

ディアローグ

労働判例この1年の争点

- ❖ 不当労働行為の救済命令の履行可能性
- ❖ 運転士の発令差別
- ❖ 精神的不調による無断欠勤と諭旨退職処分



道幸 哲也

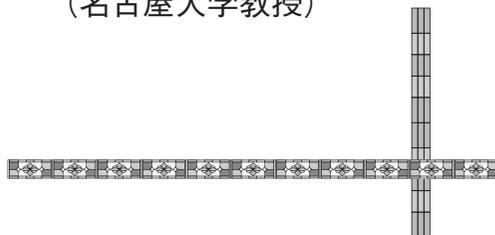
(放送大学教授)

×



和田 肇

(名古屋大学教授)



【目 次】

■ピックアップ

1. 一時金支給慣行の成否とその変更の効力——立命館（未払一時金）事件
2. 労災保険法上の労働者と労基法75条以下、同19条の労働者——学校法人専修大学事件
3. 団体交渉拒否の正当性——ニチアス事件
4. 試用期間中の普通解雇の有効性——ライトスタッフ事件
5. 勤務時間中のバッジ着用と組合活動の正当性——国・中労委（東日本旅客鉄道・国労バッジ）事件
6. 兼業申請拒否を理由とする損害賠償請求——マンナ運輸事件

■フォローアップ

- I. 有期雇用契約の雇い止め——本田技研工業事件
- II. 派遣職員の整理解雇——シーテック事件

■ホットイシュー

- I. 不当労働行為の救済命令の履行可能性——広島県・広島県労委（熊谷海事工業）事件
- II. 運転士の発令差別——東日本旅客鉄道事件
- III. 精神的不調による無断欠勤と諭旨退職処分——日本ヒューレット・パッカート事件

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、放送大学の道幸哲也先生と、名古屋大学の和田肇先生にご対談いただきます。お二人の対談は今回が3年目で最後になりますが、よろしくをお願いいたします。

道幸 今年私が取り上げた事件の全体の傾向を申し上げると、多様な判断が示されているのですが、あまり新規の問題はないと思います。ただ、議論の中身がかなり細かくなっていることや、これまでの紛争のパターンとは、論点は同じだけれども、論理展開が若干違うものが見られます。

立命館（未払一時金）事件では、特定額の一時金支給の実績を理由とする労使慣行を認めるかどうか、ニチアス事件では、退職して長期間経過後になされたアスベスト被災者らがつくる労働組合からの団交要求の当否について争われています。雇用関係の有無とともに団交の要求態様が問題になっています。国・中労委（東日本旅客鉄道・国労バッジ）事件では、勤務時間中のバッジ着用を理由とした処分の不当労働行為の認定などをめぐって争われています。関連する裁判例が多様な判断を示しているのが注目されます。

ホット 이슈の最高裁の判決については、いずれも比較的ポピュラーな問題というよりも、やや特殊な問題です。事案との関係の判断で、それをどの程度一般化できるかが重要だと思います。広島県・広島県労委（熊谷海事工業）事件は、組合員がいなくなった会社に対する救済命令の履行可能性について、東日本旅客鉄道事件は、運転士の発令差別について争われたものです。発令差別の立証のあり方について重要な判断が示されています。

和田 私の担当したのですが、まず学校法人専修大学事件では、労災で長期に休んでいる人に対して労災保険の休業補償等が支給されていたのですが、労基法上の休業補償給付等が支給されていませんでした。その労働者に対して、労基法81条あるいは労基法19条が適用されるかという問題を扱ったものです。多分、初めての判決ではないかと思われます。2つ目にライトスタッフ事件を取り上げましたが、これは試用期間中の労働者に対する解雇の有効性が争われています。その中では喫煙の問題が触れられていて、興味深い事件かと思われます。3つ目のマンナ運輸事件では、労働者には所定労働時間以外でほかの企業で働く権利があるかどうか争われています。今までは残業命令拒否の問題が争われているのですが、ほかの企業で働くことができるかどうか争われている珍しい事件です。

フォローアップの本田技研工業事件ですが、有期労働契約が反復更新されていて、最後に「これ以上は更新しない」という不更新条項が付けられ、それに基づいて雇止めされた事件です。最近、同種の事件が増えてきています。シーテック事件は、派遣職員の整理解雇の事件です。この労働者は登録型ではなくて常勤型ですが、派遣先がなくなり待機社員になり、その労働者に対して整理解雇を行ったことの有効性が争われています。今まで派遣労働者の事件はいろいろあったのですが、こういう形で整理解雇が争われた事件は珍しいのではないかと思います。

ホット 이슈では、日本ビューレット・バッカード事件の最高裁判決を挙げました。これは最高裁が精神的な不調を抱えている労働者に対して使用者がどう対応すべきなのかを初めて判断したものです。一般論を述べているのですが、そのところが非常に重要だと思われる。

ピックアップ

1. 一時金支給慣行の成否とその変更の効力——立命館（未払一時金）事件（京都地判平24・3・29 労判1053号38頁）

— 事実と判旨 —

本件は、被告の教職員である（またはあった）原告らが、被告が従前14年間にわたり労働協約に基づき一時金（賞与）として、給与月額6.1カ月分プラス10万円（以下、「本件基準額」）を支給していたところ、平成17年度ないし19年度の一時金を「年5.1カ月＋10万円」（以下、「本件一時金額」）で支給したことにつき、労使慣行に基づき被告との間で一時金を本件基準額とすることが具体的請求権として労働契約の内容となっており、本件一時金額とする不利益変更は無効であること、誠実交渉義務違反に当たることを主張して、被告に対し、労働契約又は債務不履行に基づき、別紙金額等（本件基準額と本件一時金額との差額および遅延損害金の支払い）を請求した。

●判旨 請求一部認容

（労使慣行論の部分のみ紹介）

(1) 「労使間で慣行として行われている労働条件等に関する取扱いである労使慣行は、①同種の行為又は事実が一定の範囲において長期間反復継続して行われていたこと、②労使双方が明示的に当該慣行によることを排除・排斥しておらず、当該慣行が労使双方（特に使用者側においては、当該労働条件の内容を決定し得る権限を有する者あるいはその取扱いについて一定の裁量を有する者）の規範意識に支えられていることが認められると、事実たる慣習として、労働契約の内容を構成して当事者間に法的拘束力を有するというべきである」。

(2) 本件について

使用者は従前の支給基準についての規範意識を有していないが「被告は、一時金について、各年度の回答において、6カ月を目指す、6カ月に接近させるなどと再三回答しており、平成16年度以前に6カ月を下回る額を提示したことはなく、長年にわたって「6カ月」を支給基準にしたいという意識を有していたことは明らかである。そして、被告は、本件一時金額とした平成17年度の前年である平成16年度においてさえ、6カ月に「接近」させるというのが基本方針であると回答しており、6カ月を下回るという意識を有していなかったとすることができる。そうすると、被告において、一時金の支給基準につき、6カ月以上とすることは明示的に排除・排斥しておらず、6カ月以上とする規範意識に支えられていたと認められることができる」。

この限度で労使慣行が成立している。

(3) 変更の相当性

「賃金、退職金など労働者にとって重要な権利、労働条件に関し実質的な不利益を及ぼす労使慣行の変更については、当該変更が、そのような不利益を労働者に法的に受忍させることを許容することができるだけの高度の必要性に基づいた合理的な内容のものである場合において、その効力を生ずるものというべきであり、その合理性の有無は、具体的には、労使慣行の変更によって労働者が被る不利益の程度、使用者側の変更の必要性の内容・程度、変更後の内容自体の相当性、代償措置その他関連する他の労働条件の改善状況、労働組合等との交渉の経緯、他の労働組合又は他の従業員の対応、同種事項に関する我が国社会における一般的状況等を総合考慮して判断すべきである。

しかるに、被告の一時金は、前記3のとおり、功勞報償的な性格は弱く、賃金の後払いであるといえ、生活給的な性格が強いのであるから、労働者にとって重要な権利、労働条件であることは明らかであり、それを変更することについては、そのような不利益を労働者に法的に受忍させることを許容できるだけの高度の必要性に基づいた合理的な内容のものであればならない。

本件では合理性認められず。

道幸 この事件では、いわゆる賞与について14年間、一定の金額（6.1カ月＋10万円）を支払っていたのですが、その後、5.1カ月＋10万円に減額して支給したところ、当該使用者の行為が労使慣行に反していること等を理由として差額の請求がなされたケースです。

論点は幾つかあるのですが、ここでは労使慣行に関係したことだけをご紹介します。まず「労使慣行とは」といって、長期間反復継続して行われていたことと、労使双方が慣行によることを排除・排斥しておらず、それが特に規範意識に支えられているという2つの要件を挙げまして、本件について具体的に適用しています。その結果ですが、6.1カ月を労働者側は主張したのですが、裁判所は6カ月としました。学校側は6カ月にすることを目標にするとしており、少なくとも6カ月については規範的な意識があったということが理由です。その6カ月を前提とした金額について、請求権があると言って、差額の請求を認めました。さらに、いったん労使慣行が成立しても変更の余地があるとい

う、変更の相当性についても議論しているのですが、その相当性がないという判断で、ほぼ原告の主張が認められています。

本件は特定額の一時金支給の実績を理由とする労使慣行を認めたということで、注目されるケースだと思えます。一時金支給については、少し古い事件になりますが、ノース・ウエスト航空事件（千葉地判平14・11・19 労判841号15頁）で労使慣行が若干問題になりました。ただ、このケースでは契約合意との関係において、従前の支給実績を考慮して、会社が定期昇給しないという前提条件を主張したわけですが、そういう主張の仕方は信義に反するとされました。契約の意思解釈の際のファクターとして慣行的事実を使ったケースで、本件とは違います。

労使慣行については既に一般論として先例（商大八戸ノ里ドライビングスクール事件・大阪高判平5・6・25 労判679号30頁）があり、反復更新と規範意識を重要視しています。この件について最高裁は上告棄却の判断をしていますが、独自の判断は示していません。そういう意味では、労使慣行についての判例法理は必ずしもはっきりしないと思えます。

では、どう考えていくかということ、まず労使慣行一般については、民法92条の「事実たる慣習」の問題だとされているのですが、私としては、むしろ労働関係における慣行は当事者が形成したもので、民法92条の問題よりも、広い意味の合意の解釈、「黙示の合意」の中身がどうだったかということが重要ではないかと思えます。そうすると成立要件とされる規範意識をそれほど重視する必要があるか疑問であり、むしろ客観的に何年もそれが継続したことで、契約内容が推定されるというアプローチをとる方が適切だと考えます。本件については、むしろ6.1カ月を前提に処理した方が適切ではないでしょうか。特にその決め方が協約に基づいているとなりますと、規範性もかなりあるのではないかと思います。

ただ、この事件の関係でよくわからないことですが、労使慣行は協約とは違います。一定の慣行に関与した人たちについては、「黙示の合意」は言いやすいのですが、新規に採用された人たちについてはどう考えるのか。労使慣行論というのは、協約的な規範だと考えれば、新規に採用された人についても当然適用されることになるでしょうが、はたしてそれほど強い効力があるのか。

もう1つは変更についてです。慣行が成立しても、その変更の手续とか要件というものが当然あり得るわけですけれども、どう変更するかという問題も残されていると思います。

* 労使慣行論の3要件説と2要件説

和田 この判決に対する私の意見ですが、非常に巧みな理論構成をしていて、結論としては妥当だろうと考えています。原告が幾つか論点を主張しているのですが、誠実交渉義務違反という点については、もし仮に誠実交渉をしていても原告が主張するような金額で合意していたとは言えないとし、協約の効力のような考え方についても否定しました。労使慣行の成立を認め、不利益変更の合理性がないという形で結論を導いたのは、非常に巧みな理論構成だったのではないかと思われまます。

ただ幾つか議論しなければいけないところがあると思えます。1つに、道幸先生がおっしゃったように、労使慣行を民法92条の「事実たる慣習」とするか、あるいは「黙示の合意」とするかという違いはあるかもしれませんが、おそらく今までの裁判所の考え方としては、商大八戸ノ里ドライビングスクール事件高裁判決が示した3要件説で判断してきています。ところが、本件は明確に2要件説をとっていて、その点が非常に注目されます。結論として、私もそれでいいだろうと考えています。高裁判決は、①一定の行為が長期間反復継続して行われていた、②労使双方が明示的に、これによることを排斥していなかった、③とりわけ使用者側においてそれに従うという規範意識があった、ということをや要件としているのですが、第3の要件をあまりにも強調し過ぎると、労使慣行が現実認められにくくなります。本件の判旨は、3番目の要件を2番目の判断の中の1つの要素として考慮しており、それでいいだろうと思われまます。この点は大きな論点です。

2つに、労使慣行を変更する際の有効性の判断枠組みについて、いわゆる就業規則の不利益変更の有効性の判断枠組みを使っている点です。明示的に判例法理を引用しているわけではありませんが、ほとんど同じような判断枠組みを使って判断しています。おそらく労使慣行によって形成された賞与の支給は、すべての労働者に対して適用される、つまり、その意味では集団的な性格を持っているという点で就業規則における

労働条件と同じと考えたのだらうと思われる。この点も細かく詰めるといろいろな論点があるのかもしれませんが、これ以外に何か有効な判断枠組みがあるかと言われると、おそらくないのではないかと。この点でも妥当だと考えています。

道幸 まず、(3要件説は)最高裁の判例法理と言えるかどうかは1つの問題です。上告を棄却したケースですから。最高裁自体は、この要件を積極的に提示しているとは考えられないのでは。

和田 最高裁判決はないですが、実際にその後の裁判例を見ますと、高裁の枠組みを大体使っています。そういう意味では実質的には判例法理的な性格を持ったものになっているのではないのでしょうか。

道幸 3要件か2要件かという問題ですが、ポイントになるのは、おそらく規範意識です。規範意識をなぜ重要視するかというのは私も疑問です。気合いを入れて合意したとか、そういう問題はあまり重要ではなく、客観的な合意から推定される、ある種の意思ということだけで十分ではないかと思えます。

和田 使用者がそれに従う、あるいは決定権限を持っている者がそれに従う意思を持っていたという要件は、継続してそのことを行ってきたという要件とどこが違うのか。それにプラスして規範意識をなぜ要求するのかという点がよくわからない。継続しているということと、お互いがそれを排除しないで、長い間行ってきたという2要件でいいのではないのでしょうか。

道幸 将来を拘束するような合意は単に反復継続だけでなく、プラスアルファのファクターがなければならぬと考えていたのでしょうか。つまり、過去のことから将来をどう拘束するかということで問題になるわけです。そうすると、何か規範的な側面というか、プラスアルファみたいなものを考える必要があるのではないかと。そういう問題関心はよくわかりますが、ただ、独立した、もしくは実体化した意思みたいなものを持ち出すのは合理性がないし、実際の判断基準も難しいと思えます。

和田 1番目の要件と2番目の要件の充足を仮に労働者側が主張しても、3番目の要件のところ、使用者が「従ってきたけれども、そんな規範意識はない」と言ったら、それで労使慣行は認められなくなってしまふ。そういう判断でいいのか、おそらく今までの労使慣行論の中では問題になっていて、学説の批判も、その点にあったのだらうと思われる。

賞与請求権について、労使慣行を根拠に請求を直接認めた事件は今までになかったのでしょうか。否定した事件はあるのですが。

道幸 例えば、毎月とか毎週、同じことが行われているレベルの慣行があると思います。それに対して賞与の場合は毎年というレベルです。何年もやっているけれども年に1回しか問題になっていないという意味で、継続性ということは1つの問題になります。

もう1つは、こちらの方が大きいと思いますが、一時金は例えば基本給とか普通の手当と違って、やはりそのときの経営状態によって変わることが前提とされています。そういう意味では、一時金について慣行的な処理がはたして適切かという問題も1つあると思います。他方で、慣行的な処理をしなければ、額が決まっていけない。慣行的な処理によって解決した方が、決まっていけない形の処理よりは適切ではないかということがあります。

和田 この判決は労使慣行の成立を認めるために、過去20年以上にわたって、賞与の交渉をどうしてきたかということ細かく認定しています。年1回のことですから、かなり長期的なスパンをとらざるを得ないということが裁判官の頭にあったのだと思います。その意味では非常に丁寧な判断をしました。

*規範意識か継続性か

本件ではもう1つ、6カ月+10万円が具体的な額としてどう決まるのかという問題があります。裁判所は、使用者がいろいろと交渉している中でも、最低6カ月は出すと答えているので、その部分は具体的に決まっているのではないかと言っています。そのことを言うために、わざわざ、使用者としては6カ月以上払うという意識を持っていたと認定しています。規範意識要件の中のその部分を強調しています。この事件の処理として、規範意識を問題にしたことは間違っていないと思うのですが、非常に長期に繰り返されてきたということと、使用者として最低6カ月分は払うと、これまでも交渉の中で言ってきたということの2つの点で、具体的な額についての労使慣行が成立したと判断したと思います。

道幸 (交渉で毎年)決まったのは6.1カ月ですが、使用者はできれば6カ月にしてほしいと主張しています。協約締結が絡みますが、交渉過程で6.1カ月になったという結論だけを考えれば、0.1カ月分の規範

意識はあまり考える必要もないのではないか。6カ月ということは使用者側の一種の目標というか、そういう規範的な意向が強かったということだと思います。

和田 6.1カ月で十何年間で支払われてきたのですが、それは実際の交渉の中で結果的にそうなったということです。使用者としては、どの交渉でも最低6カ月は払うという回答をしていて、判決は多分その点をとったのではないかと思うのですが。

道幸 規範意識を独自に問題にすると、そういう理論構成もあり得ると思います。ただ、労使慣行論を判断する際に、規範意識をあまり重視しない立場に立つと、むしろ最後に決まったことから判断した方がいい。つまり6.0がいいと思っても、最終的に6.1を決めたのは会社側ですから、やはりそれは意図的な行為だったとなります。それが6カ月になったケースがあれば、慣行は6カ月になると思います。

和田 そうすると、やはり規範意識が非常に重要になってくる。

道幸 規範意識のことがあるから0.1カ月の問題が出てくるのではないかと思います。

和田 規範意識を問題にすると、6カ月までは少なくとも払うということになり、そうではなく継続性を重視すると6.1カ月になる。

使用者側が回答で「最低でも6カ月は払う」と言っていることを裁判所は取り上げて、そこを使用者側の規範意識としたわけですよ。

道幸 その「6カ月にしてくれ」と言ったことが、規範意識と言えるのかどうか。やはり規範意識みたいなものを出すと、議論が錯綜してよくわからなくなる。

和田 結果的に交渉で6.1カ月になったということで、はたして6.1カ月を常に払うことが労使慣行になったと言えるかどうか、そこは難しいですね。

道幸 十数年継続しているわけなので、やはり結果が重要だと思います。

和田 事実の重みみたいなものがありますよね。

道幸 ええ。つまり労使慣行を認めず、全く決まっていないフリーハンドの世界に突然行くというよりは、一定の事実関係をつくった双方の責任から合意内容を推定して、あとは変更の問題として処理した方が、継続性から言えば妥当だというのはよくわかります。

和田 労使慣行としては6.1カ月＋10万円で成立していて、その変更の合理性があるかどうかという判断ですね。

道幸 もしその時々でボーナスの額がかなり違う、5.3とか、6.2とか、5.0だったら、おそらく慣行は、最低限の確保ということで5.0になると思います。本件の場合、最低限は6.1で、最高も6.1なので、慣行性ははっきりしているのではないのでしょうか。

あと、慣行であれば、新規に採用された人だろうが、関係ないのでしょうか。

和田 そうですね。ただ、本件の場合には、組合も入ったところで交渉をして、6.1カ月と決め、それをすべての労働者に適用しています。協約の拡張適用ではないですが、そういう側面と契約的にどうだったかという側面と2つ持っています。明確に協約だけで処理していたのとは事情が違う。

道幸 そうですね。慣行という議論をすると、集团的にこれからも拘束する側面があるので、新入の職員についてもどういう慣行があるかないかを知るニーズもあると思いました。

和田 組合と使用者の当事者間だけとか、あるいはある特定の労働者との間だけで成立したものだったら、新しく採用された人はどうかという問題が出てきます。本件は組合が入った委員会と使用者との間の交渉で決まっているもので、それによってすべての労働者に適用される仕組みをつくっていますから、新規に加入したかどうかは問題にはならないと思います。

