



ディアローグ

労働判例この1年の争点

 会社更生手続下の整理解雇

 業務適性評価のための有期雇用



道幸 哲也

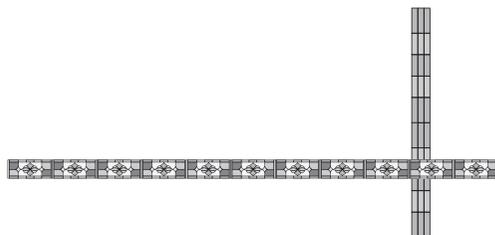
(放送大学教授)

×



和田 肇

(名古屋大学教授)



【目 次】

■ピックアップ

1. 育児休業取得後の配置転換——コナミデジタルエンタテインメント事件
2. 労働契約における意思のあり方——技術翻訳事件
3. 一時金支給への組合関与——ケーメックス事件
4. 労働時間の算定、賃確法6条1項の適用の可否、付加金制度——十象舎事件
5. 大学におけるハラスメント・教員懲戒処分——国立大学Y大学事件
6. 労働時間変動と賃金一律支給——テックジャパン事件

■フォローアップ

- I. 派遣関係におけるトラブル——パナソニック・エコシステムズ事件、日本トムソン事件、三菱電機ほか事件、積水ハウスほか事件
- II. 添乗員のみなし労働時間制——阪急トラベルサポート事件

■ホットイシュー

- I. 会社更生手続下の整理解雇——日本航空事件
- II. 業務適性評価のための有期雇用——日本航空事件

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)

裁時：裁判所時報

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「ディアローグ、労働判例この1年の争点」ということで、今年度も放送大学の道幸哲也先生、名古屋大学の和田肇先生にご議論いただきます。よろしくお願いいたします。

道幸 私がピックアップとして取り上げたのは、1つは、労働契約における合意、意思の真意性ということです。最近、退職の事例や賃金減額の事例で、意思、合意のあり方が問われている例が多くなっており、その合意のあり方として、書面化の要請をどう考えるか。さらに、錯誤のあり方をどうとらえるかということも問題になっています。

それから、2番目は、不当労働行為絡みの事件で、一時金支給へ労働組合がどう関与するかの論点です。事例としては一般的ですが、裁判所で直接争われたことから、事件処理のアプローチがやや特異だと思っています。そういう意味では、行政救済と司法救済のあり方を考える上で示唆的な事件だと思います。

3番目は、労働時間の延長に伴う割増賃金の請求の事件です。この点については、既に最高裁で確立していますが、1つは、労働時間概念の問題、さらにもう1つは、非常に特殊な賃金体系、ある時間帯について同じ賃金を払うという賃金のシステムを導入したという点で、興味深い例として取り上げました。

次に、フォローアップとしては、派遣関係について幾つかの事件を取り上げます。派遣については、派遣先との雇用契約関係の有無が主要な争点でしたが、最高裁の判決によって判例法理が確立したので、最近ではむしろ派遣先の個別の行為を理由とする不法行為事件が若干見られておまして、こういうアプローチをどう考えるか。これは案外、解釈論的には重要な問題を示唆しているのではないかと考えて取り上げています。

ホットイシューでは、有期雇用の更新拒否のケース

で、この点については多くの裁判例がありますけれども、専ら研修目的、もしくは試用目的で労働契約を締結し、それを2年ないし3年間更新し、その過程で特定の労働者を適性に欠くという形で排除していく。こういう形での有期雇用の利用の仕方は認められるのかという点について、興味深い裁判例が出ましたので取り上げたいと思います。有期雇用については、多くの論点がありますが、こういう観点からの議論はあまりないと考えています。

和田 私もピックアップとして3件取り上げます。

1つは、育児休業取得後に配置転換をされて、それに伴って賃金がかなり減額されたことの有効性が争われた事件です。

2つに、労働時間の算定が大きな争点になっているのですが、それ以外に、遅延利息の利率がどうなるかが問題になった事件です。とりわけここでは、賃確法（賃金の支払の確保等に関する法律）でいう非常に高率の遅延損害金の利息が適用されるかどうか争われています。それから、付加金について命じているのですが、その額が妥当かということも問題になっている事件です。

3つに、大学におけるハラスメントの事件です。セクシュアル・ハラスメントの事件はこれまでもたくさんあったのですが、最近、アカデミック・ハラスメント、あるいはパワー・ハラスメントといわれる事例がかなり出てきています。それが争点になった事件を取り上げます。

フォローアップでは、旅行社の添乗員について、事業場外労働のみなし労働時間制が適用されるかどうかという事件が3つあるのですが、それぞれ高裁判決が出そろったものですから、これを紹介します。

ホットイシューで取り上げるのは、社会的にも大きな話題になっているJAL（日本航空）の会社更生手続のもとにおける整理解雇の有効性が争われた事件です。

ピックアップ

1. 育児休業取得後の配置転換——コナミデジタルエンタテインメント事件（東京地判平23・3・17 労判1027号27頁，東京高判平23・12・27 労判1042号15頁）

— 事案と判旨 —

育児休業取得後に復職した女性労働者に対して、担当職務の変更（担務変更）とそれに伴う賃金減額（年俸で640万円から520万円に減額。内訳は、役割報酬が550万円から500万円に、査定による成果報酬分が90万円から0万円に減額され、激変緩和措置としての調整報酬が20万円支給）がなされたケースで、当該女性が、降格・減給前後の差額賃金、損害賠償、謝罪、就業規則の改定等を求めた。

●判旨

第一審判決 請求一部認容。

本件担当職務の変更とそれに伴う役割報酬の減給を違法ではないとし、他方で、成果報酬ゼロ査定を違法とし、その分のみ慰謝料の損害賠償請求を認容。

「本件担務変更は、業務上の必要性に基づいて……被告の配置転換に係る人事上の権限の行使として行われたものということができ、本件復職に際して原告に充てる業務の選択の観点からみても、不合理な点は見いだせない。」したがって、「本件担務変更が原告において本件育休等を取得したことを理由としてされたものと解することはできず、育児・介護休業法10条や雇用機会均等法9条3項に定める不利益取扱いの禁止に当たらないし、育児休業後における就業が円滑に行われるようにするために使用者において必要な措置を講じるように努める義務を定めた同法22条は、「努力義務を定める規定であると解されるものであり、……育介指針及び育休通知がいうところも、努力義務の内容を具体的に示したものであって、原職又は原職相当職に復帰させなければ直ちに同条違反になるものとは解されない」。

第二審判決 請求一部認容。

本件職務担当の変更とそれに伴う役割報酬の減給を違法、無効とし、役割報酬の差額請求を認容。成果報酬におけるゼロ査定を違法とし、これに弁護士費用についての損害賠償請求も認容。

原告・控訴人が、育休前の担務はBクラス（B-1）で、育休取得後の担務はAクラス（A-9）であるが、Bクラスは、マネジメント職候補とされ、明らかに専門職でもマネジメント職でもないAクラスとは異なる階層にあるものとしての位置付けがなされており、「Bクラスにある者をAクラスに変更することは、そのようなマネジメント職候補としてのポジションを喪失させるという一種の不利益を生じさせるものであることは否定できない」。「役割報酬の引下げは、労

働者にとって最も重要な労働条件の一つである賃金額を不利益に変更するものであるから、就業規則や年俸規程に明示的な根拠もなく、労働者の個別の同意もないまま、使用者の一方的な行為によって行うことは許されないというべきであり、そして、役割グレードの変更についても、そのような役割報酬の減額と連動するものとして行われるものである以上、労働者の個別の同意を得ることなく、使用者の一方的な行為によって行うことは、同じく許されないというべきであり、それが担当職務の変更を伴うものであっても、人事権の濫用として許されないというべきである。」つまり、担務変更の有効性は肯定しながらも（この点、原判決を変更していない）、そのことによって役割グレードと報酬グレードを変更したことを無効と判断している。

和田 この事件は、育児休業取得後に復職した女性労働者に対して、担当する職務の変更を命じ、それに伴って年俸制の賃金が640万円から520万円に減額をされ、その有効性が争われた事件です。第一審と第二審では異なった処理をしています。第一審は、この配置転換について、業務上の必要性があるということで、有効だと判断しました。ところが、第二審の高裁判決は、それとは結論を逆にしまして、配置転換についての議論というよりは、むしろ大きな賃金減額を伴う点を問題にして、そういう職務内容の変更は無効だとし、原告・控訴人らの差額賃金請求を認容しました。

本件で原告らは、育休取得が原因で担当職務を変更されたのではないかと、したがって、育児・介護休業法10条、雇用機会均等法9条3項、あるいは育児・介護休業法22条、これは育児・介護休業後に事業主が講ずべき措置についての規定ですけれども、これらに反しているのではないかと主張したのですが、高裁判決は、大幅な減給を伴う職務変更の有効性の問題と処理をしています。私自身、結論としては賛成なのですが、果たしてこうした処理でいいのかどうかということについては、若干疑問があります。

この処理の仕方は、従来の裁判例でいきますと、デイエフアイ西友事件（東京地判平9・1・24 判時1592号137頁）が先例としての意味があるのではないかと思います。この事件では、業務成績不良であることを理由として、契約内容と異なる職種への配転、つまり

バイヤーからアシスタントバイヤーへの配転を命じ、この配転に伴って、配転後の職種における他の従業員と同等の賃金額に減額しました。判決は、配転命令権については、使用者の裁量権があるけれども、だからといって、大きな賃金減額を伴う人事異動については、使用者には当然権利はないのだという処理をしています。コナミデジタルエンタテインメント事件の高裁判決もこれと同じような処理になっています。

もう1点は、原告らは、この会社の就業規則の規定の改定を求めています。実際に、この裁判例の認定している事実を見ても、かなりの人たちが育児休業を取得した後に職務内容が変わって、かつ賃金が減額をされています。したがって、育児休業を取得した後に職務内容を変更することが、本件の原告・控訴人らの個人的な問題というよりも、会社の一種の制度の問題となっていたのではないかとすることも考えられます。そうしますと、やはり育児・介護休業法あるいは均等法のそれぞれの規定の違反になるのではないかとこの問題が出てくるわけです。

* 「差別」か「契約解釈」の問題か

道幸 一審と違って二審では、育休からの復職後の降格について、差別という観点よりも、本件ではAクラスとBクラスというクラスの違い、これらが明確に職務内容、もしくは評価によって違っているということを前提に、いわば契約解釈を通じて不利益変更の問題だとしている点が特徴だと思います。

とりわけ、成果報酬について、同程度の労務提供によって同程度の報酬を期待するのは合理的だと指摘している点が注目されます。つまり、担当職務を変更しても、減額は濫用で無効という判断が示されているわけです。

次に、役割グレードの変更が必ずしも賃金と連動しないと云えるかどうかとなると、結局、ここではいわば配転と、役割グレードの変更、そして賃金という3段階で問題になっていて、配転自体が合理的であっても、それ以降の不利益取扱いは許されないということになる。そうすると、賃金については、通常のルールと異なった特別の規定、就業規則の規定、ないし個別合意が必要になるという構成になるのかなと考えています。

ただ、本判決に特化していいますと、役割グレードの変更をしなくてもよかったという指摘をして、もっ

と重い仕事をさせることができたということまで言っていますから、これは少し言いすぎではないかと感じました。

成果報酬の件については、ゼロ査定が育介法の趣旨に反していることは、そのとおりかなという感じです。

全体としては、むしろこういう仕事内容を変更せざるを得ない場合の降格とか降職、さらに減給をどう考えるかという点では、非常に興味深い。その点についての規定の整備がぜひ必要だということを示唆しているのではないかと考えました。

和田 この事件は契約の解釈の問題で、仮に従来の職種と違うところに配転をさせる必要があったとしても、それに伴って賃金が大幅に減額する配転が許されるかどうか。本件の処理の仕方としてはこれでもいいのですが、やはり一審判決が認定しているのを見ますと、ほとんどの人たちが育休を取った後、復職すると賃金が減額されています。ですから、原告らは、単に契約の問題というよりは、企業の制度の問題としてとらえたのだと思います。

これは例えば育介法22条の規定の解釈の問題とも関係するのですが、事業主が講ずべき措置に関する指針では、「育児休業及び介護休業法においては、原則として原職または原職相当職に復帰させることが多く行われているものであることに配慮すること」、また「育児休業または介護休業をする労働者以外の労働者についての配置その他の雇用管理は、1の点を前提にして行われる必要があることに配慮すること」、としています。ここでは、配慮義務あるいは努力義務という規定になっているのですが、実際はかなり配転させたりする事例があると思います。そういう一般的な事例についても、指針との関係でどう考えたらいいかということの問題になるのですが、高裁判決は全くこのことについて触れていません。

道幸 本件の場合には特にそうですけれども、育休を取ったことを前提とした一定の措置だという点では、因果関係があることは否定できないと思います。ただ、育休を取ったこと自体よりは、むしろ、その後、子どもを育てることによって同じような働き方が難しいという、本件でも多少、そういうことが問題でありましたけれども、そういう場合には、一定程度、配置転換の合理性が出てくるのではないのでしょうか。

そうすると、全くそういうハンディがない場合は別として、ハンディがある場合は、1つは差別の問題で

しょうけれども、もう1つは、契約解釈として、特に賃金額を下げることの合理性という契約論にも結びついて、2つのアプローチがあり得るのではないかと考えています。

だから、本件で差別的な措置をとるべきではないとか、そういうわけではなくて、こういう高裁のようなアプローチをとったほうが汎用性がある、つまり、何か問題があって、職務内容を変更せざるを得ない場合にその人の賃金保障といったことを考える上では、非常に汎用性のある議論ではないかと考えました。

和田 先ほどデイエフアイ西友事件を取り上げましたが、この事件は別に育児休業に関係なく、配転をして、その結果、職務内容が大きく変わって、賃金が変わされたという事例で、配転命令権の問題というよりは、どちらかという、賃金を減額することが可能なかどうかという、そういう契約論的なアプローチで処理しています。本件の高裁判決もそれと同じような問題ですけども、少しひっかかるのは、育児休業や介護休業が、通常の配転の問題と同じように扱えるのかどうかということです。

道幸 確かに、こういうケースのハンディについては配慮すべきだという点では、一般的な、本人の能力がないということとは若干違う。そういう意味では、配慮すべき義務を正面から出すためには、差別的なアプローチのほうが適切なケースもあるのではないかとすることは理解できます。

和田 一番は賃金の差額の問題ではなくて、配転の必要性があり、それに伴って賃金の減額がされたのだから仕方がないという処理になっています。高裁判決の処理は1つの考え方かなと思っているのですが、育児介法とか均等法の問題にもう少し踏み込んだ検討が必要なのではないか。おそらく原告・控訴人らは、そういう問題意識でこの訴訟を提起しているのだろうと思います。ですから、就業規則の規定の改定まで求めている。この規定の改定が認められるかどうかというのは、今の訴訟法の体系の中でできるか非常に難しいと思いますが、本来の意図はおそらくそこにあるのではないかと。

道幸 私は理論的には、控訴人らの意向はともかくとして、人事権の問題と賃金請求権の問題は、はっきり違うという感じがしていて、配転については広い裁量の余地を認めておきながら、賃金減額になるということについては、一定の契約上の根拠が必要だとい

点では妥当だと考えます。ただ、就業規則に人事権と賃金請求、賃金額についてのルールが連動する規定があれば、それを認めていいのか。これは大きな問題で、やはり人事権の延長だけでは難しい。そうなる、差別性を入れることによって、少なくとも賃金額について不利益変更は許されないという一種の配慮義務的な視点を導入する必要があるのかなという感じはしています。

あと、先ほどのグレードの問題ですが、Bのほうが高かったんですよね。BからAにする場合に、この人にもっと仕事をさせればBのグレードは維持できるといったことも言っているのですが、その点はどう思いますか。

和田 仕事をさせるという、そこはまさに人事権の裁量の問題ですから、どういう仕事をさせるかというところにまで介入することは、難しいと思いますね。

道幸 こういうやや専門職的な仕事では、全く同じ仕事というのはあまりないのではないのでしょうか。そうすると、事情変更に伴って仕事の仕方が変わる、変わらざるを得ないという場合に、どの程度、会社が拘束されるのか。つまり、同じような仕事をさせるという、ある種、就労請求権的なレベルの権利までがあるのか。それとも、少なくとも賃金は下げるなというレベルで考えるのか。そういう点では、かなり違ってくるのではないかと感じがしています。

和田 だれでも代替できるポストではなくて、非常に専門性が高い、管理職的な仕事をしてきた人が育児休業に入った。そうすると、だれかをそこに必ず補充しなければいけない。そして、育休から戻ってきたら、補充した人を動かして、その人をつけるというところまでは多分言えないのだと思います。そうすると、どうしたらいいかというのは非常に難しい。全く同等の仕事があればいいのですが、それがないうちに、会社としても迷ったのだろうと思います。

仕事は変更してもいいけれど、それによって賃金を下げたらだめだというのは1つの処理ですが、多くの場合は、仕事と賃金が連動しているわけです。そうしたときにどうするのか。本件のような処理の仕方は、結論的にはいいと思いますが、まだ考えなければいけない問題がたくさんあるような気がします。

道幸 差別性というのを正面から出して、原職復帰ということになると、いろいろな問題が出てきます。例えば、管理職を降格させた事件で、「これは不当労

働行為だ」といって原職復帰させる場合、既に管理職がいるときには次の人事異動で戻すといった、一種の工夫みたいなことをします。同じような仕事をさせようということになれば、その点の工夫が必要になる。そうすると、裁判所で処理するのは結構難しくなるのかなと思います。

和田 二審判決が言っているのは、原職または原職相当職となっていますが、できれば仕事は同じに戻せということプラス、少なくとも賃金について下げるのはまずいということですから、これは非常に重要な、先例的な意味を持ちます。

道幸 そういう意味では、原告の意図は別として、理論的にも注目すべき重要な判決ですね。

2. 労働契約における意思のあり方——技術翻訳事件 (東京地判平 23・5・17 判労 1033 号 42 頁)

— 事案と判旨 —

被告 Y は、翻訳、印刷及びその企画、制作等を行う株式会社であり、原告 X は、制作部の最高責任者である制作部次長の地位にあった。平成 21 年に売上げが大幅な不振となったことから、Y の代表者である C 会長及び B 社長は、役職者を対象として、同年 6 月分以降の報酬ないし賃金を 20% 減額することを正式に提案したが、X は、賃金減額の必要性に関する十分な説明がないことを理由に、本件減額提案を了承しなかった。代表者会議の場において、C 会長は、X に対し、本件減額提案を了承するよう強く求め、「了承できないのであれば、この会議に参加しなくてもよい」旨を告げた。これに対し、X は、「給料を減額されると生活できなくなる」旨を述べて当初反対の意向を示したものの、同会議を退席することはなかった。また 6 月分給与から、減額された賃金が振り込まれるようになり、同年 7 月分、8 月分、9 月分も同様に 20% 減額された賃金が振り込まれたが、X は、その間、Y に対して抗議等は行わなかった。その後、X は、平成 21 年 6 月分以降の賃金減額は無効であるとして、減額分の賃金の支払い等を求めた。

●判旨 請求認容

「賃金の額が、雇用契約における最も重要な要素の一つであることは疑いがないところ、使用者に労働条件明示義務（労働基準法 15 条）及び労働契約の内容の理解促進の義務（労働契約法 4 条）があることを勘案すれば、いったん成立した労働契約について事後的に個別の合意によって賃金を減額しようとする場合においても、使用者は、労働者に対して、賃金減額の理由等を十分に説明し、対象となる労働者の理解を得るように努めた上、合意された内容をできる限り書面化しておくことが望ましいことは言うまでもない。加えて、就業規則に基づかない賃金の減額に対する労働者の承諾

の意思表示は、賃金債権の放棄と同視すべきものであることに照らせば、労働基準法 24 条 1 項本文の定める賃金全額払の原則との関係においても慎重な判断が求められるというべきであり、本件のように、賃金減額について労働者の明示的な承諾がない場合において、黙示の承諾の事実を認定するには、書面等による明示的な承諾の事実がなくとも黙示の承諾があったと認め得るだけの積極的な事情として、使用者が労働者に対し書面等による明示的な承諾を求めなかったことについての合理的な理由の存在等が求められるものと解すべきである。

これを本件について見るに、代表者会議の場から退席しないとの事実をもって X との間で本件賃金減額に係る確定的な合意が成立したものとして扱って、本件賃金減額を実施したというのは、いささか不自然、かつ、強引との感を免れないところである。」そうすると、本件賃金減額に対する黙示の承諾があったと認めることはできない。

