



ディアローグ

# 労働判例この1年の争点

 外国人研修生・留学生

 派遣先の使用者性



**野川 忍**

(明治大学教授)

×



**鎌田 耕一**

(東洋大学教授)



## 【目 次】

### ■ピックアップ

1. 年休権の成立要件——八千代交通事件
2. メンタルヘルス——東芝事件
3. パワーハラスメント——K化粧品販売事件
4. 派遣先との黙示の労働契約成立——マツダ事件
5. 労働協約の有効性——音楽之友社事件
6. 残業代定額制——イーライフ事件
7. 労働組合活動の差し止め——教育社労働組合（ニュートンプレスほか）事件

### ■フォローアップ

- I. 有期雇用の雇い止め——医療法人清恵会事件
- II. 労組法上の労働者性——ビクターサービスエンジニアリング事件

### ■ホットイシュー

- I. 外国人研修生・留学生——広島経済技術協同組合ほか（外国人研修生）事件
- II. 派遣先の使用者性——兵庫県・兵庫県労委（川崎重工業）事件

#### 凡 例

・判例の表記は次の例による。

(例) 最二小判 (決) 平〇・〇・〇

→ 最高裁判所平成〇年〇月〇日第二小法廷判決 (決定)

裁時：裁判所時報

知財裁判例集：知的財産裁判例集

中労時：中央労働時報

判時：判例時報

別冊中時：別冊中央労働時報

民集：最高裁判所民事判例集

労経速：労働経済判例速報

労旬：労働法律旬報

労判：労働判例

はじめに

事務局 それでは、「ディアローグ 労働判例この1年の争点」を始めます。今年度から、東洋大学の鎌田耕一先生、明治大学の野川忍先生にご議論いただきます。よろしくお願いたします。

野川 私がまず「ピックアップ」の判例で取り上げるのは八千代交通事件です。これは大変テクニカルな内容がテーマです。労基法39条1項の年休権の成立要件の1つに、全労働日の8割以上出勤というのがありますが、この全労働日に何を含めるのかということと、出勤したとみなせるのはどういう場合かについて、行政解釈と学説が割れていました。これについて、最高裁が一応の決着をつけ、方向づけを示した事案です。

2つ目はK化粧品販売事件です。これは、近年大変多くなっている、いわゆるハラスメント事案の1つです。過去にはセクシュアルハラスメントの事件が世情をにぎわせましたが、最近では、パワーハラスメントの事件が大変多くなっています。その類型はいろいろありますが、これは会社や学校等ではよく行われている罰ゲームといわれるものです。意に反した行動をさせられた従業員からの訴えに対して、違法性をどのように判断するかが検討されています。

それから、音楽之友社事件です。最近では労使関係に関する裁判例が少なくなっていて、とりわけ労働協約をめぐるそれほど本格的な議論は、判例においても、また学説においてもみられないのが現状です。その中でこの事件は、労働協約の要式性の要件であるとか、労働組合に労働協約の規範的効力について訴訟を提起する訴えの利益があるかどうかといった問題、加えて、いまだに決着のついていないいわゆる余後効の問題、労働協約が失効した後、そこに記載された規範的効力は失効後の労働契約にどのような法的効果をもたらすかといったことが扱われており、注目されるべき事案だと思います。

「フォローアップ」で取り上げる医療法人清恵会事件は、有期雇用の雇い止めをめぐる事案ですが、非常に特徴的な内容になっています。今まで正社員として働いていた従業員が、使用者との合意のもとで一旦それを終了させて、新たに1年間の有期雇用契約を結び、最初の更新もなされることなく雇い止めになったとこ

ろ、それが違法とされた事案です。有期雇用の雇い止めについては、労働契約法が改正され、その19条において、従来判例法理としては定着していた内容が整理されて、実定法上のルールとして示されています。従って今後は、労契法19条の解釈適用の問題として雇い止めは争われていくわけですが、やはり判例法理を反映している条文ですので、その中身の理解が重要になります。その点から、このように一度も更新されていないような事案についてどう考えるのかは重要だろうと思います。また、関連判例として、逆に、何十回となく更新を重ねてきた後、人員整理で雇い止めされた事案で雇い止め有効とされた東芝ライテック事件、それから、勤務不良、具体的には精神的な問題で出勤できなくなってしまった労働者に対する雇い止めの問題である日本郵便事件にも触れてみたいと思います。

「ホットイシュー」では、これまた最近増えてきている、外国人研修生・留学生について取り上げます。外国人の研修生や留学生の就労をめぐるトラブルが増えている原因の1つは、研修生や留学生は、実際には、勉強するのではなく労働力として扱われていて、その乖離から生じる問題が幾つもあることです。そうした問題を典型的に表現している広島経済技術協同組合ほか事件は、研修期間中の就労について、賃金を支払い、労務を提供し、そして労働基準法等が適用になるという労働関係が成立しているのかどうかという問題も扱っており、また、これに伴い、制度上、外国人研修生を受け入れる機関の民事責任が問われています。これに関連して、今外国人研修生・留学生をめぐるほかにどんな問題が起こっているかということで、T学園事件とナルコ事件を取り上げます。

鎌田 私が担当するのは、まず、東芝事件・最高裁判決です。これはメンタル障害を理由として休職期間満了で解雇されたが障害が労災であることを理由に解雇を争った事件ということで、一躍有名になったものですが、本日はその解雇の効力ではなくて、損害賠償を争った部分を対象とします。二審と最高裁は共に安全配慮義務違反を認めた上で、損害額の減額に関して過失相殺を争い、二審と最高裁で判断が分かれました。従来、メンタル障害では被害者の脆弱性を理由にした素因減額の可否が、電通事件などでも争われてきたのですが、ここでは、労働者がメンタル関連の情報を申告しなかったことに過失があると会社が主張し、まさ

に過失相殺が争われ、最高裁で判断が示されたという意味で、非常に重要な判決ではないかと思えます。

2つ目はマツダ事件です。これは、派遣労働者と派遣先との労働契約関係の成立及び派遣元と派遣労働者の間の労働契約の効力が争われた事件です。これも新聞などで取り上げられ、社会的にも有名な事件です。この事件自体は控訴審で和解終結をしていますが、本日は一審判決を取り扱います。パナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件という有名な最高裁判決で派遣先との黙示の労働契約成立が争われ、最高裁が成立を否定して以降、その最高裁の判断枠組みを使って幾つかの判決が下級審で出ていますが、この判決は黙示の労働契約の成立を認めたという点で、非常に注目されます。

3つ目のイーライフ事件では、いわゆる残業代定額制が扱われています。それにはさまざまな形態があるわけですが、ここでは、精動手当という手当を時間外割増賃金にかえて定額で払っている実態があり、当事者の合意に基づいて導入したと会社が主張する中で、この合意の有無及び合意による残業代定額制の効力が争われている点で、注目すべきかと思えます。

次の教育社労働組合（ニュートンプレスほか）事件は、労働組合が行う街宣活動に対して相手方が差止請求をすることの可否が争われた事件です。この事件の特徴は、直接の雇用主ではなくてグループ企業、それから実質的なオーナーの自宅に街宣活動を行ったことです。そのグループ企業それからオーナーから差止請求がなされ、その是非が争われました。街宣活動の相手方としてどの範囲までを認めるのか、そして、個人、その会社の役員の自宅に対する街宣活動がどの範囲で許されるのが争われた事件で、興味深いと思われま

す。

「フォローアップ」で私が扱うのは、労働組合法上の労働者性が争われたビクターサービスエンジニアリング事件の最高裁判決と、その差戻審の高裁判決です。これまで、「ディアローク」ではビクターサービスエンジニアリング事件の最高裁判決は扱っていなかったようなので、ここで扱ってみたいかどうかということで挙げてみました。新国立劇場運営財団事件と INAX 事件、そしてこの事件の3つが、労組法上の労働者性で争われた著名な判決としてあるわけですが、唯一この事件は破棄差戻しでした。その理由が、労働者性の判断枠組みの中で、独立の事業者性についてさらに検討しろということでした。そして、独立の事業者性の判断がメインで検討が行われて、結局労働者性が認められました。事業者性についての判断で非常に注目すべき判決ではなからうかと思えます。

「ホットイシュー」は労組法上の使用者性にかかわることですが、とりわけ派遣先の使用者性、派遣先の団交応諾義務をめぐって、中央労働委員会の命令、それを受けて裁判所で、まだ少ないですが幾つかの判断が出てきている状況です。その中で、兵庫県・兵庫県労委（川崎重工業）事件をご紹介します。兵庫県労委の命令は派遣先の使用者性を否定し、組合側の請求を棄却したのですが、この取消しを争った事件です。今後、派遣先の使用者性については広く議論が行われると予想されますが、とりわけ直接雇用が団交事項として挙がっている点で非常に興味深く、また難しい問題を提起しており注目すべきかと思えます。

なお、わたくしは現在、中央労働委員会の公益委員ですが、ここで述べることは個人的見解であることをお断りしておきます。

## ピックアップ

### 1. 年休権の成立要件——八千代交通事件（最一小判平 25・6・6 労判 1075 号 21 頁）

#### — 事案と判旨 —

上告人 Y 社に雇用されていた被上告人 X が解雇され、その解雇が無効であることを確認する判決が確定したのち

に、平成 22 年 3 月 31 日時点で 38 日間の年次有給休暇請求権（以下「年休権」）を有すること、及び Y が年休を認めずに欠勤扱いにして控除した賃金と遅延損害金の支払い、Y が年休を認めなかったことを不法行為としてその損害賠償と遅延損害金の支払いを求めた。第一審、原審とも基本的に X の請求を認めたが、上告審も、就業規則や労

働協約等に定められた休日以外の不就業日のうち、労働者の責に帰すべき事由によるとはいえないものは、原則として出勤日数に算入すべきものとして全労働日に含まれるとしたうえで、「無効な解雇の場合のように労働者が使用者から正当な理由なく就労を拒まれたために就労することができなかった日は、労働者の責めに帰すべき事由によるとはいえない不就業日であり、このような日は使用者の責めに帰すべき事由による不就業日であっても当事者間の衡平等の観点から出勤日数に算入するのが相当でなく全労働日から除かれるべきものとはいえない」との理由で、本件におけるXの解雇期間中の労働日を全労働日に算入すべきとした。

野川 このXという方は平成17年に採用されて、乗務員兼特命事項担当正社員というタイトルで勤務していたのですが、2年後の平成19年5月16日に解雇されました。Xはこれを不服として無効確認訴訟を提起したところ、さいたま地裁が平成21年7月29日に解雇無効の判決を下して、確定しました。

これを受けてXは、判決の日から1ヵ月強後の平成21年9月4日に復職しましたが、9月13日から15日までと翌22年の1月13日、それから翌22年の2月15日の計5日間、それぞれ年休を取得したものとして出勤しませんでした。これに対してY社は、この5日間の有給休暇の届けはいずれも受理せず、欠勤扱いとして賃金を控除しました。

そこでXが訴訟を提起したわけですが、中心的な争点になったのは、解雇期間中に出勤しなかった労働日を、労基法39条1項に記載された年休権成立の要件のうち、「全労働日の8割出勤」との関係でどう扱うかという点です。労基法39条8項は、労働者が業務上負傷し、または疾病にかかり療養のために休業した期間、および育児休業や介護休業をした期間、加えて産前産後休業をとっていた期間の3つは、出勤したものとみなす規定を置いています。本件のように解雇期間中の労働日についてどう扱うかというのは、法令には規定がありません。

従来の行政解釈は、使用者の責に帰すべき事由による休業については、労働者が就労を希望していても使用者が就労を拒否しているものであるから、その限りにおいて事実上労働義務が免除されており、8割出勤というのは、全労働日分の出勤した日が8割になっているかどうかで計算するので、その分母の全労働日から除外するというものです。これは、昭和33年2月

13日の基発第90号と、昭和63年3月15日の基発第150号で明示されています。

そうすると、解雇が無効であることが確定すれば、解雇期間中出勤しなかった日は、一般に使用者の責に帰すべき休業になりますので、全労働日から除外されることとなります。ここから除外されてしまうと、本件のように、解雇期間中なので全く出勤しないと分母がゼロになり、そもそも年休権成立の要件たる8割出勤という計算が成り立たなくなるわけです。

そこで、第一審は「年次有給休暇制度が、労働者に対し、一定の日数の休暇を有給で保障し、使用者に対しては休暇日の賃金の支払を義務付ける制度であることに鑑みると、年休権発生の有無を判断するに当たり、使用者の責に帰すべき事由により就業できなかった期間について、労働者を不利に扱うのは有給休暇制度の趣旨に鑑みて妥当でない。したがって、使用者の責に帰すべき事由により就業できなかった期間は、「全労働日」に算入され、かつ、出勤した日として扱うのが相当である」と言って、Xの年休権を認めました。

これに対して原審、東京高裁は、使用者の責に帰すべき事由によって労働者が就業できなかったからといって、当該期間が休日となるわけではない。したがって、この期間が労基法39条にいう労働日から除外されると解すべき合理的な理由は見出しがたいと言いつつ、解雇期間中の労働日も全労働日に算入されるべきであるとした上で、労働者は、労働日に出勤して労基法39条の要件を満たすことによって年次有給休暇が付与されるという利益を有しているというべきところ、使用者の責に帰すべき事由によってこの労働日の一部または全部について出勤することができなかった場合、その結果として年次有給休暇の取得に関して生ずる不利益を当該労働者に強いることは不当であるから、労基法39条の要件の充足の有無を判断するに当たっては、この間の労働日については全て当該労働者が出勤したものとして取り扱うのが相当であるとして、控訴を棄却しました。

いずれも行政解釈とは異なって、解雇期間中の労働日は全労働日に含まれ、かつ出勤したものとして扱うことが妥当であるという解釈を示したわけです。

そして、最高裁も基本的にこれらの考えを受け入れて上告を棄却しましたが、判旨は、第一審、原審に比べても、詳細に労基法39条1項の立法趣旨に立ち入った検討をしています。それは、労基法が制定された当

時の状況に鑑みて、労働者の責に帰すべき事由による欠勤率が特に高い者をその対象から除外する趣旨で定められたと解し得るとして、「前年度の総暦日の中で、就業規則や労働協約に定められた休日以外の不就労日のうち、労働者の責に帰すべき事由によるとはいえないものは、不可抗力や使用者側に起因する経営、管理上の障害による休業日等のように当事者間の衡平等の観点から出勤日数に算入するのが相当でなく全労働日から除かれるべきものは別として、上記出勤率の算定に当たっては、出勤日数に算入すべきものとして全労働日に含まれるものと解するのが相当である」と言いまして、全労働日に含まれるべき日数の算定について具体的な基準を示しました。

加えて、「無効な解雇の場合のように労働者が使用者から正当な理由なく就労を拒まれたために就労することができなかった日は、労働者の責めに帰すべき事由によるとはいえない不就労日であり、このような日は使用者の責めに帰すべき事由による不就労日であっても当事者間の衡平等の観点から出勤日数に算入するのが相当でなく全労働日から除かれるべきものとはいえない」として、本件におけるXの解雇期間中の労働日を全労働日に算入すべきであるとしたわけです。

この判決を受けて、行政解釈が改められ、裁判所の判決により解雇が無効と確定した場合の、解雇日から復職日までの不就労日等は出勤日数に算入すべきものとして全労働日に含まれるという解釈が示されました。これが平成25年7月10日基発0710第3号になります。

もともと学説では、使用者の帰責事由に基づく不就労日が、出勤率の計算上、労働者の不利に働くというのは、労基法39条が使用者に年休の保障を義務づけていることと整合しないなどとして、従来の行政解釈に批判的な見解が一般的でしたので、この最高裁判決が出たことによって一応の解決がつけられたと考えられています。ただ、第一審、原審、最高裁、それぞれ考え方には微妙な相違があり、よく検討してみると課題がないわけではありません。

テクニカルな問題ですが、解雇期間中は当然、使用者は労働者の就労を拒否するわけです。すると、労基法39条が、年休をとるためにはその前の期間、8割以上出勤していなければならないというとき、使用者側からすれば、全然来ていないのだから、労働日もなにもない、計算にならないということですよ。

労働日とは何かというと、労働する義務がある日です。解雇されて仕事をしない日は、労働する義務は確かでない。つまり、使用者は、労働義務どころか、会社に来ないでくれと言っているわけですから、その日が全くゼロだったら、そのうちの出勤した日という計算自体が成り立たないことになります。

これにつき従来の行政解釈は、解雇期間中の不就労日は、使用者が労働義務を免除しているのと同じことなので、全労働日に含まれないという扱いでいいと言っていたのですが、最高裁は、衡平等の観点——これがちょっとくせものなのですが、その観点から全労働日に含め、出勤したものとして扱うべきだと言っているわけです。

この考え方が妥当かどうか。つまり、最高裁のこの部分は、「不就労日のうち、労働者の責めに帰すべき事由によるとはいえないものは」で始まっているので、整理としては、全労働日というのは労働義務がある日ですが、まず総暦日を考えます。労働日か否かは考えなくて、1年365日の中で休日だとされている日を考える。それ以外の日の中で、実際に労働者が働かなかった日のうち、全労働日から除かれるのは、「不可抗力や使用者側に起因する経営、管理上の障害による休業日等のように当事者間の衡平等の観点から出勤日数に算入するのが相当でなく全労働日から除かれるべきもの」としているのです。

要するに、例えば大震災が起こって、そもそも会社が成り立たなくなっているような日は不可抗力で、働くことができないから、全労働日から除く。それから、使用者側に起因する経営、管理上の障害ですが、例えば、停電が1週間続いたような場合です。これは一般的には不可抗力ではないですが、会社の施設が停電で使えないというのは、経営者側の事情で全労働日から除かれる。それ以外については、労働者の責任で不就労になったもの以外は、出勤率の算定に当たっては全労働日に含む。この考え方が果たして妥当かどうか。難しいところですけどもね。

第一審及び原審は若干評価的な考え方をしていて、本件のような場合に労働者を不利に扱うのはおかしいのではないかということです。解雇されて、働こうとしても働けなかったのだから、その日を計算上、年休がとれないことになってしまう結果になる要素として扱うのは、とにかくおかしいと。なぜおかしいのかを十分に言っていなかったところ、最高裁が「こうおか

しい」と示した点では妥当だと思います。しかし、これで一件着落と言えるかどうかは微妙だろうと思います。

#### \* 「全労働日」とは何か

鎌田 この判決の結論自体について全く異論はないところですが、幾つか確認したいことがあります。

年休権の要件でいえば、全労働日とその中の8割出勤ということですが、その全労働日には何が入るのか、そして、出勤日としてどれだけ出勤したのか、という2つのことがありますけれども、解雇無効になった場合というのは、出勤はしていないので、全労働日の中に含むかどうかという問題とも一つ出勤日に含めるかという問題があります。この解雇無効となった期間というのは、全労働日に加え、かつ出勤日とみなすということですよ。

そうすると、就業規則や労働協約等に定められた休日以外の不就業日のうち、何を全労働日あるいは出勤日とみなすのかという問題が出てきます。解雇無効の期間についてははっきりしていますけれども、「労働者の責めに帰すべき事由によるとは言えないものは」ということで、「不可抗力や使用者側に起因する経営、管理上の障害による休業日」は、全労働日の中に含めるといことです。

そこでの出勤日は、全労働日に入れば、当然出勤したものとみなすというセットになった考え方で、そこが分かれることはないということですよ。

野川 そこが1つの問題で、普通の考え方では、全労働日というものがあって、そのうち出勤したのはいつかを計算するということが、当然、労働日の中に出勤した日と出勤しない日があるという頭があるわけです。ところが、最高裁の考え方はそうではなくて、これを労働日に含めるといことは、出勤したものと扱うことと同じだと言っているわけです。したがって、全労働日が2つに区分されることとなります。つまり、出勤したかしないかを評価できる日と、出勤したことに自動的になる日です。

何でそういう奇妙なことになるのか。労働日だから出勤するので、労働日ではないのに出勤した日のことは考えません。だから、実際には出勤していない日について出勤したものと扱うということは、同時に、それは労働日だから出勤したものと扱うというふうに関わざるを得ないと、そういうこととなりますね。

鎌田 そうした場合に、リスク配分の問題で、最高裁がどう考えているかというのは1つ議論になります。年休の問題については、一審、原審のように、労働者が不利になるような取り扱いをしてはいけないという考えが基本にはあります。最高裁でも、はっきりとは言っていないかもしれませんが、そういう考えがありますが、「労働者の責めに帰すべき事由によるとは言えないものは全労働日に含まれる」というのは、逆にいうと、「労働者の責めに帰すべき事由によるものは全労働日に入れない」という発想ですよ。普通、全労働日というのは客観的に決まって、責に帰すべき事由による場合という労働者のリスク配分に係わる部分は、出勤日に関係するとも考えられますけれども、全労働日に入れるか入れないかという部分で、労働者の帰責事由を判断してしまおうということになりませんか。

野川 そう読まない考え方もあり得ます。例えば、労働者が平日、「今日は疲れたから会社なんか行かない」と言ってサボった日を全労働日に含めないのはおかしい。労働日は労働義務が課されている日です。明らかに労働義務が課されているのにサボった日はやはり全労働日に含まれ、かつ出勤日数には加えない。分母には含まれるけれども、分子には含まれない。最高裁もそこはそう考えているのではないのでしょうか。

鎌田 例えば、解雇無効を争っている期間中、1カ月は病気で完全に勤務不能状態だった場合はどうですか。

野川 最高裁はそこまで考えていないと思います。しかし、片山組事件（最一小判平10・4・9・労判736号15頁）もそうですが、働きたいと言って、一応労働の提供があるということであれば、それを拒否するのは……。

鎌田 それは、要するに債務の本旨に従って履行の提供があるかどうかで判断するということですか。

野川 そうです。債務の本旨に従って履行の提供があれば、民法536条2項の適用が開かれます。確かに、裁判例には単に働くと言っただけではなくて、客観的に見てほんとうに働くことができるかどうかかが問題だとしたものがあるので、今おっしゃったことは問題にはなり得るとは思います。

鎌田 全労働日とはおそらく、労働義務が課せられ、かつ労働し得る状態というのが想定の基本だと思います。この人は解雇期間中に、労働できるにもかかわらず

ず就労拒否をされている状態で、それが無効になったから全労働日は出勤し得る期間として考えて問題ない。ところが、その間に、例えば一月間、業務上ではなく私的な事柄で不能の状態があった、実際、働くつもりもなかったという場合は、労働者の責に帰すべき事由というふうに評価されるかどうか。いずれにしろ、はじかれる場合が出てくるということでしょうか。

野川 最終的に最高裁は、「当事者間の衡平等の観点」と言っています。これをどうとらえるかが問題ですね。

最高裁の考え方としては、労働者の責に帰すべき事由による不就労日は、全労働日に含まれるが、出勤日数には算入されない。使用者の責に帰すべき事由や不可抗力、経営上の障害の場合には、全労働日に含まれ、かつ出勤したものとみなす。そのどちらでもなく、労使双方いずれの帰責性も認められない、そういう不就労日は全労働日から除外する。そういう考え方ではないかという見方もあります。

でも、鎌田先生が指摘されたことを考えると、果たしてそこまで最高裁が言っているのかどうか。39条1項の趣旨というのは、労基法制定当時はまだ戦後間もなく、労働者は虚脱状態でサボった人も多く、一生懸命働いた者とサボっている者に同じ年休を与えるのはおかしいということでした。その趣旨からいうと、やはり労働者に帰責される事由による不就労日は、全労働日のうちの出勤日数から外しましょうということになるでしょう。

