

強行法規違反と不法行為 ——旧労働契約法20条をめぐる——

牛 尾 洋 也

〈目次〉

- 一 はじめに
- 二 旧労働契約法20条について
 - 1 労働契約法の性格と効力
 - 2 旧労働契約法20条の性質と効力
 - (1) 法規の趣旨
 - (2) 法規の内容
 - (3) 法規違反の効力
- 三 民事法における強行法規違反の効力論
 - 1 取締法規と強行法規
 - 2 強行法規と不法行為
 - (1) 公序良俗違反と不法行為
 - (2) 取締法規違反の効力
 - (3) 強行法規違反と不法行為
- 四 旧労働契約法20条違反の効力の検討
 - 1 労働保護法規違反における効力
 - 2 旧労働契約法20条違反の裁判例
 - (1) 最高裁平成30年6月1日判決
 - (2) その後の下級審判決
 - (3) 最高裁令和2年10月13日、同15日判決
 - (4) 小括
- 五 結びにかえて

一 はじめに

最高裁判所は、後述のように、令和2年10月13日（大阪医科薬科大学事件、メトロコマース事件）、および同15日（日本郵便〔佐賀〕事件、日本郵便〔大阪〕事件、日本郵便〔東京〕事件）の各判決を通じ、旧労働契約法20条（以下旧労契法20条と略す）の要件・効果に関する一定の見解を示した¹。

これまで、民事法上、強行法規に違反する行為の効力に関して議論がなされてきたが²、法規違反の場合にいかなる要件を充足すれば不法行為が認められるのかについて、必ずしも十分な検討は行われてこなかった。他方、労契法が民事法として位置づけられ、以下で見るように、近年の旧労契法20条をめぐる裁判例において、強行法規違反の効力として契約の無効と補充的効力のほか、不法行為の成立が問題とされたが、その議論の展開は、借地借家契約や請負契約、消費者契約を含め、民事法上の強行法違反と不法行為の関係一般についても重要な示唆を含んでいる。

そこで、以下では、旧労契法20条違反と民事上の不法行為の成立要件につき、裁判例における法理を中心に分析し、強行法規違反の効力に関して、いかなる法的枠組みで判断すべきかについて考察することとする。

二 旧労働契約法20条について

1 労働契約法の性格と効力

2007（平成19）年に制定された労働契約法の性格について、概ね次のよ

1 詳細につき、水町勇一郎「不合理性をどう判断するか？」労判1228号5頁以下参照。

2 椿寿夫・伊藤進編著『公序良俗違反の研究』（日本評論社 1995年）、椿寿夫編『民法における強行法・任意法』（日本評論社 2015年）、近江幸治・椿寿夫編『強行法・任意法の研究』（成文堂 2018年）他参照。

うに指摘されている。

すなわち、労働法の体系として労働契約法と従来の労働保護立法や民法との関係を見るならば、個別的労働関係については、民法に代わる特別法としての労働契約法がその権利義務関係の基本を定め、労働基準法が、労働契約関係にある労働者を保護するために労働条件の最低基準を罰則と行政監督つきで設定し、民法が、労働契約の民法上の概念としての雇用契約について、労働契約法および判例法理を補う一般の契約法理を提供しているとされる³。そのうえで、民法の特別法であるという労働契約法の性格は、「従来の労働立法には見られなかった新たなもの」であり、労働基準法や最低賃金法、労働安全衛生法、雇用機会均等法、職業安定法、高齢者雇用促進法、パートタイム労働法など、従来の多くの労働保護立法は、法を強制するための罰則や監督行政装置を伴っていたが、労働契約法は、それら罰則や行政装置を伴わない純然たる民事法であるといわれている⁴。

