

ディアログ

労働判例この1年の争点

- 内部告発を理由とする人事上の不利益取扱い
- 自己裁量・高額報酬社員と時間外労働の対価



成蹊大学教授
森戸英幸



一橋大学教授
盛 誠吾

目 次

はじめに

■ピックアップ

1. 大学病院臨床研修医の労働者性——関西医科大学研修医事件
2. 災害調査復命書の性質と文書提出義務の有無——金沢労基署長災害調査復命書提出命令事件
3. 入社前研修への不参加等を理由とする内定取消の可否——宣伝会議事件
4. 営業譲渡と採用拒否および不当労働行為と不法行為の成否——東京日新学園事件
5. 業務請負会社従業員のうつ病自殺と安全配慮義務違反——アテスト（ニコン熊谷製作所）事件

■フォローアップ

1. マンション住込み管理員の割増賃金請求と時効消滅——互光建物管理事件
2. 企業年金の「受給者減額」——松下電器産業グループ（年金減額）事件

■ホットイシュー

1. 内部告発を理由とする人事上の不利益取扱い——トナミ運輸事件
2. 自己裁量・高額報酬社員と時間外労働の対価——モルガン・スタンレー・ジャパン（超過勤務手当）事件

おわりに

凡 例

・判例の表記は次の例による。

（例）最二小判（決）平成17・6・3

→ 最高裁判所平成17年6月3日第二小法廷判決（決定）

・判例集・雑誌略語

判時　：判例時報

民集　：最高裁判所民事判例集

労経速：労働経済判例速報

労判　：労働判例

労民集：労働関係民事裁判例集

はじめに

森戸 昨年は盛先生に口火を切っていただいたので、今年は私から話をさせていただきたいと思います。去年と同様の「モリモリコンビ」ですが、今年どちらかが替わっていたらいかにもケンカしたみたいですよね(笑)。ホッとしています。

今年の労働法制の動きをフォローしますと、まず4月から労働審判制度が始まりました。新聞報道によれば、たとえば東京地裁では3カ月で15件決着したとか、それなりにスピード解決になっているので最高裁もまずは順調と評価しているとか、そういうのが出ています。まだうまくいったとか失敗したとかの評価する時期ではないと思いますけれども、とりあえず動きを見守るという感じでしょうか。

盛 今のところそういう新聞報道でしか一般的な状況は知りませんが、知り合いの弁護士の話を聞いても、比較的うまくいっているということのようです。でも、地域的にだいぶ差があるようだし、どちらかというとうまくいきそうな事件を選んで労働審判にかけているというところがあるかもしれません。

森戸 それはあるみたいですね。裁判所も労使双方の弁護士も、最初だからちゃんとやろうと一生懸命やっているようです。特に東京地裁あたりは。逆に青森、秋田、福井など9地裁は7月時点でまだ労働審判が1件もないそうです。まあとにかく労働審判はこれからということでしょう。

それから男女雇用機会均等法の改正が通って、来年度から施行です。限定的ではありますが、いわゆる間接差別の禁止規定ができました。それからもう一つ、注目の労働契約法のほうは中間報告が見送られたりとちょっと先が読めない状況です。このあたりはいかがでしょうか。

盛 均等法の改正は、相当大きな意味を持っていると思います。これまでだと女性であることを理由に差別してはいけないという法律でしたけれども、ようやく男女均等に取り扱わなければいけないということになりました。間接差別禁止の導入も、最初はかなり限定的になりそうですけれども、今後、それが広げられる可能性はあります。

この均等法という法律は、小さく産んで大きく育てるという典型的なものだと思います。ほかの労働関係

の法律も、同じようにいい方向で改正されるといんですが。でも、大きな改正とはいっても、これでやっと均等法も世界的水準になったというところでしょうか。

森戸 労働契約法のほうはいかがでしょう。盛先生は連合での研究会にも参加されていましたが。

盛 見通しは大幅暗くなったという感じです。ちょっと不純な動機が多すぎますよ。本来であれば、労働契約法というのは50年、100年の使用に耐えられるようなきちんとしたものをつくるべきなのに、いろいろな思惑から夾雑物というか、要らないものが入りすぎて、結局ああいふふうに審議が一時中断してしまいました。だから、もう少しあるべき労働契約法制というのはどういうことかということから議論をやり直さないといけないと思いますね。

森戸 では判例の話にいきたいと思います。今年取り上げるのは、平成17年度の裁判例ですが、何か特色はありましたでしょうか。

盛 毎年そうなのですが、今までなかった新しい問題に関する判例が出てきます。今回取り上げるいくつかの判例がそうですが、高給証券マンの残業手当問題しかり、企業年金しかり。それから新しい法律の制定や法改正があって——できてすぐ判例が出るわけじゃありませんが、文書提出命令とか、そういった問題も出ているし、JT乳業事件のような、まさに現代の企業社会の動向を反映したような裁判例も出ている。

テーマとしては新しいものが続々と出てきているという感じがしますが、判例としてこれは重要とか、今後に影響を与えそうなものとなると、どうかかなという気もします。

森戸 そうですね。理論的にすごく大きな展開をもたらすものはないけれど、時代の変化に応じていろいろとバラエティーに富んだ事例が出てきているというところでしょうか。

ピックアップ

1. 大学病院臨床研修医の労働者性

——関西医科大学研修医事件（最二小判平成17・6・3労判893号14頁）

事案の概要

Aは大学Yを卒業後、医師国家試験に合格、Yの開設する病院において臨床医研修を受けていたところ、自宅で急性心筋梗塞により急死した。Aの両親であるXらは、Aは労働基準法、最低賃金法という「労働者」にあたるにもかかわらず、最賃法を下回る賃金しか支払われなかったとして、その差額の支払いを請求した。

森戸 事案のほうですが、AはY大学病院の研修医でした。医師国家試験合格後に始まった臨床研修の2カ月目、耳鼻咽喉科での研修期間中、自宅で急性心筋梗塞で死亡しました。

Aの遺族であるXらは、労基法上、したがって最賃法上もAは労働者であったにもかかわらず、最低賃金をもらっていなかったということで、Aに支給されていた奨学金などの差額を請求しました。

認容額は一審と二審で若干変わりましたが、結論としてはXらが勝訴しました。この研修医のAは労基法上労働者であったと。最高裁もY側の上告を棄却、Aが労基法上かつ最賃法上労働者であったと認めました。

Aの働き方を見ますと、朝7時半から8時半まで採血、点滴。午前中は一般外来の診察補助。午後は専門外来の診察補助または見学。火曜、水曜には手術の見学もあった。夕方、4時半から6時ぐらいは自己研修ということでカルテや文献を読んでいた。夜は6時半ぐらいいから点滴があり、7時以降10時ぐらいいまで、入院患者への処置の補助。時には単独でも処置をした。これに加えて、指導医が当直のときには一緒に副直にも入ったということのようです。

最高裁の判断ですが、まず一般論として、医師国家

試験合格後の臨床研修には教育的側面もあるが、指導医のもとで研修医が医療行為に従事することを予定したものである。したがってこれは不可避免的に病院のための労務の遂行となる。これを指揮監督の下で行った場合には、労基法上、労働者となる。これが一般論ですね。では本件では具体的にどうだったかという点、Aは休診日等を除き、Yが定めた時間及び場所において、指導医の指示に従い、Yが患者に対して提供する医療行為に従事していた。さらにYはAに対して奨学金等として金員を支払い、これにつき給与等に当たるものとして源泉徴収「まで」行っていたと。そうするとAはYの指揮監督の下で労務の提供をしたものと言える。よって、労働者である。

*「労働者」性の判断——旭紙業事件との関連

本件の意義ということで考えますと、最高裁の判決であること自体の意義を別にすれば、さほど大きなものではないのかなというのが正直なところだと思います。これまでに労基法上の労働者概念、労働者の意義について判断した最高裁判決は、横浜南労基署長（旭紙業）事件（最一小判平成8・11・28判時1589号136頁）です。本件はこれに次ぐ2件目ですが、基本的には旭紙業事件の考え方を踏襲しているのではないかと。

その旭紙業事件では、労基法上の労働者の定義について一般的な規範が示されたわけではありませんでした。指揮監督の下で労務を提供するというのが労働者たるための重要な要件であるということは読み取れた判決でした。本件もこれと同じ立場に読めます。

ただ、誰かの指揮監督の下に、その誰かのために労務を遂行するのが労働者である、というやや一般論的なことも言っていますので、そこはより明確になったということとも言えるのかもしれませんが。しかし基本的には前の判例と同じような判断だろうと。

では、その指揮監督下での労働であったかどうかはどのように判断されるのか。本件判旨によれば、時間・場所の拘束、業務遂行に関する指示、これらがあつた

から労働者だ、という結論になっています。このあたりの判断ファクターも、基本的には旭紙業事件と同じです。

旭紙業事件は最終的には労働者性が否定されたのですが、地裁では労働者性が認められていました。形式的には時間・場所の拘束や具体的業務の指示はなかったが、実質的にはそのような拘束や指示があったと評価できる部分があった事例だったんですね。そういう意味では、本件より微妙な事案でした。

これに対し本件は、地裁からずっと結論は変わっていませんし、実際にはもちろん、形式上も明らかに時間・場所の拘束や業務の指示がありました。まあどう見ても労働者だろう、という感じです。

盛 今の旭紙業事件判決との関係ですけれども、私は少し別な感想を持ちました。この事件は、トラック持込み運転手の労働者性が問題になったものですが、最高裁判決は、原審が認定した事実関係をもとにして、最初に、上告人は「自己の危険と計算の下に運送業務に従事していた」と事業者性を肯定するような判断をしたうえで、そのことを否定するような要素があるかどうかということで、指揮監督の有無や時間的・場所的拘束の問題を取り上げていました。しかも、原判決が、本件のように労働者と事業主との中間形態にある場合には当事者の意思を尊重する方向で判断すべきだとの独自の見解に立って労働者性を肯定していたのに対して、最高裁はそのような見解によらずに同じ結論に達したという点でも注目されるものでした。

それまでの下級審判例の多くは、個々の事案における諸般の事情を考慮して、労働者が使用者による指揮監督下にあるかどうかを中心として判断していたと思いますが、この最高裁判決では、そのような総合的な判断というよりも、まず事業者性を問題にして、それを否定する要素があるかどうかということの問題にしたとすると、もしかすると最高裁は新たな判断枠組みを採用したのかなと考えていたのです。

これに対してこの関西医科大学事件判決は、事業者性があるかどうかは問題にしていません。これは当たり前の話で、病院の医療業務に医師の指導のもとに従事している以上、自己の危険と計算の下に業務に従事することは考えられません。ただ、これが文字どおりの研修であつたらどうかという問題はありますが。

もう一つは、そのこととの関連でいうと、やはりこの関西医大事件判決では、旭紙業事件判決以前の判断

枠組み、つまり時間的、場所的拘束などの諸般の事情を考慮して総合的に判断する、という方法を用いているように思います。これが果たして旭紙業判決の判断枠組みを変えたのかどうか、あるいは事案に即して、それにふさわしい判断枠組みを採用しようとしているのかは、今後の判断を見てみないとわからないといったところでしょうか。

森戸 たしかに旭紙業とこの事件とでは事案の性格が大分違いますね。盛先生としては、私の考えとは違って、旭紙業と関西医大は似たような判断ではないと。本件はむしろ旭紙業以前にまた戻ったのではないかと。

盛 ええ、形の上ではそうなっているのかなと。

森戸 私は、判断の基準、要するに時間や場所の拘束など、そのあたりは同じなのかな、と割に簡単に考えたのですが。

盛 考慮する個別的な要素というのはそんなに大きく変わらないと思います。ただ、全体としていろいろな要素を並べて、その総合的評価をするのか、それとも事業者性の有無や程度の推定のようなことをして、それを覆す要素があるかどうかを評価することで、結論に違いが出てくるのかなと。

森戸 なるほど。この事件はいずれにしても事業者かどうかということから判断するような事案ではない。学生もどきの修行中の身か、それとも本格的な労働者か、せいぜいそのあたりの区別ぐらいしかできない。しかし日本の現行法上「修行中」という身分はありませんから、そうすると本件のような判断枠組みになるといえるのでしょうか。

*「研修医」の定義

盛 そうですね。研修医というのは、言葉としてどうかということもあります。というのは、同じ研修という言葉を使っているけども、技能の習得そのものを目的として技能訓練施設のようなところで研修しているような研修生であれば一般には労働者とは言えない。業務を提供して対価を得ているんじゃないで、技能の習得そのものを目的としているわけですから。

これに対して、例えば企業である業務につくために、それに必要な技能を身につけるための訓練や研修ということであれば、これは業務の一環ということで、その場合は労働者と評価されるでしょうが、その違いが非常に微妙だと思うんです。企業における研修だって、外国人のための研修制度もありますが、本来の業務に

つくための研修もあれば、そうでないものもある。それによって労働者かどうかが変わってきて、事故が起こった場合に補償されるかどうかが変わってくるというのは、結果としてどうなのかなという気がします。

しかし医師の研修医制度の場合には、既に医師免許を持っていて、1人で治療行為もできるわけですね。

森戸 一人前の医者ではあるわけですね。

盛 技能をさらに向上させるための研修ということですから、文字どおりの研修というよりも、実地に医療行為をするということに重点があるんでしょうね。

森戸 それはそうですね。研修医といういわば「修業中」の身でも、実際の働き方によっては当然に労働者となりうるということを示した、そういう判決であるということも言えると思います。

盛 そういう点でも、やはり意味があると思いますね。

森戸 研修医に関しては、この事件だけがきっかけではないのですが、その後臨床研修に関するいろいろなルールが整備されたようです。

2. 災害調査復命書の性質と文書提出義務の有無

——金沢労基署長災害調査復命書提出命令事件
(最三小決平成17・10・14 労判903号5頁)

事案の概要

本件は、A 社工場に就業していたKが労災事故に遭って死亡したとして、Kの両親らXが安全配慮義務違反等に基づき損害賠償を求めた事件である。Xらは事故にかかる調査概要、調査報告書作成の有無等につき、金沢労基署に調査委託の申立をしたところ、署長は「災害調査復命書」を作成し、概要を調査委託回答書に記載した旨回答した。Xらは本件労災事故の事実関係を明らかにするため、本件文書提出命令の申立をしたところ、国は本件文書は民事訴訟法第220条第4号口所定の「公務員の職業上の秘密に関する文書」にあたるとして、この提出の義務を否定した。本決定は、本件文書の公開によって「公務の遂行に著しい支障が生ずるおそれがある」と必ずしもいえず、したがって国はこの文書を公開する義務があるとした。なお調査復命書のどの部分が公開対象となるかは差戻審の判断に委ねら

れた。

盛 最近、文書提出命令などに関する労働事件が増えていまして、ちょうど最高裁の判決も出たということで、このテーマを取り上げることにしました。

ご承知のとおり、民事訴訟法の文書提出命令に関する規定が改正されて、その後、労働関係でも賃金台帳についての文書提出命令などが出されていまして。ここで取り上げる金沢労基署長事件は、民訴法第220条に基づく文書提出命令が求められた事件ですが、具体的には労働基準監督署長を相手取って、基準監督官が作成した災害調査復命書の開示が求められたというものです。前提となっている訴訟は労災民事訴訟ですけれども、その立証のためにこの調査復命書の開示を求めたということです。

一番、二審の判断ですが、一番では申立が認容されましたが、二審ではそれが取り消されて却下という結論になりました。最高裁では、さらに高裁の決定が破棄されて、差戻ということになりました。既に最高裁は、改正民訴法の文書提出命令についてはいくつか重要な判断を下していますが、本判決はそのことを前提としたうえで、さらに新しい判断をつけ加えるという形になっています。

まず最初に民訴法第220条第4号の口、公務員の職務上の秘密ということの解釈についてですが、これは先例を引用しています。つまり、公務員が職務上知りえた非公知の事項であって、実質的にもそれを秘密として保護するに値すると認められるものをいうということです。

それから、公務員の職務上の秘密には、公務員の所掌事務に属する秘密だけでなく、公務員が職務を遂行する上で知ることができた私人の秘密であって、それが本案事件において公にされることにより、私人との信頼関係が損なわれ、公務の公正かつ円滑な運営に支障を来すこととなるものも含まれると判断しています。

続いて、民訴法第220条第4号口「その提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがある」ということの意味についてですが、単に文書の性格から「公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずる」抽象的なおそれがあることが認められるだけでは足りず、その文書の記載内容から見て、そのおそれがあることが具体的に認められることが必要であると解すべきであると述べてい

ます。

こういう一般論を述べた上で、調査復命書の内容を2つに分けています。調査復命書というのは、監督官が現場に赴いて、そこで調査したことをまとめて報告した上、再発防止策とか、行政上の措置について触れるというものですが、その内容に従って区別したわけではあります。

復命書のうち、第一に調査担当者が職務上知ることができた本件事業上の安全管理体制、本件労災事故の発生状況、発生原因等の被告会社にとっての私的な情報については開示しない文書には該当しない。第二として災害発生防止策、行政上の措置についての本件調査担当者の意見、署長裁決、意見等については、行政内部の意思形成過程に関する情報として民訴法第220条第4号口の文書に該当すると判断しました。同じ復命書という一通の文書の中で、果たしてそういうふうには截然と区別できるのかどうか。場合によっては、一つの文書の中にそういう事実関係と、そういう行政上の意思形成に関する判断、これが両方含まれているという場合もあり得るとすると、どこをどうやって限定するのか、あるいは開示すべき部分をどのように特定するのかという点で少し問題が残るかなという気がします。差戻審でどのように開示部分を特定するのが注目されます。

