

ディアローグ

労働判例この1年の争点

 不合理な労働条件禁止

 労働条件の不利益変更



野川 忍

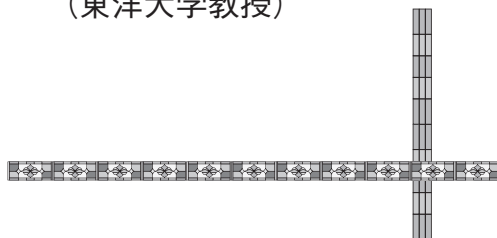
(明治大学教授)

×



鎌田 耕一

(東洋大学教授)



【目次】

■ピックアップ

1. セクハラ発言を理由とする出勤停止・降格処分の適法性——Y事件（L館事件）
2. 障害を理由とする昇格差別の有無——S社（障害者）事件
3. 能力不足を理由とする解雇の有効性——海空運健康保険組合事件
4. 完全歩合給の算定にあたって、時間外割増賃金を控除する算定式は労基法37条の趣旨を潜脱するものとして無効とした事例——国際自動車事件
5. うつ病休職から復職した労働者に対するパワハラによる精神疾患に対する業務起因性——国・広島中央労基署長（中国新聞システム開発）事件

■フォローアップ

1. 受信料集金等の有期委託契約が労働契約と認められなかった事例——日本放送協会事件
2. 救済命令の取消訴訟における訴えの利益と救済方法に関する労働委員会の裁量権の範囲——広島県・県労委（平成タクシー）事件
3. 公立学校法人の教職員の退職金減額が認められなかった事例——T大学事件

■ホットイシュー

1. 定年後嘱託として同一業務に従事していたトラック運転手の労働条件が不合理で無効としたうえで、正社員の就業規則の適用を認めた事例——長澤運輸事件
2. 就業規則の改訂による退職金規程の不利益変更が労働契約を規律しないとされた事例——山梨県民信用組合事件

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

中労時：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 「ディアローグ 労働判例この1年の争点」と題し、2014年、2015年の判例につきまして、一昨年、昨年に続き、東洋大学の鎌田耕一先生、明治大学の野川忍先生にご議論いただきます。どうぞよろしく願いいたします。

毎年恒例の対談ですので、その構成はおなじみかとは存じますが、最初の〈ピックアップ〉では、現代特有の事情をよく示していると思われる内容の事案、注

目すべき新しい論点を提示している判例を5件選んでいただきました。次に〈フォローアップ〉として、以前に取り上げた判例のその後及びそれをめぐる理論動向を示す事案を3件扱います。そして〈ホットイシュー〉では、この1年の判例の特に重要な判例を2件、ご議論いただくことにしています。

野川 それでは早速、始めましょう。

鎌田 なお、取り上げる事案の中には中労委が関係するものもありますが、昨年同様、ここで述べることは私の個人的見解です。

ピックアップ

1. セクハラ発言を理由とする出勤停止・降格処分の適法性——Y事件（L館事件）（最一小判平27・26 判例1109号5頁）

事案と判旨

X1は営業部サービスチームのマネジャー、X2は営業部課長代理で、派遣労働者である女性従業員A及びBと同じ職場で勤務していた。Y社はセクハラ防止のため研修会を設けたり、セクハラ禁止文書をつくり、禁止行為として「性的な冗談、からかい、質問」「その他他人に不快感を与える性的な言動」「性的な言動により社員等の就業意欲を低下させ、能力発揮を阻害する行為」などが挙げられていた。しかし、Xらは1年半にわたり繰り返し本件各行為を行って、Y社は被害届に基づき事情聴取等を行った上でX1につき出勤停止30日、X2につき10日間とした。また、Xらの等級をそれぞれ課長代理から係長に1等級降格した。第一審はこれらの処分をいずれも有効としたが、原審は言動が許されていると誤信したことやセクハラに対する懲戒に関するY社の具体的な方針を認識する機会がなかったとして出勤停止の懲戒処分を無効とした。

これに対し最高裁は、職場におけるセクハラ行為については、被害者が内心でこれに著しい不快感や嫌悪感等を抱きながらも、職場の人間関係の悪化等を懸念して、加害者に対する抗議や抵抗しない会社に対する被害の申告を差し控えたり躊躇したりすることが少なくないと考えられることなどから、仮にXらその言動が許されていると誤信していたとしても、そのことをもってXらに有利に斟酌することは相当ではないことや、Xらが懲戒を受ける前にセクハラに対する懲戒に関するY社の具体的な方針を認識する

機会がなく、事前に警告や注意等を受けていなかったことなども、管理職であるXらにおいて、セクハラ防止やこれに対する懲戒等に関するY社の方針や取組みを当然に認識すべきであったと言えることや、Y社が被害の申告を受ける前の時点において、Xらのセクハラ行為及びこれによる従業員Aらの被害の事実を具体的に認識して警告や注意等を行い得る機会があったとはうかがわれないことなどから、これらもXに有利に斟酌し得る事情があるとは言えないとして、本件懲戒処分を有効とした。

野川 最初に取り上げるのはL館事件です。誰もが知っている水族館なのですが、事件の内容がセクハラなのであえて匿名表示にしています。最近では事件名のつけ方が混乱していて、これもいかにもとってつけたようなものなので、もう少し考えるべきではないかと思います。

それはともかく、本件は、セクハラ発言を理由とする出勤停止と降格処分の適法性が争われた事件です。第一審ではいずれも有効と認められたのですが、原審でそれが一部覆り、最高裁でもう一度これらの処分が適法になったという経緯をたどったことで注目されました。

セクハラ発言の被害者とされている派遣労働者である女性従業員A及びBが勤めているY社は、セクハラ防止のために研修会を開催したり、セクハラ禁止を明記した文書をつくったりしており、例えばその禁止行為として、性的な冗談、からかい、質問、その他

人に不快感を与える性的な言動により社員等の就業意欲を低下させ、能力発揮を阻害する行為などが挙げられていました。しかし、原告であり被上告人であるX1らは1年半にわたり、繰り返し本件で指摘されているような行為を行い、Y社はAらからの被害届に基づき、事情聴取等を行った上で、X1は出勤停止30日、X2は出勤停止10日間という処分をしました。また、Xらの等級をそれぞれ1等級降格しました。

第一審は、これらをいずれも有効としましたが、原審は、セクハラ発言は相手に許されているようにX1らが誤信したという事実や、セクハラに対する懲戒に関するY社の具体的な方針を認識する機会がなかったことなどを理由にして、出勤停止の懲戒処分を無効にしたわけです。

論点としては、原審が掲げた事情が懲戒処分の有効性判断にどうかかわるのか、それから、こうした発言等が懲戒の対象となり得るのかということです。

もう1つかなり重要だと思われるのは、降格処分の有効性です。と申しますのは、最高裁の指摘によりますと、資格等級制度の規定の中に、社員が懲戒処分を受けたことが独立の降格事由として定められています。最高裁は、この適用によって降格処分を有効していますが、多くの評釈は、これは二重処分に当たる疑いを払拭できないとしています。つまり、懲戒処分を受けたことが降格の理由となるというのですが、その趣旨を最高裁は、秩序や規律の保持それ自体のための降格を認めるのだから、懲戒処分が有効であれば降格処分は有効であるとしているのです。そうなると、懲戒を受けたことを理由とする懲戒となる可能性もあるので、これが、最高裁自身がこれまで確立してきた、二重処分は原則として許されないという、懲戒の有効性に関する判断の枠組みとどう関係するのかといったことが論点になるかと思えます。

鎌田 今、野川先生から、原審と最高裁で違って2つの点が挙げられました。被害者から明白な拒否等がなかったことや懲戒に対する方針を明確に示してなかったことをどうみるかということ、二重処分の問題です。私もその辺が議論になるかなと思っています。

まずセクハラですけれども、この管理職の一つひとつの言葉は、職場によってはあるのかなと思いますが、結構しつこく言っており、セクハラに当たるのではないかと思います。

ところが、野川先生ご指摘のように、原審は、懲戒処分をするまでではないと言っており、その理由として、被害者側の明確な拒否等がなかったので、各行為のような言動が許されていると加害者が誤信していたことを挙げています。これに対して最高裁は、人間関係の悪化等を懸念して抗議や抵抗をすることを躊躇したりすることがあり、これを原審のように有利な事情として斟酌すべきではないと言っています。

さらに、懲戒に関する具体的な方針を認識する機会がなく、事前に会社から警告や注意等を受けていなかったことを原審では加害者に有利な事情としているが、1年あまりにわたりこういったことが継続していたこと、第三者のいない状況で行われていたことなどを挙げ、有利に解釈する必要はないと言っています。

確かに両方あり得ると思いますが、原審と最高裁で違うのは、原審は、加害者が被害者に与えた打撃、被害者の行動に焦点を当てていますが、最高裁では、会社の秩序にセクハラ行為が与える問題が割と強目に出ていると思いました。そういうような見方ができるのか、野川先生にお聞きしたい。

二重処分の話については、これは二重処分というより、セクハラが企業秩序のあり方に有害な影響を与えていることを重視して判断したのではないかという感じがしました。

野川 原審と最高裁の違いについてはいろいろと指摘されています。平成25年に厚生労働省が告示3883号を出しており、性別役割分担意識に基づく言動を重視して、具体的に何か事件が起こったかどうかではなく、男と女とはそもそも違う、という役割分担を前提とした言動が繰り返し行われている場合に、それを放っておくと職場環境に影響があるという段階で何らかの措置を講じなさいと言っています。それを踏まえると、本件のような対応もあり得るのではないかと思います。

ただ、私が少々懸念するのは、鎌田先生ご指摘のように、被害者と加害者の関係性です。非常に和気あいあいと性的な会話がやりとりされ、言われているほうは全く気にしてなくて、自分も性的な発言を返したりしているときに、たまたまそばにいた人が「そんな嫌らしい言動をして何だ」といって非難をした場合、言われていた人が、確かに結構自分は性的なことを言われているなど気がついて、それで人格的利益の侵害を理由に訴え出たらどうなのだろうということです。

セクシュアルハラスメントというのは実際には客観的な基準がないわけです。言われていても別に感じない人もいるし、恋人同士だったらウェルカムだというような場合でも、普段からあまり関係がよくない場合には、それによって傷ついたりすることを、どう法的な判断に反映させるかということの問題点がここには出ていると思います。

原審が第一審を覆したことの1つの考え方がそこにある、確かに望ましくもないし、適切でもないが、懲戒処分というのは大変な打撃ですから、その発動には慎重でなければならない。本件では体に触ったりしているわけではなく、しつこく自分とつき合えとか言っているわけでもない。この被告人X1、X2の行為の一覧が出ていますが、多くの会社はこれを見て、こんなの95%の会社でやっているじゃないかとびっくりするのではないのでしょうか。例えば「君は幾つになったんだい?」「もうお局さんだな」といった発言は不適切に決まっています。だけど、懲戒処分の対象とすることなのか考えたときに、原審は、誰が見ても嫌がっているとか、「何か変なこと言い過ぎじゃない?」と周囲から言われたとか、そういうことが全くない状況では、始末書ぐらいならともかく懲戒は少々行き過ぎではないかと考えたのだと思います。

それを覆した最高裁の考え方は、規範的にはそのとおりだと思います。確かに多くの場合には、たとえ嫌であっても嫌だとは言わないのはそのとおりですね。それから、具体的にあなたのやっていることはおかしいと人から言われなくても、自分のやっていることが懲戒処分になり得るような行為なのだと認識してしかるべきだということも、規範的にはそうかもしれませんが、さきほど申し上げた関係性ということを見ると、若干微妙な判断であるという気もします。

それから、降格についても、最高裁が言っていることはわかります。つまり、懲戒になったのは、まさしく企業秩序がこういうことで乱れるという懸念が持たれるためであり、降格になったのは、懲戒処分によって、ある地位において業務を遂行し職責を果たすことに懸念が持たれるため。それはわかるのですが、降格については、もう少しきちんとした理由が要るのではないかと思います。最高裁判決では、懲戒処分が有効だとすれば自動的に降格も有効だと読めるけれど、たとえ懲戒処分が有効であっても、職位を引き下げることが正当化されるような内容のものなのかきちんとし

た理由づけが必要だったのではないかと懸念するところです。

鎌田 野川先生の話聞いて、一つひとつの発言は、確かに執拗な感じはするけれども割と行われていると私も思いました。それが被害者との関係性においてどうなのか。それから、なぜ企業秩序ということが出てくるのか考えてみると、セクハラ事件は、不法行為事件が結構多いですね。

場合によっては使用者責任問題が出てくるけれど、基本的には被害者と加害者の問題。とりわけ有名な福岡セクシュアルハラスメント事件(福岡地判平4・4・16労判607号6頁)は、セクハラもさることながら、その加害者の言動によって被害者が退職するわけです。退職強要とまで言えるかどうかは議論になり得ますが、被害者は非常に大きな苦痛と不利益をこうむった。

原審は、被害者と加害者の関係性という視角からみているという感じがしました。ところが、最高裁の判決を読んでみると、懲戒事件という性格から、企業秩序に有害な影響があったかという観点でみている。不法行為事件の場合のセクハラの違法性評価と、懲戒の場合のセクハラに対する懲戒事由該当性評価とは、少し違ってくるのではないかと。

野川先生は、原審の考え方も理解できるという言い方をしている、セクハラを認める要素はハードルが高くなって、懲戒処分するときにはセクハラについての評価がより厳しくなると、それはどうかということと言われたのかなと思います。私もそういう感じがしているんです。

私が思うに、確かに違いがある。懲戒の場合には被害者と加害者の関係だけで捉えるよりも、より厳しくなったり、より緩くなったりということがあるのだろう。この事件では、最高裁はどちらかという懲戒のほうが、セクハラについて厳しい態度をとっている感じがする。

野川 やはり規範的な観点が大きいと思います。不法行為と懲戒では違ってくるということに関連して言えば、性的な言動に対し1年あまり我慢したけど結局は訴訟を提起したとしますよね。そして、そうした言動を見聞きしている人が周りに大勢おり、加害者の上司は非常に好かれていて面倒見もよく、他の多くの女性はその上司を慕っているという場合、そういう訴えが出たということを知って、「えー、何々さん、ちょっと

とそれは考え過ぎなんじゃない？ あの課長のもとですごく元気に仕事できているし、課長が懲戒になるのはおかしいと思います」などと言ってみんなで抗議をしてきた場合でも、有効でしょうかね。

不法行為なら逆にそれでも認められるでしょう。他の人がどう考えているかは関係がない。その人自身が傷ついている。そして、確かに人格的利益の侵害がある。だけど、懲戒というのは企業秩序の侵害ですよ。そういうことを考えたら、懲戒処分の有効性判断は同じにはならないと思います。

鎌田 確かに企業秩序といった場合に、個々の関係性より、より多数の人の考え方が処分該当性の判断に影響を与えるような気がします。

野川 他の人がいないところで行われた行為はともかくとして、従業員がどういう反応をみせていたのかということも出てこないの、法的には問題が多いとは思いますが、先ほど申し上げたように、これは規範的判断であり、かつ政策に対応した判断だと思います。確かに微妙な事案ではあるけれども、懲戒されてしかるべきだという姿勢を最高裁としてきちんと示すことによって、なあなあの雰囲気の中で上司が部下の女性に性的な言動をする企業慣行自体が是正されていくべきだという点での方向性を主導するという意義は確かにあると思います。

鎌田 本人はもちろん懲戒を受けているわけですから痛手なのですが、こういった言動を会社が放置していると大変なことになるということですよ。

野川 その意味では本当に方向性を示した考えかかなという感じはしますね。

もう1つの降格のところはどうでしょうか。この判断は若干、機械的な印象があって、つまり、懲戒されたら降格だよと言って、確かに懲戒され、その懲戒が有効だったら、それで適法ということになるかなという気がしますね。

鎌田 降格は、懲戒処分を受けたことだけが事由なのですか。

野川 降格事由の1つは、就業規則46条に定める懲戒処分を受けたことです。

鎌田 懲戒処分を受けたこと自体が降格事由になるというのは、懲戒としての降格ではないですよ。

野川 そのとおりです。

鎌田 形の上では二重処分ではないけど、実質、二重に不利益を与えることになっている。

野川 実質的には二重処分ではないのかということです。だから、そこに理由が要るのではないかと。懲戒処分の内容によっても大分違うでしょう。

鎌田 そうですね。

野川 降格に値するような懲戒処分なのかを一切判断しなくていいのか。

鎌田 確かに、管理職として不適格であるという判断が必要ですね。

野川 そうなんです。結論的にはおそらくこういう人は管理職として不適格とは思いますが、でも、そのことがきちんと理由として出てこない、いろいろな企業で、降格処分の事由の中には懲戒処分を受けた場合を入れておき、それを自動的に適用するというのが広まるようなことも起こり得るのではないのでしょうか。

鎌田 それは確かにおかしい。やはり管理職として適切さを問われるから降格ということでしょう。

2. 障害を理由とする昇格差別の有無——S社（障害者）事件（名古屋高判平27・2・27 労経速2253号10頁）

事案と判旨

本件は、作業中の労災事故（左上腕部切断、右手指切断）で障害等級2級の認定を受けたが復職して、定年で退職した元従業員であるX（原告、控訴人）が、①社内制度である付加保障制度に基づく付加補償金（特別餞別金）の支払と、②Xを主事に昇格させず定年まで主担当に滞留させたのは「障害者差別」であるとして、主事であれば支払われるべき賃金等の額と実際支払われた額との差額の支払等をY社（被告、被控訴人）に求めた事案である。

Y社は製鉄事業を営む会社で、Xは、復職から退職するまで、技能系職員として、メーカーから提供される図面にしたがって図面を作成（模写）する業務（本件業務）に従事していた。本件業務は、Xの属する部署でこれまで担当していなかった業務であるが、Xが可能な業務として設定されたもので、賃金も低下しないよう配慮したものであった。

第1審は、上記②については、Y社には主担当昇格後10年又は勤続25年で主事に昇格するとの基準は存在しておらず、また、Xの職業遂行能力を総合的に判断しても、主事に昇格させなかったY社の判断に不合理なものはないと判断。

本判決も、第1審判決を支持し、昇格差別について、①Xの知識、経験、判断力等は、他の技能系社員の業務内容と比較して相当限定されたもので、Xは昇格要件を充足していないこと、②Xは本件業務を適切に遂行していたとし

でも、技能系職員の基幹職務を遂行するのに必要な専門知識、実務経験等を充足することにならないとするY社の判断は、人事権の裁量を逸脱濫用したものとは認められないこと、③Xを他の事務系職種に配置転換することが可能であり、それにより主事昇格要件を充足できたと認めるに足る証拠もないことから、Y社がXの障害を理由とする違法な差別により、Xを主事に昇格させなかったとまでは言えないと判示している。

鎌田 この事件のXは労災で左手と右手の指を失っています。それで、障害等級2級の認定を受けています。その後Y社にそのまま在籍、会社は障害を考慮して、技能系社員であるこの人ができる仕事を割り当て、Xは定年までそれに従事していました。その割り当てられた仕事は、技能系社員としては今までなかった図面の作成・模写等を中心にした業務です。

この事件の争点は2つあります。いわゆる労災上積み補償の支払いの問題と、主事に昇格をさせなかったことが障害者差別に当たるかどうかということです。労災上積み補償のほうは本日は割愛し、障害者差別の争点についてお話をします。

Xは、技能系社員は主担当10年または勤続25年で主事に昇格するルールがあり、社員は大体定年までに主事に昇格しているが、自分がそうならなかったのは、障害を理由とした差別であると主張しています。

これについて第一審は、Xは主担当についているのですが、主担当昇格後10年又は勤続25年で主事に昇格するというようなルールはないこと、Y社の主事昇格基準に照らして、Xは昇格基準を満たしているわけではないと言っています。

本判決も同じように、Xの仕事ぶりからいって主事昇格要件を充足していないと言っています。

主事昇格基準は、抽象的ですが、技能系職員の基幹業務を標準的に遂行するのに必要な専門的知識・経験などを有していることとされ、具体的には対象者の実務経験や企画力、指導力や判断力を総合的に判断して昇格をさせています。

ところが、Xは障害を持っているので、特別な限られた業務にずっと従事していたわけです。他の技能系職員と比較して能力的に非常に限定された業務についており、したがって、たとえ限定された業務を適切に遂行したとしても、主事昇格基準を満たす能力を有することにはなりません、というのが本判決の第1の理由です。

これに対してXは、そうであれば、自分ができる他の事務系業務があれば、そこに配置して、そこで昇格基準を満たすかどうかを判断すべきだったのではないかと、ずっと据え置いて、いくら適切に職務を遂行しても主事昇格基準を満たさないというのはおかしいと主張したわけです。これに対して本判決は、他に配置可能な事務系業務があり、そこで昇格基準を満たすというような事実は認められない。つまり、立証がうまくなされなかったことから、障害を理由とした差別には当たらないと言っています。

まず主事昇格基準に照らすと、この人は確かに限定された業務を行っているから無理だというのは、それはそうだろうなと思います。ところが、障害者だからといって特別な業務を割り当て、その業務は適切に遂行しても昇格基準を満たすことはないという場合に、果たしてそれが障害者差別とならないのか問題になるように思います。

