

平成25年度労働実務研究会Ⅱ

共同研究「労働事件を巡る実務上の諸問題」 結果概要

講 師	東京地裁部総括判事	古久保 正 人
	大阪地裁部総括判事	中垣内 健 治

平成26年12月
司 法 研 修 所

司法研修所では、平成25年度労働実務研究会Ⅱを平成25年12月5日から同月6日まで実施した。

本資料は、平成25年12月6日に行われた共同研究「労働事件を巡る実務上の諸問題」における内容を取りまとめたものである。

目次

- 【第1問】 休職
- 【第2問】 使用者がとるべき対応
- 【第3問】 業務起因性
- 【第4問】 労働時間の認定方法
- 【第5問】 時間外手当
- 【第6問】 定年後の再雇用拒否
- 【第7問】 労契法20条
- 【第8問】 労働審判（セクハラ・パワハラ等の審理運営）
- 【第9問】 労働審判（テレビ会議システム等）
- 【第10問】 労働審判（適正な手続選択）

(注)本文中、●は講師の発言、○は研究員の発言である。

◎ 第1問 休職

【第1問】 (休職)

1 私傷病による休職からの復職の要件としての「治癒」の要件が認められるためには、休職前と同じ業務量(労働時間)の業務に従事できる程度に回復する必要があるか。例えば、以下のような場合に、就業規則に基づく休職期間満了による自然退職扱いは有効と認められるか。

(1) 休職前は1か月当たり70時間程度の時間外労働を行っていた(ただし、36協定においては時間外労働の上限時間は1か月当たり45時間とされている。)ところ、当分の間時間外労働は一切できない旨の診断書が提出された場合

(2) 上記(1)の場合において、使用者から1か月あたり30時間の時間外労働を前提とする復職の申出がされたが、従業員がこれを拒否した場合

2 休職期間満了後、業務量が軽減されて復職した場合に、業務量が軽減されたことに伴い賃金又は手当を減額することはできるか。例えば、上記1(1)の場合において、休職前には30時間分の時間外手当として支給されていた営業手当を減額することはできるか。

(参考)

浦和地昭40. 12. 16判, 労判15号6頁(平仙レース事件)

東京地昭59. 1. 27判, 労判423号23頁(エール・フランス事件)

大阪地平11. 10. 4判, 労判771号25頁(東海旅客鉄道事件)

最高一小平10. 4. 9判, 集民188号1頁(片山組事件)

● 第1問のような事例を経験したことはあるか。

○ 被介護者を持ち上げる等の肉体労働と部屋の掃除の両方が労務内容であった労働者が、病気になるまで肉体労働ができなくなったので、部屋の掃除だけをするところになったところ、復職に際して、明確な賃金(減額)の合意をしないまま、使用者が一定額を差し引いて賃金を支給したという事例を聞いたことがある。

◎ 小問1 治癒の要件

○ 「治癒」の定義を従前の職務を通常の状態に行える健康状態に回復したときとした場合、

基本的には、復帰前の職務をそのまま行えることを意味するものとも思えるが、片山組事件（最高一小平10. 4. 9判，集民188号1頁）からすると、債務の本旨に従った履行ができればよいということになる。

(1)70時間の時間外労働については、残業命令がそもそも出せないので、70時間の時間外労働を前提とした治癒を考えることはできないと思われる。(2)では、営業の仕事しか残っていない場合でも、残業なしで営業に戻せるのかが問題となるが、当該労働者が休職していた間も仕事は回っていたといえるのであるから、30時間の残業ができないことをもって、債務の本旨に従った履行の提供がないということは難しいのではないかと考える。

- 診断書の評価も問題になり得る。残業が一切できないとの診断ということは、精神的な疾患と思われるが、精神疾患の診断には偏りがあることもある。いきなり30時間の時間外労働をさせるということができなくても、使用者としては、ある程度具体的に、段階を踏んだスケジュールを組んで、最終的には30時間の時間外労働をしてもらうことを提案すればよいのではないか。
- いわゆる三六協定がある場合における債務の本旨に従った労務の提供とは何かということが問題になるとと思われる。三六協定があっても、残業命令は常に出せるものではなく、業務上の必要性が要件となるなど、例外的に認められるものでもある。病気の人に残業命令を出す権利の濫用となることもあるため、残業ができなければ契約を終了させてもよいとすることは難しいのではないか。
- 小問1は、治癒をどのように考えるのかという問題である。傷病休職制度とは、労働者が私傷病により債務の本旨に従った労務の提供ができなくなったとしても、解雇を猶予する制度であると一般的には言われている。そのため、一定の休職期間の終了時に、債務の本旨に従った労務の提供ができる状態に戻ったかどうか重要となろう。従前の職務を通常程度に行える健康状態に回復した場合は、債務の本旨に従った労務の提供ができる状態といえることに異論はないと思われる。本問では、労働契約上、時間外労働をどのように位置付けるのかを検討することになると思われるが、時間外労働が労働契約の内容になっているといえれば、その時間外労働ができない状態というのは、債務の本旨に従った履行の一部の提供ができない状態ともいえるため、日立製作所武蔵工場事件（最高一小平3. 11. 28判，民集45巻8号1270頁）の要件を検討することになるだろう。この判例の判例解説には、残業命令は合理的なものでなければならないという要件があるため、病人等、正当な理由を有する労働者に対して、時間外労働の義務を履行しないことを理由に損害賠償の請求をした

り、懲戒処分の対象としたりしようとする場合、そのような請求や懲戒処分は権利の濫用として排斥されることになるのではないかという趣旨の記載がある。一般的には、就業規則上、時間外労働の規定があれば、時間外労働義務を負っているとの評価が可能になると思うが、具体的な労働者の状態に照らして、時間外労働を命じることに正当な理由があるといえるかどうかによって、結論が分かれることと思う。

診断書の信用性は吟味すべきと思われるが、仮に信用できるとした場合、こうした診断結果が出ている以上、時間外労働を命じても、あまり正当性が認められないのではないか。三六協定の上限を超えている場合はもちろん、30時間であっても合理性を認めるのは難しいと思われる。

先ほど研究員から紹介された事例のように、掃除のような軽い作業しかできない場合の復職の可否が争われることもある。例えば、相当程度の経験を積み、管理者的な地位にある労働者が私傷病のため単純軽作業のみの労務の提供しかできなくなった場合、当該労働者の業務の中に単純軽作業が含まれていても、通常そのような作業は、就業経験の浅い訓練途上の労働者に割り当てられるのであろうから、それなりに高給取りの労働者については、賃金水準と大きくバランスを欠く業務に就くことが予定されていないのであれば、結局、配転可能な業務には含まれないのではないかという考え方もあろう。やはり、復職させられるかについてよく検討し、そうした業務の軽減ができるかどうかについて、労使でよく話し合うことが必要になると思われる。

◎ 小問2 業務量が軽減されて復職した場合の賃金減額の可否

- 会社の期待している業務量に応じた賃金設定であったところ、復職に当たりできる業務量が落ちたので賃金を減額したいという場合、基本的には、一方的な減額は難しいのではないか。営業手当が30時間分の残業代になるとしても、30時間残業しなければ差し引くという規定になっていないのであれば、合意なく減額はできないのではないか。
- 使用者からみれば、仕事量が減ったのだから給料を下げたい、労働者からみれば、調子が悪く仕事を減らさなければならない時期があっても、体調が戻ったらまたできるようになるのだから従前どおり払ってほしい、との考えになることと思うが、使用者が合法的に減額しようとしたら、どのような手立てがあるのだろうか。
- 営業手当であれば、営業手当が付くような職種とは異なる職種につけることが考えられる。
- 営業手当の実質が時間外手当なのであれば、営業職であれば時間外労働をするということ

