



ディアローグ

労働判例この1年の争点



派遣労働をめぐる法的諸問題



高年齢者雇用安定法と継続雇用制度

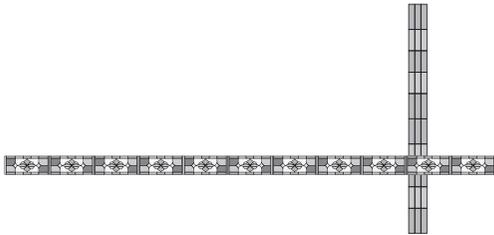
島田陽一

(早稲田大学教授)

×

土田道夫

(同志社大学教授)



【目 次】

はじめに

■ピックアップ

1. 米国州日本代表部職員の解雇と民事裁判権免除の可否——米国ジョージア州（解雇）事件
2. 管理監督者に対する深夜割増賃金規定の適用——ことぶき事件
3. 組織再編に伴う団体交渉における組合支部の団体交渉権——ネスレ事件
【参考】会社分割における不当労働行為の責任主体——モリタ事件
4. 退職後の競業と不法行為の成否——サクセスほか（三佳テック）事件
5. 退職後の団交要求と「雇用する労働者」性——住友ゴム工業事件
6. 総務部長の情報管理義務——骨髓移植推進財団事件

■フォローアップ

- I. 嘱託職員による一般職員との処遇格差を理由とする差額賃金、慰謝料請求——京都市女性協会事件
- II. 会社分割と労働契約の承継——日本アイ・ビー・エム（会社分割）事件
【参考】事業譲渡後の労働条件変更と譲渡元の説明義務——EMI ミュージック・ジャパン事件

■ホットイシュー

- I. 派遣労働をめぐる法的諸問題
 - ①下請会社従業員・発注会社間の黙示の労働契約の成否——パナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件
 - ②派遣先の契約解除による派遣労働者の解雇——プレミアライン仮処分事件
 - ③派遣先の契約解除による派遣労働者の期間途中での解雇——社団法人キャリアセンター中国事件
 - ④専門26業務派遣における雇入申込義務——三洋アケア事件
 - ⑤派遣先が派遣労働者に支給する報酬金の打ち切りの可否——ジェイエスキューブ事件
- II. 高年齢者雇用安定法と継続雇用制度
グループ会社への転籍を内容とする継続雇用制度の適否——NTT西日本（高齢者雇用）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 (決) 平〇・〇・〇

→ 最高裁判所平成〇年〇月〇日第二小法廷判決 (決定)

知財裁判例集：知的財産裁判例集

中労時：中央労働時報

判時：判例時報

別冊中時：別冊中央労働時報

民集：最高裁判所民事判例集

労経速：労働経済判例速報

労旬：労働法律旬報

労判：労働判例

はじめに

土田 島田先生と私が担当するディアローグの3年目となります。よろしくお祈りします。

島田 もう3年目になりますね。早いものです。今回で私たちの担当は最終回だそうですがよろしくお祈りします。

土田 昨年のディアローグは、2008年後半以降の世界的金融不況によって経済情勢・雇用情勢が急激に悪化した時期に行いました。今回のディアローグまでの間、経済状況はかなり改善されましたが、雇用情勢はなお厳しい状況にあります。政治的環境について見ると、昨年、民主党を中心とする政権交代が実現し、雇用政策にも影響が及ぶ可能性があります。この秋には、労働者派遣法の改正も日程に上っています。もっとも、これも先行き不透明の観を否めません。

ディアローグの本題である裁判例を見ると、昨年度は、最高裁判例が不作でしたが、今回は5件取り上げます（米国ジョージア州（解雇）事件、ことぶき事件、サクセスほか〔三佳テック〕事件、パナソニックプラズマディスプレイ事件、日本アイ・ピー・エム事件）。そのうち、4件が原判決を破棄自判または原審に差し

戻しており、すべての事件で最高裁が実質的な判断を示しています。また、5件のうち2件は、昨年のディアローグで批判的に検討した高裁判決の上告審で、派遣に関するパナソニックプラズマディスプレイ事件は、派遣に関する下級審裁判例とともに、〔ホットイシュー〕で取り上げたいと思います。なお、ここで取り上げる下級審裁判例は、労働者派遣契約の中途解除に伴う解雇問題を含んでおり、この間の雇用情勢の変化を反映しています。

今回は、近年の雇用政策立法の解釈をめぐって争われた裁判例が多いことも特色です。〔ホットイシュー〕では、労働者派遣法上の雇用申込義務に関する裁判例について検討しますし、もう一つの〔ホットイシュー〕として、高齢者雇用安定法9条の継続雇用措置に関する裁判例を取り上げています。また、〔フォローアップ〕では、昨年検討した京都市女性協会事件の控訴審判決を取り上げますが、ここでも、改正パートタイム労働法の意義や効果が論点となっています。

〔フォローアップ〕ではもう1件、日本アイ・ピー・エム事件の上告審判決について検討します。〔ピックアップ〕はアト・ランダムですが、この1年で重要と思われる裁判例を重点的に取り上げました。

ピックアップ

1. 米国州日本代表部職員の解雇と民事裁判権免除の可否——米国ジョージア州（解雇）事件（最二小判平21・10・16 労判992号5頁）

— 事案の概要 —

米国ジョージア州（Y）の一部局である港湾局が、日本に設置していた極東代表部の事務所を閉鎖するのに伴い、事務所職員Xを解雇したため、Xが解雇は無効であるとして、雇用契約上の権利を有する地位にあることの確認および解雇後の賃金支払いを求めて提訴。一審（東京地判平18・5・18 労判919号92頁）は、Xの訴えを一部認容したが、二審（東京高判平19・10・4 労判955号83頁）は、一審判決を取り消し却下としたため、Xが上告。

土田 本件は、米国のジョージア州（Y）が使用者として関わった労働事件（解雇事件）に関する民事裁判権の免除が争われたケースです。

原審は、Xの請求を認めた一審を取り消し、Yに対する民事裁判権の免除を認めて、本訴を却下していました。これに対してXが上告したところ、最高裁は、原判決を破棄し、差し戻しました。判旨は、Yは米国の州であり、主権的権能を行使する権限を有するので、その主権的行為については、わが国の民事裁判権から免除される。しかし、いわゆる制限免除主義を採用したパキスタン貸金請求事件（最二小判平18・7・21 民集60巻6号2542頁）を引用して、Yを含む外国の私法的不いし業務管理的な行為については、特段の

事情がない限り、わが国の民事裁判権から免除されないと判断しています。

次に、判旨は、この判断を本件に当てはめて、X・Y間の雇用関係も、Xの解雇も、私法的ないし業務管理的な行為に当たると判断しました。ただ、ここで、パキスタン貸金請求事件が示した「特段の事情」が問題になるわけですが、この点について、本判決と原判決は対照的な判断を示しています。

まず、原判決は、国連の「国及びその財産の裁判権からの免除に関する国際連合条約（以下「免除条約」）」を参照して、本件解雇は、同条約11条2(c)に該当するとして「特段の事情」を肯定しました。つまり、免除条約が裁判権免除を原則として否定しながら、「個人の採用、雇用の更新または復職に係る場合」については無制限に免除を認める立場をとっているところ、Xの本件請求は「復職」に当たるので、「特段の事情」が認められるという判断です。また、もう1点、原審は、本件解雇事由はYの事務所の閉鎖であり、そういう解雇の正当理由について、日本の裁判所が審理を行うと、州の経済状況等に関する判断を行うことになるので、Yの主権を侵害するおそれがあるとして「特段の事情」を肯定しました。

これに対して、本判決は、原審が特段の事情として指摘する免除条約11条2(c)について、同項は、雇用関係を開始する場合に関する規定であり、そこにいう裁判手続の対象事項が個人の「復職に係るものである」という規定は、文字どおり個人を職務に復帰させることに関するものであって、Xの本件請求は、現実の就労を強制するものではないから、これには当たらないと判断しています。つまり、雇用契約上の権利を有する地位にあることの確認と、未払賃金の支払いを求める本訴請求は、同じく免除条約の11条2(d)にいう「解雇」に関するものと解すべきであって、この場合は、「雇用主である国家の元首、政府の長等が、当該裁判手続が当該国の安全保障上の利益を害し得るものであると認める場合」に限り、裁判権の免除が認められている、と。そして、解雇訴訟手続については、そうした厳格な要件が求められている以上、原判決が指摘する上記事情（本件解雇がYの事務所の閉鎖に起因するという事情）は、Yの主権を侵害する理由には該当しないと判断しました。

*解雇訴訟手続と民事裁判権の免除

土田 コメントしますと、民事裁判権の免除とは、国家が行う法律行為や財産をめぐる係争について、外国の裁判所の民事裁判権に服することから免除されることをいい、日本の判例は、主権国家の行為は例外なく他国の裁判権から免除されるという絶対免除主義を採用してきました。これを変更したのがパキスタン貸金請求事件で、外国の非主権的な行為については裁判権免除を否定するという考え方（制限免除主義）を採用したものです。

それから、国際法上、先ほど言いました免除条約が制限免除主義を採用しており、日本は、2007年に署名し、2009年に国会承認されています。そして、同年、「外国等に対するわが国の民事裁判権に関する法律」（対外国民事裁判権法）が制定され、同法も制限免除主義を採用しています。本件は、この法律の施行前の事件ですから、同法の適用は問題となっていません。

以上を踏まえて本件を見ると、最大の争点は、Yが行った解雇が私法的ないし業務管理的な行為に該当することを前提として、これが制限免除主義の下でも認められた例外に当たるか否か、つまり、民事裁判権免除が認められる「特段の事情」の有無という問題です。

本判決は、この「特段の事情」を否定したわけですが、妥当な判断だと思います。一般に、免除条約の復職に関する事項（11条2(c)）については、国家に広い裁量が認められると解されています。ですから、私法的行為であっても、無条件に免除を認めるべきことになります。ところが、解雇については、既に労働契約を締結した労働者の地位の保護という労働法上の要請が働くので、安全保障上の利益を害するおそれの存在というきわめて厳格な要件を課した上で免除を認めるべきものとされています（11条2(d)）。

そこで、本件でXの請求がどちらに当たるかですが、仮に、不当解雇の効果として就労の強制が認められるのであれば、上記の「復職」として、採用や再雇用と同様に、雇用関係の開始に関する場合に当たると解し、そこから「特段の事情」を肯定する余地はあります。しかし、本件でXが求めたのは、解雇権濫用を前提とする雇用契約上の地位の確認と未払賃金の支払いです。日本法では、裁判所は、解雇権濫用が認められた場合も、就労請求権を否定しているため、現実的に就労させるかどうかはあくまで使用者の任意の履行



つちだ・みちお氏

に委ねており、就労の強制はできません。

そうすると、本件訴えを雇用関係の開始に関する場合に分類し、解雇訴訟を無条件に免除対象とする原審の判断は、明らかに免除条約とは整合しませんし、労働契約上の地位の保護という労働法上の要請にも反するものと思われます。

そこで、次の問題は、本件を解雇裁判手続としてみた場合に、なお「特段の事情」を肯定すべき事情があるか否かです。この点、原判決は、Yによる経営上の理由による解雇に関する審査を認めることは結局、主権の侵害となるとして「特段の事情」を肯定しましたが、これによれば、整理解雇に関する限り、その司法審査は常に外国の主権への介入とされ、免除対象とされかねません。しかし、国際法上も国内法上も、解雇については、その訴えが「当該国の安全保障上の利益を害し得るもの」と認められる場合に限り免除の対象とされるのですから、原審の判断はこの要件と整合せず、制限免除主義を軽視するものといえます。

したがって、本判決は妥当であると考えます。

*免除条約との関係

島田 この判断については、特に異論はないので、あまり議論にならないかもしれないですね。ところで、免除条約が採用、雇用の更新、復職と挙げている場合の復職とは、具体的にはどのようなことが想定されてきているのでしょうか。

土田 国によっては、解雇が不当とされた場合の効果として、現実的就労の強制を認めるような立法例があります。本件原判決は、不公正解雇に対する復職命令を規定しているイギリスの労働法を引用しており、そこでは、不当解雇がされた場合には、解雇されていない者と同様に扱われるべきものとして、原職復帰を命令するとされているようです。そうした立法の下では、復職という理解がされるのかもしれませんが。

島田 要するに、解雇無効の効果としての復職ということではないわけですね。仮に解雇によって労働契約が解約されても、あらためて使用者に復職を命じるということですね。それは、法的には、採用であっ

て、解雇の問題ではないということでしょうか。

土田 というよりは、労働者が不当解雇の効果として現実的就労を求める場合は、採用と同様に扱うということだと思います。

島田 それから、もう1点お聞きします。採用あるいは雇用の更新の場合でも損害賠償で争う場合は、本判決の解釈ですと、免除には該当しないことになるのでしょうか。

土田 免除条約の下では、損害賠償を求めた場合は、完全に免除の対象から除外されるわけです。その場合は、金銭的請求にすぎないので、どういう要件を満たそうが、完全に自国の裁判権に服するという取扱いになります。

島田 そうですね。そうすると、日本における有期雇用の反復更新の場合は、やはり解雇同様に免除にならないということですか。

土田 解雇にせよ雇止めによる雇用の更新拒絶にせよ、3つの類型があるわけです。まず、単に損害賠償を求める場合には、全く免除の対象にならない。次に、労働契約上の地位の確認と未払賃金を求める場合は、安全保障上の利益を害するおそれがあるとされる場合に限り免除の対象となります。それから、3つ目に、労働者が現実的就労を求める場合は、採用と同様、無条件に免除の対象となるということです。

島田 要するに採用、更新、復職というのは、実際には、雇用の開始と言っていますが、現実に新たな意思表示があって初めて成立する場合だという理解でいいのですか。

土田 理論的にはそこは微妙で、採用の場合はおっしゃるとおりですが、復職の場合は、新たな意思表示がなくても解雇の効果として認められる場合はあるが、現実的就労を求める以上、外国の主権に介入する度合いが高くなるので、免除対象とするということでしょうね。

島田 なるほど。

*対外国民事裁判権法との関係

土田 次に、本判決の射程を、対外国民事裁判権法との関係で考えてみたいと思います。まず、本判決は、解雇について免除対象が認められる特段の事情を否定したわけですが、そうだとすると、特段の事情が肯定される場合もあると思います。どういう場合かという、本判決は、労働者が労働契約上の地位の確認

と未払賃金請求に加えて、現実の就労の強制を求める場合に「復職」該当性の余地を認めているわけですから、就労請求権が当事者間の特約で認められている場合や、当事者間の準拠法選択で就労請求権を肯定する外国法（例えばドイツ法）が準拠法とされた場合は、特段の事情が肯定されて、裁判権免除が認められる可能性があります。

ただ、この点は少し微妙で、本件は、対外国民事裁判権法の施行前の事件です。一方で、対外国民事裁判権法はもう施行されていますので、同法の下ではどうなるかという問題が残っています。

島田 対外国民事裁判権法はこの免除条約を国内法化するということですね。ですから、一応それとの齟齬はないという理解をしているのですね。

土田 法務省の立案担当者だった飛澤知行氏が書かれた解説書（『逐条解説対外国民事裁判権法』商事法務、2009年）によると、対外国民事裁判権法9条の解釈としては、労働者が解雇の効力を争う場合には、労働契約上の地位の確認とか未払賃金請求だけではなく、現実の就労を求める場合であっても、解雇その他の労働契約の終了の効力（9条2項4号）の対象になるとされています。一方、9条2項3号では「採用または再雇用の契約の成否」を掲げていますが、解雇はそれには当たらないという解釈です。

この解釈を前提とすると、仮に労働者が現実の就労を求める場合であっても、無条件の免除ということはありません。先ほどの安全保障上の利益を害するおそれがある場合に限り免除されることとなります。その限りでは、免除条約と齟齬が生ずる可能性があります。

島田 なるほど。

土田 ただ、そのあたりは必ずしも確定した解釈ではなくて、国際法との関係もありますから、今後さらに検討する必要があると思います。

島田 例えばドイツの場合、確かに就労請求権があるとされますが、しかし、現実の就労が強制されるというわけでも必ずしもないと思います。そういう場合はどうなるのでしょうか。また、フランスも、違法解雇については、復職ではなく、損害賠償請求になりますが、従業員代表とか組合代表などに対する解雇については、復職が認められています。もちろん、就労請求権が認められているわけではなく、日本の不当労働行為に近い扱いかもしれませんが、行政命令ではない

ですよね。

土田 前者の点は、おっしゃるとおり、現実の裁判手続で何を請求しているかということによるのでしょうか。フランスの場合は、そういったケースはどういう手続になるのですか。

島田 組合代表などの解雇については行政訴訟になります。というのは、労働監督官の許可が要るので。

土田 それで現実の就労命令を出すのですか。

島田 はい、そうです。

土田 復職を命ずるわけですか。

島田 そうです。

土田 それは、間接強制といった手続があるのでしょうか。

島田 はい、間接強制を伴う復職命令です。

土田 そこが大きいでしょうね。日本の場合、一般の民事裁判では、就労請求権がないので、後は任意の履行に期待するようになるわけですが、不当労働行為事件で労働委員会が原職復帰を命じて、それが取消訴訟で争われた場合は、裁判権免除の問題が出てくるかもしれません。もっとも、この種の訴訟は、そもそも対外国民事裁判権法の適用範囲から除かれるかもしれません。

島田 いずれにしても、準拠法が外国法である場合に日本に裁判権はあるけれども、外国法で、という場合はあるわけですからね。

2. 管理監督者に対する深夜割増賃金規定の適用 ——ことぶき事件（最二小判平21・12・18 労判1000号5頁）

事案の概要

理美容店を経営するY社は、総店長として勤務していたXに対し、顧客カードの持ち出しおよび退職後の近接他社店舗での業務従事が不法行為に当たるとして損害賠償請求を行った。これに対し、XはY社に勤務していた際の未払賃金および時間外給与の支払いを請求。一審（横浜地判平20・3・27 労判1000号17頁）、二審（東京高判平20・11・11 労判1000号10頁）ともにXの不法行為成立を認め、Xの賃金請求を退けた。このXの時間外賃金請求につき、二審では控訴棄却の理由として、「Xが労基法41条2号の『管理監督者』に当たる」としたため、この判断に対してXが上告。

島田 本件は、労働基準法41条2号のいわゆる管理監督者に該当する労働者であっても、同法37条3



しまだ・よういち氏

項——現在は37条4項ですが——に基づく深夜割増賃金支払請求ができるという判断を最高裁が初めて示したものです。

この事案は、理美容業に勤務していた労働者が、競業他社に転職したのですが、その際に顧客

カードの持ち出しを行った。これが不正競争防止法、あるいは競業避止義務に関する不法行為だとして損害賠償請求を受けたのがもとの訴訟でした。これに対して、労働者が時間外労働もし、深夜業も行っていたと主張して、反訴として深夜割増賃金あるいは時間外割増賃金の請求をしたものです。原審は、この労働者について、管理監督者と認め、時間外割増賃金の支払請求を棄却しただけではなく、その際、あっさりと深夜割増賃金請求も棄却しました。

上告審において、問題となったのは、この深夜割増賃金請求を棄却した部分です。すなわち、この管理監督者に関する労働時間の適用除外に深夜業についての割増賃金の規定が含まれるのか否かという問題です。本判決は、この問題について最高裁が初めて判断を示したという意義があります。本判決は、深夜業に関する規定が適用除外される規定に含まれず、管理監督者についても深夜割増賃金が発生するという判断を示しました。

本判決は、その理由として、労基法の労働時間に関する規定の多くが労働時間の長さに対する規制に関するものだけれど、深夜業の規制は、労働が1日のうちのどのような時間帯に行われるかに着目した規制であって、他の規定とは趣旨・目的を異にすると述べております。

また、管理監督者の適用除外について、労基法41条の「労働時間、休憩及び休日に関する規定は適用しない」としている中に深夜業の規制が入るのかという問題です。判決が根拠にしているのは、年少者の深夜業の規制を定めた61条で、これを見ると、深夜業の規制については適用しないと。したがって、「労働時間、休憩、休日に関する規定」というのは、深夜業の規制に関する規定には含まれないと言っています。

それから別の論点として、管理監督者の所定賃金

が、労働協約・就業規則その他によって、一定額の深夜割増賃金を含める趣旨で定められていることが明らかの場合、その限度で当該労働者の深夜割増賃金の支払いに充当することを認めています。

原審によると、店長手当として3万円支給されていて、また、賃金も他の店長の1.5倍程度であったので、ここに割増賃金が含まれているのかについては、破棄差戻しとなりました。

さて、この判決の評価ですが、おそらく現在の通説的な理解によれば、至極当然の結論ということになるかと思えます。そもそも原審がなぜ深夜割増賃金請求を棄却したのかの理由を示していないのが不思議といえませんが、それはともかくも、本判決がとったような通説的解釈は、先ほど言いましたように、深夜業の規制が労働時間の位置に関する規制であって、管理監督者の適用除外の中には含まれないという立場です。この解釈は、労基法制定に深く関わった寺本廣作さんの注釈書（『改正労働基準法の解説』時事通信社、1952年）で採用されたもののようで、これが学説で支持されて定着してきたのだらうと思えます。この解釈は実務でも知られているようです。

