

ディアログ

# 労働判例この1年の争点

- ❁ 無期転換の10年特例が適用される任期法4条1項1号該当性
- ❁ 大学非常勤講師の労働契約法上の労働者性



**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. 無期転換の10年特例が適用される任期法4条1項1号該当性——学校法人羽衣学園（羽衣国際大学）事件
2. 大学非常勤講師の労働契約法上の労働者性——国立大学法人大阪大学事件

### ■フォローアップ

1. 非違行為を理由に懲戒免職処分を受けた公営バス運転手への退職手当不支給処分の当否——京都市交通局事件
2. 労働時間性が事後に認められた時間外・深夜労働に対する割増賃金の算定基礎と割増率——社会福祉法人A会事件

### ■ピックアップ

1. 有期労働契約の労働条件引下げ拒否による不更新に対する労契法19条の適用可否——東光高岳事件
2. 年休の利用目的である海外渡航についての新型コロナウイルス感染症の感染リスクを考慮してなされた時季変更権行使の違法性——京王プラザホテル札幌事件
3. 有期契約の常勤講師の無期転換申込み後の事務職員への配置転換と無期専任教職員との賃金格差の不合理性——学校法人明德学園事件
4. 不利益取扱いの救済としてバックペイを命じない労働委員会の裁量の有無——国・中労委（シェーンコーポレーション）事件

#### 凡 例

・判例の表記は次の例による。

（例）最二小判（決）令〇・〇・〇

→ 最高裁判所令和〇年〇月〇日第二小法廷判決（決定）

民集：最高裁判所民事判例集

労経速：労働経済判例速報

労旬：労働法律旬報

労判：労働判例

労民（集）：労働関係民事裁判例集

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。一昨年、昨年に続き、本年度も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〈ホットイシュー〉で、この1年のとくに重要な判例を2件、ご議論いただきます。続いて〈フォローアップ〉で、以前取り上げた判例について、その後およびそれをめぐる動向を示す事案を2件、ご紹介いただきます。最後に〈ピックアップ〉として、注目すべき新しい議論や現代特有の事情を表していると思われる事案について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いたします。

**神吉** 3年間、多くの判決を読むたびに、決着のついていない論点がどれだけ残されているの

か、あらためて気づかされました。研究者は、法の趣旨はこうだけど結論はケースバイケース、と言いつばなしなこともあります。裁判は具体的な解決を図らないといけない大変な作業です。そのことを肝に銘じながら、できる限り将来につながる議論ができたと思います。よろしくお願いいたします。

**富永** 労働法は判例法だと言われることもありますが、まさにそのとおりで、この3年間、今年はありませんかと思っていたら興味深い判決が出されていたりして、考えさせられました。こういう問題があるのに、まだ固まっていないのか、といった発見が数多くありました。今回でディアログからは外れますけど、また今日も、そして今後とも勉強させていただければと思っています。よろしくお願いいたします。

## ホットイシュー

### 1. 無期転換の10年特例が適用される任期法4条1項1号該当性

——学校法人羽衣学園（羽衣国際大学）事件・最一小判令6・10・31（労判1322号5頁）

#### ——事案と判旨——

##### 事実の概要

Y（一審被告・被控訴人・上诉人）は羽衣国際大学（以下「本件大学」）を設置する学校法人であり、X（一審原告・控訴人・被上诉人）はその教員である。Yは、平成24年12月、本件大学の人間生活学部人間生活学科生活福祉コース（以下「生活福祉コース」）専任教員1名の退任に伴い、後任となる専任教員を、「介護福祉士等の資格を有し、当該資格取得後5年以上の実務経験を有すること」を応募条件とし、「初回の契約期間は3年で、更新は1回に限る」ものとして募集した。

Xは、上記募集に応じ、平成25年3月4日、Yとの間で、職種を専任教員、契約期間を3年間とする労働契約を締結した。Xは同年4月に着任し、生活福祉コースの講師の職（以下「本件講師職」）に就き、介護福祉士の養成課程に係る演

習、介護実習、レクリエーション現場実習、論文指導、卒業研究といった授業等を担当し、知識と技術等の教授に当たった。本件大学に係る教員の任期に関する規則には、任期法5条1項により任期を定めて雇用する教員として、人間生活学部の講師が掲げられていた。XとYは、平成28年4月1日頃、契約期間を3年間とし再度の更新をしないものとして上記労働契約を更新した。Xは当初の採用から5年経過後の平成30年11月4日、Yに対し無期転換を申し入れた。

その後、YはXに対し労働契約の期間満了を理由に雇止めをした。Xは、〈1〉無期転換によりXY間に無期労働契約が締結された、〈2〉仮に無期転換が認められないとしても、XY間には労契法19条により有期雇用契約が継続している、〈3〉XY間で有期労働契約の期間満了後に、無期労働契約締結の合意が成立した、として、労働契約上の権利を有する地位確認、未払賃金等の支払、雇止めが不法行為であるとして慰謝料等の支払を求め提訴した。

一審では、Xに任期法7条の特例（労働契約法18条1項の無期転換が認められる通算契約期間を5年ではなく10年とする特例）の適用を認め、無期転換は不成立だとし、有期契約についても契約更新時に以後の契約更新はしないと説明され、不更新条項のある契約書に署名押印したことから、合

理的な期待が認められず、またY側に労働契約締結の確定的な意思を表示する発言はなく更新は認められないとして、請求が全部棄却された。

控訴審は、本件講師職は多様な人材の確保がとくに求められる教育研究の職（任期法4条1項1号）に該当しないためXに10年特例は適用されず、雇止めの時点で同契約は既に無期労働契約に転換していたと判断し、地位確認及び未払賃金の支払請求の一部を認容した。Y上告。

【判旨】（原審破棄差戻し）

「任期法は、4条1項各号のいずれかに該当するときは、各大学等において定める任期に関する規則に則り、任期を定めて教員を任用し又は雇用することができる旨を規定している（3条1項、4条1項、5条1項、2項）。これは、大学等への多様な人材の受入れを図り、もって大学等における教育研究の進展に寄与するとの任期法の目的（1条）を踏まえ、教員の任用又は雇用について任期制を採用するか否かや、任期制を採用する場合の具体的な内容及び運用につき、各大学等の実情を踏まえた判断を尊重する趣旨によるものと解される。そして、任期法4条1項1号を含む同法の上記各規定は、平成25年法律第99号により労働契約法18条1項の特例として任期法7条が設けられた際にも改められず、上記の趣旨が変更されたものとも解されない。そうすると、任期法4条1項1号所定の教育研究組織の職の意義について、殊更厳格に解するのは相当でないというべきである。

前記事実関係によれば、生活福祉コースにおいては、Xを含む介護福祉士等の資格及びその実務経験を有する教員により、介護実習、レクリエーション現場実習といった授業等が実施されており、実務経験をいかした実践的な教育研究が行われていたといえることができる。そして、上記の教育研究を行うに当たっては、教員の流動性を高めるなどして最新の実務経験や知見を不断に採り入れることが望ましい面があり、このような教育研究の特性に鑑みると、上記の授業等を担当する教員が就く本件講師職は、多様な知識又は経験を有する人材を確保することがとくに求められる教育研究組織の職であるというべきである。

したがって、本件講師職は、任期法4条1項1号所定の教育研究組織の職に当たると解するのが相当である。」

神吉 学校法人羽衣学園（羽衣国際大学）事件では、任期法4条1項1号の解釈が問題となりました。任期法は、もともと無期雇用を原則としていた国立大学について、各大学の実情を踏まえた柔軟な判断を尊重するという趣旨で、無期雇用の例外を定めるという位置づけで制定された法律です。任期制を導入するには規則を定めておかねばならず、適用対象も限定列举で、手続も比較厳格です。同法の平成25年改正で、当時導入

された労働契約法18条の通算契約期間5年での無期転換権発生の特例として、通算契約期間を10年とする特例を設ける7条が入り、現在ではその部分が重大な意味を持っています。特例対象としては、①多様な人材の確保がとくに求められる教育研究組織の職に就けるときの（4条1項1号）、②助教の職に就けるときの（同2号）、③特定の計画に基づき期間を定めて教育研究を行う職に就けるときの（同3号）の3類型が規定されていますが、本件は①について、とくに多様な人材確保が求められる教育研究組織の職の内容や範囲が問題となりました。

その該当性判断の姿勢として、2つの方向性があります。1つめは、労契法の無期転換の例外、すなわち5年で無期転換することの例外であるという位置づけを重視して厳格に判断すべしという立場です。原審判決はそのような立場をとり、10年特例が適用されるのは教員を「定期的に入れ替えて、新しい実務知識を導入することを必要とする等、本件講師職を任期制とすることが職の性質上、合理的」な場合に限られ、「教員を安定的に確保することがむしろ望ましい」場合には適用が否定され、5年無期転換の原則が適用されると判断しました。これは5年で無期転換する原則が適用されない積極的な理由を要するという考え方とも整理でき、学説にも比較的多い見解です。

これに対して2つめは、もともとの任期法の趣旨は各大学の実情を踏まえた判断を尊重するという趣旨であって、それは労働契約法18条が制定され任期法が改正された後も変わっておらず、「教育研究組織の職」の解釈を殊更厳格に判断する必要はないとみる立場です。本判決で最高裁は明確にそう述べて原審の判断を覆し、任期法4条1項1号の該当性を認めた初の最高裁判決となりました。しかし、それはほぼ大学の裁量で決まるということの意味なのか、解釈基準は必ずしも明らかになっていません。

それから、任期法と同時に制定された科学技術イノベーション法（科技イノベ法）においても、労働契約法18条の5年原則が10年となる特例が設けられています。科技イノベ法の構造は任期法と似てい

るようで若干違っており、適用対象である「研究開発及びこれに関連する業務に従事する者」の該当性に関しては、研究関連業務への従事を重視する解釈がされてきました。これまでの下級審判決では、教育のみを担当する講師は含まれないとの解釈が示され（学校法人専修大学（無期転換）事件・東京高判令4・7・6労判1273号19頁）、最高裁は大学側の上告を棄却したため、教育担当講師の5年での無期転換を認めた判決が確定しています。この点、科技イノベ法はもともとプロジェクト研究を念頭に研究者を有期で雇用することを想定しており、個々のポストが研究者に当たるか否かが問題となるのに対して、任期法4条1項1号で問題になるのは「教育研究組織の」職の該当性であるから、個別のポストが教育研究をする「職」なのかに着目するのではないという指摘もみられます。

任期法の特例の目的を、多様な人材を活用するという流動化確保の堅持とみるのか、それとも、労契法18条が制定された時点から安定的雇用の確保が読み込まれるのか。あるべき解釈は、そういった流動化と安定化のせめぎ合いから導かれるように思います。

富永 ありがとうございます。本判決で、私も気になったのが任期法の特例の趣旨が流動化なのか、安定化なのかという話で、最初に任期法をつくったときは「流動化」で、ずっと定年まで人を雇うというより、任期を決めることで入れ替えていけるようにしたい、という考え方だったと思います。そのときの流動化の話と違い、無期転換の例外と位置づけたときは、むしろ「安定化」を考えていたように思います。つまり方向性が逆の気もします。方向性が逆だとすれば、裁判所が言うように「最初と変わっていない」というのは、違和感があるように思います。仮に矛盾していないとみるとしたら、安定化・流動化の選択自体を含めて、大学に委ねているという趣旨かなという気もします。

また「教育研究の職」と原审で言っていたのを、最高裁判決では「教育研究組織の職」としているようです。そこは意味があるのだろうか、というのが気になったところです。つまり、多様な

人材などを確保することがとくに求められる教育研究の「職」だったら、まさにその「教育研究の職」について判断する、という形になりますけども、そうじゃなくて、「教育研究組織の職」ということだったら、「多様な人材の確保が必要な教育研究組織」の職、という解釈もありうるのか。鶴崎先生の前審の評釈（鶴崎新一郎「判批」法政研究90巻4号969頁（2024年3月））などでも指摘されていて、気になっていた点です。最高裁では、表現は「教育研究組織の職」ですが、中身は「職」を判断しているとみてもいいのかなという印象でありましたけれども。

神吉 任期法4条1項1号の文言は、「教育研究組織の職」ですね。

富永 そうですね。文言どおりに戻りました。

神吉 最判は文言どおりですが、高裁判決ではご指摘のとおり「教育研究の職」とされていて、「組織」は落ちています。これが判断の違いに結びつくのでしょうか。

富永 もしかすると違わないかもしれないです。結局、最高裁は「教育研究組織」と言いましたが、「多様な人材の確保が必要な」は「職」にかかっているとも読めます。ただ、4条の1号と3号とで、1号が「教育研究組織の職」、3号が「教育研究を行う職」で、書き分けていることを、最高裁が意識している可能性があるのかと思った次第です。

「多様な人材の確保が必要」なのが職やポストなのか、それとも組織かという点で、「組織」にかかる考えると、その「職」自体は別に多様な人材確保の必要はなく、「組織」でやっていればそれでいいという解釈もありそうですけども、それも少しおかしい感じもしますね。

神吉 「組織」を重視する解釈をとれば、多様な人材確保を図る必要がある組織であれば任期制をとれることになり、理論上は大学の裁量が大きくなりそうです。ただ、最高裁はそう言いつつ、「本件講師職は」と、規範の当てはめでは、結局「職」に着目しているように読めます。

富永 やっぱ「職」にかかる、ということをお前提としているんでしょうね。

神吉 最高裁が条文の文言に忠実に修正したの



は、多様な人材確保の要請との関係ではそれほど影響していないのかもしれませんが。問題となる特定のポストの位置づけに着目せざるをえないとすれば。

富永 その「職」の特性に注目して判断するのが正しいんじゃないかということですね。組織としては流動的であってほしいけれども、この職は固定的であるという場合に、わざわざ固定的な職に任期制を入れられる、というのはおかしいです。

神吉 たとえば法科大学院だと、ほとんどの教員は無期契約の専任職でも、本業が弁護士の先生に最先端の実務を一定期間教えていただくような一部の科目があります。結局、特定の「職」の該当性を検討する必要がありますね。

富永 でないと、「実務家教員を一部に入れて最新の法実務に触れさせる必要性はある」というだけで「ほかの専任も全部、任期制でいい」という話になってしまいますが、そこまで広く認める趣旨ではないと思います。ただ、判決の前段で大学の裁量を広く認めていて、実情を踏まえた判断を尊重するとしています。そちらで裁量を広く認めたら、組織か、職かというのはあまり大きくないのかもしれませんが。

神吉 そうですね。各大学の実情を踏まえた判断を尊重するのか、それとも、労契法の、本来であれば5年で無期転換できる原則の例外であることから、大学がどう考えてようと厳格に狭く解釈すべきかという、考え方の違いですね。それから、科技イノベ法に関する専修大学事件高裁判決の解釈と同様に、任期法の解釈においても研究的な要素を重視すべきだという学説もあります。ただ、科技イノベ法と違って、任期法4条1項1号の「教育研究組織の職」という文言において、「研究」は「職」ではなく「組織」全体の分野や方法の特性として位置づけられているので、当該「職」に教育と研究の両面がなければならないという解釈は必然ではないと思います。同号該当性の判断にあたっては多様な人材確保、流動化の要請が妥当するか否かが問題で、研究と教育の比重は直接的には問題にならないようにも思います。

富永 慶應義塾（無期転換）事件（横浜地判令

6・3・12 労判 1317 号 5 頁）や東海大学事件（東京地判令 7・1・30 労経速 2588 号 3 頁）もそう考えたケースではないでしょうか。東海大学は事案だけみると教育だけを担当しているように見えます。新しい知見を持っている先生が好ましいから業績審査している、だからいいという理由づけですが、非常に緩いように思いました。

任期法4条1項3号でも特定の計画に基づく期間を定めて雇用する場合が規定されていますが、入替えて実務家の先生方に教えていただくという場合、期限を限ってということになるんですけども、それはプロジェクト雇用ではありませんし、そうした場合を読むためには教育も含めることになりそうです。それはあくまで大学側の必要性の話で、法律の解釈の話ではないかもしれませんが。

神吉 そもそも、労契法の原則の無期転換までの5年だと短すぎて、10年でなければならないニーズが本当にあるのでしょうか。

富永 それがわからないんです。「無期じゃ駄目だから有期にして短くしましょう」という話だったはずが「5年じゃ短いから長くしましょう」という、途中から正反対の方向に言ってみれば逆走しているんじゃないかなという気がします。

神吉 本判決の解釈で尊重される大学の裁量というのは、流動性確保が必要で、1人が無期で居座られたら困るポストではあるけれど、5年未満で入れ替えるのも不都合なので、7年や8年でも有期雇用できる、という選択肢ですよ。つまり、5年と10年の間を、期間満了で打ち切る可能性を残す「有期」で埋める必要性。

富永 結局、「本当は長くいてほしいけど、無期では採れないから、有期」というパターンを大学に認めたいのが本音ではないかと思います。「流動性」という建前と本音が一致していないという気がします。

神吉 東海大学事件では、単に授業を担当するだけではなく、論文発表などをしていて人もいたことをわざわざ述べています。慶應義塾事件のフランス語の非常勤講師も、担当は語学の授業だけなのに、研究内容にも着目しています。これらの下級審判決では、人の入替えを図って流動性を取り入れることを正当化するために、基本は変わら

ないはずの基礎教育だけではなくて最先端の研究を反映する要素があることを言わなければならない、そうした特別の正当化要素がないと使い捨てを認めることになってしまうと懸念しているのかもしれない。同じ教育を繰り返すだけではなく、最新の研究を反映するからこそ、多様性、流動性を確保して新しい人に入れ替える正当性が認められると考えていて、そこに間接的に研究的要素を考慮する余地は残るということでしょうか。

富永 慶應義塾事件では、仕事をする場所が大学で、そこで研究もやっています。その意味で、大学の研究と言えます。でも東海大学事件ではその大学で研究しているということはありません。そうするとそこでの教育を最新の研究によって裏づけたい、だから新しい知見のある人を呼びたいという説明になるんですかね。

神吉 研究を全くしていない、純粋に語学だけを教える先生は当てはまりませんか。

富永 でも、一番よく見る有期のパターンはそういうものだと思います。でもそうすると、無期雇用は研究しない人でいい、研究する人は有期雇用、という話になりアンバランスです。そもそも人員の入替えをすることは研究にプラスにはならないと思います。ある程度の安定が必要だと思いますので、5年で切られないよう特例として10年としたのはそれ単独だとわかる気がしますが、もともとの任期法の建前が「入替え」なので、当初の趣旨とは違う形でこの制度を使っているんじゃないかなと思います。

神吉 任期法は大学がやりやすいように裁量を尊重するという趣旨で制定されたとしても、任期制を導入するか否かの裁量を認めることが、個々の職について特例職とするか否かを決める裁量まで認める趣旨に直結するかは疑問です。後者の裁量をどんどん認めていくと、研究者の職の安定には逆行しますよね。限られたことしかやらない人は5年で無期転換できるのに、最新の知見を取り入れる部分は新陳代謝が優先されるので。

富永 5年の特例として10年という点だけをみると、固定的なことしかやらない人は5年間で打ち切る、研究する人は10年までは長くいられる。そこを見ると、たしかに新しい研究をやっ

ている人のほうが少し長いんだよという形には見えませんが。

神吉 任期法の特例を、10年という「一応の安定化」のためとみる立場もありますが、本当にそうでしょうか。無期転換はさせない程度に有期で引っ張れるというだけなら、教員にとっては不安定雇用が長引くだけです。教員の雇用の安定を上回る大学のメリットをそこに見出すわけですよ。

富永 研究という面から見れば5年以上いてほしい、でも無期にはできないという大学側の都合にすぎない気がします。

神吉 並立している任期法と科技イノベ法の関係で、科技イノベ法ができたのは、立法経緯からも理系のプロジェクト雇用を念頭に置いていたことは明らかです。しかし、科技イノベ法だけでは不十分で、任期法に10年特例を設けなければならない必然性はどこにあったのでしょうか。

富永 まさに本件みたいに、実務家を引っ張ったりするときに、科技イノベ法だとプロジェクト雇用として読めないのかもしれない。

神吉 恒久的に存在するけれども、人を替えていく必要があると主張されるポジションですね。実際に使われているのは、本件のような実習や、より一般的には語学科目でしょうか。

富永 まさに法曹実務などが該当するかもしれません。最先端の訴訟実務に接している人じゃないと勤まらない、とか。ただ、最新の知見の取り入れが理由だとすると、5年程度でいいんじゃないかという気がします。

神吉 不断に最新の知見を取り入れる必要があるなら、逆に、7年や8年の長期を許容することはむしろ理屈に逆行するのではないかという疑問があります。

富永 任期法、最初にやるときに無期じゃなくて有期でという話と、5年転換が出てきたときに、5年じゃなくて10年のとき、方向は逆なんだけど、もし共通するとしたらどちらの方向でも大学の裁量を尊重するという点くらいなのかと思います。そうすると、最初と設定の趣旨が変わっていないという説明だけでは足りなくて、そう言えばよかったのと思います。

神吉 本判決の立場だと、基準自体は曖昧なまま、流動性確保が必要だと主張する大学の裁量を追認するだけの結論になりそうで、もう少し合理的な根拠といえる積極的な要素が必要だと思います。では何かありうるかという、実際には見出しにくいですね。

富永 流動化だけだとプラス面とマイナス面が両方あります。後から10年特例を入れたことの積極的な理由づけも必要んじゃないか、と評釈でもご指摘がありました。

神吉 任期法は、2つの意味で例外的位置づけともいえるかもしれません。もともと、大学は無期の安定雇用を提供するという原則に対して、大学の柔軟な判断を尊重するという趣旨でそれを緩める例外という位置づけで制定された。その後、労契法18条が5年で無期転換という安定化の原則を打ち出したのに対して、その例外として、5年ではなく10年でないと無期転換しないという特例を設けた。つまり、任期法は安定の原則に対する二重の例外といえますよね。どちらも、安定を志向する原則に対する例外とみれば。

富永 そういう意味では一貫しているんですね。

神吉 一貫しているとみるのが最高裁の考え方なのだと思います。労契法18条の制定によって一般労働者に対しては安定化を追求する原則ができたとしても、大学教員に例外としてわざわざ任期法7条を設けたのなら、それは当初の安定化に対する例外である裁量確保の趣旨とベクトルが重なるという理解ではないでしょうか。

富永 上位概念みたいなところは変わらないということですかね。

神吉 それでよいのかは別問題ですよ。しかし、その良し悪しをどういう論拠で判断するか。社会的影響や、研究者の雇用の安定といった外在的な議論をすれば、研究の発展に対してデメリットが上回りそうですけど、そういう議論は法解釈の範囲を超えてしまいます。行政解釈（令和5年2月7日文科664号）も、手続を適切に行い、適切な説明をして納得を得ることを重視していて、制度を理解したうえで契約を締結し、対象業務に就いたのであるならばそれでよしと考えているよう

にもみえます。

富永 説明等の手続は半強行規定みたいなものとみているんですかね。東海大学事件とかでは望ましい事項でしかないとしています。この最高裁判決自体も、実はちゃんと同意を取っていたかという怪しいという指摘もあります。

神吉 本件のケースは、初回の契約期間は3年で、更新は1回に限るとされていたので、労契法18条が適用されて通算契約期間5年で無期転換権が発生する人であれば、更新時、つまり3年経過直後に発生しているはずですよ。本件原告は5年経過後に無期転換を申し入れています、自分が任期法の適用対象者であることを事前にわかっていなかったからでしょうか。

富永 そこも怪しいのかもしれませんが。知らないのなら、本当に任期法を適用できるのかという話があるのかも。

神吉 特例該当性は本来、客観的に決まるべきものではないですか。この職は任期法4条1項1号該当だから、同じ学部内に5年で無期転換する人がいるとしても、あなたはこのポストで採用されるので、10年特例適用対象者です、と契約締結時に明確に説明することが望ましいですが、そうしなかったとしても、客観的に該当性が認められれば特例には該当する。逆に、こうした説明を聞いて契約を締結したにもかかわらず、やはり非該当ではないかと後で争うこと自体は可能。このように特例該当性が客観的に判断されるなら、説明の有無や適否、当事者の主観に意味を持たせるべきではないようにも思います。ただし、大学の裁量を広く認める方向性をとると、結局は表明された大学の意図が重視されることになるのでしょうか。

富永 判旨の第1段落目で、教員の任期制を採用するか否かや、任期制を採用することにつき、各大学等の実情を踏まえた判断を尊重する、つまり大学に裁量があると述べています。その「具体的な内容及び運用につき」で、客観的な実情をみると流動化を図る必要性がないのに「流動化が必要である」と大学が判断する場合まで含むのか、気になります。裁量は主観的ですが、各大学等の「実情」は、客観的にも思えます。それとも裁量



が広く、任期制の採用の有無自体が裁量なので、大学の判断どおりになるのか。

神吉 この実情に含まれるのは、どのような事情でしょう。学問の自由、大学の自治といえば高尚ですが、背景にあるのは大学の財政的な厳しさですよね。本件大学で、実習は介護福祉士養成のため恒常的に必要とされるコースだと思います。また、多くの大学で語学は必修で、初年次の語学科目は常に履修者がいる恒常的なクラスであることが一般的です。そういう科目の担当者も恒常的に必要とされるはずなのに、人員は入れ替えたい。恒常的な基礎教育科目にもかかわらず担当者の交替が不可欠な理由は、実際には無期転換されると人事が硬直化して財政負担が増えて困るといった「実情」ではないですか。本当は無期転換を避けたいから流動化すべき、が先にあるにもかかわらず、流動化が必要だから短期では無期転換しない、という理屈を無理に通そうとしているような、循環論法になっていませんか。

富永 本音はそこなんだと思います。強いて理由を考えると、介護の世界でどんどん技術が洗練されていっている、といった事情があるのでしょうか。

神吉 AIを駆使した介護など、今後出てくるかもしれません。基礎科目でも、外の経験を生かして、どんどん新しい知見を持っている人に入ってもらいたいという需要を流動化の正当化要素とするのですよね。語学も不断に新しい知見が必要な科目になるのでしょうか。

富永 新しい言葉を知っている、とかでしょうか。新しい語学教育法とかなら、ありそうですかね。

神吉 慶應義塾事件のフランス語の先生は、教えた中身は初級のフランス語ですが、先端的、学際的かつ総合的な研究をしているから、構成員の入替えを図って流動性を取り入れることが正当化されると言っています。かなり苦しい当てはめに見えますが。

富永 我々の法律関係も、新しい事例や法律がいろいろ出てきますけれども、大学院はともかく、学部で教える内容は固定的なところもある気がします。

神吉 そもそも、先端的で学際的で総合的な研究を取り入れるために、構成員の入替えが不可欠なんでしょうか。最高裁も、流動性を高める「など」して、最新の知見等を取り入れることが望ましい「面があ」るなどと、あえて断定を避けた判示をしているように読めます。本当は、安定的な職を確保したうえで、先端的な知見を磨かせる選択肢もあるはずですよ。雑務を減らして研究時間を十分取らせてくれれば、もっと研究できますよね。中の人が古くなったら新しいことをやっている人と次々交代させていくべしという態度が解せないですよ、その新しい人は、どこでその知見を得てきたんだと。そして、よそで得てきた知見を、安く不安定な関係で教育に還元させようとする。そこに根本的な疑問がありますが、結局は大学の組織としての考え方を尊重すべきという点に帰着するのですよね。

富永 法律や判決にいう「多様な人材」が、知識面での多様性があることを言っているのか、それとも、デモグラフィックな多様性、つまりたくさんの方の数の人のことを指しているのか。いろいろな人を入れ替えても、「先端的、学際的、総合的」という要素とはあまり関連性はないので、立法趣旨自体にもともと疑問がある気もします。

あと先端的、学際的、総合的というのは例示であると思いますが、この例示以外にどういうものが入るのかなというのも不明確です。「多様な人材の確保」は、さっきの話に戻りますが、知識面で、総合的に幅広い分野の人を集めているという話かと思っていたら、実は少ない研究者ポストを多くの人に回すという、数量的な意味で多くの人材を確保するということになってしまっている。本来はそうじゃないと思うんですけども。

神吉 そちらですか。時系列で見たらポストに就いているのは1人ずつという。それならむしろ5年未満で入れ替えるほうが多くの人を採れそうですが。

富永 「多様な」は、たくさんのポストに回す趣旨であるとするれば。ただ、流動化で人を入れ替えていい研究が生まれるかということ、私はそうは思えません。

神吉 私も逆行すると思います。教育研究の質

の担保を長い目で考えたら、人をどんどん入れ替えることは必ずしもプラスになりません。

富永 ならないけれども、ただ、今のままだとポストが全然空かなくて、新しく育ってきている人が仕事に就けず、それこそ将来の研究ができなくなるので、だから入れ替える必要がある、というマクロの話もあるのかもしれませんが。でもミクロに見たときには、雇用が安定していたほうが研究はできるはずです。「多様な」という含蓄のある言葉は、いろいろな人たちを一時的に集めて、化学反応を起こす闇鍋をつくるのが目的だと思っていたのですが、実は、限られた研究ポスト資源を効率的配分というか、若い人にチャンスを回していくという話に。

神吉 ポストが十分ある前提で、若いうちは武者修行的にさまざまなポストを転々として、そこで積み上げた業績を基に安定したポストに就けるという見込みがあるなら、十分ありうると思いますが、残念ながら今はそういう状況ではありません。有期雇用ばかり増えて、それをステッピングストーンにしても、その先にある安定的な無期ポストが削られているから、流動化のためのコマとして使われるだけ、流れ着く先に安定がないデッドエンドになってしまう。それでは流動させられる研究者が疲弊するだけで、研究要素がある人ほど10年特例対象になるなら、研究が報われる契機がない、研究者を目指す人もいなくなる。立法政策的には対策の余地が大いにあると思います。

富永 研究者だけについて言えば、A大学に1人、B大学に1人がそれぞれの大学で無期で研究できるのが望ましいと思います。A大学とB大学で、同じ人を3年おきに入れ替えれば、流動性が高まるから好ましい、などとは思えません。

神吉 同感です。他方で、多くの大学が財政難であるのも事実で、本当に高等教育機関、そして研究機関としての大学の社会における役割を見直すべきだと痛感します。

これは、ホット 이슈の2件目の論点にもつながります。任期法の特例が適用できても労働者なら10年で無期転換する、しかもそれ自体が争いになるリスクを考慮して、そもそも労働者性を否定しておこうというリスクマネジメントとして