また、本件賃金減額の実施から本件退職までの間が 3 カ月余りにすぎないこと等からすれば、X が、その間、本件賃金減額による減額後の賃金を受領し、Y に対し抗議等を行っていないことも本件賃金減額に対し事後的な追認がされたとも認めることはできない。

道幸 技術翻訳事件は、いわゆる管理職に対して賃金を 20% 減額するケースで、事実関係では、本人は減額の提案を承認しなかったけれども、「反対ならば参加するな」と言われた代表者会議に参加し、その後、3 カ月間、減額した給料を受け取ったことが、減額合意になったかどうかというのが争われた例です。

裁判所は、減額合意の真意性ということで、労基法 24 条 1 項に関する最高裁の判決、賃金債権の放棄と同視すべきもので、慎重な判断が求められるということ前提に、本件のように、労働者の明示の承諾がない場合には書面化が必要で、書面化しない特段の理由があるのかということ、それに当たらない、さらに、3 カ月間の受領ということからも、事後的な追認とは言えないといったケースです。

本件は、賃金減額事由の十分な説明と書面化が必要であるという、書面化の必要性を提示したという点では、非常に重要な判決だと思います。

合意の真意性に関して、最高裁は、権利放棄の事案について、シンガー・ソーイング・メシオン事件（最二小判昭 48・1・19 判時 695 号 107 頁）で、自由な意思に基づくことが明確なことと判断を示しています。

まず、問題になる第一は、これらの事件はいわゆる権利放棄事案ですけれども、本件は賃金減額事案で、いずれの場合でも真意性は問題になるのでしょうか、

どちらがより真意性が必要かということです。その点は、労働契約法3条もしくは4条の解釈と関係します。

賃金減額のケースについては、多くの裁判例があります。注目すべきは、ザ・ウインザー・ホテルズインターナショナル事件（札幌地判平23・5・20 労判1031号81頁）で、賃金減額について、合意の認定を慎重に考えています。さらに、11カ月間減額された給料を受領したとしても、合意があったとは言えないということです。職場のリアリティー、実態に合致した議論ですけれども、法理論としては、どの程度説得力があるのかという問題は残っていると思います。

本件に戻りますと、結論は妥当ではないかと思いません。賃金は主要な労働条件ですし、個別合意の認定において慎重な判断が必要だと。そして、真意性については今までいろいろな議論がありましたが、より具体的に、例えば書面化に着目したというのは注目に値すると考えています。

ただ、なぜ書面化の必要性までここで議論したかということですが、本件の事実関係を前提にすると、いわば事例判断だと把握することもできると思います。つまり、本件では、原告が減額に明確に反対していたことを会社が知っていたケースですから、そういうケースにおいては、通常要求されるよりも、より明確な合意が必要になったから、書面化まで要求したという構成が考えられたかもしれない。そういう意味では、書面化というのは、本件との関係の判断だとも言えると思います。

それから、3カ月間の受領という点について、管理職ということからすると、すぐに異議申立てしないのをどう評価するかということが残ります。ただ、その後、退職していますから、3カ月間ぐらいは必ずしも明確な異議申立てをしなくても、同意があったとは言えないのではないかと。そういう判断もあり得ると思っています。

最後に、意思の真意性については、動機の錯誤が争われた富士ゼロックス事件（東京地判平23・3・30 労働判例1028号5頁）や秋田臨港事件（仙台高裁秋田支判平23・7・27 労経速2123号3頁）などがありまして、動機の錯誤のアプローチをどう考えるかというのも注目されます。

和田 一般論として、個別的な労働条件の変更について、シンガー・ソーイング・メシーン事件最高裁判決の判断枠組みに従って処理することは、おそらく判

例法理としても確立していると言っていいと思います。しかし、1つの疑問は、シンガー・ソーイング・メシーン事件というのは、いったん生じた賃金債権を放棄するケースですが、減額事例というのは、将来の賃金債権を放棄するというので、同じように扱っていいのかどうか、もう少し検討してみる必要があるのではないのでしょうか。退職時の合意か、それとも在職時の合意か、といった点の違いもあると思います。

2つ目ですが、本件が書面性ということに言及したのは非常におもしろい。ザ・ウインザー・ホテルズインターナショナル事件では、通常、労務管理に腐心している企業では、必ずといっていいくらい書面を取り交わしているということを書いて、おもしろい判断だと思うのですが、なぜ真意性がイコール書面化なのかということが疑問になります。また、逆に、もし書面を取り交わしてしまうと、その無効を争うのは逆に難しくなってしまうのではないかと思います。

それから、留保しながら、受領していたということですが、8カ月異議なく受領していた点について、黙示の合意を認めている光和商事事件（大阪地判平14・7・19 労判833号22頁）がありますが、2～3カ月だとやはり本件のように黙示の合意があったという判断は難しい、慎重になるべきではないかと思えます。

本件では、錯誤は問題にはなっていないですが、一般的には問題になり得ます。明確に書面化したといたときには、この逆をとって、「書面化しているんだから、真意性があるんじゃないか」と言われたら、そのときには錯誤の問題を出さざるを得なくなる。

*明確性と納得性

道幸 この事件との関係で考えたのですが、どうも真意性というのは2つのレベルがあるのではないのでしょうか。明確な意思であるということと、納得しているということの2つの側面です。明確性については、書面化になると明確だと言やすい。本件場合は、初めは反対していますから、そういう意味では明確化のレベルかなという感じがしています。

一方、明確だけれども、納得していないということがあります。そうになると、説明とかが必要で、つまり減額の必要性があったかどうかという問題になります。本件場合は、むしろ明確性のレベルで書面化を要求したのではないかと。ほかの事件は、むしろ明確さのレベルよりは、納得性の問題で議論しているのでは

ないかと感じました。

和田 書面化された場合、納得して書面化されたと判断されやすくなりますね。

道幸 はい。それは確かに言えますが、例えば合意をとった際に、すぐ書面化したとか、判断機会を与えないとか、説明をしないということもあり、普通は一定の過程を前提として書面化することになりますが、最近、書面化しなければまずいと思っている会社が結構あり、書面化はしているけれども、ちゃんと説得していない、納得していないということがあります。そこで、真意性というのは、2つのレベルで考えたほうがいいのではないかと考えました。

和田 書面化で問題になるのは、本件と少し離れますが、有期雇用が何回も反復更新されているときに、最後の1年だとしてそれ以上は更新しないから、この書面に押印してくれということと説明されて、その場で合意を書面化するケースです。

道幸 近畿コカ・コーラボトリング事件（大阪地判平17・1・13 労判893号150頁）ですか。

和田 ええ。最近、そういうケースが多いですね。

道幸 本田技研事件（東京地判平24・2・17 労経速2140号3頁）もそうですね。

和田 書面化すると合意の成立が認められやすいのかどうかということは、大きな問題になります。説明して、その場ですぐ書面化させた、あるいは猶予期間を与えなかった、熟慮期間を与えなかったということも問題になるかもしれないのですが、書面化するとなかなか反論が難しい。

道幸 そういう意味で、明確性と納得性の2つが真意性のレベルにあるということをはっきり言ったほうがいいのではないのでしょうか。会社にとって書面化するのは簡単なことですから、書面化だけのレベルで判断するのはおかしいのではないかとことです。

和田 去年取り上げた就業規則の不利益変更の事件（協愛事件・大阪高判平22・3・18 労判1015号83頁）でも、その場で書面化してやったものがありましたけれども、ああいうことになってしまいますよね。

道幸 そうです。ただ、真意性というのは、いろいろなレベルでどう考えるかというのをもう少し類型化して議論しなければ、最高裁のいう慎重なレベルだけでは処理できない。

和田 シンガー・ソーイング・メシーン事件等々で言われている労基法24条の賃金全額払いの原則との

関係はどうでしょうか。この判断枠組みが労働条件の変更、つまり将来の賃金の減額の問題にも適用されていますが、既に発生した賃金の放棄の場合、それから賃金減額の場合で、真意性というのは同じ判断枠組みでいいのでしょうか。

道幸 理論的には違うでしょう。24条は減額的な問題について適用の余地があるのか。24条はいったん発生した賃金債権を全部払えという議論ですけれども、減額は賃金債権自体が発生しない状態にするものです。しかし、不利益な変更であるという場合に、24条は直接問題にならないということは言えるのですが、24条的な利害状況は出てくるのかなど。ただ、法的な根拠は何になるのか。放棄の場合、24条がありますけれども、放棄でない場合、24条は全く使えないのか。こうした24条的な問題があるのかということも、1つ言えるのではないのでしょうか。

和田 24条の全額払いの原則の類推適用と、労働条件の不利益変更の2つが絡んでいるということですか。

道幸 条文を出すと24条ぐらいしかないのかなと思いましたが。理論的に言えばはっきり違いますけれども、意思の真意性を問題にするならば、特に最高裁の判決もあり、24条と理論的にも関連づけて議論したほうが、説得力が増すのではないのでしょうか。ただ、正面から論理的に議論されると結構難しい、違うということは認めざるを得ないと思います。

和田 下級審でも多くの裁判例で、シンガー・ソーイング・メシーンの判断枠組みを援用しますが、なぜそれが援用できるのか、説明が必ずしも十分できているわけではないですね。

道幸 そうすると、むしろ契約論でやらなくてはいけませんかね。まだ真意性を前提とした契約論は、必ずしも成功してない、これからの課題ではないかと思えます。

和田 労働条件の個別的な変更事例というのは、最近、裁判例で増えていますね。これは1つの大きな時代の流れで、昨年全事案を見てみると、就業規則の不利益変更の問題よりも、個別変更の事例がむしろ増えてきています。

道幸 事例も多くなったし、裁判例でも争えるようになった。それから真意性を問題にするという方向が出てくると、形式的に合意があったとしても争える。ただ、真意性についての基準は必ずしも明確でないの

で、生の価値判断みたいなものが出てくると困ります。これからは、むしろ、研究者としては、真意性が何なのかというのを本格的に議論する必要があるのではないかと思います。

和田 その点については、私も賛成です。

3. 一時金支給への組合関与——ケーメックス事件（東京地判平 23・8・31 判例 1038 号 68 頁）

— 事案と判旨 —

従業員であり原告組合の組合員である原告らが、主位的に、平成 21 年夏季賞与及び冬季賞与の支払いを、予備的に、本件各賞与の不払いが不法行為に当たると主張して、本件各賞与の額に相当する損害金支払い、また、組合が、本件各賞与に係る団体交渉等における被告の対応は組合の団体交渉権、労働協約締結権、団結権を侵害する不法行為に当たると主張して、損害賠償の支払いを求めた事案である。

原告組合と被告は、個人原告らに係る本件各賞与に関して団体交渉等を行い、賞与支給額について妥結に至り、協定書を締結する段階に及んだ際、協定書の内容とする条項について、組合が、支給対象者、支給金額及び支給日の 3 条項による協定書の締結を提案したのに対し、被告が、以上の 3 条項に加えて本件確認条項（「本協定は、(中略) 団体交渉の議論を経て妥結・合意したものであり、組合・会社は、妥結・合意内容及び本件団体交渉経緯について今後何ら異議を申立てないことを確認する。」）を加えた協定書の締結を求め続けたため、この点について折り合いがつかず、協定書が締結されないまま経過し、被告は、協定書が締結されていないことを理由として、個人原告らに対する本件各賞与を支給していない状態が続いていた。

被告は原告組合との間で本件各賞与の支給額について団体交渉を行う一方、個人原告らから個別に合意を取り付けることは、原告組合に対する支配介入行為に当たるものであり、被告はそのようなことをすることができないと主張した。他方、原告は一時金額等につきすでに個別合意が成立していると主張した。

●判旨

（賞与請求について）請求認容

給与規定において「その支給額は、被告において、会社の業績に応じ、従業員の能力、勤務成績、勤務態度等を人事考課により査定し、その結果を考慮して決定するものであり、以上のほかに賞与に関する定めがないというのである。そうすると、被告の規定においては、賞与支給額は、被告がその業績及び従業員の人事考課等に基づいて決定するものであり、その決定において従業員の合意を求めることその他従業員の関与を経ることは要件となっていない。」

また、「被告と原告組合との間で賞与に関する協定書が締結されて賞与が支給されたことがあるが、協定書の締結は上

記の趣旨のものと解されるのであり、協定書の締結自体が賞与の支給要件になっていたあるいは支給の前提になっていたものと解することはできない。」さらに、「原告組合と団体交渉等をしている最中に原告組合を飛び越えて直接個人原告らに上記合意を求めるのは、原告組合の運営への支配介入に当たり得る場合があるといえる。しかし、個人原告らが被告から通知された本件各賞与の支給額を承諾することについては原告組合も了承しており、原告組合が個人原告らに代わって上記承諾の通知をし、本件各賞与の支給を求めているのであるから、本件における事実関係は、被告が主張するような事態が生じ得るものではない。」

（団交態様の違法性）請求棄却

「原告組合が本件確認条項を容認できないとする理由は、本件確認条項は、別件都労委命令（ただし、別件中労委命令平成 22・6・2 別冊中央労働時報 1420 号 772 頁により変更されている。）を無意味なものにし、原告組合が不当労働行為救済申立てをすることを不可能にする不合理なものであるというものである。これに対し、被告が本件確認条項を加えた協定書の締結を求める理由は、労働組合との交渉事項が合意妥結し、労働協約に当たる協定書の締結をする場合、合意妥結した事項というのは解決済みの事項であるから、今後同じ内容の紛争を蒸し返されることを防止するために本件確認条項のような条項を定めることは欠かせないというものである。」そうすると、被告が上記のような態度をとることは、その立場を踏まえれば直ちに不当、違法とはいえない。

「被告が個人原告らに対して本件各賞与を支給しない状態を続けていることは、問題がある態度といわざるを得ないが、当該態度の問題性は、直接的には個人原告らに対するものであり、このことだけをもって原告組合に対する違法な行為と捉え、そのように評価するのは相当ではない。」

道幸 ケーメックス事件は、一時金請求権の問題と、団交拒否が不法行為に当たるかという問題の 2 つが争われています。一時金、ここでは賞与という言葉を使っているのですが、賞与請求権については、就業規則等の解釈で、使用者が一方的に決められるというニュアンスで議論しています。もう 1 つの団交態様の違法性について、重要なことを言っています。団交、つまり交渉の仕方によって賞与を支給しないという状態を続けていることは問題があると言いながらも、当該態様の問題性は労働者に関するものだということで、原告組合に対する違法な行為ととらえないという、独自の判断をしています。

まず、事実関係上の特徴としては、使用者が確認条項の締結に固執して、その結果、協約が締結されないで、組合員に賞与が支給されていないことがあります。それから賞与支給について、個別組合員の同意が

問題になっていることです。これは併存組合の事件ではありませんけれども、差し違え条件を受諾しないことを理由とする不支給という点では、不誠実交渉もしくは不当労働行為事件と同様な事件だと思います。

理論的には、協約と個別合意、就業規則の関係がどうかということですが、本判決は、集団法的な視点を入れなくて、あくまでも給与規程の解釈を通じて支給額が確定し、さらに、組合員も賞与の支給を求めているということで、請求権ありという判断がなされています。

ただ、これは使用者がそう言っているのですが、協約未締結をどう考えるかというのは残されています。

不当労働行為との関係では、未締結段階での組合員への支給が支配介入になるかがより一般的な論点です。関連する裁判例もありますけれども、本件では、組合が支給に賛成していたということもあって、ほとんど問題になっていません。組合が反対していたら、不当労働行為法上はデリケートな問題になったのではないのでしょうか。

団交態様との関係では、見解の違いから協約が締結されておらず、賞与の不支給は、直接的には個人原告らに関する事だという判断を示して違法でないとしていますが、これは説得力がありません。特に一連の交渉過程を踏まえると、賞与不支給というのは団交態様と連動していますから、むしろ違法だと言えます。

ただ、こういう不誠実な交渉について、司法救済がどうあるべきなのかという点は残されていると思います。

全体として、本件では、理論的な興味よりも、私としては、集団法的な事件を裁判所が取り上げると、こういう形で処理するのかなど。司法救済と行政救済のアプローチの違いがはっきり出た事件として興味深いと考えています。

和田 この事件は、賞与について団体交渉の要求をして、一方で、誠実交渉義務違反として不当労働行為の救済申立て、他方で、組合員に対する一時金請求をするという2つの戦術をとっていますが、こういうのは矛盾しないのか。あるいは、1つの戦術としてよくあるのでしょうか。

道幸 よくあるのは、本件もそうですけれども、ある時期になると、非組合員と別組合に賞与が支給されます。筋を通すとすると、組合としては支給を要求しないほうがいいのですが、やはり現金支給されると弱い。したがって、仮払いですね。仮払いとして要求し

て、その後の交渉は留保するということですがけれども、実際、払われてしまうと、その後の団交はほとんどされませんから、労働組合としては難しいところでしょうね。

*賞与支給のルール

和田 確認書とか承諾書の提出というのは、本件の場合、別に支払要件になっていないですよ。なぜ使用者はそれに固執したのでしょうか。

道幸 それは、よくわからなかったのですが、あり得るとしたら、賞与額について個人の不満みたいなものが出てきて、それで会社が困ったのかなと。つまり、賞与額を決めたけれども、特定の人がその額について不満だと言い、賞与額についてはあらかじめ確認しない限り支給しないといった形で、紛争が生じた事例かなと感じました。事実関係のところ、賞与額について特定の人が反対したことが書いてあります。そういう前例がない限り、本来は確認なんて要らないことですから、ちょっと理解できない。

和田 本件の場合は、団体交渉で合意しないと支給額が決まらないという法規制にはなっていません。就業規則上は、使用者が一方的に額や支給時期が決められる。従来もそうしてきたということですから、本件の場合、使用者の反論が非常に難しい。

道幸 だから、使用者は、不当労働行為の原則論で反論しているだけです。先ほども言いましたが、組合が支給に反対ということになれば、非常にデリケートな問題が生じます。組合が反対したら払わないということになると、不当労働行為制度上は好ましいけれども、個々の組合員の賞与請求権を阻害する側面が出てきて、そうなる難しい問題が出てくると思います。

和田 この会社の賞与支給のルール、組合との関係でどういうふう交渉するか、そういうルールがきちんとしていないところに出てきている紛争だという感じがします。

道幸 そのとおりでしょうね。ですから、個別合意のレベルと協約との連動がはっきりしていない。

和田 「以上の認定事実によれば、被告の個人原告らに対する本件各賞与支給債務は、被告がそれぞれ通知した賞与支給額を支給する債務として確定しており、原告組合を通じて行った個人原告らの通知された賞与支給額を承諾する旨の通知がされてから2週間を経過した同年2月18日には、その支払手続をするた

めの相当期間が経過しているものと認められる」というのも、事実の問題なのか、この裁判所の解釈の問題なのか、明確ではないです。

道幸 支給日が確定してないから、債権は確定しない。おそらくそういう構成で具体的な請求権があると言えるかどうかということですが、契約論ではそういうケースがあり得るでしょうし、また、組合の同意との関連で、代理して同意できるのかとか、いろいろな問題があります。本件の場合、組合も本人も支給を要求しているから問題が生じないのかなという感じはしています。おそらく理論的に、不当労働行為法上はとて多くの問題があるのでしょうか。

和田 労働委員会にこの事案が申し立てられていますけれども、どういうふうに救済するのですか。

道幸 それは団交拒否の問題ですからね。中労委命令も出ていますし、取消訴訟で東京高裁までいっています。団交態様の違法性で、都労委命令、中労委命令と若干変更されているんですけども、これの取消訴訟でも不当労働行為は認められました（東京地判平23・9・29別冊中時1418号29頁、東京高判平24・2・15中労時1148号44頁）。

和田 理論的にはすっきりしないですね。結論としてはこうなるのかなという感じはするのですが、個別紛争と集団紛争が微妙にまじり合ったような事例です。

*司法救済の限界

道幸 ただ、団交拒否が違法でないという判断は少しおかしいと思います。団交というのは、組合との関係ですが、いわば人質にされているのは、組合員です。個別組合員の問題、賞与不支給なんてあまり考えなくてもいいといったことが書いてありますから、これはやはり問題です。

団交拒否だけではなくて、支配介入的な側面も考えると、違法性というのは認められやすいと思いますけれども、司法救済をする場合は、どうも団交権の主体は組合だから、組合の利益ということしか考えない。組合運動とか、不誠実交渉が職場において、もしくは組合員にどういうインパクトを与えているとか、そういう視点がありませんという点ではちょっと疑問です。司法救済の限界といえればそれまでですけども、そういう意味では、司法救済と行政救済を考える上では、この事件は重要だと思えますね。