2. 労災保険法上の労働者と労基法75条以下、同19条の労働者——学校法人専修大学事件（東京地判平24・9・28 労判1062号5頁）

事案と判旨

X（本诉被告・反訴原告）は、平成9年4月にY（本訴原告・反訴被告）の職員となったが、同14年3月頃から肩こり等の症状を訴えるようになり、15年3月に病院で頸肩腕症候群（以下「本件疾病」）に罹患しているとの診断を受け、同年4月以降欠勤を繰り返すようになった。最初は年休を利用し、その後私傷病による欠勤となり、Yは16年6月3日から1年間、私傷病休職に付した。その後も18年1月17日から長期欠勤を余儀なくされ、19年3月31日にXはYを退職した。

平成19年11月6日、A労働基準監督署長は、15年3月20日の時点で本件疾病は業務上のものであると認定し、Xに対し労災保険給付の支給を決定した。これを受けYは、20年6月25日、上記退職を取り消し、退職日に遡ってXを復職させ、またそれまでの3回の欠勤・休職について、Y災害補償規程に照らし、労働災害による欠勤に当たるものと認定した。

その後も病状は回復せず、業務災害休職を繰り返したところ、平成23年10月31日、Yは、Xの職場復帰は不可能であり、本件災害補償規程にいう「休職期間を満了しても、なお休職事由が消滅しないとき」に該当するものと判断し、平均賃金の1200日相当額を打切補償金として支給してXを解雇した。

これに対し、Xは、労基法81条所定の「第75条の規定によって補償を受ける労働者」に該当せず、したがって、本件解雇は同法19条1項本文に違反し無効であるとして、労働契約上の地位確認、損害賠償等を求めて反訴を提起した。

本件の中心的な争点は、本件解雇は労基法19条1項の解雇制限に違反するかにある。

●判旨 請求認容

労災保険制度と労基法上の災害補償制度は、並行して機能する独自の制度であり、労災保険法12条の8第2項や労基法84条1項にもかかわらず、「労災保険給付を受けている労働者」と「労基法上の災害補償を受けている労働者」とは異なる。

労災保険法上の療養補償給付を受けているだけの労働者は、労基法19条にいう同法81条の労働者には含まれない。また、明文の規定がないのに、労基法81条所定の「第75条の規定（療養補償）によって補償を受ける労働者」の範囲を拡張し、「労災保険法第13条の規定（療養補償給付）によって療養の給付を受ける労働者」と読み替えることは許されない。

「労災保険法13条の規定により療養補償給付の支給を受けた労働者との関係では、使用者は労基法75条の規定による療養補償義務を全て免れ、同法81条によって補償の長期化による負担の軽減を図る必要性は失われるのであるから、このような使用者に対して、敢えて同条の打切補償制度を適用し、同法19条1項本文の解雇制限を免れ得る地位を付与することは、その必要性に欠けるだけでなく、背理でさえある」。したがって、「労災保険法上の療養補償給付を受けている労働者については、労基法81条の打切補償の対象から排除されているものと考えられる」。

以上により、Xは労基法81条の規定の「第75条の規定（療養補償）によって補償を受ける労働者」には該当せず、「したがって、本件打切補償金の支払は、同法19条1項ただし書前段にいう「使用者が、第81条の規定によって打切補償を支払う場合」に該当しないこととなり、同項本文所定の解雇制限は解除されないから、これに抵触する本件解雇は、無効である。

なお、高裁判決（東京高判平25・5・15）も、若干理由を敷衍しながら、原判決を維持している。

和田 本件ですが、頸肩腕症候群で休んだり復帰したりしている労働者に対して、労災保険によって休業補償給付等が支給されていたのですが、使用者が労基

法81条に従って、1200日分の相当額の打切補償金を支給したことによって、労基法19条1項の解雇を行いました。この解雇の有効性が争われた事件です。

判決は、労災保険上の災害保険と労基法上の災害補償とで趣旨が違うということを厳密に解釈し、労基法81条は労基法75条の療養補償等を受けている場合についてのみ適用され、労災保険によって同様の補償を受けている労働者については適用されないといい、この解雇を無効と判断しました。高裁判決も、その理由を少し敷衍していますが、原判決を維持しています。

こういう問題が争われた事件は意外と少なく、おそらくこの判決が最初ではないかと思われます。1つ目の論点は、労災保険における補償と労基法における労災補償がどういう関係にあるのかということです。この点につきましては、戸塚管工事事最高裁判決（第一小判昭49・3・28判時741号110頁）があり、両者は別の制度で、独自の制度として発展してきていると言っています。この判旨を本件も引き継いでいて、両者を別々に解釈しなければいけない、とりわけ労基法については刑罰法規であるために拡張解釈はできないという判断をしています。3年間にわたって労基法75条および76条の補償を支給してきた使用者が平均賃金1200日分の打切補償をして行った解雇を有効と判断した裁判例（アールインベストメントアンドデザイン事件・東京高判平22・9・16判タ1347号153頁）もありますが、本件の場合には労災保険の補償給付しか受けていなかったことから、これとは反対の結論になっています。この点について妥当かどうかは1つの論点です。

2つ目に、なぜそうなるかという理由ですけれども、どうも一審判決は、先ほどの最高裁判決を取り上げて合理的だと言っているのですが、その理由が必ずしも説得的ではなかった。そこで高裁判決がこの点について幾つか原告・控訴人の主張に沿う形で補充しています。ここで重要な点が3つ明らかになってきます。

1つは、どうして労災保険法上の補償しか受けていない場合には解雇できないのかという点について、高裁判決は、症状が固定せず、回復する可能性がある労働者を保護する趣旨によるものだと言っています。労基法においても労働者の保護の必要性は一緒ではないかと思うのですが、この点を補充しています。

2つ目に、障害補償年金が支給されている場合との差について、症状が厚生労働省令で定める「重篤な傷

病等」に該当する場合においては、復職の可能性が低いものとして雇用関係の解消を認めるのに対して、症状がそこまで重くない場合には復職の可能性を維持するもので、この差異は合理的だと言っています。症状が固定しているときには労災保険法上では障害補償年金が支給されるようになりますから、その点が非常に重要と考えられます。

3つ目に、労災保険法上の保険給付と労基法上の災害補償とは共通する点もあるが、労災保険法上の療養補償給付と休業補償給付を受けている者が労基法81条の労働者に含まれないと解すべきなのは、使用者が負っている負担の違いに応じて区別して扱う趣旨だと言っています。そうすると労災保険法と労基法上の補償との関係を考え直す必要があるのかどうか問題になってくると思います。現行法の解釈としては、一審判決、高裁判決でいいと思うのですが、立法論になってしまいますけれども、「労基法の補償給付を受けていない限りは、1200日分の打切補償では解雇できない」ということがはたして妥当なのかどうか。おそらく今後問題になってくるだろうと思います。

* 労基法と労災保険法の救済の隙間

道幸 いわゆる労災になった場合に、労災保険法上の補償を受けるのが自由なのか、選択的な問題なのかという点が1つあると思います。

それから、本件場合は労基法ではなくて労災保険で処理し、かつ病気がそれほど重くないために、いわゆる傷病補償年金が支払われていません。重い病気になると傷病補償年金が支払われ、労災保険法19条との関係で打切補償ができますが、本件では労基法上の処理もしていないし、傷病補償年金ももらっていないグレーゾーンというか、明確な規定がない状態になります。それで、労基法19条で労災傷病中の解雇はできないという原則に戻ったのではないかと。本件は事案として特殊なケースを前提として処理したのではないかと考えます。

なぜこういうことが起こるかということ和社会保障法の先生に聞いたら、会社としては、労災保険で給付を受けていると、賃金補填分等の全部は社会保障から出るので、解雇する必要はあまりない。その人を継続して就労させると、人事管理、人事配置の点で問題があるとは言えるけれども、具体的に負担になることはあまりない。その人の社会保障料を払うことが負担に

なるという解雇のインセンティブは一応あるけれども、非常に少ないのではないかと、一応言えるのではないかと、ということでした。

それで、どう考えたらいいかよくわからなかったのですが、ただ、労基法との関係、傷病補償年金支給とのバランスを考えれば、やはり説得的ではなく、おかしい感じはして、立法的に処理するのが一番いいのではないかと思います。

和田 最高裁判決が、労基法上の災害補償給付と労災保険法上の災害補償給付は、それぞれ独自の制度だと言っていることですが、確かに労災保険は社会保障法の一環として発展してきていますから、そういう意味では独自の制度としてとらえていいのかもしれませんが、その基は労基法上の補償給付にあつて、それを保険化したところから出発しているわけで、簡単に両方が独自の制度だと言い切っているのかどうか少し疑問です。使用者としては、労基法75条等の災害補償をみずから払う選択もあるとは思いますが、それを免れるために、あるいは労災保険がきちんとカバーしてくれるために、労災保険制度に加入するし、これは強制加入ですから加入しなければいけないわけですが、それで補償してもらっていながら、解雇の段になると厳格に条文解釈をすることがいいのかどうか。解釈論の技術としては、おそらくそうなるのでしょうか、やはり隙間の問題として、どうしたらいいのかということは今後、課題になってくるだろうと思います。

それから、定年まで社会保険給付だけを受けるとなると、労災保険から休業補償給付等が支給されますが、もしこれが1200日分支給での解雇となると、その後、労災保険の補償給付は受けられなくなります。そうすると社会保障の領域でおそらくまずいという判断になり、傷病補償年金になると解雇できる政策をとったのだと思うのですが、そうすると、労基法75条と81条との関係がおかしくなります。労基法75条の補償給付を受けている労働者を、1200日分支給すれば解雇できるということだと、この労働者は同じように、その後の生活の問題が出てくるわけです。そうすると、75条と81条との関係がそもそもおかしかったのかという問題になってくる。いずれにしても整合的に解釈するのは難しく、どちらか統一するようなシステムが必要ではないかと思います。

道幸 今、75条の存在意義はあるのでしょうか。

和田 先ほど申し上げたアールインベストメントアンドデザイン事件のようなケースも現実であり、この事件では解雇を有効と判断しています。ですから、どうして同様の給付が労災保険からされている場合にはだめなのか、逆にそのことが問題になってくる。あるいは、アールインベストメントアンドデザイン事件の方がおかしいということになるのかもしれませんが。

道幸 本件のような判決が出ると、使用者はリスクのことを考え、労基法上の方がいざとなったらクビを切れるので、特にメンタル絡みの事件になると、そちらの方が便利だという議論が出てくるのではないのでしょうか。一方、長期的な補償という点では労災保険の方が有利だからといったように、選択的にできる仕組みは大きい問題です。実際はどういう運営をしているのか調べてみる必要があるのではないのでしょうか。

和田 労働者としては当然、労災保険法上の給付を申請しますよね。

道幸 はい。

和田 使用者がプラスアルファで労基法75条の補償をすることはありません。同法84条に、労災保険で補償給付を受けられる場合には、労基法の責任を免除すると書いてありますから。そのために、労災保険制度はできているわけです。

道幸 アールインベストメントアンドデザイン事件はなぜ75条で認めたのでしょうか。

19条を念頭に置いた取り扱いではないと思います。いわば労基法だけという選択ができるからというのと、実際、どの程度、そういう運営がされているかというのははっきりしていません。

和田 アールインベストメントアンドデザイン事件で、なぜ労基法上の補償給付をずっと支給してきたのか疑問に思っていたのですが、こうした事態を先読みをしてやっていたのかも知れません。

道幸 それとも、労災が起きると保険料の算定で会社が不利になるとか、労災を外部に言いにくい理由があったのか。労基法上の問題になると内輪でできるわけです。そういう外部との関係しか考えられない。経済合理的に考えれば、非常に不合理なことをやっています。

和田 労災保険で年金支給になったときには、打切補償をしたものとしてみなす。この規定自身はいいと思います。それで生活は保障されるわけですから。

道幸 そういう形で処理するのが一番よかったのだ

けれども、本件のように、年金までもらえない病気の場合、労災の疾病が続き、解雇すると不安定な状態になるからというのは1つの考え方だと思います。

和田 むしろそこを直すべきではないでしょうか。

道幸 なるほど。少し論点がずれますが、東芝事件（東京高判平23・2・23労判1022号5頁）のように、19条は労災かどうかははっきりしているケースだったら比較的議論しやすいですが、それが後からわかったとか、それで解雇が無効になるといったときに19条を使うのは、解釈論的にはやむを得ないけれども、想定している状況と違うのではないかと思うときがあります。本件のようなケースまで19条は考えているかどうか。働けない状態でクビを切るのはひどいとか、そうことを前提としたルールではないかと思っ

ているのですが。

和田 傷病の場合には、大体休業規定で、治癒しない場合には解雇するとか、自動退職するというのがあるので、治癒するかどうかという概念が非常に重要ですが、労働災害の場合には、治癒するかどうかという概念が、全く意味をなさなくなります。

道幸 はい。病気の再発の場合もありますし。

和田 だから、単に障害補償年金になったのか、それともならないかというだけの判断なのですね。これは当事者間の判断ではなくて、労働基準監督署長の判断で行う。

道幸 おそらくこの判決が確定すると、年金化するかどうかの判断の際にもこの点が考慮されるかもしれないですね。

3. 団体交渉拒否の正当性——ニチアス事件（東京地判平24・5・16労経速2149号3頁）

— 事案と判旨 —

原告全日本造船機械労働組合ニチアス・関連企業退職者分会（X₁）は、かつて参加人Zにおいてアスベスト曝露作業に従事した者らを中心に結成された労働組合であり、原告全日本造船機械労働組合（X₂）はその上部団体である。Xらは、Zに対し、アスベスト曝露作業による被害について現行制度の下では労災保険給付を受けられない立場の者に対する補償制度を作ることを要求して、2度にわたり団体交渉の申入れを行ったが、Zはこれを拒否した。

要求内容は、①王寺工場をはじめとするZの各工場と関連企業における労働者と周辺地域住民のアスベスト被害についてその実態を明らかにし、また、その資料を提供すること、②退職した労働者のアスベスト被害に対する健康対策を明ら

かにし、その資料を提供すること、③退職した労働者のアスベスト被害に対する補償制度を明らかにし、その資料を提供すること、④現行では労災保険給付を受けられないじん肺管理区分2及び3の者、また、石綿健康管理手帳の交付を受けた者への補償制度を作ること、であり、Zの拒否理由は、①団体交渉事項とすることについて次のような疑念があること。(ア) (組合員) Fらは退職後40年ないし50年が経過していること、(イ) Zは胸膜プラークを含む健康不安に対する対応として住民説明会の実施、相談窓口の開設、健康診断・健康相談等を行っていること、(ウ) Fらが将来疾病に罹患したことを仮定した補償内容に関する要求事項を掲げていること、(エ) (組合員) Bは、在職期間がわずか4カ月であるため、胸膜プラークがZの業務によるものか明らかでないこと、②組合員としてではなくFら個人としての相談であれば対応すること、③第1回団交申し入れ時の組合員らの言動等にかんがみ、Zが対応することが困難であること、④Fらが個人として相談し、又は組合員として対応を求める場合、Z代理人弁護士に連絡してほしいこと。

そこでXらが、上記団体交渉の拒否が不当労働行為に当たるとして、奈良県労働委員会に対し救済命令の申し立てを行い、当労委は救済命令を発した(平20・7・24労経速2077号40頁)。Zからの再審査申し立てを受けて中央労働委員会(被告)がこれを取り消して救済命令申し立てを棄却する旨の命令を発した(平22・3・31労経速2077号22頁)ため、Xらが中労委命令の取消しを求めた。

●判旨 請求棄却

(1) XらがZの「雇用する労働者の代表者」にあたるか「従業員の退職後、その退職条件をめぐって紛争が生起することも稀ではないことからすれば、このような場合、当該労働者を「使用者が雇用する労働者」と認めた上で、使用者に対し、当該労働者の加入する労働組合との間で団体交渉を義務付けることが労組法の趣旨に沿う場合があるというべきである。」

その基準として、「①団体交渉の主題が雇用関係と密接に関連して発生した紛争に関するものであり、②使用者において、当該紛争を処理することが可能かつ適当であり、③団体交渉の申し入れが、雇用関係終了後、社会通念上合理的といえる期間内にされた場合は、元従業員を「使用者が雇用する労働者」と認めることができるものと解する。」

これを本件についてみると、Xらは「使用者が雇用する労働者」を代表する労働組合であると解するのが相当であり、少なくとも、Zに直接雇用されていた者との間でのアスベストによる補償問題については、義務的団交事項であると解することもできる。

「もっとも、前記説示のとおり、原告分会員らがZを退職していずれも長期間が経過していたのであるから、通常の(現役従業員で構成される)労働組合からの団交申し入れとは異なり、原告分会の団体交渉当事者としての適格には、法律的に難しい問題を含んでいたのは否めないところである。し

たがって、Xらから本件各団交申し入れがなされた段階で、Zにおいて直ちにこれに応諾すべき義務があるか否かについては、このような事案の特色を踏まえて、慎重に検討すべき必要があるというべきである。」

(2) 本件各団交拒否に「正当な理由」(労組法7条2号)があるか

F及びBは、第1回団交申し入れ時にも、「おとなしくしてりゃあ、おまえらなめとるんか」「ごちゃごちゃ言わずに元の体に戻せや」と怒鳴ったり、「(工場の室長) Rは首を振っているだけで話をまともに聞いていない」等と発言し、Fは机を叩いて「お前ら患者のことを考えたことあるんか」と粗暴な脅迫的言動を繰り返していたものである。

「F及びBにこのような言動があったことに照らすと、同人らがZにおいて稼働した際にアスベストに曝露され、これにより被害を被ったという認識を有していたことを考慮したとしても、Zが、団体交渉の場においてXらと正常な協議ができない状況にあると考えたことについては、合理的な理由があったと考えられる。」

また、2回目の団交申し入れについても過激、不穏当な発言があり、第1回団交申し入れ後に新たに加入した組合員(ないし発症者)の中には、Zに直接雇用されたことがない者も多く存したことからすれば、Zがこれらの者の補償問題等について、団体交渉事項とするかについては、一定の検討期間を必要とする状況にあったといえる。

したがって、団交拒否には正当な理由がある。

道幸 次にニチアスの事件を取り上げます。これは退職後長期間経過後になされたアスベストの被災者らがつくる労働組合からの団交要求の当否が問題になった不当労働行為事件です。この組合はアスベスト曝露作業に従事した者らを中心に結成された労働組合で、組合員らは会社に対して、アスベスト曝露作業による被害について、現行制度のもとでは労災保険給付を受けられない立場の者がいて、そういう立場の者に対する補償制度をつくることなどを要求し、団体交渉の申し入れを行いました。会社はそれを拒否したということで、拒否が正当かどうか問題になりました。

会社が言う拒否の理由ですが、まず、退職後40年ないし50年経過した労働者がいるということです。胸膜プラークという健康不安があるとの主張に対しては、住民説明会や健康診断・相談を行っている。また、組合員が将来、病気が悪くなることを仮定した要求をしている、組合ではなく個人としてならば対応すると言っています。それから、団交の申し入れのときの組合員らの言動で、「おまえ、頭カチ割って、血を見なければわからんのか」とか「暴力団構成員だ」

とか、いろいろな脅しをかけています。

このように、本件はアスベスト被災の問題から長期間経ち、それから一定の対応をしているけれども、団交申し入れ時の対応が非常に不当なので拒否したというわけです。それに対して奈良県労働委員会は不当労働行為の救済を認めました。それで中央労働委員会に再審査の申し立てがなされるのですが、中労委はこれを取り消したため、その取消訴訟が提起されました。

論点は2つありまして、1つは（この労働組合が）雇用する労働者の代表に当たるかということです。この点については、住友ゴム工業事件（大阪高判平21・12・22労判994号81頁）と同じようなフレームを出し、使用者が雇用する労働者を代表する組合だと認めます。ただ、最後のところで、原告分会員らが退職してから長期間経過していること、それから法的にはいろいろな問題があるので、労働組合らから本件各団交の申し入れがなされた段階で、会社において直ちにこれに応諾すべき義務があるかについて慎重に検討すべきだと言っています。一応、使用者だけでも、具体的な団交義務があるかどうかについては、本件の独自性を踏まえて判断すべきだということです。

