

Title	労組法上の救済命令・緊急命令と地位保全ないし賃金仮払仮処分
Sub Title	Einstweilige Verfügung und Schutzanordnung gegen die rechtswidrige Kündigung des Arbeitgebers
Author	石川, 明 (Ishikawa, Akira)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1989
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.62, No.1 (1989. 1) ,p.1- 19
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19890128-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19890128-0001</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 労組法上の救済命令・緊急命令と 地位保全ないし賃金仮払仮処分

石川明

- 一 問題の所在
- 二 判例・学説
- 三 検討
- 四 結語

## 一 問題の所在

労組法上の救済命令・緊急命令（以下救済命令等という）の発令が民訴法上の地位保全の仮処分ないし賃金仮払仮処分（以下地位保全仮処分等という）の必要性を阻却するか否か、換言すれば労組法上の救済手続と民訴法上の保全処分との相互関係いかんという問題があり、本稿はこの点を取扱わんとするものである。このテーマについては、裁判実務大系5「労働訴訟法」（青林書院）中に、松本光一郎氏の「緊急命令<sup>(6)</sup>——仮処分」（五一九頁以下）と題する詳細な論稿が

あり、本稿も同論稿に教えられることが多かったことを記して感謝したい。

昭和二四年の労組法の全面改正により新設された不当労働行為制度の適切な運用が、その範囲で民事仮処分<sup>(1)</sup>の衰退を来たすであろうと考えられたこと、それにもかかわらず、その後今日にいたるまで救済命令等と競合して依然として民事の仮処分が活用されていること、そのために両者の相互関係が問題になることなど右論文によって指摘されているとおりである。

両者の相互関係をより具体的に指摘するならば以下の通りになる。すなわち、救済命令等又は地位保全の仮処分等のいずれか一方が発令されている場合、その先行の救済によってカバーされている範囲で後行の救済を与える必要があるかという問題がこれである。特に救済命令は行政的救済制度であり、緊急命令も裁判所の発令によるとはいえず、この系列のものであると考えられるのに反して、仮処分は司法的救済の場合である点から、両者は全く別系列の救済制度であつて、両者は相互に排斥しあうわけではないと考えることが、後者のほかに前者が設けられた趣旨であつたと解する余地も十分認められる。しかしながら、反面、両者のいずれかが先行の救済として発せられ、その目的が達せられている範囲では、他方の後行の救済を与える必要性につき疑問が生じるのも極めて自然な考え方であろうし、先行の救済が発せられたが使用者がこれに従わない場合、より実効性の少ない後行の救済を発する必要はないとも考えられる。

以下これらの問題点について若干の私見を披瀝してみたい。

(1) 松本・前掲論文五一九―五二〇頁。行政的救済と司法的救済とが併存すること自体に問題はないが、ここで問題とされる司法的救済である仮処分は満足の仮処分であるため、現状ではその審判が自ら慎重になり係属期間が長期化するために、行政的救済が設けられたとするならば、それは問題である。現実的理由としては行政的救済の存在理由が仮処分の長期化にあることは否定できないにしても、仮りの司法的救済の係属期間の長期化それ自体が病理現象として是正さるべきなのであるから、少なくとも理論的には病理現象を行政的救済の存在理由とすることに賛成できない。

(2) 松本・前掲論文五二二～五二二頁。

## 二 判例・学説

判例・学説は、松本・前掲論文に要領よく整理されている。<sup>(1)</sup>

一、判例 判例は(1)救済命令等が先行命令として発令せられた場合後行処分としての仮処分の必要性に言及したものと、(2)仮処分が先行処分として発令された場合後行の処分としての救済命令等の必要性に言及したものとに分かれる。(1)について。

(a) 救済命令等が発令されて使用者がこれに従い原職復帰を認めている場合について、地位保全の必要性を否定したものとして次の二つの判例を挙げておこう。

①東京地判昭和四八年八月二八日(判タ三〇〇号三二三頁)は、後行の地位保全の仮処分の必要性を否定して次のように述べている。

右申請人らのうち申請人玉田和男、同山田忠、同磯部勝英、同高木周治、同伊藤征一、同室伏喜美夫、同山岸正幸の七人については、既に緊急命令により会社の職場に復帰し、同人らが受けるべき賃金、その他の諸給与相当額の支払を受けているのであるから、右申請人ら七人の本件地位保全の仮処分申請は、仮処分制度の趣旨に照らし、その保全の必要性を欠くものとして却下を免れないものと云うべきである。

②東京高判昭和五九年四月二七日(判時一一一五号一三二頁)は後行の地位保全並びに賃金仮払仮処分の必要性を否定して以下のごとく述べている。

以上の事実によれば、被控訴人は、緊急命令の結果とはいえ、原職たるレジャー出版部に復帰して就労し、昭和五八年一月分から原判決が仮払を命じた額を上廻る毎月二五万八、三七五円の、また同年四月分からは毎月二六万八、五七五円の賃金の支給を