改めて障害者雇用促進法35条に定める障害を理由とする不当な差別的取扱いの禁止を調べてみました。厚生労働省が2015年3月に告示した「障害者に対する差別の禁止に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針」（障害者差別禁止指針）をみると、労働者の配置については、一定の職務の配置にあたって、障害者であることを理由としてその職務の対象を障害者のみとすることを差別の事例として挙げています。そうすると、会社の対応は35条などを踏まえると果たして適切だったのが改めて問題になると思いました。

野川 この人は障害の性格上、極めて限定された仕事しかできないわけです。この会社は、与える仕事がないといって解雇するのではなく、これならできるといって仕事を与えた。先ほどの指針は「あなたは障害があるから、やろうと思えばやれるとしても、無理をしないで、こちらの仕事をやったらどうでしょう」といった対応を禁止しているのもあって、そもそも障害の性格上できない仕事まで割り当てるとまでは言っていないと思うのです。

そうすると本件の場合、問題になるのは、この人を仕事につけるときに、会社側として、キャリアアップの制度、ローテーションの制度もあるとき、障害を持っていない一般の従業員が乗っている制度にこの人をのせることができないのか、検討をしたかどうかだと思います。十分に検討した結果、無理だとすれば、優

先順位としては雇用なので、この人専用の特別な仕事をずっとやってもらうしかないが、こういう判断に裁量権の濫用がないかどうかということになるように思います。

鎌田 ご指摘のとおりです。キャリアアップと業務への配置の問題について、原告が定年までの間にどのような要望を会社に出して、会社がそれに対してどういう対応をしてきたのか、その認定が必要ではないでしょうか。

野川 原審も高裁もその辺についての認定はないのですか。

鎌田 ないです。その経緯がよくわからないのですが、Xは定年までに主事になると思い込んでいたと推測しています。

野川 なるほど。

鎌田 それが主事にならずに、定年になった。

野川 いわゆる25年慣行みたいなのがあると思いついていた。その点、両者の理解の齟齬が大きいのでしょうか。

鎌田 おそらく、Xは当然なるものだと思っていた。だから、具体的に要望を出すとか、他の勤務をさせるとまでは言っていなかった。ところが、一番で、限定業務を一生懸命やっても無理ということになり、それはおかしいということになったのではないかと。であれば、他の仕事に割り当てるとか、野川先生が言われたようにキャリアアップということも考えてしかるべきだったのではないかと。

野川 そうすると、このような人の配置にあたっては、会社としていろいろ検討した結果、あなたに仕事をしてもらって、それが会社にとっても意味があって、あなたの雇用も維持できるのはこの仕事なんだけれども、この仕事は残念ながら昇格ラインからは外れる、ということを引きちんと言っておかなければいけないのですね。

鎌田 そうです。

野川 つまり、期待を持たせてしまっていることについて、やはり一定の責任を会社は負わなければならないと障害者差別法の35条は言っているのか、そこまで読み取れるのかということですね。

鎌田 35条はどう解釈すべきなのでしょう。

野川 普通は、こういう条件を満たしたらだんだんとアップしていくという、人事管理上のプロモーションのコースがあるわけです。障害者の人ももちろん間

題がなければそれに乗っていく。しかし、障害が大きくて、それには乗せられないけれども雇用は維持するという場合に、昇格ラインからは外れるということ認識させる必要があるのかですね。会社は、本人は当然わかっていると思っていたのですか。

鎌田 その辺のところはちょっとわからないですね。最初はおそらく会社も善かれと思っていたでしょう。限定した業務に割り当てられ、受けるほうも、ありがとうございますという気持ちがあったのではないかと。ところが、自分は当然25年で昇格できる、定年までには昇格できるだろうと思っていたのが、昇格がないということで、それはおかしいでしょうという話になったわけですね。でも、当初からこれは昇格がないラインということ会社として決めて、そうだと伝えるのも、なかなか難しいのではないかと。

野川 難しいですね。

鎌田 だから、このコースは通常の昇格ラインと違うことを伝え、さらに、昇格が可能となるキャリアアップの方式は別にあることを示した上で、本人と話し合いをしながら進めていくという取組みが障害者雇用に関しては必要となってくるという感じがします。最初から昇格は無理ですよと言うのは、会社としては難しい。

野川 だって、頑張って昇格させるほどの成果が上がるかもしれませんからね。

鎌田 そうそう。

野川 だから、最初のうちから昇格は無理とは言えないけれども、別だと言うことは必要なのでしょうね。

鎌田 実際、別扱いされていますからね。だから、別扱いが昇格等の雇用管理上の問題に影響することをどう納得してもらうか。

野川 そうですね。この人は別扱いされていることはもちろん理解している。でも、25年ルールは別ではないかと思っていた。それは、本人の勝手な思い込みなのか、それとも、そういうふうに使っていたことに会社は何らかの責任があるのか。

障害者差別禁止法の合理的な配慮との関係でどう考えるかということ、そこまではさすがに無理という気はする。ただ、障害を持っていても、こういうラインだったらここまで昇格できる、ということの検討は丁寧にやりなさいとは言えると思います。

鎌田 障害を持っていても昇格ができるシステムをつくりなさいとまでは言えないでしょう。

野川 そこまでは言えないでしょうね。

鎌田 だけど、本人の能力を踏まえながら、説明をして、納得してもらうような雇用管理を下さいという事は言えると思います。

野川 そうですね。25年のパターンという、少し筋の違う問題がここでは入っていますけれど。

鎌田 おそらく多くの人は、特段のことがないと25年ぐらいで昇格していたのではないかと。その特段も、懲戒とか、自分の責任となる事由で昇格しないというならまだ納得できるけど、障害、しかも労災だから、会社の責任もあるでしょうということで、それはおかしいという気持ちが出てきたのではないかと。

野川 そうですね。やはり人事管理の問題が大きいですかね。法的にどこまで言えるかという観点からみると、この判決を不当だとはなかなか言いにくい気がしますね。

鎌田 この判決では、キャリアアップや他の配置可能な職があったのか、あるいはそれにどう対応したのか、そこをもう少ししっかり事実認定して判断をしていく必要があったのではないかと。

野川 キャリア形成まで考えた配置をすべきだった。会社は、この仕事をやってもらえば定年までこの人を雇ってあげられるので、そこでも責任は果たした気になっていた。でも、ひょっとしたらそうではないかもしれないということですね。

鎌田 後でうつ病の人が復職した事例を取り上げますので、また少し議論になるかもしれないけれども、復職後、障害を持って能力が十全でない場合にどうするのか、軽易業務を割り当てた場合、昇格とか配置は結構大きな問題です。

野川 うつ状態で休職して復職したけれども、完治しているわけではない場合もそうですね。軽易業務を割り当てた場合などもあり、難しいですね。

3. 能力不足を理由とする解雇の有効性——海空運健康保険組合事件（東京高判平27・4・16 労判1122号40頁）

事案と判旨

I 控訴人（原審被告）Yは、昭和28年に設立された海空運事業者の健康保険を扱う法人であり、職員は15名前後であったとされる。Xは、平成5年（1993年）に期間の定めのない労働契約によりYに採用され、平成13年にF課課長、同16年にE課課長となったが、これ以降以下

のようにトラブルが続出し、平成24年3月31日に、Yの就業規則25条7号「その他やむを得ない事由があるとき」に該当するものとして解雇が通告された（4月30日付）。

本件解雇に至る経緯はおおむね以下のとおりであった。

- 1 まず平成16年から17年までにおいては、Xは、部下とのコミュニケーションが円滑に機能せず、人事考課はC（5段階中の3番目だが、通常Dもめったになく、Yは事実上の最低評価であると主張）とされて、課長職の職位を変更せず管理職を剥奪するという形での降格がなされた。
- 2 平成17～20年には、Xの担当する業務の著しい滞留、社会保険診療報酬支払基金に返還すべきレセプトの誤処分などの過誤が生じていた。
- 3 平成20年～21年には、Xの業務は傷病手当金の現金給付決定、労災求償事務、柔道整復療養費の処理等になっていたが、業務の滞留により他の課員が対応せざるを得ない事態も生じたほか、顧客からのクレームも多くなった。
- 4 平成22年に担当業務が変更され、レセプト給付金、柔道整復師への支払決定業務がXに課されたが、平成23年には、人違いによる個人情報漏えい、不正請求の疑義発生のおそれを生じさせるトラブルが生じた。
- 5 平成24年3月19日、XはK事務長等の勧めにより内田クレペリン検査を受けた。K事務長らが検査を行った医師より説明を受けたところ、Xの事務処理能力は普通の社会人に比べて半分程度であるとのことであった。
- 6 同年3月22日、Yは3月31日付けで、Xに対し、「貴殿は、繰り返し上司等が指導、教育したにもかかわらず、作業能力等が著しく不良であり、今後においても能率等の向上が見込めない」などと記載した解雇通知を交付した。その後Xは4月2日に「不当解雇に対する抗議状」と題する書面をYに送付したところ、Yは、5日付けで、「解雇について」と題する書面を送付し、解雇理由について、就業規則25条3号、4号及び7号に照らして解雇事由に該当するなどと記載してあった。

II 原審（東京地判平26・4・11 労判1122号47頁）は、判決確定日以降の賃金請求を却下したうえで、解雇の有効性については、一般の職員について、単なる職務上の能力が不足していることを理由に就業規則所定の「その他やむを得ない事由があるとき」に該当するとして解雇が認められるとすることは相当とは言えない、との判断を前提に、本件においては、Xを解雇とすることが社会通念上相当であるとも直ちに認め難いとして、これを有効であるとみることはできないと結論付けたが、本件控訴審は、上司の度重なる指導にもかかわらずその勤務姿勢は改善されず、かえって、Xの起こした過誤、事務遅滞のため、上司や他の職員のサポートが必要となり、Y全体の事務に相当の支障を及ぼす結果となっていたこと

は否定できないこと、Yは、本件解雇に至るまで、Xに繰り返し必要な指導をし、また、配置換えを行うなど、Xの雇用を継続させるための努力も尽くしたものとみることができること、Yが15名ほどの職員しか有しない小規模事業所であり、その中で公法人として期待された役割を果たす必要があること等に照らすと、YがXに対して本件解雇通知書を交付した平成24年3月30日の時点において、Xは、Yの従業員として必要な資質・能力を欠く状態であり、その改善の見込みも極めて乏しく、Yが引き続きXを雇用することが困難な状況に至っていたと言わざるを得ないから、Xについては、Yの就業規則25条7号所定の「その他やむを得ない事由があるとき」に該当する事由があると認められる。そうすると、本件解雇は、客観的に合理的な理由があり、社会通念上相当であると認められるから、有効であるというべきである、として解雇を有効とした。

野川 この事件は、今非常に重要な問題となりつつある、能力不足解雇を扱っています。解雇というと、今までは懲戒解雇、整理解雇のほか、いわゆる普通解雇として、病気などを理由とする解雇、それから、不適切なことがいろいろあったというような解雇といった類型はありましたけれども、能力がないからという解雇は、日本ではあまり一般的ではなかった。この事件は、それが正面から問題になり、かつ地裁と高裁が全く判断を異にしたという点で、注目すべき例の1つかと思います。

Xは、昭和28年設立の海空運事業者の健康保険を扱う法人Y（職員は15人前後、被控訴人（原審被告））に平成5（1993）年に期間の定めのない労働契約で採用されて、平成13年、同16年にそれぞれ違う課の課長となりました。ところが、これ以降、以下のようにトラブルが続出し、その結果、平成24年3月31日付で、Yの就業規則25条7号の「その他やむを得ない事由があるとき」に該当するものとして解雇通告されました。解雇の日付は4月30日付で、30日間の予告期間をとった。普通解雇です。

解雇に至る経緯をざっと申し上げますと、平成16年から17年は、このXさんは預貯金の最終確認とか理事会の資料づくりなどを担当していたんですが、部下とのコミュニケーションが円滑に機能せず、人事考課は5段階中の真ん中のCだった。ただ、このCというのは実質的には非常に低くて、Dというのもめったにないそうです。だから、ほぼ最低ランクと言ってよい。Yも事実上の最低評価であると主張しています。

それで、課長職の職位は変更しないけれども、管理職は降格、まさに職能資格の部分と職位の部分に分けて、職能資格は降格する、でも課長という職位はそのままという対応がなされました。

平成17年から20年には、Xの業務はレセプトの給付金の決定とか労災などの求償事務などに変更されたのですが、平成17、18、19年といずれも人事考課は先ほどの5段階のBでした。しかし、Xの担当する業務には著しい滞留が生じ、さらに、レセプトの誤処分量などの過誤も生じていました。Yは、本当はこの時期もC評価だったけれども、温情によってBにしたと主張しています。

平成20年から21年、Xの業務は傷病手当金の現金給付決定、労災求償事務、柔道整復療養費の処理などになり、人事考課は平成20年はC、21年はB3。人事効果基準が改定され、Bの内容が1、2、3と3段階になり、B3はその最低評価です。Cというと完全に最低だという認識なので、そのちょっとだけ上というB3になった。この時期も業務が滞留して、他の課員が対応せざるを得ないとか、顧客からのクレームが多いとかいう事態がありました。

平成22年にも担当業務が変更されて、レセプト給付金とか柔道整復師への支払決定業務というのがXに課されたんですが、平成23年には人違いによる個人情報漏えいとか、不正請求の疑義発生のおそれを生じさせるトラブルなどがあって、平成23年の人事考課はCでした。

こうしたことがあって、平成24年、解雇になる年の3月19日に、Xは、事務長などの勧めによって内田クレペリン検査を受け、事務長が検査を行った医師から説明を受けたところ、Xの事務処理能力は普通の社会人に比べて半分程度であるとのことでした。そこで、3日後の3月22日にYはXに対して、3月31日付の解雇通知を交付。そこには「貴殿は、繰り返し上司等が指導・教育したにもかかわらず作業能力等が著しく不良であり、今後においても能率等の向上が見込めない」などと記載してあったわけです。

Xは4月2日に「不当解雇に対する抗議状」と題する書面をYに送付したところ、Yは5日付で「解雇について」という書面を送付し、その書面には、解雇理由について、「就業規則の当該条項に照らして解雇事由に該当する」などと記載してありました。Xは3月27日に地域労組の東京ユニオンに加盟しており、

ユニオンの求めに応じて5月15日にYとユニオンとの間で団体交渉が持たれ、5月30日付で解雇理由証明書がYからXに送付されたのですが、そこには就業規則25条7号の「その他の事由」に基づいて解雇を行ったという記載がされていました。退職金は支払われましたが、Xが受給を拒否しているという状況です。

原審は、判決確定日以降の賃金請求は却下した上で、解雇の有効性については、一般の職員について、単なる職務上の能力が不足していることを理由に就業規則所定のその他やむを得ない事由に該当するとして解雇が認められることは相当とは言えない、Xを解雇とすることが社会通念上相当であるとも直ちには認めがたいとして、無効としたわけです。

これに対して会社が控訴、高裁は控訴を認容しました。高裁は、上司のたび重なる指導にもかかわらず、勤務姿勢が改善されず、かえってXの起こした過誤、事務遅滞のために、上司や他の職員のサポートが必要となって、Yという組織全体の事務に相当な支障を及ぼす結果になっていたとしています。Yは、解雇に至るまでXに繰り返し必要な指導をし、また、配置替えを行うなどXの雇用を継続させるための努力も尽くしたものとみることができ、Yが15人ほどの職員しか有しない小規模事業所であり、その中で公法人として期待された役割を果たす必要があることに照らすと、本件解雇は客観的で合理的な理由があり、社会通念上相当であると言っているわけです。

最も大きな論点は、明らかに仕事がこなせないことですが、他に、けんかしたとか、何か懲戒に値するような非違行為をしたとかはないんですね。仕事ができないために周りに迷惑をかけているという事案において、原審は、解雇というのは最後の手段であるから、可能な限り雇用を維持する手立てを尽くすべきであり、本件ではそこまでは行っていないと指摘しているわけです。高裁は、一般論は述べていませんが、具体的にこれだけ不都合が生じたら、解雇に客観的で合理的な理由がないとか社会通念上の相当性がないとは言えないという判断をしています。

ここで、能力不足解雇というのを、きちんと考えてみようというのが私の趣旨です。この人も正規従業員として入社しているわけですから、一応、長期雇用慣行のもとにある雇用形態と言えます。例のセガ・エンタープライゼス事件（東京地決平11・10・15労判

770号34頁）では、若い従業員が何をやってもだめで、社内エントリー制度に応募してみると言われて4つぐらゐの部署に応募したけれど、どの部署にも「とてもじゃないけれども引き取れません」と言われた。それで、窓際の、机と電話しかなくて、何の仕事もないというところに置いて退職を促したが、いっこうに退職しないので、とうとう解雇した。

だけど、解雇は無効なのです。どうしてかということ、中心的な理由としては、再教育を試みるというわけですね。確かに会社が割り当てた仕事はどれもできなかった。しかし、それだけでは解雇までは至らないという言い方をしている。一応これが1つの先例としてかなり影響力があるわけです。外国だったら、特にアメリカのように労働契約の職務内容が限定されている国だったら、解雇は当然なのですが、日本のこれまでの雇用慣行のもとでは、正規従業員には、配転もいろいろあるし、もちろん再教育という機会も想定されている。能力不足解雇についてどういうスタンスが適切なのか考えさせる判決であり、その点を検討してみたいと思います。

鎌田 能力不足解雇の問題は非常に大きな問題だと私も思っています。まず、解雇は最終的な手段であると思います。本件では、就業規則のその他やむを得ない事由が解雇の理由とされ、何か具体的な解雇事由が挙げられていたわけではないのですね。

野川 その他だけに絞ったんですね。はじめは他の理由もつけていましたが、最終的に解雇理由は「その他」のところだけになった。おそらく他のところは適用ができなかったのでしょうか。

鎌田 実際に能力不足解雇を考える場合には、私は大きく2つのことが問題になると思っています。1つは、控訴審判決でも少し触れていましたけれども、管理職として必要な資質能力を持っているかどうかということと、改善の見込みがあるのかということ。つまり、このポストで能力不足だから解雇ですとは言えない。野川先生も言われたように、他の職場あるいは別の何らかの回避措置を講じた上で、それでも改善の見込みがない場合に解雇はできると思います。

そうすると、その枠組み自体は、一審と二審ではそう違ってはいない。管理職としての能力が適切かどうかということと、改善の見込みがあるかないかという枠組みで考えてみた場合に、一審は、改善の余地があるとみているわけですね。これに対して控訴審は、改

善の見込みは乏しいと言っている。その違いをもたらしているものは何か。この人は、いくつか業務と配置を変えているが、そのたびに問題を起こしたということで、この点をどう評価するかが判断の違いを生み出したのではないのでしょうか。そういった観点からみると、一番は、改善の見込みがあると言っている。

野川 せいぜい管理職としての力量不足とみられるという言い方をしている。だから、どちらかという、配置の問題だと思うのです。例えば管理的な仕事は一切させない、部下をつけない、機械的に言われたことだけをやるような仕事に降格あるいは降職することを考えていると思いますね。

第一審は、就業規則 25 条 7 号所定の「その他やむを得ない事由があるとき」に該当するかどうかの判断基準を客観的に立てています。その中で、もはや雇用関係を維持することも相当ではないと言えるような程度・内容に職務上の能力不足が至っているかどうかの検討の具体的判断要素として、どういう支障が生じたのかという内容や程度、その支障が生じた経緯、改善指導の有無及び内容、懲戒処分の有無や内容、配転や降職・降級による対処の可否、今後の改善の見込みの有無・程度というようなことを挙げています。

その上で、本件では努力がまだ足りないと言っています。懲戒処分はされていないとか、あるいは個人情報漏れたことなど、業務に忙殺されているときに起こった事象を重視し過ぎである、とか、それから、職務の変更による改善の余地は否定し得ないとかいうことで、ぎりぎりのところではあるけれども、雇用を継続し得ないほどひどい状態の能力不足ではないと言っているわけです。

高裁は全くそういう考えはないのです。これだけ小規模事業所で周りを振り回して、8 年間にわたっていろいろな仕事をやらせてみたけれど、だめだったというのなら、これはもう仕方がないという発想ですね。

鎌田 先ほど私は改善の見込みと言いましたが、教育や再教育、配置替えなどいろいろなことが考えられます。この人ができるような他の適切な業務といった場合に、企業規模とか事業の性質・目的などがおそろく関係してくる。

そうすると、野川先生ご指摘のように、小規模事業所だと、いろいろな仕事を割り振るべきだといってもおのずと限界があるところを控訴審は重視した

のではないか。

野川 それと、事業の内容が非常に重要な公法人だということもありますね。

鎌田 その辺が割と重視されたのかなと読みました。

野川 もし従業員 500 人の民間の一般のメーカーだったら違うのかということですね。

鎌田 違ってくるのではないかとというのが私の感じます。

野川 そうすると、セガ・エンタープライゼス事件の判断基準は基本的にはまだ残っているとも言える。規模と業務内容によっては解雇回避の努力をしないとイケないけれども、小規模な公法人では、事情が違うということになるのかどうかですね。

鎌田 一番は、いや、まだやれますよと言っているけれども、控訴審は、この規模と、公法人という性格から、もう限界と認めた。何もやらなかったらアウトだけど、やってきたことが大きな判断の分かれ目になったのではないか。だから、野川先生が言ったように、もっと多様な業務を持っている会社であれば、当然それは違ってきて、解雇のためのハードルはより高くなってくると思うのです。