それに比べると、同じく昨年出た廿日市労基署長事件（広島地決平成17・7・25労判901号14頁）、これも災害調査復命書が問題になったものですが、こちらは特にそういう区別をせずに申立を認容しました。ただ、この事件では復命書全体の提出が求められたのかどうか、事実の確認ができないところもあり、何とも言えませんが、少なくとも区別はしていません。

ほかに、最近の主な事件を紹介しておきますと、まず、男女間の賃金格差の差別の立証のために賃金台帳あるいは関連する人事情報の開示が命じられた例として、藤沢薬品工業事件（大阪高決平成17・4・12労判894号14頁）があります。X社事件（東京高決平成17・12・28労経速1927号24頁）も同じように賃金台帳の提出が命じられたものです。

それから、賃金台帳以外の会社所有文書が問題になった例としてはアサヒビルマネジメントサービス事件（神戸地尼崎支決平成17・1・5労経速1927号13頁）があります。これは、セクハラ防止義務違反に基づく慰謝料請求がなされた事件において、会社が作成した

事情聴取書、本社への調査報告書などの資料、それから会社の議事録、日報などの提出が求められたものですが、いわゆる自己利用目的文書に当たるということで退けられています。

民訴法の改正以来、労働事件においても、証拠提出命令をめぐってはすでにある程度動きがありました。もともと差別事件とか労災事件もそうですが、なかなか原告側の資料だけでは立証できない問題が多くて、その点で、やはり事件の性質にもよりますけれども、こういう文書提出命令や情報公開が持つ意味は大きいと思います。

いわゆる証拠の偏在というのは労働事件一般について言えることですが、民訴法の改正によって、一定の場合には文書を開示しなければいけないという原則が入れられたということで、恐らく今後ともこういう証拠提出命令をめぐると争いが増えることは確かだと思います。

森戸 先生もご指摘になったように、労災が起きた会社の私的な情報と、行政内部の意思形成過程に関する情報というのを分けて、後者は出さなくていいが、前者は出せ、といったところが注目すべき点ですね。

具体的にこの2つをどう区別するかは下級審で判断しろということでは差戻になったのですが、盛先生がおっしゃったように、そもそもちゃんと区別できるのか疑問は残ります。復命書がどういうものか、いわゆるインカメラ方式で最高裁が実際に見たわけではないですよ。

盛 この時点ではどうでしょうか。実際に判断するとなれば、高裁としては、労基署長に対して行政判断にかかわる部分を抹消した上で開示せよと命ずることになるでしょうが、どこを消せばいいのかは直ちには分かりませんから、恐らくはインカメラ方式で、実際に復命書を見て、その範囲を特定することにならざるを得ないのかなという気がします。

森戸 だから、最高裁はそれなりにおもしろい判断をしたけれど、實際上これがどう機能するかはちょっと不明確でもある。廿日市の事件みたいに全部出せと言うほうが素直なのかもしれません。今の民訴法は、基本的には何でも出せ、例外的には出さなくていいのも認める、という方向に動いてきていますよね。最高裁もそこに配慮して、出せる部分をできるだけ探して出しなさい、ということによってこういう判断になったのかなと思うんですが。

盛 恐らくそうでしょう。

森戸 それからもう一つ気になるのは、最高裁は一応次のような合理的な説明をしています。会社の私的な情報を出したら今後の労基署の仕事に差し支える、という反論に対して、労基署は法律上強制権限を持っているのだから、どのみち今後業務に差し支えることはない。また私人が言ったことをそのまま載せているわけではなく、それを一定の評価に基づいてまとめたものが書いてあるだけだから、やはり問題はない。

そうかなとも思うんですが、しかし労働基準監督官は、労基法とか労働安全衛生法違反の事件については、限定的ながら警察権限を持っています。そうすると、少し大げさですが、この判断で今後の犯罪捜査に支障はないのかなという気がします。警察にも強制権限がありますが、実際は任意捜査でいろいろと証拠を固めていくわけです。監督官も、強制権限があるとしても、現場で今後調査を円滑に進めるのに本当に支障がないと言い切れるのでしょうか。

ただ、最高裁もそこはわかっていて、「支障」はあるが、「著しい支障」はないと言っているのですが。そのぐらい我慢しろということなんでしょう。

盛 そうですね。もう一つ、災害調査復命書というのはどうなのでしょう。労災があって、安衛法違反を立件するための調査ではないんでしょう。

森戸 直接はそうじゃないと思います。

盛 仮に大規模な労災事故があったとして、会社や責任者の責任を追及するために調査に入った。その場合の捜査記録のようなものは、これは犯罪捜査記録としての観点から、また別途判断されるのでしょうかね。

森戸 そこは別なものだということでしょうか。

盛 報告書とか、そういう調査書類の趣旨、目的によっても違ってくるかなという気はします。区別できるのであれば、なるべく広く開示したほうが法の趣旨に沿うことになるだろうということですよ。

3. 入社前研修への不参加等を理由とする内定取消の可否

——宣伝会議事件（東京地判平成17・1・28 労働判890号5頁）

事案の概要

大学院生 X は、指導教授の紹介により、翌年3月31日までに論文審査を終えることを条件に Y 社に新卒採用されることが内定した。内定の際 X は入社前研修等の説明をうけ、これに同意した。しかし実際に研修が始まると X は研究との両立に困難を感じ、指導教授と相談のうえ、入社前研修に参加しなかった。入社直前の研修には参加したものの、その際 Y から研修の遅れを理由に試用期間の延長または採用試験の再受験を求められたため、X は「内定を辞退した事実はないが、4月以降入社しても通常業務に就くことが出来ないため入社しない」という内容証明郵便を送付した。その後 X は内定を違法に取り消されたとして Y に損害賠償を求めた。

森戸 これもなかなかおもしろい、特に、大学の教師として学生を面倒見ている身としては（笑）注目すべき事件です。

工学系博士課程の学生だった X が、平成14年6月に Y 社から翌15年4月入社の内定をもらいました。誓約書も差し入れています。その後10月から2回ほどのペースで入社前研修というのが始まったんですが、結構研修に時間がとられて負担が重い。X は博士論文完成との両立は難しいと判断、もともと就職自体が指導教授の紹介だったこともあり、その教授を通じて12月から研修を免除してもらいました。

入社直前の3月26日から4日間の直前研修というのがありました。X は博士論文の準備のため1日しか参加しないつもりでいたのですが、参加しないと入社できないと言われ、指導教授と相談の上、結局参加しました。その研修の3日目、研修が遅れているという理由で、人事担当から3カ月の試用期間を6カ月に延長するか、あるいは博士号取得後中途採用試験を受け直すか、どちらか選べと告げられます。

その日の夜の電話でそれを拒否したところ、内定を取り消された。ここは取り消したか、取り消さないか自体が争点になっています。

YはXが採用を辞退したと主張したんですが、裁判所は内定取消があったと認定しました。その後5月からは結局その大学の研究所に勤務したようです。その内定取消の違法性を争ってXが訴えたという事件です。結局論点は内定取消の可否ということになります。

判旨は、著名な大日本印刷事件（最二小判昭和54・7・20民集33巻5号582頁）の枠組みに基本的には沿っています。ただ入社前研修、内定期間中の研修がそこに絡む事案というのは恐らくこれまでになかった。実際上はよく行われているので、いろいろ実務上の問題もあったと思うんですが、判決として出てきたのはこれまでありませんでした。その意味で注目すべき事件ですし、また判決もなかなかおもしろい判断をたくさん示しています。

判旨はまず、内定期間中の入社前研修に関する一般論として、効力始期付内定でも就労始期付内定のどちらであっても、使用者は本来入社後に行われるべき研修等によって学業等を阻害してはならない。入社日前の研修等について同意しなかった内定者について、内定取消はもちろん、不利益な取扱いをすることは許されない。つまり、入社前の研修は嫌だと言った内定者に不利益なことはできない、内定取消ももちろんできない。

そして、いったん研修への参加に同意した内定者がいたとして、その者が学業への支障などといった合理的な理由に基づき、入社日前の研修等への参加を取りやめる旨申し出たときは、会社はこれを免除すべき信義則上の義務を負っている、と言いました。

この一般論からすると、本件でも、Xは直前研修を含めて研修への参加に明示あるいは黙示的にいったん確かに同意している。しかしその合意には、Xが本件研修と研究との両立が困難となった場合には研究を優先させ、本件研修への参加をやめることができるという留保がついていたと言える。そして実際に研究に差し支えが出てきたために12月になって指導教授を通じて免除を申し出たわけですから、会社側の認識がどうだったかに関係なく、入社前研修への参加義務はなくなった。

その後結局、直前研修に参加したけれども、これはそもそもその義務はなかったのに、参加しないと中途採用試験をまた受けてもらおうと言われ、そのかわり論文審査終了は採用条件じゃなくなったと言われたので

また参加に同意した。

しかし、こういう会社の圧力のかけ方は公序良俗違反で違法で、Xがこれに同意したことも無効である。したがって直前研修についてもそもそも参加義務はなかった。そうなると、Yが主張する内定取消の理由はどれも結局違法となる。まずそもそも事前研修の参加義務はなかったわけで、その不参加で内定を取り消すということ自体できない。Yはその研修でのXの評価が低いというような理由も挙げたんですけど、それも言えない。結局内定取消は違法ということになりました。

それによる損害は、基本的には1カ月分の賃金ということになりました。5月からは別の職を得ているということで、あとは慰謝料と弁護士費用です。なお12月までは同意して研修に参加していたので、そこについては違法性はないということになりました。

議論のポイントですが、私のゼミの学生なんかに聞いても、内定期間に入社前研修をするようなことは結構あるようですが、本件は研修としては比較的ハードなことをやらせている事例かなという気がします。3月ぐらいになるとほぼ仕事に近いことをさせられるというような例も聞いたことがあります。学生側からすれば、自分が入る会社ですから、参加する義務があるのとらえがちですが、本件はそれは法律的には必ずしもそうではないと言った。実務上の意義は非常に大きいのではないのでしょうか。

つまり判旨によれば、同意なく事前研修への参加を強制することはできないし、同意後も学業への支障など合理的理由があれば参加を取りやめられる。会社側に免除について信義則上の義務があるという言い方をしているところを見ると、特に何か合意がなくても、労働者が「やはり学業に支障があるのでやめる」と言えば、基本的にはやめられるという判断のようです。だとすれば、新卒採用一般にかかわるルールが提示された事件として意義は大きい。

ただ他方で、本件は事実認定がかなり技巧的というか……意思解釈の落としどころでこういう判断に落ち着いたところもあるような気がします。つまり、たとえば高裁に行ったら事実認定自体が変わるかもしれない。内定を本当に取り消したのか、勝手に辞退したんじゃないかとか、そのあたりの認定なども変わらうる可能性はあるのかなという感じのする判決ではあります。

ただ、一般論としては結構注目すべき判断が多かったかなと思うんですが、いかがでしょうか。

盛 たしかにこれは、非常にハードな研修ですね。しかも、これは入社後の業務に直接関連した研修ですから、本来であれば業務のための研修として有償であるべきなのに、恐らく報酬は支払われていないですね。そういう観点からしても、ちょっと会社はやりすぎだとは言えると思います。

*「就労始期付」か「効力始期付」か

採用内定に関しては、理論的にはたしかにいろいろおもしろい問題があって、例えば「就労始期付」と「効力始期付」とはどう違うのか。この判決の中では、一応効力始期付だと言っていますが、就労始期付としたところで、例えば研修について会社がそれを免除すべき信義則上の義務は変わらないとも言っていますから、その点では違いはないと言うことになるのかもしれない。

森戸 本件の内定は効力始期付契約の成立だという前提で話が進んでいますが、実はよく理由がわかりません。

効力始期付と就労始期付の違いは、実は私もかねがね疑問に思っているところです。一般には就業規則の適用があるかないかが違うとされますが、法令でも就業規則でも、結局それは個別の条項ごとに適用の可否を考えるべきですよ。就労始期付だから適用ありとか、効力始期付だから適用なしとかというふうにきれいに分けられるものでもないような気がします。

盛 そうですね。大日本印刷事件の最高裁判決では、就労始期付と言って、近畿電通局事件（最二小判昭和55・5・30 労判 342号 16頁）では効力始期付と言っています。しかしよく見てみると、大日本印刷事件判決のほうはそのこと自体にあまり意味はなくて、たんに就労に始期がついていると言っているにすぎない。

ところが近畿電通局事件判決のほうは、やや意識的かなという気がする。要するに、就業規則の解雇規定に照らして解雇理由がないという主張に対して、そもそも効力始期付なんだから、就業規則の適用はないという言い方をしている。ということは、この判決がえて効力始期付と言ったのは、就業規則の適用を否定するためだという理解ができると思います。だけど、それ以上に、就労始期付と効力始期付というのはどう違うのかとなるとははっきりしません。学説には、たし

か毛塚先生がそうですが、内定期間中の研修に従事する義務について、契約はまだ発効していないんだから、そういう義務はないと主張するために効力始期付というものがあります。その場合には、内定期間中の研修についてはあくまで労使の個別の同意で処理すべきであって、一方的に命令することはできないということになるのでしょうか。しかし、それを効力始期付に結びつけるのは、果たして妥当なかなという気がします。

森戸 それも、多分就労始期付でも説明はできると思います。

盛 そうです。内定期間中はまだ学生なんだから、契約がいつ発効しようが、あるいは個別合意に基づくことが、学生側の義務の範囲というのはおのずと限られてくるし、過度にそれを求めることが許されないのは当然でしょう。逆に、例えばこの判決では、効力始期付と言いながら、内定期間中も一定の範囲で研修を免除すべき信義則上の義務があるとか、あたかも契約の効力が発生しているようなことを言っていますね。だから、発効始期付、効力始期付と言っても、それで言われている効力というのはかなり限定的な意味なんですよ。

森戸 結局、限りなく就労の始期に近いという気はしますよね。そこも一つ重要な議論です。ただ、本件ではそこは区別しなくてもいいのだと思うんですが。

さっき先生がおっしゃったことについては、判旨も、直前研修は労働に該当するから賃金を払うべきだった、と一言短くですが言っています。これも実務上結構大きな意義があるのではないのでしょうか。同意があったって労働にあたるものなら金を払えと。当然のことですけども。先ほどの関西医大事件とも重なってきます。

盛 大学生の場合だとあまり聞きませんが、高校生の場合だと、卒業式が終わるとそのまま就労させることがあるようです。たとえそれが研修名目であっても本来の業務の一環であると認められれば、それは当然、すでに契約が前倒して発効していることになるでしょう。

*内定取消事由

森戸 あとちょっと細かいことなのですが、判旨は、事前研修での評価が非常に悪かったことを内定取消事由にはできない、と言っています。ただ本件では事前研修参加義務自体そもそもなかったんだから、という前提がその前にあります。ではもっと一般的に考えて、

今までは内定というのはあくまで内定、実際に会社の組織に入って働くのは試用期間になってから、というイメージでした。しかし本件のような事前研修が一般化してくると、学生が事前研修に同意した上でそれに参加したが、そこで評価が低かった、ということが起きますよね。それは内定取消事由になりうるのでしょうか。

つまり、従来実際仕事をさせてみたり、同僚との協調性をみたりというのは試用期間に入ってから話でした。しかし事前研修がよく行われるようになると、もしかしたらもっと早くその人の評価がわかってしまう。

盛 そもそもそういう場合に事前研修の結果を評価するというのであれば、それを内定と言えるのでしょうか。すでにそういう能力チェックのための実際の研修が始まったというのであれば、それは内定というよりも試用じゃないですか。

森戸 それから、本件の誓約書には、これこれの過失により社会の風紀、秩序を乱したら内定を取り消すかもしれないとありました。さらに個別の合意で博士論文の審査を終了させることも条件となっていた。つまり「こういう事情があったら解約権を行使できる」という約束はあったと考えられます。しかし裁判所は、解約権留保の趣旨からして、内定取消事由はこれらに限定されない、という言い方をしました。理論的にはこれでいいのでしょうか。

これまでの議論によく出てきたのは、内定取消がなされたときに、一応誓約書にはそれが書いてあるが、それがあったからといって当然に取り消せるわけじゃない。それに加えて、社会的・客観的相当性が必要、というような話でした。しかし本件の判旨は、誓約書に書いてないようなことが起きた場合でも、内定を取り消しうる、と言っているように読めます。就業規則の解雇事由が限定列举か例示列举かという議論と似ていると思うんですが。もちろん誓約書に「その他これに準ずる事由」などと一言あれば大体それで済んでしまうわけですが、本件ではそれはなかったようなんです。

契約内容となっていたかどうかとかいう枠組みで考えていくと、本件で内定が取り消せるのは、博士論文ができなかった場合か、もしくは社会の風紀、秩序を乱した場合だけ。ほかの理由では内定を取り消してはだめ、となりそうです。しかし判旨は、解約権留保の

趣旨からして、そこに書かれた事由以外の事由を理由としても取り消せると言っている。つまり例示列举説のような感じなのかなと。

盛 恐らくそうでしょう。

森戸 ではその解約権留保の趣旨というのはなんなののでしょうか。

盛 あえて留保することの意味を考えると、一般的な解約権で処理できないから特約でやる、または特約でしか解約できないからということですね。三番目にあるとすると、一般の解約権でもできるんだけれども、特に一定の事項については注意的に合意しておくということが考えられます。

