



ディアローグ

労働判例この1年の争点

 定年後再雇用の労働条件

 業績不良を理由とした解雇



野田 進

(九州大学名誉教授)

×



奥田香子

(近畿大学教授)



【目 次】

■ホットイシュー

1. 定年後再雇用の労働条件——長澤運輸事件
2. 業績不良を理由とした解雇——日本アイ・ビー・エム（解雇・第1）事件

■フォローアップ

1. 割増賃金に関する規程と労基法 37 条——医療法人社団 Y 事件
2. 打切補償支払い後の解雇と労契法 16 条——専修大学（差戻審）事件

■ピックアップ

1. 危険業務からの退避による契約終了と損害賠償——NHK（フランス語担当者）事件
2. 労契法 20 条の不合理な相違の禁止——メトロコマース事件
3. 「試し出勤」終了後の解雇・退職措置——綜企画設計事件
4. 降格規定の新設による不利益変更と降格措置——ファイザー事件
5. 組合掲示版の掲示物取り外しと支配介入——JR 東海事件
6. 直接の労使関係にない者への抗議行動に対する損害賠償請求——フジビグループ分会組合員ら（富士美術印刷）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 それでは、「ディアログ 労働判例この1年の争点」を始めます。今年度から、九州大学名誉教授の野田進先生、近畿大学教授の奥田香子先生にご議論いただきます。よろしくお願いたします。

野田 それでは始めましょう。最初に、今回のディアログは、私と奥田先生との担当による第1回ということもあり、判例研究について、私たちがどう考えるかみたいなのを、それぞれひとつずつ、考えを述べておきたいと思います。特に、私たちが敬愛する、西谷敏先生（大阪市立大学名誉教授）が最近のご著書『労働法の基礎構造』（法律文化社、2016年）の中で、近年のわが国の労働法学では、学説が最高裁を中心とする判例理論に近づいており、そのために、学説もまた「実務優位・法学軽視の一般的傾向」、「判例実証主義」といった傾向に走っている。判例の転換を促すような根源的な問題提起が学説の側からなされないとすれば、「それは学説の怠慢」であると批判されています（267頁以下）。

そういう批判に私も共感するところがありますので、判例研究についてどういうふうを考えているかということを中心に述べておきましょう。

私は、判例研究は、たとえばいうならば、お料理におけるご飯（主食）のようなものと大学院生によく言っています。私たちは、料理人が趣向を凝らして見事なお料理の一品を作るように、例

えば外国法の研究をして趣向を凝らした作品を仕上げる必要があるけれど、その基礎には、研究のエネルギー源となるご飯のようなものが必要で、日々のご飯を食べて発想やエネルギーを得ないと、料理のアイデアも浮かばないし、独りよがりの妙な味のものになる。同じように私たち研究者は、判例を毎日のように読む必要があるけれど、判例だけでは、ご飯とふりかけを食べるだけのようなもので、そもそも研究（お料理）にならない。判例研究は、メインディッシュの発想を得るエネルギー源を得る作業だと思います。ちょっと変ですか？

奥田 判例研究をお料理に例えて考えたことはなかったのですが、なるほどと思いました。私は、少し味気ない言い方になりますが、裁判例を読むときには常に「批判的に読む」ことを意識しています。それはすべてに反論するという意味ではなく、裁判例で述べられていることも、判例によって形成されてきたルールも、学説の議論状況などにてらして説得的なものであるかを疑ってみるようように考えています。

ただ、批判的に読むには、当然のことながら、まず判決で述べられていることを正確に理解する必要があります。その点では、最近の裁判例には、学説の引き写しにみえるものや、あるいは逆に、意味内容や趣旨を理解しにくいものが増えているような気もしています。今回のディアログでもそういう場面があるかもしれません。

ホットイシュー

野田 それでは、まずホットイシューで、最初に長澤運輸事件の高裁判決を取り上げます。

この長澤運輸事件と並んで、L社事件（東京地判平28・8・26 労判1144号25頁）とトヨタ自動車事件（名古屋高判平28・9・28 労判1146号22頁）を取り上げまして、基本判例を長澤運輸と、それ

以外に2つの判決を比較の対象として取り上げる、という構成で報告します。つまり、ここではこの判決を、非正規の格差問題という視点ではなくて、定年後再雇用における労働条件の変更として取り上げます。

昨年の11月に長澤運輸事件の東京高判が出て、

非常に注目されました。特に、この事件の東京地裁判決と大きく判断が分かれた結論が出された。これは20条違反の問題ではあるんですけども、実質的なポイントというのは、その労働契約法20条の解釈の前提として、労働者が定年後の再雇用で有期労働契約により同じ仕事を続けるに当たって、賃金が減額するというのを、どういうふうに評価するかという実態的な問題が、むしろ分水嶺になったであろうと思います。そこで、私たちの検討としては、この定年後再雇用における賃金引き下げや職種変更の問題に注目して、その他の2つの裁判例と比較しつつ考えようと思いません。

1. 定年後再雇用の労働条件——長澤運輸事件 (東京高判平28・11・2判例1144号16頁)

— 事案と判旨 —

Xらは、セメント輸送等の輸送事業を営む会社であるY会社を定年により退職した後に、会社との間で期間の定めのある労働契約を締結して、同じバラセメントタンク車の乗務員として契約期間1年の嘱託社員として就労している従業員である。Xら嘱託社員の賃金は、基本賃金12万5千円のほか、歩合給、無事故手当、調整給、通勤手当、時間外手当が支払われるが、賞与・退職金は支払われず、Xらの収入は、Xらの主張によれば、嘱託社員の賃金は年取ベースで正社員よりも25%から33%程度少ない。Xらは、Yと期間の定めのない労働契約を締結している従業員との間に労働法20条にいう不合理な労働条件の相違が存在すると主張して、①主位的に、この定めは労働契約法20条により無効であり、Xらには無期契約労働者に関する就業規則等の規定が適用されることになるとして、Yに対し、当該就業規則等の規定が適用される労働契約上の地位確認と、賃金差額の支払を、②予備的に、Yが上記労働条件の相違を生じるような嘱託社員就業規則を定め、有期労働契約を締結し、本来支払うべき賃金を支払わなかったことは、労働法20条に違反して公序良俗に反して違法であるとして、不法行為に基づく差額相当額の損害賠償金等の支払を求めた。

【原判決判旨】(東京地判平28・5・13判例1135号11頁) 主位的請求をいずれも認容。

「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、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、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

ものというべきである。」

「そこで、以下、上記特段の事情の有無について検討する。」

「我が国の企業一般において、定年退職後の継続雇用の際、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全く変わらないまま賃金だけを引き下げることが広く行われているとか、そのような慣行が社会通念上も相当なものとして広く受入れられているといった事実を認めるに足る確かな証拠はない。」

「本件における事実関係のもとでは、本件有期労働契約が、定年退職者との間で、高齢者雇用安定法に基づく高齢者雇用確保措置として締結されたものであったとの事実をもって、直ちに前記特段の事情があると認めることはできない。」

「本件有期労働契約の内容である賃金の定めは、労働契約法20条に違反するところ、同条は、単なる訓示規定ではなく、民事的効力を有する規定であると解するのが相当であり、同条に違反する労働条件の定めは、その効力を有しないというべきである。」

【判旨】

○労働法20条「その他の事情」該当性

「従業員が定年退職後も引き続いて雇用されるに当たり、その賃金が引き下げられるのが通例であることは、公知の事実であるといつて差し支えない(証拠)。そして、このことについては、我が国において、安定的雇用及び年功的処遇を維持しつつ賃金コストを一定限度に抑制するために不可欠の制度として、期間の定めのない労働契約及び定年制が広く採用されてきた一方で、平均寿命の延伸、年金制度改革等によって定年到達者の雇用確保の必要性が高まったことを背景に、高齢者雇用安定法が改正され、同法所定の定年の下限である60歳を超えた高齢者の雇用確保措置が、ごく一部の例外を除き、全事業者に対し段階的に義務付けられてきたこと、他方、企業においては、定年到達者の雇用を義務付けられることによる賃金コストの無制限な増大を回避して、定年到達者の雇用のみならず、若年層を含めた労働者全体の安定的雇用を実現する必要があること、定年になった者に対しては、一定の要件を満たせば在職老齢年金制度(証拠)や、60歳以降に賃金が一定割合以上低下した場合にその減額の程度を緩和する制度(高齢雇用継続給付)があること、さらに、定年後の継続雇用制度は、法的には、それまでの雇用関係を消滅させて、退職金を支給した上で、新規の雇用契約を締結するものであることを考慮すると、定年後継続雇用の賃金を定年時より引き下げることそれ自体が不合理であるということとはできない。」

○定年後継続雇用の低賃金の社会的な容認

「もともと定年後の継続雇用制度における有期労働契約では、職務内容等が同一で、その変更の範囲が同一であっても、定年前に比較して一定程度賃金額が減額されることは一般的であり、そのことは社会的にも容認されていると考えられること、Yが、①無期契約労働者の能率給に対応するものとして有期契約労働者には歩合給を設け、その支給割合を能率給

より高くしていること、②無事故手当を無期契約労働者より増額して支払ったことがあること、③高齢厚生年金の報酬比例部分が支給されない期間について調整給を支払ったことがあるなど、正社員との賃金の差額を縮める努力をしたことに照らせば、個別の諸手当の支給の趣旨を考慮しても、なお不支給や支給額が低いことが不合理であるとは認められない。」

野田 まず、長澤運輸事件ですけれども、事実の概要と一審および控訴審の判旨は、私たちの問題意識に照らして簡単に紹介しておきますと、別掲のとおりです。

この判決のポイントを挙げておきますと、一見して明らかなように、第一審判決との先ほどの問題、定年後再雇用の労働条件についての認識に顕著な相違があるということが言えようかと思えます。

控訴審は、第一審判決を取り消したわけですが、確かに第一審判決の特段の事情論というのは、やはり私は労契法20条の「不合理なものであってはならない」という、そういう条文構造からして、第一審の解釈は文意とは逆向きの解釈ということになり、解釈論として無理があったかなという気がしています。

しかし、控訴審判決についても先ほどの実態論的な話からしますと、定年退職後の労働条件引き下げは公知の事実とか、社会的にも容認されているということですから、これを解釈論の根拠として用いるには乱暴な印象を受けます。平たく言えば、じゃあ、社会的に容認されていけば法的な規範として容認されていいのか、不合理性がなくなるのかという、そういう逆の議論も当然出てくるわけですし、実態と規範論の混同のようで疑問が残る。

それから、十分検討されていないような気がするのは、この高年齢者雇用確保措置の趣旨についてです。ご存じのように高年法9条1項はこの措置の趣旨を「その雇用する高年齢者の65歳までの安定した雇用を確保するため」としているわけですし、そういった観点からの説明が欲しかったような気がします。

特に、この高年齢者雇用確保措置の中の最初

の2つの措置についてみると、「定年の定め廃止」という場合には、それは労働条件は引き下げるにもやむを得ないとせざるをえない。解雇されない限りいつまでも働くことができるわけですから、労働条件が漸減するというのにはなじみやすい。

それからもう一つは、65歳までの雇用の場合ですね。この場合も、60歳過ぎてはなお5年は確実に雇用し続けるわけですから、その代わりある程度は下げましょうということに納得はしやすい。しかし、定年の廃止の場合に比べると、やはり65歳定年の場合は、大きな引き下げには抵抗が多いだろうと思うんですね。

ところが、これらの2つと比べて今度は継続雇用制度の場合にはどうかと考えると、いったん退職して1年の労働契約になるわけですから、先の「65歳までの安定した雇用」という趣旨を考えるのならば、多少は違ってくるのではないかという気がするわけですね。つまり、雇用保障と労働条件との関連の中で、安定雇用は失われるのだから、労働条件の下げ幅にもその観点から限度があると。

いずれにしても、そういう観点からそれぞれの高年齢者雇用確保措置の中で、雇用保障と労働条件との関連で、「安定した雇用を確保する」ということについて、そういう観点からの規範論からの説明がもうちょっとあってもよかったのではないかという気がします。

特に、この問題を労契法20条の問題として論じる以上、この規定が「不合理な相違」の禁止という非常に不明瞭で予測困難な基準しか立てていないのですから、これにあてはめようとする、継続雇用の方の労働条件について、規範として詰めた議論が必要なのだと思います。

奥田 労契法20条と高年法の関係で申しますと、今回、長澤運輸事件を定年後再雇用という視点から取り上げるということで、労契法20条の「期間の定めがあることにより」というのをどう理解するかということが出発点として出てくるかと思えます。

前回のホットイシューで地裁判決が検討されて、「期間の定めがあることにより」という文言

を「期間の定めの有無に関連して生じた」というふうに捉えたことについて、野川先生と鎌田先生は、若干批判的なやりとりをされていたと思うんですけども、20条の適用範囲の問題として疑問が出されていました。

高裁判決もこの点に変更していないので、解釈として定着していくと思います。ただ、先ほど高年法のことも出されましたので、あえて一つの考え方として申し上げるとすると、労契法20条の適用範囲をあまり限定せずに広く適用していくということ自体は妥当な解釈だと思うのですが、長澤運輸事件のような定年後再雇用の、高年法の継続雇用制度が前提にあるようなケースに、労契法20条の有期雇用の問題としてこの条文を適用するのが妥当かどうかは、若干疑問に思うところが正直あります。

今回のケースでも結局、有期か無期かではなくて、定年後再雇用の労働条件かどうかがかかれ目になっているということになると、例えば有期であったとしても無期であったとしても、あまりこの結論は変わらないような気がするんです。

野田 なるほど。

奥田 そうだとすると、これを労契法20条で扱うことによって、逆に20条の「その他事情」に広い範囲の考慮事項が入ってしまいます。長澤運輸事件に関しては、20条の適用範囲を広くとらえるという点では意味があるのですが、逆にその中で「その他事情」が広がると、不合理性が認められる範囲は相当程度、狭まるのではないかと思うんです。

そういう点で、20条適用が果たして妥当だったのかというのは、私は疑問を持っているところがあるので、そのあたり、先生のご意見も伺いたいと思います。

20条の不合理性に関しては、後でメトロコマース事件でも取り上げますので、あまり細かくは述べませんが、それ以外でいうと、定年後再雇用について、おしなべて労働条件が下がるのが当然というような、そういう論拠で判断していくところ非常に乱暴であるというのは、おっしゃるとおりだと思います。定年後の労働条件が下がるのが一般的だと言ってしまうと、特に長澤運輸

事件は労契法20条を適用しているわけですから、労契法20条を適用する意味がなくなりかねないので、そういう論拠というのは非常に乱暴だという、そこは同じように考えています。

最後におっしゃった高年法の他の措置との関係で違いがあってもいいのではないかというのは、ちょっとよくわからなかったんですけども。

野田 ちょっと一度には無理なので、まず、因果関係の問題からでいいですか。私はこれを、「関連関係性」という言葉をつくっているんですけど。

奥田 「期間の定めがあることにより」というところですね。

野田 ええ。これは関連があればいいということなんです。それは因果関係ということまでは求めていない、これまで、どの裁判例でも、関連性ということで、因果関係まで必要はないということ定着しています。それは全ての判決において。後で取り上げるメトロコマース事件も含めて。

それから、もう一つ確認しておく、同じく「不合理な相違」を禁じるパート法の8条、あの規定は、労契法20条とほとんど同じなのに、ここには「により」という部分がなく、何の因果関係も求められていないですよ。

ですから、20条の「不合理な相違」格差についても、「により」の関連性はあまり重要ではなく、程度の弱い重視されないような要件なんだなと思っていて、まあ、それでいいのではないかという気がするんですけどね。

奥田 この「期間の定めがあることにより」というのを、関連性ということで考えるという、それ自体は解釈としてはそれでいいと思います。ただ、今回の長澤運輸のようなケースで、果たしてこれが有期に関連していると言える格差なのかという評価なんですよね。例えば……。

野田 無期のまま。

奥田 無期のまま第二の定年を設けた場合でも、やはり労働条件は変わっていたと思うんですけど。だとすると、それは期間の有無というよりも、結局、定年後再雇用だから下がったということではないかと。

野田 最後に質問されたことに関係してきます

ね、そうすると。

奥田 そうですね。

野田 ほかの高年齢者雇用安定措置、例えば定年をなくしましたと。そのかわり労働条件を下げますということもあると思うんですね。60歳を超えると、定年制はうちはとりませんけれども、労働条件を下げますが、ごめんなさいねというので。それはおっしゃるように関連はしている。あるいはこの要件、20条はもちろん適用はないですけれども、同じものになるはずですよ。

奥田 定年後の労働条件の変更ということであれば、そうですね。でもそれは有期には関係していないですよ。

野田 関係してない。ですから確かに……。

奥田 今回も継続雇用で有期という形態はとっていますが、期間の定めに関連してという解釈をとったとしても、果たして関連していたのかどうかはもう少し慎重に考えるべきではないかと。

野田 そうですね。広がりすぎるかもしれません。

奥田 それが逆にこの20条の「その他事情」の広い解釈につながっていくと、何か逆効果のような気もするのですが。

野田 なるほどね。そもそも20条を適用するかというのは、これは全くおっしゃるとおりで、きっと原告の立場から労契法20条でやってみようと思われたんでしょうけれども、難しいかもしれない。今からご紹介する2つの事件はどちらも労契法20条を使っていない。

ただ、20条を使わなくても大丈夫かなというところも逆にあることはあるんですけども。

奥田 ほかに明確な根拠規定がなくなりますから。

野田 そうそう。だからどのような構成にしようかということ、随分、原告の側も迷ったと思うんですね。だけど賃金低下の問題を、労契法20条を根拠にし続けていけるかという、やはりちょっと壁が高いような気がしてきましたね。

奥田 二つ目に申し上げたのは具体的評価ですが、定年後再雇用の場合に、特に法律で義務づけられた再雇用の場合に、労働条件を下げる必要についての何となくの理解というのはあると思いま

すが、法的な評価ということを見ると、本件についてそうせざるを得ない状況が具体的にあるのかどうかは厳密に判断されるべきではないかと。ただ一般的にそうになっているからということが根拠になると、20条がめざした格差の是正というのはあり得ないので、先生がおっしゃったように非常に乱暴な印象はあると思います。

野田 そうですね。私は、ですからそういう意味で、継続雇用制度の場合と、それから65歳定年にする場合と、定年なしにする場合との規範的な意味の違い、労働条件にそれが投影されていったときにどういうふうになるかというのは、契約論の視点でちょっと詰めて考えなければいけないと思ったのです。

さっきちょっと私、言いかけたと思うんですけども、3つのうちの定年なしという選択肢の場合には、それは労働条件の不利益変更の問題ですから、定年なしになるという利益と、それから企業側の労働条件の引き下げの必要性という観点から、労契法10条のレベルで考えていっても、労働条件の不利益変更というのはしやすいだろうと思います。

それから、65歳定年をとった場合も、限度はあるとはいえ、同じ雇用で同じ賃金体系で行く以上、その賃金体系の中でも引き下げやすいということも、労働者の不利益の程度を考えると、限度はあるでしょうけれども、やはりいくらか下げやすいと思うんですね。

ところが、それとのバランスで見てどうかということ。継続雇用にするという場合に、1年雇用にするということの意味をどう考えるか。1年雇用で、しかも非常に厚労省のQ & Aなどを見ても職種変更などについても随分緩やかな制度として考えている。その中でこの不利益変更については「安定した雇用」という観点から、限度があるような気がしますがけれども、じゃあ、どこまでかという問題はあります。

後で取り上げるファイザー事件の判決はその不利益の大きさを全く無視していますけれども、賃金が大幅に下がるという不利益の大きさというのは、もっと重視しなければいけないので、継続雇用の場合で仕事と同じ場合に減額がどこまで許容

されるかを、規範的に明確にしていくという作業をやらないと、説得力がない。下がるのは公知の事実だということを根拠に挙げるのは問題ですね。

高年法上の解釈というのをきちんとやっていくということがやはり必要なのではないかと思いませんね。

奥田 そのあたりはこれまで解釈として出されていないですね。

野田 あと二つの、比較対象すべき裁判例を検討しましょう。

まずL社事件というのは、これは職種の変わらない変更の事案です。最初は期間の定めのない雇用だった方が、専任社員と、65歳を最終雇用期間の終期とする有期労働契約である専任嘱託契約社員とに分けることになった。それで、定年退職後に専任嘱託契約社員になった人は、ここでも全く同じ仕事をしながら賃金が77～85%程度になるという事案でした。そして、この事件は、これを不法行為一本で解決したというのが、特色ですね。

判旨をかいつまんで言いますと、まず、同一価値労働同一賃金の原則を定めた規定と解されるものは見当たらない。しかし、賃金の差異が社会通念上相当と認められる程度を逸脱し、不合理な差別と認められる場合には、このことが不法行為の権利侵害に当たる場合もあり得る。だから不法行為の権利侵害として処理するというので、民法709条を使うという構成ですね。

そして判決は、一般に企業が人材のいかなる属性等に着目してどのような処遇を行うかは、当該企業の経営判断にゆだねられるべきものであって、当該人材の労働条件をどのように設定するかについては、当該企業の裁量の余地が相当程度認められるべきである。こういう裁量の自由について強く述べます。

その上で、いわゆる終身雇用型の雇用制度を採用している被告が、その被告に採用された後はそのままより長い期間働く可能性が高いことを見越して、より若い労働者を優遇するという点からも、一定の合理性があると。この点についての被告の裁量は相当程度、確保されるべきである。こから長澤運輸の控訴審判決に似てくるのですけ

ど、我が国において、ある企業において定年に達した者が、同一の企業でまたは別の企業で引き続き雇用されることを希望する場合、同人の賃金水準が、同人が定年に達する前のそれと比べて相当程度、低く定められることは一般的に認められる事象であると判示しています。

ポイントを挙げますと、本件も定年後に有期労働契約で同一の仕事に従事している事案で、賃金が引き下げられたものです。なんですけれども、労契法20条が規範として用いられたのではなくて、差別一般、本件では「差別」という言葉を使っていますが、差別一般の問題として不法行為の成否が争われている。それがこの判決の骨格ですね。

そしてその上で、同一価値労働同一賃金の原則を、労働法の実定法規範としても、おそらく理念としても完全否定している。他方で、「不合理な差別」という言い方ですけど、不合理な差別があるときには、不法行為が発動するという、そういう組み立てです。ただし、こういう差別禁止の法的根拠についてはこの判決は明らかにしていません。

さらに、定年に達した者の賃金水準が相当程度低く定められることは一般に認められているというのは長澤運輸高裁判決と同じ認識ですけども、ここでは不法行為の成否に関する違法性の問題としているので、比較的なじみやすいかもしれません。

奥田 1点だけ申し上げますと、先ほど問題にした定年後の労働条件に関する社会的な認識という問題で、この判決の判旨のところでも少し疑問に思ったのは、同一の企業で、または別の企業で引き続きと言っているのですが、こういう定年後の引き下げが認められる一つの論拠として、長期雇用の場合には賃金カーブがあるという考え方がありましたよね。要するに若年層の場合には低くてだんだん上がっていったという賃金カーブがある場合には、60歳以上が下がってもそこである程度のバランスがとれるというふうな考え方があったと思うのですが、もしそういう論拠を念頭に置くとすれば、別の企業だと必ずしも妥当しないということがあると思うのですが。

野田 なるほどね。ただ、この発想は、高年法9条2項の、特殊関係事業主というのがありますね。多分これに引っ張られて、「別の企業」も入れておかなければと思って入れたんだろうと思うんですね。

そういう場合に、この高年法の発想自体が特殊関係事業主はいわば一体化しているような考え方のものだから、本来の当該企業と同じものを持ち込んでも構わないというような、そういう発想かなという気はしましたけどね。

奥田 そうだとすると、この趣旨をあまり理解していないということでしょうか。

野田 ああ、そうかもしれませんね。だからきちんと同一性のある企業とか、そういう言い方をしないと。

奥田 賃金制度が異なる可能性もあるわけですから、60歳以上の定年後であれば一律にというふうな説示になってしまいますので、ちょっと気になったところです。

野田 では次に、トヨタ自動車事件のほうに行きます。この事件の場合は、事案が少し異なります。今度は賃金だけでなく、職種変更のほうが問題になります。

被告会社は、この時期、平成24年から25年の間に60歳の定年退職を迎える従業員のうち、定年になる人を二つに分けるとしました。一つはスキルドパートナーという名前で、就業規則に定める職務を雇用期間最長5年で認める。もう一つは、その基準を満たさない人についてはパートタイマーとしての職務で、雇用期間は1年で、更新なしというものを提示しました。原告は大学卒業後、事務職として定年まで勤務し、主任の地位にあったのですが、パートタイマーとしてシュレッダー清掃業務を与えられます。1日の労働時間は原則として4時間です。この人は不満に思って、パートにもつかずに雇用が終了しました。

そこで原告は訴訟を提起して、一つはスキルドパートナーとしての再雇用契約に基づく雇用契約上の地位の確認。二つ目は、定年退職時の翌日からの賃金等の支払い等を求めます。

これについて名古屋高裁判決は、かいつまんで言いますと、当時の2012年改正高年法において

は、定年後の継続雇用としてどのような労働条件を提示するかについては一定の裁量があるとしても、提示した労働条件が無年金・無収入の期間の発生を防ぐという趣旨に照らして、到底容認できないような低額の給与水準であったり、社会通念に照らして当該労働者にとって到底受け入れがたいような職務内容を提示するなど、実質的に継続雇用の機会を与えたとは認められない場合においては、当該事業者の対応は改正高年法の趣旨に明らかに反すると、そういう判断をいたしました。

