

ディアローグ

労働判例この1年の争点

不当労働行為をめぐる新たな判断

管理監督者に対する労基法の適用除外



同志社大学教授
土田道夫



早稲田大学教授
島田陽一

【目 次】

はじめに

■ピックアップ

1. 職種限定合意の存否と RA 制度廃止に伴う他職種配転の効力——東京海上日動火災保険事件
2. 深夜業免除者の深夜時間帯以外の労務提供の受領拒否——日本航空インターナショナル事件
3. 工場の班長相当職の心停止による死亡と業務起因性——国・豊田労基署長（トヨタ自動車）事件
4. 介護目的の経路逸脱と通勤災害該当性——国・羽曳野労基署長（通勤災害）事件
5. 同業他社への派遣会社経由での就労等と退職後の競業禁止義務——ヤマダ電機（競業禁止条項違反）事件
6. 事業部門の会社分割の効力と労働契約承継の有無——日本アイ・ビー・エム（会社分割）事件
7. 2つの組合への所属合意とその一方の組合からの脱退の効力——東芝労働組合小向支部・東芝事件
8. 定年直前者に対する協約による退職金算定係数の引下げの効力——中央建設国民健康保険組合事件

■フォローアップ

I. 雇用の多様化——労働者性

- ①大工の負傷と労災保険法上の労働者性——藤沢労基署長（大工負傷）事件
- ②有期契約ライダーの転倒事故と労基法9条の「労働者」該当性——国・磐田労基署長（レースライダー）事件
- ③フリーランスの英字新聞記者の労働者性——朝日新聞社（国際編集部記者）事件
- ④1年契約のオペラ歌手に対する更新拒絶と労働者性の認否——新国立劇場運営財団事件

II. 派遣

下請従業員、元請会社間の労働契約の成否、期間工の雇止め等——松下プラズマディスプレイ（パスコ）事件

■ホットイシュー

I. 不当労働行為をめぐる新たな判断

- ①組合未加入者への初任給引下げと義務的団交事項の範囲——国・中労委（根岸病院・初任給引下げ団交拒否）事件
- ②スト時の臨時勤務従事者に対する褒賞金支給と支配介入該当性——国・中労委（JR東日本〔千葉動労・褒賞金〕）事件
- ③配転拒否等の少数組合組合員への低査定・資格等級低位格付け——国・中労委（昭和シェル石油）事件

II. 管理監督者に対する労基法の適用除外

店舗店長職の管理監督者性と割増賃金、付加金請求等——日本マクドナルド事件

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

・労経速：労働経済判例速報

・労判：労働判例

はじめに

土田 今年から、島田先生と私が担当することになりました。どうぞよろしくをお願いします。

実は、われわれ二人は、東の早稲田と西の同志社ということで、例年、同志社大学の上田達子先生を巻き込んで、3ゼミ対抗の合同合宿（ディベート）を行っています。いつもは、学生に発破をかける側なのですが、今回のディアログでは、教員同士が議論をするということで、学生から発破をかけられそうです。

島田 合同合宿も今年で7回目ですね。年々活発になる学生たちの議論に負けられないようにしたいですね。よろしくをお願いします。

土田 まず、2007年を振り返ってみますと、労働立法にとっては画期的な年で、労働契約法が成立したほか、パートタイム労働法や最低賃金法などの改正が相次ぎました。

少し気になったのは、労働審判法についてで、調停で終了している件数が非常に多いと聞いています。もし、労働審判官や労働審判員が調停で調整的に解決するというような指揮をしているということであれば、せつかく労働審判という制度を創設したにもかかわらず、その意義が活かされないことにもなりかねません。気になるところです。

それから、裁判例については、相変わらず雇用管理

の個別化や多様化、流動化を背景とする紛争が多い印象を受けました。この雇用の多様化・雇用形態の多様化をめぐる裁判例については後ほどフォローアップで取り上げたいと思います。

最高裁判例については、今回取り上げる東芝事件のほかにもいくつか重要な事例判断はありますが、あまり大きな事件はないという印象があります。その一方で、新しい法律問題、テーマを扱った裁判例が下級審でいくつかあるので、そういったものを今回はできるだけ取り上げるようにしています。

それから、不当労働行為事件の重要な裁判例が何件かあるので、これはまとめてホットイシューで取り上げます。

またホットイシューでは、管理監督者に関する日本マクドナルド事件を、フォローアップでは、派遣に関する松下プラズマディスプレイ事件という最新の裁判例を取り上げます。先日発表された『平成20年版労働経済白書』でも、「働きがい、満足度が低下している」という指摘がありましたが、雇用社会、あるいは規制緩和のひずみのような問題が顕在化したような裁判例がいくつか出てきています。これらは、今後の労働政策に大きな影響を与える可能性があると考えられます。この2件は特にそういった点で重要だと思われるので、2007年度の事件ではないのですが、今回はあえて取り上げたいと思います。

ピックアップ

1. 職種限定合意の存否とRA制度廃止に伴う他職種配転の効力——東京海上日動火災保険事件（東京地判平19・3・26判刑941号33頁）

事案の概要

原告Xら46名はY社において、損害保険の契約募集等に従事する外勤の正規従業員である「契約係社員」（RA）であったが、Y社が①RA制度の廃止、および②RAの処遇については代理店開業を前提とした退職もしくは職種を変更した上で継続雇用、という方針を提案・通知したため、Xらは本方針は労働契約に違反した無効なものであるとして、RA制度廃止とされた以降もRAの地位にあることの確認を求めて提訴した。

土田 本件は、保険会社が、損害保険の契約募集に従事する外勤のリスクアドバイザー（RA）という職種の社員が相当数いたのを経営判断で廃止することにし、その後の処遇としては、退職の募集をし、また継続雇用希望者には職種変更して継続雇用という提案をしたところ、原告46人が、RAの労働契約は職種限定の労働契約であって、制度の廃止はこの契約に反する、また労働条件を不利益に変更するものだとし、RAの地位にあることの確認を求めて訴えを提起したというものです。判旨はこの請求を認容しています。

＊職種限定契約と配転命令権

争点ですが、大きく分けると3つあります。

まず、原告らが「平成19年7月1日以降の原告らのRAとしての地位」の確認を求めた点について、確認の利益の有無があるかどうかという点です。判旨は、確認対象の選択の適否および即時確定の利益の有無という観点から判断し、将来の法律関係（職種・地位）の確認を求める訴えは原則として確認の利益を欠くけれども、当該地位の発生が現実視できる場合は例外的に許容されるとした上で、本件については、会社がRA制度の廃止を言明している時期まで約5カ月を残すのみとなった現時点（口頭弁論終結時）においては、平成19年7月1日以降のRAとしての地位について危険および不安が存在・切迫しており、判決によって当該法律関係の存否を早急に確認する必要性が高く、紛争の抜本的解決のために最も適切な方法であると判断しています。従来、こういう争訟形式で配転を争ったケースはあまりなく、異例の判断ですが、中身としては周到な判断だと思いました。ただし、あくまで例外的な事例と位置づけた方がよいと思います。

次に、実体的判断としては、1点目が、原告らの労働契約は職種限定契約か否かという点で、判旨はこれを肯定しています。理由ですが、採用の経緯として、地域密着の保険契約募集のため、転勤なしとして募集していること、雇用区分では、別途の人事体系を採用していること、労働条件の面では、賃金は歩合給で、労働時間はみなし制を採用するなど大きく異なること等を挙げています。また、異職種配転の例が長年ないことを挙げ、配転条項はRA就業規則にあるのですが、その意義を縮減して、配転があり得ることを明示したものにすぎないと述べています。

ところが、判旨は、職種限定契約と言いながら配転命令権を肯定しています。職種限定の合意がある場合も本人が同意しない限り配転を命じ得ないとするのは、労働契約を締結した当事者の合理的意思と合致しない。したがって、採用経緯とか職種の内容、職種変更の必要性の有無、程度、業務内容の相当性、不利益の有無、程度、代替措置等を考慮して配転を命ずることに正当な理由がある場合は配転を有効と認めるべきだという判断です。これは、就業規則の不利益変更の判断要素を借用したような判断です。

その上で、本件の具体的な判断としては、RA制度

の取支状況から見て、職種変更の必要性は十分あるけれども、収入面での不利益が、廃止後の職種に支給される業績給の減額度が非常に大きく、転勤がないことについての保障もなくなるという点から、原告らの不利益が大きいと述べ、正当な理由を否定して確認請求を認容しました。

要するに、職種限定の合意を認めながら、配転命令権を一般論として肯定した上、具体的判断としては否定したという判断で、従来見られない判断として注目すべきものと思われます。しかし、疑問もあります。

先例としては、日産自動車事件（最三小判昭56・3・24 労判360号23頁）がありますが、これは一方で配転条項があって、他方で、職種限定の合意がない場合には配転条項によって配転命令権を認めるという判断をしました。実は本件でも、判旨は、先の「正当な理由」の有無に関する箇所、本件の職種限定の合意は、いかなる事態が生じても変更はしないというような絶対的な合意ではないと言っています。そうすると、処理の仕方としては、配転条項を認めた上で、しかし、一方では異職種配転が極めて長期間ないし、不利益が大きいということで、権利濫用を認めて請求を認容するという方法がまず1つあると思います。

しかし第2に、判旨が説く様々な根拠を見ると、むしろ職種限定契約を認める方が自然という気がします。すると、問題は、職種限定契約と判断しながら、配転命令権を認めたことが妥当かどうかということになります。また、その理由として、「労働契約を締結した当事者の合理的意思」を挙げている点も問題となります。

後者については、通常の労働契約の解釈ないし意思解釈の方法とは異なっています。オーソドックスな意思解釈を前提とすると、そのような合理的意思をどのようにして認定したのか不明だという問題があります。当事者の意思を根拠として職種限定契約と判断しながら、実はその合理的意思は配転権を認めることにあるという構成は少し不自然というか、理論的根拠が不十分ではないかと思います。仮にそうだとすると、前者については、職種限定契約を認めた上で配転命令権を否定し、請求を認容するべきではなかったかという疑問があります。

一方で、しかし、この判旨が先ほどの配転命令権を認めた理由である、個別的合意が全くない限り他職種配転ができないということは結果の妥当性を欠くとい

うことであれば、変更解約告知の構成をとる余地もあったかという気がします。ただし本件では、会社は明らかに変更解約告知の意思表示をしていません。そこで判旨は、結果の妥当性をにらみながら、職種限定契約を認めつつ、事情の変化に応じた配置転換の法的処理の仕方としてこういう判断をしたのかなと思います。ただ、結論は請求認容ですから、そこまで苦勞して一般論を述べる必要があったのかという気がするのと、解釈論としては疑問を持っているところです。

*RAとしての地位確認

島田 職種限定のことで確認したいのですが、就業規則に配転条項はあるけれど、現実に配転というのは全くやっていないわけですね。

土田 配転条項が就業規則に入った時期は、正確にはわからないのですが、おそらく、日動火災が東京海上と合併した平成16年で、それまではなかったようです。いずれにしても、本人が自分で動きたいと言ったとき以外は動かしていない。

島田 動いていないんですね。そうすると、東亜ペイント事件（最二小判昭61・7・14判時1198号149頁）のように、会社に配転命令の包括的な権利があると簡単にはいえない事例なのですね。

先ほどの変更解約告知の問題ですが、結局この事案は地位確認の請求なので、そういう形での意思表示というのは会社からまだないわけですね。それで、おそらく変更解約告知の議論というのはストレートに出てこなかったのだらうと思います。裁判官は、将来的なRA制度の廃止を見越して、この時点でも、変更解約告知的な発想で、雇用の継続ということを考えたのではないのでしょうか。確かに、合理的な意思解釈といえるかは疑問がありますが、おそらくRAが廃止されたら辞めるとか、あるいは職を失ってもいいという意味は労働者側にはなく、また、会社側も変更解約告知のようなことは言っていないので、雇用の継続の意思があったと、裁判官は考えたのかなと私は読んだのですが。

土田 そうであれば、むしろ先ほどの配転条項を使えないことはなかったと思うのですが。

島田 そうですね。

土田 確かに、裁判所としては、RAの廃止はやむを得ない経営判断であるから、雇用継続との間でどこに着地点を見つけるのかという判断だったと思うので

すが、そのとき、配転条項は使えなかったのでしょうか。

島田 今度新しくできた労働契約法で考えても、抽象的な就業規則規定があっても、特定の合意があれば、その規定はその人には適用がないんですよね。

土田 そうですね。

島田 そうなると、なかなか使えないのかなと。

土田 ただ、そうなると、今度は先ほどの2つめの疑問に結びつきます。つまり本件は、結論は請求認容です。それならば、根拠不明確な「合理的意思」によって配転命令権を肯定するよりは、職種限定の合意を素直に認めた上で、会社の主張や事情はわかるけれども、これまでそういう制度としてやってきたわけだから、今回はとりあえずだめだとして、地位確認請求を認めるのでなぜいけないのかという疑問になるのです。

島田 確かに一応地位の確認請求は認めるとしても、判旨自体に合理性があるかといえばなかなか難しいかもしれませんね。ただ、専門職系の場合でも、アナウンサーの九州朝日放送事件（福岡高判平8・7・30判757号21頁）や客室乗務員のノース・ウエスト航空（FA配転）事件（千葉地判平18・4・27判921号57頁）のように職種限定を容易に認めない下級審の傾向があります。

土田 そうですね。

島田 そこで、裁判官は、職種限定だけで処理すると、控訴審では維持できないと考えたのかなという気がします。

土田 なるほど。そういう一般論を述べるだけでも意味があるということですか。しかし、その一般論自体に疑問があるのですが。また、先ほどは配転条項を使えないかと言いましたが、それは結果をにらんだ議論であり、労働契約の解釈としては、本件のRAは非常に特殊な事例で、職種限定の合意を認めないと不自然なケースだと思います。

島田 そうですね。地元に着して個人の顧客をとることに意味があるわけですから。

土田 この判決は絶対的な職種限定の合意ではないと言っていますが、むしろ、職種限定の合意を認めるのは契約解釈上非常に自然で、そのまま肯定すべきではないかと思います。

島田 とりあえず地位確認請求は認めて、会社側が雇用の継続についてどう考えるかというのは別の訴訟になると。

土田 その点、会社の側から見ると、変更解約告知をしておかなかったのはミスではないでしょうか。

島田 ただ、この訴訟の特徴は、地位確認の訴えが一種の配転命令の差止請求の機能を果たしていることだと思います。だから、将来の地位の確認を、事前差止め的な機能があるものと考えれば、雇用がどうなるかというのはまた別の紛争で考えるということではないでしょうか。

土田 ただ、理論上はそうは言えても実際会社としてはなかなか難しいのではないかと。だから会社としては、先手を打って予備的に変更解約告知をしておけば良かったように思います。

島田 そうですね。

*労働契約法との関係

土田 それから、今後の問題ですが、この種のケースに労働契約法が適用されると、7条の本文とただし書きの関係になるでしょう。7条は本文で就業規則の労働契約内容補充効を規定しつつ、ただし書きで、はっきりと就業規則と異なる合意があればその限りではないと規定しています。本件のようなケースは、このただし書きが適用されるようなケースと考えていいんでしょうね。

島田 そうですね。一応そういうことを前提にした規定と私は理解していますが。

土田 それから、仮に平成16年の合併のときにこの配転条項ができているとすると、職種限定の合意をした後に、就業規則が改正されて配転条項ができたということになります。そうすると、就業規則による労働条件の不利益変更の問題となって、労働契約法の10条の解釈問題にもなってきます。おそらく、就業規則による変更を予定する特約なら10条本文が適用され、予定していないなら、10条ただし書きの適用となります。どちらになるのでしょうか。

島田 この制度を継続するという事はほとんどメリットがないから、どこかで整理しなきゃいけないという事は変わらないと思いますが。

土田 本件は、RA制度全体の廃止ですから、10条本文の適用になるような気がします。そうすると、本判決で請求を認容した理由は、原告らの不利益が大きいう点ですから、そこの制度設計を修正すれば、変更の合理性が肯定される可能性がありますね。

島田 そうですね。

2. 深夜業免除者の深夜時間帯以外の労務提供の受領拒否——日本航空インターナショナル事件（東京地判平19・3・26 労判937号54頁）

事案の概要

X₁ら4名はY社に客室乗務員として勤務していた。Y社には「深夜業免除制度」があり、同制度を利用した場合の不就業日は無給日とされていた。X₁らが本制度の申請をしたところ、多数組合Aに所属する深夜業免除者に対しては毎月5～13日の乗務が割り当てられていたにもかかわらず、少数組合Zに所属するX₁らには多くても月2回程度しか乗務が割り当てられなかったため、X₁らは無給日とされた日につき、賃金の支払いを求めて提訴した。

土田 この事件は、理論的に興味深い事件ということで取り上げました。

この航空会社には、深夜業免除制度というものがあり、本件はその制度を利用した客室乗務員が無給になった日の賃金の支払いを求めたという事案です。この深夜業免除制度では免除を受けた日が無給になります。つまり、賃金規定に「客室乗務員が深夜業免除を請求し、不就業が発生した場合」というのがあり、これに基づいて会社が無給とする旨決定していたわけです（基準内賃金については、日数分の日割相当額を翌月賃金から控除し、手当については、不就業日数について案分して停止）。無給になっても、例えば昼間の時間帯に乗務できればいいのですが、この会社の場合、国際線への乗務が主なためか、深夜業免除者に割り当て可能な乗務パターンが限られていました。そのため、少数組合員である原告らは月に2回程度しか乗務できず、それ以外については無給になってしまうということになったわけです。一方、多数組合もあるのですが、こちらの組合員については月10日前後の割り当てがされていました。これに対して、この少数組合に所属する原告らが主位的には賃金の支払い、予備的に休業手当の支払いを求めたというケースです。

争点は2つあって、1つは、原告らが深夜以外の時間帯において現実に労務の履行の提供をしていた場合、深夜勤務を中核とするものであったとしても、債務の本旨に従って労務を提供し、会社側がその受領を拒否したと言えるかどうかという点です。2点目は、先ほどの賃金規定ですけれども、客室乗務員が深夜業の免除を請求し不就業が発生した場合と言えるためには、会社が可能な限り深夜業以外の勤務につかせる措置を

とる必要があるのかどうかという2点です。

判旨は賃金請求を一部認容しています。まず1点目の、原告らが債務の本旨に従った労務の提供をしたと言えるかどうかについては、判旨は肯定しています。育児・介護休業法19条の解釈として、深夜時間帯が所定労働時間内か否かにかかわらず、深夜時間帯における労働義務が消滅するとの趣旨であるところ、原告らは深夜業免除者であり、深夜時間帯における労働義務はないのであるから、深夜勤務を中核とするものであったとしても、それ以外の時間帯について客室乗務員としての就労を提供する意思と能力を有していれば、債務の本旨に従った労務の提供といえるとしています。

一方、賃金規定の解釈について、深夜業免除者に対して会社が可能な限り深夜業以外の勤務につかせる措置をとる必要があるのかという争点については、これは否定しています。つまり、育児・介護休業法は深夜時間帯の労働義務免除については有給を保障していないし、まして使用者に過大な負担を課す趣旨ではないといったんは否定しています。その上で、ここからが本判決の特色だと思いますが、多数組合所属の客室乗務員には10日前後の乗務を割り当てていたとすれば、その2日程度と10日前後という、この間については割り当てが可能なのだから、これについては不就業が発生した場合に該当しないとして、その範囲内で賃金請求を認容したわけです。その範囲内では、法律的には会社の受領拒絶による原告らの労務の履行不能は会社の帰責事由によるものであるという理由で賃金請求を一部認容しました。

*賃金請求権の発生要件

まず、1点目については妥当と思います。参考判例として、片山組事件（最一小判平10・4・9労判736号15頁）があって、労働者が傷病によって労務の履行の一部が不能になった場合でも、他の業務について労働者の能力・適性、企業規模、配置の実情等にてらして、労務の提供が現実的に可能であって、提供を申し出ているれば、債務の本旨に従った提供といえることができました。

