

ディアローグ

労働判例この1年の争点

❀ コンビニオーナーの労組法上の労働者性

❀ 業務委託契約により事業遂行する代理店の
解散・従業員解雇と運営会社の雇用責任



奥田香子

(近畿大学教授)

×



野田 進

(九州大学名誉教授)



【目 次】

■ホットイシュー

1. コンビニオーナーの労組法上の労働者性——セブン・イレブン・ジャパン事件
2. 業務委託契約により事業遂行する代理店の解散・従業員解雇と運営会社の雇用責任——ベルコ事件

■フォローアップ

1. 基本給の相違の不合理性と労契法 20 条——学校法人産業医科大学事件
2. 定年後再雇用における雇止め——エボニック・ジャパン事件

■ピックアップ

1. 育児休業取得後の契約社員契約と雇止め——ジャパンビジネスラボ事件
2. 休職中の「テスト出局」における賃金請求権——NHK 名古屋放送局事件
3. 出向からの復帰命令の適法性——相鉄ホールディングス事件
4. 短大教員の視覚障害にともなうキャリア支援室勤務および研究室変更命令の効力——学校法人原田学園事件
5. 労働契約の成立時における契約内容の確定と解釈——Apocalypse 事件
6. 登録型派遣と派遣元会社での就業規則変更——阪急トラベルサポート事件
7. 携帯電話を使用する営業社員の事業場外みなし制と労使協定の効力——ナック事件
8. 郵政民営化と期間雇用社員（旧非常勤職員）らの更新上限年齢——日本郵便事件

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「ディアローグ 労働判例この1年の争点」をはじめます。3年目の本年度は、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、前回取り上げた判例について、その後およびそれを巡る動向を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を8件、取り上げていただきます。どうぞよろしくお願いいたします。

野田 我々のディアローグも3回目になりますけれども、今年はいわゆる働き方改革関連法のうち労働時間関係が既に4月に施行されまして、さ

らに非正規雇用に関する一連の改正が来年の4月から施行ということで、法改正の動きは一段落しました。それに先駆けて判例も、特に非正規雇用については労契法20条の解釈問題を中心とする最高裁の判決も落ち着きまして、それは去年取り上げたのですが、今は下級審でその応用問題の段階に入っています。そういった意味で、判例としては、この1年間は、最高裁を中心とする大きな動向は見られなかった年のような気がします。しかし一方で、これまで私たちは、集团的労働関係の判例を十分に引き上げてこなかったということもありまして、その反省の気持ちがあります。そして、この1年間ではこちらの領域での論点について、重要な判決や労働委員会の命令が注目されます。そこで、今年のホットイシューでは集团的労働関係法に目を向けて判決を取り上げようと思います。

ホットイシュー

野田 最初に、中労委の命令ということで、この「1年間の判例」という表題からは少し逸脱していますがけれども、社会的にも注目されたものもありますし、もちろん法理論的にも重要論点でもありますので、セブン-イレブン事件の中労委命令から、奥田先生から取り上げていただきたいと思います。それではお願いします。

1. コンビニオーナーの労組法上の労働者性

——セブン-イレブン・ジャパン事件・中労委命令平31・3・15（労経速2377号3頁）

——事案と判旨——

事実の概要

Xは、コンビニエンスストアのフランチャイズ・チェーンを運営しているYとの間で加盟店基本契約を締結して店舗を営む加盟者らが加入する労働組合である。Xは、Yに対し、平成21年10月22日付で直接話し合いの場を持つよう

うに申し入れ、さらに、同年11月5日付および同月30日付けで、「団体交渉のルール作り他」を議題とする団体交渉を再度申し入れた。これに対し、Yは、Xの組合員である加盟者は独立した事業主であり会社と労使関係にはないと認識しているなどとして申し入れに応じなかった。

Xからの救済申立て（団体交渉応諾等）を受けた岡山県労働委員会は、平成26年3月13日付けで、加盟者は労組法上の労働者に該当すると判断した上で、YがXからの団交申し入れに応じなかったことは労組法7条2号の不当労働行為に該当するとし、Yに対して団体交渉応諾等を命じた（岡山県労委命令平26・3・13）。これに対しYは、同年4月1日、初審による救済命令の取消しおよび救済申立ての棄却を求めて中労委に再審査を申し立てた。

【命令要旨】（救済命令の取り消し/本件救済申立ての棄却）

(1)「労務の供給が業務委託等の労働契約以外の契約形式によってなされる者であっても、実質的に、①当該労務供給を行う者たちが、相手方の事業活動に不可欠な労働力として恒常的に労務供給を行うなど、いわば相手方の事業組織に組み入れられているといえるか、②当該労務供給契約の全部又は重要部分が、相手方により一方的・定型的に決定されているか、③当該労務供給者への報酬が当該労務供給に対する対価

ないし同対価に類似するものとみることができるか、という判断要素に照らし、団体交渉の保護を及ぼすべき必要性和適切性が認められる場合には、当該労務供給者は、労組法上、『賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する』労働者に当たるとみべきである。『事業組織への組入れ』の判断に関しては、補充的に、(a) 当該労務供給者が相手方からの個別の業務の依頼に必ず関係にあるか、(b) 当該労務供給者が労務供給の日時・場所について拘束を受け、労務供給の態様についても、相手方の指示ないし広い意味での指揮監督に従って業務に従事しているか（この要素は、労働契約法ないし労働基準法上の労働者におけるものほど強度である必要はない。）、(c) 当該労務供給者が相手方に対して専属的に労務を供給しているか、といった要素も考慮されている。『他方、当該労務供給者が、自己の独立した経営判断でその業務を差配すること等により利得する機会を恒常的に有するなど、事業者性が顕著である場合には、労組法上の労働者性は否定されることになる』

(2) 「本件においては、加盟者は小売事業者として、自ら資金を調達するとともに事業の費用を負担しており、また、損失や利益の帰属主体となり、自らの判断で従業員の雇用や人事管理等を行うことで他人労働力等を活用し、自ら選択した場所でコンビニエンスストアの経営を行っているのであって、資金の管理、商品の仕入れ及び営業日・営業時間について一定の制約はあるものの、なお経営者として相当の裁量を有する独立の小売事業者としての性格を持つものである。

他方で、会社は、加盟店の経営に関し、研修や評価等を行い、セブン-イレブン・チェーンとして会社と一体のものと認識されるような外部への表示を加盟店に求めているが、これらは、加盟者の事業活動としての店舗経営への制約としての面があるとしても、加盟者が会社の事業のための労働力としてその組織に組み入れられていることを根拠付けられるものとはいえない。

次に、加盟者は、会社から時間的・場所的拘束を受けて労務を供給しているとはいえない上、店舗において店舗運営業務に従事する際には実際上マニュアル等に従い、OFC（オペレーション・フィールド・カウンセラー）の助言・指導を受けてはいるものの、本件フランチャイズ契約に違反する行為に対するものを除いては、これらに拘束力があるとはいえず、それにより店舗での業務遂行が事実上制約を受ける面があるとしても、それは加盟者の事業活動としての店舗経営への制約とみべきものであり、加盟者が広い意味でも会社の指揮監督の下で労務を供給しているとはいえない。

そのほか、加盟者は、コンビニエンスストアの経営という面に関する限りでは会社に対する専属性はあるが、本件においては、そのことを事業組織への組入れの判断において重視すべきではない。

これらのことを総合考慮すると、加盟者は、会社の事業活動に不可欠な労働力として、会社の事業組織に組み入れられていると評価することはできない」

「本件フランチャイズ契約の内容は、会社により一方的かつ定型的に決定されているとみるのが相当である。

ただし、……加盟者は独立した小売事業者であることからすると、本件フランチャイズ契約は、加盟者の労務供給や労働条件というよりは、加盟者による店舗経営という事業活動の態様について規定しているとみるのが相当であり、会社がその内容を一方的に決定していることは、会社と加盟者の間での事業者としての交渉力の格差を示すものであるとしても、加盟者の労組法上の労働者性を根拠付けられるものとはいえない」

「加盟者が会社から受領する金員については、本件フランチャイズ契約の趣旨や加盟者と会社の実態を踏まえると、加盟者の労務供給に対する報酬としての性格を有するものと評価する前提を欠くというべきである。また、当該金員の性格をみても報酬の労務対価性を肯定することはできない。したがって、加盟者が会社から労務供給の対価として報酬を受け取っているということとはできない」

「加盟者は、独立した事業者であり、自身の小売事業の経営全体に関し、事業の形態や店舗数等に関する判断、また、日々の商品の仕入れの工夫や経費の支出等に関する判断や業務の差配によって、恒常的に独立した経営判断により利得する機会を有しているとともに、自らの行う小売事業の費用を負担し、その損失や利益の帰属主体となり、他人労働力等を活用して、自らリスクを引き受けて事業を行っているのであって、顕著な事業者性を備えているといえることができる」

「顕著な事業者性を持つ者であっても、事業の相手方の規模等によっては、契約内容が一方的に決定されるなどして交渉力の格差が発生することはあり得るが、そのような交渉力格差は、使用者と労働者との間の交渉力格差というよりはむしろ、経済法等のもとの問題解決が想定される、事業者間における交渉力格差とみるべきものである」

《補》セブン-イレブン・ジャパン事件・東京地判平30・11・21（労経速2375号3頁）

事実の概要

Xは、コンビニエンスストアのフランチャイズ・チェーンを運営しているYとの間で加盟店基本契約を締結して店舗を運営する加盟者であった。Xは、労基法9条および労契法2条1項の「労働者」に該当するとして、Yに対し、主位的には不法行為に基づき、未払賃金相当額の支払いを、予備的には労働契約に基づき、未払賃金の支払いを求めて提訴した（賃金の未払い、安全配慮義務違反、無効な解雇）。

【判旨】（請求棄却）

「Xは、個人もしくはAの代表取締役として、Yとの間で、本件各店舗の経営に関するフランチャイズ契約である本件各基本契約を締結し、同契約に基づき、独立の事業者（第2条）として、本件各店舗を運営していたものであって（X自身も、自身が本件各店舗の経営者として、同店舗を運営していたことを自認している。）、このことは、Xが労働者であること

と本質的に相容れないものである」「Xが指摘する各事情は、いずれも……Xの事業者性を減殺して、Xの労働者性を積極的に肯定できるまでの事情とはいえず、Xは労働者に該当しないというべきである」

奥田 まず今回のホットイシューの一つとして、いわゆるコンビニオーナーの労働者性について取り上げることにしました。このところ、コンビニ営業のさまざまな問題が社会的にも注目を集めているところですが、労働者性の判断についても、労組法上の労働者性について中労委の判断が示されたことから、判例ではないのですが検討してみることにしました。判例ということと言えますと、あわせて労働基準法、労働契約法上の労働者性に関する裁判例が同じテーマで出ていますので、これにも簡単に触れておくことにします。

まず、今年の3月に、コンビニオーナーの労働組合法上の労働者性に関する中労委命令が出されました。この中労委命令に先立つのは、既によく知られているように、岡山県労委命令で、同様の命令としてファミリーマート事件での東京都労委命令（平27・3・17）もあり、それらが労組法上の労働者性を認めたことから、かなり注目されたものです。学説では、一方でこの問題は事業者間の問題であって労働法の問題ではないと批判的に捉える見解も見られますが、他方で、理論的な問題はさまざま指摘されつつも、労組法上の労働者性を肯定した結論については支持するという見解もあります。しかし、今回の中労委命令は岡山県労委の命令を棄却して労働者性を否定するという結論に至りました。東京都労委命令についても、中労委は同様の結論を示しました。

この中労委命令については、いろいろな検討点があるかと思うのですが、主に2点指摘したいと思います。1つ目は、労働組合法上の労働者性判断の判断要素というか判断基準について、枠組みについてです。この問題については、主要な3つの最高裁判決（新国立劇場運営財団事件・最三小判平23・4・12民集65巻3号943頁、INAXメンテナンス事件・最三小判平23・4・12労判1026号27頁、ビクターサービスエンジニアリング事件・最三小判平24・2・21民集66巻3号955頁）が出され

てから、それらは事例判断であるとはいえ、一定の判断枠組みが形成されていたと思うのですけれども、今回の中労委命令を見ると、やはりこの問題に関してはまだまだ議論を深める必要があるのではないかと改めて思ったところです。といいましても、特に労働組合法上の労働者性判断で主要な判断要素として出てくる「事業組織への組み入れ」という要素について、この中労委命令は、いわゆる諾否の自由であったり、業務遂行における指揮命令、時間的場所的拘束性とか専属性というような、いわゆる使用従属性に関する要素を、それ（事業組織への組み入れ）の判断の補充的要素であるとしています。今回はその点が非常に気になったところです。確かに最高裁の判決でも、これらの要素は総合判断の要素として示されていて、そもそも団体交渉における労組法上の労働者性判断に労基法のような使用従属性の要素が必要なのかどうかということは、これまでに学説でも指摘されていますし、私もその点は非常に疑問を持っています。とはいっても、とりあえず、「事業組織への組み入れ」「契約の一方的・定型的決定」「報酬の労務対価性」というのが3つの主たる要素であって、その他、補充的な要素があるという枠組みだろうと、一応は理解されてきたと思います。ところが、その「事業組織への組み入れ」という要素の補充的要素として、先ほど述べたような使用従属性に関する要素が入ってくるといことになる、枠組みとしては異なった意味になってくるのではないかと思います。端的に言えば、労組法上の労働者性判断についての独自性が減殺されるというか、より広く捉える考え方が縮小されるのではないかと。だから、そもそも最高裁判決の総合判断と、今回の中労委の枠組みが異なるのかどうかという問題で、私はかなり違ってくるのではないかと思います。

ただ、中労委は以前、ソクハイ事件の命令（中労委平22・7・7）の中で、諾否の自由の存否や時間的場所的拘束や専属性というのを、事業組織への組み入れの判断において肯定要素として整理するという考え方を示していたと思いますので、そういう意味では中労委の命令は一貫しているのかもしれませんが、ただ、最高裁判決との比較という

ことで言うと、やはり異なっていると思われますし、私の理解では、労組法上の労働者性判断がより狭くなるのではないかと、あるいは独自性が薄れるのではないかと感じました。その点、野田先生はどう考えられるか、後でお伺いしたいと思います。

2つ目は、今回の中労委命令の内容や結論なのですが、判断要素に即して丁寧に判断はされているものの、結局のところ、命令要旨最後の部分が結論を左右しているのではないかと思います。つまり、「顕著な事業者性を持つ者であっても、事業の相手方の規模等によっては、契約内容が一方的に決定されるなどして交渉力の格差が発生することはあり得るが、そのような交渉力格差は、使用者と労働者との間の交渉力格差というよりはむしろ、経済法等のもとでの問題解決が想定される、事業者間における交渉力格差とみるべきものである」という部分です。結局、こういう考え方が判断全体に示されているのではないかと思います。

具体的な判断で言いますと、まず、オーナーが実態として独立した小売事業者としての性格を失っているのかどうか判断されて、裁量の幅は確かに限定されるのだけれども、事業者としての独立性がないとは言えない、事業者なのだということが最初に確認されます。その上で、労組法上の労働者性判断要素としての「事業組織への組み入れ」も認められるかどうかが続いて判断される。その中で、例えば研修義務については、オーナー個人の労務供給の質を確保するというよりも、経営する店舗の質的水準を確保するためのものと言われたり、あるいは店舗の評価に関しても、オーナー個人の労務供給に対する評価ではなく、経営のあり方に対する評価だというようなことで、結局、さまざまな制約というのは確かに見られるのだけれども、でも、それはその加盟者個人の労務供給に対するものではなくて店舗経営に対するものなので、だとすると、オーナーである加盟者が、事業活動に不可欠な労働力として事業組織に組み入れられていると評価することはできない、ということになってくるのです。

2つ目の判断要素である「契約内容の一方的決

定」というのも、確かに一方的に決定していることは認められるのですけれども、それも、加盟者であるオーナーの労務供給とか労働条件についてではなくて、店舗経営という事業活動の態様について決定しているということなんです。つまり、さまざまな制約は、判断要素に照らしてそれに合致するような制約は事実として見られるのだけれども、それは加盟者個人に対するものではなく、店舗経営に関するものだ判断されていく、そんな流れが見られると思いました。となると、結局、最初に申し上げたように、命令要旨として紹介欄に記載した最後の4行の部分が結論を左右しているのではないかと思います。

中労委の命令をそういうふうを読むとすれば、つぎに、それをどう評価するかが問題になってきます。それについては、正直なところ、非常に迷うというか、難しいと考えています。確かに労組法上の労働者性判断の諸要素に照らしていくと、オーナーの店舗経営がなければ、その事業自体が成り立たないことであったり、契約なども基本的に全て統一的に決定されているとか、労組法上の労働者性判断の要素に適合し得る事実というのは、先ほどのように加盟者個人なのか店舗経営なのかというように区別しないとすれば、たくさんあります。そこを捉えて、労組法上の労働者性という独自の判断枠組みから、岡山県労委命令などのようにこれを肯定的に評価することはあり得ると思います。また、オーナーの就労実態といっても多様なので、そのあたりをきっちと個別に見ていくという考え方も重要だと思います。

ただ一方で、改めて労組法が保護しようとしている労働者の範囲というのはどういうものなのかということを考えると、団結権、団体交渉権、団体行動権が保障されて、そのもとでの労組法による保護なので、集団的労働関係法の枠組みに入ってくるわけですね。となると、コンビニオーナーのようなケースが、確かにさまざまな制約とか格差があることは十分知られているところなのですが、でも労組法の保護対象かといわれると、必ずしもそういうふうには捉えられないようにも思うのです。中労委が最後の部分で述べているような、交渉力格差はあるけれどもそれへ

の対応は他の法領域の問題ではないかという考え方も、理解できなくもないんです。さらに、岡山県労委の命令などが出た後に、学説上も指摘されていたと思うのですが、団体交渉ということになると、労働協約が締結されたらその規範的効力はどうなるのか、労組法16条でいう労働契約とは何なのかということまで議論の対象になったり、あるいは争議権はどうなるのかとかを、どう考えるか。それらとは区別するという考え方もあるかもしれませんが、区別できないという考え方もあり得るわけです。などなど、労組法の枠組みのもとで判断するのが妥当なのかどうか、どうしても疑問が残ってしまいました。

最後に、労基法上の労働者性に関する裁判例の方について、気になったことを1点だけ述べておきます。労基法と労契法上の労働者性は労組法上の労働者性とは基本的に異なると考えていますが、そうだとすると、この裁判例の論理展開は、判断の方法としては疑問の余地があると思いました。中労委命令との共通性があるのかもしれませんが、この裁判例は、まず事業者性があるかどうかを判断してこれを肯定するところから出発して、その上で、それを減殺するような労働者性が認められるかというような判断方法なのです。労基法上の労働者性判断の枠組みとして考えれば、結論的に労働者性が否定されとしても、「事業者性を肯定した上でそれを減殺するような労働者性」というような判断方法は、順序が違うというか原則と例外が逆転しているように思いましたので、そこは指摘しておきたいと思います。

結論のすっきりしないコメントで申しわけないのですが、野田先生がどう考えられるか、お願いします。

野田 細かなところまで、指摘していただきました。私も明確な結論は持ち合わせていませんけれども、この中労委の命令の判断構造のほうをまず指摘したいと思います。奥田先生も私もかなり長期間にわたり県労委で公益委員の仕事をしています。不当労働行為の判断については、初審の紛争解決機関としての現場感覚で発想してしまいます。そういう眼で、岡山県労委の命令を読みますと、県労委としては自信を持って書かれたと思う

んです。その判断方法を見ますと、基本的には最高裁のビクターサービスエンジニアリング事件判決を中心とする3つの判決を下敷きにして判断している。つまり、①事業組織への組み入れ、②契約内容の一方的・定型的決定、③報酬の労務対価性、④業務の依頼に応ずべき関係、⑤広い意味での指揮監督下の労務提供、という5つの要素、さらに⑥顕著な事業者性も入れると6つになりますけれども、それらを一つ一つ検討していった、さっき言われたように総合判断をやるという試みをしているわけです。県労委としては、最高裁が労組法上の労働者性に対する一般法理を出している以上、それらを規範として、それを基準に判断する以外はないわけですし、非常にいいに、5つの判断要素を事案に即してそれぞれ検討して、団体交渉に応じさせるべきかどうかという実質的な観点から判断して総合考慮するという手法を用いています。

ところが中労委の判断は、これまでも、そういう傾向は若干あったのですけれども、その5つの中で、まずは事業組織への組み入れが前面にあらわれてきて、使用従属的な部分の、先の④と⑤および専属的な労務提供という基準がその中の補充的な下位基準として取り込まれている。そういう重層的な判断構造になっているわけです。それから、これもまったくおっしゃるとおりですけれども、顕著な事業者性というのがまず前面に出てきて、それをどこまで打ち消せるかという判断構造になっているわけです。こうした判断構造は、少なくとも、最高裁のビクターサービスエンジニアリング事件の文言だけではそういう微妙な意図は読み取れないように思います。とすれば、これはどういうことなのかということですね。つまり、最高裁の判例と中労委とでは、判断構造にずれがあると見ざるを得ず、都道府県労委としては、依拠すべき規範を把握できない。それから、これは、いわば判断の射程の問題ですけれども、本件の中労委の判断では、フランチャイズの事件であることと無関係にこういう判断構造を採用したのか、そうではなくて、ビクターサービスエンジニアリングの事件のように業務委託であるのとは違って、今回の中労委はフランチャイズと

しての特殊な判断をしたのだというふうに捉えたらいいのか。でも、それだったら、そのことをもうちょっと明確に書いてほしい。

奥田 そうですね。

野田 それから、フランチャイズとの関係で、「労働者としての交渉力格差」と「事業者間における交渉力格差」を区別する説明も、おっしゃるように結論が先にあっての説明のように思えます。まだ命令集には載っていないので新聞情報ですが、ちょうど数日前（令和元年7月31日）、東京都労委だったと思いますけれども、フランチャイズ契約を結んでいる学習塾「公文教室」の指導者の先生たちの団交拒否事件で、東京都労委が指導者の労働者性を認めて、団交応諾命令を出したことが報道され、大きく取り扱われていました。新聞報道では、公文の場合では国内に約1万6000もの教室があり、ほとんどの指導者がフランチャイズ契約を結んでいるそうで、一口に同じフランチャイズと言っても、セブンイレブンの場合とはだいぶ違うように思います。そのように、新しい就労形態がたくさん出てくるときに何を規範にしたらいいのかというのは、都道府県労委としてはいっそうこのセブンイレブンの命令でわからなくなりますよね。それに、労働委員会というのは法律の専門家でない素人集団の集まりですから、フラットで平明な基準を出してもらわないと。そして、この中労委の判断構造がフランチャイズだけの判断だというのだったら、それはそれで考えなければいけないでしょうけれども、その射程はどこまでかというのを、もうちょっと明確にしてもらわないと、都道府県労委の委員であった私などではとても対処しがたいというところがあります。

それから、「事業組織の組み入れ」という判断基準でも、この命令の基準の趣旨が分からないところがあります。今年度の範囲の判決で取り上げを逃した、NHKの地域スタッフの集金人の方たちの労働者性が争われた判決（NHK〔全受労南大阪（旧堺）支部〕事件・東京高判平30・1・25労判1190号54頁）がありますね。あれは業務委託ですけれども、あの事件で労組法上の労働者性を認めるに当たっては、顕著な事業者性というのが際

立っていました。記憶ですけれども、NHKの事業収入の約96%は、受信料収入が占め、地域スタッフは受信者の支払い状況等の把握や集金そのものの実行部隊です。コマーシャル収入のない組織ですから、当然といえば当然ですけれども。つまり、96%の事業収入を組織的に稼ぎ出している人たちが、事業組織に組み入れられていないわけがない。実ははっきりしていますよね。この事件での団交事項は、組合の執行委員長だった人が集金業務に使用する電子通信の決済端末の貸与に不平等があるという点などですが、その人たちと団体交渉をすべきかという問題で、事業組織への組み入れという基準で判断するのはよく分かります。ところが、セブンイレブン事件での事業組織の組み入れというものの判断は、さっきおっしゃったように、A（業務の依頼に応ずべき関係）、B（場所的・時間的拘束と指揮監督）、C（専属性）でして、これらはどうも使用従属関係とあまり変わらないような基準で個別の労基法・労契法の問題でも使われるようなものでして、これが何で事業組織への組み入れという基準の補充的な下位基準になるのかわからない。

要は、中労委の判断は、このコンビニ店主のフランチャイズの特性に基づいた判断であって、業務委託関係や別のタイプのフランチャイズ契約の場合とは違うというふうに、明確に判断して、そういう規範の仕分けの上でのメッセージということであるならば、新しい規範の定立であり、これからは都道府県労委としてはまた別に勉強しようということになるでしょうけれども、これだと非常に、何か、どう転ぶかわからないというようなところがあって、最高裁の判断基準とどういう色分けをしたらいいのか、区別の基準というのがはっきりわからないので、不満が残るような気がしましたね。

それから、最後の点で言われたことで、今、思ったのですけれども、たしかに労働契約があるわけではないので、労組法16条の規範的効力の適用がどうなるかという問題はあります。しかし、これはもう、別途に考えなければしょうがないという気がしてきました。つまり、労組法上の労働者と、それから労働契約上の労働者が違う、

範疇が異なるということを言い出したときには、既に、労働契約はないけれども労組法上の労働者だという人が出てくることを容認した議論をしているんです。団体交渉だけは、してもよろしいけど、その合意と規範的効力とは別問題だと。そうすると、16条はある種、諦めた上で、しかし団体交渉はすべきだという、そういう範疇を我々も容認したといいいましょか、そういうものは、そういうものとして認めていこうというラインに立ってしまったことになると思うんです。このことはもう覚悟の上で、そういう主張をしななければいけないということだろうと思うんですけどね。

奥田 集团的労働関係法の領域から、団体交渉に関する部分だけを切り離して考えるということですか。

野田 結局、そうなりますね。団体交渉はさせるけれども、だけど労働協約としての規範的効力はありません。労働契約がないんだから。それから、争議行為といっても、労働契約上の労働者でない人たちに、契約不履行の民事免責や、あるいはストライキ中の契約の存続の問題などを必ずしも考える必要はないわけでして。ただ相手方が団体交渉を拒否したときに、それは不当労働行為ですよという領域として、労組法7条における労働者性というのを考えざるを得ないような領域に立ち至っていると思うんです。私はもう前からこういう発言をして、批判されることもありましたが、団交の場合の労働者性は、3条ではなくて7条2号の「雇用する労働者の代表」で考えるべきだと思っているんです。労組法3条というのは、まずその文言が規範として何のメッセージもない条文ですから、3条ではなく7条の労働者性で考えていくべきだと思っているのです。それに3条で考えると、労組法16条や刑事免責も民事免責も組み込むような、労組法全体に効力が波及するものになってしまうけれど、差し当たり、それは別にして、7条だけで考えていけばよいのではないかという気がするんです。労組法3条の労働者ではなく不当労働行為だけの問題にすればよいと。まあ、不当労働行為だけではなくて、団体交渉拒否に対する損害賠償請求という可能性もあるかもしれませんが、とにかく団体交渉だけ

は少なくともやったらどうだということに落ちていていいのではないかなと思うんですけどね。

奥田 結局、その点に関しては、労働法の枠組みの中で、団体交渉の領域で多様な解釈の余地を考えていくということですよ。もう一つの考え方としては、別の法領域だとする考え方もあり得るかどうか。労働法の団体交渉のルールの中での、そこだけを切り離していくというのが、先生の考え方だと思うのですが、さまざまな交渉力格差とか制約があるというのも十分理解されるわけですから、やはり別の法領域で救済を図る仕組み（フランチャイズ関連法など）を考えるというほうが、私はシンプルな気がするんです。

野田 まあ、それはそうですね。でも、やはり、私は労働委員会法という法律を制定すべきだという主張なので、権利関係ではなく紛争解決を引き受けるシステムがいいと思う。だって、現在の日本の労使関係の問題でね、団体交渉がなされて、それで妥結して労働協約が成立して、労組法16条に流れて規範的効力が生じ、妥結しない場合には団交決裂でストライキをするという、労使関係システムの流れというのは、実際問題として、もうほとんど息絶え絶えじゃないですか。せいぜいが、団体交渉というのはもう、労組法7条2号の中でどう救済していくかという問題が、もうほとんど全てと言っていいですよ。

奥田 そうですね。

野田 労組法関連事件では、7条でしかほとんど裁判例もない。まあ、去年ディアログで取り扱った独特の事件（永尾運送事件・大阪高判平28・10・26判時2333号110頁）、1件ありましたけれども例外的ケースですよ。そういう状態ですから、もう実態としては7条で、団体交渉拒否の次元で労働者性を取り上げるというので、十分いい状態だと思うんです。それでも、ばかにできない。労働組合法とか労働組合の役割として、利益代表システムという確固たる役割があるでしょう？それで、利益代表システムというのは、別に争議権とリンクしていなくても、あるいは労働協約という形で、ストレートに規範的効力に結びついていなくても成り立つのではないですかね。とにかく労使関係で困ったことがあった、あるいは労働