その上で、もう一つ注目すべきことも言っています。60歳以前の業務内容と異なった業務内容を示すことが許されることは言うまでもないけれども、両者が全く別個の職種に属するなど性質の異なったものである場合には、もはや継続雇用の実質を欠いており、むしろ通常解雇と新規採用の複合行為とするほかはないから、従前の職種全般について適格性を欠くなど、通常解雇を相当とする事情がない限り、そのような業務内容を提示することは許されないという判断をしました。

結論もおもしろいです。被控訴人会社は、控訴人に対し、上記違法な対応により控訴人がこうむった損害について、債務不履行責任または不法行為責任を負うというものです。

この判決のポイントを申し上げますと、この高年法の継続雇用制度の意義について再確認しているのですが、ここでは賃金の低下のレベルではなくて、仕事の内容についても判断をしたというのが特色で、その基準が社会通念に照らし当該労働者にとって当然受け入れがたいような職務内容というものであります。

それから、もう一つおもしろいのが職種変更の継続雇用についての判断でして、これを通常解雇と新規採用の複合行為と解して、通常解雇に当たるような事情がない限り、そういうものは提示できないと判断しています。しかし、なぜこのように通常解雇と言えるのかという説明が不十分であると言わざるを得ないですね。おもしろいけれども、あたかも変更解約告知のような考え方なので、理論的には非常に興味深いんですけども、その説明が不足しています。

それから三つ目に、原告は地位確認請求をして

いるんですけれども、判決はそれを認めずに、損害賠償で処理していることです。その根拠として「債務不履行または不法行為」と言っているので、債務不履行も成り立つわけで、少なくとも以前のNTTの判決（NTT西日本事件・大阪高判平21・11・27労判1004号112頁）のように、高年法上の継続雇用に関する使用者の義務を私法上の義務ではないとする多くの裁判例の立場と相容れないと言ってもいい。債務不履行という以上、少なくとも私法上の義務として契約内容になるということを行っているわけですからね。

しかし、この点については、逆に今度は債務不履行とまで言えるのか。契約の内容になるとまで言わなくても、公法上の義務で不法行為になると言ってもよかったのではないの？という気がしませんけれども、ともかく注目に値する。

さらにこの損害賠償の額を、判決はパートの年取相当額にしたんですね。これは変な気がします。この原告は自分はパートになりたくないと言って、パートに就労しなかったんです。それなのに、パートの1年間の給料を損害として認めるというのは、奇妙な結論であるという気がします。しかし、奇妙な論理ですけども、おもしろいことはおもしろい。これは上告されているのかどうか、分かりませんが、上告されているとすれば、最高裁がどのように反応するかは興味深いですね。

いずれにしろ、以上の3つの判決を俯瞰すると、定年後再雇用における労働条件の基準といっても、あまりにも規範が曖昧という気がします。労契法20条を使ったり、差別になりうるとして不法行為と論じたり、むしろその不利益処遇性に注目して、精神的な損害について損害賠償責任を追求したりで、つまり判断規範のルートが少なくとも3つ提示されており、非常にまとまりのない理論的な状況ではないかと思います。きちんと理論的な対処方法を確立する必要があるというような問題であると思いました。

私のほうからは以上です。

奥田 トヨタのケースに関しては、労働条件の低下に一定の限度を画しているという点で、定年後再雇用の場合には一定の賃金の低下とか労働条

件の低下はやむを得ないという一般論がある中では、非常に意味のある判決だろうと思っています。

その上でさらに、先ほど債務不履行と言えるかということでしたが、私は公法上の義務説には与しないので、債務不履行という考え方が出てきてもおかしくないと思います。

ただ、先生がおっしゃったように通常解雇という解釈は無理があると思いました。もしここまで言うとする、変更解約告知に照らして何かもう少しきっちりとした規範を立てるということであれば理解できるのですが。あるいは、この原告は地位確認も請求しているので、新規採用との複合行為と言ってそれを認めるための論拠としてなら意味があったのかなとも思います。

野田 なるほど。無効というのを導いてやって。

奥田 結果として損害賠償しか認めていないので、これを言う意味はほとんどないだろうとは思いました。

野田 そうですね。

奥田 積極的な判決が出されているので、重要だとは思いますが。

野田 おそらく今、最後におっしゃった部分は、そんなに真剣に考えずに、これぐらい高い程度ではないとだめなんだよという比喩で通常解雇と言ったんでしょうけれども。

2. 業績不良を理由とした解雇——日本アイ・ビー・エム（解雇・第1）事件（東京地判平28・3・28労判1142号40頁）

— 事案と判旨 —

X1・X2・X3は、Yに期間の定めのない労働契約で雇用されていた従業員であったが、平成24年7月から9月にいずれも業績不良を理由として解雇された。

※以下では、X1の解雇事由について紹介するが、X2及びX3についても、事実関係はそれぞれ異なるものの、解雇無効に至る判断の主要部分については類似の判断がなされている。

○Yの人事管理制度

Yでは、従業員の業績を示すPBC（Personal Business Commitments）評価制度を採用しており、従業員と上司との間で年初に目標設定して目標に対する1年間の達成度や会

社に対する貢献度の評価をしていた。評価結果は5段階の相対評価で、「1」（最大の貢献度を達成）10～20%、「2+」（平均を上回る貢献度）と「2」（着実な貢献）の合計で65～85%、「3」（貢献度が低く、業績の向上が必要）と「4」（極めて不十分な貢献）の合計で5～15%とされていた。また、評価が低い場合には、業績改善プログラム：PIP（Performance Improvement Program）が実施されることがあり、従業員と上司との間で一定期間（数カ月程度）の改善目標を設定し、その改善の進捗状況を定期的な面談で検証することとされていた。

○ X1の業績評価

X1は、昭和62年に大学卒業後、Yに期間の定めのない契約で採用された。採用後営業職に配属されて5年半勤務する間、営業目標を100%達成してアメリカ本社から表彰を受けるなどしており、平成元年には副主任となってバンド6（1から10まで設定されたYにおける従業員の職位。数字が大きいほど高い）の職位に位置づけられた。平成9年頃から不眠症状を訴えて同10年頃に休職するなどしたが、平成17年のPBC評価は「2+」で、その後異動を経たりしたものの、平成18年のPBC評価も「2」であった。さらに異動を経た平成19年にはPBC評価は「3」に低下したが、他方で平成20年には3月度の月間MVP賞を受賞するなどした。

Yでは平成20年10月頃から1300人の退職を目標に約5000人を対象に退職勧奨を行うプログラムを実施し、X1も対象となり所属長らと面談したものの、X1は退職に応じなかった。

X1は、平成21年1月5日から3月31日までPIPの対象となり実施されたが、目標達成により終了している。平成21年には、セールスチームからのクレームなど諸問題が生じていた一方で、業務について高評価を受ける場面もあったが、平成21年のPBC評価は「3」であった。

平成22年1月頃から、X1は退職勧奨面談を頻繁に受けるようになったが、Yの労働者により組織されたJ組合I支部に加入したのち、面談は行われなくなった。同年5月、上司がX1に再度PIP実施を提案したが、その際の書式には「改善計画が達成されなかった場合の対応の可能性（職掌変更、職位・所属変更、減給、降格、解雇など）」との記載があったためX1が組合に相談したところ、提案は保留となった。

この頃には、X1は仕事上のミスや業務に対する問題を指摘されたり、当時配属されていた業務である沖縄BSC業務を行うメンバーの評価で、平成22年10月については25名中最下位で40点満点中11.3点の評価、11月についても同じなど、低評価が続いたりしていた。

平成24年7月20日、YはX1に対し、同月26日付での解雇予告の意思表示を行った。これに対し組合がYに撤回を要求したが、Yがこれを拒否したため、X1は解雇の無効を主張して本件訴訟を提起した。YはX1の解雇につき、解雇理由証明書で、「業績が低い状態が続いており、その間、会社は職掌や担当範囲の変更を試みたにもかかわらず業績の

改善がされず、会社はもはやこの状態を放置できないと判断し」た旨記載しており、①業務の能率、生産性が著しく悪く、ミスも多いという問題、②無断で離席を繰り返すという問題があり、その業績は極めて低かったこと、助言・指導や業務変更を試みても改善しないどころか悪化していったことを解雇事由として主張した。

○判旨（請求認容）

本判決は、X1の解雇につき、次のように述べて解雇権濫用で無効と判断した。

「X1は平成18年7月にSTHのBMとなって以降業績不良が続き、業務内容の変更やPIPの実施、所属長の面談など業績改善の措置を取ってもバンド6に見合った業務はできなかったものと認められる。Yが主張する解雇事由は、その全てが認められるわけではないものの、上で検討したとおり相当程度これに対応する事実が認められる。

しかし、昭和62年に入社後、X1はBMとなる以前はPBC「2+」の評価を受けるなどバンド6に見合った業務ができていたこと、BMとなってからも複数の表彰を受けたりPIPの目標を達成したりするなど業績改善に一定の努力を行い、Yもそれを評価していたこと、業績不良となってから業務内容の変更があったとしてもShared BMや沖縄BSC業務もBMとしての業務の一部であることに変わりはないこと、DHRMの起票作業については業務内容に問題があったとは認められないことなどからすると、業績不良は認められるものの、担当させるべき業務が見つからないというほどの状況とは認められない。また、PBC評価はあくまで相対評価であるため、PBC評価の低評価が続いたからといって解雇の理由に足りる業績不良があると認められるわけではないこと、X1は大学卒業後Yに入社し、約25年にわたり勤務を継続し、配置転換もされてきたこと、職種や勤務地の限定があったとは認められないことなどの事情もある。そうすると、現在の担当業務に関して業績不良があるとしても、その適性に合った職種への転換や業務内容に見合った職位への降格、一定期間内に業績改善が見られなかった場合の解雇の可能性をより具体的に伝えた上での更なる業績改善の機会の付与などの手段を講じることなく行われた本件解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であるとは認められないから、権利濫用として無効というべきである。」

奥田 本件は業績不良を理由として解雇された原告X1ら3名が、解雇の無効を主張して、労働契約上の地位確認等を求めた事案です。この解雇については、不当労働行為も争われていますが、ここではその論点は割愛したいと思います。

さらに他の原告2名が同様の訴訟を起こして、これについても判決（東京地判平28・3・28労経速

2286号3頁)が出ていますが、これを含めて全て解雇無効で、労働契約上の地位確認が認められるという結論になっています。

今回の対象裁判例である解雇第1のほうでは、3名の解雇が問題になっていて、もちろんX1, X2, X3のそれぞれについて事情の相違はあるのですが、判断の大枠の部分はかなり共通していますので、ここではX1の解雇事由に焦点を当てて検討したいと思います。

本判決について、まず解雇の有効性が争われる場合には、使用者がいかなる解雇回避努力をしてきたかというのが重要な判断内容になると思われれます。本件のように、労働者の能力不足とか業績不良ということを理由として行われた解雇の場合も同じで、能力不足とか業績不良があれば当然に解雇が認められるというわけではなく、それまでにどういう回避措置をとっているか、改善可能性があるのかないのかということが判断されていくというのが通常だろうと思います。

そのことに関して、本判決がどう述べているかということをし少し切り分けて見てみたのですが、まず業績不良という解雇理由については確かに認められるという一方で、相対評価であるPBC評価の低評価が続いたからといって、そのみで解雇理由とは認められないと述べていて、そもそもその解雇理由となる業績不良の事実というものを詳細に判断するという方法をとっています。

その上で、現在の担当業務に関して業績不良が認められるとしても、入社以来の業績なども考慮すると、担当させるべき業務が見つからないというほどの状況ではないと。それは要するに、その状況に至らなければ解雇はできないということで、使用者はそれを検討する必要があるという考え方を示しています。

そうだとすると、使用者としてはその適性に合った職種への転換とか業務内容に見合った職位への降格とか、一定期間内に業績改善が見られなかった場合の解雇の可能性をより具体的に伝えた上でのさらなる業績改善の機会の付与などの手段を講じることが必要だと述べて、こういう手段を講じたかどうかということが、業績不良があったとしても解雇が有効と認められるかどうかの重要

な判断部分だということになっています。

このような説示自体は、特に新しい説示ではないと思いますが、ただ、解雇の可能性をより具体的に伝えた上で機会を付与するという踏み込んだ表現をしているとは思いました。ただ、そのように理解したとしても、解雇回避措置の中で、「具体的に伝えた上での機会の付与」というのがどういう意味を持つのかはこの文面からはなかなか理解しがたいというところがありましたので、今後の類似の裁判例で用いられるとしても解釈の余地がいろいろあるのではないかと思います。

今回、この判決をホット 이슈で取り上げようということになった理由には、類似の裁判例の傾向を再確認してみることで、それらとの比較から本判決がどう位置づけられるかを見てみるということもあったと思います。そこで、そのあたりを少し見てみますと、すでに何人かの方が整理されているように、労働者の能力不足とか業績不良を理由とした解雇というのは、いわゆる学卒新規採用型で長期雇用のジェネラリストとして育成することが予定されているタイプと、多くは中途採用で特定の能力を評価して採用されるタイプとで、求められる解雇回避の内容や程度は異なるというふうに整理をされてきたと思います。学説上も裁判例にもそういう傾向が見られるかと思えます。その類型でいえば、本件は前者のタイプに属するといえるので、それなりに解雇回避措置を厳しく設定しているというのも、従来の裁判例の流れに則していると見ることができます。これを厳しいと見るかどうかは、いろいろ評価があると思いますが。

ただ、前者のタイプであったとしても、本判決が示した解雇が有効とされるための留意点、特に先ほどの若干踏み込んだ表現の部分も含めてですが、これが前者のタイプに当然妥当するかは別で、前回の「ディアローク」でピックアップに取り上げられた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)などが特に注目されましたが、やはり企業規模とか業種によってその程度というのは当然異なり得るので、本件は企業規模がかなり大きいですから、会社がとるべき、あるいはとり得る回避措置にそれなりに高度

な内容が求められたと考えるのが素直な見方ではないかなと思います。ですから、先ほどの踏み込んだ表現を含めて、一般論として妥当するかどうかというのはさらに検討が必要だと思います。

中途採用の場合に関しましても、逆に職務内容が限定されているようなケースでは、そこで求められている能力や期待された能力が不足していれば、必ずしもこの長期雇用型のような広範囲な解雇回避の努力というのは求められないというのが裁判例の傾向だと思います。裁判例でいえば、例えば今回、参照判例の一つとしたコンチネンタル・オートモーティブ事件（東京高決平28・7・7 労判1151号60頁）などでは、市場補償データの分析と調査による改善点の明確化と提案という業務が契約上の業務範囲に含まれていたということをまず確認した上で、それが含まれた契約で中途採用された労働者が、この業務に対して能力不足があったということで解雇されているケースだと見るとしますと、PIPに基づく転勤だとか改善の余地の検討はなされているのですが、やはりそこでの解雇回避措置の程度や内容は決して高くはないということが見てとれますので、こうした傾向はある程度定着しているのではないかと思います。

そうは言いつても、これも以前に注目されたブルームバーグ・エル・ピー事件（東京高判平25・4・24 労判1074号75頁）の場合は、後者のタイプに位置づけられた裁判例ですけれども、こういうケースであったとしても、そもそも契約上、求められている職務能力の内容が何かということの詳細に検討する必要があり、その能力の低下に関して重大性があるかどうかということが判断されて、さらにその改善の機会とか可能性ということも考慮すべきということも言われていましたので、中途採用型であるとしても、高度な専門的能力の具体的内容は個々の事案によって綿密に検討される必要がありますし、その能力不足の程度というのは、解雇の回避措置という点からすれば軽度のものになるかもしれませんが、単に高度な専門能力が求められているということだけで解雇回避措置が求められないというふうな類型だと見るべきではないと思われま

ところで、少し補足的に別の点なのですが、このようなケースにおいて能力評価に裁判所、司法がどこまで関与すべきかというのはもう少し検討が必要だと思うところがあります。つまり、司法としては、その評価の手續やそれに基づく客観的な結論のチェックとか、その上での解雇回避措置の実施のチェックを行う、特に後者をしっかりと行うというのが重要で、能力評価そのものに司法が関与できる度合いというのは限界があるのではないかと、ある程度は役割分けをすべきではないかという感想を持っています。

それともう一点、本判決では、PBC評価は業績不良にそれ自体でつながるものではないと言われていますが、能力とか業績の評価というのが解雇の理由になっている場合、司法の役割との関係でいうと、能力とか業績の評価そのものに関しては細かく立ち入れない、あるいは立ち入るべきではないとしても、その評価がなされてきている背景事情は、評価に直接つながるかどうかは別としても、無視できないのではないかと思います。

例えば本件では、X1が組合に加入したり未払い賃金の請求をしたりということ、退職勧奨を拒否したことなどが、低評価が続いたあたりに結構連続して起こっています。それは関係ないと判断されているのですが、評価との関係でそうした事情の検討はある程度求められるのではないかと思います。

野田 ありがとうございます。奥田先生のご報告を聞いて、論点がたくさんあったので、大事なことを落としていたらまたご指摘いただくということで、奥田先生ご指摘の個別の問題に入る前に、この一連の判決の印象を申し上げますと、私は解雇法理をこれまで勉強してきたもので思うんですけれども、能力不足を理由に解雇するということが、本来、日本の雇用社会にはなかったと思うんですね。たしかに能力評価というのはありますけれども、それは昇進・昇格と賞与の額の決定に用いられ、整理解雇も含めて解雇基準に利用するということが少なかったのではないかと思います。

ところが、これはアメリカ由来の人事システムとして出発したものらしいですけれども、実務で

はこのPBCやPIPという人事管理システムが行き渡っている。今回の日本アイ・ビー・エム事件もそうですし、ブルームバーグ・エル・ピー事件や、コンチネンタル・オートモーティブ事件も全部このPIPまたはPBCあるいはその両方を使って解雇に利用する。別の企業では、社会的にも問題になったりしました。

そういう実情のもとで、本来、日本の旧来の法理では、能力不足を理由とする解雇というのは非常に難しい問題があったと思うんですね。労契法16条の解雇権濫用の適用のもとで、PBCはあくまでも相対評価であるということもご指摘のとおりですし、それから例えばPIPというのを拒否しても、解雇の理由にならないということも、確認されているので、やはりなかなか能力不足あるいは改善の意欲不足というものを解雇理由にするということは、本来は日本の法理上では難しかりうと思います。

こういう長期雇用の期間の定めのない雇用についても、PBC的な手法を使って現にこういう能力不足で解雇するということについて、日本アイ・ビー・エム事件はこのような伝統に従った、大企業の長期雇用システムの判例法に従ったものだろうと思うんです。しかし、先ほど奥田先生のほうからご指摘があった部分で、3つぐらいの基準を立てていますね。1つが、適性に合った職種転換、2つ目に職位の変更、降格も考えたかどうか。それから一番問題の指摘された点、このままで解雇だよということを具体的に伝えた上で、業績改善の機会を与えるという、そういう結構せっぱ詰まった措置も講じなさいということなんですね。

この3つの基準は、こういう長期雇用の場合についての逆読みを可能にするのではないかと思います。つまり、第1に職種変換を試みる。それから第2に降格も試みる。その上で、第3に、これ以上ひどかったら、もう君、解雇だよと告げた上で、例えば人材サービス会社などを使った方法で、業績改善を促す。そういうことをしておけば解雇もできるんだよという、そういう何かメッセージでもあるような気がしたんですね。

どうしてそういうふう思うかという、話は

飛びますけれども、韓国の公正人事指針という通達が昨年出されて（※その後、新政権が廃止した）、あれがそういうタイプの指導でして、解雇する前にこういうことをきちんとやっておきなさいということを示しているんですね。これをしておくことで低評価者の解雇が不当解雇になりませんという、全体としてそういう流れなんです。韓国は法律で60歳定年を導入したものですから、50代が労働者として残るといえるときに、解雇できるものならするという人材の流動化の必要があって、そういう政策を出している。だから発想としてやはり同じようになるのかなという気がするんですね。

それから、別のご指摘ですが、中途採用型と長期雇用型は、私も全く同感なんですけれども、今申し上げましたように、長期雇用型でも一定の道筋をつけていこうというような動きがあるのではないかという気はしました。

また、おっしゃるように中途採用型の場合は決定的に違うのは、契約上、求められている職務能力というものが争点になるはずでして、とりわけブルームバーグ・エル・ピー事件の判断は、そこそこ実績があるではないかという、そういう判断ですよ。

奥田 はい。

野田 ですから、やはり中途採用型のほうが解雇回避措置の程度はあまり高くないというご指摘がありましたし、定着した傾向だと思えるんですけども、そういう場合でも、じゃあ、むしろ契約上求められる職務能力の程度というのは明確になるはずですから、契約法理の方から一体それはどのように説明するかということの評価していかねばならないのではないかと思います。

それから、まだいくつかありましたが、ご指摘の最後の論点について、裁判所の立場のあり方について、私もこれはなるほどなと思いました。

奥田 こういうふうに言っているのかどうかは迷うのですが。

野田 特にコンチネンタル・オートモーティブ事件のほうは、原告は指示された内容の消極的な手直しをするにとどまり、主体的にさまざまな切り口での分析を試み、内容の改善を図ることはで

きない。結局、要求された水準の分析・提案ができなかったものであるというふうに、裁判所が実務を見たわけでもないのにそういう判断をする。それに物事に対して強く固執するとか、ほかの意見を否定する姿勢に終始するとか、そういう人格的などころまで原告を批判しているんですね。

それからもっと言うと、後で取り上げますけれども、ファイザー事件も、この人はスキルは問題ないんだけど、マインドに問題があるということを裁判所が言っているでしょう。これは何だろうか、なぜこんなことを言うんだらうかと思うんです。翻って考えると、結局、日本の企業社会では能力不足では容易に解雇できないという固定観念が裁判官の頭の中にもあって、そういう場合に、あえて解雇できるという結論を出すためには、判決としてもかなり攻撃的なことを言わなければいけないと思っているのではないのでしょうかね。だから、積極的に司法判断で、個人の能力の、しかも人格的などころまで含めて判断して、この人はよほどだめなんだということを積極的に判示しないと、説得力を欠くと思っているところがある。

それはやはり、先ほどの契約論的にきちんとしたものがないので、何か裁判官としても一生懸命、使用者と一緒にいるんなことを言うということになっているのではないかと思うんですね。

奥田 何かもう少し客観的なチェックというか。

野田 ですね。

奥田 そういうところが司法の役割ではないかと。例えば、評価制度自体の合理性などであればあり得ると思うんですけれども。

野田 うん。裁判官はいずれもこのPBCとかPIPとか、意外と冷淡ですよ。

奥田 そうですね。

野田 この評価システムはちゃんとしたものだなていう、そういう評価もしないで、ただ事実として挙げるだけで。それなのに、解雇正当と言う場合には、裁判官みずから何か評価しなければいけないと思うんでしょうね。

だけどおっしゃるように、そんなことを言うぐらいだったらこのPIPなりPBCの評価方法みた

いなものを明確に評価してもらほうがいいですよ。どの判決を読んでも、どういうものかよくわからないでしょう。

奥田 先生がおっしゃったように、もともとは能力不足を理由とした解雇というのは想定されていないかつしても、こういう事案が増えてきているのは事実ですし、さらに増えていく可能性はあると思います。

野田 と思いますね。

奥田 そうだとすると、なおさらこういう場合の解雇の基本的な判断基準というのがもう少し綿密に検討されるべきだと思います。先ほど述べたような、ある程度の枠組みはできてきていると思いますが、それ以上に司法がさらに細かく評価の部分に入っていくとなると、能力不足を理由とした解雇についての司法判断の予測可能性はかなり減退すると思うんですね。

野田 そうですね。確実に言えることは、おそらく今後も中途採用のケースが増えてくるでしょうから、この中途採用を理由とする解雇について契約上求めている能力に対して使用者の要求水準が高くなる。そうすると、ほんとうにこれまでの高度成長期に形成された長期雇用の法理が、そういうものとして維持できるのかということになると、やはり疑問です。日本アイ・ビー・エム事件の基準が一人歩きすると、会社の人事担当者はこの基準を使って長期的に確実にやっていきたいと思います。そうすれば解雇権の濫用という批判にあたらないという、そういう方向に行くように思います。それはそれで解雇法理のひとつの発展のあり方としては、あり得る道筋だと思いますね。

奥田 解雇するためにはそれだけのプロセスを踏まなければいけないという意味で、ある程度のところが明確になるという点では意味があるのかなと思います。

野田 そうですね。やはり最後の要件、一つは、ですから職種転換でしょう。それから見合った職位への降格ですね。それから3つ目ですよ、問題は。解雇の可能性をより具体的に伝えたいので、更なる業績改善の機会の付与という措置が求められます。

奥田 アイ・ビー・エムのケースでは、平成

22年の5月に2回目のPIPの実施が提案されているのですが、その際の書式に、「改善計画が達成されなかった場合の対応の可能性（職掌変更、職位・所属変更、減給、降格、解雇など）」ということが記載されていました。X1は組合に相談してその提案は保留されたので、実際にはこれは影響していないんですけれども、例えばこういうふうな解雇があり得るという可能性を示してPIPを実施したとすると、この判決が述べていることに当たるのかどうかですよね。

野田 そうですね。だからPIPのやり方の研

究みたいなものが必要になってきて、本来は能力改善プログラムなのにこれを解雇について具体的に応用する。何月何日まででこういうことができる、という。PIPもかなり實際上、具体的ですけども、さらに場合によっては解雇もあり得るというターゲットを決めた上での具体的なPIPの提示をする。そういうときに、この判決ではそれほど問題にしていませんけど、PIP拒否ということがどこまでできるかという、その辺が一番厳しいかもしれませんね。