野川 解雇は最後の手段で、雇用を維持するため、刀折れ矢尽きるまでというかなり強い規範を立てると、おそらく第一審のような判断になると思います。そういう意味では、小規模事業所であって公法人であることが大きな要素の 1 つではある。けれども、第一審のような考え方だと、それでも解雇はだめだというのは出てきやすくなるという気はするのです。だから、雇用維持の最優先をどこまで重くみるか。つまり、雇用の維持が最優先という考え方が定着してきた背景には、会社の人事権を広く認めてきたことがある。いわばトレードオフの関係として、よほどのことがない限りは会社としては雇用には手をつけない。なぜならば、人事権を行使して雇用維持に努めることができ、さらに、労働条件変更の対応も割と柔軟に対応できるからです。その辺にどう影響するのでしょうか。

鎌田 職務や勤務場所が限定された場合など、さまざまな面での制限がどう広がっていくのかという問題ではないのでしょうか。期間の定めのない正社員についていうと、解雇は最後の手段で、解雇回避措置を講じなければいけないという大前提は同じなのですが、会社の都合、会社のあり方が大きく影響を与えると考え

れば、一審のような考え方にはならないような気がするのです。控訴審は、ある意味ではバランスがとれていると思います。

野川 一般的には、控訴審のほうが当然説得力もある。今後もおそらく能力不足による解雇というのはせざるを得ない。世知辛い世の中だから。だからこそ、そのときのスタンスは大事だと思いますね。

鎌田 そうすると、そもそも論になるのですが、非正規のように職務も場所も限定されている人については、割と雇用継続の責任は低くなって、一方で正社員についてはかなり大きな負担を会社が負うというこの仕組みは、このままでいいのでしょうか。

野川 もう少し労働契約の枠組みに沿った中身になっていくのが最も合理的ではないかと思いますね。だから、無限定正社員ではなくて、この範囲で仕事をするとか、この範囲で異動するということがあらかじめわかっているならば、人事権もその分制約されるけれども、解雇の自由度はその分広がる。今まではアンバランスすぎたのではないかと。

鎌田 確かにそこは非正規の問題とも絡んで非常に複雑な問題ですね。

野川 難しいですね。

鎌田 それから、外部労働市場をどれだけ整備するのか。

野川 そういうことです。

鎌田 今だと、正社員を辞めた瞬間にかなりミゼラブルになりかねないわけでしょう。

野川 日本はそうですね。アメリカなんかでは必ずしもそうではないですが。

鎌田 だから、そういう状況を残したままで、正社員についての解雇規制を緩和すればいいという議論には、簡単にはイエスとは言えないですね。

野川 そうなんです。この原告は勤続年数も長く、年齢も上になっているので、職業生活がかかっています。よほどのことがない限りは、能力不足程度で解雇してはいけないという発想はあるでしょう。

4. 完全歩合給の算定にあたって、時間外割増賃金を控除する算定式は労基法 37 条の趣旨を潜脱するものとして無効とした事例——国際自動車事件（東京高判平 27・7・16 労旬 1847 号 49 頁）

事案と判旨

本件は、タクシー会社である Y 社（被告、控訴人）に雇用されていたタクシー運転者である X ら（原告、被控訴人）が、いわゆる完全歩合給の下で、歩合給の計算にあたり残業手当等に相当する額を控除する旨を定める賃金規則上の規定（下記の①の算定式を参照）は無効であり、Y 社は、控除された残業手当等相当額の賃金支払義務を負うと主張して、Y に対し、雇用契約に基づき、未払賃金等及び労基法 114 条に基づく付加金等の支払いを求める事案である。第 1 審判決は X の請求を認容（東京地判平 27・1・28 労判 1114 号 35 頁）。本判決（第二審判決）も控訴棄却。現在、Y 社は上告、上告受理申立てをしている。

本判決は、「本件規定によれば、時間外等の労働をしていた場合でもそうでない場合でも乗務員に支払われる賃金が同じになる（割増金と交通費の合計額が対象額 A を上回る場合を除く。）のであって、歩合給の計算にあたり対象額 A から割増金に見合う部分を控除する部分は、強行法規であり違反者には刑事罰が科せられる法 37 条の規制を潜脱するものであるから、同条の趣旨に反し、ひいては公序良俗に反するものとして民法 90 条により無効であるといわざるを得ない。」としている。なお、歩合給の算定式及び残業手当・深夜手当の算定式は次のとおりである。

①歩合給 = 対象額 A - [割増金(深夜手当, 残業手当及び公出手当の合計) + 交通費]

②対象額 A = [(所定内揚高 - 所定内基礎控除額) × 0.53] + [(公出揚高 - 公出基礎控除額) × 0.62]

③深夜手当 = [(基本給 + 服務手当) ÷ (出勤日数 × 15.5 時間) × 0.25 × 深夜労働時間] + (対象額 A ÷ 総労働時間 × 0.25 × 深夜労働時間)

④残業手当 = [(基本給 + 服務手当) ÷ (出勤日数 × 15.5 時間) × 1.25 × 残業時間] + (対象額 A ÷ 総労働時間 × 0.25 × 残業時間)

鎌田 この事件は、タクシー会社の歩合給をめぐる問題ということで、かなり限定された業種の話のようにみえますが、時間外割増賃金に関して大きな問題を提起しています。

問題になっているのは、歩合給を算定するにあたって、時間外割増賃金を控除する算定式が、労基法 37 条の趣旨を潜脱するものとして無効となるかどうかということです。やや詳しく説明しますと、まずこの会社の歩合給は完全歩合給制度です。タクシー事業にお

いては、完全歩合給は広くとられており、特に珍しいわけではありません。完全歩合給というのは、タクシーの売りに一定の歩率を掛けて、それで賃金が決定される仕組みです。

ところが、そうすると、時間外あるいは休日労働の割増賃金というのは、歩合給の中に組み込まれてしまいます。それについては、有名な高知県観光事件（最二小判平6・6・13判例653号12頁）があります。この事件は歩合給の下で時間外及び深夜の労働を行った場合にもその額が増額されることがなかった事例ですが、最高裁は、時間外及び深夜の労働を行った場合にもその額が増額されることがなく、通常の労働時間の賃金に当たる部分と時間外及び深夜の割増賃金に当たる部分とを判別することもできないときは、この歩合給の支給によって労基法37条の規定する時間外及び深夜の割増賃金が支払われたとすることはできない、としています。

そこでタクシー会社は、割増賃金を通常の労働時間の賃金（基本給）とは別に支払うことにしたわけですが、完全歩合給という考え方を放棄しなかった。どうしているかという、一定の計算式に従った対象額Aから割増賃金を引いて歩合給を出し、それにプラスして割増賃金を払っている。要するに、割増賃金部分は、対象額からは引いて歩合給を算出し、それに同額の割増賃金を支払うという仕組みになっているから、割増賃金は払っていないことになる。

結局、ここでいう歩合給は実質的に対象額Aではない。その対象額は売り上げ掛ける歩率で出てくるので、割増賃金を払うと言いつつ、実質は売り上げ掛ける歩率の賃金になっている。ただし、高知県観光事件最判のルール（割増賃金は基本給と分けて払わなければならない）には形式的には違反していない。

そもそも、どうしてこういう賃金システムにしたのか。第1は、もちろん、前出の高知県観光事件最判の規範に形式的に従ったということ。会社は、契約自由の原則から、賃金算定に関しどのような方式をとるのも自由だから、歩合給から一定額の割増賃金を控除する算定式も、労使が合意すればそれでできると主張しています。

第2は、タクシーというのは客待ち時間も労働時間になるので、割増賃金を別立てで払うことになる、時間外労働が自然に増えてきて、時間外労働の助長につながり、ひいては、タクシー運転手の健康を害する

ことになること。

3番目に、タクシー営業というのは雇用管理ができないので、割増賃金を歩合給ではなく固定給プラス割増賃金にすると、空車で流すような運転手も出てくる。そうなると会社の負担が増すので、これを回避するため。

さらに、固定給プラス割増賃金という考え方は、昼間だけ働いて深夜や時間外で働かない労働者と、深夜・時間外だけ働く人などの労働者間で不公平になるということ。

そして、一番大きな理由は、この会社には、ユニオンショップ協定を結び、従業員の95%を組織している多数組合があるが、その組合と賃金算定方式について合意しているという事情があります。

一審、二審ともに、このような歩合給の賃金算定方式は、労基法37条の趣旨を潜脱するものであり、公序良俗違反で無効だと判示しています。無効となるのは、対象額Aから割増賃金を引いている部分だけで、割増賃金を支払う部分は有効であり、したがって、会社は、時間単価を出して、時間外労働に即して割増賃金を支払えということになります。

論点として、本件賃金算定方式は、割増賃金を一応支払う体裁をとっているが、その割増賃金が、基本給の算定式では控除されている、このような賃金の算定方式が合意のもとで行われているが、それは許されるのだろうか。一審、二審ともに、賃金の算定方式についても一定の制限があり、自由には決定できないと言ったわけです。

その理由は、割増金と交通費の合計額が対象額Aを上回る場合を別として、揚高（売り上げ）が同じである限り、時間外等の労働をしていた場合もしていなかった場合も乗務員に支払われる賃金は全く同じになるので、法37条の規定を潜脱するものと言わざるを得ないということです。

これについて考えてみると、先ほど言いましたように、賃金の算定式は当事者が自由に決定できると考えると、時間外等の労働をした場合もしていない場合も乗務員に支払う賃金が同じだといえることがなぜ37条の潜脱になるのかは、もう少し説明があってもいいのではないか。

もう少し私の考えを言いますと、37条の割増賃金という制度は、時間外労働という過酷な労働に対する補償という側面と、このような経済的なコストを使用

者に負担させることによって会社が時間外労働を抑制するという側面がある。こう考えると、時間外労働をしようがしまいが乗務員に支払われる賃金は同じということは、37条の趣旨・目的に反していると言えると思います。そして、こういう賃金計算式は公序良俗違反で無効ということになると思います。私としては、本判決の考え方でいいのではないかと考えていますが、これについてどう考えるか。

ちなみに、実はこれは第一次訴訟で、第二次訴訟がやはり東京地裁にかかっており、今年の4月21日に判決がありました（東京地判平28・4・21判例集未登載）。この判決も事案はほぼ同じですが、今度は、裁判所は、歩合給の具体的内容をどのように定めるかについては、明示的な法令上又は行政通達上の規制はされておらず、基本的には当事者間の合意によって定められるべきものであり、賃金算定方式の内容は労使の合意に基づいて、労使の利益調整の結果を適正に反映させたものと推認されること等から、対象額Aから残業手当等を控除する部分が無効である旨の原告らの主張は理由がない、としています。本日は、第二次訴訟の東京地裁判決には触れません。

野川 どこが無効かという点、歩合給の計算にあたり、対象額Aから割増金に見合う額を控除している部分が無効であると言っているんですね。

鎌田 そうです。

野川 割増賃金は払わなければいけないと最高裁が言っているのに、具体的には払わないという結果になるような計算式は無効だということですね。

鎌田 そういことですね。

野川 そうすると、たとえ組合が同意していても、やはり37条に抵触するわけですね。それはよくわかるんですが、私が疑問に思ったのは、シンガー・ソーイング・メシーン事件（退職金請求上告事件、最二小昭48・1・19）という有名な事件があって、賃金全額払いに反するかどうかという話なのですが、賃金債権を放棄しますと言っているのに、労基法は、請求権が確定したらその分だけ払えと言っており、強行規定だから、放棄しようが相殺しようがダメでしょうという主張に対して、最高裁は自由な意思に基づいたものならいいと言っていますよね。

鎌田 そうですね。

野川 本件も協約まで締結しているのだったら、本人の自由な意思と同じではないのかという指摘はあり

得るでしょう。たとえ37条に基づく割増金をもらえなかったとしても、自由な意思でそれでいいと言っている以上は、それは尊重されるべきではないか、と言われたらどうなるのかということが、まず大きな問題だと思います。

それと、長時間労働の抑制という点ですが、漫然と空車を走らせていたりしてはだめだと使用者が言っているのであれば、時間外に対してはもちろん割増賃金を払うけれども、時間内で一定の売り上げを達成した者に対する奨励金のほうを高くすればいいわけであって、潜脱の懸念を持たれるようなシステムは必要ないように思います。37条の趣旨というのは、労働者側が25%以上の割増を請求しなくても法定債権が生じるということですね。同意があれば放棄できると簡単には言えないので、そこをきちんと検討すべきだったのではないかとというのが私の最初の感想です。

鎌田 賃金から割増賃金を控除しているわけではなくて、そもそも賃金の計算式において引いているから、24条の全額払いは問題になってこないのですね。

野川 そうですね。

鎌田 ただ、野川先生ご指摘のとおり、実質的にはないに等しい。

野川 計算式からそれが明らかになっているので、悪だくみをする使用者だったらもっと工夫するという気もする。

鎌田 この事件でははっきり言っていないけれども、結局は歩率をどう決めるかという問題なのです。もしこの方式をとらない場合にどうなるかということ、売り上げ掛ける歩率プラス割増賃金を支払うということになると、当然歩率は下げる可能性があります。つまり、この算定式で労使が適正な利益配分しているとも言える。

野川 だから、会社としては、何を形式的なことを言っているんだ、37条と言っているけれども、要するに十分な給料をあげればいいわけでしょうと考えていると思うのです。会社としても、生産性を上げるためにこうしているということだと思いますね。

鎌田 しかも、労使でいろいろ工夫して労働者に有利な計算式でやっている。ただ、高知県観光事件では割増賃金を払えとなっている。

野川 形式を整えないといけないので……。

鎌田 ……形式を整えた。

野川 でも、高知県観光事件は形式のことを言って

いるのではなく、割増賃金は割増賃金として別途支払えということ、そこをどう整理するかですね。例えば月給30万円だとして、会社がこれには割増賃金が含まれていると言っている場合、その内訳は、割増賃金を計算して、それを30万円から引いた額が基本給なのだという言い方をすれば、いつでも30万円ということになり、それはまずいということでしょう。だから、別途支払うのでなかったら、いくら合意しようが、37条が規範として成立する意味がない。だから、裁判所は居直ってもいいと思うのです。それなら基本給を低くして割増賃金払いなさいと。でも、会社はおそらくそうしないと思います。割増賃金が一歩高くなるのは絶対嫌なのでしょう。でも、そこはせめぎ合いですね。つまり、時間外労働という不確定要素が賃金額に反映するのは会社として賃金政策上問題だというのは、会社側の勝手な言い分だと言いができますからね。労働者からすれば、本来8時間しか働かなくてもいいのに、それを超えて働いてやっているのだから、それにきちんとした対応があるのは当たり前で、それが会社に負担になるというのなら、負担にならないように、8時間以内で仕事が終わるようにしろということになってしまう。そこがやっぱり非常に難しいところではある。

鎌田 そうですね。結局タクシーは客待ち時間も労働時間であり、会社はそこに不信感がある。客待ち時間も労働時間になるから、だらだら働いて、それで時間外というのは、まずいでしょうという考え方が基本にはある。問題は、そうはいいながらも、37条というのは、過重な労働をしたことに対して、会社もしっかりそれを補償して、時間外労働をできるだけ抑制する仕組みをつくるということであるから、タクシー事業の特殊性の問題を、ある種の形式的な見せかけの方式で回避するのは問題だと思います。

野川 だけど、確かに何らかの対応は必要かもしれない。理屈としてはそのとおりですね。済ませてはまずいという気がする。

鎌田 それで結局、二次訴訟では負けている。その理屈は本日は触れられないけれど、やはりこういった計算式自体は契約自由として認められていいのではないかな。それで労使がいいと言うのであれば、形式にこだわることはないのではないかとこの考え方はある。

野川 でも、やっぱり……。

鎌田 いや、私もそうじゃないとは思っています。

野川 その考え方は、高裁とか最高裁に行ったらなかなか通らないですね。

鎌田 今、この事件は高裁から最高裁に行っています。

野川 最高裁はさすがに高知県観光事件の判例からすれば、無理でしょう。

鎌田 私もそう思います。

野川 でも、政策対応が必要なケースではありますね。

鎌田 そうです。まさにタクシーについては何らかの政策対応を必要としているのに、ほったらかしにされている。

野川 だから、こういう問題が出てくる。

鎌田 言ってみれば、少々変なことをやっている。

野川 そうですね。

鎌田 そういう問題提起を行っているような気がしますね。

5. うつ病休職から復職した労働者に対するパワハラ の精神疾患に対する業務起因性——国・広島中央 労基署長（中国新聞システム開発）事件（広島高判平 27・10・22 労判 1131 号 5 頁）

— 事案と判旨 —

本件は、うつ病による休職から復職した労働者X（原告、被控訴人）が、使用者であるA社において、著しく軽微な業務しか与えられず、後には具体的な業務が与えられなかったことが、職場におけるいじめやパワーハラスメントにあたり、これを原因として精神疾患を発症したとして、労災保険法に基づく休業補償給付の請求をしたところ、広島労基署長が不支給決定をしたことから、国に対し本件処分の取消しを求めた事案である。第一審判決（広島地判平27・3・4 労判 1131 号 19 頁）は、本件精神疾患の業務起因性を認めなかった。

これに対して、本判決は、①労働者に労務提供の意思があり、客観的に労務の提供が可能であるにもかかわらず、使用者が具体的な業務を担当させず、あるいは、その地位・能力と比べて著しく軽易な業務にしか従事させないという状態を継続させることは、当該労働者に対し無力感を与えることなどから、そのような状態に置かれた期間及び具体的な状況等によっては、使用者の合理的な裁量の範囲を超えると評価される場合があり、また、平均的な労働者を基準としても、精神障害を発症する原因となる強い精神的負荷を与え得るものであると言える、②特に、使用者が何らの具体的な仕事を与えないという状態は、それ自体が異例である上、当該労働者に強度の心理的負荷を与える危険の

ある状態であることからすると、人員配置又は職務分担上のやむを得ない理由による一時的な措置である場合や、当該労働者が休職や懲戒処分等によって就業を制限されている場合などの特段の事情がある場合を除き、業務上の合理的な理由があるとは認められない、とした上で、③ A社が平成21年8月中旬以降、業務を減少させたうえ、9月以降具体的な業務を与えない状態を継続させたことは、業務上の合理性のある措置とは言えず、精神疾患を発症させる強度の心理的負荷を与えた、として業務起因性を認めた。

鎌田 これは、うつ病休職から復職した労働者に対して仕事を与えないなどの状況の中で発症した精神疾患の業務起因性が問題となった事件です。この労働者はうつ病で休職をして、そこから復職をしたのですが、会社は当初、軽易な業務ということで単純業務を割り当てていた。その後、その単純業務もうまくできないので、Xの業務遂行能力が低いという判断をして、さらに軽易な業務を割り振っています。その業務は何かというと、この判決ではMTと言っているのですが、磁気テープをはんだで焼いて廃棄する仕事とか、マシンルームの掃除。誰かが専門的にやるという仕事ではなくて、言ってみれば、何か仕事を与えなければいけないというので与えている業務だった。

この労働者はこうした業務に不満を持ちつつ、勤務していた。磁気テープをはんだで焼く作業は屋外で行うのですが、あるとき、日が差すのがつらいからと言って、サーバー室で焼いた。そうすると、煙が出て、他の従業員からとんでもない者だと言われ、大問題になった。

それで、この仕事も任せられない、本人もこれ以上できないと不満を持ち、同僚・上司との人間関係で相当あつれきが生じた。同僚・上司が、セキュリティの問題で原告を信頼できないということで、割り当てられていたマシンルームの掃除の仕事もできなくなった。結局、具体的な仕事はなくなった。会社としては、やりたい仕事を申告させるのですが、その申告した仕事にはつかなかった。これが、仕事を与えなかった経緯です。

本件は、うつ病で休職し復職した労働者に著しく軽い業務を与えたこと、さらにその後具体的な業務を与えなかったことが精神疾患を発症した原因であるかどうか争われた事例です。労働者としては、具体的な業務を与えないなどの会社の対応をいじめ、パワハラ

であると主張し、このいじめ、パワハラが原因で精神疾患を発症したと主張しています。

一審判決は、Xの業務能力が低くて、会社が与えた業務をXが拒否したという事情を考慮すると、会社が業務を割り当てなかったことに合理性があり、業務起因性は認められないと判断しました。本判決は、これを覆して、業務起因性があると判断した。軽易業務及び業務を与えない状況で発症した精神疾患の業務起因性を認定した注目すべき判決だろうと思います。

本件では、仕事を与えないことの業務起因性と、仕事を与えなかったことがいじめ、パワハラに該当するかという二重の問題が存在しますが、争点としては業務起因性だけが問題になっているわけです。それが複雑に絡み合って、一審と二審で判断が異なると思います。

一審も二審もどういう枠組みかと言いますと、業務起因性については、精神疾患を発症させる程度の強度な精神的負荷があったかどうかということが問題となるわけですが、同時にその前提として、具体的な業務を与えないということが人事管理上の裁量を逸脱しているかどうか問題となっています。