しかし、果たして管理監督者について、本判決のような解釈が本当に適切かをあらためて議論する余地があるように思えます。

確かに、年少者に関する労基法61条は、18歳未満の深夜業を禁止する観点から、別途の取り扱いをしています。それは年少者の保護の観点からの施策です。このことから、当然に37条4項を41条のいう労働時間に関する規定ではないという積極的根拠とはならないでしょう。労基法の文言解釈からすると、深夜業に関する37条4項が41条の適用除外規定に含まれると解することは不可能ではないように思えます。また、実質的に考えて、現在の裁判例における管理監督者を前提とした場合に、深夜割増賃金の請求を認めることが適切なのかということ、議論の余地があるのではないのでしょうか。

*本判決の妥当性

土田 今のお話だと、本判決は、寺本氏の労働基準法の解説がもとになっているわけですか。

島田 私が見た限りではそうですね。

土田 本判決の解釈は何に依拠しているのかがよくわからなかったのですが、寺本氏の解説に依拠してい

るとすると、彼はまさしく制定作業に関わった人ですから、その点は理解できました。

ただ、今指摘された問題点は私も同感です。従来の通説は、労基法41条は「労働時間、休日、休憩に関する規定」だけを適用除外の対象としており、「深夜業」に関する規定は対象から外されると解してきたと思うのですが、これは、寺本説をもとにする文理解釈というか、形式的な解釈です。ただ、本判決が少し違うのは、それだけではなく、両者の趣旨目的が異なるということも理由にしています。つまり、労働時間に関する規定の多くは、労働時間の長さを規制しているのに対し、深夜割増賃金に関する37条旧3項は、労働の時間帯に着目した規定だという理解です。これも寺本説ですか。

島田 そうです。

土田 37条旧3項は、労働時間の長さではなく時間帯に関する規定だから、労働時間に関する規定には含めないということですね。

島田 そうです。管理監督者などの労働時間の適用除外の問題は、労働時間の長さに関する規制の適用除外なので、労働時間の位置に関する規定は該当しないという理解です。

土田 私は、そういう理解には疑問があります。労基法41条の適用除外制度は、労働者の生命・健康の保護、あるいは「仕事と生活の調和」といった労働時間制度の要請を考へても、なお適用除外してもよい範疇の労働者に関する規定だと思います。そうだとすると、深夜割増賃金規定だけを例外扱いする合理的理由はないように思います。労働の時間帯だけは、適用除外制度から外して規制すべき特別な理由があるなら別ですが、そういう理由は思いつかない。

島田 実際、労働時間管理が必要な労働者かということも含めて考えると、労働時間の長さと同様に位置についても、特段除外する必要もないような気がします。

土田 特に、管理監督者(41条2号)の場合には、職務権限や責任が重く、勤務や労働時間について自由裁量があることから、労働時間規制を適用除外しても保護に欠けるところはないという趣旨の規定です。それを一貫させれば、管理監督者がたまたま深夜業に従事した場合に、深夜割増賃金規定を適用除外しても何の問題もないはずですね。もちろん、管理監督者の範囲自体を適用除外制度の趣旨に即して厳しく限定する

ことが大前提ですが。

要するに、本判決がいうように、労働時間の長さの規制と時間帯の規制は趣旨目的が異なるという理由だけで深夜業規定を適用除外から除くという判断は不十分だと思います。

* 割増賃金と所定賃金の関係

土田 それから、本判決は、深夜割増賃金を所定賃金に含める趣旨で定められていることが明らかな場合は、割増賃金の支払義務は生じないところ、その点が審理されていないという判断によって本件を差し戻したわけですが、この点は、どのように判断することになるのでしょうか。

島田 賃金の通常の額とか、そういうものだと思います。

土田 以前、歩合給制を適用されているタクシー運転手が深夜割増賃金と時間外労働手当を請求して認められた高知県観光事件(最二小判平6・6・13労判653号12頁)という判例がありました。この事件では、タクシー乗務員に支給された歩合給の額について、通常の労働時間の賃金に当たる部分と時間外・深夜割増賃金に当たる部分が判別できない、あるいは、時間外・深夜労働を行った場合に増額されていないことからすると、歩合給によって時間外・深夜割増賃金が支払われたと認めることは困難だという判断をしています。こういう判断をすることになるのでしょうか。

島田 ただ、あの場合は歩合給の話ですよ。今回の場合は、店長手当としての3万円があるし、他の店長に比べて1.5倍程度の収入があって、店長を統括する存在だったということで管理監督者として認められている。この1.5倍というのが、単に管理監督者としての地位ということではなくて、実際に深夜割増賃金を含めている程度の額になっているかどうかについて検討しろということではないかと思います。つまりこれらの賃金の趣旨が問題になるのでしょうか。

土田 ただ、その賃金支払いの趣旨を判断する際に、本件のようにいわゆる定額給制を採用している場合は、定額給が割増賃金を含むと認められるためには、割増賃金部分を区別できるようにしておく必要があるわけですね。割増賃金の支払義務がある以上、この支払義務が履行されたかどうかを見るためには、法所定の割増賃金の額を判別できるようにしておく必要があるからです。その点は判断するということですね。

島田 判断することになるでしょうね。ただ、事実関係を見る限り、深夜割増賃金が含まれたと解するのは難しいかもしれないですが。

土田 なお、本件とは関係ありませんが、労基法41条については、一昨年のディアログで日本マクドナルド事件（東京地判平20・1・28 労判953号10頁）について議論したように、管理監督者の要件を明確化することが大きな課題ですね。

島田 そうですね。また、この37条4項を適用除外規定に含めるべきかは、立法論的にも検討しなければならぬ課題です。

3. 組織再編に伴う団体交渉における組合支部の団体交渉権——ネスレ事件（東京高判平21・12・24判例集未登載）

— 事案の概要 —

労働組合ZはXに対し、東京支店に係わる組織再編に関する事項について団体交渉を申し入れたのに実質的に応じなかったことは労組法7条2号に該当する不当労働行為だとして救済申立を行い、中労委はこれを認めた（中労委平20・6・4別冊中時1387号242頁）。Xはこれを不服として提訴したが、一審（東京地判平21・6・25判時2055号151頁）も、中労委の判断を支持してXの請求を棄却したため、Xが控訴。

土田 本件は、主として、Y社の従業員で組織する労働組合の東京支部がY社および関係する2社に対して団体交渉を申し入れたのに対し、Y社が東京支店に係る会社組織再編に関する事項について、自ら提案する団体交渉方式（連名方式）でなければ支部の交渉に応じられない等として、支部単独の交渉に応じなかったことが団交拒否の不当労働行為（労組法7条2号）に当たるか否かが争われたケースです。

事案は少しややこしくて、Y社が持株会社に移行したのですが、その後、給与関係書類の作成名義者が非常に混乱するということがありました。例えば、労働契約の相手はY社のはずなのに、基本給は人事部を独立させた別会社から通知され、給与の支給明細書はまた別の事業会社から送付されるといったことがあったため、平成15年、組合東京支部が、Y社に対して団体交渉を申し入れました。その内容は、①東京支店における賃金決定等の権限がグループのどの会社にあるのか、②従業員の身分は、Y社から事業会社への出向か、派遣か、いずれでもないのか、③会社の回答文

書の作成者となっているグループを構成するのはどの会社か等、といったものです。

ところが、Y社は、組合本部との連名方式でなければ団体交渉には応じられないとして支部単独の交渉を拒否しました。そこで、東京支部が団交拒否の不当労働行為であるとして、救済申立をしました。中労委は基本的にこの救済申立を認め、会社側が連名方式に固執して、支部単独の団体交渉に応じなかったことについてポスト・ノートリスを発したので、会社が取消訴訟を提起したものです。

本件の主たる争点は、上記①ないし③の団交事項が、労働組合の支部が独自に団体交渉を求める事項なのか否かという点ですが、Y社は、東京支部は組合本部の下部組織であって、本件組織再編に伴う問題は、会社と本部との間の団交事項とされていることから、支部独自の交渉事項ではなく、したがって、連名方式を主張することには理由があり、したがって、団交拒否にも正当な理由があると主張しました。

これに対し、取消訴訟の一審および本判決ともに、中労委命令を支持して、ほぼ同様の理由によってY社の訴えを棄却しています。一審判旨を紹介しますと、東京支部の組合員、すなわち、Y社東京支店の従業員の労働条件に関する事項が、本来所属していると説明されたY社以外の会社名で作成されていたという状況の下では、組合員にとって誰が使用者なのかという基本的で重大な問題が生じている。したがって、これは本来義務的団交事項になるものであるところ、東京支部のような下部組織も、その支部限りの交渉事項については、組合本部の統制に服するものの、独自に団体交渉を行う権限があるとしています。

本件の場合、前掲の①～③は、いずれも東京支店における組合員の法的関係を内容とする議題であるから、東京支店に関する事項に限定した議題であって、支部限りの交渉事項を意味する。ただ、組合内部における調整あるいは統制ということが問題になるが、東京支部が団体交渉を申し入れた平成15年当時、組合本部が会社に対して団体交渉を申し入れていた事情は認められず、二重交渉の可能性が具体的に存在していたとはいえないし、また、組合本部自身が、平成9年、Y社に対して、それぞれの支部団交で誠意を持って回答するよう要求していたということからして、支部の団体交渉権限に制約を加えていたとはいえないと判断しています。

そうすると、Y社が連名方式による団体交渉に固執したため、実質的な交渉に入ることができなかったのは、団体交渉拒否の不当労働行為に当たるという結論になりました。控訴審の本判決も、一審をほぼそのまま維持する内容で、Y社の控訴を棄却しています。

***単位組合支部の団体交渉権の範囲**

土田 コメントですが、学説、裁判例、労働委員会命令例は、ほぼ一致して、本件東京支部のような単位組合の下部組織についても、当該下部組織限りの交渉事項については、それ自身の団体交渉権が認められると解してきました。ただし、その場合も、支部組合は、組合本部の統制には服すると解されています。すなわち、当該単位組合全体の中での交渉権の配分に服すること、単位組合自身の団体交渉と抵触しないこと、規約や慣行上、必要な本部の承認を得たり、指令に従うことが要件とされています（菅野和夫『労働法[第9版]』弘文堂、2009年、570頁）。

本件の一審判決および本判決も、この通説的考え方に沿うもので、それ自体には異論はないのですが、具体的判断のところで若干疑問があります。というのは、先の①～③は、本当に東京支部限りの議題なのかという疑問です。この点、中労委命令も判旨も、本件で問題となった3つの事項は東京支部独自の事項と判断しており、確かに形式的にはそういえるかもしれませんが。しかし、組合員の賃金決定等の権限がグループのどの会社にあるのか(①)とか、従業員の地位・身分がどうなっているのか(②)という問題は、本来、東京支部限りの問題ではなくて、全社的な課題であり、組合本部が扱うべき問題でしょう。そうすると、会社が主張するとおり、組合側で団体交渉権の調整がなされるまでは、会社は団体交渉を拒否できるという主張も成り立つように思うのです。

私かわからないのは、他の支部ではどうなっていたのかということです。判旨によれば、この時期、会社の他の組合支部（霞ヶ浦支部、島田支部）も、Y社に対して団体交渉を申し入れています。もし、これらの支部でも同じような問題が起きていれば、組合内部の調整が必要な事案になってくると思うのですが、本件事実関係からは、そこがわかりません。

この点、判旨も、会社側主張を一部認めていて、本件団体交渉申入れと近接した時期に、島田支部や霞ヶ浦支部からも団体交渉が申し入れられていることが

ら、Y社が組合本部や各支部に議題調整を求めたことには相当の理由があるとしています。しかし結局、東京本部が申し入れた前記①～③は、東京支部限りの事項に当たるということを理由に二重交渉のおそれを否定しているわけです。ところが、この他の支部からの申入れ事項とは、島田工場、霞ヶ浦工場における組織再編問題となっていて、その具体的内容はわかりません。仮に、その内容が、本件で問題となった賃金決定権限の所在や従業員の地位・身分というものであれば、組合側での調整が必要な問題になってくると思うのですが、その事実認定がないし、会社側の主張でもどうも明らかでないのです。

ということで、すっきりしないのですが、以上の点を抜きにすると、判旨のような判断になるのかなと思います。

島田 基本的には従来の枠組みを踏襲しているが、事実関係に引きつけて考えると、果たして支部独自の交渉事項に当たるのかについて議論の余地があるということですね。組合本部が交渉してもいいけれど、その具体的なやり方として、例えば、交渉力のある個々の支部に最初に交渉させて、そこで一定の結論を得たら、今度はそれを全体に波及させて解決するという見通しがあるとか、そういうことでしょうか。

土田 おそらくそうだと思います。本件の場合、どうも組合本部が交渉を支部に全部丸投げしているようです。本部は、Y社が平成13年に持株会社化する際に団体交渉を行って、全従業員が会社に在籍することについて確認したのですが、その後は支部に全権委任しているようですし、会社に対して、それぞれの支部団交で誠意を持って回答するよう要求しています。

島田 そうすると、組合の中央本部は必ずしも交渉する気がなく、なおかつ重要な労働条件である場合には、独自の交渉権が発生してくるということでしょうか。

土田 そこが問題です。組合側が本来は本部マターである問題を各支部に全権委任するという方針を決定した場合、確かに、賃金決定権者だろうと従業員の身分だろうと、各支部独自の議題であるという理屈が立ちますし、二重交渉という問題も起きません。しかし、それは組合のいわば戦術の帰結であって、使用者側からすると、二重交渉、三重交渉のおそれがあるわけです。本判決のような判断は、そうした帰結をもたらす危険があって、釈然としないものを感じます。

仮に、組合本部が支部それぞれに独自に交渉するよう指令し、会社もそれに応じるよう要求しているとき、各支部から同じような事項について団体交渉が求められて、それぞれ地域の特殊事情もあるといった場合、使用者側としては、組合本部および支部に対してその調整を求め、調整が行われるまでの間は団体交渉を一時的に拒否するという対応はできないのでしょうか。この点は、上部団体と単位組合との間の交渉権限の配分について、よく指摘されることですが。

島田 そうですね。本件では、実際に他の支部からの要求はあったのでしょうか。

土田 先ほど述べたとおり、島田支部と霞ヶ浦支部からも団体交渉が申し入れられています。ともに、それぞれの工場における組織再編となっており、それ以上の内容はわかりません。もし、団交申入れの内容がこういう抽象的なものだったのだとすれば、会社としては、それを具体化するよう求め、仮にその具体的内容が東京支部の要求事項と重複するのであれば、その点を調整するよう求めて、その調整が行われるまでは交渉を拒否できると解する余地があると思います。

島田 おそらく重複した事項が申し入れられていれば、そうなりますよね。ただ、本件では東京支店に係る事項に限定した議題だとも言っているわけですよね。そこをどう読むか。

土田 そうです。その点に関する事実いかんによって、法的評価も変わるように思います。

【参考】会社分割における不当労働行為の責任主体 ——モリタ事件(東京地判平20・2・27 判刑967号48頁)

事案の概要

Y₁社は会社分割により、Y₂社を設立し一部従業員は労働契約関係がY₂に承継されることになった。合同労組X₁とX₂の分会であるX₃は、Y₁が併存する別組合にのみ事務所を貸与していたことが労組法7条3号の、またY₁が会社分割に関する団体交渉に誠実に対応しなかったことが労組法7条2号の不当労働行為に当たるとして救済申立を行った。大阪府労委がこれを認めた(大阪府労委平17・3・30別冊中時1356号15頁)ため、Y₁およびY₂は中労委に再審査申立を行ったが、中労委も棄却した(中労委平19・6・6別冊中時1356号1頁)ため、これを不服として取消訴訟を提起した。

土田 本件は、平成20年の事件で今回の時期から少しずれているのですが、今のネスレ日本事件と同

様、企業組織の再編に伴う労働組合法上の事案として重要ですので、ここで紹介だけしておきます。

事案は、会社に複数組合が併存している場合に、一方組合に対して組合事務所の貸与を拒否したところ、その紛争が継続している間に会社分割が行われたため、事務所不貸与の不当労働行為性ととともに、会社分割における団体交渉拒否の不当労働行為性も争われたというものです。会社分割が行われた場合、分割会社の不当労働行為について、誰が、どのような責任を負うかの判断を示した点で、重要な事例と思われれます。

まず、中労委の判断ですが、Y₂に対しては組合事務所の貸与について組合と誠実協議をし、かつ、組合事務所を貸与せよという命令を出し、新Y₁に対しては、組合事務所を貸与しなかったことと、会社分割に関する不誠実交渉について、ポスト・ノーティスの命令を出しました。

一方、会社分割に係わる団体交渉については、上記と同じ理由で、新Y₁に対してポスト・ノーティスを命じました。ここで面白いのは、中労委は、Y₂について大阪府労委が出したポスト・ノーティスの命令を取り消していることです。その理由は、上記の組合は旧Y₁と団体交渉していたわけで、Y₂は新設会社なので、会社分割に係わる団体交渉については名宛人たる立場にないというものです。妥当な判断だと考えます。

取消訴訟では、本判決も、この結論をほぼ認めました。まず、組合事務所の不貸与については、旧Y₁と分会員との労働契約は会社分割によってY₂に承継されたので、Y₂は、組合事務所に関する不当労働行為責任も承継すると判断しています。ただ、この理由づけは若干不十分だと思います。この点、中労委命令は、労働契約承継の点だけではなくて、不当労働行為上の使用者性の判断をしていました。つまり、中労委は、分割された後の工場内施設を管理する使用者としての権限がY₂にあることをふまえると、Y₂は、組合事務所を貸与しないという不当労働行為を是正して正常な労使関係を回復する地位にあり、不当労働行為上の使用者に当たると判断していました。この点については、中労委命令のほうが妥当と思います。

それから、組合事務所の不貸与について、新Y₁に対しては、ポスト・ノーティスを命じています。これは、後で取り上げる住友ゴム工業事件とも関係しますが、新Y₁は、会社分割の結果、厳密に言えば既に使用者ではなくなっているため、不当労働行為の責任の

主体たる使用者となり得るかという基本的な問題があります。これについて判旨は、近接した過去の時期における労働契約関係の存在も、労組法上の使用者性を基礎づける理由となる等として使用者性を認めています。ただし、施設管理権はY₂にあるので、新Y₁については、ポスト・ノティスだけを命じました。オーソドックスで妥当な判断だと思えます。

なおもう一点、会社分割に関する団体交渉義務の内容という重要な論点がありますが、この点は、日本アイ・ビー・エム事件のところで取り上げます。

4. 退職後の競業と不法行為の成否——サクセスほか（三佳テック）事件（最一小判平22・3・25労判1005号5頁）

— 事案の概要 —

機械部品製造を業とするY社は、従業員であったX₁およびX₂が、同社を退職後A社で行った業務行為が、信義則上の競業禁止義務違反であり、不法行為に当たるとして損害賠償を請求した。一審（名古屋地一宮支判平20・8・28労判1005号14頁）ではYの請求を棄却したが、二審（名古屋高判平21・3・5労判1005号9頁）で「本件競業行為は社会通念上の自由競争の範囲から逸脱したもので、不法行為が成立する」との判断を示し、Yの請求を一部認容した。これを不服としてX₁、X₂らが上告。

土田 本件は、退職後の競業について、契約上、競業禁止義務が規定されていない場合に不法行為が成立するかどうか争われた事例です。事例判断ですが、最高裁判決ということと、若干重要な一般論を示していますので、取り上げました。併せて、競業禁止義務に関する最近の下級審裁判例も幾つか紹介して、傾向を確認したいと思います。

Y社は、従業員10名程度の小規模な機械部品製造業の会社です。営業担当と現場担当だった従業員2人が平成18年4月ごろに競業会社を営むことを計画し、5月、6月に相次いで退職しました。Xらは、休眠会社であった訴外会社を事業主体として、1人が代表取締役役に就任しましたが、その登記手続がかなり遅れて、平成18年の12月から翌年1月にかけて、半年ほど遅れてされました。取締役役に就任したX₁は、退職前後に、同種の事業を営むので受注を希望する旨を有力取引先に伝え、その退職直後から仕事を受注するようになった結果、元の会社では有力取引先4社に対する売

上高が、従来の全体の3割程度を占めていたのが、5分の1程度に減少しました。なお、Xら2名は競業行為を会社の代表者に告げておらず、平成19年1月になって知るに至ったと認定されています。

これに対して、Y社が不法行為または信義則上の競業禁止義務違反に基づく損害賠償を請求したところ、原審は、Xらの共同不法行為を認めました。まず、会社の元従業員は、雇用契約終了後当然に競業禁止義務を負うことはないけれども、自由競争の範囲を逸脱した違法な対応での顧客の奪取は不法行為を構成するという原則を確認し、その上で、先ほど紹介した様々な事実関係から不法行為の成立を認めて、700万円余りの損害賠償を命じました。

これに対してXらが上告したところ、最高裁は原判決を破棄し、自判しました。まず、X₁は、退職のあいさつのときに、独立後の受注希望を伝える程度のことにはしているけれども、Y社の営業秘密を用いたり、その信用をおとしめるといった不当な方法を用いていない。また、確かに主要取引先はXらに移転しているけれども、Y社の自由な取引が本件競業行為によって阻害されたという事情もない。それから、Xらが登記手続の時期を半年ほど遅らせたことをもって直ちに隠蔽工作とはいえないし、Y社代表者に対して、競業に関する開示義務を当然に負うものではない。こういった点から、社会通念上、自由競争の範囲を逸脱した違法な競業行為は存在しないという判断です。

