

ディアログ

労働判例この1年の争点



割増賃金の支払いと労基法 37 条



雇止めの可否と不更新条項



山田省三

(中央大学名誉教授)

×



西角道代

(慶應義塾大学教授)

【目 次】

■ホットイシュー

1. 割増賃金の支払いと労基法 37 条——国際自動車事件
2. 雇止めの可否と不更新条項——学校法人梅光学院ほか（特任准教授）事件

■フォローアップ

1. 賞与支給の相違と労契法旧 20 条——学校法人大阪医科薬科大学（旧大阪医科大学）事件
2. 育休明けの非正規転換と合意の意義——ジャパンビジネスラボ事件

■ピックアップ

1. 健康に対する危険と安全配慮義務——狩野ジャパン事件
2. 無効となった計画年休協定の効力——シェーンコーポレーション事件
3. 遠隔地配転の内示と生活配慮義務——一般財団法人あんしん財団事件
4. 性自認・ひげと人格権——経済産業省事件
5. 労働協約による賃金の支払猶予——平尾事件
6. 組合事務所返還請求の可否——ヤマト交通（組合事務所明渡請求）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

時報：判例時報

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、「ディアログ 労働判例この1年の争点」をはじめます。今年度より、中央大学名誉教授の山田省三先生、慶應義塾大学教授の両角道代先生にご対談いただきます。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、御議論いただきまして、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めぐる動向を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6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。

山田 それでは、本日は長丁場ですけれども、よろしくお願いいたします。

例年ですと、最高裁判決が中心だと思うのですが、本年取り上げるのは控訴審判決が多くなっております。判例研究というものを一言で申しますと、理論と実務との架け橋にあると思われます。最近の労働法学会では、裁判例の解釈が中心となっているようですが、やはり研究者としては、これにとらわれない理論構成が求められていると思います。裁判所と学説とでは、それぞれの役割があると思いますが、今回も理論と実務の架

け橋となるような座談会になればと思っております。

両角先生、よろしくお願いいたします。

両角 はい。もう30年近く前になりますが、大学を卒業して労働法の研究を始めたばかりの頃に、指導教授の菅野和夫先生と諏訪康雄先生が、このディアログの企画の基になる対談をされ、本を出されました（菅野和夫・諏訪康雄『判例で学ぶ雇用関係の法理』〔1994、総合労働研究所〕）。そのどこかの段階で、私はお手伝いさせていただき、たしか判例をコピーしてファイルを作ったり、夜食を買いに行ったりして、先生方の議論もそばで聞かせていただいたことがありました。しかし議論の内容には全然ついていけず、何だか呆然として座っていたことを思い出します。それから30年近く経って、自分がディアログをやらせていただくことになり、感慨深いというか、本当にいいのだろうかという気持ちがします。

山田先生とは久しぶりに一緒にさせていただき、お話を伺うのが大変楽しみです。どうぞよろしくお願いいたします。

山田 こちらこそ、よろしくお願いいたします。ご体験まで話していただいて、ありがとうございました。

ホットイシュー

山田 それでは、最初のホットイシューは、かなり話題を呼んだ国際自動車事件です。理論的にもいろいろ論点があるところだと思いますけど、それでは両角先生、ご報告をよろしくお願いいたします。

1. 割増賃金の支払いと労基法37条

——国際自動車事件（差戻上告審）・最一小判令2・3・30
（労判1220号5頁）

事案と判旨

事実の概要

タクシー事業等を営むY社の「タクシー乗務員賃金規則」（以下、本件賃金規則）は、売上高から一定額を控除した金額を対象額Aとし、乗務員が時間外労働等に従事した場合は割増金（対象額A÷総労働時間数×割増率）を支給し、その割増金に相当する金額を歩合給から控除する（歩合給はゼロ円まで減額されうる）旨を定めていた。

Y社のタクシー乗務員であるXらは、本件賃金規則のうち歩合給から割増金を控除する部分（本件控除部分）が無効であると主張し、Y社に対して、控除された割増金に該当す

る賃金と付加金の支払いを求めて提訴した。

一審（東京地判 27・1・28 労判 1114 号 35 頁）は、本件控除部分は労基法 37 条の趣旨に反し、公序に違反するとして無効と判断し、X らの請求を一部認容した。控訴審（東京高判 27・7・16 労判 1132 号 82 頁）も一審判決を維持した（未払分は歩合給の一部であるとして付加金請求は棄却）。Y が上告。

第一次上告審（最三小判 29・2・28 労判 1152 号 5 頁）は原判決を破棄し、労基法 37 条は通常の労働時間の賃金をどのように定めるかについて特に規定しておらず、本件控除部分のような定めが当然に公序に反するとはいえないとした。そして、本件賃金規則につき、①通常の労働時間の賃金に当たる部分と法定割増賃金に当たる部分を判別し得るか、②判別可能な場合、後者の金額が、前者の金額を基礎として法定の方法により算定される割増賃金の額を下回らないか、という基準に照らして法定割増賃金が支払われているかを検討すべしとして、本件を高裁に差し戻した。

これを受けて、差戻審（東京高判 30・2・15 労判 1173 号 34 頁）は、本件賃金規則の下では、通常の労働時間の賃金に当たる部分（＝割増金を控除した後の歩合給）と割増賃金に当たる部分（＝割増金）を明確に判別することができ、かつ②の要件も満たされると判断し、原判決の Y 敗訴部分を取り消して、X らの請求を棄却した。X らが上告。

【判旨】（破棄差戻し）

1. (1) 「労基法 37 条が時間外労働等について割増金を支払うべきことを使用者に義務付けているのは、使用者に割増賃金を支払わせることによって、時間外労働等を抑制し、もって労働時間に関する同法の規定を遵守させるとともに、労働者への補償を行おうとする趣旨によるものである」。

(2) 「使用者が……労働基準法 37 条の定める割増賃金を支払ったとすることができるか否かを判断するためには、割増賃金として支払われた金額が、通常の労働時間の賃金に相当する部分の金額を基礎として、労働基準法 37 条等に定められた方法により算定した割増賃金の額を下回らないか否かを検討することになるところ、その前提として、労働契約における賃金の定めにつき、通常の労働時間の賃金に当たる部分と同条の定める割増賃金に当たる部分とを判別することができる必要がある」。

(3) 「使用者が、労働契約に基づく特定の手当を支払うことにより労働基準法 37 条の割増賃金を支払ったと主張している場合において、上記の判別をすることができるというためには、当該手当が時間外労働等に対する対価として支払われているものとされていることを要するところ、当該手当がそのような趣旨で支払われるものとされているか否かは、当該労働契約に係る契約書等の記載内容のほか諸般の事情を考慮して判断すべきであり（前掲最高裁平成 30 年 7 月 19 日第一小法廷判決〔日本ケミカル事件〕参照）、その判断に際しては、当該手当の名称や算定方法だけでなく、……同条の趣旨を踏まえ、当該労働契約の定める賃金体系全体における当該

手当の位置づけ等にも留意して検討しなければならない」。

2. (1) 「本件賃金規則の定める……歩合給……に係る部分は、出来高払制の賃金、すなわち……揚げ高から一定の経費や使用者の留保分に相当する額を差し引いたものを労働者に分配する賃金であると解されるところ、割増金が時間外労働等に対する対価として支払われるものであるとすれば、割増金そのまま歩合給……の減額につながるという上記の仕組みは、当該揚高を得るに当たり生ずる割増賃金をその経費とみた上で、その全額をタクシー乗務員に負担させているに等しいものであって、……労働基準法 37 条の趣旨に沿うものとはいえない」。

(2) 「また、割増金の額が大きくなり歩合給……がゼロ円となる場合には、出来高払制の賃金部分について、割増金のみが支払われることとなるところ、この場合における割増金を時間外労働等に対する対価とみるとすれば、出来高払制の賃金部分につき通常の労働時間の賃金に当たる部分はなく、全てが割増賃金であることとなるが、これは、法定の労働時間を超えた労働に対する割増分として支払われるという労働基準法 37 条の定める割増賃金の本質から逸脱したものといわざるを得ない」。

(3) 「結局、本件賃金規則の定める上記の仕組みは、その実質において、出来高払制の下で元来は歩合給……として支払うことが予定されている賃金を、時間外労働等がある場合には、その一部につき名目のみを割増金に置き換えて支払うこととするものというべきである……」。

(4) 「そうすると、本件賃金規則における割増金は、その一部に時間外労働等に対する対価として支払われるものが含まれているとしても、通常の労働時間の賃金である歩合給……として支払われるべき部分を相当程度含んでいるものと解さざるを得ない。そして、割増金として支払われる賃金のうちの部分が時間外労働等に対する対価に当たるかは明らかでないから……、通常の労働時間の賃金に当たる部分と労働基準法 37 条の定める割増賃金に当たる部分とを判別することはできない……」。

(5) 「したがって……割増金の支払いにより、労働基準法 37 条の定める割増賃金が支払われたということはできない」。

(6) 「そうすると、……対象額 A から控除された割増金は、割増賃金に当たらず、通常の労働時間の賃金に当たるものとして、労働基準法 37 条等に定められた方法により X らに支払われるべき割増賃金の額を算定すべきである」。

両角 それでは、1 件目の報告をさせていただきます。

本件は、タクシー乗務員に対する割増賃金の支払いが問題になった事件です。この会社の制度はかなり複雑なのですが、要するに、タクシー乗務員が時間外労働をすると、その時間数に応じて法

定割増率で計算した「割増金」が支払われます。ところが、「割増金」に相当する金額が歩合給から控除される仕組みになっているため、賃金の合計額は時間外労働をしても増えることはありません。Xらは、このような賃金制度が労基法37条や同条の趣旨に違反すると主張し、会社に未払賃金の支払いを求めました。

ご承知のように、労働基準法37条は使用者に対し、「通常の労働時間の賃金」を基礎として法定割増率により算定した割増賃金を支払うよう義務付けています。判例は、同条は法定額を下回らない割増賃金を支払うことを使用者に義務づけているのであって、算定方法自体を規制するものではなく、割増賃金を定額払いにすること等も許されるとしています。ただし、その場合は①賃金の中で「通常の労働時間の賃金」に当たる部分と「割増賃金」に当たる部分を判別できること（判別可能性）を前提として、②割増賃金に当たる金額が法定の計算方法による金額を下回ってはならない（下回る場合は差額を支払う義務がある）、という判例法理が確立しています。

本件で問題となったのは、これまで論じられてきた定額払制とは違うタイプの制度です。この制度では、割増金の額は時間外労働の時間数に応じて増えていきますが、その分だけ歩合給が減額されるので、歩合給がゼロになるまで賃金の合計額は増加しないのです。

使用者側は、この制度はタクシー運転手という職種の特性に照らして合理性があると主張しています。つまり、運転手の賃金は出来高払制なのですが、乗務時間に関して個々人に相当の裁量があり、お客さんがいない場合も割増賃金を稼ぐために長時間乗務する傾向が見られるため、乗務の効率化と長時間労働抑制という観点から、本件のような仕組みは必要かつ合理的であるという主張です。また、本件賃金規則が多数労組との協定に基づくものであることも認定されています。

このように、本件は、広い意味では割増賃金の支払方法をめぐる事例ですが、新たな問題を提起しており、裁判所の判断は、第二次上告審に至るまで二転三転しています。

まず、最初の一審と控訴審は、本件制度の下で

は時間外労働をしても賃金が増えないことから、本件賃金規則の割増金を歩合給から控除する部分は労基法37条を潜脱するものであるとして、公序に反し無効と判断しました。第一次上告審はこの判決を破棄し、歩合給から割増賃金相当額を控除したものを通常の労働時間の賃金とする旨が労働契約に定められていた場合に、「当該定めに基づく割増賃金の支払が同条の定める割増賃金の支払と言えるか否かは問題となり得るものの、当該定めが当然に同条の趣旨に反するものとして公序良俗に反し、無効であると解することはできない」と述べ、定額払制と同じ基準、すなわち判別可能性の有無等により法定割増賃金が支払われているかを判断すべしとして原審に差し戻しました。これを受けて、差戻控訴審は本件賃金規則を検討し、割増金を控除した後の歩合給が「通常の労働時間の賃金」に、割増金が「割増賃金」に当たる、したがって両者は判別可能であり、かつ法定額を下回らない割増賃金が支払われていると判断してXらの請求を棄却しました。

これに対してXらが上告したわけですが、第二次上告審となる本判決は原判決を破棄し、本件賃金規則の下では「通常の労働時間の賃金」と「割増賃金」を判別することができず、労基法37条の定める割増賃金は支払われていないという判断を示しました。本判決には、上記のような経緯を経て、この問題に一応決着をつけたという意義があり、その結論は妥当だと考えます。しかし、判決の理論構成や射程については、正直に言ってよく分からない点が多く、まだ問題が残されているように思います。

それでは、判旨を見ていきます。判断枠組みとして、最高裁はまず先例を引用し、労基法37条の趣旨が使用者に割増賃金を支払わせることによる長時間労働の抑制と、時間外労働に従事した労働者への補償であること（判旨1(1)）、使用者が同条の定める割増賃金を支払ったというには判別可能性等の要件を満たす必要があること（判旨1(2)）を確認しています。次に、本判決の少し前に出された日本ケミカル事件の最高裁判決（最一小判平30・7・19労判1186号5頁）を参照し、「通常の労働時間の賃金」と「割増賃金」の判別可

能性を認める前提として、使用者が割増賃金だと主張している手当が時間外労働等に対する対価として支払われていなければならない(対価性)と述べたうえ、そこに新たに付け加えて「その判断に際しては、当該手当の名称や算定方法だけでなく、……同条の趣旨を踏まえ、当該労働契約の定める賃金体系全体における当該手当の位置づけ等にも留意して検討しなければならない」としています(判旨1(3))。ここが本判決のポイントではないかと思います。

続いて当てはめの部分ですが、最高裁は、本件割増金の全額を時間外労働等の対価と解することは労基法37条の趣旨に反するという意味のことを述べ(判旨2(1)(2))、本件の制度は、本来は歩合給として支払われるはずの賃金の一部を、時間外労働等がある場合に名目だけ割増金に置き換えて支払うものだと言っています(判旨2(3))。そうすると、割増金の中には通常の労働時間の賃金に当たる部分が相当含まれていることになり、仮に時間外労働の対価といえる部分が存在するとしても、両者を判別することはできない(判旨2(4))、したがって割増金の支払いにより労基法37条に基づく割増賃金を支払ったとは言えないと結論し(判旨2(5))、未払割増賃金額を算定するため、本件を原審に差し戻しました(判旨2(6))。

この判決について、先ほど申し上げたように、私は結論には賛成ですが、理論的にはよく分からない点が多いのです。

というのも、本件で根本的に問われているのは、労基法37条のいう「通常の労働時間の賃金」とは何か、ということではないでしょうか。言い換えると、時間外労働の時間数に応じて「通常の労働時間の賃金」が減っていくように就業規則や労働契約で定めることは、労基法37条やその趣旨に違反しないのかどうかということです。

この問題については、二つの立場があり得ると思います。一つは、「割増賃金」との判別可能性が客観的に確保されている限り、「通常の労働時間の賃金」は労働契約で自由に決めてよいという考え方です。もう一つは、「通常の労働時間の賃金」とは、当該労働が通常の(時間外等でない)

時間帯になされた場合に、就業規則や労働契約に基づいて支払われる賃金であり、その金額は時間外労働の時間数や割増賃金額に関わらず、客観的に決まるという考え方です。

本件の第一次上告審は、素直に読むと前者の考え方を取っているようにも見えるため、多くの判例評釈で批判や疑問が表明され、今回、最高裁がどういう判断をするかが注目されていました。ところが、本判決はこの点に正面から答えておらず、やや肩透かしをされたような感じがします。

この点に関連して、第一次上告審と本判決には実質的に整合性があるのだろうかという疑問もあります。本判決は、本件の割増金を法定割増賃金の支払いと認めるには、賃金体系全体から見て、実質的に労基法37条の趣旨に反しないような仕組みになっていなければならないと考えているようです。これに対して、第一次上告審は、客観的に判別可能性が確保される限り、どのような形で割増賃金を算定して支払うかは自由に決めてよいと述べているようにも読めるので、形式的にはともかく、実質的には両者の考え方に違いがあるようにも感じられます。

また、本判決の射程がどこまで及ぶのかも難しい問題だと思います。例えば、本件の制度を少しアレンジして、割増金を控除する限度を設けて歩合給がゼロにならないような工夫をすれば、判旨の理屈では判別可能性がないとは言えなくなるような気もしますが、それで本当にいいのかどうか。この点について本判決は何も述べていませんが、理論的にも実務的にも重要な問題だと思います。

山田 本件では、すごく複雑な割増賃金規定となっていますが、これはやはり、タクシー業界の特殊性ということでしょうか。労働組合も賛成しているとのことですけど。タクシー業界は手待ち時間が多いということですが、例えば夜間のコンビニのように、手待ち時間が多い業界もあると思うのですが、その負担を労働者が負うという賃金制度は問題ないのでしょうか。

両角 手待ち時間も労基法上の労働時間ですから、その分について割増賃金を支払わない制度は許されないと思います。たしかに、業種や職種に

よってはそのような制度が合理性を持つことはあるのかもしれませんが、現行法の解釈としてはそう考えざるを得ないと思います。

それから、先ほど言い忘れたのですが、私自身は、通常の労働時間の賃金は客観的に決まるものであって、時間外労働時間数や割増賃金額に応じて変動するような定め方は許されないのではないかと考えています。本判決のように、使用者に割増賃金を支払わせることで時間外労働を抑制することが労基法 37 条の趣旨だと理解するなら、法定割増賃金は使用者のコストを増加させる形で支払われる必要があります。また、「通常の労働時間の賃金」は割増賃金の算定基礎なのに、それが割増賃金の額に応じて変動するとしたら、それはもう算定基礎とは言えないのではないのでしょうか。

山田 普通に考えても、残業したら歩合給が減っていくというのは、ちょっと見て、えっ？ という感じはします。第一次上告審と本判決で結論的に異なっているわけですね。ただ、本判決は判例変更ではありませんので、基本的判断枠組みは共通しているはずですよ。この点はいかがでしょうか。

両角 おっしゃるように、本判決は第一次上告審と矛盾しないという前提で出されているのだと思います。形式的には、第一次上告審は「当該定めに基づく割増賃金の支払いが同条の定める割増賃金の支払いと言えるか否かは問題となり得るものの」という留保をつけているので、本判決は、そこに日本ケミカル事件の基準をくっつけたのだらうと思うのですけれど。

山田 要するに、割増賃金規定が公序違反であると第一次控訴審が簡単に結論したので、「当然に公序違反」はおかしい、一方で契約の自由があるわけだから、最低基準性と判別可能性を充足しているか、きちっと事実認定してこいというのが第一次上告審判決の骨子ではなかったのでしょうか。これに対し、本判決は、これと類似しているのですけど、この二つに加えて、「当該手当が時間外労働等に対する対価として支払われていることを要する」と、新たに「対価性」という言葉が付加されています。これが本判決では大きかった

のではないかと、つまり時間外労働の対価に値しないものであれば、割増賃金とは言えないのではないかという問題意識です。本件では、一定の時間外労働をしているのに、歩合給がゼロの乗務員がいることが大きかったのではないかと考えられます。

以上から、本判決は、契約の自由論の枠組みに一定の修正を加えているのではないかと。第一次上告審と本判決とは基本的に同じ枠組みですが、そこが相違点ではないでしょうか。

両角 たしかに、対価性を加えたところがポイントですね。第一次上告審の判決を素直に読むと、労基法 37 条の趣旨への言及もなく、客観的な判別可能性の有無だけが基準とされていて、差戻控訴審のような判断につながってもおかしくないような気がします。実は、第一審上告審の評釈を書いたときに、そう読めてしまうけれども、その読み方はおかしいのではないかと非常に悩んだんです。

これに対して、第二次上告審のほうは、判別可能性の前提として対価性を問題とし、日本ケミカル事件の枠組みに付け加えて、当該手当を時間外労働の対価とみることが賃金体系全体から見て労基法 37 条の趣旨に反してはならないと言っています。この付け加えた部分が本判決のポイントだと思います。そして具体的判断のところでは、時間外労働のコストを全部労働者に負わせることや、歩合給がゼロになって割増賃金だけが支払われることは労基法 37 条の趣旨に合わないから、本件の割増金全体を時間外労働の対価と見ることはできないと述べています。

つまり、本判決は、客観的な判別可能性だけを見るのではなく、その前提の対価性のところで労基法 37 条の趣旨を踏まえた規範的な判断をしていると思うのです。その意味では、第一次上告審が破棄した高裁判決の考え方に似ているところがあるような気がします。もちろん、本判決は割増賃金不払いと判断しており、第一次控訴審のように賃金規則自体が無効と言っているわけではないので、理論的には大きく異なるのですが。

山田 上告審から差戻された控訴審は、当該事件に限り上告審の判断に従う義務がありま

す（裁判所法4条）ので、差戻控訴審は、最高裁が示した規範に従って事実認定をする義務があるとはいえ、最低基準性と判別可能性という議論の中で、公序違反の判断が出せなかったのでしょうか。

本判決の事実関係では、歩合給がゼロの乗務員がいたことが特徴ですが、第一次上告審の事実関係では、やはり歩合給ゼロとなるようなことはあったのでしょうか。

両角 実際に歩合給がゼロになった例があったという認定はおそらくないと思います。

山田 かなりの時間外労働をしても、歩合給がゼロになるのは、やはり割増賃金の趣旨に反します。

定額残業代をめぐる事案ですが、日本ケミカル事件控訴審判決（東京高判平29・2・1判例1186号11頁）は、割増賃金の有無や額等を労働者が認識して直ちに請求できること——いわば「労働者の認識可能性」を強調していました（もっとも、最高裁では否定されていますが）。また、同判決は、基本給と定額残業代のバランスの適切さとの点も指摘していますし、「労働福祉に反しないもの」と指摘しています。肉体的精神的負担を必然的に伴う長時間労働をすればするほど、歩合給が減ってしまうことは、まさに労働福祉に反するものであり、本件最高裁判決が指摘するように、本件制度は乗務コストを乗務員にのみ負担させるものになります。

ところで、本件と類似した賃金制度が採用された土電ハイヤー事件（高知地判平30・3・16判例集未搭載）では、歩合給から年休手当や法定割増賃金等を控除する旨の規定が年休権行使を一般的に抑制するもので公序違反と判断されています。制度趣旨が異なる年休と割増賃金とを同視できませんが、本件にも示唆を与える判決と考えます。

やはり、最終的には、年休算定の基礎となる「通常の賃金」をどう見るかという問題に帰結します。先ほど、両角先生がご指摘されたように、これは、客観的に決定され、かつ割増時間によって変動するものであってはならないものです。これだけ働いたから割増賃金がいくらになる、今回は時間外労働が少なかったから、割増も少ないな

あと労働者自身が容易に算定できないことや、時間外労働すればするほど歩合給が減る、ゼロにもなるというような割増賃金制度は、割増賃金の権利を保障した労基法37条の趣旨に反して、公序違反と考えます。タクシー業界というのは、この方式にしないとやっていけないのでしょうか。

両角 使用者側は、この制度は合理的なもので多数労組も賛成していると主張しており、差戻控訴審ではそれらの事情がかなり重視されています。しかし、労基法37条は強行法規なので、そういう事情があっても割増賃金を支払わないことは許されません。やはり労基法の解釈としては、割増賃金の算定基礎は客観的に決まらないとおかしいのではないかと私も思います。

山田 それが基本です。本判決の射程というのが、強行法規であっても、それが規律していない部分については、契約の自由が機能するのは当然ですが、本件の計算式は合理的に見えるけれども、不当な結果をもたらすものは否定されるべきです。

両角 本判決の射程に関しては、先ほど申し上げたように、本件を少しアレンジした制度、例えば歩合給がゼロにはならないように工夫をした制度であれば許されるのかという問題もあると思います。まさに「通常の労働時間の賃金」とは何かが問われる場面ですが、今後、このような問題が出てきたときに裁判所がどう判断するのかは、現段階ではオープンな問題ということでしょうか。この判決が出ても、まだすっきりしないところがいっぱい残っていて、「通常の労働時間の賃金」をどのようなものとするべきなのか、もっと理論的に詰める必要があるのだと思います。

山田 こういうケースが出てくると、まさに通常の労働時間とは何かということを、きっちりと探求しないといけないということです。ただ、残業時間が増加しても、使用者の支払いが増加することがないという割増賃金制度は労基法37条の立法趣旨に合致するものなのか、時間外労働の有無によって変動する賃金が「通常の賃金」と言えるのかという疑問が残るところです。

2. 雇止めの可否と不更新条項

——学校法人梅光学院ほか（特任准教授）事件・広島高判
平31・4・18（労判1204号5頁）

— 事実と判旨 —

事実の概要

被控訴人Xは、控訴人学校法人Y1が経営する大学の専任教員募集に応募し、平成27年4月からA学部特任准教授として採用された。当該募集要綱には、任期1年の有期雇用契約であるが、最大2回・最長3年まで更新することがあると記載されていたが、実際には、3年を超えて雇用されるケースも存在していた。また、Xの雇用契約書には、Xの契約期間満了時の業務量および勤務成績・態度・能力、Y1の経営状況、Xが従事している業務の進捗状況等を考慮して、更新されることがあること、Y1の就業規則には、期間が通算して5年を超えるときは更新しないと、それぞれ規定されていた。