奥田 そうですね。

フォローアップ

1. 割増賃金に関する規程と労基法37条——

医療法人社団Y事件（最二小判平29・7・7判例集未登載（裁判所HP））

事案と判旨

1. 当事者とその雇用契約

上告人X（原告、控訴人）は、医療法人である被上告人Y（被告、被控訴人）に雇用されていた医師である。

Xは、平成24年4月、Yとの間で雇用契約を締結し、その契約書によれば、年俸を1700万円とし、これには、①本給（月額86万円）、②諸手当（役付手当、職務手当及び調整手当の月額合計34万円余）、③賞与（本給3カ月分相当額を基準）により構成されるとされていた。

また、勤務日は週5日、1日の所定勤務時間は、午前8時30分から午後5時30分まで（休憩1時間）を基本とするが、業務上の必要がある場合には、これ以外の時間帯でも勤務しなければならず、その時間外勤務に対する給与は、Yの医師時間外勤務給与規程（本件時間外規程）の定めによるとされた。

この規程は、①時間外手当の対象となる業務は、原則として、病院収入に直接貢献する業務又は必要不可欠な緊急業務に限ること、②医師の時間外勤務に対する給与は、①の実働時間を対象に管理責任者の認定によって支給すること、③時間外の対象となる時間は、勤務日の午後9時から翌日の午前8時30分までの間及び休日に発生する緊急業務に要した時間とすること、④通常業務の延長である時間外業務は、時間外手当の対象とならないこと、⑤当直・日直の医師に対し別

に定める当直・日直手当を支給すること等を定めていた。また、この規程により支払われるもの以外の時間外割増賃金については、年俸1700万円に含まれることが合意されていたが、この年俸のうち時間外労働等に対する割増賃金に当たる部分は明らかにされていなかった。

2. Xの勤務状況と支払われた賃金

Xは、平成24年4月から同年9月に解雇されるまでの間に、当直を13回行った。これにより、YはXに対し、上記本給及び諸手当のほか、本件時間外規程に基づき、合計27.5時間の時間外労働・深夜労働に対する時間外手当として合計15万余円を、当直手当として合計42万円を、それぞれ支払った。この時間外手当は、Xの1カ月当たりの平均所定労働時間及び本給の月額86万円を計算の基礎として算出されたものであり、深夜労働の割増しはされていたが、時間外労働を理由とする割増しはされていなかった。

3. 本件訴訟

Yは、Xの言動を理由に、9月30日付で解雇したため、Xがこれを争って、①雇用契約上の地位の確認等、②時間外割増賃金等の支払、③不法行為に基づく損害賠償の支払を求めた。

第1審判決（横浜地判平成27.4.23判時2287号124頁）は、②の請求の一部についてのみ請求を認容し、それ以外は棄却したため、双方が控訴した。控訴審（東京高判平27・10・7判時2287号118頁）も同様の判断をした（ただし、Yが敗訴部分について弁済（供託）した）。そこでXが上告したところ、最高裁は①と③については、上告不受理とし、②について判断したのが本件である。

【判旨】 破棄差し戻し

1. 「労働基準法 37 条が時間外労働等について割増賃金を支払うべきことを使用者に義務付けているのは、使用者に割増賃金を支払わせることによって、時間外労働等を抑制し、もって労働時間に関する同法の規定を遵守させるとともに、労働者への補償を行おうとする趣旨によるものであると解される(…)。また、割増賃金の算定方法は、同条並びに政令及び厚生労働省令の関係規定(以下、これらの規定を「労働基準法 37 条等」という。)に具体的に定められているところ、同条は、労働基準法 37 条等に定められた方法により算定された額を下回らない額の割増賃金を支払うことを義務付けるにとどまるものと解され、労働者に支払われる基本給や諸手当(…)にあらかじめ含めることにより割増賃金を支払うという方法自体が直ちに同条に反するものではない。

他方において、……同条の上記趣旨によれば、割増賃金をあらかじめ基本給等を含める方法で支払う場合においては、上記の検討の前提として、労働契約における基本給等の定めにつき、通常の労働時間の賃金に当たる部分と割増賃金に当たる部分とを判別することができる必要がある(…)、上記割増賃金に当たる部分の金額が労働基準法 37 条等に定められた方法により算定した割増賃金の額を下回るときは、使用者がその差額を労働者に支払う義務を負うというべきである。

2. 前記事実関係等によれば、X と Y との間においては、本件時間外規程に基づき支払われるもの以外の時間外労働等に対する割増賃金を年俸 1700 万円に含める旨の本件合意がされていたものの、このうち時間外労働等に対する割増賃金に当たる部分は明らかにされていなかったというのである。そうすると、本件合意によっては、X に支払われた賃金のうち時間外労働等に対する割増賃金として支払われた金額を確定することすらできないのであり、X に支払われた年俸について、通常の労働時間の賃金に当たる部分と割増賃金に当たる部分とを判別することはできない。」よって、その判断のために、原審に差し戻す。

【関連判例】国際自動車事件・最三小判平 29・2・28 労判 1152 号 5 頁

被上告人らは、上告人会社のタクシー乗務員であったところ、賃金規則所定の賃金は、①基本給+服務手当(基本給等という。1 乗務計 1 万 2500 円)、②歩合給、③割増金(残業手当、深夜手当等)、④交通費で構成される。②、③の算定に当たっては、「対象額」を、[(揚高-基礎控除)×所定乗率]で算定した上で、③のうちの残業手当を「基本給等÷(出勤日数×15.5)×1.25×時間外労働時間数+(対象額÷総労働時間)×0.25×時間外労働時間数]として、また深夜手当も同様の考え方で算定して、さらに、②歩合給を、「対象額-(割増金+交通費)」と定めていた。このため、時間外労働を行った場合、割増金が支給されても、その分歩合給から差し引かれ、揚高が同じである限り賃金が同額になる。原告等は、賃金規則の定めは労働基準法 37 条の趣旨を潜脱し、公序に反すると主張して、同条の割増賃金と付加金または歩合

給の一部を求めて提訴した。原審は、請求の一部を認容した。

これについて最高裁は、次のように判断して、原判決を破棄して、差し戻した。

時間外労働等に対して支払われた賃金が労働基準法「37 条等に定められた方法により算出した割増賃金の額を下回るときは、使用者がその差額を労働者に支払う義務を負う。」労働契約において売上高等の一定割合に相当する金額から労働基準法 37 条に定める「割増賃金に相当する額を控除したものを通常の労働時間の賃金とする旨が定められていた場合に、当該定めに基づく割増賃金の支払が同条の定める割増賃金の支払といえるか否かは問題となり得るものの、当該定めが当然に同条の趣旨に反して公序違反で無効になるとは解されない。賃金規則の「賃金の定めにつき、通常の労働時間の賃金に当たる部分と同条の定める割増賃金に当たる部分とを判別することができるか否か、また、……賃金規則に基づいて割増賃金として支払われた金額が労働基準法 37 条に定められた方法により算定した割増賃金の幅を下回らないか否かについて審理判断」すべきである。

野田 次に、フォローアップに入ります。同種の問題を扱った今年度の事件に、国際自動車事件がありますが、より最近に出された、医療法人財団 Y 事件の最高裁判決がありますので、一応これをメインにし、国際自動車事件の最高裁判決を関連判例として、両判決を対比することにより検討したいと思います。それで、まずは、この医療法人社団 Y 事件という、今年 7 月 7 日に出た判決です。事実と判旨は、別掲のとおりです。

いわゆる固定残業代制の事案として、本件の場合、医師の時間外労働について包括賃金制を採用しているケースであり、この制度による時間外割増等(深夜割増を含む)手当の算定と支給が、労働基準法 37 条違反になるかが争われたものです。

本最高裁判決のポイントとして、2 つ挙げたいと思います。

第 1 には、労働基準法 37 条の意義について述べている部分です。最高裁は、労働基準法 37 条が時間外労働等について割増賃金を支払うべきことを義務づけているのは、時間外労働等を抑制し、もって労働時間に関する同法の規定を遵守させるとともに、労働者への補償を行おうとする趣旨によるものであるとして、あまり見たこともない判決がここで引用されていました。このように、37 条の

趣旨を、時間外労働の抑制であると確認している点は、後で言いますように、これは国際自動車にはなかった判断ですね。

それから第2のポイントとして、固定残業代制の労基法37条への適合性について、「明白区分性」の判断基準の徹底あるいは貫徹といった法理を提供している点です。

ご承知のように、固定残業代制度が同条に適合するかについて、これまで最高裁は、高知県観光事件（最二小判平6・6・13労判653号12頁）の判決以降、「明白区分性」という要件を繰り返し確認してきました。すなわち、固定残業代制度は否定されるわけではないが、「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」場合には、労基法37条の規定する割増賃金等「が支払われたとすることは困難」とするものです。この明白区分性の要件は異なる事案でも繰り返され（テックジャパン事件・最一小判平24・3・8労判1060号5頁）、関連判例の国際自動車事件最高裁判決でも基準としています。

本件の被告と原告医師との間では、年俸の金額には、時間外規程で定めるもの以外の時間外労働等についての賃金は含まれるとの合意がありました。そして、この時間外規程では、時間外労働とされるのは、午後9時以降の実収業務や緊急業務だけに限られ、当直・日直もこれにカウントされないものとされていました。

こうした取扱いについて、第一審および原審は、原告の「医師としての職務及び責任」、医師という職務の裁量性、Xの給与額からすれば、保護に欠けるおそれがないとし、その上で、本件雇用契約及び時間外規程は有効と判断しました。また、Xは、「時間外手当を請求できる場合を認識できたというる」から、「明白区分性の点からも不都合はない」と判断していました。

ところが、本上告審判決は、こうした医師の職務等の特性に言及することなく、明白区分性の点だけで、判断を下しました。改めて言いますと、労基法37条は、同条等によって算定される割増賃金を「支払うことを義務付けるにとどまる」のであり、固定残業代の合意がどのようなものであ

ろうと同条に反するものではない。求められるのは、固定残業制の「方法で割増賃金を支払う場合」において、上記の明白区分性の要件が満たされているかどうかである、ということです。

このように、最高裁は、時間外労働等の手当が37条に違反するか否かは、第1に、割増賃金の合意や規定の効力ではなく現になされた「支払い」が問題であること、第2に、その支払いが明白区分性の要件を満たしていること、を重視するものであります。

この考え方は、今年の2月言い渡しの国際自動車事件判決でも表明されていました。国際自動車事件判決は、タクシー運転手の賃金等の決定に当たって、時間外や深夜労働の割増金を計上しつつも、歩合給の算定にあたっては、揚高に一定比率を乗じて算定された対象額から割増金を控除するという算定方法が、労基法37条に違反しないかが争われた事案でした。この判決は、やはりこの明白区分性の有無を検討して労基法37条等により算定された割増賃金を下回らないかを検討すべきであって、割増賃金として「支払われた金額が」これを下回るときにその額を支払うべきであるとなりました。他方で、この算定方法の定めが同条の趣旨に反して公序良俗に反すると解することはできないと判断しました。

このように、明白区分性と、その基準によってのみ判断すべしという姿勢が、最高裁の強固な立場として確立されたという気がします。

そこで、以上の2つのポイントについて、どう考えるかということです。まず、最高裁が労基法37条の趣旨を、時間外労働の抑制であると確認している点については、固定残業代制度の解釈について、一つの指針を与えるものとして評価すべきであると思います。この趣旨確認は、国際自動車事件最高裁判決にはなかったものでして、本件医療法人社団Y事件は、この解釈指針を明らかにすることにより、これを伏線にして国際自動車事件判決と結論を分ける結果になったと思います。

次に、第2のポイント、つまり、明白区分性について問題なのは、「規程」ではなく、現実に勤務した労働時間における時間外労働時間の長さで

あるという点です。それは、客観的に把握されるものであるわけです。労働時間というのは就業規則の規程いかんにかかわらず評価・判断されるという、いわゆる客観説の考え方が我が国では定着しているわけですから、そのような解釈が妥当であると思います。つまり、判断すべきなのは客観的な労働時間、時間外労働の時間の長さであって、時間外規程の効力いかんというのは筋違いだろうと思います。この点では、国際自動車事件判決も同じ考え方ですね。そうすると、本件の下級審のように、本件時間外規程の合理性を認めて、その有効性を前提に判断するというのはおかしいと私も思います。

それから、本件時間外規程の合理性判断で、医師の勤務特性、自立性や給与の高さ等を問題にするのは、ご承知のモルガン・スタンレー・ジャパンの判決（東京地判平17・10・19 労判905号5頁）が思い出されますけれども、私はそもそもこの判決は問題が多いものだと思っていたわけです。こういうものを最高裁が全く問題にしないというのはなかなかいいのではないかと思います。

ただ、実務に対する影響力は大きいだろうと思います。この判決は病院の経営側にとっては非常に大きいだろうと思います。この法人も580人も医師を抱えているわけですし、大病院一般の実務としても大きいだろうと思います。

次に、本件の原審の判断では、「明白区分性の点からも不都合がない」としているのですが、その前段では、時間外との区分について、「判別することができないといわざるを得ない」と判断しながら、時間外手当を請求できない場合及びできる場合については、本件時間外規程で具体的にかつ明確に規定されていること、および、時間外手当を請求できる場合を認識できていたことから「不都合はない」という判断につながったわけです。

しかし、ここでも下級審は、その区分のあり方について、「規程」の存在とともに、当事者の認識という、主観や認識の面で判断しようとしているように思われます。

高知県観光事件が言うように、明白区分性の区分というのは、これは認識の問題ではなくて、客

観的な判別困難が労基法37条の適用を困難にするという点にその議論の根拠があります。当事者が合意しているとか、労働者の認識によって明白区分性の判断が左右されるというのはおかしいと思います。

最後に、この明白区分性の方向性ということで、国際自動車事件判決と対比させたいと思います。つまり、明白区分性の立場を貫徹させる点では、本判決も国際自動車事件も同じなのですが、その方向性が違うということです。すなわち、国際自動車事件のほうは、要するに割増賃金算定のための対象額を算定した上で、歩合給の計算に当たって、この対象額から割増賃金及び交通費に相当する額を控除するというものであります。

この判決の原審は、これは結果的に、揚高が同額である限り、時間外労働等をしていなかった場合もしていなかった場合にも、乗務員に支払われる賃金は同額になると判断しました。ですから、そういうものは同条の趣旨に反し、ひいては公序良俗に反するものとして無効という判断をしたんですね。ところが、最高裁は、労基法37条というのは、その基準によって「支払う」ことを求めるだけで、合意レベルでは何の問題もないということを行っているわけですね。基準を下回らない割増賃金を「支払う」ことを義務づけることにとどまる。使用者に対して労働契約において割増賃金の定めを労基法37条等に定められた算定方法と同一のものとすることは必要ないんだということを言っているわけです。要するに明白区分性さえ達成していればいいことを意味します。

ですから国際自動車事件は、だめ押しみたいに、労働契約においてこういう割増賃金の支払いが同条の定める割増賃金の支払いと言えるか否かは問題となり得るものの、しかし当該定めが当然に同条の趣旨に反するものとして公序良俗に反し、無効であると解することはできない。こうした観点から、労基法37条の趣旨というのは、割増賃金を支払うことを義務づけているのであって、労働契約等において同条に合致する算定を定めることを義務づけているのではない。そして問題なのは、明白区分性であって、現実に支払われた割増賃金の額が区別できますか、できません

か、それが唯一無二の規範なんだということ言うわけでは、

この点は、いわば労働時間の算定における客観説に由来する判断だと思えます。両判決はこの点では、客観的明白区分性説と言ったらいいでしょ、一致している。ところが、国際自動車事件のほうはこの考え方が強調されて、労基法37条の時間外労働抑制という趣旨が活かされなくなり、原審の公序良俗・無効という判断も取り消してしまった。この点で、同じような判断をとったのが、この1年間の判決の中ではX社事件（東京高判平28・1・27 労経速2296号3頁）があります。

この国際自動車事件最判やX社事件のような判決の立場は、37条の長時間抑制の趣旨を強調したこれまでの裁判例、例えばマーケティングインフォメーションコミュニティ事件（東京高判平26・11・26 労判1110号46頁）というのがありますけれども、これは月40時間を超えるような時間外労働で合意することは、37条の趣旨または公序に反して許されないという判断をしました。こういう判決の芽を摘むことになると思えます。

本医療法人社団Y事件に話を戻すと、本判決と国際自動車事件とでは、客観的明白区分性を徹底させる考え方が、両刃の剣のように作用してしまっただということになると思えます。

奥田 医療法人社団Y事件の事案は、モルガン・スタンレー事件に近いようなケースで、明白区分性の原則を重視した判断ですね。

野田 はい。

奥田 ですから、下級審が述べていた事実があったとしても、それでもやはり時間外労働割増賃金に関しては、通常の労働時間の賃金の部分と割増賃金の部分が明白に区分されているかどうかということ、それを前提として実際に支払うべき割増賃金が払われているかどうかということ、その2つの要件をクリアしているかどうかというのが前提になっています。労基法37条が適用される限りは、その2つの要件を満たしているかどうかがまず検討されるべきというのは従来からの最高裁の流れなので、そういう意味で言うと、医師の勤務の特殊性があったとしても、従来からの最高裁の流れをそのまま引き継いでそこを原則どおり

に述べたもので、妥当な判決だと思います。

国際自動車事件でも結局のところその2つの要件に該当するかどうかを差し戻して検討するということなので、最高裁の基本的な判断枠組みがそこに固まっているというのはそのとおりだと思います。

ただ、国際自動車のケースに関しては、明白に区分していると言えるのかどうかという問題自体がかなり複雑で難しい判断になってくると思えます。事案がかなり複雑なのでわかりにくいのですが、要するに対象額Aを設定して、そこから割増賃金をいったん算出しているんですよね。

野田 そうです。

奥田 だとすると、いったん割増賃金を算出しているので、区分している見えなくもないんですけど、でも一番問題になっている歩合給のところに関しては、結局、対象額Aからいったん算出した割増賃金を引いて、それを歩合給としているわけですね。

だとすると、歩合給の分の割増賃金というのはもう一回計算するのかということ、そうでもないですし、そうだとすると、歩合給の分の割増賃金のもととなっている通常の労働時間の賃金というのは明確には存在しないわけなんですよ。そのあたりがどう読めばいいのかわかりにくかったんです。これに関しては多くの方が評釈を書かれていますが、例えば浜村彰先生は、歩合給に関する通常の労働時間の賃金というものがそもそも出せないような計算式になっているから、そういう意味で明白区分性の要件は満たしていない、37条の要件を満たしていないという考え方ができるのではないと言われていて、確かにそうだなと思いました。

しかし一方で、割増賃金はいったん算出されて、差し引かれて問題があるのは歩合給のところなので、結局は歩合給のところから割増賃金を支払う形で歩合給を算定しているという、その算定自体が問題なので、37条の割増賃金が払われていないという理解ではなくて、37条の趣旨に反するというので、その歩合給の算定の規定が公序良俗に反するという、原審の判断が妥当な考え方だとも考えられるんです。

野田 労働時間関係の最高裁判決は、差戻審が判例集に載らないか、差戻審が出る前に和解をしたか何かで判例集に載らず、今の国際自動車的事件も、差し戻したときにどうなるかというのは非常に難しいですね。

奥田 そうですね。

野田 しかしタクシーの運転手の労働時間と賃金の算定の特殊性ですよ。つまり一応、所定時間みたいなのはあっても、昼夜十何時間ですとずっと走っているわけでしょう。その中で事実上時間外も込みになって走っている。走れば走るほど収入は上がるようなシステムです。上げたければ上がっていくのですが、しかし時間外労働としてそれをそのまま放置しておけば、割り増しばかり増えていくというような、そういう特性があって、それで、抑制的効果を狙ってああいう計算方法にしたのだと思います。被告側はそう言っていますよね。

だからそういう特性の中で、歩合給についてそのような算定方法を認めるかが問題になるのですが、そういう特殊な時間外及び賃金の算定方法をせざるを得ないような働き方でもある。歩合給のように、揚高が上っていくという、そういうものの時間外賃金について、ストレートに明白区分性といっても、何をもってどう区分するんですかということになる。最高裁の言うとおりにやると、かなり時間の使い方もタクシー運転手の特性として労働者にゆだねられているところがあるので、分からないところがあるとは思いですよね。

だからその辺の処理の仕方というのは、差し戻してはいるけれども、結局どう判断すべきかわからないと言わざるを得ないと思いますね。

奥田 たしかに時間外が増えていくのもあると思うのですが、でも出来高のケースというのは、割増賃金の算定基礎の考え方も通常とは違いますよね。それと、その歩合給として出てきているのに、それが割増賃金を引く形で算定されているから、なおさらわかりにくいんですよ。じゃあ、歩合給の割増賃金は一体、何から出すのかということなんです。類似のケースとして、例えば能率手当を支給するとして、時間外労働をしたら、その割増賃金分を能率手当から引くという

場合だと同じような問題が出てくると思うんです。だとすると、時間外労働をしてもその時間に比例して割増賃金は出てこないわけです。それによって時間外労働を抑制するという使用者の意図はあるのかもしれませんが、そうすると37条で時間外労働に対して割増賃金を設定している趣旨というのはほとんどなくなりますよね。

野田 そうですね。

奥田 かなりの時間外労働でそれを上回ったとしても問題だと思えますけれども、いずれにしてもそうではない部分は結局すべて引かれる。

野田 この2つの最高裁では明白区分性が大前提になっており、かつ必要十分条件になっている。つまり支払いのレベルでの明白区分性を要求するけれど、それさえあればいいんだという考え方になっていて、それがいわば全面貫徹するようになっている。

奥田 そうだとしても、割増賃金は算定されているけれども、給与として設定されている能率手当が時間外労働すれば割増分を引くという形になっていけば、そういう設定の仕方というのが果たして公序違反にならないかどうかという形で問題になると思うんですが。

野田 でももう公序違反ということは問題にしないんでしょう？ この国際自動車事件の最高裁の判決は。

奥田 この最高裁判決はそうですが、そういう理屈でいいのかわかりかねますね。この判決を前提にすると、そういう定めは公序違反にならないということになりますよね、賃金の設定の規定なので。

野田 ええ。

奥田 でも一審、二審が言っているように、やはりそれは37条の趣旨に反するから、全くのフリーではなくて、公序違反になる可能性は十分あり得ると思うんです。

野田 いや、でも最高裁の明白区分性に関する意思はすごくかたくて、いずれにしろ国際自動車事件のケースでも、いろんな不都合があるにしても、労働契約とか、あるいは就業規則の賃金規定については公序違反として問題を立てないということになりませんか。

奥田 明白区分性の要件をクリアしていても、割増賃金分を差し引いて、例えば今回でいうと歩合給を出すというような規定、それを公序違反と言わないという最高裁の理屈だと、そういうケースが全て認められることになりますね。

野田 そうでしょう、きっと。支払い総額のうち、おそらく立証負担は使用者側にあると思いますけど、その分について明白にこの分が時間外に相当する部分と、そうでない部分というのを、やはり一律にそういうふうにやっていきなさいという設計をしているわけでしょう。最高裁は。

奥田 明白区分性はそうだとしても、対象額Aを前提として割増賃金があったん算出されているという前提に立ったとすれば、これは算出されていることになるわけですね。

野田 ええ。

奥田 だからそういう意味でいうと、37条の違反にはならないとも考えられるのですが、でもその分を差し引いたものを歩合給にするという、その規定が公序違反にならないという結論になってしまうと、割増分がそれで差し引けることになるんですよ。

野田 つまり原告は、差し引かない賃金を請求したわけですよね。

奥田 そうですね。

野田 それで、そういうことをして一審、二審は公序違反だということのを認めたと。

奥田 37条の潜脱になるということですよ。

野田 ええ。ですけれども、最高裁はあえて、そうではないんだということを言った以上……。

奥田 差戻審では、まずは明白区分性の要件を満たしているかどうか。

野田 差戻審が、公序違反にならないと判断したとしても、割増賃金が支払われたと言えるかどうかの判断が必要になりますね。

奥田 最高裁は、公序違反にならないとは言っているんですけども、それによって割増賃金が支払われたと言えるかどうかは別として、と言っていますからね。

野田 ええ。割増賃金の支払いと言えるか否かは問題となり得るものの、しかし公序に反し無効と言うことはできない。

医療法人社団Y事件を合わせて読むと、下回らない額の割増賃金を支払うことを義務づけるにとどまると言っていますが、支払いさえすればいいんですよ。だから支払っていなければ、それは37条違反になる。37条違反になるかどうかは明白区分性で判断しますと。それ以外に労働契約でどう定めようと、公序に反して無効と解することはできないと言っている。

奥田 労働契約でどう定めようと、というのは、このケースでいえば、対象額Aから割増賃金分を引いたものを通常の労働時間の、それをなぜ通常の労働時間の賃金と言うのかかわからないんですけども、歩合給にするという、そういう定め自体は公序に反しないということなんですね。

野田 ええ。

奥田 でもやはり、それが公序に反しないという最高裁の考え方が果たして妥当かどうかには疑問があるんです。

野田 疑問があるというのは、やはり37条の長時間労働抑制の趣旨から疑問があるという意味ですね？

奥田 実質的には、割増賃金が払われていないことになりますから。

野田 先ほど言いましたように、医療法人社団Y事件では、労基法37条の時間外労働等の抑制という趣旨を述べているのですが、国際自動車の方はそれがなくて、両方の結論が分かれる布石になっています。

そして、国際自動車判決の場合はそもそもその割増賃金の支払いというのが問題となるんですけども、規定そのものは公序に違反し無効であると解することはできないと言っているわけですね。