の共通点が見えてきます。

## 2. 大学非常勤講師の労働契約法上の労働者性

——国立大学法人大阪大学事件・大阪地判令7・1・30（労働判1329号5頁）

### — 事案と判旨 —

#### 事実の概要

Y（大阪大学）は国立大学法人であり、X1～X4は、Yとの間で5年以上にわたり非常勤講師として委嘱契約を締結し、令和4年3月末まで同契約を更新してきた者である。

Yは、平成19年10月に国立大学法人大阪外国語大学（以下「旧外大」と）統合した（以下「本件統合」）。本件統合により旧外大は解散し、Yは外国語学部外国語学科等を新設し、旧外大が締結していた契約関係のうち、必要なものを新たに締結した。X1～X4のうち、X1、X2は本件統合前に旧外大と非常勤講師として有期雇用契約を締結して就労し、本件統合に際してYと委嘱契約を締結した者であり、X3、X4は本件統合後にYと非常勤講師として委嘱契約を締結した者である。

本件統合に際し、Yと旧外大との間では、統合後の人事制度については原則としてYの人事制度に合わせることであり、旧外大は、本件統合前の平成19年度末、本件統合後の授業実施に関し非常勤講師らに対し、統合後の契約が「Y大学非常勤講師の委嘱等に関する規程」（以下「本件規程」）に基づくものとなることを周知していた。その後、令和3年に文部科学省の指導や国会でのY大学での非常勤講師の契約形態を問題視する国会質問を契機に、Yは制度の見直しに着手した。

YはX1～X4との間で令和4年4月に有期雇用契約を締結したが、令和5年4月1日以降、Xらとの間の各契約を更新せず、Xらは同年3月末をもって雇止めされた。Xらは、Yに対し、(1)上記委嘱契約が雇用契約であり、労働契約法18条1項に基づく無期転換の申込みにより令和4年4月1日（X1については令和3年4月1日）を始期とする無期雇用契約が成立したとして、無期雇用契約上の地位確認、(2)令和4年4月1日以降の賃金額変更は無効である（労契法9条）であると主張して、差額賃金等の支払請求、(3)令和5年3月31日をもってされた雇止めが、無期雇用契約の解雇ないし労契法19条2号違反であると主張して、雇用契約に基づく未払い賃金支払等を求め提訴した。

訴訟では、①判決確定後の賃金請求部分の訴えの利益の存否、②本件委嘱契約の有期雇用契約該当性（Xらの労働者性）と本件各申込みによる無期雇用契約への転換の成否、③令和4年4月1日以降のXらの賃金額変更の労働条件不利益変更該当性、④（②で無期転換を前提として）無期雇用契約の解雇としての本件各雇止めの効力、⑤労契法本件各雇止めの効力（労契法19条2項により無効か）が争点とされた。

【判旨】（請求一部却下、一部棄却）

I（労働者性の判断枠組み）「労契法は、労働契約は、労働者が使用者に使用されて労働し、使用者がこれに対して賃金を支払うことについて、労働者及び使用者が合意することによって成立すると定め（6条）、労働者は、使用者に使用されて労働し、賃金を支払われる者をいうと定めている（2条）ことを踏まえ、本件各委嘱契約において、Xらが労契法2条の「労働者」に当たるか否かについては、本件各委嘱契約の内容や本件各委嘱契約に基づく労務の提供の実態等に照らし、XらとYとの間に使用従属関係（使用従属性）があるといえるか、すなわち、〈1〉XらがYの指揮監督下において労務を提供したか（具体的仕事の依頼、業務従事の指示に対する諾否の自由の有無、業務遂行上の指揮監督の有無、勤務場所及び勤務時間に関する拘束性の有無及び程度、労務提供の代替性の有無）、〈2〉Xらの報酬が〈1〉の対価として支払われたか（労務対償性）、〈3〉その他の事情（Xらの事業者性の有無や専属性の程度等）を総合的に考慮して判断するのが相当である」。

II 指揮監督下における労務の提供

1 具体的仕事の依頼、業務従事の指示に対する諾否の自由の有無

非常勤講師であるXらは、授業時間外の学生の質問対応や各種研修の受講の義務づけがなく、授業以外の業務遂行を求められることがなく、シラバス作成後の同記載の試験内容等の変更もないが、特任講師は所定労働日以外の曜日の就労や所定時間外労働を命じられることがある。「Xらは、Yと有期雇用契約を締結している外国語学部の特任講師とは異なり、本件各委嘱契約において合意した内容以外に具体的な仕事の依頼や業務従事の指示を受けることがなく、本件各委嘱契約で合意した業務を超えた業務の依頼等がなされてもこれに応じる義務がないというのであり、これらの事情は、Xらに業務従事の指示等について諾否の自由があることをうかがわせるものであり、指揮監督関係の存在を否定する方向に働く」。また、シラバスの内容に沿った授業実施・成績評価・採点は「Yにおける授業の実施という業務の性質上当然に予定されているものであり、本件各委嘱契約に基づく業務の履行にはかならないから、業務従事の指示等について諾否の自由がないことを基礎づける事情と評価することはできない」。

2（業務遂行上の指揮監督の有無）「雇用契約を締結している専任教員が非常勤講師を問わず、大学教員が担当する授業の実施という業務は、高等教育機関である大学において、専門的な学問分野における専門的知識を学生らに教授するものであり、その講義の内容や実施方法については教授の自由（憲法23条）が保障されており、授業担当者の裁量が広範であるという性質を有することから、その業務の性質上、授業の内容、遂行方法について、基本的に大学側から具体的な指示を受けることにはなじまないものといえる。そして、このような具体的な指揮命令になじまない業務について、Yの一

般的な指揮監督を認めることができるか否かを判断するに当たっては、その業務が本件各委嘱契約の内容に従って行われているにすぎないと評価しうるか、それとも、その業務にあらかじめ本件各委嘱契約において定めることが困難なものが含まれ、具体的場面においてYの指揮監督を想定する必要があるかという点も考慮すべきである。」

Xらの担当時間数の少なさ、非常勤講師がシラバスや授業計画、コアカリキュラム策定等に関与せず、成績評価の最終決定者でもないこと等の事情は、「非常勤講師であるXらは、授業の担当について広範な裁量を有することを考慮しても、あらかじめ本件委嘱契約で定められたところに従って業務を遂行するにとどまり、業務の遂行に当たり、Yから一般のみならず、具体的な指揮監督を受けることが想定されていないことがうかがわれるのであり、業務遂行上の指揮監督を否定する方向に働く」。

Xらは、Xらの事業組織への組入れを指摘するが、当該要素は集団法上の労働者判断の観点から考案された要素であり「労契法又は労基法における労働者性を検討するに当たり、使用者による具体的な指揮命令になじまない業務について、使用者の一般的な指揮監督を否定することができるか否かを判断する際には、事業組織への組入れという要素ではなく、具体的事実関係の下において、その業務が本件各委嘱契約の内容に従って行われているにすぎないと評価しうるか、それとも、その業務にあらかじめ本件各委嘱契約において定めることが困難なものが含まれ、具体的場面における使用者の指揮監督を想定する必要があるかといった視点から検討するのが相当である」。本件については「具体的場面において使用者による指揮監督がなされることはそもそも想定されておらず、本件各委嘱契約の内容に従って行われているにすぎない」。またXらがシラバスの修正依頼を受けることがあっても、それは委嘱契約の内容を確定させる交渉過程であり、指揮監督を基礎づける事情に当たらない。Xらが授業遂行方法等への具体的指示を受けたり、授業以外の業務を受けることもあったが、委嘱契約の業務の性質によるものであり、指揮監督を受けていたとは評価できない。

3 勤務場所及び勤務時間に関する拘束性の有無及び程度

「非常勤講師であるXらの授業は、Yから指定された講義室や時間帯（曜日と時限）で実施されていたところ……、大学の授業は一定の日時に一定の場所で行うものであることからすると、業務の性質上、必然的に上記の場所及び時間の指定がされているにすぎないのであって、Xらが本件各委嘱契約によって強い時間的かつ場所的な拘束を受けていたということとはできない」。また令和4年3月まではXらの出退勤時刻や講義の実施時間の報告も実施されておらず、「Xらは、厳密な勤務時間管理を受けておらず、時間的な拘束性が弱かったといえることができるのであり、かかる事情は指揮監督関係の存在を否定する方向に働く」。

4 労務提供の代替性の有無

非常勤講師であるXらが第三者に授業を代替させること



は認められていないが「大学の授業という業務の性質上、代講の措置を採るなどの特殊な場合を除いて、第三者がXらに代替して授業を実施することはそもそも予定されていないのであって、Xらの業務に代替性がなかったからといって、直ちに指揮監督関係の存在を基礎づけるものと評価することはできない」。

### Ⅲ 報酬の労務対償性

報酬は時間給を基礎としているようにみえるが、出来高等の成果によって報酬を決定することが性質上困難であり、単位時間当たりの金額を基礎として、報酬を定めざるをえない側面も否定できず、直ちに労務対償性があると評価することはできない。

### Ⅳ (その他の事情)

1 Xらの事業者性の有無につき、①Xらの報酬額は相当高額であり(特任講師の時間給単価の上限と比較して約2倍)、Xらの事業者性を基礎づけ、労働者性を否定する方向に働くものである。②XらがYの機器等を使うことは、Yでの講義という業務の性質上、通常ありうることだから、Xらの労働者性を補強する要素にはならない。③本件各委嘱契約の締結時、XらはYの授業以外の時間にY以外の大学で授業を担当して相応の収入を得ていたというのであるから、Yにおける年取に差があることをもって、Xらと特任講師の時間給単価の比較が有意でないとはいえない。

2 専属性の程度につき、Xらの授業担当時間数やYからの報酬年額、他大学での就労状況からみて、他大学等の業務に従事することが制度上制約されたり、時間的余裕がなく事実上困難である場合であったりして、報酬が生計を維持しうる程度のものであるとまではいえず、専属性が高く経済的にYに従属しているとはいえないため、専属性は高くない。

3 その他の事情(採用・委託等の際の選考過程、給与所得としての源泉徴収、服務規律等)について、Xらの報酬には給与所得として源泉徴収がされているが、他方で各委嘱契約の締結手続は、任期がない教職員の採用手続とは異なり、またXらは社会保険や雇用保険の対象でなく、懲戒処分の対象とされていなかった。またXらには年次有給休暇に相当する休暇があったが、シラバス所定の回数の授業を実施する必要があり労基法39条の年次有給休暇とは同様のものとはいえず、Xらの労働者性を強く補強するものでない。

本件規程の職務専念義務や一定の禁止事項等は雇用契約に特有のものではなく、労働者性を補強するものとは評価できない。本件規程においても有期雇用教職員の契約期間の上限の制限(5年)が及ぶこととされた点はXらの労働者性を補強するが、強く補強するものとまではいうことはできない。

V 「以上の検討を踏まえると、非常勤講師として本件各委嘱契約を締結していたXらは、労働者である教員とは異なり、Yから、委嘱に係る授業以外の業務を義務として命じられることはなく、諾否の自由があることがうかがわれるほか……、本件各委嘱契約で定められたところに従って業務を遂行するとともに、業務の遂行に当たり、Yから一般的

のみならず、具体的な指揮監督を受けることが想定されていないことがうかがわれる」。

「そして、Xらは、業務遂行に当たり厳密な勤務時間管理を受けておらず、時間的拘束が弱く、場所的拘束を受けること及び業務に代替性がないことは、業務の性質によるものであり、指揮監督関係の存在を基礎づけるものとはいえない」。

「加えて、Xらの本件各委嘱契約における報酬の算定方法は、時間給を基礎として算定され、労務対償性があるとみる余地があるが、業務の性質上、単位時間当たりの金額を基礎として報酬を定めざるをえない側面もあり、直ちに労務対償性があると評価することはできない」。

「また、Xらの報酬額は、有期雇用契約を締結して類似の業務に従事する特任講師に比べると相当高く……、専属性の程度は高くない……。Xらは、報酬について給与所得として源泉徴収され、Yから年次有給休暇に相当する休暇を付与されるなど……、労働者性を補強する事情も存在するものの、ほかの事情をも考慮すると、Xらの労働者性を強く補強するものとはいえない」。

「以上より、本件各委嘱契約の締結時、Xらは労働者であったと認めることはできず、本件各委嘱契約が雇用契約ということとはできないから、本件申込みにより、これが無期雇用契約に転換したものであるとはいえない」。

VI X1及びX2は本件統合までは旧外大との間で有期雇用契約を締結し、本件統合に伴い、平成19年度の後期からYとの間で委嘱契約を締結したという経緯について、本件統合は、Yが旧外大の権利義務を包括的に承継するものではなく、X1・X2はYとの間で新たに委嘱契約を締結したものであり、上記の結論を左右しない。

2 令和4年4月に本件各有期雇用契約が締結された後、非常勤講師についても、①勤怠管理の義務づけがなされ、②成績管理責任者に任命可能となって、任命時は成績管理手当の支給対象となり、③授業の骨子の作成に関する会議体への参加等の命令対象となって、非常勤講師教育活動関連手当の支給対象となり、④各種研修の受講等、授業以外の業務の義務づけの対象となり、⑤懲戒処分の対象となったことから、本件各委嘱契約締結時と比べると、有意的な差が生じ、就労実態に変更が生じている。

「以上より、本件各委嘱契約が無期雇用契約に転換したことを認めることができないから、この点に関するXらの請求は理由がない。」

なお、前述の争点①について将来分の賃金請求の訴えの利益は否定されてこの部分の請求は却下され、争点③について、本件各委嘱契約は雇用契約でないため本件で労基法9条は不適用とされ、争点④について、無期転換が不成立のため解雇でなく雇止めとして判断されるとされ、争点⑤について、有期雇用契約更新への合理的な期待が存しないとして、その余の請求も棄却された。



富永 概要は以上のとおりで、長期にわたり就労していた非常勤講師の方が無期転換を主張したが、大学側が、有期雇用となる前の委嘱契約の時代は労働者でないのでその要件を充足しないと主張している、という事案です。

「大学の非常勤教員」について、個別的労働関係法上の労働者性を否定した事例が最近相次いでいます。具体的には、国立大学法人東京藝術大学事件（東京地判令4・3・28労経速2498号3頁）、そして東京海洋大学事件（東京地判令7・2・20労旬2082号80頁）です。労働者性の肯定例として、古い例ですが、旭川大学講師解雇事件（旭川地判昭53・12・26労民（集）29巻5・6号957頁）があります。

本件の非常勤講師は、従前の一般的な判断傾向からすれば、個別的労働関係法上の労働者性が肯定されそうな事例だと思います。本判決も、一般論はスタンダードなものだと思います。ただ、適用は特徴的です。1点目ですが、一要素でしかない諾否の自由をかなり重視している点、またその諾否の自由の判断内容として、契約外のことを命じられることがなかったから諾否の自由がある、という理由づけをしている点は、疑問です。諾否の自由は指揮命令の一要素でしかありませんし、また契約外のことの諾否は、諾否の自由を判断する事情のごく一部にすぎないと思います。個別的労働関係法上の労働者の判断上の、諾否の自由の要素は、主に法的な意味での諾否の自由で、契約上の義務として諾否の事由がないかどうかということだと思います。契約外のことを事実上断れないという事情は、どちらかというと労働組合法上の労働者性の考慮要素という「依頼に応ずべき関係」とかの交渉力格差の事情に近いように思います。もちろんそれも諾否の自由の判断上、考慮要素としていいのですが、メインは法的な義務の存否だと思います。

2点目ですが、この判決では、たとえば指示に従って業務を行っているように見えても、「業務の性質上当然に予定」されているのであれば、それは指揮命令関係には当たらないと述べていますが、疑問です。たしかに請負や委託でも、業務の性質上、依頼者が決めるべきものもあると思いま

すが、本判決での「業務の性質」論は、契約で依頼者が決めた内容であれば契約どおりにやるのは当然で、労働者性を裏づけしないと評価しているように見えます。それだと契約外の経済的従属性みたいな力関係の話を重視して判断することになってしまいます。「業務の性質」という枠をはみ出した指示でないと指揮命令ではないとされかねず、一般的な判断とは違ってきてしまいます。

「業務の性質」論に関して大学教員の例ではありませんが、逆の方向に使う例もあります。語学講師について、もともと講師の裁量が多いため、常勤講師の裁量が多くみえますが、その業務の性質上広く認められる裁量を超えて裁量があるわけではないので、労働者性判断のマイナス要素でないとみた事例として、（語学教員）地位確認等請求事件（東京地判平28・3・24D1-Law.com判例体系〔29017767〕）という事件があります。

もちろん「業務の性質」論として、業務の性質上、請負で十分な種類の業務があつて、でもそれにプラスして厚く指揮命令する契約ならそれは雇用契約だというケースもあると思います。しかし逆に、業務の性質上、普通は指揮命令が内包され、雇用とか労働で契約する業務もあるように思います。たとえば牛井屋さんのアルバイト店員について、委託だとして残業代を払わないという事件の記事を見たことがあります。あの手の仕事は、請負、委任では難しいと思います。マニュアルを作りこのとおりにやってください、というのは、そのマニュアル自体が指揮命令なのではないかと思っています。つまりデフォルトで独立自営的で、業務の性質上、当然認められる範囲を超えて指揮命令をしているから労働者だ、というパターンもあるけど、デフォルトが労働契約だという業務では、それにプラスして何かやっていなくても労働契約・雇用契約だということになると思います。業務の性質上、一定程度の指揮命令が当然含まれている仕事と含まれていない仕事のうち、一定程度の指揮命令が含まれた仕事について、「業務上は当然だから指揮命令と認めない」という判断の仕方は狭すぎると思います。

また気になる点として、判決文において、判旨Ⅱ2の部分で、専門性を理由に裁量の大きさ

を指摘し、労働者性を否定しています。しかしそれは学生と教育機関の関係であり、教員と大学の間の関係は雇用契約だと思います。病院とその患者さんの関係は準委任契約とも言われますが、病院とお医者さんの間の関係は別に準委任ではなくて雇用契約である、というのと同じだと思います。

判旨Ⅱ3の時間的・場所的拘束性の判断も、時間割を決め、そのとおりにやってくださいというのは時間的・場所的拘束性なのではないかと思います。たとえば先に触れた平成28年の別事件の判決では、普通にこれは時間の割当て、シフトであるから、時間的・場所的拘束性があると判断されていました。

全体に、契約上の拘束性とか、契約の指揮命令に従う義務の存否ではなく、力関係として従わざるをえないという要素、人的従属性を超えて、経済的従属性を重視する判断手法をとっているように思います。

神吉 一般論として、個別労働関係法上の労働者性は厚労省の1985年労基研報告(昭和60年12月19日)の整理した6要素(具体的仕事の依頼・業務従事の指示に対する諾否の自由の有無、業務遂行上の指揮監督の有無、勤務場所及び勤務時間に関する拘束性の有無及び程度、労務提供の代替性の有無、報酬の労務対償性、その他の事情(事業者性の有無や専属性の程度))で判断するという手順が確立していて、多くの教科書でもそう説明されます。しかし、これらは労基法9条の労働者性に関して、とくに労災保険の適用との関係を中心に紡がれてきた基準です。これに対して本件では、労契法上の労働者性が問題となっています。たとえば寺院の住職の後継者候補が労働契約上の地位確認を請求した萬福寺事件(東京地判令6・5・28LEX/DB 25620871)では、労契法上の労働者性が争点となりましたが、この6要素では判断していませんでした。当事者が主張しなかったから裁判所も言及しなかっただけかもしれませんが、法解釈なので裁判所が拘束される問題ではないはずです。逆に本判決は、労契法6条と2条を参照しつつ、労基法9条の労働者性に関する規範を使っている。ごくありふれた一般論だから違和感はないの

ですが、実はそこに問題があるかもしれません。個別法の労働者性全てをこの規範一本で対応することは論理必然ではないうえ、むしろこれを適用することで不当な帰結がもたらされるおそれがあることを表している裁判例ではないかと思いました。

富永 たしかに個別的労働関係法上の労働者性についても、労基法と労契法上で「事業に」が違う以外は一緒だと思われていますが、実は違っても構わないんじゃないかという考えもありますよね。

神吉 労基法、労災保険法、労契法、それぞれの「労働者」が違う可能性もあるし、仮に同じでも、この6つの判断要素を1つ1つ当てはめて答えを出す作業は不可欠ではないのではないのでしょうか。大学の非常勤講師の事件についてもこの流れができてしまっていますが、根本的にそこが間違っている可能性はありませんか。

富永 そうかもしれません。6要素の判断枠組みは全部並列にみえますが、類型により重要性に凸凹もあると思います。本件でいえば、諾否の自由が重視されるのは疑問です。専任教員でも仕事を断る人はいっぱいいますが、だからといって労働者性を否定できるわけでもないのです。

指揮命令の中身として挙げられる4要素、つまり諾否の自由、業務遂行上の指揮監督、時間的・場所的拘束性、代替性、なかでも、諾否の自由とか代替性はそこまで重要な要素でないような気がします。それに時間的・場所的拘束性というのは業務遂行上の指揮監督の一例でしかないと思います。

神吉 私は本判決の代替性に関する判断も疑問です。非常勤でも通常は履歴書や業績一覧等を提出して審査をするし、属人的に、この人に授業をお願いするという契約を結んでいるので、勝手に友人に代わってもらったり、誰でもいいから授業さえやれば義務が果たされるとは考えられていない。代替性がないことは、国際的に、個人の役務提供者の労働者性のメルクマールとして重要な基準とされています。それなのに本判決は、業務に代替性がないことは業務の性質によるものであって指揮監督関係の存在を基礎づけるものとはいえ

ない、とあっさり否定しています。

そもそも、この基準は、独立自営業者か、それとも労働者なのかを分ける基準です。しかし、自営の教員、研究者なんてありえませんよね。

富永 あるとしたら自分で大学を持っているとか、そんな感じなんでしょうかね。6要素の判断枠組みは、雇用保障、生活保障の必要性の要素が強いのでしょうか。ほかで収入を得ているから、こちらでは保護の必要性は薄いという要素など。そうすると独立自営業者との区分を想定した判断枠組みはぴったりしないのかもしれない。

本件では非常勤講師は大阪大学に生計を依存していないのですが、でも、生計を依存していなくても雇用契約は雇用契約です。

神吉 私塾など、生徒を顧客とする自営はありえても、大学などの教育機関で授業をする場合は、大学との関係では「使用されて労働し、賃金を支払われる者」(労契法2条1項)に該当して、基本は労働者なのではないですか。単発のゲストスピーカーによる講演などは違うとしても、週1コマ担当するだけでも雇用契約は成立しえます。

富永 1コマでも指揮命令はあるし、それに伴う危険もあるように思います。

神吉 生活保障というとややこしくなって、専業非常勤の人ほど、複数の大学の授業を掛け持ちしている可能性が高いですが、1つの大学に依存していないから労働者性が否定されることにはならないはず。カメラマンや備車運転手のような職業であれば、独立自営と取引先の対等な関係なのか、それとも使用従属性が肯定されて労働者と使用者の関係であるのが問題になりますが、教員に自営形態がほぼ考えられない以上、自営か労働者かを切り分ける基準自体がそぐわないように思います。

富永 たしかに今の判断枠組みは、典型的な類型との切り分けには有効な判断基準ですけども、そこから外れる業種だと、判断基準のうち焦点のずれたところを一生懸命判断することになっているかもしれません。

神吉 大学の非常勤講師の労働者性が否定されるなんてよほどの事情がないとありえないと考えていたところ、否定例が続いて驚いています。近

年、裁量労働制や高プロなど、労働者の働き方の裁量を広げる制度が整備されてきましたが、労働者の裁量が拡大する先に労働者性そのものが否定されるような事態は想定されていません。ただ、管理職や裁量労働制の労働者をピックアップして、機械的にこの基準でスクリーニングにかけたら、実は労働者性まで否定されかねない。大学の非常勤講師は、企業の管理職以上に従属性が強い側面があるのに、やはりこの基準を使うのが間違っているのではないかという疑問を留保しつつ、ほかに有効な基準が見当たらないので差し当たりこれを用いるとしても、当てはめで念頭におかれている労働者像もどこかずれているようにみえます。

富永 たしかにこの判断内容だと、正社員でなければ労働者にあらずという話になってしまいかねません。労契法旧20条とか、パート有期法8条の話での判断なら、特定の大学に生計を依存しないから賞与支給上の相違は不合理でない、というのはまだありうるのかもしれませんが、そもそも労働者性がないという話だと狭すぎないかと思います。

神吉 契約の範囲外のことを断れることを諾否の自由の肯定要素とするのはおかしいというご指摘には、同感です。

富永 アルバイト学生に向かって「転勤してよ」と言って、「嫌です」と言ったら、労働者性が否定されることになりかねません。

神吉 独立自営業者といえる自由裁量を持つ人は労働者ではない、それはそうだと、契約で定められた範囲内のことだけを遂行する人が、何でもやることになっている職務無限定の正社員でないことを理由に労働者性が否定されるのは違いますよね。

富永 この形態では「独立自営の教員」というのがいないので、「普通の教員」と違うところに注目してしまうと、労働契約で働く教員ではあるのに、「普通の教員」と違うから労働者でない、と見てしまいがちになるのかもしれない。独立自営系の教員、家庭教師とかがそうなのでしょう。自分で引き受けて、自分で学習計画までつくって、というのだったらたしかに雇用契約では



ないのかもしれませんが。

神吉 フリーの個人事業主として開業届を出している自営のプロ家庭教師はいるかもしれませんが、その場合の契約の相手方は生徒だと思います。

富永 業としてコンサルタント業務なども。

神吉 大学の授業は勝手にできるわけではなくて、シラバスや試験、採点、成績評価や講評など、文科省の要領に沿って大学が決めた手続の拘束性が内在するはずですよ。使うシステムや期限、成績分布率も決められていたり。

富永 正社員の専任教員も、その意味では、きっちりと指揮命令があります。

神吉 正社員である専任教員の業務のなかでも、自由度が高い研究と違って、単位認定に関わる授業や成績評価などは厳格ですよ。授業や試験の具体的な内容まであれこれ指示されませんが、採点基準の開示や、評価に不服が上がった場合の対応も求められたりして、指揮命令が一番強いほうで、非常勤で授業を任されている人にも同じように拘束は強いと思います。

富永 ちょうど運送業務、デリバリーの人と同じように、労働契約であるデリバリーの人、そうじゃないデリバリーの人もあるパターンだったらわかりますが、講師関係で労働契約でないパターンというのがあるのか疑問です。1回だけ講演をお願いする、とかでしょうか。しかし普通、単位を取らせたりする場合には、各大学でカリキュラムやいろいろな方針を決めているはずなので、それに従ってやってください、という話になるはずですよ。そこでなぜか「指揮命令はありません」になるのは変です。

神吉 あるでしょう、これは。なぜ否定例が続いているのでしょうか。

富永 東京藝術大学事件では、高名な音楽家が原告で、オブザーバー回には不参加が多かったという事情などから指揮命令がないとされたと思いますが、その例から大学での非常勤講師は非労働者だと思われてしまったんでしょうか。東京藝術大学事件でも、やっぱり業務の性質論を論じていましたが、藝大での「業務の性質」論と、本件での業務とを同列に論じていいのかという話もあると思います。

神吉 東京藝術大学事件が特殊で、当該講師はもともと指揮やオペラの制作を専門分野とする音楽家なので、個人事業主と切り分けるための基準を用いることが適当な事案ともいえなくもないような。ただ、裁判所が立てた規範は、契約内容や労務提供の実態等に照らして、原告である講師が大学の「指揮監督下において労務を提供し、当該労務の提供への対価として賃金を得ていたといえるか否か」（使用従属関係の存否）という観点から判断するのが相当だというものでした。この事件では、指示された授業が前期・後期ごとに各2回のみだったり、各講義の担当教官の1人にすぎず、単位認定等は別の講師が担当していたことも影響しているかもしれません。

富永 あと労災で問題となる場合と、賃金や解雇など労働条件で問題となる場合は少し違ってきたりするでしょうか。これは踏み込むと収拾つかない気もするんですけど、たとえば労働時間については、労災保険上の労働時間と労基法上の労働時間は違う可能性があるという議論もされています。労基法で割増賃金のことを考えると、労災保険法などで長時間労働の危険の現実化のことを考えると、「労働時間」の持つ意味合いが違うようにも思います。労基法と労契法もその意味で相対的で、労基法では事業の概念があり、時間的・場所的拘束性や危険性が重視されます。労契法のほうは、時間・場所や事業の概念で限定していません。労働者性等についても、この点、研究会（労働基準関係法制研究会）で議論があったのを拝見して、すごく興味深い点だと思いました。そこで言うと、労契法上の労働者と労基法上の労働者というのは、「事業」以外でも少し違っていてもおかしくないのかと思ったりします。労契法で保護している雇用の継続性や安定性と、労基法の保護する労働条件の最低基準とでは、守備範囲が違ってもおかしくないのでは、と。

神吉 たしかに。しかも労基法は公法的な規制でもあって、強行法規としての性格が非常に強く、行政的な履行確保の担保もある。そのときの線引きと、労契法は強行法規とはいっても契約の解釈の問題で、当事者の合意を解釈する場面での基準ですから、それらが違って理論的にはおか



しくないですよ。労基法上の判断要素に乗せることを疑ってみる必要はあるかもしれません。

富永 「程度」の話として、何というんでしょう。この程度だったら労基法上は労働者ではないが労契法では労働者であるといったケースがあってもおかしくはないと思います。それは類推適用でできるということかもしれませんが、実際には、類推適用なんてしないじゃないですか。

神吉 類推はできないですよ。

富永 労基法では労働者の身体、生命の安全とかを中心に保護しているように思いますが、それと労契法で保護しているものの性質とは微妙に違って、労基法のほうは、より物理的な、現に就業していることの危険からの保護が中心だと思います。だけど、労契法は契約の中身を守っています。労基法では契約関係のない強制労働も保護していますが、労働契約がなくても強制労働はありえます。そこからしてもずれがあると思います。そのずれはあまり大きく捉える必要はないかもしれませんが、思考経済から言えば別に一緒にそろえてもいいと思いますが、本当は違っていいんだろうと思います。

