



ディアローグ

労働判例 この1年の争点

解雇期間中の賃金と中間利益控除の算定
最近の新しい雇用形態をめぐる紛争



上智大学教授
森戸 英幸



一橋大学教授
盛 誠吾

目 次

はじめに

■ピックアップ

1. 7年前の暴行・傷害を理由とした論旨退職処分・懲戒解雇の効力——ネスレ日本（懲戒解雇）事件
2. 既往症をもつ職員の親睦球技大会中の心筋梗塞死と公務起因性判断——地公災基金鹿児島県支部長（内之浦町教委職員）事件
3. 時限ストの「著しく不利な圧力」該当性とロックアウトの相当性——安威川生コンクリート工業事件
4. 別組合所属科長の脱退勧奨発言と不当労働行為性——中労委（JR東海〔新幹線・科長脱退勧奨〕）事件
5. 取締役の業務上の負傷と健康保険給付の不支給——国・太田社会保険事務所長事件
6. 職場復帰後に自殺した課長の業務過重性と会社の安全配慮義務——富士電機 E&C 事件

■フォローアップ

1. 規程変更による成果主義型賃金制度の導入の合理性——ノイズ研究所事件
2. 派遣労働者の雇止め、派遣先上司の過失と使用者責任——伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件

■ホットイシュー

1. 解雇期間中の賃金と中間利益控除の算定——いずみ福祉会事件
2. 最近の新しい雇用形態をめぐる紛争
 - ①同一事業主と複数契約した際の労働時間の通算、割増賃金請求——千代田ビル管財事件
 - ②業務委託契約に基づく店長職の労働者性と未払賃金請求——プレックス・プレッディ事件

おわりに

凡 例

・判例の表記は次の例による。

(例) 最二小判平 18・10・6

→ 最高裁判所平成 18 年 10 月 6 日第二小法廷判決

・判時 : 判例時報

・民集 : 最高裁判所民事判例集

・労判 : 労働判例

はじめに

盛 モリモリコンビによるディアローグも今年で3年目ということで、最終回になりました。

最初に、今期の判例の一般的な傾向や、特に気がついたことについて話したいと思います。まず気になったのが、最高裁で破棄判決が多かったということです。今回取り上げる判例でも、5件が最高裁による破棄判決で、一体その理由がどういうことなのか気になるところです。

それから、もう一つ大きな特徴としては、従来もそうでしたが、就労実態の多様性を反映した事例がさらに増えて、判例の内容が実態面で多様化しているという印象を持ちました。また、その反面、理論的に非常に興味深いというか、なかなか悩ましい判例も目立った気がします。

そのほか、整理解雇に関してはいくつか注目される

ものがあったり、独立行政法人に関する裁判例など、事案としても興味深いものが多く、今回はこれまでの2年間と比べて判例の選択に迷いました。

そういう意味で、今回取り上げたのは、いずれも非常に興味深いもので、おそらく森戸さんとの間で理解の相違も出てくるのではないのでしょうか。丁々発止の議論ができればと期待しています。

森戸 今回はとにかく最高裁判決が多く出されたので、それは是非取り上げなくてはいけない。もちろん最高裁だからというだけではなくて、内容的にも非常に面白いものが多かったのですが、その分、下級審のもので今回残念ながら取り上げられなかったというのはいくつかあります。盛先生がおっしゃるように、働き方の多様化に伴って実にいろいろな問題が出てきている、昨年の判例もそれを象徴しているという気がします。最後の年に、バラエティーに富んだ議論で締めくくれるかなと思って楽しみにしています。

盛 では、さっそく議論に入りましょう。

ピックアップ

1. 7年前の暴行・傷害を理由とした諭旨退職処分・懲戒解雇の効力——ネスレ日本（懲戒解雇）事件（最二小判平18・10・6 労判925号 11頁）

— 事案の概要 —

X_1 、 X_2 は、 X_2 が平成5年に上司に対して行った暴行事件等を理由として、平成13年に諭旨退職処分を受け、同処分で定められた期限までに退職願を提出しなかったことから懲戒解雇された。一審は懲戒権の濫用に当たるとして懲戒解雇を無効としたのに対し、二審は権利の濫用に当たらないと判断。最高裁は一審判決を相当として二審判決を破棄した。

森戸 平成5年から6年にかけて、訴外A課長代理が X_2 の有給休暇を認めなかったことがきっかけで、組合による抗議行動などが起きまして、結局 X_1 、 X_2 、その他組合員によるAに対する3度の暴行事件が起

き、Aは告訴状を提出しました。最終的に検察は平成11年12月、つまり事件が起きてから大分たってからなんですけど、 X らを不起訴処分としました。

会社はこれを受けて、 X_1 らに対する処分の検討を開始し、平成13年4月に、一定期日までに退職届を出さないのであれば懲戒解雇するという諭旨退職処分を行いました。そこでは3件の暴行事件以外にもいくつかの懲戒事由が細かく挙げられていたのですが、結局、退職届が出されなかったということで懲戒解雇処分がなされた。この懲戒解雇の有効性が争われているのがこの事件です。

一審は懲戒解雇無効だったのですが、二審では会社側が勝訴して、懲戒解雇有効とされました。懲戒事由に該当する行為があったのは明らかで、諭旨退職処分まで時間があいたのは、別にいたずらに事件を放置していたわけではなくて、捜査機関による捜査の結果を待っていただけである。だから解雇権濫用や信義則違

反ではない、というのが高裁の論理でしたが、最高裁は破棄自判しました。この事件は職場で就業時間中に管理職に対して行われた暴行事件であって、被害者である管理職以外にも目撃者が存在したのだから、別に捜査の結果を待たなくても処分を決めることは十分に可能であった。にもかかわらず長期間にわたって懲戒権の行使を留保する合理的な理由は見出しがたい。また、使用者が従業員の非違行為について、捜査の結果を待って処分の検討をした場合、その捜査の結果が不起訴処分であったときには、使用者においても懲戒解雇処分のような重い処分は行わないのが通常の対応である。しかしこの事件では、不起訴となったにもかかわらず、実質的には懲戒解雇処分に等しい論旨退職処分のような重い処分を行った。その対応には一貫性が欠ける、という理由づけでした。

それ以外に挙がっている処分事由の多くは暴行事件以前のもので、事件以後のものは、平成11年10月の、A課長代理に対する暴言、業務妨害等です。A課長代理がお客さんを工場内で案内しているときに、X₁とX₂が大声で暴言を浴びせたというものらしいのですが、これについては、仮にそのような事実があったとしても、それだけで論旨退職処分に値する行為とは言い難い、とされました。

要するに、直近の暴言や業務妨害があったとされる日からでも論旨退職処分まで18カ月以上経過しているので、各事件以降の期間の経過とともに、職場における秩序は徐々に回復したことがうかがえる。少なくとも本件論旨退職処分がされた時点においては、企業秩序維持の観点から、Xらに対し懲戒解雇処分ないし論旨退職処分のような重い懲戒処分を行うことを必要とするような状況にはなかった。

結論としては、暴行事件から7年以上経過した後にはされた本件論旨退職処分は、原審が事実を確定していない暴行事件以外の懲戒解雇事由について、仮に会社Yが主張するとおりの事実が存在すると仮定しても、処分時点において、企業秩序維持の観点から、そのような重い懲戒処分を必要とする客観的に合理的な理由を欠く。社会通念上は認できないので論旨退職処分は権利の濫用で無効、それによる懲戒解雇も効力を生じない、ということで労働者側勝訴となりました。

*懲戒権濫用の判断基準

一応懲戒事由が存在していても、懲戒権濫用に当た

る場合には処分は許されない。ではどのような場合に濫用になるのか。本件では最高裁がその基準を新たに一つ示したということは言えるのかと思います。

どのような基準が示されたか。高裁は、非違行為から処分まで7年経っていても、なお懲戒解雇も有効とした。それをひっくり返したのですから、あまりにも時間が経過してからの処分は許されないと判断した事例だ、と位置づけることは一応できるかと思いますが。

ただ、それをあまり一般化もできないかなという気もしています。本件には特殊事情がいろいろあります。何しろ論旨解雇、実質は懲戒解雇という非常に重い処分です。判旨は、そのような重い処分を行うことを必要とする状況にはなかった、という言い方をしている。つまり、もっと軽い処分だったらどうだったかというのはわからない。

それから、これは結構重要なポイントだと思うのですが、本件の不起訴処分というのは、地裁の認定からしますと、おそらく「嫌疑不十分」です。最高裁判決だけ読んでいてもわからないのですが。つまり検察としては、やった証拠がないという判断なわけです。だとすれば判旨が言うように、検察の結論が出るまでは処分を留保していて、その検察が「やっていない」というのなら処分しないのが筋、というのは極めて真つ当な論理です。しかしこれが結局起訴されたとか、あるいは不起訴でも起訴猶予だとかで、その結論を待って処分したら7年かかったというケースであつたらどうか。これは、実は本件からはわかりません。

結局本件は事例判断という性格が強く、一般化できるルールは示されなかったのかなという気がしています。

盛 あえて一般化できるとすれば、行為それ自体の重要性はともかく、処分時点において、論旨解雇のような重い処分をする必要性はあるかどうかということが、懲戒処分に客観的に合理的な理由があるかどうかの一つの判断基準だとした点でしょう。何年経ったら処分できないという形ではなく、処分の時点において論旨解雇することが企業秩序の維持ないしはその回復にとって必要かどうかという観点を示したものだと思います。

森戸 確かに、期間の経過というよりも、とにかく処分する時点で企業秩序の侵害度合いなり回復度合いなりを見るべきだということは確かに強調されていますね。これまでこういう事案もなかったですから、

そのあたりは本判決の一般論ということになるのでしょうか。

盛 法律上、懲戒処分に関する時効についての規定はありませんから、何年経ったら処分できないというルールは判例としては立てにくい。そのため、結局こういう形にならざるをえなかったのかもしれない。

森戸 結論としてはいかがですか。

盛 結論については賛成です。高裁の判断はちょっとどうかと思われるものでしたから。

森戸 そうですね。違いは何かと考えると、高裁は、いたずらに両名に対する懲戒処分を放置していたわけではないので処分してもよい、という感じだったのが、最高裁は、検察の処分が決まるまで待ったことは否定はしないけれども、その処分が不起訴なのに処分はおかしいと判断したということかなと思います。

盛 そうですね。検察の結果を待って懲戒処分を決めるというのに、不起訴となったにもかかわらず論旨解雇というのでは、理屈に合いません。

森戸 検察が結局起訴したとか、不起訴だけで起訴猶予だという話だと、それは違ってくるのでしょうか。

盛 違ってくるかもしれませんね。

森戸 それはさっきおっしゃった、処分時点での企業秩序にもかかわってくるという説明になりますか。

盛 起訴されたから当然に重い懲戒処分が許されるということにはならないでしょうけれど、7年も経って、暴行したとされる人もずっとそのまま職場にとどまって企業秩序が再構築された結果、さらに重い懲戒処分によって企業秩序を回復する必要性は失われたと考えることもできるでしょう。

森戸 1点だけ高裁判断についていうと、高裁は、この両名が会社から処分されることはないだろうとの期待を持っていたわけでもないというようなことかもしれませんが、最高裁はそれには触れていません。やはり処分される側の期待がどうだったかを考慮するのはおかしいということでしょうか。

盛 一般に、いわゆる時宜に遅れた処分を否定する根拠になっているのは、処分される側も長期間経過すれば、もう処分されないだろうという期待を持つことが通常だということが理由の一つですね。しかし、そればかりが理由ではないわけで、高裁は逆に期待がないということを強調しすぎかなと思います。

* 先行判例との比較

森戸 あとは、別なネスレの合意退職の事件があった（東京高判平13・9・12判例817号46頁）、そちらとの関係もなかなか面白いです。

これは例の暴行事件の別の関係者に、やはり6年半経ってから論旨解雇のような退職勧奨がなされ、労働者がそれに応じて退職、その後その効力を争ったというものです。裁判所は結局、合意は有効に成立したと判断したのですが、その中で労働者側が、会社の管理職が事件から6年半経った時点で懲戒権行使に関する発言をしたこと自体が信義則違反だ、権利濫用だと主張をしていました。しかしそれは裁判所は受け入れてくれなかった。こちらでは、会社は事件をいたずらに放置していたとは言えない、6年半経って懲戒処分を検討したことが不当とは言えない、という判断で、結局それは最高裁でも上告不受理で覆りませんでした。一部では、今回の判決はこのときの判断と矛盾するのではないかという意見もあるようです。

盛 そういう見方もできるでしょうが、事案が違いますから。要するに、そちらの事件は退職について合意があったかどうかという問題であって、その前提として企業秩序がどうこうという問題ではありませんから、それは切り離して考えていいのではないかと思います。

森戸 一応整合的に説明しようとする、平成13年の事件は合意解約が成立したかどうか論点だったのであり、最高裁もそこをひっくり返すまでの事実はなかったと判断した。別に高裁が「6年半経ってからの処分でもいいんだ」と言ったのを最高裁として是認したわけではない。そう考えれば、一応この事件の判断とも矛盾しないで考えられますかね。

* フランスの懲戒処分規定

盛 実は、フランスには懲戒処分の時効についての規定があって、使用者が事実を知った日から2カ月を超えて懲戒処分はできない。ただし、訴追された場合は別だということになっています。2カ月というのはちょっと短い気もしますが、懲戒処分であれば、それくらいの期間でもいいのかなと。

もう一つ、同じ条文の第2項で、懲戒の責任追及の開始から3年を経過した制裁は、新たな制裁を補強するために援用されることができないと定められていま

す。つまり1回処分をやって、再犯でもっと重い処分を科す場合がありますけれども、3年経つと、それもできなくなる。

ほかに、例えば整理解雇の人選基準として「過去に懲戒処分を受けた者」という基準を立てる場合に、「過去に」というのは、いつまでさかのぼれるのか、といった論点も考えられます。

森戸 日本では、整理解雇のときはすごく古い懲戒処分もカウントされそうな感じですね。でも、フランスはもちろんその辺は遮断されるのでしょうか。

盛 ただ、フランスの場合は新たな制裁を補強するためと言っているのが、整理解雇の基準とはまた違うのでしょうか。

森戸 盛先生ご指摘のように、整理解雇などの際に昔の非違行為をどの程度考慮してもよいのかというような話とも、本件は実はつながってくるのかもしれませんが。しかし結局は、処分するならある程度早くしなさい、何か理由があるかもしれないけれども、懲戒処分を留保しておいて、タイミングのいいときに行使するというのはやめておいたほうがいい、ということなのでしょうね。

盛 そうですね。

2. 既往症をもつ職員の親睦球技大会中の心筋梗塞死と公務起因性判断——地公災基金鹿児島県支部長（内之浦町教委職員）事件（最二小判平18・3・3労判919号5頁）

— 事案の概要 —

教育委員会の職員Aは心筋梗塞の既往症があったところ、親睦バレーボール大会に参加した際、急性心筋梗塞で死亡したため、Aの子Xが地公災法に基づく公務上災害の認定を求めた。しかしY地公災基金が公務外と認定したため、Xが処分の取消しを求めて提訴。一審は同認定処分を取り消して公務認定したが、原審は再び公務外と判断した。

森戸 労災事件はこのディアロークで毎年取り上げている気がします。

Aは、昭和58年3月に心筋梗塞のバイパス手術を受け、半年余り休職したのですが、その後復帰しました。しかし昭和59年2月に、また心筋梗塞の診断を受けて再び入院、休職に入ったのですが、自宅待機などを経て、結局、昭和59年9月に復職しました。

重労働とか過重労働はだめだけれど、日常の業務であればOKという診断を受け、その後の検査で一定の所見は出たりもしましたが、勤務はほぼ通常どおりこなしていたということです。

平成2年5月、Aは転入教職員歓迎親睦バレーボール大会というのに参加、当初、進行を担当したのですが、代役として試合に出ることになり、20分間プレーをしました。スパイクを打つなど活発に動いたのですが、その後突如呼吸困難となり、1時間後に急性心筋梗塞で死亡しました。

Aの子であるXがY地公災基金に公務認定を請求したところ、公務外だという処分を受けたため提訴しました。

原審は公務外という判断でした。平成2年5月当時、Aの心臓機能は前の入院時に比べると悪化していた。コレステロール値も上昇しており、心筋梗塞発症可能性が高くなっていました。バレーの試合出場で血圧は急激に上昇したと言えるけれど、血圧上昇は心筋梗塞発症の主たる引き金因子とは認められない。よって、バレーボールの試合への出場が心筋梗塞発症の相対的に有力な原因とは言えない。自然的経過の中で、たまたまバレー出場を契機に発症しただけだ、というのが高裁の論理でした。

最高裁の結論は破棄差戻しです。その理由は、Aの心臓疾患は、確たる発症因子がなくても自然の経過による心筋梗塞を発症させる寸前にまでは増悪していなかったと認める余地がある、というものです。

原審はコレステロール値が上昇していたというような事実から心筋梗塞発症可能性が高い状態にあったとしましたが、最高裁は、コレステロール値のほうは平成元年11月で急激な上昇が見られるが、その後の平成2年3月にはまた下がっていた、と指摘します。

また死亡前のAの状況については、勤務状況も良好で、病気休暇などもとっていなかったし、中程度の労働はできる状態であった。ソフトボールの試合に代打で出たりしていたし、狭心症状もなかった。このような死亡前のAの状況からすると、確たる発症因子がなくても自然的に心筋梗塞を発症する、そういう状態にまであったとは認定できない、と結論づけました。

最高裁は以下のようにも言います。バレーボールの平均運動強度は通常歩行程度だが、スパイクを打ったりするとその数倍の強度がかかる。そうすると、他に心筋梗塞の確たる発症因子があったことがうかがわれ

