



ディアローグ

# 労働判例この1年の争点



コース別人事管理と性差別禁止



誠実交渉義務命令と労働委員会の裁量権



**両角道代**

(慶應義塾大学教授)

×



**山田省三**

(中央大学名誉教授)

## 【目 次】

### ■ホットイシュー

1. コース別人事管理と性差別禁止——巴機械サービス事件
2. 誠実交渉義務命令と労働委員会の裁量権——山形県・県労委（国立大学法人山形大学）事件

### ■フォローアップ

1. 出来高払制と時間外割増賃金——トールエクスプレスジャパン事件
2. 偽装請負への労働契約申込みみなし規定の適用——東リ事件

### ■ピックアップ

1. 公立学校教員の割増賃金請求——埼玉県（小学校教員・時間外割増賃金請求）事件
2. 私傷病休職における「治癒」の意味——シャープ NEC ディスプレイソリューションズ事件
3. シフト制労働者の賃金請求権——シルバーハート事件
4. 懲戒解雇と退職金——みずほ銀行事件
5. セクシュアルハラスメントの成否と損害賠償——P社ほか（セクハラ）事件
6. ダブルワークと長時間労働——大器キャリアキャスティングほか1社事件

#### 凡 例

・判例の表記は次の例による。

(例) 最二小判（決）令○・○・○

→ 最高裁判所令和○年○月○日第二小法廷判決（決定）

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

判時：判例時報

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。一昨年、昨年につき、本年度も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、ご議論いただきます。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について6件、取り上げていただきます。それでは、どうぞよろしく願いいたします。

山田 今、ご案内いただきましたように、我々3年目の最後ということで、最後を飾る形でできればいいと思いますので、本日も長時間ですけれどもよろしく願いいたします。

両角 今年は、昨年度のように最高裁判決が立て続けに出るといったことはなく、一見すると地味なのですが、たとえば団体交渉とは何か、時間外割増賃金とは何かというような、基本的な問題を改めて考える契機となる裁判例が多く見られるように思います。また、性差別やセクハラにかかわる裁判例も取り上げられていますので、ぜひ山田先生のご見解を伺って勉強させていただきたいと思っております。どうぞよろしく願いいたします。

## ホットイシュー

### 1. コース別人事管理と性差別禁止

——巴機械サービス事件・東京高判令4・3・9（判例集未掲載）

#### — 事案と判旨 —

##### 事実の概要

Y社はA社の100%子会社として設立され、正社員はすべてA社からの出向者であったが、平成11年3月に独自の社員を採用するにあたり、総合職・一般職のコース別人事制度を導入した。令和2年5月までに採用した総合職（計56名）は全員が男性、一般職（計9名）は全員が女性であった。

Y社の給与規定は、総合職を「基幹的業務を行う職種」、一般職を「補助的業務を行う職種」と定め、異なる職能給表を適用していた。総合職の賃金表は1等級（2万9000円）～10等級（27万7000円）、一般職は1等級（2万6000円）～5等級（7万5000円）とされ、各等級の最短滞留年数は一般職の方が長く設定されていた。また、同規定には一般職から総合職への転換に関する規定があったが、転換実績はなく、具体的な基準も定められていなかった。

平成19年、Y社は、退職する一般職女性社員（経理担当）の後任として派遣社員を募集した。同年1月、当時派遣労働

者であったX1は紹介予定派遣としてY社に派遣され、前任者から引き継ぎを受けた後、同年4月にY社の正社員として採用され、業務課等の非現業部門において主として経理業務に従事した。

平成20年、Y社は組織再編に伴い、事務作業を行う一般職従業員を募集し（求人広告には「事務スタッフ」と記載）、同時に総合職社員の募集も行った。X2は事務スタッフの求人に応募し、入社試験を受け（総合職の応募者も同じ試験を受け、男性1名が総合職として採用された）、同年10月25日にY社の正社員として採用された。採用後、X2は製造課等の現業部門で事務職に従事した。

Xらは平成23年頃からY社に対して男女の処遇が不公平である等と繰り返し指摘し、X1は社長との面談において職種転換の可能性について質問した。

Xらは、本件コース別制度は男女を区別するものであるとして、①本件給与規定は労基法4条に違反する、②Xらの採用は均等法5条に違反する、③Xらに職種転換の機会を与えないことが均等法6条1号・3号に違反すると主張し、総合職としての地位確認、男性総合職との差額賃金の支払い（予備的に不法行為に基づく損害賠償）、慰謝料等の支払いを求めて提訴。一審（横浜地判平3・2・23判例1243号5頁）は上記①②を否定し、③を認めたが、合理的な職種転換制度があればXらが総合職に転換できたとは限らない等として

地位確認請求等を棄却、不法行為に基づく慰謝料（各100万円）の支払いをYに命じた。双方が控訴。

**【判旨】**（控訴棄却）

1. 本件コース別人事制度について

①「Yにおいて……いわゆる男女別コース制度が存在したことはなく、……本件コース別人事制度は、男女で異なる賃金体系を設けて賃金に差をつけるという趣旨及び目的に基づいて設けられたものとは認められないから、総合職と一般職で異なる職能給表……を適用していること自体が、直ちに労働基準法4条に違反する……とは認められない」。

②「しかしながら……（総合職全員が男性、一般職全員が女性という）運用状況は……外形的には男女で賃金や昇格等につき異なる扱いをしているとの疑念を抱かせるものである。そうすると……本件コース別人事制度の運用、すなわち職種の採用や転換において、女性であることを理由とした差別的取扱いをしていないかを検討する必要がある」。

2. Xらの採用について

①「採用段階の取扱いについて見るに……Yは、現業の知識、経験、技能を必要とする業務を基幹的業務と位置づけ、これに基づいて総合職については現業に関する経歴の有無等を重視して採用してきたが、現業の経験を有する女性自体が少ないため、これまで総合職の募集に対して女性が応募ないし紹介されたことがなかったと認められる……。そうすると、結果的に総合職の全員が男性という人員構成になっているからといって、Yにおいて……男性は総合職に、女性は一般職という基準がとられていたとは認められない」。

②X1の採用の経緯をみると、「Yとしては、当初から……経理事務を担当する一般職を採用する意図で募集をかけており、募集する条件に合致する人物として派遣会社から照会されたのが、X1であったというにすぎず、X1を女性であることを理由として一般職に振り分けたとは認められない」。

③X2が応募した求人広告の記載に職種の記載がなく、入社試験も総合職と一般職の区別なしに実施されたことは認められるが、「他方……同試験の面接において……（Y社担当者が）一般職の労働条件や業務内容を説明し、X2は……総合職と一般職の区分があることや、自己が一般職として採用されることを認識し、了解したことが認められる。……そして、X2は……正社員として事務職に従事することを希望してYに応募しており……（Yは）現業の経験がなく事務職への従事を希望しているというX2の属性を踏まえて……事務業務を担当する者として採用したものと推定される。したがって、Yが、採用に当たって、X2を女性であるという属性に着目して一般職に振り分けたとは認められない」。

④「以上によれば……Xらが一般職として採用されたことについては、合理的理由が認められ、少なくとも採用段階における取扱いについて、労働基準法4条ないし雇用機会均等法5条に違反するものとは認められない」。

3. 採用後の処遇について

①「Yにおいては、給与規定上は職種転換制度が規定され

……しているにもかかわらず、……一般職から総合職への職種の転換がなされた実績が存在せず……、男性を総合職、女性を一般職として男女で賃金や昇格等につき異なる取扱いをしているとの疑念を抱かせる状況が継続していることからすれば、一般職から総合職への転換がないことについて、合理的理由が認められない場合には……現状を固定化するものとして、職種の変更について性別を理由とした差別的取扱いを禁止する雇用機会均等法6条3号に違反するか、……同法1条の趣旨に鑑み、違法な男女差別に当たるといふべきである」。

②「Xらは……総合職への転換を希望する意思を明確に伝えているものと評価できるのに……総合職への転換ができていないことはもとより、YがXらに、総合職への転換に必要な具体的な基準や手続等を示したりしたことすらなかったことからすれば、Yは、Xらに一般職から総合職への転換の機会を与えてこなかったといえるところ、Yの本件コース別人事制度の前記の運用の現状……に照らせば、Yのこのような行為は、職種が性別によって例外なく分かれている現状を追認、固定化するものであり、職種転換における性別を理由とする差別と事実上推定されるというべきである」。

③上記のYの行為は「均等法6条3号に違反し……同法1条の趣旨に鑑み、Yが、Xらに対し……総合職への転換の機会を提供しなかったことは違法な男女差別に当たることが事実上推定されるところ、本件において、この推定を覆す事情は認められない」。

④本件コース別人事制度を設けたことや採用段階での運用に違法性は認められず、Xらを一般職として遇すること自体は雇用機会均等法6条1号に違反しない。Xらに一般職としての賃金表を適用したことが労働基準法4条に違反するということもできない。

⑤Y社における総合職と一般職は、給与規定上、職務内容や責任等を異にするものである。「このような職制の下で、X1は、Yの総務課に所属する一般職（経理担当）として、小口現金の出納、小切手・手形等の出納、経理システムへの入力、伝票の保管・発行、固定資産台帳の作成、勘定補助簿の整理、取引先の信用調査資料の収集、整理・保管等の定型的・補助的業務を行い……、X2は、Yの生産管理課の一般職として、外注修理写真の管理、Yシステム（MCフレーム）への受注登録、Jobファイルの作成、巴工業システム（MCフレーム）への選考部品入力、保守BM、図面準備等の定型的・補助的業務を行ってきたのであって……、これらの事務がYにおいて「基幹的業務」に該当するとは認められず、Xらの行う事務と総合職の行うそれとの間に同質性があつたとは認められない」。

両角 それでは、ホット 이슈の1件目、巴機械サービス事件について報告いたします。

被告Y会社にはいわゆるコース別人事制度がありました。採用実績をみると総合職全員が男

性、一般職全員が女性でした。そして、賃金規程に基づいて職種別賃金表が適用されていたため、男女間にかかなりの賃金格差が生じていました。

本件の原告 X らは一般職として中途採用され主に事務職に従事している女性ですが、会社のコース別人事制度は男女を区別するものであり、職種別賃金表の適用は労基法 4 条に違反する、X らを一般職として採用したことは均等法 5 条に違反する、そして採用後に職種転換の機会を与えないことが均等法 6 条に違反する等と主張し、総合職としての地位確認、差額賃金の支払い、予備的に不法行為に基づく損害賠償、慰謝料等の支払いを求めて提訴しました。

一審は、賃金差別と採用差別を否定しましたが、X らに職種転換の機会を与えないことは均等法 6 条 3 号と同法 1 条の趣旨に違反し不法行為に当たるとして、X らの請求を一部認容し、慰謝料の支払いを会社に命じました。

これに対して双方が控訴し、東京高裁は基本的に一審の判断を支持したのですが、少し変更したところがあります。

すなわち、一審判決では、Y 社社長が X1 の質問に対して「女性に総合職はない」旨の発言をしたという事実が認定されており、この事実は、X らが女性であることを理由として職種転換の機会を与えなかったことを推認する根拠の一つと位置づけられています。これに対して、控訴審は社長の上記発言は認定できなかつたうえ、職種転換に関して使用者の差別意思を推認した部分を削除しています。結論として不法行為の成立は認めているのですが、そこに至る考え方はこれまでにないもので、あらためて後で触れさせていただきたいと思います。

ご承知のように、総合職男性と一般職女性との賃金格差の一部を性差別として救済した裁判例は、野村証券事件（東京地判平 14・2・20 労判 822 号 13 頁）をはじめ、これまでも幾つかあります。しかし、先行事件はいずれも、過去に男女別コース制があり、違法と当時の法律では禁止されていなかったが明白な男女差別が行われていて、そこから生じた男女格差を改正均等法施行後も維持していた事案で、そういう格差を是正しないこ

とが性差別に当たると判断されたわけですが。これに対して、本件では明白な男女差別的制度はなく、最初からコース別人事制度の下で生じた男女格差をどのように救済すべきかという新しい問題を提起したケースとして意義があると思います。

判旨については、結論はともかく、理論構成について多くの疑問があります。

まず総論的な話として、本判決は、本件のコース制は明白な男女差別ではないので、職種別賃金の適用は直ちに労基法 4 条違反とは言えないとしたうえで、運用実態を見ると疑念があるので、採用や職種転換について性差別の有無を検討する必要があると述べています。

たしかに総合職・一般職の区別自体は性中立的で、明白な男女差別でないとは言えますが、本件では約 20 年にわたり女性総合職の採用実績や転換実績がないことから使用者の差別意思が強く推認されるケースだったと考えます。したがって、採用や賃金表の適用、職種転換については、使用者が差別意思の推認を覆すに足りる合理的理由を立証したかという観点から、差別性の有無を慎重に検討するべきだったのではないかと思います。一審も控訴審も簡単に差別意思を否定していますが、この点は疑問です。

次に各論的に見ると、第一に、X らの採用は均等法 5 条に違反しないと言わざるをえないと思います。事務職の求人で、X らは事務職を希望して応募し採用されたのですから、総合職として採用しなかったことが差別だとは言えません。

ただ、使用者側は、総合職に女性が一人も採用されなかった理由として、現業経験を総合職の採用条件にしたため女性の応募がなかったのだと主張しており、裁判所はそれを簡単に認めて採用基準の差別性を否定しているのですが、これは問題だと思います。使用者の主張の通りだとすれば、現業経験という採用条件は、一見性中立的だが女性に非常に大きな不利益をもたらす、間接差別的な基準です。現行の均等法はこのような間接差別を禁止していませんが、女性への不利益を認識・認容しつつ合理性のない基準を適用したのであれば差別意思を認定することも可能です（三陽物産事件・東京地判平 6・6・16 労判 651 号 15 頁参照）。



現業経験という条件がY社における総合職の採用条件として実質的な合理性・必要性を有するの、あるいは現業経験がない男性を総合職に採用した例がないか、といったことを丁寧に検討すべきだったと思います。採用差別が認められないとしても、採用基準の差別性は、賃金や職種転換に関する差別意思の認定にも影響を与えうるからです。

第二に、職種別賃金表の適用については、判決は、Xらを一般職として採用したことが差別ではないのだから一般職の賃金表を適用したことも差別ではないと簡単に述べていますが、採用と賃金は別の問題だと思えます。つまり、本件は使用者の差別意思が強く認定されるケースなので、兼松事件（東京高判平20・1・31 労判959号85頁）や東和工業事件（名古屋高金沢支判平28・4・27 労経速2319号19頁）などのように、Xら一般職女性と男性総合職の仕事の内容の異同を丁寧に認定して、職務内容が同じでないとしても相当重なっているとか、賃金格差を合理的に説明できるような職務の違いがないということであれば、労基法4条違反を認めるべきだったと思います。

第三に、職種転換についてですが、不法行為の成立を認めた結論はともかく、判旨の理論構成にはよく分からないところがあります。つまり、総合職と一般職の間の処遇格差について使用者の是正義を認めた先行裁判例では、先ほど申し上げたように、過去に男女別コース制があって、明白な男女差別から生じた格差を是正しないことが均等法6条違反とされたのです。

しかし、本件では、判旨によれば、Xらと男性総合職の間に生じた格差は男女差別に起因するものではないわけです。そのような格差の是正義を使用者に課す法的根拠は何でしょうか。判決は一種のポジティブアクションを使用者に義務づけているようにも読めますが、そのような解釈は均等法の差別禁止規定から自然に出てくるものではないと思います。

研究者としては理論的に大変興味深い問題だとは思いますが、本件においては、裁判所はまず一見中立的なコース制の差別性を実質的に検討すべきであり、その検討を適切に行えば労基法4

条や均等法6条に基づく救済が十分可能な事案だったのではないかと考えております。

山田 まず、最初に思ったのは、そもそも総合職とは何かという問題です。従来の事案では、銀行とか証券会社のホワイトカラーの事案でした。もちろん、各企業がそれぞれの定義に基づき、総合職として取り扱うことは原則として許されると考えますが、やはり企業における総合的能力を要する基幹的業務に従事して、将来の幹部候補生と処遇されているポストが一般的にイメージされます。そうすると、本件のように、現業の知識、経験、技能を有すること、要する現業部門を経験したことが、法的にも「総合職」と評価できるのでしょうか。特に本件のように、21年間にわたって、総合職は全員男性、女性はすべて一般職であると性差別の成否という論点からアプローチすべきです。それから、現業部門に従事した女性、あるいは事務部門の男性が存在しなかったのかも問題となります。

総合職の意味が、銀行とか商社のようなところとは違うのはわかるのですけれども、これが果たして総合職・一般職の分け方として妥当なものかどうか疑問に思ったのが第一点です。

第二点は、ご指摘のように、今までの裁判例は従来から男女別コース制が採用されてきた事案でしたが、本件のように、最初から男女別コース制でなければ、性差別は成立しないのでしょうか。運用面から、一定の時点で差別となることもありうるはずですが。

しかし、両角先生が指摘されたように、男性56名全員が総合職で、女性9名が全員一般職で、かつ約20年にわたって変化がないとすれば、間接性差別が推認されますね。これは先生が挙げられた三陽物産事件と共通するものがあります。三陽物産事件は、世帯主条項や勤務地限定／非限定のような間接差別的な事案について、その制定意図や運用実態から、使用者の差別意図を認定し、労基法4条違反と構成したところが非常に重要なポイントです。

本件では、京ガス事件（京都地判平13・9・20 労判813号87頁）のような職務分析はされていませんが、現業経験と事務作業との間の職務内容の

差は明らかではありませんし、最初からコース別雇用が採用されていたことだけで、その合理性を肯定できるものではないと考えます。

両角 総合職と一般職の区別ですけれども、この判決の問題点の一つは、総合職の職務内容が具体的に認定されていないことだと思います。高裁はXらの職務内容についてある程度具体的に認定していますが、比較対象となる男性総合職の仕事の内容が具体的にどのようなものだったかは分かりません。

それから、本件では、裁判所は過去に男女別コース制がなかったことを過大に評価して、採用基準や職種別賃金の適用について明確な差別意思の立証がない限り、差別に当たらないと判断しているのではないのでしょうか。しかし、本件は一見中立的な制度に差別性が強く推認されるケースと捉えるべきだったと思います。

山田 ご指摘の通り、一般職については職務内容を詳細に説明しながら、総合職の業務内容は抽象的に述べているだけで、本当に本件が職種別コース制であるかは疑わしく思います。本件では、雇用管理区分が明確にされないまま採用試験が実施され、男性は全員総合職、女性は全員一般職に配置されていたのですから、実態は明らかに男女別コース制となっているので、男女差別が推定され、使用者がその合理性を立証する必要がありますが、その立証が十分ではないように思われます。

もう一つ、一審判決で言及されていましたが、たとえ男女差別が認められても、昇進昇格については、あくまで使用者の裁量権であるから、当然昇格昇進できるかはわからないから確認請求を認めないとか。もちろん課長職に全部就けることはできません。男女差別を認めたならば、何らかの差別を是正する義務があるわけですから、課長職の地位確認は難しいとしても、課長職相当の賃金支払いは可能だと思います。差別救済に裁量を持ち込んだらおかしいです。

両角 ただ、労働契約に基づく差額賃金請求を認めるためには、差別がなかった場合に支払われたであろう賃金額をある程度具体的に認定する必要がありますよね。本件でも、仮にXらが職種

転換できていたとしても総合職の職能等級のどこに位置づけられていたかは認定が難しいのではないかと思います。

ところで話が変わりますが、理論的に見ると、高裁判決で一番気になるのは、職種転換の機会付与に関して一審判決が差別意思を推認した部分を削除し、差別を疑わせるような男女の職種分離を放置していることが均等法6条に違反すると言っている点です。つまり、女性であることを理由として転換機会を与えないことを問題にしているのではなく、(差別によって生じたものでなくても)男女職種分離を是正しないこと、言い換えるとポジティブアクションをしないことが差別に当たると言っているようにも読めます。この点について、山田先生のお考えはいかがですか。

山田 本判決は、均等法8条のポジティブアクションをみているのではないと思います。コース別雇用制度が性差別ではないということと、コース転換の有無とがどう関係するかですね。本件では、転換制度は形骸化した転換制度ですが、コース別雇用が正当化されるのは、性別に分離されていないだけでなく、実質的にコース転換が開放されていることも重要なポイントです。この意味で、採用・就業実態、本件転換制度の実態、本件社長発言(本判決では否定されていますが)等を考慮すれば、コース転換制度だけでなく、コース制の存在そのものが差別的意図により創設されたものと推測させるものと指摘できるのかもしれませんが。

それから、差別が明確に否定されているのに、なぜ転換制度だけが男女差別になるのかはご指摘のように、わかりにくいところですよ。

両角 差別的な採用基準や賃金表の適用により生じた男女格差ならば、是正義務が生じるのは理解できるのです。差別によって生じたか否かを問わず、実際に男女の職種分離が固定化しているという事実があれば、それを放置していることが性差別に当たるとするのは、少なくとも現行法の解釈としては無理があるのではないのでしょうか。

山田 差別意図の存在は直接差別では必要だと思います。ただ、差別意図をどう認定するかという問題だと思います。

差別意思という主観的要素を三陽物産事件判決のように、間接差別的なアプローチで直接差別を認めるといえることがあれば、これはまさに先生がご指摘の事案に近いと思います。

## 2. 誠実交渉義務命令と労働委員会の裁量権

——山形県・県労委（国立大学法人山形大学）事件・最二小判令4・3・18（労判1264号20頁）

### ——事案と判旨——

#### 事実の概要

被上告人である国立大学Y法人は、人事院勧告に基づき、平成26年1月から55歳超えの教職員の昇給を抑制・停止すること（昇給抑制等）、および同27年4月から基本給を平均2%引き下げること（給与引下げ）を提案し、上告補助参加人Y法人Z職員組合に団交を申し入れた。昇給抑制等については、平成25年11～12月に3回、給与引下げについては、同26年9月～27年3月に7回の団交がそれぞれ実施されたが、妥結に至らなかったとして、Y法人は、就業規則を改訂し、平成27年1月から昇給抑制等、同年4月から給与引下げを実施した。

これに対し、Z組合は、平成27年6月22日、上告人である山形県労働委員会に不当労働行為救済を申立てた。山形県労委は、平成31年1月15日付けで、誠実団交およびポストノータイスの救済命令を発した。その内容は、本件団交事項にかかる団体交渉におけるX法人の対応につき、昇給の抑制や賃金の引下げを人事院勧告と同程度にすべき根拠についての説明や資料の提示を十分にせず、法律に関する誤った理解を前提とする主張を繰り返すなど頑ななものであり、労組法7条2号の不当労働行為に該当するとして、Y法人に対し、本件各交渉事項につき、適切な財務情報を提示するなどして自らの主張に固執することなく誠実に団体交渉に応ずべき旨を命じるものであった（本件救済命令）。

これに対し、行政訴訟では、一審判決（山形地判令2・5・26 労判1241号11頁）、原審（控訴審）判決（仙台高判令3・3・23 労判1241号5頁）ともに、本件救済命令を取り消した。原審は、本件命令が発せられた当時、昇給抑制や賃金の引下げの実施から4年前後経過し、関係職員全員についてこれらを踏まえた法律関係が積み重ねられていたこと等からすると、その時点において団体交渉が行われても、組合にとって有為な合意を成立させることは事実上不可能であったと認められるから、仮にY法人に本件命令が指摘する不当労働行為があったとしても、山形県労委が本件各交渉事項についてのさらなる団体交渉をすることを命じたことは、その裁量権を逸脱したものと判断した。

