

論説

妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに関する考察 ——休業中及び復職後の処遇に関する判例・裁判例を中心として——

2017年4月入学

日原雪恵

- I. はじめに
- II. 問題状況
- 1 妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの現状
 - (1) 厚生労働省「平成28年度 都道府県労働局雇用環境・均等部（室）での法施行状況」
 - (2) 労働政策研究・研修機構「妊娠等を理由とする不利益取扱い及びセクシュアルハラスメントに関する実態調査結果」
 - (3) 小括
 - 2 妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに係る法制
 - 3 判例・裁判例の流れ
- III. 判例・裁判例の分析
- 1 均等法9条3項制定以前——「公序法理」
 - (1) 日本シェーリング事件
 - (2) 東朋学園事件
 - (3) 「公序法理」の確立
 - 2 均等法9条3項制定後広島中央保健生協事件まで——コナミデジタルエンタテインメント事件
 - (1) 事案の概要
 - (2) 判旨
 - (3) 検討
 - 3 広島中央保健生協事件
 - (1) 事案の概要
 - (2) 判旨
 - (3) 検討
 - 4 広島中央保健生協事件以降の裁判例
 - (1) TRUST 事件
 - (2) 社会福祉法人全国重症心身障害児（者）を守る会事件
 - (3) 小括
- IV. 判断枠組みの検討
- 1 判例・裁判例の判断枠組み
 - (1) 「公序法理」、人事権濫用法理、不利益取扱い禁止
 - (2) 相違点・相互の関係
 - (3) 残された点
 - 2 均等法9条3項の解釈と展開
 - (1) 「理由として」の意味
 - (2) 「不利益な取扱い」の範囲
 - (3) 性差別と捉えるべきか
 - 3 女性労働者と妊娠・出産・育児
 - (1) 問題意識
 - (2) 家族責任
 - (3) 課題の解決に向けて
- V. おわりに
- I. はじめに
- 妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは雇用機会均等法（以下「均等法」という）9条3項によって禁止されているが、近年行政への相談も多い社会的課題となっている。2014年には「マタハラ判決」として注目さ

れた広島中央保健生協事件（最判平成 26 年 10 月 23 日民集 68 卷 8 号 1270 頁）で最高裁の判断が示され、同判決を踏まえて通達が改正された。また、2016 年には「職場における妊娠・出産等に関するハラスメント」の防止措置義務を定めた均等法 11 条の 2 が新設される等、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い及び妊娠・出産等に関するハラスメントは、法的にも社会的にも関心が高まっている問題である。

妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに関する判例・裁判例は徐々に蓄積されており、そこでは主に三つの枠組みが用いられてきた。第一に昇給抑制等が法の保障する権利行使を抑制する場合に公序違反で無効とする「公序法理」、第二に人事権濫用の有無で判断する人事権濫用法理、第三に広島中央保健生協事件判決において示された均等法 9 条 3 項が禁止する不利益取扱いについての判断枠組み（不利益取扱い禁止違反の有無）である。広島中央保健生協事件自体の解釈については議論がなされているが、これら三つの判断枠組みがどのような特徴や相違点を有し、どのような関係にあるのかについては、従来十分な検討がなされてこなかったように思われる。そこで、本稿はこの点を明らかにし、判例・裁判例の判断枠組みを整理、検討することを一つの目的とする。

また、日本では諸外国と異なり妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは性差別とされておらず、その是非について議論がある。本稿はこの点に深く立ち入るものではないが、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは性差別としてよりも家族責任を負う労働者のワーク・ライフ・バランス等の問題を含めて議論すべきではないかとの問題意識をもって検討を行う。

以下では、まず問題状況を概観し（Ⅱ）、妊娠・出産等、特に産休（及び育休¹⁾）取得

に伴う不利益取扱いに関する判例・裁判例を分析する（Ⅲ）。そして、判例・裁判例の判断枠組みの整理・検討を行い、「不利益取扱い」「理由として」の解釈論を提示した上で、性差別禁止、家族責任、ワーク・ライフ・バランス論との関係等について若干の展望を示す（Ⅳ）。

Ⅱ. 問題状況

Ⅱではまず、現状に関する調査、法制、判例・裁判例の流れを確認し、問題状況を概観する。

1 妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの現状

厚生労働省「平成 28 年度 都道府県労働局雇用環境・均等部（室）での法施行状況」

標記報告書によれば、平成 28 年度に都道府県労働局雇用環境・均等部（室）に寄せられた均等法に関する相談は 21,050 件であった。そのうち、「婚姻、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い（第 9 条関係）」は 5,933 件（28.2%）であり、「妊娠・出産等に関するハラスメント（第 11 条の 2 関係）」1,411 件（6.7%）と合わせると計 7,344 件（34.9%）もの相談が寄せられている。これは、「セクシュアルハラスメント（第 11 条関係）」の 7,526 件（35.8%）と同数程度となっている²⁾。

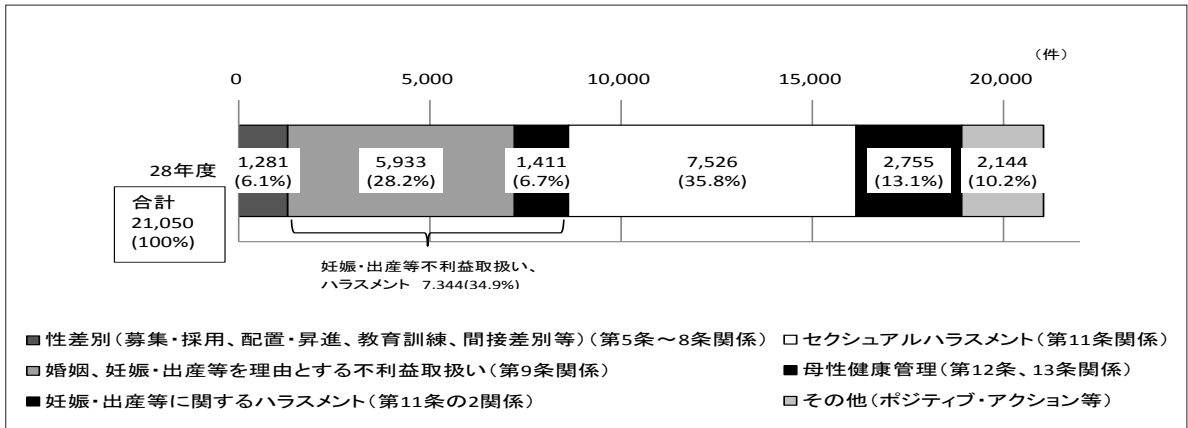
平成 28 年度とそれ以前とでは算定方法が異なるため単純な比較は出来ないが、第 9 条関係（婚姻・妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い）の相談件数は、4,776 件（27 年度）、4,028 件（26 年度）、3,663 件（25 年度）、3,186 件（24 年度）、3,429 件（23 年度）、3,587 件（22 年度）、3,654 件（21 年度）となっており³⁾、特にこの 3 年ほど増加傾向にある。

1) 判例・裁判例でも育児・介護休業法が問題となる事案が多いことから、必要な範囲で育休にも言及する。

2) 厚生労働省「平成 28 年度 都道府県労働局雇用環境・均等部（室）での法施行状況」3 頁。なお、育児・介護休業法に関する相談のうち、育児休業に係る不利益取扱い（第 10 条関係）の相談件数は 5,256 件であった（同 7 頁）。

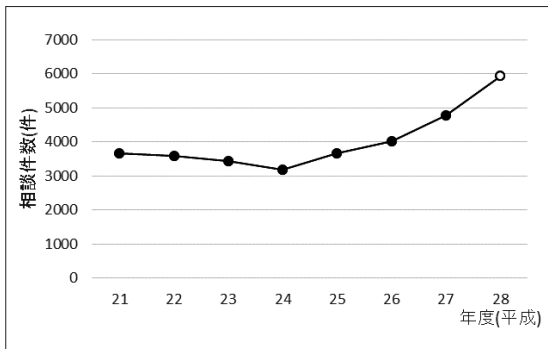
3) 平成 23 年度から 27 年度の「雇用均等室における法施行状況」を参照した（https://www.mhlw.go.jp/bunya/koyoukintou/sekou_report/、2018 年 1 月 5 日最終閲覧）。なお、「雇用均等室」は平成 28 年 4 月 1 日より「雇用環境・均等部（室）」に改組された。

図1：相談件数



(出所：厚生労働省「平成28年度都道府県労働局雇用環境・均等部(室)での法施行状況」3頁)

図2：第9条関係の相談件数の推移



(出所：各年度の「法施行状況」を基に筆者作成)
 ※28年度は11条の2関係を含まない。また、28年度とそれ以前は単純比較できない。

労働政策研究・研修機構「妊娠等を理由とする不利益取扱い及びセクシュアルハラスメントに関する実態調査結果」

標記調査は、2014年10月の「専門的知識等を有する有期雇用労働者等に関する特別措置法案に対する附帯決議」において「女性有期雇用労働者に対する妊娠、出産、育児休業取得等を理由とする雇止めの実態について、十分な調査」を政府が行うこととされたこと等を背景に、厚生労働省雇用均等・児童家庭局雇用均等政策課からの要請による緊急調査として実施された⁴⁾。

同調査で判明した不利益取扱い等の経験率

(図3)及び態様(表1)は次頁の図表の通りである。

また、同調査は結果の概要を以下のようにまとめている⁵⁾。

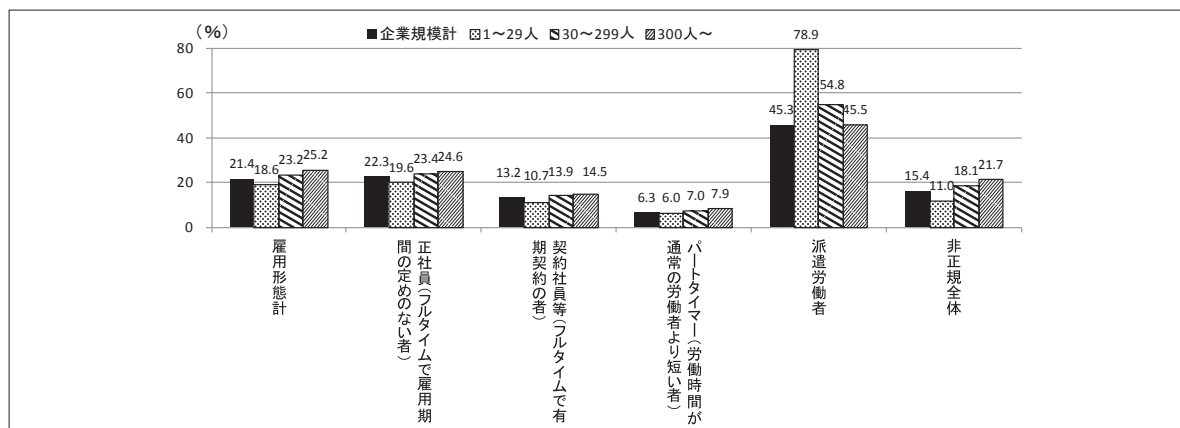
- 1 就業規則等に明文化された育児休業制度がある企業では、ない企業に比べ出産後も働き続ける女性が多く、有期契約労働者について育児休業制度を取得できる者が明確化されている企業では、されていない企業に比べ、出産後も働き続ける有期契約労働者が多い。
- 2 妊娠、出産、未就学児の育児を経験した勤務先において、妊娠等を理由とする不利益取扱い等の経験率は、正社員で22.3%。契約社員やパートタイマーでは正社員より低い、派遣労働者では正社員より高い。妊娠等を理由とする不利益取扱い等は上司だけではなく同僚からも行われ、男性だけでなく女性からも行われている。
- 3 妊娠等を理由とする不利益取扱い等防止対策に取り組んでいる企業では、取り組んでいない企業よりも経験率が低くなるばかりでなく、出産後も働き続ける女性の割合が高くなる傾向がある。

(3) 小括

上記の統計に見られるように、妊娠・出産

4) 労働政策研究・研修機構「妊娠等を理由とする不利益取扱い及びセクシュアルハラスメントに関する実態調査結果——第1分冊 本編——」1頁(2016)。
 5) 労働政策研究・研修機構・前掲注4)4頁。セクシュアルハラスメントに関する部分を除く。