奥田 一審、二審は公序に反すると言ったのですが、最高裁は公序には反しないという言い方をしているわけですよね。

野田 僕がこの判決の射程をもっと広く見なければいけないと思ったのは、やはり医療法人社団Y事件があるからですよ。この判決は、モルガン・スタンレー事件のファクターなど全く問題にもしていない。要するに就業規則でああいう規定をしたって、そもそも公序違反ということ自体も問題にしないし、その有効性も問題にしない。

だって医師の勤務特性なんか問題にもしてないんですよ、最高裁は。一言も触れない。

その意味では、両判決は同じ射程を持っているんだと思うんですね。そうすると、どちらであれ合意とか規定内容とかそういうものについては37条というのはあくまでも支払いだけが問題であって、その支払いについて明白区分性を当てはめるといっただけが規範なんだということを言っていると思うんですよ。

奥田 そのこのところは共通していると思います。

野田 ですから国際自動車事件のほうも、確かにこういうふうに出て高給だけのことを言っているように見えますけれども、そもそも「支払いと言えるか否かは問題となるものの、当該定めが当然に同条の趣旨に反するものとして公序良俗に反し、無効であると解することはできない」というのは、何の定めであれ、公序に反して無効ということは言えないと言っているのではないのでしょうか。

だから僕は医療法人社団 Y 事件の判決を読んで、この国際自動車の射程の大きさが逆に確認できたのです。労働契約であれ就業規則であれ、37条は全て結果として支払うことだけを求めているとこの判決も言っているわけですから、支払うことを義務づけているにとどまると。

もっとも、明白区分性の要件を明らかにしたことと、長時間外労働の抑制という37条の趣旨とが、どのように関係するのかは、これらの最高裁判決でもまだ読みとれないですね。

2. 打切補償支払い後の解雇と労契法16条——

専修大学（差戻審）事件（東京高判28・9・12労判1147号50頁）

—— 事案と判旨 ——

○訴訟に至る経緯

Xは平成9年にYに採用されたが、同15年3月13日に頸肩腕症候群（本件疾病）の診断を受けて以降欠勤を繰り返すようになった。同16年6月3日にYはXを1年間の私傷病による休職とし、Xは翌17年6月3日に復職したものの、同18年1月半ば以降、本件疾病により業務に従事できなくなったために長期欠勤を余儀なくされ、同19年3月末にい

ったんYを退職した。その後、同年11月に、平成15年3月20日時点において本件疾病が業務上のものであったと認定されたことから、Xには同日に遡って労災保険給付が支給されることとなり、これを受けてYは同20年6月に上記退職を取消し、退職日に遡ってXを復職させた。またYは、同15年6月以降の欠勤及び私傷病休職につき、Yの定める災害補償規程に照らしていずれも業務災害による欠勤に当たるものとした。Yは同規程に定める欠勤期間の3年を経過後、さらにXを2年間の業務災害休職に付した。同21年10月半ば、Xは就労可能との診断書を提出してリハビリ就労を目的とする復職を求めたが、Yは産業医の報告に基づき復職は認められないと判断した。同23年1月に業務災害休職期間が満了したことから、YはXに復職可能とする資料の提出を求めたが、Xはリハビリ就労を求めるにとどまった。Yは、Xの復職は不可能と判断し、打切補償1629万余円を支払って同年10月24日付でXを解雇した。

○最高裁判決での論点と判断

最高裁判決（最二小判27・6・8労判1118号18頁）での主たる争点は、本件解雇が労契法19条1項の解雇制限違反で無効となるかであった。すなわち、同条但書が「第81条の規定によって打切補償を支払う場合」に解雇制限が解除される旨定めるところ、労契法81条は「第75条の規定によって補償を受ける労働者」を対象としていることから、労災保険法に基づく療養給付等を受けるXもこれに含まれて、打切補償により労契法19条の解雇制限が解除されるか否かが問題となった。最高裁がこれを肯定して本件解雇は労契法19条違反に当たらないと判断したことから、同解雇がさらに労契法16条により有効か否かが差戻審で判断されることとなった。

○本判決での論点と判断

本判決は、以下のように述べた上で、本件解雇には客観的に合理的な理由があり、解雇までの間に業務上の疾病の回復のための配慮を全く欠いていたというような特段の事情はないことから、社会通念上の相当性を欠くことはないとして、その有効性を認めた。

「一般に、労働者の労務提供の不能や労働能力の喪失が認められる場合には、解雇には、客観的に合理的な理由が認められ、特段の事情がない限り、社会通念上也相当と認められるというべきである。業務上の疾病による労務不提供は自己の責めに帰すべき事由による債務不履行とはいえないことから、例外として解雇を制限するが、その場合であっても、労働基準法81条の要件を満たし、同条による打切補償がされたときは、解雇までの間において業務上の疾病の回復のための配慮を全く欠いていたというような特段の事情がない限り、当該解雇は社会通念上也相当と認められるものと解するのが相当である。」

「Xは、労働災害による休職の場合では、打切補償を支払うことによって、私傷病による休職の場合よりも容易に解雇できることになり、均衡を失し、公平を欠くとも主張するが、

打切補償の要件を満たすことになるや直ちにこれを支払い、解雇するといった事案であればともかく、当該事案における具体的事情を踏まえつつ、解雇までの間において業務上の疾病の回復のための配慮を全く欠いていたといった特段の事情の有無を検討し、解雇の当否を判断する限りは、Xの上記懸念は必ずしも当を得ない。」

「労災保険法に基づく保険給付の実質及び労働基準法上の災害補償との関係等によれば、同法において使用者の義務とされている災害補償は、これに代わるものとしての労災保険法に基づく保険給付が行われている場合にはそれによって実質的に行われているものといえることができる。そうすると、使用者自らの負担により災害補償が行われている場合とこれに代わるものとしての同法に基づく保険給付が行われている場合とで、その後に行われた解雇の適否の判断を異にすべきものとは解されない。」

奥田 本件は、前々回の「ディアローク」で検討された最高裁の差戻審です。最高裁での論点についてはここでは取り扱いませんが、フォローアップとしては、差戻審で争点となった労契法16条の適用について検討したいと思います。

まず、本件差戻審では、労基法19条ただし書きによって解雇制限が解除された場合に、さらに労契法16条の解雇権濫用規制が適用されるかどうかという点が問題になりました。控訴人が16条は適用されないと主張したことから問題になったわけですが、本判決は適用を肯定しています。労基法19条は解雇理由のいかんを問わずに特定の期間中の解雇を制限する規定であることからすると、解雇制限が解除されたとしても、解雇理由についての判断はなされるべきですので、この点についての結論は妥当だろうと思います。

その上で、労契法16条に基づいて解雇の有効性を考えるときに、労基法19条の解雇制限期間を経て打切補償がされたという事情をどう考慮するのか、あるいはしないのかということが次に問題になりました。

被控訴人は、労働災害による休業の場合は打切補償を支払うことによって私傷病による休業の場合よりも容易に解雇できることになるのであれば、均衡を失するというので、考慮することに否定的な立場を主張していました。要するに、打切補償を支払って解雇制限が解除されているというこ

とによって、特に解雇回避の努力の評価において私傷病と同様にさらなる回避努力が求められるのか、あるいは期間制限を経て打切補償しているということで基本的にカバーされていると考えるのかという、そういう問題になってくると思います。

本判決は、打切補償の要件を満たすことになるや直ちにこれを支払い解雇するといった事案であればだめだけれども、当該事案における具体的な事情を踏まえて、解雇までの間に業務上の疾病の回復のための配慮を全く欠いていたという特段の事情の有無というのを検討して当否を判断すると述べています。

その前提として、労働者の労務提供の不能や労働能力の喪失が認められる場合には解雇に客観的に合理的な理由が認められると考え、特段の事情がない限り社会通念上も相当と認められると述べています。だとすると、業務上の疾病による労務不提供の場合で打切補償がされたときの「特段の事情」というのは、解雇までの間に業務上の疾病の回復のための配慮を全く欠いていたというような特段の事情、ということになります。この判決はおそらく、打切補償の支払いやそれまでの経緯は解雇の有効性を肯定する重要な要素であって、解雇回避の単なる考慮要素の一つとは位置づけていないのではないかと思います。

そうだとすると、労基法81条の打切補償というのは直接的には労基法19条の解雇制限解除にかかわる規定なのに、労契法16条の判断でこれを重視するというのが果たして妥当かどうかという問題はあり得るかと思えます。

次に、被控訴人は、労災保険法の保険給付を受けている場合の打切補償については解雇権濫用判断において厳格に審査すべきであると主張していたのですが、労災保険給付が労基法の災害補償に由来するという最高裁判決の論理から、その厳格化という考え方を否定しています。最高裁の判決を前提とすると一貫した判断かなと思います。

さらに2点だけ敷衍して考えてみますと、本件に特有の論点というわけではないんですが、労基法19条の適用に関しては、休職期間の満了による退職扱いのケースについても、解雇に相当する

ということで労基法19条1項を適用して無効とする判決が出ています（最近の事例では、ケー・アイ・エス事件・東京地判平28・6・15労経速2296号17頁など）。そうすると、そういうケースについても結局それが長引けば19条ただし書きによる制限解除ということになるとすると、その退職扱いについてもその後は労契法16条の適用を受けることになるのかどうかという問題が出てくるように思いました。つまり労基法19条の適用範囲が東芝事件以来こういうケースで広がっているのです、それらが労契法16条に流れてくると、そういう問題が出てくるかもしれないと思います。

もう一つは、先ほどのアイ・ピー・エム事件のところでは飛ばしたのですが、労契法16条の要件該当性の判断の構造というのは、どこかの機会できっちりと考えてみたほうがいいのではないかと考えています。本判決は、労働者の安全や健康に配慮して健康を損なった労働者については回復・復職に向けて配慮すべきとの信義則上の義務について述べているのですが、これを社会通念上の相当性で判断しています。私は解雇回避努力というのは客観的に合理的な理由において判断すべきで、回避措置の可能性があるにもかかわらず行われる解雇というのは、解雇に至るだけの理由がないと考えるべきではないかと考えています。ですから、これが社会通念上の相当性という要件に流れていくのは、要件該当性の構造としては異論があるところだと思います。

裁判例は、①客観的に合理的な理由と②社会通念上の相当性という要件はあまり区別して判断していないですし、学説上もそれを区別しないという考え方もありますが、①と②を区別して要件の構造を明確化していくという考え方も比較的有力になってきていると思うので、このあたりの構造をきっちり考えるということも必要だと思っています。

本判決は、①と②を一応区別して順番に検討しているのですが、検討に当たっての判断要素はあまり区別されていなくて、結局、配慮すべき信義則上の義務はどちらもカバーしているようなので、そこらあたりの整理はもう少し必要ではないかということ、このケースとかアイ・ピー・エ

ムのケースを通じて思いましたので、あわせて挙げておきたいと思います。

野田 たくさんご指摘があったので、後ろのほうから始めますと、退職扱いもそうだけど、雇い止めの問題もありますよね。

派遣労働者の団体行動が問題になって派遣契約を解約したという事件で、派遣法27条違反の成立という全然別の論点がメインになった判決なんですけど（トルコ航空ほか1社事件・東京地判平24・12・5労判1068号32頁）、その中で、多くの原告は同法違反で派遣元会社から解雇も無効として勝訴したのに、たまたま労災で休業していた有期の原告の雇い止めについては、労基法19条1項の適用はないと明言して地位確認を認めなかった例があります。

しかし、雇い止めについても実質的に解雇と異ならないと解して、労契法19条を通して解雇権濫用と類似の法理が適用される可能性はあるでしょう。一定の雇い止めについては労契法16条と同種の判断になりますよね。そうすると、最初から労基法19条を排除してしまうとおかしいという問題があり得ると思います。たしかに労基法19条は解雇としか書いていないんだけど、労契法では実質的に同じように考えようとしている。これと同じような問題ですよ。

奥田 解雇の意思表示がされているわけではないですから少し違うはずですが、理屈からいうと、16条に流れて来ざるを得ないと思うんですね。

野田 そうですね。だから客観的に合理的な理由がある退職扱いかというような、そういう話になってくるので、議論の幅がわからなくなってしまふような気がしますね。これは、解雇や雇い止めの問題が、労基法と労契法に分断されていることから生じる問題かもしれません。同じような未整理の問題は多いと思います。

それから、別の論点ですが、あとで取り上げる綜企画設計事件と関連する問題なのですが、病休明けのお試し就労について、この判決は労務の提供と言えないものではないと判断しているんですね。どうしてもやはり解雇と言わせたくなかった。労務提供があるということになると、じゃあ、

そこに労働契約はあったのですかということになるので、そもそも部分就労については就業規則とこの規定の解釈からも踏まえて、労務の提供と言えるものではなかったとなっています。

そうすると、この就業の法的意味は何ですかと、細かいことを言うと……。

奥田 要するに復職していないということですよ。

野田 そうそう。労働していない。でももし労災事故に遭ったらどのような法的関係になるのか、あるいは最低賃金も払わないのかなどという問題が直ちに発生します。後に取り扱いますけれども、そういった問題をはらんでいるということになりますね。この判決は、どうしても解雇と言いたくなかったというのがあるので、さっさと済ませていきますけれども、でも何らかの就業をしていたらどうなるのかという、そういうリハビリ就労一般の問題にかかわってきますね。

それから、メインの問題ですけれども、必ずしも反論する趣旨ではないんですけど、この判決の判断は、労災療養中の労働者については、労基法19条ですと解雇が規制されていたのが、打切補償すると、一挙に禁止が外れて、あとはすべて16条に流れていくという考え方ですよ。そして、それではあまりにもドラスティックな結論になるので、だから「特段の事情のない限り」という判断要素で一刀両断的な判断を補って、何とか調整しようという、そういう考え方ですよ。

しかし、考え方によっては、労契法16条の濫用法理を判断する場合でも、これまでの全経緯が労災療養であり、要するに仕事が原因で休まざるを得なかったんだという事実が失われるわけではない。打切補償を払ったから労基法19条の解雇禁止から解放されるとしても、労契法16条に流れてきて濫用判断をするときには、それまでの全経緯を労契法16条の判断の中できちんと組み入れる発想だってあるはずですよ。

19条の禁止の解除から、一挙に、労災の問題よさようならとして、特段の事情がない限り前提抜きに労契法16条を考えるのは、アプローチとして無理があるかなと思います。それから、この判決の特段の事情は、ある種の配慮論に帰着して

おり、打切補償の要件を満たしてしまえば直ちにこれを支払い、解雇するのはだめで、打切補償を払える状態でもしばらくぐっと待って、半年か1年待って、そして払いましたというのなら解雇権濫用にならないという、配慮論を述べています。

奥田 それ以外のこともきちんとやっているかどうかということですね。

野田 そうそう。だからどうも不明瞭な解決に思えます。

奥田 19条の制限期間を経て打切補償した場合に、それで16条でも要件を満たしたと言えるかどうかということかというと、それだけでは認められなくてそれ以外の配慮もと言っているのですが、では同じような判断要素として見ているかというと、やはり打切補償しているということは一応重要で、それ以外に何もやっていないという「特段の事情」がないと言っているのので、そこは19条のところをかなり16条に引き込んだ判断をしているんですね。

野田 そうですね。引き込んでいます。

奥田 必ずしもおかしいとは思いませんが、16条の要件で新たに判断したとしても、客観的合理性は比較的容易に認められますよね。

野田 そこで判断していけばいい。

奥田 社会通念上の相当性というのは、打切補償の額もそうですが、それまでの休業の期間であつたりとか、そういうようなことを……。

野田 そうそう。全経緯をね。

奥田 その間によほど手続とかに問題がない限りは、そこで否定されることはないのので、16条で見たとしても十分要件を満たす可能性はあるので、穏当な解釈でもよかったかと。

野田 差戻審というのは、最高裁に対する過剰反応をするので、最高裁で労基法19条で打切補償が支払われれば禁止が解除されるという、そういう判断を過剰に受け入れて、一挙に労契法16条にまでそれを及ぼそうとする。その上で、特段の事情論だけで問題処理するという、そういうスタンスのような気がしますよね。

奥田 もしこの判断が定着するとすれば、19条を経てきて、打切補償で解雇制限が解除されて、その後で解雇の有効性が問題になった場合の

判断は、やはりこれがベースになっていく可能性はあると思うので、影響力大きいかなという気がします。

野田 影響力大きいし、ちょっと判断基準としても曖昧になりますよね。

奥田 そうですね。

野田 さっき言ったように、払える状態になったけれども、すぐ払って、はい、解雇しますというわけにはいかないんだということを言っているでしょう。しかし、どんな配慮をするかというのが判断の中核になってくるので。それは会社によって微妙に違うでしょうし……。

奥田 結局、回復の配慮をどれだけしていたかということになってくるわけですね。

野田 そうそう。企業で戻す部署がなかったり、いろいろな要素がある。この事件での企業は、被告は随分配慮している事案ですね。ですから、そういう意味ではよかったけれども、じゃあ、一般的にどこまで使えるかということになると。全般としてみれば、それでいいんでしょうけれども、何かどうも判断にぶれがあるので、ちょっと気持ちが悪いですね。

奥田 そうですね。

ピックアップ

1. 危険業務からの退避による契約終了と損害賠償——NHK（フランス語担当者）事件（東京地判平27・11・16労判1134号57頁）

— 事案と判旨 —

Y放送局の、フランス語のラジオ放送で、「業務委託契約書」（4月1日から翌3月31日までの1年契約）に基づき、アナウンス業務を担当していたX（フランス国籍）が、平成23年3月15日午後2時30分から放送されるニュース原稿の翻訳およびアナウンス業務を担当予定であったが、同日午前11時にこの業務を行えない旨告げ、同日午後7時頃に航空機でシンガポールに向けて出国し、16日から22日まで滞在して帰国。Yは3月25日付で契約を解除し、平成23年度の契約を締結しない旨通知。Xは「労働契約上の地位にあること」の確認請求および不法行為に基づく損害賠償請求。

【判旨】不法行為の成立：逸失利益として年取相当額を認容、慰謝料認めず

(1) 契約の性質：「本件契約は労働契約とは認められず、前記業務の内容や業務遂行方法等における原告の独立性の強さに照らすと、本件契約は、準委任契約としての性格を有する業務委託契約と解するのが相当である。」

(2) 契約の解除：「平成23年3月15日は、同月11日に福島第一原発事故が起き、いまだ事態は収束の様相を見せておらず、東日本在住の多くの者が不安を感じながら日々の暮らしを送っていたことは公知の事実にもいえ、前記2(2)ウの駐日フランス大使館のように、日本に在留する自国民に

対し国外等への避難を勧める国も少なくなく、実際に多数の在日外国人が国外へ避難していたことは証拠(…)のとおりであって、そのような折に、原告が、被告から受託していた業務より生命・身体の安全等を優先して国外へ避難したとしても、そのこと自体は強く責められるものではない。」

「なるほど、緊急時の海外向け・フランス語聴取者向けの情報発信が極めて重要な役割を担っていることを否定するものではないが、東日本大震災及び福島第一原発事故発生当時の状況に照らすと、生命・身体の安全を危惧して国外等への避難を決断した者について、結果的に危険が生じなかったとしても、その態度を無責任であるとして非難することなど到底できない。国際放送の重要性に思いを致し不安の中で職務を全うした者は大きな賞賛をもって報いられるべきであるが、そうした職務に対する過度の忠誠を契約上義務付けることはできないというべきである。」

(3) 契約の更新・締結：「本件契約は労働契約とは認められず、準委任契約の一態様である業務委託契約というべきであるから、労働契約法19条のような規律がそのまま及ぶものではない。さらに、本件契約には民法651条の適用があり得る契約であるから、被告が原告との間で平成23年度の契約を締結・更新しなかったことによって、損害賠償責任を負う余地はあるとしても、当該更新拒絶等が無効となり、次年度の契約が成立するものと認めることはできない。」「よって、原被告間において、平成23年度の契約は成立しておらず、その余の点について判断するまでもなく、平成23年4月以降の業務委託料の支払を求める原告の請求は理由がない。」

(4) 不法行為：「被告は、原告に対し、一旦はこのような期待を抱かせる言動・契約の申込みをしながら、平成23年3月15日午前11時頃になって、当日の業務に従事しない旨連絡を入れてきたことをもって、本件契約を解除するとともに、次年度の契約を締結しないとして上記申込みを撤回したものである。そして、前記4で判示したとおり、本件解除は理由を欠くものであるところ、本件解除がなければ、被告はこれとともに上記申込みの撤回をすることもなく、原被告間で平成23年度の契約が締結に至ったことが高度の蓋然性をもって見込まれるというべきであるから、本件解除及び上記申込みの撤回は、原告が同契約を締結・更新する機会、その合理的な期待を一時的に奪うものであって、原告の権利を違法に侵害する不法行為に当たるといふべきである。」

野田 それでは、ピックアップ判決として、はじめにNHK フランス語担当者事件というのをやります。これは何というのか、法的な大問題というわけではないんですけども、いろいろ考えさせられるのが一つと、それからもう一つは、私と奥田先生がどちらもフランス労働法を勉強しているということもあって気づかれるのですが、この原告の方はフランス人ということもあって、主張そのものにフランス労働法の要素が入っているふしがある。そこで、フランス法的な理論への発展の方向性みたいなものをメッセージとして出せればと思い、この判決をピックアップしました。

ごく簡単に判断のポイントを言いますと、一つは、この判決は、準委任契約に対する労契法の適用も類推適用も否定したという点です。ご承知のように、NHK 堺営業センター（地域スタッフ）事件（大阪地判平27・11・30 労判1137号61頁）では、これを民法上の労務委託契約であるとしつつ、期間途中の中途解約につき労契法17条1項を類推適用するのが相当であると判断しました。もっとも、控訴審（大阪高判平28・7・29 労判1154号67頁）はあっさりこの考え方を否定しまして、中途解約は有効であると判断しました。そういう経緯があります。

本件は、この契約について、準委任契約であるとしており、地位確認請求は棄却しました。ただ、別の面では、雇い止めについて不法行為の成立を

認めており、実質的に労働契約に準ずるような考え方で問題を処理しているふしがある。類推適用とも言わないで、上手に考え方だけ取り入れているという観があります。これが一つおもしろいところかなという気がしました。

もう一つは、生命・身体への危惧という点で、職務に対する過度の忠誠を契約上義務づけることはできないという、そういう判断をした点です。これをある程度、契約論的に考えるならば、労働契約についてはありますが、有名な古い判決、電電公社千代田丸事件（最三小判昭43・12・24 民集22巻13号3050頁）というのを思い出させます。これは、韓国の当時の政権が東シナ海に魚雷を配備している中で、電電公社の海底ケーブル敷設作業が非常に危険だということで、乗組員らがこれを拒否したために、解雇したという事件です。

判決は、かような危険は、労使の双方がいかに万全な配慮をしたとしてもなお避けがたい事実上のものであって、海底線敷設船たる千代田丸の本来の予想すべき海上作業に伴う危険のたぐいではない。だから、労働契約の当事者たる千代田丸乗組員において、その意に反して義務の強制を余儀なくされるものとは断じがたいところであるという判断をしました。この種の議論は、残念ながらその後あまり発展することはなく、過去の判例となっていました。

ところが、これと関連するものとして、フランスの苦痛労働（travail pénible）からの警告権、退避権という考え方があります。判例からは少し逸脱するけれども、原告はフランス人であるので、本件では退避権のほうですけども、この権利をご存じであるか、または知らなくても身についているのではないかと思います。

この権利は、1982年に法律で定められたんですが、生命または健康に重大かつ急迫の危険があり、またその保護システムに欠陥を確証し得る状況があると考ええるにつき、合理的な理由がある場合において、警告を発することができ、みずから退去する、仕事を放り出してもいいという意味で退避できるというわけです。そういう場合に、労働者は賃金を失うリスクもなく、また懲戒のおそれもなく労働ポストから離れることができる。使

用者は、重大かつ急迫の危険が存在する間は、労働の再開を命ずることはできない。それから退避について予告も不要とされます。そして、退避をしたからといって、解雇をした場合には解雇は不適法になる。

ですから、契約論として考える場合、労働者が危険作業、あるいはハラスメントを含む苦痛労働に遭った場合、そこから退避するという、あるいは例えば職場の喫煙環境から退避して別のところで働くというような、そういう権利が契約論として位置づけられていることになる。フランスの場合は労働安全衛生というのは、労働法典で定められた労働条件ですから、日本の一般的見解と異なり、契約論として組み入れられる。そういう環境の中で、この退去権というものもおそらくフランス人の頭の中に根づいているだろうと思います。

この判決が、先に引用しました千代田丸事件判決を起点にした、そういう議論の発端になるような裁判例になればいいなと思います。

奥田 この判決に関しては、先生も既にご指摘のところですが、NHK 堺営業所のケースと同じように、労働者性を肯定するか否定するかでオール・オア・ナッシングに判断せず、労働者性は否定しながらも実質的には労働者に近い、労働契約に近いところを評価して、労契法の類推適用とまでは言わなければ、実質的にはそれに則して判断をしているというところが、やはり注目されると思いました。

具体的には、主に2点ありまして、一つは、新たな労働契約の成立というのは、もちろん労契法19条が適用されないということで限界はあるんですけども、損害賠償の額は1年の給与相当額なので、いわば1年を更新した賃金に相当するわけですから、合理的期待を根拠に次期の更新可能性を前提としたような賠償額になっていると思います。もう一つは、契約の解除事由に当たらないとした部分についても、客観的な合理性と社会通念上の相当性にかかわるような判断が実質的に行われていると思えるところがあります。他の6名との均衡ということを経済的相当性で重要な判断要素として捉えている点で、労契法19条の適用を考えると、他の労働者、同じような行為を