神吉 東京海洋大学では、数学を中心とする基礎科目を教えているのです。事案としても藝大とは違います。

富永 藝大は、このパターンと同じでいいのかなというのは思ったりします。

これはまた蒸し返すようですが、「契約で通常予定されていれば、それは指揮命令ではない」という話について、その場その場での指揮命令だけが真の指揮命令であり、契約で決まっている指揮命令は違うという考え方は極端ではないかという気がします。

神吉 契約で決まっている指揮命令とは、業務の性質上、当然に予定されている指示と区別されているのでしょうか。

富永 一緒ではないけど、近い感じがします。そこにまさに混同があるような気がします。「業務の性質」上、当然に必要なというのはありますが、判決は「この業務を契約で切り出したんだから、契約に予定したことは業務上当然だ」と見ているように思います。「業務の性質」は、

まさに業務の性質なので契約内容とは違うと思います。契約は当事者で変えたりできますが、「業務の性質」はより客観的だと思います。請負などでまさに業務の性質上みたいなものがありそうに思いますけれども、そこに指揮命令的な要素をたくさん乗せて契約のなかに決めておいて、それは業務の性質あるいは契約上予定されていて当然である、という話をされると困ると思います。その膨らんだ範囲を基に諾否の自由を判断されたりすると、その契約の範囲を超えたものだけが指揮命令で、そこに諾否の自由があるから労働者ではないという話になりかねないと思います。

神吉 契約上、定めておくものという意味が不明確です。客観的に判断すれば労働契約における指揮命令にあたるものが契約に含まれていることも当然ありますよね。

富永 ええ。牛井屋さんのアルバイトのマニュアルはまさにそれで、マニュアルが先に決まっていたら労働契約でなくなる、という話になってしまいかねません。

神吉 業務の性質上、当然予定されているかどうかは、主観とは関係ない客観的なものであるはずですが、指揮命令との切り分けは難しいですね。しかし本件のように「業務の性質によること」が時間的・場所的拘束性や代替性、報酬の労務対償性といった要素まで労働者性を否定する方向で考慮する理由づけになってしまうなら、この区別が相当重要になってきて、注意が必要です。

富永 労基法で言う人的従属性というのは、組織で命令に従うこと、従わなければならない義務があることなのだと思います。労基法は、指揮命令されてそれに従う義務、使用されて労働する義務の危険性から労働者を保護していると思います。本件の考え方で「義務以上のことを求められることがない」というのとは、違うと思います。力関係上断れない、というのも危険ではありますが、それは経済的従属性とか交渉力の格差の話だと思います。それを中心的に、しかもこんな形で判断するのはおかしい気がします。

神吉 労働契約かどうかという契約上の問題を判断するときに、労災を念頭に置いた危険の引受けのような考慮はあまり妥当しないですよ。

富永 たしかに完全に妥当しなくはないのかもしれませんが、「配点」で言えば小さいと思います。集団法上の労働者と個別法上の労働者の違いと似たような話で、集団法と個別法とで労働者性の判断要素は完全に違っているわけじゃなくて、かなり重なっています。ただ、経済的従属性の徴表に配点が高いのが集団法たる労組法で、「使用されて労働する義務」つまり指揮命令のところに配点が高いのが個別法だと思います。それと似た話で、個別法のなかでもさらに配点の違いがあるのかもしれませんが。労災保険法では使用者の指揮命令下に働くことの危険の現実化を重視するので、時間的・場所的拘束性が重視されていると思います。まさに事故性災害などの場合、事故が使用者の指揮命令下という支配領域下で起きたかという話が出発点になります。しかし、労契法などで契約の存続を保護しようという話のときに、時間的・場所的な危険性、使用者の支配領域下にあることの危険性はそこまで重視すべきことではなく、配点は高くないと思うのです。そこは労基法が保護しようとする労働者の脆弱性と、労契法で保護しようとする労働者の脆弱性がずれているのだと思います。その判断の際に、重視するポイント、いわば配点が違っていいんじゃないかと思ったりします。

ただ、そうすると判断枠組みが複雑になり、思考経済的にはよろしくないのかと思います。全ての法律や規範について相対性は存するので。労基法の3条・4条は差別禁止を定めていますが、あの条文で守られるべき範囲はすごく広いと思います。別に労基法上の労働者じゃない、事業に使用されていない労働者でも、やっぱり差別からは守られないといけないと思いますが、しかし条文ごとに相対性があると言い出したら收拾つかなくなるので、一定程度、似たような規範を集めて束にしているんだろうなと思います。そのときに労基法と労災保険法とか、労基法と労契法とか、似たような規範で束にしてまとめたのはいいのですが、その保護しようとしている労働者の側面がずれていたら、ぴったりこないことが目立ってしまうのだろうなと思ったりします。

神吉 労契法が守ろうとしているものは何か、

が手がかりになるということかもしれません。本判決では、シラバスの内容に沿った授業実施・成績評価・採点は「授業の実施という業務の性質上当然に予定されているものであり、本件各委嘱契約に基づく業務の履行にほかならない」と判示されていますが、そもそも、この「委嘱契約」が実質的には労働契約か否かが争点なのに、委嘱契約に基づく業務の履行であることを理由に労働契約における諾否の自由のなさを否定する要素とするのは、理屈が通りません。出発点が委嘱契約だから、それを否定するために積極的な労働契約の肯定要素を求めています。最初の形式がもし「労働契約」や「雇用契約」だったとしたら、労働契約における業務の履行であることは否定できないのではないですか。つまり、客観的な実態を判断すべきにもかかわらず、主観や形式を重視してしまっているのだと思います。

富永 スタートでもう「委嘱契約」とされているから、特段の事情がなければ「委嘱契約」である、というところをデフォルトにしてしまって、さらにプラスアルファがないと雇用といえない、みたいに考えているのかもしれませんが。「委嘱契約」と形式上なっているから、委嘱契約じゃないと言うためには、委嘱契約プラスで何か契約の外に労働契約っぽくいろいろな指揮命令が積み重なっていないといけない、みたいな話に。

実態から見る、実態で判断するためにはゼロからスタートしないといけないのだろうと思います。形式が委嘱契約ですということから、非労働者であるという仮定から始めているのかも。東京海洋大学事件とかもそういう感じがします。

神吉 東京海洋大学事件は、ほかに有期雇用契約を締結している特任講師という存在があるので、それとの違いを意識している可能性もあるかと。

富永 それはあるかもしれません。横浜南労働基準監督署長（旭紙業）事件（最一小判8・11・28 労判714号14頁）でも、社員のドライバーさんもいて、その人たちと比べるとはるかに備車運転手のほうが自由だと判断されてしまいました。そこからして、スタートポイントというか、誰と比べるかという比較対象者の設定で惑わされてし

まっている可能性があります。

神吉 そうした、比較に基づく判断は妥当なのでしょうか。外国語学部にはもともと有期雇用の特任講師もいましたが、有期雇用契約を締結していた人と委嘱契約を締結していた人が併存する状況を所与の前提として、それぞれの形式を積極的に否定する要素を探そうとすると、覆すことが難しく、結局は最初の形式が決定的になってしまいます。

富永 それは本当は変で、契約社員とアルバイトを比べて、アルバイトは労働者じゃないと言っているのと同じ。

神吉 英会話学校などでも、雇用されている講師と、雇用でないとされる委託講師が混在していたりします。有期雇用の人がいれば、委嘱や委託という名称の、アウトソーシング的な契約形態の人もいて、それぞれ契約内容に違いがある。専任講師や専任教員との違いだけではなくて、非正規ではあっても「雇用契約」であることに争いのないタイプを基準として、そこからの乖離を判断の手がかりにしている例が散見されます。

この事件では、特任講師は有期雇用ですね。有期雇用の特任講師の時間給は3624円が上限で、委嘱契約の講師は、6685円だから約2倍で、相当高額だと認定されていますが、事業者性を基礎づけるほど高くもないという評価もありえそうです。

富永 逆に、特任講師の時間給は安すぎないかという気がします。義務も重いのに単価も安いとは……。何でこんなに差が出るんですかね。

神吉 安いけれど、特任講師の人はそれを受け入れて雇用されているのであればやむをえないと考えるにしても、雇用契約であることが明らかな特任講師と比較して時給が倍もある、というだけでは事業者性を認める根拠としては弱くて、当てはめも相当に問題がある気がします。

富永 本当なら形式が雇用で中身が請負ということも、その逆もあるはずです。ただ少し特殊な職種ではありますよね。相場観がつかみにくいのかと思います。

神吉 業務遂行上の指揮監督の有無についても、大学教員は憲法23条で教授の自由が保障さ

れているなんて大上段なことを言ってしまったら、業務の性質上、大学教員であればおしなべて指揮監督されていないことになりませんか。

富永 なりますし、どちらかというと、専任のほうが好き放題できるし、やっている人もいるなという気がします。

神吉 もしかしたら、私たちも労働者性は否定されてしまうかもしれません。全然言うこと聞いていないと指摘されたりして。

富永 事業者性があると言われても困りますね。兼業も緩やかに認められているという話になったり。しかも、実際指示を拒否する人もいますし。

神吉 心配になってきますよね。授業を決められた枠組みに沿ってやるのも業務性質上、当たり前だと評価されるなら。そのほか、教授会や学内の役職業務にも拘束されますけど、やらないことに明確にペナルティがあるわけでもないですし。

富永 どこかの事件で、入試監督業務については、ボランティアみたいなので、断ることができたのであるから、断っても問題ないみたいなことを言っていて、いや、それは違う、専任教員を雇用しているのはまさにその種の仕事のためなんじゃないかと私は思いました。

神吉 入試業務が一番拘束が厳しい業務で、次に授業、成績評価の順でしょうか。

富永 そのとおりで、ただ入試業務等がないからといって労働者性もない、という話にはならないだろうと思ったりしますね。

神吉 これらの裁判例は、今のところは地裁レベルしか出ていないのでしたか。

富永 東京藝術大学事件、まだ高裁には行ってません。まだ地裁しか出ていませんね。全部第一審だけです。

神吉 控訴されていたら時期的に判決が出ていてもおかしくないですが。

富永 これが確定されると困るので。いや、自分が大学教員だからというのもありますけど、ちょっとこれはおかしいと思います。

神吉 本件は無期転換の通算契約期間に委嘱契約部分が労働契約として算入されるかが争われた事件なので、労働者性を認めると無期転換まで認



めることになってしまうという効果が懸念されての否定なのかもしれませんが、基礎科目を担当している教員まで労働者性否定の判決が確定してしまうと、そちらの影響が大きすぎないか心配です。

富永 本件でも専門性の話をしているところがたしかありました。たしかに専門性が高いと裁量は生まれるかもしれませんが。そういう意味の専門的な裁量と労働契約上の指揮命令との間に、ある種の相関関係はあるんでしょうね。全く誰でもできる仕事というのと、かなりお任せせざるをえない仕事とでは、後のほうが、「事業者」というまではないですけども、非労働者寄りではあるんでしょうね。

神吉 高等教育機関で教えることを前提の契約だから、専門性がない人は採らないはずでしょう。これが妥当したら、大学教員は皆専門性があるから裁量があるとなって、専門業務型裁量労働制適用どころか労働者性の否定まで行き着くのではないですか。

富永 イコールではないけれど、専門性があるほうが非労働者寄りにはなるのかなと思います。裁量があれば指揮命令は薄くなりそうです。その裁量の中身にも種類がありそうです。独立自営の

運送業者さんと、専門知識の裁量みたいなものと。専門知識での裁量と労働者性という指揮命令には相関関係はあるけれども、一致はしないかもしれません。

神吉 何に対する裁量かですよね。労働時間の規制を外す管理監督者性判断では、労働時間に対する裁量を見るじゃないですか。重要なのは、何を規制したいかとの相関関係なので、本件で、大学教員に関して問題となる裁量は何なのかを考えると、学生に対してどう教えるか、授業の内容に関する裁量は重視すべき要素ではないはずです。

富永 しかも授業だと内容はある程度決まっていますよね。本当に自由かという点、学部授業だと一定の内容があるはず。それで文科省が四則演算を大学でやっているのを怒っていたりするんですかね。

神吉 専門性や裁量性が高いと委任契約寄りになるのは一般論として首肯できるとして、富永先生が指摘されたように、それは教えられる学生の関係に妥当する裁量であって、大学と教員の契約関係の判断において重視すべき要素ではないと思います。

## フォローアップ

### 1. 非違行為を理由に懲戒免職処分を受けた公営バス運転手への退職手当不支給処分の当否

——京都市交通局事件・最一小判令7・4・17（判例集未登載）

#### —— 事案と判旨 ——

##### 事実の概要

京都市の公営企業職員の給与等について定める条例は、6月以上勤務した職員が退職した場合は、退職手当を支給するが、不都合な行為のあった場合は退職手当を支給しないことがある旨を規定し、懲戒退職の場合、諸事情を考慮して不支給処分ができると定められており、京都市交通局職員退職手当支給規程（昭和57年京都市交通局管理規程第5号の2）8

条1項1号の規定（以下「本件規定」）は、退職をした者（以下「退職者」）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、管理者は、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」）を行うことができる旨を規定していた。

Xは平成5年4月からYが経営する自動車運送事業のバスの運転手として勤務していた。Xは各種表彰歴を有する一方で、乗務中の事故を理由として4件の戒告の処分と2件の注意を受けたことがあるが、本件懲戒免職処分を除き、一般



服務や公金等の取扱いを理由とする懲戒処分を受けたことはない。

Xは令和4年2月11日の勤務中、乗客からの運賃（合計1150円）を売上金として処理することなく着服した（以下「本件着服行為」）。また京都市交通局は、バスの車内における電子たばこの使用を禁止していたが、Xは、令和4年2月の4回の乗務に際し、乗客のいない停車中のバスの運転席において、合計5回、電子たばこを使用した（以下「本件喫煙類似行為」。本件着服行為と併せて「本件非違行為」）。

京都市公営企業管理者交通局長（以下「本件管理者」）は、バスのドライブレコーダーにより運転手の業務状況を点検した際、本件非違行為を把握した。Xは、同日、上司との面談において、本件喫煙類似行為をしたことは認めたが、本件着服行為については、当初これを否定し、上司からの指摘を受けてこれを認めるに至った。

本件管理者は、令和4年3月2日、Xに対し、本件非違行為を理由として、懲戒免職処分（以下「本件懲戒免職処分」）をしたうえで、一般の退職手当等（1211万4214円）の全部を支給しないこととする退職手当の全部不支給処分（以下「本件全部支給制限処分」）をした。

Xは本件懲戒免職処分について告知聴聞の機会が確保されておらず、また両処分とも重きに失するものであり処分行政庁の裁量権の範囲を逸脱した違法なものであるとして各処分取消を求めて提訴した。

第一審（判例集等未登載）では、本件懲戒免職処分につき事実上の告知聴聞の機会は確保されていたとし、また各処分に、処分の前提となった事実関係に誤りはなく、その判断過程において著しく不合理な点もないとして、本件懲戒免職処分は処分行政庁の裁量権の範囲内にあるものであり、違法でないと判断して、Xの請求が棄却された。これに対し原審（大阪高判令6・2・16判例集等未登載）は、本件懲戒免職処分について第一審判決の結論を維持したが、本件全部支給制限処分については、Xの職務内容が民間の同種事業と異なること、本件非違行為により実際にバスの運行等への支障や公務に対する信頼への毀損が生じたと認められないこと、本件着服行為による被害金額が少額にとどまり被害弁償もなされたこと、Xの在職期間は29年に及び一般の退職手当等の額が多額であったこと、Xには本件非違行為以外に一般服務や公金等の取扱いに関する非違行為はみられないこと等の事情を斟酌し、本件全部支給制限処分は、非違行為の程度及び内容に比して酷にすぎるとして、裁量権の逸脱を理由に違法と判断し、本件全部支給制限処分を取り消した。

【判旨】（原判決破棄、棄却）

「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いて、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管理者の裁量に委ねているものと解され、その判断は、それが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と認められる場合に、違法となるものと

いうべきである……（最高裁令和4年（行ヒ）第274号同5年6月27日第三小法廷判決・民集77巻5号1049頁参照）」。

「本件着服行為は、公務の遂行中に職務上取り扱う公金を着服したというものであって、それ自体、重大な非違行為である。そして、バスの運転手は、乗客から直接運賃を受領する立場にある上、通常1人で乗務することから、その職務の性質上運賃の適正な取扱いが強く要請され、その観点から、京都市交通局職員服務規程（平成2年京都市交通局管理規程第3号の16）において、勤務中の私金の所持が禁止されている（20条）。そうすると、本件着服行為は、Yが経営する自動車運送事業の運営の適正を害するのみならず、同事業に対する信頼を大きく損なうものといえることができる。」

「また、本件喫煙類似行為についてみると、Xは、バスの運転手として乗務の際に、1週間に5回も電子たばこを使用したというのであるから、勤務の状況が良好でないことを示す事情として評価されてもやむをえないものである。」

そして、本件非違行為に至った経緯に特段酌むべき事情はなく、Xは、それらが発覚した後の上司との面談の際にも、当初は本件着服行為を否認しようとするなど、その態度が誠実なものであったということとはできない。」

「これらの事情に照らせば、本件着服行為の被害金額が1000円でありその被害弁償が行われていることや、Xが約29年にわたり勤続し、その間、一般服務や公金等の取扱いを理由とする懲戒処分を受けたことがないこと等を斟酌しても、本件全部支給制限処分に係る本件管理者の判断が、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であるといえることはできない。」

「以上によれば、本件全部支給制限処分が裁量権の範囲を逸脱した違法なものであるとした原審の判断には、退職手当支給制限処分に係る管理者の裁量権に関する法令の解釈適用を誤った違法があるというべきである。」

富永 次は、京都市交通局事件です。額としては比較的少額の着服等の非違行為で重い処分を受けている、という話です。全額不支給処分については昨年度に宮城県・県教育委員会（退職手当）事件（最三小判令5・6・27民集77巻5号1049頁）で取り扱いましたが、そのフォローアップになります。

判決の意義ですが、権力を行使する、いかにも公務員らしい公務員じゃなくて、バスの運転手という一般企業の従業員に近い方についての適用事例です。ただ宮城県事件も、公務員といっても権力を行使する公務員というより、民間労働者に近いですが。

他の特徴として、先の2件、宮城県事件と大津

市（懲戒免職処分）事件（最一小判令6・6・27判例タイムズ1529号52頁）は私生活上の非行に関するものでしたが、本件で問題とされたのが職務上の非違行為だという点になります。

役員の事例であるテレビ宮崎（退職慰労金等請求）事件（最一小判令6・7・8民集78巻3号839頁）を一応措くと、最近の公務員の退職手当不支給の事例として最高裁で3件目です。宮城県事件では調査官解説も出ています。

本判決の意義としては、公営企業で事業に従事する職員の、金額的には軽微な非違行為について、1200万円の多額の退職金を不支給にしたという事件であります。

判断枠組みは、宮城県事件と同じです。判断代置的というか、裁判所が処分権者に成り代わって判断するのでなく、処分権者の裁量を重視して、その裁量を超えないなら違法と言えない、というものです。

私、不勉強で知らなかったんですけど、行政法学上は、アメリカの憲法学で審査基準論として、厳格審査と緩やかな合理性の審査と中間審査があるのと同じように、行政法学での裁量の審査について、最大限に踏み込んだ審査をするか、それとも最小限の審査にとどめるのか、という審査基準論があるらしいのですが、本件は最小限の審査にとどめたものと指摘されています（大江裕幸「公務員関係処分の裁量審査——退職手当全部不支給処分」法学教室538号61頁（2025年6月））。最小限であり、しかも比例原則的な審査の色合いが薄いのではないかと。

私としては、審査対象となる処分の不利益性と裁量の審査の厳格さは連関するのが普通ではないかと思います。不利益性が大きい処分については、それだけ処分も厳しく判断されるべきだと思いますので、より厳格な審査でもよかったのではないかと思います。

ただ公務員法の世界では、懲戒という不利益性の高いものについても、最小限の審査にとどめていて、社会観念審査、すなわち社会通念上、裁量権を飛び越えたものでない限りは違法でないという考え方を取っているように思われます。

調査官解説を見ると、宮城県事件などでは、全

額不支給と一部不支給とはとくに区別はない、どちらも程度問題だと捉えているようです。そこは全額不支給と一部不支給では異なると考えている、民間企業を想定する労働法の世界とは違っているようにも思いました。労働法では、賃金後払的性格を重視して、それをゼロにするのは相当の事情がないといけない、と考えます。本件ではそのような考え方は薄いように思います。ほかの評釈でも、この点は指摘されています。

ただ、処分権者の裁量を重視した判断ではあっても、弘中先生が宮城県事件の評釈に指摘されているように（弘中章「宮城県・県教育委員会（退職手当）事件判批」判時2614号107頁（2025年3月））、個別の事情自体は最高裁も考慮しているので、審査密度は高いようです。ただ、もともと大枠としては最小限の審査というか、広い裁量を前提とした判断だということが結論に影響しているように思います。

なお、退職金の全額支給制限か、あるいは一部不支給かという制度のもともとの考え方としては、懲戒免職にすると全額不支給しか選択肢がないとしてしまうと、全額不支給では重すぎると処分権者が考えて、懲戒免職処分をしなくなってしまう、手心を加えてしまうという弊害がある。だから、柔軟な処分を認めるためにこの制度を入れた、という趣旨もあった、あるいは民間準拠と公務の特殊性の調整という視点があり、民間に近づけるという考えもあったところ、近時の最高裁判決では、それらの視点はあまり反映されていないと指摘されていて、それはそのとおりかと思います。

本件はバスの運転手の事案ですが、公務員であることを重視しているように思います。公務であること、そしてこれは私生活でなく職務上の非違行為であること、どちらを重視したのかという話ですけども、もし職務上の非違行為だという点を重視したのであれば、民間企業の事例にも跳ね返ってくる話です。職務上の非違行為なら、全部退職金全額不支給でいいという話になるかなと思うのですが、宮城県事件以降に出た民間の裁判例、たとえば石川中央魚市事件（金沢地判令7・4・24TKC25622934）、コイケ酸商事件（東京地判

令6・11・15TKC25622207), 太産工業事件(東京地判令6・11・28TKC25622030)などはいずれも業務上の非違行為の事案ですが、本件のような裁量重視の判断は採られていません。従来どおり、賃金後払的な性格が一定程度強い退職金であれば、全額不支給とするには相当の事情が必要であるとして、永年の勤続の功を抹消するほどのものでなければ全額不支給は過重であるという考え方を使っています。なので、本件はやはり公務性を重視したものといえるのだと思います。

調査官解説も、民間企業での判断枠組みについて、とくに否定的ではないので、民間と公務員とを峻別し、あくまで公務員の事例についての判断事例だと位置づけたものといえそうです。ただ、私生活上の事情と異なり、業務上の非違行為の場合は、民間企業でも重く考慮されるべきではあるかもしれません。

簡単ですけど、そんなところであります。

神吉 民間労働者の裁判例では、懲戒解雇された労働者に対する退職金不支給を有効としつつも、会社への長年にわたる勤続の功労を無にするほど悪質な行為でなければ全額不支給は違法と判断して、一部支給を命じた裁判例が多く見られます。それは、退職金に功労報償的な性格と同時に、給与の後払的な性格があるからだと考えられてきました。たとえば、度重なる痴漢行為を理由とする懲戒解雇に伴い退職金を支給しなかったことの適否が争われた事案(小田急電鉄(退職金請求)事件・東京高判平15・12・11 労判867号5頁)で、東京高裁は、懲戒解雇は有効と認めつつ、当該労働者の行為に相当程度の背信性があったとはいえないことから、全額不支給ではなく3割を支給すべきであるとして、それまでの勤続の功を抹消するほどの不信行為に当たり適法であるとした一審判決(東京地判平14・11・15 労判844号38頁)を覆しました。公務員にとって退職金に賃金の後払的な性格はないのか、退職金の重要性は民間と変わらないので審査密度を高めるべきといった議論はないのでしょうか。最小限の審査をとる積極的な理由というのは。

富永 これはどうでしたかね。私もこれはちょっと不勉強で、ああ、そうなんだと思ったんですけ

ど、これはどういう基準で振り分けているんですかね。憲法だったらわかるんですけども。

神吉 憲法では、基本的人権の規制のなかで人格権保障と経済的な権利保障とで審査基準を変えたりしますよね。

富永 経済規制とか経済的規制という形で分けていましたけど。懲戒がたしか、そもそも懲戒というのはかなり厳しい処分で、我々の感覚的には一番厳しい処分だと思うんですけども、行政法の世界では、そこまで厳しい審査でもなさそうなのです。

神吉 もし不利益性を勘案して裁量が変わりうるとすれば、富永先生がおっしゃったように、より厳格な審査を使う選択肢もあったと思います。

富永 あと、民間企業の事例は、行政法での審査密度上は中程度の審査に相当しているように思います。公務員の事件のほうがより厳密な審査になるのかと思ったらそうでもなく、逆に非常に緩やかな審査になっていると思います。

公務員の身分保障というのは、政治的な圧力からの保障だと指摘されていますが、公的な関係だから憲法も直接適用されるし身分保障も厚いのではないか思えばそうでなく、逆に民間のほうが厳格です。

神吉 公務員の退職金に関しては、民間とは違って賃金後払の要素はないと考えられているのですか。

富永 いや、あるはずですよ。表現は異なっていますが、賃金後払の要素を含め複数の性格を兼ね備えているとされていたと思います。

神吉 積極的な全額不支給、一部不支給などの行政処分がなされない限りは当然発生して受け取れるものですよね。賃金後払という、民間と同じ言い方はしないにせよ、本来であれば発生する重要な権利が否定される点では同じです。ただ、厳格に審査したとしても、本件では公金着服という重大な非違行為があるので、結論は変わらないかもしれませんね。行為の重大さの評価が大きいと思います。

富永 そうですね。労働条件の不利益変更についても、賃金、退職金などの重要な労働条件の不利益変更だと、その不利益性を乗り越えるだけの



高い合理性が必要とされます。着服額で評価も変わるように思いますし、本件の退職金は1200万で相当に高い額です。1000円あまりでも全額不支給というのは、公務員はお金目的で働いているわけではない、お金が主目的でないからということなですかね。

神吉 公的なバス事業に対する信頼を損なう点が重く評価されているのでしょうか。民間企業で非違行為があっても、会社によってはレピュテーションに響かないことも。

富永 逆に民間企業ではレピュテーションに響けばそのことが会社への制裁になるし、そのこととの見合いで退職金減額の妥当性が測れるけれど、公務員ではそのような仕組みがない、ということなのかもしれません。

神吉 だからこそ、公務員のほうがより厳しく見る必要があると。

富永 それと税金を使っているからなんですか？ 公務の信頼というのは重いんだと、これを見て思いました。

神吉 電子たばこを1週間に5回使用したことが、勤務の状況が良好でないことを示す事情になるとされていますが、処分の重さを見ると、実は明確に認定できない多数の非違行為が背景にあるのかなとすら思うような。

富永 純粹にこれだけだったら、どうかなと思ってしまうかもしれませんが。好ましくはないんですが、ここまでする必要があるのかという感じですかね。

神吉 これまで同様のことをした人も皆全額不支給だったといった、他の労働者との関係での処分の均衡性はとくに検討されていませんね。宮城県事件で考慮されていた、飲酒運転に対する注意が頻繁になされた時期だったというような背景事情も、本件ではとくに見当たりません。もちろん、着服はおろか、服務規定で私金の所持すら禁止されているので、当然すぎるほど当たり前のことかもしれませんが。

富永 たしかに着服のほうが重いんでしょうね。ただ、額は小さい。

神吉 額の大小ではない、着服行為がもう一線を越えたということなのでしょうね。

富永 業務上だからという話もあるんですかね。私生活上の非行というよりも。

神吉 宮城県事件は私生活上の非行だったのに対して、本件は業務上の犯罪ですから、いっそうやむをえない結論かと思います。

## 2. 労働時間性が事後に認められた時間外・深夜労働に対する割増賃金の算定基礎と割増率

——社会福祉法人A会事件・東京高判令6・7・4（労判1319号79頁）

### ——事案と判旨——

#### 事実の概要

X（一審原告・控訴人）は、千葉県内で複数のグループホームを経営するY（一審被告・被控訴人）との間で、平成14年7月に期間の定めのない雇用契約を締結し、生活支援員として勤務していた者である。Yが運営するグループホームでは、利用者が共同住宅の一室を賃貸して入居し、生活支援員が各入居者の特性に応じて、入居者の食事、洗濯、入浴等について随時必要な支援を行う、「共同生活援助」のサービスを提供しており、Yの作成するシフト表に基づき、生活支援員が業務に従事していた。

平成31年2月25日当時、Xは生活支援員として、グループホームA（入居者5名）、B（同5名）、C（同7名）、D（同7名）で、基本的には午後3時から午後9時まで勤務して、そのままグループホームに宿泊し、翌日の午前6時から10時まで勤務するというシフトで働いていた。平成31年2月25日当時の雇用契約の概要は以下の通りである。

・就業時間：Y作成のシフト表による1カ月単位の変形労働時間制

・基本給：24万2350円（その後増額あり）

・夜勤手当：6000円/日

・夜間支援手当：1万4655円（基本給の6%）

・資格手当：5000円

・扶養手当：5500円

入居者の多くは知的障害を有し、その程度が重い者や強度の行動障害を伴う者も含まれていた。日中の業務は、入居者の出迎え、入浴介助、洗濯、入居者の部屋の片づけ、食事支援、就寝支援、朝食準備、清掃、日用品の買い出し等であった。これに対し、夜勤時間帯（午後9時から翌日午前6時まで）は、基本的に生活支援員が1人だけで勤務しており、夜勤時間帯の定型業務は、安全管理、見回り、居室チェックであり、その他の業務対応を行った際には特記事項として夜間支援記録に記載されていた。XはYに対し、夜勤時間帯の泊まり勤務について労基法37条に基づく割増賃金の支払義務があるとして、未払割増賃金の支払と付加金等の支払を求めて提訴した。