次に団交拒否に正当な理由があるかどうかということです。原告の分会結成前や団交要求時などに、金銭の支払いを要求したり、怒鳴りつけたりという恫喝・脅迫的な言動をとっており、会社としては、団体交渉の場において原告らと正常に議論できないと考えたとしても合理的だとして、団交拒否には正当な理由があるとしました。

つまり、退職後長期間経過してからの団交要求については、一応、使用者だと認めましたが、拒否理由が普通の場合よりは広いという判断を立てています。それから、団交要求の際の組合員の態度を理由とする団交拒否を正当なものとししました。前者については、住友ゴム工業事件の判決で最高裁まで行っていますから、本件もそれでいいのではないかと考えます。

私が気になったのは後者です。実際に、この種の問題は労働委員会で結構多いのです。本件の場合、中労委は団交拒否に正当性があるとしました。主に組合の行為から建設的な団体交渉の実施につき重大な疑念を抱かせるような言動があったということで、正当事由があるとしたわけです。

アメリカの排他的交渉制度と違って、わが国では団交過程が制度化されておらず、特に合同労組の事件等

で、団交開始時のトラブルは膨大にあるわけです。ルールがはっきりせず、この点をどう考えるかの議論がないというのが、一番大きな問題です。私は「混迷する団交法理」（労働法律旬報1747号）で、一定のルール化が必要ではないかと書きましたが、まさにルール化していないために、いわば暴力的・威嚇的な団交要求がなされた場合の正当性が問題になります。ただ、現実の事件では、本件のように団交拒否に正当性があると解されたケースもありますが、使用者の言葉に誘発されたというケースもないわけではありません。

では、どう考えるのか。私は団交拒否に正当性がありそうだとする中労委の立場がよいかと考えているのですが、次のことが気になります。1つは、やや細かい議論になりますが、事実認定の仕方です。中労委も地裁もそうですが、組合サイドの威嚇的な行為は詳細に認定されているのに対して、使用者がそれにどう対応したかといったことは、どうもはっきり認定されていません。「やらせておいた」という感じがしないでもない。もう1つは、会社は、途中から弁護士と交渉しろと言うのですが、これは拒否の正当理由になりません。実際、この種の事件は多く、弁護士と交渉することが団交の代替になるかは疑問で、団交拒否の正当事由の1つに挙げるのはやはりおかしいのではないかと。3番目は、この種の紛争が起きた場合、組合はどうすればいいのか、謝罪文でも出せばそれでいいのかということです。

また、最後に1つ大きいことを言うと、紛争が起きた場合、例えば団交拒否された場合に、すぐ労働委員会に行くというような、模範的な対応を組合は必ずしなければならないのか。自力救済的な一定のアクションをして、それが要れられないと、こういう暴力的なことも起こる可能性がありますから、それをあまり過大に非難もしくは評価できないのではないかと感じます。すぐ裁判所に行くとか、労働委員会に行くとか、そういう発想が労使の実態に合っているのかどうか。使用者からすると、組合の暴力的な行為はたまらないというのはよくわかります。一定のルール化が必要な時代になっているのではないかと。ことを示す事件ではないかと思えます。

* 団体交渉開始のルール

和田 住友ゴム工業事件大阪高裁の判決を本判決で

も引用しているのですが、この点の一般論は非常に重要です。最高裁の判例になったかどうかは別ですが、これは今後の同種の問題についてリードするような判断枠組みだろうと思います。それとの関係でいうと、本件で退職者がつくった組合に対して、使用者が雇用する労働者を代表する組合だと判断したことについても、非常に重要だろうと思います。この点は、射程がかなり広がりを持つのではないかと。というのは、本件のアスベストというのは、実際に雇用されていたときにはなかなか原因がわからなくて、その後の科学的な知見でわかるようになったものです。こういう事例は今後も出てくる可能性があります。雇用が終了した後、ようやく労使間の問題が顕在化するケースがあるものですから、この一般的判断枠組みは非常に重要だろうと思います。

2つ目ですが、本件のような場合に、労働委員会が条件付きで、労働組合に対して「凶暴な発言をやめろ」といったことを条件に救済を命ずることはできないのでしょうか。もしそういう条件付きのような命令ができるとすると、まさにそれは裁判所ではなくて、労働委員会における救済の実が上がるのではないかと考えました。それがもしできれば、本件はある程度、紛争を処理する筋道がつけられたのではないかと思います。これは道幸先生がおっしゃった、団交に入るための一般的なルールの必要性とも関係するのではないのでしょうか。

団体交渉の開始のルールがあまり明確ではないというのは確かにそうで、例えば地域ユニオンとか合同労組が、自分の組合事務所内での団体交渉を求めるケースが結構あります。あるいは、地方で組織している労働者の組合が交渉を申し込んだときに、人事担当者は本社にいたので、使用者は「本社に来たら対応する」と言う。これは実際には救済されているようですが、確かに団体交渉の入口の問題でのルール化は必要だろうと思います。

道幸 労働者の非違行為があって、反省することを条件に救済命令を出すというのはありますが、団交事案については知っている限りないです。

和田 最初の入口の問題で、脅迫的なやりとりがなければ、中労委だって多分救済を認めたわけですよね。

道幸 おそらく。

和田 中労委も裁判所もこの点を非常に重要視しています。何とかして交渉のテーブルに載せるけれど

も、あとは自由に交渉してください、という命令はつけないのでしょうか。

道幸 例えば、新しく組合をつくった場合には、交渉のルールというか、中身まで含めたある種の指導をしない限りは円滑な交渉はできません。団交権で義務的交渉事項といった法律論点的な議論をしても、組合も一定程度力量がある場合には、労働委員会の判定的な処理でよいのではないかと思います。そうではない、こういう合同労組とか、新規に中小企業で組合をつくったような場合には、労委がある程度教育的な指導みたいなものを、むしろ労組のために、できるようにしたらよいのではないかと。つまり、団交関係を形成するまでの一種のサポートをする必要があると考えます。団交権があるとか、権利・義務の有無のレベルだけでやると、「権限があるから強いことを言ってもいい」とか、「逃げるな」とか、そういう形で紛争がもっと悪化する。

本件の場合、従業員であっても昔の人たちで、従業員以外の人も絡んできますから、どうしても代理戦争的になってくる。会社の立場からいえば、たまらないだろうなというのはわかります。

和田 ただ、会社側の対応にもまずい点がありますよね。弁護士を介するようにしろと言ったり、団交申入書の受領を拒否するといった。組合側が非常に過激だったこともあるのですが、やはり弁護士を通じてしか交渉しないのは問題ですね。

道幸 ええ。それを拒否の正当性の理由みたいに言っている。非常に大きな問題だと思います。今は弁護士事務所ですら団交するとか、場合によると弁護士が団交代理人になるようなケースもあるので、それをどうチェックするかが要請されています。

それから、組合員らの発言についてですが、関西だから、このぐらい言うのは普通なのか。ビジネスマン同士の世界でもないし、(彼らは)ブルーカラーというか、現場の労働者です。「けしからん」と思っているの、多少強いことを言うのは、あまり変ではないという感じもします。言葉にするといかにもひどいけれども、リアリティーを考えれば、あまり強調すべきことではないかもしれません。かなり威圧的だと言っていますが、必ずしもそうではない部分があるのかなとも思います。

和田 先ほどの交渉の話に戻りますと、私は、弁護士が法的なアドバイザーとして交渉するのはいいです

が、団体交渉の担当者になれるかという、そこは慎重に判断すべきだと思います。団体交渉とは当事者がやる交渉です。また、団体交渉権を持つ労働組合だと認めただけ以上は、裁判所も労働委員会も交渉をさせて、何とか解決に至らないまでも、できるだけ当事者間で交渉をさせた方がいいという頭があると思います。だから、紛争解決のルールを敷くという救済命令を考える工夫を、労働委員会はすべきではないでしょうか。

道幸 救済命令ではなくて、和解の処理のときに、条件付きルールで、「今後そういうことはしないから応ずるように」といった、命令までいかない形でどう処理するかがポイントだと思います。

(団交権の話になると、)柔軟な処理を許す雰囲気ではありません。団交権を「話し合う1つのルール」ととらえると、柔軟な処理はしやすいのですが、組合にとっては、団体行動権的な団交権イメージもあり、団交権侵害とか何かそういうおどろおどろしい論点になると、うまく処理できません。組合が騒いでいるのを放っておいて、それをビデオで撮っておき、労働委員会に出したら団交拒否が正当だとされる。はたしてそれでいいのか。団交権は非常に特殊な権利なので、何か別な形の処理システムを考えた方がいい時期ではないかということを示す事件ではないかと思っています。

和田 合同労組や地域ユニオンは一方で交渉しながら、一方でアジテーションとか、街頭宣伝とかをやるわけでしょう。まさに組合の存在意義を示すもので、それをルール化させていいのかという疑問もないわけではありません。

道幸 確かにね。

和田 そういう力を背景にして交渉するのが、まさに本来的な意味での憲法28条(勤労者の団結権)の姿なのかもしれないのですが。

道幸 だから、戦後すぐの団交権は団体行動権的なイメージなのです。そうではなく、団交権はある種の理性的な話し合いだという形で、その概念を純化してきた歴史もあります。いや、それだけでは不十分だという人もいますが、私は団交権にあまりいろいろなものを入れない方がいいのではないかと考えています。争議権とか、街宣活動の権利とか、ビラ貼りとか、それはそれとして保障する。団交はある種の話し合いなので、そこに抑圧的なものはあまり入れない方がいいのではないのでしょうか。

和田 ただ、争議行為などの活動がサポートしながら

らの団体交渉もあります。

道幸 そのとおりだと思いますが、組合活動の力量がだんだんなくなってくるなかで、団交権で全部代替することになれば、労使関係にとってあまりプラスにはならない。団交拒否されたから、すぐ労働委員会に行けばいいかというそうではなく、一定程度の自力救済的な行為が必要ではないか。やや暴力的にプレッシャーをかければいいというのとは違います。おそらく不当労働行為は、こういう観点から再構成を余儀なくされているのではないかと考えています。

極端なことを言えば、40年前のことをなぜ団交でやるのかということも、理論的に考えれば問題があると思います。団交という形式でやらなければならない問題なのかという。

和田 アスベスト曝露で救済されない人たちの話なので、この人たちが法律で救済されれば多分問題はありません。

道幸 団交でやらない限りは、会社がきちんと対応しない現実があります。雇用関係の有無を問題にしないで、きちんと話し合いができて、適切な処理ができるならば、必ずしも団交ではなく、普通の話し合いでもいいのではないかと考えています。企業はやはり団交になるとちゃんと対応しますが、こういうことまで団交で処理すべきなのかというのは、論点の1つだと感じます。

4. 試用期間中の普通解雇の有効性——ライトスタッフ事件(東京地判平24・8・23 労判1061号28頁)

事案と判旨

被告Yは、生命保険募集業務等を行う会社で、社長A、取締役兼従業員B、従業員Cおよび社長Aの妻Dにより運営されている。原告Xは、平成21年11月9日、Yと期間の定めのない雇用契約を締結し、同日、3カ月の試用期間が開始した。

Aは、ヘビースモーカーで、就労時間中、Yの事務室内においても平気で喫煙していたし、CとDも喫煙者であった。Xは、平成21年12月7日ころ、Aに対し体調の異変を訴え、その原因がAからの受動喫煙のせいであると主張し、喫煙は事務室のベランダでするよう分煙措置の徹底を求めた。Aは、Xの座席を移動させたほか、Xが事務室にいるときは喫煙しないことを約したが、その約束を守らないことが多かった。

平成21年12月25日、Xとの面会においてAは、退職するか、即時解雇されるか、無給休職するかの選択を迫ったと

ころ、Xは退職するつもりはなく、無給休職を選択した。

その後Aは、Xからの連絡が全く途絶えたままであったことから、再度、自主退職を促したが、Xはこれを拒否した。そこでAは、Xには復職する意思がないものと即断し、平成22年1月29日、Xに対し「本採用不可の通知」を郵送した。

XはYに対し、①地位確認と未払賃金等の請求、②受動喫煙に関する安全配慮義務に基づきY社内を禁煙または分煙にすること、③同義務違反および違法不当な即時解雇（不法行為）を理由とする損害賠償等を請求した。

●判旨 ①は請求認容、②と③は請求棄却

(1) 試用期間満了前の本採用の拒否について、判旨は、試用期間満了時の本採用拒否に関する三菱樹脂事件（最大判昭48・12・12民集27巻11号1536頁）の判断枠組み（試用期間の法的性格、留付付き解約権行使の相当性）を用いて、同法理は試用期間中の解約権行使にも適用されるとし、Yがあげる解約事由（勤務成績不良、社員不適格、協調性欠如等）については解雇事由に該当しないか、あるいは社会的相当性を欠き無効とした。そして、「特段の事情が認められない限り、適法な解約権の行使がされず試用期間が経過すると当該使用労働者の地位は本採用の地位に移行する」とし、本件においては「特段の事情は認められない」と判断した。

(2) 未払賃金の額あるいは諸手当請求権の有無について、とりわけ未払い賃金額は、平成23年4月17日にXは他社に正社員として就職したが、それまでの分のみを認容する。

(3) 安全配慮義務違反に基づく損害賠償について、この義務違反を否定する。

分煙措置等の請求については、安全配慮義務違反から直ちに労働者の請求権が発生するものではなく、また、この権利が認められるためには、「当該受動喫煙が労働者の生命ないし健康に対して重大な被害を及ぼす具体的かつ高度な危険性を有していると認められる場合に限られる」が、本件はそのような段階に達していないとして否定する。

和田 ライトスタッフ事件は、社長とその妻、あと数人の従業員しかいない小さな会社で、中途採用された人が試用期間中に解雇された事件です。能力不足というよりは喫煙に関係した紛争で、社長が怒って解雇した性格が強い事件です。判旨は、雇用契約上の地位確認、未払賃金の請求は認め、それ以外の喫煙関係の分煙措置等については請求を棄却しています。

いずれの論点も一つひとつをとってみると、決して目新しいものではありません。1点目は、試用期間の満了直前の本採用拒否ということで、これが満了時の本採用拒否と同じように扱っていいのかが問題になるかと思えます。判決は三菱樹脂事件の最高裁判決（最大判昭48・12・12民集27巻11号1356頁）を

引用しながら、同じように扱っていますが、厳密に考えると、例えば3カ月の試用期間をつけて、2カ月たった段階で解雇した場合には、あと1カ月残されている期間を待たずに解雇していいのかどうか。このことを争う余地があると思います。つまり、あと1カ月の間に指導や教育をすれば改善の余地が出てくるところ、そうせずに解雇するには、より高度な合理性が求められるのではないか。実際にそういうふうに言っている判決が幾つかあります（たとえば医療法人財団健和会事件・東京地判平21・10・15労判999号54頁）。本件では特に問題になっていないのですが、一般論としてはそういう問題が出てきます。

2つ目の論点は、解雇期間中の未払賃金請求権の範囲です。この人は途中から他社に正社員として就職しているのですが、それ以降については、労働の意思、履行の意思と能力がないと言って請求を否定しています。民法536条2項で、労働者の反対給付請求権が認められるためには、現実の履行の提供は不要であるけれども、履行の意思と能力は必要だというのが一般的な考え方で、そういう裁判例があります（ペンション経営研究所事件・東京地判平9・8・26労判734号75頁）。本判決もそれと同様の判断をしています。正社員として働いている場合は就労の意思と能力がもうないということで反対給付請求権の条件を満たさないことになるのですが、パートで働いている場合にはいいのかどうか、その場合の基準はあまりはっきりしません。この場合には、後に中間収入の控除の問題として処理をすればいいのではないかと。

3番目に、禁煙や分煙についての安全配慮義務の問題です。後で結果的に病気になったら損害賠償請求ができるのですが、そこに至らない段階で、分煙とか禁煙の施設を整えることを請求できないのかどうか。今までの裁判例はこの点について非常に消極的で、現実には危険が明白に切迫している条件がないとだめだということです（たとえばJR西日本事件・大阪地判平16・12・22労判889号35頁）。はたしてそれでいいのかどうか。今では分煙は一般的な傾向ですから、安全配慮義務については、後に損害賠償請求ではなくて、履行請求について少し柔軟に解釈できないのかが論点になると思います。

*試用期間中の解雇の適法要件

道幸 1番目については、試用期間中の解雇の適法

要件 A とか B という形で、正当事由があるかどうか、そして相当性があるかどうかという感じで議論しているのですが、本件の場合、どちらかといえば社会的相当性がなかったということで、解雇は許されないとしています。2つにはっきり分けているのは珍しいと思いました。

それから本採用拒否と解雇ですが、これは結構重要な問題だと思います。基本的には試用期間の趣旨から言えば、試用期間中に働かせて能力を判断し、基本的には本採用拒否のレベルで処理すべきですが、ごく例外的に、あまりにひどい場合は、解雇できる余地もあると思います。ただ、その場合の解雇は期間途中の解雇ですから、普通の場合より厳格な事由が必要になるのではないかと考えます。

2番目については和田先生のおっしゃるとおりで、やはり中間収入の控除の問題で処理すべきです。確かに理論的に考えれば労働能力や意思は必要でしょうが、それを日常的に明らかにするとか、ほかの会社において働くとそれがないのだとは言えないのではないかと。まして解雇した会社がそういうことを言うのは、信義に反するような主張と思います。少なくとも裁判を起こしている限りは復職の意思はあるということですから、こういう議論は全く実態に反しているのではないかと考えます。本人がもう復職する意思がないとか、そういうものを明らかにした場合は別として、それ以外は原則あると考えるべきです。

最後のたばこの問題については、全体的にどう考えたらいいか。一種の差し止めの処理が必要な場合もあるでしょうが、権利として個人がそういう主張ができる、ましてや分煙装置をつくれといったことが言えるかどうかはやや難しい。やはり事後的な救済が第一で、事前の問題は、契約論のレベルでは難しいのかなと考えています。

分煙の問題でトラブルが起きているわけですが、解雇絡みの問題になるのは珍しい感じがします。

和田 この裁判官は独自の判断枠組みをつくって判断するのが好きなようで、就業規則の解雇事由該当性を適法要件 A、社会的相当性を適法要件 B とわざわざ分けて議論しています。学説の中にも、こう分ける考え方がないわけではないのですが、はたしてそうすっきり分けられるのかどうかは問題です。単純で形式的な就業規則該当性だけではなくて、実態として就業規則違反行為が重大かとか、そういうことも含めて

就業規則の解雇事由該当性を判断しているものですから、A、B という形で分けて考えるのがいいかどうか。学生はこういうものを見るとわかりやすいらしいのですが、私はむしろ総合的な判断で、合理的な理由や社会的相当性を判断しているのではないかと考えていて、そうした実態とは少し離れているのではないかと考えています。

それから2つ目ですが、他社で正社員として働いていても、雇用契約上の地位確認請求をしているわけですから、会社が戻すと言ったら、いつでもこの人はその会社で働く意思があります。それを他社で正社員として働いているからだめだというのはやはりおかしい。この点については私も明確に反対です。

禁煙・分煙の話ですが、例えば健康増進法 25 条は努力義務規定だからだめで、これが強行規定だとしても公法上の規定だから、労働者に損害賠償の具体的請求権を与えたものではないという解釈が出てくるかもしれませんが、しかし、公共施設、食堂でも分煙していますし、一回肺を壊してしまったら、後で損害賠償請求をしても治る話ではない。安全配慮義務に関しては、今までは損害賠償の議論に集中し過ぎていて、もう少し具体的な請求がどういう条件でできるかということを検討する必要があるのではないかと。何人かの方がこういう議論をしています。

確かに禁煙・分煙で解雇まで至る事件は確かに珍しく、設備をつくらなかったので損害賠償を請求する事件がほとんどです。本件は非常に小さな会社で、おそらく事務所も小さく、周りがみなたばこを吸っている環境で起きた事件ですから、やや特殊だとは言えるかと思っています。

道幸 あとは、即時解雇か、無給休職かを選択させていることも問題でしょうね。その点はあまり争っていませんが。

試用期間中の解雇の幅ですが、やはり原則は厳しく、その間に能力判断すべきなので、本採用拒否まではよほどのことがない限り解雇できないというのはいいのでしょうか。

和田 それでいいと思います。例えば何回か遅刻をしてきたことは本採用拒否理由になるとしても、2カ月の段階で直ちに解雇できるかという、やはりあと1カ月残っているわけですから、その間に改善する余地があるかどうかを見る必要はあります。語学で同時通訳ぐらいの力があると言っているながら、実際にやっ