これに対して本件では、育児・介護休業法は深夜業を禁止しているので、この深夜時間帯については労働義務自体が消滅することになります。片山組事件では、他の業務への配置が可能であることを要件にしていたわけですが、そうした要件は不要で、労働者の方が客

室乗務員としての就労を提供する意思と能力を有していれば、債務の本旨に従った労務の提供と言えるだろうと思います。したがって、会社による受領拒絶には理由がないというのはそのとおりです。

問題はその次のところで、賃金請求権を会社の責に帰すべき事由に基づくものとして肯定していますが、直ちにそう簡単に言っているのかという疑問があります。

この判決は、多数組合員との間に割り当てに格差があつて、その間については割り当てが十分可能であつたということを理由に、賃金規定にいう「客室乗務員が深夜業免除を請求し、不就業が発生した場合」に当たらないと判断をしています。賃金請求権の発生根拠がいま一つ不明確です。理論的に考えると、これはやはり民法536条2項に言う債権者の帰責事由があるかどうかという判断をしなければいけないケースではないか。一般に、この帰責事由は「故意、過失または信義則上それらと同視すべき事由」と理解されていますが、これを本件に当てはめてみると、育児・介護休業法は深夜業の免除のみを保障しているわけで、そもそも深夜業以外の勤務に就かせる措置を講じる義務はなく、会社の帰責事由は直ちには生じないはずですが、ここで片山組事件が参考になるかと思いますが、他の深夜業の免除申請の割り当ての状況なども踏まえて、深夜以外の業務の割り当てが現実的に可能であるならば、その範囲内で帰責事由を肯定し、先の賃金規定の適用を否定して賃金請求権を肯定するという判断をすべきではないかという気がします。

本判決はその判断プロセスが明確ではなくて、多数組合員との比較から直ちに不就業が発生した場合に当たらないとしているわけですが、ここが不十分ではないかと思います。

以上がコメントですが、本件についてほかに問題になり得る点があるとすれば、多数組合員との格差、これは当事者は主張していないようですが、1つは不当労働行為の問題、あるいは東朋学園事件（最一小判平15・12・4労判862号14頁）で問題となった、育児・介護休業法上の権利行使を理由とする不利益取扱いの問題として扱う余地もあったように思います。

それともう1点、従来は乗務手当が65時間分を下回る場合、差額を支給していたのを変更し、この一般保証を停止する旨規定したという点があつて、これが労働条件の不利益変更にあたるかということも争点に

なっています。判旨は、この争点については不利益変更の余地があると述べた上で、合理性があるので問題ないと述べていますが、これは私もやむを得ないかなという気がします。

島田 ご指摘の点は大体同じように考えているところが多いのですが、多少気になるところがあります。この判決は一応原告側の主張に即して深夜業の免除パターンについて、いろいろな配慮ができるかどうかということ具体的に検討した上で、最終的に過大な負担があるので無理だと言っています。したがって最終的に具体的な措置をとる必要性を否定しているのですが、このような要求を会社側に対してできると考えるのかどうか問題となるように思います。

それから、民法536条2項の債権者の帰責事由を厳密に検討すべきだとおっしゃっていた点に関連してなのですが、よくわからないのは、おおむね10日ぐらいのアサインが可能であったと判決は言っていますが、このような割り当てが現実的にできるのかが疑問です。この事案は、むしろ組合差別に基づく損害賠償請求というのが筋ではないだろうかという印象を持ちました。

土田 今おっしゃった2点は関連していますね。判旨は、育児・介護休業法は使用者に過大な負担を課す趣旨ではないと言いながら、一方で多数組合員にはアサインしてはならないかという理由で賃金請求を認めているわけです。多数組合については何らかの形で割り当てをしていたことは認定されていますので、その範囲内であれば割り当てが現実的に可能だという判断を介在させて認容するのであればまだわかります。それなのに、まず過大な負担を課す趣旨ではないと言いながら、次に現実的可能性があるかないかを問わずに、多数組合員には割り当てていたところからこの結論に持っていくところに少し飛躍があるのかなと思います。

私も、事件の筋としては賃金請求権よりもむしろ組合間差別とか不利益取扱といった問題ではないかと思いますが、それは当事者が全く主張していません。

島田 不当労働行為と言わないにしても、育児・介護休業法上の権利の行使について不当な動機、目的によって差別をしているというようなことが違法になるという主張も可能でしょう。

土田 あるいは、先ほどの東朋学園事件のように、民法90条の公序良俗違反の問題にならないかという問題もあります。つまり深夜業免除を申請して取得し

たら月2回程度の勤務になって、その分しか賃金は発生しなくなるというのは、育児・介護休業法上の権利の抑制効果が相当大きいことは確かなので、むしろなぜその点を主張しなかったのかという気がします。

島田 確かにそうですね。それから乗務手当保障については不利益変更と考えても、これは合理性のある変更とされるのは仕方がないでしょう。65時間というのは、通常勤務が前提だということについては、異存ありません。

土田 賃金請求権に関する判断はどうですか。この問題は非常に難しい問題なのに、先ほども言ったように、やや安易な判断という印象を否めません。

島田 そうですね。受領拒否が違法だといっても、その限りで発生してくるのは労働契約上の抽象的な賃金請求権であって、具体的な賃金請求権の発生とまでは言えないかもしれませんね。それがどの時点で発生したと考えているのかが、この判決ではよくわからない。

土田 わからないですね。ところで、仮に配置が現実的に可能であったとすると、本件の場合、帰責事由は肯定されることになるのでしょうか。

島田 ただ、具体的にどのアサインがと特定しなければいけないのか、抽象的なレベルでいいのかというのがよくわからない。

土田 おそらく、抽象的ではだめでしょうね。つまり多数組合員にはどういうアサインをしていたのかを認定した上で、こういう方法ならできたのに、それをしていないから帰責事由に該当するということを行う必要があるのではないのでしょうか。

島田 そうですね。10日ぐらいまで発生するというアサインも実際にあるかどうかはわからないわけで、その賃金請求権をどういうふうに考えるのか。

土田 それは、片山組事件判決を使えばいいのでは。

島田 いえ、片山組事件判決の場合は、就労可能性があれば労務提供したとみなすということですが、本件の場合は、就労する意思と能力があっても勤務割がなければ労務提供が特定されないわけですから、そこが少し違うのかなと。

土田 勤務割を含めて現実的に可能であったということまで言えればどうでしょう。

島田 それはまさにそうですね。

土田 その判断がないところが問題でしょうか。ただ、そういう風に考えてくると、元に戻って、「債

務の本旨に従った労務の提供」の判断にも影響してくるような気がします。

島田 そうですね。

3. 工場の班長相当職の心停止による死亡と業務起因性——国・豊田労基署長（トヨタ自動車）事件(名古屋地判平19・11・30 労判951号11頁)

— 事案の概要 —

原告Xの夫Aは訴外会社に勤務していたが、就業中に心停止となり死亡した。Xはこれを業務に起因するものとして、豊田労基署長Yに対し、療養補償給付、遺族補償年金および葬祭料の各支給を請求したところ、YはAの心停止による死亡は労災保険法7条1項1号に定める業務災害に該当しないとして不支給処分をしたため、Xはこの取消しを求めて提訴した。

島田 本件はいわゆる心臓疾患による過労死の事案で、遺族が遺族補償年金等の支給を申請したところ、これに対し不支給処分がなされたため取消訴訟となった事案です。

最大の争点は、この死亡した方の労働時間をどう見るのかということでした。というのは、この方は、相当程度裁量的な働き方をしていたので、果たして在社時間というものを労働時間としてカウントできるのかという問題があり、それから、その在社時間の中に小集団活動だとか、あるいは組合活動が労働時間に算定できるのかが問われました。ですから、小集団活動あるいは組合活動というものを少なくとも労災認定する際には労働時間と考えていいのかどうかということが問われたというのがこの判決の特徴です。

まず在社時間については、それがおおよそ労働時間として認められています。死亡の1カ月前で在社時間がおおよそ312時間40分であり、労働時間として認められたのが278時間10分でした。したがって、法定労働時間外労働が一月で106時間45分になります。

平成13年の厚生労働省の「脳血管疾患及び虚血性心疾患等の認定基準」によりますと、発症前1カ月間におおむね100時間を超える時間外労働が認められる場合は、業務と発症との関連性が強いとされています。この判決は、在社時間の多くを労働時間と認めることによって、法定外労働時間がこの水準を超えるものになったことによって本件の死亡を労災と判断することができたのです。国側は、所定労働時間後も残って詰

所にいて仕事をしていたのは本人の自主的なものであり、労働時間とはいえないと主張していましたが、判決は、それらの仕事は、むしろ上司との関係でやむを得ずやっていたと評価しております。判決は、この点で、上司が変わってから、異常な長時間労働になったことを指摘しています。

QC活動についてですが、死亡した労働者は、そのリーダー的な地位にありました。判決は、このQC活動を会社が業務に準じた取り扱いをしていたと評価しています。創意工夫提案活動およびQC活動は、事業主の事業活動に直接役立つ性質のものだとして業務性を認めています。それから、交通安全活動も運用上の利点があり、事業主が育成支援しているので、業務起因性を判断する際には使用者の支配下における業務であるとしています。

当然といえば当然ですが、組合活動である職場委員会の活動に従事した時間については、労働時間に含まれないとされました。

月の時間外労働が100時間を超えたという労働時間の認定を前提として、それが突然死を含む心停止発症との関連性が強く、他に特段の素因がないことから労災を認めたという判断の流れは、最近の裁判例の中でもオーソドックスな判断かなと思います。

この判決で注目すべきだと思ったのは、創意工夫提案とかQC活動というのを使用者の支配下における業務と考えて、その意味で労働時間として認定したということです。

これまで労災との関係で言うと、小集団活動でスポーツを行っていたことなどは、それ自体では業務遂行性が認められませんでした。しかし、本判決では、創意工夫提案とかQC活動は会社の生産性向上に役立っており、会社がそれを積極的に評価をしているということが業務性の認定につながったのかなと思います。

本件では問題になっていませんが、これを例えば労働基準法上の労働時間と考えられるのかどうかですね。もしそうなるとすると、この判断というのはかなり広がりを持ち得る判断なのかなと。つまり使用者の支配下における業務としか言っていないので、必ずしも指揮監督下にあるとは言っていないのですが、それをどう考えていくか、そのあたりを議論できればと思います。

*業務性の認定

土田 創意工夫活動については、給与は支払われ

ていたのでしょうか。

島田 給与ではないんですが、一部の時間に残業代が払われたようで、おそらくは賞金・研修助成金といった意味合いでしょう。だから、その限りにおいては、労基法上の賃金ではない。

土田 小集団活動に要した時間が労働時間かどうかという問題については、参加が義務的だとか、指揮命令で参加したとか、要するに指揮命令下にあることが要件で、自由参加であれば違うというのが裁判例の立場ですね。また、労働時間一般に関しても、三菱重工業長崎造船所事件（最一小判平12・3・9民集54巻3号801頁）は、指揮命令下説に立った上で、「労働者が、就業を命じられた業務の準備行為等を事業所内において行うことを使用者から義務づけられ、または余儀なくされたとき」に労働時間になると言っています。

これに対して本件の場合は労災事件ですから、指揮命令下とか強制的要素があろうとなかろうと関係はないという判断と読んでよいのでしょうか。つまり判旨は、本件活動が事業活動に直接役立つ性質のものであり、事業主が育成支援するものであるという点を重視していますね。小集団活動への参加状況が人事課課の要素とされたり、先ほどの研修助成金の支給もあるという認定が前提となっています。そうした点からすると、客観的に事業に直接役立つ活動であれば支配下にある業務だという判断でしょうか。そうなると、労働時間の判断とは明らかに異なってきますね。

島田 労災を認定する場合の基本的な基準は業務起因性の有無であり、業務起因性があるとされるためには、業務遂行性がが必要です。通常の労働時間中の事故であれば、業務遂行性を満たしますが、例えば親睦会というような場合は会社からの強制的要素があれば業務遂行性を認めるというのが一般的な判断基準です。

本判決では、長時間労働による疲労の蓄積を認定する上で、小集団活動という、一応は自主的な側面を持っている時間をどう考えるのかが問われたわけですね。通常は、そのような活動時間が会社からの強制であったかの判断が焦点となるのですが、本判決では、会社からの活動の強制というよりはむしろ事業活動に直接役立つ性質があるという側面が重視された点が特色だと思います。

土田 従来、業務遂行性について、強制的有無は判断の強い要素とされていたのでしょうか。

島田 勤務時間外のときはそうですね。小集団活動

としてのスポーツなども参加が任意であれば業務遂行性がないとされてきたように思います。

土田 そうすると、本判決は、労災事件として見ても、新しい判断といえるのではないですか。事業主が小集団活動を重要な事業活動の一環として位置づけていれば、指揮命令や強制的要素がなくても労災保険法上の業務遂行性を認めるとしたわけですね。

島田 そうだと思います。ただ、ここで認定された要素があっても、なお会社が直接命令したという根拠がないので、労働基準法上の労働時間からは外れるということになるでしょう。

土田 外れるでしょうね。ただ、労災事件としてもこれは影響が大きいでしょうね。

島田 大きいですね。

土田 本判決の射程としては、労働時間には直結しないというのは当然ですね。ただ、三菱重工業事件は、業務の準備行為等を使用者から義務づけられた場合以外に、「余儀なくされたとき」も労働時間になるとしています。仮に、QC活動について明示の指揮命令がなくても、業務に組み込まれていて、労働者としては参加することが当然ということになれば、この「余儀なくされたとき」に当たる余地があるようにも思います。そうすると、労働時間の判断にも影響があるかもしれません。

島田 そうですね。

土田 先日新聞で報道されていましたが、QC活動も業務とする企業が増えているようで、この判決の影響があったのかもしれないですね。

島田 サービス残業が実務でも深刻な問題となっているので、会社もセンシティブになっていると思います。

土田 そうかもしれないですね。

4. 介護目的の経路逸脱と通勤災害該当性——

国・羽曳野労基署長（通勤災害）事件（大阪高判平19・4・18労判937号14頁）

事案の概要

被控訴人X（一審原告）は1級身体障害者の認定を受けている義父の介護のため、自宅と勤務先の通勤経路外にある義父宅に立ち寄ったところ、その帰路交通事故にあい、休業を余儀なくされたために、労災保険法7条1項2号に規定する通勤災害に該当するとして控訴人Y（一審被告）に休業給付の支給を申請したところ、Yが不支給処分をしたので、この

取消しを求めて提訴した。

島田 本件は通勤災害の休業給付の問題です。

妻の父親が1級の身体障害者で、義兄と同居していたのですが、義兄は仕事で遅く、妻も同様の状況であるので、この人が週4日程度夕食と入浴の介助を行っていました。その帰宅途中に交通事故に遭い、けがをして休業を余儀なくされた。これが通勤災害に該当するのかというのが争点です。

論点としては、まず帰宅行為と業務の関連性。労災保険法上の「就業に関し」の行動と言えるか、これが1つ。それから2番目として、介助をしていたことが逸脱と言えるのか。それから3番目は、仮に逸脱となったときに、合理的経路に服していたと言えるのか。この3点が論点です。

まず1点目の「就業に関し」については、国の主張は、介護のためにそこに向かっていたということで就業から離れているというものでしたが、判決は、最終的には帰宅をしているので、介護のための移動ではなく、通勤途中の逸脱の問題として考えればよいとしました。

通勤中の逸脱が「日常生活上必要な行為であって厚生労働省令に定めるやむを得ない事由により行うための最小限度のものである場合」については、労働者が合理的経路に服した後は、再び通勤とされます（労災保険法7条3項）。したがって、本件では、介護に要した時間がこの逸脱に該当するかが争点となりました。厚生労働省令は、日用品の購入その他これに準ずる行為のほか、職業訓練および学校における受講、選挙権の行使、病院などでの診察・治療を列挙しています（労災保険法施行規則8条）。これによると、介護は明示されていないので、これら列挙されている事項の中でも比較的包括的な「日用品の購入その他これに準ずる行為」に含まれると解釈することができるかが論点でした。この点、判決は、それを「労働者本人またはその家族の衣、食、保健、衛生など家庭生活を営むうえでの必要な行為」というものも、必ずしも限定的には考えずに、時代の変化に応じて判断していくべきとして、介護もこれに該当すると言っています。さらに問題となるのは、「最小限度のもの」と言えるかです。これについては、目的達成のために必要な最小限度の時間、距離と解されてきましたが、判決は、この観点から介護に要した時間が相当長時間であっても最小限

度と言えるかと評価しました。判決では、日常生活上必要な行為として認められる病院での治療には、例えば人工透析をやるために5時間かかったという例もあり、これを排除はできないのであり、時間の長さというのはその行為の性格によって決めればいいので、機械的に見るべきではないとしております。

*合理的経路

合理的経路に服しているかという点は、厳密に見ると非常に微妙です。本来の合理的経路を通らないで反対側を通ろうとして、その途中でバイクにはねられたからです。しかし、判決では、狭い道のどちら側を通るかというのは必ずしもそれは一概に何とも言えない、合理的経路は1つではないとして本来の合理的経路に服したと認めても差し支えがないと判断を下しました。

通勤災害というのは、通常の労働災害とは違って、もともと使用者の責任領域外のいわば事故について労災になぞらえた補償をするという性格を持っています。通勤災害は、労働災害の責任保険としての性格ではないことから、これまで比較的限定的に解釈されてきました。

労災保険法が予定しているこの通勤という概念は非常に限定的で、住居と就業の場所との合理的経路の往復、言ってみれば会社にまっすぐ行って、仕事が終わればそのまままっすぐ帰宅するというのが補償の対象となる通勤とされてきました。

ただ、単身赴任や二重就業の場合について、これを緩和するような法改正が行われたり、通達等が出されたりと、最近では、現代の就業をめぐる環境変化に対応する動きが見られます。このような動きとの関係で介護という問題をどのように位置づけるのがこの判決の焦点です。要介護者と同居しているときには問題にならないことが、別居している場合の介護では問題となるということが、介護という現代社会の日常生活において非常に重視されている行為であるという視点から見ると、従来の判断基準を硬直的に当てはめるのは適当ではないと裁判官は判断したのではないのでしょうか。厳密な解釈からいくとこれを「日用品の購入その他これに準ずる」（労災保険法施行規則8条1号）とするのはかなり強引な解釈ではありますが、結果的には妥当な判断ではないかという印象です。

それから、帰宅行為と業務関連性についての判断は、

とくに問題がないと思います。

合理的経路に服したかについては、有名な札幌中央労基署長事件（札幌高判平元・5・8労判541号27頁）もあって、厳密に言うともまだ合理的経路に服していないという形式的な解釈も成り立たないわけではなかったでしょうが、おそらく合理的経路に非常に近接していたということで合理的経路に服したものと認めたのだと思います。

全体として通勤災害に関する裁判例は、実務より少し緩やかに解釈をしようという傾向が強いと思いますが、それが社会的にも支持されているように思います。

土田 まず、合理的経路についての判断は妥当だと思えます。要するに多少の距離の問題で、道路の右側・左側というようなことまであまり細かく言うのはどうかという気がします。

*「逸脱」の判断

一方、本件が合理的経路の逸脱中断の例外である「日用品の購入その他これに準ずる行為」（労災保険法施行規則8条1号）に当たるのかという点については、やや疑問があります。確かに、この判決が言うように、社会常識に照らして判断し、例外に含める立場もあると思えます。

しかし他方で、通勤災害の趣旨としては、本来は使用者の責任領域外だけれども、仕事をするのに不可欠な行為だから特別に社会的危険として含めたという趣旨があって、この趣旨を踏まえると、逸脱中断の範囲はそれなりに限定すべきだという主張もあり、そちらの方にも説得力があるように思えます。

本件の場合、国は、「日用品の購入その他これに準ずる行為」とは、日常生活に供する物品の購入と態様・性質を同じくする行為と解釈すべきであり、介護目的の経路逸脱はこれに当たらないと主張しています。私も、本件のような介護の問題を、労災保険法7条3項の「日常生活上必要な行為」や規則8条1号の解釈として認めるのはやや行き過ぎで、むしろ、立法措置で対処すべき問題ではないかという気がするのです。