条件での苦情があるという場合、労働者の利益を代表して、団体交渉するよという仕組みを保障するという、それだけでも十分役割があると思うんです。現に今もそれしか実はないわけだから。実際、ストライキで圧力を掛けるわけではないし、労働協約を締結することで規範的効力がどこまで機能しているかもよくわからないし。組織率が低いですからね。むしろ、団体交渉だけやるだけでも、十分有効で広げていく価値がある。そうすると、必ずしも、労働契約の存在を前提とする労働契約準拠説に立たなくて、まさしく団体交渉により問題や苦情を解決するにふさわしい人たちという視点から、ここでの労働者性を認めればよいのではないかと。まさしく今、そういう目で見ていくような状況に来ているのではないかと思うんです。だって、集团的労使関係のシステムは、ほかのことは何もやっていないんだもの。争議はやらないし、協約の締結率は低いわけだから、せめて団体交渉だけでもやらせましょうということですよ。それだったら別に労働契約があろうとなかろうと問題はないことになる。もちろん、むやみに広げていけばよいというわけではないのですが、労働契約準拠から、どこまで逸脱するかが問題になるときに、本件の場合は、フランチャイズのどのような特性がどのように規範化されるかをはっきりと言ってほしいということです。

奥田 そうですね。その射程というのは気になる場所ではあります。例えば、枠組みに関しては、フランチャイズだからこのような枠組みが出てきたのかというと、ソクハイ事件でも同じような枠組みを中労委は使っていたと思うんです。

野田 そうですね。

奥田 判例とは違う枠組みを。

野田 違う枠組みですね。おっしゃるとおり。

奥田 あまり変わらないと言う人もありますが、私は違うと思うんです。ソクハイ事件は店舗経営などという問題ではなかったので、中労委の判断枠組み自体は、フランチャイズだから今回新たに出てきたとは理解していないのですが。ただ、判断内容や結論で言うと、事業主だけど個人の労務提供がそこに組み入れられているのと、店舗経営とでは、実態はさまざまだから一概には言えない

ですけれども、やはり捉え方の違いがあるのではないかと思うんです。

野田 それはそうですね。

奥田 そうだとすると、この判断がその枠組みの中だけで出てきたというよりも、やはり特殊なケースだということが示唆されているのではないかと思うんです。ですから、逆に、今まで事業組織への組み入れとして評価できたケースについて、範囲が狭まると考えるべきではないと思います。

野田 そうですね。

奥田 ただ、この問題に対する救済にはならないのですが。

野田 確かに、これまでの個別ベースの業務委託と、それからフランチャイズ。ただし、フランチャイズもいろいろあるので。このケースのフランチャイズのどこの部分が、顕著な事業者性に結びつくかというのを、もうちょっと明確にしてほしいと。フランチャイズは原則としてだめなのかということになってくると、次にやるベルコの問題にもかかわってきますけれども、偽装フランチャイズみたいなものもあるわけじゃないですか。

奥田 フランチャイズといっても、ほとんどオーナーが働いているようなケースとか、経営だけをしているケースとか、いろいろありえますよね。その場合、さまざまな制約はオーナー個人の労務提供に対するものではなくて店舗経営に関するものだという理屈でいくと、そうした差異は出てこないですね。そこは少し危惧されます。

野田 何か、私はもう、数年前ぐらいから、次のベルコもそうですけれども、判例や命令での個別の各要素に対する判断というのは、まあ、率直に言って結論ありきのような気がして、いくらでも議論が塗りかえていかれるところなので、あまりつき合う気がしなくなってきたんですね。しかし、今のご指摘はそのとおりだと思いますね。やっぱり、まず店舗経営というところから出発して、あとネガティブに切っていくと、おっしゃるとおり、そうなるし、岡山県労委のように淡々と、顕著な事業者性はありますかという、やっぱりすごく支配的要素があるから、ございませんというので終わるということにもなるので、

中労委が店舗経営というのを切り札として使ったのは確かですよ。

奥田 そうなんですネ。

野田 だけど、それが果たして切り札として成り立つのか。フランチャイズの場合、どこだって全て店舗経営はしているわけですから。そこから先に、岡山県労委が言っているような実質的な支配関係みたいなものをどこまで見出すかということでしょうから、店舗経営の事実しに重きを置くのはやっぱり判断としては不満が残りますね。同じフランチャイズでも学習塾と店舗の経営というものの異同をどのように見ていくかです。都道府県労委は、現場で一番、当事者をずっと見ていますので、中労委の判断方法によっても判断を変えられないような気がするんですネ。

奥田 オーナー個人の労務供給と店舗経営を分けたような判断をするのが、この問題の解決として妥当なのかというところあまり肯定もできないけれども、理屈として否定もできない。非常に曖昧な結論になってしまっていますが、難しいです。

野田 まあ、確かにこれは私たちだけで結論を出すのは難しいと思います。

2. 業務委託契約により事業遂行する代理店の解散・従業員解雇と運営会社の雇用責任

——ベルコ事件（札幌地判平 30・9・28 労判 1188 号 5 頁）

— 事案と判旨 —

事実の概要

1. 当事者

Y は、全国の個人事業主及び法人と代理店契約及び業務執行委託契約を締結し、Y の経営する冠婚葬祭互助会の会員募集活動及び締約代理業務や葬儀式における営業等を行わせている。これらの代理店を統括するために、営業本部の下に、順に「ブロック」—「支社」—「支部」を設けている（後述の労委命令の認定によれば、Y では正社員 32 名、業務委託契約の代理店で雇用されている従業員数 7096 名）。訴外 A は、Y との間で代理店契約及び業務執行委託契約を締結し、契約は 1 年ごとに更新されていた。

2. 業務委託契約の実情と経緯

(1) A と Y との代理店契約には、代理店の業務内容や代理店に対する制裁措置・業務改善命令その他の規定が定められた。しかし、Y から委託された業務を行う場所や、勤務時

間については定められていなかった

(2) A は、支社長からの求めに応じて、契約獲得本数その他の営業目標を定め、これを支社長に報告していた。また A 及び従業員の名簿及び各タイムカード、入社した従業員の履歴書その他の書類を Y に提出していた。

A は、Y の支社長が参加する支部長会議に出席し、指導や叱責を受けることがあった。Y からの連絡事項を伝えられたほか、契約獲得本数等に関する目標について協議していた。支社長は各代理店の契約獲得本数が目標を達成していない支部長に対し指導を行い、強い言葉での叱責に及ぶこともあったほか、目標を達成することができない FA 職には葬儀の施行を行わず、支部長を降りてもらうこともある旨の発言がされることもあった。もっとも、Y が、各代理店の契約獲得の方法その他の具体的な手順について、代理店主に対して特段の指示を行うことはなかった。

従業員の募集・採用は、原則として代理店ごとになされていたが、支社名義で FA 職を募集し代理店に振り分けることもあった。Y は支社長や代理店主が同意すると担当地域や営業地域を変更することがあり、こうした担当地域の変更を「人事異動」と称していた。

A は、Y が賃借している建物を、Y に対して毎月「家賃」名目を支払うことにより、事務所として使用していた。

X らは採用時に、「私は……株式会社ベルコとは何ら雇用関係も存在しないことを認識しております」と記載された確認書を提出していた。

3. 業務委託契約の解約と労働契約

平成 26 年 11 月頃、支社長は、A に対し経営赤字を理由に閉鎖を勧めたところ、協議の上、訴外 C が 27 年 2 月 1 日より同地区の代理店を運営することとなった。C は、A 代理店が使用していた事務所や備品等をそのまま使用していたが、A と C の間で事業譲渡契約等は締結されなかった。

C は A の従業員のうち、X ら以外の者と労働契約を締結したが、X らとの間では労働契約を締結しなかった。そこで、X らは Y 社に対して、労働契約上の地位確認等を請求したのが本件である。

【判旨】 請求棄却

1. A が Y の従業員の採用について委任を受けた商業使用人であったか

「会社その他の商人の使用人とは、その商人に従属し、その者に使用されて労務を提供する者と解するのが相当であり、これに該当するか否かは、当該商人との間の契約の形式にかかわらず、実質的にみて、当該商人から使用されて労務を提供しているといえるか否かによって判断すべきである」 「以上の事実を総合考慮すると、A については、業務の方針や成果に関しては細部にわたって Y からの指示があり、これを拒否することは相当程度困難であった一方で、具体的な労務の遂行方法や労務の時間、場所については一定程度の裁量があったということができ、業務の代替性は乏しいものの、その業務を自己の計算によって行い、報酬額が労務の成果と

対応しているものである」「したがって、…… A が Y の使用人であるということとはできない」

2. X らと Y との間で黙示の労働契約が成立していたか

「X らの勤務時間、勤務場所及び勤務の具体的態様についての指揮命令は、葬儀場における一般的準則や葬儀施行の際の個別具体的な指示を除けば、ほぼ A が行っており、X らは、これに基づいて FA 職の労務を提供していたとみるべきである。そして、その賃金の計算方法は A が定めており、社会保険料等の納付、所得税の源泉徴収といった労働者を使用する事業者が行うべき義務を A ないし本件合同会社が履行していたのである。そうとすれば、Y が、X らに対し、労務に関する指揮命令を行い、その対価として報酬を支払ったとみることはできないから、X らと Y との間で黙示の労働契約が成立したということとはできない」

野田 次は、ベルコ事件ですけれども、札幌地裁のベルコ事件判決は、後でも触れますけれども平成 30 年に 2 件ありますが、私が取り上げるのは、昨年の 9 月 28 日の判決です。それから、この札幌地判との比較の意味で、関連事件である、北海道労委命令（令元・6・13・決定北海道労委ホームページ）の判断要旨も取り上げたいと思います。

ご承知のとおりがよく知られた事件でして、冠婚葬祭の会員募集とか請負などを事業とする被告 Y 社の代理店である、札幌にある代理店 A が解散する。それを事実上、引き継いだ別の代理店 C が、A に雇用されていた従業員のうち 2 名、これが原告 X らですけれども、この 2 名のみを雇用しなかったということで、X らが、C ではなくて Y 社に対して、つまりベルコに対して、労働契約上の地位確認等を請求したという、非常に複雑といえは複雑なケースです。

何より事案として注目されたのは、ベルコという会社ですけれども、全国の個人事業主や法人と、代理店契約等を結び、冠婚葬祭の会員募集とか葬儀などの営業を行わせるということです。そういう、労働契約というものを使わずに業務委託契約で企業経営を行うことを、新しいビジネスモデルだと標榜しているようです。

これに対応して、訴訟の請求内容も独特でして、まず Y が商業使用人である A に対して Y の従業員を雇用することを委任したと。それで、A が Y のために X らと労働契約を締結したことによって当該労働契約の効果が Y に帰属したとい

うのが、主位的請求の主張内容です。あとは予備的に、黙示の合意による労働契約が成立していたその他の主張をする構造になっています。

判決はここに引用しているとおりですが、まず、商業使用人であったかという主張に対して、商業使用人とは、その商人に従属し、使用されて労務を提供するというのが相当ということで、まあどこまで同じと見るかは問題ですけれども、労働者性と同じような判断基準を立てて判断しています。そして、実際にも、個別の判断では、ほとんど労基法あるいは労働契約上の労働者性の判断をしていると思うのですけれども、具体的な判断を個別にしていきまして、結局、商業使用人ということではできなかったという結論です。先ほどの主位的請求が、もうこの段階で崩れるということになります。また、2 つ目の黙示の労働契約の成立の主張も認められませんでした。判決を読んでびっくりしましたけれども、そういう、ちょっと変わった主張に基づく裁判でありました。

この判決で改めて確認しなければならないのは、この裁判で求めているのは、あくまでも Y の使用者性だということです。ところが、その前提として、A の商業使用人性というところから議論を立ち上げているという、非常に奇妙な理論構造だと、私は思います。その主張の骨子としては、① A が商業使用人だから、② A は Y 社の従業員を雇用することを委任されている。そして、③ A は Y 社のために X らと労働契約を締結した。そうすると、④それは委任によるものだから、その締結行為は X らと Y 社との間の労働契約として Y に帰属する。そういうロジックだろうと思うんです。おそらく、Y の使用者性というものを直接立証するということの難しさに直面した原告が、ある種、起死回生の逆転ホームランを狙ったと見るしかないのではないかと考えています。しかし、それは入り口の段階で、つまり A が商業使用人であるという前提がスタートラインで崩れましたから、②、③、④という展開は論じるまでもないことになる。結局、Y の使用者性については、非常に遠いところで討ち死にした感じの判断になりました。

それから別件で、先ほど言いましたように、12

月 25 日にベルコ（代理店代表社員）事件（札幌地判平 30・12・25 労判 1197 号 25 頁）というのがある。これでは今度は A が原告になって、A が労働契約を締結した訴外 T ら（本件の原告ら）は実質的にはベルコの従業員であるから、この 2 人が自分の従業員であるということを前提に、ベルコに支払ってきた保証金とか税金とか社会保険料というのをベルコが不当利得したんだという、よく思いつくというような不当利得返還請求事件なんです。ここでも、原告らは同じ主張をしまして、A が商業使用人であるという主張をメインに立てていますけれども、裁判官は違いますが、これも入り口で退けられています。

こういう商業使用人という理論を立てる学説や論文があるのだと思うんですけど、調べていません。あるいは弁護士が考えつかれたのか知りませんが、私は失敗だと思います。つまり、商業使用人であるならば使用従属性とか労働者の判断基準というのが緩和されるという法理があれば、はっきり商業使用人のほうが緩いよということであるならばいいのでしょうかけれども、必ずしもそのような議論が背景にあるようには見受けられません。原告側の主張は、公表された判例集には掲載されていませんが、少なくとも判決文には出てこない。それで、そういう要件緩和の確証もないのに、商業使用人だったら認めるだろうというわけには、やっぱりいかなかったのだろーと思います。これから控訴審でどうされるのか知りませんが、とにかくそういう印象を持ちます。

それから 2 つ目に、黙示の労働契約については非常に困難が多い。私は、この点については既に書いていますが、黙示の労働契約といっても、明らかに本件は不利でして、なぜかという A が存在するからなんです。A が雇用しているから。X らは現に A との間で労働契約を結んでいることは、はっきりしているわけですから、Y との間に労働契約を認める、黙示の労働契約があるなどということを言うと、ある種、二重の労働契約の存在を主張することになる。それは変則的な主張で、やはり無理がありますよね。

それから別の角度からすると、派遣の問題との

絡みがあります。派遣の場合には、使用者であるところの派遣元というのが指揮命令はしないで、派遣先が指揮命令をするという構造が前提になっています。本件の場合には、A は、X らの採用過程から業務の履行過程についても、当然、X に対して使用者として指揮命令を行い、振る舞っています。だから、派遣だと、パナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件判決（最二小判平 21・12・18 民集 63 巻 10 号 2754 頁）のように、派遣先との間に労働契約を認めようという議論が起り得ますけれども、だけど本件はそのアナロジーということもできない。要するに、労働契約上の直接の使用者である A がまさしく存在するわけですから、X・Y 間の黙示の労働契約の成立を妨げているということになります。非常に難しい。

それからもう一つ、法人格否認の法理も問題になりうると思うんですけど、これも成り立たないんです。なぜなら、A 代理店といっても、業務委託契約の当事者は A 個人なんです。だから、A という法人格を否認することはできない。笑い話のようですけども、個人の人格を否認することになる。そんなことは法律の世界ではあり得ないので、つまり、法人格の否認という前提が成り立たないということになります。

さらにいうと、法人格否認というのは親子会社でよく用いられるのですけれども、Y は親会社でもない。つまり契約関係はないわけですから、親子会社としての契約関係もない。業務委託しているだけです。例えば会社法上の資本関係の定義からしても、親会社としては成り立たない。そうすると、これも法人格否認の法理の前提を欠いていることになります。これも難しいだろうということですよ。

私は前々から、労働委員会などでやっている実質的同一性のような議論というのを、そろそろ民事裁判でもやったらどうかと思ってまして、それを論じない限りは、救いようがないというケースだろうと思います。日本の判例法理というのは、さっきの議論も関係してきますけれども、労働契約論というのを法人論の中に押し込めていて、おそらくグローバルスタンダード的には時代

錯誤的な法理ではないかと思うんです。会社とか法人格というのは、もう今や企業経営の1つの道具にすぎないわけですよね。企業運営の効率化とか、高い利潤を追求するための道具にすぎない。例えば今、中小企業に後継者がいなくなって、しかし高い技術を持っていて、その会社をどうするかというときに、ではその会社を買い取って、そのノウハウを活かして残していきましょうというものとして、企業とか事業の生き残りのために会社を売り買いする。会社や法人は、企業の成長や生き残りの道具なんですよね。そういう時代に何でこんなに法人格にこだわるのかという気がいたします。

EU 諸国では以前から、企業譲渡における労働契約の当然承継というのが、奥田先生はよくご存じのところですが、認められている。経済的実体の同一性とか、経済活動の継続がなされていれば、契約は承継されるというふうになるわけですが、当然、本件の場合も、事業譲渡契約をしていなくてもCに当然承継が認められる。そういうのが当たり前ののに、日本の判例はいつまでたっても法人格というものにこだわっている。ベルコという会社は、日本の労働契約法理の遅れた側面を利用して、労働法の適用回避を図ったと言っていると思います。それに対して何とか防戦をとというのはわかりますけれども、やっぱりこれまでの法理ではうまくいかない。実質的同一性というのを考えるべきなのではないかと思うんです。不当労働行為であればそれでいけるというのを実証してくれたのが、北海道労委の今年の4月26日の命令です。命令要旨を示しておきます。

命令要旨 1. 「一般に使用者とは労働契約上の雇用主というものであるが、法上の使用者とは、それに限定されるものではなく、労働契約関係ないしそれに近似ないし隣接した関係を基盤とする団体的労使関係で、労働者の基本的な労働条件等について、雇用主と同視できる程度に現実的かつ具体的に支配、決定できる地位にある者も該当する。

この点につき、本件では、①組合結成を企図していたB及びCを失職させたことが労働組合法第7条第1号の不利取扱い及び労働組合法第7条第3号の支配介入に該当するとして、両名の代理店への復職等が求められ（以下「請求

内容①」という）、また、②「団交拒否」……以下、それぞれについて会社の使用者性の有無を検討する」

2. 「業務委託契約の規定及びその運用が、一般的な業務委託契約に比して、代理店主が強い会社の拘束下に置かれている内容になっていること、支部長会議などを通じて、代理店主は、ノルマの達成等について、厳しい会社の指示統制を受けていたこと、代理店主の報酬は会社からの歩合給の域を出るものではなく、その報酬決定方法をもって代理店主の事業の独立性を根拠付けることはできないこと、独立した事業主であるならば、その責任と判断において行うべき従業員の採用、雇用の終了、賃金の決定といった点についても、会社の強い影響下にあったこと、金銭管理の観点からも代理店は「支部」としての継続性をもって会社の組織上の一部門に位置付けられていると考えられること、会社がFAら従業員を直接管理していたことなどの諸事情からすれば、本件では、代理店を会社の組織上の一部門とみなし得る実態があり、その代理店に属するFAも実質的には会社の指揮命令下にあって、その結果、会社がFAを代理店に配属させる権限を有しているといえることができる。したがって、労働組合法第7条第1号及び第3号との関係において、会社の使用者性が認められる」

3. 「形式的にはFの判断のように見えたとしても、実質的には、組合結成を嫌悪した会社が、A代理店の廃業に伴うC支部での新規採用という機会を利用して、組合結成に向けた活動の中心人物であった〔組合員労働者ら〕を排除したものとわざるを得ず、かかる会社の行為は、労働組合法第7条第1号の不当労働行為に該当する」

野田 この事件は、被申立人がベルコで、申立人が先の2名の不採用労働者の加入する労働組合でして、労組法7条1号、2号、3号の救済申立をしたものですが、北海道労委は結論として全部救済をしております。各号について使用者性を判断するというアプローチをしております。1号・3号については、申立人側の理論的な工夫だと思うのですが、直接に解雇したわけでも採用拒否したわけでもないベルコが、どのような不利取扱いをしたかということ、彼らを「失職させた」という言い方をしており、「組合結成を企図していたB及びCを失職させた」ことが、1号・3号に該当するとしています。それで、「失職させた」で1号が通るかなというのが難しいところですが、解雇その他の不利益な取り扱いという行為の範疇に、失職させたという事実上の行為を認めたというのが多分一番大きいところ

だろうと思います。不利益取扱いというのは、通常は、権限を有する者の何らかの人事措置をいうものですが、「失職させる」あるいは「排除」というのは、そうではない。

具体的判断としては、不採用について、「実質的には、F 代理店における B 及び C の不採用には」、ベルコ「の意向が強く反映されていた」と判断しました。

しかし、ベルコが不採用という行為をしたわけではないですね。働きかけて、失職させたということを言っているわけです。ではベルコが失職させたかという、これも非常に苦しいところがある。第三者の圧力にすぎないと見られかねない問題です。多分、この辺が、理論的には重要な問題になってくるだろうと思います。ベルコは不採用の行為者でもない一方、単純な第三者でもない。だから、失職させたという曖昧な言い方で流しているのでしょうかけれども、それが不当労働行為の実行行為として、いまいちすっきりしないというのが、問題としては残るだろうと思います。

しかし、いずれにしろ、このように実質的に判断していく。実質的同一性のようなものを追求していく。こういった考え方を、民事事件としても取り込んでいくような姿勢がないと、いつまでも、硬直的な問題解決しかできないという気が強くいたします。

ちょっと長くなりましたけれど、私からは以上です。

奥田 この事件を最初に読んだときに、商業使用人という言葉が出てきて、労働法の判例では見かけない内容なので、非常に特徴的だと思いました。ただ、事実関係であったり論理構成であったりというのは、先生がおっしゃったように非常に複雑で、なかなか捉えにくい裁判例だと思いました。

先生がおっしゃったのは、商業使用人という論理構成も無理があるし、黙示の労働契約で主張するのも難しいだろうし、法人格否認の法理も該当しないということで、このケースで請求を認容させるような理屈は立てにくいということですよね。確かにそうかなとは思いますが、この判決の中で私が一番気になったのは、例えば、

商業使用人のところでも労働者性という使用従属性で判断していますよね。黙示の労働契約のところでもそれが出てくる。そして、その使用従属性の判断のところで、総合的な判断要素で見なければ、諾否の自由などの制約があるということを一方で言いつつ、実際の業務の指示は A がやっているということが重視されて、使用従属性なしという評価になるんですよね。この、使用従属性の評価で、具体的な A の業務の指示というところがかなり重視されて、ほかに肯定的な要素もたくさんあるのに、結論として否定に傾くというのが気になったんです。たとえば、浜村彰先生がそのあたりのことをきちっと論理的に整理されて書かれていて、説得的だと思いました（浜村彰「業務委託による企業組織の編成と使用者責任」労働法律旬報 1937 号 20 頁以下）。

野田 そうですか。

奥田 私が疑問に思ったところを言えば、A が現場にいれば業務の指示をするのは普通のことですよね。例えばお店の店長などでも、バイトの人の採用権限などは持っていたり、現場で管理職の人が普通に指示するというのはあり得ることで、実際の業務の遂行に関して相当程度の裁量性を持っているということで、それを重視して労働者性を判断するときの否定的な結論に至るのかというと、そこはやはり疑問に思った点なんです。商業使用人という論理構成に無理があるとしても、一応これを前提に考えた場合であったとしても、通常の労働者性評価であれば、総合判断の中で、必ずしも裁量性から否定的な結論は出てこないのではないかと思います。

判断枠組みということと言うと、黙示の労働契約にしても、法人格否認の法理にしても難しいというのは、たしかにおっしゃるとおりだと思います。北海道労委の場合は労組法上の使用者なので、認めやすいというところはあるかもしれません。

野田 実質的にどうかということね。それでもちょっと苦しいところはありますね。先ほど言いましたように。

奥田 まあ、そうですけどね。でも、結論としても、こういう方向で命令が出されているのは妥当なのではないかと思ったんです。ただ、両方を

見ていくと、北海道労委のほうが、賃金決定の実質的な関与であったり、採用への関与であったり、そういうところをかなり認定していますよね。

野田 そうですね。

奥田 そのあたりの事実認定というのも、相当程度、結論の違いに結びついたかもしれません。

野田 そうですね。使用者側の発言が随分詳しく認定されていますね。あれが大分、影響力がある。不当労働行為意思のようなところで。

それから、この判決の書き方の特色は、12月25日の判決もそうなのですけども、各判断要素を検討するときに、もう最初に結論を言ってしまうって、そして、原告側はこういうふう主張するが、として、一つ一つその事実を潰していくという構成です。何か、結構見え透いているという感じがするんですね。

奥田 それはそうですね。

野田 要するに、原告の主張を全部潰していくという書き方ですね。何か、片方の当事者の主張を見ているような捉え方ですね。たしかに商業使用人であるということの立証は、原告側が負担することになるでしょうが、それにしても、あまり公平でないような、主張採否の書き方をしている。具体的な判断はともかくとしてですね。ただ、私たちもこれを批判しにくいのは、では商業使用人であるということと労働者であるということがどれだけ違うのかというのは、はっきりわからないので。

奥田 そのあたりですね。

野田 誰もわからないですよ。結局、そんなことを研究した人はいないですよ。

奥田 議論の蓄積があるわけではないですからね。

野田 そう。だから、捉えようもないような議論になって、商業使用人だったら緩くていいのかなというような確信があればいいんだけども、どうもそうでもないみたいだし、立証負担はかえって増えるのではないかな。そうすると、何をもって判決を批判したらいいのかというのはよくわからない。

奥田 そうですね。

野田 ゴールのわからないレースみたいなのところがあって、奇妙な論理構成ですよ。

奥田 ただ、先ほどのセブシーイレブンのケースもそうですけど、結局、労働契約を締結せずに事業者という形で、それこそ店舗であったり代理店であったりというような形で立てて、それで労働法の適用対象から外れていくとなると、こういう別の領域の概念を逆に取り込んで、そこに解釈を加えていくという方法にならざるを得ないという部分も出てくるのかもしれない。

野田 だけど、フランチャイズとかだったらよくわかりますし、それから、例えば独占禁止法を使うとか、そういう議論もあるし、それともよくわかるんです。しかし、商業使用人の議論というのは、今、そもそも会社法の教科書に比べると、商法総則のテキストのページ数は薄っぺらいし、商業使用人の分野なんて、大体数ページで終わるような、従業員の対外的行為についての法的な位置づけの説明ですよ。そういったリアリティーが全然ないような概念を今さら持ち出して、果たして規範として成り立つのかというと、それがよくわからない。だから、ちょっとアプローチが、起死回生を狙ったとはいえ、奇策といわれてもしょうがない感じがしますね。

奥田 そうですね。

野田 もうちょっと違う方法があるのではないかということは思いますけどね。

奥田 さきほど先生がおっしゃった、実質的同一性の議論をここに取り込んでいくとすると、それはどういう構成になりますか。

野田 これは正直に言うと、あるべきなのは1つは立法論ですよ。でも、それは言ってもしょうがないので。だけど、解釈論の次元でも、法人の区別を超えて、実質的同一性を論じる裁判例も下級審ではあるように思います。ここでは、原告Xが実質的にY社に雇用されていたということを言わなきゃいけない。代理人Aを入れると話がややこしくなるので、結局、Xに対してYが実質的に指揮命令はしていたんだというストレートな構成をやっぱりしなければいけないのでしょうね。ここでAを組み入れて議論すると、もうベルコの経営モデルだの何だのに、取り込まれて罨

にかかってしまうので、そうではなくXはYと実質的な使用従属関係にあったし、Yの実質的な指揮命令の下で業務に従事していたんだと。それから採用過程においても、いろいろ口を出していますからね。それで結局、Aは、何というんですか、実質的に見て、組織の中の採用担当の一環として採用業務をしていたにすぎないんだという。そういうことを立証していくのでしょうか。

北海道労委命令は結局そういうことですよ。だからベルコを使用者として見ていくという、実質的にはほかならないと見ていくわけですから。不当労働行為意思のところとか採用拒否の問題が絡むと難しくなってきましたけれども、結局そういうことだろうと思いますね。

奥田 そうだとすると、黙示の労働契約でもいいけれどもないように思いますが、それとは大分違うんですか。

野田 黙示の労働契約でいいかもしれない。ただ、その場合は、Aをできるだけ無視するという理論構成をとらないといけません。

奥田 Aとも労働契約が成立している下ではダメなのということですか。

野田 そう、黙示の労働契約でいく場合にはね。

奥田 では、実質的にYに雇用されていると捉えることによって、AとXの関係が存在しないという前提なんですかね。

野田 いや、存在しないと言わなくても、後で検討するジャパンビジネスラボの判決もそうなんだけれども、新しい契約が生じると前の契約がなくなるというのが、この判決の考え方ですよ。そういう理屈をとるならば、実質的にYとの労働契約があったんだから、Aとの労働契約がなかったと言ってもいいと思う。

奥田 そう考えるわけですね。

野田 二重にあると言ってもいいとは思いますが。だけど、とにかくYとあるんだから、それによってYの責任を追及すると。地位確認を求めるということになるんでしょうね。とにかく、本件訴訟は、そういう議論と逆のことをやっている。つまり、Aを前面に際立たせているわけでしょう？