和田 そうですね。「本件確認条項が別件都労委命

令の結果まで無意味にするものではない」ということも言っています。

道幸 不誠実交渉について損害賠償を認めている例もあります。拒否類型だけでなくね。

4. 労働時間の算定、賃確法6条1項の適用の可否、付加金制度——十象舎事件（東京地判平23・9・9労判1038号53頁）

事案と判旨

出版社で編集や執筆の業務に従事していたXが、自ら手帳に記録し、またワープロソフトに記録していた時間に基づき労働時間を算定し、時間外労働の割増賃金を請求した。被告会社Yでは、裁量労働制やフレックスタイム制は採られていないが、勤務時間の管理もしていない。論点は、(ア)原告労働者が記録した資料等の証拠価値如何、(イ)それによって算定した時間のうち、どこまでが労基法の労働時間なのか、(ウ)賃金支払確保法6条1項の適用の可否、(エ)付加金の額、である。

●判旨 請求一部認容。

(ア)Xの提出した記録に証拠価値を認める。(イ)労務提供の内容、締め切り(拘束性)の有無、使用者の許可あるいは黙認の有無から労働時間性を判断。(ウ)法6条2項に関する、法施行規則6条4号に定める「支払が遅滞している賃金の全部又は一部の存否に係る事項に関し、合理的な理由により、裁判所又は労働委員会で争っていること」の解釈として、「確実かつ合理的な根拠資料が存する場合だけでなく、必ずしも合理的な理由がないとはいえない理由に基づき賃金の全部又は一部の存否を争っている場合」も「合理的な理由」に該当するが、本件はこれに当たる。(エ)割増賃金の不払いが労基法の趣旨に反すること、相当部分について和解勧告に応じることを約したことを考慮して30万円について認容。

和田 この事件ですが、出版・企画を行っている従業員30人以上の会社で、就業規則をつくってない。社長が独特のパーソナリティーなんのでしょうか、「この業界は労働時間管理を厳格にやるようなものではない」ということを言っています。その会社で、自分のメモに従って労働時間を算定し、割増賃金を請求した事件です。

自分のメモに基づいて労働時間の算定をする事件は、これまでもたくさんあるものですから、その点で、本件は特殊だということではありません。従来の裁判例の延長線上にある事件だと言えます。

次に、その中で労基法上の労働時間性について、最高裁判決を援用しながら判断をしているのですが、判断要素の1, 2, 3という独特の枠組みをつくっています。最高裁の判例をこういうふうにとまめること自体、あながち不当ではないと思うのですが、特徴的だと思います。

その中で、特に時間帯Cである午前0時から午前6時までの時間帯について、1～2時間は残業が続いていたけれども、午前2時以降については、疲れていてあまり仕事にならないから、労働時間性は認められないとしています。これは一種の創造的な解釈なのでしょう。

また、休憩時間については1時間となっていたのですが、その中で30分だけ休憩時間だと認定しています。この点は間違っているのかということ、なかなかそうは言い切れないんですけども、おもしろい判断をしていると言えます。

時間当たり賃金の計算のところで、保険手当を割増賃金の基礎となる賃金に算入していないのですが、これはどう考えても労基法の37条や施行規則21条に該当しない保険手当を控除したということで問題です。

一番大きな問題は、遅延利息についてです。賃確法6条2項の適用について、結果的に否定しているのですが、退職した後に未払賃金がある場合には、これまでの裁判例を見ると、ほとんど賃確法の14.8%の遅延利息を認めています。本件は裁判で争っているのですが、賃確法6条2項、あるいは同法施行規則6条でいう「合理的な理由」がないわけではないと言い切っているところが特徴です。果たしてそういいいいのか。従来の裁判例から見ると、やはり問題が多いのではないかと思います。

最後に、付加金の支払いについて、労基法114条は、未払賃金と同額の付加金の支払いを命ずることができると書いてあるにもかかわらず、本件の場合、約半額しか付加金の支払いを命じていません。どうも最近の裁判例では、結構こういうのが多くて、全額認めたと、認めなかったものが大体半々ぐらいの傾向にあります。これが果たして妥当なのか、付加金というのはそういうものなのかということも問題になってくるのではないかと思います（なお、同事件に関する和田氏の評釈として、名古屋大学法政論集246号195頁以下も参照）。

*付加金の額

道幸 Cの時間帯の労働時間について、一般的な議論として労働時間と認めるかどうかとか、労働時間の算定ではなくて、労働時間論みたいなのでは判断するというのは、裁判所の仕事ではないのではないか。全体的に、調整的な議論をしているのではないかという感じはします。

それから、賃確法との関係ですが、ほかの裁判例では、やはり「合理的な理由」はなかなか認めていません。経営的に払えないとか、だれが見てもやむを得ない事由が典型ですから、それに見合う理由があったかということ、ただ争っているからというのは理由にはならないのではないかということで疑問です。

付加金については、いろいろなケースがあって、割合的なケースもありますし、どうも基準がはっきりしないと感じています。ある弁護士に聞きますと、付加金は非常に便利でいいと。つまり、特に賃金未払い、時間外労働で割増賃金を争っているケースでは、付加金を請求すると書くだけでよく、理由は要らない。そして、場合によれば、事実上、請求額の2倍の支払いが認められるという点で、付加金請求は便利だという議論があります。ただ、実際にどういふ基準で裁判所が判断しているかというのは、説明しているケースもないわけではありませんけれども、全体的によくわからない。研究もされてない。重要なのに、研究されていない領域ではないかなと感じています。

和田 私も、労基法114条の条文と照らしたら、裁量があるとはどうしても読めない。未払賃金と同額の付加金の支払いを命ずることができるわけですから。でも、裁判実務では、民事的な制裁と考えて、違法性とか額とか、いろいろな要素から判断しています。場合によっては、非常に悪質だからということで、全額の支払いを命じている。本件の場合には、和解で払うことを約束しているからということで減額をしている。そういう意味では、理由が書いてあるとは考えられますが、裁判所の裁量でいいのかどうか、疑問もある。付加金というのはどういう性格のものなのかをよくよく考えてみると、研究がないんですね。付加金の支払いを命じた事件はすごく多いのですが。

道幸 これはある程度まとまって、判例の傾向等がどうなっているかとか、研究する必要がある課題だと思います。

*遅延利息を認めない「合理的な理由」

和田 普通の貸金債権ですと、遅延利息が6%です。それが貸確法だと14.6%です。ものすごい率になるのですが、なぜこういう高額な利息になったのかよくわからない。結局、退職してしまえば、商事利息ではなくて、貸確法の利息で請求できるということは確かです。

道幸 おそらく未払状態をつくったというか、会社のせいで貸金不払いとなったんだということで、会社の責任は非常に重いという前提があるのだと思います。しかし、破産とか何か要件が必要なんでしょう？経営が悪化してやめざるを得ないというケースとか。

和田 未払貸金の立て替え払いと異なって、事業主が破産手続開始の決定を受けても、貸確法7条とか施行規則2条の事情があることは必要とされていません。退職して、未払貸金があったら14.6%の利率で常に請求できます。

道幸 自主退職の場合もそうだといいこと？ すぐ払いなさいということ？

和田 そういうことです。さすがにその日のうちに払わなくてはいけないというのではなくて、例えば貸金支払日が退職より後に来たとき、それはいいと書いてあります。しかし、本件のような場合、割増貸金ですから、使用者として払ったつもりになっていたのが、あるいは払わなくてもいいと考えていたのが、ある日突然退職したことによって利率が14.6%になる。これは、使いようによっては非常に労働者にとってはいい利率です。

道幸 退職ということになるから、リスクがあるだけでね。

和田 でも、なぜ14.6%になったのか。法律ができたのはだいぶ前で、石油ショックの後です。

道幸 景気があまりよくないときですが、今のよう
に低金利の時代でないことは確かですね。利率で、サラ金並みだね。

和田 適用されない例外が定められていますが、本件のように、「裁判で争っていればいい」と解釈するのは、間違っていると思います。

道幸 退職金も含むのでしょうか。

和田 退職金は含まないです。

道幸 そうすると、やはり働いていながら貸金を払ってないことに対するサンクションということですか。

ね。解雇されても未払部分は請求できるのでしょうか。

和田 できます。その場合には、自分で解雇を承認して争わないといけませんが。

道幸 例えば解雇される前に6カ月間未払いがある。そっちは請求できるでしょう。これは解雇違法でも解雇無効でも同じですよ。未払いには大きなサンクションがあるんだということは、確かにあまり一般化されていない。

和田 おそらく、貸金で労働者は生活しているのだから、きちんと払わないということは大きな責任の問題だと考えて14.6%にしたのではないかと思います。当時は石油ショックの後で、結構そういう事件が多かったのではないのでしょうか。

例えば管理職として扱っていただけども、実は労基法41条2号に該当しない。その人が退職してから過去のを請求したら、14.6%の利率で請求できる。

道幸 確かにそうだと、未払いといっても、確定した基本給みたいなものの未払いと、いまおっしゃったようなものとの評価が違うのはわかりますが、支払わないことの合理的な理由とそれを結びつけるのはどうかというのも問題ですね。でも、そういうケースが増えてくると、本判決のように、これは合理的な理由があるんだという議論が出てくるかもしれません。例えば管理職だと思ったことについて過失がなかったとか。

和田 それは法の不知ですからね。法の解釈だから、抗弁には多分ならないのではないかと思います。

道幸 ただ、労働者もはっきりわかるし、使用者も自分が払っていないというのを明確にしている基本給部分とは違いますよね。割増賃金を払わないというのは24条違反でもあるんでしょう？

和田 本件の場合には確定していますから、改めて請求はできないのですが、今の点は非常に大きな問題になってきます。なぜ14.6%を認めなかったのかという点が。原告は、未払賃金は155万円で、利息を年14.6%の割合で払えと請求している。

道幸 やはり未払賃金で、割増分については労働時間のいろいろな問題があって、解釈の余地があるからということなのでしょう。つまり、裁判官の立場からいえば、酷じゃないかという。

和田 そういう配慮が働いているのかもしれない。条件が限定列挙されていますからね。

道幸 それだけ理由があると。ともかく、解釈の余

地があることならば払わなくてもいいとなる。そうすると、原則との関係では問題が残る。

和田 そういうことですね。割増賃金だからいいというのは、よほどの積極的な理由づけをしないと難しいと思います。理由を述べて賃確法が適用されないとしたのは、本件だけです。この点はあまり今まで議論されなかった問題ですね。

14.6%で請求している事件は、たくさんあります。大体の弁護士は、知っていて、14.6%を普通に請求しています。

道幸 さらに付加金も請求しているわけでしょう。

和田 付加金も請求しています。割増賃金の問題というのは、非常に大きな額の訴訟になる。

道幸 そうですね。労働時間性について、今は比較的広く認めているから、割増賃金も認められやすいし、こういうサンクションもあるんだということになると、時間外労働を制約する点では重要な判決と言えます。ただ、システム全体としてどう考えるかという問題は残っているんですけども。

5. 大学におけるハラスメント・教員懲戒処分——国立大学 Y 大学事件（札幌地判平 22・11・12 労判 1023 号 43 頁，札幌高判平 24・3・16 TKC 法律情報データベース）

— 事案と判旨 —

大学教員 X（原告・被控訴人）らが学生に対して、(ア) 自ら研究代表を務める研究プロジェクトへの参加を半ば強制したこと（深夜に及ぶ、あるいは試験前の拘束）により学生の勉学を阻害したこと、(イ) 学生に対してマインドコントロールし、その人格を著しく侵害したこと、(ウ) その結果、複数の学生が一時不登校状態に至ったこと、(エ) 事態が悪化した後も不当な学生指導を続行したこと、等を理由としてなされた論旨解雇、退職届未提出を理由としてなされた懲戒解雇（本件懲戒処分）の有効性が争われた。

原審は、X らの行為には「懲戒事由に該当する行為があるが、その行為の性質及びその後の X の対応に鑑みると、それ自体が直ちに論旨解雇又は懲戒解雇に相当するような重大な非違行為であるとまではいえ」ないとして、本件懲戒処分を無効と判示した。Y が控訴。

●判旨 控訴棄却。

被告 Y の職員である原告 X は、「ハラスメントが学生の修学環境を悪化させ、学生の名誉、尊厳を傷つける行為であることを認識し、これを行ってはならず、またその防止に努めなければならないとされ（本件就業規則 37 条 1 項）」、また、

Y の指針では、「ハラスメントになり得る言動として、学習・研究活動妨害行為、精神的虐待・誹謗・中傷・暴力行為、不適切な環境下での指導の強制、権力の濫用行為などが具体的に列挙されているところ……、X の上記行為は、本件指針が例示する学習・研究活動妨害行為、不適切な環境下での指導の強制にそれぞれ該当し、本件指針に従った人権侵害の防止を規定した本件人権侵害防止規則 6 条に反するとともに、職員のハラスメントの防止を規定した本件就業規則 37 条 1 項にも反することになる。「大学教員が学生にハラスメントを行うことは、大学の信用を傷つけ、大学の利益を害し、かつ、職員全体の不名誉となる行為といえるから、本件就業規則 33 条 2 号に反するとともに、大学の利益との相反行為であるといえるから本件就業規則 31 条 2 項にも反することになる。」

(ア) について、参加が半ば強制で、長時間拘束するなど「不当な学生指導を行って学生の勉学を阻害した上」、「有効な改善策を講じなかった」と判断。(エ) についてもその事実を認定。(イ)、(ウ) については、その事実は認められないと判断。しかし、X らの行為について、「動機の点で汲むべき点や酌量の余地があり、その態様が悪質きわまるというものではない」といこと、X らには「過去に非違行為を起こした前歴はないこと」、セクハラで免職事由とされているような重篤な事態は発生していないこと、等から、「減給又は停職というより軽い懲戒処分を検討することなく、退職届を提出しなければ懲戒解雇処分を行うことが予定されているところの二番目に重い懲戒処分としての『論旨解雇』処分を選択したことは、処分の相当性についての判断を誤ったものであり」と判示。

和田 この事件は、教員が自分の研究のために学生を動員して、そのうちの何人かの学生が授業に出られなくなり、精神的に傷つけられたということで、大学がこの教員を懲戒解雇した事件です。一審判決は、懲戒事由に該当する行為の存在を認めましたが、懲戒解雇に相当する重大な非違行為ではないとして、懲戒処分を無効としました。高裁判決も、事実認定の点が少し一審とは違うのですが、論旨解雇を無効としました。最近、大学でもアカデミック・ハラスメントのガイドライン等ができてきていますが、この大学でもやはりアカデミック・ハラスメントの基準ができていて、それに照らして本件がそれに当たるかどうかということを判断しています。

セクシュアル・ハラスメントについては、均等法の定義あるいは判例の蓄積があって、かなり明らかになってきていますが、アカデミック・ハラスメントについては、定義とか判断基準が難しいということが特徴として言えます。というのは、セクシュアル・ハラ

メントは、被害者が被害をこうむったという点を重要視し、してはいけない行為というのがかなり明確化されています。しかし、アカデミック・ハラスメントの場合には、どこまでが教育、研究上の措置なのか、どこからそれを超えるのかということが、なかなか一義的には決まらない。そのことが本件でもおそらく裁判の中で問題になったのではないかと思います。

アカデミック・ハラスメントについて、懲戒処分が裁判では認められなかった事例が結構ありますが、これは大学の審査、懲戒処分のための事実調査が雑だったのか、それとも裁判官があまりアカデミック・ハラスメントを十分理解していないのかということで、少し疑問を持ちました。

これと同じようなことがセクシュアル・ハラスメントにも言えるんですが、実はセクシュアル・ハラスメントの存在を認めながら、出勤停止（通常6カ月ぐらい）を無効と判断する事例が幾つか出ています。

アカデミック・ハラスメントにつきましては、昨年、国立R大学事件（金沢地判平23・1・25 労判1026号116頁）判決が出されています。この事件では、大学が主張した教員の学生指導上のアカデミック・ハラスメントの存在について、事実を一部しか認定せず、6カ月の出勤停止処分を無効と判断しています。

Y大学事件もR大学事件も共通しているのは、当該教員が、大学が行った事実調査に依拠していないという点です。そういう場合の事実認定について、どうしたらいいかということ、こういう判決は問題提起しているのではないかと思います。

本判決では、学生が精神的な被害を受けて、不登校や転校をしているという事実が出てくるにもかかわらず、この点を十分に高裁判決が認定しなかったという点で疑問がありますけれども、それ以外の点、事実認定については、おそらく問題はないだろうと思います。

次の論点としては、処分の妥当性の問題ですが、私自身も本件の論旨解雇はおそらく重すぎて、量刑のバランスからいったら、懲戒権の濫用になるという結論には賛成です。大学はハラスメントに対して、概して重い処分を科す傾向があります。セクシュアル・ハラスメントでは6カ月ぐらいの懲戒処分を重すぎて無効になると判断している事例がたくさんあります。

国立Q大学事件（大阪地判平23・9・15 労判1039号73頁）では、教員の学生に対するセクハラ的事实を認め、就業規則の懲戒処分手由に当たるとして、停

職処分が相当だとしながら、前に処分歴がなかったこととか、あるいはこの事件が週刊誌に公表されて8年半経過したということ、あるいは、停職期間は3カ月程度にとどめるべきで、6カ月は長すぎるという判断をしています。

こういうことから考えると、民間企業と同じような判断基準でハラスメントについての懲戒処分を扱っているのではないかと思います。大学自身が処分の量刑を考えるときには、それなりに慎重にしなければいけないということ、この判決は示唆しているのではないのでしょうか。

*ハラスメントと大学の特殊性

道幸 Y大学もR大学も研究方針一般ではなくて、むしろ研究補助のあり方をめぐるトラブルと言えます。そういう意味では、研究補助のあり方について一定の強制力は必要でしょうけれども、やりすぎたら困る。その点ではパワハラ事件と類似していると思います。

理論的には、調査手続や処分手続への協力のあり方、それから面談記録を使った立証のあり方が問われているのではないのでしょうか。

特に私が興味を持ったことですが、R大学事件では面談記録を評価しているんですけども、ただ、面談記録というのは、処分というよりは、事実関係を明らかにするための記録ですので、それをそのまま使うというのは立証上問題があります。他方、反対尋問を経ていないから、新たに学生を呼んでいろいろ調査することも難しい。そういう意味では、アカハラ事件というのは、事実関係を裁判所が新規にいろいろ調べるのが難しいのではないかと感じています。

それから、処分の程度とか非違行為の判断の場合、このR大学事件のほうは、具体的な心身に対する、つまりうつになったとか、そういうことを重視しています。メンタルの問題が出てくる、あるいは、出てこない場合のハラスメントの違法性の程度をどう考えるかというのが問題になっています。

それから、調査協力義務ですが、「教師だから協力しなくてはならない」というのは結構難しい問題ではないのでしょうか。

また、処分の問題で処分権の濫用とされる、Y大学事件の問題ですけれども、大学の先生に対する労務管理というのは結構難しい。民間ならば、日常的ない

ろいろな問題があった場合に、小出しの処分に対処して、教育的な指導をしながらやっていきますから、突然の処分が重すぎるという議論はしやすい。けれども、大学の先生で、かつアカハラ絡みの処分では、ある程度まとまった行為があった場合に一挙に処分する形になり、その処分が民間的なレベルで言えば重くなるのではないかと。では、民間的に小出しの処分をすることができるのかというと難しい。これは濫用性判断の際に考慮すべき、やや特殊な問題ではないかと感じました。

和田 Y大学も、処分の対象となっている教員の何人かが聴取に応じていない。それにもかかわらず、ある程度、大学として認定しなくてはいけないのですが、後でそのことはどう影響してくるのでしょうか。いろいろな理由を挙げて教師は拒否していますが、こう言ったら少し語弊がありますが、出ていきたくないという印象が非常に強い。

道幸 調査手続に公平さを欠くという理由づけを挙げるのではないかと思います。調査協力義務というのが富士重工の最高裁判決（最三小判昭52・12・13民集31巻7号1037頁）であったように、アカデミック・ハラスメントについて問題が生じた場合、加害者として自分の人権を主張するだけではなくて、教師として一定の対応をする法的な義務というのがある。どうしても裁判官の立場から言えば、「それで教師をするのはけしからん」という心証を持つのではないかと思います。おそらく大学当局でもそういう心証を得るのではないのでしょうか。その点では、普通の民間会社の処分の問題とは若干違う感じがしています。

和田 大学の先生というのは個性があるから難しいですよ。

道幸 ただ、やっているのは教育絡みの問題です。全く個人的な非違行為を理由とする処分の問題の場合に、一種の協力義務みたいなものがあるのかどうかは疑問です。

和田 懲戒処分するときの公正手続の中に、被処分者の意見を聴くことは必ず出てきます。拒否していて、どうしても出てこないというときには、仕方がないとなるのですが、そういったときに、事実の認定として正確さを欠くケースがある。認定ができないことで処分しなくなるというのは、逆にまずいですよね。

