

ディアローグ

# 労働判例この1年の争点

- ❁ 職種限定合意のある労働者への配転命令の有効性
- ❁ 定年後再雇用制度における再雇用契約締結拒否の可否



**富永晃一**  
(上智大学教授)

×



**神吉知郁子**  
(東京大学教授)

## 【目 次】

### ■ホットイシュー

1. 職種限定合意のある労働者への配転命令の有効性——滋賀県社会福祉協議会事件
2. 定年後再雇用制度における再雇用契約締結拒否の可否——アメリカン・エアラインズ事件

### ■フォローアップ

1. 出来高から割増賃金を控除して算出する手当支払と労基法 37 条の判別可能性——トールエクスプレスジャパン（第 2 次）事件  
【関連判例——久日本流通事件】
2. 生活保障的な手当の支給格差と労契法旧 20 条の不合理性——日本郵便（寒冷地手当）事件  
【関連判例——社会福祉法人恩賜財団済生会事件】
3. フランチャイジの労働組合法上の労働者性——ファミリーマート労委命令取消請求事件

### ■ピックアップ

1. 事業場外労働のみなし労働時間制の適用要件——協同組合グローブ事件  
【関連判例——セルトリオン・ヘルスケア・ジャパン事件】
2. 住宅の貸与をめぐる均等法を超えた間接差別の成立——AGC グリーンテック事件
3. 公務員の退職手当の全額支給制限処分（不支給処分）の当否——宮城県・県教委（県立高校教諭）事件
4. 労災支給処分取消訴訟における特定事業主の原告適格——あんしん財団事件

#### 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)

集民：最高裁判所裁判集民事

民集：最高裁判所民事判例集

裁時：裁判所時報

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」を始めます。昨年度に続きまして、東京大学の神吉知郁子先生、上智大学の富永晃一先生にご対談いただきます。まず〈ホット 이슈〉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、以前に取り上げた判例について、その後及びそれをめぐる動向を示す事案を3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4件取り上げていただきます。それでは、どうぞよろしくお願いたします。

神吉 昨年に引き続き、富永先生との対談を楽しみにまいりました。一度経験して、次の「ディ

アログ」で何を取り上げるべきかを考え続けた1年でした。私の中で1つのメルクマール、貴重な勉強の契機となったこと、大変ありがたく思っております。今日はどうぞよろしくお願いたします。

富永 はい、よろしくお願いたします。富永でございます。私は平日頃は全然油断してしまっていて、これに入るということを思い出してから、ようやく調べ始めたんですけども、私はかなり関心とかが偏っているので、逆にいろいろな判例を見ると、ああ、こんな判決も出ているのかと思って、日頃だったら絶対勉強しないようなことを今回いろいろと判例を読んで考えさせていただきました。大変ありがたいなと思っております。よろしくお願いたします。

## ホット 이슈

### 1. 職種限定合意のある労働者への配転命令の有効性

—滋賀県社会福祉協議会事件・最二小判令6・4・26（労働判1308号5頁）

#### 事案と判旨

##### 事実の概要

Yは、福祉用具の展示・普及、要望に応じた改造・製作、技術開発等の業務を行う福祉用具センターを運営していた財団法人Bの権利義務を承継して社会福祉法に基づき滋賀県に設置された社会福祉法人であり、滋賀県の指定管理者として上記業務を行っていた。Xは、ガス溶接作業主任者などの資格、免許を有しており、平成13年3月に福祉用具センターの当時の所長から「溶接ができる機械技術者を募集している」と勧誘を受けてBの採用試験を受け、同4月に同センターにおける福祉用具の改造・製作、技術開発（以下、「本件業務」）に係る技術職として雇用されて以降、同センターの運営委託事業者がYに代わった後も、上記技術職として勤務し、平成31年3月末まで、同センターにおいて溶接ができる唯一の技術者として18年間勤務を続けていた。なお、滋賀県との管理委託契約上、同センターの指定管理者

は本件業務を含む管理業務について第三者委託を禁止されており、Yは福祉用具の改造・製作業務を外部委託できないこととなっていた。

平成20年代後半以降、福祉用具の改造、製作件数が激減するなか、YはXに対し、その同意を得ることなく、平成31年4月1日付けでの総務課施設管理担当（業務内容は、来館者の対応や管内の鍵の開閉など）への配置転換を命じた（以下、「本件配転命令」）。Xは、Yに対し、XY間にはXの職種及び業務内容を上記技術職に限定する旨の合意（以下「本件合意」。ただし、書面による合意はない）があり、本件配転命令は本件合意に反する、または、権利濫用に該当し、これにより精神的苦痛を被ったとして、Yに対し、債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償請求を求めて提訴した。一審（京都地判令4・4・27）は、XY間に、Xを福祉用具の改造・製作、技術開発を行わせる技術者として就労させるとの黙示の職種限定合意があったものと認める一方、Yにおいて福祉用具の改造、製作をやめたことは不当でなく、職種限定合意はあるものの、Xの解雇を回避するためにはXを総務課施設管理担当に配転することにも業務上の必要性があり、甘受すべき程度を超える不利益をもたらすものでもないとして請求を棄却し、原審（大阪高判令4・11・24）も、Yにおける福祉用具の改造・製作業務の廃止が滋賀県との

関係では事前協議なくなされたものとして適切でない面もあるが、労働契約に基づく本件配転命令が直ちに違法・無効となるとは言いがたく、技術職として職種を限定して採用されたXにつき、解雇もあり得る状況のもと、これを回避するためにされたものであるといえ、当時総務課が欠員状態となっていたことなどから配転先が総務課であることについても合理的理由があるとして、本件配転命令は配置転換命令権の濫用に当たらず違法でないとして、本件損害賠償請求を棄却した一審判決を維持。Xが上告。

**【判旨】**（破棄差戻し）

「労働者と使用者との間に当該労働者の職種や業務内容を特定のものに限定する旨の合意がある場合には、使用者は、当該労働者に対し、その個別的同意なしに当該合意に反する配置転換を命ずる権限を有しないと解される。上記事実関係等によれば、XとYとの間には、Xの職種及び業務内容を本件業務に係る技術職に限定する旨の本件合意があったというのであるから、Yは、Xに対し、その同意を得ることなく総務課施設管理担当への配置転換を命ずる権限をそもそも有していなかったものというほかない。そうすると、YがXに対してその同意を得ることなくした本件配転命令につき、Yが本件配転命令をする権限を有していたことを前提として、その濫用に当たらないとした原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。」（本件配転命令について不法行為を構成すると認めるに足りる事情の有無や、YがXの配置転換に関しXに対して負う雇用契約上の債務の内容及びその不履行の有無等について更に審理を尽くさせるため、原審に差戻し）

神吉 まず、ホット 이슈ー 1 件目に滋賀県社会福祉協議会事件を取り上げます。

この事件は、配転命令の有効性に関して、東亜ペイント事件（最判昭61・7・14民集148号281頁）以来の重要な判示をした最高裁判決と位置づけられます。とくに、個別合意により限定された職種や業務内容を逸脱する配転命令権を使用者が有するかという論点について、それが理論的にありえないと確認した点が非常に重要です。

東亜ペイント事件は、労働協約や就業規則に、会社が業務上の都合により従業員に転勤を命ずることができる旨の明確な定めがあるなかで、転居を伴う勤務地の変更を命じた事案でした。そのため、同事件の判断枠組みは、当事者間の限定合意がある場合の配転命令権の存否・範囲を直接明らかにしたものではありません。最高裁は、就業規則上に配転条項があり、全国転勤が頻繁になされる会社で、採用に際して勤務地を限定する合意が

なされなかったという事情の下では、個別的同意なしに転勤を命ずることができる、ただし権利濫用は許されないと立論しています。

つまり、権限審査と濫用審査の2段階審査の枠組みを前提として、職種や勤務地の限定合意がある場合には、権限審査の段階で、現行法では労働契約法7条ただし書の合意ありとして、一方的な配転権限自体がないと判断され、濫用審査には入らない。

本判決は、このような解釈に沿うもので、両審査を截然と区別する点で理論的に明快です。

他方で、過去の下級審裁判例には、職種限定の合意がある場合には配転への個別合意が得られない限り権限審査の段階で無効となるという扱いは一貫せず、解雇という不利益に比べて配転の不利益のほうが小さいという価値判断の下に、職務や勤務地の限定を超えた配転命令を有効と認める余地を示したものもあります。東京海上日動火災保険（RA制度廃止）事件（東京地判平19・3・26労判941号33頁）がその一例で、限定合意がある場合には同意なき配転はできないとの原則を認めつつも、社会情勢の変動に伴う経営事情による職種廃止・配転の必要性が生じた場合にまで使用者が他職種への配転を命ずることができないのは「あまりにも非現実的」であって、当事者の合理的意思に合致するものとはいえないとして、変更の必要性や変更後の業務内容の相当性、労働者側の不利益性等を勘案して、配転の正当な理由がある場合には配転命令が有効となる余地に言及していました。

ただ、こうした判断枠組みは、そもそも職種限定の合意が絶対的なものでない、いわば他職種への配転を命ずる正当な理由があるような特段の事情が認められる場合には変更可能性を留保した合意だと解釈しているとも読めます。つまり、限定合意があるにもかかわらず権限審査を通した事例というよりは、合意の認定解釈の問題とも位置づけられ、そうだとすると本判決と必ずしも矛盾しないという読み方もできます。本判決は、職種限定合意が認定されれば配転命令権がそもそも存在しないため、原審が配転命令権の存在を前提として濫用の判断をしたことが間違っていると理論的

な不整合性を指摘した点が注目されますが、差戻しをされているので、合意内容の認定はなお残る問題です。

なお、本件では就業規則等の定めが全く争点になっていませんが、就業規則作成義務がない小さい事業場なのかもしれません。そして、就業規則上の配転条項が存在する場合には、労働契約法7条ただし書の合意が問題となるどころ、就業規則が存在しない事業場では、配転命令権の根拠は労働契約法6条の、いわば生の合意となります。つまり、変更に関しては8条の合意が必要で、配転命令の拒絶はその合意がとれなかった事案という位置づけになる。そうすると、「職種が限定されていたか」を探求すべき事案というよりは、そもそも契約内容としての使用者の配転権限の有無やその範囲に関して合意の認定や解釈がなされるべき事案だといえます。

それから、本件の一審と原審は、黙示の職種限定合意を認めているのですが、その中で、採用の経緯や本件業務への従事期間、本件業務の外部委託が不可能な状況でXが唯一の技術者であったことなどが挙げられています。日産自動車村山工場事件（最一小判平元・12・7労判554号6頁）や九州朝日放送事件（最一小判平10・9・10労判757号20頁）では、従事期間だけでは限定合意は認められないと考えられてきたので、採用の経緯や外部委託の不可能性などの本件の特殊事情をどう考えるかも、合意の解釈では重要になると思います。

富永 最近の事例では、労働者のキャリアの尊重の視点から、配転命令権の制限が認められやすくなっている印象があります。ただ、「配転命令権の限定がある」とされたというより、「濫用審査が厳しくされた」という事案が多いと思います。また、本件はご指摘のように就業規則に根拠がなかったかもしれないので、もしかすると最近の下級審の事例とはやや異なるのかもしれません。ただ本判決で、キャリアの尊重という観点から、職務の限定や制約が認められやすくなっている可能性もあるかと思っています。

神吉 それは、就業規則上の包括的な配転命令権に労働契約法7条の合理性自体はあるという前提で議論されるのですか。

富永 はい。7条の合理性は広いので、合理性はあると判断されると思います。でも、そのうえで限定あるいは制約が強くなるようになるのではないかと思います。エルメス・ジャポン事件（東京地判平22・2・8労判1003号84頁）では、会社が、前職がIT企業で、情報システム部に配置していた従業員を、倉庫の在庫管理関係に配転したという事件だったんですけども、その事件でも職務限定はないとされています。一応配転命令権はある、ただ、労働者のキャリアへの合理的期待に反する、普通は考えられない配転だ、といった判断をしています。これは、「黙示の合意」と状況的には似ていると思います。ただ本件とは、「限定」の点で構成が違うのかもしれませんが。権利濫用合理の権限審査と濫用審査で言えば、本件は権限審査の話で、そもそも限定を超えた配転権限がないと判断しています。それに対してエルメス・ジャポン事件など下級審判決は、濫用審査まで行ってから話をしています。就業規則がある場合も黙示の合意はありうるのですけれども、きっと、キャリアとかによる限定みたいなものができているという話なのでしょう。

神吉 黙示でも労働契約法7条ただし書の合意が認定できれば、それが7条本文の就業規則の設定する配転権限の範囲を限定すると解釈できますよね。濫用で無効、とする必然性はない。ただ、それは契約締結時の合意の存否として問題となるだけなのか、7条の合理性を考えるときに、その限定解釈に使えないでしょうか。

富永 たしかに、「配転命令権があるなら、どんな仕事でも配転できる」という解釈じゃなくて、「合理的な理由があるときに、正当な範囲に限り配転できる」という限定解釈をして、「そこから外れている」と解釈するなら、それは権限審査とあまり変わらないですよ。懲戒処分の場合、懲戒処分の相当性ではなくて、懲戒権限の審査の段階で限定解釈して、根拠の範囲、懲戒事由から外れていると判断することが多いですけども、それと似ているという気がします。

神吉 そういう処理ができていいですよ。根本的には、使用者が一方的に作成できる就業規則が契約内容となる要件としての7条の合理性が

あまりにも広く認められすぎではないかと思うのです。合意で決めるという労働契約の大原則にもかかわらず、7条の合理性はほとんど素通しで、濫用で絞りをかけるだけで本当にいいんだろうかという疑問です。ただ、本件は、就業規則は問題になっていませんが。

富永 配転命令権がある、つまり、原則配転できる場合に「具体的な配転命令が濫用なので認められない」とひっくり返す場合と、本件みたいに一番初めに、「そもそも配転命令権はあるのか」とする場合と、そこは違うんでしょうね。普通、多くみる事例は、原則配転可能として、濫用審査でひっくり返すパターンですけれども、本件はそもそも原則として配転ができないかもしれない、と言っているの、判決の影響として具体的な配転命令へのチェックが厳しくなるかもしれません。そうすると今までの、日産自動車村山工場事件などとは段差があるかもしれないということになりますかね。

神吉 私はそう考えますが、そういった観点はあまり出ていません。就業規則の有無も言及されておらず、あれば主張するはずなので、ないと解釈しました。

富永 仮に就業規則があるとしても、そこに根拠規定がないかですよね。

神吉 そうするとデフォルトが無限定と想定されないの、限定の有無ではなく、そもそも使用者による労働条件の変更権限の根拠と範囲を正面から問うべき事案です。この点、原審の事実認定は薄いです。

富永 だから差戻したのでしょうか。「雇用契約上の債務の内容及びその不履行の有無等について更に審理を尽くさせるため」とありますけど、そこも差戻審でもう1回ちゃんと見なさいよということなのかもしれません。

配転という言葉を使っているように、この企業では配転をやっているんですね。

神吉 過去の配転実績はあるにしても、それが個別合意の積み重ねであれば何の問題もなく、また、関係もないわけです。従来ほかの労働者とは労基法8条の合意がとれていました、今回はありませんでしたという、それぞれの個別の合意の有

効性の問題ですね。

富永 この事件、最初に福祉用具センターを運営していたBをさらにYが引き継いでいます。最初の採用のとき、Bに採用されたときは、Bでは配転はなかったけど、Yでは配転は普通にやっていたというパターンもあるんでしょうか。これは事情を見ないとわからない事案かもしれません。

神吉 そうですね。本件が差戻しで、自判しなかったのは、やはり契約内容、合意をめぐる事情について、事実認定がもう少し必要なのだと思います。

富永 東亜ペイント事件は、就業規則上で配転命令の根拠があって、実際には従業員がちゃんと異動していると述べていました。本件は、……事案がわからないですね。

神吉 実績も考慮要素ではあるでしょうが、本件のXは特殊技能を持っていて、福祉用具の作製や改造をする事業所で溶接ができる唯一の技術者でした。ここで雇用されていた事務職の労働者が別の営業所に配転した例があったとしても、状況が違う可能性はある。職種の限定性を、ほかの職種よりも厳格に見なければならぬ事情はあると思います。

富永 溶接ができる機械技術者を募集しているという勧誘を受けた。しかも、唯一の技術者として。ほかに動かせない、この人しかそれをやれる人がいないという事情ですね。

神吉 はい。Yは業務の外部委託が許されず、直接雇用の労働者にやらせるほかなかったという契約状況もあるので、そうした状況もふまえて労働契約の内容を掘り下げなければいけない事案です。今年の改正労基法施行により、労働条件明示義務に関して、業務や就業場所の変更の範囲などを明らかにすることになったので、今後は黙示の合意といっても、何もない状態からではなく、明示された条件を前提として判断されるようになり、事前の合意の内容が認定しやすくなっていくのではと思います。

ただ、変更範囲が「限定なし」と明示された場合に、採用後の事情はどのように考慮されるのか。変更の範囲に限定なし、技術者でも何でも限

定なく、あらゆる職種・地域に配転しますよと明示すれば、無限定性を覆す余地はなくなって、どこでも転動しないといけないのでしょうか。他方で、何らかの限定をかけて、たとえば技術職のみと明示された場合に、当該職種がなくなったり、勤務地とされた事業場が廃止されると整理解雇の問題になりえます。変更範囲の限定が整理解雇の有効性を基礎づける方向に働くのか、すなわち解雇回避努力を尽くす範囲が明示された範囲に限定されるのかも重要な論点になります。

これまでの裁判例は、いわばそこを先回りして、解雇されてしまうと労働者に不利益だから、別のところへの一方的な配転命令も有効となりうるんだと言ってきましたが、今後の方向性は実務でも関心が高いと思います。

富永 たしかに、労基則で業務・就業場所の変更の範囲を明示することとされました（労基則5条1項第1号の3）。その例をみると明示は緩くていいのだらうと思いましたが、あれは証拠の1つでしかないのか、それとも、採用時に労働条件通知書とかに明示している以上、当事者を拘束するものなのかというのが問題です。使用者としては、限定は何ひとつつけないようにするのはという気がします。限定を明示してそれに縛られるんだったら、警戒すると思います。

明示的には限定なしで契約した場合、契約後に黙示の合意というののできないかという話があります。ただ、日産自動車村山工場事件では、長く同じ職種で働いただけじゃ駄目だとしていますので、もし認められるとすれば、もうちょっと付加的な要件が必要そうです。そこはもちろん認定しないとイケないんですけど、どのくらいの事情が必要か。契約後の事情として、契約時はたしかに一般的な職で採ったけど、もう長年特定の職種で就労して、その専門家となるべく養成されたという場合は、駄目なんでしょうか。

神吉 合意をどの段階で認定するかが1つの問題です。具体的には、紛争が発生したときに、事後の事情を遡って契約内容に反映させられるか。契約締結時に限定の有無が明示されていても、その後に配転命令拒否で解雇され、その有効性が問われた場合には、解雇回避努力義務の範囲、その

前提となる配転命令権・限定合意について、解雇に至るまでの事情も加味しながら契約解釈として構成できるかです。これまでは、採用過程の当事者の行動や認識だけでなく、入社後の担当業務や期間などの事情が総合的に考慮されてきました。こうした一定の時間的幅をもつ吟味が合意の内容の解釈作業でないとするれば、解雇権濫用の事情として考慮するのが座りがよさそうな気がします。

富永 何十年前前の採用時の合意がどこまでその後も重視されるべきかという話かもしれません。雇止めの場合は、各回で契約を更新しているので、ある意味、その都度、契約更新の際にそれまでの事情を前提として契約を締結し直していると言えるとするれば、最初の契約後の事情の変化が契約に反映されやすいかもしれません。無期の場合、20年前とか30年前とかの事情は、どこまで重要なのかという感じがします。ただ契約後の事情は、濫用にはたぶん影響するけど、権限まで限定されちゃう、もう固まっちゃうという話になるのかは、わからないですよ。

神吉 契約後の事情は、権限の問題ではなく濫用を基礎づける事情として受け止めるのが妥当とも考えられます。もっとも、「合意」の認定において、労働条件の通知は一方的な「通知」で、異議を申し立てるシステムが存在しないことに留意する必要があります。

富永 異議を申し立てたら、契約成立のための合意がちゃんとあったのかという話になってしまいますよね。プロバンク（原告）事件（東京高決令4・7・14 労判1279号54頁）みたいに、そこがすごく大事なんだと言い始めたら契約が成り立たないのではないかという気持ちになってきます。

神吉 去年のディアログでプロバンク（原告）事件に関して議論をした（本誌No. 760, 41頁以下）ように、異議の表明があった場合にそれを乗り越える合意が成立しなければ合意なしという認定でよいとして、逆に通知を受けて何も異議をとどめなければ、それは合意が成立したと言ってしまってもよいのか問題となります。その内容が契約条件になるとすれば、通知にすぎないとはいっても、かなり明示の合意に近づきます。

富永 通知を受けた、異議もとどめなかったと

ということですよ。

ちょっと話が変わりますが、冒頭のご説明で、東京海上日動火災保険（RA）事件との類似性をご指摘されています。本件で職種限定が認められても直ちに配転権なしとは判断していないというのは、「Yが本件配転命令をする権限を有していたことを前提として」という部分が誤りだからということでしょうか。本判決は個別的合意なしに配転命令は命じられないと言っていますが、東京海上とは違うのでしょうか。

神吉 本判決の、職種限定合意が存在したという事実関係において使用者に配転命令権はないとした部分は理論的には反駁の余地がない整理であり、妥当です。問題は、この判断枠組みが東京海上日動火災保険（RA）事件のような処理を否定するかで、基本的には否定でよさそうですが、合意の認定レベルで議論すれば成立余地はありうるという趣旨でした。

富永 これは日産自動車村山工場事件を変えたわけじゃないんですよ。一切就かせないという合意がそもそもなかったというのが日産自動車村山工場事件で、本件は「一切就かせない合意」が、はっきりわからないんですけど、ありそう。もしあるんだったら「個別的合意なしには配転命令権がない」と言っているの。合意を得ることなく、配置転換はできないことになる。

神吉 日産自動車村山工場事件は、就業規則に、会社が職種変更を命じることができ従業員は正当な理由なくこれを拒めないという規定があり、変更実績もあった事案で、これを覆すほどの限定合意が認定できなかったという例ですよ。

富永 話がちょっと飛びますけど、東京海上日動火災保険が関連事件についての労判（東京大学労働判例研究会）での議論の中で、2段階の黙示の合意みたいな構成が考えられる、というご指摘があって、「普通なら配転しないけど、解雇になる場合には配転ありうべし」という合意もあるんじゃないかという指摘がされていたんですけども、本件はそういう事例ではなくて、配転命令権がそもそも契約上なければ、たとえ解雇を避けるためでもできないという話になりそうですよね。

神吉 これも合意の認定の問題で、段階的な要

素を合意内容に読み込むことも可能だと思います。本判決のいう「職種や業務内容を特定のものに限定する旨の合意」に、前述のように時間的な幅を持たせるという解釈が1つ、もう1つは、その職種がなくなって整理解雇されるような状況に至ってまでこの特定に拘泥する趣旨ではない合意だと解釈する。今後はそのいずれかで解釈できないと、東京海上日動火災保険（RA）事件のような判断はとりえないのではないのでしょうか。

富永 職種とか業務内容の特定の合意はある。ただ、それは「その職種の業務内容がその会社に存在する」ことを前提にした特定の合意なので、「職務及び業務内容がない場合」にすら配転ができないという合意ではない、ということでしょうか。ありうる解釈ですよ。でもそうしたら、日産自動車村山工場事件みたいに「ほかの職種には一切就かせない」という趣旨の合意ではないことになります。そうすると、本件と日産自動車村山工場事件は、そこまで帰結が違わないのでしょうか。「この職種と業務内容がある限りは、動かさない」という話だとすれば「何もないときまで絶対動かさない」みたいな、そんな恐ろしい合意を会社がするとはあまり思えないのではないかと。

神吉 パターンリスティックな合意の認定にはなりますね。

富永 労働者も、契約時にはっきり言葉にはしていないけども、「自分がこの職種をやるということは、普通ありえない」と考えていることはありそうです。そんな職種に就くことを想定していないから、明示的に言っていないだけで。でも、心の中では、自分の職種が存在している場合は動かさないという話のはずだ、と。だから、今までどおり、その職種があるのに何でほかの職種に動かすのか、という文句は言いますが、職種がなくなったのに「でも、私は、『この職』限定だから動きません、クビになります」ということは普通なさそうですよね。

神吉 結局整理解雇されてしまうなら、配転命令を有効にしたほうがよいという思いやりは理解できるし、たとえばジブラルタ生命（旧エジソン生命）事件（名古屋高判平29・3・29労判1159号16頁）などは限定合意があっても配転命令が有効

となる余地を認めつつ、信義則上、労働者の意向確認や協議が求められると述べるのですが、原則は合意をとるべきではないですか。合意をとらずに下した命令の有効性を云々するより、誠実に状況を説明し、理解してもらったうえで合意をとる、合意できなければ契約解消もやむをえない。「命令」の有効性という問題設定自体がパターンリズムではと疑問です。

富永 その「配転してもいい」という合意を取るときに、もしかすると、解雇回避努力義務の範囲というのに関係してくるかもしれませんが、「配転しないとクビになりますよ」と言って、配転の合意をとりつけることになるのか、それとも、クビになる可能性については言及せず「ほかに移ってくれないか」と要請するだけでいいのか、という問題がありそうです。

神吉 まさに変更解約告知の場面ですが、解雇が絡んでしまうと、解雇の有効性判断の観点からは、解雇回避努力義務の履践として評価できるかという問題になり、むしろ使用者には配転の打診義務さえ生じるのではという議論も出てきます。

富永 「ほかに移らないとクビになりますよ」と言うのと、「解雇の威嚇の下に強制された」と言われそうです。でも、逆にそれを言わないと、労働者は「ああ、じゃあ、残る選択肢もあるんだ」と思って「いや、移りません」と言ってしまっただけで、クビになってしまいかねない。そうすると、後から「錯誤がある」とか、「真意かつ任意の合意がなかった」みたいにねじ込まれるので、どうすればいいんだ、という話がありそうです。

日東電工事件（大阪高判令3・7・30 労判 1253 号 84 頁）は、私が理解する限りでは、バリバリ働いていた人が、中途障害を負って、もう今までのような仕事はできない状態になってしまった。子会社での限定された仕事なら就けるかもしれないから、そちらに移らない？ と、かなり勧められた。でも、労働者は、子会社での就労を希望せず、退職扱いになってしまった。この事件で、復職できなかったら退職扱いとなる可能性がある、と会社側から労働者に伝えられていましたが、「子会社に移らなかったら退職扱いになります」とまでは明確には言われていたわけではないの

で、それでいいのかなと思いました。もっとも、会社としては、どうすべきか判断に迷いそうです。「配転に応じないとクビになりますよ」と言わないといけいないのか、それとも配転に応じないとクビになるとまでは言わずに、「解雇の威嚇」はなかったということにすべきか。

神吉 そこは解雇の可能性を正確に伝えるべきではないでしょうか。どのような説明をしたうえでの選択肢の提示なら有効になるかが明確でないと、会社も困りますね。

富永 たとえば「残ります」と言ったらクビが飛ぶ、というのがわからないと労働者は困りそうです。配転命令拒否の事案にもありますけど、その配転命令は不当だろうと思って、配転を拒否したら、業務命令違反として懲戒解雇されましたというのが東亜ペイント事件です。なので、不利益を言わないより、言ったほうがいいんでしょうね。それとも「解雇になる可能性があります」というふうにはぼかして言うべきでしょうか。「可能性はあります」は間違いではない。でも、労働者もその可能性を覚悟すべきである、という話になれば、労働者も困りそう。何かちょっと、どちらにいても当事者たちが対応に困るというか、どうすればいいのかという感じがします。

神吉 本件だとこの先、Xの業務自体は廃止されるのですよね。滋賀県との関係では協議義務違反でも、福祉用具の製作改造件数は激減していて廃止自体はやむをえない、でもほかへの配転は受け入れないとなると、仕事はないのに限定された職種で雇い続けるべきという主張になるのですが。

富永 永遠に休業手当を払い続けなさいという話になるのか、それとも、就業規則を新しくつくるか。配転命令権の根拠を入れる形で就業規則を改正して、ある種の不利益変更でいくという話になりますかね。

神吉 就業規則の新規作成による不利益変更だと、労契法 10 条が出てくる場面ですね。

富永 10 条の類推みたいな話でしょうか。もし現在、就業規則がなかったら類推になるんですかね。「配転されない」というのは既得の権利なのかという問題はちょっとありますけど。

神吉 職種変更されないことは権利なのか、逆に、義務の範囲を画するものなのか。

富永 だから「当初はこの仕事があるだろう」と思っていたので、変更の合理性はありそうな気がするのですが、[採用時の合意の有無にかかわらず、配転命令ができます]みたいな内容にできるんですかね。そこまで言わないとしても、すべての職員について配転命令はできますという根拠規定を入れて、それが合理的だったら、それに基づいて配転命令権を出すということになりますかね。

神吉 会社側としては、いずれにせよ特定するメリットはないのかもしれない。

富永 特定するメリットは何か。特定すると全然動かさなくなってデッドロックになっちゃうので、嫌がりそうです。すると、溶接ができる機械技術者として期待しています。ただ「ほかに全く配転しないわけではありません」という何かそういう、ディスクレマー（免責事項）を必ず入れればいいんですかね。それは果たして望ましい話なのか。

神吉 法制度としては事前に労働条件を明示させようという方向になってきたけれども、逆にここを曖昧に広くしておいたほうが無難だという示唆も読み取れてしまう。

富永 絶対に限定しないようにみんな気をつけるということになりかねないかなという気はします。あと、これは就業規則変更で無理やりやるとい話が1つ。あとは変更解約告知ですけども、変更解約告知はきっとできるんですよね。こういった職務限定みたいな形で雇ったら。そこはたぶん、判例はないのでわからないんですけども。

神吉 変更解約告知ができるということの、日本法における法的な意味ですよね。留保付承諾が制度上存在しないと、結局は、整理解雇の枠組みに載せて、解雇の違法性判断で1つの事情として検討せざるをえないかなと思います。