奥田 なるほど。

野田 Aが商業使用人だという、その構成は、OWNゴールのような気がするんですよ。だって、それを言ったら、黙示の労働契約は言えないでしょうと。Aが堂々たる契約当事者で、Xらの使用者であるということをいったん認めるのだったら、いわばAの存在を際立たせるわけですよ。それで、Aは使用者にしてかつ商業使用人だったということを言おうとしているわけでしょうけれども、一方で黙示の労働契約論というのは、できるだけAを消そうとしている議論ですよ。それと何か、両立しないような感じがしてしょうがないですよ。

奥田 商業使用人ということによって、ですね。

野田 この判決は、商業使用人ということによって、委任を受けていると。それで、雇用に関しても代理権を行使していると。だから、労働契約を結んだということは、Yにそれが帰属するんだと。だから……。

奥田 帰属がYになるということだけなんですよ。

野田 そう、そう。アクロバットの議論ですよ。

奥田 でも、そうなると、従来の枠組みでどこまでそれを広げて考えられるか、なかなか難しいということになるのでしょうか。

野田 なるでしょうね。だけど、もういいかげん脱却しないですかね、ぼつぼつとそういう判決はありますね。事業譲渡に関しても、実質的に使用者にほかならないというケースもいくつかありますし、それこそ法律的にも、労働契約承継法のようなものもあるわけですよ。だから、実質的に見ていこうという立法論の動きがあり、部分的に解釈論の動きもあるときに、しかしまだそれが停滞しているので、議論が進んでいないので、こういう方式をとるという。やっぱり理論も少し変わっていかないと、判例法理も認めてほしいという気がするんですよ。法人格にあまりこだわらないで、実質的に使用者として振る舞っている人が契約責任も負担してほしいというような理論の方向性というのを、もう少し見せてほしいと思うんですよ。

奥田 そうですね。

フォローアップ

1. 基本給の相違の不合理性と労契法 20 条

——学校法人産業医科大学事件・福岡高判平 30・11・29 (労経速 2370 号 3 頁)

——事案と判旨——

事実の概要

X (原告) は、S 大学及び S 大学病院を運営する学校法人である Y (被告) に、アルバイト職員として採用されて昭和 55 年 4 月から S 大学病院 P 科で勤務を開始し、同年 8 月に改めて臨時職員として採用され、現在に至るまで同科で勤務している。X は同科で、所属講座の予算管理や物品管理、教務等の業務を担当している。X と Y は、任期を 1 年とする有期労働契約を締結しており、これまで更新されてきた。

X の給与は、昭和 63 年頃から日給制から月給制になったものの定期的な昇給はなかったことなどから、X と同じ内容の業務を行い、X とほぼ同じ勤続年数の教務職員 (事務職系正規職員) として比較対象に挙げられた職員の賃金との間で格差が生じていた。

原審 (福岡地小倉支判平 29・10・30 労経速 2370 号 10 頁) は、X と正規職員である対照職員との間での、職務の内容および職務の内容及び配置の変更の範囲における相違から、格差は労契法 20 条には違反しないと判断し、X の請求を棄却した。

【判旨】 一部認容

「正規職員である対照職員と臨時職員である X との間では、業務の内容及び当該業務に伴う責任の程度 (職務の内容) に違いがあるということができ、さらに、両者は、その可能性だけでなく、実際上も職務の内容及び配置の各変更の範囲において相違があるということができる」「しかし、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不合理と認められるものであるか否かを判断する際に考慮する事情として、『その他の事情』を挙げているところ、その内容を職務内容及び変更範囲に関連する事情に限定すべき理由は見当たらない。したがって、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と認められるものであるか否かを判断する際に考慮されることとなる事情は、労働者の職務内容及び変更範囲並びにこれらに関連する事情に限定されるものではないというべきである (最高裁平成 29 年 (受) 第 442 号・平成 30 年 6 月 1 日第二小法廷判決)」

「Y の雇用する正規職員は、定年制であって、長期雇用や

年功的処遇を前提とするもので、その賃金体系も、当該労働者を定年退職するまでの長期間雇用することを前提に定められたものであると解されるのに対し、臨時職員は、1 年以上、1 年以内と期間を限定して雇用する職員であって、Y においては、大学病院開院当時の人員不足を一時的に補う目的で採用を開始したもので、間もなく採用を中止し、正規職員への登用試験を実施するなど、臨時職員については、長期間雇用することを採用当時は予定していなかったものと推定される」「しかし、……実際には、X は、昭和 55 年 8 月に採用され、30 年以上も臨時職員として雇用されている」「そうすると、1 か月ないし 1 年の短期という条件で、しかも大学病院開院当時の人員不足を補う目的のために 4 年間に限り臨時職員として採用された有期契約労働者が、30 年以上もの長期にわたり雇止めもなく雇用されるという、その採用当時に予定していなかった雇用状態が生じたという事情は、当該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と認められるものであるか否かの判断において、労働契約法 20 条にいう『その他の事情』として考慮されることとなる事情に当たるといふべきである」

「……基本給は、従業員に対して固定的に支給される賃金であるところ、X (昭和 55 年 8 月採用) の基本給の額は、平成 25 年 4 月に 18 万 2100 円であったのに対し、控訴人と同じ頃 (昭和 56 年 4 月) 採用された D 氏は、平成 25 年 3 月当時 37 万 6976 円であり、その額は約 2 倍となっている。

たしかに、臨時職員と正規職員との間においては、前判示のとおり、職務の内容はもとより、職務内容及び配置の各変更の範囲に違いがあるが、……対照職員らは、いずれも一般職研究補助員として採用され、当初は、大学事務部学課に属し、大学 (理工学部機械科) 卒業 (中途採用) の A 氏は同課共同利用研究室勤務、高校卒業の B 氏は同課 (動物研究センター) 勤務、大学 (理学部生物学科) 卒業の C 氏は同課 (法医学教室) 勤務、大学 (家政学部生活科学科) 卒業の D 氏は同課 (第 1 外科学教室) 勤務、短大 (衛生技術学科) 卒業の E 氏は大学事務部共同利用研究施設事務室勤務となり、6 年ないし 10 年の後に主任となったもので、そうすると、……専門的、技術的業務に携わってきた B 氏、C 氏を除くと、いずれも当初は、教務職員を含む一般職研究補助員として X と類似した業務に携わり、業務に対する習熟度を上げるなどし、採用から 6 年ないし 10 年で主任として管理業務に携わらないし携わることができる地位に昇格したものということ

ができる」「Yにおいては、短大卒で正規職員として新規採用された場合の賃金モデルを平成24年度の俸給表をもとに作成すると、概ね採用から8年ないし9年で主任に昇格し、その時点での俸給は22万2000円（2級21号）となり、主任昇格前は約21万1600円（1級53号）となる」

「臨時職員と対照職員との比較対象期間及びその直近の職務の内容並びに職務の内容及び配置の各変更の範囲に違いがあり、Xが大学病院内の同一の科での継続勤務を希望したといった事情を踏まえても、30年以上の長期にわたり雇用を続け、業務に対する習熟度を上げたXに対し、臨時職員であるとして人事院勧告に従った賃金の引上げのみであって、Xと学歴が同じ短大卒の正規職員が管理業務に携わるないし携わることができる地位である主任に昇格する前の賃金水準すら満たさず、現在では、同じ頃採用された正規職員との基本給の額に約2倍の格差が生じているという労働条件の相違は、同学歴の正規職員の主任昇格前の賃金水準を下回る3万円の限度において不合理であると評価することができるものであり、労働契約法20条と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」

奥田 次は、フォローアップの1つめで、学校法人産業医科大学事件の福岡高裁判決を対象にしています。労働契約法20条については、このディアログでは毎年取り上げてきました。一昨年の第1回では、ピックアップとしてメトロコマース事件の地裁判決（東京地判平29・3・23判1154号5頁）を取り上げましたし、昨年は最高裁の判決（ハマキョウレックス〔差戻審〕事件・最二小判平30・6・1判1179号20頁）が出て、労契法20条の解釈基準が示されたということで、ホット 이슈として取り上げました。その後も、フォローアップでフォローしきれないぐらい続々と裁判例が出ていますのですけれども、今回はそれらの裁判例の中で、特に基本給における格差の不合理性について判断され、部分的にはあれ、その不合理性が認められた事例として、この判決を取り上げることにしました。これまで比較的に相違がはっきりとした手当関係が多かったのですけれども、基本給についての不合理性が肯定されたということで、取り上げることにしました。

この事案の原告は、大学でもともとアルバイトの職員として採用された方で、途中から臨時職員として採用されて、30年近く勤務されていました。大学で所属講座の予算管理とか教務等の業務

を担当されているのですけれども、この大学では正規職員に関しては、俸給、賞与のほか退職手当が出ているのに対して、臨時職員に対しては、給与、賞与は支給するけれども退職手当は出ない、また、時間外勤務等はないという違いがありました。さらに臨時職員に関しては、給与月額が雇用期間や職種にかかわらず毎年一律に定められていて、人事院勧告に従って引き上げとか引き下げが行われるという制度になっています。その結果として、原告は昭和55年に採用されていて、基本給で見ますと、平成25年4月で18万2100円なのですが、同じ頃に採用された正規職員の人が同じような時期で37万6976円ということで、ほぼ2倍の賃金格差が生じていました。そこで、原告が、具体的には5名の方を比較対象として取り上げて、賃金格差が労契法20条でいう不合理な格差に当たると主張されたのです。地裁判決は、職務内容といわゆる人材活用の範囲が相違していると認定して、比較的あっさりと、その請求を退けています。

それに対して、高裁判決は、基本給の不合理性が問題になったということもあるのですが、さらに、職務内容も人材活用の範囲も相違しているという認定自体は変わらないなかで、労契法20条の不合理性の判断要素で出てくる「その他の事情」ということに着目して、格差の不合理性を肯定したことが注目されると思います。「その他の事情」に着目した例としては、昨年、野田先生が取り上げられた長澤運輸事件の判決がありましたけれども、あのケースは職務内容も変更の範囲も同じだけれども、同じであるケースでなお、格差を根拠づける事情があるかどうかという視点で出てきたと思うんです。それに対して本判決は、むしろ逆で、両方とも異なるのだけれども、不合理性を肯定し得るような事実として「その他の事情」というのが出てきています。そういう点で言いますと、どちらも、「その他の事情」という要素は職務の内容とか変更の範囲とかに関連する事情には限られないと位置づけている点では同じなのですが、扱い方が正反対に現れているということで、解釈の幅が広がったと言えるのではないかと思います。

ただ、そこに注目しながら若干気になったのは、「その他の事情」で考慮されていることは結局何だったんだろうかという点です。判決文をずっと読んでいくとわかりにくいというか、理解し切れないところがありました。なぜかという、判決は「その他の事情」に関して、「採用当時に予定していなかった雇用状態が生じたという事情」と言っているんです。つまり、もともとこの臨時職員は臨時的な業務のために採用されたのに、30年も雇われて、その中で業務の能力も上がっていったということで、採用当時に予定していなかった雇用状態が生じている。それを「その他の事情」として考慮すると言っています。でも、判決文をずっと読んでいくと、例えば、原告側が挙げた5名の比較対象としている職員の中で、2人の人は専門的業務を担っていたということで最初から除外しているんです。そして、その2人以外で検討した場合に、当初は教務職員を含む一般職研究補助員としてXと類似した業務に携わっていたということを述べているんです。それで、類似した業務に携わっていて、でも業務の習熟度を上げていったりして、6年ないし10年で主任として管理業務に携わることができる地位に昇格したということが言われていて、その後で、原告は短大卒なのですが、Xと同じ短大卒の人で正規職員採用の賃金モデルを見ると、8年から9年で主任に昇格する、その場合の主任昇格前の賃金は約21万1600円だと言っているんです。要するに、3万というのは、21万1600円と、先ほどの18万2100円の差ですね。これが不合理だということで認定されて、救済対象になっていると思います。

そうだとすると、ここで言う「その他の事情」というのは、確かに採用当時予定していなかった長期にわたる勤務ということが背景にはあるのだけれども、この救済内容からすると、実質的には、主任に昇格するまでは類似の業務をやっていたということではないかと思うんです。そうは言っていないですけど、この流れからするとそのように読めます。逆に言うと、もし当初、類似の業務をやっていなかったとすれば、例えば除外された2名のように当初から業務が違ったという前提だっ

たとすると、たとえ30年勤めていても、不合理性を認める余地はもしかしたら出てこないかもしれないですね。なぜなら、2名の人は最初から専門的な業務だったということで除外されているのですから。結局、2倍の格差が生じていると最終的に言いながら、では基本給の中の2倍の格差の部分が救済されたのかというところではなくて、主任昇格前までの差額の3万のみが不合理だと判断されているんです。それについて、当初は類似の業務をしていたということに言及されている。そうだとすると、「その他の事情」で考慮されているのは、実質的にはそこなのではないかと思いました。「その他の事情」に着目して、それについての解釈の幅を広げたのはよいと思うのですけれども、もう少しそのあたりがはっきり言われていないと、理解しにくかったです。敢えて言えば、その当時は職務内容にあまり相違しないところがあったと言ってもおかしくないところですね。そこに不明確さが残ったように思いました。

最後に、もう一点だけ述べておきます。これは、この判決が言ったのではなくて、今回参考判決として取り上げるメトロコマース事件高裁判決（東京高判平31・2・20労経速2373号3頁）で述べられたことなのですが。メトロコマース事件の高裁判決は、一昨年に上げた地裁判決では早出・残業手当だけを不合理としていたのに対して、住宅手当、退職金、褒賞についても不合理と認定されて、かなり内容が広がりました。それで、そこをまず簡単に見ておきますと、特に退職金に関しては、これも今回の産業医科大学事件との関連で言いますと、基本給と同じように救済対象になりにくかったものだと思うのですけれども、功勞報償的な部分も存在するということで、その功勞報償的な部分として4分の1を認めるという結論になりました。なぜ4分の1か、どの程度で功勞報償的な部分が考慮されるかなど、そのあたりの理屈ははっきりと読み取れないのですが。ただ、産業医科大学事件との共通性で言いますと、従来の手当などに比べて比較的認められにくかった基本給とか退職金とか、このあたりに不合理性が認められる余地が広がってきているということも、一

つ指摘できるかなと思います。

そして、先ほど言いたかった点ですが、メトロコマース事件では、地裁判決のときに正社員全体を対象にしたということで、ここでも批判的な議論をしていたと思うんです。この点について高裁判決は、比較対象はXが特定して主張してきて裁判所はそれに沿って判断すると言っています。産業医科大学事件の判決も、そういう一般論は何も言っていませんが、結局、Xが特定してきた5人で判断しています。比較対象の選定の方法として、これはどうなのかなというのは、少し疑問があります。選定の中身というよりも方法の問題として、こういうのは双方の主張を前提として裁判所が客観的に判断するのではないかと思ったので、補足してつけ加えておきたいと思います。

野田 私も、特に前半の部分は、これはほんとうにおもしろいというか、長澤運輸を裏返しにするような判決ですね。つまり、本件は、ほかの条件で、業務の内容とか責任の程度とか配置の変更に差異はあるけれども、「その他の事情」を、合理性を否定する方向の材料として使う。臨時職員だった者が30年雇用されてきたという事情、当初、予想していなかったというようなことも含めて、それを、合理性を否定する方向、つまり不合理性を認める方向で使うということですね。

私は、判例・先例の生かし方としては、これは本当は誤っているのではないかと思うんです。ほんとはよくない先例の使い方をしている。ですから、最高裁はそんなことは言っていないよというふうに批判しようと思えばできる判断だと思うんです。最高裁のフレームには、産業医科大学事件のような判断は入っていないはずだと。

奥田 なるほど。

野田 だから、それでいいのかなと思うんだけど、まあしかし、だから長澤運輸の判決を生かしたものではないとしても、悪くもないかなという気がします。この判決は、長澤運輸判決に依拠しているわけではなく、少なくとも実質的にその趣旨には反している判断かなと思います。これは上告されているのかどうか知りませんが、それが危惧されるところはありますね。

もう一点は、私はちょっと別のことを考えたん

です。昔よく議論されていた、男女の賃金格差の論点で、トラックとかコース制というのがあったじゃないですか。あれは差別の法理としてやっていたから、基本給であっても、労基法4条の問題として議論していたかもしれない。要するに、男女間で採用方法も違うし、例えば日本鉄鋼連盟事件（東京地判昭61・12・4判労486号28頁）の男女別コース制のように、男女間で採用方法も違うし、賃金体系も違うし、将来のキャリアも違うし、教育訓練も全然違うと。それは別コースを走っているんだから、別トラックなんだからというのがあって、少なくとも均等法ができる前の当時は、そういう方式というのは禁止されていなかった。採用の段階で違う道を歩むことを合意したんだから、差別に当たらないという議論が堂々となされていたね。

ところが今、有期雇用労働者に関しては均等法があるわけではないので、あの議論はどうなったんだと思うわけです。つまり、この人の場合はアルバイトとして採用されて、正規職員の人とは採用方法も違うし、将来のキャリアも予定されていない。そういう別トラックを歩んでいたんだから、もし差別だけの法理で言うならば、ひょっとしたらコースが違うんだという議論が成り立つのではないかと思ったんです。だけど、本件は差別の議論ではなくて労契法20条の「不合理な相違」が問題になっている議論だから、もうちょっと曖昧なものでもよいとされているのかと。差別かと言われると、コースやトラックが異なる労働契約であるから、差別とは言えないけれど、不合理な相違かどうかと言われると、それはまあ、不合理でしょうなという。つまり、差別には当たらないけれども不合理には当たるといような捉え方をしているのかなと思ったんです。僕はこの判決を読んだ最初の印象で、このケースは昔だったら別トラックとされるんじゃないの？と思いました。だって、最初からコースやトラックが違うんだから。そういう場合に、厳密な差別の議論をすると、差別ではないと言われるかもしれない。だけど、不合理性の議論だと、まあ、不合理ともいえるかなというふうに流れるという状況の事案かなと思ったんですけど、その辺はどうですかね。

奥田 別トラックと考えてしまうと、結局、正規職員として雇われた人と、この原告のようにアルバイトや臨時職員で雇われた人とで、トラックが違うということになってしまうと、そもそもこのような議論が成り立たなくないませんか。

野田 もし、差別として構成したらどうですか。本件は違うけどね。差別だったら、差別にならないということになる。昔、男女差別禁止の規定が均等法がない頃に、そういう格差が、差別として認められなかったのと同じように。今は男女については均等法があるから、そういう議論はできないけれども、有期雇用には差別禁止の均等法はないし、平等でなければならないという一般法理もない。本来の同一労働同一賃金の一般規範はない。

だから、私が言いたいのは、不合理な相違と差別とは違うので、そうすると救済の幅も違ってくるのではないかという気がしたんです。さっきの最後の部分の議論で、3万円というものの説明がつかないではないかと言われた。それは、だって、特別な「その他の事情」で考慮したにすぎないのだから。差別だったら、もっとしっかり平等原則に近づけないといけないのに、差別ではなくて不合理な相違という部分だから、主任昇格前の賃金水準との格差という。

奥田 3万円というのは説明がつかないと言ったわけではなくて、3万円が救済内容になるということは、主任昇格前の賃金との比較で出てきている3万円だと考えられると。では、なぜ主任昇格前かという、その当初は職務内容が類似していたと。そうだとすると、そこで考慮されている「その他の事情」というのは、職務の類似性なのではないかと、そこが言いたかったんです。だから、2倍の格差があるのになぜ3万なのかということではなくて、3万円を不合理と判断した「その他の事情」として、長く勤めていて事情が変わったということはあくまで背景であって、その核の部分というのは、「当初は職務が類似していたから」ということになるのではないかと、流れとしてはそうなるのではないかと思ったんです。

野田 もしこれを差別として構成して、ほんとうの意味の同一労働同一賃金で、実質的に仕事が

同じではないかと主張するとします。そして、一方で、さっき言ったトラックや実質的なコース制みたいなのを考えないで、ほんとうの意味で同一労働同一賃金だったら、倍の格差がついているわけだから、過去2年間であれ、その部分についての賃金格差を請求するという構成になるだろうと思うんです。

奥田 平成25年以降ですか？

野田 そう、そう。平成25年で、今、請求したところからさかのぼっても、2年ぐらい格差がありますよね。だから、労働の種類が同じであれば、そういうことを証明することになる。だけど、本件の不合理な相違というのは、認定は甘いけれども、救済の範囲は限定的だよという考慮があるのかなという気がしたんです。

奥田 どうなのでしょう。でも、主任に昇格して以降は業務内容が違ってきて、責任の範囲も違ってきてというのが、そこから先はもう類似の業務とかではないという前提なんですよ。

野田 そもそも差別にはならない。

奥田 差別というか、別に不合理な格差で考えたとしても、そこで考慮することはほかには出てこないということになるだろうと思うんです。差別という観点とかトラックが違うという観点からは考えなかったのですが。

野田 なるほどね。まあ、もちろんこれは20条でしか考えていないから、本当は差別の議論を持ち出す必要はないと思うんですけど、何か構造的に、かつて男女差別でしていた議論を思い出してしまふ。だって、この人は、やっぱり30年前には、トラックが違うところで入ったわけですよ。

奥田 トラックが違う……。そうですね。

野田 だって、アルバイトで入って、採用試験も異なり、定型的・補助的業務を担当するものとして採用されたというのですから、均等法が努力義務だった時代の男女別コース制についての日本鉄鋼連盟事件とそっくりじゃないですか。

奥田 厳密に言えば1回だけ正規職員転換の試験を受けているんですけど。

野田 合格しなかったんでしたっけ。

奥田 そのときに、秘書課に行くことを打診さ

れたけど、それを拒否して、それ以降は受けなかったということで、現在は試験がないという状況です。もしその転換試験が残っていて、原告が受け続けていなかったとすると、正規職員になれる道があったのではという議論が出てくるかもしれないですね。

野田 それでもね、大体、昔あったいくつかの事件では、なかなか試験が難しく、転換が難しく、事実上ないのと一緒にみたいな事案について議論がありました。こうした男女別コース制に関する議論は、男女別コース制が禁止されるとともに、非正規格差では労契法 20 条がクローズアップされてきて、何かすっかりなくなってしまっただけで、本件はどうもそれとよく似たような気がしたのです。だけど非正規格差には均等法はないので、労契法 20 条で救済しようということなのでしょうけれども、不合理な相違というレベルで認める以上、救済の幅は狭いのかなという気はしましたね。

奥田 そうですね。規定の性格づけというのは最初から違いますよね。20 条が出てくる過程で、差別や均等・均衡などがどう違うのかが議論されましたが、性格づけの違う規定として出てくることで、確かにおっしゃるような違いが出てくるのかもしれないですね。

2. 定年後再雇用における雇止め

——エボニック・ジャパン事件（東京地判平 30・6・12 労経速 2362 号 20 頁）

——事案と判旨——

事実の概要

X は、平成 27 年 3 月末に 60 歳定年で Y 社を定年退職。翌日から雇用期間を 1 年とする有期雇用。Y は、化学産業の外資系日本法人。

就業規則では、60 歳定年を定めるとともに、本人が希望する場合において定年後再雇用をすること、労使協定の基準によることが定められていた。

Y は、28 年 2 月 24 日、X に対し、平成 24 年改正前の高年法 9 条 2 項に基づく「定年退職後の再雇用制度対象者の基準に関する労使協定」（本件労使協定）（＝高年法の経過措置により 2025 年まで存続）所定の基準のうち、「過去 3 年間の人事考課結果が普通の水準以上であること」を充足しないこ

とを理由に雇止めすることを通知した。

一方、Y は業績賞与の制度を有していたが、X に対して平成 27 年分・28 年分の業績賞与につき、部署業績分は支払っていたが、個人業績分は支払っていなかった。

X は、実際には本件再雇用基準を充足していたとして、労働契約上の地位の確認、未払い基本給の支払いを求めるとともに、両年度の業績賞与の未払い分を求めて提訴。

争点は、①労契法 19 条の適用の可否、②合理的期待の存否、③ X が人事考課基準を充足していたか、④本件再雇用契約の労働条件は更新後も維持されるか、等である。

【判旨】

1. 「本件労使協定に基づく再雇用制度は、高年法上の高年齢者雇用確保措置の 1 つである継続雇用制度として設けられたものであることを踏まえると、本件人事考課基準が、過去 3 年間のいずれの年においても、達成度評価の評価値（点数）が全従業員の平均点以上とか、3 点以上といった趣旨であるとは解しがたい。むしろ、「普通の水準」は、大半の従業員が達成し得る平凡な成績を広く含む趣旨と解すべきであるし、「過去 3 年間の人事考課結果が普通の水準以上であること」というのは、過去 3 年間について、3 年連続で「普通の水準」以上であることを要求するものではなく、過去 3 年間を通じて評価した場合に「普通の水準」以上であれば足りるという趣旨と理解するのが合理的である」

「原告の人事考課の結果は、平成 25 年から平成 27 年までの 3 年間を通じてみた場合、大半の従業員が達成し得る平凡な成績と同程度以上であるといえるから、本件人事考課基準を充足すると認められ、これと異なる上記イの被告の主張は採用することができない」

2. 継続雇用制度について就業規則の定めがあり、労使協定が締結されている事実があり、「以上によれば、被告の正社員として勤務した後に平成 27 年 3 月 31 日に定年退職し、本件再雇用契約を締結した原告については、同契約が 65 歳まで継続すると期待することについて、就業規則 16 条 2 項及び本件労使協定の趣旨に基づく合理的な理由があるものと認められ、GM も、本件労使協定 1 条について、本件再雇用基準に該当する限りにおいては必ず再雇用するという趣旨の規定であると述べている。そして、本件再雇用契約の終期である平成 28 年 3 月 31 日の時点において、原告は、本件人事考課基準を含む本件再雇用基準に含まれる全ての要素を充足していたから、本件雇止めは、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当とは認められないものといえ、労働契約法 19 条 2 号により、同一の労働条件で本件再雇用契約が更新されたものと認められる」

3. 「高年法それ自体が私法的効力を有していないとしても、高年法の趣旨に沿って設けられた就業規則 16 条 2 項及び本件労使協定が私法的効力を有することは明らかであり、これらの解釈に当たり高年法の趣旨が参照されることに支障があるとはいえない。また、労働契約法 19 条は適用対象となる有期雇用契約の類型等を特に限定しておらず、他の同種

の従業員全員が有期雇用であるとか、定年後の再雇用であるといった理由により、その適用自体が否定されるものではないから、同〔2〕の指摘は失当である」

野田 次はエポニック・ジャパン事件でして、この1年では、有期労働契約による定年後再雇用における雇止めの事件が多く見られるところですが、この事件をメインに取り上げ、ほかの裁判例にも目配りをしたいと思います。

去年もやりましたけれども、定年後再雇用をめぐる裁判例が増加しています。一つのタイプは、本件のように定年後再雇用における雇止めのケースですが、この1年では、本件以外にも、国際自動車事件（東京地判平30・5・11 労判1192号60頁）は、65歳定年から7年間契約を更新したタクシー運転手に対する雇止めにつき、労契法19条2号の適用により合理的な理由・社会通念上の相当性なしと判断されたものです。それからちょっと変わった事案で、同じく国際自動車事件（東京地判平30・6・14 労判1199号44頁、同東京高判平31・2・13 労判1199号25頁）ですけれども、労働組合との労働者供給契約に基づき定年後の再雇用または契約更新の予定であった12名の原告労働者について、雇用されずまたは雇止めされた事実につき労契法19条2号が適用され、一部を除き地位確認請求が認められています。

もう一つのタイプは、定年後再雇用で割り当てられた雇用の水準についての不満が争われたタイプでして、これについては昨年に取り上げたところですが（長澤運輸事件・東京高判平28・11・2 労判1144号16頁、九州惣業事件・福岡高判平29・9・7 労判1167号49頁）、この1年では、日本ビューホテル事件（東京地判平30・11・21 労判1197号55頁）があります。

ちょっと変わった事案が、京王電鉄・京王電鉄バス事件（東京地判平30・9・20 労経速2366号3頁）でして、定年後再雇用に2つのタイプの継続雇用を用意してしまして、パートタイムで雇用期間も短いものと、それから継匠社員と称する、匠（たくみ）に値するという評価レベルの高いフルタイム雇用があるところ、原告は前者を割り当てられたので、継匠社員の地位にあるということの確認

を求めたのですけれども、否定されております。

今年取り上げるエポニック・ジャパン事件は、第一のタイプの雇止め事案ですが、これについて第1に問題になるのは、労契法19条の適用があるかどうかという点です。本件以外でも、会社側は定年後再雇用については19条の一般的な雇止めに当たらないという主張をしているのですけれども、これはどの裁判例でも、適用を否定すべき理由はない、19条の適用範囲が限定されているわけではないからということで、その適用を認めています。

その上で、次に、19条の適用を認めるとしても、同条2号の合理的な期待があるかどうかという点については、本件では就業規則の定めがあるので、そこからうまいぐあいに合理的期待を引き出しています。しかし、究極的には、継続雇用制度における、高年法9条の「高年齢者の65歳までの安定した雇用」という政策理念から、ストレートに合理的期待を導いていいのかがいずれ問題になってくるだろうと思いますけれども、高年法に私法的効力はないという議論がありますので、本判決は、その懸念からいわば安全策を講じて就業規則から引っ張り出すという判断をとったのかもしれない。