てみたらほとんどできなかったというケースでは改善の余地がないですが、改善の余地があるケースでは、やはり残された期間で観察するべきだと思います。

道幸 そうすると、やはり会社も一定の指導をする義務があると。

和田 あると思います。試用期間では、その労働者の働き方を見ているのですが、その際には、やはり教育や研修など、当然そういうことも会社としてしなければいけません。あるいは本採用する以上に研修が必要かもしれない。本件のような小さな会社だったら、試用期間はそうではなく、働かせてみて実際の能力を見る性格が強いのでしょうか、この人はそういう意味で能力が劣っているわけではないようです。

道幸 会社からすると、分煙のことでうるさいなのというのが本音だったのでしょうかね。

和田 そうでしょうね。

道幸 そういう意味では解雇の相当事由がない、正当事由がないことは異論がないところではないかと思っています。

和田 普通ならこれで解雇することはあり得ないですね。

*解雇と損害賠償

道幸 それから、いわゆる不法行為、解雇の違法性について、いわば社会的にある種の悪質な解雇でなければならないという判断をしているのですが、この点はどうでしょうか。結構重要な判断だと思います。

和田 慰謝料請求の問題ですが、解雇自身が当然に不法行為を成立させるわけではありません。一般的には地位確認請求ができて賃金支払いが確保できれば、損害は回復されたと多くの裁判例は判断していて、やはり解雇自身が、よほどの違法性を示さないと慰謝料請求にはならない。

道幸 でも、解雇の無効の主張をしない場合はどうですか。違法行為だけでいくと。

和田 無効を主張するかどうかは関係ないです。無効でなくても違法な解雇はあります。例えば、みんなの知っている前で侮辱的な発言をしながら解雇通知をしたとか、解雇理由を掲示するとか、あるいは、いじめのような形で解雇したとか、慰謝料請求が認められるにはそういう違法性がないといけません。

道幸 強行法規に反する感じのものです。正当な理由のない、おそらく無効になるような解雇でも、悪

質ではないものもあるわけです。そういう場合に、違法として賃金相当額の損害賠償を請求すると、どうでしょうか。

和田 正当性がない解雇で違法なら、雇用契約が継続していて賃金が支払われるということでもいいのですが、慰謝料を請求する場合にはそれだけでは不十分です。

道幸 プラスアルファがつく。解雇無効の場合でも、プラスアルファで慰謝料を請求できる場合はあるでしょう。

和田 そうですね。

道幸 でも、最近、解雇に正当な理由がないだけでは、必ずしも違法にはならないという主張もされています。

和田 解雇権濫用法理が適用される場合にも、当然に慰謝料請求ができると考えて請求しているのですが、それは否定されています。

道幸 そうなっていますか。

和田 「拙速けれども、その程度では、著しく社会的相当性に欠ける行為があったとまでは言えない」という旨を述べています。

普通は、賃金の支払いが認められれば損害については基本的には填補されている。ただし、特に強度の違法性がある精神的な損害を与えるような場合については、その限りで慰謝料請求を認めています。

財産的損害についての違法性と精神的損害についての違法性は別になります。

道幸 前者については、やはり正当な理由がない解雇は違法なのでしょう。

和田 その場合の違法性が何なのかということについては、いろいろな学説の議論があります。雇用維持義務違反といった構成です。

道幸 そういう点は今、問題になっているのでしょうか。

和田 裁判例を見ると、慰謝料請求を全く認めないものと、慰謝料請求を認めるものと半々ぐらいあります。

損害賠償については、採用内定を取り消された雑誌社の事件（宣伝会議事件・東京地判平17・1・28 労判890号5頁）で、他社に就職して損害賠償請求をしているのですが、就職しなかった数カ月間の財産的損害について請求を認めています。雇用契約上の地位確認請求をせずに、採用内定の取消しイコール解雇である

とし、財産的損害賠償請求をするという形です。

また、コーセーアールイーの内々定取消事件（福岡高判平23・2・16 労判1020号82頁）では、慰謝料の請求だけです。雇用契約上の地位確認請求を全くしていません。

道幸 そうすると、契約上の地位確認請求のパターンと、解雇無効違法のパターン、その2つに加えて、慰謝料請求のパターンがあるということですね。

和田 そういことです。

5. 勤務時間中のバッジ着用と組合活動の正当性——

国・中労委（東日本旅客鉄道・国労バッジ）事件（東京高判平25・3・27、東京地判平24・11・7 労判1067号18頁）

— 事案と判旨 —

JR東日本（原告X）の社員であったAは、昭和62年4月のX設立時から平成21年9月までの間、その所属する国鉄労働組合のバッジ（縦1.1、横1.3センチメートルの四角形の形状で、「NRU」の文字がデザインされている）を、勤務時間中に着用し続けた。Xは、Aの国労バッジ着用行為に対し、平成20年1月、同年10月及び平成21年9月に各出勤停止処分をし、それにともない月例賃金や手当を減額した。これに対し、神奈川県労働委員会は、本件各処分が不当労働行為（支配介入）に当たるとして救済命令を発した（平22・1・26 別冊中時1414号268頁）。中労委も本件各処分が不当労働行為（支配介入）に当たる旨の本件初審命令の判断については維持した（平成23・1・12 別冊中時1432号423頁）。

Xの就業規則には①「社員は、会社事業の社会的意義を自覚し、会社の発展に寄与するために、自己の本分を守り、会社の命に服し、法令、規程等を遵守し、全力をあげてその職務の遂行に専念しなければならない。」（3条・服務の根本基準）、②「社員は、勤務時間中に、又は会社施設内において、会社の認める以外の胸章、腕章等を着用してはならない。」（20条3項・服装の整正）、③「社員は、会社が許可した場合のほか、勤務時間中に、又は会社施設内において、組合活動を行ってはならない。」（23条・勤務時間中等の組合活動）、等の規定があった。また、懲戒の基準（139条）、懲戒の種類（140条）、さらに定期昇給や期末手当につき減額規定があった。

国鉄の分割民営化前日の昭和62年3月31日、国労の東京地方本部は、「当面の諸対策について」と題する書面を各支部執行委員長宛に発し、国労バッジは全員が完全に着用するよう再度徹底を期すこと、等の指示を行い、国労は、国労バッジ着用による処分について組合が当事者となって救済申し立てを行うなどしていた。平成12年5月30日に、いわゆる「四党合意」を受けてこれを受諾することを決定し、中労委の和

解勧告を受けて、平成18年11月6日、Xとの間で、バッジ処分事件を含む61件の不当労働行為救済申立事件について和解し、これらの事件を取り下げた。

本件につき中労委は、①Aの国労バッジの着用行為について、Xの就業規則の服装整正義務に違反するもので、組合活動としての正当性を有するとは認められず、これに対し処分を行うことは不相当とはいえないが、②国労バッジ着用行為等の組合活動に対するXの対応は、職場規律や業務指示権の確立を図るといったのみを目的としてされたものではなく、国労内の少数派であるAらの組合活動を嫌悪しこれを抑制するという意図に基づいてされたものとみるのが相当であり、③加えて、かような服装整正義務違反を理由として出勤停止を伴う処分を行うことは、業務阻害の程度等との間に著しい不均衡があり、社会通念上相当性を欠くものであって、Xが本件各処分を行った真の意図は、組合バッジ着用が就業規則違反であることに藉口して、同組合活動を行う国労内少数派の存在を嫌悪し、その弱体化ないし抑圧を図る点にあったものと認定し、本件各処分が支配介入に当たると判断していた。

●判旨 Xの請求認容、中労委の命令取消し

なお、控訴審において控訴棄却の判断が示されている（東京高判平25・3・27 判例集未掲載）。

(1) 本件組合バッジ着用が組合活動としての正当性を有するか

「就業規則の解釈、運用に当たっては、労働者の労働基本権と使用者の財産権との調和と均衡を確保するという観点から、当該組合活動が形式的に就業規則の規定に違反するようにはみえる場合であっても、実質的に企業秩序を乱すおそれのない特段の事情が認められるときは就業規則違反になるとはいえないと解するのが相当である（最高裁判所昭和52年12月13日第三小法廷判決・民集31巻7号974頁）。」

本件バッジは、そこに「NRU」と国労を示す文字がデザインされているにすぎず、その大きさは約1センチ四方のものであって、具体的な主義主張が記載されているわけでもない。しかし、前記のとおり、国労バッジは、国労東京地本が昭和62年に全組合員に着用の徹底を指示していたものであり、「国労組合員であることを顕示して組合員相互の団結・連帯の意識を高めるものである。そして、国労バッジには、これを着用していない他の国労組合員に対しても、当該着用者が国労組合員であることを顕示して訴えかける心理的効果を有する側面があるのは否定できないことからすれば、同バッジの着用は、実質的に組合活動としての意味を有し、上記の意味での職務専念義務に違反するものであって、それが身体的活動としての労務提供に格別支障を生じさせないことを考慮しても、企業秩序を乱すおそれがない特段の事情があるとはいえない。」

(2) 支配介入の成否について

「使用者の行為が従業員の就業規則違反を理由としてされたもので、一見合理的かつ正当といえる面があるとしても、

当該組合活動に対して行われた懲戒処分が同活動の態様等に比して著しく過重なものであって、当該処分が使用者の当該組合に対する嫌悪の念に発していると認められるなど、それが労働組合に対する団結権の否認又は労働組合に対する嫌悪の意図を決定的な動機として行われたものと認められるときは、その使用者の行為は、これを全体的にみて、当該労働組合に対する支配介入に当たる場合があり得るといふべきである。」

Xは、国労組合員等の組合バッジの着用について、昭和62年4月の設立当初から一貫して厳正に処分する姿勢を示し、実際に違反者に対し訓告等の処分を繰り返し行っていたものであり、Aらの国労バッジ着用による就業規則違反行為は約15年間にわたり多数回に及ぶもので、かつ、同人らが何ら態度を変えない様子もなく違反行為を反復、継続していたことからすれば、その処分量定を加重していくこと自体には合理的な理由があるものである等の理由で、Aのバッジ着用行為に組合活動としての保護が与えられるのは前記のとおりであるとしても、遅くとも本件各処分の対象となった平成19年頃には、既にその組合活動としての色彩が後退し、Aの個人的行為の側面が強くなっていたことは否定できない。以上の諸事情を考慮すれば、本件各処分からXの支配介入の意思が推認されるとはいえず、本件各処分が支配介入に当たるといふことはできない。

道幸 本件では、JR東日本の社員であった国労の組合員が、JR設立時から平成21年までの長い間、国労のバッジを勤務時間中に着用し続けたということで、当該バッジ着用行為を理由として、平成20年1月から3回、出勤停止処分にし、それに伴って月例賃金・手当を減額したことに対して不当労働行為の救済申し立てがなされました。神奈川県労働委員会、その後、中労委も支配介入に当たるといふ判断をしたので、取消訴訟を提起したものです。

背景的なことを言うと、JRになってからも国労ではバッジを着用していたのですが、それに対して多くの処分がなされ、一連の裁判がありました。その後、いわゆる「4党合意」がなされたことに伴って、こういうバッジ事件については全部和解をしました。国労自体もその後、バッジ着用について、しないとは言わないけれども、別に組織的に着用を義務づけていません。にもかかわらず、国労内少数派の何人かはバッジを着け続けた。この人は最後までバッジを着けたということです。

中労委命令に対する取消訴訟について、地裁および高裁のいずれも、不当労働行為の成立を認めていません。どういう理由で取り消しているかということです

が、まず、本件バッジ着用行為が組合活動としての保護を受けるか、組合活動性があるかということについて、少数派の組合活動であれ、組合活動としての保護を受けるといふ立場です。

次に、正当性を有するかということですが、いわゆる国鉄からJRになった経緯で、職場規律を確立すること、それからバッジの着用は組合活動としての意味を有し、職務専念義務に反するという点で、正当性を有しないと判断しています。

支配介入の成否については、中労委はいわば処分の程度が重いということで支配介入を認めたのですが、この点については支配介入に該当しないと判断しています。そして結局、不当労働行為ではないと言って、取消請求を認めたのが本件です。

バッジについては、さきほど触れた国労の一連の裁判で最高裁の判決も出ているのですが、判断として3つに分かれています。議論は細かくなるのですが、バッジ着用と労務提供義務が両立するかという問いについては、両立が可能とみなす裁判例があります。それからもう1つは両立せず、(バッジ着用は)正当な組合活動とみなさないという判決です。最高裁の判決があります(JR東海事件、最二小判平10・7・17労判744号15頁)。3つ目は、正当な組合活動ではないけれども、諸般の事情から不利益の程度を考慮して、支配介入に当たるとしたものです。全体としてどうかという点、処分対応によっては、支配介入になるというのが判例の流れです。

その後、バッジの問題はほとんどなくなったのですが、国労内少数派の事件が問題になりました。JR西日本の事件と、東日本での東京と(本件の)神奈川の事件ですね。3つの事件で、中労委の命令と地裁の判断が出ています。やや複雑なのですが、1つは、バッジ着用は正当な組合活動ではなく処分の程度が軽いケース、出勤停止ではなくて訓告については不当労働行為に当たらないという判断です。これは西日本の事件で、その後、労働者サイドが提起した取消訴訟でも、この判断が支持されています(東京地判平24・10・31別冊中時1434号20頁)。

東日本の事件についても、中労委はいずれも処分の程度を考慮して、不当労働行為(支配介入)に当たるといふ判断をしましたが、裁判所の判断が分かれています。1つは本件(神奈川の事件)です。中労委の判断が覆されて、不当労働行為に当たらないとされま

した。もう1つは、東京の事件（東京地判平25・3・2）で、不当労働行為に当たるとしています。これは中労委とほぼ同じ判断です。処分の程度の問題もありますが、地裁の判断も分かれています。

バッジには直接のメッセージ性がありませんから、リボンとか、ゼッケンとは基本的に違います。ただ、組合所属を示す機能を果たすので、それをどう考えるかです。労務提供に影響がないということはありますが、JRは職場に「緊張状態が生ずる」と言っています。これをどう評価するかが大きなポイントです。本件を見ると、使用者サイドにはバッジに対する非常に強い嫌悪感があり、厳格に一貫して処分しています。いわば企業秩序に対する緊張状態が発生する原因を当局がつくっている部分も大きいのではないのでしょうか。

それから、バッジはまさに組合員たることを表示するだけですから、バッジ着用は、支配介入よりは、むしろ組合員たることを理由とする不利益取扱いとして処理すべきではないのでしょうか。

私はバッジの着用が、必ずしも組合活動としての正当性がないとは思いません。一定程度、受忍することが会社に求められるのではないかと考えています。労務提供と両立する組合活動として、この範囲では就業規則の規定を合理的限定解釈すべきではないかとクラシックな議論で考えているところです。

* バッジ着用は職務専念義務違反なのか

和田 私も道幸先生のコメントに賛成です。組合活動に正当性がないので処分できるという判決の論理がわかりませんし、組合活動としての正当性はないけれども、処分は重過ぎて支配介入に当たるという中労委の論理にも納得ができません。

バッジを着けていることがJRの服装整正義に反するので、組合活動としての正当性が許されないというのは、今までの就業時間中の組合活動の判例との関係でも、妥当なのかどうかを議論しなければいけないのではないのでしょうか。最高裁の判例で主として問題になっているのは、メッセージ性があるような文言が書いてあるリボン等の着用が、職務専念義務に違反するかどうかです。本件のバッジには要求事項は何も書いておらず、単に私は組合員であると言っているだけです。そのことを理由とした不利益取扱いは、労組法7条1号でいえば、「労働者が労働組合の組合員であることの故をもって不利益な取扱いをすること」

に当たるのではないかと。裁判所もなかなか認めてくれない議論なのかもしれませんが、だからといって、あまりにも短絡的に、正当性のない組合活動だと言うのは非常に疑問です。

道幸 中労委は、不当労働行為と認めることに苦勞して、支配介入に当たるとしたのではないかと思います。ただ、労働委員会と裁判所は違う。組合活動の自由をいかに保護するかという問いで議論すると、職務専念義務があるかというアプローチをとるとはかなり違います。職務専念義務との関係から議論せざるを得ないのですが、それにしてもバッジの目的も全然議論していないので、労働委員会の立場としては必ずしも適切ではない感じがします。結論として不当労働行為を認める方がいいとか、そういうレベルの問題ではないと思います。

和田 私が職場で「ある組合の組合員です」と言って不利益処分されたら、それはやはり労組法7条1号の不利益処分ですよ。バッジでそれを表示したら、どうして正当性のない組合活動になるのか。その理屈がわかりません。

道幸 おそらく企業は服装などをパーフェクトにコントロールできるという考えを前提にしているのではないのでしょうか。労働契約論的な業務命令もしくは就業規則の服装規定の合理的な解釈という議論は、一方では必要だと思います。ただ、これは企業権力の肥大化の1つのあらわれではないかと思いますが、つまり表示方法の問題がありますが、組合員であること自体を認めないというのと似ているのではないかと思います。

和田 バッジを着けるだけで職場に不要な混乱をもたらすという発想自体が、そういうところから来ているのでしょうか。

道幸 だから、けしからんと思っているからではないのでしょうか。

和田 確かにJRの今までの長い経験からわからないわけではないですが、契約理論としての職場秩序維持義務と、組合活動権とか団結権といった組合員であることの権利との調整を、裁判所も放棄してしまっているのはどうか。昔の判例や学説が悩んだことを教訓としていないのではないかと思います。

道幸 逆の意味で、組合活動をやる規範意識が弱くなってきているとも言えます。バッジなんていうものは、おそらく20年ぐらい前なら問題にもなってい

ないことです。組合法の話以前に、そういうことも許さないという秩序感覚みたいなものが一番怖い。組合法の事件ですが、契約論との関連においても企業秩序を考えるのに重要な判決ではないかと思えます。

和田 賛成です。本件を最初見たときに、これは組合員であるということを行ったに過ぎないのではないかと思いましたが、その疑問がどうしてもぬぐい去れません。

道幸 もう1つの論点ですが、処分が重過ぎるパターンの不利益取扱い、例えば組合員が一定の非違行為をしていて、懲戒解雇したような場合に、労組法7条1号でいくと正当な組合活動とは言にくいので、石川吉右衛門先生流に言うと、支配介入でいく。労組法7条3号ですね。私はむしろ1号で、そういうのはやはり組合活動ではなくて、組合員だから重く処分しているのではないか、組合員たることというので考えた方がいいのではと考えます。本件もまさにそういうパターンで、組合活動よりは組合員たること自体が問題とされた象徴的なケースではないかと思えます。

和田 科された懲戒処分が非違行為に対して重かったら、労契法15条で処理できると思うのですが、本件では集団的な労使関係の枠組みで論ずるべきで、少し違いますよね。

道幸 (集団的な労使関係の枠組みでは) 7条しかないから。

和田 労組法7条の枠組みの中で考えるのだったら、処分をするほどの違法性があつた組合活動ではない、当該処分に対応するような違法な組合活動ではないという理屈になるのでしょうか。

道幸 正当性の幅の中で、解雇されるほど不当ではないという意味で正当という言葉を使う。しかし、言葉として正当というのを使ってしまうから、それはやはり好ましくない部分は確かにありますね。だから、濫用パターンについて対応したような規定は7条にはないです。

和田 ないですね。

道幸 多くの事件は濫用パターンなのだけれども。濫用パターンの条文を1つ置くと、非常にバランスがいいのではないかという感じがします。

和田 中労委の判断に納得できないのは、例えば取り外せという命令は認めるわけですね。何回も取り外し命令をしたにもかかわらず、取り外さなかったとなると、より重い処分になってきます。そうなると、中

労委の枠組みでも支配介入でなくなる可能性があります。本件はそもそも処分できるような行為ではなく、まさに組合員であることを言っているに過ぎないのだと考える。そこの理屈をきちんとしておかないと、権利濫用という判断ではまずいのではないかと思えます。

道幸 さきほどのニチアスの事件もそうですが、結論にこだわったために、理論的に筋を通さないような判断が(中労委には)最近が多いのではないかと感じます。苦勞しているのではないかなど。でも、苦勞の仕方でも、もう少し筋を通した方がいいのではないか。労働委員会は、組合活動の自由とか権利を守るためのものなのだから、就業規則論をやっている場所ではない。視点の違いみたいなものをもう少しはつきり出した方がいいと思えます。