を当然の前提として、営業手当という名目で支払っていることになる。難しいかもしれないが、一切時間外労働をしないという就労状況について合意して復帰しているのであれば、時間外手当も受け取らないという同意があったと見る余地もあるかもしれない。

- 本問では、業務量を軽減して復職させているので、時間外労働をさせない状態で復職させたという事案と思われるところ、この営業手当は賃金性のある手当と思われるため、請求原因として、賃金の支払要件を満たしているかが問題になる。その営業手当の根拠規定があれば、その根拠規定の要件を見ながら性質に応じて考えることになるだろうが、中小企業等であれば、そうしたことがきちんと載っている就業規則を置いているとも限らず、営業職には営業手当を支給するとだけ定めた賃金規程になっていることも考えられる。

営業職なので手当を出しているという規定の場合に、時間外労働をしない前提で営業職に復職したときに減額ができるかが問題となる。この職場においては、1か月当たり70時間程度の時間外労働を行っている忙しい職場で、時間外労働をやらしてもらわないと営業職は成り立たないという業務実態がある、営業職全員がその程度の時間外労働をすることが前提となっていることを踏まえてこの就業規則が置かれているという限定解釈が可能であれば、賃金不支給を正当化することも可能かもしれないが、このような解釈は冒険的と思われるため、こうした事案には和解がなじむことになるだろう。

◎ 第2問 使用者がとるべき対応

【第2問】（使用者がとるべき対応）

- 1 精神的な不調のために無断欠勤を続けていると認められる労働者に対する諭旨退職の懲戒処分の措置が有効となるためには、使用者は、当該措置に先立ち、労働者に対してどのような対応をとっておくことが必要か。例えば、労働者が使用者のした健康診断の受診命令に従わなかった場合や、健康診断に基づいて治療を勧めたものの労働者がこれに従わなかった場合、使用者は、諭旨退職の懲戒処分の措置を執るため、これに先立ち休職等の措置を執らなければならないか。また、前記の各場合において、就業規則等に休職命令等の規定がない場合、どのように考えるべきか。
- 2 精神的な不調のために無断欠勤を続けていると認められる労働者に対する次の各措置が有効となるためには、使用者は、当該各措置に先立ち、労働者に対してどのような対応をとっておくことが必要か。
 - (1) 懲戒解雇

- (2) 普通解雇
- (3) 雇止め
- (4) 休職命令
- (5) 諭旨退職や懲戒解雇以外の懲戒処分（降格等）

(参考)

最高二小平24. 4. 27判, 集民240号237頁

(日本ヒューレット・パカード事件)

◎ 小問1 諭旨退職処分に先だって執るべき措置

(日本ヒューレット・パカード事件の最高裁判決の解釈)

- 日本ヒューレット・パカード事件では、判決中に「このような精神不調のために欠勤を続けていると認められる労働者に対しては」とあるように、判断の内容としては、精神の不調がうかがわれるような人が出勤しない理由として述べていることがおよそあり得ない理由であったということだけで、直ちにその欠勤を正当な理由なく無断でされたものとして扱い、諭旨退職の懲戒処分をすることはできない、病気によるものなのかを確かめるために健康診断を実施して、病気なのかを確かめなければならず、それが病気によるものであれば休職を検討しなければならないということを行っているのだと思われる。

懲戒処分をするための要件や使用者の義務の内容を述べたというよりも、精神の不調がうかがわれるということだけでは諭旨退職とすることはできず、こうした手順を踏まなければならないとしているように思える。判決中に記載されたことを行わなければ懲戒処分とすることができないということではなく、少なくとも病気かどうかは確かめる必要があって、病気のせいではなく、本当に全く理由のないことを本人が言っているということが分かれば、懲戒解雇としてよいのではないか。

- 懲戒処分とは、人の非違行為をとがめて不利益を課すものであるから、懲戒処分をするためには、誤解を解いたり、病気を治したりすることが前提となるということ、日本ヒューレット・パカード事件の最高裁判決は、事例判断として言ったにすぎないのではないか。健康診断や休職についても、諭旨退職の必要十分条件を設定したのではなく、はっきりと書いてはいないが、自然退職を検討すべきであったと言っていることと見ることが可能ではないか。
- 例えば、妄想によって無断欠勤を続けていたが、統合失調症等との診断書が提出されたよ

うな場合、どのように考えるか。

○ その場合は、懲戒解雇の問題ではなく、普通解雇の問題になると思われる。休職させても治癒しなかった場合に普通解雇等を検討することになると思われる。

● 事例判断ということになってしまうと思うが、懲戒処分というのは労働者の企業秩序違反行為に対する制裁罰であるから、懲戒処分を科すには、企業秩序遵守義務違反が認められることが必要になる。そうすると、義務違反と評価するためには、理屈上、まず義務の履行可能性と帰責事由が存在する必要があると思われる。無断欠勤は、連絡なく休むことでその人の仕事に誰を配置すべきかがよく分からず、職場秩序を乱すため、懲戒事由とされていると思われる。帰責事由が刑法の責任能力と同様であるか否かは分からないが、日本ヒューレット・パカード事件は、届出はなくとも、本人が出勤しないことを公言していた事案であり、また、出勤して仕事をできる状態なのかも疑わしい事案であったと言えるだろう。

各研究員が指摘するとおり、受診命令を行った上で、精神疾患の罹患が確認できれば、休職や普通解雇を検討することになり、精神疾患ではなく偏った性格が原因であるということになれば、懲戒を検討することになると思われる。

● 日本ヒューレット・パカード事件の事案は、無断欠勤とはいっても、本人が最終的には出勤し、仕事を始めている。その後、無断欠勤を理由として論旨退職としたという経緯がある。

(受診命令の規定が就業規則にない場合)

○ 欠勤に正当な理由があるのかを知りたいので受診を促したが、労働者が受診せず、診断書も出てこない場合で、就業規則にも健康診断の受診命令が規定されていないとすれば、使用者はどのようにすべきなのか。

○ 就業規則にないから何もしなくてもいい、とは言えないだろう。上司が、事実上、カウンセリングのように悩みがないかを聞くなど、何らかの働きかけをしていくことは必要だと考える。ただし、そうした中でも、労働者が不合理な主張を繰り返すのであれば、懲戒もやむを得ないのではないかという気もする。

日本ヒューレット・パカード事件も、40日間も欠勤しており、早い段階で何らかの示唆はできたのではないかと思う。働きかけに全然応じないのであれば、懲戒も仕方がないのではないか。