図3：妊娠等を理由とする不利益取扱い等の経験率（個人調査）



（出所：労働政策研究・研修機構「妊娠等を理由とする不利益取扱い及びセクシュアルハラスメントに関する実態調査結果——第1分冊 本編——」11頁）

表1：妊娠等を理由とする不利益取扱い等の態様（個人調査）雇用形態計（複数回答，%）

	全体 (%)	勤務先等を離職した者 (%)
解雇	16.6	26.8
雇い止め	18.0	28.0
契約更新回数の引き下げ	6.0	9.5
退職や正社員を非正規社員とするような契約内容変更の強要	14.4	20.7
降格	7.6	7.0
減給	12.7	11.9
賞与等における不利益な算定	18.4	12.3
不利益な配置変更	14.6	12.3
不利益な自宅待機命令	5.0	7.6
昇進・昇格の人事考課で不利益な評価をされた	14.0	9.9
仕事をさせない、もっぱら雑務をさせるなど就業環境を害する行為をされた	12.6	13.7
上のいずれかを示唆するような発言をされた	21.1	21.9
「休むなんて迷惑だ」「辞めたら？」など、妊娠・出産・育児関連の権利を主張しづらくするような発言をされた	47.0	49.9

（出所：同調査報告書本編15頁）

等を理由とする不利益取扱いは今日多くの女性労働者が抱える問題である⁶⁾。また、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い等防止対策に取り組んでいる企業では出産後の女性労働者の定着率が高いことが示されている点も注目される。

2 妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに関係する法制

妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは均等法9条3項⁷⁾によって禁止されている。

6) 労働政策研究・研修機構・前掲注4)18頁によれば、妊娠等を理由とする不利益取扱い等事案の帰結は、「解決せず、退職した」が35.3%と最も多く、「解決しなかったが、我慢した」も34.8%となっている。

7) 「事業主は、その雇用する女性労働者が妊娠したこと、出産したこと、労働基準法（昭和二十二年法律第四十九号）第六十五条第一項の規定による休業を請求し、又は同項若しくは同条第二項の規定による休業をしたことその他妊娠又は出産に関する事由であって厚生労働省令で定めるものを理由として、当該女性労働者に対して解雇その他不利益な取扱いをしてはならない。」

同時に制定された9条4項は妊娠中及び出産後1年を経過しない女性労働者になされた解雇の無効を規定する（ただし書きの場合を除く）。また、1項は婚姻・妊娠・出産を退職理由として予定すること、2項は婚姻を理由とする解雇を禁止する。

同項は、均等法の2006年改正で、解雇以外の不利益取扱いについても規制すべきであること、育児・介護休業法（以下「育介法」という）において、育児休業の申出をし、又は育児休業をしたことを理由とした不利益取扱いを禁止していることとのバランスがとれたものとなる必要があること等を考慮して新設された⁸⁾。妊娠・出産は女性特有の問題であり比較すべき男性が存在しないため、同条は差別禁止とは別に妊娠・出産等⁹⁾を理由とする解雇その他不利益な取扱いの禁止を定めたものである¹⁰⁾。

均等法以外の関連法令としては、母性保護を定める労働基準法第6章の2、均等法9条3項と同様に不利益取扱いを禁じる育介法10条、時短措置及びその申出を理由とする不利益取扱いを禁止する同法23条の2等が挙げられる¹¹⁾。

3 判例・裁判例の流れ

妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに関係する判例には、均等法9条3項制定以前の日本シェーリング事件¹²⁾、東朋学園事件¹³⁾と近時均等法9条3項について判断した広島中央保健生協事件¹⁴⁾がある。また、裁判例では、産休・育休取得後の職場復帰時の担務変更、役割グレード引下げ、成果報酬ゼロ査定等について人事権の濫用にあたるかを判断したコナミデジタルエンタテインメント事件¹⁵⁾が重要である。Ⅲでは、これらを

中心に判断枠組みの違いに着目して判例・裁判例の分析を行う。

Ⅲ. 判例・裁判例の分析

1 均等法9条3項制定以前——「公序法理」

(1) 日本シェーリング事件¹⁶⁾

a 事案

本件は、稼働率80%を昇給の要件とし、稼働率算定の際の不就労について欠勤、遅刻、早退によるもののほか、年次有給休暇、生理休暇、慶弔休暇、産前産後の休業、育児時間、労働災害による休業ないし通院、同盟罷業等組合活動によるものも含めるとする労働協約条項（以下「本件80%条項」という）が無効であるとして、賃金の差額、慰謝料等が請求された事案である。最高裁は以下のように判示して、本件80%条項を全体として無効とした原判決を破棄し、原審に事件を差し戻した。

b 判旨¹⁷⁾

「従業員の出勤率の低下防止等の観点から、稼働率の低い者につきある種の経済的利益を得られないこととする制度は、一応の経済的合理性を有しており、当該制度が、労基法又は労組法上の権利に基づくもの以外の不就労を基礎として稼働率を算定するものであれば、それを違法であるとするべきものではない。そして、当該制度が、労基法又は労組法

8) 立法過程の議論につき、厚生労働省「男女雇用機会均等政策研究会報告書」（2004）を参照。

9) 均等法施行規則（昭和61年労働省令第2号）第2条の2は、妊娠（1号）・出産（2号）自体のほか、健康管理に関する措置を求め又は受けたこと（3号）、労基法64条の2第1号・64条の3第1項等による就労制限等（4号）、労基法65条第1項第2項による産前産後休業（5号）、労基法65条3項による軽易業務転換（6号）、労基法66条による労働時間制限（7号）、労基法67条による育児時間の請求・取得（8号）、妊娠又は出産に起因する症状により労務の提供ができないこと若しくはできなかったこと又は労働能率が低下したこと（9号）を挙げる。

10) 財団法人21世紀職業財団編『詳説男女雇用機会均等法』147頁（財団法人21世紀職業財団、2007）。

11) また、2016年に新設された均等法11条の2は職場における妊娠、出産等に関するハラスメント（いわゆるマタニティ・ハラスメント）の防止措置義務を事業主に課している（2017年1月1日施行）。同時に、育介法25条にもハラスメントの防止措置義務が定められた。

12) 最判平成元年12月14日民集43巻12号1895頁。

13) 最判平成15年12月4日労判862号14頁。

14) 最判平成26年10月23日民集68巻8号1270頁。

15) 東京高判平成23年12月27日労判1042号15頁。

16) 岩瀬正紀「判解」最判解民事篇平成元年度520頁、526頁（1991）は、本判決を事例的判断とする。

17) 以下、本稿で引用する判決文の下線及び省略は筆者による。

上の権利に基づく不就業を含めて稼働率を算定するものである場合においては、基準となっている稼働率の数値との関連において、当該制度が、労基法又は労組法上の権利を行使したことにより経済的利益を得られないこととすることによって権利の行使を抑制し、ひいては右各法が労働者に各権利を保障した趣旨を実質的に失わせるものと認められるときに、当該制度を定めた労働協約条項は、公序に反するものとして無効となると解するのが相当である。」

「本件八〇パーセント条項に該当した者につき除外される賃金引上げにはベースアップ分も含まれているのであり、しかも、上告会社における賃金引上げ額は、毎年前年度の基本給額を基礎として決められるから、賃金引上げ対象者から除外されていったん生じた不利益は後続年度の賃金において残存し、ひいては退職金額にも影響するものと考えられるのであり、同条項に該当した者の受ける経済的不利益は大きなものである。そして、本件八〇パーセント条項において基準となっている八〇パーセントという稼働率の数値からみて、従業員が、産前産後の休業、労働災害による休業などの比較的長期間の不就業を余儀なくされたような場合には、それだけで、あるいはそれに加えてわずかの日数の年次有給休暇を取るだけで同条項に該当し、翌年度の賃金引上げ対象者から除外されることも十分考えられるのである。こうみると、本件八〇パーセント条項の制度の下では、一般的に労基法又は労組法上の権利の行使をなるべく差し控えようとする機運を生じさせるものと考えられ、その権利行使に対する事実上の抑制力は相当強いものであるとみななければならない。

以上によれば、本件八〇パーセント条項は、労基法又は労組法上の権利に基づくもの以外の不就業を基礎として稼働率を算定する限りにおいては、その効力を否定すべきいわ

れはないが、反面、同条項において、労基法又は労組法上の権利に基づく不就業を稼働率算定の基礎としている点は、労基法又は労組法上の権利を行使したことにより経済的利益を得られないこととすることによって権利の行使を抑制し、ひいては、右各法が労働者に各権利を保障した趣旨を実質的に失わせるものというべきであるから、公序に反し無効であるといわなければならない。」

(2) 東朋学園事件¹⁸⁾

a 事案

原告は、産後8週間休業した後、子が1歳になるまでの間、1日につき1時間15分の勤務時間短縮措置を受けたところ、出勤率が90%以上であることを必要とする旨を定めた就業規則所定の賞与支給要件を満たさないとして、平成6年度年末賞与及び平成7年度夏期賞与が支給されなかった。そこで、原告は、上記取扱いの根拠となった就業規則の定めは労働基準法65条、67条、旧育児休業法10条の趣旨に反し、公序に反するなど主張して、被告に対し、本件各賞与並びに債務不履行による損害賠償として慰謝料及び弁護士費用の支払等を請求した。第一審が原告の請求を認容し、控訴審も被告の控訴を棄却したところ、最高裁は以下のように判示して原判決を破棄し、原審に事件を差し戻した。

b 判旨

(a) 産前産後休業中の賃金について

「産前産後休業を取得し、又は勤務時間の短縮措置を受けた労働者は、その間就業していないのであるから、労使間に特段の合意がない限り、その不就業期間に対応する賃金請求権を有しておらず、当該不就業期間を出勤として取り扱うかどうかは原則として労使間の合意にゆだねられているというべきである。」

(b) 本件90%条項について

「本件各回覧文書によって具体化された本件90%条項は、……労働基準法65条及び育

18) 本判決の評釈として、道幸哲也「判批」法セ598号121頁(2004)、水島郁子「判批」民商130巻6号1187頁(2004)、野川忍「判批」ジュリ1279号161頁(2004)、橋本陽子「判批」重判平成16年度(ジュリ臨増1291号)238頁(2005)、両角道代「判批」村中孝史＝荒木尚志編『労働判例百選(第8版)』102頁(2009)、山川隆一「判批」判タ臨時増刊1184号288頁(2005)、丸山亜子「判批」日本労働法学会誌105号140頁(2005)等がある。

児休業法10条の趣旨に照らすと、これにより上記権利等の行使を抑制し、ひいては労働基準法等が上記権利等を保障した趣旨を実質的に失わせるものと認められる場合に限り、公序に反するものとして無効となると解するのが相当である（最高裁昭和55年（オ）第626号同60年7月16日第三小法廷判決・民集39巻5号1023頁，最高裁昭和58年（オ）第1542号平成元年12月14日第一小法廷判決・民集43巻12号1895頁，最高裁平成4年（オ）第1078号同5年6月25日第二小法廷判決・民集47巻6号4585頁参照）。

「[1] 本件90%条項は、賞与算定に当たり、単に労務が提供されなかった産前産後休業期間及び勤務時間短縮措置による短縮時間分に対応する賞与の減額を行うというにとどまるものではなく、産前産後休業を取得するなどした従業員に対し、産前産後休業期間等を欠勤日数に含めて算定した出勤率が90%未満の場合には、一切賞与が支給されないという不利益を被らせるものであり、[2] 上告人においては、従業員の年間総収入額に占める賞与の比重は相当大きく、本件90%条項に該当しないことにより賞与が支給されない者の受ける経済的不利益は大きなものである上、[3] 本件90%条項において基準とされている90%という出勤率の数値からみて、従業員が産前産後休業を取得し、又は勤務時間短縮措置を受けた場合には、それだけで同条項に該当し、賞与の支給を受けられなくなる可能性が高いというのであるから、本件90%条項の制度の下では、勤務を継続しながら出産し、又は育児のための勤務時間短縮措置を請求することを差し控えようとする機運を生じさせるものと考えられ、上記権利等の行使に対する事実上の抑止力は相当強いものとみるのが相当である。そうすると、本件90%条項のうち、出勤すべき日数に産前産後休業

の日数を算入し、出勤した日数に産前産後休業の日数及び勤務時間短縮措置による短縮時間分を含めないものとしている部分は、上記権利等の行使を抑制し、労働基準法等が上記権利等を保障した趣旨を実質的に失わせるものというべきであるから、公序に反し無効であるというべきである。」