判決は、前出「事案と判旨」にみられるように、使用者が具体的な業務を担当させず、あるいは、その地位・能力と比べて著しく軽易な業務にしか従事させないという状態を継続させることは、使用者の合理的な裁量の範囲を超えると評価される場合があり、また、平均的な労働者を基準としても、精神障害を発症する原因となる強い精神的負荷を与え得ること、特に、使用者が、労働者の雇用を継続する一方で、何らの具体的な仕事を与えないという状態は、人事配置又は職務分担上のやむを得ない理由による一時的な措置である場合や特段の事情がある場合を除き、業務上の合理的な理由があるとは認められないと判示しています。つまり、具体的な仕事を与えないという行為には、特段の事情がない限り業務上合理的な理由はないと判断しています。そこで、この「特段の事情」について詳しく事実を踏まえて判断することになります。

野川 確認ですけれども、第一審と本審は、一般論は同じことを言っているのですね。

鎌田 そうです。

野川 ほとんど言葉も一緒ですね。ということは、控訴審は、使用者が合理的な理由なく非常に簡単な業務しかさせないで、その結果精神疾患をもたらしたと

というのは業務による負荷になるわけですね。

鎌田 業務によるというか、業務をさせないことの負荷です。

野川 業務にまつわるということですね。

鎌田 そういうことです。

野川 だけど、原審は、業務による負荷というのをそこまで広げていないということですか。それとも、そんなにひどいことをしていないという評価なのか。

鎌田 実は控訴審の判断はよくわからないところがあって……。

野川 会社の裁量権の逸脱なんて言うけれども、会社が裁量権を逸脱したかどうかはどうして労災の判断に必要なのか全然わからない。

鎌田 野川先生がおっしゃったように、業務を与えないことが精神疾患の有力な原因であるということは、業務起因性の判断としてあり得ると思うのですが、裁量の範囲を逸脱している、合理性がないということ、精神的負荷が強度であることがどう結びつくのかというところが問題です。一審は一応、枠組みとしては、合理性のないこのような不就業は精神的負荷が大きいということで、リンクさせて考えていると思います。

ところが、控訴審は、「使用者の合理的な裁量の範囲を超えると評価される場合があり、また、平均的な労働者を基準としても、精神障害を発症する原因となる強い精神的負荷を与えるものである」としている。この「また」というのは一体何なのか。つまり、合理性がないということが、精神障害を発症する強い精神的負荷を与えることとどういう関係になるのか必ずしも明らかではない。

その後は、控訴審もこの合理性の判断を中心に議論するわけです。結局、「以上の経過をみると、控訴人と同様の境遇に置かれた平均的な労働者にとって、業務上の合理的な理由がなく、約3か月にわたり、仕事を与えられない状態に置かれることは、それによって受ける心理的な負荷は強度であり、そのストレスによってうつ病等の精神障害を発症させる程度の負荷であったと認めるのが相当である」となっている。やはり合理的な理由がなく仕事を与えないという対応は、精神的負荷を高める要素になると言っているのではないかと思うのですが、どうですか。

野川 ご指摘の「また」で結ばれた2つですが、前

のほうは、合理的な裁量の範囲を超えると評価される場合があること、後のほうは、強い精神的負荷を与え得るということで、何がそういう結果をもたらすのかといたら、使用者が具体的な業務を担当させず、あるいはその地位・能力と比べて著しく軽易な業務にしか従事させないという状態を継続させることでしょ。ということは、「また」というのは並列だから、軽易な業務にしか従事させないという状態を継続させることは、一方で合理的な裁量の範囲を超えると評価され、他方では強い精神的な負荷を与え得るというように文理解釈上、読める。

鎌田 そうですね。

野川 そうだとすると、合理的な裁量の範囲というのは要らないのではないかな。なぜなら、著しく軽易な業務にしか従事させない状態を継続させると、精神障害を発症する原因となる強い精神的負荷となるというだけで十分であって、合理的だとか裁量権逸脱だとかをかませるからおかしいことになる……。

鎌田 おっしゃるとおり、業務上の要件からいうと、関係ないことを言っている。

野川 でも、結局……。

鎌田 やっぱり必要なのかなと思っている。

野川 裁判所の判断には不可欠なんでしょう。

鎌田 なぜかという、仕事を与えないこと自体が、いわゆる業務の過重性を意味しているとは言えないからでしょう。仕事を与えていないので、業務の過重性はないとしても、精神的負荷の強度を高めることになる。そこをつなぐ言葉というのはやっぱりいじめ、パワハラではないか。

野川 でも、ここに書いてあるのは、労働者の労務提供の意思があって労務の提供が可能であるのに、具体的な業務を担当させず、軽易な業務にしか従事させないことにした理由が何であれ、つまり、使用者が労働者をいじめようとしたものであれ、使用者の善意によるものであれ関係なく、こういうことをすると精神障害を発症する原因となると言えれば労災は認められるので、パワハラなのかどうかというのはまさに民訴のときに問題になるだけでしょう。これは、取消訴訟ですよね。

鎌田 そうです。

野川 そこでは問題にならないのではないかという気はします。

鎌田 業務起因性の要件の中にこの合理性判断とい

うのが実は入っていない。

野川 入ってないけれども、これを入れても……。

鎌田 入ってないけれども、精神負荷を与える強度判断の一要素として合理性判断を入れていると捉えるのでしょうか。

野川 地裁も高裁もそういう考えでしょうね。

鎌田 そこは一緒だと思う。だから、やはり合理性の判断が強くてこないといけない。高裁は原則として具体的な仕事を与えないのは不合理だと言っている。だとすると、具体的な仕事を与えないという対応をした場合には、そうしたことがやむを得ないという事情がない限り、不合理だという判断ですよね。その特段の事情を高裁ではいろいろと言っている。

野川 しかし、最高裁の判断はないけれどもこれは確定しているから、考えようによってはいろいろと影響が大きいですよね。

鎌田 そうですね。

野川 合理的な裁量の範囲だったかどうかによって行政救済としての労災認定が左右されるのには、労基署は困っていませんか。

鎌田 確かに労基署としては裁量の合理性を判断するのは難しい。

野川 どうして確定したのだろうか。そうか、結論は変わらないと思ったのかもしれないですね。

鎌田 一般的には過重な労働で精神に負荷がかかり、精神疾患を発症したという場合、事実として過重であれば過重負荷を与えるような指揮命令だったかどうかなんて問題にしなくていい。ところが、ここでは業務の過重性は使えなかった。

野川 仕事を与えないのだから軽くなっている。

鎌田 著しく軽微と言っている。

野川 著しく軽微な仕事しかさせないことで、精神的におかしくなって病気になった。

鎌田 そうすると、合理性判断を絡ませないで、精神的負荷が高まっていると言うには、少し工夫が必要

だった……。

野川 それは確かにね。業務が過重かどうかという判断は割と客観的にできる。しかし、業務を与えないで精神的に追い詰められて労災になるかどうかは、過重性ではなく合理性というのがある意味では判断要素として入ってくる。

鎌田 いじめの他の事例をみると、例えば、国・静岡労基署長（日研化学）事件（東京地判平19・10・15労判950号5頁）では、上司が労働者に「給料泥棒」とか「存在が目障りだ、居るだけでみんなが迷惑している」などのいじめの言葉を発して、精神疾患を発症する。でも、本件では、そういういじめの言葉ではなく、仕事を与えないということなので、合理性ということを話題にせざるを得なかったのではないかな。

野川 これは裁判所の考えであって、労基署は、かなり判断に困るのではないかという気がする。「おまえなんかやめろ」とか「給料泥棒」という発言だけでは。

鎌田 そう言ったのは事実であっても。

野川 社会通念上それが重要であることはわかるけれども、仕事を与えないことに合理性があるかどうかなんていうのは、労基署長に判断させるのは難しい……。

鎌田 確かにそうですね。

野川 これはそういう意味で非常に大きな課題を残した。

鎌田 こういう判断を絡ませたことの必要性というのも理解できるけど、これでいいのかということですね。

野川 そういうことです。その必要性にこういう形で応えたことが妥当かどうかということですね。

鎌田 いじめ事件というのは、いじめがあったかどうか議論になるけれども、業務起因性の問題といった場合に、そのいじめの問題とどうつなぐか、やっかいな問題がありますね。

フォローアップ

1. 受信料集金等の有期委託契約が労働契約と認められなかった例——日本放送協会事件（大阪高判平27・9・11 労経速2264号3頁）

事案と判旨

Xは、昭和41年8月生まれの男性で、平成13年7月以降5回にわたり、Y社の放送受信料の集金及び放送受信契約の締結等を内容とする期間6カ月ないし3年間の有期委託契約を継続して締結し、「地域スタッフ」として同業務に従事していたが、同契約は平成24年3月1日をもって解約された。なお、原告は、全日本放送受信料労働組合兵庫県協議会神戸支部（以下「全受労」という）に所属している。

委託業務の内容は、〈1〉放送受信契約の締結及び放送受信契約者の転入に伴う住所変更手続、〈2〉放送受信規約6条1項に定める各期分の支払が行われていない放送受信料の集金、〈3〉放送受信契約者の転出手続、氏名等の変更手続、放送受信料口座振替及び継続振込利用の手続並びに放送受信契約の解約手続、〈4〉放送受信契約未契約者に関する情報取次、〈5〉以上に付随する業務であった。

Xは、右契約が労働契約であることを前提とする右契約の中途解約の無効を主張して訴えを提起し、原審においては、スタッフの業務内容は放送局が一方的に決定していることや、勤務場所（受持区域）を放送局が一方的に指定していること、放送局はその報告によりスタッフの毎日の稼働状況を把握でき、十分ではないと認めたスタッフには細かく「助言指導」していたこと、事務費は、詳細に取り決められており、基本給の部分と評価しうる部分及び賞与と言える制度も存在していたことに加え、退職金と言える給付制度も充実していることなどからすれば、放送局から支給される金員には労務対償性が認められること等を総合的に評価すれば、本件契約は労働契約の性質を有するものと解するのが相当であるとしてXの主張が認められたが、控訴審では、稼働日数や稼働時間が従事者に任されていたことや時間的拘束性の低さ、第三者に再委託できることなどからこれが否定された。なお被控訴人は、労働契約ではなかった場合の解約の有効性は争っていない。

野川 本件は、労働契約の成否がテーマです。従来、労働者性、使用者性の問題は随分と議論されており、NHKの集金人の労働者性も以前から問題になっていましたが、本件は、特に労働契約と認められるのかどうかという観点から、原審と高裁で判断が異なった事

案です。

放送会社との間で受信料の集金や受信契約の締結などを職務内容とする有期の委託契約という形で契約を締結していた者から、この契約が労働契約であることを前提として、中途解約は無効との主張がされました。原審においては認容されたのですが、控訴審では、稼働日数とか稼働時間が従事者に任されていた、時間的拘束性が低い、第三者に再委託できるといったことから、否定されました。

ただ、原告側は、労働契約ではなかった場合の解約の有効性というのは争っていない。つまり、労働契約であるということが大前提という立場ですね。具体的には、労契法の適用ないしは類推適用があるかどうかということになります。もし労働契約もしくは労契法17条の類推適用がある契約だということになれば、やむを得ない事由がない限り解約できない。一般の契約、委託契約とは大分異なるということになります。

論点としては、何といたっても、原審と高裁のスタンスの違いです。原審、高裁とも労働契約の成否について争われている事案ですが、中身は労働者性の判断とほぼ同様の内容になっています。原審のほうは、当然ながら、労働者性判断の基準について今までの判断の仕方を踏襲しており、労契法上の労働者性と労基法上の労働者性はここでは分ける必要がないということを大前提としています。

というのは、「仮に労契法上の労働者の方が労基法上の労働者よりも広いと解するとしても（非同一致ないし峻別説）、少なくとも労基法上の労働者に該当すると認められる場合には、当然に労契法上の労働者に含まれることになる」という言い方で、労基法上の労働者性で判断してよいということを示し、「指揮監督下の労働」（労務提供の形態）、「報酬の労務対償性」（報酬が提供された労務に対するものであるかどうか）を基本的な判断基準として、それぞれ細かく判断要素を列挙し、それに基づいて具体的な判断をしているわけです。

これもこれまで裁判所で原審と上訴審とが判断を変えてきた経緯とほぼ同じで、判断基準そのものは控訴

審も同じなのですが、原審は、労働者性を判断するにあたって、判断要素の具体的な当てはめのところが比較的広いと言わざるを得ません。例えば、契約開発スタッフとして委託契約を結んでいた人たちについて、「被告がスタッフの担当区域という業務活動に重要な就労環境を一方的に指定し、スタッフがこれに対する諾否の自由が事実上ないことは、使用従属性を示すものとして、労働契約性を根拠づける大きな要素となるべき」と言っているのですが、一方、高裁では、これは業務の事業の性質上仕方ないことだとしている。これもよくある判断なのですが、高裁は「したがって、その定められた業務内容に関するものである限り、被控訴人が個々の具体的な業務について個別に実施するか否かの選択ができるわけではない」から一方的な決定だとは言えるものの、「もっとも、これは、包括的な仕事の依頼を受託した以上、契約上、当然のことと解される」としている。さらに続けて、「本件では、業務の内容からして、控訴人が被控訴人に対し特定の世帯や事業所を選び訪問すべき日や時間を指定して個別の仕事に依頼するなどということは、およそ予定されていないと考えられるから、被控訴人に上記の選択権のないことを本来的な意味での諾否の自由の有無の問題と捉えるのは妥当ではない」として、原審とは全く違う判断に立っているわけです。

その他、例えば指揮命令権の存否につきましても、原審は、業務記録などを逐一提出しなければならず、それに対するチェックもあることなどを述べて、実質的な指揮命令権があったと言っています。例えば、原告は被告から定型書式用紙のほか電話機やプリンターなどの貸与を受けていた。「これらのものが一般的に入手しにくい、業務遂行上統一されていることが望ましいのであるとするが、スタッフに対し、統一された業務遂行を事実上指定することは」指揮命令がそこで行われていることの一つの示唆になるとも原審は言っています。

実は、この受託業務は第三者に再委託することが許されている。許されているのですが、再委託の容認については「実際にも再委託しているスタッフが一定数存在した……。しかし、再委託を認めても、被告にとっては受信料が得られることに変わりはないから、そのことによる不利益はないはずである上、むしろそのほうが成果が上がる場合も考えられる。したがって、この点は本件契約の法的性質を検討するにつき、大きな

要因となるものではない」として、労働契約性を認めるのに特に支障となるものではないと言っています。他方で控訴審では、この点を非常に重要な要素と考えられています。「本件契約で特徴的なことは、再委託が自由であることであり、その利用率はともかく、全国的に利用されており、現に神戸放送局にいるスタッフにおいても利用されていた。しかも、再委託先は、配偶者、親子にとどまらず、公募した第三者まであった」と高裁は指摘している。

そういう事実なども踏まえて、結局、「諾否の自由の問題を取り上げるのは相当ではな」とした。それから、助言指導があったけれども、それは「限定された場面におけるもの」で指揮命令とみることはできないとした。あるいは、本件契約は出来高給であって、事務費が払われているけれども基本給とまでは言えないとか、第三者への委託があるとか、その他、やはり社会保険の適用がないこと、就業規則も適用がないことで、原審の判断がひっくり返されたということです。

労働者性の問題は非常に増えています。業務委託契約従事者の労働者性に関しての議論は、鎌田先生が専門中の専門でありますので、是非ここで整理しておきたいと考え、取り上げることにした次第です。

鎌田 この判決を読んだ第一感ですが、第一審はなぜこのような判断をしてしまったのかなと思いました。結論の当否は別にして、裁判例のこれまでの流れから言うと、第一審のような判断は特異ではないでしょうか。むしろ控訴審の判断がこれまでの裁判例の流れに沿っていると思います。第一審の裁判官がなぜこういう判断をしたのかに、興味を持ちました。

判断の違いについては、野川先生が詳しく指摘されたところですが、私なりにまとめますと、労働組合法上の労働者と違って、労契法あるいは労基法上の労働者性を判断するにあたって、かねてから問題になっているのは、事実をどう評価するか、逆に言うと、契約の特質・性質に基づく権利義務関係を重視してみているのか、あるいは、そういう権利義務関係よりも実態・事実をどう評価するのか、という判断方法についての対立です。私の理解では、これまでの裁判例は、労基法あるいは労契法上の労働者性に関しては、契約の特質・権利義務関係をある程度考慮して判断する傾向が定着してきているのではないかと考えています。

そうした判断方法を労組法上の労働者にも及ぼしたのが、国・中労委（新国立劇場運営財団）事件の第一

審判決（東京地判平20・7・31 労判967号5頁）または国・中労委（ビクターサービスエンジニアリング）事件の第二審判決（東京高判平22・8・26 労判1012号86頁）だったわけです。

こうした判断方法に対しては、以前から労働委員会は、労組法上の労働者については事実的判断を重視していたので、労働委員会としてはかなり強い態度でそういう裁判所の考え方に異を唱えました。この点は、幸いなことに最高裁にも受け入れられ、その結果として、労基法あるいは労契法上の労働者と、労組法上の労働者では枠組みが異なってきたと思います。

では労基法上の労働者、労契法上の労働者をどう考えるか。学説上は、労基法上の労働者と労契法上の労働者というのはやはり分けて考えるべきではないかという意見もある中で、裁判所は分けて考えない、同一に捉えている。つまり、労基法上の労働者が労務を提供する契約が労働契約だという考え方できている。それがいいかどうかはそもそも論なので、ここでは詳しくは言いません。

第一審と第二審の違いで特に注目したいところは、第一審は、委託者と受託者の関係が事実上どうだったのかに強く焦点を当てて判断している。具体的には、例えば「諾否の自由が事実上ないこと」と言っている。これはまさに労組法上の労働者とほぼ同じ判断の仕方なのです。また、委託者被告による指導助言に対しても、スタッフは「事実上それに従わざるを得ない」「実質的強制力が否定できない」と、要するに、「事実上」ということを非常に重視している。

それに対して控訴審は、野川先生がおっしゃったことの繰り返しになりますが、こうした事実上の拘束は「包括的な仕事の依頼を受託した以上、契約上、当然のこと」としている。業務従事地域についても、「また、スタッフの業務従事地域は各期ごとに控訴人によって指定されており（中略）、この拘束性は契約上予定されていたものである」と言っています。判決の言葉の上で挙げられる注目点は以上です。こういう違いが判断の違いになっているということが一つです。

もう一つ、委託契約と請負契約との契約類型の特質をどう捉えているかということです。控訴審は、委託・請負契約というのは、要は、契約類型としてどうあるべきかではなくて、契約書あるいは契約の取り決めの中でどういう権利義務を設定しているのかという観点から、ある意味ではオーソドックスな考え方で議論を

立てている。

それに対して第一審は何と言っているかということ、典型的に出てくるのは、「被告は、スタッフはどの日に稼働しようと自由であったと主張するが、極端に少ない稼働日であれば直ちに要請や指導がされることが容易に予想されるところ、本件契約が純然たる委任契約、請負契約であれば、委託業務の成果に応じて約定の報酬を支払えば足りるはずであるから、このように稼働日数について被告が逐一要請ないし指導する必要性は乏しいと思われる」と言っています。こうした判断方法には、私は懐疑的です。純然たる委任や請負であればこうあるべきだと考える仕方を一概に否定できないけれど、そもそも委託とか請負契約の中身が曖昧だからこういう議論になっているときに、本来こうあるべきだからこうなるのだと言うのは、やや典型契約論にとらわれた議論ではないかと思います。

こういった発想は、例えばいわゆる費用の負担についても出てくる。「被告は、一定の遠距離にいるスタッフが来局する場合などに、当該スタッフに乗車賃等を支給しているが、これも本件契約が委任契約あるいは請負契約であるとすれば、本来は、事業主である原告が必要経費として負担すべきものともいえる」。確かに、本来であればそうしたほうがいいかもしれないけれども、さまざまな性格を持っている委託あるいは請負契約があって、その法的性質を決定するときに、本来であればこうであるはずだという議論は、近年の裁判例ではあまりみない。

それに対して控訴審は、ある意味ではこの種の事件の判断枠組みとしてはほぼ常道。注目したいのは、例えば再委託が自由ということが特徴的だと控訴審は言っています。私もそう思います。再委託をこんなふうにして自由しているという業務委託契約はかなり珍しい。再委託をほぼ自由しているということは、本件契約が労働契約ではないことを示す重要なポイントの一つとして挙げられる。

業務委託契約では割と再委託を制限するのが普通ですね。だから、再委託ができるできないはあまり注目されていなかった。ただ、こういう判決が出ると、再委託が自由というのが労働者性を否定する要素として重視される。逆に、再委託が制限されていると労働者性を肯定する要素になるかどうかはまだよくわかりません。この種の事件では新しいことではないでしょうか。そういう意味で非常に特徴的なので、注目しました。

野川 なぜいまだにこういう対立が続くのでしょうか。まだまだ取れんしているとは言えない。

鎌田 そうですね。

野川 原審は、使用従属性ということを打ち出して、実態をみて、実質的に支配下にある、だから労働者であると言う。しかも、本件の場合には、労基法上の労働者ではなくて労契法上の労働者だから、労基法上の労働者性を判断するよりは柔軟にできるという頭も原審にはあったと思うのです。それに対して控訴審は、契約の中身としてどうだったかということを考えればやはり労働契約とは言えないという。鎌田先生がいみじくも指摘されているように、原審は、これはそもそも委託契約とか請負契約ではない、だって委託契約だったらこうでしょう、請負契約だったらこうでしょうと言っている。でも実はそれは逆。つまり、労働契約であるかないかが問題なのであって、労働契約ではなかった場合、それがどんな他の契約かは、はっきり言って重要な問題ではないわけですよ。少なくとも労働契約ではないということにスタンスを置くのなら、そういうことは出てこないと思います。さはさりながら、最初に委託契約として締結しても、その後、委託契約から生じるいろいろな権利義務とか、実態の中に労働契約におけるそれと類似したものが出てくるということであれば、それはやはり形式上は委託契約であっても、実質は労働契約だということは十分あり得る。だから、労働契約性を判断するために、委託契約だと言っている当事者の意思が本当に契約の内容に反映されているのかということを実態からみていくことには意味があるのではないかと思うのです。