ないので、バレーの試合による身体的負荷は、Aの心臓疾患を自然的経過を超えて増悪させる要因となれたと言える。

Aの心臓疾患が、確たる発症因子がなくても自然の経過により心筋梗塞を発症させる寸前にまでは増悪していなかったとすれば、Aはバレー出場によって心臓疾患を自然的経過を超えて増悪させ心筋梗塞を発症し死亡に至ったと見るのが相当である。ということは、心筋梗塞とバレー出場との間に相当因果関係があることになる。

なお、結論としては破棄自判ではなく差戻しです。Aの心臓疾患が、確たる発症因子がなくても自然の経過により心筋梗塞を発症させる寸前にまでは増悪していなかったかどうかを、原審は十分に審理していない。そこを審理してください、ということのようです。

すでに最高裁では、基礎疾患があって、それが業務によって自然的経過を超えて増悪した。ほかに確たる発症因子もない、ほかの原因もない。そういう場合は、業務と死亡・負傷等の間に相当因果関係がある、という枠組みが既に確立されています。本件もこの枠組みに沿った判断です。

*「相対的有力」

高裁が「業務が相対的に有力な原因とまでは言えない」としたのを最高裁が覆す。しかしその際に「相対的に有力」という言葉はあえて使わない、という何だかおなじみのパターンです。

要するに高裁は、いつ心筋梗塞で死んでもおかしくない状態で、たまたまバレーがきっかけになっただけ、という判断だったわけですが、最高裁はそれを覆した。確かに最高裁が指摘するように、それだけ重大な認定のわりには高裁の認定はあっさりしすぎという感じもします。例えばコレステロール値が高かったということも挙げているぐらいで終わっている。そこをもう少し精査しなさいということで差戻しになったのはわかる気もします。

最終的には、医学的な話になってよくわからない部分もあるんですが。

盛 やはりこれも従来の最高裁の判断枠組みに、一つ事例を加えたということだと思いますけど、この判決の結論は破棄差戻しになっていますね。一審では処分が取り消されていて、しかも一審の判断枠組みというのは、かなり最高裁のものに近い。だけど一審の判

断を支持しないで差戻しにしたということは、何か理由があるのでしょうか。確か一審では、自然的経過を超えてというような言葉を使っている、相対的に有力かどうかということは問題にしてなかったはずですが。それとも基礎疾患がどこまで増悪していたかということについては、一審判決でも判断が不十分だと考えたのでしょうか。

こういう高裁判決がここ2、3年の間にあまりにも続いたものだから、ちょっと業を煮やして、もう一回やれと言ったのかなと勘繰ってしまったんですが(笑)。

やはり、もうそろそろ下級審判決も相対的有力原因とか共同原因というような言葉の使い方自体、やめたほうがいいのではないかという気がします。教科書でも、そういうように書いているのがあるけど、実際にはそういう学説なんかないでしょう。

森戸 でも行政解釈が「相対的に有力な原因」と言っていますので。

盛 でも、それを果たして一つの説と言っているのかどうか。

森戸 説ではないのかもしれませんがね。

盛 例えば相対的に有力な原因といっても、それをどういう基準で相対的に有力と判断するのは確定しているわけではない。同じ言葉を使っているながら、判断基準には非常に大きな開きがあるということも、いくつもの論文で明らかにされていることです。確かに、相対的に有力とか、共同原因という耳触りがいいので、そのように説明されるとわかったような気になるのかもしれませんが、そういう言葉よりも、もっと実質的な判断基準を問題とすべきでしょう。

森戸 地裁はわりとそういう方向だった気がします。高裁は旧態依然な、しかも非常に簡単な判断でしたので、最高裁としてはもう一回やれと。

盛 まだ最高裁が言わんとしていることを理解していないのか、みたいな(笑)。

森戸 バレーボールがどれくらい大変な運動かという話ですが、高裁は、バレーボールで血圧が上昇したけれども、血圧上昇は心筋梗塞発症の主たる引き金因子ではない、ということを経学的な一般論のような形で言っている。

最高裁はこれには触れずに、ほかに原因がなくて、心筋梗塞寸前の状態でもなかったのだから、あと原因はバレーボールしかないでしょう、という感じの判断です。常識的には納得のいく感じはするけれども、高

裁が血圧が上昇しても心筋梗塞を発症しないという立場を前提にしていることに関しては、最高裁は直接触れていませんね。

盛 最高裁ではスパイク等の運動強度は通常歩行の数倍に達するため、一時的な運動強度は相当高いと言っているのです、むしろ、そのことによる突然の肉体的な負荷が心筋梗塞を引き起こした可能性は高いと考えているのではないのでしょうか。

森戸 最高裁が「スパイク等の強度は」と言ったあたりが事実上、高裁のそういう判断を否定しているということでしょうか。

盛 そうですね。

3. 時限ストの「著しく不利な圧力」該当性とロックアウトの相当性——安威川生コンクリート工業事件（最三小判平18・4・18労判915号6頁）

— 事案の概要 —

Xらが所属する組合は会社Yとの間で賃上げ等についての交渉が決裂、時限ストに入った。これにより、会社は多大な損害を受け、資金繰りが悪化したとしてXらに対してロックアウトを行ったため、本件ロックアウトを違法としてXらが提訴。一審はこれを正当としたのに対し、二審では一審判断を否定。最高裁では衡平の見地から見て組合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と判断した。

盛 この事件は、コンクリートミキサー車の運転手らによるストライキや怠業行為などの争議行為に対してロックアウトがなされ、賃金が支払われなかったことから、組合員らが賃金の支払いを訴求したというものです。

組合と会社の労使関係の経緯はかなり複雑なので、ここでは簡単に紹介したいと思います。この会社では労使紛争はだいぶ前から継続していて、会社の経営もかなり悪化していました。労使の懸案事項と会社の経営再建が複雑に入り組んで、いろいろなことが起こったのですが、例えば昭和58年10月に、それまでの労働組合がB労組とC労組の2つに分かれました。

C労組と会社の間では、最終的に昭和61年5月17日に一応の合意が成立します。2年間にわたって労働時間の延長や割増賃金の減額などの労働条件を引き下げることで、それから、賃金・一時金の凍結などを内容

とする合意が成立しました。

その後、昭和62年9月になって、それまでC労組に所属していた原告（被上告人）らがC労組を脱退して、当時は組合員が1人もいなかったB労組に加入しました。それと同時に、B労組は会社に対して賃上げの凍結を解除し、賃上げと一時金の支給、それから、切り下げられた労働条件をさかのぼって旧に復した上、差額賃金を支払えという要求をして団体交渉を申し入れたわけです。

これに対して会社側は、かねてからの会社側の要求6項目を先に協議すべきだと主張して、結局B労組は、昭和61年の合意には拘束されないということで交渉を決裂させ、引き続き、ストライキや怠業的行為などの争議行為を実施しました。

この地域の生コン業界では、こういう場合の対応について一応の慣行があったようで、例えばストライキがいつ起こるかかわからないという場合には、あらかじめ会社が販売する予定の生コンの分量を協会に返上するかわり、協会からは調整金のようなものが出るようになっていたのですが、いわばこれを逆用して、仕事開始の際にストライキに入って、会社が生コンの分量を返上したとみるやストライキを解除するというようなことをしたために、結局会社の業績がかなり悪化してしまっ、取引上の信用も害されたと認定されています。

これに対して会社は、昭和62年12月20日からロックアウトを通告して原告らの就労を拒否し、かつ操業は全面的に停止することになりました。その後、会社と組合との間で交渉が行われて、いったんは組合と会社の間で了解に達したのですが、結局これも決裂してしまいました。

それから、会社の施設に長い間生コンを放置しておくとして操業の再開に差し支えがあるというので、抜き取り作業をしようとしたのですが、これも組合によって阻止されたという事情があって、結局、会社は平成元年1月ごろに事業の継続を断念したということです。

一審判決ですが、ロックアウトは対抗防衛手段としてやむをえないものであったとして、その正当性を認めました。それに対して二審判決はそれをひっくり返しました。例えば、工場、建物の食堂部分を占拠したことを除けば、暴力的対応に及んだものではないとか、日雇い運転手などの代替労働力の手当をするなどの対抗措置を検討する余地も全くなかったわけではないこ

となどから、直ちに会社が著しく不利な圧力を受けるような場合であったとは断定しがたいと言っています。

それから、会社側が操業再開に向けた真摯な努力をしていないとか、操業再開の機運を探るべきであったのに、その努力も乏しいことなどを挙げて、結局、ロックアウトは防衛手段としての域を超えて、攻撃的な意図を持ってされたものだとしました。

一、二審とも、その判断の前提になっているのは丸島水門製作所事件（最三小判昭50・4・25民集29巻4号481頁）などの最高裁判決ですが、具体的な評価の段階で大きく判断が分かれたこととなります。

最高裁では、破棄自判になりました。冒頭、最高裁は、丸島水門製作所事件などの最高裁判決を要約して一般論を述べています。その後の具体的判断の部分では、高裁判決と対比してみますと、一つは本件争議行為によって会社が被った損害は甚大なものであって、本件争議行為により著しく不当な圧力を受けたことは明らかであるとしています。

それから、高裁と大きく異なるのが昭和61年5月17日付合意の解釈です。高裁は、あくまで2年間の賃金凍結などについて合意したもので、その後のことについては労使が交渉するということが予定されていたところ、すでにその期間が過ぎているわけで、組合が労働条件に回復されることを期待できるものとして理解していたと言っています。

これに対して最高裁は、その合意は、第1に昭和62年3月20日までの賃金引き下げと、賃上げ・一時金引上げ要求を組合側が放棄し、第2に昭和62年3月20日以降の労働条件については、改めて賃上げ・一時金についても協議するという趣旨だとします。したがって、本件争議行為における要求は遡及的な賃上げや一時金、割増賃金の支払いを要求するという点で、上記の合意を覆すものだと述べています。

しかも、被上告人らはB労組に入ったわけですが、合意の当時は全員C労組のほうに加入していた。脱退した直後に、こういう要求を出すというのも相当な交渉態度とは言い難いということで、そういう交渉態度、経緯からすると、上告人がロックアウトをもって臨んだこともやむをえないと言っています。

3番目として、争議行為開始前から会社が事業を放棄する機をうかがっていたという事情はない。操業再開を図るより先に過重な賃金の負担を免れるためにはロックアウトによって、これに対抗しようとするのは

やむをえない。したがって、本件ロックアウトをもって攻撃的な意図でなされたものと見るのは当たらない、そういう判断をしています。

本判決は、基本的には従来の最高裁判例のロックアウトについての判断枠組みを維持して、それを具体的に当てはめた事例ということになると思います。

原判決の判断を否定した主な理由は先ほど指摘したとおりでして、判断の枠組みそのものは共通ですが、事実関係についての具体的評価が違ったということだと思います。

*ロックアウトの正当性判断基準

本判決自体は特に目新しいことをいっているわけではありませんが、若干気になったこととしては、ロックアウトの正当性の判断基準として、最高裁は個々の具体的な労働争議における労使の交渉態度や経過、組合側の争議行為の態様、それによって使用者側が受ける打撃の程度等に関する具体的事情を考慮すべきだと言っているのですが、果たしてこれが、かつての最高裁の丸島水門製作所事件判決などを正しく理解した上で、こういうように述べているのかということがあります。

つまり、使用者の争議行為としてのロックアウトの正当性が問題となるのは、まず組合側に労使間の公平の原則から争議権が認められて、それに基づく実際の争議行為の結果として使用者側に多大な打撃もたらされて、労使間の力のバランスが崩れた場合には、さらに衡平の原則によって、使用者の争議行為が正当と認められる場合があるという脈絡においてでした。

その場合、問題の中心となるのは、現実の争議行為における労使の間の力のバランスということだったはずですが、今回の最高裁は、交渉態度とか、交渉経緯、争議行為の対応、それから打撃の程度等に関して総合的に判断すると述べているのですが、果たしてこれはどうなのでしょう。例えば、使用者側の交渉態度が悪ければロックアウトの正当性が認められないとか、逆に、労働組合の争議行為が正当な争議行為であればロックアウトが認められないということになるのかということです。

私としては、交渉経緯とか組合側の争議行為の態様といったことは、ロックアウトの正当性の判断ではあくまで付随的な評価要素なのではないかと考えています。ロックアウトの正当性は、労働組合側の争議行為

によって使用者側が非常に大きな打撃、損害を受けている場合に、それを回避するために例外的に認められるものであって、必ずしも労使関係のそれに至る経緯を総合判断しなければいけないものではないのではないかと思います。総合判断ということの意味がはっきりしないのです。

それから、もう一つ、最高裁は直接は問題にしているのですが、ロックアウト継続についての正当性ないしは要件について、この事件の場合、論ずる必要はないのかということも気になったところです。

森戸 私が読んだ限りでは、最高裁も盛先生がおっしゃった立場とそんなに違わないのかなという感じがします。結局、使用者側があまりにも不利だから勢力の均衡を回復する必要があると。使用者側にも少し対抗手段を認めてあげよう。その均衡回復のための対抗手段としての相当性を判断するのにいろいろな事情を加味して総合的に判断しますということで、ことさらに交渉経緯などを強調して判断しているということではないのかなと思ったのですが。盛先生は焦点が拡散しているとお考えですか。

盛 拡散しているし、余計なことを取り上げすぎじゃないかなと。

森戸 確かに、いろいろ丁寧に判断した結果なのか、肝心の均衡の回復というところは少しぼやけてしまっている感じはしなくはない。ただ全体としては整合的に読めるのかなと思ったのです。

*ロックアウトの継続

盛 ロックアウトの継続についてですが、やはりいったんは組合側も交渉の際に就労を申し入れたりしている。継続については、日本原子力研究所事件（最二小判昭58・6・13民集37巻5号636頁）の最高裁判決がありますね。この事件ではそこまで問題にする必要はないのでしょうか。

森戸 確かに、最初の時点での正当性判断ですべて話が終わっている感じはします。

盛 例えば、コンクリートを抜き取る作業をしようとしたら、それに対して組合が反対しました。ずっと組合は会社の敷地の中で滞留というか見張りをしているような状況だったようなんですが、そういうことにも触れないと、ロックアウト継続の正当性については結論は出ないと思います。

森戸 確かに、理論的には均衡回復のための対抗手

段だから、開始したときは均衡を欠いた部分があったけれど、ロックアウトをある程度したら均衡が戻ってきた、ということであれば、それ以降はもう継続できないということになるのでしょうか。本件の結論についてはいかがですか。

盛 これは仕方ないですね。

森戸 高裁が「暴力的じゃなかったんだからいいだろ」というような点を強調しすぎた感じがあったので、最高裁としては、暴力的なことをしたらそれはもちろんだめというのは当然の話である。それをクリアした上で、著しく不利な圧力を受けているか、均衡回復の必要があるか、という点の検討がなされる。最高裁としてそのことをちゃんとと言わざるをえない、という判断だったような気がします。

争議行為のやり方も、ほとんど通告なしに開始して、会社が今日は無理だからと仕事を返上したところで就労を始めるといふかなり意地悪なもので、使用者側にかかる圧力も相当あった。これはロックアウトを認めてあげないとかわいそうかなというのが素直な印象です。

盛 おそらく高裁としては、ロックアウトをしたものの、会社として何もやっていないと考えたのではないかと思います。事業の再開を探ってみるべきだとか、臨時の運転手による操業の継続を考えるべきだとか言っていますから。しかし、それではまるでスト破りをしろとも言っているようなもので、かえって問題です。

森戸 そうすると、その辺はさっき盛先生が指摘されたとおり、ロックアウト開始時点の話と継続の話とを分けて、例えば主張立証で組合側がもうちょっと工夫してめりはりをつければ、そこはまた別な判断がありえたのかもしれないですね。

全体としてはこれで仕方がないかなという感じがですが、高裁が問題としたところをもう少し切り分けて考えたら、少し違う結論の可能性も出てきたのかもしれない。

盛 業界の特殊性ということもありました。争議行為の形態によっては会社への打撃が大きくなるという事情もあるし、逆に組合側にとってみると、ロックアウトされても簡単にほかの会社で働けるので、賃金カットがあまり打撃にならないという状況もあるようです。

原告の中には、別に生コン会社をつくって働いている人もいて、だから、こういうふうに分争が長引いたのかなと思いました。

森戸 そういう事情も加味すると、ますますこの判断で仕方がないのかなという感じですね。

盛 何しろ、この裁判が始まったのが平成元年です。

森戸 随分昔ですね。

盛 十何年もかかっているわけですよ。ちょっと特殊な労使関係です。

森戸 そうですね。事実認定において、昭和61年5月17日の合意、これに関する評価は高裁と最高裁で相当違ってきます。前々から会社は事業を放棄するつもりでいたのか、そうでなかったのかというところも実は認定が違う。しかしその違いを前提としても、争議行為をされたら著しく不利な圧力がかかっていただろうというところは多分動かないでしょうね。

盛 昭和61年の5月合意に関しては、要求自体、過去にさかのぼって回復しろということでもかまわないと思います。賃金の引き下げを合意する場合に、期間が経過した後もその回復も求めないというところまで、その合意の意味に含めるというのはちょっと強引な気もするし、要求自体としては決して不当なことではないのではないかと。ただ、この事件では、わざわざそれまでいた組合を脱退して別な組合に入って要求をつきつけました。いかにも、かつての合意に縛られたくないという意図が見え透いています。

森戸 そうですね。組合をごっそり全員で変わったというところが信義に反する感じがします。

盛 最初は完全に放棄して過去のことは求めないというつもりでいたものが、だんだん我々にとっては不利すぎると考えるようになって、そういう行動をとったのかなという気がします。

森戸 そうですね。

盛 でも、そのことをロックアウトの正当性に結びつけること自体、私はあまり感心しないのです。組合側の態度が悪ければロックアウトしやすくなるということになりかねませんから。