#### 【判旨】（破棄差戻）

「労働組合法7条2号は、使用者がその雇用する労働者の

代表者と団体交渉をすることを正当な理由なく拒むことを不当労働行為として禁止するところ、使用者は、必要に応じてその主張の論拠を説明し、その裏付けとなる資料を提示するなどして、誠実に団体交渉に応ずべき義務（以下、「誠実交渉義務」という。）を負い、この義務に違反することは、同号の不当労働行為に該当するものと解される。そして、使用者が誠実交渉義務に違反した場合、労働者は、当該団体交渉に関し、使用者から十分な説明や資料の提示を受けることができず、誠実な交渉を通じた労働条件等の獲得の機会を失い、正常な集团的労使関係秩序が害されることとなるが、その後使用者が誠実に団体交渉に応ずるに至れば、このような侵害状態が除去、是正され得るものといえる。そうすると、使用者が誠実交渉義務に違反している場合に、これに対して誠実に団体交渉に応ずべき旨を命じることを内容とする救済命令（以下「誠実交渉命令」という。）を発することは、一般に、労働委員会の裁量権の行使として、救済命令制度の趣旨、目的に照らして是認される範囲を超え、又は著しく不合理であって濫用にわたるものではないといえるべきである」。

「ところで、団体交渉に係る事項に関して合意の成立する見込みがないと認められる場合には、誠実交渉命令を発しても、労働組合が労働条件等の獲得の機会を現実に戻すことは期待できないものともいえる。しかしながら、このような場合であっても、使用者が労働組合に対する誠実交渉義務を尽くしていないときは、その後誠実に団体交渉に応ずるに至れば、労働組合は当該団体交渉に関して使用者から十分な説明や資料の提供を受けることができるようになるとともに、組合活動一般についても労働組合の交渉力の回復や労使間のコミュニケーションの正常化が図られるから、誠実交渉義務を発することは、不当労働行為によって発生した侵害状態を除去、是正し、正常な集团的労使関係秩序の迅速な回復、確保を図ることに資するものといえるべきである。そうすると、合意の成立する見込みがないことをもって、誠実交渉命令を発することが直ちに救済命令制度の本来の趣旨、目的に由来する限界を逸脱するということとはできない。

また、上記のような場合であっても、使用者が誠実に団体交渉に応ずること自体は可能であることが明らかであるから、誠実交渉命令が事実上又は法律上実現可能性のない事項を命ずるものであるとはいえないし、上記のような侵害状態がある以上、救済の必要性がないということもできない。

以上によれば、使用者が誠実交渉義務に違反する不当労働行為をした場合には、当該団体交渉に係る事項に関して合意の成立する見込みがないときであっても、労働委員会は、誠実交渉命令を発することができるかと解するのが相当である」。

山田 2件目は山形県・県労委（国立大学法人山形大学）事件を取り上げます。ここでは、第1が団体交渉における誠実交渉義務をどう考えるかという問題、第2が行政委員会としての労働委員



会の裁量権を裁判所がどこまで尊重すべきかという問題です。

事案としては、国立大学法人山形大学が、人事院勧告に基づき、平成26年から55歳超えの国家公務員の昇給の抑制・停止や給与の引下げ停止を行う提案について、組合と団体交渉を行いました。これは年齢差別ではないかという問題があるのですが、ここでは触れません。団交のテーマは、55歳超えの職員の昇給抑制と賃金引下げの2つですが、前者の交渉開始が平成25年11月で、これは1カ月で終わっており、3回団交が行われましたが妥結せず、同27年1月1日に、大学法人が就業規則を変更して、昇給抑制が実施されています。次に、賃金引下げの団交は、26年9月から始まって、これは約半年、7回行われていますが、やはり妥結されることなく、同27年4月1日から賃金引下げが実施されています。これに対して労委への申立てが平成27年6月22日で、誠実団交およびポストノータイスを命じる労委の救済命令が同31年1月15日に出されています。昇給抑制等が実施されて約4年後になっています。迅速な解決を図るべき労委としては長い時間がかかっています。

県労委の救済命令は、大学法人の対応は、昇給抑制や賃金引下げを人事院勧告と同程度とすべき根拠についての説明や資料の提出を十分に行わず、法律に関する誤った理解を前提とする主張を繰り返すなど頑ななものであり、労組法7条2号の不当労働行為に該当し、大学法人に対し、本件各交渉事項につき、適切な財務状況を提示するなどして自らの主張に固執することなく、誠実に交渉に応じることを命じました。

ところが地裁、高裁はこれを取り消すこととなります。一審山形地裁は、団体交渉は労使交渉を達成することを目的としているのだから、既に実施されている昇給抑制や賃金引下げについて、新たな合意形成は不可能であり、使用者にさらなる団交を命ずることは不可能を強いるものであり、労委の裁量権を逸脱しているとして救済命令を取り消しました。原審である仙台高裁は、実施済みであっても不可能とは言えないけれども、本件命令が発せられた当時、昇給停止等が実施されてす

で4年ほど経過しており、関係職員についてもそれが実施された法律関係が形成されており、団体交渉を命じて、組合にとってみると有為な合意を得ることは事実上不可能であったと認められるから、仮に不当労働行為があったとしても、労働委員会が誠実団体交渉を命ずることは裁量権を逸脱したものと言わざるをえないと判断しました。

これに対し、最高裁は、まず不当労働行為制度の意義・目的を示したうえで、その救済における労委の強い裁量権を認めました。同最高裁判決は、第二鳩タクシー事件の大法廷判決（最大判昭52・2・23民集31巻1号93頁）を引用して、不当労働行為の趣旨、目的に照らして是認される範囲を超えて、不合理であって濫用に当たると認められるものでない限り、当該命令を違法とすべきではないと判示しました。使用者は、労組法7条2号により、必要に応じて自己の主張の論拠を示し、その裏付けとなる資料を提出するなどして、誠実に団体交渉義務に応ずべき誠実交渉義務を負うところ、使用者が誠実交渉義務に反する場合に、これに対して誠実交渉命令を発することは一般に労働委員会の裁量権の行使として、救済命令制度の趣旨、目的に照らして、是認される範囲を超え著しく不合理なものではないとして、高裁判決を破棄差戻しました。

この団体交渉事項に係る事項に関して合意の成立の見込みがないと認める場合には、誠実交渉命令を発しても、労働組合が労働条件等の獲得の機会を現実に回復することが期待できない、これは高裁判決の主張ですね。しかしながら、このような場合であっても、使用者が労働組合に対する誠実交渉義務を尽くしていないときは、その後、誠実に団体交渉に応ずるに至れば、労働組合は当該団体交渉に関して使用者から十分な説明や資料の提供を受けることができ、組合活動一般についても労働組合の交渉力の回復や労使間のコミュニケーションの正常化が図れるのだから、誠実交渉命令を労働委員会が発することは、不当労働行為制度の目的にかなった、正常な集団的労使関係秩序の迅速な回復、確保を図ることに資するものであるから、合意の成立の見込みがないことのみを

理由として裁量権を否定することは許されないという判断をしました。

したがって、差戻控訴審では、関係資料を配布したのか、賃金減額等に対する説明を十分したのかの事実認定をしたうえで、使用者が誠実交渉義務を尽くしたかが判断されることとなります。

次に、本件の論点ですが、繰り返しになりますけれども、制度の実施および申立てから4年経過後に救済命令が出ていることは、まさに迅速な救済という労働委員会の役割に反することになると考えます。何か理由があったのかもしれませんが。

本判決により、まず既に賃金減額等が実施されていることが団交拒否の正当事由には該当しないこと、あるいは団体交渉の目的が合意の成立に限定されるものではないことが最高裁で確認されたこととなります。前者については、実施した者勝ちという風潮を抑制する効果をもつこと、後者については、最高裁も指摘するように、労使間コミュニケーションの形成や、会社が抱えている問題等を組合員に知ってもらうことも、団交の持つ重要な意義と考えられます。

そうすると、団体交渉当事者は妥結する義務はないのですから、お互いが議論を出し尽くした段階に至れば、特段の事情変更がない限り、さらに団体交渉を申し入れても無意味であるから、その申入れを拒否することも正当な理由になるのですが、差戻控訴審では問題になりえます。本件団体交渉は、交渉期間で1カ月もしくは半年、交渉回数では3回もしくは7回行われているわけです。交渉行き詰まりの主張は、説明や資料提出が不十分とする最高裁の判断では否定されると考えられます。

両角 ご説明いただいたように、本件は、団交に係る紛争発生から長い時間が経ち、組合が求めていた制度の見直し等が現実性を失っているのに、なお使用者に誠実交渉を命じることが労働委員会の裁量権の範囲内なのかどうか争われた事件です。私も労働委員会の公益委員をしているのですが、本件のような場合、ポストノーティスや文書手交を命じるのが一般的だと思われるので、

山形県労委がなぜあえて誠実団交応諾を命じたのかが気になりました。そこで救済命令を見てみると、県労委は大学側の不誠実団交を認定したうえで、救済方法に関する部分で、本件では使用者も説明が足りなかったが、労働組合の交渉態度にも問題があった（説明や資料提示について具体的な要求をせずに大学側の勘違いを揶揄した、いったん同意したことについて突然錯誤無効を主張した等）として、今後適正な労使環境を樹立するには組合側も態度を改める必要があると述べているのです。

そうすると、これは深読みすぎるかもしれませんが、労働委員会としては、ポストノーティスは使用者に不誠実団交があったことを明らかにするだけですが、本件は労使双方に団交当事者として未熟なところがあったので、これから適正な労使関係を作っていくために、双方がきちんとやり直してください、という趣旨で、あえて誠実団交応諾を命じたのかもしれないと思いました。

たしかに2号事件で処理期間が4年というのは長いような気がしますが、もし県労委がそういうふうにして誠実団交応諾を命じたのだとすると、これはまさに労働委員会の果たすべき役割であり、裁量の範囲内と考えるべきだろうと思います。

ですから、最高裁の結論には、私も賛成です。なお、使用者の誠実団交義務について明確に言及した最高裁判決はこれが最初のようなので、その点でも意義のある判決だと思います。

ただ、「労働組合にとって有為な合意」とは何かという問題に関して、この判決には少し違和感を覚えます。つまり、事件当時に組合が要求していたことを実現する合意の達成が不可能だとしても、そういうものだけが労働組合にとって有為な合意なのかというと、必ずしもそうではないと思います。場合によっては、使用者からきちんと説明を受けることにより、現行制度はこれでやむをえないと組合が受け入れることも有為な合意ですよ。そうだとすると、本件はそもそも、労働組合にとって有為な合意に至る可能性がないケースとは言えないのではないかと思います。

山田 まず、労委命令が4年かかった事情が納得できました。「有為な合意」というのは、金銭

的な意味だけではないということですね。

両角 はい。労使関係的に見れば、合意にはもっと広く多様な意義があると思います。

山田 今さら前の制度に変えろという交渉だと、また行き詰まってしまいます。

その意味で将来に向かって、じゃあ今のこういうものを現状の中でどういうふうに労使が打開していくかの話し合いをなささいということ。

両角 はい、そう思います。「今は現状を受け入れるけれども、将来はこういう方向で話し合っていきましょうね」という合意が労使間でできれば、それは非常に有為な合意だと思います。したがって、有為な合意に関する裁判所の考え方は少し狭すぎるのではないかと感じました。

山田 労使間のコミュニケーションというのは付随的なものですね。

両角 労使間のコミュニケーションの正常化も、不当労働行為救済制度の目的の一つとは言えるかもしれないけれども、やはり団体交渉は合意達成を目指すプロセスなので、合意達成の可能性がなくてもコミュニケーション正常化に資するか

らいいのだ、という言い方にはやや違和感を覚えます。

そのようなことを言わなくても、先ほどのように考えれば、団体交渉による有為な合意の可能性が否定されるケースは相当に限定されるのではないかと思います。

山田 実際、団体交渉の中で人事院勧告を上回るような合意がなされることもあるのでしょうかけれども、それは聞いたら、やっぱり大学のほうは団交で自分たちがやったんだと言うし、組合は勝ち取ったんだと言う。だから、その団体交渉でのいきさつというのはあまり出てこないですけども、先生がおっしゃったように、将来的な労使のあり方も含めてもう一回再スタートなささいということになりますよね。

両角 でも、原審の判断には問題があったので、最高裁の結論がこうなったのはよかったと思います。

山田 原審がかなり団体交渉の目的を狭く捉えているところですね。本件は、まさに団体交渉とは何かということにかかわってくる事案ですね。

## フォローアップ

### 1. 出来高払制と時間外割増賃金

——トールエクスプレスジャパン事件・大阪高判令3・2・25（労判1239号5頁）

#### 事案と判旨

##### 事実の概要

貨物自動車運送事業等を営むY社では、集配職の労働者に対して、基準内賃金（固定給、能率給）と基準外賃金（時間外手当、諸手当）から成る賃金を支払っていた。このうち時間外手当については、同社賃金規則に基づき、①基準内賃金の固定給部分を基礎賃金として、法定の計算方法により時間外手当A及び同C（月60時間超）を算出し支給する、②出来高に応じて計算された賃金対象額が上記時間外手当Aを上回る場合に、差額を能率手当として支給する（本件計算方法）、③上記能率手当を基礎賃金として、法定の計算

方法により時間外手当Bを算出し支給する、という取扱いがなされていた（上記①～③を合わせ本件制度）。

Y社の集配職であるXらは、本件計算方法により時間外手当Aの分だけ能率手当が減額されることから、時間外手当Aは労基法37条に基づく割増賃金として支払われたものではない等と主張し、未払割増賃金の支払いを求めて提訴。

一審（大阪地判平31・3・20労判1239号19頁）は、本件計算方法には合理性があり、労基法37条の趣旨に反するとはいえないとしたうえ、本件制度においては「通常の労働時間の賃金」と労基法37条に基づく割増賃金に当たる部分の判別可能性があり、法定割増賃金が支払われているとして、Xらの請求を棄却した。

##### 【判旨】（控訴棄却）

(1) 明確な区別の有無

「本件賃金規則においては、能率手当を含む基準内賃金が通常の労働時間の賃金に当たる部分、時間外手当A、B及び



Cが労基法37条の定める割増賃金であり、当該割増賃金は他の賃金と明確に区別して支給されている」。

(2) 対価性・判別可能性

①「時間外手当A及びBは、その名称及び……計算方法から見ると、時間外労働等に対する対価であると評価することができる」。

②「賃金対象額は、集配職の業務量を現す計算対象要素に応じて算出されるものであるところ、集配職の労働者が……時間外労働等をした場合には、その時間数に応じて能率手当を除く基準内賃金……対応部分の時間外労働等に対応して支払われる時間外手当Aあるいは時間外手当Cが発生するものの、他方で、時間外手当Aと同額が賃金対象額から控除される結果、能率手当の額が減少することとなる。そして、時間外労働等の時間数が多くなれば、……能率手当が0円となることもある……」。

この点……労働契約において通常の労働時間の賃金をどのように定めるかに関し労働基準法37条は特に規定しておらず、売上高等の一定割合に相当する金額から同条に定める割増賃金に相当する額を控除したものを通常の労働時間の賃金とする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は解されない（前掲最高裁平成29年2月28日第三小法廷判決参照）。しかし……前記のような仕組みのもとにおいて、時間外手当A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評価することができるか、本来は出来高払制の賃金として支払うことが予定されている賃金の一部を名目上割増金に置き換えて支払っているにすぎないものではないかという点については、労働契約の定める賃金体系全体における手当の位置付け等にも留意し、諸般の事情を考慮して判断する必要がある（最高裁令和2年判決参照）。

③「本件賃金制度における能率手当は、出来高払制の……制度の設計において『時間の効率向上』を考慮要素とすることとして、賃金対象額が時間外手当Aの額を超える場合のみ、超過差額を基準として能率手当を支給することにしたものである」。

「各集配職には、集配業務に係る具体的な順序、経路及び積荷の方法等についての裁量があり……集配業務に習熟することにより、一定程度業務時間を短縮することができ……業務効率の面から工夫をして密度の高い労働を行う場合とこれを行わない場合とでは同一労働時間内に行い得る業務量に差が生じ得ること、各集配職は、Yから指示された業務のほか、追加業務を申し出たり、顧客から新たな業務を獲得したりすることにより、賃金対象額を加算することができること、本件賃金制度における能率手当は、従業員の過半数が加入する労働組合との協議、調整を経て導入された後、……努力次第で賃金対象額を上げることができるようにして欲しいとの労働組合からの要望を踏まえ、改定されてきたものであることが認められる。そうすると、本件においては、集配すべき荷物の延着や客先の都合等により集配職の労働者に時間

外労働等が生じる場合があること……を考慮しても……集配職の業務の効率化を図る趣旨目的で、出来高払制の賃金として能率手当を設けることには合理的理由があり、Yが割増賃金の支払を免れる目的で能率手当を導入したと認めることはできない」。

④「……労働基準法27条は、出来高払制の賃金の場合に、労働時間に応じた賃金の保障をすべきものとしているが、本件賃金制度は、固定給と出来高払制の賃金を併用するもので……Xらの実取賃金の概ね半分から6割以上は固定給及び時間外手当Aであって……同条の定める労働時間に応じた賃金の保障がされているものと認められる。また……時間外手当Bについては、最高裁令和2年判決の事案とは異なり、能率手当が発生しない場合に時間外手当Bだけが支払われるという事態が発生することはなく、割増賃金として支払われるものの中に通常の労働時間の賃金として支払われるべき部分が含まれ、労働基準法37条の割増賃金に当たる部分とそれ以外の部分を判別することができないという問題は生じない。したがって、本件賃金制度における賃金体系のもとで、出来高払制の賃金部分である能率手当及び時間外手当Bは、労働基準法令に適合する形で定められており、時間外手当Bは、時間外労働等に対する対価として支払われるものと認められる」。

⑤「出来高払制の賃金を定めるに当たり、売上高等の一定割合に相当する金額から労働基準法37条に定める割増賃金に相当する額を控除したものを通常の労働時間の賃金とする定めが当然に同条の趣旨に反するものと解することができないのは、前掲最高裁……判決の判示するところであり、時間外労働等が増加しても賃金総額が変わらないという現象自体は、いわゆる固定残業代が有効と認められる場合にも同様に生ずることであるから、それだけで本件賃金制度における能率手当が同条の趣旨を逸脱するものであると評価することはできない。そもそも、出来高払制の賃金は、労働時間の多寡ではなく出来高によって通常の賃金額が定められる仕組みであるから、長時間労働しても出来高がなければ賃金額は当然には増加せず、労働時間に応じた賃金については、現行法上……労働基準法27条の規定による賃金の保障のほか、労働基準法施行規則に従った出来高払制の賃金の通常の労働時間の賃金の計算とこれに基づく割増賃金の支払がされる限度で、出来高払制の賃金と労働基準法37条の趣旨との整合性が図られていると解さざるを得ない」。

⑥「本件賃金制度のもとでは、時間外手当Aは、賃金対象額の多寡……にかかわらず、必ず支払われることになるのであり、時間外手当Aが賃金対象額を超過する場合には、能率手当は支給されず、時間外手当Aのみが支給される。そして、能率手当が支給される場合においても、時間外労働等があれば、時間外手当B及び時間外労働が60時間を超える場合の時間外手当Cも支給されることからすれば、本件賃金制度において、Yは、労働基準法37条等の定める……割増賃金の支払を負担しており、能率手当自体は、集配業務の



効率化のための出来高抑制の賃金として、対象賃金額を上限として時間外手当 A を含む固定給部分に追加して支給されるという性質を有するものというべきである。したがって、本件における能率手当が、実質的にみて……売上高等を得るに当たり生ずる経費としての割増賃金の全額を集配職の労働者に負担させているに等しいと評価することはできない。これらに照らせば、本件賃金規則の定める本件計算方法が……労働基準法 37 条の趣旨に反し、その実質において、能率手当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、その一部について名目のみを時間外手当 A に置き換えて支払うものであると認めることはできない。

両角 それでは次に、トールエクスプレスジャパン事件についてご報告します。

この判決は、1 年目に取り上げた（本誌 No. 724, 4 頁）国際自動車事件の最高裁判決のフォローアップで、時間外割増賃金が法定の算定方法と異なる形で支払われている場合に、労基法 37 条に違反するかどうかの問題になった事件です。

国際自動車事件では、ご承知のように、出来高を元に計算した対象額から時間外割増賃金を控除したものを歩合給として支給するという制度の適法性が問題となりました。第一次上告審（最三小判平 29・2・28 労判 1152 号 5 頁）はそのような制度が当然に労基法 37 条の趣旨に反するとはいえないとしましたが、第二次上告審（最一小判令 2・3・30 労判 1220 号 5 頁）は、割増賃金がそのまま歩合給の減額につながり、歩合給がゼロになりうるような制度は、歩合給として支払うべきものを名目上割増金に置き換えているにすぎず、対価性・判別可能性の要件を満たさないと判断しました。

この令和 2 年の最高裁判決については、一昨年のディアログで、結論はよいけれども理由がよくわからない、判決の射程がどこまで及ぶのか、たとえば時間外労働が増えても歩合給がゼロにならないような工夫がしてあればいいのか、それらの問題は今後の課題であろうという話になりました。

本件は、まさに国際自動車の制度にもう少し工夫がしてあるケースであり、大阪高裁は、上記の二つの最高裁判決を参照し、時間外労働手当の対価性・判別可能性を肯定しました。つまり、国際

自動車事件とは結論が逆になったわけです。本判決は上告不受理により確定しています。そうすると、本判決は、最高裁判決の考え方や射程を検討するうえで貴重な素材となると思います。

詳細な説明は「事実と判旨」に譲りますが、本件の原告 X らは Y 社で配送業務に従事する労働者です。賃金制度は、基本給などの固定給部分があり、時間外労働をした場合は、まず固定給部分を基礎として時間外労働手当 A を法定の割増率で計算して支給します。そして、それと別に、出来高を基礎として賃金対象額を算出し、そこから時間外労働手当 A を控除し、差額を能率手当として支給します。そして、能率手当を基礎として時間外労働手当 B を算出し支給しますが、この時間外労働手当 B が賃金対象額から控除されることはありません。ここが国際自動車事件とは異なるところです。

つまり、固定給部分と出来高給部分について別々に時間外手当を算定して、固定給部分の割増賃金だけを対象額から控除する点が、国際自動車事件の制度と異なります。その結果、本件の制度でも時間外労働が多くなると能率手当はゼロになりうるのですが、その場合は時間外労働手当 B もなくなり、固定給部分と時間外労働手当 A だけが支払われることになります。

本判決は、時間外労働手当 A と B には対価性・判別可能性が認められると判断しました。判旨を読むと、結論に至る考え方の筋道が必ずしもはっきりしないのですが、私が理解した限りでは、以下のように整理できるかと思います。

まず、本判決は国際自動車事件の最高裁二判決を参照し、売上高等から時間外割増賃金を引いた金額を「通常の労働時間の賃金」とする定めは当然に無効ではない（平成 29 年判決）が、時間外労働手当の対価性について賃金体系全体における手当の位置づけ等にも留意して判断する必要がある（令和 2 年判決）と述べています。

そのうえで、第 1 に、本件では固定給部分（時間外労働手当 A を含む）が賃金全体の 5～6 割を占めており、出来高部分がゼロになろうとも必ず支払われることを指摘し、労基法 27 条の出来高払いの保障給の要求も満たすとしています。

第2に、判旨は、能率手当を、集配作業の効率化のために固定給部分に追加して支給される賃金として位置づけています。すなわち、残業せず効率的に作業した人に乗せとして支払う手当であり、このような手当を設けることには、仕事の性格や多数労組との合意等に照らして合理性があるとしています。

第3に、時間外労働手当Bについては、本件では国際自動車事件と異なり、能率手当がゼロなのに手当Bだけが払われることはないので、判別可能性の問題（割増金の中に「通常の労働時間の賃金」として支払われるべき部分が含まれている状態）は生じないとしています。

第4に、時間外労働手当Aについては、時間外労働により賃金総額が増えないとしても直ちに労基法37条に反するとは言えず、本件では時間外労働に対して時間外労働手当A・B・Cが支払われていること、能率手当が業務効率化のための出来高払制の賃金として固定給部分に追加して支給されるものであること等から、本件制度が出来高給として支払うべき賃金の一部を名目的に割増賃金に置き換えて支払うものとは言えない、と判断しています。

