

# 労働判例この1年の争点

## 採用時の健康診断とプライバシー 賃金の減額と労働者の同意

村中孝史・京都大学教授

中窪裕也・九州大学教授

はじめに

中窪 私たちがディアログを担当するのも3度目になりました。今回もよろしくお願ひします。

村中 こちらこそ、よろしくお願ひします。

中窪 最初の対談から2年が経ったわけですが、この間の世の中の動きは非常に激しいものがあります。今年はまだ統計数字は省略しますが、裁判所の労働事件はますます増加し、事件の種類も多様で複雑になっています。行政のほうでも、全国の労働局に設置された紛争調整委員会の扱う事件の数は着実に伸びており、昨年度は5000件を超えるあっせん申請が受理されて、すでに地裁に提起される訴訟件数を超えています。

そういうなかで、司法制度改革の一環として労働審判という新しい手続が提案され、昨年ここで少し話題になったのですが、この4月に「労働審判法」が国会を通過して成立し、公布後2年後以内に施行されることになりました。労働問題に専門的知識を持つ審判員が参加したり、原則として3回以内の期日で処理をしたりと、個別労働紛争を迅速かつ実効的に処理するための工夫がなされ、うまくいけば相当に大きなインパクトがあると思うのですが、労働検討会でこの検討に加わられた村中さんの目から見て、どのような点にポイントがあるのでしょうか。

村中 そうですね。労働審判は今までにない制度で、その主たる特徴は3点あると思います。

一つは、労働審判委員会の構成にかかわるものです。委員会は、裁判官である審判官1名と、労働関係について専門的知見を有する審判委員2名の合計3名により構成されます。ですから、労働関係についての専門性を高めた審判体であると言えます。

第2点は、迅速手続であるということです。ご指摘のとおり、3回以内の期日で事件を処理します。これは、今まで3回程度の期日で処理していた訴訟を、この審判が引き受けるという趣旨ではなく、今までの訴訟であれば、それ以上の、たとえば10回も15回もかかっていた事件を、3回で処理しましょう、というもので、そのためにも、専門性を高めているわけです。

第3点は、事案に即した柔軟な処理が可能になっている点です。まずもって調停が試みられるわけですが、それが不調となり、審判となりましても、審判は、権



むらなか・たかし氏  
京都大学大学院法学研究科教授。最近の論稿として「労働審判制度の概要と意義」(季労205号, 2004年)など。労働法専攻。



なかくぼ・ひろや氏  
九州大学大学院法学研究科教授。最近の著書に『国立大学法人の労働関係ハンドブック』(共著, 商事法務, 2004年)など。労働法専攻。

目 次

はじめに

■ピックアップ

- 1 NHK 受信料集金等受託者の「労働者」性と契約解除——NHK 西東京営業センター受信料集金等受託者事件
- 2 契約締結時に支払われたサイニングボーナスの返還義務——日本ボラロイド事件
- 3 就業規則の法的効力と周知手続の履行——フジ興産事件
- 4 産前産後の休業および育児のための勤務時間短縮と賞与請求権——東朋学園事件
- 5 私用メール等を理由とする解雇の効力——グレイワールドワイド事件
- 6 登録型派遣労働者の雇止めと派遣元・派遣先企業への感謝料等請求——伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件
- 7 非組合員の範囲を定めた協約条項の解約——日本アイ・ビー・エム事件
- 8 JR 発足時の職員採用と不当労働行為責任——JR 北海道・JR 貨物事件

■フォローアップ

関連会社への出向命令の根拠と必要性——住友軽金属工業事件

■ホット 이슈

- 1 採用時の健康診断とプライバシー——東京都事件, B 金融公庫事件
- 2 賃金の減額と労働者の同意——イセキ開発工機事件

おわりに

□凡例

- 一、凡例の表記は次の例による。  
 (例) 最大判(決)平4・7・24 労判590号14頁  
 = 最高裁判所平成4年7月24日大法廷判決(決定)  
 一、判例集・雑誌略語  
 民集：最高裁判事裁判例集  
 労判：労働判例

利義務を確定するというよりも、権利関係を踏まえながらも、事案の性質や手続の経過を踏まえて、柔軟な解決を行います。たとえば、解雇紛争において、労働者が金銭補償を求めているケースなどでは、たとえ解雇が無効と判断されても、それを確認しつつ、労働関係を終了させた上で金銭支払いを使用者に命じるといった審判がなされるものと思います。

中窪 審判に不服な当事者は、異議を申し立てて通常の訴訟に移行することができますが、実際にはそこであきらめて終わりにすることも多いのですね。迅速で柔軟な解決ができる点が当事者にとって魅力的ですが、弁護士さんや裁判所にとっては、なかなか大変かもしれません。

村中 異議が出ると審判申立時点で訴訟提起があったとみなされ、訴訟手続に移行する仕組みになっており、これも労働審判制度の特徴ですが、審判の当事者はともかく早期決着を望んでいるでしょうから、審判の先がない場合も少なくないかもしれません。他方、それだからこそ、審判手続だけで決着をつけようという気持ちが働き、異議の出る割合は比較的小さいのでは、とも思います。

また、裁判所や弁護士さんは、仕事のペースが速くなるという意味で、負担が重くなるとも言えるかもしれません。しかし、労働事件の場合、ともかく迅速に処理しませんと、労使とも先に進めないと言いますか、そのダメージが大きいわけで、ここは何とかユーザーのために頑張ってくださいと思います。また、今後、労働事件がさらに増加するとすると、裁判所にとっても迅速処理の必要性はさらに高まるわけですから、そのための準備ができたと考えることもできるように思います。

中窪 審判員の確保など施行に向けての課題もあると思いますが、労働事件の公正な解決のために大いに活用されることを期待しておきましょう。

では、前置きはこのくらいにして、事件の検討に入りたいと思います。

今年は最高裁の判決が3件もあり、なかなか盛りだくさんです。

# ピックアップ

## 1 NHK 受信料集金等受託者の「労働者」性と契約解除——NHK 西東京営業センター受信料集金等受託者事件（東京高判平成 15・8・27 労判 868 号 75 頁）

### — 事実の概要と判旨 —

控訴人 X は、被控訴人 Y から受信契約の取次業務および受信料の集金業務を委託され、その業務を行ってきたところ、X の事務処理に不正があったとして、委託契約を解約された。X は、本件委託契約は労働契約であるとして、解雇無効の確認及び未払賃金等の支払いを請求した。

一審（東京地裁八王子支判平成 14・11・18 労判 868 号 81 頁）は、本件委託契約は労働契約に該当すると判断したが、本件においては、X に事務の不正処理があったことが認められるため、本件委託契約が定める「この契約上の義務を履行しなかった」ことを理由とする解約は、正当な理由があるものとして是認でき、また、労基法 20 条 1 項但書という労働者の責めに帰すべき事由が存する場合であるから、即時解雇も許されるとして、訴えを棄却した。

本判決も、一審と同様訴えを棄却したが、一審判決とは異なり、本件においては受託業務が限定されるなど、労働契約に見られる広範な労務提供義務がないこと、業務遂行時間、場所、方法などにつき受託者の自由裁量が認められていること、兼業が自由であり、受託業務の再委託も認められていることなどを根拠に、本件契約を労働契約と理解することはできないとの判断を示した。

村中 最初は NHK 西東京営業センター受信料集金等受託者事件で、これは控訴審判決ですが、一審判決とは反対の判断となっていますので、両者を比べながら検討してみたいと思います。

事件の内容としては、NHK が受信料の集金や受信

契約の取次業務を委託しているわけですが、その契約を解約したことに対し、受託者である X が、本件契約は労働契約であるから、契約の解約は解雇に当たり、解雇事由がなく無効であると主張したものです。また、不当労働行為の主張もしています。

X のこの主張を受けて、どちらの判決におきましても、まず、この委託契約が労働契約なのかどうかということが判断されています。労働契約に当たるのであれば、解雇制限法理や雇止めの法理が適用される、という流れになります。

結論的には、一審判決は、この契約は労働契約に当たると判断しました。もっとも、X はこの委託業務を定められたようには処理しておらず、そういう不正処理がある以上、解約されてもやむをえないと判断し、X の訴えを棄却しています。

これに対し、高裁は、そもそもこの委託契約は労働契約には当たらず、そうである以上、契約の継続を保護する必要はないと判断しています。結論的にはどちらも棄却ですが、理由づけがこのように違っています。

### 労働契約か否か

このように判断が異なったわけですが、その原因がどこにあったのかを見ておきたいと思います。

地裁は、まず、単純作業であるということを指摘しており、さらに、業務の遂行方法があらかじめ定められて、講習も受けさせていること、NHK が定めた帳票類であるとか書式類を使用させていることを挙げています。それから、集金の目標等を明確に定めて、それが達成できるように、受託者を集めて会合をもったり、受託者に計画を作成させて進捗状況を報告させたりしていることを指摘して、一つの業務を全体として統一的に遂行していると述べています。

労働者性を否定する材料としては、税法上は事業所得と扱われていること、報酬が出来高制となっていることなどを指摘していますが、地裁は、こういう事情があっても、本件委託業務が単純作業であり、また、

業務が組織的に遂行されていることをとらえて、労働契約であるとしてしました。

これに対し控訴審判決では、確かに受託業務が画一的なもので、受託者の業務遂行過程に自由な意思が及ばない部分はあるが、それだけで使用従属性があるとは言えないと述べています。また、労働者性を否定する材料として、雇用の場合には通常見られる就業規則が定められておらず、また、受託業務が契約によって限定されていて、雇用契約の場合に通常見られる広い業務命令権や指揮命令権がなく、また、たしかに遂行方法は、詳細に決まっているけれども、いつその業務を行うか、例えば集金にいつ行くかとか、どこから行くのかといったことは自由裁量であるということ指摘しています。さらに、兼業が自由であること、再委託が可能で、実際にも再委託をしているケースがかなりあること、出来高払いであり、税法上は事業所得扱いだということも、労働者性を否定する材料として指摘しています。本件では、集金とか契約の取次業務を行うに当たって必要となる備品をNHKが貸し出し、やめるときはそれらを返還することになっていましたが、このような事情は、特段契約の性質を左右するものではないとも述べています。

同じケースについて地裁と高裁でこれだけ違う判断になる、ということ自体、なかなか興味深いわけですが、高裁の判断の仕方についてまず言いますと、いくつか疑問に思うところがありました。

一つは、就業規則が定められていないということの評価ですが、これはむしろ議論が逆で、雇用であれば就業規則を定めなければならないという問題なのではなからうかと思えます。また、就業規則を定めるかどうかを決めるのは使用者ですから、そういうことをとらえて労働契約か否かを判断してよいのか、ちょっと疑問に思えます。

また、出来高制ということも労働者性を否定する材料として考慮しているようですが、出来高払いというのは雇用の場合でも結構見られます。出来高払いは、賃金の計算方法に過ぎないのであって、債務が結果債務であることを意味するものではありません。ですから、この点も、労働契約か否かを判断する場合に、それほど考慮すべき要素ではないように思えます。

両判決を見ていると、地裁判決は、全体としての組織性を重視しており、他方、高裁判決は、個別の指揮命令にウエイトを置いた判断のように見えます。こ

の点について言いますと、当然に労働者と判断されている者の中にも、裁量労働の場合など、具体的な指揮命令というものが非常に希薄な場合もあるわけですので、具体的な指揮命令の存否や範囲についてあまり高いハードルを課すことは実態にそぐわないように思います。もちろん、この基準も重要ですが、独立した事業主と評価できるほど自立した存在か、それとも使用者の事業というものに組み込まれたような存在か、という判断も無視できないように思います。後者の観点は、経済的な従属性や組織的従属性と言われるものに関連しますが、いわゆる人的従属性が中核的な基準となりつつも、これらの観点を加味して判断せざるをえないと思います。

本件の場合に気になりましたのは、むしろ、再委託が自由であるという点です。再委託は、受託者が独立した経営者として事業展開していることの一つの証拠になるように思えます。実際にも再委託のケースはあるようですが、それがどの程度あるのかはわかりません。かりに、受託者が、多くの下請けをつかって事業展開しているようであれば、労働者性は否定されると思います。その場合、むしろ自分が使用者になるかもしれません。

#### 労働契約か否かという二分法の妥当性

地裁も高裁も判断枠組みとしては、まず労働契約に当たるかどうかということ判断し、労働契約に当たるのであれば解雇制限があり、当たらなければ解雇制限はない、という論理構造になっている点では共通しています。問題は、必ず、こういうことになるのか、ということです。すなわち、労働契約には当たらないとしても、労働契約と類似の状況にある契約であるならば、解約について一定の制限をかけるという解決もありうるように思えます。

従来、こういう考え方はしてこなかったわけですが、労働契約か否かの判断が非常に難しく、この事件でも一審と控訴審とで判断が分かれていますし、同様に判断が分かれるケースは少なくありません。にもかかわらず、労働契約か否かということで、解雇制限のあるなしを決めてしまう、という解決方法が本当によいのか、今後、検討すべき問題であろうと思います。

この問題は、解雇制限あるいは解約の制限というものを行う根拠とかかわってきますが、解雇制限というものを、生活を支える収入源の保障という観点から理

解する考え方が強いようで、特にそういう考え方からすると、人的従属性の存否ではなく、生活の当該契約に対する従属度を基準に、解雇制限の存否や程度を決める考え方もありうるように思います。

解雇制限の根拠をそのように理解する考え方に、私自身は必ずしも賛成しているわけではありませんが、解雇制限あるいは解約制限を、もう少し段階的に適用する必要自体は、否定できないであろうと考えています。

中窪 私が思ったことをすべての確に指摘していただいて、ほとんど賛成です。本件では、一番が非常に割り切った判断をしているという印象を受けました。労働者と言えるのかどうか、かなり限界的な事例だと思うのですが、全国的に統一された方法で管理されていて、組織の中に組み込まれていて、請負的な委任を超えた指揮監督関係が存在するので、労働契約であるということ、まずぼんと言ってしまった。その上で、しかし本件では、本人について怪しい事務処理があったので解雇されてもやむをえない、と判断しています。結論がそういうふうになるからこそ、労働者性に関しては、ある意味で安心して割り切ることができたのかもしれません。

ですから、これに対して高裁のほうが、いや、そんな簡単ではないだろうと、釘をさした感じではないでしょうか。業務の遂行方法にしても労働時間にしても本人に委ねられていたようですし、今おっしゃったように、再委任が許されている点などは、労働契約とはかなり相容れない面がある気がしますね。

村中 そうですね。私も再委託という点に一番ひっかかります。また、報酬額を見ていると、非常に少ない人から多い人までバラエティーがあって、たしかに通常の雇用とは違う点が多いように思います。

では、雇用契約でなければこういう解約の制限というのは全くないという結論でよろしいでしょうか。

中窪 そこも、先ほどの村中さんの指摘に賛成するところです。高裁のほうは逆に、労働契約ではないのだから、それを前提にしたXの主張は理由がないことが明らかである、という形で切り捨てています。しかし本件の委託契約は労働契約ではなく、しいて言えば「委任と請負の性格を併せ持つ混合契約」に当たると言っているわけですが、それならそれで、その解約について制約はないのかという問題があるはず。委任であれば解約自由が原則となるので、純然

たる委任とは言いがたいのですから、この両者の関係の実態を見据えた上で、権利濫用になるのか、信義則になるのか、あるいは契約自体の趣旨目的から来る内在的な制限になるのかわかりませんが、いろいろな議論の余地があったように思います。

村中 従来、労働契約以外の継続的な契約関係について、解約が違法だということを理由に損害賠償を認めたケースがありますが、それほど活発に議論されてきたわけでもありません。その中で、労基法18条の2で解雇制限が明確になりましたが、そのことは何かその議論に影響しますでしょうか。

中窪 たしかに、あるでしょうね。今までは、解雇権濫用法理といっても実定法上は民法1条3項しかなく、ある意味でユニバーサルな性格を持っていたわけですが、労基法18条の2は「解雇は」となっていますから、解雇と言えるのか、その前提として労働契約かどうか、今後は一つの実定法上の論点になると思います。本件の高裁判決で言えば、それによって18条の2の直接の適用はないという判断がなされたことになるでしょう。しかし、決してそれでおしまいというわけではなく、18条の2の趣旨を類推して、この契約の解約に当たってもそれに準ずるような合理的理由が求められる、という形で議論する余地はあると思います。

あと一つ、二つ言わせていただければ、先ほど、一番は非常に割り切っていると言いましたが、実は解雇についても、労働者の責に帰すべき事由によるので労基法20条1項但書に当たり、解雇予告手当はいらないとまで判断しています。解雇の合理性を認めるにしても、そこまで重大な非違行為だったのかというところが、少し気になりました。

他方で高裁のほうも、先ほどご指摘がありましたように、就業規則がないから労働契約ではないというのは、やはり論理が逆ですね。また、高裁は労働契約について、使用者が非常に広い指揮命令権を持っていて、労働者は何でもそれに従って言われた通りに労務を提供する、というイメージを持っているようで、「広範な労務提供義務」というようなことを言っているのですが、これは少し狭すぎるような気がします。

村中 そうですね。高裁の持っている雇用のイメージが、今の雇用とは大分離れた感じがします。

それから事実として、辞めるときに1カ月分の業務報酬をNHKが提供すると言っていて、これについて

は法的評価において何も触れられていないのですが、当事者としても労働契約に当たるのかもしれないという意識はあったのかもしれませんが。グレーゾーンの難しい判断が要求される事例ですね。

中窪 労働者性の問題は、いろいろなメルクマールを吟味しながら総合的に判断するしかないわけですが、私はいつも自信がなくて困ってしまいます。現実としては連続しているのをどこかで線引きして、あるところまでは労働契約と認めてこういう効果が発生する、他方でここからはそれに当たらないというのは、常にどこかで無理が生じる気がして……。いや、何だか、割り切れない人間の言い訳みたいになってしまいましたが（笑）。