富永 整理解雇として無理やり判断することになりますかね。

神吉 本判決は理屈として妥当で、残る課題は、配転命令をめぐる雇用契約上の債務内容の認定ですね。差戻審でどのような要素が考慮される

かも注視したいと思います。

## 2. 定年後再雇用制度における再雇用契約締結拒否の可否

—アメリカン・エアラインズ事件・東京地判令5・6・29  
(労判1305号29頁)

### — 事案と判旨 —

#### 事実の概要

Yは米国に本社を置く航空会社の日本支社であり、Xは成田国際空港で地上スタッフとして就労していた従業員である。

Yでは、令和2年3月以降、新型コロナウイルス感染症の拡大による航空旅客需要の減少で収益が大幅に悪化したため、役員報酬削減や人員削減などの経費削減策を実施したほか、同年9月ごろ、定年後再雇用制度を中止ないし一時的に凍結し、定年退職者の後任者を補充せずそのポジションを廃止する方針を決定した。

満60歳の定年到達により令和2年12月31日付けで退職予定であったXは、Yに対して定年後再雇用の締結を申し込んだが、Yから同契約の締結を拒否された。Yには定年後の再雇用につき、下記のような規定があり、定年到達者から再雇用の申出を受けた場合には、その時点のフライト数や業務内容、業務量等によって再雇用後の労働条件を提案し、再雇用希望者の合意を得て個別に新たな労働契約を締結していた。

#### 65条（雇用の終了）

次の各号のいずれかを含む事項に該当したとき、雇用は終了する。

5号 事業縮小、人員整理、組織再編成等により、社員の職務が削減されたとき。

（1号ないし4号並びに6号及び7号は省略）

#### 67条（定年退職）

1項 社員が60歳に達した日の属する月の末日をもって定年とする。

2項 前項による定年到達者が引き続き勤務を希望した時は、1年契約の更新制とし再雇用する。ただし、定年の時点で69条の解雇事由又は65条の退職事由に該当する者は再雇用の対象としない。

3項 前項の再雇用で、次の各号のいずれも満たす者は原則として65歳まで再雇用し、いずれかを満たさない者については、平成25年4月1日の高年齢者雇用安定法の改正（平成24年法律第78号）に伴う経過措置（改正法附則第3項）により、下記表の区分（経過措置利用期間）に対応する年齢に達するまでの再雇用とする。

1号 引き続き勤務を希望する者

2号 身体及び精神が定年前と同様に就業出来る者、ただし、会社は必要に応じ会社の指定する医師の

診断書を提出させる事がある

3号 当社就業規則に定める懲戒処分を受けていない者

4号 職務内容や労働時間が定年前と異なることに応じられ、合意出来る者

5号 「再雇用契約書」の労働条件に合意する者

XはYに対し、(1) 主的に(1) Yによる契約締結拒否は無効である、あるいは(2) 労働契約が不成立としても、Xが定年後の継続雇用に対する合理的期待があり、継続雇用拒否に客観的合理的理由・社会通念上の相当性がなく労働契約法19条2号の適用若しくは類推適用がある、と主張し、XY間でX定年後も契約期間が有期となること以外は定年前と同一の労働条件で労働契約が成立しているとして、労働契約上の地位の確認と未払賃金の支払を求め、(2) 予備的に、Yは65歳までXを継続雇用する義務を負うとして、継続雇用の拒否は債務不履行又は不法行為を構成するとして、損害賠償(5年間分の賃金相当額)等の支払を求めて提訴した。

Yは(1) 主的主張について、① XY間でXの定年到達後の新規労働契約成立の合意はなく、また定年後再雇用者について定年前と同一の労働条件で再雇用する旨の運用はしていない、② Xについては退職事由ない解雇事由が存在したから定年後再雇用の対象とはならない、③ 退職後の新規再雇用である本件の再雇用については労契法19条は適用されない、等と主張し、(2) 予備的主張についても、高年法は私法上の効力を有しないので再雇用の義務は存しないし、また退職事由ない解雇事由が存在するため債務不履行・不法行為は成立しない、等と主張した。

【判旨】(請求棄却)

I (XY間での就業規則67条2項本文に基づく契約の成否について)

1 (定年後再雇用義務の存否、定年後再雇用の定年前契約と同一条件設定の成否について)「Xについては、就業規則67条2項本文に該当する事由があるものと認められる」が、他方でYでは、定年後再雇用については、個別に「定年後再雇用を希望する従業員との間で再雇用後の労働条件について調整し合意した上で個別に労働条件が決定されていたことが認められ」、「定年後再雇用の制度が適用された場合に再雇用後の労働条件が定年前の労働条件と同一となるとはいえず、そのような慣行があったと認めることも困難」である。定年後再雇用者について、定年前と同一の労働条件とした事例もあるが、それぞれ個別事情が存し、「直ちにYが定年後再雇用に係る労働契約を締結する場合に定年前と同一内容の業務内容、労働時間、賃金で再雇用する旨の慣行が存在していたとは認められ」ない。

2 (就業規則67条2項ただし書該当性について)「Xについては、就業規則67条2項本文に該当する事由が認められるものの、定年後再雇用に係る労働契約の内容が定年前と同一の労働条件となるものと認めることは困難であり、就業規則

67条2項本文によって定年後再雇用に係る労働契約が具体的な内容を持つものとして成立するといえるか否かに関しては更に検討を要するが、一方で、Yは、Xについては就業規則67条2項ただし書所定の事由が存在するから、Xによる定年後再雇用の申入れに対し、これに応じる義務は負わない旨を主張するので、前示の検討に先立ち、Yの上記主張の当否について、以下判断する。」

令和2年当時の新型コロナウイルス感染症の世界的な拡大を受けた航空旅客需要の低下に伴うYの経営悪化への対応として、労務費削減の施策の1つとして、日本支社での間接部門の正社員の約30%削減、定年退職者の再雇用の中止ないし一時的凍結等の施策が講じられ、「定年退職する従業員が生じてもその後任者は補充せず、そのままそのポジションを廃止するという方針(本件方針)を決定したことが認められる。以上によれば、Xについては、定年に達した令和2年12月の時点において、就業規則65条5号の「事業縮小、人員整理、組織再編成等により社員の職務が削減されたとき」という退職事由が存在していたものといわざるを得ないから、Xには就業規則67条2項ただし書所定の事由があったものと認められる。」

3 (その他のXの主張に対する判断について) Xは、定年後再雇用を拒否できるのは労契法16条所定の要件を満たす場合に限られると主張するが、「労契法16条は期間の定めのない労働契約を終了させるべくされた解雇を無効とし、従前と同様の期間の定めのない契約を継続させる効果を生じさせる旨の規定であるところ、前提事実等によれば、Yにおける定年後再雇用の制度は、期間の定めのない労働者が定年に達した場合に退職の効力を一旦発生させた上で、定年後の労働条件についてあらかじめ協議・合意して労働契約を締結するという構造の制度であることが認められ、本件も、XとYとの間の期間の定めのない労働契約がXの定年退職により一旦終了した後にYがXに対して定年後再雇用に係る労働契約を締結しなかったことの当否が争われている事案であって、Yによる解雇がされたものではないのであるから、労契法16条が想定し、同条が規定するいわゆる解雇権濫用法理が適用される枠組みとは事案を異にするものであり、労契法16条及び同条に係る解雇権濫用法理の適用はもとより、類推の基礎をも欠くものといわざるを得ない。したがって、Xの上記主張はその前提を欠くものであり採用することができない。」

また、Xは経営悪化の事実はないとし、また定年後再雇用や新規採用があった等の事実を指摘するが、経営状態の悪化はみられ、また定年後再雇用や新規採用はYが人員削減に踏み切る前の事実であり、採用できない。Xは整理解雇法理に照らし、本件再雇用拒否は無効である旨を主張するが、「Xが主張する……事情は、労契法16条の解雇権濫用法理の適用を前提としたものであるが、本件再雇用拒否については、「労契法16条及び同条に係る解雇権濫用法理の適用はもとより、類推の基礎をも欠くものといわざるを得ない」し、

整理解雇法理に照らした解雇無効主張の前提としてXが主張する事実の存在も、認められない。」

「以上のとおり、Xについては就業規則65条5号の「事業縮小、人員整理、組織再編成等により社員の職務が削減されたとき」に該当する事由があったものと認められるから、これを理由としてされた本件再雇用拒否が無効となるとはいえない。また、就業規則67条2項によって締結される定年退職者の定年後再雇用後の労働契約に係る労働条件が定年前と同一とされる慣例となっていたものともいえず、XとYとの間で本件契約について明示的・黙示的に合意が成立したと認めることも困難である。したがって、XとYとの間で就業規則67条2項本文に基づき本件契約が締結された旨のXの主張は採用することができない。」

## II (XY間での労契法19条2号に基づく契約の成否について)

1 「……、期間の定めのない労働契約が定年により終了した場合であっても、労働者からの申込みがあれば、それに応じて期間の定めのある労働契約を締結することが就業規則等で明定されていたり、確立した慣行となっており、かつ、その場合の労働条件等の労働契約の内容が特定されているということができる場合には、労働者において労働契約の定年による終了後も再度の労働契約の締結により雇用が継続されるものと期待することにも合理的な理由があり得、そのような場合において、労働者から再度の労働契約の締結の申込みがあったにもかかわらず、使用者が労働契約を締結せず、それが客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当と認められない場合には、使用者が再雇用契約を締結しない行為は権利濫用に該当し、労契法19条の基礎にある法理や解雇権濫用法理の趣旨ないし使用者と労働者との間の信義則に照らして、期間の定めのない労働契約が定年により終了した後に、上記の特定されている契約内容による期間の定めのある再度の労働契約が成立するとみる余地はあるものと解される。」

「これを本件についてみるに、前記……において認定し示したとおり、Yにおける定年後再雇用の制度は、定年に達した従業員につき、一旦Yを退職したものと取り扱った後に、あらためてYと当該従業員との間で協議・合意をした上で有期の労働契約を締結することを内容とするものであったことが認められるところ、その際、再雇用契約の内容は、就業規則等において特定の労働条件が示されていたものではなく、かえって、当該契約を締結する個々の定年退職者との個別の協議により合意されることとされていたことが認められるから、定年後再雇用によって確定される労働契約の内容(労働条件等)が再雇用契約の締結時において特定されていたとは解し難いものといわざるを得ない。」また、その点を措くとしても、「就業規則では、「定年の時点で69条の解雇事由又は65条の退職事由に該当する者は再雇用の対象としない。」旨が定められており、就業規則所定の退職事由である「事業縮小、人員整理、組織再編成等により、社員の職務が削減されたとき」に該当する場合は前示の定年後再雇用の制度は適用されないことが明定されていたことが認めら

れる(……)。」そして「Yは、令和2年度において、Yの日本支社の従業員全員に送られる社内ニュースを介して、新型コロナウイルス感染症の拡大により世界規模で経営が急激に悪化し、経費削減の必要が高い状態にあること、これに対応するための施策として役員等の報酬の削減や米国本社における人員削減を行っており、インターナショナル部門も各国ごとに人員削減を行うことをそれぞれ説明していたことが認められる。以上の事情に照らせば、Xにおいて、就業規則67条2項本文に基づく定年後の再雇用について一定の期待を有していたとしても、そのことが合理的な理由に基づくものとはいえない。」また、Yの経営難への対応として決定された人員削減方針から「……定年後再雇用がされなかったことが客観的に合理的な理由を欠き社会通念上相当とは認め難いとは断じ得ない。」

2 (Xのその余の主張(判例による雇止め法理の適用)に対する判断について) Xは、最高裁判平成24年判決(津田電気計器事件)を参照し、雇止め法理の適用を主張するが、「最高裁判所平成24年判決は、高年法9条2項所定の継続雇用基準を含む同条1項2号所定の継続雇用制度を導入した使用者が、契約雇用基準を満たしていた者について契約の更新をしなかったことに関し、労働者において嘱託雇用契約の終了後も雇用が継続されるものと期待することには合理的な理由があると認められる一方、使用者において労働者につき上記の継続雇用基準を満たしていないものとして継続雇用制度に基づく再雇用をすることなく従前の労働契約の終期到来により労働者の雇用が終了したものとすることは、他にこれを行わずに得ないものとみるべき特段の事情もつかない以上、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められないとし、当該事案の下において、労働者と使用者との間に、嘱託雇用契約の終了後も継続雇用制度に基づき再雇用されたのと同様の雇用関係が存続しているものとみるのが相当であり、その期限や賃金、労働時間等の労働条件については同制度の規程の定めに従うことになるもの旨を説示したものであるところ、前記……において認定し示したとおり、Xについては就業規則65条5号所定の定年後再雇用を行わない事由が存在したものであり、また、定年後再雇用後の労働条件については個別に合意されることとされ、特に具体的な労働条件として特定されていたり、特定の労働条件で再雇用契約が締結されることが慣例化していたものでもないことが認められるから、最高裁判平成24年判決は、本件とは事案を異にするものであり引用するに相当とはいえない。」

III (本件再雇用拒否がYの債務不履行又は不法行為を構成するか)

「Xには就業規則67条2項ただし書に該当する事由が認められ、Yは、これを理由にXに対し定年後再雇用の申出には応じられない旨の本件再雇用拒否をしたことが認められるから、YにおいてXを定年後も雇用すべき債務又は注意義務があったものとは認め難いものといわざるを得ない。」

富永 アメリカン・エアラインズ事件に移ります。外資系の航空会社が、新型コロナで収益が大幅に悪化した。その状況で、定年後再雇用は凍結し、再雇用せず、後任を補充しない。ポジション自体を廃止する、としました。そのためXは、定年退職後、再雇用されなかったという事件です。裁判所は、①就業規則に再雇用の規定があり、それに基づいて労働契約が成立するという労働者の主張をIで、②雇止め法理の適用ないし類推適用により、労働契約が成立するという主張をIIで判断しています。なお、契約締結拒否が不法行為を構成するかという点はIIIでごく簡単にだけ触れられています。

この判決の意義ですが、定年後の再雇用を、経営悪化という理由によって拒否した一事例です。請求をどのように構成すべきか、また再雇用に対する合理的期待をどのようにどの程度保護するかという論点を示しています。

請求の法的構成については、締結拒否が無効とされ再雇用が成立するのか、再雇用が成立するのは慣行によってか、労契法16条の類推適用か、労契法19条の類推適用かという点が述べられています。

前提として、裁判所は契約成立を認めるためには労働条件の特定が必要と考えています。そのうえで、本件では再雇用の契約を個別に協議して決定していたが、再雇用前の契約と同じとなる慣行はなかったとしています。そして本件では、就業規則のただし書に該当しているため、契約締結しない例外的な場合に当たるとしています。そのうえで、労契法16条の適用・類推適用もない、と判断しています。

そして次に裁判所は、労契法19条の構成を、先の労契法16条の話とは別に判断しています。私は、全く同じ話を2回見ているだけなんじゃないかなという気がしています。結論として認められないと判断しています。定年後の労働条件を定年前の労働条件や労働者の希望で補って再雇用させるということは認められず、類推適用の枠組みを超える述べています。判決は、再雇用の合理的な期待を認めうる場合として、就業規則等で契約が明定されているとか、雇用確立が雇用慣行と

なっている場合と、あと、労働条件がちゃんと特定されているというのが必要である。本件については、でも、それが認められないと言っております。ただ、何か疑問があるとすれば、労働条件の合理的な期待自体が保護されるためには、特定の労働条件でなくてもよく、幅がありうるのではと思います。有期契約の場合、契約更新のたびごとに少しずつ、契約内容を変えて労働契約が更新されても、契約の継続に対する合理的な期待自体は生じます。そして「更新前の契約と同じ」と、労働条件の一応の類推ができます。裁判所は、本件は、それらと事案が違うと考えていると思います。ただ「労働条件が1つに確定していないといけいいのか」、という話はあるのかなと思います。

たとえば、合理的な期待はあるけれども、「この範囲の労働条件だったら合理的な期待はあるけど、この範囲はない」という場合もあるのかなと思っています。契約内容と合理的な期待が一对一対応で、契約内容がガチッと決まっていなくて合理的な期待は生じないということではなく、そこは幅があっているのだと思います。「今の賃金額のままで更新される」という合理的な期待はないけれども、「こんな状況だから4割減は覚悟しないといけない」みたいな形で合理的な期待を認める場合です。契約内容が特定されているかどうかというところは、もしかすると検討の余地があるのかもしれないと思っています。そして契約が特定されていないといけませんが、特定がない場合も、合理的な期待自体は認められる場合があって、ただ契約成立でなく、期待を侵害されたという形で救済が認められる可能性があるのかなと思います。

九州惣業事件（福岡高判平29・9・7労判1167号49頁）などの事例は、再雇用への合理的な期待はある。ただ、具体的に契約を結ぶという形で、定年後再雇用の契約をこの形で結ぶという形で保護するまでの具体性、高度な合理的期待まではないという話なのかもしれないと思います。だから、一部認容はされましたが損害賠償どまりで終わっています。

神吉 津田電気計器事件では、無期契約の後に一度、有期の嘱託契約が締結されて、その次の関

係が問題となっています。つまり有期の後の有期の成立の問題で、これに対して本件は、無期が定年で終了して、再雇用としての有期の成立の問題なので、無期の後の有期の成立という事案の違いが19条の適用可否に大きく影響すると思います。つまり、無期契約終了直後、定年後再雇用としての有期の成立を考えるとときには、16条も19条もフィットしない問題が浮き彫りになっています。これについて本判決は、16条の適用をばっさり否定する一方で、19条の「基礎にある法理」や解雇権濫用法理の「趣旨」、信義則といった抽象的な根拠で19条2号から新契約成立を検討した点に特徴があります。

富永 16条・19条の両方、今までの、「前の契約」を前提としていて、解雇や雇止めが認められなかった「後の契約」と連続性があるのですが、定年後再雇用の場合は新しい契約で、しかも、労働条件が変わりうるとされています。定年後再雇用の場合、どれだけ違う範囲ならいいのかという話があるのかと思います。ただ、全くの新規雇用ともちょっと違います。新規雇用は「その前の契約」が全くない、本当の意味で全くないので、労働者の既得権みたいなものはないはずですが、ただ、定年後再雇用は、本件もそうですけど、一応「再雇用してもらえる」という期待はあります。ただ、労働条件は全く決まっていない。労働条件は違うのが当然、今までの条件で契約を結ぶわけではないよねという話になっています。だから逆に、今までの条件で再雇用されるという合理的な期待はないけれども、別の条件での契約だったら、合理的な期待は持ちうるのではないかと思います。別の形というのは、就業規則等で中身が固まっているパターンの話になるのかなと思います。しかしその定年後再雇用の契約内容は、具体的にもうガチッと確定していないと駄目で、幅を持っていたら駄目なのでしょうか。定年後再雇用で「月給15万から25万の範囲で再雇用する」みたいなものがあつたときに。

神吉 最低15万円部分は保障されると解釈できる内容の契約がある場合ですね。

富永 はい。最低レベルでいけませんかというのがあります。労働者としては、少なくとも15

万で契約してもらえたらもうみたいな期待は持てるんじゃないかなと思っています。労働条件の特定が必要だとしても、その特定はもう本当に一義的に特定されていないといけないのか、それとも、幅を持ってもいいのか。その幅がもうちょっと広がっても駄目なのかみたいな話はあるのかなと思います。

神吉 再雇用契約の金額の特定に限らず、本件でも、従前の賃金額や業務内容を勘案して決められる部分の定式化が可能であれば、予想される業務量などを当てはめて契約内容を導き出せなくてもいいかもしれません。ただ、19条は有期契約の法定更新制度であつて、無期契約を有期契約に変えて続けるには、それこそ類推の基礎を欠く、あまりにも問題状況が違いすぎると指摘もあります。有期労働契約の雇止め法理は、原則通り期間満了で契約終了となるのが是認できない状態における救済法理として発展してきたのに対して、高年法の雇用確保措置に基づく再雇用への期待は、社会保障との接続に関する公法上の義務からくるもので、同法が私法上の権利義務を基礎づけないとされていることとの関係でも、全く土台が違うのではないのでしょうか。

ですので、合意の内容を探求して再雇用の成立とその条件を考えるとという合意原則のうえに雇止め法理を載せるのは、理論的に難しいと思います。再雇用しなければいけないとしているのは高年法なので、契約の成立まではいえなくても、少なくとも違法性は基礎づけられると、損害賠償でいくのが1つの筋です。19条ルートを、類推適用にせよ、その必要性を基礎づける理屈はあるのでしょうか。

富永 労契法19条の類推と言うとややこしいんですけども、労契法19条自体も、もともとは解雇権濫用法理の類推適用ですよ。有期契約に対する解雇権濫用法理の類推適用で、その類推適用の根拠は信義則で、使用者が自分で労働者に雇用継続の期待を持たせておきながら、それを裏切るべきでないという話です。有期雇用契約を更新してきて、「何もなければ、そのまま契約更新できるだろう」という期待を抱かせたという話だと思います。

再雇用の場合、高年法9条から直接、そのような再雇用契約の締結への合理的期待を導くことは無理かもしれませんが、本件では高年法に基づいて、再雇用契約の規定を会社自らつくっています。だから、ある意味、自分で「再雇用契約する」と言っていて、それを裏切ったという話だとすると、有期雇用契約に解雇権濫用法理を類推適用する根拠と同様に、保護に値する期待権があるかもしれません。龍神タクシー事件（大阪高判平3・1・16労判581号36頁）が、最初の契約更新時に雇止めされた事案で、契約更新がなくとも、使用者が言動等により合理的な期待を労働者に抱かせたというパターンに近いのかなと思います。それとの対比では、全く類推適用がないとはいえないかなと思いました。ただ、再雇用の場合は労働条件が違ってきます。あと、もともと高年法の雇用確保措置義務は、努力義務規定であるという前提で導入されたものと思いますので、会社としては間接的にせよそれをもとに期待を抱かれることは心外なのかもしれません。

神吉 元の契約が無期であるか、有期であるかは、関係ないのですか。

富永 元の契約が無期か有期かは、もしかすると、契約更新後の期待を抱く対象の中身に関係してくるので、関係あるかもしれません。有期契約の更新の場合は、前の有期契約と更新後の契約と同じ条件なので、契約内容の確定性が高いですよ。ただ、前の契約が無期の場合は、有期と無期とで労働条件は違ってくるので、契約締結への期待はあったとしても、「具体的な契約を成立させるだけの」合理的な期待かどうかということ、そこまで認めることが難しくなるのかもしれません。

神吉 定年は期間の定めではないですが、定年で一応無期の契約は終了するという事自体は、有期契約の性格と似ていなくはないとみるのでしょうか。

富永 極めて長期の有期契約みたいな話ですね。実質的には、経済学的にはそうかもしれませんよね。

神吉 一回終了する、でも、再雇用制度があるという期待があるんだと。その場面を切り取れ

ば、少なくとも契約が続く。期間の定めの有無も労働条件も違うかもしれないけど続くという期待を読み込めるかもしれないということですか。

富永 期待はあるんですよ。ただ、それを契約の成立という形で保護するほどの高度なものかという話だということでしょうか。

神吉 はい。私は19条の適用には懐疑的ですが、類推の基礎はあるとみるなら、この判決が示した再雇用の合理的期待を認める場合の2つの要件の問題になりますね。

富永 再契約への期待は、契約更新への期待と同じで、期待が高い、低いみたいな程度がたぶんあるのではないのでしょうか。「こういう条件の契約だ」というのが一定程度具体的に確定していないと、契約は成立させられないですよ。中身は全くわからない場合には、契約の確定性に反すると思います。だから、確定性は必要でしょう。ただ、契約が成立するほど期待が高度ではないけれど、期待はある、という場合もありそうに思います。期待だけあって、ただ高度に合理的ではないという感じでしょうか。

神吉 そうですね。労契法19条2号の期待の対象となる「更新」の解釈として、直前に締結された労働契約と同一の労働条件での契約締結だと狭くみる裁判例もありますが、基本的には労働条件を問わない有期労働契約の再締結と広くみる解釈が妥当だと考えています。ただ、契約は続くという期待は漠然とあるけれども、それがどういう条件の契約かを具体的には誰も認定できない状態だと、期待自体が非常に抽象的なものにとどまるともいえます。そうすると、会社としては、曖昧な制度、個別契約でその都度条件を決める再雇用制度にしておけば、実質的にはかなり自由に再雇用者を選択可能になります。

富永 だから、高年法9条の2号でしたっけ。選択基準が設定できた時代とあまり変わらないことになってしまいかねない。もしこの人は採用したくないと思ったら、すごい低い賃金で申し込めばいいという話になってきてしまいそうです。なんだか不当感が漂う話ではありますけども。

本件の事例は、無期から有期の話でした。逆に、有期から無期のパターンで、労契法18条の

無期転換があります。あれは一応今までの労働契約をそのまま転換すると書いてありますけど、ただ、別に定めることができます。その別の定めを置く場合に、その別の定めがすごく低劣なものだったら、どうなるんだという話もあるのかなと思っただけですけども、問題状況は違うかもしれません。

18条は一応、今までの労働契約という形がそのまま移るから、その意味での合理的な期待というのは、もうそこでデフォルトとして確定されているので、本件みたいに、「労働条件がそのまま移ります」と言えないものとは、やはり状況は違いますかね。

神吉 法規定の有無の違いも大きいし、有期の無期転換とは、原則と例外が逆になると思うんですね。無期からの有期とは。

富永 そうですね。本件は原則がないというか、そのまま移るという原則がないので、期待はあるけど、合理的な期待と言えない。あるいは契約成立で保護するほどの具体的なものと認められないということになりますか。

神吉 合理的期待を認めても、整理解雇的な解雇の有効性を基礎づけるような再雇用しないことについての合理的理由や社会的相当性もあると言えそうな事案なので、その段階を乗り越えられないようにも思います。

富永 客観的に解雇事由が存在する状況なので、合理的な期待とまで言えないという話もあるんですかね。

神吉 そういう状況も加味して期待の合理性を判断するなら、契約内容が特定できないこととはまた別の要素を、合理的期待の判断の段階で勘案することになります。

富永 はい。本件でも、定年退職について就業規則67条2項で、一応再雇用すると言いきっているのですが、労働者の再雇用への期待はあるはずですが、ただ、同項ただし書で再雇用の対象としないとなっているので「経済的解雇みたいな事情があれば再雇用しないかもしれないというのはわかっているはずだ」と。本件はまさに経済的解雇が正当化されるような状況なので、労働者はたしかに再雇用への期待を抱くかもしれないけれども、

「こんな状況でありながら再雇用されるというほど強い、合理的な期待ではない」という言い方はできるかもしれませんが。判断のポイントが、前の段階にずれてくることになりますけど。

神吉 そうですね。就業規則67条にただし書があって、退職事由に該当する者は再雇用の対象としないと明示していて、同65条の5号では「事業縮小、人員整理で、その職務を削減されたとき」が雇用終了事由に挙げられているので、19条2号を類推適用しても、合理的期待が生じる場面ではなかったといえそうです。

富永 はい。合理的期待がないか、あるいはすごく小さいから、結局はひっくり返されちゃうという感じになりますかね。

神吉 つまり、合理的期待を認めても19条柱書で覆ると言うより、やはり期待の合理性の段階で閾値に到達しない、という判断になるのでしょうか。

富永 合理的といえない程度の低い期待とか、あるいは合理的かもしれないけれども、後でやはりひっくり返されるであろうという程度の低い期待ですね。

これは、16条と19条の話じゃないんでしょうか。私としては問題状況はすごく似ていると思っていたんですけども、ちょっと違うんでしょうか。両方ともうまくフィットしないのは確かかもしれません。

神吉 富永先生は、この事案には、16条を類推適用できるのではないかという疑問を呈されるのですよね。

富永 はい。ただ、労契法16条も労契法19条も、「契約が続くこと」までが条文の本質的な内容だとしたら、適用も類推適用もなしということになるんでしょうか。私は雇用の継続という効果を認める部分まで、丸々全部適用・類推適用するんじゃないかと、[「不当な契約打ち切り、不当な契約拒否は許されない」という部分だけで類推適用ができるのかなと思いましたが。新しく契約をつくるまでではないけれども、「不当な契約終了は許されない」という部分だけを類推適用できないか、と。

神吉 しかし、契約打ち切り事由は整理解雇では

なく、定年の場合は定年到達です。定年到達で終了後に新たに契約を締結するかどうかの問題で、前の無期から続くわけでないので、16条は類推でも難しいように思います。

富永 そうすると労契法16条、19条ではなく、「素」の期待権侵害の話ということでは駄目でしょうか。素の期待権侵害という表現は変ですけど、労契法16条、19条のさらに下の、根っこのほうの考え方は使えないのかなと思います。労契法16条、19条は、期待権を前提として契約の存続を認めるという規定ですよ。無期契約の人たちが、なぜ労契法16条の解雇権濫用法理で保護されているかという、それは「定年まで契約が続くはずだ」という合理的な期待があるからです。労契法19条の雇止め法理もそうで、「新しい契約ができるはずだ」という合理的な期待があるからだと思います。16条、19条もうまく当てはまらなくて、その下の段階で合理的な期待を保護するという段階だけが、適用できるというのはあれですけども、妥当するという話になりますかね。

神吉 「素」の期待の根っこはどこでしょう。その合理的な期待は、16条でも19条でもなく、使用者に再雇用制度をつくることを公法上の義務として課している高年法から生じる期待なのだと構成されるのではないですか。

富永 はい。高年法、あるいは高年法に基づいて整備された就業規則によって期待が生じていると言えそうに思います。就業規則上は何も再雇用に関する規定がなかったら、素で高年法の条項から直接期待権が生じるのかという話になりますけども、本件では高年法に基づいて再雇用の規定をつくっています。仮に高年法の条項から直接にということでしたら、合理的な期待とまでは言えないと思います。でも本件では使用者が高年法に基づいて再雇用をやりますということで、高年法に基づく再雇用規定があります。その再雇用規定をちゃんと適用してくれなかったという形なので、一応ワンクッションあるんですかね。

神吉 契約には再雇用制度の存在が載っているので、契約解釈としてありうる。ただ、事業縮小で職務削減された場合はないと書いてあるので、その解釈と衝突しますね。

富永 はい。削減されているので、これも適用できるとは普通思わないという話になるんですかね。

神吉 そうですね。東京大学出版会事件（東京地判平22・8・26労判1013号15頁）では、再雇用就業規則所定の要件を満たした定年退職者に対しては、再雇用拒否の意思表示をしても16条を類推適用して無効になると判示しており、16条の類推適用もありえなくはないかと改めて思いました。何を法的な理屈にするか。16条か、19条なのか。それは事案の性質によって異なるものではないでしょうか。