本判決で展開されている論理はなかなか難しく、また必ずしも明晰でない部分もあり、私自身も考えがまとまっているわけではないのですが、国際自動車事件の最高裁二判決を前提とすれば、結局、このような結論に至るようにも思えます。

本判決の一つのポイントは、能率手当の趣旨・性質の理解だと思われます。裁判所は固定給部分を賃金の主たる部分として、能率手当は作業効率化のための上乘せ給付であると位置づけています。このような追加給付、たとえば、同じ割当量を残業せずに行った人に対して、たとえば月3万円を支給するという制度を設けた場合に、それが労基法その他の法律に違反することはおそらくないだろうと思います。ただし、その手当の金額や賃金全体に占める割合によっては、実質的にはもはや追加給付とはいえず、問題が生じるような気もします。

本件で問われているのは、能率手当を設けること自体ではなく、能率手当の金額を時間外割増賃

金の金額と連動させることの可否です。本件では対象額から時間外労働手当Aを引いたものを能率手当とし、その能率手当を「通常の労働時間の賃金」として時間外労働手当Bを計算するという仕組みになっているわけですが、平成29年判決によれば、このような定めは当然に違法無効ではありません。そして、本件の制度の下では、令和2年判決が具体的に指摘した問題（出来高給がゼロになった時に割増賃金だけが支払われる等）は生じないため、時間外労働手当A・Bの対価性や判別可能性を肯定する方向に行くのかもしれないと思います。

しかし、私は、このような判例の方向性には問題があると思います。本件でも国際自動車事件でも、問題となった賃金制度は非常に複雑であり、両制度の違いは微妙なものです。現在の判例法理の下では、制度の非常に微妙な違いによって、労基法37条に基づく割増賃金が支払われているか否かが決まるわけです。これらの判決を読んでも、少なくとも私には、その判断基準を明晰に理解することは難しく、やや事案が異なるケースではどのような結論に至るのか、予見可能性は低いと思えます。これらの会社で働いている労働者は、自分に適用される時間外割増賃金の仕組みを理解することが難しいし、労基法37条に基づいて支払われるべき割増賃金がきちんと支払われているかどうか、裁判所の確定判決を得ない限りわからない状態に置かれているわけです。

割増賃金という日常的で重要な労働条件について、法的ルールがこれほど複雑化していることは問題ですし、このような法的ルールの下では、賃金制度の複雑微妙な工夫がさらに進む可能性が高いと思います。

そこで、最高裁判決を前提とせずに、「時間外労働に対する割増賃金とは何か」という問題に遡って考えてみると、やはり、割増賃金の算定基礎である「通常の労働時間の賃金」が割増賃金の額と連動して変わるような定めは、労基法37条または37条の趣旨に違反するのではないかと思います。割増賃金額によって変動するものを割増賃金の算定基礎とすることは本質的におかしいのではないのでしょうか。この点に関して、平成29

年判決の考え方はやはり適切ではないのではないかと考えます。

山田 ありがとうございます。最高裁判決のたびに、時間外割増賃金の計算式が複雑化しているというのが、率直な感想です。

事実関係の確認ですが、国際自動車事件において、支給されていた歩合給は、労基法 37 条の割増賃金として基本給（固定給部分）と歩合給（控除前の対象額 A）の両者から算出された割増賃金が控除されたものであったのですが、本件では、能率手当から控除されたのは、基準内賃金を基礎として算出された時間外手当 A だけであり、能率手当自体の割増賃金（時間外手当 B）は控除されていません。このような制度のため、国際自動車事件が労基法 37 条違反とされる理由とされた、割増賃金全額が歩合給から控除されて、歩合給がゼロになってしまうこと（歩合給がゼロになれば、割増賃金に対する通常の賃金もなくなります）、あるいは割増賃金を経費としてみただけで、その全額を労働者負担させる形となっているという事態が回避された訳です。巧妙というか、よく考えられた賃金制度ですね、複雑すぎますが。

賃金対象額から時間外手当 A を控除することにより使用者にとって残業をしてくれば、能率手当が減るということになりますよね。そうすると、残業を減らすためにこういった数式を用いることは許されないでしょうか。

両角 私自身は、さっき申し上げたように、割増賃金が増えると割増賃金の算定基礎が減ってしまうという算定方法は、労基法 37 条の趣旨に違反すると思います。割増賃金と連動しない形であれば残業しなかった人には特別の手当を出すこと自体は違法ではないと思いますが。

ただ、繰り返しになりますが、「通常の労働時間の賃金」とは何かという根本的な問題があり、そこをクリアしないと判別可能性は認められないと思うのです。平成 29 年判決は、労基法はその点について何も決めていないのだから、労働契約により自由に決めていいと言っているのですが、「通常の労働時間の賃金」とは、当該労働者が時間外労働ではない時間に労働した場合に支払われる賃金と解釈するべきではないかと思えます。具

体的な金額は、もちろん就業規則や労働契約によって決まるのですが。

山田 同感です。

両角 それから、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）や令和 2 年判決は、問題となる手当等が客観的に時間外労働の対価といえるかを問題にしていますが、本件や国際自動車事件のように賃金制度自体が非常に複雑である場合には、客観的な対価性に加えて、それが労働者に理解可能であるかどうかを考慮してもいいような気がします。

山田 たしかに労基法 37 条は強行法規だから、その中で何をしてもいいということにはならない。

両角 タクシーや集配などの業種について、使用者側の立場に立って見ると、非効率的な長時間労働を抑止するという趣旨が理解できないわけではありませんし、多数労組との合意もあるので、多数の労働者もそのように考えていた可能性があります。

ただ、やはり労基法 37 条は強行法規なので、このような制度を適法にするためには立法措置が必要ではないかと思うのです。

山田 特定の手当から時間外割増分を控除するという手法が、やはり少し感覚的に変だなという気がします。本件の数式の目的はもちろん余分な時間労働の抑制とか、また短時間で働いている労働者にとって不公平だとか、そういう理由もあるのでしょうか。国際自動車事件のようなタクシー業界の場合には、空車時間を回避したいとの合理性はわからなくないですが、配送業では、配送のための定型的時間が必要なので、タクシー業とでは事情が異なるのではないのでしょうか。むしろ時間外手当の控除を恐れて急ぎ、交通事故等の恐れがあるような気もします。

両角 ところで、山田先生は賃金制度がどんどん複雑微妙になっていくことについては、どうお考えになりますか。

山田 いかにしたら労基法違反とされない範囲で、効率性を追求する賃金制度をつくるかに目的が向いているからでしょう。割増賃金の目的としては、所定労働時間を超える労働によって、労働



者の健康への影響や生活時間が失われることへの対価であり、そのような時間外労働をさせた使用者へのサンクションでもあり、あるいは長時間労働を抑制することが挙げられます。賃金制度が、このような労基法の目的に合致したものが検討されるべきでしょう。歩合給や能率給の算定にあたって、時間外労働割増分を控除させることは、以上の趣旨に反しないのでしょうか。

また先生がご指摘するように、自分の割増賃金額がいくらになるかを算定できるような規程となっているのが重要であることは当然です。それから、労基法37条によれば、「通常の労働時間又は労働日の賃金」です。残業によって変動するようなものが「通常の賃金」になるのかですね。

両角 山田先生は、平成29年判決については、どうお考えになりますか。

山田 このような複雑な賃金制度が広がった一因が29年最高裁判決ではないかと考えています。同判決は、峻別性があり、かつ結果的に割増賃金額が支払われていればよく、割増賃金の決定プロセスは問わないというものです。同条に定められた算定方法に従う義務はないと断言しています。これに対し、令和2年判決は、対価性という要件を加味したのですが、基本的スタンスは29年判決と変わっていないのではないかと思います。

問題は、同判決の最低支払原則と言いますか、要するに労基法37条で算定される割増賃金額を下回らなければよいという考え方です。もちろん、37条は強行法規ですから、その通りなのですが、労基法は同時に最低基準を定める法規でもあり、上回る基準を否定するものではありません。この点で、強行法規としての労基法37条には違反せず、法の範囲内で契約の自由に基づき一定の賃金額を引くことは許されるでしょうが、一定の賃金から割増賃金分を控除するということは、29年判決の指摘する時間外労働に対する報償としての割増賃金の性格に反し、合理性を欠くものと評価できないでしょうか（労契法7条）。

今後は、もっと複雑なものが出てくる可能性があります。やはり割増賃金とは何か、もう一度立ち返ってみる必要があります。

先ほども申しましたが、見方を変えれば、本件

のような賃金制度が残業抑制として機能するというプラスの評価もありえなくはありません。しかし、このような方法で、時間外労働の抑制を図ることの可否はあらためて問題となりそうです。

## 2. 偽装請負への労働契約申込みみなし規定の適用

—東リ事件・大阪高判令3・11・4（労判1253号60頁）

### — 事案と判旨 —

#### 事実の概要

控訴人（一审原告）Xら5名は、巾木・床材製造の請負業務等を業とする訴外特例有限会社A社の従業員である。各種の床材・床敷物の製造・販売等を事業とする被控訴人（一审被告）Y社は、A社との間で、平成11年3月30日から製造・加工、同22年8月1日に接着剤製造・加工に関する業務委託契約を締結した。

A社は、平成29年2月末をもって巾木の製造・加工に関する業務委託契約1を終了させることとし、3月1日にY社との間で、派遣先をY社B工場、業務内容を巾木工程製造作業、派遣期間を同日から同月30日とする労働者派遣個別契約を締結し、Xらを含む12名を巾木工程に派遣した。他方で、接着製造・加工の業務請負契約2は同月末をもって終了したことを理由として、XらはA社を整理解雇された。

本件は、Xらが、平成29年3月21日、Y社に対し、上記業務請負契約が労働者派遣法40条の6第1項5号に該当するとして、Y社からの直接雇用の申込みを承諾する旨の意思表示をした。Xらは、上記意思表示によるX・Y社間の労働契約の存在確認および賃金を請求した。

原審（神戸地判令2・3・13労判1223号27頁）は、巾木工程および化成品工程は、遅くとも平成29年3月頃には偽装請負等の状態にあったというまではいうことはできないとして、Xらの請求を棄却していた。

【判旨】（控訴一部認容（原判決取消）、一部棄却）

#### 1. 偽装請負の認定

平成16年3月1日施行労働者派遣法附則4項の改正がされる前は、製造業において産前産後休業等の場合を除き、労働者派遣を行うことは禁止されていたが、「A社の従業員は、平成11年頃からA社とY社との間の業務請負契約に基づき、D工場の巾木工程で稼働しており、当時の巾木工程では、A社の従業員とY社の従業員とが混在し、ともにY社の指揮監督下で労務を提供していたことが認められるから、当該業務請負契約が請負としての実態がなく製造業における労働者派遣禁止を免れるための脱法的行為であったことは明らかである」。

「巾木工程及び化成品工程は、遅くとも本件業務請負契約1・2が締結された平成28年4月1日以降、巾木工程につい



ては本件業務請負契約1が終了した平成29年2月28日まで、化成品工程については本件業務請負契約2に基づき役務の提供を受けて同年3月30日まで、いずれも偽装請負等の状態にあったものというべきである」。

## 2. 偽装請負の目的の存否

労働者派遣法40条の6の「制度趣旨は、違法派遣の是正に当たって、派遣労働者の希望を踏まえつつ雇用の安定を図ることができるようにするため、違法派遣を受け入れた者に対する民事的な制裁として、当該者が違反行為を行った時点において、派遣労働者に対し労働契約の申込みをしたものとみなすことにより、労働者派遣法の規制の実効性を確保することである（略）。しかるところ、同項1号（禁止義務違反）、同項2号（無許可事業主からの派遣受け入れ）、同項3号及び4号（派遣の期間制限違反）とは異なり、同項5号（偽装請負）の場合には、労働者派遣の役務の提供を受ける者に偽装請負等の目的があることが要件とされている。これは、同項1号から4号までは、違反事実が比較的明らかであるのに対し、同項5号の場合には、労働者派遣の指揮命令と請負の注文者による指図等の区別は微妙な場合があり、請負契約を締結した者が労働者派遣におけるような指揮命令を行ったというだけで、直ちに前記民事的な制裁を与えることが相当ではないと考えられることから、特に偽装請負等の目的という主観的要素を付加したものと解される。このような主観的要件は、労働者派遣の役務の提供を受ける者が自らこれを認めるような場合を除き、通常、客観的な事実から推認されることになると考えられるが、偽装請負等の目的という主観的要件が特に付加された趣旨に照らし、偽装請負等の状態が発生したというだけで、直ちに偽装請負等の目的があったことを推認することは相当ではない。しかしながら、日常のかつ継続的に偽装請負等の状態が続いていたことが認められる場合には、特段の事情がない限り、労働者派遣の役務の提供を受けている法人の代表者又は当該労働者派遣の役務に関する契約の契約締結権限を有する者は、偽装請負等の状態にあることを認識しながら、組織的に偽装請負等の目的で当該役務の提供を受けていたものと推認するのが相当である」。

「A社がY社と業務請負契約を締結して中木工程に関与を始めた平成11年頃のA社のY社に対する役務の提供が偽装請負であったことは明らかであり、そのことをY社も認識していたことは優に認められる。そして、平成16年改正により製造業が労働者派遣の対象業務として認められた後も、D工場の中木工程におけるA社の従業員の労務提供の在り方が直ちに變更されることはなく、平成22年頃までは、中木工程ではY社の従業員BがA社の従業員と共に稼働していたことが認められ、化成品工程でもY社の従業員とA社の従業員が混在していたことが認められる」。

「Y社は、従業員の混在がなくなった後も中木工程及び化成品工程におけるA社の従業員に対する業務遂行上の具体的な指示を続けるなど、偽装請負等の状態を解消することなく、日常のかつ継続的に偽装請負等の状態が続いていたので

あるから、本件業務請負契約1・2が解消されるまでの間、Y社には、偽装請負等の目的があったものと推定できる」。

「このように偽装請負等の目的があったことが認められる以上、Y社に労働者派遣法40条の6第1項ただし書の善意無過失が認められる余地はないというべきである」。

労働者派遣法40条の6第1項本文の規定により、「労働契約の申込みをしたとみなされる場合には、違法行為がされている日ごとに労働契約の申込みをしたとみなされることになる（略）。したがって、Y社は、同項第5号に基づき、中木工程のA社の従業員に対しては、本件業務請負契約1が終了した平成29年2月28日まで、化成品工程のA社の従業員に対しては、本件業務請負契約2に基づき役務の提供を受けた同年3月30日まで、毎労働日に労働契約の申込みをしたものとみなされるというべきである」。

山田 次のフォローアップは、派遣先の直接雇用申込みのみなし規定の適用が肯定された初の裁判例で、しかも控訴審判決である東り事件です。また、一審とは反対の結論となっているのも特徴です。本件は今年6月に上告不受理になっているので、この高裁判決が確定しております。

従来の裁判例では、昨年取り上げた（本誌No.736、36頁）ハンブレイ商会ほか1社事件（東京地判令2・6・11労判1233号26頁）でも、「免れる目的」の存在が否定されていますし、日本貨物検数協会（日興サービス）事件（名古屋地判令2・7・20労判1228号33頁）では、10年以上継続した偽装請負等の事情から、派遣法等の適用を免れるための脱法目的を肯定しながらも、労働者の承諾の意思表示が期間内に出されなかったという理由で、この申込みの効力が否定されています。本件の一審判決（神戸地判令2・3・13労判1223号27頁）も、遅くとも平成29年3月頃には偽装請負の状態にあったとは言えないと判断しています。

本判決は、派遣法40条の6第1項5号において、「法律の規定の適用を免れる目的」という特別の主観的要件が付加されたのは、偽装請負の状態が発生しただけで、直ちに偽装請負等の目的があったと推認することは相当ではないが、平成11年の当初から偽装請負が行われていて、派遣法改正があった以降も「日常のかつ継続的に」偽装請負等の状態が続いていたことが認められる場合には、特段の事情がない限り、組織的に偽装請負等の目的で当該役務の提供を受けていたものと

推認されると判断しました。そして、前回でも問題となった誰の認識が問題となるかについて、本判決は、労働者派遣の役務を受けている法人の代表者又は当該労働者を派遣の役務に関する契約締結権限を有する者を挙げています。そのうえで、同判決は、上記認定を否定する特別の事情も存在しないとしています。

この「免れる目的」とは主観的要件ですけれども、やはり前回も議論されましたが、主観とか意思というのは客観的な行為でしか判断できないわけですから、本判決が日常的継続性、組織性といった要素を根拠として「免れる目的」を判断したことは妥当と考えられます。

両角 私も、「免れる目的」の解釈に関しては、この判決に賛成です。前回のディアログでは、主観的要件を高く設定しすぎてしまうと、偽装請負に当たるという行政指導を労基署から受けたのに無視して続けているとか、脱法の意思があることを直接的に示す発言の録音や書類がある場合にしかみなし制が適用されず、問題ではないかということも議論しました。この判決は、日常的・継続的に偽装請負を行っていたといえる場合は、脱法意図を推認するとしており、この解釈は適切ではないかと思えます。

みなし制を定めた派遣法の40条の6は、本文の但書において、善意無過失の場合はみなしの効果が生じないとしており、それは1号から5号まで全部に係るわけですが、5号にのみプラスされている脱法意図の要件との関係がわかりにくいと思います。しかし、立法趣旨としては、5号については契約の形式が派遣と違っただけで制裁を科すのは適切でないので、主観的な意図をプラスしたことは判決の言うとおりで、その解釈としてはこれでよいように思います。

私がやや気になったのは事実認定のところです。つまり、本判決は、Y社が請負の形式をとりつつ実は労働者派遣を受け、それを何年も継続していたという事実認定をしています。その点に関しては、一審判決のように、違う見方もできるような気がします。本件では、工場の中木という製品を作る部署に、最初は派遣先の労働者と請負会社の労働者が混在して働いており、その時点では

明らかに違法派遣（偽装請負）の状態でした。その後、それをだんだん変えて中木工程を請負会社の労働者だけに任せるようになり、その中でリーダーとか主任の立場にある人に対して、Y社のベテランの労働者が指示を出す形になったわけです。

このことについて、地裁は偽装請負に当たらないと判断しましたが、高裁は、表面を繕っただけで実際は偽装請負を続けていたと見て、その評価が脱法の意図の推認にもつながっているように思えます。これは事実認定の問題で、地裁と高裁のどちらが正しいかはわからないのですが、この辺りの判断は微妙で難しそうだと思います。

山田 いろいろな論点を提示していただきました。派遣法40条の6本文の善意無過失だけでなく、第5号のみに「法の適用を免れる目的」が加重されているのは、労働者派遣と請負との区別が困難であることも踏まえ、客観的に違法行為があるだけで民事制裁を課すことは相当ではないから、このような主観的要件が付与されたと説明されています。つまり客観的・主観的要件がダブルで課されていますが、たしかに善意無過失と免れることとの関係が問題になりそうですね。

本件では、是正措置がとられたことが、適用を免れる目的を有することを否定するかが問題となります。たとえば、平成6年以降は従業員の混在は解消されていたこと、A社の現場監督者を配置させていたこと等の事情がありましたが、本判決は、現場での作業実態を詳細に事実認定することにより、実態としてはY社の指揮命令下にあったと判断しうると指摘できます。

両角 最初の明らかな違法状態を是正したことをどう見るか、法の適用を免れるための表面的なものか、そうでないかということですね。

山田 控訴審では、是正措置を採っていた点は争点となっていないようですが、やはり違法状態を完全に是正していることが必要なのでしょうか。

両角 違法状態があれば偽装請負には当たるでしょうけれど、真剣に是正に取り組んでいたなら、脱法の意図はないということになるのではないですか。

それとは別に、何が違法状態かという問題もあるような気がします。つまり、同じ工場の中で様々な部品などを作っているような時は、請負でも一定の指示が必要な場合もあるような気がするのです。実態を知らないので、想像でしかないのですが。

山田 どういう就労状況にあったかというのが、なかなかわかりませんよね。

善意無過失について、これはやはり素人ではなくて、業としてこういう請負とかを行うわけですよ。そうならば当然法的知識は前提となるので、素人でしたら派遣との違いはわかりませんと抗弁できるのでしょうか。こういう業として行う人がそういう法律を知りませんか、区別がわかりませんかと言ったら、善意無過失と言えるかどうか。それから前回も指摘した第三者の労働力を利用する者が負うべき法的責任もあるはずですよ。

したがってこの違法状態を認識したときにはそ

れを是正する義務があると思いますが、十分なも

両角 1号から4号までは、先生が今おっしゃったような考え方に基づいて、たとえば派遣禁止業務に派遣を受け入れていたが、違法だとは知りませんでしたという場合は、善意無過失とは認められないですよ。

山田 そうですね。

両角 5号に関しては、この事件もそうですけれど、注文主としては、ある工程を基本的に請負会社に任せているから、派遣ではなく請負だと思っていたが、法的には微妙な判断によって派遣だと判断される場合があり得るとのことなんじゃないでしょうか。

この事件を見ると、確かに5号に関してはこういう微妙な場合がありうるかなという印象を受けました。

## ピックアップ

### 1. 公立学校教員の割増賃金請求

—埼玉県（小学校教員・時間外割増賃金請求）事件・さいたま地判令3・10・1（労判1255号5頁）

#### —事案と判旨—

##### 事実の概要

公立義務教育諸学校（小中高校等）の教育職員については、労基法32条、34条が適用される一方で、いわゆる給特法（「公立の義務教育諸学校等の教育職員の給与等に関する特別措置法」が適用されている。これにより、時間外・休日勤務手当は支給されず（同法3条2項）、その代わりに、給料月額4%の教職調整額が支給されることになっている（同法3条1項、3項）。

さらに、教員の長時間勤務を防止するため、給特法は、正規の勤務時間を超えて勤務させる場合には、政令で定める基準に従い条例で定める事由に限定しており（同法6条1項、2項）、具体的には、①校外実習その他生徒の実習業務、②修学旅行その他学校の行事業務、③職員会議業務、④非常災害業務の4業務（政令4業務）が定められている（「公立

の義務諸学校等の教育職員正規の勤務時間を超えて勤務させる場合等の基準を定める政令」）。

本件は、埼玉県A市立小学校教員である原告Xが、平成29年9月から30年7月までの間（本件請求期間）に時間外労働を行ったとして、市町村立学校職員給与負担法1条により埼玉県公立学校教職員の給与・手当負担者である被告埼玉県（Y）に対し、労基法37条に基づく時間外割増賃金の支払いを求め（主位的請求）、あるいは労基法32条の法定労働時間を超えて労働させたことが違法であるとして、国家賠償法1条1項、3条1項に基づく損害賠償を請求した（予備的請求）事案である。

##### 【判旨】（請求棄却）

#### 1. 公立義務小学校教員への労基法37条の適用

##### (1) 教員の職務の自主性・自律性

「教員の職務は、使用者の包括的指揮命令の下で労働に従事する一般労働者とは異なり、児童・生徒への教育的見地から、教員の自律的な判断による自主的、自発的な業務への取り組みが期待されるという職務の特殊性があるほか、夏休み等の長期の学校休業期間があり、その間は、主要業務である授業にはほとんど従事することがないという勤務形態の特殊



性があることから、これらの職務の特質上、一般労働者と同じような実労働時間を基準とした厳格な労働管理にはなじまないものである」。

「このような業務は、上司の指揮命令に基づいて行われる業務とは、明らかにその性質を異にするものであって、正規の勤務時間外にこのような業務に従事したとしても、それが直ちに上司の指揮命令に基づく業務に従事したと判断することができない。このように教員の業務は、教員の自主的で自律的な判断に基づく業務と校長の指揮命令に基づく業務とが渾然一体となって行われているため、これを正確に峻別することは困難であって、管理者たる校長において、その指揮命令に基づく業務に従事した時間だけを特定して厳密に時間管理し、それに応じた給与を支給することは現行制度では事実上不可能である」。