ただ、結論的には、原審には少々無理があると思います。鎌田先生がおっしゃったように、一つは第三者への委託。もう一つは、やはり公租公課の部分は、労契法上の労働者であれば一般的には労基法が適用されてしまうので、なかなか難しいのではないかとは思いますが。

もっとも控訴審のほうも——最近よく出てくる考え方なのですが——労働契約でなくても、委託とか請負などの労務提供契約の場合は、一定程度、最初からいろいろなことに自由がない。請け負ったり委託したりする労務を提供する側に一方的決定の部分があるのだから、諾否の自由とか裁量はあまりない、ということも労働契約性を認めるにあたってあまり重要ではないと言っている。だけど、これが今後広がっていついのか懸念されます。委託契約だといってそれこそ

実質的に何もかも言うとおりにしなくてはいけないような契約を結んでおいて、でも契約上は再委託も許される、とかいうことになっていけば、実態がどうかにかかわらず労働契約性を認めるのは非常に難しくなっていくのではないか。ここがどの程度強い効果を持つ判断なのか。事業の性質上、契約の性質上、一方的決定やある程度の拘束は仕方がないとされてしまうことが、懸念されるのです。実際、助言指導はかなりあるみたいですから、やはり自由度が低いことは確かだと思います。

鎌田 今ご指摘のとおり、業務委託契約というのは、業務遂行の仕方をマニュアルで定めていたり、ここの助言指導もそうですが、見ようによっては雇用労働者よりも拘束性は強い。だから、拘束性の程度だけでは実はもう判断ができなくなっている。事実として拘束性の程度をどう評価するかが難しくなっている。第一審のように、そもそも委託とか請負の典型からみればそんなものは違うと言い切ってしまうのは、それはそれで一つの考え方ですが、でも、実態判断として、労働契約なのかそれ以外の契約なのかを判断しているときに、例えば働く場所、働き方について相当チェックされるということも捉えて労働契約だと言ってしまうと、現在の業務委託契約のかなりの部分は労働契約になるわけですよ。

そうすると、労働契約だと言った瞬間に、あるいは労基法上の労働者だと言った瞬間に、労基法や労災保険法などが全部どんと入ってくる。ではこの人たちが本当に労基法の労働時間規制に服するのか。それでいい、割増賃金ももらいたいというのであればそれはそうなのかもしれないし、この地域スタッフの方たちがどういうふう主張されているのかわかりませんが、労働者であると主張することによって、労基法などさまざまな法律で現在定められている全てが適用されるべきだという議論になっているのか、そうではなくて、例えば契約関係の解約だとか、あるいは労災だとか、そういったことについてのより強い保護が必要だと言っているのか、そういうことが問題になってくる。裁判所として、労働契約と労基法上の労働者を一体とするという前提に立てば、業務委託契約を労働契約と判断するのは、その波及効果からみると、相当ハードルが高い。

野川 そうです。鎌田先生が前から指摘しておられるところですが、労契法上の労働者と労基法上の労働

者というのは必ず一緒なのかということです。それと、労契法は民事法ですから類推適用も可能なので、そこまで厳しくすべきなのか。例えば本件で問題になっているのは、まさに労災保険でも労働時間でも何でもなくて、契約を中途解約していいのかという点。そのときに、労契法17条が適用もしくは類推適用される契約であるという言い方はできないのか。

つまり、労働契約という名前をつけるかつかないかという点は本当はあまり重要ではない。というのは、労基法にも労働契約という言葉が出てきますが、労契法上の労働契約と必ずしも一緒ではない。要するに、労基法は、事実上の労基法9条に該当する働き方をしていればいいわけだから。労組法も、16条で労働協約は労働契約を規律しますが、そこでいう労働契約は明らかに労契法上の労働契約ではないのです。なぜかといったら、労組法上の労働者は労契法上の労働者である必要はないから、例えば委託契約であって労契法上は労働契約ではないと言っても、労組法上は労働契約であると言える場合はいくらでもあり得る。

と考えると、この種の争いがいつまでも絶えないのは、やはりそこの処理が結局うまくできていないということに問題があるのではないかと。

鎌田 そうですね。だから、契約ルールの適用に関わる部分については、労働契約と言おうが——私は雇用と言っているのですけれども——要するに、それなりのルールが当然出てくる。これだけ拘束されている中で、きちんと従わないからクビだと言われた場合には、それはあなたの指導・指示があってやってきたことなのですよ、ということも当然出てくるわけですよ。ただ、本件では、労働契約を前提にして、いわゆる労働契約以外のルールの問題は議論しないと言っている。いや、原告がそういう方針なのでから……。

野川 問題だとは思いますが。

鎌田 契約形式に固執して実をとる闘いはしていない。かつて地域スタッフの方が準労働契約という観点から解約の是非を争ったことがあって、それで負けているので、今度は正面から議論しようということなのだと思いますけれども、やはり一方では、労働者と認められればあらゆる法律が丸ごと適用される。当然、労働者の概念はかなり絞られる傾向になる。

かつては相対的概念といていたけれども、相対的と言っても、あまり法律の枠を超えてバラバラに検討するのも問題なので、労働契約あるいは民法上の雇用

というものの契約ルールを発展させることによって、労基法上の労働者の適用範囲と分けて考える、ということが出来るかどうかというのが一つの大きな解決の道だと思います。

野川 そう思います。実定法上は、労契法の中には労基法への言及はほとんどないのです。労基法の中には労契法への言及がある。労契法には11条だけ言及があるけれども、それは手続の話。その他は第1条から順にみていっても、労基法上の労働者と労契法上の労働者が一緒でなければいけないことを示唆する規定はないですよ。

鎌田 ただ、立法の経緯をみると、労契法2条に、「この法律において「労働者」とは、使用者に使用されて労働し賃金を支払われる者をいう」とあり、それは、いわゆる労基法上の労働者を想定した規定なので、労契法上の労働契約と、労基法上の労働者が締結する契約というのはやはり一体だと考えているが……。

野川 オーバーラップするまでは言えても、完全に一体かということですよ。

鎌田 それはそうですが、適用事業などで違っている部分はもちろんある。

野川 適用事業が違うところで、まず違うでしょう。それから、中身で違っはいけないという理由はなかなかないのではないかと。実態からみても、こういう事件で原審と高裁で相変わらず違いが出てくる。ということは、労基法上の労働者であるかどうかはともかく、もしも労契法が少なくとも類推適用される契約であるということで解決が済んだら、別にこんな争いは必要ないと思います。

鎌田 長い間こういう事件が起こっていて、この地域スタッフの方たちも一時期は、二段構えの闘いもしたんですね。それでもやはり、裁判所は、労働契約でない以上は、労働契約ルールの委託契約への類推適用を認めない傾向にある。裁判所としてはかなりガードが堅い。

野川 他の訴訟を起こされるおそれもありますからね。やはり実定法上、何か工夫が必要なかもしれない。諸外国ではやっているわけだし。日本でそういう不毛な状況が生まれないようにするために工夫が必要かもしれない。

鎌田 まさにそう思いますが、なかなか難しい。労働者保護の制度が労働者概念と強く結びついている。労働者と非労働者という二分法ではなく、必要な範囲

で労働法上の保護を拡大できればいいという議論に、なかなかならない。

野川 ならないですね。

鎌田 なぜ日本でそうならないのか。

野川 法律によって役所の管轄が決まっているからという気もしますね。

鎌田 裁判所としても、労働契約法と労基法上の労働者を一体として考えれば、そう簡単に労働者だとは言いがらいでしょう。

2. 救済命令の取消訴訟における訴えの利益と救済方法に関する労働委員会の裁量権の範囲——広島県・県労委（平成タクシー）事件（広島高判平26・9・10 労判1120号52頁）

— 事案と判旨 —

タクシー運送会社X社（第一審原告、被控訴人）の従業員が加入するA労働組合（第一審被告補助参加人）は、商業施設内でのピラ配布行為により乗務停止などの懲戒処分（3日間の無線配車停止、以下、本件懲戒処分）を受けたことなどを理由に、本件懲戒処分を不当労働行為だとし救済申立を行った（本件申立て）。初審（広島県労委）は、本件懲戒処分を不当労働行為と認定し、その取消しと同処分による不利益相当分の賃金相当額（本件バックペイ）の支払いを命じた（本件救済命令）。

ところが、懲戒処分を受けた組合員らは、本件申立てと並行して、広島地裁に、懲戒処分がなければ得られたであろう賃金相当額の支払いを求めて別件民事訴訟を起した（以下別件訴訟）。別件訴訟第一審判決（広島地判平24・8・2）、控訴審判決（広島高判平25・3・26）は、原告らの賃金相当額の一部を認容し、判決が確定した（別件確定判決）。その後、平成25年3月29日に、X社は、別件確定判決により確定した債務（賃金相当額の支払債務）を履行した。

別件訴訟と並行して、X社は本件救済命令の取消しを求めて訴訟を提起し、これに対して、本件第一審（広島地判平25・9・4 別冊中労時1472号70頁）は、不当労働行為の成否については本件救済命令を支持したが、救済内容について、①本件バックペイの取消を請求した部分のうち、別件確定判決により支払われた部分は、支払いによりその目的は達せられ、訴えの利益が失われ、②バックペイのうち別件確定判決の支払請求額を超える部分は、労働委員会の裁量権の範囲を逸脱するもので違法と判断した。

これに対して、本判決は第一審判決を覆して、①バックペイの賦課は公法上の義務であって、私法上の義務とは異なり、民事判決に従って私法上の義務を履行しても、取消しを求める訴えの利益は失われない、②救済命令の内容は、私法的な意味での原状回復と同義とは解されず、私法上の

権利関係に従った回復措置に限定されるものではない、③ただ、救済内容が、実質的に私法上の権利義務の実現と共通する面を有する場合には、その救済の結果について私法上の権利義務との調整が可能であるか、その乖離の程度が救済命令の目的からして許容される範囲内にある必要はあるというべきであって、調整不可能な上、その乖離の程度が著しく、救済の目的を超える内容の救済命令は、裁量権の範囲を逸脱したものと評価されるとした上で、本件救済命令に労働委員会の裁量権を逸脱する違法はなかったと判示した。

鎌田 平成26年9月の判決ですので、一昨年の裁判例ではありますが、集团的労働関係をめぐる重要な判決だと思い、あえて取り上げることといたしました。

この事件は、組合員に対する懲戒処分、具体的には乗務停止処分が不当労働行為に当たるとして、処分を受けている期間のバックペイ命令が出されましたが、その救済命令の取消訴訟です。

事実の概要はすでに紹介したとおりなのですが、本件取消訴訟では、バックペイ命令の部分だけではなく、不当労働行為の成否なども争われていますが、今日はこのバックペイ問題に絞ってお話します。

本件事案の特徴的なところは、不当労働行為の申立事件と別件民事訴訟が並行して進行し、救済命令の発出後に、民事訴訟の判決が確定し、会社がこれに従って賃金相当額を支払ったが、会社はあくまで、バックペイ命令の取消を争ったというところにあります。

本件第一審判決は、まず、バックペイ命令について、賃金相当額のうちすでに支払われている部分は目的が達せられており、したがって訴えの利益はないこと、第2に、バックペイ命令によって請求される額のうち、民事確定判決で確定した額を超えている部分については、労働委員会の裁量の範囲を逸脱したもので違法だという判断をしました。

これについて労働委員会が控訴いたしました。ここからが本日取り上げる判決ですが、第一審判決を覆して、労働委員会の立場を支持しました。控訴審判決は、まず、確定した民事判決に基づいて私法上の義務が履行されたとしても、救済命令の目的は労働者の個人的財産的価値の回復だけではなく、組合を含めた正常な集团的労使関係秩序の回復・確保にある、したがって、バックペイを課しているその義務は公法上の義務であって、民事判決に従って私法上の義務を履行したとしても、取消しを求める訴えの利益は失われないとし

ました。これが第1点です。

第2点は、いわば民事判決が認めた賃金相当額を超えた額のバックペイ命令をしたという部分についてですが、救済命令の趣旨・目的は、使用者の不当労働行為により生じた事実上の状態を是正することにより正常な労使関係秩序の迅速な回復・確保を図ることにあるのだから、救済命令の内容は私法的な意味での原状回復と同義とは解されず、私法上の権利関係に従った回復措置に限定されるものではないと言っています。たとえバックペイの額が民事判決のそれを超えている部分があったとしても、それだけで違法、無効ということになるわけではないとした。

この2つの争点については、私は控訴審判決を支持したいと思います。第一審判決は、最高裁判例（第二鳩タクシー・最大昭52・2・23労判269号14頁）に照らして支持することができません。

原則論はこれでいいのですが、本判決は、「事案と判旨」で記載したように、一定の場合に「救済の結果について私法上の権利義務との調整が可能であるか、その乖離の程度が救済命令の目的からして許容される範囲内にある必要はある」としています。結論として、労働委員会の裁量権逸脱を認めませんでした。

バックペイ命令の額と民事確定判決の支払額が異なった事情は、無事故手当の扱いとか、処分日数の計算方法が違っているといった点があるのですが、労働委員会が救済命令を発した時点では民事判決は出されていなかった。労働委員会としては、バックペイ命令が民事上の請求、私法上の権利にどのような影響を及ぼすのかについては、命令を発した時点で認識・判断することは困難であることなどの事情を挙げて、本判決は、集団的労使関係の迅速な回復・確保を図るといふ救済命令の目的からみて、救済命令時において明らかであった事情に基づいて判断した点については裁量権を逸脱したものとは言えないとしたわけです。

論点の1点目は、バックペイが命ぜられて、その後、民事確定判決によって任意に支払った賃金部分について、果たして訴えの利益が失われたと言えるのかということ。労働委員会のこの訴えの利益についてはいくつも先事例がありますが、民事判決によって確定した賃金相当額を支払ったことによって、バックペイの重なっている部分について訴えの利益が失われたかどうか争点になったのは初めてで、その意味で先例的意義があると思います。

もう一つ注目すべき点は、バックペイの中で別件訴訟で確定した賃金相当額を超えている部分について、本判決は、労働委員会による原状回復は私法的な意味での原状回復とは違うとしたわけですが、ただし書きで、全く無関係というわけではないと言っています。これをどう捉えたらいいのかが今後の課題として残るのではないかと思っています。

野川 これはいわゆる、救済命令が発出された後の事情変更と、取消訴訟における訴えの利益という問題ですよね。今までも事例はいろいろあって、中でも労働者が退職してしまったケースが結構あります。

鎌田 本件もそうです。それも4人ほど退職しました。

野川 不当労働行為救済命令取消請求事件（熊谷海事工業事件）(最二平24・4・27民集66巻6号3000頁)では、まさに労働者が実際いなくなってしまって、それでも団体交渉を受ける意味があるのか争われたことがありましたが、産別組合だから、また組織化される可能性は十分あるということで、基本的には、本件の高裁のようにしゃくし定規には考えていない。たとえ民事的にある状態が現出したとしても、不当労働行為の救済命令の履行はそれとは意味が違うという、大体同じ論点だと思います。

鎌田 その点は同じですね。

野川 問題は、鎌田先生がおっしゃったように、さはさりながら、民事的な何らかの対応を使用者側がしたことによって、その前に発出された救済命令の内容がいわば一部満足されるというようなこともあるのではないかということですよ。それをどう考えるか。やはり一番難しいのはバックペイです。第二鳩タクシー事件以来の最高裁の考え方は、私法的法律関係から著しくかけ離れるような場合には裁量権の逸脱ということでした。例えば、バックペイを命じて、その内容がおそらく私法上、中間収入を控除して、払えと言った場合と額が大きく離れているようなとき、それは逸脱だということになると思います。

それに対して、例えば菅野和夫先生は、私法上の権利義務を参考とすることも必要だという言い方をされていて、私法上の権利義務関係に影響される度合いはかなり弱い。最高裁も著しくかけ離れてはいけないうことであって、そんなに強いとは思っていないですね。ということを見ると、果たしてここで言っている調整可能というのは、どういう基準を言っている

のか。つまり、この裁判所は頭の中で、具体的にどういことがあったら調整不可能だ、これは取り消さざるを得ないと言おうと思っているのか。

鎌田 仮に、例えば労働委員会で審査をしている最中に民事裁判が確定して支払われた部分を無視してバックペイ命令をした場合にはどうなるか。つまり、確定した時点で調整可能ですよね。バックペイというのは、個々の労働者の賃金相当額ではなくて、まさに団結権侵害なのだから、全額バックペイしてくださいという命令を出したときにどうなるのか。

野川 確定判決が出た後、労働委員会が救済命令を出した場合ということですね。信念に基づいてね。

鎌田 はい。仮定の話だからあまり説得力がないのだけれど。多分、実態として労働委員会はそうはしないと思います。

野川 それはそうでしょうね。だけど、理論的にはあり得ると。

鎌田 そう。

野川 理論的には、会社に二重払いさせていいではないかということもあり得るといことですね。そのときに会社は不当利得か何かで取り返すのでしょうか。でも、明らかに法律上の原因がある。根拠法規が違う。

鎌田 そうなんですよね。そうだとすると不当利得になるだろうか。

野川 不当利得にもならない？

鎌田 なり得る可能性もあるけれども……。

野川 ならない可能性が大きい？

鎌田 バックペイと賃金の支払いの根拠は、一応分けて考えるのですよね。

野川 分けて考えたとすると、労働委員会命令の取消訴訟で、すでに確定判決で支払っているものに対してなおバックペイで支払えと言ったことは、裁量権の逸脱だというふうになるかどうかですね。調整不可能なのでしょうか。そこがわからない。調整可能というのはどういうことを言っているのか。

鎌田 調整という文字づらだけみると、救済内容が、その救済の結果において私法上の権利義務との調整が可能である場合には、調整しなさいよというニュアンスですよね。今言った仮の事例でいうと、一応調整しないと具合が悪いような感じがしますが、そう読んではいけなないかな。

野川 でも、その判断はどうやってするか。何をす

ることが調整なのでしょう。

鎌田 具体的に言うと、確定した賃金相当額を支払ったら、その部分を差し引いてバックペイするといことが調整でしょうか。

野川 実質的にはそうするのでしょうか。それが判決で言うところの調整なのだろうか。第二鳩タクシー事件で破棄差戻しになったのは、別に高裁が言っていることが間違っているわけではなくて、これについての判断をしていないからしなさい、という趣旨で最高裁は言っているのでしょうか。つまり、中間収入を控除しなかったから悪いと言っているのではない。中間収入を控除しなかったことについて、それは例えば団結権侵害という深刻な問題がある。だから、これを是正して労使関係を正常にするためには全額バックペイが必要ということが正当化されたら、最高裁の判決には矛盾しなかったわけでしょう。それを考えたら、個人的な救済の面から言えば確かに調整は必要かもしれないけれども、団結権侵害の度合いが深刻であって、専門機関としての労働委員会が全額バックペイを、たとえ民事判決で払われていようと、払わせることによって、将来は……。

鎌田 将来の労使関係の正常化を図るといこと必要と判断すれば……。

野川 いいと言えるんですかね。そこですよ。

鎌田 話が飛ぶようですが、いわゆる再雇用制度における不当労働行為の問題は悩ましい。労働組合員であることを理由に再雇用を拒否したと仮定しましょう。本来なら賃金、仕事の中身や勤務日数などを協議し、その条件でそれでは再雇用をお願いしますところ、不当労働行為で拒否をしたものだから、そういう話は一切していないと。会社が組合活動を理由に定年退職者を再雇用しなかった場合、労働委員会が不当労働行為だとして救済命令を出すときに、再雇用したもとして取り扱えという命令が出せるか。そして仮に出した場合に、労働条件はどうするか。本来であれば、再雇用したときに労使で議論して、週当たり何日、賃金はいくらということを決めるべきなのに、それをしていなかったのだから、定年退職時の労働条件を維持したもとして、バックペイを支払えという救済命令が出せるかという問題です。これは権利義務関係が前提になりますよね。こういう命令はやはり難しいのではないかな。

野川 もちろん難しいでしょう。でも、当事者でし

かるべき契約を締結しなさいとすればいいのでは。

鎌田 もちろん労働契約を締結するよう協議しなさいということは言えるのですが、労働委員会の命令は事実上の命令だから、正社員だったときの月給いくらを払えという命令を出せるか。

野川 できるのではないですか。

鎌田 事実だから、できますかね。だけど、それは正社員としての地位が維持されているという権利義務関係が前提になっていますよね。

野川 お金を払えと言うだけだから、そういう主張は可能なのでは。たまたま正社員だったときの賃金と同額を払えと言っているだけ、賃金収入がないから、それへの補填として払えと言っているだけであって、その後結ばれた契約ではそんなに大きな額ではない。そもそも先ほど言ったように、団交とか組合事務所の貸与だったら、話し合っただけで決めなさいという命令が出るでしょう。