受けているのみならず、解雇の日の翌日から原職復帰までの賃金相当額についても、原判決が仮に支払を命じたことにより控訴人が既に支払った額を控除した残額を受領しているから、控訴人が賃金を唯一の収入として生活する者であって、レジャー出版部に勤務する従業員として取扱われず、賃金等の支払を受けられないでは、生活に困窮し著しい損害を蒙ることを理由とする本件仮処分申請の保全の必要性は最早失われたものというべきである。

被控訴人は、仮処分と緊急命令とは、その制度の趣旨、目的、効果等が異なり、緊急命令によって、被控訴人が受けた原職復帰等の利益は、事後的、反射的、暫定的かつ第二次的なものにすぎず、被控訴人自身の救済を直接の目的とする本件仮処分の必要性は未だ失われていない旨主張するが、本件仮処分申請は被控訴人が収入の途を奪われていることをその保全の必要性の基礎においているものであって、被控訴人が原職に復帰して賃金収入を得ている以上、たとえ、それが被控訴人の主張するような緊急命令の事後的、反射的、暫定的、第二次的利益の結果として実現されたとしても、被控訴人の収入が現実には確保され、日常生活上の不安が解消されたことには変りがないのであるから、被控訴人の右主張は失当である。なお、被控訴人は、裁判所は職権又は申立により何時でも緊急命令を取消し又は変更できること及び現に控訴人が緊急命令の取消しの申立をしたことを挙げ、被控訴人の地位が不安定であることを指摘するが、控訴人が緊急命令取消の申立をその後下げたことは被控訴人の自認するところであるうえ、被控訴人に関する緊急命令に控訴人が服してこれを履行していることは当事者間に争いがないのであるから、被控訴人において、緊急命令が近い将来取消し又は変更される可能性があることを具体的に疏明しない限り、被控訴人の地位が仮処分によって、保全しておかなければならない程に不安定であるということはできない。

次に、被控訴人は、緊急命令は原判決を前提にしており、両者はそれぞれ併存、補完しあう関係にあるので、本件仮処分の必要性は失われていないとも主張する。なるほど《証拠略》によれば、東京高等裁判所が中労委の命令によって維持された都労委の救済命令の正文第二項（解雇の日の翌日から原職に復帰するまでの間に受けるはずであった賃金相当額の支払を命ずる部分）に従うべきことを命じた決定をした際、その正文において、控訴人が被控訴人に対して支払うべき金員の額は、右賃金相当額から被控訴人が原判決に基づき控訴人から支払を受けた額を控訴した金額としていること（以上の事実は、概ね当事者間に争いがない。）が一応認められるところ、これは、救済命令が支払を命じた金員とは同一の性格のものであり、かつ、後者は既に支払済であることから、これに該当する部分については、右救済命令が履行されたのと実質的に同じ状態にあり、敢えてこれについて緊急命令を発令する必要はないと判断されたことによるものと推認され、この推認を覆すに足る疏明はない。これによれば、

右高裁決定は原判決の存在を前提にし、両者は補充しあう関係にあるということができないではない。しかし、右高裁決定が原判決に基づいて仮払された金員の部分を緊急命令の対象から除外したといっても、緊急命令はあくまで解雇の日の翌日から原職復帰までの賃金相当額全部についてその支払を命じているのであり、原判決に基づく仮払の金員が右賃金相当額と同一の性格のものであって、その一部を構成するのと同視できるものであることからすれば、右救済命令が存する限り、仮に原判決が取消されたとしても、それによって直ちに被控訴人が原判決に基づいて仮払を受けた金員の返還を求められる筋合にはなく、それ故前記疏明事実にかかわらず、少なくとも所謂「バックペイ」に関する部分については、原判決並びにこれを求めた仮処分申請は全く無意味になったものというべきである。他方、原職復帰を命じる緊急命令については、これが原判決の存在を前提にして発令されたものであることを疎明するに足る証拠はないのみならず、原職復帰後の賃金についても、被控訴人が緊急命令に基づいて原職に復帰して現に就労している以上、これが支給を受くべきは当然であって、この理は、たとえ原判決が取消されても、何ら異なるものではない。そして、原職復帰後の賃金の額が被控訴人主張のような経緯によって定められたとしても、その額が原判決が仮払を命じた額を上廻るものであるからには、被控訴人主張の事実が原判決を存続させるに足る事由となるものでないことは明らかである。