○ 就業規則になくとも、例えば、労契法5条で、労働者の安全への配慮として、使用者は必

要な配慮をするものとする」と規定されているのであるから、このような条文を根拠に受診を促すということはできるのではないか。

- 促すだけでなく、命令という形をとることも可能ということか。
先立つ休職の措置については、どのように考えるか。
- 休職させるにはそれなりの根拠が必要だが、無理矢理休職させるとまた問題になるため、やりすぎることはできないだろう。
- 受診拒否が正当なのか。正当でないとするれば、むしろ欠勤ではなく、受診拒否という命令違反を理由とする懲戒処分を検討する余地もあろう。受診命令の根拠が就業規則にない場合であっても、安全配慮義務から、状況によっては受診命令が導かれることもできるのではないかと思っている。
- 業務命令を出したとしても、精神的な失調のためその意味が分からないというところまで来ると、業務命令違反といえるのかが問題となってくる。休職にしても、命令違反だけで休職の要件を満たすといえるのかが問題となろう。受診命令を拒否された場合、休職命令を出すことが難しいが、何度も繰り返せば、解雇事由の定め方にもよるものの、信頼関係が破壊されたこと等を理由に普通解雇ができるかを検討するしかないのではないか。
- 受診命令は、就業規則に規定がない場合であっても、業務命令の一種と位置付けられるのではないか。日本ヒューレット・パカード事件の事案であれば、精神疾患の罹患を非常に強く疑わせる事実があるといえることから、労働者の方も、休職要件がないことを言うための一定の協力義務があると思われるため、休職処分とすることはそれほど問題がないのではないか。

逆に、妄想までいかないが、非常に気分の浮き沈みの激しい言動が見られるような場合は、直ちに精神疾患の罹患までは認められないと思われるため、休職命令を出せるだけの要件を満たしているかについては疑問が出てこよう。しかし、その場合であっても、業務命令として一定の期間、出勤停止や自宅待機、休業を命じて賃金を支払わなくてもいいケースがあり得るといわれているため、受診命令が出されているのに協力をせず、また、実際に出勤しても全く就労ができないような蓋然性が高い場合は、仮に精神疾患の罹患が確認できない場合でも、業務命令として自宅待機等を命じることもあり得るかと思うが、あくまでも私見である。通常は、使用者側が、労働者に対して、精神疾患に罹患しているというのであれば、病院に行って証明書を入手して休職手続に入ってください、ちゃんと働けるのであれば、きちんと就労を提供しないと、懲戒、降格、雇止め、普通解雇といったことが考えられますよな

どと言って、受診を勧誘することになるのだろう。

◎ 小問2 各措置に先立ち、使用者がとるべき対応

○ 懲戒処分とは非違行為を咎めて不利益を課すものであるということを前提とすると、(1) (懲戒解雇) 及び(5) (諭旨退職や懲戒解雇以外の懲戒処分) は、日本ヒューレット・パカード事件と同様に考えることになろう。これに対し、(2) (普通解雇)、(3) (雇止め)、(4) (休職命令) については、この判例の射程には入らないだろう。これらの場合は、一般的に私傷病で就業不能になった場合の話となる。就業規則の定めがあればそれによることになり、また、合理性も必要となろう。そこから先はケースバイケースであるが、精神的疾患というものは、例えば骨折のように外から見えるものではないため、普通は精神科医の診断を経ることが就業規則に書いてあると思われ、また、書いていない場合であっても、診断は必要ではないかと思われる。

(3) (雇止め) については、合理的期待が認められる場合には、(2) (普通解雇) と同様に考えることになり、合理的期待がないのであれば期間満了ということなので、特段問題はないと考えられる。

◎ 第3問 業務起因性

【第3問】 (業務起因性)

労働災害保険の不支給処分取消請求事件において、異なる使用者に雇用されて、複数の事業所で稼働している従業員が、長時間労働の負荷によって発症する傷病に罹患した場合、業務起因性の判断において、当該各事業所における労働時間を合算して考慮するべきか。また、給付基礎日額の判断においては、当該各事業所から得ている給与を合算して計算するべきか。例えば、A社とB社に二重に雇用され、A社の業務終了後にB社の業務に従事することを続けていた労働者について、以下1及び2のような労働時間で稼働をしていた場合、どのように考えるか。

- 1 発症前6か月間のA社での時間外労働時間が毎月100時間
発症前6か月間のB社での総労働時間が毎月20時間 (時間外労働時間は0時間)
- 2 発症前6か月間のA社での総労働時間が毎月140時間 (時間外労働時間は0時間)
発症前6か月間のB社での総労働時間が毎月140時間 (時間外労働時間は0時間)

(参考)

最高三小昭61.12.16判, 労判489号6頁(王子労基署長(凸版城北印刷)事件)
東京地平24.1.19判, 労経速2142号21頁(新宿労基署長事件)

- 小問1について, A社が発生事業所であり, 労働時間を合算せず, A社のみ平均賃金を基礎にするとの考え方は, 王子労基署長(凸版城北印刷)事件の最高裁判決(最高三小昭61.12.16判, 労判489号6頁)に沿うものであるが, その場合, 小問2のような事例では, 業務外災害との認定になるのか。
- 労災保険の性質は, 災害を担保するものであるから, 労働時間を合算することは難しいのではないかと。小問2のような事案の場合に業務外とされるのは不当であるとの批判は考えられるが, 2つならともかく, 3つ, 4つと労働者が仕事を掛け持ちしている場合であっても全て合算すべきといえるのだろうか。
- 原則として合算は難しいと思われる。A社の業務, B社の業務にそれぞれ内在していた業務の危険性が現実化したかという観点から, 労災保険の支給を考えるべきであろう。例えば, A社がB社での労働を命じていたか, A社とB社が事実上一体であるとか, そういう例外的な場合を除き, 労働時間は合算せずに別々に考えるのではないかと。
- 新宿労基署長事件(東京地平24.1.19判, 労経速2142号21頁)では, 原告が, 労働時間合算の根拠として労基法38条1項を主張していたが, 同事件の判決は, 同項は, 労働時間規制の観点から規定された規制であって, 補償額の合算の根拠になるものでも, 心理的負荷の程度を図る上の根拠となるものでもないとしている。

小問2のように, それぞれの労働時間が等しい場合で, 両方が相絡まって初めて結果が生じているという場合には, 事案の解決としては悩ましいところが出てくる。
- 例えば, A社が自分のところの労働者がB社でも就業していることは知りながら, それを放置していたという事情があったとしても, それでA社が安全配慮義務を果たしていなかったといえるのか。日本の会社では, 他社での就業を禁じるなど, 少なくとも職務専念義務を定めている会社もあり, 仕事に支障を来さない程度のアルバイトだと思って見逃していた場合に, 会社にとって厳しい結論になってしまうのかという疑問がある。A社が責任を問われる理由としては, 他社で働いているのだから業務を軽減してあげなければいけなかった, ということになるのだと思うが, 例えば, 家族の問題を抱えている労働者に対して, 業務を軽減してあげなければいけないのかと考えると, 他社で働いていることを知りながら業務を軽

減せずに結果が発生した場合に、A社での業務の危険性の現実化といえるのかは疑問である。

- B社の方が、A社で働いていることを承知で雇っていたという事情があったとしても、内在した危険の現実化といった場合に、落ち度がどちらにあるとか、就業規則違反があるとか、そういった事情は考慮されるのか。むしろ、労災の場合、業務自体を客観的に見て、当該危険がある業務なのかを判断するのが一般的な考え方と思われるため、会社側の落ち度は関係ないのではないか。
- その点は問題にはなるだろう。もっとも、労災保険というのは、保険者・被保険者をベースに考えるものであり、やはり会社ごとに考えるという枠組みは外れないのではないか。発展的な話としては、安全配慮義務違反の場合だったら判断が変わるのか否かが問題になるだろう。
- 王子労基署長（凸版城北印刷）事件の最高裁判決は、製本作業中の指の切断事故であって、当該事業のみの危険が現実化した事案であることは明らかであろう。