富永 契約の内容が決まっっていて、契約がずっと続くのが当然だ。続くべき契約を不当に終了させることが違法だと認めるんだったら、労契法16条の類推適用でも十分いけそうな気がします。

神吉 大栄交通事件（最判昭51・3・8労判245号24頁）は、特段の欠格事由のない限り再雇用するという内容の確立した労働慣行を根拠としています。そういう場合には契約締結まで認められる。まさに高年法の内容を就業規則上に契約条件として載せているので、それを根拠として契約締結までもっていく。

そこは16条や19条を使わなくても、契約とか慣行でいける1つのルートがあって、それがなくて、再雇用された後の内容がわからない場合には、16条の類推、19条の類推ということが問題になりうるという整理になるのでしょうか。でも、東京大学出版会事件は16条類推適用と言っっていて、合意では判断していません。

富永 再雇用について就業規則で制度が整備され、再雇用の労働条件は決まっている場合に、再雇用しませんでしたというのであれば労契法16条なんですかね。

神吉 16条をかませる論理必然性はないですよ。個別合意、就業規則の内容が契約条件になっているという意味での合意を含めて、契約解釈でいけるのではないのでしょうか。

富永 単に契約に違反しましたね、だから、債務を履行してくださいという話でしょうか。

神吉 はい。契約が成立する状態になるはずなので、それをしなかった場合でも契約成立が認め

られる。そこまでの合意が認められないのが本件の事案という整理になります。

富永 継続雇用後の契約内容は個別に決めましょう、とすると、その個別のところでも低い労働条件をオファーすることにより契約を拒絶することができてしまいます。それはちょっとすごく居心地悪い結論ではあるけれども、いたしかたないということになるのでしょうか。その通常は想定できる労働条件の幅を超えて低かったとき、というのが、九州惣菜事件とかトヨタ自動車ほか事件（名古屋高判平28・9・28判時2342号100頁）なのかもしれません。

神吉 しかし、両事件では契約成立は認められず、損害賠償請求のみ認容されています。結局、16条を類推適用しても、解雇権濫用法理を適用した状態、つまり定年前と同じ労働条件が続く帰結は導けません。むしろ、それが言えないから16条の類推がないという、本判決はそういう発想によるのではないのでしょうか。

富永 でも、「こんなに低い労働条件を申し出たのは不当だ」という判断があるということは、「不当じゃないライン」というのがあるはずですよ。あまり好きではない議論なのですが。

でもちょうど労契法旧20条の労働条件の不合理性と同じで、「明らかにアウトだ、不合理だ」とは言えても、「ここまではセーフ」と裁判所は言えないので、裁判所のほうから、「今までと同じ労働条件での再雇用は無理だけど、これまでの賃金の半分での再雇用はいけるでしょう」とみたいな話はやっぱりできないのでしょうか。労働委員会の救済命令とか、労働審判だったらいけるのでしょうか。労働審判では、解雇の効力を認めるが、解決金を支払わせるといった柔軟な判断ができますよね。逆に、これこれの額で再雇用されたものとし、という判断もできたりするのでしょうか。

神吉 契約を認めるのは難しいでしょうね。金銭解決であれば、どういう趣旨のお金なのかはある程度曖昧に決着できますが。

富永 契約解消については、解決金をこれだけ、たとえば300万円払いなさい、ただし解雇は有効ですという命令は出せるとして、逆に、契約

は成立しました。賃金は月これこれの額です、というのは難しい。裁量の幅としてそこまでは及ばないということでしょうか。

労働委員会だったらたぶん採用命令も出せると思うんですよ。労働組合員だから再雇用しませんでした、とか、労働組合員だから最低賃金での契約申込みをしたんですみたいな話なら、「再契約が成立したものと扱いなさい。賃金は20万円から30万円までの間で決めなさい」とみたいな命令をしたりするかもしれません。だから、もし本件みたいなケースを保護しようと思えば、そういった制度がないと無理ですということなのかもしれませんね。

神吉 そのような創設的な判断は、裁判所が当事者の合意がないところで出すことはできないのではないのでしょうか。

富永 あまりにも私法上の法律関係からかけ離れているということでしょうね。でも、よく考えたら、労働委員会にも出せない命令があります。太陽自動車事件（東京地判平21・3・27判労986号68頁）では、チェックオフ協定がなく、締結する義務もないのにチェックオフ協定が結ばれたのと等しい状態を作出する命令は出せません、と判断されていましたね。雇用の場合とは、期待権がないという点で違うのかもしれませんが。

あと、関連して、河合塾事件（東京地判令3・8・5判労1250号13頁、控訴審・東京高判令4・2・2判労1271号68頁）とか近畿建設協会事件（東京地判平18・4・13判労917号59頁）が参考になりそうなのですが、有期の労働契約の更新では、労働条件が契約更新途中で多少変わったりしますよね。ただそれでも、合理的な期待は続いているという話のときに、たとえば近畿建設協会事件では、職種が切り替わる場合であっても、合理的な期待は続いていると判断して、雇止め法理による保護を認めました。そこは直近の、「前の労働契約」がちゃんとあるから認められたという話で、本件のように、本当の意味で契約条件がこれまでとは変わる、という場合は難しいという線引きになるんですかね。

神吉 多少変わっても、というその「多少」がどこまでかが問題となりそうです。

富永 「合理的な範囲」みたいなのがあって、その範囲を超えたら合理的な期待はない、でも、「多少」の線は引けないし、形成的な判決は出せないで、そこは遺憾ながら損害賠償どまりで救済を認める、ということになりますか。河合塾事件も、今までとコマ数が減りますが、でも、それはしょうがない、としているのでしょうかね。

神吉 これが何の歯止めなのかですよ。合理的期待の範囲ですか。

富永 合理的期待の対象となる範囲、労働条件の範囲みたいなのがあって、さすがにあまり良好でない評価なら、たとえば予備校の担当コマ数について、「今までと同じコマ数は無理でしょう」ということになる。そうすると、合理的な期待が生じているのは、今までと同じ労働条件ではなくて、より低い労働条件、低いコマ数だけである、というパターンもあるのだと思います。近畿建設協会事件もそうで、5年上限の有期雇用の職種があり、労働条件はいいけれど、5年が契約更新の上限だとされている。もう1つ別の職種があって、そのもう1つは、労働条件は低いけど、契約更新の上限がない、という事例です。もともと更新限度がない、労働条件の低い職種だった人が、更新限度があるけど労働条件の良い職種に移った人について、5年上限で労働条件の良い職種については契約更新の合理的期待はないけれど、労働条件の低い職種についてはなお合理的期待がある、と認められています。だから合理的な期待の形というか、合理的期待が認められる範囲のようなものがある。雇用継続への合理的期待は、労働条件の中身とは完全に無関係というわけじゃなくて、関連はしているんだろうなと思います。ただ、その範囲を超えたときの救済は、その範囲を明確に裁判所が示せない場合、トヨタ自動車事件や九州惣菜事件のように損害賠償どまりとなる、という話になるのかもしれない。

神吉 パターンが存在さえすれば、どのパターンにせよ、載せるルートを探せばよい。それが完全にアドホックに、たとえばこれまで6コマだったものが4コマに減るだけでなく、極端に言えば、来年はゼロとなることもありえて、契約は続いてもお金は払われない状態もありうるくらい柔

軟なものだとどうすべきかが問題です。

富永 今、関連しそうなものとして、「0時間契約」とか「就業規則の不利益変更」とかの言葉も頭をよぎりました。変更解約告知で「合理的とされる変更の幅」と、就業規則の不利益変更で「合理的とされる変更の幅」は一緒なのでしょう。一緒だとすると、大内先生の手書かれたように就業規則の不利益変更は一種の変更解約告知であるという1つの証拠なのかもしれません。使用者の解雇権の制限の代わりに、就業規則変更権が認められるという荒木説の考え方が正しいとすれば、再雇用で合理的期待が認められる代償に、労働条件を変更できる可能性がある。

神吉 合理性を争う道があって、それが留保付承諾のようなものだ。

富永 本件の結論は、人員削減までやっている事案だし、定年退職者の補充はしないとした判断もやむをえない感じがします。それを期待がないと見るか、それとも、期待はあるとしても、再雇用しない合理的な理由があると見るか。私としてそれでいいかなと思ったんですけども、仮に整理解雇と同じような考慮をするのだとすれば、たとえ低い労働条件であっても、解雇回避努力義務に相当するものとして、何かを申し込まないといけなかったということはないですよ。

神吉 そうですね。無期契約の正社員との関係だと、解雇より労働条件が低下するほうがましといった考慮が問題になってくるかもしれませんが、本件のYは正社員の人員削減もやっています。正社員の解雇事案における解雇回避努力義務の視点からは、むしろ、定年後再雇用を先にやめるべきという規範も読み出されそうです。

富永 日立メデイコ事件（最一小判昭61・12・4集民149号209頁）で、合理的な期待の量からすれば有期雇用契約の雇止めが先になるという話と平行でしょうか。正社員の解雇と再雇用とでは、再雇用しないというのやむをえないという判断になりそうです。

神吉 マクロで見ると妥当な調整といっても、個別の労働者からすれば、そんな関係あるかという話になり、結局、就業規則65条によって生じた合理的期待という理屈で、契約レベルで完結

は可能だと思います。16条よりは19条の適用場面に近いような。

富永 19条は16条の類推適用ですよ。そのさらに類推適用みたいな話なんですかね。

神吉 労働契約法制定前はそう言っても、現行法では、19条は16条の類推適用ではない。同じ内容の有期契約が再度締結される法定更新になりましたよね。元をたどれば16条と同じ権利濫用だとしても、現在は違うのではないのでしょうか。

富永 独自の根っこがちゃんともうできているという感じですかね。

神吉 ええ。だから、無期の途中解雇とは違う。どちらかと言えば、定年での当然終了と捉えて、19条への親和性が高いように思います。たしかに16条類推の基礎を欠く、ありえないとまで言ってしまうかには疑問はありますが、それも本件のような事情の下ではと読めば。東京大学出版会事件のような制度は別として、本件のような場合は類推するなら16条より19条だと解釈しているのではないのでしょうか。

富永 19条であり、法定更新の民法629条のさらに類推適用でしょうか。つまり、法定更新は、契約の期間が終わっても、そのまま契約が更新されたと推定するという話ですけども、それと定年後継続雇用が違つてすれば、無期の契約が終わった後の労働条件は見直すという点なのでしょうか。

民法の法定更新にしても、今までの契約とか、何か労働条件をちゃんと読み込めるようなものが前提にあって、それをつなげるという話は違和感がないんですけど、本件はないので、やはり契約成立までいくのは違和感があるという感じなんです。すみません、1周してまた元に戻ってきてしまいました。

神吉 結局そこですね。これまでの関係をそのまま続ける理屈はいろいろなルートがあるけれど、一旦仕切り直して、条件は違つても別の契約を成立させるという理屈がない。一定の場合には契約の成立を認める余地はあるとしても、実際には、その要件を満たせるのは、かなりカチツとした再雇用制度が存在する場合に限られる。逆に言えば、カチツと決めなければ、使用者の機会主義

的な恣意的な選択を許してしまう余地を示唆している、そういう問題点をはらんでいると思います。

富永 そういう個別に調整するという柔軟性は必要なという気がしますが、それが高年法9条で求められている、まだ年金が出ないから雇用してねという求めを満たすものなのかというのは疑問の余地がある。

神吉 もしかすると、この制度自体が高年法の趣旨に反しているといえる可能性も。

富永 ただ、その条件をガチッと決めるというのはなかなか難しい話ですよ。15万円から25万円でも幅があってもいいのかもしれませんが。そもそも高年法9条自体から言って、努力義務であると言っておきながら、いきなり義務になってしまっている感じがあります。

神吉 65歳から70歳までの就業機会確保の努力義務化で、この問題がより広がるのでしょうか。60歳から65歳までの間は有期雇用としても、さらにその先はオプションが広がります。別法人との契約でもいいし、業務委託でもいいとなると、19条の類推適用余地があったとしても、その先の雇用保障は実際にはとても薄まるでしょうね。

富永 65歳までですら選択肢があつたりして、強行法規と解せないし、もっと言えば確定性がないという話なのに、そこから先にさらに緩い義務ができていくという話ですね。ますます義務内容が拡散して、合理的な期待というほどの期待が、漠然とした期待にまで薄まってしまふ。

神吉 そうすると、あまり意味がないのでしょうか。

富永 均等法の差別禁止規定も、当初は努力義務とまでは言わないとしても、性格としては行政指導の根拠法だとされて効力規定でないと思われていたのですが、だんだん、公序的なものに高まってきました。65歳までの雇用確保措置義務も、半分公序的なものになってきていて、だから、本件のような訴訟が起きているのかなと思います。以前のように継続雇用してくれるだけでもありがたいという話ではなくなってきて、みんな権利だと思い始めているのかもしれない。

# フォローアップ

## 1. 出来高から割増賃金を控除して算出する手当支払と労基法 37 条の判別可能性

——トールエクスプレスジャパン（第 2 次）事件・大阪地判令 5・1・18（労経速 2510 号 21 頁）

### ——事案と判旨——

#### 事実の概要

X らは、貨物自動車運送事業会社 Y に雇用され、集配業務に従事していた。Y の賃金制度における集配職の賃金は、多少の変遷があるが、基準内賃金（基本給）と基準外賃金（手当等）を合計したものであり、基準内賃金には「職務給」のほか「能率手当」などが、基準外手当には「時間外手当」が含まれている。このうち、時間外手当は、時間外手当 A と時間外手当 B から成るが、時間外手当 A は、能率手当以外の基準内賃金の時間外割増賃金に、時間外手当 B は、能率手当についての割増賃金に相当する。そして能率手当は、賃金対象額（各集配職が従事した配達重量や走行距離等の業務内容に基づいて算出された出来高）から時間外手当 A を差し引いたものであり、出来高が時間外手当 A より大きいときのみ支給される。

X らは、Y に対し、主的に、手当の算定にあたり割増賃金に相当する金額が控除されており、労働基準法 37 条所定の割増賃金の一部が未払であるとして、未払割増賃金および労働基準法 114 条所定の付加金等の支払を、予備的に、出来高により算出される金額から割増賃金に相当する金額を控除する計算方法が採用されていることは公序良俗に違反し無効であると主張して、未払歩合給および未払割増賃金等の支払いを求めて提訴した。

#### 【判旨】（請求棄却）

以下では、主たる争点（時間外手当 A の支払により労働基準法 37 条の定める割増賃金が支払われたといえるか）についての判旨を抜粋する。予備的主張である公序良俗違反の主張に関しては、以下の判示をふまえて、国際自動車事件第 1 次上告審判決を引用し、本件計算方法は一定の合理性を有し公序良俗に反するものとは評価できないとして否定している。

「使用者が労働者に対して労働基準法 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反するためには、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、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……〔高知県観光事件・最判平 6・6・13 集民 172 号 673 頁、テックジャパン事件・最判平 24・3・8 集民 240 号 121 頁、国際自動車事件第 1 次上告審・平 29・7・7 を引用。〕

「……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……〔日本ケミカル事件・最判平 30・7・19 裁時 1704 号 6 頁を引用〕、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付け等にも留意して検討しなければならないというべきである（国際自動車事件第 2 次上告審判決参照）。」

「能率手当は、業務遂行に当たり一定の裁量が認められる集配職に対し、効率的に業務を遂行することに対するインセンティブを与え、これによって業務の効率化を図る目的で設けられた出来高払制の手当であって、その算定方法も一定の合理性を有するものである。」「また、……能率手当の制度は、Y の従業員の過半数が加入する労働組合との協議及び調整を経て導入され、上記労働組合からの要望を踏まえて改定されてきたものであることが認められ……導入及び改定に係る手続面からしても、一定の合理性を有する。」「本件各時間外手当及び能率手当の算出方法は、……賃金規則等に明記され……各賃金項目とその金額は……給与支払明細書に明確に区分して記載され……Y の賃金規則及び賃金規則細則は各支店に備え置かれ、いつでも閲覧することが可能な状態に置かれていたことが認められ……、本件賃金規則等において、本件各時間外手当は、時間外労働等に対する割増賃金として、他の賃金とは明確に区別された形式により定められており、本件賃金規則等は、X らと Y との間の労働契約の内容となっていたものと認めることができる。」

「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るものか、あるいは、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賃金に支払われているにすぎないものかという点については、……能率手当を算定する本件計算方法を踏まえて検討する必要がある」ところ、「能率手当は、……出来高払制の手当であり、」「本件賃金制度において、賃金対象額が時間外手当 A の額を上回り、Y に能率手当の支払い義務が発生する場合には、……時間外手当 B の支払義務も発生するから、Y は、能率

手当を支払うことによっても、集配職に対する割増賃金の支払義務を免れることはできない。そうすると、能率手当の精度が、売上高等を得るに当たり生ずる割増賃金を経費と見た上で、その全額を労働者に負担させることを目的とするものとはいえない。」

「XらとYとの間の労働契約において、賃金対象額自体について、出来高払制の通常の労働時間の賃金として支払われる旨の合意がされているものではなく、……賃金対象額は、能率手当を算出するための前提として、業務量等に基づいて算出される計算上の数額にすぎない。すなわち、労働契約上、賃金対象額を出来高払制の賃金として支払われることが、Xらに保障されているものではない。そのため、能率手当の算出に当たり、賃金対象額から時間外手当Aの金額を控除することとしても、本来Xに対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賃金に置き換えたことにはならない。」

「出来高払制の賃金である能率手当の算出過程において、賃金対象額が時間外手当Aの金額を上回らないときには、結果的に、能率手当の額が0円になる場合もありうる。出来高払制の割増賃金である時間外手当Bは、能率手当の金額を割増賃金の基礎となる賃金として、労基法37条等の定める計算方法に従って算出されるものであるから……、能率手当の額が0円になる場合には、必ず時間外手当Bの額も0円になる。この意味において、出来高払制の割増賃金として支払われるものの中に出来高払制の通常の労働時間の賃金として支払われる部分が含まれ、労基法37条の割増賃金に当たる部分とそうでない部分が判別不能になることはないといえる。」

「労基法27条は、出来高払制の労働者に対し、労働時間に応じ一定額の賃金の保障をしなければならないと定めているところ、……Xらの実取賃金のおおむね半分から6割以上は固定給及び時間外手当Aであり、これらの賃金によ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。」

「本件賃金制度においては、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、ひいては時間外手当B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、時間外労働等があれば、時間外手当Aのみならず、時間外手当Bが支給され、時間外労働が60時間を超える場合には、時間外手当Cも支給される。加えて……集配職には、固定給及び時間外手当Aによって労働時間に応じた賃金の保障がされている一方で、労働契約上、必ず一定額の出来高払制の賃金の支払が保障されているものではない。これらのことからすれば、Yは労基法37条等の定める時間外労働等に対する割増賃金を全て負担しており、……本件計算方法は、本来支払われるべき出来高払制の賃金から割増賃金相当分を控除する旨を定めたものともいえない。結局のところ、……能率手当は、実質的に見ても、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労働者に負担させるものであるといふことはできず、「本件計算方法が労基法37条の趣旨に反し、……出来高払制の通常の労働時間の賃金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、その一部につき名目のみを割増賃金に置き換えて支払うものであると評価することはできず、「時間外手当Aに通常の労働時間に対する賃金が含まれているとみるべき事情は」なく、「時間外労働等に対する対価として支払われるものとされており、かつ、他の賃金とは明確に区別された形式により定められているから、本件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労基法37条の定める割増賃金に当たる部分とを判別することができ……時間外手当Aの支払いにより、労基法37条の定める割増賃金が支払われたといふことができる。」

神吉 フォローアップに移って、トールエクスプレスジャパン（第2次）事件です。前回、熊本総合運輸事件で検討した争点と同じく、労働時間と時間外労働に対する割増賃金の支払いの有効性が争点です。本件の事案は、判別可能性要件に関する国際自動車事件第2次上告審の判例法理を適用しつつ、労基法37条に適合している一例を示した事例と位置づけられます。国際自動車事件で、最高裁は、同社の賃金制度が、割増賃金を経費と見てその全額を労働者に負担させるという点で、まずは労基法37条の趣旨に沿わないことに加え、賃金制度の中で歩合給（1）とされている部分が、実は通常の労働時間の賃金だと位置づけて、これがゼロになるにもかかわらず、割増賃金のみが支払われる状況になりうるということで、通常の労働時間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的に割増賃金に置き換えて支払うものであって、実質的には割増賃金に通常の労働時間の賃金として支払われるべき部分が相当程度含まれていると述べていました。そうすると、判別可能性を認める前提として必要となる対価性の判断において、どの部分に対価性が認められるかが明らかでない。したがって、その判別可能性の要件を満たさないと判断したわけです。

これに対して本件では、歩合給に当たりうる部分が能率手当という手当として構成されています。Xが従事している集配職に対しては、基準内賃金と基準外賃金が合計で支払われることになっていて、基準内賃金の中に職務給という固定部分

と能率手当が位置づけられていて、基準外賃金の中に時間外手当が入る仕組みになっています。時間外手当には、時間外手当 A と時間外手当 B とがあり、時間外手当 A は、基準内賃金である能率手当以外の基準内賃金の時間外割増賃金に当たるとされているので、固定部分プラス時間外手当 A という、37 条の要件を満たす通常賃金と割増賃金のセットが 1 つあって、そこはそこで完結しています。しかし、そのほかに時間外手当 B がある。時間外手当 B は、基準内賃金のうち能率手当についての割増賃金部分なので、能率手当プラス時間外 B で、ここでまた 37 条のセットがもう 1 つできる仕組みになっています。

問題は、この能率手当がどのように計算されるのかです。能率手当は、賃金対象額という、いわゆる出来高、集配職が従事した配達重量であったり、走行距離などに基づいて算出された出来高があって、そこから時間外手当 A を差し引いたものです。つまり、出来高が時間外手当 A より大きいときのみ支給されるので、国際自動車事件のように、時間外手当が発生したときに、それを歩合給から差し引いておしまいではなくて、時間外手当は歩合給から差し引くけれども、残りがある場合には、それを通常賃金のように扱って別途割増賃金を支払う仕組みとしている点に事案の特殊性があります。国際自動車事件の事案では、「対象額 A」が出来高を示す揚高の一定割合を合計する方法で計算され、「歩合給 (1)」が「出来高払制によって定められた賃金」に該当することが明らかであったのに対して、本件の能率手当は、出来高を示す揚高の一定割合というような形で賃金対象額が計算されるものではないため「出来高払制によって定められた賃金」とは異なる「その他の請負制によって定められた賃金」に該当するとして、国際自動車事件第 2 次上告審判決が指摘した「出来高払制によって定められた賃金」に該当する歩合給に関する問題点は、生じないとされました。

固定給ベースで計算された割増賃金は、基準内賃金である能率手当の計算上で引かれてしまいますが、引いて差額が残る場合、つまり、能率手当が発生する場合には、能率手当についての割増賃

金を別途支払われるので、単に引かれただけでは終わらない。能率手当が発生しなければ、基準内賃金のうちの固定給部分プラス時間外手当 A という、そのセットだけが残ることになりますので、時間外手当 A の支払いによって、37 条の定める割増賃金が支払われたと言えるか。能率手当が本質的には歩合給ではないのか、それとも、まさにインセンティブ手当といった単なる上乘せ部分と言えるかが問題になる事案です。

前回、熊本総合運輸事件の議論において、トールエクスプレスジャパン事件の能率手当部分はインセンティブ的に、発生したり発生しなかったりするものであって事案が違うと位置づけたのですが、本当にそう言えるのが実は引っかかっていたので、あらためて考えてみたくなって第 2 次訴訟を取り上げました。

つまり、時間外手当が、場合によっては最低賃金のような極限まで縮減された「通常の労働時間の賃金」に対して支払われていれば、その外の上乗せ部分に関しては、時間外手当が控除されているような状況が仮にあったとしても、そこは不問でいいのか。これに関して、熊本総合運輸事件最判は、旧給与体系から新給与体系への移行において、通常の労働時間の賃金の額が旧体系の水準の 6 割に減ってしまうことに言及しています。実際の勤務状況に照らして想定しがたい程度の長時間の時間外労働などを見込んだ、過大な割増賃金が支払われる給与体系といえることを問題視して、その変更を前提とすれば、旧体系の下においては通常の労働時間の賃金に当たる基本歩合給として支払われていた賃金の一部について、その名目が割増賃金に置き換えて支払われているということで対価性を否定しました。つまり、通常の労働時間の賃金と割増賃金の混在が、時間的に、かつて別に支払っていたものが混じっていることで対価性を否定した点が熊本総合運輸事件の大きな特徴だったといえるのですが、そのときに、最初からこういう制度をつくっておけば、問題なかったのかという議論をしました。

本件はまさにそういう事案かもしれません。最初から通常の労働時間の賃金に当たる部分を可能な限り小さくして、その小さな通常部分と割増賃

金部分は必ず確保されるようにしておいて、あとはすべて上乘せということにしておけば、固定給部分プラス割増賃金部分と、ほかの部分とのバランスが問題とならない限り、歩合給部分の割増賃金を35条に違反せずに割り増さない、つまり、控除できる道が示唆されているように読める。その妥当性について考えてみたいと思います。

もう1つ、富永先生から、労働者の裁量の及ばない休日割増賃金について、能率手当の減額事由とするのはどうなのかというご指摘を受けました。結局、時間外割増賃金も同じ懸念があります。能率手当は、業務効率化のインセンティブを与えるものとも一面では言える、というのは、同じ出来高の場合には、それにかかる時間を短くすればするほど賃金が上がるので、業務を効率化する、時間外労働をなるべくしないようにするインセンティブは働くわけで、長時間労働の抑制という労基法の趣旨にもかなうものではありません。ただ、労働者にそもそも業務遂行に関する裁量があれば、インセンティブの意味はない。むしろ、使用者が経済的負担を負わずに時間外労働をさせることができるので、そうすると、やはり長時間労働の抑制という労基法の趣旨は没却されるおそれがあります。

国際自動車事件のようなタクシー運転手の事案だと、どこを流してどのように客を取るかに、ある程度裁量はあるのかもしれませんが、本件は貨物自動車運送業ですので、ルートや物量に関する裁量は実はあまりなくて、基本的には荷主の事情に拘束されてしまう。ルートを選ぶにも、選択の幅が全然違うでしょうから、本件の集配職の働き方とかなり違いはあるはずだという指摘もできます。やはり、裁量の有無や範囲についてより詳細な認定が必要ではないでしょうか。

そうだとすると、37条違反という問題に加えて、労契法7条の合理性など、契約上の問題として処理する道もあったように思います。本件では、予備的請求として公序違反が挙げられていますが、イクヌーザ事件（東京高判平30・10・14労判1190号5頁）で公序違反が認められたように、その考え方が親和的な事案かもしれません。

近年の関連裁判例として、久日本流通事件（札

幌地判令5・3・31労判1302号5頁）があります。簡単に言うと、就業規則に残業手当の計算式があったのですが、全くそれに沿って運用せず、売上げの10%を残業代として単純に運用していた事案でした。会社はこれが残業代に相当すると主張しましたが、国際自動車事件最判を引用して、そもそも判別可能性がないと否定されています。そもそも通常勤務部分と残業部分が区別されていないので、判別可能性の否定はやむをえない判断だと思っています。

気になったのは、時間外割増賃金として認められない残業手当が月給に組み込まれるのか、それとも、出来高払制の賃金として扱われるかという点です。背景として、月給と歩合給とでは時間外割増賃金の計算方法が違うので、時間外勤務手当の弁済としてその効力を否定された売上げの10%部分が、どちらに組み込まれるかで金額が違ってきます。単純に言うと、歩合給、出来高払制の賃金とされると会社側が有利になって、労働者側としては月給部分に組み込まれたほうが有利ということになります。

久日本流通事件では、法律上は、労基法37条5項と、それを受けた労基則の21条が、定めのないものはすべて基礎賃金に含まれると規定しているので、原則としては、出来高払制の賃金でも基礎賃金に該当する。会社は出来高払制の賃金に当たると主張したのですが、出来高払制の賃金には該当しないという結論になっています。

ただ、その理由として、規定や従業員への説明の中で記載がなく、出来高払制とすることの合意がなかったということを挙げているんですよね。この趣旨がいまいちよくわからなくて、出来高払制であっても合意があれば基礎賃金に含まれない部分を設定できることを前提としているようにも読め、そうだとすると、問題がありそうです。そうではなく、出来高払制の賃金であっても基礎賃金に該当することを前提として、その理由の補強のために言及しただけかもしれないという読み方はあるかもしれません。

富永 ありがとうございます。この前、労判（東京大学労働判例研究会）で評釈されていた問題ですが、これらの事件には、問題とされていた給付

が「出来高払い」かどうかという問題が1つあります。トールエクスプレスジャパン（第2次）事件では傍論ですが。

久日本流通事件は「合意基準説」みたいな感じですね。当事者間の合意次第で、出来高払だと合意すれば出来高払いになるし、合意がなければ出来高払いじゃない、という考え方に沿っているように見えます。本当の素の合意基準説は不都合だと私は思いますが、客観説で、本当に客観的に判断できるかという、それはそれで難しいという気がしています。

神吉 そうですね。または、客観説の立場で、客観性の1つの要素として合意を考慮しているという位置づけもできると思います。

富永 出来高払いか否かという論点があったのかとこの前の評釈を聞いて気づきましたが、掘り下げるとすごく興味深そうです。

神吉 出来高払制を採用することも可能だし、出来高払部分とそれ以外の部分を組み合わせること自体、当事者の自由なわけですね。

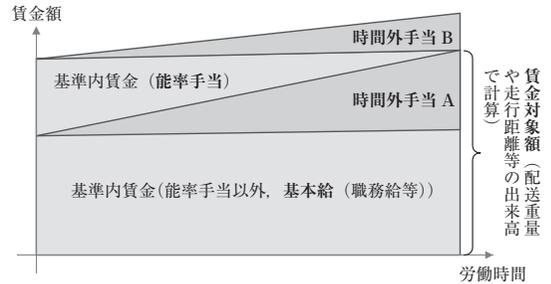
富永 諸般の事情で考慮しての判断になりますが、賃金の決め方は、本当に自由なんでしょうか。原則は自由だと思うんですけども、完全に自由というのは、強行規定があることと矛盾しそうです。自由でも「強行規定が適用されない賃金にしましょう」ということはできないはずなので、一定程度の限界はあるはずで。かといって、全部客観的に判断するのは難しいので、当事者の合意も材料に推定していくんでしょうか。