島田 確かに、本件の場合、近隣に住んでいますから、いったん帰宅してまた介護に行くという選択肢も可能だったと思いますので、「日常生活上必要な行為」といえないという解釈もあり得ると思います。ただ、通常の人間の行動パターンからすると、やはり帰宅途中に立ち寄るということが多いのではないのでしょうか。

介護あるいは看護のために立ち寄る行為ということの意味を現代社会で考えると、多少の拡張解釈は、合目的と言えそうな気がします。核家族化し、かつ通勤距離が長いということが普通の現代社会においては、通勤の途中で介護または看護のために時間を使うということが日常生活に含まれる行為だという理解も可能かなという気がします。

土田 それはよくわかりますが、そういう事態を労災保険法の通勤災害制度で保護すべき利益と考えるかどうかですね。また、保護すべき利益と考えたとしても、介護目的の経路逸脱までが「日用品の購入その他これに準ずる行為」に含まれると解釈できるのか。判決は、その前提として、「日用品の購入その他これに準ずる行為」の中には、「本人または家族の衣、食、保健、衛生など家庭生活を営むうえでの必要な行為」が含まれると述べていますが、こういう解釈をすると、とめどもなく広がる可能性があると思います。そうすると、むしろ立法的課題と考える方が筋のような気もするのです。

島田 それは確かですね。日常生活上必要な行為についての施行規則は、限定列举と解するのが一般的ですから、確かに土田さんのおっしゃることもよくわかります。ですから、逸脱・中断についてもう少し立法的な整備が必要という点は賛成です。

ただ、7条3項ただし書きの「日常生活上必要な行為であって厚生労働省令で定めるもの」という部分は、「日用品の購入その他これに準ずる日常生活上必要な行為」とされていたものを昭和62年に改正したものです。その趣旨は、「日常生活上必要な行為」を「日用品の購入」に準ずるものに限定せず、その範囲を厚生労働省令で定めるとして柔軟化したものです。投票や病院にいく行為は、もともと「日用品の購入その他これに準ずる日常生活上必要な行為」と解されていました。このことを考えると、労災保険法施行規則8条1号の「日用品の購入その他これに準ずる行為」を柔軟に解釈することも許されるのかなと思います。

土田 確かに、労災保険法7条3項の「日常生活上必要な行為」は、規則8条の方では、本来仕事に伴う不可欠な行動という範疇を超える範囲に広がっていますね。

島田 例えば職業訓練などは重要ですが、介護や看護が排除されて、それが「日常生活上の必要な行為」というのもどうかと思います。

土田 アンバランスであることは確かです。だから、通勤に伴うリスクを通勤災害の対象にできるだけ包摂するという政策判断があるのであれば、それはそれでいいと思います。でも、それならばやはり立法措置が筋ではないかということです。もちろん、立法には時間がかかるから、裁判所が具体的な事件処理を考えてこういう形でいわば拡張解釈をしていくというのわかります。しかし一方、通勤災害制度の本来の趣旨が忘れ去られていくという危惧も少し持っています。

島田 おそらく「日用品の購入その他これに準ずる行為」について、裁判官は、限定列举の一つというよりも緩やかに解していいという理解なのでしょうね。

土田 そうでしょうね。微妙なところではあります。

5. 同業他社への派遣会社経由での就労等と退職後の競業禁止義務——ヤマダ電機（競業禁止条項違反）事件（東京地判平19・4・24 労判942号39頁）

— 事案の概要 —

原告Xは家電製品の量販店チェーンを全国的に展開する株式会社であって、一定の役職以上の従業員に対し、X退職後1年以内は同業種への転職をしないとする競業禁止義務等を負わせていた。被告YはXの元従業員で部長・店長を務めており、退職時には当該取り扱いに従った誓約書も提出していたが、Xを退職した1カ月後に人材派遣会社を通じて、競業会社に入社したため、XはYの競業禁止条項違反を理由として損害賠償を請求した。

土田 本件は有名な家電量販店の従業員で店長等を歴任した人が「退職後最低1年間は同業種（同業者）、競合する個人・企業・団体への転職は絶対にいたしません。違反した場合には、損害賠償ほか違約金として退職金を半額に減額するとともに直近の給与6カ月分についての法的措置に異議を申し立てません」という誓約書を提出して退職したにもかかわらず、退職直後に人材派遣会社に登録して同業他社の子会社に派遣され就労し、1カ月半後に同業他社に入社したため、会社がそれを根拠に損害賠償を請求したという事案です。判旨は、請求を一部認容しています。

争点としては、競業禁止義務の有効性、競業禁止条項への違反の有無、それから、損害賠償の額をどう算定するかという3点があります。

前の2つについては、まず本件誓約書は競業禁止義

務を定めたものであると判断し、その要件については、退職従業員には職業選択の自由があるので、競業禁止条項もすべて認められるわけではなく、目的、在職中の地位、転職の範囲、禁止の範囲、代償措置の有無等に照らして、転職を禁止することに合理性があると認められないときは、公序違反として有効性が否定されると判断しています。

問題は、具体的な当てはめのところで、まず競業禁止条項の目的について、被告は一応役職者だったので、こういう人に守秘義務だけではなく競業禁止を課するのは不合理ではないとしています。しかし、一方で、原告会社は、競業禁止条項の目的はノウハウの保護であると主張しているけれど、そのノウハウとなるものがどういうものかということについて立証していないとします。しかし、判旨は、原告会社と競業他社における販売方法等が同一であるとは考えがたい等として、特に具体的なノウハウの立証がなくても有効性の判断は左右されないと述べています。

次に「同業種、同業者、最低1年」という競業禁止の範囲については過度に広範なものとは言いがたいとして、有効性を肯定しています。

代償については、原告の給与が役職者でない人たちに比べて高額の基本給であったこと、ただこれが競業禁止の代償とはいいがたいという十分な立証があるとは言えないけれども、仮に不十分だとしてもそれは損害額の算定に当たって考慮できるので、これも競業禁止義務の無効原因にはならないとしています。

それから、義務違反については少し変わったことを言っていて、被告が退職の翌日にはもう派遣社員という形を装って子会社で就労しているのは非常に背信的で、義務違反の対応が悪質であり、そうした事情の下で、被告に義務違反の責めを負わせないと解するのは適切でないと言っています。

損害賠償の額については、原告会社は誓約書に忠実に、退職金の半額および直近6カ月分の基本給の違約金の支払いを請求していますが、判決は、会社と退職者に生じる不利益を考慮して算定すべきであるとした上で、給与の1カ月分の相当額の限度で違約金とすることに合理性があると判断し、計143万円の請求を認容しています。

*競業禁止の範囲

私は、本件の競業禁止義務は無効と考えるべきだ

と思います。

問題点はいくつかありますが、まず、競業禁止の範囲について、「同業種・最低1年」をどう考えるかという点が挙げられます。判旨は、かなり甘いという印象があります。いわゆる漠然かつ不明確条項で、これをどう解釈するかということです。

最近の裁判例を見ると、例えばA特許事務所事件(大阪高決平18・10・5労判927号23頁)は、競業禁止義務の内容が不明確な場合には訓示規定と解すべきと判断しており、この事件の一審(大阪地決平17・10・27労判908号57頁)は、どういう内容の条項なのかを説明する義務が使用者側にあるとしています。そういった制約を課す裁判例が多い中で、本件はかなり甘い判断だという印象があります。その点をどう考えるか。

それから、競業禁止義務の代償については、代償として不十分であっても義務違反の算定に際して考慮すればいいと述べていますが、これはおかしいのではないかと。これでは代償措置を競業禁止義務の合理性の要素としておきながら、事実上は合理性審査から排除・除外するという結果にならないかという疑問があります。

義務違反の対応が悪質、背信的なので責任を負わせるのが相当だというのも、これは付加的な判断でしょうが、義務の有効性段階で考慮することはやはり問題があるように思います。

それから、効果論のところ、違約金の算定に関して、この条項の法的性質をどうとらえているのかという問題があります。1つの可能性としては、退職金の支給条項あるいは給与の支給条項であり、請求権自体を発生させない趣旨の条項だという解釈ができますが、おそらくそうではなくて、やはり損害賠償の予定ないし違約金を約定したものと解釈した方が自然だと思います。そうすると、労基法16条との関係が問題となりますし、その点が問題とならないとしても、当事者が何も主張していないのに、裁判所が違反の対応や不利益等を考慮して違約金の額を算定していいのかという問題も出てきます。つまり、仮に違約金だとすると、民法420条に裁判所による増減を認めないという規定がありますので、そこはどうなのか。むしろ、この6カ月の給与と退職金の半額を損害賠償ほか違約金として予定する条項が公序との関係で有効と評価されるのかという点を判断すべきではないかという疑問があり

ます。判旨としては、調整的な解決を狙ったのだと思いますが。いずれにせよ、競業禁止義務違反の効果に関して、こういう違約金という効果が争われた事案はおそらく最初ではないかと思いますので、その点では注目すべき判断と思います。

島田 本判決は、競業禁止義務違反の態様を有効要件のところで問題にしていますが、これは全くおかしいと思います。また代償措置が不十分としながら、それを有効性の判断において問題とせず、損害の算定で考慮すればいいというのも妥当ではありませんね。会社の請求が違約金の請求であることを考えると、少し雑な判断だなという印象があります。

ただ、この競業禁止条項の有効性をどの範囲で認めるかを考える上での一番のポイントは、目的の合理性にあるのだらうと思います。この場合は家電量販店のノウハウということですが、それが保護に値するるのであれば、最低1年ということをして1年と解せばやむを得ないかとも思います。

確かに競業禁止の範囲が不明確ではありますが、本件の場合、全国展開している家電量販店は限定されますので、それらを指すと理解はできないことはない。

土田 「同業種」にも少し疑問はありますが、それよりも「最低1年」の方が問題です。というのは、最低1年という、退職した人から見れば、まず1年は絶対的に義務がある上に、1年を超えてなお義務が存続し得るかもしれないわけです。

島田 判決はこれを1年と解しているようです。

土田 原告会社も1年と主張していて、それはそう解釈できるかもしれませんが。しかし、退職する側はわからない。だから、わかるようにしてあげる義務が使用者側にあると思います。

島田 なるほど。

土田 そもそもこういう漠然不明確条項を認めているのかという問題もあって、私は疑問に思いますが、百歩譲って認めるとしても、その条項がどういう意味を持っているのかを説明する責任が前の会社にあるのではないかということです。それをしておかないと、転職に対する萎縮効果を蔓延させる危険がある。マクロで見ると、職業選択の自由が保障されていますし、従業員が転職してほかの会社で働くということ自体は市場からみれば妥当なことなので、あまり競業禁止義務をラフに判断すると、市場全体への萎縮効果が大きくなってよろしくないという気がしています。

島田 会社が本来防ぎたいことは、ノウハウの流出そのものであって、本来的には守秘義務の問題です。しかし、守秘義務の遵守を監視するというのは実際上難しい……。

土田 秘密を守っているかどうかのモニタリングが難しいですからね。

島田 そこで、守秘義務を担保するために競業禁止義務を課す、というのが実務の考え方だと思います。競業禁止義務は、技術などの流出を防止するために、職業選択の自由という基本権を制約するものですから、おっしゃるようにその有効性を安易に認めるのはまずいだろうと思います。

ただ、この事案を離れて考えた場合、技術とかノウハウの流出、それも国内だけでなく、国外への流出も問題となります。この場合、企業の利益なり、場合によっては国益なりの確保をどのように考えるべきかという問題が残るように思います。不正競争防止法で十分だとは言いきれないのではないのでしょうか。

それと、競業禁止義務の期間というのは、その技術なりノウハウが持っている一種の賞味期限という観点が必要だと思います。技術革新の速度が非常に速い業界では、1年もたてば陳腐化するわけですから。その意味では、競業禁止の期間とその競業禁止で守るべきノウハウの範囲はもっと厳密に考えなければいけないでしょう。

*代償措置

土田 代償についてはどうですか。本件についても、一般論としてもそうなのですが、守秘義務は重要ですが、モニタリングが難しいので、それを担保するために競業禁止も課すということ自体がいけないとはいえません。しかし、競業禁止義務を課すのであれば、それなりの明確な要件と経済的な代償をしておかないと、そこは利益の調整がとれないし、マクロで見てもよろしくないのではないかと。

それから、競業禁止の期間についても、競業禁止義務の有効性をいくつかの要素の総合判断と考えれば、ノウハウが重要で賞味期限が長ければ、言われるとおり、その分競業禁止を長目に認めてもいいかもしれません。ただその場合は、経済的な代償を高目にする必要があるのではないかと。そうして考えると、本判決は、代償というものの意義にあまりに無理解という印象があります。

島田 わかります。だから、要するに何についてどれだけの期間、競業禁止義務を課するのが合理的なのかと。その期間に対応した経済的な代償として代償措置を考えるとというのが筋だろうと思うのですが、どの裁判例を見てもこれらがややばらばらに判断されているように感じています。

もっとも、代償措置の問題は、実務的な感覚からすると、技能流出防止の担保とはならないそうです。海外から引き抜きなどというパターンだと、代償措置があっても、同業他社への就職をとめることが困難とのこと。そうなると、代償措置の意味というのは何に対する代償なのかと。その労働者がある程度の期間ノウハウ等を使えないことによる経済的損失に対する代償ということでしょうか。

土田 私は、代償というのは、まさに職業活動の自由を制約されることの代償と考えていますので、だから重要だと考えているのですが。それはともかく、今言われた点については、海外にせよ国内にせよ、引き抜かれて行ってしまうのはやはり経済的な保障なり代償がないという点も大きいと思います。

島田 代償措置があろうとなかろうと行ってしまうことはありますよね。

土田 その場合は、代償金の返還請求とか不当利得の返還請求をすればいいのでは。

島田 それはあり得ますね、確かに。

土田 それはもちろん可能だと思います。

島田 もっとも、労働者が安易に技術を同業他社に持ち込んでも、それが陳腐化すると、とくに外国企業では、あっさり首になってしまうというケースが少なくないようですが。

*損害額の算定

島田 損害額の算定について、まず、退職金額については、あくまでも退職金を支払った上での話なので、不支給条項ではないというのはおっしゃるとおりだと思います。

また、この条項は、どう見ても競業禁止義務違反に対する違約金ですから、おっしゃるとおり裁判官が金額をいじるというのはおかしいと思います。ただそうすると、退職金の半額プラス直近6カ月ということは、本件で言えばおよそ500万円以上ですよ。これはこの人の年収を考えると、いかに何ともひどいと裁判官が考えて、この条項を損害賠償請求額の上限だと解釈

をしたんだろうとは思いますが。

土田 なるほど。

島田 競業避止義務が有効だと考えると、違約金条項が無効だというのはちょっとかわいそうかなという感じもしますけどね。

土田 私は、本件競業避止条項は無効と考えるので、そういう無理な調整は不要と思います。ただ、ご趣旨はよくわかります。本件では、よほど被告の心証が悪かったのでしょうかね。

島田 誓約書を出さなければ退職金が出ないというところはあるんですが、退職金をもらっていて、計画的に同業他社に移ったということが裁判官には背信的と見えたのかな。

土田 そうでしょうね。ただ個別のケースで見て背信的だというのは理解できますが、競業避止義務に関する裁判例として残るわけです。そこを考えると、裁判所には、競業避止義務というものについてもう少しセンシティブに考えてほしい。その意味では、疑問が残る判決です。

6. 事業部門の会社分割の効力と労働契約承継の有無——日本アイ・ビー・エム（会社分割）事件（横浜地判平19・5・29 労判942号5頁）

— 事案の概要 —

原告Xらは被告会社Yが会社分割（新設分割）を行った際、設立する会社へ承継する営業に含まれるとして分割計画書に記載されたため、会社分割による労働契約承継を拒否する権利がある、Yの行った会社分割は手続に瑕疵がある、本件会社分割は権利濫用・脱法行為に当たり、労働契約が設立会社に承継されたとした部分は無効である、などとして、分割会社における労働契約上の地位確認および慰謝料を請求した。

土田 会社分割と労働契約承継に関する最初の本格的判決です。

被告会社は訴外会社と合併でハードディスク（HDD）事業に特化した会社を設立し、本社のHDD事業部門を新設分割した上で、この合併会社にその会社の株式を譲渡することとしました。それに伴って、このHDD事業部門に所属していた人たちも設立会社に承継されることになったのですが、その中の原告らが、会社分割の手続に瑕疵がある、あるいは会社分割は権利濫用や脱法行為に当たるとして、被告会社に対し、労働契約上の権利を有することの確認を求めたの

が本件です。

主な争点は2つあります。

第1に、労働契約承継の効果を争う訴訟ないし方法です。この点について会社は、会社分割無効の訴え（旧商法374条の12）によるべきと主張しましたが、判旨はそれを退け、原告の主張に沿って、会社分割の無効を対世的に争う場合には商法上の会社分割無効の訴えによる必要があるけれども、そうではなくて本件のように労働契約の承継を争っているにすぎない場合には、商法等の改正附則5条に定める協議の不履行が会社分割の無効原因になり得るのであって、その無効原因を主張して労働契約が承継されないことを主張することは許されるとしています。

第2は、労働契約承継の手続の問題です。1つは、商法等改正附則による協議、これを5条協議と言いますが、この5条協議をきちんと履行したかどうかということです。この協議は、労働者個人との協議手続ですが、判旨は、会社による5条協議の履行を肯定しています。また、労働契約承継法7条に基づく過半数組合等との集団的な協議（7条措置といいます）についても、履行したと判断しています。

なお、本件の特色は、原告たちが5条協議について労働組合に交渉を委任したという点です。原告は、それでも個人と協議すべきだということと、もう1つ協議が十分に行われていなかったという2点を主張したのですが、判旨は、前者については、委任した以上、個人と協議をする必要はないと言っています。これは全くそのとおりだと思います。

5条協議に関する具体的判断としては、判旨は、労働契約承継法の指針を踏まえて、5条協議の趣旨は、労働者の意向を汲むための協議を分割会社に求め、個別労働者を保護するための規定と解した上、「5条協議を全く行わなかった場合、または実質的にこれと同視し得る場合には会社分割の無効原因になりうる」という要件・効果を立てて、本件については原告らが委任した組合との協議は行われていると判断しています。承継法の指針は、この5条協議について、「十分な説明」「希望の聴取」「協議」という3点を挙げているのですが、これらについてもそれぞれ行っていたとしています。例えば、分割会社が労働組合との間で合計7回にわたって協議を行っているとか、組合の要求、質問に対する回答書面を送付している、原告らが移籍に反対の意思を表明した等々のやりとりを踏まえて、説明と

希望の聴取と協議を行ったと判断しています。

それから、7条措置については、労働者集団の意思を反映させる目的の措置だと述べた上で、ただ、努力義務と位置づけています。そのためか、7条措置の不履行が会社分割の無効原因になるかどうかについては明言を避けており、仮定形で、仮に分割の無効原因になり得るとしても、分割会社が努力を全く行わなかった場合または実質的に同視し得る場合に限られると、こういう規範を立てた上で、本件では7条措置違反はないと判断しています。

要するに、この判決の基本的な考え方は、5条協議にせよ7条措置にせよ、それを全く行わなかった場合または実質的にそれと同視できる場合には、会社分割の無効原因になる（7条措置の場合は無効原因になり得る）という考え方です。もっぱら指針に沿って判断したものです。

そこでコメントしますと、まず、労働契約承継の効果を争う方法についてですが、判旨のように、会社分割の無効原因となり得るという考え方（いわば絶対効説）もありますが、学説では、そのように考える必要はないという考え方も有力です。会社分割の無効原因になると考えるのではなく、労働契約承継が承継されないという効果だけを問題にすればいいという見解です（相対効説）。

私は、どちらかというところの相対効説に賛成です。まず、商法附則5条の文言としては、「改正後の商法及び有限会社法の規定に基づく会社の分割に伴う労働契約の承継に関しては、分割会社は分割計画書等の本店備置日までに労働者と協議するものとする」となっており、会社分割の無効と直結するわけではありません。次に、実質的に考えると、一方では、絶対効説のように、労働契約承継に関する5条協議の不履行だけを理由に、会社分割全体の無効という大きな効果を及ぼすだけの必要があるかという疑問です。