問題は、労働者は確かに働かなかっただけでも、労働者の責任ではない、では誰の責任かという場合ですが、誰の責任でもないという場合は全労働日からも出勤日数からも外す。使用者の帰責事由によるものは全労働日に含めて、出勤したものと扱う。そういうふうになれば、趣旨に合う衡平なものではないかというので、理屈としては、論理的には必ずしも十分整合的かどうかかわからないけれども、いわばリスク配分の観点からこういう解決にしましょうという内容で、それに行政が飛びついたのでと思います。

おそらく、今後の実務はこれでやっていくのでしょうが、複雑な細かい論点を裁判等で争うようになったら難しいのではないのでしょうか。使用者側の弁護士が調べてみたら、解雇期間中、海外旅行に2カ月ぐらい行っていて、一切仕事なんてする気がなかったとか。

鎌田 あり得ますよね。

野川 そういふときまで同じように考えるのか。それが衡平かといったときに、果たして裁判所がどう考えるかですね。

鎌田 そういった先のことまで見据えてこの枠組みでうまく整理できるかどうか。つまり、労働者の責に帰すべき事由によるとは言えないものということ、うまく言えるかどうかというのは、今後の議論になるかと思えます。

## 2. メンタルヘルス——東芝事件（最一小判平26・3・24裁時1600号1頁）

（関連判例）医療法人雄心会事件（札幌高判平25・11・21労判1086号22頁）

### — 事案と判旨 —

鬱病による休職の満了時になされた解雇の無効、安全配慮義務違反による損害賠償、未払賃金を争った事件で、一審は、過重な業務により鬱病を発症・増悪させたと認め本件障害を業務災害だとして労基法19条1項により解雇を無効としたうえで、損害賠償、未払賃金を共に認容した。二審は、基本的に一審判決を維持しながら、労働者がメンタルヘルス関連情報を適宜上司に申告しなかったことに過失相殺、職を離れて9年を超えても寛解しなかったことに労働者側の脆弱性の寄与を認め損害額の訴因減額を認め、損害額のうち休業損害について原告が受けていた傷病手当金と労災保険から将来受けるべき休業補償給付額を損害額から控除した。労働者側が減額した部分を争って上告受理申立てを行った。

最高裁は、神経科への通院、病名、処方された薬などのメンタルヘルスに関する情報は、「労働者にとって自己のプライバシーに属する情報であり、人事考課等に影響する事柄として通常は職場において知られることなく就労を継続しようとするのが想定される性質の情報」であるとしたうえで、使用者は「必ずしも労働者からの申告がなくても、その健康に関わる労働環境等に十分な注意を払うべき安全配慮義務を負っている」ところ、労働者にとって過重な業務が続く中でその体調の悪化が看取される場合には、神経科医院への通院、病名等の情報を労働者本人から積極的に申告することが期待しがたいことから、この申告をしなかったことをもって過失相殺することは許されないとし、また、当該労働者の脆弱性についても、同種の業務に従事する労働者の個性の多様さとして通常想定される範囲を外れるものではないとして、訴因減額も否定した。さらに、傷病手当金、休業補償給付の損害額からの控除も否定した。

鎌田 この事件は、裁判で業務上の傷病ということ



で解雇無効を争っているのですが、原告は当初、私傷病休職に入ったんですね。それで、休職期間満了によって解雇されたところ、これは業務上の原因による休業であるということで解雇無効を争ったわけです。

これについては、一審で、業務上起因した障害であるということで解雇が無効とされ、この判断は二審でも維持されましたが、最高裁で争われたのは、損害賠償に関して過失相殺の部分と素因減額を認めるかどうかについてです。損害額からの傷病手当金等の控除の是非も重要な論点ですが、本日は触れないでおきます。

精神障害を理由とした損害賠償事件では、労働者本人の精神的脆弱性を素因として損害の減額ができるかという観点から、主として民法722条2項の類推適用の是非が議論されてきました。この点では、電通事件最判（最二小判平12・3・24 労判779号13頁）以降、裁判所は素因減額を容易に認めない傾向にあります。本件は、文字通りの過失相殺が問題となりました。

この点では、二審と最高裁で結論が分かれていますのですが、二審が精神科医院への通院、病名等の情報を使用者に提供していれば、増悪を防止することができたとしても、最高裁は、「上記の過重な業務が続く中で、上告人は、上記のとおり体調が不良であることを被上告人に伝えて相当の日数の欠勤を繰り返し、業務の軽減の申し出をするなどしていたものであるから、被上告人としては、そのような状態が過重な業務によって生じていることを認識し得る状況にあり、その状態の悪化を防ぐために上告人の業務の軽減をするなどの措置を執ることは可能であった」と述べて過失相殺を否定したことは注目すべきでしょう。メンタル障害にかかわる安全配慮義務は、何をもってメンタル障害を予見できるか、あるいは、仮にその障害が予見しうる場合に会社として発症・増悪を回避するためどうすべきなのか、ということが大きく問題になります。通常はメンタルの部分で障害があることを認識したら、それに対してどのような業務軽減措置を講ずるかが問題になってきますが、ここで会社側は、そういった判断をするための材料は、主として、労働者個人からの申告がなければわからないという主張をしてくるわけです。原告の労働者は、会社に黙って精神科医院へ通院し、病名も特定し薬も処方されていたのに申告しなかった。この点が、会社が強く過失相殺を主張した理由になります。

これについて最高裁ですが、事実関係として、この

方はプログラム関係で重要なプロジェクトリーダーとして非常に精神的負荷を伴う業務を担っていたわけですが、そういったものが続く中で、かつ外部からも、同僚からも体調の不良が認識されていた、さらに、この方は上司に対して業務軽減を願い出ている、そういう中で何の対応もしないで、メンタルにかかわる情報の申告がないとしても、最高裁によればメンタル障害に関する情報は自己のプライバシーに属する情報で、人事考課等に影響し得る事柄として通常は知られたくない情報なのだから、そのことを理由として過失相殺をすることは許されないと判断した。ある意味では、メンタル障害にかかわる情報の特殊性を踏まえた常識的な判断が最高裁でとられたのだらうと思います。

ただ、そうすると、どのレベルまでの客観的な事情、つまり、労働者のメンタル障害を示す、認識し得る何らかの事情が前提としてあって、どこまでの範囲を認めるのかということが、おそらく会社側とすれば今後議論になってくるのではないかとは思いますが。この事件では、本人が業務軽減を申し出ているので、何らかの対応が当然行われるべき事案ではなかったかと思えます。

訴因減額については、二審は労働者が離職後9年たっても寛解しなかったことに労働者の脆弱性があるとして減額を認めましたが、「事案と判旨」に書いてあるように、最高裁は減額を認めませんでした。

#### \* 過失相殺と素因減額

野川 過失相殺の部分については、私も、比較的常識的な考え方の範囲内にあるのではないかと思います。労働者からの申告がなくても健康にかかわる労働環境に十分な注意を払うべき安全配慮義務を負っているというのは、非常に広い範囲をカバーする一般論で、具体的な事案で実際にどう処理するかは大きな問題です。そこで、電通事件の場合もそうですが、「体調の悪化が看取される場合」という表現が一つのポイントとなります。看取されなければ、つまり会社として十分な注意を払っていたけれども労働者がものすごく我慢強くて、一切外に出さず、同僚も上司も全くその人の具合が悪いのがわからなかったという場合までも安全配慮義務違反があるとは言っていない。外から見てもわからない場合、プライバシーまで立ち入って、「具合はどうだ」とか、「もっと健診しろ」とか言わなくてはいけないのかと考える企業は多いようだけれど

も、そんなことは言っていないのです。本件では、本人が「もう疲れたから何とかしてくれ」と言っているわけで、だから問題となっているのです。このように、適用の場面では限定される一般論だというのは、押さえておいたほうがよいのではないかと思います。

素因減額の点は、ひょっとしたら議論が後を引くかもしれませんね。9年たっても寛解しないような状況が、通常想定される範囲を外れる脆弱性と言えないのかということについて、最高裁が果たして説得的な言い方をしているかどうか。必ずしも直ちには言えないと思うのですが、この点はどうでしょうか。

鎌田 9年間も寛解しないというのはいかがなものか、期間からいうと必ずしも通常想定される範囲とも言えないのではないのかという疑問が当然出てくるわけですが、それについて最高裁は幾つか言っています。

まず、入社以来長年にわたって格段の支障もなく勤務を継続していたわけで、その部分に関しては、特に特段の違いも見られないこと。それから、この辺を私は重視したいと思っているのですが、結局、業務を離れた後も業務起因性をめぐっての労基署との対応、それにかかわる裁判、損害賠償等、複数の訴訟が長期にわたり続いたため心理的な不安を負い、その帰趨への不安も抱えていたことがうかがわれること。つまり、普通の人であっても、こういう事情があれば、よくなることはないのではないのかということ。そういった面で、通常想定される範囲を必ずしも外れないのではないかと考えます。

野川 やはり、かなり限定的だということですね。

鎌田 そこではね。

野川 そこはやはり難しいと考えます。どこまで一般性のある考え方として読むのか。本件でも別に、9年ぐらいだったら寛解しなくても通常だと言っているわけではなく、9年で寛解しなくても、それがいわば通常想定される範囲を外れていないと見られる特段の事情があると読むべきでしょうか。

鎌田 鬱病に関しては、比較的長く寛解まで時間がかかる、あるいは一旦おさまっても再び悪化するということがあって、9年が通常想定される範囲を超えるとも言えないので、こういった精神的な障害特有の問題として考える余地もあるのではないかと思います。だから、これが特殊な事例と言えるかどうか、私はまだ自信を持って言えません。むしろ、訴訟などで

不安を抱えているといった特殊事情はあるとしても、一般的に、鬱病にかかっている方についてはかなり寛解まで時間がかかるということは言えるのではないかと。特段の事情としてこういった場合に限定されるとまでは言えないのではないかと思います。

野川 そうなんですよ。

鎌田 通常、素因減額の素因というのは、会社側の対応といったものは含まない。

野川 そうです。まさに、従業員側がどうかということでしょう。

鎌田 過失相殺は明らかに会社側の対応が大きなウエートを占めるとは思います。

野川 こういう判決が出ると、裁判所は素因というのをどう考えているのかと思いますね。ほんとうに純粹に労働者側の事情と考えているのか。その会社の業務によっていろいろなことが体調とか健康の上でも変わってくるのかといったことも含めているのか。そういう批判が出てくるかなと思います。

鎌田 素因に関しては、やはり、私は伝統的に相手方の状況は含まないと考えます。ただ、障害にかかわるもの、身体的障害と見るとか心的な素因と見るかで、かつ鬱病ということ考えた場合には、脆弱性の範囲などについて違いが出てくるだろうとは思っています。そういう意味で、鬱病、メンタル障害については、通常想定される範囲を超える脆弱性というのは、かなり顕著な場合でなければ認めないということでしょうか。

野川 そう限定されますよね、明らかに。

鎌田 そういうメッセージは受け止めます。

野川 だから、会社にとっては確かに大変だとは思っています。

#### \*解雇無効判決後に生じる課題

あと、これは原審で確定してしまったので問題になっていませんが、労基法19条は労災で療養中及びその後30日間は解雇してはならないとしていて、鬱病などの場合には、会社もよくわからないので休業させて、その期間が過ぎたところで離職扱いにする。そのときには自然退職の場合もあるけれども、解雇する場合もある。その解雇が、後になって実は労災であった場合、19条違反で無効となるのは当然かという問題があります。

まず、果たしてそう言えるかどうかです。労災だとい

うことが労基署で認定され、それを会社がわかっている。それで解雇したときが19条の典型的な場合だと思います。しかし、会社が解雇した時点では、まだ労災だということはわかってない。とりわけ、労働者が労災認定申請したら労基署は労災ではないと言い、そこで解雇したら、後で、裁判所で覆ったという場合まで、19条違反になるのか。それはかなり問題だと思います。学校法人専修大学事件（東京高判平25・7・10 判例1076号93頁）が類似の事案で、今度、最高裁で判決が出るようですが、非常に注目されます。

それから、もう1点は、専修大学事件でもそうですが、解雇期間中の賃金請求権が問題になりますよね。そのときに、解雇は使用者の帰責事由による不就業だから、当然民法536条2項で賃金は丸ごと取れるように言っています。労契法16条による解雇だったら権利濫用だから帰責事由はあるとされても仕方ありませんが、労基法19条違反による解雇で、労基署が労災ではないと言ったけれども後で覆された場合、ただちに権利濫用や信義則違反が認められるのでしょうか。そういうときに、果たして536条2項の帰責事由は使用者にあるのか。つまり、100%取れるのかどうか。それでも全く労契法16条の解雇の場合と同じようになるのかという問題があると思っています。

鎌田 解雇については、非常に面倒な問題が実際起きていて、実務においても相当混乱が生じるだろうと思います。この原告の方は当初は私傷病休職に入っていて、休職期間満了日の前日に労基署に業務災害による労災保険給付の請求をされていますので（労基署はその後、この請求に対して不支給決定処分を行い、さらに、この処分の取消しを争った別件訴訟では、この処分を取り消し確定している。東京地判平21・5・21 判時2046号150頁）。

野川 そうでしょう。しかも、労基署では蹴られているんですよ。

鎌田 そうです。なので、会社とすれば、リスク配分をどうするかという非常に大きな問題が出てくる。これは、立法論も含めて少し考えなくてはいけないことではないでしょうか。

バックペイの話ですが、通常は、解雇無効になった時点で、使用者の責に帰すべき事由があるという判断になる。しかし、使用者の責に帰すべき事由がほんとうに解雇の全期間についてあったのかというのは、必ずしもしっかりチェックをしているわけではなかつ

た。解雇期間中に海外旅行に行っていたとか、病気で働けない状態になっていたとかいうことがあるかもしれない。これから裁判でバックペイを争うときに、使用者側からそういう主張がなされることが出てきて、その期間は外すという議論にはなるのかと思います。

業務災害で無効になったような場合、使用者の責に帰すべき事由があったのかどうかというのは、どう考えるでしょうか。

野川 民法536条2項の「責に帰すべき事由」は「故意、過失、または信義則上これと同視すべき事由」と言われています。

整理解雇であれ何の解雇であれ、これまで解雇は使用者の権利の濫用、あるいは、不当労働行為といった違法行為が問題になってきました。しかし、このどちらでもない解雇があり得るという話だと思います。つまり、制度上「こういう解雇はいけない」とされていることが、後からいわば遡及的に適用された場合、ただちに帰責事由があると言えるのか。賃金請求権としては100%にほんとうになるのか。そこはもし（使用者側が）辣腕弁護士だったら、結構突けるところではないか。労働者側からすれば、それは少し心配したほうがいいのではないかと思います。

鎌田 536条2項の要件で、解雇期間中でもしっかりと主張を立証しろということになれば、まず、債務の本旨に従った履行の提供があったのかという議論までしなくてはいけませんが、普通はしませんよね。

野川 ただ、働く意思がなくなかったような場合は、やはり削るといったことを、ベンション経営研究所事件（東京地判平9・8・26 判例734号75頁）では言っています。「クビになって万歳」みたいな人もいないわけではないので、そういう人は除けるようにはしていると思います。

鎌田 解雇以外のところでは、債務の本旨に従った履行の提供がなされたにもかかわらず就労拒否をすることによって、使用者の責に帰すべき事由があったという判断でいきますよね。解雇の場合、その使用者の債務の本旨に従った履行の提供というのが、どのレベルでなされればいいのか。おそらく、解雇のバックペイを問題にするとき、かつては議論になったと思います。今は、野川先生がおっしゃったように、不当な解雇をやったのだから当然責に帰すべき事由があるだろうということで、控除する額の問題は別として、賃金請求権の成立レベルではそんなに厳密な議論はしてい

ないのではないのでしょうか。それを改めて厳密に議論したらどうだと言われると、結構、労働側としては厳しい。

野川 そう思いますよ。

**\*長時間労働と安全配慮義務**

鎌田 メンタルヘルスの関連判例として、医療法人雄心会事件についても紹介します。メンタル障害にかかわる安全配慮義務違反をどのように認定するかに関することです。

これは、病院に勤務する新任臨床検査技師が自殺した事件です。かなりの長時間労働をしたということですが、自習時間を労働時間とみなしています。裁判所では、自殺6カ月前から2カ月前までの間と自殺前1カ月間という2つの期間に分けて、前者の期間については、残業時間が少ないとは言えないけれども多いとも言えない。ところが、自殺前の1カ月に関しては、自習時間を労働時間に組み込むと96時間という非常に長時間、業務に従事していて、過重負荷が非常に高かった。こういうことを認めた上で、使用者の自殺、損害発生の予見可能性があるかないかということが、安全配慮義務違反を認める上で非常に大きな問題となりました。

ほかにも争点はあるのですが、この点だけに限って申しますと、一審では、長時間労働が精神障害の発症、自殺との因果関係がないということ、それから、本人が格別自習等について不満を言っているわけでもないという状況から、使用者には予見可能性がなかったと言っています。

これに対して、二審は、安全配慮義務の内容として、使用者は、「過重な心理的負荷を蓄積することがないように時間外労働、時間外労働と同視されるべき本件自習時間を削減したり、超音波検査による心理的負荷を軽減するための適切な措置を講じるべき注意義務があった」とするのですが、その前提として、予見可能性が問題になるのですが、「長時間にわたり業務に従事する状況が継続するなどして疲労や心理的負荷等が過度に蓄積すると、労働者の心身の健康を損なう危険性のあることは周知の事実であり、うつ病等の精神障害を発症した者に自殺念慮が出現して自殺に至ることは社会通念に照らして異常な出来事とはいえないから、長時間労働等によって労働者が精神障害を発症し自殺に至った場合において、使用者が、長時間労働等

の実態を認識し、又は認識し得る限り、使用者の予見可能性に欠けるところはないと言うべきであって、予見可能性の対象として、うつ病等の精神障害を発症していたことの具体的な認識等を要するものではない」と言ったんですね。

他の裁判例でもこういったことを言っているものがありますが、ここまではっきりと、予見可能性の対象として、鬱病等の精神障害が発症したことの具体的な認識を要するものではないと言ったのは、かなり踏み込んだ判断かなと感じます。これでいきますと、長時間労働等について認識があれば、具体的に精神障害発症の予見がなくても安全配慮義務違反だと認定されるということになります。これは、会社にとって厳しい判断ではないかと思います。

野川 むしろ、裁判所が考えているのは、「何で何もしなかったのか」ということだと思います。ここまで長時間働いていれば、その後起こることについては、全部会社の負担だと言っているようなものです。あれだけの長時間労働をさせていた以上は、何が起こっても会社が悪いことになってしまう。問題はアフターケアですよ。それが行われていれば随分違う。どんな病気が実際に起こるかまでは会社としてはわからないけれども、これだけの長時間労働をしているとしたら、何とかしてやらないといけない。そういうことをやらなかった（からこうなった）というところにつながる。だから、それを、いわばプッシュするための裁判所のメッセージではないかと考えます。

鎌田 同感です。つまり、根幹にかかわるコンセプトは、やはり長時間労働あるいは過重な業務がある場合には、何らかのアクションをなさないと。それがつまり、精神障害、メンタル障害のような場合は、安全配慮義務のコンセプトなんですね。それが何もないと、会社にとって相当リスクは高まるということです。

野川 何かが起こったとき、会社は「えっ」と思ったとしても責任を負うんだよという。

鎌田 そういうときは具体的に会社が何らかの軽減措置というアクションを起こすべきだということが、裁判所はかなり強いメッセージとして出されていると捉えていいのではないかと考えます。

### 3. パワーハラスメント——K化粧品販売事件（大分地判平25・2・20労経速2181号3頁）

#### —事案と判旨—

原告Xは、化粧品販売を業とする被告Y社の従業員であったが、この会社では化粧品の販売コンクールを実施しており、コンクールで割り当てられた販売実績に達しなかった（未達という）Xに対し、美容部員を対象に行っている研修会で、特定のコスチュームを着用するよう求めた。Xは、コスチューム着用を強要したとして上司にあたる4名に対して不法行為を理由とする損害賠償を請求し、Y社には使用者責任を問うて損害賠償請求をした。裁判所は、確かに本件のコスチューム着用が業務命令等の正式な命令ではなかったものの、研修会の席上で予告もなく、拒否できるとの説明もなくコスチューム着用を求められたもので、Xが着用を明示的に拒否しなかったことや、仮に目的は正当であったとしても社会通念上正当な職務行為とは言えず、Xに過度に心理的負担を与える違法性を帯びた行為であるとして不法行為を認めた。また、会社についても上司ら3名の行為は職務であると認められることなどから民法715条の責任を認めている。

野川 この事件ですが、まず誰が見てもすぐわかる化粧品会社なのに、何でK化粧品なのか。ハラスメントというのは個人のプライバシーにかかわると言う頭が強く、何でも匿名化する傾向があり、そのこと自体、私はこれでいいのかなという心配があります。

本件は、最近目立つようになったパワーハラをめぐる事案の1例ですが、いわゆる罰ゲームを対象としたものだという特性があります。

原告Xは、化粧品販売を業とする被告Y社の従業員でしたが、この会社では化粧品の販売コンクールを実施していて、平成21年の7月及び8月のコンクールで、Xは割り当てられた販売実績に達しませんでした。この、販売実績に達しなかったことを「未達」といいます。そのXに対して、美容部員を対象に行っていた研修会で、特定のコスチューム（易者の格好でカチューシャをつける）を着用しろと求めたわけです。Y社のほうは、コスチューム着用はレクリエーションの一環としての罰ゲームにすぎず、参加は任意であって、Xはコスチュームへの着替えも拒否できたと主張しています。

一方、Xは、コスチュームの着用は強要であったとして、上司に当たる4名に対して、まず不法行為を理由とする損害賠償を請求し、会社に対しては、民法715条の使用者責任を理由として損害賠償請求をした

わけです。

裁判所は、このうち上司の1名を除く3名と、それから会社について、それぞれ損害賠償を命じる判決を下しています。

判旨は、確かに本件のコスチューム着用は業務命令等の正式な命令ではなかった、しかし、研修会の席上で、予告もなくいきなりコスチュームを着ろと言われてたらし、拒否できるという説明もなかった、嫌だったら着なくていいとも言われなかった、そういう状況でコスチューム着用を求められたもので、Xが着用を明示的には拒否しなかったとしても、あるいは、目的は正当であったとしても、社会通念上正当な職務行為とは言えず、Xに過度に心理的負担を与える違法性を帯びた行為であるとして、不法行為を認めています。そして、会社についても民法715条の責任を認めています。というのは、上司ら3名がコスチューム着用を命じたというのは、研修会の席上でのことなので、職務行為であったということですね。

パワーハラについては、その概念がなかったころまでさかのぼって考えると、人格的利益侵害という形で幅広く認められてきたわけです。以前の事件でも、JR東日本本荘保線区事件（最二小判平8・2・23労判690号12頁）とかバンクオブアメリカイリノイ事件（東京地判平7・12・4労判685号17頁）が、おそらく今から見るとパワーハラとみなされる事件だったろうと思います。

最近では、部下に対して、「会社をやめるべきだ」とか、「あなたの給与で事務職を何人雇えると思っているのか」といった名誉棄損・人格的利益侵害に当たると思われるメールや電話をしたことが不法行為とされたA保険会社上司（損害賠償）事件（東京高判平17・4・20労判914号82頁）、それから「ぶっ殺すぞ」などといった留守電を残したことが不法行為とされたザ・ウインザー・ホテルズインターナショナル事件（東京地判平24・3・9労判1050号68頁）、人事課長による人間性否定と評価され得るような部下への指導が違法とされた、三洋電機コンシューマエレクトロニクス事件（広島高判松江支判平21・5・22労判987号29頁）など、一連のパワーハラと見られる行為に対する不法行為の損害賠償を認めた事案があります。

