

ディアローグ  
労働判例この1年の争点

パワーハラスメント・メンタルヘルス  
就業規則の法的拘束力



同志社大学教授  
土田道夫



早稲田大学教授  
島田陽一

## 【目次】

### はじめに

#### ■ピックアップ

1. コスト削減下での職種転換を伴う配転命令と協約上の努力義務違反——ノース・ウエスト航空（FA配転）事件
2. 個別決定方式の年俸制での評価決定権限——日本システム開発研究所事件
3. 男女コース別管理による賃金格差——兼松（男女差別）事件
4. キャディ職らの有期契約への変更合意の成否、新給与規程の効力など——東武スポーツ（宮の森カンツリー倶楽部・労働条件変更）事件
5. 嘱託職員による一般職員との処遇格差を理由とした差額賃金、慰謝料請求——京都市女性協会事件
6. 子会社の偽装解散と親会社・事業承継子会社の雇用責任——第一交通産業ほか（佐野第一交通）事件

#### ■フォローアップ

##### I. 労組法上の労働者

オペラ歌手の労組法上の労働者性——新国立劇場運営財団事件

##### II. 労働協約の変更・会社分割と労働契約承継

- ①定年直前者に対する協約による退職金算定係数引下げの効力——中央建設国民健康保険組合事件
- ②会社分割と労働契約の承継——日本アイ・ビー・エム（会社分割）事件

#### ■ホットイシュー

##### I. パワーハラスメント・メンタルヘルス

- ①技術者のうつ病罹患と休職期間満了後の解雇、安全配慮義務——東芝（うつ病・解雇）事件
- ②虚偽の業績報告を続けた営業所長のうつ病自殺と安全配慮義務——前田道路事件

##### II. 就業規則の法的拘束力

- ①適格年金制度廃止に伴う規定変更の周知と定年前退職者の退職金減額——中部カラー事件
- ②嘱託社員としての定年延長に伴う新給与規程の効力——協和出版販売事件

### おわりに

#### 凡例

・判例の表記は次の例による。

(例) 最二小判(決) 平〇・〇・〇

→ 最高裁判所平成〇年〇月〇日第二小法廷判決(決定)

判時：判例時報

判タ：判例タイムズ

民集：最高裁判所民事判例集

労経速：労働経済判例速報

労旬：労働法律旬報

労判：労働判例

## はじめに

土田 島田先生と私が担当するディアログの2年目になります。どうぞよろしくをお願いします。

島田 こちらこそよろしくをお願いします。

土田 昨年のディアログから今回のディアログの間、雇用社会は大きな変化に見舞われました。昨年のこの時期には予想もできなかったのですが、昨年の秋のリーマン・ショックに始まる世界的金融不況によって、比較的上向きだった雇用情勢が一挙に悪化しています。製造業や輸出産業を中心に、派遣労働者や期間従業員のリストラが相次いだことは周知のとおりですし、正社員の雇用にまで波及しています。労働法のあり方が改めて問われているところだと思います。

一方で、この対談で取り上げる裁判例ですが、現在の雇用不安をストレートに反映したものは、時期の問題もあってまだありません。ただ、それ以前から続いていた経営悪化に伴う労働条件の不利益変更や、企業再編問題に関する重要な裁判例がいくつかあり、【ピッ

クアップ】や【ホット 이슈】で取り上げています。それから、今期は、最高裁判例は取り上げていないのですが、上記の問題を含めて、高裁判決が多いのが特色です。高裁が従来は見られないような意欲のないし個性的な判断を次々と出しており、全体の3分の2以上が高裁判決となっています。

【フォローアップ】では、昨年取り上げた事件の控訴審（高裁）判決（中央建設国民健康保険組合事件、日本アイ・ピー・エム事件）を検討するほか、労組法上の労働者の概念という重要テーマ（新国立劇場運営財団事件）を扱うことにしました。

【ホット 이슈】では、就業規則の法的拘束力に関する新たなテーマを取り上げました。労働条件の不利益変更の拘束力に関してしばしば問題となる合理性要件ではなく、周知要件の問題や、定年延長に伴う賃金規程の新設がそもそも「不利益変更」に該当するかという問題を扱った裁判例です。労働契約法の施行を考えると、重要なテーマだと思います。また、近年、紛争となることの多い「パワーハラスメントとメンタルヘルス」をもう一つの 이슈として取り上げました。

# ピックアップ

## 1. コスト削減下での職種転換を伴う配転命令と協約上の努力義務違反——ノース・ウエスト航空（FA配転）事件（東京高判平20・3・27 労判959号18頁）

### — 事案の概要 —

航空会社YのFA（フライトアテンダント）であったXらは、地上職に配転を命じられたため、①採用時に職種をFAに限定する旨の合意があった、②労使確認書において当該職種限定合意がなされていた、③仮に当該合意がなかったとしても配転命令は権利濫用に当たる、④配転命令は不当労働行為に当たるなどと主張し、配転命令の無効とXらがFAの地位にあることの確認および不法行為に基づく慰謝料請求を求めた。一審（千葉地判平18・4・27 労判921号57頁）では配転命令が有効とされたため、Xらが控訴。

島田 本件は、航空会社のフライトアテンダントだった控訴人らが地上職に配転を命じられた事案です。争

点は大きく分けると、2つです。第1点目は、雇用契約上、フライトアテンダントに職種が限定されていたのか。第2点目は仮に職種限定がないとしても、配転命令権の濫用と言えるかです。配転が不当労働行為に当たるかという論点もありますがここでは省略します。

まず職種の合意について、フライトアテンダントに限定する合意はないとしています。本件の特徴としては、この人たちの配転をめぐる労使の確認書があり、フライトアテンダントである組合員については、資質、適性、執務能力がある限り、その職位を失うことがないように努力するとされていたことが挙げられます。控訴人らは、この労使の確認書をもって、職種の合意があったという主張をしています。しかし、判決は、これはあくまでもフライトアテンダントの職位を確保するよう具体的に努力する義務にとどまるとして、職種の限定を否定しました。

第2の争点の配転命令権の濫用についてですが、ま

ず判決は、東亜ペイント事件（最二小判昭61・7・14判時1198号149頁）の最高裁の判断枠組みを引用しています。ただ、その上で、次のようなことを述べているのが特徴的です。

「本件配転命令につき、業務上の必要性が存するか、否か。存するとしても、その程度はどの程度か。本件配転命令が控訴人らにどのような不利益を与えるか。控訴人らに対し、通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を負わせるものであるか、その他、特段の事情の有無、これを検討する」。この説示が本判決の具体的な判断に大きな意味を持っています。本判決は、3点にわたる特徴があります。

第1点目は、業務上の必要性について、相当詳細な認定を行っていることです。東亜ペイント事件最判が業務上の必要性について、余人をもってはかえがたいという、高度な必要性は必要がなく、労働力の適正配置等、非常に広範な理由を挙げた上で、企業の合理的運営に寄与する点が認められる限りは、業務上の必要性の存在を肯定すべきであるとしていることと比べると、大変詳細な認定が行われていると思います。具体的には、本件配転当時、一般的に人件費の節約、余剰労働力の適正配置の必要性があったが、本件の配転の必要性は必ずしも高いものではないとしています。すなわち、本件の配転は、所属事業所で、フライトアテンダント15名を削減する必要があるということが前提になっていますが、この15名の削減の必要性は、フライトアテンダントとは異なる、労働条件がかなり低いQIFSRと呼ばれる契約社員を増やしたことによって生じたものであり、この余剰人員は、実は会社自身がつくり出したもので、結局、業務上の必要性が必ずしも高いとは言えないとしています。それから人件費の削減という点も、本件配転による効果はあまり大きくはないとしています。

第2に、これまで配転によって受ける労働者の不利益とは、一般にその生活関係上の不利益が「通常甘受すべき程度を著しく超える不利益」であるかが判断されてきましたが、本件はそうではないというのが特徴です。具体的には、フライトアテンダントから地上職に変更されることによって、さまざまな労働条件の実質的な変更によって生ずる不利益の程度及び職種が変更されることによる精神的な不利益の程度が検討されています。

第3の特徴は、フライトアテンダントとしての職位

を保つ努力義務を定める労使の確認書があるということです。これが判決の判断に大きな影響を与えています。判決によると、会社は、努力義務の対象とされた事項を達成するために努力をしていない、あるいはその努力義務の対象とされた事項を達成するための障害となる事項をみずから作出する、あるいは達成されない状態を維持強化しており、努力義務に反していると判断しています。そして、この努力義務違反は、不法行為の違法性の判断基準になり、また、権利濫用の判断においては、義務違反者に不利な事情として、法的評価の要素となるとしています。

そして、本判決は、本件配転に業務上の必要性が高くないこと、経済的・精神的な不利益が大きいこと、労使の確認書における努力義務違反があったことなどから、配転命令権を濫用したと評価すべき特段の事情があり、本件配転命令を権利の濫用として無効としました。

本判決は配転に関する判例法理を考える上でいくつかの論点を提示しているように思います。判例法理として定着してきた東亜ペイント事件最判は、一家の稼ぎ手の中心である男性正社員が転勤によって単身赴任を余儀なくされるという事案でした。今で言えば、男女の性別役割分業モデルを前提に、単身赴任という程度の不利益は、通常甘受すべき不利益を超える不利益とは言えないと判断したものでした。近年に至って、労働者の生活に変化がもたらされる中で、単なる単身赴任ではなく、育児、介護または看護に責任を持つ労働者の事例において、通常甘受すべき不利益を超える不利益があるとされる事例が増加しています。学説においても、判例法理をいわゆるワーク・ライフ・バランスという観点から見直すべきであるという議論が出ています。しかし、本件は、そのような動きとはまた違って、労働条件が配転によって大幅に変化したということと、もう一つ職業的なプライドが損なわれたという不利益が問題となっている点が特徴的です。

本判決は、東亜ペイント事件の判断枠組みを前提とするとしながらも、実際には相当異なる判断枠組みとなっていて、配転の必要性の程度と当該労働者における不利益を比較衡量して結論を出すという手法、すなわち東亜ペイント事件最判以前の裁判例に見られた手法に近いようにも思われます。この点をどのように評価すべきかを多少考えてみたいと考えました。

東亜ペイント事件最判のように、配転命令権について会社が広い裁量権を有するという考え方は、配転に

よって基本的な労働条件が変化しないという事実が前提となっているのだと思います。実際、出向のように労働条件が大きく変わるとなると、最高裁も配転と同じような枠組みにおいて包括的な出向命令権を認めているわけではありません。そうすると、本件は配転に伴って労働条件自体が変更され、労働者に大きな不利益が生じているという点において、東亜ペイント事件の事案と異なっており、そこに最判の判断枠組みから超えた判断が求められた要因があったと見るができるのではないかと考えています。その意味で本判決は、いわゆる降格配転と類似性があるようにも思われます。降格配転の場合、降格によって労働条件が低下するとされると、その原因となった配転命令自体も無効となるという裁判例（日本ガイダンス事件・仙台地決平14・11・14労判842号56頁）がありますが、本判決においても、労働条件の低下が、抽象的な配転命令権の存在によって承認されるのかが問題となったと考えられます。

本件のような事案を配転命令権の権利の濫用の枠組みで考えるにしても、東亜ペイント事件最判とは違う事案として、新たな整理を要するのではないかと思います。

#### \* 配転命令権濫用の判断方法

土田 一審では会社が勝訴していますね。本判決が重視したと思われる労働条件面の不利益は、例えばインセンティブ・ペイとか深夜乗務手当とか、つまり、フライトアテンダント特有の収入がなくなるということですが、この点については、一審はどう判断していたのでしょうか。

島田 一審は非常にオーソドックスというか、配転に伴って低下した労働条件は、実費支払いまたは業務実績に対する評価としての性質のものであり、通常甘受すべき不利益を著しく超える不利益とはいえないとしています。

土田 これまでの配転法理だと、基本給はもちろん下げたはいけないけれども、職務の変更に伴って職務に固有の諸手当が削減されるのはむしろ当然で、不利益としてそれほど重視して来なかったと思います。一審も同じ判断ということですか。

島田 そうですね。

土田 本判決は、基本給は削減されていないにしても、諸手当が削減されたこと自体を不利益と判断した

のか、それとも、不利益の程度が非常に大きいという点を重視したのでしょうか。

島田 実費支払の性質を有するものも含めておおよそ月額数万円としていますが、少なからぬ実収入の低下で経済的不利益は無視できないとしていますので、不利益の程度が大きいという評価だと思います。一審判決のように「通常甘受すべき不利益を著しく超える不利益」という観点からの判断ではありませんが、フライトアテンダントの給与体系は乗務手当を含めた諸手当が大きい位置を占めていますから、その点を重視したのではないのでしょうか。

土田 そうすると、航空会社では、フライトアテンダントから地上職への配置転換は稀ではないと思うんですが、本判決のような判断によると、今後、その点への配慮が必要となりますね。

島田 本件の場合、ともかく職位を確保する努力義務があるということが前提になっていますので、仮にこういう労使の合意書がなかった場合に、ストレートに経済的不利益があることから配置転換が権利の濫用として無効という結論が出るかはわかりません。ただ、いずれにしても労働条件の変更という要素について一定の考慮が必要であるということになるのではないかと思います。

土田 そこがポイントですね。この労使確認書というものがなかったら、本件の判断はどうなっていたとお考えですか。本判決は、今の諸手当の削減という不利益の大きさと比較して、業務上の必要性をかなり厳しく判断しています。東亜ペイント事件の判断枠組みを踏まえながら、それを換骨奪胎して、比較衡量的な判断に戻ったような感じが確かにあります。ですから、本件では、もしかしたら労使確認書がなくても権利濫用という判断はあったのかなという気がします。

しかし一方、業務上の必要性に関する判断については疑問があります。判旨は、人員調整や人件費削減の一般的必要性は認めつつも、具体的に見ると、配転を実行しないと会社経営が危機に瀕するとか、経営上大きな影響があるというには足りないとして、業務上の必要性はさほど高くないと述べています。これは、業務上の必要性に関して東亜ペイント事件が示した広範な判断からすると非常に厳しい判断ですが、解雇であればともかく、配置転換でここまで厳しく判断するのはどうかという気がします。

そのことを前提に、本件で削減されたのが基本給で



はなく諸手当だということを考慮すると、本件は、労使間の利益衡量に加えて、労使確認書の努力義務を考慮して初めて配転命令権濫用という結論が正当化されるような気もするのですが。

島田 確かに確認書の存在が判断に大きな影響を与えていますね。私も、本判決がここまで業務上の必要性を厳しく認定しているのは、特段の事情を判断する際に、努力義務の履行という観点を強く意識していると考えています。判決に沿っていえば、この余剰人員を会社みずからがつくり出したものであるということが努力義務に反するとされています。したがって、労使確認書の存在が、「特段の事情」を判断する大きなポイントになっていると思います。

ただ従来の東亜ペイント事件の考え方によれば、業務上の必要性はそれとして独立した判断要素で、その他の不当な動機目的とか、通常甘受すべき不利益を超える特段の事情というのは、業務上の必要性とは一応別個に判断をされてきたことを考えると、本判決の判断枠組みは、東亜ペイント最判の判断枠組みから踏み出していると評価できると思います。これは、介護とか看護とかの事情が不利益と判断された最近の裁判例でも見られる傾向ですね。配転に伴う労働条件の変更によって大きな経済的な不利益を生ずる場合にも、業務上の必要性と経済的不利益を比較衡量するように判例法理を修正するのが適切だと思います。先ほど言われた、配転について、ここまで業務上の必要性を検討するのということですが、それは、基本的な労働条件の変更、すなわち経済的な不利益の程度に応じて変わってくるということでしょう。不利益の程度がそれほど高くないと判断されれば、ここまで詳しく配転の必要性を検討する必要はないだろうという感じがします。

土田 判断枠組みとしては、労働条件面の経済的不利益が大きい本件のようなケースでは、その点を独自の判断要素に位置づけつつ、業務上の必要性を厳しく検討すべきということですか。前者については、確かに、東亜ペイント事件と違って経済的不利益が大きいので、考慮する必要がありますね。しかし、後者の業務上の必要性については、ここまで経営判断を縛るのは厳しすぎると思います。また、労働条件面の不利益を重視するとしても、フライトアテンダントの場合は諸手当の割合が大きいということはわかりますが、それでも数万円程度という認定で、これを重視しすぎる

のもどうかという気がします。要するに、本判決は、業務上の必要性を厳しく解しすぎる反面、労働条件面の不利益を過大に評価した観があるって、両者の比較衡量で判断した場合は、にわかには賛成できません。

#### \* 労使確認書の意義

これに対して、労使確認書上の努力義務についての判断は注目すべきものがあります。会社が QIFSR を増加させて、フライトアテンダントとしての職位の維持に反する状態を作出したということが努力義務の障害となる事実の作出に当たり、努力義務違反に該当するということですか。

島田 そうですね。それは間違いないと思います。

土田 この努力義務の解釈は非常におもしろいと思いますし、説得力もあります。労使確認書が締結されて、そこにフライトアテンダントの職位維持の努力義務が規定されている。ところが、わずか5カ月後に地上職の配転命令を出しているし、配転の実施時期について会社側に譲歩の姿勢が全くない。これは、いくら何でも労使確認書の趣旨からして努力義務に違反するし、信義則にも反するという判断ですね。この点を権利濫用の一つの大きな要素としたことはよく理解できます。ただ、逆に言うと、その点があったからこそ、判旨の結論になったという印象はあるのですが。

島田 確におっしゃるとおりです。本件は労使確認書があったという点で特殊な事案ではありますが、あえて本件の特殊性の部分を除いても検討すべき点があればと思います、先ほどのような論点を提示してみました。

土田 労使確認書については、一審は、努力義務があるといっても、配転を避けるためにいかなる措置を講ずるかは会社の高度な経営判断だとして簡単に斥けています。「努力義務」ということで軽く見たのかもできません。しかし、会社の経営判断も重要ですが、労使確認書で合意したことですし、そこで努力義務が規定されたことについては、労使自治の観点から実質的な意義を認めるべきだと思います。確認書からわずか5カ月後の配転命令という事情も影響したのですが、努力義務だから軽視するという風潮に警鐘を鳴らしたという点でも良い判断ですし、労働者の職種・職位保持の利益を重視した点でも注目すべき判断だと思います。ですから、この点を重視して権利濫用を肯定するのであれば、納得できます。

## \*東亜ペイント事件の判断枠組みとの関係

島田 私は、本件はこの結論でいいと考えています。労使確認書の存在という本件の特殊性を除外すると、本件は、職種限定はないとしても、職種によって、賃金が相当低下することが配転命令権の濫用性を判断する際にどのように考慮すべきかという問題を提起したという特徴があると思います。配転に伴う経済的な不利益については、降格配転において検討されています。しかし、これまでは、配転に伴って基本給が下がらないのであれば、経済的な不利益の程度は濫用性判断において余り問題とされてきませんでした。しかし、現在は、基本給の位置づけが賃金制度によって大分違いますよね。そうすると、配転命令権という人事権の行使によって、労働条件の一方的不利益変更が実質上実現するということになりかねません。これでは、基本的労働条件に変更がないことを前提とする配転法理とは相容れないことになります。

その意味で、本判決は、東亜ペイント事件最判の判断枠組みの射程距離の限界を明らかにしたという意義があると考えています。つまり、配転の必要性と労働者の被る不利益とを相関的に見ないと、適切な解決が出てこない事案が増えてきていますよね。生活上の不利益がこれまで中心的な問題だったけれども、職業上の不利益とか経済的な不利益というような事案においても、これまでの判断枠組みを修正する必要があると感じます。今回は労使確認書があったことが非常に大きいのですけれども、仮にそれがなくても、本判決の判断枠組みを使うことが考えられていいのではないのでしょうか。

土田 そうすると、労働条件面の不利益が大きいという点でも特徴的な事案で、そうした事案に関する新たな判断という位置づけもできるということですか。ただ、東亜ペイント事件の判断枠組みによっても、労働条件面の不利益は、「労働者が通常甘受すべき程度を著しく超える不利益」の中で十分考慮できるような気もしますけれど。

島田 ええ。もちろん東亜ペイント事件の枠組みというのは、「通常甘受すべき不利益を著しく超える不利益を負わせるものであるとき等」といって、特別な事情というのがあるので、その「等」という中にいろんなことを読み込めると考えれば、それはそれでいいのですが。ただ、やはり配転の必要性と労働者の被る

不利益とを比較衡量するという発想は、東亜ペイント事件最判にはあまりなかったように思います。

土田 なるほど。労働条件の不利益を含めて、労働者の不利益として考慮すべき要素が多様になってきているということですね。本判決は、フライトアテンダントとしてのキャリアやプライドを重視して、精神的苦痛を重く見る判断をしていて、これも比較的新しい判断ですが、そうした多様化を示しているのでしょうか。私は、これには賛成です。

## 2. 個別決定方式の年俸制での評価決定権限

——日本システム開発研究所事件（東京高判平20・4・9 労判 959 号 6 頁）

### 事案の概要

公的機関から調査・研究を受託する財団法人Yは従来から個別交渉によって毎年の賃金額を決定する「年俸制」を就業規則を変更せずに実施してきたが、経営事情の悪化などを理由に賃金体系を変更したため、一方的に賃金を減額されたとしてX<sub>1</sub>らが賃金差額分を請求した。一審（東京地判平18・10・6 労判 934 号 69 頁）ではX<sub>1</sub>らの請求が認容されたため、Yが控訴。