鎌田 命令は出せると思う。ただ話し合えと言ってあまり実効性がないことが多いので、ストレートにバックペイ命令を出す。

野川 ストレートにね。でもそのときは、仮の額と言ったらいいか、労働委員会が必要と認める額でいいのではないか。本件の論点で言えば、調整不可能なことがあるということになる。民事的な権利義務関係が別途決まっていた場合というよりも、賃金の遡及支払いとしていくらを支払ったというようなことがあった場合には、それと調整不可能になる場合があるということですよ。

鎌田 調整というのが、金額面での調整ということであれば、事前に確定判決があって支払われていたら労働委員会としても対応できると思います。ただ、再雇用制度のような問題では、野川先生がおっしゃられるように、労働委員会がとにかく再雇用して労働条件は労使で話し合いなさいと言うことはできると思います。そうでないと、らちがあかないでしょう。でも、労働委員会として額まで特定してバックペイ命令を出せるのか。

野川 出せるのではないですか。出さないというなら話は別ですが、出せないという判断は根拠づけられますかね。

鎌田 労働委員会は、正社員のとときの給料額と言っているわけだから、再雇用契約から生ずる権利義務関係を前提にしているわけですよ。そういう雇用関係

が継続したものとして払え、という理屈でいくのだと思いますが、それはある一定の権利義務関係を前提にして初めて言えることです。

野川 でも、再雇用はするというならどうでしょう。再雇用したら必ず給与は払われるわけだから、そのときに給与がまだ決まってないなら、条件つき救済命令を出したらいいのでは。もしも後で決まった給与がそれよりもずっと少なかった場合には差額は返還する。別に判決ではないのだから、できるのではないですか。

鎌田 そこは労働委員会の工夫次第です。ただ、私が言いたいのは、私法的関係との調整といった場合に、一体どういうふうを考えるか。労働委員会の命令と私法的な権利義務関係とは違いますよと言うと、野川先生が言ったように、いや労働委員会はあくまでも団結権侵害に対する将来の労使関係の正常化を目指しているのだからできるとしても、私法上の権利関係の枠を超えてはならないですよ。

野川 そうですね。

鎌田 例えばネスレ日本（霞ヶ浦工場）事件（最一小判平7・2・23労判670号10頁）。最高裁は、救済命令によって作出される事実上の状態は必ずしも私法上の法律関係と一致する必要はないが、私法的法律関係から著しくかけ離れるものであってはならないとしています。

野川 確かに、新しい法律関係をつくっているのではないかと。

鎌田 そうです。それは認められませんよと言われたら？

野川 それは無理でしょうね。例えば労働契約の締結をしろという救済命令は出せるのでしょうか。

鎌田 権利義務関係ではなく、いわばまさに一定の行為を求めているわけだから、できるのかもしれませんが。

野川 だけど、労働契約がないのに賃金を支払えという命令はできない。

鎌田 バックペイではないから、それはできない。

野川 そうなってくると、やはりその命令内容自体が一定の民事的な法律関係を形成しない限りできない。

鎌田 そうですね。そうすると、再雇用のときはどう考えるのか。

野川 再雇用のときには、賃金相当額ですよ。

鎌田 非常に根の深い問題です。

野川 もう一つ、労働委員会の命令で、被申立人が申立人、組合員らに既に支払っている賃金があれば、それをこの支払いに充当することができるという部分がある。

鎌田 それはちょっと気づかなかった。

野川 最初のところでは、労働委員会自身が一応の工夫はしている。その後どうなったかわからないけれども。だから、事実上は労働委員会のいろいろな工夫で対応は可能ですが、問題は法的にどう整理するか。特に先ほどの調整という言葉はどう捉えるか。

鎌田 第二鳩タクシー事件、ネスレ日本事件と、どう整合的に捉えればいいのか。

野川 あとは、労働委員会がきちんと整理して、うまく命令を出すことですね。

3. 公立学校法人の教職員の退職金減額が認められなかった例——T大学事件（東京高判平27・10・28 労経速2268号3頁）

事案と判旨

T大学は、T市が設立主体である公立大学法人であるが、T市は、T市職員の退職手当に関して、本件退職手当条例を定めており、T大学の教職員の退職手当は、平成21年3月31日までの間、同条例に基づいて支給されていた。

T市は、平成24年12月27日、本件退職手当条例について、次の経過措置を経て、退職手当の基本額に係る調整率を100分の104から100分の87に引き下げの旨の条例を制定した。

- (1) 平成25年2月1日～同年9月30日：100分の98
- (2) 平成25年10月1日～平成26年6月30日：100分の92
- (3) 平成26年7月1日以降：100分の87

本件改正条例は、平成25年2月1日、施行された。

これを受けてT大学は、平成25年3月13日、本件退職手当規程1条2項に基づき準用する本件改正条例附則第1項中「平成25年2月1日」とあるのを「平成25年3月29日」とし、規程の施行期日を同月29日とする旨の「公立大学法人T大学職員退職手当規程の一部を改正する規程」を制定し、同月15日公布した上で、平成25年3月15日、Xらを含む教職員に対し、一定の経過措置を経て、調整率を100分の104から100分の87に引き下げの旨の通知をした。

これに対し、退職したT大学の職員より、本件減額が無効であるとして、減額措置以前の規定に基づく退職金額と受給した額との差額等を求めて訴えが提起された。

原審は、差額請求を一部認容し、併せて不法行為の成立も認めたが、控訴審では、認容額を一部変更した上で、調

整率について労使慣行が成立していたと認められること、調整率につき条例を適用することについて労働者側の了解が得られていなかったこと、条例を適用することで団交の機会が奪われる不利益は決して小さくないこと、周知も説明もなされた形跡がないことなどから、差額請求は認めつつ、不法行為は否定した。

野川 本件は、公立学校法人の教職員の退職金を減額したが、それが認められなかったという事案です。自治体の公立学校法人を運営している自治体の条例が、退職金の基本額算定上の調整率を100分の104から100分の87に段階的に引き下げるといふ条例の制定をしました。それに伴って、この公立学校法人が退職金規程を同じ内容に変更したわけです。その結果、受給退職金額が減額されることとなった労働者から差額請求がされました。

原審は一部認容しました。控訴審も、認容額は一部変更したものの、認めた。その理由は、調整率については、労使慣行が成立していたことが認められること、調整率につき条例を適用することについて労働者側の了解が得られていなかったこと、条例を適用することで団交の機会が奪われるという不利益が小さくないこと、周知も説明もなされた形跡がないことから、差額請求は認めたのです。

判断が違ったのは不法行為についてです。原審は、不法行為による損害賠償請求についても、被告が本件減額通知を行い、本件改正規程を施行した行為は、原告らに対し、同月28日までに自己都合退職するか、退職手当の減額の不利益を受けるかを不当に迫ったものと評価せざるを得ず、原告らの意思決定の自由を侵害して精神的苦痛を与えた不法行為と言わざるを得ないと言っている。一方、控訴審は、不法行為が成立するまでは認められないとした。というのは、本件の減額支給というのは、本来支払われるべきであった退職手当との差額及びこれに対する遅延損害金の支払い請求が認容されるということを踏まえてみれば、被控訴人らがそれぞれ相応の期間にわたり勤務した本件大学を退職するに際して、年度末である平成25年3月31日ではなく、本件改正規程の施行前である28日に退職するか否かの選択を迫られたという心情的な事情は勘案されても、不法行為を構成するとまでは言えないとし、控訴審はその点は蹴ったということです。

論点は、運営は任されているのですが、基本的な設立主体である自治体が、条例によって退職金の支給

基準の調整率を変えたということが、就業規則の退職金規程の変更の理由になるのかという点です。

こういう例はおそらく少なくないだろうし、これからもあるでしょう。公立の学校ですから、例えば県立であればその県の条例に従った対応がなされるわけで、県立大学の職員であれば、学校法人化はされていても実質的には県の職員と身分は同等だと考えられれば、県の職員が受ける退職金の支給基準の調整率の変更は、当然、大学の職員にも適用されるべきだと扱われることは、少しも珍しいことではないと思います。その辺をどう考えるかということになります。

一審と控訴審で、退職金減額は認められないという点は同じですけれども、ポイントは、退職金は条例に準ずるという労使慣行が成立していたか、もし条例変更によってほぼ自動的に就業規則が変更されるということになると、団体交渉権を奪われるのではないかという点です。

当然、実質的な問題も起こってくる。つまり、自治体の職員には条例がダイレクトに適用されるから退職金が下がるが、その自治体が責任を持つ公立大学で、賃金という大事な事柄について別に扱うということでもいいのか、ということです。

それから、確かに不利益変更ではあるのですが、一般の不利益変更とは違って、条例に基づいてそのとおりに規程を変えた、それが不利益性の判断及び合理性の判断にどう影響してくるのか、といった問題がある。後ほど〈ホットイシュー〉で取り上げる山梨県民信用組合事件もそうですけれども、退職金の支給基準率など退職金減額のための規程変更については、昔からある問題ですが、今も重要な事案が出ています。検討が必要だと思ったので、取り上げることにしました。

鎌田 本件では、支給率に対して2つの問題があります。一つは、形の上では別組織であり、独自に労使交渉で決めることが前提のはずなのに条例を準用するというのは、団体交渉権を制約することになるという意味で不利益性があるのではないか。もう一つより重要なのは、おそらく大学は公立学校法による法人かと思うので、いわば両者の関係は別になっているにもかかわらず、実質的なオーナーである自治体の条例に従わざるを得ないこと。筋論で考えると、やはり準用はおかしいでしょう。そこが出発点ではないか。

野川 本件では、慣行ということだったが、今まで何となくそうしてきたからというだけでは弱いと思う

のです。例えば大学の規定の中に「準用する」と明記していた場合は、どうですか。団交権はある。

鎌田 準用すると書かれていても、団交権は何ら制約されるものではないので、具体的に交渉の席で説明してくださいということになるのでは。就業規則の準用という言葉の意味をどう捉えるかによりますが、例えば今年はボーナスをこういう予算で考えていますと言われたときに、準用を理由に団交することはできないということになる。やはり準用規定の存在は団交拒否の正当な理由にはならないと思います。

野川 法人だから定款があるでしょう。その中に、なお書きで、例えば教職員の労働条件については県の職員に対する市の条例を準用するものとする、とか書いていないでしょうか。

鎌田 私の知っている範囲では、就業規則にそう定めている場合はあります。

野川 就業規則に準用について定めた場合、いくら明確に定めてあっても団交権は制約しないから、自動的に適用するのは無理だということになりませんか。

鎌田 例えば留学規程のような、大学として特殊な事例に関する規程は自分たちでつくることが多いですが、懲戒といったものは市の規程を準用とすることが多い。ただ、給与についてまで準用が一般的なのかは、わからない。

野川 これは給与そのものではなく退職金の調整率だから、割と弱いわけですね。

鎌田 そうですね。でも、調整率は大きな話です。

野川 実際に減額されて訴えているのですからね。そうすると、やはり不利益変更の合理性の中に流し込んで判断すべきですか。

鎌田 そういうことになるでしょうね。

野川 本件は、準用するという規定があっても慣行がなかったと認められている。たとえ慣行があったとしてもそうだということでしょうか。

鎌田 そうですね。

野川 退職金の基本額算定上の調整率が100分の104から100分の87になると、100分の17少なくなるわけだから、やはり不利益性が大きい。今度は、合理性判断の中で、条例に準じて下げたことは、変更の必要性は高いかもしれないが、不利益の程度が大きく、かつ自動的に規程を準用するというのは、変更後の規程の相当性としても必ずしも妥当でないということでしょうか。団交しないということであれば、さらにお

かしいということになる。

鎌田 筋から言えば当然そうなのですが、これは減額支給の適法性はないという判断、つまり、この調整規程は無効だということでしょう。問題はその先です。無効だけれど、それではどうするか。団交での当局側の態度として考えられるのは、議会を通じて市の予算で決めているから何を言ったって無理ですよという態度です。いや、それは正当な理由のない団交拒否だろうと言っても、議会を通じて市で決定された予算額だから如何ともしがたいなどと言われた場合にどうなるか。

野川 あまり意味がないとは思いますが、訴訟でしょうか。つまり、当局側は、団交に十分応じ、説明したが、結局組合は聞いてくれませんでした、もうこれはしょうがないですということになる。組合が就業規則の変更はだめと言ったら、全教職員に通知書を送って、こういうふうに変更いたしますのでよろしくと言う。それで反対という職員が出てきたら、市はどうするか。改めて差額請求に対応するということになるのか。そういうことを考えると、就業規則で解決するのが実質的には妥当ということになるのか疑問です。

鎌田 だから、無効とは思いますが、ではどうするか。

野川 事実上どうなのかは非常に難しい。

鎌田 ある意味での親子会社みたいな関係だから。

野川 国立大学法人だったらどうなるのでしょうか。国家公務員としての研究者もいます。似たような職種で公務員の退職金の調整率が法令で引き下がったとき、国立大学法人の研究者も国に準じているからといって下げるのは、やはりだめなのか。

鎌田 いや、準じて下げることになりませぬ。ただ、法令を準用するということはせず、おそらく決定された予算額で説明して、団交で「お願いします」というふうに言うのではないかと。組合がそれは受け入れられないと言うと、それに対して大学は、もうそれは議会で予算も決定されているから如何ともしがたいと言うしかない。

野川 やはり実態と乖離している判断ということになるのですか。法理論的にはこの減額を正当とはなかなか言えません。制度上の欠陥ということなのか。

鎌田 本件でよくわからないのは、周知はともかく、説明をきちんとしていないから合理性がないといった言い方をしていることです。では、きちんと説明して

いれば有効という判断になるのでしょうか。

野川 説明というのがどこまでのことを意識して言われたかですよね。組合、教職員に対する説明もなく、他に同条項を変更した旨を周知したと言うべき事情も見当たらないという言い方になっているから、そんなに重要な位置づけは与えられていないと思う。おそらく労契法10条の労働組合等との交渉の経緯に関わるような説明と同じと考えてよいのではないかと。

鎌田 なるほど。やはり不合理性判断の一要素ということでしょうか。

野川 当然そうでしょうね。10条では周知は独立要件であり、これは合理性判断とは別の、独立した要件ではないと思いますけど。

鎌田 でも、実態判断としては、いわば親会社である市は、予算が議会を通る前に、こういう予算で退職金などを予定していますよと説明をし、組合側と交渉するでしょう。その話し合いの中で、組合あるいは個々の職員の意向を最終的に受け入れられないとしても、議論の中で一定の方針を決めれば、それは一つの手続きとしてあり得ると思う。それしかない面もある。

野川 きちんと手続きを踏んで、これ以上できないところまでやっても文句が出て、それでも減額した場合はどうか。不利益変更だし、同意はされていない。難しいですね。でも、これは今後もしこり得る問題です。法的にも妥当性があって、かつ実態の解決としても適切という判断はどうあるべきなのか。

鎌田 雇用主との関係だけで問題になっていますが、不当労働行為で、背後にいる使用者として市に対して申し立てることもあり得ますよね。

野川 労働条件等について実質的に決定できているからね。

鎌田 そういった場合にどうするのか。

野川 就業規則を変更したのは使用者たる法人ですが、背後に自治体がいるからそうせざるを得ない場合でも、それは認められないからといって法人に減額分を払え、というのも困るだろう。ではどういう解決がいいのか。

鎌田 条例を準用するのはよくないことぐらいは言えるけれど、具体的にどうすればいいかがよくわからない。

野川 実態面の解決には非常に困難なことを言っている判決である、と言わざるを得ないですね。

ホットイシュー

1. 定年後嘱託として同一業務に従事していたトラック運転手の労働条件が不合理で無効としたうえで、正社員の就業規則の適用を認めた事例——長澤運輸事件（東京地判平 28・5・13 労判 1135 号 11 頁）

事案と判旨

本件は、一般貨物自動車運送事業を営んでいるY社（被告）で、期間の定めのない労働契約を結んでバラセメントタンク車の運転手として勤務し、定年退職した後に有期労働契約を結んで同じ業務に就労しているX（原告）が、Y社と無期労働契約を結んでいる従業員との間に不合理な労働条件の相違があると主張し、主位的に当該不合理な労働条件の定めが労契法 20 条により無効であり、X らは一般の就業規則の適用を受ける労働契約上の地位にあることの確認を求めるとともに、当該就業規則の規定により支払われるべき賃金と実際に支払われた賃金との差額等を請求した事案である（予備的に損害賠償請求）。

本判決は以下のように判示した。①本件有期労働契約の賃金の定めは、正社員の労働契約の賃金の定めと相違しているから、労契法 20 条の適用があり、②有期契約労働者の職務の内容並びに当該職務の内容及び配置の変更の範囲が無期契約労働者と同一であるにもかかわらず、賃金の額について、有期契約労働者と無期契約労働者との間に相違を設けることは、その相違の程度にかかわらず、これを正当と解すべき特段の事情がない限り、不合理であるとの評価を免れないとした上で、③Y社においてその財務状況ないし経緯状況上合理的と認められる賃金コスト圧縮の必要性があったわけではない状況で、しかも、定年後再雇用者を定年前と同じ業務に従事させつつ、その賃金水準を新規採用者の正社員よりも低く設定することにより、定年後再雇用制度を賃金コスト圧縮の手段として用いることは、本件有期労働契約が、高齢者雇用安定法に基づく措置として設けられたとしても、正当と解することはできない、④Y社の正社員就業規則が原則として全従業員に適用されるものとされており、嘱託者についてはその一部を適用しないことがあるということとどまることからすれば、嘱託社員の労働条件のうち賃金の定めに関する部分が無効である場合には、嘱託社員の労働条件のうち無効である賃金の定めに関する部分については、これに対応する正社員就業規則その他の規定が適用されることになる。

鎌田 この事件は、定年後再雇用された労働者の賃金が正社員と比較して低く設定されていたことは、労契法 20 条の不合理な労働条件にあたるとして無効であり、無効となった部分には正社員の就業規則が適用されるとした事例です。判決は大きく報道され、社会的にも注目を浴びました。現在、控訴されていますので、今後どう展開するのか興味深い。ディアロークは、注目すべき判決を速やかに紹介するという目的もあると思いますので、取り上げました。

この会社は、高齢者雇用安定法（以下、高年法）に基づき再雇用制度を設けていました。労働条件については団体交渉で妥結に至りませんでした。原告たちは、会社が作成した嘱託社員の就業規則に基づく契約を結ばなければ契約はしないとと言われて、渋々その契約を結んで、異議を唱えながらも不利益変更された労働条件のもとで働いていました。会社の事業内容は運送事業で、バラセメントタンク車の運転以外の仕事がどれだけあったのかわかりませんが、いずれにせよ、この業務が会社の主な業務で、原告たちは定年退職後も同じ仕事をしていました。

本判決の事実と判旨は前出のとおりです。第1の論点は、高年法に基づく再雇用制度の嘱託社員について労契法 20 条が適用されるのか。第2の論点は、正社員と同一の職務内容にある嘱託社員の賃金が正社員より低いことに合理性が認められるのか。第3の論点は、本件嘱託社員の労働条件が無効となった場合、不合理な労働条件に代えて正社員の就業規則を適用して、これに基づいて正社員と同一水準の賃金を請求することができるか。

労契法 20 条の適用については、ハマキョウレックス事件判決（大津地彦根支判平 27・9・16 労判 1135 号 59 頁、同控訴審・大阪高判平 28・7・26 判例集未掲載）が出ていますが、再雇用嘱託社員に関するものとしては、初めての判断と思われます。また、労契法 20 条の解釈にあたって、本判決は重要な意義を有すると思います。

まず、論点1の労契法 20 条の適用について。労契法 20 条は、「有期労働契約を締結している労働者の労

働契約の内容である労働条件が、期間の定めがあることにより、同一の使用者と期間の定めのない労働契約を締結している労働者の労働条件と相違する場合において」と規定しています。期間の定めがあることにより、無期契約労働者の労働条件と相違することが要件となりますが、その意味としては、期間の定めがあることを原因として労働条件の相違が生じているというふうに解釈するのか、それとも、そうではなくて、有期契約労働者の労働条件が正社員のそれと相違している場合を広く対象とするのか、が問題となるわけです。判決はこの労契法 20 条の適用範囲について、使用者が期間の定めの有無を理由として労働条件の相違を設けた場合に限定して解すべき根拠は乏しい、つまり限定して考える必要はない、と言っています。

嘱託社員というのはいわゆる典型的な非正規ではなく、従来正社員だった人が高年法に基づく再雇用制度により有期契約で働いているということですから、期間の定めがあることだけが原因で賃金を下げているというより、もっと総合的な観点から労働条件が決定されているわけです。本判決では、期間の定めがあることを理由として労働条件の相違が発生している、そういう場合に限定して 20 条の適用を考える必要はない、と言っており、そういう意味で、20 条の適用範囲を広げているのかなと思います。

次に、論点 2 の、相違の合理性又は不合理性の判断について。この判決は、パートタイム労働法 9 条を紹介しながら、不合理性の判断にあたって、有期契約労働者の職務の内容が無期契約労働者と同一であるにもかかわらず、労働者にとって重要な労働条件である賃金の額について正社員との間に相違を設けることは、その相違の程度にかかわらず、これを正当と解すべき特段の事情がない限り不合理である、と言っているわけです。