このような労働法の体系的理解によれば、労働契約上の具体的な権利義務関係について、民事法規としての労働契約法とこれを補う判例法理（労働契約法理）が諸種の準則（ルール）を設定し、また労働協約と就業規則がそれぞれ労働組合法、労働契約法の規定に基づき契約内容を規律し、労働基準法とその付属法などに定められた労働条件の最低基準が、罰則と労働基準監督行政によって労働契約関係に対して強制され、また民事（権利義務）上も、強行的直律的（補充的）効力を及ぼす（労基13条）。さらに、男女雇用機会均等法、障害者雇用促進法、パートタイム労働法、高年齢者雇用安定法その他の労働政策立法も、労働契約の様々な準則を設定しつつ、行政機関の助言・指導や紛争解決援助などの行政上の仕組みにより、労働

3 菅野和夫『労働法〔第12版〕』（弘文堂 2020年）141頁。

4 土田道夫『労働法概説〔第4版〕』（弘文堂 2019年）13頁。これらに対し、労働契約法も労働者保護法の重要な一翼を担うべきものとするのは、西谷敏『労働法 第3版』（日本評論社 2020年）64頁。

契約の内容について、労働基準法その他の各種労働政策立法が強行的直律的に影響を及ぼすことが指摘されている⁵。

このように、労働法制における強行法規の存在とその直律的効力性について指摘がなされ、労働法制によりもたらされる効力については、従来の労働立法における民事法的準則として、労働基準法13条や最低賃金法5条が、強行法規として基準未満の労働条件を課す労働契約を無効とし、かつ最低基準としての強行的直律的効力を付与し、男女機会均等法における差別禁止規定は、法律行為としては無効をもたらし、不法行為の違法性を備えさせるという意味で、民事法上の効力を有するとされる⁶。また、労働関係を規律する法令については、その多様性と「その規制手法・法的効果の観点」から、「私法上の効力規定」、「行政取締法規」、「刑罰法規」の3分類が指摘されている⁷。

2 旧労働契約法20条の性質と効力

(1) 法規の趣旨

2012（平成24）年に改正された旧労契法20条⁸は、有期雇用による不合理な労働条件の禁止を規定した。その趣旨は、有期契約労働者が無期契約労働者と比較して、雇止めの不安があることによって合理的な労働条件の決定が行われにくいこと、処遇に対する不満が多く指摘されていることを

5 菅野・前掲注（3）163頁。

6 土田・前掲注（4）14頁。

7 水町勇一郎『詳解労働法』（東大出版会 2019年）103頁。

8 旧労働契約法20条「有期労働契約を締結している労働者の労働契約の内容である労働条件が、期間の定めがあることにより同一の使用者と期間の定めのない労働契約を締結している労働者の労働契約の内容である労働条件と相違する場合においては、当該労働条件の相違は、労働者の業務の内容及び当該業務に伴う責任の程度（以下この条において「職務の内容」という。）、当該職務の内容及び配置の変更の範囲その他の事情を考慮して、不合理と認められるものであってはならない。」

踏まえ、有期労働契約の労働条件を設定する際のルールを法律上明確化する必要があり、そのために、有期契約労働者の労働条件と無期契約労働者の労働条件が相違する場合において、期間の定めがあることによる不合理な労働条件を禁止するものとしたものである⁹。

すなわち、旧労契法20条は、労働契約における労働条件設定の際のルールの明確化のために、期間の定めがあることによる不合理な労働条件を禁止したものである。

また、正規、非正規の労働条件格差問題については、本条制定以前から、2007年制定の労働契約法において均衡処遇の理念が規定され（法3条2項）、同年改正の「短時間労働者の雇用管理の改善に関する法律」（パートタイム労働法）が「通常の労働者と同視すべき短時間労働者に対する差別取扱いの禁止」（法8条）および賃金、教育訓練、福利厚生施設についての均衡処遇の努力義務、配慮義務（法9法—11条）を規定していたところ、旧労契法20条では、適用対象をパートタイム労働法8条より緩やかに設定し、さらに強行法規として民事的効力を付与して労働契約関係の是正を意図する社会改革的規定と評されている¹⁰。

（2）法規の内容

つぎに、その内容は、平成24年の改正法施行通達によれば¹¹、第一に、有期契約労働者と無期契約労働者との間で労働条件の相違は、法第20条に列举されている要素を考慮して不合理な労働条件の相違と認められる場合を禁止するものであり、第二に、比較される労働条件は、賃金や労働時間等の狭義の労働条件のみならず、労働契約の内容となっている一切の待遇