土田 これは年俸制の事案です。この研究所では就業規則とは別に、個別的に年俸交渉を行って賃金を決定してきました。平成17年業績評価の方法を改めることにし、それを前提に業務成績の提出を命じたのですが、原告らが提出しなかった。仕方がないので、研究所のほうで理事交渉しようとしたけれどもそれにも応じない。そこで、研究所のほうで暫定的に給与を積算して支給したところ、人によっては450万円の大幅な減額になったということで、この減額の有効性が争われた事案です。

本件の特色は、この年俸制が一切、規定にも合意にもなっていないまま、事実上行われてきたということです。一審は、これを労使慣行とらえた上で、労使慣行となっていた年俸制を変更するためには、就業規則の変更ないし労働者の同意が必要となるところ、本件では同意もないし、就業規則の変更もされていないので、前年度の給与を継続支給すべきだとして請求を認容しました。

ところが、高裁判決は非常に特色のある判断をしています。制度変更という考え方をせずに、そもそも本件のような年俸制において、合意が成立しない場合

に使用者が評価決定権を持つためには一定の制度化が必要だとしています。つまり、年俸額決定のための成果・業績評価基準、決定手続、不服申立手続といった制度が就業規則に明示され、かつ、その内容が公正でなければならず、そうでない場合は、特段の事情がない限り、評価決定権はないとしています。そして、本件ではそうした制度化がされていないし、当事者間の合意もないので、前年度の年俸額をもって次年度の年俸額とするほかないと判断したわけです。

本判決の意義は2点あります。1点目は、年俸額を決定するための評価決定権の根拠として、公正な制度の整備が必要で、なおかつこの制度が公正でなければならないということを明言した点です。もう1点は効果についてで、以上の根拠・要件を欠く場合には、合意が成立しない限り、前年度の年俸額が次年度の年俸額となると判断しています。

従来の裁判例を見ますと、平成19年に中山書店事件（東京地判平19・3・26 労判 943号 41頁）があって、年俸額については、通常、交渉と合意で決定されるけれども、それには一定の根拠規定が必要である。ただ、仮にそうした合意規定がなくても、最終的には使用者が決定権を有するが、その場合、労働者は裁量権の逸脱、濫用を争うことができるとしていました。一方で、労使が協議を継続していたのですが、そういう場合は、使用者が提案した額を最低年俸額とするという合意の成立を肯定すべきだと判断していました。裁判例はそれほど多くないのですが、これが従来のオーソドックスな考え方で、私はこれに賛成です。

それと比べて、本判決の場合、何が違うかということ、まず事案としては、年俸制が明確な制度として規定されていなかったという点が決定的に異なります。

法律判断としては、まず、年俸額決定の根拠・要件面では、従来は、年俸額に関する使用者の決定権の根拠規定はシンプルなものでよいけれども、人事考課が公正かどうかという点を決定権の行使要件として考えてきたわけですが、本判決の場合は、その根拠規定それ自体において公正な制度設計を行う必要があると述べた点が特色です。ただ、これは結論的には従来の見解とそれほど違いはないだろうと思います。つまり、従来の考え方で、根拠規定とは別に、裁量権の濫用の有無を要件として考えるわけですから、評価権の行使要件としては、人事考課制度というものが求められてくる可能性が高い。ですから、実際上の違いはそれ

ほどないだろうと思います。

#### \* 年俸額に関する合意不成立の場合の効果

問題は、年俸が確定しなかった場合の効果の方で、ここは相当違ってくると思うのですが、中山書店事件のように、労働者が裁量権の濫用を争うことができるという効果を前提にすると、仮に裁量権の濫用が認められた場合、当然には前年度の年俸額の存続ということにはなりません。ところが、本判決によれば、前年度の年俸額が肯定されることとなります。問題はなぜそうなのかということですが、そこがわかりにくい。判旨は、労使間合意がなければ、前年度の年俸額をもって、次年度の年俸額とせざるを得ないと述べていますが、その理由づけが示されていません。

そうすると、2点問題になるとと思いますが、1点は、前年度の年俸額を継続させる理由として何が考えられるかということです。本件の場合、平成15年、16年度については、14年度の給与を凍結して前年度の給与を支給しているので、その点をふまえた契約解釈ないし労使慣行を根拠とする考え方があり得ます。

それから、もう1点は、そもそも前年度の年俸額を次年度の年俸額に継続させていいのかという疑問があります。これは使用者側が主張している点ですが、労使間合意が成立しなければ、前年度の年俸額が継続するというものになると、そもそも年俸制の趣旨と整合しない面が出てきます。あるいは、机上事例ですが、労働者が年俸額を増やせと主張して、使用者は前年度と同額を主張している場合、本判決によれば、合意が成立しなければ、使用者の主張どおりに前年度額の確定ということになりかねません。いずれにしても、硬直的な処理になる可能性がある中で、前年度の年俸額の当然継続という処理よりは、使用者の評価決定権を認めた上で、その濫用を争えるという処理の方が妥当かなと思います。

鳥田 中山書店事件の場合、根拠規定はあったのですか。この事案では何もないので、そもそも使用者の裁量権というか、賃金額を決定する権限を法的に確定できないですね。一番は、そこを労使慣行によって権利義務関係が確定しているという前提に立っているけれど、本判決では要は全く白紙の状態であって、使用者が一方的に決定する権限はもともとないという前提ですよね。そこがおかしい気がします。

土田 中山書店事件の場合は、明確な根拠規定があっ



たわけではなく、年俸額の増減がありうるという制度（契約内容）であったと判断されています。本判決の考え方としては、本件年俸制における権利義務関係は、年俸額は労使の合意で決定されるものだという把握が前提にあつて、合意が整わない場合、使用者がそれでも年俸額を決定したければ、規定を設ければよいけれども、その規定がない以上、前年度の年俸額が継続せざるを得ないという理解だと思えます。

島田 なるほど。そうすると、年俸制とは言っているけれども、毎年の賃金額は合意によって決まっているので、放っておけばそのままその年俸額というのが契約内容になっている。だから改めての合意というのが絶対に必要だということですか。

土田 善意に解釈すればそうです。ただ、そこははっきりは述べていません。前提となる権利義務関係についてきちんと判断していないから、わかりにくい判断になっています。極論すれば、本件では、いわゆる年俸制という制度はなくて、単に、賃金をその年々の合意によって決定しているにすぎないと見ているのかもしれない。

島田 まあ、年俸制であることは確かですけれど、要するに、給与制度には全くない取扱いを事実上続けてきたということですね。一審判決は、それが長年継続してきたのだから、労使慣行になっていたと判断して、合意によって年俸を決定するという年俸制が契約内容になっていると考えたわけですね。したがって、それを変更して、会社側が年俸額を決定するという制度を導入するためには就業規則の変更であるとか、合意であるとか何かなくはないけれども、それが行われていないという立場ですね。ですから、どちらも合意によって年俸額を決定するという意味での年俸制を前提にしているんでしょが、一審が制度自体を変えたのだといったのに対して、この本判決の場合にはそう見ていないわけですね。

土田 そうですね。先ほど言われたとおり、仮に本判決が、本件では、年俸額を決定できなかった場合、前年度に支払われた賃金額を継続させることを含めて契約内容になっていると考えているとすると、新たな年俸額に関する合意も使用者の決定権規定もない以上、前年度の賃金額がそのまま維持されると解することも可能です。

島田 でも、本判決も賃金決定が年俸制によっているという前提になっているので、合意が成立しなければ

ば、当然に前年度の年俸額になるとは考えていないということではないのですか。

土田 それはそのとおりで、先ほどの私のコメントもそういう趣旨です。年俸額を合意で決めることが契約内容となっているとしても、合意が成立しない場合の年俸額の決め方は色々あるはずで、前年度の年俸額がそのまま契約内容となると解することの理由づけが不十分だと思います。

島田 中山書店事件では、協議を継続している場合には使用者が提案した最低年俸額と、その旨の合意の成立を認めるべきと言っています。そういう処理の仕方もあるわけですね。合意が成立しない場合に、前年度の年俸額が次年度に繰り越されるという解釈は必然的なものではないでしょう。中山書店事件のように考えると、根拠があろうとなかろうと使用者が提案して決定していいことになりますね。年俸額というのは、合意で決めるのが本筋ですけども、合意が成立しない場合に、労働契約の内容が白紙になるという道を選ぶのか、それとも、使用者が決定して、労働者がそれを争うという道を選ぶのかと考えると、私は後者のほうが妥当だろうと思います。中山書店事件も決定権の根拠はないですね。この場合使用者が決めないで、なおかつ、協議を継続していたというケースでは、最低年俸額の合意があると判断したのが中山書店事件です。だから合意によって年俸額を決めるという制度または取扱いがある場合にも、合意が成立しない場合の処理というのはいくつかの方法があると思うので、その中では前年度の年俸額が当然継続するという処理の仕方が妥当かという疑問が湧くのです。

土田 そうすると、合意が成立しない場合の処理の仕方が明示的に決まっていなかった場合に、補充的にどう解釈するかという点がポイントですね。本判決の場合、その理由づけが不十分ですが、仮に、前年度の年俸額の継続という補充的意思解釈を行うとすれば、先ほどコメントしたとおり、平成15年、16年度については、14年度の給与を凍結して前年度の給与を支給しているので、それを契約解釈の根拠とするのが最も自然かもしれません。

しかし、もしそのように解釈できないとすれば、年俸制における年俸額の合意は本来、1年ごとに行われるものですから、使用者による決定を認めるか、使用者の提案を最低合意額と認めるかはともかく、中山書店事件のように、新たな年俸額を設定する方が妥当な

ように思います。

**\* 評価決定権の根拠**

土田 次に、本判決の内在的検討としては、判旨は、成果評価基準、年俸額決定手続、減額の有無、不服審査申立手続などがセットで制度化されていないと、使用者の評価決定権自体が発生しないと判断していますが、この点はどうですか。

島田 私はこれもちょっと疑問です。年俸額は合意で決めるけれど、合意が整わないときには使用者が決めるとしておけばいいという気がしますね。ただし、年俸額の決定というのは、賃金の決定だから、この判決が言っているような様々な手続的な公正さというのは求められると思いますが。それでも、それは結局、人事考課権の行使が有効かどうかという行使要件でとらえるべきで、法的根拠とするのはどうかという気がします。

土田 そうですね。当事者が賃金制度を決める自由があるのに、ここまで枠づけするのはやや行き過ぎという気がします。ただ、結論としては、先ほど言ったとおり、それほど変わらないのかもしれませんが。つまり、年俸制における人事考課については、制度設計が要件になってくるので、根拠規定でなくても、行使要件としてこういった制度の整備を求めれば、そんなに変わらないかなと思います。

島田 使用者が賃金を決定する権限は行使の適法性を判断する際の基準という気がしますけどね。

**\* 一審との比較**

それから、私は、本件の処理の仕方についても疑問があります。つまり、一審は、本件を年俸制に関する労使慣行の不利益変更として処理したのに対して、本判決は、そもそも根拠規定がないから評価決定権がないという処理の仕方をしたわけですね。しかし本件では、年俸制の制度それ自体の変更を会社側がしたとって争っている事案なわけですから、前年度で引き継がせることにするのなら、一審のような制度変更の事案としてみる処理のほうが妥当かなという気がします。

土田 私も、一審の判断の方が本件事案に即した判断ではないかという気がします。直接取り上げませんが、判旨は、非年俸者の給与引下げについては、労働条件の不利益変更という労働者側の主張を斥けて、人事評価における基準とか評価方法は使用者が随時決定・

変更できると述べていますが、これは乱暴な議論だと思えます。細かな基準の変更であればともかく、本件のような評価制度の抜本的見直しのようなケースについては、一審のように、労使慣行の破棄と不利益変更と捉える方が妥当ではないかと思えます。

**\* 年俸額決定に関する法的ルール**

先ほどの確認ですが、労使間の合意で年俸額を決定するという年俸制の下で合意が成立しなかった場合の処理としては、何らかの解釈ルールを立てるのか、それとも、すべて意思解釈でケース・バイ・ケースで考えることになるのでしょうか。

島田 結局、意思解釈の話でしかないような感じがします。つまり、年俸額は1年に限って有効であって、合意がないと必ず白紙に戻るという推定なのかという解釈の問題だと思います。

土田 そうすると、意思解釈によっては、中山書店事件のように、労使が協議している場合は、使用者が提示した暫定的な額で合意が成立している場合もあるということですね。

島田 そうです。その場合、例えば次年度の提示額が前年度と比べて非常に大きな落差があってもこれは仕方ないことになりますか。

土田 そうなるでしょう。ですから、私は、基本は意思解釈かもしれないけれども、当事者の意思が不明確な場合は、解釈のルールとして、使用者に決定権を認めるルールを立てる方がいいと思います。なぜかという、暫定的にせよ最低額と合意したと判断してしまうと、労働者としては、協議する以外、法的に争いようがなくなるわけです。だから、合意が成立しない場合には、使用者に決定権がある、ただし、その妥当性について争うことができるとする方が、逆に年俸額の決定の相当さを争う途を開く方法だと思うのです。

島田 でも、中山書店事件でもただ最低額として合意しているというだけですね。

土田 最低額の合意だとして、さらに協議を継続させるとしても、協議が合意に至らなければ、結局、最低額支給の合意による支給とならざるをえない。そうすると、使用者に決定権を認めるルール設定しておく方がよいという気がします。

島田 中山書店事件のように、労使が協議を継続している場合は、協議継続という条件付きの決定権行使を認めることになりますか。

土田 そうですね。その上で、年俸額の当否を裁量権濫用で争う形になるのかなと思います。

### 3. 男女コース別管理による賃金格差——兼松（男女差別）事件（東京高判平20・1・31 労判959号85頁）

#### — 事案の概要 —

総合商社Yの女性事務職であったX<sub>1</sub>ら6名は、①X<sub>1</sub>らと同期の一般職男性職員との間に賃金格差があるのは違法な男女差別である、②Y社が55歳に達した事務職を専任職に転換させ、賃金を引き下げたのは違法な年齢差別および男女差別である、③55歳に達した社員の調整給および付加給を引き下げたのは違法な年齢差別および男女差別である、として、差額賃金の支払いを求めた。一番（東京地判平15・11・5 労判867号19頁）はX<sub>1</sub>らの請求をすべて棄却したため、X<sub>1</sub>らが控訴。

島田 本件はコース別採用されていた女性の賃金が性差別に該当するかが争われた事案です。

判断の枠組みですが、男女をコース別に採用し、かつ処遇をしていたことを認定した上で、このような性によって採用や処遇を分けるのは、法の下での平等を定め、性による差別を禁止した憲法14条の趣旨に反すると述べています。しかし、憲法14条はあくまでも私人間効力がないので、民法90条のような私的自治に対する一般的制限規定の適用を介して、間接的に適用があると考えているようです。

また、性による差別待遇の禁止というのは、民法90条の公序をなしているもので、その差別が合理的根拠のないものであって、公序に反する場合には違法になるとしています。

まずコース別採用自体が労基法3条、4条にも反しないということは、一般に言われているところだと思います。ただ、その点について、本判決は、必ずしもそこで終わってなくて、本件の賃金格差は、時期が古くなるほど担当する仕事の相違、つまり職務内容の相違が強度であり、これに伴う採用、配置、昇進などの違いによるものであるから、労基法4条に反しないと述べています。そしてこの取扱いが公序良俗違反または不法行為となるかは別途検討すべきであるとしています。

本判決は、本件の男女別取扱いについて時期区分をして検討しています。まず入社当時においては、男性

は処理の困難度の高い職務を担当し、幹部職員に昇進することが予定されていて、勤務地の限定がない。これに対して、女性は、処理の困難度の低い業務に予定され、勤務地の限定があった。本判決は、この段階について、公序良俗違反、不法行為は成立しないとしています。また、この男女別の取扱いが労基法3条、4条に反しないことを前提とし、募集、採用、配置、昇進についての差別禁止義務あるいはその努力義務もなかったとして、広範な採用の自由の下、男女別の取扱いは、当時においては公序に反していなかったと判断しました。なお、この段階では実際の業務内容も相当に男女別に区分されていた、すなわち男性は比較的困難度の高い業務、女性は定型的・補助的な業務というのを行っていたということで、しかも、大体女性の半数は5年以内に、あるいは90%が10年以内に退職していたという状態だったことも指摘されています。

ところが、その後、昭和60年以降の時期になるとだんだん女性の勤続年数が長くなって、また、男女の職務内容が截然と区別される状況ではなくなってきたという点が注目されています。そして、それにもかかわらず、相変わらずの男女別の賃金であって、職務の転換制度も設けていましたが、要件が厳しく、格付けも低いという状況が続いていたと評価しています。本判決は、この状態については、「控訴人らが損害賠償を請求する期間の始期とする平成4年4月1日の時点において、控訴人ら4名の職務内容からすると、職務内容や困難度を截然と区別できないという意味で、同一性があると推認される当時の一般1級中若年者である30歳程度の男性の一般職との間にすら、賃金について相当な格差があった。これには合理的な理由がなく、性の違いによって生じたものだ」として、この状態を形成、維持した会社の措置は、労基法4条、不法行為の違法性の基準とすべき雇用関係についての私法秩序に反する行為であるとしています。この行為は平成4年7月から退職まで続いていて、この違法な行為については、少なくとも過失があったと判断しています。つまり、控訴人らの職務内容は多様ですが、その職務内容あるいは困難度が男性のそれと重なり合った人たちについて、一定の救済を認めたのが本件のこれまでの裁判例にない大きな特徴です。

さらに、平成9年の新人事制度が導入されて以降については、一審判決は、新転換制度ができて、それが合理的な転換制度だと評価されましたが、本判決は、



その合理性を否定しています。

これまでの男女コース別採用をめぐる裁判例との関係で言うと、本判決は、特に昭和60年以降、つまり均等法はできたけれど、採用、配置、昇進についてはなお努力義務規定にすぎなかったという時期についても、不法行為の成立を認めたとともに非常に大きな特徴があります。その法的根拠とされているのが、労基法4条および不法行為の違法性の基準とすべき雇用関係についての私法秩序です。この「雇用関係についての私法秩序」という概念は、本判決を書いた裁判官に独特な概念ですが、これをどう評価をするのが本判決の評価において大きなポイントになると思います。

実はすでに昭和シェル石油事件高裁判決（東京高判平19・6・28 労判946号76頁）でも、同じ裁判官ですが、本判決と共通する判断が示されています。男女が職務内容が重なるのに賃金について相当な男女格差が生じている事案において、その格差が女性であることを理由として生じた部分はまさに労基法4条違反だとします。しかし、その格差は、それだけでは説明ができず、人事考課などにおける女性差別によって生じている部分があり、その部分は、不法行為の違法性の基準とすべき雇用関係についての私法秩序に反するものであるとしています。このように労基法4条と「雇用関係についての私法秩序」という二つの法的根拠から不法行為が成立するとして、損害賠償請求を認めています。本判決では、労基法4条と「雇用関係についての私法秩序」とを並列的に並べるだけなので、両者の関係が不明確ですが、昭和シェル石油高判を参考にすると、本判決もまた、労基法4条違反としての不法行為の部分と「雇用関係についての私法秩序」違反としての不法行為の部分が混在していると考えているのではないのでしょうか。

本判決は、この時期の均等法の努力義務規定について、何の意味もないものではなく、その当時の会社が合理性のない男女の異なる取扱いを形成、維持したという行為の法的評価について、斟酌すべき一つの素材として考えており、それをすくい上げる法的ツールが「雇用関係についての私法秩序」という独特の概念となっているように思います。

土田 昭和シェル石油事件もですか。

島田 昭和シェル石油事件も同じ裁判官で、「雇用関係についての私法秩序」という用語が登場しますが、今言ったような機能となっているのは、本件について

だけです。本件で争われているのは、不法行為による損害賠償請求なので、もちろん公序違反という構成をとってもいいけれど、必ずしも公序という必要はなく、要するに、違法な行為により不法行為が成立するかが問題となるわけです。この裁判官は、この違法性の基準として「雇用関係についての私法秩序」という用語が使われているようです。おそらく、これは、公序というのとかなり近い概念のように思います。例えば男女の均等な取扱いということを見做してはいけないということは、ストレートに憲法14条から出てくるわけではなくて、その時々事情を考慮する必要があり、本判決で言えば、おそらく均等法の努力義務規定などを考慮するためには、「雇用関係における私法秩序」という概念が必要であると考えたのだらうと思います。

要するに、労基法4条に基づく賃金差別だけではなく、配置とか昇進についても女性を差別せずに均等に取扱いをするようにするという規範があったのだから、それと全く逆行するような措置や、解消しようと思えばできたような措置をとらなかった行為が、この裁判官の描く私法秩序、「雇用関係における私法秩序」というものに反するものになって、違法性を生じる、という理屈なのでしょう。

「雇用関係における私法秩序」という用語を使っていますが、考えてみると、丸子警報器事件（長野地上田支判平8・3・15 労判690号32頁）の言う公序もややこれと似たような感じがします。同一（価値）労働同一賃金原則は公序ではないが、そこに含まれる均等に取扱うという基本理念は、一定の条件の下で、それに反する賃金格差を違法としました。丸子警報器事件では、これを公序に反して違法としましたが、ここでいう公序は、本判決の「雇用関係についての私法秩序」と共通性を感じます。