*退職後の競業と不法行為の成否

土田 近年、競業禁止義務は、雇用の流動化によって重要な論点となっており、裁判例も増えています。憲法22条の職業選択の自由に及ぼす効果が高いことから、相当厳しい要件を課されており、労働者の地位、使用者の正当な利益の有無、競業制限の範囲（職種、期間、地域）、あるいは代償の存否・内容に照らして合理性を欠く場合には、公序違反を理由に競業禁止義務を無効とするという判断が行われています。

これに対して、本件で問題になったのは、このような競業禁止義務ではなくて、競業禁止義務が合意されていない場合に、果たして退職後の競業が何らかの責任を発生させることがあるのかということです。つまり、不法行為の成否という問題です。

この点については、かなり前にいくつか裁判例がありました（フリーラン事件・東京地判平6・11・25判

時 1524 号 62 頁等)。まとめますと、競争の目的、内容、態様によっては、営業の自由を侵害する不法行為が成立しうるが、一方で、自由競争の原則ないし営業の自由といった要請があるので、競争が直ちに不法行為を構成するわけではなく、社会通念上、自由競争の範囲を逸脱する悪質な態様で行われた場合にのみ、不法行為を肯定するというものです。具体的には、前使用者の営業秘密を不正に使用・開示して競争を行うとか、社会通念上、相当性を欠く方法で顧客を奪い、従業員を引き抜くというケースが肯定例として想定されており、かつ、不法行為の否定例が大半でした。

本件原判決の特色は、1つは単純に久しぶりの判断だということと、もう1点は、従来非常に少なかった不法行為の肯定例ということです。しかし、自由競争の原則、あるいは職業選択の自由の観点から見ると、不法行為性を過度に広く解する判断でした。

本判決は、原判決を否定したわけですが、まず、理論的な意義としては、結論としては不法行為を否定したものの、一般論として、一定の場合に不法行為が成立し得ることを認めた点が挙げられます。つまり、本判決は、雇用契約終了後に競争禁止義務が規定されていない場合も、社会通念上、自由競争の範囲を逸脱した違法な態様で雇用者の顧客を奪取した場合は、不法行為を構成し得るという趣旨の原判決を引用していますので、この判断自体は維持する趣旨と思われる。

その上で、本件については、不法行為を否定しましたが、要するに、顧客を奪ったといっても、営業秘密を不正に用いたり、会社の信用をおとしめる等の不当な方法をとっていない、また、本件競争行為によって会社と取引先との自由取引が阻害されたという事実はないので、自由競争の範囲内にあるということです。また、原審が重視した競争活動の隠蔽については、退職者が前使用者にその点を開示する義務はないという当然の事理を確認したものであるということができません。

この判断は、当然の判断と思います。本件のように、競争禁止義務の合意がない状況の中で、退職後の競争の不法行為性を検討する際には、相当厳格に判断する必要があります。そうしないと営業の自由それ自体が侵害されてしまいます。そのメルクマールとしては、従来からの学説・裁判例が説くように、営業秘密の不正使用・開示や信用を害する等、著しく不相当な方法を用いて顧客や従業員を奪取するという行為が必要だと思いますが、本件にはそれがありません。

従来の裁判例のうち、典型的な不法行為の肯定例としては、ラクソン事件（東京地判平3・2・25 労判 588 号 74 頁）があり、これは在職中の競争の事案ですが、営業本部長が在職中、会社備品をあらかじめ準備したオフィスに運搬し、多数の部下をホテルに連れ出して、競争会社への移籍を競争会社とともに勧誘・説得して移籍させたケースについて不法行為が肯定されました。これと比較すれば、本件は、社会通念上、相当性を欠く方法で顧客を奪うといった事情がないことに加え、退職後の競争の事案であることを考えると、違法性が否定されたのは当然だと思います。

ということで、判断としてはごく常識的で、原判決の方がやや過剰反応だったという印象ですが、事例判断とはいえ、今後の同種事案についての指針を提供した判断として有意義と思います。

島田 今のお話に特に異論はありません。退職後の競争禁止義務についての合意がない以上、競争行為それ自体を規制するのではなくて、逸脱したものについて規制するという方向性には賛成です。そして、この点について、最高裁が判断を示したという点で、重要な意義がある判決だと思います。競争行為を行うということについて、もとの勤務先に開示する義務を負うわけではないということも、当然でしょう。

*信義則上の競争禁止義務

島田 ただ1点、判旨に「なお、前記事実関係等の下では、上告人らに信義則上の競争禁止義務違反があるともいえない」という一節が入っているのですが、これは本件との関係ではどういう意味があるのでしょうか。ここで何か当事者がそのような主張をしていたのですか。

土田 これは、もともとY社の主張で、競争禁止義務に関する明示の合意も規定もないので、不法行為または信義則上の競争禁止義務違反を選択的に主張していたわけです。

島田 なるほど。それに対する応答としてだとして、どういう意義があるのでしょうか。

最高裁は、信義則上の競争禁止義務が当然にあるわけではないと示したということでしょうか。

土田 判旨はおそらく、Y社の請求の中で、不法行為または雇用契約に付随する信義則上の競争禁止義務違反に基づく損害賠償を求めたものですから、それに応答しただけの意味かなと思います。もう少し大胆に

読むと、退職後も信義則上の競業禁止義務は観念し得ると判断した上で、本件ではその違反は成立しないという読み方もできないことはないのですが、傍論ですし、そこまで最高裁が考えているとは思えません。

島田 例えば、在職中に一定の準備行為があったということになると、在職中の信義則上の競業禁止義務になる可能性はあるわけでしょうね。

土田 あり得ると思います。本件も実はちょっと微妙で、X₁が退職のあいさつの際に、うちと取引してほしいというようなことも言っており、原審の認定によれば、退職前後からそうした働きかけをしていたとされています。仮に、本判決のいう信義則上の競業禁止義務が在職中の義務も想定しているとすれば、この事実関係に対応する判断と読む余地はあります。

島田 そうですね。読み方によっては、信義則上の競業禁止義務とは、もしかしたら在職中のことを意味していて、それが無いと言っているのかなと思ったのですが。当事者は、そういう主張はしていないですか。

土田 Y社側は主張しています。ただ、原判決は専ら退職後の競業の問題として扱っており、時期的には退職後の問題とされています。また本判決も、X₁らが主要な取引先から受注したことをもって「本件競業行為」と呼んでいるので、退職後の競業を想定していることは明らかだと思います。

ただ、そうなると、先ほどの議論に戻って、本判決は、退職後の競業について信義則上の退職後の競業禁止義務を認める趣旨に立っているのかという問題が生じます。これは大問題で、仮に、退職後の労働者も信義則上の競業禁止義務を負うとすれば、退職者が明示の特約や就業規則がなくても、競業禁止義務を負うということになります。しかし、そこまで踏み込んだ判断ではないだろうと思います。

島田 なるほどね。わかりました。

*退職後の競業禁止義務に関する裁判例の傾向

土田 次に、退職後の競業禁止義務のほうですが、モリクロ事件（大阪地決平21・10・23労判1000号50頁）を中心に、ここ2年ほどの下級審の傾向をちょっと調べてみました。前々回取り上げたヤマダ電機事件（東京地判平19・4・24労判942号39頁）も、競業禁止義務についてかなり緩やかに判断していたのですが、この傾向が強まってきていると思います。

従来は、先ほど述べた4ほどの要素を使って競業禁止義務の有効性を判断し、著しく合理性を欠く場合には、公序違反を理由に競業禁止義務を無効とする判断が一般的でした。これを合理性審査アプローチと呼ぶとすると、この考え方を緩和する裁判例が増えていると思います。特に、競業制限の内容が相当包括的な場合であっても、直ちに無効とせず、さまざまな事実関係を考慮して合理的な範囲内に限定解釈し、効力を認めた上で義務違反があったかどうかを判断する裁判例が幾つか出ています。仮に、これを合理的限定解釈アプローチと呼んでおきます。

例えば、ダンス・ミュージック・レコード事件（東京地判平20・11・26判時2040号126頁）という裁判例は、退職後の競業禁止義務の範囲については、競業行為を制約することの合理性を基礎づけ得る必要最小限度の内容に限定して効力を認めるのが相当だとした上で、その合理性を上記の4ほどの要素によって判断しています。また、トータルサービス事件（東京地判平20・11・18労判980号56頁）も、やはり合理的限定解釈アプローチを用いた上で、前使用者の技術の重要性とか、フランチャイジー制度が代償としてある以上、競業禁止の期間や地域を限定するまでもなく有効だと判断しており、かなり緩やかに判断する傾向があります。

ところで、このトータルサービス事件は、競業禁止義務違反の効果として差止請求を認めつつ、その期間を2年間に限定しています。つまり、競業禁止義務の存否は緩やかに判断した上で、いわばサンクションの段階で厳しく解釈する判断傾向が見られます。同様に、ヤマガタ事件（東京地判平22・3・9労経速2073号15頁）では、競業禁止義務の有効性をほとんど審査しないまま違反を認めた上で、退職金の不支給に関して合理性判断をしています。つまり、退職従業員は競業禁止義務に違反しているけれども、退職金不支給の適法性について、代償もなく退職金を不支給とするのは妥当でないとして違法と判断しているのです。

このように、従来は競業禁止義務の存否や有効性の段階で義務の要件を設定していたのを、要件面では緩和した上で、効果とかサンクションの面で限定解釈を加える判断が増えていると思います。もともと、従来からの合理性審査アプローチを採用した高裁判決もありますが（三田エンジニアリング事件・東京地判平21・11・9労判1005号25頁。ただし、同事件控訴

審・東京高判平22・4・27 労判1005号21頁は、合理的限定解釈アプローチに近い。

私自身は、合理的限定解釈アプローチには疑問を抱いています(土田道夫「ダンス・ミュージック・レコード事件判批」知財管理60巻5号791頁)。一つは、このアプローチによると、義務内容が包括的であっても、その内容を合理的に限定した上で有効と判断することになりますが、そもそも、競業避止義務の内容が明確でない、退職者は何が競業避止義務違反になるのか予測ができません。その点を考えると、合理的限定解釈アプローチは、やはり職業選択の自由に対する萎縮効果を持つのではないかと。第二に、合理的な範囲内で競業避止義務の効力を認めるという審査については、第三者である裁判所がそのような合意内容の限定なり修正を行うことができるのかという、いわば規制の正当性の問題も出てくるかと思えます。その意味では、従来のオーソドックスな合理性審査アプローチのほうが妥当と考えています。

島田 ヤマダ電機事件のときにも議論しましたが、やや緩やかに競業避止義務を認めていく傾向のバックグラウンドはどういうものなのでしょう。やはり最近では転職などが増えて、わが国では競業避止義務が実際に問題となるのが例外的な話だったのが、一般化してきているという状況があるのかもしれないですね。

土田 ただ、競業避止義務が一般化してきたのであれば、その点への配慮は別の方向でもあり得ます。つまり、転職や起業など、競業を含めた職業活動が増えてきたのであれば、それに萎縮効果を及ぼすような判断を裁判所がするのはどうかという疑問です。

それから、今言われた背景として考えられるのは、競業避止義務の強力度という点があります。前使用者の営業秘密の保護という点から考えると、秘密保持義務という義務があって、不正競争防止法を使えば、営業秘密の不正使用・開示に厳しく対処できますし、契約上も秘密保持契約を結ぶことができます。ところが、実効性という点で見ると、転職した従業員が本当に秘密を守っているかは、前使用者にはわかりません。これに対して、競業避止義務は、就労自体を禁止する義務ですから、秘密や情報を保護する上では非常に効果的な義務で、いわば包括的に網をかける義務です。要するに、秘密保持とか不正競争防止法だけでは秘密や情報の保護は難しいので、裁判所はそれらの保護に重きを置いて、競業避止義務を緩やかに解する判

断をしているという仮説が成り立ちます。

しかし、秘密とか情報の保護を重視すればするほど、逆に職業選択の自由への制約度が高まるわけですから、そのバランスが重要であるにもかかわらず、裁判例は、その点に対する配慮が足りないという印象を持っています。

島田 労働者にとってみると、転職する場合、同業他社を考えるのが自分のキャリアを生かす上で合理的なので、その際労働者がどういふ競業避止義務、あるいは秘密保持義務を負っているのかは明示されていたほうがいいですね。

そういう意味では、確かに競業避止義務というのは要は企業秘密の保持の実効性を確保したいということですから、競業自体を禁止することについては狭く解釈して、かつ、守るべき秘密は退職時にきちんと限定しておくというように実務が動く法解釈が必要だと思うのですが、その点が十分に整理されていないような感じがしますね。

土田 そう思います。ただ、われわれ法律学者が、そういういわば誘導的なことを考えている一方で、そうはいっても、秘密を特定して契約を結んでおけば安心かというところ、そうでもないというところで競業避止義務が出てくると思うのです。それは理解できるので、だからこそ競業避止義務を認めること自体には反対ではないのですが、先ほどのバランスを考えると、競業避止義務の要件まで緩和するのは危険だと思います。

*退職後の競業避止義務と就業規則

島田 なるほど。そのことと関連して、さっき紹介いただいたモリクロ事件の判旨の競業避止義務規定の有効性に関する部分がちょっと気になりました。退職後の競業避止義務について就業規則によって定めることもできることの理由として「個別の合意をまたず、企業秩序維持のために画一的に義務を課す必要性も否定しがたい」と言っています。

この議論は、就業規則に定められた退職後の競業避止義務の法的効力の問題と就業規則規定の労働契約に対する効力の問題が混乱しているように思います。就業規則に退職後の競業避止義務を規定すること自体を規制する法律はないので、検討すべきはその法的効力がどうなるかでしょう。退職後は、労働契約が消滅している、その規定について労働契約法上の契約規

律効が問題になるわけではありません。そうすると、就業規則に書かれていた競業禁止義務条項は、契約のひな形であって、労働者は、退職後についても、競業禁止義務条項について黙示の合意をしていると理解するのか、あるいは、労働契約において、退職後の競業禁止義務を合意していると考えなのか、どちらかになるのだらうと思います。

先ほどの議論のように競業禁止義務の中身のある程度特定していく方向性で考えると、本当に就業規則で具体的な内容が定められるのか、その効力はどこまで及ぶのか、といった議論が必要なのではないかなと思います。

土田 今言われた趣旨は、競業禁止義務も就業規則に定めてもいいけれども、問題は、一体それはどういう効力を持つかということで、島田先生の考え方は、労働契約法7条の効力はない。ないけれども、ひな形としての意味があるから、退職後の競業禁止義務に関する合意内容になるということですね。

島田 もう1つは、労働契約上、退職後のことを約束することがあり得るのかということですね。

土田 労働契約法の条文を厳格に解すると、7条によれば、「労働契約の内容は、その就業規則で定める労働条件によるものとする」とあるので、同条の効力（契約内容補充効）は、労働契約内容となる労働条件だけに及ぶ。ところが、退職後の競業禁止義務は、労働契約終了後の義務なので、労働契約の内容である労働条件とはいえないという解釈ですね。

島田 それが素直な解釈のように思います。

土田 ただし、労働契約と密接に関連しているので、例外的に労働契約法7条の契約内容補充効が及ぶ、あるいは、少なくとも同条の類推適用はできると考えることもできます。私は、どちらかというとその立場です（土田道夫「労働契約法の解釈」季刊労働法221号21頁）。そうすると、モリクロ事件のように、退職後の競業禁止義務を就業規則で定めれば、その契約内容補充効なり規律効が退職後にも及ぶという解釈もあると思います。

島田 なるほど。

土田 もう1点重要なことは、職業選択の自由との関係で見ると、競業禁止義務の内容を個々の退職者に明示して、退職後の行動の予測可能性を与えることが重要ですが、競業禁止義務はかなり個人的な性格が強いものですから、ご指摘のとおり、就業規則で規定し

てよいのか、あるいは、就業規則による規制になじむのかという問題があると思います。

島田 就業規則で規定したとしても、それで特定された競業禁止義務も発生すると考えるのか、規定の仕方にもよるでしょうが、要するに、労働契約法の類推適用と解するにせよ、特殊な契約として考えていくにせよ、合理性審査の対象となりますので、その際にどう考えるかということでしょうね。

土田 そうですね。私自身は、先ほど述べたとおり、就業規則が競業禁止義務の根拠となることを認めたと上で、合理性審査を厳しくすることで対処するほうがよいという気がしています。

つまり、確かに競業禁止義務は個人的な性格がありますけれども、例えば、一定の職種の人について、例えば退職後1年間、こういう業種・職種に就くことを禁止し、就いた場合には責任を迫及することがあるという規定は一律に規定できるので、それは認める。その上で、合理性審査は厳しく行うという考え方です。またその際、競業禁止に関する退職時の説明が重要になってきます。どういう義務をその就業規則に基づいて負っているのかということ、労働者に正確に情報提供する。これは労働契約法では、4条1項の「労働契約内容の理解促進の責務」となるとは思いますが、そうした説明を含めた合理性判断をきちんとすることが重要だと思えます。

島田 なるほど、そこで労働契約法4条1項が生きてくるという解釈は賛成です。いずれにしても、どういう債務を負っているのか特定されていないと退職後の労働者は、競業禁止義務を守りようがないように思います。

土田 そうした手続面も、合理性審査の重要な要素となると思いますね。

島田 そういって、このモリクロ事件というのは、合理性審査もやっていて枠組み自体は適当ですが、例えば、退職金があって年収660万というのは低賃金とは言えないので、代償措置だと言っていますが、その具体的判断は、甘すぎるのではないかと思います。

土田 これがまさに最近の裁判例の甘い判断の象徴で、本来、退職金というのは賃金の後払いで、在職中の労働の対価ですから、退職後の競業の代償として認めること自体がおかしいのです。

島田 そうですね。

土田 そういふ趣旨を述べる裁判例も、以前はありました(岩城硝子ほか事件・大阪地判平10・12・22知財裁判例集30巻4号1000頁など)。こうした認識が薄れてきていることには危機感を抱いています。

島田 声を大にすべき点ですね。就業規則で競業禁止義務を定めることはいいですが、退職する労働者の個別の合意をまたず、画一的に義務を課す必要があるのかが検討されるべきでしょう。また、必要性があったとしても、労働契約の合意原則からして、当然、合理性審査が重要であると解するべきでしょう。

土田 就業規則による競業禁止義務の設定の可否という問題は、理論的にも重要で、突き詰めて検討すべき課題だと思います。

5. 退職後の団交要求と「雇用する労働者」性——住友ゴム工業事件(大阪高判平21・12・22労経速2065号3頁)

— 事案の概要 —

XはA社の元従業員2名および死亡した元従業員の妻1名が加入する組合である。A社が団体交渉に応じなかったため、Y(兵庫県労委)に対して不当労働行為の救済申立を行ったところ、Yは却下する旨の決定をした(兵庫県労委平19・7・5別冊中時1366号427頁)。Xは本決定の取消を求めて提訴、一審(神戸地判平20・12・10労判973号5頁)は、本件決定を取り消したため、YおよびAが控訴。

土田 本件は、会社を退職した元労働者らが石綿関連疾患問題について会社に団体交渉を求めたことにつき、同人らが労組法7条2号の「使用者が雇用する労働者」に該当するか否か、また、同人らが加入した合同労組(X)が同号の「使用者が雇用する労働者の代表者」に該当するか否かが争われた事案です。

事案は、Y社に39年から45年間勤めた社員が石綿被害に遭ったとして、退職後、X労組に加入して、Y社に対して団交を求めたというものです。A社側は、退職している人ですから、雇用関係にないということで拒否したので、元社員らが不当労働行為の申立をしたところ、兵庫県労委はこれを却下しました。これに対して取消訴訟の一審、それから今回取り上げる控訴審は、ともに請求を認めて、団交拒否は不当労働行為であると判断し、命令を取り消したものです。

本判決の判断は以下のとおりです。すなわち、団体交渉および不当労働行為制度の趣旨をふまえれば、

「使用者が雇用する労働者」は、原則として使用者が現に雇用する労働者を意味するが、雇用関係の前後にわたって生起する労働条件紛争等を考慮すれば、退職者が「雇用する労働者」に該当することもあり得る。ただし、雇用関係終了後の団交応諾義務を無限定に認めることにも問題があるから、使用者が、かつて存在した雇用関係から生じた労働条件紛争を適正に処理することが可能であり、かつ、そのことが社会的にも期待される場合について「雇用する労働者」と認めるべきで、具体的には、①当該紛争が雇用関係と密接に関連して発生したこと、②使用者において、当該紛争を処理することが可能かつ適当であること、③団体交渉の申入れが雇用関係終了後、社会通念上合理的といえる期間内にされたことの3要件を充足する必要がある、と。

この一般論を本件に当てはめると、まず、①については、元社員らは、会社在职中に健康被害が発生した可能性があるとして主張して補償を求めており、石綿曝露の可能性のある業務に従事していたこと等からすると、本件紛争は、雇用関係と密接に関連して発生した紛争であると判断しています。また、②については、A社は、そうした使用実態を明らかにしたり健康診断をすること等も可能であり、かつ、社会的にも期待されるといえる述べ、③についても、本件団体交渉申入は合理的な期間内にされたと言えると判断しています。以上から、結論として、元社員らは「使用者が雇用する労働者」に当たると判断しました。

従来も、使用者との労働契約が終了した者(退職者)が労組法7条2号の「雇用する労働者」に該当するか否かが争われたケースはありましたが、その多くは、当該労働者や労働組合が、解雇の撤回や退職金等の退職条件など、労働契約存続時に顕在化していた問題をめぐって団体交渉を申し込み、使用者がそれを拒否したために生じた紛争でした。これに対して本件は、石綿曝露による健康被害という、労働契約存続時には顕在化しておらず、退職後にはじめて顕在化した問題に関する団体交渉をめぐって、退職者の「雇用する労働者」該当性が争われたケースであり、この点に事案上の特色があります。