したがって、今なお仮処分の必要性があるという被控訴人の主張は、採用することができない。

(b) 賃金の支払を命じる救済命令等に従って賃金が支払われている場合、賃金仮払仮処分の必要を否定したものとして次のものがある。

③東京高裁昭和五一年七月一九日（労民集二七卷三・四号四二七頁）

しかし、賃金については、少なくとも昭和四九年一二月分以降は緊急命令に従って賃金相当額が申請外会社から被控訴人に毎月支払われ、その額も昇給分を含み、本件仮処分申請による額を上廻っていることが成立に争いのない乙第三七号証の一、二と証人日朝行雄の証言（当審）によって疎明される。そうすると、今後も引き続き右賃金相当額が支払われるのであらうと予想され、それが被控訴人のいかなる地位によるものであるにせよ、被控訴人は金銭的には暫定的に満足を受けるわけであり、本件賃金支払の仮処分を求めるための緊急保全の必要性があるとは到底いえない。緊急命令に取消、消滅の可能性が絶無でないこと

も、この判断を左右しない。

(c) 救済命令により一旦就労させたが、右命令につき中労委に再審査の申立てをし就労を拒否した場合、地位保全の必要ありとしたものとして以下のものがある。

④岡山地決昭和二六年一月二四日（労民集二巻六号六二八頁）は以下のように判示している。

しかしながら右処分は被申請人において申請人等が右争議の前及び争議中を通じ叙上争議行為等の正当な組合活動をしたこと故をもってなした不当労働行為であつて、その効力を生ずることは許されぬものといわなければならぬ。申請人等は岡山県地方労働委員会（以下地労委と略称する。）に提訴してその違法を争つた結果約一カ年半に亘る調査審問等の手続を経て、地労委は昭和二六年十一月二十日申請人等の申立を認容し右解雇並に解職処分の取消等の命令を發し、右命令書の写は即日被申請人に交付されその効力を生じたのである。しかるに被申請人は当初右命令に従い一時申請人等を就労させながら、中途該命令に対し、中央労働委員会に再審査の申立をしたからといって、何等正当の理由もないのにこれに従わず申請人等の工場立入を禁止し、就労を拒否している。そこで申請人等は御庁に対し本件解雇並に解職処分の無効確認の訴を提起する準備をしているが、既に約一カ年半を地労委において争い、さらに本案訴訟の確定を待つ場合は、申請人等の家庭生活はさらに一層の困窮を來し、肉体的精神的に回復し難い損害を蒙る実情にあるので、とりあえず、叙上解雇並に解職処分の効力の停止を求めため、本件仮処分の申請に及んだと述べた。

申請人等提出の各疏明資料に申請人Aの審尋の結果を綜合すると一応申請人等主張の事実関係を認めることができる。被申請人代表者Aの審尋の結果によつても右認定を覆すことができない。しかして、該事実に基づく申請人等の本件仮処分の申請は理由があるのでこれを認容し、申請費用の負担につき民事訴訟法第八十九条第九十五条を適用して本文の通り決定する。

⑤大阪地決昭和三〇年七月二一日（労民集六巻四号四七〇頁）は次のように判示している。

被申請人は、本件に関する大阪地方労働委員会の救済命令に対して会社は中央労働委員会に再審査の申立中であるから、その判断のあるまで本件仮処分の必要性はないと主張するけれども、単に中央労働委員会に提訴中というだけで岡本らに本件仮処分による緊急救済の途が閉されるわけはないから、みぎ主張は理由がない。

(2)については以下の判例がある。すなわち、

⑥東京地決昭和五七年四月三〇日（労民集三三巻二号三八四頁）は、次の二つの判示事項、すなわち、一、懲戒解雇を受けた従業員が既に賃金仮払の仮処分判決によりバックペイ相当額の仮払を受けている以上、同人の個人的被害は一応回復されているとして、バックペイを命ずる緊急命令の必要性が否定された事例、二、懲戒解雇を受けた後地位保全の仮処分判決を得た従業員が会社から就労を拒絶されているため、同人を原職に復帰させるべき旨の緊急命令の必要性が認められるとした事例について、以下のごとく判示している。

〔判示事項一〕

そうすると、本件申立のうち、天野に対してバックペイを命ずる緊急命令を求める部分については、同人が既に仮処分によってバックペイ相当額の仮払を受けている以上、同人の個人的被害は事実として一応回復されているのであるから、さらにバックペイを命ずるべき必要性があると認めることはできないが、天野を除くその余の一二名に対してバックペイ等を命ずる緊急命令を求める部分については、主として同人らの個人的被害の回復の見地から、その必要性が高いものと認めることができる。

次に、本件申立のうち天野ら一三名の原職復帰を命ずる緊急命令を求める部分について検討する。

〔判示事項二〕

まず、天野ら一三名のうち前記小峰及び青木を除く一一名については、前記のとおり、配転命令の拒否、応援出向命令の拒否、指名ストの指導等を理由とする解雇が不当労働行為とされているのであって、同人らを原職に復帰すべき旨の緊急命令を発したとしても、特段、正常な集団的労使関係秩序の回復を阻害するものということはできず、かえって、右一一名の者をめぐる紛争が一応鎮静化することが期待されるから、同人らに関する部分については、緊急命令の必要性を是認することができる（なお、天野については、前記のとおり、既に地位保全の仮処分が発せられているところではあるが、被申立人が同人の就労を拒否していることにかんがみ、これを是認するのが相当である。