行った労働者に対する対応との均衡というのは、社会通念上の相当性で判断要素になりえますので、実質的にはそういう判断をしていると考えられるので、そのあたりがこの判決の大きな注目点かなと思いました。

先生がおっしゃったように、このケースを退避権ということから考えてみるとすると、解雇事由の該当性を考える場合に、危険な状態での労務提供拒否ということを考える一事例としては重要な点かもしれません。震災という特殊なケースですが、健康上の問題などにつながる労務提供の拒否を正当化するような契約上の権利というものをどう考えていくかという点では、一つの事例としてその点に着目してもいいのかなという気はしました。たとえば喫煙環境であったりなどは、大体は使用者の安全配慮義務というかたちで出てきたように思います。

野田 なるほどね。

奥田 労働者が契約上どういう状態で労働する権利を有しているかという側面から考えていくと、また別の観点が出てくる可能性があると思うので、そういうことを考える1つのきっかけになるとは思いました。

野田 だから、職場の喫煙がいい例ですけど、フランス法の退避権の議論は、労働者にも労働契約上の環境保持義務があるという議論に結びつくと思います。そういう対価関係の中で、その一方の柱として、悪環境から逃げる権利があるという、そういう位置づけなんですね。労働者の安全に関する義務の帰結として、他方で、労働者個人は悪環境をそれを遮断できるという、そういう感じですよ。

奥田 そういう観点からはあまり展開されていないですよ。

野田 はい。千代田丸事件をもう一度見直してもいいと思いますよ。今、もっとこれを敷衍するような。あの危険も、きわめて例外的な事案です。だからその後はあまり使いようがないというのがあったんでしょうね。

2. 労契法 20 条の不合理な相違の禁止——メト

ロコマース事件 (東京地判平 29・3・23 労判 1154 号 5 頁)

—— 事案と判旨 ——

○事実の概要

原告 X らは、東京メトロ構内における物品販売等の事業を行う Y に契約社員 B として採用され、売店販売業務に従事する従業員である (一部は退職者)。Y の従業員は、平成 14 年の契約社員制度導入以降、正社員・契約社員 A・契約社員 B という名称の雇用形態に区分されており、それぞれ適用される就業規則が異なる。

正社員は、期間の定めのない労働契約を締結して本社各部署及び現業部門に配置されており、配転や関連会社への出向を命じられることがある。正社員 600 名のうち売店業務に従事する者は 18 名 (平成 27 年 1 月現在) であり、正社員が新入社員のキャリア形成の一環として売店業務に従事する場合もあるが、専ら売店業務に従事する正社員は限られている。X を含む契約社員 B は、1 年以内の期間を定めて労働契約を締結して一時的・補完的な業務に従事する者とされており、駅売店における販売業務及び付随業務にのみ従事する職務限定契約である。売店業務に従事する従業員 110 名のうち、正社員が 18 名であるのに対し、契約社員 A は 14 名、契約社員 B は 78 名であった。

売店業務において、固定売店での業務内容は正社員・契約社員 A・契約社員 B の間で相違はなく、配付マニュアルも同じである。他方、エリアマネージャー業務には正社員のみが従事し、契約社員 A・B は行わないこと、代務業務 (休暇や欠勤で不在の固定売店販売員に代わり、毎日異なる売店において早番及び遅番の業務を行う業務) は原則として正社員及び契約社員 A が担当し、契約社員 B は原則として担当しないこと、休憩交代要員 (毎日定められたコースで各売店の休憩時間中に売店業務と商品補充等の手伝いを行う業務に従事する者) は主に契約社員 B が担当すること等の相違がある。

売店業務に従事する正社員と契約社員 B の賃金についてみると、正社員の本給は職務給と年齢給による月給制で昇給があるのに対し、契約社員 B は時給制 (1 年目は 1020 円) で毎年 10 円の昇給のみであること、正社員に支給される資格手当、住宅手当、退職金が契約社員 B にはないこと、正社員の賞与は夏冬にそれぞれ本給 2 カ月分と一定額が支払われるのに対し、契約社員の賞与は夏冬各 12 万円であること、褒賞のうち契約社員 B には永年勤続褒賞がないこと、正社員の早出残業手当は 2 時間までが 2 割 7 分増で 2 時間超が 3 割 5 分増であるのに対し、契約社員 B は法定の 2 割 5 分増のみであることなど、さまざまな相違があった。

これに対し X らは、これら正社員との間での労働条件の相違は、業務の内容や責任の程度等に照らして不合理であり、有期労働契約であることによる不合理な格差で労働契約法 20 条に違反するとして、不法行為及び債務不履行による

損害賠償を請求した。

○判旨

本判決は、以下のように述べて、早出残業手当にかかる相違のみを労契法 20 条違反と認めてこれを定めた労働契約の部分が無効とし、低い割増率での支給は不法行為を構成するとしたほかは、請求の大部分について同条違反を否定して請求を棄却した。

(1) 「不合理性」の解釈

労契法 20 条は、「飽くまで問題とされている労働条件の相違が不合理と評価されるかどうかを問題としているというべきであり、合理的な理由があることまで要求する趣旨ではないと解される」。「当該労働条件の相違について、労働契約法 20 条が掲げる諸要素を考慮してもなお不合理であるとまでは断定できない場合には、当該相違は同条に違反するものではない」。

(2) 諸要素についての判断

○「……契約社員 B との労働条件の相違を検討する上では、売店業務に従事する正社員のみならず、広く Y の正社員一般の労働条件を比較の対象とするのが相当である。」

○Y 社において、契約社員 B は売店業務専従であるが、正社員はその大半が各部署において売店業務以外の多様な業務に従事しており、売店業務に専ら従事する者はごく一部の例外であること、すべての正社員には同じ就業規則が適用されていること、さらに、売店業務に限ってみても、正社員が代務業務やエリアマネージャーの業務も担当するのに対し、契約社員 B は原則としてこれらを担当せず、休憩交代要員のみであることなどから、正社員と契約社員 B の間には、「従事する業務の内容及びその業務に伴う責任の程度に大きな相違がある」。

○正社員には配置転換や職種転換又は出向の可能性があり、売店業務従事する正社員の場合も経歴や適性等を踏まえて実際には売店業務のみに従事していたとしても同じであるのに対し、契約社員 B の場合は、登用による職種転換を除くと、場所 (売店) の変更のみで配転や出向はないことから、「職務の内容及び配置の変更の範囲についても明らかな相違がある」。

(3) 不合理性についての具体的判断

上記のとおり、正社員と契約社員 B とでは職務の内容に大きな相違があり、職務の内容及び配置の変更の範囲についても明らかな相違があるとした上で、これを前提に、問題となった本給及び各手当の相違の不合理性につき以下のように判断した。

○本給及び資格手当の相違については、「正社員には長期雇用を前提とした年功的な賃金制度を設け、短期雇用を前提とする有期契約労働者にはこれと異なる賃金体系を設けるといふ制度設計をすることには、企業の人事施策上の判断として一定の合理性が認められる」。(相違は不合理ではない)

○住宅手当は「正社員に対する福利厚生としての性格が強い手当」であり、配置転換や出向が予定される正社員は住宅コ

ストの増大が見込まれることから、正社員にのみ同手当を支給することは不合理とはいえない。「長期雇用関係を前提とした配置転換のある正社員への住宅費用の援助及び福利厚生を手厚くすることによって、有為な人材の獲得・定着を図るとい……目的自体は、人事政策上相応の合理性を有する」。

○功労報償的性格や将来の労働への意欲向上という賞与の性格を踏まえると、「長期雇用を前提とする正社員に対し賞与の支給を手厚くすることにより有為な人材の獲得・定着を図るとい……人事施策上の目的にも一定の合理性が認められる」。

○退職金の功労報償的性格に照らすと、「長期雇用を前提とする正社員に対する福利厚生を手厚くし、有為な人材の確保・定着を図るなどの目的をもって正社員に対する退職金制度を設け……という制度設計をすることは、人事施策上一定の合理性を有する」。

○「永年勤労に係る褒賞は、永年勤続しYに貢献した従業員に対しYが特別に褒賞を支給するというもの」であり、長期雇用の正社員のみ支給対象としても不合理ではない。

○早出残業手当は、「従業員の時間外労働に対する割増賃金としての性質を有する」。労基法37条の趣旨（経済的負担を課すことによる時間外労働の抑制）に照らせば、「正社員であるか有期契約労働者であるかを問わず、等しく割増賃金を支払うのが相当」で、「法定の割増率を上回る割増賃金を支払う場合にも妥当する」。長期雇用の正社員のみ率が高いことには合理的な理由をにわかに見だし難く、相違は「労働契約の期間の定めの有無のみを理由とする相違」あり、「労基法37条の趣旨に鑑みると、当該相違は不合理なもの」と認められる。

奥田 本件は、前回の「ディアローグ」でホットイシューとして取り上げられた労契法20条の不合理性判断にかかる新たな事案で、注目されているテーマでもありますので、今回も取り上げることにしました。

最初のホットイシューで長澤運輸事件を取り上げていますが、そこでは定年後の労働条件というところに着目しましたので、メトロコマース事件のほうで労契法20条の問題を改めて検討してみたいと思います。

本件は、Y社に有期労働契約の契約社員Bとして採用されて地下鉄の駅の構内で売店業務に従事している、あるいは退職の方も含めてですけれども、その従業員Xらが、同じ売店業務に従事する正社員との間で不合理な労働条件格差があるということで、不法行為または債務不履行による

損害賠償を請求したという事案です。

まず労契法20条の不合理性判断に関する代表例としては、最初に取り上げた長澤運輸事件とハマキョウレックス事件が注目されてきたのですが、その2つと異なる本件の特徴としては、労契法20条の不合理性判断の考慮要素である職務の同一性と、職務や配置の変更の範囲（人材活用の範囲）の同一性を、いずれも否定していること、大きな差異があると判断している点です。

長澤運輸事件地裁判決は、どちらも肯定しています。高裁もその他事情を考慮したとはいえ、この2つの同一性を肯定しました。ハマキョウレックス事件は、人材活用の範囲の同一性を否定した事案でした。この2つの事件は、トラック運転手という同じ仕事の正社員との関係で、他の職務の正社員まで含めて考える必要性がなく、比較が容易なケースだったと見ることができますが、本件では、比較対象が売店業務の正社員に限定されなかったということが大きな影響を及ぼしていると思います。

そこをもう少し見ていきますと、本件で原告側は、同じ売店業務に従事している正社員との比較を主張したのですけれども、本判決は、期間の定めのない労働契約である正社員全体を比較対象として捉えて、売店業務は正社員の業務のあくまで一環であるということ、あるいは専従の人もいるのですけれども、それは正社員の中で例外的に限定された人のみであるという説明をしていて、こういう比較対象の捉え方に根本的なずれが生じていたということが言えます。

まず、売店業務は正社員の業務のあくまで一環であるという点ですけれども、確かに複数の業務に従事することが予定されている長期雇用の正社員が、その就労期間のごく一部でのみ売店業務、例えば、新入社員になって一、二年の間従事しているとすれば、そこでの職務の内容、正社員の職務の内容というのは、他の職務も合わせて包括的に見るということ、同一ではないと判断するのもありうると思います。配置についても同じですが、その場合でも、規定上の可能性、例えば配置転換の可能性とか、さまざまな職務を経験するという可能性のみではなくて、運用実態がどうかを

検討する必要はあります。

この点に関しては、実際にさまざまな職務を経験してそれが包括的な職務になっているとすれば違いがあるということになるかもしれませんが、原告が対象としていたように、正社員の中でも売店業務に専従しているという人がいるわけです。なぜここを切り出して比較対象にしないのかという理由に関しては、非常に重要な部分だと思うのですけれども、本判決では不明確だという印象を持ちます。

本判決が言っているのは、まずそれは一定の経緯から生じている例外だということと、適用されている就業規則は専従の人も含めてすべて同じ就業規則が正社員に適用されているということ、この2点くらいです。一定の経緯という点でみると、この会社で売店業務専従で正社員になっている人というのは、企業再編の中でもともと売店業務をやっていた互助会で正社員として売店業務に従事していた人を引き続き雇用しているから、その人たちが正社員として働き続けているというケースと、契約社員として新たに採用されて登用制度によって正社員になった人という、この2つがこの対象に当たります。確かに互助会からの経緯というのは、企業再編の中で正社員のまま引き継いだという特殊な経緯かもしれませんが、登用制度による場合というのは必ずしも例外とは言えない。つまり登用制度によって契約社員BからAに上がって正社員になっていくというのは、例外的な正社員とは必ずしも言えないので、これが果たして比較対象を限定しない理由になるのかは疑問です。

もう一つ、正社員は就業規則が同じだと言われているのですけれども、それがなぜ売店業務に専従している正社員を切り出して比較できない理由になるのかは、この判旨からはわかりかねるところがあります。仮に労働条件の格差が違法と認められて、どの労働条件を適用するかという話になれば就業規則が関係すると思いますが、ここで比較対象のとり方の説明として、果たしてこれが理由になっているのかというと、ちょっと理解ができないところがあります。

もっとも、売店業務に専従する正社員を比較対

象にしたと仮定して本判決を見た場合でも、この判決は、従事している売店業務の内容は、専従正社員と契約社員Bでは異なると認定しているので、生じている労働条件の相違のすべてが不合理とは判断されないかもしれません。だとしても、後で申し上げるように、この判決はハマキョウレックスのケースと同じように、賃金の項目ごとに判断していますので、項目によっては格差の程度などに影響するという可能性は十分にあり得るかと思います。

次に、労契法の20条の「不合理性」についてですが、この判決は、それについての一般論を示しています。20条が「合理的でなければならない」という表現をとらずに、「不合理と認められるものであってはならない」という表現をとっていることについては、学説上は大きく分けると、合理性がなければ同条違反になると解する説と、不合理性、つまり合理性がなくても不合理とまで言えなければ同条違反にはならないと解する説とで、意見が対立しているという議論状況にあると思います。

裁判例でこれについて一般論を展開したのは今回が初めてではないかと思うのですが、不合理と認められるものであってはならないというのは、あくまで問題とされている労働条件の相違が不合理と評価されるかどうかを問題としていると言うべきであり、合理的な理由があることまで要求する趣旨ではないという解釈を、一般論として示しました。学説上は、私はいまだにこの問題は議論の途上であって、どちらの説が有力かという傾向は見られないと評価しているのですけれども、例えば就業規則変更での合意に関して協愛事件判決が出たときと同じように、学説のある説を支持する裁判例が出てくると、実務的にはその影響力は非常に大きいのだと思います。ですから今後は、この解釈が裁判例では踏襲される可能性は高いと思います。私は合理性説をとるので異論がありますけれども。

賃金の項目ごとに判断するというハマキョウレックスの事件と同様の手法がとられている点は、20条の比較方法としては妥当な方法だろうと思います。ただ、手法としては評価できたとし

でも、本件の具体的な判断がどうかというといくつか疑問が残ります。最も大きいのは、その多くが長期雇用を前提とする正社員、有為な人材の獲得・定着、人事施策上の目的と、こういうキーワードで説明されている点です。例えば本給と資格手当のところでも、長期雇用を前提とした賃金体系の制度設計、人事上の政策上の判断というのが出てきますし、住宅手当に関しても長期雇用を前提とした配置転換による正社員に対して福利厚生を手厚くすることによって有為な人材の獲得・定着とか、人事政策とか、賞与に関しても同じような理由です。退職金も同じ。褒賞に関しても、若干違いますがそれでも長期雇用ということで合理性が説明されているんですね。

有為な人材の獲得とか定着という論拠は一見するとわかりやすそうなんですけれども、同じ企業で正社員と契約社員Bの労働条件格差を説明する論拠かという、なぜそれが理由になるのかわかりかねます。さらに言えば、せっかく賃金項目ごとに判断をしているのに、長期雇用を前提とした人事政策上の設計という理由が不合理性を否定する論拠として広く認められるとすれば、20条の意義はかなり減殺されかねないので、果たしてこういう理由づけで説得力があるのか、今回の判決に関しては疑問の残るところでした。

野田 ご指摘のうち、順序が逆になってしまっていますが、最後の部分は、本件に関しては全くおっしゃるとおりだと思います。ただ、この部分だけは法改正が期待されるのではないかと思います。「働き方改革実行計画」の中では、非正規労働者の同一労働同一賃金について、基本給分については限界が多く結局は労契法20条とあまり変わらないような気がするのですが、諸手当部分についてはかなりの改革をもたらすような気がするのです。

諸手当については、働き方改革では、客観的な支給要件に合致する限り、非正規にも均等に適用されることを求めています。例えば、手当付与について、インセンティブ効果であるとか、有為な人材の獲得や定着ということが言われますが、例えば住宅手当の付与について、インセンティブであろうがなかろうが、有為な人材であろうがなかろう

が、住宅手当の必要性は同じであるわけでしょうから、働き方改革の同一労働同一賃金ガイドラインからみれば格差の理由にならない。昼食手当と同じように、住宅手当の必要性は変わらないわけですから、合理的な説明は困難です。この改革によって、かなりこの部分は変わってくるのではないかと思いますね。おっしゃるとおりだと思います。ハマキョウレックス事件の高判（大阪高判平28・7・26労判1143号5頁）のほうも、こういう考え方にいくらか近いですかね。

他の点ですが、私は不合理性の判断についてはちょっと違う考え方なのです。「合理的なものでなければならぬ」というのと、「不合理なものであってはならぬ」というのは、それなりに工夫した異なる条文の書き方であり、文言からみる立法者意思として合理性要件はとれないと思っているのです。それから、ある学説は、労契法20条はそもそも差別是正を目的とするものではなく、そこにいう不合理な相違というの、差別の意味での不利益の問題ではないと言っているんですね。不合理な相違というのは非常に曖昧な基準なんですけど、だから応用範囲が広いのではないかと思います。だからあの20条の不合理な相違の規定をそのままパート8条にも移して使ったんですね。因果関係は外したけれども。

ということは、不利益取扱いと、それから均衡考慮の努力義務と、それと不合理な相違の禁止と、その3つの関係という問題が生じると思うんです。私は、不合理な相違の禁止というのは、不利益取扱いの禁止つまり差別禁止と、均衡考慮の努力義務とを、外側から包括して、それ以外のものも含みうる上位概念的なものだと思っているんです。だからその中の一部は不利益取扱いになるし、一部は均衡考慮義務になると思うけれど、差別にも均衡配慮にも当たらないようなものについても、一定の範囲で、これはちょっとひどすぎるのではないの？ というぐらいの、規範性は非常に緩いものも含むものだと思っているのです。だからああいう既定の仕方をした。

「不合理な格差の禁止」には独自の対象・要件・効果につき範疇があり、その中の一部について、均等取扱いと均衡取扱いの別範疇が存在する。そ

うではないと、不合理な相違と不利益取扱いとの序列的な関係が表れて、説明が付かなくなると言うんですね。だから多分、差別是正としてはあまり役に立たないかもしれないですが、しかし手当に関してはわりと使える。だって、ある手当を出すかどうかを、有期であるのかどうかで決めるのは、差別かどうかはともかく、どう考えても不合理でしょうという、そういう領域だと思うんですよ。

奥田 緩いと捉えるかどうかなのですけども、パート法に関しても、9条と8条の関係が何か違うものと整理されて、そういう構造になってしまいましたけれども、8条の規定ができた経過からみると、9条を置いておいて8条をつくるというよりも、20条と同じような規定をパート法にもつくっていくというかたちで議論がされてきたと思うんですよ。ですから、議論の経緯は結局わからなくなっているんですけども、差別禁止規定と違う規定をパート法の8条に設けるという意図がもともとあったとは私は理解していないんです。

20条は、確かに不合理という言葉が使われているので、新たに何かいろんなものを吸収できるような規定のように見えますけれども、なぜ合理性ではなくて不合理性という言葉を使ったかという議論は全然されていないんですよ。

だからもし今までのような合理性ではなくて、不合理でなければいいという新たな規範の類型として規定されたのだとすると、もっとその意味についての議論が立法過程でもあるべきだと思うんですね。だからそこまであの規定を不合理というところに着目して読み込む必要があるのか、やはり疑問があるんです。

やはり合理性がなければ違法であり、20条違反であって、不合理性説で言われるように、合理性はなくても不合理でなければ20条違反ではないという幅をわざわざ設ける解釈はどうしても支持できないんですよ。

野田 でも不合理であってはならないというほうは、何か幅広く、合理的でなければならぬという射程が狭くなる。不合理であってはならないというのは、多くの不合理性を全部包み込むよ

うな、よほどひどい相違であってはならないというふうに広く包み込んでいるような気がします。もちろん差別的なものもあるかもしれないけど、差別に至らない、差別の意図もないし因果関係もはっきりしないような、とりわけパート法8条のほうでは因果関係がなくてもいい、労契法20条であっても関連関係性でいいという、幅広い点を広げていって、差別には当たらないけど結果として不合理ではないかという、そういうものまで包み込めるという強みが。

奥田 幅ということかというと、合理性説をとったとしても、合理性があると判断できるケースでも、格差の程度を均衡という観点から問題にできるわけですよ。労働条件格差に関して合理性がないというかたちで論じることでもできるけれども、合理性が認められる場合でも格差の程度に問題があるときには拾っていくわけですよ。

野田 もちろんそうですね。

奥田 だとすると、不合理性説をとらなくても広い射程があると思うんです。

野田 合理性要件というのは、そもそも法文上合理性なんて書いていなくてその要件は付いてきますよね。例えば、労基法3条の不利益取扱い禁止のような場合でも、解釈上は合理性が要件となります。ですから、それは合理性って融通無碍に使われるんですけども、もちろん合理性だって幅は広いし、柔軟な考えはあるんですけども、でもそれを不合理を否定することによって、曖昧だけれども裾野を広げているという、ふわーっとしたものになっている。

そもそも、パート法のほうで9条、10条があるときに8条を入れたというのは、8条は次元の違う上位の概念の問題だと思うのです。パート法9条と10条の関係は、差別禁止のレベルの違いの問題としていいかもしれない。けれども8条はそれも両方包み込むような上位概念で、9条にも10条にも当たらないものについても不合理性で禁止することはあり得る。そういう位置づけだと思うんですよ。

差別禁止は不合理性のあらわれの一つ、あるいは均衡配慮義務も不合理性のあらわれの一つなんだけど、それとは別に、この2つにあらわれない

ものも、8条では受け持ちますが、労働者のほうで不合理性は立証してくださいね。そういうものとして、不合理性というのを入れたと思うんですね。ただ、不合理性の立証は、労働者側がしなければならない。

だから何か日本的、それこそまさしく日本的なパートなり非正規の人たちのまず賃金体系が違うとか、時間給と月給が違うとか、さまざまな違いがあるところでも包み込んでいけるような、そういう緩く包み込んでいけるようなものとしてきたのではないかなとは思っているんですね。

奥田 パート法9条のような別の規定がある場合と違って、有期に関しては20条しかないですよ。

野田 そうですね。

奥田 柔軟性が必要というのもそうかなとも思うんですけども、合理性説と不合理性説の大きな違いは、不合理性説をとると、合理性がなくても違法にならないということなんですけど、そこはどう思われますか。

野田 いいと思います。合理性がなければならぬほどではないけど、不合理な相違があってはならないという、その幅があってもいいのではないかと思います。

奥田 合理性がないのに、不合理でなければ違法にならないとすると、結局、違法性の範囲というのは相当程度下がるわけですよ。

野田 そっちのほうではね。その代わり、差別禁止といえるものでないような相違まで間口を広げるけれど、不合理性の立証は労働者にさせるということで、バランスは取れているのではないかと思いますね。

奥田 よくわからないのですが、合理性がなければ違法だということになると、やはり合理性がないものはすべて20条違反になりますよね。でも不合理性説をとると、合理性がないという中で、でもやはり不合理と言える程度のもので対象になりますよね。それは対象がかなり限定されますよね。

野田 レベルの上では、かなりは限定されないけれど、多少は限定される。だけどそれはまさしくそういう日本的雇用の中で、何らかの差別まで

は行かなくても、一定のマイナス評価をする。差別までは行かないけれど、日本的な雇用の事情があるので、不合理であってはならないというところまでは行きましようというのでしょうか。しかし、合理性がなければならないというところまでは踏み切れない。

だからやはり日本的雇用の限界だと思うんです。歴史的に発展してきたものに対して、いきなり合理性要件の法的なメスを入れるよりは、不合理なものであってはならないよというぐらいのところを押さえておかないと、それ以上のことはできない。それは政策的にもできないのかもしれないけれども、やはり理論的にも難しいと思うんです。でもないよりは、あったほうがいい。

奥田 過渡的な規範ということですか。

野田 そうですね。実態が変われば合理性要件に変わるかもしれないですね。

奥田 なるほど。でも判決がこういうふうに出ると、実務はこういう解釈で固まっていくんでしょうね、おそらく。

野田 そうですね。

次の問題ですが、比較の対象の問題はおっしゃるとおりですね。これはやはりこの判決の最大の問題点ですね。どうしようもなかったんですかね。ごくわずかな人数でしょう、比較の相手がね。

奥田 売店業務の正社員との間でも業務が違うという言い方を判決はしてるんですね。違うかどうかは認定の問題ですけども、そこを比較対象にしても労働条件格差の違法性というのは判断できたと思うんですよ。