他方、この絶対効説に立つと、5条協議の不履行は、会社分割の無効という大きな効果をもたらすので、義務違反が認められるのは、分割会社が協議を全く行わないか、あるいはそれと同視できるような重大な協議違反がある場合に限られ、そういう場合に限って労働契約承継が否定される結果になってしまいます。そうすると、それは必ずしも当事者の意思や利益に合致しないのではないかという気がします。そこが1つの問題点ですね。むしろ、5条協議の不履行の効果として

は、労働契約承継の効果発生を阻止する原因となる、言いかえると、分割会社に対して労働契約上の地位の確認を求めることができるにとどまるといえば足りるのではないかというのが私の意見です。

次に、5条協議に関する具体的判断についてです。判旨のように絶対効説に立つことを前提に、5条協議違反に関する判断が十分かといえば、これはやや不十分ではないかという疑問があります。先ほど言いましたとおり、「十分な説明」「希望の聴取」「協議」という指針の基準に則るのはよいとして、分割会社がそれをきちんと履行したのかどうかについては、先の判旨の判断からはよくわかりません。本件の場合、分割会社が協議を全く行わなかった場合にはもちろん当たらないけれども、実際どういう対応で行ったかという認定判断がないために、「実質的に協議を行わなかった場合と同視する場合」に当たるか否かの判断が、非常に形式的な判断になっていると思います。例えば、会社が5条協議に必要な情報を組合に提供していなかったとか、形式的応答に終始する「見せかけ協議」に陥っていた場合は、7回の協議にもかかわらず、「実質的にこれと同視し得る場合」に該当することがありうるのではないのでしょうか。

*5条協議の意義

鳥田 5条協議という個別的な協議がなかったことが会社分割の無効原因になるというのは、難しいですよ。いずれにしても会社分割自体の無効と労働契約承継の効果とは分けて考えるのが適当だということはおっしゃるとおりだと思います。

本判決が、協議について形式的判断にとどまっているというのも、結局5条協議を全く行わなかったかそれと同視し得るかという非常に厳しい条件を立てているために、多少なりとも協議を行ってれば、全く行わなかったわけではないという判断につながっていると思います。だから、形式的判断だから問題だというよりは、全く行わなかったかそれと同視し得る場合という枠組みを立てること自体に問題があるのではないのでしょうか。

土田 確かに、今言われた枠組みについて先ほどの相対効説に立てば、まさしくもっと柔軟な判断となると思います。しかし、先ほど言ったのは、5条協議の不履行が会社分割の無効原因になるという判旨の立場（絶対効説）に立ったとしても、それでもやはり不十

分ではないかということです。つまり、論点は2つあって、枠組み自体の問題と、絶対効説の枠組みに立った場合の具体的判断の問題です。

島田 なるほど。

土田 つまり後者については、本件では、会社は5条協議を行っているわけですから、5条協議を全く行わなかった場合に当たらないのは当然の話です。しかし、「実質的にそれと同視し得る場合」にも当たらないという判断は、仮に絶対効説に立ったとしても、それを裏づける判断が形式的にすぎるのではないかと思います。7回の協議で何をしたかということの判断があればいいのですが、それがないので、判旨の枠組みを前提にしても不十分だと思います。

島田 土田先生のお考えだと、これはこのXらの労働契約の承継の話になるので、ほかの組合に入っていない人たちの5条協議がどうだったかということは考慮に入らないということですね。

土田 ええ。相対効説だと、そこが違ってきます。相対効ですから、原告以外の人たちがどうしていたかということはさしあたり関係ありません。

島田 絶対効説だと、そういう点も主張し得るということになるわけですね。

土田 そうです。なお、分割会社が5条協議を全くしていないという場合には、それは分割の無効原因になると考えてもいいかもしれません。

*5条協議の要件

島田 原告の場合は組合に委任したので問題はすっきりしているのですが、組合がなくて、かつ非常に対象人数が多いという場合、個別協議のあり方というのはどうなるのでしょうか。つまり、ほんとうに文言どおり個別にやらなくてはいけないのか。この事案でも一応説明会をしたりはしていますね。

土田 そうですね。ライン専門職に分担して協議させたりはしているようですね。

島田 その程度の協議でいいという理解でしょうか。

土田 判決の認定によると、ライン専門職等に対して会社から最低3回は協議を行うよう指示し、これを受けて全員を集めた説明会を開き、報告して協議したということのようです。これはこれでいいと思うのですが、同時に、従業員のアンケートの結果によれば、協議と言っても、実は非常に一方的であったとか、もう方針が決まっているということで、協議というより

はむしろ結果の説明だったというのです。そうすると、問題は協議の態様で、一人ひとり面談してやる必要はなく、集会でいいと思いますが、実質的に協議に値することをしたかどうかが重要だと思います。

島田 何をすれば協議があったと言えるとお考えですか。

土田 絶対効説を前提とすると、まず、協議ですから、合意を達成する必要はありません。しかし、指針は、労働者が組合に委任した場合の協議義務については、分割会社はその組合と誠実に協議すべしと述べています。この誠実協議については、会社分割による労働契約承継が実質的には転籍のようなものであることを考えると、整理解雇のときの説明協議義務に準じて考えるべきだと思います。原告ら以外の従業員との個別協議にしても、原告らが委任した組合との協議にしても、その「誠実」かどうかの判断が抜けていると思うのです。

それから、この問題は、労働契約承継法全体の枠組みとも関連してきます。つまり、承継法3条は、承継事業に主として従事する労働者の労働契約の当然承継を定めており、本人同意の原則（民法625条1項）を排除しています。そうだとすると、5条協議は、民法625条1項の適用を排除し、部分的包括承継ルールを採用するための基本的前提ということになりますから、それに相応しい内容と形式で実質的に行われなければならないでしょう。それはやはり相当回数をかけて慎重にすべきであって、そこを判断してほしかったと思います。

島田 そうすると、判旨は承諾拒否権というのを否定していますが、むしろそれを前提にすべきだと？

土田 そうです。だから承諾拒否権の構成はあり得ると思いますし、あるいは、分割会社に対して労働契約上の地位を確認するための原因となるという構成もあります。私は後者の考え方ですが、承継法の4条、5条の異議申出権の場合、これは分割会社に対して地位の確認を求めることができるということになっていますが、それと同程度の効果を持たせてもいいのではないかと思います。

島田 なるほど。

土田 労働契約承継の帰趨は、7条措置よりも5条協議で大体決まるみたいですから。

島田 7条についてはどうですか。これは努力義務だから、まあ、この程度でしょうか。

土田 こんなものかなと思います。

島田 ただ、判決はこれも無効原因になるかもしれないと抽象的には言っていますが、それはちょっと無理なんじゃないか。

土田 無理でしょうね。努力義務でもあるし。

島田 無効原因としてとか、例えば5条協議を実施していないから承継拒否についての効果が発生するということのように考える必要はないでしょうね。

土田 そうだと思います。

島田 ただ、立法的にはやはりもう少し承継法の中にきちんと位置づけてやっておくべきですよ。改正附則という形で、結局会社法の中にも入っていないわけだし。

土田 承継法に入れるべきでしょうね。縦割り行政で難しいのかもしれませんが。

*なお、座談会終了後に入手した本件の控訴審判決（東京高判平20・6・26 労経速2012号3頁）は、本件原告らの控訴を棄却して、一審判決を支持したが、理由づけはかなり異なっている。控訴審判決は、5条協議の意義ないし効果につき、5条協議違反が一部の労働者との間で生じたにすぎない場合は、これを会社分割自体の無効原因と解するのは相当でなく、一定の要件の下に、労働契約の承継に異議ある労働者について、分割会社との間で労働契約承継の効力を争うことができるようにして個別の解決が図られるべきものと判示し、今回の座談会で議論した相対効説にやや近い判断を示している（厳密には異なるが）。そして、労働者が5条協議違反を主張して労働契約承継の効果を争うための要件としては、分割会社が5条協議を全く行わなかった場合または実質的にこれと同視し得る場合のほか、協議の態様・内容がこれを義務づけた法の趣旨を没却するものであり、労働者が会社分割により通常生ずると想定される不利益を超える著しい不利益を被ることを要すると述べた上、本件はこれに当たらないと判断している。控訴審判決については、今回の座談会で検討を予定している。

7. 2つの組合への所属合意とその一方の組合からの脱退の効力——東芝労働組合小向支部・東芝事件（最二小判平19・2・2 労判933号5頁）

事案の概要

上告人X（一審原告）は、被上告人Y社（一審被告）の従

業員であり、入社当初はY₁社とユニオン・ショップ協定と唯一交渉団体協定を結んでいる被上告人Y₂労組に加入していたが、Y₁社・Y₂労組への不満からY₂労組を脱退し、訴外A労組に加入した。Xはその後Y₁社にチェックオフの中止を求めるとともに、Y₂労組に組合員地位不存在の確認と脱退後に控除された組合費等の返還を請求した。Y₁社らはY₂労組の規約は組合員の自由意思による脱退を認めていない、またY₁社とXの間で取り交わされた「付随合意」により、XがY₂労組を脱退しないことが合意されているとして、Xの請求はこの合意に違反、あるいは権利濫用と主張した。

島田 本件は労働組合からの脱退を制限する合意の効力が問題となった事件です。

非常に変わった事件で、ユニオン・ショップ協定のある組合に対して不満を持った労働者が別組合、地域の個人加盟の組合に加入をして脱退届を出したところ、これに対して脱退をしないでくれという説得があり、また会社もこの地域組合からの団体交渉を拒否して労働委員会に救済を求めました。労働委員会で和解が成立したのですが、それに付随して脱退を一応取り下げ、地域組合にも残る、ただ、この地域組合に残ることについてはもともとの会社のユニオン・ショップ協定を結んでいる組合には明らかにしないと、こういった合意をしました。これが和解に伴う付随合意ということで、これに基づいて脱退を撤回しています。しかし、現実的にはこの人はもう1つの組合に入っていますから、二重組合状態が発生していた。

その後、またXが脱退の意思表示を行い、組合に対しては組合員としての地位にないことの確認、それから、会社に対しては組合費の控除をしない、賃金を自分に払えということの確認を求めたと、こういうものでした。

一審はこの付随合意というのを認めず脱退を有効としたのですが、原審では、この付随合意は有効としました。最高裁はこれに対して破棄自判です。

破棄自判した理由は2つあって、1つにはこの付随合意というのが脱退の自由を制限し、脱退する権利を行使しないことをY₁と約しているということで、これは会社との合意なので、Y₂労組から脱退する権利を行使したとしても、Y₂との間では根拠にならないだろうと。

それで終わればそれは確かにそのとおりでと思うのですが、本件はそこを踏まえた上で、脱退の自由に関してより一般論を述べているというところに特徴があります。つまり組合というのは統制権があって、これ

は脱退の自由を前提として初めて容認されることなんだと。したがって、この付随合意のうち脱退の効力を生じさせないというのは脱退の自由という重要な権利を奪い、組合への永続的な服従を強いるものだから公序に反し無効だと。前者であれば事例的な判断なんです、最高裁が脱退の自由というところはかなり焦点を当てたという意味では非常に意義があると思います。

それに対する議論ですが、基本的に脱退の自由があるということを考える上で、いくつかの事情があります。一般に団体が任意加入であれば、当然に脱退の自由がある。これ自体は当然のことだと思います。

もう1つおもしろいのは、統制権を理論的前提だとやっていることです。

これについては、本件が引用している国労広島地本事件（最三小判昭50・11・28民集29巻10号1634頁）の中で同じようなことを言っているんですが、ただ、国労広島地本の場合は脱退の自由が争点になったのではなくて、組合員の組合に対する協力義務の範囲が問われた事案でした。そこでは、現代の社会的条件のもとでは組合に加入していることが労働者にとっては重要な利益なので、組合脱退の自由も事実上大きな制約を受けているという認識を前提に、だからこそ統制権や組合費納入義務などの協力義務は合理的な範囲に限定されねばならないとしていました。今回はそういうことではなく、むしろ脱退の自由自体の行使ということが問題となった事例での判断であるという点に意義があると思います。

これまでの脱退の自由に関する議論というのは、脱退手続の有効性が議論されてきたのですが、労働者の個別合意が一応あった上での脱退の自由の制約を公序に反するとしたというのは初めての判断であり、ここにこの判決の大きな意義があると思います。

*憲法28条と「脱退の自由」

ただ、若干これに関連して考えておいた方がいいかと思うのは、わが国の通説的な理解では、憲法28条は、積極的団結権を保障するものであって、団結しない自由、消極的団結権を含んでいないとされていることに関連することです。この通説の立場は、ユニオン・ショップ協定を有効としています。労働者が脱退した場合、あるいは組合員たる資格を喪失した場合、労働者が積極的団結権を行使する場合を除いて、ユニオン・ショップ協定に基づく解雇は有効と解されてい

ます。

これに対して、例えば西谷敏教授などは、団結権が消極的団結権という立場から、脱退の自由を団結権の内容と位置づけ、ユニオン・ショップ協定を無効と解釈しています（西谷敏『労働組合法（第2版）』〔有斐閣、2006年〕54, 91頁）。そこで今回の最高裁判決が憲法28条と脱退の自由とをどのような関係と考えているのかが気になります。

積極的団結権に根拠をおくユニオン・ショップ協定がある場合、他組合の結成またはそれへの加入を目的としていなくとも、脱退の自由は、解雇されるという結果を伴うとしても、それ自体制約されていないと考えることもできるでしょうが、結果として、解雇という不利益が伴う自由が制約のない自由と考えるのは妥当ではないと思われます。そこで、本判決のいう脱退の自由の射程範囲は、一応積極的団結権には劣後するものと考えているのではないかなと思います。もっとも、本件では、当該労働者が既に積極的団結権を行使していたので、その点は問題にならなかったのではないかと考えています。

土田 島田先生のように、積極的団結権を脱退の自由の根拠と考えると、本件の場合は二重加入で、別組合に加入する訳ですから脱退の自由が認められると思いますが、脱退後、労働組合には全く所属しないという場合には、脱退の自由は正当化されないことにはなりません。

島田 私は、脱退の自由が積極的団結権を根拠していると言っているわけではありません。この最高裁判決のいう脱退の自由を憲法28条が消極的団結を含まないという解釈との関係でどのように位置づけるべきかをお話ししたつもりです。この判決は、労働組合の任意団体性というのを前提にして、脱退の自由を承認したわけです。しかし、それはあくまでもそこにとどまって、最高裁判例が従来からとっている立場を前提としているのであり、憲法28条に基づく消極的団結権を認めているわけではないことを改めて言ったまです。つまり憲法28条を根拠にして脱退の自由を認めたわけではない。したがって、仮に脱退の自由を行使したとしても、憲法28条の積極的な団結権の行使でなければユニオン・ショップ協定の適用がある、そういう理解なのだろうという意味です。

土田 なるほど。つまり、脱退の自由は任意団体性を根拠に認められるけれども、ユニオン・ショップ協

定の問題は全く別で、労働者が脱退して組合に加入すれば、積極的団結権で保護されるけれども、どこの組合にも所属しない場合には、ユニオン・ショップ協定の適用を受けても仕方がないとなるわけで、その問題には、本判決の射程は何ら及んでないということですか。

島田 そういう理解ですね。

土田 ユニオン・ショップ協定は、今の最高裁の理解だと、積極的団結権を行使しない限り脱退の自由を事実上制限する原因になりますが、それはこの判決では何ら触れられていないということですね。

島田 そうです。もちろん、本判決の争点ではないですから、仕方がないのですが、理論的には考えるべき点だと思います。この判決の考え方は、統制権の根拠についても相当に契約的な発想になってくるんでしょうか。

* 統制権の根拠

土田 私は、この判決がやや不十分と思うのは、組合の脱退の自由が組合の統制権や服従義務の前提になるから認められると述べていますが、そもそもなぜ脱退の自由が前提になるのかという説明が不十分ではないかという点です。

この点について、最高裁判所調査官解説（長屋文裕「時の判例」ジュリスト1353号〔2008〕127頁）は、憲法28条ではなくて、統制権と服従義務に対する個人の活動の自由ないし自己決定に脱退の自由の根拠を求めています。統制権とか服従義務は個人の自由や自己決定に強度の制約を及ぼすから、それら自由の行使としての脱退の自由が統制権などの前提となるのだという趣旨だと思います。この判決についても、そういう趣旨に理解することが可能です。

問題は、それで脱退の自由を説明し尽くすことができるかということです。つまり、統制権や服従義務・組合費納入義務をもつば憲法28条以外の結社の自由、任意団体性から見るのであれば、こういう説明でいいと思います。しかし、統制権も服従義務も憲法28条からも導かれるという理解がありますね。そうすると、それを前提にした場合、統制権とか服従義務から免れる自由、つまり脱退の自由も、消極的な意味だけでも、憲法28条の根拠があるといえないでしょうか。つまり、積極的団結権という意味での積極的・能動的な権利ではないけれど、統制権の反射的效果と

いう意味で憲法28条に根拠があるという理屈の方が労働法、労働組合の実質をきちんと見た理解ではないかなという気がするのです。

島田 私は統制権について法的根拠として憲法28条は直接関係ないと思っています。統制権の根拠は、憲法21条の結社の自由、要するに任意団体であることの当然の帰結と考えています。そして、統制権の行使の範囲は、やはり組合の規約による、すなわち組合員と組合の合意に基づくという理解です。

土田 ただ、通説は必ずしもそうではないですね。憲法28条と関連づけて考えると、統制権は、積極的団結権ではなくて、むしろ労働組合内部の権利義務関係です。この組合内部の権利義務関係と憲法28条を結びつけて考えるとしたら、その前提となる脱退の自由も28条から発生すると考える余地はないかということですか。

島田 西谷教授などは、むしろ消極的団結権を含むという言い方をしています。そうなるとユニオン・ショップ協定は無効だという議論につながってくるのですが。

土田 ただ、西谷教授のように、そもそも組合を結成しない自由——つまり消極的団結権が憲法28条から導かれるというのはちょっと無理があると思います。私は、統制権も服従義務も、憲法21条の結社の自由とともに、28条に根拠を置いており、その派生的効果として、脱退の自由の根拠も憲法21条とともに、28条にもあると考えているのですが。

島田 重疊的にですね。

土田 ええ。脱退の自由の法的根拠も重疊的に考えられないかなと。

島田 なるほど。そうすると統制権については最近あまり議論がないけれど、その法的根拠をもう一度考え直すと、脱退の自由の根拠というのをここまで割り切っているのかという論点が浮かびあがってくるわけですね。統制権も憲法28条が法的根拠であるという見解からすると、今回の最高裁判決は理論的に問題だという議論もあり得るのでしょうか。

* 脱退の自由の濫用

土田 そうですね。それから、二審、高裁までは脱退の自由の濫用が争点となっていました。最高裁では問題となっていません。この点についてはどうでしょうか。事案は特殊ですが。

島田 非常に特殊ですね。会社から和解金として

200万受け取っているのですよね。

土田 それでかつ組合を脱退している。これは脱退の自由があるとしても、濫用ではないかという論点がありませんか。

島田 それは多分最初の時点で判決が、この合意というのはあくまでも会社との関係なので、組合は関係ないと言ったので、組合に対して背信的な要素はないという理解なのではないでしょうか。

土田 おそらくそうでしょう。あくまでも会社との合意の問題としてとらえているから、そもそも脱退の自由の濫用について論ずる必要がなかったということですか。

島田 極端に言えば、労働組合脱退の自由についての議論自体、傍論だったのかもしれませんがね。

土田 ただ、本件を離れると、脱退の自由の濫用を認めるべきかどうかという議論はありますね。島田先生のように任意団体を根拠としたら、濫用ということはほとんど問題にならないけれど。

島田 仮に、濫用が問題になったとして、脱退が無効になる可能性はあるのでしょうか。ある任意団体にいたくないという人間をとどめるといえるのは、できないのではないかと思うのですが。たとえ権利の濫用があるとして、慰謝料でも請求されるということはあるかもしれませんが、団体の構成員として残るといえる可能性はあるのでしょうか。