一方、年末賞与に関する計算式については、「本件90%条項とは異なり、賞与の額を一定の範囲内でその欠勤日数に応じて減額するにとどまるものであり、加えて、産前産後休業を取得し、又は育児のための勤務時間短縮措置を受けた労働者は、法律上、上記不就労期間に対応する賃金請求権を有しておらず、上告人の就業規則においても、上記不就労期間は無給とされているのであるから、本件各除外条項は、労働者の上記権利等の行使を抑制し、労働基準法等が上記権利等を保障した趣旨を実質的に失わせるものとは認められず、これをもって直ちに公序に反し無効なものということとはできない。」とした。

(3) 「公序法理」の確立

上記二つの判決で、最高裁は、労基法等が保障した権利等の行使を抑制し、ひいては権利保障の趣旨を実質的に失わせるものと認められる場合には、就業規則等が公序違反により無効となるとの判断枠組みを用いた（以下、この枠組みを「公序法理」という）。東朋学園事件では、エヌ・ビー・シー事件¹⁹⁾、日本シェーリング事件、沼津交通事件²⁰⁾が区別なく引用され、休暇・休業等の種類を問わずに「公序法理」に照らして適法性を判断することが明らかにされた²¹⁾。有給が保障されている年休²²⁾や労基法上原則として就労が認められない産後休業²³⁾を他の休業と同様に扱うべきではないとの批判もあるが、判例法理としては確立している。

また、二つの判例はいずれも均等法9条3

19) 最判昭和60年7月16日民集39巻5号1023頁。精皆勤手当の支給に際し生理休暇取得日を欠勤扱いすることが適法とされた。

20) 最判平成5年6月25日民集47巻6号4585頁。毎月の交番表作成後に取得した年休日を欠勤とし皆勤手当を支給しない取扱いについて公序違反が否定された。

21) 両角・前掲注18)103頁。

22) 野川・前掲注18)163頁。

23) 丸山・前掲注18)147頁。

項制定前の賃金に関する事案であるが、この判断枠組みは均等法9条3項制定後の下級審判決でも用いられており²⁴⁾、降格等に関する事案でも用いた例²⁵⁾がある。

均等法9条3項制定後広島中央 2 保健生協事件まで——コナミデ ジタルエンタテインメント事件²⁶⁾

本節では、「公序法理」とは異なる枠組みを示した例として、人事権の濫用の有無を判断したコナミデジタルエンタテインメント事件を取り上げる。

(1) 事案の概要

被告の社員で、産休・育休後に復職したところ、担当職務を変更された上減給されるなどの不当な不利益を受けたと主張する原告が、被告に対し、一連の人事措置は妊娠・出産をして育児休業等を取得した女性に対する差別ないし偏見に基づくもので人事権の濫用に当たるほか、育児法5条、10条、22条、23条1項、均等法6条及び9条、民法90条等に違反する無効なものであるとして、①雇

用契約に基づく賃金請求として、降格・減給前後の給与額の差額の支払、②不法行為に基づく損害賠償として3300万円の支払等²⁷⁾を求めた。

(2) 判旨

a 第一審

(a) 担務変更の適法性

「本件担務変更は、……上記両業務の業務内容は実質的に異なるものと認められるから、配置転換そのものではないとしても、それに準ずるものと解するのが相当である。」

「被告は、業務上の必要に応じて、人事権の行使としてその裁量によりコナミ社員の勤務場所（本件では担当業務）を決定することができるというべきであるが、これを濫用することは許されないことはいうまでもないことであり、本件担務変更について、業務上の必要性がない場合又は業務上の必要性が存する場合であっても、それが他の不当な動機・目的をもってされたものであるとき若しくは原告に通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を負わせるものであるなどの事由がある場合には、人事権の濫用として無効となると

24) 育休のみが問題となった事案だが、医療法人稲門会（いわくら病院）事件（大阪高判平成26年7月18日労経速2224号3頁）は、3か月以上の育休により次年度の職能給を昇給させない取扱いを育児法10条及び公序違反で無効とした。同判決は日本シェーリング事件、沼津交通事件、東朋学園事件を引用して「人事評価制度の在り方に照らしても合理性を欠くものであるし、育児休業を取得する者に無視できない経済的不利益を与えるものであって、育児休業の取得を抑制する働きをするものであるから、育児介護休業法10条に禁止する不利益取扱いに当たり、かつ、同法が労働者に保障した育児休業取得の権利を抑制し、ひいては同法が労働者に保障した趣旨を実質的に失わせるものであるといわざるを得ず、公序に反し、無効というべき」とした。評釈として、根本到「判批」法セ724号123頁（2015）、林健太郎「判批」季刊労働法251号262頁（2015）、吉田肇「判批」民商151巻2号206頁（2014）等がある。

25) みなと医療生活協同組合事件（名古屋地判平成20年2月20日労判966号65頁）。産前休業中の師長解任について、「師長解任のような降格を人事権の行使として裁量的判断により行うことは原則として許容され、強行法規に反したり、人事権の濫用に当たる場合に違法となるにすぎない」という枠組みを示し、本件解任は「育児休業取得を理由とするものであると認めるに足りず、また、労働者の育児休業の取得を事実上困難ならしめ、ひいては、法の労働者に権利を保障した趣旨を実質的に失わせるものとも認め難い」こと、「原告の産休取得を理由とするものであると認めるに足りる証拠はない」こと、旧育児休業法9条は「事業主に現職復帰の義務を課していないこと」「原告を師長に復帰させなかったことが裁量権を逸脱した行為であるとも認められない」ことを指摘して、原告の主張をいずれも斥けた。

26) 本判決の評釈として、川田琢之「判批」ジュリ1448号115頁（2012）、佐藤慶「判批」民商149巻6号698頁（2014）、土田道夫「判批」季刊労働法237号167頁（2012）、長谷川珠子「判批」重判平成23年度（ジュリ臨増1440号）236頁（2012）、井上幸夫「判批」ジュリ増刊〔実務に効く労働判例精選〕54頁（2012）等がある。また、第一審判決（東京地判平成23年3月17日労判1027号27頁）につき、神吉知郁子「判批」ジュリ1441号131頁（2012）、所浩代「判批」新・判例解説Watch（法セ増刊）11号247頁（2012）を参照。

27) 他に、控訴人の人格権に基づく侵害回復措置としての被控訴人の謝罪及び育児・介護休業法の趣旨等に基づく被控訴人の就業規則の改訂も求めた。被告会社では育休取得後復職した労働者のほとんどが賃金を減額されており、原告の意識は制度の変更にあったと指摘するものとして、道幸哲也＝和田肇「ディアローグ 2012年労働判例この1年の争点」日本労働研究雑誌628号6-7頁〔和田発言〕（2012）。

解するのが相当である(最高裁昭和59年(オ)第1318号同61年7月14日第二小法廷判決・裁判集民事148号281頁参照)。」

本件担務変更は、「原告において本件育休等を取得したことを理由としてされたものと解することはできず、他にこの点を認めるに足りる証拠はない」ため育介法10条に反しない。

育介法22条は「努力義務を定める規定であると解されるものであり、上記の育介指針及び育休通知がいうところも、努力義務の内容を具体的に示したものであって、原職又は原職相当職に復帰させなければ直ちに同条違反になるものとは解されない。……本件復職に当たり原告を就かせることができる最善の業務が国内ライセンス業務であったという事情の下では、本件担務変更が同条に抵触する違法なものとは断ずることはできない。」

「本件担務変更が原告において本件育休等を取得したことを理由としてされたものと解することはできず」均等法9条3項に定める不利益取扱いの禁止にもあたらない。

「以上によれば、本件担務変更は、業務上の必要性に基づいて、……被告の配置転換に係る人事上の権限の行使として行われたものということができ、本件復職に際して原告に充てる業務の選択の観点からみても、不合理な点は見いだせない。」

(b) 役割グレード・役割報酬引下げの適法性

「コナミ社員に係る本件人事制度及び本件報酬体系は、いわゆる職務等級制に分類される人事・報酬制度であると解される。この制度は、年功序列制や職能資格制度とは異なる成果主義の考え方を取り入れた制度であって、一般的に認められている人事・報酬制度であり、被告における上記のコナミ社員に係る本件人事制度及び本件報酬体系について不合理とする特段の事情は認められない。」

「被告は、コナミ社員就業規則12条1項において、業務上必要があるときはコナミ社員の職種・職位の変更を行うことができるとしている。そうすると、本件役割グレード引下げ措置は、本件担務変更に伴う職種・職位の変更として行われたものと解することができる

から、就業規則上にも根拠を有するものということができる。」

「以上説示したこと及び他に本件役割グレード引下げ措置について権利濫用と評価し得る特段の事情は認められないことからすると、本件役割グレード引下げ措置自体をもって被告の人事権を濫用したものということも、就業規則等に基づかないものということもできない。」

「被告の本件人事制度及び本件報酬体系は、就業規則等に定められたものであって、原告を含むコナミ社員との間の労働条件を規律するものであり、役割報酬については役割グレードの決定と連動して一義的に定まる仕組みのものであるから、本件人事制度及び本件報酬体系の下で役割グレードの決定によって当然に定まることになる役割報酬額については、コナミ社員の個別の同意を要するものとは解されない。」

20万円の調整報酬は、「相応の減額緩和措置になっていると評価し得るものである。」

「以上のことからすると、本件役割報酬減額について被告による人事権の濫用があるとはまではいえない。」

(c) 成果報酬ゼロ査定¹⁾の適法性

「原告は……本件産休を取得するまでの約3か月間は、上記認定……の内容、程度の業務実績を上げている。……原告が上げた実績に係る成果及び引継者の実績のうち原告の実績を利用し又は踏まえたとして評価できる成果部分は、原告の成果報酬の金額を決する際に考慮すべき事項であるというべきである。……原告の本件査定対象期間における実績をゼロとした査定は、査定上考慮すべき事項を考慮していないものというべきであり、本件成果報酬ゼロ査定は、成果報酬の査定に係る裁量権を濫用したものと認めるのが相当である。」

b 控訴審

(a) 担務変更の適法性

ほぼ第一審判決を引用した。

(b) 役割グレード・役割報酬引下げの適法性

「役割報酬の引下げは、労働者にとって最も重要な労働条件の一つである賃金額を不利益に変更するものであるから、就業規則や年

俸規程に明示的な根拠もなく、労働者の個別の同意もないまま、使用者の一方的な行為によって行うことは許されないというべきであり、そして、役割グレードの変更についても、そのような役割報酬の減額と連動するものとして行われるものである以上、労働者の個別の同意を得ることなく、使用者の一方的な行為によって行うことは、同じく許されないというべきであり、それが担当職務の変更を伴うものであっても、人事権の濫用として許されないというべきである。」

(c) 成果報酬ゼロ査定¹の適法性

「被控訴人における成果報酬は、その就業規則や年俸規程のほか、弁論の全趣旨を考慮するならば、……賃金の後払いではなく、いわゆる見込で支払われる報酬（以下「見込報酬」という。）の一種であると理解することができる。」

「本件成果報酬ゼロ査定は、育休取得後、業務に復帰した後も、育休等を取得して休業したことを理由に成果報酬を支払わないとすることであり、そのようなことは、『育介指針』において、『休日の日数を超えて働かなかったものとして取り扱うことは、給与の不利益な算定に該当する』とされている趣旨に照らしても、育休等を取得して休業したことを理由に不利益な取扱いをすることに帰着するから、女性労働者の就業に関して妊娠中及び出産後の就労の確保を図ることなどを目的の一つとしている雇用機会均等法や、育児休業に関する制度を設けるとともに子の養育を行う労働者等の雇用の継続を図ることなどを目的としている育児・介護休業法が、育休等の取得者に対する不利益取扱いを禁止している趣旨にも反する結果になるものというべきである。」

「このような場合、被控訴人としては、成果報酬の査定に当たり、控訴人が育休等を取得したことを合理的な限度を超えて不利益に取り扱うことがないよう、前年度の評価を据え置いたり、あるいは控訴人と同様の役割グレードとされている者の成果報酬査定の平均値を使用したり、又は合理的な範囲内で仮の評価を行うなど、適切な方法を採用することによって、育休等を取得した者の不利益を合

