

ディアローグ

# 労働判例この1年の争点

❁ 労働契約法の解釈基準

❁ セクハラと会社グループ統括会社の責任



**奥田香子**

(近畿大学教授)

×



**野田 進**

(九州大学名誉教授)



## 【目 次】

### ■ホット 이슈ー

1. 労働契約法の解釈基準——ハマキョウレックス（差戻審）事件
2. セクハラと会社グループ統括会社の責任——イビデン事件

### ■フォローアップ

1. 固定残業代に含まれる時間外労働の長さ——イクヌーザ事件  
「業務手当」の割増賃金該当性——日本ケミカル事件
2. 再雇用条件を承諾せず定年となった元従業員の地位確認等請求——九州総菜事件  
（賃金規定、労契法 20 条違反——長澤運輸事件）

### ■ピックアップ

1. 求人票と労働契約上の労働条件——福祉事業者 A 苑事件
2. 整理解雇の人選基準（病気休職の客室乗務員）——日本航空（客室乗務員）事件
3. 職種限定合意と配転命令の有効性——ジブラルタ生命（旧エジソン生命）事件
4. 妊娠通知後になされた解雇——ネギシ事件
5. 起訴休職期間の満了による解雇——国立大学法人大阪大学事件
6. 社内報により賃金改定を行う労使慣行の存否等——永尾運送事件

#### 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

中労時：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 これより「ディアローク 労働判例この1年の争点」を始めます。昨年度に続き、九州大学名誉教授の野田進先生、近畿大学教授の奥田香子先生に対談いただきます。まず、〈ホットイシュー〉で、この1年の特に重要な判例を2件、ご議論いただき、続いて〈フォローアップ〉で、以前に取り上げた判例について、その後及びそれを巡る動向を示す事案を2件、ご紹介いただきます。最後に、〈ピックアップ〉として、注目すべき新しい議論や、現代特有の事情を表していると思われる事案について、6件とりあげていただき

ました。どうぞよろしく願いいたします。

野田 それでは、我々のコンピでやるのは2回目になりますけれども、ディアロークの議論を始めたいと思います。

今年は、働き方改革関連法案が、去年からずっと宿題で、紆余曲折を経て成立したり、それとのかかわりの強い最高裁の判決がいくつか出されたりして、それぞれの論点について議論が非常に活発になっています。けれども、私たちの作業は一つ一つの判決の判例評釈ではありませんので、判決、判例の全体の流れを、観測しながら確認していくという、毎年8月に定点観測するみたいな気持ちで議論できればと思っております。

## ホットイシュー

野田 最初に、ホットイシューという観点で、奥田先生のほうから、最高裁の注目された判決の一つであるハマキョウレックスの差戻審のご紹介をお願いします。

### 1. 労働契約法の解釈基準——ハマキョウレックス (差戻審) 事件 (最二小判平 30・6・1 労判 1179 号 20 頁)

#### —— 事案と判旨 ——

##### 事実の概要

(1) X は、一般貨物自動車運送事業等を目的とする株式会社である Y との間で有期労働契約を締結し、トラック運転手として配送業務に従事している。XY 間の有期労働契約によると、期間は平成 20 年 10 月 6 日から同 21 年 3 月 31 日まで(ただし、更新する場合があります)。勤務場所は H 支店、業務内容は配車ドライバー、賃金は時給 1150 円、通勤手当月額 3000 円、原則として昇給及び賞与の支給はないが、会社の業績及び勤務成績を考慮して昇給し又は賞与を支給することがある、とされていた。XY 間の有期労働契約はその後順次更新(期間 6 カ月)されている(その間に X の時給は 1150 円から 1160 円に増額されている)。

(2) Y では、期間の定めのない労働契約(以下「無期労働契約」という)を Y との間で締結している正社員に対し、正社員に適用される就業規則および給与規程により以下のよう

な諸手当が支給されていた。すなわち、無事故手当(1 カ月間無事故で勤務したときに 1 万円)、作業手当(特殊業務に携わる従業員に対して月額 1 万円から 2 万円までの範囲内で支給[X が勤務する H 支店では、月額 1 万円を一律支給])、給食手当(給食の補助として月額 3500 円)、住宅手当(21 歳以下の従業員に対しては月額 5000 円、22 歳以上の従業員に対しては月額 2 万円)、皆勤手当(全営業日に出勤したときは月額 1 万円)、通勤手当(常時一定の交通機関を利用し又は自動車等を使用して通勤する従業員に対し、交通手段及び通勤距離に応じて支給[X と交通手段及び通勤距離が同じ正社員に対しては月額 5000 円を支給])、家族手当(扶養家族を有する従業員に対して支給)である。また、正社員には定期昇給があり、賞与・退職金が支給されている。

これに対し、X ら有期労働契約の契約社員については、契約社員に適用される「嘱託、臨時従業員およびパートタイマーの就業規則」の規定にこれら諸手当に関する定めはなく、通勤手当のみが異なる内容(交通機関を利用して通勤する者に対して所定の限度額の範囲内でその実費[平成 25 年 12 月までは X に対して月額 3000 円。同 26 年 1 月以降は、正社員と同じ基準による通勤手当])で支給されていた。また、定期昇給は「原則として昇給しないが会社の業績と本人の勤務成績を考慮して昇給することがある」とされ、賞与・退職金は原則として支給なしとされていた。

(3) Y の H 支店におけるトラック運転手の業務の内容には、契約社員と正社員との間に相違はなく、当該業務に伴う責任

の程度に相違があったとの事情もうかがわれない。

正社員就業規則には、Yは業務上必要がある場合は従業員の就業場所の変更を命ずることができる旨の定めがあり、正社員については出向を含む全国規模の広域異動の可能性があるが、本件契約社員就業規則には配転又は出向に関する定めはなく、契約社員については就業場所の変更や出向は予定されていない。また、正社員については、公正に評価された職務遂行能力に見合う等級役職への格付けを通じて、従業員の適正な処遇と配置を行うとともに、教育訓練の実施による能力の開発と人材の育成、活用に資することを目的として、等級役職制度が設けられているが、契約社員についてはこのような制度は設けられていない。

(4) Xは、上記の無事故手当、作業手当、給食手当、住宅手当、皆勤手当及び通勤手当の諸手当につき、正社員と契約社員との間での相違は労契法20条違反であると主張し、①本件賃金等に関し正社員と同一の権利を有する労働契約上の地位にあることの確認、②〔主目的に〕労働契約に基づき、平成21年10月1日から同27年11月30日までの間に正社員に支給された上記諸手当との差額の支払い、③〔予備的に〕不法行為に基づき、差額相当額の損害賠償を請求した。

差戻審第一審判決（大津地彦根支判平27・9・16労判1135号59頁）は通勤手当の相違（一部）のみを労契法20条違反と判断した。これに対し差戻審控訴審（大阪高判平28・7・26労判1143号5号）は、無事故手当、作業手当、給食手当及び通勤手当の相違を同条違反と判断し、住宅手当及び皆勤手当については同条に違反しないとした。

【判旨】 上告棄却・一部破棄差戻し

「同条〔労契法20条〕は、有期契約労働者については、無期労働契約を締結している労働者（以下「無期契約労働者」という。）と比較して合理的な労働条件の決定が行われにくく、両者の労働条件の格差が問題となっていたこと等を踏まえ、有期契約労働者の公正な処遇を図るため、その労働条件につき、期間の定めがあることにより不合理なものとすることを禁止したものである。そして、同条は、有期契約労働者と無期契約労働者との間で労働条件に相違があり得ることを前提に、職務の内容、当該職務の内容及び配置の変更の範囲その他の事情（以下「職務の内容等」という）を考慮して、その相違が不合理と認められるものであってはならないとするものであり、職務の内容等の違いに応じた均衡のとれた処遇を求める規定であると解される。」

「労働契約法20条が有期契約労働者と無期契約労働者との労働条件の相違は「不合理と認められるものであってはならない」と規定していることや、その趣旨が有期契約労働者の公正な処遇を図ることにあること等に照らせば、同条の規定は私法上の効力を有するものと解するのが相当であり、有期労働契約のうち同条に違反する労働条件の相違を設ける部分は無効となるものと解される。もっとも、同条は、有期契約労働者について無期契約労働者との職務の内容等の違いに応じた均衡のとれた処遇を求める規定であり、文言上も、両

者の労働条件の相違が同条に違反する場合に、当該有期契約労働者の労働条件が比較の対象である無期契約労働者の労働条件と同一のものとなる旨を定めていない。そうすると、有期契約労働者と無期契約労働者との労働条件の相違が同条に違反する場合であっても、同条の効力により当該有期契約労働者の労働条件が比較の対象である無期契約労働者の労働条件と同一のものとなるものではないと解するのが相当である。また、Yにおいては、正社員に適用される就業規則である本件正社員就業規則及び本件正社員給与規程と、契約社員に適用される就業規則である本件契約社員就業規則とが、別個独立のものとして作成されていること等にも鑑みれば、両者の労働条件の相違が同条に違反する場合に、本件正社員就業規則又は本件正社員給与規程の定めが契約社員であるXに適用されることとなると解することは、就業規則の合理的な解釈としても困難である。以上によれば、仮に本件賃金等に係る相違が労働契約法20条に違反するとしても、Xの本件賃金等に係る労働条件が正社員の労働条件と同一のものとなるものではないから、Xが、本件賃金等に関し、正社員と同一の権利を有する地位にあることの確認を求める本件確認請求は理由がなく、また、同一の権利を有する地位にあることを前提とする本件差額賃金請求も理由がない。」

「労働契約法20条は、有期契約労働者と無期契約労働者の労働条件が期間の定めがあることにより相違していることを前提としているから、両者の労働条件が相違しているというだけで同条を適用することはできない。一方、期間の定めがあることと労働条件が相違していることとの関連性の程度は、労働条件の相違が不合理と認められるものに当たるか否かの判断に当たって考慮すれば足りるものといえることができる。そうすると、同条にいう「期間の定めがあることにより」とは、有期契約労働者と無期契約労働者との労働条件の相違が期間の定めの有無に関連して生じたものであることをいうものと解するのが相当である。」「これを本件についてみると、本件諸手当に係る労働条件の相違は、契約社員と正社員とでそれぞれ異なる就業規則が適用されることにより生じているものであることに鑑みれば、当該相違は期間の定めの有無に関連して生じたものであるといえることができる。したがって、契約社員と正社員の労働条件は、同条にいう期間の定めがあることにより相違している場合に当たるといえることができる。」

「労働契約法20条は、有期契約労働者と無期契約労働者との労働条件の相違が、職務の内容等を考慮して不合理と認められるものであってはならないとしているところ、……同条が「不合理と認められるものであってはならない」と規定していることに照らせば、同条は飽くまでも労働条件の相違が不合理と評価されるか否かを問題とするものと解することが文理に沿うものといえる。また、同条は、職務の内容等が異なる場合であっても、その違いを考慮して両者の労働条件が均衡のとれたものであることを求める規定であるところ、両者の労働条件が均衡のとれたものであるか否かの判断

に当たっては、労使間の交渉や使用者の経営判断を尊重すべき面があることも否定し難い。したがって、同条にいう「不合理と認められるもの」とは、有期契約労働者と無期契約労働者との労働条件の相違が不合理であると評価することができるものであることをいうと解するのが相当である。そして、両者の労働条件の相違が不合理であるか否かの判断は規範的評価を伴うものであるから、当該相違が不合理であるとの評価を基礎付ける事実については当該相違が同条に違反することを主張する者が、当該相違が不合理であるとの評価を妨げる事実については当該相違が同条に違反することを争う者が、それぞれ主張立証責任を負うものと解される。」

「……、本件諸手当のうち住宅手当及び皆勤手当に係る相違が職務の内容等を考慮して不合理と認められるものに当たるか否かについて検討する。(ア) 本件では、契約社員であるXの労働条件と、Xと同じくYのH支店においてトラック運転手(乗務員)として勤務している正社員の労働条件との相違が労働契約法20条に違反するか否かが争われているところ、……両者の職務の内容に違いはないが、職務の内容及び配置の変更の範囲に関しては、正社員は、出向を含む全国規模の広域異動の可能性があるほか、等級役職制度が設けられており、職務遂行能力に見合う等級役職への格付けを通じて、将来、Yの中核を担う人材として登用される可能性があるのに対し、契約社員は、就業場所の変更や出向は予定されておらず、将来、そのような人材として登用されることも予定されていないという違いがあるといえることができる。(イ) Yにおいては、正社員に対してのみ所定の住宅手当を支給することとされている。この住宅手当は、従業員の住宅に要する費用を補助する趣旨で支給されるものと解される。契約社員については就業場所の変更が予定されていないのに対し、正社員については、転居を伴う配転が予定されているため、契約社員と比較して住宅に要する費用が多額となり得る。したがって、正社員に対して上記の住宅手当を支給する一方で、契約社員に対してこれを支給しないという労働条件の相違は、不合理であると評価することができるものとはいえないから、労働契約法20条にいう不合理と認められるものに当たらないと解するのが相当である。(ウ) Yにおいては、正社員である乗務員に対してのみ、所定の皆勤手当を支給することとされている。この皆勤手当は、Yが運送業務を円滑に進めるには実際に出勤するトラック運転手を一定数確保する必要があることから、皆勤を奨励する趣旨で支給されるものであると解される。Yの乗務員については、契約社員と正社員の職務の内容は異なるから、出勤する者を確保することの必要性については、職務の内容によって両者の間に差異が生ずるものではない。また、上記の必要性は、当該労働者が将来転勤や出向をする可能性や、Yの中核を担う人材として登用される可能性の有無といった事情によ

り異なるとはいえない。そして、本件労働契約及び本件契約社員就業規則によれば、契約社員については、Yの業績と本人の勤務成績を考慮して昇給することがあるとされているが、昇給しないことが原則である上、皆勤の事実を考慮して昇給が行われたとの事情もかがわれない。したがって、Yの乗務員のうち正社員に対して上記の皆勤手当を支給する一方で、契約社員に対してこれを支給しないという労働条件の相違は、不合理であると評価することができるものであるから、労働契約法20条にいう不合理と認められるものに当たると解するのが相当である。(4) 以上によれば、本件確認請求及び本件差額賃金請求の全部並びに本件損害賠償請求のうち住宅手当に係る部分を棄却すべきものとした原審の判断は、いずれも正当として是認することができる。……他方、本件損害賠償請求のうち、労働契約法20条が適用されることとなる平成25年4月1日以降の皆勤手当に係る部分を棄却すべきものとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。」

「以上のとおりであるから、原判決中、Xの平成25年4月1日以降の皆勤手当に係る損害賠償請求に関する部分を破棄し、Xが皆勤手当の支給要件を満たしているか否か等について更に審理を尽くさせるため同部分につき本件を原審に差し戻すとともに、Yの上告及びXのその余の附帯上告を棄却することとする。」

奥田 今年のホットイシューの一つとして、労働契約法20条に関するハマキョウレックス(差戻審)事件の最高裁判決を取り上げます。労契法20条をめぐる最近の判決については、昨年もディアログでメトロコマース事件を取り上げていますし、定年後再雇用という角度からですけれども長澤運輸事件の控訴審も取り上げましたし、一昨年、野川先生と鎌田先生のディアログでもハマキョウレックス事件と長澤運輸事件の第一審が取り上げられています。しかしこの間、下級審での判決も続いており、学会でも主要なテーマとして解釈論が展開されてきましたので、そうした中で最高裁が1つの判断を下したことから、やはり解釈論における影響力も重要だろうと考えて、今回その意義や評価を検討してみることになりました。

事実と判旨については記載のものを見ていただくとして、簡単にだけ確認しておきますと、ハマキョウレックス事件では、トラック運転手

として配送業務に従事している労働者で、期間の定めのない労働契約を締結している正社員のトラック運転手と、有期労働契約の契約社員であるトラック運転手との間での賃金に関する格差が、労契法20条に違反するか否かということが問題になりました。第一審の天津地裁彦根支部判決は通勤手当の一部以外をすべて不合理なものではないということで請求を退けましたが、原審である大阪高裁は、問題となった無事故手当、作業手当、給食手当、住宅手当、皆勤手当、通勤手当について、住宅手当と皆勤手当については20条に反しないとする一方、無事故手当、作業手当、給食手当、通勤手当の相違については20条に反すると判断しました。最高裁は今回、20条に反しないとされていた住宅手当と皆勤手当のうち、皆勤手当については20条に反するという結論を出しました。

ここでは、最高裁が20条に関する解釈論上の問題について一般論を提示しているということで、その中のいくつかを取り上げてどのように評価するかを考えてみたいと思います。

まず、労契法20条の趣旨が最初に述べられていて、20条の規定というのは「職務の内容等の違いに応じた均衡のとれた処遇を求める規定」であると性格づけられています。ただ、このような性格づけをしたとすれば、「違い」がない場合はどういう判断になるのかということが述べられていないので、その点が不明なままになってしまいます。これをどのように理解するのかということが点ですが、やはり疑問として残ります。

また、この規定趣旨についてももう少し考えてみると、一般論としてそういう性格づけをしている一方で、具体的な判断を見ると、この一般的な性格づけとは必ずしも整合性がないように思います。例えば、20条違反が認められた皆勤手当についての判断を見ても、皆勤手当は「運送業務を円滑に進めるために実際に出勤するトラック運転手を一定確保する必要から皆勤を奨励する趣旨で支給される」という皆勤手当支給の趣旨をまず確認した上で、職務の内容は契約社員と正社員で異なるので職務の内容からこの趣旨の手当について差異は生じない、いわゆる配置等の変

更の範囲は異なっているけれどもそうした人材活用の範囲の相違からもこの趣旨の皆勤手当についての格差は理由づけられないわけです。そうなる、そういう趣旨の皆勤手当について、職務内容からも人材活用の範囲からも、あるいはそれ以外の事情からも説明できないとなると、結局この相違は不合理であると評価されると言っているわけですから、必ずしも「違いに応じた均衡処遇の規定」という趣旨に則した判断にはなっていないように思われます。

つぎに、不合理性の評価の方法で、全体評価なのか個別評価なのかということについて、結論として個別評価の方法が採用されています。これはこの間の下級審裁判例のほぼ一貫した流れですので、特に疑問は生じないだろうと私は理解しています。また、後で議論に出てくるかもしれませんが、新しくできるパート・有期法の8条でも、個別評価であることが明文化されていますので、基本的にはこれが不合理性評価の方法として確立すると考えられます。

なお、それとの関係で、同じ日に出された長澤運輸事件の最高裁判決(最二小判平30・6・1〔労判1179号34頁])を見ますと、下級審では全体評価をしていたことが1つの問題として指摘されていたと思うのですが、最高裁では、「個々の賃金項目に係る労働条件の相違が不合理と認められるものであるか否かを判断する」という考え方が示され、合わせて、「両者の賃金の総額を比較することのみによるのではなく、賃金項目の趣旨を個別に考慮すべきものと解する」と述べられています。つまり、賃金項目の趣旨から個別に評価し、一定の賃金項目の中に関連性がある場合にはそれも考慮するとしているので、ある程度に関連性という幅を持たせつつも評価の方法としては個別評価であるという解釈が示されたと思います。この点に関しては特に異論はありません。

それから、3つ目に、「不合理と認められるもの」ということの意味についてですが、これも結論からすれば、いわゆる不合理性説がとられたと見ることができます。私は合理性説をとりますので、私見からすれば異論はあるのですけれども、下級審裁判例のほぼ一貫した流れとして不合理性

説がとられてきましたので、それが最高裁でも採用されたと考えています。合理性説か不合理性説かについては昨年のディアログでいろいろ述べたので繰り返しません、ただ、不合理性説をとる部分の理屈づけにはちょっと理解しにくいところがあります。最初に述べられた「違いに応じた均衡のとれた処遇を求める規定」という性格づけがまず前提としてあって、その判断に当たっては労使間の交渉や使用者の経営判断を尊重すべき面があることが否定できないというのがつぎに出てきて、したがって、「不合理と認められるもの」というのは労働条件の相違が不合理であると評価することができるものであるという結論づけになっています。労使交渉や使用者の経営判断というものを尊重すべき面があることから必ずしも合理性ではなくて不合理と認定できるところまでのグレーゾーンが含まれているという、そこは、いかどうかは別として理屈としては理解できるのですけれども、その前提として、「違いに応じた均衡のとれた処遇を求める規定」というのがまずあるので、そこをどう評価するかがはっきりしないとこの結論には必ずしも結びつかないと思うので、私としてはこの点がわかりにくいところでした。

なお、あえて言うとならば、20条は私法的効力を持つ法規範なので、そこに、労使交渉をどう考えるかは別としても、経営判断を含めてということになると、20条の意義がそこまで緩いものなのかというのは若干の異論はあります。ただ、具体的にどのようなことが考慮されるかを考えたとき、昨年、メトロコマース事件を議論したときに、正社員に関しては長期雇用なので有為な人材を確保できるようにするという目的が多くの理由づけとして認められていたことについて、そういう抽象的な理由づけが可能ならすべてそれに集約されてしまうということを批判的に議論していたと思います。これに対して今回は、ハマキョウレックス事件も長澤運輸事件も、いわゆる有為な人材の確保や定着といった曖昧な目的による理由づけは出てきていません。その点を積極的に評価すると、仮に、「不合理と認められる」という点の評価についてグレーゾーンが残るとしても、曖

昧な理由づけでは必ずしも考慮の対象にはならないのだと考えられるのではないかと思うんです。そこまで最高裁が積極的に示したのかどうかはわかりませんが、今後の裁判例への影響が注目されます。

最後に、労契法20条違反の効果です。これも結局、下級審の流れを引き継いでいると思います。強行的効力は認めつつ補充効を否定していますが、これが今後の解釈につながるとは思います。ただ、20条の効果として補充効を認めないとしても、この事案ではかなり明確な基準が一方に存在しています。そのような場合、20条の効果としてではなくとも、契約の補充解釈としては正社員の就業規則の内容を契約内容と解釈することに特に障害はないと思うのです。だとすると、必ずしも損害賠償だけの救済にとどまらないと思うのですが、それも採用していません。就業規則が異なるから適用できないというような理屈で終わってしまっていて、その点は救済のあり方としてどうなのかと思いました。

野田 ほとんどフルスペックで、本判決の主要な論点である4点を、全部説明していただいたような気がします。私のほうからは、その感想も交えて、私なりの理解を少し申し上げたいと思います。

最初の、職務の内容等の違いに応じた均衡のとれた処遇という判断は、それまでの下級審判決からすれば予想どおりだったわけです。奥田先生の報告は、職務の内容の違いに応じたところを中心と言われたように、違いがない場合はどうなるのか、また具体的な判断との整合性がないということを中心と言われたと思うのですけれども、私はこのメッセージは、とにかく均衡処遇という解釈をはっきりさせたいのだと思います。均衡のとれた処遇をとということで、職務の内容等の違いに応じたというのは、均衡を導くための修飾語ぐらいの意味にしかとれません。ですから、あまりここを厳密に、職務の内容等の違いがなかった場合はどうなるかということまで追求するのは、読み込みすぎかなという気がいたしました。私は、これはあくまでも均衡処遇ということではっきりさせたというメッセージであり、諸

説あるような、不利益取り扱いや平等原則と同等にみる見解を排除するというを、確定的に最高裁として宣言したのだと理解しています。

ただ、やはり、解釈のあり方として、それでよいのかとは思いますが。たとえば、諸外国で、正面から均衡というような規定の仕方をする国はほかにあるのだろうか考えると疑問でして、職務の内容等の違いに応じた実質的平等を図る処遇と解しても良かったのではないかと思います。やっぱり平等理念にこだわって、これは実質的平等のことを言っているんだと。それで、平等あるいは差別禁止というような言葉であっても、何も機械的な同一取り扱いを要求するような概念でなくて、日本でも労基法3条とか4条に関する平等原則でも、格差があるときにさらにそれは合理性であるかという基準を新たに要件として加えますよね。合理性というフィルターをかけて、それで不利益取り扱い違反かどうかを判断するのは、定着した解釈だと思うんです。それとどう違うのかは、やはりよくわからない面は残ります。ただ、そうはいつでも、この労契法20条の条文の書き方からみると、立法者意思は腰が引けているわけでした、規定そのものが、平等原則からの離脱していることを宣言していると読み取るしかない。本条の解釈としては、こうならざるを得ないのかなとは思っています。

たしかに、細かに見ていくと、具体的な判断の整合性をどこまで追求できるかは、おっしゃるように、曖昧なままですよね。この判断によって何か明確性が増したということは全然ないと思います。

それから2つ目の、不合理性の判断方法ですけども、私は前から思っているのですが、ハマキョウレックス事件で一审と控訴審の判断が分かれてきましたが、やっぱり地裁判決よりも、控訴審のほうがよかったです。なぜかという、これは不利益取り扱いを禁止しているわけではないからでして、不利益性が問題であるならば、ある項目は有利だけれども、この項目は不利だということがあり得て、全体として丸めましようといえる。ところが、この労契法20条が要求しているのは相違の不合理性の問題ですから、それぞれの

労働条件の相違について個別に検討していくということにならざるを得ないのではないかなと思うんです。つまり、不利益性があれば、「全体として不利益」というふうに丸められるかもしれないけれども、相違という問題に関しては、「全体として相違がある」とか「全体として相違がない」というような言い方は、そもそも成り立たない。やはり評価のあり方として、相違である以上は個別判断をしていくというのが正解だろうと思います。先ほどおっしゃいましたパート・有期法の考え方もそうっておりますし、長澤運輸で、高裁の判断の仕方と最高裁の判断の仕方が変わったのは、私もびっくりしましたけれども。

奥田 そうですね。

野田 そういう流れを最高裁として徹底させたというふうに受け取りました。

それから、「不合理と認められるものであってはならない」ということですが、これは、先ほどの奥田先生のお話の中では意味として含まれていたと思うのですが、一つは、不合理性の捉え方の問題。それからもう一つは、主張立証責任の問題が議論されていることになるでしょう。

奥田 そうですね。

野田 だから2つの側面があって、不合理性とは何かというと、この問題は、あちこちの研究会で白熱の議論がされているようですが、私は、さっき言われた分類では、不合理性説の立場。去年も議論しましたよね。

奥田 意見がかなり食い違いましたけれども。

野田 そう、そう。蒸し返して恐縮ですが、私は、不合理は「not 合理」ではないと思っています。必ずしも、合理性を判断すれば不合理性が出てくるというようなものではないと思うんです。不合理性というのは、グレーゾーンも含む「不合理」という独自の観点です。例えば、非難に値するとか、非常識ではないかという要素も含む、言葉それなりの強い意味があると思うんです。ですから、「not 合理性」が不合理ではないので、不合理性という独自の範疇を追求する必要がある。それは、ある程度グレーゾーンも含む幅の広いところまで認めるけれど、そのかわり労働者側のほうが立証しなさいとして、それで balan



スがとれているというのは、去年申し上げた話です。ですから、判決でも明確に言っているし、それからそもそも施行通達でも言っていたと思うのですけれども、労働者側に第一次的な主張立証責任を課すと。それから使用者側がそれに対する評価障害事実を主張立証するというで捉えているということなんです。それで、さっき言ったように、不合理性というグレーゾーンも含む広い領域だから、労働者の方で立証させても、バランスがとれているのかなと思っています。

それから、最後の点の労契法 20 条違反の帰結ですが、これは労契法 20 条だけではなくて、ご承知のように均等法の 9 条 3 項も同じでして、そのほかにも多くのケースで地位確認が否定されています。9 条 3 項について、最高裁（広島中央保健生活協同組合事件・最一小判平 26・10・23〔民集 68 卷 8 号 1270 頁〕）はこれを強行法規で違法無効だとはっきり言いながら、地位確認は問題にしていない。下級審も口をそろえて、同様の判断をしており、労働基準法 13 条とか、最賃法の 4 条 2 項の規定があるような場合でないと、強行法規までは認めても直律効は認めないという考え方が、定着しているようです。

しかし、私や奥田先生みたいにフランス法をやっていると、この考え方を、ちょっと認めてしまうところがある。意思自治の支配のもとでは、法律行為の無効まではいいけれども直律効については、国家あるいは裁判所が契約内容を決めるというのはちょっとおかしい。補充解釈と言われましたけど、そのことも含めて、私などはどうしても、やはり簡単に受け入れがたいところがあります。もちろん、例えば労契法 10 条の就業規則などは、合理性がなければ、変更は無効で改訂前の就業規則が補充しますよね。ですから、そういう媒介法理があればいいのでしょうかけれども、単に規範が単純に強行性を欠くというときには、やっぱりどうしても逆に労契法 13 条などの規定がないことが邪魔してしまう。労契法や最賃法には定めがある法律にはないという、その辺をどうやって埋めていくかというのは、ほんとうは難しいところですよ。

奥田 今回のようなケースでも契約の補充解釈

は無理なのでしょうか。どれが基準になるかが明確ではない場合にはやむを得ないかもしれないのですが、不合理性が認められて、正社員の就業規則に一方の基準がちゃんとあるわけですよ。だから、契約の補充解釈でも可能ではないかなという気がしたのですけれども。ただ、先生のコメントを聞いて思ったのですが、結局それが均衡規定の意味なのでしょう。均衡を求める規定なので、格差が不合理でも絶対に一緒になるわけではないという結論なのでしょう。