道幸 出てこないということはある程度、心証上、被処分者との関係で不利に取り扱う、もしくは協力し

ないこと自体が処分事由になるという問題はあると思いますね。

和田 先ほど道幸先生もおっしゃったのですが、民間企業だったら、もう少し軽い段階でいろいろな注意処分なるものを積み重ねていきますけれども、大学というのは、それが結構難しい。だから、ある程度、事件として出てきた段階では、被害が重篤になって、被害者も学校へ出てこないとか、精神的に非常に大きなダメージを受けたからということで処分になってくる。やはり6カ月という処分は重いでしょうか。

道幸 6カ月ぐらひはデリケートだという感じはします。ただ、日常的に労務管理ができる職種ではないから、ある程度、まとまってやらざるを得ないということで、やや象徴的、もしくは見せしめ的な処分に出てくるのではないのでしょうか。

だから、普通の労働者の処分とは違う感じはします。ただ、処分につき、どの程度が濫用かという基準は難しいのではないのでしょうか。懲戒権の目的として、教育的な目的というのがあります。軽い処分からやるというのは一種の教育的な目的で、本人に対する一種の更生的な手続だってあるのですが、本件では更生的、教育的という機能はなくて、純粋に処分するという感じがしています。

和田 東北大学事件（東京地判平22・12・17TKC法律情報データベース）は、セクシュアル・ハラスメントですが、論旨解雇で退職願を出さなかったものですから、その後、引き続いて懲戒解雇したことを有効と判断しています。ですから、一般的に大学の処分に対して重すぎると判断をしているかということ、必ずしもそうではない。しかし、Q大学事件を見ると、やはり6カ月という処分に対しては、どうも裁判官は非常に重すぎると考えているみたいです。

道幸 ちょうど行政処分と同じように、大学というある種自主的な団体の処分権について、ある程度の裁量がある、会社よりはあるという議論、そういう可能性はないのでしょうか。一種の知的共同体の世界で、会社という市民社会的なレベルの団体と違って、解雇は制限されてもいいと思いますが、大学が教師に対する処分、例えば学生に対する処分も同じですけれども、普通の労使関係上の懲戒処分と同じなのかどうか。ある種の部分社会論的な議論をすると、6カ月ではなくて3カ月でいいとか、そういうことを裁判所が言うべきことではないのかなという感じもします。

和田 そうですね。公務員の場合と違って、大学は、裁量権があるとまでは言い切れないでしょうけれども、何カ月が妥当かというのは難しいです。

道幸 おそらくセクハラ、アカハラもそうですが、大学院生とか生徒に対する影響があります。本人、つまり加害教員だけの問題ではなくて、学校の一種の教育秩序みたいなものをどう考えるのか。職場秩序とは異なるそういう点からも、視点が若干違う。処分権の濫用性判断の基準も違っていいのかなと思います。その点、Y大学事件の札幌高裁判決では、通常の行政処分と同じ形で処分権の濫用みたいな議論をして、それはそれとして妙に説得性があるけれども、それでいいのかなと。ただ、この事件の解雇はちょっと重すぎる感じがします。

和田 かなり強い指導などをしていて、指導が行き過ぎている面はありますが、濫用していると言えらるかどうかというのは難しい。セクシュアル・ハラスメントの場合には、絶対やってはいけない行為内容や範囲が決まっていますが、例えば非常に強い指導をして、学生が登校しなくなったときに処分できるかといったら、必ずしもそれだけではできない。

道幸 ゼミで強い指導して、明日の朝までにレポートを書いてこいと言って、場合によれば、徹夜でしなくてはだめだ。毎回やるとちょっと問題かもしれないけれども、それで問題となると難しいかな。

和田 そこがセクハラとアカハラの大きな違いです。

道幸 違いですよ。

*教員の就労請求権

和田 大学の処分は、本件の場合もそうですが、授業を外すとか、担当を外すとか、教授会の出席を停止するとか、そういう処分の場合には、就労請求権の問題が出てきます。ハラスメントをしている人に教育させられるかという問題もあるのですが、6カ月というのはおそらく1セメスターを考慮して、その期間は教育に従事させないということなんでしょうけれども、就労請求権の側面から、そういう措置について無効だという判断をする裁判例もあります。

道幸 つまり処分自体は有効だけれども、そういうことをやるのはだめだと。

和田 そうです。懲戒処分ではなくて、プラス会議に出させないとか、授業の担当を外すといった事案で、この措置を無効とするとなると、結果的に就労請

求権を認めた判断になってきます。兵庫医科大学事件（大阪高判平22・12・17労判1024号37頁）ですが、懲戒処分事案ではないですが、医師の担当を外すということになると、医師については、実際、診療業務に従事しないと力が非常に落ちるものですから、就労請求権を認めました。

道幸 処分権の濫用があればいいですが、処分は有効だけれども、それを前提としているいろいろな措置自体が許されないということは、むしろ難しいのではないかと思います。ですから、処分というのは全部含むのではないのでしょうか。例えば処分は有効だけれども、研究室が使えるとか、そういうのはあまりないのではないかと思います。

おそらくやるとすると、処分期間中は全部出てくるなということと言えるし、処分期間が終わったら、プラスアルファで例えば教授会の出席だけ認めないというならば、特別な理由が必要とされるのではないかと思います。ただ、当該処分がそれこそ無効になった場合でも、具体的な効果として、任意の履行に期待する仮処分的な問題で、強制の仕方はせいぜい損害賠償だけです。具体的な就労請求権みたいなのが出てくるわけではないから。

和田 教育だけ担当を外すなんていう処分はできないですか。

道幸 それはあると思います。

和田 停職処分ではなくて、学校に出てきて給料を払うけれども、授業をさせないとか、ゼミをさせない。

道幸 だから、セクハラなどは、場合によれば、その生徒に教えるとか、ゼミ単位でそういうことをやったら、ゼミをするとか、そういうのはあり得るのではないのでしょうか。

和田 それはどういう根拠に基づいてできるんですか。懲戒処分ではないですよ。その先生の教育権を一時的に停止することになる。

道幸 そうですね。そういう緊急避難的な措置みたいなものはあるのではないかと思います。

和田 懲戒処分とは違う教育研究上の措置ですか。

道幸 例えば教育の仕方でもパワハラ的な授業をしているという先生がいたら、一種の差し止めのことになる。その授業をやめなさいということで、処分は次の問題になる。それはあり得るのではないかと思います。民間企業で言うと、出勤停止と同じように、処分ではなくて自宅待機とか。だから、労務提供の態様につ

いて、ある部分についてチェックするという点では部分的自宅待機みたいなもので、それは業務上、必要があればできるのではないかと思います。

和田 給料の支払いを伴わない自宅待機。

道幸 業務命令としてそれをやっているんだから、給料はカットできないのでは。ただ、対抗して教育権とか研究する権利というのは、一般の労働者にはない。だから、労働者の場合は抽象的な就労請求権になるんでしょうけれども、教師の場合は、研究する権利とか教育する権利があるから、対抗原理としては、労働者としては強いということが言えるのではないかと思います。

和田 いずれにしても、アカデミック・ハラスメントというのは新しい現象だから、今後、裁判例が増えてくる可能性があるかもしれない。

道幸 教育、研修をめぐるパワハラは最近すごく多くて、私は『パワハラにならない叱り方——人間関係のワークルール』（旬報社、2010年）という本でそこを問題にしたんですけども、ややアカハラと似ているのではないかと思います。

*パワハラとは

和田 ちょっと話は外れますが、パワー・ハラスメントというのは定義ができるんですか？ 人事権の濫用と何が違うんですか。アカデミック・ハラスメントというのは、それなりに定義ができますよね。

道幸 契約上、会社が持っている人事権というのと、上司が具体的にそれを行使するというのは、違うレベルの問題だとそのとき考えました。人事権行使に基づくいろいろな権限があるけれども、生の人間が具体的に行使する場合は、どこに行ってとか、あることをやりなさいというのは、法形式的には人事権の行使なんだけれども、生の人間のアクションを媒介にする場合、相手の人格を認めるとか、そういう人間関係的な世界に入ってきて、それがうまく機能しないのがパワハラではないかと思っています。だから、人事権とか懲戒権の濫用の問題ではないのではないかと。

和田 例えば同じ部下が2人いて、Aさんには仕事をさせるけど、Bさんには仕事をさせない。あるいはこちらだけ非常におもしろい仕事を与え、こちらにはつまらない仕事を与えるというのは、パワー・ハラスメントですよ。

道幸 差別だろうね。

和田 パワー・ハラスメントというのはいろいろな要素からできるということですよ。差別の問題もあるし、いじめの問題もあるし。

道幸 人格とか名誉を害するアクション、行為ということになれば、差別の側面がないわけではありませんが、そこで発言したり、一番悪いのは暴力を振るったり、そういうときはパワハラという。

和田 パワハラという言葉が流行しているし、皆さん、「それはパワハラだよ」という言い方をするんですが、法律的に見てパワー・ハラスメントという概念が必要なかどうか、私にはよくわからないのです。セクシュアル・ハラスメントというのは独自の概念が必要で、アカデミック・ハラスメントというのもセクシュアル・ハラスメントと違います。だから、おそらく概念が必要なんですけれども、パワー・ハラスメントというのは分解してみると、我々が人事権等でいろいろな問題として議論してきたこと、それをまとめてパワー・ハラスメントと言っているにすぎないのではないかというのが私の疑問です。それを独自に定義する意味とか必要性というのはどこにあるのか。

道幸 おそらくハラスメントという概念自体をどうとらえるかによりますが、ハラスメントというのは、どちらかといえば被害者から見た概念というか、自分が嫌な思いをしたことに着目する点において従来と異なる概念です。そういう意味では、権利義務関係、つまり法律の世界とはちょっと違うレベルの概念ではないかと思っています。

セクハラの場合は別として、パワハラの場合、指揮命令とか、人事権とか、業務命令権とか、そういう世界があるから、当然、上司の言うことに従わなくてはだめだし、一定の嫌なことでも我慢しなさいという形で社会は形成されてきたんだけど、ハラスメント的な視点で、被害者の目から上司を見るとなると、それは自分の人格を侵害しているとなる。そういう意味で、今までと視点が違ってくるのではないか。つまり、業務命令権とか、今までの法律から見ていた人事権とか業務命令権の内容とか、そういうものとちょっと視点が違うのではないかと思っています。

和田 パワー・ハラスメントのことはまた議論しましょう。

6. 労働時間変動と賃金一律支給——テックジャパン事件（最一小判平24・3・8裁時1551号4頁）

— 事案と判旨 —

派遣労働者として就労していた原告が派遣元会社にたいし時間外労働に対する賃金及びこれに係る付加金の支払等を求めた。基本給を月額41万円とした上で、1カ月間の労働時間の合計が180時間を超えた場合にはその超えた時間につき支払うが、月間総労働時間が140時間に満たない場合にはその満たない時間につき控除する旨の約定がされていた。また、就業規則において、労働時間を1日8時間、休日を土曜日、日曜日、国民の祝日、年末年始（12月30日から1月3日まで）その他会社が定める休日と定めている。争点となったのは、180時間以内の時間外労働をした場合の割増賃金請求権の有無である。

原審東京高判平21・3・25は、請求を認めていない。その理由は、「本件雇用契約の条件は、それなりの合理性を有するものというべきであって、上告人の基本給には、月間180時間以内の労働時間中の時間外労働に対する時間外手当が実質的に含まれているということができ、また、上告人の本件雇用契約に至る意思決定過程について検討しても、有利な給与設定であるという合理的な代償措置があることを認識した上で、月間180時間以内の労働時間中の時間外労働に対する時間外手当の請求権をその自由意思により放棄したものとみることができる。」というものだった。

●判旨

以下のように判示して割増賃金の支払いを認めた。

「時間外労働をした場合に、月額41万円の基本給の支払を受けたとしても、その支払によって、月間180時間以内の労働時間中の時間外労働について労働基準法37条1項の規定する割増賃金が支払われたとすることはできないというべきであり、被上告人は、上告人に対し、月間180時間を超える労働時間中の時間外労働のみならず、月間180時間以内の労働時間中の時間外労働についても、月額41万円の基本給とは別に、同項の規定する割増賃金を支払う義務を負うものと解するのが相当である」。

同時に、「労働者による賃金債権の放棄がされたというためには、その旨の意思表示があり、それが当該労働者の自由な意思に基づくものであることが明確でなければならないものと解すべきであるところ、そもそも本件雇用契約の締結の当時又はその後に上告人が時間外手当の請求権を放棄する旨の意思表示をしたことを示す事情の存在がうかがわれないことに加え、上記のとおり、上告人の毎月の時間外労働時間は相当大きく変動し得るのであり、上告人がその時間数をあらかじめ予測することが容易ではないことからすれば、自由な意思に基づく時間外手当の請求権を放棄する旨の意思表示があったとはいえない。

道幸 これは、派遣労働者の事件で、時間外労働に対して未払賃金と付加金の請求をした事件です。41万円の月給で、1カ月の労働時間の合計が180時間を超えた場合は、一定の割増賃金を支払うが、140時間に満たない場合は、一定の賃金を控除する。つまり、140時間から180時間という流動的な労働時間にもかかわらず、同じ賃金を払うという支払形態のもとで働いていた人が、180時間以内の時間外労働、例えば、180時間までの10時間の時間外労働に対して、割増賃金の請求をした事件です。

それに対して、東京高裁は、やや柔軟な賃金の支払方法について、それなりに合理性があることを前提に、さらにもう1つは、本人はそういうことを知っていながら自由な意思で合意した、時間外手当の請求権をその自由意思により放棄したということで請求を認めませんでした。

それに対して最高裁は、時間外労働分については、割増賃金の支払請求権があつて、それは強行法規だから、合意による放棄は認められないとしました。ただ、自由意思に基づくものでなくてはだめだとし、本件の場合、その旨がはっきりしていないので、自由意思に基づく放棄ではないと言っています。では、自由意思に基づく放棄ならばいいのかという問題は残ります。

コメントしますと、本件は特殊な賃金の支払いの方法であつて、140時間以上、法定労働時間までは、場合によれば労働者に有利な側面というものはある。仕事自体が流動的なので、仕事量が場合によれば減っても、一定の賃金が支給されるという点では合理的な側面があると思います。

しかし、割増賃金、つまり時間外労働をしても180時間までは割増賃金を払わないという点では、最高裁の判決、小里機材事件（最一小判昭63・7・14労判523号6頁）、高知県観光事件（最二小判平6・6・13労判653号12頁）に違反しているということで、本判決は、今までの判決を踏襲したものと言えます。

ただ、本件合意については、放棄が許される場合があるという判断がなされていますけれども、これは真意があつたとしても、放棄は許されないのではないのでしょうか。また、将来的な時間外割増分の放棄というのは、シンガー・ソーイング・メシンの最高裁判決が想定した既発生の債権の放棄と違いますから、この点からも問題になる。

それから、理論的には、労働時間と賃金が明確に連動していないような賃金の支払い方は許されるかという問題があります。理論的に言えば、月給制というのは、(労働時間と)賃金との関係が明確に連動していない場合もあります。同じ月給を2月でも1月でも払うとなると、時間当たりの賃金は理論的には違う。それでも月給制ならばいいということを考えると、一定程度、連動しなくてもいいのかなど。関連しているいろいろな議論ができるでしょうけれども、本判決としては妥当なところかなと思います。

***労基法 37 条に違反**

和田 一種の労働時間の貸し借り制度をとっているのですが、もしそれをやるんだったら、フレックスタイム制をきちんと採用して、その中でこの貸し借り制度をとるべきです。そういう制度をとらないで、こういう変則的なことができるのかどうか。契約の自由の問題としてできるかどうか。そういう大きな問題がありますね。

それから、あらかじめ賃金制度をつくって、これには残業代も含んでいるという明確な合意をしまえばいいとすると、いつでも労基法 37 条の脱法ができます。労基法 37 条というのは、単純な賃金の問題ではなくて、残業を抑えるという意味を持っています。真意だったら、それと異なる取り決めをできるかどうかというのは大きな問題だと思いました。

道幸 後者のほうはそのとおりで、やはり労基法 37 条に違反する合意というのは無効ではないか。ただ、時間外分も含んで、かつ何時間かというのが決まっていて、トータル幾らという払い方はできるのではないかと思います。

和田 所定内の部分と残業の部分というのは、判例法理だと明確に分かれていないといけませんね。

道幸 分かれて、例えば1時間なら1時間で、かつ1時間分を必ず含んで合意したらどうですか。

和田 それはできると思いますよ。所定内部分と残業部分が明確に分かれていればできますけれども、本件は少なくとも分かれていない。

道幸 本件の場合にはだめですね。ある部分以上、払っていませんから。

和田 どんなに残業しても払いませんという合意が真意に基づいたらできるかということ、やはりそれは真意でもできない。

道幸 それはできないですね。時間外分が流動的になればできない。

和田 シンガー・ソーイング・メシオン事件を援用したところが、これでいいのかどうか、まさにおっしゃるとおりです。

道幸 それはだめでしょうね、間違いなく。なぜそんな勇み足をしたのか。控訴審の判断で有利な部分があるからといっても、こういう形の合意ができるというのは問題だと思います。ただ、それはできないということになると、最低のレベルで合意して、それ以上働いた場合は割増賃金を払うというパターン、もしくは必ずしも労基法上の割増賃金ではなくてもいいから、例えば140時間について合意しなさい、もしくは160時間働いたら、20時間分プラスアルファ払いなさいというのが筋なんですか。でも、140時間から170時間ぐらいまでの労働時間に見合って月41万というのは、週40時間以内だったらできるわけでしょう。

和田 ええ。それを超えたらだめですね。

道幸 ですから、これもそういう判決ですね。超えたらということ。

和田 そうそう、(超えた)その分はだめだということなんですね。

道幸 その範囲だったら、明確に時間数と賃金が連動しなくてもいいということなんですか？

和田 そういうことですね。その範囲だったらいいということですね。法内残業のところは、どういうふうに取り決めても自由な問題ですから。

裁判官の補足意見の3のところ、「こういう制度がちゃんとあるんだから、これでやりなさい」と言ったのはまさにそのとおりです。その次の「今後、立法政策として議論されるべきである」という意見ですが、それでよいのでしょうか。長時間労働に対して、どういうふう労働時間規制で抑えていくのかというのは、もっと真剣に考えなくてはいけない。

道幸 ただ、本件の場合、180時間以上分についてはきちんと割増賃金を払っているから、そういう意味では、そんな悪質な事件ではありません。

和田 おもしろい事件ですね、こういう取り組みは。

道幸 むしろさっき言ったように、明示の同意があれば放棄できるような、なぜそういう判断を示したか、そっちが大問題です。それ以外については妥当かなど。

和田 今までそういう明確な合意についての議論は

しました？

道幸 労基法違反との関係では。

和田 賃金を減額するというのは労基法違反ではないです。だけど、労基法で定められた割増手当をもらえないという行為は、労基法違反です。強行法規違反だから、合意していてもだめです。最高裁判決のこの部分はおかしいですね。

道幸 何を想定しているのか。もしも今言ったようなことになれば、明確に労基法違反です。だから、貸し借りのニュアンスがあるのか。つまり、150時間ぐらいしか働かなくても、180時間分の賃金をもらっ

ているという。

和田 でも、やはりそれはフレックスタイム制のようなものをとらなかったら無理ですね。法定労働時間の中だったら可能ですけれども、それを超える部分については、貸し借りの問題では済まされない問題ですから。

道幸 そうですね。やるとすると、特殊な変形労働時間制とか。

和田 変形労働時間制、フレックスタイム制とか、そういう制度をとらないと無理ですね。

フォローアップ

I. 派遣関係におけるトラブル

①パナソニック・エコシステムズ事件（名古屋地判平23・4・28 判例1032号19頁，名古屋高判平24・2・10 TKC 法律情報データベース）

— 事案と判旨 —

派遣会社から被告Y社に派遣労働者として派遣される形式で就労していた原告X₁ら2名が、①X₁らの雇用主は実質的にはY社であり、Y社との間で黙示の労働契約が期間の定めのないものとして成立していたものであり、雇止めの実質的主体もY社であるところ、Y社によるX₁ら雇止め（解雇）は解雇権の濫用であって解雇は無効であるとして、Y社に対し、X₁らについ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賃金等の支払いをそれぞれ求めるとともに、②Y社は、自らが実質的雇用主であることを隠蔽し、X₁らについて偽装派遣ないし偽装請負の契約形態で就労させたうえ（当初より専門26業務に当たらず派遣受け入れ可能期間の制限に違反すること）、労働者派遣法による派遣労働の期間制限を潜脱するために、業務偽装し期間制限を超えて同一の業務に継続して従事させながら、さも適法な派遣労働の期間満了による終了であるかのように体裁を繕って名目上の派遣元を通じて契約更新を拒絶しているもので、何ら客観的な合理的理由なく不当に解雇しながら、X₁らをしてそうした事実を認識させないようにするなどしたことにより、X₁らに対して賃金の支払いではまかなえない多大な精神的苦痛を与えたとして、慰謝料300万円等を請求した。