理的な範囲及び方法等において可能な限り回避するための措置をとるべき義務があるというべきである。それにもかかわらず、被控訴人は、控訴人の平成21年度の成果報酬を合理的に査定する代替的な方法を検討することなく、機械的にゼロと査定したものであるから、その意味においても、人事権の濫用として違法であるというべきである。」

「もっとも、上記の認定判断は、被控訴人がした平成21年度の控訴人の成果報酬額をゼロと査定したことが人事権の濫用であることを明らかにしたものであり、控訴人が主張しているような、被控訴人において育休等を取得した控訴人に対する偏見があるとの控訴人の主張を認めるものではないし、上記ゼロ査定が雇用機会均等法や育児・介護休業法により直接無効になると認定判断するものではない。」

(3) 検討

a 本判決の意義

本判決は、産休及び育休取得後に職場復帰した労働者の担務変更、役割グレード変更及びそれに連動した役割報酬の引下げ、成果報酬ゼロ査定¹の効力が争われた事案である。育休取得後の不利益取扱いのみならず格付け制度の下での降格の効力等見るべき点の多い判決であるが、本稿の問題関心との関係では、①均等法9条3項・育介法10条違反に関する判断、②公序良俗違反の有無及び③人事権の濫用性判断が重要である。以下、これらの点について検討を加える。

b 均等法9条3項・育介法10条違反と育介法22条

第一審は、原告の職場復帰後の担務変更には必要性・相当性が認められることから、本件担務変更は原告の産休・育休の取得を理由としてされたものとは認められないとして、均等法9条3項及び育介法10条違反を否定した。また、育介法22条は努力義務を定める規定であって原職又は原職相当職に復帰させなかったことによる違法も認められないとされた。控訴審も第一審の判断をそのまま引用している。しかし、本件担務変更が役割グレード・役割報酬の引下げと連動するのであれば、一体として効力を論ずるべきであっ

た²⁸⁾。

c 公序良俗違反

公序良俗違反については、本件各措置が差別的なものであるとは認められず、均等法や育介法違反もないとして斥けられている。本判決では、原告は東朋学園事件等の「公序法理」を主張しておらず、裁判所も判断していない。しかし、担務変更、降格・減給によって権利行使を著しく抑制することはありうるため、この点についても判断すべきであったらう²⁹⁾。

d 人事権の濫用性判断

本件で主に用いられた枠組みは、本件担務変更、本件降格・減給及び成果報酬ゼロ査定が人事権の濫用として無効になるかというものであった。

本件担務変更は、第一審で人事権の濫用にあたらないとされ、控訴審も第一審判決をほぼそのまま引用している。そこでは、本件担務変更は配転に準ずるものとされ、東亜ペイント事件³⁰⁾を引用して、①業務上の必要性、②不当な動機、目的の有無、③労働者が通常甘受すべき程度を著しく超える不利益の有無によって判断するとされている。本件では①業務上の必要性が存し、②不当な動機、目的は認められないとされているが、③については判断がされておらず、この点を判断すべきであったように思われる³¹⁾。

本件降格・減給については、第一審は人事権の濫用にあたらないとしたが、控訴審は人事権の濫用として無効とした。控訴審は、役割報酬の引下げは「就業規則や年俸規程に明示的な根拠もなく、労働者の個別の同意もないまま、使用者の一方的な行為によって行うことは許され」ず、それと連動する役割グレードの変更についても一方的変更は許されないとした。そして、本件では、就業規則等

に根拠がなく、原告の同意がないことも明らかであるとして、本件降格・減給は人事権の濫用であって無効とした。この控訴審の判断は、大幅な賃金減額を伴う降格には就業規則上の根拠³²⁾か労働者の個別の同意が必要であるとされる点を重視したものと思われる³³⁾。コナミ社員の人事・報酬制度の内容が必ずしも明らかでないが、このような理解を前提とすれば、人事権の濫用ではなく降格権限の有無³⁴⁾ないし本件措置の労働契約上の効力の問題³⁵⁾として捉えるべきだったであろう（いずれにせよ、本稿の問題関心との関係ではあまり重要でないことになる）。

本件成果報酬ゼロ査定は、第一審では成果報酬の査定に係る裁量権の濫用、控訴審では人事権の濫用として無効と判断された。注目されるのは、控訴審が「本件成果報酬ゼロ査定は、育休取得後、業務に復帰した後も、育休等を取得して休業したことを理由に成果報酬を支払わないとすることであり……育休等を取得して休業したことを理由に不利益な取扱いをすることに帰着するから、」「育休等の取得者に対する不利益取扱いを禁止している趣旨にも反する結果になる」とし、被告には「適切な方法を採用することによって、育休等を取得した者の不利益を合理的な範囲及び方法等において可能な限り回避するための措置をとるべき義務がある」と判示した点である。査定対象期間の中に復帰していた期間があった以上ゼロ査定は適当でないとの結論が妥当であると同時に、産休・育休取得者の不利益に対する配慮の必要性が指摘された点でも重要である³⁶⁾。この部分でのみこのような考慮がなされたことは、賃金と配転・降格等で使用者の裁量の幅が異なることを示したと解しうる。他方で、判決は均等法や育介法により直接無効となるものではないと言及

28) 同旨、長谷川・前掲注26)237頁。

29) 佐藤・前掲注26)704頁、長谷川・前掲注26)237頁。

30) 最判昭和61年7月14日労判477号6頁。

31) 長谷川・前掲注26)237頁。

32) 裁判例として、アーク証券（本訴）事件（東京地判平成12年1月31日労判785号45頁）等がある。

33) 川田・前掲注26)117-118頁。

34) 川田・前掲注26)118頁。

35) 土田・前掲注26)175頁。

36) 同旨、長谷川・前掲注26)237頁、佐藤・前掲注26)709頁。

し、あくまでも人事権濫用の枠組みで判断している。

3 広島中央保健生協事件³⁷⁾

(1) 事案の概要

被告に雇用され副主任の職位にあった理学療法士である原告が、労基法 65 条 3 項に基づく妊娠中の軽易な業務への転換に際して副主任を免ぜられ、育児休業の終了後も副主任に任ぜられなかったことから、被告に対し、上記の副主任を免じた措置は均等法 9 条 3 項に違反する無効なものであるなどと主張して、管理職（副主任）手当の支払及び債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償を求めた。第一審及び控訴審は原告の請求を棄却したが、最高裁は原判決を破棄し、原審に事件を差し戻した³⁸⁾。

(2) 判旨

a 均等法 9 条 3 項の性質

「同法 9 条 3 項の規定は、上記の目的及び基本的理念を実現するためにこれに反する事業主による措置を禁止する強行規定として設けられたものと解するのが相当であり、女性労働者につき、妊娠、出産、産前休業の請求、産前産後の休業又は軽易業務への転換等を理由として解雇その他不利益な取扱いをすることは、同項に違反するものとして違法であり、無効であるというべきである。」

b 軽易業務転換を契機とする降格

「女性労働者につき妊娠中の軽易業務への転換を契機として降格させる事業主の措置は、原則として同項の禁止する取扱いに当たるものと解されるが、当該労働者が軽易業務への転換及び上記措置により受ける有利な影響並びに上記措置により受ける不利な影響の内容や程度、上記措置に係る事業主による説

明の内容その他の経緯や当該労働者の意向等に照らして、当該労働者につき自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するとき、又は事業主において当該労働者につき降格の措置を執ることなく軽易業務への転換をさせることに円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性から支障がある場合であって、その業務上の必要性の内容や程度及び上記の有利又は不利な影響の内容や程度に照らして、上記措置につき同項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情が存在するときは、同項の禁止する取扱いに当たらないものと解するのが相当である。」

「上記の承諾に係る合理的な理由に関しては、上記の有利又は不利な影響の内容や程度の評価に当たって、上記措置の前後における職務内容の実質、業務上の負担の内容や程度、労働条件の内容等を勘案し、当該労働者が上記措置による影響につき事業主から適切な説明を受けて十分に理解した上でその諾否を決定し得たか否かという観点から、その存否を判断すべきものと解される。また、上記特段の事情に関しては、上記の業務上の必要性の有無及びその内容や程度の評価に当たって、当該労働者の転換後の業務の性質や内容、転換後の職場の組織や業務態勢及び人員配置の状況、当該労働者の知識や経験等を勘案するとともに、上記の有利又は不利な影響の内容や程度の評価に当たって、上記措置に係る経緯や当該労働者の意向等をも勘案して、その存否を判断すべきものと解される。」

c 本件

「上告人は、被上告人から前記 2 (6) のように本件措置による影響につき不十分な内容の説明を受けただけで、育児休業終了後の副主

37) 本判決の評釈として、市原義孝「判解」最判解民事篇平成 26 年度 425 頁 (2017)、鄒庭雲「判批」法時 88 卷 2 号 126 頁 (2016)、竹岡裕介「判批」企業会計 67 卷 2 号 140 頁 (2015)、所浩代「判批」新・判例解説 Watch (法セ増刊) 17 号 295 頁 (2015)、富永晃一「判批」季刊労働法 248 号 173 頁 (2015)、長谷川聡「判批」重判平成 26 年度 (ジュリ臨増 1479 号) 229 頁 (2015)、長谷川珠子「判批」法教 413 号 35 頁 (2015)、政本裕哉「判批」NBL1038 号 4 頁 (2014)、水町勇一郎「判批」ジュリ 1477 号 103 頁 (2015)、峰隆之「判批」労働法学研究会報 2606 号 32 頁 (2015)、盛誠吾「判批」労働法律旬報 1840 号 4 頁 (2015)、両角道代「判批」村中孝史＝荒木尚志編『労働判例百選 (第 9 版)』38 頁 (2016)、山川隆一「判批」法協 133 卷 9 号 176 頁 (2016) 等がある。

38) 差戻後控訴審 (広島高判平成 27 年 11 月 17 日労判 1127 号 5 頁) では、最高裁が示した二つの例外のいずれにも当たらないとして原告の請求が一部認容された。

任への復帰の可否等につき事前に認識を得る機会を得られないまま、本件措置の時点では副主任を免ぜられることを渋々ながら受入れたにとどまるものであるから、上告人において、本件措置による影響につき事業主から適切な説明を受けて十分に理解した上でその諾否を決定し得たものとはいえず、上告人につき前記(1)イにいう自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するということはできないというべきである。」

「本件措置については、被上告人における業務上の必要性の内容や程度、上告人における業務上の負担の軽減の内容や程度を基礎付ける事情の有無などの点が明らかにされない限り、前記(1)イにいう均等法9条3項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情の存在を認めることはできないものというべきである。」

(3) 検討

a 本判決の意義

本判決は、均等法9条3項が私法上強行規定であると判断した点、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い該当性について新たな判断枠組みを示した点で重要な意義を有する。

b 本判決の判断枠組み

本判決は、均等法9条3項違反の判断枠組みとして、まず「女性労働者につき妊娠中の軽易業務への転換を契機として降格させる事業主の措置は、原則として同項の禁止する取扱いに当たる」とした。その上で例外として、①「当該労働者が軽易業務への転換及び上記措置により受ける有利な影響並びに上記措置により受ける不利な影響の内容や程度、上記措置に係る事業主による説明の内容その他の経緯や当該労働者の意向等に照らして、当該労働者につき自由な意思に基づいて降格

を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するとき（以下「例外①」とする）又は、②「事業主において当該労働者につき降格の措置を執ることなく軽易業務への転換をさせることに円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性から支障がある場合であって、その業務上の必要性の内容や程度及び上記の有利又は不利な影響の内容や程度に照らして、上記措置につき同項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情が存在するとき」（以下「例外②」とする）は均等法9条3項の禁止する取扱いに当たらないとした。

c 原則部分の検討・評価

本判決の判断枠組みの原則部分は、軽易業務転換を「契機として」なされた降格であれば原則として9条3項の禁止する取扱いに該当すると推定するものであり、立証責任を使用者側に転換している³⁹⁾。これは当事者間の実質的な衡平を図ったものとして妥当である⁴⁰⁾。

d 例外①の検討・評価

例外①は、賃金全額払いの原則の例外に関する日新製鋼事件⁴¹⁾等と同様の表現を用いている。この例外がいかなる意味で例外となるのかについては解釈が分かれており、大別すると、(a)「不利益な取扱い」に当たらないとする見解、(b)「理由として」に当たらないとする見解、(c)強行法規である均等法9条3項につき承諾による例外を認めるものとして批判する見解⁴²⁾に分けられる。見解(a)には、労働者の主観的事情は「『不利益な取扱い』に該当するか否かの判断における考慮事情の一つにとどまる」とする見解⁴³⁾と不利益取扱いと非・不利益取扱いの分水嶺は様々に異なるため労働者個人に判断をまかせ柔軟な判断の余地を残そうとしたものとする見