本問は、脳心疾患といういわゆる私病増悪型という労災である。こうした疾患では、長時間労働が、血管病変を自然の経過を超えて収縮増悪させるという医学的知見に基づいて認定基準も作成されている。その認定基準を作る報告書をみると、結局1日4ないし6時間の睡眠が確保できない状態が継続したかというところが、脳の血管病変等が自然経過を超えて著しく収縮増悪するかどうかの基準となっている。1か月で5時間以下の睡眠であると、脳の心臓疾患の発症との関連において、全ての報告において有意性があると報告されており、1日4時間の睡眠しか確保できない状態とは、1か月において120時間の時間外労働が想定され、1日6時間の睡眠が確保できない状態というのは大体80時間の時間外労働が想定されるという対応関係をもとに認定基準が決められているようである。

小問1の場合、A社での労働時間とB社での労働時間を合算すると、結局120時間の時間外労働をしているのと同じとなり、1日4時間くらいの睡眠しか確保できていないことになる。小問2の場合、両方足したら280時間となり、実質的には100時間以上の時間外労働がされているのと同じこととなり、1日5時間程度の睡眠しか確保できない状態になっている。いわゆる自然的な因果関係を考えた場合、どちらかの労働が仮になかったとしたら、そのときその場所の脳心疾患の発生に影響がなかったかということ、それは違うのではないかと思う。それにもかかわらず救済されないとなると、脳心疾患の認定基準の根拠との整合性を欠くのではないかとも思える。また、保険制度であるという前提であれば、やはり分断して考えざるを得ないというのは全くそのとおりのと思うが、労災保険制度が、本当に純粋な

民間の保険関係みたいなものといえるのか。過失責任である不法行為責任であっても、共同不法行為の場合、客観的関連共同が認められれば両者とも責任を負うにもかかわらず、労働者のための無過失責任である労災保険制度においては、共同不法行為的な状況であっても結局救済できないとの結論になるのが相当なのかとの観点はあろう。

- 現行の労災保険上の規定は、個別使用者を前提にして全て成り立っていて、個別の場面ではともかく、制度全体としては集団としての使用者を前提に設計されてはいないだろう。

学者の中には、集団責任説という、使用者を集団で考え、使用者を1か所に限定して考えるのではないという説を述べる方もあり、その考え方であれば、この人は1日何時間働いたのかということを考えればよいから、本問のような事案でも業務起因性を認めやすくはなるが。また、社会的な事実として、2か所で働くことが通常あり得ることなのかとの判断が裏にはあろう。

新宿労基署長事件は、兼業の事実を秘匿していた事案であり、兼業は、指揮命令の及ばない私的行為であって、同社の業務に内在する危険等と評価されるものではないとしている。隠しているのか、使用者が知っていたのかという問題もあるものの、例えば、1か所では6時間以上は働けないとされていて、みんなが2か所以上で働いているというのであれば話は別だが、2か所で働くというのは、例外的なことなので、そこから生じたことを全体に及ぼすのはどうかという問題意識があろう。

もっとも、2社の関係が例えば親会社と子会社で、実質的に1つとして見ることができる、片方の会社の指示によって、もう片方の会社に行っていたなど、使用者が一体として考えられるような事情があった場合には、救済することがあり得るのではないか。両者の関係いかんによっては、例外的に救える場合もあり得よう。

◎ 第4問 労働時間の認定方法

【第4問】（労働時間の認定方法）

- 1 タクシー運転手である労働者が、使用者に対して、時間外手当を請求している事案において、デジタルタコグラフにより判明する停車場所と停車時間に基づいて休憩時間を立証しようとする場合、どのような事情があれば、休憩時間と認めることができるか。また、デジタルタコグラフによる労働時間の立証において、留意すべきことはあるか。
- 2 時間外労働をしたことは明らかであるが、時間外労働時間数を裏付ける信用できる証拠がない場合に、労働時間の合理的な推計方法・推定のための工夫はあるか。

(参考)

1につき

大分地平23. 11. 30判, 労判1043号54頁(中央タクシー事件)

大阪地平21. 9. 24判, 労判994号20頁(大阪エムケイ事件)

2につき

東京地平23. 10. 25判, 労判1041号62頁(スタジオツインク事件)

東京地平20. 5. 27判, 労判962号86頁(フォーシーズンズプレス事件)

大阪高平17. 12. 1判, 労判933号69頁(ゴムノイナキ事件)

大阪高平12. 6. 30判, 労判792号103頁(日本コンベンションサービス事件)

◎ 小問1 タクシー運転手の休憩時間

- 割増賃金請求事件において、被告である会社が、デジタルタコグラフと普通のタコグラフを詳細に分析した上、これだけの時間この場所で停車していたということは、休憩している以外にあり得ないと主張してきた事案があった。そのような理由で、休憩時間という実態が認められる場合があるのか。
- タクシー運転手の残業が問題となった事案を担当した経験はあるか。
- トラック運転手の事案はあるが、タクシー運転手の休憩時間か否かが争われている事案はあまり見られないように思う。
- トラック運転手について、同じように、デジタルタコグラフからどこで何分停車しているということを、いくつか拾って主張するという事案は何件かあったが、その際には、労働者側もあまり争わず、それを踏まえて和解で終わっている場合が多いようである。
- 基本的にはトラックばかりで、タクシーの事案で悩んでいる裁判官はあまり多くはないのではないか。トラックの場合でも、中長距離の事案と個配の事案があるが、個配の方は本問とよく似た問題点が出てくる場合がある。個別にやっていると非常に細かくなるので、できれば、20分以上とか、30分以上とか、長めのものについて休憩と認めることはできないのかなど、いろいろと考えて和解を成立させることが多いことと思う。
- 考え方を整理すると、まず、タクシー運転手の休憩時間をどのように考えるのか。いわゆる手持時間的なものと休憩時間の仕分けをどのように考えるのかという問題があり、次に、タコグラフから何が分かって、どのように利用できるのかという問題があると思われる。タ

タクシー運転手の場合、例えば、公園の横で寝ている時間は休憩時間となるのだろうか。

- ずっと停車して、ご飯を食べて、テレビを見るために携帯を触っている場合は、明らかに休憩時間ではないかと思う。
- 駅などで客待ちしていたと主張する場合はどうか。
- 客待ちでも、1台が行けば、微妙に動くことになるが、その場合は当然休憩ではなく、客待ちとなろう。しかし、30分や40分間完全に停まっている場合は、客待ちとは考えにくいのではないか。
- タクシー会社、特にデジタルタコグラフを導入しているところでは、通常、休憩ボタンというものがあって、運転手が「休憩」というボタンを押したら、それがタコグラフ上にも表示されるので、それが休憩であったかが後で問題となることが少ないと聞いたことがある。本間のような事案では、そうした休憩表示があるにもかかわらず会社が争うのか、会社が普段から管理をしていないのかを見極めることも必要であろう。
- そもそも管理の仕方に問題があった事案では、停車していた時間や場所を会社が詳細に主張するには、その前提として、会社側において休憩時間についてどのような管理をしていたか、社内では運転手とどのような取決めをしていたのかということが問題になってくるものと考えられる。そのような場合、運転手側も、30分以上動かない場合でも、その場所でも客が来るため客待ちをしていたと主張することが想定される。
- 合理性のない場所で30分以上動いていなかったら休憩時間となるのかについては、停車していた場所や、休憩ボタン等についての会社の運用の違いにもよるだろう。ただ、5分、10分くらいであれば、トイレに行くこともある。また、本来のタクシー乗り場ではないが、ここは客がタクシーに乗ることが通常よくあることなので、そこで待っていたのだと主張されたときに、それを排斥することができるのか。ただし、同じ場所でいつも30分、1時間動いていなかったら、休憩時間と考えることもできよう。
- タクシーが停車している時間は、実作業には従事していない時間であるから、役務の提供が義務付けられているのかどうかという点を労働者、使用者のどちらに立証させるのが問題となる。タクシー運転手の場合、ホワイトカラーのように事業所でずっと就労しているものではなく、現実に労務に従事しているのか、客待ちであるのかを使用者において実質的に管理・監督することがかなり難しいタイプの業態であるため、休憩時間を3時間等長めに定めている事例も見受けられる。そうすると、使用者において現実にきちんと従業員に休憩時間について指揮・命令しており、労働者が休憩時間をどのくらい取ることができるかを分か