## 2 契約締結時に支払われたサイニングボーナスの返還義務——日本ボラロイド事件（東京地判平成15・3・31 労判849号75頁）

### — 事案の概要と判旨 —

Yは米国系X会社との間に雇用契約を締結したが、勤務開始から5カ月半で退職した。契約締結時の報酬約定には、①現金報酬総額、②サイニングボーナス、③インセンティブボーナス、④長期報酬制度（ストックオプション）、⑤通勤手当、が定められ、そのうち②については、雇用開始以降直ちに200万円を支払うが、Yが1年以内に自発的に退職した場合にはXに全額返還すると定められていた。これに基づきXが本訴を提起してYに200万円の返還を求めたのに対し、Yは反訴を提起して③の不支給や④の不実施に対する損害賠償等を請求した。

判決は、②の性質について、単なる支度金や契約金ではなく一定期間企業に拘束されることに対する対価としての性質を有すると認めた上で、これはYを1年間Xに拘束することを意図した経済的足止め策なので労基法5条および16条に反し、その返還規定は無効と判断してXの請求を棄却した。他方、反訴についても、③や④に関するYの権利は発生していないとして、すべて棄却した。

中窪 次は会社を辞めた労働者に対する返還請求の事案です。Yは30代の男性で、アメリカでMBAを取って帰国した後、H社を経て投資関連ベンチャー企業I社の執行役員をしていたときに、X会社に引き抜

かれました。ところが、しばらくすると、アメリカにあるXの親会社が倒産し、会社の将来に不安を抱いたようで、半年もしないうちにXを退職しています。

そこで、最初に払ったサイニングボーナス200万円を返せという話になったのですが、裁判所はXの請求を棄却しました。第1に、このボーナスの性格について、Yの側は、支度金あるいは契約金であり、その後辞めたからといって返すようなものではない、と主張したのですが、判決はこれを否定し、一定期間企業に拘束されることに対する対価としての性質も有すると判断しております。しかし、判決は第2に、これは一定期間の拘束を意図した経済的足止め策であり、労働者の意思に反して労働を強制する不当な拘束手段に当たるので、労基法5条（強制労働の禁止）および16条（賠償予定の禁止）に違反し、返還規定を定めた部分は労基法13条、民法90条によって無効と判断しました。Yの年俸は1600万円を超えており、200万円というのは大したことはない会社は主張したのですが、やはり月額2倍に当たり、これを一挙に返さなければならぬと思うと退職を躊躇せざるをえない、と指摘しています。

### 本件の特徴

労基法16条関係の判決は結構出されていますが本件は外資系企業がMBA取得者をスカウトして「サイニングボーナス」を払うという、時代の最先端を行くようなハイカラな事案です。しかし、結局は労基法違反で返却義務なしとされており、このあたりのギャップがなかなか興味深い気がしました。

最近の裁判例では、労働者の外国留学や研修の費用について、会社が払ってあげられるけれども3年以内にやめた場合には返してもらいます、といったケースが多く、その支払いの性質との関係で、留学なり研修なりが業務性を有するかどうかが一つの論点となってきました（例えば、新日本証券事件・東京地判平成10・9・25 労判746号7頁）。ところが本件は、立替え払いなどではなく、最初に労働者にぼんと渡したはずのボーナスを返せというもので、この点が本件の第1の特徴かと思います。

もちろん、渡したときに一定の条件が示されていたわけですから、単純な違約金や賠償額の予定とは少し異なる部分もあるかもしれませんが、判決がこれをはっきりと労基法違反と認めて返還義務を否定した点が、

第2の特徴といえます。本件のような高給労働者の雇入れに当たってのボーナスについて、昔ながらの足止め策と同じ議論をしてよいのかなという気もしますが、これがあるために1年間は辞められないという圧力になるのは確かですから、労基法の観点からいえば、こうならざるをえないのでしょう。

第3に、法律構成の点で、労基法16条に加えて5条の違反まで認めている点が目を引きます。こういう先例がないわけではありませんが、かなり珍しいと思います。たしかに、5条の強制労働は、労働者の自由な意思に反して労働を強制するという点で、暴力や監禁といった物理的な手段に限られず、経済的な拘束による場合も含まれるとされています。ただ、本件では労働者が現に自分から辞めており、事後的に請求されたわけですから、労働を強制されたという感じはしません。16条があれば同じ結論になるので、あえて5条を使うほど悪質なケースだったのだろうかという疑問が残りました。

それから最後に、本件ではYが反訴を提起したのですが、インセンティブボーナスもストックオプションも、本人が早く辞めたので権利が発生していなかったとして棄却されました。もともと権利がなかったのだから、痛み分けでも何でもないので、一方でこういう判断があったからこそ、裁判所としても、ある意味で安心してサインボーナスの返還義務を否定できたところがあるのかもしれません。

#### 金額の大きさの意味

村中 この判決は、16条違反との関係で金額が何らかの意味を持つと見ているのでしょうか。

中窪 5条を出している関係で、額が大きいから自由意思が制約される、だから強制労働に当たるのだということでしょうか。

村中 そうですね。5条との関係で言うと、労働を強制したことになるのかという判断に際して、金額が意味を持ちそうです。他方、16条はと言いますと、たしかに法の趣旨としては足止めを防止しようということもあるのですが、構成要件自体にはそのことは現れておらず、たんに違約金と損害賠償額の予定はだめだと言っているだけです。少し、その点が気になりました。

中窪 そうですね。ただ、16条のほうも、意に反する拘束を禁じることが立法趣旨だとすると、違約金

の額が例えば1万円くらいであれば、期間の定めのある契約でも1万円の違約金で辞められる、むしろ労働者の権利としてそれを定めているのではないか、といった議論の余地があるかもしれませんね。本件がそうだったというわけではないですが。

#### 事後的なボーナスは？

村中 本件の場合、1年間いなければ支給したお金は返せというのであれば、1年間はあるという約定に違反したら金を払えということだから、16条違反だということになると理解してよいのでしょうか。

中窪 いや、本件の場合も、1年間はいなければならないと明確に書いてはいないと思います。この金を渡すけれども、1年以内に自発的に辞めた場合には返してもらおうと言っているだけで、辞めること自体は、あからさまに禁止していない。

村中 たしかにそうですね。しかし、16条というのは労働契約の不履行について違約金を定め、または損害賠償額を予定するのを禁止していますので、16条違反を言うには、やはり1年間いなさいということが義務になっていたとみなしたのでしょうか。

ところで、本件の場合、払ってから返せというものでしたが、反対に、1年間働いたら払いますが、それより前に辞めたら払いません、というのは、構わないのでしょうか。

中窪 それはいいわけでしょう。

村中 それは不履行にはならないからということでしょうか。

中窪 1年間いたことに対してボーナスを払うのならよいのですが、先にもらってしまうと、労働者としてはそれで生活してしまう。後で返せと言われても困るので、辞めたくても辞められない……といった懸念から16条が設けられたのではないのでしょうか。経済的にはどちらも同じはずなのですが、やはり労働者が払わなければならない点が、大きなネックになる気がします。

#### 労基法16条の趣旨

村中 たしかに、もらってしまったら使えば使う、だから、後で返せなくなる。それが足止め効果を生むわけで、後でもらうのであれば、その問題は、普通は生じないかもしれません。でも、借金をしていて、1年間働けば200万円もらえればと思えば、やはり足止め効果もあ

るかもしれませんが。少なくとも後になってみれば同じなわけで、何だかこの点はいつもひっかかります。

中窪 イメージとしてはやはり昔の女工さんでしょう。雇入れのときに親が借金をして、娘が契約して、何年間はちゃんとご奉公します、途中で辞めた場合には2倍の額を返します、というふうに。そこが本件ではサイニングとかボーナスとか、片仮名がいっぱい何だか格好いいですけども（笑）。

村中 実質は同じなのでしょうね。

中窪 労基法の日から見ると、そう言わざるをえないところがありますね。

村中 その点に異論はありません。ただ、中窪さんが冒頭で指摘されたように、高額の給与を得ているような場合、何だかさぐわな感じがするケースも出てくるでしょうね。

### 3 就業規則の法的効力と周知手続の履行 ——フジ興産事件（最二小判平成15・10・10労働判861号5頁）

#### 事実の概要と判旨

本件は、 $Y_1$ の従業員であったXが、懲戒解雇されたため、当時の $Y_1$ の代表者であった $Y_2$ 等に対し、違法な懲戒解雇の決定に関与したとして、損害賠償を請求したものである。 $Y_1$ では、昭和61年に労働者代表の同意を得て就業規則を作成し、同年10月に労働基準監督署に届け出たが、本件懲戒解雇以前にXの就労する事業場に備え付けることはしていなかった。 $Y_1$ は、平成6年4月1日から就業規則を変更して実施することとし（新就業規則）、同年6月2日に労働者代表の同意を得て、同月8日に労働基準監督署に届け出た。 $Y_1$ は、同月15日に新就業規則の懲戒規定を適用して、Xを懲戒解雇した。

一審、二審とも、懲戒解雇を有効としたが、本件判決は、次のように述べて、原判決を破棄して差し戻した。

使用者が労働者を懲戒するためには、あらかじめ就業規則において懲戒の種別及び事由を定めておくことを要する。そして、就業規則が法的規範としての性質を有するものとして、拘束力を生ずるためには、その内容を適用を受ける事業場の労働者に周知させる手続がとられていることを要するものというべきである。原審は、周知の手続が

とられていることを認定しないまま、旧就業規則に法的規範としての効力を肯定し、本件懲戒解雇を有効と判断している点で、審理不尽である。

村中 次はフジ興産事件です。

このケースで、最高裁は2点を述べています。一つは、使用者が労働者を懲戒するには、あらかじめ就業規則において懲戒の種別及び事由を定めておくことを要する、ということです。もう1点は、就業規則が法的規範としての性質を有するものとして拘束力を生じるためには、その内容を、適用を受ける事業所の労働者に周知させる手続がとられていることを要する、というものです。

#### 懲戒処分と就業規則の規定

まず、懲戒に関してですが、この部分については、国労札幌地本事件判決（最三小判昭和54・10・30民集33巻6号647頁）を先例として引用していますが、そこでは、本判決ほど明確に、「就業規則に定めておかなければならない」とは述べられていませんでした。本判決は、明確なルールを設定したわけですが、この点は議論のあるところかと思えます。

このルールの根拠については、とくに触れられておりません。ご存知の通り、懲戒権の根拠をめぐっては大きな争いのあるところで、そういう観点から、まずもって議論になるものと思えます。ここでその議論をしだすと大変ですので、とりあえず、最高裁のこのルールに従った場合のことを考えておきたいと思えます。

まず、就業規則の作成義務のない事業所について、どのように考えるか、という問題が浮かびます。就業規則の作成義務がなく、実際にも作成していない小規模な事業所では、懲戒はできないという結論になるのか、という疑問です。

それからもう一つは、あまり現実的な問題ではないかもしれませんが、例えば個別契約で懲戒に関する定めを置いた場合でも、就業規則に書いておかないとダメなのか、という問題です。あるいは、労働協約ではどうなのか、という問題もあるでしょう。

難しい問題ですが、中窪さんはいかがお考えでしょうか。

中窪 これは何だか不思議な判決ですね。提起していただいた問題に入る前に、そこが気になって仕方ありません。

あらかじめ就業規則で懲戒の種別及び事由を定めることを要するという点は、どの学説も言っていることです。最高裁がこれを明言したことは歓迎すべきだとは思いますが、参照として国労札幌地本事件を引いているのが、何ともミステリアスです。村中さんが指摘されましたように、たしかにあの判決では「規則に定めるところに従い制裁として懲戒処分を行うことができる」と書いてありますが、それ以上に懲戒権行使の要件を定めるような積極的な判示ではなかったと思います。ですから、本判決が、あえてこのような形に敷衍して持ってきたと言わざるをえないでしょう。

ただ、国労札幌地本事件は、最高裁のいわゆる企業秩序論の集大成みたいなところがあります。使用者は人的要素と物的施設を組み合わせる企業をつくらせているのだから、その運営のために必要な秩序を定立して維持する権限を有しており、懲戒処分はそれを守るために違反者に対してとる手段であって、労働者は労働契約を結ぶことによってその企業秩序を遵守する義務を負う、という例の話です。もう少し古い富士重工事件（最三小判昭和52・12・13民集31巻7号1037頁）から関西電力事件（最一小判昭和58・9・8労判415号29頁）あたりまで来る一連の最高裁判決のいわば代表として、これが引用されているのかなという印象を受けました。

村中 企業秩序論との関係で言うと、企業秩序というものを定立する権利があるということの中身ですが、それは規則をもってルールを定めることができるということの意味しているのか、それとも、もちろん規則を定めることもできるが、規則がなくても使用者には秩序違反者に対して懲戒を行う権利がある、ということまで意味しているのか、どちらでしょうか。最高裁が企業秩序の必要性を述べているあたりを読みますと、後者のような理解になるような感じもするのですが、この判決から見ますと、中身としては規則制定権を考えているということでしょうか。

中窪 懲戒は労働者に対する具体的な処分ですから、漠然とした企業秩序では足りないと思います。やはり、そういう規則がきちんとあるところで、労働者はそれを前提に働くことによってその規則に拘束される、という論理でしょうね。

村中 89条が相対的の必要記載事項としているということからは、書いていなければ作成義務違反になるという効果は出てくるでしょうが、定めが置かれてい

ないとそもそも権利がないという結論まで導けるかという、そこは微妙であろうと思います。そうしますと、規則がなければだめだというには、89条とは異なる説明が必要になるわけですが、そもそも懲戒は通常は認められない特別な制度であって、特別な根拠がある場合に初めて認められるものであり、その特別な根拠として、中窪さんがおっしゃったように、企業秩序論という枠組みがあって、その内容として規則によって初めてルールを設定できる、ということであれば、規則化されて初めて懲戒が可能になるということも、理解できます。

中窪 企業秩序の論理から言えば、就業規則の作成義務のない小さなところでも、規則を作れば同じような結論になるような気がします。逆に規則がなくて、労働契約では全くだめなのかと言われると、最高裁はそこまでは考えていないのではないのでしょうか。

村中 そうすると、小規模の事業所の場合、規則を作成して懲戒ができることをはっきりさせることもできるし、契約という別の方法で懲戒権を設定することもできるということですね。

中窪 ただ、その場合には、個別の契約の中で明確に合意することが必要だと思います。黙示的な合意の推定を認めては、実際上、ほとんど意味がなくなってしまいます。

村中 就業規則があっても不備がある場合に懲戒できるかということが、実務的には結構問題になっていると思います。この場合、やはり規則に書かれていない限りはだめだということで、ここには罪刑法定主義的な発想もあるのでしょうか。

中窪 そうでしょうね。結局、そこで言う懲戒というのは一体何なのかという問題につながってくると思います。使用者に規則に基づく懲戒権がなくても、解雇はもともと民法上の解約告知なので可能だという議論がありますね。ですから、懲戒解雇の際に退職金まで奪ってしまうとか、出勤停止を一方的に命じて賃金を払わないとかいった、本来はできないはずの使用者の行為が許される点にこそ、懲戒の独自の意味がある。そのためには、やはりこういう形できちんと決めておくべきだ、という論理になるのでしょうか。普通の解雇について解雇事由を就業規則に書いておきなさいというのとは違うレベルの話ですね。

## 就業規則の周知と法的効力

村中 次に就業規則の効力に関してですが、判決は、法的規範性を有するものとして拘束力を生じるためには、周知させる手続がとられる必要があると述べたわけですが、これにつきましては、判決に言う周知の手続は労基法の定める周知義務を指しているのか、という問題があると思います。最近では、実質的に周知していればよいという考え方をとる下級審判決が多かったように思うのですが、実質的周知ではだめで、労基法の定める要件を満たす周知というものが必要だという趣旨なのか、ということです。

かりに、労基法が求める周知だとすると、労基法が定める他の手続、すなわち、意見聴取義務とか届出義務、そういうものを遵守しなかった場合はどうなるのかということが気になります。学説上は、労基法上の手続は就業規則の合理性を担保する重要な意義をもっているため、それを遵守していないものについては、法的規範性を認めるべきではないという見解もあって、たしかに、秋北バス事件判決でも合理性を担保するものとして位置づけられており、私もそのように解した方がよいと考えています。

中窪 最近の学説では、就業規則の手続的要件を議論する場合に、労基法93条の定める最低基準としての効力と、秋北バス事件で認められたような、本人が知らなくて同意がなくても労働者を拘束する効力とを、区別して考えるべきだと指摘されています。最低基準としての効力は労働者にとって常に保護になりますから、手続に不備があってもある程度認めて構わない。ところが拘束力のほうは、労働者自身に降りかかってくる。本件でも懲戒を受けてしまうという不利益をこうむりますから、これはきちんと最低限の周知はしてもらわないとおかしい。本件は、その後者のほうに関する判断ですね。

最高裁の古い判例では、労基法106条の定める周知方法を欠いたとしても、そのために就業規則の効力が否定されるわけではないとされたケースがありました（朝日新聞社事件・最大判昭和27・10・22民集6巻9号857頁）、そこで言う、つまり労基法の要求する周知と比べると、本件で言っている周知はもう少し軽いもののように思います。就業規則が労働者を拘束するという以上は、何らかの周知の手段がとられ、労働者が知ろうと思えば知る機会が与えられていること

が前提となるのは当然で、それがないまま拘束すると言われても困る。労基法の定めるような、常時、作業場の見やすいところに備え付けるといった程度まで必要かどうかはともかく、何らの周知の手続もしていない本件では拘束力を認めるわけにはいかない、という趣旨でしょう。その意味で、先の判例との間に矛盾があるわけではないと思います。

村中 ここでも秋北バス事件判決を先例として、「法的規範としての性質を有するものとして拘束力を生ずるためには」という言い方をしているため、93条の効力を念頭に置いて言っているわけではないようです。そうすると、中窪さんは、ここでの周知の手続というのは、労基法の定める手続を必ずしも言っているわけではなく、実質的周知という、下級審判決が言っているようなものと内容的には同じではないかとお考えですか。

中窪 そうですね。原審が実質的周知について何も認定せず、拘束力を認めているのはおかしいということです。では具体的にどの程度かと言われると、難しいのですが。

村中 なかなかいづれとも言いがたいので、可能性としてはどちらもあるだろうと思います。労基法上の手続を重視する考え方ももちろんあるし、定型契約説の理解に基づいて、約款の効力を認めるのにふさわしい周知という考え方もあるでしょう。最高裁の判例法理をどのように理解するかにもかかわってきます。