土田 残る可能性はないと思います。今言われた慰謝料程度でしょうか。

島田 するとやっぱり脱退は無効だと。

土田 無効というより違法となるのかな。残れと強制はできないけれど、その程度の効果は考えてもよいのではないのでしょうか。

島田 極めて例外的な場合にあり得るといえるのでしょうか。

8. 定年直前者に対する協約による退職金算定係数の引下げの効力——中央建設国民健康保険組合事件（東京地判平19・10・5 労判950号19頁）

事案の概要

原告Xは、国民健康保険業務を扱う組合Yに36年間就労した後、定年退職した者である。このXの退職直前の時期に、Xも所属する労働組合ZとYの間で退職金算定係数に関する

改定交渉が行われ、この改定で退職金が大きく減額されることになるため、Xは再三反対の意思を表明したが、結局改定は組合大会の承認を得て実施された。そこでXは当該労働協約の効力を争い、Yに対し新旧規定の退職金差額を請求した。

島田 本件は協約自治の限界が問題になった事案です。

判断の枠組みを見ますと、組合による個々の協約事項に関する締結権限は組合の民主的多数意思による採決によって授権されるもので、したがって一部の組合員に不利益が及ぶ場合などには一定の内制的制約としております。つまり、組合の意思決定、使用者との団体交渉、協約締結の中で不利益を被る組合員の利益に配慮することが組合に求められるとしています。

そして最終的には、協約の締結経緯とか経営状況、基準の合理性に照らし、特定または一部の組合員をことさら不利益に取り扱うなどの目的で締結したとなれば、当該組合員に対する協約の規範的効力が適用が否定されます。

具体的な事実認定ですが、不利益の程度については、当該労働者の退職金額が、改定前は約3784万円だったのが、改定後は3246万円になり、その差額が538万円であり、減額率が約14.2%でした。

また、この新しい制度の適用になって一番最初に定年になるのが本件の原告であるという事情が考慮されています。そのことにかかわるのですが、この退職金規定の減額については、定期昇給を行うことが見返りの条件となっていたのですが、Xは退職直前だったために多く見てもその機会が2回しかないという事情も認定されています。

協約の締結のプロセスについては、団体交渉等はありますが、簡単に言えばおごなりだったのではないかと評価されています。つまり会社から詳しい実情説明を受けたり、各組合員の不利益状況を分析するとか、会社に対案を出したというような形跡が全くないし、反対意思を表明していた原告に配慮した形跡もないとされました。しかも、およそ1カ月半で提案どおりの内容で締結をしていることが認定されています。この結果、組合の中で十分な議論がなかったのではないかと、具体的に言うと、組合員間の不平等を解消するような、あるいは定年年齢に達する者とそうでない者の不均衡解消あるいは緩和のための段階的な指数の提言とか代償措置とかが特段要求されていなかったことが指摘されました。

また、会社側の従業員は50人程度なので、だれがいつ定年になるかというのはわかっていたはずであり、原告の状況を考慮してもよかったのにしていないともいっています。

結局、組合が組合員の利害を慎重に分析して同意をしたのか非常に疑問で、具体的な配慮もなく多数決で押し切っていて、組合内の意見集約、調整のプロセスに公正さが無いということから、原告に対する関係ではこの協約に拘束力がないとしました。ここが本件のポイントです。

締結された労働協約による不利益変更に関する最高裁判決としては、朝日火災海上保険石堂事件（最一小判平9・3・27 労判713号27頁）があります。この場合、朝日火災海上保険というのは合併した会社で定年制が統一されていなかった（55歳と63歳）のですが、経営危機の際、定年を統一して退職金の算定基準を見直した。このときは過渡的に支給基準を53年の本給料に凍結していたし、組合として常任闘争委員会や全国支部闘争委員会で討議を重ね、職場討議や投票も行っていました。また、この協約の締結によって従来の特殊な取り扱いがなくなったものでした。

この最高裁判決は、結論として、「以上によれば本件労働協約は上告人の定年及び退職金算定方式を不利益に変更するものであり、昭和53年から61年までの昇給があることを考慮してもこれにより上告人が受ける不利益は決して小さなものではないが、当協約が締結されるに至った以上の経緯、当時の被上告会社の経営状態、基準の合理性を見ると、同協約が特定または一部の組合員をことさら不利益に取り扱うことを目的として締結されたなど、労働組合の目的を逸脱して締結されたものとは言えず、その規範的効力を否定すべき理由がない」としています。

これは最高裁の事例判断ですが、労働協約の不利益変更の効力を判断する際に、一体何を審査の対象にするかが、この判決はどれもはっきりしないという問題点があります。つまり、一体何を判断の重要な要素としたのかよくわからないのです。意見集約のような手続に重点を置くのか、あるいは就業規則と同じように内容の合理性審査に相当程度入るのが、この判決の判旨からは、不明確だったのではないだろうかと思えます。

労働協約は、就業規則とは違って原則として不利益変更にも規範的効力があるとされていますので、労使

自治の観点から言うと基本的には内容の合理性が推定されるはずですが。だから裁判所が労働協約の効力を判断する際には、意見集約などの組合の意思決定過程の手続に重点を置いて審査をすべきだろうと思います。労働協約の内容の合理性が問題となるのは、手続の慎重さを判断する過程での一要素と位置づけるべきであるというのが私の意見です。

本判決を見ると、一応内容の不利益さというのを踏まえた上で、全体としては組合の締結のプロセス、手続の判断において拘束力の有無を検討しています。私はこの判断手法を適切だと思っています。

今後は、どの程度踏み込んだ手続的な規制が要求されるのかが問題となると思います。本件の場合、協約締結権限ではなくて、むしろ会社との団体交渉が非常に形式的だった、組合員を代表する者として誠実な交渉をしていなかったということから、結論として手続が正当でないとしています。この事例だけでは、組合にどの程度の努力が求められるのかは必ずしも明確にはなっていません。ただ、退職金が約540万円の減額、減額率14.2%が発生するということを考えると、この判決が言うように、定昇があるということも、Xにとってはあまり代償措置になっていないとするのは理解できるかなと思いました。この労働協約に至った経緯において、また結論がこのようにならざるを得なかったのかということについて会社に十分な説明をさせていないという気がします。

*手続的規制と団体交渉プロセス

土田 今言われたことにはほぼ賛成です。朝日火災海上保険事件は、内容審査をするにしても相当緩やかに審査するというメッセージが入っていると思いますが、ポイントがはっきりしていなかった。その後の裁判例は、中根製作所事件（東京高判平12・7・26 労判789号6頁）をはじめとしてかなり手続に焦点を当てて審査をしていて、協約内容の相当性は補充的に問うけれども、むしろおっしゃるように、内容面の不利益が大きければ大きいほど手続の慎重さなり公正さが求められるという意味で審査対象になっているというのが正しい見方だと思います。労働協約の不利益変更に関する考え方としてもそれは妥当だと考えています。

ですから、あまり言うことがないのですが、これまでどちらかというと組合内部の意見の集約プロセスに焦点を当てた判断が多かったのが、今回はかなり踏

み込んで使用者との団体交渉プロセスにまで立ち入って判断したところはかなり新しいかなと思いました。これまであまりなかった判断ではないでしょうか。その意味では、相当思い切った判断だと思います。

島田 そうですね。

土田 本判決は、労働組合には協約締結権限がある、しかし、組合員の利益を代表し、民主的な意思形成を前提とする権限だから、一部組合員に不利益が及ぶような場合は一定の内在的制約があり、その組合員の利益に配慮した決議、決議のプロセス、さらには団体交渉と協約締結が要請されるといっています。一種の公正代表義務のような判示ですが、この要請を、組合内部の手続だけではなくて、交渉プロセスにまで反映させた判断だと思います。そこで、先ほど言われたように、交渉プロセスがおざなりだという具体的評価になっていると思うのです。そうすると、そこまで司法審査が踏み込んでいいのかという疑問が1つ出てきます。

島田 でしょうね。不当労働行為における誠実交渉義務で議論されている内容を組合に求めるようなイメージですね。

土田 まさに、不当労働行為の誠実交渉義務を組合に求めるような判断です。こういう判断は、これまであまりなかったのではないのでしょうか。

一般的に考えると、なぜ協約の不利益変更に関して、その内容に踏み込んで審査しないかということ、これは労使自治の原則があるからでしょう。しかし、労使自治の原則は組合内部の公正な利益調整を前提としているから、組合内部の手続は実質的に審査するという裁判例の立場はよく理解できます。しかし、さらに進んで、労使の交渉プロセスに踏み込むとなると、やはり労使自治との抵触という問題が出てこないのでしょうか。

島田 確かに難しいところですね。その危険性はあるでしょうね。

土田 一方で、組合が不当労働行為（誠実交渉義務）を争うのではなく、個々の組合員が協約の不利益変更について争う場合に、交渉プロセスまで踏み込むとすれば、こういう判断にならざるを得ないような気もします。ですから、私自身はこの判決には賛成ですが、労使自治との関係に気をつけないと、手続審査と言いながら労使自治に大きく踏み込むことになりかねません。たとえば、組合内部の調整手続をきちんと踏んで協約を締結した場合だったら、使用者との交渉プロセスについて、誠実交渉義務のような厳しいチェックを

することはとてもできないでしょう。ですから、そのバランスが問題となるような気がします。

島田 そうですね。一般的な組合の運営で考えると、通常の見解集約のプロセスは一応やっているでしょうけれど、全体として一般組合員はアパシーな状態であって、それほど熱のこもった議論がどこでも行われているわけではないでしょう。この状況において、なり手の少ない組合役員を引き受けた組合員が何とか形をつけているというのが一般的な日常でしょう。不利益変更が生じたときに、急に労働組合に模範的な運営が求められるとなると、これは結構組合としても大変だなという感じがします。

土田 そうですね。

島田 ただ、本件の場合これだけ重大な事項にもかかわらず1カ月半ぐらいでやっているの、ある種組合に誠実さが無いと言われても仕方がないのかな。

土田 ただ逆に言うと、その程度の内部調整しかしていないから、使用者との交渉プロセスまで触れなくても、規範的効力は否定できたようにも思います。

島田 なるほど。ただ、本人から意見を聴いてはいますよね。

土田 本件では、意見を聴くだけではだめで、原告の不利益が過大で、しかも不利益がこの人に集中しているから、内部調整でも団体交渉でも一定の対応をせよという判断ではないですか。本件の場合、内部調整も団体交渉も不十分だとすれば、この判決の判断でいいと思いますが、先ほど挙げたように、内部調整がきちんと踏まれているような場合にどう判断するかというのは大きな問題だと思います。

島田 そうなんでしょう。だから、手続なんですが、その手続は形式的なものであってはならなくて、かなり実質的な要素を含んでいたということですね。そういう意味では、通常使う意味とは違うけれども、やはり労働組合というのは組合員の利益を公正に代表する義務があるというイメージに近いのかな。

土田 そうですね。問題は、公正代表義務の範囲をどこまで考えるか。何度も言うとおりの、内部の意見調整を基本とするのか、利益代表の交渉まで含めて考えるのか。研究者に大きな課題を突きつけた判決だと思います。

*なお、座談会終了後に入手した本件の控訴審判決（東京高判平20・4・23労判960号25頁）では、一審判決を

取り消し、Xの請求を棄却した。控訴審判決は、組合の意思決定過程について一審判決とは異なり、職場集会の開催、それへの本人の出席、団体交渉の実施、臨時大会における決定などの事実から、公正さを疑わせるものではないとしており、また協約内容の合理性についても立

ち入った審査を行っている。控訴審判決は、労働協約による不利益変更の司法審査を組合の意思決定過程の手続に重点を置いた判断手法を適当とした今回の座談会の議論とは異なった判断手法をとっている。この点については、次回の座談会で検討を予定している。

フォローアップ

I. 雇用の多様化——労働者性

①大工の負傷と労災保険法上の労働者性——藤沢労基署長（大工負傷）事件（最一小判平19・6・28 労判940号11頁）

事案の概要

Xは他人を雇わず、1人で工務店の仕事を請け負う大工であったが、マンションの内装工事中に、右手指3本を切断する負傷を被ったことについて、藤沢労基署長Yに対し労災保険法に基づき療養補償給付および休業補償給付の申請をしたところ、労災保険法上の労働者ではないとの理由で不支給処分を受けたため、その取消しを求めて提訴した。

②有期契約ライダーの転倒事故と労基法9条の「労働者」該当性——国・磐田労基署長（レースライダー）事件（東京高判平19・11・7 労判955号32頁）

事案の概要

Xは訴外Z社とモーターサイクルのライダーとして契約し、レースまたはモーターサイクルのテストに参加する業務を受託していた。Xはこの契約に基づいて出場したレースの転倒事故で両下肢完全麻痺等の障害を負ったため、磐田労基署長Yに対して労災保険法に基づく障害補償給付の支給を申請したところ、労基法9条にいう労働者には該当しないとの理由で支給しない処分を行ったため、Xはこれを不服として提訴した。

③フリーランスの英字新聞記者の労働者性——朝日新聞社（国際編集部記者）事件（東京高判平19・11・29 労判951号31頁）

事案の概要

Xら3名はY社の発行する英字新聞の編集部において翻訳記事の作成、記事の執筆業務等に就いていたが、Y社が契約

を打ち切るとしたため、雇用期間の定めのない雇用契約に基づいて就労していたと主張し、地位確認および契約打ち切りとされた期日以降の賃金の支払いを求めて提訴したところ、労基法9条にいう労働者には該当しないとの理由で支給しない処分を行ったため、Xはこれを不服として提訴した。

④1年契約のオペラ歌手に対する更新拒絶と労働者性の認否——新国立劇場運営財団事件（東京高判平19・5・16 労判944号52頁）

事案の概要

オペラ歌手であるXはY財団法人との間で期間を1年とする出演基本契約を締結していたが、この契約期間の終了後、次シーズンからの出演契約を締結しないと告げられたため、契約は労働契約であり、その更新拒絶は労働基準法18条の2、労働組合法7条1号に違反し無効であると主張して、地位確認および契約期間満了後の賃金の支払いを求めて提訴した。

島田 フォローアップでは労働者性を取り上げます。特に昨年の判決で注目されるものとしては、労災保険法上の労働者性が争われた藤沢労基署長事件と磐田労基署長事件があります。それから、契約の終了をめぐる争いであった朝日新聞社事件と新国立劇場運営財団事件も重要です。

まず藤沢労基署長事件は、いわゆる一人親方の大工の方ですが、その働き方は、指揮監督下にはないし、あるいは報酬も労務の提供の対価でもないという判断になりました。

磐田労基署長事件は、オートバイのライダーの事案です。ライダーもレベルによっていろいろなタイプがあるようですが、この人はかなり高度な技術を有しており、自分で会社を立ち上げて、1000万円というかなり高額な報酬でライダー契約を結んでいました。この事案も結論として、場所的拘束性などがあるとはい

え、それらは要するに業務の性格からくるのであって、指揮監督の徴表ではないとされて労働者性が否定されました。

それから、朝日新聞社事件では、結論的には雇用契約ではないとしたのですが、労働者性の判断基準である指揮監督下の労働ということではなく、どちらかという、契約の締結の過程とか契約の形式を重視して判断していることが大きな特徴です。

新国立劇場運営財団事件は、合唱団のメンバーと財団との出演基本契約の更新拒絶の違法性を争う前提として、当該契約が労働契約かが争点となった事案です。

この事案でおもしろいのは、出演基本契約を結んでいる上に、個別の公演・出演契約というのが締結されていることです。ですから、基本出演契約というのがあっても個々の仕事の中身まで決まっているわけではないのです。枠契約と個別の契約のような関係があるのですが、出演基本契約があっても、個別契約を結ぶか否かは自由であり、公演に対する具体的な義務が発生しないし、また、報酬を請求する具体的な権利も発生していないということなどから、労働契約であることを否定しました。

労災保険法の適用のように労働者性が争点となった場合、裁判例は、1985年の労働基準法研究会報告「労働基準法の『労働者』の判断基準について」を基礎とする判断基準によっているのですが、結論としては労働者性が否定される傾向が強いと思います。今回取り上げた事案は一人親方とかライダーのような非常に自営業者性の高い人だったので、現在の判断基準を使う限りはやむを得ない結果だったかなという気がします。ただ、このような人たちに労災保険法が適用できないということをどう考えていくべきなのかは、今後立法的にも考えていくべき課題だろうと思います。

新国立劇場運営財団事件と朝日新聞社事件は、ともに労務指揮および報酬の支払いの形態等を考えると、典型的な雇用契約あるいは労働契約として成立していると考えるのは無理があるのかなと考えました。

朝日新聞社事件は、勤務時間の制約もなければ職務専念義務もなくて、出来高払いでしたし、新国立劇場運営財団事件も、出演基本契約があっても、個別の出演については、その都度契約を締結しているのであって、結局この人たちが出演基本契約に強く拘束されて指揮命令を受けているという関係もないということになります。また、個別の基本契約について諾否の自由

があることを前提とすると、雇用契約の存在を認めるというのはなかなか難しいでしょう。要するにこれら的事案はそれぞれの契約を労働契約として見るのは難しいかと思います。

ただ、朝日新聞社事件にしても新国立劇場運営財団事件にしても、雇用契約か否かということが争点となっているため、雇用契約ではないということになるとそれで終わってしまっています。しかし、この契約自体の打ち切りあるいは更新をしないことが適法なのかという訴訟をすれば、こちらは労災保険法の適用の問題ではないので、もう少し争う余地があったかもしれません。これらの契約には、継続的関係があることは間違いがないのですから、そのことを根拠とすれば、ある程度争う余地はあるのではないかと思います。ただ、それでこの人たちが希望している地位確認が認められるかは疑問ですが、いずれにしても、いわゆる典型的な労働契約ではない労務供給契約の継続性に関する争い方の理論をもう少し考えてもいいのではないかと思います。

* 労基法上の労働者と労組法上の労働者

土田 朝日新聞社事件の場合は委任契約になるのでしょうか。

島田 委任あるいは請負に近いのかもしれないですね。

土田 おっしゃるとおり、今回取り上げたようなグレーゾーンの人々については、今は雇用契約・労働契約かどうかで all or nothing になっていて、労働契約なら労働法が全部適用されるし、そうでなければ全くそもそも契約継続の保護ができないということですね。でも、本当にできないのでしょうか。委任は解約自由ですか。

島田 委任は解約自由だとは言いながらも、有償委任の終了については、別途の法理の適用が可能という議論もありますよね。

土田 グレーゾーンの人々については、3つ論点があると思います。今度成立した労働契約法の類推の問題、委任ないし請負固有の打ち切りの法理、それから労組法上の労働者と言えないのかという問題です。たしか新国立劇場運営財団事件では、労組法上は労働者としていますね。

島田 労働委員会は認めています、裁判所は認めていませんね。

土田 新国立劇場運営財団事件の最後のまとめのと

ところで、労基法、労組法が適用される前提となる労働契約関係が成立していないとしているのが少し気になりました。労基法はわかりますが、労組法のことまで言う必要はないのではないかと。

島田 言う必要はないけれど意識したということではないでしょうか。

土田 つまり、労基法上の労働者と労組法上の労働者は相対的判断ではないということですか。

島田 今の判例の流れを見てみると、労組法の労働者概念と労基法あるいは労働契約法上の労働者概念というものを、どちらかというのと統一的にとらえようという方向にあるような気がします。

土田 でも、それはおかしいと思うんですが。

島田 そうですね。実はそこは厳密に議論されていないのではないのでしょうか。例えば、プロ野球選手会は、司法の場で認められたわけではありませんが、労働委員会での資格審査で労働組合と認められて、社会的に定着しています。この事実を前提にすると労働者概念は相対的だと言えそうですが、具体的に司法の場ではあまり相対的な判断はしていないような気がします。

土田 労組法上の労働者に関する司法判断は、最近ほとんどないですね。

島田 ないですね。だから、今回の新国立劇場運営財団に関する不当労働行為救済命令取消訴訟事件も注目されましたが、やはり労働者性が否定されています（東京地判平20・7・31判例集未掲載）。労組法上の労働者は賃金生活者だということになっていますが、では賃金は何かという定義が労組法にはないので、結局労基法から引用することになり、労働者概念が統一的に考えられることになっています。