「このような教員の職務の特殊性に鑑みれば、教員には、一般労働者と同様の定量的な時間管理を前提とした割増賃金制度はなじまないといわざるを得ない」。

「そこで給特法は、このような見地から、教員に対し、労働時間を基準として一定の割増賃金の支払を使用者に義務付ける労基法37条の適用を排除し、その代わりに、前記のような教育的見地からの自主的で自律的な判断に基づく業務に従事することで、その勤務が正規の勤務時間外で行われることもあり得ることを想定して、その労働の対価という趣旨を含め、時間外での職務活動を包括的に評価した結果として、俸給相当の性格を有する給与として、教職調整額を支給するものと定めたものといえることができる」。

## (2) 給特法による時間外労働抑制

「労基法37条は、使用者に時間外労働への割増賃金の支払を義務付けて、時間外労働に従事する労働者への補償を行うとともに、使用者に経済的な負担を課すことで、時間外労働を抑制することを目的とした規定であるが、この規定の適用が排除されることによって、教員に無定量な時間外労働が課され、教員の超過勤務の抑制という給特法の制定趣旨に反する結果を招来しかねないことになる。そこで、給特法は、教育職員に対して正規の時間勤務を超える勤務を命じることができる場合を、政令の基準に従って条例で定める場合に限定し(同法6条1項)、これを受けた平成15年政令及び埼玉県の場合、前記の場合を超勤4項目に該当しかつ臨時又は緊急のやむを得ない必要があるときに限る旨を定めて、これにより、教育職員へ無定量な時間外勤務が課されることを防止しようとしている」。

このように、給特法は、教員の職務の特殊性を踏まえ、一般労働者と同じ定量的な労働時間の管理にはなじまないとの判断を基礎として、労基法37条の適用を排除した上で、時間外で行われるその職務を包括的に評価した結果として、教職調整額を支払うとともに、時間外勤務命令を発することができる場合を超勤4項目に限定することで、同条の適用排除に伴う教員の勤務時間の長期化を防止しようとしたものである。このような給特法の構造からすると、同法の下では、超

勤4項目に限らず、教員のあらゆる時間外での業務に関し、労基法37条の適用を排除していると解することができる」。

## 2. 時間外労働と国賠法上の違法性

「給特法が教員の労働時間を定量的に管理することを前提としておらず、校長が、その指揮命令に基づいて各教員が業務に従事した労働時間を的確に把握できる方法もないことからすると、仮に当該教員の労働時間が労基法32条に定める法定労働時間を超えていたとしても、直ちにかかる事実を認識し又は認識することが可能であったとはいえないから、労基法32条違反についての故意又は過失があると認めることはできず、当該教員が校長の指揮命令に基づく業務を行ったことで、その労働時間が労基法32条の制限を超えたからといって、それだけで国賠法上の違法性があるということはいえない」。

「このような事情に鑑みると、当該教員の所定勤務時間における勤務状況、時間外勤務等を行うに至った事情、時間外勤務に従事した業務の内容、その他、勤務の全般的な状況等の諸事情を総合して考慮し、校長の職務命令に基づく業務を行った時間(自主的な業務の体裁を取りながら、校長の職務命令と同視できるほど当該教員の自由意思を強く拘束するような形態での時間外勤務等がなされた場合には、実質的に職務命令に基づくものと評価すべきである。)が日常的に長時間にわたり、時間外勤務をしなければ事務処理ができない状況が常態化しているなど、給特法が、時間外勤務を命じることができる場合を限定して、教員の労働時間が無定量になることを防止しようとした前記趣旨を没却するような事情が認められる場合には、その勤務の外形的、客観的な状況から、当該校長において、当該教員の労働時間について、労基法32条に違反していることの認識があり、あるいは認識可能性があるものとして、その違反状態を解消するために、業務量の調整や業務の割振り、勤務時間等の調整などの措置を執るべき注意義務があるといえる。そうすると、これらの措置を執ることなく、法定労働時間を超えて当該教員を労働させ続けた場合には、前記注意義務に違反したものとして、その服務監督者及び費用負担者は、国賠法1条1項に基づく損害賠償責任を負うというべきである」。

## 3. 結論

「労基法32条の定める労働時間とは、労働者が使用者の指揮命令下に置かれている時間をいうところ(三菱重工長崎造船所事件最高裁判決引用)、教員の業務には、教育的見地から自主的かつ自律的に行うものが含まれていることは前示のとおりであって、このことはXにおいても同様であるから、Xが自主的かつ自律的に行った業務については、本件校長の指揮命令に基づいて行ったとはいえず、これに従事した時間は労働時間に当たらないことになる。そうすると、Xの在校時間のすべてを直ちに労働時間に当たるといえることはできないので、Xの労働時間を算出するために、Xの行った業務のうち、本件校長の指揮命令に基づいて従事した分を特定する必要がある」。



Xが「労基法32条の定める労働時間を超えて勤務に従事していたとしても、時間外勤務手当相当額の経済的損害が生じているとはいえない。そして、Xには勤務時間外労働の対価を含む趣旨で教職調整額が支給されていることに加え、本件請求期間内における法定労働時間を超過した月でも最大で15時間未満であり、直ちに健康や福祉を害するおそれのある時間外労働に従事させられたとはいえないこと、Xが従事した業務内容は、その大半が授業準備やテストの採点、通知表の作成など教員の本来の業務として行うことが当然に予定されているものであることから、Xが法定労働時間を超えて業務に従事したとしても、これによって、Xに社会通念上受忍すべき程度を超えるほどの精神的苦痛を与えているとはいえない。

したがって、国賠法上の違法性に関するXの主張は、いずれも採用することができない。」

山田 これも割増賃金のもう一つの法律問題です。地法公務員にも労基法上の労働時間制度として、法定労働時間を定める32条、割増賃金を定めた37条の適用はあります（地公法58条3項）が、公立義務教育諸学校の教育職員については、1971年に制定された給特法により、給料月額4%の教職調整額が支払われる（同法3条1項）代わり、労基法37条の定める時間外勤務手当および休日勤務手当は支給されない（同法3条2項）ものとされています。その理由として、「教育職員の職務と勤務形態の特殊性」（同法1条）が挙げられています。

給特法によれば、教育職員に対しては、原則として時間外勤務を命じないものとするが、例外として、①生徒の実習業務、②学校行事（学芸的・体育的・修学旅行行事）、③全員参加の職員会議、④非常災害業務の超勤4項目については時間外労働ができることとされています（法6条1項、平成15年政令第484号）。

本件は、埼玉県A市立小学校教員である原告Xが、平成29年から約1年間、時間外労働を行ったことにつき、超勤4項目に該当しない業務について時間外労働が命じられた場合、給特法に規定がない以上、原則どおり労基法が適用され、時間外労働させるためには、36協定の締結のほか、労基法37条に基づき、労基法所定の割増賃金が支払わねばならないと主張して、主位的請求として、労基法37条に基づく割増上賃金の支払

いを求め、予備的請求として、法定労働時間を超えて長時間労働させられたとして国家賠償法1条1項、3条1項に基づく損害賠償を請求したものです。

本判決は、結論として、いずれも請求棄却しています。まず給特法で時間外・休日勤務に対する労基法37条の適用が排除されることの合理性・必要性について、ここでも、教員の職務の自主性・自律性が挙げられています。すなわち教員の職務は、使用者の包括指揮命令の下で労働に従事する一般労働者とは異なり、児童・生徒への教育的見地から、教員の自律的な判断による自主的、自発的な業務への取り組みが期待されるという職務の特殊性というのが第一です。もう一つが、長期の夏休みがあって、その間、仕事から解放されるはずであるというものです。これは両方とも実態とはかなり違う感じはするのですが、教員の職務の特殊性と勤務形態の特殊性ということから、一般の労働者と同じような労働時間規制はなじまないことを前提として、本判決は、教員の業務は上司の指揮命令に基づいて行われる業務とは、明らかにその性質を異にしており、正規の勤務外時間外にこのような業務に従事しても、それが直ちに指揮命令に基づく業務に従事したものととは言えないこと、教員の自主的業務と上訴の指揮命令とが渾然一体となっているため、これを明確に峻別することができないと判断しています。

しかし、これは、なぜ公立義務教育諸学校の教員だけに妥当するかの説明になっていないし、それ以上に、いわゆる民間ホワイトカラーや、より自律的労働者と言われる裁量制労働者や高度プロフェSSIONAL社員についても、使用者の包括的指揮命令を前提として、自主的・自律的な判断で労働しているのであり、公立学校の教員に限定されるものではないことは明らかです。使用者は、以上の類型の労働者に対しても、労働時間管理義務を負っているわけで、公立学校教員だけ別異に解することはできないでしょう。ここでは、指揮命令の捉え方が狭すぎると思います。

また、長い夏休みがあるとされていますが、その期間中、学校業務から解放されている教員がどのくらいいるのでしょうか。さらに、校長が指揮命

令した時間を特定して、厳密に時間管理することが困難としていますが、この理屈によると、民間企業でも労働時間管理ができないことになりかねません。とりわけ、校長は基本的に校内で勤務しているのですから、なおさらです。

本判決は、以上のような教員の職務の特殊性に鑑みれば、定量的な労働時間管理を前提とした割増制度はなじまないとして、労基法37条を排除していることは、その代償措置として給料の4%を支給する教職調整給が支給されることもあいまって合理的な制度であるとして、Xの主位的請求を否定しています。

次の、労基法32条に違反する長時間時間外労働を命じられたことを理由とする国賠請求を求めた予備的請求については、給特法は教員の労働時間を定量的に管理することを前提としていないこと、校長の指揮命令に基づいて各教員が業務に従事した労働時間を的確に把握する方法もないことからすれば、仮に32条の労働時間を超えたとしても、直ちに校長が事実を認識し、または認識することが可能であったとは言えないから、労基法違反についての故意・過失があると認めることはできず、労基法32条の制限を超えた時間外労働をしたからといって、国賠法上の違法性があると言うことはできないと結論しました。

もっとも、本判決は、続けて、当該教員の所定勤務時間における勤務状況、時間外勤務を行うに至った事情、時間外勤務に従事した業務の内容その他勤務の全般的な状況等の諸事情を総合して考慮し、校長の職務命令に基づく業務を行った時間が日常的に長時間にわたり、時間外勤務をしなければ事務処理できない状況が常態化しているなど、給特法が、時間外勤務を命ずることができる場合を限定して、教員の労働時間が無定量なることを防止しようとした前記趣旨を没却するような事情が認められる場合に限って、その勤務の外形的・客観的な状況から、当該校長において、労基法32条に違反していることの認識があり、あるいは認識可能性がある場合については、その違反を解消するために、業務量の調整や業務の割り振り、勤務時間等の調整などの措置をとるべき注意義務を校長は負っており、国家賠償が認められ

る場合を定式化しています。しかし、これはかなり厳格な要件と指摘できますが。

ところで本判決は、朝の児童出迎とか、さまざまな項目について判断されているのですが、先ほども触れましたけれど、労働時間の捉え方が労基法の認識と異なるものではないでしょうか。義務教育諸学校の教育職員にも適用される労基法32条の労働時間の意義を示した三菱重工長崎造船所事件最高裁判決（最一小判平12・3・9民集54巻3号801頁）が著名で、使用者の指揮命令に置かれている時間とされており、これは本件教員でも共通のはずです。

教員の労働が、校長の指揮命令に基づくものと、自主的・自律的なものが渾然一体化していることが、校長の時間管理義務を免責するものではないでしょう。

先ほど両角先生が取り上げられたツールエクスプレスジャパン判決でも出てきましたが、そもそも割増賃金は何のためにあるかという議論が不可欠ではないでしょうか。所定労働時間を超える労働に対する報償、使用者に経済的負担を課すことによる時間外労働抑制、時間外・休日労働抑制による労働者の健康・私的生活時間の確保等が考えられます。

したがって、教員の超過勤務の抑制という趣旨、むしろそちらのほうが重要ではないか。特に給特法は、教育職員に対して正規の時間勤務を超える勤務を命じることができる場合を政令の4つの基準で限定して、この教員の所属する埼玉県、これは政令に基づいて各地で条例をつくることになっています。その給与条例はこの4項目に該当し、かつ臨時または緊急のやむをえない必要があるときに限り時間外労働を命ずる制度をつくっているのだとするわけです。したがって、むしろ給特法では時間外労働の抑制を目的としているわけです。

普通に考えれば、時間外労働をなるべく抑制するのであれば、超勤4項目に限定して時間外労働の手当を払うことになるはずですが。しかし、本判決は、「同法の下では、超勤4項目に限らず、教員のあらゆる時間外での業務に関し、労基法37条の適用を排除していると解することができる」

と判断されていますが疑問です。

ともかく校長の指揮命令に基づくものだけが労働時間であって、それ以外は自分で勝手にやったのだから労働時間ではないという言い方をしていることとなります。したがって、多くの業務従事時間が労働時間から外されていることとなります。本判決では、時間外労働は月最大15時間未満であり、健康や福祉を害するおそれのある時間外労働とは言えないと判示しています。しかも、Xが従事した業務内容はその大半が授業準備やテストの採点、通知表の作成など、教員の本来業務として行うことが当然に予定されているものであるとしています。本来的業務だったらむしろ労働時間性は強まるはずで、以上の業務は教員として当然行うものであるから、それに従事させても、社会通念上受忍する程度を超える精神的苦痛を与えるとは言えないと判断して国家賠償も否定しています。

4%というのは、法律ができた頃の、そもそも小学校・中学校の平均の時間外労働を基準に設定された額で、現在でもこれがいいかどうか。もう一つ、教員の職務とは別に公立学校の教員だけがこの法規制を受けているわけですが、国立や私立の教員については職務で内容が別になるわけではない。何で公立学校の教員だけがこういった状態に置かれるのかというのは議論の対象になります。特に国立学校については独法化に当たって給特法の対象から適用除外になっていないという観点から、憲法上は公立学校の教員に対する憲法14条とか27条の問題が出てくるのではないかと。この憲法論はこの裁判では展開されておられませんけれども。

最後に国賠については、判決では月最大15時間の時間外労働にすぎず、この程度では国賠法上、違法ではないという判断がされていますが、通常の労働時間概念に基づき算定するとこの時間では取まらないのではと思います。原告が主張する時間労働数が出ている別表が判例誌には出ていませんが、原告の算定では242万円余となっていますので、相当の時間外労働が行われていた可能性も否定できません。

両角 ご報告ありがとうございます。

最初に確認させていただきたいのですが、山田先生は、原告が主張するように、4項目以外の時間外労働については労基法37条が適用除外されていないと解釈して割増賃金を支払うべきだというご意見なのでしょうか。

山田 給特法3条1,2項の条文からすれば、この解釈は難しいかもしれませんが。特別法としての給特法が、労基法37条を適用除外したうえで、時間外勤務を包摂した教職調整給の支給をもって足りるとするのが、その当否は別にして、立法趣旨なのではないかと。立法論の問題なのかもしれません。ただ、4%という支給率当否の問題も、別にあると思いますが。

両角 そうすると、本件のような場合に国賠法上の請求を認めるべきだというご意見でしょうか。

山田 むしろその点こそが、本事件の焦点なのではないかと。労働時間の捉え方を労基法上の労働時間概念にひき戻して算定することが必要でしょう。

両角 教員の時間外労働について校長の注意義務違反を認めるということですね。

山田 注意義務違反の立証のハードルは低くなさそうですね。長時間労働の結果として、健康だけでなく、教員としての授業研究時間や生活時間が奪われていると立証が求められます。

両角 本件でも、労基法上の労働時間概念に基づいて適切に認定を行えば、Xが日常的にかなりの時間外労働を余儀なくされていた事実が認定できたはずだと。そうすると、校長がそういう状態を解消する措置をとらなかったことは給特法の趣旨を没却するものであり、注意義務違反に当たるといえるのではないでしょうか。

山田 ここでは、校長の注意義務が問題となりますね。判決によれば、違反状態を是正するために、業務量の調整だけでなく、業務の割り振り、勤務時間の調整などの措置が求められています。これは校長だけでは対応できない点もありますので、教育委員会の責任も大きいですね。

両角 昭和40年代につくられた給特法が完全に時代遅れで、現在の公立学校教員の勤務状況と全く合わないものになっていることは、子どもを



公立校に通わせたことがある人には明白だろうと思います。

先生が指摘された、本判決の指揮命令の考え方が狭すぎるという点にも賛成です。近時の判例・学説は、職業や働き方の多様化を踏まえ、業務の遂行について労働者に一定の裁量がある場合でも、包括的な指揮命令や黙示の指揮命令を柔軟に認めて労基法上の労働時間を認める傾向にあります。それを踏まえると、本件で問題になっている始業前の準備やテストの採点、保護者への対応などが労働時間に当たらないということは考えられないと思います。

山田 本来業務だからこそ労働時間ではないかと思うのですが。

両角 たとえば、テストの採点をする時間を校長が具体的に指示するわけではないですが、それは教員が一定の期間内にやらなければいけない仕事で、校長も認識している。その作業を校内でやった時間が労基法上の労働時間に当たらないという判断は本当におかしいですよね。そんなことを言ったら、ある程度仕事を任されているホワイトカラーの仕事の多くは、労基法上の労働時間でなくなってしまうのではないのでしょうか。

山田 本件の担当裁判官も同様に考えているのかもしれない。判決文の最後に、「まとめ」、実質的な「付言」がついています。判決文で「まとめ」がついていること自体が異例ですが、そこでは、原告の本件訴訟の意義を評価したうえで、「わが国の将来を担う児童生徒の教育を今一層充実したものとするため」にも、「勤務実態に即した適正給与の支給のために、勤務時間の管理システムの整備や給特法を含めた給与体系の見直しなどを早急に進め、教育現場の勤務環境の改善を図ることを切に望むものである」と述べられており、裁判官も現行法へ批判を示しています。

両角 なるほど。しかし、そう考えるなら、判断の中で何らかの形で示すべきだったのではないのでしょうか。

山田 同感です。立法論で解決ということでしょうけど、それでいいのでしょうか。

両角 立法措置が必要であることは確かだと思いますが、現行法の解釈適用としても、もう少し

できることはあったような気がします。

山田 国賠のほうですね。

両角 はい。少なくとも労働時間の認定を適切にすれば、国賠法に基づく請求が認められる可能性はあったわけですよね。

山田 そうですね。立法の改正等にもつながっていくような判決が欲しかったところです。これは当然のことですが、教員が安心して働けることは、生徒・児童にとっても大事なことですよね。

両角 給特法の趣旨について述べたところを読むと、教師聖職者論のような印象を受けますが、多くの職業について労働者の主体的・自発的判断で行う部分が増えている時代に、教員だけが特別という考え方はナンセンスで、その点は先生のおっしゃるとおりだと思います。

それから、先生に教えていただきたいのは、給特法に基づく適用除外の範囲を限定解釈する可能性はなかったのかという点です。原告が主張するように、4項目以外の時間外労働については労基法37条が適用除外されないという解釈は、給特法の文言からして無理なのでしょうか。

山田 給特法3条1,2項の文言からすれば、教職調整額を支払い、時間外・休日手当の支給を否定しているだけなら、そのような解釈になりますが、さらに6条で時間外事由を限定したことは、3条とは別の趣旨の規定と読めるかです。給特法の解釈としては含めて全部払っているのだというのが法の趣旨だと裁判所は言っていますが、時間外労働を4項目に限定しているのだから、それ以外の労働については、割増を払えという解釈も可能ではと。

両角 条文を見ると、そういう解釈は確かに強引な感じもしますが、給特法に大きな問題があるということは裁判官も認識していたようですから、もう少し限定解釈の試みをしてよかったような気もします。法の建前上は4項目以外の時間外労働はないことになっているわけですから、それが実際にあると認定されれば、労基法37条が適用されてもいいようにも思えます。

山田 条文上は当然に、趣旨としてはすべてを含めて払わないという解釈ですが、本当にそういう趣旨に限定されるかということ、必ずしも条文上



は明らかではない。

両角 給特法が何と定めているかという点、教員には、その者の給料月額額の100分の4に相当する額を基準として、条例で定めるところにより調整額を支給し、時間外勤務手当等は支給しない(同法3条)。労基法37条は適用除外とする(同法5条)。そして、教員に時間外勤務を命じるのは、4項目について条例で定める場合に限られる(同法6条)。これらを合わせて読めば、先ほどのように解釈することも不可能ではないようにも思えますが……。

山田 3条、5条の規定と6条、政令との関係をどう理解するかです。労基法37条の適用を排除するのが基本原則であり、あくまで例外として4項目についてのみ調整給を認めていると理解できるかです。

私も基本的には、現行法の規定でもそのように解釈できると理解しています。たとえそうでないとしても、3条1項、2項との関係が問題となります。また、通常の立法では、まず割増賃金を支給しない、しかし代替的に4%の調整給を支給する。4%の調整給の規定のあとに割増賃金の不支給規定が来ているのです。たかが順番かもしれませんが、このことは、給特法では4%の調整給が相当であることを前提として、割増賃金の不支給を肯定しているのではないのでしょうか。この4%という数字は、当時の教育職員の時間外労働の現状を反映させたものですが、そうすると現在の教育職員の労働時間の現状からすれば、もはやその妥当性を欠いているのではないかと考えます。

両角 労働時間の認定の問題に戻りますが、労基法自体が適用除外されているわけではないので、公立学校の教員も労働時間の概念は一緒ですよ。

山田 はい。だから37条の適用は困難であっても、国賠による救済はありえたと思います。

両角 小学校の先生は、SEや株式会社などのディーラーとは違って、子どもが相手の職業で、子どもに合わせて仕事をするわけだから、自律的な判断に基づいて働くといったって、そんなに自分の自由にはできないですよ。そういう意味でも、裁量労働や高プロなどの議論とは違う問題のような

気がします。

また、判決は校長が教員の労働時間を把握する方法がないと言っていますが、先生方は基本的に学校にいて、授業時間外には校庭で児童の面倒を見たり、職員室で採点などを行っているわけだから、タイムカードなどで労働時間を管理することは十分に可能だと思います。

山田 教員の過重な労働を防止しようという給特法の趣旨からすれば、むしろ普通の労働者よりも労働時間を管理すべきだということになるはずですよ。

(付記) 本座談会終了後、東京高裁は、令和4年8月25日、控訴を棄却し、本判決を維持している。

## 2. 私傷病休職における「治癒」の意味

——シャープ NEC ディスプレイソリューションズ事件・  
横浜地判令3・12・23(労経速2483号3頁)

### — 事案と判旨 —

#### 事実の概要

Xは、平成26年4月にY社の総合職正社員として採用された。同年8月頃から、Xは無断残業等を行って上司から注意を受けても自分のやり方に固執し、職場で涙を流すようになった。翌年12月頃から、Xは上司の指示に従うことなく泣き続けたり、急遽午後半休を取得したりすることが増えた。同月18日、Y社はXの両親を呼び、同社の健康管理室において産業医が同席するなかで面談を行ったが、Xは突如自席に戻り涙を流して身体を硬直させた状態となった。そこでY社従業員が4名がかりでXを連れ出し、Xの両親の自動車に乗せて帰宅させた。

翌日、Xは精神科を受診し「適応障害(情緒の障害を主とするもの)」「症状のため、現時点では労務の継続は困難な状態である」旨の診断を受けて欠勤した。同年3月26日、Y社は就業規則に基づき、Xに対し、同日から平成29年7月25日までの間、私傷病休職を命じた(以下「本件休職命令」という)。休職期間中にXはY社から紹介されたA医師など精神科等を受診し、障害者職業センターのリワークプログラム等を受講した。

