



ディアローグ

労働判例この1年の争点

 定年後の再雇用問題

 就業規則論

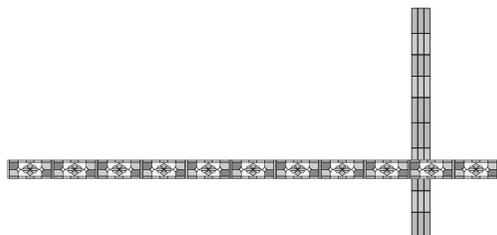


道幸哲也
(北海道大学名誉教授)

×



和田 肇
(名古屋大学大学院法学研究科教授)



【目 次】

■ピックアップ

1. 外国人研修生の労働者性——スキルほか事件
2. 採用内々定——コーセーアールイー事件
3. 事業所外みなし労働——阪急トラベルサポート事件
4. 契約内容の変更と雇止め——ドコモ・サービス事件
5. 公務員の懲戒処分とセクハラ行為——京都市（北部クリーンセンター）事件
6. 労働時間管理義務——医療法人大生会事件

■ホットイシュー

- I. 定年後の再雇用問題——東京大学出版会事件
- II. 就業規則論——協愛事件

■フォローアップ

- I. 下請従業員と発注会社との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(パソナ)事件
- II. 労働組合法上の労働者概念——INAX メンテナンス事件

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

事務局 本日は、「ディアログ労働判例この1年の争点」と題して、北海道大学名誉教授の道幸哲也先生と、名古屋大学大学院法学研究科の和田肇先生に、労働判例のこの一年の争点についてご議論いただきます。

道幸 ピックアップでは、外国人研修生の労働者性を取り上げました。この点については、入管法の改正で、これから同種の問題が起こるということはあまりないと思うのですが、理論的には特に研修契約をどう考えるかという点では広がりのあるテーマなので、それを今回、検討していきたいと考えています。

それから、労働時間については2つの問題、1つはみなし制。この点については、阪急トラベルサポート事件で3つの地裁の判断が出ておりまして、事実関係はほぼ同じなのですが、理論構成が異なります。大きく2つの論点があります。みなし制自体の適用があるかどうかという問題と、適用があるとして時間の算定をどうするかという問題です。いずれの論点についても異なった判断が出されていまして、この3つの事件を取り上げるにより、みなし制全体の問題が浮き彫りにできるのではないかと考えています。

3番目は労働時間管理義務で、これは労働時間概念が広く認められたために、最近、割増賃金の請求事件が非常に増えています。その中で、今回取り上げる2つの判例、1つは、医療法人大生会事件ですけれども、これはタイムレコーダーの取り上げ自体を不法行為とみなしました。その点では、事実関係も理論構成も興味深い事件です。もう1つは大庄ほか事件です。これ

は会社法429条の、代表取締役の責任が時間外労働との関係で正面から問題になりました。この点も、会社の労働時間管理義務を会社法との関係で打ち出したという点でも興味深いものです。この2つの労働時間管理義務をめぐる判例は、これからも強い影響があるのではないかと考えています。

和田 私が取り上げた第1の事件は、採用内々定に関するコーサーアルイー事件です。この事件は2つありますけれども、高裁まで行った事件を取り上げました。採用内々定について法的性格が正面から争われた最初の事件だと思われるのですが、今まできちんと検討されてこなかったものですから、興味深い事件ということで挙げてみました。

2つ目は、有期雇用契約の労働者が新しく提示された労働条件に反対したということで雇止めされたドコモ・サービス事件を取り上げます。先例としては日本ヒルトンホテル事件が類似した事例としてあります。今までの多くの事件では、反復更新された契約について、同じ契約で更新されるか、されないかということが問題となっているのですが、今回の事件では、新しい条件を提示して、それに合意しなかったということで更新が拒否されました。一種の変更解約告知のタイプのような事件です。

3つ目は、公務員の懲戒処分とセクハラ行為が争われた京都市北部クリーンセンター事件です。公務員の懲戒処分については処分者に非常に広範な裁量権が認められていると考えられてきたのですが、この事件はそれをかなり制限的に、私企業と同じような理論構成で判断をしています。それから、その中でセクハラについても同じように取り扱ったということで、特にこの点について議論したいと思ひまして挙げました。

ピックアップ

1. 外国人研修生の労働者性——スキルほか事件 (熊本地判平22・1・29 労判1002号34頁)

事案と判旨

本件は、外国人研修制度の研修生として来日し、後に技能実習生となった原告らが、[1]第2次受入れ機関として原告らを受け入れた被告スキル及び被告レクサスライクから、旅券・預金通帳等を強制的に管理されたり、最低賃金を下回る

低賃金での長時間労働を強いられる等の行為を受けたことが不法行為を構成し、また、原告らの研修における第1次受入れ機関であった被告協同組合並びに外国人研修制度及び技能実習制度に関する機関である被告協力機構は、被告会社らを指導・監督すべき義務を怠ったとして、被告らに対し、不法行為に基づく損害賠償とともに、〔2〕研修期間中においても、原告らと被告会社らとの間において明示又は黙示の雇用契約が締結されていたなどと主張して、被告会社らに対し、未払賃金、時間外手当等の支払を求めた事案である。

判旨

労働者性についての判断は以下のとおり。

「原告らは、研修期間中にもかかわらず、〔1〕概ね午前8時30分から午後6時ないし午後11時ころまで、場合により午後12時を超えて、1時間の休憩を除く他は被告会社らの指揮監督下において、本件工場内で縫製作業に従事していたこと、〔2〕しかも、原告らは、被告会社らからノルマを課せられ、そのノルマを達成するか、又はFの指示があるまでは作業から解放されなかったこと、〔3〕原告らは、被告会社らと雇用関係にある技能実習生とほぼ同一内容の作業に従事し、かつ、日本人従業員よりも長時間、作業に従事していたこと、等の事実が認められるのであるから、原告らの研修期間中における被告会社らの下での縫製作業への従事は、被告会社らの指揮監督の下における労務の提供であると評価するにふさわしいものというべきである。」そして、「原告らは、研修期間中においても、残業代を支払って貰えるものと理解しており、他方、被告会社らとしても、原告らの研修期間中に、残業代として、研修手当を超える金員を原告らに支払っていたのであり、原告らの労務の提供に対して対価を支払う意図があったと推認されるから、原告ら及び被告会社らの双方ともに、研修期間中、労務の提供の対価として報酬が支払われるとの認識を有していたと認められる。」

また、「原告らは、原告C及び原告Dが来日後の10日間に受けた非実務研修以外、非実務研修をほとんど受けていないし、実務研修についても、原告らは、いずれも中学校を卒業してすぐに中国山東省青島市にある縫製工場に就職し、来日する少し前まで縫製作業に従事してきており、Fから、改めて系統だった研修・指導が行われたとは認められないことからすれば、原告らが研修期間中に従事した縫製作業はいずれも「研修」の一環とは到底認められず、結局、「研修」とは名ばかりで、その実態を伴わないものであるし、労働基準法及び最低賃金法は、実態としての労働関係に着目し、労働者を保護することを目的とするものであり、入管法上、報酬を得る活動が禁止されていることをもって直ちに労働基準法及び最低賃金法の適用が排除されるものと解さなければならないわけではないから」原告らは、その研修期間中においても、労働基準法9条所定及び最低賃金法2条1号所定の「労働者」に該当するものと認めるのが相当である。

働者性について取り上げます。外国人研修生の労働者性は、入管法の改正に伴い、今後、同種の問題が起こるということはありません。ただし、理論的に議論されている点、特に研修契約をどう考えるかという点では広がりのあるテーマだと思います。

和田 これまでの裁判例はどうなっていますか。

道幸 判例の見解は、1つだけ労働者性を認めなかったケースがありますが、基本的には就労実態に応じて労働者性を認めています。具体的には、最低賃金と割増賃金の請求を認めています。この点は、先ほど述べましたように、現在では入管法が改正され、基本的に、技能実習制度が導入され、労働契約関係であることが明記されましたので、同種の問題はなくなると思います。

ただし、ここで提起された問題、研修契約と労働契約との違いというのは、外国人研修制度以外にもかなりあるのではないかと思います。例えば、見習期間や内定期間中の就労、専門学校の実習、さらに、今、非常に多くなっている鬱になった労働者のリワークの問題などがあります。研修医については労働者とみなす最高裁判決（関西医科大学事件・最二小判平17・6・3民集59巻5号938頁）が確定していますが、労働契約か研修契約かということは、いろいろなケースがありまして、両者の区別をどうするかが理論的に残された課題ではないかと思います。

もう1つは、研修的な側面があるとするならば、研修が適切に行われていない場合は、研修を求める請求権、これは一般的に言えば就労請求権と似ていますが、こうした研修請求権は存在するのか。存在するとすれば、それに対する法的サンクションのあり方も問題になっています。

いま申し上げた2つの点で、一連の裁判例は将来的に意味のあるものと考えています。

和田 研修生については、法律が改正されて研修制度がなくなりましたから、今後は、今まで裁判に持ち込まれたような問題は出てこないと考えます。

確認しておきたいのは、この間に出された2つの裁判例についてです。1つは、伊藤工業事件（横浜地川崎支判平22・5・18労判1004号154頁）です。この事件では、研修は適法なものだと判断されました。他方、スキルほか事件では、研修は違法なものだと判断されました。実態として労働がなされていたわけですから、最低賃金の適用が認められました。今後何

道幸 ピックアップでは最初に、外国人研修生の労

が適法な研修なのかということは、争われていくだろうと思います。最初に、その点を確認しておいたほうがいいと思います。

伊藤工業事件の場合には、1カ月の座学研修が行われました。その後、知識指導や日本語研修も実施し、左官という専門技能に必要な業務に従事するための技能指導等も行いました。その結果、研修終了後に左官基礎2級の試験に合格しました。原告は中国でも左官の資格をもっていますが、日本と中国では左官の仕事の仕方が違うため、日本での左官の資格を取るための研修が行われました。こうした事実から考えると、本件では、適法な研修に当たるとされることに異論はないと思います。

他方、スキルほか事件の場合は、単純労働のケースです。技能実習生と同じ縫製作業に従事させられ、集合研修や非実務研修もほとんど行われていませんでした。端的に言えば、単純労働に従事させるために研修制度を利用したともいえます。今まで指摘されてきた問題点が、本件で典型的に明らかになったのだと思います。

それ以前の事件をみますと、三和サービス事件（津地四日市支判平21・3・18労判983号27頁、控訴審・名古屋高判平22・3・25労判1003号5頁）があります。これまでの流れからすると、おそらくスキルほか事件も、実態としては労働だということで問題はないと思います。この点は、第1の論点にかかわるものです。

第2点目は、研修制度がなくなったため、今後、問題がなくなるかもしれませんが、第一次受入れ機関の責任を迫及している点です。実際に使用している企業だけでなく、それを監督指導しなければいけない立場にある第一次受入れ機関の不法行為責任も認めている点が非常に面白いと思います。外国人研修制には2つの受け入れタイプがあるのですが、企業が受け入れる場合と、中小企業の団体が受け入れる場合とでは、特に後者についていろいろ問題があると言われてきており、そのことが、今回の事件で明らかになったと思います。この判決については最初に、その点をコメントしておきたいと思います。

その他の研修制度については、個別に拾い上げ、それぞれ検討していく必要があると思います。例えば、学校関係では、水産学校の学生が乗船して研修に当たった場合、これは労働契約ではないとされています。ま

た、大学や高校のインターンシップ制度も労働契約ではないとされています。それ以外に労働契約と研修、つまり学生が行うような研修、インターンシップとの間に中間的な概念を設けたほうがいいのでしょうか。この点、私には疑問です。

道幸 先ほどの伊藤工業事件との関係を最初に議論すると、これは、研修の実態があったことが結論に結びついていると思います。研修の実態があることと、労働契約関係がないことがイコールになるかどうかということで、一連の裁判例は、スキル等は研修の実態がなく、実質的に就労させたとして労働契約関係だということが言いやすいケースです。他方、伊藤工業事件になると、確かに、研修の実態はあるけれども、労働契約的な側面がないかということ、これは必ずしもはっきりしていない。つまり、研修か労働契約か、これは後から検討する問題に関係してくるわけですが、研修契約か労働契約かという問いとともに、それらが重複している契約関係というのがあるのだろうか。

労働契約関係があるということになると、研修の実態があるから労働契約関係ではないという立論は成り立たない可能性があるのではないかと。その点、これから問題となるかもしれないインターンシップや実習生の法的な関係と同じような問題を提起していると思います。この点はどう考えますか。

和田 例えば、大学生が夏休みにインターンシップに行くとしたら、大体2週間ぐらいかけて実施されるのですが、労働災害については、あらかじめ学生災害保険に入っていきます。交通費は支弁されるケースもありますが、ほとんどの企業ではありません。また、給料は支払われません。私自身は、中間的なものをつくるべきではなくて、研修という実態を備えていれば研修として扱い、労働法の世界からは外れる。しかし、研修に違法な要素、つまり労働の実態が入ってくれば、労働契約として扱うしかない。労働法は今、そういう二分法で処理しています。それが問題だ、両者の中間的なものをつくるべきだという意見があるかもしれませんが、現行の労働法は二分法で扱っているものですから、きちんと基準をつくって両者を分けるしかないと思います。私は、現行の二分法で十分だと考えています。

道幸 学生が夏休みに行う実習の場合は、期間も比較的短く、目的もある程度ははっきりしています。一方、ある程度、長期的な場合、極端な例としては試用

期間です。これは明らかに労働契約であり、研修目的であっても労働契約にあたります。それから、実際に直面したケースとしては、専門学校で長期にわたり、特定の会社と提携してある仕事を研修名目で行わせるものがあります。こういうケースは、かなり労働契約的な側面が強いのといえます。やはり、長期になればなるほど、労働契約的な側面が強くなるといえるのではないのでしょうか。

和田 それはあるかもしれません。例えば2カ月や3カ月にもわたる研修、あるいは毎週特定の日に来てやらなければいけないものになりますと、それは研修というより労働契約に近いものになるでしょう。中間的なものがあり得るとい議論は理解できます。けれども、大学でインターンシップを行う例ですが、研修と労働契約をはっきりと分ける必要があります。企業も研修と労働契約の区別を認識しているようです。インターンシップの学生には、指導する社内担当者を決めて、日記をつけさせるなど、私が知りうる範囲ではインターンシップでは大体問題はありませぬ。むしろ、問題となるのは、外国人の単純労働を日本で入れられないことの隠れ蓑にされる危険性がある研修制度です。そういう問題がスキルほか事件や三和サービス事件において問題とされました。こうした背景もあり、今回の法律の改正で研修を認めなくなった。それはそれで、すっきりしたのではないかと思います。

道幸 そういう意味では今後、外国人実習生の問題は、人権侵害的な行為は別として、労働契約性や労働者性が問題になることはないと思います。

和田 封建的な労働慣行の遺制が残っているという意味では、学生に教えるのには好事例かもしれません。こういうものがまだ残っていますよ、足止め策まで講じています、と。

道幸 人権侵害的な側面がありますからね。

和田 労働基準法の総則規定は、そういう意味で生きています。

道幸 外国人労働者の問題は、場合によれば広がりがあるというだけで、この判例自体については、あまり議論すべきことはないのではないかと思います。ただし、先ほど申し上げたように、伊藤工業事件で、研修の実態があったということは言えると思います。ただ、その場合に、研修の実態があれば仕事をさせたとしても、雇用という側面がまったく出てこないということになるのでしょうか。

おそらく、賃金の問題と労災の問題、それから、賃金がらみの労働時間の問題があり、あとは、雇用保障の問題があると思います。おそらく、労働契約的な側面が一番強いのは、やはり労災で、その点は、指揮命令があれば、安全配慮義務は必ずしも労働契約関係でなくてもいいと考えます。しかし、このように法的議論を構成すると、効果の関係でも若干違うことになるのでしょうか。

和田 研修生の労災保険の仕組みは、特別加入のような扱いなのでしょうか。

道幸 おそらく、労災は特別にやっている可能性はありますね。ところで、8時間のうち2時間だけ研修で、残りの時間は自分で仕事をしたり、勉強したりする場合でも、日常的な労働の側面がある場合には、研修に由来する仕事、いわば、広い意味の研修にあてはまり、全部、研修になるのでしょうか。

和田 常識的に考えれば、ある程度、働かせているわけですから、労働基準法の労働時間規制に沿った規制をすることになるのではないのでしょうか。研修制度の場合、どういう拘束ができるのでしょうか。

道幸 スキルほか事件では、労働時間とみなし賃金請求していますが、伊藤工業事件では、そういう形の労働はさせてはいない、基本的には研修として見るべきだという議論なのかもしれません。もう1つは、効果との関係で違いが出てくる可能性があるのではないですか。

和田 どういう効果の違いですか。

道幸 最低賃金法の問題と労働時間規制の問題です。あと、雇用保障の問題と労災です。何が争点になるかによって、グレーゾーンにおける効果の違いです。

和田 それはあるかもしれません。労災の場合には、おそらくかなり広く認めるようになるでしょう。

道幸 雇用保障が一番広く認められると思います。つまり解雇規制のようなものです。

和田 有期契約ですから、どうなるのでしょうか。途中解約となると、普通の契約の解約なのか、あるいは、労働契約法17条1項の適用も考えられます。

道幸 詳しく討論していくと色々問題が出てきますね。

2. 採用内々定——コーセーアールイー〔第2〕事件（福岡地判平22・6・2労判1008号5頁，福岡高判平23・3・10労判1020号82頁）

— 事案と判旨 —

Xは大学4年次に在学中の平成20年4月から被告Y社の採用試験を受け、同年5月30日頃に採用内々定通知を受け取った。そこには代表取締役宛の入社承諾書が同封されており、XはこれをYに返返し、他社の就職活動を終了した。その後、内定通知書授与式が予定されていた10月2日の直前になってYから採用内々定取消通知が送られてきたが、そこには事由は示されていない。Xは就職活動を再開したが、就職先が見つからずに大学を卒業した。そこでXはYに対し、採用内々定の取消について債務不履行または不法行為に当たるとして賃金相当額の逸失利益等の損害賠償を請求。

判旨

一審判決は、「本件内々定は、正式な内定（労働契約に関する確定的な意思の合致）とは明らかにその性質をことにするものであって、正式な内定までの間、企業が新卒者をできるだけ囲い込んで、他の企業に流れることを防ごうとする事実上の活動の域を出るものではないというべきであり、X……も、そのこと自体は十分に認識していたのであるから、本件内々定によって……始期付解約権留保付労働契約が成立したとはいえない」としながら、他方で、「採用内定通知書交付の日程が定まり、そのわずか数日前に至った段階では、YとXとの間で労働契約が確実に締結されるであろうとのXの期待は、法的保護に十分に値する程度に高まっていた」とし、本件採用内々定取消の時期、取消の方法等から「本件内々定取消は、労働契約締結過程における信義則に反し、Xの上記期待利益を侵害するものとして不法行為を構成する」として、100万円の慰謝料等について損害賠償請求を認容する。

二審判決も、原判決を若干修正しながら、同じ結論を導いている。ただし、慰謝料については認容額を50万円に減額している。

和田 採用内々定では、コーセーアールイー事件をとりあげます。この事件は2つあり、高裁まで争われた第2事件を今回、取り上げます。本件は、採用内々定の法的性格が正面から争われた最初の事件ではないかと思えます。

厳密な意味で、採用内々定と言っているのかどうか分かりませんが、これ以前にもパソナ（ヨドバシカメラ）事件（大阪地判平16・6・9労判878号20頁）があります。この事件では、「准内定通知」が出された上で、研修を受け、派遣先の店舗入店のための写真撮影を行い、誓約書ならびに承諾書の提出が求められ、こ

うした一連の行為から、使用者は、労働契約の申し込みに対する「黙示の承諾」を与えたとして、採用内定の成立を肯定する判断を示しています。

それに対して、コーセーアールイー事件は、採用内々定であって、採用内定には至っていないと判断したのですが、事実関係からみて、はたして採用内定は成立していないといえるのかどうか。つまり、最高裁判例（大日本印刷事件・最二小判昭54・7・20民集33巻5号582頁，近畿電通局事件・最二小判昭55・5・30民集34巻3号464頁）が言うような、始期付解約権留保付の労働契約が成立していないと言っているのかどうか、一番のポイントになると思います。