一審（千葉地判令5・6・9労判1299号29頁）は、夜勤時間帯を労働時間であると認定したうえで、日中勤務と比べて労働密度の薄い夜勤時間帯の勤務について、契約においてとくに労働の対価が合意されているような場合においては、割増賃金算定の基礎となる賃金単価について、当該夜勤手当の支給額として約定された額が基礎となると解しても労基法37条の趣旨に直ちに反するものとは解されないと判断して、夜勤手当を基礎として計算した25%分の割増賃金を一部認容した。X控訴。

【判旨】（控訴認容）

「(1) 労基法37条の割増賃金は、「通常の労働時間又は労働日の賃金」を基礎として算定すべきものである。前提事実のとおり、本件雇用契約に基づきXに支給される賃金には、基本給のほか、基本給の6%相当額の夜間支援体制手当、月額5000円の資格手当があり、これらの手当は労基法37条にいう通常の賃金に含まれるものと解すべきであるから、Xに対し支給されるべき割増賃金の額は基本給、夜間支援体制手当及び資格手当の合計額を基礎として算定すべきである。

(2) これに対し、Yは、夜勤時間帯から休憩時間1時間を控除した8時間の労働の対価を夜勤手当6000円とする旨の賃金合意があったから、夜勤時間帯の割増賃金算定の基礎となる賃金単価は750円となると主張する。

しかし、Yは、これまで、グループホームの夜勤時間帯にYの指揮命令下で生活支援員が行うべき業務はほとんど存在しないという認識を前提として、就業規則においては、巡回時間を想定した午前0時から午前1時までの1時間を除き、夜勤時間帯を勤務シフトから除外し（書証略）、本件訴訟においても、夜勤時間帯については緊急対応を要した場合のみ申請により実労働時間につき残業時間として取り扱う運用をしていると主張し、夜勤時間帯が全体として労働時間に該当することを争ってきたものであって、XとYとの間の労働契約において、夜勤時間帯が実作業に従事していない時間も含めて労働時間に該当することを前提としたうえで、その労働の対価として泊まり勤務1回につき6000円のみを支払うこととし、そのほかには賃金の支払をしないことが合意されていたと認めることはできない。

労働契約において、夜勤時間帯について日中の勤務時間帯とは異なる時間給の定めを置くことは、一般的に許されないものではないが、そのような合意は趣旨及び内容が明確となる形でされるべきであり、本件の実事関係の下で、そのような合意があったとの推認ないし評価をすることはできず、Yの上記主張は採用することができない。」

神吉 社会福祉法人A会事件は、グループホームにおける知的障害を有する入居者の方々の生活支援を業務として、午後3時から午後9時まで勤務し、そのまま宿泊して、翌日の午前6時から10時まで勤務するというシフトで働いていた

生活支援員の労働者による訴えです。このシフト間に挟まっている、午後9時から翌日の午前6時までの泊まりがけの夜勤時間帯について、契約上は夜勤手当として1回当たり6000円が支払われるのみでしたが、Xは休憩1時間を除く夜勤時間帯（8時間）について労基法37条に基づく未払分の割増賃金と付加金の支払を求めました。

この事件は複数の論点を含みますが、前提となる労働時間該当性については、大星ビル管理事件（最一小判平14・2・28民集56巻2号361頁）を踏まえて夜勤時間帯全体を労働時間であると認めた点では一審も控訴審も同じです。本件グループホームは、入居者のほとんどが重めの知的障害を有しており、常時付き添いが必須であって、夜勤時間帯に生活支援員が駐在する強い要請があります。そのうえで頻繁に深夜や未明に起きて行動することに対応していたので、実作業に従事していない時間も含めて、労働契約上の役務の提供が義務づけられていたと評価されており、不活動時間を含めて夜勤時間帯の労働時間該当性を認めた点は妥当だと思います。

判断が分かれたのは、まずは割増賃金の算定基礎についてです。一審は、日中勤務と比べて労働密度が薄い夜勤時間帯について、契約でとくに労働の対価が合意されている場合においては、割増賃金の算定基礎となる賃金単価は当該夜勤手当の支給額として約定された額となるとして、労働契約の内容として泊まり勤務には夜勤手当6000円を支給するとされていることから、これを夜勤時間帯の9時間から1時間分の休憩を引いた8時間分の対価とみて、算定基礎となる賃金単価を750円と計算しました。

これに対して、控訴審は、労基法37条の割増賃金は通常の労働時間または労働日の賃金を基礎として算定すべきだとして、雇用契約に基づいて支給される賃金である基本給と夜間支援手当、資格手当を通常の賃金とみて、その合計額から算定基礎を導きました。さらに、付加的な一般論的に、労働契約において夜勤時間帯について日中の勤務時間帯とは異なる時間給の定めを置くことは一般的に許されないものではないが、そのような合意は趣旨及び内容が明確となる形でされるべき

であると述べたうえで、本件の事実関係の下ではそのような行為は推認ないし評価できないとして、夜勤時間帯について泊まり勤務1回につき6000円の夜勤手当のみを支払い、そのほかには賃金の支払をしないことが合意されていたと認めることはできないとも述べています。

割増賃金の算定基礎は、法律上は「通常の……労働時間の賃金」と定められています（労基法37条1項）。労基則19条は、月給制の場合は、月によって定められた賃金額を月における所定労働時間数で割った金額が算定基礎とされることを定めており、基本的には賃金月額から労基法37条5項、労基則21条に限定列举される、家族手当や通勤手当等の除外賃金を引いた所定労働時間の賃金が、通常の労働時間の賃金とされます。

「通常の労働時間」とは、当該事業場で労働者が労働義務を負うとされる時間で、「通常の労働時間の賃金」には、行っている当該労働に通常支払われる賃金と、時間外、深夜でない通常の労働時間に当該労働がなされた場合の賃金という2つの意味があり、それぞれの意味から割増算定基礎賃金になるかを吟味する必要があります。特定の作業に対して付加的手当（たとえば危険作業手当など）が支払われる場合、その作業が時間外になされた場合に当該付加的手当は割増算定基礎に算入されますが（昭23・11・22基発1681号）、逆に、時間外に当該手当の支払対象でない作業を行った場合には当該付加的手当は割増算定基礎には算入されない運用です。また、時間外労働等に対して法が要求する割増賃金に代わる手当は通常の賃金には含まれず、たとえば深夜に行われる看護等の業務に従事した時に支払われる「夜間看護手当」は、割増算定基礎に算入しなくてよいとされています（昭41・4・2基収1262号）。

深夜や時間外であっても日中や所定内と同じ仕事をしている場合や、手当が付加的につくほか労働時間性に争いがなく100%部分がきちんと支払われているケースでは問題は生じにくいのですが、本件夜勤時間帯のように、日中の所定内では行わない仕事をする、かつ、仮眠時間を含み労働密度が低い時間について、労働時間だという認識を持たないまま所定賃金よりも低額の支払が合意

され、それが事後に労働時間であると判断されたときに、労基法37条の割増算定基礎となる「通常の労働時間の賃金」をどのように解釈するかが問題となります。

まずは、割増賃金の算定基礎賃金は、あくまで所定労働時間の賃金であると解釈する説と、そうではなく、当該労働に支払われる賃金だとして、泊まり勤務手当や、本件夜勤手当のような特別の合意された金額が基礎となるという見解があります。前者を所定賃金説、後者を別途賃金説とします。

学説は、所定賃金説をとるものが多いようです。前掲・大星ビル管理事件においては、ビルでの泊まり勤務について泊まり勤務手当という手当が別途設定されていましたが、最高裁は、とくに理由は明らかにせずに、所定労働時間の賃金を算定基礎とみることを前提とした判示をしています。その後の下級審判決においても、仮眠時間に対する特別な賃金の合意があった事案でも所定賃金説をとるものが見られます。本件は一審と控訴審とで立場が分かれており、一審は別途賃金説を、控訴審は所定賃金説を採用しました。

さらに、労基法37条によって罰則付きで支払が強制される割増賃金の内容も、25%説と125%説とが対立しています。25%説は、条文の文言に忠実な説で、37条が強行的に規定しているのは25%のみであり、100%部分は労働契約を根拠として発生するもので、一般の賃金債権として労基法24条によって支払が強制されるものと解釈します。これに対して、通常賃金である100%部分をも含んだ125%の金額の支払が37条によって義務づけられると解釈するのが125%説です。

行政解釈（昭23・3・17基発461号）は、37条は当然に通常の労働時間に対する賃金を支払うべきことを前提とするとして、125%説をとります。また、立法関係者の解説（寺本廣作『労働基準法解説』（時事通信社、1948年）304頁）において、単に2割5分を支払うのみでは通常の賃金の7割5分の「割引賃金」にほかならないとして、「割増賃金と云ふ文字は10割の賃金支払ひを含むものである」と明示されたこともあり、通説は125%説です。125%説を採用する下級審判決も見

られます。

25%説に対しては、とくに100%部分が通常の労働時間の賃金を下回る契約を許容すると使用者の金銭的負担はかなり小さくなり、労基法37条の本来的な趣旨である過重な労働に対する労働者への補償、使用者に金銭的負担を課すことにより労働時間を抑制するという趣旨が没却されてしまうという批判があります。もっとも、時間外労働の賃金時間性を否定するような特約は基本的に無効と解釈することで、労基法上の労働時間であれば原則として賃金時間となり100%部分も支払義務が発生すると考えれば必ずしも不当な帰結にはならず、私自身は条文の文言解釈としても25%説を支持していますが、立場は未だに分かれています。

この点、前掲・大星ビル管理事件最判は、同事件における仮眠時間中の不活動仮眠時間について「労働契約の定めに基づいて既払の泊まり勤務手当以上の賃金請求をすることはできない」と述べており、契約部分を別立てで考慮しているようにみえる点では25%説をとっているように読めます。ただし、大星ビル管理事件の原審は125%が割増賃金債権だと理解しているようで、最高裁はこれを明確に否定せずに労基法13条に言及していることから、同条の強行的直律的効力を37条の割増賃金の発生根拠だけでなく当該契約の有効性自体を否定する論拠としているとの解釈もありえて、そうすると125%説とも矛盾しません。本件一審判決は25%部分だけを認容していますが、

25%説をとった帰結なのか、それとも125%説をとりつつ100%部分の6000円は既に支払われているから25%分を認容しただけなのかはわかりません。これに対して、本判決で控訴審が125%説に立つのは明らかです。

算定基礎と割増率について、所定賃金説か別途賃金説か、25%説か125%説か、拠って立つ立場の組合せによっては大きく認容額が変わります。さらに、付加金による調整余地にも影響があります。125%説をとった場合、理論上は付加金で100%部分がダブルカウントされ、最大で250%の過大な制裁が課される余地があります。従来は、125%説をとる場合でも付加金は25%のみに限定されるとの解釈もあったようですが、本判決は付加金も理論上の上限まで認めたことで、一審とは大きく認容額が変わりました。

こうした立場の違いとそれぞれの帰結を、以下の表に整理しました。労働時間が2暦日にわたる勤務は始業時刻の属する日の1勤務として取り扱われるため（昭63・1・1基発1号）、夜勤時間帯のうち勤務開始日の午後9時から11時までは法内超勤となり、表では1日目の午後11時以降を時間外労働、午後10時から翌日午前5時までを深夜労働、時間外と深夜の合算部分から休憩1時間を取得するとして夜勤時間帯の部分のみの割増賃金と理論上の付加金上限と当該時間帯に支払われる最大値とを計算しています。

また、控訴審が夜勤時間帯について、日中の勤務時間帯とは異なる時間給の定めを置くことは許

表 立場による帰結の違い

(単位：円)

	別途賃金説（基礎賃金=750/h）	所定賃金説（基礎賃金=1,600/h）
	【本件一審判決（？）】	【大星ビル管理事件最判（？）】
25%説 (100%部分は契約による。 これが合意によってゼロとなる場合もありうる?)	契約部分 6,000/1夜勤 割増賃金 2,625/1夜勤 (時間外/深夜 $750 \times 0.25 \times 2h$ ) (合算分 $750 \times 0.5 \times 6h$ ) 付加金上限 2,625/1夜勤 理論最大値 11,250/1夜勤	契約部分 6,000/1夜勤 or 12,800/1夜勤 (労基法13条) 割増賃金 5,600/1夜勤 (時間外/深夜 $1,600 \times 0.25 \times 2h$ ) (合算分 $1,600 \times 0.5 \times 6h$ ) 付加金上限 5,600/1夜勤 理論最大値 17,200/1夜勤 or 18,400/1夜勤
125%説	割増賃金 8,625/1夜勤 (時間外/深夜 $750 \times 1.25 \times 2h$ ) (合算分 $750 \times 1.5 \times 6h$ ) 付加金上限 8,625/1夜勤 理論最大値 17,250/1夜勤	【本判決】 割増賃金 18,400/1夜勤 (時間外/深夜 $1,600 \times 1.25 \times 2h$ ) (合算分 $1,600 \times 1.5 \times 6h$ ) 付加金上限 18,400/1夜勤 理論最大値 36,800/1夜勤



されなくはないが、趣旨・内容が明確となる形でされるべきと判示した点ですが、定めを置く時点でそれが労働時間であることが前提でなければならない、すなわち労働時間性の認識が必要だとすれば、当初は労働時間だと考えずに手当を設け、しかし事後に労働時間性が認定されてしまうケースでは、異なる賃金の定めに関して正しい内容の合意が成立する理論上の余地はなくなってしまいます。それにもかかわらず、本判決は泊まり勤務1回につき支払われている6000円の夜勤手当を割増賃金の既払額として控除しており、矛盾があるのではないかと。少なくとも根拠が非常に曖昧、脆弱だと思っています。

さらに、もし趣旨と内容の明確性が否定されるような合意にすぎないとする、これまで割増賃金に関して成立してきた、たとえば日本ケミカル事件（最一小判平30・7・19集民259号77頁）のように、別途手当によって割増賃金を支払う場合には判別可能性を要求するとしてきた規範との整合性が問題になります。少なくとも、使用者が夜勤を労働時間として扱っていないのであれば、契約上、時間外労働に対する対価として支払われるものとされようがなく、判別性を欠き割増賃金の支払としては認められないのではないのでしょうか。従来、時間外労働に対してのみ支払われる付加的手当は、法が要求する時間外割増賃金と同じ性格を持つ手当として、労基則21条の除外賃金には該当しないとしても通常賃金ではなく割増算定基礎に算入されないと考えられてきましたが、本件夜勤手当はそのような手当ではありません。判別可能性もないとすれば、労基法24条からも、当然に控除はできないはずです。ここには、労基法37条の強行性と合意原則の関係が整理できていないという問題があるように思われました。

富永 ありがとうございます。考えさせられる事案なのです。労働時間性の争点については、たしかに待機時間も労基法上の労働時間なんだろうなと思ったんですが、算定基礎のところの別途賃金説と所定賃金説が悩ましいです。私、別途賃金説のほうがよくわかる気がするんですよ。待機時間は業務の密度が低いから、それに応じた低い割増賃金である、ということなので。ですが所定賃

金説で、割増賃金のところが25%説か125%説かいずれにしても、それが、昼間の普通の業務の密度の所定賃金だという、その積極的な根拠がわかりません。

神吉 違う仕事をしているにもかかわらず、という点が引っかけますか。

富永 はい。同じ仕事をやっていれば、所定賃金説でも全然問題ないと思いますが。残業時間が軽い仕事で、昼間は忙しい仕事だったら、賃金が違うのは当たり前のように思います。でもそこで割増賃金の話になると、とくに125%になると、いきなりボンと全部、金額が塗り替えられてしまうのが妥当なのかなと思ってしまいます。そしてとくに25%説と125%説のうち、125%説の妥当性に疑問を持ってしまうます。

所定賃金説と別途賃金説のうち、別途賃金説だと、もちろん簡単な仕事を疲れる時間帯にやったから、簡単な仕事に応じた割増賃金にとどめる。だから、算定基礎も別途賃金でいい、と説明しやすい気が一方ではします。ただ、そこで残業になってしまったのは、その残業の前に8時間あったからだという説明はありそうです。前に8時間あったから、その8時間の負担を足しているのが割増賃金だ、ちゃんと普通に残業でなく所定労働時間の労働でやっていれば、割増賃金でなく別途賃金100%だけでいい。だから、所定賃金説にはそういう説明なのかなと思ったりしたんですけども、所定賃金説にすべきという強い根拠とまではいえず、そこはどんなんだろうなと思ったりしました。

神吉 時間外労働が発生するのは、既に法定時間内の労働を全うしたうえでしかありえないので、軽めの仕事だとしても、時間外労働であること自体に過重性をみれば、所定賃金を基礎とする解釈も妥当といえるのではないのでしょうか。

富永 法定の8時間分をやったうえでの残業だ、その8時間の負担を、プラスするのが割増賃金だ、その8時間分の対価を払っているのが割増賃金だということなんですかね。そうだとしたら所定賃金説でもいいのかなと思ったりします。普通に法定労働時間の範囲で仕事をやっていたら過重な負担とはいえないけども、時間外としてやっ



ているんだったら、その前に1日8時間分の仕事を既にやって疲れている、そこを払っているという説明はできるのかもしれませんが。ただ、たとえば所定賃金説だと、とくに125%説になるとすごいことになるというか、調節が全然利かなくなるので、私、そこはちょっとどうなんだろうと思います。

神吉 行政解釈は、仕事の異同を考慮する点で、考え方は別途賃金説に親和的な面もあります。ただ、100%部分を置き換えることが可能かどうかについては何も触れていません。所定賃金説で125%をとり、さらに付加金でダブルカウントすると認容額が最大になります。本件控訴審はその立場ですね。

富永 それと、この6000円の夜勤手当を割増の既払部分だというふうに言ったのは、多分バランスを取るためだと思うんですけど、ご指摘のようにそうすると理屈が合わない。既払部分とみるのは妥当な落としどころでバランスは取れるのかもしれないけど、そもそも125%説はおかしいんじゃないかと私は思います。

神吉 では付加金で調整しなければよいのかというと、額の妥当性から逆算するのもおかしい話ですよ。

富永 125%説をなぜみんな支持するんですかね。やっぱり別途賃金説と結びつけてのことじゃないですかね。所定賃金説だったら25%説でいいような気がして、残業時間帯は軽い負担だったら低いお金でもいい。ただ、残業の前にもう8時間やっていて、その後の労働だから負担がある、その残業の前に、働いた負担を考慮するから、基本給とかも含めた所定賃金説になる、と。それなら、「そうかもな」と思います。

神吉 25%説をとる場合、理論的には、25%を所定賃金説で計算しつつ、100%に当たる部分は契約を根拠とするので、合意で別途賃金とする可能性があります。たとえば、8時間を超える部分の通常賃金(100%部分)を所定内より低く定めて支払い、25%部分については強行法規である37条の規定どおり、所定内の通常賃金に25%を乗じたものを支払うといった方法です。この点、100%部分を減額する労働契約は、37条の規定の

趣旨に反する場合は無効とすべきという見解があります(東京大学労働法研究会『注釈労働時間法』(有斐閣、1990年)491頁)。もっとも、法定外に行う労働が所定内に行うものとは性質が違う場合に、所定内労働よりも低額の賃金を定めることは直ちに37条の趣旨に反するとはいえず、有効になる場合はあると考えます。どこまで低額にできるかは、ゼロまで可能性はありますが、37条の趣旨のほか、最低賃金法が歯止めになります。この場合には、実際に夜勤には単純に通常賃金の1.25倍が支払われることにはならず、100%部分はかなり小さくなるおそれもありますが、25%部分は所定賃金を元にしっかり払われることになります。

富永 25%説では100%分を合意で小さくできますが、37条の趣旨に反する場合には公序良俗無効となる。以前はこれが通説だったと思うんですけれども、国際自動車事件(最三小判平29・2・28労判1152号5頁)で割増賃金の算定基礎を当事者の合意で決められる、と言ってしまった。それと関連するでしょうか。あの事件で公序良俗違反かどうかを判断した際に、算定基礎をどう決めるかということは、「とくに規定をしていない」と、いわば当事者の自由で決められると口走ってしまったような気がします。

神吉 差戻し前の、第一次上告審のほうですね。

富永 差戻し前です。差戻し後のほうは37条違反を判断しましたが、差戻し前は公序良俗違反を判断しました。

神吉 第一次上告審は、強行法規違反ではなく、売上高等から時間外割増賃金相当額を控除したものを通常の労働時間の賃金とする定めが有効か無効かが争点でした。合意の有効性を争う方法としては、公序良俗違反しか使える論理がないところ、最高裁は公序良俗で無効にする余地はかなり小さいことを認めたということになります。国際自動車事件は、実質的には全く払わないという合意、ゼロまで行く合意ですから。

富永 ゼロまで行く合意で、でも公序良俗違反じゃないと判断してしまったんですよ。あの事件は対価性を判断していないので、公序良俗違反の判断枠組みで対価性に相当するような要素を考

慮してもよかった気もしますが、他方で100%を割り込んだら自動的に公序良俗違反というのも難しいです。昼間の法定時間内の労働よりも、夜間の時間外の労働のほうが負担も軽かったら、安くするのはありなんじゃないかなと思います。

神吉 そういった意味では、別途賃金を割増賃金の算定基礎にするかはともかくとして、100%分を別途賃金で設定する選択肢は有効だと思います。

富永 25%説ですね。なぜ125%説が主流になっちゃったんですかね。

神吉 使用者に25%払わせるだけでは軽すぎる、労働者の過重な労働への補償や、労働時間を抑制する十分な負荷にならないという懸念でしょうね。一般的な、ふだんの仕事の延長で残業したようなケースだと、結局、25%説をとっても契約を根拠とする100%部分の支払義務が当然生じるとみれば1.25倍を支払う帰結は変わらないので、それなら100%部分も含めて125%だと説明するのが簡明であるかもしれません。

富永 簡明ですよ。普通に昼間やっているのと同じ仕事をずっと午後6時を過ぎて、9時-6時の就業時間を過ぎてやっていたら、たしかにそれは同じですよ。

神吉 夜まで働いて、法律で強制されるのが25%だけというのはおかしい、割り増されているはずなんだから125%であるべきという主張もわかるし、結局100%部分も支払われるのだから説明の仕方が違うだけ、と言われたりもします。25%説でも決して100%部分が支払われないわけではなくて、100%部分の根拠があくまでも「契約」というだけだということです。国際自動車事件第二次上告審判決（最一小判令2・3・30民集74巻3号549頁）の調査官解説では、使用者は時間外労働をさせた場合に「その時間数に対応するベース（100%）部分に加えてその割増分の支払義務を負う」と説明されています（最高裁判所判例解説民事篇令和2年度（上）215頁）。ここでの「ベース」の意味はよくわかりませんが、帰結が変わらなくて、本当に単なる説明の違いだけなら125%説で問題なさそうですが、100%部分の扱いが割増賃金の算定基礎や付加金との関係で帰結を

違える可能性が、本件のようなケースではあらためて明らかになったのだと思います。

富永 仮に別途賃金説を取り、夜間の労働の時給はゼロ円なんだということにしまえば、別途賃金説の25%説だと割増賃金の25%もゼロになっちゃいますよね。

神吉 契約の別途賃金がゼロだったら、ゼロの25%も125%もゼロだから、割増賃金もないですね。

富永 「それはないわー」と思うんですけど。その「ないわ」の根拠は、公序良俗違反なのか、それとも37条の趣旨違反なのか。法律が、そんな穴を許すはずはないから、解釈としてとれないのかみたいな話がありそうですね。

別途賃金説はそこが難しく、別途賃金説かつ25%説というのは、本当の意味で、何も払わなくていいという話になってしまうとすると……。私は直感的には別途賃金説かつ25%説がすすきりしていると思っていたんですけども、ただ、それは不合理な帰結になる。そうだとしたら、残り3つから選ぶとすると、先ほどのマトリックス表を見ると、別途賃金説かつ125%説なのか、それとも所定賃金説なのか、となりそうです。昼間と同じ仕事をしていたんだったら、125%説でいいかなと思ったりもするんですが、昼間とは密度が違う仕事をしていたとしますと硬直的。でも昼間と同じ仕事をしていて、別途賃金を決める、別途に100%よりも低い賃金を契約で決める、としたら、それは許されないんじゃないかと思ったりもします。

神吉 許されないのは、その契約が公序良俗違反と評価されるからでしょうか。国際自動車事件第一次上告審判決の論理では否定されるような気がしますが……。あとは労基法37条という強行法規の問題で。

富永 国際自動車事件第一次上告審判決からは、算定基礎はある程度自由に合意で決めていいということになりそうですが、たとえば算定基礎を半額にしようというのが本当にいいのか疑問です。私は、37条の趣旨に反するんじゃないかと思います。要するに、使用者には割増賃金を負担させずに労働者に長く働かせる。しかも、法

定労働時間内と法外残業とで同じ密度の仕事だ、でも公序違反でない、というのは疑わしいと思います。違う仕事だったら、負担が軽いから、その負担の軽さに応じて低い賃金を別途に契約部分として決める、それはありかなと思ったんですけれども。

ただ、公序良俗のように外側から判断するのは危険ではありますよね。合理的だ、不合理だとか言い出したら、收拾がつかないのかもしれない。

神吉 同一労働であれば同一賃金でなければならない法的原則が存在するわけではないので、どんな仕事にいくら支払うかは、最低賃金に抵触しない限り契約自由が原則です。そもそも、同じ仕事か、違う仕事かという区別も微妙な判断になると思うのです。本件は1人で夜勤を担当していて、昼間の、自分も元気なときにほかの支援員もいる状態で世話をすると、疲れた夜間に、労働密度は下がるとしても、障害がある方が頻繁に起きてくる事態に全部ワンオペで対応しなければならないのと、どちらが軽いかもわからない。寝ていても構わない仕事だから軽い、とは直ちに言いがたい気がします。

富永 負担に応じて減らすのはありうるが、その減らす分を外の第三者が判断します、というのは難しい。労働契約法旧20条と同じで、この額は少なすぎて駄目だけど、この額はいいみたいなものは、裁判所は簡単には決められないでしょうし。

神吉 そうですね。結局、山梨県民信用組合事件（最二小判平28・2・19民集70巻2号123頁）のような合意の要件の問題になってしまうのでしょうか。

富永 大星ビル管理事件の最判自体は、その点には言っていないで、契約部分は別に合意で決めていいような印象ですね。

神吉 大星ビル管理事件は、変形労働時間制の要件具備や時間外労働の算定、除外賃金の扱いが問題となって差し戻されたのち和解に至っており、最判の規範を当てはめた場合にどういう結論になるべきだったのかは実は判然としません。

富永 残業しても賃金はありません、という明確な合意が存在していたら、一応賃金は有効なの

でしょうか。125%説を怪しく思うのは、もし125%説なら残業時間の契約部分、100%分のことは言う必要もなさそうなのに、そこを大星ビル管理事件が言及しているからなのではないかと思います。だから私は25%説なんですけども、ただ、25%説で別途賃金説にすると、すごく、法規制に穴がボコッと開いてしまう。他方で法は、残業時間の100%分を所定賃金とすることまでは強制していないんじゃないかなと思うので、所定賃金説でも25%説が妥当かと思ったりもします。

神吉 別途賃金説で25%説をとる一審判決では、単純計算で時間当たり750円になる計算で、実際、最賃を下回るのはないかが問題になっています。ただ、最賃法違反か否かは、月払いであれば一月をならして判断するという理解で問題がないことになる。その解釈で最賃だけ気にするなら、おそらく、夜勤時間帯の別途賃金はもっとずっと低く、夜勤の回数によってはゼロに近くすることもできるはずですよ。むしろ、1回6000円も払う必要はないということにさえなりえます。

富永 社労士さんに教えていただいたことがあるんですけど、歩合給だと、実際にすごく割増賃金額が低くなるんですよね。要するに、100%部分がもう歩合に含まれてることになるので、本当に低いんです。

神吉 最賃しか歯止めがない状態で別途賃金説と25%説をとると、所定部分まで侵食して最賃レベルにまで薄めることを許容するおそれは否めません。

富永 心理的には、そこが問題なんじゃないかと思っただけなんですけど。

神吉 私は所定賃金説で25%説が妥当ではないかと考えていますが、ただ、100%の契約部分を別途合意で設定できるとすると、それと25%部分が対応しない気持ち悪さは出てきますね。

富永 残業時間の賃金100%部分が昼間の所定賃金の半分ぐらいの額しかない、とかの場合、25%だけが大きくなっていたりするんですよね。

神吉 その根拠は、さっき議論したように、あくまでも時間外労働は法定時間いっぱい働いたうえでの話だから、というしかないでしょう。

富永 まさにトコロテンのように、前に法定労



働時間分の労働があつて、ググッと法定外に押し出されてきたのが問題だ、その前の部分にまさに報いているんだという考え方なんじゃないかな。

神吉 大星ビル管理事件最判は何も述べていませんが、そういう正当化はできそうです。他方で、合意も尊重されるべきだと考えれば、両者のバランスをとる方法として。

富永 国際自動車事件が、合意部分は別途設定できると、直接的でないにせよそう判断していますし、別途合意も否定されていないと思います。

神吉 こういう事案はたくさんありそうなのに、労働時間性を認める判断は同じでも裁判所によって全く認容額が違ってくるのですね。

富永 こんな基本的なことが決まっていらないのか、と思ったりします。学説が分かれてるのはいいとして、実務でどう処理してるんだろう、と。

神吉 使用者側の弁護士さんは、付加金で100%部分が2倍になることを強く批判されています。

富永 25%という、このパーセンテージが低すぎるのが諸悪の根源という気もしないでもないですよ。

神吉 そうですね。ざっくりとした計算ですが、厚労省によると、新規雇用による所定1時間当たりの労働費用から導かれる均衡割増賃金率は、令和3年の数字で44.3%だそうです。同じスキルの人をすぐに雇える想定に無理がある数字だという批判もありますが、それでも25%は低いほうなのかもしれません。

富永 だから無理やり付加金で調整してるんでしょうか。本当は割増率、50%ぐらいが妥当と思うんですけど、25%しかないで付加金で埋め合わせさせている。ただ25%説だと付加金も25%なので割増賃金と付加金を合わせて50%でいいんですけど、付加金が125%だとすると、それを足すとすごい額になって、さすがにそれはやりすぎだろうみたいな感じがします。