二番目の、一般的な解約権が認められないので特約で処理するしかないというのは、あまり考えられないかなという気がしますがけれども。契約が成立した以上は、そういう一般的な解約権があるのは当然のことだと考えれば、ではなぜ、そういう解約権を特別に留保するのか。となると、やはり解約事由を具体的に明らかにするということくらいでしょう。それに限定するという意味まで認めるのはどうかという気がします。この事件だと、博士論文が完成していないから、それだけで取り消せるわけですか。

森戸 判旨によると、博士論文のことは途中で合意内容から抜けたこととなります。このあたりも事実認定によって大分変わりうるころだと思うんです。そこが抜けていなかったとなれば、今度は内定取消が有効になるかもしれません。

盛 この事件は間に教授が入っているでしょう。それに社長と仲がいい。それが事件をかえって複雑にしたようなところがある。

森戸 そうですね。それから判旨によれば、本件で損害賠償請求が認められる根拠は、「違法な内定取消を行わないよう注意すべき義務」の債務不履行です。

盛 そこは、僕もちょっと気になったところです。

森戸 あまり見たことのない表現かなと思うんですけども。

盛 初めての判断ですよ、それは。

森戸 違法な内定取消だから無効、したがって労働契約は存続しているから未払い賃金払え、というのがこれまでの事件でのパターンだったんですが、そもそも本件は無効を求める訴えじゃなかった。

盛 原告は1カ月後に就職しているんですね。だから債務不履行による損害賠償請求をしたわけでしょう。

認定された経済的損害は19万円。

森戸 ええ、1カ月分ということですよ。

盛 いかにも19万じゃ、ちょっと低すぎるとは思うけれども、結局、慰謝料として50万認めていますね。そういう慰謝料を導き出すためには、通常は不法行為としての注意義務違反でいくでしょう。判決は債務不履行でいっていますね。

森戸 債務不履行にした結果、遅延損害金の起算点がずれています。訴え提起時まで。だから労働者はちょっと損している。たとえ1カ月後に就職したとしても、その1カ月分の賃金については、少なくとも1カ月は契約が存続していたはずだということで内定取消無効という訴えもできたと思うんです。そのほうが遅延損害金も多く取れた。でもXにそういう気は最初からなかったみたいですよ。

盛 もう就職する気持ちはないから、そもそも契約の無効を主張するという気にならなかったということかな。だけど、就職するまでその気持ちはなくて、たまたま見つかったから就職したというふうに言えば、それで済むことなので。

森戸 気持ちと訴えの立て方は別かとも思いましたが。

盛 でも、ちょっとこれは気になります。不当な内定取消を行わないようにする注意義務があって、これが債務不履行で、しかもそれに基づいて精神的苦痛を受けたから慰謝料というのは。債務不履行は通常は慰謝料まではいかないでしょう。よっぽど重要な故意過失があるとかいう場合でない限りは。

人によってはこういう事件があるからこそ、金銭解決を入れるべきだという主張になるかもしれませんが。金銭解決であれば、半年ぐらいの賃金相当額がもらえたんじゃないかということ。しかし、この判決のような処理ができるとすると、わざわざ金銭解決制度を入れる必要はないということにもなりますね。

森戸 あともう一点細かいことなんですけれども、判旨は会社側の違法性を示すものとして、論文審査終了というXの自立的な決定事項に会社がしばしば干渉した、それはよくない、というような判断をしています。慰謝料算定にもそれが影響しています。これはちょっと気になりました。論文がいつ終わるかは学生が決めることだから、それを一々言うのはおかしいというようなトーンなんですけど、でも会社としては論文完成に関心を持つのは当然で、そのことについて言

うことが悪いとは思えないんですよ。自立的決定事項への干渉、とことさら悪いことみたいに言っているのは、ちょっと言い過ぎかなと。そこは何か背景があるんでしょうか。

あともう一点ですが、会社としては入社前にいろいろやらせておきたいという希望は一定の範囲であるわけです。そうすると、この判決を前提とするなら、実務ではどうしたらいいのか。あくまで、同意ベースで研修をやらせるというのが基本のようですよ。例えば会社に入る前に何かの資格を取っておくように言われたとしても、取る義務は特段ないというふうに考えていいんでしょうか。

盛 そもそも内定の期間が長すぎるからそういう問題が生ずるわけですね。内々定から入れたら、10カ月とか1年以上ある場合もありますし。

森戸 最近では3年生の終わりには決まったりしていますからね。

盛 だから、その間に会社としても何かさせたい。会社のほうは、大学というのは何も教えないところだと考えているから、むしろこっちのほうで入社後役に立つことを教えてやろうと気にもなるかもしれないですね。でもその場合でも、やはり内定期間中はあくまで学生が本分で、学業と両立しないような研修というのはそもそも認められないということは、内定の法律構成いかにかわらさず言えると思います。

森戸 そういう実務の流れに、少し警鐘を鳴らすような判決ではあったかなと。

盛 ただ、学生としても4年生になってもアルバイトをしている。そういうアルバイトに回す時間があるんだったら、有償で研修をさせるほうがむしろ有意義かなと。

森戸 考えようによったら、この会社も非常に一生懸命研修をやってくれていたわけで、喜んだ学生も多いかもしれないですよ。

4. 営業譲渡と採用拒否および不当労働行為と不法行為の成否

——東京日新学園事件（東京高判平成17・7・13 労判899号19頁）

事案の概要

学校法人Aは経営破綻により、Y（本件原告）にその専門学校の経営を引き継がせることとし、

全教員を解雇した。Yは旧法人教職員で採用を希望した者183名中141名を採用したが、X(本件被告)ほか29名を採用しなかったため、Xらの加入する組合はこの不採用を不当労働行為として団体交渉を求めた。Yがこれに応じなかったため、Xらが地労委に救済申立をしたところ、YはXとの間に雇用関係が存在しないことの確認を求めて本件訴訟を提起した。Xらは反訴として雇用関係存在確認、採用された場合の給与・賞与の支払、不当労働行為による不法行為に基づく損害賠償請求を行った。本判決では、新旧法人間には「雇用関係を承継する」旨の合意がなかったことの推定を根拠として、雇用契約関係の成立を否定、また不当労働行為の成立も否定した。

盛 この事件は、簡単に言いますと、経営が破綻した学校法人(旧法人)が設置運営していた専門学校の経営を新しく設立した学校法人(新法人)が引き継いだ際に、旧法人に専任教員として雇用されていた被告を含む組合員を原告である新法人が雇用しなかったため、原告が雇用関係不存在確認を請求し、被告が反訴として雇用関係存在確認などを請求したというものです。

事実認定によると、当初、破綻した学校法人を別の法人が引き継ぐことになっていたのですが、その後、組合が顕在化したことをきっかけに、引き受けを予定していた法人が、どうやらそれを嫌がって、法人の引き受けから手を引くということになったようです。そこで新しく法人を設立して、そこが経営を引き継ぐことになったんですが、その際に組合に関与していた被告らがそのことを理由に排除されたのではないかということが問題になったわけです。

一審判決は、旧法人と新法人の法的関係は営業譲渡に類似していると認めた上、新法人による採用は真正の新規採用行為ではなく、むしろ旧法人の雇用関係を承継したものであるとして、この場合、採用の拒否は整理解雇法理に照らして判断すべきだとしました。結論としては、解雇は客観的、合理的理由に欠け、しかもいま言ったようないきさつから不当労働行為に当たるから無効だとしました。

それに対して二審判決は、一つには新旧法人の実質的な同一性を否定しました。

二番目に、法人格否認の法理の適用についてですが、

旧法人の解散が組合壊滅のためなど法人格の濫用に当たるものとは認められませんでした。

三番目として、営業譲渡に伴う当然承継の主張についても退けました。一審判決と同様、営業譲渡に類似するということは認めましたが、新旧法人の間に雇用関係は承継しないという合意があったということから、承継を否定したわけです。

それから四番目に営業譲渡に際して全員を採用する旨の合意があったという被告の主張も退けました。

それから五番目に、整理解雇の4要件の主張についても、これをすべて退けています。

最後に六番目として、労働者による採用差別の主張については、最高裁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)と、国鉄JRの採用差別事件判決(最一小判平成15・12・22民集57巻11号2335頁)を引用する形で、その主張についても退けています。

同じ事案なのに、一、二審でどうしてこんなに大きく結論が違ってしまったのかと考えると、新旧法人の関係についての考え方は同じで、営業譲渡に類似していると判断しています。ところが二審のほうは、例えば法人格否認の法理の適用について見ますと、その要件をかなり厳格にとらえています。組合壊滅というような目的がなければ、法人格の濫用の法理は適用できないというわけです。

それから、どちらかという二審判決のほうが形式にこだわっているように思います。要するに、いったん経営が破綻した法人を別法人が引き継いだという場合、実質的な同一性というものを比較的軽視して、その上で解雇と新規採用という形式を重視するという傾向がうかがわれます。特に、新規採用であるとして採用の自由を強調し、なおかつJR北海道事件を引用して、労働組合法第7条の規定は採用には適用されないという前提で判断しているということもあるのでしょう。

いずれにしても気になったのは、この実質的同一性とか、それから法人格否認法理、あるいは不当労働行為の採用拒否についての要件、あるいはそもそもそういった法理の意義についての理解が狭すぎないかということです。たしかに、JR北海道事件の最高裁判決は、特段の事情のない限り採用拒否は労働組法第7条の不利益な取扱いには当たらないと言っていました。しかし、これはあくまでも国鉄、JRの特殊な事情を前

提としたものとして理解すべきで、同じことを一般の民間企業の場合に適用することは慎重に考えるべきだと思っていたのですが、まさに心配していたことが現実になったような気分です。

それともう一つ、このような判決が一般化されると、これは整理解雇法理の存在意義にとっても重要な影響を持ってくるのではないのでしょうか。企業の経営が破綻した場合に、新しく別企業をつくって、そちらに営業を移した上、解雇と新規採用という方法をとる限り、解雇の効力が容易に認められることになるし、不当労働行為の主張がそこで遮断されてしまうおそれもあるようにも思います。

いずれにしても、この東京日新学園事件判決は、今後問題を残しそうな判断をしたという感想です。

***「有機的の一体」? — 不当労働行為意思と営業譲渡**

森戸 結局、不当労働行為意思があったかどうかということ。それから営業譲渡と呼ばれるものの性格、両法人の一体性。これが重要な2つのポイントなんだと思うんですが、そこが地裁と高裁で全然逆の判断になっている。

何が結論を分けたのか。不当労働行為のほうでは、高裁でも労働者側勝訴の可能性がありました。全員引き継がないことにしたのは、組合を嫌っていたからだ、ということが立証できればよかった。しかし組合公理化前から全員雇用しない方針は決まっていたということで、全く認められなかった。地裁でも同じような事実認定のようなのですが、そっちでは不当労働行為意思が推定されている。

個人的には地裁の決め手がよくわからない。同じような事実で、なぜ解釈が逆なのでしょう。

盛 判決文を読む限りでは、あまりよくわからない。裁判官の考え方の違いということもあるのかもしれない。

森戸 だとすると、高裁みたいに疑わしきを罰することに慎重になったとしてもしょうがないのではないのでしょうか。営業譲渡のほうも、地裁では有機的に一体として行われたというような前提で、学校が学期途中なのにこういう採用の仕方はおかしいとか、新法人は実際何もしていないで、現に授業は継続していたじゃないかとか、そういうあたりから結論を出しているんですが、これもちょっと飛躍しすぎかなと。学校だからというのに引く張られすぎている気がします。

結果的に同じように学校が続いているじゃないかというのは、そうやって続けられるようにするために、短期間で慌ただしく面接をしたんだということも言えるわけです。そこを地裁は法人側に不利に認定し、高裁はそれをひっくり返した。これも結局、不当労働行為と一緒に、同じ事実でも「有機的に一体」とみればたしかに学校は続いている。しかしいったん破綻しているとさえ破綻している。どう見たらいいのかな、正直わからないんです。

*** 整理解雇法理との関係**

盛 確かに、組合が公理化する前に、すでに人員を減らすということは決まっていた。それから、組合員の中には採用された人もいたようです。そういう場合に、組合員であることを理由とする不利益取扱いとか、支配介入だということを主張するのはかなり難しいと思いますね。要するに、よほど組合に対して敵対的な行為を繰り返してしていたとか、団交を一切拒否していたとか、そういう事情でもない限りは、不当労働行為を認定するのは難しいと思います。この事件で一番問題なのは、たしかに経営が破綻して人数を減らした上で新法人を立ち上げる必要があったということはいえとしても、手続や採用の基準としてどうかということです。採用のための面接がなされたわけですが、その場合の判断基準というのは、将来学校のために役に立つかどうかといったきわめて抽象的で主観的なものです。そのような基準では、どんな恣意的なものでも入り込む余地がある。そういう意味では、もう少し整理解雇法理との関係できちんとした判断をすべきではなかったのかと思います。いかに緊急性があるとはいえ、緊急性があるからこそ客観的な基準を使って、妥当な人選をすべきだったのではないのでしょうか。

森戸 そこは、恣意的であることが具体的にどういう意味で違法になってくるのか。

盛 この事件でほとんど唯一の基準である学校にとって役に立つかどうかというのは、全く主観的な基準でしょう。いうなれば、使用者にとって気に入った者を残して、気に入らない者は排除するという基準でしかないわけです。

森戸 気に入らない者イコール組合員というのであれば別ですけど。

盛 それならば不当労働行為であることは明らかでしょうけれども、そうでないとしても整理解雇法理と

の関係が問題です。高裁判決だって、営業譲渡に近いとは言っているわけですね。ただ、その場合に、たしかに全員を引き継ぐという合意はなかったけれど、一定の範囲で引き継ぐという合意は逆にあったわけです。そういう意味で、引き継ぐ場合の人選については、やはり整理解雇法理に準ずるような客観的に妥当な基準が求められるというとは言えるのではないかと思います。少なくとも純然たる新規採用ではないわけですから。

森戸 そうすると、整理解雇法理の類推適用、類推じゃないのかもしれませんが、とにかくそのようなルールで、営業譲渡的なこういうケースでも人選が合理的かどうかなどの点について法的にチェックする。そういう法理があってもいいのではないかということですね。地裁の判断では、整理解雇法理に照らしてみても、人選が合理的じゃない場合は新しい法人に引き継ぎ、となるわけですが、それは法的にはどういう構成になるんでしょう。

盛 実質的な営業譲渡先との間に一定数の従業員については引き継ぐという一般的な合意があったわけだから、合理的な基準に該当する者については引き継ぐという包括的な合意に基づいて承継されることになるのかなと思います。

森戸 そこはやっぱり地裁が言うように、営業譲渡がかなり有機的、一体になされたというような合意があるということが、前提なんじゃないですか。

盛 有機的な一体ということであれば、当然承継という合意になるでしょう。そうではなくて、この場合は一定の範囲で引き継ぐという合意はあったわけですよ。

森戸 じゃ、その一定の範囲というのは、合理的な基準で選んで引き継ぐという合意があったと。

盛 そうですね。一審判決では、恣意的な基準で選んだ者を引き継ぐというのは公序良俗違反だと判断したわけです。そうではなくて、合理的な基準で一定の必要な人員を採用するという合意があったとすれば、合理的でない基準により採用されなかった場合には、その前提となった合意に基づいて採用されたものとみなすことができるのではないかということです。その理由づけについては、さらに検討の余地がありますが。

森戸 そう考えれば必ずしも有機的の一体といえるような営業譲渡じゃなくてもよいと。ただ、その合理的な範囲で引き継ぐという合意はどのように認定するの

でしょうか。

盛 実際問題としてこういう各種学校のようなところでは、年度途中で営業譲渡などがあつた場合には、なるべく生徒に実質的な影響が出ないようにというふうな形で引き継ぐことになると思います。だとすると、従業員の引継ぎについても、そういう影響が出ない範囲という視点からすれば自ずと合理的な基準というのが考えられるかも知れない。

*JR 北海道事件判決の影響

森戸 先ほどおっしゃった、JR 北海道の最高裁判決がひとり歩きしているんじゃないかという懸念が現実化したという点ですが、具体的にはあの事件がいうところの、「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して、不当労働行為の成立を肯定することができる場合などの特段の事情」の解釈ですよ。この事件では最後のほうでこのような特段の事情はない、と判断されています。しかし先生としては、これはこの事件ならあつたと言えるのではないかということですか？

盛 いや、そういう意味ではなくて、一つには、国鉄と JR、法人格が違うのは当然なんですけれども、それを一般の民間企業にそのまま当てはめていいのかということです。国鉄の分割民営化については、国鉄改革法という法律があつて、その中で明確にそういう2つのものを別に扱うということが取り決められました。それ自体、国家的不当労働行為といわれるような問題はあるんですけど、そのことと、一般的に民間企業が破綻して、その営業を引き継ぐ新しい法人ができたという場合とは、やはり違うだろうということです。

民間の場合には、いくら法人格は別だとはいっても、法律に基づいて法人格が変わったわけではなくて、まさに会社の存続についての意思決定をしている人たちがそういうような構成をとつたというにすぎないわけです。そのような場合には、やはりそういう形式よりも、それに至る実質的な要素、例えば不当労働行為、組合に対する嫌悪とか、そういったことを重視しないといけないだろうと思います。

それから、採用は労組法第7条の不利益取扱いには採用拒否は含まれないということについては、これは独断的な判断だと思います。例えば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）

