



ディアローグ

# 労働判例この1年の争点

 損害賠償（妊娠・出産による降格）

 地位確認等請求反訴事件



**野川 忍**

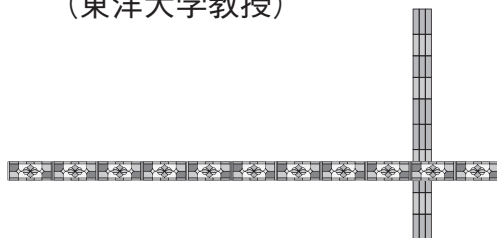
（明治大学教授）

×



**鎌田 耕一**

（東洋大学教授）



## 【目 次】

### ■ピックアップ

1. 労働契約，身障者への勤務配慮——阪神バス事件
2. 組合事務所の使用不許可——大阪市（市労連ほか・組合事務所使用不許可処分取消等）事件
3. 昇格差別——医療法人稲門会（いわくら病院）事件
4. 一時金の不利益査定の不当労働行為性——国・中労委（シオン学園）事件
5. 定年延長拒否——同志社事件
6. 安全配慮義務の履行請求——JR西日本（安全配慮義務履行請求）事件

### ■フォローアップ

1. 会社更生下における整理解雇——日本航空（客室乗務員）解雇事件
2. 退職期間満了による雇用契約終了——アメックス事件

### ■ホットイシュー

1. 損害賠償（妊娠・出産による降格）——広島中央保健生活協同組合事件
2. 地位確認等請求反訴事件——専修大学事件

#### 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、これから、「ディアローク 労働判例この1年の争点」を始めます。昨年度に引き続き、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。よろしくお願いいたします。

野川 私と鎌田先生とのコンビも2年目になりましたけれども、この1年間の事件を見ていきたいと思

います。最後にまた、どういう特徴が見られたかとか、全体的にこの1年の傾向について話をしたいと思

います。鎌田 この1年の裁判例には社会的に関心をよんだものがいくつかありますが、あまり目立たないけれど重要と思われるものも取り出してみました。なお、この中には、中労委が関係する事案もありますが、昨年同様、ここで述べることは私の個人的見解です。

## ピックアップ

### 1. 労働契約、身障者への勤務配慮——阪神バス事件 (神戸地尼崎支判平26・6・22労判1096号44頁)

#### 事案と判旨

会社分割（訴外AからYへ）によって自動車運送事業が分割される経過の中で、17年間運転手として勤務していた労働者Xが、分割会社において提供されていた勤務配慮がYにおいて行われなくなったことを不服として、従前通りの勤務配慮がなされる地位の確認を求めて訴えを提起した。分割にあたって分割会社とYとは、自動車運送部門の労働者を全員退職、Yには現労働条件を基本とする労働条件の下で就労するとの条件で平成21年4月1日雇用された。しかし、Yの就業規則等には勤務配慮の定めはなかった。平成20年7月にはA、B労組、Y、C労組の4者合意がなされて勤務配慮は原則として認めないとした。Yはそれでも転籍後から平成22年12月31日まではAと同内容の勤務配慮を行っていたが23年1月以降は行わなくなった。

判旨は、概略以下のように述べてXの訴えを概ね認容した。少なくともAとの労働契約では勤務配慮を行うことが合意されていたと認め、この労働契約の解約とYとの労働契約は、労働契約承継法の趣旨を潜脱して公序違反で無効とした。理由として、承継法では、労働者は希望すれば分割会社との間の従前の労働契約をそのまま承継会社に承継されることが保障されているのに、本件では訴外Aとの労働契約内容をそのまま承継させる選択肢がXには完封されていたとされている。しかもそのことがXに示されなかった。承継法2条1項所定の通知がなされず、その結果適法な異義申出を行う機会が失われた場合は、当該労働者は適法な異義申出を行った場合と同様の効果を主張することができるので、Xが訴外Aとの間の労働契約1はそのままYに承継されるというべきである（同法4条4項参照）。たと

え勤務配慮がないことを同意していたとしてもこの同意に基づく勤務配慮にかかる労働条件の不利益変更は公序違反で無効である。

野川 まずピックアップですけれども、私のほうからは最初に、阪神バス事件を取り上げます。これは身体障害を負っている労働者が、障害に対する勤務配慮を分割前の会社では受けていたのに、分割先会社で受けることができなくなったことを不服として、分割先の会社に対して、分割前の会社との間で受けていた勤務配慮を受けることができる地位の確認を請求したという、ちょっと珍しい事案です。

具体的には、この労働者はバスの運転手で、17年間勤務していたんですが、排尿とか排便が困難になる（「排便障害等」とこの判決では言っていますが）障害があり、したがって、あまり長い時間バスに乗って勤務をしていると支障をきたすので、配慮してもらっていた。

そういう状態にある労働者の所属する自動車運送部門が、Yという会社に分割されました。この分割に当たっては、分割される自動車運送部門の労働者を全員退職扱いとし、分割先には現労働条件を基本とする労働条件のもとで就労するという条件で雇用されたわけです。

ところが、この労働者Xについては、勤務配慮という点が分割先に受け継がれない。分割先の会社には、そもそも就業規則等に勤務配慮の規定はなく、かつ勤

務配慮について、実は分割会社とその労働組合、分割先とその労働組合の4者が検討して、原則として認めないという合意までしている。その結果、Xは、分割先において勤務配慮が保障されないまま、分割前の会社を退職する。そして、分割先で採用されるという合意文書を提出しています。

その状態で分割先に行ったんですが、実は分割先でも直ちに勤務配慮が行われなくなったのではない。平成21年4月1日から22年12月31日までで、1年9カ月にわたって行われていた。その後行われなくなつてから、このような訴えを提起したわけです。

判決は、この労働契約の承継は、労働契約承継法の趣旨を潜脱して、公序に反して無効であると言っています。そして、分割前の会社との間の勤務配慮は労働契約の内容になっており、その労働契約の内容がそのまま承継されているとみなすことができるとして、この請求を認容いたしました。

労働契約承継法は、会社分割の際に、2条1項において、分割にかかわる部門に所属している、あるいは分割計画もしくは分割契約にその労働契約の承継が記載された労働者に対しては、自分がどういう立場になるのかを通知する義務を課しています。かつ、通知を受けた労働者は、自分が分割される部門に主として従事しているのに分割先に労働契約が承継されなかった場合と、それから、分割部門に主として従事していないのに分割先に承継されることになってしまっている場合は、所定の期間内に異議を申し立てれば、その異議に応じた地位が認められるという規定です。

本件において労働者が言いたいのは、勤務配慮を受ける労働契約が承継されているはずなのに、そういう労働契約が承継されていないのは、自分の労働契約がそのまま承継されていないことを意味するから、労働契約承継法の4条1項にある異議を申し立てることができる。その主張がこの判決では認められたということです。

その上で、勤務先で締結している労働契約を労働契約2、分割会社での労働契約を労働契約1と名付け、それぞれの法的意義を整理しています。労働契約2については、就業規則にも、労働契約そのものにも、勤務配慮をするとは書いていないが、それは労働条件の不利益変更であり、労働契約承継法の趣旨を潜脱して無効となるということで、最終的にこの労働者が勝訴したという事件です。

この事案は、労働契約承継法の労働契約承継に係る通知と異議申立という、制度を正面から取り扱った初めての事案として非常に意義があるものですが、この判決の枠組み及び結論にはもちろんいろいろと議論があり得るところです。

例えば一番大きいのは、会社がとった措置のあり方、一旦全員が退職して改めて採用されるということについて全員から承諾をとっている。このような「転籍合意型」の労働契約の承継が果たして認められないのかという問題。

それから、労働条件の不利益変更が扱われていますが、一応、労働者は同意書を提出しているわけですが、不利益変更であっても同意をしているということで、労働契約法8条の同意にはならないのかといった基本的な問題、その他幾つもの論点がある事件です。

今後おそらく同じような問題は起きてくると思います。いろいろな会社が負担になるような部分をどうやって軽減するかということに苦心していると思いますので、ここできちんと議論しておきたいと思って取り上げたわけです。

鎌田 まず転籍合意型承継ということが承継法の中でどういうふうに位置づけられるのでしょうか。第一の論点は、承継法が、このような転籍合意型労働契約を法律の枠組みとして認めているのかどうかということです。

これについては、「平成26年度重要判例解説」で成田史子先生が、本判決の評釈の中で、会社分割の対象はこれまで営業自体であったが、改正会社法2条が事業に関して有する権利義務の全部または一部と規定したことから、本件のように権利義務の一部である労働契約を分割契約などには記載せずに、改悪型転籍合意により移転させることは可能であるとしています（ジュリスト1479号238頁）。つまり、成田先生のご意見は、承継法の中では、分割契約の中に労働契約を含めず、労働契約の承継に関しては改悪転籍という仕組みが取り得るということです。それが第1点。

そういうことが可能であるとすると、何が公序良俗違反なのか。仮に公序良俗違反だというふうに評価した場合に、本人も同意しているという中で、従前の労働契約が承継されたと法律上構成することができるのか、興味深いところです。

野川 判決はその辺は認識していると思うんですね。というのは、改悪型の転籍合意が無効だと言って

いるのではない。判決は、「承継会社に承継される事業に主として従事する労働者には、会社分割に当たり、当該労働者が希望しさえすれば、分割会社との間の従前の労働契約がそのまま承継会社に承継されることが保障されている」という前提なんです。そういうことをその会社は労働者に対して全く通知もしていないし、知らしめていないことを問題としているんですね。

したがって、逆に言えば、もしこの会社が、「あなたは労働契約承継法上こういうような権利があるが、会社としては実はこういう違う枠組みをとりたい。あなたが承知してさえくれれば、円滑に事業を進めることができるし、向こうで利益となるような状況を保障します」と言って、労働者が十分にそれを考慮、検討する機会が与えられた上で、「わかりました。行きます」とそう言った場合まで、承継法の趣旨に反するから無効だとは言っていないと解釈できるように思います。

つまり公序違反で無効だと言ったのは、望ましい措置を選択できるのにそれをさせなかったことが公序違反だと、こういうふうに言っていると思うんですね。

もしそうだとすると、労働契約1の改悪と労働契約2の締結がなかったことになりまますから、勤務配慮されるという労働契約がそのまま残っている。それから、異議を申し立てれば今の労働契約を維持できたのに、その異議を申し立てる機会を不当に失われたから、転籍先のYにおいて勤務配慮をされる労働契約が今も存在している、そう考えることができる枠組みをとっている。

だから、ある意味では非常に綱渡りのというか、一般性はあまり広くはないのかもしれないという気はするんですね。

鎌田 野川先生がおっしゃったように、何が公序良俗かということに関しては、この判決の指摘をした部分を読むと、異議申立を行う機会を一方的に奪われたということなのですね。

そうすると、承継法の法律としての性格にもかかわるかもしれませんが、こういった手続違反は公序良俗違反と捉えていいのかということですね。私としては、部分的包括承継ということをも前提にした規定の手続は本人の利益に直結しているのだから、その違反は公序良俗違反と考えることは可能のように思います。

その上で私がおもしろいなと思ったのは、そういう手続違反を理由に公序良俗違反だとした上で、労働契約2の締結を全てなしにして、従前の労働契約が承継

されたという法的効果を公序良俗違反から導き出していることです。

野川 判旨は、労働契約承継法2条1項所定の通知がなされなかった結果、適法な異議申出を行う機会が失われたという事実があった場合は、当該労働者は、適法な異議申出が行われた場合と同様の効果を主張することができるという理屈をとっている。そこには詳しい理由は書いてない。

果たしてそういうふうに見えるのか。つまり、公序違反で無効になった後どうなるのか。従前の労働契約がそのまま残っているというのは自動的に導かれる。だけど、Yとの間でそういうような労働契約が今存在するというのは、導かれない。

鎌田 普通は第三者との契約が締結されたとはならないですね。

野川 そうすると、どうやってYとの間で勤務配慮をされる労働契約上の地位があると言えるのかというと、それは承継法2条1項の通知がなされなくて、4条1項の異議を申し出ることができなかったんだから、もし通知をされていたら当然4条1項の異議を申し出たと同様の地位に今現在あるという、いわば補充的な法律解釈で法律関係を創設してしまっている。そこは果たしてどうなのかなと思いますね。

鎌田 そこはまさに承継法にかかわる、かつ勤務配慮という労働契約のごく特殊な一部の労働条件にかかわる事件ではある。承継法に基づく手続違反によって重要な利益確保の手続のチャンスが奪われたことによって、新たな労働契約締結が無効となり、従前の労働契約がもとの会社で残るというのではなくて、新たな会社との間で従前の労働契約が締結されたものとみなすということでしょう。

野川 転籍合意自体が無効になっているから、改悪も無効なんですよ。

鎌田 なるほど。

野川 分割前の会社による、労働契約の改悪が無効なので、残るのは承継しかないんですね。

鎌田 なるほど。

野川 だから、どうやって承継されているかということ、新たな労働契約締結が無効となった結果、そして、2条1項の通知がなされなかった結果、4条1項によってその異議を申し立てて、その結果、従前どおりの労働契約が現在のY側に承継されたという考え方なんですね。

鎌田 そうすると、その承継の根拠は、契約承継法に定める手続違反の場合には、承継法自体が部分的包括承継の効果をもたらすというふうに考えるのですか。

野川 それはいいですね。本件の場合には、もし2条1項の通知がなされたならば、それに対して異議を申し出ただろうということですね。

鎌田 それはそうでしょうね。手続違反で無効というのはいいのだけど、公序良俗違反で新たな労働契約が無効となったので、補充しなくてはいけないというときに、契約法の原則に照らして第三者との間で承継されたという形で補充することができるのだろうか。

野川 その承継はどのような承継かという、従前の労働契約のままに移ったということですね。

鎌田 そういうルールがありますという話ですよ。

野川 そこは理屈がもう一つ必要だと思うんですね。つまり、承継法4条1項の異議というのが、労働契約が変更された上で承継されることを防いで、今までの形でだけ承継されるということを含むかどうかです。労働契約承継法4条の言っている異議は、「当該労働契約が承継会社に承継されないことについての意義です。そうすると判旨は、従来の労働契約が承継会社に承継されないことについての異議を申し立てることができるのだから、ここでいう労働者は、勤務配慮をされるという労働契約が承継されないことに異議を申し立てたことによって、勤務配慮をするという労働契約が承継されたことになるという考え方ですね。

鎌田 でも、4条は、そういう意味での承継されないという選択肢をとるための異議ではないですか。

野川 この労働者の場合は、自分の労働契約が承継されていないから、自分の地位が承継されていない。置いていかれる人と同じだということですね。

鎌田 そうですが、行くのはいいけれども、労働条件の変更が嫌だと、言っているわけですよ。そうすると、労働契約承継法の異議申立というのは、従前の労働条件で、承継されないことの異議申立という、趣旨でしょう？

野川 基本的にはそうですね。

鎌田 でも、ここで問題になっているのは、行くのはいいけれど、労働条件の変更は嫌だという話でしょう？

野川 だから、その枠組みまで含んでいるかどうか

ですね。本件でなぜそれが問題になったかという、改悪型転籍合意にしたからです。

鎌田 要するに、労働条件の変更も含め承継法というのは、基本は労働条件の変更はインプットできないという仕組みになっていますよね。

野川 そういうことです。だから、会社としては、労働条件を変更した形でだったら受け継いで行けるけれども、それが無理なら行けないという場合の苦肉の策をとったわけです。他方で、勤務配慮までした上では無理だからといって首にまではしたくない。だから、会社としては精いっぱい誠意だということでしょう。

しかし、労働契約承継法がそれを認めるかという、無理でしょう。だから、裁判所としては、4条1項の異議というのは、移りたくないという場合じゃなくて、自分の労働契約を変えずに移るということまで含んでいる、そういう解釈になるのでしょうか。ただ、その解釈が妥当かどうか。

そこで、念のためにという形で判旨も、不利益変更の問題として処理する。だから、労働契約承継法の問題として処理するのではなくて、改悪転籍は無効かもしれないけれども、労働条件は変更された形で行ったんだというふうに重点を置いた対応が……。

鎌田 あり得るでしょうね。

野川 あり得たということですね。一応、判旨は両方とも否定はしている。しかし、後のほうは傍論であって、中心的な理屈は、4条1項の異議を申し立てたのと同じことになっているということですね。どちらが妥当か、あるいはそうでない道もあるのかということですね。

鎌田 公序良俗違反で無効で、もとの労働条件が承継されたと、なっているのは、会社分割によって労働契約を承継するときに、労働条件の不利益変更はだめですよというのは、結果としては保障されているということで、しかも承継されるということですから、単に禁止して無効だというだけでなく、もとの不利益変更される前の労働条件が承継されているという法的効果まで生み出しているという意味では、労働者にとっては有利な解釈ということになります。

野川 会社としては、会社分割自体が認められたことはメリットですよ。今までの事業譲渡だったらひとつ一つの権利義務についての承継ですから。こういう便利なことを与えられたんだから、逆に言えばいい

とどりはできない。承継法の枠組みに沿って対処されるので、改悪型転籍合意はリスクが非常に大きいことをいわば覚悟の上で行いなさいということですね。

鎌田 要するに、事業譲渡の手段をとらずに、分割でやるということは、この判決からいうと、できませんよということですね。

野川 基本的にはそういうことですね。あと、勤務配慮もしなくていい状態になっていたというような主張もあるので、そこも本当は論点なんです。例えば心身にいろいろな不備を抱えながら就労している労働者は、膨大な数になるわけですね。そういうときに、そもそも会社はどのような配慮をすべきなのか、本件では、病理学的な判断も必要となってしまうのですけれども、今後はこの点もおそらくいろいろと問題になるでしょうね。

なぜかという、前の会社で勤務配慮してもらっていたのも、別に労働契約に書いてないので、会社としてはいわば好意でやってあげていたんだという発想です。ましてや転籍先の会社でそういうことをやってあげているのは完全な好意で、それを1年9カ月もたって、もう必要なくなったと会社が判断しても認められないとなると、会社としては、場合によってはもう辞めてもらわざるを得ないということも起きてくるので、そこも一つの問題として残っているかなと思います。

鎌田 障害がある人の対応をどうするかは、とりわけ会社を異動する場合には非常に大きな問題になりますよね。従前の勤務配慮がない労働契約でいいと合意して決めた場合に、その同意の効力をどう考えるかは非常に大きな問題。判旨は全部無効にしているんですけども。

野川 そうですね。「あなたには選択肢がありますよ」と言われての同意だったら、それはかなり重要なものだと思いますよね。ただし、たとえそうになっていたとしても、会社分割という場合に、改悪型転籍合意を利用することはできない、こういう法の枠組みを潜脱するような手法は認められないのだということでしょう。

## 2. 組合事務所の使用不許可——大阪市（市労連ほか・組合事務所使用不許可処分取消等）事件（大阪高判平27・6・2判例集未登載）

### — 事実と判旨 —

本件は、大阪市（Y）の職員が加入する労働組合（大阪市労働組合連合会（市労連）、大阪市職員労働組合、大阪市従業員組合など、以下ではXらという）が長年、市庁舎の一部を組合事務所として使用していたが、大阪市が平成24年度から平成26年度の3回にわたり使用不許可としたこと（以下では不許可処分）から、各年の不許可処分についての国賠法に基づく損害賠償請求と平成26年の不許可処分の取消を求めた事案である。

平成23年12月26日に大阪市区で市職員の勤務時間中の選挙活動が話題となったことをきっかけにして、平成24年2月20日、YはXらの使用許可申請を不許可とする処分を行った。同年3月16日、YはXらに対し組合事務所の明け渡しを求め、Xらは3月31日までに明け渡した。

その後、7月27日に、市会で「大阪市労使関係に関する条例」（以下では条例）が可決した。条例12条は、「労働組合等の組合活動に関する便宜の供与は、行わないものとする。」と規定されていた。Xらは、平成25年度、26年度の使用許可申請を行ったが、Yはいずれも不許可処分をした。

第一審（大阪地判平26・9・10労働判例ジャーナル35号35頁）は、各不許可処分は、いずれも社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものといえるから、市長の裁量権を逸脱・濫用するものであり、違法であるとして、取り消しを認め、損害賠償を一部認容したが、第二審は、平成24年度の不許可処分について請求を認容したが、平成25年度、26年度については請求を棄却する判断を行った。本件は確定している。

なお、本件不許可処分については、本件原告とは別系統の大阪市従業員労組ほかの不許可処分に対する訴訟を提起し、第一審（大阪地判平26・9・10労働判例ジャーナル33号14頁）、第二審（大阪高判平27・6・26）は本件と同様の結論を下したので、最高裁に上告・上告受理申立を行っている。また、本件では別に不当労働行為救済の申し立てが行われ、大阪府労委は不当労働行為の認定を行っている。現在中労委で係争中。