パートタイム労働法 9 条は、ご存じのように、差別的取扱いの禁止または同一労働同一賃金を定めている規定とされています。労契法 20 条あるいはパートタイム労働法 8 条は不合理な労働条件の禁止規定とされ、差別禁止または同一労働同一賃金原則を定めたものではないという理解もあります。その中で、この裁判所の判断は一体どういうことを言っているのか。不合理な労働条件の禁止の意味を差別禁止または同一労働同一賃金原則と平行に捉えているのか。こうしたことが疑問として出てくる判決ではないかと思われる

ます。

そういう理論的な問題を踏まえて、特段の事情というのをどう考えるか。本判決は、高年法に基づいて継続雇用のために賃金を引き下げていることの合理性は一般論としては否定できないとした上で、こういった仕組みは一般的に広く行われているのだという会社の主張に対して、職務の内容が同じままで賃金を引き下げるといことが広く行われているとは言えない、そして、被告における財務、経営の状況を考えれば賃金コスト圧縮の合理的必要性があったわけでもないの、定年後の再雇用者を正社員の賃金、とりわけ新規採用の正社員より低く設定することに正当な理由は見出しがたい、と言っている。

同一労働同一賃金の観点から言えばそういうことになるわけですが、高年法に基づいて雇用を保障するという観点から、賃金水準のいわばなだらかな減少は多くの企業が行っているところではありますので、こうした判断が果たして説得力を持ち得るのかが論点となります。

もう一つの問題は、とにもかくにも個々の労働者は再雇用契約を結び、合意している実態があるものと会社は主張していますが、これについて本判決は、この再雇用制度は組合との団体交渉で合意していないということと、個々の労働者は確かに雇用契約を締結しているが、それは就労できなくなるのでやむを得ず契約を結んだものであり、正当なものとしては認められない、と言っています。ただ、これも見ようによっては、労働者が労働条件を渋々受け入れたことをこのように特段の事情の中であっさり否定するというのも、合意原則を考えた場合に果たして適切なのかという疑問が生ずるところであります。

論点 3 の正社員の就業規則の適用について。無効となった嘱託社員の労働条件について、本判決は、Y 社の正社員就業規則が原則として全従業員に適用されるとされ、そして、賃金等についてその一部は嘱託社員の就業規則によって適用が除外されていることから、嘱託社員の労働条件のうち賃金に関する部分が無効であれば、原則として全従業員に正社員の就業規則が適用される、と言っています。

形式的にはそういうことも考えられるかと思いますが、先ほど言いましたように、再雇用契約で渋々ながら低い労働条件で働いているという状況で、無効となったから正社員としての賃金・労働条件が認められ

るべき、という点を契約の合理的解釈で補充することはできるのか。この点については、再雇用契約を結んでいる中で、再雇用契約が無効となったから正社員の就業規則が適用されるということまでの合意をここから読み取るのか、あるいはそうではなくて、そもそも正社員の就業規則の効力として、再雇用契約が無効となった場合には適用されると考えるのか、この判決からは判断しがたいところであります。いずれにせよ再雇用契約を結んだという事実を前提にした場合には、この辺も少し議論になるのではないのでしょうか。

野川 高裁でどうなるか、非常に注目される場所ですね。論点はいずれも微妙な問題が含まれていて、場合によっては高裁で違う方向性が示される可能性も考えられます。

第1の論点ですが、地裁の考え方として、労契法20条の適用は有期労働契約であることを理由として、と一応書いてある。ところが、本判決は、これは期間の定めの有無に関連して生じたものであることは明らかであるとしている。これは解釈がかなり入っている。つまり、普通「何々であることを理由としてこういうことが生じた」といったら、「何々であることが理由である」ということの立証はかなり厳密に要求されます。例えば、労基法4条の男女同一賃金原則で言うなら、女性であることを理由として男性よりも賃金が低いはいけませんとしている。刑罰つきですから、効力規定である。だから、契約がなされていても、明らかに13条によって4条に反する男女差別賃金は無効です。労契法20条も効力規定ですよ。無効になると後で言っているわけでしょう。そのときに、果たして有期雇用契約に関連する違いであればすぐ労契法20条の適用があると言い切っているのか。非常に難しいと思いますね。

鎌田 そこなのです。

野川 少なくとも経営者は、高年法に基づいて雇用継続しているのに、こういうことを言われたらやっつけられないと思うだろうし、納得いかないでしょう。ここは十分に検討する余地があると思います。

鎌田 そうですね。

野川 高年法上の措置であるということと労契法20条との関係は、もっと正面から議論したほうがいいと思います。もし結論がこうなったとしても、この主張だけでは説得力が十分でない。例えば、他にも高年法適用がない普通の有期雇用の人が出て、その人た

ちが、有期でも労働条件の主要なものはほとんど変わらないことだと思えるのです。だとしたら、同じ有期でも、まだ定年になっていない有期で労働条件が同じ人と、定年後に有期になって労働条件が下がった人との違いは、有期であることによるものではない、と言ってしまう。

鎌田 野川先生の指摘と同じ疑問を持っています。つまり、期間の定めの有無に関連して生じたものであるということでもいいというのは、解釈論としてやや踏み込んでいる。立法経緯からいっても、期間の定めがある労働者であれば、労契法20条の適用があるという趣旨でできた法律なのか。

野川 それは明らかに違うでしょう。むしろ有期雇用であることで違いがあることは当然、というぐらいの前提でしょう。

鎌田 いわゆる非正規を前提にしているわけです。だから、嘱託社員も有期だからというのは、ちょっと違うのではないかと思います。

野川 違いますね。

鎌田 私は、そういうことで本判決はやや踏み込んだ判断になっているような感じがしたのです。でも、再雇用者が低い労働条件で働かされていることに不満を持っているというのは実態としてある。ところが、それに対して今は何らの法的な規制がないわけです。そう考えた場合に、この20条を使って、定年退職後の再雇用に一定の合理的な労働条件のたがをはめるという考えは、政策的にはあり得ると思っています。相違が期間の定めがあることに「関連して生じた」と簡単に考えないで、しっかりと詰めた解釈論を展開する必要があるのではないのでしょうか。

野川 当然ながら、期間の定めがあることという文言は、有期契約労働者の労働条件が無期契約労働者の労働条件と相違するというだけで適用されることを意味しないとは言っているが、これに近いことになるのではないかと思います。おそらく「関連して生じた」は逸脱しているでしょう。

鎌田 だから、違いがあります、としている。一方、有期だったらすべて20条が適用になるのか。

野川 そんなことはあり得ない。

鎌田 多分そうはならないと思う。そういうとき「関連」という意味をどう捉えるのか。

野川 「理由として」というのはわかりやすい。他にいろいろ理由があるというふうには言えいいわけだ

から。だけど「関連」だと、関連していないと言うほうが難しく、何でも関連している。

鎌田 ワーディングとしては、使用者が期間の定めのあることを一つの原因として労働条件の相違を設けた場合には適用されると言えば、まだ受け入れられる。期間の定めがあることが有力な原因となって相違が生じたとまで狭くする必要はないでしょう。

野川 例えば、趣旨は違いますが「相当因果関係」ぐらいのつながりは必要なのではないかと。効力規定が無効になってしまうわけですから。20条が効力規定ということにはおそらく異論はないと思う。ここは高裁で突っ込んで議論されているのではないかと。

鎌田 20条の規定の読み方として、本判決は重要な問題提起をしたのではないかと思います。

野川 2番目の論点、不合理性の判断の話に移りますが、実際に不合理かどうかについて、パート法の9条を延々と引用して、その結論として、だから有期契約労働者と無期契約労働者の間に賃金について差を設けることは、その相違の程度にかかわらず、これを正当と解すべき特段の事情がない限り、不合理であると言っているでしょう。その理由づけがパート法9条です。でも、パート法9条は、あくまでも差別禁止規定です。同一に扱えという規定であって、不合理な違いはいけないというものとは全然違う。

鎌田 そう思います。

野川 かなりの違いがあったとしても、不合理とまで言えない場合は適法である。そちらのほうがむしろ強い意味なのです。他方でパート法9条は、こういう要件を満たした場合は同一でないといいないということの新設したものであって、むしろパート法9条があることによって、パート法8条——まさに労契法20条と類似の規定ですけれども——が不合理性を是正することの意味の違いをはっきりさせたのに、こう言ってしまうと、その違いが全然わからなくなってしまう。

鎌田 この判決を読むと、労契法20条は同一労働同一賃金を定めた規定かと思ってしまう。

野川 世の中ではそう思っている人がすごく多い。

鎌田 でも、立法の経緯から考えると、そうではない。

野川 20条の文言解釈からもそれは出てこない。これは大変誤解を招きやすい解釈だと思います。こんなこと言わなくても、20条の適用があることを前提

とすれば、仕事も責任もほぼ100%同じと言いつつ賃金に違いを設けるのは、それこそ合理性はないでしょう。それでも合理的だという立証がない限り、これは原則として不合理と言うだけで十分ではないか。ひょっとしたらこの裁判官の頭には、パート法9条と労契法20条が同一労働同一賃金原則を定めた、同種の規定だという誤解があるのかもしれない。そうだとしたら、ゆゆしいことです。

鎌田 立法の経緯を考えると、少し違った理解がされるべきだと思います。

野川 3つ目の論点ですが、本件はやはり特殊な事案ですね。正社員就業規則の規定が原則として全従業員に適用される旨の同規則3条本文の定めに従い、と明確に言っている。確かに嘱託社員の賃金のところが無効だったら、賃金の部分も含めて正社員就業規則の規定が全従業員に適用されるという関係にはあるので、本件ではそうなるかもしれないけれども、これは労契法20条とは何の関係もない。本件における就業規則がたまたまそういう構造になっていただけです。

鎌田 やはり就業規則の効力の問題、適用範囲の問題だということですか。

野川 純粋に就業規則の効力の問題です。労契法20条からは、不合理であったとしても、その対応として、同一の労働条件にしろという規範は出てこない。それなのに、こういう判例があると、ひとり歩きする危険があります。裁判官はこれだけ言えば十分だろうという頭で書いているのかもしれないが。

鎌田 労契法20条が無効となった場合に、まず、補充効が20条そのものにあるのかという議論があります。条文上、そこまで言うのは難しいのではないかとというのが、私の第一印象です。次に、契約の合理的解釈で、補充的に解釈して正社員の労働条件を適用することはあり得ると思う。そうだとすれば、渋々ながらも再雇用契約を結んだということに何らかの対応がないといけないと思います。なぜなら、当事者の意思が一応ある中で、全く違うことを補充するというのは、やはりそれなりの理屈がないといけませんから。

野川 つまり、この判決のように言うにしても、その前に理屈を示してほしいということですね。

鎌田 就業規則の効力あるいは適用範囲の問題だということであれば、それはそれで考えられないわけではない。仮にそうだとしても、やはり再雇用契約を結んでいるということの事実を、適用範囲を考える場合で

も何らかの形で議論してほしい。洪々だから重視しなくてもいいというのは、ないと思う。

野川 この判決は非常に問題が多いが、最大の論点は適用のところだと思う。高年法に基づいて頑張っている企業に対して、インパクトが大きい。

鎌田 そうです。

野川 高裁で同じ結論になっても控訴棄却でも、このこと自体に文句をつける筋合いではないけれども、適用の説明がしっかりしていないといけない。

鎌田 確かにトラック運送業で、嘱託として働ける仕事に従前と同じものしかなかったという事情があるとは思いますが、それにしても労契法20条の解釈について、今言ったように、「関連して生じる」とか、あるいは同一労働同一賃金原則のような表現を用いていることは問題だと思います。それから、正社員就業規則の範囲の問題であると考えれば一応落ち着くのですが、契約の合理的解釈の問題として、補充の問題であると考えるなら、再雇用契約があるのに、洪々だからという理由で正社員の契約内容が補充されるのは、解釈の仕方としてもやや踏み込んでいます。

野川 バランスを欠いている。こういう結論を出すために検討すべき内容について、この裁判所の考え方が説得力ある形で提示されていない。だから、控訴審では、今指摘した3つの主要な問題を中心として、もう少し説得力のある検討をしていただきたい。とりわけ、高年法に基づく再雇用の場合について、労契法20条とはとにかく有期であれば適用されるとして、「関連があれば」という言い方で広げてしまった点は問題です。また、できればパート法9条には触れないほうがいいという気がします。それから、鎌田先生が指摘された、再雇用契約を締結している点は？

鎌田 再雇用契約も無効だというのなら、それはそれでいいと思いますけれど。

野川 それはさすがに言えないでしょう。

鎌田 無効だというなら、何もありませんよね。それなら正社員就業規則にするというのはまだわかるのですが、それがあつ中でその部分だけ正社員就業規則が適用されるのは、補充解釈としてかなり踏み込んでいます。

野川 本件では、労契法7条のただし書きをどう扱うかという点もある。改めて雇用契約を締結しているということだから、適用がないということになるのか。そういう様々な問題が含まれる。原審がひっくり返さ

れる可能性もあり得るという気がします。

鎌田 確かに、政策論としては今、再雇用が極めて低い労働条件を提示して、それで再雇用を受けざるを得ないという問題がある。何とかこの問題を解決したいということであるならば、問題提起として私は受け入れるし、問題意識は共有できると思う。ただ、この枠組みでいくのかどうか。

野川 再雇用だから何でも我慢しなさいという状況に対するいわば警鐘としては機能するでしょう。けれども、中身を整えないと、むしろそういうやり方を正当化する方向に一挙に傾く可能性もあるので、難しい。

鎌田 逆に深読みすると、将来の問題として心配しているのは、再雇用後に同一の仕事ではだめというなら、従前と同じ仕事しかない運送会社などで、それ以外にはごく短時間の仕事（例えば、車両の清掃）しかないという場合に、それでいいのかという問題が出てくる可能性もある。その場合、ごく短時間の仕事に対する賃金では生活ができないことになる。

野川 本件は、そういう将来的な問題も提起しているということですね。

2. 就業規則の改訂による退職金規程の不利益変更が労働契約を規律しないとされた事例——山梨県民信用組合事件（最二小判平成28・2・19裁時1646号57頁）

— 事案と判旨 —

A信用組合は、平成13年頃、経営破綻が懸念される状況となったことから、その破綻を回避するために、Y社に対して合併を申し入れた。そして、平成14年6月29日、両者の間で本件合併を目的とする合併契約が締結され、同契約において、(1)本件合併によりA信用組合は解散し、Y社が存続すること、(2)本件合併時にA信用組合に在職する職員に係る労働契約上の地位は、Y社が承継すること、(3)上記の職員に係る退職金は、本件合併の際には支給せず、合併後に退職する際に、合併の前後の勤続年数を通算してY社の退職給与規程により支給することなどが合意された。また、本件合併の準備を進めるため、両者の理事により構成される合併協議会が発足した。

平成14年12月19日の合併協議会において、A信用組合の職員に係る本件合併後の退職金の支給基準につき、旧規程の支給基準の一部を変更した新規程の支給基準とすることが承認された。

上記の変更により、(1)退職金額の計算の基礎となる給与額（以下「基礎給与額」という）につき、旧規程では退

職時の本俸の月額とされていたのに対し、新規程では退職時の本俸の月額を2分の1に減じた額とされ、(2)基礎給与額に乘じられる支給倍数(勤続年数に、定年等の事由による普通退職又は自己都合退職に応じた所定の係数を乗じて得られる数。以下同じ)につき、旧規程では上限が定められていなかったのに対し、新規程では上限が55.5とされた。また、旧規程では、全国信用組合厚生年金規約に定める加算年金又は加算一時金の給付を受ける者につき、退職金総額(基礎給与額に支給倍数を乗じて得られる金額。以下同じ。)から年金現価相当額又は一時金額(以下「厚生年金給付額」という)を控除して支給する「内枠方式」が採用されていたところ、Y社の従前からの職員に係る支給基準では内枠方式は採用されていなかったにもかかわらず、新規程では、旧規程の内枠方式が維持されるなどの変更もなされた。

平成14年12月13日にA信用組合で開催された職員説明会では、同組合の常務理事が、同意書案を各職員に配付した上、本件基準変更後の退職金額の計算方法について説明し、平成14年12月20日には、管理職上告人らを含む20名の管理職員に対し、同日付の同意書が示され、これに同意しないと本件合併を実現することができないなどと告げて本件同意書への署名押印を求め、全員がこれに応じて署名押印をした。その後Y社を退職したXらは、上記基準変更による変更後の支給基準が適用された結果、退職時の本俸の月額を2分の1に減じた額に勤続年数及び自己都合退職の係数を乗じて得られる退職金総額よりも、厚生年金給付額及び企業年金還付額による控除額の方が高くなり、支給される退職金額はゼロ円となった。また、上記合併後の在職期間に係る退職金については、Xらのうち一部には退職金が支給されなかった。Xらは、旧規程に基づく退職金の支給等を求めて訴えを提起した。原審は、上記合意書の存在等を理由としてXらの請求を退けたが、最高裁は以下のように述べて上告を認容した。

「労働契約の内容である労働条件は、労働者と使用者との個別の合意によって変更することができるものであり、このことは、就業規則に定められている労働条件を労働者の不利益に変更する場合であっても、その合意に際して就業規則の変更が必要とされることを除き、異なるものではないと解される(労働契約法8条、9条本文参照)。もっとも、使用者が提示した労働条件の変更が賃金や退職金に関するものである場合には、当該変更を受け入れる旨の労働者の行為があるとしても、労働者が使用者に使用されてその指揮命令に服すべき立場に置かれており、自らの意思決定の基礎となる情報を収集する能力にも限界があることに照らせば、当該行為をもって直ちに労働者の同意があったものとみるのは相当でなく、当該変更に対する労働者の同意の有無についての判断は慎重にされるべきである。そうすると、就業規則に定められた賃金や退職金に関する労働条件の変更に対する労働者の同意の有無については、当該変更

を受け入れる旨の労働者の行為の有無だけでなく、当該変更により労働者にもたらされる不利益の内容及び程度、労働者により当該行為がされるに至った経緯及びその態様、当該行為に先立つ労働者への情報提供又は説明の内容等に照らして、当該行為が労働者の自由な意思に基づいてされたものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するか否かという観点からも、判断されるべきものと解するのが相当である(最高裁昭和44年(オ)第1073号同48年1月19日第二小法廷判決・民集27巻1号27頁、最高裁昭和63年(オ)第4号平成2年11月26日第二小法廷判決・民集44巻8号1085頁等参照)。

これを本件基準変更に対する管理職Xらの同意の有無についてみると、……Xらが本件基準変更への同意をするか否かについて自ら検討し判断するために必要十分な情報を与えられていたというためには、同人らに対し、旧規程の支給基準を変更する必要性等についての情報提供や説明がされるだけでは足りず、自己都合退職の場合には支給される退職金額が0円となる可能性が高くなることや、Y社の従前からの職員に係る支給基準との関係でも上記の同意書案の記載と異なり著しく均衡を欠く結果となることなど、本件基準変更により管理職上告人らに対する退職金の支給につき生ずる具体的な不利益の内容及び程度についても、情報提供や説明がされる必要があったというべきである。」

野川 就業規則の改程による退職金規程の不利益変更が、労働者の同意を書面ですべて、実施されたにもかかわらず、労働契約を規律しないとされた、非常に影響力の大きい事案です。経営破綻が非常に間近に迫ってきたという事情があり、それを前にして信用組合が合併した。合併したので、就業規則を改定して労働条件を統一しなければいけないということになった。改訂により退職金が減額されることになった労働者からの旧規程による退職金額との差額請求を、最高裁が原審を覆して認めたものです。

労契法9条には、就業規則による労働条件の不利益変更は労働者の同意もなく行われてはならないという規定がある。その反対解釈として、現在、裁判所でも定着しているのは、同意があれば労働者に不利益な変更であっても許されるという解釈。それに基づいて本件の原審は、後になって納得できないと言ってもだめだ、という判断だった。しかし最高裁は、就業規則に定められた賃金や退職金に関する労働条件の変更に対する労働者の同意の有無については、当該変更を受け入れる旨の労働者の行為の有無だけでなく、当該変更により労働者にもたらされる不利益の内容及び程度、労働者により当該行為がされるに至った経緯及びその

対応、当該行為に先立つ労働者への情報提供または説明の内容等に照らして、当該行為が労働者の自由な意思に基づくものと認めるに足る合理的な理由が客観的に存在するか否かという観点からも判断されるべきものと解するのは相当である、としました。

本件では、労働者の同意は、適用される労働者を集めて説明がなされ、支給基準の変更を記載した書面に署名、押印を求めて、それが全部提出される形で行われた。この支給基準の変更というのは、職員説明会でまず同意書案が示されて、その中には、従前からの職員に係る支給基準と同一水準の退職金額を保証するという旨が記載されていた。ところが、基準変更後の新規定の支給基準の内容は、退職金総額を従前の2分の1以下とする一方で、「内枠方式」（「事案と判旨」参照）については従前のおりとして、退職金総額から厚生年金給付額を控除し、さらに企業年金還付額も控除するというものであった。訴えたXらの退職時において、平成16年に行われた合併の前の在職期間に係る退職金として支給される退職金額が、その計算に自己都合退職の係数が用いられた結果、いずれもゼロ円になったのです。

退職金額を計算するとき、実際には、合併のときの自己都合退職ということが適用されて、新しい係数が算定に使われると、場合によっては退職金額がゼロになることもあり得る。そういう可能性のある退職金の変更だということを労働者が理解して合意したということが認められるほど必要十分な情報が与えられたとは言えないということで、本件においては、先ほどの一般論の観点からみて、就業規則の不利益変更が許される要件としての合意がなされたとは認められないという判断をしたわけです。