本判決は、退職者の「雇用する労働者」性について、肯定説に立脚しつつ、より明確な判断枠組みを示したものであることができます。同様の団交拒否事件は、ニチアス事件(奈良県労委命令平20・7・24労旬1706

号44頁)をはじめとして幾つか出ていますが、その中でも説得力のある判断だと思えます。

*退職者の「雇用する労働者」性

土田 しかし、私は、この問題については、否定説が妥当と考えています(土田道夫「本判決判批」中労時1113号2頁)。本判決についていえば、①の当該紛争が雇用関係と密接に関連して発生したことという要件への疑問です。

出発点として、昨年のディアロークで取り上げた新国立劇場運営財団事件(東京高判平21・3・25労判981号13頁)について議論したとおり、私は、労組法上の労働者については、団体交渉権保障の趣旨に鑑み、幅広く解釈すべきだと考えています。この点は、労組法3条の労働者のみならず、7条2号の「雇用する労働者」についても同様で、7条2号所定の「雇用」関係は、労働契約(労契法6条)に限定されることなく、団体交渉関係の形成の促進・助成という観点から独自に認められる広範な概念と考えるべきです。

しかし同時に、団体交渉については、もう一つ、重要な前提条件があります。それは、労使間において具体的な紛争が発生し、それを団体交渉によって解決することが必要かつ適切であるということです。そのような前提条件があるからこそ、団体交渉権の保障(憲法28条)と不当労働行為制度(労組法7条2号)によって団交拒否を禁止し、正常な労使関係(団体交渉関係)を樹立する必要があるといえるからです。

このように考えると、労組法7条2号の「雇用する労働者」は、原則として、使用者が現に雇用する労働者に限られます。また、従来の裁判例や労委命令が示すとおり、退職者が労働契約継続中(在職中)に具体的な紛争として発生(顕在化)していた問題について団体交渉を申し入れた場合は、例外的に「雇用する労働者」に該当しますが、それは、労使間に労働条件をめぐる具体的な紛争が発生している以上、労働者の退職または解雇によって紛争が未解決であるとしても、当該紛争を団体交渉によって解決すべき必要性と適切性はなお存在しているからです。

ところが、本件の場合には、この前提条件がありません。もちろん、石綿曝露疾患問題という紛争そのものは発生していますが、それは労働契約の存在する時期に発生した紛争ではなく、たまたま退職後に顕在化したものにすぎません。そうだとすれば、ここでは、紛

争解決のために団体交渉を促進することが必要かつ適切な状況が存在するとは考えられません。それにもかかわらず、単に当該紛争の発生原因となった事実(石綿関連作業への従事)が労働契約時に存在したからといって、「かつて存続した雇用関係から生じた労働条件を巡る紛争」と捉え、退職者を「雇用する労働者」と認めて使用者に団交応諾義務を課すことは、団体交渉権の外延を著しく不明確とするのではないかと思います。

島田 この判決の判断枠組みには、当該紛争を適正に処理することが可能である、かつ、そのことが社会的にも期待される場合という判断要素が示されていますよね。具体的には、石綿の使用実態を明らかにすること、健康診断を実施すること、被害発生時に適切な対応をとることなどは可能だし、かつ、社会的に期待されているとしています。「この社会的に期待されている」という判断要素が含まれていることがこの事案の特徴だと思います。この特徴は、石綿による健康被害の可能性という事案特殊性に規定されており、したがって、この判断枠組みについては、相当程度限定的に理解する必要があります。本来、団交事項となるかという論点において、それが団交において取り上げることが社会的に期待されるかということは重要なことではないですよね。にもかかわらず、本判決があえて社会的に期待されるかということを判断要素に取り入れているのは、石綿の問題が社会的に相当に注目されていることに引きつけた議論と理解しています。そう考えないと、おっしゃるように一般論として広がり過ぎという感じがします。「社会的に期待されている」という判断要素は、それによってある程度限定することを考えているのかなという気がします。

土田 なるほど。石綿被害という特殊なケースだから社会的期待ということに言及したということですか。そういう意味で、限定された判断で、あまり射程を広げるべきではないし、広げる必要もないと読めるのかもしれないですね。ただ逆に言うと、社会的に期待されるという要素を団体交渉関係に取り入れていいのかという疑問があります。また、社会的期待という要素はあまりにも抽象的で、一人歩きしてしまうと危険だという気がします。

島田 そう思いますね。もう少し限定的であることがわかる判断要素が示されるべきだったかもしれません。

土田 判旨でいえば、使用者が「当該紛争を適正に処理することが可能であり」までは理解できますが、「社会的にも期待される」という要素は、団体交渉の枠を超えていると思います。それは、むしろ団体交渉以外の法的手段、例えば、損害賠償請求等の役割ではないでしょうか。

島田 要するに、例えばこのアスベスト被害というのは、決して労使関係だけに生じるのではないので、労使関係とは関係のない人が問題にするとすれば、本人か代理人を立てて交渉することになりますよね。本件の組合とは、この代理人に近い機能を担っているのではないのでしょうか。ですから、労使関係に特有な問題とは必ずしも言えないところがありますね。正常な労使関係の樹立を期する労組法の趣旨という側面から義務的団交事項の限定があるのだらうと思います。そういう意味では、これが社会的にも注目されるアスベストの健康被害問題であり、かつ、長期にわたる潜伏期間があって問題の顕在化が遅くならざるを得なかったという特殊な事情に合わせた枠組みを立てるべきで、この枠組み自体をこの特殊事情を超えて一般化して理解するのは適当ではないという気がしますね。何をもって社会的期待というのかは曖昧であり、一人歩きする危険性を持っているという指摘はおっしゃるとおりだと思います。

土田 確かに、アスベストという問題は、退職後出てくることにやむを得ない理由があるので、退職後争うことにはやむを得ない面があります。けれども、本件の場合のように、それを団体交渉で解決することが適切かという点については、団体交渉権の保障の趣旨ということを考えないといけません。救済の必要性とか結果の妥当性への考慮が先にあるので、そのために団体交渉を元使用者に義務づけると、団体交渉権の本来の目的や趣旨をかえって空洞化する結果とならないか。それは、たとえ短期的には良くても、長い目で見て本当にいいのかという疑問があります。

*ニチアス事件中労委命令

土田 もっとも、以上のような否定説は、若干割り切りすぎかもしれません。そこで、少し考え方を修正するとすれば、労働契約継続中に具体的紛争として発生した問題であるということが大原則だけれども、その紛争の性質上、労働契約継続中に顕在化する余地がなく、またはきわめて乏しいために、退職後に団体交

渉を申し入れることにやむを得ない理由がある場合に限って、「雇用する労働者」性を肯定するという考え方も成り立ち得ます。

この点、ニチアス事件の奈良県労委命令は、中労委で取り消されましたが（中労委平22・3・31労経速2077号22頁）、この中労委命令は、労組法7条2号の規定を合目的的に解釈すれば、退職後の労働者に係る個別労働紛争解決のための団体交渉については、「退職前の雇用関係に起因して、退職者の生命・健康に関わるなどの客観的に重大な案件に係る紛争が発生し、退職前に当該紛争が顕在化しなかったことにつき、客観的に見てやむを得ない事情が認められるような場合には、例外的に『雇用関係が確定的に終了したとはいえない場合』とみなし、『雇用する労働者』に準じて考える余地がないではない」と述べています。これは、今述べた考え方に近い立場といえるかもしれません。

このニチアス事件の中労委命令についてはどう思われますか。中労委は、先に紹介したような判断によって「雇用する労働者」性はごく例外的に肯定した上で、それとは別途、団交拒否の正当理由を認めて、結果的に県労委命令を取り消しています。中労委らしく、結果の妥当性を考慮しながら、団体交渉義務という入口は少し広く開けたという印象があります。

島田 そちらの判断のほうが限定していて適切ではないかと思いますが、ただ結論はどちらがよかったのかなという気がします。

土田 中労委命令のような判断も、十分あり得る判断だとは思いますが。

*労組法3条の労働者

土田 ところで、本件とは異なり、労組法3条の労働者性が争われたケースとしては、昨年のディアログで新国立劇場運営財団事件を取り上げましたが、本年度、同事件と同様に労組法上の労働者性を消極に解する裁判例が2件登場しています。会社との間で業務委託契約を締結し、その親会社の製品の修理業務に従事するCE（カスタマー・エンジニア）の労働者性に関するINAXメンテナンス事件（東京高判平21・9・16労判989号12頁）と、会社との間で業務委託契約を締結し、その親会社の製品の修理業務に従事する個人代行店の労働者性に関するビクターサービスエンジニアリング事件（東京地判平21・8・6労判986号5

頁)です(本件地裁判決は、本対談後、東京高判平22・8・26により支持された)。

スペースの関係上、今回は検討を省略しますが、どちらも、労組法3条の労働者を労基法上の労働者・労働契約法上の労働者と同一視し、労働者概念の相対的性格を否定する判断を示しています。したがって、新国立劇場運営財団事件についてわれわれが行った批判が基本的に妥当するようには思います。私自身は、先ほど述べたとおり、労使間において紛争が存在し、団体交渉によって解決する必要性・適切性がある場合は、団体交渉権保障の趣旨に鑑み、労働者性を広く解釈すべきだと考えていますので、これら2判決には賛成できません(土田道夫『労働組合法上の労働者』は何のための概念か』季刊労働法228号127頁参照)。新国立劇場運営財団事件やINAXメンテナンス事件については、今秋、最高裁判決が出されるとも聞いていますが、正直なところ、心配しています。

6. 総務部長の情報管理義務——骨髄移植推進財団事件(東京地判平21・6・12労判991号64頁)

— 事案の概要 —

財団Yに雇用されていたXは、財団内部におけるセクハラおよびパワハラに係る報告文書を理事長に提出したところ、不当に降格配転および懲戒処分としての諭旨解雇をされたとして、財団に対し、雇用契約上の地位確認および未払賃金・賞与、慰謝料の支払いを求めた。

島田 この事案は簡単にいうと、財団の総務部長であった原告Xが常務理事のパワハラ、セクハラに至るようなことを含めてさまざまな問題行動を指摘したところ、降格人事をされたというものです。

原告Xは、本件の指摘がいわゆる内部告発、または内部通報に該当するというを前提に主張を展開しています。この主張について判決は、Xの行動を内部告発と考える必要はないとしています。要するに、具体的には常務理事のパワハラとかセクハラなどの問題行動を理事長に伝えて是正を図るというのは、総務部長の職責に含まれるとしたのです。したがって、本件をいわゆる内部通報とか内部告発に関する法理の枠組みで考える必要はないわけです。そして、総務部長の職責としての報告であったとしても、それが事実でない事柄を不当な目的あるいは不相当の方法で行え

ば、懲戒事由になるので、その判断枠組みから検討するとしました。

まず、報告内容については、基本的に真実性があるとされました。次に報告の目的については、常務理事の更迭が1つの目的だったわけですが、職責上問題のある人間を更迭することは、不相当な目的とは言えないとされました。

それから、セクハラに絡んで、必ずしも被害者がそれを具体的に明らかにすることを望まなかったという事実がありました。しかし、被害者が仮に望んでいないとしても、問題を放置していいわけではないので、報告したこと自体が問題があるわけではなく、Xが理事長に対して報告書を提出したことは懲戒事由に該当しないと判断されました。

次にXは総務部長として、情報管理義務を負っていました。したがって、Xは、この報告書がプライバシーの保護と適合する範囲にとどまるように配慮する必要があったにもかかわらず、それを第三者に見せたり、口頭で告げたことは情報管理義務違反であり、この点は懲戒事由に当たるとされました。

ただ、本件については、Xが報告書を提出したにもかかわらず、財団が的確な調査も行わないまま、しかも、Xに対して報復的な降格人事を行ったために、Xがそれに対する対抗措置として第三者に伝えたものであることが考慮されました。財団が本来であれば、的確な調査をした上で是正すべきという当然の事柄を怠り、降格人事をもって臨むという不適切な対応をしたことを考慮すると、Xの行為には財団にも責任の一端があり、懲戒事由に該当する事実はあるにせよ、本件解雇は客観的・合理的な理由がないとしています。

さらに、Xが職員人事を凍結したことも懲戒事由に該当するが、これもやはり対抗措置だったのでやむを得ないものであって、解雇の客観的・合理的理由にはならないとされました。それから、業務委託契約更新に関する懈怠についても現実的な損害が発生していないことから解雇事由にはならないとされました。したがって、全体として見ると、懲戒事由が存在しない、あるいは、あっても客観的・合理的な理由を欠き、社会通念上相当であるとは認められないとされ、Xに慰謝料として50万円が認められたという事案です。

議論すべきポイントは2つです。まず、Xの報告書提出が懲戒事由に該当するかです。この点では、これが内部告発に当たるかは重要な問題ではありません。

本判決は、Xの行為が基本的にXの職責上の行為であることを前提として、その内容が真実性を有するか、そして、Xの行為に不当な動機・目的がないか、そして、その手段・方法において相当であったかという判断基準を示しました。これは本事案について適切な判断枠組みと言えると思います

次の論点は、Xの情報管理義務です。これについて本判決は確かにXの行為に情報管理義務違反はあるものの、当該行為が降格人事に対する対抗措置だったのでやむを得ない事情があったと判断しています。私は、Xの行為は、外部通報に当たりますので、これまでの内部告発に関する判例法理の枠組みで判断すべきだったと考えています。報告書自体には真実性があるとされていますが、その手段、方法においては問題があったことは事実ですし、降格人事に対する対抗措置という事情も、情報管理義務違反の責任を免責するまでは至らないのではないのでしょうか。ただし、懲戒解雇、あるいは諭旨解雇するのは、懲戒処分として重すぎるものとして、相当性に欠けるという判断にはなると思います。

*内部通報と内部告発のルール

土田 今言われた評価には反対ではありませんが、少し疑問もあります。本件の場合、懲戒事由(1)と懲戒事由(2)がありますね。(1)では、主として理事長への伝達行為が問題となっており、(2)では、組織内部の人間だけでなく、外部の人間や団体に交付したことが、セクハラ情報に関する情報管理義務との関係で問題となっています。このうち、懲戒事由(2)に関する懲戒事由該当性の判断の箇所、内部告発に関する法的ルール(目的の公益性、内容の真実性・真実相当性、手段の相当性)をあまり意識して検討していないところが腑に落ちません。

まず、懲戒事由(1)、つまり、内部で理事長に報告することは、判旨も述べているように、総務部長たるXの職責というべきもので、その相当性をあまり厳しく判断してはいけません。つまり、こうした報告は、組織内での通報(内部通報)ですから、労働者の職責から著しく外れるような内容とか行動があったかどうかという視点から判断すべきで、内部情報を外部に伝達する場合に問題となる内部告発ルールはそぐわないと思うのです。もっとも、判旨もその点は十分考慮していて、理事長への報告がXの職責で

あるということを前提に、Xの主張に応じて内部告発ルールを適用し、懲戒事由該当性を否定しています。そこは理解できます。

疑問なのは、懲戒事由(2)のほうで、判旨は、情報管理義務違反を理由に、比較的簡単に懲戒事由該当性を認めています。その上で、使用者がXの報告について適切に対応せず、むしろ降格人事を行うなど責任の一端があるから、懲戒解雇は処分の相当性を欠いて、懲戒権の濫用だという判断です。

しかし、懲戒事由(2)で問題とされたXの行動は、まさに内部告発(外部通報)と見ることができ行動です。そうだとすると、この行動については、内部告発の法的ルールに即して判断し、懲戒事由該当性があるか否か自体を慎重に検討する必要があると思います。仮に、Xの行動が内部告発として正当性を認められたら、情報管理義務に違反しても懲戒事由該当性が否定されるわけですから。要するに、懲戒事由(2)に係る組織外部への情報伝達行為についてこそ、内部告発に関するルールを適用して、懲戒事由該当性を慎重に考えるべきではなかったかという疑問があります。

島田 そうですね。職責上の行為であるとする、その行為の評価において決定的なのは、真実性であって、その目的についてそれほど重要ではないでしょうね。本判決は、内部告発ではないとしながら、結果的に内部告発に関する判例法理に少し引っ張られすぎたようです。

土田 そうです。理事長への伝達行為については、総務部長としての職責ということに加えて、公益通報者保護法になぞらえていえば、「労務提供先等に対する公益通報」のようなものですから、その要件としては、「当該事実が生じ、または生じようとしていると思量する場合」(同法3条1号)といえれば足りるように思います。

一方、懲戒事由(2)について、判旨のように考えると、本件は、懲戒解雇だったから処分の相当性が否定されましたが、仮に戒告とか減給処分だったら、懲戒事由該当性はあるわけですから、軽い処分ということで、処分有効と判断されたかもしれません。しかし、仮にXの行為が内部告発として正当なら、それを理由とする不利益取扱いは一切禁止されるべきでしょう。その点を考えると、懲戒事由該当性について慎重に検討する必要があったのではないかと思うのです。

*情報管理義務との関係

島田 そこはおっしゃるとおりなのですが、情報管理義務違反というのは、通常、内部告発の正当性判断のなかでは手段・方法の相当性のところで判断されるわけですね。Xの行為は、手段・方法について相当性がないので、懲戒事由がないとはいえないと思います。

土田 なぜ相当性がないのですか。

島田 情報管理義務違反には該当していますから。

土田 情報管理義務という義務に違反して、セクハラ・パワハラに関するセンシティブ情報を外に出したということ自体が懲戒事由に当たるといえることですか。

島田 本判決もそのようにきちんと言うべきだったと思います。要するに、Xの行為が内部告発の正当性によって情報管理義務違反が免責されるわけではなく、懲戒事由があったということをこれまでの判例法理に即して明らかにすべきであったということです。そして、Xが情報管理義務違反に至った経緯をみると、財団の対応が悪かったことに対する対抗措置という事情を考慮して、懲戒処分は社会的相当性を欠いて無効というべきだったでしょう。そもそもXの情報管理義務違反が軽微だから免責される可能性がないというわけではないですが。

土田 センシティブ情報を外部に出すことが軽微な行為だとは言いません。情報管理義務違反として相当性を欠くことは間違いないと思います。ただ、内部告

発の正当性は、目的の公益性、内容の真実性・真実相当性、手段・態様の相当性の総合判断ですね。そうすると、手段・態様の相当性の面で問題があったとしても、総合判断の結果、正当性を認める余地はあったのではないかと思います。

この点、大阪いずみ市民生協事件（大阪地堺支判平15・6・18 労判 855号 22頁）では、職員が生協の秘密書類を無断で持ち出し、それを証拠として総代会に送っていて、これも手段・態様の点では問題がありましたが、裁判所は、内部通報全体を違法にするには至らないと判断しています。本件でも、同様に判断する余地があるように思います。もちろん結論は急ぎませんが、いずれにしても、もう少し慎重に判断してほしいと思います。

島田 よくわかります。私は、Xの情報管理義務違反が内部告発行為としての正当性から免責されるとは思いませんが、確かに内部告発一般、公益通報でもそうですが、手段・方法の相当性は必ず問題になります。外部通報が取り上げられるためには、具体的な証拠が求められることが多いですから。公益通報者保護法は、内部通報であれば、不正な目的がなければよく、通報の真実性を要件とはしていません。その意味で、内部通報的な行為と外部通報行為の正当性の区別は、公益通報者保護法の公益通報に当たらない場合について整理する必要がありますね。

土田 学説も、きちんとした判断枠組みを提供するよう努力する必要があると思います。

フォローアップ

I. 嘱託職員による一般職員との処遇格差を理由とする差額賃金、慰謝料請求——京都市女性協会事件（大阪高判平21・7・16 労判 1001号 77頁）

— 事案の概要 —

Xは財団法人Yに嘱託職員として雇用されていたが、いったん退職して大学院に入学した後、再び嘱託職員として雇用契約を締結した。Xはこの雇用期間の賃金が一般職員と比較

して低いのは、①憲法13条および14条、労基法3条および4条、同一価値労働同一賃金原則ならびに民法90条に違反し無効で、こうした賃金処遇は不法行為に当たるとして、賃金差額および慰謝料等の支払いを求めた。一審（京都地判平20・7・9 労判 973号 52頁）が請求を棄却したため、Xが控訴。

土田 本件については、昨年のディアログで一審判決を取り上げましたが、その後、控訴審判決が出さ

れたので、取り上げることにします。本件の争点は4つありますが、今回は同一価値労働ないし公序との関係だけを取り上げます。

本件は、パートタイマーの賃金格差についての裁判例としては、丸子警報器事件（長野地上田支判平8・3・15 判刑 690号 32頁）、日本郵便通送事件（大阪地判平14・5・22 判刑 830号 22頁）に続く事件ですが、特色が2つあります。1つは、この嘱託職員（X）が従事していた業務には、一般職員、つまり、比較可能な通常の労働者がいなかったということで、もう1つは、Xが従事している業務が相当高度専門的な業務だったということです。そういう場合に、均衡処遇・均等処遇をどう考えるかということが問われています。

本判決の意義は、次の点にあると思います。つまり、X側が主張した同一価値労働同一賃金原則それ自体の公序性を否定しつつ、嘱託職員と一般職員との賃金格差について、均衡の理念に基づく公序違反の余地を認めたという点です。