9 平成24年8月10日基発0810第2号第5の6（1）。

10 荒木尚志・菅野和夫・山川隆一『詳説労働契約法〔第2版〕』（弘文堂 2014年）227-228頁。

11 平成24年8月10日基発0810第2号第5の6（2）アイウエオ

を包含し、第三に、不合理性の判断は、職務の内容、当該職務の内容及び配置の変更の範囲その他の事情を考慮して、個々の労働条件ごとに判断され、例示として、通勤手当、食堂の利用、安全管理などについて労働条件を相違は、職務の内容、当該職務の内容及び配置の変更の範囲その他の事情を考慮して特段の理由がない限り合理的とは認められないと解されることを明らかにしている。第四に、不合理の判断は規範的評価を伴い、それぞれ主張立証責任の分配が示されている。

なお、第三点目の「不合理性」の判断に関しては、パートタイム労働法8条が労働条件の「同一性」要件に限定していたこととの対比から、職務内容および職務内容・配置の変更範囲のみならず、その他諸々の事情を考慮して総合判断するものであり、当該企業の経営・人事制度上の施策として不合理なものと評価せざるをえないものを意味するといわれる¹²。

（3）法規違反の効力

続いて、旧労契法第20条は、民事的効力のある規定であるとされ、「不合理とされた労働条件の定めは無効となり、故意・過失による権利侵害、すなわち不法行為として損害賠償が認められ得ると解されるものであること。また、法第20条により、無効とされた労働条件については、基本的には、無期契約労働者と同じ労働条件が認められると解されるものであること」が示された¹³。

しかし、法規違反の効力として指摘される契約の無効以外の効果として示された、「無期契約労働者と同じ労働条件が認められる」という意味、および「不法行為として損害賠償が認められ得る」という意味は必ずしも明確ではない。

第1に、従来の労働立法のように法を強制するための罰則や監督行政装

12 荒木・菅野・山川・前掲注(10) 234-240頁。

13 平成24年8月10日基発0810第5の6(2)カ

置を伴わない純然たる民事法である旧労契法20条についても従来の労働立法と全く同様に労働契約の内容に対する強行的直律的効力（以下、補充的効力とする）が付与されるのが問題とされた。

この点で、菅野教授は、「不合理と認められる」場合の法的効果について、「有期契約労働者と無期契約労働者の労働条件の相違が上記のような総合判断によって『不合理』と認められる場合にどのような法律効果が認められるかは、改正労働契約法20条の文言上は不明確である」と述べ、本条文を構想した労働政策審議会の審議や関連する国会審議における政府答弁を引用するが、このことから「何らかの『民事的効力』あるものとして立法されたことは明らか」としつつも、それが「何を意味するのかは、立法過程からは必ずしも明らかではな」く、ほぼ争いがないのは、「改正労働契約法20条の強行法規性であって、『不合理なものとして認められる』労働条件を定めた労働協約、就業規則、個別労働契約の定めは無効であり、その定めによる取扱いが不法行為の違法性を備えるということである」とされた¹⁴。

しかし、第2に、労働契約法20条に違反した場合に、罰則や監督行政装置を伴う従来の労働立法に違反した場合と同様に、法律行為における無効と不法行為における違法性（または過失—以下、不法行為の成立をもたらし要件の充足という意味で用い、特に要件論について記述を省く）がもたられるのかについても必ずしも明確ではない。水町教授は、私法上の効力規定に「反する行為を私法上違法とし損害賠償請求を可能とする（民法709条参照）など私法上の効力をもつ点で効力規定と呼ばれ」とされるが、後述のように、民事法学においては強行法規違反または効力規定違反の効力として語られるのは契約などの法律行為の「無効」であり、直ちに違法性を有するとはされていない。すなわち、旧労契法20条が「強行法規