39) 山川・前掲注37)187頁、長谷川珠子・前掲注37)39-40頁。

40) 長谷川珠子・前掲注37)40頁。

41) 最判平成2年11月26日民集44巻8号1085頁。労働者の予め同意に基づく住宅ローンと退職金の相殺が賃金全額払い原則違反となるかが争われた事案で、「労働者がその自由な意思に基づき右相殺に同意した場合には、右同意が労働者の自由な意思に基づいてされたものであると認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するとき」は、相殺は労基法24条に反しないとした。

42) 水町・前掲注37)106頁。

43) 市原・前掲注37)436頁。山川・前掲注37)195頁注10は、市原の見解は「『不利益な取扱い』のみの問題としては位置づけていないとも理解できる」としている。

解⁴⁴⁾がある。見解(b)には、軽易業務への転換に伴う降格が労働者の意向の実現の一環としてとらえられる場合には本人の意向の実現を理由とするものとして差別意図⁴⁵⁾の推定に対する反証という効果をもたらうとする見解⁴⁶⁾、「理由として」の解釈について客観的因果関係説に立ったものとみる見解⁴⁷⁾がある。以下、これらの見解を検討する。

まず、見解(c)については、強行規定違反につき承諾による例外を認めることは論者自身が指摘する通り妥当でなく、判決が「同項の禁止する取扱いに当たらない」としていることから、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに該当するとした上で例外を認めたものと読むことは適当でないだろう。

次に、見解(a)について、自由意思に基づく承諾を認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在する場合には「不利益な取扱い」に当たらないという解釈は採りうるものであるが、処遇から判断される不利益取扱い該当性について労働者の意思を介在させることにはやや疑問がある。

最後に、見解(b)のうち、客観的因果関係説に立ったものとする見解は、労働者の承諾があれば客観的因果関係が否定されるという解釈が不明瞭であるように思われる⁴⁸⁾。主観的要素としての差別意思を問題とせず客観的義務違反を考えるのであれば、労働者の承諾を例外①の中心に据える必要はないのではないか。これに対し、労働者の自由意思に基づく承諾がある場合には当該取扱いは軽易業務転換等の労働者の意向を実現するための措置であって妊娠・出産等を「理由として」な

された措置に当たらないと解する見解は、判決の文言とも整合的であり、この見解のように解することが妥当と考えられる。

e 例外②の検討・評価

例外②は、業務上の必要性、労働者が受ける有利又は不利な影響の内容や程度に照らして、均等法9条3項の「趣旨及び目的に実質的に反しないと認められる特段の事情」がある場合に例外を認めるものである。例外②についても、業務上の必要性等が差別意図の推認を妨げるものとして「理由として」に関する例外と解される⁴⁹⁾。この例外と「公序法理」の関係についてはIV 1(2)で後述する。

f 本判決の射程

本判決の射程はこれを限定的に解する見解が多く、妥当と考えられる。すなわち、労働者の請求による軽易業務への転換の場合には原則として女性が請求した業務に転換させるものとされており役職者の併存による不都合の回避等の事業主の業務上の必要性について一定の配慮が必要となること⁵⁰⁾、軽易業務転換を「契機とする」降格は労働者に有利な措置と不利益取扱いにあたる措置が連動ないし密接に関連していること⁵¹⁾から、本判決の射程は労働者の権利行使や労働者にとって有利な側面がある同種事案にのみ及ぶと考えるべきである。

4 広島中央保健生協事件以降の裁判例

広島中央保健生協事件以降の重要と考えられる裁判例は以下の二つである⁵²⁾。

44) 富永・前掲注37)179頁。

45) 「差別意図」と「差別意思」は同義と扱い、各論者の用語法に応じて用いる。

46) 山川・前掲注37)190-191頁。

47) 長谷川珠子・前掲注37)40頁。水町・前掲注37)106頁はこの見解を差別意思に基づく妊娠・出産差別を客観的とされる諸事情によって適法化することを可能とする解釈であり適当でないとする。

48) 山川・前掲注37)196頁注14は、長谷川珠子・前掲注37)に対してこのような指摘を行っている。

49) 山川・前掲注37)190-191頁。

50) 市原・前掲注37)435-436頁。

51) 長谷川珠子・前掲注37)41頁、富永・前掲注37)182頁、山川・前掲注37)191頁。

52) 他に、産休が問題となった事案として、出水商事事件(東京地判平成27年3月13日労経速2251号3頁)がある。これは、産休中の原告に対し「退職通知」と退職金を送付し、後にこれを撤回したが育休後の復職に対して消極的な姿勢を示した事案で、原告は休業明けに会社しなくとも民法536条2項により賃金請求権を失わず、「退職通知」送付行為は労基法19条1項及び育介法10条に違反して不法行為に該当するとされた。産休・育休取

(1) TRUST 事件⁵³⁾

本件は、妊娠が判明した労働者を墨出し等の現場業務から外し、派遣会社を紹介したうえ退職扱いした事案で、裁判所は退職合意の成立を否定し、賃金・慰謝料等の請求を一部認容した。退職合意・休職合意の有無等が争点となっており、均等法9条3項違反の有無は直接判断されていないが、不利益取扱いの範囲に関連して興味深い判決である。

本判決は、退職合意の有無について「退職は、一般的に、労働者に不利な影響をもたらすところ、雇用機会均等法1条、2条、9条3項の趣旨に照らすと、女性労働者につき、妊娠中の退職の合意があったか否かについては、特に当該労働者につき自由な意思に基づいてこれを合意したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するか慎重に判断する必要がある」として、広島中央保健生協事件に類似する文言を用いた慎重な判断枠組みを示している。合意による退職であれば9条3項の禁止する不利益取扱いに当たらないため、同法の規制の潜脱を防ぐために慎重な判断を行うことは妥当と解される⁵⁴⁾。

他方で、本判決は、原告の妊娠が発覚するより前の病気休暇中の休職合意の成立を認めており、この点に疑問がある。被告は休職合意の成立を主張しているものの、休職を指示したか及びその時期についてははっきり主張しておらず、裁判所は原告が退職扱いを知った時点で休職と認識していたことから休職合意の成立を認定している。しかし、合意成立日時に関する疑問をおいても、本件「休職」の内容は原告を就労させず賃金を支払わない代

わりに派遣会社から仕事を紹介するというものであり、就労拒否として不利益取扱いに当たりうることから、広島中央保健生協事件の射程が及ぶのか、及ぶとして判断はどうなるのかを検討すべきであった⁵⁵⁾。

(2) 社会福祉法人全国重症心身障害児(者)を守る会事件⁵⁶⁾

本件は、育児短時間勤務制度を利用して1日6時間の時短勤務を行った原告らが、被告が基本給を8分の6に減額することとは別に昇給号給数に8分の6を乗じて昇給を抑制する措置を取っていることが育介法23条の2等に反し違法・無効であるとして、給与の差額・慰謝料の支払等を求めた事案である。本判決は育介法23条の2を強行規定と解し、時短勤務者の昇給抑制を違法として請求を一部認容した。

本判決は、「労働者につき、所定労働時間の短縮措置の申出をし、又は短縮措置が講じられたことを理由として解雇その他不利益な取扱いをすることは、その不利益な取扱いをすることが同条に違反しないと認めるに足りる合理的な特段の事情が存しない限り、同条に違反するものとして違法であり、無効である」との原則を示しており、広島中央保健生協事件の影響を受けていると考えられる⁵⁷⁾。

また、本判決は、「本件昇給抑制は、労働者に本件制度の利用を躊躇させ、ひいては、育児・介護休業法の趣旨を実質的に失わせるおそれのある重大な同条違反の措置たる実質を持つものであるというべきであるから、本件昇給抑制は、同法23条の2に違反する不利益な取扱いに該当するというべきである。」

得後の解雇、退職勧奨ないし合意解約の申込みのいずれに当たるかがはっきりしない使用者側の行為についての一事例として意義を有する。同判決の評釈として、石崎由希子「判批」ジュリ1494号115頁(2016)。

53) 東京地裁立川支判平成29年1月31日労判1156号11頁。本判決の評釈として、竹内(奥野)寿「判批」ジュリ1504号4頁(2017)、武井寛「判批」新・判例解説 Watch (法セ増刊)21号269頁(2017)。

54) この点につき、竹内(奥野)・前掲注53)5頁は、広島中央保健生協事件が労働者に有利な措置の実現という側面を有することを指摘して、同判決の具体的な考慮事情をそのまま参照するのは妥当でなく、より限定的に判断がなされるべきとしており、適切な指摘である。

55) 判断を行う場合、本件では原告の業務は少なくとも一部が危険有害業務(労基法64条の3)に該当したこと、原告が副業を有しており影響が小さかったこと等が本件の特殊事情として考慮されうる。

56) 東京地判平成27年10月2日労判1138号57頁。本判決の評釈として、水町勇一郎「判批」ジュリ1489号4頁(2016)、小山敬晴「判批」季刊労働法253号204頁(2016)、矢野昌浩「判批」法セ740号163頁(2016)等がある。

57) 水町・前掲注56)5頁。

とする⁵⁸⁾。この判示は、「公序法理」を育介法違反か否かの判断に取り込んでいるように読める。この点は広島中央保健生協事件に内在する問題点であり併せて検討すべきとする見解⁵⁹⁾もあり、「公序法理」と不利益取扱い禁止の関係の検討において後述する。

(3) 小括

本節では、広島中央保健生協事件以降、妊娠・出産等ないし育児時短勤務が問題となった裁判例を概観した。広島中央保健生協事件の影響を受けていると思われる裁判例はあるものの、均等法9条3項が直接問題となった裁判例は見当たらない。また、社会福祉法人全国重症心身障害児(者)を守る会事件では「公序法理」が「不利益取扱い」該当性の判断に取り入れられたが、この点には批判も強い⁶⁰⁾。

以上の判例・裁判例の分析を踏まえて、IVではまず、判例・裁判例の判断枠組みを整理し、残された解釈上の疑問点を検討する。

IV. 判断枠組みの検討

1 判例・裁判例の判断枠組み

(1) 「公序法理」、人事権濫用法理、不利益取扱い禁止

まず、均等法9条3項制定以前には、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは、労基法等が保障した権利等の行使を抑制し、ひいては権利保障の趣旨を実質的に失わせるものと認められる場合には公序違反により無効になるとされてきた(日本シェーリング事件、東朋学園事件)。この枠組みは主として賃金に関する事案で用いられており、下級審では

降格(師長解任)にも用いた例がある(みなと医療生活協同組合事件)。

次に、コナミデジタルエンタテインメント事件に代表されるように、担務変更や降格については人事権の濫用か否かで判断する事例が存在し、広島中央保健生協事件の原審もこの枠組みを用いている。これは、使用者の人事権行使上の裁量を広く認めるものである。

以上に対し、広島中央保健生協事件では、均等法9条3項が強行規定であるとして、同条が禁止する不利益取扱い該当性を判断する枠組みが用いられた。同条が強行規定であることには学説上もさほど異論がなく⁶¹⁾、同条制定以降の妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いが問題となる事案ではまず同条違反の有無が判断されるべきであり、同判決の示した判断枠組みは今後重要である。もっとも、既に検討したように同判決の枠組みの射程は限定的であり、労働者にとっての有利な措置と結びつかない不利益取扱いについてはより厳しい判断枠組みの構築が必要であろう。