また、本判決のような考え方は、「雇用関係についての私法秩序」という概念を使うかはともかくとして、均等法だけではなく、最近のパート労働法や高齢者雇用安定法において見られる事業主の努力義務規定について、それ自体から強行的な法的効果を直接導き出せなくとも、事業主の措置（不作為も含めて）が努力義務規定に反する場合に、努力義務違反という事実がその措置の違法性を判断する材料になるという発想と理解すると、男女差別事案を超えた意義もしくは機能を果たす可能性もあるのではないのでしょうか。



そこで、本判決の評価なのですが、過去の差別によって生じた賃金格差をどこまでさかのぼって認めていくのかという意味では、昭和シェル石油事件もそうでしたが、本件の会社が結局、日本的な働き方でもいのでしょうか、実際には職務内容が截然と区別されていなかったことを前提に考えると、少なくとも均等法制定を前後に、男女賃金格差に救済を与えていくのは適当だろうと思います。それから、論理構成のわかりにくさはあるのですが、女性であることを理由として賃金差別をしている部分が労基法4条違反で、それ以外の採用とか配置によって生じている差別も「雇用関係についての私法秩序」違反だと言っていると考えれば、それなりに合理的な考えと言えるような気がします。また、努力義務規定が具体的な労働契約関係の解釈においてどのような機能を持つことができるかを考える上では参考になるものではないかと思えます。

#### \* 男女間の賃金差別と労基法4条

土田 私は、この判決についてはいくつか疑問があります。まず確認ですが、判旨は、一般論の箇所では、採用、配置、昇進の違いによって生じた賃金の格差は、労基法4条には直接違反しないと述べています。ところが、昭和60年1月以降の時期に関する具体的判断においては、本件賃金格差は労基法4条と、不法行為の違法性の基準とすべき雇用関係についての私法秩序に反する行為であると述べて、間接的に労基法4条を根拠としています。これはどういう趣旨ですか。これだと結局、労基法4条を適用して救済したのと等しいことにならないでしょうか。

島田 私も最初そう思いました。だけど、本判決を内在的に理解しようとしてみると、本判決のいうことも理解できないではないような気がしてきました。本判決は、この事案の男女別コース制について、職務内容が男女別に分けられていないが、実際にはそれが重なり合っていたと認定しています。本判決によれば、それがもし全く重なり合っていたとしたら、まさに労基法4条の問題となるのでしょうか。しかし、完全に重なり合っていないので、重なっている部分だけが労基法4条に反するけれども、それ以外の部分はそうとはいえないという理解なのではないでしょうか。

土田 判旨は、しきりに「職務の同質性」ということを述べていますけれども、それは今言われた判断を導き出すための前提ということですか。

島田 そうですが、ただし、労基法4条の適用といっても、それは4条を根拠にして例えば適用される賃金表を無効にするような効果を考えているのではなく、あくまでも4条に反する行為が違法な行為であって不法行為を成立させるという意味で使われています。

土田 もう一点の確認ですが、コース別雇用管理における男女の賃金格差に関する従来の判断の仕方は、野村証券事件（東京地判平14・2・20労判822号13頁）や、本件一審も基本的にそうですが、改正均等法が施行された平成11年の4月1日前後で判断を分けてきました。この時期以前の努力義務規定の時代は、労基法4条はもとより、均等法でも救済できないけれど、平成11年4月の改正法施行以降の差別は、明らかに強行規定になった均等法6条に違反しており、公序にも違反するという判断です。これは非常にすっきりして、私などはわかりやすいのですが、本判決は、均等法を根拠としないで、労基法4条と雇用関係についての私法秩序という根拠を用いて違法と判断しています。その理由は何でしょうか。特に、平成11年の改正均等法施行後について、この判断枠組みを用いる理由がよくわからない。

島田 そこは気がつきませんでした。確かによくわかりませんね。この事件の意義は、昭和60年以降について不法行為を認めたところにあるのですが、それ以降は、均等法の6条に反する行為が継続したから不法行為だといえば問題ないはずですね。

土田 ただ、仮に均等法を使うと、本判決がいう第2期の昭和60年1月から平成9年3月の時期も、第3期のうち平成9年4月から11年3月までの時期も救えないわけですね。昭和シェル石油事件のように、努力義務に私法的意義を認めれば別ですけど。

島田 なるほど。そこがあるからかもしれませんね。法律による時期区分じゃなくて、この会社の人事制度の時期区分で考えているので、平成9年から均等法が施行されるまでの期間というのは同じ理屈を使わざるを得ないのかもしれないですね。

土田 本判決は、先ほど言われたように、仕事が完全に区分された男女別構成ではなくて、重なり合っている部分があるから、労基法4条を使う余地があるという趣旨ですか。労基法4条の射程というか、適用範囲を広げようという意図があるのでしょうかね。

島田 と思いますね。そこがこの判決のわかりにくさだと思います。この裁判官は昭和シェル石油事件で

は、職能資格等級は賃金管理としての側面があるので、そこにおける男女差別は労基法4条に反するといっています。ただ、同時に職能資格の格付けは、例えば昇進のように賃金管理ということにとどまらない部分があるとしています。本件は昭和シェル石油事件の場合とは違うのですが、この裁判官の意識の中では、職務内容が重なり合っている部分については労基法4条に反する違法行為ですし、そうでない部分というのはもともとの配置とか、コース別採用によって生じたものだという理解をしているのではないかなと思います。

土田 判旨は、社員が入社した年次が古くなればなるほど、男女間の仕事の相違という要素が大きく、その場合は、採用、処遇という男女別コースの制度と、職務内容の実態は合致していて、賃金格差には合理的理由があり、公序違反ではないと述べていますね。公序違反、不法行為の成否の問題として別途判断することですか。結局は否定しているわけですけれど。

島田 ただその判断というのは、昭和59年の12月までの時期についてです。平成4年以降は、判決の時期区分ではもう次の時期なんですよ。

土田 では、ここは労基法4条に違反すると、なぜ明言しないんですかね。

島田 労基法4条に反している部分はあるが、それですべてを説明できないと考えているのでしょうか。

全体を労基法4条違反といっても、不法行為によって救済することに支障ないのですが、労基法4条に反するだけではなくて、この段階においては、もはや本件のようなコース別の採用管理を維持したこと自体が「雇用関係についての私法秩序」に反するという側面を持っているということを強調しているのではないのでしょうか。

土田 私は、そこは疑問ですね。従来からの理解のように、採用・配置・職務区分・昇進といった雇用管理・雇用制度の区分に起因する賃金差別は労基法4条に違反しないという理解に立つならば、一審のように均等法に即して判断すべきだし、そうではなくて、本件の場合、そういう制度と実態が乖離してしまって、男女間の職務に重なり合う部分があって、同質性があるから、4条を適用すべきだというのがあれば、4条違反であると正面から判断すべきだと思います。

\*「雇用関係についての私法秩序」について

その点と関連して、私は、本判決が根拠としている

「雇用関係についての私法秩序」という概念には批判的です。今回のディアロークでは、本判決と同じ東京高裁第14民事部の判決を何件か取り上げていて、後で取り上げる就業規則に関する裁判例でも、同じく「雇用関係についての私法秩序」という概念が登場してきます。これは、この法廷のいわば持論なのでしょうが、就業規則に関する判断は、結論的には賛成する点も多いのですが、理由づけとして用いられている「雇用関係についての私法秩序」には賛成できません。

島田 理論的に賛成できないという意味ですか。

土田 そうです。「公序」の概念と比較してみたいのですが、公序については、民法学上多くの議論があつて、かつての非常に硬いというか限定的な公序概念から経済的公序に理論的に移行してきています。労働法でも、均等法をはじめとして多用される努力義務を公序の概念に何とか接合させる理論的努力をして民法709条の不法行為に持っていくアプローチがあつて、それは非常に貴重だと思いますが、そういう理論的な媒介なしに、突如「雇用関係についての私法秩序」という概念を持ち出して不法行為を肯定しています。こういう解釈は、いかがなものかと思います。

島田 確かに、公序違反を理由とする不法行為という考え方はわかるのですが、裁判実務では公序というと民法90条によって法律行為の無効を考えるということはないのですか。

土田 それはそうでもありません。公序良俗(民90条)の基本的な法律効果はもちろん法律行為の無効ですが、その内容を不法行為(民709条)の成立要件である違法性に反映させる議論は以前から広く行われています(椿寿夫・伊藤進編『公序良俗違反の研究』(日本評論社・1995年)、山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣・2000年)32頁以下参照)。

島田 そうですか。ただ、多分そのところが丸子警報器事件判決をめぐる議論でも、十分に整理されてなかったように思います。私も、当初この「雇用関係についての私法秩序」という概念には抵抗があつて、批判的に考えていたのですが、何度も読んでいうちに、納得する部分もでてきたのです。これはこの裁判官に感化されたのかもしれませんが(笑)。

土田 労働法でいうと、例えば、男女の昇格差別の違法性を認めた先例である社会保険診療報酬支払基金事件(東京地判平2・7・4判労565号7頁)は、憲法14条や労基法3条・4条の下では、賃金以外の労働条

件についても、合理的理由のない男女差別の禁止は、民法90条の公序として確立しているから、昇格について合理的理由なしに男女を差別的に取り扱った場合は、公序に反する行為として違法となり、不法行為が成立すると判断しています。野村証券事件なども、男女の賃金格差が均等法との関係でどの時期から、どういう理由で公序違反となるのかを慎重に検討しています。ですから、公序の意義とか他の規範との理論的な関係を一生懸命考えた上で不法行為の成否を判断する価値は大きいと思います。ところが、この判決のように、他のどこにもない法概念をポンと持ってこられると、非常に違和感を覚えます。

島田 この判例でも、最初の部分では公序違反を検討するとしているのですが、どうもこの裁判官は、不法行為の成否を考える場合には、必ずしも公序と言わなくてもいいという理解がある感じがします。確かに「雇用関係についての私法秩序」という概念は、定義もされていませんし、厳密な意味での法的概念として成熟しているとは到底思えません。土田さんのおっしゃる意味での公序とは必ずしも制度全体を無効にするような効果は考えていないんですよね。

土田 そうです。制度全体を無効にするような公序ではなく、不法行為における違法性を基礎づける公序だということです。

島田 それは民法90条とはまた別にということですね。では、民法709条の違法性を基礎づける公序とは、具体的にどのようなものなのでしょう。例えば、労働関係の裁判例で何か具体例はありますか。

土田 民法90条とは別に考えるというよりは、90条の公序をベースとして、その効果を多元的に考え、賃金差別状態の形成・維持のような事実状態を是正するために、不法行為の成否に重点を移して考えるアプローチです。裁判例としては、社会保険診療報酬支払基金事件が代表例ですが、野村証券事件も、不法行為の成立に重点を置いて判断し、男女間の差額賃金相当額の損害賠償請求を認容しています。学説では、均等法の規定が努力義務だった時代に、それが公序を基礎づけて、不法行為上の違法性の根拠になるという議論がありました（菅野和夫『労働法（初版）』（弘文堂・1985年）133頁）し、私は、パート労働法3条の「均衡の責務」について、そういう解釈を提唱しています（土田道夫『労働契約法』（有斐閣・2008年）685頁）。

ただ本件については、先ほども言ったとおり、労基

法4条違反を問題とするなら、端的に4条違反と判断すべきだと思います。今申し上げているのは、「雇用関係についての私法秩序」概念に対するいわば方法論的な批判です。

島田 そういう意味での公序ということであれば、本判決の「雇用関係についての私法秩序」とは、ほとんど同義のような気がしますけどね。

土田 もし同義なら、実定法上の概念を使うべきだと思うわけです。

島田 ただ民法709条において言われている公序も実定法上の概念ではないですね。

土田 いや、民法709条の違法性を基礎づける概念として実定法上の概念だと思います。

#### \*本判決の具体的判断について

島田 整理すると、本判決の「雇用関係における私法秩序」が土田さんのおっしゃった意味での公序と同義のことを言っているとすれば、労基法4条の問題はおくとして、結論的には賛成ということになりますか。

土田 そうでもありません。判旨は、昭和60年以降の時期における男女労働者間の職務の同質性を重視していますが、その基礎となる事実の認定がやや不十分だと思います。例えば、この会社では、昭和50年代以降の女性の勤続年数が長くなってきたということから、成約業務を担当したり、専門知識や語学力を持って重要な仕事を行っている者が相当数存在すると推認できるとしていますが、その根拠はどのようにわかりません。もっとも、一審も男女の職務が重なり合っていたことを認めているのですが、一審ではこの事実が結論に影響していないのに対して、本判決では、この事実こそが重要なのですから、もう少し具体的な事実認定をしてほしかったと思います。

その点が1点と、仮に職務の同質性によって労基法4条違反を認めるなら、端的に同条違反で不法行為だといえれば済む話で、「雇用関係についての私法秩序」などという根拠不明確な概念を持ち出すべきではないというのが理論的な批判です。

島田 そうすると、本件は、土田さんからすると労基法4条違反だけでいける可能性があるということですか。

土田 そういう解釈もありうるということですね。

島田 それは職務の同質性をどのような基準で判断するのでしょうか。ただ職務に重なりがあるというだ



けでは全体を職務の同一性があるとはいえないでしょうから。労基法4条が必ずしも同一労働を前提にするわけではないといっても、女性であることが理由となっているというためには、職務が同一または同質であることを言わなければならないと思います。その際に、部分的に職務の同質性が認められるとしても、それだけで全体を労基法4条違反とは言えないと考えることも理解できないではありません。その場合、労基法4条違反に加えて、均等法の努力義務の趣旨やその他多様な要素を総合的に考慮し、かつコース別管理自体の違法性を導きだそうとこの裁判官は考えたのでしょうか。

土田 しかし、今言われたとおり、労基法4条は必ずしも同一労働を前提にしているわけではないでしょう。ですから、コース別雇用管理体制と職務の実態が乖離してしまっている場合を前提とすれば、男女間の職務に重なり合う部分があることを捉えて、同一性がなくても同質性があるとして4条を適用できるという解釈もありうると思うのです。そうではなくて、あくまでコース別雇用管理に基づく賃金格差は4条の射程外だと考えれば、均等法で処理すればよいと思います。

ただ、均等法を根拠とする場合は、平成11年4月1日の改正法施行前の時期を救済できないという問題がありますが、ここで注目されるのは、先ほどご紹介のあった昭和シェル石油事件です。先ほど述べたとおり、従来の裁判例は、コース別雇用管理に起因する賃金格差について、平成11年の改正均等法施行前の時期については、均等法が努力義務だったから救済できないと簡単に斥けていたのに対して、この判決は、努力義務規定（当時の8条）は単なる訓示規定ではないと述べた上、使用者が均等取扱いの目標達成の努力を何ら行わず、差別の現状を積極的に維持したり拡大する措置をとることは同条の趣旨に反し、不法行為上の違法性に影響すると述べて、昇格据置措置について不法行為を肯定しています。この判決も不法行為の成否について「雇用関係についての私法秩序」を用いていて、この点は賛成できませんが、ここで違法性の根拠として公序構成を用いるのであれば、実定法に即した解釈論による救済として評価できると思います。私自身は、労基法4条よりは、こちらのアプローチに賛成です。

それに対して、島田先生のお考えは、本件の場合、男女の職務が完全に同一でない部分があって、それは労基法4条では救済できないから、「雇用関係につい

ての私法秩序」という概念を用いる意味があるということですか。

島田 要は、仕事が全く違うわけではなく、部分的に重なり合いが生じている場合にどう判断するかですね。全く重なり合えば、それは女性を理由とする差別に該当し、労基法4条違反が成立するとなるのでしょうか。

土田 最初に言われたとおり、4条をオーソドックスに考えると、職務が重なり合う部分に限っての救済になってしまうところを、より広い範囲で救済したいための理論ということですね。

島田 そうですね。それともう一つのメッセージは、労基法4条違反が成立しなくても、救済できる可能性が出てくるということです。「雇用関係についての私法秩序」という概念は評判が悪いですが、その発想は理解できないではないと思いました。土田先生と本判決とは、均等法の努力義務違反を公序の中に取り込むか、公序概念を使わず、独自の概念を構成する一要素として使ったかの違いであって、目指すところは共通する部分もあるように思います。

土田 確かに、均等法が努力義務だった時代を含めて、救済できる範囲では救済しようという方向性は共通しているかもしれませんが。ただ法律論においては、理論構成も結論に劣らず重要でしょう。理論的には、「雇用関係についての私法秩序」といった議論については慎重であるべきだと思います。

島田 理論的にもう少し厳密に考えるべきという点は賛成です。

#### \*一般職への転換制度に関する評価

土田 それから、別の論点ですが、判旨は、会社が平成9年に導入した事務職から一般職への転換制度を消極的に評価していますが、この点はどうでしょうか。

島田 これはわからないですね。一審は合理的な制度だと言っていますが、二審は、結論的に言えば、まだハードルが非常に高い制度だとしています。

土田 平成13年まであった「TOEIC600点以上」とか、それが削除された後も「考課評点AB以上」を要求している点ですね。ただ、一審は、転換に際して一定の能力を要求することは不合理とは言えないから、これらの基準は合理性があるとしています。私は、こちらの方が常識的な判断だと思います。基本的には、転換制度というような企業の人事制度に、裁判所が介入し



て、その基準を細かく審査することが妥当なのか。裁判所が雇用関係に過剰介入しているという印象があります。少なくとも新転換制度については、その点を強く感じます。

島田 私は、一審が言うように、転換制度が合理的であれば、違法性がなくなるという考え方は賛成です。ただ、具体的にどのようなのが当該企業において合理的なのかは、私にはちょっと判断がつかかねるというのが率直なところ です。

土田 転換制度について、ある転換ハードルを設定してみたら、およそ合格者や転換者がいなくて、制度が形骸化しているとなれば、当然、合理性はないと思います。でも、本件はそうではないですね。

島田 合格者はいますよね。

土田 転換者は、平成9年の新転換制度から、14年4月までの間に16人いると認定されています。そうすると、本判決のように厳しく判断するのは行き過ぎのような気がします。判旨は、考課AB以上を得た社員が平成11年度から14年度まで60%以上いるから、転換を不当に制約するものではないという会社側の主張に対して、それだけ高い割合がいるのなら、控訴人ら4名がAB以上の考課をとれないこと自体、会社における考課の客観性の欠如、不当性を推認させると述べていますが、これは裁判所の勝手な推認であって、そこまで言うなら、「考課の客観性の欠如、不当性」の有無をきちんと検討すべきでしょう。

#### 4. キャディ職らの有期契約への変更合意の成否、新給与規程の効力など——東武スポーツ(宮の森カントリー倶楽部・労働条件変更)事件(東京高判平20・3・25労判959号61頁)

##### — 事案の概要 —

親会社から委託をうけて管理・運営するY社にキャディ職として勤務するX<sub>1</sub>ら22名、及び保育職として勤務するX<sub>23</sub>ら3名は、①キャディ職を期間の定めのない雇用契約から1年契約の契約社員に変更したこと、②それに伴い給与規程を変更したこと、③保育職が託児所の閉鎖に伴うキャディ職への異動に応じられないことを動機として退職届を提出したこと、について、当該労働条件変更は無効であるとして差額賃金の支払い及び地位確認、③については退職についての不法行為があったとして損害賠償請求をそれぞれ求めた。一審(宇都宮地判平19・2・1労判937号80頁)ではXらの請求がほぼ認められたため、Yが控訴。

土田 本件は、会社が運営するゴルフクラブのキャディ職の労働条件を不利益に変更したことが争われた事案です。会社は、就業規則を変更して、なおかつ、それに関する合意を得ています。変更の内容は、期間を定めない契約から1年の雇用契約に変更し、賃金も、基本給と諸手当から成る賃金体系を廃止して、ラウンド給やアフレ手当等を中心とする賃金体系に大幅に変更し、人によっては30%弱の減額となる。さらに、退職金制度を廃止するというかなり厳しい不利益変更です。そこでキャディらが争ったというケースですが、一審は、これを錯誤無効によって処理したのに対して、本判決はかなり特色ある判断をしています。

##### \* 個別的合意による変更

まず、個別的合意による変更については、会社による十分な情報提供が行われていないとして、合意の成立そのものを否定する判断をしています。例えば、会社は主に口頭説明をしたのですが、有期契約への変更であるとか、賃金の不利益変更、退職金制度の廃止等々、多岐にわたる変更について、口頭説明によって詳細を理解することが不可能であるし、キャディの新たな契約書についても、有期雇用の期間の明記はあるけれども、それ以外に十分な記載がなく、賃金についても、会社との契約金額によるとか、別の契約によるという記載があるだけで、その内容を把握できる記載はないと述べています。したがって、キャディらが締結する契約内容を適切に把握するための前提になる内容の特定が不十分であり、労働条件変更合意の申込に対して承諾する対象の特定を欠くとして、変更の合意がそもそも成立していないと判断したわけです。

これは特色ある判断で、従来は、労働条件変更の合意の外形的な成立を認めつつ、有効要件を厳しく解し、説明・情報提供の不十分さや、労働者による異議申立ての機会欠如から、労働者の自由意思による合意を否定したり(更生会社三井埠頭事件・東京高判平12・12・27労判809号82頁)、錯誤の成立を認めて(本件一審)、合意が有効に成立すること(合意の有効性)を否定してきました。これに対して、本判決は、合意の成立要件それ自体を厳しく判断したという点で特色があります。