⑦東京地決昭和三十六年一〇月七日（労民集一二巻五号九一二頁）は、仮処分命令の履行として現に解雇当時の平均賃金相当額が支給されている場合において原職またはこれと同等の職に復帰させることを命じた救済命令に従うべきこと



を命じた緊急命令を発令した事例である。

⑧東京地決昭和五三年五月二四日（勞委裁判集一五卷六〇九頁）は仮払仮処分がある場合緊急命令の必要性を否定して、しかしながら疎明資料によれば、右組合員らはずでに被申立人を相手方とする横浜地方裁判所川崎支部昭和四八年(甲)第二七六号仮処分申請事件において、昭和四八年年末一時金二・四か月分の支払を命ずる旨の決定を得、これに基づいて右金員の支払を受けていることが明らかであるところ、右金員と申立人が本件緊急命令の申立において求めている右組合員らの昭和四八年年末一時金二・八か月分との差額は、最高額で僅か金三万八二四〇円、最低額に至っては金一万八八〇〇円であるに過ぎないことが明らかであるから、右組合員らに対し、右年末一時金を支給すべき緊急の必要性があるとは到底認められず、他にこれを認めるに足りる疎明がない。

と述べている。

⑨東京地決昭和六〇年三月二六日（勞民集三六卷二号一六八頁）は、賃金相当額等の支払を命じた救済命令についての緊急命令の申立てにつき、当該労働者に対しては仮処分命令に基づき賃金相当額等の仮払がされており、右仮払の額を超えて金銭の支払を必要とすべき事情は認められないから、即時救済の必要性を欠く旨判示している。

二、学説 学説として本稿の問題を詳細に論じたものは松本・前掲論文を除けば見当たらないが、緊急命令がある場合でも緊急命令による救済は労働者の保護に必ずしも充分であるとはいえないので、同一内容の保全の必要がないとはいえないとする仮処分肯定説<sup>(2)</sup>と、当事者がすでに労働委員会から使用者の解雇処分が無効であるというような命令を得ている場合には同一内容の仮処分の申請は一応利益がないとして却下すべきであるとする仮処分否定説<sup>(3)</sup>とが対立している。なお右の仮処分否定説も、

「当事者がすでに労働委員会から使用者の解雇処分が無効であるというような命令を得ている場合には、同一内容の仮処分の申請は一応利益がないとして却下されるべきであると思う。これに反し、労働委員会の命令の内容と申請する仮処分の内容とが異なっており、仮処分の申請の当否は独自に審理することができる。また労働委員会が当事者の申立の一部を棄却した場合、また

当事者の申立を審理中である場合にも、裁判所は、仮処分申請の当否を独自の立場から審理すべきである。」  
としている点に注目しておきたい。

- (1) 前掲論文五二二～五二三頁。
- (2) 西山・保全処分概論四六～七頁のほか兼子・増補強制執行法三二五頁も肯定説をとるものと考えられる。なお、柳川・保全訴訟〔補訂版〕一一三～一四頁参照。
- (3) 菊井・村松・仮差押仮処分一八六～一七頁。

### 三 検 討

一、まず設問について議論を展開するに先立って次の二点に言及しておきたい。すなわち、第一に私は別稿において包括的地位を保全することを内容とする労働者たる地位保全の仮処分の不適法性を論じたことがある。<sup>(1)</sup> 原職復帰の救済命令等は、地位保全の仮処分と同様に包括的に地位を保全するものである点では共通性をもっているが、それらは行政救済ないしその延長と認められるからこそ許されるのであって、仮処分としては許されないのではないかと思われる点を指摘しておきたい。

第二に、原職復帰及びバックペイを命じる救済命令等を原職復帰命令の範囲内でいかなる効力を有するかについて検討しておく必要がある。この点について、松本、前掲論文は以下のように述べている。<sup>(2)</sup> すなわち、

考え方を大まかに分けて、仮にA説、B説と呼ぶ。A説は、原職復帰を命ずる救済命令は解雇がなかったと同様な事実状態に戻し従前の労働条件をもって働かせることを命じているものであり、そのため、復職に際し、あるいは復職後間もなく、賃金その他の労働条件を切り下げたりすれば命令違反になるとする。B説は、原職復帰命令は使用者において労働者に対し原職に復帰するように申し入れることを命じているものであり、これをすれば命令による公法上の義務は一応尽くしたことになる。この