14 菅野『労働法〔第11版補正版〕』（弘文堂 2017年）343-346頁。

性」を有するとしても、労働基準法などの禁止規定における強行法規と労働契法の禁止規定における強行法規が同一の性質のものであるのか、さらにその法規に違反した場合の効果はいかなるものであるのかなど、法規の規律文言を含む強行法規の構造（「不合理」という規範的判断による禁止規定であること）などについて必ずしも十分な検討がなされているとはいえない。

この点をさらに敷衍するならば、本条の「不合理と認められるものであってはならない」の意味について、「合理的ななければならないという意味か、明確な不合理性がみられなければならないという趣旨かといった問題」や、「『同一労働同一賃金』の理念と本条とはいかなる関係に立つのか」、「不合理性の判断にあたって…三つの判断要素の具体的な意義と内容はいかなるものか」、「個々の労働条件ごとに行われる…不合理か否かを判断するにあたっては他の労働条件の状況をどこまで考慮すべきかなど」「そもそも要件の確定を不分明ならしめる課題が少なくない。」といわれている¹⁵。すなわち禁止されているものがどのようなものであるかが不分明であるままでは、使用者側の行為規範としての客観的な行為義務の設定は極めて困難である。

本規定は、立法過程において「『不合理な格差（相違）禁止』という、独特の政策的格差是正規制へと転換していった」こと¹⁶、待遇の相違が不合理なものであるか否かを問わない差別的取扱い禁止の規定と比較して、本規定につき不利益取扱い禁止の原則が採用されたこと¹⁷が既に指摘され

15 野川忍「不合理な労働条件禁止規定の法的効果—日本郵便事件判決を素材として」法時90巻7号53頁。

16 荒木尚志「定年後嘱託再雇用と有期契約であることによる不合理格差禁止—労働契約法20条の解釈」労判1149号13頁以下。これに対し、労働法8条には「均等・均衡処遇」の考え方が含まれていたとするのは、水野・前掲注（7）359頁、西谷・前掲注（4）511頁。

17 川田知子「パート・有期法の制定と課題」法時91巻2号40頁以下。

ているが、法規違反の判断それ自体、極めて規範的かつ裁量的に機能しうるため、「不合理」の判断において、同時に不法行為における「違法性」の判断を取り込みうるのか否かという課題を有しているといえる。

旧労契法20条の効果に関する政府答弁¹⁸によれば、法20条は、「民事的効力のある規定」であり、具体的には、本条により不合理とされた労働条件の定めは「無効」となり、「故意、過失による権利侵害、すなわち不法行為として損害賠償が認められ得るもの」とされた。他方、この規定により、不合理であり無効とされた労働条件は、「基本的には、無期契約労働者と同じ労働条件が認められる」とされた。すなわち、第1に、民事的効力規定であること、第2に、不法行為として損害賠償が認められ得ること、第3に、補充的効力を持つことの3点が述べられたが、法規違反が直ちに不法行為における違法性を備えるとはまで言及されているわけではない。

この立法趣旨に対する学説側の疑義の焦点は、もっぱら、無効の場合の補充的効力に向けられている。すなわち、通説的な見解によれば、補充的効力という重大な法的効果を認める場合、労基法13条や労働契約法12条のように法文上当然にその旨が明記されるべきであるが、それがなされていないことを指摘し、具体的な補充は、労使の集団的設定の枠組みで決せられるべきであり、「裁判所が企業（その労使）に代わって代替的労働条件を設定するような法解釈は、その旨の明確な法文がないかぎり避けるべき」とされ¹⁹、補充的効力に対しては、政府答弁とは異なる解釈が示された。

他方、不法行為責任の成立については容易に認め、むしろ損害賠償の範囲の議論に収斂する見解も提示されるなど²⁰、労働法学説では、補充的効

18 金子政府参考人答弁・第180回国会衆議院厚生労働委員会（平成24年7月25日）。

19 菅野・前掲（注3）345頁。荒木尚志『労働法〈第4版〉』（有斐閣 2020年）561頁、野川忍『労働法』（日本評論社 2018年）451頁、ほか。他方、補充効を認めるのは、西谷・前掲注（4）453頁。