は、詳細にそのことを論じた上、不利益取扱いには採用拒否も含まれると判断しています。

労組法第7条第1号の不利益取扱いに採用拒否は含まれないということは、最初、JR北海道事件についての東京地裁民事第19部の判決が言い出して、さらに東京高裁もそのように断言しました。最高裁は、原則として採用拒否は不利益取扱いには当たらないけれども、特段の事情があれば別だとして逃げ道をつくったわけですが、それはおそらく青山会事件のような場合のことを想定したためだと思います。しかし、国鉄・JRの特殊事案を前提とした一般論をそれ以外の民間企業の組織変動の場合にも当てはめることは大いに疑問です。

森戸 そうすると、JR北海道事件自体が大きな一般論を示し過ぎているという、そのこと自体に対する批判でしょうか。

盛 どちらかという、そうですね。国鉄・JRという特殊事案に関する判断を前提に、一般の労使関係に関する事案を処理してよいのかという疑問があります。

森戸 ただ一応下級審としては、「特段の事情」に当てはめて判断すればいいのかなと思うんですけども。

盛 特段の事情というのは、さっきも言ったとおり、青山会事件のような場合を想定しているのでしょうか。しかし、青山会事件で雇用関係の承継が肯定されて、JR北海道事件でそれが否定されたことの合理的な理由を説明することは難しいのではないかと思います。

森戸 「特段の事情」と言っちゃってますからね。

それと少し関係しますが、判旨は、雇用契約関係を引き継がない合意をすることが自由であるとしても、その合意が、労働組合を壊滅させる目的とか、それを嫌悪して排除する目的でなされた場合は、公序に反して無効だと言っています。

しかし判旨は最後の部分で、先ほど指摘したように、採用差別は原則不当労働行為にならないと言っています。この両者の関係はどういうことなのでしょう。労働組合壊滅の目的などが「特段の事情」だという理解なのか。それともそもそもこれは採用差別の問題じゃないということなのでしょう。

盛 採用拒否は原則として不利益取扱いには当たらないといっている以上、例えば採用拒否について不当労働行為意思があったとしても、それだけでは特段の

事情とはならないでしょう。採用ではなく、実質的に解雇と評価されるような場合を特段の事情と考えているのではないのでしょうか。あくまでも推測ですが。

森戸 裁判所の意図はそういうことだろうなというのは何となくわかるんですが……ただ、A社とB社が何か合意をしているわけです。その合意に組合活動嫌悪とか排除の目的がある場合には、というんですけど、合意ですから双方の意思の合致ですよね。これはどちらかにそういう意思があればという意味なのか。元の会社の方の意図を指しているのか。その場合は結局両者が一体となっているという前提での話なのでしょうか。

盛 このへんもよくわからないところですね。

森戸 たとえ形式的にせよ新しい会社に人が採用される手続なのですから、採用差別の問題と重なってくるのではないかなと思ったんですが。なのに採用差別とは基本的に関係ないですよ、で矛盾はしないのでしょうか。

盛 本件もまたJR北海道事件の場合と同じで、面接して採用を決定したのは旧法人の管理職なんです。面接した結果として新法人が採用する人が決定されているわけで、一体、どこに不当労働行為意思があって、だれの意味であるべきなのかがはっきりしません。

森戸 わかりませんよね。判旨は、壊滅する目的とか排除する目的とか言っているけれども、具体的には誰がそういう目的を持っているという意味で言っているのか。

盛 これは不当労働行為意思一般について言えることなんですが、組合を壊滅させる目的とか、組合を嫌悪してする意図とか、そういうことを言ったら、これはまず立証は不可能です。しかも、この事件のように経営が破綻したことに伴って、新法人の設立に合わせて、日ごろよく思っていない組合員も一緒に排除しようとしたら、なおさらです。

森戸 それが恐らく、一番実態を表しているんでしょう。

盛 だから、そういう法人格の変動を全体として問題としないことには、およそ不当労働行為は成立しないことになってしまいます。

森戸 たしかにそうです。そこは動機の競合みたいな話でしょうけれど、でも経営が苦しくなったことが最初にあったことは確かですよ。

盛 それから、本件の場合、旧法人の営業を新規に

引き受けてもらうことが破綻して、新法人をつくって営業を承継することになりました。そういう事情があった以上、多分、学校関係者だったら、その原因が組合の公然化にあるということはみんな知っていたはずですから、組合員に対する面接での評価の査定を低くしたということはあることだし、面接者の評価がそのまま不採用の結論に直結したのかどうか、新法人の経営担当者の意向がそのことに影響を及ぼしたのかどうかも問題です。でも、そこまで具体的に立証することは難しいでしょうね。会社内部の事情だから。

森戸 通常の不当労働行為事件でも、動機の競合の問題は常にありますよね。成績も悪いけど、組合活動も理由であったとか。そういう場合は「決定的動機」のような基準でやっているんでしょうか、実務では。

盛 実務ではそうしているようですね。

森戸 本件のような事件だとその基準は変わってくるんでしょうか。

盛 基準自体が変わるのかどうか。もし基準自体を緩やかにするという趣旨だとすると、僕はこの高裁の判断には反対しますね。

この事件で一番重要なのは、組合が公然化したことがきっかけとなって身売り話がたん頓挫した。そこで、やむなく新法人をつくって、そちらに営業を移すことになった。労使関係は、あまりうまくいっていない。そのような事情の下で、組合員を新法人に引き継がなかったことが不当労働行為かどうかであって、それは一連の事実の推移から評価するしかない。

森戸 一連の流れからはたしかにそういうのが見えるんですが、具体的事実に落として判断すると、そこから認定するのはなかなか難しいなという気がします。ただ不当労働行為意思の認定が、営業譲渡だからことさらに厳しくなっているとすれば、たしかにそれはおかしい。高裁がそういう意図であるのだとすれば、先生としてはちょっと疑問があるということですよ。

盛 経営破綻して、実質的にその営業を新しく設立された法人が引き継いだ場合に、雇用関係については解雇と新規採用という形式をとることによって、不当労働行為の成立が免責される結果となることを心配しているわけです。取り越し苦労かもしれないけれど。

森戸 あるかもしれませんね。そういう場合は、理論的には不当労働行為意思の推定というような立証のルールのあり方を少し考えるという話になるのでしょうか。

盛 この点については、裁判所と労働委員会とではちょっと考え方が違うかもしれません。

労働委員会はあくまでも実質的な同一性ということでいくでしょう。不当労働行為の認定についても、組合に対する壊滅目的とか、それを嫌悪して排除するとか、そこまでは求めないと思います。反組合的な言動みたいなことを前提にして不当労働行為意思の存在を推定するということになるでしょうね。

森戸 そうすると民事訴訟のレベルだと、突き詰めると結局 JR 北海道の最高裁判決がおかしいんじゃないかということにいつっちゃうのかな。

盛 やはり JR 北海道事件判決は、あれは事例判断というか、あくまで特殊な事件を前提にした判断だと理解してもらいたいですね。

森戸 でも現実には判例として重みを持ってきていますよね。

5. 業務請負会社従業員のうつ病自殺と安全配慮義務違反

——アテスト（ニコン熊谷製作所）事件（東京地判平成17・3・31 判例894号21頁）

事案の概要

A は Y1 の従業員であり、Y1 がその業務を請け負う Y2 で働いていたが、自殺により死亡した。A の母親 X は、この自殺の原因が、Y2 における過重労働の肉体的・精神的負担からうつ病に罹患したことであり、Y1 Y2 の双方に対し安全配慮義務違反ないし不法行為に基づく損害賠償請求を行った。裁判所は自殺の業務起因性を認定し、X を勝訴させた。

森戸 Y1 社の従業員訴外 A が自殺してしまったのですが、A が実際に働いていたのは別な会社、Y2 社の事業所でした。3組2交替制、昼夜勤です。A の遺族である X が、Y1、Y2 の安全配慮義務違反または不法行為に基づく損害賠償を請求しました。

判旨は、まず時間外労働が月100時間に及ぶなど仕事量が過度であったと認定します。勤務・拘束時間も長時間化していた。交替制なのに時間外労働もあった。クリーンルームの勤務で身体的、精神的負担が大きかった。リストラへの不安もあった。これらの事情から、A の業務には精神障害を発病させるおそれのある強

い心理的負担があったとします。そのためにAはうつ病に罹患していた。

自殺の原因も、その重要な部分は業務の過重性に基づくうつ病であり、業務起因性が肯定できるとします。ただ、ほかの原因も寄与しているが、という留保もつけています。

そして会社の責任について判断します。まずY2、実際に働いていた職場のほうですけれども、AはY2の労務管理のもとで働いていたので、Y2はAの健康状態に配慮する義務があった。そしてY2は、Aの業務の過重性や心理的負担について認識をしており、カウンセリングをしたり、休養させたりすることはできたのにしなかった。定期健康診断以外の身体的、精神的負荷軽減措置をしなかった。よって安全配慮義務違反があった。そして不法行為責任も負う。外部からの就労者に対する健康管理を全うしていたとは言えないとされました。

次にY1についても、週1回程度面談をしていたんだから、やはりAの業務の過重性とか心理的負担について認識していたはずなのに、必要な措置をとらなかつた。その意味でやはり安全配慮義務違反がある。ということで、Y1、Y2は連帯して損害賠償責任を負うと判断されました。

損害額は逸失利益で約4400万、慰謝料2000万、葬儀費用などもありまして合計6400万ということになりましたが、これを素因減額で3割減額しています。自殺に至る経緯で、ほかにも精神的負担の原因が少しはあった。それからうつ病罹患から自殺までが2カ月と短期間であり、結果回避可能性は少なかった。これらが素因減額の理由です。ただ、Aの性格は通常想定される範囲を外れるほどのものではなかつた、ということで、その性格を理由とする素因減額はできないとしています。電通事件（最二小判平成12・3・24民集54巻3号1155頁）の判例の枠組みですね。

Aが自ら症状を訴えたり、外部の医療機関で治療を受けたりすることは可能だったのにしなかつたんじゃないかという点は、過失相殺事由として取り上げるほどではないというふうに退けられました。以上が事案の概要です。

いわゆる過労自殺のケースで、会社側の安全配慮義務違反を認めた事例ですから、同様の裁判例は電通事件をはじめこれまでもいくつかあります。ただやはり特徴的なのは、昼夜勤の交替制の職場であったこと。

それから、業務請負の形態で働く、企業外の労働者であったこと。実質は違法派遣と言っていると思います。その2点で、これまではなかつた、注目できる事件といえるのではないかと思います。

判旨の事実認定を読む限り、やはり企業外の労働者だったからこそ起きた悲劇という面が否定できないように思えます。

労働者を送り出しているY1は、「うちじゃなくてY2で働いているんだから」と考え、受け入れている方のY2は逆に「これはY1の労働者なんだから」という感じになっていたのではないかなど。結局このはざままで、Aさんの健康管理がおろそかになってしまった。それが浮かび上がってくるような判決です。

判旨も、Y1とY2の間の連携はさほど期待できない状態であったと明確に言っています。ですのでそれは裁判所も指摘するところであったと言っているんじゃないでしょうか。

違法とはいえ、労働者派遣のような形で働いているとすると、派遣先も派遣元も、その性格は違うでしょうが、それぞれ安全配慮義務を負うということは言えるんだと思います。

恐らく、派遣先はより現場での作業に即した配慮義務で、派遣元はもうちょっと一般的な健康管理義務なのでしょう。この事件は双方の連携の悪さが出てしまったような感じですが、逆に、本当は派遣先と派遣元の双方が連携しながら労働者の健康管理にうまくかわれば、効果的な健康チェックができるんじゃないでしょうか。2つの違った観点から、2つの違った会社が健康に関して多角的に見てくれれば、つまり派遣先と派遣元が健康管理の責任を押しつけ合うんじゃないかと、その逆にうまく連携して労働者の健康管理をしていこう、という体制ができるのが望ましい。また法的にもそういう枠組みを用意できれば一番いいのですが。

*安全配慮義務は誰が負うのか

盛 この職場では派遣と業務請負が混在していて、明確に区別できなかったというんですね。でも、実質的には派遣ととらえていいでしょう。結局、業務請負か派遣かというのは、法律違反の責任がどうなるかというこの違いであって、安全配慮義務について、そのことから直ちにその内容に違いが出てくるのではないだろうと思います。いずれにしても、外部の労働者についても、直接使用している事業主が責任を負うと

いうことは以前から認められてきたことで、たまたまこういう実質派遣のような形態であっても変わらないということなのでしょう。

同時にこれは、いわゆる派遣元についても同じように責任を認めたということで、そこがちょっと違うかなという気がします。

森戸 この場合は実質指揮監督をしていますので、両方の会社がともに安全配慮義務違反があったということでいいと思います。ただ、違法とか偽装ではなくて、ちゃんと法的ルールを守った業務請負の形をとっている場合はどうでしょう。つまり、自分の会社ではかの会社の労働者を仕事させているが、指揮監督は本当に全然していない。例えば会社を掃除に来る清掃会社の労働者。こちらは全然指揮監督しない、ただ掃除だけして帰っていく。そういう場合こちらは一切安全配慮義務を負わない、と言えるのか。その判断基準はあるのでしょうか。

盛 そういう純粋な請負の場合は、第一義的には直接の雇い主である事業者が責任を負うことになるでしょう。例外的に具体的な指揮監督、指揮命令が注文者や元請から及んでいれば、その限りで使用者責任を負うということでしょう。問題は派遣ですね。派遣の場合は、派遣先が指揮命令することが前提となっているわけで、まさに使用者としての責任を負うことは当然だということになるでしょう。

森戸 派遣の場合はそうだと思うんですけども、純粋に請負で指揮監督していないとすれば、安全配慮義務は負わなくていいのでしょうか。もちろん場合によるんですけど。

盛 例えば、機械に欠陥があるとか、施設に問題があるということであれば責任が問われるでしょうけれども、実際に指揮命令をしていないのに、それに基づく責任というのは負いようがないのではないですか。道義的責任は別ですが。

森戸 結局、安全配慮義務というのが、指揮監督関係があるから生じる責任なのかどうか、ということなのでしょうけど。

盛 それともう一つ考えられるのは、請負業者に対する指示があります。業者に対する指示の点で不完全な面があった。その結果、それが原因で事故が生じたということはあるでしょう。

森戸 自分が直接雇っていない労働者に対しても、指揮監督的なものが強ければ強いほど安全配慮義務を

負わされる部分が大きくなり、指揮監督の度合いが薄ければそれだけ責任も軽減する。そういう単純な図式でいいのかどうか、という疑問なんです。

盛 つまり形式のいかんはともかく、労働の成果は注文主が手に入れているにもかかわらず、実際に自分のところで起こった事故について、全く責任を負わなくていいのかということですか。

森戸 誰が最終的に利益を得ているかということに持ってくることもできるし、もちろんあとは、その職場で働いているということで、さっきおっしゃったように、工作物などからくる責任というものも持ててくれますね。

盛 あるいはさらに進んで、そういう外部の労働者を利用する使用者は、少なくともそこで使用されている労働者については、自己の雇っている労働者と同等程度の職場環境、労働環境を提供する義務があるというようなことは考えられますね。

森戸 裁判になれば、何かそういう理屈を立てなければいけないこともありうると思います。

盛 そうでしょうね。

森戸 基本的にはこの判決にそんなに文句はないんですが、ただ判旨が、この亡くなったAがリストラのおそれにおびえていた、というのを重要な事情として挙げているのが気になりました。

盛 そこは僕もよくわからないところです。

森戸 偽装請負的な働き方ですから、たしかにそれはリアルな不安だったとは思いますが。もちろん不当なリストラをしちゃいけないんですが、それとは別に会社として労働者がリストラの不安に襲われないようにする義務がある、というのもちょっと変じゃないでしょうか。

盛 不安定雇用にある人は多かれ少なかれ雇用に対する不安を抱えているでしょうし、そういう状態にある人たちが頻繁にうつ病にかかるとも思えない。

*責任負担割合の配分

森戸 それから、これは重要な点だと思うのですが、Y1、Y2は共同不法行為の民法第719条、あるいは安全配慮義務にもそれを類推適用して、結局、不真正連帯債務を負うということになりました。この場合の求償関係とか責任割合、つまり内部でY1とY2とでどうやって損害を負担するのか。

盛 たしかに、双方に注意義務違反があれば不真正

連帯責任ということになります。損害の負担ということも考える必要がありますね。

さっきも言ったように、偽装請負か実質派遣かということにはあまりこだわる必要はないと思うんですが、労働者派遣法による安衛法上の使用者責任の配分も考慮すると、安全配慮義務違反についても、やはりより大きな責任を負うのは、直接労働者を使用している事業者だということになるのではないかと思います。

森戸 この事件の場合、Y2のほうで働いていたわけですが、直接の雇用者はY1でした。この場合にY2のほうが多く責任を負え、という結論でもおかしくないということでしょうか。

盛 おかしくないと思いますけど。ただ、実際の現場では、そのような認識は持っていないことが多いと思います。というのは、派遣先にすれば派遣労働者は外部の人間なんだから一切そういう責任は負わないと考えているし、派遣元としても、顧客である派遣先に迷惑はかけられないという意識があると思うんです。

だから実際には、労働者派遣法は、派遣先に使用者責任を負わせることに意味があるということとを全く理解していないことが多いようですね。

* 労災保険給付と民事損害賠償請求

森戸 あともう1点、これはちょっと立法論になりますが、この判旨の判断枠組みですね。こういう判断が最近多いと思うんです。要するに、まず最初に過重な業務と死亡という災害との因果関係、これを業務起因性と呼んでいるわけですが、これがあるかどうかを認定するという作業をしています。これは労災保険給付請求の事件と、判断としてはあまり変わらないと思うんです。もちろん違う種類の訴訟なんだけれども、同じような判断をしている。で、その業務が過重になったことについて、安全配慮義務とか不法行為で、故意・過失があるかということにつなげていく。ただ、この事件で労災保険給付が請求されたかどうかはわからないんです。少なくとも判決上はその形跡はない。現行法はご承知のとおり実際に労災保険給付が出たら、それを民事損害賠償から差し引いてよいということで、もし労災請求しなければ民事損害賠償をフルに取れます。でもそれはやはり使用者の保険利益の観点からするとおかしいんじゃないでしょうか。