本件でも、教育訓練とか職業人としての自覚の育成といった目的自体は不当ではないけれども、そのやり方とか程度が社会通念上の限度を超えれば不法行為を

成立させるという点では、これまでの事例の流れにあるものだと思います。

厚生労働省は「職場のパワーハラスメントとは、同じ職場に働く者に対して、職務上の地位や人間関係などの職場内の優位性を背景に、業務の適正な範囲を超えて、精神的・身体的苦痛を与える又は職場環境を悪化させる行為をいう」と定義しています。これは平成24年に出された「職場のいじめ、嫌がらせ問題に関する円卓会議ワーキンググループ報告書」に書かれています。

本件は、その考え方には沿っていると思いますが、パワハラにはいろいろな問題があります。1つは、セクシュアルハラスメントとの比較において、セクシュアルハラスメントは、初めから「性的な言動」が問題となるので、業務上の必要性との結びつきは極めて弱い。したがって最初から類型行為自体の違法性が推測されうるのですが、パワハラが難しいのは、「しっかりやらないとだめじゃないか」とか、「何をやっているんだ」と叱るのは、ほとんどの場合、職務上当然必要な行為です。だから、行為の類型としては、それ自体違法性を推測させるものではないので、これが不法行為になるためには、かなり、セクハラの場合に比べても慎重な判断基準あるいは判断枠組みが必要ではないか。果たしてそれができているかということが問題になるのではないかと思います。

例えば、本件ではコスチュームといってもリボン(カチューシャ)を着けるといったもので、それこそ性的なイメージを抱かせるものではない。しかも、その目的が正当だということは認めています。つまり、2カ月も続けて未達で、やはり頑張らなくてはと考えさせるためには、「これ以上未達を続けると嫌なことをさせられる」というぐらいはあってもよいのではないかとこの発想です。

そうすると、パワーハラスメントについて、違法性を認定できる要素とか認定の枠組みが果たしてできているのかということが、ここまで来るとかなり問われてくるのではないのでしょうか。

例えば、最初から罰ゲームが織り込まれていたらどうなるのか。本件ではいきなりその場で、「おまえ、未達だからコスチュームを着ろ」と言われたんですよね。それは確かにびっくりしたでしょうけれども、「未達」の場合には研修会においてこういうコスチュームを着させられると言われていた場合は、それが嫌で

あっても適法になるのか。それから、本件もそうみたいですが、ほかの人は別に、「コスチュームを着るぐらいどうってことはない」と思っていて、その人だけが嫌だと言っている場合にまで違法性が判断できるのかとか。そういったいろいろな問題が具体的にもし出てくるだろうと思います。

パワハラについての事件は多いので、この辺で少し、違法性を認定できる基準とか枠組みについて本格的に議論されるべきではないかというのが私の問題意識です。

#### \* パワハラの違法性

鎌田 改めてこの事件の判決を読んでみて、違法性の評価について、何をもちて違法な行為と捉えたのかがよくわかりませんでした。

まずコスチュームの問題ですね。このコスチュームについて、本人は内心嫌な気持ちがあったけれども、その場では、格別拒否をすると言ったわけではありません。そして、その研修会の途中で、カチューシャは外している。でも、それがだめで、着けなさいという指示がさらにあったわけでもない。しかし、それをスライドに撮っていて、別の研修会で投影した。このときに非常に嫌な思いをしたということです。その後、病院に行って診断があり、精神的苦痛があったということにはなるとは思いますが、その何がパワーハラスメントの不法行為としてあるのかが、この判決だとよくわからない。カチューシャを着かせたこと自体に特段の問題があったのかどうか。

さきほど例に挙げられた事件のように、課長職の人を……。

野川 見せしめ、さらしものにしたような。

鎌田 そういふものとか、JRの事件のように、就業規則をただ書き写すとかいうのは、私の感じでは非常識だと思います。普通はこんなこと言うべきではないという発言も状況を考慮して判断すべきで、1回言っただけでどうかというのは問題です。

野川 まさにそうなんですよ。しかも、ここでは、未達だからコスチュームを着ると言われて断らなかった。そして、カチューシャを外しても、何も言われなかった。このことを裁判所は、すごく嫌でもその場でそんなことは言えず苦痛だったのだと判断しています。非常にこの労働者に同情的なのはわかるのですが、セクシュアルハラスメントで横浜セクハラ事件(東

京高判平9・11・20 労判728号12頁) というのがあり、これと比較してみるとわかると思いますけれども、その事件では出向先で部長が20歳ぐらいの女性に休み時間に抱きついたりしたことが、横浜地裁の原審ではセクハラだと認められなかった。なぜかという、女性がそのとき嫌だと言わなかったとか、逃げ出さなかったからとかいうことでした。しかし、高裁でひっくり返って、そういうときになったらやはり女性は、上司でもある人に、嫌であってもなかなかそう叫んだり、逃げ出したりできないのが当たり前で、嫌だと言わなかったり、叫んだり、逃げ出したりしなかったからといって、意に反していなかったとは言えないということでした。

それと似たような発想ですが、私はかなり違うのではないかと思います。裁判所も目的の点では正当だと言っていますし、類型の点でも、良し悪しは別として罰ゲームは一般的に行われている。これを嫌だと言えなかったということが、果たして不法行為と言えるのかどうか。

人事上のやり方として、妥当といえるかどうかという議論はあり得ると思います。しかし、不法行為というのは違法な行為です。法的に見て、相手の保護法益を侵害する行為と言えるのかというのは非常に問題で、裁判所はセクハラの問題と十分な区別ができていないのではないかと懸念があります。

鎌田 社会通念上正当な職務行為ではないということですが、そう言えるのかというのがよくわからない。それを前提に、パワーハラスメントの違法性をどう評価するのかということについて少し一般的な話をすると、職務行為として行うパワーハラスメントを、どこまでがいわば社会通念上の受忍限度を超えるかという発想で捉えようとすると非常に難しい。

私は、やはり被害者の対応、そして、一番わかりやすいのは、被害者がそれによって非常に傷つき、具合が悪くなる、あるいは、やめてくださいと言ったにもかかわらずそれを上司が繰り返す、または、そういったことを相談したにもかかわらず会社が何も対応しなかったというような一連のプロセスの中で、違法性を全体として捉えることにならざるを得ないのではないかと考えます。一発でアウトという場合もあるかもしれませんが、やはり、職務行為でやり過ぎる行為というふうに評価をする場合には、プロセスをある程度見て、その中で個々の行為の違法性を評価、認定してい

くことが必要ではないかと思います。

この事件に戻ると、コスチュームを着けさせて、それを我慢していたけれども、途中で外した。それに対して何も言っていないことの評価をどうするのか。つまり、着けなさいというふうにさらに追い詰めていったとか、あるいは、後で別の研修会でこの着用したときのスライドをつくる際、何らかの悪意を持って、まさにいじめの意図を持ってこのスライドを上映していったとか、そういったところを認定していかないと、何をもって違法性を判断したのか、非常にわかりづらかったです。

野川 厚生労働省のワーキンググループの報告を見ると、「職場のパワーハラスメントとは、同じ職場に働く者に対して、職務上の地位や人間関係などの職場内の優位性を背景に」と、ここまではわかります。そして後のほうで、「精神的・身体的苦痛を与える、または職場環境を悪化させる行為」と言っているのですが、ここまでしかない、それがどうして悪いのかということになると思います。だって、上司がその権限で、「頑張れ、おまえ、何だ、その仕事振りは」と言うのは当然です。ポイントは「業務の適正な範囲を超えて」ということです。

鎌田 そうですね。

野川 その判断が、どうしたら適切になされるのかということ、もう少し裁判所も我々も真剣に考えなくてはけません。セクハラと違って、パワーハラの場合にはやはり、業務上どうしても厳しく言わないと反省しない、目が覚めないということはあるので、そのときに、適正な範囲はどこまでのことを言うのかを検討すべきですね。

はっきりしているのは、例えば身体障害であるとか、プライバシー、家族構成とか、業務と全く関係のないことを持ち出して攻撃することです。そんなに仕事ができないのはおまえがメタボだからとか。しかし、「こんなこともできないなら死んだらどうだ」はどうでしょうか。現在の日本の社会通念から見るとすごく微妙だと思うんですよ。

鎌田 言葉としてはね。

野川 そう考えると、業務の適正な範囲というのは、パワーハラスメントの場合、特に業務上、叱咤激励したり攻撃したりですので、やはりその判断は慎重に考えないといけないのではないかと思います。

鎌田 おそらく(事件の)経過の中でいろいろなこ

とがあったのではないかと想像はするのですが、この認定だけではよくわかりません。やはり職務行為の範囲を超えるかどうかは、やっていることと職務の目的との適合性が非常に重要になります。セクハラというのは、そういう意味では職務の目的との適合性がそもそもない。それから、具体的な発言とか対応のレベルで幾つかのチェックが必要です。もう1つが応答、プロセスです。どういうふうには会社はその間対応してきたのか。そういったことが必ずあるはずなので、それをしっかり認定していかないと、仮に認める場合であっても、読むほうとしてはやや戸惑うと思います。

野川 その辺、気をつけてほしいと思いますね。(本件はその後、原告が控訴したが、平成25年7月2日に福岡高裁で和解が成立している。)

#### 4. 派遣先との黙示の労働契約成立——マツダ事件 (山口地判平25・3・13労経速2182号3頁)

##### — 事案と判旨 —

本件は、派遣先の自動車製造現場において、労働者派遣のクーリング期間を回避する目的で、サポート社員制度を導入して脱法的な労働者派遣を行っていた状況において、派遣元・労働者間の派遣労働契約の無効と、派遣先と派遣労働者間の期間の定めのない労働契約の黙示的成立を争った事例である。サポート社員制度とは、派遣先が派遣労働者を恒常的に使用するために、クーリング期間中に派遣労働者を期間社員として直接雇用し(この期間社員をサポート社員と呼ぶ)、クーリング期間が明けると再び派遣労働者として使用する仕組みである。

判旨は以下の通りである。

①派遣元との関係では、サポート社員制度が制度全体として労働者派遣法に違反し、協同して違法派遣を行っていたとみられること、労働者派遣法40条の2違反には罰則規定の適用がなくこれらの罰則規定の適用や厚生労働大臣による監督行政権限の行使によっては現実にサポート社員を経験した派遣労働者を保護することができず、労働者派遣法の枠内では自ら組織的かつ大々的な違法状態の創出に積極的に関与した派遣元の責任を事実上不問に付すことになることなどに照らせば、現実にサポート社員を経験して上記諸制度の適用を受けた派遣労働者については、黙示の労働契約の成立を認めることができる諸事実が存することも加味すると、それら派遣労働者と派遣元との間の派遣労働契約を無効であると解すべき特段の事情があると認められる。

②また、派遣先との関係では、契約期間の定めを含む労働条件が当事者間の交渉、合意によって決せられるべき事柄であるとしても、派遣労働者・サポート社員・派遣労働者という循環を繰り返す中で会社が労働者ら派遣労働者か

ら労務の提供を受けていたという事実関係、会社が平成18年9月以降、ランク制度及びパフォーマンス評価制度を導入して派遣労働者の定着化を目指したことから窺われる会社の長期雇用の意図からすれば、会社・派遣労働者間には期間の定めのない労働契約が成立するというべきである。

鎌田 この事件は、自動車製造現場で、派遣先における同一業務における派遣可能期間制限を回避するために、サポート社員制度というものをを用いて脱法的に労働者派遣を行っていた会社について、派遣元と派遣労働者間の労働契約が無効かどうかということと、派遣先と派遣労働者との間に期間の定めのない労働契約が黙示的に成立していたかということが争われた事件です。

サポート社員制度とは何かということが非常に重要なのですが、派遣労働者は一定期間に限定して受け入れることができるというものです。派遣可能受入期間は最長で3年と限定されていて、その期間が過ぎてから、一定のクーリング期間(同一業務について派遣受入終了後に新たに派遣の受け入れが可能となる、派遣可能期間規制が解除されるための期間)を置いて、そしてまたいわば振り出しに戻った形で受け入れることができます。この会社では、同一の派遣労働者を継続的に働かせる目的で、上限規制を回避するため、派遣受入期間を過ぎた後は、期間社員として直接に雇用し、それが過ぎたらまた派遣で受け入れるということをしていて、かなり意図的に、脱法的にこの制度を用いていたということです。

裁判所は、上記の判旨に示したような理由で、派遣労働者と派遣元との間の派遣労働契約を無効であると判断し、派遣先との間では、会社の長期雇用の意図からすれば、会社・派遣労働者間には期間の定めのない労働契約が黙示的に成立したと判断しています。

この事件を考える上で非常に重要なのは、最高裁のパナソニックプラズマディスプレイ(パスコ)事件(最二小判平21・12・18労判993号5頁)の判決です。これはやはり違法な派遣、請負の形式を用いて労働者の派遣を受けたという事件で、この事件の二審は、派遣元と派遣労働者間の派遣労働契約を無効とした上で、派遣先(偽装請負ですので発注者ということになりますが)と派遣労働者との間の黙示の労働契約の成立を認めました。

これに対して最高裁判決は、違法な派遣、偽装請負



がなされている場合は、請負という法形式を採っていても、「注文者と労働者との間に雇用契約が締結されていないのであれば、上記3者間の関係は、労働者派遣法2条1号にいう労働者派遣に該当する」といって、労働者供給には当たらずに、違法な労働者派遣であるとしています。また、派遣元との労働契約については、「労働者派遣法の趣旨及びその取締法規としての性質、さらには派遣労働者を保護する必要性等にかんがみれば、仮に労働者派遣法に違反する労働者派遣が行われた場合においても、特段の事情のない限り、そのことだけによっては派遣労働者と派遣元との間の雇用契約が無効になることはない」としています。それから、派遣会社、請負会社が、幾つかの派遣法違反の事実があったにもかかわらず、採用に関与していないこと、賃金額を派遣先が実質的に決定していたと認められる事情がないこと、さらに、配置を含む具体的な就業の態様を一定の範囲で決定する地位にいたとはいえないことなどから、黙示の労働契約関係が派遣先との間に成立していたものとは認められないという重要な判断を行いました。

その後、同様に下級審で派遣先との間の黙示の労働契約の成立が争われた事件（いすゞ自動車事件・東京地判平24・4・16 労判1054号5頁、日本精工事件・東京地判平24・8・31 労判1059号5頁、トルコ航空ほか1社事件・東京地判平24・12・5 労判1068号32頁）があるのですが、黙示の労働契約を認めたケースがない中で、マツダ事件はそれを認めたという意味で、非常に注目すべき判決ではないかと思えます。

山口地裁がどういった点を捉えて黙示の労働契約成立、あるいは派遣労働契約の無効を導き出したのかということですが、まず事実関係として、サポート社員制度を労働者派遣法の規制を回避するための脱法的な制度であったと認定しています。確かに、派遣可能期間制限を回避する目的でこういう制度を導入して派遣労働者を継続して使用し、評価等についても、派遣先会社が主体的にランク付をしているといったことから、かなり意図的にこの制度を用いていた点で悪質さがあるのではないかと思います。

パスコ事件では、違法派遣だけで派遣元と派遣労働者間の労働契約を無効にはできず、特段の事情がなければいけないとしています。その特段の事情とは一体何を指すのかということが、学説においてもこれまで非常に話題になってきました。では、この地裁判決は

「特段の事情」として何を挙げているかが問題となります。詳しく見ますと、サポート社員制度の悪質さを踏まえた上で、①違法派遣があったからといって派遣労働者を保護する仕組みがないということ、②派遣法の枠内で派遣労働契約を有効とすると、違法派遣、違法状態の創出に積極的に関与した派遣元の責任を事実上不問に付すことになるということ、さらに、③派遣先との間に黙示の労働契約が成立しているという事情があること、こういったことから、派遣労働契約を無効だと言っています。

さらに、この判決は、違法な労働者供給契約に該当するので公序良俗違反になるという認定もしています。特段の事情というものを、こういったことから認めることになるのかどうかというのが、1つの論点かと思えます。

それから、派遣先との黙示の労働契約の成否については、「両者間に客観的に推認される黙示の意思の合致があるかどうかによって判断するのが相当」としたうえで、この推認を基礎づけるものとしてどういった事実を挙げているかという点、作業上の指揮・監督や出退勤管理を行っていた、それから、派遣の受け入れを拒否できる事実上の権限を持っていた、生産効率の高い有能な労働者の派遣を受け入れることができる、配置替えを行える権限を持っていた、ランク制度を導入して派遣料金の見直しを図っていて、事実上、派遣料金に連動したような派遣労働者の給与も主体的に決定できたことから、派遣先が派遣労働者の給与の額を実質的に決定する立場にあったということで、黙示の労働契約の成立があったと推認できるとしています。

さらにこの判決の特徴ですが、ランク制度やパフォーマンス評価などにより派遣労働者の定着を目指したということから、派遣先に長期雇用の意図があり、黙示の合意によって成立した労働契約は、期間の定めのない労働契約であったという判断もしています。

これらの論点についてですが、まず、派遣元との労働契約が無効となる特段の事情があったのかということについて、違法派遣の状態の悪質さがあるとはいえ、派遣法の仕組みの問題点を挙げることで、果たして「特段の事情」と言えるのか若干気になりました。

それから、派遣契約を労働者供給契約だと評価していて、そこでの違法な労働者派遣を労働者供給だと捉えているようにも見えます。パスコ事件で、違法派遣であってもそれは労働者供給にはならないと言ってい

るにもかかわらず、労働者供給という評価がここでなされていると考えると、やや疑問を感じるどころです。

黙示の労働契約関係に関していうと、派遣労働契約が無効であるかどうかは直接関係がないにもかかわらず、派遣先との労働契約が成立しているかどうかということと密接に考えて、「特段の事情」の中に組み込んでいることも疑問に感じるどころです。

また、黙示の労働契約の成立について、ランクに基づいて付与される派遣料金に従って給与が決まっているはずだから、実質的に派遣労働者の給与は派遣先によって決められることになるという主張はあまり説得的ではないという感じがします。

最後に、期間の定めのない労働契約が成立するという点についても、長期雇用の意図があるからといって期間の定めのない労働契約が成立していることにはならないのではないかと思います。私としてはやや疑問点の多い判決ではないかと考えます。

ただ、この事件はかなり悪質ですので、こういった場合に、派遣労働者の雇用の安定を図る観点から、何らかの法的な救済手段を解釈上も考えるべきではないかと思います。

#### \*労働者供給と労働者派遣

野川 まず、派遣労働契約が無効になる場合についての判断ですが、パスコ事件の最高裁判決は、特段の事情がない限り、労働者派遣法に違反しても派遣労働契約は無効にはならないと言っています。それは、労働者派遣法に違反していても労働者派遣にはなるという前提です。つまり、労働者派遣法は労働者派遣の定義をしていて、それは、労働者派遣が違法かどうかとは関係のない、ニュートラルな段階での定義ですけれども、その定義に当てはまる労働者派遣の中には、いわば合法的労働者派遣と違法な労働者派遣がある。つまり、労働者派遣法に違反していたからといって、派遣法が定義する労働者派遣という実態はあるのだから、派遣労働契約は無効にはならないということですよ。

そうだとすると、特段の事情があった場合は、労働者派遣法に違反し、かつ労働者派遣にもならなくなる。だから派遣法の枠を外れるというふうには読めませんか。そうなると、派遣労働契約が無効になって、かつ労働者供給に戻ってしまう。

鎌田 私は、そこは割と単純に考えていて、労働者

供給と労働者派遣というのは、行為類型として大きく違うと考えています。パスコ事件では、最高裁は、労働力を第三者に提供して、そして派遣先と派遣労働者の間に労働契約が締結されていなければ、それは労働者派遣ですと言っている。では、違法な労働者派遣の場合に、労働契約は無効となるかどうかというのは、概念にかかわる話ではなくて、その中で派遣労働契約が単に無効になるかどうかということではないでしょうか。それが無効になったから、供給事業に戻るということではないと思っているのですが。

野川 パスコ事件の最高裁判決は「仮に労働者派遣法に違反する労働者派遣が行われた場合でも、特段の事情のない限り、そのことだけで派遣労働契約が無効になることはない」と言っているんですよ。これを敷衍すれば、労働者派遣法に違反する労働者派遣が行われた場合、特段の事情が認められれば、そのことだけで派遣労働契約が無効になることがあるということです。だから、労働者派遣法への違反の種類とか程度とかによっては、特段の事情があるような違法なやり方だと、派遣労働契約自体が無効になる。

鎌田 そうですね。

野川 この最高裁の判決は、労働者派遣法に違反していれば派遣労働契約が無効になるような特段の事情がありうる、というふうに読めるので、それはやはり、違反の仕方によっては、特段の事情が認められて、労働者派遣法が定義する労働者派遣から外れ、派遣労働契約自体が原初的に無効になると考える。すると、そこは単なる労働者供給になって、労働契約関係自体が派遣元との間には全く認められないし、裸の労働関係があることになる。しかし、どこかには労働契約関係があるというのが一般的な推測として成り立つので、それは派遣先だろうということで検討してみるとなるのではないのでしょうか。

鎌田 いや、派遣労働契約が無効になると、労働者供給になるわけではないと思います。

野川 そういうことではなくて、労働者派遣と当人たちは言っているけれども、それは派遣法に違反している。その違反の中身、特段の事情によっては、労働者派遣自体にも該当しない。そういうつながりがあり得るという意味ではないかということです。

鎌田 そこはそういうふうには考えてなくて、行為類型として、派遣労働者との労働契約が締結されていれば、つまり、労働契約の締結行為があれば、労働者

派遣となるのであって、契約が後で無効となったからといって、労働者派遣から労働者供給に転換するとは考えていないのですが。

野川 でも、労働者派遣は労働者供給の一環で、労働者派遣という定義をつくって、それを外したんでしょう？ 40年前同じことをやっていれば、これは労働者供給ですよ。つまり、法的なレトリックの問題で外しただけであって、もともとは労働者供給だったものを、ある定義に当てはまっていればそれを労働者派遣とみなすとしただけです。だから、労働者派遣ではあるけれども、こういう場合は労働者供給で、もう派遣法という労働者派遣と認めないということはあるのではないのでしょうか。

鎌田 それについては少し議論もありますが、そういうふうには抜き出したという位置づけではあります。ただ、違法な労働者派遣があったからという時点で、それが労働者供給のほうに戻ることはないというのはいいですね。つまり、合法的な派遣だけが派遣として認定されるわけではない。

野川 もちろん。

鎌田 それは、パスコ事件の判決でも言っています。違法であろうと合法であろうと、派遣の契約関係という三者間関係がある限りは、違法な労働者派遣と認める。

派遣労働契約が偽装請負だとか、あるいは、合法的な派遣として出発しているにもかかわらず、例えば期間限定を外されるとか、違反する場合はあり得るわけです。そのこと自体をもって、派遣労働契約が無効になるわけではないと理解しています。

では、特段の事情というのはどういう場合を考えるか。最高裁ははっきりと言っていないのでよくわかりませんが、やはり、派遣労働契約によって義務づけられた労働の中身が公序良俗違反になり得るような場合、それがあのではないかと思います。具体的にどんな場合が想定できるのかというと、少し微妙かなと思っているのは、適用対象業務外の労働契約は派遣法違反ですが、同時に、場合によっては公序良俗違反になり得ることがあるのではないかなと思います。

野川 そこは、最高裁調査官の解説では、派遣法違反だから外れる場合もありうることを認めています（岡田幸人・本件評釈、ジュリスト1417号145頁以下）。特段の事情とはそういう意味だというふうな。そこは、きちんとしなくてはいけないので、派遣法違反があっ