ため、原職復帰（の申入）後の賃金の支払については、A説によれば従前と同様の賃金相当額を支払うべきことが命令の内容に含まれているとされ賃金仮払仮処分との実質的な内容の重複があることになるが、B説からすると、原職復帰の申入をするまでの賃金相当額の支払は命令の内容に含まれるけれども、その後の賃金の問題は私法上の賃金請求権の問題にすぎず命令の内容には含まれないとされ仮処分とは直接的な重なり合いはないことになる。これに対して、前記付随的諸権利については、A説の考え方を徹底すると、不当労働行為がなかったならば当該労働者が当然有すべき権利・利益に含まれるから、原職復帰命令はこれを享受させることを命じているものと考えられ、他方、B説の考え方からすると、これは右命令の内容には含まれないことになろう（なお、救済命令の主文例としては解雇撤回を付加する型もあるが、そのことにより結論に違いを生ずることはないと思われる）。したがって、地位保全仮処分との実質的な重なり合いはA説によるとはほぼ肯定され、B説によるとはほぼ否定されることになろう。

としているのである。A Bいずれの説が正当であるかという問題についてここで詳細に論じる余裕はなく、その検討は別稿に譲らざるを得ないが、結論的にいえば私見はA説に賛成するものである。復職後間もなく賃金その他の労働条件を切り下げても救済命令等の違反にならないとするならば、救済命令等の効用は著しく減殺されることになるであろう。原職復帰の救済命令等は、単に労働者に対し原職復帰を申入れることを使用者に命じる内容を有するにとどまらず、労働者を原職に復帰させる形成的効力を有するものと解すべきである。労働契約は単に私法上の雇用契約関係ではなく社会法上の契約関係であるから、労働委員会が労働者の権利を護るために必要な範囲で契約関係に形成的に介入することを認めてよいと考える。救済命令はまさにそのような命令なのである。そして救済命令をそのように解することによって、救済命令等は労働者の地位をより強力に保護するための実効性をもつことになるのである。賃金の支払を命じる救済命令等も同様であると解される。

因みに、仮りに一歩ゆずって、B説をとったとしても、復職に際しあるいは復職後間もなく特段の事情もなく賃金その他の労働条件を切り下げる危険がある場合には、復職後の賃金・労働条件等についても救済命令等の内容に含め

ることができると解したい。以下A Bいずれの説によればどうなるかという観点も含めて議論を進めることにしたい。

二、そこで次に本稿の設問の検討に入るわけであるが事例を以下のごとく分類することができよう。

I 先行処分として救済命令がある場合

(1) 原職復帰の救済命令

(イ) 救済命令が遵守されている場合

(ロ) 救済命令が遵守されていない場合

(2) 賃金の支払を命じる救済命令がある場合

(イ) 救済命令以前の賃金の一括支払を命じる救済命令

(a) 遵守されている場合

(b) 遵守されていない場合

(ロ) 将来の賃金の支払を命じる救済命令

(a) 遵守されている場合

(b) 遵守されていない場合

II 先行処分として仮処分がある場合

(1) 地位保全の仮処分

(イ) 遵守されている場合

(ロ) 遵守されていない場合

(2) 賃金仮払仮処分

(イ) 遵守されている場合

(ロ) 遵守されていない場合

三、I (1)の場合について。原職復帰の救済命令等がある場合、地位保全の仮処分の保全の必要性があるかという点の問題になる。私見によれば、既述のごとく、原則として地位保全の仮処分を不適法とすべきであると考えから、私見にたつ限り本来本項の問題は生じないのであるが、地位保全の仮処分を適法とする見解にたった場合に本項の問題が生じるので、ここに一応この点を論じておきたい。

原職復帰の救済命令等は地位保全の仮処分の必要性を阻却するかという問題をめぐって見解は対立している。前掲判例④⑤は救済命令等が使用者によって遵守されていない事例に関するものであって、地位保全の仮処分の必要性は阻却されないことを判示し、私見もこれに賛成である。しかし、これに反して、原職復帰の救済命令は原則として地位保全の仮処分の必要性を阻却するとの考え方もある。ところで、前掲判例①②は救済命令等が使用者によって遵守されているケースに関し仮処分の必要性を否定したものであるのに対して、同④⑤は使用者が救済命令を遵守しない場合について仮処分の必要性を肯定しているものであるから、①②と④⑤が相矛盾した判例というわけではなく、両者はいずれも救済命令等が先行し後行の処分としての仮処分の必要性が問題になる場合、その必要性を肯定すべき場合と否定すべき場合の区別の基準を提供したものと理解すべきである。

地位保全の仮処分につき、仮処分としての効用は否定しきることにはできないにしても、債務者の任意の履行を求めらるものであるため、その実効性は弱い。<sup>(4)</sup>地位保全の仮処分の実効性が弱いからといって、その効用を否定することはもちろん許されない。ただし、地位保全の仮処分によって労働者たる地位が仮りに保全され、賃金（その他の検討も同様であるが）が支払われた場合後刻本案で解雇を有効とする判決が確定しても、右賃金は仮の地位に基づき提供された労働の対価であるから、使用者がこれを不当利得として返還請求することは許されないことになると考えることも