和田 表現活動で、個人が例えば原発反対といったものを書いて勤務する。これは純粋な就業規則論の範囲でいいと思えますが、組合活動が絡んできたら、単純な就業規則論だけでいけるかどうか。例えば大成観光事件(最三小判昭57・4・13 労判383号19頁)での伊藤裁判官の補足意見のような悩みとか苦勞が出てこないとおかしいのではないか。

道幸 悩んでいるのですが、悩み方がちょっと違います。

6. 兼業申請拒否を理由とする損害賠償請求——マンナ運輸事件(京都地判平24・7・13 労判1058号21頁)

— 事案と判旨 —

X(原告)は、貨物自動車運送業等を目的とするY(被告)に平成4年2月1日に準社員として入社し、それ以来大型貨物自動車の運転手として勤務している。Yの就業規則では、従業員が会社の命令または承認を受けないで在籍のまま他の事業に従事することを禁じる旨が定められていた。

Xは、従事するコースの変更などに伴い仕事が減少し賃金が大幅に減少したことから、それを補填するために他社での昼間のアルバイト就労をした。これに対しYは減給処分を行ったが、Xはその後も同社でのアルバイト就労を継続したので、Yは7日間の出勤停止処分をした。XはYに対し、同社でのアルバイト就労の許可申請をしたところ、Yは、Xはすでに時間外労働をしており、長時間労働となることから、他企業での労働は承認できない旨回答した。しかし、Xはその後も他社でのアルバイト就労の許可申請をしたところ、Yはこれを認めなかった。

Xは、アルバイトで得られなかった収入等について損害賠

償を請求した。

●判旨 請求一部認容

「労働者は、勤務時間以外の時間については、事業場の外で自由に利用することができるのであり、使用者は、労働者が他の会社で就労（兼業）するために当該時間を利用することを、原則として許さなければならない。」兼業によって労務提供が不能・不完全になったり、企業秘密が漏洩するなどの事情がある場合においてのみ「例外的に就業規則をもって兼業を禁止することが許される」。また、機密漏洩の防止のために「許可制を就業規則で定めることも、許される」。

Yの就業内容に照らすと、過労を防止するとともに機密漏洩を防止するという観点から、アルバイト就労の拒否を判断することは合理性が認められる。Xの各申請不許可の一部については、休息時間の確保、長時間労働の回避という観点から合理性があるが、その他については、労務給付に支障を来すかどうかについて真摯に検討しておらず、また「不当労働行為意思に基づくものと推認するのが相当である」として、慰謝料額 30 万円について損害賠償請求を認容した。

和田 貨物自動車の運転手が、勤務時間が減らされてきたのに伴って収入が大きく減ってきたものですから、他社でアルバイトをしたいと会社に申し入れをして、それが認められなかったことについて慰謝料相当分の損害賠償請求をした事案です。

判決は、まず一般論として、「労働者は勤務時間以外の時間については、事業場の外で自由に利用することができる」のであり、したがって、使用者はほかの会社での就労についても原則として許さなければいけないと言っています。例外として、守秘義務や企業秩序に反する、または労務提供に支障を来すような場合には許さないということはあるけれども、原則として許さなければいけないと言っています。

これが判決の重要な点ですが、結論から言うと、この一般的な判示事項について、私は反対です。従来ですと、兼業禁止規定があって、それに反して兼業した場合に懲戒解雇し、その有効性を争う事件が多かったので、本件は珍しい事件です。一般論として、勤務時間外は労働者の兼業従事も自由だと言っていますが、はたしてそうなのか。例えば1日8時間働いている人が、外で2時間アルバイトをしたいといったときに、それぐらいだったら、次の日の労務提供にも影響を及ぼさないのか。あるいは運転手の場合には、競業禁止義務や秘密漏洩ということはありませんから、それでもできるかという、一番大きな問題は、労

基法 38 条 1 項の時間通算の規定があることです。複数の事業所で働く場合に、労基法 38 条 1 項は、時間についても通算すると規定しています。この条文の解釈については、同一企業の中の違う事業所で働く場合の規定で、会社（事業主）が変われば適用されないという見解もありますが、通説・行政解釈は、企業が異なっても、この規定が適用されると解釈しています。とすると、8 時間を超えて、ほかのところで 2 時間働く、あるいは他社で 2 時間働いていて、この会社でさらに 8 時間働くとなると、どこからが残業になるかという問題が出てきます。例えば朝に 2 時間他社でアルバイトをしてから、会社に来ていたら、どこかで 2 時間の残業になるのか。労基法の適用の問題や三六協定の締結の問題といった複雑な問題が出てくることから、38 条 1 項は通算規定を置いています。このことを考えると、労基法も兼業が自由だという考え方をとっていません。

それから契約論からいっても、パートのように最初から 4 時間しか働かないという場合には、おそらく他社で働く兼業も念頭に置いているのででしょうが、会社で 8 時間働く正社員として雇っている以上、他社で働くことを念頭に置いていません。そういったことを考えると、この判旨部分には反対です。

結果的に、最後で損害賠償請求したことについても、ある意味でやむを得ない感じがしますが、一般論の部分については、どうしても賛成できないというのが私の意見です。

*時間外労働分を補填する兼業は認められるか

道幸 確かに一般論として兼業ができると言っていますが、具体的な判断ではかなり問題がある、兼業を認めないという判断の合理性を認めていますから、私は、具体的な判断との関係ではあまり重視しなくてもいいのではないかなと感じます。

おっしゃるように、労働時間との関係では、やはり兼業の制約はかなり大きいと考えます。ただ、紛争の処理の仕方との関係では、こういう不許可自体の適否を争うのははたしてどうか。つまり許可制自体に一定の合理性があることになれば、許可した場合は問題がない。おそらく普通の形の事件は、無許可で兼職をして、その後、処分されるかどうか为中心な問題になるのですが、そういう処分の問題で処理する。そこを問題にしなければ、なかなか妥当な判断はできな

いのではないか。つまり許可を受けないだけでは処分できない。許可を受けないで、かつ特定の働き方をしたために一定の問題が生じたということになれば、処分の可能性は出てくる。そういう個別の処分の問題でなければ、兼業の許可制の問題は適正な判断はできないのではないかと思います。そういう意味で、本件の場合、まさに許可のレベルだけで争っています。

もう1つは、許可のレベルだけで争うと、最後は慰謝料の問題になります。そこで損害額をどう考えるか。許可しなくて働けなかった分を払えという問題になるのか。許可しなかったこと自体だけが問題になるのか。それも論点になるかと思います。

それから、労働時間との関係で、兼業は大きな問題だというのはそのとおりなのですが、例えば、この会社が一定程度、時間外労働をさせていたような場合、この時間外労働分の兼業が問題になるのかどうか。本件のように、労働時間が減って給料も下がっている場合に、40時間以上働いたらだめだというのはやや酷かな。では、労働者はどうすればいいか。40時間というよりは、むしろ、通常的时间外労働分を含めた、その会社のある程度の基準という考え方の方が、リアリティーがあるのではないか。ただ、会社の立場からいえば、40時間だということを強く言われると少し弱いのですが。

和田 本件は貨物自動車の運転手の事案です。貨物自動車の運転手は、労基法の規定の多くが緩和されていることもあるのですが、やはり安全運転に関係しているものですから、その点で許可をしなかったことについて判断しています。すべての労働者がそうなるかどうか。例えば、運転とか危険業務に従事するわけではない通常の事務労働の人が8時間を超えて自由に残業ができるかという、それでも、やはり私はだめなのではないかと思っています。その意味で、この一般論に反対だと言いました。

最後の点ですが、リアリティーと言われれば、確かに今まで毎日2時間ずつ、あるいは月に50時間ずつ残業してきて、その手当がある程度収入になっており、生活もそれを前提に設計していて、これを大きく減らされてきたときに、補填するために残業していたというのが、労働者のリアリティーには合っているのかもしれない。ただ、労働時間はやはり週40時間を守る方がいいと我々は考えているわけですから、残業が減った分について、他社で残業させろという権利

があるのかという、労働時間短縮を強く言ってきた立場からすると難しいと思うのですが。

道幸 権利があるかどうかというよりは、そういう理由で許可をしないのは、今まで当該会社で40時間を超えて残業をさせていたこととの関係からいうと、許可しないのはやはり筋違いなのではないかと思えます。

和田 そうすると、許可権の濫用になるのですか。

道幸 本当に40時間で働きましょうというのが会社の方針で、長時間労働はだめだ、これからも残業しないという状況があれば、多少違うかもしれません。しかし、本件のように仕事なくなり残業分が減ったケースで、残業分をほかで働くことはけしからんというのは、あまり胸を張って言えないのではないかと思います。ただ、その限度はあります。そこが自分の会社でやっていた残業分を含めた、40時間制ではなくて、何か別の基準になるのではないかという感じがします。

和田 理屈としては、残業を許可する権限の濫用ということですか。

道幸 ええ。労働者としては、やむを得ずそうしているということになれば、やはり、許可権の濫用というか、もしくは無許可で働いた場合でも処分の対象にならないとか、処分すること自体が濫用であるとか、そういうフレキシブルな基準になるのではないかと考えます。

和田 例えば、会社の事情で恒常的にやっていた仕事がなくなってきて、その収入を賄うために、どうせ許可を得られないからと黙ってほかのところで残業していた。これに対してどういう処分をするかは、今までどういう対応をとっていたのかが総合的に判断されるので、一元的に杓子定規で言えないのかもしれない。しかし、やはり私は労基法の40時間とか、1日8時間にこだわりたいです。

道幸 それも1つの筋だと思っけれども。

和田 もう1つはやはり労基法38条1項があることです。学説の中には、企業が違えばいい、それは自己決定の問題で、会社はそんなに面倒を見なくなったのだから、自己防衛することも許されるのだ、という意見もありますが、労基法は全体として何時間働いたかを規制しているものですから、必ずしもそうとはいえないのではないかと。

道幸 就労した場合はそうだと思いますが、許可と

絡んだ場合に同じように議論できるのでしょうか。

和田 許可をしなかったら、どういうふうな請求ができるのですか。

道幸 労働者の方がですか。

和田 はい。本件だと慰謝料請求をしているのですね。

道幸 許可請求だろうか。

和田 それは労働権の侵害になるのですか。

道幸 保護されるべき権利は労働権ですよ。

和田 でも、労働権ということが言えるのでしょうか。収入が減った分を自己防衛として違うところで働いて自分で稼ぐ権利、それは営業権、職業選択の自由の侵害みたいなものですかね。

道幸 でも、これは特定のところで具体的に何時間働くかということでしょう。

和田 違うところで2時間ずつ毎日働きたいが、許可されなかったため、収入も減ってしまった。

道幸 許可しなかった場合には、働く方がリスクを負うから、理屈からいえば、やはり労働権ではないかなと思います。

和田 本件の場合、なぜ慰謝料請求を認めたかという点、不当労働行為だと判断しているからです。許可をしなかったことが違法だというよりは、厳密には認定していないので少し問題はありますが、原告の労働者が組合員であることを嫌悪して許可しないという理屈で、慰謝料請求を認めました。

道幸 それはやはりおかしいのではないかな。突然、不当労働行為が出てきて。

和田 道幸先生の考え方だと、一定の場合には、使用者には、ほかの会社で働くことも受忍する義務があると。

道幸 と思います。

和田 それに対して不許可をしたことは許可権の濫用になると。

道幸 むしろ損害額をどう考えるかです。損害額が、働いたら得られたであろう2時間分の賃金請求ができ

るのか、それとも一種の名目的な慰謝料だけなのか。本件の場合、30万円というのは結構大きいのではないかと思います。

和田 慰謝料としては大きいですね。

道幸 許可を求めて争うというよりは、実際に働いて処分という形の方が議論はしやすいですし、実際にはそうやるのではないかな。本件は法律家が好むような紛争ですが、何かリアリティーがない。だから、以前に処分されていたから（不当労働行為）ということなのでしょうね。そういう場合に裁判所が関与して一定の判断を下すのはやむを得ない。権利義務の問題になっているのだから。

和田 紛争としては特異な形のもので、そういう意味では新しい論点を提供しています。

道幸 そのとおりで、今までは処分について、諸事情を考慮して判断していました。

本件では、損害額の問題もそうですし、どういう視点で成否を判断するのか。

和田 私が結論的に妥当だと思うのは、最後は調整的に慰謝料の30万円というところが妥当だとした点です。理屈からいくと、不当労働行為で慰謝料を認めているのですが。

道幸 この事件は今後、どうなるのだろうか。解雇と処分だったら、もう既に終わったことなので、司法審査によって一定の解決ができるけれども、これは一定の判断を下した後に解決できない問題が続いているわけでしょう。

和田 そうですね。将来的な紛争解決にはなっていない。

道幸 だから、一種の確認的なものなのかな。今度許可をしなければリスクを負うよと。

和田 そこを議論すると判決から離れていくからやめましょう。

道幸 どうも裁判所が関与するスタンスが、はたしてどうなのか。そういう意味で特殊（な事案）だというのは、そのとおりだと思います。

フォローアップ

I. 有期雇用契約の雇い止め——本田技研工業事件 (東京地判平24・2・17 労経速2140号3頁, 東京高判 平24・9・20 労経速2162号3頁)

事案と判旨

X(原告・控訴人)は、Y(被告・被控訴人)に、平成9年12月1日に期間契約社員として採用され、一定の空白期間(半月から2カ月強)を置きながら、概ね3カ月の有期契約が少なくとも75回にわたり更新されてきた。

XがYとの間で平成20年9月29日付で締結した有期雇用契約(本件直前雇用契約)は、従前の契約更新時に用いられていたのとは別の契約書式が用いられ、第3項(契約更新の有無)のただし書については、従前、契約更新の上限期間を最長1年間とする旨記載されていたが、本件直前雇用契約では3年間と改められた。ところがXは、リーマンショック後、平成20年11月28日、期間契約社員に対して開催された説明会に出席し、経営状況の悪化により期間契約社員を全員雇い止めにせざるを得ない等の説明を受け、不更新条項が盛り込まれた契約書を交付され、その場で署名と拇印の押印を行った。その後も、Yが行った説明会等においても、本件雇い止めについて何らかの不満や異議を述べたり、本件雇い止めに回避して雇用契約を継続するよう求めたりする等しなかった。

平成20年12月31日に、同月1日から同月31日までの契約期間とする有期雇用契約(本件雇用契約)の期間が満了したとしてYから雇用契約の更新を拒絶された。

そこでXはYに対し、期間契約社員雇用契約の更新を拒絶したこと(雇い止め)が違法無効であるとして、雇用契約上の権利を有する地位にあることの確認、未払賃金の支払い等を請求した。

●判旨

〈地裁判決〉請求棄却

本件では、Xの有期労働契約が反復更新されてきたことで、実質的に無期労働契約と異ならない状態にあったとはいえないが、労働関係の継続に対する労働者の期待には合理性があったと解される。

不更新条項の効力について、「説明会の開催から本件契約書作成、提出に至るまでの間、原告ら期間契約社員が、被告側からその意思を制圧されたり明白な虚偽の事実を申し向けられたりする等により、不更新条項を明示する有期雇用契約の締結の意思を形成する上で何らかの不合理な状況が存在し

たことを窺わせる事情は認められない。」不更新条項が本件雇用契約に盛り込まれた経緯とその後の事情、不更新条項の必要性と合理性等に照らせば、「不更新条項が公序良俗違反であるとはい難い」。

Xは、説明会の説明を受け、同年12月末日をもって本件雇い止めとなることについて肅々と受け入れ、不更新条項を盛り込んだ本件雇用契約を締結し、同月18日には退職届をも提出しており、その後本件雇用契約の契約期間が満了する同月末日に至るまで、本件雇い止めに対して異議を述べたり、雇用契約の継続を求める等を全くしておらず、そうすると、Xは「同年11月28日時点において、本件雇用契約の期間満了後における雇用契約の更なる継続に対する期待利益を確定的に放棄したと認められるのであり、」その後も、「本件雇用契約の期間満了後における雇用継続に対する期待利益を有していたとは認めることは困難であり、本件には雇い止めの法理は適用されない。

〈高裁判決〉請求棄却

判旨は、基本的に第一審判決と同じであるが、追加的に次のように判示する。直前契約における3年の期間について、「あくまで更新期間の上限であって、本件直前雇用契約の締結により、3年間は有期雇用契約の更新を保障するとの黙示の合意が成立したと認めることはできない。」Xは「本件雇用契約は、従前と異なって更新されないことを真に理解して契約を締結したことが認められる。」

和田 本田技研工業事件で一審と高裁の判決が出ています。いずれの結論も一緒です。原告は有期雇用労働者なのですが、約3カ月の有期雇用が75回にわたって更新されてきました。ただ、通常の有期労働契約の反復更新の事案と違うのは、1回の有期契約が終了すると、その後、半月から2カ月ぐらいい間があって更新されてきた点です。そういう特殊性はあるのですが、いずれにしても有期労働契約が反復更新されてきた。それがあるところで、あと1年間で契約をそれ以上更新しないという契約書が取り交わされた事案です。結局、この1年間の期間が満了した時点で、雇い止めがされました。会社としては、これは雇い止めではなくて、有期契約の期間満了による終了だと考えたわけですが、労働者からは、反復更新された雇い止めの問題で、違法無効であると考え、雇用契約上の地位確認請

求をしました。

一審も二審も共通しているのですが、処理としては、最後に取り交わされた不更新条項が有効かどうかという判断をしています。こういう合意の有効性を判断する判断枠組みとして、シンガー・ソーイング・メシオン・カムパニー事件（最二小判昭48・1・19判時695号107頁）の判断枠組みを使いながら、労働者の真意に基づいたものかどうかという点について重点的に判断をしています。

この不更新条項を結ぶ際の説明会の開催から契約の締結に至るまで、会社側から、労働者の意思を抑圧したり、虚偽の事実を押しつけたりしたようなことはなく、労働者の方も真意に基づいて、この契約を締結したということから、この契約は公序良俗に反することはなく有効だと判断しました。したがって、不更新条項に基づいて期間が満了した時点で雇用契約は終了したから、雇止め法理は適用されないという結論に達しています。

最近、こういう不更新条項を利用した、いわゆる雇止め、あるいは期間満了による契約終了の有効性が争われる事件が幾つか出てきています。その嚆矢となったのは、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）の判決ですが、そこでもやはり、労働者の意思が明白で客観的なもので合意が有効かどうかということを判断基準として合意を有効としています。同じようなことが富士通関西システムズ事件（大阪地判平24・3・30LEX/DB）などでも言っています。

本件もこれらと同じで、とりわけ高裁判決は、原告の労働者Xが「自らの自由な意思に基づいて不更新条項を定める本件雇用契約を締結したと認められる」としています。あるいは「不更新条項を含む経緯や契約締結後の言動等も併せ考慮して、労働者が次回は更新されないことを真に理解して契約を締結した」と述べて、この契約の有効性の判断枠組みを重視しています。その結果、雇用継続に対する合理的期待を不更新条項によって放棄したのであり、不更新条項の効力を否定すべきではないから、雇止め法理、あるいは解雇権濫用法理を類推適用すべきではないと言っています。

私は、こういう契約当事者の意思について探求するという問題解決方法を、いわゆる「民法的解決手法」と考えています。この手法を使いますと、渋々ながら不更新条項に納得した、あるいは真意では不更新条項

に納得していなかったといっても、署名をしたりすると合意の有効性は否定されなくなってしまいます。しかし、それではこの問題が出てきた、あるいは不更新条項が利用される実態、その問題の本質に迫られないのではないかと考えています。

例えば明石書店事件（東京地判平22・7・30労判1014号83頁）の判旨では、不更新条項を合意の真意性の問題だけで処理すると、雇い止めの判例法理は無意味となってしまう、その僭脱を許さないためには不更新条項を導入するに際して合理性があったかどうかという視点を導入する必要があるのだと言っています。こうした解決方法を私は「労働法的な解決方法」と呼びたいと考えています。