裁判例は、いわゆる採用内々定の段階で、採用内定を認めることに既して慎重です。しかし、本件は、その中でも少し事情が違うのではないかというのが私の印象です。

道幸 何があれば、採用内定になるのか。つまり、内々定から内定になるのかということころは、誓約書を提出していないということになるのでしょうか。

誓約書を提出していなくても、内定式があれば、そのとき、内定になるのではないのでしょうか。そうすると、内定式の前に、誓約書の提出を会社から強く求められているかどうか問題となります。この点、どうもはっきりしません。

和田 大日本印刷事件最高裁判決では、採用内定というのは企業によってさまざまな実態があるから、それぞれのケースに応じて判断をしなければならないと論じています。申し込みの誘引、申し込み、申し込みに対する承諾という一連のプロセスで採用内定が成立するとして、そこでは特に、採用内定通知が出されたということと、それに伴って誓約書を学生のほうが出したということが重視されています。

これに対して本件の場合には、確かに、採用内定は10月2日に行われることになっていて、その前に採用内々定の取り消しがされていますから採用内定通知は出されていません。それから、採用内定のときに出す誓約書が出されていないのですけれども、入社承諾書というのは提出しています。しかも、社長あてに入社承諾書を提出していて、その後、会社と何回か接触して、不安だったものですから、「大丈夫ですか」ということを学生のほうから尋ねました。会社のほうも、「うちは大丈夫だ」というふうに答えているのです。かつ、内定式の1週間ぐらい前に、学生がもう一度、

確認したら、「今度10月2日に採用内定式を行う」と、会社から返事がありました。それから数日後、採用内々定が取り消されました。

これで、どうして当事者間に労働契約を成立させる意思の合致がなかったといえるのか、むしろ不思議です。学生自身は、他社はすべて断り、この会社に入社することを明言しています。会社も採用内定式があることを学生に伝えているわけですから、9月の採用内々定の取消しの段階では、労働契約が成立していたと考えるほうがむしろ素直ではないかと思います。

道幸 少なくとも、1週間前に確認した時点で異なった判断を示されない限りは、もう確定的だと考えますよ。そうすると、結局、残ったのは、ある種のセレモニーのようなものがないということが理由なのではないでしょうか。

和田 そう考えます。採用内定通知、あるいは採用内定式という形式を、あまりにも重視しすぎている。むしろ、採用内定の法的性格の原点に戻って、どこで当事者の意思が合致しているのかということを探究したら、この事件の場合、遅くとも、9月25日ぐらいの段階では、その意思が合致していると認めるべきではないかと思います。

道幸 だんだん合致してくるけれども、少なくとも、その時点では確定的だということですね。

和田 採用内々定を出したのが、5月でしたが、この学生も幾つかの採用内々定をもらっているわけですから、そこではまだ採用内定が成立したとは言えない。しかし、だんだん関係が煮詰まってきて、熟してきて、ある時点で、遅くとも9月25日の段階では、採用内定が成立していると判断してもいいのではないかと思います。

道幸 誓約書を出せという要件があれば、出していないということで、内々定といえるかもしれません。けれども、本件の場合、必ずしも出すことが要求されていないわけですから、抽象的な意思の合致だけでいいのだと私も思います。

和田 ほかの裁判例を見ても、やはり、採用内定の通知とか、採用内定式を重視しています。逆に最高裁の判例が曲解され、それがないといけないというふう理解されているとすると、判例法理の理解とは違うのではないかと。

道幸 問題があるとすると、複数の会社から内定を受けている場合ではないでしょうか。そういう場合、

労働者側で確定的に、特定の会社に行く意思がないケースなどが考えられます。こういう場合は、全部について、内定関係は成立していると考えられるのでしょうか。

和田 そこが難しく、どういう事実があれば採用内定が成立しているかというのは一概に言えないと思います。例えば、5月に採用内々定を幾つかもらったとします。ところが、どこかで1社に決めなければなりません。1社に決めて、8月の段階で、「私は貴社に入社することに決めました。ついては、これからの手続きを教えてください」と言って、「もう10月1日の採用内定式に来てくれれば大丈夫だ」と伝えたら、そのあたりで成立するということになるのではないのでしょうか。

道幸 もう確定していると。

和田 意思が確定していると考えます。雇うという意思が確定しているかどうかですね。学生のほうも、2つ、3つ受けたときには、どこへ行くかまだ迷っているの、意思が確定しているとは言えないのですが、最終的に1社に絞って、「お宅の会社に決めました」と伝えた段階では、学生の側ではもう意思としては確定していると考えていいのではないのでしょうか。

道幸 もしくは、複数成立して、あとは労働者側には、退職の自由が残されているとみることもできるのでしょうか。

和田 そこまでいうと、難しいと思います。やはり、この会社に行くという明確な意思がないといけないと思います。A社とB社で迷っている段階では、A社もB社も両方行きますというのは、やはり確定的な意思ではないと思います。よく例に出されるのに、人事部長の前で、ほかの採用内々定の決まっている会社に内々定辞退の電話を入れさせるケースがあります。こういう場合には、学生の意思は、その段階でお宅の会社に入りますということが確定的に表示されていると考えていいのではないのでしょうか。

道幸 それは間違いないと思います。けれども、そういう明確なケースではなくて、セレモニーもなく、抽象的な合意しかない場合は、どう考えるのでしょうか。

和田 そういう場合でも、どこかで合意が成立しているということを言わないといけません。

道幸 どの時点になりますか。

和田 採用内定式がない場合が考えられますね。

道幸 採用内定式が同じ日でなければ両社とも出るとことも考えられます。やり方としてはアンフェアだと思いますが、労働契約成否のレベルではいかがでしょうか。

和田 二重に労働契約が成立することは可能ですからね。

道幸 確かに可能です。

和田 労働契約は二重に成立することは可能だけでも、そこまで学生を保護しなければならないのかは疑問です。しかし、実際には、「お宅の会社に入社することに決めました」といって、安心していたら、本件のように、ある日突然、「だめでした」と告げられるケースが問題となるのです。

道幸 そういう場合は、意思が明確に合致しているから問題はありませぬ。他方で、そういう不埒な学生もいるわけですから、意思の合致というのをどう考えるか、そのレベルの議論がもう1つ、必要になるかもしれません。

和田 そうかもしれませんね。ただ、2つ決めたときに、2つの会社に行くつもりだったといったときには、学生側の意思をきちんと表示したという立証が難しいのではないのでしょうか。

道幸 複数の会社に行くだけではなくて、大学院を受験する、あるいは、公務員試験を受ける場合も考えられます。

和田 私は、その場合でも、採用内定は成立したと考えていいと思います。あとは解約の問題です。労働者側からすれば、2週間前に解約予告をして、解約ができます。

道幸 そういう意味では、会社側と労働者側とは違うということです。会社側は解雇が制限されているから、採用内定の取り消しも制限されていると考えるのですね。

和田 そうです。ただし、例えば、3月31日になって学生が突然、「お宅に行かないことになりました」というようなケースでは、損害賠償の話につながる可能性は、理論的にはあるかと思えます。

道幸 それは不法行為的な問題もあるかもしれません。あまり入社する気もないのに、受けている場合などが考えられます。

和田 本件の場合、仮に、これで採用内定が成立したと考えた場合、損害賠償の額が何かに違いが出てきますか。

道幸 賃金請求額がかわってきます。

和田 得べかりし賃金の額が、ある程度請求できることになりますかね。

道幸 ええ、そうです。内定があれば、取り消しが許されないと、契約関係が成立したということになるのです。

和田 この事件の学生の場合には、採用内定の取り消しに対して雇用契約上の地位を確認しているのではなく、損害賠償を請求しているだけです。

道幸 ここで、難しいと思ったのは、おそらく、学生は、その会社に行きたくなかったのでしょうか。だから、不法行為的な形で処理したいというのは、理解できます。ただ、解雇紛争を不法行為で争うと、損害額がはっきりしないから、大きな問題となります。だから、解雇無効という構成にして賃金相当額にすると、賃金額算定の基準は使えると思います。やり方としては、解雇無効にして、長く争って賃金額が多くなり、その後、退職するというケースも考えられます。これでいいのかという問題は、残りますが。

本件は採用内定のケースであるから、あんまり賃金との関係を考えなくてもいいのだという議論もあるのですが、解雇的な議論をしなければ、得べかりし賃金額は、全くはっきりしなくなるのではないかと思います。

和田 本件の場合、裁判所は、採用内定は成立していないと判断しています。しかし、あまりにも採用内々定の取り消しの時期が悪く、期待権侵害だとして慰謝料の請求を認めています。ところが、仮に採用内定が成立しているとする、採用内定の取り消しイコール解雇ですから、解雇だと損害賠償の額とか、逸失利益とか、そういうものが出てきて、少し違ってくるかと思えます。

道幸 かなり違うのではないかと思います。

和田 数カ月分位の賃金と、慰謝料という形になります。そうすると、額的には、一審判決のほうが妥当ではないかと思います。

道幸 二審判決は額をすごく減らして、理由も不明確なため、いま1つ説得力がない印象を受けます。いづれにせよ、得べかりし賃金的な構成をしない限りは基準がはっきりしなくなり、裁判官の胸先三寸で決まるというのも変な世界ではないかという感じがします。実際、本人にとっては就職できなかったというのは、とても大きな問題です。場合によっては、1年間

の得べかりし賃金、もしくは学業を継続していたら、学費程度は損害額で認めるのが筋ではないかと思えます。

和田 私も、本件については、そのぐらいの請求を認めてもよかったのではないかと思います。

道幸 そうですね、よくわかりました。ありがとうございます。

3. 事業所外みなし労働——阪急トラベルサポート事件、(1) 事件（東京地判平 22・5・11 労判 1008 号 91 頁）、(2) 事件（東京地判平 22・7・2 労判 1011 号 5 頁）、(3) 事件（東京地判平 22・9・29 労判 1015 号 5 頁）

— 事案と判旨 —

争点は、①みなし制の適用があるか、②あるとして業務遂行に通常必要とされる労働時間の算定の仕方、③また割増賃金の算定基礎たる基本給額如何、である。

(1) 事件 国内ツアー

みなし制適用なし

募集企画型旅行の派遣添乗員である原告が被告会社に対し、未払時間外割増賃金の支払等を求めるとともに、付加金を求めた事案において、社会通念に従い、客観的にみて労働時間を把握・算定することが可能である場合には、事業場外労働でも労働基準法 38 条の 2 第 1 項の適用はないというのが相当であるとし、本件における原告の添乗業務については、「添乗員が立ち寄り予定地を立ち寄る順番、各場所で滞在する時刻についてある程度の裁量があるとしても、被告が、添乗員の添乗報告書や添乗日報、携帯電話による確認等を総合して、派遣添乗員の労働時間を把握することは社会通念上可能であるというのが相当である。したがって、原告の添乗業務については、被告及び派遣先旅行会社（阪急交通社）の具体的な指揮監督が及んでいて労働時間を算定できるといえる」ので「労働時間を算定し難い」とはいえず、労働基準法 38 条の 2 第 1 項は適用されないとし、原告の請求を認容した事例。

(2) 事件 海外ツアー

みなし制適用あり

「この労働時間を把握する方法として、平成 13 年 4 月 6 日労働基準局長通達第 339 号「労働時間の適正な把握のための使用者が講ずべき措置に関する基準」（以下「労働時間把握基準」という。）は「使用者は、労働時間を適正に管理するため、労働者の日ごとの始業・終業時刻を確認し、これを記録すること」とされ、その方法として原則として「ア 使用者が、自ら現認することにより確認し、記録すること。イ タイムカード、IC カード等の客観的な記録を基礎として確認し、記録すること。」とし、例外として自己申告制を規定する（書証略）。これらによれば、みなし労働時間制が適用される「労働時間を算定し難いとき」とは、労働時間把握基準が原則とする前記ア及びイの方法により労働時間を確認できない場合を

指すと解される。」

本件については、「(ア) 当然原告は単独で添乗業務を行っており、被告から貸与された携帯電話を所持していたが、立ち回り先に到着した際に必ず連絡したり、被告から指示を仰ぐなど随時連絡したり、指示を受けたりしていないこと、(イ) (1) 原告は、本件各コースにおいて、被告に本社することなくツアーに出発し、帰社することなく、空港から帰宅すること、(2) アイテナリー及び最終日程表の記載は大まかなもので、そこから労働時間を正確に把握することはできない上に、現場の状況で、観光する順番、必要な時間、さらには帰国する飛行機を変更することもあったから、アイテナリー及び最終日程表により、事業場において当日の業務の具体的指示を受けたとも評価できないことが認められる。そして、自己申告制により労働時間を算定することができても、「労働時間を算定し難いとき」に該当しうことは前述のとおりである。これらによれば、本件添乗業務は、「労働時間を算定し難いとき」に該当する。」

通常必要とされる時間とは、「本条が「通常」必要とされる時間と規定していることから、各日の状況や従事する労働者等により実際に必要とされる時間には差異があっても、平均的にみて当該業務の遂行に必要とされる時間を意味すると解される。」として具体的に算定。

(3) 事件 国内・海外ツアー

みなし制適用あり

「添乗員は、ツアー参加者に帯同し、その相談・要望等に対応することが求められているとはいえ、ツアー参加者に帯同しているすべての時間を労働時間として取り扱うのは相当ではなく、労働義務から解放されていると評価すべき時間も相当程度含まれているものと認められる。しかしながら、このような時間（非労働時間）を逐一把握することは煩瑣であるし、添乗員は、その知識・経験を用いて、具体的な状況（天候、交通機関の遅滞等）に臨機応変に対応し、その裁量において、適宜、休憩の取得、解散・再集合の実施等を行うことが予定されているものと認められるところ（派遣条件明示書の「就業時間 休憩時間」の欄に、「具体的には添乗業務の円滑な遂行に資するように派遣添乗員が自己責任に於いて管理することが出来るものとする」と記載されているのもその趣旨であると解される。）、非労働時間を逐一把握することは、添乗業務の内容・性質にそぐわない面も大きいものと考えられる。以上によれば、原告らによる添乗業務については、社会通念上「労働時間を算定し難いとき」に該当し、本件みなし制度が適用されるというべきである。」

携帯による管理可能性との関連

「通信機器を利用するなどして、添乗員の動静を 24 時間把握することは客観的には可能であるとはいえ、前述したような添乗業務の内容・性質にかんがみると、このような労働時間管理は煩瑣であり、現実的ではない方法であるといわざるを得ない。」

遂行に通常必要とされる時間の算定

「労働者の個性や業務遂行の現実的経過に起因して、実際の

労働時間に差異が生じ得るとしても、(実労働時間の把握が困難である以上,) 基本的には、個別具体的な事情は捨象し、いわば平均的な業務内容及び労働者を前提として、その遂行に通常必要とされる時間を算定し、これをみなし労働時間とすることを予定しているものと解される。」として具体的には、「当裁判所は、原告らの添乗業務における「みなし労働時間」について、原告らの従事した添乗業務(ツアー)ごとに判定するという方法を採用することとした。具体的には、前述したとおり、添乗日報は、旅程の消化状況を概ね反映しているものと解されることから、原則として、添乗日報の記載を基準として、始業時刻と終業時刻を判定し、適宜休憩時間を控除することとし、添乗日報がない場合において、行程表や最終日程表を補助的に用いるという方法を採用した。」

また、基本給の認定については、「被告会社と添乗員(原告ら)は、派遣条件明示書(本件記載部分)によって、11時間分の対価として日当額を定めたものとは認められず、添乗員(原告ら)の賃金(日当)額は、労働基準法の定める通常所定労働時間(8時間)の対価として定められたものであると解するのが相当である。」

道幸 次は、事業所外みなし労働について、議論します。取り上げる判例は、阪急トラベルサポート事件です。国内ツアーと海外ツアーのケースがありますが、募集企画型旅行の派遣添乗員の時間外労働ということで、第1事件(東京地判平22・5・11 労判1008号91頁)、第2事件(東京地判平22・7・2 労判1011号5頁)、第3事件(東京地判平22・9・29 労判1015号5頁)とあります。

みなし制の適用があるかどうかという点では、第1事件は適用なし、第2事件、第3事件では適用ありとなります。その場合でも、労働時間算定の仕方としては、第2事件は、平均的に見て当該業務の遂行に必要とされる時間を労働時間としたのに対して、第3事件のほうは、ツアーごとに判定しています。全体としての印象は、みなし制の適用があるという理論構成は第3事件がもっとも詳細です。携帯電話などで確認できるのではないかとということに対しては、それは一般性がないとか、フィージビリティ(実現可能性)がないということを指摘し、第3事件がもっとも詳細な理論づけをしています。

ただ、具体的な労働時間の算定というレベルで考えると、第3事件は個々のツアーごとに判断するということになりますから、第1事件と非常に似てきます。つまり、みなし制を導入した制度趣旨に合致した算定の仕方ではなくなることです。理論的な詰めは別とし

て、全体としては、みなし制を適用するならば、第2事件のように平均的な労働時間を算出して、それで処理するというのが適切ではないかと思います。

ただ、そういう場合に、当該業務の遂行に通常必要とされる時間の算定を、実態に見合って説得力ある形でできるかというのはデリケートな問題です。そこで、労働基準法38条の2は、おそらく労使協定の存在で処理すべきだということになりますけれども、本件の場合、これに見合った労使協定はないわけです。それから、もう1つは、労使協定のシステムが適切に機能する前提があるかという問題もあります。これは、38条の2の労使協定の法的効力を考える場合の重要な問題になると思います。

ただ、私の印象ですけれど、一連の最高裁判決で、労働時間を広く認める判例が確立したので、指揮命令がルーズというか、広く認められる傾向にあります。そういう考え方を前提にすると、労働時間を算定したいケースはあまりなくなるのではないかと、というのが1つの問題です。

もう1つの問題は、本件は事業所外労働ですが、事業所内においても裁量性のある労働が一般化しています。事業所内においても、時間管理が困難になっていると思います。労働時間概念自体が広がっていることを考えますと、現在、労基法38条の2の存在理由は、あるのだろうかというのが、この判決を検討して痛感した問題です。

和田 本件は、事実としては3件とも非常に似ています。国内旅行か、国際旅行かの違いが少しありますが、ほぼ同じ事実関係で見事に3つの事件とも、理論構成と結論が分かれています。これは、労基法38条の2という規定が非常にとらえにくいことをあらわしていると思います。

例えば、労働時間管理が煩瑣だという理由だけでは、だめだというわけです。企業内でも、裁量労働制では実際に労働時間管理は煩瑣で、困難です。ですから煩瑣というだけでなく、客観的に労働時間が算定したいかどうかということが判断基準になるのです。厳密に言えば、労働時間管理はできないわけではありません。非常に煩瑣なのですけれども、労働時間が算定できるかどうかという点が、本件の争点です。私は、本件の場合には、ある程度、労働時間の算定はできた事例ではないかと考えています。

多くの論点がありますが、1つのポイントは、自己

申告制をどう見るかということです。第3事件の場合には、自己申告制の場合にも、人によってバラツキがあるから、厳密な労働時間算定が難しいといっています。この点、第1事件は、あまり厳密には考えていません。これはおかしいと思います。自己申告制で、ある程度、労働時間管理はできると、私は考えます。例えば、何時にホテルを出発して、どこに行き、また何時に到着したとか、何時にレストランに着いたというのは、きちんとメモをとるよう指示すれば、労働時間管理はできると本件の場合については考えています。1分1秒までというのは多分難しいですけれども、かなり正確に時間の管理はできると思います。

それから、第2事件ですが、監視断続労働の理解の仕方が間違っていると思います。飛行機の離陸後1時間と着陸前1時間は労働時間だけれども、その間の時間は労働時間ではないと言っているのですが、大星ビル管理事件最高裁判決（最一小判平14・2・28民集56巻2号361頁）では、仮眠時間も、実際に業務がないことがきわめて例外的な場合（皆無に等しい場合）を除けば労働時間に当たると言っています。おそらく、ツアーアテンダントの人達は、飛行機の中でも頻繁にお客さんのまわりを回ったりしているわけですから、そういう意味では、労働時間ではないということ自体が無理だと思います。ただ、それを賃金としてどのように計算するかは別問題ですが、いずれにしても第2事件の労働時間管理の判断は、問題があると思います。