これまででも、学説では、同一価値労働同一賃金原則肯定説、全く逆にこれを否定する説、パートタイム労働法上の均衡の理念に基づく公序違反を説く説とありました。第3の均衡理念説は、パートタイマーと正社員の賃金格差は、同一労働ないし同一価値労働をしていけば、一定の格差は許されるけれども、それは合理的でなければならない。よって、著しい格差がある場合には公序違反が成立するという考え方で、私はこの考え方です（土田道夫『労働契約法』有斐閣、2008年、685頁）。

本判決は、一般論としてはこれに近い考え方を採用していて、非正規労働者が提供する労働が、正規労働者との比較において同一価値労働であるにもかかわらず、当該事業所における慣行や就業の実態を考慮しても許容できないほど著しい賃金格差が生じている場合には、均衡の理念に基づく公序違反として不法行為が成立するとしています。この判断には賛成です。2007年のパートタイム労働法や労働契約法の制定をふまえて、憲法14条や労基法の解釈にアプローチした点も妥当と考えます。

問題は、本件の具体的判断です。判旨は、本件において、均衡の理念に基づく不法行為が成立する要件として、①Xの労働が、一般職員との比較において同一（価値）労働であると認められること、②Yにお

ける慣行や就業の実態を考慮しても許容できないほど著しい賃金格差が生じていること、の2点を挙げています。この①のうち、同一価値労働に関する具体的判断には疑問があります。

第一に、判旨は、相談員は3名であったが、いずれも嘱託職員であり、一般職員である相談員はいなかったことから、相談業務について比較対照すべき一般職員はいないと述べていますが、比較対照すべき一般職員がないからこそ、同一価値労働が問題となるといえるので、この判断は不十分だと思います。むしろ本件のように、嘱託職員が従事する業務に一般職員が配属されていないような場合は、嘱託職員が従事する職務の重要性を判断要素として、同一（価値）かどうかの検討を行うべきではないでしょうか。すなわち、パートタイマーの職務の重要性が高く、一般職員が従事する職務と比較可能な場合は、両者の職務の重要性に着目して判断すべきです。

第二に、判旨は、上記のように解しながらも、控訴人の主張に応じて、一般職員の職務との同一価値性を検討していますが、結論としては否定しています。本件では、同一価値労働についてのX側の主張立証は、Xの業務（Yの主要事業である相談業務のほか、企画業務、苦情処理制度の業務受託、諸会議出席、講師業務等）に即してかなり詳細に行われていると思うのですが、裁判所は受け入れていません。同一価値労働とか職務価値の同一性が難しい判断であることは理解しますが、それにしても、判旨はやや形式的な判断という印象があります。判旨は、Xが主張した業務が本来の相談業務またはその拡大形態にとどまることを理由に同一価値性を否定していますが、「相談業務」か否かが問題なのではなく、職務価値の比較が問題なのですから、判断としては不十分だと思います。

第三に、判旨は、Xが従事していた相談業務が専門的で、特殊な範囲に限定されており、人事異動がなく、短期雇用であったという点から同一価値労働を否定していますが、この点も、同一価値労働を否定する理由としては弱いと思います。むしろ、こうした事情は、同一価値労働を認めた上で、均衡の理念に基づく格差を許容する要素となる拘束性・責任の程度に組み込むべきではないかと思うのです。さもないと、同一価値労働が認められる余地はほとんどなくなってしまい、単なるお題目に帰してしまうような気がします。この点は、立法論としては、パートタイム労働法が定

める「職務内容同一短時間労働者」を決する「職務の内容」について、「業務に伴う責任の程度」が含まれていることと同じ疑問ですが、判旨にも同じ疑問があります。

最後に、判旨は、Xが仮に同一価値労働でなくても、労働価値の差異に比べて、賃金格差が著しい場合は不法行為が成立し得ると主張したのに対して、契約自由の原則を前提に、パートタイム労働法の規定を見ると、同一価値労働でない場合に、契約自由の原則を排除して、賃金格差に関する救済を認めるべき実定法上の根拠はないと述べています。同一価値労働については8条があるが、それ以外の場合はないという判断です。

これも疑問で、この判旨は、同一価値労働を非常に厳しく判断しているわけですが、そうだとすると、逆に、パートタイム労働法9条1項の努力義務に法的意義を認めて、公序の内容とするような解釈もあり得るのではないか。一方で、契約自由の原則を覆すほどの根拠はないという判旨はわからないことはありませんが、ただ、均衡の理念はまさに努力義務であって(3条, 9条)、だからこそ、公序に反映させて救済を図る必要性が高いとも思います。あるいは、少なくとも、不法行為法上の違法性(民法709条)に影響するという判断はできないのでしょうか。

*「同一価値労働」の判断方法

島田 本件の場合、比較対照すべき一般職員は見当たらないという点はいいですよね。それから、年齢等の採用条件が一般職員と違っている、採用後も職務上の拘束が弱い、負担も一般職員よりも軽いと評価して、同一または同一価値労働であるとは認めがたいと言っていますが、そこはどうですか。

土田 そこがおかしいと思うのです。

島田 どのあたりでしょう。

土田 同一価値労働とは、仕事の重要性や価値を見て判断するものなので、拘束性が弱く、負担も軽いという点をその要素にしてしまうと、同一価値労働はおよそ成り立たないと思うのです。

島田 ただ、拘束性なども当該労働の価値に還元することができるように思います。同一価値というのは、非常に抽象的な概念ですので。

本判決では、同一価値かどうかの議論において、相談業務の労働と他の一般の労働が同一価値であると強

調しているけれども、両者が比較対照できるほど個別具体的ではなく、主観的・感覚的な感想または観測にとどまっていると言っていますよね。要するに、同一価値労働であることについてX側が立証しなければいけないとすると、そこが成功していないのだらうと思います。

この作業が不可能かという、そうではないと思います。特定の事業において、それを構成する労働の役割を精査して、その相対的価値を導き出すことができないわけではないでしょう。

ただ、もともと比べようのないものを比べているので、例えば、労働協約があるとか、労働市場において一定の基準があるというほうが立証しやすいことは事実ですが。ともかくも、客観的基準として立証されないと、裁判官としてはなかなか認めづらいたらうと思います。要するに、価値という抽象的なものに還元して、異なる労働を比較可能とする作業の必要があるのですが、それが成功していないのではないのでしょうか。

土田 主張立証責任でいったら、同一価値労働については、すべて労働者側でしょうか。

島田 それをどのように分配するかは今後検討すべき論点ですが、同一価値労働という新しい物差しを主張している以上、主張する側が基本的な立証責任を負うことにならざるを得ないのではと思いますけどね。

土田 先ほど述べたように、Xはそこをかなり意識して主張・立証していると思います。例えば、Yの専務理事が「Xの相談業務の質が一般職員の業務内容と比べて低いとは全く考えていなかった」と発言していたという点は、まさしく主観的・感覚的な感想で、確かに証拠価値はない。しかし、幾つかの具体的な業務の内容については具体的事実を挙げて、業務の物差しというか、価値についての主張をしています。ですから逆に、どこまで主張・立証すれば十分なのかという疑問が生じてきます。

同一価値労働とは、結局、比較できないものを比較するから難しいということになってくると、同一価値労働の立証はできない。それでは、同一価値労働でない場合であっても、相当価値が高い労働であって、かつ、著しい賃金格差がある場合に不法行為が成立すると主張しても、それも実定法上の根拠がないから不可能だとなると、およそ救済の余地がない。それでいいのかと思います。

*専門的業務従事者の均衡処遇

島田 そこは私も疑問です。この方の場合、確かに専門性の高い仕事をやっていて、それに見合う給料なのかと考えると、そうとも言えない。

本判決は、現行パートタイム労働法に即して考えるとしても、同法が例外的に同一賃金を義務づけている「通常の労働者と同視すべき短時間労働者」には当たらないとしています。そして、それ以外の場合は、努力義務にとどまっているので、この労働者を救済する実定法上の根拠を認めがたいとしています。ここまでのことは判決に賛成です。

ただし、丸子警報器事件をめぐって議論されたように、通常の労働者と著しい労働条件格差がある場合に、公序違反とはいえないとしても、不法行為には該当する場合はあり得るので、そこまで否定している部分は、適切ではないでしょう。

土田 公序違反を経由することがかえって問題ということですか。

島田 そこまでは言いませんが、賃金格差について、常に公序違反かどうかという判断基準が適当かということ。この場合の公序とは一体何なのかという問題もあるのですが。

土田 それは、最終的には民法709条です。不法行為の成否を問題にするわけですから。

島田 そこなんです。そうであれば、そのようにすべきなのです。私には、本判決は、同一価値労働同一賃金の原則が公序に当たるかという意味で考えているように思うのです。そこが狭いのではないかということ。土田

土田 もともと島田説は、公序を経由しなくても、正社員とパートタイマーの間に著しい賃金格差がある場合は、「賃金について平等に取り扱われる利益」を侵害する不法行為として損害賠償責任が発生するという説ですね（島田陽一「雇用・就業形態の多様化と法律問題——パートタイム労働を中心に」自由と正義51巻12号95頁）。その立場からすると、本判決はやはり疑問となるわけですか。

島田 そうです。ここで言っているのは結局、常に公序違反として扱えという言い方で、その公序というのは同一労働同一賃金原則があるかどうか限定しているようです。でもそれは一貫して、裁判例で否定されてきています。そのことをただ言っていると、そこ

で話が終わってしまうけれども、救済の余地は他にあるだろうということです。

土田 なるほど。そうすると、私流に言えば、島田説を撰取して、同一価値労働とはいえないけれども労働の価値が高い場合は、均衡の努力義務（パート法3条、9条）を「賃金について平等に取り扱われる利益」に反映させて被侵害利益と捉え、公序を経由せずに不法行為の成立を導くという考え方ができますね。そのほうが救済可能性が高まり、理論的にも無理がないかもしれません。検討してみたいと思います。

島田 それで当事者が満足するかはわかりません。不法行為に関する損害賠償ということになると、同一価値労働論のように満額を認めるということにはなりにくいでしょうから。

いずれにしても、同一価値労働の立証は、事実を列挙しているだけでは難しいのではないのでしょうか。例えば森ます美教授は商社におけるバックオフィスの仕事を点数化して価値づけるという試みをしています（『日本の性差別賃金』有斐閣、2005年）が、このような他の領域の仕事に期待したいですね。

土田 イギリスに幾つか事例があるようですが、やはり産業別協約のバックグラウンドがあるようです。

島田 それがあるとやりやすいですよ。

土田 ACASの出す職務評価基準書みたいなものがあればいいのですが、日本にはありません。

島田 そのような基盤のない中でどう考えるのかですね。例えば先ほどの商社などの場合にはある特定の業務が利益を上げることに、バックオフィスがどのぐらいの重要度を占めていたのかということをはかるのはまだ数量化しやすいように思います。ところが、本件のような公共的な仕事というのは、それぞれが大事な仕事だとは言えるかもしれないけど、比較はそう単純ではないでしょうね。

土田 あるいは、厚生労働省の有期労働契約研究会で言及された4つの職務タイプに関する分析が参考になるかもしれません。この研究会では、有期契約労働者を、その職務内容や責任の度合いに応じて、「正社員同様職務型」「高度技能活用型」「別職務・同水準型」「軽易職務型」に類型化して、均衡処遇や雇止め等の問題を検討していますが、本件のケースは、このうち「別職務・同水準型」と共通するところがあります。研究会報告書（2010年8月24日）では未だ明示されていませんが、このタイプの有期契約労働者の処遇に関

する基準や尺度に関する分析が行われることを期待したいと思います。

II. 会社分割と労働契約の承継——日本アイ・ビー・エム（会社分割）事件（最二小判平22・7・12 労経速2081号3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（C）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、①会社分割による労働契約承継を拒否する権利がある、②Yの行った会社分割は手続に瑕疵がある、③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。一審（横浜地判平19・5・29 労判942号5頁）ではXらの請求はすべて棄却、二審（東京高判平20・6・26 労判963号16頁）でも一審判断が支持されたため、Xらが上告。

【参考】EMI ミュージック・ジャパン事件（静岡地判平22・1・15 労判999号5頁）

Y社に雇用されていたXらは、Y社の会社分割に伴って、A社に転籍した際、Y社側がA社から賃金の引き下げ提案がなされることが確実であることを説明しなかったことは労働契約に基づいて生じる説明義務に違反するとして、債務不履行による損害賠償を求めた。

土田 このディアロークで取り上げてきた日本アイ・ビー・エム事件の最高裁判決です。ごく最近の判例で、年度は異なりますが、重要性に鑑み、取り上げることになりました。

日本アイ・ビー・エム事件は、事実関係は省略しますが、主たる争点は、Xらの労働契約が承継会社（C社）に承継されるか否かで、その前提として、商法等改正附則5条に基づく協議（5条協議）の違反の有無が争点となりました。結論としては、一審、控訴審とも5条協議違反を否定し、労働契約の承継を認めましたが、最高裁も、Xらの上告を棄却して、5条協議違反を否定しました。結論はともかく、かなり丁寧な判断をした判決だと思います。

判決は、会社分割と労働契約承継に関する基本的ルールを確認した上、5条協議の趣旨と法的意義について次のように述べています。すなわち、労働契約の承継いかんが労働者の地位に重大な変更をもたらし得ることから、分割会社が分割計画書を作成して承継を

決定するに先立ち、個々の労働者との間で協議を行わせ、当該労働者の希望等をふまえて分割会社に承継の判断をさせることによって、労働者の保護を図ろうというのが趣旨だという判断です。

次に、本件の主要な争点である5条協議の要件・効果について、次のように述べています。承継法3条所定の労働者は、労働契約の承継に異議を申し出ることができない立場にあるが、上記のような5条協議の趣旨からすると、承継法3条は、適正に5条協議が行われ保護が図られることを当然の前提としているものと解される。この点に照らすと、5条協議が全く行われなかった場合は、労働者は承継法3条の定める労働契約承継の効力を争うことができるものと解するのが相当であるし、また、5条協議が行われた場合も、説明や協議内容が著しく不十分であるため、5条協議の趣旨に反することが明らかな場合には、5条協議義務違反があったと評価してよく、やはり労働契約承継の効力を争うことができるという判断です。

それから、本件の具体的判断の前提として、5条協議に関する労働契約承継法の指針（平成12年労告127号）について詳しく判断し、その内容は基本的に合理性を有するものであり、個々の事案において、5条協議が法の趣旨を満たすか否かを判断するに当たっては、指針を十分に考慮すべきであると述べています。その上で、本件については、Y社は、Xらを代理する支部との間で7回にわたり協議を持つとともに書面のやりとり等を行い、そこでは、分割後に勤務するC社の概要や、Xらが承継対象営業に主として従事する者に該当することが説明されており、5条協議における説明事項を定めた指針の趣旨に適うものであって、Y社の説明が不十分であるために、Xらがその意向を述べるができなかったという事情もないとして、5条協議の履行を認め、上告を棄却しました。

なお、判決は、承継法7条に基づく措置（7条措置）についても判断し、分割会社に努力義務を課したものであり、その違反自体は労働契約承継の効力を左右するものではなく、7条措置において十分な情報提供等がされなかったために5条協議が実質を欠くことになるといった特段の事情がある場合に、5条協議違反の有無を判断する一事情となるにとどまると判断しています。

* 5条協議の要件・効果

土田 コメントしますと、まず、労働契約承継の対象となった労働者が5条協議等の手続に瑕疵があるとして労働契約承継の効果を争う場合の争訟方法についてですが、一審は、労働者は会社分割の無効の主張を通して、労働契約承継の効果を争うことができると述べていました（いわば絶対効説）。これに対し、原判決は、一部の労働者との間で協議義務違反が生じたような場合については、分割無効の原因とまではする必要はなく、労働契約の承継に異議のある労働者が分割会社との間で承継の効果を争わせるという個別的な解決が図られるべきだと判断しました（いわば相対効説）。本判決も、分割会社が5条協議に違反した場合は、労働者は承継法3条に基づく労働契約承継の効力を争うことができると述べており、原判決と同様の相対効説を採用したものと思われまます。妥当な判断と考えまます。

問題は、5条協議の要件ですが、原判決は、次のように述べていました。すなわち、労働者は、分割会社が5条協議を全く行わなかった場合や、実質的にこれと同視し得る場合、または5条協議の態様、内容が5条の趣旨を没却するものであって、そのため労働者が会社分割により通常生じると想定される事態がもたらす可能性のある不利益を超える著しい不利益を負う場合に限って、労働契約の承継の効果を争うことができると。

これに対して本判決は、上記のとおり、5条協議が全く行われなかった場合または分割会社からの説明・協議が著しく不十分で、5条協議の趣旨に反することが明らかな場合は、労働者は労働契約承継の効力を争うことができると判断しています。原判決が、あたかも労働者に著しい実体的不利益が想定されることを5条協議違反の要件と解するような判断をしていたのに対して、5条協議における説明・協議の有無・程度という手続面を重視する判断といえるでしょう。

この点については、5条協議はあくまで労働契約承継に関する説明・協議という手続ですから、本判決のほうが相当と考えまます。また、労働者が労働契約承継を争い得る範囲という点から見ても、本判決は、原判決が掲げた実体的不利益想定要件を外す分、労働契約承継を争い得る範囲を広げた判断と見ることができます。この点、われわれは、昨年のディアログで高

裁判決を批判的に検討しましたが、判旨は、この批判にも沿うものと考えられます（私見については、土田道夫「原判決批判」ジュリスト1373号142頁も参照）。

本判決のもう一つの重要な意義は、5条協議違反の効果について、労働者が承継法3条に基づく労働契約承継の効果を争い得ると判断した点です。この点、商法等改正附則5条は特段、違反の効果を定めていませんから、たとえば、不法行為に基づく損害賠償といった効果が発生することを認めつつ、承継法3条に基づく労働契約の承継には直接影響しないと解する考え方も成り立ちます。これに対して本判決は、上記のとおり、5条協議違反の事実が承継法3条に基づく労働契約の承継に影響し得ることを明言しており、5条協議の重大な私法的効果を認める立場といえます。私は、この判断にも賛成です。

ただ問題は、そのように解することの根拠です。この点、判旨は、この根拠を5条協議の趣旨に求め、5条協議は、承継される営業に従事する個々の労働者との間で協議を行わせ、当該労働者の希望もふまつつ分割会社に承継の判断を行わせることによって労働者保護を図る趣旨に立っているところ、承継法3条は、5条協議が適正に行われ、労働者の保護が図られていることを当然の前提としているから、5条協議違反は承継法3条に基づく労働契約承継に影響し得ると判断しています。

しかし、この判断は、5条協議の上記趣旨から、何ゆえ5条協議が承継法3条の当然の前提となるのか、また、3条に基づく労働契約の承継に影響し得るのか判然としません。判旨が掲げる5条協議の趣旨（労働者との協議を介しての労働者保護）からは、直ちに労働契約承継の否定という効果が導き出されるわけではなく、前述したような損害賠償による効果も考えられるからです。

この点、私は、承継法3条の当然承継ルールは、労働契約の承継に本人承諾を求める民法625条1項の例外を意味しており、その例外を設定した際の手続的要件がまさに5条協議だから、その懈怠は当然、承継法3条に基づく労働契約の承継に影響し得ると考えています（昨年のディアログ参照）。本判決は、民法625条、承継法3条、5条協議の相互関係について判断していないので、この点をどう考えているかはわかりませんが、理論的にはやや不十分だと思います。

*会社分割後の経営見通し・労働条件との関係

島田 ところで、本件に関する具体的判断を見ると、判旨は、その前提として、承継法の指針について合理的と判断し、5条協議の評価に際して十分考慮されるべきものと述べています。この判断は妥当でしょうが、このように指針を拠る所とすると、5条協議から脱落する部分が出てきませんか。それは、会社分割後の新設会社・承継会社の経営見通しや労働条件に関する説明・協議という点です。すなわち、判旨は、Xらの主張に応じて、C社の経営見通しについてXらが求めた形での回答に応じなかったのは、C社の将来の経営判断に係る事情だからであり、相応の理由があったと述べています。この判断は、C社の経営見通しはあくまで承継会社であるC社の問題であって、分割会社たるY社の義務の対象とならないという判断であり、指針に照らせばオーソドックスな判断といえるでしょう。しかし、労働者から見れば、この点こそが関心事であり、その協議を5条協議から除外することはおかしいという批判があり得るのではないのでしょうか。

土田 私もそう思います。私自身は、5条協議を民法625条1項に代わる手続的要件と理解しているので、今指摘されたような他社（承継会社）における将来の状況についても、個別具体的な状況に応じて、労働者側に協議・説明を求めることに無理からぬ理由がある場合は、協議の対象となり得ると考えています。

なお、この点は、【参考】に掲げたEMIミュージック・ジャパン事件でも問題となっており、事業譲渡目的の会社分割の場合、譲渡の後の労働条件は、設立会社と労働組合の交渉事項だから、分割会社が主体となる5条協議の対象とならないと判断した上で、譲渡先会社が労働条件の変更の交渉を行うことを予定し、そのことを周知させるよう希望しており、譲渡元会社（分割会社）も周知を合意している場合は、5条協議を十分なものとするための説明として、分割会社が労働契約に基づく法的義務として負うこととなると判断しています。

島田 EMIミュージック・ジャパン事件では、この判決の線に沿って、事業譲渡先の労働条件格差というのは、会社分割後の問題なので、5条協議の対象にならないと言いながら、しかし、他方で、それについて説明の必要性はあるとしていますね。

