とした。

その上で、被告に平均賃金相当の支払い（再就職後は中間所得を控除）を命じた。つまり本件ではコロナ禍以前の多くの裁判例と同様、整理解雇(ii)無効の結果として賃金全額相当(v)の請求権を認めたことになる。

そもそも本事件では使用者(被告)は上述のセンバ流通事件や森山事件のような「休業命令の抗弁」を主張しておらず、また労働者(原告)も予備的請求として休業手当相当額を主張するなどしていないことから、境界 β について当事者どうしが争っておらず、労働基準法26条ではなく民法536条2項の適用を前提として判断されたと考えられる。

もっとも、本事件ではセンバ流通事件のように労働者を休業させる努力すらしていなかったことが解雇無効の理由とはなっていない。従ってセンバ流通事件における民法536条2項の判断方法とも矛盾するわけではない。しかしセンバ流通事件の判断枠組みを仮に本件でも適用したと解した場合、使用者側としては、労働者を休業させるなどの解雇回避措置を取らなかった結果解雇無効と判断された場合には休業手当相当額(iv)しか払う必要はないのに、一方で解雇回避措置を取った上で(他の3要素により)解雇無効と判断された場合は賃金全額相当(v)を支払わなければならないという奇妙なことになる。本件ではあくまで弁論主義の帰結として「休業命令の抗弁」が争点にならなかったと考えるべきであろう。

IV 考察:コロナ禍における「休業命令の抗弁」

1. 「休業命令の抗弁」を認める際の理由とは

そもそも賃金請求権と休業手当請求権は競合する²¹。そして境界 α と境界 β が異なること、つまり「労働者が就労し得なかったことについて、それが不可抗力に当たらず、使用者に起因するという事情に基づくものである場合には、民法536条2項にいう帰責事由に当たらなくとも、労基法26条の帰責事由は認められる」²²場合があることは従前指摘されていた。解雇無効を主張する場合、労働者は賃金を主的に請求することになる²³が、従前整理解雇の無効により賃金全額ではなく休業手当相当額の支払いが命じられる(「休業命令の抗弁」が使われる)例は殆ど見られなかった²⁴。

センバ流通事件と森山事件はともに、当事者間で(iv)と(v)の間、即ち境界 β に係る争いがあり、結論として裁判所は(iv)をとったがその判断結論に至るプロセスは異なった。

センバ流通事件における境界 β の判断理由は明確であるが、「休業命令の抗弁」の採否の判断が解雇無効における解雇回避措置の相当性の認定に引きずられることには前述のとおり疑問がある。

一方で森山事件における境界 β の判断理由は明確には記述されておらず、いくつかの読み方が可能で

²¹ 「米軍山田部隊事件」最二小判昭和37年7月20日・民集16巻8号1656頁

²² 川田琢行之「判批」別冊ジュリスト257号(2022年)203頁

²³ 川口美貴『労働法』(2021年)269頁

²⁴ 整理解雇に関するものではないが境界 β について賃金全額相当(v)を認めた事例として、有期雇用労働者に期間途中で休業を命じた「いすゞ自動車事件」東京高判平成27年3月26日・労判1121号(2009年)52頁。また「池貝事件」横浜地判平成12年12月14日・労判802号(2001年)27頁。一方、「三都企画事件」大阪地裁平成18年1月6日判決・労判913号49頁では平均賃金の6割相当のみが認められたが、派遣労働にかかる特殊な事例であり、派遣すべき派遣先がなくなったことから賃金請求権自体が消滅したと判じたものである。

ある。まず、解雇されていなければ支給されたであろう蓋然性の高い額²⁵の算出根拠として平均賃金の6割相当としている可能性である。次に、基本権としての賃金請求権は認めつつも毎月の支分権が発生しておらず休業手当の請求権が発生しているという説明もあり得なくはないが、民法536条2項は債務の履行を「拒めない」ことの帰結として債務を発生させるものと解釈すべきという議論²⁶もあり、この議論は債権法改正後も踏襲されている²⁷ことから、そのような読み方は妥当ではないと考える。また中間収入控除があり得ることを加味し、控除されたとしても請求権が失われないであろう額のみを認めたという可能性も検討したが、決定文からはそのようには読めない。

2. 「休業命令の抗弁」の法的性質とは

「休業命令の抗弁」とはそもそもどのような法的性質なのだろうか。8月の決定により4月30日の解雇が無効となったセンバ流通事件において、5月以降は遡及的に休業していたことになるのだろうか。仮にそうだとすれば、休業手当の額は算定事由発生日以前3ヶ月の平均賃金の6割である（労働基準法26条）から、2月から4月までの平均賃金を元に計算することになるはずである。しかし仙台地裁は「本件で仮払いを命じるのは令和2年8月分給与からであるから、休業手当の基礎となる平均賃金を算定すべき事由の発生した日とは令和2年8月1日と解すべきであり、以前3ヶ月間その労働者に対して支払われた金額とは令和2年5月から7月にかけて債権者らが見ることができたと疎明された金額」とであると結論づけた²⁸。