野田 そうですね。なるほどね。余計にそうですね。ほかの、例えば均等法 10 条 3 項か。あの規定は均衡考慮ではないはずですから、補充的な解釈でもう少し何とかならないかと思えますけれども、こっちのほうは、均衡考慮でいいとしているから。あるべき基準に引きつける力がないですよ。

奥田 そういうふうに考えて見ないと、これだけはっきり基準があるのに契約の補充解釈もできないというのは、やはり救済方法としては不十分だという気がします。

野田 労契法 4 条だったら、大昔の判決ですが秋田相互銀行（秋田地判昭 50・4・10 労民集 26 卷 2 号 388 頁）。あれはもちろん、差別的取扱禁止の平等原則ですけども、労契法 13 条を使いましたね。それでも明確に、直律効によりあるべき基準が、男性に適用される賃金表であるかどうかというのは、直ちにはわからないことだけれども、頑張って補充的解釈を試みて、男性の賃金表と合わせるよう判断したわけですね。この判決のほうは、やはり差別禁止の規定だから、かなり強硬な補充解釈もできた。それで、基準を男性の賃金のレベルに、引き上げるように判断しました。それに対しては誰も反対しない。けれども、やはりおっしゃるように、労契法 20 条の場合は、もちろん労契法 13 条の直律効の規定がないこととあわせて、やはり追求すべきなのが、均衡であるということなのでしょう。

奥田 それですべてに影響を与えているように思います。それに異論があることについては昨年いろいろ述べたので横に置いておきますが。ただ、私の理解では、均衡説であったとしても、違

いがあっても均衡を求めるとのことだけではなく、違いがなくても不合理とまで言えないものについては20条違反にならないという意味が含まれていたように思います。今回はそういう意味も出されていないんですね。

野田 明確には出していません。

奥田 そうすると、均衡という考え方の一部分だけが引き出されているという気がします。

野田 あれですか。例えば、よく議論される例示ですが、ふたりのうち一方が100お仕事していて、一方が70やっている。それに対する処遇が、前者の100に対して正確に比例的に70なのではなくて、その辺を弾力的に考えていって、場合によっては65でもいいのではないかと。そういうところまで認めているという趣旨だろうと思うんです。

奥田 そういう趣旨なんですね。

野田 はい。ここに言う均衡というのは、比例的に平等であれというのではなくて、それこそ、さっき言われた経営判断とか、それからもう一つは、長澤運輸判決ふうと言うならば、労契法20条の「その他の事情」ですよ。あの場合は、定年後再雇用だということも含めて天秤にかけて、比例的に平等であれというのではなくて、さらに弾力的、まだ均衡の範疇に入ると意味だと思うんですけどね。

奥田 だとすると、100と100でも、100と80の処遇を認めるというものを含んでいるというふうに理解されますか。

野田 まあ、80まで言っているかどうかというのはいわからないけど。

奥田 同じであっても処遇に一定の弾力性を持たせることまで含んでいるということですね。

野田 ええ、それはそういうことでしょうか。

奥田 先生はそういうふうに解釈されているわけですよ。そうだとするならば、賛否は別として、20条の趣旨としてももう少しそのあたりがきちんとして示されていけばいいのとは思います。

野田 なるほどね。

奥田 あとは、昨年のメトロコマース事件のような、長期雇用である正社員の有為な人材確保とか、人事政策とかというのは、今後あまりきちん

とした理由づけにはならないと考えていいのではないかなと思うのですが、どうでしょうか。

野田 そうですね。そういう発想というのは、随分、後退したんですね。それは、議論はあるところですけども、働き方改革実行計画の同一労働同一賃金ガイドライン案の発想法とよく似ていますよね。

奥田 その影響を受けていると考えていいのでしょうか。

野田 受けていると思います。ですから、人事政策というような余計なものが落とされて。そのかわり、これから先、パート有期労働法の指針が今後新たにできて変わっていくでしょうから、非正規に対する人事政策については、例えば賞与なども含めて、会社側も大分、考え方を必要が出てくると思います。

奥田 それはそうですね。特に手当関係などは、かなりひっかかってくる事案が多いのではないのでしょうか。

野田 多いと思います。以前、書いたことがあるのですが、そのことが逆に正社員のほうも諸手当をなくしていくという方向に働いていって、それは今度は不利益変更問題にかかわってくるという可能性はありますよね。

奥田 そうですね。逆に20条で……もう20条はなくなりますけど……、そこで判断しにくい例が増える可能性はありますね。

野田 この問題はあれですか。今度の新しい法律では、主として9条に流れていくんですかね。

奥田 いえ、8条だと思います。

野田 8条ですけど、でも9条でもいけるでしょう？

奥田 差別禁止の規定ですよ。

野田 そう、そう。

奥田 今後は有期契約に関しても差別禁止規定である9条の対象になるので、そこにどういものが入ってくるかは、かなり議論になってくると思います。

野田 ええ。だから、多分、8条と9条に両方の可能性があると思います。

奥田 今までパート法9条に関する事案はあまり多くは出てこなかったですけども、今回、労

契法 20 条が均衡の規定だとされてそれが 8 条に流れていくと、9 条というのは有期も含めて全く性格づけの違う規定であるので、そこがより明らかになりますね。

野田 そうですね。だから、後でやる長澤運輸の場合は、もう 8 条にいく必要はない。

負け戦をあえてやる必要はない。だから、多分、9 条に流れていくと思います。

奥田 長澤運輸事件が 9 条に流れたらどうなるかというのは少し気になります。

野田 そう、そう。それは後で触れますけど。

奥田 そうですね。働き方改革関連法に関わってパート法 8 条、9 条の問題はありますが、とりあえずこの判決については以上にします。

## 2. セクハラと会社グループ統括会社の責任

—イビデン事件(最一小判平 30・2・15 労判 1181 号 5 頁)

### — 事案と判旨 —

#### 事実の概要

(1) 本上告審は、上告人 Y の子会社 P 社(勤務先会社)の契約社員として Y の事業場内で就労していた被上告人 X が、同じ事業場内で就労していた他の子会社 Q 社(発注会社)の従業員 A から、繰り返し交際を要求され、自宅に押し掛けられるなどしたことにつき、Y に対し、債務不履行又は不法行為に基づき、損害賠償を求める事案である。

(2) X は、平成 20 年 11 月、P 社に契約社員として雇用され、その頃から平成 22 年 10 月 12 日までの間、Y の事業場内にある工場において、P 社が Q 社から請け負っている業務に従事していた。A は、平成 21 年から平成 22 年にかけて、発注会社の課長職にあり、上記事業場内にある発注会社の事務所等で就労していた。

Y は、自社と P 社及び Q 社等とでグループ会社を構成し、法令等の遵守に関する事項を社員行動基準に定め、グループ会社から成る企業集団の業務の適正等を確保するためのコンプライアンス体制を整備していた。その体制の一環として、グループ会社の役員、社員、契約社員等本件グループ会社の事業場内で就労する者が法令等の遵守に関する事項を相談することができる「コンプライアンス相談窓口」を設け、これを周知してその利用を促し、相談の申出があれば対応するなどしていた。

(3) X は、本件工場で A と知合い、遅くとも平成 21 年 11 月頃から肉体関係を伴う交際を始めたが、平成 22 年 2 月以降、関係が疎遠になり、A に対し、関係を解消したい旨の手紙を手渡した。ところが、A は、X との交際を諦めきれず、

X の自宅に押し掛けるなどした(本件行為 1)。X は A の行為に困惑し、次第に体調を崩すようになった。

X は、平成 22 年 9 月、係長に対し、従業員 A に行為 1 をやめるよう注意してほしい旨を相談したところ、係長は、朝礼の際に「ストーカーや付きまといをしているやつがいるようだが、やめるように」などと発言したが、それ以上の対応をしなかった。

X は、その後も A の行為 1 が続いたため、係長・課長と面談して、本件行為 1 について相談したが、対応してもらえなかったことから、同日、P 社を退職した。そして、X は、派遣会社を介して Y の別の事業場内における業務に従事した。しかし、A は、その後も、X の自宅付近において、数回従業員 A の自動車を手掛けるなどした(本件行為 2)。

(3) そこで、X の同僚であった P 社の契約社員 B は、X から自宅付近で A の自動車を見掛ける旨を聞いたことから、平成 23 年 10 月、X のために、本件相談窓口に対し、A が X の自宅の近くに来ていているようなので、X 及び A に対する事実確認等の対応をしてほしい旨の申出をした(本件申出)。Y は、本件申出を受け、発注会社及び勤務先会社に依頼して A その他の関係者の聞き取り調査を行わせるなどしたが、勤務先会社から本件申出に係る事実は存しない旨の報告があったこと等を踏まえ、X に対する事実確認は行わず、同年 11 月、B に対し、本件申出に係る事実は確認できなかった旨を伝えた。

(4) 原審(名古屋高判平 28・7・20 労判 1157 号 63 頁)は、これについて、① A は不法行為責任を負い、② P 社は X に対する雇用契約上の付随義務として、就業環境に関して労働者からの相談に応じて適切に対応すべき義務を負うところ、課長らが X に対する本件付随義務を怠ったことを理由として、債務不履行に基づく損害賠償責任を負うとした。

そして、③ Y については、相談窓口を含む法令遵守体制を整備したことからすると、人的、物的、資本的に一体といえる本件グループ会社の全従業員に対して、直接又はその所属する各グループ会社を通じて相応の措置を講ずべき信義則上の義務を負うものというべきであるとの前提で、P 社が付随義務に基づく対応を怠った以上 Y 社も信義則上の義務を履行しなかったこと、Y 自身においても B が対応を求めたのに担当者がこれを怠ったとして、信義則上の義務違反を理由とする債務不履行に基づく損害賠償責任を負うと判断した。

#### 【判旨】 破棄差し戻し

(1) 「Y は、本件当時、法令等の遵守に関する社員行動基準を定め、本件法令遵守体制を整備していたものの、X に対しその指揮監督権を行使する立場にあったとか、X から実質的に労務の提供を受ける関係にあったとみるべき事情はないというべきである。また、Y において整備した本件法令遵守体制の仕組みの具体的内容が、勤務先会社が使用者として負うべき雇用契約上の付随義務を Y 自らが履行し又は Y の直接間接の指揮監督の下で勤務先会社に履行させるものであった

とみるべき事情はうかがわれない。」

「以上によれば、Yは、自ら又はXの使用者である勤務先会社を通じて本件付随義務を履行する義務を負うものということはできず、勤務先会社が本件付随義務に基づく対応を怠ったことのみをもって、YのXに対する信義則上の義務違反があったものとするにはできない。」

(2) Yは、相談窓口を設け現に相談への対応をしており、その趣旨は、その対応を「通じて、本件グループ会社の業務に関して生じる可能性がある法令等に違反する行為」を予防し、法令違反行為に対処する点にある。「これらのことに照らすと、本件グループ会社の事業場内で就労した際に、法令等違反行為によって被害を受けた従業員等が、本件相談窓口に対しその旨の相談の申出をすれば、Yは、相応の対応をするよう努めることが想定されていたものといえ、上記申出の具体的状況いかんによっては、当該申出をした者に対し、当該申出を受け、体制として整備された仕組みの内容、当該申出に係る相談の内容等に応じて適切に対応すべき信義則上の義務を負う場合があると解される。」

「これを本件についてみると、Xが本件行為1について本件相談窓口に対する相談の申出をしたなどの事情がうかがわれないことに照らすと、Yは、本件行為1につき、本件相談窓口に対する相談の申出をしていないXとの関係において、上記Aの義務を負うものではない。」

また、「本件申出は、Yに対し、Xに対する事実確認等の対応を求めるというものであったが、本件法令遵守体制の仕組みの具体的内容が、Yにおいて本件相談窓口に対する相談の申出をした者の求める対応をすべきとするものであったとはうかがわれない。本件申出に係る相談の内容も、Xが退職した後に本件グループ会社の事業場外で行われた行為に関するものであり、従業員Aの職務執行に直接関係するものとはうかがわれない。しかも、本件申出の当時、Xは、既に従業員Aと同じ職場では就労しておらず、本件行為2が行われてから8箇月以上経過していた。」

したがって、Yにおいて本件申出の際に求められたX人に対する事実確認等の対応をしなかったことをもって、YのXに対する損害賠償責任を生じさせることとなる……の義務違反があったものとするにはできない。」

野田 私を担当するホット 이슈の判決は、イビデン事件というものです。これは、最高裁が控訴審に対する上告部分について原審を破棄しまして、私の関心からは注目すべき判決だと思いました。

判旨にまとめていますように、ポイントは2つでして、1つは、会社グループ内の統括会社であるところのYが、グループ会社におけるハラス

メント問題に関してグループ会社の従業員に対してどういう義務を負うかということになるかと思いますが、もう1つは、より具体的に、統括会社がハラスメント相談窓口を設けた場合の対応の限界のようなものを明らかにしているということだろうと思います。

まず、最初の問題点について確認ですが、原審は、相談窓口を含む法令遵守体制をYが整備しているということからすると、人的、物的、資本的に一体と言える本件グループ会社の全従業員に対して、直接またはその使用する各グループ会社を通じて相応の措置を講ずべき信義則上の義務を負うと判断しています。それで、そういう実態にあるグループ会社について、親会社であるYは全従業員に対して措置義務を負うんだという判断をとっているわけです。ところが、本判決はそれを否定しました。そして、その根拠となるキーワードとして、YのXに対する指揮監督権を行使する立場とか、あるいは実質的に労務の提供を受ける関係にないということを言います。つまり直接の指揮監督関係ということが1点と、それからYの法令遵守体制について、関連会社であるP社が使用者として負うべき雇用契約上の付随義務をYみずから履行し、または直接間接の指揮監督のもとで勤務会社を履行させるものであったと見るべき事情もないということで、ここでも、指揮監督というのがキーワードになっていると思いました。ですから、最高裁は、グループ会社であってもなお、直接の指揮監督権あるいは指揮監督体制といったものを判断基準として、それがなければ使用者としての措置義務、子会社の従業員に対する措置義務を負わないと判断しているわけです。

この考え方というのは、ある意味では非常にわかりやすいところがありまして、よく似た理屈としてすぐ思いつくのは派遣労働関係です。つまり、派遣先には雇用関係はないけれども、指揮命令関係はなければならない。そして、セクハラに関しては、派遣労働関係において派遣先が指揮命令のもとに労働させる派遣労働者について、派遣先を均等法11条2項における雇用主とみなす。このことが、ご承知のように、労働者派遣法の

47条の2に規定されています。要するに、派遣先は指揮命令関係があるのだから、セクシュアルハラスメントの関係については雇用主とみなすという扱いをしているわけです。この点で、本判決はそれと整合性がとれていると思います。つまり、指揮命令関係の存在というものを基礎に、就労環境配慮義務、その延長にあるところの、相談に応じて適切に対応する義務というものの存否を決するという考え方になっていまして、一貫するものはあると思います。

ただ、やっぱり問題は残るわけでありまして、これは単にセクシュアルハラスメントだけの使用者性ではなくて、使用者概念一般の問題にかかわってきます。例えば、多重請負関係における労災の安全配慮義務についても、最高裁は指揮命令関係を中心に、直接的な指揮命令関係。直接的とまでは言わないにしても、指揮命令関係を中核に判断していくという考え方を取っています。ですから、多重請負関係の場合、請負関係のトップの企業は指揮命令関係が迂遠または希薄になり、責任は認めないということになる。例えば、中部電力事件（静岡地判平24・3・23労判1052号42頁）では、浜岡原子力発電所での多重請負関係のもとでのアスベスト曝露による死亡につき、多重請負関係の下請け2社については安全配慮義務違反を認め、中部電力については「実質的に雇用関係に基づいて労働の提供を受けているのと同視できない」として、安全配慮義務違反を否定する判断をしています。それから、不当労働行為事件でも、例えば同一敷地内で一体となって作業に従事するような工場での、不当労働行為についての親会社の使用者性の問題も、やはり最終的には指揮監督関係というのにかかわってくることが多い。いずれも指揮監督関係というものが基準になって判断されますよね。

ですから、グループ会社での親会社の指揮関係について、やはりそういう判断に引っ張られると思うのですが、しかしセクシュアルハラスメントについて、同じように直接の指揮監督関係というものを基準に判断していいのかについては若干の疑問が残る。というのは、ハラスメントに関するものは職場環境配慮義務というのが中核に

なっておるわけで、職場環境という、物的あるいは法的実体の、曖昧な広がりのあるものですね。労災であれば業務や物的関係から、指揮命令関係が問題になることもあるかもしれない。しかし、実態の曖昧な職場環境という概念の広がりの問題について、指揮監督権あるいは指揮命令関係を判断基準とするのでいいのかという疑問はあります。事柄は環境なので、また違う判断基準やちょっと広がりがある基準があるのではないかという気もいたします。

それから2つ目の点ですけれども、本件親会社がグループ全体に目を光らせた相談窓口を設置したことに由来する問題ですね。これについて、最高裁はその限界性を示したということができると思います。4つの理由を挙げています。本件相談窓口というのは、本件相談の申し出をしていない原告Xとの関係では対応義務を負わない。なぜなら、本人が相談に来ていないんだから、そこまでは面倒見ませんよということ。2つ目は、本件窓口に、事実確認のような申し出をしたのですが、そこまでは期待できないこと。3つ目に、相談された行為が事業場外のものであって、職務執行には関係のない行為であったこと。それから4番目に、最後の行為から8カ月も経過しているというのも理由に挙げています。

これを一つ一つ見ていくと、ちょっといかがかという疑問がいたします。最初の、本人が来ていないものに対しては対応義務を負わないということですが、これはたしかに非常に重要な問題として、企業のハラスメントの相談窓口というのが、被害者以外の者の相談についてどこまで対応すべきであるかという重要な問題があります。企業の相談窓口や調査委員会というのは、通常はほかの仕事をしている素人の集団ですから、そんなに本格的な調査なり相談対応ができるわけではないという前提に立たなければいけない。捜査とか調査といっても限りがある。そうすると、風評レベルや目安箱で相談に対応するというのであれば、加害者とされる人に対する一種の人権侵害にもなりかねないということがあろうかと思えます。

それで、やはり問題は、被害の重大性とか緊急

性によるということになるといわざるをえない。場合によっては、風評レベルでも動かないと、緊急で被害が重大なときには第三者の相談についても放置するわけにはいかない。本件については、それまでの状況からそういった事案であったといえるかということです。

それから2つ目の問題は、事実確認のような申し出というものは期待できないという言い方をしていますけれども、セクハラ均等法の指針では、相談への対応のあり方として結構踏み込んだことを求めています。事実関係の迅速かつ正確な確認というものが定められていまして、委員会等が当事者や第三者の聴取をすることも要求しています。この点では、グループ会社の親会社の相談窓口も例外ではないという気がします。

それから3つ目も、職務執行外の事業場外のことだからというのは疑問です。セクハラは、そうでない場合もありますけれども、職務執行外・事業場外というのが多いわけでしょうから、そのことはあまり理由にならないのではないかと思います。

それから、4番目の、本件行為から8カ月もたっているということですが、職場の相談窓口の目的とするところは、職場環境の保持ということにあるわけですね。ハラスメント加害者や使用者の責任追及のために相談窓口があるのではなくて、職場環境の保持とか、あるいはコンプライアンスの保持ということに目的があるわけでしょうから、行為時から8カ月を過ぎているというので対応義務がないということにはならないのではないかと思います。ハラスメント行為が8カ月前であったとしても、そういう行為を生み出したような職場環境あるいはそういう行為に対して、そもそもそれが法令遵守的にどうかという判断、そして改善していくというのが目的でしょう。責任追及ではなくて改善ですから。そうすると、この点支持できないという気がいたします。

総合的に考えると、本件は責任追及されても仕方がないのではないかと思います。

奥田 この判決については、捉え方によって若干かみ合わないところがあるかもしれませんが、私は、この事案はかなり限定的な事例判断のよう

に思いました。

というのは、第1に、先ほど先生が指揮命令関係ということに着目されて、グループ内で親会社はどこまで信義則上の責任を負うのかということと均等法などと比較しながら位置づけられたのですが、この判決はそこまでの一般論としての広い射程を持った判断は必ずしもしていないのではないかと思ったんです。先ほどご紹介いただいたように、たしかに、P社が付随義務を怠ったことを理由としてY社が信義則上の義務を履行しなかったと言えるかという問題に関しては、指揮命令関係やYとXの関係を持ち出さないと理屈づけにならないので、必要な指摘だったのかなと思うのですが、全体として見ると、この判決の核になる部分というのは、結局こういう相談窓口などを設けているときにそれに基づいてどこまでの義務が具体的にあるのかということと述べているように思いました。つまり、一般論としての射程として考えた場合にはかなり限定的な事案であって、相談窓口のような具体的な措置に基づいて信義則上の義務がどこまで発生するのかを個々に判断したにとどまるのではないかと思います。

それと第2に、内容的にはセクハラ的事案なので均等法などに照らし合わせながら検討すべき点を整理する必要はあるのですが、最高裁はたしか、高裁とは違ってなぜか「セクハラ」とは言わなかったのが、最高裁はセクハラ事案としてよりもグループ内での行動一般として捉えたのかなとも思いました。そのように見た場合、コンプライアンスのために相談窓口を設けているのは、グループ内では会社としてこういう立場で臨みますという表明でもあるし、場合によっては対外的にもそういう意味を持つかもしれない。そういう制度として表明しておきながら実際にそれに対応できていないという結果になると、場合によっては信義則上の義務が発生する場合があるということ、具体的な状況いかんによっては、こういう表明をしている以上は信義則上の義務が発生するということが述べられたのだと。そうすると、結局それに該当するかどうかは、制度内容や個々の申し出の具体的な状況いかんで結論が変わるので、な

かなか一般論を引き出せないと思いながら読んでいました。

野田 いや、それはもちろん、特定の性格を持った事例ではありますけれども、しかし、今、ご承知のように、大企業が分社化することが多く、同一組織内にさまざまな子会社があってグループ会社を形成しているというのは、普通のことですよ。そして、やっぱり一般論として捉えるべきだと思うのは、例えば、とりわけハラスメントの問題については、雇用契約関係から離れてだんだん広がっていくという状況があります。法律構成上でも派遣がそうであるし、取引先からの出向の場合もあり得る。それから親会社・子会社との関係であっても、一定の状況があれば広がっていく可能性がある。さまざまな形態の中で、セクシュアルハラスメントだけではなくて、法律には義務づけられていない、いわゆるパワハラなども同じように広がっていく。だからコンプライアンスという言い方をするのかもしれない。ともかく契約関係をを超えて広がって、商取引上の関係しかない取引先の業者からのハラスメント行為などにも広がっていく。こうした場合にも、措置義務を講ずる必要が生じる。

もっと言うならば、派遣で来ている人同士のハラスメントだって、受け入れ会社は責任を持たないといけない。つまり、雇用契約関係を越えてどんどん広がっていく。なぜかというポイントは職場環境だからなんですよ。

奥田 そうですね。

野田 ハラスメントというのは、そういう性格を持っていると思うんです。ですから、契約関係を越えて広がっていくということでした、本件で問題となったのは、普遍的な問題のなかの氷山の一角だと思っているんです。

奥田 もちろん問題としては、おっしゃるとおり普遍的だと思うんです。実際にこういうコンプライアンス窓口があろうとなかろうと、どういう制度が設けられていようといまいと、グループ会社の親会社に信義則上の措置をどこまで求めるのかということを一一般論として議論することは非常に大事な問題だと思います。ただ、この判決からはその問題についての一一般論を見出せなかったの

で、私は、派遣関係やセクハラについての使用者の義務というところに広げて一般論としてどう見るとかは検討していませんでした。

野田 この判決は、本事案でYが法令等の遵守に関する社員行動基準を定め、法令遵守体制を整備していた事実を挙げていますが、これが有力な事実として扱われているわけではなく、ハラスメントの成立のための立証事実として機能していない。そういうことを「整備していたものの」と消極的に捉えたうえで、次の直接の指揮監督関係のことを言っているわけですから、ある意味ではどっちでもいいですね。あくまでも指揮監督権を行使する立場にあったということが大事ですよと言っているんですよ。広がりはある中でも、直接の指揮監督関係から離れていくものについては限度があるということですよ。ですから、例えば業者さんがハラスメントをした場合はどうだろうかとか、そういう問題に対しては、この判決はネガティブかもしれない。

奥田 そうですね。結局そこは否定されているということですね。

野田 でも、それでいいのかという気はします。

奥田 それはそうですね。

野田 職場環境という意味では同じだから、場合によっては、野良犬が入ってきてワンワン吠えて、直接の指揮監督のない子会社の従業員が困っている場合には、親会社としても同じ職場の環境という観点からそれを排除する義務がある。そういう問題だと思うんですよ。

奥田 そこにどこまでの広がりがあるかですね。

野田 そう、そう。だから、この判決で歯どめをかけられてしまったかなという気がします。

奥田 このケースだと、少なくともXが勤務していたP社には直接対応できる可能性もあったし、すべき責任もあったのですよね。

野田 それを怠ったから。

奥田 それが、グループ内での親会社であるY社にまであるかというときに、職場環境ということから、Y社が措置する義務が出てくるかどうかですよ。

野田 そういうことですね。だから、P社がなければ、それは、直接であるならばそうかもしれないけれども。だけど、コンプライアンス制度、基準を設けて、それを統括していたのはY社だということですよ。それがなくて、親会社と子会社が全く分離していて、それぞれが持っていたらどうかという問題はあるかもしれないですけども。

奥田 そうですね。私は、Y社の責任が出てきたのは結局こういうコンプライアンス体制を整えているからで、P社とかはもちろん当然出てくるのですけれども、Y社というのはこういう制度を整えていたからこそ出てきた責任なのかなと思ったんです。そうだとすると、あくまでそういうケースでの事案の判断になる。しかしそうではないと捉えると、先生がおっしゃったみたいにもう少し普遍的な問題として、グループ会社の一体として捉えた場合のY社の責任というのを、もう少し広く職場環境の問題として論じることになりますね。

野田 そうです。その辺、たしかに微妙といったら微妙ですけども、だけど、随分、直接の指揮監督関係というのは強調しているので、コンプライアンス遵守体制があったことや機能していたかと言うことは逆に言っていないですよ。「整備しているものの」と言って議論が終わっている。そうすると、そういう体制をやっているような場合でも、高裁が言うような、人的、物的、資本的に一体と言えるグループ会社、これは客観的なことです。それに対して親会社が責任を持たなくていいのかということですよ。そういう場合に、労災の民事責任と同じように指揮命令関係で決めましょうというのが最高裁の立場だと思うのですけれども、果たしてそれでいいのかということですね。

奥田 そういふ点で言うと、たしかに指揮命令権を強調しすぎていますよね。

野田 そうです。いや、多分、判断基準の頼みの綱にしているのだからということがありますね。根幹になっているところがある。

奥田 それと、細かいこと言えば、退職後8カ月もたっているとされているのですが、Xは

派遣会社を介してまたYの別の事業場内で業務に従事していますよね。だとすると、なおさら8カ月後もグループと全く関係がないというわけでもないんですよ。

野田 そうですね。派遣受け入れ会社に新たにYはなつたわけですから。その責任が、さっき言った条文によって生じるということではありませんね。しかし、8カ月は短いですよ。3年たつたらどうかというのは、ちょっと考えますけど。

奥田 事柄の性質からしてもそうですね。

野田 会社をやめて、その後も3年間ぐらいずっとトラウマになって障害に苦しんでおられる方がいて、それでも3年後に、今の自分のこの精神状態を何とかしたいということによって相談に来られるというケースというのは、時々あることです。問題の性質をちょっと軽く見ているのかなという気はしますね。

奥田 こういうふうには、場合によっては適切に対応すべき信義則上の義務を負うことがあるというのを一応は言っていることを前提とすると、その具体的な判断として、本件の事情でそれに該当しないと判断していいかどうかというのは、疑問の残るところですね。

野田 そうですね。これはたしかにセクシュアルハラスメントを言わずにコンプライアンスと言っているのです……。

奥田 高裁まではセクハラ行為と言っているのですけど。

野田 あれですかね。やっぱり上告人がYだけになったので、もうセクシュアルハラスメントの問題というのは後ろに引いてしまつてということですかね。コンプライアンス委員会の対応の問題だけになってしまつているということですかね。

奥田 もしかしたら、言葉の整理だけかもしれないですけど……。

野田 例えば、子会社の従業員が汚染物質みたいなものを、十分法令を遵守しないで、流しているとか、そういう行為を見たとか、そういうときに、相談窓口に来るといふのと、問題の本質はあまり違わないという気がしますね。

奥田 そのことが最高裁の結論に特に影響を与



えているとは思わないのですが、なぜかなという疑問はありました。

野田 なるほど。

奥田 さきほど先生がおっしゃったように、セクハラの問題、ハラスメントの問題が持つ1つの特殊性があるということを見ると、最高裁がそうした事案の特殊性を横に置いたとは思わないですけれども、そういう事案であることを明らかにして判断してもよかったのではないかとも思います。