神吉 本判決の125%説を理論的に批判すると、どうなるのでしょうか。

富永 夜間手当の意味がないように思います。必ず昼間の部分100%プラス25%となってしまう、いいんですかね。この夜間手当の額から見る

と、昼間の125%にプラス6000円というつもりで夜間手当を支払ってるわけではないんだろうなと思います。必ず125%以上になる、というのはすごく硬直的です。賃金ってそんな不自由なんだろうか、と思ってしまいます。

神吉 合意、契約で左右する要素は全くなくなりますね。労基法37条という強行法規がそこまでがっちり認めているのだと解釈すれば、それは必然的な硬直性ということになります。

富永 時間外の仕事のほうが重たい場合は、それで別にいいと思うんです。100%にプラスして手当を払うのに値するほどの場合など。でも、時間外になると外からの電話もなくなって負担は軽くなる場合もある。あるいは時間外の仕事の質自体が全然違う場合は、昼間の仕事と同じレートで払うのが本当に妥当か？ と思ってしまいます。その時間外の賃金は、所定賃金の100%を割り込んではいらない、とすると妥当な調整ができなくなりそうです。

神吉 本判決のように所定賃金説かつ125%説をとると、時間外労働の賃金について全く当事者の柔軟な合意で左右する余地がなくなってしまうことをどう考えるかですね。

富永 そこが柔軟すぎてすごく低くなってしまふのは困るけれども、逆に硬直的すぎるのもどうかと思います。だから、かつては直感的には別途賃金かつ25%説だったんですけど、それが脱法を許すので駄目だというなら所定賃金説かつ25%が妥当かと思うようになりました。ただ世間の風潮としては、所定賃金の125%説ですよ。時間外労働ってそんなに悪いことなんじゃないか。まあ、そうなのかもしれませんが。

神吉 最も硬直的な、所定賃金+125%説こそ、そんなに払う必要があるなら時間外労働を減らそうと抑止効がはたらく、趣旨に合致しているという評価もありえますよね。

富永 話がすごく戻りそうなんですけど、私は、労働時間該当性の結論自体は本判決のとおりでいいと思います。ただ使用者が、夜間の時間帯で実労働時間が1時間以内のときは夜勤手当以外の賃金を支給しないとなっていたのは、その頻度が8分の1以上、8分の1未満だったら、密度が非常



に薄いので、事実上、労働からの解放があると考  
えてたのかなと思ったりしました。

神吉 このあたりもつきつめていくと理屈に合  
わないと思うのです。規範としては、「義務づけ」  
られていたかを判断する。でも、義務づけられて  
いたかが、事後に、1カ月に何回対応したといっ  
た頻度によって変わるなら、規範と合致しないの  
ではないですか。

富永 たしかに。結果的にたくさん起こされた  
から労働時間で、結果的に眠れて実働が少なかっ  
たから今月は労働時間じゃないです、みたいな話  
は変かもしれません。

神吉 しかも、頻度にも繁閑がありえて、冬は  
何回も起こされたけど、7月、8月は1回も起こ  
されなかったといったときに、見る期間で違って  
きてしまいます。だから、「実際に対応することが  
皆無であったなど」といえるような極端な例外  
はあるとしても、事後にしか判明しない頻度を考  
慮要素とすべきではないし、もしそれを考慮する  
なら、義務づけという規範ではクリアできないと  
思います。

富永 そうですよ。労基法上の労働時間は実  
労働時間なので、実労働と言えない薄さだったら  
というのは1つ考え方としてありそうですけど、  
指揮監督下に置いていけば、労働していようがい  
まいが労働時間じゃないですか、みたいな話にな  
りそうな気がしないでもないです。

神吉 指揮命令下かどうかの1点で判断すべき  
ではなくて、職務性の要件と相補的に考える相補  
的二要件説の主張につながるかもしれません。

富永 そうですね。ただ、「労働契約上の労働  
時間」という概念を立てていいのかわかりま  
せんけども、労基法上の労働時間は実労働時間  
だから、たたき起こされずに、ぐっすり寝ていた  
ら別に労基法上の労働時間ではない、でも、労働  
契約上は拘束されていた、という話で、実働が少  
なくとも、実働がゼロでもやっぱり労働契約上は  
労働時間だから割増はなく所定賃金100%分だけ  
払え、という話はいえそうですかね。

神吉 寝ながら待機するのが仕事だということ  
もありえて、契約上の義務づけだけでみると労働  
の内容が違ってくる可能性はあります。やはり

合意の契機は必要で、全くそういう要素がない、  
本判決のような処理は適切ではないということに  
なるでしょうか。

富永 あと、先ほどのマトリックス表のご説明  
の後でご指摘された部分ですけども、使用者の  
「労働時間性の認識」って必要なんでしょうか。  
私、これは本当に必要なのかなというのが疑問で  
す。それに、この使用者も別に、出勤頻度が一定  
以上、実働が1時間を超えれば労働時間になると  
思っているんですよね。それに「労働時間であつ  
てもなくても、これだけしか払わない」というこ  
とは別にいいんじゃないかと私は思います。なぜ  
労基法上の労働時間性の認識が重要なんでしょう  
か。それは要素の錯誤になるほどのことなんだろう  
かと。

神吉 そうなんですよ。この付加的な判示の  
趣旨と位置づけがよくわからないのです。

富永 純粹歩合制の認定には、労働時間性の認  
識は要らないですよ。純粹歩合給も本件もどちら  
も「労働時間であってもなくてもこれだけ払い  
ます」という合意なのに大きな差が出てくるのは  
変です。それに、ご指摘のとおりですが、泊まり  
勤務手当がなぜ割増賃金の既払額になるんだろう  
という疑問が出てきます。

神吉 そこが矛盾していますよね。

富永 とはいえそれが既払額にならず、算定基  
礎に入るという処理になったら、ダブルパンチ  
じゃないですか。手当を出さないほうがましです。

神吉 判別要件を満たさず割増賃金の支払と認  
められない賃金は(除外賃金に当たらない限り)基  
礎賃金に算入される一方、割増賃金は全く支払わ  
れていないものと扱われてきたはず(高知県  
観光事件・最二小判平6・6・13判判653号12頁  
等)。理屈に合わないバランスの取り方はすべき  
ではないと思います。

富永 理屈に合わないですよ。判別可能性も  
ないし、対価性もない。労働時間に対する対価と  
思っていないので。

神吉 そうなんですよ。時間外労働だと考えて  
いなければ、その対価であるはずがないわけで。  
この1回につき6000円はいわゆる除外賃金では  
ないですが、基礎賃金にも入らないとして、どう

いう扱いになりますかね。

富永 算定基礎に入りかねない気もしたのですが、まさにこの夜間の時間帯特有の労働に対して払ったものだとすれば、所定賃金説では入らないという処理になりそうですね。

さっきの話で、筋の悪い話かもしれませんが、労基法の労働時間と労契法の労働時間が別だと考えると、労基法上の労働時間じゃないけど、労働契約上の労働時間だと見て、泊まり勤務1回は労働契約上は労働時間である、だけど労基法上の労働時間ではないという処理も。いや、やはり無理筋かもしれませんが。

神吉 そうすると、労基法37条の問題ではなくなって、賃金という契約の解釈問題になりますか。

富永 はい。泊まり勤務は労働契約上は労働時間だけれども、ただ、職務性が薄い、労働密度が薄くて、労基法上は労働時間じゃない。だけど、労働契約上は労働時間である、みたいな処理ってありえないですかね。ちょっと難しいかな。

神吉 労働契約上の労働時間に払ったお金は、労基法上の労働時間の時間外労働に対する割増賃金を払っていたことになりうるでしょうか。

富永 相補的二要件説では、労働時間概念が3つに分かれています。使用されて労働した時間が「労働基準法上の労働時間」。この時間については賃金を払う、という時間が「賃金時間」である。あと「労働契約上の義務に服する時間」みたいなものがあります。要するに、使用されて賃金を支払われる時間というのは労働契約上の労働時間です。そこから実労働時間を抽出して抜いたのが、労基法上の労働時間ですよね。残りのうち、「賃金を支払われる」の要素に注目したのが賃金時間。指揮命令下で労働した時間を引っこ抜いた残りの部分が「労働契約上の義務に服する時間」つまり残業するかもしれない時間ですよね。「残業するかもしれない時間」「誠実義務、競業禁止義務を負う時間」とか、そんな実労働に至らない、現実化していない労働時間です。でも、労働契約上の義務はある時間です。義務には対価があるはずですよ。

間違った考えかもしれませんが、待機時間

のうち密度が薄いものはこの「労働契約上の義務に服する時間」なんじゃないかなと思います。まさにそういう「残業するかもしれない時間」とかで、現実化せず、労基法上の労働時間になっていない時間。そのことへの対価とみることはできそうかな、と。

神吉 その対価は契約で決まるんですよね。

富永 そこは契約だと思います、契約上の義務への対価だけど、その契約上の義務というのが「指揮命令下で現実的に労働した時間」以外の義務もいっぱいあるわけなので、そこに対価があってもいいと。

神吉 待機時間とか。

富永 待機時間とかのうち、ある種のは労基法上の労働時間じゃない、だけど契約上の労働義務を果たした時間ではあるので、そこへの対価として認められるのではないかな、という解釈ができなかなとか思います。100%分だけ払えという、そういう処理なのですが。まだ考えを十分に煮詰めきれていません。申し訳ありません。

神吉 本件グループホームで、寝ていてもよいとされる時間はそうかもしれません。契約上の義務には服しているのです。違いますか。

富永 いや、そのとおりだと思います。だから、そこは労基法の労働時間を広く拾いすぎたんじゃないかなと思ったりもしないでもないです。「残業しないといけないかもしれない」けど待機時間ではない時間、たとえば1日2時間に限り残業を命じることがありうるとしたときの、所定労働時間午前9時から午後5時の後、午後5時から午後7時までの2時間というのは、残業に服するかもしれないけれども、現実化はしていないから実労働時間ではない。でもそこに手当は支払われないのか。

神吉 固定残業代制度だったらありうるかもしれません。たとえば月15時間分の残業は含んでいるとしたら、いつかはわからないけど、その程度の時間外労働はしないといけないという義務に服する可能性。ただ、その義務に服した対価である、本判決が有効な別途の合意でないとする夜勤手当の性質は何でしょう。契約上の根拠はあるから不当利得でもないけれど、時間外労働の対価と

はいえないとすると。

富永 夜働いて、まさに夜、拘束したことについて対価を払っているんですよね。

神吉 それが残業時間帯に関する支払の合意としては有効でないとされているのですよね、明確な合意でないから。労働時間性の認識を示したうえで6000円と決めるしかないということですか。

富永 ただ、労働時間性を争わせないと、125%説がやってくるということなんでしょうか。私からすればやっぱり、125%説が硬直的だと思ってしまいます。これは社畜的な感覚に基づくのか、そんなに働いていないのに、もらうことに対するおそれなのか。

神吉 結果的にであっても、時間外労働させた使用者に払わせて何が悪い、と考えればよいのかもしれません。

富永 時間外労働がそれだけの重罪、労働時間規制を本当に貫徹、守らせないといけないんだと考えると、建前論としてはそうなんです、本当かなと思っちゃうんです。

神吉 問われている価値、37条の趣旨をどこまで強いものとみるかですかね。労働者の過重な労働に対する補償と使用者へのディスインセンティブを与えて、労基法の法定労働時間がきちんと守られるという効果が一番高まるのは125%ですよね。

富永 効果はあるんでしょうね。多ければ多いだけいいということなら。夜勤などは、外形的な活動自体はそこまで活発でないかもしれないけど、負担自体は大きかったりするかもしれません。そこに非対称性があって、夜の待機人員が必要である、そして夜、待機する人はたたき起こされたりして負担がある。だけど使用者から見ると、実際の実労働の頻度はそんなに多くはなくて、昼間と比べると労働密度としては薄い。労働密度は薄いけど、労働者負担は重い、というケースがあったとき、どちらに寄せて考えるかということなのかもしれません。私が25%説が妥当と思ってしまうのは、労働の量の観点に引きずられてしまっているからで、労働者の負担の側から見れば大きな負担なのかもしれません。法的な話じゃないのかもしれませんが。

神吉 以前、イギリスの泊まり勤務の事案を調べたことがあります。賃金時間ではなく純粋な労働時間規制の対象の労働時間の論点ですが、イギリスなどヨーロッパの多くの国では、泊まり勤務も、自宅での待機なのか、それとも、どこか別のところで泊まるのかで差をつけるという立法対応をしています。実際に起きて対応すべき業務が少ないとしても、自宅でないところで泊まり込むこと自体が高度の拘束性を意味すると考えるわけです。ですから、自宅外での泊まり込みは労働時間に含めて、他方で自宅で、たとえばPC端末や業務用携帯電話を持ち帰ってきて、夜間に問い合わせなどがあったときに対応するような業務については、寝ている時間は労働時間とカウントしないという、そういう区別を解釈に委ねるのではなく法律に書き込んでおく。本件は自宅外でもあるし、かなり緊張感もある重要な仕事なので、一般的に見ても重い労働かなと思いました。

富永 その切り分けはありうると思いますね。別途賃金説が直感的には近いけれども、取れない。所定労働賃金説にしても、100%分がすごく低額のケースを考えるとやっぱり駄目かなと思ってしまう。でもそうすると、表右下の所定賃金説かつ125%説なんですかね。

神吉 どの立場もとっていて事案に合わせて選ぶというのは気持ち悪いし、予測可能性が全くないです。

富永 判断の妥当性、柔軟性確保のため統一されていないんでしょうか。だけど議論の枠組み自体が変わったらおかしいですね。かろうじて今は、裁判所が付加金のところで調節してくれているのかもしれない。

神吉 訴訟提起して裁判所にいかないと判明しない、しかも、裁判所がどの説をとるかわからないのは法的安定性に欠けますね。本件のような働き方は、断続的労働（労基法41条3号）や宿日直業務（労基則32条）に該当するとして、労基署長の許可を得ることで対応することになりそうです。

富永 でも、歩合は25%説なんですよ。なぜ歩合でよくて、時間給だと駄目なんだろうかという疑問があります。でも、すごい興味深い事案でした。



神吉 まさに労基法 37 条の解釈に関するフォーラムアップ事案でしたね。まだ決着がついておらず、引き続き注目の論点です。

## ピックアップ

### 1. 有期労働契約の労働条件引下げ拒否による不更新に対する労契法 19 条の適用可否

——東光高岳事件・東京高判令 6・10・17（労判 1323 号 5 頁）

#### — 事案と判旨 —

##### 事実の概要

X（一審原告・控訴人）は、訴外 A 社との間で期間の定めのない労働契約を締結していたが、令和 2 年 9 月に 60 歳定年を迎え、高年法に基づいて作成された A 社継続雇用規程に沿って期間 1 年の有期労働契約（本件契約 1）を締結した。同規程によれば、A 社は原則、希望者を 65 歳まで再雇用すること、再雇用者の労働条件については、更新契約の際、再雇用者の希望を聴取したうえで諸事情を勘案して A 社が個別に決定することが定められていた。令和 3 年 7 月 1 日、X は A 社に対して本件契約 1 と同一条件で労働条件を更新する旨の申込み（本件契約申込み）をしたが、同 7 月 30 日、経営赤字が続く A 社を Y 社（一審被告・被控訴人）が吸収合併する合意が成立し、同 8 月 20 日、定年後再雇用者については A 社継続雇用規程を Y の定年後再雇用規程と同内容に変更する方針等が説明され、同 8 月 23 日、A 社は X に対して、本件契約 1 の期間満了後の Y との労働条件として、いずれも Y の規程に沿った内容である本件提案 1（勤務日が週 4 日から 5 日に増え、賃金月額が 30 万 3600 円から 25 万 6500 円に低下する内容）または本件提案 2（勤務日は変わらないが、賃金が時間額 1200 円に低下する内容）を提示したが、X は労働条件の低下が大きいため受け入れることができない旨を回答した。同 9 月 13 日、A 社および Y は X に対し、本件提案 1、2 の業務内容を修正した本件提案 3、4（本件提案 1～4 を一括して「本件各提案」という）を提示したが、X は同意せず、そのまま本件契約 1 の期間が 9 月 30 日に満了した。なお、Y は X 以外の A 社の定年後再雇用者 3 名にも上記と同様の提案をし、当該 3 名は変更提案を受け入れて有期労働契約が成立している。また、Y の定年後再雇用者は同年末時点で 125 名おり、いずれも Y の規程に基づく条件で労働契約を締結していた。

X は Y に対し、本件契約 1 の期間満了時、X には契約更新の合理的期待があり、本件契約 1 と同一の労働条件による

X の更新申込みを Y が拒絶したことは客観的合理的な理由を欠き社会通念上相当と認められないため、本件契約 1 の内容と同一の労働条件で定期労働契約（本件契約 2）が成立し、同様の理由で、本件契約 2 の期間満了時、本件契約 2 の内容と同一の労働条件で定期労働契約（本件契約 3）が成立し、本件契約 3 の期間満了時、本件契約 3 の内容と同一の労働条件で定期労働契約（本件契約 4）が成立したと主張して、Y に対し、本件契約 4 に基づき労働契約上の地位確認請求をするとともに、未払賃金の支払を求めて提訴した。

一審は、本件契約 1 の期間満了の時点において、X が、本件契約 1 が更新されると期待したことにつき合理的な理由はなく、仮に、これがあると認められる場合でも、Y が本件更新申込みを拒絶したことについて、客観的合理的な理由があり、社会通念上相当であるとして、X の請求を全部棄却した。X 控訴。

#### 【判旨】（控訴棄却）

1 本件契約 1 の期間満了時点で本件契約 1 の更新への合理的期待があるか

「労契法 19 条 2 号所定の「当該有期労働契約が更新されるものと期待すること」について、X は、当該有期労働契約の再締結への期待であり、それが同一の労働条件でなされるか否かを問わない旨主張し、他方、Y は、従前の労働条件の有期労働契約が更新されるものと期待することである旨主張する。

この点、労契法 19 条 2 号所定の「当該有期労働契約が更新されるものと期待すること」とは、同条の文言等に照らして、従前の労働契約と同一の労働条件で当該有期労働契約が更新されるものと期待することに限定されず、従前の労働契約から労働条件が変更されたうえで当該有期労働契約が更新されるものと期待することも含まれるものと解される。

これを本件についてみるに、……X と A 社との間の本件契約 1 は、定年後再雇用としては 1 回目の労働契約であって、本件契約 1 の期間満了時において有期労働契約の雇用通算期間は 1 年を経過したところであり、X と A 社の間で定期労働契約を更新したことはなかったことが認められるものの、本件契約 1 は、A 社において、高年齢者等の雇用の安定等に関する法律 9 条 1 項 2 号に基づき導入された継続雇用制度……である A 社継続雇用規程に沿って締結されたもの

であり……、同規程は、A社の就業規則に定める解雇事由等に該当する者を除いて、再雇用を希望する者について、65歳まで雇用すること、定年後再雇用者の労働契約は期間1年とされ、労働契約更新の際は、更新後の労働時間・日数、月例賃金等の労働条件について、継続雇用者の希望を聴取したうえで諸事情を勘案して、その都度決定する旨定められていたことが認められる」。

「Xは、本件契約1の期間満了時、A社の地位を包括承継したYとの間において、従前の労働契約と同一の労働条件か否かはともかく（この点は後述する。）、本件契約1が更新されるものと期待することについて合理的な理由が存在したと認められ、他にこれを覆すに足る証拠はない。」

2 Yは、本件更新申込みを拒絶したといえるか

「Xが、令和3年7月1日、本件契約1と同一の労働条件で本件契約1を更新する旨の申込み（本件更新申込み）をしたのに対し、A社及びYは、これを承諾せず、本件契約1の労働条件を下回る提案（本件各提案）をしたことが認められるところ、これは、YがXの本件更新申込みを拒絶したものと認められる。」

3 更新申込み拒絶が、客観的合理的理由・社会通念上の相当性を欠くか

「(1) ……本件において、本件契約1が更新されなかったのは、Xにおいて、Yがした本件各提案を承諾しなかったことによるものであるところ、Yによる更新拒絶が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きに当たるか否かについて、本件各提案に合理性があったか否かも含めて、以下検討する。

(2) ア ……A社継続雇用規程では、定年後再雇用者の労働契約は期間1年とされ、初回及び更新後の労働時間・日数、月例賃金等の労働条件については、継続雇用者の希望を聴取したうえで諸事情を勘案して、その都度決定することとなっている上（A社継続雇用規程6条ないし8条）、実際、定年後再雇用者の労働条件は、上記のとおり運用され、1回目の労働契約の賃金より50%以上低下した条件で契約を更新した者もいたというのであるから、A社継続雇用規程において、1回目の労働契約と同じ労働条件による契約更新が保障されていたとは認め難い。

イ また、……A社は、平成30年度から3年連続で経常赤字を続け、直近2期には連続で1億円近くの赤字を出し、従業員の昇給停止及び賞与削減などの経費削減措置を行っていたが、続く令和3年5月には、売却できなかった商品等を減損処理した結果2億8000万円余の債務超過になり、同年7月30日には、本件契約1の期間満了日の翌日をもってYに吸収合併されることが決定したことが認められる。さらに、……吸収合併が決定した後の説明会でも、A社が本件契約1の期間満了日の翌日にYに吸収合併されることは説明されていたことから、Xは、本件契約1の更新の相手方がA社ではなく、その地位を承継したYとなることを認識できる状況にあったと認められる。そして、A社のB社長

は、上記説明会において、Xを含む従業員に対し、Yに吸収合併された後、A社継続雇用規程をYの定年後再雇用の制度であるYシニア嘱託規程の内容に変更することを伝え、その内容をA社の従業員が見ることができるイントラネットに掲載していたところ、Yシニア嘱託規程には、定年後再雇用者の賃金は基本給と諸手当であること、基本給は時給1200円を原則とすることが記載されていたから（Yシニア嘱託規程10条）、本件契約1の期間満了後のXとYとの労働契約の賃金が、本件契約1の基本賃金月額30万3600円とはならず、これを下回るものとなることは客観的に避けられない状況であったと認められ、X自身も、本件更新申込みをするに当たり、A社がYに吸収合併されるのであれば、ある程度、労働条件を変更する提案がされる可能性があることを認識していたと認められる」。

「ウ そして、……Yは、Yシニア嘱託規程及びY管理職賃金内規という定年後再雇用者……の各労働条件についての基準を設けていたところ、A社及びYは、Xに対し、本件契約1の期間満了の約1カ月前には、上記基準に沿った具体的労働条件を内容とする本件提案1、2を提示し、これがYの定年後再雇用者に適用される条件に沿ったものであることを説明していたこと、当時、Yの定年後再雇用者約120名は、Yの定年後再雇用者に適用される労働条件の基準に従い労働契約を締結しており、それ以外の条件で雇用された者はいなかったことが認められる。」

「エ 以上によれば、Xにおいて、本件契約1の期間満了時点で、Yとの間で、従前と同一の労働条件で本件契約1が更新されると期待することについて、合理的理由が存在したとは認め難い。」

「(3) 一方、……Yにおいて、経営難に陥ったA社を吸収合併するに際し、A社に所属していた定年後再雇用者について、従前の労働条件で再雇用をすべき特段の必要性は認め難く、むしろ、Yの定年後再雇用者よりも高い労働条件で労働契約を締結することは、Yにおける約120名もの定年後再雇用者に不公平感を抱かせ、その士気を損ね、意欲を低下させるおそれがあるものというべきであり、これを回避するため、Yの定年後再雇用者と同一の労働条件とする必要性は高いものと認められる。

以上に加え、X以外のA社の定年後再雇用者3名が、Yの提案に同意し、Yとの間で定期労働契約を締結したこと……、Xが担当していた業務は、Yにおいて撤退予定の事業に属するものであり、業務が多忙となるとの事情もうかがえないこと……も併せ考慮すると、本件提案1及び3は、本件契約1に係る労働条件と比較して、勤務日が週4日から週5日に増加する一方、基本賃金は約15%減少するものであり、かつ契約期間は1年で、その後同様の労働条件で更新されるものかは不明であること、本件提案2及び4は、契約期間が満65歳となる日が属する月までであるものの、賃金額が月額換算で約51%減少するものであったこと、Yの業績は堅調であることなどを考慮しても、本件各提案には合理性

があったというべきである。」

「(5) 以上によれば、Xにおいて、本件契約1の期間満了時点で、Yとの間で、従前と同一の労働条件で本件契約1が更新されると期待することについて、合理的理由が存在したとは認め難い一方、A社及びYによるXに対する本件各提案には合理性があり、手続的な相当性も欠いてはいえないと認められるところ、本件各提案をXが承諾しなかったことによる本件契約1の更新拒絶が、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きに当たるとはいえないから、本件契約1は更新されない。」

神吉 東光高岳事件は、定年後に高年法に基づく継続雇用規程に沿って期間1年の有期労働契約を締結していた労働者が、吸収合併する会社の再雇用規程に合わせた労働条件の引下げを提示されたところ、労働条件の低下が大きく受け入れられないと同意せず、そのまま契約期間が満了した事案です。XはYに対して、Aとの契約期間満了時に契約更新の合理的期待があり、同一条件による申込みを拒絶したことが労働契約法19条の雇止めにあたると主張し、同一条件での有期労働契約が成立していることを根拠に労働契約上の地位確認を請求しました。

一審は、労契法19条2号が同一の労働条件で労働契約を成立させるという法的効果を生じさせるものであるから、その要件としての「更新」の合理的期待は「法的効果に見合う内容であることを要すると解される」としたうえで、同条2号の「更新」とは直近の労働契約と同一の労働条件で契約を締結することをいうとの解釈を示し、更新期待に合理的理由もないし、それがあると認められる場合でも、Y社が更新申込みを拒絶したことについて客観的に合理的理由、社会通念上の相当性があるとして請求を全部棄却しました。Xの控訴を棄却したのが本判決ですが、理由づけは一審とは異なります。

争点ごとに検討すると、まず労契法19条2号の更新の意義と意味内容が問題となります。合理的期待の対象を、従前の有期労働契約と同一の労働条件で更新される期待だとみて、労働条件の中身まで期待の対象だとする考え方、これが本件の一審判決の立場です。もっとも、この立場をとるものはあまりみられず、多くの裁判例や学説は、

労働条件の変動は問わずに有期労働契約が再締結される期待で足りるとみます。つまり、更新の合理的期待が認められる余地が、同一の労働条件に限る場合よりも広くなる立場です。本判決は、更新期待の対象は同一の労働条件での契約更新でなければならないとした一審判決を明確に否定した点で注目されます。

同じような考え方は、以前のディアログでも若干言及した、学校法人河合塾（雇止め）事件（東京地判令3・8・5労判1250号13頁、東京高判令4・2・2労判1271号68頁）でもみられました。学説にも労働条件の変動は問わないという立場が多く、そこにはいくつかの理由が挙げられます。まず、有期労働契約は契約期間中は労働条件は固定されるので、状況に合わせて更新時に変更が加えられることは自然であり、それが問題とされることはほとんどなかったという指摘があります。また、雇止め法理の主たる趣旨は、雇用それ自体の喪失からの保護にあるので、労働条件の変動自体は問題にしないという立場もあります。さらに、19条柱書が同一の労働条件による法定更新を規定していることで、労働条件に変動があると更新に該当しないという趣旨に見えるとしても、それはあくまでも雇止めが不適法と判断された場合の効果について規定したものにすぎず、労働者の期待の対象となる2号の「更新」と法的意義は異なるという指摘もなされています。

労契法19条2号は、昭和61年の日立メディコ事件（最一小判昭61・12・4労判486号6頁）をベースにして、それをそのまま立法化した条文とされます。日立メディコ事件最判は、雇止めの効果として従前の労働契約が更新されたものと同様の法律関係となると述べていますが、その理解としても、必ずしも同じ労働条件ではなくて、合理的期待が認められる程度に合わせて、異なる労働条件の内容とする更新がありうるという解釈が存在していました。本件一審判決では、同一条件という効果が要件を規定するものと解釈していますが、それは論理必然ではないですし、むしろ逆の解釈も十分ありえて、論理に逆転がみられます。

本判決は同一条件の更新期待を否定しつつ、当てはめの部分ではなぜか、「同一の労働条件で更



新されると期待することに合理的な理由がない」(判旨3(5))という検討をされていて、一貫性を欠くようにも読め、その位置づけは要検討です。整合的に解釈するなら、2項の要件の充足を判断しているわけではなく、同一条件での更新期待まではないけれども……と、合理的期待の高さに言及しているだけと読むか。その背景には、期待の高さと雇止めの要件充足度を相関的に捉える見解が意識されているようにも思います。

次に、使用者による更新申込みの拒絶があるか、すなわち雇止め該当性が争点となります。使用者は、労働条件は引き下げつつ、契約の更新自体は申し入れているので、その提案を、引き下げられた労働条件が受け入れられないという理由で労働者が承諾せず、その結果契約が更新されなかった場合に、19条柱書の「使用者が当該申込みを拒絶すること」に該当するかという問題です。

これには、否定と肯定の両方の立場があります。否定説にも何パターンがあり、河合塾(非常勤講師・出講契約)事件(福岡高判平21・5・19労判989号39頁)では、労働者が自らの意思で新たな条件を拒否して契約が成立しなかっただけで雇止めには当たらない、すなわち労働者による拒絶と解釈しました。ただ、この立場は最近ではあまりとられていません。もう1つの否定説とは、雇止め法理の趣旨が雇用継続に対する労働者の合理的期待の保障であることと考えると、労働者に同一条件での更新の合理的期待が認められず、使用者による労働条件の変更提案が合理的である場合には、労働者の合理的期待の侵害はないために雇止め法理の適用はないという解釈です。

裁判例には、比較的肯定説が多いようです。前掲・河合塾(雇止め)事件の地裁・高裁判決のほか、少し遡りますが、ドコモ・サービス(雇止め)事件(東京地判平22・3・30労判1010号51頁)、近畿建設協会事件(京都地判平18・4・13労判917号59頁)なども雇止めであることを肯定しています。肯定説にも法律構成に2つのパターンがあります。行政解釈では更新の申込みは要式行為ではなく、何らかの意思表示で足りると緩やかに解されているところ、労働者に同一条件での更新の合理的期待が認められる場合には、同一条件

での更新がなされない事態に対して不満の意思表示が認定できれば、更新の申込みの認定が可能で、さらに、使用者が従前よりも不利な労働条件での交渉を提案したことをもって、労働者からの申込みを拒絶したと評価できるという説があります。これはあくまでも同一条件での更新の合理的期待があることが前提なので、そこまで必要としない立場をとる場合には、論理的にさらに積極的な理由づけを要します。