Y1は、同28年2月24日、業務遂行能力が不十分であること等を理由として、同年3月末日をもってXを雇止めすると通知した（本件雇止め）。Xは、Y1に対し、本件雇止めが効力を有しないと、判決確定までの雇用契約上の地位確認および賃金支払いを求め、またY1および本件雇止めを主導したY1代表Y2に対し、慰謝料の支払いを求めて提訴した。なお、本件においては、大学教員としてのXの研究室・図書館の利用等の権利の可否が問題となっているが、この点には言及しない。

一審（山口地下関支判平30・3・27労判1204号22頁）は、募集要綱等の文言から、2回までの更新への期待は合理的であり、本件雇止めにも合理性がないとして、労働契約上の地位確認と平成29年3月末までの賃金支払いを認容したが、Y1およびY2に対する慰謝料請求を棄却した。

【判旨】（控訴一部認容）

(1) 契約更新への合理的期待の存否

Xには、初回の契約満了時である平成28年3月31日時点において、本件雇用契約が更新されるものと期待することについて合理的な理由があると認められ、次に、平成29年4月1日の更新についても、「Xの授業に対する高い評価、執筆した論文数及びその内容についての評価、豊富な業務量、Y1においてもXを平成28年度も引き続き雇用する前提でいたものであること等を考慮すると、初回の更新の際の合理的期待は高度のものであったということができ、二度目の更新についても、その間に上記合理的期待が消滅したといえる特段の事情もないことを踏まえると、Xには契約更新に対する合理的期待があると認めるのが相当である。

「本件雇用契約書には、同契約書に記載のない事項については、本件就業規則によるとの特記事項が記載されているところ、本件就業規則には本件更新限度条項、すなわち、有期

労働契約を更新する場合、最初の契約の開始日から更新後の契約の終了日までの通算した契約期間が5年を超えるときは、これを更新しないとされており、契約期間が5年までは更新し得ることが明記されていたものである。そして、（略）、本件大学において平成23年以降新たに雇入れられた教員の契約更新について最大3年として運用されていたとは必ずしもいい難いこと、募集要綱は個別的な雇用契約の申込みの意思表示であるとはいえず、その記載内容が本件雇用契約の内容となるものとは認められないことも併せ考慮すると、上記合理的期待が高度のものである本件においては、本件募集要綱の記載を根拠に、3年を超える雇用契約の継続が合理的に期待できる状態ではなかったとはいえない」。

「平成31年4月の更新の際にも、Xの更新についての期待に合理的な理由があると認められる可能性が高く、逆に、平成32年4月の更新の際には、就業規則における本件更新限度条項における契約期間の上限である5年を超えることになるから、もはや更新についての期待に合理的な理由があるもの認められない可能性が高い」。「使用者が5年を超えて労働者を雇用する意図がない場合に、当初から更新限度を定めることを直ちに違法と評価することはできない」ところ、「更新限度条項の存在を前提として当初の有期雇用契約の締結に応じた者については、その限度を超える雇用継続を期待させるような特段の事情が認められない限り、上記限度を超える雇用継続への合理的期待は認められないと解するのが相当である」。

(3) 法人代表者Y2の不法行為の成否

「本件雇用契約は労働契約法19条により更新されるべきであったにもかかわらず、Y2は、Y1の代表者として、本件雇止めを行ったものであり、しかも、契約を更新する準備をしていながら、合理的な理由がないのに、濫用ともいべき本件雇止めをしたものであって、Xの准教授としての地位を違法に侵害したものである」といべきである（慰謝料30万円、弁護士費用3万円）。

山田 次が、大学教員の雇止めの事案である梅光学院事件控訴審判決です。

従来では、大学非常勤講師の雇止めという、著名な亜細亜大学事件（東京地判昭63・11・25労判532号63頁）がありますが、一般的に大学非常勤講師の雇止めがほとんど認められていました。その理由としては、限られた職務・責任を本来短期間担当するのが非常勤講師の役割であること、嘱託の判断にあたっては大学の裁量が認められること、他に本務を持つことが可能であって、大学との結びつきも薄いこと（非拘束性）等の理由が挙げられています。これは、非常勤講師の臨時性

という言葉で表現できると思います（実際には長期間雇用される非常勤講師も少なくないのですが）。短期の1年ごとの授業担当だという意識があつて、ほとんど契約更新が認められなかったのですけれども、本件では、特任准教授の更新が一部肯定されています。大学教員も多様化しており、特任教員というのは、専任に近いものから非常勤まで多様な類型がありますが、本件では特任准教授という、有期雇用の専任教員であり、亜細亜大学のような非常勤講師の雇止めとは、少し違った面があります。

本件は、「任期1年で最長3年、契約は2回まで可」というY1の教員募集を見て応募したXが、平成27年4月1日から客員准教授として採用されたのですが、1年後に雇止めをされたという事案です。

原審・本判決ともに、契約更新の合理的期待が認められるとして、かつ業務遂行に問題がなかったことを理由として、雇止めは客観的合理的理由を欠き、社会通念上相当性を欠く（労契法19条）として、雇止めの効力が否定されたというのは共通しています。しかし、一審判決が募集要綱の文言を重視して、上限3年までの更新を認めたのに対し、本判決は、最大3年を超えて雇用される例もあったこと、雇用契約書に記載のない事項については就業規則の定めによると規定されており、当該就業規則には5年までの更新可能という上限規定が存在したこと、募集要綱の記載内容が一般的には契約内容とはならないこと等を理由として、5年までの更新が認められました。

なお、本判決では、非常勤講師の「臨時性」に対して、特任教員の「流動性」という文言が用いられております。

それから、本判決では、雇止めで指導的役割を果たしたとして、法人理事長Y2に対する不法行為責任が認められております（一審否定）。Y2が控訴人教員の契約更新の準備をしておきながら、理事長の方針に反対するところがあったとして、合理的理由がないにもかかわらず、控訴人の特任准教授としての地位を違法に侵害したと判断されています。雇止めに主導的役割を果たした法人役員の不法行為責任が認められた珍しいケースで

す。本件では直接の争点とはなっていませんが、不更新条項については、後で議論していただきます。

両角 まず、ちょっと気になったのは、本件の契約が労契法19条2号に該当するのはそのとおりだと思うのですが、この判決は、Xの能力が高く勤務状況も良いことから契約更新について高度の合理的期待を認めています。しかし理論的に言えば、これらは雇止めの相当性のところで考慮すべき事情なのではないでしょうか。19条2号の要件としての合理的期待の有無は、当該有期労働契約の内容や更新実態等から客観的に判断されるのではないかと思います。

山田 ご指摘のとおりで、労働者の勤務成績が良好であるか否かは、雇止めの合理性判断で用いられるものです。労契法19条2号の合理的期待の存否の認定については、業務内容・地位の恒常性、更新手続の厳格性、他の労働者の雇止めの実態等が判断基準となるはずですね。

両角 それから本件では、Xに適用される就業規則に更新限度は5年と明記されていたのです。そうすると、もし仮に3年を上限とする個別合意があったとしても、就業規則の最低基準効によって労働契約の内容としては更新限度5年になるはずですね。

山田 まさに労契法12条の問題です。ただ、あくまで上限が5年であって、5年間雇用するとは書いてないよと、抗弁するのでしょうか。ただ、ご指摘のとおり、特段の事情がなければ、就業規則の最低基準効により、5年までと読むのが通常の解釈だと思います。

両角 本件は初回の更新時の雇止めで、それが相当性を欠くと判断されましたが、2回目以降どこまで労契法19条に基づく地位確認を認め得るかという問題があったのです。本判決は、契約上は5年が更新限度だとしても、募集要綱には3年と書いてあったりするので、5年の上限まで更新するという期待が合理的であるかどうかを検討し、合理性ありと判断しています。ここで（Xの勤務状況が良好だったゆえに）「合理的期待が高度である」ことを考慮に入れている点は気になりますが、募集要綱の性質や制度の運用状況からす

れば、合理的期待を認めることはできるように思いました。

山田 ご指摘のように、採用時の使用者の発言、他の教員の雇止め状況のほかに、就業規則の規定が大きく影響したのではないのでしょうか。

次は、本件では直接の争点となっていませんが、不更新条項をめぐる参考判例として博報堂事件（福岡地判令2・3・17労経速2415号3頁）をとりあげます。原告Xは、大学新規学卒の契約社員として、被告Y社九州支社に入社し、1年の有契労働契約が29回更新された後に雇止めされました。同事件では、平成25年までは毎年、契約書を渡されて、Xが署名押印するという簡易手続で更新されてきたのですが、平成20年4月に契約社員の就業規則が改正されて、新たに、契約社員の勤務状況・成績及び健康状態から見て業務に支障がない場合には、採用から最長5年とするという、不更新条項といますか、最長5年条項が新設されました。もっとも当初は、既に5年を超えていた従業員には適用されなかったのですけれども、無期転換の時期が迫った25年頃から、Xらにも適用されるものと変更されて、これによって、Xは平成30年3月で雇止めされたという事案です。

この事案で、Yは、5年を上限に定める雇用契約書にXも署名押印していること、Yがあっせんする転職プログラムにも登録していることから、これに合意していると主張したのですが、裁判所は、Xの同意を簡単には認めなかったわけです。約30年にわたり契約更新してきたXにとって、転職になることは、生活面のみならず、社会的立場、恐らくこれは、博報堂のような大企業の従業員としての地位を失うといったXの生活に大きな変化をもたらすものであって、かつ不更新条項を含む雇用契約の締結を拒否することは原告としては困難であること、これはよく指摘される点ですが、不更新条項に合意しなければ契約更新されないということから、合意せざるを得ない面もあるわけです。

同判決の特徴は、不更新条項が効力を有するためには、明確な同意、真の同意が必要であるという点にあります。むしろ原告は、雇止めは困りま

すと述べていたり、労働局にも相談している、あるいは無期転換を希望する旨の意思表示もしていたという事情からすれば、真の合意があったとは言えないとして、不更新条項の効力が否定されています。そして、原告が30年にわたり基幹的な仕事をしてきたことから、労契法19条2号に該当するとされ、会社が主張する人件費削減・業務効率の見直しという雇止めの理由は合理性・相当性を欠いているとして、雇止めの効力が否定されています。

この事件で注目されるのは、不更新条項を雇止めの予告と構成している点です。そこで雇止めの予告とは何を意味するのが問題となります。これは、契約更新回数76回、継続期間20年後の事案である東芝ライテック事件（東京地判平25.4.25労判1075号14頁）でも用いられていますが、やはり不更新条項に署名押印がされており、本件とは異なり、労働者から反対の意思表示がされなかったこともあり、労働者の継続雇用の期待は高くなかったと判断されています。

そして、不更新条項については、まさに真の合意、真の放棄の意思があったかどうかが問われる訳ですが、シンガー・ソーイング・メシオン事件（最二小判昭48・1・19判時695号107頁）における退職金の放棄のような賃金債権放棄の場合よりも、雇用喪失の場合における真の同意の判断基準は、より厳格にならざるを得ないと考えます。

それから近畿大学特任助教事件（大阪地判令元・11・28労判1220号46頁）では、6回の更新により雇用継続期間も7年を超えていたことから、契約更新の合理的期待があったけれども、不更新条項を定めた書面に異議をとどめることなく提出されていることから、契約更新への合理的期待が消滅したと判断されています。しかし、不更新条項によって合理的期待が消えてしまうというのはどうでしょうか。やはり両角先生がご指摘されたように、合理的期待というのはあくまで契約更新の実態で判断するべきで、契約更新の合理的期待があったのに、不更新条項があったから合理的期待が消滅したというのは、何かあまり理論としてすっきりしない。合理的期待の放棄ならまだ分かるのですけれども。

もちろん、契約自由の観点からすれば、不更新条項が最初から公序違反というわけではないと思います。博報堂事件でも、この5年上限条項自体が無効というよりも、真の合意というところが争点となります。しかし、不更新条項というのは、やはり無条件で認められるかどうかという点、判決も言うとおり、これに署名しなければ更新されないとなれば、これに有期契約労働者はサインせざるを得ないことをどう考えるのかが、残されている課題だと思います。

それから、博報堂事件では、会社は雇止めの中で、労契法に無期転換の規定ができたから、対応するために5年条項を導入したということを、裁判の中で主張している。このように、無期転換回避の意図が明確な場合には、脱法行為として、その効力が否定されてもよいのではと考えます。

また、梅光学院事件のように、当初から契約時に条項がすでに存在していた場合と、博報堂事件のように条項が導入された場合とでは、評価が違ってくるのではないのでしょうか。

それからもう一つ、博報堂事件の契約社員就業規則では5年上限条項が導入されていましたが、それが合理的でかつ周知されていれば、5年で終了ということになるかもしれません。あくまで合理的かどうかという判断になりますが。あるいは、契約社員就業規則の不利益変更の問題になるのかもしれません。労契法7条よりも10条の問題かもしれません。被告会社は、従前も雇用契約書によって処理しており、就業規則については争点となっていませんが。

両角 いろいろな問題を提起していただきました。最後にご指摘された点ですが、本件では就業規則の5年条項に例外が設けられていて、そのことからXの合理的期待がなくなったとは言えないと判断されています。ただ、もし仮に就業規則に基づいて雇止めたのなら、おっしゃるように労契法10条の問題になりますね。一般的には更新限度条項の新設について合理性を認め得る場合もあると思いますが、本件のように経営悪化等の事情がない中で、長年更新を重ねてきた労働者に対しても一律に更新限度を適用するという就業規則の変更は、合理性が否定される可能性が高い

のではないのでしょうか。あるいは、10条但書のほうで「更新限度なし」という個別合意がXY間に成立していたと解釈するのは……、それは難しいでしょうかね。

山田 本件不更新条項をXに適用できない理由としては、Xのような労働者を画一的に処理するような就業規則の改訂自体、合理性が否定される（労契法10本文）と考えるか、それとも個別合意が変更された就業規則に優先すること（労契法10条但書）に求めるかという問題でしょうか。私は、個人的には、就業規則変更により定年間際の労働者に定年制を導入するように、一律定年制自体の導入自体は合理性があったとしても、個別適用は合理性が否定されることはあり得ると考えます。しかし、判例がこのような立場をとるか不明なので、但書の処理のほうの説得力があるのかなと思います。

両角 次に、不更新条項が後から挿入された場合に、それを法的にどう捉えるかという点です。おっしゃるように、労契法19条2号のいう期待の合理性は、当該契約の内容や更新の実態、当事者の主観的認識等を総合的に考慮して客観的に判断されるものだと思います。そうすると、使用者が一方向的に不更新条項を差し入れた場合はもちろん、不更新条項に労働者が同意した場合でも、理論的にいえばそれは判断の一要素であって、当然に合理的期待が消滅するわけではないことになりそうです。

ただ、不更新の同意の有無は様々な客観的事情も踏まえて慎重に認定されるので、その結果、労働者が自由な意思に基づいて不更新条項に同意したと認め得る場合には、それを放棄と構成するかはともかく、もはや合理的な期待が存在しないと判断できることが多いのではないのでしょうか。具体的には、例えば経営悪化などの事情があって、使用者から丁寧な説明がなされ、労働者も十分に理解した上で不更新条項付きの契約に署名したり、不更新条項を受け入れる代わりに退職金の給付を受け取ったりしているような場合です。もともと、いったん同意しても、契約期間満了時まで事情が変わって再び合理的期待が生じるケースもあるかもしれません。

本件では、X が不更新条項に基づく契約終了に同意していないと認定されたので、不更新条項は雇止めの予告であるとされています。問題はこれが更新期待の合理性にどう影響するかですが、合理的期待が諸事情を考慮して客観的に判断されるのだとすると、労働者が自由な意思に基づいて不更新条項に同意したとは認定できないケースでも、使用者側の事情や経緯によっては、もはや合理的期待が存在しないといえる場合もあり得るのでしょうか。本件はそのような事案ではありませんけれども。

いずれにせよ、この事件は経営悪化などの事情もなく、30年にわたって契約更新してきた労働者を無期転換請求権の発生直前で雇止めたケースですね。裁判所は、このような事案の特徴を踏まえて、労働者が不更新条項にサインしたとしても、更新の合理的期待がなくなったとは言えないし、雇止めも相当性を欠くと判断したのだらうと思います。

山田 やはり、導入した意図・目的とか、特に業務上の必要性が問題になると思います。例えば、大学院生に博士号を取得させるための助教制度のように、その期間を3年に限定するような場合が想定されます。また任期制の問題は別ですね。

両角 任期制のように更新限度条項が初めからある場合は、原則としてそれが契約の内容になり、特段の事情がない限り、それを超える更新の期待は合理的といえないと思います。

山田 特に最初に決まっていれば、そういう了解で入ってきますよね。それから先生がおっしゃった、不更新条項への同意は認定できないが業績悪化等の事情があるというケースは、不更新条項ではなく、雇止めの合理性の場面で処理すればいいのではないのでしょうか。

両角 なるほど。たしかに、そういう場合は合

理的期待が消滅したかどうかを論じるより、そこは認めておいて、雇止めの相当性のところで考慮するほうが理論的にすっきりしそうですね。

ところで、博報堂事件では、会社は相当時間をかけて丁寧な手続を踏んでおり、X は少なくとも状況を理解した上で書面に署名押印しているので、同意を認める方向に働く要素もあると思うのです。しかし、裁判所は同意を認定せず、更新の合理的期待もなくなっていないと判断しています。その背後には、無期転換請求権の発生を回避する目的でXのような労働者を雇止めすることは、労契法18条の趣旨に反し許されないという規範的な判断があるような気がします。

山田 有数の大企業が、新卒の契約社員として30年も勤め、支社の衛生管理者の資格取得までさせた契約社員に対し、ご指摘のように経営が悪化していないにもかかわらず、労契法18条対策の意味合いが強い条項の適用は問題と判断したのかもしれません。

両角 もともと、労契法18条の立法趣旨は有期雇用の濫用防止、すなわち労働者を有期雇用という弱い立場のまま長く雇い続けることは許されないということにあるとされています。そうだとすれば、長く雇ってきた有期労働者を無期転換させないように雇止めすることは、まさに18条の趣旨に反するのだらうと思います。

ところで、労契法18条については、最近新しい問題がいろいろ出てきていますね。今後は、18条に関する紛争が増えてくる可能性があると思います。

山田 最近でも、雇止めが否定されて、無期転換が認められた高知県公立大学法人事件（高知地判令2・3・17 労経速2415号14頁）や公益財団法人グリーントラストうつのみや事件（宇都宮地判令2・6・10 判例集未掲載）も登場していますので、今後の裁判例が注目されます。

フォローアップ

1. 賞与支給の相違と労契法旧 20 条

——学校法人大阪医科薬科大学（旧大阪医科大学）事件・
大阪高判平 31・2・15（労判 1199 号 5 頁）

事案と判旨

事実の概要

X は、被控訴人学校法人 Y が経営する大学において、有期労働契約の教授秘書アルバイトとして雇用されていたが、無期労働契約を締結している正職員との間で、基本給、賞与等についての相違があるとして、これらの差額の支払いを求めた。

一審（大阪地判平 30・1・24 労判 1175 号 5 頁）は、有期契約労働者の労働条件が、無期契約労働者の労働条件に比して、法的に否認すべき内容ないし程度で不公正に低いものであることを労契法 20 条が禁止する趣旨であるとして、本給、賞与その他の処遇についての相違はすべて、職務内容、責任の程度等に大きな差異がある以上、これらの相違は不合理なものに該当しないと判断した。

【判旨】（控訴一部認容）

（1）比較対象者

「有期契約労働者の比較対象となる無期契約労働者は、むしろ、同一の使用人と同一の労働条件の下で期間の定めのない労働契約を締結している労働者全体と解すべきであり、「比較対象者は客観的に定まるものであって、有期契約労働者側が選択できる性質のものではない」。「正職員の労働条件が単一の就業規則をもって定められていることからすれば、教室事務員という一部署の正職員を比較対象とすることは適切ではない。正職員には配転可能性があること、正職員には業務・責任の異なる者がいることを理由に正職員全体を比較対象にできないというのは、正職員という無期契約労働者の基本的な就労実態から離れるものとなる」。

（2）基本給相違の不合理性

「賃金（基本給）についてみると、その対象者は、X が平成 25 年 1 月 29 日に採用されたことからすると、Y の正職員全体の中でも、これに近接した時期である同年 4 月 1 日付で新規採用された正職員とするのが相当である」。

いずれにせよ、X と平成 25 年 4 月新規採用の正職員との間には、2 割程度の賃金格差があるところ、アルバイト職員は時給制、正職員は月給制という労働条件の相違についてみ

ると、どちらも賃金の定め方として一般に受け入れられているものであり、アルバイト職員は短時間勤務者が約 6 割を占めていることを踏まえると、アルバイト職員に、短時間勤務者に適した時給制を採用していることは不合理とはいえない。

「正職員とアルバイト職員とでは、実際の職務も、配転の可能性も、採用に際し求められる能力にも相当の相違があったというべき」であり、「正職員の賃金は勤続年数に伴う職務遂行能力の向上に応じた職能給的な賃金、アルバイト職員の賃金は特定の簡易な作業に対応した職務給的な賃金としての性格を有していたといえる」から、正職員とアルバイト職員で賃金水準に一定の相違が生じることも不合理とはいえないというべきであり、その相違も約 2 割にとどまっていることからすると、そのような相違があることが不合理であると認められない。

（3）賞与相違の不合理性

「Y における賞与が、正職員として賞与査定期間に在籍し、就労していたことそれ自体に対する対価としての性質を有する以上、同様に Y に在籍し、就労していたアルバイト職員、とりわけフルタイムのアルバイト職員に対し、額の多寡はあるにせよ、全く支給しないことに、合理的な理由を見出すことが困難であり、不合理というしかない」。

「賞与に関していえば、同じ有期契約労働者の契約職員に一定の支給があることは、アルバイト職員には全く支給がないことの不合理性を際立たせるものというべきである」。

「Y が契約職員に対し正職員の約 80% の賞与を支払っていることからすれば、X に対し、賃金同様、正職員全体のうち平成 25 年 4 月 1 日付で新規採用された者と比較対照し、その者の賞与の支給基準の 60% を下回る支給ししない場合は不合理な相違に至るものというべきである」。

山田 フォローアップの第一のテーマは、労契法旧 20 条の有期契約労働者に対する均等待遇の問題です。このテーマに関しては、前回、野田・奥田両先生が 2 件の最高裁判決を中心に討論されております。今回は、それ以降の裁判例をフォローアップで取り上げたいと思います。特にここでは、日本の賃金制度の「聖域」である基本給、賞与、退職金の処遇を中心に検討していきます。対

象判例が大阪医科薬科大学（旧大阪医科大学）事件です。

まず、労契法旧 20 条の「不合理と認められるものであってはならない」という文言は、労働者の職務発明の対価に関して、「相当の利益を与えることが不合理であると認められるものであってはならない」と規定する特許法 35 条 5 項に由来しています。

ここでは当然、不合理禁止と差別禁止とどう違うかが問題となります。労基法に挙げられている性、国籍、信条、社会的身分は「人に対する差別」であるのに対し、雇用形態差別はまさに仕事に対する差別と指摘できます。前者は差別禁止、後者は平等取扱いと表現されることがあります。

両者の違いは、契約の自由が機能するか否かに求められます。例えば男女別初任給が合意されても、これを合理化する特段の事由が存しない限り、差別の評価を受けますが、パート等の賃金については、最低賃金法等の法令違反に当たらない限り、労働者との合意により、その金額を自由に決定できることになります。ただ、採用時に合意された賃金額も未来永劫続くわけではなく、長期の継続勤務の中で経験を積み能力も高まっていますので、このことも「経験」として評価されるべきです。平等あるいは均等待遇の原則との関係においては、時間的経緯とともに契約自由の原則もすこしずつ退化していくと考えます。

重要であるのは、比較対象者をどう決めるかということです。当初の裁判例ではドライバー中心だったものですから、契約社員と正社員との職務内容が同一というケースもあったのですが、対象が郵便局の業務職やホワイトカラーに広がっていくと、多様な正社員・正職員（通常の労働者）が対象となり、どの集団を比較対象として選択するかによって、不合理性の判断が違ってきます。最初は正社員全般というのが多かったのが、最近では、職務内容が同じような正社員とか、あるいは同期入社の正社員・正職員が比較対象とされるようになり、その結果として、処遇の相違が不合理と判断される傾向が生じています。

さらに、不合理性判断における考慮要素について、労契法旧 20 条は、職務内容、配置の変更、

その他の事情をどう判断していくかが問題です。裁判例の大半を見ますと、職務内容（業務内容と責任）が同一のケースは稀であり、配置及びその変更に至っては、同一であるケースはほとんどありません。したがって、不合理性の判断は、「その他の事情」という、抽象的な考慮要素が大きな比重を占めてきています。職務内容と配置の変更という、日本の雇用慣行の中で不合理性を判断する立法者意思から離れて、一般条項的な合理性論に近くなってきている面もあります。