たからといって、労働者派遣ではなくなるわけではないのが原則だけれども、極めてまれに、特段の事情として、派遣法違反だから労働者派遣から外れる場合もあり得るのだと最高裁は言っていると考えます。

その1つが、本件のようなあからさまな脱法行為です。つまり、派遣法の規定を免れることだけを目的に繰り返してやっているようなのは、もう労働者派遣という類型からも外すような違法な行為だと、それを認めるのがパスコ事件の考え方ではないかという見解もあります。

鎌田 調査官解説の内容を私もよく考えなければならぬのですが、今おっしゃったことは、偽装請負、違法な派遣において、労働契約が当事者で締結されていたとしても、それがなんらかの理由で無効となれば、労働者派遣である余地はないということでしょうか。労働契約が無効となる「特段の事情」というのは違法性の程度をいうと思いますが、そうなるといわば故意とか悪質さとかによって、派遣から外れるという意味でしょうか。

野川 特段の事情とはそういう意味ではないかと。

鎌田 それはもう行為類型ではないような気がします。

野川 ええ、評価の話になります。

#### \* 黙示の労働契約成立を認めた背景

ただ、そういった話は重要というより前振りの部分ですよ。つまり、（本件では派遣先との黙示の）労働契約の成立を認めるところが重要なところです。黙示の労働契約の成立を認めることは、安田病院事件（第三小判平10・9・8 判例745号7頁）などがありますが、なかなか認められないと言われていたところ、少しずつ認めるものが出てきた。派遣においても、もう無理ではないかと言われていたのが、それを認めた例として、本件は非常に注目されています。

ネックがあるとすると、やはりランク制度ですね。A～Cランクで派遣料金を決めて、それに従って自動的に賃金が決まっているということが、果たして賃金を決定していることになるのか。それを言うと、今までも実質的には、ランクづけはしてないだけで、派遣料金によって決まっていたんですよ。それが何で、ランク評価になるとそうになってしまうのか。その理屈が十分でないという印象はあります。

では、そこを突いたらひっくり返る可能性があるか

どうかですけれども、非常にそこが派遣の奇妙なところで、ひっくり返して、黙示の労働契約が成立しないと行ってしまうと、派遣労働契約が無効だということとどう整合するかがわからなくなってしまう。その関係がこの種の事件の難しいところだと思います。派遣労働契約は無効だ。でも、派遣先との間にある労働契約も成立していない。では、今まで働いていたこれは何なのかということになります。だから、連動せざるを得ない。

鎌田 そうですよね。私は、派遣労働契約が有効か無効かということと、それから、現に違法な派遣で行われている派遣労働者の雇用の安定をどう図るかというのは別の問題なので、両者をくっつけて考えるのは、避けたほうがよいのではないかと思います。黙示の労働契約は難しいとなると、やはり雇用関係は維持しておいて、派遣元に責任を負わせるべきだということになりかねない。それは少し分けて考えればよいのではないのでしょうか。

そうすると、派遣先との労働契約をどういう形で成立させるのかという議論になります。これは、派遣先の採用の自由の問題から、非常にハードルが高いと思われているのですが、私としては、解釈論のレベルでも、このように違法派遣にかなり積極的に関与している派遣先については、直接の派遣労働契約の契約強制の仕組みというのが、解釈論上あり得るのではないかと考えます。要するに、派遣労働契約の承諾義務を派遣先に課してもよいのではないかと考えています。

野川 裁判所は、派遣労働契約が無効であった場合と、それから労働契約の成立のところを分けて、労働契約の成立を厳しくしたとしても大丈夫ではないかと思っていた節があります。つまり、派遣先がコントロールしているのは、派遣会社が全く有名無実化しているような場合ではないかと考え、だから法人格否認を使えば、労働契約の成立は認められるという発想があったのだと思います。しかし、本件のように、そうではなくて、まさに派遣のやり方が悪質だという場合にまで労働契約の成立を認めるというのは、きわめてハードルが高いことに気がついていただいでしょうか。

鎌田 この事件は、かなり派遣先が主導的に違法な派遣状態をつくっています。派遣元が完全に会社としての実態のないものかといったら、そうでもない。その中で黙示の労働契約の成立ということ、あくまでも採用、労務管理、それから賃金支払いについて、全て

派遣先が実質的に決定している仕組みにならない限り難しく、非常にハードルが高い。しかし、結果として、では無理だからと言って、派遣先の責任を免れさせていいのかというある種の矛盾があるわけです。

これは、今度の（改正）派遣法のみなし規定の中で立法的には解決を図ろうとしているわけですが、問題は、それが無い段階でどうするかということですね。そこは、解釈的にも大きな課題があり、何らかの手段を考えないといけません。学説の一部で言われているように、規範的意思解釈論でもいいですし、私は契約強制も一つの工夫ではないかと思っています。

その仕組みはどういうものかという、偽装請負の場合が典型ですが、一定の行為類型に当てはめれば労働者派遣とするというのがパスコ事件です。でも、考えてみたら、三者間は請負契約でやっているのに、裁判所の判断で請負から派遣という法形式を強制しているわけです。しかし、実態として、ここには派遣法に基づく仕組みは一つない中で、派遣の法形式を強制している。そこに当事者意思との完全な乖離があるわけです。

そこで、その違法派遣の状態をどのように解消、巻き戻しをするかという問題が出てきます。当然、当事者としては、違法な状態であってはいけないわけですから、派遣許可の取得の問題も出てきますし、さまざまな労務管理上の問題も派遣法に即した形で巻き戻していかなければなりません。裁判所としては、これは違法な派遣ですよと言っているだけの話なのですが、当事者としては、これを継続するかしないかを含めて巻き戻しをしなければいけないわけです。そして、巻き戻すときに、派遣労働者の雇用が失われるという問題になる。そういった状況を考えた場合、派遣先が主導的にかかわっているものについては、一定の巻き戻しの中で、雇用を確保するために、労働者が労働契約の申し込みを派遣先に行った場合は、その承諾義務を派遣先に課すことが求められるのではないかとことです。

野川 ほんとうは、立法的な解決ですよ。

鎌田 もちろん、契約強制は法規により導入すべきだと思いますが。

野川 今後似たような事案が出てきて、それが今回の法改正で全部解決できるかどうかという問題もあると思いますけれども。

## 5. 労働協約の有効性——音楽之友社事件（東京地判平25・1・17労判1070号104頁）

### — 事案と判旨 —

音楽関連図書の出版販売等の事業を行っているY社と、Yの従業員らで組織されているX<sub>1</sub>組合とは、以前から管理職以外の従業員の労働条件を「確認書」と題される書面で決定していたが、平成11年以降中断されていた。平成16年に至って、同年1月現在の「労働協約」と題する書面、また平成17年5月現在の「労働協約」と題する書面に、それまでに合意された労働条件をまとめた。なお、Y社は平成11年の確認書で組合員の賃金を減額する旨の規定を置き、それ以降、平成16年と同17年の労働協約には年齢給・勤続給の定昇規定があるにもかかわらず定昇を実施していない。他方、Y社では就業規則はあったものの労働基準監督署への届け出もなく、機能していない状態だったので、Y社はX<sub>1</sub>組合と協議し、平成18年3月15日付で就業規則の改訂と届け出を行い、労働協約の締結を行った。ただし、この労働協約には締結当事者の署名も記名押印もなかった。この過程で、就業規則と労働協約は全従業員に配布すること、右就業規則と労働協約とが相違する場合は労働協約が優先することなどを記載した「覚書」（本件覚書）も2月21日付で締結されている。

その後平成19年8月29日に、Yは退職金制度の廃止や定期昇給の廃止などを内容とする就業規則と労働協約の改訂をX<sub>1</sub>組合に提案したが、結局X<sub>1</sub>組合の同意を得ることができず、Yは最終的に同年11月13日付の文書で退職金制度の廃止をX<sub>1</sub>に通告し、アンケートや面談などで全従業員の意向の把握に努めたのち、平成23年1月17日付文書でX<sub>1</sub>組合に「定年後再雇用制度の適用対象者の基準に関する労使協定書」の調印を申し入れた。その後Y社は、23年4月1日付で就業規則を施行したが、この就業規則は平成18年にX<sub>1</sub>労組と協議して作ったものとは内容が異なり、年齢給や勤続給の定期昇給はなく、配偶者手当、住宅手当等も支給されないというものであった。X<sub>1</sub>組合はこれに反発して、右定昇や各手当の支給をYに要求したが、Yは応じなかった。さらにY社は、同年11月11日付の書面で、X<sub>1</sub>組合に対し、本件覚書と労働協約を解約する旨の意思表示を行っている。そこでまずX<sub>1</sub>組合が、①本件覚書で引用する平成18年3月15日現在の労働協約に抵触する平成23年4月1日施行の就業規則及び関連諸規定の各条項の無効確認、②主位的に、本件労働協約及び別紙「原初労働協約一覧表」の各条項が効力を有することの確認、予備的に当該条項の履行をそれぞれ求め、他方で組合員であるX<sub>2</sub>ら8人が、③本件労働協約の関係条項を労働契約を内容とする労働契約上の権利を有する地位にあることの確認を求めるとともに、④本件労働協約の規定に従って、20年4月以降の年齢給・勤続給の昇給分及び各種手当等ならびに遅延損害金の支払いを求め、訴えを提起した。

裁判所は、組合からの訴えはいずれも却下し、組合員からの訴えについては、本件覚書が労組法14条の要件を満たしているとして、本件労働協約も本件覚書と一体となって規範的効力を有しているとしたうえで、本件労働協約が失効したあとも、原告組合と被告との間の労働条件は、本件労働協約を含む確認書等により、長年にわたって規律されており、平成24年2月10日時点において、原告組合所属の原告組合員らと被告との間で、労働契約の内容とされていたと認めるのが相当であるなどとして、請求の一部を認容した。

本件は、労働協約に関する豊富な論点のある事件です。

原告には全部で4つの請求があって、組合の請求と組合員の請求とがあります。組合の請求は、1つは、本件の覚書で引用する平成18年3月15日現在の労働協約に抵触するところの平成23年4月1日施行の就業規則及び関連諸規定の各条項の無効確認。それから、主位的には、本件労働協約、及び別紙「原初労働協約一覧表」記載の労働協約（確認書をつくっていたころの労働協約）の各条項が効力を有することの確認です。それと、（組合員の請求として、）予備的に当該条項の履行を求めて訴えを提起した組合員であるX<sub>2</sub>ら8人が、本件労働協約の関係条項を労働契約の内容とする労働契約上の権利を有する地位にあることの確認。加えて、本件労働契約の規定に従って、平成20年4月以降の年齢給、勤続給の昇給分、並びに各種手当、さらにその遅延損害金の支払いを求めて訴えを提起したものです。

裁判所は、労働組合の訴えは2つとも却下しました。理由は訴えの利益が認められないということで、使用者との間で就業規則の効力をめぐり争いが生じた場合には、その効力を争う個々の労働者が原告として訴訟遂行するのが直截的かつ有効であると言っています。

それから、労働協約規定の効力確認と履行を求める訴えも、「本件労働協約規定は、本件労働協約の規範的部分として規範的効力を有し、原告組合員らと被告との間の労働契約の内容を直接規律する」のだから、本件労働協約規定の効力については、原告の個々の組合員らと会社との間の具体的権利義務関係をめぐり争う前提問題として争わせれば足りるということで、却下しました。

それで、組合員らの請求に対する判断ですけれども、まず、本件労働協約自体には署名も記名押印もないか

ら労働協約とは認められないとしています。ただ、本件覚書のほうは、文書になっていて両方の記名押印があり、労組法14条の要件を満たしており、本件労働協約は覚書と一体となって規範的効力を有していました。

その上で、本件労働協約による定昇規定については、平成11年の確認書で効力の停止が合意されていたと解し、また、平成18年の労働協約の定昇規定も、締結後直ちに効力が停止されたと解すべきであるととして、昇給条項の効力は認められないとしました。

覚書と労働協約の解約については、何度か解約の意思表示と考えられる可能性のあるY社の行為が実はあるのですが、結果的に裁判所は、平成23年11月11日の文書をもって正式に解約の意思表示がなされたとして、その日から90日後の平成24年2月10日以降は労働協約としての効力を喪失したとしています。

そして、X<sub>2</sub>らの請求については、本件労働協約が失効した後も、原告組合と被告との間の労働条件は、本件労働協約を含む確認書等により長年にわたって規律されており、平成24年2月10時点、つまり失効時点において、原告組合所属の組合員らと被告Y社との間で、労働契約の内容とされていたと認めるのが相当であるから、本件労働協約が失効した後においても、効力停止中の本件昇給条項を除く本件労働協約規定に基づく労働条件は、新たな労働協約の成立や就業規則の合理的改訂・制定が行われないう限り、X<sub>1</sub>組合員らとY社との間の労働契約を規律するものとして存続するものと解すべきであるとしました。

Y社は、労働協約が失効したのだから、就業規則によって労働契約内容は補充されているということで、平成23年に強引に施行した、定昇もなければ手当もない就業規則が労働契約を補充していると言ったのですが、この就業規則の内容は労働協約による労働条件を不利益変更するものであって、変更の必要性や相当性が立証されていない本件では合理性が認められず、労働契約を補充する効力は認められないとして、結局、X<sub>2</sub>らの請求を一部ですけれども認容しました。

まず、労働協約の余後効と言われる古来の論点から議論したいと思います。これは、学説上も判例上もいまだに決着がついていません。労働協約が失効した後、特に新たな規範がない。つまり、労働契約を規律する新しい労働協約が締結されたとか、更新されたとかい

うこともなく、就業規則も新たに労働契約を規律するものとなっていないような場合、どうしたらいいのか。今までの判例では、たとえば鈴蘭交通事件（札幌地判平11・8・30労判779号69頁）がありますが、何にもないと困るから、前の失効した労働協約の内容が補充的に労働契約を規律しているというよくわからない理屈です。

労働協約と労働契約の関係については、化体説ないし内容説と、外部規律説という2つの対立がずっと続いています。内容説は、労働協約の労働条件部分が労働契約を規律するのは、労働契約の内容になるからであり、労働協約が失効しても労働契約は残っているわけですから、そのまま労働協約の内容が、失効後も労働契約の内容となっているという割と簡単なものです。一方、外部規律説は、外から労働協約が労働契約を規律しているという考え方なので、労働協約が失効してしまえば労働協約によって規律されていた内容はなくなり、どういう内容が今、労働契約にあるのかということを変えて検討しなくてはいけなくなるということです。

有力な学者が外部規律説を支持していることもあって、裁判例は、鈴蘭交通事件もそうですが、歯切れが悪い。これを読んだだけでは、何でこんな理屈で労働契約が、もう失効した労働協約の内容によって規律されているのかわからないです。

私は以前から内容説をとっています。鈴蘭交通事件もこの事件もそうですが、内容説でいったらこんな変なことを言わなくてもいいのではないかとこのころがあります。

#### \*余後効の「内容説」と「外部規律説」

鎌田 この判決は、内容説、化体説に近いような表現ではないですか？例えば、「労働契約の内容とされていたと認めるのが相当であるから」と言っています。

野川 そこは、労組法16条の解釈として言っているわけではないのです。つまり、(その前のところで、)長年にわたってその労働協約を含む確認書等により、と言っているから、以前から確認書とか労働協約の名前でやってきたものによって長年規律されていたということが、労働契約の内容とされていたことの原因なんです。だから、長年ではなくて、例えば1年前に労働協約ができて、1年たって失効した場合だと成り立たない理屈です。では、外部規律説をとっているか

という、そうでもなさそうで、よくわからないのですが。

鎌田 これは労働協約をどう見るか、規範的効力をどう見るかという根本問題ですね。私は「長年にわたり」というところをそれほど強く読まなかったので、どちらかという内容説に近い判決なのかなという感じで読んでいました。

野川 労働協約が失効すると、労組法 16 条による規範的効力はなくなるわけです。労働協約が有効期間中は、それに反する労働契約も就業規則も跳ね返されてしまうから変えられないけれども、内容説によったとしても、労働協約が失効してしまえば 16 条の直接適用はないから、新たな就業規則とか個別の合意とかで変えられる。だから、別に不都合は起こらないと思うのです。

鎌田 すると、内容説と外部規律説で、決定的な実益上の違いは、どこにあるのでしょうか。説明のしやすさというのはわかりますが。

野川 外部規律説で理論的にあり得ることで、新たに労働協約ができて前と違うことを規律すると、労働契約はその労働協約に規律される。その労働協約が失効すると、(外部から)抑え込んでいるだけなので、前の労働契約の内容が復活するということになります。すると、やはり内容説とかなり違う判断をすることになる。

この余後効問題は外部規律説だと判断がつかないのではないかと思います。例えば、労働協約が有効期間中に入社して組合員になる。この人たちは最初から労働協約で規律されていますよね。その前はないから、失効したら空になってしまうというのが論理的な帰結です。それを理屈づけられない以上は、無理なのではないでしょうか。

#### \*労働協約の要式性を緩めるのか

覚書が労組法 14 条の要件を満たしているから、それと一体となって労働協約の内容も規範的効力を持つと言っていることについてはどうでしょうか。大阪経済法律学園事件(大阪地判平 25・2・15 労判 1072 号 38 頁)でも問題になったことですが、いわば「奇妙な形の労働協約」という問題です。記名押印もないし、本人たちも労働協約と言っていない確認書というものがあって、それらをここでは覚書という形にリニューアルした。覚書自体は協約ではなく、労働協約と就業規

則の内容をきちんと周知させて、その内容を適用していきましようといったもので、それが労組法 14 条の要件を満たしていたら、そこに引用されている労組法 14 条の要件を満たしていない協約も規範的効力を持つという理屈です。

鎌田 これは、最高裁の都南自動車教習所事件(最三小判平 13・3・13 労判 805 号 23 頁)判決が労働協約の効力要件としての厳格な要式性を求めたことをどう緩めるかということで、かなり工夫したなという感じですよ。

野川 どこまで、こういうアクロバティックな解釈が許されるかですよ。この事件のほんとうの問題は、現場で労使関係が壊れていて、労働協約をきちんと締結しないで、社長と組合委員長の印鑑を押さず、何となく合意して協定しましようというだけという現実において、それを労働協約にするためにはどうしたらいいかという工夫がなされているということですよ。それが果たしてこんなパターンリスティックな解決でいいのかという問題があると思います。

つまり、(本件のように)裁判所が、本来は労働協約とは言えないようなものを、何とか工夫して労働協約にしてあげて自覚を促すというのではなく、都南自動車教習所事件のような考え方をもっと徹底させて、こんなものは労働協約ではないとする。そうすると混乱が起きますが、それは自分たちで起こしたのだから、自分で処理しなさいという解決もあり得ます。(本件の判決は、)確かによく工夫されていますが。

鎌田 都南自動車教習所事件は、要するに、きちんとした要式要件を満たさないとトラブルが発生しめめるでしょうという考え方でした。本件ではもめているのに、そういう解釈によって要式要件がなくても大丈夫ですよと言っているから、方向としては逆ですよ。

野川 私はむしろ切ってもよかったのではないかと思います。X<sub>1</sub> 組合と使用者の間に労働協約はありません。それで大混乱ですが、しかし例えば、代理だとか、第三者のためにする契約だとか、民法の理屈を使って対応できる部分もあるという面も見逃すべきではありません。

鎌田 そうです。そのレベルで処理するほうが、筋はいいかなという感じはします。複雑になるかもしれませんが、もともと複雑なものですからね。

裁判所としては工夫したと思いますが、最高裁からいうとやや逆方向に向かっているの、これを最高裁

の判例との一貫性の中でどう調整するのかというのが、難しいような気がしました。覚書との一体性を認めて要式性をクリアしたと言っているわけですから。

野川 これは控訴されていますので、そこでどうなるか。

あと、この判決を、『ジュリスト』で弁護士の方が評釈しているのですが（No.1469号、峰隆之「使用者による労働協約の解約と協約失効後の労働条件——音楽之友社事件」）、余後効について、使用者は協約上の義務を逃れる意思で解約したのだから、意思解釈として、協約の労働条件がその後の組合員らとの労働契約に存続しているのはおかしいということを書いています。これは少し勘違いで、協約上の義務を逃れる意思はどういうふうに認められるかという、労働組合との関係においてです。つまり、労働組合に対して、あなたとのこの協約は解約しますと言っている、組合との関係では免れているということです。他方で余後効というのは規範的効力の問題で、労働契約を解約されたら、協約上、組合に対して使用者が負っている債務の効力、つまり債務的効力はなくなるけれども、個々の労働者に対しては違うという話なので、そこは気をつけなくてははいけません。

鎌田 私がこの事件で一番気になったのは、組合による労働協約の効力確認の利益がないとしたところです。こういうふうに言い切っているのかと。

野川 確認の利益については、確かに労働協約の規範的部分は直截的には労働契約を規律するので、それによって影響を受ける労働者と使用者との争いの中で解決されるべきことではありますが、債務的効力も持ちます。だから、果たしてそれだけで、労働組合に確認の利益がないと言っているのか。労働組合にも、十分に利益があるのではないかという理屈が、いくらでも成り立つような気がします。

鎌田 これだと、労働者が訴えなかったら、争いもうがなくなってしまう。

野川 そうです。おそらく裁判所の考えは、組合がどんどん団体交渉の要求をしるということだと思うんです。そうしたら、さすがに不当労働行為になる。

でも、やはり協約には、契約という側面と、それから規範的に労働契約を規律するという側面があって、労働契約との関係では労働組合は第三者かもしれないけれども、規範的部分も債務的効力があるから、その観点から言えば、十分に確認の利益があるのではない

かと思います。

鎌田 就業規則の一部について無効確認を求めるのはできないと言っていますよね。

野川 労働契約の問題だから組合は確認の利益を持たないというわけですが、労働協約についてはさきほどのように反論できるけれども、就業規則についてもそう言えるのかどうかは問題ですね。

## 6. 残業代定額制——イーライフ事件（東京地判平25・2・28 労判 1074 号 47 頁）

### — 事案と判旨 —

Y社はポータルサイトの運営及びIT関連事業等を行う会社であるが、年俸制導入の際に、Xを含めた営業社員に精動手当について説明し、本件給与規程を一部変更し、法所定の割増賃金に代えて一定額の手当（精動手当）を支払う旨の固定残業代の個別同意（以下「本件みなし残業合意」という。）が成立していたと主張したが、Xはこうした合意の不存在及び無効を主張し、割増賃金と付加金の支給を請求した。

本判決は、①会社が精動手当は残業手当の趣旨である旨を説明していないことから、こうした合意は成立していたと認めるに足りる証拠はない、②仮にその合意が成立していたとしても、「本件みなし残業合意」が有効とされるためには、「[1] 当該手当が実質的に時間外労働の対価としての性格を有していること（要件a）、[2] 定額残業代として労基法所定の額が支払われているか否かを判定することができるよう、その約定（合意）の中に明確な指標が存在していること（要件b）のほか、[3] 当該定額（固定額）が労基法所定の額を下回るときは、その差額を当該賃金の支払時期に精算するという合意が存在するか、あるいは少なくとも、そうした取扱いが確立していること（要件c）が必要不可欠である」とした上で、本件について、上記[1]について、精動手当の支給額が年齢、勤続年数、業績等で変動していることから、時間外労働の対価としての性質以外のものが含まれること、上記[2]について、精動手当の額が1年間に数回変動し、その合意中に支給額が何時間分の時間外労働に相当するの明らかな指標がないこと、上記[3]について、記録では出社時刻しか記載されず適正な差額計算を行うことができないことから、このみなし残業合意を無効として割増賃金及び付加金の支払いを認めている。