(2) 相違点・相互の関係

判例・裁判例の判断枠組みは以上のように整理されるが、その相違点や相互の関係は従来あまり明確にされてこなかった。以下では、各判断枠組みの相違点と関係について検討する。

a 各判断枠組みの相違点

各判断枠組みの判断基準の主な相違点は、①不利益の程度の考慮の有無、②業務上の必要性・使用者の裁量の考慮の程度である。

「公序法理」の判断基準は、就業規則等による妊娠・出産等の取扱いが、「権利等の行使を抑制し、ひいては労働基準法等が上記権

58) もっとも、「本来与えられるべき利益を与えないという不作為の形で不利益取扱いをする場合において、併せて不十分な利益を与える部分が併存するとき、この利益を与える部分を含めて当該行為を全部無効とすれば、かえって労働者は不十分な利益すら失ってしまうことになるので、同法23条の2の規定の趣旨を没却するものではない限り、その限度で不利益取扱いには当たらないと解すべきであり、また、不作為の行為の無効ということを観念する実益に乏しいことから、本件昇給抑制に係る行為を無効とは解さない」として本件昇給抑制を無効とすることは避けている。この点については、端的に8分の6を乗じた措置を無効とすれば良かったものと解される(同旨、矢野・前掲注56)163頁)。

59) 水町・前掲注56)5頁、小山・前掲注56)205頁。

60) 水町・前掲注56)5頁、小山・前掲注56)205頁。

61) 例えば、菅野和夫『労働法(第11版補正版)』256頁(弘文堂、2017)、荒木尚志『労働法(第3版)』106頁(有斐閣、2016)。

利等を保障した趣旨を実質的に失わせるものと認められる」か否かであり、ここでは不利益の程度が権利行使を抑制するほど大きいかが問題となる。

次に、人事権濫用法理の判断基準は、①業務上の必要性の有無、②不当な動機・目的の有無、③通常甘受すべき程度を著しく超える不利益の有無である。この判断枠組みが用いられる場合には、使用者の人事権の濫用の有無が問題となることからまず業務上の必要性が考慮される点に特徴があり、使用者の裁量が重視されている。そして、労働者の不利益は「通常甘受すべき程度を著しく超える」場合にのみ問題となる。

他方で、広島中央保健生協事件の判断枠組みでは9条3項の禁止する不利益取扱いに当たるか否かが判断基準となっている。その内容は原則と二つの例外からなり、軽易業務転換を契機とする降格は原則として9条3項の禁止する取扱いに当たるが、①「当該労働者につき自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するとき」又は②「事業主において当該労働者につき降格の措置を執ることなく軽易業務への転換をさせることに円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性から支障がある場合であって、その業務上の必要性の内容や程度及び上記の有利又は不利な影響の内容や程度に照らして、上記措置につき同項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情が存在するとき」は例外とするものである。ここでは、9条3項の禁止する不利益取扱いに該当する場

合不利益の程度は問わずに無効とされ、業務上の必要性は例外②の一考慮要素にとどまる。

効果はいずれも当該取扱い等の無効であり、「公序法理」では公序違反（民法90条）、人事権濫用法理では権利濫用（労契法3条5項、民法1条3項）、不利益取扱い禁止では強行法規（均等法9条3項）違反により無効となる。また、均等法9条3項違反は不法行為上の違法性を基礎付け、損害賠償責任の根拠となりうる。

b 「公序法理」と不利益取扱い禁止の関係

「公序法理」と不利益取扱い禁止の関係については、(a)前者が後者に取り入れられたとする見解⁶²⁾、(b)前者はもはや後者と別個には機能しないとする見解⁶³⁾等が存在する。

まず、(a)前者が後者に取り入れられたとの見解は、広島中央保健生協事件の例外②で労働者への影響の程度を考慮している部分が、公序違反性の判断に類するとの指摘である。これは、法の「趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情」の有無を考慮することは、法が「権利等を保障した趣旨を実質的に失わせる」かを考慮する「公序法理」の枠組みと共通しているとするものであり、この論者の一部は、不利益取扱い禁止違反は不利益の程度を問わずに違法とされるべきとして同判決を批判する⁶⁴⁾。確かに、この見解が有する「公序法理」と不利益取扱い禁止は別個に判断すべきであるという問題意識は妥当であり、強行法規によって禁止された「不利益取扱い」該当性の判断にあたっては不利益の程度を考慮すべきでない⁶⁵⁾。

62) 長谷川珠子・前掲注37)40頁。鄒・前掲注37)129頁及び水町・前掲注37)106頁は、このように解した上で、公序違反性は不利益取扱いが合理的理由に基づいたことが立証された場合に別途問われるべきであるとして本判決に批判的である。同様の指摘として、水町・前掲注56)5頁参照。

63) 土田・前掲注26)180頁注22。これは直接には育介法10条に関する言及であるが、「産前産後休業を理由とする不利益取扱いについても、育児・介護休業法10条の判断基準が準用されるべきであろう」としている。もっとも、この見解は「公序法理」の基本的考え方は今日においても重要であり、使用者の不利益回避措置の要請を基礎付けるものとする。

64) 鄒・前掲注37)129頁、水町・前掲注37)106頁、水町・前掲注56)5頁。

65) 学説でも、菅野・前掲注61)584頁は、均等法9条3項の「施行前は当該不利益取扱いが公序良俗違反となるかどうかとして判断されていた」が、「同禁止規定は強行規定であるので、違反の不利益取扱いについて特段の合理的理由のない限り法律行為としての無効性と不法行為としての違法性を生じさせることとなった」とする（同書599頁は、育介法10条等につき、より端的に「育児休業等の申出者ないし取得者に対する賃金面でのノーワーク・ノーペイ原則をこえた不利益取扱いは、当該取扱いを首肯させる特段の合理的事情のない限り（不利益の程度を問わず）違法（無効、不法行為）となったと解される」としている）。

例外②の解釈としては、業務上の必要性により差別意図の推認を否定した上で、特段の事情を要求して使用者の人事上の裁量を厳しく審査したものと解することが適切であろう⁶⁶⁾。

なお、社会福祉法人全国重症心身障害児(者)を守る会事件の判旨は「公序法理」を不利益取扱い該当性の判断に取り入れたものと読まざるを得ないが、この点は妥当でなく、両者は区別されるべきである。

また、見解(b)について、「公序法理」が機能しなくなるとは考えにくい⁶⁷⁾。不利益取扱い該当性の判断にあたっては「理由として」という要件も問題となり、妊娠・出産等を「理由として」なされた不利益取扱いではないと判断されても、不利益の程度によっては権利行使を抑制するものとして公序違反となる余地は残るためである。

「公序法理」は不利益取扱い禁止とは別の枠組みであり、広島中央保健生協事件以降も用いられうる。

c 「人事権濫用法理」と不利益取扱い禁止の関係

広島中央保健生協事件では、原審が「人事権濫用法理」を用いて原告の請求を棄却したのに対し、最高裁は異なる枠組みを提示して差し戻した。同判決の射程の限定はあるものの、均等法9条3項が強行規定とされた以上、今後は降格等の人事権行使の事案であっても、使用者の広い裁量が認められる「人事権濫用法理」ではなく、まず不利益取扱い禁止に違反するかが判断されるものと考えられる。また、「公序法理」と同様に、妊娠・出産等を「理由として」なされた不利益取扱いには当たらずとも、労働者が通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を負わせるような場合には人事権の濫用となりうるため、「人事権濫用法理」も広島中央保健生協事件以降も意味を有するであろう。

d 小括

以上より、判例・裁判例で用いられてきた

三つの判断枠組みは互いに異なるものであり、広島中央保健生協事件判決以降もそれぞれが用いられうるといえる。判断過程においては、まず強行規定による不利益取扱い禁止違反の有無が判断され、違反行為は私法上も違法無効となる。そして、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いにあたらない場合、人事権の行使であれば人事権濫用法理、その他の行為も含め権利行使を抑制し法が権利を保障した趣旨を実質的に失わせうるものであれば「公序法理」によって判断されることとなる。不利益取扱い禁止違反が判断の中心となるにあたっては、使用者の行為が妊娠・出産等を「理由とする」取扱いであるかによって他の二つの判断枠組みが機能するかが左右されると考えられる。

(3) 残された点

上記(2)で検討したように、広島中央保健生協事件の判断枠組みは今後妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの違法性判断の中心となると思われる。そこで、以下では同判決で残された点を再度整理する。

a 広島中央保健生協事件の射程外の場合

Ⅲ 3(3)で検討したように、広島中央保健生協事件は軽易業務転換を「契機とする」降格が問題となった事案であり、同判決の射程は同種事案、すなわち労働者に有利な措置と不利益取扱いにあたる措置が連動ないし密接に関連している事案にのみ及ぶと解される。例えば、配置転換や降格は、軽易業務転換(労基法65条3項)、就業時間制限(労基法66条)等の権利行使の結果行われる場合、労働者にとって有利な側面を有するため、広島中央保健生協事件の枠組みが基本的に妥当するであろう。

他方で、労働者に有利な側面のない場面においてどのような判断がなされるべきかは残る問題である。例えば、解雇や契約更新拒絶のように雇用関係が終了する場合には、労働者に有利な措置としての側面は存在しないことは明らかであるし、減給や賞与における不

66) 山川・前掲注37)191-192頁。

67) 同様の指摘として、両角・前掲注18)103頁、細谷越史「労基法上の権利行使と不利益取扱いの禁止」日本労働法学会編『講座労働法の再生第4巻 人格・平等・家族責任』297頁、315頁(日本評論社、2017)。

利益算定等も労働者に有利な側面は存在しない。こうした場合の判断枠組みはなお検討を要するが、少なくとも広島中央保健生協事件の原則と同様の立証責任の転換は行われると考えられる。

b 「理由として」「不利益な取扱い」の内容及び範囲

広島中央保健生協事件の「理由として」要件が主観的要素であるのか客観的因果関係であるのかについては見解が分かれており⁶⁸⁾、既述のように、筆者は広島中央保健生協事件の例外①の解釈としては主観的要素と解すべきと考えるが、「理由として」要件を客観的因果関係と考えるべきか、そのことにどのような意味があるのかは残された問題である。

また、広島中央保健生協事件判決が、通常使用者の広範な裁量が認められる役職の降格について厳格な判断を行った点には疑問を呈する見解もあり⁶⁹⁾、降格以外の措置の「不利益な取扱い」該当性についての判例は存在しない。軽易業務転換を契機とする降格がやや特殊な類型であるとする、行政解釈及び判例を踏まえた「不利益な取扱い」の解釈の検討が必要である。

c 職場復帰後の処遇

広島中央保健生協事件では、主位的請求で降格（本件措置1）の違法性が主張された他、予備的請求で育休からの復帰後に副主任に復帰させなかったこと（本件措置2）の違法性が主張された。第一審及び原審は、本件措置2についても均等法9条3項、育介法10条

に違反せず、人事権の濫用にもあたらないとして原告の主張を斥けていた。最高裁及び差戻後控訴審では、本件措置1が違法とされたため本件措置2については判断がされていない⁷⁰⁾。

この点について、軽易業務転換、産休及び育休中の措置が一時的なものであることから、こうした措置と復帰後の措置、特に原職・元の役職に戻さない措置を分けて検討し、判断枠組みを異ならせることがありうる⁷¹⁾。そして、そのように解することは、使用者の人事上の必要性和女性労働者のキャリア維持の間の衡平を保つことに資する可能性がある。

以上の考察を踏まえ、2では、「理由として」「不利益な取扱い」の解釈について検討する。

その上で、3では、cの問題意識に関連して、女性労働者の権利と雇用管理上の必要性のバランスや事実上の女性労働者への影響を考慮した妥当な解決のあり方を模索する。

2 均等法9条3項の解釈と展開

(1) 「理由として」の意味

従来、労基法3条、4条及び均等法の「理由として」は使用者の主観的な状態を意味するとされてきた⁷²⁾。ここでの主観的な状態としての差別意図は、使用者が、差別禁止事由を認識し、その故に当該労働者を不利益に取り扱うという意図に基づいて不利益取扱い

68) 前者の例として山川・前掲注37)190-191頁、後者の例として長谷川珠子・前掲注37)40頁がある。

69) 富永・前掲注37)180-182頁、土田道夫『労働契約法（第2版）』745-746頁（有斐閣、2016）。土田・同書746頁は、使用者が軽易業務転換を実行する義務を負うケースにおいて、従来の業務における役職を免ずる措置については高度の業務上の必要性を認め、「特段の事情」を肯定すべきであり、判旨は「均等法9条3項の解釈における労使間の公正な利益調整を誤ったものと評価せざるをえない」とする。