最後に、旧 20 条の考慮要素を参照しながら、待遇の目的・性質や支給実態に応じて、その差異を有期・無期の相違で説明できるかどうかによって判断する傾向も出てくるのではないかと、とも考えられます。

そして、時系列的に裁判例を分析してみますと、不合理とされた処遇としては、当初の通勤費、業務手当、家族・住宅手当、精皆勤手当から、近年では基本給・賞与・退職金という「聖域」にまで広がっています。

ここでは、教授秘書アルバイトが原告となった大阪医科薬科大学（旧大阪医科大学）事件を取り上げます。契約職員には正職員の 8 割の賞与が支給されていたのですが、アルバイトには支給されていませんでした。なお、当該大学では、我が国で一般的な賃金待遇ですが、基本給については、正職員は月給制、アルバイトは時給制でしたから、結果として、給与総額に大きな差が生じることになります。控訴審も、これは一般に日本では受け入れられているものであり、かつ当大学の有期契約労働者の 6 割が短時間労働者であるから時間給制を採用したことは理由があること、基本給格差が 2 割にとどまることを理由として、基本給の相違が不合理ではないと判断されています。この給与の決定・算定方法の相違が不合理性の判断にどう関わってくるかが将来の課題だと思います。

次が賞与です。本件一審判決（大阪地判平 30・1・24 労判 1175 号 5 頁）では、不合理禁止と言えるためには、法的に不公正に近いものである必要があるとして、賞与を含むすべての相違が不合理ではないと判断されました。これに対し、本件控訴審判決の特徴は、まず比較対象者を全正職員と

しながら、賃金については、控訴人に近接して採用された正職員としている点です。その理由は明らかにされていないのですが、年功処遇的な賃金体系を取っているからかもしれません。本判決は、正職員とアルバイト職員では、職務内容、配置とその変更、求められる能力に相当の相違があることを認定しながら賞与支給の相違は不合理と判断しています。本判決は賞与の不支給を不合理とした唯一の裁判例ですが、賞与が成果を反映されたものではなく、大学に在職・就労したことに対する対価として設けられていることから、特にフルタイムのアルバイト職員に賞与を全く支給しないことは不合理と結論しています。また間接的事実として、契約社員には正社員の8割の賞与が支給されているということが挙げられています。この事実が不合理性判断とどのようにつながるかは明らかではありませんが、「その他の事情」に組み入れるということでしょうか。ただし、同判決は、正職員の支給額の60%を下回った場合に不合理となる、「均衡」原則を採用しているのも特徴です。これをどう理論的に整理するかというのは、なかなか難しい。

両角 そうですね。まず、本判決は比較対象者に関して、原告が選択できるものではなく客観的に決まると述べていますが、この点については疑問があります。これまでの裁判例や学説上も、労契法20条の不合理性を立証する際には、原告が比較対象者を選択できるという考え方が強いのではないのでしょうか。

山田 本判決は、原告が選択できない、客観的、つまり裁判所が比較対象者を選定するのだと。ここまで断言した裁判例は他にありません。

両角 先生はさっき差別禁止との対比をしてくださったのですが、労基法4条など差別の事件では、使用者の差別意思を立証する必要があるもので、誰と比較するかが決定的な意味を持つてくることがあり得ると思うのです。

しかし、労契法20条やパート有期法8条は差別意思を要件としておらず、労働条件の相違が不合理か否かを関連する事情に照らして判断するという、柔軟な枠組みを取っていますよね。だから、原告が選択した比較対象者の範囲が多少狭す

ぎたりしても、裁判所は不合理性判断の中で適切に諸事情を考慮することによって、妥当な結論を導くことができるのではないのでしょうか。本件でも、正職員全体ではなく教室付の正職員を比較対象としても、職務内容の違いや、教室付きの正職員が例外的な存在だったこと等を考慮することによって、同じ結論を導いたのではないかと思います。

山田 ご指摘のように、労基法4条のような差別禁止法においても、労働者は比較対象者を選択できるのに、より柔軟な解決を目指す労契法旧20条において比較対象者を選択できないというのはどうかという問題はあると思います。ただ、あまりにもふさわしくない比較対象者を選定してきた場合には、裁判官の職権でこれを変更することもあり得る気がしますが。

それから、本判決では、比較対象者を全正職員としながら、基本給については直近採用の正職員に限定されるとしています。これは、年功処遇的な賃金体系が採用されてきたからでしょうか。

またご指摘のように、不合理性の判断において、使用者の不合理意図——変な言葉ですが——、が要求されるかという問題がありますが、「不利益に取扱うことを意図するもの」ということはできず、その趣旨が合理性を欠くとは認められない」とする社会福祉法人青い鳥事件横浜地裁判決（令2・2・13労判1222号38頁）があります。

両角 それは、労契法20条の解釈として不利益取扱いの意図が必要であるとも読めなくはない点が気になりますね。

それから、本件ではいろいろな労働条件が問題になっていますが、最も注目されている賞与不支給を不合理とした部分について、私は少し疑問をもっています。

この事件の原告はアルバイト職員で、補助的・定型的な業務に従事しており、正職員全体はもちろん、教室付きの正職員と比べても職務内容がはっきり違っています。配転や採用手続も明確に異なっているし、非常に長期にわたって勤続しているわけでもありません。

山田 5年ぐらいですね。

両角 それから賃金制度も、正職員が月給制で

あるのに対してアルバイトは時給制で、全然違うわけです。このように、正規と非正規でキャリアトラックも処遇の仕組みも明確に違う場合に、諸手当はともかく、基本給や賞与の違いを不合理とするのは難しいような気がするのです。

本判決は、本件賞与は大学に在籍していたことに対する報酬だから、アルバイトに支給しないのは不合理だと判断しています。しかし、本件の賞与規定は、基本給の何カ月分かを賞与として支払うという一般的なもので、おそらくほとんどの大学では、個人の貢献を賞与に反映する制度にはなっていないですよ。

このような制度の場合、例えば、メトロコマース事件の高裁判決（東京高判平 31・2・20 労判 1198 号 5 頁）が述べているように、賞与に月給の後払いという性質を持たせ、時給制のアルバイトにはその都度報酬を支払っているので賞与を支給しないことも、必ずしも不合理とは言えないような気がします。賞与の趣旨は多様であり、成果主義的な制度であれば別ですが、一般的な場合には、賞与の趣旨を具体的に明確にして、それに照らして不支給が不合理かどうかを判断するのは、難しいことが多いのではないかと思います。今後は日本でも賃金制度が変わっていくかもしれませんが、現段階では、基本給や賞与・退職金については、長期雇用とかキャリアトラックの違いといった要素も排除しきれないのではないのでしょうか。

もっとも、本件では契約社員にも賞与を払っていたという事情が認定されていますので、その点を重視するなら、結論に納得できなくはないのですが。

山田 たしかに、多様な性質を有する賞与の性質から導くというのはちょっと難しい面があると思います。この契約社員には払っていたということが「その他の事情」の判断において大きかったのですけれども、他の非正規グループに賞与が支給されていることが、論理必然的に賞与の支払い義務につながるのかどうか。常識的には分かるのですけど。まさにそれが「その他の事情」ということなのでしょうけど。

両角 契約社員は時給制なのですか。

山田 アルバイトだけが時間給で、正社員も契

約社員も月給制か、年俸制です。

両角 そうすると、職務内容等も違いますし、契約社員と扱いが違うから不合理とは必ずしも言えないような気がしますね。

山田 基本給等と諸手当とは、不合理性の判断において異なるのではないかというのは重要なお指摘で、まさに労契法旧 20 条の趣旨をどのように解するかに帰結しますが、裁判例は均衡・均等原則で分けているようです。

確認になりますが、裁判例において、不合理な処遇とされたのは、最初に行政解釈にあった通勤費、荷下ろしなどの業務手当、それから福利厚生（住宅・家族手当）ですね。住宅手当については、正社員の長期雇用への報償という観点から、一般に不合理ではないとされてきましたが、今はもうこの理由は認められず、正社員には転勤がある等の事情がなければ不合理とされる傾向にあります。それから家族手当から精皆勤手当まで、だんだん不合理の範囲が拡大されています。基本給・退職金については従来、長期雇用労働者の確保・定着、人材活用の仕組みの相違ということから、不合理性を否定する裁判例が圧倒的だったのですが、最近では、産業医科大学事件（福岡高判平 30・11・29 労判 1198 号 63 頁）では、臨時職員に対する基本給の相違が不合理と判断されています。ここでは短期間を予定して採用されたにもかかわらず、30 回更新されるという、当初は予想し得ない長期雇用となっている事実を「その他の事情」で高く評価し、習熟度を上げているにもかかわらず、正社員との賃金格差が 2 倍以上となっていることは不合理であると判断されました。もっとも、職務内容等の相違を考慮して、救済は同期正社員との格差 3 万円の支払いを認めております。これも均衡的救済です。

それから、退職金に関するメトロコマース事件です。これは契約社員 B の事案ですけれども、人事政策上の施策あるいは従業員の意欲向上の観点から、基本給及び賞与の支給自体は人事政策上問題ないとして、不合理性を否定しました。しかし、同判決は、契約社員 B は約 10 年にわたり勤続してきたこと、契約社員 A には退職金を支給していることからすれば、退職金を契約社員 B に

支給しないということは、不合理であるとして、正社員に支給された退職金の4分の1の支払いを命じています。

いずれも、この3判決はいずれも控訴審判決であること、大阪医科薬科大学事件では5年、メトロコマース事件では10年、産業医科大学事件では30年と、一定の期間を勤務していること、比較対象者も有期労働者と採用年次が近い正職員等としていることと、均衡的救済というのが共通点です。それから井関松山製作所事件（高松高判令元・7・8労判1208号25頁）では、有為な人材の確保という、人事政策上の施策ということが強調されて、賞与の支給の相違は不合理ではないとされていますけれども、10万円程度の寸志が賞与代わりに支給されていた事案です。今後は、他の非正規職員には支給されながら、長期勤続労働者に賞与・退職金を全く支給しないことは、不合理と判断されていくかもしれません。現在の裁判例というのは、ある意味、職務内容等の考慮要素はあまり問題にならずに、「その他の事情」が大きな比重を占めて、その評価が不合理性の判断を決定していると言っても言い過ぎではありません。

最後に、改正されたパート有期法によって、従来の条文が改められて、不合理と認められる相違を設けてはならないという、より強い禁止の性格が出されております。それから、不合理禁止の対象として、基本給・賞与というものが明示された。これはやはり裁判では大きいと思います。

両角 最近では手当だけでなく、基本給や賞与・退職金についても不合理性を認める裁判例が高裁レベルで出てきて、それとともに不合理性の判断基準も変化してきているのではないかとのご指摘ですね。たしかにそのような傾向があるかもしれませんが。先ほど申し上げたように、私自身は、職務内容やキャリアトラックがはっきり異なる場合に、基本給や賞与の違いを不合理とするのは難しい場合が多いような気がするのですが。

山田 でも、賞与や退職金がゼロでもいいかという問題はあります。井関松山製作所事件では、賞与支給の相違が不合理ではないとされていますが、その理由として、先ほど申しましたように、一定金額の寸志が支給されていたことが挙

げられています。

裁判所感覚としては、やっぱりゼロはないのではないか。均衡的な評価ではないでしょうか。

両角 キャリアトラックなどの違いがある場合でも、賞与や退職金を有期労働者に支払わない合理的理由を使用者が具体的に説明できない以上、ゼロは許されないということでしょうか。そうだとすると、ご指摘のように労契法旧20条の性格は変わりつつあり、利益調整的な性質が強くなっていると言えそうですね。

山田 裁判例を見ると、諸手当については均等原則、基本給・賞与・退職金については均衡原則です。労契法旧20条が「すべての処遇」を対象としていたけれど、まさに両角先生が指摘されるように、生活補助的賃金である諸手当とは異なり、基本給等については、やはりキャリアトラックの相違を無視できないということかと考えます。パート有期法8条は、不合理性判断の対象となる待遇として基本給・賞与を明文化したのですが、そこでは待遇の性質・目的に照らして不合理性を判断すると規定しているのも、その趣旨を確認したものではないでしょうか。労契法旧20条の裁判例においては、職務内容や配置等の同一性はほとんど問題にならず、むしろ「その他の事情」の判断に移行していると考えられます。

両角 今度改正されたパート有期法8条では、どんな場合でも職務内容や配置を考慮する必要があるわけではなく、問題となる労働条件の性質や目的によっては、その他の事情だけで判断すべき場合もあることが明確にされていますね。

山田 短時間有期雇用労働者「指針」（平成30・12・28厚労告430号）では、「同一労働同一賃金」原則であるとされていますが、従来言われてきた同一労働同一賃金ではないと思います。

両角 はい。その点は、私もそう思います。

山田 職務評価なき同一賃金という。まあ、均衡賃金なのかもしれませんけどね。

労契法旧20条の本来的立法趣旨は、職務内容・配置等の同一性を考慮要素として、待遇の不合理性判断をすることを念頭に置いてきたはずが、同一の事例が少なく、かつ「その他の事情」が加わったことにより、本来の趣旨から乖離して

きました。これを突き詰めると、待遇の性質や目的から、当該待遇の相違を有期・無期で説明できるかという方向に向かうのではないか。

処遇の性質・目的に沿って、実際には長期雇用によって職務遂行能力が向上していないか、とか、他の非正規労働者に支払っているのか、とか、総合事情で判断していくという。だから、その他の事情のほうが大きく、本来、付属的な考慮要素だったのが、メインの考慮要素になっている。

両角 先生は、そのような方向性が妥当だとお考えですか。

山田 「その他の事情」＝公序論といえるならば、これは総合的判断ですから、個別事案ごとに柔軟な処理ができるのがメリットですが、反面において、結論の予測可能性が困難になることは否定できません。

両角 たしかに、日本の非正規労働者の処遇格差は構造的な問題で、労契法 20 条やパート有期法 8 条などが立法されたのは、その構造的な問題に法が踏み込んで変化を促していくということですよ。もし、それを賞与や基本給を含む処遇全体についてラディカルになりすぎないように進めていくとしたら、利益調整的な方法が一つのやり方であるとは思いますが。ただ、その方向にどんどん行くと、法的なルールとして理論化することが難しくなりそうですね。

山田 集積されている裁判例の不合理性判断基準を論理的に整理するのが研究者の法曹・研究者の仕事ではないでしょうか。それが一定の理論的結論に収れんしていくのではないのでしょうか。

私は、均等・均衡処遇における勤続年数の問題は重要だと思います。無期雇用でもすべてが長期雇用とは限りませんし、有期雇用でも更新されて長期雇用化され、そこで職業的能力を高めていくことは十分あり得るわけです。基本給・賞与・退職金の不合理性が肯定された 3 件とも、一定期間雇用された事案です。このような労働者には、無期雇用労働者と均衡の処遇を及ぼすことはあり得るのではないかと考えます。

大阪医科薬科大学事件控訴審は、月給制と時間給制は合理的であると判断しましたが、同一労働

原則というのであれば、知識・技能、責任、負担、労働環境等の職務評価基準を分析に基づき年収換算するという ILO や厚労省の手法もあり得ると考えます。最後に、均等待遇原則の達成には、相違を設ける理由が明確にされることが不可欠です。この点で、説明と理解を求める労契法 4 条や、労働者の請求があれば待遇の相違の理由を説明しなければならないと定める短時間有期雇用労働者法 14 条 2 項が重要になってきます。このような手続的瑕疵も、場合によっては、「その他の事情」として評価される可能性もあると考えます。

ともかく、本件については本年 10 月に最高裁が判断を示すことになっており、賞与に関する最高裁の初の判断が待たれるところです。

2. 育休明けの非正規転換と合意の意義

——ジャパンビジネスラボ事件・東京高判令元・11・28

(労判 1215 号 5 頁)

—— 事案と判旨 ——

事実の概要

X は Y 社と期間の定めのない労働契約を締結し、外国語クラスを担当するコーチとして就労していたが、平成 25 年 1 月から産休・育休を取得した。Y は就業規則を改訂し、育休明けの従業員の就労形態について、正社員（フルタイム）・正社員（時短勤務）・契約社員（1 年契約、週 3～4 日勤務）の 3 つを定め、説明文書（本件書面）を作成した。本件書面には「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」等と記載されていた。Y 代表者である A は、X と面談して本件書面を交付し、就業規則の内容を説明した。

X は育休を 6 カ月延長したが、子を保育園に入園させるめどがつかなかったため、契約社員として職場復帰する意向を Y に伝え、同年 9 月 1 日、A らと面談した上、契約社員の「雇用契約書」（期間 1 年、週 3 日 4 時間勤務）に署名した（本件合意）。

X は復職した 8 日後に入園のめどがついたので 10 月から時短勤務の正社員として就労したい旨を申し出たが、A らは、すぐ正社員には戻せない、復帰の時期は未定である等と述べた。X は納得せず、労働局に相談に行く旨を告げると、A は「どんどん戻りにくい関係になっていくよ」等と述べた。その後、Y は X をクラス担当から外し、コーチ業務に就かせなくなった。

Xは上記の件について労働局に相談し、B組合に加入した。B組合とYはXの正社員復帰について団交を行ったが合意には至らなかった。27年5月、Xはマスコミ関係者にYとのトラブルに関する情報を録音データ（Xは復職直後から職場内の会話を録音していた）とともに提供し、これに基づくネットニュースが報道された。Aは無断録音や情報提供をやめるよう命じたが、Xはこれを拒否した。同年7月11日、AはXが会社のパソコンで私用メールを作成しているのを見てパソコン内を確認しようとしたところ、Xが録音を開始したため退出を命じ、引き続き自宅待機を命じた。

同年7月31日、YはXに雇止めを通知した（本件雇止め）。XはYに対し、正社員としての労働契約上の地位にあることの確認（予備的に契約社員としての地位確認）、未払賃金と慰謝料の支払い等を求めて提訴した。

提訴後、Xは代理人と共に記者会見を開き、育休明けに契約社員になるか退職するかの選択を迫られ、やむなく契約社員契約を締結したら雇止めされた、人格を否定された等の発言をした。これに対し、Yは慰謝料の支払いを求めて反訴を提起した。

一審（東京地判平成30・9・20 労判1195号28頁）は、①XY間の正社員契約は本件合意により解約され、契約社員契約が有効に成立した、②本件雇止めは相当性を欠く（契約社員としての地位確認請求を認容）、③YがXの正社員復帰に関して不誠実な交渉態度に終始したことは不法行為に当たる（慰謝料100万円）、④記者会見におけるXの各発言は不法行為に該当しない、との判断を下した。これに対して、X・Yの双方が控訴した。

【判旨】（Xの控訴棄却。Yの控訴一部認容）

1. 本件合意の効力と内容

(1) 「Xは、雇用形態として選択の対象とされていた中から正社員ではなく契約社員を選択し、Yとの間で本件協約書を取り交わし、契約社員として期間を1年更新する有期労働契約を締結したもの（本件合意）であるから、これにより、本件正社員契約を解約したものと認めるのが相当である」。

(2) ①本件合意の時点において、Xは子を預ける保育園が確保できておらず、正社員（時短勤務）に復帰しても職務遂行に支障が生じ、自己都合退職を余儀なくされるか、解雇または懲戒解雇をされるおそれがある状態にあった。また、本件合意の前に、XはYの制度について説明を受け、復職時の雇用形態を十分に検討する機会が与えられていた。

②「Yによる雇用形態の説明及び本件契約社員契約締結の際の説明の内容並びにその状況、Xが育児休業終了時に置かれていた状況、Xが自ら退職の意向を表明したものの、一転して契約社員としての復職を求めたという経緯等によれば、本件合意には、Xの自由な意思に基づいてしたものとするに足りる合理的な理由が客観的に存在するものといえる（最一小判平成26・10・23民集68巻8号1270頁〔広島中央保険生協事件最高裁判決〕参照）。したがって、本件合意は、均等法9条3項や育介法10条の『不利益な取扱い』には当た

らない……」。

2. 本件雇止めの適法性

(1) 「Yにおける契約社員制度は、育児休業明けの社員のみを対象とするものであり、……将来、正社員（週5日勤務）として稼働する環境が整い、本人が希望する場合には、正社員として期間の定めのない労働契約の再締結を想定しているものであるから、本件契約社員契約は、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……（労働契約法19条2号）」。

(2) Xは「Aの命令に反し……執務室における録音を繰り返した上、職務専念義務に反し、就業時間中に、多数回にわたり、業務用のメールアドレスを使用して、私的なメールのやり取りをし、Yをマタハラ企業であるとの印象を与えようとして、マスコミ等の外部の関係者らに対し、あえて事実とは異なる情報を提供し、Yの名誉、信用を毀損する恐れがある行為に及び、Yとの信頼関係を破壊する行為に終始しており、かつ反省の念を示しているものでもない」。「したがって、本件雇止めは、客観的に合理的な理由を有し、社会通念上相当である」。

（編集部注：X・Yの不法行為に関する判旨は省略する）

両角 それでは、フォローアップの2件目として、ジャパンビジネスラボ事件の高裁判決を取り上げます。去年のディアログでは、本件の一審判決がピックアップに取り上げられていました。

本件の原告XはY社の正社員であり、外国語のクラスなどを担当するコーチとして就労していましたが、妊娠・出産のため産休・育休を取得しました。Xの休業中にY社は就業規則を改訂し、育休明けの従業員の働き方として、①フルタイムの正社員、②短時間勤務の正社員、③週3～4日勤務の契約社員という3つの選択肢を設け、Xに説明しました。Xは育休を最大限延長しても子どもの保育園が決まらず、いろいろ迷った末に契約社員として復帰することを選び、Yの代表者らと面談の上、雇用期間を1年とする契約社員の契約書に署名しました。以下では、これを本件合意と呼びます。

Xは本件合意に基づいて契約社員として職場復帰しましたが、その8日後に、入園のめどがなかったので翌月から正社員に戻りたいと申し出ました。これに対してY側は、契約社員として働き始めたばかりだからしばらく様子を見よう、子どもが病気になっても働けるバックアップ体制を整

えない限り正社員には戻せない等と述べ、Xは納得できず労働局に相談したり、社外の組合に加入したりしました。また、Xは復職直後から職場の会話を無断で録音していたのですが、この録音データを含めてYとのトラブルについてマスコミに情報提供し、それに基づくネットニュースが報道されました。

ここでは細かい経緯は省略しますが、他にもいろいろなことがありまして、Yは初回の期間満了時にXに雇止めを通告し、Xは労働契約上の地位確認（主的には正社員として、予備的に契約社員としての地位確認）等を求めて訴えを提起しました。他方でYも、提訴後にXが開いた記者会見における発言が名誉棄損に当たる等として反訴を提起しています。

近年、妊娠・出産や育児休業に関連する様々な雇用上の不利益について裁判例が蓄積されつつありますが、本判決はその一事例として位置づけられます。本件の特徴は、産休・育休から復帰した労働者の非正規転換が問題となった点であり、転換にかかる合意の成否や解釈、均等法9条3項や育児・介護休業法（育介休法）上の不利益取扱禁止との関係など、新しい論点を含む事案として注目されます。

また、本件ではXに対する雇止めの相当性や、Yの不法行為、記者会見におけるXらの発言の不法行為該当性なども争われていますが、これらの点について一審と控訴審の判断はほぼ正反対で、控訴審ではXがほぼ全面的に敗訴しています。控訴審において、Yは、Xが入園のめどがついたとして正社員復帰を求めているが実際に保育園は決まっておらず、虚偽の事実を述べていたとの主張を追加しました。高裁はこれに沿った事実認定をしており、これによってXに対する心証が悪くなったのか、その辺りは分かりませんが、無断録音やマスコミへの情報提供、記者会見における発言など、Xの行為に対する評価が大きく変化しています。結論としては、本件雇止めは相当、Yの不法行為については慰謝料を5万円に減額する一方、Xの発言の一部が会社の名誉棄損に当たるとして慰謝料50万円の支払いを命じる判決となっています。

これらの点も興味深いのですが、時間の制約もあり、以下では主に育休明けの非正規転換について検討していきたいと思います。

それでは、判旨を見ていきますと、まず、Xが職場復帰にあたり契約社員の契約書に署名したことによってXY間に本件合意が成立し、それによって正社員契約は解約され、契約社員としての有期雇用契約が締結されたと判断されています（判旨1(1)）。続いて、判旨は、広島中央保険生活協同組合事件の最高裁判決（最一小判平26・10・23民集68巻8号1270頁。以下、広島事件判決という）を参照し、本件合意はXの自由な意思に基づくものと認められる、すなわち広島事件判決が示した枠組みにおける例外事由に当たるから、本件合意に基づく契約社員への転換は均等法や育介休法が禁止する不利益取扱いに当たらないと述べています（判旨1(2)②）。

本件合意の検討にあたり、高裁は一審よりはトーンダウンしているものの、契約社員制度がなければXは仕事を失っていた可能性があるから、契約社員への転換は必ずしも不利益ではなかったと考えているようです（判旨1(2)①）。この点は、昨年のディアローグで奥田先生も指摘されていたように妥当ではないと思います。