## 企業秩序論と就業規則法理

中窪 その点でも、本判決は非常にミステリアスだと思いました。秋北バス事件の最高裁判決は、たしかに就業規則が「法的規範」としての性質を有すると言っているのですが、その意味については、下井隆史先生が、むしろ約款法理を応用した一種の契約説で、労働契約の内容になることによって拘束力を生じるとの解釈を示されました。最高裁も後の判決では、これに沿うような形で「労働契約の内容」という表現を用いるようになり（日立製作所武蔵工場事件・最一小判平成3・11・28民集45巻8号1270頁、電電公社帯広局事件・最一小判昭和61・3・13判労470号6頁）、このような解釈が定着したかのように見えました。ところが本判決では、労働契約には一言も触れずに、法的規範としての性質を有するものとして拘束力を生ずるといふ言い方をしています。何だか突然、先祖返りした

ような感じがしますが、その意図はどのあたりにあるのでしょうか。

村中 例えば、懲戒の場合、最高裁は、企業秩序論という、個別的な契約関係とは異質な集団的な発想に立脚しています。もちろん、労働契約の締結によって、その企業秩序に服することを一般的に合意しているという形で、契約との接合を図っているわけですが、それは一種の形式的根拠にすぎず、実質的には、企業秩序というのは契約から離れたところで定立されるわけです。周知というのは、そういう企業秩序としての懲戒制度が定立されたと言えるための要件として位置づけられているように思います。そのような要件を満たす事実的規範だけが、個別契約を通じて労働者に対して拘束力を持つ、という理解です。法的規範性というのは、契約（民法92条）を通じて労働者を法的に拘束しうる可能性、と理解されているように思います。

このような論理構造自体は、就業規則条項一般について妥当するのでしょうか、企業秩序に関しては、その他の条項とは異なり、事実的規範の設定について何か特別に強い権限が使用者にあると理解されているようです。具体的には、就業規則の合理性が、より容易に承認されるという形になるのでしょうか、たしかに、二分説が示唆しましたように、就業規則には、多様な性質の条項があって、それぞれについて、合理性の判断は違ってくるのだと思います。

中窪 たしかに、最高裁の企業秩序論も一応、労働契約によって懲戒権を基礎づけてはいますが、結局は労働契約を媒介にした固有権説のようなものになっていると言われます。やはり本件は懲戒の問題だから、普通の労働条件とは違うという発想があるのかもしれませんがね。企業秩序や懲戒については最高裁の独自の論理があって、この判決が事前にちゃんと規則で種別と事由を定めておけるといっても、その観点からの最高裁なりのデュープロセスを示したのかもしれませんが。その意味では、懲戒処分を行った時点で使用者が認識していなかった事由を後で追加することはできないとした山口観光事件（最一小判平成8・9・26 労判708号31頁）にも通じる部分があるような気がします。

#### センターでの周知手続

別の点ですが、本件は、事実関係にかなり特徴のあるケースだったと思います。つまり、この会社には以前から就業規則はあったのですが、これはXが勤務す

るエンジニアリング・センターができる前に本社で作られたもので、センターには備え付けられていなかった。他方、新しい就業規則は、Xの行為が行われた後に意見聴取や届出がなされたもので、行為時点では周知もなされていなかったのですが、懲戒解雇はこれを適用する形で行われた。

ところが最高裁は、たしかに新しい就業規則を遡及適用することはできないけれども、本社にあった旧就業規則は適用される、それがセンターに備え付けられていなくてもかまわない、と判断しています。しかも、懲戒解雇事由については、旧規則の規定を新規則で具体化したのだから、旧規則の事由への該当性があればよい、と言っています。場所的にも時間的にも、かなりアクロバティックな判断のような気がしました。そこで、センター勤務の労働者との関係で旧就業規則の周知が本当にあったと言えるのかという点を、最高裁が厳しく指摘したということでしょう。

このセンターが全く独立性のない小さな出先のようなものであれば、本社と一体だからという議論も可能かもしれませんが、それでもそこの人々に対する周知の問題は残ります。ましてや、一つの事業場として実体を有する場合には、そう簡単に本社にある就業規則を持ってくることはできないと思うのですが。

村中 周知している、していないという区別自体はどうなのでしょう。実態を見ますと、備え付けているといっても、ほとんどの労働者が見ていないとか、辞めるまで見たことはないという人も結構いるわけです。そういったことで結論が完全に変わってしまうわけです。

中窪 それはやはり、見ようと思えば見られる状態にあったという事実が重要なのではないですか。

村中 ルールというのはそういうものと言えばそうかもしれませんが。見なかった労働者が悪いということですかね。

中窪 十分な周知の手続がとられていれば、そうなるでしょうね。まあ、よくわからない部分の多い判決ですが。

村中 しかし、実質的には非常に影響力の大きい、重要な判決です。とくに懲戒については非常に明確なルール設定です。

ただ、細かく言うと、懲戒の種別及び事由を定めていることを要するといったときに、事由というのはどの程度詳細に定められる必要があるのか、また、懲戒

の種別もどの程度それぞれの事由と関連づけられている必要があるのか、たとえば、抽象的に事由を書いておいて懲戒の種別も大雑把に書いたとしますと、それでも構わないのか、そのあたりの解釈論というのは残ります。今後の課題です。

#### 4 産前産後の休業および育児のための勤務時間短縮と賞与請求権——東朋学園事件（最一小判平成15・12・4 労判862号14頁）

##### 事案の概要と判旨

学校法人Yに勤務する女性職員Xは、平成6年7月に出産し、8週間の産後休業を取得した後、さらに子供が満1歳になるまでの間、1日につき1時間15分の勤務短縮措置を受けた。Yの給与規程では、賞与について「出勤率が90%以上の者に支給する」と定めていたところ、(i)平成6年度の期末賞与を具体的に定める回覧文書には、産前産後休業および生理日の休業は欠勤日数に加算する旨の規定があり（備考④）、(ii)平成7年度の夏期賞与を具体的に定める回覧文書には、育児のための勤務時間の短縮を受けた場合、その短縮分を欠勤日数に加算する旨の規定も追加された（備考⑤）。これらによりXは90%要件をみださず、各賞与を支給されなかったため、その支給を求めて本訴を提起した。

地裁および高裁はXの請求を認容したが、最高裁では破棄・差戻しとなった。判決は、一・二審と同様、本件90%条項における上記の欠勤扱いは法律により保障された権利等の行使を抑制するもので、公序に反し無効と判断したが、Xに支給されるべき賞与額の算定に当たり、休業や短縮時間分を減額することは直ちに公序違反とは言えないとして、その点の判断を尽くすよう命じた。

中窪 次の東朋学園事件も最高裁の判決で、産前産後の休業や育児のための勤務時間短縮措置を受けた場合の賞与の扱いが争われたものです。

賞与の支給要件として「出勤率が90%以上の者」という基準が定められていたのですが、Xの場合、出産して8週間の産後休業をとったところ、これが欠勤と扱われたため、年末の賞与はゼロになりました。また、翌年の夏期賞与についても、育児のため1日当たり1時間15分の勤務時間短縮措置を受けており、率

にすると16%になりますので、やはりそれだけで賞与はもらえないわけです。

##### 90%条項の効力

最高裁の判断は、二つの部分に分かれています。まず第1点目は、90%をクリアしないと賞与がもらえないとしておいて、その下で産前産後の休業や育児のための勤務時間の短縮を欠勤扱いとすることは、労基法や育児休業法でこれらの権利等を保障した趣旨を実質的に失わせるものであり、公序違反で無効と判断しています。権利「等」というのは、勤務時間短縮のほうは育児休業法が直接に権利を保障しているわけではなく、同法を受けて使用者が定めた規程の下で、時間短縮措置を請求しうる法的利益がある、という構成になっているためです。

いずれにしても、この部分はご存じのように、エヌ・ビー・シー工業事件（最三小判昭和60・7・16民集39巻5号1023頁）の枠組みに従ったもので、権利行使に対する事実上の抑制力の大きさがポイントとなります。本件の場合、90%を満たさなければボーナスが一切支給されず、しかも賞与は冬が4カ月分、夏が3カ月分とかなり多く、全体の賃金の中で占める割合が大きいことから、ダメージが特に大きいと判断されました。また、この90%という数字は、産後休業や勤務時間短縮をすればもうそれだけでバーになってしまい、他で補う余地がないという点でも、抑止力が相当に強いとされています。

この部分の判示は明快で、説得力があると思えました。先ほどのエヌ・ビー・シー工業事件は精皆勤手当のケースでしたが、月々5000円程度と比較的影響は小さいのでかまわないという結論になり、他方、昇給について80%条項が設けられた日本シェーリング事件（最一小判平成元・12・14民集43巻12号1895頁）では、そこで昇給を逃すことによってずっと後までダメージが続くので抑制効果が非常に大きいとして、公序違反と判断されていました。本件は賞与で、いわば両者の中間に当たりますが、これについて最高裁が、経済的不利益が大きく権利行使を不当に抑制することを明確に認めた点で、重要な判断事例といえるでしょう。

##### 賞与額の計算における欠勤の扱い

次に第2点として、ではXはいくらの賞与をもらえ

るのかという問題になります。高裁は、本件の除外条項は無効なので欠勤扱いは許されず、賞与をフルに支払えと命じたのですが、最高裁はこの判断を破棄し、差し戻しました。

というのも、90%の要件を満たした人について賞与額の具体的な計算式があり、基本給の4カ月分プラス職階手当その他から、基本給の20分の1(つまり1日分)に欠勤日数を乗じた額を引くという形で、欠勤日数分を減額して計算していました。原審がこれを適用せずに満額を認めたのに対し、最高裁は、それはおかしい、もともと仕事はしておらず賃金請求権は発生しないのだから賞与についても応分の減額をすることは可能であり、それが直ちに法律で権利等を保障した趣旨を実質的に失わせるとまでは言えない、と指摘しています。

たしかに、このような考え方も成り立つと思いますが、ノーワーク・ノーペイという意味では、月々の給与の中でその分を引かれることによって一応の処理が済んでいるとも考えられ、賞与まで割合的に減らすのは、決して必然ではありません。結局は90%条項を無効とした後の賞与規程の解釈の問題となりますが、公序違反とされた趣旨や経緯を考えれば、高裁のように知らん顔をして全額を払わせるのも一つの見識だったような気がします。最高裁は妙にきちょうめんにこだわったなあという印象です。

#### 最高裁の少数意見

以上のような最高裁の判断について、2人の裁判官が意見を述べています。1人は横尾裁判官で、6月の賞与で勤務短縮時間を欠勤扱いすることについて、Xがすでに育児のための時間短縮措置を受けていたところで今までなかった新しい除外条項として備考⑤が追加されたという経緯から、このような不利益の遡及適用は許されないと主張しています。多数意見に反対しているわけではなく、差し戻された後で、割合的減額の可否をもう一度判断するとき、少なくともこの部分が公序違反であることは明らかである、という趣旨の補足意見になります。

もう1人の泉裁判官は、より根本的に、原判決を破棄すべきではないとの反対意見を述べています。一つには、本件は90%条項だけの問題ではなく、90%条項プラスこの計算式があり、その下で備考の④と⑤による欠勤扱いの当否が問題になったのだから、両者は

もう一体になっているはずだ、それなのに計算式との関係での効力だけ残すのはおかしい、と主張してします。

また、本件で問題になった産前産後の休業や勤務時間短縮は「特別休暇」とされ、通常の欠勤とはもともと性質が違うはずである、ところが、賞与の計算でこれをあえて欠勤と同じに扱うというのが備考の除外条項の趣旨であり、しかも④は産前産後の休業をとる女性が出てきた時点で初めて付け加えられ、さらに今回、育児の短縮をとる人が初めて出たところで⑤が追加された、ということも指摘されています。

それからもう一つ、産前産後の休業について、これをとるのは当然ながら女性労働者に限られている、他方で、配偶者が出産したときの休暇というのがありますが、こちらは賞与との関係で欠勤扱いされていない、したがって女性に対する差別の色彩が強く、均等法の精神にも反するとの指摘もなされています。たしかにこれは見落としがちな重要な視点で、私はたいへんおもしろいと思いました。

#### 無効判断と計算式

村中 従来、権利行使が実質的にできなくなるような制度は公序良俗違反になると解されてきましたが、本件がこれに該当することは明らかだと思います。問題は、その法的構成でしょう。それが、無効の範囲に影響します。

産前産後休業は法律上有給にすることが求められていないため、ボーナスの計算に当たっても、相応の部分を減額すること自体は、許されないものではないと思います。ですから、当初からそういう制度設計になっていればよかったのですが、本件ではそうではありませんでしたから、泉裁判官のような考え方も出てきます。出産特別休暇をとる者が出たから、それは欠勤だ、育児の時間短縮をとった者が現れたから、それは減額する、こういう対応をしましたので、それは、法の趣旨に反するのではありませんか、と言いたくなるわけです。こういう考え方からしますと、反対意見が言いますように、本件では特別休暇部分について欠勤としないという解決方法もありえたと思います。

中窪 ただ、備考で、特別休暇の中でもこれとこれは欠勤だとはっきり書いていますので、通常の解釈では難しいような気がします。だから泉裁判官は、90%条項と減額は一体で、両方との関係で欠勤扱いが無効

になり適用できなくなるということをおっしゃったわけです。何かそういう形で、公序違反で無効だという規範的な判断をする必要があるのではないのでしょうか。

村中 それはその通りです。特別休暇を欠勤とすることがおかしい、と解さなければなりません。反対意見の中にも出てきますが、備考の④と⑤が、制度本来の設計にそもそも反して、出産特別休暇や育児の時間短縮をした女性に不利益を与えるものだから、公序良俗違反で無効だと言えば、全部払えということになるように思います。

中窪 備考の④と⑤がなくなれば、欠勤扱いすること自体がおかしい、という論理ですね。

村中 そうです。多数意見のほうはそうではありません。

中窪 90%条項との関係ではダメージが大きすぎて無効になるけれども、減額ならよいではないか、ということでしょう。

#### 特別休暇の趣旨と賞与請求権

村中 このボーナスの計算方法は、欠勤日数分の基本給を引くというのですが、働いていなければ賃金はそもそも払われないのだから、欠勤部分が引かれるのはむしろ合理的であるという発想を多数意見はしているように思えます。

泉裁判官は、本件において欠勤部分が引かれるという制度は、さぼって働かなかったような欠勤を考えてのものだという発想のようです。たしかに、特別休暇を後になってわざわざ欠勤に当たるとしたこと自体、およそ働いていない部分に対応するものは減額するのだという考えではなかったように思えます。そうだとすると、出産や育児について、後になってわざわざ欠勤扱いにするのはいかがなものか、そういうのは許されないから、全額支払えという理屈です。

中窪 泉裁判官も、きちんと最初からそういう就業規則になっていればよいけれども、不利益変更の手続を経ずに支給基準の備考なんかで変えるのはおかしい、と主張していますね。

村中 ええ、そうです。だから、この賞与の計算方法の趣旨をどう解釈するかということの違いなのだと思います。

中窪 これは今年のホットイシューでも取り上げた点ですが、そもそも賞与請求権というものが、支給基準が確定しなければ具体化しないというところに、やっ

ぱりつながってくる気がします。本件では回覧文書ですが、その中で計算式が示されて初めて具体的な権利となる。その中で、使用者が備考も含めてこういう計算方法でやると定めた以上は、それと違う形にするのはなかなか難しい。公序違反をがんと言うだけでなく、ある意味でテクニックを使わなければならないところだと思います。

備考⑤についても、2人の裁判官は不利益の遡及適用だからいけないと主張していますが、今までずっと備考⑤がなかったからといって、育児で勤務時間短縮した場合も賞与をフルにもらえるということが、既得権というか、契約上の権利として認められるのか。就業規則にはっきりと書いてあった場合は少し違うだろうという気がするのですが、この点はいかがですか。

村中 従来、育児で勤務時間短縮をした人はいないわけでしょう。そうすると、一つには、これが欠勤に含まれて減額対象となるか否かということについてルールがなかったと考え、新たにルールが作られたと解する構成があると思います。しかし、従来は欠勤に含めるという趣旨だったが、それを明確化したという解釈もありましょうし、反対に、従来は含めない趣旨だったけれど、これを変更して、欠勤にすることにしたという解釈もありえます。

中窪 後者であれば、これはもう既に休業している人に適用するのはおかしいと言えそうですが、今まで何もルールがなかったという可能性もある。

村中 それまで適用事例がなかったことを考えると、ルールはなかったというのが素直かもしれません。しかし、この欠勤というものの趣旨を明らかにするような例が他にもありましたね。たとえば、男性のとする配偶者出産特別休暇などですが、そういうところから、この欠勤の趣旨の解釈をすることが、ある程度できるのではないのでしょうか。特別休暇はそもそも欠勤に含めると考えられていたのか否かについて、最初の制度設計の趣旨を他の例から導いて、三つのうち、どれだったのかを検討するのが、オーソドックスな解釈方法であるように思います。

中窪 そういう細かな解釈をしていくのは、何だか……。

村中 ちょっと細かいですかね。

中窪 そぐわないケースのような感じがします。論理的に多数意見のような考え方も成り立ちうるのはわかるのですが、この事件であえてそこまで言う必要が

あったのかという疑問を感じます。その場合に、同じように細かな解釈論を言うよりも、もう少し大きな事案の流れのようところで勝負したい。その意味で、泉裁判官のいう女性に対する不利益という議論は、やや本筋をはずれるかもしれませんが、このような別の角度から規範的に議論したほうが有効かもしれません。

ただ、泉裁判官は、産前産後だけでなく、育児の勤務短縮に関しても、実際問題として対象となるのは女性がほとんどである、という指摘をされていますが、こちらのほうは若干、痛し痒しという気がします。それがまさに現実なのだから、育児を不利に扱うのは女性に対する差別として許されない、というのが片方ありますが、しかし、そう言うってしまうと、やはり育児は女性の仕事だというステレオタイプを固定化してしまう危険もある。最近、間接差別の議論も盛んになってきましたが、一つの重要な論点だと思います。