なぜ使用者が不更新条項を使うかということ、不更新条項を使わずに雇い止めをすると雇止め法理が適用される。現行法でいくと、労働契約法19条の問題になります。そうすると解雇権濫用法理の類推適用の話になって、本件のような場合に75回も更新されてきたら、おそらく反復更新の期待権があった、あるいは実質的に期間の定めのない契約と同じだった、したがって、雇い止めをするには合理的な理由、社会的相当性が必要だと言わざるを得ない。しかし、それだとよほどの経済的理由がないと雇い止めに認められないことになってしまう。ところが、不更新条項で「これに合意すればあと1年間雇います」「しかし、そうではなければ、直ちに不更新になってやめてもらいます」という形で、おそらく丁寧に説明をして、労働者も嫌々ながら、「1年雇用があった方がいい」と思って署名する。そういうときに、署名の合理性だけで判断すると、明石書店事件が言ったように、今までの雇止め法理が全く意味をなさなくなってしまいます。

この問題は合意の真意性の探究だけでいいのか。合意の真意性を考える場合には、給付の対等性のようなことを考えなければいけません。つまり、使用者が提供した条件と労働者が提供した条件とがある程度バランスするような条件がなければ、合意の真意性だけでは処理できないと考えます。やはり、この問題については労働法的な考慮が入った処理が必要なのではないか。判断枠組み自体に反対です。

こうした労働法的解決手法を導入したときに、本件では雇止め法理の適用があるかどうか、おそらく判断（基準）になってくるでしょうが、その点については判断できないものですから、留保したいと思います。

*労働契約法 19条の脱法行為か

道幸 まず確認したいのは、不更新条項に合意する際、抽象的に、あと1年だけだと言うのか、あるいは、その理由として、会社の経営が悪化したのもう仕事なくなるからと言うのかです。近畿コカ・コーラボトリング事件の場合は、営業所なくなるからということでした。そういう意味では、合意の経緯というか、合意した事情が問題になると思います。1年後にその事情がどうなったかというとき、例えば経営がそれほど悪化しなかったとなると、最初の合意自体の真意性というか、効果は、少なくとも抽象的な不更新条項だけからでは、契約関係をもう今後承継しないということとは言えません。少なくとも不更新条項を合意した際の説明の適正さが、1年後にどうだったかというのは最低限問題になるのではないかと思います。

それから2番目は、形式的な不更新条項だけで、客観的な事由を問題にせず、更新拒否をできるかどうかです。今までは解雇権制限法理との関係で、有期雇用を自動的に解消するのは一種の脱法行為ではないかという議論をしてきましたが、今度は労働契約法 19条ができたために、そういう合意自体が19条の脱法行為になるのではないかと。つまり、今まで継続して（反復更新の）期待権を得ていた人に対して、抽象的な合意だけで期待権を剥奪するのは、19条の保護を今後受けないということで、ちょうど解雇権制限法理の脱法行為の19条版のようになり、少なくとも労働契約法で19条ができた以上、おかしいのではないかと感じるがしています。やはり実質的な判断、全体の判断をしないと。雇止め法理の適用がないといっても、実質やっているのは雇止めですから。

和田 実質的にはそうです。

道幸 だから、期間満了だけでというわけではなくて、意思的な問題が絡んでくる。それにしても脱法行為だと思います。

和田 最初の道幸先生のお話ですが、多分、説明した前提条件が1年の後が変わってしまったら、合意したことが要素の錯誤の問題として処理できる可能性があると思います。例えば、会社の経営状況が悪かったと言ったけれども、実はそんなに悪くなかったというような場合は、詐欺のケースになるかもしれませんが、そうではなくて、1年後に急速に景気が回復したというときには、おそらく要素の錯誤という形で処理

しうる。しかし、本件のような場合に、契約理論だけで処理していいのかどうか私には疑問です。

雇止め法理が適用されるときに、雇い止めの理由が経済的な理由だと整理解雇になりますが、整理解雇の必要性を判断するときの状況と、合理的な説明をするときの状況は、同じような判断枠組みになるかどうか。私は必ずしもそうはならないのではないかと考えています。だから、会社としては、雇止め法理の適用を避けるために、署名をとって、「あなたは合意したのだから、この合意に従って期間満了で終了させます」という方法をとるのではないかと。

道幸 そう思います。最終段階で更新拒否の正当事由があればよいのですが、必ずしもそれがはっきりせず、リスクを避けたいので、1回、フェイントをかけたような合意をとって契約関係を終了させる。その合意の持つ意味は何かというと、結局、期待権をなくすということだけです。合意によって1年延びる面もありますが、今までの延長ということを考えて、そんなにメリットは大きくありません。形式的な議論をするから出るメリットです。やはりポイントは期待権を剥奪するような条件を入れたことが、19条との関係でおかしいのではないのかなという点です。19条は強行法規です。今までは19条がなかったので比較的論理も難しかったのですが、19条があれば比較的やさしくできるのではないかと思います。

和田 19条があると違いますか。

道幸 違うのではないかと思います。今度は成文法だから。

和田 今までなら、判例法理の僭脱のための不更新条項という言い方でよかった。

道幸 解雇権制限法理の僭脱に対し、判例法理を生かして、19条が出てきて条文化したから、よりはっきり言えるのではないのでしょうか。だからもう一度、そこで端的な議論をした方がいい。会社はどちらにしても、相当な理由があれば更新拒否できるのだから、1回、フェイントをかけたようなことをやるのは、現時点ではフェアではないと思います。

*労働条件変更時の合意のあり方

和田 以前に取り上げた協愛事件（大阪高判平 23・3・18 労判 1015 号 83 頁）でも、就業規則を変更するときに、みな一堂に会したところで説明し、そこで署名をさせていましたが、本件も説明会場で契約書にサ

インさせたりしています。そういうことを考えると、労働条件を変更するときの労働者の合意のあり方を、こういう事件を通じて、もう一回考え直さなければいけないのではないのでしょうか。

道幸 ザ・ウィンザー・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）とか、コアズ事件（東京地判平24・7・17 労判1057号38頁）とか、技術翻訳事件（東京地判平23・5・17 労判1033号42頁）では、どちらかという賃金の減額の合意ですが、真意性、書面化を問題にしています。それよりも不利益が大きいわけですから、真意性を問題にする必要性はあるでしょうね。あのときの議論を踏まえて考えると、合意する相当な理由があったかどうかということになります。

和田 協愛事件の場合では、合意でやってしまうと、労契法10条の問題にならなくなってしまいます。就業規則の不利益変更の判断枠組みを使わないわけですから。

道幸 高裁の方はね。地裁の方は使ったけれども。

和田 本件も、そうすると雇止め法理を使わなくてもよくなってしまいますのです。合意の問題として処理すればよいのですから。

道幸 しかし、極端なことを言えば、いつでも解雇してもいいよという合意はだめでしょう。

和田 だめです。

道幸 それと同じように考えれば、おそらく有期雇用で何回も更新するのが一応、要件になりますが、そういう合意自体、やはり解雇の法理を脱法的にするもので、理由なくやることは問題でしょう。

和田 そうです。それで、契約の合意の判断要素として、合理的な説明をしたこと、とりわけ新しい規定を導入することの合理性があったかどうかを入れることとなりますが、おそらく裁判所はそういう形では考えていません。それを入れるのが、まさに労働法的な発想です。やはり雇止め法理が適用されるような事情があったかどうかということを、判断要素として入れなければいけません。

道幸 賃金減額と同じ議論をすれば、そういうことになってくると思います。非常に形式的な合意だけではなくて、合意の真意性があるって、その効果として期待権の剥奪があるという形でやるのも、そんなに難しくない議論ではないでしょう。

和田 いずれにしても、今まであまりこういう問題を議論してこなかったから、合意論のあり方、あるいは

は他の労働法理との関係での合意のあり方も、もう少しきちんと検討しないといけないですね。シンガー・ソーイング・メシオン・カムパニー事件のときから始まるのですが、賃金の減額についての合意、放棄についての合意、就業規則を改正するときの個別的な合意、そして、こういう不更新条項における合意、あとは合意解約の合意について、しっかり議論しないとダメですね。

道幸 それは北大の研究会でやろうとしています。まだ真意性とか、理由とかだけでは不十分な感じですね。そこで一定の歯止めができるけれども、それだけでは済まない、合意形成過程の意思論、信義則論ではなくて制度論みたいなことをやらない限り、限界があるのではないかという気がしています。消費者契約法のような明文の規定があれば別なのですが、労働法における合意形成のルールが必要だと思います。本件は、まさにそういうことですね。

和田 本格的な研究はこれから始まると思います。皆さん共通に関心を持っていることです。

道幸 いろいろなレベルで一緒にやった方がいいと思います。

和田 今まで問題ごとに分けていたものを総合的に検討する必要がありますね。共通の枠組みはシンガー・ソーイング・メシオン・カムパニー事件が言った真意性なのですが、それがいろいろと違う場面で使われてきているのですから。

II. 派遣職員の整理解雇——シーテック事件（横浜地判平24・3・29 労判1056号81頁）

— 事案と判旨 —

原告Xは、平成16年8月2日、訴外A社のグループ会社B社（21年1月1日、B社は被告Y社に吸収合併）に派遣労働者として採用され、18年12月まではC社に、19年1月から21年5月31日まではD社に、いずれも自動車エンジニアとして派遣されていた。この間に待機社員となることはなかったが、21年6月1日、待機社員となった。

Yでは、平成21年3月2日付で、待機社員を対象に、技術社員、間接社員の人員削減として整理解雇を実施する旨の文書を配布し、説明会を開催した。そして同年4月に2774人、5月に362人を整理解雇した。

Yは、平成21年4月中旬ないし下旬、Xに対し、D社との派遣契約が5月末で終了すること、それと同時に6月末でXを整理解雇することを伝えた。そこでXは、労働契約上の地位確認と未払い賃金の請求を求めて提訴した。

●判旨 請求一部認容

本件は整理解雇の事案であり、4要素について判断する。まず人員削減の必要性については、売上高や純利益が大幅にマイナスであったこと、待機社員数が毎月増加し、Xの解雇時点では23.5%に達していたことから、これを肯定する。

解雇回避努力については、間接部門での希望退職、技術社員の一時帰休、新規採用の停止、時間外労働の削減等を行っているが、技術社員については、Xの解雇時点で既に相当数の整理解雇や退職勧奨を行っているものの、その後は待機社員になる度に解雇を行うだけで、整理解雇がさらに必要性があるか真摯に検討しておらず、「人員削減の手段として整理解雇を行うことを回避する努力を十分に尽くしていたとは認め」られない。

人選の合理性については、待機社員になった技術社員を全員解雇したもので、その技術や経歴を検討しておらず、「人選基準が、客観的な合理性を有していた」とはいえない。

手続の相当性が認められる。

Yは労働者派遣事業を営む者であるが、「派遣労働者が派遣先企業との間の派遣契約の終了により一時的に仕事を失っても、そのことだけから直ちに解雇でき」るわけではない。また、Xが派遣労働者であるという事情は、「人員削減の必要性の中で考慮すべき事情であり」、「本件においてこの点は十分考慮されている」。以上のことから、本件解雇は無効である。

和田 本件は派遣元企業での派遣労働者、これは採用以降5年弱、待機期間がなく、常用型で勤務していた労働者の整理解雇の有効性が争われた事案です。派遣会社がかなり経営的に難しい状況になったので、おそらく剰余労働者と思われる待機社員を整理解雇の対象にしました。判決は、判例法理に従って、4要素について判断し、第1要素と第4要素については相当性を認めながら、第2要素と第3要素から解雇を無効と判断しています。

第1要素の「人員の削減の必要性」は肯定し、第2要素の「解雇回避努力」は、ある程度の回避努力は行ったけれども、結論として、「人員削減の手段として整理解雇を行うことを回避する努力を十分にしていたと認められない」といい、実質的にはこの点で解雇を無効にしました。第3要素の「人選の合理性」は、待機社員になった技術社員を全員解雇していて、技術や経験・経歴等を検討していないことから、その基準の合理性もないとしています。

こういう派遣労働者の整理解雇事件はあるかもしれませんが、裁判になった事例は意外と少ないです。前例としては、事業を拡大し、従業員も増加している中で人員削減の必要性がなく、解雇回避の努力もしてい

ないという理由で解雇無効としたジョブアクセスほか事件（東京高判平22・12・15労判1019号5頁）、本件と同じく第2要素から無効としたテクノプロ・エンジニアリング事件（横浜地判平23・1・25労判1028号91頁）等があります。本判決は、一事案を積み上げているわけですが、2点指摘しておきたいと思いません。

第1は、この派遣会社は労働者派遣事業における整理解雇について、同事業が臨時的・一時的な雇用調整システムを担っており、そこで勤務する労働者の雇用の調整弁としての役割も担っていることを考慮すべきだと主張します。しかし、判旨はこの点を考慮することを否定します。原告Xは登録型ではなくて常用型として雇用されているわけですから、その限りでは管理部門で働いている無期労働者と実質的に異なるところがない。したがって、人員削減の必要性が生じたからといって、この派遣労働者が待機状態になったことから直ちに全員が雇用調整の対象になるわけではないと言っています。この判旨の部分については妥当だと思いません。

なお、判旨が引用する労働者派遣法30条の3（判旨は30条と言っていますがこれは誤りのようです）は確かに努力義務規定ですが、派遣元事業に雇用確保義務を課したものとして、整理解雇に際して重要な意義を有するものと解していると思います。派遣労働者の雇用について派遣元が確保するように努めることを求めている規定です。

第2に、本件においてXの解雇が無効となったのは、人員削減の必要性はあるとしながらも、ある程度の解雇回避努力の結果、指名解雇である整理解雇を行う必要性について真摯に検討した跡が見えないということからです。こうした人員削減の必要性を認めながらも、ある程度の解雇回避努力をして、更に指名解雇する必要があるのかどうかを判断する際に、さまざまな判例を見てみますと、どうも第2要素である「解雇回避努力を十分尽くしていない」というところで判断をしています。実は、第2要素は解雇回避努力をするということだけではなくて、更にその後、指名解雇をする必要があるかどうかを判断しなければいけないのですが、そうは言わずに、解雇回避努力をしていないからと言っています。この点については、他の裁判例も含めて見直すべきではないかと考えます。参考になるのは、希望退職や雇止めによる11名の退職者が予定

された段階では、財政状況が相当程度改善されていると予測されたことから、整理解雇までの必要性はないと判断した泉州学園事件（大阪高判平23・7・15 労判1035号124頁）があります。この点は参考になるだろうと思います。

結論自体には賛成です。

*** 派遣職員の整理解雇の適切な手続きとは**

道幸 人員整理の必要性の問題と、具体的な特定人を対象にした整理解雇の必要性、という2段階で考えるのは妥当ではないかと考えます。だいたい前の東京高裁の事件（千代田化工建設事件・東京高判平5・3・31 労判629号19頁）で、社員を全員移籍させ、これに反対した1人のクビを切った事件がありました。全員任意で移籍して、1人が残って解雇されたのですが、そのケースでは、解雇の必要性はなかったとされました。やはり最後は1人を解雇する法的な義務があるか、権利があるかという問題なので、そういう意味では、最終段階の整理解雇の必要性を独自に判断するのはいいのではないかと思います。

ただ、本件との関係では、全体的に派遣だからルーズにやっている感じがします。やはり、整理解雇の必要性があって人選レベルになった場合に、待機になった人から順に対象とするのはだめなのだろうか。派遣先を見つけれなかった人から対象にはしているわけで、そこはある意味、合理的かなと思います。今までの整理解雇法理は派遣的な世界の問題ではないから、何人かを整理解雇できるという前提に立つと、希望退職の募集をして、その後に能力とかを判断して人選しなさいということになる。待機の対象になった人から順に解雇するのはわかりやすいけれども、おかしいでしょうか。

和田 おっしゃることは基準としては明確ですし、待機した人から解雇していくというのはわからないわけではありませんが、それだと早く待機になった人は不利になりますし、待機した労働者でも、いろいろな事情があることを全く考慮しないのはまずいのではないのでしょうか。

道幸 やはり通常の整理解雇法理と同じようにやりなさいということですね。

和田 そうです。だから、待機になった社員から（順番に）というのではなくて、何か基準をつくらばいいと思います。

道幸 でも、そうすると、待機していない人を先にする場合もあるということですね。

和田 それは多分難しいでしょう。待機になったから、あなたから解雇しますというのでは、たまたまそのときに待機が来た人にとっては不利になります。待機した人の中から更にまた基準をつくることになるのではないのでしょうか。

道幸 例えば、それが妥当かどうかは別として、1000人をともかく切らなければだめだというとき、1000人までずっと待機になった人を順番に解雇するというのはだめなのではないでしょうか。

和田 だめでしょうね。

それと関係しますが、判決では例えば登録型社員を使ったら、それによって雇用調整ができるのだから、そうすればよかったということを言っています。やはり常用型の場合には、たまたまそのときに待機になったといっても、他社へまた派遣される可能性が十分ありますし、使用者としてはそういうことをやらなくて、自動的に一律に解雇していくのはだめなのではないのでしょうか。

道幸 待機ではなく今働いている人も対象にして、トータルにやりなさいというのが1つありますよね。

和田 そういうことです。希望退職する人、勤務年数が短い人、それから経済的に比較的支障が少ない人といった基準をつくらなければだめではないでしょうか。

道幸 そうすると、時間がかかるということか。

和田 多分ね。すぐに基準ができるわけではありません。

道幸 待機の順なら一度に、大量にできるけれども、リストラの対象になる人とならない人という形で人選していく。

和田 そういうことでしょうか。そうしないと被告が言っているように、そもそも労働者派遣事業は雇用調整型のだから、そこで働いている労働者自身もすべて雇用調整型だということに、結果的になってしまふ。

道幸 （整理解雇を）実際にどうやるかというところ、確かに整理解雇法理の原則からすればこの判決どおりですが、実際には難しく、何らかの基準で一定の歯止めが必要です。そういうとき、確かに、待機になった人は不利ですね。

和田 そうですね。現に働いている人がいるわけだ

から。例えば1年で派遣先に行っている人を2カ月でクビにしますというのは、やはり派遣先との関係で難しい。

でも、待機した人から順繰りというわけにはいかないでしょう。だから、考慮には入れるけれども、それが唯一の基準になるとまずいということではないで

しょうか。総合的な判断基準の中で、待機していることも要素の1つになりうるということです。

道幸 なるほどね。派遣の場合もそれだけ配慮しろということで、これは結構重要な判決だと思います。

和田 本件は、派遣元企業における整理解雇法理の判断基準を示した事例で、重要な判決です。

ホットイシュー

I. 不当労働行為の救済命令の履行可能性——広島県・広島県労委（熊谷海事工業）事件（最二小判平24・4・27 労判1052号5頁）

事案と判旨

本件は、船舶の曳航等を業とする被告（X、原告、控訴人）が、海事運輸業界における産業別労働組合である上告補助参加人（Z）の申し立てに係る二つの不当労働行為事件について、中国船員地方労働委員会（Y、制度改正によりその後広島県労委が所管）から、請求に係る救済の一部を認容する命令を受けたため、それらの取消しを求めている事案である。

(1) 被告補助参加人（A）は、船舶運航代理業を営む者であり、XA間で、Xの所有する新造の船舶である丙船、乙船につきAを備船者とする裸備船契約を締結した上で、同契約を前提としてXを備船者とする定期備船契約を締結した。丙船につき上記各契約が締結された後、甲船が行う作業は、水先人の乗船しないタグ作業と給水作業に限られることとなった。また、丙船には、Aが雇い入れたZ組合員でない船員が乗り組み、乙船には、Xを退職した同船の全船員4名が、Zに対し脱退の意思表示をした上でAの従業員として乗り組むこととなった。

(2) Xは、Zに対し、それまで更新を続けてきた労働協約の更新を拒否し、労働協約を失効させる旨通知した。甲船は、4名の全船員のうち2名の退職により同船の船員が船長のCと機関長のDの2名となり、その後係船状態（稼働しないまま止められている状態をいう）にあった。Zは、Yに対し、XがZとの間での労働協約の更新を拒否したこと及び組合員が乗船していた甲船を稼働させないことによって組合員に対して不利益を及ぼすことが不当労働行為に当たるとして、救済命令の申し立てをした。