鎌田 大阪市組合事務所使用不許可事件を説明します。ご存じのとおり、大阪市長に、橋下氏が就いてからさまざまな形で労使関係の見直しがあり職員組合との軋轢がありました。幾つも裁判が行われて、不当労働行為救済の申し立ても行われていますが、ここでは、労働組合が長年、市庁舎の一部を組合事務所として使用していたことを大阪市が平成24年度から26年度の

3回にわたり使用不許可としたことによる損害賠償請求と平成26年の不許可処分を取り消しを請求した事件を紹介し、野川先生のご意見を伺いたいと思います。

民間の企業施設での組合事務所の使用停止や明け渡し事案は、不当労働行為事件を含めて多いのですが、市庁舎の一部を職員組合の組合事務所として使っていたものを不許可処分にするのは、私が判例データベースで調べた限りでは、過去に1件だけでした。今回それが大きな問題として裁判で争われており、注目すべきではないかと思っています。

第一審は、不許可処分の取り消しを認め、損害賠償も一部認めたのに対して、第二審は、平成24年度の不許可処分については請求を認めましたが、25年度、26年度については請求を棄却する判断をしました。本件はこれで確定をしています。

さて、事実ですが、市庁舎には、市労連が昭和57年から平成24年3月31日まで本庁舎の地下1階を毎年、使用許可を受けて組合事務所として使用していたところ、平成23年12月26日に大阪市議会で、職員が勤務時間中に選挙活動をしていることが話題になり、その場で橋下市長は、組合事務所の使用は認めないという答弁をしました。その後市長は、市の幹部に対してメールなどで、公の施設内での組合への便宜供与は全てとめることを指示し、そして、平成24年1月の市内部の会議において、組合事務所の使用不許可の方針が決定され、これを受けて、市は平成24年2月20日に市労連等から出されていた使用許可申請を不許可としたわけです。

その理由は、当初は、組織再編に伴い行政スペースが手狭になったので返してもらおうというようなことだったのですが、裁判途中から、庁舎内で労働組合などによる政治活動が行われるおそれがあるので、それを払拭する必要があるという理由を追加しています。

その後、市と労働組合との間の団体交渉で、市は、労働組合に対する便宜供与は健全な労使関係が確保されるまでは行わないというルールを条例化するというので、平成24年7月27日に市議会で大阪市労使関係に関する条例を可決し、8月1日に施行しました。この条例の12条は、労働組合などの組合活動に関する便宜供与は行わないと規定されている。これに基づき、平成25年度、26年度の使用許可申請はいずれも不許可処分にした。条例12条のほかに、市庁舎内に余剰スペースが存在しないという理由も挙げています。

この第二審判決を紹介しますが、第一審判決と大きく違っていますが後で比較をすることとして、まず控訴審判決を報告します。基本的な考え方は、市庁舎の組合事務所としての使用は、地方自治法238条の4の第7項にある、いわゆる行政財産の目的外使用であり、その用途、目的を妨げない限度において許可することができ、使用を許可するか否かは、管理者である市長の裁量に委ねられている、これが第1です。それは、かなり長い期間にわたって使用許可が繰り返されていても同じであり、毎回許可を得て初めて使用できるということです。

管理者の市長の裁量に委ねられるわけですが、その裁量の判断は、本判決によれば、許可申請に係る使用の日時、場所、目的、対応、市庁舎の範囲、使用の必要性の程度、許可するに当たっての支障または許可した場合の弊害もしくは影響の内容、程度、代替施設確保の困難性など、許可をしないことによる申請者側の不都合や影響の内容、程度など、諸般の事情を総合して考慮する。

裁量権の行使が逸脱・濫用に当たるか否かの審査においては、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くことがないかを検討し、その判断が重要な事実の基礎を欠くか、または社会通念に照らして著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って逸脱または濫用として違法になると言っています。これは、平成18年2月7日の最高裁判決の、教研集会での学校施設の利用を不許可処分にした事例の判決をそのまま引用しています（最三小判平18・2・7民集60巻2号401頁）。

このような一般論を展開した上で、平成24年度不許可処分の違法性について控訴審判決は、実際に市として不許可処分を決定した理由は、行政事務スペースの狭隘化、対策というよりも、むしろ市長の指示に対応するためと見るのが相当だとしています。

2番目の政治活動を払拭する必要があるという理由については、市長の方針は、市会における議員の発言をきっかけに、事実関係の十分な調査や検討を得ずに唐突に行われたもので、政治活動を払拭するという目的と、組合事務所の使用不許可との合理的な関連性があると言うことはできないとして違法と判断しています。

次に、平成25年度、26年度の不許可処分の違法性ですが、組合に対する便宜供与は廃止するという労使



関係条例12条の内容は労組法7条3号に反するという主張を市労連がしていますが、裁判所は、条例12条が労組法7条3号に反するとは言えないとした上で、ただし、12条が適用された結果が憲法並びに労組法、地方公務員法の規定や趣旨に反する結果を招くということであれば、それは個別に違法評価を受けることがあるとして、具体的に余剰スペースが存在しているかどうかを検討しています。

結論として、本判決は、組織再編によって業務事務スペースの狭隘化が進んだことを認めています。組合としては、ほかの場所に組合事務所を移転したので経費がふえ、不都合が生じたと主張していますが、そもそも組合事務所の維持経費は組合が負担すべきものであり、組合活動への影響も大きくはないということで、平成25年と26年の不許可処分は適法としています。

そこで、検討ですが、この事件は市庁舎の使用許可にかかわるものですが、私が問題にしたいのは、まず、民間企業による組合事務所の使用不許可、明け渡しについては一定の判断枠組みができていますが、それと同様な枠組みが取られているのかということが一つ。

それから、本件では第一審と第二審で結論を異にしている。第一審では、平成24年、25年、26年、全ての不許可処分を違法としているのに対して、二審では、先ほど言いましたように平成24年は違法だが、25、26年は違法ではないとしている。その違いはどこからきているのかが問題となると思います。

第一に、民間企業における組合事務所の対応、明け渡しの問題ですが、労働組合への便宜供与に関する判断枠組みとしては、国鉄札幌運転区事件最三小判昭54・10・30(民集33巻6号647頁)は、企業施設の利用をさせるかしないかは、施設管理権の濫用がない限り使用者の裁量であり、労働組合はこれを請求する権利はなく、また、使用者も労働組合の使用を受忍する義務もないと判断しています。

しかし、事業場の施設がすでに組合事務所として使用されている場合にはその使用禁止・停止に関しては、従業員で組織している企業別労働組合にとって組合事務所は組合活動の拠点であり、非常に必要性が高いことから、おおむね使用関係の法的性質に照らして、その解約、明け渡しの適否を判断しています。まず、その法律関係は何かというと、使用貸借関係であると捉えています(ラジオ関東事件東京高判昭54・1・29判例タイムズ386号123頁)。その上で、使用関係の解

除権を有するかどうかは問題となりますが、これは民法597条2項にいう「契約に定めた目的」である組合事務所の使用を終わらないうちは解約できないこととなります。しかし、近年は、個別の貸与契約の内容に即して法的性質を判断し、解約、明け渡しの適否も、契約の趣旨、目的、使用期間の定め、使用目的の達成、あるいは組合事務所の明け渡しによる労働組合の被る不利益、代替スペースの提供などを総合的に考慮してその合理性を判断する傾向にあると思います(日本シェーリング事件・大阪地判昭57・2・27労判383号60頁、仲立證券事件・大阪地判平13・5・13労判814号93頁)。

不当労働行為事件ということでは、使用者の組合の弱体化意図をどう見るかという問題がつけ加わることとなります。おおむね組合事務所の明け渡し等については、不当労働行為事件でない場合には、弱体化意思をそこに組み入れることはしていないように思います。本件についてそれをどう見るかということですが、まずは、先ほど言いましたように、民間企業では使用貸借関係またはこれに準じる法律関係というふうに見るわけですが、この一審・二審判決は、本件本庁舎の貸与を地方自治法238条の4の第7項にいういわゆる目的外使用であり、公法的関係と捉えています。そういう意味では民間企業とは別であるという判断ではないかと思えます。

そうしますと、目的外使用は管理者の裁量に委ねられますが、その裁量権の濫用・逸脱をどう判断するかということになるわけです。これについても、第一審・第二審判決はほぼ共通して先ほど言いましたように学校施設の許可申請にかかわる最高裁判決の枠組みを用いています。

ただ、第一審は、その一般論を述べた後に、組合事務所に関しては特別の説示をしています。組合事務所というのは、企業別組合においてはその必要性は非常に高いということから、長く使用を許可して、従前と異なる取扱いをして不許可にする場合には、管理者側の使用の必要性がどの程度増大したかとともに、職員の団結権等に及ぼす支障の有無、程度、施設管理者側の団結権を侵害する意図の有無等を総合考慮して、施設管理者が有する裁量権の逸脱・濫用の有無を判断すべきであるとしています。とりわけ注目したいのは、施設管理者側の団結権を侵害する意図があるかないかも含めて考慮するという枠組みを提示していることで

す。

その上で、一審判決は、行政スペースや庁舎内の政治活動の払拭というほかに、組合弱体化の意思を有していたかどうかについて、市長は、労働組合に対する便宜供与を一斉に廃止することによりその活動に深刻な支障が生じ、職員の団結権が侵害されることを認識していたことは明らかであって、侵害する意図を有していたと見ざるを得ないと認定しています。ほとんど不当労働行為の審査に近い判断をしています。さらに、25年度の労使関係条例12条の評価ですが、これについても第一審は、職員の団結権等を違法に侵害するものとして、憲法28条、労組法7条に違反して無効であると言っています。

これに対して第二審判決は、第一審判決のように組合弱体化の意思などについては全く触れずに、行政スペースの問題と政治活動の払拭について、組合事務所との合理的関連性の観点から、まず平成24年度は違法であるとした上で、25年度、26年度は、労使関係条例12条について、労組法7条3号がそもそも便宜供与を使用者に禁じている趣旨からいうと、従来使用許可をしていた経緯はあったとしても、それをもって直ちに無効と言うことはできないと言っています。ただ、先ほど言ったように、個別適用が問題となる場合には審査するという枠組みをとっています。

そこで、第一審、第二審の判決の違いをどう捉えるかということが大きな論点となります。それから、民間企業との対比について、私は民間と行政の目的外使用というのは一緒にはならないと感じがしていますが、この点についても議論はあるかなと思います。

野川 一番際立った違いはやはり一部控訴審が変更したところで、その理由の大きな違いは条例12条ですよね。条例12条自体が、原審から言わせると、違法なんですね。その違法の趣旨が、鎌田先生が言われたように、第一審がかなり不当労働行為判断的な態度をとっていることから来ている。だから、裁判所が不当労働行為事件の取消訴訟ではなくて、市の行政機関の処分の取消訴訟において、ダイレクトに不当労働行為的な観点をを用いることをどう考えるかですよ。

鎌田 そうですね。

野川 確かに、第一審も第二審もそれぞれの立場に立てば説得力があると思います。第1審が言うように、大前提として、不許可としたことに不当労働行為の意図が見られること、団結権侵害の意図が見られること

を前提とするのであれば、条例12条は、制定された経緯からして、労働組合を少しおとなしくさせようという意図は間違いのないので、こういう結論になることはわかるし、控訴審のように、あくまでも法律関係そのものの中で判断するのであって、不当労働行為制度を判断の中には含まないということであれば、こういうように考えられると思うんです。上告されていたら、どちらの枠組みに最高裁としては立つか、あるいは、第3のスタンスというものを示すか、興味のあるところでしたね。

鎌田 この事件はこれで確定しているのですけれども……。

野川 この事件はそうですね。

鎌田 これは市労連ほかが原告である事件ですが、もう一つの大阪市役所労働組合ほかが訴えた事件では上告しています。

野川 例のアンケートが発端ですかね。大阪市の職員に労働組合との関係をいわば詰問するような内容であったこのアンケートの問題もありますので、そういう全体の動きから判断するということだと、確かに原審のような考え方は妥当だと思うんですが、控訴審のように割り切るんだというのも一つのスタンスではあると思います。

鎌田 使用関係を停止し、明け渡しを請求するといったときに、民間の場合で見ると、不当労働行為事件であればもちろん不当労働行為自体が問題になるんだけど、解約が適法に行われるかどうかという論点の中には、不当労働意思というのはストレートには出てこないような気がします。

ただ、かつては不当労働行為と同じレベルで、組合に対する打撃の意思だとか弱体化の意思が問題となった時代もあるのですが、いつごろからか民間については、解約権の行使や使用関係の中止、明け渡しも、一応民事的な関係として判断をするようになっていった。それが今度の目的外使用においては、改めて一審のように団結権侵害意図が問題になるというように新たな視点を立てたわけだけど、果たして裁量権の濫用・逸脱から必然的に導き出されるのでしょうか。

野川 理論的にはね。

鎌田 不当労働行為事件であればわかるけれども。

野川 これは不当労働行為事件にも行っているんですよ。

鎌田 行っています。

野川 その結果はどうなっていますか。

鎌田 現在、中労委にかかっています。

野川 不当労働行為事件だとすると、一審のような考え方は、無理なく理屈としては立ちますよね。つまり、明らかに労働組合潰しだということであれば、少なくとも不当労働行為ということは言える。だから、それと整合しなくなった場合にどうするか。つまり、もしも不当労働行為だと明らかに言った場合に取消訴訟が同じ大阪地裁に起こってきた場合にどういうふうに整合させるか。そういう問題があるので、どっちが例えば訴訟経済に合うかということも考えると、不当労働行為のほうは、反組合的意図が明らかに見られて、労働組合潰しにつながっていることが確定されれば、不許可処分は不当労働行為であると言えますよね。しかし、直接の訴訟で、不許可処分そのものは適法であるということになったら、股裂き状態ですよ。

だから、不許可処分取消についても、不当労働行為というよりは、裁量権逸脱を推定させる一つの要素として組み入れるという発想は十分にあり得ると思うんです。

鎌田 その場合、権利の濫用・逸脱があるかないかの判断に弱体化の意思も組み込むような枠組みが成り立ち得るということですかね。

野川 そうではないかと思います。行政としても、団結権や不当労働行為制度を、裁量権を行使する場合に無視していいということではないと思うので、当然逸脱とか濫用という判断があり得る。法体系全体の枠組みの中で適切な判断だったかという見方があり得ると思うんです。

鎌田 確かにそういう要素も可能性はあるとは思いますが、ストレートに弱体化の意思を要件とするのがいいかどうか。

野川 その位置づけですよ。第一審でも一連の裁量権逸脱の判断の諸要素の中に、やはりこういうこともあると、打ち出せばよかったと思うのです。一応、裁量権からこういうことは基本的には言えるとは第一審も言っているけれども、その位置づけが必ずしも妥当ではなかったのではないのでしょうか。

鎌田 組合事務所の明け渡しの部分に関してはとりわけ重視をするという枠組みを、サブルールをつくったわけですね。

野川 そういうことですね。

鎌田 そこまで言わなければいけなかったのが一

つ検討課題かなと思います。

野川 そうですね。いずれにせよ、大阪市長対労働組合という構図をつくってしまった。これは政策的には失策なので、こんなことで市も組合もエネルギーを費やすというのは、政策的に極めて稚拙であるし、市長たる者は、不当労働行為制度や労働組合の権利についてきちんとした見識を持っていたら良かった。また、ブレーンの学者もいたらしいけれども、そういう人も不当労働行為制度を何も知らなくて、労働組合というのはひどい連中だという発想で制度を作ろうとして、それを元弁護士たる市長がうのみにした。そういう構図も極めて問題だということは言っておきたいと思います。

### 3. 昇格差別——医療法人稲門会（いわくら病院）事件（大阪高判平 26.7.18 労判 1104 号 71 頁）

#### 事案と判旨

看護師として勤務していた X が、3 カ月以上の育児休業を取得したところ (1) 就業規則に基づき職能給を昇給させず、(2) 昇格試験の受験資格を認めず受験の機会を与えなかったとして、これらの行為が育児介護休業法 10 条により禁止される不利益取扱いに該当し、公序良俗に反する違法行為であるとして不法行為に基づく損害賠償を求めたところ、昇格試験受験の機会を与えなかった行為のみ不法行為に当たるとして請求の一部を認容した原審判決が一部覆され、昇給させなかったことも不法行為に当たるとした上で、原審判決を変更し請求の一部が認容された。

職能給が昇給しなかったのは、X の評価は昇給基準を満たす B だったので、育児休業を取ったためと考えられる。また不就業期間が 3 カ月以上に及んだので昇格試験受験資格が認められなかった。原審は、職能給の昇給がなかったのは、月 2800 円の不利益にとどまるので育児法 10 条が労働者に権利を保障した趣旨を実質的に失わせるとまでは言えないが、受験資格剥奪は、就業規則には育児休業を 3 カ月以上取ったら人事評価の対象とならないという規定がなく、X が標準勤務期間の 4 年を過ぎていることなどから、昇格試験受験機会を与えなかったことは違法とした。しかし控訴審は、職能給についても、育休を私傷病以外の欠勤、休暇、休業の取扱いより合理的な理由なく不利益に扱うもので公序違反とし、23 年度と 24 年度の給与及び賞与の差額 8 万 9000 円の損害を認めた。

野川 次は、医療法人稲門会（いわくら病院）事件です。今日取り上げている中には、S 社事件やホットイシューの広島中央保健生活協同組合事件など、新しい

法理念あるいは法制度上のルールを前提として差別的な取扱いの有無が争われた事件が幾つかありますが、この事件もそのうちの一つです。

男性の介護士が、父親として育児休業を請求、それが3カ月以上になったところ、就業規則に基づいて、そういうことがなければ全員がほぼ享受していた職能給の昇給という措置を享受することができず、昇格試験の受験資格も、3カ月以上の育児休業をとったということで認められなかった。

これらは、育児休業を取得したことを理由として当該労働者に解雇その他不利益な取扱いをしてはならないという育児・介護休業法10条に反した措置であるとして、公序に反し、不法行為法上も無効であるとして、この介護士が訴えを提起したという事案です。もしきちんと昇給をしていたならば得られていたであろう職能給の額と、昇格試験を受験できなかったことに対する不法行為の損害賠償等から計算された額が請求されました。

第一審は、この請求の一部を認容しました。まず昇給差別ですが、育児休業を取得したことを理由とする昇給差別については、これを認めませんでした。というのは、日本シェーリング事件と沼津交通事件という2つの最高裁判決を踏まえて、育児・介護休業法10条に反した取扱いが公序良俗に反して不法行為法上も違法となるのは、育児・介護休業法が労働者に保障した育児休業取得の権利を抑制し、ひいては同法が労働者に前記権利を保障した趣旨を実質的に失わせる場合に限られるという判断基準を立てたからです。本件では、一応職能給の昇給は行われなくても、給与はいろいろな項目から成り立っており、本人給の部分の昇給は行われる。職能給の昇給は確かになされなかったけれども、それは月2800円、原告の収入の1.2%程度にとどまるというようなことを縷々指摘し、確かにこういう措置は望ましいものではないけれども、労働者の育児休業取得の権利を抑制し、権利保障の趣旨を実質的に失わせるものとは認められないとして、この部分は不法行為を認めなかったわけです。

他方で、昇格試験を受験させなかったことについては、違法であると認めています。昇格試験を認められるためには人事評価において一定程度の評価が必要ですが、この原告は最低に近いBBということになっています。しかし、原告は、3カ月以上の育児休業を取得した以外は、昇格試験の前提である他のさまざまな

要件は全部満たしています。職能給の昇給がないことを理由として人事評価の対象としないという規定があったのですが、そういうような機械的な取扱いではできないということで、3カ月以上の育児休業を取得した場合であっても、きちんと人事評価をして、翌年度の昇格のための試験を受験させるべきであるとして、裁判所は、正当な理由なく原告に昇格試験を与えなかったことは違法であるとして、精神的慰謝料として15万円を認めました。

ところが、控訴審は、職能給の昇給をさせなかったことについても、公序良俗に反して無効であるとししました。前提となる判断基準として、日本シェーリング事件、沼津交通事件、東朋学園事件の3つの最高裁判決を挙げ、基本的に初審とあまり変わらないのですが、第一審は、判断枠組みのところで、「権利を保障した趣旨を実質的に失わせる場合に限られる」という言い方をしていますが、控訴審は、「前記権利を保障した趣旨を自主的に失わせる場合は公序に反し」と言って、「限られる」というような抑制的な言い方をしていない。