土田 ただ、グレーゾーンの人たちが労基法上救済できないとすると、先ほどの委任とか請負プロパーという問題もありますが、まずは労組法上どうなるかを検討する方がいいと思います。地位確認はできなくても、交渉で問題を解決する余地はありますから。労組法上の労働者を柔軟に解して、労基法との相対性を認めなければ、社会的公正さを欠くと思います。

島田 労基法上の労働者だということになると労働関係法規がセットになって適用になってしまうので、非常に慎重な判断になるというのはよくわかります。ですからおっしゃるように労組法上の労働者として、あとは交渉の問題だとするのが社会的に妥当と考えま

すが、理論的にどうするかですね。

労組法ではなくて例えば憲法28条のいわゆる勤労者概念を広くとらえるという議論もあるでしょうが、これだと不当労働行為制度などは使えないので、なかなか難しいだろうと。

土田 団体交渉の案件としてふさわしい事項に関する交渉を求めている者かどうかという基準でいいのでは？

島田 それはどうやって決めるんでしょうか。

土田 団体交渉で解決することが妥当なマターがあればいいのではないのでしょうか。

島田 でも、業者ではダメなのですよ。例えば業者が団体を組んだ場合、独禁法とかの関係はどうなるのでしょうか。

土田 それはまた大問題になりますね。ただそこまですりかかっても、この朝日新聞社事件と新国立劇場事件の2件はそれで解決できるのではないですか。

島田 ただ、団体交渉になじむ事項ということと、労組法上の3条の労働者ということがなかなかフィットしないんです。3条で言う労働者というのは、給与をもらって生活しているということで、交渉事項の方から定まってくるという考え方は必ずしもとっていないのではないのでしょうか。

土田 ただ学説でも、労組法上の労働者は、労基法あるいは労働契約法上の労働者に準じて団体交渉権の保護を及ぼす必要がある者をいい、それが労組法3条の「賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者」の中の「その他これに準ずる収入によって生活する者」に当たるという解釈がありますね（菅野和夫『労働法〔第8版〕』〔弘文堂、2008年〕481頁）。

島田 つまり請負代金等でやっている場合には「その他これに準ずる収入によって生活する者」に入るといえることですか。

土田 そうです。

島田 それは私も賛成ではあるんですが、政策的にはどうなのでしょう。

土田 3条で解釈できると思います。政策的にもそれでよいのではないかと。

島田 その場合、例えば労働組合の定義のところはどうなるのでしょうか。そういう労働者が主体となって経済的目的でやっていたらいいとなりますか。

土田 いいと思います。

島田 なるほど。

土田 そこは柔軟にした方がいいと思います。それから、労働契約法の類推はどうでしょう。

島田 それもあっていい。その場合にはやはり具体的な状況がどこまでそれに近いのかと、つまりそもそも解約に正当な理由が要することの根拠はどこなのかというのを考えると、やはり継続的關係にあるということです。それから、この継続に対して非常に強い利益を持っていると。そういう要素を考えていくとかなり重なってくる点もあるので、それが同視し得るといような場合には類推適用があっても当然いいのではという気がします。自営業的な場合、例えばトラック運転手などで言えば、自分でトラックを買っているとき、それは一応の継続的關係というのを想定して投資しているといえる。そういう要素というのは、労働契約的ではないけれど、継続性という点では似ているとか、いろいろな要素があるのではないのでしょうか。社会政策的な配慮というのものもあるでしょうし。

土田 賛成です。労基法と違って、労働契約法は民事法ですから、類推というテクニックは可能ですからね。その上で、労組法も重要ではないかという意見です。

島田 それは賛成ですね。

* 労災保険法上の労働者

島田 藤沢労基署長事件と磐田労基署長事件の判断については、仕方がないですね。

土田 そうですね。

島田 そういう意味では、新宿労基署長事件の高裁判決（東京高判平14・7・11 労判832号13頁）というのはいろやや特殊な判断と考えていいのでしょうか。

土田 新宿労基署長事件に比べると、藤沢労基署長事件は、労働者性を否定する事情がそろっています。指揮命令關係がない、自由に休んだり作業を切り上げることができ、報酬もかなり高額だと認定されています。事業者性が強い事案だと思います。

島田 ただ、問題は、特別加入も含めて、特に労災については何らかの手を打たないと非常に危険ですね。同じ場所で働きながら、中小企業の事業主にだっで認められているのに。

土田 おっしゃるとおりです。この藤沢労基署長事件では、原告は指3本を失っているわけで、職業生命を失ったようなものです。それは手当てしないと。

* 当事者意思

あと、朝日新聞社事件で気になったのは、判決は、原告らはいずれも正社員ではないことや今後も登用されることのないことについて説明を受け、了解した上で契約をしていると述べて、当事者意思というか、原告たちの意思を重視しているのですが、これは妥当なのかということです。従来の労働者性の判断では、諾否の自由とか、指揮命令關係、拘束性などといった客観的基準で判断していて、当事者の意思はほとんど問題になってきませんでした。ただこの事例の場合、勤務実態が正社員とあまり変わらないということで、決め手がないから最終的に当事者意思によらざるを得ないというニュアンスなのではないでしょうか。結論は問題ないと思うのですが。

島田 どうでしょうか。一審ではしきりに解雇権濫用法理を意識して、労働基準法の適用のある労働契約かどうかということを議論しているんですが、高裁はあまりその要素を出してきていない。労働基準法の適用になる労働契約という言い方をすると、そうは多分ならない。意思を重視するというわけにはいなくなってしまうのですが、そこが何か違いがあるのかなと。

土田 確かに一審の方がオーソドックスというか従来型の判断ですね。

島田 高裁はそういうことはあまり言わないで、むしろ雇用契約としての当事者の意思を重視していくというイメージが強いです。

土田 そうすると、かなり新しい判断ではないですか。

島田 そうですね。

土田 労基法の適用があるかどうかという判断だったら、一審のような労基法上の労働者かどうかという判断になります。ということは、今後、労働契約法上の労働者か否かが問題となるときに、こういう意思とか合意重視の判断になってくる可能性はないですか。

島田 あり得ないことではないかもしれませんが。

土田 労働契約法6条は、労働契約は、「労働者が使用者に使用されて労働し、使用者がこれに対して賃金を支払うことについて……合意することによって成立する」と規定していますから。

島田 まさに合意の要素が強くなっていくかもしれないですね。朝日新聞社事件では、地位確認をする前提として、雇用契約かどうかということを強調していますが、そうなると、例えば雇用契約というのは結局

当事者の合意の話だという判断になるのかな。

土田 なるかもしれませんね。

島田 そうすると、合意した労働というのに対して、例えば指揮命令的な要素がどうなっているのかとか、報酬の支払いがどうなのかと。このあたりは一応は問題になるけれど、ただ、ベースは合意の問題になるのでしょうか。確かにそこを考えると大きな問題かもしれないですね。

土田 ただ、労働契約法6条も、「使用されて労働し、……賃金を支払う」ことについての合意によって労働契約が成立するという規定ですし、2条も、労働者は「使用者に使用されて労働し、賃金を支払われる者」と規定していますから、この条文の実体的内容を重視して判断すれば、従来の客観的基準による判断と変わりはないかもしれません。私は、その方がよいと思います。あまり合意を重視すると、労働者なのに、合意で労働契約なり労働者ではないと仮装されてしまう危険がありますから。

島田 ええ。

土田 この朝日新聞社事件の高裁判断は少し違和感を覚えました。

II. 派遣

下請従業員、元請会社間の労働契約の成否、期間工の雇止め等——松下プラズマディスプレイ（パスコ）事件（大阪高判平20・4・25 労判960号5頁）

事案の概要

訴外A社はPDPパネルの製造等を行っているY社と業務請負契約を締結していた。XはA社に雇用されY社の工場で働いていたが、いわゆる偽装請負の状況だとして、Y社に対し数度直接雇用を求めて交渉を行うとともに、大阪労働局に対し実際にはA社による労働者派遣であるとして、是正申告を行った。Y社はA社との請負契約を解消し、XはA社を退職した。その後XはY社との間で期間工として契約を締結したが、契約期間満了後Y社が更新を拒否したため、地位確認、未払い賃金請求等を求めて提訴した。

土田 本件は、原告労働者が請負会社と労働契約を締結して、この会社と被告会社との間の業務委託契約に基づいて被告会社で就労していたのですが、被告との間で直接雇用の交渉をすると同時に、労働局に対し

て、偽装請負だという是正申告をしました。これを受けて、被告会社は、請負会社との業務委託契約を派遣契約に切り替えました。そこで、請負会社が原告に対してほかの部門に移るよう打診すると、原告はこれを断って退職し、交渉の結果、被告との間で、契約期間を2008年1月31日までで更新もあり得るという期間工としての直接雇用を締結しました。その後、1月31日に満了したので、被告が就労を拒否したため、原告が地位確認、未払い賃金請求、不法行為による慰謝料請求その他を求めて提訴しました。

争われている雇用契約は3種類あって、まず、そもそも業務委託の時期から被告会社との間に期間の定めのない黙示の労働契約が成立していたか否かが争われています（雇用契約1）。次に、原告は、その業務委託は偽装請負で、実は労働者派遣だから、被告に雇用契約申込義務が発生し、被告が労務の提供を受け続けたことによって雇用契約の成立が認められると主張しています（雇用契約2）。第3はその後の直接雇用で、原告と被告の間で雇用契約が実際成立しているわけですが、被告が行った雇止めは信義則に反して許されないと主張しました（雇用契約3）。このように、3つの雇用契約の存在が争われています。

一審は、雇用契約1も雇用契約2も否定しました。雇用契約3については、期間の定めのない契約になっていないし、更新されていないのだから、解雇権濫用法理の類推もなく、雇止めは適法と判断しました。ただし、原告を直接雇用後に割り振ったリペア作業については、必要性に乏しく、直接雇用には備えてことさらに用意した作業という側面もあるとして不法行為を肯定しました。

これに対して原告が控訴して、今回の控訴審判決が出たわけですが、特色としては、やはりこの雇用契約1、つまり、偽装請負の時代から労働契約が成立しているのかどうかについて肯定した点かと思います。もっとも、この判断は、雇用契約3について雇止めを違法と判断するいわば前提という位置づけで、雇用契約1自体について地位確認を認めたものではありません。

ところで、この雇用契約1がなぜ成立しているかという点、請負会社と原告との労働契約が無効だからだという判断が前提となっています。業務委託契約の実態が偽装請負で、脱法的な労働者供給契約として職安法44条や公序違反で無効であるとしています。そして、請負会社と原告との労働契約も違法な労働者供給

契約という目的を達成する契約であり、公序違反として無効になるという判断です。

そうすると、次に、被告会社と原告の間の法律関係というのは何に基づいているのかというのが必然的に問われるわけで、そこで黙示の労働契約の判断になったということです。この黙示の労働契約の成否についての一般論は、これまでの判断とそれほど異なるわけではなく、いわゆる黙示の労働契約説的な判断をしています。

ただし、本判決の特色は、被告会社が実質的に原告の賃金を決定していたと判断したことです。従来、こういう社外労働者受入のケースでは、黙示の労働契約が否定されていた一番大きな理由は賃金の点で、受入会社と労働者間に使用従属関係があるとしても、請負会社が独自に賃金を決定している場合には、労働契約の要素を欠いているという点を理由に黙示の労働契約を否定する判断が一般的でした。これに対して本判決は、原告が請負会社から受領する金員は、被告会社が請負会社に業務委託料として支払った金員から請負会社の利益を控除した額を基礎とするものであって、実質的に被告が決定していたと判断しています。そうすると、単に使用従属関係があるだけではなくて、賃金を実質的に支払っている関係があり、労務提供関係と賃金支払関係があることになって、黙示の労働契約を肯定する判断となりました。

この点、一審は、賃金を決定し支給していたのは請負会社だから、被告会社との間に指揮命令関係があるとしても、黙示の労働契約が成立することにはならないと言っていましたので、この点が大きな特色だと思います。

その結果、どうなったかということ、雇用契約2については、一審は、労働者派遣法の適用を前提に、同法の雇用申込義務によっても雇用締結の効果が直ちに発生しないということで否定したのに対して、二審も否定はしましたが、理由は違っています。つまり、本件はそもそも労働者派遣法違反だという評価があるので、労働者派遣法40条の適用はないという理由です。

それから、雇用契約1については、原告は期間の定めのない契約が成立していたと主張したのですが、その点は本判決も否定していて、期間の定めはあったという判断をしています。

次に雇用契約3（直接雇用の契約）が期間の定めのない契約かどうかという点については、一審は否定し、

本判決も、契約は有期契約であって、期間の定めのない契約まで締結したわけではないとして否定しています。

最終的な雇用契約の帰趨ですが、一審によれば雇用契約3だけが問題となり、雇止めについては、一度も更新がない状況の中で、原告に雇用継続の期待利益があるとはいえないとして適法とされました。これに対して、本判決は、まず本件の雇用打ち切りは解雇だとしています。また、解雇でないとしても、本判決によれば、偽装請負の時代から労働契約が反復更新されていますので、雇止めに対する解雇権濫用法理の類推を認めたと、雇用継続の期待利益も認められるとして、雇止めは許されないと判断しました。

島田 解雇については期間中の解雇ということですね。おそらく、有期契約が反復して続いていて、2カ月、2カ月といくと1月は期間中になるという発想なのでは。

土田 なるほど。ただそれだけでは不十分と思ったので雇止めも判示したということですか。

島田 そうですね。

土田 一審は、これは解雇ではなく雇止めだと述べているんですけどね。それはともかく、本判決は、雇止めについては更新拒絶の濫用として許されないと判断をしています。

リペア作業については、配転命令と把握した上で、直接雇用に備えてあえて用意しており、必要性も乏しいという理由で無効と判断しています。

以上が一審と対比しての本判決の内容です。

*本判決の評価

私は、本判決には反対で、一審判決が妥当だと思います。雇用契約1の成否に関する判断については、まず、職安法44条違反の評価が受入企業との労働契約の成立に結びつくのかどうかという点が問題となります。従来は否定説が一般的で、職安法違反の点は受入企業と労働者間の使用従属関係の根拠とはなるけれども、労働契約の成否は別問題だとしてきました。これに対して本判決は、業務委託契約は脱法的な労働者供給契約として無効で、原告と請負会社との労働契約も、この労働者供給の目的を達成するための契約であり、公序違反によって無効と明言しています。しかし、これには飛躍があるのではないか。この点は議論する必要があると思います。

次に、雇用契約1について黙示の労働契約を肯定する判断については、賃金に関する判断に疑問があります。つまり、判旨のように、受入企業である被告が支払う業務委託料が請負会社の支払う賃金の基礎を成しているという点から、賃金を決定しているのは被告だと判断しているのかという問題があります。従来は、安田病院事件（最三小判平10・9・8 労判745号7頁）などのように、提供企業側の実態がなくて、完全に受入企業側が決めているというような場合はともかく、そうでない場合には、賃金を決めて支払っているのは請負会社の方で、その額に委託料が影響するのは業務委託の性格上当然の話であって、そのことだけから賃金支払関係を認めることはできないというのがオーソドックスな考え方だったと思います。それを踏まえると、本判決は相当大きな飛躍があるのではないかと思います。

それから、雇用契約2については、派遣法の適用を認めて、雇用契約申込義務を肯定しつつ、雇用契約成立の私法的効果を否定した一審の判断どおりでいいと思いますが、こういう場合のサンクションとしては、不法行為による慰謝料責任くらいは考えられないでしょうか。

労働者派遣法上のサンクションとしては、指導・助言や是正勧告などがありますが、私法上のサンクションとして不法行為を認め、雇止めもやや報復的措置のきらいがあるので、そこをまとめて不法行為として慰謝料を手厚くできないかなという気がします。

*偽装請負

島田 まず偽装請負のところ、職安法44条に違反している、要するに違法派遣だと言っていますよね。あるいは労基法6条にも違反して強度の違法性があると。この点はどうなのでしょう。つまり派遣法ができて以降は、一応請負元、結果的には派遣元になるのでしょうか、そこと労働契約関係があれば、派遣法違反を生じたとしても、そもそも業務請負契約が公序違反で無効だと考えてこなかったように思うんですが。

土田 そうですね。そこはおかしいと思います。

島田 というのは、派遣法違反というのはいろいろな場合があり得るので、この場合がどうだったのかは別にして、それがすべて職安法44条に反して業務委託自体が無効になるというのは少し飛躍があります。

土田 そうなんです。その点、本判決は、労働者供

給、業務請負ないし委託、そして労働者派遣をごっちゃに考えている印象があります。とりわけ、判旨は、本件が労働者派遣法に適合する労働者派遣でないということから、脱法的な労働者供給契約だと判断していますが、違法派遣だから直ちに労働者供給ということにはならないはずで、そこに飛躍があると思います。

島田 派遣法ができて派遣というカテゴリーができてからは、労働者供給事業とは違うものとみなされて、違法派遣という概念はあるけれども、例えば請負元とその労働者、あるいは派遣元と労働者と、ここに労働契約関係がある場合は労働者供給事業には該当しないという理解が一般的だったと思います。ところが、本件判決ではそこはあまり考慮していません。違法性にも程度があるので、労基法6条とか職安法44条というのは相当強度な違法性のある場合を前提にしているわけです。ですから、たまたま事実上の労務指揮・労使関係があった場合も、それによって労働者供給が成立するというのは少し危険だろうと思います。だから、確かに先ほどおっしゃられたように違法だったということはあるかもしれませんが、本人たちの意識としてはこれを請負だと思ってやっていたわけで、そこまで厳しく言うのかという感じはします。

土田 同感です。それから、原告と請負会社との間の労働契約が、違法な労働者供給契約の目的を達成するための契約で、公序違反として無効という判断はどうですか。判旨にとっては重要な部分ですが、この理由もよくわかりません。

もともと、判旨は、業務委託が脱法的な労働者供給で公序違反だから、この目的を達成するための労働契約も同じく公序違反で無効という趣旨かもしれません。しかし、そうすると、前提である業務委託契約の評価に飛躍があるから、この判断にも飛躍があるということになります。また、仮に業務委託契約が無効であるとしても、別の契約である労働契約を無効と評価するための理由づけがあまりにラフだと思います。

島田 つまり業務委託契約が無効だとしても、請負会社とこの労働者との雇用契約までがなぜ無効になるのかと。通常は雇用契約というのは別に目的が違法であろうと何だろうと契約が無効になるということはありません。ここは飛躍がありますね。

土田 おそらく、被告会社との黙示の労働契約を認めるための前段階の判断だと思います。しかし、無効まで持っていくのは無理だと思います。

島田 本件の場合もともと非常に違法性が高かったということですが、一般論としても違法派遣の場合にはすべて黙示の労働契約の成立を認めるという議論もありますよね。

土田 ありますね。

島田 それは少し妥当ではないのではないかと。ですからこの雇用契約の無効というのが非常に疑問だと私も思います。

* 黙示の労働契約の成否

それから、賃金についてはおっしゃるとおりで、これを認めると、業務委託とか派遣が成立しなくなるのではないのでしょうか。人材ビジネス否定論のように思えます。

土田 ビジネスが成り立たなくなりますね。

島田 安田病院事件というのは特殊なケースですから。

土田 この点については、本判決に近い考え方として、賃金というものは、別に直接労働契約関係のある会社が支払わなくともよいので、第三者が払っても賃金は賃金だから、受入企業が支払う業務委託料が賃金の基礎を成していれば賃金支払の要素を満たすという主張があります。賃金の概念だけを考えればそうですが、ここでの問題は、誰が使用者かという問題ですから、誰が賃金を決定して支払っているのが問題となるはずで、安田病院事件のように、請負会社が完全に形骸化して代行機関化していればともかく、請負会社が独立した実体をもって賃金を決定しているのであれば、請負会社が使用者のはずです。単に、業務委託料が賃金の基礎を成しているというだけでは足りないものであって、ここの判断もラフだと思います。