神吉 労基法27条は出来高払制の保障給について、労働時間に応じて一定額の賃金を保障しなければならないとしていますよね。ただ、この保障の範囲は実はよくわからなくて、本件はXらの実取賃金の約半分から6割以上が固定給とその割増賃金なので、それによって27条をクリアしていると判断しています。

富永 のめり込むと時間がないかもしれないので、トールエクスプレスジャパン（第2次）事件の本筋のほうに進みますと、賃金体系は、以下のような感じかと思いました。

基本給と時間外手当A、能率手当と時間外手当Bと、セットが2つある。一応それぞれ分か

(ホワイトボードで説明)



れているから労基法違反でない、というのがこの判決ですよ。

私としては、基本給を算定基礎として支払われる時間外手当Aと、能率手当とが混ざっているという、区別がついていないんじゃないかという気がするの1つ。あと、これは裁判所は言及していないのですが、時間外労働をしても、時間外手当の額が増えない、あるいは額が増えはするけど、こんなに少ししか増えなくていいのかという話があるような気がしています。

神吉 そうなのです。国際自動車事件だと、四角の区切りが自由に動いて、割増しだけが支払われる状態にまで至る。一番右端が左端まで行って、全部食っちゃう状態です。だから、少なくとも判別できない、線そのものが消えてしまって、対価性のある部分が判別できなくなるという理由づけが嵌まる状況なのはわかります。本件場合は上の部分があるけれど、Aの部分が出来高払的な手当、インセンティブ部分を完全に食いこんで、国際自動車事件と同じような状態になることはあるんですよ。

富永 インセンティブがなくなるんですよ。インセンティブがなくなっちゃって、その場合はその割増賃金も生じないんですよ。だけど、基本給分の割増賃金が増えたからといって、もうインセンティブがマイナスになることはない。保障があるということになるんでしょうね。

神吉 能率手当は歩合給そのものというより労働時間と出来高の関係で発生したりしなかったりする外づけのインセンティブ部分と位置づけられているので、たとえば基本給と割増Aの部分という下のセットさえあれば、それで37条違反とならず、出来高払制の手当が発生する場合にはそ

の割増分が必ずつくことで、そのセットが完全に切り離されて不問になり、インセンティブがゼロになること自体は何の問題もない。国際自動車事件では、歩合給部分がゼロになるのは、歩合給も含めた割増が計算されているはずなのに理論的におかしい、という理屈ですけど、本件のように出来高払部分、インセンティブ部分が外づけないし上乗せ部分だと位置づけられれば、そこをゼロにすることは問題にならなくなります。国際自動車事件最判のように対価性と判別可能性を詰めていく理論的視点では問題ありといえないけれども、全体として37条の趣旨に沿っているといえるでしょうか。労基法は強行法規なので、37条違反かどうかは基本的には客観的に判断すべきで、能率手当の導入や改定が組合との協議調整でなされてきたことから一定の合理性を認めたり、Yと集配職の労働契約上、必ず一定額の出来高払制の賃金の支払が保障されているものではないといった契約解釈を「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付け」にどこまで読み込むべきかが問題になると思います。

富永 最高裁は判別可能性主義みたいな、判別可能性一本に判断基準を収束させてそれですべて処理する傾向がありそうな気がしますけど、判別可能性だけでは実は処理できないのではないかと思います。本件のような割増が増えたらインセンティブをなくすみたいな、そういう払い方が許されているのかという話があるような気がします。

しかも、仕事を割り振るのは会社ですよね。会社がいっぱい残業させておいて、ああ、残業いっぱいしたから能率悪いねと言われても、何だかなという気がしています。

この問題は労基法37条の話でもあるんですけども、37条ではしっかりこない気がします。国際自動車の第1次最高裁判決（最三小判平29・2・28 労判1152号5頁）は、国際自動車事件のしくみは公序良俗違反じゃないと言ったんですが、まさに公序良俗違反で判断してほしい気がします。割増賃金で支給額が増えないなら、37条の意味がないじゃないかという、そんな感じですよ。

神吉 37条の趣旨として、時間外労働の抑制の間接的手段として「使用者に割増賃金を支払わ

せる」こと、つまり、実質的な経済的負担を負わせる点を重視するのであれば、インセンティブの形をとっても、上乗せがゼロになってしまう点で同じ状況ですよ。

富永 だから、経済的な負担を与えることによって残業させないという趣旨は没却されている気がします。明確な違反としてアウトかというところ、そこは巧妙にすり抜けているように見えますが。

神吉 判別可能性要件を純化していけば、そこは認めざるをえなくなってしまうだけけれども、それがいいのかという問題なのです。

富永 ただ、労働者に裁量があれば別にこの事件みたいに総額が増えないしくみでもいいような気がしていて、たしかに労働者側に労働時間を決める裁量があって、効率よく働いて稼ぐことを選ぶような状況だったらそれでいい。けど、そうではなくて、使用者が仕事を割り振って残業させておいて、残業が多いから能率手当、インセンティブが少なくなりますというのは変な気がします。使用者が必ずしも悪いというわけではないのかもしれませんが。

基本給の大枠は、どれだけ運んだかで決まってくるんですよ。

神吉 どれだけ運んだかは出来高に反映されますが、一番下の、能率手当を除いた部分ですよ。固定の職務給で決まった部分を1として、時間外労働をすると時間外手当に当たる部分はAに0.25部分が乗る仕組みですが、1がすごく小さくても、現行法では、賃金方式の選択は自由なので、歯止めが最低賃金以外にない。0.25を上乗せしても全然大した額にならなくても、最賃をクリアすればそこだけ払っていればよくて、あとの部分はインセンティブ手当としたとき、そのバランスがいくらいびつでも許される。判別可能性だけでいけばそうならざるをえないわけです。

富永 ただ、この事件の場合は、インセンティブにもやはり0.25がもう1回かかる。

神吉 あくまでも、時間外手当を引いて残った部分があれば、ですよ。それに対して割増賃金を払うのは、やはり能率手当を歩合給的な、まさに通常の労働時間の賃金と扱っていることになり

ませんか。時間外労働の量と賃金の関係は完全な線形ではなくて、能率手当と時間外手当Bのセットができるまでにギャップがないのでしょうか。出来高と時間外労働量の関係で通常賃金の発生・不発生が左右される状態になっても、インセンティブ部分も割増されるから問題ないといえるのか、疑問です。

富永 インセンティブの割増賃金は払っていても、インセンティブが本給の割増賃金分少なくなりますので、困るような気がします。この能率手当の支給理由の、能率を考慮して支払っているという建前はうさんくさいですよ。

神吉 賃金制度は契約自由の範疇だとすると、37条違反かどうか、法定の割増率がきちんと支払われているかが問題です。

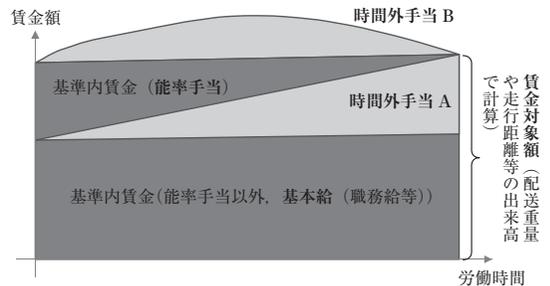
富永 この事件で厄介なのは、基本給に対する割増である時間外手当Aと、能率手当とが打ち消しあっても、上の、能率手当に対する割増である時間外手当Bがあるので、総額はちよっぴりは上がるんですよ。本当に少しですが。全体の額が少しだけ上がるので、使用者は時間外労働があれば経済的負担は負います。ただ、労基法37条が考えていた程度、つまり0.25とかではなくて、0.125とか、そんなすごく少ない割合です。時間外労働をした場合に支給総額が上がる、そのカーブの傾きを、すごく緩やかにできますよね。

神吉 出来高払部分のセットが占める割合も関係しそうです。本件は、固定給と時間外手当Aのセットのボリュームが半分から6割だそうです。能率手当とBのセットとのバランスは27条だけでなく37条との関係でも検討すべきではないでしょうか。ただ、通常の労働時間の賃金がゼロなのに割増しだけが払われるというおかしな事態は生じないので、国際自動車事件で指摘された問題点をクリアする工夫はされています。

富永 でも、恐ろしいのは、たぶん時間外手当Bの額ですけど、さっきはこう、右上がりになっていますけど、そうなる保証はないんですよ。右に行けば、インセンティブ、つまり、0.25を乗じる対象である算定基礎も少なくなります。

神吉 ギャップがある可能性だけでなく、傾きが逆ですか。

(ホワイトボードで説明)



富永 本当はこんな感じなのかもしれないですよ。

これはシミュレーションしないとわからないですけど、もしこうだとしたら、使用者は経済的負担を本当に負っているんですか、みたいな話が出てきそうな気がします。残業で使用者が経済的負担をちゃんと負うかどうか、チェックする必要はないという考え方もあるんでしょうけど。

本件では、労働組合もこの賃金制度に賛成しています。以前の、高知県観光事件(最二小判平6・6・13労判653号12頁)でも、多数組合は賃金制度に賛成していたと思います。だから、ある種の歩合がなじむ職業にとってはそれでいい、オール歩合でいいんだという感じで、37条はそういった職業となじみにくいのかもかもしれません。

神吉 本件は、歩合給的な部分があったりなかったり、固定給部分と混在する複雑な仕組みです。

富永 年休手当の場合、年休を取ったことを理由とする不利益扱いについては公序違反で判断しています。年休を取ることに事実上の抑止力が大きい場合には公序違反になります。「その制度があるせいではなかなか年休が取れない」という状態だとアウトだという意味だったと思います。それと同じように、「残業させないという効果」が生じないような制度は、公序違反という言い方になるのか分かりませんが、おかしいと思います。

神吉 国際自動車事件最判の37条の趣旨に言及しているので、趣旨に反するとして違法性は基礎づけられそうにも思ったのですが、そこはかなりあっさりした判断で、中心は判別可能性の判断で貫かれています。

富永 反しないと言っているんですよね。あまりにも変な制度だったら趣旨違反でいけますかね。たとえば残業すればするほど手取りが少なくなるみたいな、そういうのがあったら、いや、趣旨違反でしょうみたいな話になるのでしょうか。

残業をやればやるほど手取りが少なくなる、でも37条の判別可能性がある、というのは、37条の予定しないところなんでしょうね。極端な場合には、マイナスになって、ますます使用者がガンガン残業させるという制度は、本当はおかしいはず。

神吉 それがおかしいなら、やったぶん増えないのも同じくおかしいと言えないでしょうか。時間外労働をしても、出来高との関係で一定の効率性が認められる場合にだけ、出来高払分とその割増のセットが出現する仕組みですが。

富永 難しいのは、残業すればするだけ手取りが減るけれども、労働者に残業をするかどうかの裁量がある場合だと思います。労働者が残業するかしないかを選べるんだったら、むしろ残業しても増えないほうが合理的かもしれません。今までの判例法理では考慮されていないけど、労働者に裁量がある、ないという話が重要だとすると、その裁量があるかどうかについて、労働組合の同意があれば労働者の裁量を推定できるみたいな話があれば、残業しても増えない制度もいいでしょうみたいな話になるのかと思うんですけども。

神吉 裁量がもしあれば、時間外労働をした結果として賃金が減らされても37条に違反しないのでしょうか。裁量の有無は1つの大きな考慮要素ではあるとして、どこで考慮すべきか悩みがあります。

富永 労働者に裁量があったとしても、使用者に経済的な負担をかけることで残業させないというのが法の趣旨なので、一応両立するのでしょうか。両立というのはおかしいですが、今の制度は、使用者に残業代を払わせて、その残業代を労働者に全部渡していますよね。本当はそれを罰金として召し上げてしまうという制度だったら、労働者に裁量がある場合も対応できるのかもしれませんが。

神吉 たしかに裁量があれば違うかもしれませんが

んが、労働者に重い労働に対する補償として支払われるという趣旨もあるので、やるべき仕事は使用者に決められているなら、その趣旨にも反するのではないですか。判旨は、割増賃金を経費とみてその全額を労働者に負担させる目的の制度とはいえないと述べていますが、使用者が経済的負担を負わず、労働者に対する補償もなければ、37条違反といえませんか。37条違反ではない、それは、固定給とその割増分が時間外労働の対価としてきっちり分けられているからですというのは十分な理由になっていないように思います。

富永 きっちり判別できるというのは前提の話であって、きっちり分けた先に話がちやんとあるはずですよ。通常の賃金と残業代とをきっちり分けて、そのきっちり分けたのを見ると、いっぱい働いたのに全然、経済的な抑止効が働いていないがそれでいいか、という話が本当は先にあるはずなのに、そこに行かないで、区別だけで満足しちゃっているのはおかしいのではないかという話ですかね。

神吉 国際自動車事件はそれで処理できたのでそこで終わりましたが、実態先行でさらに複雑な制度になっていったとき、やはり判別可能性とその前提となる対価性を詰めるだけでは対応できない限界があるのではないのでしょうか。

富永 法定の割増賃金を払えとしか言っていないという話なので、その法定割増賃金を払うのは、「経済的な負荷が使用者にかかるような形で割増賃金を払いなさい」という趣旨なのか。単に「機械的に計算した割増賃金を払いなさい」だけだったら、そこに踏み込めないのが、本当はそこにもうちょっと実質的な解釈を組み込むべきじゃないかという話ですかね。

神吉 繰り返しですが、国際自動車事件のように、払いました、でも、同じ分、引きましたというのは、実質的に見れば払っていないからこそ問題になったのではないですか。

富永 そうですよ。だから、そこでまたこちらでも決着をつけて、こちらでも怪しいという話にできたらいいような気がします。それにインセンティブは別立てだからいい、というのは本当なんではないのでしょうか。残業しないのは能率がいい証拠です

という点が、合理的なのか。仕事の量は選べないのに、残業しないのは能率的ですと言って、一部の労働者にすごく割のいい仕事を回して、別の人には、手間と時間がかかるものを回しているという状況がもしあったときに、早く済ませてちゃんと稼いでいるからインセンティブいっぱい払いましょう、という話は不公平な気がします。

神吉 賃金制度が公序違反とまで持っているかは分かりませんが、仕事の裁量もないのに出来高払給をインセンティブ的に扱うこと自体を問題にできないでしょうか。ただ、それが賃金の問題だとすると、この判決も検討しているように、逆に、最賃をクリアすればあとは自由だという契約自由な範疇に入るので、実質的に労基法27条や37条に反して公序違反だと言えない限り、結局は契約レベルでも乗り越えにくいですね。

富永 賃金は労使で自由に決める建前ですが、最近是不合理的な格差が規制されたりしています。対価性で言えば、「残業代みなしです」という名目でも、実際には職種により手当額を決めていた事件がありました（インサイド・アウト事件・東京地判平30・10・6判タ1475号133頁）。広告会社で、実際の残業時間に全然対応していなくて、むしろ職種の違いにより手当額が決まっている事例で、職務手当を残業代と言っているだけだと判断した事例がありました。本件もインセンティブだと言っていますが、実は歩合給ですという話なのかもしれないです。支給する理由づけを変えている、たまたま少しだけ理由が通って見えるけれども、実は支給名目を変えているだけなんじゃないかという気もしないでもないですね。ただ、賃金は自由に設定できるとすれば、そこまで踏み込んでいいのか。裁判所がそこまで踏み込むべきじゃないという考え方は十分あると思いますけど。見ていると、ちょっと足しただけでいいのかという気はします。

神吉 実質的にはインセンティブ手当ではなく歩合給だと認められても、歩合給を支払わなければいけない義務はないので、行き詰まるのですが。

最高裁が確立してきた基準の中で、何らかに対応する可能性を見いだすとすれば「対価性」ですかね。実質的に支払ったとはいえない点を、対価性

の解釈で乗り越えるのが残された道かなとは思いますが。判別可能性の前提として対価性が必要なので、実質的に増えなければ対価性なしという余地はありうるのではないかと。

富永 今おっしゃったように対価性の話なんだという気もしないでもないです。ただ、割増賃金Bは払っているんですという話で、そこがクリアされるのか。判別可能性があるからいいという話なのか。

神吉 そうですね。現時点の判別可能性の考え方ではなかなか難しい。

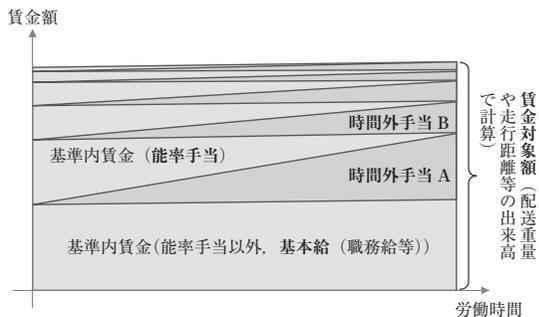
富永 でも、「一方が増えれば、もう一方が減る」というのは、そもそもその2つで判別可能性がついていないという考え方もありますよね。今の裁判所の判別可能性の考え方じゃないかもしれませんが。

神吉 本件は固定給部分と時間外手当Aのセットと、出来高に応じて手当が生じる場合のインセンティブ的なそれと時間外手当Bのセットがあって、時間外手当Aに対価性があり、判別可能性があると言っているんですけど、制度全体を俯瞰して実質的に対価になっているかは実はあまり検討していないようにみえます。実質的な対価性を掘り下げること、本当にそれが37条が要求している判別と言えるのかを検討しなおせないかと考えています。

富永 総額振り分け方式とか言っていましたけど、インセンティブと割増しを足して一定になるという場合も、これは本当に区別していることになるのかなというのが何か。

またゆっくり考えてみたいと思いますが、本件みたいな「手当と時間外手当のセット」単位で区

(ホワイトボードで説明)



別があればいいのなら、そのセットをいくつかくくったら、本当の意味での「割増部分」は限りなく小さくできそうです。

【付記】本事件については、一審の結論を維持し控訴を棄却した大阪高裁判決（JP ロジスティクス（旧ツールエクスプレスジャパン）事件・大阪高判令5・7・20 判例1313号65頁）に対する上告・上告受理申立が上告棄却・不受理とされ確定している（最決令6・2・14）。

## 2. 生活保障的な手当の支給格差と労契法旧20条の不合理性

—日本郵便（寒冷地手当）事件・東京地判令5・7・20（労働判1301号13頁）

### — 事案と判旨 —

#### 事実の概要

Yは日本郵便、XらはYの時給制契約社員として、Yと有期労働契約を締結し、以後、契約を更新してきた（盛岡中央郵便局勤務）。

Yの従業員には、無期労働契約を締結する労働者（正社員）と有期労働契約を締結する期間雇用社員（時給制契約社員）とがあり、それぞれ適用される就業規則及び給与規程は異なる。正社員に対しては冬季の5カ月間（11月～3月）寒冷地手当が支給されるが（4級地である盛岡市の場合、月額7360～1万7800円）、時給制契約社員に対しては、寒冷地手当は支給されない。なお、Xは平成28年11月以降、世帯主であり、扶養親族はない。Xらは、寒冷地手当の時給制契約社員への不支給を労契法旧20条の不合理な格差であると主張して損害賠償を請求した。

#### 【判旨】（請求棄却）

「……有期契約労働者と無期契約労働者との個々の賃金項目に係る労働条件の相違が不合理と認められるものであるかを判断するに当たっては、両者の賃金の総額を比較することのみによるのではなく、当該賃金項目の趣旨を個別に考慮すべきものと解するのが相当である。また、ある賃金項目の有無及び内容が、他の賃金項目の有無及び内容を踏まえて決定される場合もあり得るところ、そのような事情も、有期契約労働者と無期契約労働者との個々の賃金項目に係る労働条件の相違が不合理と認められるものであるか否かを判断するに当たり考慮されることになるものと解される」。

「……正社員の基本給は、〈1〉担当する職務の内容による分類（職群、又はコース・役割グループ）、〈2〉職務の複雑困難性及び責任の度合による区分、又は社員に期待される役割による区分（職務の級、又は役割等級）並びに〈3〉前年度の勤務成績が良好であることを必要条件として上位に変更され得る賃金階層（号俸）によって定められており、勤務地

域による差異は設けられていない」。

「そして、寒冷地手当は、正社員が毎年11月から翌年3月までの各月1日という冬期の基準日に所定の寒冷地域に在勤することを条件として支給され、その額は、地域の寒冷及び積雪の度による区分並びに世帯主か否か及び扶養家族の有無による区分に応じて定められている」。

「そうすると、寒冷地手当は、正社員の基本給が上記〈1〉から〈3〉までの要素によってのみ決定され、勤務地域による差異が設けられていないところ、寒冷地域に在勤する正社員は、他の地域に在勤する正社員と比較して、寒冷地域であることに起因して暖房用燃料費等に係る生計費が増加することから、寒冷地域に在勤する正社員に対し、寒冷地域であることに起因して増加する暖房用燃料費等に係る生計費をその増加が見込まれる程度に応じて補助することによって、勤務地域を異にすることによって増加する生計費の負担を緩和し、正社員間の公平を図る趣旨で支給されているものと解される。」

「これに対し、時給制契約社員の基本賃金は、所属長によって地域ごとに定められるものであり、その一部を構成する基本給は、その勤務地域における地域別最低賃金に相当する額に所定の加算をしたものを下限額とし、募集環境を考慮して、既達予算の範囲内で定めることができるものであり……、勤務地域ごとに異なる水準で決定されている。そして、基本給の下限額の基礎となる地域別最低賃金は、「地域における労働者の生計費」が考慮要素の1つとされ（最低賃金法9条2項）、これを決定する過程において、各都道府県の人事委員会が定める標準生計費が参照されている……。このように、時給制契約社員の基本賃金は、勤務地域ごとに必要とされる生計費も考慮された上で、勤務地域ごとに定められているのであるから、勤務地域を異にする者の間に、基本賃金に勤務地域による差異がないことに起因する不公平が生じているとはいえず、寒冷地手当の支給により公平を図る趣旨が妥当するとはいえない。」

「そうすると、正社員、とりわけ郵便の業務を担当する新一般職と郵便の業務を担当する時給制契約社員との間には職務の内容、職務の内容及び配置の変更の範囲につき相応の共通点があること……を考慮しても、正社員に対して寒冷地手当を支給する一方で、時給制契約社員に対してこれを支給しないという労働条件の相違は、不合理であると評価できるものではない。」

「……正社員に対して寒冷地手当を支給する一方で、時給制契約社員に対してこれを支給しないという労働条件の相違は、労働契約法20条にいう不合理と認められる労働条件に当たらないと解するのが相当である。」

神吉 それでは、フォローアップの2件目、日本郵便（寒冷地手当）事件です。日本郵便に関しては最高裁判決も複数出ているように、労契法旧

20条の不合理的な賃金格差が争われた多くの事件があって、その一事例になります。

本件で問題となったのは、寒冷地手当です。原告Xは、Yの時給制契約社員として有期労働契約を結んでいる労働者で、盛岡中央郵便局に勤務していました。Xは有期契約が更新されてきて、世帯主ではあるけれども扶養親族はいない状況にあります。

Yの従業員には、正社員と時給制契約社員との区分がありますが、それぞれ適用される就業規則と給与規程が異なります。今回問題となる寒冷地手当は、正社員に対してのみ、冬季の5カ月間、11月から3月までの月ごとに支給されます。これは住んでいる場所と、世帯主かどうか、扶養親族の有無によって若干変動があるものの、月額7360円から1万7800円の間で支給される手当でした。これに対して、時給制契約社員に対してはそもそも寒冷地手当の支給がなく、この不支給をXが不合理的な格差だと主張しました。

労契法旧20条は、現在は、パート有期法の8条に移りましたが、基本的な判断枠組みはほぼ共通です。パート有期法の下では、賃金項目の性質や目的を考慮したうえで、その考慮要素の重みづけを変えていくことがより明確にはされているんですけれども、そのような判断枠組みはすでに労契法旧20条の解釈においても採用されており、特に寒冷地手当の事件では、寒冷地手当の支給の趣旨、性質・目的が何なのかが重要となってきます。

判旨は、「寒冷地手当は、地域の寒冷及び積雪の度による区分並びに世帯主か否か及び扶養家族の有無による区分に応じて定められている」と認定し、寒冷地手当は、正社員の基本給が勤務地域による差異が設けられていないところ、寒冷地域に在勤する正社員は、他の地域に在勤する正社員と比較して寒冷地域であることに起因して、暖房用燃料費等に係る生計費が増加することから、その増加が見込まれる程度に応じて補助することによって正社員間の公平を図る趣旨だと読み取っています。

こうした認定には2つの趣旨の混在を読み取れます。まずは、より根幹的な趣旨として、寒冷地

ではそうでない地域に比べて暖房費がかかるので、暖房用燃料費、生計費に対して補助をする。それが正社員への支給の趣旨だという点に着目すれば、同じ趣旨が有期契約労働者に対しても妥当するかを判断すべきで、実際にこれまでの他の手当に関しては、認定した性質・目的が契約社員にも妥当するかを判断して、妥当するとなれば、不支給または金額差について、その不合理性を判断してきたと思います。しかし、本件においては、これに尽きず、2つ目の趣旨が効いているようです。

2つ目の趣旨は、正社員間の公平を図る趣旨です。正社員は、勤務地を異にすることで生活費負担の差が出てしまう。その格差を是正する、正社員間の公平を図るという趣旨が、正社員にだけ暖房費に係る寒冷地手当を支給する趣旨として上がっているのです。

従来の判断枠組みでは、本来の趣旨である生計費補助という趣旨が他の賃金項目に反映されているかを検討し、そうでなければ、不支給が不合理かを検討されていました。たとえばYには外務業務手当という手当がありますが、それはもともと基本給から切り出されて手当化されたものであった。契約社員に関しては基本給の中に入っていて、しかも、そちらのほうが高いので不合理でない、と判断された別事件があります。同様に、早出勤等手当についても、契約社員に対しては同趣旨で早朝割増賃金が支払われているので、不支給も不合理ではないと判断されています。さらに、業務精通手当も、もともと基本給だったものを切り出して、契約社員には基本給内の資格給として、より高額の支払いがなされているので不合理でないと判断されました。

これらはいずれも業務に係る手当ですが、本件で問題となる寒冷地手当と共通する生活保障給的な住居手当については、最高裁では判断がされていません。高裁レベルでは、住居手当不支給の不合理性は認められましたが、判決後に、Yは正社員組合との間で団体交渉などを重ね、転勤のない正社員に対する住居手当を廃止しています。つまり正社員側の労働条件を下げ、低いほうで揃えて不合理性を解消したという経緯もあり

ます。

このように、本件では、寒冷地手当が契約社員の基本給に含まれているのかが問題になるところ、Yは地域別最低賃金に同趣旨の支給が含まれていると主張し、結論としても認められたわけでは。

具体的な寒冷地手当は、年間で5カ月分を1年を通した時給に換算すると、約25円です。この相当額が、当時の岩手県の最低賃金である716円に反映されているのかが問題になります。翻って地域別最低賃金は何で決まっているかというところ、法律上、労働者の生計費、賃金、そして、通常の事業の支払能力が考慮要素になっています（最賃法9条2項）。この中で関連しそうな「生計費」を考慮する際に中心となる消費者物価指数は、通常、都市部のほうが高いので、必ずしも寒いところが高いわけではありません。もちろん暖房費も考慮されますが、生計費と括られるなかで捨象される部分が大きいでしょう。

また、最近では、地域別最低賃金の地域間格差の是正が課題となっており、寒冷地の生計費を考慮して賃金差をつけるという発想とは、むしろ逆行するものです。しかも、地域別最低賃金の決定に際しては、各地域の中でも県庁所在地の指数が使われるため、寒冷地手当の級地ともずれがあります。

さらに、もともと日本郵便が寒冷地手当を導入していたのは、国家公務員に準拠していた名残ですが、国家公務員の寒冷地手当に関する法律も2004年の改正で支給地域を限定して、支給額も引き下げられていて、全体的には縮小方向です。

これらの事情に鑑みれば、支給格差は正当化されにくいように思います。

私自身は、不合理性は認められると考えますが、仮に不合理であると認めても、どのような救済となるのか。正社員の寒冷地手当がそのまま上乘せになるのかも問題となりそうです。格差が不合理であるという結論が、住居手当のように、正社員の寒冷地手当を廃止する方向で格差を是正するという対応を招くことも十分考えられます。

このような問題と表裏一体の関係にある事例が、社会福祉法人恩賜財団済生会事件（山口地判

令5・2・24労判1293号5頁）です。この事件では、パート有期法の改正に伴って、正規職員と非正規職員との間で不合理と評価される格差は正のために、手当の支給目的を納得性のある形で明確化することを目的として、手当の組み替えがなされました。人材確保対策の一環として、若年層や女性職員が働きやすくなる手当の実現を目指して、扶養手当、住宅手当を廃止します。子ども手当や賃貸物件に係る住宅補助手当に組み替えられているのですが、一部手当の廃止についての就業規則変更が不利益変更として争われました。

結論としては、就業規則変更の合理性が肯定され、支持できる結論だと考えますけれども、不合理性の判断の問題と、不合理性の是正方法について示唆的な判決ですので、ここで言及しておきます。

富永 ありがとうございます。前半の不合理性の判断への疑問、もっともだと思います。

後半の不合理性の是正の方向性のお話ですが、不均衡ですというのを指摘しても、誰の得にもならないとまではいえませんが、たくさんもらいすぎているそっちを削りましょうという話になりそうですよね。労基法1条2項で、労働基準は最低基準だから、これを基準を理由として労働条件を低下させてはならないと書いてあるんですけども、労契法は最低基準のない世界なので、結局、格差が不合理とされたとき、低い労働条件を上げるのではなく、高い方の労働条件を下げるほうに行くのも十分ありえます。文句を言われるくらいだったらその手当は廃止しようという話になりえます。