鎌田 これはいわゆる残業代定額制の話です。残業代を定額で支払う制度は、広く導入されているといわれていて、幾つか形態はあるのですが、本件は、法所定の割増賃金に代えて一定額の手当、精動手当で支払うことを合意して導入したとされる事案です。



本判決の概要に示したように、本判決は、まず、合意は成立していないという判断をしています。仮に合意が成立していたとしても、「本件のように他手当の名目（精動手当）による、定額残業代（割増賃金）の支払に関する個別合意は、本件給与規程3条が規定する被告の基本的な賃金構成そのものを修正するものである上、これを安易に容認するならば、割増賃金制度によって時間外労働等を抑制しようとする労基法の趣旨が没却される結果となりかねない。」としたうえで、「みなし残業合意」が有効とされるための要件を3つ挙げて、本件の「みなし残業合意」はこの要件を充足していないことから無効としました。

定額残業制、あるいは残業代定額制については、すでに最高裁などで幾つかの判決（小里機材事件、最小判昭63・7・14 判例523号6頁など）があります。その要旨はどういうものかという点、労基法37条に時間外労働の割増賃金に関する規定がありますが、この算定方法に従う必要はないけれども、その算定方法から計算された額以上の割増賃金を支払わなくてはならないということです。つまり支払いの計算方法については法に定めたものに従う必要はないが、それに従って算定された額については支払わなくてはならない。したがって、支払額が法所定の計算方法による割増賃金額を上回る場合には、そういう固定残業代でいいけれども、下回る場合には、それを補填しなければいけないということです。

そういう37条の判例の考え方からいうと、いわゆる残業代定額制自体を定めることは違法ではないけれども、それによって定められた固定額が法所定の計算による割増賃金を下回る場合には、差額請求をすることになるわけです。けれども、この事件の裁判所が示した判断でいきますと、そもそも37条に違反するかどうかよりも、労働者との合意によって得られるこういう仕組みが、先ほど紹介した一定の有効要件を満たさない場合は無効であるという判断をしたことで、非常に大きな影響力を持つのではないかと思います。

#### \* 合意成立の厳しい要件

野川 この判決では、要件a、要件b、要件cと、すごく厳格に分けて記載しているでしょう。これだと、3つの要件のどの1つが欠けていても無効になる。裁判所はそういうことを意識して書いているのでしょうか。

鎌田 普通、要件という文言からいえばそうなりませぬよ。要素ではないので。

野川 そうするとこれは極めて厳しいですね。どの2つを満たしていても、あとの1つが欠けていたらもうだめなわけでしょう。

鎌田 そうですね。特に要件cは、例えば、固定額が法所定の割増賃金額を下回っている場合に差額を支払っていないことも間々あるとされると、無効ですね。

野川 それと、果たして労基法の解釈としてどうでしょうか。今までは結果オーライという発想でしたよね。

鎌田 従来の小里機材事件などは、37条に違反するかどうかというレベルの話でした。要するに額が上回っていればいいでしょう。でも、この事件は、算定方法を含めてどのような中身でやっているのかという仕組みの問題になりますからね。

野川 労基法13条によってオーソライズできるでしょうか。労基法自体は、それを下回る合意については、その部分を無効とすると書いています。すると解釈としては、労基法の制度とは少し趣旨が違う契約をしていても、結果的に労基法に反しないものは、直ちに無効にならないという趣旨になるのではないかと思います。だから労基法13条との関係でも果たしてどうなのか。

鎌田 そういう観点から裁判例を調べてみると、定額の別手当が時間外あるいは深夜労働に対する対価だとする合意があったと主張する事案において、そうした性質が認められないので合意は労基法37条に違反して無効だとする裁判例（リックグリーマネージメントセンター事件・大阪地判平7・5・31 判例691号105頁）がありますが、その根拠には労基法13条をあげています。しかし、たんに労基法37条違反だから無効としている裁判例（創栄コンサルタント事件・大阪地判平14・5・17 判例828号14頁）もあり、その根拠はよくわかりません。労基法との関係で違法、無効を言っているのではないとすると、契約上の原則、公序良俗か何かで言っているのかどうか。本判決にはそういう文言はありませんが。

野川 だから、なぜ無効になるのかという、根拠がよくわからないんですよ。

鎌田 そうですね。労基法37条からいうと、こういう理屈は直ちに出てこないように思います。

野川 13条の解釈としても少しおかしい気がする

ので、言えるとしたら、公序違反でしょうけれども、こんな公序があるのかどうか。

鎌田 ただ、こういった合意を「安易に容認するならば、割増賃金制度によって時間外労働等を抑制しようとする労基法の趣旨が没却される結果」となると言っています。根拠としているわけではなく、37条違反という主張ではありません。

野川 そうするとやはり公序なのか。要するに労基法の趣旨を没却させるような合意というのは、労基法の趣旨に照らして公序に違反すると。

ただ、これは一応傍論みたいですね。つまり「本件みなし残業合意が成立していたものと認めるに足る証拠はない」というのがまずあって、仮の話だから結構大胆なことを言っている。

鎌田 でも、その仮の話が相当長いですよ。

野川 それに、仮の話でもこんなことが言えるのかどうかです。こういう合意が無効である、しかもこの3要件全てを満たさないと、そのうちのどれか1つが欠けても無効だということになると、おそらく世の中で行われている残業代固定などの、別計算での支払いの99%は無効だと思います。

鎌田 公序と考えた場合には、何が公序違反なのか問題ですよ。やはり労基法の趣旨が没却されるような、いわば脱法的意図、強行法規を殊更に回避するような内容の合意は無効だという発想でしょうか。言い換えれば、労基法の規定する割増賃金の計算式と異なる仕組みを就業規則または合意により導入する場合、労基法所定の計算式と異なる仕組みが労基法の趣旨を没却する意図を有している場合、公序に違反するという考え方です。

野川 でも、労基法13条を除いて脱法的な合意というのは労基法上あるのでしょうか。明らかに労基法が定めた最低条件を下回ると、労基法13条でダイレクトに無効ですが、明らかに下回ってなくて十分に労基法の要件を満たすことがあり得るわけでしょう。適用の段階では幾らでも対応できるわけですよ。つまり合意の有効性ではなくて、支払いが労基法37条に達していないから差額を認めるという方向での解決もできるわけです。そうすると何が公序に反するのか。

こう言われてしまうと、例えば、休憩時間は6時間を超えたら45分となっていますが、45分与えさえすればいい、休憩に必要な最低限の、水を1杯飲めるとか、トイレに行ってこれるとかで3～5分ぐらいあ

ればよくて、それを10回とかに分けても何の問題もないというものも……。

鎌田 そういった合意、就業規則の規定は公序良俗違反と言われかねない。

野川 そう思いませんか。労基法の趣旨から言えば、確かにそんな3分だ5分だなんて望ましくないに決まっていますし、そういうふうにとどんどん広がっていきかねないという気がしますけれども。このような労基法の趣旨を外れるような合意は公序違反だということが言えるかどうか。

鎌田 37条違反と言わずに、こういった仕組みの合意が無効だという場合、その根拠は何か。本件では3つの要件を立てていますが、厳格にこういう要件が立つものかどうか。

野川 公序違反で無効だったら、無効になった後どうなるのか。13条違反だったら簡単です。その基準に戻るわけだから。

鎌田 おそらく後で計算しているのですが、労働時間を証拠に基づいて概括的に認定しています。それで、概括的に認定した労働時間から割増賃金を計算して請求しています。

野川 なるほど。

鎌田 その概括が結構重要なところですよ。なぜかという、そもそも出勤時間しか書いていないから、非常に曖昧なのです。そういう意味では極めて大胆に時間外労働時間数を推認せざるを得ないので、そのこととセットになって判断の実効性が担保されることになります。こういった時間外労働時間数の推認の仕方も非常に大きな課題です。

野川 そうですね。今までは原告がメモしていたとか、その信憑性とかの問題だったでしょう。本件では、記録に正確なものがないので、裁判所がいわば職権で推認してしまっているわけですね。

鎌田 退社時間について客観的な証拠がないというのは大変な問題です。本件の仕組みとしてそうになっているんだけど、そこが合意の効力判断でも重要ですよ。

野川 でも、そういう場合は、普通は労基法37条に基づく計算をするわけでしょう。37条はそれ自体刑罰規定です。罪刑法定主義の原則からいえば、使用者側に有利な解釈がなされなくてはいけないのでは。

鎌田 おそらく37条でやっているというのではなくて……。

野川 全くその意識がないんでしょうね。

鎌田 つまり、これも契約レベルで考えている。要するに無効になっているので、それを巻き戻すわけです。無効になった部分を払わないわけにいかないから、それを37条の計算式で、いわば契約上のものとして推認し、合理的に解釈してやるわけです。

野川 でも、その場合に、結果として出てくる割増賃金の支払い、労基法37条の割増賃金ですよ。だとしたら、その額の多寡が大きな問題になる。つまり37条では、それよりも少ない額しか払わなかったら犯罪構成要件に該当してしまう。そうすると、それ(働いた時間)が不明なときにそんな勝手にこういう額だなんて言っているのか。

鎌田 こういった請求をする場合は、おそらく契約の合理的解釈で請求額を確定させることになると思いますが、37条の問題は絡んでいますよね。

野川 それは非常に重要な問題です。

## 7. 労働組合活動の差し止め——教育社労働組合 (ニュートンプレスほか) 事件 (東京地判平25・2・6 労判1073号65頁)

### 事案と判旨

本件は、雇用主である訴外A社の従業員で組織する被告労働組合及びその組合員(Yら)が、確定判決による未払賃金の支払と団体交渉を求めて、A社以外のグループ会社2社(X<sub>1</sub>ら)への街宣活動、X<sub>1</sub>らの役員でありグループの実質的オーナー夫婦(X<sub>2</sub>ら)の自宅前及び周辺に行った面会強要、街頭宣伝活動に対して、グループ会社及び実質的オーナーらがその差し止めを求めた事案である。

判旨は、以下のように説示して差し止めを認めた。

(1) グループ会社(X<sub>1</sub>ら)に対する街宣活動 ①労働契約関係に近似ないし隣接した関係を有しない企業、及び②雇用主である企業の役員及びこれと近似ないし隣接した関係を有する企業の役員等は「使用者」に含まれるということではできないから、「Yらは、いずれもX<sub>1</sub>らとの関係で、労組法上の使用者とは認められないから、Yらは、X<sub>1</sub>らに対する関係で、団体交渉権等の労働基本権を有していないことになる。したがって、YらによるX<sub>1</sub>らに対する組合活動としての街宣活動等は、憲法28条ないし労組法の保護を受ける余地のないものといわざるを得ない。」

(2) グループの実質的オーナー夫婦(X<sub>2</sub>ら)に対する街宣活動 「労使関係の場で生じた問題は、労使関係の領域である職場領域内で解決すべきものであって、企業経営者といえども、個人として、住居の平穏や地域社会ないし私生活の領域における名誉・信用が保護、尊重されるべきであるから、労働組合の保有する諸権利は、原則として、

企業経営者の私生活の領域において実現することは許されないと解するのが相当である。したがって、労働組合の活動が企業経営者の私生活の領域において行われた場合には、当該活動は労働組合の活動であることの故をもって正当化されるものではなく、それが、企業経営者の住居の平穏や地域社会(ないし私生活)における名誉・信用という具体的な法益を侵害しないものである限りにおいて、表現の自由の行使として相当性を有し、容認されることがあるにとどまるものと解するのが相当である。」

鎌田 これは、訴外A社の従業員が加入しているY労働組合が未払賃金分の支払いについて判決が確定したのに、それが支払われないことから、相手方として雇用主である訴外A社以外のグループ会社とさらにグループ会社の役員でもある実質的なオーナーである夫婦の自宅及び周辺に面会強要や街頭宣伝活動を行ったことから、グループ会社とそのオーナーが差止請求をした事案です。特徴としては、直接の雇用主ではなく、グループ会社、その実質的オーナーである個人に対して行った街宣活動の差し止めが問題となっているという点です。なお、この組合については、過去4回、オーナーらから街宣活動に対する差止請求があり、すべて裁判所は差止請求を認めています。

裁判所は、まずグループ会社、及びその役員の使用者性の有無を検討しますが、その判断にあたって団体的労使関係の有無に向かいます。そして、裁判所は団体的労使関係というのは、労働契約関係の諸利益についての交渉を中心として展開するので、労働契約関係を基盤として成立するのが通常だが、そうでないとしても、労働契約関係に近似ないし隣接した関係をその基盤とする必要があるという枠組みをまず提示し、そこで、グループ会社に労働契約関係に近似ないし隣接した関係があるかということの問題にします。

これについて、組合側は、グループ会社が雇用主の会社(訴外A社)と実質的に法人格が一体のものであるという主張をしています。どういった理由からそれが言えるかということ、資本関係や役員構成、人間関係、さらにホームページが相互にリンクされているとか、共同で事業を展開しているといったことです。しかし、こういった事実があるにもかかわらず、裁判所は、このグループ会社が、いわゆるグループ会社の関係にあるといった事実を超えて実質的に法人格が一体のものであると評価することはできない、したがって、グループ会社が労働契約関係と近似ないし隣接した関

係を有するとは言えないということで、使用者性を否定しています。

次に、グループ企業の役員に対する街宣活動ですけれども、裁判所は、雇用主である企業と労働契約関係に近似ないし隣接した関係を有する企業の役員が上記のような「使用者」に含まれると言うことはできないと判断をしています。

その上で、グループ会社、オーナー個人に対する街宣活動の差し止めについて、判決の概要に書いた理由でその必要性を認める判断をしています。

幾つか興味深い点があるのですが、1つは、街宣活動の正当性を検討するにあたって相手方の使用者性の有無を問題としていること、その使用者性の判断枠組みとして、労働契約関係に近似ないし隣接した関係にあるかないかという枠組みを立てたということ、そしてその判断の中身として、このグループ会社が、実質的に法人格が一体のものであるかどうかという枠組みで判断し、否定しているということです。

それで、裁判所は、この使用者とは認められないような企業に対して、労働組合は団体交渉権等の労働基本権を有しておらず、組合員らによるグループ会社らに対する組合活動としての街宣活動は、憲法28条ないし労組法の保護を受ける余地がないと判断しているのですが、この判断枠組みの当否、さらに使用者性の判断基準として、労働契約関係に近似ないし隣接した関係という枠組みでいいのか、そして、それが実質的には法人格が一体のものという中身で判断すべきものなのかどうかを検討すべき課題かと思えます。

もう一つは、オーナー個人に対する街宣活動、実際には自宅とそれから周辺に対して面会強要などの街宣活動をやっているのですが、それを裁判所は、個人としての平穏や地域社会ないし私生活の領域における名誉、信用の問題であるということで、差し止めを認めています。これは他の判例でも既に言われていることですので、この部分には格別目新しいものはないのですが、従来はこの街宣活動においても、相手方の対応との関係、表現の自由との関係でどの範囲で認められるかという議論をしていたと思います。ここでは、「労働組合の保有する諸権利は、原則として、企業経営者の私生活の領域において実現することは許されない」とまで言い切っていて、果たしてそこまで言えるのかと思いました。

## \*「団体的労使関係」と団結権、団体行動権

野川 まず使用者性の問題ですね。この判決に対する批判の1つですが、冒頭から原告会社の使用者性について、「団体的労使関係といえども」と書いてあります。果たしてこれが的確な一般論かどうか。というのは、労働契約関係を基軸として、それに近似ないし隣接した関係を持つというのは、実質的には不当労働行為の団体交渉の相手方は誰かを探るための基準として立てられたものです。それをこんなふう一般的に労使関係全てについて適用される基準と言えるかどうか。

確かに団体交渉だったら労働条件とか労使関係のルールを決定するわけで、特に労働条件に関しては、基本的には自分が雇っている人間、あるいはそれに近いような人間については責任を持つけれども、全然知らない人のことは責任を持ってないとは言えるのですが、団結権とか、団体行動権は、必ずしもそれに限らない。例えば、団結権侵害には、「いとこがやっている会社で労働組合ができそうだから潰してやろう」というのもあり得ますよね。そう考えると、ここの部分は掘り下げがどうなのかと思います。

鎌田 確かに、通常は街宣活動、ピラ配布でも、いわゆる正当な組合活動であるかと、表現の自由、それから相手方が持っている諸権利との調整で、受忍義務論をとるか、違法性阻却性をとるかというのはあったのですが、少なくとも組合活動が一貫して行われている場合には、正当性があるかないかという、その中身で考えています。これだと、まずは団体的労使関係があるかないかということで、それが一般論として成り立つのか。

野川 おそらく、被告の労働組合側がこういう答えを必要とするような主張をしているということはあるのかもしれませんが、裁判所としては、何もこんなふうで答える必要はないので、ミスリードではないかと思えます。

例えば今の一般論のすぐ下で、「そうすると本来、雇用主でなくても、当該労働契約関係の一方当事者である雇用主と一定の密接な関係を有しており、当該労働契約関係に近似ないし隣接した関係を有する者は、当該労働者の団体交渉の相手方である「使用者」となる余地がある」と言っているけれども、それが何でこういう街宣活動の……。

鎌田 相手方からの組合活動の差し止めの可否が問題になるのか。

野川 そうです。その問題は関係あるのかという、どうも労使関係法の枠組みが十分に理解されていないのではないかという疑いをこの裁判官に対して持ちます。昔だったら、「あなたがやっている組合活動は、相手方があまり関係のない人だから、その点で正当性が認められない」という方向になるわけでしょう。

鎌田 少なくともその相手方の対応も考慮に入れますよね。実際この事件でも、使用者側は誠実性を全く感じられない対応をしているというふうに裁判所も認めているわけです。だとすると、こういった団体的労使関係という枠組みで、団体行動権、団結権の行使の相手方をすばっと切れるのか。

野川 少なくとも労組法の解釈論からは出てこないと思います。確かに労組法は7条で、使用者は次の行為をしてはならないと言っており、7条の2項も使用者がと言っていて、雇用する労働者の相手方たる使用者は誰かとなるけれども、1条や8条では使用者は出てこない。労組法は一般的に3条で労働者の定義をしているけれども、使用者の定義はしていません。そう考えたら、これはどういう実定法の解釈から出てくるんだろうという気がします。

鎌田 組合活動の正当性という問題を使用者性の問題に読みかえているわけですね。

野川 そうです。その態度自体が問題だということです。そんなことをする必要はない、つまり消極的にもおかしいし、することによってどんな意味があるのか、積極的にもかえって事態を混乱させることにならないかという、両方の点から疑問があると思います。

鎌田 従来は必ずしもそう考えてこなかった枠組みですから、これが一般論として成り立つのかどうか非常に検討を要することですね。しかも、使用者性の判断の枠組みで何が出ているのかというと、「労働契約関係に近似ないし隣接した関係」と言っているでしょう。これも団体交渉とか、そういう場合には何となくわかりますが、広く組合活動を考える場合に、「労働契約関係に近似ないし隣接した関係」ということで縛りをかけられるのかという問題があります。

野川 本当にそう思います。団結権は使用者ではなくても侵害し得るし、団体行動権だって、必ずしも使用者との関係だけではないと思います。例えば組合活動の一環として、公衆一般に対してビラ配

りをしたり、情宣活動をやったりします。それは目的の点では正当だけれども、ビラを配ったり、情宣をされたりしている相手は使用者ではないので組合活動権の保障はないという話ではないですよね。

鎌田 表現の自由の問題にはなるとは思いますけれども。

野川 そういう意味でもやはりおかしい。こういう判決をすると、判例評釈の中には、例えば「平成25年度重要判例解説」(ジュリスト臨時増刊、2014年)の川口美貴さんのように、それと正面から対決するような考え方が出されるわけです(「労働組合による街宣活動等の相手方と差止請求の当否」)。要するに、団体交渉権の相手方たる使用者と組合活動権の相手方たる使用者は違う。組合活動権の相手方たる使用者とは誰かという理論を展開してという争いになる。その争いの仕方自体あまり有益ではなく、その点からも適切ではないと思います。

鎌田 こういった枠組みは、以前から示されていたのでしょうか。

野川 いや、ないでしょう。

鎌田 ややびっくりしました。

野川 これはほかの団体交渉とか、不当労働行為とかを見て、うっかりこのように書いてしまったのではないかという、うがった見方もあります。

鎌田 不当労働行為の使用者性から連想したと。

野川 そうです。労組法上の使用者性といったとき、団体交渉とか不当労働行為が問題になったことを、限定を考えずに一般化してしまったという懸念が非常にあります。

鎌田 だとすれば、「労働契約関係に近似ないし隣接した」というよりは、その前に、朝日放送事件(第三小判7・2・28 労判668号11頁)のように、基本的労働条件等について現実的、具体的に支配することができる地位にあるという枠組みが来てもよさそうなものだけれども、それも来ないんですよね。

野川 そうなんですよ。

鎌田 それもよくわからないな。

野川 最近の、例えば派遣先への団体交渉の要求が認められるかどうかにおいて、中労委ですっとこの「近似ないし隣接」というのが出されていて、それに乗っているのではないか。問題が全然違うことを意識していない可能性があると思います。

あと(の論点は)、具体的判断ですかね。

＊私生活領域で組合の権利は実現できるか

鎌田 差し止めを認めたことの適否で考えると、結局ポイントになるのは、かなりこのオーナーらの不誠実さです。それとの関係で見る必要はありますが、やはり街宣活動については、差し止めを認めることの合理性はあるのではないかという感じはしているのですが。

野川 街宣活動は確かに、公共の利益みたいなのがありますからね。

鎌田 とりわけ個人に対する自宅とかではね。ただ、それも表現の自由だとか、組合活動と私生活上の権利との調整という問題もあるので、そもそも「原則として、労働組合の保有する権利は、経営者の私生活においては実現することは許されない」とまで言えるのかどうか。

野川 それはないと思います。

鎌田 ビラ配り程度のものであれば当然、組合員にも表現の自由との調整の問題があり得ますよね。

野川 まさにそうです。やはり組合活動の正当性を認めることができないという判断が、差し止めの前提にありますよね。判決は、被告らの未払賃金や退職金について支払義務がなく、労組法上の使用者とはいえない原告会社らの本店が入居するオフィスの前で、そういう街宣活動を行っているということは、労組法上の使用者とは言えない原告会社らに対する街宣活動等で正当性を認めることはできないとしています。ですから、やはり労組法上の使用者に対してやっているのかどうかをものすごく重視しているのです。このような場合、こんなに相手もひどいことをやっているとか、さきほどの相関関係の中で組合活動の正当性を判断するというように、今まではやってきたんですよ。そういう目が全く抜け落ちてしまって、具体的妥当性もかなり問われるのではないかと思います。

相手も確かにひどいことはやっているけれども、だからといって、私宅の前で大声を上げてはいけないというのだったらわかるのですが。

鎌田 従来は一応そういう枠組みで考えていたのかと思いますが、そもそも組合の権利は私生活の領域で実現できないと言い切ってしまう判決はなかったような気がします。それで、これはやや踏み込んだのかなと思って調べてみました。

東京・中部地域労働者組合（街宣活動）事件（東京

地判平16・11・29 労判887号52頁）の判決を読みますと、労使関係の場で生じた問題は労使関係の領域である職場領域で解決すべきであり、企業経営者といえども個人として住居の平穏や地域社会における名誉・信用が保護・尊重されるべきであるから、労働組合の諸権利は企業経営者の私生活の領域まで及ばないと解するのが相当であるとしています。これは同じなのですが、したがって、労働組合の活動が企業経営者の私生活の領域において行われた場合には、当該活動は労働組合活動であることのゆえをもって正当化されるものではなく、それが企業経営者の住居の平穏や地域社会における名誉・信用という具体的な法益を侵害しないものである限りにおいて、表現の自由の行使として相当性を有し、容認されることがあるにとどまるのだと言っています。だからこれは、要するに地域社会の平穏や企業経営者の住居の平穏というような具体的な法益を侵害しない限り許されるということで、多少調整というか相関で見えています。