もし「休業命令の抗弁」が仮に解雇されなかった場合に「確実に支給されていたであろう賃金額」又は「最も蓋然性の高い金額」²⁹を主張するだけのものであり、5月から7月はまだ通常の勤務をしていたことになり、解雇無効の決定があった8月になって初めて休業を命じたことになるというのであれば、仙台地裁の判断のように5月から7月までの最低賃金を基礎として休業手当を算出することも可能だろう。但しこの判断が本案訴訟でも踏襲された場合、使用者は5月から7月までについては賃金全額相当

²⁵ 「東京横浜獨逸学園事件」横浜地判平成29年11月28日・労判1184号（2018年）21頁 では元教諭に対する雇止め無効の結果として、従前担当していたコマ数を基礎として「確実に支給されていたであろう賃金額」を計算している。

²⁶ 潮見佳男『基本講義債権各論I（第3版）』（2017年）69頁

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)159頁

²⁷ 「少なくとも実務上の結論としては、改正後の条文の文言上明確に報酬の支払を拒むことができないと書いておりますので、この改正案を前提としても、536条2項は従前のおり、雇用の場面における報酬債権、反対給付債権の根拠規定としての機能を果たすことになると考えております。」法制審議会民法(債権関係)部会第95回会議事録13頁参照。

²⁸ 5月から遡及して休業していたことになるのであれば、この判断は、使用者の責に帰すべき事由により休業した期間を平均賃金の算出に含めることができない（労働基準法12条3項3号）こととも矛盾する。

センバ流通事件では5月から7月の間に実際に稼働した乗務員が最低賃金以上得ることはできなかったことから、「疎明された額」はかなりの低額となった。本件では保全の必要性があると判断された額が休業手当相当額を下回っていたが、家賃の高い地方など保全の必要性の認められる額が高い事案においてはこの計算方法が争点となりうる。

尚、事由発生日を8月1日としたのには「仮払いの期間については、始期については、その貯金額と仮払い額に照らし、本件決定が属する月以前に遡っての仮払いを命じるまでの必要がない」という事情があった。しかし「いすゞ自動車事件」（前掲宇都宮地裁栃木支部平成21年5月12日決定）のように「支払期限の過ぎた本件の賃金請求権も保全しないと、債権者らの生活が今後、より困窮し、早晚破綻しかねない」と判断される場合もあるのであり、保全の必要性の判断に引きずられて休業手当の算出の基礎となる期間が後ろ倒しになるのは論理的ではない。

²⁹ 前掲「東京横浜獨逸学園事件」

を支払う義務を負うことになるだろう。

V まとめ

コロナ禍による需要低迷期における境界 α と境界 β 、即ち労働基準法 26 条の帰責事由と民法 536 条 2 項の帰責事由について、4 つの裁判例でどのように判断されたかを検討した。

境界 α の判断は一定程度明快である一方、境界 β の判断、特に整理解雇が無効とされる局面において使用者側が「休業命令の抗弁」を使用した場合については、その論理的な説明が未だ定まっていないと考える。

コロナ禍における整理解雇無効事例において、休業手当相当額(iv)の支給が当時の社会的状況に照らして妥当だったとしても、明確な理由付けなしに「休業命令の抗弁」を認めてしまうことは、今後の他の整理解雇無効事例への影響が懸念されよう。

しかし「休業命令の抗弁」を認める理由として、センバ流通事件のように、整理解雇無効の主張における、労働者を休業させるなどの努力をしなかったことの主張を引用することには、前述のとおり慎重であるべきと考える。

一方で「休業命令の抗弁」は解雇していなければ支給していたであろう「蓋然性の高い額」の主張だと解する場合には、そもそもその「蓋然性の高い額」が妥当なのか、即ち、他の従業員も休業させていたことをもって休業手当相当額の蓋然性を認定するのであれば、その休業自体が法的に妥当なのかという判断も必要になる筈である。

さらに、ホテルステーショングループ事件のように境界 α のみが争点となった事案においても、境界 β が本当に争点となり得なかったのか検討の余地はある。

そもそも「休業命令の抗弁」の法的性質とは何なのか、そして、境界 β 即ち民法 536 条 2 項の帰責事由の判断はいかなる理由をもって行うべきか、また、コロナ禍におけるその判断がコロナ禍以外、例えば東日本大震災を超える震災やリーマンショックを超える不況などにより、物理的に営業は不可能ではないが長期間需要が低迷した場合における「グラデーション」の判断の予測可能性に及ぼす影響について、さらなる検討を要する。