事件としては複雑ではないのですが、実務上、理論上ともに大きな問題をもたらすものです。弁護士や社労士に聞くと、労契法ができた後、10条により特に退職金や賃金の変更が難しくなるので、多くの会社で同じようなことをやっているそうです。つまり、不利益変更だけれども同意しますという書面を会社がつくって、説明会をして、悪いけれども会社のために判を押してくれと言い、押印が全部集まったからこれで大丈夫というやり方はかなり普及しているということです。この最高裁の判決は、そういうやり方を覆す可能性が大きいので、実務上、影響が大きいと思われる。

次に理論上の影響です。労契法9条の解釈ですね。9条は、同意があれば不利益変更でも効力があるというふうに反対解釈をすれば、もちろん反対解釈に議論はあるが、一応、認められると裁判所は考えている。その同意が真意から出たものとみなし得る客観的な何らかの根拠が必要ですね。この判断の内容をみると、意思表示の問題とは少し違うように読めるが、果たしてそれでいいのか。そもそも労契法9条からここまで読み取れるのかという条文の解釈適用の問題が一つ。

二つ目の問題は、最高裁は、昨年のディアロークで取り上げた広島中央保健生活協同組合事件でも、均等法9条3項の適用にあたって、妊娠・出産を理由とする不利益取扱いについて、たとえその女性が同意したとしても、それが真意であるかどうかを客観的に認めなければならないとして、同意とか合意とかということについて客観的な観点からの制約をするようになってきている傾向がみられます。これも一つの論点になり得ると考えています。

鎌田 最高裁判決として非常に重要な判断が示されたということは、野川先生がおっしゃったとおりです。実務的にいえば、就業規則改定案を示して、労働者がそれに署名、押印することにより、いわば10条に基づく合理性判断の道をとらずに就業規則の改訂の効力を担保しようということが広く企業の間で行われている中で、この同意の要件について、単に労働者が署名、押印するだけではだめだという判決です。より慎重な判断が求められるという意味で、実務に大変な影響があるだろうと思います。

翻って考えると、本人の署名、押印の他に、それが自由な意思に基づいてなされたものと認めるに足る合理的な理由が客観的に存在することを求めるのは、法的にどういう理由によるものなのだろう。いくつかの考え方ができると思うのですが、まず一つは、そもそも署名、押印という表示行為はあるが、承諾としての意思表示としての効力はない、つまり、同意というのとはなかったのだという判断です。同意そのもの、合意そのものが成立していないという考え方です。もう一つは、詐欺とか錯誤ということではなくて、説明は不十分だったとしても、受け入れますということで署名、押印はした、だから合意は成立している、しかし、その効力が否定される。一般に、債務の内容が特定されないとか公序良俗に違反する場合など、本人が同意したとしても契約の効力は認められないという考え方

す。

一体これはどういうレベルで言っているのか。読んでもいまひとつはつきりしない。情報提供や説明が十分なされていなかったということが後で問題になっているところをみると、合意はあるが、合意の内容に瑕疵があると言っているようにも読める。ところが、野川先生が紹介された最高裁の判決文の前の部分に、当該行為をもって直ちに労働者の同意があったとみるのは相当ではなく、と言っているところをみると、同意そのものがなかったというふうにも読める。

これはやはり最高裁の文言、ワーディングの問題があります。それと、結局は合意の効力を否定するわけですけれども、成立レベルなのか効力レベルなのかということは考えないといけない。合意成立レベルであると、そもそも9条でいうところの同意はなかったのだということになる。ただ、合意効力レベルであると、いや合意はあったが効力は否定されている、ということだと、9条の合意について、通常の合意論とは別の新しいルールがあることになります。

野川 ここでの9条の同意という言葉は、民事法上の同意とは少し違う。

鎌田 なるほど。

野川 最高裁の頭には、同意という表現自体が少し違う効力をもたらすものとして設定されているように読める。ここには民事的な、例えば脅迫とか詐欺とか錯誤とか何もないからです。

鎌田 それはいいですね。

野川 ここでの同意は、何か独特な、労契法9条固有の同意なのかもしれない。

鎌田 でもそうすると、例の賃金全額払い原則とか、先ほど紹介のあった広島中央保健生活協同組合事件でも似たような発想が出てきますよね。

野川 そうですね。男女雇用機会均等法9条3項には同意と書いてあったでしょうか。

鎌田 書いていません。要するに、妊娠によって軽易業務をしたことを契機として降格することがまず9条3項違反。ただし例外として、本人が同意し、合意することについて合理的な理由を示す客観的なものが存在すれば、いわば免責要件になる。

野川 条文上は、同意すればいいといったことは書いてない、ただし書きもないとすると、あれは最高裁がいわば原則の例外を付加したということですよ。やはり最高裁のいう同意は、通常の同意とは別だと考

えるとわかりやすい。鎌田先生もおっしゃったように、そう考えるほうが、効力がないと考えるよりも9条の解釈としてすんなりいく。

もう一つは、先ほど言ったように、労基法上の賃金全額払い原則があるのに賃金債権を放棄するという場合に、本人が同意したからいいのだ、自分の意思で放棄すると言ったのだということであれば、別に払わなくても賃金全額払い原則に反しないが、それは慎重に判断しなくてはいけないと言っている。慎重な判断というのはまさに民事的な判断だと思うのですよ。つまり、あくまで意志表示の効力の問題として判断しなさいということ。

しかし最高裁が、この9条の同意はそうではない、いわゆる民事上の同意と同一視できないというふうに分けて考えているとすれば、シンガー・ソーイング・メシーン事件の場合とは違うことを言っていたとしても、整合性が失われるわけではないと言える。

鎌田 それはちょっと気づかなかった。野川説ですね。

野川 そういうふうに最高裁が考えていると評価すれば何となくわかるという意味です。私はそれが妥当かどうかは言えません。

鎌田 確かに、先ほど私が持った疑問は、9条の「合意」が特別なものだというのであれば平仄が合う。民法上の合意論から切り離される。

野川 そうそう。ただ、そう最高裁が考えているかどうかともわからないし、そうだとすると、それが客観的にみて適切な発想かは大いに議論の余地があると思います。

鎌田 最高裁が先ほどの判示部分の後に、前出の昭和48年のシンガー・ソーイング・メシーン事件最判及び平成2年の日新製鋼事件（最二小判平2・11・26民集44巻8号1085頁）を引用していますよね。引用しているということは、同じ枠組みをとっていると言えるのでは。

野川 そうかもしれません。ただ、引用しているから全く同じことを言っているとまでは言えない。この引用は、たとえ同意があってもそれだけである効力を認めることはない、ということを示すための引用に過ぎないということもあり得る。例えば、就業規則の不利益変更に関して、第四銀行事件（最二小判平9・2・28労判710号12頁）は秋北バス事件（最大判昭43・12・25民集22巻13号3459頁）、大曲市農協事件（最

三小判昭63・2・16別冊ジュリスト134号50頁)を引用しているが、引用していることを全部積み重ねて独自のことを言っている。もちろん、引用している以上は中身も一緒だという可能性もあるので、先ほどの私の話はあくまでも全く仮説です。

鎌田 合意というのは、要するに、合意があったかどうかの事実認定の問題だと思うのですが、ここでは明らかに事実認定ではないことを言っている。それはまさに合意の法的評価の問題だから、やはり効力発生を制限していると捉えるのが自然かなと思っています。ただし、最判は、同意があったとみるのが相当ではないという表現で、いかにも合意そのものがなかったような言い方をしているので、その部分は自信がありません。

野川 客観的な合理的理由の具体的内容も、提供とか説明とか言っている。こう情報提供しました、こう説明しましたというのは割と客観的なことです。だから、客観的な合理的理由がある、というふうになっていくのではないかな。

鎌田 情報提供しているということだけではなくて、結局は情報提供の中身の問題です。つまり、自分がこれで不利益になっていることを真に理解していたかどうかメインでしょう。

野川 それは情報提供それ自体から判断するしかないのではないのでしょうか。十分に情報提供がされているのに、本人が理解できなかったということもある。

鎌田 それはそうなのですが、不動産取引みたいな情報開示、情報提供のレベルではなくて、それでも自分はこれでいいですよ、というほどのしっかりした合理的な理由が客観的に存在しているかということですね。もっとはっきり言えば、合意することによって自分に何か別のメリットがあれば、それは認めましょうということにもつながるわけです。

野川 メリットは全然ないが、今まで会社にお世話になったから、ここで恩返しと考えることだってある。

鎌田 その場合は、合意の効力は極めて制限的に解釈される……。

野川 やはり、説明会を何回やって情報提供しました、そこで行った説明は記録にとってあります、といったことで判断するのではないですか。

鎌田 それは、合意の事実認定のレベルに常に引き戻そうとすることですね。

野川 そうそう(笑)。

鎌田 私は、先ほども言ったように、合意の効力の法的評価だと理解するのがわかりやすいと思う。なぜなら、合意の有無が、真意または自由な意思に基づいてなされたものたり得る合理的な理由が客観的に存在することを要件とするのは、一般的な合意論とかなり異なっている。

野川 本当に真意で自由な意思に基づいてなされたというのではなくて、自由な意思に基づいてなされたものと認めるに足る、ということです。

鎌田 だから、これは法的評価ですよ。

野川 あなたの「はい」「イエス」は真意だと認めます、あなたが「いや、真意じゃない」と言ったってだめです、ということでしょう。やはり客観的なものではないですか。これは破棄差戻しで、まだ判決が出ていない。そこが結構、議論になるのではないかな。いずれにせよこの判決は、こんな議論ができるほどに、クリアな理解がしにくいということですね。

鎌田 違う視点でみると、10条ではなく9条で処理しますよということとも言えると思います。しかし、10条でいうところの就業規則の合理性判断の枠組みと、ここで言われていることが違うのかというと、かなり近い。違っているのは、就業規則変更の必要性の要素でしょうか。

野川 情報提供・説明は、労働者との交渉の枠組みです。

鎌田 必要性の考慮要素も大きいといえば大きいものだけれど、「等」となっているから、場合によっては必要性も含まれる可能性がある。そうすると内実は10条とほぼ同じでしょうか。

野川 不利益性が大きいから慎重な判断が必要という発想だから、結局、10条の判断と似てきます。不利益性がそんなに大きくなければ、ここまで慎重な検討をしなくても真意は認められる、というふうになりそうな判断です。

鎌田 合意ということ、当事者がどれだけしっかりとわかって合意したのかという事実認定レベルで考えるか、それとも、そもそも合意の効力要件として考えるか。意思表示と直接関係しない、例えば不利益の程度といったことまで審査すると言っているのですから、合意の成立をこうした要素を考慮して否定するのはなかなか難しいのではないかと思います。

野川 一応、これは同意を示す行為によってだけでは同意があったとはみなせないという趣旨なのです。

鎌田 要するに、署名、押印の表示行為だけではないということですよ。

野川 おそらく「わかりました」という発言があったとしても、そうですね。

鎌田 そうです。普通の意味解釈の問題です。確かに表示行為があって、それで合意があったと言えないというのは、まさに事実認定の問題。それは一般的に言える。しかし、それにしても、不利益の程度とか内容は、合意があったかどうかの事実の判断要素になるのでしょうか。

野川 確かにそれはそうですね。重要なことを判断しているのに、この最高裁の考えていることは必ずしも明確でない。これによって今後、企業はどうすればいいのか。合併だったら就業規則を改訂せざるを得ない。

鎌田 その必要性はこの事件では、はっきりしている。

野川 この事件ではそうですね。説明会を開いて署名、押印しただけではだめなら、どこまでやればいいのか。一つのヒントは、最大に不利益になった場合はこういうふうになりますと説明する。でも、可能性がどれくらいあるかわからないのに、ものすごく不利益になった場合はこうなるなんて、おどしみたいなことまで言わないといけないのでしょうか。

鎌田 少なくともどのようなリスクがあるかを認識させなければいけない。具体的にどういう不利益が生ずるか書面を作成し、それにサインしてもらわないとだめだということになりますね。

野川 例えば、タバコを吸い過ぎるとどうなるか、売るときに書いておかなければいけないことになっていますね。本件では、退職金が、自己都合退職の場合ゼロになることもあり得るなど、かなり深刻な不利益になる。それなのに、あたかもあまり変わらないかのような説明は、一歩間違えば錯誤、詐欺ということにもなる。いくら何でもそれはよくないということを判決文の中に散りばめて言ったのだというふうに限定的に捉えるのは穏当な対応ですね。不利益になるとしてもこれほど大きな不利益はないなら、判を押して「うん」と言えば、それが真意に出たものであるかどうかを慎重に判断する必要はそれほどない。

鎌田 理論はともかく、最高裁判決なので、自由な意思に基づいてなされたものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在する場合というのは、どういう

場合かということは今後詰めていかざるを得ない。労働者にもたらされた不利益の内容や程度、経緯やその対応、それから説明、情報の提供を一つひとつチェックしないと、実務としては合意が否定される可能性があるというメッセージになる。

野川 そうでしょうね。経営者がどう対応するか。あるいはこれから同じような訴訟が出てきた場合に、これが繰り返されるのか。不利益の程度、経緯の判断はどんどん厳しくなっているということでしょうか。非常に深刻な課題を新たに提起したことになりますね。

鎌田 いわゆる民法的な合意論から離れて、独自の労働契約の合意論というものが形成されつつある？

野川 そのように最高裁が考えている可能性があるのではないかという、私の仮説です。昨年の対談で扱った広島中央保健生活協同組合事件もそうですね。

鎌田 なぜ効力規定の免責要件で同意が出てくるのか。昨年も議論したけれど、よくわからない。わからないけれども、ある意味では最高裁としては一貫したメッセージを出している。

野川 実は本件は、別に協約の締結過程に問題もあり、本当は議論したいのですが、時間の都合で省略します。

総括

野川 今回取り上げた事件について総括しましょう。

鎌田 障害あるいはうつ病などの事件が目立っています。従前は、障害あるいはうつ病などで休職しても復職が認められるべきではないかという議論だった。それは今もありますが、今度は、復職した人あるいは障害を負った人を雇用継続するにあたってどのような雇用管理がなされるべきかということで、S社（障害者）事件、国・広島中央労基署長（中国新聞システム開発）事件が問題を提起した。つまり、障害がある人あるいはうつ病による休職者が復職したとき、どういう仕事をしてもらおうかということになったとき、キャリアアップ、精神的負荷等も考慮しなければならない。こういう新しい領域の問題が広がっていると感じました。

それから、長澤運輸事件です。不合理な労働条件の禁止あるいは同一労働同一賃金の問題は今、政府で議

論されている最中ですが、労契法20条ができたことによってまさに裁判規範として議論が開始されたと感じています。それ自体はポジティブに考えるべきだと思うのですが、困難な問題を提起しているという感じがしました。

野川 今回の対談で私が担当した事件は、5件中4件が原審をひっくり返している。問題解決の方向について、まだ模索中という論点が多いことをあらわしていると思います。例えば最初に扱ったY事件(L館事件)も、これまでハラスメント事案は特に不法行為を理由として損害賠償が多かったところ、このような懲戒事案をどう解決するかという課題が出てきました。懲戒は当人同士の問題ではなくて、企業秩序の侵害ということになるので、そういう観点から、果たして主観的要素が大きく機能するハラスメント事案でどういう解決方向を目指すのか、難しい例です。

海空運健康保険組合事件は、能力不足解雇という今後増えると思われる論点を示しています。これまでは十分には議論されてこなかった解雇法理について、原審は、解雇というのはよほどのことがない限り、日本の長期雇用慣行のもと、あるいはそれを享受しているタイプの人事のもとでは、されるべきではないという発想ですが、もう少しドライに考える考え方との間の、どこに落ちつきどころを見つけるかという問題があります。

日本放送協会事件は、これまでもずっと争われてきた労働者性の問題がそのまま続いていることを示しています。山梨県民信用組合事件では、労契法9条の同意というのは実は、普通我々がこれまで民事的に考えてきた同意とは少し違うのではないかという課題が提示されています。どう違うのかを今日、鎌田先生と随分議論しました。不利益変更を解決しようとしているが、まだ途上にある。裁判所が、次々と新しく出てくる問題にどういう解決の基準を示したらいいか行ったり来たりしている状況、そういう印象を持ちます。

鎌田 今、野川先生のコメントにありましたが、労働者性に関しては、もはや解釈論ではなく、何らかの立法的な対応をする段階に来ていると思います。

野川 全く同感です。

鎌田 実態としてみても、従来の労働者性判断でなかなか決断できない問題が出てきている。この協会の地域スタッフに限らず、いろいろな形の委託労働者が出てきていて、收拾がつかなくなっている。まさに立

法での解決が問われているなと思います。

野川 政策課題です。議論がずるずるとここまで来ているけれども、もう解決したほうがいい。解雇についてもそういう気がします。労契法16条だけでは無理なのではないか。取り入れるかどうかはともかく、せっかく整理解雇についての4要素が随分ブラッシュアップされてきていて、また、フランスにしてもドイツにしても、少なくとも大陸ヨーロッパ諸国は解雇判断の規定、要件、法改正がかなり細かく、解雇は一つのシステムなのだという前提に基づいているのに、日本はまだ権利濫用の一場面としか考えてない。

鎌田 人権問題だからでしょう。

野川 解雇についてこれだけ不確定要素が多くて予見可能性がないと言われていて、労働市場の流動化問題も起こっているのに、いまだに解雇権濫用法理をそのままリステートしただけの16条のみでいくというのは無理なのではないか。解雇の方向性は確かに難しい。例えば労働需給をどうするか。

鎌田 解雇というのは、言ってみれば、外部労働市場との調整の問題でもあります。労働力の円滑な需給調整が行われるように外部労働市場を整備する、換言すれば、転職が著しい不利益をこうむらないような形で行われるように、労働市場をどう整備していくかが課題となる。そこも立法論だと思う。

野川 まさに立法論になっていますね。

鎌田 解雇、退職は、ある程度の年齢以上の人にとっては死活問題です。

野川 解雇の金銭解決の議論よりも前にやるべきことは他にたくさんあるでしょうと言いたい。金銭解決は労働審判でやっているわけですから。外部労働市場の整備、そして、労働契約関係、長時間労働の問題もあるので、もう少し合理的な、ドライというよりも理にかなったものにするにはどうしたらいいか、そういう流れの中で解雇のシステム化もきちんと考えるべきではないかと思います。

鎌田 本当にそう思いますね。

野川 3年間を通しての総括をしますか。あつという間でしたね。

鎌田 最初の年(2014年)は、派遣の問題が多かった。〈ホットイシュー〉では派遣先の労働者性と外国人研修生・留学生について議論しました。

野川 〈ピックアップ〉では、八千代交通事件(年

休権の成立要件)、東芝事件(メンタルヘルス)、K化粧品販売事件(パワハラ)、マツダ事件(派遣先との黙示の労働契約成立)、音楽之友社事件(労働協約の有効性)、イーライフ事件(残業代定額制)、教育社労働組合(ニュートンプレス他)事件(労働組合活動の差し止め)を取り上げました。労働協約とか組合活動の差し止めなど、労使関係をめぐる紛争事例について結構、議論しましたね。

昨年の〈ホット 이슈〉では、専修大学事件(地位権確認等請求反訴事件)、広島中央保健生活共同組合事件(妊娠・出産による降格、損害賠償)を取り上げました。問題状況が随分新しくなっているという気がします。

また法制度もどんどん新しくなっている。派遣法もそうだし、均等法9条3項、もちろん労基法もそうです。そういう中で出てきている新しい問題に、今、裁判所が懸命に対応しているのを感じました。どのような方向を模索するか悩んでいるところではないか。その意味では、労組法上の労働者性は一応、それなりに落ちついた感じがあります。しかし今回扱った問題は、それぞれまだブレがあると予想されます。この3年間の対談ではそういう案件を扱ってきた気がします。

鎌田 同時に、私は、解釈論で解決することの限界を感じています。やはり立法的な解決を考えないとうまくいかないことが結構あるのではないかと。

野川 昨年取り上げた専修大学事件もそうですね。労災保険からの支給を理由とする打ち切り補償の解雇に、労基法19条を本当にそのまま適用できるかという問題意識があった。

鎌田 同じく昨年〈フォローアップ〉で取り上げた日本航空(客室乗務員)解雇事件も、いわゆる会社更生と整理解雇の問題で、裁判所としては相当苦しい判断だったと思います。

野川 苦しいでしょう。結局、国策だから仕方ないみたいな感じになって、論理的な解決とは言い難い。

鎌田 非正規についても同じです。少しずつ取組みが行われてきていても、委託労働者についてはほぼ手つかずで、依然としていろいろなところで問題が起きている。立法の迅速な対応が問われているのに、そのツケが裁判に回っているという感じがします。

野川 そうですね。最後はやはり政策がしっかりしなければいけないと思います。

(2016年8月12日 東京にて)

かまた・こういち 東洋大学法学部教授。最近の主な著作に「プロフェッショナルの働き方と契約、労働者性」『日本労働研究雑誌』No. 645。労働法専攻。

のがわ・しのぶ 明治大学法科大学院法務研究科教授。最近の主な著作に『労働協約法』(弘文堂、2015年)。労働法専攻。