これに対して、前掲・河合塾(雇止め)事件では、同一条件での合理的な更新期待は否定しつつ、使用者からの拒絶が認定されました。条件はともかく更新の合理的期待はある状況で、使用者から労働条件を引き下げる更新申込みがなされ、それに対して労働者が従前の労働条件で更新を求めた場合には、使用者からの申込みを拒絶するとともに、新たに有期労働契約の更新の申込みをしたものと評価することができ(民法528条)、使用者がその申込みに対して、条件引下げをあらためて示して新たな申込みを承諾することはできないと答えたことをもって使用者の拒絶とみるという解釈を示しています。

こうして雇止めであることを認めて、柱書後段の要件充足判断に移ると、客観的合理的理由と社会的相当性の判断対象が、雇用を失わせること自体なのか、それとも、労働条件の引下げなのかが次の争点です。雇止め法理はあくまでも雇用喪失をくい止めるものだと考えれば、もともとの解雇権濫用法理の類推として、雇止めをすること自体の問題を中心に吟味することになります。

能率給廃止の事案であるドコモ・サービス事件は少し古い事件なので、解雇権濫用法理を類推適用して判断しています。ただ、そのなかでは能率給を廃止する必要性や、廃止に伴う補償措置の合理性、廃止の手段、経緯の合理性などを検討し、補償措置などには相当高度の合理性が要求されるという判示をしていました。つまり、解雇権濫用法理の類推のなかで、労働条件の変更の問題を処理しています。

これに対して、河合塾(雇止め)事件東京地裁判決は、雇止めに至った根本的な原因は、使用者が更新に際して従前と異なる労働条件を提示した

ことにあるから、労契法19条柱書後段の該当性は、使用者が提示した労働条件の客観的合理性及び社会的相当性を中心に判断すべきと判示しています。

注意深く読むと、本判決は、柱書後段の該当性を労働条件の変更の客観的合理性、社会的相当性を「中心に」とは言っておらず、「含めて」判断すると一般論を提示しているので、河合塾（雇止め）事件ほどは吟味の対象を労働条件変更に絞っていません。その点では中間的な立場にも見えますが、実際に検討しているのは、ほぼ労働条件変更の合理性、相当性なので、あまり変わらないかもしれません。

労働条件の引下げを中心に判断する方法には、学説からは批判もあります。そもそも雇止め法理は解雇権濫用法理の類推適用を原理とする雇用解消の合理性、相当性を審査する枠組みであり、こうした原則を堅持して、整理解雇法理などの準じた審査方法を取るべきという立場や、なぜ労働条件の合理性・相当性を中心に検討すべきなのか、その理由が明確でない、法的な根拠が明らかでないといった批判です。現実には提示された労働条件が合理的なのか相当なのかは、その場で労働者には非常に判断しづらいことなので、労働者の立場としては、それを受け入れて、もしかすると不合理かもしれない労働条件が変更された雇用契約を締結するか、それとも拒否して契約がそもそも不成立になるかという二者択一の立場に置かれてしまう。それを労働条件の合理性、相当性の枠組みで捉えることは困難であるという指摘もあります。そうした二者択一の状況で、変更解約告知の留保付承諾が認められていればともかく、現行の日本の法制度では留保付承諾は認められていない。提示された労働条件変更が合理的であれば雇止めが有効という帰結になることは労働者にとって非常に酷なので、労働条件の合理性を考慮するとしても、やはり雇用関係を終了させることの合理性・相当性の判断が不可欠であるという立場もあります。

この問題は、有期労働契約をめぐる文脈で現れた変更解約告知の問題と見ることができ、変更解約告知の問題類型に関しては、留保付承諾が制度

化されることが必要だという主張もなされています。日本では、民法528条が申込みに変更を加えた承諾は承諾でないとしていることが問題となりますが、解釈論でそれを乗り越えようとする立場もあります。日本ヒルトン（本訴）事件では、一審（東京地判平14・3・11 労判825号13頁）は使用者の労働条件変更の申込みを変更解約告知とみて、労働者が留保付承諾をしたことを理由とする雇止めは許されないとしました。ただし、控訴審（東京高判平14・11・26 労判843号20頁）は労働者の留保付承諾を申込みの拒絶と解釈しました。

留保付承諾を解釈によって承諾とは認めて契約を存続させ、合理的な引下げだったといえても、結局、現行法では当該労働条件での雇用契約を成立させる道がありません。そこで、やはり変更された労働条件での契約の存続という帰結を導くには、解釈を超えた立法論の問題になりそうです。

最後に、他法の考慮について。本件は単なる有期雇用契約ではなく高年法が要求する継続雇用制度なので、基本的には合理的な労働条件が維持されるということへの特別の期待がありうるという指摘もあります。そのほか、格差の問題として処理する道もありそうで、たとえば労働者が使用者の労働条件の引下げ提案が不合理だと考える場合には、それを受諾したうえで、パート有期法の下で、他の通常の労働者との労働条件格差の不合理性を争う道はありうると思います。

そうすると、それは留保付承諾と似たような機能を持つといえないでしょうか。定年後再雇用の事案で労契法旧20条が争われた事案では、定年前の自分の労働条件との比較を行っている裁判例があり、本人比較には私は批判的ですが、正規・非正規間の制度的比較が可能な事案であれば、引き下げられた労働条件を争うことは可能です。

富永 労契法19条では、更新の効果が従前の労働契約と一緒になっていましたよね。本件のように、とくに労働条件を変えて労働契約を存続させる場合は、条文上は読みにくいです。

神吉 条文上の効果はシンプルで、同じ条件の契約がそのまま続く、期間の定めだけが変わるだけ。18条もそうです。逆に、効果が定まらないルールは解釈に困難を極めますから、旧20条の

ように。

富永 そのとおりなんです、労働条件を変えないといけない事情があると、うまく処理できていない気がします。

神吉 変えないといけない状況とは、まさに本件のような、合併先の条件に合わせる必要がある場合ですか。

富永 はい。その「みんなに合わせろ」というのがおかしいんだという批判もありえます。でも合わせないと「なんで俺たちよりも上なんだ」となるんじゃないでしょうか。朝日火災海上（石堂）事件（最一小判平9・3・27労判713号27頁）も、吸収された側の労働条件を全体とそろえたという事件でした。使用者としてはこの手の凸凹を放置しにくいのではないかと思います。

神吉 合併事案では、包括承継となるので、いわゆる無期の正社員であれば、吸収合併後に就業規則や労働協約で集团的に労働条件を変更するのが一般的です。個別に有期契約を結んでいる労働者でその方法が適用できない、期間中の労働条件変更もできないとなれば、やはり更新の際に変更するしかないですね。

富永 そうですね。19条では「従前の有期労働契約の内容である労働条件と同一の労働条件で当該申込みを承諾したものとみなす」となっていますが、たとえば「従前の有期労働契約の内容で労働条件と同一の労働条件」という部分を「労働者の申込みの内容である労働条件と」と変えてはまずいのでしょうか。つまり使用者が労働条件を変えて更新申込みをしたのに対し、労働者が嫌だと言った場合、その「嫌だ」は「前と同じがいい」という意味だと思います。その場合「同一の労働条件」とであると推定するだけでいいんじゃないでしょうか。

神吉 もし逆に、労働者が上乗せを求めてくるケースを考えると、難しいような。

富永 そうですね、やっぱり難しいんですかね。それと関連する問題かもしれませんが、「期待の対象」についてです。「従前の有期労働契約と同一の労働条件で更新される期待」だと狭すぎるように思います。契約更新を重ねて合理的な期待を形成する場合、契約条件は少しずつ変わるこ

ともある。その場合も合理的期待は形成されうると思いますが、完全に労働条件の変動を問わないのか、ということそれも変に思います。合理的な期待の形成過程で、何回か労働条件が変更されていても、それは一定の範囲にとどまっているのではないかという気もします。

神吉 変動は問わないけど、その変動は合理的なものに限る、といった範囲ですね。

富永 前の契約とある種の連続性はあるはずなので。篠原先生が、近畿建設協会事件の評釈で書かれていたんですけども（篠原信貴「雇止めと労働条件の変更」同志社法學59巻1号335頁（2007年5月））、労働条件の違いは構わない、でも職務内容まで違ってきたら話は別だと。たとえば今まで我々みたいな教員だったのが、事務職員で契約を更新したら、これはさすがに別とみられると指摘されていました。それは職務の内容だけなのか、それとも労働条件でもあまりにも大きく違えば、やはりそれは違う職だとか考えるべきなのか、という視点もあると思います。

神吉 定年後再雇用の成立が争われたトヨタ自動車ほか事件（名古屋高判平28・9・28労判1146号22頁）は、事務職だった正社員が清掃など従前とは全く異なる内容の再雇用条件を提示された事案で、九州惣菜事件（福岡高判平29・9・7労判1167号49頁）もフルタイムから低額な時給制のパートへの変更と、職務内容と労働条件が大きく変わるような事案でした。これらの事件では、到底受け入れ難いような職務内容や労働条件の変更を提示する行為は実質的に継続雇用の機会を与えたとは認められない、高年法の趣旨に違反した違法性を有する、として理由に不法行為を理由とする損害賠償請求が認められましたが、両者は定年直後の再雇用への移行の事案で、本件とは状況は違います。ただ、本件も高年法絡みといえなくもなく、19条の解釈にそういった趣旨を読み込む余地はあるかもしれません。

富永 雇止め法理の雇用継続の期待形成に際して、労働条件の違いは、全く影響ないのでしょうか。

神吉 労働者の意思の解釈としても、「合理的な範囲であれば多少変更があっても」という幅は



読み込めそうです。

富永 そうかもしれません。あと、更新の期待の形成のときの労働条件の変化と、契約が更新されるときその後の労働条件の変化の関連性ですが、期待形成のときの労働条件の合理性な変動幅と、期待の後の変更時に許容される変更幅は関連しそうにも思います。

神吉 19条ができた以上、効果は同一条件で固定されています。一審判決は、期待の前後の合理性の関連を最も強いもの、つまり当然そういう効果が発生する同一条件での更新期待だとみたのではないでしょう。

富永 冒頭のご説明にあった、19条柱書の「使用者が当該申込みを拒絶すること」への該当性についてですが、使用者の更新申込の拒絶がないとみる説に、労働者に同一条件での更新の合理的期待が認められず、使用者による労働条件の変更提案が合理的である場合は、労働者の合理的期待の侵害はなく雇止め法理の適用はないとみるものがありました。保護されているのは同一条件での更新の合理的な期待なので、同一でない場合までは保護していない、ということだとすれば、一審判決と発想は同じといえそうです。

19条2号だけで勝負しようとする、たしかにちょっとへんてこなところが出てきて、丸尾先生が第一審判決で評釈を書かれていて（丸尾拓養「労働契約法19条2号の「更新」の解釈と同条の射程——東光高岳事件〔東京地裁令和6年4月25日判決〕」ジュリ1609号126頁（2025年5月））、19条2号に書いてあるのは同一の労働条件まで含めた合理的な期待のあるケースであって、判例法理としての雇止め法理はそれより広いので、19条で実定法化されたのはそのすべてではないという趣旨のことを書かれていたように思いますが、そうなのかもしれないと思います。19条1号では仮に同一条件の雇用更新だけを保護しているとしても、実定法化されていないその背後の雇止め法理を適用してしまえばいい、という考え方もありそうに思います。

神吉 19条の外側にある雇止め法理を指しているかはわかりませんが、前掲・河合塾（雇止め）事件の控訴審では、原告講師側が、コマ数減

提示の性質について、交渉が決裂すると出講契約が更新されなくなるなど解雇に準ずるような性質を有していて、使用者側の事情に基づいて行われたものであるから、整理解雇に係る法理を準用してその合理性を判断すべきであるという主張をしていました。もっとも、高裁は、コマ数減提示は新たな出講契約の申込みであって、使用者による労働契約の解約である解雇とは法的性質を異にするとして、その主張を斥けています。結局、19条を文言解釈でぎりぎり詰めていくのか、19条2号の外側とまで言わなくても、本来の雇止め法理の趣旨を考慮して、19条をもっと柔軟に解釈できるのかという問題提起かもしれません。

富永 19条の趣旨解釈でしょうか。類推解釈できませんかね。

神吉 ただ、趣旨から柔軟に解釈すると帰結が変わってくるとも考えにくいのですが。

富永 今までの労働条件の維持は無理だというとき、変えたいけど、それが条文で読みづらいのは確かです。

労契法19条の「従前の有期労働契約の内容」というのは直前に限るんでしょうか。

神吉 そこまで何回かの更新で毎回条件が変わっていても、結局は合理的期待が発生して雇止めが問題となる最後の契約の条件でしょうね。そのままでなく、「合理的な」労働条件で成立させるなどしてしまうと、それがまた紛争のタネになってしまいます。

富永 法定更新が雇止め法理の基礎にあると考えたと、そうなんだろうと思いますけど。でも、そうすると、本件のようなケースで、どう調整すべきか悩ましいです。

神吉 使用者が合理的な労働条件だと考えているなら合意をとるべきではないですか。ほかの人は合意しているんですよ。

富永 合意が取れなかったときが問題ですよ。

神吉 端的には、労働者の更新拒否で不成立。ただし更新拒否ではなくて、それが使用者からの拒絶といえる場合に限り19条で処理できる、という整理になりますね。ただ、19条ルートに載せても、当初のA社の条件で更新されるか、あるいは雇止めが有効となり雇用が失われるかの2

択です。つまり、お互いにとってセカンドベストであるはずの、「Y社に合わせた条件で、雇用継続」という帰結は、現行19条からは導きえない、どうしても出てこないですね。労働者が変更された労働条件を承諾しない限り。それで引き下げた労働条件で雇用が更新された後に、あれは不合理な引下げだったのではないかとともやもやする場合に、パート有期法8条、9条を使って通常の労働者との格差を争う道はないでしょうか。

富永 旧20条、今のパート有期法8条、9条で争う場合、労働条件の引下げ提案だったらそれで行けそうに思います。職務内容自体が変えられたこと自体を争いたいときはどうでしょうか。

神吉 パート有期法で格差が問題となる待遇は、あらゆる待遇を含むので、職務内容、つまりどういう仕事をするかについても争いうると思います。

富永 8条の考慮要素である「職務の内容」は、処遇格差の原因とされています。格差として、職務の内容自体を争えるでしょうか。

神吉 パート有期法で争うのは通常の労働者との待遇の違いなので、自分の労働条件の前後の比較ではなくて、原則は正社員の従事している別の仕事との比較になりますね。

富永 職務の内容自体を争いたいときが問題です。たとえば労働者が今までずっと広報畑だったのに、定年後、急に全く違う清掃業務の仕事に配置された。お金が安いと争いたいんじゃないで、仕事自体が不本意だと争いたい場合。

神吉 自分の問題として定年前後の比較をしたときは、必ずしもパート有期法には乗ってきません。とくに有期と有期だと比較できず、対象外になってしまいます。

富永 法改正で「待遇」となったので、広く捉える余地はあるのですが、まさに労働条件の違いの原因自体を争うことができるのか。

神吉 トヨタ自動車事件のように、ばりばり働いてきた人が簡単な仕事に回された結果、賃金が低くなったとしても、その安い賃金とその簡単な仕事に見合っていれば、それ自体はパート有期法上は不合理と評価されない可能性は大いにあります。自分が難しい大変な仕事をやって高い賃金を

得てきた、その状態との比較ができない限界がありますね。

富永 配転だと、よくIT畑でばりばりやっていた情報システムのできる人がいきなり倉庫番にされたといった事件（エルメスジャポン事件・東京地判平22・2・8労経速2067号21頁）があり、争えます。でも有期や定年後再雇用の場合、8条で行けるのでしょうか。労働者が一度承諾して、セカンドベストとして争うルート。

神吉 雇用がなくなってしまうと元も子もないので、一応低い条件でも契約は更新させて、その契約の存続中に争って、待遇格差が不合理と判断されれば損害賠償が認められる可能性はあります。労働条件を元に戻せるような手段は、何かあるのでしょうか。わかっていて契約を締結した、合意があるとすれば難しいでしょうかね。

富永 非常に不当だが合意してしまったという話になる。争うと100か0かになる。85の解決ができないか、という話ですね。

あとセカンドベストであるY社の言うとおりに少し引き下げた条件が非常に合理的である、しかし労働者側が主張する今までの条件は不合理とまでは言えない、という場合はどうでしょうか。労働条件の合理性には幅がありますよね。使用者提示の労働条件のほうが合理性が高くても、不合理とまで言えなければ労働者の側の労働条件を飲まないといけないのか。それとも使用者提示の労働条件を採るべきなのか。既得権の保護を優先するのか、合理性が高いほうの選択肢を優先すべきか。

神吉 現行法では効果はかっちり決まっているので、そういう柔軟な解決はやはり無理でしょうね。契約不更新か、同じ労働条件か。柔軟な解決は、もう立法論になりますね。

富永 そうですね。8条、9条では数字は悪くなるけど、それで救うしかないみたいな感じですかね。

神吉 パート有期法も、やはり留保付承諾と同じ機能までは持っていない。限定的な場面で類いの機能を持ちうるという程度ですね。解釈論では留保付承諾を認めるのは難しく、実質的に労働条件の変更を後で争える方策が求められているとい

えそうです。

## 2. 年休の利用目的である海外渡航についての 新型コロナウイルスの感染リスクを考慮してな された時季変更権行使の違法性

——京王プラザホテル札幌事件・札幌高判令6・9・13（労  
判1323号14頁）

### — 事実と判旨 —

#### 事実の概要

ホテルを運営するY社（一審被告・被控訴人）で宿泊部部長として勤務していたX（一審原告・控訴人）は、令和2年3月にアメリカ合衆国ハワイ州で挙行されるXの娘の結婚式に出席するため年次有給休暇の時季を指定したが、Xは、渡航予定日の前日にYから新型コロナウイルス感染症に関する状況等を理由に時季変更権の行使を受け、渡航及び結婚式への出席ができなかった。

Xは、当該時季変更権の行使は、時季変更事由であるYの「事業の正常な運営を妨げる場合」（労基法39条5項ただし書）に当たらないから違法であり、違法な時季変更権の行使により精神的苦痛を被ったなどと主張して、Yに対し、労働契約上の債務不履行又は不法行為に基づき、慰謝料金の支払を求めて提訴した。原審は、本件の事情の下ではハワイ渡航の禁止には事業の正常な運営を妨げる場合に当たるものとして合理性があり、ハワイ渡航を禁じた結果として本件時季変更権の行使に至ったことは違法であるといえないと判断して、請求を全部棄却した。X控訴。

【判旨】（一部認容、一部棄却）

高裁判決は下記のとおり付加訂正し、Xの請求を一部認容した。

I 時季変更権行使における年次有給休暇の利用目的考慮の可否

「たしかに、年次有給休暇の利用目的は労基法の関知しないところであり、休暇をどのように利用するかは、使用者の干渉を許さない労働者の自由であり、当該利用目的を考慮して年次有給休暇を与えないことは許されないものと解され（国鉄郡山工場賃金請求事件・最二小判昭48・3・2民集27巻2号210頁、弘前電報電話局事件・最二小判昭62・7・10民集41巻5号1229頁参照）、事業の正常な運営を妨げる場合に当たるか否かは、利用目的の評価を交えることなく、客観的に事業運営の阻害状況が発生するおそれがあるか否かによって判断されるべきである。」

「しかしながら、本件においては、Xが明示していたハワイで挙行される娘の結婚式に参加するという年次有給休暇の利用目的自体が問題視されたものではなく、そのために不可避に伴う海外渡航を、新型コロナウイルスの感染拡大が続いていた時期である本件期間に行う結果、X自身が新型コロナウイルスに感染する危険性が高まるのがYの事業運営

を妨げる客観的事情として認められるのであり、年次有給休暇の利用目的に係る評価とは無関係である。また、海外渡航を年次有給休暇の利用目的の一部と捉えるとしても、本件で考慮されたのは海外渡航の主観的评价とは無関係な、その実施時期と感染リスクの増大という客観的事情であり、これらを考慮して事業の正常な運営を妨げる場合に当たるか否かを判断したからといって、直ちに労基法の趣旨に反して利用目的自体を考慮した時季変更権の行使であるということとはできない。」

II 時季変更権行使における状況に応じた配慮の存否

「Xは、控訴理由において、「事業の正常な運営を妨げる場合」に該当するか否か等を判断するに当たり、Yが状況に応じた配慮を行わなかったことを考慮すべきである旨主張する。」

「たしかに、労基法は、使用者に対し、できるだけ労働者が指定した時季に年休を取れるよう状況に応じた配慮をすることを要請しており、そのような配慮をすることを前提として「事業の正常な運営を妨げる場合」か否かを判断すべきと解される（前記最高裁昭62・7・10第二小法廷判決参照）。」

「しかしながら、本件では、新型コロナウイルスに関する医学的知見が確立していないなかでその感染が国内外で急速に拡大していたまさにその時期にXが海外渡航をして感染すること自体が問題となるため、あらかじめXが明らかにしていた休暇の利用目的を考慮して代替勤務者を配置するなどの通常の配慮によって事業運営上の支障を回避することは困難であったといわざるをえない。Xが年次有給休暇として本件期間を指定した2月25日ないしYが本件時季変更権を行使した3月17日当時、会食や人混みに加わるなどして不特定多数の者と接触する機会を持つことが感染リスクを高めるものと認識され、Yにおいても手指の消毒やマスク着用のほか会合や不要不急の海外渡航の自粛等を従業員に要請していたものの……、確実に感染を防ぐ手立てがあったわけではなく、海外渡航自体が感染リスクを高める以上、YがXに対してハワイ渡航中の行動制限を指示することによって上記支障が回避可能であったということとはできない。また、海外渡航を経て感染すること自体が問題となるため、帰国後の自宅待機期間を設けることで上記支障を回避できるともいえないし、そもそも海外渡航から帰国した従業員に対して使用者がどのような対応をすべきかについて一般的な慣行や基準が3月17日以前に普及していたと認めるに足る証拠はなく……、自宅待機期間を設けることによって対応することが通常の配慮として当然に求められるものであったということもできない。」

「その他、Xが種々主張する事情を検討しても、本件期間に有給休暇を与えることは、Yの「事業の正常な運営を妨げる場合」に該当すると認められる。」

II 時季変更権の不当な遅延の有無

「もっとも、使用者による時季変更権の行使は、時季変更による労働者の被る不利益を最小限にとどめるため、時季指



定がされた後、事業の正常な運営を妨げる場合に該当するかどうかを判断するのに必要な合理的期間内にできるだけ速やかにされる必要がある、時季指定の時点で予測できなかった事業の正常な運営を妨げる事由が後に発生した場合にも、その事由発生後遅滞なく行使されるべきであり、不当に遅延した時季変更権の行使は、権利の濫用により違法であると解される。」

これを本件についてみると、……、宿泊部部長であったXが海外渡航を経て新型コロナウイルスに感染する現実的危険性及び感染した場合の事業運営上の影響の重大性については、道独自の緊急事態宣言が発表された2月末頃か、いかに遅くとも3月14日まではYにおいて認識可能であったと認められる。また、年次有給休暇の利用目的があらかじめ明示され、指定した時季に休暇を取得するXの期待が極めて大きく、仮に時季変更権を行使するのであればできる限り速やかに行使する必要があることはYにおいても明らかであったこと、本件期間を翌月であると勘違いしていた乙山社長が、3月17日午前9時30分頃ないし同日10時頃に自らの勘違いに気づき、Xの渡航予定が翌日からであると認識した後、A常務及びC部長と協議をし、わずか1時間足らずで本件時季変更権を行使する決断をしていること……からすれば、Yは、2月末頃ないし遅くとも3月14日までに、Yの事業の正常な運営を妨げる場合に該当する旨速やかに判断して時季変更権を行使することが可能であったというべきであり、休暇開始日の前日である3月17日に至って本件時季変更権を行使したことは、合理的期間を経過した後にはされたものであって権利の濫用というはかなく、違法と認められる。」

「以上によれば、本件時季変更権の行使は違法であり、Xの年次有給休暇を取得する権利を侵害する不法行為を構成するものといえる。」

富永 事案は、概要に述べたとおりです。ホテルの宿泊部長さんがコロナ禍の時期に娘の結婚式出席のためハワイに行こうとして年休申請をしていたところ、会社が出発の前日に時季変更権を行使したという事件です。原審は特段の事情があるときには利用目的を考慮できる、自由利用原則の例外に当たるという判断枠組みを示して判断したのですが、高裁判決はこの時季変更権行使は目的を考慮したものに当たらないという判断をしています。ただし高裁判決は、時季変更権行使は前日でなくもっと早い時期にすべきであったとして、そこは違法であると判断して請求を一部認容しています。

本判決の特徴は自由利用原則に係る判断です。

第一審は利用目的の考慮は原則してはならないとしつつ、例外的に、使用者の事業の正常な運営に直接影響を及ぼすといった特段の事情があるときには、考慮することも可能としています。控訴審は、主観的な評価と客観的な評価と分けて、結婚式に行くという主観的な目的を考慮したのではない、海外渡航という客観的な事情を考慮したのでセーフだとしています。

ただ、電電公社弘前電報電話局事件も労働者が成田空港反対闘争に行った場合のレピュテーションリスクをおそれて時季変更権を行使し、それが違法と判断された事例です。その並びからみると、本件の判断がいいのかという問題があると思います。

他方、年休の取得目的がわかっていて、それで会社が袋だたきに遭うとわかっていたら会社としてはやはり止めたくるのではと思います。

なお、たとえば違法な目的での年休取得についても、それは事後の懲戒で対処というのが弘前電報電話局事件の調査官解説での見解です。

私の感想として、1つ、ひねくれた考え方なのですが、自由利用原則により年休取得の目的は言う必要がないし、言うべきでもないのではないかと思います。もし取得目的を知らなかったら、ホテルとして責任を問われる可能性は小さいです。自由利用原則は年休をどんな目的で使っても構わないとして労働者を守る原則ではありますが、使用者としても、どんな目的で労働者が使っても会社は責任は負わないということでレピュテーションリスクから守られるのではないかと。

労働者が取得目的を言うとしたら、それは時季変更権を使われたくないから、思いとどまってもらうために言っていることも多いのではないかと思います。しかし、労働者としては「これだけ重大な目的で取るんだから配慮してよ」というつもりで伝えていても、こんなときには逆に使われてしまうので、労働者も言わないし使用者も聞かない、とすべきではないでしょうか。使用者の目から見れば、取得目的が重要であろうと重要でなかろうと取らせるのが年休なので、非重要な目的でも取れるという反面、トレードオフで重要な目的でも取れないことがあるということになります。

ただ電電公社此花電報電話局事件（最一小判昭57・3・18民集36巻3号366頁）では、取得目的の如何によってはあえて時季変更権を行使しないということもありうる、という話を認めてしまっているのです、それと今私が述べたことは矛盾するのかもしれない。

なお現在の判例でも、特殊な場合には利用目的の考慮がなされることがあります。スト目的利用などです。また過去の事例を見ると、特定の日について、年休を2、3人しか取れないのに対して、17人ぐらいが取得を希望しているといった事実で、そこで本当にやむをえない人を優先して取らせたのを是認したという事例があります（新潟鉄道郵便局事件・東京高判昭56・3・30労民（集）32巻2号167頁（最一小判昭60・3・11労判452号13頁で上告棄却、確定））。

最後に、コロナ禍はどこまで重要なものとするべきかという話です。レピュテーションリスクをおそれて年休を取らせないというのは、たしかにそれで目的を考慮して事前抑制までするのはおかしい。ただ、天災地変とかになるとやっぱり目的を考慮することはありうるのではないかと思います。天災地変だったら就労義務から賃金支払義務からも解放されますが、利用目的を考慮しないという義務からも解放されるという考えです。

神吉 Xは、年休を取る目的が娘のハワイ挙式のためであることを、コロナが問題になる前に表明されています。普段なら何の問題もないのに、その後にコロナ感染症が蔓延して、海外渡航が難しい状況になってしまった点が特殊なケースといえます。年休の利用目的自体は、法の立て付けからすれば本来的に言う必要はないのですが、現場では取得目的を併せて伝えることが多いですね。時季指定が複数重なった場合に誰を優先するかという程度で考慮するためと正当化されたりしますが、利用目的を聞くこと自体がやはり自由利用の妨げになるのではないのでしょうか。国鉄津田沼電車区事件（最三小判平3・11・19民集45巻8号1236頁）のスト目的の年休利用は、事前にわかっていたものでしたか。

富永 津田沼電車区事件は変わった事件で、最初に全然ストとは関係なく年休を申請していて、

申請した後でストの日程が動いてきて年休予定日に重なった、それを利用してストに参加したという事件だったと思います。白石宮林署事件（最一小判昭48・3・2民集27巻2号191頁）みたいに、みんなでDOSアタックみたいなことをやったわけではないです。この場合、事前に「私、ストに参加します」みたいなことは言わないでしょうし、事後的に問題となるんですね。

神吉 時期指定したとき適法に労働義務が消滅したはずなのに、事後的に休暇をどう利用したかを問題にして年休権行使の趣旨に反するとされ、年休権行使として適正でないから欠勤になってしまうのですね。

富永 欠勤と判断されてますよね。

神吉 正常な業務の運営を阻害することが年休権行使の濫用になるなら、本件も海外渡航してコロナに感染する可能性という客観的事情を考慮すると業務阻害の可能性があるので同じだと考えたのでしょうか。しかし津田沼電車区事件最判も本判決も、休暇中に何をするかを問題にしているのだから、利用目的を考慮していないと言うには無理がありますよね。

富永 評釈でも、いわゆる本当の「主観的な目的」と「その結果」とは果たして区別できるのか、という点が指摘されていました。それはそのとおりだなと。

神吉 しかも、結果といっても真の結果を見ているわけではなくて、全て蓋然性にすぎません。この時期に海外に行ったらコロナに感染するかもしれない。もし海外渡航でのコロナ感染が明らかになったら、レピュテーションリスクが生じかねない（一審）、宿泊部長がコロナに感染したら、会社の業務に重大な支障が起きるだろう（本判決）、と仮定を積み重ねていて、実は客観的な事情よりも会社の裁量を重視しているようにみえます。