第3事件について言うならば、自己申告制で、ある程度、労働時間計算ができるのだから、それはみなしとしての計算ではなくて、実労働時間として計算してもよかったのではないか、というのが私の意見です。第3事件は、実労働時間を算定するのと同じといえるくらいに、非常に細かくみなしをしているのです。

それから、労使協定の話ですけれども、実態に即したものが現場の人だとわかるから労使協定を結ぶということを言いますが、どういうふうに労使協定を結んだら、それが合理的な労働時間なのかといたら、その判断は非常に難しいと思います。それでも本件とやはり同じような裁判になってしまうのではないのでしょうか。

道幸 そうでしょうね。労使協定の中身の相当性自体が問題になります。その場合は、労働時間をそれなりに算定して、それとの関係で、あまり差異のない

ルールなのかが問題になるでしょう。労使協定があるからというだけでは難しいのではないかと思います。だから、所定時間で考えると、8時間以上働く場合のみなし制というのは、機能しないのではないかと思います。つまり、全体として8時間ぐらい拘束しているけれど、実態的には6時間とか7時間とか、そういう働き方をしている場合は所定労働時間とみなして、あまり時間外をしないという場合は、機能するのではないかと思います。11時間とか12時間働くような場合には、それに見合うような労働時間の決め方は難しいのではないかと思います。38条2の存在理由がどこにあるのかという問題で、本件のような長時間労働を前提とすると、クリアすべき事柄が多いのではないかと思います。

和田 本件では直接、問題になっていませんが、詰めていきますと、週休1日制が本件では守られているか、深夜業の問題は現地時間でやるのか、日本時間でやるのか、どこから深夜業になるのかということ、本当は厳密にやらなければいけない。みなし制でも、週休制とか深夜業はみなしができませんから。そう考えると、今の事業場外労働のみなし制というのは、本当にどの辺まで適用できるのか、適用していいのかを、もう一回、根本的に考え直す必要があるのかもしれない。

道幸 労働時間を算定しがたい場合というのは、どういうケースが考えられますか。

和田 昔でしたら、新聞記者とか、外勤の人などでしょう。

道幸 当時は、携帯電話などが存在しない時代でしたからね。

和田 そのうち、呼び出しベルがあるではないかと言われるようになりましたが、今だと携帯で十分に管理できるのではないか。そういうふうに言われたら、実際にはどのような事例で事業場外労働のみなし制が可能なのでしょう。

道幸 ネットで管理もできますね。

和田 確かに、できると思います。今、新聞記者はどうしているのでしょうか。

道幸 携帯などで管理しているのではないのでしょうか。

和田 みなし制をとっているのでしょうか。

道幸 とっていると思います。携帯で管理できる場合でも、みなし制をとっているはずですよ。

和田 営業職の人でも、家から現場へ直行・直帰ではなく、大体、会社へ行き、打ち合わせをしてから、営業に行くケースが多いので、労働時間が算定できないということはあまりないと思います。しいて言うなら、典型的なのは本件のような事例ということになるのでしょうか。

道幸 もう1つは、外国旅行の場合が考えられません。

和田 本件の原告らも、国内旅行は今ではみなし制にしていない。

道幸 なるほど。

和田 国内旅行については、かなりコントロールができています。外国旅行についてだけは、みなし制にしています。

道幸 みなし制にした場合の労働時間は、ある程度、類型化して、算定しているのでしょうか。

和田 はい。ですから、11時間になっているのです。経験的に11時間というように、最初から決めているのです。そうなってくると、何時にホテルに到着したとかいうのは何の意味があるのかということですね。指示どおり、きちんと観光名所を回っているかどうかをチェックするためにあるのでしょうか。

道幸 こういう観光ツアーは、顧客との関係があるため、あまり時間外にいろいろ行動できないから、計画するとき大体、11時間労働のプランを立てるのでしょう。そうすると、本人の申告だけではなく、プラン自体がどうなっているかということから、労働時間が推定できます。

和田 外国旅行したときの国内移動手段は、バスが中心でしょう。バスで渋滞に遭うと、計画がずれ込みます。バスで移動している間が労働時間かどうかということは、厳密に計算したがるのではないでしょうか。だから、全体として、大体11時間仕事をしたということにしましょうとなるのですね。

道幸 みなし制の導入は、そのような事態のためにやっているのだということになるのですね。

和田 そういふことですね。

道幸 だから、もしも例外的にそういう事態があれば、個別に立証して請求をすることになるのでしょうか。そういう場合には、一般的には11時間だけれども、何かのアクシデントが発生して長時間労働をしたということをして、個別に立証したら、請求できるのでしょうか。

和田 特別なケースかもしれませんが、例えば、病人が出た場合などが考えられますね。

道幸 病人が出たとか、あるいは事故で渋滞したとか。

和田 付き添いを一晩しなければいけなかったとか、そういうことになると個別立証でその分の賃金請求ができるのでしょうか。みなし制だとそんなことを考えていないですよね。

道幸 ですから、その部分については、これは個別の労働時間性というのが想定できるわけでしょう。

和田 できますね。だから、通常の行程を大きく外れるような何か起きたときには、その部分については別個に計算して請求できるとなっているのかもしれませんが。そうでなければ問題があると思います。

道幸 ですから、一番妥当なのは、そういうルールを一緒に決めておくことではないでしょうか。みなし制というのは、パーフェクトな制度ではなくて、通常の就労実態を一定の労働時間とみなしているのですから、その前提を欠く場合には原則に戻るといふふうを考えるべきではないでしょうか。

和田 いずれにしても、どこからどこまでが労働時間だということをはっきりさせないといけないと思います。空港に何時までに到着して、お客さんを待ちなさいと。ここから労働時間の算定が始まるのはわかります。飛行機に乗っている時間は、離着陸前後の1時間を除いたら労働時間にはあたらぬとするのは、前にもいいましたように、大星ビル管理事件の最高裁判決との関係で、妥当ではないと思います。

道幸 大林ファシリティーズ事件(最二小判平19・10・19 946号31頁)でも、抽象的な、何かあったら対応しなさいということで労働時間性を認めています。

和田 旅行によっては、ある日は、労働時間がとても11時間ではおさまらないということもあります。それがきちんと自己申告で確定できれば、その部分については残業手当を払うとか、そういう仕組みをつくっておけば、何とか条件をクリアできるのかもしれませんが。本件ではあまりにも大ざっぱに11時間と決め過ぎているような気がします。

道幸 なるほど。もしもトータルで、飛行機に乗っている時間も含めて11時間ぐらいのプランニングだとしたら問題ないのでしょうか。例えば、ヨーロッパへ行く場合は、どうでしょうか。

和田 ヨーロッパに行くとき11時間は超えてしまいますからね。

道幸 アジアなら、5時間ぐらい飛行機に乗り、トータルで11時間くらいにおさまるかもしれません。

和田 大体、飛行機の出発の3時間くらい前には空港に行くでしょうから、現地に到着して、そこから荷物を受け取りホテルへ行って、ホテルで部屋の説明などをしていたら、その日だけでも、おそらく11時間ではとても間に合わないと思います。

道幸 その点は、本人の裁量の問題とかは、あまり考える必要はないでしょうか。

和田 裁量労働ではありません。このコースを変更して、別のコースにするということではできないのです。何日目はこういうコースをたどるということが、はじめから決まっているものですから。

道幸 熱心にやるか、熱心にやらないかという問題はありますが、労働時間性は認められるということですね。

和田 そうです。熱心にやらなかったら、お客さんからクレームが寄せられ、次から仕事が回ってこなくなるかもしれません。(笑)

道幸 その問題はありますが、それは労働時間とは関係がありません。例えば、タクシー運転手の客待ち時間のように、実際には働かなくても、そういう対応をすることが期待されている時間は、会社が「自由にしてもいいよ」と言っても労働時間なのでしょうか。

和田 「自由にして、どこで休んでいてもいい」と言ってやるのならいいのですが、タクシーの場合、タコメーターで管理するのでしょうか。

道幸 ええ。タクシーの場合は、客待ちとなれば、労働時間になります。そうではなくて、例えば、10時間飛行機に乗っている間、お客と対応するのは5時間だけで、残りの5時間はまったく自由にしていという場合はどうなるのでしょうか。

和田 自由時間でも、お客さんの対応をしたら、やはり労働時間に入るのではないのでしょうか。

道幸 そうでしょうね。こういうツアーでは、自由時間だからといっても、お客さんの対応をしないのは、許されませんからね。

和田 寝ていてもいいけれども、お客さんに何か言われたら対応しなければいけないというのなら、それはまさに活動時間にあたります。非活動時間あるいは休憩時間ではないのです。

道幸 そうすると、すべて労働時間ということになるのですか。

和田 全部、労働時間となります。ただし、飛行機の場合に、往復のときには、この部分とこの部分については賃金は幾らだけれど、この部分については幾らと、そういうふうにするには後は賃金の決め方の問題になります。

道幸 大星ビル事件のような、時給額の決定によって対応しうる。

和田 最低賃金に違反しない限りでは自由に決められます。ただし、全くそれをゼロとするのは問題がある。

道幸 なるほど。そう考えていくと、もう、みなし制の問題ではないと割り切ったほうがいいのでしょうか。

和田 そうかもしれません。第3事件は、その辺を考えているのでしょうか。第2事件は、そこをすこし誤解していると思います。

道幸 でも、みなし制と考えると、様々な角度から検討を加えたら、みなし制でなくなっていくという感じがします。

和田 厳密に詰めていけば、そうなりますね。

道幸 むしろ、第1事件と第3事件は似ているのではという感じがします。みなし制といっても、個別の労働時間を考えると、みなし制の意味がないのではないかと思います。

和田 ええ、第3事件は、完全に個別的とは言えないまでも、かなり厳密に労働時間の算定をしようとしているわけです。そこまでいったら、労働時間を算定できると判断してもよかったですのではないかと思います。

道幸 そうですね。算定しがたいと言いながら、算定しているわけですから、どちらにしても、その問題は残るのではないかと思います。

和田 3つが控訴審にいています。どういう判決が出るか、大変興味深いですね。

道幸 そうですね。今後の動きにも注目していきたいです。

〈補論〉 第1事件については、本年9月14日に原告(被控訴人)の請求について一審判決を若干減額して認容する東京高裁判決が出ている。

4. 契約内容の変更と雇止め——ドコモ・サービス事件（東京地判平22・3・30 労判1010号57頁）

— 事実と判旨 —

Xら3名は、Y社において携帯電話の滞納料金回収業務を担当していた。契約形態は、当初は契約期間1年の外勤パート従業員であり、平成14年からは同じく1年間の委託契約を締結しこれが更新されてきた（委託社員Cという）。その賃金は、基本給と業務実績に応じて支給されるインセンティブ手当から成っていたが（その他年2回の特別手当がある）、平成19年11月にYは、インセンティブ手当と嘱託社員Cの制度の廃止、および特別社員Aへの移行を決定した。Yは、何回かにわたって労働者に説明会を開いたが、Xらはこれに合意しなかったため、Xらに対して、特別社員Aへの移行と補償措置による一時金の支給、1年だけ嘱託社員Cの契約を更新、のうちのどれかを選ぶこと、それに応じないときは期間満了により雇用契約は終了する、という提案をした。Xらはいずれも拒否したため、Yは平成20年3月31日をもって雇止めを行った。Xが、雇用契約上の地位の確認等を求めて提訴。

判旨

請求を認容する。

Yでは、Xらの意思に反して契約が更新されなかった例がないこと、Xらの更新は5回（それ以前を加えると10数回）に及んでいることから、その雇用は「ある程度継続が期待されていた」ものといえ、「本件雇止めについては、解雇権濫用法理が類推適用される」。

Yへの業務委託元であるA社における方針変更により、Yでの滞納料金業務が減少してきた等から「インセンティブの廃止等の必要性がある」といえるが、これはXらの「賃金減額という重大な不利益をもたらす……ものであるから、……これに対する補償措置には相当程度の合理性が要求される」。特別社員Aに移行し、一時金の補償等を受けた場合のXらの年収は、数%から10%強まで減少し、大きな当期純利益を得ているYの財政状況から、「補償措置等に相当高度の合理性があるということとはできない。」

本件では、就業規則や給与規定を変更することによって賃金減額の目的を達成することができたが、それを行っていない。「本件雇止めは、……インセンティブの廃止等を拒否したからといって、雇用期間の満了の機会をとらえてYから排除したもの」であり、「手段・経緯の合理性を欠く」。以上のことから、本件雇止めは、解雇権濫用法理の類推適用により「無効というべきである。」

和田 ドコモ・サービス事件（東京地判平22・3・30 労判1010号57頁）は、すこし複雑な事実関係をたどっています。有期契約を、多い人で10年近く更新されていて、最後のところで会社がインセンティブ手

当の廃止等々で新しい提案をし、それに合意をしなかったということが雇い止めの理由にされています。判決は、雇い止めの法理として扱って、本件の雇い止めは、解雇権濫用法理の類推適用により無効だと判断をしています。しかし、厳密に言うとも、今までの雇い止めというのは、変更した労働条件に反対するからというのではなくて、経済的な理由でこれ以上、雇ってられないということから雇い止めをしているのですから、純粋に解雇権濫用法理の適用だけでよかったのですけれども、本件の場合には、一種の変更解約告知のように考えられないかどうかということが問題になります。その意味では、日本ヒルトンホテル事件（東京地判平14・3・11 労判825号13頁、東京高判平14・11・26 労判843号20頁）に非常に似ていると思います。裁判所は、おそらくそういうふうには考えていませんが、そういう処理でいいのかどうか、本件の一番大きな争点だと思います。

道幸 NTTの定年制や中高年の定年延長がらみのケースでは、特定の判断をしなかった場合、ある選択をしたものとみなす例があります。1つは、こういう選択の仕方の公平さが、例えば、A、B、Cだったら、それ以外の選択をした場合や、黙っていた場合は特定の選択とみなすというのが果たして妥当なのかということが1つの問題です。

もう1つは、本件の場合には、インセンティブ制度が、就業規則の不利益変更法理的に考えるとあまり合理性がないからということで、それに同意しないことを理由として更新拒否は許されないという判断を示しています。変更解約告知的な議論をすると、最初の変更の申し出自体の合理性がないことになれば、その合意についてのリスクを労働者が負う必要がないという点では、妥当な判断ではないかと思います。

和田 本件は控訴されていますが、そこでは、インセンティブ手当や嘱託社員Cの廃止についての必要性とか、補償措置の合理性について、一審判決ではこれを否定していますけれども、高裁が同じような判断をするかというのが、おそらく大きなポイントだと思います。一審判決では、就業規則の不利益変更のような判断枠組みを用いました。変更解約告知制度もないと、やはりそうした判断枠組みしかないのでしょうかね。

道幸 おそらく2つでしょうね。変更内容の相当性と、更新拒否の合理性と、2つのレベルで一応議論しているのではないかと思います。最初がクリアされな

ければ、もう更新拒否の正当な理由はないと思います。

和田 もし、最初の点が、クリアされたらどうなるのですか。

道幸 最初の点がクリアされたら、今度は更新拒否の正当性があるかは独自に問題になると思います。最初の部分は取引のレベルの問題ですから、そこで「ノー」と言ったら、雇い続けることができない理由になるかどうかと思います。ただ、本件において雇い続けることはできない理由になるかどうか疑問です。

会社としては、そういう個人がいると、労務管理や賃金体系の問題もあるけれども、首を切る理由になるかは疑問です。賃下げ自体に相当な理由があり、多くの人はそれに合意したとしても、必ずしも、解雇の理由にはならないと思います。だから、やはり2段階の問題ではないかと思っています。

和田 期間の定めのない契約で、「途中で賃金を下げてくれ」と契約内容を変更する提案があり、合意をしなかったから解雇をしたという場合と、本件のように、有期契約を更新しているときに、次の更新条件としてこういうものを出して、それに合意しなかったという場合とでは、考え方に違いが出てくるのですか。

道幸 契約期間の途中のほうの方が難しいと言えますが、結局、解雇の法理が類推適用されるとなれば、似てくるのではないかと思います。

和田 本件の場合、雇用がかなり長期化していますよね。

道幸 特に本件の場合には長期化しています。

和田 本件では、有期雇用だけれども長期化しているものだから、解雇権濫用法理を類推適用して、期間の定めのない労働者と同じようになると考えてもいいのかもしれませんが、しかし、もっと短期の場合は、どうなるのですか。例えば、3、4年ぐらいだとしたらどうでしょうか。

道幸 短期の場合でも、同じではないかと思いません。

和田 同じになりますか。

道幸 ええ。期間雇用の人は、法理的にはともかく、実態的には不安定な立場に置かれています。ですから、こういう提案をされた場合、弱い立場です。つまり、給料を下げることに對して、同意したら円満に就労継続ができるため、「イエス」と言いがちです。そこで「イエス」と言ったら、後から争うことはできな

いですよ。ですから、そこで「イエス」と言わないことによる更新拒否のリスクをどう考えるかという問題になります。

和田 日本ヒルトンホテル事件の一審判決は、提案された内容の合理性を認めていながら、最後に、更新拒否の理由にはならないと判断しています。経済的にそこまで逼迫したわけではないというふうに判断しているわけです。ところが、高裁は、変更提案が合理的だから、それを拒否したことに対して（拒否したことが直接の理由ということではないのですが）、雇い止めも有効だと判断しています。

私も、どちらかという、一審のほうがいいと考えています。変更提案が合理的で、それを拒否したら直ちに雇い止めの理由になるかといったら、その場合でも雇い止めの理由になるかどうかということを再度、判断しなければいけないと考えています。

道幸 それはそうだと思います。

和田 裁判所が常にそういうふうを考えるかどうか。

道幸 むしろ、就業規則法理を逆手に取り、就業規則の不利益変更事案として処理すべきでないでしょうか。

和田 就業規則の不利益変更でやれと。

道幸 ええ、不利益変更の必要性として首を切るのが難しいからということを行っているわけでしょう。だから、首を切るのが目的ではなくて、賃金を下げるのが目的だということになれば、労働者のリスクで解決するよりは、就業規則の不利益変更として、やるのが筋でしょう。

和田 本件の判決はそういうふうに言っていますね。Xらの賃金を含む勤務条件を就業規則によって定められることになっているので、就業規則を変更すればよかったのだと。それをせずに個別に変更提案をして、合意しなかったから雇い止めをしたことはだめだと判断をしています。

道幸 僕は、それは結構リアルな認識だと思います。つまり、就業規則法理では、合理性判断につき司法審査が及ぶリスクがあります。他方、就業規則を使わないで個別合意をやると、「イエス」と言ったら、後から争うことが難しいわけです。そういう意味では、変更解約告知的な労務管理の仕方をする、非常に合意をとりやすいと思います。やはり、二重のチェックが必要ではないかと思っています。

和田 就業規則で決まっていれば、もちろん就業規則でやらなければいけないのだけれども、本来、就業規則でやるような問題についても、できるだけ就業規則の不利益変更で処理すべきだと。

道幸 いや、就業規則の不利益変更法理は、あまり賛成ではないから、必ずしもそう思っていない。就業規則の不利益変更は、会社が自分のリスクでやっている。他方、個々の労働者に難しいことを強いて合意を取るとするのは、どうもアンフェアな感じがします。「より悪い」という感じでしょうか。

和田 「より悪くない手段」を選べと。(笑)

道幸 会社の立場に立てば、就業規則の不利益変更よりは、こちらのほうが楽でいいと思うのではないのでしょうか。個々の労働者の多くの方は、「ノー」と言えないのですから。

和田 そうですね。後の議論にもつながってきますが、就業規則の変更と、個別の合意による変更、両者の関係を、もう一度、きちんと整理する必要があると思います。

道幸 あとで取り上げる協愛事件（大阪高判平22・3・18 労判1015号83頁）でも、すこし触れたいと思います。

こういう場合に、個々の労働者を問題にして契約論的に処理する場合、ある種の適正なルールのようなのが必要なのではないのでしょうか。本件の場合、はっきり賃金が下がるわけですから、いずれの選択肢を選んでも不利益となり、選ばなくても一定の判断とみなして排除していくというのは、やはり合理性はないと思います。