野川（本件では）これを「原則として許されない」と言っているのでしょうか。例えば一族企業だったら、ワンマンのすごい経営者がいて、彼は会社にはほとんど出てこないとします。今だったらメールでも何でも自宅から操作できるわけです。ほかの仕事もいっぱいやっていて、その会社については、自宅からメールや電話で命令を下して組合をいじめ抜いているというときに、「社長、出てこい」と言ったって、会社に出てこないのだからどうしようもない。その社長の人形みたいな専務とか常務とかが、命令をそのまま実行する結果、組合がひどい目に遭っているというときでも、会社の社長の自宅に行って、「やめてくれ」と言っただけでいいのかな。

鎌田 そこが気になります。そもそも枠組みとして、労働組合の組合活動の権利とか団体行動権というものに、極めて街宣活動の面ではネガティブな評価があるのかなと思います。

野川 そう、非常にネガティブです。労使関係の場と言うけれども、それだったら、産業別組合ができたから、その場とはどこなのか、それは社会一般だとなってしまうことだってある。こんなことはそもそも言うべきではないと思うんですよ。

鎌田 おそらくこの裁判官の頭にあるのは、本件では賃金の問題が要するに基本なのだから、賃金支払請求権との関係で労使関係を考えればいいということな

のかと思います。

野川 それなら、そういうふうに限定的に言えばいいんですよね。本件においては、使用者側にも落ち度はあったけれども、やはり個人の権利が侵害され過ぎで、それはやはり差し止めることによって救済されるものだという解決があるべきだったと思います。

鎌田 ただ、東京地裁労働部の判断ですので、影響

力はあると思います。

野川 地裁の中では最も労働専門的な能力を持っているはずの東京地裁の労働部でさえ、このようなずさんな判断をすることは少し問題かと思います。控訴されているので、高裁ではもう少し実質的な議論、組合活動権とか正当性とかの先例や見解を踏まえた検討がされてほしいですね。

## フォローアップ

### 1. 有期雇用の雇い止め——医療法人清恵会事件(大阪高判平25・6・21労判1089号56頁)

(関連判例) 東芝ライテック事件(横浜地判平25・4・25労判1075号14頁)

日本郵便事件(東京地判平25・1・16労経速2171号25頁)

#### 事案と判旨

正社員として勤務していた原告Xは、30年以上にわたって人事部門や本社事務局で勤務していたが、会社側の人事方針やXによる母親の介護の都合などを理由に、退職金を支給されたのち期間の定めのある労働契約を締結したところ、当該期間の満了に当たって更新を拒否されたので、解雇もしくは雇い止めの無効ないし違法を前提として地位確認と未払賃金の支給及び不法行為に基づく慰謝料の請求等をした。

原審は、本件では期間の定めのない契約と実質的に同視できるとまでは言えなくても、Xの契約更新への期待は客観的に見て合理的であるとして、解雇法理が類推できるとしたうえで、本件では、Yにおける業務量の減少は認められず、またXの賃金が高額すぎるというYの主張も、本件再雇用契約締結当初はYも月額25万円という賃金を適正なものとして判断していたことがうかがえるなどから、本件雇止めは違法であると判断したが、不法行為を理由とする損害賠償(慰謝料)の請求については、「雇止めを理由とする不法行為に基づく損害賠償請求が認められる場合とは、当該雇止めについて、雇止めの違法性を根拠付ける事情があり、かつ、雇止め後の賃金の支払いによって填補しきれない特段の損害が生じた場合であると解される。」との一般論を示し、本件では「雇止めが違法性を帯びることを首肯させるような事情を認めるに足りる確かな証拠は見当たらない」として請求を棄却した。控訴審も基本的にこの判断を踏襲している。

野川 最近、ずっと有期雇用の雇い止めの事案が続いています。今回、私を取り上げるのは、医療法人清恵会事件です。

本件は、正社員として勤務していた労働者が、退職金を支給された後、期間の定めのある労働契約を締結し、当該期間の満了に当たって更新を拒否されたのですが、それに対して解雇、もしくは雇い止めの無効ないし違法を前提として、地位確認と未払賃金の支給及び不法行為に基づく慰謝料の請求等がなされた事案です。

原告Xは、病院及び診療所の設置経営等を事業とするY法人に、昭和53年9月21日付で雇用され、人事部門から本部事務局に移って、平成22年3月31日まで非常に長い間運営企画室副室長の地位にありました。

ところで、Y法人の経営する病院では、ICT化を進めていたのですが、平成19年4月に電算室の職員を1名採用しました。するとXは22年4月1日までに、さらに電算室の職員を1名増員し、その人件費コスト増の対応として、X自身がパートタイマーに回って賃金を減額することはどうかという提案を上司の室長にしました。

どうやら、Xは、そのころから母親が病気で介護に当たる必要があったらしいのです。ただ、パートタイマーに移ります、賃金減額でいいですと言っていた時点では、その点は上司に伝えていません。それで、このXの提案は採用されませんでした。

その後、平成21年8月ごろ、Xは母親の介護の件を打ち明けて、室長に対し改めて、新人1名の採用と

Xの勤務をパートタイマーとすること（電算業務要員の人員構成の改善について）を提案し、あわせてY法人の代表者宛てに書面を作成して提出しています。それは上司に言ったものと同じ内容ですが、この提案によって電算室に新人職員が採用されました。そこまではいいのですが、XがパートになることについてはY法人との間で交渉が持たれました。結局、Y法人の中にはXが求めるような人事の雇用形態がなく、あるとしたら有期雇用の契約社員だということで、平成22年3月18日付で再雇用契約書というものが締結されました。そこでは、契約期間を22年3月16日から翌23年3月15日までとし、更新は1年ごとにするという内容が記載されています。ただ皮肉なことに、Xがこういうことをする必要があった母親は、平成22年3月10日に死亡しています。

このような経過の後、22年12月29日、つまりこの契約期間満了の2カ月前に、XはYの人事管理担当から本件再雇用の更新をしないと告げられました。そして翌年の1月5日に、内容証明郵便で雇止通知書が送付されたのですが、そこにはXが従事している電算業務は常勤職員のみに対応させるので、Xのポストはなくなったということが記されていました。

こうしてXは雇止めされたのですが、雇止め後の4月23日に、Y法人はXに退職金として915万円を支払うとともに、同年7月ごろ再雇用期間中の夏季賞与、これは寸志という名目で3万円を支払っています。

これに対して原審は、Xの本件再雇用は、Y側の事情とともに、母親の介護というX側の事情があったことを指摘し、それからXは期間雇用でなくパートを希望したのに対して、そのような雇用形態が存在しないというので、いわば仕方なく期間雇用となったこと、さらに契約更新はあり得ることが契約書に明記されているといったことを踏まえて、本件では、期間の定めのない契約と実績と同視できるまでは言えなくても、Xの契約更新への期待は客観的に見て合理的であるとして、解雇法理が類推（適用）できるとしました。

その上で、本件ではYにおける業務量の減少は認められず、ほかの従業員には時間外労働もあったという認定がされています。それからXの賃金が高額過ぎるとYは主張したのですが、月額25万円なんですね。再雇いを締結した当初は、Yもこの額が適正なものだと判断していたことがうかがえるといったことか

ら、本件雇止めは違法であると判断して、労働契約上の地位の確認と未払賃金については請求を認容しました。

一方、不法行為を理由とする損害賠償の請求については、雇止めを理由とする不法行為に基づく損害賠償請求を認める場合は、当該雇止めについて、雇止めの違法性を根拠づける事情があり、かつ雇止め後の賃金の支払いによって補填し切れない特別な損害が生じた場合であると解されるとの一般論を示して、本件では、雇止めが違法性を帯びることを首肯させるような事情を認めるに足りる的確な証拠はない、と請求を棄却しました。

本件の大阪高裁ですが、まずXは、再雇用契約というのは形式的なもので、従来の雇用契約が継続していると主張したのですが、退職金も支払われているし、きちんとした交渉のもとで雇用契約が締結されていて、Xの主張は採用できないとしました。

解雇法理の類推適用によって本件雇止めは無効かどうかについては、最高裁の東芝柳町工場事件（最一小判昭49・7・22民集28巻5号927頁）を引きまして、少なくとも解雇権濫用法理が類推適用される事案であると言っています。本件の雇止めの有効性それ自体は、原審と同様に、25万円の額も特に不当ではないし、それからXだけが情報システム委員会の事務局以外に業務がなく、その事務局業務も電算室とのバランスを崩し、ほかの職員の行為を害するほどに減少していたとも言えないので、結局、労働契約上の地位の確認と、未払賃金の請求には理由があるとしています。

変更されたのは、賞与請求権について認めなかったことぐらいで、不法行為の請求についても、さきほどの一般論を示して、やはりこれを棄却しています。

雇止め事案は相変わらず目立っていますが、労働契約法改正で19条が設けられて以降は、その解釈適用が行われる場合がほとんどであろうと思われます。ただ、本件のように最初の更新が拒否される例は、19条の適用対象であることは間違いありませんが、更新回数とか過去の更新の状況が判断材料にならないので、かなり異質な事例であるということは、これまでと変わらないだろうと思います。

あと、関連判例としてご紹介しますが、東芝ライテック事件は、3カ月の有期契約を19年間で反復更新してきた労働者に対する雇止めで、整理解雇の判断を応用して有効と認めたものです。また、日本郵便事件



は、勤務不良を理由とする雇い止めの事案で、長期欠勤という、雇い止めに客観的、合理的と認められる理由があったこととか、もう契約は更新しないという会社の通告をもって訪ねてきた上司に、わかりましたと答えていることなどから、雇い止めの違法性はないとしたものです。

雇い止めの論点としては、1つは、本件のような特殊な事案です。正社員だったけれども、本人の事情もあって、契約社員に移ることで合意したが、1回目の更新で終わりにはできないというのは、1回目の更新拒否も認められなかった事案としてよく引用される龍神タクシー事件(大阪高判平3・1・16 労判581号36頁)のような場合とも全く異なるので、今後こうした事案にどう対応するのか。それを広げて言えば、雇い止めというのは、東芝ライテック事件や日本郵便事件のように極めて多様なので、その多様な類型ごとの判断を労契法19条でカバーし切れるのかといったことも大きなポイントとなるだろうということです。

それから不法行為の判断です。これは原審も本件も認めていませんけれども、このような考え方でいいのかということが、それぞれ問題になるだろうと思います。

なお、本件は、最高裁に上告されましたが、上告不受理で確定しています。

#### \* 契約論で処理できないのか

鎌田 1回で雇い止めということですが、事実関係として、再雇用契約を締結する過程において、どのような話し合いがなされていたのかというのが1つ大きなポイントになるかと思っています。判決文を読むと、この再雇用契約締結過程において、原告は当初1年ごとの更新というのがあまりびんときていなくて、「1年ごとの更新になる制度になりますよ」と言われ、それだとビクビクするとか言って、60歳定年やその後の継続雇用まで含めて話し合いをしています。そうすると当然1年で終了するということは、少なくとも原告は考えていなかったと受け取るわけで、裁判所もそのように認定しています。そうすると、野川先生がおっしゃった、1回で雇い止めがなされたことの側面も非常に特殊で、注目すべきだとは思いますが、再雇用に転換したときの経過も非常にウエートが高い事件なのかと思います。結局、これは、定年までやるということだったんでしょう。そして継続雇用まで考えたとい

うことは、いわゆる存続期間としてこの1年間の期間を定めたという認識が極めて希薄な場合なのではないかと読みました。

ですから、いわゆる雇い止め法理というよりは、再雇用契約で契約期間を定めたという趣旨が大きくなウエートを占めたのかと思います。ただ、判決文は、やはり期待の合理性とか、そういう枠組みに戻ってきていますよね。

野川 こういう場合には、そもそも1年ごとの期間を定めた契約であること自体が疑わしいということですか。

鎌田 いや、有期契約であることは否定しませんが、期間を定めた意味が、いわゆる(1年で)存続期間として終了するという、果たしてそこまで含めた期間なのかということです。ここでいう契約は特段の事情がないかぎり更新することを前提にした、いわば自動更新条項付き有期契約なのではないか。

野川 そこは非常に大きなポイントで、世の中の契約社員の(契約の)ほとんどは、当然更新されることが何となく暗黙の了解であるような契約が多いと思います。だから労働者側は「裏切られた」と思うので、裁判所に行ってまで争う。それでも一応原則論からいえば、期間1年で更新があり得るというのは、期間1年で満了しますよということではあるんですよ。それと、使用者側の立場からいえば、最初から1年で追い出してやろうと思っていたことがうかがわれる特段の事情があれば別ですが、そうではなくて、更新してもいいなと思っている場合に、1年たったら追い出すと受け止められたらこの1年だって真面目に働いてくれないだろうから、「更新して長く働くことが十分にあり得るよ」と言うのは、それ自体は何も問題はない。それを考え合わせると、本件はかなり微妙なケースであるような気がします。

鎌田 この判決を読んでよくわからなかったのは、日立メディコ事件(最一小判昭61・12・4 労判486号6頁)は、最初から有期契約でやっているものについて、一定の経営上の都合などから雇い止めするような場合を想定しています。だから継続雇用の合理的期待という話になるわけです。でも、この事件は、そもそも無期であった人が、母親の病気などを理由に、パートタイムのように勤務を軽減するような形で働きたいという申し出をして、その中から出てきた話です。では、何で有期なのかということ、それしか枠組み、受け

皿がないからということです。

再雇用契約で形の上では雇用期間を1年と定めているわけですが、定年まで当然勤務することも想定されたので、特段の事情がない限り継続することが契約の中身として合意されているのではないかと捉えられ、そうすると契約論として処理できるのかなと思ったのですが、枠組みとしては雇い止め法理で来ている。雇い止め法理の東芝柳町工場事件は、どちらかということ意思解釈的なところがあるので、それはいいんですけども、日立メディコ事件のほうは、意思解釈というよりは、まさに解雇権濫用の法理の脱法を許さないという類推適用の問題です。この事件は、そのレベルの話なのかなというのが疑問に思ったところです。そもそも再雇用契約というのは、契約意思として特段の事情がなければずっと働いてもらいますということが読み取れる事例なのではないかと。

野川 それもやはり類型としては多いと思います。つまり、「会社の人件費の増大を何とかしなくてはいけないので、君は契約社員に回ってもらえないか」「今までと特に仕事は変わらなくて、残念ながら少し賃金は下がるけれども、雇用だけは維持するから」という形で期間雇用になっている人は多いですよ。本件では、労働者側の母親の介護という事情も加わっているので、少し違うかもしれないけれども、類似しています。そういった事案について、労契法19条でどう対応するのかということにつながると思います。

有期労働契約研究会の報告書は（有期雇用契約を）4つに分けました。東芝柳町工場的な期間を定めないと変わらないというもの、日立メディコの合理的期待があるというもの、それから専門職のものと、1年1年本当にやるものというようにです。でも、この分け方では、本件のような場合は対応が難しい。この事件も今だったら労契法19条になりますよね。そのときにどう対応するのかなと思います。

**\*雇い止めの判断はすべて労契法19条で**

鎌田 雇い止めという形式、要するに期間が定められて雇い止めになれば、全て19条の問題に流し込んで処理をすることになるのでしょうか。

野川 そういことでしょうか。19条ができた以上は、むしろ純粋に契約の意思解釈の問題として処理するよりも、規範のあてはめの問題になりますよね。きちんと期間の定めがある契約が書面をもって締結さ

れ、その更新が拒否された。当然19条でしょうとなる。そうすると19条は、契約締結プロセスが今すぐ変わっているとか、そういうことまで判断できる内容ではないので、結局は雇用継続の合理的期待が、この場合はとても大きいとなるでしょうね。

鎌田 そうすると例えば東芝ライテック事件のように、雇い止めの有効性を判断する際、もう今回で最後だよと言うことの意味解釈はどうなるのでしょうか。19条の適用の中で雇い止めが行われているけれども、合理的期待の中身を考えるときには、契約意思というのがやはり入ってくるでしょう。

野川 不更新条項を解釈するときは、たしかそうですね。あれも合理的期待を判断するときの要素の1つと位置づけられた上で、やはり当事者の意思として、それがどうだったのかということになります。だから東芝ライテック事件のような場合も、「この次で終わりですよ」とはっきり言ったことで、合理的期待がどれくらい減じるのかという判断で考えています。

鎌田 そうすると合理的期待というのは、当事者の契約意思というか、更新にかかわる意思が組み込まれるということですね。

野川 そういことになりますね。東芝ライテック事件も、使用者としては「これだけやったのだから雇い止めできるだろう」と考えていたわけですよ。だけど、ここまでやっても、かなり前からの事情をかんがみて、雇い止めではなく解雇法理の類推（適用）なんですよ。この事件の結論としては、解雇法理を類推した結果、整理解雇としては適法で有効とされましたが、めったなことでは、今の裁判所は雇い止めそのものとしては認めないですね。

鎌田 19条の雇用継続の合理的期待というのは、どちらかというといわば解雇権濫用法理の類推適用の問題で、まさに契約締結時の当事者意思にかかわらない更新請求時の継続雇用期待の保護と捉えると、そこに意思の問題を入れるのもどうかと思います。一方、清恵会事件は、逆に意思の問題で処理できるので、全て合理的期待のところ流し込んで、意思も考えなくてはいけませんねということ、何かすっきりするようで、実はすっきりしないということが出てくるのではないのでしょうか。

野川 そうですね。本人たちはまさにすっきりしないかもしれませんね。

鎌田 確かにそうです。でも、野川先生がおっしゃ

たように、19条があるからとりあえず雇止めの問題はみんなそこに流し込むという考え方はありますよね。

野川 当然そうですね。

鎌田 私は民法的に考えているせいなのかもしれないですが、やはり意思の部分で処理できるのだったら、それで処理してしまおうと。要するに雇止め法理というのは、まさに解雇権濫用の法理の問題だから、それで処理する。不当な場合にそれが出てくるのかと何となく思っていたんですけども、19条があるのだから、みなこれで処理ということに多分なりますよね。

野川 そこは大きな論点です。少し意味が違いますが、労契法16条ができたときに、整理解雇も16条でいくのかという問題がありました。それは実は今でも本当は決着がついていないのです。判断要素が全く違うのですが、16条しかないんですよ。16条は「解雇は」と書き出していて限定していないから、あらゆる解雇はとにかく16条でいくことになるというのと似ていると思いました。あらゆる雇止めは、要するに雇止めという客観的類型が共通であれば、たとえば意思解釈で解決できるとしても、全部19条でいくのだというように。

鎌田 そうすると合理的期待というのは、まさに意思の問題もその中に組み込んでしまうということですね。東芝ライテック事件的な発想になる。

野川 考えてみると、今までの東芝柳町工場事件とかの最高裁の考え方と19条は必ずしも同一ではない。やはり新しい判断ルールだと言えるかもしれません。

鎌田 それが雇止めに関する一般法理になった。

野川 そうなってしまうんですよ。

鎌田 立法化するというのは、そういう意味で大きいことですね。

## 2. 労組法上の労働者性——ビクターサービスエンジニアリング事件（差戻審）（東京高判平25・1・23 労判1070号87頁、最三小判平24・2・21民集66巻3号955頁）

### 事案と判旨

委託発注会社（Z社）と業務委託契約を締結する個人代行店を組織する労働組合が、その契約条件の改善を求めてZ社に団体交渉を求めたところ、Z社は個人代行店が労働者に当たらないとしてこれを拒否したことが不当労働行為に該当するかどうか争われた事案である。初審大阪府労

委、再審の中労委は個人代行店が労組法上の労働者にあたると判断したが、取消訴訟第一審の大阪地裁、第二審が共に労働者性を否定した。これに対して、最高裁は、これを覆して、①個人代行店はZ社の事業の遂行に必要な労働力として基本的にその恒常的な確保のために会社の組織に組み入れられていること、②Z社が個人代行店との間の契約内容を一方的に決定していること、③委託料は、実質的には労務の提供の対価としての性質を有すること、④基本的にZ社による個別の出張修理業務の依頼に応ずべき関係にあること、⑤個人代行店は、基本的にその指揮監督の下に労務の提供を行い、かつ、その業務について場所的にも時間的にも相応の拘束を受けているとしたうえで、「個人代行店については、他社製品の修理業務の受注割合、修理業務における従業員の関与の態様、法人等代行店の業務やその契約内容との等質性などにおいて、なお独立の事業者としての実態を備えていると認めるべき特段の事情がない限り、労働組合法上の労働者としての性質を肯定すべきもの」として、その「特段の事情」の有無を審理するために差し戻した。

これを受けて、差戻審は、(a)個人代行店の業務内容、(b)他社製品の修理業務の受注割合、(c)修理業務における従業員の関与の態様、(d)法人等代行店の業務やその契約内容との等質性について、新たに詳細に事実を認定して、個人代行店が独立の事業者としての実態を備えていると認めるべき特段の事業があるとは認められないとして、労働者性を肯定した。

鎌田 労組法上の労働者性については、このビクターサービスエンジニアリング事件の前に、オペラ合唱団員の労働者性が争われた新国立劇場運営財団事件（最三小判平23・4・12 労判1026号6頁）、業務委託で修理業務に従事する委託従事者の労働者性が争われたINAXメンテナンス事件（最三小判平23・4・12 労判1026号27頁）が先行していて、この2つの事件で最高裁は、事例判断ではありますが、ほぼ共通の判断枠組みで、二審を覆して労働者性を肯定しました。その枠組みは何かというと、まず、事業組織への組み入れ、契約内容が一方的に決定されているか、報酬は労務対償性を持っているか、指揮命令を受けていたのか、時間的、場所的拘束性があつたか、それから業務依頼に応ずる関係にあるか、おおむねこういった考慮要素を提示しています。

本件に関していうと、本判決の概要で示したように、ほぼ同様の考慮要素に沿って判断したうえで、さらに、他社製品の修理業務の受注割合、修理業務における従業員の関与の態様、法人等代行店の業務やその契約内

容との等質性などにおいて、なお独立の事業者としての実態を備えていると認めるべき特段の事情があるか問題にしています。

それを受けた差戻審は、労働者性にかかわる考慮要素について、ほぼ最高裁と同じようなことで判断しているのですが、問題は「特段の事情」です。これも結論としては、独立の事業者性を示す特段の事情がないということで労働者性を認めました。差戻審の判決は、その後上告され、上告受理申立てが却下されていますので、この事件は終結しています。

注目したいのは、差戻審が特段の事情についてどのように判断しているかですが、大きく4つの点について判断しています。1つは、個人代行店の業務内容、それから他社製品の修理業務の受注割合、それと修理業務における従業員の関与の態様、さらに法人代行店の業務やその契約内容等の等質性についてということで、これらについて詳しく判断をして、いずれも独立の事業者を示すものではないという判断をしています。

私としては結論はこれでよいと思っているのですが、ただ、理論的に若干よくわからない点があります。まず、労働者性の判断枠組みとして、組み入れとか契約の一方的な決定といったことでそれぞれ判断して、労働者性を肯定する要素があるにもかかわらず、なお独立の事業者としての実態を備えているかどうかという特段の事情について検討することの意味をどう考えるかです。