コメントですが、本件の事案に限っては妥当な判断だと思います。一般的に言うと、労働契約は諾成契約なので、従来のように、変更合意の成立を認めた上で

有効性を検討し、その際に説明とか情報提供の十分さを見るというアプローチの方がオーソドックスでしょう。ただ本件の特色は、説明・情報提供が不十分で、契約内容の変更についての情報それ自体が完全に提供されていないという点にあります。本件のように、労働条件変更に関するすべての事項、とりわけ賃金のような重要な事項の内容が特定されていないというケースでは、諾成主義を前提としても、成立要件それ自体を問題にして、合意そのものの成立を否定する余地はあると思います。

したがって、本判決は有意義と思いますが、一方では、これを一般化することにも疑問があります。というのは、ある研究会で指摘されたのですが、成立要件を強調しすぎると、たとえば、使用者が有利・不利の組み合わせによる労働条件変更を申し込み、有利な変更のみ情報を提供または明示しなかった場合に、不利益変更のみ成就し、有利な変更は成就しないというおかしい結果を生じかねません。ですから、基本的には、諾成主義を前提に、合意の成立については外形の成立を認めた上で、説明・情報提供については、有効要件に位置づける方が妥当だと思います。いいかえれば、本判決の判断は、本件のように、複雑多岐にわたる労働条件変更であって、その内容を完全に明示しないまま申込を行ったような場合、特に、別契約・別規定を参照してはじめて労働条件変更内容を正確に認識できるような場合を射程とする判断と考える方がよいと思います。

島田 賃金に関しては、まさに労働契約の要素の変更なので、明確な内容の明示がない場合はそもそも成立していないという判断には、賛成です。なお民法学の議論を見ても、契約一般について諾成主義をとっていますが、最近では、契約を成立させる合意は、その内容について確定可能でなければ合意として有効ではないという考え方があるようです。この点も参考となるのではないのでしょうか（『債権法改正の基本方針』別冊 NBL126号（2008年）94頁参照）。

土田 そうすると、本判決は、労働契約のみならず、契約法一般について重要な問題提起をした判断と評価できますね。それから、先ほど述べた本判決の射程についてはどうでしょうか。

島田 個別労働関係は、情報の非対称性が極めて大きいのが一般的ですので、労使間の合意の認定には慎重さが必要でしょう。判例も、賃金債権の放棄または

賃金の相殺に関する労働者の同意については、それが真意に基づくものであるかを慎重に判断することを要求しています。このことを考えると、労使合意の成立自体を規制する考え方に魅力を感じます。この法理は、結果的に使用者に労働条件の変更を慎重に行うことを促す機能があり、適正な労働契約関係の確立に資するところがあるように思います。ご懸念の点ですが、労働者にとって有利な変更における労使合意を同じように考える必要はないのではないのでしょうか。

#### \*就業規則による変更

土田 次に、本判決は、就業規則の不利益変更に関しても特色ある判断を行っています。本件の場合、労働条件変更の合意の成立が否定されたため、会社側が別途、主張した就業規則変更の合理性の判断に至ったわけです。この点については、会社側が、本件ゴルフ場を単体として見た場合に、非常に経営が行き詰まっており、できるだけ経費の圧縮をしたけれども、キャディの人件費が突出して高いという主張をしたのですが、判決は、確かに単体として見た場合には、事業継続すら困難で、就業規則変更の高度の必要性は認められるかもしれないけれども、本件では、労働者の不利益が非常に大きいという判断を前提にして、そういう場合には、企業会計上、損益が帰属する親会社における必要性を検討すべきであるとした上で、変更の必要性は疑問だと判断しています。その一方で、不利益が非常に大きいということと、変更手続にも不十分な点があるということで、結局、就業規則変更の合理性を否定して、会社の控訴を棄却しました。

3点コメントしますと、1点目は、変更の必要性の判断です。本件では、ゴルフ場は単体であれば事業継続は不可能で、特にキャディの人件費が過大であるという事実が認定されています。それにもかかわらず、親会社なり企業グループ自体の存立に影響を及ぼすといった差し迫った事情がないとして変更の必要性を否定していますが、これは妥当とは思えません。

これは、先ほどのノース・ウエスト航空事件と共通する問題がありますが、本件は、解雇事案ではなく、労働条件変更の事案です。その必要性の判断に関して、裁判所がこういう形で厳しく判断するのは、あまり妥当なアプローチとは思えません。企業としては、ゴルフ場およびキャディの人件費に特化して労働条件変更に着手するのは当然の行動で、本判決は、その点にや

や介入し過ぎだと思えます。むしろ本件は、要するに、労働条件変更の不利益が過大で（有期契約への移行、賃金減額が23~30%弱と大きいこと、昇給・退職金制度の廃止等）、見るべき代償措置・経過措置もないという点が重要で、変更の合理性を否定するのであれば、こちらを理由にすべきだと思います。

2点目は、就業規則変更の手続についてですが、主旨は、就業規則に関する説明や情報提供（例えば検討資料や検討時間）が十分でないことと述べ、個別合意による変更のレベルで問題となる事項を援用しています。これはこれでよいのですが、より重要な事項である就業規則の周知とか意見聴取手続に関してきちんと判断をしていない点がやや疑問です。

最後に、これは疑問というよりは、問題提起ですが、本件では、就業規則変更の合理性の一つの要素として、期間の定めのない契約から有期契約への変更が取り上げられていますが、果たして無期契約から有期契約への変更というのは、そもそも就業規則の改訂の対象となるのでしょうか。

本判決は、有期契約への変更は相当程度不利な変更だと判断していて、結論的には妥当ですが、そもそもそれは就業規則の変更の対象となり得るのかという疑問です。つまり、就業規則の変更は、労働契約としての基本的な同一性を保持した上で、労働条件の変更を対象とし得るものだと考えれば、有期契約への切替えによって契約としての同一性を失わせるような変更は、そもそも就業規則ではできないのではないかと、個別合意で行うしかないのではないかとということです。労働者側も、こういう変更は労働契約の更改に当たるから、就業規則の変更法理は妥当しないと主張しています。

島田 就業規則の不利益変更の必要性については、土田先生と同じような感想を持っています。本件の就業規則は、このカントリークラブの就業規則ですから、その変更を考えると、会社全体からみた高度な必要性を要すると考える必要はないでしょうし、また、そこまで立ち入る司法判断には疑問を覚えます。おそらく相当に厳しい労働条件の変更なので、現実的妥当性という観点から結論的に変更の合理性を否定するという立場から、あえてこのカントリークラブ単体で考えるのではなく、会社全体で変更の合理性を検討し、変更の必要性が乏しいという結論を導き出したのだろうと想像します。しかし、そこまで変更の必要性を広げて考えるのはどうかと思います。仮にこれを整理

解雇の事案とすると、東武鉄道全体でこのキャディ職の再配置を考えることまで求めることはないのではないのでしょうか。

最後の有期契約への変更の問題ですが、これは大変重要な論点だと思います。通常、仮に就業規則で契約の期間について特段何も決まっていなくても、期間の定めのない労働契約とされてきたということであれば、契約期間は、労働契約によって合意された労働条件ということになるでしょうから、労働契約法で考えると、就業規則では変更できないということになると思います。ただ、就業規則においてこの職種については期間の定めがないとか、あるとかと決まっているとすると、一応は就業規則による不利益変更の問題には乗るといえるように分かれてくるのではないかという気がするんですけど。

土田 まず前者については、ゴルフ場単体として見た場合の変更の必要性が高度であるなら、それはそれで認めればよいと思います。その上で、労働者の不利益の重大さを問題とすればよいのではないのでしょうか。変更の合理性は、あくまで総合判断なのですから。裁判所としては、変更の必要性はあったけれども、不利益が過大で、その点への配慮を欠いたといえれば済んだのではないかという気がします。

それから、最後の有期契約への変更について言われた点ですが、仮に本件に労働契約法が適用されるとすれば、10条但書の適用があるのではないかという趣旨ですか。

島田 そうです。キャディ職の労働契約が期間の定めのない契約だったとすれば、それは、10条但書でいうところの「労働契約において、労働者及び使用者が就業規則の変更によっては変更されない労働条件として合意していた部分」に当たるのではないかとということです。

土田 なるほど。それは確かにそうですね。ただ、本件は労働契約法制定前の事案ですが、それを前提とするとどうですか。

島田 本件の労働契約の期間がもともと就業規則によって定められていない場合には、就業規則によって変更できないという考え方も成り立つように思います。労働契約法制定前でも、例えば、配転に関する判例では、就業規則の一般的な規定よりも、職種または勤務場所に関する合意が優先されていましたが、それにならって、期間の定めは、労働契約の存続期間に係わる



個別合意であり、就業規則による集団的な不利益変更になじまないと考えられないでしょうか。もっとも、労働条件には契約期間の設定も含まれると考えるならば、就業規則変更の対象となし得るという考え方もあり得ます。しかしその場合も、契約期間の設定は期間満了による労働契約の自動終了をもたらし得ることから、それを要素とする就業規則変更は契約自体の存立に影響を及ぼすので、その拘束力はより厳格に判断されるべきということになるのでしょうか。

土田 そうだと思います。そうすると、本判決に近い判断になってきます。

## 5. 嘱託職員による一般職員との処遇格差を理由とした差額賃金、慰謝料請求——京都市女性協会事件（京都地判平20・7・9 労判973号52頁）

### — 事案の概要 —

Xは財団法人Yに嘱託職員として雇用されていたが、いったん退職して大学院に入学した後、再び嘱託職員として雇用契約を締結した。Xはこの雇用期間の賃金が一般職員と比較して低いのは、①憲法13条および14条、労基法3条および4条、同一価値労働同一賃金原則ならびに民法90条に違反し無効で、こうした賃金処遇は不法行為に当たるとして、差額賃金および慰謝料等の支払いを求めた。

島田 この事件は、女性の嘱託社員が、一般職員との賃金格差は憲法13条、14条、労基法3条、4条及び同一価値労働同一賃金原則ならびに民法90条に違反して、違法、無効であるという主張をしたものです。この請求は棄却されています。憲法13条、14条および労基法3条についての議論は省略します。労基法4条について間接差別の主張もされていますが、嘱託職員に女性が多くなるのはやむを得ないということで、間接的に女性を差別するものとは認めがたいとされています。

本件の賃金格差が同一価値労働同一賃金の原則または公序等に反して不法行為になるかについて、この判決は次のような判断枠組みを示しています。

「憲法14条及び労基法4条の根底にある均等待遇の理念、それから、上記各条約が締結されているもとの国際情勢及び日本において労働契約法等が制定されていることからすると、公序と言うかはともかく、証拠から、短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法

律8条に反していること、ないし同一価値労働であることが明らかに認められるのに、給与を含む待遇については使用者と労働者との交渉結果・業績等に左右される側面があること及び年功的要素を考慮した賃金配分法が違法視されているとまでは言いがたいことを考慮しても、なお当該労働に対する賃金が相応の水準に達していないことが明らかであり、かつ、その差額を具体的に認定し得るような特段の事情がある場合は、当該賃金処遇は均等処分の原則に照らして不法行為を構成する余地がある」。

本事案の特徴は、この嘱託職員は非常に専門性の高い仕事をしていて、一般職員と同じ仕事ではありませんが、いわゆる一般職員の補助ではなく、相談業務その他関連する業務を一定の責任を持って遂行していたということです。そして、他の相談員と比べても質の高い労働を提供していたとされています。本判決も、この人に対して労働条件において適切な対応をしていなかったと認定しています。しかし、結論的には、通常の労働者と同視すべき短時間労働者に該当するまでは認めがたく、また、どの程度の賃金が適当なのかという具体的な事実を認めることはできないとして、結局、請求を棄却したという多少変わった判断をした判決です。

この判決は、事案としては興味深いのですが、判決は、奇妙な判断枠組みによっているように思います。まず、憲法14条の根底にある均等待遇の理念というのは結構ですが、労基法4条の根底にあるというのはおかしい。

土田 3条のミスでは？

島田 3条のミスなのではないでしょうか。それだったらまだわからないこともないけれど、3条も4条も労働条件における社会的差別の禁止に関する規範ですから、やっぱりちょっと違うのかなと思います。要するに、女性差別などの社会的差別の禁止とここで検討する同一労働同一賃金とは、基本的に次元の違う問題でしょう。

次に、パート法8条に反していると言っているのですが、この事案はパート法が改正される以前の事案です。パート法自体を適用しているわけではなく、不法行為の基準にしているに過ぎないというのかもしれませんが、不法行為に関する判断枠組みとして、どうなのかなと思います。これを言うのであれば、この時期には既にパート法の指針が改正されていて、現在のパート法に非常に近い内容が相当詳細に書いてあるわけで



すから、パート法3条及びこの指針を不法行為の違法性判断の解釈に取り入れるという議論が筋だったのではないのでしょうか。

本件は、事案に即して考えると、一般的に嘱託職員と一般職員との均衡処遇が問題になったというよりは、本件の嘱託職員が非常に専門性が高く、かつそのことを評価して雇ったにもかかわらず、この協会に適切な処遇の仕組みがなかったことに問題の所在があります。したがって、このケースにおいて、嘱託職員であることを合意して雇われたことを前提とすると、一般職員とは仕事の内容が相違することで均等処遇が問題になるのかは疑問です。

ですから結論において本判決が請求を棄却したのは当然でしょう。あの労働条件で合意した以上、パート法などを参照しても、この請求を根拠づけるのはなかなか難しいと思います。ただ、明らかに専門性も高く、一般職員以上の質の仕事をしていたにもかかわらず、一般職員への登用措置も全くとってこなかったとか、長期にわたって何も改善策を講じてこなかったということになると、そのことを理由とする慰謝料請求の生じる可能性はあるのではないかとは思いました。

#### \* 専門的業務従事者の均等処遇・均衡処遇

土田 改正パート法8条の施行以前の事案だから、同条を参酌するぐらいなら、当時の指針を参照すべきではなかったかというご指摘については同感です。ただ、最後に言われた正職員転換措置については、改正パート法12条では措置義務になりましたから、何も措置をしていないというような場合は慰謝料請求権の根拠になると思いますが、改正前の本件では無理ではないですか。

島田 一応転換措置について指針に書かれていますが、指針にとどまりますので、当然に違法性があるとまでは考えていません。

土田 この方はもともと正規職員ですか？

島田 いえ、最初から嘱託職員ですね。年齢が高かったので、一般職では採用枠がなかったけれど、どうも能力が高そうだということで、市側が嘱託なら採用できますよということで採用になったようです。こういうことは実務的には結構あるのではないのでしょうか。

土田 この人は、大学院に行くために、いったん退職して戻ってきてから、2回更新して、3年勤めています。契約自由の側面を重視すると、嘱託であること

は承知で戻ってきているわけですから、少なくとも改正以前のパート法を前提にすると、請求には無理なところがあります。ただ、私などは、改正前のパート法であっても、3条の「均衡の理念」が公序(民90条)を介して一定の私法的効果を持ち、正社員・正職員とパートタイマーの間に著しい賃金格差があって、何ら改善策が講じられていないような場合は、一定の範囲で差額相当額の損害賠償請求が可能と考えますので(土田・前掲書685頁)、判旨と同様、均衡処遇の原則に照らして不法行為が成立する余地はあると考えています。ご指摘のとおり、この人の仕事は質の高い労働のようですし、賃金格差もかなり大きいようですから。

島田 この人の業務は専門的業務で、ジョブローテーションがないようですが、そこはどう考えますか。

土田 本件は、京都市女性協会という組織で、大企業のように、ジョブローテーションで職員が異動・昇進していくシステムが定着しているのかどうかはやや不明確です。ですから、その実態によっては、ジョブローテーションの違いは大きな要素ではないかもしれませんが。判旨は、この人は一般職員と違って職務ローテーションの対象ではないと簡単に述べていますが、やや安易な判断で、もう少し丁寧に判断してほしいと思いました。

もっとも、職員が負う責任の面では、クレーム処理なども含めて、一般職員と嘱託職員ではかなり大きな違いがあるようです。ただ本件のように、職務に専門性があって職務価値が高い場合は、それによってジョブローテーションとか責任の違いがクリアされて、「均衡の理念」(3条)が働く余地が広がる可能性はないかと考えているのですが、難しいでしょうかね。私は、職務の違いは均衡処遇の理念を適用する上でそれほど障害になるとは考えていないのですが。

島田 均等処遇ではなく、均衡処遇の理念で考えればということですね。その点は賛成です。はじめに言いましたように、一般職員よりも明らかに質の高い職務を担っていた嘱託職員の処遇格差を一定の範囲で救済する可能性は検討されていいと思います。

土田 いずれにしても、有名な丸子警報器事件(前掲・長野地上田支判平8・3・15)は、まさに同一労働を行っている正社員とパートタイマーの間の賃金格差が争点となった事案ですが、本件は、正社員とパートタイマーが全く別の業務に従事している場合の均衡

処遇をどう考えるかという新たな論点を提起していると思います。いいかえれば、「同一価値労働」というものをどう考えるのかが問われることになるのでしょうか。

それから、本判決は、この人の賃金格差の当否を考えるに際して、他の法人における質の高い相談業務の給与水準といった点が証拠上明らかでなく、したがって、賃金格差を不法行為と判断すべき特段の事情の証明がされていないと述べています。確かにこれは真つ当な判断ですが、他方、どこの法人でも相談業務が職務価値の割には低い処遇をされているのが現状だとすれば、およそそうした証明は不可能になってしまいます。本件のように、使用者側も相談業務を質の高い業務と位置づけているようなケースでは、証明責任についても一工夫できないものかと感じました。

島田 確かにおっしゃるとおりですね。それと、間接差別については、結論はともかく、応答になっていないように思います。間接差別を否定する結論は賛成です。ただ、間接差別の主張に対して、差別意図がないからと応答をするのは理論的におかしい。否定するのであれば、現時点において労基法4条について一般的に間接差別という法理を適用すべきではないという理論的根拠を示すべきだったでしょう。

土田 間接差別という言葉が悪いので、要は、外形的性中立差別の主張ではないですか。それに対するレスポンスとして十分ではないですね。

島田 ええ。このことを含めて、本判決は基本的な判断枠組みに疑問があります。

#### \*改正パートタイム労働法との関係

土田 ところで、本件について改正パートタイム労働法8条（通常の労働者と同視すべき短時間労働者に関する差別的取扱いの禁止）を適用したらどうなるでしょうか。

島田 8条の適用は無理でしょう。

土田 つまり、先ほどから出ていますが、職務内容は質の高い仕事だけでも、責任の度合いが違ふし、雇用期間は2回更新されているけれども、職務ローテーションがないということからすると、8条は難しいですか。

島田 それもそうなのですが、8条は、職務内容の同一性をということを前提とする規範なので、この人のような比較対象が通常の労働者にはない場合には適

用できないのではないのでしょうか。

土田 その点は、先ほどの議論と関係しますが、同一労働でなくても、同一価値労働でいいと思いますね。つまり、改正パート法は、8条の通常の労働者と同視すべきパートタイマーに関して、比較すべき通常の労働者がいない場合については、労働時間が長い人が対象となるとしていますけれども、職務価値というか、労働の価値も考慮すべきだと思います。本件の場合は、この人が担当していた相談業務について、一般職員の担当業務と比較してどう考えるかということになります。

それから、本件については、8条は無理だとしても、少なくとも9条1項の職務内容同一短時間労働者に該当する可能性があると思います。ただ、9条1項の解釈論としては、その「職務内容同一短時間労働者」を決する「職務の内容」については、「業務の内容」だけでなく、「業務に伴う責任の程度」も要件とされています。そこを厳密に要求されると、職務内容同一短時間労働者にさえ当たらないことになります。

島田 そうですね。業務の内容を考える上で、同一価値の業務を含むべきであるという解釈は検討の余地はありますが、行政の解釈基準（「短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律の一部を改正する法律の施行について」）を見ると、やはり、基本的には職務内容の同一性にこだわっています。仮に、同一価値の業務を含むという解釈をとる場合でも、パート法の趣旨に即して、同一価値であることをどのような判断基準に即して立てるかを示さないと説得力がないように思います。本件のような場合は、現行法では、9条1項の賃金についての均衡処遇に関する努力義務を参酌して、その違反の程度が著しい場合には不法行為となると考えるのが素直ではないのでしょうか。

土田 その点は同感で、私は、仮に「職務内容同一短時間労働者」には該当しなくても、パートタイマー一般に適用される9条1項の均衡処遇の努力義務が「均衡の理念」（3条）と相まって公序（民90条）を構成し、その不履行によって著しい賃金格差が発生している場合は、不法行為が成立すると考えています。一方、立法論としては、「職務内容同一短時間労働者」の要件を緩和して、間口を広げることを検討すべきでしょう。そうしないと、せっかくの均衡処遇も骨抜きになってしまいますから。