和田 こういうタイプの紛争が増えていますよね。

道幸 変更解約告知というのがありますよね。自分のリスクでなく、相手にボールを投げて、投げ返すことのリスクを相手に負わせるというものです。集団法的な規制があれば、労働者相互で共通の情報とか、意向確認をして、集団法的にやれるのだったら、交渉の自由という感じはします。しかし、変更解約告知を突きつけ、労働者側に判断をせまるとするのは、個々の労働者が孤立分散している場合、非常にアンフェアだという感じがします。別段、いろいろ説明しなくてもいいわけでしょう。本件の場合には説明しているかもしれませんが、こんな合意を取りやすい仕組みはないのではないかと考えています。まして、期間雇用者となれば、それだけでなく立場が不安定ですから、なかなか

か「ノー」と言えないと思います。

和田 本件の場合、原告らは「ノー」と言いました。言ったために、雇い止めになりました。年取で100万円ぐらいダウンする人もいれば、数万円にとどまる人もいましたが、額の大きさも関係しているかもしれない。

道幸 会社としては、首を切ったわけではない、労働者個人が拒否したと考えているのではないのでしょうか。

和田 会社は、こういう制度をやめたいという気持ちをはっきり出しています。ただ、やめ方のルールをどうするかという話ですね。

道幸 個々の労働者の意思に委ねるのが適さないようなルール設定、例えば賃金体系みたいなものです。賃金システムを変えるのは集团的・画一的にやるべきものだから、就業規則で処理したほうがいいのではないのでしょうか。個々の労働者から合意を取るような形の変更内容ではないと思います。

和田 今後、非常に面白くなる論点ですね。もっと理論的に詰めておかなければいけませんね。

道幸 こういう問題はこれから、多くなると思えますね。賃金システムは実質、集団的な問題だと思えます。ところが、就業規則であれば、集団的なチェックとなりますが、あとは、こういう個別合意になると、集団的なチェックというのは、ほとんどなされません。

和田 結論的に言うと、私は非常に巧みな解決方法を示している判決だと思います。ただ、新しく、そして難しい論点を提起しているので、労働法学者が、今後詰めていかなければならないことです。その意味で、本件は重要な裁判例だと思います。

5. 公務員の懲戒処分とセクハラ行為——京都市（北部クリーンセンター）事件（京都地判平21・10・22 労判1011号27頁、大阪高判平22・8・26 労判1011号18頁）

事案と判旨

Xは地方自治体Yの職員で、プール管理運営協会の事務所長であったが、部下の女性臨時職員らに対するセクハラ行為、タクシーチケットの私的流用、業者との独断での契約締結、物品販売の簿外処理等を理由に、Yから懲戒免職処分された。これを不服としてXは、同処分の取消しを求めて提訴し

た。

第一審判決は、Xによる複数の女性職員へのセクハラ行為の存在、タクシーチケットの不正利用の事実、手数料収入を簿外処理していた事実を認定し、公務員に対する懲戒処分につき当局の裁量権を容認した神戸税関事件（最三小判昭52・12・20民集31巻7号1101頁）を参照して、Yには裁量の逸脱がなかったと判断している。これに対してXが控訴。

判旨

二審判決は、原判決を取り消し、懲戒処分を取り消している。セクハラ行為については、「行為の相手方、Xのした性的関心に基づく発言や性的交渉を求める発言の内容が具体的に特定されておらず」、「処分の理由となる事実が具体的に特定されていなければ、これに対する防御の機会が与えられたことにはならないから、これを処分理由とすることは許されない」。Xが勤務していた協会のタクシーチケットや自販機等の手数料収入は「Yの公金又は公物」ではなく、したがってYの懲戒処分指針にあるその「横領」に当たらない。タクシーチケットの私的利用は金額が少額で、「懲戒免職とするのは、平等取扱原則に照らして、重きに失する」し、手数料収入の簿外処理も「全くの個人的用途に費消した」とはいえず、「懲戒免職処分としたのは重きに失し、裁量を逸脱している」。

和田 北部クリーンセンター事件（京都地判平21・10・22労判1011号27頁、大阪高判平22・8・26労判1011号18頁）の話をします。この事件は、地方公共団体が出資している外郭団体に地方公務員で派遣されている人が、さまざまな懲戒事由があるということで懲戒解雇された事案です。その中でセクハラの話が出てきますが、第一審判決は、少し大ざっぱなのですが、大体、この懲戒事由の該当性を認めて、懲戒免職を有効としました。確かに、タクシーチケットの不正利用や手数料収入の簿外処理などの額は小さいのですが、複数の女性職員へのセクハラがあったということが、一番大きな事由になって懲戒免職されたものです。

一審判決は、神戸税関事件（最三小判昭52・12・20民集31巻7号1101頁）の判決を引用しながら裁量権を大幅に処分者に認めて、裁量権の逸脱がなかったという判断をしました。それに対して高裁は、懲戒規定の限定的な解釈をして、例えば、公金の横領に当たらないとか、手数料収入は公金とか公物ではない等々のことをいっていますが、セクシュアルハラスメントの部分については、懲戒処分の聴聞のときに、1つ1つ具体的な事実を提示して反論の機会を与えなければいけなかったのに、それをしなかったということで無効

という判断をしました。

2つ論点があるのですが、1つは、公務員の懲戒が、果たして処分者に広範な裁量権が認められるという枠組でいいのか、あるいは、民間企業と同じように、比例原則等々、厳格に適用すべきなのかどうかという問題です。

もう1つは、具体的にどういうセクハラがいつあったかということ、もう少し明示しなければいけないと言っているのですけれども、本件のような認定の仕方ではほんとうにだめなのかという点です。セクハラのように、被害者の人権が絡むような問題については、これを進めていくと二次被害のようなものが起こってしまうのではないかと、これを少し感じました。その2点をここでは論点として挙げたいと思います。

道幸 プール管理運営協会の事務局長は、地方自治体からの出向ですか。

和田 退職しているわけではなから、出向ではないでしょうか。

道幸 懲戒免職ですから、処分権者は京都市長ですね。ということは、通常の公務員法上の問題になっているということですか。

和田 そうです。

道幸 大学のセクハラ相談員の経験から、控訴審の立場がよくわかります。セクハラ調査というのは、半分はカウンセラー的な調査になっています。あまり事実関係を細かく聞いたり、また、被害者が矛盾した発言をした場合でも、そこを突っ込んだりしません。それは、基本的には、その調査の結果、セクハラを中断する、場合によれば、指導教官をかえるとか、そういう緊急避難措置のための調査だからです。そういう目的の調査と、セクハラ教員に対する懲戒処分のための調査というのは、かなり性格が違うと思います。つまり、処分する場合はもう1回、調査をして、事実関係を明らかにし、日時もはっきりさせます。

そういう意味では、本件は、懲戒処分をする前提として、そういうレベルの調査をしたのかどうかは、どうもはっきりしません。セカンドレイプ的な問題がないわけではないけれど、懲戒処分の問題ならば、控訴審が言っていることは、妥当ではないかと思えます。懲戒処分ということになれば、事実関係をある程度明らかにして、弁明の機会を与えて反論させるべきだと思います。

和田 京都市がどれくらい調査をしたのかということが、判決文からはわからないところがあります。一審では、ある程度、セクハラ被害を受けた人がいるということを前提にしていますが、それだけではやはり問題があると思います。

道幸 何月何日にどういう発言をしたとかについて、具体的には1人しか認定していません。懲戒免職ならば、事実関係を明らかにする必要があるでしょう、被害者は、それで嫌な思いをするかもしれませんが、他方、損害賠償のケースでは、あまり厳格にやる必要はないと思います。

和田 そうですね。公金だとか公物という解釈がこれでいいのかどうかは、刑事罰ではないものですから、厳格にする必要があるか、すこし疑問です。確かに、額は小さいですね。やはり、セクハラが重要な懲戒免職事由になっていることを考えれば、もう少し綿密な事実調査をして反論させるということが必要だったのではないのでしょうか。これは今後、いろいろなところに影響を及ぼしてきそうな感じがします。

道幸 セクハラ之苦情が出てきたときの調査のようなものですと、事実関係の解明という側面はあるけれど、むしろ、被害者をどう救済するかということの観点でやりますからね。

和田 被害者の救済の問題と、加害者に対する処分の問題とは、やはり違う性格のものですよね。

道幸 この種の事件の場合は、かなり性格が違うと思います。そこはやはり割り切ったほうがいいのではないか。

和田 高裁のような考え方のほうが、妥当ということになるのですか。

道幸 懲戒免職する場合なら、そう考えます。

和田 懲戒免職するならね。これが、もう少し軽い処分の場合にはどうなりますか。

道幸 軽い処分でしたら、被害者を救済するような調査でもいいかと思えます。一方、懲戒免職はかなり厳しい処分、退職金もゼロになるわけですから、それに見合うだけの適切な調査を行い、事実認定をして反論の機会を与えたかということが問題になると思えます。

和田 公務員の懲戒処分については、広く処分者に裁量権が認められているということに、安易に乗らないほうがいいということですね。

道幸 四国財務局や神戸税関は、公務員のストライ

キがからむ事件ですよ。あれが一般の通常の処分にまで同じように適用できるかは疑問です。むしろ公務員法上(国家公務員法89条)は、処分理由を明らかにしろとか、民間よりは手続的な規制が厳しいのだから、裁量の幅が広いということは問題だと思います。

和田 飲酒運転について、一時、非常に厳格になりましたね。それについても、公務員だけが特殊ではないと論ずる裁判例も多いです。民間企業に近くなってくるのでしょうか。やはり、何か違いがあるのでしょうか。

道幸 政治活動の問題になると、公務員は民間と違うということになります。業務上の問題や破廉恥罪などは、それほど違いがないと思います。ただ、私生活の非行の場合は、公務員のほうが厳しいです。公共性があるから、その点ではわからないわけではありませんが、いつまでも、そう言えるのだろうかと思えます。最近、指定管理者制度など、民間的なセンスで経営しろとも言われます。この部分だけ公務員的なことを言うのは、ちょっとバランスが悪い感じもします。

和田 そうかもしれません。私自身も、なぜ公務員についてだけ使用者に広い裁量権を認められているのか、疑問に思えます。裁判所は、処分する現場のことをよく知っているという理屈をいいますが、現場を知っているということなら、民間でも同じです。公務員だけ裁量権が広いことへの十分な説明ができないと思えます。

道幸 処分事由について民間と公務員とは違う可能性があるのではないかと思います。手続的な問題については、むしろ公務員のほうが厳しいのが筋ではないかと思います。

和田 なるほど、わかりました。どうもありがとうございます。

6. 労働時間管理義務——医療法人大生会事件（大阪地判平22・7・15 判例1014号35頁）

事案と判旨

時間外手当の支払に関して、タイムカードの出勤打刻の時刻から退勤打刻の時刻まで、所定の休憩時間である60分を除くほか、使用者の指揮監督下にあったことが認められ、所定終業時刻以降の業務は恒常的に存在していたものであることから所定終業時刻以降労働した事実を認め、医療法人に割増

賃金の支払いを命じた。注目すべきは、タイムカードの取り上げ自体を不法行為と認め、慰謝料10万円の支払いを命ずる点である。

判旨

「労基法は、労働時間について罰則による厳格な規制下を置くとともに（同法32条以下、同法119条）、使用者みずからが労働時間の把握をすべきものとし（労基法108条、同法施行規則54条1項参照）、さらに、使用者に対して賃金その他労働関係に関する重要な書類についての保存義務を課している（労基法109条）。このように、労基法上、使用者が労働時間の把握をすべきものとされ、使用者に賃金その他労働関係に関する重要な書類についての保存義務を課しているのは、労働者保護の観点から、労働時間についての規制を実効あらしめるとともに、仮に労働時間について契約当事者間で紛議が生じた場合には、これを使用者が作成し、保管している労働関係に関する書類によって明らかにし、労働者と使用者との間の労働条件や割増賃金等に関する紛争の発生を未然に防止し又は生じた紛争を速やかに解決することを図ったものと解するのが相当である。

このような労基法の趣旨に加えて、一般に労働者は、労働時間を正確に把握できない場合には、発生している割増賃金の支払を求めることができず、大きな不利益を被る可能性があるのに対して、使用者がタイムカード等の機械的手段によって労働時間管理をしている場合には、使用者において労働時間に関するデータを蓄積、保存することや、保存しているタイムカード等に基づいて労働時間に関するデータを開示することは容易であり、使用者に特段の負担は生じないことにかんがみると、使用者は、労基法の規制を受ける労働契約の付随義務として、信義則上、労働者にタイムカード等の打刻を適正に行わせる義務を負っているだけでなく、労働者からタイムカード等の開示を求められた場合には、その開示要求が濫用にわたると認められるなど特段の事情のない限り、保存しているタイムカード等を開示すべき義務を負うものと解すべきである。そして、使用者がこの義務に違反して、タイムカード等の機械的手段によって労働時間の管理をしているのに、正当な理由なく労働者にタイムカード等の打刻をさせなかったり、特段の事情なくタイムカード等の開示を拒絶したときは、その行為は、違法性を有し、不法行為を構成するものというべきである。」

道幸 労働時間では、医療法人大生会事件（大阪地判22・7・15 労判1014号35頁）と大庄ほか事件（京都地裁平22・5・25 労判1011号35頁）を取り上げます。時間外労働事件が急増していますが、最近の注目すべき傾向は、労働時間管理義務のあり方が直接、問題になったということです。今回は、タイムカードの取り上げを不法行為とした医療法人大生会事件と、長時間労働体制を放任した会社役員の仕事法429条の責

任が問われた大庄ほか事件を取り上げます。

医療法人大生会事件のほうは、労働時間の算定とタイムカードの取り上げが問題になりまして、タイムカードについては、信義則上、タイムカード等の打刻を適正に行わせる義務を負っているだけではなく、労働者からタイムカード等の開示を求められた場合には、特段の事情がない限り開示すべき義務があるとして、タイムカードの開示を拒否したときは不法行為が成立するという判断をしています。

契約上の付随義務として労働時間管理義務という構成は、今までも間接的には賃金台帳等の提出命令の関連でなされておりますけれど、独自に不法行為とした例はこれが初めてではないかと考えます。

まず、この前提としては、労働時間概念が非常に広がっていることがあります。一連の最高裁の判決もそうですし、最近の判例でも、指揮命令概念を広く認めているところです。労働時間概念が広がりますと、それに見合ったような労働時間管理義務があるということで、労働時間管理義務自体を問題にする例も幾つか出てきています。管理義務を認める視点は3つあります。1つは、適正な賃金支払い。次は、健康保持。3番目はワークライフバランスの3つです。

本件は、労働時間管理義務を具体的にとらえたという点が重要だと思います。今までの判例で、労働時間の立証の仕方について、はっきりしない場合でも、請求額の半分を認めたり、的確な反論が使用者からなされない場合に一定の割合で労働時間を認めるという、労働時間の立証のレベルで使用者に対して厳しい判断がなされたのですけれど、本件は、一歩進めた裁判例と言えると思います。

2番目の大庄ほか事件は、飲食店の従業員が突然死した事件で、安全配慮義務違反の事件です。長時間労働を前提とした勤務体系や給与体系をとっていることで会社法上の責任を認めています。具体的には、長時間労働を前提とした三六協定を締結している点や、賃金体系についても、基本給の中に時間外労働分、80時間分をビルトインしている点から、長時間労働を前提とした就労形態だということを前提に、取締役について、会社法429条の責任を認めました。

争点としては、1番目として過労死が安全配慮義務違反か、2番目として、取締役の会社に対する善管注意義務として安全配慮義務が問われるか、3番目は、善管注意義務違反があるか、4番目は、懈怠について

過失重過失があるか、5番目は損害額の認定が争われています。

本判決は、労働者の生命、健康を損なうことがないよう体制を構築すべき義務として、過労死を招来する労務管理システム自体を問題にしたということで、かなり重要な判決ではないかと思います。

429条の関連判決については、『労働法律旬報』1737号（2011年2月上旬号）に詳しく解説がありますので、そちらに譲ります。問題は、取締役の悪意重過失が認められるかです。本件のように、長時間労働をビルトインしている労務管理体制の場合は、それは認められやすいということがいえます。

そうすると、あまり今まで注目されていませんでしたけれど、法律違反で具体的な損害が労働者に生じた場合、多くの場合は、会社法429条の責任が認められるということになります。これが果たして妥当かという基本問題は残されています。つまり、個々の取締役に対して請求するよりも、むしろ、会社自体に対して請求するというのが本筋ではないかという議論があります。ただ、実務家の研究会で議論したときに、多くの弁護士からは、会社法429条というのは非常に使い勝手がいい、会社の責任を追及するよりも、個々の取締役の責任を追及したほうが、会社としてはきちんと対応する、会社法429条は一定の意味があるのだという議論がなされていました。

和田 医療法人大生会事件で言う、付随義務としての労働時間の適正管理保存開示義務といった義務を、今まで余り裁判例で議論したことがないというのは、そのとおりなのでしょうけれども、ここで言う義務というのは、京都市事件（大阪高判平21・10・1労判993号25頁）などでいう安全配慮義務の一環としての適正な勤務管理義務とはすこし違うのですね。

道幸 京都市で問題となっているのは、どちらかという健康ですね。

和田 あまりオーバーワークさせないということも含む義務ですね。ところが、本件で言っているのは、適正にタイムカードを打刻させて労働者名簿などをきちんと管理するという義務ですから、労働時間を適正に、言い換えればあまり残業させないようにする義務までは含んでいないのですね。

道幸 間接的には、そういう機能を果たすことになるでしょう。労働時間管理をきちんとさせるというのは、その書類を残しておくとか、時間算定をはっきり

させるという点では、そういう機能を果たすのではないのでしょうか。

和田 労働基準法で言ったら107条以下の労働者名簿や賃金台帳の保存のことですか。

道幸 いや、それは労働基準法上の義務です。

和田 これとは関係ないのですか。

道幸 関係ないとは言えません。労働契約法上、独自の義務として議論しているのではないかと思います。労基法上ということにも意味があるのではないかと思うのです。労基法の規制を受ける労働契約の付随義務ということを行っていますから、労基法との関係は問題になっているのでしょうかね。

和田 そうですね。このような労基法の趣旨に加えて、信義則上、適正な義務があると言っているのですから、全く無関係ということではないと思います。

道幸 判決では、「使用者は、労基法の規制を受ける労働契約の付随義務」ということをいっていますから、やはり、労基法は重要視していると思います。

和田 「労基法の規制を受ける労働契約の付随義務」ですか。

道幸 そういう表現を使っていますね。

和田 すこし微妙な表現ですね。労基法も参照しながらの、信義則上の付随義務ということですね。

道幸 ええ。労基法を前提とした労働契約法から出てくると考えています。

和田 今まであまりこういうことは言わなかったのですが、考えてみれば、ある意味、当然のことですね。

道幸 おそらく、長時間労働が多くなって割増賃金の事件が増えて、また、最高裁の一連の判決で労働時間制を認めることになると、次に出てくるのは、労働時間管理義務みたいなものがある、手続的にそれを支えるような仕組みが問題になってくるのではないかと思います。そのような作業をしない限りは、労働者サイドの立証というのは難しいのではないのでしょうか。

和田 労働時間制度について、例えば、裁量労働のみなし時間制が入ってきたり、管理監督者、名ばかり管理職のようなものが入ってくると、労働時間の管理が非常に曖昧になってきます。厚生労働省が平成13年に「労働時間の適正な把握のために使用者の講ずる措置に関する基準について」という基発339号を出していますね。

道幸 タイムカードなどで労働時間を確認・記録するというものですね。

和田 厚生労働省も、労働時間管理をきちんとしなさいとっていて、そういう問題意識がかなりあるのですね。それはそのとおりだと思います。例えば、裁量労働制を導入したからといって、使用者が労基法108条以降の責任について免除されるかといったら、それは免除されるわけではありません。労働時間管理をきちんとしなさい。それと賃金との話は別だということだけで、このことが現場では非常に曖昧にされているのではないかと感じます。その意味では、この判決は非常に重要ですね。