20 野川・前掲注（19）451頁。

力を否定しつつも、その代替的な効力として不法行為の成立と損害賠償を肯定的にとらえられているように思われる。しかし、次に見るように、民事法上の強行法規及び公序良俗をめぐる議論状況に照らせば、強行法規違反＝不法行為の成立という発想とは異なり、強行法規違反があった場合、次に不法行為が成立するのはどのような場合かを検討しなければならない。

そこで、次に、民事法学における強行法規違反の効力論について検討する。

三 民事法における強行法規違反の効力論

1 取締法規と強行法規

取締法規と強行法規については、つぎのように概念整理がなされる。

取締法規とは、「経済政策や行政目的から、“一定の『行為』を禁止”または“制限”する法規」であり、「国家の行政的政策から立法されるもので、その行為自体を取り締まる（＝『行為』自体の存在を禁止する）もの」であり、他方、強行法規とは、「民法の基本理念である『公の秩序』（国家的利益秩序）の維持を目的とするもの」であり、「その違反行為に対しては私法的効果を認めない（＝効果無効＝法律行為として成立を認めない）とする禁止規定」である。そのため、「強行法規と取締法規とは、その目的の次元・観点を異にし、両者の概念は、原則として無関係」であるが、「取締規定の内容が民事的『強行法規』性を帯びている場合」があり、「この場合の強行法規を『効力規定』ということ」がある、とされる²¹。

このように、通説的な理解として、取締法規と強行法規につき、次元・観点の違いから区別しつつ、効力規定を介して両者が架橋される。

21 近江幸治「強行法・任意法に関する法学的基礎」近江・椿編・前掲注（2）4-5頁。

また、強行法規違反の効果として「どの範囲の事項を内包するかは1つの論点である。」と指摘されるなど²²、公序良俗違反や強行法規と取締法規との関係、強行法規違反が契約無効のほかにかなる法的効力を有するか、またその法的根拠などをめぐり精力的に議論がなされてきた²³。

2 強行法規と不法行為

(1) 公序良俗違反と不法行為

まず、公序良俗違反と不法行為との関係が問題となった。

伊藤教授は、民法90条の公序良俗は、法律行為の効果を制限する理論であるとしつつ、「法律行為の無効」という場面で登場する「公序良俗の内延」の解明と、強行法規や信義則、権利濫用、不法行為、不当利得など、公序良俗の概念がかかわる民法上の他の規定との関係を「公序良俗の外延」として区別する。そして、かつての通説が、「公序良俗」を「法律の全体系を支配する理念」と捉え、信義則や権利濫用の「成否の基準」として位置づけたことに対し、それは、戦後の民法改正まで、信義則や権利濫用の規定がなかったことに対応するために実定的な拠り所をあたえるための論理に過ぎず、既に条文上の規定を有する今日の民法の体系においては、上位概念的な縦軸関係として公序良俗を捉える意義はなくなったとして、公序良俗違反を不法行為の上位の成立要件に位置付ける見解を否定する²⁴。

織田教授も、不法行為の違法性の基準に関し、「公序良俗違反というキャッチフレーズを用いて、訳のわからないうちになんとなく納得させられてしまうより、端的にどのような行為があれば違法と評価されるかを打ち出した方が行為規範の設定には役立つのではないか」と述べ、不法行為