野田 それは確におかしいですよ。比較にならないですね。その点も、労働条件の相違を考えるための資料に結びつかない。理屈に無理があっておかしいですよ。

奥田 控訴されているので、高裁判決がどうなるか、ここを見直すかどうかというのが大きいと思います。

野田 この点を見直したら、結果は違ってきますか。

奥田 仮に見直した場合、売店業務でも業務が違っていると認定するかどうかですね。

野田 ほんとうだ。

奥田 固定売店での業務内容は一緒で、配付マニュアルは同じなんですね。でも代務者といって休む人のところに行く業務、これは原則として正社員及び例外的に契約社員Bが行う、休憩の交代要員は主に契約社員Bだとか、そういういくつかの売店業務そのものに関する違いがあるんだということを、地裁は認定しているんですね。だとすると、仮に比較対象が売店業務専従の正社員に絞られた場合でも、この業務内容の相違というのをどう考えるかというのは残ると思うんです。

野田 しかし代務者が原則として契約社員Aだからということがそんなに大きなことかなという気もしますね。

奥田 そうですね。エリアマネジャー業務も契約社員は行わないということも言われています。いずれにしても、正社員全体と捉えるのと、この専従者だけで捉えるのでは、具体的な個々の手当に関する判断というのは、程度の問題も含めて違ってくると思うんです。

野田 これはあれですか。当然、全体と比較すべきだと言っているんですか。それとも売店をしている正社員とは比較できないので、一般の社員と比較するんだと言っているんですかね。どっちですかね。

奥田 ニュアンスとしては前者ですね。

野田 前者。当然、正社員全体と比較すると。

奥田 これを言っているのは、契約社員Bとの労働条件の相違を検討する上では、売店業務に従事する正社員のみならず、広くYの正社員一般の労働条件を比較の対象とするのが相当と言っている部分です。

野田 特に理由は言っていないですか。

奥田 理由として、就業規則が同じであることとか、売店業務に従事しているのは例外的な一部の正社員だということ、その2点くらいだと思います。だから、比較できないからではなく、そういう理由から全体が対象だと。

野田 むしろやや積極的にという感じ？

奥田 そうですね。

野田 やはり、それでは説得力を欠く感じはしますね。

奥田 と思いますね。このケースに関しては、

売店業務は限定的な業務ですから、そこだけで比較する可能性というのは十分あり得ると思いますね。

野田 ありますよね。正社員の人で、企画とか何とかやっている人と比べるとやはりおかしいですよ。

奥田 配置転換で一、二年だけやるとか、それはまた別かもしれないんですけどね。専従者がいるわけですから。

野田 そうですね。

3. 「試し出勤」終了後の解雇・退職措置――

総企画設計事件（東京地判平28・9・28 労経速2304号3頁）

―― 事案と判旨 ――

平成22年9月9日Xはうつ病と診断され、同日より休職扱い（1年6カ月）となった。Yは24年1月24日、休職期間が3月8日で満了することから復職するか退職するかを確認通知し、Xは1月29日に、休職期間満了翌日から復職する旨通知した。Yは3月2日付で、提出された診断書の結果、「試し期間」を設置し期間を3カ月とする旨を通知し、4月16日に試し勤務中の労働条件を変更した。この期間中、Xは一日だけ感染症で休んだが、それ以外は問題なく出社していた。また、Xが5月26日に提出した診断書には、通常勤務が可能とされていた。その後Yは、6月11日付で解雇通知書と題する書面（本件通知書）をもって解雇し、解雇予告手当を支払った。さらに、7月3日付で、退職措置として退職証明書を交付。Xはこの解雇等の措置を争って、地位確認等および不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起。

【判旨】地位確認等請求につき請求認容

（争点1）本件通知書は、休職期間満了による本件退職措置を通知する趣旨を含むか

「上記を前提として検討するに、本件通知書は表題が「解雇通知書」である上、解雇予告手当金が給付されており、離職票（甲2）の具体的な事情記載欄（事業主用）にも「解雇」との記載があり、試し出勤の第3クールの期間満了前に退職が通告されていることからして解雇の意思表示であるとみられる」

「本件通知書の記載内容及び本件通知書交付前後の被告の行動に照らせば、被告の意思としては、解雇であれ休職期間満了による退職措置の通知であれ、とにかく原告の労働契約上の地位を失わせるという意思であったものと理解するのが合理的であり、本件通知書は、解雇の意思表示をしたものであるとともに、休職期間満了による退職の措置を通知したものであるとみるのが相当である。」

(争点2) 試し出勤の開始によりXが復職したといえるか(試し出勤の法的性質)

「Yが、同年3月2日付で原告に対して交付した通知には、「Yが、試用期間は、期間を区切り、業務状況・勤怠等の見極めにより面談を行い、傷病診断書(必要に応じ会社が医師との面談相当を行う)結果、復職可能かの審査を行う期間とします。」とされているところであり、就業規則上も、休職期間は延長することがあり、復職させる際は別に定める「職場復帰支援プランを用いる」と定められているのであるから、被告としては、原告の復職を直ちに認めるということではなく、その可否を審査するため、休職期間を延長する意思であったものと理解するのが合理的である。このこと等から、「試し出勤は休職期間を延長し、元従業員が復職可能か否かを見極めるための期間という趣旨で行われたものであると認めるのが相当であり、試し出勤の開始をもって、元従業員が復職したものと認めることはできない。」

(争点3) 本件通知書までにXの休職原因が消滅していたか

「ここでいう休職原因である「復職不能」の事由の消滅については、労働契約において定められた労務提供を本旨履行できる状態に復することと解すべきことに鑑みると、基本的には従前の職務を通常程度に行うことができる状態にある場合をいうものであるが、それに至らない場合であっても、当該労働者の能力、経験、地位、その精神的不調の回復の程度等に照らして、相当の期間内に作業遂行能力が通常の業務を遂行できる程度に回復すると見込める場合を含むものと解するのが相当である。

そして、休職原因がうつ病等の精神的不調にある場合において、一定程度の改善をみた労働者について、いわゆるリハビリ的な勤務を実施した上で休職原因が消滅したか否かを判断するに当たっては、当該労働者の勤怠や職務遂行状況が雇用契約上の債務の本旨に従い従前の職務を通常程度に行うことができるか否かのみならず、上記説示の諸点を勘案し、相当の期間内に作業遂行能力が通常の業務を遂行できる程度に回復すると見込める場合であるか否かについても検討することを要し、その際には、休職原因となった精神的不調の内容、現状における回復程度ないし回復可能性、職務に与える影響などについて、医学的な見地から検討することが重要になるというべきである。」

「そうすると、Xの休職原因は、試し出勤中に従前の職務を通常程度に行うことができる状態になっていたか、仮にそうでないとしても、相当の期間内に通常の業務を遂行できる程度に回復すると見込まれる状況にあったとみるべきであるから、本件通知書が出されるまでに休職原因が消滅していたものと認められる。してみると、…被告が行った休職期間満了を理由とする退職扱いはその効果が認められない。」

(争点4) 解雇は権利濫用となるか

「原告には解雇事由がなく、本件解雇をする意思表示は権利濫用となり、無効となる(労働契約法16条)。」

野田 次は、綜企画設計事件です。これも、いわば大判決というものではないのですが、私がおもしろいなと思って注目したのは、今後も重要な問題になると思われる病気休職中あるいは病気休職後の、リハビリ勤務の法的な意味が、この判決で喚起されたというところにあります。判決そのものは、リハビリ勤務後の退職措置及び解雇の効力が認められないとされた例ということで、原告労働者が勝訴した判決になっています。

この判決、争点が非常にクリアに書いてあるので、それに従いますと、最初に、本件通知書の法的意義について判断し、結論として、本件通知書は、解雇の意思表示をしたものであるとともに退職の通知をしたとして、それぞれについて判断をしています。

その上で争点1は、試し出勤の開始により、Xは復職したと言えるかという試し出勤の法的性質であります。それで、通知書には試し出勤は期間を区切り面談を行い、復職可能かの審査を行う期間とされていること、就業規則上も休職期間は延長することがあるということから、延長して従業員が復職可能か否かを見きわめるための期間という趣旨で行われたものであり、試し勤務の開始をもって復職したと認めることはできないという判断をしました。

争点2以下では、本件通知書、つまり退職の通知書ですけれども、休職原因が消滅したかという最後の点については、基本的には従前の職務を通常程度に行うことができる状態にあるか、それに至らない場合でも、当該労働者の能力、経験、地位、その精神的不調の回復の程度に照らして相当の期間内に作業遂行能力が通常の業務を遂行できる程度に回復すると見込める場合を含むという判断をしました。特に、うつ病の精神的不調である場合には、その相当の期間内に作業の遂行能力が通常の業務を遂行できる程度に回復すると見込める場合であるか否かについて検討すべきであり、休職原因となった精神的不調の内容、現状等について、医学的な見地が重要になるという判断をつけ加えております。

この人はこういう判断からすると、退職扱いは認められないし、解雇だとして労契法16条から

して解雇権濫用になりますよという、そういう判断をしたわけです。

私の考える第1のポイントは、まずリハビリ就労の契約上の位置づけと法的性格という点を挙げたいと思います。本件は試し勤務という言い方ですけれども、それはお試し期間で、まずその休職期間終了後のリハビリなのか、それとも休職期間中の将来の復帰の可能性を探るための試験期間なのかという、そういう分け方をしなければいけないんだなということ、この判決は提起してくれたという気がしました。それで、本件はお試しとは言っているものの、休職期間終了後のリハビリ活動に近い側面もある。そうだとすると、そのリハビリ期間というのはリハビリ目的という趣旨はあるものの、労働契約の履行そのものになるということになります。

リハビリ期間がリハビリ目的という趣旨はあるものの、労働契約の履行そのものということになると、使用者は労契法5条の安全配慮義務とか労災適用とか最低賃金とか、そういう規範適用が問題に出てくるような局面になる。本件でもちゃんと労働条件変更の合意をしているんですね。このお試し就労期間の労働時間をどうするか、労働条件をどうするかという合意がなされている。

一方で、そうではなくて休職期間中の将来の復帰の可能性を探るための機会ならばその趣旨と意義がさらに問題になってくる。休職期間中であるというわけですから、そもそも労働契約上の義務が一体どうなっているのかというのは、まさしく休職の契約上の意義とは何かということまで考えなければいけない。フランス等のいくつかの国では、労働契約の停止と理解されるのですが、そういう理論が日本にはない。

それから、労働契約の履行ではないのに就労するわけですから、独自の役務提供契約をしていることになる。そうすると、このリハビリ就労を終わらせる場合については解雇を觀念する必要もないし、觀念することはできないことになる。そういった問題が出て来るように思えますが、この辺の問題というのは未整理だなと思ったんです。

賃金請求権とか労災等についても別段、配慮が必要であろうとなりますけど、時期的には中間的

だと書いていますけれども、いずれにしろ休職期間終了後のリハビリ活動と捉えたというわけですね。

それから、もう一つの大きいポイントが、判旨の3として挙げているところですが、精神的不調における復職不能の判断です。最近、これも注目された判決ですけれども、アスペルガー症候群に関する事案で、日本電気事件（東京地判平27・7・29 労判1124号5頁）というのがあります。それが判決として、一般論としてクリアに述べた。休職事由の消滅とは、従前の業務を通常程度に行える健康状態になった場合、または当初軽易業務につかえればほどなく従前の職務を通常の状態で行える健康状態になった場合をいうとして、おそらくこの判決が綜企画事件の先例となるような判断基準を示したと思います。

ただ、本判決はこの判断に依拠しつつも、精神的不調に関して実質判断を試みたというわけであり、特にこの事件で問題になっているのは、コミュニケーション能力の不足という曖昧な判断基準でして、この判決はその欠如の主張を批判しているところがあります。

もちろん、原告の建築設計技師という職種にも、コミュニケーションも大事でしょうけれども、営業職とは異なるのですから、コミュニケーション能力の不足といっても、復帰ができないほどの、つまり復職不能というほどではないんだという、そういう判断が背景にあったのかもしれない。

奥田 今おっしゃったリハビリ就労の契約上の位置づけと法的性格なんですけれども、先生は休職期間就労後のリハビリと捉えられたということですか。

野田 本件事案では、試し期間3カ月は、休職期間の満了前に始まり、予定された休職期間後に終了しています。この判決は、本件通知書は、解雇の意思表示をしたものであるとともに、休職期間満了による退職の措置を通知したものであるとみるのが相当としていますから、両様の判断をしています。

奥田 休職期間の延長を前提として、リハビリ就労によって復職とは認められていないんですよ

ね。

野田 はい。本来の休職期間は、試し勤務中の3月に終わっているんですね。

奥田 休職期間は終わっているんですけども、その休職期間を延長して、そのお試しの勤務をしていたんですね。

野田 はい。

奥田 結局それは休職期間内であって、そのお試しの出勤によって復職したとは認められないと言っているのだから……。

野田 なるほどね。

奥田 先生の整理でいうと後者なのではないかなと私はみていたんです。

野田 僕も読んでいて、あら？と思いました。だけど、この判決は、休職期間が延長されたとも言っていないのですよね。そして、本件通知は退職でもあるし、解雇と言っている。

奥田 延長しているということは、その休職期間内でお試しをさせて、だから延長している以上は休職期間内なので、復職には当たらないという……。そういうお試しとかりハビリ就労を復職と認めないということが、この判決では言われているのかと思ったんですが。

野田 期間の延長だからということですね。わかりました。そうかもしれない。それでも一般論としては同じような問題はやはりある。つまり、かつての有名な全日空事件（大阪高判平13・3・14 判例809号61頁）のように、休職期間は終わって、期間満了後に復帰のための訓練を実施する場合、それは労働契約の履行であり、これに不合格の故に能力不足で解雇するという事件ですね。戻らないからということ。

奥田 そうですね。それは、先生の整理でいうと、相当の期間内に戻る可能性があるかどうか大きいということですね。

先ほどの専修大学のケースも、長くずっと休んでいたもので、リハビリ就労といっても相当期間内にまた同じところに戻ってできる可能性は低いと思うんです。だから、相当期間内に戻れる状況であることが証明されれば、一旦復職をして、全日空のケースと同じように軽減した状態で復職をさせて、それで休職期間満了とは認めないという可

能性もあるのかなと思います。

野田 本件は就業規則にたまたま延長することがあると書いてあったけれども、もし延長することがあると書いてなければ、こういう解釈もしにくいかもしれないということですかね。そうすると、だって根拠なしに随時延長されたら困るので。

就業規則に予定されている場合はいいんだけど、なければ所定の期間が終われば復職するのが原則となる。その後に、お試し期間をするんだったらそれは通常労働契約の一内容になるという。ちょうど、試用期間について、独自の試用契約を結ぶか、それとも通常の労働契約の中に試用という付款がついているかという、そういう理屈に似ている気がするんですね。お試しについて、労働契約が始まる前に独自の契約で試用すると考えるのか。それだったらそれで独自の有期の労働契約となる。

お試しというのは、両方の側面があって、どういうふうに分けていくのかというのは、ちょっと難しいところがありますね。

奥田 先生がおっしゃったような、実際に休職期間が明けて、実際の就労の中でリハビリ就労するという可能性も、それはそれでありませうね。

野田 そうですね。しかもリハビリといえどもこえはいいけれども、お試しかもしれない。リハビリは、本来はお試しではなくて、まさしくリハビリテーションをしてくださいなということなんでしょう。再び定着してくださいと。けれども、ひょっとしたらお試しの要素も入っているかもしれないということもありますよね、きっと。

だから趣旨によって、もう戻らないだろうという人と、戻る可能性が高い人との違いがある。それと業種にもよるでしょうね。日進月歩でどんどん変動する業務の人は、例えば全日空事件みたいに労災の療養で3年も休んでいると、なかなかついて行けなくなる。

奥田 あと、精神的不調のケースは、そのあたりの判断はなおさら難しいですよ。予測が立たないですから。

野田 そうですね。

奥田 リハビリ就労を復職と認めないというの

は、一律には言えないかもしれないですけど、評価としてはどうなのでしょう。結局それも相当の期間内にある程度、見通しが立つかどうかによるのでしょうか。

野田 認めないというのは、本件みたいに本来の期間が終わった後でも復職とは認めない？

奥田 それもありますし、本件のようにあくまで休職期間の延長として扱う。復職とは認めない。両方含まれますけど。復職とは認めないので、期間満了になるわけですね。

野田 なるんですね。やはりこれ、手続的に延長が認められているから、こういう判断ができたというのはあるかもしれない。一般論として、期間が終わった後、さらに延長しますと。そしてお試し期間にしますということはやはりちょっとできないような気がしますけどね。

奥田 制度がそうなっている以上、使用者に契約上の義務があるとは思えないですけど、合意によってやることは可能ですよね。

野田 そうですね。だからもとをただせば、やはり病気休職の契約上の意義みたいなのがよくわからないんですよ、結局ね。

私傷病だから、これを解雇の猶予期間だというような言い方をされると、全然それから先、議論ができなくなります。また言い出しますけど、労働契約の停止みたいな議論で、契約上の位置づけがはっきりしないと、そこから先、一般論として延長できるか、延長がどのような意味を持つかが議論ができなくなるのだと思います。

停止の期間中であると構成するならば、その間にリハビリのようなことをやっても、本来の労働契約は停止しているのだから、別の合意によるものとして、理論的にははっきりしますよね。

結局、休職というのは何なのかな。どういう状態なのかほんとうにわからないですよ。だから、休職しているときに働かせるというのが、理解が難しくなる。

4. 降格規定の新設による不利益変更と降格措置——ファイザー事件（東京高判平28・11・16 労経速2298号22頁）

事案と判旨

Xは昭和63年に大学院を修了後、医薬品等の開発等を目的とする会社に入社し、その後も複数の会社で医薬品等の開発等に携わった後、平成20年5月にW社に入社した。平成22年6月にW社がYに吸収合併されたことによりXの雇用関係がYに承継された。

平成22年6月当時のYの就業規則（旧就業規則）では、「担当職務の重要度・困難度を評価し、当該職務の遂行に必要な能力を有し、専門管理職の資格に格付けされた社員を「専門管理職」、その他の社員を一般社員」とし、「専門管理職」は「労基法41条2号に該当する業務を担当し、配属された一般社員等従業員に対する労務指揮・就業管理・効果査定その他労務関係について、会社のためにする権限を有する」と定められており、この区分は平成24年2月に改定された就業規則（新就業規則）でも同様であった。Yでは職務等級制度を採っており、専門管理職には12級から22級の職務等級があり、職務等級は担当職務に応じて設定されることになっていて、職務等級ごとに職務給が設定されていた。

旧就業規則には専門管理職から一般社員への降格の定めが存在しなかったところ、平成24年2月の新就業規則に、①専門管理職が一般社員に降格になることがある旨と、②この降格は新評価制度による評価を踏まえたルールに基づいて決定・実施される旨を定めた降格規定が新設された（新設規定）。かかる新設規定について、Yは、平成23年12月にF労働組合に対して文書を交付のうえ説明を行ったが、専門管理職に対しては、平成24年12月にEメールで通知したほか、同月中にライン管理職に文書を周知した。

Xは、Yに入社当時、専門管理職・担当課長職、職務等級14等級の資格で、基本給は94万2100円であったが、平成24年7月1日付で職務等級を14等級から13等級に変更され、これによりXの基本給は91万8600円に減額となった。さらに、平成25年4月1日付で、YはXを専門管理職・担当課長から一般社員ランクCに降格とし、これによりXの基本給は58万9600円に減額となった。これに対し、Xは、職務等級14等級で基本給94万2100円の支払いを受ける労働契約上の権利を有する地位にあることの確認、降格等に伴う減額分の支払い等を求めて提訴した。

以下、論点の1つとなった新設規定の合理性に焦点をあててみると、一審判決（東京地判平28・5・31 労経速2288号3頁）は、「……従前は予定されていなかった管理職から一般社員への降格について定める本件降格規定を新設することも、労働条件の変更に当たる」と解して、労基法10条の枠組みに従って新設規定の合理性について検討したうえでこれを認めた。

控訴審である本判決も基本的に原審の判断を維持しつつ、「専門管理職の業務の遂行に必要な能力を有していない者を一般社員に降格することができない状態から降格することも可能にするという就業規則の変更には、合理性がある」、「多くても全体の6%程度の専門管理職が降格や減給の対象となる可

能性があるというにすぎない」,「したがって、……就業規則の変更により特定の集団の労働者に著しい不利益を生ずる場合には該当せず」,「専門管理職に対する説明もあったのであり,その過程が不合理であるとも認められない」などとして,控訴審におけるXの主張を退けた。

奥田 本件は,いくつかの会社で経験を積んで専門管理職として中途採用された労働者が,期待されている職務を遂行できず,多々問題を指摘される中で,一般社員に降格されて,賃金も減額されたという事案です。

この事案には,業績不良とか能力不足による降格の適法性という非常に評価の難しい問題も含まれているんですけども,この判決で一つ重要と思われたのは,一般社員への降格を行うに当たって新たに就業規則に降格の根拠規定を新設したことから,当該新設規定についての就業規則の不利益変更が論点になっていたことで,今回はここに焦点を当てて検討することにしました。

専門管理職から一般社員に降格することは当初から予定されていなかったもので,それを行うにあたって平成24年2月に就業規則に降格の根拠規定が設けられたのですが,専門管理職が一般社員に降格になることがあるということと,降格は新評価制度による評価を踏まえたルールに基づいて決定・実施される旨が定められていました。

規定の新設について,会社は労働組合に対して文書を交付して説明をしていますが,専門管理職に対しては,Eメールでの通知とか文書の周知とか,そういうかたちでの周知がなされていました。

第一審も,この控訴審も基本的に同じような判断をしているんですが,いくつか気になった点を挙げてみますと,本判決は,専門管理職から一般社員への降格について定める本件降格規定を新設することも,労働条件の変更にあたると解して,労契法10条を適用して合理性について検討するという考え方をまず示しています。

規定の新設については,労契法7条対象なのか10条対象なのかという問題が労働契約法の制定当初に学会でも議論になっていたと思いますが,

現在では10条の適用とか類推適用という考え方でほぼ落ち着いていると理解しています。したがって,本判決が労契法10条を適用して不利益変更の問題として判断するという枠組みを設定したこと自体は妥当かなと思います。

その上で,その判断内容なのですが,まず入り口部分で気になったのは,原告が新設規定の違法・無効というかたちで争っているからこういう論点になったのかなと思うんですが,労契法10条の適用によって判断するとすれば,新設規定自体の「有効性」ではなくて,それがXの契約に対して有する効力の問題ではないかという疑問があります。判決がそれをどの程度意識しているかは不明なんですけれども,この争点の結論では,新設された降格規定が有効,無効という言い方がされているんですね。でも労契法10条の検討から新設規定そのものの有効性が左右されるわけではなくて,あくまでXの契約内容となるかという契約に対する効力の問題なので,このあたりは正確に述べられる必要があるのではないかなと思います。もしこの判決が新設規定そのものが無効という結論があり得る,10条からそういう結論があり得るという趣旨で述べているとすれば,疑問が残ります。

つぎに,10条を適用した場合の合理性判断についてですが,具体的な判断に関して3点ほど挙げておきたいと思います。1つ目は,変更の必要性についての評価ですが,不利益変更の問題なので労契法10条の適用であったとすると,変更の必要性,本件でいえば降格規定をこの時点で新設するという変更を加える必要性について,より詳しく論じなければならないと思います。しかし,例えば第一審は,職務遂行に向けたモチベーションという観点を挙げて,職務遂行状況によっては降格があり得ることにするのは,適正な評価がなされる限り職務遂行状況と無関係な既得権を否定する意味で公平にかなう面があると述べています。要するに,一般社員からも,専門管理職に関しては降格がない,既得権化しているという不満があったので,それを解消するという側面がある,それによって会社を活性化する合理的な制度だと言っています。また,経営環境が厳しく,人

件費を含む予算が極めて厳しい状況なので、原資分配での公平な処遇の要請があると言っています。

本判決は第一審に加えて、控訴審での控訴人からの主張に基づいて、専門管理職の業務の遂行に必要な能力を有していない者を一般社員に降格することができない状態から、降格することも可能にする就業規則変更には合理性があるというんですが、一般論としてはわかるんですけども、本件における具体的な判断として果たして説得力があるかという点で疑問があるのです。つまり、本判決は10条適用の問題としながら、変更の必要性という点での判断内容は規定の合理性、つまり7条という合理性判断のようになっている印象があります。

2つ目は、降格規定の新設に関する不利益性の判断なんですけれども、本判決は、あくまで評価に基づいて決定されるので、その評価に基づいて降格の可能性があるということが規定されたにすぎないとしているんですけども、実際に適用されたXの賃金額がかなり減額されているように、評価によってはかなり大幅な降格とか、それに伴う賃金減額があり得るんです。ところが、その部分が見過ごされているというか、過小評価されていて、それでいいのかどうか。

例えば第一審は、評価いかんによっては相当の減額を受けるなど、相当の不利益をもたらす可能性があると言いながら、規定自体はあくまで降格の可能性と新評価制度における評価を踏まえたルールに基づく旨を定めるにとどまるので、一律に降格とか減給の結果をもたらすわけではないと言っているんですね。本判決も、通常期待される役割をこの制度のもとで果たしていれば降格の検討対象にはならないと言って、せいぜい多くても全体の6%程度の専門管理職がその対象になる可能性があるにすぎないので、全員一律の降格や減給ではないという言い方をしているんです。

でも、労契法7条の合理性判断の問題であれば、人事制度の設計に使用者がそれなりの裁量を有していてもおかしくないと思いますが(そういう解釈がいいかどうかは別として)、少なくとも従前存在しなかった制度を新設することによって労働条