そのときに、少し不思議な話だという気がするので

すが、その説明について本人が判断する前提だといえますね。

この事案では、事業譲渡を目的として会社分割をして、それで、その設立会社の株式を売却するという方法をとったので、ワンクッション違うと言えば違って、そういう意味で、事業譲渡先の労働条件格差というのは、会社分割そのもの話ではないので、5条協議の対象にはならないといいやすいのかもしれませんが。しかし、労働契約に基づく法的義務があるとしながら、なぜそのような義務があるかについてはあまり説明がありません。そこはどう考えるのか。つまり、日本アイ・ビー・エム事件のように、5条協議の範囲をやや狭く考えたとしても、EMIミュージック・ジャパン事件のような場合には、いわば分割後の労働条件について説明の必要性があると言えるのか、言えないのかですね。

土田 EMIミュージック・ジャパン事件は、新設会社における将来の労働条件等については、本来は説明の必要性はないけれども、新設会社が労働条件変更の交渉を行うことを予定し、その周知を分割会社との間で合意している場合というかなり限定的な場合に労働契約上の義務になると述べています。ですから、逆に、一般的なケース、つまり、そうした労働条件変更の予定も周知の合意もない場合は、協議義務は生じないという判断でしょう。そうなると、日本アイ・ビー・エム事件の原則的判断に戻って、その義務はないということになると思います。

一方、EMIミュージック・ジャパン事件が触れていますが、将来の労働条件や経営見通しについて、変更の点も含めて、労働者が情報を得たいと考えることにもっともな理由があるという場合はあるわけです。日本アイ・ビー・エム事件の場合も、C社が承継するHDD部門の当時の状況をふまえると、同じことがいえると思います。そういう場合に、指針に沿って、それは将来のことだから問題とならないという理由で、一刀両断的に5条協議の内容から遮断していいのかというのが私の疑問です。

島田 そうですね。EMIミュージック・ジャパン事件の場合だと、譲渡先が予定されていれば、賃金をはじめとする労働条件の変更が事後にあり得るかについては、労働契約承継の有無について協議をする前提として、労働者が知っておきたいと考えるのは当然で、その場合には説明の必要があるだろうとしています。

このとき改正法附則5条に基づいて課された協議義務を十分なものとするために、一定の説明をしておくことが要請されるという言い方をしていますが、わかりづらいですね。

土田 将来の労働条件は5条協議の対象とならないとしながら、5条協議を十分なものとするために必要な説明の中に、5条協議よりも高度な説明を求めるのは矛盾していると思います。私自身は、労働者が説明を求めることに無理からぬ事情がある場合は、指針になくても、やはり5条協議の対象に含めて考えたいですね。

島田 なるほど。

土田 指針はあくまで指針で、それに全面的な法的拘束力を認める必要はないわけですから。

島田 なるほど。事例判断と言えば事例判断だけど、近い将来どうなるのかということについては、説明し得るわけですよ。それは、民法625条の個別同意に対する代償措置だからだということになるのでしょうね。そうであれば、相当に高度な説明義務なり協議義務が求められると解することができますね。

土田 5条協議について、民法625条の同意要件に代わる要件という位置づけをしないと、そこまでの義務は生じないと思います。

島田 そうですね。労働者が知りたいのは当然で、分割後のことは何も知らないというわけにはいかないだろうと。

土田 そうすると、もとに戻りますが、本判決の核心部分、つまり、5条協議の趣旨から分割会社が十分に協議をしていない場合には、3条に基づく労働契約の承継を争うことができると判断する箇所の論理の積み重ねがやや弱いというか、あいまいだと思います。先ほど、この部分は理論的にやや不十分ではないかと述べましたが、実際上も、今のような5条協議の範囲という具体的判断に波及してくるわけです。

島田 その点ですが、7条措置を活用する考え方はできないでしょうか。つまり、指針は、7条措置の対象事項として、「承継会社等の債務の履行に関する事項」を掲げているので、ここに将来の経営見直しを含めて考えることは可能です。一方で、本判決は、7条措置について、それ自体は労働契約承継の効力を左右するものではないけれども、そこで十分な情報提供等がされなかったことから5条協議が実質を欠く結果となるような場合は、5条協議違反の有無を判断する一

事情となると判断しています。ですから、労働者が7条措置において将来の経営見直しや労働条件について説明を求めたにもかかわらず、分割会社が不十分な説明しかしなかったようなケースでは、それが5条協議の瑕疵に影響するという考え方ができるようにも思います。

土田 確かに、そのような対処方法もありますね。私は、5条協議のほうが本筋だと思いますが。

*会社分割時の団体交渉義務

土田 なお、5条協議や7条措置と関連して、先ほど紹介したモリタ事件が、会社分割時の分割会社の団交応諾義務について判断しているので、紹介しておきます。争点は、分割会社が会社分割後の新設会社等における経営見直し（収益見込み）等について分割会社が団交応諾義務を負うか否かですが、判旨は、会社分割後の新設会社の経営見直しは、将来、新設会社の従業員となる分会員の労働条件に影響を及ぼすので、労働条件の維持・向上という観点から、団体交渉の対象となると判断しています。したがって、分割会社は、本件会社分割に関する団体交渉において、労働組合から新設会社の経営見直し等について説明を求められた場合には、組合に対し、財務諸表等の客観的な資料を提示するなどして誠実に説明しなければならないと解される場所、分割会社はそうした対応をしていないとして、団交拒否の不当労働行為を認めています。

この点、会社分割時の団体交渉については、分割会社は5条協議や7条措置とは別に、労組法上の団体交渉義務を免れないというのが一般的な理解ですが、判旨は、この立場に立って分割会社の団体交渉義務を肯定しつつ、会社分割後の新設会社の経営見直し等は、新設会社の従業員となる分会員の労働条件に影響を及ぼすといえるとして、義務的団交事項となると判断したものです。

今議論してきたとおり、日本アイ・ビー・エム事件によれば、設立会社や新設会社の経営見直しは当然には5条協議の対象となりません。その点をふまえると、モリタ事件の判断は、労組法上の団体交渉義務の幅広さを示す判断であり、団体交渉権の強力を示す判断といえるでしょう。

ただ、このような考え方を、会社分割法制・労働契約承継法上も5条協議の内容として採用できる場合があるのではないかとというのが私の問題提起です。

*債務超過分割について

土田 最後に、残された課題として、本件とも関連しますが、債務超過分割に関する課題を述べておきます。すなわち、改正前商法では、分割契約書・計画書上、「債務の見込みのあることとその理由」が要件とされていたのに対し、会社法では「債務の見込みに関する事項」と改められ、債務超過分割も許容されることになりました（ただし、会社法上も異論がありますが）。承継法3条は、このようなケースを想定していたのでしょうか。

島田 制定時は予定してなかったでしょうね。

土田 そうすると、今の時点でどう考えるか。やや極端かもしれませんが、債務超過分割については、承継法が予定する会社分割ではないから、3条の当然承継ルールの適用はなく、原則に戻り、民法625条1項にしたがって本人同意が必要となるという解釈が考えられます。

もう一つの解釈は、債務超過分割のように、労働者の不利益が予想される会社分割については、5条協議の要件を高度化し、正確で詳細な情報提供を義務づけるという解釈があり得ます。ただその場合は、債務超

過で経営が危ないということを丁寧に説明すれば、労働契約承継の効果が生じてしまいますが、それでいいのかという疑問が残りますが。

島田 私の理解では、それはだめだというのが前提だったと思います。ですから会社分割自体の手法としてあり得るとなったといっても、労働契約承継法ではちょっと難しいのではないのでしょうか。

土田 そうすると、1つ目の選択肢があり得るといふことかな。

島田 可能性としてはそうじゃないでしょうか。事業譲渡をめぐる労働契約の承継について何も手続的な規制がないことも含めて、会社の再編と労働関係の承継については、なお、検討すべき課題が相当残っているのではないかと思いますね。

土田 あるいは、債務超過分割の場合は、労働者の著しい実体的不利益が想定されることを理由に、労働契約承継の効果を争うことを認めることが考えられます。この場合は、5条協議の態様・内容から見て、労働者が会社分割により通常生じると想定される不利益を超える著しい不利益を負う場合は労働契約の承継の効果を争うことができると述べた原判決の判断が参考になるかもしれません。

ホットイシュー

I. 派遣労働をめぐる法的諸問題

①下請会社従業員・発注会社間の黙示の労働契約の成否——パナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件（最二小判平21・12・18 労判993号5頁）

— 事案の概要 —

XはY社と業務請負契約を締結していたA社に雇用され、Y社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社に直接雇用を求める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だとして是正申告を行った。その後Y社はA社との請負契約を解消し、A社を退職したXはY社との間で期間工としての契約を締結したが、契約期間満了後Y社が更新を拒否したため、地位確認、未払賃金支払い、慰謝料等を求めて提訴。一審（大阪地判平19・

4・26 労判941号5頁）は、Xの精神的苦痛に対する慰謝料以外の請求をすべて棄却。これに対し、二審（大阪高判平20・4・25 労判960号5頁）は、XとA社の雇用契約は無効として、Y社との間の黙示の労働契約成立を認めたほか、雇止めないし解雇は不法行為に当たるとして慰謝料も認容した。Yが上告。

島田 この事案の事実関係は前回も紹介していますので、今回は省略して、早速判旨を紹介します。まず請負人による労働者に対する指揮命令がなく、注文者が屋内において労働者に直接具体的な指揮命令をして、作業を行っている場合、請負契約の法形式がとられたとしても、これは労働者派遣法2条1号にいう労働者派遣に該当するとなりました。その上で、そこからが重要なところですが、この事実は、あくまでも違法

な労働者派遣であって、職安法4条6項にいう労働者供給に該当する余地はないとして、原審の判断を否定しました。

次の論点は、派遣労働者と派遣元との労働契約の問題です。本判決は、労働者派遣法の趣旨及び、その取締法規としての性質、さらには派遣労働者を保護する必要性等にかんがみれば、仮に労働者派遣法に違反する労働者派遣が行われた場合においても、特段の事情のない限り、そのことだけによって派遣労働者と派遣元との間の雇用契約が無効になることはないとししました。そして、本件において、そうした特段の事情はないとししました。この点も原審の判断を覆したものです。

その上で、派遣先と派遣労働者との間に労働契約関係があったかについて判断しています。具体的には、派遣先が派遣労働者の採用に関与していない事実、および派遣先が派遣労働者の給与額を事実上決定していた事情もないとし、さらに、派遣元が配置を含む具体的な就業態様を一定の限度で決定し得る地位にあったという事情などを踏まえて、派遣先と派遣労働者の間に雇用契約関係が黙示的に成立していたとは評価することはできないとししました。つまり、原審が肯定した黙示の労働契約の成立判断を全面的に否定しました。

本判決に対する評価ですが、判旨相当であろうと考えています。前々回のディアログで私どもが指摘した原審判決に対する批判点に対して、本判決は、基本的に答えてくれたという印象を持っています。ただ、黙示の労働契約の成立の判断要素については、もう少し詳しく規範を述べてほしかったと思います。

それぞれの論点についてコメントします。まず、労働者派遣に該当する場合、職安法4条6項の労働者供給に該当する余地はないという判断は、今なお学説上対立のあるところですが、違法な労働者派遣が職安法上の労働者供給になるという考え方をとるのか、あるいは、労働者派遣法の成立以降は、労働者派遣に該当する場合は、職安法の労働者供給に当たらないと解するのかということです。この点で、本判決は後者の立場を明確にしたという意義があります。職安法は、労働者供給には労働者派遣法2条1号に定義する労働者派遣を含まないとしており、労働者派遣法の労働者派遣は、簡単にいうと「自己の雇用する労働者」が雇用関係を維持したまま、他人の指揮命令を受けて労働に従事させることと定義されているので、派遣元と派遣労働者

に労働契約がある以上、本判決の立場が素直な解釈だと思えます。

次に、労働者派遣が違法であるとしても、そのことによって派遣元と派遣労働者との労働契約が無効にならないとした点も、前々回のディアログでも議論したとおりで、結論として賛成です。

さらに黙示の労働契約関係の成立を否定した結論についても賛成です。これまで黙示の労働契約関係の成立要件を明示した最高裁判決はありませんし、今回も必ずしも明確に示したとは言えないかもしれませんが、ただ、本件では、一応労働者派遣であることが前提になっていますので、いわゆる事実上の指揮監督関係の存在が当然に、前提になっています。そして、それ以外の判断要素として挙げているのが、採用における関与、給与の決定、人事管理権限の有無です。使用者は、賃金支払い者であるので、給与の決定者が誰かは黙示の労働契約の基本的な成立要件です。その他の要素も実態として、使用者としての役割を果たしていたのかを判断するものと位置づけられると思います。

これまで黙示の労働契約の成立を例外的に認めた例としてしばしば引用されるのが、安田病院事件（大阪高判平10・2・18労働744号63頁、最高裁もその判断を結論としては支持している。最三小判平10・9・8労働745号7頁）です。これは、病院に付添婦を派遣していた紹介所が実質的には病院のダミー会社であって、付添婦の採用段階から病院が採否を決めており、指揮監督も給与支払いも病院が行っていたということから、病院と付添婦の間に黙示の労働契約の成立が認められたという事案でした。この判決は、黙示の労働契約の成立について、労働契約の成立が明示の形式のみではなく、当該労務供給形態の具体的実態を把握して、両者間に事実上の使用従属関係があるか、そして、この使用従属関係から、両者間に客観的に推認される黙示の意思の合致があるかという判断枠組みを示しています。

本判決も、おそらくこのような判断枠組みを念頭において、採用に対する関与などを検討したのだと思います。安田病院事件は、派遣元に企業としての実体がないケースであり、本件のように派遣元自体が実体がある場合には、自ずから黙示の労働契約の成立の余地が小さいということになるでしょう。給与については、事実上決定していたと言えるような事情がないとしていますが、この部分については、もう少し詳しく

く判断基準を示してもらいたかったですね。

これまで当事者の意思表示として黙示の労働契約の成立の可能性について議論されてきましたが、そもそも当事者の一方が明示的に否定している場合に、それにもかかわらず黙示的に労働契約の成立を認めるのは、よほどの例外的な場合であると考えざるを得ません。明示の意思表示に対して、それを否定して黙示の意思表示を認めるということなので、明示の意思が不明確なときに問題とされる黙示の意思表示論とは異なる議論であることが確認されるべきです。黙示の労働契約の成立が認められるのは、特殊、例外的な救済法理としてであろうと思います。そういう意味では、本判決は、当事者の意思表示としての黙示の労働契約の成立についての的確な判断を示したと評価できます。

*違法派遣と労働契約の効力

土田 私もほぼ同じ評価です。本判決は、3つ重要なポイントがあって、第一に、労働者派遣が偽装請負的な形態で行われた場合の労働者供給との関係ですが、判旨は、そうした派遣が労働者派遣法に違反するという意味で違法であっても、労働者供給に該当する余地はなく、したがって、労働者供給契約として無効となることはない判断をしています。この判断は妥当と思います。

第二に、判旨は、労働者派遣法に違反する労働者派遣が行われた場合においても、そのことだけによっては派遣元・労働者間の雇用契約が無効になることはない判断をしています。この点はどうでしょうか。理由づけとして、判旨は、労働者派遣法の趣旨および取締法規としての性質、それから、派遣労働者を保護する必要性を挙げています。ここはちょっとわかりにくい印象があって、われわれが議論したときには、もう少し端的に、仮に、派遣元・先間の業務委託契約が違法な労働者供給として無効であるとしても、労働契約が直ちに無効になることはないのではないかと議論しました。今回の判断は、派遣法の内容や趣旨を相当重視していますが、やや理解しにくいと思います。

例えば、判旨は、労働者派遣法が取締法規だという理由を挙げていますが、派遣法の中には、必ずしも取締法規とはいえない規定もあります。ですから、これは決め手として弱いという気がします。一方で、判旨は、派遣労働者を保護する必要性ということを挙げていますが、これは何を意味しているのでしょうか。

島田 おそらく派遣労働者が派遣先との関係で労働契約関係が成立していないとすると、本来、使用者が負うべき責任を免責してしまう可能性があると考えているのではないのでしょうか。

土田 なるほど。無効としてしまうと、労働者の地位が宙ぶらりんになってどこに対しても責任追及できない。有効としておけば、ともかく派遣元に対して使用者責任を追及できるから、かえって労働者保護となるという趣旨ですか。

島田 だから、派遣先との労働契約関係が成立することを前提とすればいいのですが、そうではない場合を考えているのでしょうか。本件ではそこは問題になっていませんが。

土田 そうすると、本件の事案を離れて、一般的な労働者派遣法の解釈をしているということでしょうか。

島田 そう思いますね。ただ、先ほども言いましたように、この最高裁判決は、結論はいいですが、必ずしも明示的な規範を示していないという点では不満が残ります。いずれにしても、ある派遣契約が違法だからといって、派遣会社と派遣労働者との間の労働契約がストレートに無効になることはあり得ないでしょう。もっとも、本判決のいう労働者派遣法の趣旨がどうということなのかよくわかりませんが。

土田 ここは少しわかりにくいところですね。なお判旨は、上記判断の箇所で、特段の事情がない限り、派遣元・労働者間の雇用契約が無効になることはない述べていますので、特段の事情があれば逆の判断となることを認めるようですが、この「特段の事情」の内容もよくわかりません。

島田 法人格否認の法理が適用になるような場合を念頭においているのでしょうか。この「特段の事情」も具体的には、ちょっとわかりづらいですね。

*黙示の労働契約の成否

土田 第三に、黙示の労働契約の成否の点についても、指摘されたことにほぼ同感です。前々回のディアロークで議論したように、労働契約の成否については、派遣先が明示的に労働契約の締結を拒否しているにもかかわらず、黙示の労働契約を肯定するためには、それなりの労働契約の成立の要素が整わなければならないと思います。そのためには、派遣先との間に労務提供と賃金支払の関係が成立しているといえる必要があるし、その場合、派遣元が形骸化し、労務管理

や賃金支払の代行機関と化しているといった事実が基本的な前提となるでしょう。安田病院事件は、そうした要素が整った例外的な事例に位置づけられます。

このように考えると、本件のようなケースでは、黙示の労働契約の成立要件は相当厳しいものとなりますが、島田先生は、そういった厳しい要件を課すこと自体に賛成だということですか。

島田 はい。労働契約関係というのは、当事者の合意によって成立するのが大前提です。通常、黙示の意思表示というのは、明示の意思表示がないときに問題となります。しかし、ここで言っている黙示の意思表示は、当事者の一方が明示的に否定しているにもかかわらず合意を成立させるわけですから、通常の黙示の意思表示の議論とは全く性格が異なるので、相当厳しい要件のもとに認めていくべきだろうと思います。

土田 つまり、労働契約は諾成契約なので、黙示的に成立するけれども、今のような状況のもとでは相当厳しい要件を課すべきだということですね。

島田 はい。

土田 次に、この労働契約の成否に関して、原判決についてわれわれが特に問題だと指摘したのは、賃金決定の評価の箇所です。つまり、原判決は、A社がY社から受領する業務委託料からA社の利益を控除した額を基礎に賃金を支払っているという点から、直ちにY社による賃金の実質的決定を認め、黙示の労働契約を肯定したわけですが、派遣元・先間のそうした関係は、派遣ビジネス上は当然のことで、そこから黙示の労働契約を肯定するのはおかしいと批判しました。原判決は、XがA社から支給を受けていた給与等の額をY社が事実上決定していたといえるような事情もどうかかわれないと述べていますが、この判旨は、同じ趣旨と考えてよいのでしょうか。

島田 多分、そうだろうと思います。ただ、高裁判決がY社が賃金を事実上決定しているということ独自の見解から述べていましたから、なぜそのような事情がどうかかわれないのかをもう少し詳しく述べてほしかったです。

土田 そうですね。給与等の額をY社（派遣先）が事実上決定していたといえるような事情としては、例えば、賃金原資となる業務委託料を一方向的に決定していたといったような事情が考えられます。しかし、最高裁がそうした事態を想定しているかどうかはわかりませんね。

いずれにしても、本判決は、従来のこの種のケースにおける黙示の労働契約の成否に関する判断を踏襲したオーソドックスな判旨と評価できるのでしょうかね。

島田 と言えらと思います。ただ社会的にも相当に注目された事案ですので、最高裁としてもう少し明確な規範を出してもよかったですのではと感じます。

*いわゆる「規範的意思解釈論」について

土田 その上で少し問題提起をしたいのですが、本判決に対しては、学説から批判があります。本判決が前提としたのは、黙示の労働契約の成否に関するオーソドックスな契約意思解釈論ですが、これに対して、いわば規範的意思解釈論という主張があります。従来から、学説で指摘がありますが、特に最近、本判決の労働側弁護士も務めた豊川義明弁護士が大きな論文を書かれています（豊川義明「違法な労務供給関係における供給先と労働者との黙示の労働契約の成否——規範的解釈の妥当性」甲南法学50巻4号225頁）。

この論文に即して少し議論したいのですが、規範的意思解釈論の主張は、いわば意思解釈の方法論についての異議申立のようなところがあって、おそらくこういう趣旨だと思います。つまり、規範的意思解釈論は、直接雇用原則という価値判断を前提としています。労働契約は、労働力を利用する企業と労働力を提供する労働者との間で締結されるのが原則であり、本件のように、法的に認められた例外を満たさないケースでは、労働力を利用する派遣先企業と派遣労働者との間の労働契約を肯定すべきとなって、規範的な解釈を導入する立場だと思います。