要するに、労災保険給付の請求が当然できるのしれない分というのを民事損害賠償で取れちゃうというの

はおかしくないのかなと個人的には思うんです。立法論ですが、どっちみち慰謝料なんかは別にフルに取れるわけですし。

盛 この事件の場合、恐らく、労災保険の手続きをとっているのはY1のほうなんでしょう。Y2はやっていないはずですよね。

森戸 とすると、Y1が労災保険料を払っている。

盛 仮に、民事訴訟で請求すると両方から取れると。そこで、さっきの話がまた盛り返してくるわけですね。Y1とY2がどっちが何割負担するか。そうすると、保険料の負担割合に応じてその配分が変わってくるということなんですか。

森戸 そうですね。そうすると、別な問題が出てきますね。両者の負担割合を決めるときに、労災給付分を引くかとか引かないかとか、そういう論点でしょうか。

盛 厄介ですね。

森戸 先ほどの立法論の話に戻りますが、そちらはいかがでしょうか。使用者の保険利益をちょっと考慮してあげたらという気はするんですが。

盛 そうですね。これも一般的な問題としてはすでに論じられていますが。

森戸 さっきも言いましたが、慰謝料とかは取れるわけで、悪辣な使用者がいれば、それはそちらで賠償は取れるのではないかなと。もっと言えば、話は飛びますがけれど、この事件でも、最初はさっき言ったように、業務起因性の判断みたいなのを実質しているわけです。それをいっそもう労災保険給付請求と一体的に連動させて判断できないかなと。労災保険給付が出たということは業務起因性があるということだ、ということでもうそこは立証しなくてよい。あとは故意・過失があるかどうかという判断だけすれば民事訴訟の判決が書けると。

盛 それは制度としてはありうることだと思うけど。今だと、当然にはそれはできないでしょう。制度の仕組みが違うから。だから、外国の附帯私訴の行政訴訟版みたいな制度が考えられますよね。

森戸 まさにそれです。

盛 行政の判断が出れば、それを民事訴訟の前提にすると。

森戸 何か附帯私訴の検討とかもしているらしいですけど、こっちも検討できないかなという思いつきです。

*派遣労働者の健康管理

盛 それから、この判決はたしかに実質的派遣で派遣先の責任を認めた、あるいは派遣元も合わせて責任を認めたことに意義があると思うんですが、果たして業務起因性の判断でどこまできちんと認定評価できているのかなという気はしないでもない。というのは、要するに過重な労働があったということのようですが、果たしてどのくらい過重だったのか、何を基準に過重と判断したのかということです。

例えば事実認定の部分で「15日間連続して労働して、終了日である12月7日以降、8日及び9日の休日後、10日から通常の2交代勤務につかされたものであり、Aは同月15日から17日まで3日連続の夜勤が終了した後は、もはや就労に復帰することができなかった」とあります。疲労困憊して、もう仕事に出ていくこともできなかった。そのくらい疲れていたと言いたいんだと思うんですが、復帰することができなかったということの根拠がどこにも出ていない。その後、休日にどこかに出かけたという認定はあるんですが。

森戸 労災事件ではえてしてありますよね。もちろん判例集では証拠が省略されていますので何かあるのかもしれないんですが。

あと、この事件は過重な勤務だったということもありますけれども、Aがその過重な勤務でへとへとだったのに、会社側はそれに気づいてなかった、カウンセリングなどをすべきだった、という流れで出てきている事実でもあるので、その辺の関係があるんじゃないでしょうか。

盛 気づいていたとは認定していないですね。

森戸 気づくべきだったみたいなことですね。

盛 その点もちょっと気になります。先ほどの電通事件の場合は、上司がはっきりと顔色が悪いとかおかしいということには気がついていました。にもかかわらず何もしなかったというので会社の責任を認めただすけれども。本事件では、どうやらY2として気づいていたのに何もしなかったというのではなくて、気づくべきであったのに、気づかなかったということなのでしょう。責任原因というのは。

森戸 何キロやせたとか、顔色の悪さとかはあったと。やせて顔色悪くなっているんだから気づかないとだめではないか、という感じの判断ですよ。微妙かもしれないですね。あとでそう言われてみれば、というこ

ともありうるし。

盛 Y2でさえ、その程度なのに、週に1回程度面談するにすぎないY1のほうまで気づくべきであったということになると……。

森戸 でも、週1回でもわかっただろうというような認定ですよ。

盛 その点では、事業者側に厳しい判断だという気はします。

森戸 事案をもうちょっと詳しく見ないとわからないところもありますけど、微妙なところではあります。

盛 この事件を見てもそうですが、特に製造業で派遣というのは非常に危険性を伴うと思います。偽装請負もそうですけれど、なるべくコストを切り詰めて、しかもそれは外部の人間だからというので、例えば自分のところの社員と同じように健康診断なんかしないわけですね。逆に、直接雇用している派遣元、あるいは業務請負をした会社は、労働者を送り出してしまえば、あとはすべて派遣先や請負先にお任せなわけです。いかに週に1回会うとはいっても、具体的な仕事の状況についてまで知っているわけではない。たとえ安全配慮義務を負うとしても、その義務の尽くしようがないわけですよ。

森戸 両方ともそれなりの義務はあって、それなりに果たしてはいる、でもそれでは多分足りない。本当はそこが連携するような、情報が相互に行き来するような仕組み、そういうのがいいんじゃないでしょうか。うまく連携して、労働者の健康に配慮できるような仕組みがつくれればいいんじゃないかなと思うんですが。

盛 派遣の場合も、派遣先は直接雇用する労働者と同じような健康配慮義務を負うと考えるべきだし、そのことを法律できちんと定めたらどうかとも思います。

森戸 結局こういう事件になってみると、外部の労働者だからって全然見ていないというわけではない。実は派遣元も見えてなくて、こんなふうに労災が起きちゃったりしますよ、という教訓はあるわけです。

盛 かえって派遣のほうが労災事故は増えると思います。自社の社員であれば、当然、安全教育もするでしょうが、派遣の場合はその辺が非常にあいまいで、さっきも言ったように、派遣だから自分たちは一切責任を負わなくていいと考えている派遣先は実際には少なくないと思います。

森戸 こういう判決を見れば、それは間違いなんですけど。何か起きれば代償は高いわけですから。

フォローアップ

1. マンション住込み管理員の割増賃金請求と時効消滅

—互光建物管理事件（大阪地判平成17・3・11 労判898号77頁）

事案の概要

Xはマンション管理業務を請け負うY社の従業員であり、マンションの住込み管理員として勤務していた。Xの所定労働時間は月曜日から土曜日の午前9時から午後5時まで（うち休憩時間は午後0時から午後1時まで）であったが、Xは住込みで常駐していたことから、平日は就業前の午前6時から午前9時まで、休憩時間の午後0時から午後1時まで、終業時間後の午後5時から午後11時まで時間外勤務を行い、日曜日及び祝日は午前6時から午後11時まで休日勤務を行っていたとして、割増賃金の支払いを請求した。

盛 前回取り上げたオークビルサービス事件（東京高判平成16・11・24 労判891号78頁）は、マンション住込み管理員の労働時間が問題になった事件で、マンション管理員の所定時間前後の時間帯や、平日と同様の土日の時間帯についても労働時間該当性が認められました。特に二審判決では、病院に行っている時間や犬の散歩をしている時間までが労働時間だという判断がなされて、それがマンション管理員の労働時間の特殊性ということで説明されていたわけです。

今回取り上げた互光建物管理事件・大阪地裁判決では、それと全く異なる判断が示されました。2つの事件は、管理員の就労実態という点ではさほど変わりはないと思います。比較的大きな規模のマンションの管理員で、1階の入り口付近に管理員の受付窓口があり、それに隣接して奥のほうに住居がある。決まった時間、平日であれば朝から夕方まで管理員室に詰めていて、それ以外の時間帯は奥の居室で過ごしている。ただし、インターホンがついていて、ときどき住民から呼び出

されてサービスを頼まれることがある。あるいは、所定時間の前後にも、例えば照明の点灯・消灯や、ごみ置き場の扉の開閉など、いろいろな細かい作業に従事していました。それから所定時間外や土日であっても、会社からは緊急時の対応が求められています。そこで、決まった所定時間以外の時間帯であっても、さまざまな指示があったり、必要に応じて住民への対応をしていたことから、そのような時間帯が労働時間と認められるかどうかの問題となりました。

互光建物管理事件判決では、そのような所定時間外の時間帯は労働時間とは認められないとされ、オークビルサービス事件判決とは全く逆の結論になっています。ただ、その前提として例の大星ビル管理事件に関する最高裁判例（最一小判平成14・2・28 労判822号5頁）を前提としているということは共通しています。この最高裁判決は、ビル管理員の不活動仮眠時間であっても労働からの解放が保障されておらず、役務の提供が義務づけられていると認められるときは労働時間に該当するという判断を示したのですが、マンションの管理員の所定時間以外の時間がそのようなものと評価されるかどうかの問題になります。

互光建物管理事件判決では、労働時間性が否定されるためのいくつかの要素を指摘しています。管理員の居室での過ごし方について、特段の制限が設けられているわけではない。それから滞在場所にも特段の制限があったわけではない。そういうことから、管理員居室で過ごす時間は自由な利用が許された時間である。したがって、その不活動時間といえども労働からの解放の保障があると言えるから、労働時間とは認められないというわけです。

それから、少し注目される判断として、特に緊急事態への対応ということが求められていたわけですが、この点に関しては、緊急事態への対応といっても、それは管理員が管理物件内に居住していることに伴う事実上の効果として期待されているにすぎず、通勤管理制度において担当者が呼出待機の状態にある場合と本質

的な差異はないというべきであると述べています。呼出待機というたとえが適切かどうかは別として、所定の勤務時間以外の時間の過ごし方に特段の制約は設けられていないということがその理由です。

この2つの事件で結論が分かれた理由ですが、一つには、所定時間外にもマンション管理員としての業務に従事している、そのために居室にいたことを重視するか（オークビルサービス事件）、所定時間外の過ごし方には特段の制約はない以上、労働からの解放があったと見るか（互光建物管理事件）の違いがあると思います。また、オークビルサービス事件の場合には詳細なマニュアルがあって、勤務時間外でも住民の要望には柔軟に応えるというような一般的な指示があったのに対し、互光建物事件の場合にはそういうマニュアルはなかったというような違いもあるかもしれません。

しかし、そういうマニュアルの有無という形式を離れて、実態として見た場合に、やはりマンション管理員というのは所定時間外は自由に過ごせるわけですね。所定時間内であっても、夫婦のどちらかが管理員室にいる限り、他方がその場を離れて買い物に行ったりするということもあるはずですよ。オークビルサービス事件で問題となったような、所定時間中の通院や犬の散歩といった日常生活に伴う職務からの離脱は、一定の範囲では当然に許容されていると考えることもできます。私としては、結論としては互光建物管理事件判決のような考え方を支持しますが、異論はありうるでしょう。

森戸 先生としては、オークビルサービス事件とそれほど違わない労働形態なのに、判断は全然違っちゃった。そしてこちらの判断のほうがより実態に即しているんじゃないか、というお考えでしょうか。

盛 そうですね。

森戸 私もどちらかといえばそうですね。余談ですが、「管理人住込み、24時間対応」みたいな宣伝文句のマンションでも、実は呼出待機と一緒にだというのがこの判決ですから、これからはそういう広告をみてもあんまり過大評価しないようにしようと思ってます（笑）。

*管理委託契約の位置づけ

この判決で一番おもしろいなと思ったのは、とにかく管理委託契約というものの内容を非常に重視していますよね。ただ管理委託契約というのは、本来労働契

約とは別なものです。マンションの管理組合とその管理を請け負っている管理会社とが契約して、こういう管理委託業務にしましょうと定める契約で、管理人の労働時間を直接定めるものではないはずなんです。しかしこの判決は、管理委託契約の内容がこうなっているから、管理委託契約には書いてないから、ととにかくこの契約を非常に重視している感じです。

さらに、管理員としては管理組合と協議すべきだったというような表現もしばしば登場して、ちょっと管理員さんが気の毒な感じがしました。これも結局何でかという、管理委託契約にはそういうことはどこにも書いてないので、そういうことをやるかやらないかという問題が出たら、それは管理組合と協議してください、という観点なんです。管理料も管理委託契約で決まっているんだということも重視していますし。そのあたりでオークビルサービス事件とは違う判断になったのかな、と。

盛 なるほど。判決としては、原告は、労働契約上、管理委託契約内容以上の義務は負っていないという考えなのでしょうね。しかし、管理組合と契約内容の見直しを提案しろといっても、なかなかできることじゃないと思いますね。それから、管理委託契約の内容に応じて会社も委託料を受け取っているわけで、管理員が管理委託契約内容を超えたことをやったからといって会社の収入が増えるわけではありません。労働時間に該当するから会社が割増賃金を支払うということになると、これは全部会社の持ち出しになってしまいます。だとすると、管理員は委託契約の範囲でのみ労働契約上の義務を負っているんだから、それ以上のことはあくまで個人的なサービスであって、それが嫌なら割増賃金の請求よりも先に、委託契約の内容を変えさせなさいということなんでしょう。できるかどうかは別として。

森戸 判旨の言っていることはまさにそのとおりだと思うんですが、ただやはり理論的には、労働契約の内容とか、何が労働時間かということと管理委託契約の中身とは、連動し関係はしているけれども、一応別な基準で判断されるべきだろうと。なのに管理委託契約を引っ張ってきてそっちからばかり説明されても、労働者としてはちょっと気の毒ではないかなと。ましてや管理組合と協議しろなんて。もちろん判断の材料としては重要なんでしょうけどね。

盛 管理委託契約内容を重視しすぎることもどうか

と思います。確かに管理委託契約内容以上のことをする労働契約上の義務は負っていないとしても、実際に所定時間外に管理員としての業務に従事して、それが少なくとも会社の黙示の指示に基づくものと評価されるのであれば、やはり労働時間に該当すると考えるべきでしょう。だからといって、そのために待機している時間がすべて労働時間となるわけではなく、実際にそのような業務に従事したことが立証された時間だけを労働時間として算定するのが妥当なところだと思います。

2. 企業年金の「受給者減額」

——松下電器産業グループ（年金減額）事件（大阪地判平成17・9・26 労判904号60頁）

事案の概要

XらはY社及びそのグループの元従業員であり、退職金の一部を原資とする福祉年金制度から年金を受給していた。その後Y社が給付利率の引き下げを決定し、年金が減額されることとなったため、Xらはこの決定の無効を主張するとともに、給付利率引き下げがなければ支給されたであろう金額との差額の支払いを求めた。

森戸 自社年金の受給者減額の事件です。昨年ホットイシューで取り上げた大津地裁の松下電器事件（大津地判平成16・12・6 労判889号73頁）、それに続いて大阪地裁の判決が出ましたので、フォローアップとして取り上げることにしました。事案の概要は全く同じです。要するに、受給中の自社年金の給付利率引き下げによる減額という措置が法的に有効かどうかというのが論点です。結論も同じになりました。原告側（受給者側）の全面敗訴です。

大津の事件では、約款に関する古い大審院判例が引用されていました。これについては今年のホットイシューで、就業規則変更法理に依拠してもよかったんだろうけれども、労働関係の話じゃなくて、労働関係が終わった後の話なので、わざわざ約款というそもそのところまで話を戻したんだろう、みたいなことを言ったと思います。

ところが大阪地裁は、もっと端的に、本件の年金規程は就業規則と非常に類似した性格のものだと言い切っ

て、就業規則に似ているということから始まります。Xらに本件規程の効力が及ぶというためには、本件規程のうち問題となっている規定の内容の合理性とともに、就業規則における同程度の周知性が要求されると言いました。で周知は十分だったので、あとは内容の合理性ですね、と。就業規則変更の合理性の判断枠組みに引きつけたような感じですよ。

具体的判断としては、「将来、経済情勢もしくは社会保障制度に大きな変動があった場合、あるいは法制面での規制措置により必要が生じた場合は、この規程の全般的な改訂または廃止を行う」という、一般的な変更条項みたいなやつ（改廃規定）ですね。この要件が満たされているかどうかという判断をしているんですが、そのときも就業規則変更法理が参考になるんだと言っています。

つまり、大津の事件よりもっと端的に労働法のルールに素直に依拠しているんです。どうしてかということ、もとは退職金なんだから、ということのようです。そして就業規則変更法理に準じて、必要性、内容と手続の相当性、というような基準で見えていくんだということのようです。

判断されている中身は大津事件とそう変わりません。ほかのみんなは同意しているじゃないとか、市場金利からすれば利率引き下げ後もまだ十分高いでしょうとか。改廃規定の要件が満たされているかどうかという判断を、就業規則変更法理の基準と重ね合わせる形で判断して、結局要件は満たされていますね、と結論を出しています。

そこでやっていることは、これも大津事件と同じで、受給者減額の根拠となる規定があるか、契約上の根拠があるかということをチェックし、さらにそれに相当性、必要性というような要件を加重して判断する。判旨の中で、現役労働者ではないので就業規則の話と全く同じではないですよ、というようなことを言っているんですけども、そう言いつつ結局就業規則と似たようなルールでいいんだ、と言っています。