道幸 これからは賃金との関係での労働時間管理義務、もっと言えば、賃金全額支払義務の労働時間版みたいなものがあり、働かせておきながら賃金を払っていないのはおかしいので、使用者は労働者を指揮命令している場合にどういうことをすべきか、もっと言うと、これは労働時間に当たるのかどうかとか、何時間働いたのか、そういうことを契約上、明らかにすべき義務があるのではないかということが問題になるでしょう。労働契約法4条の要請もあります。抽象的に今までも議論されてきましたが、タイムレコーダーの取り上げ自体を不法行為とみなしたのは初めてだから、まったく管理していなければ、管理義務違反と、それ自体が不法行為になるとか、その可能性がありますね。

和田 その可能性はありますね。管理していないこと自身が不法行為を構成し、慰謝料請求が問題になるという形です。

道幸 今までも、労働時間性の立証のレベルで管理義務をきちんと履行していないから、労働者の主張を半分認めるとか、調整的な意見も出てきました。正面から問題になる可能性はあるのではないかと思います。

和田 大庄ほか事件というのは、言われてみたら、非常におもしろい事件ですね。労働時間の問題で、会社法429条が使われた事件というのは、本件以外にあるのでしょうか。

道幸 もう1つあります。昭和観光事件（大阪地判平21・1・15 労判 979号 16頁）です。これは改正前商法の266条の3ですけど、同じですね。こういう判決が出始めているということです。

和田 本件の場合には、1カ月100時間で年間750

時間まで許す特別条項つき三六協定を締結して、それをそのままにしていたということと、月80時間に達しないと特別手当がもらえないという賃金構造、これが善管注意義務違反だというわけですね。だとすると、世の中には、1000時間を超える特別条項つきの三六協定がたくさんあるわけですから、例えば、過労死事件ではこの手法は使えますよね。逆に会社側からしたら、これを使われたら大変ですね。取締役がのほほんとしていられたところは良かったけれど、今後、これを正面から提起されたら、コンプライアンスの二次機能を果たすようになる気がします。

道幸 労働関係でこれを使ったら、不当労働行為でもこういう問題が出てきていますし、実務的には使い勝手がいいと、労働サイドの弁護士は言っています。そうすると、役員になること、会社の取締役になることのリスクが非常に大きくなってきます。

和田 電通事件の最高裁判決（最二小判平12・3・24 民集54巻3号1155頁）を見てみると、上司がきちんと時間管理ができたのに休暇をとらせなかったことが不法行為で、それを民法715条で会社に帰責させています。ところが、この大庄ほか事件は、取締役について不法行為責任を否定しています。労働時間を把握管理する立場ではなく、日頃の長時間労働から判断して、休憩、休日を取らせるなど、具体的な措置をとる義務があったとは認められないと。そうではなくて、むしろ、野放図な労働時間管理をしていたことについての善管注意義務違反を肯定しています。

道幸 709条とか715条は、上司の具体的な発言や行為に着目します。システムのあり方は、善管注意義務の問題になっていますから、悪意重過失の問題は確かに残るけれども、立証はしやすいという感じはありますね。

和田 取締役の義務は、労働者に対する安全配慮義務ではなくて、会社に対する善管注意義務であるという。労働者の生命、健康を損なうことがないような体制を構築すべき義務があるということですね。これは非常に重い義務です。

道幸 これを言うと、ほとんど、個人責任を追及できますよね。

和田 人事担当の取締役は、これをすぐやられてしまいますからね。

道幸 今までは、会社法というのは、株主の利益を追求してきましたが、今回、役員の実責任追及でも使わ

れるのではないかと思います。

和田 弁護士は何故、こういう方法をとったのでしょうか。

道幸 商法の先生に話を聞くと、429条というのは、会社に資産がない場合に個人資産に行けるから、そのために使うのだと言っていました。本件の場合、大庄は結構大きな会社ですから、会社に資産がないということは考えにくいです。むしろ、遺族の立場から言えば、こちらのほうが、気が晴れるという部分があるのかもしれない。

ただ、こういう主張をすると、和解がしやすいとも言っていました。会社に責任を追及するよりも、取締役のあなたに責任追及が行くことになると、危機意識を持ちやすい。

和田 会社の責任自身も追及できるのですか。

道幸 できると思います。どういう形で調整するかという問題はありますけど。

和田 理論構成でおかしいなと思ったのは、会社は安全配慮義務違反により民法709条の不法行為責任を負うということですが、普通、安全配慮義務違反だと債務不履行責任を負うことになり、不法行為法上の注意義務違反、あるいは、ある人の注意義務違反が民法715条で帰責されるという構成をとります。そこはすこし混同しているところがあります。

道幸 確かにありますね。電通事件もそうですね。

和田 はい。電通事件は、不法行為で処理しまし

た。上司に民法709条の不法行為責任があり、会社には民法715条の使用責任があるという論理構成です。安全配慮義務違反で債務不履行責任という構成をとれば、会社の責任が出てくるのですけれども、最近、そういうのが余りないような気がします。

道幸 厳格に区別されていないのではないかと思います。

和田 こういうふうには混同して使っているのでしょうか。少し疑問が残ります。

『労働法律旬報』1737号の論文や判例分析でも取り上げていますが、会社の取締役の責任がどういものかということは、もう少し労働事件の中でも考えたほうがいいと思います。

道幸 そうですね。商法の人もほとんど、やられていませんし。

和田 会社法429条自身の解釈は、法定責任、不法行為、特則など、いろいろ議論していますが、あまり、こういうことに役立つ議論ではないようですね。

道幸 429条自体は、コメンタールなどに膨大な議論がありますが、和田先生がおっしゃるように、労働事件はほとんど想定していないと思います。抽象的に議論しているのが多いような気がします。会社法の研究者からすると、こういうものは、あまり問題の対象になっていないのかもしれない。

和田 そうですね。よくわかりました。ありがとうございました。

ホットイシュー

I. 定年後の再雇用問題——東京大学出版会事件
(東京地判平22・3・30労判1010号57頁)

札幌高判平22・9・30労判
1013号160頁

〈参考裁判例〉

津田電気計器事件・大阪地判平22・9・30労判1019号
49頁

大阪高判平23・3・25労判1026号
49頁

日本ニューホランド事件・札幌地判平22・3・30労判
1007号26頁

事案と判旨

Xは平成21年3月31日に、36年間勤務したY出版社を定年退職した。Yには、A労働組合との交渉に基づいて制定された再雇用契約社員就業規則があり、同3条には再雇用希望者で、健康状態が良好な者、通常勤務ができる意欲と能力がある者について再雇用を行う旨の規定が置かれている。Xは、退職時にこの規定にしたがって再雇用を希望したところ、7日間の出勤停止処分と3カ月間の減給処分を受けていること、勤務場所の変更を伴う人事異動にしたがっていないことか

ら、Yは再雇用を拒否した。そこでXは、同拒否の意思表示は正当な理由を欠き無効であるから、Yとの間で平成21年4月1日付で再雇用契約が締結されているとして、労働契約上の権利を有する地位にあることの確認を請求。

判旨

請求を認容する。

高年「法の趣旨、再雇用就業規則制定の経過及びその運用状況等にかんがみれば、同規則3条所定の要件を満たす定年退職者は、Yとの間で、同規則所定の取扱い及び条件に応じた再雇用契約を締結することができる雇用契約上の権利を有するものと解するのが相当であり、同規則3条所定の要件を満たす定年退職者が再雇用を希望したにもかかわらず、同定年退職者に対して再雇用拒否の意思表示をするのは、解雇権濫用法理の類推適用によって無効になるというべきであるから、当該定年退職者とYとの間においては、同定年退職者の再雇用契約の申込みに基づき、再雇用契約が成立したものとして取り扱われることになるというべきである。」

再雇用の条件である「能力」については、「職務を遂行する上で備えるべき身体的・技術的能力」が中心であるが、「協調性や規律性等の情意(勤務態度)」についても要素として考慮しなければならない。本件においては、懲戒処分事由とされた行為については、それに至った事情が理解できないものではないこと、反省文を提出していること、他に処分歴がないこと等から、協調性に欠けるとまではいえないという。また、過去の実績から「編集者としての職務上の知識や経験は申し分のないことが認められ」とし、再雇用の要件を満たしていると判示する。

和田 私がホットイシューで取り上げたいのは、定年後の再雇用問題です。この問題は、ここ数年、急増しています。高年法（高年齢者等の雇用の安定等に関する法律）の9条をめぐる争われている事件です。今回は、東京大学出版会事件（東京地判平22・3・30 労判1010号57頁）を中心に、津田電気計器事件（大阪地判平22・9・30 労判1019号49頁）と日本ニューホランド事件（札幌地判平22・3・30 労判1007号26頁、札幌高判平22・9・30 労判1013号160頁）を参考判例として挙げさせていただきます。いずれも高年法9条の再雇用制度を就業規則で導入していて、そこで再雇用が認められなかった人が再雇用を求めて争ったという事件です。その点が共通しています。

東京大学出版会事件は、請求を認め、津田電気計器事件も請求を認めましたが、論理構成が違っています。日本ニューホランド事件は、雇用契約上の地位確認は認めなかったのですが、高額な損害賠償請求を認めるという形で処理しています。

東大出版会事件の判決のポイントは、高年法の趣旨から継続雇用制度の対象となる高年齢者にかかる基準を定めた労使協定がない場合には、希望者全員を対象とする制度の導入が求められていると解される、という点です。本件の場合には、原告以外に再雇用を拒否された者がいないということから、就業規則の条件を満たす定年退職者については、再雇用契約を締結することができる雇用契約上の権利を有すると論じて、再雇用拒否を解雇の問題として扱っているのが重要なポイントです。

それに対して津田電気計器事件は、ある一定の条件を決め、それを満たした場合に再雇用をする制度の規定をつくって提示したことが、労働契約の締結の申し込みに当たると判断しました。労働者が再雇用の申し込みをしたら、それに対する承諾に当たるという構成をとり、請求を認めています。

日本ニューホランド事件は、多くの人たちは再雇用されているのですが、原告の人が組合活動をして労使間で非常に対立が激しかったことから、再雇用されませんでした。具体的に賃金額が決まっていないことから、労働契約の成立を否定しました。しかし、これは明らかに不当労働行為的な解雇だということで、不法行為に基づく500万円というかなり高額な損害賠償請求を認めています。

このように見てきますと、幾つか興味ある論点が指摘できます。まず、雇用契約上の成立を肯定する論理が、東京大学出版会事件と津田計器電気事件とは違っていて、どういう構成が妥当なのかどうか、ということが1つ目の論点です。事件ごとに違うと考えていいのでしょうか。

2つ目に、再雇用については賃金額が決まっているということが必要なのかどうかという点です。日本ニューホランド事件の場合には決まっていますが、労働契約の成立に果たして具体的な賃金額の合意が必要なのかどうか、ということが2つ目の論点です。

採用内定の事例などを見ても、一般論としては必要ではないのだけれども、本件のような再雇用の場合には特殊なのか。つまり、どういう職種で、どういう勤務形態で、どういう賃金で働くのか、ということが決まらなると再雇用契約が締結できない、つまり本件が特殊なのだというふうに見えるかどうか。この点が論点になるかと思えます。

道幸 今までの高年法9条の私法上の効力論という

のは、今日取り上げたような事件ではなく、どちらかと言えば、雇用継続措置自体をとらなかった場合に9条の解釈をどうするかということです。本件のように、雇用継続措置としての協定等の解釈で処理できるならば、それが一番妥当だと言えます。そういう意味では、東京大学出版会事件も津田電気計器事件も、そのレベルでは同様な事件なのではないでしょうか。確かに、東京大学出版会事件は、どちらかと言えば、継続しているのだから、解雇事由があるのかという問いですし、津田電気計器事件も、評価の仕方について、今までそこそこの働き方をしていることを不利に算定すること自体が問題だということでは、先ほど言った理論構成の違いはありますけれど、広い意味の事件処理のスタンスとしては継続するという点では似ているのではないかと思います。労使協定や就業規則の解釈を継続就労的な視点で解釈する視点に立つかどうかで争われています。

津田電気計器事件が非常におもしろいのは、就業規則の周知が再雇用の申し出だという構成です。雇用契約が1回切れると考えると、意思の合致をどう考えるかという問題がありますから、その点では1つのアイデアではないかと考えます。ただ、査定の評価のあり方について、裁判所はどの程度、具体的に判断して、司法審査がこういう形で及ぶのかというのは、問題といえます。今までの査定差別の問題は、どちらかというとな不法行為との関係だからです。

日本ニューホランド事件は、労働条件が明らかではないということでしょうけれど、労働条件は、今までの労働条件の延長とか、ほかの人との関係があれば一定の推定ができるはずですよ。そういうアプローチもあったのではないかと思います。ただ、慰謝料500万円というのは、この人の年取以上ではないかと思いますから、結論としては、おそらく、年取ぐらゐは補償しましょうということではないかと思います。

和田 東京大学出版会事件は、能力の解釈の仕方や、この人の能力についてどうかということでは評価が分かれると思います。高裁では、多分、その点が中心になるかもしれません。再雇用について就業規則をこういうふうに一般的に定めたら、特別に何もないとやはり雇用を継続するというように解釈するのが普通なのでしょう。

道幸 何もないというのは、どういう意味ですか。

和田 能力に欠けるということがない、ということ

です。

道幸 規定の解釈としては、それをクリアしたら、個別の合意がなくても、地位は認めるということになるのではないかと思います。普通の更新拒否のケースでしたら、更新拒否が無効になると地位が認められるから、そのときに新規の合意をしているわけでも何でもないで、それと同じように考えれば、基本的に継続就労するというルールだとはならないでしょうか。

和田 そうすると、裁判所がつくる法定契約締結みたいなものになるのですか。津田電気計器事件は、違う構成をしています。

道幸 あえて言えば、津田電気計器事件的な理屈になってくるのではないのでしょうか。そのほうが、一応、理屈があると思います。

和田 労働契約の成立という論理をとるのが津田電気計器事件です。東京大学出版会事件はそうではなくて、何もなければ継続するのは当然だとしています。

道幸 むしろ、解雇理由があるかと。

和田 ただ、津田電気計器事件では、一般的な就業規則の提示と募集の場合とは、全く逆の構成をとりますね。普通の就職のときには、公募・募集したら契約申し込みの誘引で、労働者が応募をしたことが契約の申し込みで、使用者がそれに対して承諾したことが契約締結の承諾と構成するのですけれども、本件の場合、1つずらしていますよね。

道幸 原則、再雇用義務があるという前提ですから、要件を満たしたならば再雇用するということになります。早期退職金の支給の場合も、会社のほうが早期退職の募集をして労働者が応募するという形ではなくて、早期退職について誘引というか、募集で誘引して、応募して、それに対してこたえと3段階になります。この場合でも、最終的には会社が決めるとか、何かそういう規定を置いていると、3段階になる可能性もあると思いますが、はたしてそれができるかという問題があります。

和田 「次の条件を満たしたものについて再雇用する」と書いてあるか、それとも「次の条件を満たしたものについて会社が判断して決める」と書いてあるかということですか。

道幸 ええ。「条件を満たしたものについて会社が判断して決める」ということになれば、最終的な判断はしていないのだから地位は難しいという議論はあり得ると思います。津田電気計器事件の場合は、そうは

書いていません。

和田 津田電気計器事件は、「希望者について勤務実態や業務能力を査定・選定して再雇用者を決めること、選定基準による評価点が決めれば、労働時間や賃金額が決まる仕組みになっている」。規定上、能力を査定・選定して再雇用者を決めるということになっていますね。

道幸 もしもそれになると、募集の誘引的な構成も不可能ではないともいえます。でも、基本的には裁量の余地はないということで、要件を満たした場合は必ず採用すると構成は、高年法9条の継続雇用の協定とか合意の解釈として、そう考えるのでしょうか。

和田 そのあたりは、重要な点ですね。

道幸 そう思います。

和田 継続雇用対象者にかかる具体的な選定基準および再雇用した場合の一般的な労働条件を定め、就業規則を周知したとき、「こういう条件の人を再雇用する。その場合は、こういう評価を得たら、こういう労働条件になります」というふうになっていた場合とではどう違いますか。

道幸 ある程度、労働条件も明示しているので、申し込みの誘引ではなくて申し込みだ、ととらえることもできると思います。

和田 基準を満たした人については、当然、採用する義務があるということですか。

道幸 ええ。ですから、そういうふう解釈できるかというのは、問題になり得ると思います。

和田 そうということですね。規定がそういうふうになっているかどうかということですね。

道幸 ええ。そうです。

和田 高年法9条との関係で、こういう基準を満たしたものについてあらためて使用者は判断して決定するという書き方をしようと思えばできます。

道幸 ええ。ですから、最終的な判断は会社にあると。非常に形式的な議論をすると、地位は難しいけれど、不法行為になるということはあるかもしれません。

和田 後でも議論しますが、高年齢者の採用基準の4条で、「会社は高年齢者の在職中の勤務実態及び業務能力を査定し、採用の可否及び採用した高年齢者の労働条件を決定する」と書いてあります。採用基準、査定基準が書いてあります。判決は、2段階的に、裁量的に判断するとは解釈していないです。

道幸 それは、高年法9条をどうとらえるかという問題だと思います。つまり、言葉の形式的な文言だけじゃなくて、9条の趣旨から考えれば、1項にあるように、原則、再雇用で継続就労だという前提があるからそういうふう解釈したのではないかと思います。

和田 もう1回、9条の趣旨に戻るといえることですか。

道幸 私はそう思ったのですが。

和田 もう1つ重要なのは、今まで再雇用を拒否した人がいないという点ですね。津田電気計器事件も確かそうだったと思いますが、そういう運用をされているということも、1つの解釈基準になりますよね。

道幸 そうじゃないですか。個別に基準のあてはめの解釈の問題となります。会社の立場に立つと、基準をクリアしていないからということなるのでしょうか。

和田 もっと評価が低くなります。

道幸 制度を適正に運営した結果、あなたは再雇用しないという主張ですから、それに対して、それをクリアしているということと言えたとしても、意思理論的なレベルで、地位までを認めていいの。高年齢者雇用安定法の事件でないのだったら結構、問題になるのではないかと感じがするのですけど。

和田 日本ニューホランド事件では、原告以外は採用されています。この人だけ採用されなかったのは、唯一、賃金額が決まっていない、雇用条件が決まっていないからというのですが、最終的には不法行為の額でそこをかなり調整しているという評価できるので、もし仮に雇用契約上の地位を認めたらどうなるのでしょうか。認めることは不可能なのでしょうか。どういう雇用形態になるか、はっきりしないからだめということになるのでしょうか。

道幸 裁量の幅があっても同じような職種とか、ちょっと特殊な職種かもしれないけど、通常は既存の給料の半額で採用しているということになれば、最低限、その範囲でいいのではないかと思います。

和田 そうですね。そこがはっきりしませんね。同僚で、たまたま60%くらいで採用されている人がいたとしても、それは慣行になっていないという判断をしています。

道幸 慣行にないという言い方は、ケースがあまりないからということですね。その場合に、労働条件を決めなかったリスクを労働者に負わせるというのをどう考えるのか。それは、不法行為で行けばいいのだと

いうことかもしれませんが。

和田 再雇用の条件は十分満たしている。けれども、例えば、賃金の60%を求めていたにもかかわらず会社は40%しか出さなくて、そこで合意ができなかったというのだったら、それは再雇用拒否理由になるのでしょうか。ほかの人たちは、皆が60%だということになれば、それは60%で再雇用の合意ができていると考えられないでしょうか。

道幸 本人の合意が絡んでくると、ドコモ・サービス事件のような形で、その部分については合意がないから採用しないという新しい類型になるのかもしれませんが。再雇用の基準はクリアしているものの、会社は、仕事も減らして給料を半分だとした場合、自分は半分では嫌だという人が出てくると、これは合意がないからということになるのでしょうか。

和田 そういうことになるのではないのでしょうか。

道幸 その場合、合意がないということになるか、合意したけれども賃金が決まっていないということになるのでしょうか。

和田 津田電気計器事件の場合には、C評価ならこうなる、B評価ならこうなると決まっているからいいのですけど。

道幸 普通は決めるのではないかと思います。少なくとも、何割とか決めるべきでしょう。バリエーションがあって、4割から6割とかね。そうなると、4割の範囲は確定的だといえるのではないかと思います。だから、全く決まっていないということは、言えないのではないかと。何かの形で推定はできるのではないかと思います。