70) なお、櫻井龍子裁判官の補足意見は育介法10条を強行規定と解した上で、本件措置2についても法廷意見と同様の枠組みで慎重な検討がなされるべきとしている。

71) 富永・前掲注37)182頁、土田・前掲注69)747頁。

72) 労基法3条につき、東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法（上）』97頁〔両角道代〕（有斐閣、2003）、厚生労働省労働基準局編『平成22年版労働基準法（上）』75頁（労務行政、2011）。もっとも、労基法4条については、東京大学労働法研究会編・同書105-106頁〔両角道代〕は「原告の性別との間に因果関係が存在することが必要」として差別意思の要否について明示しておらず、厚生労働省労働基準局編・同書81頁も差別意思の要否には言及がない。均等法については、労働省女性局編『詳説男女雇用機会均等法』197頁（労務行政研究所、2000）が、「労働者が女性であることのみを理由として、あるいは社会通念として又は当該事業場において、女性労働者が一般的又は平均的に、高度な能力を有する者が少ないこと、勤続年数が短いこと、主たる生計の維持者ではないこと等を理由とすることの意」とする。

を行うことで足り、嫌悪や敵意は必須ではないと解されている⁷³⁾。

これに対し、近年新たに立法された雇用差別禁止規定においては主観的要素ではなく客観的な義務違反が問題となる傾向があるとの指摘が存在する⁷⁴⁾。この見解は、「公序法理」についても主観的差別意思がなくとも客観的な義務違反として差別の成立が認められていたものと解する⁷⁵⁾。また、行政解釈は、「妊娠・出産等と、解雇その他不利益な取扱いとの間に因果関係があることをいう」⁷⁶⁾としており、客観的因果関係を問題として読むことができる。もっとも、そのことが直ちに主観的要素の考慮を否定するものではない。

この点について広島中央保健生協事件を見ると、既述のように、同判決の例外①（本人の承諾）は、本人の意向を「理由とする」措置であり差別意図に基づかないという反証であると解される。すなわち、広島中央保健生協事件の判旨は主観的要素を問題としたものと考えられる。

他方で、広島中央保健生協事件後には同判決の原則と例外が表現を変えて通達に取り入れられているが、そこでは、「妊娠・出産等の事由を契機として不利益取扱いが行われた場合は、原則として妊娠・出産等を理由として不利益取扱いがなされたと解される」とされ、ただし書きで、「イ①円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性から支障があるため当該不利益取扱いを行わざるを得ない場合において、②その業務上の

必要性の内容や程度が、法第九条第三項の趣旨に実質的に反しないものと認められるほどに、当該不利益取扱いにより受ける影響の内容や程度を上回ると認められる特段の事情が存在すると認められるとき」又は「ロ①契機とした事由又は当該取扱いにより受ける有利な影響が存在し、かつ、当該労働者が当該取扱いに同意している場合において、②当該事由及び当該取扱いにより受ける有利な影響の内容や程度が当該取扱いにより受ける不利な影響の内容や程度を上回り、当該取扱いについて事業主から労働者に対して適切に説明がなされる等、一般的な労働者であれば当該取扱いについて同意するような合理的な理由が客観的に存在するとき」についてはこの限りでない⁷⁷⁾。この例外ロが同判決の例外①に対応していると考えられるが、文言は判決と異なっており、当該労働者の承諾ではなく一般的な労働者の同意を問題としている点で、差別意図に対する反証ではなく因果関係の遮断を問題にしているとも解される。また、9条3項と同様に2006年改正で均等法に規定された間接差別（7条）は客観的な義務違反であり差別意図を要しないとされており、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いをこれに引き付けて考えれば差別意図を要求しないことはありうる。

上記の検討に鑑みると客観的な義務違反とする因果関係説も採り得ないものではない。しかし、均等法9条3項は「理由として」という文言を用いていることから基本的には差別意思を問題にしていると解され、広島中央

73) 東京大学労働法研究会編・前掲注72)97頁〔両角道代〕。山川・前掲注37)196頁注15。

74) 富永晃一「雇用社会の変化と新たな平等法理」荒木尚志ほか編『岩波講座現代法の動態(3)社会変化と法』59頁、66-67頁（岩波書店、2014）。育介法について、差別的意図の有無を問わないものと解する見解として、両角道代「家族の変化と労働法」同書133頁、151頁。なお、長谷川珠子・前掲注37)はこうした新たな見解を「客観的因果関係説」としてそれに基づいて広島中央保健生協事件の例外①を論じているが、富永は同書67頁で均等指針が『主観的要素』としての位置づけの否定の趣旨か否かは不明」としており、妊娠者の不利益取扱いについて主観的要素の考慮を否定しているわけではないように思われる。

75) 富永・前掲注74)66頁。

76) 平成18年厚生労働省告示第614号「労働者に対する性別を理由とする差別の禁止等に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針」（以下、「均等法指針」という）第4の3(2)。

77) 平成27年1月23日雇児発0123第1号第2の4(5)。下線は筆者により、広島中央保健生協事件の判旨から表現が異なっている部分である。同通達については、広島中央保健生協事件の軽易業務転換を契機とする降格に関する判示を「契機として不利益取扱いが行われた場合」として不利益取扱い一般に広げ、業務上の必要性の内容や程度・有利な影響の「上回り」を要求する等同判決をより厳格にしたと思われる枠組みを示している点で疑問がある。

保健生協事件もそれと整合的に解される。また、因果関係説の唱える差別意思の相対化が妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いにおいてどのような意義を有するかはあまり明らかでなく、差別意図を不要と解することまでは必要ないと考えられる。

(2) 「不利益な取扱い」の範囲

「不利益な取扱い」の解釈としては、「仮に妊娠、出産をせずに働き続けた場合における当該女性労働者の処遇」と比較して、妊娠・出産等を理由に処遇が低下している場合にはこれを「不利益」とみることが妥当であり、判断にあたっては妊娠、出産等以外を理由とする処遇の低下の影響を除去した上で比較することに留意が必要とされている⁷⁸⁾。

この見解を踏まえて、均等法指針第4の3(2)は以下のように例示を行っている。すなわち、「イ 解雇すること、ロ 期間を定めて雇用される者について、契約の更新をしないこと、ハ あらかじめ契約の更新回数の上限が明示されている場合に、当該回数を引き下げること、ニ 退職又は正社員をパートタイム労働者等の非正規社員とするような労働契約内容の変更の強要を行うこと、ホ 降格させること、ヘ 就業環境を害すること、ト 不利益な自宅待機を命ずること、チ 減給をし、又は賞与等において不利益な算定を行うこと、リ 昇進・昇格の人事考課において不利益な評価を行うこと、ヌ 不利益な配置の変更を行うこと、ル 派遣労働者として就業する者について、派遣先が当該派遣労働者に係る労働者派遣の役務の提供を拒むこと」である。「妊娠・出産等を理由として(2)のイからへまでに掲げる取扱いを行うことは、直ちに不利益な取扱いに該当すると判断される」とされ、各取扱いに該当するか否かについての考慮事情が示されている⁷⁹⁾。

行政解釈に対しては、ノーワーク・ノーペイ原則の範囲での減給等、不就労期間や能力低下を疾病等と同等に扱っての人事考課

等⁸⁰⁾は許容するとされていることが妥当かという疑問がありうる。妊娠・出産等が女性のみを生じることやリプロダクションの社会的意義に鑑み、母性保護・優遇はより高められるべきではないかという見解である。

判例は、東朋学園事件で産前産後休業による不就労期間の賃金請求権を否定し、出勤として取り扱うかどうかも労使間の合意に委ねられるとしている。これは、行政解釈と同様にノーワーク・ノーペイ原則を準則とするものである。広島中央保健生協事件は、軽易業務転換を契機とする役職の降格について原則として9条3項の禁止する取扱いに該当すると判断して厳格な判断を行っている点に特徴があるが、類型としてはやや特殊である。「不利益な取扱い」該当性の判断にあたって、疾病等と同等の取扱いであれば該当しないのかという点に関する判断はなされていない。

この問題についての判断は、妊娠・出産が女性にのみ生じる一時的状態であることをどのように考えるか、母性保護をどこまで前面に出すかに依存する。

女性にのみ生じること、性別と結びつくことから人権的な趣旨での保護の要請を生じさせ厳格な判断を行う方向に影響する。この点を重視すれば母性保護・優遇が促進されるべきということになる。他方で、一時的な状態であることは、疾病を比較対象としたり、軽易業務転換等の権利行使に必ずべき使用者の業務上の必要性に配慮したりすることで反対の方向に影響しうる。また、該当性の判断があまり厳格に過ぎると雇用管理上の必要性との均衡を欠き、ひいては女性労働者の雇用コストを増大させて女性労働者の採用や管理職登用に悪影響を及ぼすことも懸念される⁸¹⁾。

この点の検討の一助として、次に、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを諸外国のように直接性差別として規制すべきとの見解について簡潔に論じる。

78) 財団法人21世紀職業財団編・前掲注10)150-151頁。例えば、ノーワーク・ノーペイ部分を除外した上で、それ以上に賃金がカットされている場合に「不利益」と判断すべきとされている。

79) 均等法指針第4の3(3)。

80) 均等法指針第4の3(3)。

81) 類似の指摘として、富永・前掲注37)182頁。

(3) 性差別と捉えるべきか

妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いには、EU 及びドイツでは比較対象者を観念しない直接性差別、アメリカでは一時的就労障害者を比較対象者とする直接性差別とされている⁸²⁾。日本では性差別としては捉えられていないが、外国法を参照して日本でも妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを性差別として規制すべきとの見解⁸³⁾が存在している。このような見解の背景には、「女性中心アプローチ」「ジェンダー視座アプローチ」⁸⁴⁾等の下、女性にしか起こらない妊娠・出産を性差別の枠組みで規制し、「女性固有のニーズへの配慮」⁸⁵⁾を求める発想があるようである。

しかしながら、比較対象者が観念しにくい妊娠・出産について「同一取扱い」の意味での差別禁止法理を及ぼすと、過大保護・過小保護の副作用が生じうる⁸⁶⁾。また、性差別として厳格な規律を及ぼすことは、企業にとって女性の雇用管理上のコストを増大させることとなり、事実上女性労働者の利益にはならないのではないかという懸念も存在する。結局、端的に不利益取扱いを禁止する現行制度は適切であろう⁸⁷⁾。

以上を踏まえると、不利益取扱い該当性を判断するにあたっては、雇用平等に配慮しつつ、女性労働者と使用者の間での衡平が図られるべきである。特に、女性労働者が妊娠・

出産に関して権利行使を行った場合には、使用者に対応する義務が生じている以上、その対応の際の業務上の必要性にも考慮が払われる必要がある。この点、広島中央保健生協事件が示した原則と例外の枠組みは母性保護と雇用管理上の必要性のバランスをとる上で基本的に妥当である。また、母性保護・優遇を強調しすぎることはかえって女性労働者の利益にもならないおそれがあり、例えば、不利益取扱い該当性の判断においてノーワーク・ノーペイ原則を修正することまでは必要ないと思われる。

3 女性労働者と妊娠・出産・育児

(1) 問題意識

妊娠・出産自体や妊娠・出産に伴う就労不能等は女性にしか生じないため、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは女性労働者の問題として捉えられている。性差別として規律すべきとする見解はこの最たるものであり、女性という性に対する配慮や男女雇用平等の問題として妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを捉えるものである。確かに妊娠・出産は女性労働者の問題であるが、では「妊娠・出産等」は育児とどの程度切り離された問題であるのか。

例えば、均等法施行規則第2条の2の8号は、生後満一年に達しない生児を育てる女性

82) この点の比較法的検討は本稿の範囲を超えるが、先行研究として、ドイツとアメリカの制度に関し詳細な検討を行った富永晃一『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), EU の判例・学説等を分析し性差別概念を検討した黒岩容子「妊娠・出産保護に関する EU 法の展開 (1)(2・完)」早稲田大学大学院法研論集 137 号 57 頁, 139 号 94 頁 (2011) 等がある。

83) 例えば、浅倉むつ子「妊娠・出産を理由とする雇用上の不利益取扱い」浅倉むつ子・角田由紀子編『比較判例ジェンダー法』184 頁, 206 頁 (不磨書房, 2007), 黒岩容子「ジェンダーと労働法」日本労働法学会編『講座労働法の再生第 6 巻 労働法のフロンティア』255 頁, 268 頁 (日本評論社, 2017) 等。