Y社は、Xの復職の意思が強いこと等を考慮して休職期間を平成30年10月31日まで延長したが、同日の時点で、Xが復職可能な状態にあるとは認められないと判断し、Xを自然退職とした(本件退職扱い)。Xは、Y社に対し、本件退職扱いが無効であるとして労働契約上の地位確認を求めて提訴した(面談後にXを連れ出したことに係る損害賠償請求

やA医師に対する損害賠償請求については省略する)。

【判旨】(一部認容)

(1)「Y社の従業員就業規則に(おいて)……復職の要件とされている『休職の理由が消滅した』とは、XとY社との労働契約における債務の本旨に従った履行の提供がある場合をいい、原則として、従前の職務を通常の程度に行える健康状態になった場合をいうものと解するのが相当である。

もっとも、職務を通常の程度に行える労働能力を欠くことは、いわゆる普通解雇の解雇理由ともなり得るところ、従業員が私傷病により休職したときに、その復職の要件である「従前の職務を通常の程度に行える健康状態」を、当該従業員が私傷病により労働能力を欠くことになる前のレベル(以下『私傷病発症前の職務遂行のレベル』という。)以上の労働が提供できることになったことを意味するとし、私傷病発症前の職務遂行のレベル以上のものに至っていないことを理由に休職期間の満了により自然退職とすることは、いわゆる解雇権濫用法理の適用を受けることなく、休職期間満了による雇用契約の終了という法的効果を生じさせることになり、労働者の保護に欠けることになる。Y社の従業員就業規則……が、疾病の種類に応じて休職期間を定めていること……なども踏まえると、ある傷病について発令された私傷病休職命令に係る休職期間が満了する時点で、当該傷病の症状は、私傷病発症前の職務遂行のレベルの労働を提供することに支障がない程度にまで軽快したものの、当該傷病とは別の事情により、他の通常の従業員を想定して設定した「従前の職務を通常の程度に行える健康状態」に至っていないようなときに、労働契約の債務の本旨に従った履行の提供ができなるとして、上記休職期間の満了により自然退職とすることはできないと解される)。

(2)「Xの休職理由となった健康状態は、Y社の認識としては……Xの入社2年目頃から発症した、『何らかの病気』を原因とする『業務の遂行に必要とされるコミュニケーション能力、社会性等を欠く状態』を指しているものと解される……。そして、適応障害は、主観的な苦悩と情緒障害の状態であり、通常社会的な機能と行為を妨げ、重大な生活の変化に対して、あるいはストレス性の生活上の出来事の結果に対して順応が生ずる時期に発生するものであるところ……。Y社が主張する『業務の遂行に必要とされるコミュニケーション能力、社会性等を欠く状態』は、いずれも適応障害から生じる症状として説明可能なものである。一方……e医師、f医師……(ら)は、Xのコミュニケーション能力や社会性等の問題も指摘しており、この問題は、Xが本来的にもつ人格構造や発達段階での特性や傾向に起因するものと認識したことが認められるが、Xの休職理由に含まれる『業務の遂行に必要とされるコミュニケーション能力、社会性等を欠く状態』は、Xが本来的にもつ人格構造や発達段階での特性や傾向に起因するコミュニケーション能力や社会性等の問題とは区別されなければならない。

以上によると、Xの休職は、あくまで適応障害により発症

した各症状(泣いて応答ができない、業務指示をきちんと理解できない、会話が成り立たない)を療養するためのものであり、Xが入社当初から有していた特性、すなわち……職場内で馴染まず一人で行動することが多いことや上司の指示に従わず無届残業を繰り返す等の行動については、休職理由の直接の対象ではないと考えるべきである)。

(3)「本件において、Xの休職理由はあくまで適応障害の症状、すなわち、Y社における出来事に起因する主観的な苦悩と情緒障害の状態であり、人格構造や発達段階での特性に起因するコミュニケーション能力、社会性等の問題は、後者の特性の存在が前者の症状の発症に影響を与えることがあり得る……としても、相互に区別されるべき問題である。そうすると、……Xの復職が認められるための要件(休職の理由の消滅)としては、適応障害の症状のために生じていた従前の職務を通常の程度に行うことのできないような健康状態の悪化が解消したことで足りるものと解するのが相当である。

……Y社におけるXの業務を知りうる立場にある産業医が、Xの復職を可能と判断したのが同年7月28日となっていることからすると、Xの休職理由となった、適応障害の症状のために生じていた従前の職務を通常の程度に行うことのできないような健康状態の悪化が解消したといえる時期は、同年7月28日であると認めるのが相当である。よって、Y社は……同年8月1日以降、従業員就業規則79条の規定に基づき、Xを超過勤務に従事させず段階的に復職させるべきであったと認めるのが相当である)。

両角 次は、昨年に続いて、私傷病休職に関する事件を取り上げます。昨年のは、業務外の事故で重度の身体障害を負った労働者の自然退職が争われたものですが、今回は、適応障害と診断された労働者の退職扱いが問題になったケースです。

本件の原告は、総合職正社員として採用されましたが、当初から懇親会に出なかったり、無断で残業して上司から注意を受けたりして、そのうち職場で泣いたり突然早退したりするようになりました。

そのようなことが頻繁になってきたので、入社から1年半ぐらい経ったところで、会社がXの両親を呼んで産業医も同席して面談をして、このままだと就労が難しいという話をしました。Xも同席していましたが、途中で退室し、涙を流しながら体を硬直させて動かなくなってしまったため、従業員4人がXを運び出し、両親の自動車に乗せて帰しました。

その後、Xは精神科を受診して適応障害の診断を受け、就業規則に基づいて私傷病休職を命じられました。休職期間中、Xは職場復帰に向けてリハビリのプログラムを受講したり、精神科医の診察を受けたりしています。Y社は、Xが復職を望んでいることから休職期間を延長しましたが、結局、復職可能な状態にあるとは認められないとして就業規則に基づきXを退職扱いとしました。これに対して、Xが労働契約上の地位確認等を求めて提訴しました。

本判決の特徴は、就業規則上の復職要件である「治癒」や「復職可能な状態」について、新しい判断基準を示した点にあります。すなわち、休職中の労働者が「治癒」したかどうかを判断する際に、休職が命じられた直接の理由である傷病に起因する症状と、それ以外の、当該傷病に罹る前からの性格・体質・障害などに起因する症状を区別しなくてはならないという考え方です。本判決は、休職命令の理由である傷病が治癒したと言えれば、それ以外の症状が継続していたとしても、休職事由がなくなったものとして復職させなければならぬとしています。その理由としては、私傷病に罹る前以上の労務提供ができることを復職要件と解すると、解雇権濫用法理の適用なく雇用契約の終了を認めることになり、労働者の保護に欠けるからであると述べております。

本判決は、この基準を本件に当てはめ、Xは休職命令の理由となった適応障害、それに起因する職場で泣き続けるとか会話ができないというような症状は治癒しており、会社が主張するコミュニケーション能力や協調性の欠如などは適応障害に起因する症状ではないので、それらが残っているとしても休職事由が消滅していないとはいえないとして、Xの地位確認請求を認容しました。

本判決の考え方は、理論的にはよくわかります。別の例で考えてみると、もともと体が弱くて会社を休みがちだった人が交通事故に遭ってケガをして、それが原因で休職した場合に、そのケガは完全に治ったけれども、体力は弱いままだから治癒していないと言って退職扱いにしたら、これがおかしいことは明らかです。

ただ、判決の基準は理論的に正しいとは思いうの

ですが、常にこの基準を適用すべきかという、やや躊躇を覚えます。この基準になじまないケースもありそうだからです。本件では休職命令の直接の理由は適応障害という病気ですが、その前から性格的な原因によるトラブルがありました。事実認定を見る限り、両者はかなり密接に関連しており、Xを診断した医師らもそのような所見を述べています。

そうすると、医学的な知識がないので確言できませんが、本件の場合には、適応障害と性格、それぞれに起因する症状は密接に関連していて、明確に区別することは難しいようにも見えます。本件のようなケースにも、休職命令の原因である病気と、性格による症状を明確に区別して「治癒」を判断するとすれば、使用者は休職命令を発するに際し、医学的知見も踏まえて休職事由を何にするかを詳細に検討する必要があることとなります。

そして精査した結果、使用者が休職命令ではなく解雇を選択する可能性もありはしないかが若干危惧されます。考えすぎかもしれませんが、適応障害のように性格的なものと密接に関連する病気について、私傷病休職という制度が使われなくなり、かえって労働者に酷な結果とならないかが少し心配です。

それから、労働者が復職した後で、性格等に起因する協調性の欠如などが理由で、やはり総合職として働いていくことは難しいと使用者が判断することもありえます。判決は、退職扱いという形で労契法16条を回避して雇用契約を終了させることが労働者の保護に欠けると述べているので、そういう場合はいったん復職させてからあらためて解雇せよという趣旨なのだろうと思います。たしかに理屈としては正しいのですが、労働者や使用者の負担を考えると、こういった紛争の解決方法として本当に妥当なのか、やや疑問も感じるところです。

山田 本件は、やはり傷病の特殊性が関係しているのではないのでしょうか。ご指摘のように、昨年取り上げた(本誌No.736,40頁)日東電工事件(大阪高判令3・7・30労判1253号40頁)は身体障害のケースですから、症状が比較的固定的であ



り、労務提供能力の判断は比較的容易に判断できるでしょうが、適応障害の場合には判断が難しいと思われま

ところで、Xは総合職ですよ。Xは要員数19名のチームで仕事をしていますし、Y社総合職には、コミyu力、社会性、協調性のほかに調整能力、俯瞰的視点が要求されています。総合職にはコミュニケーション能力も要求されると思いますので、総合職とそうでない場合で、対応は違って来るかも問題となりますね。

本件では、医学的知識がある程度必要になりそうですね。付け焼刃で恐縮ですけど、適応障害は、ストレス性障害とも呼ばれるように、環境ストレス（個人的・社会的ストレス因子）により発症する精神疾患であり、短期間の不適応反応を言うそうですね。ストレス因子の開始から3カ月以内に症状が出現しますが、ストレスの原因が消滅すれば速やかに改善するものであり、通常はストレス因子の消滅後6カ月以内には改善されるということです。適応障害の症状としては、抑うつ気分（気分の落ち込み、涙もろさ、意欲低下など）、不安症状（動悸、焦燥感、神経過敏、緊張、怒りなど）および身体症状があるそうですね。Xの場合には、抑うつ気分と不安症状かもしれませんが、職場のストレスは、仕事の内容（責任・仕事量の重さ、環境の変化）と職場の人間関係が原因となるようですね。このような適応障害の性質が、本判決の結論に影響しているのか否かが興味深いところですね。

これに対し、発達障害は、対人コミュニケーション能力の低下や、問題解決能力、臨機応変さ、想像力や気を利かせる能力等の低下を伴う脳機能の障害であり、通常幼少時に出現するということらしいですね。これに対し、適応障害は、環境ストレスにより発症する精神疾患であり、後天的なものということらしいですね。

本件でも、Xはすぐ泣きだす、残業を自分でしてしまう、コミュニケーションがとれないとのことですね。でもそれを労務提供できていたと捉えるのか、やっぱりそれはコミュニケーションも含んで総合職としての資質にかかわると考えるのかですね。

両角 事実認定をみると、当初から上司からの

指示に従わず、自分のやり方に固執する傾向があったことが事実認定から伺えます。

山田 発達障害では、同一性への固執という症状があるらしいですね。

両角 初めからそういう傾向が強くて、そのうち泣き続けたりするようになった。判決の考え方によると、職場で泣いたりすることは適応障害という病気の症状だが、それ以外はももとの性格だと。

泣きだすようになる前は何とか働いていたわけだから、その症状がなくなった以上は治癒したもものとして復職させて、やはり総合職として働くことが難しいのであれば、あらためて解雇しなさいというのがこの判決の考え方だと思うんですね。

山田 本判決はそれに近い考え方ですね。それが本人にとっていいかどうかはちょっと分かりませんが。

先生ご指摘のとおり、本判決の最大のポイントは、Xの休職理由をどう理解するかという問題ですね。Xの人格的特性から生じるコミュニケーション能力や社会性の欠如が、YにおけるXの主観的な苦悩や情緒障害の病状の発症に影響を与えることがありうるとしても、両者は相互に区別されるべきと立論したうえで、復職要件であるXの休職消滅理由の消滅とは、適応障害により生じていた従前の職務を通常程度に行うことができない健康状態の悪化が解消されたことで足りるとした箇所ですね。なかなか微妙な表現ですが、本判決は、その時点を産業医がXの復職を可能と判断した平成29年7月28日としています。

私は、適応障害から生じる症状と、本来的な人格構造・特性とを区別し、前者が改善されれば復職可能することには反対ではありません。それ自体が業務に支障をきたすものでない限り、人格特性を理由とする不利益取扱いは許されないでしょうし、人格特性が寄与しているとしても、そもそも休職事由が適応障害から生じる症状にあったと考えられるからですね。

両角 理論的にはその通りだと思いますが、本件で医師の診断書などを見ると、適応障害の症状と性格的なものが必ずしも明確に区別されていないような感じを受けます。だから、それらが裁判



所が言うように区別できるものか、つまりケガが治ったとか、肺炎が治ったとか、そういう場合と同じように考えてよいものなのかどうかは、よく分かりません。

山田 裁判官のほうでは法的判断であって、医学的な判断とは違いますよね。

両角 たしかにそこは違ってもよいのだと思いますが、使用者は休職命令を出すときに、医学的の見も踏まえて休職を命じた原因を明確しておく必要がありますよね。

本件では、適応障害で就労継続困難という診断が、泣き出すこと等だけを対象としていたのか、それ以外のトラブルも含んでいたのかはよくわかりません。

山田 それが性格なのか、障害なのか、それとも両方あるのかって、可能性はありますよね。やっぱり適応障害の場合には、もともと保有している本人の性格的側面が寄与して発症するらしいので、両方が混然一体と併存している面は否定できません。

もともとのストレス脆弱性という性格が病気によって強くなっていることも考えられますよね。

産業医が条件つきだけど働けるよという診断書を出しているということも、結論に影響しているのかもしれない。

被害妄想の従業員に対する論旨退職の効力が問題となった日本ヒューレット・パカード事件（最二小判平24・4・27 労判1055号5頁）では、このような精神的不調のために欠勤している労働者に対しては、精神科医による健康診断を実施するなどしたうえで、その診断結果等に応じて必要な治療を勧めたうえで、休職等を検討し、その後の経過を見るなどすべきところ、このような対応を採ることなく、直ちに論旨退職の懲戒処分措置を採ったことは、精神的不調を抱えた労働者に対する使用者の対応としては適切なものとはいえないと判断されています。

裁判所の判断では、自動退職に関して、身体障害よりも、精神障害について厳格な態度をとっているように思われます。

これは、精神疾患を抱えた従業員をどのように処遇していくかという問題ですよ。

両角 そうですね。その点、本件では、会社はかなりXに配慮して丁寧な対応をしていると思うので、退職扱いが許されないのは少し厳しいような気がするのです。

山田 最近は、精神障害による解雇や自然退職の例が増えているのではないのでしょうか。会社も大変だと思います。身体障害以上に微妙なケースが多いでしょうから。

適応障害は環境ストレスから生じるものですから、ストレス要因が解消されれば治癒すると指摘されていますが、職務や職場の人間関係が改善されない限り、再発の可能性は小さくないでしょうね。

両角 仮に復職後に解雇する場合は、休職したことも考慮して解雇の効力を判断することになるのでしょうか。

山田 復職後に必要な配慮をしたにもかかわらず、労務提供が困難であれば、解雇を認められる可能性があると思います。

むしろその後どうやってこの従業員に対応していくかというのがかなり大変なことですよ。

両角 そうですね。たしかに、Xのような性格的傾向の労働者を退職させるのではなく、どのように使っていくのが根本的な問題なのかもしれませんね。

山田 障害のある方を復職させて、就労させるために配慮が必要になります。身体障害の場合には、主に配転（転勤や職種変更）ですが、精神障害の場合には、職場の人間関係も含めて、配慮の度合いは高まります。障害者に対する合理的配慮につながっていくのだと思います。

両角 障害者の定義に当てはまるとすれば、そのとおりですね。

山田 精神障害の業務上認定でよく利用されるICD-10（国際疾病分類 第5章 精神および行動の障害）によると、適応障害はF43の「重度ストレスへの反応及び適応障害」に該当するそうです。適応障害は、発達障害と同様に、精神障害の一つです。

両角 障害者雇用促進法2条の定義では、精神障害は発達障害を含むものとされています。本件についていうと、Xは発達障害の正式な診断は受

けていないようですが。

山田 本件は、適応障害をめぐる初めての裁判例かもしれませんが、さまざまな争点を提供する事案です。

### 3. シフト制労働者の賃金請求権

——シルバーハート事件・東京地判令2・11・25（労判1245号27頁）

#### ——事案と判旨——

##### 事実の概要

被告Y（反訴原告）は、介護事業および放課後児童デイサービス等を経営する原告（反訴被告）有限会社X社の介護事業所に、シフト労働で雇用されていた。Yの履歴書には、週3日を希望すると記載があり、また本件労働契約書には、就業場所（X社の事業所）、業務内容（空欄）、始業・終業時刻、休憩時間、「シフトによる」旨の記載がある。Yの実際のシフト日数は、平成29年5月が13日、6月は15日、7月は15日、8月は5日、9月が1日、10月はゼロであった。

本件は、Yが、X社に対し、本件労働契約において、勤務時間は週3日、1日8時間、勤務地・職種を介護事業所・介護職と合意したにもかかわらず、X社の責めに帰すべき事由により就労できなかったとして、労務提供できなかった分の賃金請求（主位的請求）、あるいは平成29年8月以降の大幅なシフト削減が違法無効であるとして、本件労働契約に基づく未払賃金の支払請求（予備的請求）を求めた。これに対し、X社は、Y主張の債務の不存在確認を求めたものである。

【判旨】（請求一部認容）

#### 1. 週3日シフト合意の成否

「本件労働契約の雇用契約書（略）には、始業・終業時刻及び休憩時間欄に、始業時刻午前8時00分、終業時刻午後6時30分、休憩時間60分の内8時間のほか、手書きの「シフトによる。」という記載があるのみであり、週3日であることを窺わせる記載はないことは、X社代表者の供述と符合する。また、Yが作成した平成26年2月から平成28年1月まで及び同年4月のスケジュール（略）によれば、1カ月の出勤回数は9回～16回であり、YのX社における勤務開始当初の2年間において、必ずしも週3回のシフトが組まれていたとは認められないことからすると、固定された日数のシフトが組まれていたわけではなかったといえる。そして、X社の介護事業所におけるシフトを組む際には、管理者、相談員、運転、入浴担当、アクティビティ担当等の役割を考慮して、各役割につき1人ずつ配置する必要があるところ、Yは運転免許や相談員の資格を有しておらず、アクティビティ又は入浴のシフトに入る必要があることからすれば（略）、他の職員との兼ね合いから、Yの1カ月の勤務日数を固定することは困難であると考えられる。以上によれば、Yが、X社

の求人に応募した際に、勤務時間について週3日、1日8時間、週24時間の希望を有していたことを踏まえても、そのような内容の合意をしていない旨のX社代表者の供述は信用でき、Yの供述は、これに反する部分は信用できないと言わざるを得ない。

「Yは、「シフトによる」という文言さえ雇用契約も記載すれば、繁忙等に応じて、自由にその裁量で勤務させることが可能になりかねず、賃金を唯一の収入とする労働者の利益を害することが著しいことから、シフトによる旨の合意をすることは考えられない旨主張する。しかしながら、翌月の勤務に関する希望を踏まえて、シフトによって勤務日及び勤務日数を決定する方法は、労働者の都合が反映される点で労働者にとっても都合の良い面もあるのであって、シフトによるという合意自体があり得ないものとはいえず、Yの主張は採用できない。

以上のように、Y主張の合意が存したとは認められないから、「YのX社に対する当該合意を前提とした賃金額と、実際に支払われた賃金額との差額賃金の支払請求には理由がない」。

#### 2. シフトの不当削減による賃金請求

「毎月のシフトによって勤務日や勤務時間が決定していたことからすれば、適法にシフトが決定されている以上、Yは、X社に対し、シフトによって決定された勤務時間以外について、X社の責めに帰すべき事由によって就労できなかったとして賃金を請求することはできない。しかしながら、シフト制で勤務する労働者にとって、シフトの大幅な削減は収入の減少に直結するものであり、労働者の不利益が著しいことからすれば、合理的な理由なくシフトを大幅に削減した場合には、シフトの決定権限の濫用に当たり違法となり得ると解され、不合理に削減されたといえる勤務時間に対応する賃金について、民法536条2項に基づき、賃金を請求し得ると解される」。

もっとも「勤務時間も一定の時間が確保されているが、少なくとも勤務日数を1日（勤務時間8時間）とした同年9月及び一切のシフトから外した同年10月については、同年7月までの勤務日数から大幅に削減したことについて合理的理由がない限り、シフトの決定権限の濫用に当たり得ると解される」。

しかし、「Yの介護事業所における勤務状況（略）から、XがYについて介護事業所ではなく、児童デイサービス事業所での勤務シフトに入れる必要があると判断することが直ちに不合理とまではいえないことからすれば、同年11月以降のシフトから外すことについて、シフトの決定権限の濫用があるとはいえない」。

「そうすると、Yの同年9月及び10月の賃金については、前記シフトの削減がなければ、シフトが削減され始めた同年8月の直近3カ月（同年5月～7月）の賃金の平均額を得られたであろうと認めるのが相当である」。

山田 続いて、シフト労働制の問題です。最近では、パートやアルバイト等が主戦力化しているなかで、シフト労働が非常に問題となっています。

シフト労働制は、厚労省の『『シフト制』労働者の雇用管理を適切に行うための留意事項』において、「労働契約の締結時点では、労働日や労働時間を確定的に定めず、一定期間（1週間、1カ月など）ごとに作成される勤務シフトなどで初めて具体的な労働日や労働時間が確定するような勤務形態」と定義されています。このように、使用者が作成するシフトが提示されることによって、初めて具体的な労働日や労働時間が確定するというのがシフト労働制です。

この制度においては、シフトがまったく入らなかつたり、大幅に減少した場合には、賃金に大きく影響することになりますし、シフトが確定する前に、新型コロナ等による休業が生じた場合、賃金（民法536条2項）あるいは休業手当（労基法26条）の対象になるかどうかとも問題となりえます。

ここで取り上げるシルバーハート事件では、介護事業、放課後児童サービスを経営する原告X社と、平成26年入社に従業員Yとの間でシフト労働契約が締結されましたが、労働契約書には、就業場所（Xの事業所）、事業内容（空欄）、労働時間は午前8時から午後6時30分のうち8時間（休憩時間60分）のほかは「シフトによる」と定められていました。シフトの決定方法は、前月の中旬頃まで各従業員が各事業所管理者に対し、翌月の希望休日を申告し、希望休日を考慮したシフト表案は、前月下旬頃のシフト会議において、各事業所の人員が適正に配置されるよう調整されて、正式に決定されていました。Yは、平成29年5月には月13日、6月は15日、7月は15日あったのですが、8月は5日、9月は1日で、10月はゼロになってしまいました。Yは、Yの履歴書には週3日の勤務を希望する旨の記載があったと主張していました。本件は、X社がYに対し、週3日、1日8時間の労務を提供する債務がないことの確認を求めて提訴したのに対し、Yは右債務が存在することを反訴請求しました。

本判決は、まず、週3日のシフトが保障されているとのYの主張を否定しています。その理由として、XY間の雇用契約書には「シフトによる」とのみ記載されていること、Yの勤務期間においても、必ずしも週3日のシフトが組まれていたものではないこと、およびYが運転免許や相談員の資格を有していなかったため、シフト日数を特定することが困難であることが挙げられています。