野田 そうですね。しかし、最高裁はあえて破棄差し戻しまでしたわけだから。私はやっぱり、

最高裁として、直接の指揮監督説みたいなのを打ち出して、そこから生ずる限界を打ち立てるといって、強い意思があるような気がしますね。

奥田 高裁判決が結構インパクトのあるものだったので、少し物足りない判断になったような感じがします。

野田 そうですね。ハラスメント問題に関して、同じ第一小法廷の櫻井龍子裁判官がやめた後、押し返されているという傾向は感じます。

奥田 そうですか。それはあり得るかもしれませんね。

## フォローアップ

### 1. 固定残業代に含まれる時間外労働の長さ

——イクヌーザ事件（東京地判平29・10・16 労経速2335号19頁）

「業務手当」の割増賃金該当性——日本ケミカル事件（最一小判平30・7・19：裁判所HP）

#### —— 事案と判旨 ——

〈イクヌーザ事件〉

#### 事実の概要

X（原告）は、平成26年1月6日、服飾雑貨の製造及び卸売等を営むY（被告）との間で雇用契約を締結し、事業推進のためのアシスタント兼PRアシスタント業務に従事するものとして、具体的にはY及びP社長が代表取締役を務めるR社の業務全般についてサポート業務を行っていた。

本件雇用契約の平成26年1月6日から同年4月15日までの間の賃金の定めは、(ア)基本給23万円。ただし、基本給のうち8万8000円は月間80時間の時間外勤務に対する割増賃金とする、(イ)割増賃金【125%】、法定休日勤務【135%】、深夜勤務【25%】との内容であった。また、本件雇用契約の平成26年4月16日以降の賃金の定めは、基本給26万円。ただし、基本給のうち9万9400円は月間80時間分相当の時間外勤務に対する割増賃金とするというものであった。Yは、上記ア、イの定めに基づき、Xに対し、平成26年3月16日から平成27年5月31日まで、上記ア、イの固定残業代を含

む基本給を支払ったほか、1か月の時間外労働時間数が80時間を超えた場合や深夜労働をした場合には、……時間外割増賃金ないし深夜割増賃金を支払っていた。

#### 【判旨】

「Xは、固定残業代の定めが有効とされるためには、その旨が雇用契約上、明確にされていなければならない、また、給与支給時にも固定残業代の額とその対象となる時間外労働時間数が明示されていなければならないところ、原告が受領した給与明細には、基本給に含まれる固定残業代の額及びその対象となる時間外労働時間数が記載されておらず、通常の労働時間の賃金に当たる部分と時間外労働の割増賃金に当たる部分を判別することができないと主張するが、……Yは、本件雇用契約における基本給に80時間分の固定残業代（8万8000円ないし9万9400円）が含まれることについて、本件雇用契約書ないし本件年俸通知書で明示している上、給与明細においても、時間外労働時間数を明記し、80時間を超える時間外労働については、時間外割増賃金を支払っていることが認められ、基本給のうち通常の労働時間の賃金に当たる部分と時間外労働の割増賃金の部分とを明確に区分することができる。」

「Xは、Yが主張する固定残業代の対象となる時間外労働時間数は、本件告示第3条本文が定める限度時間（1カ月45時間）を大幅に超えるとともに、いわゆる過労死ラインとされる時間外労働時間数（1カ月80時間）に匹敵するものであるから、かかる固定残業代の定めは公序良俗に反し無効であると主張するが、1カ月80時間の時間外労働が上記限度

時間を大幅に超えるものであり、労働者の健康上の問題があるとしても、固定残業代の対象となる時間外労働時間数の定めと実際の時間外労働時間数とは常に一致するものではなく、固定残業代における時間外労働時間数の定めが1カ月80時間であることから、直ちに当該固定残業代の定めが公序良俗に反すると解することもできない。」

〈国際自動車（差戻審）事件〉

【判旨】

「……〔労基〕法37条は、労働契約における通常の労働時間の賃金をどのように定めるかについて特に規定していないことに鑑みると、労働契約において売上高等の一定割合に相当する金額から同条に定める割増賃金に相当する額を控除したものを通常の労働時間の賃金とする旨が定められていた場合、当該定めが当然に同条の趣旨に反するものとして公序良俗に反し、無効と解することができないことは、本件上告審判決で判示されたとおりである。

したがって、本件規定は、法37条の趣旨に反するものではなく、公序良俗に反して無効ではないというべきである。」「そもそも法37条では、労働契約における通常の労働時間の賃金をどのように定めるか特に規定していないことに照らせば、労働契約の内容となる賃金体系の設計は、法令による規制及び公序良俗に反することがない限り、私的自治の原則に従い、当事者の意思によって決定することができるものであり、基本的に労使の自治に委ねられている事柄というべきであって、通常の労働時間の賃金としての歩合給の定め方を指定し、あるいは規制した法令等は特に見当たらない。そして、歩合給は、成果主義に基づく賃金であるから、労働の成果に応じて金額が変動することを内容としており、労働の成果が同じである場合、労働効率性を評価に取り入れて、労働時間の長短によって歩合給の金額に差が生ずるようにその算定過程で調整を図ることは不合理なことではなく、本件規定において、歩合給(1)の算定に当たって割増金相当額を控除する方法は、労働時間に応じた労働効率性を歩合給の金額に反映させるための仕組みとして、合理性を是認することができるというべきである。」

「本件規定による歩合給(1)の算定方法は、……揚高の一定割合を基礎として割増金相当額を控除費目として合理的な利潤を確保するとともに、賃金面において、乗務員に対して労働効率化への動機付けを行うことで、非効率な時間外労働を抑止し、効率的な営業活動を奨励しようとするもので、業務の実態に即した賃金制度として合理性を認めることができるというべきであって、Yが割増金の支払を免れる意図を有して設けたものとは認められない。」

〈日本ケミカル事件〉

事実の概要

Xは、保険調剤薬局の運営を主たる業務とするYとの間で、

平成24年11月10日に雇用契約を締結し、薬剤師として勤務していた。XY間の雇用契約では、「業務手当」として10万1000円の定額を月額給与(46万1500円)に加えて支払うことになっていた。この業務手当が時間外労働等の割増賃金として支払われているか否かが問題になった。

原審(東京高判平29・2・1未掲載)はつぎのように述べてこれを否定した。すなわち、「いわゆる定額残業代の支払を法定の時間外手当の全部又は一部の支払とみなすことができるのは、定額残業代を上回る金額の時間外手当が法律上発生した場合にその事実を労働者が認識して直ちに支払を請求することができる仕組み(発生していない場合にはそのことを労働者が認識することができる仕組み)が備わっており、これらの仕組みが雇用主により誠実に実行されているほか、基本給と定額残業代の金額のバランスが適切であり、その他法定の時間外手当の不払や長時間労働による健康状態の悪化など労働者の福祉を損なう出来事の温床となる要因がない場合に限られる。」そして、「本件では、業務手当が何時間分の時間外手当に当たるのかがXに伝えられておらず、休憩時間中の労働時間を管理し、調査する仕組みがないためYがXの時間外労働の合計時間を測定することができないこと等から、業務手当を上回る時間外手当が発生しているか否かをXが認識することができないものであり、業務手当の支払を法定の時間外手当の全部又は一部の支払とみなすことはできない。」

【判旨】 Y敗訴部分を破棄差戻し

「労働基準法37条が時間外労働等について割増賃金を支払うべきことを使用者に義務付けているのは、使用者に割増賃金を支払わせることによって、時間外労働等を抑制し、もって労働時間に関する同法の規定を遵守させるとともに、労働者への補償を行おうとする趣旨によるものであると解される(最高裁昭和44年(行ツ)第26号同47年4月6日第一小法廷判決・民集26巻3号397頁、最高裁平成28年(受)第222号同29年7月7日第二小法廷判決・裁判集民事256号31頁参照)。また、割増賃金の算定方法は、同条並びに政令及び厚生労働省令の関係規定(以下、これらの規定を「労働基準法37条等」という)に具体的に定められているところ、同条は、労働基準法37条等に定められた方法により算定された額を下回らない額の割増賃金を支払うことを義務付けるにとどまるものと解され、労働者に支払われる基本給や諸手当にあらかじめ含めることにより割増賃金を支払うという方法自体が直ちに同条に反するものではなく(前掲最高裁第二小法廷判決参照)、使用者は、労働者に対し、雇用契約に基づき、時間外労働等に対する対価として定額の手当を支払うことにより、同条の割増賃金の全部又は一部を支払うことができる。そして、雇用契約においてある手当が時間外労働等に対する対価として支払われるものとされているか否かは、雇用契約に係る契約書等の記載内容のほか、具体的事案に応じ、使用者の労働者に対する当該手当や割増賃金に関する説明の内容、労働者の実際の労働時間等の勤務状況などの

事情を考慮して判断すべきである。しかし、労働基準法37条や他の労働関係法令が、当該手当の支払によって割増賃金の全部又は一部を支払ったものといえるために、前記3(1)のとおり原審が判示するような事情が認められることを必須のものとしているとは解されない。」

「前記事実関係等によれば、本件雇用契約に係る契約書及び採用条件確認書並びにYの賃金規程において、月々支払われる所定賃金のうち業務手当が時間外労働に対する対価として支払われる旨が記載されていたというのである。また、YとX以外の各従業員との間で作成された確認書にも、業務手当が時間外労働に対する対価として支払われる旨が記載されていたというのであるから、Yの賃金体系においては、業務手当が時間外労働等に対する対価として支払われるものと位置付けられていたということができる。さらに、Xに支払われた業務手当は、1カ月当たりの平均所定労働時間(157.3時間)を基に算定すると、約28時間分の時間外労働に対する割増賃金に相当するものであり、Xの実際の時間外労働等の状況(前記2(2))と大きくかい離するものではない。これらによれば、Xに支払われた業務手当は、本件雇用契約において、時間外労働等に対する対価として支払われるものとされていたと認められるから、上記業務手当の支払をもって、Xの時間外労働等に対する賃金の支払とみることができる。」

奥田 では、フォローアップに移ります。まず、労基法37条の割増賃金におけるいわゆる固定残業代に関する問題をいくつかの視点から取り上げてみました。

昨年のディアログで、野田先生のほうから医療法人康心会事件(688号では医療法人社団Y事件)を取り上げていただいて、最高裁が示した判別要件と、もう一つ、ここでは法定額要件と呼んでおきますが、2つの要件が示されたことを確認しましたが、その後、多くの下級審判決が出されていますが、いずれも最高裁が示した判断枠組みに即して検討されていると思います。

ただ、この間の下級審の展開の中では、その判断枠組みそのものは踏襲されているとしても、その具体的な適用に疑問の残る事案が見られます。そこで今回、フォローアップとして、最高裁で確立したと言える判断枠組みを具体的に適用してきているこの間の下級審裁判例の中にどのような問題点があるかを考えてみたいと思いました。

「検討の柱」は3つあります。第1に、判別要

件をクリアしている場合でも、割増賃金分として出てきた賃金部分の内容に問題があるのではないかという点です。そのうちの1つは、長時間の時間外労働を組み込んだ固定残業代の合意は公序良俗に反しないのかという問題です。今回取り上げたイクヌーザ事件が特に注目されるというわけではないのですが、これを1つの素材としてその問題を考えてみたいと思います。もう1つは、昨年のディアログでいろいろ議論した国際自動車事件の差戻審判決が出ましたので、疑問点を少し指摘しておきたいと思います。

第2の柱は、判別要件についての判別の評価をめぐる問題です。端的に言えば、判別要件が厳格に適用されて、果たして結果的に妥当な判断であるのか疑問に思う裁判例もありましたので、この点に簡単に触れておきたいと思います。

第3の柱は、ごく最近に出された日本ケミカル事件・最高裁判決についてで、その事案では基本給への割増賃金分の組み込みではないのですが、ある手当——この事案では「業務手当」——が割増賃金の支払いと評価できるかという点について、最高裁が1つの判断基準を示していますので、それを確認しておきたいと思います。

では、事案は記載しているものを見ていただきますが、簡単にかいつまんで述べておきます。まず、イクヌーザ事件では、いわゆる固定残業代を含んだ契約内容となっていたのですが、基本給26万円のうち9万9400円は月80時間相当の時間外勤務に対する割増賃金分とするもので、1カ月の時間外労働数が80時間を超えた場合や深夜労働をした場合にはさらにプラス分を支払うという事案でした。しかし、月80時間というのはいわゆる過労死ラインですよ。だとすると、判別要件や法定額要件がクリアされていたとしても、過労死ラインのような長時間を組み込んだ固定残業代の合意を果たして適法で有効と考えていいのかどうかは、やはり検討が必要だろうと思いました。

イクヌーザ事件の地裁判決では、判別要件はクリアしているということ述べた上で、1カ月80時間の時間外労働がいわゆる限度時間を大幅に超えているとしても、常に固定残業代の対象となる

時間外労働数と実際の労働時間数が一致するものではないので、直ちに公序良俗違反とは言えないと判断されています。しかし、類似の裁判例、例えばイクヌーザ事件に近いような83時間の固定残業代が問題になった事案では、1カ月の限度時間である45時間の倍近い長時間なので、相当な長時間労働を強いる根拠になるということで公序良俗違反とされています。

野田 それは何事件でしたっけ。

奥田 穂波事件（岐阜地判平27・10・22労判1127号29頁）という事件です。管理職のケースだったのですが、固定残業代分として10万円83時間相当と記載されていたのですが、限度時間の倍近い内容なので公序違反と判断されています。また、労働条件変更の個別合意の事案で、ザ・ウィンザーホテルズインターナショナル事件（札幌高判平24・10・19労判1064号37頁）がありましたよね。この事件でも、職務手当に何時間の時間外労働分が組み込まれているかが問題となり、使用者側は95時間分の時間外労働だと主張しました。しかし判決では、もし95時間分だと解釈するとすれば、この職務手当の受給に合意した人は95時間の時間外労働義務を負うことになると解される——そう解するかどうかは少し議論があるかもしれませんが——、だとすると、そのような長時間の時間外労働を義務づけることは、使用者の業務運営に配慮しながらも労働者の生活と仕事を調和させようとする労基法36条の規定を無意味にする、そして安全配慮義務にも違反して公序に反するとして、結局、45時間分しか合意されていないと解釈をしました。

最高裁が示したのは、たしかに判別要件と法定額要件をクリアすることですが、その内容についてももう少し議論を深めなければならないのではないかというのが、このイクヌーザ事件から思った点です。

つぎに、国際自動車事件については前回いろいろと議論したのであまり細かく述べませんが、私としては、この差戻審は少し予想外でした。特に、「同条〔労基法37条〕の定める割増賃金の支払といえるか否かは問題となり得るものの」という最高裁がつけた留保部分についてはもう少しきちん

と判断されて、割増賃金を支払ったことにならないという結論ぐらひは出るのではないかと思っていました。しかし、あっさり認められています。だとすると、結局、すでに昨年のディアロークでしつこく言いましたが、仮にとりあえずは判別要件をクリアしていると考えたとしても、実質的には割増賃金を支払ったと言えないのではないかという疑問がやはり残るので、判別要件の適用方法によってはなお問題が生じるもう一つの例だと思います。

続いて、第2の柱についてですが、簡潔にいうと、下級審裁判例の中には、そこまで厳格に判別要件の充足性を判断しなくても、契約の内容や経過を見れば判別要件をクリアしていると言えるような事案が見られます。例えば、鳥申事件（大阪高判平29・3・3労判1155号5頁）では、判別要件の充足を否定するにあたり、労働契約の締結時に時間外手当分の具体的な金額と対象時間数が契約上、明確でなければいけないと述べています。契約締結時に具体的な金額と時間数の両方が明確であることまで求められているのかどうか。また、契約締結時に明らかでなかったとしても、給与明細書で残業手当の額が明らかになれば、それ以降についても判別要件を満たしていないことになるのかどうか。労基法を柔軟に解釈はできないかもしれないのですが、かなりリジッドに判断されていると思われるものがいくつかあります。

さらに、プロポライフ事件（東京地判平27・3・13労判1146号85頁〔ダ〕）というケースでは、もともとの基本給が23万円だったのをある時期に35万円に上げたのですが、2カ月ほど後に、それを基本給と職務手当とに分けました。しかし、基本給を35万円にした段階で割増賃金分が明らかになっていないため、これに割増賃金分は含まれていないと。したがって、基本給と職務手当とに分けたときに基本給が21万円ぐらいになるのですが、それは基本給の不利益変更として判断されています。たしかにそういうふうに見えるかもしれませんが、経過を見れば、35万円に含まれた割増賃金分が職務手当として区分されたというのは十分わかる内容だと思えます。そうすると、判別要件をそこまでリジッドに適用していくのが果

たして結果として妥当なのかどうかという疑問が残りました。

最後に、第3の柱についてです。この最高裁判決の日本ケミカル事件では、保険調剤薬局に勤務している薬剤師のケースですが、基本給への組み込みという形ではなく「業務手当」という名称の手当で10万1000円の定額を月額給与に加えて支払うということで、この業務手当10万1000円が時間外労働等の割増賃金として支払われているものと言えるかどうかの問題になったんです。原審は、割増賃金として支払われているかどうかは、定額残業代を上回る金額の時間外手当が法律上発生した場合に、労働者がその事実を認識して直ちに支払いを請求することができる仕組みになっていること、この仕組みが雇用主によって誠実に実行されていること、基本給と定額残業代の金額のバランスが適切であること、その他、法定時間外手当の不払いや長時間労働による健康状態の悪化など、労働者の福祉を損なう出来事の温床となる要因がないことという場合に限られると、いわば高裁なりの判断基準というものを示して、本件の場合は時間外手当とは言えないと判断しました。

しかし最高裁は、昨年の医療法人康心会事件を引いて、時間外労働の抑制と労働者への補償という労基法37条の趣旨を述べ、さらに手当という形での支払い自体は違法ではないことを確認した上で、高裁の判断基準を否定して次のような判断基準を示しました。すなわち、雇用契約において、ある手当が時間外労働等に対する対価として支払われるものとされているか否かは、雇用契約に係る契約書等の記載内容のほか、具体的事案に応じ、使用者の労働者に対する当該手当や割増賃金に関する説明の内容、労働者の実際の労働時間等の勤務状況などの事情を考慮して判断すべきであるという内容で、かなり解釈の余地のある基準ではありますが、そういう判断を示しました。なお、この事案は基本給への組み込みではないので判別要件には触れられていません。

今後、こうした事案に関しては、総合的な評価によって手当の性質を判断していくというルールが適用されることになると思います。新たに注目される最高裁判決ではありますし、先ほどから述

べてきた事案との関係で言うと、最高裁で否定されたものの、原審では長時間労働の温床にならないことなど結構特徴的な指摘がされていたので、イクヌーザ事件のようなケースを考える視点を少し提供しているかもしれないと思いました。

以上、少し長くなりましたが、3つに分けてフォローアップとして検討してみました。

野田 ありがとうございます。印象が強いのはやっぱりごく最近の日本ケミカル事件ですので、まずはそこから。私は、これは高裁の判決が非常におもしろいと思ったのです。おっしゃるように、業務手当という名前の手当で時間外労働の割増賃金を支払っていたということですよ。それで、ただ原審が平成29年2月1日ですって、これは国際自動車の最高裁判決が2月28日の前ですね。その後の医療法人康心会も同じ年の7月7日ですから、この2つの最高裁が出る以前の判決ですね。

奥田 そうですね。

野田 ですから、最高裁がこの2つの判決で実質的な判例変更、あるいは37条の解釈の変更なり追加をしたために、本件についても最高裁として、やはりそれを踏まえていない原審は当然、棄却せざるを得ないことになった。それで大急ぎで棄却したのだと思うんです。つまり、高裁までは、奥田先生のあげられた一連の判決の一つと考えてよかったのだけれども、最高裁としては、これを否定せざるを得ず、本件の原審が残っていたので棄却したという流れだと思うんです。それが1点。

もう一点は、私の理解では、この原審の判断の大本になっているのは、ほかの下級審の判断もそうですけど、テックジャパン事件の、櫻井龍子裁判官の補足意見ではないかと思うんです。櫻井補足意見では、テックジャパン事件の明確区分性に関してですが、やはり予定されている場合にも、それが雇用契約上、明確にされていないといけない。割増賃金が含まれていますよということについて、「便宜的に毎月の給与の中にあらかじめ一定時間（例えば10時間分）の残業手当が算入されているものとして給与が支払われている事例もみられるが、その場合は、その旨が雇用契約上も明確にされていなければならないと同時に支給時に

支給対象の時間外労働の時間数と残業手当の額が労働者に明示されていなければならない」と述べています。だから、あなたの残業は30時間だったから、予定の20時間を10時間超えておりその分を支払いますということをはっきりさせなければいけない。それから、さらに実質的に、契約社員で、月額41万円という額が大きいからいいではないかということを使うけれども、いや、そうではないんだと。そもそも契約社員という地位が不安定だし、それからボーナスもないし、そういうことも総合的に考慮して考えなければいけないという、金額のことを問題にしています。日本ケミカル事件の控訴審はそういう判断としました。つまり、金額のことを問題にするということです。そういう櫻井補足意見が大本になって、奥田先生が言われたような下級審が出てくるし、日本ケミカル事件の控訴審もその路線にあった。そうすると、さっきの話ではないけれども、櫻井補足意見に基づいて変わるだろうと思った流れを、ここでも最高裁は遮断するという動きなのだと思います。同じ第一小法廷ですしね。

それから、別の面ですが、この日本ケミカル事件判決は、医療法人康心会の判示と、理論的につながらないではないかという気がしますね。37条の趣旨を、医療法人康心会事件は、長時間労働の抑制機能と判断したわけですが、本判決ではこれがほとんど枕言葉みたいに言った上で、後は軽んじられて、判断には活かされておらず、ちょっと屈折した理論の流れであり、よくわかりませんでした。

それからもう一つ。意外と重要だと思うのが、手当名目の問題です。業務手当が時間外手当となっている点について、確認書の存在等を条件として、それでもいいんだよという判断をしたと理解されます。ただ、やはり手当の名目、つまり業務手当が時間外手当なんだということの意味というのを、もうちょっと問題にしてもいいのではないかと思います。私は率直に言って、時間外手当を業務手当という言葉で言いくるめるのは、それで時間外労働の手当ではないように見せかけて、労働者に得した気分させる、そういう仕掛けだと思うんです。しかも固定残業として支払

う。つまり、それで得した気分させて、時間外労働との関係性を曖昧にする。そうした手法で、抵抗なく時間外労働させる効果を狙っていると前から思っています。ですから、時間外手当に長時間労働の抑制機能を期待するなら、業務手当などと言いかえるのは問題なのではないかと思います。

奥田 きちんと時間外手当という名称にすべきだということですね。

野田 ええ。ただ、最高裁としては、全く無関係でもいいんだよというのではなくて、採用条件通知書に対価として支払われると記載されていることを言っていますね。業務手当が、時間外労働等に対する対価として位置づけられていたと。だけど、これぐらいだったらいいんだということ、先ほど言われたように、総合して考えましょうということですね。対価支払い性みたいなものは要求しているから、ぎりぎりのところで、歯どめをかけようという意向がないわけではないのだけれども、だけど具体的判断では問題かなという感じがしますね。業務手当と称するのは、時間外労働手当と言いたくない意向によるわけでしょう？そういうことで対価支払い性という関係を曖昧にしている。それこそ、高裁判決の言い方をするなら、長時間労働の温床になるという気がしますね。要するに、最高裁として1つのラインはつくった。名前は違っていてもいいけれども、総合的に対価的支払い性があるかということ判断しましょうということを行ったということですね。それは、評価はともかく、これから先例として重要なメッセージを出したという気がしますね。

次に、遡って申し上げますと、さっき言われましたように、割増賃金部分に長時間労働分が組み込まれているということですね。それを高裁も問題にして、櫻井裁判官も問題にしていたのですが、やはり日本ケミカル事件の最高裁判決は、対価支払い性という、対価として支払っているというので、やはり一定の制限は課していると言っていると思うんです。あまりにも額が違っていたら、対価的支払い性がないということでしょうから、意味をなさない。つまり、本給を10万円ぐらいにして、さっきの業務手当を30万円ぐ

らいにして、その範囲内で、時間外手当 95 時間分が含まれているとした場合、それはやっぱり、最高裁としても、問題だということを言っているのではないかと思うんです。対価的支払い性がないと、時間外労働について、ものすごいフリーハンドを持つことになる。それで、基本給をすごく抑えてと。それはだめだということは、日本ケミカル事件の最高裁は言っているわけです。だから、一定の歯どめはかけるという姿勢は出てきたかなという気がします。でも、かなり緩くてもいいと。

奥田 この「対価」というのは、そういう意味まで含んでいるのでしょうか。

野田 と思いましたけど。雇用契約において、ある手当が時間外労働に対する対価として支払われるものなのか否かはということで。

奥田 私は、単に名称が業務手当であっても実質的に時間外労働の割増賃金として払われているという性質を持っているという程度の意味かなと思ったのですが。

野田 でも、(2)のほうにいきますと、金額も 28 時間分ぐらいだから、まあいいじゃないの？ということを行っていますよね。だから、対価的支払い性が要件として残っているんだと思いました。

奥田 実際の時間との乖離がないということですね。

野田 幅が広がりすぎる。最近相談を受けた例なのですが、労働契約で、月時間を 230 時間にして一定の報酬を定めるとします。月の労働時間を法定週 40 時間で計算すると 156 時間ぐらいですよ。だから、はっきり 80 時間近くが含まれているんです。230 時間で。でも、そうした例は、かなり一般化しているんです。だから、やっぱり 80 時間とか 90 時間を含むようになってくると、ちょっと問題だろうという気がしますね。もちろん、この例は総額払いだから、ちょっと事案は違うかもしれないですが。

少なくとも業務手当で 80 時間相当で、実際は 20 時間とか 30 時間であるならば、対価的支払い性がなくなるので、時間外労働に対して払っていないということが問題になるのではないでしょう

か。その趣旨を含んでいると思ったんです。その意味で、重要な判決だと思いました。それが 1 つ。

奥田 そういうインパクトがあるということですね。

野田 それで、この事件では、最高裁によれば、時間外労働の実態とかけ離れていない。それで、対価支払い性を認めたということになるだろうと思います。だから、非常におもしろい動きになってきたなという気がしますね。

それから、国際自動車事件の差戻審に関しては、またここで蒸し返して議論するつもりはないですけれども。僕はちょっと認めてしまうところがあって。

奥田 そうですか。

野田 差戻審は、合理性の事由、そういう払い方、いっぺん時間外や深夜業割増手当を払っておいて、その後歩合給から差し引くという方式の理由として、3 つ挙げているんです。1 つは、この仕事個人タクシーと類似して自主性・独立性が高いから、所定労働時間を超えて長時間労働に陥りやすい。だから、自由に指揮命令がないところで勝手に長時間勤務をやっているところがある。それは公平性を欠くということにつながる。2 つ目に、深夜業や時間外労働のできない者との公平性を欠くとも言っています。いわば好き勝手に深夜業等をやっている者に対して、女性運転手などの、事実上これをやりにくい人との公平性を欠くではないか。それから 3 つ目が、これは営業面としての適正利潤の確保。それは経営者の論理ですが、あまりにもたくさん払いたくないと。注目されるのは、特に 1 です。業務の特殊性ということにある。では裁量労働にしたらどうですかと言いたくなるけれども、現に裁量労働としては認められないし、本人たちも、固定して特定時間働いたとみなすとするのは、嫌がられる。法定どおり支払うと問題だけれど、裁量労働にもできないという、中間みたいな業務の特殊性。そういう意味で言うと、業務の特殊性ですよ。

奥田 特殊性に集約されるんですか。

野田 ええ。いっぺん、足して、出しておいて引くというのはね。それはたしかに気持ち的にはおかしいけれども。

奥田 少なくとも最高裁が、「同条〔労基法 37 条〕の定める割増賃金の支払といえるか否かは問題となり得るものの」という留保をつけたので、そこはもう少しきちんと判断されるかなと思ったんですが。

野田 まあね。だけど、大体、差戻審というのは、もう優等生の裁判官が 100 点満点の答えを出すのが普通ですから、過剰に、最高裁が言った以上にサポートするのもかもしれない。だけど、多分これはまた上告されているでしょうね。先ほど先生が言われましたように、最高裁の留保のことを何の考慮もしていない。

奥田 最高裁の言ったことをきちんと酌み取って判断するのなら、やはりこの条件のところは何か言わなければいけないと思うんです。

野田 ですね。

奥田 先ほど先生がおっしゃったような、日本ケミカル事件の最高裁判決の「対価」というところにそういう意味合いを読み込んでいけるとすると、一定の歯どめとして活用していけるのかもしれないですね。