それから、おそらく一番のポイントは労使協定の解釈ですけれども、「過去3年間の人事考課結果が普通の水準以上」というように甘く解釈する点です。毎年でなくてもいいし、毎年水準以上でなくてもいい。それから「平凡な成績と同程度」であればいいとか、大甘な解釈をしています。これは2025年までの経過措置の期間の問題ですけれども、こういう労使協定の解釈において、改正後の、基本的には希望する者は全員継続雇用するという規定の趣旨とを、どういうふうに調和的に解釈するかという問題が残されていたのだと思います。労使協定の利用はしてもいいけれども、現行規定に基づいて解釈するという発想をやっぱりしているのではないかと。希望する者に対して、できるだけ安定的な雇用を保障するという立場に立っているものではないかと思います。

結論的に言うと、継続雇用における更新拒否で、労契法19条を規範とするというのはいいと

しても、そこに高年法の理念とか趣旨というのをどこまで組み込むのか。一つは合理的期待の解釈について、高年法の趣旨等はどこまで入ってくるのか。それからもう一つは、雇止めをした場合の客観的な合理性とか、社会通念上の相当性とかというものについて、どこまで継続雇用の保障というものが入ってくるのかについて、理論的な整理がまだついていないという気がするということです。私のほうからは以上です。

奥田 先生がおっしゃったように、私も、この判決の一番のポイントは労使協定の解釈の部分だと思いました。法改正の意味合いをきちっと織り込んだ解釈と言うと、少し主観的な感じもしますが、そこを踏まえて「普通の水準」というものを広く解釈したという点では、妥当な判断なのではないかと思います。ただ、そもそも「普通の水準」などという解釈の余地のあるあいまいな基準を適用していいのだろうかという、そちらのほうが逆に気になりました。更新等にかかわるといって言えば、この水準をどう考えるかということとは非常に重要な基準ですね。例えば、場面は全然違いますが、整理解雇のときなどでも、人選基準などで曖昧な基準などは基準としてそもそもそれ自体が問題になりますよね。そう考えると、そもそも基準として用いること、その基準を有効なものとして扱うこと自体が論じられてもいいのではないかな、と思ったんですが。もちろん、結果として、法改正の趣旨等もおそらく踏まえて解釈したという点では、この判決のその部分の結論に関しては妥当だろうなと思います。

野田 使えるのは2025年までですから、そういう意味では、これから新しい問題が出てくるということではないのでしょうかけれども、まあ、上手に法改正の趣旨を踏まえながらやっているところはあると思います。

奥田 そうだと思いますね。

野田 趣旨が十分意識されているのではないかなという気はします。

奥田 先生がおっしゃった労契法19条との関係というのは、高年法の趣旨を前提とすれば少なくとも65歳までの期待可能性が生じると解釈すべきだ、という意味ですか？

野田 そういうふうに解釈していいのでしょうかということですね。だから、一つの考え方は、高年法9条1項には私法的効力はないはずだから、そもそもそういう雇止めの法理のところを組み込ませること自体がおかしいというような解釈があり得る。高年法は高年法で、一応、違反の効果は定められているわけですから(10条)、という考え方です。しかし、一方ではもう労契法19条に完全のみ込ませて、高年法はそういう趣旨なんだから、当然、労働者はみんな事実として合理的期待を持っているでしょうよ、と解釈する立場があって、そのように解していいのかということですよ。

もともと、津田電気計器事件(最一小判平24・11・29 労判1064号13頁)の、あれは普通の雇止めではなくて、60歳定年後1年の嘱託雇用の後の継続雇用への採用の例なんですけれども、あのケースの中でちょっとそれを思わせるような判断をしているんです。明確にそのように判示していませんが、普通の雇止めではないという理解がされているような気がします。ですから、高年法の趣旨というのを、どういう意味で組み込むのかというのが、まだよくわからないところがあって、契約解釈の中にほんとうに入り込むのか、それとも、合理的期待ではなくて、19条本則のほうの、客観的な合理性の解釈とか、そっちのほうに組み込ませるのかとか、いろんな理論的な可能性はあると思うんですけど。

奥田 それはあり得ますね。

野田 まだまだ未整理だなというところですよ。

奥田 例えば労契法19条2号の合理的期待の有無を判断するときに、いろいろと判断要素がありますよね。職務の内容であつたり地位であつたり主観的態様とか更新回数とか。もちろんあれが判断枠組みというわけではないですが、でも基本的にはあれが判断枠組みのようになっていると考えれば、これは結局、その他の事情になるのでしょうか。

野田 なるほどね。

奥田 65歳まで雇うと言っているわけではなくても。

野田 2号に「その他の事情」と書いていましたっけ。

奥田 有期契約の更新に関する報告書（「有期労働契約の反復更新に関する調査研究会報告」〔平成12年9月〕）では、更新回数とか、他の労働者の状況とか、いろいろと考慮される要素が示されていて、6つ目ぐらいに、その他というのが出てきますよね。

野田 はい、それはありましたね。

奥田 あの判断要素に照らして合理的期待があるかどうか判断されるというのが、19条でもそうですよね。だから、あの判断要素に照らした場合に、ここでの事情というのは、最後の「その他」にしか入ってこないのかなと思ったのですが、それでいいのかどうか。例えば、場合によっては、ほかの要素のところでは否定的に解するような事実があったときに、それでいいのかどうかというのは、先ほど先生がおっしゃったように、高年法の理念からそれが引き出されるのかということと言うと、少し変則的になるような気がします。

野田 場合によっては、リジッドに考えて、高年法は政策立法だし、独自に、公表という弱いものであるとはいえ、制裁規定も設けている。公法・私法峻別論を強調するのもおかしな議論ですけども、「その他の事情」として考慮するというぐらいのレベルの弱さだったら、別に何も問題ないんだよという考え方ですかね。

奥田 逆にそこを、特殊性があるからということと緩やかに捉えて、結局、雇止めそのものの合理的理由、社会通念上の相当性で判断するというのも、こういう事案に関した適用の仕方というのではあり得るかもしれないですよね。

野田 ちょっと待って。奥田先生、そんなの書いていないですよ。19条2号に。

奥田 19条2号に書いてあるとかではなくて、1号・2号該当性を判断するときの判断要素というのがありますよね。条文に書いてあるのではなくて。

野田 でも、もともとの、何だったっけ、最高裁の、人員整理タイプ雇止めの日立メディコ事件の基準があるじゃないですか。

奥田 2号がというのではなくて、1号・2号該当性を考えるときに、昔で言えば雇止め法理の適用可能性を考えるときに、どういう要素からその該当性を判断するかということについて、もともとは報告書で判例から要素が示されて、裁判例や行政解釈（たとえば、「改正パート労働法の施行についての通達」〔平19・10・1基発1001016号等〕）などでもずっと、ほぼ踏襲されてきている要素がありますよね。職務内容がどうかとか、契約上の地位の臨時性がどうかとか、それと面接時の言動などの主観的態様とか、更新回数とか手続、他の労働者の状況。そしてそれ以外の要素とか。もちろん条文には出てこないですけども、基本的に、1号・2号該当性を判断するときの判断要素として、ほぼ用いられていますよね。その要素に照らして判断するというのがほぼ確立していると思います。だから、それに照らして判断すると考えると、この高年法の要素というのはどうかかわるのか、少し整理しにくいと思ったのです。

野田 そうですね。なじみにくいところはたしかにずっと残りますね。

奥田 そういう意味で言うと、やはり特殊性をある程度考慮した判断になっていると言えるかもしれないですね。

野田 だから、本判決を先例として、逆に労働者側が、これは高年法上の継続雇用なんだから、当然、合理的期待はあるはずだというような主張ができるかどうかですね。

奥田 そうですね。

野田 そこまで言えるかどうかとなると、ちょっと自信がなくなります。本件のように就業規則に書いてあればまだいいんだけど。それが規範として成り立っているかなという気がするんですね。さっきの産業医科大学事件のように20条のほうの「特別な事情」も怪しかった。だって、さっきの議論みたいに、両方から引っ張り合いをするんだから。肯定的にも否定的にも、どっちにも使えるということですよ。

奥田 そうですね。

野田 だから、権利として主張できるような根拠になるのかということになると、またはっきりしないという気がしますね。安定した雇用を保

障するということを高年法は言っていると。だから当然、65歳までは合理的期待はあるはずだろうと言えるかどうかですね。

奥田 そうなると、もしそれが一般的な考え方として通用するのだとすると、このケースは、1号・2号該当性というのは、ほぼ自動的にクリアされることになりますよね。それで、結果として雇止め、なお合理的な理由があるかどうかを判断するということになってしまいますよね。そのあたりの関係が整理されていないかもしれないですね。

野田 合理的期待で判断するよりは、19条本則の解雇権濫用法理で使うほうが、どうせ濫用法理なんだから、さまざまな諸要素を考慮することははっきりしているので、いいという考え方もあるでしょうね。

奥田 そういうことになるのでしょうか。

野田 そのほうがなじみやすいような気がしますね。すると理屈も、濫用法理なんだから、高年法が言っている趣旨みたいなものも組み入れるということはあり得るでしょうね。急に雇止めをしてはだめだと。

奥田 だとすると、やはり1号には該当しないけれども、2号には当然該当するということでしょう。

野田 いや、でも逆に、高年法だからといって合理的な期待はないというような、むしろ合理的な期待のほうでは使えないかもしれないという気がします。

奥田 でも、そうだとすると、客観的に合理的な理由という判断には進まないですね。

野田 まあ、進まないですね。

奥田 そこに進むということは、結局、1号・2号のどちらかに該当していないといけなそうですね。

野田 まあ、でも、2号該当性を考えるときに、高年法の趣旨を入れて、合理的期待を広く認めてパスしたからといって、このごろ、裁判例がわりと多いじゃないですか。客観的に合理的な理由があるから雇止めはできるという判決。そっちのほうで食いとめられるということはあるかもしれないですね。

奥田 そちらで判断するということですね。

野田 ええ。いずれにしろ、ちょっとはつきりしない。

奥田 そうですね。その辺の整理はあまりついていないかもしれないですね。

野田 ついていないですね。特に協定に関してはね。

ピックアップ

1. 育児休業取得後の契約社員契約と雇止め

——ジャパンビジネスラボ事件・東京地判平30・9・11
(労判1195号28頁)

——事案と判旨——

事実の概要

Xは、大学生や社会人を対象とした英語および中国語のコーチングスクール等の運営等を主たる事業とする株式会社であるYとの間で、平成20年7月9日に期間の定めのない労働契約（以下、「本件正社員契約」）を締結し、コーチングス

クールで正社員のコーチとして勤務していた。

Xは、平成25年3月2日に子を出産して産後休業および育児休業を取得したが、育児休業終了日である平成26年3月1日を前にした同年2月20日の時点で子を入れる保育園が決まっていなかった。Xは、同月22日、Y代表者であるAと、コーチングスクールの責任者であるBも同席の上で面談を行った。面談の席でAはXに対し、育児休業終了後の復職時の就業形態として、①育児休業開始前と同じ1週間5日勤務・所定労働時間1日7時間の「正社員」のほか、②所定労働時間を1日4時間ないし6時間に短縮した「正社員（時短勤務）」、③1週間3日又は4日勤務の「契約社員（1

年更新)」があることを説明した。また、上記面談の席で、上記就業形態が記載された書面（以下、「本件説明書面」）を交付した。本件説明書面には、上記就業形態のほか、補足説明として、「契約社員は、本人が希望する場合は正社員への契約再変更が前提です」「時短勤務または契約社員が正社員（フルタイム）に復帰する時は、正社員時に期待されていた役割に戻すことを前提とします」との記載がされていた。

Xは、育児休業期間を6カ月延長（終了日は平成26年9月1日）したが、その後も子を入れる保育園が決まらなかったことから、同年7月20日の面談で、Aに対し、9月2日から3カ月の休職を求めたが認められなかった。また、Xが、復職できない場合は解雇になるのかとの旨尋ねたのに対し、Aは、自己都合による退職になる旨回答した。

Xは、同年8月26日、1週間3日勤務の就業形態で復職したい旨申入れ、育児休業終了日である同年9月1日にAと面談を行った（BおよびYから委任を受けた社会保険労務士Cも同席）。面談の席で、AはXに対し、本件雇用契約書を示して読み上げた。その際にXは、子が入る保育園が決まれば1週間5日勤務の正社員に復帰したいとの意思を示したが、Bは、クラススケジュールの問題がある旨述べ、Cは、正社員としての労働契約に変更するにはYとの合意を要する旨述べた。これらやりとりの後、Xは、1週間3日勤務の契約社員として期間1年の有期労働契約（以下、「本件契約社員契約」）を内容とする雇用契約書に署名した（これによりXY間で成立した合意を「本件合意」という）。

Xは、同月2日付で復職して間もなく子を入れる保育園が見つかったとして、所定労働時間を短縮した正社員としての勤務に戻すよう求めたが、Aは、現段階での正社員への契約再変更は考えていない旨回答し、その後もXの求めに応じなかった。

さらにXの正社員への契約再変更の求めをめぐるやりとりが続いていたところ、YはXに対し、平成27年7月に自宅待機を命じ、同月31日頃、本件契約社員契約を同年9月1日限り期間満了により終了する旨通知した（以下、「本件雇止め」）。

これに対しXは、正社員としてあるいは本件契約社員契約に基づく労働契約上の権利を有する地位の確認等を求めて提訴した。

【判旨】

(1) 本件合意の解釈

「本件正社員契約と本件契約社員契約とを同一の労働契約と理解することは困難である」また、「社会通念上、労使間において、労働契約を継続しつつ単に労働条件を変更する場合にまで「契約書」と題する書面を作成して取り交わすことは一般的でないといえる」「本件合意が本件正社員契約を継続する合意であったと解することはできない」「以上によれば、本件合意は、本件正社員契約を解約するとともに、これと別途の契約である本件契約社員契約を締結する合意であると解するのが相当である」

(2) 本件合意の有効性

①「Xは、仮に本件正社員契約を継続したまま育児休業終了日を迎えた場合、……欠勤を繰り返して自己都合による退職を余儀なくされるか、……自然退職……、勤務成績不良として解雇……、さらには出席常ならず改善の見込みがないものとして懲戒解雇されるなどの不利益な処分を受けざるを得ない地位にあった」。「他方、本件契約社員契約の締結により、…欠勤することなく就労義務を履行することが可能となり、Yとの間の労働契約を継続して、これに基づく地位を保全されたものである」「以上のとおり、本件合意により本件正社員契約を解約して本件契約〔原文では正〕社員契約を締結したことは、Xにとって、労働契約上の地位を維持するために必要であり、本件合意がなければ、これを維持することは不可能又は相当困難であった。すなわち、Xにとって、本件合意により得る法的な地位は、これをせずに育児休業終了を迎えた場合に置かれる地位と比較して有利なものであり、本件合意は、その当時のXの状況に照らせば、必ずしも直ちにXに不利益な合意とまではいえず、そうであるからこそ、Xは子を入れる保育園が決まらないという事情を考慮し、Aから本件契約社員契約の内容につき説明を受け理解した上で、本件合意をしたものと認められる。したがって、これがXの真意によらないYの強要によるものとは認められず、本件合意は、Xに対する均等法9条3項及び育児法10条にいう不利益な取扱いに当たらない」

②Xは、本件正社員契約にもとづく就労義務を履行することが不可能又は相当困難であったことから、その自由な意思に基づいて、上記就労義務を緩和させるために本件契約社員契約を締結したと認めるに足りる合理的な理由が客観的に認められること、Aと本件雇用契約書の読み合わせの上で署名し本件合意をしたこと、その際、クラススケジュールの問題がある旨をBから説明され、正社員への契約再変更には改めてYとの合意が必要であること等をCから説明されたことなどから、「本件正社員契約の解約を含む本件合意は、Xの自由な意思決定により成立したものと認められ、錯誤により無効であるとは認められない」

(3) 本件雇止めの可否

①「本件契約社員契約……は、……いずれ当該従業員が希望すれば無期労働契約を再締結して正社員に復帰することを想定したものであると認められ」「契約社員としての契約は、……例として子の就学時まで継続することが予め想定されているものと認められる」ことから、「労働契約法19条2号の定める、労働者において契約期間の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ものと認められる有期労働契約に当たる」

②Xは、本件雇止めに対して抗議し、その撤回を求めたことから、「本件契約社員契約につき更新の申込みをしたものと認められる」。

③Yが更新拒否の理由として主張する理由のうち、「Yが本件契約社員契約の更新を拒絶する客観的に合理的な理由に当

たり得る事実、……〔1〕就労時間中にY代表者の同意を得ず一方的に録音を開始し、退出を命じたY代表者の指示に従わずY代表者の後を追ったこと、〔2〕就業時間中に業務用のパソコンを用いて上記業務外の電子メールの送受信をしたことの2点にとどまる」「本件雇止めは、客観的に合理的な理由を欠くものであり、社会通念上相当であると認められない」

奥田 では、ピックアップの1つ目として、ジャパンビジネスラボ事件から始めます。この事件の原告は、語学のコーチングスクール等を運営する会社のコーチングスクールで、正社員のコーチとして働いていました。子供を出産して、産後休業と育児休業を取得して、何も問題なければそのまま復職する予定でした。しかし、復職予定の育児休業終了時に、保育園がまだ決まらないということで、その後育児休業を6カ月延長したのですが、やはり見つからず、休職も認められなかったもので、従来の正社員の労働時間の形態のままでは戻れないということで、最終的に1年更新の契約社員として戻るようになったわけです。それから、復職してすぐに保育園が見つかったのもとの正社員で時間短縮の形での勤務に変更することを求めたのですが、それが受け入れられなかった。その後、正社員への変更をめぐるさまざまなやりとりがあって、最終的には契約社員契約1年の期間満了で雇止めになるというケースでした。

何が問題になったかということ、正社員契約から契約社員契約、期間の定めのない労働契約から有期契約に変わっているのですけれども、この有期の契約社員契約に変わるところでの合意の内容がどういうものだったのか。つまり、正社員契約を解約して契約社員契約を締結するという内容だったかどうかということが、まず問題になっています。そしてそれが肯定されたとしても、本件合意が果たして均等法あるいは育児介護休業法に照らして不利益な取扱いとして無効にならないかが問題になり、本件合意の有効性が論点になりました。最終的には雇止めがされているので、その雇止めの可否ということも問題になりました。

この判決に関しては、私は、『平成30年度・重

要判例解説』（ジュリスト臨時増刊、2019年〔217頁〕）で解説を書いたので、まずそこで何を指摘したのかということを書いていきたいと思います。まず1つは、本件合意がXの自由な意思による真意によるものだということが肯定されていて、均等法9条3項との関係でもそれが肯定されているのですけれども、その際にどのような要素を考慮して、どういう理由づけでそれが肯定されたかというところにいくつかの疑問がありました。例えば、これを判断するとき、最高裁で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巻8号1270頁）の判決が出ていますので、やはりこれが1つのベースになるだろうと思います。そこでは、時短勤務を契機とした降格が、原則としては不利益取扱いで、ただ労働者が真意によって同意したとか、別途の合理的な理由がある場合には、9条3項違反にはならないという判決でしたけれども、その際の労働者の真意について判断するに当たって、労働者がその措置によって受ける有利な影響とか、不利な影響の内容・程度、さらに使用者の説明であったり、経緯であったりというようなさまざまな要素を挙げて、労働者の真意を判断するというのが、判断枠組みとして述べられていたと思います。

ところが、今回の判決の該当部分では、Xが受ける不利益の内容とか程度というのは、この判断に当たってほとんど考慮されていないんです。逆に、育児休業を6カ月延ばして戻ろうとしても保育園が見つからなかった、休職を申し出たけど休職も認められなかった、そうすると、欠勤が続いて、この人は雇用が終了するかもしれない、そういう状況を考えると、契約社員という形で雇用を継続できたことは有利な状況なんだという趣旨になっているんです。

でも、果たしてそういう判断が妥当なのかどうかということに関しては、問題を感じました。たしかに欠勤が続くという事情が生じるかもしれないのですけれども、それによって、だから当然に解雇ができるというわけでもありませんし、退職が余儀なくされたかどうかというのは、予測される可能性ではあったとしても、前提とする事実というわけではありません。ですから、それを

もって有利であるとか、契約社員でも継続できたんだから有利であるというような、有利な事情として考慮していくというのは、この要素を前提とした判断としてはおかしいのではないかと思ったのが一つです。不利益性が考慮されていないということ、退職等の可能性を前提として、それよりも有利な状況だと捉えるというのが、最高裁の判断枠組みから考えても、適用の仕方としては疑問が残りました。もしそのような背景事情を考慮するとすれば、だからXはやはり合意しただろうというような、Xが契約社員契約を締結する合意をしたであろうということを推測させる一つの事情ではあったとしても、有利であるという判断要素の理由にはならないと思ったのです。

もう一つは、契約社員契約を締結するに当たってYが行った説明の評価についてです。例えば、面談のところで、雇用契約書の内容などに関しては、一方で正社員復帰についてはクラススケジュールとの調整が必要だということが述べられていて、希望したからといって直ちに復帰できるわけではないという説明はたしかにされていると。また、正社員への再契約というのも合意が必要だということは言われているのですけれども、でも、もう一方で、正社員への契約再変更というのが前提だということが明記された説明文書などもあるわけです。それについて判決は、これはあくまで前提であって自動的に戻るものではないとは言っているのですが、自動的にではなかったとしても、正社員復帰が前提であるから契約社員契約を今は締結するという判断は十分あり得るわけで、そういう文章がそもそも説明文書に存在するわけですから、それとの整合性はどうか。さらに、復帰をめぐる時期とか条件とかということも何ら明確ではないですし、だからこそ結局、その後で復帰をめぐっていざこざが生じるわけですが、Yがその段階でいろんな条件を出してくるんですね。ということは、復帰をめぐる時期とか条件というのはそもそも明確に決まっていなくて、そういうことが適切に事前説明としてはなされていないわけですね。そういう説明をもって契約社員契約をそこで締結した、この判決の言い方によると、正社員契約を解約して契約社

員契約を締結したと。しかし、Xの真意だということを言うに足りるだけの適切な説明かということ、そこはもう少し疑問が残ってもおかしくないのではないかなということを指摘しています。

ちなみに、フーズシステム事件（東京地判平30・7・5労経速2362号3頁）という類似のケースがありますが、このケースなどは、説明が不十分だということで、有期のパート契約への変更は無効だと言っています。このケースなどと比較してみた場合でも、ジャパンビジネスラボ事件での使用者による説明には、Xの合意の真意性を裏づけるだけの説明の十分さがあるかということ、やはりそこには不十分な点が残ると評価せざるを得ないと思って、その点を指摘しています。

それ以外にもいくつか述べていますが、2点だけさらに指摘しておきます。今回の合意を正社員契約の解約プラス契約社員契約の締結ととらえているのですが、正社員契約の解約をこんなに簡単に認めてもいいのかという疑問があります。例えば、昨年のディアローグで取り上げた福祉事業者A苑事件（京都地判平29・3・30労判1164号44頁）では、後から文書が出てきたけれども、それはあくまで有期契約の締結ではなくて変更だという言い方をされていて、野田先生といろいろ議論したところです。そうだとすると、確かに契約社員契約を締結していることは否定できないと思うんですけど、正社員契約を完全に解約しているのかどうかということは明示的には出てこないんですよ。片方が停止しているという考え方もできなくもないですね。あるいは、条件が整えば正社員に再変更される合意だという考え方もできなくもないですね。今回のケースでは、原告が正社員契約の継続にぎりぎりまでこだわっているという事情があるわけですから、その解約の合意というのを、契約社員契約がここで確かに成立している、簡単に認めるという判断をしていいのかどうかは問題だと思います。解説ではあまり指摘していないですが、それを一つつけ加えておきたいと思います。

最後に、この事案では、契約社員としての雇止めが認められなくて更新扱いになっても本質的には何も意味がなくて、雇止めが認められなかった

のはむしろ当然の結論で、この事案の本質というのは、結局、正社員への再変更ができるかどうかなんですよ。だから、救済内容としては、地位確認としてそこが認められていないというのは、一番核になる部分が認められないわけです。私はやはり合意の有効性に疑問があるので、そこで検討すべきだと思うのですが、それ以外に、正社員契約への再契約での救済の方向性を別の理屈で考えることができるのかどうか、お聞きしたいと思っています。

野田 私もこの事件には少し関係して、結構長めの論文を書いているのですが（野田進「育介法違反の不利益取扱いに対する地位確認請求（正社員復帰請求）の立論」労働法律旬報1942号10頁）、基本的にはおっしゃるとおりだと思います。賛成です。若干補足させていただきますと、私の発想で、もうちょっと強調したいことを言いますと、この判決は「別途の契約」ということを言っていますね。この点は指摘されていますけれども、別途の契約が成立したという解釈そのもの、つまり旧契約が合意解約されて、新契約が締結されたという発想が、まずもって理解できないですね。もう、指摘されたとおりですが、契約内容が変わったから別途の契約になったという考え方、つまり契約社員契約に変わったから別の契約になったという考え方です。では、前の契約はどうなったの？ということもあるし、そもそも新契約の合意があったから旧契約が消滅したというのは、全く乱暴な議論ですよ。合意解約の主張も何もないし、解約意思の証明もされていないの。だから、別の契約になるという議論などあり得ないわけですし、契約の内容は変わっても、契約は存続する。これはもう本質論にかかわりますけれども、労働契約のような継続的契約関係というのは、内容を変更しながら継続するのだというのが普通の考え方です。更改契約みたいな考え方をされていたら、議論が成り立たないところがあります。それはもう大前提です。

それから、ちょっと指摘されたのは、石崎さんの見解ですよ（石崎由希子「育休終了後に締結した契約社員契約の雇止め」ジュリスト1532号107頁）。正社員契約を維持したままで契約社員契約が成立

して、二重に契約があるけれど、前の契約が休職扱いになっているけれど、それは停止条件つきで、条件が調べば正社員契約にという考え方でした。

奥田 そうなんですね。

野田 そういう議論も、成り立つ議論だと思いますけれども、そういう可能性も検討しないで、新しい契約が締結されたら前の契約がなくなるなんて、あり得ない解釈です。それから、もう一つ、もちろん本件合意に関する不十分かつ不適切な情報提供による合意という、説明不十分ということもそうですし、それから、有利だと判断しているのは、これは結局、育介法10条の不利益な取扱いというのを回避するために、不利益ではないんだよ、有利なんだよということをあえて言おうとしている意図がありありだと私は思いました。育介法10条の適用を回避するために、あえてそういう判断をしたという気がしましたね。

それから、自由な意思論で言っても、この方は保育園が決まらないで切迫した時期に、しかもさっき言われたように、合意しないならば自己都合退職になるというような社労士さんの説明があって、合意したということでしょうから、やはり最高裁の言う適切な情報提供とか十分な理解による合意とかの規範を適用すべきであって、判例法理にも反しているというところがあります。

それから私は、この事件は控訴されていますけれども、原審では結構勝訴しているんです。契約社員としての地位確認、未払賃金、それから不法行為の慰謝料も損害賠償も認められて金銭的には結構取れているんです。

奥田 そうですね。

野田 だけど、それでも控訴しているというのは、主位的請求である正社員としての地位確認なんですね。考えてみたら、こういう事件で、均等法9条3項や育介法10条違反で、不利益な取扱いを無効として正社員としての地位確認請求を認めた例がないですね。最高裁の広島中央保健生活協同組合事件でも、均等法違反で無効と判断しつつも、手当差額請求権と不法行為の慰謝料請求でおさまっていますし、非常に難しいと思うんです。本判決も、正社員としての地位確認請求は認

めないで、契約社員としての地位確認で認めたという、調整的な判断をしたのではないかと思うんです。

たしかに、例えば最高裁のハマキョウレックス事件判決（最二小判平30・6・1民集72巻2号88頁）でも労契法20条違反は無効であっても同一の労働条件になるという直律効はないと明言しているし、それから日本郵便の地裁判決（東京地判平29・9・14労判1164号5頁）でも明言していますが、労基法13条とか最賃の4条2項みたいな直律効を定める規定がない場合には、地位確認請求を認めないということを言っているわけです。けれども、その理屈はもう、やっぱりおかしいのではないかと考えています。だって、例えば労基法16条の解雇権濫用について、当然、労働契約上の地位確認ができると私たちは思っていますけれども、それは直律効の定めがなくても、社会的要請とか公序性が高ければ、直律効の定めがあろうがなかろうが地位確認を認めているわけですよ。ですから、同じだろうと思うんです。

それで、私が強調したいのは、育介法10条の不利益取扱い禁止に込められた強度の公序的性格ですよ。だって、正社員に復帰できなかったら、原告や原告に代表される子育て世代にとってほんとうに意味がない。そうすると、もう怖くて子どもなんかつくれないうことになりますよね。均等法9条3項や育介法違反で無効であっても、差額賃金と慰謝料が支払われるだけで、正社員に戻れないということであるならば、育児休業の保障の意味は失われてしまう。現実問題として、一度辞めた後に子どもを持ちながら正社員に再就職なんて非常に難しいわけですから、だったら、もう子どもは産めないというような。やっぱり正社員に戻す効力を認めないと、意味がないと思うんです。そういう意味では、育児休業制度の高度の公序性というところから追求していくというのがあり得るのではないかと思うんです。