つぎに、本判決は、本件シフト制について、翌月の勤務に関する労働者の希望が反映されており、労働者にとって有利な点もある点で合理性が肯定されるとしたうえで、シフト制で勤務する労働者にとって、シフトの大幅な削減は収入の減少に直結するものであり、労働者の不利益が著しいことからすれば、合理的な理由がなくシフトを大幅に削減した場合には、シフト決定権限の濫用になると判断しています。このように、相当な理由なしに削減されているシフト勤務時間に対する賃金については、民法536条2項によって、労働者は賃金を請求しうると結論しています。なお、シフト制において同様の法律構成が採用されて裁判例として、後述する萬作事件（東京地判平29・6・9判例集未登載）およびホームケア事件（横浜地判令2・3・26労判1236号91頁）等があります。

続けて本判決は、賃金については、少なくとも勤務日数1日、8時間とした同年9月及び一切のシフトから外した同年10月については、同年7月までの勤務日数から大幅に削減したことについて合理的な理由がないもので、シフト決定権限の濫用に当たるとしたうえで、シフトがそれぞれ1日、ゼロであった9月および10月の賃金については、前記のシフトの削減がなければ、シフトが削減され始めた同年8月の直近3カ月の賃金の平均額を得られたと認めるのが相当としました。しかし、11月以降については、Yが児童デイサービスでの半日勤務を拒否したため、XがYにシフトを与えることができなかつたもので、シフト決定権の濫用とは評価されないと判断しています。救済としては、遡って3カ月間のシフトがあったときの平均の賃金を補償するという方式になっています。



ホームケア事件も、シフト制の事案です。これは高齢者施設のデイサービスの送迎・乗降補助業務に従事していたXとY社の雇用契約書・労働条件通知の出勤日には「毎週5日程度」「業務の状況に応じて週の出勤日を決める」と記載されていました。Xは、平成31年4月末をもって退職し、Y社に対し、週所定労働日数が5日であったにもかかわらず、これに満たない日数のシフト指定がされたとして、週5日勤務したら得られていた賃金の支払いを求めました。ここでは、週5日程度という雇用契約書が週5日の出勤日数を保障しているのかという問題と、Y社が一方的に週1日にシフトを減らすという通知により、Xが14日間出勤ができなかったことがY社の責めに帰すべき事由に当たるかが争点です。これは少額訴訟なので神奈川簡裁が一審ですが、請求は棄却されているようです。

ホームケア事件の控訴審である横浜地裁では、まず雇用契約書および労働条件通知書の文言からすれば、直ちに週5日のシフトが保障されているとは言えないと判断されています。

次に、同控訴審判決は、出勤日を週1日と記載した雇用契約書を一方的に送りつけてきたことについては、Y社が監督署から指導を受けたことが契機になったにせよ、これはY社が同契約書記載の雇用期間の始期から約10カ月後に一方的に送付したにすぎないことを踏まえると、当事者の意思を反映した書面であるとは認め難いこと、これらのほかに、XとY社との間において、本件雇用契約における週の所定労働日数に関する合意内容を示した書面等が取り交わされた事実はあるかがわれないことからすれば、本件雇用契約における週の所定労働日数に関する合意は、上記各契約書の記載のみにとられることなく、本請求期間より前の勤務実態等の事情も踏まえて、契約当事者の合理的解釈によってXの勤務日数を決めるべきとして、平成29年以前に、Xは概ね週4日勤務していたものと推認されるから、意思解釈として週4日と認めるのが相当であるとしています。

それから上述の萬作事件は、飲食店のシフト制の下で、勤務成績不良を理由として、2カ月間に

わたり週1日ないし2日のシフト削減が行われた事案です。同判決は、シフト表で事前に指定する休日及び年末年始以外は勤務日数とされていたこと、勤務成績を考慮して勤務日数を増減させる旨の規定が存在しなかったこと、Xが小遣い稼ぎではなく生計維持のため働いていたこと等の事情から、少なくとも週4日の勤務が継続的に保障されることが黙示的に合意されていたか否か、勤務成績を理由とするシフト削減が可能かどうか争点となっています。

これに対し、同判決は、Xの勤務態度が債務の本旨にしたがった労務提供が認められないほどのものではなかったこと、2カ月以上にわたって1日ないし2日シフトカットを継続する必要はなかったこと、シフト削減が事実上の制裁的效果を有するにもかかわらず、その根拠規定も存在せず、明確な上限や期間も定められてないことから、本件シフト削減は、断続的に実質的な出勤停止を継続して、Xの経済的生活を苦境に追い込み、雇用契約上の地位を不安定にさせるもので、言わば餓い殺しにもなりかねないとして、本件削減を無効と判断しています。

以上の3判決を概観すると、シルバーハート事件はシフト決定権の濫用、ホームケア事件が合理的解釈、萬作事件が雇用契約上の地位の不安定化が救済法理として用いられています。私としては、とりわけシフト労働の性格から、使用者には、労働契約上の協力義務として、一定のシフト付与義務があると考えますので、シフト決定権濫用説よりも、合理的解釈説を選択します。

ところで、以上の事件は、当初から一定のシフトが付与されていた事件ですが、採用されたばかりで、最初のシフトも指定されていない段階で、新型コロナ等により休業した場合の賃金請求権等の有無が問題となります。適正シフト付与義務、最低シフト付与義務をどう構成するのかが問題となると考えます。

なお、厚労省の「シフト制」労働者の雇用管理を適切に行うための留意事項」によれば、まず労働者の意見（希望）を聞くこと、シフトの周知の期限・方法、シフトの変更の期限・手続、あらかじめ最高・最低労働日数の目安、労働時間数・



時間帯、最低シフト数を明示することが規定されています。これはあくまで留意事項であり、当然に法的拘束力を有するものではありませんが、シフト労働制の効力判断の参考になるのではないのでしょうか。もっとも、労働条件明示原則を定める労基法15条に何らかの明示義務を定める必要があるのではないのでしょうか。

それから今まではシフトの削減や付与しないことは議論されてきたのですが、シフト制労働者の年休付与方法も問題となると考えられます。報告は以上です。

両角 ご報告ありがとうございます。

最初に確認させていただきたいのですが、先ほど言及された萬作事件ではシフト削減が無効と判断されたということでしたが、週4日の合意が認められたのでしょうか。

山田 本判決は、就労によって生活費を確保していたという労使の認識と過去の勤務実態等から、Xのシフト日数は週4日を上回り、週5日を下回るとして、週4日の割合で勤務日が指定されていたものとして、賃金請求権を肯定しています。黙示の合意の推認とは明言していませんが、黙示の合意を認めたものではないのでしょうか。

両角 その合意に基づいて民法536条2項に基づく賃金請求を認めたのですね。

山田 そうです。勤務シフト表で週1,2回しか勤務日を指定しなかったことは、労務提供の受理を正当な理由なく拒否したものとして、民法536条2項を適用しています。取り上げた3件とも同じですね。

両角 わかりました。そうすると、ご説明いただいた参考判例と比較すると、本件の特徴は、裁判所が、週何日シフトを入れるという労働契約上の合意を認定できないと判断したことにあると思います。その判断を前提とすると、シフト削減が権利濫用に当たるとしても、民法536条2項に基づく労働契約上の賃金請求権を認めることはできないのではないのでしょうか。シフト削減が不法行為に当たるとして差額賃金分の損害賠償を命じるならわかるのですが。

山田 ご指摘のとおり、シフト決定権の濫用だから、不法行為に基づく損害賠償という構成が考

えられます。場合によって、慰謝料請求も可能かもしれません。ただ、使用者の責めに帰すべき休業の範囲が広がっているのではないのでしょうか。明日から仕事に来るなどといったものが典型的なものです。シフト制労働では、シフトを入れないという不作為により、労務提供債務が不能に陥っているのですから、債権者の責めに帰すべき事由という評価ができるのではないのでしょうか。

両角 しかし、履行不能というからには、労働契約上の労務提供義務が認定される必要がありますよね。

山田 そこがシフト労働の特質であり、その債務の存在を推定する必要があるのではないですか。明示の合意はないけれども、それはある程度合理的な意思解釈で、従来はどのくらいシフトがあったことを推定していくのでは。

両角 そういう推定をするためには、合理的な意思解釈によりシフトの日数について何らかの合意があったと認定する必要があるのではないですか。何の合意もなかったとしながら、契約上の労働日数を推認するのはおかしいと思うのですが。

山田 たしかに黙示の合意の認定というのが筋でしょうね。権利濫用から当然そういうシフト日数が出てくることはなく、あくまで契約上の特定が必要ということですね。

やっぱり合意を媒介しなければ、本来出勤日だったはずであるというのが出てこないとおっしゃるように難しいでしょうね。

本件では、週3日に特定できない理由として、必ずしも3日のシフトが組まれていないことと、他の職員との兼ね合いを挙げていますが、シフト日数が徐々に減らされていることから、適法なシフト時間と、違法なシフト時間が混在しており、平均日数を特定が困難と考えたのか、あるいは本件ではゼロになったことの評価ですから、シフト日数をあえて特定する必要がなかったということでしょうか。

両角 その点、本件では本当に黙示の合意を認定できなかったのかという点もやや疑問です。たしかに契約書等の記載や明確な合意はないのですが、萬作事件のように、労働者が生活のために労働契約を締結し、実際にも月に十数日くらいの実

績があったことから、週3日ではないとしても少なくとも月何日くらいはシフトを入れるという默示の合意があったという解釈はできなかったのでしょうか。

判決は、8月の直近3カ月間の賃金の平均額について請求を認めています。それならそういうふうに労働契約を合理的解釈すればよかつたし、それができないなら不法行為構成でいくべきだったと思います。

山田 8月の直近3カ月の平均シフト日数は約14日ですから、週3.5日となります。

ただ、先ほどのシフトによって決定された勤務時間以外について、危険負担の法理が適用されないという判旨部分では、あくまでシフトが適法に決定されていることが前提となっているようです。

ここのところが合意の認定なしにシフト日が出てきているということですよ。

しかし、シフト労働の特殊性から、使用者は労働契約上、適正シフト付与義務を負うところ、それを合理的な理由なしに履行されなかったために、労働者が実質休業状態におかれれば、この休業は債権者の責めに帰すべき事由と解されるのではないのでしょうか。

両角 そこは意見が異なるようですね。ところで、シフト制の労働契約を締結するときどのくらいシフトが入るのかは、それで生活する労働者にとっては非常に重要な労働条件ですよ。したがって、契約締結時にただ「シフトによる」というだけで、何の特定もないこと自体が問題だと思うのです。

これは立法論ですが、先ほど山田先生が指摘されたように、労基法15条に基づく労働条件明示義務を拡大することも検討してはどうかと思います。労働契約上の定めがないと労基法26条の休業手当の請求が難しいという実務的な問題もありますし。

山田 たしかに労働条件明示義務との関係も重要です。厚労省の留意事項にあるようなシフト労働に関する基本的な事項は、労基法15条で明示すべきですよ。このような白紙委任的契約は、労働契約と乖離しています。

両角 シフト制が流動的な働き方であることを前提としても、ただ「シフトによる」というだけでは、労働契約の非常に大事な部分が決まっていなことになります。

山田 概ね週3日とか、標準的なシフト日数の記載も必要かもしれません。やっぱりシフト労働は地味ですけども、すごく重要な問題なので、これからいろいろな問題が出てくると思うんですよ。

両角 そうですね。その意味で注目すべき判決ですね。

#### 4. 懲戒解雇と退職金

—みずほ銀行事件・東京高判令3・2・24（労判1254号57頁）

##### — 事案と判旨 —

###### 事実の概要

X（1987年4月採用）は、2014年5月頃から2017年11月頃にわたり、雇主であるY銀行の非公表情報を持ち出して、出版社であるC社等に漏えいし、これに基づく記事がC社の雑誌やF新聞社のブログに掲載された。Y社は調査（Xの自宅調査を含む）・面談のうえ、2018年3月9日、Xを懲戒解雇し（本件懲戒解雇）、退職金規程の「懲戒処分を受けた者に対する退職金は減額または不支給となることがある」旨の規定に基づき、退職金を不支給とした。なお、Xは業務時間中に一般の顧客を装ったクレームの電話を、Y銀行のお客相談室等に計160回かけたことを理由として、2015年にけん責処分を受けたことがあった。

Xは、本件懲戒解雇は無効である等と主張し、労働契約上の地位確認と退職金の支払い等を求めて提訴した。一審（東京地判令2・1・29 労判1254号62頁）は、本件懲戒解雇を有効としたうえ、退職金不支給について、Xの行為はYの企業秩序に対する重大な違反行為であるが、顧客に損失が生じたとかYに具体的な経済的損失が発生したとの証拠はないこと、Xの勤務態度が格別不良であった事情はないことを考慮すると、「本件各違反行為は、Yに採用されて以降のXの長年の勤続の功を相応に抹消ないし減殺するものといえるが、これを完全に抹消ないし減殺してしまうほどの著しく信義に反する行為であったとまで評価することは困難であり、本件不支給決定は、本件退職一時金及び本件退職年金をそれぞれ7割不支給とする限度で合理性を有すると見るのが相当である」とした。Xが控訴。Yが附帯控訴。

【判旨】（Xの控訴棄却、Yの附帯控訴認容）

（1）「本件退職金規程……5条1項は、懲戒処分……を受けた者の退職金は減額又は不支給となることがある旨を規定し

ており、懲戒処分を受けた者に対する退職金の支給、不支給についてはYの合理的な裁量に委ねている。そして、懲戒処分のうち懲戒解雇の処分を受けた者については、原則として、退職金を不支給とすることができると解される。ただし、懲戒解雇事由の具体的な内容や、労働者の雇用企業への貢献の度合いを考慮して退職金の全部又は一部の不支給が信義誠実の原則に照らして許されないと評価される場合には、全部又は一部を不支給とすることは、裁量権の濫用となり、許されないものというべきである」。

(2)「Xの懲戒事由は、多数の非公表情報……を反復・継続的に持ち出し、漏えいしたというものである。持ち出し、又は漏えいした情報の中には、複数のMBランクの情報（漏えいが生じた場合、顧客等やYグループの経営や業務に対して重大な影響を及ぼすおそれがあるため厳格な管理を要するもの）が含まれている。さらに、Xが漏えいしたMBランクの情報が雑誌やSNSに掲載され、非公表情報が一般の公衆に知られるという現実的な被害も発生している。

金融業・銀行業を営むYにとって、情報の厳格な管理、顧客等の秘密の保持は、他の業種にも増して重要性が高く、企業の信用を維持する上での最重要事項の一つである。そうすると、Xの行為は、Yの信用を大きく毀損する行為であり、悪質である。また、現実に雑誌やSNSに掲載されて一般人にアクセス可能となった情報は、通常は金融機関（銀行）から外部に漏えいすることはないと一般人が考えるような種類、性質のものであったから、その信用毀損の程度は大きく、反復継続して持ち出し、漏えい行為が実行されたことも併せて考慮すると、悪質性の程度は高い。

そうすると、Xが永年Yに勤続してその業務に通常の貢献をしてきたことを考慮しても、退職金の全部を不支給とすることが、信義誠実の原則に照らして許されないとはいえず、裁量権の濫用には当たらないというべきである」。

(3)「Xは、退職金は賃金の後払いであるから、不支給とすることは許されないと主張する。しかし、退職金に賃金の後払い的な性格があるとしても、それは退職金の経済的側面における一つの性質を表現したものにすぎない。過去の労働に対する対価であることが、法的に確定しているわけではない。そうすると、悪質な非行により懲戒解雇された労働者について、退職金支払請求権の全部又は一部を消滅させることは、違法ではない。

また、Xは、退職金全額を不支給とするには、当該労働者の永年の勤続の功を抹消してしまうほどの重大な不信行為があることが必要であると主張する。しかし、勤続の功績と非違行為の重大さを比較することは、一般的には非常に困難であって、判断基準として不適当である。また、本件について個別に検討を加えると、Xの懲戒事由は、金融業・銀行業の経営の基盤である信用を著しく毀損する行為であって、永年の勤続の功を跡形もなく消し去ってしまうものであることは明確であると判断することが可能である。本件は、例外的に、勤続の功績と非違行為の重大さを比較することが、困難

ではないのである。いずれにせよ、本件における退職金全部不支給が違法であるというには、無理があるというほかはない」。

両角 本件は、機密情報を持ち出して懲戒解雇された労働者に対する退職金の不支給が問題になった事件です。一審は、懲戒解雇自体は有効だが、退職金を全額不支給にするほどの事情は認められないとして、3割分の支払いを命じました。これに対して、控訴審は、全額不支給は有効であるとして原判決を変更し、Xの請求をすべて棄却しました。

退職金の不支給に関しては、裁判例の蓄積により一定の基準が確立していますが、本判決は少し変わっています。というのは、従来の基準、すなわち退職金の功労報償的性格や賃金後払い的性格を考慮して不支給の可否を判断するのは不適切だとして、別の考え方を示しており、その点が興味深いと思います。

本件では、Y社の就業規則に「懲戒処分を受けた者に対する退職金は減額または不支給となることがある」という規定がありました。判決は、この規定を、懲戒処分を受けた者に対する退職金の支給・不支給を使用者の合理的な裁量に委ねたものと解釈しています。そして、使用者はこの規定に基づいて、懲戒解雇処分を受けた者については原則として退職金を不支給とすることができるが、諸般の事情を考慮して退職金の不支給が裁量権の濫用に当たる場合がありうるとしています。

そのうえで、この基準を本件に当てはめ、Xの懲戒事由は重大であり、それまで勤続し通常の貢献をしてきたことを考慮しても、退職金の不支給が権利濫用に当たるとはいえないと判断しました。そして、Xの主張に応じて付け加える形で、退職金の賃金後払い的性格とは退職金の経済的側面における一つの性質を表現したものにすぎず、法的には過去の労働に対する対価とは言えない、そして、永年の功を抹消するような背信的行為がある場合に限り全額不支給が認められるという判断基準は、勤続の功績と非違行為の重大さを比較することは非常に困難だから不適当だと述べています。



判決のこの部分はなかなか興味深いと思います。ご承知のように、多くの裁判例や学説は、退職金が功労報償的性格・賃金後払的性格を有することを踏まえて就業規則の退職金不支給・減額規定を限定解釈し、全額不支給は永年の功を抹消するほどの重大な背信行為がある場合にのみ許されるとしています。これに対して、本判決は、上記のような考え方に基づいて、就業規則をそのまま解釈し、懲戒された労働者の退職金減額・不支給は使用者の合理的裁量に委ねられており、裁量権の濫用に当たらない限りは不支給も可能としているわけです。

あらためて考えてみますと、たしかに法的に見ると、退職金は、労働者が過去の具体的な期間に提供した労働の対償（の一部）という意味での「賃金の後払い」ではないわけです。その意味で「賃金後払的性格」という表現が議論をわかりにくくしているかもしれません。しかし、判決のように、それが退職金の経済的側面を表現したものにすぎないとまでは言えないように思いました。

判決が「経済的側面」と言っているのは、おそらく労働経済学の、長期雇用制の下では、若い時は労働者が提供する労働の価値よりも低い賃金を支払い、年功賃金や退職金という形で「後払い」するほうが長期勤続のインセンティブを高め、経済的合理性があるという、ラジアーの理論を念頭に置いているのではないかと思います。

しかし、従来の裁判例や学説が退職金の減額・不支給を論じるときにいう「賃金後払的性格」とは、その経済的な合理性のことではなく、労働者が一定期間にわたってその会社で働いたことによる貢献、つまり特別な功労ではなく通常の勤続に対する報償という意味なのではないでしょうか。

他方、退職金の「功労報償的性格」というのは、単なる勤続を上回る功労や貢献に対する報酬で、たとえば会社都合や定年による退職の場合は、自己都合退職よりも支給率が高いのはよくあることですが、それは功労報償の部分に上乘せがされるためだと説明できるように思います。

そう考えると、懲戒解雇の場合に、これまでの

勤続に対する「賃金後払的性格」部分まで不支給とすることについては、就業規則に不支給規定があっても合理的限定解釈が必要であり、判決のように文言通り使用者の裁量に委ねられると解釈すべきではないような気がします。

もちろん、以上の話には日本企業における一般的な退職金制度に関しては、という前提があります。退職金制度も多様化しているので、これとは違う解釈をすべき場合もありうると思います。

山田 本件では、退職金を全部剥奪することは許されないとお考えでしょうか。

両角 本件の結論に関していうと、Xは多数の機密漏洩行為により懲戒解雇されているので、従来の基準でも全額不支給を適法とすることは可能だと思います。私が疑問なのは、判旨の理由付けというか、懲戒解雇の場合は原則として使用者の裁量により不支給にできると規定を解釈している部分です。

山田 私も使用者の裁量権の問題ではないと思います。退職規定に基づいて使用者が判断するわけで、退職金規定の合理的解釈の問題です。

地裁判決では、顧客へのサービスに混乱を生じさせたり、会社の決済システムを混乱させるといった実害が生じていないことが根拠とされているようです。金融機関、特に本件のようなメガバンクからすると、それが漏れただけで、顧客名簿とかが出るから、それ自体の被害が大きい。普通の企業とはちょっと違うところがあります。また、本判決は、顧客等や企業グループの経営・業務に重大な影響をもたらすおそれがあること、MBランクが雑誌やSNSに掲載され、非公開情報が一般に公開されたことを理由に挙げていますが、業務への具体的影響がどのようなものであったかが明確にされる必要があります。

両角 そうですね。事実認定によると、具体的な経済的損失はないものの、情報漏えいが報道されたので、銀行の信用低下のおそれはあったと思われる。ところで、判断基準の話に戻りますが、この判決を読んで、「賃金後払的性格」という表現を使うことで理論的に混乱が生じる恐れはあると思いました。後払的性格といっても、法的には、過去の労務提供に対する賃金の一部の支払



いを猶予して退職時に支払うという意味ではないわけです。もしそうなら、そもそも就業規則に基づく不支給や減額は許されないことになりそうです。

山田 たしかに、大半の退職金は労基法11条の賃金に該当するでしょうから、退職金も労基法24条の全額払原則に違反する可能性がでてきますね。もっとも、賞与や退職金については、支給時の具体的要件を適用することにより、初めて支給の有無や金額が決定されるという性格を有する賃金ですから、具体化された賃金額の全部または一部を支払わないという全額払い原則とは別の問題ですが。もちろん賃金は賃金規定によって決まってくるわけで、成果主義やポイント制みたいな退職金は、奪うことはできません。使用者の恩恵的要素だけでは、退職金の賃金としての権利性が認められないので、賃金後払いの性格と言っているのではないのでしょうか。わが国の従来の賃金体系は、家族・住宅手当等の手当や賞与・退職金のように、労働の対償よりも、従業員としての地位から発生する賃金が多いのが特徴ですから、先生ご指摘のように、退職金の賃金後払いの意味は、必ずしも明らかではありません。

通常の日本的な恩恵的性格と賃金後払的性格と、この両方の性格を有する退職金をどのような理由で剥奪できるかということですよね。それはやはり、結局は非違行為の内容とか態様とか、企業に与えた影響とか、それと従来の功労はどのくらいあったとか、総合判断にならざるをえない。その際には使用者の裁量と言えなくもないですが、あくまで退職金規定の合理的解釈ですよ。最初から裁量があるわけではない。

両角 はい。裁量の余地が全くないわけではないでしょうが、不支給規定が使用者にフリーハンドを与えていると解釈するのはどうかと思います。

山田 フリーハンドの退職金規定であっても、過去の支払慣行や労働実態等を考慮して、具体的請求権を構成できるのではないのでしょうか。むしろ先生のご報告で面白かったのは、退職金の法的性格を考察する際に、逆に退職金が発生するかどうかという視点です。つまり剥奪する話と発生す