それは結果によくあらわれていて、本件では、確かに収入はそれほど減っておらず、本人給の昇給はあるとしても、同じ不就業でも、遅刻、早退、年休、生理休暇、慶弔休暇、ストライキによる不就業などは、職能給昇給の欠格要件である3カ月の不就業期間には含まれないが、育児休業は含まれるのは極めて不公平であるということです。

別に育児休業であれ、ほかの理由であれ、不就業の事実は同じなのに、育児休業だけほかと別の取扱いをするのはあまりにも合理性を欠くので、この部分についても当然ながら育児休業法10条の不利益取扱いをしてはならないという部分に抵触するというところで、育児休業をとったために昇給できなかった額の給与、それから、賞与の差額に関して請求を認容するとともに、昇格事件についても、昇格試験を受験できなかったという部分については一審を維持した事件です。

最近、東朋学園事件や後で検討する中央保健生活協同組合事件のように、育児介護休業が広がっていて、男性もとるようになってきている。そうすると、職場の上司あるいは使用者としては困ることも出てくるでしょう。その場合に、育児休業をとったことに対応してどれくらいの不利益となる措置を認めることができるかが争点になってきます。

論点としては、育児休業法10条の趣旨に関して事実行為が不法行為となり得ることを認めるか。日本シェーリング事件・沼津交通事件・東朋学園事件は、それぞれ年休や産前産後休業など、法律上禁止されている差別を不法行為として認めるときには、その趣旨を実質的に失わせるものについて不法行為となり得ると言っています。それをそのまま踏襲したわけですが、第一審と控訴審で若干の違いが出てきていることからわかるように、一般論を言っただけでは解決はつかないのであって、どれぐらい具体的事案を判断するための明確な基準として再構成できるかということが問題になるだろうと思います。

もう一つは、実質的な問題ですけれども、男性が育児休業を取るのと女性が育児休業を取るのとで実質的な相違というものは、法制上は平等なんですけれども、出てこないのかということがあります。使用者は、女性が育児休業を取るだろうなという想定をしていることが一般的なもので、男性が取った場合に固有の課題があり得るかということだと思います。

後に議論する広島的事件は、いわゆるマタニティハラスメントの事案ですが、こちらのほうはパタニティハラスメントの事案だというふうに言われているみたいですね。

鎌田 この事件で私が注目したところは、一つは、「権利を保障した趣旨を実質的に失わせる」といった場合をどう捉えるかということで、ご指摘のように一審と二審で微妙に表現が違いますね。一審は限定的に捉えている。二審は、そう限定的な文言にはなっていない。「実質的に失わせる」ということは、昇給がされなかった場合の影響、不利益の程度の問題と捉えているのだらうと思うのです。一審は、月2800円、年間4万2000円で収入の1.2%程度というのは、「実質的に」ということの意味からいうとさほど大きくないという判断でしょうね。

野川 そうでしょうね。

鎌田 この点、控訴審はその辺の捉え方が違うということが一つ。

もう一つは、「育児休業を取得したことを理由として」という部分を重視して、差別的取扱いが許さないというニュアンスが控訴審には強い。これは野川先生が指摘されたところですが、昇格基準において不就業を幾つか問題にしており、遅刻、早退、年休、生理休暇等あるいはストライキによる不就業などは欠格要件

に含まれないが、育児休業は含まれるということで、差別的取扱いをしている。ここを控訴審判決はかなり大きな問題だと捉えているのではないかな。

そうすると、「実質的に失わせる」ということにもう一度戻ってくるのですが、一審はどちらかという経済的不利益性に力点があって、控訴審はあまり経済的不利益性には触れずに、昇格にかかわる欠格要件に不合理があったということがポイントになっている。だとすると、文言上は「理由として」ということが問題になるわけですが、「理由として」ということは、不昇給の欠格要件を遅刻、早退など他の不就業の場合と差別して不利益に取り扱うことによってということの意味し、これをもって育児法が育休取得権を保障した趣旨を「実質的に失わせる」というような捉え方をしているのではないかと思います。

確かに、育児休業だけを欠格要件にしているのは、不合理さが際立っていると私は思っています。

野川 どちらにも問題はあって、第一審の判決はもちろん、経済的不利益を一定程度におさめさえすれば、不利益に扱うことは問題ないということですよ。育児介護休業を不利益に取り扱ってはいけないというのがそういう趣旨になると、非常に大きな問題だと思うんですね。

鎌田 そうですね。

野川 一般の女性労働者などで、育児休業は非正規の方でも取れますから、もともと給与が少ない人が育児休業を取って、確かにパーセンテージからすれば数%だとしても、非常に影響が大きいという人だっています。それを経済的不利益だけで見ると問題になってしまう。

それから、東朋学園事件のときに問題になりましたが、産前産後休業も、それほど大きな不利益を与えなければ多少不利益に扱ってもいいと言っている。産後休業中は働かせてはいけないのであって、法の趣旨として働くということを禁止している。それを産前休業の場合と同じに扱っている。要するに何でも経済的不利益で解消してしまうところに問題があって、第一審もそういう問題が出てくるのではないかな。

逆に言うと、それでは、全部同じように不利益に扱っていたらいいのか。つまり、年休や慶弔休暇とは異なり、育児休業だけを不利益に扱っているからおかしいのか。

鎌田 例えば遅刻だとか年休だとかを欠格要件にして、育休だけを有利に扱っていた場合にはどうなるのかという問題ですね。

野川 それもそうですよ。

鎌田 だから、みんな一緒に欠格要件にしていたらどうでしょうか。

野川 育休だけが不当に低く扱われていないという意味では同じですよ。

鎌田 ただ、理由として不当に扱ってはいけない場合にどうなるかということです。

野川 そこが大問題だと思うんですよ。この趣旨だと、育休を平等に扱うか、有利に扱ってあげればいいのかということになりますよね。そうすると、例えば、女性活躍推進ということで、育休や産前産後休業、生理休暇をもう不利に扱わない、でも、年休や慶弔休暇は不利に扱うということをしていいのか。特に年休ですよ。法律上は同じように不利益に扱ってはいけないわけですから。ところが、年休は別にそんなに多くとる必要はないが、女性は子供を産まなければいけないので産前産後休業や育休は手厚くするとした場合に、どう答えるのかですよ。

鎌田 だから、「理由として」というのを因果関係的に捉えるのか、いわば不合理な取扱いをしてはいけないという、意味に捉えるのか、その違いだと思うんですね。ここでは、たまたま育休が特出しで欠格要件になっていたから目立ったので問題だけれども、そういう意味として「理由として」を捉えると、他の欠格事由との比較において差別しているかどうかということになりますよね。

野川 因果関係というよりは不合理性の問題だということですよ。

鎌田 「理由として」の意味を、不合理に不利益に取り扱ってはいけないんだという考え方だってできるわけですよ。

野川 育児休業をとったために不利益に扱ったという事実上の因果関係が一応推定されれば、あとは、それを覆す合理的な立証がされない限りは認めるべきだということですね。

鎌田 条文からいうと、そちらのほうが素直ですね。

野川 そう思います。そういう意味では、一番も控訴審も少し危うい部分がある。

鎌田 この事案の特性から言って、特出しで不利益に取り扱っているんで……。

野川 そう。

鎌田 説得力はあるのですが。

野川 説得力はある。でも、女性が育児休業を取った場合も同じように、遅刻、早退、年休よりも特出しで欠格だとしているんですかね。

鎌田 男女で意味が分かれています？

野川 そこもちょっと問題ですね。男に休まれては困るので、「育児休業、奥さん取れるでしょう？」を言ったら明らかに不当だけれども、実質的にそういうふうを考えている会社は多いと思うんですよ。

例えば同じ職場に働いている職場結婚した2人がいるときに、女性と男性とでは仕事の重みが違う。ことさらにご主人のほうが育休を請求してきたときに使用者が、「奥さんが取るんだったらあげる。だけど、君が取る必要ないじゃないか」というのはどうですかね。

鎌田 意味はわかるんだけどだめでしょう。

野川 現実としては、そう考えている会社が多いと思いますよ。

鎌田 昇進のプロセスが違うので男性と女性でキャリアの見方が違うということになるのですね。

野川 それと、実質的に会社がある程度の立証ができた場合はどうですか。男性に休まれるときついけれども、女性が休んでも、会社としては十分に対応できる。この2人は夫婦で、子供が生まれたときに女性ではなくて男性のほうが育休を取るということは現在では珍しくないと思うんですよ。その場合結果として男性のほうが大きな不利益を受けることがあり得る。

鎌田 それを理由として勤務評価で低くしたことが問題となるということですね。

野川 そうです。

鎌田 つまり、会社に「奥さんに頼みなさいよ」と言われても、「いや、私が入ります」と言って仕事に支障が生じた場合に、それを理由として男性に不利益な人事考課を行った、ボーナスを下げたということがどうなるか。人事考課の適切さが問題になるときに、妻がいるにもかかわらず男性が育休を取ったことを理由とした場合には、条文からいうと問題があるような気がします。

野川 具体的に、妻のほうが取っても会社は十分に対応できるが、男性に取られたらすごく痛手になることが立証された場合でも同じですかね。

鎌田 男性が育児介護休業を取ったことを理由として低評価をされたことが立証できればまずいと思いま

すけどね。

野川 会社としては、男性が取る必要はなかったと言いたいとしても、そんなことは何も他人が言うことではないということになるでしょうね。

鎌田 現場の感覚として、確かにどちらを選択するのですかというのは重要な問題ですね。

野川 そうですね。

鎌田 ただ、法律論とすると、その部分だけ切り出して見るのではないですかね。

野川 そういうことになるでしょうね。だから、そこは企業の人事政策と法的な観点との一つの問題ではないかと思います。

鎌田 現場ではあるでしょうね。むしろ普通なのかもしれない。

野川 少なくとも説得はするでしょう。「あのね、君ね、奥さんに取ってもらいなさい。そうしたら、会社は全面的に対応してあげるよ」ということはあるでしょう。日本のそういう現状が、速やかに変わることを祈りたいですね。

#### 4. 一時金の不利益査定の上乗せ労働行為性——国・中労委（シオン学園）事件（東京高判平26・4・23判時2248号91頁）

##### — 事実と判旨 —

本件は、自動車教習所の指導員に対する一時金（平成19年度、20年度の上下期）について、組合員への支給額が非組合員と比べて著しく低額であったこと労組法7条1号（不利益取扱い）、同7条3号（支配介入）の不当労働行為に該当するとして、①各期の不足分の支払い、②文書手交を求めた事件である。

Z（補助参加人）は自動車学校を経営する会社であり、XらはZの従業員（教習指導員、技能検定員）を組織する労働組合とその上部団体である。Zには就業規則上、ボーナスの定めはなかったが、平成元々ころから一時金を支給しており、Xらとの間で上期・下期に協定を結んでいた。初審神奈川県労委は大量観察方式を用いて、Xらの請求を認める命令をしたが、中労委は不当労働行為性を否定し、初審命令の上記①②に係る部分を取り消し、申し立てを棄却する旨の命令をした（平23・3・23決定）。これに対して、組合が再審査命令の取り消しを求める訴訟を提起したが、第一審の東京地裁（東京地判平25・5・23判時2248号99頁）、第二審の東京高裁は不当労働行為性を認める判断をした。中労委は最高裁に上告・上告受理申立を行ったが、別件事件で当事者間に和解が成立し、取り下げている。

鎌田 それでは、シオン学園事件です。争点は、Zが、X組合員の一時金支給額を非組合員と比べて著しく低額としたことから、労組法7条1号の不利益取扱いであり、また、Zによる組合弱体化を図ったものであるとして支配介入にあたるかどうかです。

自動車学校（Z）の従業員を組織する労働組合が原告なのですが、組合員は、教習指導員と技能検定員など正社員で年齢が比較的高い人たちで、当然賃金も高い人たちです。Zには契約社員の教習指導員や、より若い人もいますが、こういう人たちは組合には所属していません。

本件では一時金の低額査定が組合差別にあたるかどうか争点となっていますが、その判断において、いわゆる大量観察方式を、労働委員会、裁判所ともに用いています。ところが、中労委と裁判所で大量観察方式の理解の違いが見られた事例で、注目したいと思います。

一審と二審は大きな違いはありません。まず一審の簡単な判旨をご紹介します。先ほど言いましたように、大量観察方式を用いて、組合員と非組合員は、いずれも指導員として勤務し、基本的な業務内容は同一であるので、同質性を有する集団の支給額に有意な格差があると認定をしました。この格差は、会社が採用した考課制度によって生じたのですが、かつては一時金支給額で考課部分はわずかであったものが後に100%にしたのですが、両者の間では何度も不当労働行為事件や裁判が提起され労使関係が悪化している中で考課分の割合の拡大を主張していることに合理性が疑われ、むしろ査定制度の導入は支部組合員に対して経済的打撃を与えるものを十分認識したものであること、社長は組合を嫌悪する発言をしていたこと、考課分の拡大について組合に十分な説明をしたとはいえないことから、格差は組合に対する不利益取扱いによって生じたものと推認できるとしました。その上で、一審判決は、考課制度の内容、運用について合理性があるかどうかを検討し、稼働考課については制度設計において不合理な点があるなどとして不当労働行為性を認めました。

第二審では、中労委が第一審判決に反論しています。中労委の反論は、①組合員と非組合員の集団間の比較について、組合員は20人程度、従業員全部で50人ぐらりの少人数の集団間の比較は偏りがでてしまう、一審は、比較集団の従業員が全て指導員ということで、

同一の職務だから同質性があると、言っているけれども、稼働時間や待機時間の多寡、それから、勤務状況、勤務実績に差があるので同一性があるとは言えず、②人事考課においても、考課制度の内容が一般的・客観的にみて不合理かどうかではなく、組合員であることを理由に不当に低く査定したものでどうかを検討すべきであり、本件考課制度は使用者の裁量の幅が生じないような仕組みとなっており、組合員を不当に低く取り扱うものではなかったと主張しましたが、高裁は中労委の反論をほとんど受け入れず、一審判決を維持しました。

中労委の主張との関連で高裁判決を要約すると、まず上記①については、本判決は、両集団の規模が小さいということについては、十分な大きさを持つことにしたことはないけれども、本件の規模であれば十分比較可能であり、大量観察方式を適用する前提を欠くものではないということが一つ。2番目に、組合員と非組合員の勤務実績の差は、実際は稼働時間数の差ですが、従前からの労使関係に起因するものであるから、勤務実績に差があることをもって同質性を否定することにはならない。そういった同質性を持っている比較集団間に有意の格差があれば、特段の事情がない限り不当労働行為が推認されると言っているわけです。さらに、上記②について、一般的に考課制度の内容自体が合理性を欠く場合、その適用の結果もまた合理性を欠くとしています。

大量観察方式が争点になっているので、それについてお話します。大量観察方式は、ご存じのように、わが国の人事制度では、昇進、昇格、昇給の決定において集団の管理が行われ、入社年度、学歴、職種等が処遇上の重要な準拠枠になっており、集団間に処遇上の格差が存在する場合、労働組合が使用者の差別意思を一応立証したときは、使用者がその格差が勤務実績などの合理的な理由に基づくことを立証できなければ不当労働行為と認めるという立証方式です。この立証方式は、最高裁も認めています（紅屋商事事件最一小判昭61・1・24判時1213号136頁）。

ところが、近年になって個別的な人事管理が進むことによって、単純に集団を比較するだけでは一概に組合差別だと言えないということで、大量観察方式の適用に消極的な裁判例が出てきました。そこで、中労委は平成17年に大量観察方式のこれまでのあり方を見直し、個別立証を組み込んだ修正大量観察方式を発

表しました。これは何かというと、組合と比較対象となる集団間の差別を立証する場合には、原告である組合は、集団における格差の存在の立証とともに、差別されている組合員の能力や勤務実績が劣っていないこと、つまり、働き方において同質であることもある程度は立証しなければならない。その上で、使用者側にその格差が合理的な理由によるものであるかどうかを立証させるというものです。

こういうことから、単に集団間の同質性を単純に見ないで、格差が生み出される事情、特に勤務実績についても細かく立証をさせた上で比較をする、逆に言うと、集団間の中で偏りがある、勤務実績に差があれば、適切な判断ができないということだったわけです。そこから、先ほどの中労委の反論があったわけです。

ところが、本判決は、同じ職務であれば基本的には同質性があるとし、考課における低評価の理由となっている稼働実績の違いは、これまでの労使関係の実際に起因するもので、そういったことを同質性を否定する要素とすべきではなく、そういうものがある中で集団間で組合員と非組合員との間で格差がある場合には、特段の事情がない限り不当労働行為を推認させるという判断枠組みを用いたわけです。

こういう枠組みでいくと、中労委が修正する前の割とシンプルな大量観察方式に戻ったという感じがします。こうした場合に、同質性の判断はどう捉えるべきか。

それから、本件においては、人事考課の中で稼働時間が結構大きな問題になっているのですが、判決は、組合活動の時間を稼働時間から除外していますので、当然稼働考課でマイナス評価を受けるといった事情、あるいは本件では会社は高齢で高収入の正社員には定時退社を義務づけたため残業が少なくなるのですが、組合員は正社員であるがために、人事考課の低評価をもたらすわけですが、そうした考課制度それ自体も合理性がないと、述べています。

こういったことから控訴審判決は判断をしているということで、大量観察方式をどう捉えればいいのか議論していただければと思っています。

野川 重要な事案だと思うのは、大量観察方式にはなじまないのに、不当労働行為として認定するのは無理だろうというのが中労委の判断ですが、それを裁判所が覆すというのは、何か逆ですよね。

鎌田 今までの労働委員会と裁判所の関係から見る



と逆のように見えますね。

野川 普通は、労働委員会が、大量観察方式という裁判所ではあまりないような独特の判断枠組みを持ち出すと、裁判所がそれでいいのかと疑義を呈する。しかし、これは労働委員会の裁量という流れですよ。

我々はロースクールの授業でも、まず最高裁の紅屋商事事件を持ってきて、大量観察方式が最高裁によって認められた。しかし、オリエンタルモーター事件(東京高判昭63・6・23 労判521号20頁)では、査定の方式が個別化されて、かつ人数が少ないというときには適用できないと裁判所自身が言っているので、両方も持ち出して説明してきたわけですよ。ところが、この一審、二審はそれを覆すような判断です。

鎌田 中労委の当初の方式に先祖返りしたような外観があります。

野川 それをどう考えるかですが、私が思ったのは、大量観察方式の中身がもとの戻ったと考えるのか、そうでない考え方というのがあり得るのではないかということです。それは、控訴審が判断の終わりのほうでこういうこと言っている。当審における控訴人らの主張についてのイで、上記(イ)の主張について、「補助参加人の人事考課制度における査定の結果、被控訴人支部組合員が非組合員に比して低く査定されている場合に、それが組合員であることを理由に不当に低く取り扱ったためといえるか否かの判断に当たっては、考課制度の内容及び考課査定の実際の双方に着目する必要がある」「一般には考課制度の内容自体が合理性を欠くものである場合は、その適用の結果もまた不合理になる」という部分です。これを踏まえて第一審の事実認定を見ると、考課制度について十分に組合員に説明していないという認定が出ているんです。それは第一審でいえば、「2 不当労働行為該当性の判断」で、(1)から(4)に考課制度についての説明があって、そこで、評価方法等について変更点の全容を明確に説明していないから、査定期間ごとの評価方法や査定結果を明らかにすることを拒否していた、意図的に新しい査定制度について吟味するだけの情報を知りえない状態に置いていたと言っている。これからすると、本件においては、査定制度についてどういう内容で具体的にどう運営されるのかということを知らせない状態であることが、裁判所には非常にゆゆしいことと見えたということですね。

あとは、一連の不当労働行為事件が提起されている

んです。それで、本件の査定制度ができたころに、支部組合員らが、平成19年に残業代の支払いを求めて訴訟を提起して横浜地裁で一部勝訴したとか、非常に不安定な労使関係にあった。そういう中で行われたことから、不当労働行為意思がかなり強く推定される点を結構重視しているようなので、全体として見ると、正面から大量観察方式というものは昔のとおりでいいと言っているわけでもないというのが印象です。

鎌田 そうですか。枠組みとしては、一見、シンプルな大量観察方式のように見えるのですが。ただ、中労委と裁判所の判断の大きな違いは、ご指摘の通り、大量観察方式の捉え方の違いよりも、不当労働行為意思の認定がかなり違っていたことが一つあるのかなと思います。

野川 そうですね。

鎌田 当事者間の中で相当頻繁に裁判とか不当労働行為事件が行われていて、組合のほうが勝っているケースも結構あります。そうした中で、裁判所としては不当労働行為意思がかなり濃厚な事案だと見ていたということはあるかもしれない。