そこが一番の特徴かなと思うんですが、このところいかがでしょうか。

盛 そうですね、ちょっと依拠しすぎかなという感じはしないでもない。似ているからということで類推するのはいいんですが、これはかなり違うものだと思います。

そうは言っても前の大津地裁のように、約款論に依

拠するだけでは変更までは十分説明し切れないというところがあって、就業規則論の場合には、拘束力と変更と両方説明できる。それに依拠すれば、何とか両方対応できる。したがって、この年金契約が適用されるかどうかという問題と、それから利率の変更というところが、何か両方とも就業規則論に依拠するというところで説明できてしまうという、そういうことはあるんじゃないかな。

森戸 ただ、ちょっとあからさまに乗りすぎているというか。

盛 たしかに安易という感じはします。やはりもう少し年金契約の特殊性のようなことで、独自の法理を構築してもよかったんじゃないか。その余裕がなかったということなのかもしれないけれど。

森戸 就業規則論に乗りつつ……。

盛 少しは独自の判断を示したということでしょう。修正しながら判断を下していますから。

森戸 たしかに就業規則論に乗ってしまうことのは非はもちろんありますけど、約款から持ってきた大津の判決よりは、もう少し素直にというか、ある意味あっさり判断を下していますよね。

*「おまけ」論

あともう一つ、これは大津事件では言われていなかったことで、そしてこの判決全体を貫く非常に重要なスタンスです。一般に運用可能な利率による利息相当額、ないしはそれをある程度超える利率による利息相当額を上回る部分、判旨は「超過利息分」と呼んでいます。これについてはその対価を具体的に観念できないので、超過利息分相当額の年金給付は、会社側が主張するところの恩恵的給付、法律的には贈与の性質を有する給付である、と言っています。こここのところでしょうか。これは大津事件では明言はされていなかったことです。要するに、通常の利息で増える部分を越えた部分はもう「おまけ」であり、退職金の分割払いという性質は有しないと。だから一定の事情があれば減らされてもしょうがないだろうと。必要性、相当性の判断も一応するけれども、そんなに厳格じゃなくてもいいでしょう、と。そういう流れです。

そこがこの判決の基礎にある。「おまけ」だから現役従業員の話じゃないけどまあ就業規則ルールにのっかってやっちゃってもいいでしょう、という雰囲気さえします。

逆に言うと、この判決はすべてここにつながっているので、原告側としては、もうちょっと高裁でここを重点的に攻めるべきなのかもしれません。例えば、「おまけ」なんて言われたけどそうじゃない、ちゃんと対価はあるんだと。単に市場利回りを超えたらどうという問題じゃないと。ちゃんとした、何かの対価として当然観念できるものであって、恩恵的なものじゃないと。そこは十分反論したほうがいいのかなという気はしました。

ただそういう主張も地裁段階でももちろんしてはいますので、なかなか厳しいとは思いますが。ただ頭ごなしに「おまけ」だみたいなことを言われると、多分ちょっとそれは違うという反論も当然あると思います。この「おまけ論」はいかがですか。

盛 それは考え方によるでしょう。この事件の年金は、最初のうちは年金の原資が退職金で、それが切れてもさらにずっと死ぬまで一定額が払われるというものです。

森戸 死ぬまでどころか、自分が死んでも遺族に行きますからね。

盛 それを恩恵と言わずして何と言うかという。

森戸 そう考えればこういう判断になるのでしょうか。

*年金契約の特殊性

盛 逆に、そういうことを言うのであれば、たしか去年も問題にしましたが、まだ退職間際の人で一度も年金を受けていないのに引き下げられるという人がいましたね。そういう人については、むしろ逆に期待が強いとか、少なくとも退職金を原資として運用する部分については引き下げはできないとか。そういうことの論拠にはなりうるかもしれない。どうしてもこの種の事件というのは、結論が先にありきという感じがします。たしかに退職者にしてみれば、一方的に減らされるのはけしからんということになるけれど、こういう制度のもとでは、退職者に支払われる利益をつくり出しているのは現役の従業員ですからね。現役とOBとを対比して、何が公平かということを見ると、やはりある程度結論は見えてくるのかなという気がします。

森戸 去年も議論しましたね。退職者の年金の話であるけれども、やっぱり現役従業員なり現在の会社なりを含めた全体の制度としてやっている。そこから離

れるわけにはいかないということなんでしょうか。

盛 だから、年金規程の解釈とか合理性の問題として処理されていますが、これは単に変更の合理性ということだけではなく、年金受給者間の公平とか、さらに現役従業員との間のバランスとか、そういった要素も入ってこざるをえない。そういう意味では、就業規則の合理性ともまた別の意味があるように思います。

森戸 そこはまさに年金契約理論独自の枠組みがど

こかにあるんじゃないかという話につながるんでしょうか。

盛 それと、就業規則論を応用する、あるいは約款論を応用するにしても、年金契約としての性格からして、どこがどのように調整されることになるのか。合理性の判断基準にしても、いま言ったようにいろいろ別な要素が入り込んでくるわけですから。

ホットイシュー

1. 内部告発を理由とする人事上の不利益取扱い

——トナミ運輸事件（富山地判平成17・2・23 労判891号12頁）

事案の概要

Xは大手貨物運輸会社であるYの従業員であったが、Yがヤミカルテルを締結しているなどとする内部告発を行ったところ、Yがこれを理由として長期間にわたりXを昇格させず、また個室に隔離するなど、不利益な取扱いをしたとして、Yに対し、雇用契約上の平等取扱義務、人格尊重義務、配慮義務等に違反する債務不履行または不法行為に基づく損害賠償請求等を行った。また併せてXに対する謝罪文も求めた。

判決は原告の内部告発の正当性についてはほぼ全面的に認めるとともに、会社の不法行為責任および債務不履行責任を肯定し、損害賠償責任を認めた。なお謝罪文の請求は退けた。

盛 これは内部告発にかかわる事件ですが、裁判を起こしたご本人が本まで出しているということで、かなり知られた事件かもしれません。

最近、内部告発に関する裁判例が目立ちますけれども、その多くが例えば宮崎信用金庫事件（福岡高宮崎支判平成14・7・2 労判833号48頁）のように、懲戒解雇などの不利益処分の効力が問題になった事例です。

このトナミ運輸事件は、内部告発をしたのは今から30年近く前で、その後、閑職につけられて、昇進昇格がほとんどなかったところ、30年近くたってから損害賠償請求を起こしたという点に、ほかの事案にはない特徴があります。

内部告発の内容ですが、当時運輸業者が結んでいたヤミカルテルに関するものです。これは新聞報道もされましたし、公取委の関与があったり国会でも取り上げられて、業界団体自体も破棄広告を出しましたから、ヤミカルテルがあったこと自体は明らかな事案です。

次に判決の内容ですが、まず内部告発の正当性について判断を加えています。これまでの裁判例では、懲戒解雇などの直接的な不利益措置が問題になった事例が多いのですが、この判決も、事案の違いはあるものの、従来の内部告発に関する正当性ないしは適法性の判断基準をほぼそのまま踏襲していると言っていると思います。

要するに、一つには内部告発についての真実性ですね。内部告発事実は真実であったか、少なくとも真実であると信じるに足りる合理的な理由があったかどうか。この事件では、さっきも言ったように、ほぼその内容は真実であるということになっていますので、この辺はあまり判決の中では重視されておりません。

二番目の要件としては、告発内容に公益性があるかどうか。要するに私憤とかそういうことではなくて、公益目的があるかどうかということですが、これも本件の場合には特に問題はありませぬ。

三番目として、告発の方法です。告発に至る方法、対応といったものが妥当かどうかということです。この事件の場合、判決ではヤミカルテル是正のための内部努力は不十分であったということを認めています。要するに社長に対して何か言ったという程度のことで、会社内部でこれについて特に取り上げて問題にしたということはありませんでした。しかし、判決は、だから内部告発が違法だったというのではなくて、たとえこの原告が努力をしたとしても、会社がこれを聞き入れる可能性は極めて低かったと指摘しています。そういう可能性は低かったから、内部告発の方法が不当であるとまでは言えないということで、内部告発は正当な行為であって、法的保護に値するという判断を示しました。

続いて責任原因が問題になりますが、不法行為責任、それから債務不履行責任、どちらも肯定しています。細かいところを見ますと、不法行為責任と債務不履行責任とどう違うのかというような問題もあるんですが、結論としてはどちらの責任も肯定しています。ただ、実際にはこの判決では、時効に関しては債務不履行の10年によって算定するとしています。

*公益通報者保護法との関係

問題としては、内部告発一般の要件もさることながら、現時点でこの判決の意義を考えるとすれば、やはり公益通報者保護法との関係が一つ問題になるかと思えます。要するに、この事件では内部通報、内部努力が不十分だったことを認めつつ、その点については会社がそれを聞き入れる可能性は低かったから、その点は問題ないという判断になったわけです。現在の公益通報者保護法は、第2条で定義を置いて、第3条で解雇の無効について定めていますが、通報先のいかんによって、解雇が無効となる要件が違うわけですね。

第3条第1号が当該労務提供先等に対する公益通報、いわゆる内部通報と呼ばれているもので、これは「通報対象事実が生じ、又はまさに生じようとしていると思量する場合」となっています。第2号が行政機関に対する公益通報。第3号が、それ以外の機関、マスコミなどに対する通報となっていますが、1号、2号、3号となる順番に、だんだんその要件が加重されていきます。

第3号を見ると、そこでは第1号の要件プラス第2号の要件に加えて、さらにその条件が加重されます。

例えばイとして、「前二号に定める公益通報をすれば解雇その他不利益な取扱いを受けると信ずるに足りる相当の理由がある場合」、それからニとして「書面により第一号に定める公益通報をした日から二十日を経過しても、当該通報対象事実について、当該労務提供先等から調査を行う旨の通知がない場合又は当該労務提供先等が正当な理由がなく調査を行わない場合」。恐らく、このトナミ運輸の事件の場合には、この二の要件を満たしていません。仮に現在トナミ運輸事件をこの規定に当てはめてみると、果たして法的保護の対象になるのかどうか、ちょっと疑問になってきます。

果たして、この第3条の規定は内部告発の合法性を判断する場合の一般的な基準として理解しているのかどうかということになると、やはり、これはあくまでも一つの例示であって、それ以外に解雇が無効になることはありえないという意味での限定列举ではないと考えざるをえません。少なくとも、内部告発の一般的な適法性要件を制限的に定めたものと解することはできないと思われれます。そういう意味で、この判決は、公益通報者保護法の解釈について、一つの示唆を与えるものという点で意義があるのかなという気がします。

森戸 この第3条第3号は、イロハニホのいずれかに該当すればいいんですよね。そうすると、たしかにニは当たらないのかもしれませんが、イとかロには、この事件は当たらないでしょうか。

盛 「その他不利益な取扱い」には閑職への左遷も含まれると。そうとも言えるかもしれませんが。

森戸 そちらがあれば、別にニを満たさなくてもいいんですよね。

盛 そうですね。しかしそうなると、わざわざ書面による通報についての要件を定めたことの意味が疑問になってきます。

*「不法行為責任」と「債務不履行責任」

もう一つ、ちょっと気になった点としては、責任原因について、人事権の行使に関して不法行為責任と債務不履行責任を並べて判断しているのですが、いったいこの二つはどういう関係にあるのか。人事上の処遇差別について、確かに債務不履行責任を問題にした例がないわけではないですが、これまでは必ずしも一般的ではなかったと思います。通常は不法行為責任でいく。

この判決では、両方認めているんですが、どうも不

法行為責任と債務不履行責任との関係がはっきりしない。同じようなことを言っているように見えて、どこが違うのかという疑問を持ちます。人事考課や査定について不法行為の成立を肯定した裁判例は少なくないのですが、それがストレートに債務不履行責任に結びつくのかどうかということです。

森戸 私は理論的にラフなタイプなのであまり突き詰めないんですけども（笑）、理論的にいうと、宣伝会議事件でも違法な内定取消をしないようにする義務という債務不履行構成をしましたよね。

ここの結局、時効が長い債務不履行のほうがいいと。不法行為が債務不履行かなどとはあまり深く考えずに、どちらも大体成り立つでしょう、という感じで判断している裁判例が結構多いような気がします。

盛 特に意識的には考えていないのかもしれませんが。不法行為だからどう、債務不履行だからどうというのではなくて、不法行為では当然に認められる。だから、債務不履行でも当然そういうことは求められるというような発想なんですか。

森戸 理論的には、本当はそれはいけないのでしょうけど、何かそういう判断が多い気がしますね。

盛 ただ、もう一つ言えるのは、人事上不利益に扱わないという義務の内容です。学説で人事上の措置に関連して債務不履行と言う場合には、たんに不当な人事上の評価や措置をしない義務にとどまらず、むしろ公正評価義務というような、もっと積極的な意味でそれをとらえているんですね。

逆に、単に不当な人事上の評価や措置をしてはならないというような意味での債務不履行というのは、裁判所としては比較的容易に認めやすいのかなとも思います。さらに進んで、公正評価義務というような意味での債務不履行責任まで裁判所が認めることになるかどうかは、現時点では何とも言えません。

森戸 しかし多くの裁判例はそこまで考えていないんじゃないでしょうか。たとえば時効などの点で、そのとき構成しやすい形でただ不法行為を裏返しにして使っているんじゃないかなという気がします。

盛 でも、不法行為なら3年で、債務不履行は10年。その違いはどこから出てくるんでしょう。これが例えば不当労働行為事件で労働委員会に係属すると1年なんですよ。同じ差別事件でもどうしてこんなに違うのか。

森戸 不当労働行為制度については、一応将来に向

けての労使関係正常化の制度だから、という説明がなされていますよね。あとは「継続する行為」の規定もありますし。

ところで、内部告発の話から少し外れますけれども、本件では、旧研修所、新研修所の2カ所のいずれでも報復として不利益なひどい扱いをされていた、ということが認定の基礎になっています。そういう不利益取扱いはいけない、というのが判断の前提になっていると。責任原因のところでも、第一にろくな仕事を与えなかった、第二に昇格停止による賃金格差、第三に退職強要、これらが違法だとされています。ろくな仕事を与えなかった、というのが違法な行為ということになっているんですが、これは理論的にはどう説明するのでしょうか。

つまり、会社は労働契約に基づいて決められた給料を払う義務はもちろんありますけれども、それに加えて、この人にはこのぐらいの仕事をさせないと、といえるレベルの仕事をさせる義務というのが労働契約上あるのか。あるとすれば法的にどう構成されるのか。就労請求権の議論にも絡むと思います。この事件で閑職に追いやってひどい扱いをしたのは明らかですけども、じゃあ理論的に当然に何か意味ある仕事をさせなきゃいけない義務というのが使用者側にあるのか。あるとしたらどういう範囲でなのか。これが一番気になっていることです。

盛 それは難しいですよ。たしかに就労請求権が一般に認められないとすると、賃金さえ払ってればいいじゃないかということになる。

森戸 極端に言えばむしろ何もしないで20万円もらえるならいいだろう、解雇されるよりいいだろう、ってことです。ずっと5年間自宅待機で、そのかわり月給20万円払うよというのは、見方によってはひどい措置ですが、でも見方によっては何もしないで20万……。

盛 そう、5年間毎日が日曜日という感じになるとね。

森戸 考えようによってはいいじゃないかと。法的にも、労働契約上「それなりの仕事を与える義務」というのが果たしてあるのか。実はこの判決は、なんとなく、そういう義務があるという前提で話が進んでいる気もするんです。ろくな仕事を与えていないということが悪いと言っていますから。

盛 そこが、不法行為責任と債務不履行責任の違い

としてあらわれてくるのかもしれない。つまり、どの仕事につけるかは使用者の裁量だけれど、本来、つけることができる範囲の仕事がこれだけあったのに、それに全然つげず、閑職にばかりつけたということであれば、これは人格権侵害として、不法行為責任の原因にはなりうる。

けれども、積極的に適当な職につける契約上の義務があるかどうかということになると、そこはまた別ではないか。差別的にそういう閑職につけているということが立証されれば、それは債務不履行責任の構成ができるかもしれませんが、適切な職につけないというだけでは、債務不履行責任を肯定するのは少し難しいのではないかと。

森戸 債務不履行責任も不法行為もまあ似たようなものだと考えているから、今みたいな疑問が出てきたわけです。でもたしかに、不法行為でいけば、それは人格権侵害のひどい行為だ、ということはいいわけですね。ただ債務不履行でいくと、人格権侵害だから当然に債務不履行責任かということになると、そうは言えないのではないかと。ちょっと観点が違ってきますよね。本当はそこはもうちょっと細かく分けて判断すべきでしょう。

盛 そこを区別していないので、この判決に対しては不満が残るんです。

森戸 そうですね。それがまず1点。それからもう一つおもしろいなと思ったのは、細かい話になりますが、旧研修所での期間、昭和50年から平成4年まで、ここではかなりひどい扱いだったとされています。平成4年に新研修所に移ってから不利益な取扱いをされているが、しかしここでは労働者側にも少し落ち度があったんだという認定です。異動をめぐる経過からして、意欲に欠けると評価され、人事上不利益に扱われたのにはやむをえない事情もあった、と裁判所は言っているわけです。基本的にはずっと同じような処遇で不利益取扱いをしていたけれど、新研修所に移るころに、Xの処遇を見直す「機運があった」という言い方をしている。