具体的には、まず、先ほどの派遣元との関係の形骸化という要素は不要となると思います。直接雇用原則を重視すると、重要なのは派遣先との関係であって、派遣元が形骸化しているかどうかは、その法的評価にとっては重要性を失うからです。そうすると、本件の場合、派遣元会社は全く形骸化していませんが、その点は問題となりません。

次に、そうなると、黙示の労働契約の成立要件としては、派遣先との間の指揮命令関係（使用従属関係）と、労務提供・賃金支払いの関係があれば足りるということになります。問題は、賃金支払関係ですが、これについても、派遣先から派遣元に支払われる業務委託料と賃金が連動していれば、前者の支払関係（その旨の派遣元・先間の合意）の中に、賃金支払いの合意

を含めて解釈することになるのではないかと思います。つまり、業務委託料は、形式的に見れば業務委託の対価ですが、業務委託の内容を成すのは派遣労働者の労働なので、労働に対する対価でもあると評価されることになります。このように、規範的意思解釈論によれば、派遣先との間の労働契約の成立範囲が拡大すると思われまます。

この規範的意思解釈論に対する疑問を述べると、契約解釈というカテゴリーでとらえる限り、直接雇用原則といった価値判断を含めて解釈を行うことは妥当か、とりわけ、契約の成否という、一方では契約締結の自由の原則が存在する場面で、そうした解釈方法を採用することは妥当か、さらに、特に賃金支払関係について、業務委託料の支払いを直ちに賃金支払いと評価するような解釈は妥当かといった疑問があります。私は、やはり労働契約の成否に関する解釈については、そういった規範的要素を組み込むことには賛成できないのですが、いかがでしょうか。

島田 全く同感で、規範的意思解釈と言っていますが、実際には意思解釈の領域を超えた議論だと思います。この議論は、かつて主張された事実的労働契約関係説、要するに客観的に事実があれば、労働契約が成立するという考え方に近いものですね。しかし、当事者の意思を無視して、諾成契約である労働契約を成立させるというのは、あまりにも意思解釈とかけ離れた議論ではないでしょうか。

規範的意思解釈論の賃金と業務委託料ないし派遣代金との連動という議論にも反対です。例えば、下請業者が、取引先との関係での料金が減ったら、それを賃金に連動せざるを得ないということは当然にあるわけで、賃金支払者が誰かという問題と業務委託料と賃金の連動性を単純に結びつけることには反対です。安田病院事件では、むしろ、これまでは賃金支払いの代行機関にすぎないという場合かどうかが問題であって、賃金を実質的にどのような要素で決定されるかを問題にしてきたのではないと思います。もっとも、派遣法の改正によって、当事者の意思を超えた労働契約の成立を認める制度ができれば別ですが。

土田 立法となればもちろん別ですね。私は、やはり解釈論の限界というか、枠を考える必要があると思っています。黙示の労働契約の成否に関する解釈は、まさにその典型に位置すると考えています。

それから、同じ解釈論でも、労働組合法の解釈論の

あり方はまた違ってくると思います。本件のようなケースでも、派遣先を労働契約上はともかく、団体交渉上は使用者と認める余地はあります。労組法上の使用者については、不当労働行為制度の趣旨に即して柔軟に解釈するというのが判例の立場ですから（朝日放送事件・最三小判平7・2・28民集49巻2号559頁）。その上で、派遣先との間で集团的な労使関係を形成させ、団体交渉関係で物事を解決させるという解釈は重要だと思います。

しかし、個別労働契約上の、しかも、まさしく当事者の意思が決定的に重要な労働契約の成否について、望ましいと思われる解決を得るために、規範的意思解釈論のような議論をするのは、結果の妥当性はともかく、理論的には無理があります。つまり、立法の役割、解釈論の役割、解釈論の中でも、雇用関係法分野の解釈論と集团的労働法分野の解釈論の役割分担を考える必要があると思います。

島田 そうですね。

*その他の論点

土田 あと2点ほど確認したいのですが、1つは、Xの損害賠償責任（慰謝料）に関する判断についてです。一審判決では、YがXにリペア作業を行わせたのは、労働局への申告に対する報復的動機によるものとして慰謝料を認めましたが、最高裁は、わざわざ「これに加えて」という表現で、雇止めに至る上告人の行為も、全体として見れば報復的で不利益取扱いと評価できるとして慰謝料請求を認めています。この点も、われわれが一昨年のディアロークで、こういった問題については、契約の成立までは認められないけれども、金銭賠償で対処すべきではないかと議論した点と一致していて、妥当な判断だと思います。

島田 妥当ですね。

土田 それから、判旨は、Xに対する雇止めに関する判断箇所、解雇の類推の要件に関して「期間の定めのある労働契約があたかも期間の定めのない契約と実質的に異ならない状態で存在している場合、又は、労働者において期間終了後も雇用関係の継続を期待することに合理性が認められる場合には、当該雇用契約の雇止めは、客観的に合理的な理由を欠き社会通念上相当と認められないときには許されない」と述べています。雇止めに関する従来の判例の中で、このように明確な定式化した判断を行った例はなかったように思

います。

島田 なるほど。

土田 つまり、雇止めがこのどちらかの類型に該当する場合は、雇止めは合理的な理由がないと許されないというかなり一般的な判断を示しています。従来の東芝柳町事件（最一小判昭49・7・22民集28巻5号927頁）や、日立メディコ事件（最一小判昭61・12・4労判486号6頁）の判断を整理したもので、結構重要な判断ではないかと思います。本件は、派遣労働者と上告人間の雇用関係が一度も更新されていないことから、こうした場合に当たらないとされたわけですが。

島田 それでは、次に本判決以外の下級審の労働者派遣に関わる裁判例を取り上げます。

②派遣先の契約解除による派遣労働者の解雇——プレミアライン仮処分事件（宇都宮地栃木支決平21・4・28労判982号5頁）

— 事案の概要 —

Xらは派遣会社Yと有期の派遣労働契約を締結し、A社に派遣されていたところ、A社がYに対し労働者派遣契約解除の通知をしたことを受けて、YはXらの派遣労働契約を解消することとし、Xらに解雇予告通知書を交付した。Xらは本件解雇が無効として賃金の仮払いを求めて提訴。

島田 この間、労働者派遣をめぐるさまざまな裁判例が登場しました。「派遣切り」が話題になりましたが、派遣先によって労働者派遣契約が解除され、それに連動して、派遣元が労働契約期間中でありながら、派遣労働者を解雇したという事案が幾つか出ています。その典型的な事案が本件です。本判決は、派遣元と派遣労働者との労働契約が期間の定めのある契約であり、「やむを得ない事由」がある場合に限り解雇が許されるということを明確に示しました。そして、「やむを得ない事由」が期間の定めのない労働契約についての「客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合」よりも厳格であり、本件解雇が整理解雇の4要件（考慮要素）を満たせば無効であるとしました。これは法的には当然の前提ですが、労働者派遣契約の解除が自動的に派遣労働者の解雇を正当化するものではないことを明示した社会的意義があったと言えます。その上で、解雇予告もしてい

ないし、派遣労働者の削減の必要性を派遣労働者に説明するとか、希望退職の募集および退職勧奨など解雇回避のための措置を全くとっておらず、これらの措置がなされていれば、あえて派遣労働者を解雇する必要はなかったとしています。本判決は、スタンダードな議論を展開しており、私も全く賛成です。

この事案では、派遣会社は、派遣労働者と合意解約していたという主張もなされました。ところが、何をもって合意解約があったと主張しているかというところ、ほとんど説明もせず判を押させた退職届を根拠としており、この合意解約が不成立という判決の判断は、当然のことでしょう。いかにも杜撰な人事管理であり、社会的に批判を受けても致し方ない事案かなと思います。

③派遣先の契約解除による派遣労働者の期間途中で解雇——社団法人キャリアセンター中国事件（広島地判平21・11・20労判998号35頁）

— 事案の概要 —

Yは職業紹介事業および派遣事業を行っている社団法人である。A社とYはYがその雇用する労働者を派遣する旨の基本契約を締結し、別途個々の派遣ごとに個別に契約を締結していた。XはYに派遣労働者として登録、A社に派遣されていたところ、A社からYへ業務量の縮小を理由としてXに関する個別契約を解約する旨の通知があった。これを受けてYがXに対し、労働契約の中途解約を通知したため、Xは労働契約期間満了までの賃金の支払い、および本解約通知は債務不履行ないし不法行為に当たるとして慰謝料の支払いを求めて提訴。

島田 次に、キャリアセンター中国事件で、やはり登録型派遣の労働契約期間途中の労働契約の終了をめぐる事案です。本判決も、労働者派遣契約の終了が当然に登録型派遣の労働契約の終了事由にならないことを前提としています。このことは異論がないことはもちろんです。

この判決において検討すべき第1の論点は、労働者派遣契約が解消となった場合に派遣労働契約が当然に終了するという合意が派遣元と派遣労働者との間にあったかです。本判決は、結論において否定しましたが、判断枠組みとしては、登録型派遣の労働契約が労働者派遣契約の終了によって終了することが一般的に想定されていることから、明示または黙示の合意の成

立の余地がないわけではないとしています。

本判決がそのように述べたのは、この事案では派遣先と派遣元の間で当事者一方の事情によって期間満了前に労働者派遣契約の中途解約の可能性があるという約定について判断する必要があったからです。本判決は、労働者派遣契約の内容は、それが明示されると派遣労働者の労働契約の内容になるとしています。本件では、明示がなかったため、労働者の不利になる労働条件に関する合意の成立の認定は慎重かつ厳格になすべきであるとして、結果的に黙示の合意も否定しています。本判決は明示のなかった場合ですので、それほど拘る必要がないのかもしれませんが、理論的には、検討の余地があると思います。つまり、この判断枠組みによると、もしそのことが明示されていれば、労働契約の解約に関する合意があったと解することができるのかという問題が残ります。すなわち、仮に明示されていたとしても、合理性のある労働条件といえるかが問題となります。労働者派遣契約は、就業規則ではありませんが、労働者との合意とは無関係に定められるものであり、労働契約法7条が類推適用されるべきでしょう。そして、この労働条件は、一般的には、有期労働契約の期間終了前の解雇について、やむを得ない事由を要するとする労契法17条を潜脱するものとして、合理性が否定されると思います。労契法17条は、かつて民法628条の「やむを得ない事由」が任意法規なのか強行法規なのかという議論を踏まえて、強行法規であることを確認した意義があるわけですから。

本判決の第2の論点は、本件の解雇がやむを得ない事由があったかです。この点で、本判決は興味深いことをいっています。それは、やむを得ない事由の判断に当たって、派遣元と派遣先との間の労働者派遣契約の解消が、派遣先の事業上の必要性等からやむを得ないものであったかによって判断する必要があると言っています。なぜかという点、実際には派遣期間は派遣先の都合で決まっていたのだから、中途解約の必要性も、派遣先の事業状況を基準に判断せざるを得ないというのです。

ただ問題は、労働者派遣契約自体は基本的に解約の自由がある。それが、そのことを理由にして解雇が認められるとなると、派遣労働者というのは非常に立場が不安定になる、派遣労働者保護に欠けるということがあるわけなので、派遣元と派遣先を一体とした使用

者側と見て、その事由を検討すべきだと言っています。

そうすると、派遣先に問題があるにもかかわらず、その結果派遣元が雇用責任のリスクを負う場合が出てくるという問題が出てきます。このことについては、派遣元が派遣先との契約の際に様々な限定条件をつけるなど方策をとることで十分回避可能なので、派遣元に対する不合理かつ過重な負担を強いるものとは言えないとしています。

本件についてですが、派遣先は、派遣の時点から業務量がだんだん減少していたにもかかわらず、1年間の契約を結んでいた。ではなぜ今回労働者派遣契約の解消を申し入れたのかということ、全社的な経費節減の方針のためであったと指摘しています。しかし、その方針は当該労働者派遣契約締結の時点において到底予想し得なかった経済状況の激変等やむを得ない事情があったとは言えないとしました。したがって、本件派遣労働者の契約期間中の解雇にはやむを得ない事由はなく、解雇は無効としました。この判断は、派遣元と派遣先とを一体とした「使用者側」とみるというユニークなものです。

この判断についてコメントします。派遣労働者の労働契約は、通常の2者関係ではなく、派遣元、派遣先および派遣労働者の3者関係であるところに特徴があります。その意味で、解雇の有効性の判断において、派遣先を取り込もうとする試みは興味深いと思います。しかし、問題は、どのように取り込むかです。本判決の判断枠組みによると、派遣先が身勝手に労働者派遣契約の解除を行った場合、それによって直ちに派遣労働者が雇用を喪失する危険性から保護される可能性が出てきます。ただし、派遣先の不当な行為を派遣元が尻拭いしなければならないという面もあります。この点について、本判決は、労働者派遣契約の解除を当事者間で合理的に制約することで回避できると言っていますが、それは無理があると思います。派遣元が、派遣先との関係で対等あるいはそれ以上の関係にあれば、そのような合意も可能性があるかもしれませんが、一般論としては難しいでしょう。また、労働者派遣契約の終了が派遣労働者との労働契約の終了事由として明示しておくことでも回避できるともしています。これは、すでに述べたとおり労働条件としての合理性または労契法17条との関係で問題だろうと思います。

また、派遣先の事情を解雇の有効性に取り入れるのは、整理解雇の判断要素において解雇の必要性に限定すべきでしょう。そうでないと、派遣元の解雇回避努力などが免責される危険性がありますから。

***労働者派遣契約の中途解除と労働契約の中途解約の関係**

土田 キャリアセンター中国事件ですが、判旨は、なぜ派遣先と派遣元を一体として見るべきと述べたのでしょうか。

島田 おそらく労働者保護の観点からすると、派遣先と派遣元とを一体的に捉えることによって、派遣先の勝手な都合による労働者派遣契約の終了という事態における派遣労働者の雇用保護をはかろうと考えたからでしょう。

土田 でも、一体としてしまうと、逆に「やむを得ない事由」がより簡単に肯定されそうな気もするのですが。派遣元と先は別だとしておけば、派遣元としては、派遣契約が終了しても、直ちに労働者を解雇しないで、別のところに派遣すべきであるとか、少なくとも、労基法17条の「やむを得ない事由」には当たらないといえるところが、逆にそこが閉ざされませんか。

島田 なるほど。

土田 むしろ、派遣先と派遣元は別としておけば、派遣元としては、中途解約が直ちに「やむを得ない事由」となるわけではなく、解雇回避努力義務を課されるという判断になると思います。もちろんその場合も、派遣契約の中途解除は、「やむを得ない事由」を判断する際の重要な要素とはなりますが。

島田 本判決は、そもそも派遣先の労働者派遣契約の中途解約がやむを得ない事由がないとされたので、その点が不明です。派遣先の事情とは、整理解雇の有効性判断のなかで人員削減の必要性というレベルに限定されずに、他の判断要素の判断が必要がないとすれば問題だろうと思います。

土田 判旨は、派遣先による解約時の事情として、「本件労働契約にかかる個別契約締結時点……においては到底予想し得なかったようなその後の経済状況の激変等やむを得ない事情によるものであったとまでは認められない」と述べていますが、別にこんなことを言わなくても、労基法17条1項の中途解雇事由を厳格に判断すれば済むように思います。一方、本件では「やむを得ない事情による」ことが否定されたので、結果オーライですが、逆に「やむを得ない事情によ

る」ことが肯定されたら、それが直ちに派遣元との労働契約の中途解約事由として肯定されてしまい、妥当性を欠く結果となるような気がします。それに、労働契約の中途解約は、いうまでもなく、派遣元と労働者間の契約関係の問題ですから、その事由と、派遣元・先間の派遣契約の中途解除事由を同一視するのは理論的にもおかしいと思います。要するに、派遣先と派遣元の一体視論には疑問があります。

島田 そうなるとすれば確かにそうですね。

土田 それから、本件の場合には中途解約条項が原告に明示されていなかったけれども、仮にそれが労働契約内容になっていたらどういう意味を持つのかについてです。まず、労基法17条1項は強行規定ですから、これを緩和する合意、つまり、契約期間途中でも解雇しますよという合意は無効でしょう。

島田 そうですね。

土田 ただ、「中途解約」(解雇)の合意はだめだと思いますが、派遣契約の中途解除を労働契約の自動終了事由とすることを合意していたらどうなるのだろうか。法的には、おそらく派遣契約の中途解除を自動的に労働契約の「合意解約」事由とすることの合意となるとと思いますが。判旨は、登録型派遣の性質上、そうした合意が黙示的に成立しているという派遣会社の主張は斥けていますが、明示的に合意された場合の評価については述べていません。

島田 一応それも労基法17条を脱法するものだと考えているのだと思います。はっきりはしませんが、そう考えないとちょっと。

土田 簡単に脱法できますからね。本判決は、そこまで射程に収める判断ではありませんが、そういった論点を考えさせる裁判例ですね。

島田 結論はいいのですが、やや未整理な理論が気になります。

土田 ここまでの議論の確認ですが、労働者派遣契約の中途解除は原則として自由だけでも、それが行使されたからといって、当然に労働契約の解約事由にはならない。労働契約の解約事由としての「やむを得ない事由」(労基法17条1項)は、無期契約以上に厳格に考えるべきだという点では一致しているということでしょう。

島田 はい。それから先ほどは触れませんでした。が、少なくとも労基法26条の休業手当が発生することも一致しています。

土田 そうですね。いずれにしても、プレミアライン事件を含めて、リーマン・ショック以降の「派遣切り」紛争を契機として、派遣の中途解約に関する法的理解は深まってきたと思います。

島田 そうですね。今回、解釈論として、派遣元と派遣先との一体論が登場しましたが、労働者派遣契約の解除と派遣労働者の雇用との関係は、立法的にも検討されてよいのではと感じました。キャリアセンター中国事件判決のように派遣先に雇用責任を認めていく場合、その間の賃金支払いについては派遣先も連帯して責任を負うとか、ある程度のリスクを派遣先に負わせることが考えられてよいように思います。労働者派遣契約の解除について労働者派遣法は、いわゆる社会的差別および組合活動差別に関する規制はありますが、派遣労働者の雇用保護との関係では、もう少し考えるべき点がありそうです。

④専門26 業務派遣における雇入申込義務——三洋アクア事件（名古屋地一宮支判平21・8・4 労経速2052号29頁）

— 事案の概要 —

Xは派遣会社Aに雇用されて派遣登録され、業務用クリーニングシステム等を製造するY社で派遣労働者として10年以上にわたり一貫してY社でセールスエンジニアの営業業務についていた。その後、YはXを正規社員として雇用する旨申し出たが、その際提示された労働条件がきわめて低く、雇用契約の申込には当たらないとして、XはYに対しあらためて雇用契約の申込をすることを求めた。

⑤派遣先が派遣労働者に支給する報酬金の打ち切りの可否——ジェイエスキューブ事件（東京地判平21・3・10 労経速2042号20頁）

— 事案の概要 —

Xは派遣会社Y₁に雇用されて派遣登録され、Y₂社に派遣されて働いていたが、Y₂社において同社のインセンティブ制度が廃止されたことによりその報酬が支払われなくなったことから、Y₁及びY₂に対し、本インセンティブ制度に基づく報酬請求権を有する雇用契約上の地位にあることの確認とそれを含む賃金の支払いを求めた。

島田 次に労働者派遣法の雇用申込義務及び派遣労働者の労働条件の変更に関する裁判例を取り上げま

す。

三洋アクア事件は、いわゆる派遣期間に制限のない場合の事案で（労働者派遣法40条の5）、論点は、転籍または出向による人員の補充が同一業務に従事させるため、労働者を雇い入れようとする場合に当たったかどうかです。

この派遣社員の方は3年以上働いているのですが、この間に5人の人が派遣社員と同じ業務についていたという事実がありました。ただし、それは、いわゆる新規採用ではなくグループ会社からの転籍と出向という形でした。そして、転籍してきた時期が、この規定の施行された平成16年3月1日以前の転籍であったので、派遣社員に対する雇用申込義務の対象には該当しないとされました。

また出向については、いずれ出向元に戻ることが予定されているので、新規採用などとは異なり、派遣法40条の5の規定する雇入れとは言えないとしています。転籍は、新しい労働契約の締結ですので、雇用申込義務については、新規採用と同じ扱いになると思います。本判決も転籍してきたのが法の適用以前の話だったから否定をしたというだけなので、そのように考えていると推測されます。

問題は、出向による補充が、派遣法40条の5がいう、同一の業務に雇い入れる場合に当たるのかです。

結構厄介な問題かと思いますが、出向も配転と同視できるようなローテーション人事であれば別ですが、出向が一時的なものであっても、派遣法のいう新たな雇入れと解する可能性があるように思います。その意味で、本件の出向の実態についてより詳細に検討すべきだったと思います。ただ、どういう救済ができるかは、別の話だと思います。

次にジェイエスキューブ事件は、派遣法40条の5も問題になっていますが、ここで検討したいのは、派遣労働者の労働条件に関する問題です。この派遣先には従来インセンティブ制度があって、派遣労働者もその分の報酬が派遣元から支払われていました。ところが派遣先がその制度を廃止しました。論点は、その制度の廃止によって派遣労働者が派遣元から当然にもらえなくなるのかです。派遣労働者は、自分の使用者は派遣会社なのだから、その報酬分が労働条件として残っているはずだし、あるいは、労働条件の不利益変更だと主張しました。