あと考えているのは、これは就業規則違反と言えると思う。この会社の就業規則には、育休明けには契約社員に転換するという制度は定めてないんです。本人への説明のときにこの新しい方式を作ってつけ足したんです。パターンとして、もと

の正社員に戻るのと、正社員で時間数が短いのが就業規則にあります。3つ目に、契約社員で時間数がもっと短いを作ったんです。原告はもう、3つ目しかとれないのでこれを選んだのです。それで、2つ目のパターンは育介法23条の時間短縮措置に則っていると思うのですが、3つ目のパターンというのは、もちろん育介法にもない。そもそも、契約社員とすることには、必然性がないですよ。時間さえ短くなればいいので。そうした措置は、育介法23条も就業規則も予定していません。だから、就業規則に反する取扱いになるのではないかと考えて、そうすると労契法12条で無効となり、申し出そのものが無効であり、契約社員としての地位確認もできる。そういう構成にしてはどうかと思っているんですけどね。

奥田 この判決の理屈で言うと、選択肢が増えたのは有利だと言うことになるのかもしれないですよ。

野田 そうなんです。だけど、そういう選択肢を設定すること自体が、就業規則なり育介法23条に反するんですよ。だって、就業規則の規定上は短時間勤務しかさせられないんですよ。選択肢が増えるから有利だと言うけれども、それは育介法違反あるいは就業規則違反の選択肢だと思うんです。

奥田 実際に、その選択肢も何のために有期にしなければいけないのかというと、理由がないですからね。

野田 そう、ないんですよ。早くやめさせたいからとしか考えられない。

奥田 結局そうですね。

野田 しかも、保育所が見つかってもとに戻れないという構造になっているわけでしょう？それを契約再変更だとか言って、使用者の同意がないといけないう。それもおかしいですね。

奥田 合意の条件とかが何も決まっていなくて、だからこそいろんなことを言ってきていますよね。

野田 そうですね。

奥田 そのあたりでは、会社の姿勢を裁判官も

批判的に捉えていて、でも結局、それは損害賠償のほうに流れていっているんですよね。

野田 そうですね。だから、この判決はほんとうに、後半と前半と全然、違う裁判官が書いたとしか思えない。

奥田 前半部分で問題になっていることを、後半に吸収している感じですね。

野田 そう、そう。それで、後半の部分を生かすんだったら、前半が否定されるような書き方でしょう？

奥田 そうですね。

野田 前半部分はひどい判断で、これほど一般の人の考え方とずれているのもめずらしい。実際、普通の会社だったら、企業や同僚がみんなで協力し合いながら、育児休業を乗り越えていますよね。大事な制度だから。

奥田 そうですね。それと、最初の正社員契約の解約というところは、やはり理論的にも問題ですよね。

野田 そうですね。

奥田 私は、解説を書いたときには、そのあたりは指摘はしつつもやむを得ないかなと思ったんですけど、でもよくよく考えてみると、変更と捉えてもいい話ですから。契約の締結し直しということになってしまうと、そこに1つの境目ができてしまって、余計な理屈が必要になってきますね。

野田 この判決がどうしても変更ではなくて新契約にしたいのは、変更だと不利益変更になじみやすいからなんですね。旧契約を解約して、新契約を合意に基づいて締結したということになると、そこには不利益という要素は入ってきにくくて。

それこそ労契法7条の合理性の発想になるんですね。特に問題がなければ契約としては成立するんだという。だから、裁判所としてはどうしても一遍切らないと、育児法10条違反になってしまうというところがあるんですよね。これを議論したらあと3時間ぐらいかかるかも。

2. 休職中の「テスト出局」における賃金請求権

——NHK 名古屋放送局事件（名古屋高判平 30・6・26 労判 1189 号 51 頁）

——事案と判旨——

事実の概要

X は平成 3 年に Y に採用され、報道制作の記者等として勤務していたが、平成 20 年頃からうつ病その他による体調不良を理由に傷病休職を繰り返すようになり、平成 26 年 9 月 22 日から本件テスト出局を開始したが同年 12 月 19 日に中止となり、翌 27 年 4 月 15 日、休職期間が満了したため解職された（「本件解職」）。

テスト出局は、Y の「職場のメンタルヘルスケアガイド」の定めによるもので、精神科領域の疾患により傷病休職中の職員を対象に、本来の就労に近い環境で実施するが、職員が職場復帰のためのリハビリを行うに当たって被告が場を提供するもので、業務ではなく、リハビリの一環である。テスト出局中及び出退局途中は業務及び通勤ではないため、その間の被災は労働者災害補償保険法の対象外で、被告の付加補償・給付は行わないが、テスト出局日には、治療を支援する目的で交通費（実費）相当額を支給する。テスト出局は、職員からの復職の申出を受け、主治医が復職可能と判断していることを前提に、職員、管理職及び産業医の 3 者で協議し、実施の可否及び内容を決める。傷病休職中に実施するテスト出局は、「特段の事情がない限り、原則 24 週（6 カ月）間」のプログラムである。前半の 12 週間でフルタイム（所定勤務時間どおり）の出局ができるまで徐々に勤務時間を増やしていき、後半の 12 週間はフルタイムの出局となり、このうち少なくとも最後の 2 週間は職場の実態に合わせて通常業務を想定した作業を行う。

X について作成された計画では、第 1 週から週ごとに徐々に出局日数と時間を増やしていくものであり、作業内容としては、ほぼ全期間を通じて「時間通りの出局・退局」が掲げられていたことに加え、ニュース制作業務等が予定され、その作業内容・量については、徐々に負担を増やしていた。その間、X は 30 分近く遅れて出局することがあり、また作業についての上司の発言を受けて早退することがあった。

本件で X は、同期間満了前に精神疾患が治癒していたと主張し、①解職が無効であり、Y との間の労働契約が存続しているとして、労働契約上の権利を有する地位確認、②傷病休職中に行った Y のテスト出局により、労働契約上の債務の本旨に従った労務の提供を命じられ、実際に労務の提供を行ったが、期間途中でテスト出局が中止され、労務の提供をしなくなったのは Y の帰責事由によるものであるとして、テスト出局開始以後の賃金等を請求するほか、③テスト出局の中止や解職に違法性があると主張し、不法行為に基づく損害賠償金等を請求した。原審はいずれも棄却。

【判旨】 賃金請求権について控訴一部認容

(1) 賃金請求権が生じるか

「テスト出局の趣旨、目的に照らせば、休職者の提供する作業の内容は、当該休職者の労働契約上の本来の債務の本旨に従った履行の提供であることを要するものではなく、また、休職者の提供する作業の内容がその程度のものととどまる限り、Yも休職者に対して労働契約上の本来の賃金を支払う義務を負うこととなるものではないと解される。

しかしながら、テスト出局が単に休職者のリハビリのみを目的として行われるものではなく、職場復帰の可否の判断をも目的として行われる試し出勤（勤務）の性質を有するものであることなどに鑑みると、休職者は事実上、テスト出局において業務を命じられた場合にそれを拒否することは困難な状況にあるといえるから、単に本来の業務に比べ軽易な作業であるからといって賃金請求権が発生しないとまではいえず、当該作業が使用者の指示に従って行われ、その作業の成果が使用者が享受しているような場合等には、当該作業は、業務遂行上、使用者の指揮監督下に行われた労働基準法11条の規定する「労働」に該当するものと解され、無給の合意があっても、最低賃金〔法〕の適用により、テスト出局については最低賃金と同様の定めがされたものとされて、これが契約内容となり（同法4条2項）、賃金請求権が発生するものと解される」

(2) 給与規程による賃金の支払いについて

「労働契約の内容となる職員給与規程による賃金の支払請求が認められるには、労働契約も双務契約であるから、賃金の対価に見合った債務の本旨に従った労務（履行）の提供が必要となる。そして、テスト出局が職場復帰の判断をも目的として行われることからすると、単に負荷があるということだけで債務の本旨に従った労務の提供に当たるとはいえず、上司の指揮監督の下、職員給与規程による賃金に見合う債務の本旨に従ったものといえる労務の提供がされたと認められる場合に、労働契約上の本来の債務の本旨に従った労務の提供がされたとしてその契約内容である職員給与規程による賃金の支払（……）を請求できることとなると考えられる」

Xの場合は、「本来の債務の本旨に従ったものといえないことは明らかというべきである。したがって、〔時間短縮・日数短縮期間である〕平成26年10月9日から同年11月28日までの間については、労働契約上の本来の債務の本旨に従った労務の提供があったとはいえない」その後も、「Xの行った作業がXの処遇区分……の賃金に相当する対価に見合う労務を提供したものと認めることは困難であり、労働契約上の債務の本旨に従った労務の提供を行ったとはいえない」

Xは「Yの業務であるニュース制作に関与し、Xが関与したニュースは放映され、その成果をYが享受しており、Xが出局していた時間は使用者であるYの指揮監督下にあったものと見られるから、この時間は労働基準法11条の規定する労働に従事していたものであり、無給の合意があっても最低賃金の適用により、YはXに対し、その労働に対し最

低賃金額相当の賃金を支払う義務を負うこととなる（労働基準法11条、13条、28条、最低賃金法2条、4条1項、2項）」

野田 NHKの病休制度についての名古屋高裁の判決ですけれども、ちょっと新しい視点を出した判決だと思って、取り上げました。

本控訴審も、原審と同様、解雇無効や不法行為の主張は退けましたが、賃金請求権について、通常の賃金請求権は認めないけれども、最低賃金請求権について認容するという、その結論に注目したいと思っています。

前者の給与規程に基づく賃金請求権については、テスト出局の趣旨から賃金請求権は否定されるのだけれども、使用者の指示に従って行われ、その作業の成果が使用者が享受しているような場合等には、当該作業は業務遂行上、使用者の指揮監督下に行われた労働基準法11条に規定する「労働」に該当するという、例外的に賃金請求権が成り立つという一般基準を立て、その上で、債務の本旨に従ったかどうかというのは、上司の指揮監督の下で、給与規程による賃金に見合う債務の本旨に従ったものと言えるかという判断をしているわけです。つまり、債務の本旨に従ったと言うには、賃金規程に見合う労務の提供がなされた必要があるとしており、そういう意味で、これは私の言い方ですけれども、給与規程上の賃金額と見合う「均衡性」を要件とするという、判断基準を立てています。

一方、最低賃金については、一定の成果が使用者が享受している場合には、労基法11条の規定する「労働」に該当するから、無給の合意があっても、最低賃金法4条2項の適用によって、その支払いが義務づけられるという理屈であります。それで、現実にこの人は何らかの仕事をして、一応、制作に関与したのだからということで、最低賃金については支払いを命じるという判断をしたわけです。

本件では、一審が結論はともかくとして理論的には問題の多いものでして、特に賃金請求権のうちの最低賃金請求について、労務の提供を義務づけ、または余儀なくされたという、例の三菱重工事件（最一小判平12・3・9民集54巻3号801頁）

での労働時間の定義をそのままここに持ってくるという、理解しがたい判断をしていました。これと比べると、非常にすっきりしたというところがあります。結局、通常の賃金請求権については、給与規程に見合う労務の提供が要件であり、これは達成されていない。それから、最低賃金というのは、一定の成果を享受している、プラス指揮監督下の労働がなされているというのが要件で、こちらは認めるというのが本判決の結論であります。

これはおもしろい考え方なのですけれども、疑問もあります。まず賃金請求権については、理論の流れが、あれ？という気がします。というのは、そもそも債務の本旨に従った労務の提供があったことが所定の賃金請求権を生み出すというのが、本来の解釈であって、所定の賃金請求権を生み出すためにはそれに見合った労務の提供が必要であるという逆の論理というのは、これまでなかったと思うんです。所定の賃金に見合ったものを労務の提供とするという論理を認めるとすれば、そこに新しい要件が付加されたという気がします。言い換えると、ある人が何か仕事をしたとしても、それが所定の賃金請求権の水準に見合うものではない、所定の賃金に見合うものではないから労務の提供と言えないという規範というのは、賃金見合いという均衡要件が追加されたことになる。

それから、最低賃金に関して、指揮監督下の労働というのはもちろんとして、さらに使用者が一定の成果を享受するというのも、あまり聞いたことがない。逆に言うと、指揮命令下で労働したけれども、何の成果も上がらないような仕事をしてしまった場合には、では最低賃金の保障もないのかというような言い方をされてしまうと、それはまた、判断として疑問が生じる。とすれば、一定の成果というのは、別に新しく要件を立てたというのではなくて、何か一定の成果もあったではないかという、理由の補強をしているというぐらいの位置づけかなと思います。そうでないと、最低賃金の趣旨にも反する。成果がなければ最低賃金も払わないのかということになってくると、またこれはおかしいので、指揮命令下で働くということで尽きるのではないかと思うんです。あるいは

債務の本旨に従ったという言い方をするとしても、成果云々というふうな判断というのは出てこないのだらうと思います。そういうことで、非常にクリアな判断をしたのですけれども、突き詰めて考えると、いろんな疑問も出てくるということですよ。

それからもう一つ、この事件の解決のあり方として、最低賃金を払えば、それで紛争解決としておさまるのかということ、あまりそういうことを言ってもしょうがないような事件だと思うので、まあ、別に理論だけを問題にするのだったらおもしろいけれども、紛争解決のあり方としてはいずれにとっても納得性が低いかもしれない。

奥田 まず、最低賃金相当額ということでも、一応それを認めたことには意味があると思うんです。ただ、理屈の点から言うと、基本的には、本来の契約に基づく賃金請求権がまずないということが前提で、支払われていないから無給の合意がされていると。でも無給の合意は最低賃金法の4条で修正されて、最低賃金額相当の賃金請求権があるという理屈ですよ。そもそもテスト出局での労務提供が労働契約に基づく労務提供と言えないのかどうかということを、今までだいぶん議論してきましたけれども、必ずしも理屈としてはクリアされていないのかなとは思いつつ読みました。少なくとも最低賃金額を認めるという新しい理屈自体は評価していいと思うのですけれども。

ただ、先生がおっしゃった点との関係で言いますと、債務の本旨に従った履行というのは、労務提供義務の特質から考えると、使用者の指揮命令によってその内容が決まる。労務提供義務と賃金の支払い義務というのが基本的な義務の関係になるというときに、労務提供義務の内容というのは使用者の指揮命令によって決定されるというのが、もちろん合意の範囲ですけれども、労働義務の特色ですよ。だとすると、給与規程に見合うかどうかということは関係なくて、使用者が指揮命令した内容での労務を提供するということ、債務の本旨に従った労務提供だと捉えればよいのではないのでしょうか。それが給与規程に見合っているかどうかという条件は、不要なことなのではないかなと思いました。言い換えると、ど

ういう趣旨でこれが入ってきているのかがよくわかりませんでした。

もう一点は、最後におっしゃったことに関係すると思うのですが、作業の成果という点です。賃金に関する無給の合意というのが否定されるときに何がその条件になるかといえ、少なくともテスト出局中に、どういう指示がされているかだと思わうですね。もともとの労働契約に基づいて想定されている内容での労務提供の指示はしていないけれども、テスト出局に当たって一定の指示をして仕事をさせていて、使用者の指揮命令下で、使用者の指示に基づく内容で、労務を提供していると考えますと、やはり使用者が指示しているというところがポイントだと思わうんです。使用者が指示して労務提供をさせている以上、その労務提供に対して、通常の作業とは違わうかもしれないけれども、テスト出局について指示している範囲では、何らかの賃金請求権は発生するはずだ。だとすると、作業成果を要件として考えるというようにこの判決を捉えるべきではないだろうと思わう。

野田 おっしゃるとおりだと思わうのですけれども、この判決は、どこか客観説みたいところがあつて。判決の考え方では、通常の賃金の場合、使用者の指揮命令によって仕事をさせてさえいれ、それによって、通常の場合、賃金請求権が生じるというのではなくて、やはり客観的に見て、むしろ賃金に見合った成果を出していれば、使用者が指揮命令しようがすまいが賃金請求権が生じるよということになると思わうんです。最低賃金のほうもそうで、何の指示もしていなくても、本件の場合には特に無給の合意もしているわけですし、どれだけの指示をしていたかというのは、ちょっとよくわからないところはあるけれども、もともと自分の仕事だから、一定の成果は出していて、ちゃんとニュース報道に一応、寄与している事実がある。ということになると、客観的に見て、まさしく使用者はこの人の労務を享受している。それによって、つつがなくニュース報道をしているということもあるという、どこか客観説のようなものを組み込むことによって安定を図ろうとしている。そもそもメンタルヘルスケアガイドの規

定上が無給の合意なので、それを打破するために多少客観的な要素を入れているのかなという気はするんですけどね。

奥田 結果から見るとということですか。

野田 ええ、補強するという。結果から見ている。

奥田 例えばですけど、確かにここでの作業にかかわることを行って、それに一定の成果が出ているという状況が客観的に存在して、でもその作業は使用者が指示したものではないというときにはならない可能性がありますよね。それとは区分けされるのでしょうか。

野田 いや、会社の中で事務をして働く人が、外で壁か何かを塗る作業をして成果が上がったじゃないかという、そういうのはだめだとしても、一定のこの人の業務の範囲内で、しかもテスト出局だから、指示しないかもしれませんよね。その辺をゆっくり片づけでもしておいてというようなことはあるかもしれない。でも、しかし本来の仕事をして一定の成果が上がったという場合には考慮する。債務の本旨に従ったというのは、広い意味で捉えていいんじゃないですかね。

奥田 そうですか。この判決は、たしかに指示に従ってとは言っているけれど、作業の成果を享受してとか、それが前提になっているよう。

野田 この判決の立場は、完全な給与をもらえる人と、最低賃金だけもらえる人と、それももらえない人と、いわば3段階に分けなければいけないときに、債務の本旨に従ったということだけでは、そういう微妙な区別ができないので、一番ランクが上は、給与規程に見合ったという基準、次は、一定の成果を使用者が享受しているという基準、一番低いのはそれもないというふうに分けて、客観的にそうであるかどうかという要素を付加している、追加しているという判断ですよ。それがいいかどうかはともかくとしても、最低賃金の請求を認容しようと思わうと、そういうものをつけ加えていかないと説明できない。前提として無給の合意があるときに、どういうものがあれば賃金請求権が生じ、最低賃金請求権が生じるかという説明です。そういうので、何か仕切りをつ

くったんですかね。

奥田 給与規程に見合うかどうかという点は、私はやはり関係ないように思うのですが。もともとの職務、もともとの賃金請求権とは別のところに、テスト出局の範囲内での別の労務の提供と賃金請求というのがつくられていると思ったんです。

野田 私も、そのとおりだと思うけれど、テスト出勤という形態のもとで、客観的にある程度、成果が出てしまった、役に立ってしまったというときには、少なくとも最低賃金は払わないといけないなと、裁判官は思ったんだと思うね。

奥田 本来の賃金請求権ではなくても、無給の合意はだめだから、結局、テスト出局といっても、指示をすれば最低賃金相当の賃金請求権が発生するということになるんでしょうか。

野田 そうじゃなくて、それは仕事である以上、何かの指示はするのでしょうかけれども、何かの指示といっても、最初の段階で、その辺にいないだけでいいから職場に慣れてくれと。そういう指示というのは、やっぱり最低賃金も発生しないと思うんです。何の成果も上がらないから。とにかくいるだけでいいからというような職場慣れ。それは、最低賃金も発生しないけど、では資料の整理でもしておいてというので、簡単な作業をぽつと与えると。それはやっぱり最低賃金になる。だけど、賃金請求権はまだ生じないと言いたいんでしょう。

奥田 たとえば、そうしたら、休職期間は明けていなくて、休職期間中だから、本来の労務提供と本来の賃金請求権は、まだそこでは存在しないと。止まっているかたちですよ。

野田 まあね。

奥田 休職期間中にテスト出局という形で、何らかの指示をして、慣れさせるような業務をさせると。そのときの、少なくとも最低賃金法に反しない限りでの賃金請求権が発生する分かれ目というのは、指示と、指示したことをやったことに対して作業成果が出て、それを使用者が享受しているという、これがセットになっているということでしょうか。

野田 というふうに言っていますね。それが最

低賃金法の趣旨に合っているのかどうかというのが私は疑問です。最低賃金法というのは、成果とか何とか問題にしない。

奥田 そうですね。

野田 本来の趣旨はね。だって、最低これだけ払いなさいというのが本来の趣旨ですから。本来、仕事の内容とか成果というのは問題にしてい

ないはずですよ。奥田 使用者によって指示された、その限りでの債務の本旨に従った労務の提供をしていないと、最低賃金レベルでも賃金請求権は発生しないということですよ。

野田 というふうに、この判決は言っているんでしょうね。でも、それは一般的な議論なのかなというのは、ちょっとよくわからない。

奥田 最賃というのは額の最低限を決めているだけであって、そもそも発生しないところには発生しないですよ。

野田 まあね、そうですね。

奥田 ただ、この判決の考え方は、そんなに一般化していいのかなという気はしますよね。

野田 そうなんです。それが気になる。だけど、本件の解決に当たっては、さっき言った3段階を設けるにはちょうどよかったんでしょうね。だから、おもしろい判断ではあるんですよ。若干の不安は残るけれども。

奥田 休職明けの場面で付随してくる問題が全部、この理屈で割り切れるのかというと、少し特殊な感じもします。

野田 そうですね。このNHKの制度の場合は上手につくってあって、あくまでもテスト出局というふうに言っていて、規定上は明確に無給で、労災すら認めないというふうにして。しかも通勤手当すら、何というのか、本来の趣旨ではないということをやっているのですね。

奥田 そこに賃金請求権が最賃ベースでも発生する余地を認めているのだから、まあ、意味はありますよね。

野田 まあ、そうですね。

3. 出向からの復帰命令の適法性——相鉄ホールディングス事件・横浜地判平30・4・19(労判1185号5頁)

— 事案と判旨 —

事実の概要

(1) Y(被告)は、鉄道事業・自動車による運輸業等を営む会社のグループ全体を束ねる持株会社である。X1ら(原告)は、Aにバス運転士として(X19のみ車両整備士として)採用された。Xら(X19を除く)がAに採用される際、大型二種免許の資格を有していることが必要であり、入社当時からバス運転士の初任給は他の労働者とは別に職級が格付けされていた。また、採用後は専らバス運転士として業務に従事してきた(X19は、車両整備士、整備係主任、助役、運輸課係員として業務に従事)。なお、平成21年にAの会社分割によりYがAの法人格を承継し、XらとAとの労働契約がYに承継されたことによりXらはYの従業員となったが、平成22年秋以降、Yに所属しつつYの子会社でバス事業を営むBに在籍出向して同様の業務に従事してきた。

(2) Yは、平成26年3月、Xらが加盟するZ労働組合に対して、YからBへの出向補填費が負担になっているため、Bへの在籍出向者を対象とし、①Bへの転籍、②特別退職の拡張適用、③Yへの復職の中から選択させることを内容としたバス事業支出削減策を提案した。YがXらに配布した「選択申出書」には、①転籍を希望する、②特別退職の拡張適用を希望する、③上記①、②のいずれも希望しないという選択肢があり、③を選択した場合はYへの復職となること、また回答がない場合も③とみなすとされていた。Z労働組合組合員のうち41名は、真意は在籍出向の継続であり、転籍は無効であるという異議を留保した上で転籍に応じると回答したところ、Yは選択申出書の再提出を求めた(これに対し、Z労働組合は本件提案を拒否する組合員の署名がある「提案拒否申立書」を提出した)。

(3) Yは、平成28年4月、Z労働組合に対し、労働委員会からの要望を受けて協議を続けてきたが見通しが立たないとして、提案を拒否した組合員について順次復職の実施に着手すると連絡した。Xらは、復職命令により、Yのグループ関連の施設に出動し、当面の業務として施設の清掃その他を指示されたほか、研修及び適性検査を受けた(Xらの基本給は復職前と変わらなかった)。

(4) なお、平成16年5月、Z労働組合とAは、分社化に先立つ労使交渉において協定を締結し(以下、「平成16年協定書」という。)、その中で、「(第9項)会社は、事業持株会社化に伴い出向した組合員に対して会社として雇用を保障し、将来にわたり労働組合との合意ならびに本人の同意無しに転籍は行わない」とされていた。またYは、平成22年2月にZ労働組合に対してバス事業の分社化と子会社であるBへの統合を提案し、同年3月に労働協約を締結した(以下、「本件労働協約」という。)。その第1項において、Yのバス運転

士(正社員)について、「原則として全員を分社・統合日付でBに在籍出向とし、他の関連会社への出向と同様、労働条件差異について補填を実施する」と定められていた。さらに、Bは、平成22年3月の「労働情報」において、B労働組合との団体交渉の結果を公表し、出向者が退職するまで出向を受け入れると説明した。

【判旨】 請求棄却

(1) 本件労働協約違反及び平成16年協定違反について

「本件労働協約は、文言上、Yのバス運転士を在籍出向とし、労働条件の差異を補填すると規定するのみで、定年まで在籍出向を継続する旨の記載はない」「Z労働組合がYとバス事業分社について交渉していた際の最大の関心事項は、在籍出向中の給与水準の維持と在籍出向から転籍へ切り替えられないようにすることであって、定年前の復職は想定していなかったと認められる。そうすると、本件労働協約締結に向けた話し合いにおいて、定年まであるいは将来にわたってバス運転士として就労させること……について何らかの合意に達したことをうかがわせる事実も認められない」「したがって、Z労働組合が、Yとの間で、本件労働協約において、定年まで在籍出向を継続することを合意したとは認められない」

「Xらは、Z労働組合とAは、平成16年協定書で、バス事業分社化においても、将来にわたりZ労働組合との合意及び本人の同意なしに転籍は行わないと合意したから、本件復職命令は、平成16年協定書に違反すると主張するが、……転籍を同意なしに行わないということと定年まで在籍出向を継続するということとは同義ではない」。

(2) 個別労働契約(職種限定合意等)違反について

「X19については、車両整備士として採用されたものの、車両整備士以外の業務も行っており、車両整備士としての職種限定合意がないことは明らかである」

「X19以外の個人原告X1らは、バス運転士として採用され、採用されるには大型二種免許が必要であったこと及び入社以来、バス運転士として勤務してきたことが認められることに加えて、X1らがAに入社した当時から、バス運転士の初任給は他の労働者とは別に職級が格付けされていることが認められる。しかしながら、バス運転士として配属予定の者を募集・採用する際に、大型二種免許の保有を条件とすることはむしろ当然であり、そのことと採用後、配転を予定しているか否かととは別問題であること、バスの運転士の初任の格付けが他の職種とは別に定められていて、初任給が異なっている点も、満21歳以上が条件となる大型二種免許保有が前提となる以上、採用時には高校新卒の者よりも年齢が高いといった要素などが考慮された可能性が否定できず、必ずしもバス運転士の職種の専門性が高度であることを裏付けるものとはいえないことからすれば、上記各事実から、X1らのYとの労働契約締結に際し、職種限定合意があったとまでは認められない。むしろ、Zらに適用されるYの就業規則では、業務上の必要がある場合には、転勤、転職及び配置転換を命ずることがあると規定されていること、Yにおいては、従前も

バス運転士から他の職種への異動実績があること、X10及びX8は、YとBの労働条件の差異について、Yにいれば、バスの乗務ができなくなっても、他の職種をあっせんしてもらえると認識していたことからすれば、バス運転士であるX1らについて、業務上の必要がある場合には、労働者の個別の同意なく、職種変更を命じる権限がYに留保されていたものと認められる」「以上によれば、労働者の同意又は特段の事情がない限り、X1らの職務をバス運転士（X19については車両整備士）に限定するという職種限定合意があったとは認められ」ない。

（3）権利濫用について

「Yは、人事権の行使としてX1らの出向を解除して復職を命じることができるが、本件復職命令は、X1らの職務内容を変更するものであるので、業務上の必要性・合理性が存在しない場合又は業務上の必要性・合理性が存在する場合であっても、他の不当な動機・目的をもってなされたものであるとき若しくは労働者に対し通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を負わせるものである等、特段の事情の存する場合、本件復職命令は権利の濫用になるものというべきである。上記業務上の必要性・合理性については、高度の必要性に限定することは相当でなく、労働力の適正配置、業務の能率増進、労働者の能力開発、勤務意欲の高揚、業務運営の円滑化など企業の合理的運営に寄与する点が認められる限りは、業務上の必要性・合理性の存在を肯定すべきである（最高裁昭和59年（オ）第1318号同61年7月14日第2小法廷判決・裁判集民事148号281頁参照）」

奥田 次は、相鉄ホールディングス事件・横浜地裁判決です。この事案では、事業再編の過程で、子会社であるバス事業に出向になっていた人たちが、その出向先に転籍するか、あるいは特別退職を希望するか、どちらも希望しない場合はYに復職するかという選択を求められて、どちらも希望しなかった結果、復職になりました。しかし、この人たちは、1人を除いてバスの運転士で、ずっとバスの運転業務に従事してきた人なのですが、復帰後は、それとは全く違う職務を指示され、適性検査や研修等を受けながら、差し当たりは施設の清掃業務などを行うという内容での復帰だったということで、その復帰命令の適法性が争われたという事案です。