島田 確かに、現実のパート労働者のあり方に即し

て、立法的な手当てが必要でしょうね。賛成です。

## 6. 子会社の偽装解散と親会社・事業承継子会社の雇用責任——第一交通産業ほか（佐野第一交通）事件（大阪高判平19・10・26 労判 975 号 50 頁）

### — 事案の概要 —

タクシー会社 Y<sub>1</sub> は X らの勤務する会社を含む 7 社を買収した。Y<sub>1</sub> の取締役らは赤字に陥っていた X らの会社（Z 社）に取締役として就任し、財政再建策として賃金体系を変更しようとしたが、X らはこれを受け入れず、裁判所に訴えるなどして争っていたところ、Y<sub>1</sub> は新会社 Y<sub>2</sub> を設立して新賃金体系を受け入れた社員を当該会社に移籍させるとともに、Z 社は解散するものとして、解雇を行った。X らは Y<sub>1</sub> 及び Y<sub>2</sub> に対して、地位確認等の請求を行った。一審（大阪地判支判平 18・5・31 判タ 1252 号 223 頁）は請求を一部認容したため、X らと Y<sub>1</sub>・Y<sub>2</sub> がともに控訴。

土田 本件は、子会社の偽装解散に伴う雇用責任が争われたケースです。ある大手タクシー会社（Y<sub>1</sub> 社）が堺市にある電鉄系のタクシー会社を買収して、何とか黒字に持っていくこうとして、賃金体系を変更しようとしたのですが、頑強な抵抗に遭ったため、労働条件の変更は諦めて、兵庫県にある Y<sub>2</sub> 会社という子会社を堺に進出させました。そして、Z 社を解散して、Y<sub>2</sub> 会社に引き継がせてもとの会社を解散し、従業員を解雇しました。そこで、解雇されたタクシー運転手の人たちが、この Y<sub>1</sub> 社に対して、雇用契約上の地位の確認を求めたというものです。これは、実は仮処分保全抗告事件が既にある、平成 17 年の大阪高裁決定（大阪高決平 17・3・30 労判 896 号 64 頁）ですが、それを受けた本案の控訴審判決が本判決です。この判決もまた個性的で、法人格否認の法理の適用について、従来見たことのない判断をしています。なお本件は上告されましたが、最高裁は上告不受理としています（最一小決平 20・5・1）。

まず、法人格の形骸化の主張に対しては否定しています。形骸化の要件は、従来から非常に厳しく判断されていまして、本件でも、Z 社は親会社である Y<sub>1</sub> 社の営業部門の閉鎖にすぎないとは言えないということで、形骸化には当たらないとしています。

問題は、法人格の濫用の方です。この点は仮処分抗告事件、本案一審判決と同じなんですけれども、仮に

真実解散として解散されたのであれば、子会社の従業員は親会社に対して雇用契約上の責任を追及できないと判断しています。これは議論のあるところで、真実解散であっても、法人格の濫用が認められれば、親会社に対する雇用責任の追及はできるという議論はもちろんありますが、最近の裁判例を見ると、真実解散の場合は、法人格否認の法理による雇用責務の追及はできないという判断が有力になっていて、本判決もそれを引き継いだものということができます。

### \* 偽装解散における法人格濫用の要件・効果

問題は偽装解散です。本件は、いったん Z 社を解散して、神戸から進出させた Y<sub>2</sub> 社に事業を継続させています。つまり、偽装解散のケースであることははっきりしているわけです。この場合は法人格の濫用が問題となりますが、会社が不当な目的、例えば労働組合の壊滅目的をもって解散後、実質的に同一事業を承継していれば、法人格の濫用が認められるということはず間違いのないところです。

ここからがこの判決の興味深いところで、法人格濫用の要件と効果について、これまでと違う判断をしています。まず要件ですが、通常、偽装解散とは何を意味するのかというと、解散の目的が不当であり、新旧会社の実質的同一性が整えば、それを偽装解散と認定した上で、事業承継会社に労働契約が承継されるというのがオーソドックスな理解だったと思います。仮処分抗告事件も、本案の一審もそういう立場でした。

ところが、本判決は、偽装解散という用語を少し違った意味で使っています。それによれば、偽装解散というのは、要するに、真実解散でないこと、つまり、承継会社が存在しているという事実を指すということです。その上で、会社解散決議において不当な目的を有しているという要件を別途立てて、それら 2 要件が満たされれば法人格否認の法理が適用されるという要件設定をしています。そうすると、これまでの理解では、目的の不当性がなければ偽装解散が否定されていたのが、判旨によれば、目的の不当性がない場合にも偽装解散という事態があるということになります。ただし、この場合も、法人格否認の法理の適用が否定されることになるので、実質的な違いはないのですが、理論構成が少し違ってくるという点が 1 点目です。

しかし、もっと重要な点は、効果論でして、これまでの裁判例は、本件仮処分抗告や本案一審を含めて、



雇用責任の主体を事業承継子会社、本件であれば、偽装解散で事業を承継したY<sub>2</sub>社としていたわけです。親会社であるY<sub>1</sub>社に対しては、不法行為責任を認めるという立場です。ところが、本判決は、労働者側の主張に応える形ですが、親会社であるY<sub>1</sub>社に対して雇用責任を追及できると判断しています。これは、非常に特色のある判断です。従来も、学説では、選択的主張説といって、労働者は原則として親会社の雇用責任を追及できるが、承継子会社との実質的同一性があれば子会社にも追及できるという主張があったのですが（例えば、西谷敏『労働法』（日本評論社・2008年）63頁）、裁判例として、親会社の雇用責任を認めたのは本判決が初めてで、その意味で重要な意義があると思います。

従来、偽装解散事案において、事業承継子会社が雇用責任を負うとされてきた理由は、要するに、労働契約の承継の問題だから、解散会社と同一の事業を承継した会社に雇用責任を負わせるべきだという考慮があったと思います。この点、本判決はやや微妙な言い回しですが、「確かに、一般的には、偽装解散した子会社と……別の子会社との間に高度の実質的同一性が認められるなど、別の子会社との関係でも支配と目的の要件を充足して法人格濫用法理の適用が認められる等の場合には、子会社の従業員は、事業を継続する別の子会社に対しても、……継続的、包括的な雇用契約上の責任を追及できる場合がある」と述べ「子会社に対しても」雇用責任を追及できるとしています。これは、選択的主張説に近い立場ですが、子会社の雇用責任の要件として「高度の」実質的同一性を求めている点が異なります。

要するに、本判決は、偽装解散の場合の法人格濫用の効果については、まず親会社に対して雇用責任を求めることができ、次に、高度の実質的同一性があれば事業承継子会社の責任も追及できるという二段構えの判断をしている点と、実質的同一性の要件について、親会社に対する雇用責任追及の要件である実質的同一性に対して、事業承継子会社については、「高度の」実質的同一性が必要だという使い分けをしている点が特色です。

結論としては、労働者は、親会社であるY<sub>1</sub>社の雇用責任は追及できるけれども、事業承継子会社であるY<sub>2</sub>社の雇用責任は追及できないというものになりました。理由は二つあって、一つは、不当な目的をもつ

てZ社に対して実質的、現実的支配を及ぼしたのは親会社たるY<sub>1</sub>社だから、Y<sub>1</sub>社に対して責任を追及すべきであって、Y<sub>2</sub>社はそういう地位にはないという点です。もう一点は、Z社とY<sub>2</sub>社との間に高度の実質的同一性がないということです。この2点から、Y<sub>2</sub>社への責任追及を否定しているわけです。

これは非常に意欲的な判決だと思います。思います。私は、やはりこれまでの取扱い、つまり、事業承継子会社に雇用責任を承継させる取扱いの方がいいと思います。この判決が一番言いたいことは、法人格を濫用して偽装解散を実行したのは親会社で、子会社ではないということでしょう。確かに、法人格否認の法理の趣旨からすれば、親会社に雇用責任を課すことが正義・公平に適う面があることは否定しません。しかし、そうは言っても、仮に親会社が法人格を濫用しなければ、子会社は当然雇用責任を負っていたわけですから、いわば当然負うべき責任を負うことになっただけだということができます。そうすると、偽装解散に伴う労働契約承継の処理としては、やはり同一事業を承継した子会社に雇用責任を負わせて、親会社に対しては別途、相当重い不法行為責任を負わせるという処理の方が妥当ではないかというのが私の意見です。しかし、どちらにしても、非常に重要な論点を提起した判例であることは間違いありません。

#### \* 真実解散における法人格否認の法理の適用

島田 真実解散の場合は、雇用契約上の権利は主張できないということですが、雇用契約上の権利と言っているのは、要するに、従業員としての地位のことで未払賃金は関係ないですね。

土田 もちろんそうです。未払賃金の請求は、特定の法律関係に基づく効果として当然、親会社に追及できます。

島田 争いがあるのは、労働契約の承継としての従業員としての地位ですよ。

土田 そうです。

島田 もともと法人格否認の法理は、金銭債権のような特定の債権を法人の背後にある別法人または個人に請求するものですよ。したがって、賃金債権の請求ならばともかくも、継続的な関係である労働契約の承継というのは、法人格の否認の法理の適用という限りにおいては似ているけれども、その効果が決定的に違いますよね。このことは法人格否認の法理の適用要

件には影響がないのでしょうか。

土田 私は、要件ではなく、むしろ効果の問題だと思います。つまり、真実解散に関しては、今言われたような一回的な財産関係における法人格否認の効果と、包括的雇用責任の効果とでは少し扱いを変えるべきだと思っています。ある会社が自社の組合を壊滅させる目的で解散した場合を考えると、この場合、憲法22条の営業の自由との関係で、目的がどれほど不当でも、解雇が最終的には有効となるか、無効だとしても雇用責任は追及できません。そうすると、自ら解散した主体でもない親会社に雇用責任まで求めるのはアンバランスではないかと思うのです。ただし、親会社の不法行為責任は重く考えるべきです。

また、このように法人格否認の効果の中心を雇用責任ではなく不法行為責任に置くと、その点が要件論に反映されて、法人格濫用の要件（支配の要件、目的の不当性の要件）を過度に厳格に考える必要はないという立論になってきます。なお、その意味では、要件論への影響もあります。偽装解散の場合は全く別論となります。

#### \*偽装解散における労働契約承継責任の主体

島田 偽装解散の場合、親会社と子会社のどちらが雇用責任を負うかは、事業を承継したところに労働契約の承継があるということで、子会社に契約関係が移行しているはずだから、そこに求めていくという発想なんですか。

土田 労働契約の承継の解釈としては、その方が自然ではないかということです。つまり私は、偽装解散のケースで、法人格否認における雇用関係の承継責任を考える場合には、法人格を濫用した者に責任を負わせるという意味の帰責とは別に、誰に承継させるのが一番自然で実効的かという視点が必要だと考えています。そうすると、親会社による法人格の濫用がなければ、労働契約が承継されるべき先は事業承継子会社ですから、子会社に雇用責任を課す方が自然だと考えるわけです。

もっとも、これには反論があって、法人格を濫用したのはまさに親会社なのだから、その親会社に帰責させるのはまさに法人格否認の法理が求められるところだという反論です。これは選択的主張説につながってきて、本判決も、そういう趣旨だろうと思います。

島田 現実的に訴訟実務を考えれば、親会社にだけ

雇用責任を追及した場合、下手をすると、雇用関係の継続が認められないおそれがあるので、親会社と子会社の両方に地位確認を請求しているのですね。いわゆる選択的主張説が理論的基礎にあるのでしょうか。

土田 そうだと思います。ただ、その懸念はわかりませんが、私はそもそも親会社に雇用責任を負わせることに少し無理があるという立場です。もう一点、実際の妥当性の面から考えると、本件は親会社も子会社もタクシー会社だからまだいいのですが、親会社と子会社の業態、業種が全く違う場合にどうなるか。そうすると、親会社に雇用責任を持っていても実効性が低いということになります。ただし、その場合は、親会社がまた別の会社に出向させるといった対応もあるという反論がありますが。

島田 なるほど。そうすると雇用責任、すなわち従業員の地位については、事業が承継させたところという意味で、この場合、やはり子会社にもっていきべきだということですか。

土田 そうですね。

島田 選択的主張説ではだめだというのはどうしてですか。

土田 選択的主張説をとって、第一次的に承継子会社に、第二次的に親会社に雇用責任を負わせるという議論はあり得ます。しかし、私は、今まで述べてきたところから、親会社へのサンクションとしては不法行為でいいのではないかと考えているのです。

島田 あくまでも、承継された事業に特段の不当労働行為目的とかがなければということですね。言ってみれば、事業譲渡のケースの発想に近いということですね。

土田 まさに事業譲渡による労働契約承継問題の処理に近くて、労働契約承継の主体としては誰が妥当かという発想からの立論です。

島田 この考え方でいくと、事業承継会社に雇用責任がいくのは高度の同一性があるということになりますが、一体、高度の同一性とは何でしょう。

土田 そっくりそのままということでしょうね。本判決は、Z社とY<sub>2</sub>社間の実質的同一性については、営業内容の同一性という実質面を見て肯定し、親会社(Y<sub>1</sub>社)に帰責していますが、Z社とY<sub>2</sub>社間の高度の実質的同一性については、本社所在地が違うとか、設立経緯が違うという形式面から否定し、Y<sub>2</sub>社への帰責を否定しています。そういう形式面まで一致しな

いと、高度の実質的同一性はないということでしょう。  
 島田 だけど、そうすると、承継会社に行く余地というの是非常に小さくなる。果たしてそれは妥当かな。

土田 だから、むしろ通常の実質的同一性を要件として事業承継子会社に雇用責任を承継させる方がいいと思うのです。

## フォローアップ

### I. 労組法上の労働者

オペラ歌手の労組法上の労働者性——新国立劇場運営財団事件（東京高判平 21・3・25 労判 981 号 13 頁）

#### — 事案の概要 —

オペラ歌手である X は Y 財団法人との間で期間を 1 年とする出演基本契約を締結していたが、この出演契約終了後、次シーズンの出演契約は締結しない旨の不合格告知があった。X は Y に対してこの不合格告知に関する団体交渉を申し入れたが Y がこれに応じなかったため、①不合格措置および②団交拒否がそれぞれ不当労働行為に当たるとして都労委に救済申立を行った。都労委は①については棄却、②についてはこれを認めたため、X、Y ともに棄却部分について中労委に再審査を申し立てたがいずれも棄却されたため、この取消を求めて提訴。一審（東京地判平 20・7・31 労判 967 号 5 頁）は X の労働者性を否定し、Y の団交拒否が不当労働行為に当たるとして中労委命令を取り消した。国および X らが控訴。

島田 前回取り上げた労働契約上の労働者性をめぐる事件と当事者は同じですが、労組法上の労働者性が争点となった事案です。既に高裁判決が今年の 3 月 25 日に出て、公刊されていますので、平成 20 年の判例を取り上げるのが本来の趣旨ですが、注目されている事案でもあり、高裁判決もあわせて検討します。

この事案は、年に数回オペラ公演を行っている財団が、オペラの合唱団員（本件オペラ歌手）との契約を更新しなかったことについてその所属する労組によって申し込まれた団体交渉を拒否したことの正当性が争われたものです。財団とオペラ歌手との契約関係は、やや複雑です。財団は、毎年、オーディション、試聴会を開いて、そこでの合格者と原則として年間シーズンすべての公演に出演可能である契約メンバーと期間を 1 年とする出演契約（基本契約）を結んでいます。そして、財団は、オペラ公演ごとに、契約メンバーと

個別出演契約を結んでいました。前年まで契約メンバーであった本件オペラ歌手が、オーディションに不合格となったことに関して、その所属する労組が団体交渉を申し入れたところ、これに対して財団が団体交渉を拒否したという事案です。争点は、本件オペラ歌手が財団が団体交渉に応ずべき労働者に当たるかです。中央労働委員会は、この歌手の労働者性を認め、団交応諾命令を出しましたが、財団がそれを不服として中労委命令の取消を求めたのが本件です。そして、地裁判決、高裁判決ともに、このオペラ歌手の労働者性を否定して、労働委員会命令を取り消しました。

労働組合法上の労働者性について、労働委員会命令は、まず財団の決定、計算による報酬を受けていて、自己の計算によって事業を営んでいたわけではないので、労組法 3 条の労働者であることは明らかであるとした上で、財団との関係で、労組法 7 条 2 号で保護されるのかについて、契約メンバーというのは、個別公演出演の発注に対して諾否の自由が制約されており、特段の事情がない限り、当然に応諾すると考えられていて、財団による個別公演に不可欠な人員とされ、財団が一方的に指定した契約内容に基づいて、年間を通じて財団の指揮監督の下、歌唱技能を提供し、対価としての報酬を受けているので、このオペラ歌手と財団との間は労働契約ないしこれに類する関係があるということであるとなりました。

これに対して、地裁判決も高裁判決もともに、個別公演出演契約の締結について、本件オペラ歌手に諾否の自由があると判断しました。その理由は、契約メンバーが個別公演出演契約の申出があった場合に、必ず応じなければならない義務は契約上なく、また個別出演契約を断ったからといって、不利な取扱いを受けるような定めがないということでした。

したがって、基本契約と個別公演出演契約の仕組み、契約メンバーの個別公演出演等の実態に照らせば、基



本契約は財団が契約メンバーに対して、シーズン中の公演について、個別公演出演契約締結の申込みをすることの予告で、その契約内容をあらかじめ定めて、了解させることを目的とするものであって、基本契約の締結によって個別公演出演契約の締結が法的な義務になっていたわけではないとして、諾否の自由があるという前提に立っています。

基本契約の締結によって年間230日という相当長期にわたる拘束があったことや、稽古への参加において一定の監督を受けていたこともすべて個別公演出演契約を締結して初めて生ずるものと判断されています。また、仮にそうではないと考えたとしても、外部の芸術家の場合でも同じような拘束があったことなどを考慮して、契約メンバーが業務遂行の日時、場所、方法等について指揮監督を受けていることは、オペラ公演が多人数の演奏、歌唱及び演舞等により構築される集団的舞台芸術であることによって、各メンバーの債務の本旨及びその履行もおのずから規定されることに起因する不可避な事柄であると解されるので、このことは、労組法の労働者であるということを肯定する理由にはならないとしています。要は、集団的舞台芸術に参加することに由来する制約以外の指揮監督を受けてはいないということになっています。さらに、労組法の労働者であるかどうかは、法的な指揮命令、指揮監督関係の有無によって判断をされるのであって、経済的弱者であるかどうかによっては決まらないとも言っています。

国は高裁段階で、本件において基本契約と個別出演契約とを分けて考えるのは適切ではなく、オペラ歌手に対する拘束などについては、総合的に判断すべきだと主張しましたが、これについても否定されています。

結局、この東京地裁および東京高裁の判決によると、労組法上の労働者は、指揮監督関係などを含めて、労基法の労働者性と同様の判断基準によって判断されるべきものであるというものであり、中央労働委員会の立場とは相当違う判断をとっています。労働法における労働者概念は相対的な概念であって、労組法の労働者は労基法の労働者よりも広い概念であるという最近の多数学説が主張する考えは裁判所の受け入れるところになっていないのが現状であると考えざるを得ません。

最高裁はCBC管弦楽団事件（最一小判昭51・5・6 労判252号27頁）において、労組法の労働者につい

て、必ずしも本件の両判決のような厳格な判断をしていません。CBC管弦楽団事件では、本件のような二段構えの契約ではなかったのですが、自由出演契約を締結していました。この自由出演契約も、依頼された都度出演する義務を負っていたわけではないのですが、この自由出演契約は、会社において、放送のある度に出演交渉するのではなくて、あらかじめ放送局の事業組織に組み込んでおいて、放送事業の遂行上不可欠な演奏労働力を恒常的に確保しようとするものであり、指揮監督関係も出演時以外なく、それ以外が自由になっていたとしても、それはむしろ楽団員、演奏という特別な労務の提供ということの特殊性であって、会社において必要なときに一方的に指定されることによって出演を求められることができるという限りにおいては、指揮命令関係があったと判断されました。また、報酬に関しては、多寡からいって、芸術的な価値というよりは、演奏という労務を提供する時点で対価であると言っています。

ただ、このCBC管弦楽団事件最判も、特段、労組法上の労働者に関する一般的な判断枠組みを示しているとはいえ、ある種の事例判断にとどまるものでした。ですから、判例が横浜南労基署長事件（最一小判平8・11・28 労判714号14頁）において労基法上の労働者の判断基準を示していますが、この最高裁判決と比較して、CBC管弦楽団事件最判が労組法上の労働者の判断基準を自覚的に示しているとは読めないように思います。したがって、判例においては、労基法上の労働者と労組法上の労働者とを区別していると明示することは現段階ではできないと思います。このことが学説の批判にもかかわらず、裁判例において、労組法上の労働者についても労基法上の労働者と同様の判断基準に拠っている理由となっているのではないのでしょうか。

実は学説においても、労組法の労働者性について、明示的な判断基準が示されてきたのかということ、必ずしもそうではなかったのではないかと思います。確かに労組法3条の労働者は、賃金、給料、その他それに準ずる収入によって生活をする者という定義であり、そこには雇用関係が前提となっていないことは明らかです。このことから、労組法3条の労働者に失業者が入ることについては、特段争いがありません。

しかし、問題は、この労組法3条の「賃金、給料、その他これに準ずる収入によって生活する者」という

文言をどのように解釈するかです。そこで多少、労組法3条のこれまでの解釈について振り返っておきましょう。「収入によって生活をする者」という文言は、相当に広く解されており、その収入が副次的なもの、例えば学生のアルバイトや家計補助的なパートタイム労働であっても、労組法の労働者から排除されるとは考えられてきませんでした。収入の多寡を問題にしないという解釈は疑問の余地がないと思います。この方々が、労基法の労働者であることは間違いがないですから、その保護を受ける労働者を労働基本権としての団結権行使から排除することはあり得ないからです。