っていることを当然の前提として、休憩時間以上に働いていたと主張するのであれば、実際に休憩時間以上に停車している場合、役務の提供はどのような状況だったのかを労働者に主張させることになるだろう。逆に、使用者が、休憩時間がもっと多いと主張するのであれば、本来は、使用者がその点について主張することになると思われる。しかし、労働者としても、なぜ客待ちなのかということ概括的に主張する必要があるのではないと思われる。タクシー運転手のように、労働時間の実質的な管理・監督が難しい業種の場合にも、事業所における休憩時間の考え方と同様に評価できるのかということは、検討する必要がある。

◎ 小問2 労働時間の合理的な推計方法・推定のための工夫

- 例えば、一応タイムカードはあるが、労働者と使用者が通謀して、実労働時間を反映しないような形に作っていたところ、労働者の方が、辞めたときに本当の労働時間はそうではなかったと主張するようになったという事案のように、タイムカードと実態が合わない、タイムカードが信用できないとなった場合、どのように推計・推定していくのがよいか。
- 時間外労働をしたことは、労働者が立証すべきである。何も根拠がないのに請求をする事例はあまりないと思われる。根拠がある期間とない期間あるというまだらの状況であっても、どこからどこまで推計していくかという場面で、そのまだらの内容によっては、抜けているところが推計できるような場合もあれば、難しい事案もある。

労働審判の場合にはざっくりと推計してしまう場合もあるが、判決となると、もう立証がないということで落としてしまわざるを得ない場合も多く、やはり、労働者がどこまで立証できるのかということがポイントになってこよう。

ただし、タイムカードが時間を反映しないように作られてしまっている場合、何が実態と違うのかを審理する必要が出てくるのではないか。

- 結局は時間の認定であるため、実時間を認定するために、日報、メール、パソコン、ログ等を基礎資料にして、それがそのまま労働時間になるかはともかく、そこから考えていくしかないと思われる。

裁判例の中には、民訴法248条を考慮したものがあるが、それは難しいのではないか。その他の事例では、一応、推計の基礎となるタイムカードが存在しており、使用者側に落ち度がある場合であれば、推計をすることは事案の判断としてあり得るのではないか。もっとも、何も無いところから推計していくというのは難しく、タイムカードが一定期間あるなど、推計の基礎がある場合に、ほかの期間についてどの程度の時間労働していたかとい

うことが認定できるかを、事案ごとに判断せざるを得ないのではないかと思う。

時間外労働をしたことは明らかであったとしても、労働時間については、その日ごとの認定をすることになるため、労働時間の立証責任が労働者側にあるという以上、法定労働時間内に終わっていなかったのだろうという心証から、時間をどこまで認定できるのかというのは、難しいところがある。

- 時間外労働をしたのが明らかであるとの結論になったということは、始業前あるいは終業後に、どのくらい実際に労働時間があったのかという点について、客観的に明らかな証拠があるか、少なくとも審理の中で、このくらいは時間外労働をしたことは堅いという心証ができていいる場合と思われる。和解協議の中でも、このくらいは仕方がないだろうということが当事者とも共通認識となって、広い意味で争いが無い事実となることもある。客観的な証拠がなくても、その限度で認定をすることはあり得るのではないか。

経験した事案では、一律にこの時間にタイムカードを押してくれと言われていたことは争いが無いが、どのくらい就業していたのかがはっきりしないということがあった。もっとも、交代勤務であったため、交代の人が来るまで稼働して、引き継ぎをして、朝礼にも出席することが通常であったため、タイムカードを超えて認定したことがある。

使用者の方に労働時間の適切な把握のために講ずべき義務があり、労働基準法違反となれば、抽象的には刑事罰の対象になってしまうため、容易に認定してよいのかという問題はある。事案によっては、堅いところで認定していくということもできるのではないか。

- 厚労省の通達（労働時間の適正な把握のために使用者が講ずべき措置に関する基準〔平成13年4月6日付け基発第339号〕）がある。労働審判手続では、労働時間を記録した証拠が全く出てこない場合、この通達に反しているということを労働審判委員会が厳しく指摘して、その結果調停が成立する事例もある。

安易に立証責任を転換してはならないのではないかという問題はあるが、タイムカードをもともと付けていない場合と、捨ててしまったなどの理由でその人の分だけが存在しないとされる場合を一緒に考えてよいのかという問題もあろう。後者のような場合、文書提出命令であれば、使用者に廃棄の立証責任があることになるため、それを手がかりにある程度主張を認めるという場合も出てくるだろう。

通達を一切無視して、タイムカードを全く作成していない会社の場合が、一番悩ましいといえる。しかし、法定労働時間を超えて労働をしたことがうかがわれない事案では、そもそも悩む必要がないのであり、法定労働時間を超えて労働していたという心証を担保する客観

的事実が何かということを考えていくことになる。例えば、平均1時間とみるのか、他の労働者の労働時間との比較をするのか、ある一定期間の労働時間を基準として推計するのかなどは、事案ごとに悩まざるを得ないだろう。

- タイムカードがない場合、何時何分という認定は難しいことが多い。いわゆる堅いところを認定して、例えば、終業時間後の1時間、午後8時までは職場にいて、かつ、業務指示があったというように事実認定をするのであれば、厳密に何時何分との認定ができなくても、判断としてはあり得ると思われる。当事者としても、客観的な事実から共通の労働時間の認識を持つこともあるが、裁判所の判断がその範囲にうまく合えば、和解が成立したり、控訴がされなかったりすることもあるだろう。その見極めが重要となってくると思われる。

◎ 第5問 時間外手当

【第5問】（時間外手当）

時間外手当請求事件において、特定の手当が定額残業代として認められるためには、どのような事実が認められる必要があるか。当該基本給及び特定の手当の内容自体の合理性、当該給与体系が合意された経緯、理由等をどのように考慮するべきか。例えば、従前、月額賃金25万円に固定残業代を含む旨の合意がされていたが、基本給14万円及び固定時間外手当11万円を支給する旨の個別の変更合意がされた場合（なお、就業規則は作成されていない。）はどうか。