富永 時事通信社事件（最三小判平4・6・23民集46巻4号306頁）では裁量が認められると言いましたが、あの事例はあくまで長期連続の休みを事前調整なく取ったから、蓋然性に基づく判断がどうしても入るという話をしています。本判決も、それと同じなのか。

神吉 長期の休暇取得で人員不足となることの影響はむしろ直接的な結果に近いですが、休暇中の行動によって発生する「かもしれない」だけの出来事は、自由利用原則を制限するには弱いのではないですか。会社としては、どうにか説得して、考え直してもらう。それが無理なら、年休利用を止めようとするのではなくて、全社的に海外渡航の禁止や許可制とするなどの制度的対処を行ったうえで、年休は取ってもいいですよ、しかし海外渡航は許可が必要でずとして、問題があれば海外渡航の許可を出さない。それでも行ってしまった場合には、実際に生じた業務への支障などに鑑みて必要な範囲で、事後的に処分を検討するのが筋でしょう。会社が時季変更権で対処しようとしたのが問題だし、裁判所が現実的危険だ、客観的事情だと強弁するのも、自由利用原則を軽視しているように思います。

富永 やっぱり無理筋ですよ。

神吉 はい。直前の変更権行使を濫用と認定すれば損害賠償が認められて妥当な結論に落ち着くからよいという話ではなくて、そもそも時季変更権の行使以外の方法で対処すべきです。コロナ禍が非常に特殊な事案であって、あくまでもごく例外的に、利用目的の考慮とはいえない客観的な重大な外在的事情があったといえるか、あとはそこですね。

富永 蓋然性でも OK と考え始めると、範囲が広がりすぎるように思います。ただ、コロナはやっぱり天災地変で、あの当時としては、会社は本当に行ってほしくなかったんだろうなとは思いますが。でも、それは年休を認めない形でブロックすべきではなかったんだろうなと思いますけど。

神吉 ほかに取りうる手段が存在する以上、自由利用という大原則がある年休権行使の制限はやるべきではなかったと思います。変更権行使には要員管理上の問題しか考慮できないという説もあるようですね。

富永 それもなかなか割り切っていて興味深いなと思ったんですけど。ただ、狭すぎにならないでしょうか。つまり、その人が欠けたら駄目という、そこしか考慮すべきでないという議論ですけども、弘前電報電話局事件や電電公社関東電気

通信局事件（最三小判平元・7・4民集43巻7号767頁）では、シフト制では交代要員が入れるかどうかが重要な一要素と言っていて、あくまで一要素でしかありません。ほかの要素も認める余地があるように思います。要員管理上の問題だけに本当に限れるかという、そうだと言いつける自信がありません。ただ具体的に、要員管理上以外に何がある？ と言われるとすぐには出てきませんね。何かありそうな気がします。

多数すぎる希望者の選抜はどうなんでしょうか。利用目的を聞かない以上は、勤続年数の長い者からにするとか、別の基準で対応すべきなのか。

時季変更権が使えるけど、あえて差し控えることもありえた、というのが此花電報電話局事件です。労基法は最低基準なので、取らせなくてもいいことを前提に聞くのは、労基法の基準を上回る休みを取らせることなので、もうそこまでは禁止されない、という考え方も一応なくはないのかなと思います。そこからいくと、多数すぎる希望者の選抜も、全員に等しく取らせなくてもいい。けれど全員に取らせると駄目だから全員に取らせない。だけど何人かだけに年休を認めるのは、全員について時季変更権が使えるけど、その数人にだけその行使を差し控える場面だから、労基法上の自由利用原則の例外に当たる、労基法の水準より持ち出して認めるものだからいいんだ、という理由づけはあるのかもしれないと思います。ただそれを認めると、拡大解釈されて全部認めることになりかねない気がします。

スト目的利用での年休取得は、今の判例では駄目です。でも年休取得予定日に、自分の所属する事業所に忍び込んで物を盗んでくる、という目的で取ってもいいかという、それはスト目的でこそないけれども、正常な運営を阻害する場合には当たりそうです。この「所属する事業場の正常な業務の運営を阻害する目的」は、主観的な目的でしょうか。

神吉 主観的な目的を考慮することは制限されるが本件は客観的な事情だから OK というのが、整合的な解釈なのでしょうか。津田沼電車区事件のように、もともと年休申請したときはストに行くつもりがなくて、たまたま取れた休暇でストに



参加した場合、主観的な目的を問題にしているわけではないのですか。どの時点で見るのかという問題かもしれませんが。

富永 津田沼電車区事件は、まさに正常な業務運営を阻害する「結果」だったらアウトと言っているようにも読めなくもない事件です。

神吉 根底には、自由利用原則は絶対的な原則ではなくて例外はかなり広いんだ、時季変更権だって当然に想定されているしと、とくに一番はそういうふうを考えているのではないかと感じます。本判決は、利用目的の評価を交えることなく客観的に事業運営の阻害状況が発生するおそれがあるか否かによって判断されるべき、そしてその客観的事実はあると判断していて、自由利用原則を尊重しているかのように見えて、実はそうでもないような気持ち悪さがあります。

富永 老獪というか、ほんまかいなという感じはします。思想信条の差別は禁止だ、と言いつつ、思想信条に基づいた行動を考慮するのはOKだとかいう考え方に近いのかもしれませんが。

神吉 主観、客観の区別はあるとしても、本判決のような分け方でよいのでしょうか。

富永 海外の結婚式への出席目的なので、結局は「海外渡航」と目的との関係性は密接です。外的な客観的なことだからいいんですというのは難しいと思います。だから裁判所も、「海外渡航を年次有給休暇の利用目的の一部と捉えるとしても」と言っていて、そこを補強しているんですね。でも結局は、年休を取って何をするかを考えている以上、利用目的の行為にほかならないかなという気がします。

神吉 本件で考慮されたのは「新型コロナウイルスに感染する危険性が高まること」で、それは「Yの事業運営を妨げる客観的事実」だという。しかしそれは、海外渡航したいという年休取得の目的と無関係ではありえなくて、そこを評価しているのですよね。

富永 まさに危険を主観的に評価して、いや、これはまずいだろうと思ったんですね。

神吉 会社のレピュテーションリスクまで考えるなら、逆に、労働者側の、娘の結婚式という特別な事情も考慮されてよいようにも思います。ハ

ワイでゴルフをすとか、買い物に行きたいとかではなく、基本、子どもの結婚式は一生に1回の機会ですから。

富永 私も年を取ったからかもしれませんが、結婚式だったらそれはもう認めてあげようよ、と思っちゃうんじゃないかなと思ったりします。

神吉 高裁は、「代替勤務者を配置するなどの通常の配慮によって、支障を回避することもできない」と言っています。会社の対応としては、年休取得で空いた部分に代替勤務者を配置することで済む程度でないと、過重な負担になると考えるのでしょうか。

富永 「通常の配慮」で求められる「程度」の問題でしょうか。まさに要員管理上の問題しか考慮しなければ、代わりの人を入れればいい話だったらある程度簡単なのかもしれません、それ以外のことはどこまで配慮しないといけないのでしょうか。「通常の配慮」は、取る目的が大事でも、くだらないものでも同じ配慮でいいのか。それとも重要な目的を伝えられたら、その分、大きな配慮をしないといけないのかという問題もありそうです。

判旨では、新型コロナウイルスの医学的知見が確立していないなかで云々と書いてある部分に、まさにその時期、海外渡航するのが問題となるため、「明らかにしていた休暇の利用目的を考慮して代替勤務者を配置するなどの」という言い方をしている、利用目的を考慮、言われたら考慮しないといけないようにもみえます。

神吉 「休暇の利用目的を考慮して」はどこにかかりますか。「支障を回避する」ですか。

富永 ああ、「支障を回避する」にかかるんですか。そう読めますね。

神吉 どうでしょう。年休時の代替勤務者の差配は通常やることですよね。でも、いざ感染したら、事業運営上の支障を回避するためにとるべき対応が増えて、もっと大変なことをしなければいけなくなる。休暇期間に誰かを代わりに働かせるという通常の配慮では足りないという含意かと思いました。

富永 通常の配慮では困難だったということですかね。

神吉 過重な負担をかけてしまうと。しかし繰り返しですが、海外渡航による感染も可能性にすぎないのに、もし罹患したら大変なことがおきて過重な負担になるおそれを事前に想定して、それが時季変更権の行使を正当化するというのは行きすぎだと思います。

富永 レピュテーションリスクのことなのか、それとも、コロナにかかっちゃったらかなり長い間休まざるをえないので、それは長期連続の休暇をいきなりねじ込まれるような話であり、そこで蓋然性と裁量が生まれるという話なのか。

神吉 それは年休と別途の、病気休暇などの話ですよね。正当な年休権行使をして、自由利用だからと海外に行きました。そこで案の定、感染したので病気で休みますとなったときに、勝手なことをしたから病気休暇を取らせないというわけにはいきませんよね。それはそれで別の話なのに、そういうおそれがあるって過重な負担になりそうだからと、年休権行使を否定するのは無理がないでしょうか。

富永 そうですね。年休権を取るなどで考慮するのはやっぱり難しい。考慮して判断していいとなると、線引きをどこで引くのかみたいな話になってきます。

神吉 休暇を取ってもいい。だけどこの時期、ホテルとしては海外渡航は禁止が業務命令であると。休暇を取って海外に行ってしまったら、当該業務命令違反だから、それに対する処分はされる可能性がありますよと言うべきでしょうね。

富永先生の、自由利用原則は労働者を守る原則であると同時に、使用者を余計な考慮とそれに対する批判から解放する原則であるとするべきではないかというご指摘は。

富永 言い方は変なんですけども、要は、目的を伝えなくていいし、そのことについて考慮しないということだから、それで使用者としても、利用目的がどうであろうと通常の配慮をすればいい、普通に年休を取れるんだったら取らせればいいし、取らせなければ取らせないという形でいいんじゃないかなという気もしました。

神吉 使用者にとっても、聞かないほうがいいですよ。そうすると、変更権の行使ができるの

は要員管理上の問題だけと考えることになりませんか。

富永 そうしたら要員管理だけ考えればいいという話になります。ただ実際には、労働者は思わず言ってしまいますよね。「いや、何とかだから」と言って、そこはやっぱり時季変更権を使ってほしくないために、「それなりの事情があるんですよ」と言っているような気がするんですけども。

神吉 「代わりがないから休まれたら困るよ」と言われ、「いやいや、こんな重大な事情があるんです」という反論として。

富永 はい。それもあって、私、判旨の「休暇の利用目的を考慮して」というのを見たときに、休暇の利用目的が重大なことだったら、それだけ使用者の代替勤務者を探すのに力を入れてくださいという話かなと思ってしまいました。

神吉 なるほど、「配置する」にかかるという読み方ですね。「目的」を、海外渡航というより娘の結婚式出席のほうを重点的に捉えて、それも「通常の配慮」に含めると。

富永 でも、まさに使用者が目的を考慮して年休を取らせないようにしたりすることがないように自由利用原則が存在するのなら、労働者も言わないし、使用者も聞かないとしたほうがすっきりしているのではと思います。ただ、レピュテーションリスクは難しいです。会社というのは労働力を受け取っているだけで、別に人格的に労働者を教え諭するような義務はないのに、何か起こしたら、急に「あの会社の社員がやらかしたんだ」みたいな話になる。

神吉 私生活上の非行ですら、勤務先によってはそのレピュテーションが傷ついたかが懲戒処分の相当性に関わりますからね。住居侵入事案の横浜ゴム事件（最三小判昭45・7・28民集24巻7号1220頁）も、完全に私生活上の犯罪なのに、あの会社の社員があんな犯罪を犯したと知れ渡ったことが考慮されています。ただ、レピュテーションが本当に阻害されるかは、コロナに感染して休むかどうかの、さらにもう一段階、外側にあるリスクです。それが報道されたとしたら大変なことになるかもしれないという。

富永 当時の状況だと、会社の経営者としては

そうってしまったのでしょうか。

神吉 自粛警察的な話題も盛んでしたから、わからないでもありませんが。

富永 日本には、社会主義じゃなくて、会社主義というか、社会ではなく会社に、従業員の福利厚生と生涯の生活保障まで面倒を見させるべきみたいな思想があります——まあ、どうでもいいことですが。

神吉 本件は、コロナ禍での相当例外的な事案とみれば、結論は支持できますか。

富永 結論を維持するとしても、限定的に読むべきでしょうか。海外渡航をしなさんなというので、そちらで行くべき話ですよね。もし本当にブロックしたかったら。

神吉 この時期、時季指定で休暇取得が競合する状況はあまり考えられず、娘の結婚式という滅多にない事情だからこそ強行したかったという事情を、休暇を取る取らないの問題ではなくて、海外渡航を認めるか認めないかという問題として正面から議論すべきでした。例外的事案と位置づけたとしても、重要視すべき自由利用原則が軽んじられたという気がしてなりません。自由利用原則の趣旨を貫徹するには、労働者の側も重要な目的であれば優先されるという期待を持たず、利用目的を一々言ったり聞いたりしない、してはいけないとすべきかもしれません。

富永 お互い平和なのかなという気がしますよね。

### 3. 有期契約の常勤講師の無期転換申込み後の事務職員への配置転換と無期専任教職員との賃金格差の不合理性

——学校法人明德学園事件・京都地判令7・2・13（労判1330号5頁）

#### ——事案と判旨——

##### 事実の概要

Xは、平成22年4月から令和4年3月末までYの運営するc高等学校（以下「本件高校」）の常勤講師（有期契約）であった。XはYに対し無期労働契約への転換を申込み、XY間の労働契約は令和4年4月より無期契約に転換された。同年4月1日付でXは常勤嘱託（有期契約）という事務職員への配置転換命令を受け、構内施設や設備・備品など

の管理業務を行うものとされた。なお、教育職員（教員）には無期の専任教員と有期の常勤講師があり、教育職員の被採用者は教員免許状の写しを提出することとされていた。Xの採用の際、職種を教育職員に限定する説明も、事務職員の仕事をすることの可能性がある旨の説明も受けていなかった。Yでは、専任教員と専任事務職員の間で配転がなされた事例、常勤講師・常勤嘱託間で転換されて契約更新された事例もあり、人事に関する規定上、教育職員と事務職員の区別はされていない。

また、専任教員と常勤講師との間には賃金格差があり、常勤講師は5年目以降昇給がないが、専任教員は昇給が続いており、格差が拡大することとなっていた。専任教員と常勤講師との間では入試の作問における役割や管理職の登用可能性に差異があるが、大きな相違はなく、ともに異動の可能性があり、専任教職員への登用試験も存した。

Xは、Yに対し、主位的請求として、[1] XY間にはXの職種及び業務内容を教育職員に限定する合意（以下「本件職種限定合意」）が成立しているとして、事務職員に配転することはできないなどと主張して、常勤講師としての労働契約上の権利を有する地位の確認を求め、予備的請求として、[2] 仮に本件職種限定合意が成立していないとしても、Xを常勤嘱託に配置転換したことは配転命令権の濫用であるなどと主張して、常勤嘱託として勤務する義務がないことの確認を求め、これらと単純併合される請求として、[3] 期間の定めのない労働契約を締結している労働者（以下「無期労働者」）である専任教員と有期労働契約を締結している労働者（以下「有期労働者」）である常勤講師との間の賃金の差は、合理的な根拠のない差別であるとして、常勤講師の賃金と専任教員の賃金の差額と弁護士費用相当額の不法行為損賠の支払を求めて提訴した。

【判旨】（一部認容、一部棄却）

#### I 職種限定合意の存否

「本件高校の就業規則上、教育職員と事務職員は、業務内容や勤務時間が区別されて規定されているものの、労働者の採用は教職員として採用するものとされ、人事に関する規定においては教育職員と事務職員の区別はされていない」。給与規程上、年齢給の等級は教員職と事務職の区別があるが職務の異動発令に伴って等級変更は行われないと定められており「教育職員として採用された場合には事務職員への異動がありうることが想定されている」。「就業規則に一般的異動に関する規定があることに加え、実際に、本件高校では平成24年度から令和4年度までに教育職員と事務職員との間で配置転換がされた例が複数存在する」。「本件高校では、教育職員として採用された場合には事務職員に配置転換される可能性があることが前提とされていたところ、Xが採用される際には、XとY間でXの職種を教育職員に限定することを協議した事実も認められないから……、本件職種限定合意が存在するとは認められない」。

Xは、本件高校では教員免許状取得を教員の受験資格と



するなど教育職員と事務職員とを別々に募集、採用していると主張するが「教員免許状を有せず事務職員として採用された者を教育職員に異動させることはないといえるが、これとは逆に、教育職員として採用された者を、教員免許状取得を条件としない事務職員へ異動させることは可能であり、教育職員について事務職員への異動可能性がない前提で募集、採用したとは認められない」。またXは、採用当時のXの労働条件通知書に常勤講師の業務内容が記載され、実際に12年間を常勤講師として勤務したことから本件職種限定合意が存在すると主張するが「上記労働条件通知書には、Xの従事する職種を教育職員に限定する趣旨の明示的記載はなく、業務内容の記載は採用時の職務内容を記載したものとみ解されるのであって、一義的に職種を教育職員に限定した趣旨とまではいえないし、Xが長期間にわたり常勤講師として勤務したことも、Yの経営上又は人事施策上の判断の結果にすぎないともいえるから、これをもってXとYとの間に本件職種限定合意が存在するということはできない」。

## Ⅱ 配転命令の有効性

### 1 本件配転命令の業務上の必要性

Xには遅刻や、担当する授業の不実施・遅刻、授業進度の著しい遅れ、担任クラスのホームルームの不実施、職員会議への遅刻、外部から中学生を受入れて行うはずだった部活動体験行事の失念と上司への報告欠如等、「令和3年度までの間に、Xの教育職員としての勤務態度には多大な問題があり、かつ、後記……のとおり、継続的な指導によっても容易に改善しなかったものと認められるから、令和3年度末の時点で、生徒への教育指導への関わりが小さくなる常勤嘱託へ配転する必要があるとYが判断したことには合理的な理由がある。」

### 2 本件配転命令の相当性

教育職員と事務職員の賃金水準は同年齢あるいは同一勤続年数であれば、教育職員のほうが事務職員より高いが、Xの給与は本件配転命令の前後で変化せず、Xに大きな経済的な不利益は生じていない。またYはXの希望を容れて本件配転命令後も引き続きバスケットボール部の指導に当たらせている。またYはXの勤務態度について注意をし、Xに対して反省文及び始末書を提出させたり、職務内容を見直ししたりしており、Xに教育職員としての職務を維持しながら、その業務改善を試みており、「以上の事実からすれば、本件配転命令は、社会通念上相当性を欠くものとはいえない。」

3 (本件配転命令の不当目的)「本件高校の校長は、Xが令和3年11月1日に無期労働契約転換申込書を提出したこと……を受けて、令和4年1月25日、Xと面談した。同校長は、Xが無期労働者へ転換することを認めただけで、無期労働契約に転換した場合には期末手当が支給されなくなることを(給与規程19条)を認識しているか確認した。また、有期労働者である常勤講師が無期労働者へ転換することが初めてであること、転換後には上記のような賃金の違いがあるため、同一労働同一賃金という観点から、有期労働者としての

常勤講師と同じ職務に従事させることが難しく、適切な職務を検討中であること、及び雇用については心配をする必要がないことを述べている。……」

「同校長の発言中には、Xが無期労働契約への転換権行使したことを撤回させる目的や、Xを退職させようとする目的のうかがわせないものはない。実際にも、Xは、令和4年4月1日付で無期労働者となっている上、賃金(期末手当を除く。)は従前と変わらない一方で、与えられた業務の内容は、従前よりも軽減されていることからすれば、無期労働契約への転換権を行使した者に期末手当を支給しないことの当否はひとまず措くとしても、本件配転命令は、不当な目的によってなされたものとはいえない。」(本件配転命令は、Yの配置転換命令権を濫用したものとはいえず、有効であると判断)

## Ⅲ 常勤講師であったXに専任教員の給与を支払わないことの不法行為該当性

### 1 (教職員に対して支給される賃金の性質及び目的)

Yにおいて教職員に支給される賃金は、職務・職種ごとに定める年齢給に、職位・職階給を加算した額とされる……。専任教職員となった者の給料月額は、その者の4月1日における満年齢に対応する年齢給とし、これに職位・職階給を加算した額とされ……。年齢給は毎年昇給が予定されている……。これに対し、常勤講師は、25歳までは年齢に応じて初年度の賃金額を区別しているが、25歳以上になると年齢に関係なく勤務年数に応じた賃金額が定められており、5年を超えると昇給しない……。そして、給与規程には、年齢給とは別に支給される賃金として、職位(部門長、総合管理職、部長、課長)及び職階(主幹教諭、指導教諭)によって定められる職位・職階給……。校長、副校長、本部長及び教頭に支給される管理職手当……。入試作問手当……。担任手当……。並びに教科主任や日常業務外の横断的業務に従事した者に対する職責手当……。が定められている」。

「これらの事実からすれば、専任教員に支給される年齢給は、年齢によって定められる部分に加え、職務遂行能力に応じた職能給及び継続的な勤務等に対する功労報酬等の複合的な性質を有するものといえることができる。これに対し、常勤講師に支給される賃金……は、年齢によって定められる性質は小さく、有期労働契約であり本来的に短期雇用であることを前提に、5年を限度として職務遂行能力に応じた職能給及び勤続年数に応じて額が定められる勤続給としての性質を有するものといえる。これらとは別に職位・職階給や管理職手当、職責手当が支給されていることからすれば、専任教員の年齢給及び常勤講師に支給される賃金……は、担当業務の相違によって左右される要素は乏しい」。

「以上を前提に検討するに、本件高校において、専任教員には、長期雇用を前提として、専任教員として求められる職務を遂行しうる人材の確保やその定着を図る目的から年功的な賃金制度を設け、常勤講師は、1年以内の雇用期間が定められることから……。専任教員とは異なる賃金制度を設ける

という制度設計には、Yの人事施策上の判断として一定の合理性があるというべきである。」

「しかしながら、本件高校の就業規則では、常勤講師の契約更新を5年に制限するわけではなく、逆に、常勤講師の通算契約期間が5年を超える場合を想定した規定……が存し、実際にも、Xは契約更新を繰り返すことで常勤講師としての勤務が5年を超え、無期労働契約に転換しているし、X以外の常勤講師の勤務実態が短期雇用にとどまっていたともうかがわれないところである。そうすると、上述した賃金（専任教員の年齢給）の性質及び支給目的に照らせば、少なくとも5年を超えて勤務する常勤講師については、専任教員と同様に、年齢によって定められる部分、職務遂行能力に応じた職能給及び継続的な勤務等に対する功労報酬を支払うという性質及び支給目的は妥当するものといえる。そうであるにもかかわらず、常勤講師に支給される賃金は、上記のとおり、5年を限度として職務遂行能力に応じた職能給及び勤続年数に応じて額が定められる勤続給としての性質を有するにとどまるものであって、上記の賃金の性質及び支給目的から合理的とはいえない。」

## 2（業務内容及び業務に伴う責任の程度）

「Yは、専任教員が無期労働者であることを前提に、教育職員としての能力に長けた者を選抜するため、慎重かつ厳重な採用試験制度を採用しており、少なくとも有期労働者である常勤講師との間に一定の差を設けて採否を分けている。これは専任教員を中心に管理職として登用することを見据えたものといえる。……」

「しかしながら、管理職に登用されるか否かは将来的かつ潜在的な可能性にとどまり、管理職でない専任教員と常勤講師との間においては、専任教員に求められる能力と常勤講師に求められる能力の差が、本件高校における業務内容及び業務に伴う責任の程度の差として現れているとはいえない。専任教員が入試作問の責任者であったり……、令和4年度以降は専任教員のみがクラス担任と校務を兼任したりすること……で、常勤講師と比較して一定程度負担の重い業務を担当していることは認められるものの、少なくともXが常勤講師として在任した平成22年度から令和3年度までの時期には、常勤講師であるXと管理職でない専任教員との間に、職務の内容につき明らかな差異を認めることはできない……。」

## 3（職務内容及び配置の変更の範囲）

Yの就業規則上、配転命令権の根拠が存する。実態として専任教員と異なり常勤講師は契約期間中の配転は想定されないが、本件高校勤務後、常勤講師が次年度にY系列校で勤務した場合に採用面接等が実施されたか不明であること、本件高校からY系列校へ移った後に再度本件高校へ移った常勤講師も存在すること、常勤講師は有期労働契約が更新されて長期的に勤務する実態があることからすると「実質的には、常勤講師であっても配置転換がある」という状況であったといえる。専任教員が本件高校とY系列校間を異動した例も10年間で15例程度にとどまっていることからする

と……、常勤講師と専任教員との間で、職務内容及び配置の変更の範囲において有意な差があるとはいえない」。

「Xの賃金とXと同年齢かつ同時期に採用された専任教員の賃金を比較すると、勤続5年目までは昇給により賃金差は縮まっていくものの、6年目以降は常勤講師の賃金は昇給しないため、賃金差は広がっていく」。

「他方で、Xは常勤講師として5年を超えて勤務しており、Xにも専任教員に支給される賃金（年齢給）の性質及び支給目的が妥当する上、管理職ではない専任教員との間には、業務の内容及び業務に伴う責任の程度、職務内容及び配置の変更の範囲において、上記賃金差を設けるほどの違いは認められない。」

## 4 不合理性の存否

「以上によれば、常勤講師が一定の優遇措置の下で専任教員となることが可能であること……を踏まえても、勤続期間が長期に及んだ常勤講師について、専任教員への転換や転職を促すなどの仕組みがとられているわけでもない以上、常勤講師であるXと同年齢かつ同時期に採用された専任教員との間に賃金差が生じ、しかも年を経るごとに拡大していくことは不合理である」。

以上から「就業規則及び給与規程により、常勤講師であったXと専任教員との間に賃金の差を設けることは、令和2年3月までは労働契約法20条に、令和2年4月以降はパート・有期法8条に反するものというべきであるから、Xの指摘するその余の法条について検討するまでもなく、Xに専任教員よりも低い賃金しか支給しなかったYの対応は、Xに対する不法行為を構成する」。「なお、XとYとの間の労働契約は、令和4年4月1日付で期間の定めのないものになっているから、同日以降については、期間の定めがあることにより無期労働者との間で不合理な労働条件を定めることを禁止するパート・有期法8条に違反するとはいえない。しかしながら、無期労働者である専任教職員と従前は有期労働者である常勤講師であったXとの間に不合理な賃金差があることに変わりはないから、同日以降もXに専任教員よりも低い賃金しか支給しなかったYの対応はXに対する不法行為を構成する」。

富永 本件は、常勤講師で有期契約の先生が長期にわたり契約更新を重ねていたのですが、無期転換を申し込んだところ、たしかに無期転換したのですが、事務職員に配転されてしまったという事件です。大きな争点は2つで、1つが配転の有効性。もう1つが労働条件の格差の不合理性です。判決をみると、1の配置転換について、教育職員として採用したが職務限定ではないと判断しています。たしかに就業規則は教員と職員の区別はつけていない、そして配転根拠も一応、就業規

則上はある。ただ教員・職員間の配転があるともないとも説明はないです。ただ配転の事例が今まである程度件数あるから、一応は職務限定でない」と判断されました。

過去の裁判例を見てみると、専門性がある仕事については、黙示の合意を認める事例が多いようです。たとえば医師や薬剤師などが大学の教員だった場合、職種限定を認めています。児童指導員で限定を否定した例がありますが、専門性がある程度は関連していそうです。本件は教職員なので、かなり専門性があるような気がします。

また仮に職種限定がなかったとしても、権利濫用とならないかという点について、無期転換直後に配転されている点は怪しいのですが、判旨はこれを否定しています。

2つめが賃金格差、とくに基本給の格差の不合理性です。Yでは基本給は年功賃金です。正規職員、専任教員の場合は勤続に伴い上がっていきます。これに対し常勤嘱託教員は変わりません。Xは5年を超えてずっと勤務しているので、ある意味、ずっと働くことが見込まれる人ですが、そのような者には年功賃金の支給目的は妥当すると判断しています。これは基本給の性質等に照らして不合理と判断した事例で珍しい事件だと思います。

感想として、会社としては契約を5年で打ち切るのも一応は可能だと思われます。5年以上は昇給しないとしてさりげなく退職に誘導するほうがそれよりソフトな気がするんですけど、ただ、そのソフトな誘導は許されない、5年で打ち切るべきだということになってしまうのではないかと思います。無期転換を認めた趣旨は、それでいい、5年経ったら雇い続けるか、雇止めするか選べという話なのだと思いますが。

また管理職の昇進可能性に関し、判旨は、非管理職の専任教員との間には職務の変更の範囲につき、賃金差を設けるほどの違いはないとしています。しかし、相違はあるのではないかと思います。昇進や転勤について、実際に管理職に昇進したり転勤したりしたときに違う扱いにすればいいじゃないかという議論も見かけますが、最初から差をつけて貸しを作っておかないと、実際に配転や昇進が必要になったときに応じてもらえないと

思います。だから私自身は、配転とか管理職の負担可能性について、先に手当として含めるのは合理的であり、可能性にすぎないから無視していいというのはおかしいと思います。

あと職種転換制度について、「専任教員への転換や転職を促すなどの仕組みがとられているわけでもない以上」と言っているの、判例は反対解釈ができないんですけども、これも職種転換制度みたいなものがあれば、不合理性の評価障害事実となりうると考えている事例なのかもしれないと思います。

あと、これは最後に常勤講師時代の不合理な格差を引き継いでいるので、無期転換後も救済を認めたのが特徴的です。評釈では、有期のときに不合理だったんだから、無期転換後もその不合理が続くのはおかしいと考えているんですけども、無期になってしまえば有期プレミアムがなくなるので、その分、全く同じ不合理性の判断になるとは思えません。だから以前の不合理さを引き継いでいるから無期転換の現在も不合理だとみるのは荒っぽくて、そうでない場合もありうるのではないかなと思います。