* 争議行為の正当性とロックアウトの正当性

森戸 本件はあくまでロックアウトの正当性についての判断ですが、組合側のやっている争議行為がそもそも正当なものかどうかという話とは、全然別な話なのではないでしょうか。それとも著しく不利な圧力が使用者にかかっているという時点で、もう正当でない争議行為がなされているという前提なのか、そのあたりはいかがですか。

盛 基本的には、争議行為の正当性とロックアウトの正当性は結びつかないと思っています。むしろ争議行為の態様の問題であって、この事件のように最初に短時間ストライキに入って、会社がコンクリートの取り扱いを返上した途端に就労するとか、使用者側が実質的に労働力を利用できないのに賃金だけ払わなければいけないという状況になっていて、会社の信用が害されかねないということで、それを回避するためにロックアウトを行うことがどうかということが問題です。

仮に正当な争議行為であっても、会社が受ける打撃が非常に大きければロックアウトが認められるだろうし、逆に正当でないストライキ、目的が不当であるとか、そういった場合でも直ちにロックアウトが正当化されることにはならない。やはり、その場合も会社が被る打撃の程度とか、そういったことを考慮して個別的にロックアウトの正当性が評価されるのだと思います。

森戸 理論的には、そうですね。

盛 ロックアウト法理といっても、今はほとんど賃金の支払いの問題ですから、例えばロックアウト中の構内立入に対する法的責任の追及のような場面とは違って、労働者側の争議行為が正当かどうかということと、ロックアウトの正当性は直結はしないことになるのではないのでしょうか。

ついでに言うと、ロックアウト法理が適用できる場合というのは、実際には限られてしまっている。実際にロックアウトが打たれる場合はほとんどないし、わざわざロックアウトを打たなくても、例えば鉢巻きやゼッケンを着用した就労を拒否した場合には、債務の本旨に従った労務の提供でないということから、労務の受領拒否は民法536条2項にいう使用者の責に帰すべき事由ではないということで、使用者が賃金支払義務を免れる可能性もあります。そういう意味でも、ロックアウト法理の適用範囲はほとんどなくなっていると思います。

森戸 でもそう思っていたら最高裁判決が出たので、非常にびっくりしました(笑)。

4. 別組合所属科長の脱退勧奨発言と不当労働行為性——中労委（JR東海〔新幹線・科長脱退勧奨〕）事件（最二小判平18・12・8 労判929号5頁）

事案の概要

組合Xは、別組合に属するB科長が当組合の組合員に対し脱退勧奨を行ったことを不当労働行為として、愛知地労委に救済申立をしたが、地労委はこれを棄却。しかし組合側申立による再審査において中労委はこれを支配介入に当たるとしたため、会社側が本件行政訴訟を提起した。一審では会社側の請求が棄却されたが、二審では認定。最高裁では、「使用者の利益代表に近接する職制上の地位にある」B科長の発言は「特段の事情」がない限り、「会社の意向に沿っての上司としての発言」と見ざるをえないとして、二審判決を破棄差戻しとした。

盛 この事件は、上部団体の運動方針を支持するかどうかをめぐる組合内に対立が生じ、その結果、新たに組合が結成されて、組合加入がまだまだ流動的な状況のもとで、科長という地位にある人が新しくできた組合の組合員3名に対して、一応残留組合と言っておきますが、残留組合への復帰を促すような発言をした。このことが会社による支配介入だということで、不当労働行為の救済が求められた事件です。

科長というのは、助役の資格を持っていて、その中で責任者を務めているのですが、同時に組合員資格を持っていて、残留組合の組合員でもあった。しかも、組合が対立する中で、組合員に対する発言以前にも、それまでの組合に残ろうという趣旨の文書を新組合の組合員らに対して配布していたということもあったようです。

ちなみに、科長の発言ですが、1人に対しては「会社が当たることにとやかく言わないでくれ」「会社による誘導をのんでくれ」「もしそういうことだったら、あなたはほんとうに職場にいらなくなるよ」など言っています。もう1人に対しては、「科長、助役はみんなそうですので、よい返事を待っています」というものです。

救済の申立てを受けた愛知地労委は、科長の言動は会社の指示によるものとは認められないなどとして、不当労働行為の成立を否定して申立てを棄却しました。

それに対して再審査を申し立てられた中労委は、逆に科長の発言はいずれも管理職としての立場からのも

のであったということで、支配介入に当たるとして救済命令を出したわけです。

この中労委の救済命令の取消訴訟、一審は東京地裁ですが、3名のうち2名については中労委命令の判断を支持しましたが、1名に対する発言については疎明不十分ということで、その部分の中労委判断は否定しました。ただし、中労委の命令主文では、発言の相手方によって区別せずにポスト・ノートリスを命じているので、命令そのものを取り消す必要はないという結論になっています。

二審の東京高裁では、これがまた覆って、科長の発言はそれ自身が会社の意向を受けた発言とはいえない。願望ないし要望として述べただけだとか、あるいは科長は人事について影響力を有する地位を有していたと認めることまではできないとか、科長の発言はむしろ、従来の組合の組合員としての立場で組織拡大に努めたもので、結果的にその方向性が会社のものと符合していただだけだということも言っています。

これが、最高裁で破棄差戻しになりました。まさに、二転三転したわけです。

最高裁はその理由として、まず一般論として、「労働組合法2条1号所定の使用者の利益代表者に近接する職制上の地位にある者が、使用者の意を体して労組に対する支配介入行為を行った場合には、使用者との間で具体的な意思の連絡がなくとも、当該支配介入をもって使用者の不当労働行為と評価することができるものである」とし、本件については「科長は使用者の利益代表者に近接する職制上の地位に当たる」「会社は労使協調路線を維持しようとする従来の組合に対して好意的であった」「問題の科長による働きかけがされた時期というのは、組合の分裂が起きた直後であった」「本件発言には会社の意向に沿って、上司としての立場からされた発言と見ざるをえないものが含まれていた」という4点から、結局、科長の本件各発言は、残留組合の組合員としての発言で、相手方との個人的な関係からの発言であることが明らかであるなど、特段の事情のない限り、会社の意を体してなされたものと認めるのが相当ということで、特段の事情の存否について審議を尽くさせるために破棄差戻しということになりました。

日本の不当労働行為の定義では、支配介入の主体については、労組法7条の構造からして「使用者」ということになっているのですが、これに対してアメリカ

の場合には、使用者に限定されずその代理人を含むということで、その行為者は日本よりも広いという違いがあります。そこで、日本では使用者以外の人、つまり管理職などの行為が支配介入になるかどうかは、そのような人の行為を使用者に帰責できるかどうかという形で問題となります。

したがって、この事件でも、科長の言動について、JRが使用者として責任を負うかどうかの問題となるわけで、最高裁は、一般的な要件として、特に使用者の利益代表者に近接するような職制上の地位にある者が、使用者の意を体して支配介入行為をしたかどうかを問題とするということを述べています。

ただし、そのようにいっているだけで、なぜ利益代表者に近接する場合なのかとか、意を体するとはどういうことなのかについては触れていません。本件の場合も、具体的な指示が会社からなされたということは認定されていないので、そういうことがなくても管理職、職制の言動について使用者が不当労働行為の責任を負うことがあるということをも認めたことは確かですが、結局は使用者の意を体したものと評価されるかどうか結論を左右することになります。

あとは認定評価の問題で、最高裁判決では、発言の中には職制として職場にいらなくなるよとか、あたかも管理職としての立場からの発言のようなものがある反面、組合員としての立場、あるいは個人的な先輩、後輩の関係もあったので、こちらのほうがむしろメインだと認められるような特段の事情があるかどうかを問題にする必要があるということになりました。

*「利益代表者」の範囲

この事件で一つ指摘しておく必要があるのは、国鉄からJRに変わったことによって、利益代表者の範囲がおそらく変わったということです。かつて公労法が適用されていた時代は、公共企業体等労働委員会が利益代表者の範囲を決定していましたが、助役は利益代表者に含まれてははずです。現在も公務員とか特定独立行政法人については人事院や労働委員会が認定しますが、公務員の場合の利益代表者の認定範囲は、民間の場合と違ってきます。民間の場合は人事権に影響がどのくらい及ぶかということで実質的に判断することで、例えばセメダイン事件（最一小判平13・6・14 判例 807号5頁）というのがありますが、普通の課長ぐらいだと利益代表者には当たらず、したがっ

て組合員資格はあるということになります。それに対して、公務員関係とか、かつての公社関係というのは、課長レベルはもちろん、係長、あるいはその下の人で、例えば施設の管理をしているというような理由で利益代表者になっていることがあります。国鉄が民営化されて労働組合法が適用されることになったため、助役のようなほとんど人事権限のないような管理職というのは利益代表者から外されて、組合員資格を持つようになって、組合にも実際に加入しているわけです。しかし、形の上ではそうなっても、意識として果たしてどの程度変わっているのかということがあります。これは労使ともにです。

そういう意味で、この事件はJRに特有のものかもしれませんが、会社が管理職の行為について支配介入の不当労働行為責任を負うのはどういう場合かについて一つの判断を示したという点で、最高裁判例としての意義があるのだらうと思います。

森戸 理論的には、不当労働行為の主体としての使用者という概念があって、使用者ではないけれど、管理職であるような人の行為を使用者の行為とみなするか、帰責できるかということですね。

盛 かつての学説の中には、アメリカの制度を参考にして、管理職レベルの人も使用者に含まれると解釈すべきだというものもありましたが、裁判所がそのような見解をとっていないことは明らかです。

*「使用者の意を体して」の意味

森戸 この判断は非常に興味深いです。まず「使用者の意を体して」という部分。少なくとも私は普段あまり「意を体して」という表現を使わないのでピンとこなかったのですが、判決を読んでいくと後ろのほうでは「意向に沿って」と言いかえている。最初の一般論のところでも、「具体的な意思の連絡がなくとも」と言っている。ということは、要するに使用者からそう言われたのではなくても、いわば勝手にやっていたとしても、という意味に理解してよいのでしょうか。

盛 勝手ではだめでしょう。やはり使用者の立場、考え方というのがあって、それに沿って、あるいはそれを後押しするためとか、そういうものでなければ。

森戸 ただ、使用者が、「おまえ、あいつに組合を抜けるように言ってくれ」と言っていればもちろんだめですが、本件の場合そういう具体的な意思の連絡はない。会社から何か言われたわけではないけれど、会

社がその組合を好ましく思っていないということがわかっていいるときに、会社のためにはこの組合はないほうがいいという意味で「組合をやめろよ」と言う。これでもだめだということですよ。

盛 でも、それだと「勝手に」ではないでしょう。

森戸 「勝手に」と、「意を受けて」とか「意を体して」は違うんでしょうか。結局どういう場合がだめなんだろうというのは非常に興味があります。勝手にではないけれど、使用者もそれを期待しているというような雰囲気があるという意味でしょうか。

盛 そうでしょうね。難しいですね。

森戸 そこが実は重要です。要するに、意を体していれば不当労働行為であり、意を体していなければ不当労働行為じゃないという非常に重要な分かれ目なのですが、「意を体して」とか「意向に沿って」とはどのようなことなのか実はよくわからない。実質は立証責任の軽減なのでしょう。具体的な意思の連絡を証明できなくても、こういうような事情がそろっていれば、実質上裏で使用者のそういう意図が働いているのだらうという意味での。

盛 おそらく、意を体してかどうかは客観的に判断せざるをえないということになるでしょう。本件でも、発言の中に組合員として別組合員の人に働きかけるといよりも、管理職としての立場で、職場にいつらくなるよとか、助役もみんなあなたを待っていますよという発言があって、労使関係上の不利益のようなことをちらつかせながら発言するとなると、それは管理者としての立場としての発言だということになるでしょう。むしろ重要なのは、意を体するという場合の、使用者の反組合的な「意」の有無かもしれません。

森戸 「意を体して」という言葉の中に、管理職として会社のために行動しているという意味が内在しているということでしょうか。

盛 そこは評価の問題ですね。

森戸 逆に会社として、不当労働行為は絶対したくないと思った場合、どういうふうにしておけばいいのでしょうか。

盛 会社としては管理職に対して、間違っても会社の意を体したと思われるような脱退の働きかけはしてはいけないと注意しておかなければいけない。でもこれだと、会社が反組合的な意思を有していることを公言するようなものです。

森戸 確かに判例の論理からすれば、そういうふう

に言うとおかないと、あいつが勝手にそういうことを言っただけだと言っても、それが結果的に「意を体して」いれば不当労働行為の責任を問われることになりますね。

盛 それと、もう一つ、こうした脱退勧奨事件は、JRのほかのところでも起こっています。かなり広範囲に管理職が脱退勧奨のような働きかけをしているということになれば、いわば組織的に行われているのではないかという疑問が出てきて、やはり会社の意を体しているということが認められやすくなるかなとも思います。

森戸 組織的にやっているのであれば、そこにはそもそも不当労働行為意思が感じられますよね。

盛 そのとおりですね。

* 本判決の意義

森戸 でもこの判決の一般論だけ切り取ってみると、実際上どこまでがいけないのかというのが実はわかりづらいのかなという気がします。

盛 逆に、こういう事案で支配介入を認めないとすると、使用者に対して「何も指示していません」という口実を与えることになってしまう。

森戸 ですので実質は立証責任の軽減を認めたということかなと。

盛 これも差戻しの事案ですが、なぜ自判しなかったのでしょうか。

森戸 要するに特段の事情、すなわち個人的な関係であるとか、東海労組の組合員としての発言であるということが明らかな事情をチェックせよということですよ。

盛 でも、一審でも実はそういうことを言っていて、改めて特段の事情を問題にする必要はあったのかなという気もします。

森戸 いろんな判例を読んでいると、最高裁が差し戻すか自判するかの基準は、法律上の建前ほどは厳格ではないというか、柔軟な気もします。

盛 そこはあまり気にしないでいいわけでしょうか。

5. 取締役の業務上の負傷と健康保険給付の不支給——国・太田社会保険事務所長事件（前橋地判平18・12・20労判929号80頁）

事案の概要

A社の取締役Xは、工場での作業中に負傷し、労災保険の療養補償給付を請求したが、労働基準監督署から不支給決定を受けた。その後健康保険の給付を受けるためにY社会保険事務所長に負傷届を提出したところ、その負傷は「業務外」の事由によるものではないとして不支給処分がなされた。Xは処分の取消しを求めて提訴。

森戸 最高裁からうってかわって地裁ですが、非常に面白い事件です。

事案としてはシンプルで、原告Xは、訴外A社、小さい町工場だと思いますが、その取締役でした。平成16年5月22日当時、工場内での作業中に右目を負傷し、眼科を受診して、健康保険の療養の給付を受けました。

その後労基署に労災の療養補償給付を請求したところ、労働基準法上の労働者ではないということで不支給決定がなされた。そこで、多分健康保険の傷病手当金をもらおうと思ったのではないかと思います。Xは今度は社会保険事務所に負傷届を出しました。すると本件被告のY所長が、これは健康保険の対象となる「業務外」の事由の負傷ではないという理由で療養の給付を支給しないという処分を行い、さらに既に行った療養の給付も返還せよと言ってきました。

そこでXは不支給処分はおかしいということで社会保険審査官に審査請求をしたのですが、再審査請求も含め棄却されたため、処分の取消しを求めて裁判所に訴えました。

結論としては、請求棄却でXが負けました。その理由は、健康保険法の療養の給付は業務外の事由による疾病・負傷を対象としているが、この負傷はXが業務として行った精密機械部品の切削加工の作業に伴い生じたものであることが明白だから、業務外の事由による負傷ではない、ということです。

結論はそれに尽きるのですが、ほかにもいろいろ判示しています。Xのような取締役等は健康保険法上は被保険者に該当するというで強制加入ですが、他方で労災保険法上は労基法上の労働者ではないということで給付対象から外されています。そのため本件

のような場合では、労災保険法上は労働者に該当しない、健康保険法上は「業務外」ではない、ということでどちらからも給付が出ない。まさに「保険給付の谷間」です。しかしだからといって、業務上の事由について健康保険法の給付を出すことは、やはり明文の規定に反するのでできない、とします。

保険給付の谷間については、任意の制度である労災の特別加入があるわけで、そのことの立法政策上の当否の問題はあるけれど、現行法上、健康保険法1条の「業務外の事由」を「労災保険法の適用対象外の事由」と解釈することはできない。

具体的な事情としても、このXのようなケースについては特別加入の制度があり、Xはこれを利用することもできた。それからこのA社は、昭和45年7月から健康保険の適用事業所になっていて、同社における健康保険の被保険者数はXがけがをした当時Xを含めて9人であった。この9人だったという認定の意味は後でお話しますが、とにかくこれらの点からすると、Xのような人の業務上の傷病等を特別加入制度にゆだねることが不当とはいえない、不支給処分を違法とするような具体的事情はない、ということで、結局Xは請求棄却で敗訴しました。

労災は業務上、健康保険は業務外、ということで、なにかあったらどちらかは出る。何となくそう思いがちですが、実はそうではなくて「谷間」がある。それがこの事件で明らかになった。

健康保険は業務外の事由について出るものだから、業務上のけがには出せない。じゃあ業務外でないなら労災が出るはずだ。むしろ労災のほうが給付は手厚いし、と思ったら今度は、法人の取締役などは、健康保険は強制加入ですが、労災は適用対象者ではない。労災の適用対象者は労基法上の労働者ですが、健康保険の適用対象者はそれより広く、労基法上の労働者じゃない人も強制加入しろということになっている。なのでXのような人には労災は出ない。しかし業務外でもないので健保も出ない。まさに保険給付の谷間です。

この問題の存在は社会保障法の教科書などでも指摘はされています。ただ裁判での判断は少なくとも公刊されたものとしては初めてだと思います。

立法論としてどう考えるのかという問題もありますし、また本件の解決が解釈論としてこれでいいのかという議論もできます。

裁判所は結局、明文上健康保険は業務外に出るもの

で業務上のけがには出ない、特別加入しておけば労災が出たはずだ、ということのようです。健康保険の加入は昭和45年から始まっているとわざわざ指摘しているのは、要するに労災特別加入を考える余地は十分あったということを言っているのだと思われま