しかし、それ以前に理論的な前提として、本件は広島事件判決の枠組みを適用すべき事案なのかという問題があるように思われます。ご承知のように、広島事件は妊娠に伴う軽易業務転換を契機として行われた降格の適法性が争われた事案であり、最高裁は、このような降格は原則として均等法9条3項が禁止する不利益取扱いに当たるとし、その例外の一つとして労働者が自由な意思に基づいて降格に承諾したと認め得る場合を挙げました。

これに対して、本件で問題となったのは正社員から契約社員への転換です。このような雇用形態の転換は、降格や配転のように使用者が命じ得るものとは違って、常に労働者との合意を要しますから、有効な合意が認められない限り、正社員としての労働契約が存続します。そして、もし労働者との合意が有効に成立し、その合意に基づいて非正規に転換したと認め得る場合であれば、それ

は均等法や育介休法が禁止する不利益取扱いに当たらないと思うのです。

したがって、裁判所は、端的に本件合意の成否とその内容を検討すればよかったのではないのでしょうか。もっとも、非正規転換のように重大な不利益をもたらす合意の成否は、労働者が自由な意思に基づいて同意したと認めうるかを非常に慎重に判断すべきですから、結論としては、広島事件判決の枠組みで判断する場合と大きな違いはないかもしれません。

ちなみに、フーズシステムほか事件（東京地判平30・7・5 労判1200号48頁）は、育休明けの正社員の非正規転換の事案が、今申し上げたような考え方に基づいて判断されていて、こちらの方が妥当ではないかと思う次第です。

大分長くなったので、ここで一回切りましょうか。

山田 均等法9条3項の不利益取扱いを争うよりも、有期労働契約への変更の合意の問題について集中すればよかったという意見ですね。

両角 はい。

山田 9条3項の不利益を裁判所がどう考えているのか。特に一審はどうせ懲戒解雇されるか、自己都合退職になるのだから、有期契約になることは不利益ではないと判断をしているのですが、雇用が確保されればそれでいいのか、現に労働者は後に雇止めされているのですから、この場合の不利益は、無期正社員から有期労働者に変更されたことだと思います。

広島事件では特に妊娠という、心身の状況がかなりナイーブな時期に降格すると電話で言われ、流産を繰り返してはいけないと思い、「はい」と回答したという経過があります。本件でも、子どもの保育園を探している中で、やはり職場に迷惑をかけているという精神状況の中での合意というのは、通常の合意とは違う面があると思います。本件の合意について見ると、週5日勤務を週3日にするのは、労働日数の変更、短時間労働者への変更であって、そもそも有期労働契約にする必要は全くないのです。このように、不必要で不利益な合意は明確に均等法9条3項違反と考えられます。しかも、Yは、これを受け入れなければ、業

務委託にするか、契約社員になるかと、最初から他の選択肢を認めないような形で同意を求めているのですから。

言うまでもなく、労働条件を不利益に変更する合意は、きわめて慎重に判断される必要があります。

両角 おっしゃるように、妊娠婦や育休明けの労働者は使用者に対して非常に弱い立場にあるので、非正規転換のような場合、特に慎重に合意の成否を認定すべきだと思います。しかし、この後で申し上げようと思っていたのですが、本件の事情の下では何の合意も成立していなかったと見るのは難しく、その合意の解釈が問題なのではないでしょうか。

山田 はい。それは、保育園が見つかるまでの暫定的なもので、保育園が見つければ正社員に復帰することを内容とした合意です。

両角 少なくとも労働者のほうはそう考えていたということですよ。

山田 会社の規定では、本人が希望する場合には、正社員に戻れるとなっていましたよね。後で、会社の同意が必要とされますが、保育園が見つかったら会社は認めてくれると認識するのが普通です。ここで、有期労働契約への変更が有効であるとしても、この有期労働契約の性質が問題となります。これは、1年の有期労働契約であるけれども、保育園が見つければ、当然に正社員に復帰するという暫定的なものに過ぎないものです。停止条件付きという構成も不要だと考えます。

両角 本件合意の解釈にあたって、先生からのご指摘がありましたが、まず考えないといけないのは、この人の置かれていた状況です。育休明けに子どもを入れる保育園がないという、私も途方に暮れた経験がありますが、その人のせいではない、どうすることもできない事情で正社員として働けない状況に置かれて、やむを得ず契約社員に戻るという選択をしたということ。

それからもう一つは、育介休法の趣旨が、育児・介護を行う労働者の雇用継続を促進することにあるということです（同法1条）。そもそも育休明けの人を有期雇用に転換すること自体が、法の趣旨に反するのではないかということ

を、前回のディアログで野田先生が強くおっしゃっています。

山田 繰り返しますが、時間短縮ですから、有期契約にする必要は全くありません。

両角 そういうことを踏まえると、単純に、Xが正社員を退職して有期雇用の契約社員になったと本件合意を解釈すべきではないですね。

では、どう解釈すればいいのか。一審判決の解釈も参考にして整理してみると、3つ位の考え方があるように思います。

第一は、本件合意により正社員契約は解約されておらず、休職のような状態になっていて、それと並行して契約社員契約が締結されているという解釈です（石崎由紀子・判批ジュリ 1532 号 107 頁）。第二は、契約社員契約のうち期間を定めた部分は育介休法の趣旨に反するため、公序違反で無効となり、週3日勤務で期間の定めのない「契約社員」契約が成立するという考え方です。おそらく野田先生はこのようなご意見だと思います。それから第三に、本件合意により正社員契約は解約されて、期間の定めのある契約社員契約が締結されたけれども、それは普通の有期雇用契約ではないと考えることも可能です。つまり、原則として雇止めはしないし、将来的に条件が整ったときは正社員契約を再び締結することが予定されている、そういう特別な有期雇用契約が締結されたという解釈もあり得ると思います。

私自身は、本件合意の解釈としては、第三の考え方が妥当ではないかと思っています。なぜかというと、Y社の就業規則には正社員契約を維持したまま勤務時間を短縮する制度が定められており、Xにはそれを選択する権利がありました。実際には、保育園が決まらないので選べなかったわけですが。つまりY社は、育介休法上の義務である短時間勤務制度を設けていて、契約社員制度はプラスアルファのオプションでした。そのような場合に、有期雇用のオプションを作ること自体が育介休法の趣旨や公序に反するとまでは言えない気がします。正社員のまま短時間勤務という選択肢が保障されていなかったら、そういう解釈は十分あり得ると思うのですが。

そのように考えて、本件合意により特別な有期

雇用契約が締結されたと解釈する場合、この「契約社員」は更新について特に高度の合理的期待を有し、雇止めに関しては正社員に近いレベルで保護されるべきでしょう。また、「契約社員」が正社員として働ける状況になって正社員に戻りたいと申し出たときに、当然に正社員契約が再締結されるわけではないですが、使用者が合理的な理由もなく再締結に応じない場合は、少なくとも不法行為が成立すると思います。

山田 第一の二重契約論というのは興味がありますが、同一労働者が無期・有期両方の労働契約が併存しているというのは技巧的すぎる感が否めません。私もどちらかという第二の議論に与するものですが、これが認められない場合、第三の見解を支持します。ただ、少し違うのは、保育園が見つければ、無期契約となる有期労働契約を締結したということです。

また、Xは社会人向けのコース担当なので、土日と夜がメインなので、両親や夫が子どもの面倒をみてくれるとの事情もあったようです。

両角 Yは、それでは足りず、子どもが病気になった時に休むなら正社員に戻せないというようなことを言っていますよね。こういう対応は、明らかに育介休法の趣旨に反しています。

他方、会社が作った説明文書には「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」とありますが、子どもが小学校に入るまで契約社員、子が就学したら正社員に戻るという例が示されているんですね。そうすると、契約社員契約は正社員への復帰を見込んだものですが、保育園に入れたら直ちに翌月からでも正社員に戻す趣旨であったかは多少疑問に思います。会社は、いますぐは正社員に戻せない、数カ月様子を見てから話をしましょうと言っているのですが、そのこと自体は必ずしも不当ではないような気がします。

山田 あくまで正社員と別の契約なのだから、改めて正社員復帰に関する使用者の合意が必要と考えるのか、いや、もともとそれはあくまで一時的・暫定的な措置なのだから、特段の合意は不要と考えるのか。

両角 仮に「契約社員」を暫定的措置と考える場合、試用期間ではないんですけど、それに似た

感じで、この場合の期間は契約の存続する期間を定めたものではなく、期間の定めのない労働契約に付着したものと解釈することも考えられるでしょうか。

山田 まさに神戸弘陵学園事件最高裁判決（最三小判平2・6・5労判564号7頁）の有期労働契約の解釈ですね。

つまり、有期労働契約の意思解釈から、使用者の合意を経ないで正社員に復帰できるというものです。

両角 そういう解釈も、理論的にはありえますよね。本件事実に照らして、期間の定めをそういうものとして解釈するのが合理的かどうかですよね。

有期雇用という認識が当事者間でも明確でなかったというような事情があれば、そういう解釈ができそうです。ただ、本件の場合、就業規則の規定があり、契約書にも期間の定めが明確に記載され、署名する前に正社員に戻るにはYとの合意を要するという説明を受けたという事実認定もあるので、将来に正社員への復帰が見込まれているとしても、それだけで期間の定めを試用期間的に解釈するのはやや強引にも思えるのですが。

ああ、でも、もしかしたら、育介休法の趣旨から規範的にそういう解釈を導ける場合があるかもしれませんね。正社員が育休明けに「契約社員」として復帰した場合、育介休法の趣旨から、その期間の定めは原則として契約期間ではなく、正社員復帰に向けた調整期間だと解釈すべきだと。

山田 契約形式は有期雇用であっても、有期契約締結の経緯等から、実質的には無期契約と変わらないものと見ることはあるのではないのでしょうか。神戸弘陵学園事件では、試用期間の満了時に特に問題がなければ正職員になるのですが、本件も同様に考えられるということですね。

両角 そういう解釈を取る場合、いつでも正社員として働ける条件が客観的に整ったときに、本人が希望すれば当然に正社員に戻ることにしますか。

山田 有期労働者への転換の合意があったとしても、こちらの理屈のほうが無理がないと考えま

すが。

両角 期間1年が経過した時点で、週5日働ける状態であれば正社員になるという解釈もあり得るような気がします。

いずれにせよ、その構成にはたしかにメリットがありますが、本件の事実認定を前提とすると、契約解釈としてやや強引な感じもします。当事者が「期間1年」と明示した契約社員契約を締結した時に、会社が育介休法の基準を満たした上で、それを上回るオプションとして契約社員制度を設けていた場合でも、それは原則として調整期間付きの無期労働契約だと解釈すべきでしょうか。その点は、線引きが必要な気もするのですが。

山田 契約社員のオプションの内容および対応に問題がなかったとは言えないと考えます。それに、これは配慮義務の問題で、使用者が法律上の義務を果たしたとしても、保育園が見つからない等により就労できない場合には、就労にどう配慮するかが問題になるとおもいます。

両角 育休明けに保育所に入れないのは、基本的に親の責任ではないので、使用者の配慮が求められることについては、私も全くその通りだと思います。ただ、配慮の必要性からそういう契約解釈を導けるかという点、やはりためらいを感じてしまいます。

山田 それから、雇止めと不法行為に関してですが、保育園が決まりましたと虚偽のことを言うのはよくないのは当然としても、私も娘二人をゼロ歳児から9年間保育園に預けた経験があるので、正社員のままで復職したい一心で、保育園がもう決まったと言ってしまう気もちは理解できない訳でもないのです。控訴審判決は、だまして早く正社員に復職したいから虚偽のことを言ったと評価していますが、やむにやまれない面もあったのかなという気もします。

それから、先ほどの広島事件は、妊娠に伴う業務軽減措置（労基法65条3項）の事案ですから、従来の院内外業務を院内業務に軽減している事案です。降格は駄目でしょうが、業務内容に変化があれば、賃金を減額することが可能であるかが問題となります。広島事件は、妊娠に伴う業務軽減措置の事案であり、それほど普遍的な規範ではな

いと思います。

両角 産休や育休を取った労働者に対する、解雇とか、降格とか、昇給させないとか、いろんなタイプの不利益があり、最近は様々な裁判例が蓄積されてきている状況にありますが、少し理論的な混乱が見られるように思います。広島判決の射程がどこまで及ぶのか、均等法や育介休法の不利益取扱禁止がどのように適用されるのかを整理しないといけないですね。それはまさに研究者の仕

事なのだろうと思います。

山田 事案ごとに類型化して、考察する必要がありますね。

両角 はい。それに加えて、妊娠・出産に関連する不利益取扱いと育児に関連する不利益取扱いは、密接に関連していますけれど、理論的に全く同じように考えていいのかという問題もあるような気がします。

ピックアップ

1. 健康に対する危険と安全配慮義務

——狩野ジャパン事件・長崎地裁大村支判令元・9・26（労経連2402号3頁）

— 事案と判旨 —

事実の概要

Xは、平成24年5月頃にY社と期間の定めのない労働契約を締結し、Y社の製麺工場においてミキサーに小麦粉を手で投入する作業に従事した。同27年6月から退職するまでの約2年間、Xはほぼ毎月100時間を超える時間外労働を行った。Xは退職する10日ほど前に医療機関を受診したところ、肺の機能の一部が悪くなっているが、じん肺ではなく、Yにおける作業が原因であるとは断定できない旨の診断を受けた。退職後、Xは、Y社に対して未払割増賃金と付加金、慰謝料の支払いを求めて訴えを起した。

【判旨】（請求一部認容）

1. 「Yは、Xに対し、従事させる業務を定めてこれを管理するに際し、業務の遂行に伴う疲労や心理的負荷等が過度に蓄積してXの心身の健康を損なうことがないように注意すべき義務があった」。
2. 平成27年6月1日からXの退職日である同29年6月30日までの間に、①Xは2カ月を除いて月100時間以上の時間外労働を行ったこと、②この間、Yは適法な36協定を締結していなかったこと、③Xの労働状況について注意を払い、改善指導を行うなどの措置を講じなかったことが認められ、Yには安全配慮義務違反があったといえる。「Yは、Xに対し、不法行為に基づいて、安全配慮義務違反により生じた損害を賠償すべき義務がある」。
3. 「結果的にXが具体的な疾患を発症するに至らなかった

としても、Yは、安全配慮義務を怠り、2年余にわたり、Xを心身の不調をきたす危険があるような長時間労働に従事させたのであるから、Xの人格的利益を侵害したものと見える」。「Yの安全配慮義務違反による人格的利益の侵害によりXが精神的苦痛を受けたであろうことは容易に推察されるところ、本件に現れた諸般の事情を考慮すると、上記精神的苦痛に対する慰謝料は、30万円をもって相当と認める」。

両角 それでは、ピックアップの1件目として、狩野ジャパン事件を取り上げます。原告Xは、約2年間にわたり、Y社の工場ではほぼ毎月100時間を超える長時間労働に従事しました。この間、会社は適法な36協定を締結しておらず、Xの労働時間について改善指導をすることもありませんでした。XはYを退職した後に、未払割増賃金と付加金、それから慰謝料の支払いを求めて提訴しました。判決はXの請求をいずれも認めています。ここでは慰謝料請求に関する部分だけを取り上げたいと思います。

Xは退職直前に医療機関を受診しましたが、若干体調不良があったものの、仕事によるものではないと診断されました。しかし、本判決は、Y社は安全配慮義務に違反して心身の不調を来す危険がある長時間労働にXに従事させることにより、Xの人格的利益を侵害したとして不法行為の成立を認め、慰謝料30万円の支払いを命じました。

長時間労働に従事した労働者が脳心臓疾患やう

つ病を発症した場合、あるいはそれらの病気によって死亡した場合における使用者の損害賠償責任については、既に判例法理が形成され、研究も発達しています。これに対して、本判決は、労働者が具体的疾患を発症する前の段階で使用者の損害賠償責任を認めた点が新しく、安全配慮義務に基づく予防的な司法救済の可能性を示した点が注目されます。

判決の中身を見ますと、不法行為の各要件について明確に述べられていないところもありますが、被侵害利益である「人格的利益」の内容としては、労働者が健康的な環境や条件で働く利益のようなものが想定されているのではないかと思います。そして、労働者の心身の健康が危険にさらされたこと自体が使用者の安全配慮義務違反によって生じた損害であり、それは割増賃金の支払い等によって補填されないと考えているのではないかと思います。

このような判断をしたのは本件が最初かと思いますが、調べてみると、似た裁判例がありました（無洲事件・東京地判平28・5・30 労判1149号72頁）。事実関係も本件と近く、36協定を締結せず1年にわたり毎月80時間を超える時間外労働に従事させたというケースで、医学的な疾患は発症していませんが、使用者の安全配慮義務違反と不法行為の成立を認め、慰謝料の支払いを命じています。

私は、本判決の考え方に基本的に賛成です。もちろん事後的な損害賠償も大事ですが、労働者が重大な病気になったり亡くなったりしてからでは取り返しがつかないことが多く、そうなる前に救済できるような法制度を作ること、法解釈のレベルでもそういう努力をすることが重要だと思います。

ただ、本判決が示した法理の射程がどこまで及ぶのかという問題はあります。本件は、使用者が非常に悪質というか、100時間を超える長時間労働を毎月させているのに、36協定もなく割増賃金も支払っていない事案でした。そういうケースだから賠償責任が認められるのか、それとも本判決の射程はもっと広がりうるのかを議論する必要があります。もし限定的に解するとした

ら、例えば、今回の労基法改正で入った絶対的な時間外労働時間の上限（単月100時間、複数月平均80時間〔労基法36条6項2号・3号〕）や過労死基準を超えとか、36協定を締結していないとか、使用者の重過失が認められるような場合に不法行為の成立を認めることになりそうです。

しかし、私自身は、そういうケースに限定する必要はないと思っています。労基法違反等がなくても、恒常的に長時間労働に従事させられたことにより、労働者の健康が危険にさらされた場合や生活の質が著しく低下した場合、例えば慢性的な疲労や体調不良とか、家族と過ごす時間が全然ないとか、あるいは育児や介護に支障を来したような場合にも、使用者の損害賠償責任を認める可能性はあるような気がします。安全配慮義務違反よりも、生活配慮義務違反というほうが適切な場合もありそうですが。

このことは、特に育児や介護をしている労働者について問題になり得ると思っています。最近、東京地裁がまさにそういう判決を出しました（アクサ生命保険事件・東京地判令2・6・10判例集未搭載）。この事件は、育児のための短時間勤務措置の適用を事実上受けていた労働者を、毎月30時間から50時間の時間外労働に従事させていたケースで、裁判所は使用者の安全配慮義務違反を認め、債務不履行責任に基づく慰謝料（10万円）の支払いを命じています。月30時間から50時間というのは、労基法上は36協定があれば問題なく命じ得る範囲ですが、原告が育児のための短時間勤務措置の適用を受けていたことを考慮したのではないかと思います。

山田 本件は、健康配慮義務の事案ですが、この概念を広げていけば、ご指摘にあった労契法3条3項の仕事と生活との調和（ワークライフバランス）の理念が加味され、例えば長時間労働のために家庭生活に支障を来した場合にも拡張適用もあり得ると思いました。いささか先走りですが、本判決の射程として、生命・身体・健康といった安全配慮義務だけではなくて、個人の私生活に支障をきたすような働かせ方に対する法理の構築ですね。

先ほど言及されたアクサ生命保険事件では、約

1年にわたり36協定の締結なしに、心身の不調をきたす可能性がある1カ月あたり30時間から50時間に及ぶ長時間労働を放置したことが安全配慮義務違反と認定されています。同事件当時の原告の給与を見ると、本俸8万円、職務手当2万円、評価手当2万5000円、インセンティブ2万円の合計14万5000円となっており、もう一つの無州事件も最賃ギリギリのケースです。これは推測ですが、現実には労災が発生していないのに訴訟提起したのは、低賃金で長時間労働させられたという思いからなのではないでしょうか。まさに、低賃金・長時間労働のパターンでしょうか。

両角 なるほど、そうかもしれません。狩野ジャパン事件も低賃金で割増賃金が支払われていませんでした。

山田 この事件では、安全配慮義務だけでなく、退職回避義務という問題も出てくるかもしれません。これはご承知のように、エフピコ事件（水戸地下妻支判平11・6・15労判763号7頁）において、退職強要に応じない労働者に草むしり等の雑用のみに従事させたことが、「労働者がその意に反して退職することがないように職場環境を整備すべき義務」に違反したとして、賃金5カ月分、慰謝料50万～100万円が認容されています（控訴審では一審判決、最高裁で和解）。このほか、京都セクハラ（呉服会社）事件（京都地判平9・4・17労判716号49頁）や、仙台セクハラ（自動車販売会社）事件（仙台地判平13・3・26労判808号13頁）でも、退職回避義務違反が認められています。いずれも、女性用の更衣室・トイレでの秘密撮影に関する事案ですが、性的危険の防止という、広い意味での安全配慮義務事案と言えなくもありません。

本件でも、長時間労働の連続から生じる身体への客観的な危険により、退職に追いやられる場合には、退職回避義務違反を構成するか否かが検討されるべきでしょう。その場合には、慰謝料のみならず、一定の賃金請求が認容されるかも問題となるでしょう。

それから、本件のような事案において安全配慮義務違反を構成するためには、ご指摘の悪質な場合に限定されるかです。36協定が締結されてい

ない状態での長時間労働が悪質か否かということですが、連合の調査によれば、36協定の締結率は51%と、全体の半分ほどだそうです。協定未締結の利用者も、半分は36協定を締結していないのだから、自分は「悪質」ではないというかもしれません。これは冗談ですが、やはり法的評価としての悪質ということでしょうけど。36協定未締結は、基本的には国が使用者に課した公法上の義務違反ですから、必ずしも悪質性の問題ではないと思います。上記の3件とも健康配慮義務違反の事案ですから、長時間労働させた事実のみで義務違反と考えるべきです。

それから、安全配慮義務違反の効果としては、あくまで事後的な損害賠償による救済がメインです。しかし、労災もセクハラも予防が一番ですから、予防的な措置を取るような安全配慮義務の議論、つまり履行請求の問題です。長時間労働にさらされる労働者が、健康なままに職場にとどまれる権利の構築です。

もう一つ、安全配慮義務万能論、すなわち何でも安全配慮義務で議論するのはやめたほうがいいと思います。例えばいじめ自殺も安全配慮義務で処理されています。川崎市水道局事件（横浜地川崎支判平14・6・27労判833号61頁）が典型ですが、いじめを受けることは安全配慮義務というよりは、人格権保護です。亡くなったから安全配慮義務で処理されているわけですが、自殺する前のいじめは人格権保護の問題です。

両角 使用者の悪質性や強行法規違反が決定的な要素ではないとすると、本判決が示した法理の射程はかなり広がり得ることになりますね。

山田 長時間労働により、家庭生活に支障が生じるようなケースも含まれます。長時間労働の問題を安全配慮に限定する必要はない。それは、長時間労働者により失われるものは、まず労働者の生命・身体・健康、それにとどまらないはずです。労働者の健康だけではなく、本人の余暇とかワークライフバランスの問題もありますよね。それから家族の生活にも当然、影響してくるわけですから。

悪質ということは、健康配慮義務違反の成立要件ではなく、損害賠償額に反映するものではない

でしょうか。36 協定を結んでいるかどうかというのが、悪質性の要素にはなるけれども。

両角 たしかに、労基法違反は使用者の過失の有無や程度を判断する際に一つの考慮要素になりますが、決定的なものではないですね。労基法を守っていれば健康配慮義務や生活配慮義務に違反しないわけではないですから。

山田 どのぐらいの長時間労働なら健康配慮義務違反と言えるかですが、過労死基準の1カ月80時間以上というのもあるでしょうが、アクサ生命保険事件では、月間30～50時間で安全配慮義務が認められています。しかし、その分、慰謝料額の認定は低くなっています。

両角 その辺りは個別具体的に判断するしかないのですが、一般的に言えば、著しい長時間労働で健康が深刻な危険にさらされた場合に比べると、金額が低くなるのはやむを得ないような気がします。

山田 アクサ生命保険事件では、パワハラも絡んでいますよね。だから、複合的にパワハラがあったり、事情があったりすると、やっぱり悪質性という言葉は出てきますよね。単に労働時間だけではなくて、いろんな他の要素も併せて、安全配慮義務とか職場環境を侵害するような評価がされれば、労働時間プラス他の要素で、不法行為が成立し得ると思いますけどね。

両角 そうですね。要するに、心身の健康を損なう危険があるような状態に労働者を置いたかという判断の中で、長時間労働も一つの重要な要素だということですね。

ところで、本件からは少し離れるのですが、2017年のディアロークで、東日本大震災の時にフランス人の労働者が日本は危ないからと職務を放棄して帰国してしまったという事件（NHK〔フランス語担当者〕事件・東京地判平27・11・16労判1134号57頁）が取り上げられ、労働者が自分の生命や健康が危険にさらされる状況になったときに労務提供を拒否する権利を認めるような議論はできないかという問題提起がされていました。たしかに、労災の予防という観点からは、本件のような損害賠償請求や安全配慮義務の履行請求などの方法も考えられますが、深刻な危険がある場合