ただ、この事件でおもしろいのは、野川先生が指摘されたように、割と大量観察方式に対してポジティブな態度に裁判所もなっているということです。そもそも労働委員会がこの方式を導入したことに対して、裁判所は認めてはいるけれども比較的ネガティブで、個別立証を重視する傾向があったのに対して、ここへ来てなぜか一部の裁判所だけなのかもしれないませんが、大量観察方式に積極的な態度が見られるようになってきたことは非常に重要だと思います。

野川 確かに第一審はそうです。控訴審も受け入れている原審の不当労働行為該当性の判断の中の(2)で、組合員集団と非組合員集団の同質性は否定できないというのは、同質ではないから大量観察は使えないという主張に対する反論ですよ。

鎌田 そうですね。

野川 同質性があるじゃないかと言っているから。

鎌田 しかも同じ指導員。

野川 そうそう。

鎌田 でも、さっきも言いましたが、組合員は正社員の比較的中高年の人たちで、非組合員は契約社員の若い人たちというので、個別立証にこだわると、そう単純にはいきませんよというふうな考えがちなのです。

野川 だから、中労委はそういうところを丁寧に見たということなんでしょうね。

鎌田 はい。

野川 だから、そこは微妙ですね。結局、大量観察方式につき、不当労働行為該当性判断の(2)などから読むと、効果裁量に裁判所は傾いているようにも見えるけれども、そうではなくて、今までどおり要件裁量は労働委員会にはないので、丁寧にやってみたら、不当労働行為意思があるのではないか。いわば判断の形式ではなくて、実質の問題としてそういうところが決定的な違いになったと考えるかどうかの問題でしょうね。

鎌田 一審、二審に従えば、大量観察方式が使える場合はかなり広いですよ。

野川 同質性があればそうですね。

鎌田 職務の同一性ということであれば、運転士や教員というだけでも同質性がある。

野川 そういうことですよ。

鎌田 問題は、その格差をどう評価するかが勝負になってくるということですよ。そこはいろいろな問題、特に勤務時間の問題などを組合活動との関連でどう評価するかということが大きな問題となるわけですよ。

野川 だから、査定制度とか人事評価は個別化されているが、働き方は同質だとすると、どう絡ませるかですよ。

鎌田 そう。

野川 同じ運転士なのに、個人ごとの要素で評価していると言っても、そういうやり方自体が問題じゃないかと言っています。

鎌田 そうなんです。稼働時間が少ないことが低評価につながるけど、そもそも、組合の主張は、組合活動がマイナス評価になることです。高給取りである組合員たちは、定時退社しなければならないので、会社の経営上の安定を保つということから、ある程度理解している。組合員が属性として正社員で高齢者が多いということをどう評価するか。中労委は、格差の問題とはつながらないと考えていますが、全体として見ると、やはり不利益性につながっていくわけですね。

野川 本当は最高裁の判示がほしいところですね。修正大量観察方式は、中労委は具体的な事件の中で出したのですか。それとも、何か見解で出したのですか。

鎌田 公益委員見解として出しています(中央労働

委員会「労働委員会における『大量観察方式』の実務上の運用について」中労時1055号16頁)。

野川 さらに、従来の大量観察方式をどう評価するかも最高裁に判示してほしいですね。

鎌田 そうですね。

野川 弁護士がうまくそういう争い方をしてくればいいですね。

鎌田 修正大量観察方式自体が本当に個々の評価を受け入れないものなのかどうかよくわからないので、そういったところも詰めた議論をしてもらいたい。

野川 そうですね。

鎌田 あまり皆さん注目していないので、ここでの議論をもとにいろいろな研究者の意見も聞きたいですね。

野川 ぜひ聞きたいところですよ。

## 5. 定年延長拒否——同志社事件(大阪高判平26・9・11 労判1107号23頁)

### 事案と判旨

大学教員が、1年間の定年延長の後、さらに定年延長が行われず定年退職扱いとされたことは解雇権濫用法理の類推適用により無効であると主張した事例。

就業規則において、65歳定年到達後は、「本法人が必要と認めたものに限り」これを適用しないと定められ、1973年の理事会の決定・通達によって、教授会により1年度ごとに定年を延長することができることとされていた。Xは、24年度末で定年となったことは解雇権濫用法理の類推適用がされたうえ無効となり、不法行為ともなるとしたが、教授会の審議は実質的なものであったこと、平成25年度の科目の担当を予定されていたことは定年延長を法的に保護する根拠にはならないとして第一審、原審とも請求を棄却した。

原審は、C研究科教授会では定年延長は実質的な審議がされており、定年延長が事実たる慣習や労使慣行とはなっていないとし、解雇権濫用法理の類推はされないとした。なお、定年延長に合理的期待が認められて解雇権濫用法理が類推されるとしても、本件では合理的理由があったとした部分は控訴審で改められた。

控訴審は、本件退職扱いが違法となるのは研究科長による裁量権の逸脱や濫用が認められる場合であるとして、本件ではそのような事情は認められないとされた。

野川 次に私が取り上げるのは、同志社事件の判決です。我々の業界の中で、非常に頻繁に起こる事案の一つです。多くの私立大学で、65歳定年をとった上で、その後1年の期間を定めた有期雇用の形にした上で当

該教員を継続雇用し、68歳ないし70歳で雇い止め、あるいは実質的な定年ということにされています。ところが、まれに、実質上の定年である68歳とか70歳に到達する前に雇い止めされてしまうという例が出てきて、違法であるとして訴えを提起されることがままあります。この事件はちょっと新しい論点を含んでおり、注目すべき内容でもあるので取り上げました。

本件においては、就業規則上は65歳定年です。定年到達後は、本法人が必要と認めた者に限って、定年制を適用せず、1年ごとに定年を延長することができるという定めになっていました。

原告であるXは、平成24年度末で定年となった者です。この平成24年度末で定年となったことについて、解雇権濫用法理の類推適用がされて無効であり、かつ不法行為にもなると訴えました。

65歳の年度に定年制の適用をしないということになって1回だけ定年延長がされたんですが、2回目の延長がされませんでした。同志社大学のC研究科に属しており、かつD研究科というところでも科目を担当していました。具体的には、C研究科で7コマ、D研究科では8コマ担当していた。どういうふうを担当していたのかというのかはよくわからないのですが、とにかくD研究科でもかなり多くの科目を担当していた。

平成24年12月19日のC研究科教授会で、25年3月末に一応2度目の定年を迎えるXらの定年延長が議題になり、研究科長はXを除く2名の定年延長を発議し、Xだけ定年延長を発議しなかった。Xから異議が出されたので、年間8科目を担当していることが定年延長の基準であることを理由としたんですね。

でも、Xが異議を申し立てたところ、平成25年1月9日に今度はXを対象とした定年延長が議題となり、その際、確かにC研究科で7コマ、D研究科では8コマ担当しているが、D研究科の科目はカウントしないということが説明されました。

それから、1カ月後の2月11日の研究科教授会でもXの定年延長が議題となりましたが、このときには、24年に科目の担当拒否があった。国際プログラムの脱退などの行政面での不参加があった。25年度には演習指導の学生がいらないというようなことが説明され、Xの定年延長が必要な理由は誰からも提示されなかった。

これに対して2月28日にXは、研究科教授と学長

に教授会審議要望書を提出したが、同日Yの代理人がXの代理人に、Xが教学、学内行政の分担、いずれの観点からも法人が必要と認めた者には該当しないとして、Xの要望書は教授会発議要件を欠くとしたファクスを送信した。結局、Xは平成25年3月31日に定年退職という扱いをされたわけです。

これに対してXは、定年延長は、この法人では事実たる慣習になっていた。つまり、何か懲戒等の事由があれば別だが、特に何も支障がない限りは自動的に定年は延長されていた、それが事実たる慣習になっていたと主張したけれども、受け入れられなかった。

原審は、C研究科教授会で定年延長について実質的な審議がされており、事実たる慣習や労使慣行にはなっていないとした上で、仮に定年延長に合理的期待が認められて、本件では解雇権濫用法理が類推されるとしても、解雇として見た場合の合理的理由があるということをつけ加えて、Xの請求を棄却しました。

控訴審は、本件の退職扱いが違法となるのは、研究科長による裁量権の逸脱や濫用が認められる場合であるが、それはないということを指摘して控訴を棄却いたしました。その際、原審がとっていた「仮に定年延長に合理的期待が認められて解雇権濫用法理が類推されるとしても」という部分は維持しませんでした。

このような事案は、先ほど申しあげましたようにたくさんあります。これまでは、定年延長を拒否した大学側の措置が違法と認められたものと適法と認められたものがあります。例えば、明治大学事件（東京地判平元・3・31労判539号49頁）では、65歳定年制で1年ごとに70歳まで定年延長されるという制度において、3年延長されてから雇い止めされた教授から違法であるという訴えがありましたが、教授会において、学問研究及び教育・実習の観点から実質的に相当の審議が尽くされたということから、その請求は棄却されました。

日本大学（定年・本訴）事件（東京地判平14・12・25労判845号33頁）では、労使慣行が事実たる慣習として労働契約の内容を構成するものとなっている場合に限って、就業規則に反するかどうかを問わず法的拘束力を有するという一般論を言いついて、その前提のもとに、労使慣行が事実たる慣習になっていると言うためには、第一に、同種の行為または事実が長期間反復継続して行われている、第二に、労使双方が当該慣行を明示的に排除しておらず、労使双方の規範意識

に支えられていることを要するとした上で、この日大法学部における教授の定年について65歳定年が70歳まで延長されるというのは、労使慣行として定着し、事実たる慣習として労働契約の内容となっているとしたわけです。解雇権濫用法理が適用されるとして、解雇としては無効となり得ると判断をしています。

そこでまず、ほとんどの私立大学で適用されている、一応65歳等を定年年齢とした上で、教授会ないしは現在はほとんど研究科長、あるいは学部長の判断によって、それを1年ごと延長することができるというシステムをとっている場合に、これ以上定年延長は適用しないという判断がどのような場合に違法とされ得るのかということが問題になると思います。本件では特に、1年の期間を定めた有期雇用の雇止めではなくて、端的に「定年を1年ごとに延長する」という制度にしている点をどう考えるかがポイントとなります。

また、明治大学事件も日本大学事件も、定年延長を認めるか認めないかの教授会での議論等が実質的なものになっていた。だから、教授会等での議論が形式的なものなのか、実質的なものなのかという点と、それから、事実上どのように扱われていたのか、つまり、事実上ほとんど全ての希望者は定年延長をされていたのか、それとも、現実にそれが認められないという場合があったのか、あったとすればどれぐらいなのかを判断の基準のように思いますが、それだけで済むのかということも議論の対象となるだろうと思います。

今後とも必ず起こり得る問題なので、きちんと検討しておこうということで取り上げました。

鎌田 野川先生ご指摘のとおり、私立大学では非常によくある紛争で、裁判に行くケースはそう多くはないのですが、紛争としては非常に多いのではないかと考えています。そういう意味では、裁判で争っているケースは事例という意味では貴重かなと思います。

一応65歳定年で、1年ごとに定年を延長する、そして、70歳を限度とするということですが、定年延長といっても、1年ごとの期間の定めのある雇用になっていて、それを更新するというのでしょうか。

野川 実質的にはそうだと思うんですが、制度上もそうしているところも多いですね。65歳が定年であるけれども、制度上は65歳定年を適用しないということです。1年ごとに、定年延長をするかどうかを判断するという定めなんですね。

鎌田 そうすると、退職金はもらってないわけですね。

野川 そうです。

鎌田 そうすると、定年年齢は、65歳を過ぎた各年ごとに、変わってくるということですね。

野川 そうですね。

鎌田 そうすると、研究科長が行うのは契約更新についての発議ではなくて、定年を延長するかどうかの発議ですね。

野川 そういうことです。

鎌田 なるほど、わかりました。私が今まで経験しているのは、どちらかという定年後の契約更新のケースが多かった。

野川 そうですね。だから、65歳で一旦退職金もらって、その後1年ずつ雇用延長という仕組みですね。

鎌田 要するに、科目等の必要性から特別に講義を担当してもらうということですが、いわゆる非常勤講師とは違うんですね。

野川 そういうことですね。

鎌田 だから、嘱託講師とか特別教授というような名称を使うところも多いと思いますが、非常勤ではなくて特別教授として定年延長するということですね。

野川 その点も一応論点にはなり得ると思うんですね。つまり、一旦退職扱いになって、特別な雇用形態として1年ごとに延長するという場合と、まさに定年を延長していく場合がある。しかし、それを発議しなければ延長できないわけです。研究科長が、この人については1年定年を延長したい、教授会がよろしいでしょうといった場合に1年延長され、1年が終わるころにまた発議するという形式なんですね。

鎌田 そうすると、その部分では一応合意になっているわけですね。

野川 そうです。

鎌田 そうすると、定年延長の合意はあるけれども、延長させることの発議は事実たる慣習になっているという主張ですね。

野川 そういうことです。だから、定年は実質的には70歳なんだという主張でしょうね。だから、65歳定年という形をとって発議を行っていくのは、あまりにもひどい人に対する解雇をしやすくするための手続にすぎないという考え方だと思いますね。

鎌田 そうすると、例えば65歳のときに、66歳に

なった年度の最終期日3月31日をもって定年としますというのは、いわゆる期間満了自動退職なのか、解雇なのか。

野川 解雇ではないですね。発議がなければ、原則的にはその時点で、終了が合意された労働契約なんです。

鎌田 期間満了退職の形ですか。

鎌田 更新ではないなら、何なんだろう。

野川 定年制とは何かという議論がありましたよね。定年制はそもそも無効だという主張もあった。定年制というのは、今理解されているところでは、期間の定めのない契約であるから、途中で解雇もできれば、退職ももちろんできる。だけど、そういう期間の定めのない契約に期限をつける。つまり、本人が65歳になった年の年度末でそういうのを終わらせましょうという合意をした特別な労働契約であるとする、その合意部分を1年ごとに変えているということでしょうね。今までは65歳だったけれども、66歳にしましょう、67歳にしましょうということですね。

鎌田 延長の発議というのは、66歳をもって終了するという部分を取り消した上で。

野川 いや、おそらく法理論的には、もう1回67歳の年度末にしましょうという申し込みをする決定だと思いますね。だから、労働者の側は断ることはできる。「いや、大学はそういう申し出をしたけれども、私は66歳定年で結構です」と言ったら、66歳定年になる。だから、結構ですと言わなければ、書面とか出さなくても、合意されたものとみなすということではないですかね。

鎌田 その発議というのは契約の申し入れではないですよ、新しい契約をつくるわけではないから。

野川 内容変更の申し入れですね。

鎌田 期間の部分についての内容変更の申し入れ。

野川 そういうことですね。

鎌田 その申し入れがなければ、66歳の年度の末日をもって終了するという合意に基づいた退職という格好になるわけですか。

野川 そういうことですね。

鎌田 そうすると、解雇の問題ではないから、解雇権濫用の法理の問題になるのですか。

野川 解雇権濫用法理の類推適用というふうに言っています。

鎌田 発議するのは研究科長ですか。

野川 そうです。

鎌田 内容変更の決定は最終的には理事会決裁の話だと思いますが、契約内容変更の申し入れ、延長の申し入れとしての発議は極めて重要な法律行為ですよ。

野川 そうですね。

鎌田 研究科長が発議する権限を持っているといっても、研究科教授会が決定して、理事会に申し入れて、正式の発議になっていると思うのですが。

野川 高裁が事実認定で改めたところがあるんですが、被控訴人の就業規則や申し合わせの内容によれば、当該教員を必要とする場合に限り定年延長が認められ、C研究科においては、定年延長を教授会に発議するか否かは議長である研究科長が判断することとされていると言っていますね。

鎌田 規定があるのですか。

野川 そうです。ただ、「規定や本件申し合わせの内容によれば」としか書いていません。そうすると、本件退職扱いが違法となるのは、本来、定年延長の必要性が認められる教授につき定年延長を発議しないなど、研究科長による定年延長の必要性の判断に裁量権の逸脱・濫用が認められる場合だという言い方をしているんです。

鎌田 やはり発議権があるんだ。

野川 研究科長に発議権があるんですよ。

鎌田 だけど、そういう権限があるのかと正面から言われたら、どうなのでしょう。

野川 判断をやり直して改めてそう言っているところですから、高裁は確信しているんですね。

鎌田 細かいところはよくわからないのですが、通常、大学の教員の定年延長や更新の場合、教授会の決定で更新なり、定年延長が行われますが、その際に学部長や研究科長が、終わるということを前提にして、特段の必要性がある場合に更新等を提案するという格好になりますよね。よくわからないのは、定年延長という制度の中でも、終わりますということが前提になっているのですかね。

野川 もちろんそうでしょう。

鎌田 そうすると、権限の逸脱というのは、定年延長の期待権があるから逸脱になるんだということでしょうね。

野川 そういうことですよ。高裁は定年延長の必要性が認められる教授につき定年延長を発議しないと

いうのを例として挙げていますから。

鎌田 必要性があり、そして、教員が期待できるときに、初めて逸脱・濫用という話になるわけですね。

野川 そうですね。だから、高裁も、自分は70歳が本当の定年と期待しているという事実自体、それから、そういうことが定着しているという事実自体は認めていると思います。ただ、それが法的な違法性判断に影響しないということだと思いますね、誰もが事実上はそういうふう期待しているので。

鎌田 まあ、そうですね。

野川 ただ、本件では、実質的な審議がされて、しかも研究科長の判断に逸脱はない。研究科長の判断の適法性はきちんと検討しています。例えば、大学院の教授は定年延長のもとで適格性はもう推定されているのであって、よほどのことがない限り発議はすべきだというような主張は否定しています。それから、1年ごとに定年延長の可否が審議されるのであって、一度定年延長されたからといって、そのまま行くことはないとか、8コマルールというの、合理的ではないとは言えないかですね。

鎌田 科目が何コマかが科目担当の必要だという話のほか、演習指導対象の学生がいるとかが問題になるのはわかるけれども、研究科長が仮にそういう必要性があったとしても発議しなければならないというものでもないです。

野川 ないということですね。

鎌田 だって、別な教員に担当させたっていいわけだから。

野川 そういうことです。だから、これまで長い制度の運用実績があって、その中で論文指導の学生がいる教授がいて、そういう場合に必ず延長されていたということがあれば別だと思うんです。やはり、それでも定年延長しない理由が必要でしょう。

鎌田 事実たる慣習というものになっていけばね。

野川 それもないということであれば、この教授がみんなから疎まれていて、学内行政もやらない人で、しかも科目担当を拒否したという事実が出ているから、やめてほしかったのは事実ですよ。こういう制度のもとでは、そのこと自体は少しも違法ではないですよ。ただ、もしこれが65歳までの間の解雇だったらもちろん大いに問題になるところです。

## 6. 安全配慮義務の履行請求——JR西日本（安全配慮義務履行請求）事件（大阪高判平 27.7.7 判例集未登載）

### — 事案と判旨 —

原告Xらは、旅客鉄道輸送を業とする被告Yにおいて、それぞれ保線区や信号通信区などに所属し、各種設備の管理・保守・点検・修繕などの業務に従事していた。Yは、触車事故（線路内または線路に近接して作業に従事する従業員と列車が接触して発生する事故）防止対策の一環として、作業を行う従業員が見張員を立てて列車進来の都度作業員を待避させる方法をとっていた。ところが、Xらは、過去の触車事故の経験をふまえると、この方法では触車事故防止に不十分であり、より確実な事故防止策として列車を脱線・転覆等の危険から防護する方法の一つである携帯用防護無線機による列車停止のシステムも使用すべきだとして、XらをY業務のために線路内等に立ち入らせるときに見張員に携帯用防護無線機を配備し使用させるという内容の作為等を請求した。一審（大阪地判平 26・12・3 労判 1844号 78頁）はXの請求を棄却した。

本判決は、一審を引用し、安全配慮義務の具体的内容は、労働者の職種、労務内容、労務提供場所等安全配慮義務が問題となる当該具体的状況等によって異なるべきものであり、それら業務を行う従業員の生命や身体等を危険から保護するためにいかなる措置を講じるか、具体的にはどのような触車事故防止対策を採るかについては、作業内容や当該作業区間の状況等を踏まえた専門的、技術的事項に関わる種々の方策を比較検討した上で判断されなければならない以上、第一次的には上記義務を負っている使用者の合理的な裁量によって決定されるべきであり、労働者が使用者に対し、事前に安全配慮義務の履行として特定の危険防止措置を採ることを請求するためには、まず、その前提として、前記具体的状況等により労働者の生命や身体等に対する具体的な危険が発生しているにもかかわらず、使用者において、その危険を放置したり、それを除去するための十分な安全措置を講じないなど、上記具体的な危険に対する使用者の措置がその合理的な裁量を逸脱し、安全配慮義務に違反していると認められる場合でなければならないと述べた上で、Yに合理的な裁量を逸脱した事実はないとして、Xの請求を棄却している。