島田 そうですね。確かに一審でも言われているよ

うに本件は脱法的なところがあって、松下プラズマディスプレイがある程度非難を受けるというのはわかりますし、こうした労働者に一定の救済を与えるというのはわかりますが、直接雇用を認めるということが現実的な意味での救済につながるのかという気がします。つまり雇う気のない人間を無理やり雇わせるということにどこまで意味があるのか。

土田 本判決の立場でいくと、以前から契約が更新されているわけなので、これで労働者が職場復帰すると会社が更新を拒絶するというようになって、ずっと紛争が続いていきますよね。あまりいい解決とは思えない。

島田 思えないですね。

土田 ともかく本判決は、問題を解決しようとする意欲は十分うかがえますが、それを支えるだけの法的解釈が不十分だという印象を持ちました。

* 一審判決の評価

土田 一審についてはどうですか。派遣法の雇用契約申込義務に関する解釈は順当なところでしょうね。

島田 そうですね。あくまで申込義務であって、それに対して果たしていないからといって契約が成立しているとか、そういうたぐいの規定ではないですから。

土田 本件雇用契約の帰趨についても、雇用契約1を否定する以上、雇用契約3について雇止めを適法と判断した一審の判断でよいと思います。ただ、先ほども言いましたが、リペア作業がやや報復的な点と、雇用契約申込義務の不履行の点を合わせて、まとめて不法行為で慰謝料を手厚くする程度の救済は考えられないかなと思うのですが。先ほど言われた制裁的な意味にもなるかもしれないし。

ホットイシュー

I. 不当労働行為をめぐる新たな判断

①組合未加入者への初任給引下げと義務的団交事項の範囲——国・中労委（根岸病院・初任給引下げ団交拒否）事件（東京高判平19・7・31 労判946号58頁）

— 事案の概要 —

N病院の組合は病院側が事前協議なしに新規採用者の初任給を引き下げたこと、および引下げに関する病院の団交における態度が不誠実で不当労働行為に当たるとして、東京都労委に救済申立を行い、都労委はN病院の行為は団交拒否および支配介入に当たるとして①初任給の引下げについての団交に誠実に応じること、②初任給額の是正、③謝罪文の掲示を命じた。これに対してN病院が取消しを求め、中労委に再審査申立をしたところ、中労委は支配介入の不当労働行為には当たらないとしつつも、①を維持、ただし②と③については一部変更する命令を出したため、病院は①の取消しを、組合は②のと③の変更部分の取消しを求めてそれぞれ提訴。一番は初任給引下げについての義務的団交事項性を否認、労組法7条2号の団交拒否には当たらないとし、また支配介入の不当労働行為性を否定した。

土田 最近、不当労働行為に関していくつか重要な判断が出たので、今回、3件ほどまとめて取り上げることにしました。もっとも、これらの判決は、相当昔の事件の取消訴訟がたまたま重なって出たということで、偶然の要素が強いようです。

まず、根岸病院事件ですが、これは、使用者が新規採用者の初任給を組合と十分に協議することなく引き下げたという事件です。中労委は団交応諾命令を発したのですが、取消訴訟で一番が命令を取り消しました。理由は、新規採用者はまだ組合に入っていない非組合員なので、そういう事項は原則として義務的団交事項にならない。組合員の労働条件に直接関連するなど特段の事情がある場合はなるけれども、本件はそれに当たらないということです。これに対して中労委が控訴し、逆転判決となりました。新規採用者の初任給は、義務的団交事項となるという判決です。

義務的団交事項の範囲についての判断は、これは従来からの枠組みを踏襲していて、労働条件その他の労働者の待遇であって使用者の処分可能なものだと思います。問題は、では非組合員の労働条件はどうなるのかです。この点が、一番とは原則と例外を逆転させていて、非組合員の労働条件も当然には団交事項に当たるものではないが、将来にわたり組合員の労働条件や権利等に影響を及ぼす可能性が強い事項については団交事項に当たるという一般論を述べています。そうしないと、組合の団体交渉力を否定する結果となるからというのが理由です。

具体的には何が決め手になったかということ、一番では、新規採用者の相当数が組合に加入するけれども、ユニオン・ショップ協定はないので、必ずしも組合員になるわけではないとか、新規採用者の初任給は必ずしも賃金額に連動しないと書いていたのに対して、逆に、初任給が賃金のベースになるし、本件の平成11年当時は、相当数の新規採用者が短期間中に組合に加入していたと認定しています。そうすると、初任給の引下げは採用年度によって組合員相互間の賃金格差の大きな要因となり、将来にわたり組合員の労働条件に影響を及ぼす可能性が大きいから、組合員の労働条件のかかわりが強い事項に当たるという判断です。事実認定の違いが決め手になったように思います。

この判決は妥当だと思います。非組合員の労働条件は当然に義務的団交事項に当たるものではなくても、一定の場合になるという一般論も穏当ではないかという気がします。ただ、この一般論でいくと、例えばユニオン・ショップ協定がなく新規採用者が当該組合に少数しか加入しないという場合には、おのずと結論は違ってくるのではないかと思います。

②スト時の臨時勤務従事者に対する褒賞金支給と支配介入該当性——国・中労委（JR 東日本〔千葉動労・褒賞金〕）事件（東京高判平 19・5・17 労判 948 号 23 頁）

— 事案の概要 —

組合 X がストライキを行った際、Y 社に対し代替要員の確保に応じた A 組合が、Y 社の対応に不満を示したため、Y 社は代替勤務に応じた者に対し、褒賞金を支給する規定を設けた。X はこの支給が労働組合法 7 条 1 号及び 3 号に違反したものと見て千葉地労委に救済申立を行い、地労委はこれを認めた。これに対し、Y 社が中労委に再審査の申立てをしたところ、7 条 1 号には違反しないが、同条 3 号には違反したと認められるとしたため、Y 社はこの取消しを求めて提訴。一審は Y 社の請求を認容したため、中労委が控訴した。

土田 これは興味深い事件で、JR 東日本に所属する労働者が組織する千葉動労がストライキをしたところ、多数組合である東鉄労の組合員が臨時勤務をして、これに対して会社側が褒賞金を支給したことについて、支配介入が成立するかどうかが問われた事案です。

東鉄労は、以前から代替要員の確保に応じてきたのに、それに対して会社は何もしてくれないということで交渉を申し入れて、それに応じて JR が褒賞金支給通達というのを出したのが平成元年のことです。随分昔の事件です。

本件の褒賞金支給通達を出して、その第 1 回の支給対象が本件ストライキで、3000 円ないし休日の場合は 5000 円というものです。支給対象者が全社で 2 万 2000 人ほどいたようですが、その際東鉄労が 1 万 9000 人弱という圧倒的多数を占めていたようです。これに対して、千葉動労が不利益取扱および支配介入として救済申立をして、中労委は支配介入のみ救済命令を出しました。取消訴訟になって、一審は命令を取り消したのですが、中労委が控訴して、これも逆転判決となりました。

本判決は、支配介入に関する一般論は特段ないのですが、具体的判断としては色々なことを言っています。まとめると、第 1 に、背景要因として、分割民営化当時から千葉動労と対立関係にあったことがあります。

第 2 に、JR は東鉄労とは良好な関係を保持したいという目的を持っており、また、東鉄労の組合員に必要な臨時業務に円滑に就かせることができるよう対処するため、東鉄労の申入れに応じて、今回の褒賞金の

通達に踏み切ったとしています。褒賞金の大部分が東鉄労に行っているというのは、そのあらわれだとも言っています。この点、一審は、それは多数組合だから当然だとしていました。

3 番目に、従来、表彰に関する就業規則には、本件褒賞金のような規定はなく、表彰の実態もなかった。今回初めてそういうものを適用したということ挙げられています。

4 点目として、実際の業務の分担、負担にかかわらず一律に支給したということです。これも一審判決は、画一的になるのはやむを得ないと言って中労委の判断を覆したのですが、業務の内容や時間・負担等を問題とすることなく支給したことを重視しています。

第 5 に、褒賞金の額が 3000 円ないし 5000 円ですけれども、一審は大した額ではないと言っているのに対して、高裁は、逆に必ずしも少額ではないと言っています。

6 番目に、表彰について定めた就業規則の解釈もしています。これは、「重大な事故、災害を防止し、又は事故、災害その他非常事態に際し、特に功績があった場合」という規定ですが、本件のような争議行為の場合は、労働関係調整法あるいは団体交渉によって争議行為を回避する可能性があったということを考えると、発生の予測が困難な事故災害と全く同視することはできず、就業規則に当然に該当するとはいえないと判断しています。

そういった点を踏まえて、結局、当時の状況においては、この褒賞金支給は、東鉄労からの申入れを重要な要因として、それを踏まえて東鉄労との良好な関係を保つと同時に、以後、東鉄労の組合員を臨時業務に就かせることが容易になったものであり、それを会社として容易に認識、予測することができた。したがって、対立組合である千葉動労による争議行為の効果を減殺、牽制または抑制し、その弱体化を図るものであり、支配介入に該当すると結論づけています。

これに対して、東鉄労の組合員はとにかく苦勞したのだから、それに報いたものだというのが一審判決の見方でしたが、そういった動機や理由もないとはいえないけれども、上記の諸点からして支配介入の意思を認め、救済命令を適法と判断したものです。

今紹介したいいくつかの点は、すべて重要なポイントになると思いますが、とりわけ多数組合の東鉄労からの申入れに応じて褒賞金を支給したという点をどう解

積するかです。単に労働者が苦勞しているのだから、それに報いるというものだというのが一審の判断でしたが、本判決は、より具体的に、東鉄労に対する褒賞金の支給がどういう意味ないし効果を持ったのかについて評価したものと思います。この点については、東鉄労との良好な関係を保つと同時に、東鉄労の組合員を臨時業務に就かせることが容易になったことをJRが容易に認識し予測し得たという判断が決め手となったように思いました。一審と比べると、高裁判決の方が当時の労使関係の状況に踏み込んだ判断で、私はこちらの方が妥当だと思えます。支配介入でこういうケースはあまりなかったと思えますので、事例判断としては重要かと思えます。

③配転拒否等の少数組合員への低査定・資格等級低価格付け——国・中労委（昭和シェル石油）事件（東京地判平19・5・28 労判 947号 58頁）

— 事案の概要 —

少数組合の組合員Xらは会社側が実施する人事考課のための書類提出、面接等に応じてこなかったが、会社側が組合員らの組合活動を嫌悪し、低査定を行ったことなどが不当労働行為に当たるとして、大阪地労委に救済申立を行った。これに対し、大阪地労委は①賃金額および賃金額の是正を求めるとともに、昭和62年以前の是正については申立期間の経過を理由に却下すると命令を行った。会社、組合は中労委に対しこの取消しを求めて再審査申立を行ったが、中労委がこれを棄却したため提訴した。

本件は重要な事件で、大量観察方式の適用を否定したケースです。

会社が従業員に対する職能資格等級の格付けや人事考課面接を行ってきたのに対し、少数組合はこの人事考課や面接をすべて拒否していました。その後、昭和60年1月以降の定期格付けについて、少数組合が平成元年に不当労働行為の救済申立をし、地労委が賃金額の是正命令を出しましたが、中労委はそれを一部補正して一定の範囲で是正命令を出しました。これに対して会社が取消訴訟を提起して、ようやく地裁判決が出たというのがこの事件です。

判決は、立証事項の整理をした上で、国（中労委）は、不利益取扱い・支配介入に当たる事実、それから、救済申立をした労働者が組合員であること、そして不

当労働行為意思に基づくこと、この3点を主張立証すべきと言っています。

一方で、中労委は、これはおそらく大量観察方式を用いたと思うのですが、Aら6名が同期、同性、同学歴者と比較して最も低い評価であるC評価をつけられていて賃金が著しく低位に位置付けられていると認定した上で、よって人事考課、格付けに合理性がないものと事実上推認できる。そうすると、今度は会社の側で勤務成績が特に劣っていたなどの個別の事情を主張立証しない限り、考課、格付けが合理的に行われていたとは言えないと判断していました。これに対し、判旨は、本件ではこういう判断手法を採用することはできず、むしろ、少数組合員の側が、人事考課および格付けに合理的理由がないこと、言いかえると勤務成績の同質性を個別に主張立証した上で因果関係を立証しなければならぬと判断しています。

その理由として挙げられたのは、特に3点です。まず、大量観察方式の前提となる同質の集団がないという点で、これが決定的だと思いますが、組合員の比率が全社員2200人中、全体で見ても70人という少数組合で、紅屋商事事件（最三小判平3・6・4 労判 595号 6頁）等で前提とされた集団間の勤務成績の同一性がないということです。

2点目は、本件のような能力主義の人事では、当然ながら同期、同性、同学歴者であっても格差が生じてくるので、人事考課に合理的理由はないと推認することは相当でないとしています。

3点目は、組合員らは自ら面談等を拒否して、そうすると、相対的に低い査定となることに合理的理由がないと推認はできない。また、実はC評価というのは低い評価だけれども、会社においては標準的であった等とも言っています。

このうち、会社が能力主義の下で人事考課制度をとっているという点を理由としたことについては、少し疑問があります。つまり、そういう制度を前提として形成されたのが大量観察方式だと思いますので、こういう制度があるからといって中労委の方式を否定する理由になるということにはならないのではないかと。

決定的に大きいのは、やはり集団間の勤務成績上、全体として同質であるという比較ができないという点が大きいと思いますが、この点もやや厳しいように思えます。本件は個別立証を求める立場に立っています。少し前の裁判例でオリエンタルモーター事件があっ

て、これも少数組合の事件ですが、地裁（東京地判平14・4・24 労判 831号 43頁）、高裁（東京高判平15・12・17 労判 868号 20頁）ともに、そういう場合であっても、自己の把握しうる限りで根拠を挙げて勤務成績の同質性を主張立証すれば、それによって不利益取扱いを推認し、その後、査定の合理性等の合理的理由は会社側の主張立証事項だとしています。

これに比べると、本判決は厳しい判断で、ここまでいくのはどうかという印象があります。個別立証をここまで求めないで、勤務成績の等質性、同一性を認めた主張立証をさせた上で、あとは不利益な取扱いの合理的理由を会社側に主張立証させるという方法も十分あり得るのではないかと。オリエンタルモーター事件は証拠の偏在ということをかなり強調していましたが、むしろそちらの方が公正かなと思います。本判決も、実際に個別立証ができているかどうかという点について詳細に判断しています。ですから、オリエンタルモーター事件のように判断しても、具体的判断はあまり変わらないので、判断枠組みとしては、オリエンタルモーター事件あたりが妥当ではないか。そういう気がします。

なおもう1点、労組法27条2項の「継続する行為」についての判断もあるのですが、これは紅屋商事事件を継承していて、会社側が新たな人事考課を行って賃金を支払う場合には、仮に不当労働行為の同一性、連続性が認められるとしても、あるいは不利益査定が継続しているとしても継続する行為には当たらないという判断です。これは比較的最近の流れに沿ったものだと思います。

*非組合員の労働条件と義務的団体交渉事項

島田 義務的団体交渉事項の範囲に関する裁判例は意外に少ないので、根岸病院事件は、先例的な意味を持ってくるのではという感じがしています。

この病院の賃金体系が不明確であって、初任給の決定と賃金制度とが密接な関係がないというところに特殊性がある事案ですが、初任給を組合の交渉事項とすることは、初任給の決定が組合員相互間の労働条件の格差を生じる要因になるからであるとしています。この格差ということはどのように考えるべきなのでしょう。

土田 つまり、新規採用者がいずれ組合員になる蓋然性、可能性があって、その結果、組合員に格差が生

じるということは、組合員の労働条件に直接影響するということでしょう。

島田 要するに初任給が低い組合員ができることが、後々問題となるということですか。

土田 そうですね。だから、一言で言えば団結に大きな影響力があると。つまり、労働組合は団結して労働条件の向上を交渉すべきなのに、格差ができて組合員間の不満やあつれきを生むし、賃金の高い組合員の賃金を抑制する可能性もあって、団結が弱まって交渉力に影響が出てくるということです。その意味では、組合員の労働条件への直接的影響に加えて、団結力・交渉力への影響も考慮しているのかもしれませんが。判旨も、そういうニュアンスを述べています。

島田 義務的交渉事項の範囲に入るといっても協約事項になるということではなくて、交渉すればいいのですね。これまでこの組合は、組合員の労働条件については交渉を通じて決定し、労働協約を締結していたと思うのですが、初任給については交渉すればいいというのはどういう意味でしょうか。

土田 協約事項になるかどうかまでは考えていないでしょうね。

島田 別だと。つまり、一応は団体交渉事項として労使が交渉することというのは認めてもいいという範囲に限定されているのですね。

土田 この病院は、従来から、初任給は完全な経営事項だと考えていたので切り下げたのですが、しかしそうではなくて、交渉事項、協議事項だということですね。

島田 とりあえずは交渉しなくてはいけないという限りにおいては、この判決に特に異論はないのですが、今後例えば全体の賃金体系を見直していくというときに、既存の正社員の賃金を引き下げるのはなかなか難しいので、ある段階から初任給を下げていくという可能性があると思います。その場合、一応労働協約で実現しない場合は就業規則で行うとすると、その就業規則自体について、新入社員は争うことができず、それが適用になるということでしょうか。その場合でも、この判決によれば一応交渉しろということなんでしょうね。

土田 そうでしょうね。

島田 その先の話というのはまた別だと。

土田 協約を結ぶにしても、別建ての賃金体系を協約で決めるということもあるでしょう。

島田 なるほど。団体交渉事項とするという結論については問題ないでしょうね。

土田 一方、交渉なんだから、交渉を尽くして行き詰まってしまうと打ち切りになります。そのあとはどうするのか。今言われた就業規則でしょうね。

島田 就業規則が合理的かどうかという判断になるのでしょうか。そういう意味で、非常に大きな意味のある判断だったと思います。

土田 影響は大きいですね。

* 多数組合優遇と少数組合への支配介入性

島田 JRの事件は、労労紛争の——労労紛争とまで言わないにしても、背景に組合間の対立があって、そこに会社が絡んでいるものかと思います。この判決は、一方では東鉄労の対応に対する懸案事項の解決だけれど、それと同時に千葉動労に関する支配介入ということと併せ持った行為であると理解していますよね。

この場合は褒賞金支給を決定したわけですが、一方の組合の争議に対して、それを減殺するような影響を与えるようなことは、他組合は手控えるべきだということはあるのでしょうか。

土田 そこは私も気になっています。褒賞金支給によって多数組合との関係を良好にしたいというだけでは支配介入にはならないと思います。では、それがなぜ少数組合の争議行為の効果を減殺、牽制または抑制することになるのか。そこがポイントでしょう。

島田 そうですね。

土田 特定の多数組合との関係を良好にしたい、それ自体別に悪いことではない。ただ、褒賞金の措置をとる際に、東鉄労との懸案事項を解決して関係を良好にしていくということが、同時に、千葉動労のストライキへの牽制もしくは抑制する効果を持つことを予測、認識し得たのであれば、弱体化を図る意思が認められるという判断だと思うのですが。そして、その決め手となったのが、褒賞金支給によって、多数組合を臨時業務に就かせやすくなったことを容易に認識、予測し得たという判断だと思います。

島田 ストライキが行われた場合、それに対して当然JR東日本には操業の自由があるわけで、なるべくダイヤどおりに運行しようとして、ストに参加しない者に対してある種特別の業務命令を出すということは可能でしょう。そうすると、それに協力をしたのだから、その協力を報いるというのは組合としては当然の

要求となりますよね。そうすると、他組合の当然の要求に応えることの中に、実際には、この組合の活動を牽制または抑制して弱体化させようとする意図があるということでしょうか。

土田 支配介入意思をどうとらえるかですね。この判決でも、それから小石川郵便局事件（東京高判平19・9・26 労判 946号 39頁）はより端的に述べていますが、裁判所は、使用者が直接的にある組合を弱体化させるという積極的動機まで求めるのではなくて、ある措置や行為に合理的理由がない場合は、具体的に少数組合を弱体化する意図が推認されると考えているのではないのでしょうか。本件の場合は、褒賞金の支給にどうも合理的理由がないから、千葉動労のストライキを牽制、抑制し、千葉動労を弱体化する意図が推認されるという判断だと思います。その決め手が、今言った、東鉄労を臨時業務に就かせやすくなったことの認識、予測ということではないのでしょうか。