●判旨

「被告においてそうした人材の流出を防ぐために、派遣料金を引き上げてきたものであって、そうなるまでには、X₁のたゆまぬ努力とそれによって達成してきた十分なる成果があったのであり、被告においてもそうしたX₁の派遣労働者としての就労の実績と派遣労働の現在価値を評価していたからこそ派遣料金の引上げを行ってきたものであって、派遣料金が高くなりすぎたというのであれば、直接雇用をしてコストを低減することが可能であり、X₁の就労の経過からすれば、期間雇用を含め、直接雇用を検討してもおかしくないものであったこと、それにもかかわらず、X₁をあたかも騙すような形で、X₁をして被告の正社員を代替人材として育成させ、代替人材が得られるや、X₁に対する派遣料金の高さを理由に突然に派遣切りをしたことが認められるのであり、かかる被告のX₁に対する仕打ちは、いかに被告が法的に雇用主の立場にないとはいえ、著しく信義にもとるものであり、ただでさえ不安定な地位にある派遣労働者としての勤労生活を著しく脅かすものであって、派遣先として信義則違反の不法行為が成立するというべきである。」

また、「その指揮命令の下に労働させることにより形成される社会的接触関係に基づいて派遣労働者に対し信義誠実の原則に則って対応すべき条理上の義務があるというべきであり、ただでさえ雇用の継続性において不安定な地位に置かれている派遣労働者に対し、その勤労生活を著しく脅かすような著しく信義にもとる行為が認められるときには、不法行為責任を負う」。X₁については、派遣労働者としての勤労生活を著しく脅かされ、多大な精神的苦痛があり慰謝料100万円が、X₂については違法派遣状態を不利益を負わせる形で突然の派遣切りであり、信義則違反の不法行為として慰謝料30

万円が認められる。

なお、名古屋高判平 24・2・10 は、原審には、当事者双方に対して必要な釈明をしないまま、不法行為の成立を認める判断をしたという意味で、釈明権の行使を怠った違法があると言わざるを得ないが、その瑕疵は、当審における審理の結果、治癒したものと解するのが相当であるとして、控訴を棄却している。

②日本トムソン事件（神戸地裁裁判平成 23・2・23 労判 1039 号 35 頁、大阪高判平 23・9・30 労判 1039 号 20 頁）

— 事案と判旨 —

原告 X らが、いわゆる「派遣切り」をされ、その後被告 Y 社との間で直接の有期労働契約を締結したものの、それが更新されなかったこと等により、精神的苦痛を被ったとして、Y 社に対し慰謝料を請求するほか、X らの内 4 名については、訴外 A 社による X らの採用に Y 社が関与した等として、X らと Y 社間には、就労開始当初から期間の定めのない黙示の労働契約が成立している等として、Y 社に対し、雇用契約上の地位を有することの確認、および未払賃金の支払いを請求。

●判旨

第一審判決

「本件出向協定を締結し、その後 2 年も経たないうちに本件業務委託契約に切り替えたものの、わずか 1 年足らずでさらに本件派遣契約に変更し、派遣労働期間も当初の 1 年から 3 年に変更するといった経緯等からすれば、Y が、前記違法状態にあること、及び、本来は早期に完全な業務委託（請負）等を実現しなければならないことを十分認識していたと推認される。

それにもかかわらず、Y は、これらを実現することなく、本件派遣契約を締結し、漫然と派遣労働を継続したのであるから、これは、法が許容する場合に限って三者間労働関係を認めている労働関係法規の趣旨に反するものであって、原告らに対し、不法行為を構成するというべきである。」したがって、「X らは、5 年超の長きにわたる違法な派遣労働下において、就労をさせられたという違法の重大性にかんがみれば、同人らに対する慰謝料としては、各 50 万円が相当である。」

第二審判決

以下の判断などにより、X らの不法行為を認めず。

「労働者派遣法によって保護される利益は、基本的に派遣労働に関する雇用秩序であり、それを通じて、個々の派遣労働者の労働条件が保護されることがあるとしても、労働者派遣法は、派遣労働者と派遣先企業との労働契約の成立を保障したり、派遣関係下で定められている労働条件（一審原告らの労働条件は、労働基準法や最低賃金法に違反しているとは認められない。）を超えて個々の派遣労働者の利益を保護しようとしたりするものではないと解される上、少なくとも労働者派遣法に反して労働者派遣を受け入れること自体については、労働者派遣法は罰則を定めておらず、また、社会的にみると、労働者派遣は、企業にとって比較的有利な条件で労働力を得ることを可能にする反面、労働者に対して就労の場を提供する機能を果たしていることも軽視できないことからすると、非許容業務でないのに派遣労働者を受け入れ、許容期間を超えて派遣労働者を受け入れるという労働者派遣法違反の事実があったからといって、直ちに不法行為上の違法があるとはいえない。」

労働者派遣法に反して労働者派遣を受け入れること自体については、労働者派遣法は罰則を定めておらず、また、社会的にみると、労働者派遣は、企業にとって比較的有利な条件で労働力を得ることを可能にする反面、労働者に対して就労の場を提供する機能を果たしていることも軽視できないことからすると、非許容業務でないのに派遣労働者を受け入れ、許容期間を超えて派遣労働者を受け入れるという労働者派遣法違反の事実があったからといって、直ちに不法行為上の違法があるとはいえない。」

③三菱電機ほか事件（名古屋地判平 23・11・2 労判 1040 号 5 頁）

— 事案と判旨 —

被告派遣会社 Y₂ 社から被告 Y₁ 社に派遣労働者として派遣される形式で就業していた原告 X₁ らが、それぞれ Y₂・Y₃ 社・Y₄ 社（以下 Y₂ 社ら）から解雇されたが、Y₂ 社らは名目的雇用主にすぎず、X₁ らの実質的な雇用主は Y₁ 社であって、X₁ らと Y₁ 社との間に黙示の雇用契約が成立していたのであり、Y₂ 社らによる解雇も実質的に Y₁ 社が主導して行ったものであるところ、X₁ らの解雇は解雇権の濫用に当たるとして、Y₁ 社に対し、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賃金の支払いをそれぞれ求めるとともに、X₁ らを解雇したことは、X₁ らの雇用契約上の地位を不当に侵害するものであり、Y₁ 社と Y₂ 社らとの共同不法行為に当たるとして、それぞれ 600 万円の慰謝料を請求した。

●判旨

派遣先に信義則違反の不法行為を認める。

「派遣先事業主が、派遣労働者を受け入れ、自社において就業させるについては、労働者派遣法上の規制を遵守するとともに、その指揮命令の下に労働させることにより形成される社会的接触関係に基づいて派遣労働者に対し信義誠実の原則に則って対応すべき条理上の義務があるというべきであり、ただでさえ雇用の継続性において不安定な地位に置かれている派遣労働者に対し、その勤労生活を著しく脅かすような著しく信義にもとる行為が認められるときには、不法行為責任を負うと解するのが相当である。」

「労働者派遣契約の中途解約は、いかに同被告が法的に原告らの雇用主の地位にないとはいえ、著しく信義にもとるものであって、ただでさえ不安定な地位にある派遣労働者の勤労生活を著しく脅かすものであり、」派遣先事業主として信義則違反の不法行為が成立するというべきである。」

「一方で、労働者派遣法による規制をないがしろにしながら、他方で、原告 X₂ 及び原告 X₂ の就業は労働者派遣であって、雇用主は派遣会社であるとして、もっぱら自社の生産の都合のみで、派遣労働者の就業の機会の確保に向けた配慮をまったくしないまま、前月までの対応とはうってかわり、突然に労働者派遣契約を中途解約するに至ったものであり、身勝手にも甚だしいものがあるというべきである。」

派遣元については、雇用継続につき一定の努力をした会社については共同不法行為は成立せず。していない会社については、強い客観的共同関連性が認められるとした。

賃金を支払っている等派遣先と派遣労働者間に事実上の使用従属関係があると認められるような特段の事情がある場合には、派遣先と派遣労働者との間において、黙示の労働契約が成立していると認めるのが相当である。」

④積水ハウスほか事件（大阪地判平 23・1・26 労判 1025 号 24 頁）

— 事案と判旨 —

原告 X が、被告 Y₂ 社における X の業務内容は労働者派遣法 40 条の 2 で制限する就労期間について制限のない労働者派遣法施行令 4 条で定める 26 の業務に該当しないにもかかわらず、被告 Y₁ 社らは労働者派遣の役務提供を受ける期間を潜脱する目的で派遣業務を偽装した違法な派遣を行ったものであり、Y₁ 社らの労働者派遣契約および X と Y₁ 社との派遣労働契約が無効であるとしたうえで、(1) Y₂ 社に対し、Y₂ 社との間で黙示の労働契約が成立していることを前提に、労働契約に基づいて地位確認および賃金等の支払いを、(2) Y₁ 社らに対し、違法な派遣を行いつつ契約を打ち切った行為、および X の派遣就労の終了から 3 カ月経過後に職場復帰させると約束したにもかかわらず、後の就労を拒否した行為が不法行為に該当するとして、100 万円の損害賠償の支払いをそれぞれ求めた。

●判旨

派遣先の責任者が、再度就労が可能であるという期待を持たせ、その後就労を拒否したことが派遣先の不法行為として、30 万円の慰謝料を認めた。なお、派遣元の責任は認められていない。

「D 所長は、派遣労働者を受入れるかどうかの最終的決定権はないものの、同受入れの現場の責任者としてその意見が尊重される等、本件センターの人事に関して一定の権限があったことが強く窺われる。以上の事実を総合すると、少なくとも原告が就労していた本件センターの所長である D 所長は、原告に対し、いったん派遣契約は終了するものの、3 カ月後に再び派遣労働者として就労することができるとの話をして、原告もそれに期待をしていたことが推認される。」

「D 所長の同言動によって、原告は、3 カ月後に改めて本件センターにおいて就労することができるという期待を持っていた。以上の事実を踏まえると、原告の同復職就労に対する期待は、法的保護に値するものであると解するのが相当である。」

なお、派遣先との雇用契約の成立の余地につき以下のように説示している。「例えば、労働者が派遣元との派遣労働契約に基づき派遣元から派遣先に派遣された場合であっても、派遣元が形式的な存在にすぎず、派遣労働者の労務管理を行っていないのに対して、派遣先が実質的に派遣労働者の採用、賃金額その他の労働条件を決定し、配置、懲戒等を行い、派遣労働者の業務内容・派遣期間が労働者派遣法で定める範囲を超え、派遣先の正社員と区別し難い状況となっており、派遣先が、派遣労働者に対し、労務給付請求権を有し、

道幸 私からは、派遣関係におけるトラブルをめぐる裁判例を取り上げます。派遣法の主要な争点は、派遣先の使用者性、派遣労働者と派遣先との間に労働契約関係があるかということだったのですが、最高裁の判決によりまして、原則的には認められないという判断が確立しています。その後も同種判断が示されていて、違法派遣であっても派遣法上の関係となるので派遣先との雇用契約関係はない。これは判例として下級審もそれに従っています。

ただ、注目すべきは、派遣先の派遣労働者との対応の関係で損害賠償事件が見られることです。それからもう 1 つは、不当労働行為事件として派遣先の使用者性も問題になっていて、雇用関係が予定されるケースについては使用者性が認められているということです。ただ、雇用関係が予定されていないケースではどうかというと、これはまだ労働委員会、特に中労委命令としてははっきりしていませんし、裁判例もありません。

ここでは、派遣の受け入れの仕方に問題があって、派遣先に対する損害賠償請求が認められたケースにつき取り上げたいと思います。

1 つは、パナソニック・エコシステムズ事件です。これは、専門 26 業務に当たらない派遣を受け入れたということ、それから、受け入れ可能期間の制限に違反すること、さらには、労働者のキャリアとの関係での派遣の打ち切りの態様も悪質だということが問題になりました。

判決は不法行為を認めただけですが、その判断のファクターとして、まず、就労実態として、不適切な派遣態様、本人も努力して専門性を獲得し、それに対して派遣先で退職しないような引き留めをしていた。派遣切りの態様として、正社員に対して当該派遣労働者が伝習した直後に派遣料金の高さを理由として派遣切りをした。そういうことから、法的なフレームとして、派遣労働者に対して信義誠実の原則にのっとって対応すべき条理上の義務に違反したという判断がなされています。それで、1 人について 100 万円、もう 1 人について 30 万円という慰謝料が認められて

います。

名古屋高裁の判断も出ておりまして、論点は、どちらかという、必要な釈明をしないで不法行為について判断したのが問題だと言っています。問題があったけれども、審理の結果、治癒したということで、控訴を棄却しております。ですから、高裁は、実態的な問題については特段の判断を示していません。

次に、日本トムソン事件ですが、これは神戸地裁姫路支部と大阪高裁の判決があり、原審と控訴審が際立った対立を示しています。これは、偽装請負だったことから派遣に直したんですけれども、そういう派遣の態様に問題があったケースです。

この点について、地裁では、非常に重要な判断がなされていて、漫然と派遣労働を継続したのであるから、「法が許容する場合に限って三者間労働関係を認めている労働関係法規の趣旨」に反する不法行為だとして、50万円の請求を認めています。「法が許容する場合に限って」ということで、派遣とは非常に特殊な例外的なケースだと。したがって、派遣法上違法ならば、いろいろな問題があるということを指摘しています。

他方、大阪高裁のほうは、不法行為を認めていません。派遣法の趣旨を述べて、「労働者派遣法は、派遣労働者と派遣先企業との労働契約の成立を保障したり、派遣関係下で定められている労働条件を超えて個々の派遣労働者の利益を保護しようとしたりするものではない」ということです。そういう派遣法システムの特質から、派遣法違反があっても必ずしも不法行為にならないという判断をしています。

この事件は、派遣法に関する評価の違いがはっきり出ています。ほかの事件と違って、違法派遣ですけれども、上司の個別的行為とか、派遣切りの態様というのが問題になったわけではありません。非許容業務でないというのと、許容期間を超えたという点で派遣法に違反したということです。派遣形態自体が問題で、派遣先の具体的な行為が問題になったケースではありません。そういう意味では、派遣法をどうとらえるかの見解の違いがはっきり出てきています。

3番目は、三菱電機ほか事件です。これが一番おもしろいのではないかという感じがしているのですが、労働者派遣契約の中途解約について、雇用主の地位にないとはいえ信義則違反で、派遣先の不法行為を認めています。その態様が多量に無節操、身勝手も甚だ

しいと非常に厳しい判断をして、50万円、30万円の損害賠償を認めています。

これは、派遣先について、就労させているのだから、派遣労働者に対して信義誠実の原則にのっとって対応すべき条理上の義務があるとして、本件の解約の経緯について、いろいろなことを言っているのです。中途解約を急遽決定したとか、猶予期間がなかったとか、非常に悪い時期に解約しているということです。中途解約は、法的に原告らの雇用主の地位にないとはいえ、著しく信義にもとるものであって、ただでさえ不安定な地位にある派遣労働者の勤労生活を著しく脅かすものであるということを言っていて、損害賠償を認めています。

もう1つ重要なのは、これは解雇の事件で派遣先の損害賠償を認めただけですけれども、派遣元との関係では、会社によって違った判断をしています。雇用継続につき派遣元が一定の努力をした会社については共同不法行為は成立せず、雇用継続につき努力しなかった場合には共同不法行為、客観的共同関連性を認めています。その点も重要です。これは、派遣切りの場合の派遣先の責任、それから、派遣先と派遣元の共同不法行為が問題になった例で、非常に一般性のある事件ではないかと考えます。

次の積水ハウスほかの事件は、派遣先の管理者の個人的行為が問題になった例です。派遣先の責任者が、再度就労が可能であるという期待を持たせるような発言をして、その後、就労を拒否したというので30万円の慰謝料が認められています。これは、特定の管理者がそのような発言をして、その後、派遣元からそういうことを言わないでくれと言われ、最終的には3カ月後、就労することができなくなった事件です。そういう期待が法的な保護に値するかという点では、法的な保護に値するということを言っていて損害賠償を認めました。

全体的なコメントをすると、まず1つは、派遣先と派遣労働者との雇用関係は、一連の事件で問題になりましたけれども、いずれも派遣先との雇用関係は認めていません。ただ、理論的にはあり得るという判断はなされています。

2番目は、派遣先が使用者的権能を行使している事項について、違法行為をすると損害賠償は可能だということです。こういう一連の判決以外に、安全配慮義務とかセクハラとかパワハラとかの違法性は、既に判

例法理として確立しています。例えば、伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件の最高裁判決（最二小判（決）平21・3・27労判991号14頁）でも、派遣先の従業員の個別行為について損害賠償は認められていません。

ただ、派遣法上の働かせ方について対立する見解が示されていることが注目されます。

パターン1は、違法派遣のケースでの派遣先の責任についてです。偽装請負とか年度を超えた働かせ方、この点については日本トムソンの事件で、地裁と高裁の判断が明確に違う。つまり、派遣法は特定の要件を満たした場合だけこういう働き方を許しているから、派遣法に違反する場合は派遣先の不法行為が成立するというのと、そういう働かせ方自体は派遣法に内在しているので違法ではないという見解が対立している。

パターン2は、派遣先の個別の行為が争点になったケースについてです。具体的には、派遣先の発言等による雇用継続の期待と、もう1つは、派遣関係解消の経緯、要は派遣切りの経緯、この2つの側面から判断されています。パナソニック・エコシステムズ、三菱電機ほか、積水ハウスほか、いずれも不法行為が認められました。一般的には、三菱電機ほかが一番はっきりしているんですけども、「その指揮命令の下に労働させることにより形成される社会的接触関係に基づいて派遣労働者に対して信義誠実の原則に則って対応すべき条理上の義務」ということを言って、派遣先も一定程度条理上の義務があるということで、契約法上の義務というのを正面から認めていく。その背景には、派遣的な働き方自体を問題視する視点、派遣法はだめだと言えませんが、これはやはり例外的な問題だから、派遣先についても一定の配慮が必要だという独自の派遣法理がこれから形成されるかどうかという問題だと思います。

具体的な論点との関係では、派遣先と派遣元との共同不法行為という点について、積水ハウスほかとか三菱電機ほかで問題になってくるわけですけども、派遣契約の中途解消に伴う解雇について、こういう観点から議論できるかです。

裁判例としては、三都企画建設事件（大阪地判平18・1・6 労判913号49頁）とかプレミアライン事件（宇都宮地裁栃木支判（決）平成21・4・28 労判982号5頁）とか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）とか、これは

いずれも派遣元に対する賃金等の請求が認められています。

派遣元だけではなく、派遣先と派遣元の問題で、理論的には3つのパターンがあるのではないかと思います。派遣先へ請求するパターンが1つ。三菱電機ほかはそのパターンです。もう1つは、派遣元に対する請求。原則は解雇ですから、このパターンが一番多いのではないのでしょうか。もう1つは、解雇を不法行為ととらえると、派遣先と派遣元の共同不法行為、これも三菱電機的なケースがあります。こうなると派遣先の派遣契約解消に伴う派遣切りに対して、共同不法行為で請求する形で派遣先の責任を追及することが可能になるかというのがこれからの問題です。特に派遣法改正で、中途解約の場合に一定の配慮をするということが言われていますから、ますます言いやすい。形式的には派遣元が切るけれども、派遣先がその原因をつくるとなると、共同不法行為的な救済は可能なのかなというのが私の感じです。

和田 私からは4つの点で少しコメントをつけ加えたいと思います。

1つは、伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件（最二小判（決）21・3・27 労判991号14頁）、それからパナソニックプラズマディスプレイ事件（最二小判平21・12・18 労判993号5頁）と最高裁の判決が2つも続いて、かなりの違法な労働者派遣があっても、派遣先と派遣労働者の間の黙示の労働契約の成立は認めないという最高裁の明確な意思が示されたものですから、今後そういう形での裁判は非常に難しい。そこで、今度、派遣法が改正されて、派遣先の労働契約締結申し込みのみなし規定が入り、そういう形で立法的に対処せざるを得ないということになりましたが、これがきちんと3年後に施行されることを期待したいというのが第1点目のコメントです。

2点目は、日本トムソン事件の高裁判決ですけども、よほどの違法な、つまり許可業務以外で、しかも許容期間を超えて派遣する、あるいは派遣先が特定行為をしていることがあっても、派遣法は取締法規だから、労働局が指導是正をするという余地、あるいは国が理論的には損害賠償請求するという余地はあるかもしれないが、司法上、全くそれは影響しないと論じています。しかも、違法な派遣でも、この判決によれば、派遣という仕事の場を与えられているだけでありがたく思えといった趣旨のことを言っています。果た