す。健康保険の被保険者が9人だということを判旨がわざわざ指摘しているのは、平成15年7月1日に「法人の代表者等に対する健康保険の保険給付について」という通達が出されていることとの関係かと思

います。被保険者5人未満の零細企業で働いていて、業務は一般労働者と異ならないが、労基法上は労働者に該当せず、特別加入もしていないという人については健康保険で療養の給付を出してよいとされています。ただし傷病手当金は給与の補償に相当するものなので出さな

い。しかし療養の給付は出してよいと。ただXの会社は被保険者が9人でしたので、この通達の適用もない。判旨としては多分それを言いたかったのでしょう。ただ、本件判旨が理由づけにおいて大原則としている点、すなわち「業務上なんだから出せません」という理屈が、実はこの通達によって崩れています。5人未満の会社であれば健康保険が出るわけですから。しかしXの会社は9人という中途半端な数だった結果、健康保険給付が出なかったということです。

このあたり、こういう通達があって、5人未満なら出るのに9人で出ないのはおかしいのではないか、というような主張の組み立てがあってもよかったのかもしれません。結局通達はあくまで特別扱いですよ、という話で終わった可能性もありますが。

解釈論としては、Xが主張したように、「業務外」というのは労災が出ない場合をすべてカバーするのだ、と考えてしまうかどうかです。そうすると労災に特別加入する意味がなくなるという反論がありそうですが、特別加入はさらに手厚い給付を欲しい人が入るものなのだからそれでよい、という説明は一応できそうです。ただ現行法の枠組みからすると、解釈論としてそこまでやってしまうとちょっと整合的ではない、そこまでは踏み切れないのかな、というのが私の印象です。

* 保険給付の「谷間」

盛 要するに、保険給付の谷間で給付されなくて、それでも通達によって給付される人がいるのに、さらに、その通達にも引っかけられない二重の谷間の事件ということですね。

森戸 通達まで入れれば三重の谷間かもしれません。

盛 この場合、保険給付を否定するということは、結局、立法の怠慢を労働者の負担に転嫁するということになるわけで、そもそも法解釈のあり方としていいのかどうか。法がそうなっているから仕方がないということで済ませていいのかという疑問をまず持ちました。しかし、どうやって谷間を埋めるかというのは、これはなかなか難しい。

要するに、要件が違っている。業務上か業務外かで、業務上なら労災保険を適用する、業務外なら健康保険だと、そういう形で分けているのならまだいいのですが、労災保険ではさらに労働者かどうかが問題となりますね。そもそも要件が違うから、結果的に谷間ができてしまうということですか。

森戸 これはある意味、三重、いやもしかしたら四重の谷間かなと思うのは、大企業の取締役でも実は基本的には同じ状況です。社長は健康保険の被保険者ですが、労災には当然入れない。社長も業務上げがをすることはあるわけですが、労災は出ないし、業務上ですから健康保険も出ない。ただ大企業の幹部であればおそらくそこをカバーする民間保険に入っています。

ですから、被保険者5人未満の零細企業なら通達がカバー。ある程度大きい会社であれば民間保険に入っている。この9人ぐらいの会社が一番半端な位置づけというか、まさに谷間に落ちてしまっているんですね。

これはちょっとかわいそうな感じがします。立法論としては、そもそも労災と健康保険の適用範囲が違っていることがおかしいんだとか、いくらでも議論はできます。問題は解釈論としてもこの判決の結論を変えてXを救うべきかどうかというところですよ。

盛先生はこういうのはむしろ救う方向で考えてもいいんじゃないかというご意見でしょうか。

* 救済の可能性

盛 そうですね。労災保険がだめでも健康保険があると考えるのが普通じゃないでしょうか。

森戸 解釈論としても、実はそんなに無理はありません。Xが主張するように、「業務外」とは労災がカバーしない場合という意味だ、と解釈すれば済む。あとは特別加入の問題ですかね。

盛 特別加入すれば健康保険よりも手厚い給付が受けられるということに違いを求めればいいんです。

森戸 実はほかの研究会でこの事案を議論したとき

にも、これは「業務外」の解釈を変えてXを救った方がいいという意見が多かったです。ただ私は、現在の法体系全体から考えたときに、この事件はいいけれど、ここでそう解釈してしまうことにちょっと躊躇してしまうんですね。

盛 もちろん立法で手直しするのが一番ですが、それまで何とか解釈で補うということでは、あまり厳密な解釈でなくてもいいのかなと。

それに業務外というのは、健康保険の被保険者については適用されますが、健康保険の扶養家族については、少なくとも条文の上では要件とされていませんね。家族だと、例えばアルバイトをしてけがした場合に労災なんか面倒くさいからというので健康保険でやってしまうことも可能なのではないですか。だから、その点でもあまり業務外ということを厳密に考える必要はないんじゃないか。まさに労災保険が適用にならない場合には、こちらを適用するという方向で解釈していいんじゃないかと思うんです。

森戸 ではそれが労働法学者の大勢の意見だということで、それを活字にしましょう(笑)。

盛 私が珍しく多数説に立ったのか。

森戸 いやいや、私がちよっと柔軟性に欠けるんです、きっと(笑)。少なくとも立法論としてはいろいろ指摘できますね。通達もいかにも付け焼き刃な感じですし。

盛 そうですね。5人というのは根拠がない。

森戸 通勤災害は「業務上」じゃないということでもまた別扱いですし、健保と労災の関係というのは本当にいろいろな問題を生じさせていますね。

盛 これは控訴されていますが、判断が覆るかもしれませんね。

6. 職場復帰後に自殺した課長の業務過重性と会社の安全配慮義務——富士電機E&C事件(名古屋地判平18・1・18労判918号65頁)

事案の概要

Y社の従業員Aは業務の心理的負荷によるうつ病のため、一時休職した後、職場復帰した。その後、別支社に転勤したところ、うつ病を再発し自殺した。Aの遺族であるXらは、Aの自殺はYが過重な業務を課したことによるものとして、安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求を求めた。判決は請求棄却。

盛 これも労災にかかわる事件です。Aさんは、昭和49年にY社に入社、電気工事関係の仕事、予算管理などの業務に従事していましたが、平成9年に関西支社の技術課長として大阪に単身赴任しました。その直後に胃潰瘍を発症して自宅静養、さらに平成9年12月8日には、実際にはうつ病だったのですが、自律神経失調症により休養・加療を要するとの診断書の交付を受けて、自宅療養をしました。すでにこの時点で、会社側はAさんがうつ病であるということを知っていたようです。

その後、さらに3カ月程度の休養が必要であるという診断書が作成されて提出されましたが、年明け1月ごろに、関西支社の部長がAさんに電話をし、職場復帰の話をしました。軽易な仕事から戻ってはどうかということを提案して、Aさんもそれを受け入れ、平成10年1月26日に職場復帰しました。

当初は軽易な仕事をしていたのですが、Aさんの奥さんが平成10年2月に主治医と面談をした際、医師は仕事に戻るのは無謀だと思ったけれども、具体的な指示をすることはしなかったということです。

その後、関西支社ではAさんの実力が発揮できないということから、会社はさらにAさんを転勤させたほうがいいと考えて、人事部長との面接の結果、Aさんは中部支社の課長として引き続き単身赴任することになりました。

その後、あまり大きな様子の変化もなく仕事をしていたのですが、平成11年になって、工事現場がISO9001認証取得の対象となったために、業務量が一時的に増えたという時期がありました。

それから、Aさんは平成10年10月に管理者適性検査を受けて合格し、平成11年7月を期限に自分の仕事の成果についての論文を提出すること、それから8月には進級候補者研究会に参加することを指示されて、時間外や休日に成果論文の作成に取り組んで、上司の指導を受けるなどして、平成11年7月5日付で論文を提出しました。

その後、認定によると、平成11年7月31日ごろ、4通の自筆の遺書を作成して、翌月の平成11年8月1日午後11時ごろ、社宅のあるマンションの浴室で首つり自殺をしました。

本件は、遺族が会社を相手取って安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求をしたというものです。

判決ですが、結論は請求棄却。判決によると、A

さんのうつ病は平成10年12月8日ごろの時点で完全寛解の状態に至ったと認められています。寛解というのは、病気そのものは完全に治癒してはいないものの、症状が一時的、あるいは永続的に軽減、または消失することと定義づけられています。完全寛解というのは、証人である医師の用語に従って使っているようですが、寛解と完全寛解の違いははっきりしません。

次に問題にしているのは業務の過重性ですが、中部支社における業務については、いずれも過重なものではなかったと判断しています。特に、昇格試験に基づく成果論文の作成についても過重ではないと言っています。その前提として、さきほどの完全寛解ということが出てくるのですが、この場合に業務が過重かどうかということは、うつ病が完全寛解の状態にあったAさんにとって過重であったか否かという点から検討する必要があります。そういう前提に立って、中部支社に移ってからの仕事は過重ではなかったと判断しています。

3番目として、安全配慮義務違反の主張については、まず、安全衛生法令の規定から事業者が精神疾患についての健康診断実施義務とか医師からの意見聴取義務、あるいは就業場所の変更等の措置を講ずるべき義務が発生するとは解されない。ただし、会社はすでにAさんがうつ病であるということを知っていたわけで、認識していた以上は、Aさんが職場復帰し、就労を継続するについては、会社としても心身の状態に配慮した対応をすべき義務があったと言っています。

しかし、結論としては、職場復帰の際も、その後の経過についても相応の配慮をしていたから義務違反はないということで、請求棄却になりました。

*本判決の意義

この判決の意義についてですが、一つには、うつ病が完全寛解あるいは一応寛解した場合の業務過重性の判断基準を示したということにあると思います。もう一つ、こちらのほうが判断としては目新しいと思うのですが、そういう精神疾患等について、実際に従業員がうつ病であることを知った場合には、会社としては健康診断を実施する義務ではなくとも、職場復帰、あるいはその後就労を継続する場合は、心身の状態に配慮した対応をすべき義務があるということを認めたということです。

ただ、実際に配慮義務についての判断を見てみると、やや疑問があります。というのは、職場復帰をする場

合については、確かに軽易な作業につけるとか、いろいろな配慮があったことを認めています。その後名古屋に移ってからのことについては、業務が過重かどうかを問題としているにすぎません。要するに、名古屋に行ってから会社としては何もしてない。にもかかわらず、業務が過重でなかったということだけで義務違反はなかったという結論を導いているのは、判断として不十分ではないかと思いました。

もう一つ、これは感想めいたことですが、うつ病というのは、いったん罹患するとなかなか完治せず、仕事に復帰すると再発することも多いと言われています。うつ病をどう認識して、どう対応するかというのは、この会社に限らず、おそらく今、多くの企業に求められていることで、この判決はそういうことを考えてみる一つの素材となると思います。

そういう観点からすると、会社の対応として、うつ病であることを知っていながら、なぜ単身赴任を続けさせたのかということは、一つの問題ではないでしょうか。精神的な疾患というのは、やはり常に周りで見てあげている必要があるでしょうし、それができるのは家族だと思うんです。事実関係を見る限り、決して夫婦不仲だったわけではなさそうですので、むしろ単身赴任を解除し、夫婦を同居させて、夫婦で治療に当たるといったことが望ましかったのではないかと。そういう点で、会社側に配慮が足りなかったのではないかという気がします。

また、判決は業務が過重ではなかったと言っていますが、それではうつ病が再発した原因はどこにあるのでしょうか。

先ほどの最高裁判決ではありませんが、ほかに確たる原因がないとすれば、業務に原因を求めるほかないのではないかと。この事件についていうと、成果論文を書くということは、慣れていない人にとってはかなり苦痛なことだったかもしれません。その意味でも、完全寛解したということを経営の過重性判断の前提としている本判決には疑問があります。むしろ、寛解状態からうつ病再発に至るだけの過重業務があったかどうかこそが問題でしょう。

*会社の配慮義務の範囲

森戸 うつ病に戻ってしまったのは、業務の影響もあったらうとは思いますが、会社としては結局どうしていればよかったのでしょうか。この判決は、要す

るに、もう治っていたと。単身赴任も含め、本人もそれでいいと言った。それが全部ベースになっている。それ以上細かく精神疾患の中身に触れてしまうと、プライバシー侵害の問題も出てくる。そのあたりも考慮して、裁判所としては会社の対応に問題がなかったという判断になったのかなと思ったのですが。

盛 確かにプライバシー問題などとの関係では、一般的に使用者が精神疾患について健康診断を実施する義務まで認めることは問題です。しかし、この事件では、会社はAさんがうつ病であることは知っていたわけですから、そのことを前提とした配慮は必要でしょう。

この事件では、おそらく名古屋支店では周りから見ても、病気の印象は全くなかったのでしょうか。しかし、自殺直前についての認定がないのが気になります。7月5日に論文を提出した後は、同僚の同じような論文について指導したとか、そのくらいの認定しかない。ある日突然うつ病が再発して自殺するということがあるのかどうかわかりませんが、おそらく事前には何か兆候くらいはあったのではないかと思います。名古屋支店では、Aさんのうつ病について上司にも知らされていなかったために、それを見逃したのかもしれませんが。しかし、事実認定からは、そこまでは知ることができません。

森戸 認定できていない事実があれば別ですが、逆に素直に読むと、治っていたと思って普通にしていた人が突然病気が再発して自殺してしまった。さすがにそれについて会社に責任は問えない。そういうトーンの判決なのかなと思いました。

盛 そうであれば、予測可能性がなかったとか、過失がなかったということで処理すればよかったのに、業務過重性はないから義務違反はないということで、何か物足りなかった。

森戸 企業の現場の方からも、従業員のうつ病などメンタルな問題が最近非常に多いらしく、どうやって対処したらいいのか非常に悩むという話をよく聞きます。判決は、うつ病だとわかっていた以上、相応の配慮をすべきだと言っていますが、具体的には相応の配慮とはどうしたらいいのでしょうか。この判決から何を読み取ったらいいのか、考えてしまいますね。

盛 この場合の配慮というのは、うつ病であるということは会社もわかっているわけだから、そのことを前提として判断すべきで、一般的な精神的疾患への対

応の問題とは違ってきます。最近、大きな会社ではメンタルヘルスを重視して、相談窓口を置くとか、あるいは内部に置いて秘密が漏れるといけないので、外部に委託することもやっています。しかし、いったんうつ病であることがわかったならば、会社としてもそれなりの対応が求められるでしょう。私は、プライバシーなどの問題も確かにありますが、むしろ会社と本人、それに家族も一緒になって治療に取り組むことのほうが重要だと思います。

森戸 確かに単身赴任についてはもっと慎重に、家族を同行させるべきだったということは言えるかもしれませんが。その辺の配慮なら簡単にできますし。

それから判旨は、早く復帰させてしまったのはいささか慎重さを欠いたと指摘しています。しかし本人が職場復帰を希望したのに、「いやいや、君はうつ病だったんだから、まだいいよ」なんて言うのと、逆に不当な差別にならないか。そのあたりとの兼ね合いはどうでしょうか。

盛 そこは会社の立場に立つと難しいところですね。

森戸 精神疾患かどうかを無理やり聞き出したらもちろん問題ですが、それがすでにわかっている場合、それを理由として不利益な取り扱いをしてはいけないという明文の法規定があるわけではない。そうすると、例えば弁護士としてアドバイスを求められたら、どうしても慎重な対応を勧める方向になってしまいそうです。

盛 そうせざるをえないと思います。しかし、慎重な対応をした結果、病気が再発してしまったら、それこそ本人にとっても、会社にとっても不幸なことです。配慮義務違反に問われないためにも、最悪の事態を回避するための対応はすべきでしょう。

森戸 この事件も、簡単に治ったと思ってはいけないという感じがする事件ですね。

盛 そうなんです。判決は、完全寛解と言って、寛解よりももっと良くなっていたと考えているようですが、実はそうではなかった。遅くとも7月ごろにはうつ病が再発して、それが急速に進行して自殺に至ったとすれば、やはり病気は完治してなくて、何らかの原因によってそのような結果になったと考えざるをえません。

森戸 判旨もいささか慎重さに欠けたと。

盛 確かに復帰させた段階では軽易な仕事につけて、本人もそれなりに仕事をしていましたし、判決が完全

寛解と認めた日から自殺までは、1年半以上経っています。だから、おそらく裁判所は、復帰させたこと自体は性急だったけれども、結果的に見ると問題はなかったと考えたのでしょう。
森戸 そうですね。

フォローアップ

1. 規程変更による成果主義型賃金制度の導入の合理性——ノイズ研究所事件（東京高判平18・6・22労判920号5頁）

事案の概要

XらはY社の従業員であったが、Yが就業規則を改定し、給与制度を従来の職能給から成果主義型賃金制度とし、また新制度導入に伴って格付を新たに見直した結果、役職を解任され、賃金が大幅に低下したのみならず、その後も低い評価を受け、更に賃金が減額されたとして、基本給・役職手当を受領する権利を有する地位にあることの確認、及び差額賃金の支払いを求めて提訴した。一審では本件給与規程の変更は無効であるとしてXらの請求を一部認容したため、Yが控訴。高裁では変更には合理性があるとして、Xらの請求をすべて棄却した。

盛 一昨年のディアロークで賃金処遇制度をめぐるいくつかの裁判例を取り上げましたが、そのフォローアップです。ノイズ研究所事件もそのときに取り上げましたが、今回高裁の判断が出ました。

事実関係ですが、会社が就業規則を改定し、それまでの年功序列型賃金の職能給から、会社の業績や個人の成果と直接結びつくような職務給に改め、賞与についても会社の業績、社員の勤務成績、貢献度などを考慮して算出することにしました。この新制度の導入に伴って新たな格付がなされた上、役職を解任された結果、賃金が大幅に低下して、なおかつその後も低い評価を受けたために、さらに賃金が減額されたという原告ら3名が、一定の基本給・手当額を受領する権利を有する地位にあることの確認と差額賃金の支払いを求めて訴えを起しました。