件の変更がなされるという問題である以上、やはり大幅な降格があり得る制度を導入しなければならない必要性と、それによって生じる新たな不利益の可能性というのは、もう少し厳密に判断すべきなのではないかと。可能性にすぎないからというのではなくて、例えばこういうケースでよく言及される代償措置とか経過措置とか、そういうことを踏まえて判断しないと、不利益性の判断はできないと思います。

3つ目は、手続の問題なのですが、降格規定の新設に際して、労働組合との協議を経て同意は確かに得ているんですけども、今回の不利益変更の直接の対象になる専門管理職には、情報の伝達とか共有とか説明しかされていないんですね。この点が重視されていないというよりも、むしろ軽視されているように見えます。例えば第一審は、不利益があくまで具体的な評価の結果に基づく可能性なので、組合員資格を有しない専門管理職との交渉とか意見聴取まで義務づけなければ不当とは言えないと言っているわけですね。可能性だからということがここでも影響しています。

それから本判決も、たしかに交渉や意見聴取は組合に対するようにはしていないけれども、専門管理職に対しても説明はあったし、過程が不合理とは認められないとか、特定集団の著しい不利益に当たらないから同意や交渉がなくてもいいという言い方をしていますが、不利益を受ける対象が現在の専門管理職だということからすると、その当事者との手続を10条の判断においてこのように判断するのは、少なくとも最近の労働法ではプロセス重視の傾向があることからしても、ちょっと疑問が残るところがあります。

さらに言えば、本判決では問題にされなかったんですけども、この事案では、多くの専門管理職に一般社員への降格が予定されていて、この制度を機に退職した人等もいるし、Xを含めた13名が降格されているという事情があります。原告は一貫して専門管理職を退職に追い込むための降格だと主張していて、判決では立証されていないということなので、ここを考慮することはできないんですけども、ただ、労働条件の変更の合理性を判断するとき、どういう経緯で変更された

かという背景事情としては、少なくとも一定の判断をしておく必要はあるのではないかと思います。

野田 非常に興味深くお聞きしましたが、ただ、僕はもちろん就業規則の変更も重要論点だと思いますけれども、むしろ降格そのものについて本判決を読んだので、ちょっと違う視点からということになります。

もともと日本では、降格というものは、懲戒処分としての降格と、それから人事的措置としての降格と2通りあったんですね。それで、懲戒処分の降格は、以前であれば判例上の懲戒法理、労契法成立後は労契法15条を規範に処理していくことになりますね。

ところが、人事措置としての降格について、これまで何を規範にしていって解決していたかというところ、ほとんど東亜ペイント事件判決(最二小判昭61・7・14 労判477号6頁)の配転法理そのものを使うか、配転法理にちょっとバリエーションを加えた法理を使うかという、配転法理の延長を規範としていたんですね。

なぜかというところ、日本の雇用慣行では本件のように同じ部署にいながら、すとおまへはこれから一般職だと降格するというのは、これまではあまりないですよ。本件は外資系企業だからそういうことをするのかもしれないけれども、伝統的には、降格するときには違う部署に異動させて、それで異職種の、劣った、給与の低い業務をさせるといった事案なので、それはもう十分、配転法理で処理できるのです。だから配転命令権の濫用のほうで業務上の必要性があったか、報復とかそういうものによるものではなかったか、それから通常甘受すべき不利益を著しく超える不利益に当たるかどうかという、そういう判断をすれば、配転命令権の濫用として降格も救済できていたんですね。

ところが、本件の特殊性は、配転も何もしてなくて、ストレートの降格で、降格配転という手法も使えない。それで、使用者としてはどうしたかということ、それで就業規則を使って降格したんだと思うんですね。

ただ、そもそも就業規則が不当な目的によるか

というところ、この降格は就業規則の改定の1年4カ月ぐらい後なんです。ですから、降格を実施するための就業規則の改定というように、両者を直結させることは無理だというのがあって、それで普通の合理性判断ということになったんだと思います。しかし、おっしゃるように就業規則の合理性判断としては非常に穴の多い判断であるし、7条と10条と混同している。

ちょっとだけお尋ねしたいんですけども、本件のような場合に、何か学説上、労契法7条を使えるというような議論があるのですか？私は、7条を使えるなんてちょっと思いもよらなかったんです。だって労契法7条って、「労働契約を締結する場合において」となっているでしょう。

奥田 そうなんです。ですから、就業規則の新設とか新たな規定の追加は、本来は7条にも当たらないし、変更でもないから10条にも当たらない。しかし、従来から判例上はこういう新設とか規定の追加を含めて不利益変更として扱ってきたので、10条の適用とか類推適用とする考え方が主流ではないかなと。

野田 ええ。主流だと思います。いや、むしろお聞きしたいのは、7条ということと言えるのですかね。だって7条の文言を無視しているような解釈ではないかなとは思うんですけどね。

奥田 それはそうです。だからどっちも入らないからどう解釈するかということ。

野田 しょうがないから、7条の影響の少ないほうにしようという。

奥田 厳密に言えば、あったものを変えるわけではないので、変更とも言えないのですが。

野田 就業規則の変更とは何かということになりますが、規定追加も大きくいえば10条にいう就業規則の変更ではないんですか。新しい規定が増えるというのは。

奥田 だからそういう意味で、変更を含めるという考え方が主流になっているのだと思います。

野田 そうでしょうね。しかし、そういう規定新設の変更の場合には、特別な法理があるというわけではない。だからもしそうなるならば、この判決というのは非常に曖昧なところがある。だから変更の必要性と、内容の妥当性の判断もしてい

かなければいけないのに、全然区分けもできていないし、そういうことについて非常に曖昧な判断をしているということですね。

奥田 そうですね。

野田 それから周知性要件も、おっしゃるよう
に問題ですし。

奥田 新設とかのときに10条を適用するいくつかのバリエーションが出てくる可能性はあるのかもしれないですね。あまりいいことだとは思わないんですけど。

野田 はい。それにしても、変更の必要性はぐっと我慢するとしても、変更の内容は、給料がその前に94万から91万にっぺん減ったんだけど、でも降格でさらに60万円ぐらいになるわけでしょう。4割ぐらい減らされていますよね。この変更の大きさみたいなものを、バランスというところから簡単に無視してしまうというのは、ちょっと普通はあり得ないような判断ですよ。

奥田 10条の要素からいうと、変更後の内容の相当性で考えたときに、管理職でも降格があり得るというのは内容として相当だということでは判断していて、具体的にその評価の結果としてどの程度下がる内容になっているかというのは全然見ていないんですよ。

野田 ただ、この原告は、もともとこの前の会社にいるときに被告会社に出向して、そこでひどい発言をするものだから、出向を解除されて元に戻されたという事実が認定されている。ところがこの会社は、合併のときにそういうことを知っているはずなのに、また管理職につけてしまっている。そしてまた、同じような問題を起こして、何とか管理職から引き下ろしたいという、そういう意図もあるわけですよ。

そういう場合は、もし例えば奥田先生のように就業規則の変更というのは効力なしと判断すると、どうすれば降格できるのでしょうか。つまり降格自体の問題として。

奥田 今回のケースで就業規則の不利益変更ができないと考えるとですか？

野田 奥田先生はできないとして考えるでしょう。そうすると変更できない状態になるではないですか。そうするともう降格できなくなる。

奥田 不利益変更合理性はないと考えると、できないと思います。

野田 就業規則はね。だからできないとなると、もうお手上げという感じになりますか。僕はだから降格自体の議論をもっときちんと立て直さなければいけないのではないかと思いますね。

奥田 それはそうですね。

野田 配転命令権の濫用もある、出向命令権の濫用もある。例えばこれまでは配転を使って借用して、降格命令権の濫用として処理してきたわけだから、本件だって何かあり得るのではないかと気がするんですね。

奥田 降格規定がなくてもですか？

野田 賃金引き下げを伴うかによるでしょうが、一般法理として、降格命令権の濫用というものをきちんと立てれば、本件のような就業規則の不利益変更なんてことをしなくても可能なのではないのでしょうか。もちろん職能資格制度の場合と、本件のような職務体系の場合とは違ってくると思いますよ。だけれども、職務給体系だとストレートに降格させるしかないということになります。職務が同じなのでね。でもこの原告の方は、最初は一度、部長付になって、その後は部下がない管理職になったんですね。その後、管理職から一般職に降格させたのですよね。

だから、その経緯を通じて、その降格命令権の濫用に当たるかどうか、いろいろな要素を考えるとできたはずですよ。結果として、この人が濫用に当たったかどうかはともかくとしてね。そういう法理に引きつけないで、無理に就業規則変更法理を使うと、その変更法理自体を乱してしまうような、そういう議論になりますよね。

奥田 就業規則とは別の、もう少し一般的な判断基準というか、理論が必要だということですよ。

野田 そういことですね。降格というのは、本件の場合は企業の合併により管理職になったのだから特別ですけど、普通の場合は、一度使用者が、こいつはしっかりした人だということで昇級させた人をまた下げるわけですから、それは本人にいろんな事情があるのかもしれないけれども、しかし上げた人の問題というのは、一半の責任は

経営側にあるはずだから、簡単にやはり降格できるようなものでもない。もちろん労働者側の生活の問題もあるし、それ以外にも考えなければいけないこともあるから、そういうファクターをやはり考慮しながら、濫用法理というのを形成していかない。

奥田 そうですね。この専門管理職は、「担当職務の重要度・困難度を評価し、その職務の遂行に必要な能力を有し、専門管理職の資格に格付された社員」とされていて、管理監督者の処遇という位置づけなんです。そこに会社がXを位置づけているんですよ。

野田 はい。それは会社側のミスですよ。はっきり言って。出向に来ていて、職務能力についてわかっていたのに、合併するとき何でこの人を管理職に据えたのか。この判決は、一つは、就業規則法理として、非常に要件を曖昧なまま、不十分な検討で就業規則の不利益変更の効力を認めているというのが一方であるし、もう一つは、降格というものについて正面から判断していないということです。

奥田 そうですね。

野田 私は、就業規則としても94万円から58万円という結果を導くのは大きいし、それから仮に降格命令権の濫用ということで考える場合もある種、配転命令権のアナロジーで考えるならば、降格の必要性はあったかもしれないけれど、報復的な意図があったかどうかというのはちょっとよくわからない。

だけど3つ目の社会通念上甘受すべき不利益かどうかというのは、この人だって家族もいたかもしれないし、家計上のいろんな計画もあるでしょう。賃金が40%も減ると。おっしゃるように緩和措置とか、暫定的に減らしていくとか、そういうことをしないと影響が大きすぎる。

奥田 最後におっしゃった、配転のアナロジーという点でいえば、東亜ペイントが念頭に置いているような配置転換というのは、賃金とかそういうものが下がらない配置転換ですよ。勤務場所の変更があっても。でもこういう職務等級制度をとって職務が変わったという場合の配置転換は賃金減額が伴うんですよ。そうするとそういう場

合の配置転換は、日本ガイダント事件（仙台地決平14・11・14労判842号56頁）の場合がそうでしたけれども、東亜ペイントのような配転の論理で判断するには性質が違いますね。

野田 もちろん違うかもしれませんね。独自のね。

奥田 降格のほうで判断しないと、配転命令権の濫用の枠組みを持ってくると何かぴたりこないというか。

野田 だからこれまでは配転命令権を使っていたとしても、配転命令権の濫用でも処理できたという感じだと思います。日本ドナルドソン青梅工場事件（東京地八王子支判平15・10・30労判866号20頁）が典型的ですけども、これは報復目的で、退職勧奨を拒否した労働者に対して、青梅工場の工作改善班から廃液処理班に配置転換したうえで、6等級から1等級に変更して給与を半減と。これは配転命令権になっているんですよ。

奥田 給与減額が仮に伴わなくてもそうですね。

野田 そうそう。両方。だから配転命令でも十分、行けるから、配転命令権を使った。ほかになかった。だけれども本件のような場合だと、やはり独自にやっても報復かどうかちょっとはっきりしないし、必要性も全くないわけではないので、そうすると何か家族生活との調和といった配転命令権の持っている基準とは違いますからね。転勤のようにワーク・ライフ・バランスが関係する問題ではないので、やはり独自に何かの法理を構築しないといけないのでしょうかね。

奥田 職務等級に関しては、最近、L産業事件（東京地判平27・10・30労判1132号20頁）というのがありますね。

野田 はい。あります。

奥田 職務等級が変わる場合でも、単なる配置転換と考えるのは無理がありますよね。

野田 そうですね。おそらくさっきからも少し話題にされた、能力判断についての司法の介入ですよ。無理な法理をカバーするために裁判所としては一生懸命、言っておきたいというのがあって、「スキルよりもマインドに問題があるという」、そういう言い方までして評価を加えている。

しかし、これは独自の言い方でして、「顧客志向のマインドの欠如」とか、それから「部長にわかりやすく示すマインドがない」とか判断しています。「マインド」という言葉を、独自の能力基準であるかのように、そういう独自の使い方をしていきますね。きっと、心の中まで司法判断することを一生懸命やらないと説得力がないと裁判官が思ったからなのでしょう、司法としても焦った判断をしているという印象を受けましたね。

奥田 就業規則のところを仮に問題にしなかったとしても、これだけ大幅な賃金の減額が果たして降格として妥当と言えるかどうかというのは、何かもうちょっと問題になってもいいと思うんですけどね。

野田 そうですね。就業規則の問題をとってしまつたら、この判決の中で見るべきものは。つまり救済法理としてのファクターってあったのかな。就業規則が変わってしまったことで解決をつけているところがありますね。この判決の構造だと。だから就業規則をもう少ししっかりやってもらわないと、やはり説得力を欠くということになるのかな。

奥田 そうですね。使用者側としては、不利益に関してはもう少し穏当というか、緩和的な措置もできたでしょうし、少なくとも手続で専門管理職との交渉などもしないというのは、ちょっと手落ちだと思えます。

野田 本件の控訴審があるとして、原告・控訴人側が前面に立てるのは、就業規則の不利益変更の効力で、そこでうまくいったとします。そうすると、就業規則の不利益変更の効力がなければ、そもそも降格を全くできない事案ですかね。降格権限がないことになりますか。

奥田 ないと考えればできないですね。

野田 できないですね。

奥田 でも職能資格制度ではなくて職務等級制度だから、さっきおっしゃったような配置転換の論理でできるということを前提とすれば、あり得るのかもしれないですけど。

野田 そうすると、不利益変更が効力ないということを前提に、そうするとできないという主張をして、それが仮にできるとしても、今度は降格

命令権の濫用というふうに攻めていくという、そういう構造になりますかね。

奥田 そうですね。もしくはL産業事件と同じような職務の変更に伴う減額ということですよ。それをどの論理でやるかですよ。

野田 このごろ結構、判例では、労契法10条の適用により、就業規則の不利益変更の合理性を簡単には認めない傾向があります。本件のように簡単に認めるのはむしろ珍しいですよ。裁判官ももうあの辺の法理の定着は知っているのに、本件は、驚くほど簡単に合理性を認めている。原告側の主張の仕方がまずかったのかもしれない。就業規則のことを前面に立てないで、軽く位置づけているのが気になりました。

5. 組合掲示版の掲示物取り外しと支配介入

—— JR東海事件（東京高判平29・3・9判例集未登載）

事案と判旨

1. 当事者等および本件訴訟

本件は、東海道新幹線および東海地方の在来線を運営するX社の従業員で組織する労働組合である補助参加人Z1労組およびその上部組織の組合本部である同Z2労組が、Xの設置した掲示版からZ1の掲示物を撤去した行為が労組法7条3号の不当労働行為に該当するとして求めた救済申立事件において、Y労委がXの同行為は不当労働行為に該当すると判断し、Xに対し今後そのような行為を繰り返さないようにする等と記載した文書の手交を命じたことから、Xがこの救済命令の違法性を主張して、取消を求めた事件の控訴審である。

2. 基本協約等

XおよびZ1労組の定めた基本協約には、「227条 組合は、会社の許可を得た場合には、指定された掲示場所において、組合活動に必要な宣伝、報道、告知を行うことができる。」「228条 掲示類は、組合活動の運営に必要なものとする。また、掲示類は、会社の信用を傷つけ、政治活動を目的とし、個人を誹謗し、事実を反し、または職場規律を乱すものであってはならない。」「229条 会社は、組合が前2条の規定に違反した場合は、掲示類を撤去し、掲示場所の使用の許可を取り消すことができる。」旨の定めがあった。

3. 苦情処理会議の開催

Z2の組合員であり執行委員長であるEは、平成24年12月の年末手当支給の際、成績率について5%の減率を適用された。Eは、これに納得せず、年末手当の減率適用事由を明らかにするよう苦情申告をした。同月20日、Eの苦情申告

に基づき、Z2とXの静岡支社との間で苦情処理会議が開催された。

4. 掲示物の掲示およびその撤去

Z2の4つの運輸区の分会は、平成25年2月11日から同月13日頃までの間に、掲示物をそれぞれ設置された掲示板に各1枚掲示した。同掲示物は、「早着は重大な事故なのか??再教育時間はボーナスカット理由になるのか!?!」を見出しとして、本件苦情処理会議においてXが説明した年末手当の減率適用事由が記載されており、ある組合員の主張として、「45秒早発させてしまった事象について『区分運転時分を確認しないまま運転を行い、1分の早着事故を発生させている』と、早発の事実以前の時系列をとりあげて事故だとカット理由にしている。」等の記載があった。

Xは、同年2月12日、Z2のN運輸区の女性用更衣室隣の女性用トイレ出入口外側通路に設置された掲示板に、本件掲示物が掲示されていることを確認し、同日午後3時、Z1の浜松運輸区分会書記長の自宅に電話を掛け、掲示物の撤去を時限を付して求め、その後、時限の2分後に、掲示物が掲示されたままであることを確認し、これを撤去した。Xは、これ以外の3つの運輸区においても、同様の経過で掲示物を掲示板から撤去した。

5. 不当労働行為救済申立およびY労委の一部救済命令

Zらは、Y労委に対し、各機関の掲示物撤去等の支配介入行為の禁止等を求めて救済申立てをしたところ、Y労委は、Xが上記掲示物を「撤去したことは、労働組合法第7条3号の不当労働行為に該当することを確認」し(第1項)、および「今後、このような行為を繰り返さない」旨の文書交付を命じた(第2項)。

6. 静岡地判

行政訴訟を受けた静岡地判は、「掲示物の撤去が不当労働行為に該当するかの判断に当たっては、まず、当該掲示物が本件撤去要件に該当するかを検討すべきであり、当該掲示物が本件撤去要件に該当する場合には、Zらの当該掲示物を掲示する行為は正当な組合活動とはいえないから、Xがこれを撤去することは、労組法7条3号にいう支配介入には当たらず、不当労働行為とはなり得ない」こと。

「掲示物の撤去が不当労働行為に該当するかの判断に当たっては、まず、当該掲示物が本件撤去要件に該当するかを検討すべきであり、当該掲示物が本件撤去要件に該当する場合には、Zらの当該掲示物を掲示する行為は正当な組合活動とはいえないから、Xがこれを撤去することは、労組法7条3号にいう支配介入には当たらず、不当労働行為とはなり得ない」

「苦情処理会議において開示された減率適用事由や同会議において話題に上った事柄が公開された場合、委員や関係者としては、その後、自由に発言することを控えるなどし、その結果、苦情処理に支障が生ずる可能性があり、労働協約等の適用及び解釈についての苦情については苦情処理会議制度で解決するというX内における規律を乱す」等により、「Z

らが具体的な減率適用事由及びその周辺事象を本件掲示物に記載して掲示したことは、正当な組合活動であったということではできず、……本件掲示物は、実質的に本件撤去要件に該当しないということではできない。」と判断した。」Y労委が控訴。

【判旨】控訴認容

1. 判断枠組みについて

「当該掲示物の掲出が補助参加人らの正当な組合活動として許される範囲を逸脱したか否かを検討するに当たっては、掲示板が設置されているのがどのような場所であり、掲示物が対象としている読者が主としてどのような者か等の事情や当該掲示物が掲出された当時の被控訴人と補助参加人らとの労使関係の状況、掲示物が掲出されるに至る経緯や動機、掲示物の記載内容が輸送の安全性や顧客へのサービスその他の被控訴人の中心的業務に対する一般的信頼性、信用性に関わる性質のものか、組合に対する関係で問題となる性質のものか等の具体的事情が考慮されるべきである。」

2. 本件掲示物が「職場規律を乱す」ものといえるか

「Yにとって、具体的な減率適用事由につき人事管理上秘匿すべき事項としてこれを非公開とする利益を有しているものの、本件のような場合に、これが公開されることにより生じる具体的な不利益の程度はさほど大きいものとはいえない。」「本件掲示物を見た社員がプライバシーを侵害されるとの危惧を抱いて苦情申告をすることをちゅうちょするおそれがあるとまでは直ちに認めることができず、これにより苦情処理会議の運用が阻害される具体的なおそれは小さいものというべきである。」「本件掲示物が掲出されることによる苦情処理会議の委員や関係者に対する具体的な萎縮の効果の程度は必ずしも大きいものとはいえない。」

3. まとめ

「以上のとおり、本件掲示物は人事管理上秘匿すべき事項に該当する本件会議で説明された減率適用事由を記載したものであるところ、人事管理上秘匿すべき事項が公開されること自体から生じる公にされることによる管理者と社員との間のあつれき等の弊害の程度はさほど大きいとは認められず、本件会議で説明された減率適用率が公にされることによる苦情処理会議の委員や関係者に対する萎縮の効果ないしこれに起因する運用上の弊害については、これを軽視することはできないものの、必ずしも大きなものとはいい難い。これに対し、本件掲示物の掲出は、補助参加人らの組合活動としてその目的において正当であり、その記載内容が291条、292条に反するものであるものの、その不当性の程度は、著しいものとはいえない。

本件掲示物については、「職場規律を乱す」ものという本件撤去要件を充足するものとは断じ難く、仮にその記載内容の一部がこれに該当するとしても、これを提出する行為を全体としてみれば、補助参加人らの正当な組合活動として許容され得る範囲を逸脱するものではないと解するのが相当である。

そうすると、被控訴人による本件掲示物の撤去は不当労働行為に当たるといふべきであるから、本件命令に誤りはない。」

野田 この事件は、これまでも同じJR関連の一連の判決があり、事案としては特に珍しいものではないんですけど、1件くらいは不当労働行為事件を取り上げようという理由と、もう一つは、一審の静岡地裁の判決が東京高裁で完全にひっくり返ったという経緯もあるので、取り上げました。新しい理論がでてきたというよりは、これまでの理論の確認ができたというようなものだろうと思っています。

私は一審判決には不満でして、判例評釈で判旨反対の議論を展開していたのですが、高裁では私とほぼ同じ趣旨で、一審判決が取り消されたというわけであります。ただ、この組合掲示板での掲示物の使用者の撤去の問題については、これまでも同じJRの事件ですけれども、東京高裁でも争われているケースが2つ、3つあります。ですから、控訴審のレベルでは、これまでの法理に近いものであります。

まず一般論ですけれども、やはり問題の根底には、企業施設利用の組合活動のいわゆる許諾説の考え方があるのではないかと思うわけですね。許諾説を最高裁は当初は企業秩序違反の問題として判断を立てて、さらにこれを不当労働行為の問題にも使うという、そういう進展がありました。批判はあったけれども、最高裁（済生会中央病院事件・最二小判平元・12・11民集43巻12号1786頁）などは、企業施設利用の組合活動について、支配介入の成否の判断でも許諾説という考え方を使っているというわけです。

しかし、労働委員会の命令では、必ずしも許諾説という考え方には立たずに、具体的な判断、組合活動としての必要性とか、掲示行為と掲示物の影響みたいなものを総合判断するという立場だったと思います。そして、判例法理における一般的な許諾説の問題と労働委員会の立場というのは、対立したまま平行線になっていて、議論として棚上げされていたという気がします。どこかではっ

きりさせなければという思いの中で続いてきたというところがあります。

ですから、一審判決の立場というのも、そういう意味では、裁判官が許諾説についてこれに忠実に解釈し、基本協約の撤去要件規定を、掲示板の使用を許諾する趣旨であると解し、しかし撤回要件に該当するときは、その許可が解除されるという趣旨に理解している。考え方の基本がやはり許諾説に依拠しているという気がします。

これに対して、Y労委もそうですけれども、本件控訴審判決も、許可の解除という考え方には必ずしも立っていない。この協約に基づいて組合掲示板利用の権限があり、当該事案においてその利用権限を逸脱したかどうかという判断をしているという立場であります。とすると、原則と例外が、反対になってくるわけですね。その上で本控訴審判決は、先ほど言いましたように具体的なファクターというものを最大限、考慮するという、そういう構造になっています。

あとは事実評価の問題ですが、中心の問題である職場規律を乱すかという原審の判断は、やはりおかしかった。そもそもあつれきとか不都合が生じて信頼関係に影響を与えることが通常生じるなんていうことは、そんな大人げないような判断自体がおかしい。

それから、原判決は抽象的危険説に立っているので、現実に職場規律を乱したという立証も不要だということを言っているわけですね。しかし、抽象的危険説とはいえ、どういう抽象的危険があるか、どういうおそれがあるかということももう少し言わなければいけない。それをほとんど示していないとしか言いようがない。あつれきとか不都合とかという評価など、抽象的に過ぎて、観念できないようなものまで言っているわけですね。

それから、ほかの裁判例の事案では、かなり個人攻撃とか名前も出したりしているようなものも、その掲示物の撤去について支配介入を認めているんですね。だからそれとのバランスからしても、原判決は随分おかしいと思いました。本件掲示物の記載内容というのは、減率事由とされた事実についての個人的な見解を述べたにすぎないわけですから。攻撃対象の名前も挙げないし、根拠