野田 そうですね。これも、定額制か総額制の場合にも、ひょっとしたら応用できるような判断になるかもしれませんね。

奥田 そうですね。特に今回の労基法改正で 100 時間という数字が出てきたりもしていますから。それがどういうふうに影響するのかは少し気になりますけど。

野田 ええ。私はマイナスの影響しかなく、これで 100 時間さえ超えなければいいというふうの流れやすいと思うので、理論的に詰めていくというのは大事ですよ。

## 2. 再雇用条件を承諾せず定年となった元従業員の地位確認等請求——九州総業事件（福岡高判 29・9・7 労判 1167 号 49 頁）

### 事案と判旨

#### 事実の概要

(イ) 被控訴人(被告) Y は、惣業製造の加工販売等を目的とする会社であり、従業員数 230 人、事業所数 180 箇所である。スーパーマーケット等に出店・販売することを主たる

業態とし、出店店舗数は平成 25 年 2 月には 200 に達したが、その後は減少傾向であった。控訴人(原告) X は、昭和 48 年 3 月、Y と期間の定めのない労働契約を締結し、本社で給料計算や決算業務等の事務を担当してきたが、平成 27 年 3 月に 60 歳に達し、同月 31 日付で定年退職した。

(ロ) Y における本社勤務の従業員の所定労働時間は、週平均 40 時間以内、1 日 7 時間 30 分であり、満 60 歳到達月の月末に定年退職する。給与規定によると、基本給及び職務給は、能力・技能・作業内容・学識・経験等を勘案して、各人ごとに決定するものとされ、いわゆる賃金表や給与テーブルはない。定期昇給に関する定めはなく、賞与(年 2 回)と退職金を支給する。一方、Y のパートタイマー就業規則では、パートタイマーの所定労働時間は原則として 1 週間 30 時間以内、賃金は、基準内賃金および時間外・休日勤務手当からなる。基準内賃金は、時間給とされ、各人ごとに定められ、賞与及び退職金は支給しない。

X は経理等の業務を経て、定年前頃には、主として各店舗の決算業務、棚卸表入力及び消耗品の送付を担当していた。X の定年退職前の賃金は月額 33 万 5500 円であり、所属する総務部では総務部長に次いで高額であった。

(ハ) Y は、高年法 9 条 1 項 2 号に定める継続雇用制度を導入しており、就業規則において、定年後も引き続き勤務を希望した場合は、労使間で締結した「継続雇用の選定基準等に関する協定書」の基準を満たしたと認められた者を再雇用とするものと定めている(ただし、協定書は、平成 25 年 4 月施行の高年法の改正に伴い廃止)。再雇用後の労働条件等については、定年後再雇用規程において定めており、再雇用は原則として期間 1 年の有期労働契約とし、就業条件その他については、個別に雇用契約書にて定めること等を定めている。

(ニ) X は、平成 26 年 12 月 12 日、Y 代表者との面談で定年後再雇用の希望を述べ、これを受けて Y は、同月 18 日、退職後の再雇用の労働条件を提示した。X は社会保険に加入することを要求したところ、Y は、上記提示を修正して、①雇用保険のみを付ける場合と、②その他の社会保険を付ける場合の再雇用条件を提示した。X は、高年齢雇用継続給付金が支給されることを確認の上、その旨を記載した書面を付して、②の再雇用条件を記載した書面を X に交付した(本件提案)。

同書面によれば、(a)業務内容/オペレーションその他作業、(b)就業条件/勤務日・月間約 16 日(月・火・木・金)、勤務時間 8:30~15:30(休憩 30 分・実働 6 時間)、(c)賃金/時間給 900 円、(d)雇用保険、健康・介護保険、厚生年金に加入、(e)その他は、Y の属する E 会社グループのパートタイマー就業規則所定のとおり、(f)更新有り、というものであった。

X は、フルタイムでの勤務を希望していたため、本件提案では再雇用に応じられないと考え、同年 1 月 14 日、企業外の労働組合に加入し、団体交渉が 2 回にわたり実施された。X の退職後に、X が担当していた業務については他の従業員



に割り振られ、新しく雇用されたり、配属されたりした者はいない。なお、仮に本件提案により雇用されていた場合には、その賃金は、月額8万6400円となり、一方で、高齢雇用継続基本給付金が支給されることが見込まれていた。

(ホ) 以上を前提に、XはYに対し、①主目的に、定年後もYとの間の雇用契約関係が存在し、その賃金につき定年前賃金の8割を相当とする黙示的合意が成立していると主張し、労働契約上の権利を有する地位にあることの確認と、Xが定年退職した日の翌日以降の賃金の支払を求め、②予備的に、Yが、賃金が著しく低廉で不合理な労働条件の提示しか行わなかったことは、Xの再雇用の機会を侵害する不法行為を構成する旨主張して、損害賠償等を請求した。

これについて、原審(福岡地小倉支判平25・10・27判例)は、①Xは、Yを定年退職し、再雇用にも至らなかったのであるから、Yとの間の労働契約上の地位にあると認めることはできないとし、また、②本件提案における労働条件は、労働契約法20条に反する不合理なものとは認め難く、Xの定年前と同一業務での再雇用を確保するためにXの勤務時間数を減らして提案することも不合理とまではいえないから、公序良俗に反するとまでは認められず、不法行為の成立を認めることはできずとして、Xの請求をいずれも棄却した。Xが控訴。

#### 【判旨】 控訴一部認容

##### (1) 地位確認請求について

「XとYとの間において、具体的な労働条件を内容とする定年後の労働契約につき、明示的な合意が成立したものと認めることはできない。」

また、「XとYの交渉において、フルタイムかパートタイムか及び賃金等の個別的労働条件について合意に至っていない」等の事情が見られ、「このように労働条件の根幹に関わる点について合意がなく(今後、合意が成立する見込みがあると認めることもできない)、当事者の具体的合意以外の規範、基準等によりこれを確定し難い場合に、これらを捨象した抽象的な労働契約関係の成立を認めることはできない。」

##### (2) 不法行為の成否について

「高年法9条1項2号に基づく継続雇用制度の下において、事業主が提示する労働条件の決定は、原則として、事業主の合理的裁量に委ねられているものと解される」ところ、「本件提案には、Yの裁量権を逸脱した違法がある」かの点につき判断する。

労契法20条は、「『有期労働契約を締結している労働者』の労働契約の内容である労働条件について規定するものである」ところ、「Xは、定年退職後、Yと再雇用契約を締結したわけではないから、……直接的には、本条を適用することはできない。」「仮に、適用されるとしても、本件では「就業規則上、賃金表は存在せず、パートタイム従業員もそれ以外の従業員も、主たる賃金は、能力及び作業内容等を勘案して各人ごとに定めるものとされているから、パートタイム従業員とそれ以外の従業員との間で、契約期間の定めの有無が

原因となって構造的に賃金に相違が生ずる賃金体系とはなっていない。したがって、定年前の賃金と本件提案における賃金の格差が、労働契約に『期間の定めがあることにより』……生じたとは直ちにいえぬ。』

##### (3) 公序良俗違反等の成否

(イ) 高年法「9条1項に基づく高齢者雇用確保措置を講じる義務は、事業主に定年退職者の希望に合致した労働条件の雇用を義務付けるといった私法上の効力を有するものではないものの、その趣旨・内容に鑑みれば、労働契約法制に係る公序の一内容を為しているというべきであるから、同法(同措置)の趣旨に反する事業主の行為、例えば、再雇用について、極めて不合理であって、労働者である高齢者の希望・期待に著しく反し、到底受入れ難いような労働条件を提示する行為は、継続雇用制度の導入の趣旨に違反した違法性を有するものであり、事業主の負う高齢者雇用確保措置を講じる義務の反射的效果として当該高齢者が有する、上記措置の合理的運用により65歳までの安定的雇用を享受できるという法的保護に値する利益を侵害する不法行為となり得ると解するべきである。」

(ロ) 継続雇用制度は、「高齢者の65歳までの『安定した』雇用を確保するための措置の一つであり、「当該定年の引上げ」(同1号)及び「当該定年の定め廃止」(同3号)と単純に並置されており、導入にあたっての条件の相違や優先順位は存しないところ、後二者は、65歳未満における定年の問題そのものを解消する措置であり、当然に労働条件の変更を予定ないし含意するものではないこと(すなわち、当該定年の前後における労働条件に継続性・連続性があることが前提ないし原則となっており、仮に、当該定年の前後で、労働者の承諾なく労働条件を変更するためには、別の観点からの合理的な理由が必要となること)からすれば、継続雇用制度についても、これらに準じる程度に、当該定年の前後における労働条件の継続性・連続性が一定程度、確保されることが前提ないし原則となると解するのが相当であり、このように解することが上記趣旨(高齢者の65歳までの安定雇用の確保)に合致する。また、有期労働契約者の保護を目的とする労働契約法20条の趣旨に照らしても、再雇用を機に有期労働契約に転換した場合に、有期労働契約に転換したことも事実上影響して再雇用後の労働条件と定年退職前の労働条件との間に不合理な相違が生じることは許されないものと解される(同法3条所定の労働契約の諸原則もそのような解釈を補強するものである)。したがって、例外的に、定年退職前のものとの継続性・連続性に欠ける(あるいはそれが乏しい)労働条件の提示が継続雇用制度の下で許容されるためには、同提示を正当化する合理的な理由が存することが必要であると解する。

(ハ) 本件提案は、時給換算でフルタイムの半額に満たないばかりか、月収ベースで所得比較すると定年前賃金の25%にすぎず、「この点で、本件提案の労働条件は、定年退職前の労働条件との継続性・連続性を一定程度確保するもの

とは到底いえない。したがって、本件提案が継続雇用制度の趣旨に沿うものであるといえるためには、そのような大幅な賃金の減少を正当化する合理的な理由が必要である。」

この点につき、① Xの担当業務の量が大幅に減ったとまではいえない。② Yの店舗減少は1割弱にすぎない。③ Xの業務の範囲は、店舗数減少と完全には連動していない。④ 定年前の人事配置で、再雇用後にXの担当する業務量をフルタイム稼働に見合う程度にしておくことも可能であった。⑤ Yにおいて、予め、Xの賃金を是正するなど、Xに過大な期待を抱かせることのない方策を行う方法もあったことからすると、「月収ベースの賃金の約75%減少につながるような短時間労働者への転換を正当化する合理的な理由があるとは認められない。」

野田 それでは、フォローアップとして私のほうからは、九州惣菜事件をメインに扱い、長澤運輸の判決も関連して検討の対象に入れたいと思います。

本判決のポイントとして、地位確認請求についてはやや無理筋の請求と思われるので省略しますと、中心は公序違反の主張ということになります。定年退職後の再雇用において、月収で75%減額になるパートタイムの有期労働契約を提案した本件提案は、あくまでも提案だけなのですが、本判決は、提案したことについて、裁量権の濫用として不法行為の成立を認めました。判決文では、判旨(3)の公序違反の判断部分です。この判決は、ロジックがやや回りくどいので、少しだけ解きほぐしてみたいと思います。まず、(イ)というのは大枠の一般論で、高年法9条1項に言う高年齢者雇用確保措置を講ずる義務というのは公序だということを言った上で、したがって、同法の趣旨に反する行為は公序違反として不法行為になるということですが、具体的には、例えば「再雇用について、極めて不合理であって、高年齢者の希望・期待に著しく反し、到底受け入れがたいような労働条件を提示する行為は」不法行為になりうるとします。その上で、その判断を高年齢者雇用確保措置に当てはめて論じるのが(ロ)でして、1つは、この措置における3つの方式、定年引き上げ、継続雇用、定年廃止というのは並置されているから、継続雇用も他の2者と準ずる程度に、当該定年の前後における労働

条件の継続性・連続性が一定程度確保されることが前提ないし原則となるという解釈規準を立てます。それで、もし継続雇用において継続性・連続性を欠く労働条件が提示されたときには、例外的な合理的な理由が必要になるとします。その上で具体的な判断が(ハ)でありまして、本件では、そういう定年退職前の労働条件との継続性・連続性を一定程度確保するとは到底言えないし、そのことを正当化する合理的な理由があったとも言えないとします。回りくどい論理ですが、そういう判断です。

昨年のディアローグで、奥田先生と一緒に議論した時に、「高年法解釈規準説」という名前で、これと似た議論をしました。そして、一般論として去年議論したところでは、こういう定年後再雇用の労働条件引き下げ問題に関して、1つは労契法20条で解決しようという長澤運輸判決のような動きがある。もう一つは、一般的な差別的取り扱いだといって問題にする議論がある。しかし、それよりは高年法を解釈基準にしたほうがいいのではないかということ、去年、奥田先生と議論しました。ただ、本判決は(ロ)で、定年の引き上げや定年廃止では「当該定年の前後における労働条件に継続性・連続性があることが前提ないし原則」であるから、継続雇用についてもこれに準ずるべきであるとしていますが、私は、この理屈に賛成できません。

何でそんなことが言えるのかという疑問があります。そもそも、定年の引き上げや定年の廃止について、労働条件の継続性・連続性という規範的要請があることについて、実定法上の根拠がないと思います。それで、去年少し議論させていただいたように、現実的にも到底実現しがたいといわざるをえない。つまり、定年の廃止とか定年の引き上げとかするのだから、この人たちは正社員のまますっといくわけですよ。そうすると、通常の企業であるならば、やはり使用者は60歳到達時の労働条件を維持することはできないのが普通であって、これを引き下げるとするのが自然な対応策であると思われます。ですから、この判決は、無理なことを言っているわけであって、高年法9条1項に包含したような継続性・連続性の要請が含

意されているとは到底思えない。そうではなくて、去年議論したように、この3つの方式のうち定年廃止や定年引き下げについては、労働者はこれまでの無期労働契約を本来の定年後にも維持する利益を保証されるのであるから、例えば60歳到達以後に昇格停止とか、ある程度の賃金減額の措置がとられても、なお不利益変更に合理性ありと判断してもいいのではないか。これに対して、その2者に比べると、継続雇用の場合には、定年後に新たに有期労働契約に転じることが多いのですから、その反面で賃金減額にはある程度の歯どめをかけてほしい。だって、もう有期雇用になるし、いずれ年金受給開始年齢で終わるわけですから、そんなにたくさんのもので得るわけではない。ですから、賃金減額についてはある程度の歯どめをかけるのが、それは利益のバランスとしても納得しやすいのではないか。また、そのことが、何よりも、安定した雇用を主張する高年齢者雇用確保措置の趣旨に合致しているのではないかと思います。ですから、継続雇用の方式においては、有期労働契約とすることはもちろん、そのほか特殊関係事業主での雇用とか、あるいは労働時間、勤務地、勤務内容の変更も許容される、緩やかな制度として運用されている。そういう中であって、そうすると、月給ベースで受け取る賃金をどこまで維持するかということをもっと重視してもいいのではないかとということです。

そこで、長澤運輸判決との関係ですけれども、定年後再雇用の労働条件については、長澤運輸最高裁判決が目まされています。これは、定年退職後に有期契約労働者として再雇用された労働者らが、同じ使用者のもとで無期労働契約を締結している従業員との間に、労契法20条に違反する労働条件の相違があると主張した事案です。平均79%前後になったという事案ですけれども、これについて最高裁は、有期契約労働者が定年退職後に再雇用されている事情は、労契法20条の「その他の事情」に当たるといって、ご承知の、注目すべき判断をしました。それから、賃金項目についての相違が不合理と認められるかについては、個別判断をしまして、先ほどの奥田先生のハマキョウレックスの最高裁の判断方法をそのまま用いて

おります。それで、個別判断では、この定年後再雇用という「特別の事情」が均衡考慮の際の重しになり、結局のところ、精勤手当及びその超勤手当への反映部分について、その相違は不合理と認められるとしました。精勤手当部分が破棄自判、超勤手当の部分が差し戻して、それ以外は棄却判決です。

つまり、最高裁の論点構成だと、有期契約労働者に対する労契法20条に、不合理と認められるか否かの判断においては、定年退職後に再雇用されたという事情は、同条の「その他の事情」として考慮される。それで、先ほど提示した、個別に判断していきましょうという判断方法のもとで、定年後再雇用なんだからねということが、天秤のおもりとしてのしかかってくる。そして、結局、基本的には精勤手当の相違だけを不合理と認めるという結論に至るのです。同一日・同法廷のハマキョウレックス事件のほうは、定年後再雇用の問題ではない。つまり、「その他の事情」という重しはないので、同じ判断手法でも、より広く不合理性が認められるということになりました。

こういうふうには、定年後再雇用における有期契約労働者の賃金等の労働条件の引き下げについて、労契法20条により救済を図ろうというのは、まさしく定年後再雇用であるということが「その他の事情」として考慮されることで、ある種の重しを抱えてしまう。その結果、職務の内容が同一なのに精勤手当が支払われないというような、客観的に明らかな相違にしか、不合理性は認められない。とすれば、定年後の労働条件の引き下げについては、やはり労契法20条による救済を模索するこの議論というのはそもそもハンディを課されており、限界がある。そのことを最高裁は明確にしたと言っているのではないかと思います。そうすると、やはり期待すべきは、私たちの考え方もあった、高年法の準拠説というのに立ち帰らざるを得ないのではないかと考えたわけです。

なお、今回の法改正によって労契法20条が削除されて、有期雇用労働者にも、名称が変更されたパート・有期法が適用されることになった。それで、労契法20条では、長澤運輸最高裁の援用した、その他の事情を考慮して不合理とい

う文言が、この法律の8条では、「その他の事情のうち、当該待遇の性質及び当該待遇を受けて行う目的に照らして適切と認めるものを考慮して、不合理」という、随分長い考慮要素の文章がくっつきました。しかし、どうもこういうふうにこれを定年後再雇用に当てはめて、定年後再雇用の対応の性質、それから目的云々と具体的にいわれると、ますます不合理と言いくくなりそうな気がする。解釈手法として、ますます壁が高くなるのではないかと思いました。

一方、この法律の9条も適用が可能になります。これまでは労契法になかった、不利益取扱い禁止が適用される。ここでは、「その他の事情」を考慮せよという文言はないんですね。ですから、長澤運輸判決の論理は使えなくなると思います。したがって、9条が援用されるケースが生じ得る。そして、その場合の争点は、同条の中の、通常の労働者と同視すべき短時間有期雇用労働者の要件のほうになる。長澤運輸の事件では、これについて会社が争わなかったし、実際、ほとんど同じだったから争いくかったのでしょうか。しかし、争おうと思えば争えたと思うんです。今度は主戦場がいよいよ本丸のほうの、通常の労働者と同視すべきかという要件が争われることになると思います。

奥田 九州惣菜事件に関しては、昨年も議論したように、高年法の解釈という点から定年後再雇用の問題を考えていくのが的確なのではないかということで、これも1つのそういう素材だと思いました。それで、昨年議論したトヨタ事件で、労働者がおよそ受け入れられないような労働条件であれば不法行為責任が生じるということが確認されていましたが、今回のケースに関しても、賃金が、どの程度が妥当かは別としても、4分の1になるというのは——時間も減ってですが——、不法行為が肯定されるという結論で妥当なのではないかと思いました。

昨年も議論したように、一定の継続性を高年法から根拠づけようというのは、このケースにも妥当だと思います。ただ、労働条件の継続性というのは柔軟に考えられていくとしても、高年法では雇用自体は継続することが基本的な趣旨です

ね。だとすると、労働条件にあまりにも継続性がないことで、そんな条件では選べなかったわけですから、結局は雇用自体の継続ができなくなるということになると、高年法のそもそもの趣旨から離れてしまいますよね。そこをどの程度まで考えるのか。論理構成や根拠としては労働契約が成立していると言えるかはなかなか難しいのですが、法的な救済のあり方として、不法行為に流し込んでいいのかという、もう少し何か法的救済の考え方があり得ないのかなとは思っています。

野田 この事件は結局、原告は、こんな条件は嫌だったので、自分から結ばなかったですよ。

奥田 そうですよ。

野田 だから、結んだ場合にどういうことになるかですよ。

奥田 結んで、さらに条件を争えるかですけれど。状況から考えると、おおよそこんな条件だったら結べないというのはあり得ますよね。もしこれが継続していれば、それこそ労働条件変更とか変更解約告知とか、そんな話になるのでしょうか。でも、そこが結局、切れてしまっているのさ。そういう話にはならない形になっていますよね。もし通常どおり継続しているものだったら、これだけ労働条件が下がって労働契約が結べないとか、解約ということになると、そもそも変更自体が問題になりますよね。

野田 だいぶ前の、高年法の改正がある前のケースですが、協和出版印刷事件（東京高判平成19・1・30 労判963号54頁）で、事案は、本件に比べると、それほど大幅な減額ではなかったのですけれども、それについて一定の規範を立てた判決があったでしょう。そこでも、「勤務する意思を削がせる労働条件」あるいは「雇用関係についての私法秩序に適合している労働条件」といった基準を立てていました。ただ、この事件は、定年後再雇用の契約を締結した事件だったんですね。

奥田 締結しているとですよ。

野田 ええ。締結したときには、俄然問題になるのは、不利益変更ではなくて、労契法7条の解釈問題が出てきて、その判決はやっぱり7条の問題として処理したんです。

奥田 そうなりますよね。

野田 ええ。そうすると、締結した場合には、もう契約論として争っても、労基法7条の合理性のほうでは実際には勝ち目がなくなってしまう。それをやっぱり指摘しないといけないかもしれませんね。本件は特殊事案です。使用者が提示しただけでお断りと言った事案なので、それにしてもよく頑張った判決だと思います。

奥田 そうですけどね。

野田 そうすると、いずれにしろ、もし、ひどい条件だと思っても、やむなく署名した、あるいは判を押したというときには、新契約だから不利益変更では争えない。そうすると、今度は合意論になって、例の、「真に自由な意思による同意」という、そういう合意論の認定の問題に還元されていって、後でやるA苑事件とよく似たようなケースになってきます。しかし、そういうふうには、うまいぐあいに、自由な意思によるものではないと認めてくれればいいですけども、そうでないケースになってくると、やはり高年法の問題に還元していかざるを得ないということになりますね。

奥田 そうですね。そのあたりを考えると、昨年のディアログで先生がおっしゃっていたように、1号、3号のようなケースと、一旦雇用が切れる形になる2号のケースとで、そのあたりの解釈に違いが出てくるのではという点は、もう少し検討しないといけないかもしれませんね。

野田 そうですね。1号、3号は明らかに不利益変更ですからね。労働条件が変わった。

奥田 雇用は一応つながるのでその中での問題になりますが、2号はそうならないからですね。

野田 しかし、僕の感じとしても、2号のほうは、あまりそんなに下げるのはおかしいと思うんです。1号、3号は、雇用はつながるんだから、少々下がってもいいのではないかという気はする。でも、変更法理では逆ですよ。

奥田 そうですね。

野田 変更だと、10条になるので、あまり下げられないけれども、継続雇用のほうだと、あえて言うならば7号だから、そうすると結構、思い切り下げても、合理性ありということになる。だから契約論として考えるべきではなくて、制度目

的から、高年法目的から入っていくべきだと思いますね。

奥田 そうですね。それと、先生がポイントで挙げていらっしゃる最初の、公序違反の意義というところがよく理解できなかったのですが。それは、継続性が当然引き出されるという解釈自体に問題があるということですか。

野田 そうです。

奥田 そういう趣旨なんですね。

野田 継続性が引き出されるということの根拠が、まず何も要請されていないし、継続しないとだめだよということは。

奥田 明文からそれを一般論として引き出すというところまでは言えないだろうということですね。

野田 言えないでしょうね。

奥田 それと、最後のパート・有期法9条との関係ですけど、ここはやはり先生がおっしゃったように、9条の要件に当てはまるとそのままの効果につながるの、結局、人材活用の範囲というところが一番認められにくくなる可能性が出てきますよね。職務内容よりも、どちらかというところ2つ目の人材活用の範囲の要件のところでは違いが広く認められる可能性があるかもしれないと思います。

野田 なるほど。

奥田 先ほどのハマキョウレックス事件のところで言及しなかったのですが、最高裁は、配置転換等の実態があるかどうかということまで判断をせずに、可能性があるかどうかということまで判断していますよね。あれが人材活用の範囲という問題に何か変な影響を与えないように考えなければと思っています。人材活用の範囲の判断の仕方によっては、パート・有期法9条に移行できるものであってもその要件ではじかれてしまいますよね。

野田 ですよ。

奥田 パート・有期法9条では、要素ではなくて要件なので、はじかれてしまったら効果に結びつかないので。

野田 そうですね。

奥田 何かそのあたりが、先ほど先生がおっ

しゃった点につながるのではないかと思ったのですが。

野田 そうですね。だから使用者側も、今後は思い切ってその辺を強調しだすでしょうね。

奥田 そうなるでしょうね。

野田 なるほど。人材活用の要件や人材活用の範囲ですね。そうすると、8条もそのまま引きずるのは難しいし、9条も難しいということだと、やっぱり高年法にいきましょうということになる。

奥田 定年後再雇用に関わる事案は、そうなる可能性があるかもしれませんね。

野田 そうですよ。実質に合っているし。

奥田 理屈としては。

野田 ええ、去年検討したトヨタ事件みたいに、高齢者のプライドみたいなものですよ。係長をやっている、急にシュレッダー係に回すわけでしょう。それはやっぱりおかしいですよ。高年法の趣旨からすればおかしいですね。

奥田 九州惣菜事件でも、40年も働いてきた人を最後にこういう形でやめさせるのはよくないですよ。

野田 給料が高すぎても、それは会社側の賃金体系の問題ですね。

## ピックアップ

### 1. 求人票と労働契約上の労働条件——福祉事業者A苑事件（京都地判平29・3・30 労判1164号44頁）

#### 事案と判旨

##### 事実の概要

整骨院を営んでいたY（被告）は、平成26年3月から障がい児童を対象とする放課後デイサービス事業を行う事業所を開設するにあたり、ハローワークで管理責任者の求人をする事とした。それにあたりYの代表者Aは、「管理責任者になれる人であることと、月給を25万円とすること」を決め、その他の条件は、取締役のBに対し、できるだけ多くの人が求人に応募するように募集要領を記載するよう指示した。そこでBは、「正社員、雇用の始期を平成26年2月1日、契約期間の定めなし、定年制なし」等とする本件求人票を作成し、平成26年1月10日にハローワークに求人申込みをした。

平成26年1月当時64歳であったX（原告）は、赤帽（軽自動車運送業）の仕事に従事する傍ら、ヘルパー2級の資格を持って二つの施設で夜勤の老人介護の仕事にも従事していたところ、ハローワークで本件求人票を閲覧して、給料が25万円という点と定年制がない点に魅力を感じたことから、同月17日、求人票のコピーを持参した上で、Y代表者A及び取締役Bの面接を受けた。その面接において、Xは、本件求人票のとおり定年制がないことを質問したところ、Y代表者は、まだ決めていないと回答した。また、労働契約の期

間の定めの有無や、労働契約の始期については特にやり取りはされなかった。この面接後、YはXに対して採用する旨を連絡した（なお、Yはハローワークに、雇用予定日を同年3月1日とする選考結果通知を提出した）。

Y代表者は、平成26年3月1日からのXの労働条件について、C社会保険労務士の助言を受けて、契約期間を1年間の有期契約とし、65歳の定年制とすることとし、その旨の本件労働条件通知書を作成した。同日、本件事業所が開所し、Xは他の就業先を退職してフルタイムでの勤務を開始した。そして、Y代表者は、Xの就労開始後である同日午後3時頃、Xに対し、本件労働条件通知書を提示して説明した。それに対し、Xは、既に他を退職して被告に就業した以上、これを拒否すると仕事が完全になくなり収入が絶たれると考え、特に内容に意を払わず、その裏面に署名押印した。

その後、Xは、本件事業所で就業していたが、平成26年3月18日に交通事故に遭い、休職した後、同年7月から徐々に復職したが、Y代表者の対応等に不満を抱き、平成27年1月に労働組合に相談した際、持参した本件労働条件通知書を労働組合の人が指摘したことにより、有期労働契約であることや定年制とされていることを認識した。

Yは、平成27年2月末日限りでYとの本件労働契約が終了したものとして取り扱った。

##### 【判旨】

「求人票は、求人者が労働条件を明示した上で求職者の雇用契約締結の申込みを誘引するもので、求職者は、当然に求

職票記載の労働条件が雇用契約の内容となることを前提に雇用契約締結の申込みをするのであるから、求人票記載の労働条件は、当事者間においてこれと異なる別段の合意をするなどの特段の事情のない限り、雇用契約の内容となると解するのが相当である。」「本件では、Xは、ハローワークで本件求人票を閲覧してYの面接を受けて採用されたものであるところ、本件求人票には雇用期間の定めはなく、雇用期間の始期は平成26年2月1日とされ、面接でもそれらの点について求人票と異なる旨の話はないまま、YはXに採用を通知したのであるから、本件労働契約は、同日を始期とする期間の定めのない契約として成立したものと認められる。また、定年制については、面接ではY代表者から定年制はまだ決めていないという回答がされたものの、本件求人票には定年制なしと記載されていた上、定年制は、その旨の合意をしない限り労働契約の内容とはならないのであるから、求人票の記載と異なり定年制があることを明確にしないまま採用を通知した以上、定年制のない労働契約が成立したと認めるのが相当である。」