一審（横浜地川崎支判平16・2・26労判875号65頁）は、経過措置として、1年目は減額された賃金額

の100%、2年目は50%を補償することになっていて、この原告3人もその補償を受けたのですが、その期間があまりにも短く、減少額も急激であり、代償措置としては不十分だとの理由で就業規則変更の合理性を否定して、請求を一部認容しました。

控訴審の東京高裁の判断は、一審判決を取り消して請求棄却です。一審判決と同様に就業規則の不利益変更の合理性を問題にしているのですが、一審とは逆に変更の合理性を肯定しました。

その中では、まず第1に高度の経営上の必要性があったということ、第2に賃金制度の変更の内容も合理的なものであった、特に人事考課制度などがしっかりしているということ、第3に労使交渉の経緯も妥当だったこと、第4に経過措置について、これが一審と大きく判断が違ったところですが、実際にとられた経過措置はいささか性急なものであり、柔軟性に欠けるきらいがないとは言えないが、それなりの緩和措置としての意義を有するということが否定できないということで、結論として給与規程の変更は原告・被控訴人らに対しても効力を有するということになりました。

次に格付の違法性については、被控訴人の側では格付自体が不当であると主張したわけですが、この点について裁判所は、仮定的にせよ本件給与規程の変更が有効であることを前提として、格付についてその不当を問題にするのであれば、それはむしろ訴えを追加的・予備的に変更して、不法行為による損害賠償請求をすべきだと言っています。

ところが、口頭弁論終結に至るまで訴えの変更をしなかった以上、主張自体失当であるが、従前の審理の経過にかんがみ、その主張の当否について検討すること、いわば付加的な判断を示しています。

その中で高裁は、新制度における格付について、何

を経営上の柱とする業務と位置づけるか、当該業務との関係において具体的な職務を重要性の観点からどのように区別するか、だれをどの職務に従事させるかについては事柄の性質上、控訴人、会社の経営上の裁量的な判断に委ねられている。したがって、結局は本件給与規程等の変更の合理性があるかどうかの問題に帰着すると言っています。そして、たとえ低く格付けられたとしても、自己研鑽により職務遂行能力等を向上させれば、より上位の等級の職務に従事することができるのだから、平等の機会が与えられているとか、もともと格付は会社側の裁量的な判断に委ねられているけれども、裁量権の逸脱内容があったことを根拠づける事実を具体的に主張・立証していないということも指摘しています。結局、仮に訴えを変更したとしても結論は変わらないということなのでしょう。

これは一昨年指摘したことなのですが、そもそも本件は就業規則の不利益変更が中心的な論点なのかということです。もちろん、不利益変更の合理性が否定されるのであれば、それだけで結論は出ます。地裁判決がそうでした。しかし、本件の場合、逆に就業規則の合理性を肯定したからといって、それだけでは結論は出ないのです。

というのは、この事件の場合、確かに役職の廃止によって役職手当が出なくなったということは、就業規則の変更によって直接不利益が生じてきた点です。ところが、職務内容を見直して、その職務にふさわしい新しい賃金制度の格付を行ったことにより賃金が下がったという点については、実際に労働者がついている仕事は変わっていないわけですから、制度変更それ自体の結果ではなく、制度変更に伴って職務内容を見直すことにより、新たな職務等級に格付をやり直した結果なのです。

そのことをはっきりさせるために、一昨年のディアログでも、最近の賃金処遇制度の変更に伴う賃金の引き下げを巡る紛争には大別して3つのパターンがあるということを指摘しました（順序は変えています）。

*賃金引下げの3つのパターン

1つは、新たな賃金制度の導入に伴って、手当の廃止とか、あるいは賃金の計算方法が変わったために賃金が低下する場合です。これはまさに制度を変更したことに伴う直接的な結果としての不利益で、こういう問題については就業規則の不利益変更の判断で結論が

出ると思います。

2番目に、最近出てきたものとして、新たな賃金制度を適用した結果、例えば労働者に対する成果の評価が低くなって賃金が低下したという場合です。これは新たな制度の趣旨や目的を前提とした評価そのものの妥当性が問われる事案です。もちろんその前提として、制度の変更自体の合理性ということは問題になりますが、むしろ新制度のもとでの評価のあり方や妥当性が問題になる事例です。

3番目、これが本件の場合だと思いますが、新たな賃金制度を導入するに際して、職務の再評価などによって格付を変更した結果、賃金が低下するという事例です。この場合は、制度の変更に伴って、実際に就いている仕事には変化がないにもかかわらず職務の評価を変えたために格付が変更になるわけですから、そのような職務評価の権限やそれに基づく新制度上の等級への格付の権限の有無、そしてそのような評価や権限行使についての濫用の有無が問われることとなります。

このノイズ研究所事件の場合、高裁判決は職務評価あるいは格付は会社の大幅な裁量に委ねられていると言っていますが、その根拠がはっきりしません。

しかもこの場合、通常的人事考課の裁量の問題とは違って、仕事の内容に変化はないのに、仕事の評価が変わると格付も変わって、賃金が一方的に下がる結果ともなるわけで、その意味でも裁量の根拠はどこに求められるのが問題となります。

それから、高裁判決は格付の妥当性の問題のところ、原告が被控訴人としては訴えの変更をすべきだと言っていますが、果たしてそうなのか。むしろ新しい制度に移行するための格付が仮に違法、無効だとすれば、従来の契約の内容がそのまま残るはずですから、従来の契約に基づく賃金請求権が認められるのではないのでしょうか。

また事案に即して考えると、職務の評価というのはどのようになされたのか、何を基準にしてなされたのかが明らかになっていません。

むしろ特に中高年の人について、職務よりもその人の働きぶりを評価して、逆に職務を決めて格付けした、むしろ新しい格付が先にあって、それに合わせて職務評価をしたのではないかという疑いもないわけではない。推測ではありますが。

さらに、高裁判決は頑張れば上げられる公平な制度だと評価しています。この事件では、格付が下がった人

については、通常はAの評価を2回とらないと上がらないけれども、1回とれば上がるという措置をとっていたわけです。しかし、日ごろから評価の低い人を低く格付けたとすれば、そういう人がAをとれる可能性はない。その点では、何ら救済措置になっていないということもあります。

確かに一審の判決は、経過措置は2年では短すぎると言っていました。では3年、4年続ければいいのかという問題が出てきます。本件の経過措置というのは、さっきも言ったように1年目は100%、2年目は50%補償して、3年目からはゼロというものです。これは確かに経過措置と言え言えますが、裏返せば2年間かけて賃金を下げる、単に段階的な引き下げにすぎないとも言えます。何かと疑問を感じた判決でした。

*賃金引下げの妥当性判断

森戸 賃金引下げに3つのパターンがあって、これはその3つ目だというのは確かにそうだと思います。ただ私は、3つ目のパターンだけれど、結局法的な争いの土俵に乗せるときは、1番目と2番目のセット、つまり不利益変更と評価の妥当性で判断するしかないのかなという気がするんです。

盛 確かにそうです。争い方としては、2番目も3番目も、そもそも制度自体が不合理だという主張の内容として就業規則の不利益変更の合理性が問題になるのは当然です。ただ、論点の重点というか、置き方が違うのではないのでしょうか。

2番目の場合には、これは仮にその制度の変更が合理的だとしても、その次に新しい制度の趣旨に基づく評価がきちんとなされているかどうかということが問題になるし、3番目の場合については、制度の変更が合理的であるということを前提に、さらに使用者が行った格付の妥当性とかその根拠が問題になる、というように。

森戸 事案の性質に応じた主張を立てていくということで、3つ目のタイプだということをもうちょっと意識してやればよかったんじゃないかということですね。それは確かにそうですね。

確かに一昨年は、賃金総額もそれほど変わっていないし、頑張れば昇格することにもなっているし、これで合理性のない不利益変更というのは少し厳しすぎる気がすると言った覚えがあります。そうしたら高裁でひっくり返ったので、その意味では……。

盛 我が意を得たりみたいな(笑)。

森戸 我が意を得たというほどでもないんですが(笑)。ただ地裁判決は、大きな不利益を受ける者についての代償経過措置がないという点を重視していましたが、高裁はそれを覆したわりには、経過措置についてあまり触れていない。そこは逆にこれでいいのかなという感じもしています。

地裁判決について、根拠も明確でないのに何故経過措置が必要なのか、とやはり一昨年言った覚えがあるんですが、高裁は高裁で、経過措置についてずいぶんあっさり判断したという印象です。

盛 そもそも私が疑問なのは、この事件では仕事の内容も全然変わっていないし、あらかじめ何か基準を示して、これをやれば賃金上がる、下がるというようなことを示して格付をしたのでもない。職務給への移行を口実に、一方的に賃金を下げただけではないのか、そもそも使用者にそういう権限があるのかということなんです。

森戸 確かその辺は一昨年も議論しました。

地裁はおそらく、経過措置といってもただ段階的に賃金を下げていっただけだ、という評価なんでしょう。ただ会社として成果主義的な制度にするという場合、悪く成果がついた人についての救済措置をとるのは制度の趣旨からするとちょっと筋が通らない感じがします。

であれば、あと経過措置としては段階的に制度を導入していくということしかないのかなと。要するに、経過措置といっても事案に応じたパターンがあるということでしょう。

それから、年休に対して減点評価を与えたことについて、判旨は裁量権逸脱ではないとあっさり言っているのですが、もし本当に年休取得で減点評価していたら大問題じゃないでしょうか。このあたりは何故問題にならなかったんでしょう。

盛 結論が先にあったのかもしれませんが。立証が不十分だということでしょう。

森戸 そうですね。そもそも主張の立て方がいけないという論理ですから。でももし裁判所が言うように主張の立て方がおかしかったのであれば、釈明してあげればいいんじゃないかと。

盛 だから、釈明したのに聞き入れなかったということでしょう。さっき言ったように、賃金請求じゃなくて損害賠償請求にしろというのが裁判所の考えですが、

そうなる、原告・被控訴人側に立証責任があることになる。

森戸 損害賠償じゃなくても訴えは立つと思います。原告はこちらもちろんと立てなかったということなんでしょうか。

盛 そうでしょうね。でも、ちょっとこれはおかしい。格付が違法ならば、契約内容は変わっていないということになって、契約に基づいた請求はできます。

森戸 裁判所の考えでは格付が違法だとしても、新しい格付がされるということに法的にはならないので、損害賠償でやるしかないという論理でしょうか。

盛 考課差別事件だとそうかもしれませんが。もしかすると、裁判所には差別問題だという認識があったのかな。

森戸 ちょっとわからないです。裏の隠れた意図をうまくあぶり出した主張ができればよかったですでしょうが、難しいですよ。いずれにしても最近の傾向として、賃下げのやり方も、職務評価の変更を絡めてみると、色々複雑化してきているということを示す事例なんですか。まああまり会社を悪者みたいに言うのもいけません(笑)。

2. 派遣労働者の雇止め、派遣先上司の過失と使用者責任——伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件（高松高判平 18・5・18 労判 921 号 33 頁）

— 事案の概要 —

X は派遣会社 Y₂ に派遣労働者として雇用され、Y₁ に派遣されていたが、13 年間継続して派遣された後契約更新を拒絶されたため、解雇無効及び黙示の雇用契約の成立を主張して、Y₁、Y₂ 双方に対し雇用契約存在確認及び損害賠償を求めて提訴した。一審では請求棄却。二審では慰謝料の一部のみ認容された。

森戸 この事件については 2004 年のディアログで村中、中窪両先生が地裁判決を取り上げています。お二人とも批判的な論調でした。今回高裁判断が出たということで取り上げました。

高裁で派遣法関連の論点について判断を示した判決はあまりありませんし、また両先生がいろいろ指摘されていた疑問点がどうなったのかも興味深かったのですが、結論的には、判断内容は大きく変わってはいません。また同じような批判を受けそうな感じです。

事実ですが、X は派遣会社 A 社（その後 Y₂ 社に譲渡）に派遣労働者として雇用され、Y₁ に 13 年間継続的に派遣され、13 年経過したところで契約更新を拒絶されました。新しい上司との折り合いが悪かったようです。Y₂ は Y₁ の完全子会社という関係にもありました。この雇止めが違法だということで X は Y₁、Y₂ 双方に雇用契約の存在確認請求をしました。解雇または雇止めの無効と、あとは黙示の雇用契約が成立していたという主張と両方あります。損害賠償請求もしています。

原審はすべて請求棄却、高裁も地位確認は全部棄却ですが、Y₁ に対する慰謝料請求を 1 万円だけ認めた。3 年前のディアログでは、中窪先生が「せめて慰謝料とか損害賠償請求ぐらい認めてあげたらどうか」とおっしゃっていました。そしたら裁判所は「じゃあ 1 万円」となったわけで、何かかえって神経を逆なでされるような判断です(笑)。そこだけは地裁と変わったんですが、あとは全く変わっていません。

*「登録型」派遣

結局この X の契約は登録型派遣であると。登録型というのは派遣先が決まる都度、派遣元との労働契約を結ぶものですが、登録型であることは両当事者の意思からしても明らかだ、とします。

このタイプの派遣というのは、通常は一般労働者派遣事業の許可を得ないとできないのが原則ですが、ただ登録型でも 1 年を超えて常時雇用する見込みがある場合なら、派遣法 2 条 5 号に言う常時雇用される労働者に該当するというので、特定派遣の届出のみでも可能である。これはほぼ原審どおりの判断です。確かに、現在の労働者派遣に関して厚生労働省が出している「業務取扱要領」でも、期間の定めがあっても「常時雇用」となりうる、と書いてあります。

ただ、期間の定めの有無にかかわらず、なぜ法が特定派遣は届出のみでやってよいとしているかというと、それは常時雇用で雇用が安定しているからです。つまり派遣契約が終了しても労働契約のほうは当然に終了しないので、雇用の安定が一応確保されている。だから規制も緩い、という趣旨だとされています。

ところが本件では、登録型だから企業間の派遣契約が終わったら労働契約も終わり、雇止め法理の適用も基本的にはない、という判断です。つまり雇用の安定は期待できない契約だということを前提とした判断を

している。そのくせ登録型にもかかわらず常時雇用なので特定派遣の届出だけでよい、と言っているわけで、どうもそこは矛盾する気がします。登録型だけ雇用が安定しているから届出だけでいい、登録型だから簡単に雇用を切ってもいい、この2つがセットというのはおかしいですよ。

盛 そのとおりだと思います。そもそもこの場合に登録型という言葉が正確なのかどうか。普通、登録型という、あらかじめ派遣会社に登録しておいて、必要に応じて契約を結ぶのですが、派遣会社は必要な人員が生じた場合に、その時点で募集するということがあるわけです。むしろ分けるのなら、常用型か非常用型かという区別のほうが正確だと思いますし、登録型だと言っておきながら、1年を超えて引き続き雇用されるものが常用だと言ってみたり、混乱しているのは明らかです。

*「雇止め法理」の適用

森戸 そうですね。ただまあ一応判旨の枠組みを前提に話を進めますが……判旨は第2点目として、派遣会社Y₂との間の契約の雇止めについては、Xの雇用継続への期待も強いということで、雇止め法理の適用は一応あるとしています。

ただ、常用代替防止という派遣法の趣旨からして、その期待は合理的とは言えない。そんな長く雇うことに対する期待はそもそも前提としていないんだとします。さらに、Xの派遣は登録型派遣で、企業間商取引であるY₁とY₂の間の労働者派遣契約に更新の期待権や更新義務を觀念することはできないので、派遣契約が終われば登録型派遣の労働契約も終了する。つまりはビジネス上の契約だということでしょうか。その契約が終われば、登録型派遣のほうも終わり。このことは、たとえ期間の定めのない契約と実質的に異なる状態と言える場合でも、なお雇止めの合理的理由になるとまで言っています。

これもほぼ原審どおりの判断なのですが、やはりここもおかしい気がします。確かに派遣法の趣旨の一部に常用代替防止というのはあるとは思いますが、ただその趣旨を、過去から13年反復継続してきた派遣に当てはめて、だから期待が合理的でないと言われても、それはいかがなものかと。もっと正面から雇止め法理の適用があってもよいのではないのでしょうか。

労働者派遣契約に更新の期待権とか更新義務を觀念

することができないというのは、一般的にはそうでしょうが、本件のXは、判旨によれば、登録型だけれど、常時雇用する労働者にも当たるという認定です。であれば、派遣契約が終了したからといって当然に終了するという枠組みはおかしいはずですが、判旨は、常時雇用型なんだから特定派遣でいいと言いつつ、雇止めに関しては純粋な登録型みたいな扱いをしていて、何かこう整合的じゃない、かなど。

この批判は村中先生と中窪先生もなさっているのですが、まあ裁判所は全く聞いてくれなかったという感じですね。

盛 そういうことですね。この点は私ははっきりいって矛盾していると思います。確かに同じ派遣先に13年も派遣された、そうなるとその派遣先に継続して派遣されるだろうという期待が生ずるかどうかが、それを法的に保護できるのかどうかということを問題にしているんですが、ちょっと違うんじゃないかということです。

派遣関係で解雇法理を類推する場合に問題になるのは、特定の派遣先に派遣されることが期待できるかどうかではなくて、派遣元との関係で派遣労働契約が継続することについて期待があるかどうかです。確かに派遣法は特定の派遣先に継続して派遣するというを予定していませんから、そういう特定の派遣先に派遣される期待ということが法的に保護されないのはやむをえませんが、特に常用派遣の場合は雇用の安定ということが目的で、雇用の安定というのは派遣元との関係です。常用であるならば長期間、同じ派遣元と契約が結ばれて派遣されるという関係が続くわけですから、そのような派遣元との関係の継続が保護に値するかどうかが問題になるはずですが。