を挙げずに非難しているわけでもない。それでも掲示物の撤去行為を支配介入だと言っているわけですから、原判決はちょっと疑問でした。

結局、掲示板の利用を認めるというのは、情宣活動の一環として、一定の活動を許容したといえるでしょう。あるいは権利化したと言ってもいいわけでしょうから、本件控訴審が、その権利逸脱という観点から判断しているというのは、アプローチとしては適切なのではないかと思うわけです。

奥田 撤去要件該当性の具体的判断で、先生がおっしゃったように、かなり抽象的に言っているところについての疑問は共通しています。

私が控訴審判決で少しわからなかったのは、「当裁判所の判断枠組み」のところですね。確かに、当該掲示物の云々というところの説示は第一審とは違う考え方をとって評価できると思いました。ただ、判断枠組みの最初のところで、「この点に関する当裁判所の判断は以下のとおり補正するほかは」と言っているのが、基本的なところは原判決を引き継いでいるのだと思ったのですが。

野田 それは、私のひいきの引き倒しかもしれません。私は、仮に許諾説に立っても、不当労働行為の場合には具体的な判断をすべきだという、そっちのほうだと思います、むしろ正確に言うかね。

奥田 そういうことなんですか。

野田 その点では確かに、控訴審も静岡県労委と違うと思います。

奥田 この事件については、協約に基づいて企業施設を利用しているときに、そうではないケースと同じように許諾説が妥当するかどうかというのが、最初から疑問だったんです。それで、先生も評釈に書かれていたように、地裁判決は許諾説なので、協約に基づいているのにという疑問があったんです。最初は高裁がこれを否定したと思ったのですが……。

野田 おっしゃるとおり。

奥田 でも、よく読むと、基本的な部分を引き継いでいるような書き出しなので、否定したとは言えないのではないかと、これをどう理解するかというのがあると思います。

野田 たとえ許諾説の立場にあっても、施設利用に関する協約が結ばれたことにより、その許諾は既になされたとして解すべきであって、その後の運用については、その撤去行為が支配介入に当たるかについては、不当労働行為制度の趣旨に従った具体的で実質的な判断がなされるべきであったろうという、ここらぐらいかなという気はするんですね。

奥田 だとすると、高裁でも許諾説を放棄したわけではないけれども……。

野田 ない。多分ね。

奥田 許諾説の中での判断の要素というか、枠組みが変わったという理解になるでしょうか。

野田 そうですね。そういうことでしょうね。確かに東京高裁は許諾説を放棄するわけもないので。だから許諾説の枠組みの中にあっても、それは協約ができて、協約ができた以上、同じ許諾説でも協約がある場合は別として、ということですからね。

だから協約があればあとはもう完全に権利化したという発想もあり得るわけでしょうけれども、完全かどうかはともかくとして、許諾された範囲内で権限化した。そうすると、それが濫用に至らない限り、あるいは逸脱しない限りはちゃんと権限があるんだと、そのように考えられるという立場でしょうね。だからそのあたりで落ち着かせたという。

奥田 「以下のとおり補正するほかは、原判決の事実及び理由第3の1及び2の1に記載するのとおり」と書かれていて、第3の1で、その判断枠組みが書かれているので、この部分は引き継いでいるのですね。

野田 引き継いでいると書いている以上、引き継いでいるんですよ。だからもうこの辺はおそらく総論の中の最後にこういうことを書いてきて、その後、具体的判断ではこれを生かしつつ、実質的にひっくり返すということだろうと思うんですけどね。

奥田 原判決を引き継ぎつつ、その結論をひっくり返すために、ここの説示を判断要素に加えたという感じですか。

野田 そんな感じですね。その部分が、別にそ

う考えなくたって多分、高裁は考えるだろうし、書かなくても考えるだろうけど、そのあたりの線ですよね。

奥田 でもそうだとすると、許諾説というのは基本的に企業施設を利用した組合活動の基本的な考え方ようになっていきますけど、協約に基づいて利用していても同じだとすると、そこがやはり一番気になります。

野田 でも許諾説でも、協約が締結されれば協約に基づく権利というのは出てくるわけでしょう。だから原則と例外が逆転するのではないですかね。協約がなければ、ごく例外的に許諾しないことが濫用に至る場合に限り認めましょう。協約があれば、原則として認めますけど、例外的には撤去しますよ、ということだろうと思うんですけどね。しかし、地裁の考え方はそれすら認めなくて、最後まで許諾と言っているんですね。だからおっしゃるように、協約があろうがなかろうが同じになってしまうんですね。

奥田 例外許諾か原則許諾かの違いかみたいな。

野田 そうですね。

奥田 あまり協約を結んでいる意味がないような気がします。

野田 はい。不当労働行為だけで処理してはいますからね。だけど、それにしても何かこういう一審のような判断を簡単にやってもらっては困りますよ。何で先例をもう少し参考にしないのかと申しますけどね。

奥田 一審の判決は、信頼を損ねたか、秩序を乱したか、そしてもう一つ、本件掲示板がZらの正当な組合活動として許容される範囲を逸脱していないと認めるに足りる客観的事情があるかというのが出ています。先生も評釈でなぜこれが出てくるかと書かれていて、私もこの論点がどこから出てきて撤去要件に関する二つとどういう関係に立つのかというのがどうも読み取れませんでした。

野田 そうですね。

奥田 だからおっしゃるように、違法性が阻却されるという考え方ですね。

野田 そうそう、そういう発想なんですかね。

構成要件には該当するけれども、違法性が阻却されるという。わかりませんね。何かあまりにも拘子定規な解釈をしたから、自分でちょっと調整しようと思っているようにしか見えません。原判決は、ほんとうに、読みにくい判決でした。

こういうそもそも大きな法的要請と、小さな法的要請とが混乱してバランスを欠いているといえますか、こういう労働協約があることの背景みたいなものをしっかり考えた上で、この規定の解釈をしていかなければいけないはずなのに、文言だけにこだわっていて。狭い範囲でしか考えていないというのは、ほんとうに木を見て森を見ないみたいな、そういう発想になってしまいますよね。

6. 直接の労使関係にない者への抗議行動に対する損害賠償請求——フジビグループ分会組合員ら（富士美術印刷）事件（東京高判平28・7・4労判1149号16頁）

事案と判旨

Yらは、昭和43年にXの活版印刷部門を分離して設立された訴外Zの従業員で、Z労組・フジビグループ分会所属の組合員であったが、平成24年9月にZの破産手続開始が決定したことに伴いZを解雇された。これに関連して、Yらは、X本社敷地内でのビラ配布、X本社屋上フェンスでの横断幕掲示、X本社の壁への横断幕や写真の貼り付けによる宣伝、X本社正門前や駅周辺でのビラ配布、X本社周辺の道路及び駅周辺での幟の掲示や拡声器による宣伝、第三者への文書の交付・送付など、Xに対するさまざまな抗議行動を行った。

これらの抗議行動の中で、ビラや横断幕などには、「フジビはフジ製版の社員を雇用する義務がある」「フジ製版は計画的偽装倒産である」「フジビグループ・乙山一族の組合つぶし偽装倒産を許すな!」「私腹を肥やし、労働者の賃金・退職金を踏み倒して逃亡した人でなし、乙山一族を許すな!」「荒川区の『印刷御三家』フジビは責任を取れ!」「億万長者の社長が給料・退職金をふみ倒すな!」「安い給料で使い捨て、泣き寝入りしないぞ」などの表現が用いられた。また第三者への文書送付では、Xの筆頭株主や主要取引先、取引銀行等に対して、労使紛争解決に向けた「協力要請書」などが送付された。

これに対しXが、Yらによる一連の行為により損害を被ったとして、Yらが連帯して2200万円の損害を賠償するよう求めた。

一審判決（東京地判平28・2・10労判1149号24頁）は、問題となった表現内容の信用毀損性を認めた上で、Yらによる一連の行為の違法性阻却に関し、団結権及び団体交渉権

が保障されていることから、表現が結果的に他者の名誉又は信用を毀損しても、「表現内容の真実性、表現自体の相当性、表現活動の動機、態様、影響等一切の事情を考慮し、正当な組合活動として社会通念上許容された範囲のものであると判断される場合には、違法性が阻却される」と述べた上で、本件各表現は、表現内容に真実性を欠くことなどから、「仮に組合活動であるとしても、正当な組合活動として社会通念上許容された範囲を超えており、違法性は阻却されない」として、Xの請求を認容した（350万円）。

控訴審である本判決は、以下のように述べた上で、結論的には、Yらの行為は社会通念上相当と認められる範囲を超えており違法性は阻却されないとして、控訴を棄却した。

「憲法28条は、勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利を保障している。その本旨は、労使間の団体交渉によって、労働組合を組織する労働者と使用者との間の労働契約関係の内容をなす労働条件が対等に決定されるようにすることを保障することにあるものと解され、直接労使関係に立つ者の間の団体交渉に関係する行為を保障の本体とするものであることは疑いが無いが、一般に、労働条件は、使用者を取り巻いて現実に存する社会、経済その他の要因によって大きく左右され得るものであり、そのような実質を考えると、労働組合が労働条件の改善を目的として行う団体行動である限りは、それが直接労使関係に立つ者の間の団体交渉に関係する行為でなくても、同条〔憲法28条〕の保障の対象に含まれ得るものと解するのが相当である。」「しかしながら、このような団体行動については、同条の保障の本体となる行為のうち集団的な労務の不提供を中心的内容とする争議行為と異なり、自ずから限界があるものというべきで、団体行動を受ける者の有する権利、利益を侵害することは許されないものと解するのが相当であるから、これを行う主体、目的、態様等の諸般の事情を考慮して、社会通念上相当と認められる行為に限り、その正当性を肯定すべきである。」

「YらがZを解雇された後にXに対して自分たちをXにおいて雇用するよう求めて行った一連の行動は、その所属する労働組合による団体行動の一環ではあるものの、直接には労使関係に立たない者に対する行動である」。一連の行為の態様につき、「このうち、取引先銀行等に対する上記文書の送付は、Xに対する要請行動として理解することが困難なものである一方、営利企業であるXにとり、その信用が損なわれる度合いも甚だしく、そのようなものを含む一連のものとして行われたYらの行為が、正当な団体行動としての範疇を超えているとの評価を受けるのもやむを得ないところである。」「そうすると、Yらによる一連の行動は、直接には労使関係に立たない者に対して行う要請等の団体行動として社会通念上相当と認められる範囲を超えており、その違法性が阻却されることはないというべきである。」

奥田 本件は、労働組合の街宣行動に対して、直接の労使関係にない者から組合員個人に損害賠償請求がなされた事件です。

今回の「ディアログ」でこの裁判例をピックアップした理由は、これまでの野田先生との議論の経過でいいますと、集団的労働関係に係る事案にも着目しておく必要があるだろうということ、こういう街宣活動での組合活動の正当性が争われるケースも最近、見られるのではないかとということ、団体交渉義務の直接の主体ではない者に対する組合活動権保障の範囲という問題も含まれていることから、契約関係の流動化ということを考えると、同様のケースが多様な形であらわれてくる可能性があると考えられること、そのようなことを念頭に置きながらこの判決を取り上げることになりました。そこまでの射程を持つものかどうかちょっと難しいですが、わりと重要な判示もしていますので、その点に着目しながら見ていきたいと思います。

この件に関しては不当労働行為も問題になって、都労委命令（東京都労委平28・7・5命令）が出ていますが、この点はここでは割愛します。また、信用毀損性の判断も問題になっていますが、地裁と高裁での判断の違いは違法性阻却事由のところなので、ここでは特にその点に着目して検討したいと思います。

本判決については、まず、団体行動権保障の範囲となる行為・行動というのがどこまでかと、どういうものかということについて判断をしているということに着目しました。本判決の説示によりますと、一般に労働条件は使用者を取り巻いて現実に存する社会、経済その他の要因によって大きく左右され得るという、労働条件決定の実質に着目して、労働条件の改善を目的として行う団体行動である限りは、直接労使関係に立つ者との間の団体交渉に関係する行為でなくても、憲法28条の対象に含まれ得ると述べて、本来は使用者に対してのさまざまな行為が本体となるのだけれども、それだけでなく、労働条件の改善を目的として労働組合が直接には労使関係に立たない者に対して行う要請等の団体行動も28条の対象になり得る、ただし、自ずから限界があると述べていま

す。

その限界に関しては、「団体行動を受ける者の有する権利・利益の侵害は許されないことはもとより」と述べたうえで、これにその行動を行う者の主体、目的、態様等の諸般の事情を考慮して、社会通念上相当と認められる行為に限り、その正当性が肯定されると判示しました。

この判断枠組みを示していることに関しては、私は肯定的に評価ができると考えています。その理由としましては、まず2014年の「ディアログ」で検討された教育社事件の東京地裁判決（東京地判平25・2・6労判1073号65頁）がありましたが、この判決は、労働契約関係を基本としてそれに近似ないしは隣接した関係にある者という基準を設定して、街宣活動という組合活動の相手方自体を限定的に解釈して、こういう団結権、団体行動権保障に係る組合活動の正当性という問題を、使用者性という入口部分で否定的に解した例でありました。

ディアログでも批判的に検討されていたと思いますが、こうした先例との関係で見ると、本判決が一般論として示した枠組み、つまり使用者性という入口部分で否定するのではなく、直接労使関係に立たない者に対して行う要請行動等の団体行動も28条の対象だと述べている、この点で、教育社事件とはアプローチも異なりますし、判断も異なるという点で評価ができると思います。

アプローチということに関して言えば、教育社事件は、組合活動権の保障について、その相手方は誰かという論じ方をしていたんですけれども、本判決はそうではなくて、憲法28条の保障を受ける行動の範囲という論じ方をしています。つまり直接労使関係に立たない者に対する要請等の団体行動が保障の対象となると述べています。憲法28条が労働者、労働組合の団体行動権を保障しているということから見ると、本判決のような論じ方のほうが正確なのではないかと思いました。相手方が誰かというよりも、どういう行動かという範囲設定だと見ました。

次に、違法性阻却についての判断枠組みなんですけど、これも第一審とは大きな違いがありまして、本判決のほうが妥当な判断枠組みを示してい

ると評価しています。

本判決は、保障の対象を広く捉えたうえで、行為の主体、目的、態様等から組合活動の正当性を判断するとしていまして、この点は第一審との大きな違いです。第一審は、労働組合に活動の権利があるということを最初に述べて——ただ、ここで団結権、団体交渉権のみを挙げて団体行動権が入っていないのが気になりますが——、結果的に他者の名誉信用を毀損しても正当な組合活動として社会通念上許容された範囲であれば違法性が阻却されると述べていて、この点は別におかしくはないと思うんですが、正当な組合活動としての範囲というときの判断において考慮する事柄として、表現内容の真実性とか、表現自体の相当性、表現活動の動機、態様、影響等の一切の事情を挙げていて、具体的な判断でも、表現内容の真実性と真実相当性に重点を置いて判断しているんです。

これに対して、本判決は、上のような枠組みを示した上で、正当な組合活動としてその違法性が阻却されるか否かについて、真実性の問題は特段に決定的な意味を持つものとは解されないと述べていて、私はこの点は妥当だと思います。これは第一審に対する被控訴人側の主張を受けてこういう結論になったのだと思いますが、組合活動の正当性の問題を表現の真実性に重点を置いて判断するというのは、ちょっと筋が違うと思いますので、ここは本判決のほうが妥当な枠組みだろうと思います。

ただ、具体的な判断については、なお疑問があります。本判決は、結論として、組合活動としての正当性を否定して組合員らに対する損害賠償請求を認めています。信用毀損の部分に対する損害として認めているんですけれども、民事免責が認められないという結論には、相応の綿密な判断と理由づけが必要だと思います。にもかかわらず、この判決は、先ほど示したような行為のほとんどを、社会的評価を低下させる行為というふうに前提として認めているんですけれども、どのような行為の、どのような対応が、社会通念上相当でないといわれるのかは不明確です。特に言っているのは、取引先銀行等への文書の送付は理解するのが

困難というような言い方がされていて、そこが特に指摘されているんだけど、でもそのようなものを含む一連のものとして行われたYらの行為というふうに、かなり包括的に判断しています。社会的評価を低下させると判断された複数の行為それぞれの具体的な検討というものは見られないので、損害賠償請求の認容、つまり民事免責が認められないという重大な結論を導くためには、判断の内容としてはかなり淡泊なものであると感じました。

さらに言うのであれば、契約関係の流動化ということから考えると、フジビを単純に直接の労使関係にない者と判断してしまっているかどうかというのも、少し問題にしてもいいかなと思いました。つまり、本判決は、団体行動権保障の範囲の問題を、相手方の問題ではなくて、あくまで行為・行動の範囲として捉えています。しかしそうは言っても、やはり同じ要請行動でも、直接の労使関係にある者とならない者とは、その行動の正当性の程度は異なると考えられることからすると、かなり親社会的な立場にあるフジビへの抗議行動を単純に直接の労使関係にない者への行動というふうに包括することが、果たして正確な捉え方かというのは、少し問題となる可能性があるかなと思います。

もう一つは、ここはあまり今回は具体的には検討はしていませんが、3名の組合員個人に対する損害賠償請求で、組合ではないんですね。それで、共同不法行為ということで3名に損害賠償責任が認められているんですけども、違法争議の民事責任と同様に、組合活動としての行為の責任を、組合員個人に負わせるのか、あるいは一次的に負わせるのかどうかというのは、従来から議論のあるところなので、本判決をその観点から見てどう評価するかという問題ももう一点あるかなと思いました。

野田 私も大体、基本的なスタンスとか理解は同じです。また最後の論点から行きますけれども、共同不法行為も、学説の中ではさまざまな緻密な議論があるのに、どういうわけか裁判では全くそういうものを考慮もしないで……。簡単に認めてしまうというのがわからないですね。

それから、もう一つ、ここに書かれているように、この判決もいろいろ文句はあるけれども、教育社事件よりはだいぶいいかなという気がします。教育社事件はちょっとひどかった。あの判決で、何でそのような使用者性の判断から出発して議論するのか、問題の本質を全然取り違えているとしか言いようがない。そういう判断だったのに対して、一応、憲法28条アプローチから行くというのは、問題の本質に近い考え方だと思いましたね。

ただ僕、この判決、どこかで聞いたことがあると思っていたら、東海商船損害賠償等事件（東京地判平10・2・25 労判743号49頁。東京高判平11・6・23 労判767号27頁）とそっくり同じ文言です。

これは私、おもしろい判決だと思います。東海商船事件はボイコットの事件なんです。そして、これは東海商船で、珍しく産別組合である全日海との関係なんですけれども、労働組合が労働条件の改善を目的として行う団体行動である限りは、それが直接、労使関係に立つ者の間の団体交渉に関係する行為だけでなく、同条の、つまり憲法28条の保障の対象に含まれると解するのが相当であるといえます。

すなわち、憲法28条の保障の対象は、直接労使関係にある者だけでなく、右労働条件の改善を目的として、労働組合が直接には労使関係に立たない者に対して行う要請等の団体行動も、同条の保障の対象となり得るものと解するのが相当であると。このように、全く同じなんです。

その上で、このような団体行動については、自由権的効果に同条の保障の意義がある。そのような団体行動を受ける者の有する権利・利益を侵害することは許されないものと解するのが相当であるから、これを行う主体、目的、対応等の諸般の事情を考慮して、社会通念上相当と認める行為に限り、その正当性を肯定すべきであるとして、限定的に考えるべきだとしています。この点も、全く同じですね。

そして、注意すべきなのは、そもそも違いは事実関係の点にあると思います。この東海商船事件というのはボイコットの例でして、組合が別のところでストライキをやっている、それを補強する

圧力手段として、使用者の製品やサービスの不買を、その取引先や顧客に訴えるという。つまりこれは会員組合が便宜置籍船の荷役作業をボイコットするように、関係会社に訴えるというものなんですね。

ところが本件は、ストライキも何もやっていないので、そこが違う。本件では、本来の労働契約の相手方は消滅しているわけですし、ストライキの補強手段ということはもうあり得なくなっている。あるいは取引先や顧客への訴えという点でも、そもそも会社がないんだから、取引先もないし顧客もない。そういうケースに、ただ実質親会社みたいなものに、そういうところに圧力をかけたという事案に対して、この東海商船の判断基準を用いたという。それがおもしろい点です。それが、判例文脈上の特色だと思いますね。

奥田 取引先という点でいえば、フジビの取引先ですね。今回のケースは。

野田 そうそう、そうですね。だからフジビはそうだけでも、フジ製版ではないですね。もう倒産してしまっているのですから、そういうボイコットに関する判断を、相手関係がないところでも及ぼしたというのが本判決の特色だと思います。

奥田 それとの比較で考えると、フジビのケースは、保障されると言った上で「しかしながら」のところで、争議行為とは異なり自ずから限界があると言っているところに少し着目するとすれば、ボイコットのようなストライキを補強する圧力手段のケースと、本件のような純然たる組合活動のケースというのは、限界が異なるということになりますね。

野田 そうですね。判決の文章の書き方としても、東海商船事件に比べると少し強目かなという気はしますね。自ずからとまでは言っていないで、自由権的効果に同条の保障の本質があると。それで、団体行動を受ける者の有する権利・利益侵害をすることは許されないとやっているわけだから。だから「自ずから限界がある」というのは、ちょっと強目かなという。

これはすこし違う観点ですけども、この事件については、労旬 1878号(2016年12月下旬号)

に特集しているではないですか。その弁護士の報告を読むと、倒産時の負債がひどいんです。倒産時の負債が5350万円。そして、破産債権の9割が労働債権。それで、5350万円が払われていない。これはちょっとひどいですよね。実質的には法人格の濫用の傾向が強い。結局不払い状態で逃げていくわけですよね。

奥田 だからなおさら直接の労使関係に立たないと単純に言えるかなという気はするんですよね。

野田 そういうことですね。教育社事件のときにはほんとうに法人格の壁が悔しい、読む者としては非常に残念な結果でした。法人を利用しているとしか言えないし、本件も結果的にはそうですけれども、そう簡単に、奥田さんが最後に書いているようなことがなかなか言えないのでね。

だからこれ、不当労働行為の事件は読んでいないんですけども、労働委員会だったら、もう少し頑張って実質的同一性とか法人格の濫用などが言えないかなという気はしますけれどもね。裁判所だと、やはり権利義務関係でしか処理しないので、なかなかハードルが高いというところで、労働委員会だったら、そういうことを頑張っていいかもしれないという気はしますね。

奥田 そうですね。

野田 東京都労委でもそう簡単には救済はできないですかね。

それから原判決は表現の真実性云々という要件を立てていますが、控訴審では真実性は決定的な意味は持たないと判断していますね。これも高裁判決のほうが紛争の実情に即した大人の判断だと思いますね。

奥田 ただ、特段に決定的な意味は持たないと言いながら、念のために検討するとして、結局、真実性を検討してその真実性はないと言っているのです。要らないと思うんですけどね、そこは。

野田 なるほどね。

奥田 そこがないほうがすっきりするんですけども、でも検討していたとしても、一応そこが重点ではないということを確認しているのは重要なかなと思います。

野田 教育社事件は東京地裁だったことも考え

ると、本件高裁判決によって、労働契約関係に近似的ないし隣接した関係を云々という判断基準は否定されたと言えますかね。

奥田 評釈を書くとなれば、そういうふうに評価したいですね。

野田 ですね。

奥田 少なくとも使用者性の問題ではないですから。

野田 それポイントですね。労働契約準拠説というのも妥当する場面はあるけれども、こういう場面にまで労働契約準拠説なんていうのは……。全然説得力ないですよ。

奥田 問題の種類が違うと思うんです。

野田 そうですね。その労働契約関係とは別個に、また、労働組合関係よりも広い労使関係という別な枠組みを、広く認めていこうという発想がやはりあるはずですよ。

比較法的には枠組みを広げていこうとする動きがあります。例えばフランスなどの欧州諸国では、組合なき労使関係みたいなものを「社会的対話」という表現で包摂していこうとしているし、これとは逆に、使用者なき労使関係というのもあり得るわけです。そういうものを幅広く認めて、労使関係法を活性化していこうとするときに、そうした場で労働契約準拠というのは、発想が貧弱というしかないですよ。

それとともに、労組法7条の団交義務者としての使用者とかの、ああいう問題ともまた問題は全然違いますよね。

奥田 違いますね。そういう意味でいうと、こ

の判決でそこはやはり修正されるのではないでしょう。

野田 そうですね。結論的には残念でしたけれども、一つの理論的な使命は果たしたということは言えるかもしれない。共同不法行為も確かに論ずべきことがあるけれども。

奥田 そこは立場によって評価は二分すると思います。

野田 そうですね。これ、頑張るんだったら、被控訴人も主張していると思うのですが、個人責任は団体に吸収されるはずだというような、そんな昔の議論を展開しなければいけない。それを問えないとなると、すごくナイーブだけれども、個人に還元してばらばらに考えるしかない。簡単に認めてしまって、団体行動の特性みたいなものは、もう考慮の外に出ると。

こういうのをスラップ (SLAPP: Strategic Lawsuit against Public Participation) 訴訟と言うそうですよ。それで運動を萎縮させるという。

さて、このあたりで。ありがとうございました。

奥田 ありがとうございました。

(2017年8月4日 東京にて)

のだ・すすむ 九州大学名誉教授。主な著作に『労働契約の変更と解雇——フランスと日本』信山社、1997年、ほか。

おくだ・かおこ 近畿大学法科大学院教授。主な論文に「労働契約における合意」日本労働法学会編『労働契約の理論 [講座 労働法の再生 第2巻]』日本評論社、2017年、ほか。