る話は、反対だけれども、どこかつながっているのかということです。特に短時間有期雇用法8条では退職金の目的・趣旨がかなり強調されていますよね。

両角 昨年取り上げた(本誌No.736,4頁)メトロコマース事件(最三小判令2・10・13判労1229号90頁)は、契約社員に退職金を支給しないことが労契法20条の「不合理」な相違に当たるかが争われた事件ですが、最高裁は、退職金の趣旨・目的について述べた部分で、功勞報償的性格と賃金後払的性格にも言及していました。もちろん、本件はそれとは理論的に別の問題ですが、退職金の性質についてあらためて考えるきっかけになりそうです。

## 5. セクシュアルハラスメントの成否と損害賠償

—P社ほか(セクハラ)事件・大阪地判令2・2・21(労判1233号66頁)

### — 事案と判旨 —

#### 事実の概要

経営コンサルティング業務等を行う被告Y2社において、原告女性X1は、理事長である被告Y1の指示を受けるなどして、主にY1の居宅兼事務所のマンション(以下、本件マンション)において秘書・営業業務に従事していた。X2は、入社直後の女性従業員で、福祉関連施設に関わる業務に従事することが予定されていた。Y1は、Y2社の創業者であり、同社の経営・人事において絶対的な権限を有していた。

X1は、Y1から、日常的に、「別嬪さんやな」「去年が不細工ばかりやったから、今年は別嬪を採用せいと言っとんたんや」「君、昔水商売やってたん違うのか」「別嬪やから世の中なめてるな」等の発言を受けたと主張している。またX1は、上海出張の際に、Y1から、世話する女性を連れてこいと命令されたと主張している。さらに、本件マンションにおいて、X1は、Y1から鍼灸師による施術を受けるよう勧められ、施術を受けた。

このほか、Y1は、ローマ出張の際のタクシーにおいて、X1に対し、「どうや、愛人になるか」「君が首を縦に振れば、全部が手に入る。全部、君次第」との発言をしたほか、X1は、到着した宿泊予定ホテルのフロントにおいて、1部屋しか用意されていなかったため、もう1部屋予約するようY1に懇願したが、拒否されたため、やむなく部屋に移動したところ、X1の意思を無視してY1がシャワーを浴びたので、恐怖を感じて部屋を出て、逃げるように帰国したと主張して

おり、結局、X1は同年末にY2社を退職している。

X2は、Y1から、オランダ出張前に自宅マンションに宿泊すること、および鍼灸師からマッサージを受けるよう勧められたほか、オランダ出張後に、Y1から退職を勧められ、これを拒否して、結局解雇された。

本件は、X1およびX2が、以上のY1による違法なセクシュアルハラスメント行為に該当するとして、Y1およびY2に対して損害賠償を請求したものである。

【判旨】（一部認容、一部棄却）

1. X1に対する不法行為の成否

(1) 日常的発言

「X1は、Y1から各発言を受けた日時や場所等に具体的に特定して述べていない。また、X1とY1の間のLINEの中に上記発言を窺わせる類似のメッセージは見られず、その他、X1の供述等を裏付ける的確な証拠はない。Y1が用いられている言葉の不自然さを指摘して上記発言を否定していることも踏まえると、X1の上記供述等に十分な信用性を認めることはできない。

この点、X1は、Y1が以前に女性従業員Aに対してセクハラに当たる言動を行ったことがあり、Y1もこれを自認していたと指摘するが、そのような別の従業員に関する過去の出来事をもって、Y1がX1に対してもセクハラ発言を行っていたとの推認をすることはできない。

よって、本件証拠上、Y1による日常的なセクハラ発言があったとの事実を認定することはできない。」

(2) 上海出張中における発言

「しかしながら、X1および証人Bの供述又は証言について、裏付けとなる客観的な証拠はない。また、X1及び証人Bの供述又は証言は、Y1から上記命令を受けたという以外、前後の事実経過を含めたその余の内容については具体性の乏しいものにとどまっている。そうすると、X1及び証人Bの供述又は証言について、信用性を認めることはできない。」

(3) 本件マンションにおけるマッサージ

「C鍼灸師の証言はもとより、X1の供述等によっても、X1が施術を受けることについて躊躇する様子を見せたり、拒否的な態度を示しているながら、Y1が施術を受けるよう強く要求したといった事実は認められない。そうすると、Y2社での地位や立場、年齢等の相違等から、X1がY1の勧めを断りにくかった面はあるものの、Y1がX1に対し施術を受けるように命令したということまではできない。」

(4) ローマ出張中における言動

「以上を総合すると、Y1が、X1に対し、宿泊予定のホテルに向かうタクシー内で、愛人となるよう求める発言を複数回行ったことは、それ自体、セクハラ行為に該当するものである。加えて、Y1は、到着したホテルにおいて、別室を希望するX1の意向を拒み、一時的であれ同室で過ごすことをやむを得ない状況に置き、更に入室後は早々にシャワーを浴びるという行動に出ているのであり、これらのY1による言動及び対応は、X1に対し、意に沿わない性的関係等を要

求される危惧を抱かせるものであったと認められる。Y1において、このことの認識を持ち得なかった特段の事情がないことも併せ鑑みれば、以上のY1の言動及び対応は、全体として、X1に対する違法なセクハラ行為となると評価するのが相当である。」

「以上によれば、Y1は、ローマ出張中における上記の違法なセクハラ行為につき、不法行為に基づく損害賠償責任を負う。」

2. Y1の上記行為に対する使用者の責任

「現に、Y1は、X1を指揮監督し、Y2社やそのグループ会社に関する秘書業務や営業業務に従事させていたのであるから、Y1は、Y2社が事業のために使用する被用者に当たると認めるのが相当である。そして、(略)ローマ出張は放射能シェルターの提携先調査等を予定したものであるところ、Y1のセクハラ行為は、その業務と密接に関連する同出張における移動中のタクシー及び宿泊予定のホテルでなされており、Y2社の業務の執行につきなされたものと認められる。」

「したがって、Y2社は、Y1による上記セクハラ行為につき、使用者責任（民法715条）に基づく損害賠償責任を負う（したがって、選択的主張であるY1のセクハラ行為に係る職場環境整備義務違反については判断を要しない）。

「このようなY2社の対応は、Y1によるものを含めたとしても、従業員からセクハラ被害の申告を受けた使用者として甚だ不十分なものであるといわざるを得ない。また、Y1の弁護士による対応後、X1の退職までには2カ月以上の期間があったにもかかわらず、その間にも、Y2社は何らの対応や措置を講じていない。

以上によれば、Y2社は、X1からのセクハラ被害申告に対し、使用者として採るべき事実関係の調査や出社確保のための方策を怠ったものとして、X1主張の職場環境整備義務に違反したと認めるのが相当である。」

「Y2会社は、ハラスメントカード制の導入やセクハラ防止規定によるセクハラ防止策をもって同義務違反を否定するが、いずれもX1のセクハラ被害申告を受けての対応や措置に当たるのではなく(略)、X1からのセクハラ被害申告について、Y2社が実際にセクハラ防止規定に沿った対応を行った事実も認められない以上、同主張には理由がない。」

3. X2に対するセクハラ成否

(1) オランダ出張前日の本件マンションでの宿泊

「Y1がX2を本件マンションに宿泊するよう指示ないし提案したことは、女性従業員であるX2を自宅に宿泊させるものであり、些か不自然な面があるものの、直ちにX2に対する違法なセクハラ行為であったと評価することは困難である。」

(2) 本件マンション内でのマッサージ施術

X1に対する判断(1)(3)と基本的に同一。

山田 つぎに、セクシュアルハラスメント（セクハラ）のP社事件を取り上げます。事案に入る前に、ハラスメントの定義を確認しておきたいと考えます。ハラスメント対策が立法化されているのは、セクハラ（職場において行われる性的言動、均等法11条）、マタハラ（職場における妊娠・出産等に関する言動、同法11条の3）およびパワハラ（職場において行われる優越的な関係を背景とした言動、労働施策総合推進法30条の2）と3つのハラスメントとなっています。インターネット上の記事で、スーパーの従業員が売れ残った惣菜を買わされたのがハラスメントであると議論されていますが、ハラスメント概念が拡大されすぎていると思います。また妊娠に伴う軽易業務転換請求（労基法65条3項）に伴う副主任解任の事案である広島中央保健生協病院事件（最一小判平26・10・23労判1100号5頁）のような事案は、均等法9条3項の妊娠を理由とする不利益取扱いの問題です。マタハラとは、妊娠した女性職員が営業所長から、「私、妊婦として扱うつもりないんですよ。万が一何かあっても自分は働きますちゅう覚悟があるか」と発言されたツクイ事件（福岡地裁小倉支判平28・4・19労判1140号39頁）が典型的なマタハラ事件となります。

本題に入りますと、本件では、経営コンサルティング業務を営むY2社の創業者で、社内で理事長と称されるY1が、2名の女性従業員に対するセクハラ行為があったのかどうか、その場合Y2社の対応が職場環境整備義務に違反するかが問題となっています。被告Y1は、Y2社の経営や人事に強力な権限を有していました。

ところで、均等法のセクハラ防止規程（同法11条および「セクハラ指針」）は、そもそも大企業の労務管理を念頭に置いたもので、ワンマン経営者の零細中小企業には実効性が期待できません。本件も、そのような事案と指摘できます。

X1がセクハラと主張するY1の主たる行為は、①「別嬪さんやな」「昔、水商売やってたんと違うのか」「別嬪やから世の中なめてるな」等の発言を日常的に繰返していたこと、②ローマ出張の際のタクシーの中で愛人になるよう勧められたり、宿泊ホテルが一室しか用意されておらず、別

室を要求したにもかかわらず無視され、Y1がシャワーを浴びだしたので、恐怖を感じたX1は、逃げるように帰国したことです。これはやはり男女の感覚の違いだと思います。男性としては別に一緒にいていいじゃないかと思うでしょうけれども、このままであれば、女性は性的被害を受ける可能性がある、かなり恐怖心があったと思います。

判決は、①については、不自然な発言であり、客観的証拠がないとして発言がなかったとされていますが、②については違法性が認定されています。

つぎに、X2が主張するY1のセクハラ行為は、①オランダ出張の前夜、居宅兼事務所であるY1所有のマンションに宿泊し、そこで鍼灸師からマッサージを受けるよう勧められたこと、②オランダ出張から帰国後、Y1から、X1とは基本的に合わないこと、退職届を出すことを求められ、結局解雇されたことです。ここでは、事務所兼自宅とはいっても、そもそも女性従業員を一人で宿泊させることや、一部でも衣服を脱ぐことになるマッサージを受けさせることが許されるか問題になります。

これに対し、本判決は、X2が拒否の態度をとっていなかった等の理由により、違法性を否定していますが、その地位関係から、明確の拒否できないというセクハラの特徴を考えれば、疑問が残るところです。また、セクハラ行為をどうやって認定するかというのが非常に問題となります。大体2人だけの密室の出来事ですから。

それからY2の責任については、ローマ出張中のY1の行為については使用者責任、以降のY2の対応については、職場環境整備義務違反の債務不履行責任が認められています。

わが国のセクハラ法制は均等法の性質上、何人もセクハラを受けない権利を有するとか、何人もセクハラをしてはならないという規定ではなく、「事業主」が主語となっているため、セクハラに対する雇用管理上の措置義務として立法化されているのが、わが国の特徴です。

ところで、セクハラのパワハラとの安全配慮義務が挙げられることがあります。両者はたし



かに重なっている面もありますが、身体・健康に支障が性的な自己決定権とか、あるいは実質的に会社の中で解決されなければ退職せざるをえないので、労働権侵害ということもあると思います。

それからセクハラ問題では、その立証が最大の関門です。先ほど指摘しましたように、密室の出来事の証明の困難性です。ここでは、当該行為の事実があったのかという問題と、当該行為が違法なセクハラと評価できるかという2つの問題があると考えられます（このほかに合意があったと相手方から主張されることもよくあります）。一審、二審で認定が全く反対となった横浜セクハラ（建設会社）事件があります。これは、出向してきた課長が、約20分にわたって部下の女性の体に触っていたという事件です。痴漢だったら、逃げたり突き倒したりできるんでしょうけれども、仕事上尊敬する部長ということで、やめてくださいと20分ぐらい、やり取りが続きました。

これに対して、一審判決（横浜地判平7・3・24 労判670号20頁）では、セクハラはなかったと認定されました。その理由としては、それは20分にわたって、逃げれば逃げられるのに逃げなかったとか、裁判官から何で逃げなかったのか尋問されて、外は広い通りで車の通行も多く、助けを求めても無駄と判断したというのは、性的被害を受ける女性の行動としては信用できないとか、課長から被害を受けた他の女性従業員が存在しないこと、翌日同じ部屋で食事をとっていたこと等が挙げられていました。これに対し控訴審（東京高判平9・11・20 労判728号12頁）は、女性の性的被害者は多様な行動をとること、相手が上司である以上、やめてくださいとやんわりとした行動をとることが通例であること、他にも課長から被害を受けた女性が数名在すること、翌日同じ部屋で食事をとったのは確かであるが、離れ離れの席で背を向けていた状態であったこと等を理由に、違法なセクハラであると認定しました。参考となる裁判例だと考えます。

そして、同事件控訴審判決は、セクハラが違法と判断されるためには、行為の内容・態様・程度、行われた場所や時間帯、加害者・被害者の地位・関係、加害者の日頃の性的言動等を基準とし

ています。

以前の裁判例（例えば金沢セクハラ事件控訴審判決・名古屋高金沢支判平8・10・30 労判707号37頁）では、被害女性の婚姻の有無とか年齢が、セクハラ of 違法性判断に加えられていますが、これは関係ないと思います。セクハラとは、地位を利用した性的違法行為ですから、立場の弱い、地位を利用されやすい人が被害者になります。女性の年齢や婚姻の有無は関係ありません。またある事件では、工場長から面接で気に入られて、パート採用されたのですが、パートは時間給のはずですが、本人だけ月給にされたケースもありますが、わかれば職場で孤立してしまうのですから、有利に扱うことも、セクハラに該当するケースがあるということです。

本判決の検討に入ると、X2に対するセクハラはすべて否定されていますが、これは問題が大きいところでは、さすがにローマ出張中のY1の行為は違法なセクハラと判断されていますが、本件マンションにおける鍼灸施術については、Y1が別室にいたこと、肌の露出を抑えたことから違法性が否定されています。しかし、X1が希望したわけでもないのに、Yの住居するマンションで女性従業員にマッサージを受けさせたこと自体が問題ではないでしょうか。さらに、Y1のX1に対する日常的発言については、具体的証拠は存在しないこと、Y2の言葉遣いが不自然なこと、別の従業員に関する過去の発言を参考にすることはできないとして、ハラスメントが否定されています。しかし、Y1の発言は、ハラスメントの証拠としては、必ずしも不自然ではないのでしょうか、他の従業員への言動は間接証拠として、採用可能ではないのでしょうか。

両角 この判決について、先生はどのように評価されるのか、もう少し説明していただけますか。

山田 本判決では、Y1によるセクハラ of 認定に係る部分と、それに対するY2社の職場環境配慮義務違反に関する部分とがありますが、後者については、その法的構成はともかく、異論はないと考えられます。問題になるのは、Y1のセクハラ行為 of 認定の箇所でしょうね。

X2については、判決は、X2がパニック障害を引き起こすことがあるから、本件マンションに泊めることを指示・提案したと認定し、女性従業員を自宅に泊めることは、いささか不自然としながらも、直ちに違法なセクハラとは言えないと判断しています。しかし、X2のほうから宿泊を希望したのならともかく、Y1から指示されれば断れないのが通常ではないのでしょうか。とりわけ、本件マンションがX2の職場でもあったことから、よけい拒否できなかったと考えられます。

さらに、X2はY1から、本件マンション内リビングにおいて鍼灸マッサージを受けるよう指示されていますが、これも通常の出来事ではありませんね。これに対し判決は、Y2が躊躇したり、拒否的な態度をとっていなかったこと、Y1が施術を強く勧めたことはないとして、違法なセクハラではないと判断しています。しかし判決も指摘しているように、Y1のY2における地位・立場、年齢の相違等からY1の勧めを断りにくいものであり、そもそも一部とはいえ、女性の体を露出させること自体が問題であり、しかもY1が部屋に出入りしていたことが認定されており、違法なハラスメントに該当するのではないのでしょうか。セクハラとは、性的自己決定権を侵害するものですから、性的被害も予想される宿泊や身体の露出を伴う行為を要求すること自体がハラスメントです。

セクハラにおいては、強制があったかどうかどうではなく（あれば当然です）、職場の上下関係から断るのが困難か否かです。

両角 私も、全体的にハラスメントの認定に関して違和感を持ちました。ローマ出張中のY1の言動が違法なセクハラに当たることは当然ですが、それ以外の言動に関してはすべて否定されています。例えばX2を自宅に泊めてマッサージを受けさせたことについても命令したとまでは認められないとか、出張中に夜中に呼び出されたことについても仕事の打ち合わせの可能性もある等と述べています。

また、Xらの証言だけでLINEなどに証拠が残っていない場合にはハラスメントがあった事実を認定できないと判断している部分が目につきま

した。全体的に見るとY1が非常にセクハラが疑われるような状況を作り出しているのに、個々の言動についてLINEのような客観的証拠がない限り、ハラスメントを認定しないことには疑問を持ちました。

先生が言及された横浜事件でも、密室に2人しかいないから録音や録画がない限り客観的な証拠はないわけですよね。横浜事件の高裁判決のように、本件でもワンマン社長と若い女性の部下という関係を踏まえて、当事者間のやり取りを全体的として見て、セクハラに関する専門的な知見も踏まえつつ、もう少し丁寧に認定することはできなかったのだろうかと思います。

山田 現在は、仕事のやり取りや会話がメールでやり取りされていることから、本判決のようにメールに明確な証拠が残っていないとセクハラが認定されないということになりかねません。しかし、加害行為者が明確な証拠をメールに残すことは、通常考えられないのですから、必ず明確な証拠がなければいけないということにはならないと思います。

両角 加害者の言動について客観的証拠が常に求められるとしたら、密室型のセクハラの出証はきわめて困難になりますよね。

山田 通常は、被害者・相手方の供述の真実性・一貫性から、判断されることにはなりますが、本判決では証拠主義で、このようなアプローチは採用されていません。

本判決は証拠が必要と言いながら、オランダ出張中のY1からX2へのラインでの呼び出しについて、証拠もないのに、業務上の打ち合わせかもしれないと独断しています。

それからご指摘のように、行為の因果関係から判断可能です。オランダ出張の9月26日の通話では、X2がY1に対して反発する発言がみられますが、これは入社直後の従業員と実質的経営者との間で通常ありえない対応です。ホテルでY1との同室を迫られたとのX2の主張が否定されていますが、不仲となった理由も追及されていません。

ですから、行為の前後関係で決まってくるのではないのでしょうか。たしかに裁判所は呼び出しを

受けたのは業務上の打ち合わせかもしれないなんて言う必要はないですね。

両角 X2がY1の自宅に泊まったときに同じベッドで寝るように命じられたと主張しているのに関しても、判決は、その後のLINEのやり取りの中にそのことをはっきりうかがわせる部分がないこと等から、X2の証言に信用性がないと判断しているのですが、こういうことについてLINEでやり取りするものなのかどうか。

山田 セクハラを示すようなLINEで残すはずがないですし、事務所兼とはいえ、そもそも自宅マンションに泊めさせること自体、やはり問題です。

また、X2のY1に対する態度が、オランダ出張の終わり頃に、かなり批判的な言動になっています。業務上の打ち合わせだった可能性も否定できないなんて、証拠もないのに、何でそんなことが言えるのか疑問です。X2の主張については、証拠がない、のオンパレードであるのと対照的です。

両角 X2はオランダ出張中にY1と対立して、帰国後すぐに合わないから退職しろと言われていたんですね。

山田 異常にエキセントリックな従業員でない限り、ありえないですね。通常、これは前夜に何かあったと推測もできるかもしれません。

両角 繰り返しになりますが、Y1は、出張の前日に女性の部下を自分の家に泊めてマッサージを受けさせる、夜中に呼び出す、帰国直後に退職勧奨をするなど、非常にセクハラが疑われる状況をつくり出していると思います。そうであるにもかかわらず、個々の言動について客観的なLINEなどの証拠がない以上、Xらの証言が信用できないと判断するのはどうかと思います。

それから、X1についてはローマ出張中のセクハラについて慰謝料請求が認められていますが、この50万円という金額は妥当なんでしょうか。慰謝料だけではなく、3カ月間分の賃金請求も認められているのですが、これだけのことがあったのに慰謝料の金額が低すぎるようにも感じます。

山田 相場的には低いですね。裁判所は身体的接触がないと、被害の大きさを認定しない傾向

にあるのではないのでしょうか。しかし、身体的接触がなくとも、密室の男性と一緒に置かれることによる、女性が受ける性的な恐怖感とか威圧感とかに対しては、あまり想像力が働いていないのでは。

両角 この事件だけでなく、一般的にセクハラ事件の慰謝料の額は海外と比べると低いのだと思いますが、先生も最初におっしゃったように、ローマの件でX1が被った精神的苦痛は非常に大きいと思われます。

山田 判決からは、帰国のチケットも持っていたのか、用意していたのかはわかりませんが、セクハラに対する慰謝料が低いことは、昔から指摘されています。

男性と違って、女性の場合には、性的被害の可能性が大きい。親しくもない男性と同室に置かれている女性の感覚、恐怖感へのイメージネーションが欠落しているのだと思います。

ニューフジヤホテル事件（静岡地沼津支判平2・12・20労判580号17頁）がセクハラ事件のリーディングケースだと考えています。上司から1回くらいはたまに食事でもどうだと言われて断ったけれども、断り切れずに付き合ったところ、食後に暗い山中の車内でモテルへ行こうと誘われて、行かないならキスさせろと言ってキスされたという強制わいせつの事件です。同判決で注目されるのは、上司である課長が部下の女性に対し1回でいいからと食事に誘い、本件行為に及んだことは、「職場の上司としての職務上地位を利用したもの」との認定されたことです。

よく部下を単に食事に誘っただけで、地位など利用していないと抗弁されることが多いですが、これも地位利用に該当する訳です。私は大学を退職しましたが、女性院生から質問を受け、じゃあ研究室に来なさいといってセクハラをすれば間違いなく地位利用です。この意味において、本件Y1による各行為についての地位利用の性格がもう少し丁寧に検討されるべきではなかったでしょうか。

ニューフジヤホテル事件では、100万円の慰謝料と10万円の弁護士費用が認容されたのに対し、某週刊誌が、キス1回100万円と揶揄した記事が



出ました。弁護士費用を含めて110万というのは、性的被害への損害額として妥当な額かという、疑問を感じます。

## 6. ダブルワークと長時間労働

——大器キャリアキャスティングほか1社事件・大阪地判令3・10・28（労判1257号17頁）

### —— 事案と判旨 ——

#### 事実の概要

給油所を運営するA社は、深夜早朝時間帯の運営業務をD社に委託していた。危険物取扱者（法令により給油所への常駐が求められている）の資格を有するXは、派遣業者からD社に派遣されてA社運営の給油所で勤務していた。平成26年2月1日以降、D社はY1社に上記業務を再委託し、XはY1社と有期労働契約を締結して、A社運営のセルフ式給油所において、主に深夜早朝時間帯で就労していた。主要な業務内容は事業所内からモニターで利用客の様子を監視し、給油を可能にするスイッチを押すことであり、同一店舗につき4～5名の従業員が、シフト表にしたがって1～2名体制で勤務していた。

同年2月21日、XはA社とも有期労働契約を締結し、同年3月1日から深夜早朝以外の時間帯に週1～2日就労するようになった。また、自ら依頼して、他の従業員が勤務する予定のシフトに勤務した。Y1社のエリアマネージャーBは同年3月下旬頃、Xのダブルワークを認識し、4月10日、Xに対して、A社との労働契約に基づく分を合わせると週7日労働となり労基法に抵触する、自分の体調を考慮して休むよう注意し、5月中旬までにA社の下での就労を辞める旨の約束をさせた。Xは同年6月15日、A社に同月末をもって退職する旨の退職願を提出した。