和田 その可能性があったということですよ、日本ニューホランド事件は。

道幸 ただ、もう1つは、雇用継続というのは、1年とか2年の問題だから、地位を保全するニーズがどの程度あるのかという問題があるので、損害賠償でもいいのではないかと思います。普通の解雇の事件とは違うわけですから。高年法の継続就労の場合は、地位を認めるというのは確かに大きな意味があるのだけれど、裁判に2年も3年もかかり、その間に新規に定年の対象になれば、不法行為的なアプローチも、1つの方法ではないかという感じはします。

和田 わかりました。どうもありがとうございます。

Ⅱ. 就業規則——協変事件（大阪高判22・3・18 労判1015号83頁）

事案と判旨

本件は、被告に雇用され退職した原告が、平成6年8月に定めた就業規則の退職金の規定に基づき退職金の支払を求めた事案である。これに対し被告は、全従業員の同意を得て、仮にそうでないとしても就業規則の不利益変更の要件を充足した上で、平成7年、平成10年、平成15年、平成19年と数次にわたって就業規則を改定し、原告が退職するまでに就業規則の退職金の規定が廃止されたから、退職金支払義務を負わないと主張した。

原告の自己都合退職の場合の退職金額は、[1]平成7年の補則事項によって、平成6年の会社規程で算定した場合の3分の2に減額され、[2]平成10年の就業規則によって、算定基礎月額が退職前12カ月間の平均額から退職前月の金額に変更されるとともに、退職金額は、算定基礎月額が同じである場合、平成6年の会社規程と比較して半額に減額され、[3]平成15年の就業規則によって、退職金が不支給とされていた。

判旨

原審（大阪地判21・3・19 労判989号80頁）は個別合意があっても労働契約法10条の適用があり「就業規則に定められた労働条件の基準より不利益な労働条件については、労働協約を締結するか又は就業規則を変更しない限り、個々の労働者がその労働条件を内容とする労働契約を締結した場合においても、その不利益部分において無効であり、就業規則に定める基準によるものと解するのが相当である。

そうすると、使用者が労働者に不利益な労働条件を定める就業規則に変更するに当たり、個々の労働者が同変更に同意した場合においても、そのことから直ちに労働条件の内容が同変更後の就業規則の内容に変更されると認めることはできない。」

控訴審

労働契約法9条につき、「同条からは、その反対解釈として、労働者が個別にでも労働条件の変更について定めた就業規則に同意することによって、労働条件変更が可能となることが導かれる。そして同法9条と10条を合わせると、就業規則の不利益変更は、それに同意した労働者には同法9条によって拘束力が及び、反対した労働者には同法10条によって拘束力が及ぶものとするを同法は想定し、そして上記の趣旨からして、同法9条の合意があった場合、合理性や周知性は就業規則の変更の要件とはならないと解される。もっともこのような合意の認定は慎重であるべきであって、単に、労働者が就業規則の変更を提示されて異議を述べなかったといったことだけで認定すべきものではないと解するのが相当である。就業規則の不利益変更について労働者の同意がある場合に合理性が要件として求められるのは前記のとおりであるが、合理性を欠く就業規則については、労働者の同意を

軽々に認定することはできない。」

7年変更につき個別合意あり。

10年変更につき個別合意なし。

「当時Hほか第1審被告側の者が従業員にした説明には、従業員が受ける不利益を十分説明したものであったかについて疑義がある。すなわち、平成10年の就業規則の退職金の規定は、平成6年の会社規程を基準とすると、退職金の支給額を、総合職で50%、一般職では30%まで減額するものである(直近の平成7年の補則事項と比較すると、総合職は同基準による退職金額の約75%まで、一般職は同じく45%まで減額される)。一般職の減額幅はきわめて大きいといえる。次に、この改定では退職金に関する54条中に「ただし、上記金額は会社業績により減額又は支給されないこともある。」との規定が置かれている(同条(4)(イ)。現に本訴において第1審被告は、同規定に基づく予備的抗弁を主張している。)。このただし書は、退職金が支給されないことがあり得ることまで定めたものであるから、減額とはレベルの異なる問題であり、しかもここにいう「会社業績により」というのはどのような場合を指すのかが明らかでなく、第1審被告によって恣意的運用がされるおそれがある。このような諸点からすると、第1審被告としては、従業員に最悪退職金を支給しないことを定める就業規則であることやその内容を具体的かつ明確に説明しなければならないというべきである。しかし、第1審被告側供述によっても、この点が従業員に対し具体的かつ明確に説明されたことを認めることはできない。」

15年変更についても合意なし。

「各従業員が雇用者の示した方針に不満や反対の意思を持っていても、個別にそのような意思を表明することは期待できないのが通常である。したがって、曲がりなりにも存続していた退職金制度を完全に廃止するという従業員に重大な不利益を強いる改定について、単に異議がでなかったということで同意があったものと推認することはできない。従業員においてそのような不利益な変更を受け入れざるを得ない客観的かつ合理的な事情があり、従業員から異議が出ないことが従業員において不利益な変更に関し同意していることを示しているとみることができるといえる限り、従業員の同意があったとはいえないというべきである。」

道幸 就業規則については、労働契約法により判例法理を立法化したとも言われていますが、その結果、いろいろな問題が出てきました。むしろ、再検討を余儀なくされています。

最初にとりあげるのは協愛事件(大阪高判平22・3・18判例1015号83頁)で、個別合意によって就業規則の変更に関意した場合に、後から就業規則の不利益変更の合理性を争えるかという問題です。これは、労働契約法の9条と10条の解釈が問題になったケースです。一審のほうは、個別合意があっても10条の

適用があるという判断をして、不利益変更に関意があるかを問題にし、本件の場合には合理性がないという判断をしました。問題は控訴審です。個別合意があれば10条の適用はないとあって、しかし、個別合意についての認定は慎重にというのが控訴審の判断です。

その点では、一審と二審の判断は違います。ただ、7年とか10年とか、15年変更とか3回も問題になり、7年変更については個別合意ありと、10年変更については個別合意がないと判断しました。その理由として、真意の合意がないからということです。適切な説明がない限りは真意の合意もないというのが10年及び15年変更についての判断です。

9条の合意の存在と10条の適用との関係については論争があり、本件はその点が正面から争われた、理論的にも実務的にも重要な判例です。個別合意があれば10条の適用はないのだという有力説に対して批判がみられます。ただ、9条の合意というのは真意でなければだめだというのは、異論がないのですけれど、何が真意かについては、必ずしも詰めた議論はなされていません。本件は、不利益変更の程度に応じた説明を十分したか、を問題にしています。その点では、就業規則の不利益変更の合理性判断をする際の説明と9条の説明とが、ちょうどリンクするような議論をしているのかという感じもしています。

ここでは、どちらがいいかという原則論ではなく、9条の個別合意を考える場合、真意性を問題にして、真意性の具体的な中身を検討する必要があると考えました。そこで、3つの観点から個別合意というものを検討する必要があるのではないかと思います。1つは、内容についての説明・理解があったか。つまり、9条の個別合意というのは、具体的には、就業規則による不利益変更があること、変更後の条文自体の開示、不利益変更の必要性、内容を制度的及び本人との関係で説明したかということが問題になります。こういうアプローチをとると、9条の問題というのは、結局、10条の問題と連動してくるのではないかと思います。

2つめはその時期です。個別合意の時期がいつか、意見聴取の前か後かということも問題になるだろうと思います。

3つめの真意による合意かということでは、文章化の必要性、また、9条の効果、つまり、ここで合意したら10条の不利益変更の合理性は争えないと説明を

したかどうか、そういうことまでやはり必要ではないかと考えます。

それから、これはプラス α の議論ですが、9条の合意というのは、合意しなかったら10条で一方的に不利益変更するという、プレッシャーをかけた形の合意であり、果たしてフェアな合意なのかという原則的な議論もあるのではないかと考えます。

本件との関係では、7年変更についての合意の認定も緩やかすぎます。「慎重かつ明示的」と言えるのか。特に、同一書面に印鑑を押させて個別合意だというのは、合意の強制になるので、真意性に問題があるのではないか。つまり、9条について個別合意でできるという場合も、その要件はかなり厳しく考えるべきだと思います。

それから、2番目の割合的認容については、大阪京阪タクシー事件（大阪地判平22・2・3労判1014号47頁）を挙げられます。一定の割合以上の不利益な労働条件の変更については合理性がないという判断をしました。裁判例のアプローチとしては興味深い判断で、今まであまりなかったのではないかと思います。こういう調整的な判断というのは、退職金については小田急電鉄事件（東京高判平15・12・11労判867号5頁）などがありますが、就業規則の不利益変更事案ではあまりないのではないかと思います。

こういうアプローチは、抽象的にはいいのではと思いますけれど、本件のように、2割減額に対する判断で、労基法91条違反とかを引用するのは全く状況が違うので、これは理論的におかしい。

もう1つは、こういう割合的な解決の仕方というのは、法的な判断と言えるかどうかです。むしろ、経営コンサルタント的な役割ではないかということです。ただ、紛争解決の仕方としては示唆的な事件ではないかとも感じました。

3番目は周知のあり方です。メッセ事件（東京地判平22・11・10労判1019号13頁）という経歴詐称事件で、2つの論点が提起されました。経歴詐称を理由とする懲戒解雇の効力と、もう1つは、就業規則の周知がなされていたかという問題です。ここでは、就業規則の問題だけをとりあげます。これは、経理室の机の上に回転棚を置いて、「就業規則」と記載したラベルを添付したボックスファイルを載せていました。これは、7条の周知していた就業規則と言えるかということで、裁判所は、「本件就業規則を常時、各作業所の

見やすい場所に備えつけており、実質的に見て、事業所の労働者に対して当該就業規則の内容を何時でも知り得る状態に置いた」として、周知していたという判断をしています。

周知の問題については、今までは主に労基法上の周知概念（労基法106条）の問題であり、最低基準効（労基法93条）との関係で問題になっていた。さらに、周知の問題は刑事罰の対象でもありますから、これは、独自の周知概念ではないかと思えます。

もう1つ、周知の問題では、フジ興産事件（最二小判平15・10・10労判861号5頁）で、契約内容規律効、つまり懲戒処分との関係で周知が必要だという判断が示されました。NTT西日本事件（大阪高判平16・5・19労判877号41頁、上告審・最一小決平17・10・20労判901号90頁）でも、不利益変更との関係において新制度移行時の賃金額と算定根拠について説明がないということは周知がないのだとはっきり言っています。その間に労働契約法ができて、7条と10条で周知というのが、不利益変更効と契約内容規律効との関係で、新しい周知のあり方が問題になったのですけれども、判例はほとんど変わっていません。

周知のあり方については、学校法人実務学園ほか事件（千葉地判平20・5・21労判967号19頁）やキャンシステム事件（東京地判平21・10・28労判997号55頁）は、いずれも保管されていればいいのだとしています。本件もそうです。労基法との関係で実質的な周知と言っているのですけれど、しかし、契約レベルでは、不利益変更や契約内容の規律効との関係では、ただ置いておくだけでは不十分で、就業規則等の配布等による「了知」が必要ではないだろうかと思えます。

机上の就業規則を見るというのは、かなり難しいのではないかと思います。作業所の見やすい場所と言えるかどうかは、就労実態、企業の実態によってかなり違うのではないかと。それから、労働条件明示義務（労働基準法15条）とか契約内容理解の促進、書面確認の要請（労働契約法4条）からも個別に知らせることが必要ではないかということです。それから、使用者としては、配布は非常に簡単だといえます。

私は、労働契約法で非常に強い効力が就業規則に認められて、かつ、「周知」という言葉を使っているのですけれど、この場合の「周知」は、日本語としては労基法と同じ文言ですが目的に応じて解釈すべきではないかと考えます。ただ、置いておけば「周知」で契約

内容となるというのは、契約論的には杜撰ではないかと思えます。

和田 就業規則論の、ほぼすべての論点が最初に説明されたものですから、順を追って検討していきたいと思えます。まず、協愛事件ですけれど、合意しても就業規則の基準より不利益な条件を定めた労働契約は、労契法12条から無効ですし、就業規則を変更せずになした個別合意も無効になります。それでは就業規則を不利益に変更したときに、それに合意しても無効になりますか。黙っている人はどうなるのでしょうか。

道幸 争わない人などでしょうか。

和田 就業規則より低い合意をしたら、これは無効だというのは当然ですね、労契法12条がありますから。就業規則を不利益変更して、Aさんは合意しているが、Bさんは争っている。このときに、Aさんは何にも争わなかったら、その合意は無効になるのでしょうか。

道幸 Aさんは合意しているわけですよね。

和田 合意しています。不利益変更だけれども、合意している。他方で、Bさんは争っている。

道幸 合意していない人は争いますね、10条の問題があるから。

和田 後で、あのときの合意は実は本意ではなかったと言って争えば、違う問題になるのですけど。真意で合意をしまえば、その人について後から、その合意は無効だということはないですね。

道幸 問題は、合意の中身で、合意した人が意味をわかっているかどうかです。例えば、就業規則で賃金を1割減らすという場合、1割減らす合意だけでもだめでしょう。就業規則の不利益変更自体の合意もなければいけません。

和田 協愛事件の一審判決は論理的におかしいと思えます。就業規則の基準より不利益な条件を定めた契約は無効ですが、本件ではこれは労契法の制定の前、旧労基法93条の問題です。就業規則を変更せずに成した個別合意は、したがって無効になる。ここまではいいのですが、さらに続けて、労働者に不利益な就業規則の変更について労働者が合意しても無効と言うのですけれども、それはおかしい。Aさんが合意をして争わなければ、それは有効になるわけでしょう。Bさんについて争って不利益変更合理性がないとなれば、その効果は相対効ですから、就業規則は2つ存在

することになるわけです。Aさんについて無効にするという論理はないのではないのでしょうか。争わなかったのですから。不利益変更合意をしているわけですから。労働契約法9条からそういうふうの説明してもいいのですが、別にそういう論理を使わなくても説明できます。

道幸 変更した後で合意したらわかるけど。

和田 変更した後で合意している。合意している、要するに争わないという態度を示していれば、それは有効ですね。それを公権的に後で無効だという理屈はないですから。

道幸 「争わない」と言っても争った場合。

和田 争ったら、また別の問題です。

道幸 それはただ、普通の場合もそうじゃないですか。裁判が起こらないだけで。

和田 でも、一審判決はそれもだめだと言っています。合意したのも。

道幸 合意したけれど、それは、就業規則の不利益変更についての合意ですよね。

和田 そうです。

道幸 個別合意では、不利益変更の合意はできないということなのでしょう。

和田 一審判決には論理性がなく、その点でおかしいと思っています。

道幸 なるほど。

和田 就業規則が不利益変更されて黙っている人については、新しい就業規則が適用されるだけの話です。

道幸 黙っていればね。

和田 しかし、「嫌だ」と言って争う、あるいは、一度は「イエス」と言ったけれども、実はあれは真意ではなかったとして争う人については、労契法9条の合意の問題か、それとも同法10条の問題かの、どちらかになります。高裁判決は、合意のところで賃金債権の放棄の話に持っていき、賃金債権の放棄とか一方的相殺、合意相殺の理屈を使っていますが、そこはまさに道幸さんがおっしゃったようにおかしい。就業規則の変更の問題なので、個別に合意した条件について変更したらどうなるかという問題については、合意の真意性の問題だけでいいのだけれども、就業規則の不利益変更の問題については、変更された就業規則が合理的かどうか問題となります。就業規則の不利益変更の手續問題もありますから、そういうことを考えな

かったら、単純に個々の合意の問題だけで判断できないのではないか。それはまさにそのとおりです。

道幸 でも、9条は、そういう判断をしなくてもいいような意味を持つと解釈する立場もあります。

和田 高裁は、どうもそういうふうに解釈しているようですが、それは、果たして就業規則論としていいのかどうかということになります。

道幸 でも、荒木説とか、そうじゃないの。

和田 そうですけど、僕はそれに反対です。

道幸 理屈をどう言うかですね。

和田 それは、やはり就業規則だからですよ。個別に合意した労働条件について個別に変更するという場合と、1つの規範として成立している就業規則についての合意というのは、やはり違うと思います。それは労働契約法における就業規則論がどういうイメージかと関係していると思います。後に出てくる周知の話とも関係ありますが、私は、労働契約法の実態は、契約説では説明ができず、法規範説だと論理的に説明できると思っています。そうしないと、例えば、7条などは説明が付きません。

道幸 確かにね。

和田 労働契約の締結時に就業規則をきちんと見せて説明し、合意を得るということをやれば、本当の意味での契約説になりますが現行の制度は、事実たる慣習説だとか約款説だとか、そんなまやかしの契約説では説明がつかない。本来の契約説だったら、事業場に周知しているだけというのではだめで、その労働者に対して周知させる。その場合にも丁寧に説明して相手の理解を得るように努める、ということではいけないはず。だから、労働契約法は就業規則に規範性を認めて、それに規制を加えているというふう考えたほうがいいのではないかと思います。そうすると、個別の合意という点を重視して解決するのではなく、就業規則については独自の手続とか、変更の判断とかが入るものですから、労基法9条の合意についても、そういう判断が入ってくるべきだと思います。そうしなければ、9条の合意は、やはり安易に使われすぎるようになってしまう。

道幸 それをどこかに書いていますか。

和田 書いてはいませんが、現行法をじっくり見たら、労働契約法の実態論は契約説では説明がつかない、むしろ労組法16条と同じように法規範説で説明した方がよい。そうした解釈で一貫させるべき

ではないか、というのが私の意見です。法規範説として、つまり労働契約法が就業規則に法規範性を与えたというふうに考えないと、説明がつかないのではないかと思います。これは立法論ではなく、現行法の解釈の問題です。

道幸 不利益変更は間違いなくそうですね。あれは特殊な効果ですから。

和田 それから労基法7条も、法規範説のほうが説明が付きやすいと思っています。

道幸 なるほどね。

和田 周知といいましても、道幸先生がご指摘されたように、「了知」ですよ。労基法15条では労働条件の明示義務が定められていますが、就業規則を提示してきちんと説明をし、細かいところまで説明しろとは言わないけれど、重要な条件について説明をし、うちの会社にはこういう就業規則がありますということが、ある程度わかった上で合意をするというのが普通です。わざわざ労基法15条がそのような規定を置いているわけですから、就業規則論とうまく関連づけて考えないとおかしくなります。そうだとすると、労基法7条については、やはり法規範性を承認したものだと思えるしかない。そうすると、労基法9条の問題についても、合意ということを探究するときには、個別に合意した条件についての変更の合意を判断する場合とは違う。就業規則という規範性を持っているものについての合意なのだと考えるしかない。

道幸 就業規則を不利益に変更した後の個別合意はどうですか。

和田 それは、争わなければ仕様がなしでしょうね。

道幸 いや、就業規則を不利益変更して、合理性があるかどうかわからない状況で個々の労働者が、それでいいですよとした場合です。

和田 それでも、最後まで争わなければ仕様がなしなんですけれども、争ったら違ってきます。

道幸 一応、そこで「イエス」と言ったものの、後から争った場合です。

和田 その場合には、最初から「嫌だ」と言ったのと同じ扱いになるのです。

道幸 10条の問題になると。

和田 10条の問題になります。

道幸 個別合意はほとんど意味がないのですか。

和田 ええ、だからきちんと説明をしていたかと

か、就業規則の不利益変更の手続をとっているかとか、その点の判断をせざるを得ない。

道幸 そうすると、新規に採用された人だけが新しい就業規則の問題で、それは適用されることになりませんか。

和田 そうなりますね。

道幸 新規の人は不利益変更というのではないから、今までいた人との関係では、就業規則の最低基準法的な効力は常にあるということになるのでしょうかね。

和田 そういうことです。変更するのなら、個別合意にしろ何にしろ、とにかく労契法10条で定められている手続をきちんととって、その上で合意を形成しないとだめだということになります。「私は、もうそんなものはいいです。とにかく雇ってもらえればいいです」という人は、そういうことは言わないと思いますが、でも、後で、あのときはこう言ったけれども、ほんとは嫌々ながら言ったのだといって争ったら、そのときは仕様がな。あらためてその点について判断することになります。