可能だからである。地位保全の仮処分があれば、使用者によるその不遵守から生じる損害につき使用者は損害賠償の責を負うことになるであろうし、右仮処分が使用者に対する賃金仮払仮処分の基礎を提供するという効用も認められる。地位保全の仮処分のこれらの効用は別にしても、近時、任意の履行を期待する仮処分が発せられても任意にこれに従わない傾向が強くなってきている旨の指摘もあり、かかる事態を前提にするならば、地位保全の仮処分よりも救済命令等のほうが違反について過料の制裁がある（労組法三二条後段）だけ、なにがしかの実効性があるものといえよう。この点で、原職復帰の救済命令に加えて地位保全の仮処分を求める必要性は存在しないようにも考えられる。特に前記A説を前提とした場合は将来の地位保全につき両者の命令がオーバーラップすることになり地位保全の仮処分の必要性が失われると解する余地がないわけではない。しかしながら、過料の制裁などの間接的強制方法も強制手段として決定的な効用が認められるものではなく、他方地位保全の仮処分にしかるべき効用があるとすれば、遵守されない場合その発令が後者の必要性を阻却するとする見解はとりえないであろう。

さらにまた、B説を採用した場合、原職復帰後の地位保全は救済命令等の対象外であるために、救済命令は地位保全の必要を排除するものではないということになる。すなわち、両者の対象たる法律関係がオーバーラップすることがないからである。もちろん、このような考え方に対しても異論がないわけではない。すなわち、救済命令にさえ従わない使用者に対して任意の履行を期待する地位保全の仮処分をしてみても意味がないから、地位保全の仮処分の必要性もないというのがこれである。

一方で救済命令等についてB説の立場を前提としながら、他方で地位保全の仮処分を否定することになれば、前者による原職復帰後の地位の保全に関する限り、ブランクが生じることになってしまう。このブランクは救済命令等に関しA説をとるか、あるいはB説を前提にするならばたとえその実効性は弱いにしても地位保全の仮処分の適法性を認めてこれによらざるを得ないのではないかと思われる。私見は、前記A説であるが、救済命令等ではその実効性が

過料等による間接強制にとどまるといふ点で弱いと考えられるので、地位保全の仮処分はこれをそもそも否定するが賃金仮払仮処分等の雇用契約に伴う個別的請求権を被保全権利とする個別的な地位又は作為・不作為を命じる仮処分（例えば「厚生年金及び健康保険の取扱いについて、労働契約に基づき債務者に使用されている者であることを仮りに定める」とか、就労請求権を認めるとすれば——私見は否定的——債権者による債権者の就労妨害を禁止する旨の仮処分など）をも認める必要があるものと思われる。

しかしながら、地位保全の仮処分を一般的に認める前提にたつ以上、A説をとりながらも救済命令のほか地位保全の仮処分の必要性を否定することはできない理由として次の四点を加えて指摘しておきたい。すなわち、第一に、救済命令等は特段に本案訴訟を予定しない行政的救済系列に属する救済であるのに対して、地位保全の仮処分は本案訴訟を予定した司法的救済であり、救済としては両者は全く種類を異にするものであるから相互に相排斥する性質のものではないことに注意すべきである。第二に、地位保全の仮処分は判決でいえばいわば確認判決と同様に紛争予防的  
なもので債務者の任意の履行を求めるべきものであるが、確認判決が法律関係を観念的に確定することによって紛争を解決する機能をもっているのと同様に、地位保全の仮処分も仮りに債権者の地位を形成することによって、暫定的に紛争解決機能をもつ点では、確認判決と機能的に共通性を有するものである。確認判決の紛争予防的機能を否定できないのと同様に地位保全の仮処分の暫定的地位形成の機能が弱いものとはいえず、これを全く否定してしまうことはできないのではないかと思われる。

第三に、地位保全の仮処分又は賃金仮払仮処分によって賃金を仮払いした場合、本案で解雇が有効とされたとき、右賃金は不当利得として労働者から使用者に対して返還すべきかという点が問題になる。<sup>(c)</sup>右賃金は仮払いなるがゆえに不当利得として返還すべしとするのが通説・判例の立場であると思われるが、これと異なる考え方も成立つ余地があり、え、地位保全の仮処分によって、仮りに従業員たる地位が形成される。したがって仮りに労働契約関係が形成