「本件では、Y代表者が同年〔平成26年〕3月1日にXに対して本件労働条件通知書を提示し、その裏面にXが署名押印している。この事実に基づいてYは、同日での新たな労働契約の成立を主張するところ、この主張は、先に成立を認定した本件労働契約の変更を主張する趣旨を含むと解される……。使用者が提示した労働条件の変更が賃金や退職金に関するものである場合には、当該変更を受け入れる旨の労働者の行為があるとしても、労働者が使用者に使用されてその指揮命令に服すべき立場に置かれており、自らの意思決定の基礎となる情報を収集する能力にも限界があることに照らせば、当該行為をもって直ちに労働者の同意があったものとみるのは相当でなく、当該変更に対する労働者の同意の有無についての判断は慎重にされるべきであり、その同意の有無については、当該行為を受け入れる旨の労働者の行為の有無だけでなく、当該変更により労働者にもたらされる不利益の内容及び程度、労働者により当該行為がされるに至った経緯及びその態様、当該行為に先立つ労働者への情報提供又は説明の内容等に照らして、当該行為が労働者の自由な意思に基づいてされ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か否かという観点からも、判断されるべきものと解するのが相当である（最高裁判所第二小法廷平成28年2月19日判決・民集70巻2号123頁参照）。そして、この理は、賃金や退職金と同様の重要な労働条件の変更についても妥当するものと解するのが相当である。」

「これを本件について見ると、労働契約が期間の定めのあるものか否かは、期間の定めがない場合には、死亡等を除けば、解雇によらなければ契約は終了せず、その解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当と認められない場合は、その権利を濫用したもとして無効とされる（労働契約法16条）のに対し、期間の定めがある場合には、原則として期間満了により労働契約は終了し、例外的に、過去に反

復して更新されたことがあり、契約を更新しないことが期間の定めのない労働契約を終了させることと社会通念上同視できる場合や、期間満了時に更新されるものと期待することについて合理的な理由があると認められる場合にのみ、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当と認められない場合には、同一の条件で更新したものとみなされる（同法19条）という相違があり、契約の安定性に大きな相違があることから、賃金と同様に重要な労働条件であるといえる。また、定年制の有無及びその年齢も、契約締結当時64歳のXの場合には、やはり賃金と同様に重要な労働条件であるといえる。そして、期間の定め及び定年制のない労働契約を、1年の有期契約で、65歳を定年とする労働契約に変更することには、Xの不利益が重大であると認められる。」「また、本件労働条件通知書は、Y代表者がその主要な内容を相応に説明した上で、Xが承諾するとして署名押印したものであるものの、Y代表者が求人票と異なる労働条件とする旨やその理由を明らかにして説明したとは認められず、他方、Y代表者がそれを提示した時点では、Xは既に従前の就業先を退職してYでの就労を開始しており、これを拒否すると仕事が完全になくなり収入が絶たれると考えて署名押印したと認められる。」「これらの事情からすると、本件労働条件通知書にXが署名押印した行為は、その自由な意思に基づいてされ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は認められないから、それによる労働条件の変更についてXの同意があったと認めることはできない。」

「以上によれば、XとYとの労働契約は、期間の定め及び定年制のないものであると認められるところ、Yは、Xを解雇したこと等の本件労働契約の終了事由を何ら主張立証しないから、本件労働契約は現在もなお継続していると認められる。」

奥田 ここからはピックアップになります。ピックアップの1つ目は、私のほうから、福祉事業者A苑事件という京都地裁の判決を取り上げています。これについても事案と判旨は記載したものを見ていただくとして、簡単にご紹介します。原告のXは、当時64歳だったのですが、ハローワークの求人、正社員、雇用の始期は平成26年2月1日、期間の定めなし、定年制なしなどと書かれた求人票を見て応募しました。こういう求人票が作成された背景として、もともと整骨院を営んでいたYが、障害児童を対象とする放課後デイサービス事業所を開設するに当たって管理責任者の求人をするのですが、その際にできるだけ多くの人が応募するようにという指示を代表

者がしたことを受けて、このような条件でハローワークに求人申し込みをしたということがありました。これに応募したのがXでした。

Xは、赤帽(軽自動車運送業)の仕事をしながらヘルパー2級の資格を持っていたということで、老人介護の仕事にも従事していたのですけれども、この求人票を見て、給料が25万円であること、年齢からすると64歳なので定年制がないことなどに魅力を感じて、平成26年1月17日に求人票のコピーを持って面接に行き、Yの代表者Aと取締役Bの面接を受けます。その面接の際に、Xが求人票で定年制がないとされていることについて質問したところ、Yの側からは「まだ決めていない」という回答がされ、また、労働契約の期間の定めの有無や就労の始期については、面接の段階ではやりとりはされませんでした。この面接の後で、YはXに対して採用の連絡をしました。就労の始期については2月1日と3月1日という若干の経緯があるのですが、結局、3月1日以降の段階で、YはXに対して労働条件通知書を作成して提示します。そこには、契約の期間が1年の有期契約で、65歳の定年制であるということが盛り込まれていました。Xは、この労働条件通知書を提示されて説明を受けましたが、もう既に前の会社を退職していたので、これを拒否したら仕事がないということで、特に内容に意を払わずに署名押印をしたとされています。

その後、XはYで就業していたのですが、3月18日に交通事故に遭って休職し、さらに復職という経過をたどり、その際のYの代表者Aの対応に不審を抱いて組合に相談したところ、持参した労働条件通知書について組合の人から指摘を受けて、有期労働契約で定年制だということを認識したとされています。Yのほうは、有期契約という内容で労働条件通知書を渡しているのです、翌年の平成27年2月末限りで有期労働契約終了という取り扱いをしたのですけれども、これに対してXが地位確認請求等を行ったという内容です。

ここでは、2つのポイントとして、求人票に記載されていた労働条件と実際の労働契約内容の解釈をどういうふうに考えるのかということと、就労後の労働条件通知書での労働条件の提示、その

提示された労働条件に一応合意したという形になっているので、その合意の有無が問題になっています。また、後者について、労働条件の変更と捉えられた点も一つの特徴だろうと思います。

まず、求人票に記載された労働条件と契約内容の違いというのは、従来から裁判例等もあるのですが、この判決も、これまでの裁判例で言われていたように、求人票記載の労働条件というのは、「当事者間でこれと異なる別段の合意をするなどの特段の事情のない限り雇用契約の内容となる」と述べています。この点だけから言うと、異なる別段の合意があるかどうかということになるので、すけれども、この判決をずっと通して見ていきますと、単に異なる合意がどこかの段階であったかというよりも、労働契約の締結・成立の時点で示されていた労働条件が結局は契約内容になるということが示されているのではないかと思います。

求人票記載の労働条件というのは、あくまで申し込みの誘引時点での労働条件なのですが、契約の締結時、このケースで言えば面接後に採用通知がなされた時点で、求人票の記載とは異なる内容が示されていないのであれば、締結時に存在したのが求人票記載の労働条件であったと考えられる。仮に労働条件通知書が面接段階で示されていて、その上で採用通知ということであれば、そちらが契約内容と解釈されたのではないかと思います。ですから、労働契約の締結時点で別段の合意があったかどうかということが、ここでの1つのポイントだろうと思います。また、だからこそ、3月1日のフルタイムでの就労開始時に労働条件通知書でなされた労働条件の提示というのは、契約の締結時点で契約内容になった労働条件の「変更」と捉えられるという構造になっていると思います。つまり、締結時の契約内容を前提とすれば、就労開始後の通知書による合意は労働条件の変更に対する合意だと位置づけられたのは、矛盾のない妥当な整理だと思いました。また、労働条件明示義務などから考えても妥当な判断ではないかと思えます。

これを前提として、この事案の中身を見ると、重要だったのは、契約期間の有無と定年制の有無



という2つでした。期間の定めがないという労働条件が求人票で示されていて、面接時にそれと異なる有期という条件が何ら確認されていない以上、異なる合意が締結時になされていないので求人票の無期というのが労働条件になっているというのは、ある意味、当然ではないかと思えます。

少し複雑なのは定年制の有無ですが、求人票には定年制なしと明示されていたので、それと異なる合意が面接時にあったかということになります。面接時には、少なくとも定年制があるとか、何歳というような話はなかったので、私は、定年制なしというのが契約内容だと解しても疑問はないと思いました。ただ、厳密に言えば、面接時には「まだ決めていない」と言っているのです、これを「あるでもないでもない」と解釈するならば、「定年制なし」というのとは異なる合意だと言えなくもありません。おそらくそういう点から、定年制というのはそもそも合意によって設定されるものなので、定年制があるということが示されていない以上はないのだと説明されている点は、説得性を高めるという意味では妥当だろうと思えました。

もう一つは、労働条件の変更についての合意の問題ですが、ここで、よく知られている山梨県民信用組合事件・最高裁判決（最二小判平28・2・19判例1136号6頁）の判断枠組みを用いて判断されています。この事案はそもそも就業規則による不利益変更の判例なので、私の考え方から言うと、個別合意による労働条件変更の合意の問題と、就業規則の不利益変更に対する個別合意の問題とを同じ土俵で考えるのには疑問があるのですけれども、とりあえずそこは措くとして、合意の認定という広い問題として捉えた場合、重要な労働条件として賃金等が中心だった判例の枠組みを今回のような労働契約の期間などについても用いて、客観的な諸事情から合意の有無を慎重に検討したという点に関しては、1つの重要な判断であり、具体的な判断の結果も含めて結論的には妥当だと思えました。

野田 私は強く反対するというわけではないのですけれども、理屈の筋の通り方としてちょっと変かなと実は思っているんです。つまり、求人票

記載というのはあくまでも申し込みの誘引だというのは、いわば定着した考え方であるとするならば、その後、初めて、合意にかかわる意思表示がなされたのは、面接のときですよ。それで、定年制及び期間について決めていなかったのですよね。

奥田 定年制に関しては未定ということでした。

野田 ですから、尋ねられて未定であるという意思表示がなされた以上、定年制の有無について未定であるという労働契約が仮に誕生したという可能性があるのではないかと思うんです。それで、もし定年制に対する合意がない限り労働契約が成立していないという議論は、まさかないと思うので、それが労契法6条の要件にかかわることは、多分ないと思われるので、そうすると、定年制を決めていない労働契約が動き出したことになる。それで、その後、そういう労働契約が仮に成立した。その時点で、また1カ月しかたっていないですから、これは使用者側がどう考えたか知らないですけれども、初めからそう思ったのか、あるいは本人の働きぶりのようなものを見たのかわかりません。

社労士の何らかの助言を受けて、3月1日になって、定年65歳と言いつつ。このときは契約書ではなくて、労働条件通知書を交付したんですね。その辺のところは、後で問題になるように、効力は問題になるとしても、結局は、2月1日の段階では定年制未定の契約が成立して、3月1日に定年制ありという意思表示をして、合意をしたことに形式上なっているけれども、その効力はどうかという問題になるのではないかと思ったんです。だから、変更というのではなくて、2月1日から3月1日にかけてのひと月がずっと契約成立の過程だと。

奥田 面接をした1月17日からですよ。

野田 そうか。2週間後に、2月1日に出した。

奥田 それで、2月1日からは、パートという形で働きだしています。

野田 そうですね。だから、いずれにしろ1月17日のときは口頭で面接のときに未定だと言ったんですね。

奥田 まだ決めていない、と言われました。

野田 だから、その段階で、まだ決めていないという契約が成立して、2月1日に就労を始めた。そういうふうには、一応、予定どおりにやっているわけですね。それで、3月1日に契約期間1年で65歳定年ということで、労働条件通知書をつくったわけですから、やはりこの段階で定年制と期間についての契約が決まったということなのではないかと思うんですけどね。ですから、変更ではなくて、それらは当事者の意思が確定していくという一連の過程であったといえないでしょうか。使用者側に好意的に見すぎかもしれないけれども。

奥田 そうなると、求人票の段階では定年制なしで、面接と採用の段階では決めていないからあるともないとも決まっていない、就労後の3月1日になって定年制ありとした、となると、就労開始後も労働契約内容の変更ではなく決定ということでしょうか。

野田 いや、ですけども、少なくともその段階での契約締結過程での契約の期間とか定年制については、3月1日で、それが真意に基づくかどうかというものは別なんですけど、一応、契約が確定したと思うんですけどね。

奥田 3月1日の時点ですか。

野田 2月1日に就労を開始して、3月1日に労働条件通知書を作成して、Xがそれに対して署名したんだっけ。

奥田 署名も押印もしています。

野田 その段階で契約が一応確定したと思うんです。つまり、3月1日まではあくまでも契約の成立過程。

奥田 いずれにしても就労が開始されてからということですよ。

野田 そう、そう。だから、どう違うの？と言われたら、それはあまり違わないかもしれない。

奥田 いえ、大分違うと思います。時期ということと言うと、労働契約の締結、面接後の採用の時点で労働条件が決定されているとすれば、やはり就労を開始してからの異なる条件の提示というのは変更と考えても別におかしくないと思うんです。

野田 別におかしいというわけではないけれども、基本的には、議論のスタートは、ハローワークの求人票というのは契約内容にならない。だから、申し込みの誘引にすぎないのだったら、それは契約内容の評価をすべきではないと思うんです。申し込みの誘引にすぎなくて、ほんとうに契約が始まる段階の1月17日の話し合いでは未定ということだから、未定の契約ということで、それぞれ合意して、2月1日に仕事を始めたということであるならば、やっぱり定年制未定の契約が進行を開始したと言わざるを得ないのかなと思うんです。だから定年制というのは、決めていなければ原則としてないんだと思うかどうかですよ。

奥田 でも、少なくとも1月17日に面接をして、期間に関しては何も言っていない、有期と言っていないわけですから、期間の有無に関しては求人票の期間なしというのが残るのではないのでしょうか。

野田 いや、だから残るかどうかの問題で。

奥田 でも、そうすると契約締結時に労働条件を何も決めないということになりませんか。

野田 求人票では何も決まらない。

奥田 いえ、そうではなくて、求人票に期間の定めなしとあって、労働契約の締結時に、採用のときには、それに関しての異なる合意は何もないわけですよ。

野田 いやいや、そうではなくて、決めていないということは明確に言っている。

奥田 決めていないと言ったのは定年制だけで、期間の定めについては何も言っていないんです。

野田 でも、期間の定め、書きもされていなかったのでしたっけ。何も言っていないか。

奥田 ですから、あるとは言っていないんですけど、決めていないとも言っていないんですよ。求人票には、期間の定めなしと書いてあって、面接時にはそれ以外の何も出てきていないんです。ですから、そこはやはり求人票の内容が残るのではないかと。

野田 おっしゃるように、分けて考えるというのは必要だと思いました。僕は今、定年制のこと

しか言っていないような気がする。だから、期間の定めについては、あるかないかのどちらかですから、期間が到来したらやめなければいけないので、それは重要なことかもしれないですね。それで、あるもないも言わないのだったら、結局、契約の合理的な解釈として期間については無期契約になる。

奥田 定年制に関しては、先生は、「決めていない」というのは、求人票の「ない」というのは異なる合意がされていると判断されるわけですね。

野田 そうですね。追って決めるという合意が成立したと。

奥田 では、とりあえず期間で考えた場合、求人票では期間の定めなしと言っていて、労働契約締結時にそれと異なる合意は何もされていない。だから、期間の定めはないということで契約が締結されているんですよね。ところが、3月1日の労働条件通知書の段階で「期間あり」になっているんです。これはやはり変更ではないでしょうか。

野田 変更でしょうね。期間についてはわかりました。ないというので決まった以上、あると言うと変更になるでしょうね。

奥田 もし異なる合意というのを、締結の過程として就労後も含めて広く捉えたとすると、変更にはならないのでしょうか。この判決では、契約締結時の合意で内容が確定しているから変更になっているのだと思います。

野田 まあ、それでいいと思いますね。あえて強弁するとすれば、契約締結過程の中で、最終的に労働条件通知書の段階で契約が成立したと考えている途中の過程で、面接のときに適当なことを言っているという理屈になるのかもしれない。ただ、何も言っていないというのが若干気になる。だから3月1日の段階では、明確かどうかはともかくとして有期だということを言ったわけじゃないですか。それで、求人票ではあくまでも申し込みの誘引にすぎないから、契約的には何の意味もないという考え方を通すとすれば、1月17日の段階でも、面接の段階でも、何も決まっていなくてもいいかもしれないですね。そうす

ると変更ではない。変更と言うのは、何か技術的な気がしてしょうがない。

奥田 私は逆に、そこが非常にすっきり理解できました。

野田 なるほどね。ただ、本来はしかし、この就労はパートで入っているから。何か予備的な感じですよ。本人が前の仕事をやめられなかったとか、そういう事情だったのかな。

奥田 その段階では、パートという違う条件で働くことになったので、とりあえずは前職をやめなかったのですが、少なくとも3月1日からは本来の形態で働いているので、あまり影響はしないと思います。ただ、先ほど先生がおっしゃったように、定年制について「まだ決めていない」というのをどう考えるかは、解釈が違ってくるかもしれないですね。

野田 そうですね。ただ、仕事を始めた後はすべて変更だというのは、ちょっと面白くて反対する自信はないけれども、仕事を始めていても契約の締結過程ということが、理屈としてはあるような気がしません？ だから、一般論として、成立と変更というのをどういう時点で考えたらいいかですよ。成立と変更は、どうでもいいような気がするけれども、法的には労契法7条と、8条から10条の違いの問題ですから。

実際には、申し込みの誘引の本来の理論を、労働法的にモディファイしているような気がします。

奥田 それはそうですね。

野田 申し込みの誘引というのは、契約の内容には何も立ち入らない。ショーウィンドーに値札を下げているというようなものですよ。契約の中身には何の意味もないものだとして考えるべきだから、その後、あまり決まらなくなると、申し込みの誘引だったことが急に申し込みの内容になるというのは、多分ちょっとモディファイしているような。

奥田 私は、モディファイされたものだとして理解しているんです。少なくとも「異なる合意がなければ」というのが裁判例の流れだと思っていて、それが特におかしいと思わないんです。ですから、この結論でも全然おかしくないんですけど、

ただその出発点が違くと。先生がおっしゃるのは、契約の締結過程をある程度、長いスパンで考えていくと、変更という捉え方に違和感が出てくるということでしょうか。

野田 だから、逆に契約が成立する前の段階の交渉過程も含めて契約の成立過程として考えるならば、つまり単なる申し込みの誘引と言わないのであるならば、そういうものも考慮しつつ、全体として長期的間に契約が成立するということはあると思うんです。それで、しばしば言われているように、現代社会で問題になる契約の成立からすると、むしろそっちのほう普通の姿だと。例えば、土地の売買などで、半年もかけて売却の説得にかかって、土地持ちの高齢者に別の便利なところへの住み替えを提案して、代替地を提示することで、だんだん気持ちが変わって、手付金などを払って売却に至るといって、そういう全過程を見ていくということで契約の内容が確定的になるなどと言いますよね。ところが、労働法で言うならば、コーサーールイー事件（福岡高判平23・3・10 労判1020号82頁）のように、入社承諾書まで提出していたのに、内定式の2日前の9月29日付の採用内々定取消通知であっても、機械的に契約が成立していなかったと言い切られる。そういうことを考えると、契約の成立というのは個別事情に即して、過程として見ていかないといけない気がするわけです。そうでないと、実態に合わないような気がするんですね。そういうふうに、求人票というのは本来申し込みの誘引にすぎないのに、それ以上の効力を付与する考え方も、多分、方向としては同じ議論をしているのだらうと思うんですけどね。

奥田 理屈としてどう整理するかですね。

野田 そうですね。だから、言葉の問題として、変更になるのか、それとも成立の一部なのかという理屈でしょうね。結論としてはいいんですよ。まあ、変更の問題ではなくても、意思表示一般の問題として、真正な、自由な意思に基づいてというのはありますから。

奥田 新たな合意と考えられるかどうかはあり得ますけど。先ほど先生がおっしゃった労契法7条、10条ということ言えば、やはり変更だと

判断は厳しくなりますよね。

野田 そうですね。

奥田 この事案で言えば、64歳のXが、定年がないと言われて前職を辞めてYに入って、就労を始めてから65歳定年だなんて言われたら、それは条件が違うということになるので、そのあたりも考慮されていると思います。

野田 だけど、昔の、先ほど言われた求人票のケースなどは、全部、信義則で、成立過程の問題として考えるから。まだ成立していないから、変更と言わずに信義則でやっていますよね。だから、本来はそれでもよかったような気がする。

奥田 それは今もそうではないでしょうか。この事案は、求人票自体からの変更ではないですから。

野田 でも、これも信義則でいけない？

奥田 いけるでしょうか。労働条件はもう少しクリアにしたほうがいいと思うので、この理屈でいいような気がするんですが。

野田 変更ね。いや、別に、すごく反対するわけではないんです。変更というのが当事者意思に合っているのかどうかということが気になる。使用者としては、どの段階で変更したのか。むしろ初めからうそをついていたのかもしれないですね。

奥田 うそではないかもしれませんが、最初のところで触れたように、とにかく人をたくさん集めたいからと言われていたのです。

野田 そうでしょうか？

奥田 だからいい条件を出したという心証を持たれたかもしれないですね。

野田 そう、そう。だから、使用者としては初めから、真意は定年制をつけるつもりでいたし、有期であるつもりでいた。社労士もそういうふう言うわけだし。だから、本当は変更していないような気がするんですね。もちろん、変更と評価するというのは別ですよ。法的評価はまた別けれども。だから、そういう意味で、変更という処理が実態に合っているのかなという疑問がね。やっぱりずっと迷ったりして。

奥田 でも、一旦決めているわけですから、変更と捉えてもおかしくないと思いますが。

野田 だけど、この使用者に対する批判の仕方として、それは信義に反するだろうと言うほうがストレートでしょう？ 変更したけども、それは合理的ではないというより。

奥田 わかりやすいのはそうですね。

野田 ストレートではないような気がするのね。技術的な。

奥田 定年制なしで期間なしと言っておいて、こういうふうに変えるのはということですね。

野田 それは信義に反するでしょう？と言いたいところがある。契約締結過程でね。

奥田 そちらでも根拠づけられるということですね。

野田 そう、そう。根拠づけられると思う。これはいろんな議論を生む、おもしろい事案ではあります。

## 2. 整理解雇の人選基準 (病気休職の客室乗務員)

——日本航空 (客室乗務員) 事件 (大阪高判平 28・3・24 労判 1167 号)

### —— 事案と判旨 ——

#### 事実の概要

控訴人 (被告) Y は航空会社で、被控訴人 (原告) X は、Y に勤務する客室乗務員であったところ、平成 21 年頃から皮膚が赤くなるようになり、同 22 年 3 月頃は年休を取得しながら勤務を続け、同年 4 月に「顔面酒さ及び接触皮膚炎」と診断された。同年 5 月には乗客と接することが困難なほどに病状が悪化したため、「22 年 5 月 17 日から 10 月 18 日まで」病気欠勤をして同月 19 日に乗務復帰した。

Y は同年 1 月に会社更生手続開始決定を受け、大幅な人員削減等を内容とする更生計画案に基づき、同年 8 月から希望退職を幾度か実施したものの、目標数に達しなかった。そこで同年 9 月 27 日、選定基準を公表した。同基準案では、①同年 8 月 31 日 (基準日) の時点で休職中の者、②同年度に病気欠勤日数が 41 日ある者、休職期間が 2 カ月以上ある者、その他、過去一定日数以上の休職や病気欠勤がある者、③人事考課が一定基準以下の者、④年齢の高い者とした。

その後、労働組合との交渉の場で受けた指摘を踏まえ、①と②の基準につき、同年 11 月 15 日に、基準日を 9 月 27 日へ移行し、かつ、18 年 10 月 1 日から 20 年 3 月 31 日まで連続して 1 カ月を超える病気欠勤ないし休職がなかった者は対象外とする旨の基準を加えた。

X は上記①②の基準により、被解雇者に選定された。そこで、この整理解雇は無効であると主張して、地位確認請求。

原審 (大阪地判平成 27・1・28 労判 1126 号 58 頁) は、被解雇者の選定基準①、②、④については、合理性があるとして、その基準をどの時点で判断するかについては、「年月の経過により、労働者の心身の状態・能力等が変化することからすれば、……直近の期間をもって、推測の根拠とすることが合理的」との判断の下で、「復帰日基準を追加しながら、その基準日を、同基準を提示した平成 22 年 11 月 15 日ではなく、当初の人選基準案を提示した同年 9 月 27 日に遡らせた点において、同月 1 日から同月 27 日までに復職した労働者が本件整理解雇を免れることと比較した場合に、……同年 11 月 15 日までに復職できている点は同じであるにもかかわらず、同年 9 月 28 日から同年 11 月 15 日までに復職した者が依然本件整理解雇の対象者とされることになり、その余の点を判断するまでもなく不合理といわざるを得ない」と判示して、請求を認容した。Y が控訴。

【判旨】 控訴認容 (※人選基準の合理性についてのみ)

(1) 「整理解雇とは、企業が経営上必要とされる人員削減のために行う解雇であり、使用者の経営上の理由による解雇である。したがって、更生手続開始決定を受け、将来に向けて事業再生をする必要のある控訴人が、整理解雇の人選基準を設けるに当たって、将来の貢献度に着目し、特に、控訴人が再生していく過程にある至近の 2 ないし 3 年間に、どれだけの貢献が期待できるかという点を重視し、人選基準を設けたことは、合理的である。」

(2) 「使用者と労働者間の労働契約において、労働契約の本旨に従った労務の提供をすることが労働者の基本的な義務であること、そのような労務の提供をすることが、貢献があったと評価するための前提として必要であると考えられることからすれば、過去の貢献度を評価するに当たって、「過去の一定期間において病気欠勤や休職により相当日数労務の提供ができない欠勤期間があった」との事実の有無を重視することは、合理性を有するといふべきである。

そうすると、過去の一定期間に病気欠勤や休職により相当日数労務の提供ができない欠勤期間があった者は、そのような病気欠勤や休職をしないで勤務を行ってきた者との対比において、控訴人に対する過去の貢献度が低いないし劣後すると評価することは、合理的である。

そして、将来の貢献度を過去の貢献度によって推測・判断することは合理性を有するところ、病欠・休職等基準が、対象期間につき平成 20 年度ないし同 22 年度の直近の 2 年 5 カ月とする点は、……対象期間につき直近の 2、3 年の期間とすることが将来貢献度の推測の精度を高めることになるから、上記のとおり直近の 2 年 5 カ月としたことは合理的である。」

(3) 「しかしながら、整理解雇における人選基準の設定は、一定の人員削減が必要な前提において、解雇対象者を選定するため、企業貢献度等について比較し相対評価をするものであって、解雇対象者の非を問うものではない。そして、病欠・休職等基準に該当する者については、過去の一定期間におい

て病気欠勤や休職により相当日数労務の提供ができない欠務期間があった者であるから、そのような病気欠勤や休職をしないで勤務を行ってきた者との対比において、控訴人に対する過去の貢献度及び将来の想定貢献度が低いし劣後すると評価することが合理的であることは、前記(イ)で説示したとおりであり、控訴人が、休業・休職の制度を設け、休むことを制度として保障していること(上記〔1〕)や、控訴人においては、病気欠勤等をした場合における賃金・手当付加金の支給に関し、法定の制度に加重した手厚い労働者保護がなされていたこと(上記〔2〕)は、上記の貢献度の評価とは別個の事柄であるから、上記評価の合理性を否定する根拠となるものではない。」

野田 次は、私のほうから日本航空事件ですが、議論のポイントを絞っています。

ここでは、整理解雇4基準の「人選基準の合理性」の問題だけを取り上げています。判旨は、(1)(2)(3)と分けていますが、(1)では、将来の貢献度というものに注目して、控訴人が再生していく過程にある至近の2ないし3年間にどれだけの貢献をしたかということの問題にすると。つまり、会社更生手続は2、3年ですので、本件をあくまでも会社更生手続計画のもとでの整理解雇の特殊事情として、限定的な射程で読んでもいいのかと思います。

それで、たしかにそういう限定から出発しているのですけれども、引用している部分だけを見ていただいてもわかるように、議論がだんだん広がって行って、単に、そうした限定的な射程、つまり会社更生手続計画のもとにあるという限定的な射程での将来の貢献度の評価で出発していながら、途中から何か整理解雇一般の人選基準の問題にどうも変わってきているように見えます。これは非常に気になることです。そういうことで、貢献度を重視することは合理的であるというのは、一般論の枠組みのようにもみえる。それで、その枠組み中に病気欠勤についての判断を入れているような気もしないではない。そのために、この整理解雇の人選基準というのは、会社更生手続のもとにあるがなかろうが、企業の人員削減をして、企業の活性化を図る。企業の営業利益の向上を図るという点では同じですから。会社更生手

続の手続計画のもとにあるというのは、必ずしも決定的なものではないとも読めますね。ですから、この辺をどこまで会社更生手続計画のもとにあるとして限定的に読むのかは、不可解の印象を受けます。