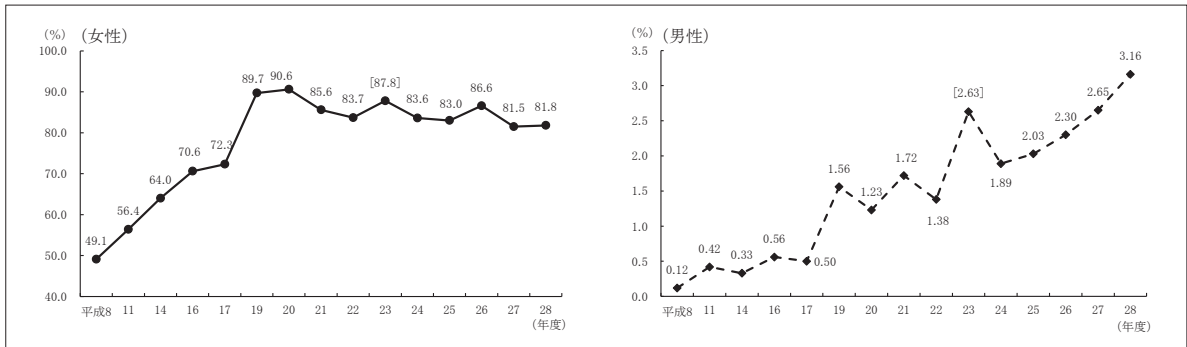
84) 「女性中心アプローチ」は浅倉むつ子「労働法とジェンダー」日本労働法学会編『講座 21 世紀の労働法第 6 巻 労働者の人格と平等』35 頁 (有斐閣, 2000), 「ジェンダー視座アプローチ」は黒岩・前掲注 83)255 頁の用語である。

85) 黒岩・前掲注 83)266 頁。

86) 富永・前掲注 82)371 頁。

87) 関連して、浅倉むつ子は富永・前掲注 82) の結論に対し、「性差別アプローチを否定した後にくるべき法規制のあり方……が現行の行政解釈 (に近い) という結論だとすれば、性差別アプローチほどにも偏見の除去に効果はなく、社会通念に依拠するのみで、現状変革的な実効性が乏しい現行法の対応こそ、かえって過小保護なのではないかという批判にどのように応えうるのだろうか」と述べており (浅倉むつ子「書評—富永晃一著『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』」日本労働研究雑誌 639 号 90 頁, 93 頁 (2013)), 問題意識は共有できる。もっとも、そこから直ちに性差別アプローチを肯定すべきということにはならないだろうし、浅倉自身がそう考えているかも定かではない。

図4：育児休業取得率の推移



(出所：厚生労働省「平成28年度雇用均等基本調査」14-15頁)

による育児時間の請求又は取得（労基法67条）を均等法9条3項の「妊娠・出産等」に含めているが、ここでの子の年齢は育児法5条1項が定める出産後最初の育児休業の期間と重なっている。そうすると、育児時間の請求又は取得を理由とする不利益取扱いと育児休業を理由とする不利益取扱いは、禁止の根拠条文が均等法9条3項か育児法10条かという違いは有するが、事実状態として非常に近いものでありうる⁸⁸⁾。

また、育児休業は男性も取得することができるが、実際には圧倒的に女性によって取得されており（図4参照）、特に産休と連続して取得されることが多い。そこから、妊娠・出産後の職場復帰時の処遇が問題となる場合には育休取得後の復職であることも多く、これまで検討を行った判例・裁判例でも育休に関する事案は多く見られた。1(3)cで述べたように、広島中央保健生協事件でも予備的請求として産休からの復職時に副主任に復帰させなかったことの違法性が争われており、後者を問題とする余地も存在した。

以上のような産休と育休の事実上の連続性及び特に子が1歳未満の時期に女性労働者が置かれる状況を考慮すると、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの問題を考察するにあたって、妊娠・出産とその後の育児を厳密に切り離すことが可能か、あるいは適切か

という疑問が生じてくる。これは特に復職後の処遇が問題となる場合に妥当する。

むしろ育児は女性のみが行うべきものではなく、育児負担を女性労働者のみの問題として捉えることは適切でない。しかし、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを解雇や雇止め等の雇用関係の終了と降格や配転等の雇用関係継続における不利益取扱いに大別し、後者を女性労働者のキャリアの観点から問題とする場合には、育児も含めた家族責任を考慮することが必要ではないか。その上で、復職時に不利益を被らないことを重視することで、女性労働者のキャリア維持と使用者の雇用管理上の必要性の均衡を適切に図ることができるのではないか。

以下ではこのような問題意識の下、家族責任を負う労働者の問題について簡潔に言及する。

(2) 家族責任

「家族責任」とは、広い意味では、夫婦の同居、協力と扶助の義務の履行、子どもの育児や監護、親や親族の介護、子どもの学校や地域での活動その他の社会的責任の履行をいう⁸⁹⁾。1981年にILO第67回総会において「家族的責任を有する男女労働者の機会及び待遇の均等に関する条約」（156号条約）と同名の勧告（165号勧告）が採択され、日本は1995年に同条約を批准した。同条約の「家

88) なお、育児法10条や23条の2が強行規定であるとした判例は未だ存在しないが、育児法10条は広島中央保健生協事件の櫻井補足意見、23条の2は社会福祉法人全国重症心身障害児（者）を守る会事件がそれぞれ強行規定と判示しており、そのように解することが法の目的及び性質から妥当と解される。

89) 和田肇「総論 労働者の人権保障」日本労働法学会編『講座労働法の再生第4巻 人格・平等・家族責任』1頁、17頁（日本評論社、2017）。

族的責任を有する労働者」は「被扶養者である子に対し責任を有する男女労働者」（1条1項）及び「介護又は援助が明らかに必要な他の近親の家族に対し責任を有する男女労働者」（同2項）である（同4項）。この条約自体は女性労働者に家族責任が偏らないようにすることを意図したものであり、日本でも育児休業法の制定や改正はこれに沿うものであったが、既述の育休取得率に鑑みると男性にとってはほとんど効果がないといってい⁹⁰⁾。

家族責任を負う労働者のワーク・ライフ・バランスへの配慮やワーク・ファミリー・コンフリクトの防止は、労契法3条3項等を意識して近時関心を集めているテーマであり⁹¹⁾、特に配転等に関して考慮がされつつある。下級審裁判例では、労働者が育児や介護の負担を理由に配転を拒む態度を示しているときは真摯に対応することを求めた判決⁹²⁾、代替策の検討や不利益の顧慮等の配慮を考慮した判決⁹³⁾等が存在する。また、学説にも「仕事と家庭の調和」を「仕事と家庭の分離」と並ぶ労働法のもう一つの原則とすべきとし、使用者の家庭生活配慮義務を観念する見解が存在する⁹⁴⁾。

雇用環境や社会環境の変化に伴い働き方が見直される潮流の中で、次世代を育成する労働者等の家族責任への配慮、ワーク・ライフ・バランスは重要性を増しつつある。妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの考察にあたっては、妊娠・出産のみならずその後の育児も視野に入れながら円滑な職場復帰を行えるよう女性労働者のキャリアや働き方への配慮がなされていく必要がある。妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを育休制度等も含めた家族責任を有する労働者の問題の一つとして位置付けて議論し、その中で必要

に応じて生物学的負担への配慮を行うことは、この問題をより実効的に議論する一つの方法であるように思われる。

(3) 課題の解決に向けて

妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは、雇用関係の終了と雇用関係継続中の不利益取扱いに大別される。前者は解雇について労基法19条1項及び均等法9条4項でも規制されており、端的に女性労働者の雇用維持が求められる。これに対し、後者については職場における女性労働者の権利と使用者の雇用管理上の必要性の適切な均衡を図ることが必要であり、広島中央保健生協事件の判断枠組みにおける例外はその一例を示すものといえる。このような均衡を図り、女性労働者の雇用がコストと捉えられることを防止するためには、妊娠・出産期の一時的な状態とその後の育児負担を区別して職場復帰後の処遇を考えることが一つの解決方法たりうる。

ここまでの検討を踏まえると、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを女性労働者の問題として捉えるのみならず、育休制度や社会的意識を含めて議論することが必要であろう。近時、ワーク・ライフ・バランスに対する意識が高まっている中で、性差別という枠組みに限らず次世代を育成する労働者に対する配慮という意識が持たれても良いのではないか。検討を踏まえて生じた見解として提示するとともに、より広い枠組みでの議論・検討を今後の課題としたい。

V. おわりに

本稿では、まず、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いについて、特にコナミデジタルエンタテインメント事件と広島中央保健生協事件を中心に判例・裁判例の判断枠組みを

90) 和田・前掲注89)18頁。

91) 例えば、両角道代「仕事と家庭の分離」と「仕事と家庭の調和」菅野古稀『労働法学の展望』441頁（有斐閣、2013）、小畑史子「使用者の人事権と労働者の職業キャリア・個人の生活および事情」日本労働法学会編『講座労働法の再生第2巻 労働契約の理論』179頁（日本評論社、2017）、篠原信貴「家族責任を有する労働者の問題」村中孝史ほか編『労働者像の多様化と労働法・社会保障法』80頁（有斐閣、2015）等を参照されたい。

92) 東京地決平成14年12月27日労判861号69頁（明治図書出版事件）。

93) 大阪高判平成18年4月14日労判915号60頁（ネスレ日本（配転本訴）事件）、札幌高判平成21年3月26日労判982号44頁（NTT東日本（首都圏配転）事件）等。

94) 両角・前掲注91)445-447頁、458-463頁。

検討した。その結果、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い、均等法9条3項制定以前から用いられてきた権利行使抑制に関する「公序法理」、人事権濫用法理、均等法9条3項を強行規定と解した上での不利益取扱い禁止違反の有無という三つの判断枠組みによって判断されていること、これらの枠組みは特に判断基準の点で互いに異なるものとして、不利益取扱い禁止違反の有無を中心に広島中央保健生協事件以降も併存していきうることが明らかになった。

次に、広島中央保健生協事件の判旨を踏まえて同判決以降残された問題を整理し、均等法9条3項の「不利益な取扱い」「理由として」という要件の解釈を行った。そこから、妊娠・出産が女性労働者にのみ生じる一時的な状態であることをどのように考慮するかが問題となるとの認識に至り、性差別禁止との関係を簡潔に検討した。筆者は、妊娠・出産等にかかる不利益取扱いは性差別とは区別されるべきとの立場を採り、特に、妊娠・出産等に関して労働者の労基法上の権利行使等があった場合には、使用者の雇用管理上の必要性にもある程度考慮が払われるべきと考える。

最後に、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いと家族責任との関係について若干の展望を示した。本稿で検討した判例・裁判例にも育休や育介法が問題となっている事案が多くあり、家族責任の所在や育休制度のあり方は、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを考える際に併せて議論されるべきであろう。この点からも、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いは性差別としてよりも家族責任を負う労働者のワーク・ライフ・バランス等の問題として、社会的意識や制度も含めて議論していくことが妥当であるように思われる。視点として提示するとともに、より広範な考察を行うことを今後の課題としたい。

(追記)

Ⅱ1の「都道府県労働局雇用環境・均等部(室)での法施行状況」は、本稿投稿時(2018年3月)の最新版である平成28年度版を用いているが、投稿後、平成29年度版に接し

た。平成29年度の相談件数は19,187件であり、「婚姻、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱い(第9条関係)」が4,434件(23.1%)、妊娠・出産等に関するハラスメント(第11条の2関係)が2,506件(13.1%)、「セクシュアルハラスメント(第11条関係)」が6,808件(35.5%)となっている。

謝辞

本稿は、筆者が2017年度に東京大学法学政治学研究科に提出した同名のリーサーチペーパーに、若干の加筆・修正を施したものである。

本稿の執筆にあたっては、リーサーチペーパーの指導教員を引き受けていただいた荒木尚志先生に、多くの貴重なご指導を賜った。未熟な筆者の議論に真摯に向き合い、的確なご教示・ご示唆をいただいたこと、この場をお借りして厚く御礼申し上げます。

言うまでもないことであるが、本稿に残された多くの問題点は全て筆者の力不足によるものである。逆に、本稿に少しでも見るべき点があるとすれば、それは、荒木先生をはじめこれまで筆者をご指導・ご支援いただいた皆様のおかげである。心より感謝申し上げます。

(ひはら・ゆきえ)