Yは、(1)の行為につき救済の一部を認容する命令（「1号命令」）を発した。1号命令は、主文第1項において、Xの

曳船、給水などの運航業務に丙船及び乙船を使用する場合はZ組合員の乗り組んでいる当該各船舶を使用しなければならない旨、第2項において、Zが丙船及び乙船の各裸備船契約、各乗組員又は各定期備船契約について団体交渉を申し入れたときはこれに誠実に応じなければならない旨、第3項及び第4項において、Yが不当労働行為と認定した上記各行為を繰り返さないよう留意する旨記載した文書をZに手交し、その履行をYに報告しなければならない旨をそれぞれ命ずるものである。

また、前記(2)の行為について、請求に係る救済の一部を認容する命令（「2号命令」）を発した。2号命令は、主文第1項において、労働協約締結に関する団体交渉が実質的かつ公正に行われ具体的な結論が出されるまでは従前の労働協約の内容に従ってZとの労使関係を営まなければならない旨、第2項において、平成18年10月以降、特別手当をC及びDに対してそれぞれ支払わなければならない旨、第3項において、Cが船長として、Dが機関長として、それぞれ甲船を運航して就労することが可能となるように同船の運航、稼働と乗組員の補充に関する問題の解決に向けて真摯に団体交渉を行わなければならない旨、第4項及び第5項において、Yが不当労働行為と認定した上記各行為を繰り返さないよう留意し公正かつ良好な労使関係の維持、確立に努める旨記載した文書をZに手交し、その履行をYに報告しなければならない旨を命ずるものである。

1号命令及び2号命令が発せられた後、C、DはXを退職し、これにより、Xに雇用されているZ組合員は1人もいない状態となった。また、Xの所有船舶で裸備船契約の対象とされていないものは甲船のみであったところ、同船は、パナマ共和国の会社に売却された。

一審広島地判（平20・9・3 労判1052号19頁）は、2号命令主文3項についてだけ、拘束力が消滅したとして当該部分につき訴えの利益がないとして却下し、他の部分については不当労働行為の成立を認め取消請求を棄却した。

原審広島高判（平21・9・29 労判1052号12頁）は、発令

後の事情変更により、既に退職したC及びDの甲船における就労等に係る団体交渉を命ずる旨の2号命令主文第3項の取消しを求める訴えの利益は失われたとした。また、上記発令後の事情変更により、現時点においては、Xが丙船及び乙船にZ組合員を乗り組ませること並びにZとの間で従前の労働協約の内容に従った労使関係を営むことは客観的にみて不可能であり、これらを命ずる1号命令主文第1項及び2号命令主文第1項はその基礎を失い拘束力を失ったと解するのが相当であるとした。また、現時点においては、XがZとの間で継続的な労使関係の維持改善を目的とする団体交渉を行うことも客観的にみて不可能であり、そのような団体交渉の申し入れに応ずべきことを命ずる1号命令主文第2項も救済方法としての意義を失い拘束力を失ったと解するのが相当である等として、本件訴えをいずれも却下すべきものとしていた。

●判旨 破棄差し戻し

1号命令主文第1項は丙船及び乙船を使用する場合はZ組合員の乗り組んでいる当該各船舶を使用することを、2号命令主文第1項はZとの間で従前の労働協約の内容に従った労使関係を営むことをそれぞれXに義務付けるものであるところ、Xは船舶の運航事業を営む会社として存続し、Zも多数の船員等を組合員とする産業別労働組合として存続しており、このような事実関係の下では、Xに雇用されているZ組合員がいなくなり、裸備船契約の対象とされていないXの所有船舶がなくなるという前記2(6)のとおり発令後の事情変更の後においても、Xによる上記各義務の履行が客観的に不可能であるとまでいうことはできず、その履行が救済の手段方法としての意味をおよそ有しないとまでいうことはできないから、各命令中上記各項が当然にその効力を失ったということとはできない。

また、1号命令主文第2項はZによる団体交渉の申し入れへの応諾を、2号命令主文第2項はC及びDへの特別手当の支払を、1号命令主文第3項及び第4項並びに2号命令主文第4項及び第5項はZへの文書の手交等をそれぞれXに義務付けるものであるところ、これらの義務は、事柄の性質上、いずれもXによる履行が客観的に不可能であるとはいえないものである上、上記のような事実関係の下では、上記発令後の事情変更の後においても、その履行が救済の手段方法としての意味を失ったとまでいうことはできないから、各命令中上記各項が当然にその効力を失ったということとはできない。

したがって、Xが1号命令及び主文第3項を除く2号命令の取消しを求める訴えの利益は、上記発令後の事情変更によっても、失われていないと解するのが相当である。

なお、差し戻し審(広島高判平25・4・18)において命令を適法とする控訴棄却の判断が示されている。

道幸 この事件は救済命令の取消訴訟に関するもので、船舶の曳航を業とする会社と、産業別組合である全日本海員組合(全日海)との不当労働行為事件です。

中国船員地方労働委員会がこの事件を処理したのですが、いわゆる船員法の改正で船員労働委員会がなくなりましたから、その後、広島県労働委員会が所管して、具体的な事件を取り扱いました。

事実関係はとても複雑で、定期備船契約や裸備船契約などは省略してポイントだけ言いますと、船を持っていた人がその船を第三者に貸し、自分が船の運航だけを担うという契約をして、その過程で(会社から)全日海の組合員を排除していきました。その一連の行為について、不当労働行為の救済命令が出ます。問題は、その救済命令が出た後に、会社で働いている全日海の組合員がいなくなったことです。全日海自体はあるわけですが、その会社に全日海の組合員がいなくなったために、命令の履行が客観的に不可能だということが問題になりました。

会社が取消訴訟を起こしたのに対して、命令の履行が不可能になると、今度は命令を取り消す利益がなくなって却下することになる。問題は不当労働行為の成否判断ではなくて、取消訴訟の却下判断ができるかどうかということです。

一番は、一部につき訴えの利益がないとされているのですが、それ以外については訴えの利益があるとして、不当労働行為に当たるという判断をしました。問題は二審です。平成21年の広島高裁の判決ですが、これは基本的に全日海の組合員が、命令発令後の事情変更によって、既に退職したCおよびDの就労に関する団体交渉を命ずる2号命令主文3項の取消しを求める訴えの利益は失われたとしています。それから、丙船、乙船にZ組合員(全日海の組合員)を乗り込ませること、並びに従前の協約内容に従った労使関係を営むことを命じた部分については客観的に見て不可能だということ、これも基礎を失い拘束力を失ったと言っています。ほかの部分についても全部そうだといい、いずれも却下です。つまり、命令の履行が客観的に不可能で、訴えの利益がないということで却下しました。

最高裁は広島高裁の判断を破棄差し戻します。いずれも命令履行の余地があるということです。ただ、2つに分けていまして、1号命令主文1項云々という部分については、発令後の事情変更の後においても、X(会社)による上記各義務の履行が客観的に不可能であるとまでは言うことができない、その履行が救済の手段方法としての意味をおよそ有しないとまで言う

ことはできないから、効力はあるのだと。そして、ほかの部分については、これらの義務は事柄の性質上、いずれもXによる履行が客観的に不可能であるとは言えないということです。前者の方は履行可能だということで、やっと認める感じですね。後者の方は、もっと強く、履行は可能だという判断をしています。いずれも訴えの利益は失われていないということで、広島高裁に差し戻しています。

その後、広島高裁で不当労働行為の成立は認められています(平25・4・18)。

本件で何が問題かということですが、いわゆる命令が出されるまでの事情変更は救済利益の問題で、命令が出た後の事情変更は訴えの利益の問題です。前例としてネスレ日本日高乳業事件(最一小判平7・2・23 判例671号14頁)があるのですが、これは組合自体がなくなったケースです。救済命令で使用者に対して労働組合に金員の支払いが命じられた場合において、支払いを受けるべき労働組合が自然消滅するなどした場合は拘束力がなくなって、訴えの利益もないということです。その後、ネスレ日本島田工場事件、ネスレ日本霞ヶ浦工場事件、そして本件熊谷海事工業事件という3つの事件の判決が平成20年ごろに出て、判断が分かれました。論争的な状況になって最高裁に提起されていたわけです。

最高裁は結局、会社が存続し、組合も産業別組合として存続していることから、義務の履行は客観的に不可能であるということまではできないとして、訴えの利益があるという判断を示しました。

これは地味な問題ですが、やはり命令が出た後の事情変更でも組合が残っている場合は、命令の履行は一定程度可能だと考えると、なるべく訴えの利益は認めるべきではないかと考えます。基本的には組合の利益を守るということですね。それから、本件の場合は産業別組合なので、組合がなくなることはほとんど考えられません。また、組合が当該船舶の組織化をするのは、そんなに難しくないことですから、そういう意味でも、訴えの利益は認められるべきではないでしょうか。

もう1つ付け加えると、特に団交命令みたいなものについては、団交はいろいろな形でできますから、訴えの利益がないというのはあまりない。場合によれば、金銭解決の余地もありますから、裁判所が訴えの利益がないとか、命令の拘束力が失われたとか、こういう

労使関係のことをあまり判断しない方がいいのではないかと。労働委員会に任せてくれた方がいいと思います。

法律論から離れると、命令の拘束力がないのであれば、命令不履行もないから、会社はあまり真剣に取消訴訟を起こさない。だから、取消訴訟を起こしているということは、ともかく命令の存在自体が嫌だということ。そうすると、やはり命令の存在が妥当であったかどうかということを争う利益は、会社の意向にも合致するのではないかと。労働委員会命令のケースで、裁判所が命令の履行の可能性を細かく議論して、訴えの利益を認めるとか、認めないという形で関与するのは、あまり好ましくありません。だれが考えても不可能になるケースは別でしょうが、少なくとも組合の方は履行の可能性があると思って争っているのだから、それは重視すべきではないかと思えます。

*救済の利益、取消訴訟の意図

和田 ネスレ事件の最高裁、高裁、地裁の判決等々を合わせて考えると、こういう判断になるだろうと思えますから、結論には賛成です。

ただ、疑問が2つあります。まず、救済命令の内容によって2つに分けて議論していますが、なぜ2つに分けているのか。それから、なぜ破棄原判にせず、差し戻したのか。差し戻し審はどういう判断になるのでしょうか。

道幸 差し戻し審で、今度は実体的な判断をしるということでしょう。高裁の方は、訴えの利益なしだから、不当労働行為の成立について判断していなかったのです。今度は訴えの利益があるから、それを前提として、不当労働行為の成否の判断をしなさいと。

和田 でも、事実認定は原審も一審の事実認定をほぼ踏襲しています。おそらくそれを考えると、法的評価も同じになるのではないのでしょうか。

道幸 (高裁の場合は)命令の履行ができるかどうかの問題にしているから……。

和田 不当労働行為の成立・不成立の問題ではないから、その点について判断しろということになるのでしょうか。

道幸 全く実体的な判断をしていないから。差し戻し審では不当労働行為と認められました。

和田 微妙だったのですか。

道幸 必ず差し戻しをしなればという、形式的な理由だけだったのでは。

訴えの利益がないからというので却下して、今度は棄却です。

和田 不当労働行為と認めたら、棄却命令となるのですか。

道幸 はい。

和田 前者の疑問についてはいかがでしょうか。文言を見たりすると、微妙な違いなのですよ。どうして統一的に判断しなかったのでしょうか。

道幸 よくわからないけれども、一番可能性があるのは、裁判所の中で、やはり見解が割れたからではないでしょうか。少なくともこちらの場合はより広く認めるというか、拘束力がより強いのではないかというのと、こちらの場合はやや弱いのではないかというふうに、分かれたのではないかと思います。

和田 この判決を読んでも、そのニュアンスの違いがわからないですね。

道幸 拘束力のあるレベルが違うという議論だったのではないのでしょうか。それはあまり細かい議論しても意味がないのでは。2つに分かれているので何らかの意図はあると思いますが、法的にはどうか。命令不履行の問題との関係ではこの判断が意味を持てますが、あまり大きな意味はないのではないかと思います。

和田 文言もほとんど変わらないですね。「事柄の性質上」というのが入るか、入らないかというぐらいです。

道幸 本件は地裁と高裁で違った判断が下されたりしていろいろ議論があり、労働委員会関係者にとって興味はありましたが、あまり一般的な事件ではありません。

和田 一般的ではないのですか。

道幸 むしろ重要なのは、命令の拘束力みたいな労働委員会のかかなり専門的な判断に任せ方がいような領域に裁判所が口出しをするのは、あまり好ましくないのではないかと思います。命令を履行する可能性がまだあるかどうかというのは、確かに組合員はいなくなったけれども組合はあるとか、労使関係をどう考えるとか、要件事実的なことで決まってくる世界ではありません。

和田 ただ、命令のときには組合があったり、組合員がいたりしていたのが、時が経って訴訟を起こしたときに組合が消滅したり、組合員がいなくなったりしていることが争われているわけですよ。

道幸 それが訴えの利益で、命令を出すまでは救済利益の問題です。

和田 その救済利益の問題も労働委員会の裁量の判断だと思います。

道幸 はい。だから、場合によれば救済利益がないということで棄却します。

和田 でも、おもしろいものですよ。訴訟法上の問題ですが、当事者がいなくなっても命令自身は残る。さきほどおっしゃったように、会社としては、もうこの命令を消したいというだけです。

道幸 そう。命令は残ると、命令違反に対する過料の問題は出てきます。

和田 でも、過料と言ったって、執行することができなくなったのだから、意味がありますが……。

道幸 それは労働委員会でも要請できます。

和田 しかし、組合がなくなってしまってもおなじですか。

道幸 組合がなくなっても、ポストノータिसみたいなことはできますよ。本件は組合員がいなくなっているケースですが、組合がなくなった場合は大抵、訴えの利益はないのです。

和田 それは労働委員会が命令を出す前でしょう。出した段階では組合がとにかくあって、執行しようと思ったら、組合がなくなってしまったという事例ではどうなるでしょうか。

道幸 そのときは、普通は黙っています。

和田 企業もあまり何も言わないということでしょうか。

道幸 何も言わないし、だれも文句を言わないでしょう。組合はないのだから。

和田 ただ、命令自体は残る。

道幸 はい。命令自身は残っても、やはり組合が何か言わない限りは、命令不履行ということで、労働委員会が出てくることはありません。こういう場合は、なぜ使用者が取消訴訟をずっとして、白黒をつけたいという判断をしているのが問題です。やはり（救済命令を）出したこと自体を問題にしたいとか。本件の場合全日海だから争うということではないかと思えますけれども。

これは労働委員会のことをやっていないと、わかりにくい問題ですね。やればすぐわかりますよ。そういう問題に直面することがあるから。

II. 運転士の発令差別——東日本旅客鉄道事件（最一小判平24・2・23労経速2142号3頁）

— 事案と判旨 —

本件は、被上告人（X 労組・動労千葉）に所属する組合員らが上告参加人（JR 東日本）から運転士に発令されないことが所属労働組合を理由とする不利益な取り扱い及び支配介入であり不当労働行為に当たるとする被上告人の救済申し立てにつき、千葉県地方労働委員会が救済命令（平5・6・1 命令集97集167号）を発したところ、再審査の申し立てを受けた中央労働委員会が不当労働行為の成立を否定して上記命令を取消し、上記救済申し立てを棄却する旨の命令（平18・7・19 命令集135集949頁・以下「本件命令」という）をしたため、被上告人がその取消しを求めた事案である。

C 支社では、平成2年にD線のE駅開業等により運転士が不足することが見込まれ、需要に応じた運転士発令ができる人材を確保する必要があったことから、同元年も、本件未発令者のうち希望する者から補完教育の対象者の選考を行った。同支社は、現場長において将来運転士となるためには車掌職を経験した方がよい旨を説明して本件未発令者との面談を行い、選考の経緯を経た上、車掌となることを希望した者29名から15名を選んで補完教育を行い、平成2年1月に車掌に発令した。補完教育の対象として選ばれたのは、A 労組所属者が希望者9名全員、X 組合所属者が希望者11名のうち3名であり、その余の3名はB 労組に所属する者であった。なお、X 組合所属者であった上記3名は、運転士発令に至る前にX 組合を脱退した。

一審（東京地判平20・3・3 労経速2142号16頁）は、取消請求を棄却したが、原審（東京高判平21・9・30 労経速2142号8頁）は、次のとおり判断して、不当労働行為の成立を否定した本件命令を取り消すべきものとした。

「運転士の発令を受けるために車掌となることが有利であることを説明した上で実施された平成元年の現場長面接において、補完教育を希望した控訴人組合員は11名いたが、千葉支社における面談で補完教育の対象者として選考された者は3名にすぎず、しかもこの3名はいずれも運転士発令前に控訴人を脱退しており、他方でJR 東労組の組合員で補完教育を希望した9名は、全員が補完教育の対象者として選考され、著しい差異が生じていることは上記認定のとおりである。参加人は、控訴人組合員が適性や成績で劣るというような主張や立証は一切しておらず、JR 東労組員と控訴人組合員との間で適性や成績に見るべき差がないとすれば、このような差異が生じたのは組合の所属が選考の考慮要素とされたことを強く推定させるものである。」

●判旨 原判決破棄、被上告人の控訴棄却

「平成元年の補完教育の対象者の選考において、本件未発令者のうち、JR 東労組所属者については希望者全員が対象者として選ばれたのに対し、被上告人所属者については対象

者として選ばれたのは希望者の一部にとどまっていた。しかしながら、前記2(2)イのとおり、参加人が昭和63年5月に定めた昇進基準においては運転士発令が昇進として位置付けられていたものであり、その昇進に至る過程の一つと解される補完教育の対象者の選考に当たり、本件未発令者のうち補完教育を希望した被上告人所属者の中で対象者に選ばれなかった者の能力や勤務成績等が、対象者に選ばれたJR 東労組所属者と比較して劣るものでなかったということについては、被上告人が一応の立証をすべきところ、そのような事情はうかがわれない。また、上記選考においても被上告人所属者3名が補完教育の対象者として選ばれていることに加え（上記3名は運転士発令に至る前に被上告人を脱退したというのであるが、それが参加人からの働きかけによるものと認めるべき事情はうかがわれない。）、上記選考とほぼ同じ時期に、国鉄において運転士を経験していた被上告人所属者23名が参加人によって運転士に発令されてもいるところである。」

本件行為は労組法7条1号、3号に該当しない。

道幸 本件は運転士発令差別事件で、動労千葉の組合員が運転士に発令されないというものです。運転士の資格の取得と発令は別の概念で、資格は取得したけれども発令されていないことが問題になりました。千葉県労委は、発令差別があり、不利益な取り扱い、支配介入だとして不当労働行為を認めましたが、中労委は不当労働行為性を否定しました。労働者側が負けましたから、組合が取消訴訟を起こすわけですが、一審は不当労働行為ではないとして取消訴訟を棄却するわけです。ところが、東京高裁は不当労働行為としました。千葉県労委と東京高裁は不当労働行為と認め、中労委と東京地裁は不当労働行為ではないということで、判断がきれいに分かれた事件です。

今まで運転士は別に車掌をしなくてもよかったのですが、顧客サービスとの関係では、やはり車掌の経験をした人がいいということで、運転士の資格を持った人から運転士発令を受けるための補完教育をすることになりました。そのときは希望者29名の中から15名を選んで補完教育を行ったのですが、別組合は希望した9名全員が対象になったのに対し、動労千葉は11名中3名（3名はその後同労組を脱退）で、これがいわゆる差別どうかということですよ。

前後の事情も含めて不当労働行為の判断をしているのですが、最高裁はこう言っています。昭和63年5月に定めた昇進基準においては運転士発令が昇進として位置付けられていたものであり、その昇進に至る過程の1つと解される補完教育の対象者の選考にあつた

り、本件未発令者のうち補完教育を希望した被上告人所属者の中で対象者に選ばれなかった者の能力や勤務成績等が、対象者に選ばれた別組合員と比較して劣るものではなかったということについて、被上告人が一応の立証をすべきところ、そのような事情はうかがわれないと。そういうことで不当労働行為に該当しないと（判断）しています。つまり、「能力、勤務成績が比較して劣るものではなかった」というデリケートな用語を使っているのですが、この点が立証されておらず、いわば昇進差別につき不当労働行為の成立を認めなかった。

この点に関連しては、水戸動労の同種事件が最高裁まで行って、不当労働行為と認められています（最一小決平20・12・18）。これは本件のように11分の3ではなくて、発令者が皆無だったとか、脱退者が発令されたとか、そういうことから不当労働行為の成立が認められたものです。