してそれでいいのかどうか。労働者派遣というのは、技術的に様々な規制を加えながら認められた特殊な雇用形態であって、そういう適法な雇用形態のもとで働く権利が労働者にあるのではないかと。つまり、働く場所さえあればいいという問題ではなくて、適法な労働条件の中で法的に許容される形態として働く権利というのがあるのではないかと。そういうことを侵害している可能性を全く否定しているという意味で、この日本トムソン事件の高裁判決には非常に違和感を覚えました。

それに対して、パナソニック・エコシステムズとか三菱電機ほかの事件は、最高裁の判例法理が示された中で、「ささやかな抵抗」を示しています。不法行為に基づく損害賠償の可能性を認めたという点でささやかな抵抗を示したと私は位置づけているのですが、「社会的接触関係に基づいて派遣労働者に対し信義誠実の原則に則って対応すべき条理上の義務」、これは国が安全配慮義務を負うという最高裁の判決の中で出てきた、「社会的接触関係に基づいて信義則上、付随義務としての安全配慮義務」という言葉を応用した考え方です。契約関係がなくても社会的接触の関係があれば安全配慮義務を負うということを中心に転用して、派遣先と派遣元は社会的接触の関係にあるから、その中でも適正な労働条件で働かせる義務があると言ったのは、まだ今後理論的に詰める余地はあると思いますが、非常にチャレンジングな理論構成だと考えています。

4番目はこのことと関係しますが、共同使用者という概念を今後つくっていけないのかどうか。つまり、労働者派遣というのは、派遣元だけが使用者として扱われるのではなく、部分的であれ派遣先が使用者として登場してくるわけです。労務指揮権の行使ということだけでもありませんが、法的に全くの無関係ではない。そうすると、やはり一方だけに使用者責任を負わせるというのではなくて、場合によっては両方併せて使用者としての責任を負う。今回の法改正の中で、派遣期間の途中で解約する場合には配慮義務を負う規定が入りましたが、それも1つの考え方で、派遣先も部分的であれ使用者としての責任を負う。こういう三者関係の中における共同使用者の法理みたいなものが労働者派遣では必要なのではないかと考えていますが、名古屋地裁の判決はそういう可能性を秘めているのではないのでしょうか。

*派遣元・派遣先の共同使用者的な構成は可能か

道幸 確かに安全配慮義務と似たような表現を使っていますが、雇用契約関係がなくても、派遣の場合もとにかく使用関係があるんだから、その部分ではむしろ使用者に準じた義務があるというのは言いやすい。特に安全配慮義務的な問題とかパワハラとかセクハラとか、そういう部分については使用者とほぼ同様な義務があるのではないのでしょうか。

あとは、共同使用者というか、一番問題なのは派遣切りみたいな場合に、派遣先が派遣契約を期間内で解消した場合に一番文句を言えるのは派遣元である。しかし、派遣元は派遣先に損害賠償の請求というのは事実上できない。その結果、派遣元では派遣労働者を、特に登録型などは仕事なくなるから解雇することになる。すると、派遣元と派遣労働者だけを見ていると、解雇の相当事由があるということになり、あとは派遣先と派遣元との関係だとなると、派遣労働者としては非常にアンフェアな立場に置かれる。そうすると、派遣先を問題にしなくてはだめだ。その際に、どういう構成があるかということ、共同使用者的な構成と、不法行為でいくと、共同不法行為的な構成が可能ではないかと思えます。

いずれにしても、何かの共同性みたいな問題にしない限り、派遣労働者はたまったものではないということと言えます。

和田 三都企画建設事件では、労働者自身が別に能力がないわけでも、違法行為をしているわけではないにもかかわらず、派遣を途中で切られて、その結果、派遣元から途中で解約されるわけです。派遣元は派遣先との関係でいくと弱いから、文句は言えない。雇用の場もないから解雇せざるを得ないとなると、結局、派遣先と派遣元は民法上の契約で、派遣元と労働者は労働法の契約だといって、それを分けて考えると問題解決にはならないです。だから、やはり派遣先と派遣元というのを何かの形で労働法的な関係の中に取り込む理屈とか法理がないと、労働者派遣の三者関係はうまく説明がつかないのではないかと思えます。

道幸 集団では、比較的それはやりやすいかもしれない。派遣先に対する団交要求とか使用者概念を拡張していくとか、場合によれば、派遣先と派遣元が同じ団交現場に出て、使用者サイドとして共同して交渉に当たるとか、そういう意味では派遣労働者との関係で

は共通の使用者的な利害を持っているので、団交みたいな対応はしやすいのではないかと。

契約論で派遣法を前提として共同使用者的な理論構成というのは、不法行為の場合ではできるのではないかという感じがするのですが、どうですか。

和田 難しいかもしれないですね。例えば、派遣先が安全配慮義務を負う、あるいは、セクハラの場合には適正な職場環境配慮義務を負うということで、一定部分、使用者としての義務を負担しているわけですから、その義務の中にさまざまなものが入ってくる余地はあるのではないかと思います。また、派遣元が社会保険に入っていないことを認識しているにもかかわらず派遣先がその派遣労働者を使うといったとき、派遣先として何も責任を負わないとか、ましてや違法な、許容されないような業務で使うときに、「取締法規だから労働者との関係では派生的な利益しかない」という言い方ができるかもしれませんが、やはり派遣法というのは単なる取締法規で、個々の労働者に職場さえ与えられていればいいという法ではないと思います。派遣法というのは、適正な雇用市場をつくり出すための規制をしている法であり、かつその中で労働者にとっては適正な条件のもとで働く権利を、派生的かもしれませんが保障しているというふうに考えないと、労働法ではなくなってしまうと思います。

道幸 ただ、契約上のレベルではどうかということですね。不法行為上は派遣の態様自体が異様だから損害賠償とか慰謝料的な請求は可能ではないかと思えます。しかし、契約レベルではどうですか。

和田 派遣先が安全配慮義務を負うとか適正な職場環境配慮義務を負うというのは契約的な義務だと考えることもできるのですが、ある意味では、不法行為的な義務でもあります。あるいは、それは法律関係上の義務と言っていいかもしれませんが、厳密に契約上の義務かどうかという点、必ずしもそうは言い切れない。

道幸 派遣法に従って働くというのが権利義務の問題だということになると、派遣法に違反した、例えば偽装請負的な働き方をしている場合には、これは派遣法の問題でなくて、「派遣先と雇用契約関係あり」というふうに考えるんですか。

和田 そこまでは考えてない。そういう意味での契約というふうに言っているつもりではなくて、不法行為法上の注意義務だと言ってもいいのですが、全く第

三者としての義務ではなくて、使用者概念を一部拡張するか、あるいは両方が使用者としての責任を分担する。契約上の責任、使用者としての責任を負うわけではないけれども、部分的には使用者としての義務を負うという関係にはなるのではないかと思います。

道幸 でも、形式的では、やはり派遣元が使用者になるのでしょうか。

和田 雇用契約上、地位確認請求できるかどうかという意味では、派遣元ですけれども。

道幸 派遣先はある部分、使用者に準じた義務があるというのはそのとおりだと思うのですが、重なり合うことの具体的な意味というのはどうですか。

和田 そこは今後詰めなくてはいけないですが、例えば出向でも「二重の労働契約」と言いますが、完全な二重の労働契約だと皆さん考えていない。つまり、出向先に対して雇用契約上の地位確認請求できるかという点、大体そこは否定される。だから、それに近いような労働関係のイメージです。単純な第三者ではないという意味です。

道幸 指揮命令していますから、それはそのとおり。

和田 どういうふうに権限を獲得するのか、それに伴ってどういう義務を負うのかということ、もう少し理論的に詰めなくてはいけない。今までは黙示の雇用契約が成立するかどうかということだけでよかったのですが、今回のこういう事件を見ていくと、そうではないような形での責任のあり方、追求があるのではないかと。そういうことをこれらの裁判例は示しているような気がします。

道幸 あと、派遣先が派遣契約を途中で解消すると派遣元に戻るわけですね。それで、解雇した場合に、今までは解雇の正当事由がないから、派遣元に対して地位確認とか損害賠償、賃金支払いを求めても、それだけでは不十分だから、派遣先を直接に問題にするという理論構成はどうでしょうか。不法行為以外はないですか。

和田 先にあげた裁判例だと不法行為で処理していますね。やはり無難なのは不法行為なんですけれども、契約期間は共同して雇用を維持する義務があるといった構成も考えられないか。

道幸 派遣先も含めて。

和田 派遣先も。それを合理的な理由がなくて切ることには不法行為だということになる。

道幸 派遣労働者に対する不法行為。

和田 そういう構成になるかもしれませんが、単純な第三者ではなくて、共同して契約で定められた雇用の安定に対して責任を負っているとなつてこない、結局、損害賠償、あるいは雇用契約上の地位確認は、派遣元にしかできないということになってしまう。それでは問題の解決にはならない。

道幸 形式的には派遣元でしょうけど。だから、派遣元と派遣先との関係が派遣労働者との関係でどういう構成になるかということですね。

和田 ええ。大きな問題は、本件のように、ずっと今まで働いてきたけれども、労働局に告発に行ったから途中で派遣契約を切るということもありますし、契約期間の途中で解約するということもあります。そういうことに対して不法行為法上だったら注意義務違反としての損害賠償請求ということになりますが、注意義務とは何なのを詰めていかなくてはいけない。理論的には不法行為法上の注意義務違反ですけれども、労災などでいくと不法行為法上の注意義務というのは、ほとんどイコール安全配慮義務ですね。そういう何か理屈が欲しい。

道幸 つまり、「派遣労働者と派遣元」と「派遣元と派遣先」という2つの構成を切らないと、ということなんでしょう。そうすると、派遣先自体が派遣労働者との関係で一定の注意義務を負っているんだという、その理論構成ですよ。

和田 そういうことです。派遣元と派遣先が約束している限りで派遣労働者の雇用を維持する義務があるといった構成です。

道幸 登録型派遣だったら、かなりそういう議論はしやすいのではないかと思います。もっぱら特定の派遣先のために採用しているんだから。そうすると、派遣契約を途中で解消すると、派遣元としては解雇せざるを得ない。極端に言えば自動的に。しかし、登録型でない常用型の場合は、基本的には派遣期間が解消されても派遣元が新しい仕事、派遣先を探して雇用を維持すべきだということになると、切れるわけですね。そうすると、登録型と常用型とはやはりちょっと違う。

和田 違うかもしれないですね。ただ、常用型でも派遣先が見つからなかったから休業措置をとるとなると、同じ問題が出てくる可能性があります。

道幸 ただ、それは基本的には派遣元の責任だということですね。

和田 派遣元に対して休業期間中の100%賃金請求

ができればいいんですけども、できないような場合だったら問題になってきます。派遣元がすぐに違う派遣先を見つけてくれるとか、また、一定の休業期間きちんと賃金を継続して支払い続けるという条件があれば、つまり結局、派遣先が責任を果たさなくても派遣元が責任を果たしてくれているから処理できます。登録型というのは、そうではない関係になってしまいます。

道幸 登録型の場合、契約の成立自体が共同使用者的な契約の成立だというのはよくわかるけれども、常用型の場合は、必ずしも特定のところに行くわけではない。そうすると、共同使用者的のような関係にはならないのでは。

和田 そういうことです。被害、損害が出ていないもんですから。出る可能性はあります。出たときにはやはり共同使用者の問題になります。顕在化してくるんです。

道幸 派遣先が派遣元に対して、あなたの責任ではないですか。つまり、うちだけに派遣させる政策をとっている派遣元が悪いのではないかというふうになりませんか。

和田 でも、そのことをもし派遣先が認識していたら、そうは言えないんじゃないですか。

道幸 なるほどね。そうすると、常用型も含めて、派遣先は派遣労働者の受け入れについて一定の配慮をすべきだということになるのでしょうか。

和田 そういうことです。適正な条件のもとで働かせる、かつその期間中は雇用に対して責任を持つという義務、責任を負っていると考えるわけです。

道幸 期間の途中だったらわかるけれども、期間満了だったらどうですか。

和田 期間満了だったら難しいですね。伊予銀行・いぎんスタッフ事件では13年ぐらい更新されていても切りましたから。その場合には派遣先が労働者派遣契約を解約するときに雇止め法理を適用するような理屈を何か考えなくてはいけない。それもやはり共同使用者の概念で説明できないかなと思うんですが。

道幸 そうすると、むしろ実質的には派遣先が雇用しているんだという理論ととても似てくるわけでしょう。

和田 近くなるかもしれないですね。ただし、雇止めの法理の適用になると難しいですね。

道幸 切る場合は、派遣契約自体に違反したことを

派遣先がやっているのです、その結果、派遣労働者に解雇という実態が生ずるから共同使用者ということができる。

和田 雇用契約上の使用者としての責任以外の使用者責任を負うという理屈になるのかもしれないです。

道幸 やはり派遣契約に違反しないということになると、特別な理論が必要です。更新拒否みたいなケースになると難しくなる。

和田 伊予銀行・いよぎんスタッフの事件を見てみると、13年たっても派遣先は派遣契約だから簡単に切って、かつ派遣元は労働者が登録型だったから更新の期待可能性なんかなかったと単純に割り切っている。あの理屈が私には理解できません。

道幸 それは問題があるのではないのでしょうか。今のところは派遣法に違反する、もしくは派遣契約の途中で解約すると問題だけれども、それ以外については救済できない。派遣法自体は適法だということになると、これは難しい。

でも、やはり共同使用的な新たな理論構成をもう少し構造化して考えると、少なくとも不法行為との関係ではいろんな請求できる可能性が出てくるのではないのでしょうか。

和田 そうですね。そこは課題だと思っているんです。私が今まで試みてきた黙示の労働契約論では難しいものですから、新たな理論にチャレンジしないといけない。

道幸 途中解約のケースなどは一番議論しやすいかもしれないですね。

和田 そうですね。新しい法律、立法との関係も含めて、三者関係はどうなるかということを考えないといけないでしょうね。

道幸 三者関係がきれいに出てくるケースだから。

和田 そうですね。

II. 添乗員のみなし労働時間制——阪急トラベルサポート第2事件（東京高判平24・3・7労判1048号6頁）

〈参考裁判例〉

*第1事件（東京高判平23・9・14労判1036号14頁）

*第3事件（東京高判平24・3・7労判1048号26頁）

— 事案と判旨 —

原告らは、被告に登録型派遣社員として雇用され、株式会社H社に添乗員として派遣され、H社が主催する募集型企画旅行の添乗業務に従事していた。本件添乗業務につき未払いの時間外割増手当等があると主張して、被告に対し、未払時間外割増賃金等及び遅延損害金の支払いを求めるとともに、この未払時間外割増賃金等と同額の付加金及び遅延損害金の支払いを求めた。

●判旨 請求一部認容。

労基法38条の2第1項にいう「労働時間を算定し難いとき」とは、「当該業務の就労実態等の具体的事情を踏まえて、社会通念に従って判断すると、使用者の具体的な指揮監督が及ばないと評価され、客観的にみて労働時間を把握することが困難である例外的な場合をいうと解するのが相当である。」本件添乗業務においては、派遣先の指示書等により添乗員に対して「具体的な業務指示がなされ」ており、「具体的な指揮監督が及んでいてと解するのが相当である。」

この場合に、「労働時間を算定するために補充的に自己申告たる性質を有する添乗日報を用い」ても、その正確性と公正性を担保することが社会通念上困難でなければ、労働時間が算定し難いときは当たらない。本件では添乗日報に記載が要求されている内容、詳細さ、記載内容のチェックの可能性等を考えると、正確性と公正性を担保することが社会通念上困難であるとは認められない。以上のことから、本件添乗業務については、労基法38条の2の適用はないと解するのが相当である。

具体的な労働時間の算定については、実際の説明や案内等の実作業に従事している時間以外に、実作業に従事していない時間についても、ツアー参加者の要望に対応できるよう労働契約上義務づけられており、労働からの解放が保障されていない時間を労基法上の労働時間としている。

和田 阪急トラベルサポート事件は、昨年度、第1事件の地裁判決を取り上げましたが、その後、第1事件の高裁判決が昨年9月に出されまして、控訴棄却になりました。事業場外労働に該当すると判断した第2事件と第3事件につきましても今年3月に高裁判決が出て、「労働時間を算定し難いとき」には当たらないという結論になりました。第2事件と第3事件は同じ日に同じ裁判官のもとでの判決で、論理構成もほとんど一緒なのですが、そのうちの第2事件を取り上げたいと思います。

第1事件の高裁判決と、第2事件、第3事件の高裁判決は、基本的には同じですが、若干違う点があります。

違う点は3点です。1つは、第2事件、第3事件の

高裁判決では、本件添乗業務において、派遣先からの具体的な指揮監督が及んでいたと明確に述べていますが、第1事件の高裁判決は必ずしもそうまでは言っていません。この点について、私は第2事件、第3事件の高裁判決に賛成をします。

2点目は、第1事件の高裁判決では自己申告としての性格を有する添乗日報について、信用性と補充の利用可能性といった観点から論じていますが、これに対して第2事件、第3事件の高裁判決では、正確性・公平性といった視点で議論をしています。結論的には変わりませんが、この点についても第2事件、第3事件の高裁判決のほうが論理的には理解しやすいと思われる。

3つ目に、実際の労働時間の算定に当たっては、とりわけ実作業に従事していない時間について、すべての事件が大星ビル管理事件の最高裁判決（最一小判平14・2・28民集56巻2号361頁）に依拠した判断をしています。第1事件の判決は明示的にはそのように言ってないのですが、それを前提にしていると考えられます。移動時間や自由行動時間についての判断も、3事件とも一緒なんですけれども、ただ1点、飛行機での移動時間中の扱いが異なっています。第1事件の高裁判決は、大星ビル管理事件の判断枠組みである、実際仕事をすることが皆無ではないような特別な事情について、この事件ではそれがあるとして、全体について労働時間性を認定しています。けれども、第2事件、第3事件の高裁判決は、お客さんへの対応は客室乗務員の仕事だから添乗員は何も仕事をしていなかったと言って、「出発後1時間」と「到着前1時間」についてだけ労働時間性を認定しています。私が実際にこういうツアーのグループと一緒に飛行機に乗った感覚からいくと、第1事件の高裁判決のほうが実態に合致しているのではないかと思います。つまり、飛行機に乗っている時間もしょっちゅうお客さんの間を移動したり、そういうことをやっていますから、労働に従事していることが皆無だとは言いきれないのではないかと思います。

このように第1事件から第3事件まで、本件のような添乗業務が事業場外労働ではないとされたものから、携帯電話等が発達している今日では、労基法38条の2の事業場外労働というのは適用対象業務がないのではないのでしょうか。これまでの裁判例もほとんどがこの適用該当性を否定しているのですが、私

が考えた中でも、考えられるような事例というのはなかったというのがこの3判決を読んだ印象です（なお、本件・第1事件高裁判決に関する和田氏の評釈として、労旬1758号21頁以下を参照）。

*労基法38条の2は歴史的役割を終えたのでは

道幸 私も38条の2というのは、もう歴史的役割を終えたのではないかと思います。携帯等の機器の問題もそうですし、それよりもむしろ、大林ファシリティーズ事件（最二小判平19・10・19判労946号31頁）とか大星ビル管理事件で、労働時間概念が非常に広がったというのと、労働時間管理義務というのが言われ始めると、労働時間を算定すべき義務がありますから、できない場合というのはあまり考えられなくなってきているというのが、前提になっているのではないのでしょうか。

本件との関係で興味をひかれたのは、1つは、利用者と旅行会社との関係で、業務命令性というか、業務性というのを考えていることです。直接使用者と労働者の関係だけでなく、サービス産業の場合の業務命令のあり方というのは、利用者との関係で旅行会社がどういうサービスを提供するかといったことが、連動して業務命令性になるんだ、認められるという点です。

それからもう1つは、労働時間性といっても、どうも実際の労働時間というよりは、これを労働時間とみなすという意味で、労働時間の把握方法にある程度類型的に考えているのではないかということです。例えば、飛行機で移動している間でも1時間だけは労働時間だとか。そうなると、別に1時間働いたからというよりは、労働時間と評価しようという、裁判所が一種、労働時間性を評価して算定している。これは、労働時間性の判断として本来の趣旨とは違う。しかし、そういう形でしか労働時間性というのは認定できないとなると、むしろ38条の2の問題ではないけれど、38条の2的な世界かなと感じました。