#### 賞与減額による不利益

村中 実際はどうなるかを考えますと、本件の場合、基本給の3カ月分と職階手当等から、基本給の20分の1に欠勤日数を掛けたものを引くわけですから、例えば、フルに産前産後6週、8週ととりますと、70日分が消えますので、基本給の割合にもよりますが、かなり大きな減額になってしまうのではないのでしょうか。育児の場合については16%ですが、この16%というのは6カ月について16%だから、3カ月分しかもらえないので、要するに32%減で基本給対応部分については3分の1減るということですよ。

中窪 減額それ自体について、先ほどのような抑制効果の大きさを改めて判断しないといけませんね。

村中 制度設計としては、例えば欠勤日数のマイナスというのをもっと大きくする制度だってありえます。本件は、要するに1日分の基本給を減額していますが、欠勤日数1日については、例えば1週間分の賃金額を引くという制度もありえます。多数意見は、この計算式による減額程度だったらかまわない、ということなのでしょう。

中窪 直ちに公序違反とはいえないと言っていますが、実質的には、本件の程度だったらよいという判断でしょう。

村中 正確な数字はわかりませんが、育児短縮で基本給対応部分について3分の1近い減額が生じますし、産前産後休業の場合だったら、もっと大きな減額です。

本件では賞与の割合が比較的大きいようですし、減額幅があまり大きいと、最初の議論に逆戻りしますよね。

中窪 90%条項はもう明らかにだめだけれども、割合減額についてはいわば適用違憲みたいところがあって、実際に適用して不利益がどの程度の大きさになるのか、それによる抑制的效果をはかりながら、ケース・バイ・ケースで考える、という形になるのではないのでしょうか。

村中 それは、どの程度かということ、この判決では判断しなかったと見ておけばよいのでしょうか。差戻審で一度考えてみなさいということですよ。

中窪 ええ。その場合に、金額だけではなく、趣旨、目的といった要素も入ってくるのだと思います。エヌ・ビー・シー工業事件でも、たしか「出勤率の向上」というところに目的があったことが指摘されていました。本件も基本的に出勤率向上が目的なのでしょうが、後で特別休暇を欠勤に加えていったというあたりに権利抑圧的な性格があるとも考えることも可能かもしれません。このような事案の流れの中で、やはり公序違反だと判断される余地も残されていると思いますね。

#### 5 私用メール等を理由とする解雇の効力 ——グレイワールドワイド事件（東京地判平成15・9・22 労判870号83頁）

##### 事案の概要と判旨

Xは米国籍のY会社に22年にわたって勤務していたが、機密漏洩への処分を決定するとして無期限の出勤停止を命じられ、その3カ月あまり後に解雇された。Yは解雇の理由として、①職務命令違反、②就業時間中の私用メール、③私用メールにおける上司の誹謗中傷、④人事情報の漏洩、⑤海外の親会社等への文書送付（本人名義）、⑥他の従業員の転職あっせん、⑦事情聴取における不適切な態度、⑧海外の親会社等への文書送付（組合名義）、があったと主張したが、裁判所では、②および⑥のみが認められ、かつ、後者の背信性の程度は低いとして、解雇権の濫用に当たると判断された。

中窪 これは解雇が無効とされたケースで、懲戒解雇ではなくて普通解雇のようです。解雇理由は、指示されたアンケートを提出しなかったとか、出勤簿をきちんと記帳しなかったとか、人事情報を漏らしたとか、

いくつも挙げられておりますが、ほとんどは、そういう事実はなかった、あるいは就業規則の解雇事由には当たらない、といった判断がなされています。その意味ではかなり平凡な事件なのですが、ここで取り上げたのは、解雇理由の中に、勤務時間中の私用メールが含まれていたからです。一昨年、メールに関する事件を二つ議論しましたので、そのフォローアップという面があります。

具体的には、平成13年5月23日から6月19日までの20日間に、会社から貸与されたパソコンを使用して私用メール49通を送受信し、うち39通は就業時間内とのことです。送信のほうが多くて49通のうち35通、受信が14通。会社は、これは職務専念義務に違反すると主張したのですが、裁判所は認めませんでした。

#### 職務専念義務に関する判断

たしかに労働者は、労働契約上の義務として、就業時間中は職務に専念すべき義務を負っているけれども、労働者といえども個人として社会生活を送っている以上、就業時間中に外部と連絡をとることが一切許されないわけではない。就業規則等に特段の定めがない限り、職務遂行の支障とならず、使用者に過度の経済的負担をかけないなど、社会通念上相当と認められる限度で使用者のパソコン等を利用して私用メールを送受信しても、職務専念義務に違反するものではない、と判決は言っております。

本件について見れば、この会社では就業時間中の私用メールを明確に禁止してはいなかったようです。また、私用メールは1日当たりになりますと2通程度で、それによって職務遂行に支障をきたしたとか、会社に過度の経済的負担をかけたとは認められず、社会通念上相当の範囲にとどまると判断されました。

一昨年の事件では、企業秩序論から始まって、かなりこわばった議論をしていた気がするのですが、本件は、事案の性質もあるのでしょうか、たいへん素直で理解しやすい判断をしており、何だかほっとしました。うるさく言えば、職務専念義務という言葉は民間企業に使うこと自体どうかという気もするのですが、まあ一応定着しているようですし、重要なのはその中身をどう考えるかなので、あえて文句を言うこともないと思います。

#### 誹謗中傷の問題

本件のメールに関しては、別の論点になりますが、上司の誹謗中傷という問題も含まれています。Xが就業時間中に私用メールを出したり受け取ったりしたこと自体はまあよいのですが、その中に、人事についての不満や上司に対する批判を、「アホバカCEO」等々の不穏当な言葉で書き、取引先や競合会社の従業員を含む友人らに送信したということです。これについては判決も、直ちに職務専念義務違反にはならないにしても、対外的信用を害しかねない行為であり、労働者としての誠実義務の観点から不適切である、したがって、就業規則35条1項5号の「その他、前各号に準ずるやむを得ない事由のあるとき」に当たる、と判断しております。

それから、これとの関連でもう一つ、企業組織の上層部に対して上司の批判を行うことが誹謗中傷かという点も争われています。この会社は外資系で、香港にアジアパシフィック部門の本部があるのですが、XはそこのCEOであるB氏に、日本のマネジメントがなっていないという批判文書を送っています。これも誹謗中傷だと会社は主張したのですが、実はそのB氏自身が、日本のマネジメントに言えないようなことがあれば、どんなことでも自分のほうに直接言ってほしい、と言っていたようです。したがって、文書を送ったこと自体はおかしくないし、その中に客観的に見て事実と異なる部分もあったようですが、これは決して明らかでない虚偽によって経営陣を陥れようとしたものではない。この種の文書は多分に主観的な発言になりがちであるけれども、本件の場合、受け取った側としては、事実を問いただして内容を検証しうる立場にあったということで、これは解雇事由に当たらないとされました。

結局、先ほどのメールによる誹謗中傷と、それから何か友人に相談されたときに転職をけしかけたという2点が、たしかに解雇事由に該当すると認められていますが、トータルで言えば大した解雇事由にはなりません。他方で、本人は22年にわたって良好な勤務成績で勤務してきたということで、この解雇は解雇権の濫用に当たり無効とされています。冷静かつ穏当な判断だと思いましたが、いかがでしょうか。

#### 許容されるメールの限度

村中 おっしゃるとおりだと思います。メールにつ

いては使われる範囲も広がってきて、社会生活、特に企業内での情報伝達にとって通常の手段になっています。以前は電話ですが、それがメールに置きかわっているという状況の中で、私用メールはすべてだめであるというのは、現実的な感じがしません。仕事に支障が生じない限り、1日当たり2通程度のメールは許されるというのは、むしろ、自然な感じがします。

ですから、こういう判断になったと思いますが、ただ、どの程度までなら許されるかという程度問題は難しいと思います。仕事時間中に1時間も2時間も私用メールに費やした、という人も出てくるかもしれません。もちろん、そういう場合には、行き過ぎた使用ということになりますが、どこで線を引くかということは一つの論点かもしれませんね。

もう一つ気になりましたのは、判決では問題になっていませんが、どうやってこのメールのやりとりが49通であるとわかったのでしょうか。

中窪 多分サーバーを調べて。

村中 その記録を見たということだと思いますが、そのとき、中身を見てもいいのか、という話を前回はしました。やはり会社の機器を利用している以上、どこまで労働者がプライバシーを言えるのか、そのような場合でも、とくに送られてくるものについては、プライバシー保護を考える必要がないのか、こういった難しい問題が出てきそうです。

中窪 一昨年扱った2件のケースでは、労働者の側に大量の私用メールがあったり、使用者が無断でモニターをしたりして、かなりこじれた部分がありましたけれども、今回の事件の私用メールはそれほど悪質ではなかったですね。使用者がまずは解雇して、後で解雇事由をあれこれ見つけてきたという色彩が強いような気がします。

ただ、Xのほうも若干危ないところがあり、例えば、人事情報を流したとされる点についても、「これは機密です」と書かれていたメールをそのまま友人に送ったりしています。実質的に機密ではなかったとされたのでよかったです。特にメールというものは、情報の漏れ方にしても上司の批判にしても、ある意味で取り返しのつかないところがあります。本人としては軽い気持ちで送ったのに、結果的に大変なことになったということはありませんから、労働者としても注意が必要だと思います。

村中 そうですね。

中窪 それから、会社内での上層部に批判文書を送ったという点は、内部告発との関連でもおもしろい気がしました。内部告発で外部の行政機関やマスコミに通報したというのはよくありますが、会社内部での通報ということもあります。今年成立した公益通報者保護法でも、通報先を、労務提供先、行政機関、その他の外部者の三つに分けていますが、会社内部である労務提供先への通報については、保護のためのハードルがいちばん低くなっています(3条1号)。まあ、本件は違法行為の通報ではなく、不公正な人事によって組織が混乱しているといった批判で、その意味では違う話なのですが。

批判文書には必ずしも客観的に正確ではない記述もあったようですが、少なくとも本件では、向こうのほうから何でも言うて来てくれと言っているわけですから、この程度では解雇事由に当たるとは言いがたいでしょうね。こういうのがないところで自分の上司批判をトップに送りつけた場合は、また難しいところがあるのかもしれません。

村中 上司の批判を送りつけただけでは、解雇事由とか懲戒事由にはならないように思いますが。

中窪 特に誹謗中傷など不適切な部分がなければですね。やはり内容や状況によるでしょう。

村中 ただ、不満がある場合には、直接上司に言いなさいとか、あるいは、こういった手続をとりなさいとか、そういう定めがあるにもかかわらず、それとは違うことをしたのであれば、手続違反という問題が生じることはありえます。

中窪 そういう通常のルートではとてもうまくいかない場合に、直訴みたいにしてやることもありうるので、あまり厳しく言うのはどうかなという気がします。

村中 そうですね。たとえルールがあっても、それほど強く非難されることでもないようには思います。

この程度の私用メールであれば、職務専念義務の違反云々という話にはならない、という判決が出た、という理解でよろしいかと思います。

## 6 登録型派遣労働者の雇止めと派遣元・派遣先企業への慰謝料等請求——伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件(松山地判平成15・5・22 労判856号45頁)

事実の概要と判旨

原告Xは、昭和62年2月、訴外A社(後に入

材派遣事業部門が被告Y<sub>2</sub>に譲渡され、以後、Y<sub>2</sub>がXの使用者となる)に派遣労働者として雇用され、被告Y<sub>1</sub>に派遣されて業務に従事していたところ、平成12年5月31日を限りに、雇用契約の更新を拒絶された。Y<sub>2</sub>は、Y<sub>1</sub>が100%出資する子会社である。

Xは、Y<sub>2</sub>に対し、常用型の派遣であるから、派遣が終了してもY<sub>2</sub>との契約関係は存続するし、たとえ登録型であったとしても、本件では派遣終了を理由に更新拒絶をすることは許されないと主張して、また、Y<sub>1</sub>に対しては黙示の労働契約が成立したとして、それぞれ労働契約上の権利を有することの確認を求めるとともに、両者に対して損害賠償の請求を行ったものである。

判決は、本件において雇止め法理の適用があったとしても、派遣法は、派遣先の常用労働者の雇用の安定も立法目的とするから、派遣労働者の雇用継続に対する期待は、派遣法の趣旨に照らして合理性を持たず、また、登録型雇用契約は、派遣契約の存在を前提とするため、派遣契約の終了は当該雇用契約終了の合理的な理由に当たるとして、本件雇止めを有効と判断した。さらに、Y<sub>2</sub>が実体を持った企業である以上、派遣先であるY<sub>1</sub>との間で黙示の労働契約は成立しないとされたほか、両者に対する損害賠償請求もすべて棄却した。

村中 Xは、Y<sub>1</sub>のある支店に13年あまり派遣されていたのですが、新しく来た上司との折り合いが悪くなり、契約が解消されることになったようです。

#### 判決の論理

まず、雇止めの法理が適用されるかということが問題になるわけですが、これが肯定されますと、次に雇止めが正当化される合理的な理由があったのか、ということが問題になってきます。

雇止め法理の適用について、判決は、まず、登録型派遣の雇用契約の場合でも適用の可能性自体はあると述べまして、本件においては、13年の長きにわたって26回更新がなされており、一応雇用継続に強い期待があったとは認められると述べたのですが、派遣法の趣旨からすると、この期待は合理的なものとは言えず保護の対象ではないとしました。

つまり、派遣法というのは、派遣労働者の雇用の安

定だけでなく、常用代替の防止ということも立法趣旨にしているわけだから、同一の派遣労働者が長期にわたって同一事業所で働くことになりますと、常用代替防止という観点から、むしろそのほうが問題になってくるのであり、派遣労働者が長期の雇用継続に対して期待を持つというのは、派遣法の趣旨に反するもので、法的保護の対象にはならない、というわけです。

ですから、本件では雇止め法理の適用はない、ということになったわけですが、ただ、判決は、仮に雇止め法理が適用されるとしても、という仮定的な話を続けており、その場合でも、登録型の雇用契約の場合は派遣契約を前提にしているのだから、派遣の終了は雇用契約終了の合理的理由になると言いました。

次に、派遣先との間で黙示の労働契約が成立したか、ということですが、判決は、派遣元が形式にすぎず実体がないような場合には、派遣先との間で労働契約が成立する可能性があるとした上で、本件では派遣元に実体があるから、派遣先との間で黙示の契約が成立したとは認められないと述べています。

#### 常用型か登録型か

以上が判決の骨子ですが、この判決には、いくつか問題があるように思います。

一つは、Xが就労し始めたころ、当該派遣会社は一般労働者派遣事業、いわゆる登録型派遣の許可を得ていなかったということにかかわります。この会社は、特定労働者派遣事業の届出だけをしていました。

Xは、常用型の派遣契約が締結されたはずだと主張したのですが、判決は、常用型の場合でも有期契約は可能で、事実上期間の定めがないものと同じであればかまわない、としまして、Xは特定労働者派遣事業にいう「常時雇用される労働者」に該当するので、問題はないとしました。これ自体は、そういう判断もありうるわけですが、判決は、その後、Xについて登録型雇用契約であると言っており、実際、派遣が終了すれば、本件雇用契約の前提が消滅したので、終了の合理的な理由になる、とも言っています。ここの関係がよくわかりません。

ご存知のとおり、一般労働者派遣事業は許可制で、特定労働者派遣事業は届出制になっています。これは、常用型の場合には、雇用の安定という面で問題が少ないと考えられたために、届出制になっているわけですが、派遣契約の締結に合わせて雇用契約を締結し、派

遣契約の終了とともに雇用契約も終了する本件の場合でも、常用型派遣の「常時雇用される労働者」に該当するのであれば、雇用の不安定という点で登録型とまったくかわりがなく、両者を区別する意味はありません。

もう少し言いますと、登録型の場合は、たしかに派遣先との契約が前提になった労働契約だろうと思いますが、常用型の場合は、派遣契約が終了しても雇用は継続し、新しい派遣先が見つければ、再び派遣される、というイメージであって、このように雇用が安定しているのです、届出だけでよい、というのが、出発点であったように思います。そういう形態の派遣しかできない派遣会社が、登録型派遣の労働契約を締結した場合、その契約の効力や内容はどうなるのか、ということが一つの論点になるわけですが、判決は、これにまったく触れていません。

#### 派遣法の趣旨

二つ目は、派遣法の趣旨をどう考えるかということです。派遣法が、派遣労働者の利用によって、常用労働者の職場が奪われることがないように配慮していることは確かです。しかし、本件の派遣はいわゆる26業務のほうで、これについては、人を代えれば同一の職場に連続して派遣労働者を用いることは従前から可能で、この限りで、常用労働者の代替を防止ということが、派遣法においてどれほど意図されているのか疑問です。かえて、最近の派遣法改正では、派遣労働者を常用に変えていきなさいという方向性も見られるところで、そうだとすると雇用を切るのではなく、派遣先との間に黙示的合意を認めるという解決のほうで、むしろ最近の政策に沿っているように思います。本件判決の結論は、そのような派遣法の趣旨に反するとも言えるわけで、少なくとも、判決の言うような論拠で、雇用継続の期待が法的保護に値しないと切り捨てることは、少し乱暴であろうかと思えます。

#### 違法派遣の法律効果

最後に、本件では、派遣法違反の事実が数多く見られるわけですが、違法派遣をした場合の効果について、日本の派遣法は十分な規制を置いているとは言えないように思います。本件のような事件を見るたびに、この問題を痛感させられます。

中窪 おっしゃる通り、本件では派遣法の趣旨に従って適切に運営されていたとはとても言えないのですが、

実際にはこれが決して例外的でまれなケースではないだろうと思われる点に、本当の問題がある気がします。とはいえ、そういう実態と建前との齟齬がある場合に、ではどういう形で処理をすればよいのかを考える意味では、参考になる事案だと思いました。

ただ、この判決は、それなりにもっともなことを言っているように見えるのですが、かなり神経を逆なでされるところがあります。例えば、先ほどの派遣元との関係ですが、たしかにこれは有期契約の更新拒否の問題で、当事者間にどれだけ更新の期待があったのが重要な要素になります。しかし、派遣法ではもともと常用代替防止のために3年を超えることのないようにとの指導がなされている、だから更新への期待は合理性を有さず保護に値しないなどと言われると、カチンときます。現実にはそれを超えて13年も更新してきたからこそ問題なのであって、そもそも期待するほうがおかしいという形で労働者のほうにすべてを背負い込ませるのはフェアではないと思います。