つぎに、「賃金、給料、その他これに準ずる収入」という文言ですが、これは、結局労務提供の対価であるということになると思います。「これに準ずる収入」についていろんな読み方が可能なかもしれませんが、いずれにしても、労務の対価という要素を無視することができないでしょう。そうすると、労基法の場合と同様に文言解釈だけから適用範囲を確定するのはなかなか難しいと思います。

労組法の労働者には、その立法趣旨から団体交渉等労組法の提供する仕組みを利用するのが適当と判断される者が含まれると学説では指摘されています。もっとも、このように言っても、それ自体からストレートに適切な判断基準を導き出すことができることにはならないでしょう。高裁段階での国側の主張の中で、労組法の労働者については、諸事情を総合的に考慮して、契約メンバーが財団側によって一方的に決定された条件を甘受せざるを得ない立場にあるかどうかという観点で判断されるべきだと言っています。これは非常に重要な指摘だと思います。すなわち、契約条件が一方的に決定されるというところに契約当事者の交渉力の不均衡を見ることができるからです。この不均衡を団体交渉によって是正するのが労組法の目的ですので、この観点から労働者の範囲を確定するのが妥当であると言えるでしょう。問題は、契約条件の決定において当事者間に優劣があるのは労働関係に特有のことではなく、通常取引においても当然にあることですので、市場に委ねるべき優劣関係と保護を要する優劣関係を何によって区分するのかがですが、なかなか難しい問題だと思っています。

#### \*「労組法上の労働者」の判断方法

土田 東京高裁で地裁の結論が維持されたというの

は危機的な状況で、最高裁で何とかしてもらわないと困ると思っています。島田先生が後半に言われたように、労組法3条が定める労働者は、労働条件とか契約内容の交渉において不均衡があるので、だからこそ団体交渉によって解決ないし保護を必要とする者を想定しているというのが出発点だと思うのです。

そこでまず、労働者概念については、やはりその相対的性格を認めるべきだと思います。つまり、労組法上の労働者とは、労基法または労働契約法上の労働者に準じて団体交渉権の保護を及ぼす必要性のある者、換言すれば、使用者との間で、団体交渉による解決が十分機能する関係にある者と解すべきです。

特にここでは、労組法上の労働者は、何のための概念かということを考えるべきだと思います。それは結局、団体交渉を中心とする集団的労使自治を助成するための労組法の保護対象を確定するための定義です。もちろん団体交渉だけではないけれども、本件がまさにそうであるように、団体交渉を中心に考えるべきだと思う。そうすると、労基法とか労働契約法上の労働者、特に労働契約法2条1項の労働者と比較すると、同法上の労働者とされれば、労働契約上の地位という継続的・包括的地位を得るわけですが、労組法上の労働者の場合は、そうした契約上の地位や権利ではなく、団体交渉という交渉関係を求める地位を保護されることとなります。ですから、そういった効果という法的保護の違いをふまえると、労組法3条の労働者は、当然より広く認められるべきだと思うのです。

そこで、そのより広い範囲を具体的にどう判断するのかということですが、まず、学説では以前から、労基法・労働契約法で用いる使用従属関係という判断基準は労組法とは関係ないので、オミットすべきだという主張がありました。しかし、おっしゃるとおり、この主張は、裁判所ではなかなか受け入れ難いと思います。しかし一方、特に地裁が強調するように、労組法上の労働者性も法的な指揮命令関係の有無で判断すべきであって、経済的従属性は重視しない、つまり、労基法・労働契約法と同一に扱うという考え方には到底賛成できません。

具体的には、まず、使用従属関係（業務依頼に対する諾否の自由の有無、指揮監督関係、時間的・場所的拘束）や事業者性は検討せざるを得ませんが、その判断はより実質的かつ柔軟に行われるべきだと思います。つまり、労組法上の労働者に関する「使用従属関係」

は、団体交渉関係を保障される地位にある者を確定するための判断基準ですから、団体交渉によって問題を解決することが適切な関係か否かという観点から実質的かつ柔軟に適用されるべきです。

この点、中労委命令は、次のように判断していました。すなわち、本件の契約メンバーは、財団による個別公演出演の発注に対して、特段の事情がない限り応諾するものとみなされ、財団が実施する個別公演に不可欠の人員とされ、財団が一方的に指定した契約内容に基づいて、年間を通じて、財団の指揮監督の下、演目、公演や稽古の日時、場所等の財団の指示にしたがって技能を提供し、これを役務として報酬を受けていることから、労組法の団体交渉の保護を受ける、と。これでどこもおかしくないと思います。

それからもう一点、労組法3条の趣旨からは、経済的従属性（ある労務供給者が契約内容について相手方の一方的決定に服し、相手方から得る収入に依存して生計を維持していること）を重視すべきです。地裁は、この点を意識的に斥け、高裁も、総合考慮の中で、収入の依存度といった経済的側面を一要素にすぎないとしています。これはおかしいと思います。そこが労働契約法や労基法の労働者とは違う要素となるのではないかと。本件契約メンバーの場合、年収は約300万円、公演等で年間230日間拘束されているのですから、財団に経済的に依存しており、これが労働者性を認める重要な根拠となると思います。

島田 おっしゃっていることの相当部分は賛成です。経済的従属性を考慮すべきということにももちろん賛成です。ただ、これまで「賃金その他これに準ずる収入により生活する者」という概念は、副次的な収入でも構わないと考えられてきましたよね。つまり、アルバイトしている学生だって、家計の補助的なパートの場合だって、労組法3条の労働者ですよね。それとの関係ではどのように考えますか。

土田 でも、そういう副次的な収入しかない人も、労組法3条の労働者には当然なり得るのではないですか。その収入について団体交渉をさせることに意味があるという点では。けれども、その収入により依存している人であれば、それに依拠して労組法上の労働者と判断すべき範囲が広がるということではないでしょうか。

島田 その気持ちは十分わかりますけれど、どこまで拡張できるのかを判断する基準をどう考えるかが現

段階では明確に示されていない気がします。実は労組法上の労働者については、労基法上の労働者に比べて裁判例の蓄積が乏しいですね。CBC管弦楽団事件最判の判断を根拠に論じる向きがあるけれども、私にはそれほど明確な基準が示されているとは思えません。労組法上の労働者概念は、学説・判例ともに形成途上にあるとってよいのではないのでしょうか。つまり、これから判断基準をつくっていかなくてはならないと考えるべきと思っています。

これまでの裁判例を見ると、明らかに通常の労働者とタイプが違うにもかかわらず、これまで労組法上の労働者性が認められたのは、家内労働者が代表例ですね。それからもう一つがプロ野球選手です。ただし、プロ野球選手については、裁判所で労働者性が認められたわけではありません。プロ野球選手会が、法人登記の前提として、自らの組織を労働組合であるとして東京都労働委員会に資格審査を受け、それが認められたものです。資格審査手続の結論ですので、命令のように公表されておりませんので、残念ながらどのような基準でプロ野球選手の労組法上の労働者性が承認されたのかはわかりません。しかし、すでにプロ野球選手会が労働組合であることを前提とする裁判例が登場しています。このような中で労組法の労働者についてのどのような判断基準を形成すべきかが求められているのが現状だと思います。

#### \* 団体交渉関係の形成と「労組法上の労働者」

土田 確かに、CBC管弦楽団事件は事例判断ではありますが、メッセージは発していると思います。つまり、同事件の自由出演契約の場合も、契約の文言上は別に出演発注は断ってもいいし、不利益もない。しかし、その実態を見れば、原則的な出演義務があり、出演の要請があれば、原則として拒否できず、基本的な指揮命令に服する関係にあったとされています。つまり、契約上の外形的な仕組みや構造ではなくて、実際にどういう契約の運用をしているかを重視していると思うのです。実質的に見れば、基本的には出演は断れないという関係があれば、それはまさしく、契約内容とか労働条件の一方的決定に服さざるを得ない関係にあるのだから、契約上の地位は別として、団体交渉の保護くらいは認めるべきだというメッセージだと思うのですが。本件中労委命令についてもそうだと思います。



島田 なるほど。つまり、労働基準法だとか労災保険法というのは、国の公法的な規制の適用の有無を判断するもので、厳格な適用が必要だけれども、団体交渉の応諾というのはあくまでも、いわば事実行為であって、そのこと自体によって、特段当事者に権利義務を設定するわけではないので、その限りにおいては、必ずしもそれほど厳格な判断は必要がないということですね。労働組合という実態を備えているならば、例えばプロ野球選手会のように、法人登記の際に労働組合と認定されているならば、労働組合であるということ的前提に交渉関係を成立させればいいのであって、そこを厳格に判断する必要はないということですね。あとは当該団体交渉事項が義務的団体交渉事項かどうかで判断すればいい、そういうことですね。

土田 そういうことです。つまり、ここで問題となるのは、労働契約上の地位でもなければ、今言われた公法上の規制でもありません。また、団体交渉の性格からいっても、使用者は、団体交渉に入った後も、正当な理由があれば交渉を拒否できるし、交渉が行き詰まれば、打ち切ることもできます。このように考えると、そもそも団体交渉を求める地位にあるか否かという労組法上の労働者性を判断する「入り口」の段階で、そんなに高いハードルを設けるべきではないと思うのです。

島田 つまり、例えば労災保険の適用については、今は労基法と労災保険法の労働者が同一であるという前提ですので、労働者性を判断する場合には、単に労災保険の適用の有無だけではなく、労基法全体が適用されるかどうかについても配慮しなければならない。しかし、労組法については、あくまでも、団体交渉の応諾義務の存否、あるいは不当労働行為制度の適用というだけで、権利義務関係を発生させるわけではないのだから、特に団体交渉については会社に過大な負担を与えるものにはならないという理解ですか。

土田 そうです。いわば効果から要件を考えるアプローチといえるかもしれません。

#### \*事業者・自営業者との区別

島田 問題は、自営業的な要素を含む働き方をしている場合、労組法上の労働者と自営業者とを分かつのはどのあたりになるかです。

土田 最近のINAXメンテナンス事件（東京地判平21・4・22労判982号17頁）や、ビクターサービ

スエンジニアリング事件（東京地判平21・8・6）の事案ですね。

島田 ええ。最近増えているようですが、もともとは労働契約で雇用していたところを、業務はそのまま委託契約に切りかえるパターンですよ。だから、もともと自営業者としてやってきた人がたまたま取引上その組織に組み込まれているというのとは違うわけです。

土田 確かに、自営業者を含む一般の取引関係においても、当事者間の不均衡関係はあるわけで、その中で、労組法上の労働者として保護される対象をどうやって区分するのかという点は重要だと思います。難問ですが、私は、だからこここで使用従属関係のメルクマールが生きてくるという気がする。経済的従属性とは別に、使用従属関係に即して、当事者の一方が契約内容を決定している実態があれば、自営業者とは区別して、団体交渉の主体としての労働者性を認めてもいいと思います。

なおもう一点、実は労基法や労働契約法上の労働者も、完全に契約の文言だけで判断されているのかというと、必ずしもそうではなくて、実質的に判断しているわけです。そうすると、労基法、労働契約法上の労働者との間の線引きも課題になってくると思います。

島田 この点では、先ほどの土田先生の効果から要件を考えるという指摘に大賛成です。法人格否認の法理の適用でも、その法的効果が賃金請求権の存否という場合と、労働契約の承継という場合では、その適用のあり方が異なることが指摘されています。それと同じような問題だという考え方になるのではないのでしょうか。

土田 その点と、先ほど述べた経済的従属性がポイントとなると思いますね。

#### \*本件について

それから、本件では課題が一つあって、実は実質的に考えても、契約メンバーの方に諾否の自由があるのではないかという問題です。基本契約だけからは個別公演出演義務は生じないという契約の構造だけではなくて、実際に断っている人がいるのですね。

島田 いますね。

土田 ここをどう見るかが一つのポイントかなという気がします。ただ、そういう人は大体、妊娠・出産・育児を理由として断っており、レアケースという程度

の数です。ですから、契約上の法的関係としては諾否の自由はあり、労基法・労働契約法上の労働者とは認められないとしても、契約の運用実態としては、特段の事情がない限りは応諾する関係にあるといえると思います。そして、そうした関係がある以上は、団体交渉によって問題を解決することが適切な関係にあり、したがって、労組法上の労働者性は十分認められると反論できるように思います。

島田 それから、本件の場合には、諾否の自由の問題と、もう一つは、契約が基本契約と個別公演出演契約というのに分かれているということに非常にこだわっていますよね。ここはどう考えますか。

土田 その点は、先ほども言いましたが、契約の構造としては確かに分離しています。でも、契約の運用としては、中労委命令がいうとおり、特段の事情がない限り応諾するものとみなされ、ほとんどの場合に依拠していました。こういう場合は、控訴審で国が主張するのとおり、基本契約と個別公演出演契約を一体の契約として把握した上で、個別公演出演契約に基づいて発生する指揮監督や拘束関係の実態を中心に据えて、契約メンバーの労働者性を判断すべきだと思います。

島田 つまり、契約メンバーにならない以上はその先もないのだから、その契約メンバーにできなかったということについて、団体交渉をするというところまでは認めていいんじゃないかということですよね。

土田 そうです。CBC管弦楽団事件の最高裁判決も、表現としては、原則的な出演義務があると言っています。これは実際には、放送局から出演を要請されれば、契約の運用としては、原則的に応じる実態にあったという意味合いだと思うんですね。ですから、義務という言葉の当否はともかく、労組法上の労働者についてはそういう実質的な判断でいいと思います。

島田 その根拠は、やはり法的効果の相違に求めるのが一番説得力がありそうですね。

土田 そうですね。ともかく、本件とか個人事業主・個人請負といったグレーゾーンの人々については、労基法・労働契約法上の労働者として救済できないケースがあって、そうしたケースについては、労組法上は柔軟に労働者と認めて、団体交渉で問題を解決する途を開く必要があると思います。そうしないと、「名ばかり事業者」が横行し、社会的公正を欠くし、憲法28条や労組法の趣旨にも反する結果となってしまいます。

## \* 中労委命令について

中労委命令についてはどうですか。命令は、労組法3条の労働者性を簡単に肯定した上で、団交応諾義務事件であることから、財団の使用者性（不当労働行為上の使用者性）を検討し、その過程で詳細な判断を行っています。これはおかしいと思うのですが。

島田 私もそう思います。7条2号と3条を分けて議論する必要があるかは疑問です。

土田 私は、労組法3条の労働者性は、労組法7条2号の「雇用する労働者」性を意味するのであって、「使用者」性を判断する必要はないと思います。中労委命令については、労組法3条の労働者と7条2号の「雇用する労働者」を分けて考えており、この「雇用する労働者」を判断するために財団の「使用者」性を判断しているという指摘があります（野田進「就業の『非雇用化』と労組法上の労働者性」労旬1679号（2008年）8頁）。

当を得た指摘と思いますが、私は、契約メンバーが労組法3条の労働者と認められれば、当然に同法7条2号の「雇用する労働者」に該当し、参加人組合は当然に2号の「雇用する労働者の代表者」に該当するのであって、したがってまた、財団は当然に2号の団交応諾義務を負う使用者に該当すると考えるべきだと思います。命令は、使用者について、「労働契約ないしそれに類似もしくは隣接する関係をもとに成立した労使関係の一方当事者」という枠組みを用いていますが、これは、直接の契約関係にない場合の関係（社外労働者を受け入れた企業や親子会社）に関する判断基準であって、契約メンバーと直接の契約関係がある本件財団については必要ないという気がします。

## II. 労働協約の変更・会社分割と労働契約承継

### ① 定年直前者に対する協約による退職金算定係数引下げの効力——中央建設国民健康保険組合事件（東京高判平20・4・23 労判960号25頁）

#### 事案の概要

原告Xは、国民健康保険業務を扱うYに36年間就労した後定年退職した。このXの退職直前の時期に、Xも所属する労働組合ZとYの間で退職金算定係数に関する改定交渉が行

われ、この改定で退職金が大きく減額されることになった。Xは再三反対の意思を表明したが、結局改定は組合大会の承認を得て実施されたため、Xは当該労働協約の効力を争い、Yに対して新旧規定の退職金差額を請求。一番（東京地判平19・10・5 労判 950号 19頁）では労働協約のXに対する拘束力が否定されたため、Yが控訴。

島田 前回の地裁判決をめぐる議論で私たちが注目したのは、労働協約による労働条件の不利益変更の効力を判断する場合に、相当程度手続を重視する志向が感じられたという点でした。地裁判決は、一部の組合員に不利益が及ぶ場合などには、内在的制約が存在するという判断枠組みをとって、実際のプロセスにおいて不利益を被る組合員の意見が反映されていない、つまり組合内の意見集約、調整のプロセスに公正さがうかがわれないことから労働組合の目的を逸脱した労働協約であるので、規範的効力が及ばないという判断をしていました。

しかし、高裁判決は、地裁判決のような判断をとらず、ある意味ではオーソドックスに平成9年の最高裁判決（朝日火災海上保険（石堂・本訴）事件・最一小判平9・3・27 労判 713号 27頁）を引用して、当該労働契約が締結するに至った経緯、当該使用者の経営状態、当該労働契約に定められた基準の全体としての合理性等を考慮するのが相当であるとし、結論において規範的効力を承認しました。

そして、一審判決で注目した内部の手続については、組合員のほとんどが出席した職場集会を3回開催し、当該の組合員もこれに毎回出席し、かつこれを踏まえて、団体交渉が2回行われており、さらに、大会において執行部案が46名の出席者中44名で可決をされ、その後また団体交渉が行われ、労働協約の締結についても出席者49名中47名の賛成があった、つまり、2名しか反対していないという事実を認定し、組合における意思決定過程の公正さを疑わせる事実はないとしています。

地裁判決では、例えば当該組合員に対する十分な説明がなかったとか、経営状況の説明資料も入手されていないとか、個々の組合員の不利益の状況を議論していないとか、さらに代償措置を要求した形跡がないなど色々な点での手続上の不十分を指摘していましたが、高裁判決では、それらの事実を認定できないと判断しています。

また、提案を受け入れるまで1カ月半という非常に

短期間で決定されているという点も職場集会が開催されている以上手続的な不備として問題としないとされています。さらに不利益をこうむる本人に対しての配慮についても、結論的には特に目的に逸脱をしていないと指摘しています。

平成9年の最判の事例判断に即して、高裁の認定した事実をみると、高裁判決の結論もやむを得ないのかなという気はします。しかし、そもそも最高裁の判断枠組みというか、考慮要素が非常にあいまいであり、不利益変更された労働協約の内容の合理性に関する要素と変更の手続に関する要素が並列的に並べられているだけで、それらの比重の置き方が示されていません。

この状況のなかで、本件の地裁判決は、判断基準の確立という観点から見ると、意欲的な議論を展開していたと思います。高裁判決も、この問題意識を持って議論して欲しかったです。というのは、高裁判決のような判断枠組みをとると、結局、不利益変更された労働協約の規範的効力の有無を判断する際の考慮要素が明確にならないからです。私としては、労働協約はあくまでも労使の集团的自治の成果であるので、司法がその内容に立ち入って審査を行うことに反対です。集团的労使自治の前提となる労働組合の民主的な意思形成が確保されていたか、つまり手続的な合理性を中心とした司法審査が適当だろうと考えています。この際にどのような手続が要求されるのかは、実際に組合員本人がこうむる不利益の程度によって変わるとは思いますが。

#### \*一審との比較

土田 一審も、朝日火災海上保険事件最判の枠組みを引用していましたが、本判決は、より素直に最判に即して判断したという印象ですね。

島田 事実認定も、かなり地裁判決とは違います。地裁判決で認められていた公正さを疑わせる事情のほとんどが事実として認定されていません。

土田 例えば、組合が代償措置を主張しなかったという主張について、認定事実には照らし認めるに足りないとしていますね。

島田 この結論から言うと、基本的に職場集会などを実施しているので手続の公正さには余り問題がないという判断があって、一審が非常に重視した多様な事実それほど重きを置いていません。

土田 前回も議論したように、朝日火災海上保険事



件の判断枠組みは確かに不明確な面がありますが、それ以降の裁判例も含めて考えると、組合内部の意思形成手続や協約締結手続を中心に規範的効力の有無を判断する傾向にあると思います。ですから、協約改訂手続において、特に大きい不利益を被る組合員についても、一部の組合員を殊更不利益に扱うことを目的として締結されたと解されて、規範的効力が否定される余地があると思います。

このように考えると、本件のような協約改訂については、内容的な不利益が大きいという理由よりは、むしろ一部の組合員に不利益が偏在するような協約だから、それに応じて慎重な手続をとったかどうかという点を重視して規範的効力の有無を判断することになると思うのです。その観点から見ると、高裁判決はその点の配慮がやや足りないという気がします。

島田 そうですね。

土田 具体的にいうと、一審の判断で私が重要だと思ったのは、この労働者の場合、協約改訂後、早期に定年退職となることから、退職金の不利益変更とトレード・オフの関係にある定期昇給のメリットがないということです。こういう人については、協約内容を云々するよりは、その不利益に着目して一定の配慮を含めた内部調整をしたかという手続面について、もっと真剣に考えるべきです。組合大会を開いて、本人が意見を述べる機会もあったのだから意思決定過程も公正だという判断の仕方は、協約法理から見ても、組合民主主義の観点から見ても、やや安易なように思います。