は働かないのが一番ですね。

山田 それは、かつての日韓関係の緊張状態の下で、海底線敷設のための出港拒否が正当とされた千代田丸事件最高裁判決（最三小判昭43・12・24時報542号31頁）と重なります。ハラスメントでも出てくる議論です。ひどいセクハラとかパワハラを受けているのに、いくら申し出ても会社使用者が回避措置を取ってくれないので、危険を回避するための労務拒絶権と賃金請求権（民法536条2項）が肯定されるか否かです。

両角 休んだことで懲戒や解雇をされる可能性もありますね。野田先生が紹介されていたのですが、フランスには労務提供拒絶権を認める契約理論があるようです。日本で議論する場合は立法論になるのかもしれませんが。

山田 話がそれて恐縮ですが、日本では、宿泊を伴う出張で、宿泊ホテルでの食中毒・火事や風呂場での転倒事故等は原則的に業務災害ですが、さらに食事と同様に、恋愛も人生の一部であるから、出張中のアバンチュール中での死亡事故も労災と認めたフランスの裁判所の判断が最近話題を呼んでいます。日仏の法文化の差異かもしれませんが、千代田丸事件判決のように、立法化しなくとも、安全配慮義務の一部として、使用者の危険防止義務が認められれば、その反射効として労務提供拒絶権が認められるのではないのでしょうか。

ともかく本件についても、不法行為あるいは債務不履行に基づく損害賠償の問題だけではなくて、労務提供拒絶権との関係でも議論を深める必要が再確認できました。

両角 なかなかフランスのようにはいかないかもしれませんが（笑）。でも、この問題は起きてしまった後では取り返しのつかないことが多いですから。もちろん、事後的な救済も重要ですけど。

山田 安全配慮義務の予防的側面ですよ。予防的側面をもっと検討する必要があります。

両角 はい。おっしゃる通りだと思います。

山田 本件は小さな事件のようで、結構大きな意味を持った事件ですね。最後に、先ほど、両角先生からご紹介がありました無洲事件では、やはり36協定締結なしに、約1年間月80時間の残業

に従事させたことが安全配慮義務違反に問われています。このほか、慰謝料の額を見ると、無洲事件と本件が各30万円、アクサ生命保険事件が10万円となっています。たった3件の裁判例ですが、月間残業時間30～50時間で慰謝料が10万円、過労死ラインの80時間で慰謝料30万円が「相場」のようです。決して多い額ではありませんが、これは、労災被害が顕在化していない安全配慮義務違反の「未遂」みたいな取扱いでしょうか。しかし、一步間違えれば、過労死しかねない状況に労働者を放置したことは、労働者の人格権ないし職場環境配慮義務と捉えれば、慰謝料額にも影響するのではないかと考えます。

2. 無効となった計画年休協定の効力

——シェンコーボレーション事件・東京高判令元・10・9
(労判1213号5頁)

— 事案と判旨 —

事実の概要

イギリス人である控訴人Xは、平成27年3月、被控訴人Yが経営する英会話スクールの講師として、1年の有期労働契約を締結して勤務してきた。Yの就業規則によれば、勤続6カ月に達した講師には年間20日の年休が付与され、そのうち5日を超える日数については計画年休とされていた。しかし、Xが所属する外国人講師労働組合から、計画年休協定(労基法39条6項)が締結されていないと指摘されたため、平成28年10月、Yは、複数校をまとめたエリアごとの代表者を講師のなかから選出し、これらの者との間で、有給休暇20日のうち15日を計画年休とすることが合意された。

その後、Xは、1回の更新の後、同29年3月に雇止めされた(以下、本件雇止め)が、Yによれば、その理由は、Xの14日間の無断欠勤および勤務態度不良というものであった。これに対し、Xは、14日間の欠勤は適法な年次有給休暇の取得であり無断欠勤には該当しないこと、雇止めはXの組合活動を理由とするものであるとして、本件雇止めは効力を有しないとして提訴した。

第一審(東京地判平31・3・1労判1213号12頁)は、まず、本件有期労働契約が労基法19条2号に該当するかについては、Xが講師として再任されると期待することの合理的期待の程度が高いということができないから、これを踏まえて本件再任拒否の可否について判断するとした。

次に、平成28年の講師代表との合意は労基法所定の要件を充足していないから、有効な計画年休協定には該当しないとした上で、労基法を上回る会社年休については、使用者の

承認によってはじめて休暇として成立するものであり、Yが承認しなかった14日間は無断欠勤に該当するとして、勤務成績不良を含め、本件雇止めの効力を肯定した。

【判旨】(控訴認容)

(1) 本件計画年休「協定」の効力

「平成28年10月までにそのような労使協定【計画年休協定】が結ばれたことはないと認められる。また、同月に結ばれた10月労使協定(略)についても、労働者側の講師代表3名は講師以外の従業員の代表ではなかった上、事業場である学校ごとに結ばれたものではなく、複数校をまとめたエリアごとの代表であったから(略)、事業場の労働者の過半数を代表する者(労働基準法39条6項)に当たるとはいえず、したがって、労働基準法39条6項の要件を満たす労使協定とはいえない。そうすると、Xに与えられた法定年次有給休暇について、その時季をYが指定することはできず、Xを含む従業員が自由にその時季を指定することができたというべきである」。

(2) 会社年休の時季指定権者

「法定年次有給休暇の日数を超える部分である会社有給休暇(平成27年9月1日からの1年間については10日、平成28年9月1日からの1年間については9日である。)については、労働基準法の規律を受けるものではないから、Yがその時季を指定するものとするのが許されるところである」。

「Yがその就業規則において定める計画的有給休暇制度においては、法定年次有給休暇と会社有給休暇とを区別することなく、年間の有給休暇20日のうち、15日分について、Yがその時季を指定することができる」とされているところ、

—— Yが時季を指定することができるのは会社有給休暇に限られ、法定年次有給休暇については、時季を指定することはできない。そして、Yは、法定年次有給休暇と会社年次有給休暇を区別することなく15日を指定しており、そのうちのどの日が会社有給休暇に関する指定であるかを特定することはできない。したがって、上記の指定は、全体として無効というほかなく、年間20日の有給休暇の全てについて、Xがその時季を自由に指定することができるというべきである」。

「Yが指定した日のうちの14日については、Yが就労を免除したものであるから、理由のない欠勤とみることはできず、「Xが有給休暇として取得した休暇について、正当な理由のない欠勤であったと認めることはできない」。

(3) 本件雇止めの効力

「本件雇止めは、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であるとは認められないといわざるを得ない」。

山田 本件は、労基法39条6項の要件を充足しない違法な計画年休の事案ですが、不適法な計画年休協定における時季指定権の帰属が問題となっています。労基法を上回る法定外年休である会

社年休において、これが特に問題となります。

本件では、被控訴人Y社は、就業規則において、採用後半年の講師に20日の年休を付与し、15日は計画年休、5日は自由年休というシステムを取っていました。もっとも、この15日間の計画年休取得の時季については、「講師カレンダーに示される」と規定されるように、一斉ではなく、講師ごとの計画年休となっていたようです。ところが、Xが所属する外国人労働組合から、計画年休協定が結ばれていないとの指摘を受けて、学校のあるエリアごとに、講師が代表となって、計画年休協定が締結されたとのことですが、会社が各事業所・学校に送付した書面には、架空の従業員代表者の氏名が記載されていたものであり、手続面でも適法な協定が締結されたものであるかは相当疑わしいところです。もっとも、実質的要件についても、事業場単位での協定ではなかったし、過半数従業員代表の選出手続（労基則6条の2）にも抵触し、計画年休協定が違法無効であることに疑いありません。問題は、計画年休協定が無効になった後がどうなるかです。

細かい話で恐縮ですが、Y就業規則によれば、入社半年の平成27年9月から年20日の年休が付与されますから、同月以降の2年間で40日、これを細分化すると、法定年休が21日、会社年休が19日となります。そして、Xは、同月から平成29年2月2日までに、自由年休35日、計画年休14日の合計49日の年休を時季指定しています。すなわち、本来Xの法定年休は21日にもかかわらず、自由年休35日を取得していますので、この差である14日が無断欠勤という評価を一審はしております。

そして、一審判決は、計画年休協定が無効となったとしても、会社年休については使用者に時季指定権が留保されているから、上述の算定どおり、14日を無断欠勤と評価し、本件雇止めを有効と判断しています。これに対し本判決は、計画年休協定が無効とされた場合でも、会社年休については使用者が時季指定することは可能であると、ここまでは一審と同一の判断です。しかし、本判決は、法定年休と会社年休とが明確に区別されていない以上、すべて労働者に時季指定権があ

ると結論しています。したがって、本判決の論理によれば、法定年休と会社年休とが明確に区別されてさえいれば、会社年休分無断欠勤となる点で一審判決の結論と変わらないことになります。

そうすると、本判決によれば、この14日間の欠務は無断欠勤ではないことになりますが、この14日間を就労が免除された日としています。

したがって、本件では、法定年休と会社年休の峻別いかんが結論を分けたということです。分けていれば問題なかったのが、分けていなかったから、すべての年休につき、労働者の時季指定権が認められるというロジックが高裁の考え方です。

両角 山田先生は控訴審の考え方が正しいとお思いになりますか。

山田 後述しますように、会社年休に対する時季変更権帰属の問題には異論がありますが、そうならざるを得ない。

両角 私は、この問題を考えていたら頭が混乱してきて困ったのですが、結局、一審判決の方が適切ではないかと思いました。

というのは、もともと会社が作っていた制度では、就業規則で付与している20日のうち5日が自由年休、あとの15日は会社が指定した日で、その15日間の中に法定年休の一部と法定外の会社年休が混在していたわけですね。

しかし、本件では有効な計画年休協定が締結されていないため、労基法39条5項の原則が適用され、法定年休（1年目は10日間）を労働者の指定する時季に与えなくてはならない。すると、本件の制度は労基法違反ですから、就業規則の自由年休を5日とする部分が無効となり、労働契約が直律効により修正されて自由年休は10日に増える。就業規則で付与された20日のうち残りの10日は法定外なので、その部分については会社の時季指定は有効です。しかし、実際には会社が指定した15日の中でどの10日が年休か特定できないので、15日間全部を会社年休と解釈せざるを得ない。だから結局、修正後は自由年休が5日間増えて、年休が合計25日になるのかなと思ったのです。

そうすると、Xが時季指定できる自由年休は1年目が10日、2年目は11日で計21日ですが、

会社指定の日以外に35日休んでいるので、14日間は無断欠勤になると思うのですが、いかがでしょうか。控訴審の、法定年休と会社年休を判別できないから会社の時季指定が全部無効になるという考え方が、私はよく理解できないのです。

山田 どの部分が無効になり得るかの相違です。先生の基本的なお考えは、就業規則17条但書の「5日を超える有給休暇（15日間）」の部分のみが無効ということでしょうか。自由年休5日という労基法の最低限の要求である自由年休を10日以上付与すればよい、このため、計画年休が違法無効とされた場合、5日であった自由年休を10日とすることにより、まず労基法39条1項・5項の要件をクリアしておき、次に計画年休とされた15日は法定外年休とすればよいということですね。

しかし、計画年休協定自体が適法に成立していなかった以上、「5日を超える」という17条但書の一部ではなく、控訴審のように、就業規則を定める同条但書全体が無効と考えるべきではないでしょうか。

また、法的には、労基法の規制対象となる法定年休と、それを上回る年休であり、かつ労基法の規制を受けないはずの会社年休とは、区別されて規定されるべきですね。ところが、本件のように、実際にはほとんど、両者を区別して規定することはない。このため、今日取得する年休がどちらかを意識することはない。本件がその典型ですが、この法と実務の乖離が年休トラブルの一因となっている。

会社年休は法定年休とは法的に区別されるものですが、就業規則等で両者が明確に区別されて規定されていない限りは、法定年休と同じように扱うべきではないかと。

両角 それは、会社が法定年休と会社年休を明確に区別して与えていない以上、全体に労基法の規制を適用すべきだというお考えでしょうか。

山田 法定年休の時季指定は労働者しかできませんし、許可制も駄目だし、利用目的も限定できません。これに対し、会社年休は許可制にもできるし、時季指定も会社ができるし、また利用目的を制限できます。

両者を分けてなければ、それは法内年休として扱うというのが、一種の意思解釈としてやるべきだと思います。立法の趣旨からすれば、使用者が法定年休の時季指定をしたいのであれば、計画年休を設ければいいのではないかと。許可制で、利用目的も制限して、時季指定も会社ができる、というのは果たして年休といえるのでしょうか。

例えば、年休権に関する最高裁のリーディングケースである白石宮林署事件（最二小判昭48・3・2時報694号3頁）は、労基法の年休最低付与日数が6日の時代の事案ですが、法定・法外年休が13日付与されていた（もちろん峻別されていません）と思いますが、最高裁は、法定・法外年休を区別することなく、時季指定権だけでなく、許可制の不要、利用目的の自由を説いているのです。

区別していない場合にも、法定を上回る年休は会社年休であり、法定年休とは言えないのは当然です。しかし、年休権の基本である許可制、利用目的あるいは時季指定権のない年休は、単なる特別休暇の一種ではないかという、日頃の私の疑問です。

両角 私は、その点については少し考えが違います。年休も他の労働条件と同じく、労基法など強行法規や公序に違反しない限り、労働契約で自由に定めていいのが基本だと思うからです。

そして、法定年休と会社年休を区別する意味ですが、これは、さっき出てきた割増賃金の場合とは違うと思うのです。割増賃金の場合は、賃金の中で「通常の労働時間の賃金」と「割増賃金」を区別できないと、労基法の定める額を下回らない割増賃金が払われているかを確認できないから、判別可能性が要件とされるわけです。これに対して、年休の場合は、法定年休と会社年休が明確に区別されていなくても、要するに使用者が法定基準を下回らない日数の自由年休を付与していれば、労基法の定める年休を与えていることが確認できるのではないのでしょうか。そこが確認できれば、あとは労働契約に委ねてよいのではないかと思います。

山田 もちろん、会社年休には労基法の規制が及びませんから、会社年休を許可制にしても同法違反ではありません。しかし、そのことと、会社

年休の私法上の解釈とは別に考えられないでしょうか。使用者が、「年休」として会社年休を付与しており、かつ法定年休と区別していない場合には、就業規則等の合理的意思表示として、法定年休と同様に取扱うと解することはできないでしょうか。

両角 先ほどの繰り返しになりますが、例えば、計画年休協定が締結されていない場合に、就業規則で特に区別せず20日間の年休を付与し、そのうち5日間は会社が決めた日に与える、残りの15日は自由年休という制度を定めているとします。そして、ある労働者の法定年休が10日だったら、自由年休15日の中には法定年休10日と会社年休5日が混在していて判別できないけれど、労基法には違反しないですよね。そうである以上、5日間について会社の時季指定を無効とし、20日全部について労働者が時季指定できるという解釈をする必要はないのではないのでしょうか。

山田 その場合でも、会社年休の具体的取得日が特定されていることが必要ですね。

単に会社年休の日数が決められているだけで、いざ労働者が年休を取得しようとしたら、実はその日は会社年休に当たるので、駄目ですというのは許されませんね。やはり、会社年休としての効力が認められるためには、前もって特定する必要があるのでは。

労基法というのは、あくまで法内年休だけを規制するという考えですよね。

両角 はい、そうです。

山田 労基法の解釈としては、全くそのとおりです。しかし、会社年休も「年休」である以上、あくまで法内年休と区別されて規定されていない場合には、その中核的な権利である許可の有無、利用目的制限あるいは時季指定については法内年休と同様にするという意思表示（労基法違反ではなく）は不可能でしょうか。これが、おそらく実務上の取扱いでしょうし、使用者は会社年休を別個に取り扱うことは、計画年休協定を締結したり、法定年休と別個に取り扱う規定を置きさえすればよいのですから、使用者が別個の取扱いをしない場合には、以上の解釈ができるのではないで

しょうか。

両角 やはり私は、労基法に違反していないにもかかわらず、法定外年休についてそのように就業規則等を解釈するのは、少し無理があるような気がします。

おそらく、先生がそうお考えになる根拠の一つは、実際の年休取得に当たって法定年休と法定外年休が区別されないという点にあるのだと思います。たしかに、例えば7月29日に労働者が年休を取るとき、それが法定年休か会社年休かを特定しないのが普通だろうと思います。ただ、その場合にも一定の区別は可能だと思うのです。例えば、就業規則で20日の年休が付与されているとして、10日間の法定年休を有する労働者が年休の時季指定をした場合、10日間のところまでは、会社が「その日ではなく、会社の指定した日に休んでください」とは言えないと思うのです。つまり、それは法定年休の時季指定と解釈すべきだということです。もちろん、その場合も時季変更権の問題はありますけれど。

山田 ご指摘のとおりです。年休日数は法定年休から取得したとみなす規定を置くことも考えられます。このほうがすっきりするでしょうか。

両角 そうかもしれませんね。規定がなくても、そう解釈することは可能だと思いますが。

山田 労働者の時季指定権が制限される点で、計画年休制度は、あくまで例外的な年休制度と考えます。このため、法内年休と法外年休が区別されていなければ、当事者の意思表示として、全体が法内年休と取扱われると考えますが。

両角 やはり、そこは考え方が違いますね。

山田 ところで、本件に戻りますと、私の独自の見解でも、Xが40日の時季指定権が認められますから、控訴審の結論と変わりません。

実は、本判決を最初に読んだときは、単なる労使協定の締結に関する実務上の事案に過ぎないと思っていたのですが、とんでもないです。

年休は意外と難しいと痛感していますが、その原因は、法外（会社）年休と労基法との関係をどのように理解するかにあります。ところで、両角先生のお考えですと、結論的に本件雇止めが認められることになりますか。

両角 私の見解だと X が無断欠勤したことになりますので、雇止めの相当性を認める方向に行きそうです。本当に、これは考えたことの無い問題で、難しかったです。

山田 無断欠勤と評価されれば、雇止めも可能となることになるのでしょうか。

3. 遠隔地配転の内示と生活配慮義務

——一般財団法人あんしん財団事件・東京高判平 31・3・14 (労判 1205 号 28 頁)

—— 事案と判旨 ——

事実の概要

Y は全国に 20 支局を開設する認可特定保険業者であり、X らは採用以来 11 ～ 21 年間にわたり、同一または近隣地域内の支局において事務職に従事してきた女性社員である。

Y の就業規則には「職員に対し業務上の必要性により、転勤または職種変更を命じることがある。職員は、正当な理由がない限りこれを拒むことができない」旨の規定がある。Y は、毎年末に職員に異動に関する自己申告書を提出させていたが、平成 26 年度末にはこれを提出させなかった。X らには認知症の祖母や病弱な両親等がいたが、会社に事情を申告していたのは 1 名のみであった。

同 25 年 7 月、Y は人材活用のため、全女性事務職員を営業職に異動させる命令を発した（本件職種転換命令）。これに伴い、Y は営業研修等を実施したが、X らの営業成績は最下位に近い状態であった。同 27 年 2 月、Y は、成績の低迷している営業職員を異動させる方針を決定し、同年 3 月 18 日、X らに遠隔地配転を内示した（本件内示）。X らは本件内示を受けた後、適応障害・抑うつ状態などと診断されて欠勤し、休職した。同年 4 月 1 日、Y は X らに対して配転命令を発令した（本件配転命令）が、同年 7 月に撤回した。

X らは、本件職種転換命令、本件内示および本件配転命令が違法な人事権の行使である等として、Y に対し、不法行為に基づく損害賠償を求めて提訴した（男性社員に対する配転や降格等も争点となっているが、割愛する）。

一審（東京地判平成 30・2・26 労判 1177 号 29 頁）は、本件職種転換命令を有効と判断した上、本件配転命令は業務上の必要性に基づくものであるが、X らの不利益の大きさや手続の不備を考慮すると人事権の濫用に当たると判断し、不法行為に基づく慰謝料等（各 100 万円）の支払いを Y に命じた。Y が控訴。

【判旨】（控訴認容（X らの請求棄却））

1. (1) 「Y が X らを……異動対象者としたことは、業務上の必要性に基づいた措置といえ……る」。

(2) 「もっとも、労働契約法は、労働契約の締結または変更

に当たり仕事と生活の調和にも配慮することを要求して……〔いるところ〕（労契法 3 条 3 項）、……〔Y は〕転居を伴う遠隔地への配転が X らの社会生活に与える影響や仕事と生活の調和に配慮した様子はどうかかわれず、……異動先としてあえて遠隔地を選択したとの疑念を抱くことには相応の理由がある」。「また、Y が……平成 26 年末に異動に関する自己申告書を提出させないまま、本件配転内示を行ったことについて、広域異動を伴う本件配転命令によって X らに負わせる負担についてやや配慮に欠ける面があることは否定できない」。

2. (1) 「本件配転命令は平成 27 年 7 月 24 日に撤回されているところ……X らは、本件配転命令の発令に先立ち……欠勤し、あるいは休職するなどして……辞令が添付されたメールを開封しておらず、本件配転命令を閲覧する機会はなかった……。したがって……本件において不法行為の成否を検討する必要があるのは、……本件配転内示に限られる」。

(2) ①「一般に、配置転換の内示は、……配転命令に先立ち、転勤を受諾するかどうかについて検討する機会を与えるための事前の告知であり、……その後に異動計画が撤回ないし変更される余地を残しているものと解される」。

②「Y においても、転居を要する内示を受けた職員が配置転換を拒否し、転勤を拒むことのできる正当な理由……の有無を審査した事例や、転勤に対する配慮が検討された事例のあることが認められるから、仮に、X らが本件配転内示後に転勤を拒むことのできる正当な理由を示して人事部、所属長等に相談すれば、上記の事例と同様の対応がされた可能性を否定できないところ、X らが……上記の相談をした形跡はない」。

③ X らは、Y から人事異動の方針を告知されており、転居を伴う配置転換の内示を受けることはないとの期待に合理的な根拠があるとはいえない。また、「……転居を伴う異動はできない旨を申告していたのは X5 のみであるところ、X 5 の……記載も抽象的なものととどまり……、Y が……転居を伴う配置転換を命じても祖母の介護に支障をきたすことはないと考えたとしても不自然不合理ではない」。

④「そうすると……本件配転内示……が Y による人事権の濫用として違法なものであると認めることはできない」。本件配転内示に「配慮に欠けるところがあつたとしても、配置転換の内示は、労働者に対するこれを受諾するかどうか検討する機会を与える手続であり、正当な理由を示して内示通りの配置転換を拒むことができることに変わりはなく、このような手続が踏まれず、かつ、本件配転命令が撤回され、X らが遠隔地に異動することもなかった本件において、本件配転内示が X らの Y に対する慰謝料請求権の発生原因となることはない……」。

両角 では、次に一般財団法人あんしん財団事件を取り上げます。

この事件の原告Xらは、Y社に採用されてからずっと事務職に従事してきた女性職員です。Y社は、理事長の不祥事などの事情で経営困難な状況に陥り、打開策の一つとして、人材の有効活用のため積極的に配転を行う方針をとり、Xらを含む女性職員を全員、営業職に配転しました。本判決も一審と同様に、この職種転換命令を適法と判断しています。

営業職に配転された職員の中には才能が開花した人もいましたが、Xらは苦戦し、営業成績が最下位に近い状態にありました。Yは、成績が低迷している営業職を能力向上のために異動させる方針を決め、Xらに対して配転を内示しました（本件内示）。例えば、旭川で働いていた人がさいたまに行く、東京の人が仙台に行くというような、かなり遠隔地への配転です。

Xらはいずれも独身の女性で、それぞれ同居の祖母が認知症であったり、両親が病弱だったり、様々な事情を抱えていましたが、それをあらかじめ会社に申告していたのは1人だけで、その申告内容も詳細なものではありませんでした。Xらは本件内示を受けて非常に動揺し、全員が適応障害や抑うつなどと診断されて欠勤、その後休職するに至ったため、結局Yは配転命令を撤回しました。

一審は本件配転命令が権利濫用に当たるとしてY社に慰謝料の支払いを命じましたが、控訴審である本判決は、配転命令ではなく、本件内示に焦点を当てて不法行為該当性を判断しており、そこに最大の特徴があります。Xらは本件内示の直後から欠勤したため、会社がメールで送った配転命令を見る機会がなく、そのまま命令が撤回されたので実際に転勤することはありませんでした。そこで高裁は、Xらに精神的損害を与えた可能性があるのは本件内示だと考え、そこに絞って不法行為の成否を判断したわけです。

このように、本件はやや特殊な事例ともいえるのですが、配転のプロセスにおける使用者の配慮義務について興味深い論点を示しているように思い、取り上げました。通常、遠隔地配転の適法性が争われるケースでは、転居等の不利益が「通常甘受すべき程度を著しく超える」か否かという基

準に照らして、配転命令が権利濫用に当たるかが判断されます。本判決は、それとは別に、配転を命じるプロセスにおいて使用者が必要な配慮を欠いたという、いわば手続的な配慮義務違反が不法行為を構成する可能性を示しています。もっとも、結論として不法行為の成立は認めていませんが、理論的な可能性は否定していないと考えられます。