あとは添乗日誌の評価について、添乗日誌がない限り労働時間の算定ができないからやむを得ないと思うんですけど、よくわからなかったのは正確性と公平性と言っていますが、正確性はわかるけれども、公平性は何だかよくわからない。公平性というのは、信頼できるということだったら正確性と似てくるし、その基準につき、きちんと議論する必要があるかもしれません。

もう1つ、これは添乗員の問題と少し違う話かもしれませんが、最近講演してよく聞かれるのは、出張期間中の労働時間についてです。出張の最中に飛行機とか電車に乗っている間は労働時間かという、通達等ではあまり労働時間とは認めていない。けれども、今の最高裁の判例を前提にすると労働時間というのは認められるし、添乗員は飛行機に乗っている時間、ある種、仮眠時間みたいなものだから労働時間性があるのではないかと。おそらく添乗員以外でも、乗り物に乗った間の労働時間性というのは、今後問題になるのではないかなと思います。

和田 公平性の点ですが、正確性との違いは、例えば、誰もこれぐらいの時間を労働したというんだったらリーズナブルだろう、と考えられるのが公平性です。むしろ合理性という意味ではないかと私は理解しました。

道幸 普通であればそのぐらいの労働時間はかかる。

和田 ええ。飛行機等の移動について、通達は、荷物を運ぶときは労働時間だとしています。しかし、ただ移動するだけでは労働時間ではないと言っていて、本件の場合に違うのは、お客さんがいるということです。お客さんは荷物ではないですけども。

もし第2事件とか第3事件のように、出発後と到着前の1時間だけが労働時間で、その後はもう労働時間ではないといったら、例えばお客さんが何か言ってきたときに添乗員が受け答えせず、それがアンケートでマイナス評価になったらどうするか、という問題が出てくる。お客さんは、さすがにホテルで寝ている真夜中までは100%のサービスを求めているでしょうけれども、飛行機に乗るときには、「この時間とこの時間以外はすべて客室乗務員しか対応しません」と言っているかといったら、やはりそれだとサービスが悪いという評価になってくるのではないかと思います。

そういうことを考えると、全体として労働時間と見なして、ただし賃金の計算はまた別ですから、その部分についてはほかの賃金計算をすとしたほうが、添乗業務の実態に合致しているのではないかと思います。

道幸 仮眠時間と同じように考えるという。

和田 ええ。

道幸 その場合、例えば旅行のパンフレットでどう書いていたかとか、そういうことは関係ないんですか。

和田 関係あると思いますけれども、「飛行機に

乗ってから1時間以降は、一切添乗員は対応しません」なんて普通書かないですよ。飛行機に乗っていて何か質問があったら、サービスについては客室乗務員にしますけれども、そうでないことについてはおそらく添乗員の人たちに言うでしょうし、添乗員の人たちもお客さんがちゃんと寝ているかどうかとか、いろいろなところを見回っていますから、それを全く添乗員の仕事ではないと言い切っているのかどうかというのが、私が疑問に思った点です。

道幸 そうすると、本当にプライベートな場合、そしてもう1つは就寝中の場合は別として、一緒にいる間は常に対応せざるを得ないから労働時間だということになる。

和田 と思いますね。大星ビル管理事件が言ったように、仕事につくことが皆無に近い状態、そういう状態ではおそらくないだろうと思いますね。

道幸 そういう議論をすると、添乗日誌とか、そういうのはあまり要らないということ？

和田 いや、添乗日誌に書くのは、現地に行ってから時間についてです。朝何時に出発して、どこに行って、何を見たか。添乗日誌というのは、労働時間の算定のためにつけているわけではないんです。実際に私は見せてもらったんですけども、何時にどこに着いて、交通状況が悪かったので遅れたとか、そういうのを全部書かなくてはいけない。それから、レストランの食事のランクがどうだったか、そういうことを細かく書かなければならず、これは労働時間の算定のためというよりは、きちんとした対応をしたか、あるいはお客さんのニーズに合っているか、行ったレストランの場所がいいところだったかどうか、そういうことをチェックするためにつけているものです。

道幸 営業政策との関係でやっている。

和田 そうです。しかし、それは労働時間の算定にも使える。きちんと何時と書いているものですから使えます。それは本来の目的ではないのですが、しかし今後は、労働時間の算定にも使うという意識できちんと書いてくださいとすれば、そういう機能は果たすと思います。

道幸 むしろ添乗日誌しかないからということなんです。

和田 そういうことです。細かなところまで正確ではないとか、少しアバウトに書いているものもあります。今後はもう少し厳密に書いてくださいという話を

すれば、正確性とか公平性もきちんと担保できますから、労働時間の算定は十分可能だと思います。自己申告で労働時間を算定するのは、最近裁判例がたくさん出ていますけれども、それと非常に近いです。

道幸 この場合は、顧客との関係があるし、事後的なチェックも可能だから、より実態に合っていると考えるでしょうね。そうすると、38条の2というのは機能する余地がない？

和田 ちょっと思いつかないですね。

道幸 携帯もつながらないような奥地で、新聞記者が働くような場合とか。

和田 北極点に行つて取材をしているとか、そんなケースがあるかもしれませんけれども。

道幸 あと、38条の2に関係して、労使でどのぐらい働くことになるかというのを協定しない限りは機能しないですよ。「算定しがたい場合」と言いながら、やはり算定せざるを得ないわけでしょう？事件になれば。

和田 そうですね。今回は38条の2の事業場外労働にそもそも該当しないとってしまったので、労使

協定の問題も出てこなくなるんですね。

道幸 だから、労使協定でやればむしろ算定しなくてもいいから、労使協定の合理性というのはもう1つ問題になりますけれども、38条の2というのは、存在根拠はあるなという感じがします。労使協定がなければ、やはり何かの形で算定せざるを得ないので、38条の2という特殊な制度を設ける必要はないと思います。

最高裁はどういうふうに言うだろう。

和田 上告不受理になるんじゃないですか、何も言わずに。

道幸 判断したくないから。

和田 ええ。

道幸 結論として、これはいいと思っているんじゃないかと思うけれども。

和田 さきほどの日本トムソン事件も最高裁で不受理になりました。最高裁もパナソニック事件で示した判断があり、それに反することになってしまうと考えたのかも知れませんが、難しいのですが、私にとってはこれはちょっと心外でした。

ホットイシュー

I. 会社更生手続下の整理解雇——日本航空事件
(客室乗務員) 東京地判平24・3・30 労経速2143号3頁

〈参考裁判例〉

* (運航乗務員) 東京地判平24・3・29 労経速2144号3頁

— 事案と判旨 —

被告Yの会社更生手続中にその更生管財人から平成22年12月31日付で整理解雇する旨の解雇予告手当通知を受けた客室乗務員である原告Xらが、更生管財人を被告として、本件解雇の無効を主張して、①労働契約上の権利を有する地位にあることの確認、②本件解雇時点で被告に勤務していた原告らについては平成23年1月分の賃金とこれらに対する遅延損害金の支払い、などを求めた。

●判旨 請求棄却。

①「会社更生手続下でされた整理解雇については、……整理解雇法理の適用があると解するのが相当である。もっとも、整理解雇法理適用の要件を検討するに当たっては、解雇の必要性の判断において使用者である更生会社の破綻の事実が、重要な要素として考慮されると解すべきである。」

②「事業規模の縮小に伴う人員計画に基づき算定された必要稼働数に応じた適正な人員配置を行うとの観点から、有効配置数のうち必要稼働数を超える人員の削減を行うことは、真にやむを得ないものであった」。また、原告「Xら72名を含む84名の客室乗務員につき、整理解雇の手法によって人員削減を図ることの必要性も、相当に高いものであった」。

③ 被告「Yが本件解雇に先立ち行った解雇回避措置は、いずれも合理的なものであった」。

④ 被解雇者の選択基準は、企業貢献度の低い者を選び、Yの恣意の入る余地の少ない客観的なものであり、年齢基準についても人件費の面から合理的である。

⑤ 解雇手続については、団体交渉等の回数、その際の説明の内容等から考えて相当であったといえる。

和田 ホットイシューですが、私を取り上げるのは、日本航空（JAL）事件の東京地裁の判決です。3月29日にパイロット（運航乗務員）の判決、3月30日に客室乗務員の判決が出ました。両方ほとんど一緒ですが、詳しく論じている客室乗務員の判決を取り上げようと思います。

整理解雇に至る経緯ですが、裁判所の監督下での会社更生手続が始まります。その会社更生手続の中で人員削減計画をつくり、人員削減として自然減等々を待ったのですが、それでも足りなくて、何回か人員削減計画を、深掘りというふうに言っているのですが、前倒しをしながらやってきた。それでも目標に達しないということで、客室乗務員については稼働ベースで606人の削減を予定し、実際に応じた人との間の差が70人強出たということで108人の客室乗務員の指名解雇を行った。1名は除外して、その後23名が希望退職に至ったのですが、希望退職をしなかった人たちが整理解雇の有効性を争って雇用契約上の地位確認請求等を行ったのがこの事件です。

2判決とも結論として整理解雇を有効と言っています。

まず、再建型の倒産処理手続である会社更生手続の中で整理解雇法理が適用されるかどうかということで、被告は適用されないと主張しましたが、判決は、整理解雇の法理は会社更生手続上も適用されると言いました。これは、全事業廃止型整理解雇について整理解雇法理を適用するといった山田紡績事件（名古屋地判平18・1・17労判909号5頁）、三陸ハーネス事件（仙台地判平17・12・15労判915号152頁）の地裁判決等があるものですから、判例法理になっていると考えてもいいと思います。したがって、この部分については問題ないと思われます。

ただし、いったん破産してしまったということ自身は、整理解雇法理について非常に大きな事情として考慮しなければいけないとこの判決は言っています。これがその後の整理解雇の4要素の判断のところで影響を及ぼしてきます。

1つに、裁判所の関与のもとで会社更生手続を行ったんですけども、そこでは、管財人の判断を尊重すべきであると論じます。あるいは、いったん決めたこ

とについて変更を認めるべきではないという姿勢がずっと貫かれています。その結果、整理解雇の経営上の必要性の判断について、従来の裁判例から見ると、かなり特異な判断を行っている部分があります。

つまり、「主要行等の債権者をはじめとする多くの利害関係人との間の利害調整の上で策定された本件更生計画及びその基礎となる本件新事業再生計画が滞ることなく完全に実行に移される必要があったことも認められる。そうすると、上記内容に盛り込まれた事業再生計画の下では、大幅に縮小される事業規模に応じた必要稼働数を超える人員が余剰となることは必至であり、これを解消するための人員削減は、限られた期間内に実施すべき上記枠組みの資金計画の中で、リファイナンスのための条件設定及び実施に至る期間も見込んだ結果として、平成22年12月31日までに実行する必要性が極めて高かったというべきである。」という評価がされています。

営業利益が予想値を上回って、人員削減目標を1300人上回ったという事実についても、「当該計画に基づき算定された必要稼働数を超える人員の削減を図る目的の下で実施されたものであって、いったん合理的なものとして決定された事業規模を短期間のうちに拡大する方向で変更する必要性等の特段の事情の認められない限り、縮小された事業規模の下で営業利益が予想値を上回ったからといって、直ちに人員削減の必要性が失われることになるものではない。」とか、「本件解雇の前後を通じ、被告の経営状況が改善し、財務基盤の安定化が図られる中、被告は、本件解雇後、本件再生計画における更生債権を繰上償還し、従業員に対し1年足らずのうちに3回も一時金を支給した上、ジェットスター航空等との共同出資によるLCCの設立に参画しており、財務基盤の安定化が裏付けられているとしても、本件解雇の必要性そのものが減殺されるものではない。」ということを行っています。

2番目に、しかし、人員削減計画は、当初はかなりアバウトなもので、その後何回も変更されています。何回も変更された数字が出てくるんですけども、職種ごとの稼働ベースという概念に基づいた削減計画が出てきたのは、かなり後になってからです。しかも、これは管財人が立てた計画というよりは、経営を任されていた会長はじめ役員を立てた計画と言えるようなものです。会社更生中であっても、会社経営は動いており、その経営判断には会長はじめ役員が不可

欠であって、管財人の判断だけでできたわけではありません。

したがって、当初の、あるいは一定段階の人員削減計画に依拠するといっても、それ自体流動的なものであったといえます。しかし、判決はこのことを全く考慮してないのですが、その点は問題ではないかと思われる。その背後には、いったん泥船になった、沈みかけた船という表現が出てくるのですが、何をされても仕方がないといった主観的・感情的な裁判官の判断が入っているのではないかと思わせる点があります。

「巨額の負債を抱え、これまで何度も策定された再建策が失敗に終わり、その後のタスクフォースの助言、指導及び機構の支援の下での再建も断念せざるを得なかった被告が、厳格な手続要件を備えた法的再建手続の下で事業再建を図るべく本件会社更生手続開始の申立てに至ったことについては、やむを得ない事情があったといえることができるし、そのような状況にあった被告は、いわばいったん沈んだ船であり、二度と沈まないように、大幅な事業規模の縮小に伴う適正規模の人員体制への移行を内容とする事業再生計画を策定することが必要不可欠であったといえることができる。」等の判断をしています。

これは、1回決めたのだから、しかもいったん沈みかけた船なんだから、そこから救い出すためにはかなり厳しいことをやっても仕方がなかったんだと、そういう意識が裁判官にはどうもあるようです。

3番目に、稲盛 JAL 会長が裁判所で行った「整理解雇の必要性はなかった」という発言についてもこういうふうに言っているんです。「稲盛発言は、これまで従業員を解雇せずに企業経営をしてきた同人が、被告の経営の一翼を担う立場にある者の苦渋の決断としてやむなく整理解雇を選択せざるを得なかったことに対する主観的心情を吐露したにすぎないものと評価するのが相当であって」と。こういう評価をしていいのかどうか。もう人員削減する必要がなくて、それでもやったということを行ったことが、心情を吐露したという、こういうまさに主観的な評価でよかったのかどうかということについての疑問があります。

それから、解雇の選考基準についてですが、1つは、業務起因性のある休職、病欠歴を第1、第2基準としています。この中では私傷病ではなくて業務起因性による休職についても基準としています。それは、「不就業の点で企業貢献度が劣ると評価せざるを得ない」

と言っているんですけども、本当にそう言い切れるのかどうか。

2番目は、希望退職者を53歳以上の人たちという中高年に限定したことが合理的で、この点でも将来の貢献度を考えたときに仕方ないと言うのですが、年齢差別の問題は出てこないかどうか。個人によって違いがあるにもかかわらず、年齢が高いということだけで整理解雇の対象になってしまうという問題があると思います。

整理解雇の後にも、これは経営の判断に影響することですが、人員削減が超過達成したり、その後退職者が続出したり、新卒採用者を急遽大量に採用しているということを考えてみると、会社再建中の整理解雇だといったとしても、これをそのまま認めてしまうと、今までの整理解雇法理が動揺してくるのではないかと考えています。泉州学園事件の大阪高裁判決（大阪高判平23・7・15労判1035号124頁）が、この間の整理解雇法理の到達点を示している判例として位置づけていいのではないかと考えています。

道幸 私も、会社更生法上の問題であるということで、やや特殊な理論構成をしているのかなという感じは持ちました。最近のいろいろな判決を読んでも、整理解雇の必要性、その開始時の必要性と、指名解雇時の必要性という2段階で必要性を考える必要があるのではないかと思います。指名解雇までに解雇回避努力とかいろいろなことをして、指名解雇の必要性があまりなくなった場合は必ずしも最初の計画どおり解雇する必要はないという判断が幾つか示されています。最近の例であれば、コムテック事件（東京地判平23・10・28労経速2129号18頁）とか、有名なのは千代田化工建設事件（東京高判平5・3・31労判629号19頁）がありますけれども、いずれにせよ、当初の計画と解雇時の経営の事情というのを区別して考える必要があるのではないかと思います。

そういう観点からすると、本件の場合には、更生計画をずっとそのとおりに実施して、その後の解雇回避義務とか経営状態の改善とかをあまり考えないという点では、今までの判例法理とは明確に違うということが言えるのではないかと考えます。

それからもう1つ疑問に思ったのが、会社更生計画を作成する場合に労働者サイドと十分な協議がなされたかということです。一応団交したという事実関係はあるんですけども、おそらく会社更生計画で念頭に

置いているのは債権者との関係だから、銀行とかの意向で計画がつけられる。そうすると、労働者の意向を反映しないリストラ策が最初につくられて、それを完全実施するということになる、今までの整理解雇法理で労働者の利益と調整する視点が全くなくなるという点では問題があるのではないのでしょうか。

ただ、整理解雇基準になると、年齢差別をしたという問題がありますけれども、結構難しいのではないかと。むしろ本件の場合、基準の問題以前に必要性があったかどうかということが中心になると考えます。

***倒産法と労働法が交差**

和田 本件はおそらく倒産法と労働法が交錯するような問題で、今まで事業清算型や廃止型の場合については幾つか裁判例がありますが、会社更生手続のもとでの事案としては多分本件が最初の裁判になるのではないのでしょうか。会社更生手続が東京地裁の決定に基づいてその監督の下で行われているものですから、そこで執行したことについて東京地裁が覆すのは難しいのではないかと。これはあくまで裁判外の理屈ですが、それにしても倒産法と労働法が交錯しているという問題について十分認識していないのではないかと。

最初のところでは、整理解雇法理が適用されないわけだと言っているんですけども、実際の判断は会社更生手続中の事案で、管財人の判断を尊重してはいけないという頭でずっと来ているものですから、結局、整理解雇法理の、とりわけ、第1基準の必要性のところはほとんどそのまま認められてしまっています。前倒ししているのも深掘りしているのも債権者との関係で仕方がないとか、これに反することをやると債権者などに申し開きができないという頭があるのではないかと。それにしても最後の指名解雇する必要性があるかどうかというところの判断をもう少し厳密にしないとまずいですね。

先ほどコムテック事件に言及されましたが、泉州学園事件もそういう事件で、一審判決は、学校収入が減少する中で何人かの整理解雇をすることを、仕方がなかったと言ったんですけども、二審の大阪高裁は、退職等々している中で、最後に指名解雇する経営上の必要性はないということを言って、一審判決を覆しています。こういうのが最近の整理解雇法理の到達点ではないかと思うのですが、やはりそのぐらい必要性については厳密に見るという視点が、どうもこの東京地

裁判決には欠けているような気がします。

道幸 あと、ほかの例では非正規ですね。例えば、みくに工業事件（長野地支判平23・9・29 労判1038号5頁）は準社員について、それからテクノプロ・エンジニアリング事件（横浜地判平23・1・25 労判1028号91頁）では派遣会社待機社員についての事件があります。

そういう形で非正規についても整理解雇法理を厳格に適用していることからすると、本件のように、経営がよくなっているにもかかわらず、正社員の首を切るというのは、やや深掘りしすぎている。おそらく、経営姿勢を強く対外的に示すのと、それから残った従業員に対して気合を入れるというのが目的で、あまり整理解雇法理の問題ではないのではないかと。会社再生のための経営姿勢を示すために、整理解雇について裁判所も判断したという感じで、判例法理からも問題です。こういう形で整理解雇することになると、企業再生型については、最初の案作成段階でもう決まってしまう、その後どんな努力をしようが、労働者が協力しようが、ともかく最初やったことは全部実現すると、むしろモチベーションが下がるのではないかと感じもします。

和田 全体にこの判決を読んでいて、厳密な事実認定と法律的な評価というよりは、政策的な判断が全面的に出てくるんですね。一度沈んだ船とか、そういう主観的な、裁判官の思いが非常に強いと言えば強いですけれども、果たしてこういう一種の国策が絡んだ会社更生に対して、きちんと裁判所として法律的なチェックをしなくていいのかどうかということについて大きな疑問を持ちます。

道幸 一人前のことを言うなと書いてあるんですね。

和田 おまえら一回倒産しかけたんだから好き勝手なことを言うなという判断です。

道幸 経営層についてはそういう感じがしますが、一般の労働者について、かつ解雇のときにそう言うのはやはりおかしいのではないのでしょうか。

和田 団体交渉でも、組合がいろいろな提案をしていることについて、すべて、「そんなことはできないんだ」と判断しており、これだと団体交渉する意味もなくなってしまふ。労使自治の否定につながります。