でもここはちょっと疑問です。最終的には異動に応じたのに、応じる前の態度を問題にされている。ボランティアができなくなるから日曜休みがいい、と言っていたことが意欲に欠けると判断されているんですが、別に意見表明自体は自由ですよね。最終的には異動に応じたわけですし。

判旨からすると、この時期の唯一の機運をXがとらえなかったことが落ち度だというんだけれども、それを言い出したら、ずっとひどい扱いしてきた会社側は、いつでも見直す機運はあったわけでしょう。たまたまその時期に、労働者側がちょっと譲歩したらコトがうまくいく可能性があった、それをとらえなかったおまえはけしからん、というのは、いろんな事情のバランスの中での判断だと思いつつ、やっぱりでもちょっと冷たい感じがします。

盛 そうです。処遇を見直す機運があったと強くうかがわれるというのはちょっとひどい。会社として今までのすべての差別を謝罪して、これから公正な配置にしますと決定して意思表示もしたのかということ、それはないわけですから。それなのに、こういう機運があったというだけでそのように判断するのは、ちょっと行き過ぎだと思います。

森戸 しかしそこが結構判決の結論にも影響していますよね。平成4年以降についての3割減額の理由はこれですから。ちょっとひどいのではないかと。

盛 そうですね。

*慰謝料の算定

森戸 慰謝料についてですが、2000万円というのが金額自体、多いといえば多いですけども、昭和50年から見たら30年分です。平成4年から見ても15年弱あるわけで、それで考えると2000万というのは、本当にこの事実のとおりだとしたら、そんなに多くもないという気がします。

盛 逸失利益が低い分、慰藉料で考慮したつもりなのでしょうが、差別の期間を考えると、決して高くはないですね。

森戸 逸失利益についても、具体的に財産的損害はいくらかというときに、同期同学歴の平均ではサンプルが少なすぎてだめだと。ではこのXさんの次に昇格が遅い、2度降格されているという人がいて、この人を基準に、少なくともそれくらいはもらえていたろうという計算をしています。

たしかにこの理由は一応はわかるけれど、だからといって一番出世しなかった人が基準でいいのでしょうか。もしこの扱いを受けなかったら、たしかに少なくとも2度降格の人と同じだけはもらえていたろうけれど、しかし、普通に考えればもうちょっともらえていたと言えますよね。ここを労働者側として立証して

いくのに何か方法はあるのでしょうか。

盛 適切に評価していれば、どのあたりに位置づけられていたかということを推定して算定するという方法もある。

森戸 どこを基準にするかというのは男女差別なんかでもある話ですよ。

盛 たしかに、同期同学歴というのは広く用いられている基準ですが。実際には、だんだん年齢が上がってくると、同期同学歴が昇進したり退職したりして、適当な比較対象者がいなくなってしまうということもあります。では、そういう場合に、どういう基準で救済の内容や方法決定するかとなると、非常に難しい問題ですね。

森戸 ラフな言い方ですけれども、基本的にその辺は、もし差別が認定されているのであれば、会社側がある程度立証の負担を負うべきだろうという気はするんです。会社側の人事の話ですからね。

差別しなかったという反証について会社はもちろん責任はありますが、それだけじゃなくて、具体的に逸失利益の金額を算定するときも、会社側が差別がなかったとしてもこのぐらいであるということを確認に言えない限りは、同期同学歴ぐらいでこのぐらいという判断になってもやむをえない。そういうような形で立証責任を会社側に負わすことがあってもいいと思うんですが。

盛 従来はそういう場合に、会社に立証責任を負わすという形じゃなくて、慰謝料の算定で考慮するというで処理したのがありますね。男女間の賃金格差差別の事件で、具体的な賃金差別の金額が特定できない、立証されていないから、その分は慰謝料で考慮すると明言した裁判例もありました（野村証券事件・東京地判平成14・2・20労判822号13頁）。ほかに、可能性としては、損害額が確定しがたい場合には裁判所が決定するという民事訴訟法第248条を使うことも考えられるでしょう。裁判例としては少ないものの、労働事件でもそれを利用したのがあります（日本コンベンションサービス事件・大阪高判平成10・5・29労判745号42頁）。これは要するに、損害があることは確かなんだけど、その額が立証できないために原告が負けるということを回避しようという規定ですね。

森戸 その規定の射程にびったり当たるのかどうかはわかりませんが、でもそういう規定を使ってもいいと思いますね。この事件に限って言っても、

やっぱり何か一番出世しなかった人が基準というのはおかしい気がします。

盛 時効についてですが、原告側は、原告に対する違法な処遇は28年前から一貫して現在まで継続している。原告の請求権はこのような一連の不法行為または債務不履行に基づくものであるから、消滅時効がまだ進行していないという主張をしています。

森戸 労働組合法の「継続する行為」みたいな主張をしたんですね。

盛 これは、判例上は完全に否定されていますね。こういう査定が繰り返し行われる場合については、査定自体は1回限りの行為であって、査定とそれに基づく賃金支払いは一体のものという考え方が定着しています。

森戸 たしかに裁判所の言うように、毎回賃金をもらうごとに、そこで訴訟を起こすことはできますからね。行為があった時点で損害及び加害者を認識し、あるいは権利を行使することが可能であったということでしょう。原告側が、会社にいるんだから、そうは言っても訴訟なんかは起こせない、とも言ったんですが、退けられました。

盛 そうですね。会社にいる間は一切訴訟を提起できないということは、言えないでしょう。本判決も、時効が成立すると言いつつ、慰謝料の算定のところでは、時効消滅した昭和50年からの部分の処遇と時効にかかっていない部分も基本的には同質だということで慰謝料を算出すると言っています。判断の枠組みとしては、時効消滅した部分も事実上考慮したとも言えるので、その限りでは、時効の法律上の原則に乗った上で、柔軟に判断しようとしているのだらうと思います。

2. 自己裁量・高額報酬社員と時間外労働の対価

——モルガン・スタンレー・ジャパン（超過勤務手当）事件（東京地判平成17・10・19労判905号5頁）

事案の概要

国際的な金融サービスを業とするY社の従業員であったXは、時間外労働に対する対価が支払われていなかったとしてこれをY社に請求した。Y社はこれに対し、①Xは労働基準法第41

条第2号の「管理監督者」に当たる、②Xは高額の基本給及び賞与を支給されており、Xの請求する超過勤務手当はこれに含まれる、と主張した。裁判所は、Xの時間外労働の対価は毎月の基本給の中に含まれていたと判断し、Xの請求を棄却した。

森戸 事案自体は単純で、外資系金融機関、インベストメントバンクのYの元従業員Xが、所定労働時間外の労働の対価としての超過勤務手当が未払いであるということで、Yを訴えました。

超過勤務手当という用語が本件の理解をちょっとややこしくしているのではないかと思うんですが、とりあえず裁判所が使っている言葉なので、それに従いたいと思います。ただ、いわゆる法内超勤に関する就業規則等の規定はなかったということなので、結局は労基法の時間外割増賃金の請求の訴訟だと言ってよいと思います。所定労働時間は午前9時から午後5時半で、間1時間休憩の7時間半。ただ、Xはこのほかに朝7時20分から9時まで労働したという主張です。そうすると100分多いんですが、しかし30分は法内超勤になるので、結局法定時間外労働になるのは1日70分という計算になります。この1日70分のぶんをもらっていないという請求です。報酬をやたらもらっている人なので、70分ぶんでも数年分でかなりの額の請求になっているわけです。

Xは当時Yで外国為替の営業をやっていて、会社の中では「プロフェッショナル社員」、その中のオフィサー、ED（エグゼクティブディレクター）という位置づけだったようです。基本給は2000万円ちょっとで、ボーナスもすごくもらってまして、年平均するとボーナスと基本給合わせて30万ドルから60万ドル、ときには6000万円以上。とにかくそういう高額の報酬をもらっていた人なわけです。要するに大学教授の10倍ぐらいもらう人だったと。わざとちょっと大学教授の給料を安目に言っておこうという意図が働いていますけれども（笑）。とにかくすごくもらっていた人だということは確かです。論点としては、Xが労基法第41条第2号の管理監督者に該当するんじゃないかという争点もあったんですが、裁判所はこの点は一切判断せず、所定時間外労働の対価は全部支払い済みであるということで、Xの請求を棄却しました。

判旨としては大きく2つに分かれます。まず判旨1

として、Xが所定時間外に労働した対価は基本給の中に含まれているから、もう支払い済みである、と判示しました。支払い済みであると言えるのはなぜかというと、裁判所によれば、第一点、Xはかつて邦銀に在職していた時は所定時間外労働をすれば超過勤務手当が発生することを知っていて、かつそれをもたらしていたのに、Y社で働いていた当時、それから前に勤めていた別の外資系のインベストメントバンクの時代も、超過勤務手当の名目で給与の支給を受けていないということは認識しながら、それに何ら異議を述べていなかった。

第二点、Y社入社時のオファーレターにも、所定時間を超えて労働した場合に報酬が支払われるという記載がなかった。

第三点、Xの給与はとにかく高額だった。第四点、Xの勤務時間は全く管理されず、Xはほぼ完全に自分の裁量で働いていた。第五点、Yのような外資系インベストメントバンクでは、Xのような社員に対して所定時間外労働に対する対価も含んだものとして、極めて高額の報酬が支払われ、別途、超過勤務手当名目での報酬支払いはないのが一般的であった。このような一連の事実を指摘しまして、だから基本給の中に超過勤務手当も含めて支払われていたんだ、という判断です。Xもそれはわかっていた、合意があった、そういう契約だった、ということです。

しかし、超過勤務手当が基本給の中に含まれているという合意があったとしても、Xが受け取る基本給では、超過勤務手当とそれ以外との区別がなされていないので、小里機材事件（最一小判昭和63・7・14判例523号6頁）の判例からすれば、そのような合意は無効ではないか。このようにX側が主張しまして、それにこたえたのが判旨2です。

それによりますと、まず労基法第37条第1項の制度趣旨は、過重な労働に対する労働者への保障を行うとするものである。小里機材事件の労働者のように、所定労働時間が決められ、労働時間の対価として給与が定められているというような事案においては、所定時間労働の対価と所定時間外の労働の対価との区別がないと、実際には所定時間外労働をしたにもかかわらず、その対価が支払われないというおそれがあるので、サービス残業を助長し、労基法第37条の制度趣旨を没却する。

しかし本件では、労基法第37条第1項の制度趣旨

を没却する可能性はない。なぜなら……ということでは挙げられている事情は、実は判旨1で言及されているものとはほぼ同じです。要するに、第一にXの給与は労働時間数で決まっているのではなくて営業利益をいくら上げたかで決まっている。

第二に、Xは労働時間管理をされておらず、完全に自分の裁量で労働していた。Yもそれを許容していた。そもそもXがどのぐらい時間外労働をしたか、しなかったかを把握すること自体が困難なシステムだった。

第三に、XはYから超過勤務手当が支給されるものとは考えていなかった。これは働いている当時は、ということでしょう。

第四に、とにかく報酬が高額なので、1日70分ぶんの超過勤務手当を基本給の中に含めて支払う合意をしたからといって労働者保護に欠ける点はない。以上の点から、基本給の中に所定時間外労働に対する対価が含まれているという合意は有効と考えてよい。よって結論はX敗訴となりました。

この事件は非常に興味深い事件で、理論的にも、実務上も影響が大きいと思います。地裁の判決ですけれども。つまり、外資系企業の多くが実際には、いや外資系じゃなくてもですが、こういう報酬の払い方をしているんだと思います。もちろん裁量労働制なんかの形式を整えている場合も多いと思いますが、整えていない場合もあるかもしれません。この会社もそうなわけです。

要するに、グローバルな展開をしている企業は、世界のどこで働いても同じような報酬体系であるべきだというのが基本にあって、そっちから給料の体系をつくりまします。そうすると当然この事件のようになる。ただグローバル企業の全世界共通の報酬システムが、日本の労働法上は問題になるということがあるわけで、それがまさにこういう場合ですね。

ただもしこの事件のような扱いでいいんだということになれば、一定の場合には時間外分もまとめて、よく区別できない形であっても一括して年俸で支給する。これを管理監督者ではないかもしれない人についても実施できるということになりますので、非常に影響は大きいんじゃないでしょうか。

あと、最初に指摘した超過勤務手当という言葉は、判旨では所定時間外労働に対する対価という意味で使われているようです。ただ、判旨は他方で、労基法の

ことを指して「同法に基づく超過勤務手当は」みたいな言い方もしていますので、何かちょっと用語の混同があるような気もするんです。所定時間外労働に関する対価として法内超過分も含めた言い方での超過勤務手当というのと、労基法第37条による割増賃金を加えた分の超過勤務手当というのが混同されているというか、余り区別が意識されずに議論されているのかなという気がします。

判旨を読むときに、超過勤務手当というのが何を指すのかわかりづらい。あるいはもしかしたら、そこはあえてぼかして、裁判官は頭いいですから(笑)、わざとその辺をうるさく区別しないでざっくり結論を出しちゃったのかもしれませんが。ちょっとうがった見方ですけれども。

判旨1、所定時間外労働への対価も基本給の中が含まれているという合意が明確にあったという判断、それ自体は問題ないと思います。やはり問題は判旨2、小里機材事件のルールに違反していないかという点でしょう。

* 本件判断と過去類似判例の関係

ただそもそも私は、小里機材事件を基準にしていること自体にちょっと疑問があります。小里機材事件では、実は最高裁自身はなにも判示していません。実質地裁の判断です。しかも、判旨も言っているように、本件と違って割増賃金も含めて払うという合意の成立が否定された事案です。本件でいえば判旨1のところ結論が出ちゃった。つまり本件の判旨2にあたる部分の一般論は傍論なわけです。なのに裁判所はこれに乗っかって判断しています。Xの代理人が小里機材事件をもち出して、裁判所もそれに乗っかっていてるんですけれども、そもそもこの事件が先例として挙げるのにふさわしいものなのだったのかどうか、そこに大いに疑問があります。

一番最近ですと同じような事例で創栄コンサルタント事件(大阪地判平成14・5・17労判828号14頁)があります。本件は東京地裁なので、大阪地裁の判決は無視するのかもしれませんが(笑)、こっちのほうが事案は近いんです。まさに年俸制定額払いの事件ですから。ただし結論は逆で、かつ年収300万円の事件ですが。事案としてはこちらのほうが近いし、一応最高裁までいって上告不受理になっていますので、実は小里機材と比べても先例としての意義はそんなに

変わらないんじゃないでしょうか。

それから最高裁ということで言うならば、事案はちょっとずれますけど、高知県観光事件（最二小判平成6・6・13 労判 653 号 12 頁）。年俸制ではなく歩合給の事件ですが、最高裁として、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を可能にしておくことが法の要請だ、ということは言っていますので、これに反するという主張もできたんじゃないでしょうか。小里機材でもいいのかもしれませんが、ほかの判例ももっと挙げられたんじゃないかなと。

いずれにせよ、これまでの学説なり裁判例の多数というのは、割増賃金を一定金額で払うということ自体は違法じゃないけれども、ただ、その割増賃金部分が法定の額を下回っていないかどうか、後で確認できないようではまずいので、そういう後で確認できないような方法による賃金の支払い方法は、労基法第 37 条違反で無効である、という考え方に立っていたと思います。創栄コンサルタント事件もそうですし、そのほかの裁判例、たとえば城南タクシー事件（徳島地判平成 8・3・29 労判 702 号 64 頁）、共同輸送事件（大阪地判平成 9・12・24 労判 730 号 14 頁）、関西事務センター事件（大阪地判平成 11・6・25 労判 774 号 71 頁）、このあたりも同様です。労基法第 37 条の趣旨として、時間外分とそれ以外とを区別できるということが大前提で、できないこと自体が違法だというような考え方でした。その上で、どれも大体労働者側の請求を認容しています。割増分未払いだから払え、と。

それでいくと、この事件というのはそういうこれまでの通説の見解に反する判断をしているように見えます。かつ、これまでの裁判例は、法定時間外分とそれ以外とを相当明確に区別することを要求しているように読めます。そういうことからすると、一括払いでいいんじゃないか、というのはかなりこれまでの考え方で違います。

本判決は、しかし従来そういうふうにならざるに考えられてきたルールについて、それが適用されない場合もある、つまり、場合によっては割増部分が区別できなくてもいい、と言った。これは今までになかった初めての判断です。大体こういう事件で会社側が勝ったというのも初めてだと思います。

盛 評価が分かるところですね。僕はどっちかというところ積極的に評価しているほうなんです。やはり

これだけ高額報酬を受けている場合には、労基法も想定外という感じがしますね。

森戸 私は先に結論だけ言うと、ちょっと苦しいのかもしれないですけども、管理監督者のほうでいけばよかったんじゃないかなと思ってます。

盛 実際には、管理監督者として処理されている可能性はあります。というのは、最近の調査結果を見ても、課長以上は管理監督者として扱っている企業が多いみたいですね。そうなると、本件の原告くらいの方はポストは確かに低いかもしれないけれど、それに準ずるものとして扱われている可能性が高い。

森戸 実務上もそうですしね、理論的にも管理監督者でいけるんじゃないか。

盛 でも、管理監督しているかな。

森戸 そこはちょっとテクニックが必要なんです。盛先生がこの判決を評価されるとすれば、管理監督者というところではなくて、結局、こういう合意は有効だという立場を支持するわけですよね。