次が、中心問題です。過去における病気欠勤とか休職の取得の問題です。過去における一定日数の取得または基準日での取得を、整理解雇の人選基準にするということの合理性は、これは問題かもしれない。人選基準一般の問題として、過去の病気休職・欠勤があったという事実を基準に挙げて良いのか。判決は、過去に病気欠勤・休職があったということは、過去2年間に企業貢献度が低かったのだから、今後の直近の2、3年後の将来の貢献度も低だろうという理屈です。それで、それは合理的といえるかということなんです。

この基準は、企業貢献度の名において、すでに治癒した病歴を理由とする優先解雇を承認するよう見える。なお、この原告の方は、基準が変わって現に休んでいた時期になったから、事情は異なりますが。ということは、治癒した病歴を理由として優先解雇を承認するに等しいのではない。これは、見ようによっては障害者差別につながるような気がいたします。アメリカにADA(障害を持つアメリカ人法)という法律がありまして、それについての、障害の概念を非常に細かに定められています(畑井清隆「障害を持つアメリカ人法の差別禁止法としての特徴」日本労働研究雑誌578号(2008年)53頁)。同法には、「障害の定義」とい規定がありますね。ADAは、他の差別禁止法と異なり、禁止される差別理由の定義規定を置いています。それで、次のように定義されています。1つは、障害という用語というのは、A項では、「その個人の主要な生活活動の1以上を実質的に制限する身体的または精神的損傷」。そして、問題はB項・C項です。B項では、「そのような損傷の記録」、またはC項として、「そのような損傷を持っているとみなされていること」との定めです。これらも障害としてカウントし、これを理由とする差別も障害差別になる。つまり、B項における障害とは、A項の障害を過去において持つ

ていた、あるいはA項の障害を持つと誤って分類されたということを示す記録でもある。「記録に基づく障害」というそうです。以前ががん患者であった個人、あるいは学習障害者であると誤って分類された個人が、障害に関する履歴または誤った分類に基づく差別から保護されるべきだと。そういうことが意図されているようです。

この基準によれば、本件事案の人選基準は、その意味では差別そのものではないかと思ってしまうですね。過去に病気欠勤または休職をした事実について、本判決は、これをむしろ積極的に利用して、合理性を認めようという議論に思われてきます。

しかし、ADAの障害者概念というのは、日本では無視していいのだということに到底言えないはずですね。企業貢献度、すなわち過去において病気していた者は、今後も病気するだろうから企業貢献度が低いというというのは、やはり障害者差別の禁止という公序理念が切り崩されることになるのではないかと思います。日本では、病気休暇・休職というものがこういう形で、病気休暇をとると整理解雇の優先順位が高くなるということに作用し、そうでなくても人事考課において悪影響を及ぼすことが懸念されていて、制度の利用が進まない。できるだけ病気を隠して、年休をとってやり過ごすという風習にもつながる。

その結果、(3)ですけれども、病気休暇制度の保障というものも、企業貢献度によって下位規範化され、規範として尊重されない。病気休暇というのは単なる欠勤ではなくて、あるいは契約上は債務不履行というのではなくて、就業規則において制度として保障された病気欠勤なり休職であるわけで、この取得を理由に不利益取り扱いが許容されるとするならば、制度の保障が無意味化してくるのではないかと危惧されます。

なお、別の観点からすると、これは争点になっていないのですけれども、この人の疾病というのは、働けるんですよね。ただ、顔面が赤くなるというので、客室乗務員としては不適だということにすぎない。そのために休職したということになります。そうすると、休職の原因の一端というのは業務にもあるわけですよね。業務が違えば働き続け

られた。例えばデスクワークならば勤務も可能だったわけですし、望むらくは、労働者のほうから職種変更を申し出ることができるという制度も、積極的に考えていかなければならないという気もいたします。

奥田 整理解雇の人選基準という点で指摘されたところは、全く異論はありません。会社更生手続下であれ、整理解雇というのは危うくなった会社を立て直すための手段ですから、将来に貢献してくれる人にこしたことはないのしょうけれども、それが人選基準になるのかどうかということ、極めて抽象的ですよ。そもそも将来の貢献という抽象的な基準自体の合理性に疑問が生じます。それから、抽象的なものをはかるために具体的なものが出てきているのですけど、病気休職については、私も、先生がおっしゃるように、制度として保障されていて通常であれば解雇理由にならないような病気休職の期間が将来の貢献度にも反映するということが、あまりにもすらすらと言われているんですね。この間に貢献度が低かったから将来も低いということが何の根拠もなしに言われているので、人選基準の合理性を肯定するには理由が不足していると思いますし、その点は全く同感です。

さらに、もう1つ問題だと思ったのは、仮にその基準が合理的だとしても、追加基準を適用して、期間を限定して、特定の人は外れて特定の人は入ってくるというように、基準の運用自体も不公正ですよ。

野田 そうですね。

奥田 原審では問題になったのですけれども、そこところが必ずしも説得的に説明されていないですよ。ですから、不公正な適用がされているという点でも、人選基準という要件から見れば解雇の有効性が否定され得るケースだと思いました。

それから先ほど、会社更生手続下であるということが影響するかどうかということに言及されたと思うのですが、解雇回避の手段などであれば影響することもあると思うのですが、人選基準への影響は少し考えにくいと思います。

野田 なるほどね。人選基準は相対的にどこで

線を引くかの問題だから、別にこんなことを入れなくても、どこかでもっと合理的な方法で考えるべきだということですね。

奥田 ただ、整理解雇の人選基準というのは何が合理的なのかということをあえて考えてみると、やはり難しいですね。少し一般論として考えてみると、法令違反や抽象的な基準はだめだと言われてきて、明らかに不合理なものはだめだと言われても、何が合理的かというのは当事者が選択できるというのが通用してきたように思います。だから、相反するような基準であってもどちらも合理的と言えるなどということで、合理性の議論の積み重ねはあまりなかったと思います。外国法の知見などは紹介されてきましたが。

野田 そうですね。昨年の日本労働法学会のときに、名城大学の柳澤さんが、面白い指標を立てて分析されていました（柳澤武「雇用終了における人選基準法理——なぜ私なのか？」日本労働法学会誌 131号（2018年）51頁）。それにしても、たしかに議論されてこなかったし、判例も明確に打ち出していないですね。

奥田 そうですね。この間の（柳澤さんの）報告などからあらためて議論していかないと、同じような問題は起きてきますね。かといって、考えてもなかなか答えは出ないのですけれども。

野田 例えば人事考課などはあるし、それから、先ほどの、年齢の高い者という基準は、この事案だけではなくて、同じ整理解雇のパイロットの事案（日本航空（運航乗務員整理解雇）事件・東京高判平26・6・5労経速2223号3頁）でも、合理性が認められている。いろいろ問題はあっても、相対的に給料が高いということは、まさしく会社更生の目的からするならば、ほかのことが同じなら、高い人は早くやめてもらうほうがいいわけですし、そういうことで一定の合理性はあると思うのですけれども、まあ、会社も困ったのでしょね。それ以上何を基準にするかということですね。

奥田 そうですね。

野田 とは思いますけれども。ちょっと時期がずれるけれども、今、働き方改革の実行計画の中では、病気を抱えながらできるだけ働いていける

ようにしましょうと奨励しており、そういう中であって、病気休暇、病気欠勤というのがマイナスに作用するというのは、ほんとうに時代逆行的だと思います。

根本を言うならば、病気休暇というものの契約論的な位置づけがないからですよ。諸外国では、この制度が様々に確立しているのに、にもかかわらず、日本だけは病気休暇というのがいまだに福利厚生のような発想がある。だから、この部分を人事基準にして首をはねていくのは別に構わないだろうというのが、裁判官の頭の中にも。企業の頭の中にも。

奥田 あるのかもしれないですね。何か、取ってつけたように、「解雇対象者の非を問うものではない」と言っていますけど、結局はマイナス評価しているわけですからね。

野田 そう。もちろん非を問うものではなくて、順番をつけるのですけど、その順番の基準が問題だということですよ。

奥田 将来の貢献度が低いと言っているわけですから、非ではないとしてもマイナス評価に変わりはないですよ。

野田 ほんとうですね。取ってつけたみたいですね。これは問題視しておきましょう。将来に禍根を残す判決だということですね。

奥田 そうですね。でも、先ほどおっしゃったように、こういう制度自体の利用を抑制しますよね。

野田 抑制することになると思いますね。だから、今のところ、病気休暇では権利行使の抑制という理論が出てこないですけども、同じことですよ。今のところ、年休も、産前産後休業も育休も、それから生理休暇も、すべて判例がありますね。全部、最高裁の判決で、権利行使の抑制という判断がある。おっしゃるように、権利行使の抑制理論につながりますね。

奥田 そういうことで言うと、休職制度を利用したことによって、ここで不利益な扱いを受けているというようなことにもなりますね。

野田 なるほどね。それはおもしろい指摘ですね。さて、これぐらいにしておきますかね。



### 3. 職種限定合意と配転命令の有効性——ジブラルタ生命（旧エジソン生命）事件（名古屋高判平29・3・9 労判1159号16頁）

#### 事案と判旨

##### 事実の概要

(1) X（控訴人）は、平成22年8月1日にZに雇用され、ソリューションプロバイダーリーダー（SPL）として勤務していた。Zでは、同年4月頃、生命保険の直販モデルを持つASP事業部の新設に伴ってSP支社をA地域などに発足させ、営業専門職であるSP（ソリューションプロバイダー）の育成指導を行う管理職として、SPM（ソリューションプロバイダーマネージャー）およびその配下のSPLを募集した。XはZのSPMに採用が内定していた知人GからSPLへの勧誘を受け、面談等の後に採用されてASP事業部ASP支社に配属された。

Zへの入社にあたりXに交付された入社のしおりや雇用契約書には、従事すべき業務内容として、保険契約の募集、保全業務及びこれに付随する一切の業務とする文言があったほか、SPLにも適用されるSP社員就業規則には、業務上の都合により配転等を命じることがあり、正当な理由がない限りこれを拒むことができない旨の規定があった。なお、Xが入社後に自ら生命保険の募集や営業活動を直接行ったことはなかった。

(2) 平成24年1月1日をもって、YがZを吸収合併することが決定され、これに伴ってZのASP事業部ならびに同部特有の職種であったSPM、SPLおよびSPが廃止されることになった。この決定を受けてZはSPLであった者に対し、Yにおいて、いずれかの職種への移行を予定し、平成23年7月に説明会等を開催した。

Xは、その後同年8月に面談を行って説明を受けるなどしたが、職種変更には納得せず、また職種変更しなればならない理由が明示されていないことから、希望の職種を回答しなかった。その後の面談でもXは、会社の対応が変わらないことから①や②へのエントリーは考えられないと回答した。これを受けてYは、③への移行を希望する場合には申出を行うこと、申出がなければ④として業務を行ってもらうことを通知した。Xが期限までに③への移行を申し出なかったことから、合併以降はLCとして東海エリアの支部に配属された。

配属後、Xが営業活動に従事しなかったこと等から、YはXを平成24年6月20日付で懲戒解雇した。これに対し、Xは、本件懲戒解雇は無効であると主張して、労働契約上の権利を有する地位にあることの確認等を求めて提訴した。原審（名古屋地判平27・10・22）は請求を棄却した。

【判旨】 控訴審は請求認容。職種限定合意の有無の判断に相違

#### (1) 職種限定合意の有無について

「X（原告・控訴人）は、Zの作成した多数勧誘資料や多数回にわたる採用担当者との面談を通じて、ZにおけるASP事業部新設のビジョンに共鳴し、自らの保険営業の経験や知識、人材育成業における講師業務等のキャリアを生かし、新しい営業専門職としてのSPを採用育成する業務に就くことを特に希望して、ZのSPL候補者に応募し、即戦力として特別採用されたものであって、Xのこのような入社への動機や、キャリアに基づく採用育成業務に対する適性については、採用に至る過程において、一旦は応募を辞退したり、SPとしての応募の勧めを断ったりしたことや、数次にわたる面談、面接を通じて、……採用権限のある者らにおいても、直接又は間接に把握していたものと認められる。もとより、SPL規定においても、SPLの職務は上司であるSPMの配下にあつてこれを補佐し、SPを配下に置く自らの組織単位であるユニットの組織拡充及び育成指導をすることや配下の社員を管理すること等であることが明記されているところであつて、また、Xは、特別採用のSPLとして、初期の2年間は営業活動の有無等にかかわらず固定給が保証されていたものである。加えて、Xは、実際、Zへの入社後も、SPの採用育成活動を中心とした業務を行っており、自ら保険販売等の営業活動を行ったことはなく、これを命じられたこともなかった。以上の諸事情から総合的に判断すれば、XとZとの労働契約においては、少なくとも固定給の保証された入社後2年程度の間は、Xの職種をSPLに限定し、その業務内容としては、SPの採用育成及びユニットの運営等に限定されており、直接的な営業活動を行うことは義務的な業務とはされていないものと認められ、その限度での職種限定合意は存在したものとすることができる。」

#### (2) 配転命令の有無とその効力について

「XがZに入社した後、Zは、本件合併により消滅してこれをYが承継することとなったものであるところ、経営統合における必要性から、ASP事業部を廃止するのに伴いSPLの職種自体も廃止することは許容されるとしても、……Xには、Zにおいて、一定期間の職種限定（SPの採用育成等のSPLとしての業務）と一定の範囲の職場限定（A近辺）の合意が適用されていたものと解される上、マスコミで取上げられるなどして鳴り物入りで導入したASP事業部を、その成果を検証する間もないほど短期間のわずか2年足らずで廃止し、Xがそのビジョンに共鳴し特別採用に応募して入社したばかりの時期にSPLの職種自体を廃止するというのであるから、Z及びYとしては、Xの意向を十分に聴取し、また、Xと十分協議しつつ、可能な限り従前のSPLの業務と同等かそれに近い職種や職場に移行することができるよう丁寧で誠実な対応をすることが信義則上求められるというべきである。」

「しかるところ、……Z及びYが移行すべき職種として提示したのは4職種のみであり、そのうちの営業管理職系の〔1〕チーフトレーナー及び〔2〕営業所長は、職種としてはSPL

に近く、待遇としても遜色ないものとはいえるが、全国異動が伴う職種であって、この点で、当時のXにとって家庭の事情により応じ難かった上、応募採用の基準が明確とはいえず、これらの職種に必ず移行できるものともいい難かったし、営業社員系の〔3〕シニアパートナーは、SPLに比べて部下の人数に限りがある上、自らも保険営業活動を直接行う必要があり、〔4〕営業社員（LC）に至っては、最もXの意に沿わないことが明らかな職種であり、SPLとLCの収入を現実において比較すれば、格段の減収となることも明らかでもあるから、たとえ固定報酬の保証期間の延長や、不確定的な報酬のシミュレーションを事細かに書面で提示し説明してみたところで、Xにとって上記4職種のいずれかへの移行については、俄に信じられるものではなく、しかも、〔1〕ないし〔3〕の職種を一定の時期までに希望しなければ、〔4〕を選択したことにさせられるという提示の仕方は、あまりにも配慮を欠く職種の定め方といわざるを得ないところである。したがって、Xがこれら4職種のいずれへの移行も希望せず、自らの意見としてASP事業部の存続を望む態度を示したことはやむを得ないというべきである。」

「Z及びYとしては、上記4職種を提示しただけでこれに異を唱えずに応じる者についてはともかく、Xのようにこれに信じられない者に対しては、まずASP事業部の廃止が避けられない事情を十分に説明し、更にチーフトレーナー又は営業所長への移行とせめてA近辺（愛知、岐阜、三重など）の範囲に限った異動の可能性を提示するなど、4職種のうちの一部の労働条件を変容させたり、あるいは、営業部門以外の部署（例えば、人事部門、総務部門など）への配置換えを選択肢として示し又は勧めたりするように柔軟かつきめ細かな対応をすることは、その企業規模からして十分可能であったというべきであるにもかかわらず、少なくともXに対してはそのような対応は一切していない。」

「以上述べたところによれば、Yは、職種及び職場限定の合意があって、上記〔1〕ないし〔3〕の職種への移行に応じられず、応じないことが許容されるXに対し、その他の選択肢を一切示さないうまま、Xをしてその最も意に沿わない職種であって、かつ、待遇面でも明らかに不利益となることが明白な〔4〕のLCとして取り扱ったことは、正当な理由のない配転命令がなされたものというべきであって、しかも、管理職から一般社員への懲罰的な降格人事とも解されるから、人事権の濫用として無効であるといわざるを得ない。」

※本件懲戒解雇の有効性については略

奥田 では、次に私のほうから、ジブラルタ生命（旧エジソン生命）事件を取り上げます。中身自体はかなり複雑なのですが、要点だけを絞って述べていきますと、ここでは、職種限定の合意の有無ということと、配転命令の効力という

ことが論点になった事案です。原告のXは、もともとAに採用されたのですが、新たな事業部を新設するに当たってソリューションプロバイダリーダー（SPL）という職種に就くために勧誘されて、面談を経て採用されたという、特殊な採用過程を経てきたんです。ところが、Aに採用されて間もないころに、AがYに合併されて、もともと新設されたはずの事業部自体がなくなるわけです。それに伴って、Xの職種自体もなくなるということで、4つの職の中から選択するようにと打診を受けます。チーフトレーナー、営業所長、シニアパートナー、一番最後が営業社員という4つの可能性が示されます。しかしXは、Aの事業部の新設に伴ってSPLの職種ということで入っているので、かなり抵抗があってどれも選ばなかったんです。結果的に、4つめの営業社員に配置転換されることになります。そこで、SPLという職種限定の合意、営業社員への配転命令の効力が争われました。

この判決の特色ということで見ていきますと、先ほど申し上げたように、職種限定の合意がまず問題になりました。個別事案としての特殊性はあるのですが、原審が採用のときの書面などに重きを置く形で職種限定の合意を否定したのに対して、控訴審は採用の経緯を詳細に検討して、職種限定の合意を認めたというところに1つの特色があります。それと、配転命令の効力に関する判断のところで、職種が廃止される場合の対応として、使用者に信義則上の配慮というものを要請して、丁寧な説明や対応ということをかなり具体的な内容に立ち入って述べた上で、結論として、それがなされていないことを理由に配転命令を人事権の濫用で無効と判断している。そのあたりに特色があると思います。

ただ、この判決について一番異論が残るのは、職種限定の合意についての判断から配転命令の効力についての判断への流れの部分なので、そこも含めて述べていきたいと思っています。

先ほど申し上げたように、職種限定の合意に関しては、原審は、採用時の文書や規程の文言を一般的に適用する形で職種限定の合意を否定しました。ところが高裁は、採用経緯を詳細に検討して

限定合意を認めました。配置転換に関しては、従来から、いわゆる日本的雇用慣行とか解雇法理との関係で内的柔軟性ということが強調されて、職種限定の合意はなかなか認められないという傾向があったと思うので、そういう点で言うと、綿密に検討してそれを認めた重要な1ケースだと思えますし、配転の可能性を示すような文書があったにもかかわらず、その内容が適用されるかどうかを綿密に判断して、それとは異なる個別合意を探求したという点では重要な判断だと思います。

ただ、次の論点が、配転命令の人事権濫用というところに飛ぶんです。職種限定の合意を認めたにもかかわらず、職種限定の合意がある場合でも配転命令の可能性という視角から検討して人事権濫用で無効というのには大いに異論があります。言うまでもなくですが、職種限定の合意があれば、その合意の範囲を超えた契約上の配転命令権はないはずですよ。私は以前、ある雑誌(労働法律旬報1662号)の巻頭言で述べたことがあるのですが、東京海上日動火災保険事件の判決(東京地判平19・3・26 労判941号33頁)がそういう理屈を述べていました。職種限定の合意を認めながら、それでも一切変えられないというのは非現実的だから正当な理由があればよいというようなことを言っていたので、それに対する批判を書いたのですが、この判決も同じような流れなんです。職種限定の合意は裁判例の中でもなかなか認められにくいけれども、本件の高裁判決は認めている。ですから、配転の可能性が限定されているにもかかわらず、合理性とか正当な理由というのを介して配転命令が有効になる可能性が残っているかのような判断枠組みを示すのは、疑問どころか大いに異論があります。この場合、変更解約告知や解雇の問題になってしまいますが、その原則は崩すべきではないと思います。

では、とりあえずそこは措くとして、次に、配転命令を人事権の濫用で無効とした部分を見てみます。ここでは、配転に当たっての使用者の説明義務というのを一般論として述べるだけではなく、例えばこういうことをすべきだという具体的な内容にまで踏み込んで指摘して、それが不備であることから人事権の濫用と述べている点が注目

されると思います。労契法に規定された説明や内容理解という流れから考えても、注目しておくべき点だと思います。もっとも、うがった見方をすれば、職種限定のケースを人事権濫用として扱ったことの裏返しかなというふうな気もしますけれども。

野田 今回の議論はどちらのほうですか。一番最後の。

奥田 2つの論点の流れのところですか。論点それぞれに関しては、判決内容について評価すべき点はあるのですが、その2つの論点がつながること自体が一番の問題だと思います。

野田 なるほど。私もよく似た印象ですね。まず職種限定について、かなり以前ですが、「21世紀の労働法」講座にも書いたんですけど、あの当時の最高裁の判決は、ほんとうに職種限定に否定的でした。日産自動車村山工場事件(最一小判平成元・12・7 労判554号6頁)もそうだったし、特に九州朝日放送事件(最一小判10・9・10 労判757号20頁)ですね。あれは、アナウンサーの試験を受けて入って、24年間ずっとアナウンサー業務に従事していた場合でも、それ以外の「職種には一切就かせないという趣旨の職種限定の合意」はないということで、職種限定を否定するんですね。就業規則には配転可能だと書いているだろうという、ひどい理論も立てている。

この点は高裁判決(福岡高判平8・7・30 労判757号21頁)が言っているんですけど、そのまま最高裁は容認しました。今で言えば7条のただし書きの職種限定の合意と解すれば、解釈上も何の問題もないのに、就業規則を文言のまま適用してしまった。僕は論文で、これは歴史に刻まれるべき「世紀末のアナクロニズム」だと、悪口を書きました。そういうぐらい、徹底的に職種限定を認めない立場だったのが、それが少しずつ崩れ出して、本件のような判断まで来たというのは、感慨深いと思いましたね。特に、高裁があえて職種限定の判断を積極的にやるというのはですね。

奥田 そうですね。

野田 それから今の、おっしゃるように、職種限定と言いながら、なお濫用の議論をするというのも、ほんとうにおかしな話で、ただ、例えばこ

れも以前の事案ですけれども、日本レストランシステム事件（大阪高判平17・1・25 労判890号27頁）というのがあります。この判決は、勤務地限定の合意を認めながら、つまり判決では「権利内容の点について判断するまでもなく、本件配転命令は無効である」と判示しながら、すぐその後、なぜか、「事案に鑑みて、この点についても検討する」と言って、配転命令権濫用の判断をする。これは一体どういうことか。意味がわからないですよ。

それで、そのとき思ったのは、職種限定とか勤務地限定の合意というのは、日本では非常に珍しかったから、限定合意だけの判断ではどうも落ち着かない。だから、やっぱり補足的に人事権濫用も判断しておかないと不安だと考えられたのかなと思います。だって、「事案に鑑みて」ですよ。何のことか、意味も何もわからない。だから、ほんとうにそれはおっしゃるように、そういうことをやっているという契約論が破綻するんですよ。

それから、最後のまさしく人事権濫用の説明義務の問題ですけど、何かちょっと、ここでこそばゆさを感じるんですよ。たしかに会社側の4種類の提示というのはすごく乱暴で、しかも選ばなかったら特定の選択肢を選んだとみなすやり方というのは、非常に尊大な態度であり、会社として固辞までしているのを迎え入れた人に対するやり方としては、おそらく信義に反するようなところがあります。けれども、丁寧に誠実な応対が必要だということで、かつ、おっしゃるように、具体的にあるべき対応まで述べて、それをあたかも規範のように考えるというのは、言いすぎのような気がします。やっぱり裁判所としては、間違いのないように人事権の濫用を言いたいということがあって、過剰に濫用めいたことを強調したいのかなという気がします。懲罰的な降格人事であったこと、それで十分だと思うんですよ。

ただ、今、奥田先生の話聞きながらちょっと思ったのですけれども、これが職種限定だとすると、場合によったら、1つの理屈として変更解約通知とか解雇に流れていきそうな気がしますね。

奥田 それでいいというか、そうでないとおかしいと思います。

野田 そうすると、今、奥田先生の批判の、人事権濫用がおかしいというのは、結論が逆になってしまうかもしれない。つまり、職種限定だったのだから、その職種がなくなったのだから、それはもうやめてもらわないとしようがないというような理屈に流れていく。

奥田 そうですね。そうなる可能性はありますね、職種自体がないので。でも、一方的な変更権や命令権を認めることに比べれば、変更解約告知や解雇の法理で考えるのが筋ではないかと思えます。結論としては認められない可能性もあります。

野田 なるほどね。一審判決は、でも職種限定と言わなかったから、また違うのか。

奥田 そうですね。職種限定自体を認めていません。一審の判決は、事実認定も違うのですけれども、配転の可能性が書かれているということはいくつかの書面から言っているだけなので、少し大ざっぱな判断だったように思いました。

野田 だから、契約限定、職種であれ何であれ契約解釈で限定だということになると、常に変更解約告知の問題との背中合わせになる議論も出てきますよね。それは覚悟しなければいけないという部分がありますね。

奥田 そうですね。私もそう考えています。

野田 だから、昔の判例ばかり持ち出して恐縮ですが、フォード自動車（日本）事件（東京高判昭59・3・30 労判437号41頁）というのがあって、それは職位を限定した契約であると判断しました。人事本部長として、ヘッドハンティングで連れてきた人なのですから、その部長の能力がないという場合には、下位の職位に配置換えをすることなく解雇しても、解雇権濫用にならないという判断でした。つまり、契約で職位を限定した契約なのだから、それ以下に落とすという理由もない。そのほうがむしろ自然な流れで、そこから先に解雇権濫用を入れると、ほんとうはもう、何か、職種限定の議論が無意味になりますね。

奥田 そうですね。

野田 それは理論としてどこかきちんとしておかないと、職種限定と権利濫用とのすみ分けははっきりさせないと、おかしい議論になる。

奥田 限定合意がなされているけれども、配転命令が人事権濫用に当たるかということ判断しているんですよね。だから、本来ないはずの権利の濫用になるんです。東京海上日動火災保険のケースでも、職種限定はされているけれども正当な理由があれば配転命令が有効になる場合があるというようなことを言っていたんです。それと同じ理屈ではないかと思います。

野田 でも、本件は直接的には解雇権はない事案ですか。解雇ではない。

奥田 解雇の話ではないです。最終的な懲戒解雇の話は別ですが。

野田 つまり職種限定をしていて、職種がなくなったので、解雇できる事案ではないんですか。

奥田 普通に考えればそうなるはずなのですが、解雇ということではなくて、営業社員への配転命令が人事権濫用で無効というところに流れているんです。つまり、本来だったら流れていくべき理屈は解雇のはずなのですけれども。前半と後半が、本来だったらつながらないはずのところがつながってしまっているということなんです。

野田 なるほど。解雇は関係ないんですね。人事権濫用と言うけれども、人事権はなかったというふうには。

奥田 ないはずなんです。

野田 ない人事権を濫用するということはある得ないということですね。さっきの日本レストランシステムの場合は、配転命令権がないのに配転命令権の濫用をしたと言っているから、同じことか。

奥田 でも、おかしな理屈ですよ。

野田 おかしな理屈ですね。なるほど。

奥田 前半と後半のそれぞれは結構綿密に判断していると思うんですけど、そこがつながるのかというのが一番の問題だと思います。

野田 そうすると、後半を言わずに、配転命令権がないと言えばよい。それで終わっていないわけでしょう。

奥田 そうなんです。後半にいつてしまっ、配転命令に丁寧で誠実な対応を求めているんです。

野田 だから、すぐ信義則に行ってしまうん

だ。やっぱり論理が抜けていますね。

#### 4. 妊娠通知後になされた解雇——ネギシ事件（東京高判平28・11・24 労判1145号130頁）

##### — 事案と判旨 —

##### 事実の概要

控訴人（被告）Yは、靴の製造、卸を手がける株式会社（ほぼ正社員12名、パート12名）であり、被控訴人（原告）Yは、平成23年7月1日、雇用契約を締結しYに入社した。Yの業務部門は、営業部門、検品部門、事務・経理部門、裁断部門に大別され、Xは、入社当時から営業部門に所属し、元請けとの取引に関し、営業部長のもとで、生地発注等の仕事を担当していた。

Xは、平成26年5月に妊娠が判明し、Y代表者は、同年6月にこれを認識した。

Yは、同年8月12日、Xに対し、同日付解雇予告通知書をもって、同年9月30日限りで解雇する旨の意思表示をした。同解雇予告通知書には、解雇理由として、社員就業規則40条3号（「協調性がなく、注意及び指導しても改善の見込みがないと認められるとき」）及び5号（「会社の社員としての適格性がなくと判断されるとき」）に該当する旨記載されている。