（参考）

最高一小平24. 3. 8判, 集民240号121頁（テックジャパン事件）

最高二小平6. 6. 13判, 集民172号673頁（高知県観光事件）

札幌高平24. 10. 19判, 労判1064号37頁

（ザ・ウィンザー・ホテルズインターナショナル事件）

札幌地平23. 5. 20判, 労判1031号81頁（同上）

京都地平24. 10. 16判, 労判1060号83頁（トレーダー愛事件）

- 基本給に残業代を含むとだけされて、残業代の部分の金額が明示されていない場合、残業代が基本給に含まれているとは認められないのが通常であろう。

基本給に残業代5万円分を含むというようなパターンもあるが、例えば、残業代とは明示

されず、営業手当とされて、残業代の趣旨も含むとされているような場合はどのように考えるのか。また、残業代の趣旨は明確でも、足りない場合に差額を精算して支払っているか、少なくとも、足りない場合には精算すると定めていないと残業代とは認められないのかといった問題がある。さらに、最近出てきた新しい問題として、25万円に残業代を含むとしていた規定を、基本給14万と固定時間外手当11万円に変えたというような事案も出てきている。

まずは、残業代として認められるための要件として、足りない場合には差額を支払う旨の精算の規定が必要か否かについて、どのように考えるか。

- 小里機材事件（最高一小昭63.7.14判，労判523号6頁）が、差額を支払う旨の合意が必要であるとしている一審判決を是認していることや、テックジャパン事件（最高一小平24.3.8判，集民240号121頁）の補足意見によれば、差額を支払う旨の合意が必要であるかが問題となろう。しかし、テックジャパン事件での差額支払い合意についての論述は傍論であり、最高裁として合意が必要との立場に立っているとみる必要はないのではないか。差額合意がなくとも、労基法37条から差額分を支払わなければならないことは明らかであるため、差額支払合意がないと割増賃金と認められないとまでいう必要はないと思われる。
- 精算合意があるのか、精算の事実があるのかという形式的なところで区別するという考え方が一方で、実質で考えるべきとの考え方もあろう。例えば、14万円と11万円だとすると、最低賃金に近い金額となるが、世間並みに考えて、その仕事はその賃金に見合うような仕事なのかを見ていく方が考えやすいと思うが、考え方は分かれよう。
- ケースバイケースの判断になると思うが、精算条項がない、又は労基法上の上限の時間を超えた時間を前提にしていることから、直ちに残業代とは認めないとすることはできないと思われる。しかし、残業代の特定性の問題からすれば、割増賃金の性質を持っていると認定されるには、本来、超過時間に応じて計算される金額の内金の性質を持つものといえることが合理的に理解できる条項であることが期待されていると思われるので、精算の規定がない、又は法令に違反する超過勤務を前提としているということは、趣旨を理解する上で、割増賃金の弁済の性質を持つことを疑わせる大きな事情だと考えている。しかし、絶対条件ではないだろう。
- ザ・ウィンザー・ホテルズインターナショナル事件（札幌高平24.10.19判，労判1064号37頁）のように、ホテルでの勤務であれば、働く時間がどうしても長くなると

いう特性はあろう。残業代を抑えるために意図的に設計している場合と理由があつて制度を採用している場合とがあろう。

25万円を14万円と11万円に分けたことについては、同意が必要となるのか。

- 11万円に相当する時間外労働時間は相当な時間になるため、基本給を25万円から14万円に変更したといわざるを得ず、同意が必要なのではないか。
- 従前、25万円に残業代を含むという合意が本当にできていたのであれば、金額を分けたとしてもそれは明確化したのであつて、実質的な変更ではないとの意見もあり得るが、その前提として、そのような合意が本当にできているかが大いに疑問なため、実際の事件では不利益変更となろう。20万円と5万円だと微妙と思われる。
- 残業時間が通常3万円か4万円くらいに相当するとの実態の下、25万円を22万円と3万円と分けた場合、不利益変更とならない可能性もあり得るのではないかと意見であろう。
- 最高裁がいう明確性区分の要件のほか、固定残業代をどのような基準で認めるのかについて、実態が大切であるということは共通しているだろう。

しかし、この実態の要件というものが何であるかという点、労働基準法は、例えば、基礎賃金に算入しない除外賃金（労基法37条5項、労基法施行規則21条）は実質的に判断されるべきところであり、通常の賃金とは異なる時間外労働の対価も実質的に見ていくことになる。

不利益変更に当たるか否かであるが、変更前の残業代込みで25万円との合意であれば全部通常の賃金に算入されるという法理がある以上、不利益な変更と評価されてしまうのではないか。あとは、労働者が一定の権利を放棄する合意をしたということが、自由な意思で担保されているかという次の段階に入るだろう。もっとも、シンガー・ソーイング・メシーン事件（最高二小昭48. 1. 19判、判タ289号203頁）でも、自由な意思に基づくかどうかについて、自由に訂正したと認めるに足りる事情があればよいというような解説がされているところでもあり、実態として残業代込みで25万円との合意があつて、通常していた残業の部分と実際に明確区分性を満たすために分けた残業代部分とがある程度相応している関係であれば、自由な意思に基づくと考えてもよいのではないか。

私見だが、テックジャパン事件の補足意見については、不足分を支払う旨の明示等が要件として必要だと理解してしまうと、多数意見の枠組みから外れてしまうと考えられるので、不足分の支払は、固定残業代の実態を判断する中で重要なメルクマールになると理解するのではないか。

- 一口に固定残業代といっても、制度としていかなものかと思うようなものもあれば、労働者においても残業代込みと納得して高額な給与をもらっていたが、トラブルで辞めた後に高額の残業代を要求しているというものもある。いろいろなバリエーションがあるため、裁判所として、本来あるべきところはどこかというところを外さないように、事案の解決としては適切にやっていく必要がある。

◎ 第6問 定年後の再雇用拒否

【第6問】（定年後の再雇用拒否）

- 1 就業規則等により、労働者の定年後の再雇用制度を設けられ、定年後の雇用継続の継続雇用基準を満たしていた労働者が、再雇用を拒まれた場合、再雇用時の賃金の額を的確に認定するに足りる証拠がないときでも、定年後も雇用契約上の地位があると認められるか。例えば、当該労働者は、当該就業規則等に規定する継続雇用基準を満たすものの、当該就業規則等は、再雇用時の賃金の額に関し、「再雇用時に協議して定める」、「従業員の能力、担当する職務、勤務形態等に応じて、個々に決定する」等と規定するに止まり、再雇用者の賃金についての労使慣行等も存しない場合、どのように考えるか。
- 2 上記1の場合、継続雇用基準を満たすものの使用者から再雇用契約の締結を拒否された労働者につき、不法行為に基づく損害賠償請求は認められるか。その場合、損害として、①逸失利益認定の可否及びその算定方法、②慰謝料認定の可否及びその認定額について、どのように考えるか。

(参考)

最高一小平24.11.29判, 集民242号51頁 (津田電気計器事件)

札幌高平22.9.30判, 労判1013号160頁 (日本ニューホランド事件)

札幌地平22.3.30判, 労判1007号26頁 (同上)

札幌地平23.4.25判, 労働法律旬報1751号84頁 (萬世閣事件)

◎ 小問1 賃金の定めがない場合

- 津田電気計器事件 (最高一小平24.11.29判, 集民242号51頁) は賃金の計算が可能であったが、賃金について一義的に定めていない場合も多い。労働慣行もなく、再雇用された人たちの中でも、職種が多数で、日給、月給、時間給もばらばらであって、平均を