しかも本判決は、ある特定の派遣先との関係で労働者派遣契約が前提になって派遣されていて、それが切れれば派遣労働契約も切れるという前提に立っていますが、それもおかしい。むしろこういう関係では、仮に特定の派遣先との関係が切れても、派遣元としてはさらに別な派遣先を見つけて派遣を継続するということが求められるわけです。そういうことに対する期待があるのかどうか、それが保護されるのかどうかということがまさに問題の本質だと思います。

森戸 そうですね。

* 派遣先との黙示の労働契約の成立

もう1つ問題になったのは、派遣先 Y₁ との間に黙示の労働契約が成立するかという点で、これも原審同様否定しています。

ただ高裁として新たに以下のような一般論を示しました。基本的に派遣の場合、派遣先との労働契約が成立するという事実はないけれど、意思の合致があると見られる特段の事情があるとか、もしくは法人格否認と言えるようなときは例外的に黙示の契約が成立するという。まあ本件の場合大企業の子会社ですし、法人格否認でいけないことは最初からわかっていたかなとは思いますが。

2004年のディアログでは、特に村中先生ですが、派遣先との黙示の労働契約の成立を認めてもいいのではというご意見が出ていました。私はむしろ、派遣元との雇用継続の期待を認めて雇止め法理を普通に当てはめるほうがいいのかという感じがしています。ただ諸外国にはこういう場合に労働契約の成立を認めるという法制もあるようですし、派遣法も最近の改正で、長く派遣したら直接雇用を申し込まなくてはならないという話になってきています。ですので、そういう議論をする余地はあるんだとは思いますが。派遣先との労働契約の成立という論点についてはいかがですか。

盛 確かに黙示の契約を認めるというのは難しいと思います。派遣法自体が、派遣先との間に契約関係が成立しないことを前提としているわけですから。だから本判決が言うように、特別な合意があるとか、あるいは法人格否認とか、そういうまれな場合にしか認められないというのはそのとおりでしょう。ただ、この場合13年間も派遣されているわけですし、実際にはもっと長く派遣関係が続いている事例もあると聞きます。そうすると、これははっきり言って中間搾取だと思います。必要に応じて労働者を派遣するというのであればとにかく、いったん派遣して、それが長期にわたるとなると、派遣会社としては何もせずに派遣しているというだけで派遣手数料が入ってくるわけで、人を派遣してその上前をはねるということだけになって

しまう。派遣先としては、派遣料さえ払ってれば、いつまで経っても雇用責任は負わなくてよいということになる。果たしてそれでよいのかどうか。

そう考えると、何らかの形で中間搾取的なものを排除する必要があります。やはり派遣期間の長さということをもう少し制度的にも考えてみる必要があるし、何年継続したら派遣先との雇用関係の成立をみなすというような制度改正も必要ではないかと考えています。

森戸 それは、あまりに長いこと派遣して、派遣会社が実質ただでもうけているような感じだと、労基法6条(中間搾取の禁止)違反が成立しようということでしょうか。

盛 そこまでは考えていなかったけれど、それも考えられますね。

* 損害賠償の認定

森戸 もう1点、損害賠償請求については、原審と結論が変わりました。支店長が退職慰労金の明細に「不要では？」という付箋をつけて渡した。これが結局どういう経緯と意図でそうなったのかは高裁でも認定できなかったんですが、とにかくそういうものを渡したことは事実なので、これは軽率でXに精神的苦痛を与えた不法行為だとされました。ただ、意図的ではないのは確かだということで、慰謝料は1万円とされました。

原審は意図的でないということで請求自体全部棄却だったんですが、高裁は、意図的ではないけれど、軽率だったので1万円。先ほども言いましたが、1万円というのはいかにも、「せめて慰謝料ぐらい払ってあげたら」と中窪先生が言っていたので、「1万円認めるから文句言うな」(笑)と反応したのかな、と思うような金額です。

盛 フランスには名誉の1フランという裁判がありましたけどね。

森戸 今日出たような論点をどう考えるのか、最高裁の判断を仰ぎたいところです。上告理由の書き方に工夫がいるかもしれませんが。

ホットイシュー

1. 解雇期間中の賃金と中間利益控除の算定——いづみ福祉会事件（最三小判平 18・3・28 労判 933 号 12 頁）

— 事案の概要 —

X は保母として社会福祉法人 Y に雇用され、保育業務に従事していたが、清掃業務、用務員と配置転換された後、勤務態度不良等を理由に解雇されたため、地位確認と賃金の支払いを求めて提訴。一審は X の配置転換及び解雇を無効としてその間の未払賃金の支払いを命じた。二審は解雇無効、支払賃金額を算定し直した。最高裁では解雇無効とした上で、解雇期間中の賃金の算定に関して一審及び二審判断を変更した。

盛 本件はいわゆる違法解雇の場合の中間利益の控除が問題になったものです。

事案は、幼稚園の保母である原告が骨折して2カ月間欠勤し、その間に賃金の差押えを受けたところ、その後保育の業務を外されて清掃業務、さらには用務員への変更を命じられました。さらに退職勧奨を受けて、これを断ったところ解雇されたということで、地位確認と賃金支払請求の訴訟を提起しました。

一、二審とも解雇無効という判断です。問題になった賃金について、一審判決は、解雇以降、一審の口頭弁論の終結時までに付いた賃金について判断していて、まず賃金額の算定に当たっては、ほかの幼稚園で就労して賃金を得ていた期間に対応する得べかりし賃金の合計の4割について、他の幼稚園で就労して得た賃金と相殺するというので、結局その部分については残額がゼロになりました。

ほかに将来の賃金の支払請求も認容していて、60歳定年までの賃金の支払請求も認容しています。

二審も同じような判断で、一審の口頭弁論終結時から二審の口頭弁論終結時まで、同じような幼稚園に勤めていたので、その間の対応する期間の賃金から控除して、残額についての請求を認容しました。

最高裁はこれについて破棄自判しました。最初に、

中間利益の控除についての先例であるあけぼのタクシー事件判決（最一小判昭 62・4・2 労判 506 号 20 頁）の確認をしています。これは3点あって、解雇が無効であった場合に、他に就職するなどして得た収入、いわゆる中間利益は民法 536 条 2 項ただし書きによる償還の対象になるというのが判例ですが、その償還については労働基準法 26 条によって、平均賃金の6割に達するまでの部分については禁止されているというのが1点。

2番目として、償還が否定されない平均賃金の6割を超える部分については、賃金の支給対象期間と時期的に対応する期間内に得た中間利益の額を控除することが許されるということ。

3番目に、中間収入、中間利益が平均賃金額の4割を超える場合には、さらに平均賃金の基礎に算入されない賃金の全額を対象として控除することが許される、以上の3つの原則です。

判決は、次にそれを具体的に当てはめていきますが、本件期間1と本件期間2に分けています。本件期間1というのは解雇時から一審の口頭弁論終結時までの平成 11 年 5 月 19 日から平成 13 年 4 月 30 日まで、その間に就労していた本件就労期間1というのは平成 11 年 9 月から平成 13 年 4 月までです。この期間について、判決は次のように計算するとしています。

第1に、就労期間1に対応する得べかりし賃金 480 万 2040 円のうち、平均賃金の6割である 288 万円余は控除が禁止される。第2に、合計金額 480 万円余のうち平均賃金の6割を超える金額については中間利益 358 万余を控除する。超える金額は 192 万円なので、支払うべき金額はゼロになる。

第3として、第2の控除をしてもなお残る 165 万 9300 円については、就労期間1における期末手当の合計額 196 万円から控除する。残額は 30 万円。結局認容額としては、控除が禁止されている平均賃金の6割に当たる金額と、それから期末手当のうち残額部分、さらに就労期間1のうち就労していない期間の賃金の

合計ということになりました。本件期間2についても同様に認容額を算定しています。

この判決の意義としては、あけぼのタクシー事件の最高裁判決を確認して、それをこの事件について当てはめたということになるでしょう。

では、一、二審はどの点で判断を誤ったのかというと、第1に、就労期間に対応する賃金を控除の対象として考えたのはよかったです。月々の賃金と期末手当等を区別することなく、それらを合計して控除限度を問題としたこと、第2に、平均賃金ではなく得べかりし賃金について、その4割が控除の限度としたことです。最高裁判例は、平均賃金の6割までは控除が禁止されるとしていますから、二重の意味でそれとは異なる判断をしたということになります。

*「時期的対応」

森戸 私の読んだ限りでは、例えば5月末で解雇されると6月のボーナスをもらえない。もし解雇されていなかったら、このボーナスは6月にもらえたはずだ。で判旨は単純に、それは6月にもらえるはずだった賃金である、とカウントしているように思えたのですが。

時期的対応と言いついたら、Xは多分平成11年9月から他で就労しているのですが、平成11年12月のボーナスというのは、9月以前の労働にも対応しているとも考えられます。

盛 確かに、就労期間中の得べかりし賃金を問題としてはいますが、平成11年12月の期末手当については就労との時期的対応を問題とせずに、全額を算入していますね。この点でも誤りということですか。

森戸 誤りといえるのかどうかかわからないのですが、とにかく支給日が基準になっている気がします。

盛 最高裁判決は、一般論の部分で、平均賃金額の6割を超える部分からの中間収入の控除については「当該賃金の支給対象期間と時期的に対応する期間内に得た中間利益」を控除できると述べていますが、平均賃金算定の基礎に算入されない賃金である期末手当等については、その全額を対象として利益額を控除することが許されるとして、特に「時期的対応」は問題としていませんね。そのため、就労期間1に係る期末手当等については、その期間中に支払われるはずの合計192万円余を対象として控除の対象になるとしたのに対して、その余の期間、つまり就労期間1に先立つ期間に支払われた期末手当の52万円余については、

控除の対象から除外しています。

しかし、先例であるあけぼのタクシー事件判決の場合は、平均賃金の6割を超える部分か、平均賃金算定の基礎に含まれない賃金を区別せずに「時期的対応」を問題としていて、その差戻審（福岡高判昭63・10・26判時1332号142頁）でも、一時金の支給対象期間のうち他で就労していなかった期間の労働に対応する一時金の部分については、中間利益控除の対象とはできないとしていたのです。もしそのような考え方を本件に適用したならば、就労期間1の間に支払われた期末手当等を一括して控除の対象とするのではなく、それぞれの期末手当等の支給対象期間について、中間利益発生との時期的対応を問題とすることになるはずで、少なくとも平成11年12月の期末手当のうち、本件就労期間1からはみ出す支給期間の部分については控除の対象とはならないはずです。

ということは、本判決はあけぼのタクシー事件判決の意味をよく理解していなかったか、あるいは時期的対応ということの意味を就労期間と支給日との関係として割り切ってとらえたのかもしれませんが。これは重要な点ですね。

森戸 5月で解雇されたら6月のボーナスは出ない。6月のボーナスは違法解雇中に支払われるべきであった金額である。その場合に、6月の中間収入とこれを控除の調整の対象としようとしたときに、このボーナスは出るのは6月だけど、労働としては5月までのものに対応しているから、そもそも控除の対象にはできないんだというふうに考えるのか、それとも支給日のある6月の賃金と見て、控除の対象とするのか。

盛 ボーナスの支給対象期間との時期的対応ということを考えたら、控除はできないでしょう。時期的対応についてのあけぼのタクシー事件・最高裁判決の発想というのは、一時金はその支給対象期間の労働に対する報酬であって、中間利益はその労働を他に転用して得られたものだから、一時金から中間利益を控除できるのは、支給対象期間のうち中間利益が得られた期間と重なった部分だけなのだという事だだと思います。ところが、本判決からはそのような発想はうかがわれません。

森戸 その考え方からすれば、支給日とは別に、賞与がどの期間の労働に対応したものなのかを考えないといけないうことになりますね。

盛 そうなりますね。もう一つ指摘すると、本判決

で最高裁は3つの段階を経て認容額を算定していますが、これは、この事案だからそれで済んだということもあるように思います。つまり、この事案では、継続的に同じような幼稚園に勤めて、ボーナスも毎月の賃金もほとんど同じように継続してもらっていたという事情があります。だから逆に、厳密な意味で時期的対応を問題にしなかったのかもしれませんが。

森戸 逆の例になりますが、解雇されていた期間中にはボーナスの支給日はなかった。例えば1カ月で結局解雇無効になったので復帰したとして、その後ボーナスが出た。でも、場合によっては、後に出たボーナスのうち一部が、中間収入を得た期間に対応しているから控除の対象になるという可能性もあるということでしょうか。

盛 その場合は、ボーナスから引けることになるでしょうね。ボーナスの支給対象期間と中間収入発生が時期的に対応するという事です。

森戸 ということは結局、支給日とは別に、その解雇されていた期間に対応する賃金とみなせるものは控除の対象に入れる、それが原則だということになるんですか。

盛 そうなるでしょう。

森戸 そうすると、ボーナスの支給日が解雇期間中にあっても、それが控除の対象となるとは限らないし、逆にボーナスが出たのがもっと先でも調整しなきゃいけないかもしれない。ものすごくややこしいですね。ただ本件ではそこはあまり問題にしなくてよかったようです。

盛 そうです。ずっと継続して就労していますから。だから、例えば月のうち10日だけ就労したということになれば、月給の場合には月をベースにして計算するでしょうから、月給をベースにした平均賃金の6割までは控除が禁止されているという発想でいいし、それから平均賃金算定の基礎に含まれないボーナス等については、10日間に対応するボーナスが償還の対象になるということになるでしょう。

森戸 ボーナスはわかりやすいですが、賃金も厳密に言えば締め日とどこの労働に対応しているかというのはずれるわけですね。それも本当は労働したときに対応させると。

盛 そこがまだはっきりしていないところです。月給を例にとっても、例えば8月の賃金という場合に、8月1日から31日までの賃金を8月の支給日に払う

という考え方もあれば、7月の賃金締切日から8月の賃金締切日の間の賃金を8月の支給日に払うという考え方もあるわけです。古い話になりますが、私が採用されたのは6月1日だったのですが、その月の17日に6月1カ月分の給与全額をもらいました。30日までの分は、前払いになっていたわけです。そうではなくて、前月から当月の賃金締切日の間の賃金を当月の賃金支払日に支払うというやり方もあります。それだと、私が6月にもらえた賃金額は、6月1日から6月の賃金締切日までの間の金額ということになったでしょう。ですから、月給についても、その支払対象期間のいかんによっては、時期的対応ということの意味も変わってくる可能性があります。

森戸 それも本当は考えなきゃいけないですよ。本件ではさりとて、この月の賃金とかこの期間の賞与と言っていますが、たまたまその処理で問題がない事案だっただけで、事案によってはかなり複雑な対応を全部処理した上でこの計算をしなきゃいけないということですね。

*「中間利益」の範囲

盛 それからもう一つ、あけぼのタクシー事件判決の前の米極東空軍山田部隊解雇事件（最二小判昭37・7・20民集16巻8号1656頁）では、解雇がなくても当然取得しうるような特段の事情、副業などのような特段の事情がない限りと言っているんです。ということは、例えば短期間のアルバイトとか、もとの会社で休みだった土日だけ仕事をして稼いだ収入については、中間利益として問題にしなくていいということにもなります。その線引きをどうするのかという問題も出てくる。

森戸 私もそこは結構注目しています。米軍山田部隊事件判決が言っているのは、副業的なものであって、「就労の拒否の有無にかかわらず当然取得できる等特段の事情」がある場合、です。解雇されて暇になっただけで、なっただけで、とにかく稼げた金である。典型的には土日のバイトでしょうか。ただ「等特段の事情」と言っていますので、何を中間利益と見るかというところでは判断にちょっと幅もあろうのかなと思います。盛先生は、そもそもこんな中間収入控除ということ自体けしからんというお考えですか。

盛 そうですね。そもそも解雇が権利濫用で違法・無効ということが前提ですから、その場合に労働者が

ほかのところで生活費を稼いだことによって、使用者の責任が軽減されるということがどうかという疑問があります。しかもいったんこういう償還を認めてしまうと、いま言った時期的対応とか、賃金形態の違いとか、いろいろ面倒な処理をしなくてはならない。何のためにこんなことをするのかという疑問があります。

ところが、外国の場合はむしろ逆で、償還するのは当然だし、労働者が解雇されて、その間無為に過ごすのはけしからん、何もしなかった場合には、働いていたならば得られた利益を使用者に返さなければいけないという議論もあります。

森戸 確かに非常にややこしい計算になりますよね。世の中の解雇訴訟で未払賃金が認められたケースでも、実は中間収入がこっそりある事件もいっぱいあるんでしょうね。そういうフェアじゃない事情があるのかもしれないと考えたら、このルールにいろいろ疑問が出てくるのはわかります。ただ一応理論的には、やはり民法上、債務を免れて利益を得た場合に当たるものがやはりあるんじゃないでしょうか。

もし使用者が解雇したことに違法性があれば、建前上かもしかませんが慰謝料や損害賠償をとることは一応できるはずで。利益の償還というか調整のルールというのは、それとは別のところにあるのかなと。しかし全額控除というのもなんだから、判例は労基法26条を持ってきて6割というところで線を引いた。それは理論的にはともかく、なかなかまい処理のかなと思ったんですが。ただ他方で、下手にそういうルールをつくったもんだから、盛先生がおっしゃったように調整がやたらややこしくなって、事案によっては收拾がつかなくなる可能性もある。なかなか難しいですね。

もし判例を前提としつつもう少し幅を持たせるとしたら、判例は解雇期間中に他の職について得た利益イコール中間利益という感じで言っているんですが、事案ごとに、たとえ違法解雇期間中にほかで働いてお金をもらっていたとしても、そのすべてをここで言う中間利益と見なくてもよい、という方向で考えたらどうでしょうか。要するに、当該事情のもとでは、例えば中間収入100万円得たけれども、例えばそのうち50万は民法で言う自己の債務を免れて得た利益じゃないというような限定の仕方も多分あると思うんです。