これに続く部分では、仮にそういう期待があったとしても、これは要するに登録型派遣なのだから派遣先があつての契約であり、そちらが切れた以上は仕方がない、という指摘も行っています。そちらについても、派遣契約は企業間の商取引だから期待権や更新義務を観念できないと言っている部分は、ちょっと待てよという気がします。まあわからなくもない。しかし、労働者の期待は不合理で保護に値しないという前段のほうは、全く感心しないですね。

村中 私も乱暴だと思いました。

中窪 常用型か登録型かという点も、何だかだまされたような気がして腑に落ちませんが、ここでは深入りしないことにします。私にとってより疑問が残るのは、派遣先との関係ですね。こちらも派遣法の趣旨に反することだらけです。最初から事前の労働者特定行為をやっているし、派遣対象業務外の仕事もやらせているし、派遣元の管理体制もなっていない。それから最初の段階では、いわゆる専ら派遣だったとも認定されています。

しかし、結論としては、たしかに少なからず問題があつたけれども、やはり派遣の枠組みがとられ、派遣会社の実体もあつたのだから、労働契約は派遣元との間にだけあるのであり、派遣先との間には存在しない、という判断になりました。また、Xの損害賠償請求についても、債務不履行や不法行為は成立しないとして

棄却しています。この部分も、それだけを見てもっともらしいのですが、どうも神経にさわる感じがします。

この事件は結局、長年にわたってY<sub>1</sub>に派遣されてきた人について、新しい支店長代理が来てから非常に折り合いが悪くなって関係が泥沼化したので、お引き取り願うことにしたというケースです。その過程で、問題の2人を1対1で夜の8時まで3時間も対決させたり、この人の退職慰労金の明細書に「不要では？」という付箋がついていたりと、およそ感心しないような対応がなされています。それらの事実と今までの派遣法違反の問題をトータルで合わせて考えると、感情論かもしれませんが、慰謝料ぐらい払って然るべきじゃないかと言いたくなります。これを否定したことによって、判決全体が極めてバランスの悪いものになっているのではないのでしょうか。

村中 理屈はともあれ、ここまでやって労働者が全面敗訴というのは、何かしっくりこないのは確かです。

中窪 村中さんは労働契約を認めるような方向でとおっしゃいましたが、一応、派遣という形がとられているし、実質的に見てもこれだけ関係がこじれていたら復職は難しい。むしろその分、慰謝料を払わせたいほうがすっきりするような気がします。

村中 たしかにY<sub>1</sub>との間で労働契約の成立を認めたらとって復職することは難しいでしょうから、結局はお金の話になるだろうと思います。ただ、本件のようなケースでは、Y<sub>1</sub>との間での契約成立を認めないと、違法派遣をした場合のサンクションが弱すぎるように思います。もちろん、解釈論としてそこまでできるのか、と言われると、あまり自信はないわけですが、少なくとも立法的に何か整備をして、行政指導による対応だけでなく、労働者自身も司法的サンクションを加えることができるようにしないと、違法派遣がますます横行するのではないかと危惧しています。

中窪 ドイツでは、違法派遣の場合、労働関係が存在するとみなすのですか？

村中 そうです。

中窪 日本ではそういうところが欠けていますね。昨年の改正でできた労働契約の申込み義務もどれだけ実効性があるのかわかりません。何か違反があった場合、行政的な面はともかく、労働者本人にとっての保護はあまりないような気がします。そのあたりは労働契約法理で工夫して対処していくしかないのでしょうか

ね。

村中 本件では最初に事前に本人面接したりしているわけでしょう？ だから、そのあたりで黙示の労働契約を認めてもよかったように思います。

## 7 非組合員の範囲を定めた協約条項の解約 ——日本アイ・ピー・エム事件（東京地判平成15・10・1 労判864号13頁）

### 事実の概要と判旨

Z会社とX組合との間ではかつて組合員の昇進昇格差別をめぐる問題が発生し、中央労働委員会の和解勧告に基づいて「覚書」および「確認書」が締結された。この確認書には、他の事項と並んで、組合員の範囲に関する規定があり、「ライン専門職および専任×××部員以上のスタッフ専門職は非組合員とする」と定められていた（本件条項）。

その後、この会社ではスタッフ専任職の数が増加したので、Xは組合員の範囲の見直しを求めたが、Zはこれに応じる姿勢を見せなかった。そこで、締結から約9年半後、XはZに対して確認書の本件条項を解約する旨を通告し、さらに3名のスタッフ専任職を組合に加入させた。しかし、Zは、確認書のうち本件条項だけを一方的に解約することは許されないと主張し、3名の組合員資格を否定する態度をとった。

Y地労委は、このようなZの行為は支配介入にあたらぬと判断し、Xの救済申立を棄却した。しかし、判決は、①問題の3人はいずれも労組法上の利益代表者に当たらない、②Xによる本件条項の解約は、労働協約の一部解約が例外的に許されるための条件をみたしている、③Zの行為には不当労働行為意思を認めるべきである、と判断してYの棄却命令を取り消した。

中窪 これは、組合員の範囲、労働協約の一部解約、不当労働行為意思などの論点が含まれている、たいへんおもしろい事件です。

ごく簡単に言えば、労使間の古い確認書の中で非組合員と定められていた人々について、組合が確認書のその部分を解約した上で組合に加入させた、ところが会社は解約の効力は認められないと主張して、組合員たる地位を否定する発言やチェックオフの拒否を行っ

た、というものです。労働委員会は、会社がそのような態度をとったことが労使関係上公正さを欠くとはいえず、支配介入は成立しないと判断しました。しかし、裁判所はこの命令を取り消しています。

### 判決のポイント

判決は、まず第1に、本件で問題になった人々は権限等から見て労組法2条の利益代表者に当たらないと判断しています。したがって、法律上は組合加入資格があり、問題は労使間の確認書ということになります。

第2に、その確認書について、非組合員の範囲を定めた本件条項だけを解約することの可否が争点となりました。判決は、労働協約の一部解約は原則として許されないけれども、(i)その条項が協約の中で独立性を有する一部であり、(ii)締結後の予期せぬ事情変更によってその条項を維持することができなくなり、または維持させることが客観的に著しく妥当性を欠くような状況になり、(iii)合意解約のため十分な交渉を経たにもかかわらず相手方が同意せず、しかも一部解約のほうが全体を解約するよりも労使関係上穏当な手段である、という場合には、例外的に一部解約もできると言っております。

本件の場合、たしかに確認書の中で一応独立した部分になっているし、締結後約10年間を経るうちにスタッフ専門職が非常に多くなったというやむをえない事情があり、会社との間で交渉を試みたけれどもうまくいかず、ここだけを解約するほうが全体を解約してしまうよりも穏当である、といったことから、例外的に一部解約が認められています。なお、その際に、組合員の範囲はそもそも組合が自主的に決めるべきことなのだから、労使間の合意で決めてもかまわないけれども、使用者がそれについて何か固有の利益を持っているわけではない、という指摘もなされています。

第3に、そうすると本件では、組合員と認められるべき人々について会社が組合員資格を否定したことになり、判決は、これは支配介入に当たると判断しています。その場合のいわゆる不当労働行為意思について、直接に組合の弱体化に向けられた積極的意図は不要であり、客観的にそれが組合弱体化ないし反組合的な結果を生じること、あるいは生じるおそれがあることの認識、認容があれば足りるとされました。

### 一部解約の問題

この判決で目を引きますのは、やはり労働協約の一部解約について述べた部分です。これまでの裁判例は2,3件ですが、比較的新しいところでは、協約のうち時短を定めた部分だけを使用者が解約したというソニー事件があり、特に仮処分の一審（東京地決平成6・3・29労判655号49頁）が、ギブ・アンド・テイクの関係が条項上明らかである場合以外是一部解約も許されると、かなり大胆なことを言って議論を呼びました。これに対して学説は、自分の都合の悪い部分だけを解約する「つまみ食い」を許すおそれがあるので原則として認めるべきではない、ただ、例外的に一部解約を認めるべき場合があるかないか、といった議論をしていたように思います。

そういうなかで、この判決は、本来は認められないけれどもこういう場合であれば可能だということをつないし四つの要件を示してほんと明確に言った点で、インパクトが大きいと思います。今後、一部解約を議論する場合には、必ず引用されることになるでしょう。それから、これまでは使用者の側が一部解約をした例ばかりでしたが、本件は組合による一部解約でした。このあたりが、そもそも組合員の範囲は使用者の固有の利益ではないといった議論にもつながっており、本件の特徴といえるでしょう。

以上のように興味深い判断なのですが、私はやはり一部解約というのは本来おかしいと思っており、この判決の一般論がひとり歩きするのは少し危険な気がします。また、より根本的な疑問は、本件の事案との関係です。何か協約上の権利義務が問題になっているのであれば、解約が有効か無効かを正面から争わざるを得ないと思いますが、本件はそうではなく、不当労働行為のケースです。使用者が組合加入資格を否定するような態度をとったことが支配介入になるかどうかが究極の問題であり、協約の解約はそこに至るまでの前提事実の一つにすぎません。

解約が有効であればもちろん不当労働行為が認められやすくなるとは思いますが、たとえ厳密に解約が認められないにしても、こういう状況でこういう発言をすることはもはや支配介入と言わざるをえない、という判断の仕方もありえます。逆に、労働委員会のように、一部解約の通告はあったものの、協約に従って行動した使用者を不当とはいえない、という立場もあり

うでしょう。その意味で、一部解約の部分が少し突出しすぎているような気がしました。

#### 労働委員会と裁判所の発想の違い

村中 ご指摘の通り、不当労働行為の成否を労使関係の経緯全体の中で判断するというのが、労働委員会的な発想です。しかし、この判決は非常に割り切っています。要するに、解約が有効か無効かが問題で、有効であれば、組合員の活動を妨害したことになるので、不当労働行為になるわけです。

中窪 この判決は明確に解約が有効と判断していますので、あとは安心して不当労働行為だと言いやすかったです。もちろん、もう一つ不当労働行為意思をどう考えるかという論点もあり、そこでも判決は非常に割り切った立場をとっています。

村中 しかし、当事者にとってみると、有効か無効かがわからない状況の中で、また、労働委員会も交えながらいろいろやっているなかで、反組合的意図が明らかだったと言われても、使用者としては釈然としなないかもしれません。そういう意味では、労働委員会がこういう経緯の中で不当労働行為の成立を否定したことも理解できます。この判決の判断の仕方はやはり裁判所的で、労働委員会の判断の仕方との違いが鮮明に出ているように思います。

中窪 使用者が取消訴訟で勝った事件で、よくそういうことを言われますね。本件は逆に裁判所が不当労働行為を認めたケースですが、たしかに両者のアプローチの違いが出ているような気がします。

#### 組合員の範囲規定の性質

村中 それから、労働協約の解約ということについて言いますと、組合員の範囲というのは組合が自主的に決めることができるわけだから、もちろん協約でそれを使用者との関係で制約することも自由だということになるわけです。

これを使用者等の側から見ると、それについて固有の利益があるわけではない、というのが原則で、組合員の範囲を限定する労働協約もそのような見地から理解すべきだというわけですが、この理屈は、本件においてどのような影響を持つのでしょうか。

中窪 先ほどの(ii)の部分、解約させないことが著しく妥当性を欠くかという判断の際に、もとは少なかった専任スタッフが非常に増えてきたため、組合として

の組織維持にも影響を及ぼしかねない事態になったと認定されています。これに関して、そういうことは最初から予想はできたはずで、組合の判断ミスにすぎないという考え方もあるかもしれないが、そもそもこれは組合が自主的に定めるべき事項で、使用者に固有の利益は認められないのだから、と判決は言っています。

村中 使用者にとって固有の利益はないというのが原則だとは思いますが、こういう事項も何らかの経緯の中で合意されるわけで、そこでは様々な利害と絡んでいるということはないのでしょうか。

中窪 たしかに、覚書や確認書が作られたときの経緯からいうと、組合員の昇進差別の問題の中で、昇進といってもどこまでが組合員か、就業時間中の組合活動はどうするのか、といった様々な 이슈が出てきており、そういったものをトータルで処理したなかの一部として規定されたようです。

村中 例えば協約で就業時間内の組合活動を認めるという場合、どの範囲までの人がその適用を受ける可能性が出てくるのか、ということは、やはり、使用者にとっても重要な問題だろうと思うのですが、本件の場合は、そういう問題とは関係なかったわけですか。

中窪 それは直結していません。

村中 そうすると、本件の場合、組合員の範囲については、具体的に使用者が何らかの利害を有する状況にはなかったというわけですね。

中窪 そうです。だから判決も条項としての独立性があると言っているのです。それから、この確認書の別の条項では、一般職の組合員の組合活動については今後正常化する方向で別途協議すると書かれていたのですが、実際にはこれがうまくいかず、ずっと合意が成立しておりません。ですから判決は、何はともあれ10年程度これによって労使関係の安定という意図は実現されたのだから、もう組合員の範囲の部分解約させてもよいではないか、という指摘も行っています。なかなか微妙ですが、解約の部分では労使関係的な判断をしているとも言えそうですね。

### 8 JR 発足時の職員採用と不当労働行為責任——JR 北海道・JR 貨物事件（最一小判平成15・12・22民集57巻11号2335頁）

#### 事案の概要と判旨

Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>は国鉄の分割民営化によって昭和62年4月に設立された会社であり、その職員の採用

に当たっては、日本国鉄改革法に基づき、①会社の設立委員が国鉄を通じ、その職員に対して募集を行う、②国鉄が希望者の中から採用基準に従って選定を行い、採用候補者名簿を作成して設立委員に提出する、③採用候補者名簿に記載された者の中から、設立委員が採用者を決定する、という手続がとられた。Z組合は、この採用およびY<sub>1</sub>が同年6月に行った職員の追加採用に当たり、所属組合員に対する不利益取扱いがなされたとして主張し、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>を相手に不当労働行為の救済申立を行った。

地労委およびX(中労委)は不当労働行為の成立を認めて救済命令を発したが、取消訴訟では一審・二審とも、Y<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>の使用者性を否定して命令を取り消した。最高裁も、①採用候補者の選定と名簿作成は国鉄が行うものであり、この過程で専ら国鉄が組合差別をした場合、設立委員やY<sub>1</sub>、Y<sub>2</sub>は労組法7条の使用者として不当労働行為の責任を負うものではない、②雇入れの拒否は特段の事情がない限り労組法7条1号本文の対象外であり、6月採用における採用拒否は不利益取扱いに当たらない、と判断して、Xの上告を棄却した。

中窪 次はJRの採用差別の最高裁判決です。事実関係は改めて紹介するまでもないと思いますが、国鉄の分割民営化のときに、一部の人がJRに採用されず清算事業団に行かざるをえなかった。そのときに特定の組合に所属している人を意図的に排除したということで、労働委員会では不当労働行為が認められ、JR各社に対して救済命令が出されました。

ただ、問題は、国鉄改革法という特別の法律の枠組みによる改革で、新しい使用者となるJR自身はその人選を行っていません。一応、JRの設立委員が労働条件と採用基準を示しましたが、国鉄のほうで、希望する職員の中から選定を行い、その人たちを採用候補者名簿に載せるという作業を行っています。ですから、その過程で国鉄に不当労働行為があった場合にJRが責任を負うのか、という話になってきます。

中労委では、国鉄がいわば設立委員の補助者に当たると考えてJRの責任を認めたのですが、取消訴訟になって以来、地裁や高裁でJRの責任を否定する判断が次々に出されており、本件で結局、最高裁も同じ立場をとったわけです。

## 多数意見と反対意見

最高裁の判決は、国鉄改革法23条の趣旨をずっと見ていきまして、要するにJRに採用されなかった人については雇用主は国鉄から清算事業団であってJRではないこと、それから、JRの職員採用については法が国鉄と設立委員の権限を明確に分離していることを指摘しています。

その上で、このような改革法及び関係法令の規定をあわせれば、設立委員自身が不当労働行為を行った場合であればともかく、「専ら国鉄が採用候補者の選定及び採用候補者名簿の作成に当たり組合差別をしたという場合には、労働組合法7条の適用上、専ら国鉄、次いで事業団にその責任を負わせることとしたものと解さざるを得ず、……設立委員ひいては承継法人が同条にいう『使用者』として不当労働行為の責任を負うものではないと解するのが相当である」と判示しました。

実はこの判決は3対2に意見が分かれており、深澤裁判官と島田裁判官による反対意見は、JRの責任を肯定する立場をとりました。国鉄が人選を行ったのは、本当はJRがやってもいいけれども、短期間のうちに多数の人を採用しなければならないので、資料と情報を持っている国鉄に行かせたにすぎない、すべてが新しいJRの発足のための職員採用に向けられた一連の一体的なものであり、法律で国鉄と設立委員の権限が別々に定められているから分断されているというのはあまりに形式論である、と批判しています。

また、改革法の国会審議では、あくまで国鉄は設立委員の採用事務を補助する者であるという大臣答弁がなされ、現に国鉄はJRの職員採用に関する団体交渉にも応じなかったのに、今さら、あれは国鉄が行ったことだからJRには関係ないというのはおかしい、という指摘も行っていきます。

率直に言って、私は反対意見のほうがかはるかに説得力があると思います。雇用主としては国鉄から清算事業団だという点はその通りですが、だからJRのほうは労組法との関係でも使用者にならないというのはおかしい。実質的に見て両者が連続しているのは明らかですから、労組法7条の適用上、そこで不当労働行為があった場合に新しく発足したJRに責任を負わせることは決して無理な解釈ではなく、制度の趣旨から言えばむしろ自然です。

ですから、国鉄改革法23条がそれをあえて断ち切るものかどうかということとなりますが、そう解さざるをえないほど明確な立法上の規定とは思えません。憲法28条の趣旨からいっても、このような解釈はたいへん疑問です。

### 6月採用をめぐる判断

それから、もう一つ重要だと思うのが、6月採用に関する判断です。先ほどの採用とは別に、4月の発足時にJRに移行しなかった人について6月に追加採用があったのですが、そこで応募したのに採用されなかったのは不当労働行為かという点も問題になっていました。こちらについてはJRが直接に採用決定を行ったのですが、最高裁の多数意見は、たとえJRが組合差別を行ったとしても労組法7条1号の不利益取扱いが成立しないという解釈を示しました。