とることすら難しいような事案がある。

賃金額を認定することが適切なのかどうかを考える事案もある。例えば、労働者は定年前と同じ賃金を主張するが、定年後の再雇用後の仕事の内容から、使用者が基本給で10万円とか13万円くらいの仕事になったと考えているということもある。

- 多くの場合、定年までしてきた仕事の周辺、補助的な仕事になることが多いと思われるため、労使慣行ということまでいなくても認定してよいという考え方もあろうし、どうしても認定できないのであれば、最低賃金もやむを得ないという考え方もあろう。
- 例えば、トラックのドライバーが、体調が悪くなって事故が怖いので、定年後は別の職種に就くことになるという場合、定年後に就くことになる職種はいろいろあり、時給もばらばらで、労働時間も異なるといった事案もある。最低賃金は時給なので、何時間働くのかが決まらなると賃金額を認定できない。
- 賃金というのは、本来合意で決まるものであるから、仕事の様子や状況から裁判所が裁定的に決めるということ自体がどうか。賃金に関して何らの合意がないという状況のまま、訴えを認めることはできるのか。少なくとも、賃金の算出方法が就業規則、労使慣行等で、明示的又は黙示的に合意されていないと、津田電気計器事件のような判断はできないのではないか。
- 定年後の継続雇用が、労働法制の中で、高齢者の保険制度との兼ね合いで認められた政策的な立法であるとすれば、協議して決める、個々に決めるといった就業規則を作ることによって、政策的につくられた立法が潜脱されるような結果になってしまうのではないかという疑問もある。

◎ 小問2 損害の種類と額

- 賃金額が認定できない以上、逸失利益を認めることは難しいと思われる。何時間働くのかが不明であれば、最低賃金を元に計算できず、賃金センサスもどこをとるのが難しい。
慰謝料しか認定できないと思われるところ、不当労働行為的要素がない事案も結構ある。また、定年後に再雇用された場合でも、65歳まで働く人ばかりではないため、65歳まで雇用され続けることを前提として慰謝料を考えてよいのか。
- 不法行為で逸失利益を認めるのであれば、賃金を認定して再雇用を認めた方がいいように思うため、逸失利益は難しいと思うが、慰謝料をどのように考えるべきか。元気で働けるのであれば、苦労はするが、再雇用された場合と同条件の仕事をほかで見付けられる可能性が

高いため、新しい仕事を見つけるまでの時間や苦勞といったことに対する慰謝料的なものを考えることになると思われる。

- 何に対する不法行為なのかということから考える必要がある。例えば、要件さえ満たしていれば再雇用されるという期待権といったものなのか、それとも、新たな再就職を探したという行為なのか、そこを考えないと、慰謝料の内容や額は決まらないのではないか。

あまりはっきりとした慰謝料額は分からない。

- 定年前の年収額によって慰謝料は異なってくるのか。
- 再雇用拒否の違法性の程度として、原被告間で再雇用が締結された可能性の程度、再雇用が締結された場合に原告が取得することができたと推認される経済的利益の額、その額を取得できなくなったことによる原告の精神的苦痛の程度などという基準を挙げている裁判例があった。妥当とは思ふものの、当てはめを考えた場合、収入が高額の人と低額の人の方の方が精神的打撃が大きいのかは、よく分からないところである。貯金がなく、再雇用されないと生活が成り立たなくなってしまう場合の方が、精神的打撃が大きいようにも思う。
- 高年法の私法的効力は一般的には否定されているが、どのように救済していくのかというところで、津田電気計器事件では、東芝柳町工場事件（最高一小昭49.7.22判，民集28巻5号927頁）と日立メディコ事件（最高一小昭61.12.4判，集民149号209頁）を引きながら、再雇用を擬制している。再雇用ということは、従前の労働条件が保障されるものではないことが前提となる。雇用継続の期待について、高年法が公法上の義務とはいえ、再雇用義務を使用者に課しているということは、日立メディコ事件以上に合理的期待があるとも評価できるということで、津田電気計器事件のような法理が生み出されたのだと思われる。

あくまでも合理的な期待が前提とされているが、再雇用後の労働条件について何らの定めがない場合に、合理的な期待の有無についてどう考えるか。例えば、時給制に変わって、1週間に一度だけ就労し、それを1年間継続するような再雇用もあり得るような場合、そうした契約でも絶対に締結したいと思うものであるといえるかどうか。従前の雇止め法理とは質的に変わってくるだろう。

労契法6条の契約成立条件として、具体的な賃金額の合意は不要であるとの解説もある。しかし、その理由として、7条で就業規則の補充が予定されているからとの指摘がされているところでもあり、就業規則で何らかの労働条件が確定するから、必ずしも法律は賃金を合意していない場合には労働契約が成立しないとしているわけではないとの考え方を読み取る

余地があるため、やはり、賃金というのは本質的要素というべきだろう。実態をみても、労働者も、どのような業務に対してどれだけの対価がもらえるのかということを検討して就労するかを決めていると思われ、そうしたことが全く決まっていないような再雇用を合理的な期待として保護すべきなのかというところは悩ましいところであろう。

不法行為の成否を考える場合、小野リース事件（最高三小平22.5.25判，集民234号99頁）も解雇が無効であることから直ちに不法行為の構成要件を満たすものではないということ为前提としていると思われるとおり、再雇用拒否に濫用が認められたとしても、当然に不法行為になるのかという議論が必要となろう。

不当労働行為が認められる場合に不法行為となることはあまり争いがないと思われるが、再雇用拒否そのものが直ちに不法行為になるかについては検討が必要である。仮に不法行為が成立するとしても、賃金条件すら決まっていないような再雇用制度に基づき契約を締結できなかったという場合の相当な慰謝料とはどれくらいだろうか。

- 再雇用された人の給与表を使用者側が出してきたこともあり、1年6か月間の給与分くらいの和解金の支払で合意に達したことがあるが、いろいろと考えて進行していくことになる。しかし、5年間の給与全額とするのは、実際に働かないのだし、途中で辞めてしまう可能性もあるのであるから、難しいところではないか。

◎ 第7問 労契法20条

【第7問】（労契法20条）

労働契約法20条について

- 1 不合理な労働条件か否かを判断するには、どのような事情を考慮することとなるか。
また、判断の際には、労働者、使用者、それぞれに対し、どのような主張及び証拠の提出を促すこととなるか。
- 2 有期労働契約を締結している労働者が、労働条件の相違が不合理なものであることを理由とした請求をする場合、想定される法律上の問題点として、どのようなものがあるか。

- 審理の方向として問題になるところとして、不合理か否かの判断がある。労契法20条の考慮要素に関して、施行通達（平成24年8月10日基発0810第2号）や同条の参考にされたパートタイム労働法の関係での施行通達（平成19年10月1日雇児発第1001002号）が参考になるが、責任の程度というのは、業務に伴って行使するものとして付与さ

れている権限の範囲・程度等をいい、具体的には、授権されている権限の範囲、部下の数、単独で契約締結が可能かどうか、決裁の回り、それから業務の成果について求められる役割、トラブル発生時や緊急時に求められる対応の程度、ノルマ等の期待の程度を指すということであり、こうした事情が、無期の契約と有期の契約で同じか否かを審理していくということになると思われる。

また、当該職務の内容及び配置の変更の範囲については、施行通達によれば、今後の見込みも含め、転勤、昇進といった人事異動や本人の役割の変化、今後就く可能性のある職務、転勤の有無の範囲等も考慮した上で、労働条件に違いがあるのかを考慮することになるだろう。