道幸 真意でやったらどうですか。

和田 ただ単に真意性だけで判断するのは適切ではない。就業規則という制度についての真意性を確保するための条件が必要になってきます。

道幸 合意の意味とか、不利益変更の中身とか、結局、就業規則の不利益変更の合理性を判断するような説明が個別合意のレベルでも必要だと思います。

和田 そういうことです。

道幸 そうすると、抽象的な個別合意だけではやはり、不十分ではないですか。

和田 そうです。

道幸 でも、そういう議論は今のところあまりないですよ。

和田 多分ね。協愛事件の高裁判決がやっているのは、個別に決められたものを個別の合意で変更できるかどうかという話の真意性です。

道幸 就業規則との関係ではなくてね。

和田 就業規則と関係なく。それを就業規則の議論に持ってくるのがおかしい。

道幸 なるほどね。抽象的な真意性というレベルではともかく、実質的な意味から考えれば、やはりかなり就業規則論独自の真意性が必要だといえますか。

和田 それも、労働基準法等によりつくりだしている就業規則法制ではないかと思。よくよく考え

てみると、先ほど言いましたように、純粋な契約説ではないと思います。法律によりさまざまな手続、規制を加えた上で合理性が担保される、そういう制度としての就業規則と理解すべきではないか、それが私の意見です。

道幸 そうなると、ディアロークでやるよりは、論文を書いたほうがいいかもしれないね。(笑)

和田 今回の事件とは関係ありませんが、労働契約法11条では、就業規則の変更の手続に関してだけ、労基法と同様の手続を要求していますね。菅野説や荒木説は、新しく制定されたときや、採用されたときにはこの手続は要らないと言っています。しかし、私はそれはおかしいと思います。労働基準法と労働契約法の就業規則法制は一体的に理解すべきだと考えています。ですから、きちんと手続を踏んで改定されたり、あるいは制定されたものが法規範性を認められるにふさわしい就業規則だということです。そういうふうを考えるから、労契法11条では、注意的に書いてあるにすぎないというのが私の理解です。

道幸 どの程度のことを考えてやっているかも、わかりません。契約法自体が、すごく変わりましたから。12条は周知は要らないですね。

和田 労契法12条の最低基準効については、周知は要らないです。重要なのは使用者の就業規則作成の意思であって、それで作成して保管しておいたものがたまたま従業員の目に触れても、最低基準効が認められることがあります。

道幸 就業規則化という問題だけでしょう。

和田 ええ、そうです。就業規則化、つまり使用者に制定する意思があったかどうかという話だけです。それは、周知性じゃなくて、禁反言の問題、あるいは信義則違反の問題で処理できると私は考えています。自分で制定する意思を持ってつくっておきながら、たまたま周知しなかったという手続違反を、使用者として抗弁として主張はできない。

道幸 労働条件を有利に取り扱う場合はそういう問題が出てきます。

和田 就業規則に関する規定の文言だけ見ると、労働基準法と労働契約法では矛盾するところがあります。そのために労基法上の就業規則と労契法上の就業規則との関係という厄介な議論が出てくるので、やはり、制度としては統一的に理解すべきだと考えています。あまり議論されていないのですが、珍説なのでしょう

か。

道幸 いや、それは結構重要だと思います。なまの合意のようなものが突然、就業規則論の中に入ってくるので、合意の質を全然議論しないのはおかしいし、9条の個別合意を、規範的な観点から考えるという議論をする必要があります。

和田 その点を協愛事件を見ていて感じました。話題は違うのですが、大阪京阪タクシー事件では、調整的相殺で20%という数値が出されていますが、裁判官が好みそうな判断ですね。

道幸 8割と。大体8割から6割ですよ。

和田 調整的に考えると、このぐらいが妥当なのかという気もします。

道幸 具体的な中身よりもアプローチの仕方です。こういうものは、労働審判ならばできるけれども。また、2割の根拠は変だけれど、2割というアプローチ自体は、あり得るのかなとも思います。

和田 それはそう思います。労基法91条（制裁規定の制限）については、何か取ってつけたような形です。

道幸 それは、言わないほうがいいですね。

和田 逆に信憑性がなくなってしまいます。ほかのさまざまな条件を見たときには、20%を超えたら、必要性や他企業との賃金の比較等々を考慮して、合理性がなくなる、というぐらいでとどめておいたほうがいい。

道幸 ただ、不利益変更の合理性というのは、制度的なレベルと属人的なレベルがあるわけです。つまり、あなたとの関係では2割でいいとか、属人的なレベルでどうかというのは、これは全然議論していません。

和田 そこは難しいですね。

道幸 労働審判的な世界になれば、こういうのもいいのではないのでしょうか。

和田 これを見たときに、就業規則の不利益変更は権利紛争なのか利益紛争なのかという議論を思い出しました。諏訪康雄先生や毛塚勝利先生たちが議論していました。本件は、もともと利益調整的な紛争の性格はあるのでしょうか。

道幸 例えば、解雇についても有効か無効か、の問題になりますから、権利紛争的ですけども、諸般の事情で判断するわけです。ですから、就業規則の不利益変更、合理性ということは、合理性の有無というこ

とになれば、形式的には権利紛争です。そうすると、解雇も利益紛争の可能性が出てくるのではないかと考えていました。

和田 そこまで言うてしまうと、権利紛争とは何なのかということが問題になります。雇用の終了というのは、やはり権利紛争でしょう。

道幸 権利紛争の典型的なものといえます。でも、諸般の事情の調整みたいなものがありますよね、明確な基準がはっきりしていないのですから。就業規則についても、権利紛争か利益紛争かといったら、こういう判断の仕方が調整的にできるかということで考えれば、まさに、これは利益紛争的です。今までは、実態は利益紛争的なんだけど、形式的には権利紛争的な外形をとって出てくると思っていたのです。本件のように、実態も形式も、利益紛争的な処理が可能だということで、そっちのほうがいいのかなどという感じがします。

和田 労働審判ができたものですから、そこではある程度、利益調整的な紛争解決に傾斜すると思います。裁判までそうなってしまうと、労働審判と裁判はどこが違うかという議論をしなければいけません。とりわけ解雇の場合は、裁判でも和解金を払って紛争処理をすることがあまり進みますと、労働紛争における裁判のあり方についてもきちんと議論しなければいけません。ただ、就業規則の不利益変更問題については、諸利益を総合的に考慮した上で有効性を判断することが多くならざるを得ないでしょう。

道幸 和田先生は、こういう判断はだめだと思っているのでしょうか。

和田 いえいえ。あり得ると思っています。理屈もあながちまずくはないと思います。ただ、20%という具体的な数字を出さないほうが良いのではないのでしょうか。そこまで出す必要はありませんし、出すとかえってそのことだけでもめてしまいますから。

道幸 そうですね。

和田 本件の場合、著しい不利益にとめておいたほうが無難かなという感じがします。丸子警報器事件（長野地上田支判平8・3・15 労判690号32頁）で提示された80%は、いろいろ批判もありましたが、結局あれが非常に大きな意味を持っていきます。

道幸 基本的には平等に取り扱えということで、2割は大目に見ますよという感じですね。

和田 私は、先ほども申し上げたように、労働契約法7条における周知はすこし違うと考えています。本来的には、労働基準法15条のような周知のほうが望ましいとは思いますが、7条がそういう周知方法をとっていない。

道幸 それは、法規範的な効力との関係で周知を考えるからですか。

和田 そうです。そうすると、結局、労基法106条の周知と同じになる。

道幸 106条は確かに法規範性との関係の周知ですね。ただ、契約法的にどうやって説明するのでしょうか。書類棚に置いてあるから周知しているということになるのでしょうか。

和田 周知できる状態に置いておくということです。理想的なのは、「こういう就業規則もありますよ」「少なくとも、こういう就業規則があり、ここに行ったら見られますよ」ということぐらいは言うべきだと思いますが、労基法106条の解釈としてはそこまでは求められていない。

道幸 もしくは、なぜ文章で渡さないのかと不思議です。分厚いものならともかく。

和田 基本的に就業規則は100条ぐらいですから、渡せないことはありません。

道幸 対応するのは非常に簡単で、契約論のイロハから行けば、きちんと示す必要があるのではないかと思います。

和田 私もそういうかたちが理想だとは思いますが、就業規則論における「周知」とは違うと読み取れない。労働契約法7条で、当該事業場に置いて周知させていたというだけでなく、当該労働者に対して周知して、十分に説明しなければいけない、というようにきちんと書いておいてくれれば、これは契約説的に考えたのではないかと思います。そうではないものから。

道幸 でも、契約説的な説明はできなくなるのではないかと思います。

和田 ええ、契約説ではありません(笑)。今までの就業規則論では、契約説のような考え方がありましたが、私は、労働契約法と労働基準法によって法規範性が認められたものだと考えるのが、一番素直ではないかと思っています。言い過ぎなのかも知れませんが周知性というのは、あまり大きな問題ではなくなっている。「こういう就業規則がありますよ」と言えば、ある

程度、周知できる。それよりもやはり、就業規則が合理的な内容かどうかをきちんと解釈することのほうが大切です。法規範性説のほうが、そういう解釈をしやすい。

道幸 紛争が起きたらそうだけれど、紛争回避とか、日常的な自分の労働条件の確保の問題になれば、知っているかどうかが重要です。事後的な紛争解決したら、規定の相当性が重要だと思うけれども。日常的に知っていなければ、権利行使できないから、抽象的な周知だけでは不十分ではないかと思います。

和田 確かに従業員みんなが出入りしているところに単に置いていたから、それで周知と言えるか疑問です。少なくとも、説明をして、「こういうところにある」「だから、皆さん、いつでも見てください」というぐらいのことは言うておくべきかもしれません。

道幸 その企業でみんながそれをやっているとか、よく見ているとか、そういう実態があれば、場合によっては、置いただけでもいいかもしれません。しかし、実態はまったく無視しているわけでしょう。つまり、たまたま置いてただけで、周知というわけです。契約法では、知り得る状態に明確に置いたというのが必要でしょう。

和田 芝電化事件(東京地判平22・6・25労判1016号46頁)や三和交通事件(大阪地判平14・10・4労判843号73頁)では、その点について何か触れていませんか。

道幸 全然触れていませんね。それはデリケートなケースじゃなかったのではないのでしょうか。

和田 三和交通事件もすこし変な話ですよ。

道幸 もう少しデリケートなケースがあるかと思ひまして、古くなるとすこしあるのですけれど。

和田 芝電化事件は、すこし微妙ですね。原告が2人いて、就業規則の改正の前と後に採用されている人がいて、この判決では同じに扱っています。それはおかしいです。この点については別に触れていないからいいのですけども……。

道幸 これは新規定がないからということだけですね。

和田 就業規則論については、確かに、労働契約法ができたことで、逆に紛争が増えたようなところがありますね。よくわかりました。ありがとうございました。

フォローアップ

I. 下請従業員と発注会社との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（パソナ）事件（最二小判平21・10・22民集63巻10号2754頁）

事案と判旨

製造部門での労働者派遣が解禁されていなかった時点で、請負契約の発注先Yで勤務していた下請会社Aの労働者Xが、当該勤務は実態としては労働者派遣に当たり、いわゆる偽装請負だとして、大阪労働局に是正申告をしたところ、YがAとの請負契約を解約した。そのためにXはAを退職し、その後Yとの間に期間工としての契約を締結したが、契約満了後の更新を拒否された。そこでXはYに対して、雇用契約上の地位確認、未払い賃金の支払い、慰謝料の損害賠償を請求。

判旨

一審（大阪地判平19・4・26労判941号5頁）は、慰謝料請求のみを認容し、二審（大阪高判平20・4・25労判960号5頁）は、雇用契約上の地位確認と慰謝料の損害賠償請求を認容。最高裁（最二小判平21・12・18民集63巻10号2754頁）は、原判決を破棄し、慰謝料請求のみ認容。

和田 私からは、パナソニックプラズマディスプレイ（パソナ）事件（最二小判平21・10・22民集63巻10号2754頁）をお話します。この事件は世間の注目を浴びたこともあります。高裁判決（大阪高判平20・4・25労判960号5頁）が大胆なことを言ったものですから、本誌でも、高裁判決と最高裁判決の両方を、前任者の島田陽一先生と土田道夫先生が取り上げられています（580号、604号）。最高裁判決については、ここで細かい議論に立ち入りませんが、下級審に与えた影響が非常に大きくて、高裁判決に触発されて各地で同じような訴訟が提起されましたが、最高裁判決が出るまで審理を停止していて、最高裁判決が出た途端、右に倣え式の判決が出ました。

最高裁判決は事例判決としていくつかの要件が備わっていないことから、黙示の労働契約は成立しないと判断しました。その後、積水ハウスほか事件（大阪

地判平23・1・26労経速2098号3頁）では、一般論を展開しています。積水ハウスほか事件と同様の一般論をすでに展開したのがサガテレビ事件（福岡高判昭58・6・7労判410号29頁）です。それをなぞったのが、この積水ハウスほか事件判決です。

最高裁にも、こういう一般論を展開してほしかったのですけれども、後で論じるINAXメンテナンス事件（最三小判平23・4・12別冊中央労働時報1406号28頁）もそうですが、最近の最高裁判決には一般論を展開しないで、事例判断だけで済ますものが多い。できれば、このような重要な問題については一般論を展開してほしかったと思っています。

最高裁判決後の判例で、派遣先の労働契約の成立を認めたのは唯一、東方技研事件（東京地判平21・1・30労判988号88頁）だけです。これは二重派遣の事件ですけれども、これ以外はすべて最高裁のどれかの要件の判断枠組みを使って「ノー」と言っています。

一番のポイントは、派遣元が形式的な存在でない場合には、他のいろいろな要件について検討はするのですが、結局は派遣労働者と派遣先の間に黙示の労働契約は成立しないと考えています。ただし、最高裁は一審判決よりも慰謝料を増額しましたが、最近の幾つかの裁判例を見ると、派遣先が直接雇用した後に数カ月たって雇い止めをすることの違法性を認めて、損害賠償請求を認容する事件がありますけれども、せいぜい、そのくらいのことで、黙示の労働契約論については、裁判所の論理を突破するのは難しいのが現実のようです。

私なりに深読みしますと、最高裁判決は、今、出されているような労働者派遣法の改正をきちんとしなさいと考えているのではないのでしょうか。労働者派遣法の諸規定の違反を是認しているのではなく、立法によって労働契約の成立を認めるような措置を講じないと、問題の処理ができないと考えているのではないかと。深読みしすぎでしょうか。

期間途中の解雇や、期間満了後の直接雇用の申し入

れ義務とか、これもすべて土田先生と島田先生がもう十分に議論していますから、それは省略させていただきます。

道幸 最高裁の判決は、もう1つは賃金を払っていないからということですね。形式的に派遣先が賃金を払うことはあり得ないから、賃金を払って指揮命令していたら、使用者だから問題はないのだけれども、派遣という形式をとっている限りは、派遣元が全く形骸化しているとか、派遣よりは職業斡旋みたいなことをやっている場合は、いわゆる派遣先との関係で労働契約関係があるのではないかと思います、それ以外はほとんど、派遣という形式をとっている限りは派遣先との契約の成立は難しいのではないかと思います。

和田 学説でも、違法派遣であっても労働者派遣という形をとっている以上、職業安定法違反にはならず、労働者派遣法違反になるにすぎない、という見解が出されています。ほんとうにそれでいいのかと。

道幸 最高裁もそうでしょう。最高裁は、賃金を払っていないというのと、違法派遣でも、外形的に派遣だったら派遣だということでしょう。

和田 そうです、違法派遣にしかならないと。

道幸 派遣法の問題になると、それは指揮命令してもいいということで、一件落着になります。おそらく、違法派遣のことで損害賠償ということなら別として、派遣先従業員としての地位は、もう認められないのではないかと思います。

和田 よくよく考えてみれば、ほんとうにそれでいいのかという論点は幾つか出てくると思います。二重の労働契約は成立しないか。私は、二重の労働契約の成立はあり得るのではないかと考えています。それから、賃金の支払いについても、利用している労務の対価として何か払っているということならば、請負契約で払っているお金も労務の対価とみなすことだって十分に可能ではないかと思います。理論的に詰めると、最高裁が言っているほど簡単な問題ではないですね。ただし、最高裁があのよう判断してしまった以上、それを突破するのは、現実にはなかなか難しい。労働者派遣法をきちんと改正して、何が適正な労働者派遣なのかという原則をもう1回確立し直して、違法な派遣については行政指導だけではなく、労働契約の成立を肯定するというように、多面的な救済の方法を考えないと、健全な労働者派遣市場はできない、というのが私の意見です。

それは、多くの人たちが考えていることではないかと思います。今、提訴されている労働者派遣の裁判を見ていると、労働者派遣法に違反するひどい事例がたくさんあります。

道幸 そうすると、個別の違法性を問題にしての損害賠償請求ぐらいしか、今のところは問題にならない。

和田 今のところ、そうですね。労働局への申し立てをしたから、結局、それが原因で解雇されたという事例があります。期待権侵害という理由から損害賠償請求を認めています。それは紛争解決の1つのあり方かもしれませんが、でもそのことによって労働者派遣がきちんとした適正な雇用形態になるかといったら、やはりそれにはならないと思います。

正直申し上げて、今の段階では一番、雇用形態としては問題の多い形態ですね。違法派遣が非常に多いという意味で。パートタイム労働は規制がないものですから、公序良俗の問題で議論するしかないし、有期契約についても反復更新されている場合の雇止めの問題ぐらいしか議論しようがないのですけれども、労働者派遣法は法的枠組みがあり、あまりにもそれから外れているものが多すぎる。最高裁判決に少しくらい刃向かってくれる裁判が出てきてくれたらよいのですが。

道幸 ですから、事案は違いますが、日本ニューホランド事件のように、高額の損害賠償を認めることも考えられます。

和田 名古屋で1つ、100万円の損害賠償を認めた判決があるだけです。問題は、損害賠償ではないのですが。いずれにしても、黙示の労働契約論についてはまだ解明すべき問題が多いと、私は考えています。

道幸 なるほど。よくわかりました。ありがとうございました。

II. 労働組合法上の労働者概念——INAXメンテナンス事件（最三小判平23・4・12労判1026号27頁）

事案と判旨

Xは、親会社であるC社が製造したトイレ、浴室、洗面台、台所等に係る住宅設備機器の修理補修等を主たる事業とする株式会社である。上告補助参加人A一般労働組合B本部は、主に運輸業に従事する労働者によって組織された労働組合であり、D支部は、その下部組織である。D支部E分会は

Yと業務委託契約を締結してその修理補修等の業務に従事する者(カスタマーエンジニアCEと称されていた)によって組織された上告補助参加人らの下部組織である。Xの従業員約200名のうち修理補修業務に従事する可能性がある者は、サービス長(11名)及びFGと呼ばれる技術担当者(16名)に限定されており、修理補修業務の大部分は約590名いるCEによって行われていた。Xは、CEになろうとする者との間で、「業務委託に関する覚書」と題する文書に記載した内容で業務委託契約を締結していた。

上告補助参加人らは、平成17年1月27日、大阪府労働委員会に対し、救済申立てをしたところ、被上告人に対し団体交渉に応ずべきこと等を命ずる旨の救済命令を発した。Xは中央労働委員会(被告、控訴人、上告人)に対し再審査申立てをしたが、同委員会は、これを棄却する旨の本件命令を発した。そこで、Xが本件命令の取り消しを求めた。東京地判(平21・4・22 労判982号5頁)は取消請求を棄却したが、東京高判(平21・9・16 労判989号12頁)はCEの基本的性格は、Xの業務受託者であり、いわゆる外注先とみるのが実体に合致しているとして、Xとの関係において労働組合法上の労働者に当たるといふことはできないと判示し、本件命令を取り消した。

判旨

CEはXとの関係において労組法上の労働者か。

Xの従業員のうち、主たる事業である親会社の住宅設備機器に係る修理補修業務を現実に行う可能性がある者はごく一部であって、「主として約590名いるCEをライセンス制度やランキング制度の下で管理し、全国の担当地域に配置を割り振って日常的な修理補修等の業務に対応させていたものである上、各CEと調整しつつその業務日及び休日を指定し、日曜日及び祝日についても各CEが交替で業務を担当するよう要請していたというのであるから、CEは、Xの上記事業の遂行に不可欠な労働力として、その恒常的な確保のためにXの組織に組み入れられていたものとみるのが相当である。また、CEとXとの間の業務委託契約の内容は、Xの定めた『業務委託に関する覚書』によって規律されており、個別の修理補修等の依頼内容をCEの側で変更する余地がなかったことも明らかであるから、XがCEとの間の契約内容を一方的に決定していたものというべきである。さらに、CEの報酬は、CEがXによる個別の業務委託に応じて修理補修等を行った場合に、Xが商品や修理内容にしたがってあらかじめ決定した顧客等に対する請求金額に、当該CEにつきXが決定した級ごとに定められた一定率を乗じ、これに時間外手当等に相当する金額を加算する方法で支払われていたのであるから、労務の提供の対価としての性質を有するものといふことができる。加えて、Xから修理補修等の依頼を受けた場合、CEは業務を直ちに遂行するものとされ、原則的な依頼方法である修理依頼データの送信を受けた場合にCEが承諾拒否通知を行う割合は1%弱であったというのであって、業務委託契約の存続期間は1年間でXに異議があれば更新されないものとされて