ただ、争議行為論から考えると、今言われたとおり、多数組合員を臨時業務員として使うのも操業の自由で、何か支払うというのも問題はないのでしょうか。そうすると、本判決の判断では、操業の自由への影響が生じてきます。その意味では、争議行為法と不当労働行為法の間の微妙なずれを示した判断といえるかもしれません。

* 大量観察方式の適用

島田 昭和シェル事件は、大量観察方式を使えるほどの母集団でなかったというのはまさにおっしゃるとおりです。この点はかなり明確でしょう。問題はそういう場合の個別立証に、どの程度の主張立証責任の分配を考えるのがいいかです。

労働委員会が迅速な解決をするためには、会社側になるべく立証させていくような措置を労働委員会の裁量でとった方がいいと思います。個別立証をあまり重視すると、労働委員会での迅速な解決という理念から遠くなる可能性があるのではないかという気がします。この事件でも中央労働委員会でも4年かかっています。また、先ほどの根岸病院事件の団交事項に関する紛争など司法審査までやるような話なのかどうかと感じます。

土田 確かに根岸病院事件でもかなり時間がかかっていますね。

島田 私は、具体的な主張立証責任の分配について

定見があるわけではないのですが、おっしゃったような観点は重要だと思います。

土田 本件の個別立証の判断では、人事考課に合理的理由がないという点まで労働者側が主張立証することになります。

島田 それは、不可能だという気がしますね。

土田 オリエンタルモーター事件の判断の方が常識的だということですか。

島田 そうですね。

II. 管理監督者に対する労基法の適用除外

店舗店長職の管理監督者性と割増賃金、付加金請求等——日本マクドナルド事件（東京地判平20・1・28 労判 953号 10頁）

— 事案の概要 —

原告Xはファースト・フードチェーンを展開するY社直営店の店長であるが、①三六協定の範囲外での法定労働時間を超えて勤務する義務がないことの確認、②過去の時間外・休日労働分の割増賃金の支払い等を求めて提訴した。

島田 この事案は事実は非常に単純で、マクドナルドが店長を管理監督者と扱って時間外賃金を払っていなかったところ、管理監督者に当たらないということで755万円の支払いが命じられたということです。

この判決は、これまでの判決あるいは通達と基本的に変わらない考え方で、経営側と一体的な立場にあることを前提として、それにふさわしい重要な権限を有しているのか、自己の勤務についての自由裁量権があるのか、さらには地位にふさわしい待遇がされているかと、この3つのポイントでそれぞれ判断をしています。

まず、店長が重要な権限を有しているかどうかがこの事件の1つの大きなポイントになります。この会社の特徴というのは店長の下には正社員としてのクラスというのはツークラスしかなくて、その下はすべてクルー等々の名称はありますが、端的に言えばパート・アルバイトです。パート・アルバイトが約13万人であるのに対して、正社員は、約4500人にすぎません。そして、その正社員の中で、店長を含めて考えると、約43.8%が管理監督者となっています。管理監督者は、パート・アルバイトを含めると非常に小さい割合ですが、正社員の中では極めて高い割合を占めている

という独特の構造を持っています。

それから、店長よりも上のクラスになると店舗業務がないのですが、店長は、管理監督者でありながら、店舗業務という現場作業を行っているということが特徴です。

店長は確かにパート・アルバイトの採用や人事考課などの労務管理を担っているし、形式的ではあれ、三六協定の会社側の代表者にもなっていますので、管理的な業務を行っていることは事実です。

しかし、同時に本人も店舗業務に従事しなければならないために、非常な長時間勤務、つまり月に100時間以上の法定時間外労働が行われていました。ですから、自己の勤務についての裁量という点で、時間管理はそれほど厳しくされていなくても、実際上店長は非常に長時間働くことを余儀なくされていたのです。このような働き方を野球のプレイング・マネージャーだといった方がいますが、言い得て妙だと思います。ただ、野球のプレイング・マネージャーと比べると、店長は、プレーの方に相当の力点がある存在だと思いますが。

決定的なポイントになったと考えられるのは、地位にふさわしい待遇の有無です。原告自身の年収は700万円ぐらいですからまあ高給だとも言えるんですが、店長も業績主義的な賃金となっており、低い人になると500万円台です。この額は、店長になっていない、つまり管理監督者扱いされていない従業員より少ない場合があるようです。これが管理監督者にふさわしい待遇とはなっていないと判断された大きなポイントになったのかなと思います。

判決は、店長の職務権限が店舗内の事項なので経営者と一体的な立場ではないという言い方をしています。ここをどう考えるのかは1つのポイントになります。

私の理解では、このようなファースト・フードとか居酒屋チェーン、あるいは洋服・家電などのチェーン店というのは、店舗がたくさんあり、正社員が非常に少なく、かつパート・アルバイトがたくさんいるという業態であり、例えば銀行の支店とか工場のように店舗自体に戦略的な要素がないという特色がある。この判決の判断は、それを前提にしていると理解した方がいいだろうと思います。例えば銀行の支店長は、その支店を超えて銀行全体の経営に参画しているかといえれば必ずしもそうではないわけですから、この判決のこの部分を一般的な場合に拡大解釈するのは適切ではな

いだらうと思います。この事案では、店長の処遇のところ、地位にふさわしい処遇ではなかったということが管理監督者性を否定する最大のポイントであったと思います。

管理監督者の民事裁判例をざっと振り返ってみると、30件以上あるのですが、私が見た限りで管理監督者性の肯定例が4件です。つまり圧倒的に否定例が多いというのが特徴です。

それから、ほとんどが平成年代の、それも平成10年代に入ってから的事案が圧倒的に多いことも大きな特徴でしょう。つまり最近になって急に管理監督者性が法的に争われるようになってきたということです。

労働基準法41条2号というのは非常に簡単な規定で、かつ許可制でも届出制でもないの、結局管理監督者とは管理職であるという誤った常識が実務には広がっています。実態調査でも課長職になるとおよそ75%、その下のクラスでも40%以上が管理監督者として取り扱われているとのこと。かつては、長期雇用が前提となっていたので、一時的に仮に給与収入が減っても、それはあくまでも将来の出世の中での一時的な現象であると考えられたので、あまり法的な問題にはなることはなかったのでしょう。しかし、転職する人も増える中で、それがだんだん問題視されてきている状況があると思います。また、解雇の有効性を争うときにあわせて過去の未払いの割増賃金を請求するという事案も少なくないわけです。個別的な労働紛争の増加という中で、この問題が次第に掘り起こされてきたことが、この種の訴訟件数の増加の背景にあると思います。

このことと若干区別されるのが、この事案でみられたようなビジネスモデルが引き起こしている問題です。最近では、業界によっては、勤続3、4年でどんどん店長にするような実態があるようです。この店長の場合は店長になるまで10年ぐらいかかっているのでもまだましだと思いますが、十分なキャリア形成もなしに若い人を店長に就け、管理監督者とするなどして非常に低賃金で高い責任を負わせるというビジネスモデルの問題点を浮き彫りにしたのがこの事件だったように思います。一般の企業における管理監督者ももちろん問題がありますが、この事案は、管理職は管理監督者という法的に誤った常識をさらに濫用した形態だったという印象を強く持っています。

最近、こうした業態のところでは店長クラスを管理

監督者から外し、賃金体系を変えるというような手直しがされていますが、まさにそのことのあらわれだろうという気がします。

この判決は、法律家から見るとそれほど目新しいことを言っているわけではないんですが、この件で厚生労働大臣も発言し、また、今年の4月には、改めて通達が出るなど、非常に社会的に注目されていると思います。もっとも、通達の内容は、管理監督者の範囲は従来どおりだということを強調しているにとどまるんですが（なお、座談会終了後、9月9日に厚生労働省は、「多店舗展開する小売業、飲食業等の店舗における管理監督者の範囲の適正化について」（基発第0909001号）と題する通達を出した）。

今回の店長のように、およそ月に100時間以上も時間外労働をしなければならず、有給休暇もとれないという人を管理監督者に含めるというのは論外で、ビジネスモデル自体の見直しが必要だろうと思います。

そして、一般的な管理監督者問題は立法的な解決も含めた検討を要するのではないかと考えています。

*「管理監督者」の判断基準——経営方針決定過程への関与

土田 私も、本判決の結論には異論はありません。先ほど指摘されたのは、本件で問題となった業種の店長はあくまで現場の人で、例えば部長とか大企業の支社長や工場長とかとは違う。企業の戦略的な判断におよそ関与できるような人ではない、そういう店長を前提にした判断と読むべきということでしょうか。

島田 そうです。

土田 少し気になるのは、判旨は、この原告は店舗限りのマネジメントはしており、店長会議にも出席するけれど、経営方針等の決定に関与しているわけではない。だから、企業全体の経営方針等の決定過程に関与しているとはいえないと判断しています。この「企業全体の経営方針等の決定過程への関与」という基準は、一般的に用いられる基準で、これが「経営者との一体的な立場」という要件を具体化する役割を果たしているようです。この基準の内容をどのように解すべきかは一つの論点となると思うのですが、どうでしょうか。

島田 「経営者と一体的な立場」というときに、例えば工場長とか部長というのが挙げられるのは、人事管理において相当な決定権限を持っていて、言ってみ

れば役員の一歩手前にある、こういう層を「一体的な立場」にあると見ています。必ずしも役員ではありませんから、経営事項に完全に参画するかどうかという、それは多様でしょう。本判決のいうところは、あくまでもこの事案についての判断であると私は読みました。

土田 それならいいのですが、別に本件のような業態に限らず、一般企業の場合も、規模が大きくなればなるほど、支店長クラスや支社長クラスでは全体的な経営方針にはタッチできないけれども、当該支社の中で相当の人事権限を持っていて、それにふさわしい報酬を与えられているというケースはたくさんあると思います。そういう場合には、企業の経営事項に直接参画するといった高度の地位になくても、「企業全体の経営方針等の決定過程への関与」を認め、管理監督者性を認めてもよいと思うのです。管理監督者といっても労働者なのですから。この点、判旨は、少し厳格すぎる印象があります。

それから、本件に限って見ても、本件は、要するに、労働時間に関する裁量が事実上なく、店舗限りの権限といっても、アルバイトの採用権限などで大したことはなく、その割には部下との関係で報酬が高いわけでもないといったことからだけでも管理監督者性を十分否定できた事案ではないかと思うのですが。あまり大上段に「企業全体の経営方針等の決定過程への関与」ということを言う必要はないように思いました。

島田 そういう可能性がないとは言えませんが、先ほども言ったようにこの事案では正社員の中で店長以上が非常に多いわけです。つまり、正社員の中での管理監督者の比率というのが異常に高くなっていて、普通の会社と異なっているのです。

管理監督者性を判断する上では、地位にふさわしい待遇という要素が非常に大きな意味を持つと思います。権限にふさわしい所得があり、あとは時間あるいは労働量についてもある程度自己管理できるのであれば、国が労働時間についての管理を強制するような存在じゃないと言ってもいいかもしれません。

例えばモルガン・スタンレー証券事件（東京地判平17・10・19 判例 905号5頁）などは、管理監督者ではないけれども、これだけの高給な基本給であれば、十分に明示はされていないけれど、時間外勤務手当も対価の中に含まれているという判断をしていましたよね。この判決についてはいろいろ議論がありますけど、

給与額が持つ意味は大きいと思います。したがって、やはり当該会社における管理監督者とそれ以外とで給与面で大きな溝があるということが決定的な基準となるのではないのでしょうか。

土田 それはおっしゃるとおりで、本件の場合、店長の下には1人しか正社員がいなくて、あとはみんなアルバイトなわけで、要するに現場の人ですね。そういう事案だからこそ、店長というポジションにあっても、「経営者との一体的な立場」ではないというように限定的に読むべきだと思います。

島田 それは確かにそうかもしれません。

土田 本件を少し離れると、判旨は一般論として、①職務内容、権限および責任に照らし、労務管理を含め企業全体の事業経営に関する重要事項にどのように関与しているか、②勤務態様が労働時間規制になじまないものかどうか、③給与等において管理監督者にふさわしい待遇がされているか、という3点を挙げていて、これは他の裁判例でも用いられる一般論です。このうち②と③は割とはっきりしているのですが、問題は①で、これをどう考えるか。今議論した点もまさに①に関わりますが、この基準については、企業全体の経営事項や戦略的方針への関与があればもちろんですが、それがなくても、労働条件管理や人事管理に関する重要な権限と責任を有していれば足りると考えるべきではないか。逆に、企業の経営方針に直接関与していなければ①を満たさないと考えてしまうと、管理監督者が限定されすぎるように思うのです。もっとも、管理監督者の判断を①～③の総合判断と考えるのであれば、特に問題はないかもしれませんが。

島田 労基法41条2号を読むと、管理監督者と並んで機密事務の取扱者が規定されています。双方の共通性を考えると、経営者と仕事の上で一体であるということになると思います。そう考えると、管理監督者の判断基準として、経営者と一体であるということの中身に基本的に経営方針に何らかの形で関わるということが内在しているという解釈は不可能ではないように思います。

土田 そうすると、先ほど言われた工場長とか銀行の支店長などはどうなってきますか。

島田 支店長といってもどういう権限を与えられている支店長なのか、これも多様だろうと思います。今は銀行によっては支店長という職を置かないところもあるそうですが、例えば人事管理に関する高度な権限

を与えられていて、それにふさわしい待遇が与えられているという条件があれば、全社的な方針策定に直接関与していなくても、経営者と一体的なものとして構わないのではと考えています。

土田 それならわかります。つまり、「企業全体の経営方針等の決定過程への関与」という場合、人事権限や職務権限の面からも実質的に見るべきで、企業の経営方針に直接関与していなければいきなりアウトという風には考えない方がよいと思います。

島田 そうかもしれないですね。管理監督者というのは経営者と一体的な立場にあるという、あくまでも条文の構造から言えるのであって、問題はその指標だと思っています。

土田 一方で、労働時間規制になじまないという判断基準は、実は、この点だけを挙げれば裁量労働者もそうですから、これだけでは管理監督者の基準としては十分でない。だから、権限や責任が重要となってくるわけですが、それを実質的に見て、かつ処遇を見る方がいいと思います。

本件に戻ると、おっしゃるとおり、店長の処遇が大きなポイントでしょうね。B評価の店長が40%で、これでようやく下位の正社員を年額44万円上回る。ところが、C評価になると下位の正社員を下回ってしまうとされています。これが大きいですね。

島田 一番大きいでしょうね。

土田 しかし逆に言うと、本件のように成果主義的な処遇を店長に導入しているところはいくらかもあるでしょう。ということは、報酬面、処遇面が管理監督者の判断で重要だとしたら、最も下位の人事考課を受けても、その下の正社員をある程度上回るように制度設計しておかなければならなくなるでしょうね。

島田 その設計が絶対必要だと思います。

土田 企業側はそれをするのは大変だから、むしろ管理監督者自体を見直しているということですね。

島田 ええ。今見直している企業は結構多いのではないのでしょうか。

*今後の課題

土田 その見直しですが、どういう方向が考えられますか。

島田 本件のような業態の場合、店長は管理監督者にしないで、その上の店舗を管理している、つまり店舗業務に入らない人を管理監督者とするならわかりま

す。店長の場合は、例えば三六協定の当事者になっているといっても、非常に形式的なものですよね。あとはせいぜいアルバイトの採用やシフトを組むことで、これは現場の仕事です。人がいなきゃ自分が入るしかない。

土田 それは重要な権限・責任ではなくて、労務管理の一環に入っている気がしますね。

島田 そうです。

土田 とにかく、この権限とか責任の要素は難しいですね。

島田 ですから、今回管理監督者が注目されたという意味では非常に良かったけれど、これで全体の問題を考えるのはあまり適切じゃない。労基法41条2号の射程範囲というのを広げることによってホワイトカラーの時間管理を考えるのではなく、やはり別途考える方がいいのではないかと思います。

土田 ホワイトカラー・エグゼンプションですか。

島田 それもありますね。ここまでの長時間労働になってしまうと論外ですが、ホワイトカラーの働き方と現行の労働時間規制というのは合わない側面があることはやはり間違いがないので、そこは今後立法的に考えていかなければいけないと思います。

土田 なるほど。41条2号自体も見直す必要があると思いますね。要件をもう少しきちんと書かないと、今回の判決はあるとしても、同じような状況が続いていく危険があります。とにかく、「監督若しくは管理の地位にある者」だけでは抽象的すぎる。

島田 そうですね。管理監督者というのが可視的だった時代には良かったのですが、今のような時代ではこれは無理です。課長以上、要するに管理監督者以上が管理職だとなったのは、実務側に遵法意識がなかったとかいうのではなくて、現行のあの規定のまま放置していたことが原因なのではないかと。

土田 立法の怠慢ですね。ホワイトカラー・エグゼンプションもあり得ますが、まずは41条2号の規定を見直すべきだと思います。それから、先ほど言われたとおり、現在は、届出義務とか報告義務といった事前規制も全くありません。41条2号は、労働時間規制の大部分を適用除外するという、考えてみれば大変な規定ですから、それくらいの事前規制を考えてもよいと思います。

島田 そうです。それから、ホワイトカラー・エグゼンプションの議論をするというのであれば、範囲は

一体どこまでなのかというのをきちんと確定した方がいい。これまでの議論では、対象労働者は管理職の一步手前の層という言い方がされました。しかし、それが実務上の管理職を指しているのか、法的な管理監督者なのか不明でした。管理監督者の一步手前というのであれば、十分あり得ると思うのですが、管理職という言い方になると、どこまでが入るのか曖昧な気がします。

土田 最後に、本判決は、先ほど言われたような、入社して3、4年、もっとひどいのは入社したての若者を店長とか管理監督者に仕立て上げるというようなことにストップをかけるという意味で、社会的影響は大きいでしょうね。

島田 そうですね。管理監督者と管理職というのは別なんだ。「名ばかり管理職」というのも実はミスリーディングな言い方で、管理職ではあるわけだけど管理監督者ではないと。

土田 「名ばかり管理監督者」というわけですね。

おわりに

土田 今回は、ずいぶん多くの裁判例を取り上げましたが、多過ぎたかもしれません。内容面では、東芝労組事件のような古典的テーマがあり、かなり昔の不当労働行為事件の取消訴訟がいつべんに出そろって、伝統的なテーマを扱う裁判例がある一方で、雇用の多様化に関する諸事件、管理監督者に関する日本マクドナルド事件、偽装請負に関する松下プラズマディスブ

レイ事件、会社分割に関する日本アイ・ビー・エム事件など、新しいテーマに関する裁判例もありました。意欲的な判断を示す裁判例も数多くあって、非常に多彩という印象を受けました。

一方で、われわれ二人の間では、予想したほどには意見の対立はありませんでした。むしろ一致する方が多かったような気がします。二人とも常識人と言うことでしょうか（笑）。最初に述べたとおり、われわれは合同ゼミ合宿をやっている、学生は結構激しいディベートをするので、そういう議論を期待した学生はっかりするかもしれませんね。

島田 確かにそうかもしれません。来年は、議論の対立しそうな裁判例を取り上げるようにしましょうか。取り上げた裁判例は多いですが、このところ多様な争点が提起されており、絞るのもなかなか難しいですね。

ところで、合同ゼミ合宿は激しいディベートのあとの楽しい懇親会がつきものです。私たちも学生たちにならって一層の懇親を深めにいきましょう（笑）。

(2008年8月4日：京都にて)

しまだ・よういち 早稲田大学法文学術院・法務研究科教授。最近の主な著作に『労働法第3版』（共著、有斐閣、2008年）、「正社員と非正社員の格差解消に何が必要か」『世界』2008年10月号など。労働法専攻。

つちだ・みちお 同志社大学法学部・法学研究科教授。最近の主な著作に『労働法概説』（弘文堂、2008年）、『労働契約法』（有斐閣、2008年）など。労働法専攻。