控訴審の認定では、Xは、早口できつい言い方をし、部長に対して大声で怒鳴ったり、パート職員に怒鳴ったりした事実が認められ、パートEについては、ストレスにより胃痛を起こすなどした。パートDについては精神的な苦痛から退職した。パートEは、Xに対する強い不安の念をYに訴えるなどした。

本件は、Xが、均等法9条3項違反、就業規則非該当その他を理由に、この解雇の意思表示は無効である旨主張し、雇用契約上の地位確認等を請求する事案である。

原審（東京地判平28・3・22 労判1158号140頁）は、Yが主張する、解雇原因となった事実（AおよびDの退職、Eの心身不調、Fの嫌悪感情、検査部門の従業員への対応）について、「被告が解雇理由として指摘する事実は、その事実が認められないか、あるいは、有効な解雇理由にならないものであるから、Xに対する注意・指導に関する被告の主張はその前提を欠く」と判断して、請求を認容した。

##### 【判旨】

(1) 「当裁判所は、本件解雇は有効であり、被控訴人は雇用契約上の地位を有するものではなく、また、本件解雇は被控訴人に対する不法行為を構成するものではなく、被控訴人の不法行為に基づく請求は理由がないものと判断する。」

(2) 「Xのこのような態度等は、単に職場の良好な人間関係を損なうという域を超えて、職場環境を著しく悪化させ、控訴人の業務にも支障を及ぼすものであるから、就業規則40

条3号にいう「協調性がなく、注意及び指導をしても改善の見込みがないと認められるとき」に該当するほか、同条5号にいう「会社の社員としての適格性がないと判断されるとき」に該当するものと認められる。」

「そうすると、被控訴人については、上記のとおり就業規則に定める解雇事由に該当し、しかも、本件解雇はやむを得ないものと認められるから、本件解雇につき客観的に合理的な理由がないとか、社会通念上も相当として是認できないとかいうことはできない。

したがって、本件解雇は、解雇権の濫用に当たるものではなく、有効であると認められる。」

(3) Xは、本件解雇は、妊娠中のXに対してされたものであり、また、Xの妊娠を理由とするものであり無効であると主張するが、

「上記認定のとおり、本件解雇は、就業規則に定める解雇事由に該当するためされたものであり、Xが妊娠したことを理由としてされたものではないことは明らかであるから、同条3項に違反するものではない。

そして、本件解雇は、妊娠中の被控訴人に対してされたものではあるが、上記認定のとおり、Xが妊娠したことを理由としてされたものではないことをYが証明したものと見えるから（なお、本件解雇の直前にBの妊娠が発覚したが、Bは以後も雇用が継続されており、控訴人が妊娠を理由として職員を解雇しようとしていたことは証拠上窺われない）、同条4項ただし書きにより、本件解雇が無効となるものではない。」

野田 次は、私のほうから、ネギシ事件をやります。

本件は、妊娠中の女性に対する解雇事件であり、一方で就業規則の解雇事由該当性に関わる解雇権濫用の問題と、他方で均等法9条3項および4項の問題とが交錯する、理論的に興味ある事案であります。

まず判旨(1)の解雇権濫用法理ですが、私たちが普通こういう場合論じるのは、いきなり解雇するのではなく、段階を踏んでおく必要があるという論理があります。注意喚起の措置もしないし、戒告等の処分も構ることなく、いきなり解雇をするというのは、小野リース事件（最三小判平22・5・25労判1018号5頁）のような例外的な場合でなければ、普通は認められないのではないかという気がします。だから、高裁判決でこのような逆転の判断がなされるのは、解雇事案として異例な判断という印象を受けます。妊娠中の解雇

であるということを抜きにしても、異例な判断と言うことができる。

あえて考えるならば、被告会社が十数名の零細企業であり、そういう場合には解雇権濫用が成立しにくいということが言われます。それから、もう一つは、やっぱり原告が中国籍であることから来る、一種の文化摩擦があることも指摘できます。しかし、そこに文化摩擦があって、コミュニケーションの問題として、非常に強い言葉で、場合によっては空気を読まない、上司に対して付度もしないからといって、それを理由に就業規則を適用できるとなると、やはり簡単には賛成できないかなという気はします。外国人の雇用を通じて、まさしく文化的なダイバーシティ効果を考えて、それが企業の成長に役立つのだというのが、本来あるべき考えだと思うのに、結果としてコミュニケーションの問題を、簡単に就業規則に該当すると言っていいのかどうかというのは考えなければいけない。一審と控訴審の間の、事実認定のあまりに大きなギャップを、見ていかないとはいけないかなと思います。

同じように、育児休業中の女性に対して、同人の上司等に対する攻撃的言動を理由とする解雇の事件として、シュプリング・ジャパン事件（東京地判平29・7・3労判1178号70頁）というのがあります。こっちのほうは、むしろ外国の会社の中で日本人が勤務しているということですが、やっぱり同じように、上司等に対する攻撃的な、それこそ空気を読まない感じで、言うべきことは言うというタイプの人です。この判決では、均等法9条3項を根拠にした主張について同条違反の効果が認められている。損害賠償ですけれども。

それで、いずれの事件も、妊娠中の女性というのはたまたまだったのか。それともやっぱり妊娠中の精神状態の不安定のようなものを考慮しなければいけないのか、そういうことも含めて考えないとはいけない。協調性の欠如などが、一応、解雇理由として認められているけれども、9条3項違反との関わりが問題になる。両事件を見るならば、こういう妊娠の事実などが背景にあって、人間関係のトラブルとか、能力の高い女性が上司を

批判するということを通じたコミュニケーション不調の問題だと思っんです。しかし、結果的に、本件の場合には労働者のほうだけに帰責される、責任を負わされるというのは、それでいいのかなという問題があります。

それからもう一つですけれども、こっちのほうで理論的には、さらに違和を感じますけれども、本判決では、解雇が「就業規則に定める解雇事由に該当するためにされたものであり、妊娠したことを理由としてされたものでないことは明らか」と判示しております。この理屈のうち、前半の、就業規則に定める解雇事由に該当するためにされたものというのは、異論はあるけれども、一応証明されている。同僚が病気になったり、みんなが嫌がったりしたということが解雇理由だと。ところが、後半の部分、妊娠したことを理由としてされたものではないということについては何の証明もないんですよ。それが一つ。それから、前半の、就業規則に定める解雇事由に該当するためにされたからといって、妊娠したことを理由とした、妊娠理由がないということにはならないはずですよ。つまり、両方の理由がありうる、動機の競合というのがありうるはずなんです。だけど、この判決は、前者であるから、後者ではないという言い方で、あたかも因果関係につながるみたいな言い方をしており、それはちょっとおかしいのではないかということです。そもそも9条3項というのは、それ自体強行法規だから、たとえ就業規則に該当する解雇理由があったとしても、一方で、妊娠という事実が決定的な解雇理由であると解釈しうる場合には、やはり解雇は不利益取り扱いとして無効になるはずですよ。少なくとも、もし妊娠の事実が決定的理由である場合には、9条3項により解雇が無効になる。いずれにしろ、動機の競合の場面を想定して、決定的原因が何かを考えていかなければいけない。

それからもう一つの9条4項の場合は、今度は、休業をとったかどうかというのはともかくとして、妊娠中の女性労働者の解雇については、これを禁止するというものです。ただ、同条ただし書きは、使用者のほうに妊娠を理由とする解雇ではないことを積極的に証明しなければならないと

言っており、全体として妊娠を理由とする解雇を厳しく禁止する造りになっています。ところが、この判決は、すでに証明されているというふうに判示します。しかし、何も証明されていないというしかない。そうすると、やっぱり9条4項でもおかしいという気がします。いずれにせよ、この競合の問題というのを完全にスルーしてしまっって、就業規則に該当する以上、3項も4項もひっかからないという判断ですから、非常に理解がたいところがあります。

ちなみにシュプリング事件のほうは、一応、両方の関係を判断しているんです。判断しているけれども、その言っていることは意味が理解できないというのはあるのですけれども、とにかく意識はしている。均等法9条と労契法16条の関係を明らかにしなければいけないということで判断はしています。

奥田 前半部分で解雇の話をされて、後半部分で均等法の話をされたのですが、まず、本判決の解雇自体の部分についてはあまり違和感がありませんでした。一審と二審での事実認定の違いが大きく影響するかもしれませんが、あまり事案の特殊性というようなことは思いませんでした。ですから、労契法16条の事案としてみれば、この判決の結論に関してあまり異論はありません。たしかに、解雇回避の努力をどこまでしたかということ言えば、おっしゃったように少しストレートかもしれませんが、労契法16条の事案としては解雇が有効であることについて特に違和感はありませんでした。

私は、後者の均等法のほうを中心に考えたのですが、これについては、先生のおっしゃるとおりで、9条3項もそうですけれども、9条4項の解釈もあまりきちんと蓄積されてこなかった結果ではないかと思ったんです。9条4項は、例えば労基法19条とは違って、使用者が証明すれば認められるというただし書がついているのですが、やはり妊娠期間中の解雇は無効というのが原則ですよ。ですから、原則無効であって、ただし書きはあくまで例外なはずですよ。だとすると、その例外というのは、均等法9条3項の事由を理由としないということなのですが、それは労契法

16条に該当するかどうかということよりも厳密に判断されるべきなんだと思います。先ほどおっしゃったように、9条3項との関係でも、就業規則の解雇事由に該当するから妊娠したことが理由ではないというのは、すぐにはつながらないはずですよ。

野田 つながらないですね。

奥田 9条4項で言っても、仮に労契法16条に照らせば解雇有効であったとしても、均等法9条4項に照らせば、ただし書きを踏まえたとしても無効になるという可能性はあっておかしくないわけですよ。

野田 あり得ると思います。

奥田 そういう解釈の余地がないと、あの規定の意味がないわけですから。ところが、そういうところが全く判断されていないというのが、この判決では問題だと思いました。

野田 そうですね。

奥田 解雇理由があったとしても、妊娠が理由ではないということを証明しないといけない。そこが証明されていないとなると、9条4項との関係で言うとなだし書きに該当するということは言えないと思うんです。ただ、そのあたりは、あまりきちんと区分されたり整理されたり、9条4項のただし書きの意味内容としてきちんと説明されているわけではないので。

野田 しかし、それはしないといけないですね。

奥田 おそらく、そのあたりの蓄積のなさが裁判例にも影響したように思います。全く類型は違うのですが、例えば労契法17条では、期間満了まで雇うのが原則だから中途解約の判断はやむを得ない事由ということで厳しくなりますよね。ここでも、原則無効だったら例外の判断は通常より厳しいはずなんです。

野田 そうですね。だから、おっしゃるように、ただし書きのところを、本則とただし書きの関係という関係でしっかり押さえておかないと、だって労契法16条で、ある意味では何でも面倒を見られるわけですから。これは合理的理由がないではないかという。それだったら、特別な規定をつくる意味がないので。

やっぱり、そこには、非常に強い原則があって、だからしっかりと使用者が立証しなければ、反証しなければ、本則どおりになるよというのが独自の意義でしょうからね。

奥田 そうですね。立証責任の転換という意味もあるのでしょうけれども、それだけではなくて、やはり原則と例外の関係ですから。

野田 理由の重さですよ。それは、おっしゃるように、あると思います。

奥田 最初の解雇それ自体のところは全然意見が違いますが、いいですか。

野田 いや、僕も結論は、それはよくわからないんですよ。だけど、16条だけの問題で考えた場合に、そんなに、よくわからないけれども、ほんとうかなという気がしてしょうがなくて。病気になるとか、2、3人病気になって2人がやめたとか、そこまでパワフルな何かすごい人がいるのかなと。それに対しては、もうちょっとさまざまなことを使用者としてもやっておかないといけませんよね。その前にちょっと、まず戒告ぐらいしておけというところがありますね。

奥田 それはそうですね。

野田 しかも、妊娠を除いて考えるのはそうですね。

奥田 ただ、何回か注意ぐらいはしていたのですよね。

野田 事実上の注意はしていますね。あの言い方はひどいじゃないかというようなことを言っている。だから、まあ……。

奥田 どこまで考慮すべきかはありますが、やはり規模の小さい会社、事業所というのも結構判断に入ったのだろうなと思います。

野田 それはそう。そういうことですね。シュプリング事件では一審と同じ発想かな。そうはいつでも、ちょっと程度が違うのですかね。シュプリング事件のほうは嫌われている程度だものね。基本的には空気が読めないで、自分の思っていることを全部言ってしまうという人ですよ。

奥田 先ほどおっしゃったように、シュプリング事件判決の理屈は少しわかりにくかったです。

野田 理屈はわからない。だけど、一生懸命考



えようとはしているから、まだいい。でも、争おうとしている人たちは、このぐらいでいけるのか、できないのかというのは予測が立たないでしょうね。やっぱり解雇権濫用法理も全体として変わってきているのですかね。小規模事業所だとこういう感じですかね。

奥田 そうですね。

野田 ただ、あまり前面に出すつもりはないけれども、外国人の場合はちょっと別に考えないと、ある程度、日本的な行動様式に合わせられないと解雇できるとかまでいってしまうと、それは。

奥田 そう言ってしまうとだめでしょうけど。

野田 でも、日本人の常識と違うような人が……。

奥田 付度しないとかですか。

野田 付度をしない人が現れることによって、企業が活性化するという意味もあるとは思うんです。だから、すべて日本人に合わせろと言うと、外国人も働きにくいし、日本企業にとっても別に単なる労働力にすぎないということになる。だから、積極的に外国人を入れようという発想にはなかなかならないですよ。

奥田 そういう側面を取り入れようというところがないと、というのはそうですね。

野田 まあ、ボーダーラインであることはたしかですね。

## 5. 起訴休職期間の満了による解雇——国立大学

法人大阪大学事件（大阪地判平 29・9・25 労経速 2327 号 3 頁）

### 事案と判旨

#### 事実の概要

(1) X（原告）は国立大学法人である Y（被告）との間で労働契約を締結し、助教として勤務（Y の病院における診療業務に従事）していた。

X は、平成 24 年 3 月 15 日、X の実母に対する傷害致死の被疑事実により妻とともに逮捕され勾留後、同年 4 月 5 日、実母に対する傷害致死の公訴事実により起訴された。これにより X は、同年 5 月 3 日付けで、Y の定める起訴休職規定に基づき休職となった。

X とその妻は、本件刑事事件の審理において公訴事実記載

の暴行を加えた事実はない旨主張していたが、大阪地方裁判所は、平成 26 年 2 月 20 日、傷害致死罪により X とその妻をそれぞれ懲役 8 年に処する旨の判決を言い渡した。X とその妻は控訴した。Y は、平成 26 年 3 月 19 日、X に対し、2 年の休職期間が満了したことを理由に同年 5 月 2 日限りで分限解雇する旨を通知した。

その後、大阪高等裁判所は平成 27 年 3 月 11 日、本件刑事事件につき、暴行罪により X とその妻をそれぞれ罰金 20 万円に処する旨の判決を言い渡し、X らは同日釈放された。

(2) Y の就業規則には、以下の内容の起訴休職制度及び解雇に関する各規定が定められている。すなわち、「教職員が次の各号のいずれかに該当する場合は、休職とする。」（本件就業規則 14 条 1 項柱書）、「刑事事件に関し起訴され、職務の正常な遂行に支障をきたすとき。」（同項 2 号）、「休職の期間は、その事件が裁判所に係属する間とする。ただし、その係属期間が 2 年を超えるときは、2 年とする。」（本件就業規則 15 条 3 項）、「教職員が次の各号のいずれかに該当し、かつ、大学との間で雇用関係を維持しがたい場合には、これを解雇する。ただし、その程度に至らない場合には、これを降任、降格又は降給にとどめることがある。」（本件就業規則 21 条 1 項柱書）、「第 14 条第 1 項第 1 号から第 3 号まで及び第 5 号に掲げる事由により休職とした者について、第 15 条に定める休職の期間が満了したにもかかわらず、なお休職事由が消滅していないとき」（同項 3 号）。

なお、Y が平成 16 年 4 月に法人化される前は、X を含む教職員には国家公務員法が適用されていたところ、同法によれば、「刑事事件に関し起訴された場合」には休職させることができ、その期間は「その事件が裁判所に係属する間」とされていた（国家公務員法 79 条 2 号、80 条 2 項）。

(3) X は、本件解雇は無効であると主張して、地位確認等を求めた。

#### 【判旨】

(1) 起訴休職制度の趣旨・目的と上限規定の合理性（労契法 7 条）

「一般に、労働者が起訴された場合、勾留等の事情により、当該労働者が物理的に労務の継続的給付ができなくなる場合があるほか、勾留されなかった場合でも、犯罪の嫌疑が客観化した当該労働者を業務に従事させることにより、使用者の対外的信用が失墜し、職場秩序の維持に障害が生じるおそれがある場合には、事実上、労務提供をさせることができなくなる。起訴休職制度は、このように、自己都合によって、物理的又は事実上労務の提供ができない状態に至った労働者につき、短期間でその状態が解消される可能性もあることから、直ちに労働契約を終了させるのではなく、一定期間、休職とすることで使用者の上記不利益を回避しつつ、解雇を猶予して労働者を保護することを目的とするものであると解される。」「以上のような起訴休職制度の趣旨に鑑みれば、使用者は、労務の提供ができない状態が短期間で解消されない場合についてまで、当該労働者との労働契約の継続を余儀なく

されるべき理由はないから、不当に短い期間でない限り、就業規則において、起訴休職期間に上限を設けることができると解するのが相当である。」

「本件起訴休職規定についてみると、同規定は、労働者が「刑事事件に関し起訴され、職務の正常な遂行に支障をきたすとき」に限り、当該労働者を休職とする旨定めたものであるから、……一般的な起訴休職制度の趣旨及び目的に沿うものであると認められ、かかる趣旨及び目的に照らせば、上限を2年間とする本件上限規定が、不当に短い期間であるとは言い難い上、Yは、人件費の多くを国から支給される運営費交付金で賄っており、その財源に応じて、雇用すべき教授、准教授、助教などの教員数を部局毎に設定、管理していると認められること、多くの国立大学法人において、起訴休職期間の上限は2年間と定められていること、以上の点に鑑みれば、起訴休職期間の上限を2年間とする本件上限規定は、合理的な内容（労契法7条所定の「合理的な労働条件」に該当するもの）であると認められる。」

(2) 解雇事由（「雇用関係を維持しがたい場合」）該当性について

「Xは、平成24年4月5日に傷害致死という重大な犯罪の嫌疑により、起訴され、勾留された状態が継続し、平成26年2月7日に保釈許可決定が出されて、一時、釈放されたものの、同月20日の一審判決の結果、再び勾留され、休職期間満了時も勾留されていたのであって、Yに対する労務の提供ができない状態が継続していたこと、懲役8年の一審判決が出されたことにより、休職期間満了時以降も、少なくとも相当期間勾留が継続し、労務の提供ができない状態が継続することが見込まれていたこと、以上の点が認められ、これらの点に鑑みれば、以上のようなYに対する労務の提供ができないXについて、降任、降格又は降給にとどめる余地がなかったことは明らかであって、Xについては、本件解雇時点において、Yとの「雇用関係を維持しがたい場合」にあったと認めるのが相当である。」

※同事件・大阪高判平30・4・19（労経速2350号22頁）

奥田 では、次の起訴休職に関する国立大学法人大阪大学事件に移ります。この事件については、今年の4月に控訴審判決が出ていますが、ここでは地裁判決をベースに検討し、高裁判決については主に付加・修正された部分について言及しようと思います。

野田 重い事件ですね。

奥田 この事案をどう考えるかは、正直、難しかったです。かいつまんで見ていきますと、原告Xは、Yと労働契約を締結した助教だったので、実の母に対する傷害致死の被疑事実に

よって逮捕されて勾留、傷害致死の公訴事実で起訴されて、それによって起訴休職規定に基づいて休職となりました。Xは一貫して事実について争っていたのですが、平成26年2月20日に傷害致死罪によって懲役8年という地裁判決が言い渡されました（Xは控訴）。同年3月19日に2年の起訴休職期間の満了を理由に、5月2日限りでの分限解雇という通知を受けました。その後、平成27年3月11日に高裁で、暴行罪によって罰金刑という判決が言い渡されて釈放された、という流れです。これ自体は刑事事件なのですが、その間に休職になって、その期間が満了して解雇という流れになったので、その解雇の効力が争われるということになりました。

いろいろ論点はあり得るかと思いますが、大きくは、起訴休職についての2年という上限規定の合理性ということと、休職期間満了による解雇、その場合、期間満了イコール解雇ではなくて、「雇用関係を維持しがたい場合」とされていたので、それへの該当性ということが主に問題になりました。起訴休職命令の有効性を争った事案などはありますが、起訴休職期間の上限設定の合理性や、それに基づく期間満了での解雇の有効性が争われたケースというのは、おそらくなかったのではないかと思います。

まず、起訴休職についての上限規定の合理性という問題で、労契法10条か7条かということも問題になりましたが、一応、7条で判断されますので、それを前提に考えます。休職期間満了については病気休職がこれまでの主な裁判例のテーマだったのですが、起訴休職の場合、病気休職などとは違ってその原因が必ず終了するわけですから。それに上限を設けることの合理性をどう考えるかということ、あるいは、やはり確定するまでは推定無罪という原則があるので、そのことが雇用関係においてどのように考慮されるのか、ということなどが問題になるだろうと思いました。

それと、判決ではまず、起訴休職制度の趣旨や目的を述べているのですが、その中で気になったのは、地裁判決が起訴休職を「自己都合によって」と言っていた点です。起訴によって労務提供ができないことは、たしかに会社都合ではないですけ

れども、通常の自己都合なのかどうか。そういう捉え方が、上限設定の合理性判断に肯定的に働いているとすればやはり疑問で、その点はもう少し厳密にみる必要があると思いました。もっとも、高裁判決では「自己都合によって」という部分はなくなっていますので、この点は否定されていると考えます。それと、起訴休職制度についても「短期間でその状態が解消される可能性」というように述べられているのですが、刑事裁判は当事者から離れたさまざまな要素で決まるので、そういう位置づけができるのか。こうした点を考えて見ると、起訴休職に上限を設定するというのは、規定として合理的であるとはなかなか言いにくいのではないかと思います。

しかし一方で、使用者との関係というのはあくまで雇用関係の継続ですので、使用者に雇用関係の継続をどこまで求めることができるのかという問題は当然生じるわけですから、そこには矛盾が出てくるように思います。一般論として言うですと、こういうケースでは結局、ある段階で雇用を継続しがたい事由が生じたかどうか、解雇事由が存在するかどうかということを判断すれば足りるので、あえて起訴休職に上限を設ける必要はないのではないかなという気がします。

起訴休職処分の有効性自体は、本件では主な論点ではありませんでしたが、少し見ておきますと、起訴の事実だけで休職処分が下せるわけではなくて、企業の対外的信用が失墜したりして、職場秩序に支障が生じるおそれがあったり、あるいは労働者の勾留や公判期日出頭のために労務の継続的給付や企業活動の円滑な遂行に支障が生じるおそれがあるとか、そういう条件が加味されて判断されるというのが従来からの学説・判例の基本的な枠組みだと思います。本件の場合、処分の有効性そのものが否定されるということにはならないだろうと思います。

ただ、起訴休職期間満了での解雇の有効性については、起訴休職期間が満了したから直ちに自動的に解雇とか退職とはされておらず、「雇用関係を維持しがたい場合」という事由に該当するかどうか最終的に判断されて、それに該当するから解雇ということになっています。これについて

は、少なくとも懲役8年という地裁判決が下された時点では、必ずしもその結論が不当とは言えないのではないかと思います。もっとも、推定無罪ということを考えれば、仮に結論が覆った場合の、例えば復職可能性などが残されているということについても、検討の余地があるのではないかなとは思いました。あまりすっきりしないコメントですが、非常に判断が難しいと思いました。

野田 どうもありがとうございます。私も難しく、明確なことを言えないのですけれども、起訴休職というのは、この判決は簡単に、休職とすることで使用者の不利益を回避しつつ、解雇を猶予して当事者を保護するとして、解雇猶予措置という性格規定をしていますけれど、しかし在宅起訴の場合にも起訴休職というのはあるわけですよ。勾留すればもちろん、起訴休職にすることで、労働者を保護するという意味もあるでしょうけれども、在宅起訴の場合には、むしろ使用者側からの就労拒絶のような側面がありますよね。働かせると、従業員間にも波風が立つし、あの人はあんなことをして捕まった人なんだみたいなことになってよくないし、特に、以前の全日空の事件（東京地判平11・2・15労判760号46頁）などは、客室乗務員とけんかして障害を負わせるようなことをして、それで週刊誌にも大きく騒がれたというようなケースですから、それはむしろ使用者のほうで就労拒絶したいのであり、そういう在宅起訴もあるということがきちんと描かれていないような気がしますね。意義について。両方あると思うんです。

奥田 意義のところですね。

野田 そう、そう。解雇猶予プラス会社都合の休業措置であるという趣旨もあり、自己都合ではなくて会社都合の場合もある。その点は後の判断にも影響してくると思うんです。

順番でいきますと、私は推定無罪の原則というのはあまり関係ないかなと。それは、懲戒解雇はそうですよ。懲戒解雇であれば、裁判で有罪の結論が出ていないのに、さっさと解雇してしまうというのはおかしいというものです。だけど、これは、今言ったように、解雇猶予プラス就労拒絶措置ですから、別に後になってひっくり返ろうが何

しょうが、休職措置自体は問題にならない。解雇の場合はまた別になりますけれども、休職措置自体はあまり推定無罪と関係ないのではないかと思います。後で無罪が確定しても、間違えてごめんなさい。あのときは、会社に来てもらってはまなかったからと言えよ。現に勾留されていたらそうですし、されていなくても。

奥田 それは、上限設定と、その結果としての解雇の問題なので、やはりそこに関係しているのですね。

野田 そうですね。上限設定のほうは、また違う。そっちの議論に入ると、2年間というのは珍しいと思うんです。これは、公務員の時代にはなかったんだ。たしか、それを法人化するときにくっつけたんでしたっけ。

奥田 はい。それが変更（労契法10条）だと主張されていたところですね。

野田 それで、公務員の場合には判決確定まで待つということだったと思うんです。もともと、公務員の起訴休職は非常に難しい問題だったのでしょうね。それはおそらく、公務の特殊性ですよ。政治権力の動向に巻き込まれやすい。それまで何ともされていなかったのに、大臣が代わったことによって急に収賄の問題が表に出てくるのか。そういう政治権力の動向に巻き込まれやすいという傾向が1つあるというのがあると思うんです。それから、もっと具体的に言うならば、村木さんのひどい事件のように、冤罪に巻き込まれることさえある。権限があるからですけれども、そのために冤罪にも巻き込まれやすい。そういうのがあって、昔から判決が確定するまでは、エンドレスだったということだと思うんです。

奥田 そうですね。

野田 だから、それが法人化で民間になったときに、その必要がないということで2年間。まあ、2年間にしてしまうのはどうかというのはありますけれども、多分そういう流れだったと思うんです。

奥田 国家公務員法では制限なしということになっていますね。

野田 ええ。ですから、そういう流れだったのを法人化で2年間に制限したということだろうと

思うんです。それが、不利益変更なのか新しい7条なのか10条なのかという問題は常につきまっていますけれども、いずれにしろ、仮に7条だとして、期間を2年に限定したことについては、この就業規則の合理性という問題に帰着することになると思うんです。ですから、推定無罪の問題というよりは、むしろ企業運営上の必要性というところから、2年間に一応限度をかけ、プラス、雇用環境を維持しがたいという要件ももう一つかませて、解雇するかどうかは決めるという。これは、解雇しなかったら休職期間は延長されるのですかね。延長しかないでしょうね。

奥田 そうですね。

野田 そういうことで、調整は図るということだろうと思うんです。だから、私はあまりこの判決は、前段のところは疑問だけど、結論はしようがないかなという印象です。起訴休職処分の有効性というのも、先ほど申し上げましたように、何か実質的な就労困難というのではなくて、むしろ積極的な会社側の就労拒絶の意味も含んでいるというような気がするんです。

そして、解雇については、2年を過ぎれば自動的に解雇というのではなく、別の要件を立てて解雇猶予もあり得るという側面もあるので、まあ、しようがないかなという気がしますね。

奥田 例えばですが、雇用関係を維持しがたい場合に当たるので解雇するというのであれば、結論的にやむを得ないかと思うんです。でも、休職期間が2年となっていて、2年が満了した場合には退職とか、そこに「雇用関係を維持しがたい場合」というような条件が含まれていないとすれば、起訴休職の上限で終了になりますよね。それはどうなのでしょう。

野田 いや、それは問題かもしれないですね。自動退職扱いするのは。先ほど奥田先生がおっしゃったように、病気は治らないかもしれないけれど、これはいずれ終わるんだから、やっぱり自動的というのはおかしいでしょうね。

奥田 だとすると、一般論としては、解雇事由だけで扱えばよいと思うんです。

野田 そうですね。ただ、先ほどの全日空事件では、あまりにも長いのはだめだという。起訴の

対象となった事実が確定的に認められた場合になされる可能性のある懲戒処分との比較で判断しなさいというものがある。

奥田 懲戒処分との均衡ですね。

野田 そう、そう。出勤停止等の長さで、どちらにしろ給料が払われないわけだから、懲戒処分よりも長いような休職はだめだよということでしょう。そういう長さの制限もあるのではないのでしょうか。1つの方法としてね。出勤停止になったのに、例えば、この全日空事件というのは相当長かったんですよ。