*「労働時間」算定の困難さ

盛 いや、この判決の処理方法はかなり技巧的です。私だったら、労働時間の算定が困難ということで結論を出すと思います。

つまり、原告がミーティングに出ていたことは確かだけど、普通の所定時間内に退社してもおとがめなしで、労働時間の管理が全くなかった。もちろん使用者には、その場合でも労働時間を管理する義務があるかどうかという問題はあるけれど、この事件について言えば、労働時間の算定は困難であって、原告が主張するような時間がすべて所定外時間に当たるとは認められない。したがって、時間外労働時間数についての立証がないから請求は棄却ということになる。

森戸 なるほど、事業場外みなし労働みたいですね。時間外労働は立証されていない、という枠組みでしょうか。

盛 ただ、いま言ったやり方でいくと、反論として、使用者側には労働時間を管理する義務があった。義務があったのに管理していなかった。したがって、時間数は厳密には立証できないとしても、1日当たり、1週当たりで法定時間を超えた時間は必ずあるはずだと。その分は損害になっているから、先ほど出た民事訴訟法第 248 条によって損害賠償を請求するということはあるかもしれない。

森戸 一応、午前9時から午後5時半という所定時間があり、明らかに早朝ミーティングには出ていた。それがあつのに、労働時間はそもそも算定が無理だとか、何時間働いていたかわからないと言つてもいいのでしょうか。

盛 少なくとも明確にされるべきなのは、所定時間を超えて労働したということじゃなくて、トータルとして何時間働いていたかということです。ミーティングに1時間早目に出たのに、1~2時間早目に帰つてたということになれば、1日8時間を超えないわけですから。だから、裁判所としては、具体的に立証できた範囲で認容すれば足りるわけでしょう。

森戸 もうちょっと厳しく、この日は実際にはどのぐらい働いていたんですか、というのを原告側に逐一立証するよう要求しても、それは無理ですよ。

盛 労働時間の算定については、かなりの裁判例があつて、裁判所はいろんな方法で労働時間を算定しています。推定ということもしています。恐らくその前提には、労働時間数は厳密に算定できないけれども、時間外労働はあると認められる以上、使用者が時間外手当を支払わないのは不公平だという心証のようなものがあるのでしょうか。

森戸 たしかに、先ほどやった互光建物管理事件では、管理組合との打ち合わせとか、火災対応などについて、時間外賃金請求は可能だが、主張立証が具体的にないのでだめ、ということをやつていますね。そうすると、労働時間の算定、つまりある意味実労働時間がどれだけだったかということをもうちょっとちゃんと見ていくことで、この事件も妥当な結論に至つたんじゃないかというご意見ですね。そもそも時間外労働がなかったという形にできたんじゃないかと。

盛 時間外労働の立証があつたと認められる範囲で請求を認容するということもありうるということです。全く否定するということをやつて主張しているわけじゃありません。

森戸 じゃあ、実際にもうちょっと詳しく認定してみたけど、やっぱりちゃんと会社に所定時間内はちゃんといて、さらにそれ以外に早朝ミーティングも100分出ていた、ということになれば請求は認容されるわけですよ。

盛 労基法が適用されると考える以上は、結論はそうなるでしょうね。

森戸 盛先生の枠組みだと、報酬が6000万円だつ

たからとか3000万円だったからということとは全然関係なく、あくまで實際上、労働時間がどのぐらいかを算定すべきだということですね。

盛 そうですね。

森戸 先ほどちょっと言いましたが、私は管理監督者のほうに持つていっちゃえばいいんじゃないかと思っています。現行法の枠組みの下では、ということではあります。

盛 それは難しいのではないですか。結局、いま議論されている自律的労働についての日本型イグゼンプションということになるんでしょうけど。でもこの判決のような解釈が可能だということになると、もうそういう制度は必要ないということになりますね。この判決は制度を先取りするものだという評価も可能ですが、むしろ現行制度の下でもすでに導入は可能だと言つていようなものですから。

ただ、この事件の場合は極めて高額な報酬ですね。立法でそういう働き方を特別に定めるとするならば、もっと低い報酬でも適用除外を認めるためということになるでしょう。日本経団連のように報酬要件は400万でいいことにするためには、やはり制度化が必要ですね。

森戸 まあ、400万円はちょっと低すぎだなとは思いますが、ただ報酬基準で機械的に切るというのも、立法論としてはありうると思います。

盛 高額な報酬であるということは、裁量的な労働をしているということの一つの判断要素になりうると思うんです。だから、一定の水準以上であれば、これはもう裁量的な労働で、だから労働時間規制の適用を外すという、そういう理屈にはなると思いますね。

*「合わせ技一本」?——本判決の意義

森戸 本件に戻りますが、判旨は、基本給2000万円にすべて含まれているという合意は有効なんだ、というその理由として、Xの働き方の実態をたくさん挙げているわけです。しかしそれにはあまり説得力がないんじゃないかなというのが私の印象です。例えば給与が業績連動的に決まっているから、というんですが、それは歩合制のタクシー運転手さんだつてそうです。それにXの場合も、ボーナスはたしかに利益に連動していますが、基本給自体は大体2000万円固定されているので、別に業績にリアルに連動しているわけじゃない。

それから、労働時間管理がされていなかった、時間外労働の把握が困難なシステムだったというのは、やっぱり本末転倒、これを理由として挙げるのはちょっとおかしい。じゃあ時間管理しないでいけば、割増賃金を払わなくてよくなるのか。それはおかしい。

それから本人も超過勤務手当なんかもらうつもりはなかった、というのは、またそもそも論ですが、労基法は当事者がどう思っているかということと関係なく規制を行う強行法規ですから、これまたあんまりそれを強調するのもどうかと。

最後の、報酬が高額だから労働者保護に欠けることはないというのは、これは妥当かどうかはともかく、わからないでもないです。保護に欠けることがないだろうというところは確かですから。

ただ、これを一つ一つけなしていくとこうなりますけれども、判旨としてはこの4つが全部そろっているんだからいいだろ、という意味なんでしょうね。「合わせ技一本」で。

それから、先ほども指摘しましたが、判旨1の、そういう合意があったかということについての判断と、判旨2の、それが労基法違反あるいは小里機材事件の判例違反にならないかということについての判断。この両方をほぼ同じ事実をベースにやってるわけです。しかし理論的に言えば、判旨1のほうは合意がなされたかどうかということについての判断ですから、そういう一連の事実関係が理由でいいと思うんですけど、判旨2のほうは強行法規である労基法の解釈が問題になっているので、それとは違う理由づけが必要なんじゃないでしょうか。どうもこの理由づけには問題がある。しかしほかにいい理由も思い浮かばない。理論的に考えれば、労基法第37条が一定の計算のもとで割増賃金を払えと言っている以上、つまり同条が適用になる労働者である限りは、通常の労働時間に対応する部分と時間外の分とは区別できるようになってなければいけないんじゃないかと。そこからさらに広げていくと、結局本判決は、いろんな理由は挙げていますが、Xのような労働者については労基法第37条の適用がないと言っているのに等しい。

それだったら、管理監督者だと言っているのと同じじゃないでしょうか。だったら管理監督者でいくほうが素直なんじゃないの？ というのが私の結論です。実は判旨もそういうことを言っているんじゃないか。そういう評価です。

盛 いまの制度で管理監督者に含めるのはちょっと無理だと思います。たしかに管理監督者というのは、言葉としては非常に広いものですが、従来の第41条の解釈としては、最初になぜ適用除外になるのかという議論から始まるわけで、まさに管理監督者というのは労働時間について特別の規制を受けないとか、一定額以上の報酬を受けているから労働時間規制の適用をしなくてよいという判断があったわけです。だから、それをもう少し解釈で広げていくというのはわかりませんが、逆に、全く管理監督をしていないのに管理監督者に含めるというのはどうでしょうか。

判決が述べている理由については、たしかに一つ一つ見ていくと無理はありますが、時間外手当の包括払合意の認定のためにはこのくらいでよいと考えているでしょう。

森戸 やはり「合わせ技一本」なんじゃないかな。

*裁量労働制との関連

盛 労働時間管理についても一つつけ加えると、この事件の場合、裁量労働制にしようと思えばできたと思うんです。それをしていなかったんだから、労基法が全面的に適用されるのもやむをえない。したがって、実労働時間が立証される限りでは割増賃金を払うべきだという主張は成り立つと思います。

*「管理監督者」とは誰のことか

森戸 労基法第41条第2号の管理監督者について、行政解釈では「労務管理について経営者と一体的な立場にある者」というような説明をしています。裁判例では、出退勤の自由があったかどうか、部下の人事考課に関与していたか、経営上の重要事項に関与していたか、それなりの役職手当があったか、などのファクターで判断しています。

それに当てはめると、Xは時間管理を受けていなかった。報酬も相当もらってはいた。しかし部下の労務管理に関与するとか、経営上の重要事項に関与するとかいうのはなかったようです。ですから、従来の考え方で機械的に答えを出すなら、管理監督者とは言えないだろうということになるかもしれません。裁判所もそう思ったんだろうとは思いますが。

ただどうも、第41条第2号の行政解釈も、それからこれまでの裁判例も、いわゆる日本の典型的な会社組織、人事形態みたいなのを当然の前提としてできて

いるんじゃないでしょうか。本件の外資系企業のような組織のあり方を前提としてはいいような気がしません。

組織のあり方が違うのに、機械的にそういう行政解釈の基準を当てはめていいのかどうか。日本の会社的な意味での労務管理というのを、たとえば外資系企業ではしていなかったりするわけです。なのに日本的な会社のスタンダードを絶対的基準にするのはおかしいんじゃないか。

法の趣旨は結局、行政解釈がみずから言っているように、重要な職務と責任を有し、現実の勤務形態も労働時間とか休日に関する法規制の枠をはめるのが適切でないような立場にあるものに限って適用除外を認める、というものです。この本件のXも決してこれに外れるものではないと思います。

行政解釈も最近の企業の実態に合わせて、本社の企画調査のいわゆるスタッフ職などについて、法制定当時にはあまり見られなかったが……というような前置きをつけて、職務内容や処遇の程度によっては、管理監督者と同等に取り扱ってもこれらの者の地位からして労働者の保護に欠けるおそれがない、というようなことを言っています（昭和63・3・14基発150号）。簡単に言うと、ラインの管理職と同等の位置づけなら管理監督者でよい、ということのようです。この辺も本件の手がかりになるんじゃないか。

形式を見ても、このXはED（エグゼクティブディレクター）であり、部のナンバー2、それなりのポジションなんですね。そんなに数は少ないですよ。形式的にも一応の地位にはあると言えるんじゃないかという気がします。

判旨に戻ると、超過勤務手当も含めて払う合意が労基法上も違法でないと言った理由の一つは、結局、それだけお金もらっているんだから、そう考えても労働者の保護に欠ける点はないということだったわけです。でしたら管理監督者のほうでも、Xが管理監督者だと考えても保護に欠ける点はない、ということも同じではないか。

部下がいなくて、仕事は基本的に自分だけでやる。しかし報酬は高額で仕事内容は非常に裁量的。こういう場合は、ここからがちょっと苦しいところなんです。自分で自分を管理するような形で働いていると。それはイコール経営サイドの行為とみなしてもいいんじゃないか。自己管理型管理監督者みたいな、そういう

うことで労基法第41条第2号を適用したって、解釈論としてもおかしくはないんじゃないでしょうか。

裁判所としては、管理監督者に関するこれまでの判断基準にチャレンジするよりは、超過勤務手当込みの合意もOKというほうで判例通説にチャレンジするほうがいだろうという道を選択したんだとは思えます。でも私はどっちかという和管理監督者でいったほうが、まだ筋が通ったんじゃないかなという印象です。

もちろん、そもそもで言えば裁量労働制なんかで対処するのが筋ということになるんでしょうが。

盛 たしかに現行法の枠でいくんだったら裁量労働制ですね。でも、最初の理由づけがちょっと気に入らない。外資系の働き方と日本の会社の働き方が違って、外資系の会社に労基法をそのまま適用することは問題だと言ってしまうと、これは外資系の働き方に対して、労基法の全面的な免責を認めるようなことになりませんか。

森戸 いえ、そこまでは言っていないです。労基法全体がすべていらぬというのではもちろんないです。ただ管理監督者かどうかの判断において、日本の組織のあり方を当然前提としてできている行政解釈がうまくはまらない働き方の職場があるんじゃないか、それがたとえば外資系なんかで典型なんじゃないかと……。

盛 そういうことだったら、日本の企業にだって、新しい組織とか働き方に挑戦しているところはかなりあると思いますよ。

森戸 まあ外資系だけの問題じゃないでしょうね。いずれにしても、行政解釈というのは実際の職場の実態に配慮した上で管理監督者の判断基準をわかりやすくするために親切にかつ詳細につくってあるんだろーとは思いますが、しかし結果的に組織のあり方が全然違うと当てはめづらくなっているんじゃないかなと。それが私の問題意識です。

盛 そういう従来の行政解釈などに基づく管理監督者の範囲と、さっきも言ったみたいに、実態としての管理監督者の範囲というのはかなりずれているというのが一つ。

それから先ほどのスタッフ職ですけれども、あれも管理に引っかけて、要するに相当社内のポストが上で、しかも企業の企画立案とか、そういう中枢的な業務に従事しているということを前提に管理監督者として扱っていいということで、そうすると本件の原告のような

人を管理監督者とするのはたしかに苦しい。理由としては、自律的な働き方をしているということくらいしかないけれど、そういう管理的なポストについているわけでもないし、部下がそんなに多くいるというわけでもない。

森戸 そうなんですよ。

盛 たしかに、組織の中ではナンバー2かもしれないけれど、部下を抱えてそれを監督しているという立場にはない。要するに、営業成績を上げればそれにに応じて報酬が支払われるということですよ。

だから、管理監督者というのは、気持ちはわかるけれども解釈としてはかなり難しいのかなと。だから制度改正が必要だという主張にもなってくるのでしょうか。

森戸 先生が先ほどおっしゃったように、実際の労働時間がそもそもそんなに法定時間を大きく超えていない、という方向でいけば一番よかったと思うんですが、ではそれでいけない場合に、管理監督者でいくのがいいのか、それとも本判決のように、場合によっては時間外分を区別できないような払い方でもいい、という方でいくのか。

盛 要するに、いま審議会で検討しているような自律的な働き方に応じた労働時間制度というのは、適用除外が唯一の方法じゃないんです。報酬について明確に何時間分として包括的に割増賃金を含んだものとして報酬を合意するという、そういうことを認めたっていいわけです。

森戸 立法論としてはそうだと思います。ただ現段階の解釈論としては、私の自己管理型管理監督者とかいう苦しいやつよりは、まだこの判決のほうがマシでしょうか。

盛 次善の策みたいな感じでしょうか。さっきかなり苦しい理由づけだと言いましたが、ほかの同じような会社でも、大体そんな裁量的な働き方をしていて割増賃金を払っていない。それから本人の場合も、それまでいた会社では割増賃金が払われていたのに、転職して払われなくなった。これは外資系だから払われなくなったというよりも、むしろ業界の慣例のようになっていて、そんなものだと思ってそれに従っていたと考えれば、そういう包括払いの合意を認めてもいいのではないかという気もします。すでに何千万円ももらっているのに、さらに割増賃金もというのは、ちょっとやりすぎだと……(笑)。

森戸 もちろんそうなんです。ただそれも、基本給

でいえば2000万円なわけで、じゃあ300万円じゃだめだとして、1000万円だったらどうかとか、金額で切っていくと、なかなか微妙ですよ。さっき外資系うんぬんのところで、ディアローク2年目にして初めてちょっと対立が生まれましたけど(笑)、外資系に限らず、要するに新しいタイプの組織については、行政解釈が対応しきれていないのではないかと。従来型の組織を当然の前提としすぎているから、ということなんです。

盛 それはそのとおりです。

森戸 そこは少し柔軟でもいいのかなと。

おわりに

森戸 さて、今年の印象はいかがでしょう。

盛 細かいところでは結構意見は分かれたけれど、決定的な対立というのは最後のところだけですかね。

森戸 最後の対立についても、私も別に外資系企業に労基法の適用がなくていいとは全然思ってませんので。

盛 いやいや、わかっていますよ(笑)。

森戸 ただその働き方の実態をもうちょっとちゃんと見たらどうかと。

しかも法令のレベルというよりは、行政解釈レベルでという意味ですけどね。なんか一生懸命フォローして言訳しているみたいですけど(笑)。

それ以外は今年も激しい対立はなく、また来年に持ち越しですかね。

盛 もう1年残っているわけですよ。

森戸 来年盛先生だけいなくなると、私がなにか失礼したんだと思われそうですので、是非来年もよろしくお願ひします。

盛 こういう企画は、やはり読者にとっておもしろいものでないといけません。来年は意図的に論点をつくり出して、あえて対立点を明確にさせるような工夫でもしてみますか。でも、それだとまるでやらせかな。

森戸 それでもいいですけど、おまえは別なところではこう言ったじゃないかとかないと立場がないですね。本当に対立する論点がちょうど出てくればいいですけどね。

司会 学会を二分するような大学説をお二人でというのはいかがでしょう。

盛 よし、来年こそはそれを目指しましょう。

森戸 何かありますかね、そういう事件が。
じゃ、こういう感じで終わらせていただきます。

(2006年8月7日：東京にて)

もり・せいご 一橋大学大学院法学研究科教授。主な著作に『労働法（第2版）』（有斐閣アルマ，2005年）。労働法専攻。

もりと・ひでゆき 成蹊大学法科大学院教授。主な著作に『企業年金の法と政策』（有斐閣，2003年），『ケースブック労働法』（共著，有斐閣，2005年）。労働法専攻。