それでは、本件内示の不法行為該当性がどのように判断されているかを見ていきたいと思います。

まず、YがXらに対して包括的な配転命令権を有することを前提として、Xらを異動対象者としたことには業務上の必要性があるが、配転先として遠隔地を選定したことや、本件内示の前に自己申告書を提出させなかったことに関して、配慮にやや欠ける点があったと認定されています（判旨1(1)・(2)）。続いて、不法行為に該当する可能性があるのは本件配転命令ではなく本件内示とした上で（判旨2(1)）、配転内示の一般的な性質について「配転命令に先立ち、（労働者に）転勤を受諾するかどうかについて検討する機会を与えるための事前の告知であり、その後に異動計画が撤回ないし変更される余地を残しているもの」であると述べています（判旨2(2)①）。そして、本件でもXらが内示後に正当な理由を示して相談すれば配転拒否が認められた可能性があったにもかかわらず、そのような行動を取らなかった等の事情を考慮して本件内示は不法行為に当たらないとの結論を導いています（判旨2(2)②～④）。

このように、本判決は、配転内示を配転命令が決定的になる前の段階と捉え、内示を受けた労働者は転勤できない事情があるなら申し出るべきであり、そのような行動を取らなかった以上は、内示の段階で使用者側に多少配慮に欠ける点があったとしても不法行為は成立しないと考えているように読めます。

たしかに、私自身も、配転における配慮義務には双方向的な性質があると思うのですが、配転内示の性質についてはやや疑問があります。おそらく一般的には、内示は配転命令の事前通知に近いものであり、労働者の申出があれば見直すという

流動的な段階ではないのではないのでしょうか。Y社における配転内示がどのようなものだったかについては、過去に再検討の対象になったケースが存在するという認定がありますが、具体的な事情は分からず、これだけで配転内示が判旨の言うような性質を持っていたとは認められないように思います。

もしそうだとすれば、Yは本件内示よりも前の段階で、Xらの個別事情を聴取し、それを踏まえて配転先などを決定すべきだったと考えられます。それまで転勤を経験したことがない労働者を遠隔地に配転するのですから、特に丁寧な手続を踏む必要があったにもかかわらず、自己申告書も提出させていないのですから、配慮義務違反で不法行為の成立を認めてもよかったのではないかと思います。

使用者が遠隔地配転を命じるにあたって配慮義務を負うことについては、現在は労契法3条3項や育介休法26条もありますし、判例・学説上もほぼ異論がありません。問題はその内容ですが、私自身は、赴任手当や単身赴任手当のような経済的措置だけではなく、労働者の個別事情を聴いて適切な配慮をするという手続的な配慮が重要だと考えています。特に長期雇用の場合、採用の時点では労働者の人生がその後どう展開していくかは誰にも分かりません。現在の社会状況や労契法3条3項の趣旨を踏まえると、勤務地を限定せずに期間の定めのない労働契約を締結したからと言って、将来どんな生活状況になっても転勤に応じることを約束したと考えるのは、合理的な契約解釈ではないと思います。したがって、使用者は包括的な配転命令権を有する場合も、遠隔地配転を命じる際には事前に労働者の事情を聴いて、それに応じた配慮や調整をする義務を労働契約上負っていると考えます。

山田 まず、不法行為の成立について結論が分かれた最大の理由は、一審が内示以降の一連の流れを配転と捉えているのに対し、控訴審のほうは、あくまで内示段階に過ぎないから、任意なものに過ぎないとの前提に立っているところに求められるでしょう。また、財団は、均等法ができたから、女性もどんどん配転させると述べていま

すが、均等法の趣旨からすれば、違和感を覚えます。

本件における女性職員に対する配転（ないしその内示）については、従来配転がなく、それぞれの家庭状況を抱えた職員に対し、かなりの遠隔地配転を予定する時には、内示段階も含めて、どのような配慮・手続が求められるかという問題に収れんすると考えます。このような状況の中で、新宿→仙台、横浜→金沢、さいたま市→旭川（もう一人はこの反対コース）と、かなりの遠隔地配転です。急に行けと言われても、困惑・動揺するでしょうし、現に病気になったりしています。

たしかに、労働者のプライバシー保護の問題もあります。使用者が配慮義務を履行するためには、労働者の家庭状況を含む個人情報を収集する必要があるからです。両者の調整を図りながら、配転作業を進める必要があります。

それから、判決では育介休法26条が出てこないですね。育児や介護を行う労働者に転勤を命じる場合には、配慮しなさいという規定で、明治図書出版事件（東京地決平14・12・27 判刑861号69頁）以来、裁判所の配転命令権濫用の判断に大きく影響を与えた規定です。

両角 育介休法26条は育児介護を行う労働者を対象としていますが、Xらはそれに当たらないのかもしれない。

主たる介護者ではなく、両親と一緒にお祖母さんの世話をしているとか、そういう感じなので。

山田 世話という言葉がわざわざ使われているのです。育児・介護までいかない、割と間接的な世話ということでしょうか。

でも両者は全く別なものでしょうか。

両角 現実には家族の世話と育児・介護は連続していて、明確に区別することはできないと思います。私自身は、先ほど申し上げたように、法的にも、使用者は労働者が育介休法26条の対象であるか否かを問わず、労働契約に基づく配慮義務を負うと考えています。

それから、さっき先生が指摘された配慮とプライバシーが対立するという点ですが、具体的な配転の話もないのに労働者の家庭状況を詳細に聞くのは、たしかに問題ですよ。ただ、会社が業務

上の必要性に基づいてこの人を転勤させようかとなった時に、内示より前の段階で打診をして、その人が転勤できない、あるいは特別な配慮をしてくれない限り応じられないという場合には、労働者も自分の判断に基づいて必要な情報を使用者に提供すべきではないかと思います。何もかも言う必要はないけれど、使用者が判断するために必要な情報を提供しないことには、転勤の見直しや配慮の内容についても決められないでしょうから。

山田 それも微妙なところで、あまり知られたくない事情もありますね。

両角 ネスレジャパンホールディング（配転本訴）事件（大阪高判平18・4・14労判915号60頁）では、たしか配偶者の精神疾患という事情で配転を拒否したのですよね。

山田 身体的病気は比較的申告しやすいでしょうけれど、精神疾患は難しいですね。子どもがひきこもりだから、転勤できませんと言にくいですね。

両角 でも、病名までは不要としても、家族がこういう状態にあって1人で置いておけないとか、自分しか世話をする人はいないとか、そういう具体的な情報がある程度与えてもらわないと、使用者は配慮のしようがない気もして。そのことを言わない自由はもちろんあるのですが、でも言わなければ十分な配慮を受けられないリスクがあって、そこは労働者自身の判断に委ねられるという気もするのです。

山田 それは、安全配慮義務の問題と同じです。労働者には自己の病状申告義務はないけれど、結果として業務上疾病が発生した場合、過失相殺というかは別として、その範囲において、使用者は安全配慮義務を免れることになると思います。女性職員も遠隔地配転ですよ。

両角 そうです。判決は、転居を伴う配転の対象にならないというXらの期待に合理性はないと言っていますが、勤務地の限定が認められない場合でも、これまでずっと旭川で働いてきた人に、いきなりさいたまに行ってくださいと言うのは、女性に限らず、また家族の特別な事情がなくとも大きな不利益になる場合がありますよね。

山田 本当に業務上の必要性、人選の相当性が肯定できれば、これらの女性職員への遠隔地配転も可能でしょう。勤務地が特定されていないからと言って、当然遠隔地配転ができるわけではありません。ご指摘のように、期待権とは言えなくとも、このような職員を遠隔地配転させるためには、時間をかけて、業務上の必要性、人選基準、労働条件、復帰予定等を説明する必要があります。

配転が重要な労働条件の変更であること、とりわけ本件のように、従来配転のなかった女性職員をきわめて遠隔地に配転を命ずるのであれば、慎重かつ十分に説明しなさいということです。

両角 ちょっと話が変わりますが、本件は配転命令が撤回されているので不法行為の問題だけなのですよ。ふつうは配転命令の効力を争うので、配慮義務違反は配転命令権濫用の一要素として考慮されます。先ほどのネスレホールディング事件の判決は、育介休法26条の解釈としてそのように述べています。しかし、最初に申し上げたように、理論的には配慮義務違反と権利濫用の問題を別に考えることもできると思うのです。

山田 配転命令が権利濫用で無効となるケースは、通常、東亜ペイント事件最高裁判決（最二小判昭61・7・14労判477号6頁）が示す権利濫用の基準（業務上の必要性の欠如、不当な目的、著しい生活上の不利益等）といった実態的な判断のほか、不当労働行為みたいですが、事前の誠実交渉義務（配慮義務）というものがあると思います。その根拠は労契法4条1項であり、違反すれば直ちに不法行為を構成するものではないけれども、配転は重要な労働契約内容の変更ですから、それに伴う事前の配慮・説明が求められます。このような配慮・説明を欠いた配転命令自体が無効となり得ると考えます。しかし、配転命令自体が有効とされた場合でも、事前の配慮義務の不履行については、理論的には責任追及が可能と考えます。配転命令に結果的に従ったのだから、事前の使用説明の不履行が不問となるわけではない。

労働者が配転命令の効力を争いつつ、手続違反の不法行為を主張することもできると思います。ただ、通常は配転命令の効力を争う場合には、そ

の中で事前の配慮義務懈怠の議論をするのでは無いでしょうか。

両角 その場合、労働者が通常甘受すべき程度を超える著しい不利益が認められず、配転命令権の濫用ではないと判断される場合も、手続的に配慮が欠けていたら、その部分で不法行為が成立するということは理論的にはあり得ますよね。

山田 あり得ると思います。

両角 ですから、本件は、配転命令が撤回されたりして特殊な事案に見えるのですが、権利濫用判断とまた別の、手続的な配慮義務違反という問題があり得るということを示唆しているところが興味深いと思います。

4. 性自認・ひげと人格権

——経済産業省事件・東京地判令元・12・12（労判1223号52頁）

——事案と判旨——

事実の概要

被告経済産業省Yの職員であるXは、幼少の頃から、自らの身体的性別が男性であることに強い違和感を抱いており、出生時の性別と自認している性別とが一致しないトランスジェンダー（性自認）である。Xは、「性同一性障害者特例法」3条1項に規定される性別の取扱いの変更の審判を受けておらず、戸籍上も男性であったが、専門医から性同一性障害の診断を受けていた。

Xは、平成21年7月、自らが性同一性障害であることを伝え、職場において女性職員として勤務することを希望するようになった同年10月頃には、二、三年後には性別適合手術を受けることを考えていたが、平成22年以降に、Xは、皮膚アレルギーを再発・悪化させるとともに、平成25年2月以降は、抑うつ状態による病気休暇及び病気休職に入り、さらに、復職後は過敏性腸症候群を発症するなどしたことから、現在に至るまで、性別適合手術を受けていない。

Xは、Yに対し、庁舎内の女性トイレを利用させないことが違法であるとして、国家賠償を請求した。なお、本件では、YがXに対し、他の女性職員と同一時間帯に健康診断を受けることを認めないこと等が違法であるかが問題となっているが、いずれも棄却されている。

【判旨】（一部認容）

（1）トランスジェンダーのトイレ利用

「性別は、社会生活や人間関係における個人の属性の一つとして取り扱われており、個人の人格的な生存と密接かつ不可分のものということができるのであって、個人がその真に

自認する性別に即した社会生活を送ることができることは、重要な法的利益として、国家賠償法上も保護されるものというべきである。このことは、性同一性障害者特例法が、心理的な性別と法的な性別の不一致によって性同一性障害者が被る社会的な不利益の解消を目的の一つとして制定されたことなどからも見て取ることができる。そして、トイレが人の生理的作用に伴って日常的に必ず使用しなければならない施設であって、現代においては人が通常の衛生的な社会生活を送るに当たって不可欠のものであることに鑑みると、個人が社会生活を送る上で、男女別のトイレを設置し、管理する者から、その真に自認する性別に対応するトイレを使用することを制限されることは、当該個人が有する上記の重要な法的利益の制約に当たると考えられる。そうすると、（略）、Xが専門医から性同一性障害との診断を受けている者であり、その自認する性別が女性なのであるから、本件トイレに係る処遇は、Xがその真に自認する性別に即した社会生活を送ることができることという重要な法的利益を制約するものであるということになる」。

加えて、Yは、「本件トイレに係る処遇を行っている理由について、Xの身体的性別又は戸籍上の性別が男性であることに伴って女性職員との間で生ずるおそれがあるトラブルを避けるためである旨を主張しているところ、当該主張を前提とすると、Xが経産省の庁舎内において女性用トイレを制限なく使用するためには、その意思にかかわらず、性別適合手術を受けるほかないこととなり、そのことがXの意思に反して身体の侵襲を受けない自由を制約することになるという一面も有していることは否定することができない」。

「確かに、これまで社会において長年にわたって生物学的な性別に基づき男女の区別がされてきたことを考慮すれば、身体的性別及び戸籍上の性別が男性で、性自認が女性の性同一性障害者である職員に対して女性用トイレの使用を認めるかどうかを検討するに当たっては、そのような区別を前提として女性用トイレを使用している女性職員に対する相応の配慮も必要であると考えられる。そして、Yは、我が国においては、性同一性障害の者が自認する性別に応じた男女別施設を利用することについて、必ずしも国民一般においてこれを無限定に受容する土壌が形成されているとまでいい難い状況にあるというほかない旨を指摘するところ、（略）、我が国や諸外国において、法律上の性別変更をしていないトランスジェンダーによるトイレ等の男女別施設の利用については、多目的トイレや男性と女性の双方が使用することのできるトイレの使用等を提案し、推奨する考え方も存在するところであって、必ずしも自認する性別のトイレ等の利用が画一的に認められているとまではいい難い状況にあるということが出来る」。

「しかしながら、生物学的な区別を前提として男女別施設を利用している職員に対して求められる具体的な配慮の必要性も方法も、一定又は不変のものとするのは相当ではなく、性同一性障害者である職員に係る個々の具体的な事情や

社会的な状況の変化等に応じて、変わり得るものである。

したがって、Yの指摘に係る上記のような状況を前提としても、そのことから直ちに上記のような性同一性障害者である職員に対して自認する性別のトイレの使用を制限することが許容されるものということではできず、さらに、当該性同一性障害者である職員に係る個々の具体的な事情や社会的な状況の変化等を踏まえて、その可否の判断を行うことが必要である」。

(2) 本件における判断

Xが平成26年3月7日付で本件措置要求を補正して女性用トイレの使用について制限を設けないことを求めていることに照らすと、遅くとも同年4月7日の時点においては、Yの主張に係る事情をもってXの法的利益等に対する上記の制約を正当化することはできない状態に至っていたというべきである。

「そして、仮に、Yが主張するトラブルが生ずる抽象的な可能性が何らかの要因によって具体化・現実化することを指定したとしても、回復することのできない事態が発生することを事後的な対応によって回避することができるということができないものとは解しがたい」。

「したがって、経産省（経済産業大臣）による庁舎管理権の行使に一定の裁量が認められることを考慮しても、経産省が同日以降も本件トイレに係る処遇を継続したことは、庁舎管理権の行使に当たって尽くすべき注意義務を怠ったものとして、国家賠償法上、違法の評価を免れない」。

《参考判例》

身だしなみ基準による人事考課の適法性

——大阪市（旧交通局職員ら）事件・大阪高判令元・9・6（労判1214号29頁）

事実の概要

被控訴人ら2名（以下、Xら）は、控訴人Y市旧交通局の職員（高速運転手）であった。Y市職員基本条例に基づくY市職員倫理規則には、勤務時間中は、「常に清潔な身だしなみを心がけること」、「市民に不快感を覚えさせないようにすること」等規定されていたほか、交通局運輸部が作成した「職員の身だしなみ基準」（以下、本件身だしなみ基準）には、男性職員の顔・ひげの欄に「ひげは伸ばさず綺麗に剃ること。（整えられたひげも不可）」と記載されていた。Xらは、平成15年ないし20年頃から、あごの下に常時ひげを生やしていたが、上司であるA運輸長等から、再三にわたり、人事上の処分や退職を余儀なくされることを示唆して、本件身だしなみ基準に従ってひげを剃るよう求められたが、これに従わなかった。その後の人事考課では、Xらは低査定を受けた。

これに対し、Xは、上記業務命令等や人事考課が人格権としてのひげを伸ばす自由を侵害するものであって違法であるところ、本件人事考課における低査定は、ひげを剃って業務に従事する旨のYの業務命令または指導に従わなかったこ

とを理由とするもので違法であるとして、YおよびJ運輸長を相手として、2回の賞与の格差分約12万円及び国家賠償法1条1項に基づく慰謝料等220万円の支払いを求めた。

一審（大阪地判平31・1・16労判1214号44頁）は、本件身だしなみ基準自体は違法ではないが、本件人事考課が違法であるとして、慰謝料20万円および弁護士費用2万円の支払いを命じた。

【判旨】（控訴棄却）

「本件身だしなみ基準は、職務上の命令として一切のひげを禁止し、又は、単にひげを生やしていることをもって人事上の不利益処分の対象としているものとまでは認められず、交通局の乗客サービスの理念を示し、職員の任意の協力を求める趣旨のものであること、一定の必要性及び合理性があることからすれば、本件身だしなみ基準の制定それ自体が違法であるとははいえないものと判断する」。

「少なくとも現時点において、ひげを生やす自由が、個人の人格の生存に不可欠なものとして、憲法上の権利として保障されていると認めるに足りる事情は見当たらない。そうであるからといって、労働者のひげに関してどのような服務中の規律も設けることができるわけではない。また、仮に、ひげを生やす自由が、憲法13条に基づく自己決定権の一部として保障されているとみ得るとしても、労働の場においては、そのような自由がいかなる場合にも完全に認められるというわけでもない。ひげを生やす自由が個人的自由に属する事柄であることを前提として、原判決の判示するとおり、労働者のひげに関する服務規律は、事業遂行上の必要性が認められ、かつ、その具体的な制限の内容が、労働者の利益や自由を過度に侵害しない合理的な内容の限度で拘束力を認めるべきものである」。

「交通局が乗客サービスを理念とし、その一環として、ひげを含めた身だしなみを整えることを内容とする服務規定を設けることには、一定の必要性・合理性が認められるというべきである。したがって、ひげに関し制約の必要性は認められないということではできない。そして、ひげが社会において広く肯定的に受け容れられているとまではいえない我が国の現状に照らせば、原判決も判示するとおり、「整えられたひげも不可」として、ひげが剃られた状態を理想的な身だしなみとする服務上の基準を設けることには、一定の必要性・合理性が認められる。ひげに対する許容度は、交通局の事業遂行上の必要性とは無関係ではなく、一方、本件基準は、ひげを一律全面的に禁止するものと解することはできない」。

「本件身だしなみ基準を、職員の任意による協力以上の拘束力を持ち、人事考課において考慮事情とし得ると解するとすれば、それを合理的な制限であると認めることはできない」。

「当裁判所も、本件各考課及びA運輸長のX1に対する発言により、Xらが心理的圧迫や精神的苦痛を受けたこと、Xらが受けた精神的苦痛に対する慰謝料としてはそれぞれ20万円（弁護士費用としてはそれぞれ2万円）が相当である」。

山田 それでは、人格権をめぐる問題として、トランスジェンダー（性自認、性同一性障害）のトイレ利用権をめぐる経済産業省事件（東京地判令元・12・12 労判 1223 号 52 頁）およびひげを生やして勤務したことを理由とする賃金の低査定等が問題となった大阪市（旧交通局職員ら）事件（大阪高判令元・9・6 労判 1214 号 29 頁）を取り上げたいと思います。

近年、LGBT という言葉が広がっていますが、性的志向である LGB（SOGI）とトランスジェンダーとは区別される概念ですが、医学の場面を除いては、性同一性「障害」という表現はやめたほうが良いと考えます。障害者雇用で既に指摘されている点ですが、治療されるべき存在としての「医学的アプローチ」から、社会に存在する障壁こそ問題とする「社会的アプローチ」への転換が図られるべきだからです。

LGBT は大学でも身近な問題となっており、大学のハラスメントのアンケートの回答者特性として男女に限定するのはおかしい、「その他」という第3の選択肢も入れるべきとの意見が寄せられました。「その他」はどうかと思いますが、中性、両性、無性あるいはXジェンダー等の名称が提案されているようです。それから、国立大学法人を中心として、ポジティブアクション（男女雇用機会均等法8条）の一環として、女性限定の教員採用が行われることがあります。トランスジェンダーの応募者も出てきているようです。さらに、女子大学でも、トランスジェンダーの学生の受け入れが検討・実施されているようです。

以上のように、近年では、従来の男女二分論では処理できなくなっていることは確かです。それでは、経済産業省事件です。これは、トランスジェンダーの職員が、女性トイレを利用する権利を求めたという事件です。以前はトランスジェンダーの権利主張は困難でした。例えば唯一の裁判例であった性同一性障害者解雇事件（東京地判平 14・6・20 労判 830 号 13 頁）では、男性従業員が女性の容姿で入社すれば、違和感を抱かれるなどの社内での影響が憂慮されるから、当面、これを回避するために、女性の姿で就労しないこと

を求めること自体は、相当の理由があると判断されています。同判決が今から 18 年ぐらい前から、それに比べると、性自認等の権利主張ができる時代になったことを意味しています。同事件は懲戒解雇の事案ということで、企業秩序との関係が問題となっていました。経済産業省事件では、戸籍上は男性であるトランスジェンダー職員が（1）庁舎内の女性トイレの利用制限を設けない等の措置要求を認めなかった処分の取消（行政事件訴訟法3条2項）を求める第1事件、（2）上記女性トイレの使用制限について、同省職員らが職務上尽くすべき注意義務を怠ったことにより損害を受けたとして国家賠償を求めた第2事件から構成されています。

ところで、厚労省のアンケートでも、トランスジェンダーの人の企業に対する要望事項を見ると、マイノリティーに対する差別禁止規定を設けてほしいというのが第1位、トイレや更衣室という生活に欠かせないような施設の利用が第2位であり、トイレ利用はやはり深刻な問題になっているようです。経産省事件では、Xは戸籍上は男性ですが、抑うつ状態から病気休職を取得したり、復職後も過敏性疾患が発症したために、性別適合手術を受けていません。したがって性同一性障害者特例法が定義する性同一性障害には該当しませんが、これは、あくまで性別取扱変更の審判のための定義に過ぎないことに注意が必要です。経産省事件の判決文は長いもので、外国の事例と様々なアンケート結果が紹介されていて、とても参考になります。

同判決の重要な判断は、性別は、社会生活や人間関係における個人の属性として取り扱われており、個人の人格的な生存と密接不可分なものであるとの点です。まさに、これは人格権だと思いますよね。個人の生存と関わるものが人格権であって、これは単なる趣味・嗜好とは区別されるものです。また個人がその真に自認する性別に即した社会生活を送ることは、重要な法的利益として、国賠法上も保護の対象となると判断されているのも重要な指摘です。

Yは、Xが女性トイレに入れば、女性職員が非常に混乱する、その不安感をあおるということか

ら、利用を禁止する措置を取ったもので正当な措置であると主張したのですが、判決は、民間企業でもそういった事例はないと指摘しています。Xは、男性トイレにも行けないので、職場と2階以上離れた階の女性トイレに行っていたようです。

本件では、民間の企業の例を見ても、トラブルが発生する根拠がない、仮に起きたとしても事後的にそれは調整できる、事後説明していけば、女性の利用者も理解できるのではないかと、それから逆に、女性の容貌をした人が男性トイレに入れば、よほどそちらのほうがトラブルを起こす可能性があるのではないかと、それ以上に女性トイレを制限なく利用するために、原告は性別適合手術を受けるといふ、身体に侵襲を受けることを強制することになると裁判所は述べておりますが、これも重要な指摘です。

繰り返しになりますが、この判決が重要であるのは、個人が真に自認する性別に即した社会生活を送ることができることは、重要な法的利益として、一定の作為を求めることができるか否かは別として、少なくとも不法行為上の保護法益には当たると言及されている点です。

両角 私も、この判決には基本的に賛成です。本件は公務員についての事案ですが、判決のいう個人が自認する性別に即した社会生活を送ることは私法上も重要な法益であり、民間の労働関係においても法的保護の対象になると思います。

ただ、理論的には、本件のようなトイレ利用の制限をトランスジェンダーを理由とする不利益取扱い、すなわち差別の問題として捉えることもできるのではないかと思います。現行法は性別を理由とする差別を禁止していますが、「性別」とは何を意味するのか、トランスジェンダーを含む多様な性のあり方が社会的に認識されつつある中で、これまでのように当然に生物学的な男性・女性の二分法で考えていいのか、という問題が提起されているような気がします。

諸外国を見ても、EUでは90年代にトランスジェンダーを理由とする解雇は性差別に当たるといふ判決が出て、現在、イギリスやスウェーデンにはトランスジェンダーや性的指向を理由とする差別を禁止する法律があります。アメリカでも最