本件はいわゆる大量観察方法（同職種、同期、同学歴の者を全体として比較する方法）との関係で問題があります。これについては、最近では修正大量観察方法といった議論もあります。特に年功制が解体してくると、この差別性（の判断）は難しくなります。

抽象論として、確かに同一能力とか、同一勤務成績というものが前提になるのはそのとおりなのですが、ただ、本件との関係では次のような問題があります。この点で私は本判決に反対なのです。1つは、能力とか勤務成績について、対象に選ばれなかった者が別組合所属者と比較して劣るものではなかったことの一応の立証は、具体的にどうすればいいのか。これがはっきりしません。本件で特に問題になるのは、全員が運転士資格取得者で、一定のレベルの能力はある前提での選考ですから、少なくともこういうケースにおいては、能力、勤務成績についての同一性が推定されるのではないかと。全くの素人を集めて選考をしているわけではありませんから、こういうフレームを持ち出して、能力の同一性の立証を要求するのは不適切ではないでしょうか。

それからもう1つは、こういう判断フレームを最高裁が突然出して不当労働行為ではないと言っています。この問題について具体的に反証しろ、もしくは立証しろというのであれば、破棄自判よりは差し戻しするのが筋で、その点からも問題があると考えています。

*能力の同一性をどう立証するのか

和田 水戸の事件と本件で結論が全く逆になっているのはなぜでしょうか。

道幸 やはり差別性が明確だということ、水戸支社の方は「この人はだめだ」とか、いろいろ理由を挙げているのですが、そのJRの主張自体がいまひとつと思われまます。下手な説明をしたために、これはどうもちゃんとした選考をしていないのではないかと判断されたのではないかと。本件の場合、全く反証していないのです。下手な反証は、よほど合理的な理由がない限り、しない方が有利だと思ったのかもしれませんが。同じ能力であることを組合に要求するのは、ある程度形式的なレベルの問題ですから、中身に入らない形ですと議論しているのです。だから、この人をどういう基準で選んだといったことは全然言いません。これに対し、水戸の方では言っているのです。

和田 会社側が反論してしまったから、足をすくわれたのですか。

道幸 そのとおりかどうかはわかりませんが、裁判所とか労働委員会の判断では、会社の反証が合理的ではないとはっきり書かれてしまったのです。どういう基準で選んだかというのは、本件では一貫して言っていないのです。

和田 2つ目の質問ですが、最高裁は法律審ですよ。本件では、高裁の事実を前提とした法律判断をしているのかどうか。

道幸 していないのではないかなと思うけれども。

和田 そうしたら、判断枠組みが違うのだから、道幸先生のおっしゃったように、この点について判断しなさいと破棄差し戻しの方が、普通ではないかと思えます。

道幸 本件の場合には特にそう思いますね。

和田 全く違う枠組みにしておいて、被上告人が一応の立証をすべきところを、そのような事情はうかがわれなとか、一審と原審で問題になっていないことを論じている。この点は高裁で判断させるべきではないでしょうか。

道幸 そのとおりです。なぜ最高裁がこういう判断をしたのか、よくわかりません。

和田 事実についての法律の解釈の仕方が間違っているというなら分かりますけれども、そうではないですよ。

道幸 事実関係自体がはっきりしていない。

和田 そこを争ってもいないのですからね。

原審と最高裁で判断枠組みが全く違います。原審は一応の差別を事実関係から推定して、むしろ会社側が、当該労働者たちが劣っているという立証をしていないと言っているのだけれども、最高裁は全く逆の判断をしています。

3つ目の質問になりますが、そういう事実がわからないときに、勝手に独自の枠組みをつくってしまっているのでしょうか。

道幸 これは学説ではあまり議論されていないけれども、大問題だろうと思います。こういう判断については、昔から議論がないわけではありません。同一能力とか、同一勤務成績とか、そういうものが前提でなければ大量観察方法はできない、成立しないということで、抽象的にはそのとおりだけれども、逆にそれをどうやって立証するかという問題があります。

もう1つは、やはり職種とかケースによって同一性が推定される場合で、紅屋商事事件（最二小判昭61・1・24 判例 467号6頁）の場合は、組合分裂直後の事件で、組合分裂前との比較をやっていて、分裂前は同一の能力があるという推定が働くから、比較的やりやすかった。そういう前提条件が抽象的にあるのはそのとおりなのですが、法的なレベル、不当労働行為の成否の判断との関係で、こういうふうにはっきり基準として打ち出すのは、少なくとも運転士の選考のような特殊なグループを前提としたケースでは初めてです。

和田 違うコースで選ばれたとか、全くそれまでの資格が違うとかいうことではなくて、同じようなコースで車掌になって、運転士になるというプロセスですものね。

道幸 はい。キャリアはずっと同じキャリアを積んできている。

和田 その中で例えば車掌に選ばれる数が違ったとか、そういう基準は出ているわけですよね。

道幸 一番不適当なケースで、かつ今まで議論されていないことを一般論で言っている。

和田 こういうケースで、一人ひとりの能力を「私は一緒です」と立証させることの方が、すごく難しいのではないのでしょうか。

道幸 難しい。だから、立証の中身について、変な表現を使っているでしょう。「比較して劣るものではなかった」ことの立証なのですよ。

和田 著しく劣らなかつたらいいのではないですか。

道幸 はい。ただ、私はむしろ、会社がなぜ反証しなかったのがよくわからないです。

和田 JRの社員だって平均すると、いろいろな人たちがいるでしょう。千葉動労の社員だっていろいろな人たちがいるでしょうから、だれとだれを具体的に比較して劣るか劣らないかなんていうのを立証するのは、すごく難しいと思います。

道幸 そこは、(選考に)落ちた人と、入った人との関係でということでしょう。

和田 そんなことをやったら、不当労働行為の救済手続はものすごく面倒になって、実際に救済されない可能性が非常に高くなってくのではないのでしょうか。

道幸 論理的にそういうファクターがあるわけですが、具体的な事件で立証のレベルまで議論して、そういうファクターが必要かどうかというのは全く別な話だと思います。

和田 もう1つは、水戸と同じ組合の発令差別が争われているわけでしょう。同じJR東日本ですから、それぞれが違う基準でやっていたとは思えないのですが。

道幸 そこはケースによって違うから。

和田 支社ごとに違う可能性はあるのですか。

道幸 違う可能性もあります。ただ、私は、やはり(水戸では会社側が)うまく反証できなかったのではないかと感じています。この人を選んだ基準みたいなものを下手にやると裏目に出るから、水戸のように負けてしまう。だから、全然反証しないで、形式的な問題にして、それに最高裁が乗った。最高裁が乗る理屈は全然わからないですが。

本件は最近の不当労働行為ですごく大きな問題の判決だと思います。

和田 最近、組合関係の事件で重い判決が出ても、学者が評釈をなかなか書けなくなっています。集团的労使関係を本当に研究している人たちが少なくなってしまったから、少しまじいなと思っています。

道幸 集団法で難しいのは、どこまで法律論で議論できるかという問題があることです。そのセンスみたいなものが必要かなと感じています。

和田 でも集团的労使関係法はやはり労働法の1つの大きな車輪です。2つのうちの1つの車輪が欠けたら、車は健全に動きません。

道幸 今のロースクールの世界と集団法の世界とは

違うから、よくわからないのでは。集団法になると学生は突然わからなくなります。所有権と契約以外の世界はわからないので、ビラ貼りとかという、所有権侵害になるし、リボン闘争になると職務専念義務違反になる。働くことの広がりとか、企業権力をどう考えるとか、それを相対化するとか、そういうセンスがない限り集団法はわかりません。典型的な差別の問題になると違いますが、少しでも運動論的な世界になるとわかりません。

和田 協約論だったらまだしも契約に近いからわかるのですが、確かに組合活動や、争議行為や、不当労働行為の差別の問題になると難しいですね。

道幸 あと、団交もね。団交も単純な事件はわかるけれども、ニチアスみたくなると混乱してわからなくなります。

Ⅲ. 精神的不調による無断欠勤と論旨退職処分 —日本ヒューレット・パカード事件（最二小判平24・4・27 労判1055号5頁）

—事案と判旨—

X（原告、控訴人、被上告人）は、平成12年にY（被告、被控訴人、上告人）に雇用され、システムエンジニアとして働いていた。Xは、平成20年4月上旬に過去3年間の長きにわたって職場で嫌がらせ等の被害を受けているとして、Yに調査を依頼するなどしたが、十分に納得できる結果が得られず、個人的に調査するため有給休暇をすべて取得し、その後もYに休職を認めるよう求めたが、それが認められず出勤を促すなどされたことから、問題解決されたと自分自身が判断できない限り出勤しない旨をYに伝えたうえで約40日間にわたり欠勤を続けた。そこでYは、就業規則の懲戒規定である「正当な理由なしに無断欠勤引き続き14日以上に及ぶとき」と当たるとして、平成20年9月30日をもって論旨退職処分を行った。XはYに対し、処分無効を主張して雇用契約上の地位の確認および賃金等の支払いを求めた。

一審判決（東京地判平22・6・11 労判1025号5頁）は、Xには欠勤を続ける正当な理由がなく、長期欠勤は就業規則所定の無断欠勤に該当するとして、本件処分を有効と判断した。これに対して原判決（東京高判平23・1・26 労判1025号14頁）は、Xの請求を認容した。

●判旨

Yの上告を棄却するが、以下のような一般論を展開する。「精神的な不調のために欠勤を続けていると認められる労働者に対しては、……使用者……は、精神科医による健康診断を実施するなどした上で……、その診断結果等に応じて、

必要な場合は治療を勧めた上で休職等の処分を検討し、その後の経過を見るなどの対応を採るべきであり、このような対応を採ることなく、……直ちにその欠勤を正当な理由なく無断でされたものとして論旨退職の懲戒処分の措置を執ることは、精神的な不調を抱える労働者に対する使用者の対応としては適切なものとはいえない。」

和田 本件は、エンジニアとして働いていた労働者が、過去3年間にわたって職場で嫌がらせを受け、調査することを求めたりして、結論が出るまでに長期欠勤を繰り返し、就業規則の「正当な理由なしに無断欠勤を引き続き14日以上した」という懲戒規定で論旨退職処分にされ、この無効を争った事件です。

一審判決は本件処分を有効とします。原告Xには欠勤を続ける正当な理由がないということです。高裁判決は、これに対してXの請求を認容し、処分を無効と判断しました。そして最高裁判決ですが、結論は原判決と一緒にですから、上告棄却とか、あるいは上告不受理でもよかったのですが、わざわざ一般論を展開しているところが注目されます。どのような一般論を展開しているかということ、精神的な不調のために欠勤を続けていると認められる労働者に対して、使用者は精神科医による健康診断を実施するなどしたうえで、その診断結果等に応じて、必要な場合は治療を勧めたうえで休職等の処分を検討し、経過を見る等すべきである。そうせずに直ちに無断欠勤だということで制裁、この場合は論旨退職の処分をすることは許されないと判断しました。

最近、精神的な不調によって長期欠勤したり、あるいは出勤しても再度欠勤したりする人たちが非常に増えている中では、重要な、特に実務に対して影響を与える判決ではないかと思います。本件では無断欠勤の理由が懲戒処分の対象となっていますが、その理由は精神的な不調で、事前の届出が期待できないようなことです。一審判決は、無断欠勤に重きを置いて判断をしていますが、原判決は、こうした精神的な不調の場合には届出ができないのだから、無断ではないということで懲戒事由の該当性を否定しています。本判決は、そうした場合、使用者には健康配慮義務が課され、それを尽くさないで懲戒処分とか解雇等は行えないと言っています。わざわざ一般論を展開しているのは、おそらくこの点を強調したかったからだろうと思われる。

本件の射程として、幾つか指摘できると思います。

第1に、労働者の精神的不調の理由が職務に関係しているかどうかを問題にしていない点です。実際には、おそらく会社の中でいじめられていたことが原因になっていると考えられますが、最高裁の判旨はこのことを特に問題にしていません。したがって、精神的な不調が私的な事由によるものであっても、おそらくこの判旨は適用されるのではないかと思います。

第2に、特に精神科医の健康診断を実施すること、それに即した対応として休職等の措置をとるべきことを重視しています。就業規則に必要なときに健康診断を実施する規定があることは、原審では認定されていないのですが、最高裁の判決によれば、こういう規定があるようです。では、その規定がなければできないのか。おそらく規定がなくても、一般論として、健康配慮義務からある程度のことはできる、すべきだと解すべきだろうと思います。ただし、微妙なのは、労働者のプライバシー、特にセンシティブな情報に関係することです。医師の健康診断をどこまで強制できるかということは、課題として残るだろうと思います。強制入院なんて当然できませんし、強制的に医者に連れて行くこともできませんから、そういう問題が出てくると思います。

第3に、被告会社Yに休職制度があるかどうかは不明ですが、おそらく判旨から推測すると、その有無にかかわらず、休職措置を講ずることも必要になってくるのではないかと思います。これは解雇回避努力義務の一環として問題になるかもしれませんが、あるいは健康配慮義務として問題になるかもしれません。下級審の判決では、K社事件（東京地判平17・2・18 労判 892号 80頁）で、躁うつ病の労働者に対して一度は休職を認めたものの、再発した際に主治医の見解を求めず、再度の休職をせずに解雇したことが権利濫用と判断されました。休職規定がなかったのですが、その場合には、どうやって職場復帰ができるかという判断が難しくなると思います。休職規定がなくても、おそらく休職等の措置も使用者は考慮することになるだろうと思われます。

***精神的不調の社員への懲戒処分は不適切**

道幸 これは論旨解雇だから懲戒ですよ。最高裁がなぜ自判したかということ、やはり懲戒処分するには不適切だと強調したいということでしょうか。普通解雇なら違う判断が出てくる可能性があったかどうか。

和田 論旨退職は実際には普通解雇と同じでしょう。退職金も出ますよね。

道幸 本人がやめない限り、懲戒解雇になるわけでしょう。論旨退職は懲戒処分の一態様であって、懲戒解雇の次に論旨退職になるから懲戒処分だと。

和田 でも、自分でやめたらどうなるのですかね。履歴書には退職と書けるように。

道幸 そういう意味で、論旨退職というのは性格がはっきりしないものだと思います。

和田 普通解雇だったら結論が違ってきますか？

道幸 わからない。ただ、病気休職制度があれば、こういうことを会社は知り得たのだから、少なくとも休職のチャンスを与えてやらなければだめだと思います。解雇よりも、むしろ休職制度みたいなものを必ず前置しなければならないということになるのかなという感じです。

和田 制度がある場合は使わないといけないですね。なくても、それに準ずるようなことはしないとだめなのではないでしょうか。

道幸 でも、それはどうやるのですか。

和田 そこが難しいのです。

道幸 「精神科に行ったら」と聞くかどうかは別として、言うことはできますよね。

和田 でも、この最高裁判決では「必要な場合は治療を勧めた上で休職等の処分を検討し」と書いてあるのです。

道幸 それでは、（休職制度が）ない場合もそうかというのははっきりしないでしょう。

和田 この判旨では一般論として言っていますから、やはり場合によっては休職措置を講じないとまずいのではないのでしょうか。メンタルの場合は治るか治らないかわからないのだから、最初から、治らないので休職処分もしなかったという言い方は多分できないと思います。

道幸 そっちはできないと思います。だから、病気休職制度は、建前はともかく、解雇回避的な意味もあるから、必ずそれをやりなさいということになる。ただ、ないのにやれというのは難しいのではないかと。

和田 それは、健康配慮義務ではなくて、解雇回避努力義務として休職措置を講じたかどうかです。規定があるかないかにかかわらず。

道幸 規定がない場合に、そういうのも義務づけることはできるのだろうか。

和田 躁うつ病になったとき、直ちに、その労働者が業務に不適格だといって、労務遂行能力がないという判断はできない。医者も一定期間の治療を講ずると職場復帰ができるとか大体診断書に書くでしょう。そうすると、それをもって全く何もしなかったら解雇無効になると思います。

道幸 そういふのが出ていけばいいですが、出ていなくても言えるのだろうか。

和田 多分そうですね。この判決だと、そういう意味では非常に重いことを言っています。

道幸 言っていることは悪くないのですが、上から目線で難しいことを言っている。このとおりのまくやるのは結構難しいと感じます。

和田 難しいでしょうね。ですから、「精神科医による健康診断を実施するなど」と具体的に言っている。本件の場合には規定があるからと言っていますが、規定がなかったらいいのかどうか。労働者の変調を発見したら、大体普通は「休みなさい」とか、「病院に行ってみたら」とか言いますが、足をけがしたのと違って、「病院に行ったら」と言って従わなかったらどうなるかという問題が出てきます。

道幸 確かに本件の場合には安易にクビを切っているから、結論としてはいいと思うけれども、実際、行為規範としてどう考えればいいのかとなると難しいですよ。

和田 上告棄却とか不受理だったら、こんな議論にならずに一判断事例で済むのだけれども、わざわざ一般論を展開しているところが、何かメッセージ性があるのです。

道幸 それはあると思います。それぐらいちゃんとやりなさいよと。ただ、事柄の難しさみたいなものはあまり考えていないのではないかと。本件での結論としては、これでいいと思うけれども。

和田 現場の対応は非常に苦勞するでしょうね。実際に今でも苦勞していますから。

道幸 むしろこれを踏まえて、どういう問題がこれから出てくるかということでしょう。

和田 「心療内科とか、精神科に見てもらった方がいいよ」と言われたらどう感じますかね。アメリカなどでは、メンタルなことを相談するところには結構行くらしいですが、日本では、そういうものに抵抗があるでしょう。

道幸 アメリカは競争が激しいので、半分はリラックスするために行っている感じでしょう。日本では、

気合いを入れて行かなければだめでしょう。

和田 そうですね。自宅待機とか休職ぐらいまではいいと思いますが、医者に行かせる点については少し疑問です。

道幸 言い方によっては、パワハラになるといった問題が出てきます。でも、一定のアクションをしなければだめだとすると、「医者に行け」と言うのが最も一般的です。それが「休め」と言うか。

和田 「診断書を持ってこい」と言われることが多いのですが、おそらく休職したいとなったらそれは必要になります。復職のときもそうで、やはり普通は主治医の診断書をもらいます。

道幸 無断欠勤になるからそれが必要だという議論も、出てくるかもしれない。

メンタルの場合は懲戒的な世界ではないのだと、まず割り切らなければいけないでしょうね。

和田 だから、懲戒のようなことではだめだよと非常に強く言っているわけですね。

道幸 そのとおりのだと思います。

和田 さまざまな手段を講じて、休ませるとか、回復することを待ちなさいということですよ。

本件のような大きな会社だと、当然、産業医がいます。その産業医がどういう対応をするのかということも、非常に重要だと思います。

道幸 特に精神科は少ないのではないかと思います。だから、この種の問題にうまく対応できないのではないのでしょうか。

実際はどうやるかとなると、はっきりしているのは懲戒的な形で処理するのはもうだめだ。一番無難なのは休職処分にして、様子を見て、ある一定の期間がたったら退職取扱いの問題になってくるのでしょうか。

和田 そういふプロセスを踏みなさいということを行っているわけです。ただし、就業規則の規定があるかどうかと関係なく、一般論として、それを展開していることが非常に重要だと思います。

道幸 でも、小さな会社だったらどうするのだろう。

和田 従業員10人といた、ある程度小さな会社で、こういう問題が起きたときの対応は困りますね。

道幸 裁判所の判決なので、あとは労使、会社でいろいろ配慮しなさいということでしょう。でも、この問題はそれで済まないから難しいです。これからこの判決が、どれだけの影響を与えるか注目しています。

和田 ハラスメントの講習のとき、この判決は必ず紹介・引用しないとイケないですよ。

〈最後に〉

和田 デイアローグを3年間やらせていただきましたが、非常にいろいろな判決を読み直して勉強になりました。1回に十何本も議論するのはとてもしんどかったです。また機会があったらやりましょう。どうもありがとうございました。

道幸 和田先生とはあまり意見が対立しなかったの

で、深められなかった部分もあると思いますが、他方、今までの学説で議論しているよりは違った視点を打ち出したこともあるのではないかと思います。とても楽しい時間でした。今後もよろしくお願いします。

(2013年7月24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）。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『労働者派遣と法』（共編著、日本評論社、2013年）。労働法専攻。