本判決は、これを労働契約上の賃金ではないとしました。まず派遣会社の就業規則や賃金規定に、インセンティブ制度に関する規定はないので労働契約に基づく賃金ではないと言います。そして、ではなぜ派遣元が実際に支払いを行っていたかという点、派遣先から受け取った金員を派遣労働者に引き渡すという、代行機関としての義務によるものであったとしました。この結果、労働契約の内容ではないので、労働契約内容の変更とか就業規則による労働条件の不利益変更ではないとして派遣労働者の主張が否定されました。

そして、インセンティブ制度に基づく報酬が、派遣先の労務提供に対する対価であるという側面があることについては、一種の恩恵的な給付と解しています。

本判決の解釈は問題があると考えています。確かに、就業規則や賃金規定上の規定がなかったとしても、相当の長期にわたって給与と区別なく払っていたとすれば、それは労使慣行として給与となっていたという解釈は十分成り立つのではないのでしょうか。派遣会社がある種の賃金支払い代行機関、つまり、使用者ではない役割を担うとする解釈は、派遣法の趣旨からも適切でないと思います。

本判決でも、派遣労働者の労働というのは、派遣先に対する労務の提供に対する対価だと言っています。派遣労働者の労働契約は、派遣先に対する労務の提供が、当然に派遣元に対する労務提供義務の履行であるとしてと解されるところに特徴があります。したがって、派遣先に対する労務提供の一部としての対価が一定の基準に基づいて払われたとしたら、これはやはり労働契約上の賃金であって、むしろ労働契約内容の変更とか就業規則の不利益変更とかを類推適用して、合理性審査の審査に乗せるべきであったと思いました。

*出向と「雇入れ」(派遣法40条の5)の関係

土田 三洋アクア事件のほうはかなり複雑ですね。

島田 ポイントは、派遣労働者と同じ業務の人を補充するために出向が使われたという点です。ある業務を派遣労働者がやっていた場合、同じ業務について新たに雇入れするときには、まずこの派遣労働者に雇用を申し込まなければいけないわけですが、本件のように、同一業務の空いたポストに出向者が来たことが、新たに雇い入れる場合に該当するのです。

土田 判旨が述べるとおり、出向は、派遣法40条

の5の「雇入れようとするとき」には該当しないでしょう。

島田 しかし、出向先と出向労働者には契約関係はあるんだから、これも新たに雇い入れられたものだと見る余地もあるのではないですか。

土田 出向について、二重の労働契約説のように考えればそうなるのかな。私は、判旨の考え方に賛成ですけれど。もっとも、40条の5の適用を避けるために、脱法的に出向とか異動を行っていれば、「雇い入れようとするとき」に該当する可能性もあると思いますが、本件では、そうした事情もなさそうです。

島田 一般論として出向すべてが派遣法のいう「新たに雇い入れられた場合」に該当しないとする判断には疑問があります。

*派遣先のインセンティブ制度と賃金の関係

土田 次に、ジェイエスキューブ事件ですが、まず、インセンティブ制度に基づく報酬とは、金額としてはどの程度のものでしょうか。

島田 結構大きなもので、月収の3分の1弱です。

土田 私も、本判決は形式的すぎる判断だと思えます。ご指摘のとおり、本件報酬が派遣先に対する労務の提供に対する対価と考えれば、派遣労働関係の下では、派遣先に対する労務の提供が派遣元に対する労働義務の履行を意味するのですから、派遣元が支払うべき賃金に当たると解し得ると思います。労使慣行による構成も可能でしょう。少なくとも、こんなに簡単に片づけられる問題ではないはずです。

島田 要は、給与規定など規定がないと言っているだけですからね。

土田 乱暴な判断ですね。派遣先が派遣社員のインセンティブとして派遣元を通じて支払うというのは、雇用戦略としてはあり得るかもしれませんが、権利義務の問題としては、派遣元が賃金の一部として払っているか否かが大問題です。その点については、もっと慎重な検討が必要だと思います。

なお、本件の報酬が労働契約上の賃金に当たるとすれば、それは同時に、「労働の対償として使用者が労働者に支払う」ものとして、労基法上の賃金(11条)にも当たると思います。

それから、派遣労働者が派遣先に対して何か主張することは難しいでしょう。

島田 その制度をやめてしまっているのが難しいよ

うに思います。いずれにしても、派遣労働契約関係に関しては下級審でまだ混乱をしている状況があるような気がします。

II. 高年齢者雇用安定法と継続雇用制度

グループ会社への転籍を内容とする継続雇用制度の適否——NTT西日本（高年法）事件（大阪高判平21・11・27 判例1004号112頁）

事案の概要

通信会社Yに雇用されていたXらがYにおいて定年とされていた60歳を迎え退職することになったところ、Yは高年齢者雇用安定法9条1項に基づいてXらの定年後の継続雇用を確保すべき義務を負っていたにも関わらず、何ら措置をとらなかったうえ、組合員であったXらの組合活動に対する報復的意図をもって定年退職させたとして、Xらが債務不履行または不法行為に基づく損害賠償を請求して提訴。一審（大阪地判平21・3・25 判例1004号118頁）ではXらの請求をすべて棄却したため、Xらが控訴。

島田 本件の争点は2つです。第1は、高年齢者雇用安定法9条の趣旨です。具体的には、継続雇用措置の導入請求権、あるいは継続雇用請求権を発生させるのかです。

また、このYのとった施策は3つあったのですが、それらは高年法9条導入前からあったものでした。そこで、すでに導入されていた仕組みがこの継続雇用制度に該当するかが第2の争点です。

前者の点は、同条が導入請求権や継続雇用請求権を付与した規定ではないし、仮に何らかの作為義務があるとしても、私法的な効力を明示的に認める規定もないし、補充的規定もなく、給付内容が特定できないので、私法的効力を発生させるほどの具体性がないとしました。

後者の点では、同条は、その趣旨に合致する限り、事業主が実情に応じて多様かつ柔軟な措置を講ずることを許容しているとしました。そして、雇用確保措置は、必ずしも労働者の希望に合致した職種や労働条件による雇用であることを要せず、多様なものでいいとして、転籍型の継続雇用制度を雇用確保措置として認めています。

この場合は、転籍という同一企業でないところでの再雇用がどのように評価されるかという点、同一企業

または同一グループ内において定年延長、勤務延長、再雇用等、継続雇用を計画的・段階的に進めていくのであれば、同一企業のみならず、同一企業グループにおいて継続して雇用・就業の場を確保するというのも適正な措置であり、転籍による継続雇用が含まれないとは解されないと言っています。ただ、同条の趣旨・目的からすると、転籍の場合、特段の事情がない限り、事業主と転籍先との間で、少なくとも同一企業グループの関係とともに、転籍後も高年齢者の安定した雇用が確保されるような関係性が必要であるとしています。

本件のYの場合ですが、簡単にいうと、Yが全額出資して設立した会社なので、資本的な密接性があり、再雇用に関する就業規則があって、雇用期間における欠勤日数が一定数に達した者や、更新時に健康上の問題がある者を除き、原則として再雇用されることとし、そのように運用されてきたことを指摘して、継続雇用制度に該当するとししました。

この事案は、高年法9条の法的な性質を一般論として展開しなくても、Yが9条2号に該当している措置をとっているということになれば、紛争としては解決するものだったと言えます。ただ当事者の主張に対する応答ということもあって、高年法9条の一般論を述べたのが特徴だろうと思います。

本判決の評価ですが、高年法9条が高年齢者雇用確保措置の導入請求権、あるいは継続雇用の請求権を付与した規定ではないとすることについては賛成です。判決も言うように、本条の規定から自然な解釈だと思います。しかし、本法の高年齢者雇用確保措置が一切行われていなかったときは、本条の義務違反となりますので、その法的効果については検討の余地があります。本判決が言うように、私法的効力を発生させるほどの具体性がない、給付を特定できないので、具体的な制度として導入するとか、継続雇用請求権があるとは言えないというのはいいのですが、だからといって、この規定に反する法律行為があれば、無効にする効力があるし、何もしない不作為が違法とする効力があると解することはできます。

もっとも、例えば60歳定年制があって、それがそのまま一切何らの措置がとられていないというのは、法律行為が積極的にあったわけではないので、60歳定年制を無効とする効果はないでしょう。しかし、何らかの形での雇用継続の期待が裏切られたことが違

法であり、不法行為に基づく損害賠償請求の原因となると考えることはできると思います。

また、定年が解雇事由となっている場合に雇用確保措置が全くないとすると、60歳定年で解雇することが客観的に合理的な理由となるかは議論の余地があるかもしれません。

本件の具体的な争点としての転籍型の継続雇用制度は、雇用政策上の観点から考えれば、むしろ多様な形で雇用継続が図れることが重要ですので、雇用が確保されるものであれば、当然に9条2号に準ずる措置として見ることに賛成です。

*高年齢者雇用安定法の私法的効果

土田 まず、島田先生が、継続雇用制度の導入義務のような私法的効果を否定される理由は何ですか。

島田 この規定の仕方でしょうね。つまり具体的な給付義務として特定されていないということです。

土田 その点については、私も同意見です。高年法9条の規定振りからいって、継続雇用請求権を認めることは難しいと思います。

次に、高年法9条の私法的強行性についてですが、先ほど言われたのは、使用者が雇用継続措置を講じないまま60歳定年制を維持している場合、その制度が無効になることはないという趣旨ですか。

島田 そうですね。無効になるという学説も議論もありますが、賛成し難いと考えています。

土田 私法的効果を認める論者は、どういう立場なのでしょう。

島田 9条1項に私法的強行性を認め65歳未満の定年制を無効とし、従業員としての地位を認めるという考え方です。定年年齢を65歳とする補充的解釈を取るという立場もあります。8条は、確かに定年年齢が60歳を下回ることを禁止しているので、定年制がなくなるという解釈もできると思いますが、9条1項について、雇用確保措置がなければ、60歳定年制が9条1項の効果として無効になるという解釈は、いかにも無理のように思います。

土田 ただ、使用者が「継続雇用制度」との適合性を欠く制度設計をしている場合に、その制度を無効とするという意味では、同条の私法的強行性を認める意味はあるのではないのでしょうか。私は、高年法の解釈として、同法の強行性を認める解釈は十分あり得るという気がします。ただ、その次に、高年法9条によ

て制度を無効とした後に、どのように補充するかは難問で、そこを考えると、私法的効果肯定説にも逡巡するところがあります。

それから、先ほど指摘されたとおり、高年法9条違反の効果として不法行為が成立し、損害賠償を請求できるという解釈は十分成立すると思います。

島田 そうですね。

土田 高年法9条については、法的性格に関する議論が盛んですが、仮に同法が政策立法であっても、9条が義務規定である以上、不法行為としての違法性を基礎づける規定と解することはできると思います。

*労働条件の不利益変更法理によるアプローチ

土田 ところで、私は、本件については、別のアプローチが可能ではないかと考えています。それは、労働条件の不利益変更の枠組みで問題を処理できないかということです。この点、昨年のディアログで、協和出版販売事件（東京高判平19・10・30判労963号54頁）を取り上げましたが、この事件では、定年延長後の給与規定を設けたところ、それが不利益変更に当たるか否かが争われました。本件は、改正前制度の下でも定年後在職制度があったものの、定年前の賃金水準で働くことは期待できなかったというケースで、判決は、不利益変更該当性を否定しました。

しかし、定年延長に伴う労働条件設定については、有名な第四銀行事件（最二小判平9・2・28民集51巻2号705頁）のようなケースもあります。これは、旧制度上も定年後在職制度があって、かつ、その在職制度の労働条件で勤務することに期待利益があったというケースです。この場合は、定年後の労働条件設定によって既得の権利の消滅や減少をもたらすわけではないが、実質的には不利益変更に当たるとされて、不利益変更の判例法理が適用されました。

本件は、この第四銀行事件と同一の類型に該当する可能性があると思います。つまり、本件の場合、旧キャリアスタッフ制度という再雇用制度があって、段階的ではあるものの、65歳まで働けたのです。そうだとすると、今回の制度変更は、旧キャリアスタッフ制度の廃止と、新継続雇用制度への移行の2段階から成るわけですが、両者を比較すると、60歳から65歳まで働くという点においては変わりがなく、ただし、制度内容が大きく変更されているわけです。繰延型・一時金型を選択した場合は、グループ会社に転籍し、

所定内給与が20~30%減額されますし(ただし、退職手当等による激変緩和措置がある)、60歳満了型を選択した場合は、60歳以後の雇用継続はなくなります。

そうすると、本件については、高年法9条の法的性格を云々しなくても、就業規則による労働条件の不利益変更の問題として扱うことができるのではないかと。もちろん、旧キャリアスタッフ制度も、退職後の再雇用制度ですから、それを新制度に移行させることは、厳密な意味で「既得の権利を消滅、減少させる」(第四銀行事件)場合には当たりませんが、旧キャリアスタッフ制度に沿った再雇用への合理的期待利益がある限りは、第四銀行事件と同様、実質的に見て労働条件の不利益変更該当すると評価できると思います。そうすると、この問題に関する判例法理(現行法では、労契法10条)が適用され、制度変更について、綿密な合理性判断が可能となります。

実は、この主張は、一審では出てきませんが、控訴審では、Xらは、旧キャリアスタッフ制度の廃止が不利益変更にあたると主張しています。本判決は、この主張を斥け、変更の合理性と拘束力を肯定していますが、不利益変更の問題に関する判断としては、いささか不十分だと思えます。

島田 旧制度は平成14年4月をもって廃止されたとなっていますが、これが不利益変更だということですか。

土田 そうです。もし、このキャリアスタッフ制度の廃止と、新制度への移行を就業規則による労働条件の不利益変更だと把握できれば、労契法10条の文言を借りれば、「労働者の受ける不利益の程度、労働条件の変更の必要性、変更後の就業規則の内容の相当性、労働組合との交渉の状況その他の就業規則の変更に係る事情」に即して合理性が判断されるわけです。

これを本件に仮定的に当てはめてみると、変更の必要性は高いとしても、一方、労働者の不利益は、転籍および所定内給与の20~30%減額を内容とする繰延型・一時金型と、雇用継続のない60歳満了型との選択を迫られることになり、その不利益は否定できないと考えられます。また、変更後の就業規則内容の相当性ですが、ここで、本件で重要な争点となった本件制度の「継続雇用制度」該当性が重要な判断要素となると思います。この点については、一審段階で判断されており、転籍を内容とすること、転籍先との密接関連性、あるいは、先ほどの労働条件の変更が問題となる

と思いますが、ここでは特に、協和出版販売事件で判示された、「労働条件が過酷なもので、労働者が勤務する意欲を削がせ、現実に多数の者が退職する等、高年齢者の雇用の確保と促進という高年法の目的に反するかどうか」を合理性の判断要素として考慮することになると思います。しかも、同事件が判示したのは、労働条件の新たな設定場面における合理性(労契法でいえば7条)についてですが、こちらは、労働条件の変更場面における合理性(同じく10条)ですから、その判断はより綿密なものとなるでしょう。

さらに、労働組合との交渉の状況については、99%を組織するNTT労組の同意があること、本件合同労組(少数組合)と交渉していること、制度選択の時期が51歳以上と早い反面、再選択の機会を設けていること等が考慮要素となります。加えて、制度の周知がどうであったかも審査対象となるでしょう。結論がどうなるかはともかく、より実質的な司法審査が期待できると思います。

島田 そこは考えなかったですね。なるほど。

土田 仮に、以上のように考えることができるとして、本件制度変更の合理性と拘束力が否定されれば、労働者は、実質上、従前のキャリアスタッフ制度による雇用と労働条件を求めることができます。つまり、高年法9条の私法的効果を肯定しなくても、本件制度は契約内容補充効を否定され、繰延型・一時金型を選択した従業員は、キャリアスタッフ制度を適用される地位にあることの確認を求めるか、少なくとも、同制度によって得られたであろう賃金との差額を請求することができます。損害賠償請求は別論ですが。

島田 そうですね。

土田 そうした観点から見ると、この控訴審の判断はあまりにも簡単すぎます。特に、労働者の不利益性や変更後の就業規則内容の相当性については、ほとんど検討していないのに等しい判断となっています。しかし、その背景には、Xらが高年法の法的性格に踏み込みすぎて、労働条件の不利益変更の側面の主張が不十分だったということがあるように思います。

もっとも、以上のように、労働条件の不利益変更法理を適用するためには、その前提として、旧キャリアスタッフ制度に基づく再雇用への期待利益が合理的なもの認められる必要があります。逆に、例えば、再雇用が厳しい選抜を経て行われるような実態があれば、再雇用に対する合理的期待利益は否定され、その

結果、新継続雇用制度への移行は、実質的に見ても労働条件の不利益変更とは評価できなくなるでしょう。ところが、本件では、この旧キャリアスタッフ制度の運用実態が必ずしも明らかではありません。また、新制度における不利益についても、繰延型・一時金型を選択した場合の、激変緩和措置を含めた賃金減額の不利益性が明確ではありません。

したがって、今述べた就業規則変更法理の適用論は、いわば条件付の問題提起ということになります。ただし、本件継続雇用制度を労働条件の不利益変更と評価できない場合も、これを就業規則による労働条件の新たな設定と捉え、その場面における就業規則の合理性審査（労契法でいえば7条）を及ぼすことは可能だと考えます。いずれにしても、本件については、就業規則法理によるアプローチについて検討する価値があるのではないのでしょうか。

*本件制度と「継続雇用制度」の整合性

土田 それから、本判決に対する内在的疑問が1点あります。「継続雇用制度」該当性の箇所ですが、本件の場合、60歳満了型が選択肢となっています。このように、本人に選択権を与えれば、60歳で完全に終わってしまうというのも措置としてかまわないのでしょうか。

島田 なるほど、その選択肢自体が、9条との関係で違法になる余地はないかということですね。

土田 この選択は、相当厳しい内容の選択で、それ自体が「継続雇用制度」に適合するかという問題があると思います。また、先ほど述べたように、本件を労働条件の不利益変更のテーブルに乗せた場合は、変更後の就業規則内容の相当性について、高年法の趣旨・目的に適合しているか否かの判断段階で、相当大きな問題になると思います。

島田 この制度が発足したときは、高年法9条はなかったわけですが、法ができたときに、そのまま制度を維持しているのかということですね。

土田 そういふことです。

島田 就業規則による労働条件の不利益変更で考えるという点は、確かに検討の余地がありますね。

おわりに

土田 以上で、われわれ2人が担当する3年が無事

終了しました。しかし、しんどかったですね。

島田 同感です。でも本当に刺激的でした。

土田 しんどい反面、久しぶりに判例をじっくりと勉強した（させられた）3年間でした。この3年を振り返って、私なりに特に感じたのは次の点です。

まず、当たり前の話ですが、労働判例はすべからく今日システムの動きと密接に関連していると感じました。今回でいえば、派遣法をめぐる紛争が象徴する非正規雇用の問題や、高年法に関する裁判例に示された高齢社会問題が典型ですが、この3年間を振り返っても、労働条件の変更問題、企業再編、労働時間管理の柔軟化や過労死問題、雇用の流動化・多様化、成果主義人事など、雇用システムの変化を反映した事案が目白押しでした。裁判所は、こうした新たな問題に直面して、法的に妥当な解決を行うのに腐心しているという印象を持ちました。

これら裁判例の中には、多様な雇用問題に意欲的に取り組んで新たな視点を提示したり、理論的に注目される判断を示す裁判例が多々見られました。しかし一方、結論を急ぐあまりに法的構成が飛躍していたり、労働法の理解が不十分な裁判例も見られたように思います。裁判所にはいっそうの努力を期待したいところですが、一方では、学説の役割というものを痛感しました。

この3年間のテーマについては、学説が活発な検討を行っているテーマが数多くありました。しかし、テーマによっては、裁判例に登場した紛争の展開に学説が追いついていなかったり、学説の理論構成が裁判所を十分説得できていないと思われることもありました。ちょうどこの3年間は、新司法試験がスタートして、労働法が人気選択科目となったこともあり、教科書等の出版は活況を呈していますが、その分、個別のテーマ、あるいは労働法全体に関する理論的研究が手薄になっていないか。あらためて、学説による理論形成という役割の必要性和重要性を強調しておきたいと思います。もちろん、自戒を込めてですが。

島田 実際、この3年間は、雇用・労働問題が社会的に注目を集めた時期でしたね。裁判での審理期間が短縮されたこともあって、雇用社会の動きを反映した裁判例が登場する時期が早くなってきた印象です。かつては、裁判となる労働紛争は、企業実務からすれば例外的現象といえる事案が多かったような気がしますが、最近の事案は、日常の人事管理のあり方に直結す

る問題が少なくないと思います。また、解釈論によって問題の適正な解決が難しい立法的課題も相当あったという印象です。

土田 島田先生とは、毎年、学部ゼミの合同合宿を行っていることもあって、楽しく議論できましたし、一人で勉強していても気づかないことを教えていただいたと思います。この後は、労働法のことは忘れて、ラグビー論議にでも花を咲かせましょうか。そろそろ同志社ラグビーも復活の季節ですし。

島田 早稲田も今年は大学選手権のタイトル奪還を目指して頑張っているところです。決勝で同志社とやるということになるといいですね。

大学院の授業でも判例研究をしています。土田先生との議論は、いつも教えられることが多く実りの多

い時間でした。合同合宿は、今年は同志社主催ですね。最近、ゼミの志望理由にこの合宿のことをあげる学生が増えています。これまたしんどいですが、お互い頑張りましょう。京都の酒宴も最終回です。いつもどおりノーサイドの精神で、アフターファンクションを楽しみましょう。

(2010年8月10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）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。