近、最高裁が同性愛を理由とする解雇を性差別と判断したことが報道されましたよね。

山田 わが国でも、憲法24条における「両性」もしくは「夫婦」という文言についても、同性婚を認めるかどうかという点で議論になります。同条が同性婚を必ずしも禁止するものではないというのが通常の理解だと思います。その意味で、ご指摘のとおり、性別とか男女というのが従来の男女二分論では説明できなくなっているのは確かです。

これもご承知のように、差別概念は英米法で発展した法理です。日本法などで用いられる人格権、権利濫用、公序という法概念が英米法では発展していません。したがって、解雇についても解雇権濫用とか公序違反という発想が存在せず差別に持っていけないと争えない。したがって、英米法では、差別概念が拡大されざるを得ない。セクハラについても、日本では性的人格権侵害と構成できるので、同性間の問題の処理も可能です。しかし、英米法系では、セクハラも性差別と構成されるため、イギリスの審判例では、部下の男女双方にセクハラした男性上司がセクハラに該当しないと主張した審判例があります。

また、ご指摘のように、現在では、EUやイギリスではLGBTであることを理由とする差別がすべて明文で禁止されています。しかし、カトリックの強い地域では、同性婚の自由と宗教の自由との対立が生じていますが、日本では、宗教との対立というよりは、家族制度観との関係が強固です。最近、沖縄の2つの市で性の多様性条例が議会で否決されましたが、やはり家族制度の崩壊を招きかねないというのが理由でした。

両角 たしかに、日本では人格権侵害や権利濫用などの枠組みによって、解雇無効や損害賠償などの司法救済を導くことができると思います。ただ違う点は、差別禁止よりも柔軟というのか、様々な事情を総合的に考慮して判断する形になりやすい気がします。例えば会社の業種、労働者の職種、顧客や他の労働者の反応などの事情も必ずしも排除されない。差別禁止のアプローチだと、もっと硬いルールになるような……。

山田 ご指摘のように、差別的アプローチによ

れば、差別を否定するためには厳格な合理性が求められるのに対し、公序や権利濫用といった一般条項の場合には柔軟な枠組として利用できると考えます。ただ、差別的アプローチでは、違法性が強いということになりますので、むしろダイバーシティ（この場合、性の多様性）アプローチも有効かとも考えます。なお、人権とは、人間の生存にとって不可欠な身体的・精神的・経済的権利・利益であるのに対し、人格権とは、法的に保護されるべき生活上の利益のうち、人格と切り離せないものと理解しております。

ところで、トランスジェンダーについては、2019年にWHOが性同一性障害を「精神障害」の分類から削除し、分類「性の健康に関する状態」のうちの「Gender Incongruence（性不適合）」とされたとのことです。しかし、障害から外されたとしても、自己の意思によって変えられないものであることに変わりないものとして、労基法3条の「社会的身分」に該当するの否か、あるいは同法4条の「性差別」の解釈にも影響を与えるかが、今後の課題と思われます。

両角 社会的身分と考えると、やはり差別禁止のアプローチになって、トランスジェンダー等を理由とする解雇や不利益取扱いは許されないことになりますね。

山田 主たる動機がトランスジェンダーであることが証明されれば、解雇自体無効になるでしょうね。話は変わりますが、これは労働事件ではなく、ゴルフクラブの入会拒否事件（静岡地浜松支判令平26・7・1判時2243号67頁）において、原告が性別適合手術により、戸籍のみならず、声や外性器も含めて外見も女性となっており、女性用施設を利用する際の混乱は生じないこと、医学的疾患である性同一性障害を自認した上で、医学的方法により、自らの意思によっていかんともしい難い疾患によって生じた生物学的な性別と自己意識との不一致を治療することで、性別に関する自己意識を身体的にも社会的にも実現してきたという原告の人格の根幹であり、自認した性において生きるというのが人格権である、入会拒否により原告が受けた精神的損害は小さいものではないと判断されています。

以上のように、人格権か差別かは、個々のケースごとに考えていけばいい。例えば、セクシュアルハラスメントは、差別よりも性的人格権侵害がふさわしい。男性も被害者になり得るわけで、あるいは同性同士でもありますので。ただ、人格権構成を取ると、差止め請求ができるようになるというメリットはあるのだと思います。

改正セクハラ指針では、同性愛者、性的指向及び性自認も、セクハラの一類型として付加されましたが、具体的な規定は何もありません。今後の課題です。

両角 本件で問題となったトイレの利用については、解雇などと少し違う問題があるような気がします。つまり、トランスジェンダーを理由とする解雇については、性や社会的身分を理由とする差別には当たらないとしても、基本的には公序に反し無効、不法行為に当たると考えてよいと思います。

他方、トイレの利用については、現在の日本では生物学的な性別によって分けるという社会慣習が確立していて、それが法的義務になっている場合もあるんですね。

山田 労安衛法則628条でも男女別にトイレを設置しろと規定されています。

両角 本判決も述べていますが、おそらく問題の根本はそこにあって、もしかしたら男女別のトイレをやめて、ニュートラルなトイレにすることが本質的な解決なのかもしれません。ただ、現在は男女別トイレが基本とされていて、そのこと自体を違法とは言えないとすると、トランスジェンダー、その中にも多様な人たちがいるわけですが、そういう人たちを含めて全員を男性用トイレか女性用トイレのどちらかに分類しなくてはならない。本件のようなトイレの利用制限が許されるか否かは、多様な人達を無理に二つに分けることから生じる不利益を、誰がどのように負担すべきなのかという問題のようにも思えます。

そうだとすると、これを差別と捉えるよりは、やはり本判決のように、トランスジェンダーの労働者が自認する性のトイレを使うことを人格権として認めつつ、他方で、その人の身体的な状態や同じ職場の女性の利益、職場秩序なども考慮し

て、個別具体的な事情に即して判断の方が適切かもしれません。

山田 安全上の問題もありますから、男女別トイレと多目的トイレとが併存することが望ましいのでしょうか。性についても、従来の男女二分法ではなく、性のバリエーションが広がっていくのだと思います。

両角 そのとおりだと思います。ただ、いろいろ違うことを言って恐縮ですが、その一方で、本質的には差別の問題ではないとも言いきれないような気がするのです。

以前、1960年代初めにNASAで働いていた黒人女性の映画（「ドリーム」〔2016、アメリカ〕）を観たことがあります。主人公は天才的に頭が良く、白人の仕事である研究職に抜擢されましたが、黒人なので仕事場の近くの白人用トイレに行けないのです。当時、アメリカではトイレが白人用と非白人用に分かれており、その人以外の黒人はみんな別棟で働いていて、非白人用トイレもそこにあるので、毎回別棟まで走っていかないとはいけなかった。そのシーンがすごく印象的でした。おそらく当時のアメリカでは、白人用のトイレを黒人が使うのは不自然で不快で、職場の秩序も乱れるという考えが当たり前とされていたのだと思います。でも現在は、人種別トイレは明らかに違法な差別に当たるわけですね。このことと、トランスジェンダーのトイレ利用の問題には違う点もありそうですが、本質的に違うかという点、そうとも言い切れないような気がします。

山田 「分離するが平等」、セパレート・バット・イコールというのが人種差別でした。男女別トイレの場合には、「分離するが安全」、セパレート・バット・セイフティという面も否定できません。

人種の場合には明確に区別されているけれども、トランスジェンダーの場合には、昨日まで男性と認識していたのが、今日は女性の格好で登場する。性の多様化の問題でもあるし、もっと広くダイバーシティの問題だと言うこともできると思います。男性と違って、女性の場合は性的被害を受ける可能性については、考えないといけない問題です。トランスジェンダーではない男性が、女

装して女性トイレに侵入した事件も報道されています。

両角 そうですね。そこはおそらく、人種別トイレとは違う点なのでしょうね。この事件で経産省側が強調していたのも、同僚の女性に対する配慮の必要性でした。Xに関しては、生理的にも女性を襲うような危険はないと認定されていますが。

山田 ただ、民間のデパートや、役所でも市役所のように、オープンで誰でも入れるところと、本件の経産省のように、誰でもが利用するわけではないトイレとがあります。このため、前者のトイレにおける安全性のいっそうの確保も課題になってきますね。

両角 なるほど、たしかにそれは分けて考える必要がありそうですね。

山田 大体、あの人は女性だということを、みんな同僚は知っているわけですから、判決も指摘するように、女性の格好で男性トイレに行ったら逆におかしい。同僚に理由を説明して、女性トイレを使いますということを一言伝えておく、そういう環境的配慮も求められます。

（追記）本件座談会以降の事案ではあるが、戸籍上は男性で、自認する性が女性であるタクシー運転手が化粧を理由として乗務を禁止された淀川タクシー事件（大阪地決令2・7・20判例集未掲載）において、女性乗務員と同等の化粧が認められるべきとして、乗務禁止期間中の賃金支払いが認められている。

山田 次はひげに関する大阪市旧交通局事件です。Yの身だしなみ基準には「ひげを伸ばさず綺麗に剃ること。（整えられたひげも不可）」と書かれていました。Xらは、上司からひげを剃るよう再三指導されましたが、これに従わず、人事考課においても低い査定を受けました。これに対し、Xらはひげは伸ばすことを禁止・制限されることは人格権侵害で違法であるとして、国家賠償等を請求したのが本件です。

これに対し、本件控訴審判決は、本件身だしなみ基準をもって、職員に任意の協力を認めるものに過ぎないものであるが、事業遂行上必要であり、かつ労働者の利益・自由を侵害しない合理的な範囲であれば、拘束力が認められるとしていま

す。また、ひげを伸ばすことが人格権とする一審判決に対し、本判決は必ずしもこれを人格権と把握しているようではなさそうです。

以上のように、本件では、ひげを伸ばすことが人格権の一態様と把握できるものなのか、本件身だしなみ規程に拘束力があるのか、それが肯定されるとすれば、どのような拘束力であるのか等が問題となりそうです。

ところで、ひげを伸ばすことは、同僚や顧客が不快感を抱く可能性があるという点において、トランスジェンダーのトイレ利用と共通する面があります。

ひげについては、イスラム社会などでは、むしろ宗教上の理由で、ひげを生やすことが男性に義務づけられることがある。つまり、宗教的に裏づけられたもので、だからひげを禁止することは間接的な宗教差別になるということもあり得ます。

今は恐らく、一般の企業だったら、ひげを伸ばしても、そんなに抵抗感はなくなりつつあるのかと思います。特にベンチャー企業などでは、スーツ着用不要、ひげOK というのも増えています。これに対し、本件は公共交通機関であるというのが特徴ですが、運転手ですから、それほど乗客と遭遇することはあまりないと思います。ただ、一般的には、運輸業である交通局には身だしなみ規程は必要でしょう。ただ本判決は、あくまで本人の任意に任せている、身だしなみ基準に強制力はないとしているようですが、社会通念上、常軌を逸している場合には、業務命令としてひげを剃るよう命じることが可能だと思います。イスラム社会とは反対に、日本の場合には、ひげを剃ることが社会通念であるなかでひげを伸ばす自由が問題となります。

職場における労働者の身だしなみに関わる規制を行うためには、労働者や顧客の危険を防止したり、顧客の不快感を助長しない等の業務上の必要が不可欠であり、かつ最小限度の規制でなければならないことはもちろんです。問題は、「不快感」というきわめて漠然としており、かつ個人差が大きい感情をどのように評価するかです。繰り返しになりますが、本件のような公共交通機関である特性を考えれば、ひげをはじめとする身だし

なみ規定に対する一般的規制は許容されます。ただし、ドレスコードの場合のように、衣服を脱ぐこととは違って、ひげは顔に生えているものですから、例えばこれを剃れという業務命令であっても、より身体侵襲の程度が高いことになります。

もちろん、ひげを伸ばすことを人格権と認めたとしても、人格権だから何でもできるわけではなく、ひげを生やす自由と業務上の必要性との利益衡量が求められる点でも、異論がないと思います。本件の場合には、公共交通機関という特質があつて、乗客の意見・批判も一定程度、アンケート等に出てくるところが一つの特徴でしょうけれども。結局、何が不快であるかは定義できないので、著しく不快なひげのみを禁止すると考えるというのが一般的な枠組みではないかと思います。なお、本判決は免職処分とか懲戒処分の事案ではないことから、企業秩序との関係があまり問題となっていないのが特徴となっております。

ところで、ひげを伸ばすことが人格権といえるかが、次の問題となります。一審判決と本判決とでは、評価に少し差があるように思われますが、私は先ほど述べたように、後者の立場に近く、人格権というのは、個人の人格的存在にかかわるもので、生命・身体・名誉・精神・信条・プライバシー等にかかわるもので、趣味嗜好は区別されるものだと思います。自己決定権という理解はあるかもしれませんが。

人格権と構成できれば、差止めも可能になるし、不法行為における被侵害利益を明らかにするというメリットがあります。食事する自由、散歩する自由、お酒を飲む自由、喫煙する自由というのは、法が禁止も奨励もしない放任行為、趣味嗜好の範囲にとどまるのであつて、人格権とは違う。人格権とは、生命、身体、名誉、思想、信条、プライバシーといった、あくまで個人の人格の尊厳に関わるようなものこそが人格権と考えます。もちろんそれは、自己決定権も含めれば、ひげを伸ばすことは単なる嗜好とは少し違うかもしれませんが、人格権とはちょっと違うものではないか。ただ、信徒の生活規範としてひげを生やすことが求められているイスラム社会では、宗教的人格権の一つとして見られるとかもしれません。

ん。ということは、社会的・宗教的な背景の中で人格権というのが決まってくる面もあるのでないかと思います。それで、イスラム教徒にひげを剃ることを求めることは、間接的宗教的差別に当たるとも言えるでしょう。それから、また反面、ひげ禁止が男性差別に当たるかどうかという問題が出てくるのかなと思います。

両角 この判決以前にも、ひげや頭髪に関する基準に従わない労働者に対する懲戒処分や人事上の不利益取扱いなどが争われた裁判例がいくつかありますが、裁判所は当該基準が禁止する対象を「顧客に不快感を与えるひげ」等と合理的に限定解釈することにより、妥当な結論を導いています（イースタン・エアポートモータース事件・東京地判昭55・12・15 労民集31 巻6号1202頁、郵便事業〔身だしなみ基準〕事件・大阪高判平22・10・27 労判1020号87頁など）。

本判決の理論構成はそれとは違っていて、身だしなみ基準は任意的な協力を求めるものとした上で、このような基準を定めることは違法ではないが、基準に従わないことを理由とする低査定は裁量権の濫用に当たり違法と判断しています。本件身だしなみ基準は「整えたひげも不可」とはっきり書いてるので限定解釈が難しいと考えたためかもしれません。

ただ、私は、判旨の考え方には疑問があります。本件では、Xの上司らは基準に従ってひげを剃るように査定等の不利益も示唆しながら何度も指導していますが、それらの指導のほとんどが違法ではないと判断されています。

しかし、もし判旨が言うように、この基準が任意の協力を求めているだけなら、基準に従うよう部下に圧力をかけるような指導をすることは許されないはずです。他方で、もし指導が適法なのであれば、何度も指導されたのに従わない労働者の査定を低くしたことが違法というのは、理屈に合わない気がします。むしろ本件では、基準の「整えたひげも不可」という部分を無効として、残りの部分を合理的に限定解釈したうえで拘束力を認める方がよかったのではないのでしょうか。

もう一点は、先ほど先生が提起された人格権の範囲についてです。憲法学者の間でも13条の包

括的な基本権の中身については見解の対立があるようですが、私は人格権の範囲をあまり限定しない方がいいのではないかと考えています。先ほど多様性が話題になりましたが、人によって、自分が自分であるために重要なポイントは相当違うのではないと思うからです。たしかに宗教と結びついた身なりの問題とはレベルが違うかもしれませんが、例えば髪型やひげが自分の人格を保つうえで非常に大事な人も少数ながら存在し、それは日本社会の常識とか多数派の感覚と違うから人格権でないとは言えないような気がします。

ですから、私は、本判決がひげを生やすことは個人の自由だが、人格権とまでは言えないと考えているのだとしたら、その点にはあまり納得できないのです。もちろん、先生がおっしゃったように、人格権だからといって無制限に認められるのではなく、他者の権利や利益との関係で制約を受けるわけですが。

山田 たしかに、人格にかかわる自由・権利は重層的なものかもしれません。嗜好も含めて人格権を評価するか否かという差異だと思います。

両角 はい、これは根本的な問題で、ここで結論を出すのは難しいとは思いますが。

ところで、本件基準の法的性質について、先生はどのようにお考えですか。私は、基準は任意的なのに指導が適法で、低査定は違法というのはおかしいと思うのですけれど。

山田 本判決は、「本件身だしなみ基準の制定自体は違法ではないけれども、それはあくまで職員の任意的協力を求める趣旨に過ぎない」として市の主張を退ける一方で、「労働者のひげに関する服務規律は……合理的な内容の限度で拘束力を認めるべきである」として、今度は労働者の主張を退けています。本件身だしなみ基準も「服務規律」に含むと考えているように思われますが。これは一見すると、矛盾した判断に思えますが。

両角 そこは、判旨の論理がよく分かりませんでした。裁判所は、本件身だしなみ基準が任意のものでも、職員の髪型やひげについての指導や命令は、合理的範囲であれば当然にできると考えているのでしょうか。これはXが市の職員だから

でしょうか。民間の労働関係でも、労働契約に基づく指揮命令権や服務規律制定権の一環として、労働者の身なりについて当然に指示・命令できる範囲はあると思いますが、髪型やひげという基本的に個人の自由が認められるべき事柄について、本件のように強い指導を繰り返し行うことは、契約上の具体的な根拠がない限り許されないと思います。

山田 全く任意のものに過ぎないかというところ、やはりひげの態様によっては問題になり得るわけで、無精ひげ、奇異なひげ等の場合には業務命令を出せないわけではない。本件規定では、「整えたひげも不可」という文言があったために、ストレートにこの規定を根拠とする業務命令を出せない、控訴審は考えたのでしょうか。

両角 でも、身だしなみ基準が任意的なものなら、命令は出せないことになりませんか。

山田 一般論として、身だしなみ規定違反に対しては業務命令を出すことは可能ですし、違反すれば懲戒処分の対象にもなり得る。

両角 一般論としてはそうですが、そのような結論を導くには、身だしなみ基準の内容を限定した上で、それに違反する場合、つまり顧客に不快感を与えるようなひげについては命令ができるようなものとして解釈する必要があるのではないのでしょうか。

山田 たしかに、だから控訴審のように、全く任意というのでは、規定の意味がない。本件はあくまで公共サービス業であり、利用者を前提としているのですから。ただ、ご指摘のイースタン・エア・ポート・モータース事件では、顧客を直接に送迎する高級ハイヤーに事案と、顧客と基本的に接触することがない地下鉄運転手とでは、ひげに対する評価基準も異なる気がします。両角先生ご指摘のように、合理的限定解釈をした上で、結局は一定の拘束力を認めているけれども、本件では禁止されたひげには該当しないと控訴審が判断したと読むしかないと思うのです。

5. 労働協約による賃金の支払猶予

——平尾事件・最一小判平 31・4・25（労判 1208 号 5 頁）

——事案と判旨——

事実の概要

X は Y 社に雇用され、R 営業所の生コン運送部門において運転手として就労していた。XY 間の労働契約では、月例賃金は毎月 20 日締め末日払い、毎年 7 月と 12 月に賞与を支給することとされていた。

Y 社には企業別労組がなく、X は R 営業所に勤務する他の従業員 2 名とともに全国組織である A 労組の K 分会に加入していた。

Y 社は、生コン部門の経営状況が悪化したため、平成 25 年 8 月 28 日、A 労組と K 分会（A 労組等という）との間に労働協約（第 1 協約）を締結した。同協約の内容は、① A 労組等は 20% の賃金カットにに応じる、② 賃金カットの期間は同年 8 月支給分から 12 カ月とし、その後の取扱いについては労使双方協議の上、合意をもって決定する、③ Y はカットした賃金をすべて労働債権として確認し、賃金明細に金額を記載する、④ 経営改善に関して取引先を含めた三者協議を実施する、⑤ 協約に定めのない事項は A 労組等と事前協議し、合意をもって行う、というものであった。Y は第 1 協約に基づき、X の賃金をカットした（本件未払賃金 1）。

26 年 9 月 3 日、Y は A 労組等と第 2 協約を締結した。その内容は、賃金カットの期間を同年 8 月分から 12 カ月とするほかは、第 1 協約と同様であった。Y は第 2 協約に基づき、同年 8 月分から 11 月分について X の賃金をカットした（本件未払賃金 2）。同年 12 月 14 日、X は Y に対して本件未払賃金 1・2 と遅延損害金の支払いを求めて提訴し、翌年 3 月に Y を定年退職した（A 労組には引き続き所属）。

27 年 8 月 10 日、Y は A 労組等と第 3 協約（賃金カットの期間を同年 8 月分から 12 カ月とするほかは第 1・第 2 協約と同内容）を締結した。

平成 28 年 12 月 31 日、Y は生コン運送部門を閉鎖し、組合員らは Y を退職した。A 労組等と Y は、第 1・第 2 協約によりカットされた賃金債権を放棄する旨を合意した（本件合意）。

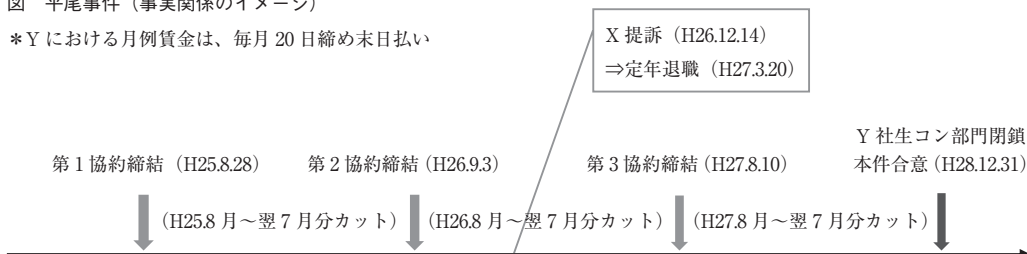
一審（神戸地判平 28・5・10 労判 1208 号 17 頁）は X の請求を棄却し、原審（大阪高判平 29・7・14 労判 1208 号 13 頁）も以下のように判断し、X の控訴を棄却した。

①各協約にいう「賃金カット」とは賃金の支払猶予を意味し、猶予された賃金債権の弁済期については労使で協議することが予定されているが、通常必要な期間を超えて協議が行われず、何の決定もされない場合には、弁済期が到来する。

②本件未払賃金 1 は第 2・第 3 協約により、本件未払賃金 2 は第 3 協約により、引き続き支払いが猶予された状態にあり、その最終的な取扱いは労使合意に委ねられていたところ、本件合意により賃金債権は消滅した。

図 平尾事件（事実関係のイメージ）

*Yにおける月例賃金は、毎月20日締め末日払い



これに対し、Xが上告した。

【判旨】（一部破棄自判、一部破棄差戻し）

1 「本件合意はYとA労組との間でされたものであるから、本件合意によりXの賃金債権が放棄されたというためには、本件合意の効果がXに帰属することを基礎付ける事情を要するところ、本件においては、……A労組がXを代理して具体的に発生した賃金債権を放棄する旨の本件合意をしたなど、本件合意の効果がXに帰属することを基礎付ける事情はうかがわれ（ず）……本件合意によってXの本件各未払賃金に係る債権が放棄されたものということとはできない」。

2 (1) 「具体的に発生した賃金請求権を事後に締結された労働協約の遡及適用により処分又は変更することは許されない」（香港上海銀行事件・最一小判平成元・9・7判労546号6頁、朝日火災海上保険（高田）事件・最三小判平8・3・26民集50巻4号1008頁を参照）。

(2) 「Xの本件未払賃金1に係る賃金請求権のうち第1協約の締結前及び本件未払賃金2に係る賃金請求権のうち第2協約の締結前にそれぞれ具体的に発生していたものについては、Xによる特別の授権がない限り、労働協約により支払を猶予することはできない」。

(3) 「本件各未払賃金のうち、第1協約により支払が猶予されたものについては第2協約及び第3協約が締結されたことにより、第2協約により支払が猶予されたものについては第3協約が締結されたことにより、その後も弁済期が到来しなかったものであり、……第3協約の対象とされた最後の……月例賃金の弁済期……の経過後、支払が猶予された賃金のその後の取扱いについて、協議をするのに通常必要な期間を超えて協議が行われなかったとき、又はその期間内に協議が開始されても合理的期間内に合意に至らなかったときには、弁済期が到来するものと解される」。

(4) 「本件各協約は……Yの経営を改善するために締結されたものというべきであるところ、平成28年12月31日にYの生コンクリート運送業務を行う部門が閉鎖された以上、……同部門に勤務していた従業員の賃金の支払を猶予する理由は失われたのであるから、遅くとも同日には……弁済期が到来していなかったXの賃金についても弁済期が到来したというべきであり、原審口頭弁論終結時において、本件各未払賃金の元本……の弁済期が到来していたことは明らかであ

る」。

(5) 「原判決中、本件各未払賃金に係る請求及びこれに対する遅延損害金の請求に関する部分は破棄を免れない。……Xの請求のうち、本件各未払賃金の元本……を請求する部分は認容すべきである。また、……本件各未払賃金に対する遅延損害金を請求する部分については、その遅延損害金の起算日について更に審理を尽くさせるため、同部分につき本件を原審に差し戻す」。