道幸 むしろ問題になるとすると、会社更生案、更生計画作成時における参加が全面的に認められ、これ

は意味のある参加で、アリバイ的な団交ではないものですが、それが認められるとまだいいのですが。

和田 倒産法の学者は何人かが意見書を書いているんですね。

道幸 倒産法の立場からいえば、もう二度と倒産しないためにリストラしろということになるんだろうけれども、歯止めをどうするか。

和田 倒産法上では、整理解雇法理を適用しないとやってしまったほうがすっきりするのかも知れません。会社更生手続を粛々と実施するだけだから。

道幸 手続に違反した場合は問題にし得るということかな。

和田 ただ、この事件では、会社更生手続で、最初に決めたものでそのまま人員削減をやっているわけではない。人員削減計画は、何回も変わってきて、その度に人員削減が増えてきているんです。何回も修正されながら、前倒しをしてやっている。だから、それは必ずしも最初に決めた手続を粛々と遵守してやっているというふうには言えないんです。控訴審でどのような判断が出るか、整理解雇法理の行方を考える上でも重要です。

II. 業務適性評価のための有期雇用——日本航空事件（東京地判平23・10・31 労判1041号20頁）

— 事実と判旨 —

被告会社は、客室乗務員の募集要項において、「客室乗務員業務（国内線及び国際線）および一部地上業務の両方に従事します。」、雇用形態として「1年間の有期限雇用、ただし、契約の更新は2回を限度とし、3年経過後は、本人の希望・適性・勤務実績を踏まえて正社員への切り替えを行います。」と記載しており、原告は平成20年5月に契約社員として入社した。2年目契約の雇用期間について「平成21年5月1日から平成22年4月30日までの1年間、ただし、勤務日数が著しく不足する場合、又は勤務実績の総合評定が一定基準に達しない場合には、双方の合意により雇用期間を延伸することがある。合意に至らない場合は雇止めとする。」と、契約更新について、本契約は契約期間満了に際し、業務適性、勤務実績、健康状態等を勘案し、業務上必要とし、乙が希望する場合には、本契約を更新することがあるとされていた。

会社が業務適性等に問題があるとして更新を拒否したので、原告が当該雇止めは無効であるとして従業員たる地位の確認等を求めた。同時に、違法な退職強要がなされたとして損害賠償も請求した。

●判旨

本件雇用契約において、その雇用期間経過によって、雇用契約が当然に終了するというのは相当ではなく雇止めが「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」かどうかの判断に当たっては、解雇権濫用法理が当然に適用される期間の定めのない雇用契約の場合と同一とはいえず、当該雇用契約の性質、内容を十分に考慮した上での判断が求められるというべきである。

本件契約社員制度については、「航空機の運航の安全を確保するためには、運航に関する基準・手続が定められ、客室乗務員の業務手順・業務知識等はかかる運航に関する基準・手続を遵守するために必要なものであるとともに、客室乗務員が業務を行うに当たっては、かかる手順・知識に従った業務を行う必要があり、また、客室乗務員は、緊急時の保安要員として乗客の安全に重大な責任を負う立場にあると認識されていること、さらには、一般に、航空機の乗客は、客室乗務員に対しては、高い水準のサービスを求め、客室乗務員はこれに応じるべき立場にあるといえることからすれば、上記被告会社が契約社員制度を採用した理由について、不合理なものということとはできない。」

「育成プログラムによって指導するとともに、その期間中、客室乗務員としての適性判断を行うことは重要なことであると考えられ、客室乗務員として業務適性を欠くと判断される契約社員を雇止めにするには合理性が認められる。したがって、解雇権濫用法理が類推適用され、雇止めが「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」かどうかということについて、雇止めが業務適性の欠如を問題とする場合（被告会社は、「原告は、客室乗務員として求められる一定水準以上の業務上の知識を有せず、また接客態度についても必要な水準に達することはなかった。残り1年で正社員として登用可能な水準に達する見込みはないと判断した。」と主張する。）、被告会社における、当該契約社員についての業務適性を欠くという判断が不合理なものといえることができるかという観点から検討されるべきである。」

本件において、「原告はその勤務期間中に被告会社に明らかな損害を与えるような過誤を生じさせたわけではなく、一つ一つの過誤を取上げてみれば、他の客室乗務員においても起こり得ることであるといえる。しかし、原告の場合には、それが極めて多数回に及びまた繰り返されているということに問題があり、それが原告が客室乗務員としての業務適性を欠く大きな理由であるということは、上記原告の上司らの見解が一致しているところである（原告は、多くの過誤を生じさせ、過誤を起こしやすいことを自認する旨の書面を作成するなどしている）。また、原告が勤務開始の初期の頃から、業務適性に疑問が呈されたことから、さらには2年目契約時には経過観察期間とされたことから、原告の上司らが原告の業務内容を注意深くチェックしたことにより、他の客室乗務員と比較して過誤とされる個別事象が積み上がったという面が無いわけではないにしても、それは自らが招いたことなのであって、その事実が多いことをもって、原告の上司ら

によるチェックが意図的に原告を退職に追い込もうとするためのものであるということはできないし、それらのチェック手続、またそれに基づき原告に対する評価に関する手続を不公正なものということはできない。」ので、本件被告の判断は不合理ではない。

なお、退職時の言動は違法な退職勧奨として20万円の慰謝料を認めている。

道幸 業務適性評価のための有期雇用の事件です。これは同じJALの事件ですが、客室乗務員について、トータル3年間で本人の希望・適性・勤務実績を踏まえて正社員へ切り換えるということで、1年、2年、3年と3回という機会を与えて正社員かどうかを判断する。本件場合は2年目で更新拒否されました。

判決は、次のような構成をとっています。1つは、本件については期待利益があるので、客観的に合理的な理由を欠く場合は問題だということを前提にして、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かどうかの判断に当たっては、期間の定めのない雇用契約の場合と同一とは言えず、当該雇用契約の性質、内容を十分に考慮した上での判断が求められるとして、一定の判断の違いを示しています。

2番目は、育成プログラムによって指導するとともに、その期間中、客室乗務員としての適性判断を行うことは重要なことであり、客室乗務員として業務適性を欠くと判断される場合は、雇止めすることには合理性があるとしています。本件被告の判断は相当であるといって、2年たったところの雇止めを有効としました。

雇止めについては、判例法理の動きがあり、立法法の動きもあります。未解決の問題は解雇法理の類推の仕方、法的な効果、つまり雇止めが無効となった場合の法的な効果等です。

一方、整理解雇事案については日立メディコ事件(最一小判昭61・12・4判例時報1221号134頁)があります。これは採用の仕方が特殊だというケースですが、勤務能力評価との関連は必ずしもはっきりしていません。

本件の場合、理論的には専門職の新規採用に当たって、有期雇用を更新する形で業務能力の適性評価をすることが許されるのか、今までならば試用期間のあり方、契約は期間の定めのない契約だけれども、試用期間後に本採用拒否事由があるかという形で争われた

ケースを、有期雇用の問題として、さらに更新拒否の問題として取り上げたという点に大きな違いがあります。

関連裁判例について若干お話しすると、最近の問題は、更新期待の有無・程度です。実質的に雇用関係が継続したかということで、例えばエヌ・ティ・ティ・コムチェオ事件(大阪地判平23・9・29労判1038号27頁)では、グループ企業での更新実績が重視されています。リンゲージ事件(東京地判決平23・11・8労判1044号71頁)も同旨です。エフプロダクト事件(京都地判平22・11・26労判1022号35頁)は定年後の雇用継続制度に基づく再雇用のケース、それから民営化が絡んだ郵政事業のケース(郵便事業事件、広島高支判平23・2・17労判1026号94頁)ですが、いずれも以前の雇用継続の事実、更新回数を判断して、それに伴う期待を認めています。現在の使用者だけの問題ではないと判断されています。そういう意味では、更新の期待というのは広く認める傾向にあると言えます。

他方、専門的・臨時的職種の場合は、これはE-グラフィックスコミュニケーションズ事件(東京地判平23・4・28労判1040号58頁)ですが、更新の期待の合理性は認められないという判断が示されています。

能力評価や業務適性は一応3つのレベルで評価されます。1つは、本件のように有期雇用の更新拒否事案、2番目は試用期間の問題、3番目は直接の解雇事案で問われていまして、具体的基準が違うかが問題になっています。抽象的に考えますと1, 2, 3の順でだんだん基準が厳格になる。そうすると、有期雇用の更新拒否事案が、一番会社にとっては使い勝手がいいと言えらると思います。

それから、もう1つ考えられるのは、労働契約を締結しないで有期の研修契約を締結して、労働契約前にそういうのを設定する例も考えられないわけではない。

検討課題としては、まず1のような有期雇用を業務適性評価のために使っている契約は、実際多いのだろうかということも問題です。そういう契約が認められるかということです。本件の場合、専門職で一定の業務適性を判断する、これは実際に働かせなければわかりませんから、慎重に判断するということになる、有期雇用で処理するという余地もないわけではないと思います。ただ、先ほど検討しましたように、拒

否事由が本採用拒否とか解雇の場合より広いかということとは問題になる。特に、本件の場合、1人だけが更新拒否されましたけれども、これが3割とか4割が拒否されるようになると、こういう採用の仕方が果たして適正かということが問題になります。

2番目ですが、本件の場合には3回目の機会を付与していません。そうすると、2回だけの判断で業務適性がないと判断したのが適正か、その過程における検証内容とか指導のあり方の問題になると思います。

関連していろいろな判決を調べると、試用期間をめぐる裁判例であっても案外、解雇の事例が多い。だから、業務適性がない場合は、すぐ解雇しているのかなという印象を持ちました。そうすると、業務適性がない場合に、最低限本採用拒否という形をとる必要があるかどうか。程度の問題にもよるでしょうけれども、試用期間中の解雇事由と、本採用拒否事由の違いがどの程度かという問題があると思います。

これはJALの関係者に聞いたんですけども、やはり更新拒否される人はそれほど多くはないと。本件の場合も1人です。いい人を選ぶのか、だめな人を排除するのかによって目的がかなり違ってくるのではないのでしょうか。

*試用期間と有期契約

和田 1つ疑問に思うのは、神戸弘陵学園事件の最高裁判決（最三小判平2・6・5労判564号7頁）との関係です。神戸弘陵学園事件は、期間が定まっても試用目的だというときには、明確に期間が満了したら終了するということが、あるいは再評価して本採用にすることが明確でなければ、最初から期間の定めのない契約であって、期間は試用期間だと言ったわけです。それに対していろいろな批判があって、試用目的の有期雇用は存在し得ないのかという問題提起がなされてきましたが、本件だとそれを正面から認めていることとなりますね。

道幸 神戸弘陵学園事件というのは救済のための議論だったけれども、使い方によってはこういう構成があるということです。

和田 そうすると、例えば試用目的というのは限界がないわけです。本件では3年間で試用目的ですけども、場合によっては5年の試用目的ではだめだという議論はどこからも出てこない。試用目的で、5年目でだめだったという、反復更新された契約の更新の

法理（雇止めの法理）は潜脱される危険性はないんですか。

道幸 試用というのは基本的には業務適性を判断する目的だとすると、長期的に業務適性を判断する期間を超えた場合には、試用目的と言っても、通常の労働契約になると考えるのではないのでしょうか。

和田 本採用拒否の問題になってくると、合理性を使用者の側が立証しなくては行けない。ところが、本件の場合には能力があったんだということを、逆に原告側が主張立証しなくては行けないことにはならないのでしょうか。期待権がないということになってしまえば。

道幸 契約的に言えばね。ただ、本件の場合、一応、期待権はあるという構成になっています。つまり、3年後に正社員にするし、具体的な発言から原則更新するということを言っていますから、期待権自体はあるので更新拒否の理由を会社が立証する必要が出てきます。

和田 期待権についてですが、原告労働者の雇用継続に対する期待的利益は、法的に保護するものがあると言っていますね。

道幸 本件の場合には少なくとも言える。ただ、それが全然ない場合に、1年目で例えば更新拒否したような場合どうするか。通常の期間雇用と違って試用目的だということになれば、労働者に能力があるという立証は不可能だから、会社が立証する必要があるとしても立証の程度というのはそれほど厳格でなくていい。本採用拒否事由ほどの理由は要らないのではないかと思います。

和田 今回の場合、反復更新されているというよりは、最初から3年たったところで正社員になる可能性があると言っている。きちんと働いていれば。

道幸 それからもう1つは、原則更新すると言っているから、期待権があると本件の場合、言いやすい。

和田 そうするとやはり、更新をしないことについて正当理由を、合理的な理由を使用者が主張立証しなくては行けないのですね。

道幸 途中でいろいろな延長をしたり、詳細な、あげつらうようなことまで含めて、本人のミスを全部明らかにしていますから、その点は慎重な感じですね。このぐらい立証されてくると業務適性があるというのは難しい。

和田 試用目的で明確に有期契約を締結したという

ときには、それは試用目的だからやはり正社員の期待権は必ず出てくるのでしょうか。ケースによって違ってくるのか。正社員登用の可能性がない試用目的の有期契約というのはあるのでしょうか。

道幸 必ず1年で切れるならば……、でも試用目的でもないわけでしょう。

和田 1年間のまさに有期契約ですね。

道幸 いい人は残すとか、そういうことが前提にならない限り、試用目的とは言えないのではないのでしょうか。そうすると、一定の判断をして排除するか継続するかという、その点は会社側が立証する必要があるのでは。

ただ、さっき言ったように、雇用した後、本採用拒否事由と、試用目的の有期雇用の更新拒否事由と同じかどうかというのがあります。

和田 区別はどこでつけるのですか。神戸弘陵学園事件のようなタイプと、本件のようなタイプと。期間の定めのない契約で、それは試用期間だというふうに神戸弘陵学園事件は判断しているわけです。それに対して本件では、試用目的の有期雇用だと判断している。

道幸 試用の、つまり業務適性を判断する基準とか目的とかによって若干違ってくるのではないかと思えますけれども、原則は、よほどのことがない限り更新拒否の理由はないのではないのでしょうか。

ただ、抽象的な試用目的ではなくて、例えばこの期間にある資格を取れとか、そういうのが絡んでくると基準が明確になるので、その期間中にある資格を取らない限り拒否できるとか。

和田 例えば、本件の場合2年目で更新されませんでした。3年目で雇止めされたら、この人の身分はどうなるんですか。期間の定めのない正社員の雇用になるのか。

道幸 雇止めが無効になると、最初の合意で正社員になったことになるのではないかと。

和田 正社員になるものとしてみなすのですか。

道幸 ええ、無効になれば。

和田 普通の反復更新した契約だったら、雇止めされてもまた同じ期間の契約が継続していくだけです。

道幸 それは、本体として3年目以降についてルール、つまり、有期雇用の次の時期についてのルールがないから同じということでしょうか。この場合、イエスカノーしかないというふうに考えれば。ペンディングな状態で、場合によれば4年目があるとなれば別で

しょうが、本件は確定的に3年目、3年しか書いてないので、もしも無効になれば正社員になるのではないのでしょうか。

和田 報徳学園事件（神戸地支判平20・10・14 労判974号25頁）だと1年契約を2回更新して雇止めになっています。神戸弘陵学園事件と似ていますが、校長から例えば1年頑張れば専任教諭になるというふうに言われていたとか、専任教諭と同じクラス担任をされていたというふうに言っていますが、しかし、この判決も有期契約の反復更新と考えているんです。期間の定めのない契約の試用期間だとはとらえていない。そうすると、裁判所はどうも神戸弘陵学園事件と少し違った判断基準で、試用目的の有期契約を認めるようになっているのかなと思います。

道幸 試用契約だと、いろいろな試験とか訓練とかやっていますから、そういう訓練をやるニーズがあって、実際そこで業務適性を具体的に判断しているかどうかということ、まさに試用目的という実態に合ったように運営されているかどうか、ポイントになるのではないのでしょうか。

和田 最初から正社員と同じような仕事をしていたとすればどうなりますか。

道幸 何の訓練もしなければ、試用目的といっても、これは普通の労働契約だとなりますから。こういう一種の3年間の研修教育期間で制度的にかっちりしているような場合しか、こういう形はできないのではないかと思います。そういう意味では、使用者が試用期間だと言ったからということが決定的ではありません。

和田 その期間の目的と、何をやるかということが重要だということですね。

道幸 ええ、実際にやっていて、業務適性を判断する過程というのが明らかになっている。もう1つは、その結果、業務適性がないというのが明らかになった場合に初めて更新拒否ができる。はっきりしない場合、必ず3年で正社員にしなくてはだめではないかと。

和田 有期雇用というのはやはり変わってきているのかな。というのは、例えばJALは今こういう形でしか客室乗務員を採用しないんですね。ANAが先にやりはじめたのですが、昔はきちんと試用期間に訓練して、それが終わると本採用したんですけども、今はもう全部3年の有期雇用になってしまっている。

道幸 比較的排除しやすいということなんでしょう

ね。本採用拒否とか解雇よりは。おそらく本人が適性がないと思ったら途中で辞めますし、あとは病気になるったりすると辞める。結婚とかでも。そういう意味では、会社にとって排除しやすいシステムではないか。

和田 有期雇用の法規制というのは、こういうこともある程度念頭に置いた上で考えないとまずいのではないのでしょうか。

道幸 そうですね。ただ、3年もかけて業務適性を判断する必要がある職種ということについて、それだけの合理性があるかどうかというのは、それ自体問題があると思います。3年かけていろいろ訓練しているということは言えます。どんな場合でも訓練とか再訓練は必要になりますが、あまり長期にこういう不安定な位置に置く契約をどう考えるか。3年は長すぎるという問題はあるかなと思います。

和田 学校の先生もそうですね。3年ぐらいいろいろな担任をさせないと資質があるかどうかかわからないと言われたら、どうなってしまうのでしょうか。

道幸 そうですね。それで、3年目でやはりだめだと言われると……。でも、その間にどれだけ指導するか。本件の場合、結構指導しているから、業務適性判断過程というのは言いやすいケースではないかと思えます。医者もこういうふうになるのかな。試用目的となればまた問題になるかもしれません。

和田 新しいタイプの有期契約の雇止めの問題ですね。

道幸 もう1つあり得るのは、いわゆる外国人と同じ研修契約みたいなものをやるとか、例えば採用内定段階になって、一種の研修契約的な合意をし、だめだと新規に採用しないというのが出てくるかもしれません。

和田 でも、それがあまり広まってくると問題ではないですか。ますます雇用の不安定化して、特に若年者について。

道幸 今まで雇うということのリスクもあるけれど責任もある。それが、リスクは回避したいし責任もとりたいとかなければ、安全な人だけ正社員にすることになると、こういうことを考えるのではないかなと思いますね。

こういうのをやると、今度はメンタルに問題を抱えている人を排除する仕組みで使うのではないのでしょうか。

和田 可能性がありますね。

道幸 3年間やれば、メンタルのことがわかるから、そうすると排除しやすい。解雇するのは大変だし、休職も大変だから、ある種、性格的なものを問題にし始めるとなると、結構大きな問題になりますね。

和田 そうすると、やはりその職務が本当に1年とか2年とか、試用が必要かどうかということもきちんと判断をして、それとの関係で更新拒否なのか、雇止めなのか、本採用拒否なのかということを考えていかななくてはいけないということですね。

道幸 ちょうど神戸弘陵学園事件とは逆で、形式は試用期間だけれども、これは雇用契約期間だとか、実態から契約の位置づけをしたほうがいいのではないのでしょうか。

更新拒否では、本田技研工業事件（東京地判平24・2・17 労経速2140号3頁）もありますね。

和田 それよりも日本アイ・ピー・エム事件（東京地判平23・12・28 労経速2133号3頁）はどう考えるか難しいですね。

道幸 あれは難しい。

和田 下関商業高校事件（最一小判昭55・7・10 労判345号20頁）の判例法理だと、回数とか発言とか、その場のシチュエーションなどを総合的に判断するというんですけれども。

道幸 慎重にやっていますよ。人格を損なうようなことを言うとか。しかし、むしろ15%ぐらいの人が対象になるから、対象になったこと自体が問題になってくる。

和田 本件では、新たな人生を考え直したほうがいいのか、役に立っていると思いますかとかね。今後ああいう形での退職勧奨というのが出てくるから、これはやはりそういう意味ではかなり極端なケースです。

道幸 やや感情的になっているし。

和田 相手が若い女性だということもあるんでしょうね。例えば40代の長年勤めてきたホワイトカラーのかなり高給取りの男性という場合と違うでしょう。

道幸 いや、それはちょっとわからない。

和田 20数歳の女性ですから、やはりかなり強く言われると精神的にダメージが大きいのではないかと思われれます。

道幸 あと、不安定な地位にあるから、言うことのインパクトが大きい。難しいのは、同じ強いことを言っても、教育して残すためなのか、排除するためなのかという点です。これはどちらかという、辞めろ

という形の発言なので、やはり退職強要的な側面は出てくるのではないかと思います。

今日はありがとうございました。

和田 こちらこそありがとうございました。

(2012年7月20日：東京にて)

どうこう・てつなり 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。

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），「不当解雇の効果と紛争解決」野田進・野川忍・柳澤武・山下昇編『解雇と退職の法務』（商事法務，2012年）。労働法専攻。