基本的には、有期契約の人と無期契約の人の業務の範囲、内容及び今後の昇進のルートが限りなく同じであれば、労働条件に違いがある場合に、使用者側がなぜ違いがあるのかを説明しなければならないということになると思われる。業務内容が全然違う人同士を対比する場合、労働者側で労働条件の違いがあるのはなぜかということをも主張立証していかなければならなくなると思われるが、なかなか立証が難しいのではないか。

- まだあまり問題になっていないため、通達や一般的な解説以上に議論が深まっていない状況であろう。

主張立証責任自体については、規範的要件なので、まずは労働者の側が不合理性を基礎付ける事実を主張立証し、使用者側が評価障害事実を主張立証する必要があることは一般的に言えるのではないか。その中で、どの程度深く主張立証すべきかとなると、基本給等、職務の内容と関連性が強い給付であれば、労働者側がきちんと主張立証しなければならないと思うが、他方、通勤手当のように、会社で働く以上は等しく給付されるべき手当等では、労働者の方で差異があることさえ立証できれば、使用者側が特段の事情を主張立証できない場合、不合理と認めることになるのではないか。

本条は、訓示規定ではなく、私法的な効力がある規定と思われ、違反している労働条件は、当然に無効になり、要件を満たせば不法行為も認められよう。もっとも、労働条件の是正がされて具体的な請求までできるのかについては、現段階では、結論を出すことは難しいだろう。

- 男女差別等では、同一に扱うべきという大前提があり、異なる扱いをしているのは性別によるのかを判断するという構造であったが、労基法20条では、有期雇用と無期雇用の両方がその存在を認められている。当初から契約内容が異なる契約の差異の不合理性を判断しな

ければならないため、通勤手当は割とやりやすいと思うが、退職金等の場合の判断は難しいものがある。

◎ 第8問 労働審判（セクハラ・パワハラ等の審理運営）

【第8問】（労働審判（セクハラ・パワハラ等の審理運営））

セクハラ・パワハラ等による慰謝料等を請求する場合のように、長期間にわたる多くの事実が主張される労働審判手続の審理・運営において、工夫できることはあるか。

- セクハラ・パワハラの労働審判では、全然話が進まないで困るような事件もある。事前に記録を読んで、質問事項をまとめ、かなり細かい事柄まで聞いて指摘をすることで、やっと調停が成立するが、まとまらない場合は24条終了することが多い。
基本的に話を聞くのは、加害者とされた人と被害者の2人だが、同席は嫌がられるため、個別に話を聞くことが多い。
- 第1回期日において、主張事実がたくさんある場合は、労働審判は期日3回以内で一応の結論を出すものなので、全ての審理はできないと最初に言ってしまう。全て審理してほしいと言われた場合は、24条終了して訴訟にしないかと提案する。何とか労働審判手続で終わらせたいという場合には、申立人としても主張したいことを絞り、残りは事情としてくることが多いので、一番主張したい事実の審理に時間をかける形で進めている。
- 被害者本人から事情を聞いて、その中でどれが一番堪えたのかを問うなどしてポイントを絞っている。これまであまり争われたことはなく、調停が成立するか、審判をしても確定しており、24条終了をしたことはない。
- やはり、最初に、当事者、特に会社側に労働審判手続で解決するつもりがあるかを確認してから審理に入るようにしている。特に加害者とされる人が否認している場合に、労働審判手続での解決は難しいと会社が言うのであれば、24条終了させることになる。
- 書いてあることは膨大であっても、本音を聞くと和解する気持ちがあるというケースもたまにある。最初に個別で聞いてしまうこともある。
- 長期間にわたる多くの事実が主張されて、しかも相手方が全面的に争う事件は、典型的に労働審判に向かない事件といえよう。しかし、さきほどから話に出ているように、本音と建前が異なるところもあるかもしれないため、申立書の段階で24条終了とするのではなく、答弁書も読んで、事実関係にどの程度争いがあるか、事実ではなく評価の問題なのかを見極

めていくことが大事である。

手を触ったかもしれないが、違法とまで言えないのではないかというレベルのものであれば、調停成立の可能性は十分あると思うが、刑事犯罪が成立するようなことが行われたと主張され、それをやっていないと反論されている場合であれば、労働審判手続では解決が難しいと思われる。

労働審判制度は、調書も作らず、詳細に主張整理しても、異議が出ると最初からやり直しであるため、時間をロスしてしまう可能性もある。

- 労働審判制度について理解をした申立てであるのか、そうでないのかによって違ってくると思われる。理解している人であれば、詳細な審理をしなくても、話をまとめる見込みを持った上で申し立てているのではないか。こうした事案については、最初の段階で、個別に進行について希望を聞くのが合理的と思われる。当事者が何を求めg hているかを早めに知ること、労働審判の時間を短くすることができるという意味でも重要だろう。

24条終了については、申立人に対し、これまでにでてきた事情を踏まえて、この資料で裁判をもう1回やるかどうか検討し、主張を建て直したらいかがですかなどと言うと、印紙代の問題はあるが、取り下げてくることもある。申立人も訴訟をすることまで考えていないこともあるので、取下げ勧告もあり得ると思われる。

◎ 第9問 労働審判（テレビ会議システム等）

【第9問】（労働審判（テレビ会議システム等））

平成25年1月1日から改正労審法が施行され、法律上は、電話会議システム及びテレビ会議システムを利用することができることとなったが（法29条1項、非訟法33条4項、47条）、労働審判事件における電話会議システムやテレビ会議システムの利用はどのようにあるべきか。

- 会社の代理人が遠方で、話は煮詰まったものの、会社内の決裁が必要であるときに、決裁が取れない場合は来ることを前提に、電話会議にして調停を成立させたことがあった。
- 3回目の期日で調停を成立させるために電話会議にしたことがある。

◎ 第10問 労働審判（適正な手続選択）

【第10問】（労働審判（適正な手続選択））

適正な個別労働紛争解決手続の選択のために、窓口での説明や、簡易裁判所、行政機関等（労働局、労働基準監督署、労働委員会、弁護士会、法テラス等）との連携等につき、工夫している点はあるか。

- 年1回、弁護士会の労働法制部会との意見交換会をしている。また、労働局の会合に主任書記官2名がオブザーバー参加している。相談員の研修で手続振分けの話を次席書記官が話したこともある。労働委員会からの講演依頼でも話したことがある。
- 審判員の研修会に労働局の人や労使側の弁護士に来てもらって話をしてもらうことから始めている。
- 弁護士会とは、破産等についての意見交換会はあるが、労働審判については弁護士会の関心が高くないようで、今後、前向きに検討していこうと思っている。
- もともと本人申立てが多かったため、独自のリーフレットを作成して、労働局、受付センター、弁護士会に置いてもらった。定期的に行っている弁護士会との意見交換会でコンセンサスを得て、弁護士会が無料相談を始めたということもあり、受任率が今年に入って上がった。
- 弁護士会の中に労働審判対策委員会があり、年1回、フランクに話をしている。その結果は弁護士会報に載るが、掲載前に、こちらが原稿に対して意見を言う機会があるため、アピールの機会になっている。
- 書面で書いても読まれないこともあり得るため、一度、口頭でディスカッションすることも有益であろう。

(以上)