鎌田 この事件は、JR西日本の原告ら（保線区や信号通信区などに所属して管理、保守、点検、修繕などの業務に従事していた労働者）が、列車との接触事故を防止する措置の履行を求めて裁判を行ったものです。安全配慮義務の履行請求を求める事件はそう多くない中で1つの事例を加えたことと、理論としても新しい枠組みを提示しているのです、注目したいと思いま

す。

どんな事故が想定されているかという点、接車事故、つまり、列車に触れる事故が想定されています。Yは防止対策ということでいろいろなものを用意していますが、基本は、作業を行う従業員が列車がやって来る都度退避する方法です。具体的には、作業現場に現場見張員、最も列車に近い遠方に先方見張員を立て、必要に応じて、1人または複数の中継見張員を配置します。白色の旗を使用して、各見張員が、列車が近づいてきたらその旗を立てて次々連携して、作業責任者に列車が近づいていることを伝達し、作業責任者が作業員を線路外に退避させた後、今度は逆方向に退避完了の合図を旗で列車運転士に伝達して、そして、通過をさせるというやり方で事故防止をしているわけです。

ところが、過去の例では幾つかのエラーによって事故が発生しているということから、Xらは、このような事故防止策では不十分であって、具体的には列車に一番近い先方見張員が列車停止手配をとれない場合や、先方見張員が行った列車停止の合図を運転士が見過ごしてしまったということがありますので、列車運転士が旗を見て判断するという方式ではなくて、確実に止めるために別な方法を提案するということになります。

その方法は何かということ、列車を脱線・転覆等の危険から防御する方法の一つとして、各列車に携帯用防護無線機が備え付けてあるが、それを作業における列車停止システムとして使用すべきだと。携帯用防護無線機というのは列車に備え付けてあるのですが、作業員にも配置すべきだ、使用させるべきだということを要求して裁判を行った。

第一審判決はどう言っているかといいますと、安全配慮義務に基づく履行請求、作為請求をしているわけですが、安全配慮義務の具体的内容は、労働者の職種、労務提供場所等当該具体的状況によって異なるということがまず第1点。そこで、それら業務を行う作業員の生命や身体を危険から保護するためにいかなる措置を講じるか、具体的にはどのような接車事故防止体制をとるかについては、作業内容や作業区間の状況、その状況も、単線、複線の違い、最高速度、列車の運行密度、見通しや通信状況、退避の容易性などを踏まえて、専門的技術事項に係るさまざまな方策を比較検討した上で判断しなければならない。そうである以上は、第一次的には、そのような義務を負っている使用者の

合理的裁量によって決定されるべきだというわけです。

したがって、労働者が使用者に対し事前に安全配慮義務の履行として特定の危険防止措置をとることを請求するためには、まずその前提として、具体的状況等により労働者の生命や身体に対する具体的な危険が発生しているにもかかわらず、使用者においてその危険を放置したり、それを除去するための十分な安全措置を講じないなど具体的な危険に対する使用者の措置が合理的裁量を逸脱し、安全配慮義務に違反していると認められる場合でなければならぬとした上で、本件において安全配慮義務違反があったのかというふうに問うわけです。

裁判所は、現在の事故防止体制は有効な措置であり、そして、従業員に対し厳格に運用するよう指揮監督している限り、事故発生蓋然性は低い。さらに、見張員による伝達方式のほかに、幾つかの補助装置の整備も進めている。そうすると、会社は合理的裁量により接車事故防止のために有効な措置を講じていると評価でき、Xらの労働環境等に発生している生命や身体等に対する具体的な危険を除去するために十分な安全措置を講じているなどとしています。

なお書きで、仮に配備を求めている携帯用防護無線機によっても、先方見張員が列車停止手配を失念すれば事故は起きるわけですから、それによって完全に危険を除去できるものでもない。したがって、Xらの主張する措置をとっても、あくまでも防止態勢の補完にすぎないと。したがって、携帯用防護無線機を配備しなくても、合理的な裁量の範囲を逸脱するものとは言えないと述べています。

二審は、ほぼ一審判決を維持しておりまして、さらに細かくつけ加えていることは、原告らが問題としているケース、例えばヒューマンエラーがあるとしても、それはこの事故防止体制そのものの欠陥とは言えないから、合理的裁量の範囲を逸脱するものではないと言っているわけです。

それで、2つのことが論点になると思っています。一つは、安全配慮義務の履行請求ができるのかというそもそも論です。かつて高島屋工作所事件（大阪地判平2・11・28 労経速1413号3頁）では、安全配慮義務というのは付随義務だから履行請求できないというような理論から、請求の内容について問うまでもなく履行請求できないという議論がありましたが、本判決

はそういった形式論を取らず、履行請求はできるとした上で、履行請求の要件が充足されているかどうかといった視点から議論を立てているということです。これは最近の裁判例の流れになっているようで、原俊之先生の本件一審判決の評釈（「鉄道事業における安全配慮義務の履行請求」労旬1844号62頁）が参考になりました。

第二に、履行請求をするための要件として何を立てるかということですが、これについては依然として一定の確立したものがない状況の中で、本件判決は、安全配慮義務の履行請求の前提として、具体的な危険が発生しているにもかかわらず、使用者が危険を放置したり、除去するための十分な安全措置を講じないなどの不作為が使用者の合理的裁量を逸脱しているということ、それを安全配慮義務違反と言っていますが、これが要件となると言っているわけです。従来あまりこういった枠組みは提示されてなかったわけですし、安全配慮義務の履行請求の要件を明確にさせたという意味では注目すべき前進ではないかと思っています。

その上で、このような枠組みが果たして妥当なのかということが問題となるわけですが、少し疑問もあります。どういうことかということ、安全配慮義務の具体的な措置内容、つまり履行請求すべき内容が危険の具体的な状況によってさまざま、具体的な危険の状況の中で初めて特定されるということは、そのとおりだと思います。しかも、損害賠償事件と違って、事故の発生前にいかなる措置が危険を防止するのかということの判定するというのは確かに難しいだろうと思います。

しかし、履行請求という以上は、想定される危険状況の中でいかなる措置が安全にとって有効かということのを問うて、それを請求するということでもありますし、そういう意味で特定できると思うわけです。その点は、かつて間接喫煙の事件の中で安全配慮義務の履行請求で、自分がたばこ被害に遭わないような措置をとるべしという要求をしたのに対して、特定されていないから駄目という会社側の主張に対して、煙被害が及ばないように措置をとるということで特定していると述べた裁判例（京都簡易保険事務センター（嫌煙権）事件・京都地判平15・1・12労判852号38頁）が言うように、ある一定の危険状況の中でいかなる措置をとるべきなのかというのは、その状況に応じるけれども、特定できるものだと思うわけです。

ところが、ある想定される具体的な危険状況の中でどのような措置がとられるべきかを履行請求で争うわけですが、この事件の判決の考え方というのは、具体的な危険があって、その危険を放置したり、除去するための措置を講じていないという合理的裁量の逸脱があったときに初めて安全配慮義務の履行請求ができることになるとしています。そうなると、現状の安全防止システムがある程度合理的なものとなれば、他の措置は履行請求できないということになってしまいます。

こうした考えは履行請求の要件として狭いのではないかと思います。とりわけここで問題になっているヒューマンエラーを想定するとはっきりします。ヒューマンエラーというのは、一定の事故防止措置を講じていても、人間のさまざまな能力の欠陥から生じてくるものですから、それはいわば例外として当然出てくるわけであります。現在のシステムとして合理的であるということと、そういうヒューマンエラーを含めてあり得る危険をどう防止するかということはおおのずと違ってくるのではないかと思うわけです。

本判決の枠組みのように、現在の仕組みの中で一定の合理性があれば、それで履行請求の前提である安全配慮義務違反はなかったということになると、現場の労働者がいろいろ対策を講じている中でこういった危険が現にあるぞということで、一定の安全対策を主張しても、その安全措置の有効性を吟味せずして履行請求できないという判断に傾いてしまうおそれがあるのではないかと。

むしろ具体的な危険がヒューマンエラーのようなものとしてあるとすれば、それをどう防止するのか、その対策として、原告側が主張している安全措置が果たして安全技術上有効なのかどうかということのを問うべきではないか。さらに、経営上のコストの問題がある。安全技術上の有効性が仮にあったとしても、使用者に過大な費用負担を強いる結果、果たしてその措置をとり得るものなのか、そういったことを、安全配慮義務の履行請求の要件として検討すべきではないかと思うわけです。

実際この判決も、合理的裁量の逸脱はないと言った上で、なお書きではありますが、原告などが主張している安全防止策をとったとしても、それは補完的、補充的な意味で安全防止にとってさらに根本的な改善策とは言えないというような主張もしている。ですから、それも組み込んだような議論をしていく必要があるの



ではないかと思います。

野川 原告の主張では、労働契約法上、安全配慮義務というのは給付義務だと言っているんですね、

鎌田 主張はそうですね。

野川 だから、当然、履行請求権は認められると。これに対して被告は、とんでもない、安全配慮義務というのは信義則上の義務に過ぎないということで、高島屋工作所の判決と同じようなことを言っている。この点はどちらとも言っていますが、どういうふうに判断したらいいですかね。安全配慮義務というのは履行請求を認めるものなのかどうなのか。どういう義務の性格として構成すべきなのかという点はどのようにか。

鎌田 裁判所としては、この問題に立ち入らずに、履行請求についての要件ということで、付随義務だからだめという形式論はとっていない。

野川 そうでしょうね。私も結局その間をとっているという気がします。だから、給付義務だなんていうことはもちろん言わない。そこはちょっと無理だろうと前から言われています。だからといって、高島屋工作事務所みたいに木で鼻をくくったような逃げ方はしないということですよ。そのこと自体はやっぱり評価すべきだというふうな前提を置いた上で、しかし、その中身ですよ。

鎌田 そうですね。

野川 鎌田先生がおっしゃるように、原告が主張するようなさまざまな安全措置、これをやればよかったのにやっていないではないかというものの具体的な有効性ですよ。それは安全措置として確かに有効なのにやっていないと言えるかどうかと、コストとの関係という観点をとらずに、まずは労働者の生命や身体に対する具体的な危険が発生していると、それなのに適切な措置をやっていないということを言っていますよね。

この部分を読むと、一般論として言っているのか、本件ではそうだとやっているのか、わからないところがあります。本件作為請求についての(1)の安全配慮義務に基づく作為請求の可否というところでは、最初にまず例の安全配慮義務を民間の労働契約にも認めた川義事件(最判昭59・4・10民集38巻6号557頁)の判旨を引用して、その後に、「そして、本件のように」と書いてあります。この文章をどう読むかなんです。つまり、その後に、「したがって」と言って、履行請

求の要件を述べています。この「したがって」の後で言っているのは、最初の一般論を受けて言っているのか。そうすると、かなり一般的な話になります。そうではなく、本件においてはとにかく使用者の合理的な裁量によって決定されるということを受けているのか、それがよくわかりません。本件では合理的な裁量によらざるを得ないというふうにも読めるので、違うような事案だったら、鎌田先生の言うようなことも判旨としては認められ得たのかもしれないと思います。

鎌田 確かに、いわゆる安全配慮義務の履行請求が問題になる場合というのは、例えば今までの経験ですと、たばこ被害のようによくいわれる防止策が全くとられていない場合でした。そういう問題と、鉄道事業として列車の接触事故を防止する対策はある程度やっているという場合で、おのずと合理的な裁量を重視するかどうかの違いは出てきますね。

確かに、たばこ被害の場合には、何もしないで放置していると、その場合に、合理的な裁量ということになると、放置しているから履行請求できるという理屈になるのでしょうか。

野川 ほかの要素もありますからね。つまり、事故防止って絶対的な要請でしょう。しかし、受動喫煙防止は法的義務にはまだなっていません。条例とかには、この場所で吸ってはいけないということはあるけれども、目の前でたばこを吸っている人が5人ぐらいいて、1人だけ吸わない人がいて、本当ににおいが移るとか、頭痛がしている場合がありますね。

鎌田 裁判になっているケースは何らかの身体的、精神的な被害がある場合が多いですね。

野川 そういう場合、当然履行請求は認められるし、それが例えば具体化されていないといっても、遠ざけるというだけで十分に内容はわかりますよね。

鎌田 わかりますよね。

野川 煙が一定程度近づかない距離まで遠ざけるといってだけで十分ですからね。本件のような場合は、事故防止は絶対的な要請で、どうすればそれが防げるのかというところで、裁量を尊重せざるを得ないということでしょうね。

鎌田 そうですね。今言ったたばこの間接被害と違って、会社としてもかなりの対策はとっています。その中で、幾つか過去の経験から見て不十分な点があると。それをどう評価するのかということが大切なこ

とだというのは、わかるわけです。ただ一般論として、合理的裁量の逸脱がなければ安全配慮義務の履行請求がないと言われると、ヒューマンエラーとかいわゆる逸脱行動というのは、制度の問題とは違うと言われると困る。

野川 そうですね。

鎌田 そもそも、今、安全防止はヒューマンエラーに対するフェールセーフという考え方が当たり前になっている。要は、原告が主張している安全策が、安全技術上あるいは列車の接車事故との関連でどれだけ有効なのか、あるいは経営上の問題としてどうなのか。しかも、いわゆる携帯による防護装置ですか、これは列車のかなり重大な場面で使うものだと思うのです。そういったものを作業レベルで使うことによって他の問題を引き起こさないか、そういったことを正面から議論したほうがいいと思います。それをせずに合理的裁量としてしまうのは、せっかく一歩要件を明確にす

る試みをしておきながら、もう少し議論を深めてもらいたいなという感じがするんですね。

野川 「具体的な危険が発生しているにもかかわらず」と書いてあるから、具体的な危険は発生していないといけないんですね。

鎌田 それはそうですね。

野川 非常に厳しいですね。

鎌田 ただ、一般論として、具体的な危険の発生ということは、何らかの形で過去において同種の事故が発生したか、あるいは同種の事故の可能性がないとやはり認められないですね。

野川 そうですね。

鎌田 全くない中で何かしてくれということは多分無理ですね。

野川 確かにそうですね。

鎌田 ここでもやはり事故が過去にあったということを前提に言っているわけですから。

## フォローアップ

### 1. 会社更生下における整理解雇——日本航空（客室乗務員）解雇事件（東京高判平26・6・3労経連2221号3頁）

#### — 事実と判旨 —

本件は、日本航空グループが経営破綻に陥り、会社更生法に基づく更生計画の下で再建を図っている途上で、客室乗務員及び運航乗務員を整理解雇したことから、客室乗務員であるXらがその解雇の効力を争った事件である。Xらは、被告Yの解雇が権利濫用に当たること、また、不当労働行為に当たったことを理由に無効を主張している。

第一審（東京地判平24・3・30判時2193号107頁）は本件解雇を有効とし、第二審（本判決）もこれを維持した。原告は上告、上告受理申立をしたが、本年2月4日、最高裁は上告棄却・上告不受理の決定を行った（最二小判平27・2・4判例集未登載）。なお、別訴で運航乗務員の解雇を争っているが、その事案も、第一審、第二審、最高裁ともに原告敗訴となっている。

本判決は、本件解雇による人員削減の実行は、会社の事業を維持更生するという会社更生法の目的にかんがみ、更生会社である会社を存続させ、これを合理的に運営する上

でやむを得ないものとして、その人員削減の必要性が認められ、会社において、一連の希望退職措置を講ずるなど十分な解雇回避努力を行ったこと、その対象者の人選が合理性の認められる本件人選基準に基づいて客観的、合理的に行われたことが認められ、また、本件解雇の手續においても、会社から客室乗務員らの所属する日本航空キャビンクルーユニオン（CCU）を含む従業員の所属労働組合に対する多数回の協議と説明をしていること等、手続的相当性を備えていることが認められ、整理解雇が許されないものと評価するに足りるような事情は認められないことから、本件解雇が信義則に反し、権利の濫用に当たるものとは認められないとした。また、不当労働行為性も否定している。

鎌田 本件は、日本航空グループが経営破綻に陥り、会社更生法に基づく更生計画のもとで再建を図っている途上で客室乗務員及び運航乗務員を整理解雇したことから、その解雇の効力を争った事件です。

この事件はナショナルフラッグキャリアの会社再建と解雇ということで社会的に注目されました。論点は大きくは、①更生会社に労契法16条の適用があるか、

②適用があるとして、整理解雇の4要件(要素)の具体的な当てはめにはどのような問題が生ずるかであった。③さらに、本件解雇が不当労働行為に当たるかが論点です。上記①について、第一審判決、本判決はともに肯定しています。問題は上記②ですが、論点は、人員削減の必要性、被解雇者の人選基準、解雇回避措置など多岐にわたりますが、本判決はいずれもXらの主張を退けています。なお、不当労働行為についてはここでは触れません。

更生会社に労働契約法16条の適用があるかないかについては、一審、二審ともに肯定をしています。問題は整理解雇要件の具体的な当てはめですが、論点は人員削減の必要性、被解雇者の人選基準、解雇回避措置など多岐にわたりますが、ここでは、原告弁護士が特に問題提起をしている人員削減の必要性の論点に絞ってお話しをしたいと思います(宮里邦雄「更生管財人による整理解雇と整理解雇法理——JAL東京高裁判決の論理と手法」労旬1819号7頁、今村幸次郎「JAL整理解雇(客室乗務員)事件東京高裁判決について」労旬1819号9頁、船尾徹「日本航空整理解雇事件上告審決定を弾劾する」労旬1840号6頁)。

事実関係ですが、Xらは日本航空インターナショナルと期間の定めのない労働契約を締結し、平成22年12月31日付で解雇されるまで客室乗務員として勤務していた者です。また、日本航空キャビンクルーユニオンの組合員でもありました。被告Yは当初は日本航空インターナショナル、会社更生手続開始後は更生管財人でしたが、現在は更生手続が終了しており、日本航空が受継をしています。

平成22年1月19日にYは、企業再生支援機構に対して支援を申し込み、同時に更生手続の開始を申し立てています。同日、更生手続開始決定、それから、企業再生支援機構による支援決定を受け、再生手続が開始され、更生管財人も選任されています。管財人は、事業規模を大幅に縮小する路線便数計画を策定して、新たな路線計画に応じた人員削減を含む事業再生計画を決定しています。

管財人は8月31日に更生裁判所に更生計画案を提出しており、平成23年3月31日時点で財政健全化をするという約束で、既存株式の100%減資、一般更生債務の87.5%の免除、それから、企業再生支援機構から3500億円の出資を受けるということでした。その後、この更生計画案は債権者の同意を得て、裁判所に

おいて認可されています。

管財人は、事業再生計画の路線便数計画に合わせて、平成23年3月31日時点の必要稼働数を4120名分、その時点で予想される現存稼働数が4726名ということで、その差である606名分(これは実際の頭数ではなくて、稼働ベースという特殊な計算をしているのですが)を削減目標にしました。

管財人は、平成22年3月以降、事業計画をたててから11月まで6回ほど希望退職措置を実施しましたが、結局、希望退職では稼働ベースで72名分が削減目標に足りませんでした。それで、平成22年11月15日に管財人は、希望退職により削減目標に達しなかった人数について整理解雇を行うと発表し、同日組合に通知し、12月9日に就業規則52条に基づき解雇予告通知を行い、12月31日付で解雇しました。結局、整理解雇の対象となった客室乗務員数は頭数で84名となりました。

その後、Yは平成22年度連結営業利益で過去最高益を記録し、平成23年3月28日までに再生債権を繰り上げ一括弁済し、同日更生手続を終結する宣言を裁判所が決定しています。

判決ですが、第二審判決を中心にお話しします。判決は、労働契約法16条は、更生管財人がした整理解雇についても適用される、と判断をしています。整理解雇の効力は4要件または4要素で判断するわけですが、特に解雇の必要性について、裁判所は、更生計画案を、人員削減案を盛り込んだ再生計画を含めて一体として捉えた上で、破綻原因を除去して更生計画を確実に遂行できる業務体制の確立を図るために必要な施策を織り込んで更生計画を作成することが大切だとし、そういった観点から人員削減の必要性も判断すべきだと言います。そして、本件更生計画の基礎をなす新事業再生計画に照らして、その内容及び時期について合理性が認められたときは、更生会社を存続させ、これを合理的に運営する上でやむを得ないものとして人員削減の必要性は認められるとしています。

それから、更生手続に基づき事業の維持更生を図るために不可欠な融資を得るために、その時期に整理解雇を行うことや、債権者からの同意を得て更生計画案を可決させるために、整理解雇に係る人員削減を実施することが合理的に運営する上でやむを得ないものであることから、人員削減の必要性が認められると言っています。結論として本件の更生計画に基づく整理解