島田 特に一審は、単なる一般的な意思形成だけではなくて、団体交渉のプロセスまで検討していました。そこで今回は、労働組合の公正代表義務という観点から注目したのですが、そこは全然考慮されていないという感じですね。

土田 前回も議論しましたが、一審のように、団体交渉における提案という交渉プロセスまで協約の規範的効力に影響させる考え方は、魅力的だとは思いますが、そこまで踏み込む必要はないと思います。むしろ、大きな不利益を被る人についての組合内部の意見集約とか利益調整が重要だと思うのですが、その点でも、一審はとても丁寧に見ていました。結論はともかく、高裁判決はその点で少し納得がいきません。朝日火災海上保険事件最判の判断枠組みを用いる場合も、そうした点をもう少し意識して判断してほしいと思います。

## ②会社分割と労働契約の承継——日本アイ・ピー・エム（会社分割）事件（東京高判平20・6・26 労判963号16頁）

### 事案の概要

原告Xらは被告会社Yが会社分割（新設分割）を行った際、設立する会社へ承継する営業に含まれるとして分割計画書に記載されたため、①会社分割による労働契約承継を拒否する権利がある、②Yの行った会社分割は手続に瑕疵がある、③本件会社分割は権利濫用・脱法行為に当たり、労働契約が設立会社に承継されたとした部分は無効であるなどとして、分割会社における労働契約上の地位確認および慰謝料を請求した。一審（横浜地判平19・5・29 労判942号5頁）ではXらの請求がすべて棄却されたため、Xらが控訴。

土田 本件も、前回取り上げた一審と結論は同じですが、判断が変わりました。ポイントは3点あります。

1つは、労働契約承継の対象となった労働者が手続に瑕疵があるとして労働契約承継の効果を争う場合の争訟方法という点ですが、一審は、労働者は会社分割の無効の主張を通して、労働契約承継の効果を争うことができると述べていました。いわば絶対効説です。前回、われわれはこの判断を批判的に検討しましたが、本判決はそこを改めて、旧商法等改正法附則5条違反の効果については明文の規定がないので、解釈の問題となるところ、一部の労働者との間で義務違反が生じたような場合については、分割無効の原因とまではする必要はなく、労働契約の承継に異議のある労働者が分割会社との間で承継の効果を争うことができるという個別的な解決が図られるべきだと判断しています。いわば相対効説で、この判断は妥当だと思います。

次に、承継法7条に基づく7条措置ですけれども、少し変化したのは、一審では、その効果について明言を避けていたのに対して、高裁は、7条措置が十分に行われなかった場合は、5条協議の不十分さを事実上推定させるという効果があると判示しています。これも妥当だと思います。

### \*5条協議の意義と要件

問題は、商法等改正法附則5条に基づく協議（5条協議）についてですが、次のように述べています。労働者が分割会社との間で労働契約の承継の効力を争うことができるのは、会社分割による権利義務の承継関係の早期確定と安定の要請を考慮しても、なお労働者の利益保護を優先させる必要がある場合に限定される、

と。具体的には、労働者は、分割会社が5条協議を全く行わなかった場合、もしくは、実質的にこれと同視し得る場合、または5条協議の対応の内容が5条の趣旨を没却するものであって、そのため労働者が会社分割により通常生じると想定される事態がもたらす可能性のある不利益を超える著しい不利益を負う場合に限り、労働契約の承継の効果を争うことができると判断しています。

私は、この一般論については疑問を抱いています(土田道夫「日本アイ・ビー・エム事件判批」ジュリスト1373号(2009年)139頁)。まず、本判決は相対効説を採用して、5条協議の不履行という瑕疵は会社分割の無効原因にはならないとしながら、5条協議違反の要件について、会社分割による権利義務の承継関係の早期確定と安定の要請という観点から非常に限定的な判断をしています。絶対効説に立って、5条協議違反が会社分割の無効原因となると解するのであれば、会社分割に基づく法律関係の安定という視点は重要となりますが、相対効説に立てば、ある労働者ないし労働者グループの労働契約が承継されるかどうかの問題となるのですから、その効果から見て、判旨のような要件設定をするのは、相対効説を採用したことと整合しないと思います。

次に、判旨はしきりに労働契約の承継を争うという事態が会社分割法制の例外だということを強調しているのですが、労働法の観点から見ると、労働契約承継法3条の当然承継ルールは民法625条1項の例外を意味しています。民法625条によれば、労働契約の承継には本人承諾が必要ですが、承継法3条はその例外を設定したわけで、その例外を設定した際の手続的要件がまさに5条協議です。したがって、その観点からの要件設定が必要となるはずで、その趣旨に相応しく実質的に行われるべきという考え方が出てこなければおかしいと思うのです。要するに、5条協議違反の要件を会社分割法制との関係でのみ厳格に解するのはアンバランスで、民法625条の代償措置としての位置づけをもっと考えるべきだと思います。

私自身は、前回も言いましたが、労働契約承継法の指針(平18・4・28厚労告343号)が「十分な説明」「希望の聴取」「協議」という3つの指標を掲げていま

す。転籍とか整理解雇、あるいは事業譲渡といった雇用関係が大きく変動する場合の説明義務というのは自ずから入念なものとなるべきで、5条協議においても、民法625条に代わる手続的要件という観点から、そのような協議が求められると考えています。ですから、以上の指標から見て、5条協議が誠実性ないし実質性を欠く場合は、労働契約の承継の効果を争うことができると考えるべきだと思います。

ただし本判決は、具体的判断としては、5条協議違反があったかどうかを丁寧に判断していて、一番より妥当だと思います。ですから、一般的な枠組みの方に疑問があるということです。

島田 大体言われていることに賛成です。判決がそのように考える理由は、5条は会社法に置かれている附則なので、常に会社分割との関係で考えているのであり、労働契約承継法との関係が非常に弱くなってしまっているからだと思います。

土田 そうだと思います。会社法の発想からいくと、確かにこういう判断になりやすい。でも、この附則5条は商法の附則ですが、労働契約承継の手続的ルールという意味では労働法でしょう。ですから、5条協議というものを、会社法とだけリンクして考えてもらっては困ります。実際、労働契約承継法に関する国会の審議過程を少し調べたら、衆議院でも参議院でも、5条協議は民法625条の代償だという答弁がされているのですね(2000年4月28日衆議院法務委員会、5月23日参議院法務委員会)。本判決の場合、そうした視点が抜けているという気がします。

本件は、上告されていますので、そういう観点からも実質的な判断をしてほしいと思います。

島田 せっかく相対効説まではいったけれども、労働契約承継法の中にこのような協議が位置づけられていないというのが一番問題なんじゃないかな。

土田 立法論としては、承継法に規定を置くべきですね。

島田 あるいは承継法の協議として準用するとか、そういう規定が必要ですね。いずれにしても、今回は裁判例の検討が主題ですが、立法の構成自体を少し変えないといけないということですね。

# ホットイシュー

## I. パワーハラスメント・メンタルヘルス

### ①技術者のうつ病罹患と休職期間満了後の解雇、安全配慮義務——東芝（うつ病・解雇）事件（東京地判平 20・4・22 労判 965 号 5 頁）

#### — 事案の概要 —

電気機械器具製造の大手企業 Y 社の女性従業員であった X はうつ病を発症し、Y は「メンタル不調者の職場復帰プログラム」など X の職場復帰にむけて取り組みも行ったものの結局これを断念し、X に対して休職期間満了を理由として解雇したため、X は①解雇の無効、②Y の安全配慮義務違反などを主張して提訴した。

### ②虚偽の業績報告を続けた営業所長のうつ病自殺と安全配慮義務——前田道路事件（松山地判平 20・7・1 労判 968 号 37 頁）

#### — 事案の概要 —

土木建築工事の請負業 Y 社の従業員であった K が自殺したことについて、K の妻 X は、K が自殺したのは上司から社会通念上正当と認められる職務上の業務命令の限界を著しく超えた過剰なノルマ達成の強要や叱責を受けたことなどにより、うつ病を発症また増悪させたからであるとして、Y に対し損害賠償金の支払いを求めた。

**島田** パワーハラスメントやメンタルヘルスをめぐる問題は最近、社会的にも注目され、企業でも高い関心を集めています。当初は、いわゆる長時間労働からうつ病にかかり自殺に至るといった事案が注目をされました。この類型もなお多いのですが、最近ではそこまでは至らなくても様々な形でパワーハラスメントやメンタルヘルスをめぐる訴訟が増加しています。このなかで、使用者の無過失責任を前提とする労災責任としてとらえるならばともかく、それを超えた使用者の責任の有無ということになると、いまだ理論的に整理されておらず、議論すべき課題があると考えています。

実際、パワハラ等にかかわる裁判例は、昨年だけでも非常に多く、事案の個性も強いので、まとめて検討するということになじまないのが、今回は理論的な課

題を含むと思われるこの二つを取り上げてみました。

1つは、東芝うつ病・解雇事件です。本件では、会社はうつ病になった原告について、私病として休職扱いにし、休職期間が終わった段階で復職の申出があったところ、治癒していないということで解雇しました。この解雇が労基法 19 条違反であるとされた点が興味深いと思います。本件においては、そもそも本人も労災申請をしていませんし、会社も労災ではなく私病という前提で対処していました。本件のように疾病が仕事の原因であるかよくわからない状況で、事後的な判断において、果たして 19 条の適用が妥当なのか疑問です。私の意見では、19 条の適用というのは、業務上の疾病であることが当事者に明らかな場合に限定して考えるべきではないかと思っています。罰則の適用と民事は異なるといって、事後的に遡って労基法 19 条が適用されるというのは使用者に酷ではないでしょうか。労基法 19 条は、打切補償をすることによって、その責めを免れるという仕組みになっていますが、本件では、現実的には打切補償を検討する余地はありませんでした。この点からも 19 条の事後的な適用はどうかと思います。

だからといって、本件の解雇が当然に有効だと考えているわけではありません。解雇権濫用法理の適用に当たっては、結果的に業務上の疾病であったことを判断要素とすることは可能でしょう。

そのほかにも、こういう、いわばメンタルヘルス関連で、措置という意味で問題になった事案というのがいくつかあります。

パワハラ的事案として取り上げたのが前田道路事件です。本件は、自殺した本人が売り上げの架空操作を行っていたという背景のあった事案です。本件は、この失態を取り返そうとするなかで起きたものです。この過程でうつ病になったこと自体は事実ですが、このことについて会社の安全配慮義務違反があったかが争点となりました。本判決では、上司が電話や業績検討会で不正経理に関連してなした叱責が不法行為として違法であり、かつ会社に安全配慮義務に反する債務不



履行があったとされた事例です。

本判決は、会社が原告のうつ病に罹患している事実や、その兆候となる事実を認識していたので、自殺に至ることは予見可能であったとしています。少なくとも適切な調査をしておけば、認識可能性はあったということで、予見可能だったという厳しい判断になっていました。ただし、そもそもは不正経理が前提となったということなので、過失相殺、過失が大体6割あるということで、調整をするという手法をとっています。

つまり、会社には不法行為または債務不履行としての安全配慮義務違反があり、その損害の発生の予見可能性もある。ただし、その損害額の算定において自殺した人の過失を考慮するという手法がとられています。

確かにこの方のうつ病の罹患が業務に起因して労災であるというのはわかるのですが、果たして会社に安全配慮義務違反があったとまで言えるのかは、かなり疑問があります。というのは、実際上司の行った電話、業績検討会による叱責というのは、不正経理の是正という特別な状況において行われた指導ということを考慮すると、果たして社会的な許容限度を超えるという評価ができるのかと思うからです。

判決は、会社がきちんと実情調査をせず、実際にはもっとすごい架空出来高があったことも知らずに、本人を責めたたことに安全配慮義務違反があるというのですが、果たしてそこまで通常の業務の中での個々のやりとりについて、その責任を高度化していくのが適切なのか疑問です。

**\* パワーハラスメントと不法行為・安全配慮義務違反の成否**

土田 まず、前田道路事件については、今言われたことに大体同感です。判決が安全配慮義務違反とか不法行為と評価した上司の叱責も、みんなで頑張ろうという励ましと合わせて行われているようですね。そういう点を考えると、これが不法行為になるのであれば、上司の指導はほとんどが不法行為になってしまう気がします。要するに、上司の叱責がそもそも不法行為としての違法性を認められるようなものかという点が気になります。

それから、もう一つは、本件の不正経理は、死亡した本人が行ったことで、例えば会社ぐるみの行為とは違いますね。

島田 そうですね。

土田 いわば自分の責任で、通常なら懲戒処分を受けても仕方がない。そこをそうせずに、とにかく優秀な社員だから長い目で見てやろうということで、時々叱責をするのですませたというところを見てあげないと、会社にとって酷ではないかと思います。さらに、一番疑問に思ったのは、判決では、会社は、本人がうつ病に罹患していることとか、その兆候となる事実を認識し、あるいは認識可能でなかったにしても、自殺に至ることは予見可能であったとしています。これはどうでしょう。法律的な判断を超えているのではないのでしょうか。

島田 そうですね。

土田 それから、判決は、不法行為として違法であると同時に安全配慮義務違反と判断していますが、これにも法的には疑問があります。

島田 最近では区別していない判断が多いですね。注記) なお、前田道路事件は、その後高裁判決(高松高判平21・4・23 労経速2044号3頁)が公表され、一審判決を覆して、上司の叱責などが社会的許容限度のものであり、違法性がなく、その他の事情からも会社の安全配慮義務違反の事実はないとして、請求を棄却した。本件の事実からは妥当な判断といえる。今後は、どのような場合に、業務上のやりとりが社会的許容限度を超えるか評価されるのか類型的な判断基準の確立が必要であろう。

**\* 休職期間満了後の解雇と労基法19条**

土田 次に、東芝事件ですが、先ほど言われた、労基法19条が適用されるべきケースとは、業務上であることが明確な場合だというのは、いわば労災認定のような客観的な証拠がある場合に限定すべきだという趣旨ですか。

島田 そうです。そうしないと、例えば、打切補償という対応が実際できないわけですよ。

土田 そうですね。

島田 本件では労災申請が解雇されたのとはほぼ同時で、それまで本人も何もしていません。だから、そういうような事情を後づけ的に評価するのは疑問です。

土田 確かに後づけ的な印象がありますね。労災保険では業務上認めていないのを、裁判所が後から、これは業務上であり、したがって、労基法19条が適用されると判断したわけですね。

島田 しかも、労災申請が解雇の時点というのがね。つまり、それまでは本人は、原職に復帰しようとした

のですが、結果的にうまくいかなかったという事実があります。このことを考えると、後になって突然に労基法19条が適用されるのはどうなのでしょう。解雇が有効であったかどうかは労基法19条とは別個に判断したほうがいいのではないかと思います。

土田 むしろ労基法19条ではなくて、解雇の合理性・相当性で考えるべきだということですね。

島田 そうですね。つまり、本件では労使とも私傷病だと思っていたわけです。

土田 会社も、休職からの復帰の際にはかなり配慮していますね。

島田 ええ。会社を休みだしたのが平成13年ぐらいいからで、その後、出社したり、しなかったりという状態が続いて、平成14年5月には職場復帰に向けての取り組みがあったのですが、やはり長期欠勤になり、平成15年から休職に入って、それから、平成16年9月9日付で解雇ということになった。入社は平成2年でそれまではずっと普通に働いてきたのですから、確かにうつ病になったということ自体は同情すべき点がありますが、会社としてもこういう方の処遇は非常に難しいと思います。

土田 ただ、少し気になるのは、この人は、平成12年4月ごろから色々な症状を訴えています。会社は、平成13年ぐらいいからは様々な配慮をしているようですが、平成12年の一番ピークのころに業務軽減の訴えに対して対応していないようで、安全配慮義務違反だと判断されているのですが、このあたりが解雇の判断にも影響しているということはありませんか。少なくとも、解雇の判断はともかく、平成12年の時点について見れば、安全配慮義務違反があったという点はそのとおりではないでしょうか。

島田 平成12年の時点で安全配慮義務違反があったことについての損害賠償を認めるというのは賛成です。

土田 一方で、平成13年ごろからは様々な配慮をしているということで、安全配慮義務違反は否定されていますね。

島田 これもそれでいいと思います。

土田 そうすると、本判決の問題点としては、先ほどの労基法19条に関する判断ですね。確かに、19条を適用した判断には飛躍があると思いますが、実務上の影響は大きいでしょうね。

島田 ええ。メンタルな疾病による休業者の取扱い

に影響をあたえると思います。

## II. 就業規則の法的拘束力

### ①適格年金制度廃止に伴う規定変更の周知と定年前退職者の退職金減額——中部カラー事件（東京高判平19・10・30 労判964号72頁）

#### 事案の概要

Y社は退職金制度について適格退職年金制度から中小企業退職金共済制度およびA社の養老保険に移行することとし、乙<sub>1</sub>から乙<sub>2</sub>へ就業規則を変更した。その後自己都合によりYを退職したXは、乙<sub>2</sub>は労働基準監督署に届出がされておらず、また労働基準法106条1項所定の方法により従業員に周知されていないから無効として、乙<sub>2</sub>に基づき算出された退職金との差額を請求した。一審（長野地松本支判平18・10・20 労判964号82頁）では請求が棄却されたため、Xが控訴。

土田 ホットイシューで就業規則の法的拘束力の問題を取り上げる趣旨ですが、従来は、就業規則をめぐる紛争は、労働条件の不利益変更の合理性をめぐるケースがほとんどでした。しかし、今回取り上げた二つの事件はそうではありません。中部カラー事件は、労働条件の不利益変更といっても、もっぱら周知要件の解釈が問題となったケースであり、協和出版販売事件は、定年延長に伴う給与規定の制定がそもそも不利益変更にあたるか否かが争点となったケースです。どちらも、就業規則に関する新しいテーマを提起した裁判例という意味で取り上げました。

中部カラー事件は一審を覆し、協和出版販売事件は、結論は一審維持ですが、法律構成が全く異なっていて、冒頭に述べた高裁の意欲的な判断を象徴しています。意欲的なものも、度を過ぎると困りますが、この2判決は、どちらも良く考え抜かれた判決で、重要な意義を有すると思います。

#### \*就業規則の周知の意義

まず、中部カラー事件ですが、会社が就業規則（退職金規程）について、適格年金制度の廃止を含めて改訂した結果、原告の退職金が1000万円強から300万円弱へと減少してしまったという事案です。支払いの直前に就業規則が変更されていますが、その手続が問題になりました。

まず平成15年3月、会社の経営会議で承認をした。続いて、ここからが問題ですが、会社は朝礼を2回実

施し、従業員に対して変更することを周知させています。3月と4月に1回ずつ全体朝礼をし、何か質問はないか、もしあれば、その場で申し出るようにということ、原告を含む全従業員に述べたのですが、だれも質問しなかった。そこで、社長が朝礼終了後に、「同意したと解釈する」ということで、異議がない旨の意見書の提出を求め、提出してもらったということです。一方で、会社は、この適格年金を廃止した就業規則を休憩室の壁に掛けておいたのですが、変更後、中退協から支給される金額などの計算書がついてなかったということです。

本件では、就業規則の拘束力の要件として求められる周知が行われたかどうか最大の争点になりました。判決はこれを否定しています。就業規則は、労働基準監督署への届出がなくても、実質的周知があれば有効と解することができる。その周知に関して、会社は朝礼に際して、説明文書の配布等をしていない。相当複雑な制度変更ですから、そういった手続が必要なのにしていない。それから、全体朝礼における説明も詳細な説明はなかったと考えるのが自然で、さらに、従業員からの意見や質問がなかったことについても、これは具体的な説明がなかったからであって、結局、実質的周知が行われたとはいえないと判断しました。

それから、掲示のほうですが、先ほどの東武スポーツ事件と共通している点がありますが、要は、退職金額の計算を可能とするような書面が添付されておらず、労働者が変更内容全部を知ることができるような掲示ではなかったとしています。労基法89条3号の2から見ても、同条から必要とされる退職金の決定、計算に関する規定が含まれていないというわけです。したがって、この点でも、実質的周知は行われていなかったという判断になりました。一審は実質的周知もあったとして、変更の効力を簡単に認めていましたが、これを取り消したわけです。なお、本判決は上告されず、確定しました。

この判決が提起した問題は、就業規則の周知の意義をどう考えるかということです。これまでの議論を整理しますと、就業規則に関する手続の意義について、労働基準監督署への届出とか過半数代表者への意見聴取は就業規則の拘束力の要件ではないという裁判例が最近が増えていきます。一方、周知については、フジ興産事件（最二小判15・10・10 労判861号5頁）で、実質的周知が必要だと判断され、最近の裁判例はほと

んどすべてこれを踏襲しています。また、この要件は、労働契約法7条・10条にも継承されています。

そこで、問題は一体、その周知とは何かということ。1つは、労基法106条の周知義務との関係が問題になりますが、必ずしも労基法106条による必要はなくて、実質的に周知されていればいいというのが一般的な考え方です。では、実質的周知とは何かといえ、ば、「労働者が知ろうと思えば知ることができる状態にしておくこと」だというのが有力な考え方です（荒木尚志・菅野和夫・山川隆一『詳説労働契約法』（弘文堂・2008年）101頁）。そして、「知ろうと思えば知ることができる状態」とは、労働者が就業規則の内容を現実に認識する必要はないけれども、認識しようと思えばできるという状態を指しているのだと思います。