従来、事業者性の判断というのは、実際には労働側が労働者性の肯定する要素を主張し、それに対して使用者側は事業者性を示す要素を主張して、総合的に考慮する中で、例えば指揮命令があったとか、時間的拘束性があったとか、諾否の自由があったということが議論になっていて、格別この事業者性について議論しているわけではありませんでした。事業者性ということで、従業員の関与の態様とか、他社製品の修理業務の受注割合とか、法人代行店の契約や業務内容などということが格別細かく挙げられているわけではなかったわけですが、こういう枠組みで考えますと、いわゆる労働者性を否定する消極的な考慮要素として、独立の事業者としての実態を備えているかというのが、非常に大きな、消極的ではありますが、考慮要素として挙げられていることになるのではないかと思います。

かつて独立の事業者として挙げられていたのは、例えば業務に必要な機材、器具を自分で持っているとか、諸経費を自分で負担しているとか、そういった個々の要素について、いわば労働者性を示す個々の要素と総合的に判断していたわけですが、ところが、この判決で特徴的だと思うのは、独立の事業者を「自らの独立した経営判断に基づいてその業務内容を差配して収益管理を行う機会が実態として確保されている」ものとして、やや概念的にまとめているのです。そうしますと、他社製品の修理業務の受注割合とか個々の要素のレベルと並列した考慮要素として、独立した経営判断に基づいてその業務内容を差配して収益管理をする機会が実態として確保されているという要素を考えるのか、そうではなくて、独立した事業者を「独立した経営判断に基づいてその業務内容を差配して収益管理を行う機会が実態として確保されるもの」と概念的に捉え、これを示す間接事実として上記の3つの要素を捉えるのか、そうすると独立の事業者を示す指標というのは、今挙げた3つ以外にも挙がってくる可能性もありますが、そういったものとして、この独立の事業者の定義を捉えることが可能なのか。そういう疑問があったわけですが、そういう観点から、差戻審の判断はどうしているのか関心がありました。

差戻審は、最高裁が支持した受注割合とか、従業員の関与の対応とか、それから法人代行店との等質性という考慮要素についてはもちろん判断しているのですが、その前に個人代行店の業務内容について、という1項目を立てて、これについて幾つかの事実、例えば高額の報酬を得たものがあってもこの判断が左右されるものではないとか、業務担当地域が従業員と異なる、その住居地またはその付近とされていることなどを示して、個人代行店が自らの独立した経営判断に基づいてその業務内容を差配して収益管理を行う機会が実態として確保されているとは認めがたい、と判断をしています。

自らの独立した経営判断で業務内容を差配して収益管理するというをどのレベルで、つまり個々の判断の一要素として捉えているのか、あるいは全体として1つの独立の事業者性の定義、概念として捉えているのかということが、よくわかりませんでした。

独立の事業者ということを言えば労働者ではなくなるので、1つの概念として捉えているのかなと思いますが、そうしますと受注割合だとか、従業員の関与の

態様などが個々の独立の事業者を判断する考慮要素としては挙がっていますが、それ以外の考慮要素も今後はその事案に即して検討されるべきことになるのではないかと思います。現在、コンビニオーナーが組織する労働組合の団交拒否事件が労働委員会にかかっていますので、労組法上の労働者性は大きな問題として今後もまだ残っていると考えます。

#### \*判断要素としての「事業者性」

野川 新国立劇場運営財団事件、INAX メンテナンス事件、そしてビクターサービスエンジニアリング事件の3つの共通の部分は、(労組法上の労働者性について)6つの判断要素を挙げていることですね。その位置づけを、これらの最高裁判決が出されるのと並行して出された労使関係研究会報告書は3段階に整理しています。まず、基本的な判断基準があり、それは事業組織への組み入れと、契約内容の一方的決定、賃金として対価性があることです。それから、補強的な判断基準として、諾否の自由があるかどうか。時間的、場所的拘束を受けているかどうかということ。それと、(消極的判断基準としての顕著な)事業者性です。

この構造だとすると、事業者性はすごく重要な判断要素になっていて、6つのうちほかの5つが完璧に具備されていても、事業者性が非常に顕著ならば覆るということでしょう。これが果たしてそこまで重要な要素なのかという問題があります。本件はまさにその点が問題なのでクローズアップされ、唯一差し戻したわけです。

そこはどう考えたらいいかというと、労組法上の労働者性一般ではありますが、やはり結局は団交の問題ですね。団体交渉によってみずからの労働条件を改善できるというのは、自分だけでは労働条件、つまり経済的ないろいろなことを処理できる可能性が少な過ぎ、収入とか経済的地位を支配している相手に何とかしてもらわない限りはどうしようもないという事情が、団体交渉を要求する労働組合の組合員たる労働者にはあるという点が重視されているのではないのでしょうか。だから本当のことをいえば、あれを労組法3条の労働者一般に広げて判断するのは、疑問があります。6つの判断基準そのものはいいとしても、事業者性をそこまでクローズアップさせる必要はないと思います。

労働者だけれども事業者的な要素もあって、どう判

断したらいいかというのは、労基法上の労働者について問題になりました。労基法はどちらかに決着をつけないと、一部だけ適用というのはないので、労基法自身が認めていない限り、労基法全部が適用されることになってしまうので問題になる。けれども、労組法上の労働者は、むしろ相対性があってもいいのではないかと思います。

それから、事業者性判断の中身についてですが、鎌田先生のおっしゃったことで感銘を受けたのは、一般論で言っていることを具体的に判断している部分と、独立の事業者としての、独立した経営判断に基づいて業務内容を差配して収益管理を行うこととの関係がわかりにくいということです。そのようなことまで十分考慮した上での判断要素の立て方だったのかなという感じがします。

基本的には、個人代行店がみずから独立した経営判断に基づいて業務内容を差配して収益管理を行うことができるのなら、団体交渉の必要はないのではないかと判断がやはり根底にあって、そのほかの修理業務における従業員の関与の態様とか、他社製品の修理業務の受注割合とかは、それを判断するための中身の要素として考えているのではないかと私は思います。だとすると、最後は鎌田先生がおっしゃったことに同感で、やはりほかにも要素があり得る。

鎌田 独立の事業者のですよね。

野川 そうです。これだって、やはり「など」と書いていて限定はしておらず、ほかにもあり得るので、今後ひょっとしたらいろいろな事案の中で、それこそコンビニ店主とかまた別の事情が出てくるかもしれないですね。

あともう一点、私からの疑問は、さきほどの要件の問題と同じで、ここに挙げられている要素は単なる例で、どれかが満たされなくても、あるいは満たされても、それだけでは決着はつかないということなのか、それともやはり要件的なものとして扱われているのかということですか。

鎌田 公式的には要素ですよ。

野川 はい。

鎌田 要件ではないので、やはり総合判断だろうと思います。ただ、実際に判断する側とすれば、肯定する要素がこれだけあり、否定する要素があり、総合判断で労働者性があるというのは、実際にはなかなか言いがたい。

野川 そうですよ。整理解雇の要素も、結局どちらかに傾くときは、全部についてそうだと仰います。

鎌田 なので、判断するほうとしては、要件的な取り扱いになってしまう。

野川 そうだとすると、私が心配なのは、修理業務における従業員の関与の態様というところ。個人代行店では、アルバイトを雇って少し手伝わせるということは、幾らでもあり得ると思います。それを引っかけられると、結構、事業者性は認められることにならないかなど。

鎌田 でも、そこは、最高裁は考えていると思います。従業員の「関与」の態様と言っているでしょう。従業員がいることとは言っていない。だから従業員がいるだけで、アルバイトを雇っているだけでアウトではないわけです。

野川 どれくらい手伝っているかと。

鎌田 そうです。そうすると関与の態様が果たして独立の事業者性を示すかどうかというのは、やはり、独立の経営判断で差配収益していたかどうかということに多分戻ってくる。そうしないと最終的な判断をし切れない。従業員がいるだけでアウトだと言ったら簡単だけれども、そうは言えないだろう。だけど、例えばそんな大量に従業員を使って、自ら業務をやることがないとすれば、管理しかやっていないということになり、それは難しいと思います。

**\* 事業者性の強い人がいる組合との団交は可能か**

野川 それはそうですね。そこはグラデーションで、完全に経営的な人と、少しアルバイトを使っている人との間にはいろいろとあります。そうすると、次の段階で心配なのは、INAXはCEが590人もいましたが、例えば100人の個人代行業者が全く同じようにピクターのようなメンテナンスサービスの仕事をやっていて、みんなで集って組合をつくって要求したら「あなたたちは労働者ではない」と言われて断られた。では、どうなのかを判断するときに、同じ仕事をしていて、同じ仲間だと本人たちは思っているけれども、客観的に判断してみたら、そのうちの15人は違うとなった場合、使用者は「団交には応じるけれども、その15人分については応じない」と言えるかどうか。

鎌田 そこですよ。

野川 それは労働委員会でどう判断するんですか。「何人かは違う」と言っても、組合のほうは全くそん

な気持ちはないでしょう。やっている仕事はみな同じで、たまたま従業員の関与が大きかったからとか。

鎌田 それはやはり根本的な問題で、例えば労働者性の判断に事業者性も入れているけれども、中には事業者性が強い人もいるし、そうでない人もいます。でも、全体で1つの組合員だといった場合に、労働組合としての資格を認めるかどうかという問題になります。

野川 でも、ちょっと待ってくださいよ。もし、労働者ではない人がいたとしても、そのことだけで団交に応じないとはできないでしょう。労働組合は、明確に労働者ではない人間が入っていたっていい。

鎌田 そうです。だからそれは問題ないのですが、組合として労働者が主体となっているかどうかという問題があります。

野川 100人中10人ぐらいだったら、よいのではないのでしょうか。

鎌田 そうですね。

野川 でも、そうすると、使用者の勝ちではないかと思えます。「おまえたちのうちこの10人は、こういう意味で最高裁の判断からいえば労働者ではないから(団交を)受けない」と言われたら、連帯が崩れてしまう。

だから、使用者としては非常にいいやり方なんです。「これを言うと実質的にこいつらはもう崩れる」と。どうそれを乗り越えたらよいのか、私は非常に大きな疑問があって、その考えは「菅野古稀」に書きました(「労組法16条の労働契約の意義——基本問題についての覚書」荒木尚志・岩村正彦・山川隆一編『労働法学の展望——菅野和夫先生古稀記念論集』有斐閣、2013年)。少なくともそういう場合、団体交渉の要求はやはり認めるべきではないかなど。なぜなら、労組法6条もそうですが、団体交渉は組合員のために行うのです。労働者のためとは書いていない。それを分ける実益があるのです。労組法上の労働組合は労働者が主体となっていればよいので、非労働者が入っていてもいいわけです。労働組合は非労働者のためにも活動していい。だから少なくとも団体交渉については受けてよいのではないのでしょうか。ただし……。

鎌田 協約とか、そういうことになってくると……。

野川 そう、それは無理です。しかし、団体交渉による口頭の申し合わせでも意味がありますし、協約じゃない協定だってできます。

鎌田 なるほど。そうするとまさに不当労働行為の

類型によって違って来るわけですね。

野川 そういうことです。だから相対化されるのではないかということですね。労組法上の労働者性というの、3条はものすごくアウトなので、それをブレイクダウンする。3条が上位概念としてあって、団交とかいろいろなことによってブレイクダウンした区分けができないかと思っているのですが。

鎌田 それは使用者性のところにも影響を与えますね。

野川 まさにそうです。

鎌田 団交応諾義務が相手によって、個々の労働者の適性に応じて拒否されることもあり得ないわけではない。

野川 むしろそういうのを助長すると思います。

鎌田 これは、どう考えたらいいのか。

野川 やはり団交は、労働者でない者が組合に入っ

ていても応じるべきかと思います。

鎌田 要するに組合としての、集団的にその事業者を含めた就業条件についてのものだからですね。

野川 そういう共通性でね。

鎌田 確かにそういう理屈、団交事項の中身に照らして共通性を持っているわけですからね。ばらばらだったらアウトですが。

ただ、協約となると、労働契約と書いてあるから……。

野川 さすがに労働契約では無理かなと思いますけれども。

鎌田 確かに。でも、これから出てくる可能性はあります。

野川 そうですね。そこは労働委員会、頑張ってくださいとしか言えません。

## ホットイシュー

### 1. 外国人研修生・留学生——広島経済技術協同組合ほか（外国人研修生）事件（東京高判平 25・4・25 労判 1079 号 79 頁）

（関連判例）T 学園事件（東京高判平 25・1・31 労経速 2170 号 15 頁）

ナルコ事件（名古屋地判平 25・2・7 労判 1070 号 38 頁）

#### 事案と判旨

本件は、いわゆる団体管理型と言われる外国人研修生・実習生受入制度の一つを舞台とした事案である。原告 X らは中国籍の研修生・実習生で、第一次受入機関は広島経済技術協同組合（Y<sub>2</sub> 組合）であり、第二次受入機関である A 社は土木工用資材の販売などを業とする会社として登録されているが実際にはこの会社の相談役である一番被告 Y<sub>1</sub> が外国人研修生・実習生の受け入れを仕切っていた。X らは研修の在留資格で入国し、建具製作等の作業を行ったのち、技能実習生に移行することとなり、在留資格を研修から特定活動に変更して技能実習として建具製作等の作業に従事した。X らは、研修期間中も実際は賃金の対象となる労務提供を行っていたことに基づく同期間中の賃金、実習期間中の最低賃金額と支払賃金額との差額、時間外等割増賃金などを求めて訴えを提起した。なお、X らは平成 22

年 8 月 18 日以降就労していないが、この期間中の賃金も請求している。

原審は、研修期間中の X らの研修作業を労務の提供として賃金請求権を認め、かつ実習期間中の割増賃金等の差額や時間外労働等の割増賃金の一部付加金の請求も認めた。ただ、8 月 18 日以降の X らの不就労は必ずしも Y<sub>1</sub> の責に帰すべき事由によるとは言えないとして、この期間の賃金請求は棄却している。

高裁も原審の内容を踏襲している。

野川 この事件は、いわゆる団体管理型と言われる外国人研修生、実習生受入制度の 1 つを舞台とした事案です。外国人研修・実習制度には、日本の企業が企業独自で海外の現地法人などの職員を受け入れて研修・技能実習を実施する企業単独型というものと、それから中小企業が事業協同組合をつくって、その協同組合が第一次受入機関として研修をしようとする者を受け入れ、その協同組合の組合員たる個々の企業が第二次受入機関として研修を実施し、事業協同組合は個々の企業の研修を管理する、団体管理型というのがあります。

企業単独型は大きな企業で、そういうことを独力でできるところしかできないので、ある意味ではそんなに問題は起こらない。ところが団体管理型は、いろいろな企業が複雑に交じり合って運営されるので、よくトラブルが起り得るのです。本件もその1つで、原告Xらは中国籍の研修生、実習生です。第一次受入機関は、事業協同組合たる広島経済技術協同組合で、これをY<sub>2</sub>組合とします。第二次受入機関はA社という、土木工事用資材の販売などを業とする会社として登録されているのですが、実はほとんど幽霊会社で、実際にはこの会社の相談役である一審被告のY<sub>1</sub>という個人が、外国人研修生、実習生の受け入れから研修実施を完全に仕切っていました。

Xら研修生は、平成19年12月5日に研修の在留資格で入国し、同月12日から平成20年12月5日まで研修生として建具製作等の作業を行った後に、技能実習生に移行することになり、使用者をA社として、平成20年12月5日から平成22年12月5日までを実習期間として、労働時間を午前8時から午後5時10分、うち休憩70分、休日を日曜日その他会社が指定する日、賃金を日給5776円とする雇用契約書を作成しました。そして、在留資格をそれまでの「研修」から「特定活動」という入管法の資格に変更して、平成22年8月17日まで技能実習生として建具製作等の作業に従事しました。22年12月5日までが実習期間だったのに8月17日で終わってしまうのは、トラブルが起こったからです。

Xらは、研修期間中も実際は賃金の対象となる労務提供を行っていたという理由に基づくその期間中の賃金、それから実習期間に移った後も最低賃金額を下回る額しか給与としてもらっていないということで、その最低賃金額と支払賃金額との差額、さらに時間外割増賃金等を求めて訴えを提起しました。また、Xらは相手に不信感を抱いて8月18日以後仕事をしなかったのですが、その期間中、つまり仕事をしなくなってから12月5日までの期間中の賃金も請求しています。

本件で問題となったのは、まず、そもそもY<sub>1</sub>という個人がほとんど自分ひとりでやっていたA社が、労働契約の当事者としての実態を有しているかどうかです。その点について原審のさいたま地裁は、労基法や労契法に言う使用者について検討していて、「実質的に指揮命令をして労務の提供を受け、賃金を支払っていた又は支払うべき者をいうと解するべきであり、

その前提として、会社の場合においては、これらの主体となり得る実態を有していることが必要である」との判断基準を提示して、これに基づいて、A社は、登記があるだけで会社としての実態は全くなかったとして、本件におけるXらの使用者たり得ないと認定しました。そして実際にはY<sub>1</sub>が本件Xらの受け入れから研修、実習、賃金の支払いなどを仕切っていたとして、実質的な使用者はY<sub>1</sub>であると認定しています。

他方で、Xらが労基法や労契法における労働者と言えるか否かについても判断して、労基法9条とか労契法2条1項などの解釈から、外国人研修・技能実習制度における研修生が、労契法及び最賃法上の労働者に当たるか否かについては、「受入れ機関側における研修体制の構築の有無、実際に実施された研修内容・時間、特に非実務研修の実施の有無、その内容、時間のほか、研修生が研修手当を受領していた場合にはその手当についての認識等を総合考慮した上で、研修生が行った作業であっても、労務の提供としての賃金の支払を受けるにふさわしいものであった場合には、(当該)前記労働者に当たる」という基準を示して、Xらについては研修期間中も労働者であったとしました。

これらの判断を踏まえて、原審は、研修期間中のXらの研修作業を労務の提供として賃金請求権を認め、かつ実習期間中の割増賃金等の差額や時間外労働等の割増賃金の一部付加金の請求も認めました。ただ、8月18日以降のXらの不就業は必ずしもY<sub>1</sub>の責に帰すべき事由によるとは言えないとして、この期間の賃金請求は棄却しています。

Y<sub>1</sub>に対する不法行為に基づく損害賠償の請求については、まず、第一次受入機関の研修に関する責任について、「研修を受けようとする者に対して、第二次受入機関が研修を適正に実施する体制を備えず、体制を備えることが全く期待できない場合にあっては、そもそもそのような機関に研修生を受け入れさせてはならない義務を負い、また、研修生に対して、自ら第一次受入機関として適正な研修を実施し、第二次受入機関による研修が研修計画どおり実施されているか、実質的に労働となっていないか等について監査し、不適切な研修が行われている場合には、これを指導し、管轄の地方入国管理局長に報告する義務を負う」との判断基準を示し、これに基づいて、本件におけるY<sub>2</sub>は研修を適正に実施する体制を備えず、体制を備えることも全く期待できなかったのであるから、この



Xらに対して、そもそもXらを受け入れさせてはならない義務を懈怠したと言えるし、またみずから第一次受入機関として適正な研修を実施し、研修を指導し、広島入国管理局長に対して報告する義務を懈怠したということで、不法行為責任を認めました。

また、実習については、「研修での第一次受入れ機関は、研修とは異なり、技能実習を管理する地位にはなく、基本的には、技能実習の実施について注意義務を負うものではない」としました。もっとも、「技能実習は、外国人研修・実習制度の下で研修と一体として運用され、技能実習は研修の実施を前提としているものであり、法務省入国管理局が平成19年12月に公表した「研修生及び技能実習生の入国・在留管理に関する指針」において、安価な労働力確保の目的で研修生を受入れる事例が存在しているとして、実習実施機関による不法就労の排除のために第一次受入機関が、実習実施期間を指導することが望まれる旨が記載されている。そうだとすれば、研修における第一次受入機関は、実態のない会社と雇用契約を締結しようとしていることを管轄する地方入国管理局長に報告しないなど、実習実施期間における不法就労を殊更助長しているといえる場合に限って不法行為責任を負う」として、本件におけるY<sub>2</sub>は、まさにこの技能実習においてY<sub>1</sub>が会社としての実態のないAにXらを就労させることを殊さら助長したと言えるとして、不法行為責任を負うとしました。結局、研修期間と実習期間相互において損害賠償責任を認めたわけです。

高裁も細かい点は違いますけれども、内容的には原審を踏襲しています。

論点ですが、おそらく外国人研修生・実習制度ができるまでは、例えば労基法や労契法上の使用者とか、労働者について、このような事態を想定してはいなかったと思います。

研修は、法制度上は労働契約ではありません。研修生というのはあくまでも、まさに研修、勉強をしているわけです。実習と座学の両方を通じて研修をしているのです。払われているのも研修手当であって、賃金ではないという前提で運営されている制度です。

しかし、実態として、労基法上、最低賃金法上の使用者だとか労働者だと言えるか否かの検討が、果たしてこの判示では成功しているかというのが1つの問題です。

というのは、この判示は、あたかも労働契約関係が

成立していれば労働者であり、使用者であると見られるような判断をしているわけです。高裁はほとんど原審を踏襲しているので、原審ですけれども、一般論のところで、労契法2条2項、最賃法2条2項とそれが準用する労基法10条の使用者について、これらの定義からすれば、「前記各法における「使用者」とは、実質的に指揮命令をして労務の提供を受け、賃金を支払っていた又は支払うべき者をいう」としています。そうすると労務の提供を受けて賃金を支払っているという関係は、まさに労働契約関係になるので、実態として労働契約関係にあるとみなされる者は、労働契約を締結する意思がなくても、最賃法、労基法上は労働者であり使用者であることになるのかということになります。

労働者性の判断についても、総合考慮すると、「研修生が行った作業であっても、労務の提供として賃金の支払を受けるにふさわしいものであった場合」には、労働者に当たると言っています。これらの意味が、例えばそこには黙示の労働契約関係が成立しているとか、全くそういうことは関係なく、完全に実態としての判断だけでそのように判断を導いているのかというのが、非常に大きなポイントだと思います。

それとあとは、非常にテクニカルな問題になります。第一次機関にはこれだけの義務があって、これらを怠ったら不法行為になると言っている点が、論点にはなるだろうと思います。

なお、関連判例についても申し上げておきますと、まずT学園事件です。これも特殊な問題ですけれども、専門学校に在学していた外国人留学生らが、この専門学校の職員が留学生らの在留期間更新許可申請の取次を約束していたのにしてくれなかった。その結果、残留期間を渡過して不法滞在になってしまい、入国管理局に56日間も拘束されたこととか、留学生の1人が日本の大学院に合格したのに、専門学校が成績証明書の発行を拒んだので、大学院で学ぶ機会を侵害されたといったことを理由として損害賠償を請求した。それから、新年度の専門学校受講申し込みをしたのは取次申請、つまり残留許可申請をしてくれるからであり、それをしてくれなかったのだから、錯誤無効で受講料は不当利得に当たるから返せといったことを請求した事案で、裁判所は全てこれを棄却しています。

理由としては、出席率が足りなかったからということ。出席率が足りないと取次申請をしなくてもいい

いという指導が入管からあったらしくて、それに従っただけだということ、それから大学院に受かった留学生も、出席率がやはり足りなくて成績証明書を出すことができなかったということでした。

ナルコ事件は、中国人研修生の人差し指の切断事故について、安全配慮義務違反の損害賠償を認めたものです。認めるに当たって、いつもこういう場合は問題になる逸失利益の算定について、中国人研修生だった者の中国での収入を基礎とすると、中国における男子労働者の平均賃金とか、それから中国のGDPの増加傾向などを加味して、逸失利益の算定における労働者の基礎収入として、平成19年の『賃金センサス』の男性労働者平均賃金の25%という計算をし、その逸失利益の算定期間は67歳までという判断をしました。