まず、例の三菱樹脂事件判決（最大判昭和48・12・12民集27巻11号1536頁）を引用して、使用者が広い「採用の自由」を有することを指摘した上で、労組法7条1号の前段と後段は、雇入れの後か前かの違いであると言っています。つまり、前段のほうは不利益取扱いの禁止ですが、雇入れがカバーされると明記はされていない。他方、後段はいわゆる黄犬契約の禁止で、採用段階での話である。そうすると、雇入れに関する規制は後段だけと考えるべきであり、前段の不利益取扱いとの関係では、雇入れの拒否は、それが実質的に従前の雇用契約関係における不利益な取扱いにほかならないと言えるなどの特段の事情のない限り、不利益取扱いに当たらない、と述べております。

これについても先ほどの2名の裁判官が反対意見を書いており、本件は純然たる新規採用とは違う、6月採用も従前の国鉄での雇用関係と密接な関係を有していたのだから、採用の自由について制限を受けるといふべきだ、と主張しています。ここでも多数意見はいかにも形式論理という感じで、反対意見のほうの説得力があると思います。

しかし、本件が新規採用に当たるか否かとは別に、そもそも7条1号前段が新規採用を全く含まないという解釈をすること自体、私はおかしいと思います。後段に黄犬契約の禁止があるからといって、雇入れはすべてそちらと解釈すべき理由にはならないでしょう。黄犬契約の規定は、そのままなら不利益取扱いだが採用時にこういう約束があったのだから正当化できるで

はないか、といった抗弁を封じる意味があります。これがあるために、組合に入ろうとすると解雇だと脅されたり、アメリカではインジャンクションが出されたり、もちろん日本でも戦前、黄犬契約がかなり広く使われたわけですが、そういう特有の弊害があったから特に取り出して禁止しただけで、これを理由に前段のほうを狭く解釈するのは不自然と言わざるをえません。

しかも、その根拠として「採用の自由」を持ち出していますが、三菱樹脂事件でも「法律その他による特別の制限がない限り」という留保がついていたはずで、本件では労組法7条1号がまさにそれに当たるか否かが問題となっているのですから、「採用の自由」に依拠するのは論理的にほとんど無意味だと思います。おそらく、採用の自由を尊重して法規制を限定的に解釈すべきだという趣旨なのでしょうが、では、団結権の保障、組合活動の保護という目的はどうなるのか、と聞いてみたくになります。採用の自由をドグマ化するのはなく、もう少し冷静かつ中立的に考える必要があるのではないのでしょうか。

かなり長くなってしまいましたが、労働市場が流動化し、前の会社でやっていた組合活動を理由とする採用拒否という問題がいよいよ現実味を増しているこの時期に、最高裁が純然たる新規採用とは言いがたい本件において、あえてこういう解釈を示したことは、たいへん残念です。4月採用の分については、国鉄改革法という特殊なケースに関する判断であって射程も限られていると思いますが、この6月採用に関する判断部分は、ちょっと影響が心配ですね。

### 採用の自由と設立委員

村中 採用の自由のところは、やっぱり気になりますね。中労委（青山会）事件の東京地裁判決（東京地判平成13・4・12労判805号51頁）の判断は、雇入れ拒否についても適用があるというものでした。裁判所としても考え方が分かれるのでしょうか。

中窪 この最高裁の判断のもとになっているのは、同じJRの採用差別事件で東京地裁の民事19部が出した判決（東京地判平成10・5・28労判739号40頁）だと思います。ここで初めて、採用段階については黄犬契約の禁止だけが適用されるという、非常に特異な労組法7条1号の解釈がほんとに示されたわけです。これに対して青山会事件のほうは、労組法の趣旨や文言や立法過程をつぶさに検討したうえで、たしかにいず

れも決定的ではないけれども、採用の自由と団結権の保障を比較勘案して考慮すれば、前段は採用段階もカバーすると考えるべきだという結論をとっており、私はこちらのほうがずっと健全な判断だったと思います。

村中 この事件では、設立委員会が国鉄から名簿をもらったときに、その名簿が差別的な内容を含んでいるということはわからなかったということを前提にしているのでしょうか。

中窪 そこは何も言っていない。仮にわかったとしても、そこで出されたものに基づいて採用するしかなかったということではないでしょうか。

村中 採用の自由が優先されるというのであれば、仮にわかっているでも差別してもかまわないということになるのでしょうか。

中窪 そこはやはり4月採用と6月採用とで違う気がします。4月採用については、法律上、国鉄の出してきた名簿からしか採用できないという意味で、採用の自由そのものが制約されている。

村中 名簿の全員を採用する必要はあったのでしょうか。また、実際にも名簿に記載された者全員を採用したわけでしょうか。

中窪 事実として、名簿に載った人は全員が採用されています。

村中 そこに裁量がなく、全員採用したということになると、反対意見が言うように、国鉄はまさに設立委員会の手足となって働いたわけだから、当然その責任を負うのが当たり前だという理屈になるのが自然ですね。

中窪 一応、設立委員会において、採用候補者名簿に記載された者の全員を職員に採用することが決定されたということですかね。

村中 そうすると、設立委員会にはそれなりの決定権があって、それに基づいて、全員を採用することに決定したということですか。

中窪 その中でまた選別するということがありうるかということですか。法律の規定上は、それも可能だったように読めますが。

村中 裁量権があったのかどうかは、全体の枠組みにはかわりませんか。

中窪 ただ、本件の組合員の関係では、そもそも名簿に登載されなかったわけですから、その後で設立委員に選別の権限があったかなかったかというのは、あまり関係がない気がしますね。名簿以外からでも選ん

でよいということであれば、また話は違ってくるのでしょうか。

村中 そうすると、採用の自由は、6月採用の場合にかかわってくるということですか。

中窪 6月採用に関しては、もう国鉄のやったことだからという抗弁は通用しないわけです。もちろん、間が2カ月あいていることによって旧国鉄と実質的につながっているという論理が成り立たなくなるわけではなく、それは別の話だと思いますが。

#### 法律による手続の分断

村中 4月採用については、たしかに、責任の所在を分断することで、設立委員会の不当労働行為責任を免れさせることが、形式上可能かもしれませんが、反対意見が言うように、国会審議での状況等を考えると、あまりにも形式論で、説得力を欠くように思います。

ただ、これは、国会審議の意味をどう考えるのかということにかかわり、法律解釈においてそれがどの程度の意味を持つかということは昔からの論点の一つです。

中窪 たしかに、大臣の答弁が法解釈を支配するものでもありませんし、団体交渉を拒否したという点も、だからこの規定をどう解釈するというには直結しないというのは、論理的にわかるのですが……。

村中 民間企業で同じようなことをしたらどうなるのでしょうか。

中窪 営業譲渡のときに、譲受会社が入選はそちらに任せると譲渡会社に丸投げして、そちらで差別があったような場合でしょうか。おそらく、入選を依頼した時点で責任の引き受けがあったといったような議論になると思います。もちろん、両者のオーナーが実質的に同じであれば、これはもう解雇に当たると判断される可能性が高いでしょう。だから、本件については、法律がそう決めて責任を分断しているから、という説明しかできないですね。

村中 そうすると、国鉄改革法の意義という問題になるわけですね。本来不当労働行為であるものが、この法律によって、不当労働行為にはならないことになる。つまり、本来であれば設立委員会、新しいJR各社は不当労働行為責任を負うが、国鉄改革法はそれを免れさせる枠組みを設定した。そういう意味では、労働組合法の例外、特則を定めたということでしょうか。

中窪 特則を定めたというほどのものかどうか知り

ませんが、少なくとも労組法7条がそこに及ぶのを遮断するような効力があつたと、判決で認められた。そういう分離をしたということでしょうね。

私が割り切れない思いがするの、長い時間をかけて最高裁まで来たあげく、この人たちが採用されなかった理由について実質的に判断することなく、JRは使用者ではないからという形で門前払いされてしまったことです。今から国鉄の責任を追及しようとしても、

清算事業団はもうなくなっており、資産は鉄建公団から別の独立行政法人（鉄道建設・運輸施設整備支援機構）に引き継がれているようです。そう解釈しなければならぬ必然的な理由はないと思うので、労組法7条との関係でJRを使用者と認めたいうえで、本当に組合差別があつたのかどうかという点について、きちんと判断を行ってほしかった気がします。

## フォローアップ

関連会社への出向命令の根拠と必要性——住友軽金属工業事件（名古屋地判平成15・3・28 労判851号53頁）

### — 事案の概要と判旨 —

原告Xは、昭和36年に工具として被告Y会社に入社したが、平成6年10月1日、訴外A社への出向を命じられた。本件は、Xがこの出向命令の無効確認を求めたものである。

Yは、Xも加入する訴外B労組との間で、昭和53年に労働協約を締結し、異動について定めを置いていたところ、昭和54年の労働協約では、会社が出向命令権を有する旨を明確にし、次いで、出向時の労働条件などを定めた出向協定を締結した。この協約及び協定とほぼ同一内容のものが、平成4年及び7年にも締結されている。なお、就業規則においても使用者の出向命令権が定められており、実際にも、協約締結前から数多くの出向が行われていた。

判決は、在籍出向の場合、民法625条1項により労働者の承諾が必要となるが、個別的・具体的承諾がなくとも、それと同視しうる程度の実質を有する特段の根拠がある場合には、使用者は労働者に在籍出向を命じることができ、本件では労働協約がその実質を有する特段の根拠に当たるとし、さらに、出向に必要性がないのにこれを命じると権利濫用になるが、本件はこれに当たらないとし

て、出向命令を有効とした。

村中 昨年は、最高裁が新日本製鐵（日鐵運輸第2）事件（最二小判平成15・4・18 労判847号14頁）において出向について判断しましたので、それを検討しました。今回は、そのフォローアップとして、住友軽金属工業事件を取り上げたいと思います。

新日鐵のケースでは、地裁、高裁、最高裁と、判断が分かれたわけですが、最高裁は、就業規則、協約等の定めやその他の状況を総合的に評価して、出向命令権の存在を肯定するという判断をしました。これに対し、本件判決は、労働協約によって出向命令権を根拠づけています。新日鐵事件の高裁判決がそのような判断でした。

### 判決の判断枠組みと論点

判決の内容を少し詳しく見ますと、まず、在籍出向を使用者の権利の全部または一部の譲渡と構成し、民法625条1項により、出向を命じるには労働者の同意が必要であると述べました。そして、この同意とは、事前の無限定な包括的同意では足りないと言っているのですが、他方で、個別具体的同意と同視しうる程度の実質を有する特段の根拠がある場合には、使用者は出向を命じることができると解しました。そして、このケースでは、労働協約が締結される以前から出向が実施、運用されてきたという事実を確認しまして、そのような状況下で締結された労働協約を根拠に出向命

令は有効であると判断しています。

判決は、出向命令権が肯定されても、業務上の必要性がない場合には出向命令権の濫用になるとしていますが、この業務上の必要性というのは、高度の必要性である必要はない、すなわち、当該出向命令を発令する以外に全く他の手段がなく、かつ出向命令の発令を受ける労働者につき余人をもっては容易に替えがたいというような事情が要求されるわけではないと述べています。そして、この必要性の程度というのは、労働者がこうむる不利益との相関によって決まると理解しています。

本件の結論は業務上の必要性はあったというものですが、Xは、出向すると出向元における組合役員選挙の選挙権・被選挙権を失う、ということの不利益の一つとして主張しました。判決は、Xは従前から何度か立候補しているが、当選する蓋然性が高いとは言えず、Xの立候補が直ちに役員として労働条件等の改善を図ることにつながるものと評価するのは困難である以上、このような不利益は客観的には小さいと評価しています。

この判決に関してまず議論になりますのが、協約を根拠にして出向命令権をそもそも肯定できるのかということです。この点は、協約自治の限界という問題にかかわります。別会社において就労するかどうかは個人が決めることであって、そもそも組合が決める問題ではないのではないかと、いうわけです。換言しますと、協約がかかる個別同意に代わるといことは難しいのではないかと議論がひとつあると思います。このような議論からすれば、せいぜい協約では出向というものの枠組みをつくる、すなわち、制度を作ることができるだけであって、個々具体的な出向に応じるかどうかは組合員がそれぞれ判断すべきであるということになります。この判決は、このような考え方に与せず、労働協約は個別同意と同視するという判断をしました。

第2に、協約が根拠になりうるとしても、そのためには、協約の中で出向先とか期間とかがかなり具体的に特定されていることが必要であって、抽象的なものでは不十分ではないか。例えば、出向先や期間などを定めることなく、一般的な出向命令権を使用者に付与することは可能なのか、ということも議論になります。本件協約の場合、必ずしも出向先とか出向期間について具体的に規定しているわけではありません。これに

ついて判決は、労働協約の文言の抽象性ゆえに直ちに労働協約の拘束力自体を否定する必要はないと言っています。かりに問題が生じるのであれば、出向命令権の濫用で処理すればよい、という考えのようです。なお、就業規則で出向命令権を根拠づける場合は、出向先、期間、条件というものが具体的に規定されている必要があるという議論がありますので、就業規則の場合と協約の場合とは異なるのか、ということも問題になります。

3点目は、出向命令権をたとえ認めるにしても、権利濫用の成否がさらに問題になります。2点目との関連では、規定内容が抽象的である場合、権利濫用の審査が厳しくなるということもあるかもしれませんが、いずれにせよ、いろいろと考えさせられるケースでした。中窪さん、いかがでしょう。

#### 出向命令権の法的根拠としての協約

中窪 出向命令について、労働協約そのものが個別の同意に代わることができるかという問題がずっとあるわけですが、去年ここで取り上げた新日本製鐵事件の最高裁判決は、はっきりしない。個別の同意は要らないけれども、協約でストレートに認めた高裁ともちょっと違う判断をしており、これは残された問題だったわけです。しかし、どうも下級審を見る限りは、協約から義務が発生することを認めるものが目につきまして、本件もその一つであろうと思います。

判決は、最初に承諾が原則と言いながら、承諾は要するに労働者の不利益防止を図るものだから、その趣旨に反しないで承諾と同視しうる程度の実質を有する特段の根拠がある場合には、それに基づいて命じることができるとしています。しかし、後の判断を見る限り、結局は労働協約があれば、労組法16条によって当然に特段の根拠になるという感じですね。

本件の場合、判決は「労働協約等」と言っていますが、出向を命じることがあるという基本的な協約と、それに基づいた出向時の条件を定めた出向協定とがありました。出向協定に定められた条件によって労働者の利益が保護されていると言えるとしても、一般的に労働協約があれば常にそうだとは言えないと思うのですが、協約の定めている内容によってその辺が変わってくるのか、それとも、労組法16条で規範的効力があるのだから、これはもう個別同意に代わるということなのか、この判決はどちらで考えているのでしょうか。

か。

村中 判決は、本件出向命令には出向期間が示されていないという認定をしていますが、それでも、出向命令権はあると考えています。基本的にこの判決は、規範的効力によって、個別同意に代わりうるのだという発想をしているように思います。

中窪 一口に出向と言っても、私は3段階あるように思います。第1に、出向そのものを命じるという、いちばん基本レベルでの命令権というか、義務の創設。第2に、出向を命じるときに、賃金や福利厚生、退職金等の様々な、いわば共通の枠組みとしての基準を、つまり本件でいえば出向協定に当たるものを、ある程度定めていること。その上で、第3に、誰をどこの会社に何年間行かせるというような、個別具体的な出向の話があると思うのです。本件の場合、そこまでは労働協約で決められていないわけですが、基本的な命令権と条件の枠組みがあり、労働者の利益の確保があるから、あとは使用者が個々のに決定して命じてよい、という感じでしょうか。

村中 そのような三つのレベルの問題がありますが、判決が二つ目をどのように評価しているのかはよくわかりません。むしろ、この出向は雇用確保が目的になっており、組合がそのような目的を追求するために協約で出向命令権を使用者に与えることは十分可能だ、という言い方をしています。ですから、本件協約は雇用確保を理由とする出向だけを根拠づける、と考えているようです。このような協約目的からの縛りはかけているのですが、出向期間がどれぐらいになるのか、出向先での就労条件はどうなるのか、といったことがはっきりしていなければならない、という発想は希薄な感じがします。こういう問題は、権利濫用論で処理すれば足りるという判断のように思えます。

### 協約自治の限界論

中窪 いわゆる協約自治の限界の議論では、出向には個人の承諾が必要で、協約で義務づけることはできないという考え方が強かったと思うのですが、裁判例はそれとは違う方向に進んでいるようです。しかし、これを認めてしまうと、あとは権利濫用でチェックするしかない。そうすると、ほとんど配転法理と同じになってしまいます。本件でも、余人をもって替えがたいというような高度の必要性は要らないと言った部分などは、何だか配転法理を思わせるようなところがあ

ります。それが職場の現実であるにしても、もともとの出発点で承諾が必要だとした趣旨は、やはり配転とは質的に異なるものがあるという前提だったと思います。

村中 協約でどこまでできるのかは、例えば横断的な協約の場合と、企業別協約の場合とで、事情がかなり違うように思います。横断的な協約の場合には、まさに基準の設定ということになるでしょうが、日本の場合は、労使関係が細分化されているわけですから、基準の設定にとどまらず、より細かなものまで決める傾向になるのだらうと思います。また、個人主義的な発想が弱く、個々の労働者では力が足りないで、それを組合がかかわって交渉している以上、組合の同意は個々の労働者の同意に代わりうると言われても、抵抗感が少なかったように思います。

しかし、世界的に見ると、労使関係は企業横断的であることが多く、労働協約も基準を設定するほうが多い。日本の労組法16条を見ても、やっぱり基準の設定を念頭に置いているように見えます。

中窪 労組法16条の規範的効力の作用の仕方に関して、例の外部規律説と内容説の対立がありますが、日本の労働協約については、私は内容説が適切だと思っています。ただ、やはりその前提として、協約基準が労働契約の内容になるにふさわしいものであることが必要です。出向の場合にはこういう条件でやりますよという基準を協約で決めたのであれば、それが各労働者の労働契約の内容になるということでも全くおかしくないのですが、違う使用者の下で働くこと自体については、本来的に個人々が承諾すべきことであって、組合が代理人になるわけではない。そのあたりは、協約自治の議論のいちばん基本的な部分だったと思うのですが、わが国の現実に照らせば、必ずしもそうではないということなのではないでしょうか。もう一度、そのあたりをきちんと理論的に整理しておく必要がある気がしますね。