米軍山田部隊事件判決が言うように副業的なものであればもちろんですが、例えば、これは多分不当労働

行為のあけぼのタクシー事件（最一小判昭62・4・2労判500号14頁）の判断なんかになくなっていくのかもしれませんが……例えば解雇されてその期間中、別の会社で働いたが、前の会社のときより2倍頑張って働いた。だから、中間利益の半分は債務を免れて得た利益だけれども、残りはそうではない。こういう主張は、判例を前提としても可能なんじゃないかなと思います。

言い換えれば、条件的な因果関係はある。つまり、やめなかったらこの稼ぎは得られなかった。それは確かだけれど、しかし相当因果関係はない。そういう幅が少しあってもいいのではないかなと思っています。米軍山田部隊事件判決は「副業的なもの」と言っていますが、もうちょっと広くていいんじゃないでしょうか。

判例のルールによれば、民法上債務を免れて得た利益に当たるものでも平均賃金の6割を確保するということになっているので、今言ったような枠組みを使えば、その前の段階でもそもそも中間利益自体が縮減される。さらにその6割は確保するという2段階になりますから、実際上解雇期間中に働いてもそれが無駄にならないような処理もできるんじゃないでしょうか。判例を前提としても。

盛 確かにそういう考え方も可能でしょうけれど、それはそれで難しい問題も出てきます。どこまで頑張って働いた部分なのかということなどをどのように評価するのかということもあります。

森戸 そうですね。

盛 いま不当労働行為の話も出ましたが、実は労働委員会に行った場合、第二鳩タクシー事件（最大判昭52・2・23民集31巻1号93頁）とか、あけぼのタクシーの行政訴訟事件（前掲）もありますが、この場合には平均賃金の6割という制限はかかってこない。

しかも最高裁は、そういう場合には労働委員会は職権を使ってでも中間利益を明らかにしろと言っていますが、できるわけがない。しかも場合によっては、中間利益のほうがもとの得られた収入よりも多いかもしれない。もとの得られたはずの収入を超えて償還する、逆バックペイということはないと思いますが、バックペイがゼロということもありうるわけですね。それが果たしてどうなのか。

森戸 なるほど、労働委員会のほうが逆にむしろ厳しい判断になりうると。

盛 慰謝料とか損害賠償の支払命令はできませんか

らね。

森戸 そう考えると、いくら行政救済の話だとしても、そこは労働委員会ももう少しバランスをとって、民事のほうの6割という基準を少なくとも最低基準にして判断してもいい気はしますね。

盛 そう。民事訴訟でも最低6割はもらえるのだから、そこまで認めないと原状回復にならないという理屈が立てられるかどうか。第二鳩タクシー事件判決の多数意見による限り、それは無理でしょうね。

*「中間利益」と「時期的対応」

森戸 さきほど、違法解雇中の賃金の時期的対応の話が出ましたが、中間収入のほうも解雇期間中に働いたお金をもっと後にもらうということも当然あるわけですよ。

盛 そちらのほうも時期的対応というのが問題になりますか。

森戸 当然そうですね。例えば1月にA社から解雇されて、ただこの人は定年が5月末だった。59歳何カ月かで解雇されたわけです。違法解雇期間は1月から5月です。1月からB社で働いて収入を得た。B社では6月にボーナスが出る。この支給日は違法解雇期間中にはありません。しかしB社の6月の賞与は1月から5月の労働に対応するものであった。だとするとやっぱり控除の対象になるんですね。解雇期間中の労働で得たお金なんだから。

盛 そうなりそうですね。今まで考えたことはなかったけど。

森戸 定年じゃなくてもいいですが、違法解雇期間より後に中間収入のボーナスをもらったけれど、ただその労働は違法解雇期間中に対応していたといたら、やっぱりそれは控除対象ですよ。それから、賞与だとまだわかりやすいんですが、例えば退職金は、時期的にどう対応するのかという、実はややこしい。対応していないという考え方もありますし、いや、やはりそのうち何%かは対応しているはずだとか言い出すと、ますます調整がややこしい。裁判でも相手方にいくらでもけちをつけられるんじゃないかなという気がします。

判例が6割という基準を示したのはなかなかいい落としどころだったとは思いますが、そのルール適用がまたいろいろとややこしい問題を引き起こすかもしれない。本件は比較的処理しやすくてよかったけれど。

盛 支給対象期間とか、そういうことを細かく見ていくと、非常に難しい問題ですね。

森戸 かつ賞与もあって、退職金もあって、賃金が締め日がずれていてとかなると、これは大変な計算になりますね。そういう問題も新たに起こしてしまっているのかなという感じですね。

2. 最近の新しい雇用形態をめぐる紛争

①同一事業主と複数契約した際の労働時間の通算、割増賃金請求——千代田ビル管財事件（東京地判平18・7・26 労判923号25頁）

事案の概要

XはY社と午後6時から午後8時半までの清掃業務を内容とするパートタイマー契約（A契約）を結ぶとともに、午後10時から翌午前6時までの清掃業務については正社員として契約（B契約）をしていた。Xは、同一当事者間の同一就業場所での契約なのだから両契約を統一して考えるべきだと主張、時間外および深夜割増賃金の請求を行った。判決はA契約をB契約の早出残業と位置づけ、請求を一部認容した。

森戸 最後に、千代田ビル管財事件とブレックス・ブレッディ事件の2件を取り上げます。事案としては結構違うのですが、双方とも、新しい働き方、多様な就労形態がいろいろ出てきているということを示す面白い事案です。その新しい流れに労働法はどう対応していったらいいのか、どういうふうに対応できていないのかということを考えることになります。

まず千代田ビル管財事件ですが、Y社はホテルから清掃業務を請け負う会社です。労働者Xは、平成13年7月3日、Yとの間で最初に午後6時～午後8時半の清掃業務を仕事内容とするパート雇用契約（A契約）、次いで同年8月1日にやはりYとの間で、今度は午後10時～午前6時の清掃業務の正社員扱いの雇用契約（B契約）を締結します。就労場所は同じホテルなんですけど、A契約は一応専用部分、B契約は共用部分ということで、若干異なるようです。しかしまあ、同じホテルの大体似たようなところを掃除する契約です。Xは並行してこの2つの業務をこなしてきました。

Xは平成16年12月末日でA契約を自らやめたのですが、その後B契約のほうは解雇されました。そ

してXがYに、働いていた間の時間外・深夜の割増賃金が未払いであるとして訴訟を提起しました。付加金の請求もしています。

判旨はまず、契約の法的な位置づけをします。A契約とB契約は、性格の違う別個の契約ではあるけれども、とって相互に無関係のものでもない。これは、Xは正社員としての深夜のB契約のほかに、A契約で夕方に早出残業をしている。そう位置づけるべきだとします。それが労基法38条1項の趣旨にも合致すると。したがって、深夜のB契約のほうを所定時間、夕方のA契約のほうを早出の時間外労働ととらえて時間外割増賃金を計算すべきだという枠組みをつくります。

まず深夜分についてですが、B契約について、深夜の割増賃金を払えという請求に対して、1日当たり7500円という報酬の中に深夜分も全部含まれているので、それ以上は請求できないとされました。

高知県観光事件（最二小判平6・6・13労判653号12頁）なども引用してX側はいろいろ主張したんですが、歩合制でどれだけ働いても全部含んでいるというようなケースとは事案が違う。この時間働いたらいくら、と明確に決まっている。深夜分とそうじゃない分とが峻別できないわけではない。何時から何時が深夜時間帯かというのも法律上明らかであり、全部計算し直せば深夜割増分がいくらかという計算はできる。だから高知県観光事件などは違って判別可能である。当事者もそういう意思で契約している。よって深夜分の割増は発生しない、という判断です。

次に時間外分については、A契約が早出残業なので、結局午後6時から午後8時半までは時間外労働があったことになる。その場合の時給基準単価は夕方契約の時給の1200円が基礎になる。この25%が割増分となるということです。この場合の時間外というのは、所定時間外という意味のようです。判旨が所定時間としているB契約は、労働時間が7時間しかありませんので。

それから休日労働。これはB契約が所定労働時間で、A契約が時間外労働になるので、休日労働や休日深夜労働の割増賃金算定に用いる時給基準単価は、B契約の賃金額を基礎に算出される。

B契約の日給には深夜割増分も含まれているという判断なので、結局基本給と職務手当と役付手当と皆勤手当を足して、これを出勤日で割ってさらに8.5で割つ

て単価を出す。8.5というのは、要するに $1.25 \times 6 + 1$ ですね。B契約の労働時間が午後10時から午前6時、うち午後10時から午前5時までが深夜時間帯にかかっている。休憩は多分深夜時間帯のどこかでとっている。結局深夜帯が6時間、あとは午前5時から6時の1時間。で6時間のほうは深夜で25%増しなので、 $1.25 \times 6 + 1 = 8.5$ 、これで割ると単価が出ることになる。これをもとに未払額を計算しなさいという判断です。

判旨はこの計算の内訳をあまり説明してくれていません。何で8.5なのか、最初よくわかりませんでした。もう少し丁寧に説明してほしいなという気がしました。あと付加金を2年の除斥期間にかかっていない部分について認容しました。

最近、副業や兼業が増加していると言われています。昼働いた後に夜違う会社でバイトするというようなケースをどう考えるか、というような議論は前から結構あった気がします。ただ本件のように、同一使用者、ほぼ同じ事業所、しかし時給のパートと日給の正社員契約の二本立てというケースは、さすがに誰も想定していなかったんじゃないでしょうか。現実には学説より奇なりじゃないですけども。労基法38条も、この事件の問題解決に特に役立つということでもないです。

判旨を順番に分けて見ていきたいんですが、最初に契約の性格についてです。別個の契約だが、B契約が所定時間で、A契約は早出残業。これが本件のこの後のすべての問題処理の基本的な枠組みです。

なぜそう判断するかというと、結局、深夜のほう为正社員で、夕方はパートだからということに尽きるようです。判旨はあまりはっきり説明してくれていないんですが、そういう感じです。

38条の趣旨からということも言っているんですけども、38条1項から正社員契約を所定と見て、パート契約を時間外と見るべきだという解釈が当然に出てくるわけでもないと思います。

どちらかを所定時間と決めろというなら、B契約は正社員契約だし、実働時間も長い。こちらを所定時間だと考えるほうが自然なのかもしれない。ただ他方で、働く順番としては、夕方のA契約が先に来るわけです。契約したのもA契約が先です。だからB契約のほうを主たる契約と見ない方向に働くファクターもないわけじゃない。

夕方も深夜も、労働時間は明確に決まっています。

ですから私は、所定時間という概念を持ち出すのであれば、A契約もB契約もすべて所定時間なんじゃないかと思うんです。

つまり、夕方の2.5時間、深夜の7時間、合計9.5時間、全部所定時間じゃないか。しかしこれは三六協定がないと労基法違反で無効ですから、結局所定時間は全体で8時間に縮まる。そういうふうに考えたほうが自然なんじゃないでしょうか。

ちなみに、通達によって、12時をまたぐ労働は、前日の始業時刻の属する日の労働とみなすとあるので、午後10時から午前6時の労働も、前の日の労働時間として計算することになります。

要するに私は全部所定時間じゃないかと思ったんですけれども、いかがですか。

*「所定時間」の認定と割増賃金

盛 それぞれが所定時間になって、全体として8時間を超えますから、1時間半は違法ということになるわけですね。ただ、どちらをメインにするかによって、それぞれの賃金の単価が違いますから、支払うべき割増賃金の額が変わってくる。

だから、この判決では、深夜をメインにしたから、この場合の1.5時間分の割増賃金は、1200円を単価にして計算するという結論になるわけですよ。

森戸 時給1200円というのは夕方の時給です。深夜をメインの契約としたのに、なぜ夕方のほうが時給の単価になるのでしょうか。

盛 割増賃金の計算基礎は、いわゆる通常の賃金でしょう。通常の賃金とは、時間外労働になった時間に行った労働を通常の所定内に行った場合に支払われる賃金という意味です。

例えば、所定時間内に時間単価が違うA、Bの2つの仕事をしていたとして、時間外にAという仕事をすれば、Aの時間単価が基礎になって、Bという仕事をしたのであれば、Bという仕事の単価が基礎になる。2つの仕事の単価を平均するようなことはしないということです。この事件の場合だと、夕方夜勤も深夜夜勤もどちらも所定時間内の労働で、夕方夜勤のほうが時間外労働と評価されるのだから、それについての通常の賃金は、時給1200円を基礎とすることになります。

森戸 これは時給1200円の契約だから、どこで行われようと時給1200円だと。それをさらに割り増し

しろという、そういうことになるわけですか。

盛 通常の賃金には、当該の仕事に対して通常の時間に支払われる賃金という意味があるわけですね。

森戸 判旨もそういう前提なんですけれども、どうもややこしくてしっくりこないですね。

盛 判決としては、深夜勤務をメインに考えているわけだから、1日当たりでは夕方夜勤が時間外になるけれども、休日出勤や休日深夜については、そのメインの延長だと考えて、そのメインのほうの単価で計算することになりますね。そこでは一貫していると思いますけど。

森戸 ちょっとこだわるようですけど、通常の労働時間の賃金というのは、労基則19条で見えるわけですよ。でも労基則19条を見ても、何でこの1200円が基礎になるのか、必ずしもピンとこなかったんですが……。

盛 それは、労基則19条ではなく、労基法37条の解釈からくるのでしょうか。

普通、割増賃金の計算のためにはどの時間が時間外労働かということを確認する必要はなくて、トータルとして計算して8時間を超えていれば、その超えた時間が時間外労働ということで、その時間数について2割5分増しの割増賃金を計算すればいいわけです。ところが、例外的に、本件のような事案の場合には、どちらの仕事がメインで、どちらの時間が時間外となるのかということを確認しなければいけないこととなります。

森戸 盛先生は、所定時間という言葉を使うかどうかは別として、どこを時間外と見るかに関しては、やっぱりこの本件の処理でよかったとお考えですか。

*「所定時間」判断の妥当性

盛 結論としてはやむをえないと思います。特に、所定時間が長いとか、正社員扱いされているというようなことを考えれば、こちらがメインで、新たな契約を締結した時点で、夕方夜勤のほうサブになったと考えていいのかなど。確かに、サブの契約のほう締結は先だし、時間単価も高いですが。

森戸 私も、枠組みとしてはこれかなという気もするのですが、ただ理論的には、所定時間という言葉を使うのであれば、そもそもどちらも決まった労働ですから、所定時間と言えらと思います。その所定時間は合計9.5時間ある。ただそれは労基法違反で、所定は

8になる。そのときどこがはみ出すのか。2.5時間働いて、ちょっと間があいて7時間働く。そのとき結局1.5時間が所定時間から外れるんですが、どこを外すかというときに、結局判旨は最初のほうから外せということですよ。それにそんなに強い理由があるのでしょうか。結局は、正社員だし、時間が長いしという……。

盛 実際には、8時間を超えたのは、新しく所定時間が7時間の契約を締結したからで、その原因となったのは新しい契約だから、こちらのほうが法定時間を超えるんだという考え方もあります。

森戸 そういうこともあると思いますね。労基法違反は労働が8時間を超えた時点で成立するわけです。そうすると、夕方から働いて、深夜4時ぐらいに労基法違反が成立するということですよ。

盛 時間の経過から考えればそうですが、労基法32条違反かどうかは、トータルで1日8時間を超えているかどうかの問題であって、割増賃金の計算の場合にどの時間を時間外としてとらえるかは別に考えていいのではないですか。

森戸 確かに別と言え別ですけども。

盛 それに、例えば労基法38条1項という事業所を異にする場合という場合に、トータルすると8時間を超えるけれども、では、8時間を超えた部分について、どちらの事業主が責任を負うかという、必ずしも後で契約を締結した事業主ということになるわけではないでしょう。

森戸 状況にもよりますけれど。前の契約を知って結んだとか。

盛 そうですね。

森戸 いや、私も判旨の枠組みがいけないと思っているわけではないんですが、結局根拠は正社員で時間が長いからということに尽きているようなので、何かもう少しすっきりできないかなあと。まあでもそもそもすっきりできるような事案じゃないから、あきらめたほうがいいのかもしいですけど(笑)。いずれにしても、判旨は所定時間という言葉を使っているけれど、どこが時間外になるかによって、もらえる金額も変わってくるわけですから。

盛 そういう意味では、実質的には平均してバランスをとっているとも言えます。1日当たりの時間外については1200円をベースにして、休日労働については安いほうの単価を使っているわけだから。

森戸 そうですね。確かにその辺も考慮してバランスをとったのかもしいない。

*「深夜」割増賃金の算定

今度は深夜のB契約について。深夜割増賃金が1日当たり7500円に全部含まれている。これも当事者の意思解釈からそうなる。高知県観光事件とは違う。

そうかなとも思いますが、こんな例はどうでしょう。例えば時給1070円で7時間、午後10時から午前6時まで休憩を挟んで7時間働くから、 1070×7 で大体トータルの給料は7500円です。時給1070円でトータル7500円ね、という契約だったら、これは深夜割増を払えという請求が多分成り立つと思うんです。

盛 ちなみに判決が言っているように、7500円を8.5時間で割って計算すると、時間単価が882円で、割増の2割5分つけても、1103円です。だから、夕方夜勤の時間単価は1200円ですから、正社員なのに、深夜割増を付けてもそれよりも時間単価が低くなってしまふ。

森戸 時給1070円の契約だよ、7時間で7500円だよといったら、これは深夜割増を払っていないとみなされると思いますが、日給でまとめて7500円だよと言ったら、これは含まれていますねという解釈になりうる。両者が本当に契約としてそんなに違うんでしょうか。