両角 それでは、次に平尾事件の最高裁判決を取り上げます。

この判決は、労働協約の効力に関して最高裁が判断を示した近年珍しいケースとして注目されます。本件では、いわゆる協約自治の限界が問題となっており、最高裁は従来からの判例法理を踏まえながら、いくつかの新しい論点について判断を示しています。

事実関係が少し複雑なので、図をご覧ください。XはY社の生コン輸送部門で働いており、他の従業員2名とともに社外のA労組に加入していました。ところが、同部門の経営が悪化したため、Y社は平成25年8月28日にA労組らとの間で、Xら組合員の賃金を同年8月分から12カ月にわたって20%カットすること等を定めた労働協約（第1協約）を締結し、同協約に基づいて賃金カットを行いました。協約には、カットした賃金を労働債権として賃金明細に記載した上、その後の取扱いについて労使協議の上、合意により決定する旨が定められていました。その後も生コン部門の状況は改善せず、約1年後の26年9月3日に、YはA労組と第2協約を締結しました。第2協約の内容は、賃金カットの期間を同年8月から12カ月分とする以外は第1協約と同じでした。

同年12月、Xは、第1・第2協約に基づいてカットされた賃金（本件未払賃金1・2）の支払い

を求めて本件訴えを提起し、翌年3月にYを定年退職しました。その後、27年8月10日にY社とA労組は第3協約（賃金カットの期間を同年8月分から12カ月分とする以外は第1・第2協約と同内容）を締結しました。そして、Y社は28年12月31日に生コン部門を閉鎖するとともに、A労組との間で、第1・第2協約によりカットした賃金に係る債権を放棄する旨の合意（本件合意）をしました。

このように、本件の事実関係はかなり特殊なのですが、一審も原審も本件各協約が定める「賃金カット」とは賃金の減額ではなく支払猶予であると解釈しており、最高裁もそれを前提に判断しています。本件各協約の文言や労使双方の認識に照らして、この解釈は妥当だと思います。

その上で、原審は、本件未払賃金債権は本件各協約によって順次支払いが猶予されてきたが、弁済期が到来しないまま本件合意により消滅したと判断し、Xの請求を棄却したため、Xが上告しました。最高裁は原審を破棄し、一部自判、一部を高裁に差し戻しています。

順に見ていきますと、まず本件合意の効力について、最高裁は、本件合意はYとA労組の間で締結されたものであるから、合意の効果がXに帰属することを基礎づける事情（組合に対する代理権の授与など）がない限り、本件合意によりXの賃金債権が放棄されたとはいえないとしています（判旨1）。

この判断は基本的に妥当であり、複数の判例評釈で指摘されているように、原判決には明らかな誤りがあると思われます。本件合意がどんなものだったか具体的な認定が全然ないのですが、おそらく労働協約の様式は備えていないのでしょう。そうすると、判例法理によれば労組法14条の様式を備えない労使合意は規範的効力を有しないので（都南自動車教習所事件・最三小判平13・3・13民集55巻2号395頁）、本件合意により組合員であるXの労働契約に基づく権利を処分することはできないはずです。

他方で、最高裁は、組合員が組合に代理権を授与したという事情があれば、労使合意の効果を組合員に帰属させることを認めているように読める

のですが、このような代理構成の活用は労組法の趣旨に反するという学説の指摘があります。つまり、個別の代理契約というルートを安易に認めると、労組法の定める労働協約制度の潜脱になるおそれがあるということです。

もっとも、判旨は協約の規範的効力が及ばない個別な労働条件の処分に限定して述べているように読むことが可能ですし、その限りでは特に反対することもないと思います。ただ、代理契約の相手が組合だとしても、組合員に重大な不利益をもたらす場合もあるので、自由な意思に基づく合意と認め得るか否かを慎重に認定する必要があると思います。

山田 最高裁によれば、労組が組合員を代理して、具体的に発生した賃金債権を放棄する旨の本件合意をしたなどの場合には、放棄の効果が発生するという理解なのでしょうか。代理理論ですから、要するに協約の規範的効力ではないということですよ。

両角 はい。

山田 これはあくまで個人的見解ですが、そもそも組合員の賃金の支払猶予（文言上は賃金カットですが）や、賃金債権を放棄させることは、協約自治の範囲を逸脱していると考えます。いうまでもなく、規範的効力（労組法16条）は、あくまでも労働者の待遇の基準を定めるものですから。また場合によっては労基法24条をはじめとする賃金保護規定の趣旨にも反することにもなりかねません。

両角 はい、おっしゃるとおりだと思います。本判決によれば、本件未払賃金債権は本件合意以前のどこかの時点でX個人の権利として具体的に発生しているので、判例法理を踏まえると、仮に本件合意が規範的効力を有する協約だったとしても放棄させることはできないはずです。これを労使合意によって放棄させるとしたら、やはり個々の組合員による授權が必要になるのだと思います。

山田 はい。最高裁も引用している香港上海銀行最高裁判決（最一小判平元9・7労判546号6頁）が賃金債権の放棄の事案ですね。また雇用終了に関する北港タクシー事件（大阪地判昭55・12・19

労判 356 号 9 頁)でも、組合員の授權が求められています。

両角 次に、最高裁は、本件未払賃金債権 1・2 が消滅していないことを前提として、その弁済期が到来したのか、到来したとすればどの時点かについて検討しています。

この点について、第一に、原審は、賃金カットの対象とされた賃金債権はすべて本件各協約により支払いが猶予されたと解釈しましたが、最高裁は異なる立場を取っています。つまり、先ほども出てきましたが、既に具体的に発生した賃金債権には協約の規範的効力が及ばないという判例法理を踏まえて、第 1・第 2 協約の締結前にそれぞれ具体的に発生していた賃金債権については、協約により支払猶予することはできないと判断したのです(判旨 2 (1) (2))。

ちょっと細かいのですが、第 1 協約が締結されたのは平成 25 年 8 月 28 日で、Y の賃金規程によると月例賃金は毎月 20 日締め末日払いですから、25 年 8 月分の賃金の支払日はまだですが締めの日は過ぎていました。第 2 協約のほうは締結が 9 月 3 日なので、平成 26 年の 8 月分は既に支払日を過ぎていたわけです。最高裁は、支払猶予が及ばない賃金請求権の具体的な範囲について高裁に差し戻していますが、おそらく、この 2 カ月分を念頭に置いているのではないかと推測されます。

第二に、それ以外の、協約により支払猶予された賃金債権について、弁済期が到来したのか、到来したとすればどの時点かという問題があります。この点について、最高裁は、第 1 協約で猶予された分は第 2 協約・第 3 協約によって、第 2 協約で猶予された分は第 3 協約によって引き続き支払いが猶予されたとし、第 3 協約の終了後は、労使間で通常必要な期間を超えて協議が行われなかったとき、または合理的期間内に合意に至らなかったときは弁済期が到来すると述べています(判旨 2 (3))。

そして、本件未払賃金債権は X が退職した後も支払いが猶予されていたところ、生コン部門が閉鎖された時点で支払猶予の必要性が消滅したので、遅くともその時点で賃金債権の弁済期が到来

したと判断しました(判旨 2 (4))。しかし、それより前の時点で弁済期が到来していた可能性もあるので、その部分を判断しなさいということで原審に差し戻しています(判旨 2 (5))。

いま申し上げた第二の点については、既に判例評釈で指摘されていますが(桑村裕美子〔判批〕論究ジュリスト 30 号 184 頁など)、私も疑問を持っています。つまり、第 2・第 3 協約は、それ以前の協約により支払猶予されていた賃金債権の取扱いについては何も定めておらず、そこは協約解釈の問題になります。この点、原審は、本件各協約の趣旨は生コン部門の経営を改善するための人件費削減にあるので、前の協約で猶予された賃金債権も合わせて猶予されると解釈しないと意味がなくなってしまうと述べており、最高裁も原審の判断を肯定しているようです。

しかし、通常の契約とは違って、労働協約は書面性などの様式を備えることが成立要件とされており(労組法 14 条)、様式を備えない労使合意には規範的効力がないというのが判例の立場です。そうすると、協約の規範的部分については、規定の内容を解釈によってある程度補充することはできても、明文の規定がないところに黙示条項を読み込むような解釈をすべきではないと思います。

本件では、各協約が終了した後の賃金債権の取扱いについて「労使協議のうえ定める」という規定があるので、協約終了により直ちに弁済期が到来するかどうかは解釈の余地がある気もしますが、次の協約により引き続き猶予されるという解釈は適切でないと思います。

山田 いくつかの重要な論点をご指摘いただきました。第一の、支払猶予の対象となる賃金債権の範囲については、ご指摘のとおりです。第二点は、労組法 14 条の問題というよりも、労働協約に明示の規定がない場合、黙示の解釈が許容されるかということでしょうか。ご指摘のように、協約の当事者が明確に合意していたであろうと判断されるのに、書き忘れたと判断される場合等に限定されるべきであり、本件のように、組合員の権利に大きく影響するような目的論的解釈は控えるべきと考えます。

両角 この問題を考えていて、外国では労働協

約がどのように解釈されているのか調べたら面白いかもしれないと思いました。私はスウェーデンのことしか知らないのですが、スウェーデンには「協約の黙示条項」という判例法理があり、広く労使のコンセンサスとなっている事項について協約に明示の規定がない場合、裁判所が黙示条項として読み込むことがよく行われています。平和義務等の債務的部分はもちろんですが、規範的部分についても同様で、例えば、使用者がブルーカラー労働者に対して包括的な配転命令権を有することは、別段の定めがない限り、すべての産別協約の黙示条項であるとした古典的判例があります。このことは、スウェーデンでは労使ともに組織率が高く、労働条件や労働関係に適用されるルールの多くが、法律ではなく産別協約により設定されていることと深く関連していると思われます。

これに対して、日本の労働協約が果たしている機能は大きく異なりますし、労組法 14 条や判例法理の趣旨を踏まえると、仮に労使が合意していたとしても、明文にない条項を読み込むべきではないと思います。

山田 ご承知のように、コモンローの影響の大きい国では、そもそも労働協約が労働契約を当然に規律するものではない。規律するか自体が大問題となります（イギリスでは「編入理論」(corporation theory) を媒介としています）が、ドイツ法の影響が強いわが国では、このような議論は不要ですが、少なくとも、本件のような黙示の合意を認めることはできないと考えます。

ところで、従来、労働協約において組合員の賃金債権の支払猶予が問題になったケースはあるのでしょうか。

両角 古い下級審裁判例がいくつかあるようですが、本判決により、協約の規範的効力によって既発生 of 賃金債権の支払いを猶予することができないことが明らかにされたと言っていいと思います（前掲・桑村評釈 182 頁参照）。

山田 本判決のいう支払猶予のための「特別の授權」というのは、具体的にどういうものをイメージしているのでしょうか。これは、組合大会の決議等では駄目で、組合員の個別的な同意でしょうか。

両角 はい、判旨 1 のいう代理権の授与などを念頭に置いているのではないかと思います。組合員の授權により協約の規範的効力が及ぶというわけではなく、個別の代理契約を通してということになるのだと思います。

山田 通常は、放棄とか、減額とかが問題になりますが、新型コロナウイルスの影響で、支払猶予の事案が今後増加するのでしょうか。支払猶予というのは、組合が強いから猶予になっているのでしょうか。

両角 Y 社の生コン部門の従業員は 7 人で、X を含む 3 人が A 労組、あとの 4 人は別の合同労組に入っていました。もう一つの組合とも同じ協約を結んでいますが、たしかに、普通に減額するのでは組合に同意してもらえなかったのかもしれないですね。

山田 だから、こういう珍しいケースになるのでしょうか。

両角 たしかに、事案としては特殊なのでしょうね。

山田 本判決は、具体的に発生した組合員の賃金債権を放棄させるためには、組合が組合員を代理して合意していることが必要であることを確認したこと、さらに具体的に発生している賃金の支払いを事後の労働協約により支払猶予することに厳格な条件を課したことは評価できると考えます。

6. 組合事務所返還請求の可否

——ヤマト交通（組合事務所明渡請求）事件・東京高判令元・7・3（労判 1210 号 5 頁）

——事案と判旨——

事実の概要

旅客運送業を営む控訴人（1 審原告）会社 X は、X の従業員の過半数で組織される被控訴人（1 審被告）労働組合 Y に対し、平成 5 年 3 月頃以来、24 年間にわたり、本社建物の一室を組合事務所として、期間の定めなく無償で貸与してきたが、業務関係資料の保管場所として使用する必要が生じたとして、Y に対しその明渡しを求めた。その際、X は、代替施設として食堂の一部に組合事務所を移転することを提案したが、Y はこれを拒絶した。

一審（東京地立川支判平 31・1・21 労判 1210 号 13 頁）は、

以下のように判示して、Xの請求を棄却した。

企業施設内に設けられた組合事務所が、組合活動の本拠として、団結権確保のための手段たる機能を果たしている以上、組合事務所としての使用が終わらないうちは、原則として使用貸借契約は終了しないというべきであるが、組合事務所の無償貸与は、使用者による恩恵的な便宜供与の性格を有することも否定できない（労組法7条3号但書参照）から、使用者がその返還を請求するに足る合理的な理由があり、かつ、適切な代替施設を提供する場合には、使用者と組合との間の使用貸借契約が終了するものと解すべきとする。

Yが本件事務所を使用する必要性はきわめて高いものと認められるのに対し、Xが本件事務所を使用する必要性は肯定し難く、同食堂部分は、組合活動に対する配慮が十分であるとはいえず、Xによる本件事務所の明渡請求およびこれと併せて実行されたチェックオフの中止は、賞与の減額等に応じず、かえって都労委に救済申立てを行ったYに対する対抗措置ないし報復措置の可能性を否定できず、Yの運営及び活動に対する嫌がらせ又はYの弱体化を狙う意図、すなわち支配介入（労働組合法7条3号）の意思に基づいて行われたものであることが窺われる。

また、民法597条2項但書の期間が経過しているか否かは、単に経過した年数のみにとらわれて判断することなく、これと合わせて、本件事務所が無償で貸与されるに至った特殊な事情のほか、Xにおける本件事務所の使用の目的、方法、程度、Yの本件事務所の使用を必要とする緊急性など双方の諸事情をも比較衡量して判断すべきであって、期間の経過のみを捉えて使用貸借関係の終了を肯定することはできない。本件事務所は、Xが、その従業員で構成される労働組合であるYに貸借したものであり、また、Yがこれをなお組合活動の本拠として使用している等の事実が認められるのであるから、本件事務所を貸し渡して後24年の期間が経過していることを斟酌しても、明渡しを求めるにつき合理的な理由がなく、かつ、適切な代替施設の提供もない以上、組合事務所として使用する目的に従って使用収益をするに足る十分な期間が経過したとはいえず、民法597条2項但書に基づくXの予備的請求にも理由がない。

【判旨】（控訴棄却、上告不受理）

「当裁判所も、Xの控訴は棄却すべきものと判断する」。

「使用者が組合事務所として使用するのに適切な代替施設を提供したか否か、使用者による組合事務所の返還請求が組合の運営及び活動に対する妨害といった他事考慮に基づくものである疑いがあるか否かは、返還を請求するに足る正当な事由の有無（を）判断する上で重要な要素といえる」。

「民法597条2項ただし書にいう『使用及び収益をするのに足る期間を経過した』か否かは、使用貸借契約に定めた目的に照らして判断すべきところ、上記目的は、単に土地使用貸借契約における『建物所有の目的』や建物使用貸借契約における『居住の目的』といったような抽象的なものではなく、契約成立当時における当事者の意思から推測されるより

個別具体的なものをいうと解されるから、単に昭和45年最判が土地使用貸借契約に係る事案であるというだけで、これを参照すべき理由がないとはいえない。そして、Xが引用する最高裁昭和59年11月22日第一小法廷判決のようにその目的が貸主親族の長期間の居住ということであれば、実際に経過した時間が長期間である以上、特段の事情のない限り使用及び収益をするのに足る期間を経過したとい得るところ、本件においては、企業内労働組合であるYがその組合事務所として用いる目的で使用者であるXの本社建物内に所在する本件事務所を無償で使用しているのであるから、『使用及び収益をするのに足る期間を経過した』か否かは、単にその経過した年数のみならず、上記目的や本件事務所の使用の方法、程度、Xが本件事務所の使用を必要とする緊要度など双方の諸事情をも比較衡量して判断すべきものであることは、引用する原判決（略）が説示するとおりである。そして、Xが本件事務所を使用すべき必要性が肯定し難い一方で、Yが引き続きこれを使用する必要性は極めて高く、Xが提供を申し出ている代替施設はいずれも組合事務所として使用するのに適切であるとはいえないなどの原判示の事情に照らせば、本件事務所の使用貸借契約について、その目的に従って使用収益をするに足る十分な期間が経過したとはいえないことも、引用する原判決（略）が説示するとおりである」。

したがって、Xの各主張は、いずれも採用することができない。

山田 では、最後に組合事務所の返還問題を、取り上げます。

約24年、四半世紀にわたって、Xが、期間の定めなくYに対し組合事務所を貸与してきたのですけれども、Xが、マイナンバーカードを保管する必要があるとして、組合事務所の返還を要求したところ、Yが応じなかったため、返還の民事訴訟を提起した事案です。

通常は、組合事務所の返還をめぐる紛争は、不当労働行為事件が多いのですが、本件は民事訴訟です。一・二審とも、Xの請求を棄却しております。

論点としては、組合事務所貸与の法的性格をどのように理解するかが、結論に関係がないとしても、問題となります。本判決も言及しているところ、民法上の使用貸借契約と考えるのが通例ですが、この点については、主に一審判決で問題となっていますが、団結権の財政的側面を担保するものとして、民法上の無名契約であるとのYの主張が、一審では否定されており、一審および本判

決ともに、使用貸借契約と判断しています。ここでは、団結権行使としての法的性格を強調するのであれば、使用貸借契約構成とどのような相違が生じるのかが明確にされる必要があります。裁判所からすれば、労働事件も通常の民事事件の一部ですから、民法上の処理で解決するならば、あえて特殊労働法的アプローチをする必要はないということでしょう。

一審判決は、組合活動の本拠として、団結活動の拠点である組合事務所としての使用が終了しないうちは、使用貸借契約は終了しないのが原則であるけれども、無償の使用貸借という恩恵的側面(片務契約性)もあり得るから、組合事務所の明渡しを求めるためには、返還請求の合理性と、代替施設の提供という2要件主義を採用しました。その上で、一審判決は、組合事務所の利用の必要性は非常に高いけれども、会社側の必要はさほど高いとは言えないこと、また、社内食堂には非組合員もあり、重要な会議等を実施するには、組合事務所の代替施設としては不適切であるとして、Xの主位的請求を棄却し、さらに、すでに24年という使用収益のために十分な期間が経過している(民法597条2項但書)というXの予備的請求も棄却しました。

さらに、一審判決では、本件返還請求の動機が、被告組合が都労委に提訴したことへの対抗措置として行われたこと、つまり支配介入(労組法7条3号)の性格も否定できない等の理由も加味されています。

これに対して本判決は、「合理的な理由」との文言を用いていた一審判決と異なり、「正当事由」との文言を用いた上で、代替施設の提供が不適切なものであるか、返還請求が組合活動に対する妨害であるかという事情は、返還請求に正当事由があるかを検討する際の考慮要素に過ぎないと判断しています。

さらに、Xが予備的請求で主張している「十分な期間が満了した」との文言について、単に年数のみを考慮するだけでなく、その利用目的や使用の方法・程度・緊急度の諸事情を考慮して、期間経過の事実があったと判断すべきとした上で、依然として組合事務所の利用の必要性は強いという

ことから、Xの返還請求を棄却しています。なお、Xが引用する昭和59年最高裁判決とは、返還時期を定めずに、借主およびその家族の居住用住宅が32年4カ月にわたり使用貸借された事案で、最高裁は、特別の事情のない限り、終了に十分な経過期間であると判断したものです。

両判決の結論自体にはあまり異論はないところです。

両角 私も特に異論はありません。使用貸借契約は、典型的には親族に無償で土地や建物を使用させる場合などに用いられる契約類型で、長期にわたって使用させている間に事情が変わって、所有者が返還を求めたことから紛争に発展するパターンが多いのですね。

組合事務所の貸与は集团的労使関係の問題なので、民法上の使用貸借契約と考えるべきではないという見解もあるようですが、判例解説や民法の教科書を見る限りでは、民法597条2項の「使用及び収益を終わった時」や同項但書(現598条1項)の「使用及び収益をするのに足りる期間を経過した時」という要件が必ずしも文理的に解釈されているわけではなく、使用目的や両当事者の人間関係・経済状態などを実質的に考慮して返還請求の可否が判断されているようです。

そうだとすれば、組合事務所の明渡し請求については労使関係の特質を踏まえて同条を解釈すればよく、本判決も一審判決もまさにそのような解釈をしているので、特に組合事務所の貸与関係を使用貸借ではないと考える必要はないように思いました。

それから、一審は代替施設の提供を明渡し請求の要件としていたのに対して、本判決はそうではないということでしたが、先生はどちらが妥当だとお考えですか。いろいろなケースがあり得るので、私は要件としないほうがいいのではないかと思うのですが。

山田 代替施設は、むしろ解約を認める際の代償措置みたいなもので、たしかに要件とするのはおかしい。やっぱり合理性とか正当性が一番メインで、代替施設がなかったら、必ず返還しなければならないということにはならない。例えば小規模な企業で、施設的に対応できないということ

も、あり得るわけです。

次に、賃貸借とは異なり、無償である点を考慮すれば、使用貸借で正当事由まで要求されるからです。ただ、合理性と正当性とは、具体的な判断の基準・評価に相違はあまりないと思います。結局は目的物の性質、当事者の関係、使用期間、解約理由等を総合判断する点では共通していると思います。私のイメージとしては、正当事由のほうが合理性よりも厳格性が要求される気がします。返還理由の合理性・代替施設の相当性の2要件のほうが、これらを正当性における考慮要素と構成するよりも厳格だと考える余地もあります。

ただ、両判決ともに、使用貸借の理論を使っていますが、実質的には、組合事務所という団結権を基礎とする便宜供与という性格に注目していると思います。

両角 そうですね。民法597条2項の文言をそのまま当てはめると、組合はずっとこの事務所を使っていて、代わりの場所もないわけだから、使用が終わっておらず返還請求はできないことになりそうですが、本判決も一審と同様に、組合事務所の貸与は恩恵の便宜供与なのだから、使用者に正当な理由があれば返還請求を認めるとしています。

山田 解雇権濫用法理が明文化される以前には、解雇には正当化事由が必要か否かが議論されてきました。これは賃貸借契約の解約の議論の影響を受けたものですが、労契法16条は正当事由ではなく、むしろ合理性（プラス社会的相当性）に近いです。

ただ、例えば家屋の使用貸借について、返還の動機が問題になるのかどうかですよ。一審では、不当労働行為意思に基づき請求したというのが、返還請求権を否定する論拠の一つになっています。

やはり動機が問題となるのは、組合事務所という労使関係における無償貸借の特殊性かもしれません。

両角 なるほど。親族間だったら、本当はその人が嫌いだから使わせたくないのだとしても、動機はあまり問題にならないが、労使関係において

は、使用者が組合嫌悪から明渡しを求めた場合は正当な理由がないという判断につながっていくわけですね。

その点はおっしゃるとおりだと思います。ただ、使用者の返還請求が支配介入に当たるとして組合が不当労働行為の救済を申し立て、労働委員会が支配介入の成否を判断する場合には、使用者の動機（支配介入の意思）が決定的に重要になりますよね。これに対して、本件のように使用貸借契約という私法上の権利義務が争われている場合は、動機の位置づけは少し異なるように思います。その意味で、本判決が支配介入の成否に言及しなかったのは妥当だと思います。

山田 たしかに民法597条の「目的に従った使用・収益終了時」「使用・収益に足りる期間」との条文を素直に読めば、両判決のような結論になりそうです。もっとも、無償である使用貸借には借地借家法の適用はありませんから、目的物返還訴訟において、正当事由とか、合理性といった議論は、当然には出て来ないはずです。無償という使用貸借の特質から、当事者間の信頼関係が消滅したことが契約終了事由とされている事案はあるようです。本判決で「正当事由」という、むしろ賃貸借に近い理論が展開されているのは、使用貸借であれ、当事者間の交渉力の差異を考慮することは十分あり得るものであり、また労使間の交渉力の問題を意識したものと評価できないわけではないと考えております。

両角 はい。

山田 本日は長時間お疲れさまでした。

両角 こちらこそ、大変勉強になりました。ありがとうございました。

(2020年7月29日 東京にて)

やまだ・しょうぞう 中央大学名誉教授。主な著作に「わが国雇用平等法理の総括とその再検討」（新田他編『現代雇用社会における自由と平等——24のアンソロジー（山田省三先生古稀記念）』（信山社、2019年））など。

もろずみ・みちよ 慶應義塾大学法科大学院教授。主な著作に『リーガルクエスト労働法（第4版）』（共著）（有斐閣、2020年）など。