主に3点に分けて、疑問点を検討したところをお話したいと思います。まず、職種限定の合意という問題です。結果的には否定されていますが、従来からの裁判例の傾向ということではい

え、職種限定の合意というのは容易には認められないというのが傾向なので、この事案もそういう点は従来の裁判例に類似していると思います。特に、長年、バス運転士としてバスの運転業務に従事していても、それによって合意があったとは認められないし、採用の経緯などから考えても、それは認められないという結論になっています。

ただ、それが裁判例の傾向だというのはそうなのですが、特定の免許取得を条件として、バス運転士として採用されて、バスの運転業務にずっと従事してきて、当初からバス運転士の賃金体系というのはほかの賃金体系と違っていたんですね。このような事実関係がある中で、それでも職種限定の合意がないと言えるのかどうか。むしろ、ないという理由のほうが難しいように思います。

たとえば、高度な専門性はないと言っているんですけど、職種限定の合意を肯定するときに、その理由として高度な専門性ということを根拠にするのは十分成り立ち得る理屈だと思うんですが、高度の専門性がないことが限定合意に否定的に作用するというのは、論理が逆のような気がするんです。あくまで職種限定の合意というのは、当事者がそれを合意したかどうかということを解釈するという作業ですよ。高度な専門性がなくても限定合意というのはあり得るわけで、でも高度な専門性があれば限定されているだろうと考えるのは理屈として成り立つと思いますが。私見では、この判決には疑問がありますが、従来の裁判例の流れから見れば、特に変わった判断ではないと思います。

2つ目が、出向からの復帰命令の適法性という点ですが、これは2つに分けて考えてみます。まず1つは、復帰に労働者の同意が必要かどうかということが1つの論点になっていたと思います。『労働判例百選』の現在の版（第9版）には載っていないのですが、古河電気工業事件の最高裁判決（最二小判昭60・4・5民集39巻3号675頁）があります。これをとりあえず振り返って見てみるとすると、労働者の復帰に関する労働者の同意は、特段の事情がない限り不要だと述べられています。すなわち、「在籍出向においては、出向元に復帰させないことを予定して出向が命じられ、

労働者がこれに同意した結果、将来、労働者が再び出向元の指揮監督のもとに労務を提供することはない旨の合意が成立したものと見られるなど、特段の事情がない限り、労働者の同意は不要」だと。だから、在籍出向するときに、もう戻ることはないということに同意していて、その同意のもとに出向がなされているというときなどでない限りは、労働者の同意は要らないと言っている。

では今回のケースはこれに該当するのかどうかということ考えてみると、まず、労働協約とか労使協定の合意事項については、基本的には出向先に転籍させないということを主張している合意内容なので、そこから復帰させないという合意を読み取るというのは、少し無理があると思います。判決でも認められませんでした。

ただ、復帰はないという合意があったという解釈が成り立ち得ないかということで考えてみると、結論としては、成り立つ可能性は十分あるのではないかなと思うんです。たとえば、このケースはバス事業の整理統合の中で行われたリストラ出向ですよ。

野田 そうです。

奥田 だからこそ、このまま転籍にならないかということを協約などでどこぐらいに確認しているんですね。ということからみても、出向先に行くということで、転籍になったら労働条件などが変わってしまうので転籍にはならないけれども、そこで従事するのだということが両者の共通の認識だった、前提になっていたと考えてもおかしくないと思うんです。さらに、今回の復帰をめぐるのは、転籍を選択するか退職を選択するかという条件を示されて、どちらもとらないのだったら復帰だということなんですよ。だとすると、最初から復帰という選択肢が、主たる選択肢とか、あるいは同列の選択肢としてあったというよりも、復帰にならない主たる二大選択肢があって、それらを選ばないのなら復帰させるというような経過なんですよ。

それともう一つは、職種限定の合意が認められないとしても、少なくとも他職種での復帰ということが想定されていたと解釈できるような内容ではないと思うんです。仮に復帰させないという同

意はなかったとしても、少なくとも他職種での復帰まで含めて復帰させないことに同意がなかったとは判断しにくいのではないかな。事実関係からすると、そういうことを十分推測し得るように思います。最高裁の枠組みに照らして考えたとしても、同意というのがどこに明確にあらわれていたかと厳密に考えるとすれば、また評価が違ってくるかもしれませんが、それを推測させるような客観的な事実というのが相当程度そろっていると思うんです。

もう一つは、仮にそこがクリアされたとして、復帰命令権の濫用という段階で考えた場合に、もっとも疑問に思ったのは、配転命令権の濫用に関する判断枠組みが用いられていることです。確かに企業グループ内の復帰ではあるのですが、出向として行って、出向から戻ってくる復帰命令権の濫用なので、やはり配転とは違うと思うんです。もしかしたら、これは職種が変わるから、配転命令権の濫用の枠組みが用いられたのかもしれないですけども、でも少なくとも、配転、出向、転籍という人事の3類型として分けた場合に、この復帰というのは出向からの復帰なので、少なくとも配転命令権の濫用の枠組みではなくて、出向命令権の濫用の枠組みを用いるべきだと思うんです。そうだとすると、出向命令権の場合は、出向先での待遇が詳細に決められているかどうかとか、違いがあるわけですよ。そこから考えて、出向命令権の濫用に関する判断枠組みに類して考えるべきだとすると、例えば、復帰後の待遇とか、復帰後の職務内容などに関して、何の説明もなく復帰させるというのは、適法性を考えるときに一番問題だと思います。そういうことから考えても、同意も不要、濫用にもならないという結論には、疑問を感じた裁判例でした。

野田 私も基本的に賛成です。終わりのほうから言いますと、これは全くおっしゃるとおりなんですけど、出向復帰なのに、何で配転法理を使うのが疑問です。一つは、おっしゃるように、もうこれはグループ企業なんだから、1つの企業として、類推適用して、配転命令権を使おうという考えだったら、そういう判決もありますからいいとしても、そのことをきちんと言わないと。

奥田 そうですね。

野田 説明にならないですね。それからもう一つ。出向復帰なのに、配転命令権を断りもなく使っているという自体も変なのですけれども、実は東亜ペイント事件判決をかなり改ざんしているでしょう？ 東亜ペイント事件判決は、配転命令権の濫用のときに業務上の必要性と言っているのに、ここは必要性・合理性と言っているんです。つまり、合理性をつけ加えているんですよ。それはやっぱり、配転ではないから、出向だから、ちょっと要件を強めにしようかというような。

奥田 そうだとすると、なんとなく姑息な感じですよ。

野田 姑息。そういう配慮があるのかなと思ったんですね。いずれにしろ、東亜ペイント事件判決を堂々と引用しながら要件を改ざんするというのは、やっぱり規範の逆転ではないけれども、規範の改ざんでしょう？ 高裁がこんなことをやっていいのかと思いますね。

もう一つ言うと、東亜ペイント事件判決は、使用者には配転命令権があるという原則から出発しますから、これこれでない限り権利の濫用となるものではないというロジックでの判断なんですね。ところがこの判決は、これこれの場合、本件復帰命令は権利の濫用となるものと言うべきであるという。つまり……。

奥田 そうですね。違いますよね。

野田 だから、それはちょっと、気恥ずかしくなるような改ざんです。だって配転命令権の濫用のほうは例外的法理なんですよ。それを言い換えるのはおかしい。この裁判官としては、配転命令権の法理をそのまま使うのはやばいかなと思ったので、要件を強くするように書き換えたという、何か、ほんとうに姑息だなという判断枠組みですよ。これはほんとうにいけないと思いますね。堂々と東亜ペイント事件判決の名を挙げて、言葉として引用を表明しているわけですからね。

それから、逆の順番で言うと、私はちょっと違うのは、古河電工事件判決をそのまま使わなかったということですけども、私はもう、あの判決は現代的出向については使えなくなっていると思うんですね。かつてのように、役員出向とか技術

移転出向とか、そういうグループ内の華々しい出向の時代の、そういう出向だったら、当然、帰ってくるのが当たり前で、そうすると、むしろ、出向先に残るという特段の合意がない限りは戻るのは当たり前だった。それは、いい時代の出向ですよ。だけど、今はもうそれは使えなくて、むしろ逆転していて、特段の合意がない限り戻らないという、リストラ型出向が主流になっているので、これは戻る出向だからねという約束をしない限り戻らない。だから、もう古河電工事件判決の法理は使えないので、そうすると、この法理は初めからさわらないというふうに考えざるを得なかったのかなと思います。

古河電工事件の判決は、あの時代ですら、ちょっと裁判官の出向イメージは頭は古いのではないかと、昔、判例評釈を書いたことがあります。昭和60年だから、もう30年以上前か。その時代でも、出向に対する考え方が古いのではないかと書いたんですね。古い出向イメージで、戻るのが当たり前などという判断をしていると。だから、もう今さら使えなくなっていると思うんです。

奥田 使わなくてもいいんですけど、それなら現代的な出向の別の法理という、そういう一般論を示すべきだと思うんですよ。

野田 まさしくそうなんですよ。変な配転命令の法理とかを使わないで、新たに何か特段の合意について契約解釈をして、こういうところに、さっきちょっと言われたような、合意を見いだすとか、そういう意思解釈の方法をやっていくという、新しい法理をつくるべきだと思うんですね。

奥田 そうですね。権利の濫用が出てくるのだったら、その前に復帰命令権があることをまずきちんと論じないとだめですよ。そういうのが出てこないのが問題だと思うんです。

野田 そうですね。しかも、そんなに大変なことではないような気がする。

奥田 復帰命令権があるということをきちんと確認した上で、濫用の議論が出てこないとおかしいと思うんですけど。

野田 そうですね。それから、逆の3つ目の、最初に言われた職種限定のというのは、もうほんとうにいいかげんにしてほしいですよ。いつま

でたっても、ほんとうに裁判所の労働契約イメージというのが変わらない。最高裁の先例（日産自動車村山工場事件・最一小判平元・12・7 労判 554 号 6 頁）に従っているのでしょうかけれども。つまり、この「職種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が明示または黙示に成立したとまでは認めることはできない」という。そんな職種限定合意など、めったにあり得ない。

奥田 そうですね。かなり限定されていますね。

野田 そう。一切就かせないなどと、ハードルをすごく高くして、そういう職種限定はありませんというロジック。しかし、労働契約のさまざまな契約条項の中で、これは限定されていますというのは、状況に応じて普通に考えればいいだけで、時の経過によって、限定されたりされなくなったりするということでしょう。いつまでたっても、これこれ以外の職種にはつかせないという限定があったとは言えないという。だから、去年取り上げたジブラルタ生命（旧エジソン生命）事件（名古屋高判平 29・3・9 労判 1159 号 16 頁）のように、非常に特殊で例外的な、新しい仕事をつくってそのためにだけ採用したというときだけしか認めない。

奥田 労働契約法ができてから、契約や合意というのが注目されているのに、ここだけは何も変わらないんですね。

野田 規制改革推進会議が、5 月だったかに答申意見を出したんですね（令和元年 5 月 20 日規制改革推進会議「ジョブ型正社員（勤務地限定正社員、職務限定正社員等）の雇用ルールの明確化に関する意見」）。その中で、またジョブ型正社員をさらに推進しようというような動きが、強くあるんですね。そういう時代の中に、いつまでも、就職から定年まで同じ企業でずっと雇用される平板なイメージで、その中でいろんな配転とか職種換えとかいろいろやりますという終身雇用パターンから、判例はいつまでも離れないですね。

奥田 そうですね。ジェネラリストのパターンですよね。

野田 そう、そう。ジョブ型正社員が実際にはかなり普及し推進されている時代なのに、信じて

たいような気がします。

それから、これは別の論点ですけど、関連する問題です。後で原田学園で問題にすればいいとは思いますが、この判決では、バス運転士以外の業務に勤務する義務がない労働契約上の地位にあるとの確認という内容になってますね。

奥田 確認請求の内容ですか？

野田 そうです。バス運転手に勤務する労働契約上の地位にあることの確認に、なぜしないのでしょうか。バス運転手以外の業務に勤務する義務はない労働契約上の地位にあるということと、それからバス運転手の業務に勤務する労働契約上の地位にあるということは、意味が違ってきますよね。前者である本件は二重否定的になって、バス運転手以外は定年まではもうずっとやらないという地位ですからね。これも非常に限定的になって、ハードルが高くなるんですよ。それ以外は絶対やりませんと。それで、何でこんな請求の仕方になるのかという疑問があります。次の原田学園をやるときにやりましょうか。

奥田 そうですね。そちらで検討しましょう。

4. 短大教員の視覚障害にともなうキャリア支援室勤務および研究室変更命令の効力

——学校法人原田学園事件（広島高岡山支判平 30・3・29 労判 1185 号 27 頁）

——事案と判旨——

事実の概要

Y の設置する短期大学の准教授であった X が、視覚障害の症状が進行したことから、Y はその授業内容を問題視し、教員の FD 会議および教授会で X に授業を担当させないことを決定したうえで、研究室をキャリア支援室に変更し、同室で学科事務に従事することを命じた。もとの研究室に保管する書籍・備品を、すべてキャリア支援室に移すことは不可能であった。X が、①授業目録記載の各授業をする地位にあることの確認、②職務変更命令及び研究室変更命令の無効確認、③配転命令後の就業場所で、配転命令後の業務に従事する義務のないことの確認、④不法行為に基づく慰謝料の支払いを求めたところ、一審は、本件職務命令は権利濫用であり無効であり、X は同命令に従う義務はなく、また研究室移動も権利濫用であり無効と判断した（不法行為の成立も認容）。

【判旨】

1. 労働契約法 6 条によれば、……労働は、労働者にとつ

て義務であり、権利ではないから、使用者は、賃金を支払う限り、提供された労働力を利用するか否かは自由であって、原則として労働受領義務はないというべきである。

したがって、労働者が使用者に対して就労させることを請求する権利である、いわゆる就労請求権の確認の訴えは、原則として、実体法上、成立し得ない権利ないし法律関係の確認を求めるものとして、確認の利益を欠くというべきである。

「そうすると、本件確認の訴え1（授業目録記載の各授業をする地位にあることの確認）は、いわゆる就労請求権の確認の訴えに他ならないというべきであり、確認の利益を欠くものとして却下すべきである」

2. 本件職務変更命令及び本件研究室変更命令につき、「これらの一連の業務命令を全体としてみると、実質的には、准教授を全ての担当職務から外し、研究室としては不適当なキャリア支援室での就業を命じるものであって、配転命令である本件職務変更命令及び本件研究室変更命令は、業務上の必要性を欠いており、かつ、労働者に対する処遇としても合理性を欠くものであって、准教授に対し、通常甘受すべき程度を著しく超える精神的苦痛を負わせるものであると認められる。

以上によれば、本件職務変更命令及び本件研究室変更命令は、権利濫用に当たり、いずれも無効というべきものである」

3. 「このように、配転命令が無効である場合には、……就労請求権が認められないことからして、配転命令前の就業場所で、配転命令前の業務に従事する権利を有することの確認を求めることはできないが、配転命令後の就業場所で、配転命令後の業務に従事する義務のないことの確認を求めることができるというべきである。

「本件職務変更命令のうち、Xに授業を担当させないとする部分は、准教授の職務を変更するものであるが、本件確認の訴え3のうちこの点に関する部分に確認の利益がない」が、「本件研究室変更命令は、Xの准教授の就業場所を変更するものであるから、Xは、その変更後の就業場所での就労義務のないことの確認を求めることができる」

4. 精神的損害を慰謝するには、100万円が相当。

した。この2つの点に注目します。

まず、①については、いわゆる就労請求権の確認の訴えというふうに取り上げているんですね。これも高裁ですから、余計にびっくりするのですが、本件の訴え1は、いわゆる就労請求権の確認の訴えにほかならないと言うべきであり、確認の利益を欠くものとして却下すべきであるとして、却下判決になっています。

それから、②の就業場所の変更命令については、業務上の必要性を欠いており、合理性を欠くものであって、権利濫用に当たると。つまり、こっちは、配転命令権の濫用の法理で処理する。ところが、また就労請求権が出てきて、配転命令前の就業場所で、配転命令前の業務に従事する権利を有することの確認を求めることはできない。しかし、配転命令後の就業場所で配転命令後の業務に従事する義務のないことの確認を求めることはできる。つまり、権利の存在確認はできないけれど、義務不存確認はできるというのが、この判決の立場なんですね。

私としては、まず①の就労請求権の捉え方というのが、まずは意味がわからない。就労請求権というのは、労働者が現実に職場でまさしく就労する、現実に働く権利であって、あるいは使用者がその労務を受領する義務の問題であって、それが否定されたからといって、地位確認が否定されることの根拠にはならない。特定の業務で労働する地位の確認と就労請求権の確認とは違うわけでは、たとえば、就労妨害禁止仮処分結びつくだけであって、地位確認ができないことには、決してならない。まずこの就労請求権の捉え方がおかしいと思います。

それからもう一つ、今取り上げた判旨というのは、就労請求権が認められないことを根拠に、今言った問題ですね、権利の確認はできないけれども、つまり配転命令前の業務に従事する権利の確認はできないけれども、配転命令後の業務に従事する義務不存確認を求めることができると。なぜかという、就労請求権が否定されるからだという。これも、私にはよく理解できません。この説明というのは、使用者の業務命令権や労務指揮

野田 学校法人原田学園事件を選んだのは、今申し上げた論点との絡みが中心です。

本控訴審判決の要旨の主要部分を述べますと、原判決中、①授業の担当をさせないとするYの業務命令に従う義務がないことを確認する請求を認容した部分を取り消し、同取消部分に係る訴えを却下しました。一方で、その余のYの請求を棄却しつつ、②Xの追加請求に基づき、「XがYに対しキャリア支援室において学科事務に従事する労働契約上の就労義務のないこと」を確認しま

権における裁量が広いから権利確認できないんだよということを言うのだったら、まだわかるんだけど、そんなことは何も言わない。それから、この同じ理屈というのは、先ほどの相鉄ホールディングス事件判決、これはさっき言ったとおりですけども、ここでも、原告側が出向に関して、出向先でバス運転業務に従事する権利の確認請求ではなくて、バス運転士以外の業務に勤務する義務がない労働契約上の地位の確認請求というふうになっている。何でこんな理屈にするんだろうかということなんです。

これは、私はある弁護士から聞いたんですけど、今コピーをお渡ししていますね。これは、労働事件分野を担当された裁判官たちが書いた、労働裁判における実務法曹のバイブルみたいな本でして、学会とは違うところで絶大な影響力のある本ようです。私は第2版しかもっていませんが(山口幸夫・三代川三千代・難波孝一『労働事件審理ノート・第2版』(判例タイムズ社、2005年))、第3版もあるようです。それで、同書71頁の下側に、「配転命令の効力を争う確認訴訟において、請求の趣旨は、……新部署での就労義務の不存在確認請求とするのが相当である」。それで、「実務上、配転命令の無効確認請求とするものとか、勤務場所を旧部署とする雇用契約上の権利または義務の存在確認を請求するものが見られるが、前者は過去の意思表示の効力を問題とするものであるから確認の利益を欠くし、後者は労働者の典型的な権利を見いだせないし、又義務の存在確認請求は一般に許されないから確認の利益を欠くというべきである」という、こんな数行で説明を済ませています。けれども、これがもう行き渡っていて、どうも法曹実務では義務不存在確認でないのだめなんだと思われている。僕が関与した裁判で、ある若い弁護士さんが、裁判官からそう言われたそうです。義務不存在確認請求にしてくださいと。そういう議論が広く実務法曹で行き渡っている。実は、もう一つあるんですけども、もう一つのコピーですが、これまた学界では知られていない司法試験用のテキストでして、一部コピーを入手したものです。「配転命令の争い方」というタイトルの解説ですが、「配転先での就労義務の不存在

確認の訴えを提起することになる」としておりまして、「なお、就労請求権は認められないから(……)従来の配属先で就労できる権利ないし地位の確認は、棄却されることになる。」と受験指導しているんです。

それで思うのですが、この「審理ノート」の裁判官の皆さんたちの労働契約に対する考え方というのは、私の考え方とは基本的なところで違う。それは、基本的に昔の労働力処分権説的な考え方であって、そもそも使用者は限定合意がない限り、また濫用に至らない限り、何でも労働条件を決定できるというのが前提になっていて、だからそもそも労働者のほうから地位の確認をするということとはできないと思っているのではないかと思うんです。だから、もともと労働者には地位確認の権原がないと思っているふしがある。それは、基本的に使用者が決めるものだからと。この「労働者の典型的な権利を見いだせない」というのはそういう意味ではないですかね。労働者はもともと、自分がここの地位にあると言う権利がないんだと。それは使用者が決めることなんだと思っている。そもそも権原がない。だから労働者からの地位確認などできないと思っている。そして、新たな職場で課された義務がひどすぎるときには、せめて新しい職場あるいは職種の労働義務不存在確認だったらできるのでこれで処理すべきだと思っているのではないのでしょうか。これはほんとうに労働契約に関わる基本的な問題であって、相鉄ホールディングス事件判決も含めて、2つの判決がそういう構成を求めているのだとすると、労働事件に関する実務法曹の理論として定着しつつあるような気がするんですね。しかし、それは、労働契約についての理解として、これまで述べましたように二重の疑問があります。一つは、それを就労請求権の否定という理論で説明しようとする。もう一つは、そこから流れ込んでいる法理として、義務不存在確認しか認めない、権利を前提とする地位確認は却下するという、そういう議論が何かでき上がっている。何か、ある種、それら恐ろしさを感じるところがあるわけですね。変でしょう？

奥田 就労請求権はたしかに変ですね。確認訴

訟の中身というのは、私は今回それほど厳密に考えなかったんですけど。

野田 いや、僕も考えていないんですけどね。

奥田 でも、今お聞きして、どう考えてきたのかなと思い返してみますと、例えば、大阪から東京に配置転換を命じられて、その配転命令の有効性を争うとしますよね。その場合、東京での勤務を命じられたのにそれに応じなかったことで、業務命令違反で解雇とかになるわけですよね。つまり、命じられた内容での労務の提供をしていないことになるわけですよね。そうだとすると、義務違反を理由に解雇になっているので、そもそもその義務が存在しないということが求められているのだと、私はそのあたりは単純に考えていたんですが。

野田 いや、でも、それはいいんですけどね。例えば、解雇されたからいいというのは変だけど、そうではなくて、それこそ働いている方のお子さんが重篤なアトピーで、かかりつけ医を変えるわけにいかず家族で移れない。それで、大阪に残っている奥さんが、仕事をやめざるを得ないという状況にあるときに、とにかく大阪に戻してくれという場合はどうですか。大阪に戻る理由があるわけで、大阪で勤務する地位確認請求というのが必要わけですよね。別に解雇されていないし、東京で真面目に働いていると。だけど、地位確認請求として、大阪で勤務をする労働契約上の地位があることを確認したいと。だって、その配転は、家庭生活上通常甘受すべき程度を著しく超えた、配転命令権の濫用なんだから、職業生活と家庭生活の調和という意味でも権利濫用なのだから、戻せという主張ができないですか。

奥田 例えばその主張の根拠を考えたときに、勤務場所を限定していない以上は、労務提供の内容として勤務場所を決めるのは、一応、合意の範囲内で使用者の命令で決まりますよね。限定していれば別ですけど、限定していないと使用者の命令で決まる。でも東京への配転命令が配転命令権の濫用であつたら、東京で就労する義務は存在しないということになりますよね。でも、それが、大阪で勤務させろということになるのかというと、それは大阪に勤務場所を置くという別途の合

意になるんじゃないでしょうか。

だから、東京がだめで次に広島だとして、それも権利濫用だとなると、広島で勤務する義務はないということを確認しますよね。だから解雇理由がない。大阪にいないと困るからということで、大阪で勤務する権利を求めるというのは、そもそも勤務場所を限定させる合意になって、別のことになるんじゃないかと思うのですが。

野田 でも、話の初めからすると、勤務地限定ではなくて、その人は大阪で勤務する契約上の地位にあったんですよ。

奥田 それはなぜですか。

野田 それは、使用者の命令であるとはいえ、一応、大阪で勤務するということは、労働契約上の地位として定まっているからではないですか？勤務場所という労働条件が、労働契約上の地位でないということは言えない。

奥田 それは、命令に基づいてですか。

野田 命令に基づいてもいいですよ。

奥田 大阪での勤務を命じられていたから。

野田 だけど、一応、そういう地位として特定されているんですよね。限定ではないとしても。それは、新たに別の場所に命じられない限り。だけど、新たに命じた命令が無効だったら、もとに戻っていいじゃないですか。

奥田 配転命令が無効だったらそうですね。

野田 配転命令権の濫用で無効でしょう？

奥田 そうなんですけど、それは、配転先で就労する義務が発生しないからですよね。

野田 そうです。

奥田 命令が無効になるから、配転させられていない状態になるわけですよね。

野田 でしょう？ だから大阪に行くんじゃないですか。

奥田 それは大阪で勤務をする権利の確認になるんですか。

野田 だって、配転命令権が、命令の行使が無効で遡及的に効力を失うんだから。

奥田 配転命令が無効になることによって配転先での就労義務がないことはわかるんですが。結果として大阪に戻るんですけど。

野田 配転先での就労義務の発生じゃないです

よ。発生ではなくて。命じたものが無効になったから、それまでもかく大阪で勤務する労働契約上の地位があったわけだと僕は思うんですね。それを変更するのが無効だった以上、もとに戻るんじゃないですか。

奥田 それはそれでいいと思うんですけど、配転先で就労する義務の不存在を確認するというのも、決しておかしくないような気がするんです。

野田 いや、それはやってもいいんですよ。やってもいいけれども、何でそんな不利なことしかできないのかということです。義務の不存在確認というのは復帰を求める労働者にとっては不利ですよ。そうすると、それこそ広島に行かせてもいいわけですよ。そんな迂遠なことをする必要もないのに、また、では広島で勤務することの義務の不存在確認をしないとイケないような。

奥田 結局、大阪になるというのは、配転命令が無効になれば配転先での就労義務がなくなるから、大阪しか残らないということですよ。

野田 そうですかね。だって、もともと大阪で勤務していた。それを私は、労働契約上の地位が一応特定されていると思うんです。大阪で勤務するという労働契約上の位置づけが与えられている。もちろん変更できますよ。合意なり業務命令権で変えられるけれども、多分、そういうふうに裁判所は思っていないんだと思う。いつも使用者は勤務地について処分権限を持っていて、業務命令で濫用にならない限りいつでも随意に変えられるという。労働力処分権説のような考え方ですね。

奥田 結局、先生がおっしゃるのは、不存在の確認というのもおかしくないけれど、権利が存在することの確認ができないという、この理屈がおかしいということなんですね。

野田 というのがおかしい。もちろん、そういうことです。これは、だからそうしないようにしましょうと言っていますよね。権利の存在確認というのは説明できないと。それで、申し合わせたかのごとく、2つの判決が同じ理屈で、出向や配転先での義務の不存在確認という判断をしている。

奥田 勤務場所の配転の場合は、請求としてど

ちらも成り立つというのはわかりました。ただ、このケースの場合は、教育の仕事をする権利があるかどうかということが問われているので、少し複雑になりますね。

野田 おっしゃるとおりです。それで、僕はそれを違う理由で説明すべきだと思います。もともとこんな問題は、配転命令とかで解決すべき問題ではないと思いますね。配転命令権というのは、そもそも日本企業の人事管理で、異動して当たり前という配転の前提があって、ただし転居を伴う配転については労働者も困るので、権利の濫用を使いましょうというのが最高裁の理屈ですよ。ところが、端的に言って、教員が事務職に移るとするのは、普通は、当たり前ではないですよ。だから、そんな職種変更命令について配転命令権の理論を使うのはおかしいんですよ。そうすると、そもそも配転命令権の濫用という法理を持ち込む前提が、おかしい。教授会の教務に関する権限は、これは、今でも学校教育法の改正のあとでも、教務に関する事項だけは維持されてますよね。人事については意見を具申できるにとどまるのだけでも。それで、教務に関する権限は絶対的だから、これに基づいて命じたんだという。そのほうがいいと思うんですね。それはもちろん濫用だってあり得るけれども、やっぱり配転じゃないですよ。

奥田 最初にこれを読んだときに思ったのですが、少なくとも大学の教員の仕事というのは、研究と教育、もちろん学内行政もありますけど、基本的に、どの科目を担当して、どの分野の研究者でとかがありますよね。少なくともどの科目を担当するという、そういう職務内容というのが、ほぼ特定されて契約を結ぶんですよ。

野田 そうです。おっしゃるとおり。

奥田 だとすると、このケースを配置転換で捉えたとしても、権利濫用以前の問題として、同意もなく職務内容を変えるという、そもそもそういう職務内容自体を一方的に変える権限自体がないというように、職務内容の限定というか、特定というか、そこで話をするべき議論なのではないかと思ったんですが。