ただ、前半の不合理性の話に戻りますが、本件の格差はやはり不合理に思えます。これは結局は、最低賃金プラス20円となっていて、最低賃金にあらゆるものがちゃんと考慮されているからOKと読めますが、そんなことには普通ならないですよ。

神吉 はい。まず認められないだろうと考えていた理屈が通ったことに非常に驚いた判決です。これが認められるなら、生活保障給的な要素は最低賃金の中に全部入っていることになりかねません。生計費には住居費も考慮されているはずなので、住居手当も同じだったのかという。正社員間

の公平を図る趣旨が仮にあったとしても、だから有期には支払わなくていいという結論には直接つながらないので、Yとしては最低賃金に含まれていると主張するしかなかったにせよ、それを裁判所が認めるのは疑問です。

富永 正社員の公平を図る趣旨である。だから、正社員については、こういうもので調整しないといけない、非正規同士だったら、それは要らないという話に聞こえます。どちらも正社員同士、非正規同士の横の比較の話ですが、「縦の比較」と言うのでしょうか、正社員と非正社員の間の比較はどうなんだという問題が検討されていないと思います。

ただ、本判決を見ると労契法旧20条の判断はすごく難しいということも示している気がします。「本件で不支給は不合理」といった、大まかな判断はできても、結局「この格差までなら合理的だ」というような判断は、裁判所もお手上げだと私は思っています。正社員の人も非正社員の人も寒冷地についての費用の手当は必要である、という判断はできます。でもその手当分が、最低賃金にどれだけ含まれているか全く判然としません。わずか24.5円に反映されているとは思えません。かといって、全然寒冷地の要素がないとも言えません。支給・不支給の必要性があるかないかだけを判断するのは可能ですが、支給すべきときにどれだけ支給すべきかは判断できないのではないかと思います。

すると結局、両方とも支給しないことで平等にしようとする方向が解決策としては簡単で、非正社員にも手当を支給して均衡をとろうとすると、手当額の妥当性でまた問題となってしまいます。旧20条の志とは違う帰結になってしまうという気がします。

神吉 額がかなり大きいので、全額認めると影響が大きすぎるという躊躇はわからないではないのですが、額が大きいからこそ正規非正規格差が大きいまま維持されているわけです。少なくとも、完全な不支給は不合理だとは言えるようにも思います。

富永 完全な不支給は不合理です。支給する場合に、その支給額がいくらであるべきかが判断困

難で紛争になるとすれば、使用者は、平等に扱うため、両方支給しない形で平等にしようというインセンティブが働く気がします。もっともそれはそれでいいのかもしれませんが。その手当を支給しない代わりに他の形で配分すればいいんでしょうね。済生会事件も、きっと一面的に全部不利益というわけじゃないですよ。

神吉 そうですね。済生会事件で行われたのは、配偶者に対する支給は廃止しても、扶養されている子どもがいれば子ども手当を増やすような組み替えではあります。でも、単に削るだけなら駄目なのか。格差が問題なら、削るだけでも是できますよね。

富永 削るだけだと、正社員間の公平が図れなくなります。ただ、正社員間の公平は、正社員・非正社員間の格差と違い、法律では規制されていないので、OKという話になるのでしょうか。

神吉 正規・非正規の格差だと、労契法旧20条の問題となり、職務や変更範囲と賃金との関係を見て不合理性を判断する枠組みですが、後に取り上げるAGCグリーンテック事件で触れるように、正社員に関しては、差別に該当しなければ差を設けること自体に対する是正のきっかけはほとんどなくて、契約自由がそのまま妥当します。正社員間の公平を図るべき法的必要性が存在しないわけですから、正社員間の公平性確保を重視して正規非正規の格差の不合理性を否定するのは筋が悪い気がします。

富永 正社員は転勤ありの場合で、寒冷地に行っても寒冷地だからかかる費用の手当がないなら、行きたくないということになりますよね。そこは法的な是正義務はないですが、事実上は是正しないといけない。寒冷地手当もその趣旨だと思います。

神吉 そうなのです。公務員の場合には地方に行く地域手当が目減りする部分を、暖房費分の上乗せで埋め合わせているところがありそうです。これに対して、契約社員だと転勤はないですが、盛岡で働く場合と東京で働く場合を比較すれば、時給は東京のほうが高く、盛岡だと低い。暖房費は基本給の中に入っていますといわれたら、納得いかないのではないですか。岩手県は当時、

地域別最低賃金が全国でも最低水準ですから。

富永 アメリカみたいに排他的交渉代表制だったら、非正規労働者のことも考えて交渉してくれるから、ある程度見てもらえるという建前になりそうな気がします。

神吉 転動がない、たとえば盛岡で採用された人は基本的には岩手県の転動のない範囲ですずっと働き続けるのであれば、自分の勤務可能性がない、たとえば東京の時給制契約社員との均衡を図る必要がないということなのでしょうね。

富永 正社員は使用者が一方向的に配転を決めますので、公平に埋め合わせる必要があります。しかし岩手県内だけで働くというなら、労働条件の安定という対価があるので、寒冷地・非寒冷地を移動する人と公平を図る必要はない。だから一方には支給し、地域限定には支給しないとしても、一応わからなくはないです。

神吉 盛岡の労働者は、盛岡で働く限り時給はこの額とわかっていて契約関係に入っていることも1つの要素ではあるかと思います。

富永 岩手の労働市場と東京の労働市場は全然違いますが、違う労働市場で決まっているものを比べて「均衡」で判断すること自体が無理筋な気もしてきました。旧20条を否定してしまう話になりそうですが。

神吉 正社員の基本給に上乘せが必要なほど暖房費がかかるのならば、そうした生活保障的な考慮は契約社員にも当然かかるはずとも言えます。救済としても、最高裁で認めたものはないですが、高裁段階で大阪医科薬科大学事件（東京高判平31・2・15判例1199号5頁）が賞与について、メトロコマース事件（東京高判平31・2・20判例1198号5頁）が退職金について、割合的な救済を認めています。ではいくらなのかが難題とはいえ、不合理性を認めたくえて救済を割合的に認めてバランスをとることもできたと思います。

富永 正社員間の公平を図る必要があるのは、転動とかがあるからなんですよ。だとすると、本当は寒冷地手当という名前で支給しているけど、実は本当は寒冷地手当じゃなくて、転動手当とか何か、そこへの手当なんだよねということなのでしょう。転動に応じないといけないという

義務を負っている。そこから生じる不利益性を埋め合わせる手当だからです。

神吉 もともとは住居手当がそういう趣旨で支払われていました。それが問題になったのは、転動がない一般職正社員にも住居手当が支払われていたためです。ですから、転動がある正社員に対しては、配転に応じなければならぬために増える住居費負担の補填なら基本的には不合理でない格差といえます。それが寒冷地手当と別にあるならば、やはり寒冷地手当の趣旨は違うのでしょうか。

富永 しかも転動しない人でも、最初から寒冷地で働く正社員も支給されているんですよ。

神吉 はい。本件の比較対象者は、勤務地の原則が「転居を伴う転動がない範囲」とされている新一般職、つまり転動もなくずっと盛岡にいて寒冷地手当をもらえる正社員です。

富永 本件も裁判所の判断が難しい事案だと思います。労働委員会の救済命令みたいな合理的な条件で労使で協議して決めよといった柔軟な命令が出せないものかと思います。単に不合理だから差額全額を支給せよ、というのは妥当でない気がします。

神吉 割合的な、新一般職と時給制契約社員との格差全額でない救済を認めることもありえます。その場合は、考慮要素のうち何を重視するかですよ。職務内容が一緒で、変更範囲も基本的には新一般職とは基本的には変わらないとなると、本件の場合は、「その他の事情」が大きくなります。その中では、やはり正社員間の公平を図る趣旨に重点が置かれているようです。

その前の段階で、ある賃金項目の有無、内容は、他の賃金項目の内容をふまえて決定される場合には、それも考慮要素となると確認されており、それが最賃である程度対応されていること、正社員間の公平を図る趣旨とが、合わせ技的に、不合理性を否定する方向で使われているようにも読めます。

富永 そう言われると、裁判所の理由づけもなくなるとは思えないかなという気もしてくるんですが、ただ最低賃金に本当に入っているのかなというのは怪しい気がします。

神吉 最低賃金は法律上支払うべき最低限なので、それがプラスアルファ的な位置づけである手当の代わりになるという理解は難しいと思います。

富永 正社員に支給される寒冷地手当が、最低限必要な手当額というわけではないと思います。非正社員の基本給には寒冷地見合いの額が含まれているとしても、それは「最低限度の寒冷地手当」なので、正社員が支給されている寒冷地手当の、最低限必要な額ではない、プラスアルファとしてもらっている額とはやはり釣り合いがとれていないはずで、その差を説明するものが必要であるということでしょうか。

神吉 生活保障給的な上乘せですよ。それが、賃金として許される最低水準に既に含まれているという理解は無理があります。名古屋自動車学校事件の一審（名古屋地判令2・10・28 労判 1233号5頁）・原審（名古屋高判令4・3・25 労判 1292号46頁）は、そもそもの賃金水準が低すぎて、賃金センサスの平均よりかなり低い、労働者の生活保障という側面から見てもあまりにも低すぎると、絶対額に着目する判断をしていました。私はそれに対しては批判的で、最高裁判決（最一小判令5・7・20 労判 1292号5頁）でもその部分は全く言及されず差戻しになりました。マクロ経済的な、消費者物価指数などの要素はまったく反映できないわけではなくとも、不合理格差の判断基準としてふさわしいでしょうか。「社会的にどうあるべきか」は、最低賃金決定の発想ではあっても、不合理な格差禁止の規律は、同一の使用人が雇用する正社員と、有期やパートの人たちとの労働条件に不合理な差を設けてはいけないという規律なので、法律上の最低限のラインでクリアできていると認めてしまうと、不合理な格差禁止を使用者の責任と位置づけた労契法やパート法の趣旨が没却されてしまいます。

富永 本判決だと、違う賃金決定システムを使っているから違っていいです、以上という話になってしまいそうですね。たまたま本件は最低賃金ですけども、職能給や職務給といった文脈でも言えてきそうな気がします。

神吉 本件は典型的に、正社員と時給制契約社員とで賃金体系を異にしているの、厚労省のガ

イドラインによれば、賃金体系を違えていることが不合理でないかの吟味に入るはずで、ですが、使用者側が地域別最低賃金に反映されていると主張したので、それに正面から対応してこういう判決になったのでしょうか。

寒冷地手当をめぐる事件は札幌地裁でも労働者が敗訴して（札幌地判令5・11・22 労経速 2545号35頁）、本件もそろそろ高裁判決が出そうですが、結論に至る理屈は不十分ではないかと思えます。

富永 旧20条は難しいなと今しみじみと思いました。旧20条は最高裁まで持っていきそうですね。勝ち筋がある限りは。

神吉 最高裁で覆ったりしますからね。裁判官によって判断が変わるほど微妙なら、そもそも不法行為の故意過失が認定できるのかという疑問も生じます。使用者が先例に鑑みて不合理でないと思っていてやっていた処遇が、下級審でも勝ったのに、最高裁で、いやこれは不法行為ですよと変更されても、それは注意義務違反といえるのか。一蹴されるばかりで最近では主張も見なくなりましたが、理論的には問題が残ると思っています。

富永 労基法で典型的に明確な基準があるものと違って、差別関係の事件は明確な基準がありません。ある意味、行政委員会とかに仲裁を委ねるみたいなのが本当はいいのかなという気がします。明確にどの格差まではOKという線を引けない、だったらもう仲裁なりしたほうがいいんじゃないかなと。

あと同じ日本郵便だったでしょうか、最近、手当廃止で対応したというニュースを見たような気がしたんですけど。日本郵便だけじゃなかったですよ。

神吉 日本郵便の住居手当は、新一般職については廃止されました。事実上は、こういう帰結も格差是正としてありうるわけです。ただ、日本郵便は廃止についてかなり組合と交渉したようですし、組合のほうも相当な覚悟で、影響を受ける正社員に対して何度も集会を開いて説得を尽くしたようです。正社員への待遇を非正規にも拡大できれば理想ですが、原資に限りがある場合はやむをえないと考えられることもあります。

富永 そんなに賃金の原資は増えないですからね。成長企業なら、割と非正規にも手当を支給するという対応が取りやすいですが、そうでなければ、結局はどこか増やすならどこか減らさざるをえないという話になりますね。

神吉 寒冷地手当は国家公務員に対しても縮小方向ですし、過去の格差について損害賠償を認めることができて、将来の格差は正に関しては同じ帰結となるかもしれません。

### 3. フランチャイジーの労働組合法上の労働者性

——ファミリーマート労委命令取消請求事件・東京高判令和6・3・13（中労委DB）

#### ——事案と判旨——

##### 事実の概要

P（補助参加人）はコンビニエンスストアZ店の加盟するフランチャイズ本部、XはPとの間でフランチャイズ契約を締結した者（加盟者）が中心となり労働組合として結成した団体である。

Xはフランチャイズの再契約の基準に関しPに団交を申し入れたが、Pは書面等により回答し、個々の加盟者との話し合いには応じるとしたが、団交は拒否した。Xは東京都労働委員会（都労委）に団交拒否について救済申立てを行い、都労委は団交応諾命令を発出したが、Pは中央労働委員会（中労委）に再審査を申し立て、中労委は棄却命令を発した。Xはこれに対し取消訴訟を提起したが、東京地裁は訴えを棄却した。

取消訴訟ではXの加盟者の労働組合法上の労働者性が争点となった。第一審判決は、労組法3条の労働者とは、労働基準法9条や労働契約法2条1項の労働者とは異なる概念であり、使用者との間において使用従属関係にあるといえることは必須ではないとし、労組法上の労働者には、自らの労働力を提供して対価を得て生活するがゆえに、相手方との個別の交渉において交渉力に格差が生じ、労働組合を組織し集団的な交渉による保護が図られるべきであるといえる者がこれに含まれるとして、①労務供給者の事業組織への組入れ、②契約内容の一方的・定型決定、③報酬の労務対価性、④業務の依頼に必ず関係ないし諾否の自由、⑤労務供給者の労務提供における、広い意味での指揮監督、時間的場所的拘束の存否の①～⑤を積極的要素として考慮し、⑥労務供給者の顕著な事業者性を消極的要素として考慮すべきであると、結論としては②については認めたが、⑤については場所的拘束性を認めつつ広い意味での指揮監督や時間的拘束性の存在を否定し、①③④については存在を否定し、⑥について顕著な事業者性が肯定されるとして、労働者性を否定し、本件団交申入れは労働者の代表者による団体交渉の申入

れには当たらず、団交拒否の不当労働行為は成立しないと判断した。

控訴審では、A)全般として、フランチャイズ契約書等の形式的証拠でなく、実質的に労働者性を判断すべきである、B)上記①の「事業組織への組入れ」について、就労実態上、Pが店舗を準備し加盟者に貸与する形態のフランチャイズ契約（以下「2FC契約」）。これに対し、加盟者が店舗を調達したり、又は内装を行ったりして物的経営資源を店舗の経営に供する形態のフランチャイズ契約を「1FC契約」とする）では、本部フィーが高額であり加盟者が店長を務めざるを得ず、「労働力として」事業組織への組入れがされている、C)上記③の「報酬の労務対価性」について、引出金・配分金は加盟者が店長となるか、どれだけ労働するかで変わるので、実質的に労務の対価である、D)上記④の「業務の依頼に必ず関係ないし諾否の自由」について、不本意に再契約を拒否された者が存する、E)上記⑤の「広い意味での指揮監督下の労務提供、時間的場所的拘束性」について、Pによる指導・評価に従わず加盟者が再契約拒否された例がある。また実態として就労せざるを得ず、店舗に拘束される、F)上記⑥の「顕著な事業者性」について、加盟者が得ているのは運営からの利益というより労務に対する報酬である、等の主張を展開した。

##### 【判旨】（控訴棄却）

判決は、上記の主張に対し、概要として下記のとおり判断し、請求を棄却した。

補充主張Aについて、原判決は形式のみならず実質を考慮して判断している。

補充主張B（組入れ）についても、2FC契約は、事実上、加盟者ら（法人代表者を含む。以下同じとする）が自ら店長となる実態を伴う契約であるが、(a)加盟者らの労働力が必須ではない、(b)2FC契約・単一店舗運営においても、加盟者は、店長となることが不可欠ではない、(c)FC契約を含む本件契約全体をみれば、加盟者らが店長とならない加盟店舗が多数、ということから、「2FC契約を含む本件契約が、控訴人の組合員を労働力として確保することをも目的としているとまで断ずることはできない」とし、また、Pは加盟者の店舗の労務管理の権限はなく、管理の実態もないから、加盟者らが、Pの事業遂行に不可欠ないし重要な労働力としてPの組織内に位置付けられ、確保されているということができない。

補充主張C（労務対価性）について、X組合員が、Pの事業遂行に不可欠ないし重要な労働力として参加人の組織内に位置付けられ、確保されているということができない、また、「引出金・配分金の金額は、加盟店舗における営業利益の多寡、すなわち売上高を上げ、営業費を削ることによって変動するものであり、加盟者又は法人加盟者代表者の加盟店舗における就業による出来高、業務量又は就業時間等によって、自動的に算出されるものではなく、労務対価性があると評価できるものではない」。

補充主張 D, E について、原判決の判断は支持される。

補充主張 F (顕著な事業者性) について、①加盟者らは「労働力として」組み入れられていないこと、②最低保証金制度が存在しても顕著な事業者性を否定するものでないこと、③商品の選択の裁量があること、自己判断での従業員雇用等で損益を変動させることができること、事業者性が顕著であること、「他人の労働力を利用する実態があることからすると、X の主張する上記事情を勘案しても、加盟者は、恒常的に自己の才覚で利得する機会を有し自らリスクを引き受けて事業を行う者として、顕著な事業者性があると認められる」。

富永 次に、ファミリーマート事件です。この事件では、フランチャイザーであるコンビニエンスストアの本部に対する、フランチャイジー、つまり、1つ1つのフランチャイズ契約を結んでお店を運営している加盟者の労働者性が争点となりました。フランチャイジーの、1つ1つの店舗を運営している加盟者が労働組合を結成して団交しようとした。これに対して、フランチャイザーが、加盟者は労働組合法上の労働者ではないと言って団交を拒否した、という事案です。

今回、高裁判決を対象としています。高裁判決の判断そのものは、地裁判決を引用して補足しているスタイルで、この高裁判決自体が斬新な判断というわけではありません。

労働組合法上の労働者性についてはこれまでも取り上げたことがあります。フランチャイズについてはセブン-イレブン・ジャパン事件など先事例はあるもののあまり判断事例も多いとはいえません。特にフランチャイズについては、独立の事業者と言えるような実態があるかどうかという点に判断のポイントがあることから、フォローアップとして取り上げてみた次第です。

本判決は労組法上の労働者性についての判断事例ですけれども、多くの事例と異なり、一方的に契約内容を決められているという点は問題なく認められるように思います。また、個々のフランチャイジーの運営する店舗については、事業組織に組み入れられているといえると思います。しかしフランチャイジーの店舗を運営する加盟者が「労働力として」組み入れられていると言えるのか、つまり本当の意味で労働者といえるのか、というところ

が問題となっているように思います。

本判決は、今までの労組法上の労働者性の判断枠組みを使いながらも、その「労働力として」というポイントを随所で強調して、労働力として組み入れられているのか、労働力の対価として報酬をもらっているのかといった点で、自分の労働力を提供して対価を受ける労働者として評価できるかという点を判断しているように思います。

高裁段階で補充主張がなされ、結果として地裁判決とほぼ同様の判断が下されています。いくつか気になるところがあります。

まず第一に、たしかにフランチャイズ契約自体は「加盟者」、これは事実上は店長さんになるのですが、この加盟者を「労働力として」組み入れる契約ではない、と判断しています。しかし実態としては、圧倒的に加盟者が店長さんになっているという点です。契約の目的は加盟者の労働力を目的とするものではないのですが、非常に高い確率で、結局は店長さん自ら働いているという場合に、「労働力としての事業組織への組入れ」がないとして否定しているのか、不安なところがあります。

第二に、労務対価性についても、若干の問題提起があるように思います。今までは、「労務対価性」の考慮要素の使い方は、「働いたこと自体についてお金をもらっているか」という、個別的労働関係法上の労働者性の判断における「報酬の労務対償性」と近い考え方をしていたように思います。しかし本件では「自分が労務を提供していることの対価」という視点が問題となっています。「たくさん働いたらその分報酬が増える」という賃金性の文脈ではなく、計算方法はともかく「自分の労務への対価なのか」という視点です。もともとの労組法上の労働者のイメージは「給料生活者」であり、「自分の労働力を売り渡してしか生きていけない人」だと思うのですが、本件で問題となったのは、まさにその点なのではないかと思えます。

第三に、本件での加盟者である店長さんの、店員さんを雇うという権限が、事業者性を肯定する点でどの程度重視されるのかという点です。労組法制定当時は、もともと、事業者性があっても労

働者性を肯定して問題ないという趣旨の帝国議会での質疑もありました。ただ、事業者性が非常に顕著だとやはり労働者ではない、とされ、平成23年の「労使関係法研究会報告書」とか、ピクターエンジニアリング事件（ピクターサービスエンジニアリング事件・最判平24・2・21民集66巻3号955頁）でもそのような趣旨が触れられています。

今までの事例を見ると、必ずしも他人を雇えるから即アウトになるというわけではなさそうです。ただ、他人を雇えるとしても、自分も就業する義務があったかどうかというのが、もしかすると労働者性の肯定・否定を分ける一応の線引きになるのかもしれませんが。都労委の公文研究会事件（中労委ウェブサイト掲載）は、学習塾のフランチャイズの事例です。この事例では、フランチャイジーである教室の運営者が補助的に人を雇うことができましたが、雇った方に任せることができるのは補助的な役割のみで、あくまで自分自身で教える義務がありました。他の事情も考慮し、この事件では運営者の労働者性を肯定しています。阪神観光事件（最一小判昭62・2・26集民150号263頁）は、キャバレーで演奏するバンドのバンドマスターたちに対するキャバレーの使用者性が問題とされた事例です。この事例では、バンマスたちはバンドメンバーを選んで採用していましたが、そのバンマス自身も演奏していました。裁判所は、キャバレー経営者の「使用者性」を肯定しています。おそらくは「労働者性」もあるという前提だと思えます。他人の労働力を利用していても、自己の労働力も提供している、そういう実態であると言えれば労働者性は肯定されるのかなと一応思っています。ただ、多少なりとも他人の労働力を使えるのであれば、本当に労働者と言えるのかという点は、実は不安なところもあります。

最後に、事業者か否かという視点は、どの要素として判断されるべきかという点です。労組法上の労働者は「労働力として」対価を得て生活している者であって、顕著な事業者ではない、ということが必要だと考えられていますが、この「労働力として」という要素はいろいろなところに頭を出してきます。現在、「労使関係法研究会報告書」

の判断枠組みにより、労組法3条の労働者性の判断にあたっては、基本的判断要素として、①事業組織への組み入れ、②契約内容の一方的・定型的決定、③報酬の労務対価性、補充的判断要素として、④業務の依頼に応ずべき関係、⑤広い意味での指揮監督下の労務提供、一定の時間的場所的拘束、消極的判断要素として、⑥顕著な事業者性を考慮する判断枠組み、「6要素説」といいます。6つの要素から労働者性を推定しましょうという考え方をとっています。でも、この現在の6つの要素では、この「労働力として」の要素が純化されて捉えられていないのかもしれない、と思っています。

また関連して、この事件では、特定のコンビニエンスストアとの関係で労働者性を判断していますが、それでいいのかという話もあります。労組法7条が問題となっていて、不当労働行為をした相手方との「関係」で労働者性を判断する場合はいいんですけども、7条とは別に、特定の相手方との関係を前提とせず、独立して労働者性を判断しないといけない場合、つまり純粋に労組法3条の労働者性を判断するときは、7条の、不当労働行為の成否が問われる相手がいることを前提に形成された判断枠組みである6要素説は、うまく適合しない気がします。私自身は、労組法3条の労働者性と7条の労働者性とは、本当は概念として分けたほうがいいんじゃないかと思えます。異端の説かもしれませんが。

たとえば、特定の相手との関係性だけで労働者性や法適合組合性を判断するのが困難な場合があるように思います。とある人が、副業をしている場合を考えます。その人は自ら事業を運営している事業者だったり、社長さんだったりする。でも、別の会社では労働者としてアルバイトしている、という場合を考えます。

この人は、そのアルバイトしている会社との関係では労働者性があり、だから労働組合をつくれるということになる。でも、自分の経営する会社に対しては労働者性がない、ということになりそうです。では、そうした人たちが主体となるユニオンは、労組法2条の労働組合でしょうか。法人登記ができるのでしょうか。

労組法3条の労働者性を考えるときに、特定の相手との関係的な概念を前提に処理しようとする、労組法7条の関係では良くても、3条ではどこか変な帰結になるんじゃないかなと思っております。

神吉 私の問題意識も共通する点が多いです。判断枠組み自体はこれまで使われてきたもので、法的安定性から考えてもこれらの要素で考えることに異論はないですが、6要素の関係や軽重をあらためて考えたい。そして、顕著な事業者性要素の位置づけ、これを最後に検討する意味も気になっています。顕著な事業者性が阻害的判断要素と位置づけられるのは、1から5までを覆すような要素だからか、それとも、それらを検討する前提となるスクリーニング的要素とみるべきか。事業者性が他の要素に顔を出すということも含めて、ほかの要素とは違う性質があるように思います。

あとは、階級的な判断が7条の文脈にそぐわないという指摘はもっともで、属人的な生活に関する状況を勘案するのは、歴史的な文脈はそうであったにせよ、契約や仕事そのものが細切れになってきた現在は契約関係ごとに見ていくべきで、生活依存度を重視すると帰結がおかしくなってしまう。これと関係して、同じ契約を結んでいても、他人の労働力を使用している人もいる一方で、していない人もいるという、契約関係の外にある他人の状況をどの程度考慮すべきか。それは契約内容を外から補強する要素ともいえそうですが、同じフランチャイズ契約に基づいて他人労働力を利用している人が3%である場合と、60%や80%であるときとで、何か違ってくるのか。それが本人の労働者性を確定するうえで決め手になる要素なのか、してよいのかというのが、疑問として残っています。

また、フランチャイズの特徴として、あくまでも自己が経営者として経営判断業務をする側面は当然内包している。多くの加盟者が店長でもあるとしても、裁判所や労働委員会が注目するのは店長業務のうち経営判断を除く店舗運營業務、まさに労務の提供といえる部分がどれだけあるかで、これらが区別される点が特徴的だと思いました。

経営判断の部分が大きく、店舗管理業務は他人に任せてもいい、そういう契約と性質づけられたのだと思います。

富永 たぶん、裁判所はそうみているのだと思います。加盟者が自分で店舗の店長業務やレジ打ちをやっているかもしれないけれども、そんなことは求められていない。経営判断の業務がメインというか、本質である、という判断をしたんでしょうね。

神吉 それは、顕著な事業者性ありと判断される事情でしょうか。

富永 「顕著な事業者性」の要素で整理するのかどうか。複数の考慮要素が、かぶっています。本件でもある意味、「事業組織への組入れ」はあると思います。フランチャイジーの店舗は、このコンビニエンスチェーンの1つとして組み入れられています。ただ、「労働力として」組み入れられてはいないと判断されています。このように、事業者であること、裏返して言えば労働力でないという要素とは、「事業組織への組入れ」のところで見ればいいのか、それとも「顕著な事業者性」というところに全部集約して判断して、そこでひっくり返せばいいのか。

神吉 顕著な事業者性が認められることで、1から5までの要素の存在がひっくり返される事態がありうるのでしょうか。1から5までが認定されれば顕著な事業者性はない、逆に1から5の要素がなければそれが事業者性を基礎づけるのだから、独自の意味は何かと。

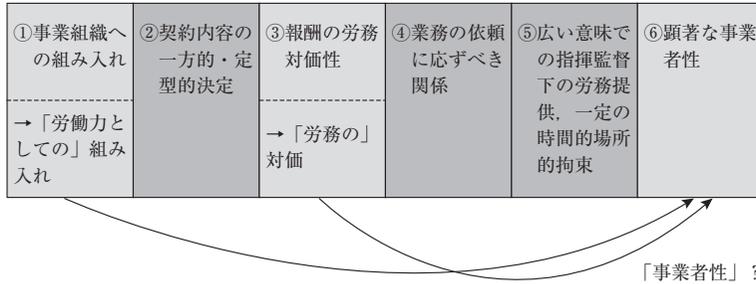
富永 つまり、労働力として組み入れられているし、労働力の対価としてお金をもらっているんだから、それは労働力を提供しているということじゃないか、労働力を提供していたら事業者性はないのではないかという話ですよ。

神吉 その外に顕著な事業者性みたいなものがあるのかという疑問です。

富永 持ってくる必要があるのか。6だけ、顕著な事業者性だけ異質というか。異質ですよ。

こんな感じなんですかね。要素1から要素5までで判断されているのに、要素6があるのは重複していないか。要素1から要素5の判断は変わらないのに、突然要素6の顕著な事業者性が認めら

(ホワイトボードで説明)



れて結論がひっくり返ることがあるのか、という話ですよ。そういうことは普通、ありえなさそうです。

神吉 この判断枠組みは事業者と労働者を区別するための枠組みなのだから、事業者なのか、それとも労働者なのかは、両極に対置される「結論」です。だから、一方に動いたら、同時に反対には行かないのではないですか。

富永 交渉力とは別なのでしょうか。交渉力の大小と別に事業者性を考慮する必要は無いのでしょうか。

神吉 6は、むしろ座標軸なのではないでしょうか。1から5までの要素は、労働者か事業者かという座標上に載る点として表せる要素ですが、6は評価した結果なので、要素というよりは、軸に近いのではと思います。

富永 6は軸なのですか。

神吉 「顕著な」という限定をかけて、事業者性を基礎づける要素を意味する趣旨かもしれませんが、労働者か否かを複数の要素で検討しようとしているのに、事業者であると言えたら、もう結論が出ていますよね。つまり顕著な事業者性があつたらそこで終わりになるので、1から5までを検討する必要がない。だから、最初のスクリーニング要素として、まず各要素の検討に入るか最初に検討するという理屈ならわかるような気がします。しかし、顕著な事業者性が認められるのはおそらく、1から5の要素がないときなので、結局、判断することは同じですね。実は独自の意味がないのではと思います。