雇において、人員削減の必要性があったという判断をしています。

いろいろな論点があると思いますが、まず原告弁護士団が主張しているポイントは2つあって、一つは、12月31日に解雇していますが、解雇時点において余剰人員は実は存在しなかったこと、つまり、Yは、希望退職を募って事業計画で予定した人員に達しないので余剰人員があったと言っているが、実は定年退職、任意退職の減少数を加算すれば、更生計画が削減目標としていた削減数に達していたと主張しています。

原告団は自分たちで計算して、余剰人員はいなかったという主張をしましたが、それに対して被告側は一切反論しませんでした。しかも、裁判所も求釈明しなかった。だから、実際のところはよくわからない。ただし、裁判所は、余剰人員はなかったとする原告の主張の根拠となる減少数の算定方法は不正確であるという形で一応排斥をしています。しかし、余剰人員がその時点で何人いたのかということは正面から認定していません。

そうすると、原告団の第2の反論になりますが、そもそも余剰人員の主張、立証は、使用者側が当然行うべきであり、それを自分たち（原告）がしたものを不正確だと排斥し、積極的に余剰人員数を認定しないで進めたということは、立証責任を原告側に負担させていることにほかならない、これは解雇事件の立証責任に関する従来の判例の立場に反すると。この2点において、原告弁護士団は二審判決を問題だというふうに主張していたわけです。最高裁の判断を期待したのですが、最高裁は、上告申立不受理だったわけです。

確かに、労働契約法16条、そして、整理解雇法理が適用されると考えた場合には、解雇時点で余剰人員が生じているということは前提要件になるのではないかと思います。一方で、更生計画の中で削減目標を定めて、希望退職の募集を行い、それに達しなかった場合には整理解雇しますという基本方針が示され、融資の計画あるいは債権者の同意が行われる中で、更生計画と違った対応をするのは管財人としてはかなり難しい選択が問われることになります。

裁判所の判断のポイントは、具体的に解雇時点で余剰人員が発生しているかどうかをストレートに問うのではなくて、まさに更生計画に従って管財人が行った整理解雇が、融資あるいは更生計画の認可を受ける上で合理的でやむを得ないということがあれば、人員削

減の必要性は認められると捉えていたところにあると思います。つまり、管財人の経営判断の合理性がここでいう人員削減の必要性判断に代替されているということです。

労働契約法16条に従って考えると、余剰人員が解雇時点でどの程度出ているのか、積極的な認定が必要になってくると思います。このような問題は当然出てくるわけですから、整理解雇法理と会社更生法上の調整が行われていれば一番いいわけですが、そのような調整がない中でどのように考えるのか、大変難しい問題が提起されています。

野川 これは結論的には、多くの方が指摘されているように、理論的な観点というよりは2つあって、一つは、最優先されるべきは国策会社が再建されてきちんと経営されていくことと、もう一つは、会社更生法のような法律とそれに基づく会社更生手続と、解雇権濫用法理とか労働法上のいろいろな手立てとかは、必ずしも整合的じゃないということだと思います。

つまり、実際には解雇時点では余剰人員はいなかったんではないかということにきちんとした反論がなされていないのに、強引に裁判所が、余剰人員が生じていなかったとまでは言えないとして退けたりとか、V字回復で史上空前の利益が上がっていたのに、それも無視してしまうところは、国策会社の再建でがたがた言うなどという姿勢が見られるという批判があります。

もう一つの点は、債権者の同意とか、リファイナンスですね。金融機関からの融資は、どんな理由があろうと、とにかくここで解雇をやらなくては受けられないということです。

鎌田 国策として約束しているような話ですからね。

野川 それは会社更生手続の問題だと思います。そのようなことが条件になっていることを裁判所自体が大変重視している。これはある意味では誰のせいでもないところもあって、管財人からすれば、ここで解雇しないで、その後どうなるか誰が責任をとってくれるの？ と言いたいでしょうし、裁判所のほうも、不適切な結果が見えているのに、ここで解雇だけにスポットを当てて、理屈で言えば無効ということをやっても意味がないという判断があると思います。

例えばよく評者がこれについて指摘しているように、契約の解除が会社更生のときにいろいろ認められて、それは労働契約法16条を排除しているわけでは

ない、というのは解釈でそう言っているわけです。本当は、労働契約の解約というのは、ほかの財産取引契約の問題とは違うし、労契法16条もあるので、整合性がある立法的な手続をするべきだと思います。

鎌田 そうですね。

野川 金融機関からの融資も決まっているし、債権者も条件で同意というときには解雇が許されるのだしたら、有無を言わず解雇されてしまうのは、アメリカ的な発想が底流にあると思います。会社更生手続と労働契約の解約・解雇といった問題、特に整理解雇といった問題が合理的に解決され得るような検討が、改めてされるべきではないか、という問題を提起していると捉えるべきだと思います。

これに賛成する評釈は、国策だからしょうがないというのが中心にあって、反対する評釈のほうが理論的には適切だと思います。例えば整理解雇しなければと決めて、解雇しようとしたら、実はほかの手立てで埋められたというときに、民間の普通の整理解雇事案だったら同じことを言うのかなという気はします。

完全に業績を回復していて、新しい事業を立てることが可能な場合にも、最初に決めたとおりでなければダメだということになるのでしょうか。理論的には批判されるべき内容だけれど、底流には国策会社の再建と、会社更生法と労働法のいわば矛盾みたいなところがあるのではと思います。

鎌田 まさにナショナルフラッグキャリアの再建という問題がかかっているので、結論ありきのプレッシャーを感じたと思うのですね。裁判所ももちろん更生計画を認可していますから、当然感じていたと思います。

今後こういう会社更生計画のもとで似たような事件、整理解雇の問題が出た場合に、どのような枠組みでやっていくのかということは整理しておかなくてはいけないと思います。

野川 そうですね。

鎌田 例えば原告弁護団が言っているような、更生計画であろうとなかろうと、解雇時点の余剰人員を積極的に立証させて、その上で判断するというと、やはり似たような構図は残っていると思います。更生計画の中でのリファイナンスと、債権者の同意を得なければという中で、希望退職をやりませ、いろいろな措置を講じます、それに達しなかった場合には整理解雇しますということを管財人が計画の中で約束している場

合に、後になって裁判所が、いや、余剰人員がないから解雇はだめと言えるかどうかです。本判決の判断枠組みのように、解雇時点の余剰人員の有無に関するリアルな判断ではなくて、更生計画の中の合理的な判断がなされているかどうかをチェックするというのは、調整の一つのやり方だと思います。

ただ、もう一步踏み込んで、明らかにもう余剰人員はない、希望退職自体では達していなかったが、定年退職とかで明らかに余剰人員がいなくなった時点で、管財人の判断の合理性を検討するに当たって、管財人として何らかの打つべき手を講ずる義務があると考えすることはできないでしょうか。つまり、解雇の問題として、解雇回避手段の適切な選択というところでチェックをしていくことになるのでしょうか。

野川 そういうことを立法化できないのかなと思います。リファイナンスの金融機関も、法律でこうなっているとされたら、それも無視してやれとは言わないでしょう。

鎌田 そうですね。

野川 せめて更生計画の中で、「人員整理等については労働契約法等を考慮した上で」という趣旨を入れてもいいと思います。更生計画の中では、仮に80人を解雇する場合も、やはり解雇権濫用法理と整理解雇法理の観点からすると危ない。そのときには解雇しない場合もあり得るということも織り込んで、債権者同意とかりファイナンスの計画も立てるということを最初から言えばいいと思います。

鎌田 言えればいいですね。

野川 それも検討したけれども、やはり80人を解雇せざるを得ないという結論に達しましたと。解雇法理のことも考えて検討した結果、この時点としてはこの結論で仕方がないという場合であれば、後で変わったとしてもそこは変更されないという判断はあり得るでしょう。

鎌田 やはり何らかの手立てが必要だということは明らかですね。管財人自体が何らかの仕組みを具体的な更生計画の中で言う、但し、人員削減というのは更生計画そのものには書いておいてではなくて、事業再生計画の中でセットで捉えているわけですね。

野川 ですから、裁判所も事業再生計画を前提にしているでしょう。

鎌田 要するに、路線を削減していますからね。そういった中で、路線削減計画を含んだ事業再生計画を

立てればいいのですが、ファイナンスを受ける相手がいる話ですからね。

野川 そのことを制度化すればいいんですよね。

鎌田 そういう意味では立法化するのもありますね。

野川 それも最初から織り込んで融資計画も金融機関としても立てるとしてもいいと思います。

鎌田 立法の問題ですかね。

野川 難しいですが。

鎌田 今後のことかというと、原告弁護団の言うことは非常にもっともなのですが、まだ検討すべき課題はあるという感じがします。

## 2. 休職期間満了による雇用契約終了——アメックス事件（東京地判平26・11・26 労判1112号47頁）

### — 事案と判旨 —

原告X（女性）は外資系企業Yに勤務し、44歳で出産し復職したが、業務に適応できず、一度傷病休暇を取得したが、復職後もうまく業務量に対応できず、降格となっている。その後も動悸、不眠などを訴え、医師から「うつ状態」の診断を受け、平成22年12月14日から平成23年10月14日まで傷病休暇、さらに同月15日から平成24年12月20日まで療養休職を取得。平成24年9月1日に就業規則が改訂され、改訂された就業規則24条3項は、復職とは「従来の業務を健康時と同様に通常業務遂行できる状態の勤務」というと定義した。

Xは、平成24年11月28日に主治医記載の診断書を添付して復職申請をしたが、平成24年12月20日、Yは、就業規則25条6号に従い休職期間満了により雇用契約終了を通知した。就業規則25条6号は、「——休職期間満了時において休職事由が消滅せず、速やかに復職することが困難であると判断されるとき」雇用契約は終了すると規定していた。Xは、Yに対し雇用契約上の地位の確認等を求めて提訴した。

裁判所が整理した争点は2つ。一つは、就業規則24条3項はXを拘束するか。判決は、就業規則の本件変更が「労働条件の不利益変更にあたることは明らか」と判示し、変更の必要性及び内容の相当性を認めるに足りる事情は見当たらないから、本件変更が労働契約法10条の要件を満たしているとは言えず、就業規則23条3項はXを拘束するとはいえないとしている。2つ目の争点は、本件休職期間満了時に休職事由が消滅したか。この点については、判旨は、Xの病状は療養休職期間満了時において、本件傷病休暇取得前に現実に従事していた職務について労務の提供が十分にできる程度に回復したものと認めるのが相当であり、休職事由は消滅したのであるから、Xの労働契約は就業規則

25条6号により終了するものではない、とした。

鎌田 これは、病気で休職した方が復職を申請したにもかかわらず、復職を受け入れずに、休職期間満了によって雇用契約が終了し退職扱いになり、労働契約上の地位の確認を求めた事件です。こういった事件は現在非常に多いです。とりわけメンタルヘルス障害を理由として休職に入って、復職申請したところ、会社はそれを拒否して、期間満了で退職扱いとしたということで、極めてよくあるパターンですが、幾つかの点で新しい論点が提示されていると思います。

事実関係は【事案と判旨】に記載したところです。

Xは療養休職期間中の平成24年11月28日に主治医記載の診断書を添付して、復職申請をします。さらに、12月13日に主治医は会社に、軽度の日中の眠気が出現する以外は、気分、意欲とも改善しているとか、当初は時間外勤務は避ける必要がある、また、質・量ともに負担の軽い業務からスタートして徐々にステップアップすることが望ましいなどの所見をYに送っています。

ところが、これに対して何の返答もない中で、会社は平成24年12月20日、Xを休職期間満了により雇用契約終了と通知するわけです。その理由ですが、復職判定の内規があって、その内規に照らして、復職条件を満たしていないという判断しました。それは9項目のうち、昼間の眠気がないこと、あるいは休職期間が満了するまでに問題なく職務が遂行できる健康状態に回復していることという項目があるのですが、D医師が送った、眠気が日中ある以外は気分、意欲とも改善しているという点のその前段を捉えて、眠気があるからということ、あるいは、軽い業務からスタートして徐々にステップアップということが、問題なく職務が遂行できる健康状態に回復していないと捉えて、復職できずという判断をしたわけです。

これについて裁判所は2つの争点を扱っています。一つは、就業規則の変更です。傷病休職中に復職要件を、従来の業務を健康時と同様に通常業務を遂行できる状態の勤務と変更しているわけですが、裁判所は、これは不利益変更であり、変更の必要性及び内容の相当性を認めるに足りる事由は見当たらないので、変更した就業規則はXを拘束しないと断言しています。その理由は、精神疾患は一般に再発の危険性が高く、完治も容易なものではないことから、このような復職条

件を追加することは明らかに不利益変更にあたると言っています。

2つ目は、休職期間満了時に休職事由が消滅したかという争点を挙げています。まず、休職事由の消滅(治療)とは、「休職前の職務について労務の提供が十分にできる程度に回復することを要し、このことは、業務外傷病により休職した労働者が主張・立証すべきもの」とした上で、主治医の診断書(就労可能)は十分に信頼できること、眠気の出現、「徐々にステップアップすること」等の医師の所見も、Xの就労に支障を与える趣旨ではなかったと認定。さらに、医師の診断書に矛盾点、不自然があると考えるならば、復職可否の判断の際に、原告の承諾を得た上で、診断書等の内容を吟味することが可能であり、そのような措置を一切とらずに、復職判定基準の項目を満たしていないとする判断は、「Xの復職を著しく困難にする不合理なものであり、その裁量の範囲を逸脱又は濫用したもの」とした。その上で、本判決は、主治医の診断書は十分に信頼できるもので、その診断書に基づく、就労に支障を与えるものではなかったとしています。

それから、復職判定内規に定める基準の9項目を全て満たさないと復職できないというようなことは、確かに厚労省の「復職復帰支援の手引き」では9項目も挙げているが、全て満たす場合にのみ復職可能という運用は到底薄くすることはできないということから、Xの復職を著しく困難にする不合理なものであり、裁量の範囲を逸脱し、濫用したものとして、Xの雇用契約上の地位を確認しているわけです。

結論には異論がないところですが、疑問もあります。まず論点に沿って言いますと、就業規則の不利益変更については、裁判所の判断、つまり、精神障害については完治が非常に難しいので、従前のような健康状態に戻るといふ追加は明らかに不利益な変更であるということについては異論はありません。

疑問を感じる第1点はまず争点整理に関してです。裁判所は、休職期間満了時に休職事由が消滅したかという争点を立てていますが、休職期間満了時に雇用終了としたことが違法、あるいはそういった雇用終了の効果は発生するかということを争点にするのが通例ではないかと思えます(キヤノンソフト情報システム事件・大阪地判平20・1・25 労判960号49頁、JR東海事件・大阪地判平11・10・4 労判771号25頁)。

このように争点を立てると、結局、休職の消滅事由

である治療をしたかどうかの問題となるわけですが、治療ということになれば、休職前の職務について労務の提供が十分にできる程度に回復したかどうかと問わざるを得ない。本件でも裁判所はそう問うています。しかし、ほかの事件でもそうですが、実際には精神疾患で復職される方というのは、復職時はいわば勤務軽減措置などのさまざまな措置を講じて、ステップアップすることが望ましいとする主治医の所見が多くある。そういった観点から就労可能であるかどうかを問題とすべきであって、本件のように、休職前の職務について労務提供が十分にできる程度に回復しているかと問うことはこの種の紛争を解決する枠組みとして適当ではないと言わざるを得ません。

次に、消滅事由である治療の認定の仕方についてです。原告も主張していますが、元の職場では就労可能ではないけれども、ほかの職場であれば就労可能である、あるいは何らかの軽減措置を講じた上で復職をさせるべきである、そういう措置をしないで、期間満了によって終了扱いにすることは無効であるというふうに主張しています。「徐々にステップアップすることが望ましい」という主治医の所見は労務提供が十分にできる程度に回復したことを示すと裁判所は事実認定するわけですが、やや苦しいのではないかと思っています。

したがって、近年の裁判例と比較すると、本判決のように、休職事由が消滅したかということを争点にして、主治医の言ったような、軽減措置などを含めた対応を考慮せずに復職可能だ、治療しているという評価をするのは疑問を感じます。

野川 今非常に問題になっているのは、このように精神疾患等を中心として、各企業の休職制度上、休職期間満了時に復職可能な状態になっているかどうかという判断が争われるという例です。既に最高裁でも争われ、それなりの見解が出されているわけです。その中でこれをどう位置づけるかということですね。この裁判所の判断は、かなり労働者に同情的ですね。

鎌田 結論はそうですね。

野川 診断書が信用できるということはもちろんですが、どれぐらいの状態に回復していれば復職可とみなすかについて、会社側の評価と労働者側の要望とがどう調整されるべきかという問題はまだまだ残っていると思います。確かに労働者側に言わせれば、完璧に健康な人と同じにはできなくても、例えばこの事件だと、

休職直前にやっていた仕事はできます。ほかの事案だと、リハビリをやれば何とかできるとか、今までと同じことはできないけれども軽易な作業だったらできるとか、いろいろな条件がありますよね。

鎌田 復職直後の時点を見ると、そういうことですね。

野川 しかし、会社とすれば、ほかの従業員と同じようにできないことについて、会社がどれぐらいリスクやコストを負わなければいけないのかをもう少し明示してほしいと考えるでしょう。その観点から、この裁判所の考え方はどれぐらい妥当性を持つかということだと思います。これだと、確かに本件傷病休暇取得前に現実に従事していた経理部給与課チームメンバー職務の労務提供はできると言っているだけです。これだけで復職させなければいけないのかということは確かに言えると思います。

それを超えて、ほかにも配転されているいろいろな仕事ができることといったことのために、例えばリハビリを2カ月程度やってみるとか、会社の中で配転可能性がどれぐらいあるかなどの検討が必要というような判断があれば、もっと説得力が増したという気はします。

本件では就業規則24条3項の拘束力がないという判断が大きくて、拘束力がない以上は、「健康な者と同様に」というところがなくなるのだから、反対解釈として、別に不健康であろうと構わないということですが、実務上の課題とどうバランスをとるか。会社側として復職後やってほしい業務の範囲と、労働者側としてつかせてほしい業務との、会社の側のコストとリスク、労働者側の利益、負担などをどう調整するかですね。

鎌田 この事件で直接に争われているわけではないですが、確かに、会社側とすれば不安があるわけです。まずは受け入れてみても、今度はほかの同僚との関係でうまくいくのか、あるいは生産性が上がる形で働いてくれるのかどうかという不安があると思います。とりわけ、軽い業務からスタートして徐々にステップアップしてほしいといったことは、ある種の要望として言われているだけで、具体的に会社に何か対応を求めているわけではない。

ところが、会社にしてみると、軽減的措置をどの程度やって、どの期間までやるのかということが非常に大きな問題になります。休職期間が満了するときに、治癒すれば復職ですよということで、100%であれば

問題ないのですが、100%でないときに受け入れて、どこまでやればいいんだという問題が実は十分議論できていません。とりわけ期間ですね。いつまで配慮すればいいのか、確かに難しいと思います。

野川 その場合は、そのような労働契約を別途結ぶべきですね。

鎌田 当事者の意思を尊重する方法として、一つの選択肢ですね。

野川 いわば障害者を雇用するという前提ですね。賃金とかはもちろん減額されるでしょうね。

鎌田 いろいろなパターンがあると思います。勤務配慮が必要な固定化した障害というの、明確な合意をするといった方法で考えるべきですが、そうでない場合は、一定の期間で100%の状態に戻るという見通しを示さないと、会社としても困るではないかと思えます。

野川 ですから、その程度の挙証はしてほしいですね。医師も無責任なことは言えないけれども、基本的に元の状態に戻ることが予想されるためには、少なくとも3カ月のリハビリが必要であるという程度は書けると思います。そうすると、会社としても、3カ月ぐらい面倒見れば何とかなるのかなということになると思うんです。その予想が外れた場合には例えば解雇できるとかいうことならば、使用者に対しては非常に説得性を持つだろうと思います。

やはり、片山組事件（最一小判平10・4・9労判736号15頁）の考え方がすごく影響を及ぼしていると思います。

鎌田 そう思います。

野川 会社には配転命令権があるので、ほかの可能性を見つけろというのが、あの当時予想された以上にすごく拡大されていますよね。

鎌田 そうですね。

野川 東芝事件（最一小判平26・3・24裁時1600号1頁）、日本ビューレット・パッカー事件（最二小判平24・4・27労判1055号5頁）もそうですし、その辺がこれからどう考えるべきかですね。