奥田 上限は設けないけれども、起訴休職があまり長期にわたるといけない。その場合は復職させるということになるのですか。

野田 そんな場合は休職を解かれた地位の確認請求ができるのではないですか。先ほどの全日空の事件では、原告が略式命令を受けた後に正式裁判の請求をして、無罪判決を受けたという事案ですが、1年半以上も休職が続き、この人は給料も高かったんですよ。ですから、金額的にも大きな損害になる。明らかに減給処分よりも高額だし、かつ出勤停止処分と比較すると長すぎるという事案だったんですね。だから、そういうところから長さを制限していくというのはあるかもしれないですね。

奥田 そうですね。

野田 2年間と決めてしまうと、逆に解雇のところ、かなり実質的に判断する必要があると思います。おっしゃったように、いずれ理由がなくなるかもしれないものなのに、一律2年で解雇ができるというのはどうかという問題になりますよね。

奥田 あと、「雇用関係を維持しがたい事由」の該当性に関連してなのですが、当事者が公訴事実を争っていたとか、あるいは状況からすると使用者も判決が変更されることが予測できたのではないとか、そのあたりを考慮すべきというような意見も見かけたように思うのですが、私は逆にそれは違うのではないかと考えていて、使用者はあくまで刑事事件に関しては裁判所が出した判決で判断しないと、それを推測などとすると、逆に不公平になりますよね。

野田 そうですね。

奥田 ですから、懲役8年という判決が出たときに、仮におかしいと思っても、雇用関係の中ではそこに使用者の判断が入ってくると公平に対応できないですよ。

野田 そうですね。おっしゃるとおりだと思います。だから、犯罪事実とか公訴事実を使用者が考慮して、ひょっとしたらひっくり返るかもしれないとか何とか、そういう要素はむしろ全く考える必要はなくて。

奥田 そう思います。

野田 まさしく雇用関係を維持しがたいというところの1点を考慮すべきでしょうね。そこでは、勾留期間の長さとか、その人の地位とか、そういうものをすべて考慮して考えていかなければいけない。あるいは社会的な会社の評価の問題なども含めて考えていくことになるのでしょうか。そういう意味では、解雇一般の問題とそんなに大きく離れてくることはないかもしれませんね。解雇の段階になると。

奥田 そうですね。でも、これはなかなか難しい事案でした。復職可能性ということを経最後に少し言ったのですが、これを雇用管理でどういうふうに位置づけるのかなど、なかなか具体案は見つからないですね。

野田 そうですね。まあ、頑張って、雇用関係を維持しがたい場合に当たらないという言い方も不可能ではないと思うんですけどね。だって、大学の先生で、こういう不幸はあったけれども、いずれにしろ暴行罪というふうに確定したということがあれば、それこそ戒告処分とか何とかで位置づけて、あとは普通に雇用するというのもあっても別に批判はされないでしょうね。まあ、具体的などころまではよくわかりませんけれど。

奥田 そうなると、解雇の場面で考えたら、結局どこまで対応できるかというのは、企業規模などの事情が関連してくるので、そちらのほうが考えやすいように思います。

野田 でも、この人は大きな大学の病院勤務の助教ですから。まあ、それでも教授や同僚、それに患者さんとの関係もあるのかもしれない。現実には、雇用関係上の問題もきっとあるのでしょう。

## 6. 社内報により賃金改定を行う労使慣行の存否等——永尾運送事件（大阪高判平28・10・26判時2333号110頁）

### —— 事案と判旨 ——

#### 事実の概要

(1) 控訴人（被告）Y会社には、一部従業員が加入するA労働組合（A1支部およびA2分会）があり（事案を通じて4分の3に達したことはない）、Y人は同組合との間で、従業員の賃金につき、後掲のとおり、①通増初任給協定（平成19年）、②基本給協定（同20年）、③9%減額協定（同左）、④11%減額協定（同23年）、⑤14%減額協定（同23年）等の合意ないし労働協約を成立させていた。これに対して、Xら26名は、これらの合意ないし労働協約のうち、平成23年8月から10月のXらの賃金の算定において適用されるのは基本給協定のみであるとして、それに基づいて算定した賃金の額と実際に支払われた賃金の額の差額を請求したのが本件である。

(2) 右のうち、①通増初任給協定とは、新規運転手を雇用する場合は、交通費を除く月例賃金支給総額や賞与を当初10年間は減額して支給する（減額率は当初20%で2%ずつ漸減）ものである。②20年10月の基本給協定では、本給24万円と勤続給が定められた。③平成20年10月分の賃金から、交通費及び家族手当を除く賃金支給総額から9%減額した額を支給すること（更新可）を合意し、Yは各従業員（A労組の組合員以外の従業員も含む）に対し、基本給協定、9%減額協定及び通増初任給協定に基づいて算定した賃金の支払いを続けた。④平成23年7月、YとA組合は「確認書」と題する書面を作成し、平成23年7月以降の減額率を11%とし、さらに、⑤同年8月以降に、通増初任給制を廃止し減額率を14%とすることを合意した。Yは、各従業員に対しそれに従った金額を支払ってきた。

平成23年7月に、「二組」と称する親睦団体を改組してB労組が結成され、Xら全員は同労組の組合員である。同労組は14%賃金カットに同意しておらず、団交を求めることを通知した。

(3) Yは、これらの協定が成立するたびに、その内容を「社内報」で各従業員に説明し、これらの協定に基づいて算定した賃金を各従業員に支払っていた。

また、Yは、これらの協定に基づいて賃金を支払うようになったものの、就業規則や給与規程の該当箇所の改訂等を明記した文書は作成されず、就業規則等の改訂作業といえるような作業はされなかった。また、Yは、二組に対して、これらの合意の内容を説明することがあったが、締結に至るまでの交渉はA労組としており、二組に対する説明は事後的なものであった。このようにYにおいては、A労組と協議して労働条件を定め、これを各従業員に適用するという形態が取られていた。

(4) 本件の争点のうち、中心となる争点は、第1に、14%の減額協定の効力がXらに及ぶかである。これについて、原審（大阪地判平成27・11・5判時2333号114頁）は、①14%減額協定が就業規則の変更等として、Xらに効力を及ぼすか、②14%減額協定に対応する合意がXらとYとの間で個別に成立し、個別合意として効力を及ぼすか、③14%減額協定が労働協約としてXらに効力を及ぼすかであるとして各判断を加え、いずれも否定した。本控訴審判決もこれを引用している。また、本控訴審では、これとは別に、④Yは、各賃金改定は、Yにおけるこれまでの労働条件変更における就業規則改定に関する労使慣行に従ったものであり適法であると主張している。第2の争点は、9%減額協定の効力がXらに及ぶかであり、これについては、Xらとの間で基本協定および9%減額協定の内容についてその適用により算定した金額を賃金とする目次の合意が成立しているかが、問題となった。

#### 【判旨】

1. 争点1（14%の減額協定の効力がXらに及ぶか）について

(1) 「就業規則とは、使用者が作成する職場や労働条件に関する規律であることは、労働基準法89条の文言に照らしても明らかである。また、法は、使用者が作成する就業規則と労使双方によって作成される労働協約を区別し、それぞれについて効力を定めている。

そうすると、ある文書が就業規則としての効力を有するというためには、当該文書に就業規則という名称を付すことまでは必要ではないものの、少なくとも、使用者が職場や労働条件に関する規律を定めた文書として作成した形式を有していることが必要というべきであり、労使双方が作成した労使協定書のような文書はこれに該当しない。また、被告は、社内報で14%減額協定を周知したことは上記認定のとおりであるが、社内報も協定内容の説明文書の域を超えるものとはいえず、以上のような就業規則に該当するとはいえない。」

#### • 控訴審独自判断

「Yが就業規則の変更とみるべきと主張する社内報には、賃金改定の内容や説明が記載されているものの、これが就業規則の変更となる旨の説明はない上、交渉結果の報告等を交えたものとなっていることからすると、就業規則の体裁としても整っていないものというほかない。よって、補正して引用した原判決認定のとおり、上記社内報は、協定内容等の説明文書の域を超えるものとはいえないと認定するのが相当である。

以上によると、上記社内報に賃金改定の内容等が記載されていることによって、従前の就業規則が変更されたものとみることはできない。」

(2) 「14%減額協定は、もっとも重要な労働条件の一つである賃金を従前に比べて労働者に不利益に変更するものであるから、合意があるかどうかは、慎重に判断すべきである。

本件についてみると、少なくとも原告らが14%減額に合

意する旨の明示の意思表示をしたとは認められない。また、被告がその内容を従業員に説明し、従業員から格別の異議が出なかったとしても、それをもって黙示の同意があったと評価することもできない。かえって、原告らが、平成23年7月に大阪北摂合同労働組合を結成し、労使交渉においても14%減額に反対していた経緯に照らせば、14%減額協定にはむしろ反対していたと評価するのが相当である。」

「そうすると、14%減額協定に対応する合意が原告らと被告との間で個別に成立したとは認められない。」

(3)「労働協約の規範的効力は、従業員が当該労働組合に加入していることを前提として、労働契約を外部から規律する特別の効力であり、契約自由の原則の例外として、労働組合法が労働協約に特に付与した効力と解するのが相当である。

したがって、脱退組合員については、労働契約を外部から規律する前提が失われることになるから、労働協約の効力は及ばず、労働契約の当事者相互が労働組合から脱退後も協約上の労働条件を存続しようとしている意思を有していると解されるような特段の事情がある場合に限り、例外的に当事者の合理的意思表示から、労働協約と同内容の合意が成立しているものとして、労働協約と同一の労働条件が存続していると評価しうる余地があるにすぎないと解するのが相当である。

本件では、分会を脱退したXらは、14%減額協定に反対していたことは上記のとおりであり、労働契約の当事者相互が脱退後も14%減額協定を内容とする労働条件を存続させようとの意思を有していたとは認められないから、14%減額協定の効力は、分会を脱退した原告らには及ばない。」

(4)「Yは、A労組との協議あるいは従業員との意見交換を踏まえた上で、社内報による周知により賃金改定を行う労使慣行があり、これにより就業規則の変更という効力が生じると主張する。しかしながら、労使慣行は、就業規則、労働協約などの成文の規範に基づかない集団的な取扱いが長い間反復・継続して行われ、それが使用者と労働者の双方に対して事実上の行為準則として機能する場合の問題であり、成文の規範であり所定の手続が必要とされる就業規則の変更の効力がこのような労使慣行により直ちに生じるものとは認め難い。」

2. 争点2(9%減額協定の効力がXらに及ぶか)について

「基本給協定及び9%減額協定は、月給制を採ることによって賃金額を安定させるものであり、全体的な賃金水準を下げるものではないこと、Yは、分会に所属していない従業員に対しても、協定により定められた賃金の算定方法を社内報で周知し、それに基づいて算定した賃金を支払い、従業員においても特に異議なくこれを受領し、それが約3年にわたって継続していたことに照らせば、被告とA組合ないし分会に所属していない従業員の間では、これら各協定を適用して算定した金額を賃金とする黙示の合意が成立したとみるのが相当である。」

「A組合ないし分会に所属していた従業員についてみると、

これら従業員については、労働協約の規範的効力によって、上記各協定により、労働条件が規律されていたと評価しうる。もっとも、[上記と同様の事情のもとでは]……[これらの]従業員との関係でも、単に労働協約の規範的効力のみを根拠とするのではなく、これら各協定に基づいて算定した金額を賃金とする黙示の合意が成立したとみるのが相当である。」

野田 永尾運送事件というのを取り上げます。平成28年の判決で、少し古いのですが、数少ない集団法の事件として取り上げてみました。一風変わった事件ですが、現実にはしばしば起こっているだろうという事件です。

本件で、Xらの請求は、平成20年の基本給協定に基づく賃金との差額請求ですから、主要な争点は、2点ということになります。争点1は、平成23年の14%減額協定の効力がXらに及ぶか、もう一つは、平成20年の9%減額条項がやはりXらに及ぶか、という点です。それで、判旨でいきますと、まず、14%減額条項については、個別の争点として問題になるのは、その減額が、①就業規則の効力として、②個別合意により、③労働協約の効力(組合脱退後の協約の効力)、④それから労使慣行として効力があるかという問題です。なお、④は控訴審で、Yが新たな主張として追加したもので、控訴審が独自に判断していますが、それ以外は、控訴審は字句の修正以外は地裁判決を引用しています。それから、争点2は、9%減額の段階では、Xらは組合加入者と非加入者とがいますから。それぞれについて判断がなされています。

全体というならば、この判決のおもしろさは、一部従業員の組織する労働組合の取り決めた労働協約あるいは労使間合意が不利益な改定であった場合、組合員、脱退組合員および非組合員を拘束するかというのが基本的な問題であろうと思います。現実にはわりとそういうことはあると思うんです。つまり、4分の3に達しない一部労働者の組織する組合が締結した協約というのが、事実上、非組合員にも適用されているということが多い。そのことを理論的にどう説明するかというと、日本では、そういうものについて、一貫した制度や理論がない。団体交渉あるいは労働協約

の適用システムについての、システムが不備であるということだと思います。現実には、使用者が就業規則を書き換えることによって、一般従業員にも適用しているということだろうと思います。しかし、本件のように、使用者が就業規則の改訂を怠り、しかもそれが明らかな不利益変更であった場合、どういうことになるのか。漫然と非組合員にも適用されているという実態があるけれども、本件のように労働者らが別組合をつくって賃金請求した場合には、どのような理論が必要か。それが試された事案だと思います。

一応、一つ一つ検討していきますと、就業規則については、社内報が就業規則としての効力を持つものではないと判断して、これを否定する。使用者は、就業規則を改訂しておけばよかったのに、怠ったのでしょね。これについて、原審は、就業規則といえるには、少なくとも使用者が職場や労働条件に関する規律を定めた文書として作成された形式を有していることが必要であるとしています。それから、本控訴審は、原審を引用した上で、さらに、社内報というのは就業規則の体裁としても整っていないと言うほかはないと判断しているわけです。本判決を読む限り、残念ながら、「社内報」がどういうものかというのは、明らかでないのですが、普通に考えるならば、そのとおりだろうと思います。

ただ、そうはいつでも、就業規則の形式や体裁というものが一体どういうものであるべきかというのは、法律上は何の規範もありません。立法論としては問題だろうと思います。そうすると、判決は、要するに「どうも就業規則らしくない」から効力がないというのに等しい。実際にも、企業では、明らかに労働条件に関する規則を一方的に決めて、メールで通知して周知するだけで終わっている場合があるように思います。そういうものでも、就業規則としての効力を考える必要があるのかもしれない。

ANA 大阪空港事件（大阪高判平 27・9・29 労判 1126 号 18 頁）というのがあって、これは、内規という名前の文書を作成して、退職功労金というのを定めていたところが、使用者は、これは内規だからといって、突然とりやめにしたというもの

です。大阪高裁も、これは内規として作成された文書なのだから、就業規則ではないとして、退職功労金も使用者を拘束するものではないと判断しております。本件と比べると、たしかに、内規のほうが社内報よりも「就業規則らしさ」はあるでしょうから、この ANA 事件の判断は、疑問が残ります。就業規則の制定について、意見聴取や届出は効力要件でないとするのが一般ですから、就業規則と解すると直ちに最低基準効が発生してしまう。そうすると、これは大きな問題につながっていく。これは規範として、就業規則の形式をもうちょっときちんとしないといけないということになるかと思っています。

それから2つ目の、個別合意の成立については、不利益変更についての合意であるのは、賃金でもありますから慎重にあるべきだということで、減額については、明示の合意もなかったし、説明に対して異議も出なかったことで合意が成立するわけではないとして、個別の減額合意を否定しております。

それから、3番目に協約ですけれども、組合脱退後の協約の規範的効力の点については、いわゆる外部規律説の立場からあっさり否定しております。また、合理的解釈によって減額合意があるのだという、いわば日本的余後効についても、本件事案では否定するということであります。

4番目に、控訴審で加えられた労使慣行については、これが一番無理筋の主張でして、簡単に否定されています。

以上に対して、平成 20 年の 9% 減額については、基本給協定を締結したこととの関連性、3年にわたって継続していること等から、組合に所属していない従業員については、黙示の合意が成立したと言っています。それから、所属していた従業員についても、規範的効力は及んでいたし、やはり、3年にわたり減額賃金を受給していたこと等の事情から、やはりその減額について黙示の合意が成立したと言います。協約に反する黙示の合意というのがどこまで認められるのかというのは、労組法 16 条によれば明示の合意だって無効なのだという気がしますね。これはちょっと問題かもしれません。



この判決をどう考えるのかですが、全体としていえば、いまの9%減額の点以外については、極めて堅実な議論を展開しておりまして、どの点もやむを得ないところになるかと思えます。先ほども言いましたように、中小企業で非組合員等に対する事実上の協約適用の実態というのは多いのではないかと思うんです。ただ、本件では、A組合の多数脱退者が別組合をつくって引き下げ分を請求するというをしたから、問題が顕在化したけれども、そうでなければ、おそらくそのままずっといつているということだろうと思えます。しかも減額だから余計に問題が大きくなる。上げていく分には文句を言う人はいないでしょうけれども。

それで、日本は理論的には、先ほど言いましたように、団体交渉システムあるいは協約適用システムというのが整備されてないわけでした、アメリカのような排他的交渉代表もないし、フランスのような、私は普遍適用システムと呼んでいますが、一部の組合が協約を結べば、それが非組合員にも他組合員にも適用されていく、そういうシステムもない。就業規則が代替していたと言いかもしれないけれども、それを怠ると、解決の道がない。そういう場合に、もうちょっとシステムとして例えば就業規則をもう少し幅広に認めるとか、それから17条の、これはもう立法論でもいいんだけど、17条の任意規定とかせめて推定規定ぐらいにしている、協約当事者が明示的に、例えば4分の3未満でも、過半数などの一定の要件を満たしていれば適用を認めるとか、マジョリティールールは欲しいところですけども、そういう場合には一般的拘束力を認めるような改革を考えてもいいのではないかと思います。

そういうことで、理論的問題としては、9%条項について、協約適用者についても減額の規範的効力が及ぶというのが、やっぱり一番の問題点かなと思えました。14%減額の効力は否定して、9%減額の効力は認めるという、全体として調整的な解決を図ろうとする判断かもしれません。問題は残すものの、できるだけ常識的な解決を目指したところかなと思えました。ちょっと変な事件ですけども、以上のようなことです。

奥田 いろいろ複雑な事案だと思ったのですが、先生が挙げられたポイントに則していくつか疑問点も含めて述べてみたいと思います。まず、就業規則の効力というところなのですが、このケースは、いわゆる契約に対する効力という意味での就業規則の効力の有無ではなく、改定就業規則がそもそも存在していないということなんですよ。例えば存在していれば、新たに採用された人にはそれが適用されますが。

野田 いやいや、新たに採用されていなくても適用されないですか。不利益変更は。

奥田 いえ、存在していて、例えばそれが不利益変更で肯定された場合にはそうですが、否定された場合には適用されませんね。

野田 否定されたらね。

奥田 ですから、存在していれば、少なくとも新たに採用された人には適用されるわけですが、このケースは、要するに改定就業規則自体が存在していないということなんですよ。

野田 していない。

奥田 だから、契約規律効があるとか最低基準効があるとかという以前に、改定就業規則そのものがないということなんですよ。

野田 そうですね。

奥田 その場合に、たしかに先生がおっしゃったように、就業規則としての体裁とかは別に何も決まっていなと思うのですが、労基法の必要記載事項であったり、労基法上の要件を就業規則の存在との関係でどう考えるかというのは、また改めて議論になるのではないのでしょうか。

野田 あと、この事件は、認定されていないからわからないんですけど、必要記載事項を書いた就業規則が多分別にあったのではないかなと思う。

奥田 もともとはあったんですよ。

野田 もともとはあった。それを、きっと何もないじゃないんですよ。あるはあるけれども、つまり変更の効力があるかどうかという問題ですね。ですから、変更の効力を、さっきの、社内報によって変更の効力が生じるかという問題ですね。

奥田 そうなんですか。

野田 それで、社内報も形式の問題はともかく

として、周知だけはしている。

奥田 でも、そもそも存在していないのだとすると、見られる状態にあるわけでもないですよな。

野田 変更しましたという経緯をしたものだけを配っている。

奥田 それは配っていますが、改定就業規則そのものがあるわけではないですよな。

野田 ない。やっぱり周知もしていないのか。就業規則の周知はしていない。

奥田 だとすると、この判決も就業規則としての効力と言ってしまうと、何となく契約に対する効力みたいに読めてしまうのですが、そもそも変更就業規則は存在しないということなのだろうなと思ったのですが。

野田 そうですね。だから、就業規則が存在しないと一言わないと、あるいは改定就業規則が存在しないと一言わないと、もしあると最低基準効が出てくるので。

奥田 そのあたり、厳密に言うとそういうことなのだろうなと思いながら読んだんです。それと、今、先生がおっしゃったもとの就業規則ですが、原告らが採用されて以降につくられたという経緯ですよな。そこも、いつからどう適用されているのかという事実関係がわからなかったのですが。

野田 本件では、社内報で周知しているのですが、社内報の現物がわからないし、配布の実情などもわからないので、何とも言いようがない。

奥田 そうですね。だから、例えばその社内報に、こういう修正がされましたというのは、たしかに変更内容は載っているかもしれないのですが、でもそれは、もとの変更された就業規則があって、それのお知らせをしているはずなんです。だとすると、やっぱり変更就業規則は存在しないんですよ。

野田 そうですね。形式、体裁というよりは、むしろ周知の問題として考えるべきだったのかな。実質的な周知ですよな。やっぱり周知要件は大きいのでね。

奥田 そうですね。でも、社内報に載せているだけで、例えば、旧の就業規則で新たに条文が一

部変えられたら、いつから施行するとかもつかますよね。

野田 うん。ただ、それこそフランスの協約みたいにあネックスの形で、次から次へと足していったら、この部分はこう変えますという。でも、あれも協約の一部ですよな。

奥田 そういう形になればですね。

野田 であれば、社内報という名前でもいいのかもしれないですね。就業規則で、何条の例えば9%は14%に変えますと。それで、こういう経緯で変わりましたと。それで、仮に過半数の意見聴取をした上で、仮にですよ、反対もありましたけれども変更いたしますということを知り、就業規則は何条何項はこういうふうに変わります、それで施行日はいつですということを書いていたらどうだろう。

奥田 例えば、何条が削除されて何条が追加されて、その施行がいつだというふうなことが書かれている文章が別途つくられると。

野田 そのことについての周知はできている。ただし、届け出もしていないでしょうけれども。

奥田 ですよな。

野田 届けがなくても別に効力は生ずると理解するならば。周知は大事だから、周知さえしていればいいと。体裁は、しかし社内報だったと。それで効力はあるんじゃないのかな。

奥田 そうですね。でも、労基法の手続をもっと重視しなければいけない気がするんですけど。少なくとも、改定就業規則として制定するとすれば。

野田 でも、例えば我々だけの話になるけど、フランスの労働協約で、アブナン (avenant) とかアネックスとかつけていって、つけ足してつけ足してやっていく。

奥田 それはそうですね。

野田 あれで何の問題も起こっていないわけでしょう。読みにくいのはたしかだけど。でも、あれで問題がないのだったら、就業規則でも問題ないということは言えませんか。

奥田 就業規則というのは、やっぱり一応、手続とか、かっちり決められています。これが就業規則だというのが、実定法でルール化されていま

すよね。だから、そこからあまり外れるものを就業規則の存在形式として認め出すというのは、ちょっと無理があるように思うんですけどね。まあ、効力論とかはいろいろありますけれども。

野田 広目に就業規則のことを認めたいのは、まさしくこういう問題があるからで、結局、就業規則として認めたほうが最低基準効とか。

奥田 最低基準効はね。

野田 本件は引き下げ効の事案だから、またちょっと別問題だけれども。

奥田 労基法の要件を効力要件とするかどうかというの、結局、最低基準効のところにかかるからですよ。

野田 そういことですよ。それがあるからですものね。だけど、いずれにしろ、やっぱり議論されていなかった盲点をついたような問題ですよ。

奥田 そうですね。

野田 それで、結論はしようがない。就業規則とか、何か載っているのかと思ったら。判決文に社内報が載っていればいいのに、載っていないので説明しにくい。

奥田 そうですね。別の点で、個別合意のところですが、14%減のところでは認められなかったというのも、おっしゃるとおり、黙って受け取っていたということから黙示の同意は推定されないというのが基本的な考え方で、そのとおりだなと思いました。ただ、変更されないというときにどれが適用されるのか。事実関係で見ると、結局、基本給プラス9%減という部分ですか。

野田 基本給プラス9%減がセットになっているんですね。

奥田 セットになっているとすれば、それが賃金額を決める根拠になるということをおっしゃなければいけなかったのではないかなと思ったんです。

野田 そうですね。判決もちょっとそういうことを言っていますよね。一体になっているということ。

奥田 賃金額がいくらになるかというところで9%減の話が出てきて、ここでは個別合意を認めている。それは、一定の年月を経ているというのが1つの根拠かなとは思いますが。結局、そのあ

たりで認めないと、何に基づいて、賃金額がいくらになるという根拠が出てこない、そういうことなのかなと思ったんです。

野田 ですね。基本給協定と9%減額というのは一体なんですよ。

奥田 そうなんですよ。それを協約の効力ではないとすると、個別合意しかあり得ないという理屈になったのかなと思いました。脱退後の労働協約、これはあっさり外部規律説になっていますけれども、離脱すれば規範的効力は失われるので、結局はその後の労働条件の問題ですよ。

野田 少なくともここは、協約の規範的効力はもうそれでストップさせて、特に合理的解釈によってそれを維持するというのも、とりわけ多くは別組合をつくっているわけですからね。意思解釈としても難しだろうということなのでしょう。

奥田 そうなると、やはり個別合意が残らざるを得ないんですね。

野田 だから、9%減額条項、まあ、基本協定プラス9%を起点にして、そこから動いていないよということになる。そういう解釈をせざるを得ないという。

奥田 個別合意を介した契約内容なのだとということなんですよ。

野田 そうですね。先ほど言いましたように、全体とすると堅実なことを言って、大きな間違いはしていないのですけれども、個別論点ではそれでいいのかなという疑問を感じさせるんですね。僕はやっぱり、結論は反対ではないんですけど、就業規則のあり方みたいなものは何の議論もされていないのが気になりました。日本は、こういう場合、結局、全部、就業規則でやりなさいというわけでしょう？

奥田 そうなりますね。

野田 一緒に変えれば組合も賛成しているのだから合理性がありますよということまでもあるわけだから。ここで就業規則を変えるのは何の問題もない。大きな問題は生じない。合理性はあるだろうと。それを怠っている企業の場合の問題ですよ。

奥田 結局、最終的に賃金額がいくらになるの

かというところの理屈づけは、かなり苦勞したという感じがしますね。

野田 そうですね。それは多分、原告代理人のある種の力作ですよ。

奥田 そうですね。

野田 まあ、全部取ろうと思ったけれども9%までは無理だったという。その期間の部分は、減額は無理だったということですね。

奥田 これは、仮に外部規律説ではなくて内容説を採ったとすれば、どうなったのかなと、ちょっと考えていたのですけれども。

野田 契約は残りますね。だから、就業規則でもつくれば引き下げられるのでしょうけど、それも怠っていると……。その後、契約として残るけれども、契約変更したのか、14%条項によって。

奥田 14%条項が結局、脱退との関係で適用されるかどうかですね。前後関係はあるとしても、基本的にその適用を避けるために脱退しているところがありますよね。だとすると、それについて協約の規範的効力を認めるかどうかとか、また別途考えないといけないと思うんです。14%減とか11%減というのは、その協約内容は契約内容としては規範的効力は及んでいなくて、その前の段階での契約内容が労働条件になるという考

え方もできるのかなと思っていたのですけれども。

野田 内容説で。

奥田 それ以降の、やっぱりそもそも及ばないと考えることもできるかなと思ったんですけどね。でも、あっさり、外部規律説。

野田 はい。このごろ、外部規律説を採る判決がわりと多いですよ。内容説は、本来は有利な協約条件を守るために認めるのだろうけど、本件のような不利益変更の場合は、外部規律説のほうが労働者の利益を守ることになる。そういう事案が多いのかもしれない。そんなところですかね。

奥田 はい。

野田 そういったところで、大変長時間お疲れさまでした。

奥田 ありがとうございます。

(2018年8月3日 東京にて)

のだ・すすむ 九州大学名誉教授。主な著作に『労働条件の変更と解雇——フランスと日本』（信山社、1997年）ほか。

おくだ・かおこ 近畿大学法科大学院教授。主な論文に「労働契約における合意」日本労働法学会編『労働契約の理論〔講座 労働法の再生 第2巻〕』（日本評論社、2017年）ほか。