富永 要素6は、要素1から要素5の中でもやっている中身をもう1回あらためて言い直して

いるだけですかね。要素6での判断内容は、たとえば要素1でしたのと同じ話になってしまう可能性がありますね。他人の労働力を使っているのかも、実は労務対価性の話ではないかと思えます。セブン-イレブン・ジャパン事件は、その点、事業者性を最初に判断してしまっていたんです。

神吉 そこは批判もされていましたが、とりあえず顕著な事業者性は見当たらないから、1から5までの要素をやはり検討するに値することだと確認する意味は見いだせます。最後に顕著な事業者性を判断するのは何だったのという気もしつつ、順番として、前さばきの位置づけとしての検討はありうると思います。

富永 足切り要件みたいなものでしょうか。はっきり事業者性があるとわかったら、もうそこで結論を出していい。そこは微妙でも、1から5までやってみたら、また、顕著とは言えないけれど、やはり事業者性が高く労働者性が認め難いという場合も一応ある、ということですかね。

神吉 そうですね。だから、事業者性を肯定するような要素もあるものの……と、最初にスクリーニングして、それを否定する方向、つまり労働者性を肯定する要素を重点的に確認して総合考慮する手法もありうると思います。

富永 今の6要素説を説明して、合理的に並べるとそんな感じですかね。

神吉 あとは、広い意味で捉えるとはいえ、個別法と共通する要素もあるじゃないですか。諾否の自由や指揮監督の有無等、それらが労組法上の労働者性判断で「補充的判断要素」と位置づけられる意味は何か。労基法上・労働契約上の労働者

より労組法上・集団法上の労働者性のほうが広いという一般的理解に立てば、労基法上の労働者、労働契約を締結している労働者とはいえなくても労組法上の労働者と言える部分に何が入るかが重要で、そのように固有の労組法上の労働者として問題となるのは、図解すれば個別法の労働者の外側にあるドーナツ部分になります。諾否の自由や指揮監督の有無は、コア部分に入るかの考慮要素なので、結局ドーナツ部分に入るかどうかの決め手にはなりません。

富永 なるほど。十分条件じゃないかという話ですね。

神吉 だから、それを検討しても、固有の労組法上の労働者性を判断するときには補充的でしかありえないという理解になるのかなと考えています。

富永 諾否の自由とか、ドーナツの真ん中のあたりの話であると。

神吉 労基法上の労働者性が認められれば労組法上も労働者だし、逆にこれが認められないから

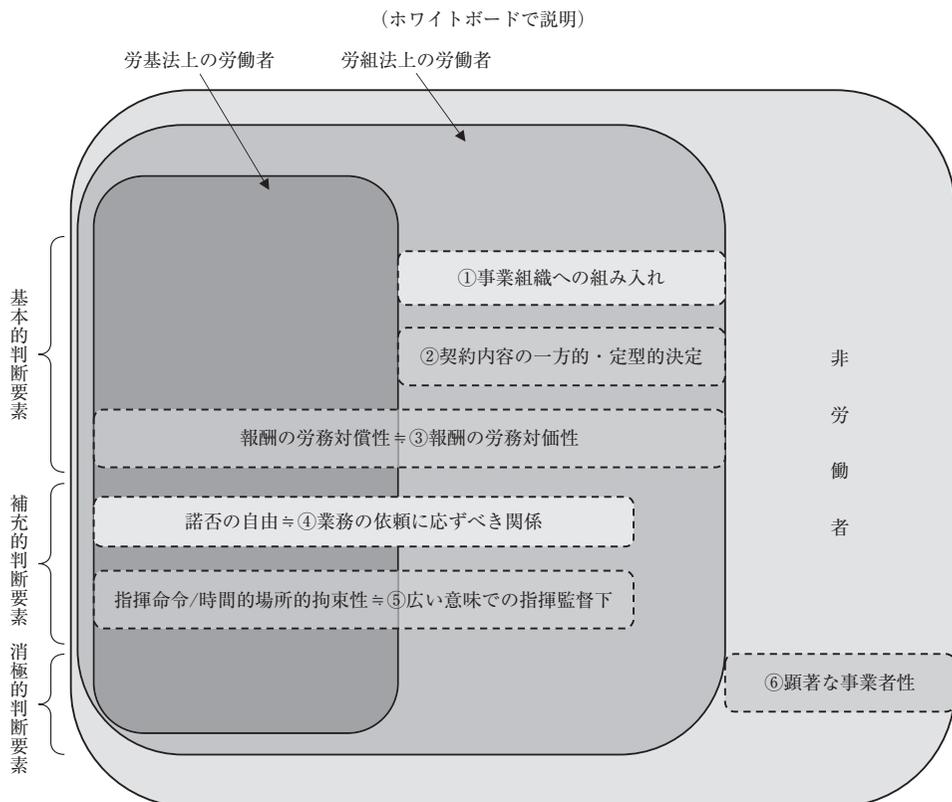
労基法上の労働者ではないという要素は決め手にならず、集団法固有の労働者を画そうとするなら、結局、労働力としての組み入れや、労働力を提供したことに対する対価としての報酬かといった、固有の条件が決定的になると思いますが、どうでしょうか。

富永 いや、そうだと思います。指揮監督とか、それは十分条件で、それはもう個別法上も行けるよねみたいな話だとすると、「補充的判断要素」とは言っているけど、「補充的」という意味は、指揮監督関係が認められたら当然個別法上も労働者性が認められるから、決め手ではない、という話ですよ。そうかもしれませんね。

神吉 それから、「一方的決定」という要素も、突き詰めるとよくわからないのです。

富永 私は交渉力の不均衡の話かなとは思っていたんですけど、裁判所の判断の中身を見ていると、ちょっと違うことを言っていたりしますよね。何でしょうか。

神吉 従来的事案を見ても、背景にある交渉力



がどうであったかを検討しているというよりは、契約書の記載などを形式的に判断していて、あまり振り分け要素として機能していないような労働契約であろうと、普通の対等な関係にある取引であろうと、こういう契約でいこうと、一定のひな型、形式はあるだろうし、それをふまえて契約締結の合意に至っているわけですよね。一方的決定性みたいな実質は、契約書を見てもわかりません。ちゃんと交渉して決めた条件かを本当は検討すべきかもしれませんが、経緯などを突っこんで一方的決定性を判断したものは少ないようにみえます。

富永 一方が契約の原案を準備している、それがすんなり合意されたかそうでないか、という話だとしても、一方的決定とは限らないということでしょうか。一方が準備した原案がすんなり合意されたからといっても、契約書の原案を準備しておくと強い側が弱い側に言って準備させた場合など。

神吉 これも決め手にならないのかなと。それ自体の是非があるとは思いつつ。

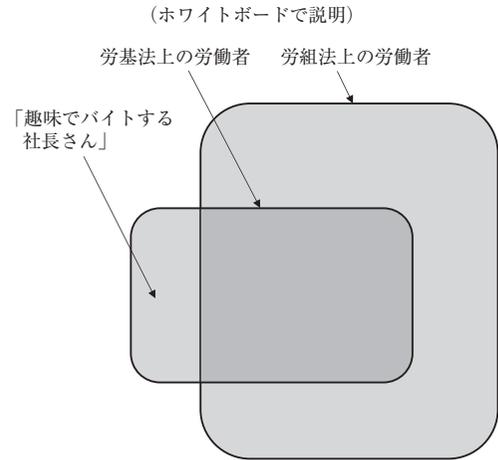
富永 一方的決定と言うより、一方的決定の上位概念で「交渉力の不均衡」みたいなものが本質的にはあるはずですよ。実は「一方的決定」だけではないと思います。集団の一員で、しかも労働を相手に依存している関係ですよね。その「依存関係」があるというのが重要で、契約書が一方的に決められたという事実は、その間接証拠にすぎないという感じがします。

神吉 その依存性も、さっき問題意識でおっしゃった3条の関係だと、「この契約がないと生活できない」みたいな考慮が入ってくると思うんですけど、どうなのでしょう。個人事業主として多数の契約を結んでいるなかで、別にこの契約1つがなくなっても生活には困らない場合も多いと思うのです。

富永 特定の使用者との間の関係として労働者性を捉える考え方で見ると、そこがつかめないですよ。3条の考えは、要するに「自分の労働力を売るしかない」のが労働者だ、という考え方だと思います。いろいろなところから細切れで小さい仕事を受けている場合。要するに、1つ1つは

小さくて、なくなっても生きていけるけれど、結局はその自分の労働力を売らないと生きていけないのが労働者だと思っています。

神吉 そうだとすると、会社の社長さんが、暇な時間に、趣味的に労働契約を結んで働いていまずという場合、いや、あなたは別にこの契約に依存していませんよね。切られても、痛くもかゆくもないですよというときに、それは効きますかね。



富永 こうなるんですかね。たしかに、わからないですね。

神吉 1つの契約だけ取り出してみれば、労基法上の労働契約を結んでいることは間違いのないけれど、でも、あなたの属性は強い事業者で労働組合をつくる必要ないでしょうみたいなことはありえますか。

富永 私はありうると思います。ただ、今の主流的な考え方では、否定されていると思います。

それはたぶん、7条を中心として、相手がいる。そもそも相手との関係で考えるからです。それはそれで間違っていないと思います。でも、3条の話としては実は違うんじゃないかなと思っています。

かといって、うまくみんなが納得するような判断枠組みがないように思います。7条は必ず相手がいるけれど、3条では、相手がないのに労働組合をつくれる。その関係なんでしょう。

神吉 紛争になるのは基本的に7条の場面だから、そのときに考えればいいのかもしいかな

けどね。

富永 そこを中心に労働者概念が形成されている。逆に言えば、3条は7条よりもっと緩くていいと思います。7条になると、やはり相手の紛争との関係があるので、法的にきっちり判断しないといけなけれど。

でも私は、7条で問題となる労働者性というのは、本当は「使用者性」なんじゃないかなと思います。「その相手」との関係ということは、要するに、「その相手が使用者だ」ということを言おうとしているわけです。だから「労働者性」と言いつつ、半分ぐらいは使用者性の話をしている可能性があるという気がしています。

神吉 3条に失業者は入るけど、社長は入らない。7条だと近接した労働関係がなく元労働者といえない失業者や、一度も就職したことがない無業者は入らないのでしょうかね。

富永 一度も会社で働いたことがない人も、クローズド・ショップ協定を会社と結んでいる労働組合があったら、その組合に入ることによって会社に雇用してもらえるかもしれない。だから「働かないと食っていけない人」という意味での労働者性はあるかもしれませんが。だけど、その会社に対して労働者性があるか、という話とは違いますよね。

神吉 そうですね。3条と7条は違うのでしょうかね。

富永 違っていいはず。ただ、3条独自で問題となることは少ないです。だから、7条を中心として労働者性の概念がつけられたのだと思います。さっきの「個別法上の労働者」というのは、集団法上は当然、労働者だ」というのと似たような意味で、「7条の労働者だったら、普通は3条の労働者でもある」と考えているのではないかと、それであり問題は表面化していないんじゃないかなと思います。

神吉 理論的にはたぶん違いえて、7条も各号で違う可能性もあります。

富永 朝日放送事件（最三小判平7・2・28民集49巻2号559頁）は、「7条の」使用者性として判断枠組みを述べましたが、実は違うかもしれないですね。朝日放送事件は、7条2号の使用

者性を言っただけかもしれない。「支配、決定していることについては団交できる」というのは、それはそうかもしれない。だけど、限られた1つの労働条件について支配・決定しているからといって、言動についてまで使用者性が認められるのか不明です。でも「支配・決定しているところについての不利益取扱い」はありうるんですね。そうすると1号と2号は一緒でもいいのかもしれませんが。7条各号で使用者性は違うのではないかという学説も、有力でした。

神吉 事案によっては同じくなる場合もあるにせよ、理論的には全部別という解釈もありえます。

富永 それでもいいと思います。支配介入については、影響力さえ持っていればいいという考え方もあると思います。強い影響力を持つ主体が、その影響力を使って「組合なんか入るな」と言ったら、具体的に労働条件を決定していないからいいという話ではないですよ。

神吉 3号はかなり広くても、1号の不利益取扱いだと、やはり個別の関係がないと厳しいでしょう。

富永 たしかに、1号、2号は労働条件の支配決定がないと成立しないと思います。他方、3号は、親会社は子会社の労働者の労働条件を現実的かつ具体的には決定していないけれど、強い影響力は持っている。親会社が「子会社が労働組合をどうにかしないと、子会社をつぶすぞ」と言ったとき、支配介入は認めていいような気がします。まさに支配介入ができさえすればいいので、個別の労働条件を現実的・具体的に決定していなくてもいい、という考え方はありそうです。

神吉 組合の弱体化に対する影響力は、労働条件の決定とは別の問題ということですね。そうだとすると、義務的団交事項かどうかをぎりぎり詰める必要もなくなる。

富永 そうです、支配介入だと、少なくとも具体的な労働条件でなくてもいいような気がします。

あと本件について、ちょっと別の点になります。同じ種類の契約を結ぶ、ほかの人たちの状況。これは単なる推定要素と見ればいいのでしょうか。そもそも同じ契約をしているほかの人たちとは、全然実態が違う場合、「集団の一員」の

「集団」があるといえるのでしょうか。労働組合を認める根拠というのは、自分と同じような働き方をする人たちが集団として存在していて、1人では使用者との交渉は無理だけど、その集団の仲間たちを糾合することで団体交渉させよう、という話なので、働き方が違う人たちだったら、それをひとつかたまりの集団と見ていいのかという気がします。組織への組み入れがあると言えるのか、という点です。

神吉 その「組織」というのは、会社組織ですか。フランチャイザーが意図しているような、コンビニチェーン全体の事業組織でしょうか。

富永 会社組織でなくてもいいと思います。事業というか、特定の作業をするために人を集めて、労働力としてプールしますが、その「事業」ではないかと思えます。

神吉 コンビニ事業の中でも、自分が店舗業務をやらざるをえない人ばかりが組合を組織したりするわけですよね。その人たちの中では状況は共通している。しかしそれが全体から見れば3%ぐらいで、97%の人は他人の労働力を使って、全然店舗業務などをしていない状況だったら、そのスキーム、組み入れ状況はどう見るのでしょうか。

富永 私は、「枢要な労働力として」組み入れられているかどうか、という労働者性の考慮要素1は、少々怪しいと感ずることがあります。事業運営に不可欠な、枢要な労働力として組み入れられているか、という点が重要だとすると、特殊な少数の人を選びすぐった場合、労働組合はつukれないということになりそうです。ただ、この視点が、本当にそういうことを意図している要素なのかがよくわかりません。

神吉 組合は結成できても、「労働者」の組合かどうかは別の話で、労働者が主体でなければ少なくとも法適合組合ではない。勤労者として憲法組合を組織するのは勝手だけでも、他人労働力の利用ができずに自分で労働力を提供している状態になっているだけで、契約状況を俯瞰で見れば、実はそんなことをする必要がない契約なんだと。契約自体が労務提供を義務内容とする契約ではなく、実際に大半の人はそういう状況になく、結局、自分自身が労務提供することも自らの経営判

断によるものにすぎない、強いられたものではないから労働者性が否定される、その間接事実でしょうか。

富永 たとえばフランチャイズで、フランチャイジーが別に法人でもいいし、むしろみんな法人でやっているという実態がある場合。もちろん個人でもいいけど、個人でも人をちゃんと雇えるのが普通という場合。ただ、たまたま事情があって、その費用を出せない人が何十人かいて、その人たちが集まってきて、労働組合ですと言った場合。我々は自分で働かざるをえないんだ、ということになるのかということ、ちょっと疑問です。「自分の労働力を提供せざるをえない」人が労働者だとしても、それは「法的に」自分の労働力を提供する義務がないといけないというわけではないと思いますが、実体として大多数は自分の労働力を提供していないのに、ごく特殊な事情で少数のフランチャイジーが自分の労働力を提供していると言う場合、大多数が労働力を提供していないという事情はかなり効いてくる気がします。

神吉 契約には明示的に労務を提供すべしとは書いていないはずで、実質的にそのような契約だったかが問題になるところ、ほかの人の状態も加味すれば、実質的にも労務の提供を余儀なくされるような契約ではなかったという判断になるのですね。

富永 そうなりますね。その関係性の性質決定の文脈とは違うかもしれませんが、「事業組織への組み入れ」は、業務の遂行に不可欠あるいは枢要な労働力として組み入れられているかどうかだ、ということになっていますが、その「不可欠」とか「枢要」というのは、重要なんでしょうか。会社にとってその人たちが必須である、という関係までは必要ないような気がします。

神吉 誰が判断するのでしょうか。重要な部署を廃止する戦略的な経営判断もいくらでも可能ですし、「枢要」かといった後づけで左右できる事情は基準にできないのでは。

富永 「枢要な」までは要らない。でも、事業組織への組み入れはたしかに必要。要するに、集団の一員みたいな関係でないと、その労働組合をつくる意義がないと思うんです。

神吉 どんな業務でも必要だから契約されているわけで、「組み入れ」だけなら何らかは言えるだろうし、まさにそれが「労務の提供」として組み入れられているかが重要だと思います。富永先生が「給料生活者」性として読むべきとされているのは、階級的に見るべきという趣旨ですか。

富永 はい、「給料生活者」性ですが、たぶん、労組法をつくったときの文脈としては「階級的」だったと思います。つまり「関係的」ではなくて、「労働者階級」みたいなイメージが実際にあり、それを指していたと思います。

ただ、それは労組法3条の労働者性の話だと思います。そんな曖昧な概念では、労組法7条の具体的な法的問題の処理はできないので、今の6要素説みたいな形で、関係的な概念として整理され直したんだと思います。だからこそ、3条の労働者性の文脈に戻すとごちない感じがするんだと思います。

もともとの労組法上の労働者のイメージは、「階級的」だと思います。ただ、もともとがそう

だとしても、その概念が今も使えるかという、使えない。そんなあやふやなもので法的な判断をするのは無理なので、現在の形になったのだと思います。

労組法3条独自の労働者性は要らないという考え方もあるのかもしれませんが、私は特定の相手方との関係を前提としない労働組合というのがあっていいし、その主体となる労働者性もあっていいと思います。ただ、その3条独自の労働者性は、審査になじまない気がします。だから7条の労働者性があったら、労組法3条の労働者性も普通あるよねという形で処理されているのではないのでしょうか。3条は、7条の労働者プラスアルファで、失業者もOKみたいに、広げている感じになっているのかなという気がいたします。

神吉 7条の労働者性は前述のとおりで、法適合組合の要件充足についても、2条、5条で判断する際に、3条が吟味されることはほとんどないですね。

富永 ないですね。

## ピックアップ

### 1. 事業場外労働のみなし労働時間制の適用要件

—協同組合グローブ事件・最三小判令6・4・16（労判1309号5頁）

#### — 事案と判旨 —

##### 事実の概要

Xは外国人の技能実習に係る監理団体であるYに雇用され指導員として勤務していた者である。Xは、2年あまり就労後、Yを退職し、Yに対し時間外労働、休日労働及び深夜労働に対する未払賃金があることを理由として未払賃金等の支払を求め、またパワー・ハラスメント等を理由とする損害賠償の支払等を求めて提訴した。他方、YはXに対し、名誉毀損・信用毀損を理由とする損害賠償の支払い等を求めて反訴を提起した。争点は多岐にわたるが、本判決での争点である事業場外労働のみなし労働時間制の適用の可否の判断に関連する事実の概要は、下記のとおりである。

Xは、自らが担当する九州地方各地の実習実施者に対し

月2回以上の訪問指導を行うほか、技能実習生のために、来日時等の送迎、日常生活指導や急なトラブルの際の通訳を行うなどの業務に従事していた。Xは、本件業務に関し、実習実施者等への訪問の予約を行うなどして自ら具体的なスケジュールを管理していた。また、Xは、Yから携帯電話を貸与されていたが、これを用いるなどして随時具体的に指示を受けたり報告をしたりすることはなかった。またXの就業時間は午前9時から午後6時まで、休憩時間は正午から午後1時までと定められていたが、Xが実際に休憩していた時間は就業日ごとに区々であった。また、Xは、タイムカードを用いた労働時間の管理を受けておらず、自らの判断により直行直帰することもできたが、月末には、就業日ごとの始業時刻、終業時刻及び休憩時間のほか、訪問先、訪問時刻及びおおよその業務内容等を記入した業務日報をYに提出し、その確認を受けていた。

事業場外労働のみなし労働時間制の適用の可否について、第一審（熊本地判令4・5・17労判1309号30頁）は、Xの

事業場外における業務は具体的なスケジュールについてXらの裁量判断に委ねられており、訪問指導以外の業務についても、具体的な指示がある場合を除き、原則としてXらの裁量判断に委ねられていたとして、業務自体の性質、内容等から見ると、直ちにこれに要する時間を把握することは容易ではないとしつつ、業務後に訪問先への直行の有無、始業時間、終業時間、休憩時間のほか、行き先、面談者及び内容とともにそれぞれの業務時間を記載したキャリア業務日報を業務時間内に日々作成させ、毎月月末までに所属長に提出することとされており、これに基づいてYがXらの具体的な事業場外労働時間を把握していたと評価されるとして、労働基準法38条の2第1項にいう「労働時間を算定し難いとき」に当たるとはいえないと判断した。控訴審（福岡高判令4・11・10 労判1309号23頁）も、原審に付加訂正してこの点の判断を維持し、Yによる、労働者から提出されるキャリア業務日報における報告内容が簡易でその正確性に疑問があるという補充主張に対しても、同業務日報の記載内容について、Yの支所長の審査があり、内容の正確性について実習実施者等に確認することも可能であったとし、貸与した携帯電話を利用し、必要に応じて、業務の指示を出したり、報告を受けたりすることができる態勢がとられていたといえるとして、「労働時間を算定し難いとき」に当たるとは認められないと判断した。

**【判旨】**（破棄差戻し）

「前記事実関係等によれば、本件業務は、実習実施者に対する訪問指導のほか、技能実習生の送迎、生活指導や急なトラブルの際の通訳等、多岐にわたるものであった。また、Xは、本件業務に関し、訪問の予約を行うなどして自ら具体的なスケジュールを管理しており、所定の休憩時間とは異なる時間に休憩をとることや自らの判断により直行直帰することも許されていたものといえ、随時具体的に指示を受けたり報告をしたりすることもなかったものである。」

「このような事情の下で、業務の性質、内容やその遂行の態様、状況等、業務に関する指示及び報告の方法、内容やその実施の態様、状況等を考慮すれば、Xが担当する実習実施者や1カ月当たりの訪問指導の頻度等が定まっていたとしても、Yにおいて、Xの事業場外における勤務の状況を具体的に把握することが容易であったと直ちにはいい難い。」

「しかるところ、原審は、XがYに提出していた業務日報に関し、〈1〉その記載内容につき実習実施者等への確認が可能であること、〈2〉Y自身が業務日報の正確性を前提に時間外労働の時間を算定して残業手当を支払う場合もあったことを指摘した上で、その正確性が担保されていたなどと評価し、もって本件業務につき本件規定の適用を否定したものである。」

「しかしながら、上記〈1〉については、単に業務の相手方に対して問い合わせるなどの方法を採用得ることを一般的に指摘するものにすぎず、実習実施者等に確認するという方法の現実的な可能性や実効性等は、具体的には明らかでない。

上記〈2〉についても、Yは、本件規定を適用せず残業手当を支払ったのは、業務日報の記載のみによらずにXの労働時間を把握し得た場合に限られる旨主張しており、この主張の当否を検討しなければYが業務日報の正確性を前提としていたともいえない上、Yが一定の場合に残業手当を支払っていた事実のみをもって、業務日報の正確性が客観的に担保されていたなどと評価することができるものでもない。」

「以上によれば、原審は、業務日報の正確性の担保に関する具体的な事情を十分に検討することなく、業務日報による報告のみを重視して、本件業務につき本件規定にいう「労働時間を算定し難いとき」に当たるとはいえないとしたものであり、このような原審の判断には、本件規定の解釈適用を誤った違法があるというべきである。」

（原審破棄、本件業務が「労働時間を算定し難いとき」に当たるといえるか否か等に関し更に審理を尽くさせるため差戻し。なお、「業務の性質、内容やその遂行の態様、状況等、業務に関する指示及び報告の方法、内容やその実施の態様、状況等」の考慮要素を十分に踏まえつつも、あくまで個々の事例ごとの具体的な事情に的確に着目した上で、「労働時間を算定し難いとき」に当たるか否かの判断を行うべきであるとする林裁判官の補足意見がある。）

富永 本事件は、技能実習生の監理団体の事件です。原告である労働者Xには仕事をどのように進めるかの裁量があったようで、Yは細かな指揮監督は行っていません。日報は月ごとに送られていましたが、それをういた厳密なチェックはしていません。この事件の原審では、この日報をチェックできたはずだとされて、事業場外労働のみなし労働時間制は使えないとされました。最高裁判決では、具体的な指揮や報告はなかった、随時具体的に指示を受けたり報告したりすることもなかった、しかも、業務日報を出していたが、その正確性を担保されていたどうかはわからないというところから、客観的に正確性を担保していなかった可能性もあるとして、差戻しとしています。

本判決の意義ですが、第一に、事業場外労働のみなし制の適用の可否が争われた事例の1つとなります。1つ前の最高裁判決は、阪急トラベルサポート事件（第2事件・最二小判平26・1・24集民246号1頁）で、判断枠組みは類似しています。

第二に、本判決は具体的な判断において、指揮監督による現実的な労働時間の把握可能性を重視しています。単に把握できた可能性がある、把握が不可能ではなかったというだけではなくて、現

実的に把握できたかということの問題としています。最近の下級審判決の一部では、この点、把握可能性があればみなし労働時間制の適用を認めないという厳しい判断が見られましたが、それと比べると少し緩和されているように思います。

判断枠組みについては、明確な一般論は示されていません。明確な一般論がないのは、1つ前の阪急トラベルサポート事件も同じですが、理由づけをみると、大きく2つの視点が示されています。①業務の性質、内容やその遂行の態様、状況等、簡単にいえば「業務の性質」、あるいは私の理解では「労働者にどれだけ裁量があるか」という視点が1つ。もう1つは、指揮監督の「監督」に当たると思うんですけども、②細かい指示や監督を実際にやっていたかという視点です。①「業務の性質」と②「指揮監督の実態」という、2つの視点があって、控訴審は、「指揮監督のほうをしっかりとやっていたら、労働時間の把握は容易だった」と考えています。ところが最高裁は、直行直帰も許されていたとか、随時具体的指示を受けたり、報告したりすることはなかったという点で、労働者の裁量が大きかったという点もそれなりに重視していて、労働時間の現実的な把握可能性の判断に影響を与えているという気がします。

参考裁判例としてセルトリオン・ヘルスケア・ジャパン事件（東京高判令4・11・16 労判 1288号 81頁）があります。セルトリオン事件では、第1審は事業場外労働のみなし労働時間制を適用可能と判断しましたが、控訴審判決は、労働時間を把握することは可能だったと言えるとか、始業時間、終業時間を把握することが可能となったという可能性があれば、それでも事業場外労働のみなし制は使えない、といった厳格な立場を示しています。

セルトリオン事件と比べると少し緩いのがナック事件（東京地判平30・1・5 労経速2345号3頁）でありまして、労働時間の把握可能性については少し緩く、「客観的な確認は困難であり」というふうに、毎回訪問先に送ってくる、「毎回照会することも現実的ではない」といった形で、把握の現実性に意を払っていると思います。

第三に、本判決からの疑問ですが、①「業務の

性質」、すなわち労働者の裁量がどれだけあるかという視点と、②「監督の実態」すなわち監督とか報告をどのようにどれだけやっていたかという視点があるとして、その両方の判断の比重や、相互関係はどうなっているのかという論点がありそうです。本件の原審やセルトリオン事件では、②の「監督」さえ可能であれば、労働時間は把握できるという立場に思われます。それをもう少し現実側にずらして「合理的に可能か、現実的に可能」であれば労働時間把握可能としたのがナック事件だと思われます。本判決はその後者のナック事件と同じなのか、それとももう少し緩いのかという点です。本判決は、業務の性質の点もそれなりに考慮しています。この業務の性質、使用者の指示とか労働者の裁量は、時間外労働時間のみなし制の適用における本質的な、独立の要素なのか、それとも把握不可能ということの前提あるいは間接事実にすぎないのかという点が気になるところです。

私自身は、労働者の裁量の有無はそれなりに重要ではないかと考えています。裁量を与えていて、そのうえで監督が可能だというだけでのみなし制が適用不能とすべきでないんじゃないかと思います。ただ、ここは議論がありうる点だと思います。

第四に、具体的な問題として、業務日報にどのくらいチェックがあれば労働時間の把握可能性が認められるかという論点があります。本件は月単位で出してまとめていましたが、裁判例では、指示や義務づけがあったうえで、週報を出していたら把握可能と見ている事例はあります。ただ本件のように、いちいち業務を指示せず、義務づけもせず、ただ週報、月報を出しているというパターンはあまり見当たらないように思います。

神吉 事業場外のみなしのみなし制のゆえんは、事業場外労働であることを前提にすれば算定困難性の1点だけです。業務指示の有無が要素となるとしても、裁量労働制のみなしとは制度設計は全く異なり、算定困難性に影響する限度で裁量性が問題となるにすぎないという理解になりませんか。

富永 昭和63年1月1日付け基発1号の言い回しが微妙で、「事業場外で業務に従事し、かつ、

使用者の具体的な指揮監督が及ばず、労働時間を算定することが困難な業務であること」という言い方をしています。具体的な指揮監督が及ばないことが挙げられています。

現在では事業場外でも連絡通信の手段が発達したので、事業場外労働だから算定不能という考え方はとれなくなっています。そこで「監督」さえあればいいのか、それとも「裁量プラス監督」なのか、という話が出てきたのかなと思ったりします。

神吉 その「裁量」は、何を意味しますか。判旨ではこの表現をとっていませんが。

富永 前もって、業務内容を具体的に特定しているかどうかだと思います。「指示により特定している」そして「何時までやっていました」だったら労働時間は把握できます。でも「何をやるかはお任せします」だけだと「何時に終わりました」という報告が来ても、労働したかどうかはわからないのではないかと、特定されていないので把握が難しいのではないかと、思います。少なくとも、労働時間を把握することは不可能でないけど、現実的に確かめることが難しくなるんじゃないかなという気がします。