野田 そうでしょうね。ただ、そうすると、この人の場合にはもう解雇せざるを得ない状態になっ

ているんですね。実質的に。

奥田 そうですね。

野田 そういう場合に、教授会の決定として、解雇はひどいので、ある程度、教育的なこともするような、教務で学生の相談に乗るようなところに回しましょうというのは、教授会の決定としてはあり得ると思うんですね。だから、教務の問題だと思うんですよ。配転命令権などは、ほんとうにあるわけなので。教員が職種を限定されているのだから。そもそも配転命令権はないですよ。東亜ペイント事件判決の、最初の部分でひっかかる。

奥田 そうですよ。それこそ、同意すれば別ですけどね。あと、業務上の必要性判断のところで、合理的配慮に類することを言っていますよね。

野田 それ、それ。

奥田 それは注目しておいていいかなと思いました。

野田 ほんとうですね。それは指摘しておくべきでした。それはそうです。これは大事なところで、だから解雇だって簡単にはできないし。

奥田 そうですね。それがなされていないと解雇理由にならないですから。

野田 ですね。だから、合理的配慮の一環と言えるかもしれない。こういう配置転換もね。一審の判決を読むと、学生が授業中に教室でラーメンを食ったりしているんですよ。かなりの授業崩壊かもしれない。

奥田 そうなんですね。ジュースを飲んでいる学生はいますけど。

野田 まあ、ジュースはしょうがないです。

5. 労働契約の成立時における契約内容の確定と解釈——Apocalypse事件・東京地判平30・3・9(労経速2359号26頁)

— 事実と判旨 —

事実の概要

X1とX2(以下、両名をいう場合は「Xら」という)は、飲食営業等を営む株式会社Yとの間で期間の定めのない労働契約を締結して勤務する従業員であった。Xらは、平成28年11月12日から、新規開店する店舗(以下、「本件店舗」という)の開店準備業務に従事し、本件店舗の開店後は調理スタッフの業務に従事し、平成29年1月22日まで勤務していた。XらはYに対し、当初4名の調理スタッフによるシフト制の予定が退職者の発生でXら2名体制となったことから、再三の要請にもかかわらず人員の補充がなされず過重な勤務を続けることは困難として、退職の意思表示をし、時間外・休日手当等の清算を求めた。そこで、労働時間とともに割増賃金算定の基礎となる基礎賃金につき争いが生じたが、XとYとの間では、労働契約書、労働条件通知書その他の労働条件の内容を明確に示す書面は作成されていなかったことから、労働条件について労働契約内容をいかに解釈するかが問題となった。

【判旨】

(1)「XらとYとの間で労働契約が成立したことに争いはないが、賃金の金額や計算方法を明示する労働契約書や労働条件通知書は作成されていない。このようなときは、求人広告その他の労働契約の成立に関して労働者と使用者との間で共通の認識の基礎となった書面の内容、労働者が採用される経緯、労働者と使用者との間の会話内容、予定されていた勤務内容、職種、勤務及び賃金支払の実績、労働者の属性、社会一般の健全な労使慣行等を考慮して、補充的な意思解釈で明示又は黙示の合意を認定して賃金その他の契約内容を確定すべきである」

「なお、求人広告その他の労働者募集のための労働条件提示は、使用者からの労働契約締結のための申込みの誘引で、それ自体は契約を成立させる意思表示ではないが、労働条件を的確な表示で明示すべきもので(職業安定法5条の3、42条、65条8号参照)、労働者が応募して労働契約を申し込むときは上記労働条件提示の内容を当然に前提としているから、上記労働条件提示で契約の内容を決定できるだけの事項(一定の範囲で使用者に具体的な決定権を留保するものを含む。)が表示されている限り、使用者が上記労働条件提示の内容とは労働条件が異なることを表示せずに労働者を採用したときは、労働者からの上記労働条件提示の内容を含む申込みを承諾したことにはかならず、両者の申込みと承諾に合致が認められるから上記労働条件提示の内容で労働契約が成立したというべきである……」

「Yは、Xらに対し、賃金は月25万円から月40万円の範

囲内、勤務時間は1日8時間という労働条件を提示した上……、上記賃金のうち残業代に当たる部分の存在、その金額又はその計算方法を示すことなく、食事手当を除く賃金をX1は月40万円、X2は月34万円と決定してXらを採用したことが明らかである……YはX2に「総支給額」という表現を用いて賃金を説明しているが、「総支給額」という用語は、「残業代を含めた賃金全部」という意味で用いられることもあるが、「(残業代を含めずに)基本給及び諸手当を合計した金額」という意味で用いられることもあり、残業代は、通常、実際の残業時間に応じて算定されるもので変動するから、将来、特に定額の「総支給額」を提示する際には後者の意味で用いられているとみることが自然な解釈であり、X2とYとの間の労働契約締結前の協議では固定残業代の定め、内容、想定される残業時間は話題となっていないことに照らしても、後者の意味で解釈されるべきである」「したがって、XらとYとの間には、1日8時間の所定労働時間内の勤務に対し、X1には月40万円の賃金を、X2には月34万円の賃金をそれぞれ支給する労働条件で労働契約が成立したと推認されるから、いわゆる固定残業代における明確区分性の要件を検討するまでもなく、基礎賃金は、X1につき月40万円の賃金を、X2につき月34万円の賃金をそれぞれ基礎として算定すべきである」

奥田 続いて、Apocalypse事件を取り上げます。この事件では、基本的には割増賃金の算定基礎が問題になっているんですが、そのときに、契約書とか労働条件通知書が何もなかったのも、そもそも原告らの基本給がいくらだったのかということを経験によって判断したという内容です。

まず、飲食店を営む会社が新規店舗を開店するのにスタッフを募集して、この原告らは開店準備業務から、さらに開店後の調理スタッフの業務に従事していたのですが、もともと4人シフトだったのが2人抜けて2名体制になったことなどもあって、人員が補充されなくて、過重な勤務になったので、退職の意思表示をしました。その際、労働時間とともに、時間外・休日の割増賃金の算定基礎となる賃金について争いが生じて、そもそも、さっき申し上げたような労働契約書とか労働条件通知書というのがなく、求人票では25万円から40万円の間だという書き方だったこともあって、労働契約内容をどのように決定するかということで、その解釈方法などが示されたというケースです。

この判決のポイントですが、昨年のディアロー

グで福祉事業者A苑事件を取り上げて、先生といろいろ意見は違ったのですけれども。

野田 いや、私もあえて反論したというスタンスでした。

奥田 あえてなんですね。このケースも、労働契約の締結の時点で、労働条件を、ここでは特に賃金ですから、きちんと決定するということが重視された1事例だろうと思います。福祉事業者A苑事件の場合は、求人票の記載があって、それと異なる合意がない限りは労働契約の締結時に求人票の記載内容が労働条件になるという解釈が示されていたように思うのですけれども、今回のケースは、求人票の記載とか採用に至る経緯であったり、その過程での当事者のやりとりであったり、そのような諸事情を総合的に考慮して補充的解釈を行うことによって、契約締結の時点でどういう労働条件についての決定がなされていたかということが明らかにされた、そのあたりが特徴的なのかなと思います。

判旨で言いますと、さまざまな要素が挙がっていますけれども、労働契約は成立したけれども労働条件が必ずしも明示的に決定されていないというときに、諸事情から補充的に解釈して契約内容を確定するという考え方です。もっとも、考慮する要素などが一般化されるのかというのはまだわかりませんが、一つの解釈の考え方、方法として、特徴的なのかなと思います。

もう一点は、これも福祉事業者A苑事件を取り上げたときに、先生からも指摘があったところで、求人票による募集というのはあくまで申し込みの誘引で、それを理論的にどう考えていくのかという点です。このケースで見えていくと、結局、労働者が応募する、労働契約締結の申し込みをするときに、求人広告で提示された労働条件の内容を前提に申し込むだろうと。だから、その内容が決定できるような表示がされていれば、それとは異なることを表示せずに採用したときには、労働者がその内容で申し込んだ、その申し込みを承諾したということで、求人票に示されていた内容での労働契約が成立したという、そのように説明していると思います。私は、この理屈でおかしくな

いのではないかと納得しました。となると、後から出てくる内容というのは、労働条件の変更という形で捉えられることになるので、そのあたりは福祉事業者 A 苑事件と若干共通しているかなと思います。

3つ目に、この事案は、40万と34万という額自体が主たる問題点というよりも、これが割増賃金の算定基礎となる基本給額なのかどうかということが問題になっている事案です。この判決は、算定基礎となる基本給額がいくらなのかということとを解釈して、40万と34万だったと判断して、最後に、「明確区分性の要件を検討するまでもなく」、40万と34万だと言っているんです。この点について、たとえばこれの判例解説を書かれている新屋敷先生は、「明確区分性の要件を検討するまでもなく」というところに結構ポイントを見いだされていて、解釈で決定したところを評価されているように思いました（新屋敷恵美子・本件評釈・TKC ローライブラリー〈新・判例解説 Watch 労働法 No.98〉〔2018年11月22日掲載〕）。確かにそういう読み方はあるのかなと思ったのですが、私はむしろ、明確区分性要件を適用すればあっさり出てきた金額かなという気もしました。例えば、総支給額というのはどういう意味かを解釈しているんですけど、そもそも40万と34万の中で割増賃金がいかにということが明らかにされていないのですから、明確区分性の原則を適用したら、そこまで解釈で導く余地はないのではないかなと思ったのですが。

とはいえ、契約締結時の契約内容をきっちりと解釈によって決定して、求人票の内容を前提とした、その条件での申し込みという捉え方をして、特に異なる条件を示していない以上は、その条件を内容とした申し込みを承諾しているというように明確に述べられた点は、この判決の評価すべき点ではないかなと思います。

野田 全くおっしゃるとおりなのですが、労働契約の内容決定に関する一般法理が存在しないということが背後の問題なんだろうと思います。この法理がなぜ必要とされないかというと、労契法7条で「就業規則で定める労働条件によるものとする」と定められているし、合理性の基準

も緩やかなので内容規制には役に立たなくて、結局それが濫用法理の中に流れていっている。ひどい解雇基準を設定した就業規則に違反した場合でも、労働契約の内容を問題にすることなく、結局、解雇権濫用になったり、あるいはその他でも配転命令権の濫用になったり、出向命令権になったりという、濫用法理で結局解消されているので、労働契約の内容規制は全然寄与しないことになる。つまり、就業規則の基準設定効力と濫用法理などの一般法理で、形づくられているだけなので、では就業規則がないときの法理というのは一体何なんだということになると、もう全然そういうのがないことになる。そうした事案で、何とか補充的解釈というものの原則を作り出そうとするのは、私もこれは好感を持てる判決だと思っています。

それはそれでいいと思いますし、また申し込みの誘引ということの意味もこれでいいと思うんですけど、書かれている文言に少し疑問が残ります。求人広告というものも明示義務があるし、当然それを前提にしているということを言った後、「上記労働条件提示で契約の内容を決定できるだけの事項が表示されている限り」というのが、どこまで具体的なことを想定しているか。本件は結構表示していますからね。中身はともかくとして、これは多分、表示だけはしっかりやっているケースでしょう？

奥田 そうなんですけど、賃金は25万から40万の範囲となっているんですね。

野田 そうですね。

奥田 それが具体的にいくらなのは、その後のやりとりで決まっているんです。

野田 そういう場合に、一応それが表示されていると。本件は表示されていると見ているわけでしょう？

奥田 そうですね。

野田 使用者がその後、内容が実際は違うんだということを言わない限り、結局、労働者からの申し込みをその内容で承諾したことになるんだと。その賃金内容は幅があるというのは、これはどう考えたらいいんですかね。幅があるという形で労働契約が決まったということでしょうね。今ひとつ、射程が頭に入ってこないんですね。

奥田 求人票の記載があって、応募の段階では、賃金25万から40万という記載を見て応募しているんですね。

野田 で、追って決定しますと。

奥田 その後、例えばX2に対しては、総支給額34万で考えていると返事をしてきた。それで結局、X1は40万でX2は34万に決定したと。でも、時期的には10月なので……。

野田 これは、求人広告でという意味でしょうか？

奥田 はい、求人広告では幅をもって記載されていたんです。

野田 ですね。そうすると、この幅で提示していて、後で決めますと。もちろん、いつかは決まないとはいけないわけだから、追って決めますという趣旨で表示がされていて、実際、そのとおりになった。範囲内にあるわけだから。

奥田 10月の段階で34万とか、そういうやりとりはしているわけです。応募した段階で考えると、25万から40万という範囲だけれども、労働条件が決定された段階では、この34万、40万というのは通知されているんです。

野田 そうですね。メールでね。

奥田 だから、この内容で労働契約が成立しているということになっているわけですね。

野田 そうですね。

奥田 求人票を見て応募した段階で幅があって確定していなかったものが、労働契約が成立する段階では40万と34万と決定されているということでしょうか。

野田 そうすると、この判示ですと、賃金について何も言っていなかったら、労働者は勝手にいくら以上だろうと思ひ込んで、それで応募した場合には、申し込みの誘引にすぎないということになるのでしょうか。つまり、この契約の内容を決定できるだけの事項が表示されている限りということだから。

奥田 賃金に関してはそうなりますよね。25万から40万という求人広告を見て応募して、その応募に対して採用だということで承諾があったとすると、その段階で、具体的にいくらかは確定しないですね。

野田 補充的解釈というのは、できるだけ補充的に考えて、契約の成立を幅広く認めていこうという方向になるわけですか。契約内容について補充的な解釈を施して、契約はもう成立したよという方向で解釈していこうという趣旨ですかね。

奥田 契約は成立しているということですね。契約は成立していて、その内容というのはできるだけ解釈で決定していくということでしょうね。

野田 なるほどね。

奥田 契約の内容を決定できるだけの事項が表示されているとすると、幅のある賃金額というの、この理屈からすればそれに含まれるのでしょうか。

野田 だけど、そういうものかな。そんな考え方をしなくても、25万から40万なんて幅が広いし、たしかにこれは使用者の頭の中では結局、残業額も含まれているというのがあったから。

奥田 そういう言い方になっていますよね。ただし、40万や34万の中に残業代が含まれているという理屈ですね。

野田 そうですね。でも、何で初めから言わなかったんですかね。決めていなかったんですか。決められなかったんですかね。あるいは人を見て賃金を決めるとか。

奥田 調理スタッフというのは、経験とかそういうものがあるのではないのでしょうか。

野田 だけど採用時に。

奥田 募集段階で一応は示して、応募があつてから具体的に、その範囲でいくらに決めるということで契約内容が決定されているんじゃないでしょうか。

野田 なるほどね。そういうことはよくあるんですかね。人によって、力量によって違うので。

奥田 そういう意味で言うと、どの段階で「契約の内容を決定できるだけの事項」と言えるのかというのは、厳密に言えばズレがあるような気はします。幅のあるところで提示がなされていて、それを前提として応募、申し込みをしてきて、承諾する段階で具体的な額が決定される。もしそれが求人内容と全く異なっているようであれば、それはまた新たな合意を前提にすることになるのでしょうけど。

野田 なるほどね。だから、例えば、一番最後に、民法 93 条の心裡留保の規定を使っていますね。

奥田 こまで言わないといけないかなという気はしますけどね。

野田 だから、ほんとうはこの範囲、こんなに出すつもりはないということを労働者がわかっていれば、知ることができた場合でない限り無効にならないというわけだからですね。思うのですが、こういう判決がたくさん出てきて、福祉事業者 A 苑事件もそうですけれども、日本の労働契約理論が、だんだん緻密化されていくという方向に行くかどうかというのは、まだよくわからないですね。就業規則がある限りは、こういうことは問題になりにくいわけでしょうから。

奥田 そうですね。

野田 この会社はいいかげんですし、会社をつくり始めるときだったから、就業規則がないと、契約や労働条件についての契約意識があいまいになる。契約の強制力みたいなものが、もうちょっと、こういう法理を通じて明確になっていくということですね。後で変えることができないとか、あるいは曖昧な合意ではだめだとかというのを、きちっと理論化するような。それで、規範として提示できるように、ほんとうはならないといけないのだろうけれども。

6. 登録型派遣と派遣元会社での就業規則変更

——阪急トラベルサポート事件（東京高判平 30・11・15 労判 1194 号 13 頁・同東京地判平 30・3・22 労判 1194 号 25 頁）

——事案と判旨——

事実の概要

X らは Y（海外及び国内添乗等の労働者派遣事業等を目的とする株式会社）に登録型派遣社員として登録し、添乗員として旅行業を営む会社に企画旅行の添乗員として派遣されていた。X らと Y とは、各ツアーに添乗する派遣期間中に限り、労働契約を締結しており、同期間が終了すれば、労働契約も終了することとなっていた。

Y は、平成 20 年に登録型派遣添乗員のみを対象とする就業規則を新設し、「添乗基本給には、4 時間分の時間外勤務手当見合い分を含む」と規定することにした。このため、こ

の就業規則変更の効力と、固定残業代の有効性が争点となった。また、Y は、平成 26 年に日当制から時給制に変更する就業規則の変更を行っており、その算定方法の有効性も争点となった。

X らは、この不利益変更の効力は認められないとして、Y に対し、平成 25 年 10 月から 27 年 9 月までの、時間外、休日および深夜業の割増賃金等と付加金等の支払いを求めて訴えを提起した。

原審は請求を棄却した。

【判旨】

(1)「これらの事情に鑑みれば、Y において、X ら登録派遣添乗員との間で労働契約を締結する際に労働条件の内容となる就業規則を制定し、又は変更することは、形式的に個別の労働契約が繰り返し締結され、労働契約を異にすることから、就業規則や労働条件の変更という概念そのものには当たらないとしても、相当期間にわたって同一の労働条件で労働契約の締結を繰り返してきたことに加え、ツアーごとに個別の労働契約が締結されるとはいえ、就業規則に定めがある事項についてこれと異なる内容で個別の労働契約が締結されることは想定されておらず、その意味で、個別の労働契約のうち一定事項は同一内容で締結されていたという前判示の諸事実を総合考慮すれば、X らを含む登録派遣添乗員に適用される就業規則は、常用の労働契約における就業規則と同様に、一定期間継続して登録派遣添乗員との間の労働契約の内容を一律に規律する効力を果たしている実情にあるといえる。そして、就業規則について、労基法 9 条及び 10 条が、使用者において労働者の不利益に一方的に変更することはできず、一定の厳格な要件の下にのみこれを許容した趣旨は、就業規則が一律に労働契約の内容となるという効力を有する（同条 7 条）点にもあると解されることに照らせば、本件においても、同法 9 条及び 10 条の趣旨に照らし、被控訴人において、就業規則の変更が無制約に許されるものではないが、上記登録派遣添乗員と被控訴人との間の労働契約の特性を前提とした上で、登録派遣添乗員の受ける不利益の程度、労働条件の変更の必要性、変更後の就業規則の内容の相当性、労働組合等との交渉の状況その他の就業規則の変更に係る事情を総合考慮し、就業規則の変更が合理的なものであるときは、同変更は登録派遣添乗員に対して効力を有すると解するのが相当である」

(2)「以上の諸事実を総合すれば、従前は 1 日 8 時間の所定労働時間に対する対価であった日当について、平成 20 年就業規則の制定により、1 日 8 時間の所定労働時間分及び 4 時間の時間外労働時間分が含まれることとなったものであり、客観的に 1 時間当たりの基礎賃金の算定式だけから見ると、従前は 8 で除していたものが、12 で除することにより算出することになる点で、基礎賃金が減額となっているから、X ら登録派遣添乗員の賃金に係る労働条件は不利益に変更されたといえる」

「以上によれば、平成 20 年就業規則の制定は、前訴東京高

裁判決の認定した賃金額を減額するものであり、この点において、Xらに不利益な内容であるといえるものの、XらとYとの間で合意されていた賃金額が不利益に変更されたというものではないこと、日当額は増額がされたこと、変更の内容が相当性を欠くものとはいえないこと、Yにおいて、就業規則を制定する必要性があり、経営状況に鑑みると、前訴東京高裁判決の認定した賃金額を支払うことはできなかったこと及び前記認定の労働組合との団体交渉を通じた労使の交渉の経過など前記認定に係る諸事情を総合考慮すれば、平成20年就業規則の制定による労働条件の変更は、合理的であると認められる」

野田 阪急トラベルサポート事件。これも東京高裁の判決ですけれども、旅行代理店の会社と提携して旅行添乗員を登録型派遣として派遣するY会社が、これまで労働時間のみなしに関するいくつかの裁判例で、一部は最高裁まで行ったという経緯の後に、就業規則を変更したという事案で、その効力が争われたものです。

このように、労働契約が派遣期間ごとに成立する登録型の派遣添乗員に適用される就業規則の変更について、労契法「9条及び10条の趣旨に照らし」判断すべきであるとした点で、非常に注目されるものですが、どこまでの射程かというのが一つあります。ほんとうに事例判断にすぎず、登録型の中でもこういう旅行添乗員だけのものなのか。それとも登録型派遣一般の問題として使えるのか。それともさらに登録型派遣だけでなく有期労働契約一般にも及ぶのか。この有期労働契約一般に及ばせているのが、次に検討する日本郵便の高裁判決がこれに近い。最高裁は否定しましたが。ただ、本件の判旨の書きぶりは非常に限定的でして、「相当期間にわたって同一の労働条件で労働契約の締結を繰り返してきたこと」と、「就業規則に定めがある事項についてこれと異なる内容で個別の労働契約が締結されることは想定されて」いないことという、要件が付されています。とすると、当該事案限りの判断のように見えるけれども、実際は登録型派遣というのは、こういう事案は一般的には多い。登録をずっと専属的に続けて、ずっと派遣し続けるというのはあるので、実際の意味は大きいかもしれないという気がします。

それから、もう一点は、今言ったように、派遣だけでなく有期労働契約の労働者一般についての就業規則の変更がなされた場合も、常用的有期労働契約という要件さえ充たせば、同じ理屈になるのではないかと思います。それが日本郵便の控訴審の考え方ですね。しかし本件では、原審は基本的に同じ考え方に立っても、10条の判断ではっきりと差を設けるという判断です。労契法10条を、登録型派遣の人に適用する余地を認めるけれども、もっと慎重にやっている。原審は、「必要性が乏しいにもかかわらず登録型派遣添乗員に大きな不利益を与えるなど著しく不合理な場合には、無効となることもあり得る」として、10条を使うんだけれども、非常に慎重ですね。「もとより、本件契約は、常用の労働契約ではないことから、労契法10条が予定する就業規則の不利益変更そのものではないため、必ずしも上記の事情に全て勘案しなければならない場合もあり、また、同程度の変更の合理性までは必要ない場合もあるというべきである」ということを言いまして、同じ10条を使っても、より低い合理性で簡単に変更できる。そういう低い合理性の水準でいけるというような、腰の引けた判断をしています。腰が引けすぎているので、ただでさえ曖昧な10条の合理性にさらに微妙な差を設けるのはいかなものかという気がしますけれども。

ともかく、さらに思うのは、この判決が別に明示しているわけではないのだけれども、日本のように労働条件変更そのものについての一般法理がない国——あえて言えば8条だけですけれども、8条は合意がないとだめだと言っているだけです。から規範とまではいえない——、一般法理がないときに、10条の判断枠組みというのを、常用労働者の通常就業規則の変更の局面以外にも使っていこうという動きが見えます。結構、いいじゃないかと私は思う。要するに、有期労働契約の場合にも、必要性和相当性で判断していく。それで結局、10条の合理性に帰着させて、さまざまなファクターを考えていくという。こういうのも変更法理の一般法理として考えているのではないかというふうな、発展の芽があるのではないかという気がするんですね。

つまり、10条の判断枠組みを、こういうものを考慮して、変更法理の一般法理として考えていく。そういう場合には、形式的には7条に当たるような場合でも、実質的に常用に近い雇用であるならば使っていこうという姿勢を示しているのかなという気がして、それは非常におもしろいわけです。

奥田 この判決は、論理の展開もそうですが、結果的に妥当な判決ではないかと思います。こういう考え方を示していくというのは、結果的妥当性というか、妥当な判断ではないかと思います。確かに事例判断といえそうですが思うのですけれども、これと類似させていろんな法理を考えてみたときに、例えば今はもう立法化されている雇止め法理にしても、期間満了であって、解雇でも何でもないんだけれども、実際の更新が重なってきて解雇に類するというような実態から、解雇権濫用法理を類推適用するような判例法理を生み出してきましたよね。そういうことで考えると、実際には期間の定めのない契約と、就業規則の関係とは異なるのだけれども、共通した就業規則に基づいて1年ごとの契約の中身がほぼ決まっていっているような場合に、それに類する考え方を取り入れて就業規則変更の法理を適用させようという方向性だと読めば、発展性のある法理だと思います。

野田 そうですね。結局、労契法7条の合理性がちっとも機能しないというのと、変更のほうに今度は目を向けると、やっぱり8条だけではどうしても全然だめ、合意がないとだめだというだけではやっぱり具体的な判断は何もできないので。

奥田 そうですね。

野田 そうすると、やっぱり頼りになるのは10条だから、10条をちょっと広げて使おうよということ。自然な成り行きですね。

奥田 その都度の契約だから7条適用というのは杓子定規で、程度の問題もありますけれども、同じ就業規則でずっと基本的に決められた契約を結んでいるときに、ある段階でその就業規則が変わって次の契約が変わるとなると、やはりそれは変更と捉えるのが実質だと思います。もちろん、その後で雇われた人は7条ですけどね。そこは実

質をとった法理が示されているという点で、発展性があると思いました。

野田 そうですね。

奥田 一つ疑問に思ったのは、先生が引用されている原審なんですけど、本題とは少しずれますが、「大きな不利益を与えるなど著しく不合理な場合には、無効となることもあり得る」と。これは、何が無効になり得ると言っているのかなと思って。

野田 変更が無効になる。違うか。

奥田 10条だったら、変更後の就業規則自体は無効にはならないですね。変更が不合理であつたとしても新たな就業規則は無効にならないですね。新しい就業規則は成立していて、それ以降に雇われた人はそれに規律されるんですよ。だから、10条で変更が不合理ということとの関係だと、変更後の就業規則は既存の労働契約を規律する効力を持たないというのならわかるんですけど。

野田 そういうことですか。なるほどね。

奥田 たしかに学説の中には、著しく不合理な規定に変更された場合には、変更された就業規則自体が無効だと言う人もありますが、それは違うと私は思っていて、就業規則自体は別に変えられますよね。契約を変更する効力があるかどうかの問題なので。このあたり、この裁判例の言葉がもう一つ理解できませんでした。まあ、本題ではないんですけど。

野田 なるほどね。まあしかし、見ようによっては、当該労働者、当該登録型派遣添乗員にとって、不利益変更が無効になるということなんじゃないですか。引用している文は正確だけど周辺がわからないので。

奥田 7条と10条の関係は、あとの日本郵便事件で出てきますよね。

野田 はい。いや、こういう考え方が出てくるのだったら、変更法理一般の問題として、少しおもしろいなと思って。

奥田 そうですね。たしかに、これを7条で考えていくというのはね。

野田 そうですね。

奥田 ただ、どういう条件が整えば適用される

かというのは、少し微妙な判断にはなってきますね。ここで言うと、相当期間にわたって同一条件で締結を繰り返すとか、そういう個別の解釈については、結構評価が分かれる可能性が出てきますね。

野田 そうですね。だけど、派遣である必要はないという気もしますね。

奥田 そうですね。

野田 直用の場合でもこういうことはあり得るので。

奥田 雇止め法理も、最初は、合理的期待などについても解釈の幅があったわけですから、こういう法理が生み出されていくのは評価すべきだと思います。高裁判決でもありますから。

野田 そう、そう。後で言うように、最高裁がこの芽を摘んだと僕は思っているんですけど。まあ、摘んだ話はちょっと後で。

7. 携帯電話を使用する営業社員の事業場外みなし制と労使協定の効力——ナック事件・東京高判平30・6・21（労経速2369号28頁）

— 事案と判旨 —

事実の概要（※事業場外みなし労働時間制の適用に関する部分のみ紹介）

Xは、企業コンサルティング等の事業を目的とする株式会社であるYにおいて、派遣社員としての就労を経て平成22年1月から正社員として勤務し、建築コンサルティング部門の営業、販売を担当していた。Yは、携帯電話を保有して事業場外で商品の説明や販売契約に従事するXにつき、「労働時間を算定し難い」場合に当たるとして事業場外労働みなし制を適用していたが、Xは割増賃金の請求に当たりこの適用の可否を争った。

【判旨】

○原審（東京地判平30・1・5 労経速2345号3頁）

(1) 「労働時間を算定し難い」について

「労働基準法38条の2第1項によれば、事業場外労働みなし制を適用するためには、『労働者が労働時間の全部又は一部について事業場外で業務に従事し』、かつ『労働時間を算定し難い』ことを要する。この『労働時間を算定し難い』ときに当たるか否かは、業務の性質、内容やその遂行の態様、状況等、使用者と労働者との間で業務に関する指示及び報告がされているときは、その方法、内容やその実施の態様、状況等を総合して、使用者が労働者の勤務の状況を具体的に把握することが困難であると認めるに足りるかという観点から