いたこと、各CEの報酬額は当該CEにつきXが毎年決定する級によって差が生じており、その担当地域も決定していたこと等にも照らすと、たといCEが承諾拒否を理由に債務不履行責任を追及されることがなかったとしても、各当事者の認識や契約の実際の運用においては、CEは、基本的にXによる個別の修理補修等の依頼に応ずべき関係にあったものとみるのが相当である。しかも、CEは、Xが指定した担当地域内において、Xからの依頼に係る顧客先で修理補修等の業務を行うものであり、原則として業務日の午前8時半から午後7時までにはXから発注連絡を受けることになっていた上、顧客先に赴いて上記の業務を行う際、Cの子会社による作業であることを示すため、Xの制服を着用し、その名刺を携行しており、業務終了時には業務内容等に関する所定の様式のサービス報告書をXに送付するものとされていたほか、Cのブランドイメージを損ねないように、全国的な技術水準の確保のため、修理補修等の作業手順やXへの報告方法に加え、CEとしての心構えや役割、接客態度等までが記載された各種のマニュアルの配布を受け、これに基づく業務の遂行を求められていたというのであるから、CEは、Xの指定する業務遂行方法に従い、その指揮監督の下に労務の提供を行っており、かつ、その業務について場所的にも時間的にも一定の拘束を受けていたものといふことができる。」

以上の諸事情を総合考慮すれば、CEは、Xとの関係において労働組合法上の労働者に当たると解するのが相当である。

また、本件議題はいずれもCEの労働条件その他の待遇又は上告補助参加人らとXとの間の団体的労使関係の運営に関する事項であって、かつ、Xが決定することができるものと解されるから、Xが正当な理由なく上告補助参加人らとの団体交渉を拒否することは許されず、CEが労働組合法上の労働者に当たらないとの理由でこれを拒否したXの行為は、労働組合法7条2号の不当労働行為を構成するものといふべきである。

道幸 最後はINAXメンテナンス事件(最三小判平23・4・12 労判1026号27頁)です。類似事案である新国立劇場運営財団の高裁判決(東京高判平21・3・15 労判981号13頁)について、既に、このフォローアップで検討されていますけれども、今回は、INAX事件の最高裁判決を取り上げます。ここでは、労働組合法上の労働者概念が問題になっていて、新国立劇場とINAXと、それから、ビクターエンジニアリングの3つの事件について、いずれも東京高裁が労働者概念を認めないという判断を示して大きなインパクトを与えたのですが、最高裁が、この新国立劇場(最三小判平23・4・12 労判1026号6頁)とINAXの裁判において労働者性を認めました。これらのケースについても、一般論はあまり述べていなくて個別事案から判

断しているのですけれど、基本的には、労働力の組織への組み入れ、労働契約内容の一方的決定、報酬の対価性、それから、当事者の認識において個別の修理補修等の依頼に応ずべき関係にあったということ、一定の指揮命令下にあり、場所的にも時間的にも拘束を受けていたことを重視しています。一言でいえば、組織に組み込まれ指揮命令下における労務の提供であって、報酬の賃金性、取引関係の不平等もあることを注目しています。

この判断視角というのはソクハイ事件中労委命令(平22・7・7別冊中央労働時報1395号11頁)で、ほぼ同様の判断がなされています。中労委、労働委員会サイドの判断が最高裁において支持されたという点では、一件着着といえます。

ただ、理論的には、労組法3条の問題であるのかということが問題です。私は、野田先生と同じく、7条2号の問題で議論したほうがいいのではないかと思います。3条については、こういう細かい議論はする必要はないのではないかと考えます。

それから、もう1つは、契約関係がない形での労使関係が成立しますから、それに見合ったような協約とか、場合によっては争議法理とか、そういうものが要求される可能性があるということです。一般的に言っても、企業別組合を超えた形の不当労働行為法理というのは結構難しいです。この判決では出てきていませんけれど、例えば、外部組合が特定の企業内の労働者を組織化する過程で不当労働行為がなされた場合、どうやって争うかというのは大変な問題です。つまり、当該会社の従業員が組合員となっていない限りは使用者と言えませんから。7条の使用者概念をどう考えるかというのは、企業別組合以外の場合は大問題です。しかし、3条については、あまりこのような本格的な議論をしないで解決するのが筋だったのではないかと思います。INAXの最高裁判決は、中身についてはあまり問題がないと思います。

和田 新国立劇場運営財団事件とINAXメンテナンス事件は、判断要素はほぼ同じですけども、順番がすこし違いますね。

道幸 なるほど違いますね。

和田 何か意味があるのでしょうか。微妙に違います。共通しているのは、まず最初に事業組織の組み入れというのがきますが、その後は順番がちがいます。ソクハイ事件との関係でいえば、この事件は5つの要

素(①事業の遂行に不可欠な労働力として、その恒常的な確保のためにXの組織に組み入れられていたこと、②契約内容が一方的に決定されていたこと、③報酬が労務の提供の対価としての性質を有すること、④各当事者の認識や契約の実際の運用において基本的に個別の修理補修等の依頼に応ずべき関係にあったこと、⑤指定する業務遂行方法に従い、その指揮監督の下に労務の提供を行っており、場所的にも時間的にも一定の拘束を受けていたこと)のうち、①、②、③をまず重視して、それ以外は①の判断要素となっていますが、最高裁は必ずしもそうは考えていません。5つを羅列で考えているものですが、そこは何か違うのでしょうか。

道幸 ソクハイ事件は、ほかのケースに比べると、労働者性が認められにくいケースではないかと思えます。

和田 ソクハイ事件のほうが。

道幸 はい。それは言えるのではないかと思います。

和田 ソクハイ事件とINAXメンテナンス事件ではだいぶ違いますか。

道幸 そうですね、指揮命令の程度も違います。INAXのようなケースは、かなりはっきりとした指揮命令を受けており、専属です。それから、INAXの名前で働いていますからね。ですから、もっとデリケートなケースが出てくると、この最高裁の示したいろいろなファクターがどのような意味を持つかというのが問題になるでしょう。その意味では、むしろ、これからではないかと思えます。

和田 パナソニックプラズマディスプレイ(パソナ)事件(最二小判平21・10・22民集63巻10号2754頁)と違うのは、パナソニック事件は、かくかくしかじかの要件を満たしていないからだめだと言っていますが、ところが、INAXメンテナンス事件や新国立劇場運営財団事件は、逆にかくかくしかじかの要件を満たしているから大丈夫だと言っています。そうすると、CBC管弦楽団労組事件(最一小判昭51・5・6民集30巻4号437頁)と合わせると、何か最高裁が考えている一般法理みたいなものが描けるのではないかと思います。「いや、そうじゃない」と言う人もいますが、それに賛成かどうかは別として、5つの基準というのは、やはり、それぞれ非常に重要な基準であると思えます。

道幸 基準的な意味ではあると思います。それは、例の就業規則の不利益変更の要件みたいなもので、こういうファクターで考えるのですよとっている。デリケートなケースになると、それに該当するかどうかということで議論が出てくる可能性があります。

和田 最高裁の仕事ではなくて、我々学者の仕事かもしれませんが、労組法3条か7条2号か、両者は同じなのか、それとも違うのか、という問題もあります。それは後に回すとして、労組法における労働者概念をどういうふうに考えるかということについて、我々がこの判決を見ながらももう少し議論する必要があるのではないのでしょうか。つまり、労働法に共通の使用従属概念で考えていいのか、それとも、やはり労組法の独自の概念だと考えるべきなのか。菅野和夫先生は最近、「使用従属性と連続的な労組法独自の判断要素を用いる方法」という言い方をされているのですが……。

道幸 この判決については、やはり、決定的な影響力のあることを言っていますから。

和田 使用従属性をかなり中心に考えているのでしょうか。

道幸 労組法というのは、職場実態とか組合の力とか運動とかと絡んでくるから、法律家の仕事として、あまり細かく議論してもしょうがないのではないかと思います。例えば、組合活動の正当性の問題でも、労使の実態があり、混乱の中から法理が生まれてくる部分があるのではないかと思います。委託事業者の労働組合運動というのが盛んになってくると、労働者概念も豊富になってくるので、法律的な発想として、あまり要件を細かくすれば、実態から離れていくような感じがします。ある程度、ざっくりとしたファクターだけでいいのではないのでしょうか。あとは、個別の適用の問題はありますが、要件自体を細かくする必要はないのではないのでしょうか。大体このぐらいの要件以外、あまり考えられないと思っています。

和田 最高裁は、しいて使用従属性という概念を避けたとは言えませんか。

道幸 使用従属とは言えないけれども、一定の指揮命令をしているとっています。

和田 指揮命令ということは言っています。

道幸 労働基準法上の労働者概念だと「使用従属関係」という言葉を使います。そういう言葉を使っていないから、そういう読み方をしていないのかもしれない

せん。労組法上の団交関係だから、はっきりとした概念を使わないほうがよかったのではないかと思います。あまり具体的な概念を使うと契約論的な世界にはいっていきから、あまりいい表現ではないけれど、雑な要素でもいいのではないかと。特に、これは団交でしょう。話し合う環境をどう実現するかということだから、それに見合ったような利害状況があればいいのではないかと考えていますけれど。

和田 高裁判決は、特に新国立劇場運営財団事件がそうなのですが、規定がどうなっているか、契約の形式がどうなっているかといった点を重視し、労働基準法や労働契約法における労働契約や労働者概念に近い判断をしています。ところが、最高裁は実態としてどうだったのか、たとえば相手方の要望に対してほとんどの場合に拒否できなかったといった点を重視して判断をしています。

道幸 実態と意識、そちらのほうが妥当だと思いますね。

和田 意識や実態を重視するほうが、労組法の判断にはふさわしいということになります。最高裁は意識的にそのように考えているのでしょうか。

道幸 すごく大きい議論をすると、やはり、労組法の団交権の世界というのは、関係をつくる権利です。今までの議論は、むしろ、関係に由来する権利というか、雇用契約関係があるから団交ができるとか、そういう関係に由来する権利という発想をしています。ダイナミックな関係をつくる権利という発想をすると団交関係をつくるニーズが当事者にあるかが、かなり重要視されるのではないかと思います。組合法の世界というのは、契約法の世界とは、その点では異なります。

和田 そのことと関係するかどうかわかりませんが、労組法3条と労組法7条2号の「労働者」は、やはり違うのですか。

道幸 「使用者が雇用する」(労組法7条2号)という文言があるから、7条2号の問題になれば、雇用するかどうかでは問題になってくると思います。

和田 ソクハイ事件では、そこを誤魔化しています。労組法3条の労働者だと、労組法の7条2号の雇用するに当たるというけども、ソクハイ事件では、厳密な意味での「雇用する」という表現は使っていません。

道幸 おそらく3条をクリアしても、その問題は

残っているのではないかと思います。そこでは、やはり一種の契約関係的な部分は出てくるのではないかと。

和田 今回、最高裁で問題となった事件などでは、労働者性が認められたら、ある種の契約関係はあるのですから、雇用されるという判断は容易です。使用者概念が問題となるときには、契約関係がない当事者間でどういう論理で相手方の使用者性を認めるかという話になります。しかし、新国立劇場運営財団事件にしてもINAXメンテナンス事件にしても、当事者間には労務提供をする際の何らかの契約関係はあります。両者は問題構造が違います。ですから、当該の労務提供者が労組法の労働者だとなったなら、そこに存在する契約は、「雇用する」契約だと言いかねばいい。

道幸 そう考えるか、雇用ということでもう1回、問題になるか。

和田 なるほど、そういうふう考えるのですか。

道幸 3条を、厳格な解釈をするから、今、言ったイコールになるので、3条は、失業者も含むのだから、ある種、階層としての、いわゆる括弧つきの「労働者」と考えると、3条はほとんど概念規定する必要がないと思います。

和田 労組法3条を独自に定義してもあまり意味がないのではないということですか。

道幸 ええ。私はそう思っています。今までは、おそらく、7条の問題で議論したようなことを3条についても、たまたま東京高裁で議論したから、もしくは東京地裁で議論したから3条の問題になったのではないかと思いますけれど。組合法のコメンタールとかでは、3条のほうは全く議論していませんよね。東京ハップサンダル工組合（中央委資格審査昭35・7・20）の労働者性などについて触れている程度でしょう。

和田 労組法7条2号と離れて労組法3条の固有の労働者概念は議論する意味があるのでしょうか。

道幸 あまりないと思います。ハップサンダル事件は、資格審査ですから。資格審査で、やはり労働組合性は問題になるのだけれど、それは団交拒否とか不当労働行為の救済だけではなくて、法人格付与との関係になるからです。だから、法人格付与の場合は使用者もあまり文句を言わないのですよ。

和田 プロ野球の選手会も法人格を認めるときでしたら文句は言わなかったのですね。それが、団体交渉の話になるから使用者がいろいろと、文句を言うとか、問題が提起されることになる。

道幸 プロ野球選手会は、INAX事件よりずっとデリケートなケースだと思います。やはり、担い手の運動、つまり選手会がどの程度の実態があり、運動して、いわゆる使用者にプレッシャーをかけているとか、そういう契約的な世界でない部分が重要になります。

和田 自主的な紛争解決を目指して活動している、といった事情ですね。

道幸 そうです。紛争発生とか、内部の調整能力とか、労働者相互の関係、それから、使用者に対する圧力のかけ方など、そういういろいろな部分も労使関係的な世界になると考えたほうがいいのではないのでしょうか。そこに契約論的なファクターを入れて、修正するよりはね。むしろ全体の関係では、1つは、労働者相互といいますか、労働者の団体が持っている特徴や連帯の基盤とか、そういういったものが、かなり重要になってくるのではないかと思っています。

ですから、INAXメンテナンス事件で言いますと、委託労働者がどの程度の組合運動的な実態を持っていたか、やっていたかということが、かなり重要になりますが、これはあまり議論されていないでしょう。

和田 プロ野球選手会は、そういう意味では団結力がありますからね。新国立劇場運営財団事件で問題となっている芸能人組合も団結力があります。

道幸 そうでしょうね。職種別になると、企業を超えた共通の利害のようなものがありますから。組織への組み入れということ強く言えば、職種別組合のようなものは簡単に認められないということになり、職種別なのでいろいろな会社で労働していることになれば組み入れというのは難しくなりますね。ですから、やはり、組合の組織形態で持っている基準も違ってくるのではないかと思います。

和田 合同労組などはそういう基準を満たしやすいですか。

道幸 合同労組は、今までは雇用関係があるという前提です。

和田 ただ、請負で雇われている人を組織しているような場合は、INAXメンテナンス事件と全く同じケースになりますね。

道幸 そうです。ですから、1人だけ請負の人が入ってくると、むしろ、「雇用する」という7条2号の問題は出てくるのではないかと思います。3条になると、その人だけではなくて、「Aさんが労働者か」と

ということになっているでしょう。コミュニティユニオン自体が労働組合かどうかという場合に、労働者と労働者ではない人がいた場合、例えば、労働者ではない人がいるから、これは労働組合ではないということは言えませんから。そうすると、労働組合性を否定できない。もっとも会社と団交するとすると、7条2号の「雇用する労働者」がこの中に含まれるかが争われ、その人が委託労働者の場合は、その人との関係で問題になるわけです。コミュニティユニオンになると、ますます7条2号的な世界になってくるといえます。

和田 労働委員会の実務をされていて、そういう事件は、結構多いのですか。

道幸 管理職の事件は多いですね。

和田 管理職は別に労働者性は問題になりません。

道幸 利益代表者の問題が出てくるから、7条2号がらみになると結構問題になります。ですから、3号の問題はあまり出てきませんが、最後は7条2号の問題になります。個別の団交紛争になりますから。

和田 組合の当事者性の問題と、団交請求権を持っている労働組合かどうかという問題ですね。

道幸 ええ、その場合は、少なくとも従業員がいなければだめですし、雇用される労働者がいるかという問いが必ず出てきます。

和田 ビクターエンジニアリング事件の高裁判決（東京高判平22・8・26 労旬1734号77頁）も、最高裁で変更されるのでしょうかね。

道幸 ええ、きっと変わると思います。

和田 和解で処理するのでしょうか。

道幸 今のところ、和解したというのは聞いていません。あの基準でどう判断するか。むしろ、法律論でどの程度論議すべきなのかというのが一番の問題です。この判決が出た後、多くの論者が細かい解釈論を始めていますが、すこし違和感を覚えます。

和田 使用従属性の細かな判断枠組みも示している人もいますし、経済的従属性一本でいいのだという議論もあります。

道幸 経済的従属性はみんなあるのだから、よほどのことがない限りは、認めるべきと考えています。

和田 それはすこしラフかなと思います。

道幸 7条2号では、やはり「雇用する」という文言があるから、そのレベルでは一定の作業は必要です。それから、集团的に決めるニーズとか、労使関係の利害があるかという視点が結構重要だと思います。

す。いわば、指揮命令的な世界と、集团的に物を決めるニーズと2つの基準があるのではないのでしょうか。後者の集团的に決めるというのは、組合運動の実態とか、それによって違ってくるのではないかと思います。

和田 ますます非労働者化政策が進行していても、当事者が自主的に条件を決めたり、紛争を解決するほうがいい。そうすると憲法28条の枠にどこまで入れていくかという話になるでしょう。

道幸 あとは経済法の問題になってきますからね。つまり、28条の問題ではないということになれば、不公正な取引や下請けとか、経済法の問題になり、経済法できちんと問題が処理できるかということ、これも困難です。

和田 残念ながら経済法では、十分に対処できないです。重要なのは、不当労働行為救済という仕組みを持っているかどうかです。フランチャイズのコンビニ店長が本部と団体交渉ができるかどうかということになるのですが、相手方が拒否したときに不当労働行為救済のようなシステムが存在しない。

道幸 あそこは結構デリケートだったようですね。店長とフランチャイズの契約だから。

和田 彼らは、自営業者だということを誇りに思っています。

道幸 ですから、不公正な取引法とか、経済法の世界になってくる。

和田 そうです。彼らは、経済法の世界で闘うことを選んでいるのです。自分たちは労働者だと思っていない。

道幸 でも、店長が組合をつくってましたよね。団交要求しようとしているのだけれども、そこまで労働者概念に広げるかどうかが問題です。

和田 問題の処理の仕方としては、集团的な取引のほうがいいとは思いますが、そこで不当労働行為の救済を広めていけるかどうか、という問題があります。

道幸 もう1つの大きな問題は、2人や3人で集まってもだめで、やはり、集团的に決める基盤のようなものがあるのか。あとは、店長なら、店長相互の一種の連帯の基盤があり、団結の基盤みたいなものがあるかという大きな問いがあると思います。使用者と労働者の1対1の関係ではなくて、労働者集団と使用者との間に、集团的な関係を形成し得るような基盤みたいなものがあるか。コミュニティユニオンというの

は、そういうのをあまり議論しないでやっているわけです。ここでも集団性をどう考えるかが問われています。

和田 私としても、今日の議論は大変に勉強になりました。どうもありがとうございました。

(2011年7月19日：東京にて)

わだ・はじめ 名古屋大学大学院法学研究科教授。最近の主な著作に『人権保障と労働法』（日本評論社、2008年）、「労働契約の成立と当事者」西谷敏・根本到編『労働契約と法』（旬報社、2011年）。労働法専攻。

どうこう・てつなり 北海道大学名誉教授。放送大学教授。最近の主な著作に『労働組合の変貌と労使関係法』（信山社、2010年）、「ワークルールの基礎」（旬報社、2009年）。労働法専攻。