神吉 テレワークガイドラインでは、算定困難性を基礎づけるには情報通信機器が使用者の指示により常時通信可能な状態におくこととされていないこと、随時使用者の具体的な指示に基づいて業務を行っていないことを満たす必要があるとされていますが、完全な逐次把握のみを想定するのではなく、事前の指示と、事後にそれを確認できる監督・報告という、その2つを区別したうえで、双方を考えるべきということですね。

富永 はい。正確には、業務内容の指示は随時でもいいと思います。でも労働者が組み立てられるものであれば、監督のほうだけあれば十分と言えるかわかりません。逆に言えば、活動の中身を労働者がアドホックに決めていて、終わった後で、何時から何時までこれをやっていましたと報告されたときに、「監督」の前提として使用者の関与みたいなものがないと、労働時間の把握はできないのではないかと思います。それとも、単に労働時間の把握が難しいだけで、可能は可能だと

いうことなんでしょうか。

神吉 阪急トラベルサポート事件（最二小判平26・1・24 労判1088号5頁）の旅行添乗業務に関しては、旅行の行程がアイテナリー等で事前に細かく決まっていた。何時にどこの観光地に行って、何時にバスで移動、何時から何時までどこのレストランで昼食といった行程が事前に決まっていた、実際にその時刻どおり回れたか、ホテルに帰れたかを毎日報告をしている。決まった業務の内容や手順に沿って動かざるをえず、それに沿ったか、沿わなかったかもその都度確認できる状態にあった。そうすると、事前にも事後にも把握は可能だった、算定は困難ではなかったといえます。これに対して、本件では、何をすべきか自体が事前には決まっていないという事案の違いがある。だから事後の勤務状況の具体的な把握可能性をさらに認定する必要があったと指摘しているのだと思います。

富永 何をすべきかがないので「予定から外れた」というのがない。ただ事後的な申告はあります。それで労働時間の把握ができていないのかということかもしれません。それとも、予定があるかないかというのは、正確性の担保の話なのでしょうか。

神吉 報告内容が不正確で実際の労働時間とのずれがあっても、それが確認できれば、事前に決まっていた行程をこなしたのと同じように算定可能でしょうけど、確認するすべがなければ、やはり算定はできないのではないのでしょうか。それは毎日報告させようが、1カ月放ったらかそうが、チェックができないという意味では同じですよ。

富永 逆にチェックができればいいんでしょうか。出来高給のような形で、契約をとったらお客さんがメール送信するとか。「何時から何時までやっていた」というのがわかる仕組みだったら、労働者に任せていたとしても、働いた時間がわかるし、正確性も担保できるということになるんでしょうか。

神吉 GPSを利用したり、保険の外交員であれば端末を使って、どこで何を顧客に説明しているかが把握できる部分もあって、それがリアルタイムでなくても記録で確認できる状況であれば可

能だと思えます。正確かどうか自体と、正確性が担保されているかは別問題なので、正確性の担保にかかる使用者のアクションも考慮すべきではないでしょうか。

富永 使用者があえて把握していなかったらどうなるのでしょうか。指揮命令しておきながら、把握できるのに把握してなかった場合、それはみなし制は使えないとなりそうです。他方で「自由に組み立てていい」と言っているけれども、把握だけはちゃんとしろというのはアンバランスかなという気がします。私は、裁量労働制に近いように運用されていたんじゃないかなという気がします。

神吉 実態はそうであっても、このような運用を認めると裁量労働制の潜脱になってしまうので、単に把握しなかったことをもって緩めてはいけないと思います。

富永 「把握していない」というのは考慮要素ではあるけれども、それで労働時間算定困難とはできないということですね。

神吉 やはりそこは裁量労働のみなしとは違う理屈で、算定できない、または非常に困難であったといえなければならないでしょう。仮に技術的に不可能ではないとしても、過重な経済的負担を要して煩瑣にすぎる場合であれば、それは算定困難と認めてよいと判示したナック事件地裁判決（東京地判令4・3・30労判1288号88頁）もあります。ただ、その規範は高裁では維持されませんでした。できるのにやらなかっただけでは、単なる使用者側の怠慢で、算定困難とは認められません。裁量労働制の導入要件として適用対象事業を限定したり、労使委員会の決議や個別同意を求めるとの整合性がとれなくなります。

富永 今の制度の枠組みですと、裁量労働制的な運用は邪道だということですかね。具体的に業務を特定せず、結果としてチェックも困難になることもあるということはあるのでしょうか。

神吉 やるべきことを事前にある程度任せるとして、何をやっているかのチェックは必要ですよ。チェックが非常に難しければ算定困難といつてよいかは別問題ですが。

富永 本当はチェックしないといけないけれど

も、労働者に業務の遂行を裁量をつけて委ねた結果、チェックが難しくなった。だったら、それはそれでしようがないということになりませんか。そのぐらいの柔軟性はありそうな気がします。

労働時間を算定困難にしないために指揮命令を具体的に行え、という話には抵抗感があって、そこは労働者に委ねてもいいんじゃないかと思えます。そこが裁量労働制の潜脱にならないかと言われると、ギクッとしますけれども。

神吉 実際には労働者も事前に細かく指定しないでほしい、ある程度自由にやらせてほしいという Win-Win な関係、お互いに事実上の裁量労働をやりたいニーズはたしかにあるのですが、それを許すような制度設計には今のところないのでは。

富永 ただ、本件の協同組合グローブ事件では、業務の進め方を労働者に委ねていますが、「労働時間を把握するために事前に計画を立てて出してください」となるのでしょうか。私は、それはいきすぎのような気がしていて、みなし制の適用が主目的ではない場合で、労働の進め方を労働者に委ね、結果として事業場外労働のみなし制が適用される、というのはあってもいいような気がするんですが。

神吉 適用の目的、主観的意図は無関係にも思えます。事前に委ねるのはよいとしても、事後の報告も要求しないのですか。報告もしないでいいよと完全に任せたら。

富永 それはちょっとまずいでしょうね。ただ、報告はしてもらっても、事前に使用者が特定して具体的に業務を義務づけていなかったら、結局はチェックが難しい気がします。それでみなし制を適用するのは駄目ですかね。

ナック事件とか、落としどころとしてはなるほどという感じがします。ただ、労働時間を把握するために具体的に指揮命令までやらなきゃいけないのか、それとも、事業場外の指揮命令自体は、そこは業務を進める最適な方法を選んでいいという話なのか。

神吉 結局、補足意見のように個々の具体的な事情によりそうです。業務日報の正確性の担保に関する具体的な事情を検討しなければいけないの

で、事後の報告で算定困難性を基礎づけられるかについてももう少し検討が必要だと差し戻されていますね。

富永 差戻審をみて考えることになるでしょうか。結論はなかなか難しいかなという気がします。たしかにこれは裁量労働制じゃないと思いますし、便宜的に裁量労働制的に使っている会社があるからといって、それが正しいわけではないと思いますが、最高裁は割と重視している気がします。

神吉 それでもやはり、客観的に判断すべきという立てつけは維持して、恣意的に算定困難性が左右される状況をつくることは望ましくないと思います。

富永 時代の変化に応じて、昔はもう把握の手段がなかったからそういう感じだったけれども、今は把握する手段があるので、本当はそのちゃんとした手当とかがまた必要なんだろうということを示す一例なのかもしれません。また、考えてみます。

## 2. 住宅の貸与をめぐる均等法を超えた間接差別の成立

— AGC グリーンテック事件・東京地判令6・5・13 (労働判2062号44頁)

### — 事案と判旨 —

#### 事実の概要

Xは農業用ハウス用フィルム等を販売するYの一般職の女性従業員である。同社の総合職は転勤あり、一般職は転勤なしとされており、処遇の違いがあった。平成23年までは総合職はすべて男性、一般職はすべて女性であり、令和2年時点でも20名の総合職はすべて男性、6名の一般職も1名の男性(A)を除きすべて女性だった。Yは平成24年に、女性であるDを海外事業部の営業職として採用した。

Yでは、総合職に対してのみ、居住する従業員の賃金から賃料の一部を控除し、その余をYが負担するという社宅制度の利用を認めていた。社宅制度は、当初は転居を伴う転勤があった総合職のみ対象だったが、その後適用対象が拡大され、最終的には通勤圏に自宅を保有しない60歳未満の総合職に対し社宅制度の適用が認められていた。Dは、Yに在籍中は営業職として勤務し、社宅制度を利用していた。一般職には住宅手当が支払われるのみで、最大で24倍の格差が生じていた。

XはYに対して、(1) 総合職に対してのみ社宅制度の利

用を認めていることが均等法6条2号、7条、民法90条違反である、(2) 男女(AとX)の一般職の賃金格差が労基法4条違反である、(3) 差別的に低い人事考課がXにつけられた、と主張し提訴した。

【判旨】(請求一部認容、一部棄却、一部却下)

「雇用分野における男女の均等な待遇を確保するという均等法の趣旨に照らし、同法7条の施行(平成19年4月1日)後、住宅の貸与であって、労働者の住居の移転を伴う配置転換に応じることができることを要件とするものについても、間接差別に該当する場合には、民法90条違反や不法行為の成否の問題が生じると解すべきであり、被告の社宅制度に係る措置についても同様の検討が必要である。すなわち、措置の要件を満たす男性及び女性の比率、当該措置の具体的な内容、業務遂行上の必要性、雇用管理上の必要性その他一切の事情を考慮し、男性従業員と比較して女性従業員に相当程度の不利益を与えるものであるか否か、そのような措置をとることにつき合理的な理由が認められるか否かの観点から、被告の社宅制度に係る措置が間接差別に該当するか否かを均等法の趣旨に照らして検討し、間接差別に該当する場合には、社宅管理規程の民法90条違反の有無や被告の措置に関する不法行為の成否等を検討すべきである」。

「少なくとも平成23年7月以降、社宅制度という福利厚生措置の適用を受ける男性及び女性の比率という観点からは、男性の割合が圧倒的に高く、女性の割合が極めて低いこと、措置の具体的な内容として、社宅制度を利用し得る従業員と利用しえない従業員との間で、享受する経済的恩恵の格差はかなり大きいことが認められる。他方で、転勤の実事やその現実的可能性の有無を問わず社宅制度の適用を認めている運用等に照らすと、営業職の採用競争における優位性の確保という観点から、社宅制度の利用を総合職に限定する必要性や合理性を根拠づけることは困難である。そうすると、平成23年7月以降、被告が社宅管理規程に基づき、社宅制度の利用を、住居の移転を伴う配置転換に応じることができる従業員、すなわち総合職に限って認め、一般職に対して認めていないことにより、事実上男性従業員のみ適用される福利厚生措置として社宅制度の運用を続け、女性従業員に相当程度の不利益を与えていることについて、合理的理由は認められない。したがって、被告が上記のような社宅制度の運用を続けていることは、雇用分野における男女の均等な待遇を確保するという均等法の趣旨に照らし、間接差別に該当するべきである。」

神吉 本件には、もともと農業用ハウスのフィルムを販売する別会社がAGCに買収されてYという完全子会社になった経緯があります。原告Xは、正社員である一般職の女性従業員です。同社には、総合職と一般職があり、総合職は転勤あり、一般職は転勤なしと処遇の違いが、就業規

則で設けられていました。そして、平成23年までは総合職はすべて男性、一般職はすべて女性でしたが、少し例外が出てきて、令和2年時点では20名の総合職はすべて男性、6名の一般職のうち1名が男性でした。令和2年時点ではすでに退職していましたが、平成24年から4年間ほど、女性であるDが総合職として採用されていた時期もありました。つまり、基本的には総合職はほぼ男性、一般職はほぼ女性ですが、それぞれ1名ずつ例外があったという状況です。

Yには、総合職に対してのみ、居住する従業員の賃金から賃料の一部を控除して、その残りを会社が負担する社宅制度がありました。この制度は、当初は転居を伴う転勤があった総合職のうち営業職のみに適用されていましたが、その後適用対象が随時拡大されていき、最終的には、通勤圏に自宅を持たない60歳未満の総合職であれば、全て社宅制度の適用を認めるという運用になりました。女性総合職であったDも、Yに在籍中は営業職として勤務し、社宅制度を利用していた実績があります。

そして、もう1人の例外である一般職の男性Aは、もともとYで総合職として勤務していて、その後、他社で勤務した後に戻ってきて、一般職として採用したもののその後部署の新設に伴う社内公募により総合職に転換した経緯があります。

問題は、社宅制度が総合職に対してのみ利用が認められていることで、Xは、これが均等法6条2号の直接差別、または7条の間接差別に当たると主張し、民法90条の公序違反も主張して、地位確認や損害賠償を請求しました。

判旨は、直接差別は認めず、均等法の改正以降、間接差別の成立を初めて認めた判決として注目されます。直接差別のほうは、男女で社宅制度の利用が分けられてはいなかったことが理由になっています。

間接差別に関しては、住宅の貸与に関する取扱いの違いが間接差別に当たると初めて判示されました。均等法7条の間接差別としては労基則に3類型が限定列挙されていますが、それらには該当しない、つまり、均等法上の間接差別には当たらないがより広く違法性を帯びる間接差別が存在し

うることを明確にしたうえで、かつそれに当たるものと認めた点が重要です。

格差問題というと、先ほど日本郵便の事件で検討したように、近年は、正規・非正規格差問題として労契法旧20条、現在では、パート有期法8条の不合理な格差の禁止、同9条の均等待遇原則などの規律や紛争が注目されてきました。

これに対して、正社員、つまり正規どうしの労働条件格差は、差別禁止に当たらなければ、基本的には契約事由の範疇で処理されます。歴史的にはコース別処遇の問題が、労基法3条、4条や均等法の枠組みで検討されてきました。

本件は、2年前に「ディアローク（本誌No.748）」で取り上げられた巴機械サービス事件（横浜地判令3・3・23労判1243号5頁）とも事案が似ています。野村証券事件（東京地判平14・2・20労判822号13頁）など、かつて正社員間の性差別的な待遇格差が問題になった複数の事案では、過去に男女別採用をしていた雇用管理区分を、性別での振り分けをやめても実質的にそれを維持するような形で総合職や一般職といったコース別人事処遇が行われており、それが均等法改正以降は違法になると判示されました。しかし本件は、巴機械サービス事件と同様、過去の男女別採用の名残の問題ではありません。あるコース別処遇がシンプルに直接差別または間接差別に当たらないかが問題になる事案なのです。

ただ、本件と巴機械サービス事件との間でも事案の違いがあります。巴機械サービス事件の特徴は、まず、21年間にわたって完全に、総合職は男性のみ、一般職は女性のみと区別されていました。また、総合職には現業経験という採用条件が課されていたものの、総合職と一般職の仕事内容の違いがあまり明確に認定されていません。

巴機械サービス事件において、裁判所は、労働者の配置、つまり、職種分離は性差別ではないとは言いつつ、一般職から総合職に転換したいと声を上げた女性に対して、そもそも職種転換制度がなく、転換を認めなかったということについて、職種転換に関する性差別として均等法の6条3号違反となる直接差別を認めた点に特徴がありました。

これに対して、本件はまず、総合職と一般職にそれぞれ1名ずつ例外が存在して、全員男性、全員女性とはっきり分かれていません。また、総合職のほとんどは営業職で、会社自身がいわゆる3Kだと主張しているように、現場を回るきつい仕事なので、そもそも営業職と募集をかけた時点で女性の応募がほとんどなかったようです。ここは、実際には仕事の違いがわからない巴機械サービス事件と異なる特徴です。

応募時点で男女の偏りがあったことに加えて、実際に営業職として女性の応募があったときに排除するようなことはなく、むしろ面接まで進めようとしたのに本人が辞退してしまい採用に至らなかったという事情が認定されています。つまり、採用時に、男性だったら総合職、女性だったら一般職といった恣意的な振り分けをしていない。このことが、直接差別を認めなかった事情とされています。

ただ本件も、就業規則には当初「社員」という括りしかなく、総合職と一般職の区別はありませんでした。2015年の改定で正社員という名称と、総合職と一般職の分類が設けられて、そのときに転勤要件が挿入された経緯もあり、過去の評価は微妙かもしれません。

均等法7条の間接差別としては、施行規則に3つの事由が挙げられています。同条は、「事業主は、募集及び採用並びに前条各号に掲げる事項に関する措置であって労働者の性別以外の事由を要件とするもののうち、措置の要件を満たす男性及び女性の比率その他の事情を勘案して実質的に性別を理由とする差別となるおそれがある措置として厚生労働省令で定めるものについては」と限定しているため、均等法7条違反となる間接差別は、厚生労働省令の限定列举事由だと解釈されます。

施行規則の2条が列举する3事由は、第1号が募集、対応に係る措置であって、身長、体重、体力要件を課すもの、第2号が同様に、住居の移転を伴う配置転換に応じることを要件とするというもの、第3号は、昇進に関して配置転換経験を要件とすることです。

ただ、均等法に間接差別を導入したときの立法

趣旨として、性別以外の事由を要件とする措置であって、他の性の構成員と比較して、一方の性の構成員に相当程度の不利益を与えるものを、合理的な理由がないときに講ずることは、この施行規則の列举事由以外にも存在しうると説明されました。したがって、施行規則に限定列举された3つの事由、均等法7条に違反する状態の外側に、均等法7条には抵触しないが民法などの一般法理に照らして私法上は違法無効と評価される余地が存在することになります。

しかし、理論上はそのように理解されていても、具体的に違法性を認めた例はありませんでした。本件はこのことを改めて明らかにしたうえで、間接差別にもとづく不法行為の成立を認めて、損害賠償請求を認容した初めての判決として意義があります。

実務上も、完全に男女で明確に分別されていない例外が存在する取り扱いに関しては直接差別の認定が難しかったので、そうした例外が存在する場合の救済方法として、実際上の男女比率に鑑みた不利益な効果に着目して間接差別、不法行為の成立余地を広げることで対応可能性を示したと言えます。

ただし、射程がどこまでかが問題になります。本判決は、間接差別が均等法7条、つまり施行規則2条列举事由以外にもありうると認めつつも、そこを出発点に広げるような文言解釈をとった点に特徴があります。完全にフリーハンドで男女別の効果を検証するのではなく、規則2条列举事由に入っていないが法6条2号を具体化した規則1条4号の「住宅の貸与」を読み込めるかという立論の仕方なので、均等法の趣旨を重視して外側をある程度限定する、いわば2条各号の類推適用範囲を想定しているようにも読めます。

また、本判決は、社宅規定の運用が間接差別だと認めて不法行為の成立を理由として損害賠償請求を認容した一方で、社宅規定自体が間接差別、公序違反で無効だとは認めなかった点でも特徴があります。社宅規定の適用を総合職に限る制度には合理的理由が認められる余地があるからで、規程それ自体と運用の問題を分けたうえで、運用のみが差別に当たるという判断でした。そのため、

社宅規定が一般職にも適用されるはずだといった、将来につながる部分は認めていません。

間接差別の考慮要素としては、一方の性に対する不利益な効果の大きさと、それに対して、運用の合理性を基礎づける理由があるかどうかが勘案されます。本件では、福利厚生措置の適用を受ける男女比率に大きな偏りがある。ゼロ対100ではないまでも、大きな偏りがあればよいので、直接差別よりはクリアすべきハードルが低くなる。また、社宅規定が総合職だけに適用される運用により、男性側が享受する経済的恩恵と、女性が主である一般職が受けられない格差がかなり大きい。

そして、実質的に住宅の貸与と言える住宅制度の運用について、就業規則では転居を伴う配置転換に応じることを要件としつつ、平成23年以降は、自己都合の社宅利用も総合職に対しては認める運用をしています。実は、総合職の3分の2は転勤経験がない、そもそもYでは定期的な異動が基本的にはなく、新卒一括採用もしておらず、AGCによる買収後は空きポストが出た時点で募集をかけて補充してきたので、職種間の異動もほとんどなかったようです。そのため、会社側はキャリアシステムの必要性や、社宅規定があることで労働条件の魅力を高めて、採用インセンティブにするといった主張もしましたが、そうした観点からは説明できない、合理的な理由がないと結論づけられました。

なお、1つ気になった点として、この事案では職種転換制度がありません。本件は、巴機械サービスと違って、労働者が希望していないので問題とならないのかもしれませんが、職種転換制度の有無は、間接差別の成否に影響するのも論点だと思います。結論としては、支持しうる妥当な判決だと考えています。

富永 ありがとうございます。すごくこれは重要な判決になりそうです。

射程がかなり不透明であるというのはそのとおりだと思います。均等法7条の条文を見ると、「募集、採用並びに前条各号に掲げる事項に関する措置であって」というのが7条の前振りです。そもそも前条というのが6条の1, 2, 3, 4ですけど、これ自体が結構限定されていま

す。しかも均等法施行規則の2条のほうでも射程の絞りがかかっています。だから、間接差別法理というのがどこまで射程が及ぶのかなという点は興味深いところかなと思います。募集採用のほかは、6条各号あるいはそれらに似たようなものに限られるんだとしたら、賃金、労働時間とかが抜けますよね。だから、身長、体重によりボーナスに差をつけたという場合は、まるっと間接差別の射程から抜けますよね。

神吉 そこも広げられるのでしょうか。募集・採用の場面や6条の列挙事由に縛られず7条の外側を画する可能性は、理論上はありえます。

富永 たしかにそうです。均等法6条を見ると、いわゆる労働条件は均等法ではなくて労基法で規制されるつくりのような気がします。均等法6条2号は労働条件を規制していますが、ほかの各号は全部人事の話です。人事的な措置についてばかり均等法は書いていて、労働条件の話はほとんどしていません。賃金も労基法で、労働時間の差別はどの法律でも規制されず、懲戒に関する差別も規定されていない、という感じです。ステイックな労働条件があまり差別禁止に乗ってきていないと思います。

神吉 直接差別の6条は適用できないので、賃金は労基法4条でいくと考えられているのではないですか。

富永 ええ。だけど、労基法の4条は別に間接差別を、少なくとも明文では禁止していません。だから差別意思を柔軟に認定して、直接差別だと判断はできますけども、差別意思のない間接差別は禁止されていません。均等法6条自体がそもそも限定列挙ですきまが開いているのに、さらに均等法7条で間接差別の射程を絞り込んでしまっています。その絞り込みすぎたところを、本判決のように広げてくれるのはありがたいけれども、賃金の話までいけるのか疑問に思います。つまり本判決でいえば、総合職と一般職ですごく賃金の格差がある。総合職は男性が多い、女性がすごく少ないみたいな状態だとして、賃金格差についても間接差別が適用できますか、という。

神吉 7条が適用できない場合、何を根拠とするかの問題ですね。

富永 はい。ただ、本判決は7条に限られないと言ってはくれているので、そこまで広がるのか。でも本判決は施行規則に規定されるもの以外にも存在するという言い方をしているので、均等法6条の例示列挙以外までは考えていないという可能性もありますね。あまり問題にならないんでしょうか。

たとえば労働時間差別で、総合職は残業が多い、一般職は残業が少ない。これは間接差別だというのは、理論上は言えても、それは当然だよねとみんな思ってしまうよ。賃金も総合職が高くて、一般職は低いけど、それも仕方ないと思われてる気配があります。そう考えると——でも「労働者の配置」に当たるのかな。6条1号、業務の配分、……。

神吉 本件では賃金格差も争われています。一般職男性Aとの間で、昇進のスピードと、その結果としての賃金に大きな差が出ていることが主張されていますが、Aさんは元総合職であったという特殊事情もあるので、男女差別の問題ではないとされました。

富永 ごめんなさい。別の話になるかもしれませんが、救済の話で、本判決は社宅制度自体を撤廃することは事実上困難だから、一般職にも社宅制度の適用を認め、同一の基準を採用すること以外に現実的な方策は考えたいと判断していますが、さっきの日本郵政事件の寒冷地手当の話で言えば、社宅制度適用の範囲をきちんと絞り込めばいいんじゃないのという話にいきそうな気もしないでもありません。

神吉 そうですね。差別の回避方法は複数考えられます。

富永 総合職で転勤する人がいて、その転勤する人にだけ社宅を認めるのは、それはそれでいい。だから社宅にかかる規定は公序違反じゃないけども、運用は公序違反だというのがこの判決です。そうしたら、公序違反にならないように、総合職のごく一部の人だけを認める運用とすればいいとなりそうです。事務にも使わせるべきという救済は、それは「必要以上に利益を得ている人と同じように、必要以上に利益を得させてください」という話になってしまいかねず。筋が悪

い話になってしまいます。

神吉 それだと、請求の根拠として間接差別を使えないことになりませんか。

富永 間接差別になることはなるんですかね。間接差別だけど、是正の方向が「転勤のない人すべてに認める」のかなという……。

神吉 女性に直接不利益を与える制度ではない。しかし、転勤しない男性にも支払う運用によって、男女別に効果をみれば女性に不利益が存在しているという判断です。

富永 たしかに、差別禁止事件は、労基法の最低基準違反と違って、明確で絶対的な基準があるわけではないので、相対的に比較対象者と比べて差別かどうか判断します。その場合、たしかに不利益はあるけど、その不利益の救済のため、不当に利益を得ている比較対象者と同じ利益を与えるのか、不当に利益を得ている比較対象者に利益を与えないという話にすべきか。差別禁止事件の救済というか是正は、もうちょっと柔軟にできたらいいのになと思います。

神吉 差別禁止の場合は効果を同じくすることが基本的な救済となるがゆえに、差別の認定段階で抑制的になるおそれはあるかもしれません。

あらためて、7条の間接差別をどこまで拡大するかですが、判旨は、7条を受けた施行規則2条2号の「労働者の募集、採用、昇進、または職種変更に関する措置であって、住居の移転を伴う配置転換に応じることができることを要件とするもの」の中に、均等法6条2号が直接差別として禁止する「福利厚生」、そしてそれを具体化する施行規則1条4号の「住宅の貸与」が挙げられていないけれど、そこまでは広げられると述べています。少なくとも今回の事案の下では、直接差別で禁止されている事由なればこそ、間接差別の拡大も正当化できる、範囲を広げられると見たようにも読めます。

富永 もともと間接差別は、意図的でない差別をあぶり出すのが目的なので、そもそも限定するのがけしからんという話が一方にあります。その立場から見ると、間接差別に限定をつけること自体が本当は全然おかしい。他方で、均等法はもともとは行政指導の根拠法で、明確な根拠に立って

指導しなければならないので、明確な枠づけが必要に思われます。その立場からすれば、均等法6条とか7条みたいに限定することにも理由があります。そうすると均等法違反の射程と公序違反の範囲とは一致しなくてもいいような気もしないでもないです。ただ無限定に広がっていいのかという話もあるかもしれません。

神吉 結局、7条があろうとなかろうと間接差別という概念は存在するのでしょうか。それとも、7条が制定されて初めてそれが公序の内容を形成するようになり、7条を具体化した施行規則2条以外にも7条の趣旨が及ぶようになったという整理でしょうか。

富永 つまり、7条がつけられる前に間接差別はあったのかという話ですね。

神吉 はい。公序の内容としてあったかと問われれば、なかったのでしょうか。

富永 たぶん不当だと思ったら、差別意思がありますと言って広げていたんでしょうね。その意味ではあったのでしょうか。どうなんですかね。

神吉 その考え方がなかったから7条をつくったとすると、少なくとも、直接差別には当たらなくても間接差別として違法、無効を基礎づけるような状態が観念される根拠規定が初めてできた。そこで、7条制定以降は、均等法7条違反は3つに限定されているにせよ、3つの外側にある一定の間接差別も公序違反と言える法状況に至ったと考えられます。

富永 均等法自体の射程は7条、7条でいう6条各号と施行規則2条各号の範囲でしかないけれども、7条をつくったことによって、それ以外の部分も公序良俗の中身が書き換わって、公序違反の射程は6条各号や施行規則2条各号以外に及ぶ。「間接差別」という「考え方」自体ができた。そうだとしたら、書き換わったことで広く射程が及ぶかもしれませんという話ですね。

神吉 はい。しかし、間接差別の規定導入時には、この3つは限定列举であることが強調されてきました。

富永 「均等法の射程」はそれだけなんですけれども、それをつくったことによって周りに影響が及んでしまったということなんですか。実

際、付帯決議（第164回国会参議院厚生労働委員会第17号・平成18年4月27日、第164回国会衆議院厚生労働委員会第31号・平成18年6月14日）でも、いや、間接差別自体はほかでも存在するんですよという話をしています。条文で決めたこと以上に、概念が導入され、広く公序良俗みたいなものが書き換わったという効果があるんですかね。もしかするとあるかもしれません。

神吉 それを認めたのが本判決だと読みました。それから、規定と運用で結論が変わった点はどうでしょうか。

富永 本事件では、社宅制度を「総合職に認める」として、本当は「総合職の中で本当に必要がある人だけに認める」はずだったのに、必要がない人まで認めています。そうだとすれば、社宅制度の適用対象を絞ればいいとなって、運用だけ変えればいい話になりそうかなと思います。運用がおかしいとして、その運用の変え方として「一般職まで認めましょう」という運用の変え方は無理だと思うので、やはり「総合職の中で対象者を絞りましょう」という運用の変え方に結局なるんじゃないかと私は思います。それは労働条件の不利益変更になるんですかね。労使慣行の書き換えをしないといけない、ということになるのでしょうか。

神吉 就業規則は「総合職＝転勤できる人」と定義したうえで、社宅規定は、「本規定は、当社が総合職社員に貸与する社宅に関する事項について定める」とあり、そもそも社宅規定の適用自体が総合職にしかありません。ただし、転勤を命じられない総合職が3分の2を占めるし、総合職なら希望すれば社宅制度の適用が認められる。潜在的には転勤を命じられる人だけに適用されるはずなのに、運用がずれることで差別的な効果を生じているので、運用だけが問題になる。とすれば、規定は変える必要がないのでしょうか。