鎌田 片山組事件というのは賃金の問題ですから、ストレートに休職期間満了による退職問題とはちょっと事情が違ってきます。結局、今問題にしているように、復職させるときに100%就労能力が戻ってこないと復職させませんよというのは問題だと。それでは、就労可能であるけれども、一体どこまで待てばいいの



ということの、いわばリスク計算が今の段階でできていないところが会社としても困ることですね。

野川 そういうことですよ。

鎌田 会社も、働けるのに復職させないというのは、問題だと思います。3カ月という単位で考えてみま

しょうということになれば、会社の対応も違ってくると思います。

野川 そういうことですね。いろいろなことを整理して検討しないといけないことを示していると思いますね。

## ホットイシュー

### 1. 損害賠償（妊娠・出産による降格）——広島中央保健生活協同組合事件（最一小判平26・10・23労働1100号5頁）

#### — 事案と判旨 —

女性労働者につき労働基準法65条3項に基づく妊娠中の軽易な業務への転換を契機として降格させる事業主の措置は、原則として「雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律」9条3項の禁止する取扱いに当たるとしつつ、ただし特段の事情による例外を認めた事案。

Yは、医療介護事業等を行う消費生活協同組合であり、A病院（以下「本件病院」という）など複数の医療施設を運営している。Xは平成6年3月21日、Yとの間で、理学療法士として理学療法の業務に従事することを内容とする期間の定めのない労働契約を締結し、本件病院の理学療法科（その後、リハビリテーション科に名称が変更された。以下、名称変更の前後を通じて「リハビリ科」という。）に配属された。Xはその後、第1子を妊娠し、産前産後の休業と育児休業を終えて職場復帰するとともに、病院リハビリチームから訪問リハビリチームに異動し、副主任として訪問リハビリ業務につき取りまとめを行うものとされた。Yは、平成19年7月1日、リハビリ科の業務のうち訪問リハビリ業務をYの運営する訪問介護施設であるB（以下「B」という）に移管した。この移管により、Xは、リハビリ科の副主任からBの副主任となった。

Xは、その後第2子を妊娠し、労働基準法65条3項に基づいて軽易な業務への転換を請求し、転換後の業務として、訪問リハビリ業務よりも身体的負担が小さいとされていた病院リハビリ業務を希望した。これを受けて、Yは、上記の請求に係る軽易な業務への転換として、同年3月1日、XをBからリハビリ科に異動させたが、同時に副主任を免じることとし、Xに再度その旨を説明して、副主任を免ずることについてその時点では淡々ながらもXの了解を得た。

さらにXは、平成20年9月1日から同年12月7日まで

産前産後の休業をし、同月8日から同21年10月11日まで育児休業をした。Yは、リハビリ科の科長を通じて、育児休業中のXから職場復帰に関する希望を聴取した上、平成21年10月12日、育児休業を終えて職場復帰したXをリハビリ科からBに異動させたが、Xは、再び副主任に任ぜられることはなかった。

原審は、本件措置は、上告人の同意を得た上で、被上告人の人事配置上の必要性に基づいてその裁量権の範囲内で行われたものであり、上告人の妊娠に伴う軽易な業務への転換請求のみをもって、その裁量権の範囲を逸脱して均等法9条3項の禁止する取扱いがされたものではないから、同項に違反する無効なものであるということではできなかつたが、判旨はこれを否定し、「均等法の規定の文言や趣旨等に鑑みると、同法9条3項の規定は、上記の目的及び基本的理念を実現するためにこれに反する事業主による措置を禁止する強行規定として設けられたものと解するのが相当であり、女性労働者につき、妊娠、出産、産前休業の請求、産前産後の休業又は軽易業務への転換等を理由として解雇その他不利益な取扱いをすることは、同項に違反するものとして違法であり、無効であるというべきであるとの前提の下に、一般に降格は労働者に不利な影響をもたらす処遇であるところ、上記のような均等法1条及び2条の規定する同法の目的及び基本的理念やこれらに基づいて同法9条3項の規制が設けられた趣旨及び目的に照らせば、女性労働者につき妊娠中の軽易業務への転換を契機として降格させる事業主の措置は、原則として同項の禁止する取扱いに当たると解されるが、当該労働者が軽易業務への転換及び上記措置により受ける有利な影響並びに上記措置により受ける不利な影響の内容や程度、上記措置に係る事業主による説明の内容その他の経緯や当該労働者の意向等に照らして、当該労働者につき自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するとき、又は事業主において当該労働者につき降格の措置を執ることなく軽易業務への転換をさせることに円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性か

ら支障がある場合であって、その業務上の必要性の内容や程度及び上記の有利又は不利な影響の内容や程度に照らして、上記措置につき同項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情が存在するときは、同項の禁止する取扱いに当たらないものと解するのが相当である。そして、上記の承諾に係る合理的な理由に関しては、上記の有利又は不利な影響の内容や程度の評価に当たって、上記措置の前後における職務内容の実質、業務上の負担の内容や程度、労働条件の内容等を勘案し、当該労働者が上記措置による影響につき事業主から適切な説明を受けて十分に理解した上でその諾否を決定し得たか否かという観点から、その存否を判断すべきものと解される。また、上記特段の事情に関しては、上記の業務上の必要性の有無及びその内容や程度の評価に当たって、当該労働者の転換後の業務の性質や内容、転換後の職場の組織や業務態勢及び人員配置の状況、当該労働者の知識や経験等を勘案するとともに、上記の有利又は不利な影響の内容や程度の評価に当たって、上記措置に係る経緯や当該労働者の意向等をも勘案して、その存否を判断すべきものと解されるなどとし、本件措置は、合理的理由を認めることができないとされた。

野川 これは世間的にも大変話題になった最高裁の判決です。これは地位確認と損害賠償があります。女性労働者について、労働基準法65条3項に基づく妊娠中の軽易な業務への転換を契機として降格としました。こういう事業主の措置が、均等法9条3項が禁止する取扱いに当たるかどうかということが争われた事案です。最高裁は、原審をひっくり返し、原則としてこれは違法であるとししました。雇用機会均等法の9条3項というのは、雇用する女性する労働者が妊娠したこと、出産したこと、それから、産前産後休業を取ったこと、その他妊娠または出産に関する事由であって厚生労働省令で定めるものを理由として当該女性労働者に対して解雇その他不利益な取扱いをしてはならないと、この禁止に該当するということですが、特段の事情等による例外を認めたという事案です。

まず使用者たるYは、生協、消費生活協同組合で、医療介護事業等を行っており、A病院ほか複数の医療施設を経営しています。Xという原告女性は、平成6年にYとの間で理学療法士として採用され、病院の理学療法科に配属されました。

Xはその後、診療所等での勤務を経て、採用されてから9年半後に再びリハビリ科に配属されました。その当時リハビリ科に所属していた理学療法士は、科長を除いて、患者の自宅を訪問してリハビリを行う訪問

リハビリチーム、あるいは本件病院内においてリハビリを行う病院リハビリチームのいずれかに所属するとされており、Xは訪問リハビリチームに所属することとなりました。

採用されて10年後に、訪問リハビリチームから病院リハビリチームに異動し、リハビリ科の副主任となって、病院リハビリ業務の取りまとめを行うものとされました。そのころにXは第1子を妊娠しまして、平成18年2月に産前産後休業と育児休業を取って、それを終えて職場復帰するとともに、病院リハビリチームからまた訪問リハビリチームに異動し、副主任として訪問リハビリ業務につき取りまとめを行うものとされました。

この使用者Yは、その1年後の平成19年に、リハビリ科の業務のうち訪問リハビリ業務を、同じYの運営する訪問介護施設であるBという他の施設に移管(アウトソーシング)しました。この移管によって、Xはリハビリ科の副主任から、移管された訪問介護施設、これをBとしておきますが、このBの副主任になりました。

Xは平成20年に第2子を妊娠しまして、労基法65条3項に基づいて軽易な業務への転換を請求し、転換後の業務として、訪問リハビリ業務よりも身体的負担が小さいとされていた病院リハビリ業務を希望しました。これを受けて病院側は、この請求に係る軽易な業務への転換として、XをBからリハビリ科に異動させたのですが、その当時同科においては、Xよりも理学療法士として職歴の3年長い職員が主任として取りまとめを行っていました。

病院側は、平成20年3月ごろに事務長を通じてXに、手続上の過誤によって異動の際に副主任を免ずる旨の辞令を発することを失念していたと言い、結局、この原告女性Xは副主任だったんですが、それを免じられたわけです。Xはしぶしぶ了解したというように認定されています。

そのころXはYの病院側の介護事務部長に対して、副主任を免ぜられると、自分のミスのために降格されたように受け取られるので、リハビリ科への異動の日である3月1日にさかのぼって副主任を免じてほしいという旨の希望を述べました。以上のような経過を経て、病院側は平成20年4月2日、Xに対して、同年3月1日付でリハビリ科に異動させるとともに副主任を免ずるとい辞令を発したわけです。

Xは、平成20年9月1日から12月7日まで産前産後休業をして、同月の8日から平成21年10月11日まで育児休業をしました。病院は、リハビリ科の科長を通じて育児休業中のXから職場復帰に関する希望を聴取した上で、平成21年10月12日に育児休業を終えて職場復帰したXを、リハビリ科からまたBに異動させました。さっきのアウトソーシングした組織ですね。

その当時、Bにおいては、Xよりも理学療法士として職歴の6年短い職員が本件措置後間もなく副主任に任ぜられて訪問リハビリ業務につき取りまとめを行っていたことから、Xは結局また副主任に任ぜられるということではなく、自分より6年後輩の職員の下で勤務するということになりました。しかし、この際に、育児休業を終えて職場復帰した後も副主任にはさせないということを病院側から知らされて、Xは強く抗議をしまして、本件訴訟を提起するに至ったわけです。

原審は、この措置は、Xの同意を得た上で、病院側の人事配置上の必要性に基づいて、その裁量の範囲内で行われたとしました。妊娠に伴う軽易な業務への転換請求のみをもってその裁量権を逸脱して均等法9条3項で禁止する取り扱いをされたものとは言えないから、同項に違反する無効なものであることはできないというようにして請求を退けました。

しかし、判旨はこれを否定しているわけです。最高裁が言っているのは、まず一般論として、均等法の規定の文言や趣旨等に鑑みると、同法9条3項の規定は、上記の目的及び基本理念を実現するために、これに反する事業主による措置を禁止する強行規定として設けられたものと解するのが相当であり、女性労働者につき、妊娠、出産、産前産後の請求、産前産後の休業または軽易業務への転換等を理由として解雇その他の不利益な取扱いをすることは同法に違反するものとして違法であり、無効と言うべきであるとしました。

その上で、本件では副主任から免ぜられたわけですから、降格は、労働者に不利な影響をもたらす処遇であるところ、均等法1条及び2条の規定する同法の目的や基本的理念、それから、これらに基づいて同法9条3項の規制が設けられた趣旨及び目的に照らせば、女性労働者につき、妊娠中の軽易業務への転換を契機として降格させる事業主の措置は、原則として同法の禁止する取扱いに当たるとしました。原則として、そういう降格は9条3項違反であると言った上で、2つ

の例外を認めているんですね。

一つは、これは合理的理由要件といたらいいと思うんですが、当該労働者が、軽易業務への転換及び上記措置により受ける有利な影響並びに上記措置における不利な影響の内容や程度、上記措置に係る事業主による説明の内容その他の経緯や当該労働者の意向等に照らして、当該労働者につき自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するとき、これが一つです。

もう一つが、特段の事情要件とも言うべきもので、事業主において、当該労働者につき降格の措置をとることなく軽易業務への転換をさせることに、円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性から支障がある場合であって、その業務上の必要性の内容や程度及び上記の有利または不利な影響の内容や程度に照らして、上記措置につき同項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情が存するときは同項の禁止する取扱いに当たらないと、このような原則と例外を立てました。

その上で、まず合理的理由要件に関しては、この労働者が事業主から適切な説明を受けて、十分に理解した上でその諾否を決定し得たか否かという観点からその存否を判断すべきであり、また特段の事情要件に関しては、業務上の必要性の有無及びその内容や程度の評価に当たって、当該労働者の転換後の業務の性質や内容、転換後の職場の組織や業務体制及び人員配置の状況、当該労働者の知識や経験等を勘案するとともに、有利または不利な影響の内容や程度の評価に当たって、上記措置に係る経緯や当該労働者の意向等も勘案して存否を判断すべきであるとして、かなり細かく判断基準及び枠組みを打ち立てました。

これを本件として見ると、Xは、妊娠中の軽易業務への転換としてのBからリハビリ科への異動を契機として副主任から非管理職職員に降格されたものであるという事実のもとで、この異動によって患者の自宅への訪問は要しなくなったけれども、リハビリ業務自体の負担は明らかではない上、リハビリ科の主任または副主任の管理職としての職務内容も判然としなからすれば、副主任を免ぜられたこと自体によって、上告人における、女性における業務上の負担の軽減が図られたか否か、その内容や程度というのが明らかではないとしています。ですから、軽易業務への転換及び本件措置により受けた影響の内容や程度は全然明ら

かにされていないのではないかとことです。

したがいまして、この労働者が自由な意思に基づいて降格を承諾したと認めるに足りる客観的な理由は存在せず、その他特段の事情の有無はわからないということで、Xの控訴を覆しまして、差し戻しをしたわけです。特段の事情が認められるような事情が十分に示されていないということで、この点について十分にもう一度審理すべく差し戻されたということになります。ですから、差し戻審においてももう一度、Xの請求が棄却される可能性がないわけではありません。

本件は、これまでも9条3項だけではなくて、ほかのいろいろなパート労働者に対してもそうですが、不利益な取扱いを例えば女性であることを理由に、あるいは妊娠、出産を理由に、産前産後休業をとったことを理由として不利益な取扱いをすることというのはいろいろな法令によって禁止されているんですが、その判断の仕方について、最高裁として9条3項に関して非常に重要な明確な判断基準を示したというところに意義があり、この判断基準そのものがどのように評価されるべきかがまず第一の論点であります。

これには批判もあります。例えばこれに関する評釈のうちで、水町さんが『ジュリスト』で検討しているんですが、こういう明確な判断基準を示したこと自体には意義はあるとした上で、9条3項の構造に正確に照らすと、理論的に疑問があるとしています。そもそも妊娠、出産等を理由とする不利益取扱いを禁止した9条3項の構造からいえば、労基法の3条や4条、労組法7条1号などほかの差別禁止規定と同様に、差別禁止理由、ここでは妊娠、出産等なんですが、それを理由とした不利益取扱いか、それともほかの合理的な理由に基づくような不利益取扱いかという、不利益取扱いの理由とか意思を問うべきであるとしています（「妊娠時の軽易業務への転換を契機とした降格の違法性——広島県中央保健生協（C生協）病院事件・最高裁第一小法廷平成26年10月23日判決」ジュリスト1477号103頁）。

つまり、この点について、均等法9条3項は、妊娠、出産等を理由として差別してはいけないと書いてあります。この「理由として」の判断として、客観的な因果関係を指すものであると考えるのか、それとも、主観的な意図を判断すべきかが問題であり、差別意思ということを判断すべきであるというわけです。

考え方としては両方成り立ち得ると思いますけれど

も、一つの問題としては、やはり趣旨からすれば、差別意思に基づく妊娠、出産差別を客観的諸事情によって適法化する可能性があるような本件の判断というのはやはり望ましくないのではないかと考えているようです。さらに、9条3項の趣旨、目的に照らした特段の事情の判断というのは、9条3項違反そのものの存否とは理論的に区別されるべきではないかとしています。

つまり、9条3項違反そのものが存在しない場合に、その趣旨に照らした公序違反性の判断として補足的に位置づけられるべきではないかと言っています。要するに、9条3項は、本当に妊娠、出産等を理由となされたという因果関係をきちんと判断すべきであって、合理的な理由の存否によって原則と例外を分けて判断していくべきではないという批判もあるところで

ここにも挙がっている労基法3条、4条、労組法7条1号もそうですし、産前産後休業に関する65条、女性であることを理由とする一般的な広範な均等法の禁止規定、年休に関する規定、育児休業の規定、育児休業は、育児休業法10条とか、介護休業についても準用されていますが、育児休業や介護休業を取ったことを理由とする不利益取扱いは禁止されているなど、いろいろな規定があります。それらの判断のあり方についてきちんと総合的に検討していかなければいけないと思います。

鎌田 先ほどの判例は育児休業を理由としたものでしたね。

野川 そうです。先ほどの事案がバタハラで、今回はマタハラですね。

鎌田 特に労働委員会をやっていると、不当労働行為の申し立てを理由として不利益を受けているかという「理由として」というのは実は結構面倒な問題で、1号の「ゆえをもって」もそうですけれども。水町先生の指摘されている、他の条文との関連で「理由として」というものをどう捉えるのかという問題は重要な論点といえます。先ほどの医療法人稲門会事件でも申しましたが、「理由として」を因果関係として捉えるか、不合理取扱いと捉えるかは大きな問題です。とくに、本件のように、妊娠という事実と降格の間に、軽易業務への転換が介在していると、「理由として」の意義は鋭く問われることとなります。その点は、野川先生がご指摘のとおりだと思います。

であるからこそ、女性の妊娠中の軽易業務への転換を契機とした降格を不利益な取扱いだとして、これをストレートに9条3項違反としたことは注目すべきです。二審のような判断枠組みでは、降格させる業務上の必要性の有無は、原告の立証責任に属することになりますが、本判決は、これを被告である使用者の立証責任とするので、立証責任の転換がなされるわけで、実務的にも大変重要だと思います。

しかし、例外、特段の事情をどう位置づけるのか実はよくわからない。業務上の必要性ということがあって、一方で同項の趣旨、目的に実質的に反しないことが一体化して捉えられています。これはどういうことを意味しているのかよくわかりません。そういう意味では、紛らわしい問題が出ていると思います。

ただ、メッセージとして、産前産後の請求とか軽易業務への転換等をしたことで何らかの不利益取扱いをすることは許されませんよと、極めてわかりやすいメッセージを最高裁としては出したことは、一応評価したいと思っています。例外との関係でどう捉えればいいのかはよくわかりませんが。

さらに、当事者の自由な意思に基づいて降格を承諾した場合はOKだというのは、本条が強行規定であることを考えると、改めて強行規定と合意との関係をどう捉えるのかという伝統的な問題を想起させます。

野川 おそらく、最高裁は、労基法のような刑罰が科される刑罰規定に対する違反でさえ、例えば賃金の全額払いとかについて、明確に本人の意思で債権を放棄したりとか、それで合意したりしたらいいとしているので、刑罰規定でさえそうだったら、いくら強行規定とはいえ、民事的な規定、無効要件とかであれば、明確に自由な意思でいいということではないでしょうか。それはそれで最高裁の立場を前提とすればわからないではないと思いますけれども、そこはやっぱり大問題ですね。

鎌田 そうですね。

野川 当然使用者は、自らのイニシアチブで労働者との「自由な合意」を形成できますから、よく説明した上でならないというならそこは非常に問題だということ、もう一つは、不利益取扱いの中でも、解雇はわかりやすいですね。解雇以外の人事措置としての不利益取扱いは降格ですね。降格は上から下へということがはっきりしているので、それについての判断だというように解釈することも可能だと思います。

最高裁は、「女性労働者につき、妊娠中の軽易業務への転換を契機として降格させる事業主の措置は」と言っているので、降格に限定しての判断だと考えることも可能だと思います。その場合、これは因果関係がなくてもいいわけです。つまり、妊娠中に軽易業務へ転換させて、それに連動して降格させたということさえあればいいわけです。

原則として違法と言って、あとは、十分に例外を認めるという枠組みのほうがいいと考えたと思います。これがもし配転とか、水平異動だけれども不利益があるということはあるので、生活上の不利益とか、そういう場合にも同じになるかどうかというのが一つの論点かと思っています。

鎌田 不利益性という評価がここに挟まるということですね。

野川 ですから、水町さんの批判も、一般論としてはそうですが、果たして最高裁がどこまで射程を考えた上で言っているかですね。本件は降格じゃないかと。副主任という、それなりに尊重される管理職の地位にあったものを非管理職にしたんですね。ですから、契機としてなされたということがあれば原則として違法と考えるとすれば、特段の事情等も、水町さんはこれは公序違反の要件として考えて、9条3項としては考えなくていいと言うけれども、そのように限定しなくてもいいという気もします。その点、判旨がどう考えているのかははっきりはしませんが。

鎌田 降格なので不利益性は明確だということでしょうけど。

野川 一応、不利益性の具体的内容も言っていますが、当然ながら管理職手当の支給を受けられなくなるとも言っています。

鎌田 結局この方は、Bステーションのところ上司がいたために、副主任に任ぜられなかったということですが、この方にとっては副主任業務を行うことが難しいということですよ。