村中 組合のあり方も変わっていくなかで、個人が判断できる範囲がもっとあるのではないかという意識も広がりつつあるように思いますし、それに対応した法理を考えることは必要なのだらうと思います。個人の領域に属する問題というものを、しっかり確定していく作業が、重要であることは間違いありません。

その際、就業規則とのバランスをどう考えるのか、という問題も当然出てきます。就業規則では定められ

るけれども、協約ではだめだ、というのでは、アンバランスです。理論的には、就業規則の拘束力をどのように説明するかにもかかわりますが、実質問題として、労働者集団が同意してもだめなものが、使用者が一方的にするのであればできる、というのは、いかにもアンバランスです。

中窪 労働協約というのは、労働者が組合に全権委任したということではありません。やはり労働条件の維持改善という組合の目的があって、それに照らして合理的なところに限られるという形で、一定の内在的な制約が出てきますが、そうすると、では就業規則はどうするのかという点がたしかに残ります。そちらとの関係で、これは個々の労働者に留保すべきだと言うためには、もう少し違う論理が必要になるでしょう。ですから、例えば時間外労働については、労基法 36 条自身が個々の労働者の同意を何らかの形で要求していると解釈すべきではないかと思っているのですが、もし出向についてそういう論理を組み立てるとすると、民法 625 条をもう一回でこにするしかないような気がします。本判決のように、せっかく 625 条を持ち出して承諾が必要だと言いながら、事前の包括的同意でよいという形で骨抜きにしてしまうのは、ちょっと残念な感じですね。

#### 出向の多様性と同意要件

村中 出向は実態が多様で、特に最近では、分社化のケースなど、従来だったら配転だったものが出向になるという場合もあります。そういうものも含めて出向法理で考えないといけないので、画一的なルールの設定が難しいように思います。

中窪 たしかに、本件では雇用確保のための出向だったという点が指摘されており、それが前提になっていた可能性はあります。その意味では昨年の新日鐵の事件と共通するのかもしれませんが。他方で、Xについては、実際上はもう向こうで働いているけれども、今までは応援だったのを出向にするか否かという争いで、しかも本人の組合役員への立候補の話がからんだりして、かなり特殊な要素もあります。そういうなかで、とにかく協約があればもう包括的同意があることになり、あとは権利濫用だという論理でよいのかどうか。

村中 新日鐵の事件において、最高裁は何を判断根拠にしたのかよくわかりませんでした。協約や就業規則、労働条件の状況等、様々な事情を並べて、この事情のもとでは出向命令権があると言いました。あの判決では、就業規則でできるとも、協約でできるともわからないし、何とも言えない判決でした。

中窪 本件も、実質的にはほとんど条件が変わらないケースだったので、同じような処理が可能だったのかもしれないですね。

村中 そうすると、あえて協約を根拠にしたのは、協約の拘束力がやはり一番強いだらうと判断したということでしょうか。いろんなものが積み重なったから命令権が出てくるというのも変な話で、協約だけではだめだが、就業規則も定めてあげればできるという話でもないと思います。判断が難しいですが、協約ならできると考える下級審が多いという程度に理解しておけばいいのでしょうか。

中窪 そうですね。

# ホットイシュー

## 1 採用時の健康診断とプライバシー——東京都事件（東京地判平成15・5・28 労判852号11頁）、B金融公庫事件（東京地判平成15・6・20 労判854号5頁）

### — 事実の概要と判旨 —

#### (1) 東京都事件

原告Xは被告Y<sub>1</sub>の警察官の採用試験に合格して任用されたが、その後に被告Y<sub>2</sub>病院で行われたY<sub>1</sub>の身体検査の血液検査で、HIV抗体検査が陽性との結果が出た。再検査も含めて2回の検査が行われたが、Y<sub>1</sub>もY<sub>2</sub>も、HIV抗体検査を行うことをXに説明せず、その同意も得ていなかった。Y<sub>2</sub>はこの結果をY<sub>1</sub>の担当者Aに通知し、AはXとその母親を呼び出した上でHIV抗体検査が陽性であった旨を告げ、辞職を促した。Xはこれに応じて辞職したが、後にY<sub>1</sub>およびY<sub>2</sub>に損害賠償を求める訴訟を提起した。

判決は、本件HIV抗体検査および辞職勧奨の違法性を認めてY<sub>1</sub>に300万円の慰謝料の支払いを命じ、またY<sub>2</sub>が本人の同意の有無の確認等を行わずに検査を実施してその結果をY<sub>1</sub>に伝えたことも不法行為に当たるとして100万円の慰謝料の支払いを命じた。

#### (2) B金融公庫事件

原告Xは翌年春の大卒予定者を対象とする被告Yの採用選考に応募し、4次（理事）面接までパスして適性試験を受けた後、6月2日にF診療所で健康診査を受けたが、肝機能の数値が高かったため2度にわたる再検査を受けた。2度目の再検査の際、Yの依頼によってB型肝炎ウイルスの検査が行われ、Yに陽性との結果が通知されたが、Xはそのような検査を行うことも、検査の結果も知らされなかった。XはさらにYの勧めによってG病院でB型肝炎ウイルスの精密検査を受けたが、その結果の告知の際に初めて、B型肝炎ウイルス

の検査が行われ、結果が陽性であったことを知らされた。その後、9月30日にYはXに対して不採用の通知を行った。これに対してXが、不法行為に基づく損害賠償訴訟を提起した。

判決は、①6月1日の段階では雇用契約は未成立であり、かつ成立が確実であると相互に期待すべき段階にも至っていなかったため、不採用そのものは不法行為に該当しない、②しかし、YがXへの説明なしに同意も得ずに行ったB型肝炎のウイルス検査および精密検査はXのプライバシー権の侵害に当たる、と判断して、合計150万円の慰謝料の支払いを命じた。

中窪 次はホットイシューですが、第1のテーマとして、採用時の健康診断とプライバシーに関する二つの地裁判決を取り上げてみました。どちらも、本人が知らないうちに行われた血液の抗体検査が、プライバシー侵害で違法と判断されています。

### HIV検査と退職強要

まず、1件目の東京都の事件は、警視庁の警察官なので国家賠償法になっていますが、HIVのケースです。採用試験に合格して任用された原告Xが、警察学校に入校して警察病院で身体検査を受け、その中に血液検査があったのですが、実は警視庁では以前からずっと本人に無断でHIVの抗体検査を行っていたようです。Xについて陽性という結果が警視庁のほうに行き、再検査等々の経緯はありますが、結局は本部長から本人に告知し、警察官の仕事は無理だからと入校辞退届を書かせたというものです。本人はもうパニックでそれに応じたのですが、後に様々な情報を得て落ち着きました。健康状態は、特に合併疾患もなく、通常の就労が可能な状態にあったということです。

判決は、警視庁と病院の行為の違法性を認めて賠償請求を命じました。採用時のHIV検査の可否について、一般論を述べている点が注目されます。一方で

HIV 感染は、言うまでもなく本人のプライバシーにかかわることであるが、他方で、使用者としても一定の健康管理上の利益がある。そのような観点からすると、採用時における HIV 抗体検査は、その目的ないし必要性という観点からこれを実施することに客観的かつ合理的な必要性が認められ、かつ検査を受ける者本人の承諾がある場合に限り、正当な行為として違法性が阻却される、と言っています。つまり、検査をする必要性が十分にあり、かつ本人の承諾がなければならぬということなのです。

本件の場合、警察官の仕事はいろいろ体力的にハードだから HIV の感染者には無理だという主張がなされたのですが、現職の警察官については定期健康診断で HIV の検査は行っていないし、他の都道府県でもやっているところはなく、少なくとも HIV に感染しただけでは仕事に差し支えることはないとして、検査の必要性は否定されました。また、本人の承諾は全くなかったわけですから、当然ながら、検査は違法なプライバシー侵害に当たると判断されています。

それから、本人と親を呼び出して辞職を迫った点も、自由な意思を抑圧して排除したということで違法とされました。また、病院についても、本人の同意を全然確認せず、警視庁に頼まれるままに漫然と検査を実施し、そちらに結果を伝えたということで、これもプライバシー侵害に当たるとされています。

従来裁判例では、HIV 感染者事件（東京地判平成 7・3・30 労判 667 号 14 頁）および T 工業事件（千葉地判平成 12・6・12 労判 785 号 10 頁）で、本人の同意のない HIV 検査が違法とされ、その結果に基づく解雇や雇止めも違法とされました。本件もそれと同種の事案ですが、採用された直後に検査が行われ、しかもそういう者は頭から排除する趣旨だった点から、採用段階でのスクリーニングという観点での判断の枠組みが示されています。公的機関でこのような無断検査が実施されていたという事実そのものがショッキングですが、警察官であってもそれが許されないと明確に判断された点は、意義のあることだと思います。

#### B 型肝炎ウイルス検査によるプライバシー侵害

もう一件の B 金融公庫事件は、HIV ではなく B 型肝炎の事案です。原告 X はその採用選考に応募し、5 月末段階で面接をパスして「私は今後、信義にもとる行為は行わず、指示に基づく注意事項を遵守します」

という書面を提出しています。しかし、次の段階として健康診査があり、その中の血液検査で、肝臓の数値が高いことがわかりました。それで、もう一度検査をし、さらには精密検査を行って、B 型肝炎のウイルスに感染していることが判明したのですが、本人にはそういう検査をすることを知らせておらず、精密検査が終わったところで実はこういう結果だったと告知してショックを与えています。しかも、B 型肝炎ウイルスに感染しているからという理由で、最終的に採用を拒否されました。

こちらについても X が損害賠償を請求しましたが、判決のポイントは二つあります。第 1 は、このような検査を実施したことの違法性を認めた点です。先ほどの東京都の事件と同じような要素を指摘したうえで、「企業は、特段の事情がない限り、採用に当たり、応募者に対し、B 型肝炎ウイルス感染の血液検査を実施して感染の有無についての情報を取得するための調査を行ってはならず、調査の必要性が存在する場合でも、応募者本人に対し、その目的や必要性について告知し、同意を得た場合でなければ、B 型肝炎ウイルス感染についての情報を取得することは、できないというべきである」という一般論を述べています。ですから、やはり検査を実施する特段の必要性があり、かつ本人に告知をして同意を得るといふ、二つをクリアしないとイケないわけですが、本件の場合、ウイルスに感染したからといって仕事ができなくなるわけではないので必要性はなく、また本人に全く知らせず実施しているので、違法なプライバシー侵害に当たるとして、慰謝料の支払いを命じました。

HIV については世の中で大きく騒がれ、先ほど申しましたように既にいくつか事件がありますが、実は肝炎ウイルスについても同様の問題があり、安易に血液検査されることによって差別が生じかねないという指摘がなされていました。そういう意味で、本件の意義はたいへん大きく、今後、遺伝子情報などについて検査が行われた場合にも、同様の論理が適用されるものと思います。また、この判決が、先ほどの東京都の事件とほとんど同じ枠組みを示して、はっきりと採用段階における検査について歯止めをかけたことも、重要な点だと思います。

#### 労働契約の成否

次に、この判決の第 2 のポイントとして、いわゆる

内々定による契約成立を否定した点も注目に値します。正式な採用内定は10月1日以降ですが、5月末の段階で担当者からおめでとうと言われ、こちらも書面を提出したので、もう労働契約は成立したのだという主張を原告の側はしたのですが、裁判所はこれを認めませんでした。いわゆる大日本印刷事件（最二小判昭和54・7・20民集33巻5号582頁）のいう始期付解除権留保付の契約が6月1日時点で成立していたとはいえないということです。

また、正式に契約が成立していなくても、その成立（採用内定）が確実であると当事者が期待すべき段階にあった場合には、合理的理由なしにそれを裏切るとは不法行為となるとされたのですが、本件の場合、まだその後に健康診査が残っており、労働者のほうが他社を選ぶ可能性もあったので、そこまでも行っていないと判断されました。したがって、不採用の理由やその合理性について検討するまでもなく、不法行為には該当しないと言っております。

私はこの部分が、やや形式的な感じがして疑問です。本件は、契約の解約が無効で従業員たる地位を確認するというものではなくて、不法行為に基づく損害賠償のケースです。そういうときに、たしかに健康診査は残っているけれども、もうここまで来たらよほどのことがない限り採用されるという期待は当然あるわけで、何か合理的理由があつてうまくいかなかったというのなら結構ですけれども、肝炎ウイルスに感染していることだけを理由に不採用になったのであれば、不合理的な差別として不法行為の成立を肯定する余地があったのではないのでしょうか。「不採用の理由やその合理性について検討するまでもなく」というのは、判断回避ではないかという気がしています。

#### 採用の自由との関係

村中 最高裁の三菱樹脂事件判決以降、裁判所は、使用者の採用の自由を重視し、思想信条によって採用差別することも可能で、したがって、労働者がどのような思想を持っているのか、どういう考え方をしているのかを聞いても、それは許されるという判断をしてきたように思います。そういう採用の自由と、このウイルス検査というものの関係は、どのようにとらえられているのでしょうか。

中窪 先ほどの第2のポイントとの関係でいいますと、これは採用段階なのだから自由である、ウイルス

に感染していることを理由に拒否するのも違法ではない、というのが一つありうる立場だと思えます。でも、この判決は、それをあからさまに言うかわりに、そもそも契約締結についてそこまで期待が高まったわけではないので、何の理由で採用を拒否したにせよ、不法行為で保護されるべき権利がなかった、という判断になっています。

村中 採用の自由との関係を論じる必要はなかったということでしょうか。どちらも、本人の同意を得ずに調べていますね。

中窪 実際に血液をとって検査をする行為は、もう一つ別の問題になります。こちらはまさにプライバシー侵害の問題です。もちろん、採用の自由の一環としての調査の自由という側面はありますが、このような肉体的な侵襲を伴う、しかも社会的偏見もあってデリケートで直接的なプライバシーにかかわる情報の検査は、本当に必要性が存在し、かつ本人の同意がなければならぬとされました。

村中 そうすると、例えば、使用者が採用前に本人に対してウイルス検査をしたいので、検査に応じてくれと申し出たけれど、本人が拒否したために使用者が採用しなかった、というケースだと、採用の自由との関係が問題になるということでしょうか。

中窪 そうですね。本人の同意が必要だという以上は、同意しないことによって不利益を課せられないところまで保障しないと意味がない気もするのですが、そこまで徹底するのはなかなか難しいと思います。

村中 使用者の中には、HIVやB型肝炎感染の疑いのある人はなるべく避けたいと考える者もいるでしょう。そうすると、こういう判決が出ると、今度は、検査してもいいですか、と聞く企業が出てくると思うのです。

中窪 その前提として、なぜウイルス検査が必要なのかというハードルがあります。職務への支障がなく特段の必要性が認められないのに検査への同意を求め、それを拒否したことを理由に採用しないという場合については、やはり不法行為上の違法性が出てくるのではないのでしょうか。

村中 ただ、必要性のハードルと言っても、例えば仕事と思想信条なんて何の関係もない、仕事を進める上で必要もないにもかかわらず、聞いてもいいと言っているわけでしょう。

中窪 三菱樹脂事件に関しては、幹部候補生なので

思想信条が職務遂行能力と密接に関連していたという解釈もありますね。

村中 たしかに、思想信条の問題とこういう健康上の問題というのを同列に扱えるのか、また、社会的な差別の問題を同じに扱えるのか、といった問題があって、いくら採用は自由だと言っても、どのような場合でも自由だというわけにはいかないと思います。また、均等法によって女性であることを理由に差別することはできないのであって、その限りで、採用の自由も制限されています。ですから、やはり、それぞれの差別事由ごとに、基準を考える必要があるように思います。

### 身体情報をめぐる労使の利益

中窪 使用者ができるだけ健康の心配のない人を選びたいというのは、たしかに合理的な行動だと思います。ただ、すべてのリスクについて調べるわけにはいきませんから、どうしても恣意的な性格が残りますし、そこに社会的な偏見が入り込むおそれもある。それからもう一つには、検査される側からいうと、自分は少なくとも合理的な範囲内であれば労働能力が十分あるのに、その検査の結果だけを理由に採用されないのはおかしい、不合理な差別である、と考えるのも自然だと思うのです。だから、使用者にとっての合理性とは違う視点から、労働の意思と能力がある限りは働くチャンスを否定されるべきではないという、いわば労働者の差別されない権利というものを、やはり考えていくべきだと思います。

村中 HIVにしてもB型肝炎にしても、すぐ何かが起こるといようなものではないわけで、そうすると、こういう人たちの働く権利というか、生活していく権利を保障しなければならないということでしょうか。

中窪 そうですね。また、例えば20年後には発症の可能性が高いと言われていても、医学の進歩は著しいですから、その間に治療方法が発達するかもしれないという要素もあるのではないのでしょうか。ただ、医学の進歩という面でいうと、逆に検査する側もほんの髪の毛一本でDNA情報がわかり、遺伝子に基づく病気など、いろいろなデータが得られる可能性がありますから、労働者にとっての危険はかえって拡大している気がします。

村中 プライバシーの保護と使用者の採用の自由とのせめぎ合いということですね。プライバシーにもい

ろんな種類があって、身体情報は、最も基本的な部分だから最も強く保護されるべきだという認識でしょう。どういう政党を支持しているかとか、どういう宗教を信じているかもプライバシーだけれど、身体情報はより高度ということですね。

中窪 内心の自由も非常に高度で、大切だと思うのですが。

村中 そうですね。

### 採用内々定の問題

もう一点、採用内定の点で、これも中窪さんがおっしゃるように、ちょっと形式的に過ぎるかなと、私もそう感じました。今でも10月1日以降の内定ということはやっているようですね。しかし、実際上は内々定という形で、もう春からゴールデンウィーク明けぐらいには決まっています。