富永 裁判所が言うように、一般職にも社宅利用を認めなさい、というのは規定がやはり間違いなんじゃないですかという話になりそうな気がします。

神吉 裁判所は、社宅規定の適用を一般職にも認めなさいとも言っていないようです。規定の

「総合職」が男性を指す意味で用いられているとは認められないし、運用次第では、総合職を要件とする合理的理由が認められるので、間接性差別にはならない。

総合職・一般職差別ではなく、間接差別に乗せるためには、均等法上、性に関する間接差別と言えなければなりません。総合職、一般職間で、転勤の有無で社宅規定の適用にせよ運用にせよ、差をつけること自体は問題なくて、あとは男女それぞれに対する効果の問題になる。女性の総合職が増えれば、この規定を維持したままでも効果は変わるし、規定だけではやはり間接差別とは言えないですね。

富永 実は総合職に女性が増えたら、それで間接差別でなくなるという話です。それと、判決にあります。社宅管理規程は適用対象である総合職の社宅利用の希望があれば当然利用を認めるものではなく、必要と認めた場合に限り許可することとされているので、運用次第では総合職を要件としてもOKと言っています。転勤した人、転勤する人だけ社宅利用を認めるのならOKということだとすると、「合理的な理由」ができてきて、セーフになります。差別的な効果が消えるのと、合理的な理由に合わせるのと、たぶん2つ抜け道があるのでしょうかね。

神吉 そうですね。だから、実際には希望者全員に支給する運用をしていますが、それは本来の制度趣旨とは異なるので、そこを絞ってほしいと示唆しています。

富永 ちゃんと整理、適用すればいいという話でしょうね。あと、これは今までの話と関係ないかもしれませんが、均等法7条を見ると「合理的な理由がある場合でなければ、これを講じてはならない」と書いてあります。労契法旧20条やパート有期法8条は「不合理と認められる相違を設けてはならない」です。均等法7条と、パート有期法8条では合理性・不合理性の規定ぶりの違いで、判断の厳しさにも差があるのでしょうか。

神吉 パート有期法8条は、待遇格差はあることを前提に、不合理な差でないかを評価する仕組みで、均等法7条は、まず差別となるおそれが高そうな類型的な措置を定めて、それが覆されるよ

うな合理的な理由があれば許されるという、原則と例外が反転した関係だと思います。

富永 原則はアウトで、合理的な理由で正当化できれば別というのが均等法7条。ただ、そこで見ている合理的理由というのはパート有期法8条などとかぶらないでしょうか。職務の変更の範囲など。

神吉 判決を読みながら、実際には似ていると思いましたが。

富永 特にパート差別は間接的な性差別であるというのが欧州法での規制根拠の1つなので、もしかすると、そこはある意味近い考え方をとるのかなと思ったりします。あるいは、支給条件などの違いを設ける理由は結果的に仕事の内容などなので、結果的に似ているのか。そこは両方ありそうです。

### 3. 公務員の退職手当の全額支給制限処分（不支給処分）の当否

—宮城県・県教委（県立高校教諭）事件・最三小判令5・6・27（労判1297号78頁）

#### —事案と判旨—

##### 事実の概要

Xは、Y県の公立学校教員である。Xは、昭和62年4月に採用され、以後、教諭として勤務していた。本件懲戒免職処分以外の懲戒処分歴はなく、その勤務状況にも特段の問題は見られなかった。

Xは、平成29年4月、当時勤務していたYの高等学校（以下「本件高校」）の同僚の歓迎会に参加して飲酒し、ビールを中ジョッキとグラスで各1杯程度、日本酒を3合程度飲んだ後、20km以上離れた自宅に帰るため、上記自家用車の運転を開始し、約100m走行した場所にある丁字路交差点を右折した際、過失により、優先道路から同交差点に進入してきた車両と衝突し、同車両に物的損害を生じさせる事故（以下「本件事故」）を起こした。

その後、Xは、呼気1Lにつき0.35mgのアルコールが検出されたことから、道路交通法違反の罪（酒気帯び運転）で現行犯逮捕された。上記逮捕の事実については、Xの氏名及び職業も含めて報道され、本件高校は、全校集会や保護者会を開き、Xの学級担任の業務等を他の教諭に担当させるなどの対応をした。

県教委は、平成29年5月、Xに対し、酒気帯び運転（以下「本件非違行為」）を理由として酒気帯び運転を理由とする懲戒免職処分（以下「本件懲戒免職処分」）をするとともに

に、職員の退職手当に関する条例（昭和28年宮城県条例第70号。令和元年宮城県条例第51号による改正前のもの。以下「本件条例」）12条1項1号の規定（以下「本件規定」）により、退職手当管理機関である宮城県教育委員会（以下「県教委」）から、一般の退職手当等の全部を支給しないこととする処分（以下「本件全部支給制限処分」）を行い、Xへの一般の退職手当等（1724万6467円）は全額不支給とされた。また、Xは、平成29年10月30日、上記の罪により罰金35万円の略式命令を受けた。

なお、本件規定は、退職をした者（以下「退職者」という。）が、懲戒免職処分を受けて退職をした者に該当するときは、当該退職に係る退職手当管理機関は、当該退職者に対し、当該退職者が占めていた職の職務及び責任、当該退職者の勤務の状況、当該退職者が行った非違の内容及び程度、当該非違に至った経緯、当該非違後における当該退職者の言動、当該非違が公務の遂行に及ぼす支障の程度並びに当該非違が公務に対する信頼に及ぼす影響を勘案して、当該退職に係る一般の退職手当等の全部又は一部を支給しないこととする処分（以下「退職手当支給制限処分」という。）を行うことができる旨を規定する。

本件非違行為に先立ち、県教委の教育長は、Yの教職員による酒気帯び運転や酒酔い運転の事例の多発を受けて、各教育機関の長等に宛てて、今後の飲酒運転に対する懲戒処分の運用厳格化の方針を示すなどして、服務規律の確保を求め旨の通知等を発出していた。また県教委も、飲酒運転につき免職又は5月以上の停職とする旨の懲戒処分の量定に係る基準を改正するなど、今後の対応の厳格化につき周知文書を配布していた。

Xは本件懲戒免職処分、本件全部支給制限処分には裁量権の範囲の逸脱・濫用があると等と主張して各処分の取消を求め提訴した。

第一審（仙台地判令3・12・2民集77巻5号1089頁）は、本件懲戒免職処分の判断に裁量権の範囲の逸脱・濫用はなく、手続上の瑕疵もないとして、取消請求を棄却したが、退職手当を全額不支給とすることは、本件非違行為の内容及び程度、原告が被る不利益があまりに大きいというべきであり、社会觀念上著しく妥当性を欠くとして、本件全部支給制限処分を取り消した。

控訴審（仙台高判令4・5・26民集77巻5号1110頁）も、本件懲戒免職処分は適法であるとしてその取消請求を棄却したが、Xが管理職ではなく、本件懲戒免職処分を除き懲戒処分歴がないこと、約30年間誠実に勤務してきたこと、本件事故による被害が物的なものにとどまり既に回復されたこと、反省の情が示されていること等を考慮すると、本件全部支給制限処分は、本件規定の趣旨を超えてXに著しい不利益を与えるものであり、本件全部支給制限処分のうち、Xの一般の退職手当等の3割に相当する額を支給しないこととした部分は、県教委の裁量権の範囲を逸脱した違法なものであるとして、本件全部支給制限処分の取消請求を一部認容

した。

【判旨】（破棄自判、請求棄却）

「(1) 本件条例の規定により支給される一般の退職手当等は、勤続報償的な性格を中心としつつ、給与の後払的な性格や生活保障的な性格も有するものと解される。そして、本件規定は、個々の事案ごとに、退職者の功績の度合いや非違行為の内容及び程度等に関する諸般の事情を総合的に勘案し、給与の後払的な性格や生活保障的な性格を踏まえても、当該退職者の勤続の功を抹消し又は減殺するに足りる事情があったと評価することができる場合に、退職手当支給制限処分をすることができる旨を規定したものと解される。このような退職手当支給制限処分に係る判断については、平素から職員の職務等の実情に精通している者の裁量に委ねるものでなければ、適切な結果を期待することができない。」

「そうすると、本件規定は、懲戒免職処分を受けた退職者の一般の退職手当等につき、退職手当支給制限処分をするか否か、これをするとした場合にどの程度支給しないこととするかの判断を、退職手当管理機関の裁量に委ねているものと解すべきである。したがって、裁判所が退職手当支給制限処分の適否を審査するに当たっては、退職手当管理機関と同一の立場に立って、処分をすべきであったかどうか又はどの程度支給しないこととするべきであったかについて判断し、その結果と実際にされた処分とを比較してその軽重を論ずべきではなく、退職手当支給制限処分が退職手当管理機関の裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、当該処分に係る判断が社会觀念上著しく妥当を欠いて裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したと認められる場合に違法であると判断すべきである。」

「そして、本件規定は、退職手当支給制限処分に係る判断に当たり勘案すべき事情を列挙するのみであり、そのうち公務に対する信頼に及ぼす影響の程度等、公務員に固有の事情を他の事情に比して重視すべきでないとする趣旨を含むものとは解されない。また、本件規定の内容及び趣旨を同じくするものと解される国家公務員退職手当法（令和元年法律第37号による改正前のもの）12条1項1号等の規定の内容及びその立法経緯を踏まえても、本件規定からは、一般の退職手当等の全部を支給しないこととする場合を含め、退職手当支給制限処分をする場合を例外的なものに限定する趣旨を読み取ることはできない。」

「(2) 以上を踏まえて、本件全部支給制限処分の適否について検討すると、前記事実関係等によれば、Xは、自家用車で酒席に赴き、長時間にわたって相当量の飲酒をした直後に、同自家用車を運転して帰宅しようとしたものである。現に、Xが、運転開始から間もなく、過失により走行中の車両と衝突するという本件事故を起こしていることから、本件非違行為の態様は重大な危険を伴う悪質なものであるといわざるを得ない。

しかも、Xは、公立学校の教諭の立場にありながら、酒気帯び運転という犯罪行為に及んだものであり、その生徒へ

の影響も相応に大きかったものと考えられる。現に、本件高校は、本件非違行為の後、生徒やその保護者への説明のため、集会を開くなどの対応も余儀なくされたものである。このように、本件非違行為は、公立学校に係る公務に対する信頼やその遂行に重大な影響や支障を及ぼすものであったといえる。さらに、県教委が、本件非違行為の前年、教職員による飲酒運転が相次いでいたことを受けて、複数回にわたり服務規律の確保を求める旨の通知等を発出するなどし、飲酒運転に対する懲戒処分につきより厳格に対応するなどといった注意喚起をしていたとの事情は、非違行為の抑止を図るなどの観点からも軽視し難い。

以上によれば、本件全部支給制限処分に係る県教委の判断は、Xが管理職ではなく、本件懲戒免職処分を除き懲戒処分歴がないこと、約30年間にわたって誠実に勤務してきており、反省の情を示していること等を勘案しても、社会観念上著しく妥当を欠いて裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものとはいえない。

5 以上と異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。上記の趣旨をいう論旨は理由があり、その余の論旨につき判断するまでもなく、原判決は、上記判示と抵触する限度において変更を免れない。そして、前記事実関係等の下においては、本件全部支給制限処分にその他の違法事由も見当たらず、その取消請求は理由がないから、以上に判示したところに従い、原判決主文第2項から第4項までを本判決主文第1項のとおり変更することとする。」

(宇賀克也裁判官の反対意見あり。本件では停職以下の処分にとどめる余地がある場合に、特に厳しい措置として懲戒免職処分がされたといえ、一般の退職手当等の一部を支給しないこととする処分をすることを、公務に対する信頼に及ぼす影響に留意して慎重に検討すべきとして、他処分例との均衡等から、原審の判断は是認可能とする)

富永 この事件は、飲酒運転をして事故を起こした高校の教員が、懲戒免職処分を受け、退職金、退職手当の全部支給制限処分を受けたという事案です。不支給とされた退職手当の額は、1700万円余りでした。この懲戒免職処分、全部支給制限処分の取消しを求めた事件です。

第一審、控訴審とも懲戒免職処分は違法でないとしましたが、全部支給制限処分については、第一審は取消し、控訴審は一部支給すべき事案だったとして一部の取消を認めました。最高裁はこれをひっくり返し、判断枠組みとして、裁判所が実体的な判断を代わりに行うべきものでなく、処分の裁量が社会観念上、著しく不当で裁量権の範囲

を逸脱・濫用した場合にのみ違法であると述べています。適用・判断部分については、公務員という地位の特殊性を延べて、公務員特有の事情を考慮している点、全部支給制限処分は例外的なものに限定される趣旨ではないと述べる点などが特徴的です。私の印象では、結構厳しい判断だなどと思えます。

本判決の特徴として、1つには、社会観念審査と呼ばれる判断枠組みをとり、かつ社会通念に照らし著しく妥当を欠く場合でない限りは裁量を重視して、判断代替的判断を避けている点が挙げられると思います。

その後、大津市事件（最一小判令6・6・27裁判所ウェブサイト掲載）という最高裁判決も出ています。これも退職手当の全部支給制限処分の事例です。原告は、総務部の元課長です。これも類似の判断枠組みと判断により、退職手当を全額不支給とした処分は違法でない判断しています。

テレビ宮崎（退職慰労金）事件（最一小判令6・7・8裁判所ウェブサイト掲載）という最高裁判決も最近出されています。今度は民間企業であり、代表取締役に関する事件なので労働契約ではないのですが、制度の構造は似ています。経費の不適切使用の疑われる代表取締役の退職手当について、弁護士や公認会計士が構成員となっている委員会で審議し、不適切な使用分を差し引いた残額を支払うという形とし、それについて元代表取締役側が訴えた事案ですが、これも、裁判所は判断代替的な判断を避けているように思えます。

第二に、具体的な判断としては、公務に対する信頼を重視して全額不支給を認めている点も挙げられると思います。長年積み上げてきた、勤労報償的な性格を考慮しても、全額不支給とできると判断しています。

社会観念審査で、このように緩やかな基準となった点は、やや疑問です。民間企業では、全額不支給はよほどのことで、割合的に、たとえば3割は支給しなさいとされる事例が多いです。裁判所は、公務員の事例だから、三権分立的な観点から過度に介入すべきでないとして抑制的な判断にとどまったのかもしれませんが。あるいは、公務員としての地位、信頼の維持を重視したのかもしれ

ません。ただ、公務員も労働者の一種ですし、全額不支給とするには相当な事情が必要だと今までは思われていたかと思います。

第三に、これは多くの評釈も指摘していますが、国家公務員退職手当法12条1項というのは、もともと、従前は懲戒免職処分にするとは必ず全額不支給にしていたところ、それは厳しすぎるため、一部支給ができるように改正したという事情があるので、その趣旨からすると逆行しているのではないかという点です。

神吉 公務員への退職手当の支給制限処分について初めて判断を示した最高裁判決で重要ですが、ご指摘のように、現12条1項が平成20年改正で一部支給が可能ないように改正された経緯に鑑みれば、この趣旨に逆行するとまでは言わないまでも、やや引っかかることもあります。反対意見は、慎重に検討すべきと述べて、処分例との均衡で原審の判断も是認可能だという見解を示したにもかかわらず、多数意見はその立場をあえて取らなかった。全額不支給という結論に相当強い意思があるということですね。

富永 駄目押しで終わった事件です。

神吉 公務員の退職手当の性格に民間とは異なる性質があるとみて、勤続報償的な性格を中心に評価した影響が大きいと読むべきでしょうか。

富永 「勤続報償的」は、労働法では「功労報償的」に相当するものですよね。でも、民間企業と公務員とでそこまで大きく違うんでしょうか。公務員としての地位の特殊性みたいなのを重視したということになるのでしょうか、判断枠組み自体がかなり抑制的だという印象があります。民間企業だと、ちゃんと判断した最高裁判決は三晃社事件以来ないので、民間企業の労働者の退職金について、最高裁が今、どのような判断をするかわからないんですけども、少なくとも下級審はこんなに裁量を重視してはいないと思います。

仮に公務員事件で裁量を重視するというのは、行政権の判断には謙抑的であるということなのか、それとも勤続報償的な性格とか賃金後払い的な性格から認められる期待権、つまり「これだけ退職金をもらえるだろう」という期待権を持てるような制度上の仕組みではないということなのか。

か。ちゃんと支給処分があって、初めて退職手当がもらえることになるので、それまでは事実上の期待のような薄い期待権でしかない、そこが民間企業とは違うんだという話なのか。

神吉 民間の労働契約関係では、退職金債権は要件を満たして初めて発生するもので、功労の減殺の程度は発生段階での制限と位置づけられ、だからこそ賃金全額払い原則に抵触する問題でないかと理解されるわけです。そこが公務員のケースとの枠組みの違いです。本件はこれに加えて、公務の信頼維持などの公務員固有の事情を重視して至った結論のように思いました。

富永 本判決では、公務に対する信頼に及ぼす影響の程度が強調されていて、少しアナクロな感じもします。ただ、判断枠組み自体、かなり緩い印象があります。判断主体が行政権なので、契約自由で勝手気ままな処分をしがちな民間企業より判断が確かだということなのか。

神吉 公務員の退職手当の支給制限処分は、民間の労働契約関係とは違って、先に発生している具体的権利を制裁的に制限するという性質であるなら、むしろ権利性は強いところからスタートするはずではないでしょうか。

富永 あるいは、元来、退職手当はこれぐらいの緩い審査しか入らないもので、民間企業の事件には裁判所が介入しすぎていたという話なのかなという気もします。テレビ宮崎事件は民間企業の事例ですが、取締役は委任契約なので当事者の地位の対等性が高く、また労働者とは違ってくるのかもしれませんが、処分権者の裁量を尊重しているように思います。ただ、それを上回って、公務に対する信頼とか、行政的判断の尊重みたいなものがあるのか。

神吉 賃金後払い的性格や勤続報償的性格は、それが退職金の発生根拠となるわけで、それを公務への信頼を失ったことで、全部制裁的に塗り変えられるのか。それは厳しすぎるというのが反対意見です。

富永 反対意見も説得的な気がします。調査官解説(佐藤政達「判解」法曹時報76巻4号144頁)がもう出ている、反対意見の参照する事例が本件と事案として近いとは限らないと指摘されてい

て、そこは個別判断なのでそうかと思いますが。ただ判断として厳しく、裁量も重視している印象です。配転などは、労働者への不利益性はまだ小さいのに、介入的な判断をしています。それより、もっと不利益性が大きいのに抑制的な判断枠組みの気がします。これはもしかすると、公務員、公法だからということもあるのかもしれませんが。

神吉 多数意見では、ほかの処分との均衡は前面に出ていません。決して酒気帯びに対して甘い態度を取りたくはないのですが、ここまで長期間、問題なく勤務していて、免職にもなっているわけで、さらに退職金に関する過去の功労まで全部抹消された結論とするのは厳しめですね。

富永 民間企業の下級審の裁判例の傾向でいえば、ほぼ一部支給、30%支給くらいの事例かと私は思いました。しかもこれは私生活上の話です。ただ、公務員というのは私生活も気をつけなさいという話なのかもしれませんが。

神吉 公務への信頼確保という価値を相当に高く見ること自体は是認しうるのですけれども、厳しさについて評価が分かれた事案だと思います。

#### 4. 労災支給処分取消訴訟における特定事業主の原告適格

—あんしん財団事件・最一小判令6・7・4（判例集未登載）

##### — 事案と判旨 —

###### 事実の概要

X社は、労働保険の保険料の徴収等に関する法律（以下「徴収法」）12条3項に基づくいわゆるメリット制の適用を受ける事業の事業主（以下「特定事業主」）である。Xの支局に勤務していたZが精神疾患を発症し、札幌中央労働基準監督署長が、労災保険法に基づき、療養補償給付及び休業補償給付の各支給処分（以下、「本件各処分」）をしたところ、X社が、本件各処分の法的効果により労働保険の保険料の納付義務の範囲が増大して直接具体的な不利益を被るおそれがあり、同処分の取消しを求めるにつき、法律上の利益を有する者（行訴法9条1項）に当たると主張して、本件各処分の取消しを求め提訴した。

第一審（東京地判令4・4・15労判1285号39頁）は、労働者災害補償保険法は、専ら、被災労働者等の法的利益の保護を図ることのみを目的とし、事業主の利益を考慮しないことを前提としており、業務災害支給処分との関係で、特定事業主の労働保険料に係る法律上の利益を保護していると解す

る法律上の根拠は見いだせないとして、特定事業主の労働保険料に係る法律上の利益を個別的利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むものとは解されず、当該特定事業主の利益は、行政事件訴訟法9条1項にいう法律上保護された利益には当たらず、特定事業主は、業務災害支給処分の取消訴訟の原告適格を有しないと判断し、請求を却下した。

控訴審（東京高判令4・11・29労判1285号30頁）は、事業主による控訴を認容した。その理由は、特定事業について、労災保険給付の支給決定（以下「労災支給処分」という。）がされていると、これによりメリット収支率が大きくなるため、当該特定事業の事業主の納付すべき労働保険料が増額されるおそれがあり、そうすると、特定事業の事業主は、その特定事業についてされた労災支給処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者として、上記労災支給処分の取消訴訟の原告適格を有する、というものである。

これに対して、Y（国）が上告した。

##### 【判旨】（破棄自判、控訴棄却）

「行政事件訴訟法9条1項にいう処分の取消しを求めるにつき「法律上の利益を有する者」とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいうところ、本件においては、特定事業についてされた労災支給処分に基づく労災保険給付の額が当然に当該特定事業の事業主の納付すべき労働保険料の額の決定に影響を及ぼすこととなるか否かが問題となる。」

「労災保険法は、労災保険給付の支給又は不支給の判断を、その請求をした被災労働者等に対する行政処分をもって行うこととしている（12条の8第2項参照）。これは、被災労働者等の迅速かつ公正な保護という労災保険の目的（1条参照）に照らし、労災保険給付に係る多数の法律関係を早期に確定するとともに、専門の不服審査機関による特別の不服申立ての制度を用意すること（38条1項）によって、被災労働者等の権利利益の実効的な救済を図る趣旨に出たものであって、特定事業の事業主の納付すべき労働保険料の額を決定する際の基礎となる法律関係まで早期に確定しようとするものとは解されない。仮に、労災支給処分によって上記法律関係まで確定されるとすれば、当該特定事業の事業主にはこれを争う機会が与えられるべきものと解されるが、それでは、労災保険給付に係る法律関係を早期に確定するといった労災保険法の趣旨が損なわれることとなる。」

「また、徴収法は、労災保険率について、将来にわたって、労災保険の事業に係る財政の均衡を保つことができるものでなければならぬものとした上で、特定事業の労災保険率については、基準労災保険率を基礎としつつ、特定事業ごとの労災保険給付の額に応じ、メリット収支率を介して増減し得るものとしている。これは、上記財政の均衡を保つことができる範囲内において、事業主間の公平を図るとともに、事業主による災害防止の努力を促進する趣旨のものであるとこ

る、客観的に支給要件を満たさない労災保険給付の額を特定事業の事業主の納付すべき労働保険料の額を決定する際の基礎とすることは、上記趣旨に反するし、客観的に支給要件を満たすものの額のみを基礎としたからといって、上記財政の均衡を欠く事態に至るとは考えられない。そして、前記2の労働保険料の徴収等に関する制度の仕組みにも照らせば、労働保険料の額は、申告又は保険料認定処分の時に決定することができれば足り、労災支給処分によってその基礎となる法律関係を確定しておくべき必要性は見いだし難い。」

「以上によれば、特定事業について支給された労災保険給付のうち客観的に支給要件を満たさないものの額は、当該特定事業の事業主の納付すべき労働保険料の額を決定する際の基礎とはならないものと解するのが相当である。そうすると、特定事業についてされた労災支給処分に基づく労災保険給付の額が当然に上記の決定に影響を及ぼすものではないから、特定事業の事業主は、その特定事業についてされた労災支給処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者に当たるということはできない。

したがって、特定事業の事業主は、上記労災支給処分の取消訴訟の原告適格を有しないというべきである。」

「以上のように解したとしても、特定事業の事業主は、自己に対する保険料認定処分についての不服申立て又はその取消訴訟において、当該保険料認定処分自体の違法事由として、客観的に支給要件を満たさない労災保険給付の額が基礎とされたことにより労働保険料が増額されたことを主張することができるから、上記事業主の手續保障に欠けることはない。」

富永 次は、あんしん財団事件です。これは労災保険についてメリット制があり、労災保険給付があれば保険料が上がりうることを前提として、会社が、労災保険の支給処分の取消の訴えを起こし、会社が原告適格を有するか否かが争われた事件です。

第一審は原告適格はないと判断し、控訴審では、原告適格があると判断され、大変注目されていた事件です。最高裁では、原告適格はないと判断されました。

判断の立てつけとしては、第1段落目で、まず労災支給処分と保険料率の関係を前提に、労災支給処分が保険料率の決定に影響を及ぼすことになるか否かが問題だとしています。そして第2段落で、労災保険給付の行政処分による決定は、被災労働者等に早期に、実効的に保護する目的だとし、保険料率を基礎づける法律関係の早期確定の

趣旨ではない、保険料率の基礎となる法律関係まで早期確定する趣旨だと、救済を目的とする労災保険法の趣旨が損なわれると述べます。

メリット制自体により保険料率が上がるという点については、労働保険料の額は、申告又は保険料認定処分の時に決定する建前で、労災支給処分によって確定される必要はないとしています。

そうすると、客観的に支給基準を満たさないものにつき労災支給処分はされたが、実はそれが違っていたという場合、間違っていたということを保険料率の決定のときに争わせれば十分であるとして、原告適格を有しないと判断しています。

下級審では、会社側の原告適格について、判断が分かれていましたが、本最高裁判決が統一した判断を示した点に、重要な意義があると思います。

なお保険料率の決定について、労災の支給決定の誤りを理由に争えるかどうかという点について、下級審では否定したものもありましたが、最高裁が争いうると認めた点も重要です。

労災保険の処分自体は早期の救済があり、料率に影響可能性があるから争わせるべきでないというのはそのとおりかと思ひ、判旨には賛成であります。

神吉 私も賛成です。結論としても妥当です。し、高裁判決に対する批判的意見の中に、特に労災の支給処分の対象となった労働者の地位を著しく不安定にさせるという指摘がありましたが、この点は本判決の処理でないと乗り越えられなかったと思います。

先行処分と後行処分との関係は、そこまで密接に考える必然性はなく、別に取り扱うことができ、かつ、後行処分の適法性の中で先行処分の適法性が問題になったとしても、先行処分の見直しまでを必然とせず、切り離せると。本件を契機に事態が進んだこととして、本件一審判決が出されるまで、特定事業主は労災支給決定そのものに対する不服申し立てだけでなく、保険料認定処分に関しても支給要件非該当性を主張する不服申し立ての原告適格はないと考えられていたのが、厚生労働省『労働保険徴収法第12条第3項の適用事業主の不服の取扱いに関する検討会報告書』（令和4年12月）が出されて、業務災害支給処分と労働

保険料認定処分は相互に独立性が高く、そもそも違法性の承継が問題となる場面ではないと整理したうえで、有効に確定している労災保険給付のうち支給要件に該当するものだけがメリット制適用の際の考慮対象となる「労災給付」（徴収法12条3項）に当たるとの解釈によって先行処分の効果に影響を及ぼすことなく後行処分を争う途を使用者に開く解決策を示しました。これを受けた2023年通達（平5・1・31基発0131第2号）は、労働保険料の認定決定を争う取消訴訟において事業主の支給要件非該当性の主張を認めてその審理を可能とする一方で、支給要件非該当性を理由として労働保険料の認定処分を取り消す判決が確定した場合、都道府県労働局は労働保険料の額を算定し直すが、労働基準監督署は該当の労災支給処分を取り消すことはしないとしているので、事業主側にも、労働者側の手続保障のいずれにも目配りした解決が導けたのではないのでしょうか。

富永 仮に事業主が労災支給決定処分を争えたとすると、地裁、高裁、最高裁と。しかも最高裁で判断がひっくり返って取り消されたら、被災労働者の地位の安定性が害されるので、そこで争うのはおかしい。ただ、会社としても、支給決定がおかしいということに何も言えず、勝手に行政庁と被災者だけで決めて、後から料率が上がりましたが、もう争えませんと言うのもおかしいので、よく考えた解決だと思います。

神吉 本件の当事者に関わる一連の訴訟をみると、職種転換や配転命令を契機に多数の労働者が適応障害について労災認定を申し立てていて、認められたケースとそうでないケースとに分かれています。使用者は、認定ケースについても、労働者の適応障害が詐病だと主張していたようなので、実は保険料決定への不満よりも、先行処分、労災認定自体を争いたかったのかもしれない。ただ、法律上の利益がないと原告適格が認められないので、メリット制の適用を手がかりにした側面があります。

原審判決に対しては労働法や社会保障法の立場からは反対意見が大勢でしたが、行政法の立場からは是認しようとの意見も多かったようです。総生会事件（東京高判平29・9・21労経速2341号29頁）などの違法性の承継という考え方自体は、行政法上は無理がないとしても、労災保険法が何を守ろうとしているのかという観点からは、やはり法の趣旨にはそぐわないと考えられます。

富永 具体的な額は正確には不明けれども、とにかく早く救済しようというのが労災保険です。都市計画法の青写真判決などとは、利害状況も違うんでしょうね。

神吉 そうですね。当初、労基法下では使用者の責任だったものを無過失責任として社会保険化した経緯からすれば、早期救済の趣旨は非常に重要な価値です。

富永 評釈では、メリット制の適用がある会社とない会社があって、メリット制の適用される会社と適用されない会社で扱いが違うのも変だという点も指摘されていました。

神吉 そもそも支給要件非該当の保険給付がメリット制の算定基礎から排除されることが当然の法解釈だったのかも、これまで行政の運用と下級審の判断とが分かれていた解釈問題でした。本判決はこれを明らかにした意義があります。また、違法性の承継を認めるにせよ、訴えが可能となる時期についての整合的な説明も難しく、先行処分の段階では後行処分の実施は理論的で不確定な可能性にとどまるという指摘もふまえれば、後行処分での訴えを認める、最も落ち着いたよい結論を示したといえそうです。

（2024年8月2日 東京にて）

かんき・ちかこ 東京大学大学院法政学政治学研究科教授。主著に『最低賃金と最低生活保障の法規制——日英仏の比較法的研究』（信山社、2011年）など。  
とみなが・こういち 上智大学法学部法律学科教授。主著に『比較対象者の視点からみた労働法上の差別禁止法理——妊娠差別を題材として』（有斐閣、2013年）など。