神吉 まず、配転命令の有効性について、本件では、就業規則に職種変更命令を可能とする条項が置かれ、教員と事務職員間の配転の前例が数例あることが職種限定を否定する根拠とされていますが、過去の一方的命令での配転が有効なものだったかはわかりません。また、職種限定合意があっても、それを書き換えるような個別の変更合意をとって配転が行われていた可能性もあります。もし合意事例であれば、それが集積されていた事実があっても、一方的配転命令の有効性を基礎づける根拠にはなりません。

富永 命令と合意とは違いますよね。その過去のものが不当でないという保証はないので、仮に不当な配転が多い学校があったとして、過去に多数のパワハラ配転をやっているから限定なしと認められる、というのは違うと思います。また専門性が高ければ、たしかにその専門性を見込んで採用したので限定ありだなと思うんですけども。国際医療福祉大学事件（宇都宮地決令2・12・10判労1240号23頁）では、教職員から事務職員への変



更例がないという事情に加え、専門性にも注目した判断をしています。

**神吉** 教員は教員免許が採用条件なので、事務職員で採用した人の教員への転換は基本はありえず、職種転換があるとしたら教員から事務職員への一方向のみになりませんか。

**富永** 一応、事務職員から教員への転換もあったらしいです。異動対象者が重複しているとも述べているので、教員から職員へ転換後、再度教員に転換したのかもしれませんが。

なお専門学校の事例では、教員免許とは無関係な科目を担当し、職種に厳格な区別もないとして教員・職員間の転換を認めた事例もあります（菅原学園事件・さいたま地川越支判平17・6・30労判901号50頁）。他方、大学教員などは資格審査とかの関係もあって限定ありと認められるようです（学校法人日通学園（大学准教授）事件・千葉地判令2・3・25労判1243号101頁）。

**神吉** 大学は免許が不要ですから、そのぶん資格審査が決定的に重要になるということでしょうか。濫用判断においては、配転前後に、賃金などの待遇に変化があるか否かが重視されているようです。経済的不利益がほとんどなければ、降格の有効性判断と同様に使用者の裁量を認める方向で緩やかに判断され、キャリア形成上の不利益は特別な専門職でのみ検討される傾向にあるように思います。本件では職種転換によって賃金に大きな変動はなく、むしろ業務内容は軽減され、希望した部活の指導も続けられているので、専門性やキャリアへの影響は、職種限定合意の有無においても濫用判断においても、考慮要素として重視されなかったのかもしれませんが。

**富永** そうか、大学は免許がないですね。なお北海道龍谷学園事件（札幌高判平11・7・9労判764号17頁）では、他の科目の教員免許もある保健体育の先生が脳溢血で保健体育が担当できなくなったときに、保健体育で雇ったんだから、という理由で、いわば職種限定を認めています。その例とは不均衡がある気もします。公民や地歴でなく保健体育の資質だけを審査して雇ったからだ、という理由だったら、本件も一義的には教員の資質で雇ったんじゃないかとなりそうな気もします。

なお、事務職員への転換は無期転換直後なので、本人に芳しからぬ事情もあったとされていますが、だとしたら、もっと早く転換すべきだったようにも思え、この時期に転換する意味が気になります。ずっと教員でいられては困ると考えたのかもしれませんが。

**神吉** 教員ポストや担当科目の需要に変化がないのに、勤務態度の問題が急に出てきますよね。認定された勤務態度の問題は勤続4年目頃からのものなのに、処分された形跡はなく、その後、クラス担任も複数回命じられています。タイミング的には、無期転換を思いとどまらせようとしたけれど止められなかったので職種を変更したようにもみえます。

**富永** 勤務態度が転換の理由とされていますが、実際、校長先生が「ボーナスがなくなっちゃうよ」みたいな話をしています。

**神吉** 基本給の制度的格差の不合理性を認めた点でも初めてのようですが、判断には疑問があります。名古屋自動車学校事件（最一小判令5・7・20民集74巻7号1901頁）では、基本給の格差の不合理性は「当該使用者における基本給及び賞与の性質やこれらを支給することとされた目的を踏まえて〔労契法旧20〕条所定の諸事情を考慮する」という枠組みが示されていました。判決文をみる限り、本件原告の主張はあっさりしたもので、常勤講師の年齢給が6年目以降上昇しない制度となっており、その結果生じる専任教員との賃金差は著しく不合理である、というだけで、条文に言及しながらも、それぞれの賃金の性質や目的についての具体的な主張はありません。しかし本判決では裁判所自ら、専任教員に支給される年齢給は職能給や功労報酬等を含んだ複合的な性質を有するもの、これに対して、常勤講師に支給される賃金は5年を限度とした職能給及び勤続給としての性質を有するものと、それぞれの賃金の構成要素をもとに、積極的に性質認定をしたのが特徴的です。そして、通算契約期間が5年を超える常勤講師については専任教員と同様に、職能給と功労報酬を支払うという性質・目的が妥当するとして、常勤講師に支給される賃金は5年を限度に職能給・勤続給としての性質を有するにとどまるも

のであって「合理的とはいえない」と評価した後に、職務内容および変更範囲を吟味し、どちらも有意な差はないとして、経年で差が拡大することを不合理だと結論づけています。この点、名古屋自動車学校事件最判では、有期である嘱託職員の基本給が勤続年数に応じて増額されることがなかったことを、むしろ「正職員の基本給とは異なる性質や支給の目的を有するものとみるべき」理由として挙げていました。つまり、制度内容と性質・目的は、逆方向の認定もありうるわけです。さらに、本判決が「功勞報酬」と評価している意味も、明らかではありません。賃金はすべからず労働の対償ですし、専任教員に年功的処遇制度を適用していることを勤続に報いていると解釈したということなら、「年功的処遇制度がとられている」という事実以上の意味があるのか、同じことを単に言い換えているにすぎないようにも思います。それが、5年を超えて勤務する常勤講師に妥当すると認める実質的理由も見当たりません。とくに基本給は制度設計から容易に客観的性質が導けるものではなく、このような認定が格差の不合理性を認めるロジックとして妥当といえるか疑問があります。

富永 基本給の趣旨を述べて不合理と判断したのは初めてではないかと思います。ただ、中身が妥当か、疑問もありそうです。たしかに長く勤めていれば、この先もずっと長く勤める見込みがあります。だから生活保障給付みたいな、たとえば有給の病欠休暇とかは、長期勤続の見込みがある以上、会社も長く働けるよう生活保障を図れという論理はわかります。ただ、本件の場合の年齢給的な基本給も同じ論理でいいか。専任教員として求める職務遂行、人材の確保、定着を図る目的で年齢給を支給している場合、長く雇いたい人のために年功賃金をつくっていると思うのですが、長く雇いたいわけではないけど長くなってしまった人も、長く雇いたい人と同じでいいのか。それでもいいのかもしれませんが。

神吉 基本給の年功的な性質目的が、結果的に契約期間が長くなった人の賃金にも全く同様に妥当するか、私も疑問です。判旨は制度自体の不合理性を指摘しているので、職種転換しなければな

らないほど勤務態度に多大な問題があっても、功勞報酬の性質の妥当性は変わらず、賃金差の全額支給までもが正当化されると考えるのですよね。

富永 使用者としては、管理職にしたい人なのかもしれません。長く働いて管理職になってもらうために作っている制度に、勤続は長いけど管理職にはならないであろう人を乗せるのは妥当か、引っかかるとすればそこです。生活保障的な手当だったら十分説明はつく。家族手当などは、長期勤続させた代償、他の会社に行く機会がなくなったので、自分の会社でこれからの雇用も責任を持つということだと思います。だから一時的な事情、たとえば病気で離職を防ぐために有給の病欠手当を支給したり、扶養家族が増えたことでの離職を防ぐために家族手当を支給したりというのはわかります。でも年齢給については、長く勤めただけで年齢給を妥当させるべきかということ、目的が違う気がします。ただそうはいいつつ、勤続年数が長くなったということは、口では長くいてほしいわけではないと言っている、実際には長く働いてほしいから長く使ったということなのかもしれませんが。

神吉 判旨Ⅲ1の最後で、常勤講師に支給される賃金の性質及び支給目的に鑑みて「合理的とはいえない」と述べている点が、最終結論ではないからそこまで表現に配慮していないというだけにとどまらず、全体的に踏み込みすぎた姿勢の一端を表しているようにもみえます。労基法旧20条、パート有期法8条の規律は「不合理」な待遇の禁止であり、それは「合理的でない」と同義ではなく、あくまでも不合理と評価されるか否かが判断されるべきというのが判例です（ハマキョウレックス（差戻審）事件・最二小判平30・6・1民集72巻2号88頁）。さらに、長澤運輸事件（最二小判平30・6・1民集72巻2号202頁）の調査官解説では、賃金格差について「あえて司法が介入すべきほどに不合理であるとまでは断じない」かを問題にする、抑制的な姿勢が示されていました（法曹時報・72巻12号199-200頁）。

富永 賃金格差としては不合理ではないけど、この人を長く引っ張ってしまった、それで期待を持たせたのが不合理なのではないかという気もし

ます。講師として適性が高くない人だったら、5年で雇止めにすべきだったのではないか。でも雇止めしなかったのは、結局長くいてほしいから長く勤めさせたと見られてもしかたがない、ということで一応説明はつくのかもしれませんが。ただ専任の無期雇用の労働者を年齢給で処遇しているのは、長く働いて管理職になってもらったり、負担の大きい配転に応じてもらったりとか、そういったところを当て込んで、逃げられないように先に貸しをつけているわけなので、一概に不合理とは言えないと思います。潜在的な可能性だから考えなくていいというのは少し乱暴な気がします。

神吉 同感です。そして最後に、有期労働契約当時の不合理な格差が無期転換後にどう扱われるかという論点については、違法状態が承継されて不法行為と評価され続けるという見解もありますが、有期と無期の状況の違いを指摘しておきたいと思います。無期転換後は有期プレミアムが喪失する一方、雇用保障は厚くなるので、次の契約が更新されないかもしれないという不安で交渉が抑制されるという状況にはなりません。無期契約であれば、契約存続中に条件を交渉したり、改善したりできる契機があります。本来的には強行法規を上回る部分の労働条件は労使の合意で決めていくべきものなので、自分たちで労働条件改善の交渉をするのが望ましい姿です。そうだとすると、無期転換後も裁判所がずっと介入し続けるのは、パターンリスティックにすぎないと思いました。

富永 旧20条はそういう考えに基づいて入れたといえますよね。たしかに。

神吉 はい。同条は、有期契約労働者については、無期契約労働者と比較して合理的な労働条件の決定が行われにくく両者の労働条件の格差が問題となっていたこと等を踏まえて、有期契約労働者の公正な処遇を図るため「期間の定めがあることにより」労働条件を不合理なものとすることを禁止したもの、と解釈されてきました（前掲・ハマキョウレックス事件最判）。つまり、あくまでも有期契約労働者の交渉力格差を外側から補完する、そういう趣旨です。パート有期法によって短時間労働者にも対象が拡大された現在も、非正規としての交渉力格差は正の趣旨が妥当しないとこ

ろには、基本的には介入せず労使交渉に任せる。そういう態度であるべきだと考えています。

（付記）本対談終了後、控訴審である大阪高裁は令和7年10月14日にYの控訴に基づきXの請求をいずれも棄却した。

#### 4. 不利益取扱いの救済としてバックペイを命じない労働委員会の裁量の有無

——国・中労委（シェーンコーポレーション）事件・東京高判令7・6・5（判例集未登載）

##### ——事案と判旨——

##### 事実の概要

X（一審原告・控訴人、被控訴人）は労働組合（合同労組）であり、英語研修の受託等を業とするA社（補助参加人）の労働者（月額制のフルタイム講師（常勤講師）約300名と、非常勤で時給制または日給制のパートタイム講師約110名がいる）でありXの組合員であったパートタイム講師D（補助参加人）について、A社がDらの行った時限指名ストライキを理由として〔1〕E社の業務から外したり、〔2〕業務の依頼を減らしたりしたことが不当労働行為である旨主張して、東京都労働委員会（以下「都労委」）に対し救済申立てを行い、都労委は、本件救済申立てと他の組合員に関する部分を併せて審査したうえで、Dに関する部分については、上記〔2〕が労組法7条1号及び3号の不当労働行為に該当するとしてA社に対し文書交付を命じ、その余の申立てを棄却した（以下「本件初審命令」）。これに対し、Xらが中央労働委員会（以下「中労委」。一審被告・控訴人、被控訴人）に対し本件初審命令について再審査の申立てをしたところ、中労委も上記〔2〕についてのみ不当労働行為該当性を認め、Dの平成27年2月以降の賃金相当額のバックペイの支払については、適正な賃金相当額を算定することが困難であることなどから、Dに対するバックペイの支払まで命ずるのは相当でないとして、他の組合員に関する部分を含め、これを棄却する旨の命令（以下「本件命令」）をした。Xらは本件命令の取消しを求めて提訴した。一審（東京地判令6・3・6労委命令DB）は、補助参加人からDへの業務の依頼を減らしたことに関する部分を取り消した。双方控訴。【判旨】（控訴一部棄却、一部取消し）

1 DをE社の担当から外したことが不当労働行為か

〔略〕（確実な授業の実施を求めてDの交代を求めたもので、X組合員のストライキを理由として交代を求めたものでなく不当労働行為に当たらないと判断）

2 救済方法の適否

「ア 労働委員会は、救済命令を発するに当たり、不当労働行為によって発生した侵害状態を除去、是正し、正常な集团的労使関係秩序の迅速な回復、確保を図るという救済命令



制度の本来の趣旨、目的に由来する限界を逸脱することは許されないが、その内容の決定について広い裁量権を有するのであり、救済命令の内容の適法性が争われる場合、裁判所は、労働委員会の上記裁量権を尊重し、その行使が上記の趣旨、目的に照らして是認される範囲を超え、又は著しく不合理であって濫用にわたると認められるものでない限り、当該命令を違法とすべきではない〔第二鳩タクシー事件・最大判昭52・2・23民集31巻1号93頁、山形大学事件・最二小判令4・3・18民集76巻3号283頁を参照〕。〕

「したがって、裁判所が救済命令の内容としての救済方法の適否を審査するに当たっては、労働委員会と同一の立場に立ってどのような救済方法が最適であったか等について判断し、その結果と比較してその適否を論ずべきではなく、当該救済方法の決定が労働委員会の上記広い裁量権の行使としてされたことを前提としたうえで、当該救済方法の決定に係る判断が上記の趣旨、目的に照らして是認される範囲を超え、又は著しく不合理であって濫用にわたると認められる場合に違法であると判断すべきである。」

「イ〔中労委は、本件命令において授業依頼回数の減少という不当労働行為による得べかりし賃金相当額の損害が生じたといえるとするが〕……救済方法としてバックペイの支払を認めるためには、適正な賃金相当額を算定することが必要になるとし、……適正な賃金相当額の算定のためには①不当労働行為がなかった場合における適正な業務依頼回数及び②Dが業務依頼を受諾して勤務したであろう勤務時間の立証を要するところ〕、①（適正な業務依頼回数）について、実績不足等の事情から適正な業務依頼回数の算定は困難であるとし、②（想定される勤務時間）についても、ストのためDが依頼を受諾して勤務する蓋然性があるとはいいい難く、想定される勤務時間を算定することも困難であるとして、〔Dの適正な賃金相当額を算定することは困難であり、これに雇用契約上他人は他での就労可能性があることも併せ考慮すると、A社に対しバックペイの支払まで命ずるのは相当でないとの結論を導いている。〕

「上記アの観点から上記イの判断を見ると、まず、救済方法としてバックペイの支払を認めるためにはDが得られたであろう適正な賃金相当額を算定することが必要になるとした点に不合理というべきところはなく、また、適正な賃金相当額の算定のためには①不当労働行為……がなかった場合における適正な業務依頼回数及び②Dが業務依頼を受諾して勤務したであろう勤務時間の立証を要するとした点にも、どの程度の立証を求めるかの問題はあつたものの、不合理というべきところはない。」

また、上記①（適正な業務依頼回数）については、Dへのありうべき「業務依頼回数を想定しようとの指摘はどのような想定をすることもできないとはいえず、そのような想定をしなかったことが不合理であるとまではいえ、中労委が必要以上に困難な立証を要求したということもできない。」

上記②（想定される勤務時間）に関しても、「DとA社との間の雇用契約の内容やその就労形態等、上記①について述べたところからすると、補助参加人から業務依頼があったとしてもDが当然にこれを受諾して勤務する蓋然性があるとはいいい難いと判断した点が不合理であるということとはできず、中労委が必要以上に困難な立証を要求したということもできない。」

「そうすると、Dについて、①適正な業務依頼回数及び②想定される勤務時間のいずれの算定も困難であることから、適正な賃金相当額を算定することは困難であるとした上記イの中労委の判断が不合理なものとはいえない。」

「そして、救済命令の内容は、労働者個人が受ける経済的被害の救済の面からだけではなく、当該使用者の事業所における組合活動一般に対する侵害の除去、是正の面からも考慮する必要がある。かつ、その両面からする総合的な考慮を必要とすること、それゆえ、労働組合法は、救済命令の内容の適切な決定を労使関係について専門的知識経験を有する労働組合の裁量に委ねたものと解されることを併せ考慮すると、Dが受けた経済的被害の救済の面のみに着目すればA社に対しバックペイを命ずることが直接的な救済になることを斟酌しても、A社に対しバックペイまで命ずるのは相当でないとした中労委の判断が救済命令制度の趣旨、目的に照らして是認される範囲を超え、又は著しく不合理であって濫用にわたるものと認めることはできない。」

「オ Xらは、Dに対してE社に派遣されていた際と同程度の業務の依頼がされなければならない旨主張する。」

しかし、……A社にはパートタイム講師であるDに対して一定量以上の業務を依頼すべき義務があるとはされていないから、上記主張は採用することができない。これに対し、Xらは、労働時間の保証のないパートタイム講師はストライキをすれば失職につながることに、ストライキをする権利を事実上奪われることになりかねない旨主張する。

しかし、本件命令は、……Dが労働時間の保証のないパートタイム講師であることのみを理由としてバックペイを命ずるのは相当でないとしたものではなく、適正な業務依頼回数及び想定される勤務時間のいずれの算定も困難であることから適正な賃金相当額を算定することは困難であると判断したものであり、Dが経済的被害を受けたこと自体は認めており、労働時間の保証がないパートタイム従業員であっても従前の勤務状況等から適正な賃金相当額の算定が可能な場合についてまでバックペイを命ずることを否定するものでないことは明らかであるから、上記主張は的を射たものではない。」

「カ 以上によれば、A社にバックペイを命じなかった本件命令を違法とするXらの主張は採用することができない。」

神吉 この事件は、労働委員会の裁量権の逸脱が取消訴訟で問題となった事案です。

これまでの類似事案としては、いわゆる全額

バックペイなど、私法上の権利に基づく請求として認容されうる額を上回るような救済命令が裁量権の逸脱ではないかが論点となってきましたが、バックペイを命じなかった本件は、救済が足りない方向で問題となりました。その意味で、ベクトルが逆の新たな論点を提起した事案と位置づけられます。

一審判決は、労働委員会の裁量の範囲に関して、第二鳩タクシー事件最判を一般論として引用しました。これは従来の立場と変わりませんが、労働委員会が業務依頼の減少を不利益取扱い（7条1号）と認めた点を支持しつつ、不当利益取扱いを認定した場合にはバックペイ命令を出すことが「最も適切かつ効果的な方法というべき」と断定し、「これを命じなければ、不当労働行為によって生じた侵害の除去、是正や正常な集団的労使関係の回復、確保といった目的が十分達せられるとはいえない」とまで踏み込んで、広い規範とは裏腹に、事実上は労働委員会の裁量をかなり狭く判断しました。

これに対して、高裁は一審の結論を覆しました。しかし必ずしも労働委員会の裁量を広く認めたわけではないようで、留意を要します。というのは、当てはめのなかで、本件では、Dのパート講師の仕事は毎月の業務量が一定でないという特殊性があり、適正な業務依頼回数及び想定される勤務時間のいずれの算定も困難であることから、適正な賃金相当額を算定することは困難であるとした中労委の判断は不合理なものとはいえないと、消極的な裁量権の認め方をしているからです。Xらの主張に対して、判旨2オで「労働時間の保証がないパートタイム従業員であっても従前の勤務状況等から適正な賃金相当額の算定が可能な場合についてまでバックペイを命ずることを否定するものでないことは明らか」と答えていることから、業務依頼回数や勤務時間の算定が難しくなければ、バックペイ命令は必須と考えているとも解釈できます。

従来、請求する救済内容にバックペイが含まれ、不利益取扱い該当性が肯定される事案であってもバックペイを命じない例は、少数ですが存在します。ただ、バックペイ命令を出さない理由は

必ずしも明らかにされてはおらず、そもそも具体的な経済的不利益の疎明がない、認定困難であるということを経由とするものがいくつか見られる程度です。

算定困難だからバックペイ命令は出さないという裁量が認められるとして、算定困難なケースの多くでは、実績や平均から何らかの額を出すことはできなくはないと思われます。そこで更なる裁量として、どうにか算定できるが事案の特性などからバックペイ命令を出さないほうがよいという判断に基づいて出さない裁量という、もう一段階広い裁量も理論上はありえるわけです。本判決では、前者はやむをえないとされますが、算定できるにもかかわらず命じないほうがいいと判断してバックペイを全く命じないことが裁量の範囲内といえるのか、取消訴訟で維持されるのか、そうした後者の裁量までを肯定するかはわからない、そこまで認める趣旨ではないようにも思われます。

労働委員会が発する救済命令は、現在、破壊され、毀損されている労使関係秩序を回復させることにより、将来に向けて労使関係秩序の維持を図る行政処分なので、それは単に過去の状態に回帰することを目的とするのではない。バックペイ命令も、民法536条2項に基づいて当然受けるべき反対給付の支払命令ではなく、不当労働行為の態様に応じて決められるべきものだと考えられてきました。すなわち、救済命令は権利義務関係の確定ではないので、それを下回るか上回るかは本来、問題にならないはずです。

本件で問題となっているのは、バックペイ命令を出していない不作為部分ですが、労働委員会は救済として文書交付命令を出しています。本件では争点とならないので蛇足ですが、一般に、文書交付命令の使われ方もやや気になっています。労働委員会には要件裁量はなく、効果裁量のみを有するというのが通説です。ただ、不当労働行為の要件を充足するか微妙な事案で一応は不当労働行為の成立を認めてしまい、その代わり救済命令としては最も効果が限定的な文書交付命令にとどめて実質的なバランスをとろうとする、つまり効果裁量をもって要件裁量を事実上埋め合わせるような事例がみられなくもない。文書交付命令の救済

としての意義をどの程度見出すかにもかかわりませんが、本件の論評とは別に、そういったことは望ましくないのだろうと考えています。

富永 ありがとうございます。ちょっと気になったところですが、本判決は、一般論の2段落目のところで、判断代置を否定していますね。そこが実は、先に扱った京都市交通局事件と書き振りがとても似ています。過去の判決では、判断代置ではないということはあまり言っていなかったと思います。そちらの退職手当不支給関係の最高裁判決の影響があるのかもしれませんが。中身としては、裁量があると言いながらも、実は結構密度が高い審査をしています。

神吉 そうですね。実際には判断代置をしてしまっているのが一審判決ではないのでしょうか。私法上の権利義務関係から乖離がありすぎると、裁量逸脱になるという。何らかのあるべき最適な救済方法を判断して、それと比較しているのが一審判決の立場で、高裁判決はそれは否定していることになりますかね。

富永 たしかに一審判決は支払を命じないことに合理的な理由はない、という視点で判断しています。本判決は、一般論では判断代置を否定していますが、中身は意外と見えています。審査密度は高いです。

神吉 そもそも金額を指定しないで得べかりし分の賃金支払を命ずるという抽象的な命令はありませんか。

富永 再査定命令と似たような感じで、なくはなさそうですね。

神吉 労働委員会が自ら算定せず、再査定のように入用者が適正に計算するように命じられるのであれば、賃金相当額の算定が必要だという前提自体が必然ではないといえるかもしれないと思ったのですが、もちろん、判断代置でなく中労委の決定に関わる判断の不合理性のみを問題とすれば高裁判決の吟味で必要十分です。高裁の当てはめは、私は裁量を広く認めるように見えて実は狭いとみましたが、意外と広い可能性はありますか。

富永 適正な賃金格差とか算定が必要となるとすると考えたこと自体も不合理でない、として、それ以外の方法も否定はしていないかもしれません。

ん。バックペイの支払を認めるために金額を算定するという裁量を認めた、ということでしょうか。

神吉 全額バックペイが裁量の範囲内だと正当化する際には、労働者個人が受ける経済的被害の救済の面からだけではなく、組合活動一般に対する侵害の除去、是正の面からも考慮するとされてきて、判旨もそう述べていますが、当てはめで積極的にそれが判断されているわけではありません。全額バックペイは、本来、私法上認められる額を上回る救済を認めるものなので、上回る部分が、労使関係に対する侵害の除去とか是正にあたるという理屈が立ちますが、本件のように過小救済が問題になる場合にも正当化根拠として維持できるものなのか、疑問を持ちました。むしろ、労使関係や組合活動一般に関する侵害はほとんどないからバックペイを認めなくてもいいと、そういう反対解釈が妥当してしまいませんか。

富永 組合の側にも相当でない事情があったから、その部分を減殺していい、という。本件ではこの人は普通にストライキしていただけたようですけれども。

神吉 ストライキをするおそれを考慮していいのかという富永先生のご指摘にもつながるのですが、大きな侵害が認められないからバックペイを命じなくても構わないし、間接的にはストライキをするおそれを考慮していることも問題ないことになるのでしょうか。

富永 ストライキをするおそれがあるし、そんな多額のバックペイを払うほどのものがあるとは思えない以上、小さい救済でもいいという論理は、一応一貫しています。でも、ストライキでノーワークノーペイという処理はいいと思うんですけれども、仕事しないだろうから仕事を割り当てないというのはどうでしょうか。割り当てたところでストライキするからということでしょうけど。

神吉 業務を割り当てても結局ストライキしてやらなかっただろうと言っていいのか。合同労組におけるストライキの有効性の低さをあらためて浮かび上がらせるような内容ですね。

富永 ストライキをしたとき、対抗策として管理職が工場を動かしたり、日雇いというか、ストの代替要員のための人を雇って来たりするのはあ



りだと思うんですが、そもそも仕事を与えないというのは妥当か。会社にあまり負担がなくて、ストのやり損になってしまいます。スト対策としては有効ですけど、それをやっていいのか。

神吉 本件では、Dが1人で授業を担当する講師で、働き方もシフト制で、業務割当てに変動があったという特殊性が効いています。定時で一斉に働いている職場などでは、ストライキした人を仕事から外せば不当労働行為そのものだと、わかりやすいのですが。

富永 タクシー会社でストライキした労働者をシフトから外すというのは駄目だと思います。そうではなく本当の意味で読めない、不安定だという理屈でしょうか。

神吉 もともと不安定な働き方だし、別のところで講師もしているし。しかし、それだとストライキをする権利を事実上奪われることになりかねないという組合の主張も一理あります。

富永 それこそ民訴法248条のように裁量的に判断するのもありですけど。地裁はそうすべきだと思ったんでしょうね。

神吉 労働委員会の裁量を広く認めるべきという一般論に異論はないとしても、経済的被害があることを認めているのにもかかわらず、その回復ができない理由は何なのかという裁判所の疑問も、もっともではあります。私法上の権利義務関係でガチガチに縛られる必要はないにせよ、金額が算定できないということを超えた、労働委員会の専門性に裏付けられた判断根拠を示すことができれば、あえてバックペイを命じない裁量を積極的に認めやすいのですが。

富永 それが表に出せないのかもしれませんが。さっきおっしゃったとおり、労組が勝ったけれど、理由も示されず実質的な救済がないということになってしまいます。

あと、本件はロックアウトではないですよね。

神吉 ロックアウトとはみていないのでしょうか。正当性も何も考慮していませんから。

富永 組合活動で、たとえばJR東海事件（東京地判平10・2・26労判737号51頁）など、新幹線減速闘争を行おうとする労働者の就労を拒否するという事例はあったと思います。それは瑕疵の

ある労務提供だったら受け取らなくていいという話ですけど、本件は中途半端な労務提供ではなく、普通のストライキです。本件の場合、突然いなくなる可能性があるから瑕疵のある労務の提供だ、とは言えなさそうな気がします。

神吉 本件は、通告が直前で、代替要員を手配しようがない状況ですよね。

富永 代替要員が入らず、使用者に打撃があったとしてもストライキとしては有効ではありません。何も打撃のないストライキは、それこそ意味がないです。代替要員を用意しやすくしてあげる義理はない。ただ、会社としては嫌だろうなと思います。

神吉 使用者に打撃を与える労務不提供がストライキだから、とくに落ち度もない。そうすると、積極的にバックペイを命じない理由は、算定困難、検証できない、その1点でしょうか。そうすると、算定できるときには基本的には認めるべきという結論になりそうです。そうでないと、ストライキが労働者にとってマイナスになるだけだと。

富永 不当な仕事の取り上げなら、救済を与えることもありうると思います。私法上の関係と著しくかけ離れていると駄目なんですよ。本当はバックペイせず何もしないことが、ありうる状態と著しくかけ離れている、ということはあるのでしょうか。

神吉 著しくかけ離れているか否かも、本来あるべき額が算定できて初めてわかるもので、算定困難であれば乖離の程度も判断できません。ですから、7条1号が認定される場合、しかも経済的な不利益があると認定するのであれば、基本はバックペイは命令すべきで、ただ、その算定が困難であるという判断が不合理なものといえない場合に限って例外的にバックペイを命じないことも裁量逸脱とはならない。本件は事例に応じてそのような判断をしたものと理解できると思います。

さいごに

神吉 3年間、裁判例と真剣に向き合って、富永先生との議論でさらに気づきをいただいて、大変でしたけど、とても楽しかったです。おつきあ

いくださりありがとうございました。来年は一読者に戻るのも、ちょっと楽しみです。

富永 こちらこそ、ありがとうございます。私も全く同感で、事件について話していると、自分が当然に思っていたことが、実はそうじゃないと気づかされたりして、すごく勉強になったなと思っています。自分では気づかない、論理一貫した裏筋があるんだなみたいなものに遭遇すると、すごく目を開かされる思いがしました。これ

まで、ありがとうございました。

(2025年8月8日 東京にて)

かんき・ちかこ 東京大学大学院法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。