ところが、本判決は、まず、①その理解をもう少し進めて、使用者の側で詳しい説明とか情報というものをきちんとしないと、実質的周知といえない場合があるという判断をした点の一つの特色かと思えます。朝礼時の説明に関する判断がこれに当たります。

もう1点、②周知という場合、特に複雑な労働条件変更の場合には、何がどう変更されるのかという情報を完全に提供する必要はあるということです。先ほどの東武スポーツ事件では、情報提供が完全にされていなかった場合は、労働条件変更の合意自体が成立しないという判断がありましたが、いわばその就業規則版で、そういう情報提供をしておかないと、実質的周知をしたことにならないという判断です。この2点が特色だと思えます。

本判決の評価ですが、私は①・②ともに妥当だと思います。まず、②については、就業規則の改訂によって退職金制度が大きく変更される場合は、退職金の具体的な計算方法まで含めて情報提供しておかないと、周知としては不十分だという議論は、あまり異論のないところだと思えます。

問題は、①の方で、本判決は、例えば退職金規程について説明や文書配布をしていないし、従業員からの質問はなかったのは説明が不十分だったからなどと、周知についてかなり厳しく判断しています。通常、周知については、会社のホームページ上に閲覧可能な形で示しておけば周知を満たすと言われていますから、それとは随分イメージが違います。

私は、これは適切な判断だと思えます。就業規則の周知については、労働者が知ろうとすれば知り得ると



いう状態から一步進めて、労働者が現実に認識していることまでは必要としないけれども、現実に認識できるような状態を提供するということまでは含めて考えていいのではないかと思うからです。この場合、労働者から、内容についてもっと説明してくれという要求があれば、使用者はそうした説明を行うことが必要となり、周知について使用者に一定の積極的なアクションを求める結果となりますが、私は、そこまで含めてよいという立場です。

島田 まず、労働条件の変更が行われるときの説明はとても重要な手続だと思います。何が実質的周知と言えるのかについては、先ほどの基準でいいと思いますが、最近の賃金制度には成果主義的な要素が導入されて、とても複雑なものになっていますよね。不利益変更の事案といっても、例えば時給が1000円か950円に減額されるというような単純なものではない事案が増加していますね。極端に言えば、仮に一応文書が掲示されていても、従業員がそれを読んでみずには正確には理解できないという事例もでてきています。このような場合の周知の意義は、労基法106条の問題とも異なる観点から規制されるべきではないかなと考えています。労基法106条の周知は別に就業規則だけの周知ではなくて、法令、労使協定などが含まれています。そこでの周知というのは、あくまでも使用者の労働者に対するサービスの側面があります。法令などは、使用者の周知の有無にかかわらず労働者は知っているものと扱われるわけですからね。しかし、労働条件の変更の際の周知は、その意義が決定的に異なるでしょう。その意味で、説明義務があるというご意見に賛成です。実際には、不利益変更の内容に応じて、必要とされる実質的周知の中身も変わってくるのだらうと思います。本件については、結構面倒くさい制度変更ですので、周到的周知を求めたのは適切でしょう。要は、変更内容が実質的に認識できるという基準は、やや抽象的ですが、適切だと思います。

土田 確かに、中部カラー事件の考え方をとると、周知の内容は、労基法106条よりもむしろ厳しくなりますね。

島田 そうです。ただ、先ほど言われた①に関する判断の中で、「朝礼時に労働者から質問が出なかったのは、会社の具体的説明がなかったからで、だから実質的周知が行われていない」という判断は、行き過ぎではないでしょうか。そこまで周知に含めしまうと、

質問するかどうかは労働者側の問題ですから、使用者にとっては予見不可能な事態が生じてしまうような気がします。

土田 そこは私もそう思います。そうすると、「周知」とは、労働者が説明を求めたような場合に、それとの関係で説明・情報提供というものを付加した概念となりますね。整理すると、先ほど言われたように、労働条件変更が複雑な場合であって、しかも労働者が特に説明を求めたようなケースについては、説明や情報提供が周知要件の要素となるということですか。逆に、労働者が別に説明など求めていない場合は、そこまでは求められないのでしょうか。

#### \*労働契約法との関係

最後に、労働契約法との関係でいうと、10条でも、7条でも周知の要件が入っていますので、この周知に、以上のような説明・情報提供を含めて考えるべきかという問題があると思います。私は、労働契約法の下では、この判決のように、説明や情報提供を周知要件の重要な要素と考える立場はいつそう妥当すると思います。労働契約法は、労働契約の締結・変更に関して合意原則を基本趣旨としていますし(3条1項)、労働条件について「労働者の理解を深めるようにする」という使用者の責務を定めています(4条1項)。そういった規定が7条や10条の周知要件の解釈に影響を与えることは当然あっていいと思うのです。労働契約法については、私は以前からこのように考えています(土田・前掲書139頁)。

島田 ただ、特に10条については、従来の周知のオーソドックスな理解を前提とした場合、こういう説明の要素を周知要件ではなく、「その他の就業規則の変更に係る事情」要件の要素として考える立場もあるでしょうね。

土田 そうだと思います。「周知」要件として考える方が、説明・情報提供の意義は高まると思いますが。いずれにしても、労働契約法が成立して、労働契約の「契約」としての側面がクローズアップされるようになったと指摘されていますが、本判決は、労働条件に関する使用者の説明責任を強調する判断で、まさにそうした考え方の先駆けとなる判断であると思いました。

②嘱託社員としての定年延長に伴う新給与規程の効力——協和出版販売事件（東京高判平19・10・30 労判 963号 54頁）

事案の概要

書籍及び雑誌等の取次販売会社 Y は、改正高年齢者雇用安定法の施行に伴い、定年年齢を 55 歳から 60 歳に引き上げたのと併せて、55 歳以降は嘱託職員としてそれまでの賃金とは別の給与体系とする旨の就業規則の変更を行った。従業員 X らは当該変更は不利益変更で無効であるとして、差額賃金を請求した。一審（東京地判平 18・3・24 労判 917 号 79 頁）では請求が棄却されたため、X らが控訴。

土田 次に、協和出版販売事件ですが、この会社では、高年齢者雇用安定法の改正にあわせて、定年を 55 歳から 60 歳に延長しました。その際、これまで 55 歳で定年になった後の嘱託制度があって、給与が 18 万 5000 円だったのを、定年を 60 歳に改めると同時に、嘱託給与規程を設けて、55 歳以降の基本給を 19 万円と設定したわけです。この変更について、原告らが加入している労働組合との間で合意できなかったのですが、とにかくそういう形で実施しました。これに対して、労働者が労働条件の不利益変更にあたるとして訴訟を起こしたのが本件です。

地裁も高裁も請求を棄却しましたが、理由づけが異なっています。まず、一審は、就業規則の不利益変更の問題であると位置づけた上で、判例法理を適用して合理性を肯定しています。会社側は、本件はそもそも不利益変更ではないと主張したのですが、それはあまりに形式的な判断だから、結局は 55 歳までの給与水準と比較して不利益変更のテーブルに乗せるべきだとした上で、合理性は認められると判断したわけです。

これに対して、本判決は、本件はそもそも就業規則の不利益変更にあたらぬと判断しました。理由ですが、もともと就業規則の不利益変更とは、就業規則によって労働者の既得の権利を奪い、不利益な労働条件を一方的に課することをいう（秋北バス事件（最大判昭 43・12・25 民集 22 卷 13 号 3459 頁参照））ところ、まず、本件会社の定年制は 55 歳定年制ですから、原告らは 55 歳以降、それ以前の労働条件で就労する権利を有していない。したがって、比較されるべき対象は、旧制度の下での 55 歳以降の嘱託制度であって、それと比較すると、かえって労働条件は改善されている。つまり、給与が多少とはいえ、18 万 5000 円から

19 万円に上昇しているし、60 歳までの雇用確保という大きな利益がある。したがって、本件就業規則の変更は、そもそも労働者の既得権を奪うという類のものではなく、不利益変更法理の適用はないと判断しました。

その上で、では嘱託給与規程の新設が一切フリーハンドかということ、そうではなくて、就業規則が法的規範性を有するための合理性（「合理的な労働条件を定めていること」）は必要だとしています。そして、この合理性とは、単に法令や労働協約に反しないというだけでなく、雇用関係についての私法秩序に適合している労働条件を定めていることをいうとの枠組みを立てた上で、その私法秩序の具体的内容については、本件の場合、高年齢者雇用安定法の趣旨に反して、労働条件が過酷なもので同法の目的に反するかどうかという点を重視しています。ただ具体的判断としては、労働条件変更の合理性に関する一審の判断をほぼそのまま引用しています。つまり、判断枠組みは全く異なるけれども、具体的判断に大きな違いはありません。いいかえれば、一審も、不利益変更とはいいながら、実際には、雇用確保の面を重視して緩やかに判断していたわけです。

\* 定年延長に伴う労働条件設定の法的取扱い

コメントですが、定年延長に伴う労働条件の設定について、「不利益変更」か否かが問題となる事案の類型は 3 つあるように思います。

1 つは、第四銀行事件（最二小判平 9・2・28 民集 51 卷 2 号 705 頁）のケースです。この事件は、旧制度上も定年後の在職制度があって、なおかつ、定年前の賃金水準で勤務することに合理的期待利益がある場合です。この場合は、定年後の労働条件設定によって既得の権利の消滅や減少をもたらすわけではないが、実質的には不利益変更にあたることとされて、不利益変更の判例法理が適用されます。

2 つ目は、これまで在職制度等が全くなくて、定年延長や再雇用によって新たに労働条件を規定する場合です。これについては 2 つ立場があって、まず、日本貨物鉄道事件（名古屋地判平 11・12・27 労判 780 号 45 頁）は、労働条件の不利益変更にあたらぬけれども、その場合に準じた判断を行い、延長以前の賃金水準と比較した合理性判断を行いました。これに対して、一橋出版事件（東京地判平 15・4・21 労判 850 号

38頁)は、特段の事情がない限りは定年直前の労働条件が延長するとして、不利益変更法理をストレートに適用しています。

3つ目は、本件の事案です。本件が上記2つの事案と異なる点は、旧制度の下でも在職制度があったが、定年前の賃金水準で働くことの期待利益は存在しないという点です。前者の点で第2類型と区別され、後者の点で第1類型と区別されます。この場合をどう考えるかについて、一審と本判決が対立していて、結論は同じですが、一審は不利益変更法理を適用し、本判決は、新たな労働条件設定の場合に問題となる合理性要件を適用したわけです。

本判決が適用している合理性の要件は、判例法上、就業規則が法的規範性を認められて労働条件を規律するために求められてきた合理性要件(秋北バス事件のほか、日立製作所事件・最一小判平3・11・28民集45巻8号1270頁)と見てよいと思います。労働条件変更の場合よりも緩やかで、幅のある概念だといわれています。定年延長後の労働条件についてこの合理性要件を適用した判断は本判決が初めてで、これも重要な論点を提起したものだといえます。

そこで、どちらの立場が妥当かですが、私は、どちらかという本判決に賛成です。まず、高齢者雇用安定法との関係では、同法は、新たに定年延長をするときの労働条件の設定については何も規定していないわけですから、これは本来、労使自治の問題と考えるべきです。ですから、一橋出版事件のように、定年前の労働条件が当然に継続するとして、不利益変更について厳しい判断をすることには疑問があります。

次に、本件の一審と本判決ですが、これは結局、新たな労働条件の設定という側面を重視する(本判決)のか、それとも、労働契約の延長という側面を重視する(一審)のかという違いになるような気がします。前者の考え方では、定年後に在職制度が旧制度上の在職制度より有利である限り、定年延長以降の新たな労働条件設定という性格が強くなるので、就業規則による労働条件設定の場合と同様の合理性判断を行うこととなります。ただし、定年延長は一律に行われているわけですから、労働条件の低下という側面も確かにあるわけで、その意味で、定年前の労働条件とのバランスが考慮要素になってきます。

これに対して、労働契約の延長という側面を重視すれば、不利益変更法理を適用することになります。た

だこの場合も、一審のように不利益変更法理をストレートに適用するのではなく、日本貨物鉄道事件のように、不利益変更ではないが、それに準じた判断を行う立場の方が妥当なように思います。

ただし、どちらにしても、合理性というものをあまり厳しく判断してはいけないと思います。ここをあまり厳しく判断すると、かえって定年延長と高齢者の雇用確保が進まない危険がありますので。むしろここでは、定年延長による雇用の確保の利益と相関的に判断しつつ、本判決が説くように、労働条件が過酷なために高齢者の勤務意欲を削ぎ、高齢者雇用安定法の趣旨に反する結果とならないかという点と、補足的に定年前の労働条件とのバランスを考慮要素として判断するのがよいのではないかと思います。

島田 不利益変更の問題についてですが、従来判例は、不利益変更として広く審査に乗せる傾向にありました。例えば制度変更によって本人に不利益が発生する可能性があれば、審査の対象とするという話でしたよね。一審はややそのような傾向と似ていて、ともかく審査の対象とするということのかなという印象です。これに対して、二審は、そうではなくて、そもそも不利益変更の問題でないという判断をしたわけですね。しかし、就業規則の内容が契約内容となるためには、合理性審査を要するものであり、具体的な審査内容はそれほど変わらないという考え方をとったのだらうと思います。この場合の合理性審査のときの比較対象が囑託であるというのは構わないと思います。しかし、ここでまた、この裁判官が「雇用関係についての私法秩序」を持ち出したのは、おっしゃるように、高齢者雇用安定法を意識したのでしょうか。つまり、高年法の努力義務規定などを就業規則の不利益変更を判断する際に変更の合理性判断の一つの素材にしようということでしょう。ただ、不法行為の成否における違法性が問題となっていたわけではないので、ここで必ずしも「雇用関係についての私法秩序」という概念を使う必要があったとは思いませんが。

土田 本判決のように、新たな労働条件の設定の側面を重視した場合に、その拘束力を判断する場合の枠組みは、これまでの判例法で言えば、「合理性」です。労働契約法7条でいっても、合理性要件(「合理的な労働条件」)が適用されます。ですから、理論的には、「雇用関係についての私法秩序」なる概念を持ち出さなくても、合理性の内容として考えればよいと思いま



す。「雇用関係についての私法秩序」に対する疑問は、兼松事件の箇所でも申し上げたとおりです。

島田 合理性の判断のところで一要素として考えると。それでいいと思いますね。

土田 ただ、裁判所は、一般的には、一審と同様、やはりとにかく不利益変更の審査のテーブルに乗せようという態度をとると思います。その意味では、本判決は少数派でしょう。ですから、不利益変更法理を適用ないし類推適用する場合も、今回のような事案では、一審のように、60歳までの定年延長とか雇用確保の利益を重視して判断せざるを得ないと思います。

島田 そうでしょうね。要するに、高年法ができて、必要性というのはもう高度どころか、コンプライアンスのレベルだから仕方がないと。

土田 一方、さらに考えると、不利益変更法理を適用する場合は、判断枠組みは明確な反面、どうしてもその判断枠組みとそぐわない面が出てくることは事実です。特に、本件一審のように、第四銀行事件をふまえて、大がかりな一般論を立てて、実際には緩やかに判断するというのは、どこか無理があると思います。その意味では、この判決はよく考えているなという気がします。

島田 なるほどね。もともとが不利益変更の法理だから。あそこで言う変更というのはあくまでも不利益変更と。

土田 そうかといって、逆に、もし不利益変更法理を厳しく適用して合理性を否定されたら、企業は、定年延長ではなく、再雇用制度のほうを採用するでしょう。マクロで見ると、あまりよくない結果だと思えます。結局、本判決のように、高年齢者雇用安定法の趣旨・目的を重視して合理性判断を行うか、一審や日本貨物鉄道事件のように、不利益変更の合理性判断を緩やかに行うかということになるのでしょうかね。

島田 そうですね。ただ、少し気になるのは、本件の場合、嘱託になっても業務内容は同一かあまり変わらないと認定されていて、職務の軽減が行われていないのですね。この点は、日本貨物鉄道事件でも問題となりましたが、一審・本判決どちらの立場に立つにせよ、合理性を左右するファクターになると思うのに、どちらの判決も触れていません。

土田 確かに、そこは不十分だと思います。私は、それでも、定年延長とか雇用の確保という利益を考えると、就業規則の合理性を否定する理由とまではいえ

ないと思いますが、悩ましいところではあります。

#### \*労働契約法との関係

島田 最後に、労働契約法ではどうなるのでしょうか。7条、10条という分け方をしますけど、10条というのは変更の場合ですよ。だから、契約法でいけば、これはやっぱり10条になるんじゃないですか。不利益というのは別に問題にならない。

土田 私は、実はその説で、10条という「労働条件の変更」は、不利益変更だけでなく、有利な変更を含むと考えているので、旧制度上の嘱託制度より有利でも、10条の問題になると思います（土田・前掲書512頁）。ただ学説では、10条は9条を受けた規定で、不利益変更のみを対象としていると考える立場の方が有力で（例えば、菅野和夫『労働法（第8版）』（弘文堂・2008年）115頁）、この場合は、やはり10条の適用とはならないのではないのでしょうか。

島田 そうですか。そうすると、やはり7条の類推適用と。

土田 定年延長の場合は類推適用でしょうね。仮に、再雇用の方法をとって新契約の締結となれば、7条の直接適用になると思います。もっとも、先の有力説でも、労働契約の延長の側面を重視すれば、10条の類推適用という理屈が出てくるかもしれません。

島田 なるほど。あえて10条と言ったのは、7条の場合の合理的な労働条件の考慮要素というのは、10条のときほど明確ではないんですね。そこは解釈できればいいと。

土田 7条の場合の合理性判断は、まさしく本判決が言うように、高年齢者雇用安定法の趣旨、目的に反するかどうかということを重視する判断になると思います。一方、10条適用説に立つと、先ほどの不利益変更法理の適用と同様、判断枠組みとそぐわない面が出てくることも事実です。この点は、学説の検討や裁判例の集積に期待したいと思います。

#### おわりに

土田 冒頭でも述べましたが、今回は、特に高裁レベルで意欲的・個性的な判決が多く、ディアロークのし甲斐がありました。少し前までは、下級審裁判例といえ、最高裁の判例を忠実に踏襲した上で個々の事案にあてはめる判断が多かったのですが、随分様変わ

りしたなという印象があります。その背景としては、議論の過程でも出てきましたが、雇用システムや人事システムの変化に伴い、労働者の利益保護の必要性が高まったり、保護すべき権利や価値が多様化して、先例をそのまま踏襲できないケースが増えてきたということがあると思います。また、東武スポーツ（宮の森カントリー倶楽部・労働条件変更）事件や中部カラー事件の判断を見ると、労働条件の変更に際しての説明や情報提供の必要性が強調されていて、労働契約の運営における手続的規制の重要性が認識されつつあるように思いました。その意味では、企業実務への影響が大きい裁判例も多くて、労使ともに、こうした新たな判断傾向への留意は欠かせないと思います。

その一方で、今回取り上げた裁判例の中には、意欲的なあまりに法的構成がややラフだったり、先例との整合性への配慮が不十分なものも感じました。今回の高裁判決の多くは上告されていますので、最高裁がどのような判断を示すのかが注目されます。次期のディアログで取り上げることになると思います。

島田 同じような感想ですね。取り上げられなかった裁判例にも興味深いものが多くありました。前回は、議論が対立することが少なかったため、今回は、土田先生を若干意識的に刺激してみようとやや強引に議論してみました。多少はディアログらしくなったのではと思います。雇用関係のあり方が大きく変わりつつあるということが裁判例からも感じ取られました。裁判例が提起する新しい論点についての理論的な詰めはまさに学説の役割でしょう。新しい状況のなかで、労使が納得できる公正な雇用関係の形成を主導できる理論が求められているのではないのでしょうか。取り上げた判例のなかでは、労組法上の労働者について、裁

判実務と学説との間に大きな溝を感じました。集団的労働関係法の特質に対する理解が裁判官に欠けているのが残念です。もっとも、この現状を前提に裁判官を説得できる労組法上の労働者についての判断基準を示すのは学説の使命なのでしょう。

今回のディアログでは、裁判例の検討を通じて、パート法、労働契約承継法などの立法的な対応が課題であることでも認識が一致しました。この点も貴重な成果だったと思います。

土田 ところで、島田先生は最近、早稲田大学ラグビー部部長に就任されたということですね。わが同志社ラグビー部は、栄光ある歴史にもかかわらず、最近では早稲田にやられっ放しなので、今日はディアログでその仇をとりたいたいと思ったのですが、うまくいったかどうかはわかりません（笑）。

島田 江戸の敵を長崎ならぬ京都でということですか。ラグビーのノースサイド精神は有名ですが、実際、試合後、アフターファンクションといって両校選手とレフリーの交歓会が行われています。私たちもこれからアフターファンクションをしましょう。レフリーが試合の講評を行うのが通例ですので、その役目は、座談会につきあっていたいただいている担当者の広渡さんをお願いしましょう。

（2009年8月10日：京都にて）

しまだ・よういち 早稲田大学法文学部・法務研究科教授。最近の主な著作に『労働法第3版』（共著、有斐閣、2008年）など。労働法専攻。

つちだ・みちお 同志社大学法学部・法学研究科教授。最近の主な著作に『労働法概説』（弘文堂、2008年）、『労働契約法』（有斐閣、2008年）など。労働法専攻。