中窪 それをもう内定と呼んでいるというのが、実態ではないでしょうか。

村中 通常はそれで契約が成立したと見るのではないのでしょうか。

中窪 会社にとって、最終的に社内の意思を確認した上で、あなたを来年4月から雇いますと正式の文書で通知するという、ある意味でフォーマルな手続が必要だというのは、理解できるのです。だから私は、解約が無効であれば従業員たる地位を確認できるという意味での契約の成立は10月1日以降だと考えても、それはそれでやむをえない気がします。ただ、本件はそういうケースではなく、内々定の段階でこれをやっばりやめたというときに不法行為が成立するかどうかがです。法的に保護される権利ないし利益の存在という点からいうと、それは認めてもよい可能性がある。あるいは、採用拒否の理由によっても違って来るかもしれない。そのあたりの違法性や過失の有無を、率直に判断すべきだったのではないのでしょうか。

村中 判決は、期待的利益にわざわざ触れましたので、それを認めるのかと思ったら、結局、それも否定しました。

中窪 ここでは「理由やその合理性について検討するまでもなく」と言っているのですが、実は、後ろのウイルス検査による損害の認定のところ、使用者が不採用とした理由に関する主張について、一概に否定できないと述べています。つまり、ウイルスのキャリアであるということだけが理由ではなく、それによ

て将来的に健康の不安が出てきて、会社にとって問題が生じる可能性もある、だから単なる偏見ではないのだということをおわせて、賠償額を減額しています。そのあたりの当否の判断が、本当は正面からなされるべきだったように思います。

村中 そうですね。6月1日の段階では、YはXに一応内定の予告をしています。ただ、実質的な採用選考として健康診査が残されており、この結果によって採否の予定が変更される可能性があることはXにも了知されていました。しかし、ここまで来れば、健康診査さえ問題なければ採用されるのだと当然信じてよいと思います。しかし、判決では、Yの立場からすれば、Xが他社を選ぶ可能性を否定しえない状況であったと書いてあり、結局、6月2日の健康診査受験前のXについては、雇用契約の成立が確実であると相互に期待すべき段階であったとは認められない、としています。しかし、問題はXに期待的利益があったか否かであって、相互に期待しうる状況になくとも、Xが期待してよいのであれば、やはり、保護されるべきです。このあたりの判決の説明はあまり説得的でないように思います。

中窪 この事件は、まずは面接まで済ませて、その後で健康診断だったものですから、拒否の理由を隠しようがないですね。もし事前に、成績とか志願理由とかそういうものと一緒に健康診断書も出させて、すべてトータルで選考した上で採否をお知らせしますという場合でしたら、結果的にノーと言われても、健康診断が問題だったのか、それとも成績が悪かったのか、印象が悪かったのか、全然わからないわけです。

村中 そうですね。

中窪 そのような手続面からのアプローチも今後の採用過程の法規制のあり方を考えるうえでは、必要かもしれません。

## 2 賃金の減額と労働者の同意——イセキ開発工機（賃金減額）事件（東京地判平成15・12・12 労判869号35頁）

### — 事実の概要と判旨 —

被告Y会社では、従来の年功的要素の強い賃金体系を改め、能力や職務を重視した賃金体系を導入するために、給与規程を変更することと、変更により従業員の能力等を再評価して新賃金テーブルに位置づけること等を告知して、原告Xを含

む従業員から新給与制度の実施に関する同意書を取り、就業規則を変更した。それに基づき、YがXを新賃金テーブルに格付けたところ、Xの賃金は11万円あまり（約31%）の減額となった。なお、Yは新規則の施行から3年間にわたり、経過措置として合計192万円あまりを支払った。Xは、女性差別があったとして、また、新規則の適用若しくはそれによる新たな格付けが無効である等として、差額賃金の支払いを求めた。

判決は、女性差別の主張を否定し、また、新規則の適用や新たな格付けの効力についても、Xの同意を根拠にこれを認めた。しかし、職能資格制度のもとの格付けは就業規則や労働契約に根拠がある限り、使用者が原則として自由に行いうる場所であるが、本件はこの場合に該当せず、Xの同意に基づいて新規則を適用するために新たに格付けを行う場合であるから、新規則の趣旨だけでなく、Xの同意の趣旨に著しく反するものであってはならず、これに反するときは権利の濫用になるとして、本件格付けは権利の濫用に当たり無効であるとした。

村中 2番目のホットイシューとして、最近増えております賃金の減額問題を取り上げたいと思います。

### 判決の提起する問題

この会社では、従前、基本給の賃金テーブルはなかったのですが、資格制度自体はあって、基本給とは別の手当に連動していました。中途採用者が多かったので、基本給は採用のたびに決めていたようです。賃金テーブルがあったとの主張もされていますが、認定されていません。ただ、基本給は年功的な運用がされており、高齢労働者の賃金がかかなり高額になっていたようです。これを本人の能力や仕事に見合った額に変えようとして、新たな賃金体系が導入されました。

問題は、従来の賃金体系から新しい賃金体系へ移行するときに、各人を新賃金テーブルのどこに格付けるかということです。本件では、Yは、減額になる場合もありうることを示して、Xを含む全労働者から個別の同意をとった上で、就業規則を改正しました。そして、Yは、本人の実績や能力を評価して格付けを行ったわけですが、結果的に、Xの場合、給与が11万円あまり、31%程度の減額になってしまいました。

Xは、女性であるがゆえにずっと差別されてきた、すなわち、この格付けの前から既に差別があったし、この格付けも差別であると主張しましたが、判決は認めませんでした。これも大きな論点ですが、今回は触れないでおこうと思います。

もう一つの論点は、新規則に拘束力があるのかということです。判決は、個別に同意があったことを指摘して、新規則は本人の同意に基づき拘束力を生じると言いました。また、Yが新賃金テーブルに格付けする権限についても、それも含めて労働者は個別に同意していると述べています。

就業規則の作成手続については、どうも過半数代表に瑕疵があるようなのですが、個別同意が拘束力の根拠だから、そのような事情は関係がないと言っています。ただ、周知されているので就業規則の法的規範性を有するための手続についても欠けるところはないとも言っており、本件就業規則の法的規範性を否定しているわけではありません。

判決は、拘束力の根拠が同意にあるということから、拘束力が及ぶ範囲は同意の趣旨に著しく反するものであってはならないとして、新たな格付けに当たっての人事考課の方法について説明がされなかった以上、従来の人事考課の方法を著しく逸脱するような降格権限というものはYにはないとしました。XはずっとB評価を受けてきたのですが、それを前提にすると31%も減額になるような人事考課は合意の趣旨をはみ出していると判断しました。

新規則の拘束力を、本人の合意に求めることで、その範囲も、合意から導くという構成で、たしかに使用者が合意をとった場合には、こういうことになるのかな、と思うのですが、ただ、そのときに、判例法理が言う就業規則の効力と本人の同意による拘束力が、どのような関係に立つのか、法理論的には難しい問題があるように思います。たしかに本人の同意を根拠にする限りは、その同意の範囲内でしか不利益変更の権限は生まれえないということになりますが、それと同時に、判例法理の言う効力も生じるのであれば、たとえ合意の枠を超えていても、合理的なものであれば、労働者を拘束することになるのではないかと、そういう問題があるように思います。この点について判決は触れていませんが、可能性としては、合意を根拠にしている以上、いわゆる就業規則法理による効力は問題になる余地はない、と考えているのかもしれませんが、い

れにしましても、理論的には非常に興味深い判決です。

#### 一方的な減額規定の可否

中窪 本件は結局、個別の同意があったものの、その趣旨に照らせば、従来の評価方法を逸脱してむちゃくちやに削減することは許されないという判断ですね。同意の意味内容について合理的な制限解釈をしたわけで、事案に応じた適切な処理だと思いますが、一般論として、使用者が一方的に格付け変更や賃金引き下げをできる合意というのは、そもそも妥当なのだろうかという根本的な疑問があります。

村中 賃金は、まさに労務と交換されるものですから、雇用契約において最も基本的な契約内容です。にもかかわらず、その内容を、契約の相手方が一方的に決めるといわけですから、これには私も根本的な疑問を感じます。中窪さんと同感です。

中窪 本件の場合、今までの給与体系が非常に雑然としてうまくいかなかったので大幅に改革する必要がありますが、1回限りのものとして、格付けの全面的な見直しを行ったということですね。Xについて11万円も下がるような不合理な格付けがなされたのは問題ですが、見直しの必要があったという点は、それはそれで理解できるのです。そうすると、人によってはある程度の不利益が生じることもあるわけで、会社自身もその点を承認していて、調整金というのを払っていますよね。Xについても3年間に192万5,200円が払われることになっています。この事実はどうのように評価されるのでしょうか。判決は月々の給料だけに着目して、調整金は考慮していないように見えるのですが。

村中 そうですね。もちろん請求の中からは、その分は控除しているんですが。

中窪 調整金がある分、不利益性そのものが緩和されることにはなりません。

村中 それはそうですから、一応は、不利益をその部分も含めて考えているのだと思います。期間の限定された経過措置ですし、それでもだめだという判断だろうと思います。

#### 同意と就業規則変更の効力

この事件で気になるのは、やはり、個別同意の問題です。個別同意があれば、あとは就業規則変更法理が問題になることはない、ということでしょうか。

中窪 そうですね。就業規則変更の法理は同意がな

くても労働者を拘束するというものですが、本件では本人の同意があったので、それは言う必要がなかったのではないのでしょうか。もちろん、同意といってもどこまで同意したのかは大きな問題ですが、Xは一応同意書を出して、基本的に新しい制度を適用することについては了承しています。その下での具体的な評価が、同意の趣旨を逸脱するような不合理なものだったということですね。

ただ、気になるのは、判決が、新就業規則の作成にあたって過半数代表の選出が適正でなかったとしても、本人が新規則に同意している以上は問題ないと言っている点です。瑕疵のある手続によって新就業規則が仮に無効になったとしますと、旧規則が存続しているわけですから、新しい不利益な内容で本人が同意したとしても、労基法93条の最低基準の効力によって、その同意の効力が否定される可能性があります。ですから、判決としてはちょっと乱暴な感じがしたのですが。

村中 そうですね。たしかにそういう問題が出てきますね。ただ、判決としては、周知しているということも言っていますので、就業規則変更としても有効であるという前提なのだと思います。

ただ、そうだとすると、やはり、就業規則変更法理による拘束力と、合意による拘束力との関係が今一つよくわかりません。

中窪 就業規則をきちんと変更した場合には、旧就業規則は少なくとも存在がなくなるわけですから、労働者が同意すれば、新しい制度を適用することに何の問題もない。しかし、同意しない人については、これを無理やり適用するための要件として、秋北バス事件判決の合理性という基準がある。私はそのように非常に単純に考えていたのですが。

村中 私も、そういう理解だろうとは思いますが、それは、最高裁の法理を契約説として理解した場合のことで、最高裁の就業規則変更法理が、法規説的なものなのであれば、異なる理解も出てくるように思います。その場合、今回のケースでも、同意があったという事情は無視して、就業規則変更の問題として就業規則変更法理の枠内で判断する可能性もあったのではないかと思うのです。

中窪 この判決では逆で、同意があったらよい。

村中 そうです。この判決は、契約説的な理解をしていて、契約がある以上、就業規則変更法理の出る幕はないという判断です。私自身はそういう理解でよい

と考えていますが、ただ、最高裁の判決からは、法規説的なニュアンスも感じられます。また、法規説的構成にもメリットがないわけではありません。

中窪 この判決も、「反対者を拘束する就業規則の法的規範性」と言ったりして、最高裁に従っている感じもしますね。ただ、この事件で仮に本人が同意しなかったとすると、就業規則の不利益変更の法理が適用されますが、制度変更の合理性が認められた場合でも、新规定の解釈として、本件のような著しく低い評価は許されないという形で、一定の合理的な制約が出てくるのではないのでしょうか。

村中 結果的には一緒だと思います。就業規則変更法理でも賃金減額ができる可能性はありますが、本件のようなドラスティックな減額をする必要があったとはなかなか認めてもらえず、合理性は否定されたと思います。他方、合意という構成の場合、その限界も同意の趣旨を超えない範囲ということになります。ここには、合理性のような価値的評価は本来入らないわけで、例えば、給与が半分ぐらいになる可能性が高いと説明された上で同意した場合、半減措置も同意の範囲内で、この判決によりますと、それでもかまわないということになります。

中窪 たしかに同意の怖いところは、使用者が不利益な部分を明確に示した上で、同意するよう求めてくる可能性があります。そうした場合、嫌だったら同意しなければいいではないかというのは正論ですが、それを言うてはおしまいということもありますね。

村中 これを考えますと、同意書を提出したという事情など無視して、これは就業規則の変更だから就業規則変更法理で、すなわち合理性の存否で処理するというほうが、実は労働者の保護になるかもしれません。

中窪 それはちょっと無理ではないですか。例えば強迫で自由な意思に基づいていなかったとか、詐欺があったとか、そういう形で効力を否定するのは可能だと思いますが、就業規則の問題だから、合理性の判断を行うために同意は無視するというのはどうも……。

村中 おっしゃる通りなのですが、裁判所は、従来、個別労働事件に関しては、あまり契約当事者の合意内容を重視しない態度をとってきたように思います。一つには、労働関係が継続的な関係で、昔の合意内容を持ち出しても、あまり現実的な解決は望めないということもあったのでしょうか、加えて、合意がはっきりしないケースが多いし、はっきりしているケースとい

うのは、使用者が後のことを考えてはっきりさせているケースがほとんどで、それに依拠すると労働者に相当不利になるという事情もあったように思います。中窪さんがおっしゃったように、個別同意の世界というのは、やはり怖いからです。

中窪 日本の裁判所の態度を考えると、個別同意があって、賃金が半分でもオーケーですと言ったとしても、例えば、例外的な状況ではそういう場合もありうるけれども、通常はそこまでは予想していなかったというような形で、やはり制限的な解釈がなされるのではないのでしょうか。そこには多分、本人の意思と言いながらも、ある意味でパターンリスティックな規範的な判断が反映されてくるわけで、そのほうが適切だとも思うのですが。

村中 たしかに、そういう解釈方法が適切であって、労働契約論というのは、そういう解釈方法を理論的に基礎づけることから出発しなければならないと思います。ただ、なぜ労働契約だけがそういうことになるのかということについて、なかなか説得するのが難しい。労働契約の場合には交渉力の非対等性があるから、また、労働者の人格だとか生命身体という重要な利益にかかわるから、そういった理屈を言っても、いろいろと難しいことは確かです。

中窪 自立した労働者が合意したらそれでもう拘束されるという論理も、出てくるかもしれませんね。

村中 そういう問題を避けるためには、就業規則でやっている以上は、就業規則の問題として処理したほうが楽だということになります。

中窪 ただ、就業規則でも、事案に応じて様々な考慮要素がありますが、本当に合理性の判断がきちんとできるのか、いつも疑問に思うのです。

村中 もちろん、それはあります。ただ、合理性判断ということの妙味は、裁判所が正しいというものを用いることができるということです。本人の考えがどうであれ、裁判所は自らが合理的と考えるものを適用できるわけです。しかし、契約となると、当事者の明確な合意がある以上、裁判所がそれ以上立ち入ることは、現在のところ、なかなか難しい。

中窪 就業規則の不利益変更法理の場合、合理性の判断を通じて裁判所が、個別同意を超えたレベルで、いわば統一的に介入してきて合理性の枠内におさめるという機能を果たすというのは、おっしゃる通りだと思います。ただ、私は、契約法的すぎるのかもしれない

せんが、秋北バス事件の判例法理が、なぜ合理的であれば同意がなくても拘束するのかについて理論的根拠を示していない点で、どうしても気になるのです。ですから、同意がなければ仕方がないにしても、同意がある場合はそちらをメインにするのが筋ではないかと思えます。もちろん、その同意の意味内容について、裁判所としてきちんとチェックするのは当然ですが。

村中 そうですね。合意がある以上、それをまったく無視するというのは、それはそれで難しいように思えます。しかし、今後、このようなケースが増えてくるようにも思いますし、しっかりと検討すべき問題だと思います。

中窪 そうですね。

おわりに

中窪 以上、今年も何とか最後までたどり着いたようです。判例研究会などで1~2件の判例を読んで議論することはよくあるのですが、これだけの数を一気にまとめてとなると、もう頭がくらくらして、体力と気力の限界という感じがします。

村中 準備も大変で、本当に夏休みがしんどいですよね(笑)。

中窪 とはいえ、2人の対談というのは、1人で読むのとも、研究会でわいわい議論するのも違い、なかなか濃密な議論ができて楽しかったですね。昔、研究会の先輩に、判例を読むときに結論に飛びついてはだめだと教えられたことがあるのですが、私はどうもそれが苦手で、自分が当事者だったらどうしよう、こうしよう考えるせいか、結論が気になって仕方がありません。だから、自分の考える筋と違う判断がなされているのを見ると、ついつい直情的に批判してしまうのですが、そこを村中さんの冷静な議論でフォローしていただいて感謝しています。

おそらく裁判官の方も、法理論の枠組みと具体的な事件解決の間で苦心をされ、判決の事実欄に書かれていないような事情も考えた上で判決を下しておられることと思います。そういう意味で、ここであれこれ議論していることに対しては、いろいろおっしゃりたいことも出てくるかもしれません。ただ、そこはもう、研究者として、判決を読む限りではこういう問題がありますよという指摘をすることが、より説得力のある論理の形成に役立つのではないかと期待するしかない

気がします。

村中 たしかに、実際には、判決文には現れていないような事情もたくさんあって、心証形成に何らかの影響が出るという可能性も否定できません。また、法的構成や理論の問題も、裁判官は当事者が主張する範囲に基本的に縛られているわけですから、その点を抜きにして評価するのもおかしいわけです。さらに、何と言っても、裁判官は数多くの判決を書いているわけで、一つの判決文を作成するのに使える時間は限られていると思います。判決の言い渡し期日が延びる場合もあるようですが、そういう忙しい状況の中での確かな判断が求められており、これはなかなか自分には務ま

らないいつも思います。思わず、理論的におかしい、とか、なかには、この規定の存在を知らないのかな、と思ったりもするのですが、こういう状況も考えておく必要はありますね。しかし、研究者には研究者の役割がありますので、少しでもそれが果たせたのであれば、よかったのではないかと思います。

中窪 私たちのディアログは予定の3年がめでたく終わり、これでお役御免になります。村中さん、本当にどうもありがとうございました。

村中 こちらこそ、ありがとうございました。

(この対談は2004年8月26,27日に実施された。)