いずれも外国人労働者、あるいは研修生・実習生固有の問題を扱っていて、この種の事件がまた数としても、それから内容の多様化という意味でも増えてくるのではないかとということで、取り上げました。

**\*労契法と労基法で「使用者」は異なる**

鎌田 特に使用者性、労働者性と労働契約の成立のところは大変興味深い問題ですね。

野川 私が違和感を持ったのは、例えば労働者性、使用者性を判断するのに、労契法2条と労基法の9条や10条を一緒にして、これらから判断されると言っているところです。なぜかという、労契法というのは民事法なので、労働契約上の労働者か使用者かを判断します。しかし労基法は、行政監督とか刑罰を与えるときの判断です。それを一緒にしてこのように導くと、労働契約が黙示に認められるような場合を言っているのか、完全に事実的なことを言っているのか、わからなくなってしまいます。

鎌田 おっしゃるとおりで、使用者の定義の「実質的に指揮命令をして労務の提供を受け、賃金を支払っていた又は支払うべき者」というのは、どちらかという、労基法的な発想でできています。労基法上、使用者にどういう者が当たるかというのは、まさに公法上の義務の担い手として特定していくわけですね。だから当然、事業主でなくても使用者になり得るわけです。

野川 まさにそうです。

鎌田 ところが、契約上の使用者となればそういう理屈は通らない。そうすると先ほどのマツダ事件と同

じように、労働契約が成立しているかどうかというのは、申し込みと承諾の意思の合致の問題に戻ってくるんですよ。ところが、それにかかわるような判断はしていない。なので、それをどう理解すればいいのかということですが、私の意見としては、実質的に指揮命令して労務提供を受けているから使用者だということは、労働契約上の使用者の定義としては無理だろうなと思います。

野川 明らかに無理ですよ。労契法2条を持ってきているのはミスリードそのものだと思います。

鎌田 そうですよ。また、返す刀で労働者についても言っています。

野川 同じように労契法を持ってきている。

鎌田 「労務の提供として賃金の支払を受けるにふさわしい者であった」というのは微妙な表現ですが、少なくとも労務の提供を実質的に行っている者が労働契約上の労働者だとは言えないから、「賃金の支払いを受けるにふさわしい者」ということで、賃金請求権、あるいは賃金を受ける地位を法的に評価した上で、それをもって労働契約の一方当事者だと言う。そうであれば根拠は何か。なかなか言いづらい感じもします。

この問題では、「申込承諾の意味での契約が成立しているかどうか」という明示的な契約成立のレベルの話をまずしなくてはいけなくて、それが無いんですよ。次に、黙示的なレベルになりますが、これも先ほどのマツダ事件であったように、黙示の合意と言いながらもそれを推認できるような諸事実を挙げないと、少なくとも意思が合致したということと言わないといけない。それが無い以上は、合意があったとは言えない。そうすると当事者意思にもかかわらず労働契約、あるいは労働契約と同視すべき法律関係があるということになるので、多分そのことを言おうとしているのかなと思います。でも、そうなる問題は、なぜそう言えるのかという根拠です。

野川 率直に言って、それは言えないと思います。外国人研修生ですからね。例えば日本の労働市場の中で、仕事をしたり、させたりする状況にあった者同士では、「契約は明示的にはないけれども、諸事実を総合すると推定してもいい」ということはあり得るかもしれませんが、外国から来て、しかも研修制度に則って研修している人について、契約が成立していることを推定させる要素というのは、きわめて難しいのではないかなと思います。

## \* 不法行為の責任の所在

鎌田 これは本来の雇用主（A社）には実態がないんでしょう？

野川 そうです。事務所もない。

鎌田 そうすると、賃金請求しても空手形になる可能性があるわけですね。

野川 そうということなんです。Y<sub>1</sub>が仕切っていたということで、入管法上の責任はY<sub>1</sub>が持てるんですけれども。

鎌田 だとすると、労働契約上の使用者はA社だけど、その法人格を否定して、そのA社の経営者……。

野川 経営者でもない。相談役です。

鎌田 そうすると、法人格否認でもいいけないのか。

野川 最低賃金法上の最低賃金の支払い、公法上の義務だから個人でもいいわけです。労働契約というのに、民事上のことにはこだわらず、第一次受入機関の協同組合はちゃんと法人になっていて、これが不法行為の損害賠償をするという形で何とか処理している。困るのは、実際にA社を動かしている個人の相談役Y<sub>1</sub>、それと実態のないA社の両方は一番前面に出てきているのに、民事的な責任は何ら負わないということなんです。

鎌田 ただ、未払賃金は、相談役に一応請求できることになっていますね。原告らとの間の雇用契約に基づき、賃金支払義務が発生するという格好になっています。だからこの裁判所の頭では雇用契約が成立している。

野川 そういうことになりますね。しかし、雇用契約の成立を言っていて、労働契約法上及び最低賃金法上の労働者に当たるとしているのは、やはりおかしいなと思います。

この2つは別々に判断しなくてはいけないはずです。まず、労働契約法上の使用者であるかどうかは、まさしく契約が成立しているかどうかです。それは、私は非常に難しいと思っています。むしろ最賃法と労基法は、法の構造上、労働契約が成立しなくてもいいはず。よく例に挙げられるのは人身売買で、例えば子供をさらってきて、日本で働かせていた。それには児童福祉法とか、刑法とかにももちろん該当しますが、労基法でも、労働基準監督官が取り締まられることになっています。それはどうしてかと言ったら、実態

として働かせて、金を払ってれば、契約が成立しなくても対応できるからです。

鎌田 いわゆる事実的労働関係があればいいということになっていますからね。

野川 本件だったら、それは割と認めやすいと思うんですよ。事実的労働関係があるではないかと。しかし、労働契約法上の関係は、別途立ち入った判断をしないと無理ではないかと思います。

鎌田 事実的労働関係があるからといって、将来の、あるいは過去の賃金請求権が発生するかというのはまた別の問題だけれども。

野川 そう、全く別の問題ですよ。

鎌田 でも、事実的労働関係が成立していたと言えば、賃金請求権については不当利得返還請求みたいな話になりますよね。

野川 そういうことです。

鎌田 金を払っていないから、不当利得を返還請求していいけれども、そのことよりも賃金請求にしたほうがいいです。そうすると最低賃金も入ってくるから、一定額の上積みがある。不当利得となると最低賃金が適用にならないので、一定額を下回る可能性もあります。

野川 労働契約関係は前提としていない、労基法11条の賃金の定義に当てはめればいい。

鎌田 だから賃金支払義務はあるんだという。でも、それは契約に基づく賃金請求権ではないです。

野川 法定債権みたいなものではないですか。

鎌田 そうですよ。

野川 しかし、最賃法は確かに法定債権だけれども、労基法11条の賃金に該当する、しかし労働契約関係はないというときに、その賃金請求権は民事上の賃金請求権ではないということになるのでしょうか。

鎌田 民法的にいうと、契約関係がないにもかかわらず賃金請求権があるというのは、なかなか大変ですね。

野川 そうですよ。

鎌田 大変なので、やはりいわゆる法定承諾義務みたいになる。ただし承諾義務でも契約が成立したというのではなくて、結局損害賠償になるけれども、契約は成立したものとみなすということになると、これは相当強烈です。

野川 だからやはりおかしいとしか思えません。確かに解決としてはわかるんですよ。こういう悪質な者

に「おまえは労働契約上の使用者だ」と、何とか責任を負わせなくてはならないということで。

鎌田 そのとおりですね。しかし、法律家はいろいろな理屈を言うけれども、一般の人から見ると、「何を言っているんだ」という話になる。結論について、文句を言う人はいませんよね。

野川 もちろんそうです。

鎌田 でも、法律論が必要になる。

野川 やはりこれは、研修だからというのが大きいと思います。これが日本の中で、別に労働契約という意識がなかった中で働かせ、ご褒美だよと言ってお金を渡している。それは割と労働契約も成立していると言いやすいと思います。しかし、外国人で研修という制度があり、それにのっかっている場合には、かなり難しいのではないかと。しかも一応A社というのがあって、相談役は陰で糸を引いていると。

鎌田 そうですよ。しかし、法律論でぎりぎり、Y<sub>1</sub>は無責任、責任なしという結論にするのもどうかとなる。

野川 無責任にはできないですよ。このように外国人研修実習生にはものすごく難しい問題が出てきます。

鎌田 裁判所としては相当工夫したのでしょうか。

野川 そういことですよ。おそらくひどいということはある。でも、論理的にはどうかという話ですね。

## 2. 派遣先の使用者性——兵庫県・兵庫県労委（川崎重工業）事件（神戸地判平25・5・14 労判1076号5頁）（関連判例）阪急交通社事件（東京地判平25・12・5 別冊中時1454号44頁）

### 事案と判旨

本件は、X組合の組合員が派遣元会社A社及びB社に雇用されて、労働者派遣契約または請負契約に基づき、派遣先Z社の工場で就労していたが、A及びB社から解雇されたので、X組合が、Z社に対して、派遣法違反の解消と組合員の雇用の安定に関する要求事項を掲げて団体交渉を申し入れたところ、Z社が分会組合員の使用者に当たらないことを理由に拒否したので兵庫県労委に救済申立てを行ったが、兵庫県労委はZ社が組合員の使用者に当たらないと判断して救済申立てを棄却する命令を発したため、X組合が本件命令の取消しを求めて提訴したものである。

本判決は、朝日放送事件最判の一般論を示した上で、朝日放送事件最判のいう「労働者の基本的な労働条件等」に

採用に関する事項（雇い入れるか否か）が含まれないことは、法律その他による特別の制限がない限り原則として自由に雇用を決定できること、また、個別労働関係紛争の解決の促進に関する法律5条1項などから明らかであるとしている。

また、労働者派遣が違法状態に至っている場合には、確かに派遣先の直接雇用は、違法状態を解消し、派遣労働者の雇用の安定を図る一つの方策であるが、雇用の安定を図る方策は直接雇用に限られるわけではないこと、派遣法40条の4は、派遣可能期間に抵触する等一定の要件を満たした場合に派遣先企業に派遣労働者に対する労働契約の申込みを義務づけているものの、当該申込義務は、派遣先企業が国に対して負う公法上の義務であることからしても、当然に派遣先企業が使用者に当たるといってもできないとして、派遣先の使用者性を否定した。

鎌田 この事件では、団体交渉応諾に関して派遣先の労組法上の使用者性が争われました。この判旨ですが、まず、神戸地裁は、労組法上の使用者性に関する朝日放送事件最判を引用して、雇用主以外であっても、基本的な労働条件等について雇用主と部分的とはいえ同視できる程度に現実的、かつ具体的に支配することができ地位にある場合には、労組法上の使用者に当たるとした上で、ここで言う団交は、直接雇用にかかわる雇用確保を団交事項としているが、それは、朝日放送事件最判で言う基本的な労働条件等に含まれないとしています。

それから、三菱樹脂事件（最大判昭48・12・12民集27巻11号1536頁）を引用して、企業が誰を採用するかというのは原則として自由に決定できるということ、また、個別労働関係紛争の解決の促進に関する法律でも、個別労働紛争の中から採用に関する事項は除いてよいとしていることに照らしても、基本的な労働条件等に採用は含まれないことは明らかとしている。

さらに派遣法40条の4で、いわゆる派遣期間を過ぎて派遣先が派遣労働者を受け入れる場合には、労働契約の申込義務が課せられるという規定がありますが、この申込義務というのは、企業が国に対して負う公法上の義務であるから、こういった義務が仮にあるとしても、派遣先企業が使用者に当たるといってはならず、この派遣先は、労組法上の使用者には当たらないという判断をしています。

派遣先の使用者性にかかわる事件は今非常に多くて、中労委でもいくつか命令を出していて、中労委命

令の取消訴訟が裁判所にかかっていますが、その1つが阪急交通社事件です。この事件は、派遣元に雇用されているツアー添乗員の方の事業場外みなし労働時間の適用にかかわる事件が発端なのですが、この派遣添乗員らが所属する組合が労働時間管理に関して、派遣先の旅行会社に対して団体交渉を申し入れたところ、その派遣先の旅行会社が、自分たちの雇用する労働者ではないということで団体交渉を拒否したことから、その不当労働行為性が争われました。

この阪急交通社事件では、裁判所は使用者性を認めています。どういう理屈で言っているかという点、先ほどの朝日放送事件の一般論と近く、派遣労働者の基本的労働条件等を現実的、かつ具体的に支配、決定している場合には使用者性が認められるということですが、それとあわせて派遣法の44条ないし47条の2の規定を挙げています。これは労基法とか労働法に関して、派遣先がその規定の適用にかかわって使用者性を法律上認めるという規定、特例規定になっていますが、そういった規定によって労働時間などに関しては、使用者とみなすとなっているわけです。

ですから、この労働時間や休憩にかかわる部分については、派遣先は雇用主と同視できる程度に派遣労働者の基本的な労働条件等を現実的、かつ具体的に支配、決定していると認められることから、阪急交通社事件の団交事項は労働時間管理なので義務的団交事項にも当たるとし、また使用者性が認められる、したがって団交応諾義務があり、これを拒否することは許されないとし、不当労働行為性を認めています。

この阪急交通社事件と兵庫県川崎重工業事件の結論を分かち大きなポイントは何かということ、何が団交事項とされていたのかということです。すなわち川崎重工業事件では、団交事項として派遣先が直接雇用すること、つまり採用が団交事項とされました。それは労働者の基本的な労働条件等には当たらないということから否定されたわけです。

この論点をどう考えるのかですが、まず団交事項に即して、休憩、労働時間とか、そのほかの労働条件、就業条件といったものと、直接雇用などが議論される場合というのは、やはり大きく違ってくるのではないかと思います。

そうすると、この基本的な労働条件等と言われるものに、雇用にかかわる部分が入るのか入らないのかということが大きな問題となるわけです。ただ、この団

交事項は、そもそも関係のない第三者に採用を求めるものとは違うのではないかと、それと同列に採用の自由という話を持ち出すのはどうかと思いました。なぜかという点、これは派遣先と派遣元とが違法な派遣を繰り返すことによって、違法な派遣状態を共同して作出している関係になっているわけです。団体交渉を求めた側としては、派遣法違反の可能性があっても、違法状態を解消し、そして派遣労働者の雇用の安定を図ることを目的と考えれば、それを単純に新規採用の問題と置き換えることはできないのではないかと思います。

派遣先における違法状態を解消して、雇用の安定を図る方策としては、幾つかのものがあるでしょう。それはやはり団体交渉の中で議論してもらいたいことで、その中には、まさに直接雇用も含めてというのがあり得ると思うのです。したがって、基本的労働条件等の中に違反の解消とその方策の一つとして直接雇用が入ると考えることも可能だと思います。

#### \* 派遣先への団交要求は可能か

野川 派遣が違法だったというのは、やはり相当な要素になるのでしょうか。つまり完全に合法的な派遣でも、同じような要求をすることは十分あり得ますよね。その場合と違法な派遣だということでは、やはり違ってくるのでしょうか。

鎌田 これは批判があるかもしれませんが、派遣法の枠組みの中で考えるべきで、派遣先への団体交渉というのは、原則として許されないと考えています。派遣先との関係では苦情処理制度の中で処理すべきものだというのが立法経緯だろうと思っていますので、違法でない合法的な派遣の中で、派遣先に団体交渉を求めることは、原則としては許されないと考えます。

野川 それは、裁判所が繰り返述べている一般論である、当該労働者との間に、近い将来において労働契約関係が成立する現実的、かつ具体的な可能性がないからですか。

鎌田 団交応諾義務は派遣先には原則としてないという、派遣法の立法の経緯の中でそう思っているのだから、労働者派遣が原則的枠組みによらない場合や派遣先が派遣法44条ないし47条の2の規定により使用者とみなされている場合に、派遣先が基本的労働条件等について現実かつ具体的に支配決定しているときは、派遣先は使用者とみなされます。さらに近い将来契約関係が成立するのであれば、合法的な派遣でも使

用者性はあり得ると思っています。

野川 例えば合法的な派遣でも、40条の4みたいに（直接雇用を）期待できる位置のようなのがありますよね。それについては、中労委からいろいろ指導があります。もう雇わなくてはだめではないかと（行政勧告などで）言われているのであれば、期待はあるけれども、単に40条の4の要件が満たされているだけでは（その期待は）ないという。それについては、賛成ですか。

鎌田 そのように考えています。

野川 団体交渉で要求内容を拒否する自由は、使用者に認められているわけですよね。団体交渉することについて嫌だと言えるかどうかというのが団交応諾義務の問題で、要求応諾義務ではないわけでしょう。それにもかかわらず、派遣法の構造というのは、団交応諾義務をそこで切ってしまうほど強いものなのでしょうか。

鎌田 それは大変議論があるところですが、労働者派遣法の成立の経緯の中で、あくまでも雇用主は派遣元で、派遣先はある種ユーザーといいますか、指揮命令をして役務の提供を受ける者という位置づけで、労働条件は原則として派遣元が決定すべきものだとする構想から、派遣先との集团的労使関係を想定しないで組み込まれた制度だったと思います。立法時には、派遣先も使用者だという位置づけもあり得たと思います。しかし、1985年に派遣法をつくったときは、労働者供給において供給先と供給元で使用者性が曖昧である中で労働者保護に欠けるところがあり、使用者の雇用主責任をはっきりさせるということが立法事実だったわけです。それを踏まえて派遣元のみを使用者とすると整理したということは、団交応諾義務に関しても、原則として派遣先にはないという枠組みとしてでき上がったものと思われまます。当時の政府答弁にもそのような発言がありますが、それが立法の経緯だと思えます。

また、この点は、阪急交通社事件の東京地裁判決も「労働者派遣法の原則的な枠組みにおいては、派遣労働者の労働条件は、基本的には、雇用関係のある派遣元事業主と派遣労働者の間で決定されるものであるから、基本的な労働条件等に関する団体交渉は、派遣元事業主と派遣労働者で組織する労働組合の間で行われ、また派遣先事業主に対する要求は、同法40条1項の苦情処理手続において処理されるべきものであつ

て、派遣先事業主は、原則として、労組法7条の使用者には当たらないと解するのが相当である。」としています。

野川 朝日放送事件の最高裁判決も、実際に今働いている労働条件については、幅広く団交義務を負わせるけれども、採用そのものについてはやはり別だということで分けて、それなりの整理をしているのでしょうか。

鎌田 その事件は、いわゆる偽装請負で、違法な状態の派遣なので、合法的派遣とは別の問題だと思っています。

野川（事件）当時派遣はないけれども、そういうことなのですね。

合法的な派遣の場合、労働条件についての団交要求はできますよね。阪急交通社事件がそうですし。

鎌田 申し訳ありません。朝日放送事件の最判は派遣法成立後に出されましたので、うっかりしました。事件の発生時点では職安法違反ということになりますね。いずれにせよ、偽装請負の事例ですので、労働者派遣法の枠組みに沿った事案とは違うと思います。

野川 けれども合法的な派遣の場合、たとえ40条の4の要件を満たしているような事情があっても、採用そのものについては無理だとなるわけですね。団交応諾義務はないと。

鎌田 40条の4の要件を満たして申込義務が発生しても、それだけでは使用者とみることにはできないと思うのです。

野川 しかし、40条の4で一応使用者に公法上の義務はありますよね。その適用対象である労働者が何人もいる労働組合があって、使用者が一切無視している、行政もなかなか対応してくれないというとき、「採用しろ」ではなくて、「40条の4の義務を守れ」と言う団交要求はできないのでしょうか。

鎌田 40条の4というのは、労働者派遣法に従った派遣の枠組みの中で、派遣期間終了時を派遣元が通告して、それを超えて継続して使用しているかどうかという問題なので、本件は、40条の4に基づき雇用申込義務が成立しているかどうか明らかではありません。

野川 違法派遣の場合は、全く別の観点から団交応諾義務の可否が問題になるでしょう。そうではなくて、合法的な派遣で、合法的にそういうことが派遣元から通告されているのを（派遣先が）無視した場合、組合

をつくって、40条の4の義務を守れという（場合の）団交にも応じなくてもよいのかどうかです。

鎌田 それは公法上の義務がある段階で行政からの派遣先に対する直接雇用の行政指導もない状態ですか。

野川 ない。そういうのを無視していいのだろうか。それは少しおかしいのではないかと思います。「俺たちを雇えよ」ではなく、「40条の4でやっているのに、何で守らないのか」という要求ですよ。

鎌田 なるほど。派遣先に雇用申込義務という公法上の義務が成立すれば、派遣先は労組法上の使用者だというわけですね。そうしますと、使用者の概念が変わることになるような気がしますが。

野川 阪急交通社事件の判決は非常に妥当だと思います。確かに労働条件ですからね。今後は、やはりこの川崎重工業のような事案ですね。

鎌田 実際問題、むしろ採用に絡むような団交要求のほうが多いと思います。

野川 そうだと思います。そちらのほうを、もう少し認めていく方向ではないかなと。

鎌田 いわゆる直接雇用にかかわる団交事項の枠組みについて、中国・九州地方整備局事件の中労委命令（平24・11・21、別冊中時1437号21頁）は、団交事項が「就労の諸条件に関わるものではなく、組合員らの雇用そのもの、すなわち、採用、配置、雇用の終了（打ち切り）等の一連の雇用管理に関する決定に関わるもの」である場合には、労組法7条の使用者となるためにはこの一連の雇用管理に関する決定について、派遣（委託）先が「雇用主と同視できる程度に現実的かつ具体的な支配力を有している必要がある」とし、その判断について、細かく事実を認定して判断しています。

野川 それを応用して、40条の4で、雇用申入れをすべき立場にあるというのは、それこそ決定的な地位を持っていることではないか、そういう立場にもう置かれているでしょうということには思いますが、判断のしどころですね。

おわりに

鎌田 私たちは伝統的に意思表示とか合意とかというものを大切にしていますし、そういったものを基本

にいろいろ考えているのですが、最近の労働事件に関していうと、例えばマツダ事件とか、研修生の事件とか、その意思表示だとか合意というものの伝統的構成を維持することが非常に困難な場合が幾つか見られます。そこをどう克服するかということが、1つ重要な問題として出されていると思います。

それから、いわゆるパワハラとか、メンタル障害などのことに関していうと、裁判所は非常に積極的にいわば被害者の立場を保護するような判断を進めているので、それは非常によいことだと思うのですが、ただ、衡平の観点からどのようにうまくリスク配分していくかということが、今後大きな課題になるのではないのでしょうか。

労働者派遣をめぐる問題に関しては、今日は改めて野川先生と詳しくお話して、考えさせられる点が非常に多かったように思います。ありがとうございました。

野川 やはり最近の事案は、音楽之友社事件、教育社労働組合事件に表れていますが、あまりにも労使関係が希薄になってしまい、突発的にそのような事件が上がってくると、裁判所でだんだん適切な対応がとれなくなってきつつあるのではないかという懸念があります。

それから、外国人労働者問題とか、派遣先の使用者性とか、法律や制度ができた当初はあまり想定していないような事件が裁判所に上がってきているので、やはりこれは真剣に、これから立法論も含めて考えていかなければならないと思います。

私も今日は大変勉強になりました。ありがとうございました。

（2014年8月11日 東京にて）

かまた・こういち 東洋大学法学部教授。最近の主な著作に「プロフェッショナルの働き方と契約、労働者性」『日本労働研究雑誌』No. 645, 54頁。労働法、民法専攻。

のがわ・しのぶ 明治大学法科大学院法務研究科教授。最近の主な著作に『労働法原理の再構成』（成文堂、2012年）。労働法専攻。