判断することが相当である（最判平成26年1月24日労働判例1088号5頁参照）。

なお、携帯電話等の情報通信機器の活用や労働者からの詳細な自己申告の方法によれば労働時間の算定が可能であっても事業場外労働みなし制の適用のためには労働時間の算定が不可能であることまでは要さないから、その方法の実施（正確性の確認を含む。）に過重な経済的負担を要する、煩瑣に過ぎるといった合理的な理由があるときは『労働時間を算定し難いとき』に当たるが、そのような合理的な理由がないときは使用者が単に労働時間の算定を怠っているに過ぎないから、『労働時間を算定し難いとき』に当たらないというべきである」

「Xの労働時間の大部分は事業場外での労働であり、具体的な業務の性質、内容やその遂行の態様、状況等、使用者と労働者との間で業務に関する指示及び報告の方法、内容やその実施の態様、状況等に照らして、YがXの勤務の状況を具体的に把握することは、かなり煩雑な事務を伴わなければならない状況にあったといえることができるから、YがXの事業場外労働の状況を具体的に把握することは困難であったといえるべきである。……前掲最判平成26年1月24日で労働時間算定の困難性が否定された事案は、スケジュールの遵守そのものが重要となる旅行日程の管理を業務内容とし、また、ツアー参加者のアンケートや関係者に対する問合せで具体的な報告内容の正確性の確認が可能であり、本件とはかなり事案を異にするものといえる」「以上によれば、Xは労働時間の一部について事業場外で業務に従事しており、かつ、Xの事業場外労働は労働時間を算定し難い場合に当たる」

(2) 労使協定の有効性について

労基法施行規則6条の2につき、「その趣旨は、労務管理について使用者と一体的な立場にある者を排除し、かつ、労働者の過半数から労使協定を締結する者として明確な支持を受けた者をして協定を締結させることで労使協定に労働者の自主的な意思を十分に反映させ、内容の妥当性を確保しようとしたものと解されるから、当該事業場の労働者にとって、自主的な判断をする機会が与えられ、かつ、当該事業場の過半数の労働者がその候補者を支持していると明確に認められる民主的な手続が執られているといえることができれば投票や挙手以外の方法（例えば労働者間の話し合いや持ち回り決議）でも足りるが、使用者の意向によって選出された者であってはならず、また、単にある者が過半数代表者として使用者と協定を締結することにつき、積極的に異議を述べる者がいないというだけでは足りないといえるべきである（最判平成13年6月22日労働判例808号11頁、平成11年1月29日基発45号、平成11年3月31日基発169号、平成22年5月18日基発0518第1号参照）。また、使用者が選出手続に関与することは、労働者の自主的な判断及び民主的な手続を妨げない限度でのみ許容されるから、使用者の意向で代表者又はその候補者を指名することは、労働者から見て、その者以外の者も代表者又はその候補者となりうるということが明確にされて、

かつ、使用者を指名した者を支持せず、別の者を過半数代表者として支持することで使用者から何らかの不利益な取り扱い（労働基準法施行規則6条の2第3項参照）を受けるおそれがないと信頼するに足る事情が存しない限り、労働者の自主的な判断を妨げると認めるべき事情というべきである」

○控訴審

(1)「労働時間を算定し難い」について

※原審の一部を以下のとおり修正

「Xが従事していた業務は、事業場（支店）から外出して顧客の元を訪問して、商品の購入を勧誘するいわゆる営業活動であり、その態様は、訪問スケジュールを策定して、事前に顧客に連絡を取って訪問して商品の説明と勧誘をし、成約、不成約のいかんにかかわらず、その結果を報告するというものである。訪問のスケジュールは、チームを構成するXを含む営業担当社員が内勤社員とともに決め、スケジュール管理ソフトに入力して職員間で共有化されていたが、個々の訪問スケジュールを上司が指示することはなく、上司がスケジュールをいちいち確認することもなく、訪問の回数や時間もXら営業担当社員の裁量的な判断に委ねられていた。個々の訪問が終わると、内勤社員の携帯電話の電子メールや電話で結果を報告したりしていたが、その結果がその都度上司に報告されるというものでなかった。帰社後は出張報告書を作成することになっていたが、出張報告書の内容は極めて簡易なもので、訪問状況を具体的に報告するものではなかった。上司がXを含む営業担当社員に業務の予定やスケジュールの変更について個別的な指示をすることもあったが、その頻度はそれ程多いわけではなく、上司がXの報告の内容を確認することもなかった」「そうすると、Xが従事する業務は、事業場外の顧客の元を訪問して、商品の説明や販売契約の勧誘をするというものであって、顧客の選定、訪問の場所及び日時のスケジュールの設定及び管理が営業担当社員の裁量的な判断に委ねられており、上司が決定したり、事前にこれを把握して、個別に指示したりすることはなく、訪問後の出張報告も極めて簡易な内容であって、その都度具体的な内容の報告を求めるというものではなかったというのであるから、Xが従事していた業務に関して、使用者が労働者の勤務の状況を具体的に把握することは困難であったと認めるのが相当である」

(2) 労使協定の有効性について

過半数代表者にかかる労基法施行規則6条の2の定めにつき、「これは、事業場の労働者を代表して当該事項の協定を締結するにふさわしい者を過半数代表者として選出しようとする趣旨に基づくものと解されるところ、かかる趣旨からすれば、代表者は、労働者の過半数において当該対象者の選任を支持していることが明確になる手続によって選出された者であって、使用者の意向によって選出された者でないことを要し、かつそれをもって足りると解するのが相当である」

奥田 では、私の担当分の最後はナック事件です。この事件では、不正な営業活動を理由とした解雇が第1の争点なのですが、今回はそこは割愛して、割増賃金の請求などにかかる事業場外みなし制の適用をめぐる論点に絞って取り上げたいと思います。

大きく論点は2つあって、1つは、事業場外みなし労働時間制の適用要件である、「労働時間を算定し難い」という要件に該当するかどうかです。原告は、営業で顧客のところを回るのも、もちろん携帯電話を常時使用しています。しかし、この判決は、携帯電話のような情報機器を使用していたとしても、労働時間の算定が不可能であることまでは要しないと。労働時間の算定に過重な経済的負担を要するとか、煩瑣にすぎるといった合理的理由があるときは、「算定し難い」という条件に当たると。つまり、経済的に負担が大きいから、あるいは煩雑だからということで、不可能ではないけれども時間算定ができないという状況にある場合には、この要件に当たる。逆に、そうではなかったら、単に算定を怠っているだけだから要件に該当しないと言っているんです。この制度ができて当初のころは、携帯電話を持っていたらやりとりができるから算定可能なはずだという考え方が基本だったように私は理解しているのですが、必ずしもそうではないという考え方が示されているのかどうか、という点です。

これをどう考えるかというのも実務的には結構影響が大きいと思うので、こういう考え方でいいのかどうか検討の余地があると思います。ただ、仮にこの考え方を前提にするとしても、地裁も高裁も、「労働時間を算定し難い」という要件を充足していると判断したのですが、この事実関係からそんな評価ができるのかというのは疑問があります。

野田 ありますね。

奥田 いくつかピックアップして見ていきますと。

野田 控訴審でいいですか。

奥田 はい。例えば、原告は顧客のところを訪問して、商品の説明をして、成約・不成約にかかわらず結果報告をする、訪問スケジュールは内勤

職員と原告ら営業担当職員が決めて、ソフトに入力して共有していた。しかし、個々の訪問スケジュールを上司が指示することはなかったし、スケジュールを一々確認することもなかった。それで、裁量的な判断に委ねられていたということなんです。しかし、確認できなかった事情は何も出てきていないし、指示しなかった事情も何も出てきていないんです。要するに、していないということだけなんです。

野田 そういうことですね。

奥田 さらに言えば、訪問が終わったときに携帯電話の電子メールなどで結果報告をするんですが、その都度それが上司に報告されるわけではなかったとされているんですが、言い方を変えれば、報告すればわかるわけですよね。さらに、出張報告書も作成しているんですが、簡易な内容であって、具体的なものでなかったし、予定とかスケジュールの変更について上司が個別的な指示もしなかったと。報告の内容を確認することもなかったんですね。しかし、できなかった事情が示してあるならわかるんですけど、しなかったという事実が出てきているだけなんです。これをもって「算定し難い」と評価できるのかどうか。不可能ではないけれども経済的負担とか煩瑣にすぎるとか、この判決が示している最初の判断要素の内容から見るとしても、それに該当するというには、かなり疑問のある評価だと思うんです。あえて一点だけ挙げれば、この人は勝手に判を押していたというようなことがあったことから、ほんとうに訪問したのかどうか分からないということも言われています。そこは、把握できないやむを得ない客観的な事実かもしれないですけど、それ以外のところでは、できない事情というのは明らかではありません。だから、この判決の一つ目の論点についての疑問点としては、冒頭の判断枠組みと、実際の評価という2つがあります。

もう一つの論点は、労使協定についてです。事業場外みなし制の要件を充たしているということで、では何時間かが問題になり、労使協定を結んでいたのもので、その有効性が問題になりました。この点については地裁と高裁とで判断が異なっていて、地裁は、過半数代表者の選び方に問題がある

から労使協定は無効だと判断しました。これに対して、高裁は、適法に選ばれているから有効だと言っているんです。

評価の部分は長くなりすぎるので紹介では割愛しましたが、評価だけではなくて、そもそも過半数代表者を選出するときの労基則6条の2の趣旨を、地裁は結構厳密に述べています。地裁は、その趣旨を、「労務管理について使用者と一体的な立場にある者を排除し、かつ労働者の過半数から労使協定を締結する者として明確な支持を受けた者をして協定を締結させることで、労使協定に労働者の自主的な意思を十分に反映させて、内容の妥当性を確保したもの」、そのように言っています。

これに対して、高裁は、「事業場の労働者を代表して当該事項の協定を締結するにふさわしい者を過半数代表者として選出しようとする趣旨に基づくもの」と、これだけなんです。そもそも6条の2の趣旨の捉え方が基本的に違う。おそらくその結果が評価にもあらわれていて、高裁判決のほうは比較的容易に適法な選出だと認めているんです。でも、地裁判決のほうは、もっと細かくいろんな必要性があるということを言っているんですね。それで、評価としても、たとえば選出手続で、労使協定を締結する過半数代表者を選出することが明らかにされていないということなどを明確に述べているんですね。高裁のほうもこれを無視しているわけではないけれども、その事実関係をかなり緩やかに評価しているんです。また、支店長等の意向に基づく者でも代表者またはその候補者となり得るとされて、別の者を過半数代表者として支持することで不利益を受けるおそれがないと信頼するに足る事情が必要だというふうに言っているのですが、そうだと認められる的確な証拠もないと言っている。

要するに、地裁判決では、規定の趣旨からすると、何のためにこの人を選出するかということが明らかにされて、立候補の機会などもあって、別の人を支持したからといって不利益は受けないとか、そういうことを規定の趣旨から導き出して、それには該当していないと判断されているんです。でも、高裁は、趣旨自体がかなり簡素で、だ

から、労働者の過半数において当該対象者の選任を支持していることが明確な手続によって選出された者で、使用者の意向によって選出されたものでないことを要し、かつそれをもって足りると言って、それ以外の不利益であるとかは何も出てこないんです。だから結局、規定の趣旨の捉え方、趣旨から導き出した、どういう条件であれば適法かという部分、結果としての有効・無効というのが、全く違っているんですね。

これをどう捉えるかというのは、6条の2の解釈の問題かもしれませんが、ただ、従業員代表の役割を考えれば、やはり地裁判決が示しているように、きっちりとした、過半数代表者の適法性を確保できるような方向性で捉えていくべきだと思います。ですから、せっかく地裁でこういう判断が出ているのに、高裁があまりにも簡単に判断してしまったところが、疑問というか、私としては異論のあるところでした。

野田 基本的におっしゃるとおりなんです。最初の論点など全く同じで、私も、算定しがたいというのではなくて、算定しないという使用者のスタンスであるわけですから疑問です。あえてつけ足すならば、事業場外みなしというのは、法定労働時間規制の、いわば例外規定ですよ。だから、例外ですから、それが成立する要件というのは厳格に考えなければいけないはずですよ。だって、事業場外みなしは基本的には労働者にとって不利な規制緩和なんです。働いた分が時間外ではなくなるので。

ですから「算定しない」というぐらいの事案で「算定し難い」と言われたのでは、むしろ厳格どころか逆になってしまうというところがありますね。

それから、今の労使協定についてもそうですね。やっぱり労働時間算定の例外を認めようというわけだから、やはり要件はきちっと充たすというのが当然の要請だと思うんです。だから、その点でも、おっしゃるとおり、同じようなことを感じました。

もう一つ、この人たちの賃金はどうなっていましたか？ 歩合給ではないんです。これだけ時間管理がいいかげんなんだから、歩合給なん

じゃないんですかね。時間も勝手に任せたり、指示もしないという。だって、こういう人に普通に給料を払えないでしょう。営業成績からというのがあれば、ちょっとおもしろい事案ですけどね。

奥田 歩合給というのはあったのでしょうか？

野田 でも、普通には時間単位で給料を払えないですよ。こういう完全な営業社員で。

奥田 でも、出来高や歩合給ではないですよ。

野田 出来高でなくても、ある程度の範囲。何が言いたいかというと、この人はどうも、会社側の主張する働き方というのは、歩合給じゃないと成り立たないように見えるんですね。そうすると、何を思い出したかということ、フランスのVRP (Voyageur, Représentant, Placier) っていうじゃないですか。歩合外交員というか、委託外交員ですね。それで、労働者性は限定的にしか認められていないという人たちですから、もし歩合給だとすると、そしてこれだけ労務管理が緩いのだとすると、ほんとうに労働者なの？と聞きたくないような。

奥田 この人は普通の営業社員だと思いますよ。

野田 でも、営業というのは、普通はノルマとかあるんじゃないですか。

奥田 でも、月額の基本給とされています。

野田 そうか。それで、プラス、上に歩合給が乗るのかな。

奥田 いや、出てこないと思います。

野田 そういうことだとすると、何か、緩い会社ですね。

奥田 そんなに給与額が高いというわけでもないですよ。普通の基本給で払われている営業社員ですよ。

野田 それだったら限定的な労働者性を問題にする必要もないですね。

奥田 緩いというところは、要するに算定ができなかったというところの主張がそういう事実で積み重ねられているだけで、細かく見ていないと言うけど、内勤職員とペアになってスケジュールをたてて、そのスケジュールによって訪問して、終わったら成約・不成約にかかわらず携帯電話で

いったん報告を入れて、後から報告書を書くんですよ。十分きっちりと把握はできると思うんです。今回のケースのように不正という問題が入ってきて、そこがうまく把握できないような実態があったとかだったらわかりますけど。

野田 そうすると、会社の主張の仕方でも……、逆にどうなんだろう。会社としては事業場外みなしを主張したいわけだから。むしろ、きっちりとやっていないということを言いたい。それで、それをそのまま、会社がそういうふう主張するから、判断として使ったみたいなことですかね。

奥田 不可能ではなくても経済的に負担があったり煩瑣であったりすれば「算定し難い」というのも、少し疑問ですけど。

野田 そうですね。阪急トラベルサポート事件の最高裁の判決をどういうふうに捉えているんですかね。

奥田 一応、言及はしているんですけどね。

野田 ありましたね。

奥田 事案が違うという評価です。阪急のケースは自分でスケジュールリングするのではなく全部スケジュールが決まっていて、そのとおり報告もするので、事案が違うんだと。でも、やはりそれはやっているかやっていないかのレベルではないかと思いますが。

野田 事実の違いですね。僕はもう、阪急トラベルサポートの事件が出てから、もう事業場外みなしはほとんど使えないから、そういうつもりでいなさいと、授業で話していたのに。

奥田 私も、そう思いますけどね。

野田 だから、不可能というのは、もう携帯とかスマホとかがあるときにはあり得ないですね。

奥田 逆に言えば、経済的負担とか煩瑣だという点でも、連絡方法などは昔に比べたらずっと便利になっているはずなんですよ。

野田 ちょっと、感覚がよくわからないですね。

奥田 今回この裁判例をなぜ取り上げたかという、先生が今おっしゃったように、阪急トラベルサポート事件の判決が出て、添乗員でも適用外になるということで厳しく判断されると思っている

たところ、この判決のように容易に認められたのが出てきたので、疑問に感じたんです。私は、通常の携帯電話を持っている営業社員の一般的な判断基準になるようなこの判決は、批判的に考えていくべきだと思います。

野田 そうですね。おっしゃるとおりですね。あくまでも労働時間算定の例外ですからね。それは強く思いますね。

8. 郵政民営化と期間雇用社員（旧非常勤職員）

らの更新上限年齢——日本郵便事件（最二小判平30・9・14 労判1194号5頁）

事案と判旨

事実の概要

Yは、平成19年の郵政民営化において、「期間雇用社員就業規則」を制定し、同規則10条には有期労働契約を更新することがある旨定めるとともに、「会社の都合による特別な場合のほかは、満65歳に達した日以後における最初の雇用契約期間の満了の日が到来したときは、それ以後、雇用契約を更新しない」と定めている。

Xら9名のうち8名は旧郵政公社の非常勤職員であったが、平成19年に旧公社の解散とともにこれを退職し、Yの前身であるA社との間で有期雇用契約を締結した（A社は平成24年の合併によりY社に統合）。Xらはその後契約を更新しつつ就労していたが（1名は平成21年採用）、上記就業規則に基づき65歳をもって雇止めとされた。そこで、Xらが、Yに対し、各雇止めは、解雇権濫用法理が類推適用されることにより無効であると主張し、雇用契約上の権利を有する地位にあることの確認と、未払賃金及び遅延損害金の支払いを求めるとともに、不法行為に基づき慰謝料の支払いを求めた。原審は、Xらの地位確認等請求を棄却する判断を下したため、Xらが上告。

【判旨】 上告棄却。

1. 「本件上限条項は、期間雇用社員が屋外業務等に従事しており、高齢の期間雇用社員について契約更新を重ねた場合に事故等が懸念されること等を考慮して定められたものであるところ、高齢の期間雇用社員について、屋外業務等に対する適性が加齢により逡減し得ることを前提に、その雇用管理の方法を定めることが不合理であるということはできず、Yの事業規模等に照らしても、加齢による影響の有無や程度を労働者ごとに検討して有期労働契約の更新の可否を個別に判断するのではなく、一定の年齢に達した場合には契約を更新しない旨をあらかじめ就業規則に定めておくことには相応の合理性がある」

2. 「Yは、郵政民営化法に基づき設立された株式会社であ

って、特殊法人である旧公社とは法的性格を異にしており、Yの期間雇用社員が、国家公務員である旧公社の非常勤職員と法的地位を異にすることも明らかである。また、郵政民営化法167条は、旧公社の解散の際現に旧公社の職員である者について、別の辞令を発せられない限り、承継計画の定めるところに従い、承継会社のいずれかの職員となる旨定めているところ、旧公社の非常勤職員は、旧公社の解散する日の前日に旧公社を退職しており、同条の適用を受けることはない。そうである以上、旧公社の非常勤職員であった者がYとの間で有期労働契約を締結することにより、旧公社当時の労働条件がYに引き継がれるということとはできない」

3. 「本件各雇止めは、本件上限条項により本件各有期労働契約を更新しないというものであるところ、XらとYとの間の各有期労働契約は6回から9回更新されているが、上記のとおり、本件上限条項の定める労働条件が労働契約の内容になっており、Xらは、本件各雇止めの時点において、いずれも満65歳に達していたのであるから、本件各有期労働契約は、更新されることなく期間満了によって終了することが予定されたものであったというべきである。これらの事情に照らせば、XらとYとの間の各有期労働契約は、本件各雇止めの時点において、実質的に無期労働契約と同視し得る状態にあったということとはできない。

イ また、前記事実関係等によれば、本件上限条項については、あらかじめ労働者に周知させる措置がとられていたほか、……〔一部の者には〕本件上限条項により満65歳以降における契約の更新がされない旨を説明する書面が交付されており、〔他の者も〕…勤務していた各支店において、既に周囲の期間雇用社員が本件上限条項による雇止めを受けていたというのである。そうすると、本件の実事関係の下においては、Xらにつき、本件各雇止めの時点において、本件各有期労働契約の期間満了後もその雇用関係が継続されるものと期待することに合理的な理由があったということとはできない。

野田 それでは最後に、再び労働条件変更の話が登場しますが、日本郵便の最高裁判決です。これは、労契法20条の「不合理な相違」が争われた一連の日本郵便事件とは全く別の事件です。

2つのポイントがあらうかと思います。一つは労契法7条の合理性判断ということで、旧郵政公社の非常勤職員であった者が、旧公社解散の前日に退職し、郵政民営化後の承継会社であるA社およびY社に有期労働契約によって雇用されたという本件事案で、本判決は、労働契約が承継されることはないという前提で、結局、この就業規則というものが、労契法7条に言う合理的な労働

条件を定めたと判断したわけです。つまり、新規に労働契約が締結されたという考えをしたわけでした、先ほどの、阪急トラベルサポートの議論にもありましたが、労契法7条の合理性は比較的緩やかに認められますから、この7条を使って原告の主張を退けたということですね。

私の見るところ、労働条件が引き継がれるわけではないというのはやむを得なからうと思います。国立大学の法人化の際にも同様の議論をしていましたけれども、Xらは郵政公社をいったん形式上は退職しているわけでした、かつ公務員法の適用される地位と一般の労働契約との間で同一性があるとは、やっぱり言いたいと思います。

ところが本件の控訴審判決（東京高判平28・10・5労判1153号25頁）はそれを前提としつつも、別の考え方を提示しました。65歳上限条項は、従前の労働条件を不利益に変更するものとして、「労働者の不利益に就業規則が変更した場合に準じて検討」とすると判断しました。この控訴審の考え方というのは、労契法10条という規定を、新規の有期労働契約における労働条件についても準用することを意味します。この規定を、期間の定めのない労働契約における労働条件変更だけについて適用するのではなくて、いわば集合的労働条件における実質的な意味での労働条件変更の一般法理として考えているのではないかという気がしました。もちろん、「準じて検討」ですから、全く同じではないのですけれども、一般法理として考えていこうという方向性を打ち出したという気がしました。10条の合理性のほうが7条よりもしっかり検討できるというところで、つまり必要性和相当性という基準で、さまざまな、10条所定の5つか6つのファクターを使って判断することになったわけです。さっきの阪急トラベルサポート事件でも同じような発想があったのではないかと思います。ところが、この日本郵便の事件では、最高裁は法形式どおり、新しい契約だから7条ですよということでゼロ回答をして、残念だなという印象があります。これが一つのポイントですね。

もう一つは労契法19条の問題。満65歳を更新の上限として、労働者がこれに達した日以降に満

了する旨定めた有期労働契約の更新を行い、その旨の内容も定めた。実際、そのように運用している。本判決は、そのような場合には、合理的期待は認められないと判断しました。また、実質的に期間の定めのある労働契約と同視し得る状態にあったものとも言えない。つまり、19条は1号も2号も使えませんかと言ったという結論です。確かに合理的期待は難しいし、1号も難しいといわざるを得ない。さらに、本件は期間雇用社員の更新上限なので、高年法の継続雇用の趣旨も使えない。高年法はあくまでも、定年後の正社員の人たちの話ですから、この人たちは60歳になろうが65歳になろうが、こういう高年齢者雇用確保措置みたいなものは適用されない。しかし、こういうのを見ると、ほんとうは立法論としては考え直さないといけないような気がしてきますよね。ともかく、ちょっと手も足も出ないという、これは無理スジの主張というところがあります。

しかし、ともかく法理の可能性として、控訴審が7条ではなくて10条を使ったというところは、1つの方向性としてはあり得るのではないかなと思うので、取り上げたというわけです。最高裁でもあるし。あまり生産的な議論ではないですが。

奥田 先生がおっしゃった1つ目の論点、7条・10条に関しては、結論的には7条だろうと思います。ただ、この判決は、7条の合理性について10条の合理性要素を交えながら判断しています。そこは、形式的には7条としながら、実質的には10条の合理性要素を加味して考えるという方向性を示しているとは思えます。もっとも、これが7条の合理性解釈の方針になるかという点、7条の合理性をどう考えるかではまだまだ議論がありますよね。10条の合理性判断をある程度交えながらの判断をするような考え方が、7条の合理性判断の議論の中で有力になるかという点、必ずしもそうではないと思います。今回のように、実質的には変更に当たるけれども、法律の条文の適用ということから言うと7条を適用せざるを得ないというケースのときに、7条を適用して、でも実質的には10条の判断要素を盛り込むというような対応がとられたのではないかなと思います。

野田 まあ、控訴審だって10条に準ずると言っ

ているわけだから。両判決はそれほど離反するわけではないですね。

奥田 もう一つは、労契法19条の雇止めとの関係なのですが、この点については、最高裁判決で論理の整理がすっきりしたのではないかなと思いました。下級審の判決が、先ほどおっしゃったように、19条の1号該当性を肯定したんですね。肯定して、でも上限設定の合意そのものが契約終了事由として扱われているんですね。それで、この点に関しては、いろいろと評判などで異論もあったと思うのですが、有期契約なので期間満了で終了するわけですから、それ以外の終了合意などは要らないというか、逆におかしいわけですね。それなのに、1号該当性を認めながら、雇止め法理とは別のところで上限設定の合意によって終了すると。要するに、期間満了による更新拒否云々ではなくて、合意された上限への到達ということだったんですね。でも、やはり、そもそも期間満了で終了する有期契約に、合意による上限での終了という別の終了事由を設定するというのは、理屈的にもおかしいと思っていました。今回の判決は、上限の合意というのはあくまでその上限が設定された時点での期間満了による雇止めということで整理しています。だから、上限の合意が終了事由ではなくて、上限が合意されているからこそその時点で更新はされないという、あくまで期間満了の問題だと捉えているので、そこはきちんと整理されたのではないかなと思います。

野田 それはそうですね。後のほうから言うと、そうはいつでも実態を見なさいというところが、原告側の主張にやっぱりあって。だって、旧公社で非常勤職員であったときに、有期労働契約であるときに、何も実態は変わっていないわけですね。それが正規の公務員と、それから民間企業の正規の常用労働者とはやっぱり大分違う。正規の場合には、労働契約関係と勤務関係等の違いというのがやっぱりあるので、バックグラウンドが違うわけですね。けれども、今まさしく問題になっているように、公務員の非正規の人たちというのは、労働契約法さえ適用がないような、非常に厳しい状況にある人たちがいるわけです。公

務員、特に自治体の公務員に関しては、いまだ問題を残している。そういうときに、形だけ変わって、これは実質は何も変わっていないし、しかもそれが長期にわたってあるときに、そういうものに目を向けなくていいのかという発想が、やっぱり原審に、あったんじゃないですかね。だから、反対に最高裁としては見逃すわけにいかないのしょうけれども。しかも1号を認めるというのはね。

奥田 1号はね。

野田 もう一つの点で言えば、さっきの阪急トラベルサポート事件の控訴審とあわせて考えていくと、一審と控訴審で考えていくと、結局、あっちの場合は、派遣ということもさることながら、登録を前提にごく短期の契約をずっと更新していくというものですよね。そういうタイプのものですから、そういう条件があるときに、7条ではなくて10条の趣旨を生かそうという問題と、本件のように、ある時点で変わったけれども、それをどこまで新規契約と見るかということでは、大分違いますよね。

奥田 それで言うと、私は、先ほどの阪急トラベルのケースの芽は摘まれていないのではないかなと思います。

野田 なるほど。

奥田 あれはあれで、このケースとは性質が違って、十分これから発展可能性があるかなと。このケースのように公務員から民間にという場合は身分が違うという扱いがされるので、そこを突破するのはなかなか難しいかなと思うんです。

野田 一般法理はたしかに難しいですね。

奥田 そうですね。そこはそうですね。

野田 こういう、阪急トラベルサポート事件のようなケースが次第に広がっていったら、今度は常用派遣ではなくて、有期の短期間を連続してやるようなものにも適用するというか。そういうふう

に広がりをらせていって、さあ次はというぐらいのところで、少しずつやらないとしょうがないですかね。一遍には変わらないということでしょう。

奥田 でも、法理としては十分、発展可能性もありますよね。

野田 そうですね。

さいごに

奥田 3年間のディアログ、ありがとうございました。判例の選択から始まって、当日の議論、さらに読んでいただきやすいものに仕上げていく過程まで、大変でしたがとてもおもしろい作業でした。客観的に取り上げるべき判例と自分の興味のどちらも結構あって、判例の選択にはいろいろ迷いました。当日も、どうもがっちり準備しすぎて、その場での柔軟なやりとりがうまくできませんでした。野田先生が議論の幅を広げて下さったのでいろいろ検討できたと思います。よい経験になりました。

野田 判例を勉強する楽しみは、「真実は細部に宿る」ということに尽きると思います。細かい事実関係についての、ちょっとした判断が、実は社会の大局の動きを見事に反映しているという、その醍醐味ですね。どの判決も、酌めど尽きせぬ魅力があって、議論に飽きることはありません。しかし、今年などは、私は大局ばかりが気になって、細かな盤面をおろそかにしたかもしれません。奥田先生にはだいぶ助けていただきました。どうもお疲れさまでした。

(2019年8月4日 東京にて)

のだ・すすむ 九州大学名誉教授。主な著作に『規範の逆転——フランス労働法改革と日本』（日本評論社、2019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。