され、労務の提供とその対価としての賃金の支払という双方の義務が仮りに形成される。仮りの契約関係ではあって、労務の提供とそれに対する賃金の支払は対価関係にあるから、支払われた賃金が労働者の不当利得にはならない。労働者から提供された労務の受領が使用者によって拒絶された場合（実際にはそれが通常であるが）、仮りに形成された労働契約からみれば、そこに使用者の労務の受領遅滞があり、提供された労務と賃金は依然として対価関係にあって、賃金が労働者の不当利得にはならない。そのように考えることができるならば、地位保全の仮処分の効用は認められる。因みに、以下の二点を指摘しておく。すなわち、まずはじめに、この場合労働者に就労請求権を否定する立場から、労働者は労務の提供によって使用者を受領遅滞の状態に置くことはできないと論じる余地もあるが、就労請求権の否定も労務の提供により使用者を受領遅滞の状態におく労働者の権限まで否定することにはならないであろうという点を指摘したい。ただし、労働契約上労働者は使用者に対して労務を提供して賃金を請求する権利を有しているからである。就労請求権の否定とは具体的な就労を求めないことを意味するに過ぎないと解されるからである。つぎに、仮払賃金の不当利得性を否定する立場からすると肯定説に対し以下のごとき批判をすることになろう。すなわち、地位保全の仮処分を誠実に遵守し、労働者を就業させ賃金を支払った使用者は、仮払賃金が労働の対価として支払われているためこれを不当利得として返還請求することができず、労働者を就業させない使用者は賃金を不当利得として返還請求できるという結果になって不都合であるという批判がこれである（もちろん、ここで地位保全の仮処分が労働者の就業まで命じているのかという点が問題になる）。

第四に、賃金仮払仮処分との関係で地位保全の仮処分の効力を認める余地がありうる。賃金仮払仮処分は仮りに契約関係を設定することなく賃金の仮払を命じるものか、あるいは賃金の仮払いを命じることとの関連で、その限度において仮りに従業員たる地位を保全しているのかという点が問題になる。後者であるとすれば賃金仮払仮処分についても、第三に述べた処が妥当するものと思われる。これに反して前者であるとすれば、本訴で解雇が有効と判断され



ると仮払賃金は不当利得になる。かような事態を回避するためには、地位保全の仮処分によって従業員たる地位を仮りに定めておけば、賃金は労務の提供の対価として支払われることになるのであると解すとすれば、（この点問題があることは既述のとおりである）、地位保全の仮処分の効用ないし必要性が認められる。これに反して、後者の立場によれば、賃金の不当利得性を回避することとの関連のみからみた場合地位保全の仮処分の必要性はないことになる。

かように考えるならば、原職復帰の救済命令等が発せられたが使用者が未だ右命令に従わない場合、保全の必要性を認め難いというわけにはいかないように思われる。

I (2)(イ)双方の場合を含めて松本・前掲論文は以下のとおり主張される。<sup>(7)</sup> すなわち、

賃金仮払処分は、賃金請求権についての執行力を取得することを目的として申請されるものであるところ、救済命令や緊急命令には、罰金、過料の制裁によりその履行を間接的に促す制度と中央労働委員会による命令履行の勧告制度（労委規五一条の二）があるだけで金員支払を直接強制的に履行させる効力はないから、救済命令や緊急命令の発令により労働者が既に仮処分と同等以上の保護を得ることになるものとはいえない。したがって、単に救済命令や緊急命令が発せられたということだけでは保全の必要性は消滅しない。

とされ、さらに続けて、

しかし、使用者が、労働委員会の救済命令又は裁判所の緊急命令に従って賃金の支払を行っており、今後もその状態を継続してゆくであろうことが確実に予想される場合には、仮処分によるのと同等の満足を既に得ているものとして、仮処分の必要性を阻却することになろう。

と説かれている。

前段の論旨の前提には前記A説にたつて復職後の賃金債権につき救済命令等の効力が及ぶとした場合が想定されている。これに対して、B説にたつて復職後の賃金債権に救済命令等の効力が及ばないとするならば、救済命令等と仮払処分はオーバーラップするわけではない。<sup>(8)</sup> したがって、後者の場合救済命令等の存在は当然に仮払仮処分の保全

の必要性を排除するものではないといえよう。A説にたつて、両者が復職後の賃金債権という点でオーバーラップすることを前提にした場合、はじめに就労を拒否していなくても、中労委に再審査の申立てをするなど救済命令を争っているようなときには、救済命令による賃金の任意の支払いを継続することが確実に予測される場合にはあたらぬものとして、仮払仮処分の必要性を認めるべきであろう。さらにまた、使用者が救済命令等を任意に履行している場合であっても、解雇の有効を主張して本訴を提起しているような場合は賃金の支払が確実に予測できる場合にあたらぬ。したがって、救済命令等のなかに賃金支払いが含まれているにもかかわらず、賃金仮払仮処分の必要性はあるといえる。かように考えるならば、救済命令等により賃金の支払いが確実に予測される場合というのは、使用者が救済命令に対して再審査の申立てをしていないとか、あるいは解雇有効を前提とする本訴を提起していないような場合をいうのであろう。前掲判例①②は原職復帰の救済命令等があり且つ使用者が全く争う態度を示していない場合について地位保全の必要性を否定しているのであるが、賃金仮払仮処分の必要性についても同様に考えるべきであろう。事例③は、今後引き続き賃金の支払が予想される場合について仮処分の必要性を否定している。