野川 そうです。

鎌田 雇用管理上も、既に上司がいたということですか。

野川 そういうことです。

鎌田 それでは、副主任としての業務負担や業務の内容がどの程度なのかよくわからないということですね。

野川 そうですね。もし高裁で、どうしようもなかつ

たんだということが言えれば、確かに違っていた可能性はありますよね。

鎌田 同意については、どれだけの負担軽減になるかというのは明確ではないので、ちゃんと説明しなかったら同意のしようもないという話がありますが、今言ったような事情はどういうふうチェックされるのでしょうか。そもそもこの方のお子さんは小さいですよ。2人目ですかね。

野川 そうです。

鎌田 その中で副主任に任じた場合、本当にこの方が副主任としてちゃんと業務を遂行できるのかどうかは、使用者としては、難しいという言い方をしていたんですか。

野川 控訴審で言っています。その点を最高裁の判断枠組みに照らして、もう一度、会社がきちんと主張すれば、差戻審でもかなり微妙な判断になる可能性は十分にあります。

鎌田 差し戻しすれば、実際にこの人を副主任にした場合の業務運営の支障はどの程度なのか詳しく事実認定されるということですね。

野川 そういうことですね。つけ加えますと、桜井龍子裁判官の補足意見というのがありまして、最高裁では争われていないんですが、本件第一審と原審では実は、育児休業それ自体でなく、育児休業から復帰後の配置等が9条3項に違反するか否かについても争われています。これは予備的請求原因として位置づけるため、当審における判示の対象には含まれていないものの、受理申立ての理由の一つとして主張されていることも踏まえて意見を述べるとした上で、復帰後の配置についても法廷意見と同様の判断枠組みが当てはまると言っています。ですから、補足意見ではありますけど、使用者側としては非常に厳しくなりますね。

## 2. 地位確認等請求反訴事件——専修大学事件（最二小判平 27.6.8 未登載）

### 事案と判旨

労災保険法19条により、療養開始後3年を経ても負傷又は疾病が治らず労働ができない労働者について、傷病補償年金の支給がなされている場合は打切補償を支払ったものとみなされて解雇が可能となる。しかし療養補償給付及び休業補償給付の支給がなされているにとどまる場合は使用者が現実的に打切補償を支払っても解雇できないとした原審を覆し、「使用者自らの負担により災害補償が行われている

場合とこれに代わるものとしての同法に基づく保険給付が行われている場合とで、同項ただし書の適用の有無につき取扱いを異にすべきものとはいえない」とした事案。

(1) すなわち、労働基準法81条の定める打切補償の制度は、使用者において、相当額の補償を行うことにより、以後の災害補償を打ち切ることができるものとするともに、同法19条1項ただし書においてこれを同項本文の解雇制限の除外事由とし、当該労働者の療養が長期間に及ぶことにより生ずる負担を免れることができるものとする制度であるといえるところ、上記(1)のような労災保険法に基づく保険給付の実質及び労働基準法上の災害補償との関係等によれば、同法において使用者の義務とされている災害補償は、これに代わるものとしての労災保険法に基づく保険給付が行われている場合にはそれによって実質的に行われているものと言えるので、使用者自らの負担により災害補償が行われている場合とこれに代わるものとしての同法に基づく保険給付が行われている場合とで、同項ただし書の適用の有無につき取扱いを異にすべきものとはいえない。また、後者の場合には打切補償として相当額の支払いがされても傷害又は疾病が治るまでの間は労災保険法に基づき必要な療養補償給付がされることなども勘案すれば、これらの場合につき同項ただし書の適用の有無につき異なる取扱いがされなければ労働者の利益につきその保護を欠くことになるものとも言い難い。

(2) そうすると、労災保険法12条の8第1項1号の療養補償給付を受ける労働者は、解雇制限に関する労働基準法19条1項の適用に関しては、同項ただし書が打切補償の根拠規定として掲げる同法81条にいう同法75条の規定によって補償を受ける労働者に含まれるものとみるのが相当である。

(3) したがって、労災保険法12条の8第1項1号の療養補償給付を受ける労働者が、療養開始後3年を経過しても疾病等が治らない場合には、労働基準法75条による療養補償を受ける労働者が上記の状況にある場合と同様に、使用者は、当該労働者につき、同法81条の規定による打切補償の支払いをすることにより、解雇制限の除外事由を定める同法19条1項ただし書の適用を受けることができるものと解するのが相当である。

野川 専修大学事件は前回は傍論で取り上げていましたが、そのときは高裁判決が疑問だという話をしていたんですが、最高裁で案の定、ひっくり返りました。これは労基法81条による同19条ただし書きの適用は労災保険による給付にも適用されるかという問題です。労働基準法は、使用者による労働者への労災補償、使用者が直接労働者に対して労働災害の補償をしていたときに、治療もせず、固定もせずという状態で3年以上

経過したというときには、打切補償という補償をして、もうそれ以後の補償はしなくていいというふうに81条は書いています。

それに対して労基法の19条に、労災で療養中の労働者は解雇してはいけないという解雇禁止規定があるんですが、そのただし書きに、ただし打切補償を行った場合にはこの限りではないとあります。ですから、打切補償をした後は本文の解雇禁止を免れるということになるわけです。

これはあくまでも使用者が労働者に直接行う労災補償についての規定です。しかし、現実には、日本の労災制度は労災保険法によって担われていて、労災保険法から労働基準監督署によるいろいろな給付が労災をこうむった労働者にされているわけです。そういう場合に問題となるのは、治癒もしない、固定もしない状態で療養していますという状況が3年以上、労災保険からの給付を受けながら続いた場合に、会社としては労基法81条に規定するのと同じ内容の打切補償の額を払って、従業員を解雇していいのかということが争われました。

原審は、あくまでも労基法19条は、労基法81条、つまり、使用者が労働者に直接行う労災補償の枠組みの中で打切補償を行った場合だけ解雇禁止が解除されるのであって、労災保険法からの給付を行っている労働者には、たとえ打切補償と同じ額のことを81条の要件に従っても解雇はできないという判断をしていたわけです。これが最高裁によってひっくり返されたという事案です。

この労働者は、労災をこうむって療養していたんですけども、結局、治癒も固定もなかったわけです。

この方は、頸肩腕症候群に罹患し、これは業務上の疾病に当たると判断がされています。ずっと療養をしていたんですが、職場復帰をすることができないというふうに判断し、会社側が打切補償金として1629万3996円を支払い、それに加えて、法定外補償金として1896万506円、つまり3500万円以上会社から支払ってもらいましたが、それを踏まえた解雇が無効だとされたわけです。

最高裁は、労災保険法は、業務上の疾病などの業務災害に対し、迅速かつ公正な保護をするための労災保険制度の創設等を目的として制定され、業務上の疾病などに対する使用者の補償義務を定める労働基準法と同日に公布、施行されていると指摘した上で、労災保

険制度は労基法上の災害補償制度を担保するものであって、労基法の75条から77条まで、79条及び80条の各規定に定められた使用者による災害補償の内容に労災保険法による給付の内容は対応しているんだとしています。

労災補償では例えば休業補償が労基法上の労災補償制度にはありますが、労災保険法には休業補償給付という労災保険上の給付があって、一対一対応しています。プラスアルファが労災保険法にはあり、労災保険法だと違う給付ももらえることになっているわけです。このような構造に鑑みると、労災保険法に基づく保険給付の実質は、使用者の労働基準法上の災害補償義務を政府が保険給付の形式で行うものであるというふうに解するべきだと言っています。

これを前提として、労災保険法に基づく保険給付の実質とか、労基法上の災害補償との関係等によれば、同法において使用者の義務とされている災害補償は、これに代わるものとしての労災保険法に基づく保険給付が行われている場合には、それによって実質的に行われているものと言えるとしています。ですから、使用者みずからの負担により災害補償が行われている場合と、これに代わるものとして労災保険法に基づく保険給付が行われている場合とで、労基法19条ただし書きの適用の有無について取り扱いを異にするべきものとは言いがたいとしています。

また、後者の場合には、打切補償として相当額の支払いがされても、障害または疾病が治るまでの間は労災保険法に基づき必要な療養補償給付がされることなども勘案すれば、労働者の利益について保護を欠くということも言いがたいということで、最高裁として初めて、療養開始後3年を経過しても疾病等が治らない場合には、労基法75条による療養補償を受ける労働者が上記の状況にある場合と同様に、使用者は労基法81条の規定による打切補償の支払いをすることによって労基法19条ただし書きの適用を受けることができるという判断をした上で、解雇するわけですから、労基法19条による解雇であっても労働契約法16条の適用はあるわけですので、その問題になるとしました。

鎌田 そういうことになりますね。

野川 解雇として有効か無効かをもう一回きちんと判断しなさいということで差し戻したという判断です。

これは、労災保険法と労基法との関係について非常

に大きな判断を示したものとして注目されます。実務的には歓迎される向きが多いと思います。この判旨も指摘しているように、労災保険法と労災補償制度というのは完全にタイアップしている関係で、労災保険のほういろいろと手厚いよというだけです。したがって、労基法が労災補償のことだけしか書いてないから労災保険法による補償については完全に除外していると、そういう意図を立法者意思としても読み取るのは難しいので、この判断自体に実務上はあまり異論はないものと思います。

ただ、理論的には、労基法19条が労災補償の場合のことしか言っていないことは確かなので、最高裁の言うようにここまで読み込んでいいのかということ、もう一つは、実務的なことですが、労災補償制度が打切補償で解雇を許しているのは、使用者の負担が大きすぎるのではないかということです。労働者としての地位を認めたままずと労災補償金を支払い続けるのはあんまりなので、その負担は軽減しようということです。

それに対して労災保険から給付がある場合、使用者としては特に負担はないということです。確かに解雇ができないということを負担だと言えばそうかもしれませんが、治ればまた働いてもらえるわけで、固定して仕事ができなくなればその場合も解雇はできるわけですから、それほど不合理ではないという意見もあるところです。このような判決が出たことについてどう評価し、今後どのように影響していくかというのは検討したいところです。

鎌田 条文解釈の枠を超えた、最高裁ならではの立法的解釈ではないでしょうか。普通は下級審では難しいと思います。

野川 結局下級審も、裁判官は頭の中では同じようなことを考えていたと思います。しかし、どう考えてもやっぱり法的には難しいところでしょう。

鎌田 条文上は難しいと思っていたので、最高裁ならではの事実上の立法的な解決を図ったということでしょうか。メリット・デメリット論ですが、具体的な今後の展開の中で、こういう解釈を行うことによって労災保険法等に何か影響が出てくるものはあるのでしょうか。今現在、労災保険法19条で、打切補償の規定がありますよね。

野川 労災保険法も実は打切補償制度がないわけではないんです。労災保険法19条に、業務上負傷し、

または疾病にかかった労働者が、当該負傷または疾病に係る療養の開始後3年を経過した日において傷病補償年金を受けている場合、または同日後において傷病補償年金を受けることになった場合は、当該使用者は第81条の規定による打切補償を支払ったものとみなすとあります。これは障害等級1級から3級が傷病補償年金の対象です。本件の場合には該当しません。

労基法定制当初は、実は労基署長が打切補償費を支給して打切補償ができるようになっていましたが、昭和35年にその規定を改正して長期傷病者補償という制度をつくり、3年に至るぐらい長い間療養している労働者については、何とかしなければということで、労災保険からの長期傷病者補償が支給される場合にはそれを打切補償とみなすというふうにしました。その後、長期傷病者補償は定額補償なので傷病等級を反映していないではないかという意見が出てきて、昭和51年の法改正で今の傷病補償年金になったという経緯があります。

つまり、治癒しない場合には傷病補償年金が支払われるのですが、これは傷病等級の1級から3級と認定された者にだけ支払われるので、傷病等級4級以下の人たちはそこから外れます。専修大学事件はまさにそういう事案です。

鎌田 そうすると、この最高裁判決でいくと、19条はなくてもできるということですか。

野川 そういう読み方も不可能ではないですね。

鎌田 そういう意味では、本当に立法的解決ですね。

野川 実務的に確かに大きな影響はあるんですが、この方は、頸肩腕症候群で3年以上もたって、治癒もしなければ固定もしないという状態という特殊な事情だと考えたほうがいいと思います。普通は3年も経てば、日本の医療でしたらどちらかになるわけですね。本件のような特殊な場合の人については例外を認めて、打切補償でいいのではないかとし、そうでない場合は、打切補償による解雇禁止の除外を拡大するわけではないというメッセージもあると思います。

鎌田 労基法19条の解釈でこれをやったということになるんですね。

野川 そういことです。もちろん露骨な立法はできませんから、労基法19条の解釈です。

鎌田 「81条の規定によって」と書いていますが、81条というのはまさに災害補償責任の話ですよ。

野川 そういことです。



鎌田 そうすると、条文上は、高裁判決のようにしか読めないですが、この解釈は、法律に規定がない場合には、法の欠缺にあたり、これを理由とに解釈できるのでしょうか。

野川 しかし、労災保険法12条の8第1項第1号の療養補償給付を受ける労働者は、解雇制限に関する労働基準法19条1項の適用に関しては、同項ただし書きが打切補償の根拠規定として掲げる同法81条という同法75条の規定によって補償を受ける労働者に含まれる者と見るのが相当であると言っています。ですから、労災保険を受けている労働者もこの労働者概念に含まれます。労基法19条1項の適用に関して、81条という労働者に含まれます。

鎌田 75条の規定によって補償を受ける労働者ということですね。

野川 そうです。75条の規定によって補償を受ける労働者とは、75条が言っている労災補償だけでなく、労災保険法の療養補償給付を受けている労働者も、75条の規定によって補償を受ける労働者に含まれます。

鎌田 そうすると、労災保険の保険給付を受けている労働者というのは、災害補償を受けている労働者と同じだということですね。今までここまではさすがに言わなかったですね。

野川 今、労災保険法は、労働基準法とはもう完全に別だと考えるべきだという理屈もあります。労災補償を担保するという趣旨を超えて、独自の制度となっているということですが、労働者概念は確かに一緒ですね。

鎌田 そうですね。

野川 労災補償法上の労働者と労災保険法上の労働者は一緒だという、旭紙業事件最高裁判決がありますね。

鎌田 横浜南労基署（旭紙業）事件（最一小判平8・11・28 労判714号14頁）ですね。

野川 その延長にすぎないという判断もできますよね、労災保険の適用を受けることができる労働者は、労基法の適用を受けている労働者であると。逆に、労災保険の適用を受けている労働者は、労基法上の労働者でもあり得るということですよ。

鎌田 しかし、労災保険というのは労基法と違っているから拡大していろいろな工夫をしたいと考えるときに、こうした理解が一層足かせにならないかなと思

います。

野川 そうということですね。そうすると、そのときは、労働者という言葉を使わないことになるのか、という問題が生じます。

鎌田 なるほど。特別加入制度はありますが、さまざまな委託労働者とかそういうものを考える場合に、労働者になれば別ですが、そうでない人たちに立法上のいろいろな工夫をするといったときに「労働者」は使えないですからね。

野川 結局、労災保険法は、「労働者プラスアルファ」に対して労災保険補償をしていて、労働者に労災保険上の措置を行うときは労基法と一体化した形でやるんだということなんでしょうね。

鎌田 労働者概念というのは、労災保険法は独自に少し工夫したほうがいいんじゃないかと思います。この最高裁判決の理屈はまさに一体化ですね。

野川 一体化ですから、労働者といった場合にはもう身動きとれなくなりますね。

鎌田 労働時間規制から何から全部入っているわけですからね。これ自体の問題はないとしても、今後立法する上でいろいろと足かせになるようなものが出てこないかなと思います。

野川 その意味では、この高裁の判決の批判はあります。その中には、労基法19条の適用問題で行くのではなく、例えば治癒しているのではないかとか、治癒とか固定化のその概念をもうちょっと慎重に検討することで対応してもいいのではないかというような主張もあります。そうすると、難しい問題に手をつけないでやっていくことができるということですよ。

補償に関しても、労災保険上の給付を、一応、労災保険法19条は打切補償を認めているわけですから、その解釈をもう少し考えると、ほかのアプローチでもできたんじゃないかという主張はありますね。ですから、影響から考えると、この最高裁の判決はあまりにも大きいですね。違うアプローチの可能性もあり得たんじゃないかということもありますが、もうこの部分は差戻審では判断されませんから。

鎌田 これからさまざまな仕組みを考える場合に、労災保険法上の労働者というのは、最高裁の解釈として労働基準法上の労働者と同義であるというふうになったんですが、まさに制度の上でも認めたということですね。

野川 そうということですね。ですから、逆も認めた

ということですね。労基法上の労働者であれば労災保険法上の労働者でもあると言ったのが横浜南労基署長（旭紙業）事件（最一小判平8・11・28）ですよ。本件では労災保険法上の労働者であればいわば労基法上の労働者でもあると言ったわけです。労災保険の給付を受けている労働者は、すなわち、労災補償を受けている労働者と同じに扱うんだと。

鎌田 現行のさまざまな工夫の中でこういったような方向が一つの問題点を解決する手段としてあり得るかなということですが、今後のことを考えたら、若干の不安は感じますね。

野川 そうですね。ですから、非常に大きな問題を残した判決ですね、

## 総括

野川 いろいろと今後に向けて大きな新しい論点を提供した判決がたくさん出たという感じですね。

鎌田 働き方、特に女性の働き方、ライフスタイルというか、男性も同じですが、とりわけ女性にとって大きな出産とか妊娠とかいった問題に対して、働き方、女性の進出、就業促進的な観点から、非常にポジティブな方向が示されたと思います。それは男性についても、育児休業とかの問題についてもポジティブな、会社にとっては少し負担が増えるかもしれないけれども、そのような判決の流れが改めて確認されたという感じがしています。

野川 そうですね。ただ、大きな目で見ると、やはり国の政策に沿いすぎじゃないかという気がします。逆に言えば、日本航空の事件も、国策会社の再建のためだったら、いろいろな労働法上のこれまで積み上げられてきた法理というものを割と軽視するということが、やはり女性活躍だとか、労働市場には全員参加するというのに配慮して、育児休業も男女ともにもっととりやすくすることは裏表の関係ですよ。まさに国の政策に裁判所も協力しますみたいところが、どうかという気がします。

鎌田 確かに、国の政策という意味では、今後、労働人口が減る中で、女性、あるいはさまざまな障害を持っている人たちが働けるような状況、労働関係という、会社の負担において働く就業環境を整備するという方向が一つの流れだと思うのですが、それを一層推し進めるような裁判例が進んできていると思いま

す。例えば、阪神バスの勤務配慮も、会社にしてみると、そういう負担から軽減されたいと思っているのに、それは許しませんよということですよ。

野川 そういうことですね。

鎌田 アメックスの事件でも、休職期間満了で退職扱いにすることを抑制するような方向に進んでいます。その抑制をして、会社のコスト負担、リスクとうまく調整する論理がなかなか成立しない中で、会社のコストと負担で救済を進めていきたいというのは仕方がない。裁判所ですから、個別事案でやるしかありませんね。

野川 そうですよ。

鎌田 しかし、政策というのであれば、国の政策、立法として、障害を持っている人の働き方、あるいは休職をする人たちの受け入れの態勢というようなことをもっと本格的に考えて制度をつくっていく方がいいのではないかという感じがします。そこが改めて今回の判例を見ていて、政府とか国がもっと考えていかなければいけない気がします。

野川 そうです。

鎌田 定年の問題もそうですが、継続雇用で長く働かせなさいといっても、それも会社の負担で継続雇用しなさいということですね。しかも年金までつなぎなさいと言っていますが、高齢者あるいは障害を持っている人が安心して働けるような環境、あるいはそのような社会システムをどうつくるかという見取り図を実はまだつくっていない。裁判所がそういう軋轢を一手に引き受けてやっている。労働者としてはもちろんありがたいことなんです、全体のリスクを考えた場合に、誰が最終的なリスクをとっていくかという問題が問われていような気がします。

野川 そうですね。加えていえば、今回は労使関係をめぐる争いが少ないですね。結局、取り上げたのはシオン学園事件ぐらいです。

鎌田 特殊なケースですが、大阪市もありました。

野川 大阪市とシオン学園ですが、特に大阪市のほうは筋がよくないです。まともな労使関係ではないところの事案だと思います。労使がルールのもとでぶつかり合ってストライキやロックアウトをしたとか、団体交渉が展開されたとか、労働協約についての解釈が違ったとか、そういうまっとうな事案がどんどんなくなってきているのですが、今の話につなげていけば、国が政策として行うことには限界があって、労使自治

の中で解決していける力量が労使双方にあったら随分  
違うということとは強調しておきたいと思います。

(2015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, 中央労働委員会委員。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『労働協約法』(弘文堂, 2015年)。労働法専攻。