盛 私も疑問に思いましたね。普通、例えばコンビニとかファミリーレストランとか、ああいうところでも、大体深夜のほうが高くなるのが普通ですよ。

森戸 はい。

盛 あれはやはり深夜割増があるから、その分は高くする。でも、この事件では、逆に、深夜割増が付くべきなのに、普通の時間よりも低くなっている。にもかかわらず深夜割増が含まれているというためには、単に計算して数字が出てくるというだけじゃなくて、それを正当化する理由がないといけないと思います。

例えば深夜で仕事の内容が軽いか、量が少ないということであればともかく、正社員で身分が安定しているから単価が安くてもいいということは理由にはならないでしょう。

森戸 AとBで契約が違うと言っても、時給が違いすぎる。その違う理由はこれこれだ、と説明があるならいいけれども、そんなにはなされていない。だとしたら、B契約は深夜分を含んでいないと考えたほう

がいいんじゃないか。そういう判断もありうる気がします。

盛 それはありえたと思います。

森戸 確かに高知県観光とかとは事案は違うんですが、ただ、この判例が要求している判別可能性は、本判決の論理でいくと、明確に分けて払えということじゃなくて、結果的に計算して割ればいいんだという感じですね。でも本当は、使用者側としては、割ればいいんじゃないかって、最初から割っておく義務もあるような気がします。

盛 8.5で割っても割り切れませんからね。

森戸 逆に割り切れないから、全部込みだということも言えるのかもしれませんが。結局は契約の意思解釈なんですけど、いろいろ文句はつけられる部分かなという気はしました。

*「休日」割増賃金の算定

次に、休日労働。休日労働は、所定時間は深夜のB契約と見ていますので、今度はそっちをベースにして、例の8.5で割って休日労働の金額を計算するということをしています。

盛 メインである深夜夜勤の労働を休日にもしたというならいいんですが、夕方夜勤の仕事を休日にもしたという場合にはどうなるのかという問題もあると思います。夕方夜勤の仕事を休日の同じ時間帯にやったという場合はどうなるのか。全部深夜夜勤の延長としてとらえていいのかという問題はあります。

森戸 理論的に言うと、休日は時間外ということはないんだから、深夜を基準にするということになる。

盛 これは非常に難しい問題だと思っているんです。休日に労働した、その労働が休日でない日に行われたら、払われた賃金をベースにすると考えると……。

森戸 そうすると1200円になりますね。

盛 1200円の労働を休日の同じ時間帯にやって、それが延長された場合も同じ1200円がベース。けれども、深夜夜勤の労働が開始されるはずの午後10時の時点では、メインの労働に変わったということで、そこから時間単価は下がるという考え方はあるかなと思っています。

森戸 結局、どうもややこしい、わかったようなわからないような計算問題をやらされた感じなんです(笑)。ただ、これは法律論じゃないのかもしれないけれど、同じ使用者で、契約の種類が違うとはいえ、同

じ労働者を8時間以上働かせて使っている。使用者側がもう少しきちんとしてほしいですね。なのに裁判所はずいぶん親切に例の8.5で割る計算をしてあげている。でも別にそこまでしなくてもいいような気もしました。

盛 そうですね。もう少し厳しくてもいい。

もう一つ、実は、理解できなかったところがあって、割増賃金率として法定内休日労働の割増賃金の場合は0.35、これはいいですね。法定内休日深夜労働の割増の場合は0.6。これは、 $0.35 + 0.25$ です。法定外休日労働分の割増の場合は0.25。この0.25というのは、法定外休日労働とは、週当たりの時間外労働となるから0.25というのであればわかります。ところがその後の、法定外休日深夜労働分の割増の場合は $1.25 \times 1.25 - 1$ で0.5625になるとありますが、これ、わかりますか。

森戸 認定ではわからないんですが、法内超勤に関する割増率が決まっていたんじゃないでしょうか。

盛 決まっているにしても、1.25掛けて1を引くというのはどういう趣旨なのでしょう。

森戸 これは、この会社の計算がこうだったというだけじゃないでしょうか。つまり、足さないで掛ける計算にしていると。別にそれは労基法違反ではないので。

盛 普通は割増率を足すだけです。法定外休日の深夜労働ですと、休日割増は付きませんが、週当たりの時間外割増が付いて、あと深夜分がつくから0.5になるはずなのですが、1.25を二乗するという意味がわからない。

森戸 少なくとも判決を読んだだけではわからないですね。

②業務委託契約に基づく店長職の労働者性と未払賃金請求——ブレックス・ブレッディ事件（大阪地判平18・8・31判労925号66頁）

事案の概要

Xはパン販売会社Y₂がパン製造会社Y₁とのフランチャイズ契約に基づいて経営する店舗において店長として働いていたが、体調を崩し退職した。その後Xは、Y₂に対し最低賃金法に基づく未払賃金、及び時間外・休日労働に対する割増賃金の請求を求めたほか、Y₂の取締役である個人Y₃とY₄に対しては安全配慮義務違反に基づいて、またY₁に対しては就労条件等を欺いたとして損害賠償請求を行った。判決は請求をすべて棄却した。

Y₁はフランチャイズでパン屋さんを展開する会社です。Y₃、Y₄というのは個人です。2人はフランチャイジーとしてY₁系列のパン屋さんを開こうと思ったのですが、全くパン屋さんをやったことがなかったので、Y₁の専務に、店長候補をY₁で採用し、自分たちのパン屋に派遣してくれと頼みます。Y₁はハローワークに店長候補ということで求人を出し、Xが応募してきました。しかし8月27日に面接した結果、Y₁としてはXを採用しないことになりました。採用はしないけれども、Y₃らのやる店で就労を希望するなら紹介してやるということになって、Xがそれを承諾します。履歴書がY₃たちに送付されたようです。

面接の4日後の9月1日から店長研修が始まるので、Xは先に店長候補としてこれに参加、その後Y₃がXと面接したようです。

Y₃、Y₄は、8月31日に、Y₂を設立し、Y₃が代表取締役、Y₄も取締役役に就任しました。Y₂とY₁はフランチャイズ契約を締結します。これも8月31日です。フランチャイズ契約の加盟金も払われました。

9月1日に研修が終わり、ようやくXがY₃、Y₄と面接します。そして店長としての採用が決定され、業務委託契約が結ばれます。報酬は、9月15日までは日当5000円、9月16日以降は月額25万円プラス利益が出たら加算。税法上は個人事業主で、Y₂として社会保険に加入はさせない。ただしその後、Xがハローワークから一定の手当をもらえるように協力するというので、Y₃が経営する別の会社でXが社会保険に加入する形をとったようです。

Xは、9月20日まではY₁の工場でパンづくりの実習、他店舗での実習等々をやって、開店準備業務に従事しました。

9月21日に店舗が開店、その後Xは店長としてアルバイトらとともに就労しました。商品の仕入れやアルバイト採用、勤務シフト作成、販売、その準備作業、レジ管理などの店舗の管理運営全般を、Y₃、Y₄の具体的関与なしに、みずからの決定のもとに行った、と認定されています。

11月8日まで店長として就労したのですが、その後Xが、Y₂の労働者として就労したのに、最低賃金や時間外・休日割増が支払われていなかったということで訴訟を提起します。Y₂に未払賃金と慰謝料を請求したというのがメインの請求。それ以外に、Y₃、Y₄個人に対して、そしてフランチャイズの親玉のY₁

に対する損害賠償請求もあわせて行っています。

要するにXの労働者性が最大の論点ですが、判旨はそれを否定。その結果他の請求は全部棄却ということになりました。

Y₂、Y₃、Y₁の損害賠償責任も、Xが店長になってからの一連の経緯の中に違法行為はなかったということで、全部否定されました。

労働者性について裁判所は、XとY₂の間に使用従属関係はないと結論づけています。

認定した事実からすると、Y₂がXの業務遂行につき、指揮命令を及ぼしていたとは言えない、ということのようです。

Y₁で研修をしたり、Y₁のスーパーバイザーから業務指導があったりもしましたが、これはY₁がフランチャイズ契約に基づいて加盟店への指導援助として実施したのであり、Y₂は関与していない。

Xの報酬は労働時間と関係なく決まっていたし、タイムカードもXが勝手に押したということになっています。

営業時間とか休業日は、フランチャイズ契約によって決まっているもので、Y₂が関与したり指示したりしたものではない。XはY₂に営業日報を提出したり売上高を報告したりなどはしていましたが、それはフランチャイズ契約上必要だっただけで、Y₂がXに指揮命令したということにはならないとされました。

ほかにもいろいろな事情が認定されています。例えば社会保険料の控除は要望を受けて特別にやったのであって、それで報酬が賃金としての性格を持つようになるわけじゃない。販売品目も服装も決められていて、食材の注文先もY₁の親会社に固定されて、代金はY₂の取締役が払っていた。機械や器具もすべてY₂が用意している。しかしこれらも全部フランチャイズ契約に基づいて決まっていたのであって、Xがこれに沿って店舗の管理運営をしていたからといって、Y₂の指揮命令があったとは言えない。

レジへの操作、金庫、銀行への入金など、お金関連は店長のXがやるようにと指示を受けていましたが、これは店長である以上、就労内容から十分想定できる事項で、この指示をもって指揮命令があったとは言えないとします。

アルバイト1名について、交通費がかかりすぎるからやめさせろとY₂から指示があったんですが、Xはそれを拒否した。また、Y₂が事業の運営資金を負担

し、バイトの給与額を決めていたとしても、その発言をもって指揮命令があったとは言えないと。

他人に仕事を任せたりできないのは、業務委託契約の内容からして当然で、それで指揮命令があったということにはならない。ということで全部否定です。指揮命令はないということで、労働者性は否定されました。

*フランチャイズ契約における「指揮命令」関係の成立

労働者性に関する事件の一つだと言ってしまうとそれまでなんですが、フランチャイズ契約の絡んだ、これまで見たことないようななかなか面白い事例だと思います。

判旨には若干疑問があります。簡単に言うと、具体的指揮命令はない、だから使用従属関係はない、ということです。指揮命令のように見えるものも、要はY₁とY₂の間のフランチャイズ契約に沿ったものにすぎない。

しかしこれについては、フランチャイズ契約に沿って働くという包括的な指揮命令みたいなものがあつたと見ることもできると思います。

96年の労基法研究会の労働者性検討専門部会報告書が、業務委託か労働者かの判断基準に関して、当該業務の性質上、当然に存在する拘束というものと、使用者の指揮命令に基づく拘束とは区別しなくてははいけないと言っています。

しかし本件は、フランチャイズ契約の内容イコール業務の性質だと。だから、フランチャイズ契約上要求されていることは、具体的指揮命令ではない、という判断のような気がします。しかしそれはちょっとおかしいですね。

業務の性質というのは、例えば芸能関係だとか建築現場だからとか、そういうことならわかるんですが、本件はパン屋の仕事です。場所的拘束なんかは当然でしょう。機械や器具もそこにあつていいでしょう。しかし営業時間や営業日は、たとえフランチャイズ契約に書いてあることでも、具体的指揮命令を示す内容となりうるんじゃないかなと思うんですが、あまりそういう判断になっていない。

この判旨のアプローチを突き詰めていくと、具体的にあまり指揮命令はしないで、ただ別の業務委託契約書かなんかにたくさん細かな条件を書いておき、実際

にはそれに沿って従属的に働かせる。業務委託のフランチャイズ契約書において、事実上かなり従属的に働かなきゃいけないような事情をいっばい決めておく。そういうパターンで労働者性が否定される方向になってしまうのではという懸念があります。

*フランチャイズ契約と「労働者性」

盛 この判決には基本的に反対です。というのは、確かにフランチャイズ契約の場合に、労働者性が問題になるというのは、日本に限らず外国でも今まで議論があつたんですが、その場合、どういう人について問題になっているかということ、フランチャイジーが店舗のオーナーの場合です。つまり、オーナー店長といって、店舗を所有している人がフランチャイズ契約を締結して、形の上では事業主だけど、フランチャイズ契約に基づいて、時間的にも場所的にも拘束されているような場合であつて、労働者類似の就業者という概念についても論じられています。

ところがこの事件の場合は、直接店舗を所有しているわけではなく、フランチャイジーである会社の指示で働いている、要するに雇われ店長なんです。だから、そもそも、労働者かどうかを問題とすべき事案なのかということが一つ。

それから、労働者かどうかを問題にするにしても、この判決は指揮命令関係にあるかどうかだけを問題にしているでしょう。もちろん、その中でいろいろなことを問題にしていますけれども、普通は、労働者かどうかを判断する場合は、指揮命令関係にあるかどうかを具体化するために、設備や器具などの所有関係とか、場所的、時間的拘束とか、職務の代替性とか、いろんな要素を総合して、最近は特に事業者性があるかどうかという要素も含めて考慮されます。そういう観点からすれば、労働者性の要件は満たしている事案じゃないかと思いました。

それから、指揮命令ということについても、従来は、一般に指揮命令というのは、かなり抽象的なものでも認められて、労働者性は肯定されていたはずなんです。例えば、時間的な拘束を受けない労働基準法にいう管理監督者であっても労働者ですから。それから、裁量労働制が適用される場合も労働者です。

それに比べると、この事件の店長は、時間的な自由はないし、仕事上の裁量性もあるわけではありません。これで労働者ではなくて、労働法令が適用されないと

なると、これはかなり問題ではないかと思えます。

むしろ、従来の考え方によれば、労働者性は一応肯定した上で、管理監督者として労働時間規制の適用が除外されるかどうかという問題として処理されたのではないのでしょうか。

森戸 とにかくすべて指揮命令、指揮命令なんですね。事業者性とか、そのあたりがあまり考慮されていない。指揮命令もフランチャイズ契約に沿っているだけという。

盛 しかも、店長である原告が直接フランチャイズ契約を締結しているわけでもない。むしろ、フランチャイジーである会社から、フランチャイズ契約の内容に沿って働くように包括的に指示されていると考えるのが筋じゃないでしょうか。

森戸 そうなんです。だから、逆にどうして労働者性が認められなかったのか、正直不思議です。

盛 最近、外食産業のチェーン店などで、雇われ店長に労働時間の適用があるかどうか、割増賃金の支払義務があるかどうか問題になっていますが、この判決の考え方でいくと、会社としては、マニュアルを渡して、あとは全部店を任せてしまう、アルバイトの雇用もさせるということになると、労働者ではないことになって、割増賃金だけではなく労働法令の適用そのものを心配しなくていいということになってしまいます。これは、社会的にも大きな問題ではないかと思えました。

森戸 意図的かどうかわからないですけど、フランチャイズ契約というものを媒介にして、 Y_1 と Y_2 がうまく X の労働者性をほかすのに成功しちゃったという感じでしょうか。うまくフランチャイズ契約に埋没したというか。

盛 そうなんです。もともと最初は Y_1 が雇って、そして店長として派遣するということがあったんでしょう。それがいつの間にか、 Y_1 は雇わずに、職業紹介じゃないけれども、店長を紹介するということになって、しかも、事業主は Y_2 なのに、原告の店長が事業主のように扱われて、結論に至ったという感じがします。

森戸 面白いと言ってはあれですけど……。

盛 事案としては面白いけれど、面白いとばかりも言っていられない。

森戸 そうですね。もうちょっと違う判断があってもいいかなという感じはする事件ですね。

盛 就労形態とか雇用形態の多様化というけれど、何か理論が実態に追いついていないところがあるのでしょうか。

おわりに

森戸 これで3年間のお勤めも無事終わりました。

盛 最初にも言ったように、理論的にも、実態としても非常に面白いもの多くて、もう少し議論が活発になるかと思ったんですが、むしろその前に、わからないところが多いという話になってしまいましたね。前回、次回はもっと丁々発止の議論をということをやったけれども、結局そうはならなかったかな。せつくだから、最後にひとこと言わせてもらいましょうか。

このディアローグを通じて、私は、個々の裁判例についての理論的分析や検討に重点を置いてきました。裁判とは、もともと個々の紛争を法的判断によって解決するものですが、論理的一貫性と結果的妥当性はその根幹です。それを検証することが一つ。

もう一つは、判例全体としての大きな流れや傾向を明らかにすることです。例えば、解雇権濫用法理や就業規則変更法理に関して、判例による具体的判断基準が明確ではなく、予測可能性も乏しいという批評を目にしますが、それは批評する側の怠慢だと思います。判例はあくまで個別的事案の処理を目的とするものであって、そういったことを判例に求めることには初めから無理があります。多くの判例を分析・検討して、その中から一般的な判断基準や予測可能性を引き出すのは、むしろ研究者の役目です。取り上げた判例が多くて、こちらのほうが十分にできなかったことは残念ですが。

森戸 盛先生のおっしゃる判例研究の意義については全くそのとおりだと思います。では私も最後に一言。私が判決を読むときの基本的なスタンスは、たかが判例、されど判例、です。たかが、のほうは、要するにあんまり深読みしすぎるなということですね。全体としてどういうファクターを考慮して、どういう結論を出したか。個別の事件についての判断である以上、それが一番重要なわけで、判決文の言葉尻をとらえてマニアックな読み方をするのはどうもあんまり……少なくとも私の趣味ではないです。されど、のほうは、しかしそうは言っても、その個別事例に過ぎないものが、いくつも蓄積されていくうちに一定の流れをつくって

いく。裁判例の傾向、というやつでしょうか。これを定式化していくのが研究者の役割でしょうか。あれ、結局盛先生のおっしゃったことのマネをただけですね、これじゃ（笑）。

しかし、3年通じて、あまり明確な対立はありませんでしたね。

盛 2人とも常識人だから、こうなっちゃうんでしょうかね（笑）。

森戸 3年間頑張ってやってきて、結局、常識的な

2人でしたね、というオチも何か情けないですけど（笑）。

(2007年8月9日：東京にて)

もり・せいご 一橋大学大学院法学研究科教授。主な著作に『労働法総論・労使関係法』（新世社、2000年）、『労働法』（共著、有斐閣、2005年）。労働法専攻。

もりと・ひでゆき 上智大学法学部教授。主な著作に『ブレイク労働法』（弘文堂、2006年）。労働法専攻。