これに反して判例④は救済命令に対し使用者が中労委に再審査の申立てをし且つ就労を拒否しているという点を考慮して地位保全の必要性を認めているのであるが、仮りに就労を拒否していなくても、中労委に再審査の申立てをしているということだけで地位保全の仮処分（既述のとおりこれを原則的に認めない私見の立場にたてば賃金仮払仮処分）の必要性を肯定すべきではないかと考える。したがって、救済命令に対する再審査の申立て中であるということだけで地位保全の必要性がないとはいえない旨判示した判例④は正当であると考ええる。

前掲判例③はI(2)(B)(a)について、将来も賃金の支払いが予想される場合仮払仮処分の必要性を否定したものである。判旨正当であると考ええる。

II(1)(イ)について。この場合、仮処分によって従業員たる地位が仮りに確定され、それが債務者により遵守されてい

るので、原職復帰・賃金支払いの双方につき救済命令の必要はないと考える方もありえよう。しかしながら、私見はこれと異なる。地位保全の仮処分は労働者たる地位を仮に定めるにすぎないのに対して、救済命令は労働者たる地位を裁判外ではあれ形成するものであって、両者はそれぞれ機能を異にするから、前者の発令は後者の必要性を阻却しないと考えるべきである。

Ⅱ(1)(ロ)について。この場合原職復帰の救済命令等は二つの理由から必要性を失わないと考える。第一は、Ⅱ(1)(イ)について述べた私見と同じ理由である。加えて、第二に、地位保全の仮処分は任意の履行を求めるにすぎないものとどまるが、原職復帰の救済命令等は過料による間接強制があるので、前者が遵守されない場合後者の利益があるといえるからである。前掲判例⑥の判示事項2はこのケースに該当する。

Ⅱ(2)(イ)について。賃金仮払仮処分は執行が可能であるから、賃金の支払を命じる救済命令の必要なしとし（前掲判例⑥の判示事項一および⑧参照）、原職復帰は賃金支払いに限定されないから原職復帰の救済命令等の必要ありとする見解も考えられる。しかし、Ⅱ(1)(イ)において述べた私見と同じ理由から、賃金仮払仮処分があっても、賃金の支払を命じる救済命令の必要性は阻却されないといえるべきであろう。仮処分が賃金仮払にとどまる場合、それが原職復帰の救済命令等の必要性を阻却しないことはいうまでもない。

Ⅱ(2)(ロ)について。原職復帰の救済命令等は、Ⅱ(1)(イ)に指摘した理由に加えて、賃金の仮払仮処分と地位保全とでは後者の方が広範囲にわたるので前者の存在はその遵守いかんにかかわらず後者の救済命令の必要性を排除しない（前掲判例⑦参照）と解すべきである。問題は前者が遵守されない場合賃金の支払いを命じる救済命令等の必要性があるかという点である。救済命令等は過料の間接強制があるとはいえ直接強制の可能性をとまらぬ仮払仮処分のほうが救済命令等よりより効果的であるという点では救済命令等の必要性を否定すべきであるとの見解もありえようが、Ⅱ(1)(イ)で述べた理由から賃金支払を命じる救済命令の必要性を阻却しないといえるべきである。

- (1) 「地位保全仮処分の必要性」 染野教授古稀記念論文集「民事訴訟法の現代的構築」(未刊) 所収。
- (2) 松本・前掲論文五二四頁。
- (3) 加藤利夫・解説・労働判例百選(第三版) 三二九頁、加藤俊平実務民訴講座9二六七頁、及びそれらに引用された文献参照。

(4) 本案請求が確認請求であつて給付請求でないことによる。

(5) 松本・前掲五二六頁。

(6) 仮払いを受けた金員の返還をすべきであるとする判例として、東京地判昭和六一年十一月十二日判時一二一五号一三五頁があり、この判示に賛成するものとして、沢田「仮処分と強制執行との競合(四)」判タ一四五号一八頁が、反対するものとして、菅「仮処分による仮払賃金の返還義務」労判四一五号四頁、伊藤「賃金仮払いの仮処分の失効と不当利得」(判評三二二一)判時一一六三、一九一頁がある。裁判例としては、判示と同旨のものとして、仙台地判昭和五六年二月二七日判タ四五二一〇六頁、広島地福山支判昭和五七年八月十七日判三九九八号、五四頁がある。また、参考になるものとして、東京高判昭和六一年四月二八日判四八一号、七七頁がある。

(7) 松本・前掲五二五頁。

(8) 松本・前掲五二四頁。

#### 四 結 語

救済命令等は労働委員会が労使間の労使契約関係に形成的に介入する行政救済であるのに対して、仮処分は本案裁判にいたるまでの仮の司法的救済であり、両者はその目的・機能を異にする。したがって、原則として一方の存在が他方の必要性を阻却することがない。ただ、地位保全の仮処分や賃金仮払処分は債務者につき認められる現在の危険を回避する必要を要件とするため、救済命令等により保全の必要が阻却されるにとどまり、この場合が右の原則に対する唯一の例外と解すべきである。