平成26年7月1日、Xは医療機関を受診して抑うつ神経症等の診断を受け、同月3日以降欠勤した。平成27年2月25日、Y1社はXを同年3月31日付で雇止めする旨の通知をした。Xは①Y1社とY2社（平成27年4月1日にAを吸収合併）に対し、Xの労働時間の軽減等をすべき注意義務や職場トラブルへの適切への対応を怠ったとして不法行為に基づく損害賠償、②Y1社に対し労働契約上の地位確認を求めて提訴した（職場トラブルと雇止めに関する部分は省略）。

#### 【判旨】（請求棄却）

1「XとA社間の労働契約は、X自身が希望したこと及びこれがA社側の業務上の都合にも沿うものであったことにより締結されたものと認められ、他方で、XがA社から強いられたいような事情はなかったと認められる」。

2（1）「XのY1社における就労が深夜早朝時間帯を中心としたものであり、対応する業務は多くないとみられること、作業内容自体が基本的に短時間で済む簡単なもの……である

こと、実際、Xが他店舗の従業員と長時間にわたって電話で会話するなどしていたことに徴すると、労働密度は相当薄いと解され、Y1社間の労働契約に基づく就労は負担の大きいものであったとは解されない」。

（2）「Xは連続かつ長時間労働をしていたものであり、Y1社とA社の下での勤務を合わせると、平成26年……2月2日（日曜日）以降、休日が全くないことは……労働基準法35条の趣旨に照らすと望ましくない状態が現出している……」。

殊に、Y1社とA社の下での各労働時間数を合計した労働時間数は、欠勤前4か月以降、1か月当たり約270時間になる月が連続し、欠勤前1か月は303時間45分に至っており……、労働基準法32条の趣旨に照らし、問題のある状態が現出している」。

（3）「欠勤前4か月……において、Y1社との労働契約に基づく休日は3日間であり、その労働時間数は256時間30分に達していた」。「しかるに……Xは……Y1社の従業員Gに対し、Gがf店で勤務する旨の予定が組まれていた同月18日、同月19日、同月25日及び同月26日の勤務を……交代するよう依頼し……、実際に……同月18日及び同月25日……についてf店での勤務をしている……」。「Xは、自ら積極的に働きかけて、より労働時間が長いf店での勤務の機会を得ようとし、現にこれを得て、自己の労働時間数を増加させたものと認められる」。

（4）「欠勤前5か月……当時……Xは……自ら希望してA社との間に労働契約を締結し……休日のない連続勤務とし……、労働時間も増加させた」。「このことは……Y1社との労働契約に基づく休日にあえて自ら積極的に希望して就労日を設け連続勤務を開始し、これを継続したものにほかならない」。

（5）「Xは、欠勤前1か月……になって以降、A社において、従前からの毎週日曜日に加えて、毎週金曜日にも3時間ずつ勤務するようになった……。加えて、Xは……Bとの間で同年5月中旬までにはA社の下での就労を確実に辞める旨の約束をしていたにもかかわらず……、逆に労働日や労働時間を増やす行動をとっていること……他者から強いられたものであると認めるに足りる証拠はないこと……を踏まえると、このような労働時間数の増加はXの希望により実現したものであったと認められる」。

（6）「以上によれば、Y1社及びA社との労働契約に基づくXの連続かつ長時間労働の発生は、Xの積極的な選択の結果生じたものであるというべきである」。

3（1）「Bは、Y1社との労働契約に基づくXの労働日数及び労働時間数を認識し、あるいは認識し得る立場にあったと解される」。

また……Y1社は、A社に問合せをするなどして、A社との労働契約に基づくXの労働日数及び労働時間についてある程度を把握できる状況にあったことがうかがわれる」。

（2）「しかし……Y1社及びA社との労働契約に基づくXの連続かつ長時間労働の発生は、Xの積極的な選択の結果生じたものであるというべきであり、Xは……労働基準法32条

及び35条の趣旨を自ら積極的に損なう行動を取っていたものといえる」。

「Y1社としては……XとA社の労働契約関係に直接介入してその労働日数を減少させることができる地位にあるものでもない」。「加えて……Xの担当業務に関する労働密度は相当薄いというべきものであること、Y1社は基本的に日曜日を休日として設定していること、BはXに対し、労働法上の問題のあることを指摘し、また、X自身の体調を考慮して休んでほしい旨注意をした上、Xに同年5月中旬までにはA社の下での就労を確実に辞める旨の約束を取り付けていることなど、本件に表れた諸事実を踏まえると、Y1社がXとの労働契約上の注意義務ないし安全配慮義務に違反したとまでは認められない」。

(3)「A社において、Xの労働時間の短縮等に何らかの配慮をすること自体は望ましいものであったということとはできる」。

「しかしながら……Xは、週3日間程度……訴外e社が運営していたf店において勤務していたものであり……(中略)仮に……A社関係者が、Xのf店での労働日数や労働時間数を認識していたとしても、A社において、契約関係がない訴外e社に対してXの労働時間を調整するための何らかの権限があるわけではない。また、A社は、Y1社と契約関係がなく、XとY1社の労働関係に直接介入してY1社との労働契約に基づくXの休日を設定するような権限を有しているものでもない」。

そして、Xが自らY1社での労働日数及び労働時間数を増加させている事情のあること、XとA社との労働契約締結について、X自身が、自身の体調や生活上の事情などを勘案して当該契約を締結するか否かを判断すべき立場にあること……同契約の締結を拒むことができないような客観的な事情のない中で、X自ら希望して労働契約を締結し、あるいは就労日を増やしていったものであることなど、本件に表れた一連の経過を踏まえると、A社において労働契約上の安全配慮義務違反があるとまでは認められない」。

**両角** 最後は、大器キャリアキャスティングほか1社事件です。本件は、いわゆるダブルワークの労働者の長時間労働について、使用者の安全配慮義務違反が問題になったケースです。原告Xは、まずガソリンスタンドを経営するA社から深夜早朝業務を委託されているY1という会社に雇用されて働いていました。労働時間は長いのですが負担は軽い仕事だったようです。

その後、2月21日に、XはA社とも労働契約を締結して週1~2回就労するようになりました。更に、XはY社との関係でも同僚のシフトを譲っ

てもらったりして労働時間を増やしています。その結果、Y1社とA社の分を合わせると著しい長時間労働になり、何カ月にもわたって休日が一日もないという状態でした。

3月下旬頃、Y1社のエリアマネージャーであるBがXの状況を認識し、これは労基法に抵触する状態だし健康上も危険があるからということ、5月中旬までにA社を辞めるという約束をXから取りつけました。Xは、6月15日にA社に退職願を出しています。

その後、Xは7月1日にXは抑うつ神経症の診断を受けて長期欠勤し、Y1社はXを雇止めしました。そこでXは、Y1社に対する労働契約上の地位確認と、Y1社と(A社を吸収合併した)Y2社に対して安全配慮義務違反による損害の賠償を求めて提訴しました。ここでは雇止めの問題は割愛し、安全配慮義務に関する部分を取り上げたいと思います。

判決は、Y1社とA社の安全配慮義務違反はなかったとしてXの請求を棄却しました。その理由としては、ダブルワークも長時間労働もXの自由な意思に基づく選択の結果だということが強調されています。

もう少し詳しく見ていきますと、まずA社との労働契約については、他から強いられることなく、Xが自発的に締結したと認定しています。そしてY1社との労働契約では、もともと労働時間は長い負担の少ない職務内容であったこと、Xがわざわざ他の人のシフトを譲ってもらったりして自分で労働時間を増加させた事情が認められること、そしてA社と契約を締結してY1社との間では休日になっている日に就労することにしたことから、Y1社及びA社との労働契約に基づくXの連続かつ長時間労働の発生は、Xの積極的な選択の結果生じたものであるとしています。

そして、Y1社のエリアマネージャーBは、Xの状態を認識してからは、注意をしてA社での就労を止める旨の約束もさせており、Y1社としてはそれ以上にA社との労働関係に介入することはできないから、安全配慮義務に違反したとは言えないと述べています。A社についても、一般的にはXの健康に配慮することが望ましいけれ

ども、他社での就労に介入することは難しく、A社ができることには限りがあったと。ちなみに、A社はXとの契約締結に際して、Y1社での労働時間が長いから気をつけてくださいという注意喚起をしたことが認定されています。

近年、副業・兼業を推進する政策が取られていますが、ダブルワークが拡大すると労働時間の規制が難しくなり、長時間労働による健康被害の解消という重要な法政策との両立が課題になってくるように思われます。

ご承知のように、労基法38条1項は異なる事業場における労働時間は通算されると定めており、行政解釈によれば、異なる使用者の下で就労する場合も同様に労働時間が通算されます。そして、ダブルワークの場合には、両方の使用者の下での労働時間を通算したものに基づいて法定時間外労働が発生し、当該時間外労働を命じた方の使用者に割増賃金の支払義務が発生することになります。また、労災保険制度との関係では、副業兼業に従事する労働者が長時間労働により健康を害した場合について法が改正され、一定の場合には複数の使用者の下での労働時間を合わせて業務起因性を判断したり、各使用者から支払われた賃金の合計額を労災保険給付の算定基礎としたりすることが可能になりました。

ダブルワークによる長時間労働については、これらとは別に、各使用者が労働契約上の安全（健康）配慮義務に基づいてどこまで責任を負うかという問題があり、本件はこの問題を考える題材を提供するケースだと思います。

本件では、Xが長時間労働に従事していたこと自体は明確に事実認定されています。ちなみにXは労災の申請もしており、別件訴訟ではXのうつ病はY1社における業務により発症したとして業務起因性が肯定されています（大阪地判令3・12・13労判1265号47頁。A社における労働との因果関係は否定）。

安全配慮義務は労働契約に付随する義務なので、ダブルワークであろうとトリプルワークであろうと、すべての使用者が負うことが前提となります。本判決もそこは前提としつつ、先ほど申し上げたように長時間労働はX自身の選択の結果

であること、そしてY1社は一定の配慮をしたことも考慮して、Y1社とA社の安全配慮義務違反が否定されています。

私は、事実関係を踏まえると、本判決の結論には賛成ですが、理由づけにはやや疑問があります。つまり、判旨は労働者が自由意思に基づいてダブルワークを選択して長時間労働に従事したような場合には、使用者の安全配慮義務は軽減されると述べているようにも読めるのですが、仮にそういう趣旨だとすれば違和感があります。なぜなら、ダブルワークではない場合を考えてみると、労働者が自ら希望してどんどん仕事を引き受けて長時間労働をしていたとしても、労働者の健康を害するおそれがある場合、健康状態の悪化が認識できる場合などには、使用者は安全配慮義務に基づいて、業務を削減する、休みを取らせる、病院を受診させる等の対応をしなければならないと解されます。もちろん、労働者が明らかに自分の健康を疎かにしていたとすれば、そのことは過失相殺の判断において考慮される可能性はあるでしょうが、本人が自発的にやっているからと使用者が何も対応せず過労死に至ったような場合に、安全配慮義務違反自体が認められないということはないと思います。

ダブルワークの場合は、たしかに兼業先での働き方には介入できず、労働者の自己申告によってしか知りえないので、使用者としてコントロールが難しい部分があることは事実です。しかし、その場合にも兼業先での労働時間を把握するように努めて、長時間労働の危険があるとか、本件のように既に長時間労働している労働者が兼業をしようとしている場合には許可しないとか、許可を取り消す義務がありそうだし、副業先も他社での労働時間を常に確認して、長時間労働にならないようコントロールする義務を負うのではないかと思います。ただ、正社員が他社で副業をするようなケースはともかく、短時間のパートを多数掛け持ちしているような場合は、各使用者が安全配慮義務を負うといっても、現実的には労働時間をコントロールすることが相当難しいとは思いますが。

また、労働者が使用者に対して副業・兼業の事実や他社での労働時間を申告しない限り、通常、



使用者はそれらの情報を知りえないので、労基法に基づく労働時間の上限規制や割増賃金との関係で法的責任が生じることはないと考えられます。これに対して、安全配慮義務との関係では、労働者から申告がなくても著しい疲労とか健康状態の悪化を認識する場合には、過失相殺の問題はありますが、使用者として適切な対応をする義務があると思います。

若干とりとめがなくなりましたが、要するに、本判決の結論には反対ではありませんが、理由づけに関して、労働者が自主的にダブルワークや長時間労働を選択した場合は使用者の安全配慮義務が軽減され、労働者自身に自分の健康を管理する責任があるというように読めなくもないため、そこが気になるということです。

山田 ありがとうございます。先ほどのシフト制と、副業（ダブルワーク）は、今後避けて通ることができないテーマになりそうです。従来は、副業禁止という企業が多かったと思いますが、週休3日制や政府の副業奨励策の推進により、ダブルワークをめぐる問題が増えてくることが予想されます。

本判決の理解としては、両使用者とも安全配慮義務を負っているのだけれども、原告自身が長時間労働を積極的に希望したこと、および長時間労働を希望している労働者に対し、一定の配慮・対応を行ったから、両使用者に安全配慮義務違反はなかったということでもよろしいですね。ただ労働者が希望して、就労先を増やしたり、就労日を増やしたりして、労基法36条により長時間労働したという理由だけであれば、過失相殺とか使用者の安全配慮義務の範囲が縮小するとか問題となる可能性もあります。

両角 そのとおりです。

山田 自分から積極的に長時間労働したという評価は、ダブルワークの特殊性でしょうか。先生がご指摘のように、シングルワーク(?)でも、労働者が積極的に長時間労働することはありえます。その場合でも、使用者は安全配慮義務を負うと思いますが、複数使用者によるいわば二元的な労働時間管理の困難さから、各使用者の安全配慮義務がいわば縮減されることとなる。必ずしも労

働者が積極的に長時間労働に従事したというのが根拠ではないという理解ですね。

自主的に長時間労働したことにより、使用者の義務の範囲が狭まった結果、そもそも安全配慮義務違反ではないという構成と、安全配慮義務違反を認めたくえて、過失相殺で処理することの両方が考えられます。それは事案によって決まるのでしょうね。

労働者が他社で長時間労働をしていることを秘匿していたため、使用者がそれを知りえない場合には、使用者には予見可能性がないのですから、安全配慮義務違反は否定されることになるでしょう。ただ、労働者が長時間希望したからという理由のみで、安全配慮義務違反が否定されるというのはどうでしょうか。これに対して、使用者が健康配慮義務の履行として、長時間労働させないための何らかの措置をとることが前提ではないでしょうか。本件では、被告Y社マネージャーがXに対し、その労働時間が労基法違反の状態にあることを指摘し、X自身の体調を考慮して休んでほしい旨注意したこと、5月中旬まで他社での就労を確実にやめるとの約束を取りつけていること等の事実が認定されていますが、本件事案では、それなりに安全配慮義務が尽くされたのかとも考えます。ただし、本件は現業労働者の事案ですが、一定の自律的業務を行うホワイトカラーのような職種については、慎重に考慮される必要があると考えられます。

両角 はい。先ほど申し上げたように、私自身は、労働者の申告がなくても安全配慮義務違反が認められる場合はありうると考えますが。

山田 ところで、安全配慮義務が初めて判例上認められた陸上自衛隊八戸車両整備工場事件最高裁判決(最三小判昭50・2・25民集29巻2号143頁)では、公務員の事案であるため、安全配慮義務の法的根拠について、労働契約上の付随義務とはいえず、「ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方に対して信義則上負う義務」としています。当事者双方の義務ですから、労働者も使用者に対して安全配慮義務を負うように見えますが、その義務内容

や、その後に制定された労契法5条の規定ぶりからいえば、基本的には使用者が負う義務と考えます。

両角 私も労働者が自分の健康に配慮することはもちろん望ましいし、社会人としての一般的な責任としてはあるかもしれないけれど、法的な義務ではないと思います。

山田 安全配慮義務の一部として、それが法的な義務としてあるかどうかですよ。

法的な義務であれば、労働者側としても、義務違反に伴う法的責任が出てくることとなりますが。労働契約上の信義則として、労働者も健康に配慮する義務があることは明らかです。コロナに罹患しないようにするとか、夜遊びや深酒をしない義務とか。ただし、それが法的義務といえるかです。特に労災における安全配慮は業務に関するものですから、私的領域における健康配慮とは別次元の気がします。

両角 少なくとも使用者に対する労働契約上の義務として、自分の健康に配慮する義務が労働者にあるかという点、山田先生がおっしゃるように、それは認められないと思います。

深読みかもしれませんが、判旨はそういう趣旨にも読めるような気がするのですが、ダブルワークの場合に使用者の安全配慮義務の範囲が狭まるとしたら、それは労働者が健康保持義務を負うからではなく、使用者が現実に行うことが限られているからではないでしょうか。

山田 労働者の健康保持義務違反との概念が肯定されると仮定しても、その法的効果は過失相殺とか、場合によっては使用者の配慮義務の範囲が軽減するという位ではないでしょうか。本件のようなダブルワークについて、労働者に告知義務があるかどうか、使用者がそれを知った場合には、労働時間が通算されてしまうので、ダブル就労を辞めるよう命じたり、労働者の拒否を理由とする解雇や雇止めが正当と評価されるのか等、さまざまな問題が出てきます。

話がそれてしまいますが、先ほど先生が指摘された労働時間の通算規定（労基法38条）において、企業間でも通算されるという解釈は、労働者の健康やワークライフバランスの確保にとって不

可欠なものです。後者の使用者に労働時間に関する責任が加重されています。しかし、これは行政解釈であって、法規ではないので裁判所を拘束するものではありません。

両角 そうですね。行政解釈によると、労働時間を通算していったら、法定労働時間を越えた労働を命じたほうが割増賃金支払義務を負うのですが、それを実際に管理するのは相当大変だと思います。

山田 一般的には、時間的に後の使用者が責任を負うこととなりますが、これは、各使用者間で不公正な取扱いが生じているのではないのでしょうか。

労基法38条の規定は、そもそも同法が事業場単位で適用されることを前提として規定されています。これをいわば拡張解釈して、企業間労働にも同条を適用するのが行政解釈の立場です。

両角 割増賃金と健康確保は別の問題ですから、割増賃金との関係では、山田先生がおっしゃるように、使用者が異なる場合は通算しない扱いにしてもよいように思います。

山田 労働者が8時間働いて、同じ日に他社で労働すれば、後の使用者は1時間目から割増賃金の支払い義務を負うことになり、使用者間の公正性確保の観点から疑問も出てくる場所です。使用者の時間管理も複雑化するだけでなく、コスト面で、ダブルワークの労働者も採用を抑制するようになります。

両角 特に短時間パートを多数掛け持ちしている人の場合、通算自体が困難ですよ。

山田 安全配慮義務との関係では、労働者の健康を配慮しながら、副業を進めることが可能な方策が検討される必要があります。この場合、労働者は長時間働いたことを使用者に告知する義務があるかどうかということも問題にはなります。

両角 繰り返しになりますが、使用者の安全配慮義務は、労働者から申告がなくても、具合が悪そうだと、様子がおかしいということを知ったら何らかの適切な対応をすることを含むと思います。もちろん労働者が申告しなかったことは過失相殺において考慮されうと思いますが、兼業の

申告がなく、自分のところは長時間労働ではなかったから、明らかに体調が悪そうだったが何もしなかったという場合には、安全配慮義務違反に当たるのではないかと思います。兼業先での労働時間を少なく申告していたというような場合も、同じように考えられそうです。

山田 ご指摘の通りだと思います。その場合、たとえば長時間労働になるから、退職を勧奨する、あるいは解雇できるかどうか問題になります。

両角 長時間労働だから兼業は止めなさいと注意したが、労働者が拒否した場合に解雇できるかという、それは難しいようにも思います。ただ、休業させるとかシフトを減らすとかはできるし、必要ならそうする義務があるのではないのでしょうか。

山田 それ自体での解雇は難しいでしょうね。ご指摘のように、シフト制であればその削減を行っても、先ほどのシフト濫用権の濫用にはならないでしょうし、症状によっては、休業や休職を命じることができるでしょうね。その場合には、一方の使用者ではなく、特段の事由がなければ、各使用者が労働時間に比例して削減するのが望ましいでしょう。また何らかの法規制も必要かもしれません。

両角 はい。ただ現実には、副業・兼業が進むと労働者自身が健康に気をつけなくてはならない部分が増えてくるとは思います。

山田 やっぱりお金が欲しいから、たくさん働きたいという人は結構いるんですよ。

両角 労働時間管理や健康確保などに関してさまざまな問題が生じうることを考えると、副業・兼業を積極的に促進することが政策的に妥当なのかどうか、わからなくなってきます。

山田 それは両方あって、自分の好きな仕事の範囲が広がるというプラス面と、解雇規制が緩和される可能性があると思うんです。だから私は副業を認めるから万歳ではなくて、週3日労働制もそうですが、労働時間に応じて給料が減れば、他でも働きたいのではなくて、他で働かざるをえないということですから。

副業先を見つけるのも、通常は難しいでしょ

う。特別の資格・技能を有していない限り、雇用も不安定かつ、労働条件の低い短時間労働者になるケースも多いと推測されます。

両角 会社で働く一方、自営業者として副業をする場合は、労働時間の問題が生じないので法的にはシンプルなのですが、複数の使用者と契約して働くことを促進していくと、労働時間などの法規制を適用することが困難になりますよね。これまで労働法が考えていなかった事態が次々と生じてくるような気がします。

山田 副業として自営業が増えるというご指摘は納得です。むしろこちらが多いかもしれません。そうすると、従来の労働者性とは違った議論が出てきそうですね。また、そもそも労働時間規制とは何かも問題になりそうです。

ところで、本件のように、労災が業務上認定されながら、安全配慮義務違反が否定されたのは、珍しいケースです。もちろん両者は別の判断基準ですが、業務上認定されれば安全配慮義務違反が肯定されるケースが多いのですが、これもダブルワークの特殊性かもしれません。最近では、労災認定後に、安全配慮義務違反が否定された事案として、マツヤデンキ事件（大阪高判令2・11・13労経速2437号3頁）があります。

本件は、労働者自身が積極的に時間外労働を増加させたこと、労働時間数を見ると、Y1社では月おおむね250時間であるのに対し、A社では多くても24時間、通常は10時間程度と大きな差があったこと、Y1社がA社の労働時間に介入する立場がないこと等が事案の特徴ですが、あらためて使用者の労働時間管理義務との関係が問われる事案だと思われます。

さいごに

山田 3年間、勉強させていただきました。取り扱う事案も以前に比べてかなり複雑になっています。一見些細に見える事件も、こうして議論してみると、重要な論点を含んでいることが理解できました。今後は、ポストコロナ社会の到来、AI導入により、新しい雇用問題が登場するでしょう。いわゆる小さな問題でも結構大きな重要な問題となる。だから小さい事件だけでも重要な意



味が結構あるんだなということに気づかせていただきました。

私は、歴代最高齢の座談会登壇者かもしれません。両角先生にもご迷惑をおかけしましたし、研究雑誌担当の皆様のお力で、何とか3年間の仕事をやり遂げることができました。感謝申し上げます。

両角 3年間、どうもありがとうございました。以前からディアログを読んで大変そうだとは思っていたのですが、予想以上に大変でした。

この仕事が始まってから、判例集などを見るときにも、「ディアログ」で取り上げられるような興味深い裁判例があるかなと意識するようにな

り、その意味でも非常に勉強させていただいたと思います。このようにまとまった数の裁判例を対談という形で検討する機会はなかなかないので、貴重な機会をいただいて、本当にありがとうございました。

(2022年8月2日 東京にて)

やまだ・しょうぞう 中央大学名誉教授。主著に「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。主著に『リーガルクエスト労働法(第4版)』[共著](有斐閣, 2020年)など。