22 椿寿夫「民法の規定と異なる合意・特約の効力序説」椿編・前掲注(2)9頁。

23 山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣 2000年)、椿・伊藤編・前掲注(2)他。

24 伊藤進「公序良俗と他規定との関係 序説」椿・伊藤編・前掲注(2)245頁以下。

類型ごとにどのような行為について違法（または過失あり）として不法行為責任が課せられるかを追及すべきとする²⁵。

このように、民法90条の公序良俗違反がもたらす効果として法律行為の無効が認められても、不法行為について常に公序良俗違反性を読み取ることは否定された。

（2）取締法規違反の効力

（1） まず、取締法規違反行為に関し、法律行為の無効の効果をめぐる議論²⁶をみる。

森田教授によれば、当初、行政法規違反の行為の私法上の効力如何という問題として扱われ、行政法規形式が命令か法律かという法規の形式的分類に基づいて効力を区別する法規分類説に対し、それを批判し、法令違反行為を無効とするか否かは法規の禁止目的のためにそれ必要かどうかという実質的考慮を公序良俗違反の判断構造を通じて行うという見解が示された。これは、公法的規範を私法的評価に読み替えるための実質的基準をいかに用意するかの問題として定式化され、同時に、私的当事者間の合意の私法的効果を積極的に否定すべきかどうかの問題とされた²⁷。

大村教授は、「警察法令によって取引が犠牲とされるのを避けるという観点からは、公法上の規制と私法上の効力を切り離すことが望ましい」が、経済法令が登場すると取引の効力を否定する必要が多くなり、本来、秩序維持のための法規範であっても、それが権利実現のために役立ちうるものであるならば、必ずしもその援用を拒む必要はなく、「公法の領域に属す

25 織田博子「公序良俗と不法行為」椿・伊藤編・前掲注（2）293頁以下、305頁。

26 森田修「第90条」川島武宜・平井宜雄編『新版 注釈民法（3） 総則（3）』（有斐閣 2003年）94頁以下。山本・前掲注（23）239頁以下。

27 森田・前掲注（26）108-112頁。川地宏行「公法上の取締法規の強行法規性」椿編・前掲注（2）309頁。

る法令をより積極的に私法上の公序に組み込むべきではないか」²⁸とされる。

椿教授は、取締法規違反の場合、処罰だけでは禁圧効果がなくて不十分なこともある、無効により取引安全を害し当事者間の信義・公正を損なうこともあるので、「それぞれの取締法規につき立法趣旨・倫理的非難度・一般取引への影響・当事者の信義・公正などを仔細に検討して決定する以外にない」と述べ²⁹、法規の趣旨を含めた検討と法規違反の効果に関する検討の必要性を指摘した。

このように、取締法規違反の効力一般をめぐっては、公法・私法の二分論を出発点としながら、公序良俗論、90条と91条の区別をめぐる議論を経て、次第に二分論を克服し、法規の目的の実質的考慮や当事者関係を具体的に検討する方向で展開し、同時に、公序良俗違反、取締法規違反、強行法規違反との異同や効力のあり方をめぐる議論にもつながった。

(2) 取締法規違反と不法行為との関係については、これまで積極的に論じられてきた。

学説は、概ね取締法規違反が当然に不法行為における違法性（又は過失）に結びつくものではない、という見解で一致しているが、いかなる場合に違法性（又は過失）を充足するのかについて、見解の幅が見られる。

不法行為の成立要件をめぐる議論において、かつての公法・私法二分論に基づく形式的な法規分類説を脱し、法令の趣旨・目的を考慮した実質的判断が求められるとする見解が多い。

すなわち、平野教授は、取締法規違反を過失で検討する場合、過失の前提となる行為義務が肯定されるか否かの実質的判断を行わなければならない、違法性で検討する場合でも、「取締法規違反が直ちに当然に違法性と結び

28 大村敦志『契約法から消費者法へ』（東大出版会 1999年）202頁。

29 椿・前掲注（22）10頁。

つくことはなく、実質的に違法性を判断しなければならない」とされ、さらに、取締法規の分類にあたって、法規の目的が公益の保護である場合には損害賠償が否定されると述べる³⁰。

森田教授は、取締法規の規制の目的如何が、被侵害利益の重大性として不法行為の成否を左右し、「行政法規の目的についての類型的考察、すなわち実質的法規分類説が必要になる」と述べるが³¹、公法・私法の形式的分類ではなく、実質的目的の考察に傾く。

山本教授は、憲法が市民に対して基本権を保障するシステムを採用し、憲法上の基本権保護義務や基本権支援義務を負うとする見解から、公法も私法も同様の手段であると捉え、当該取締法規が目的としている基本権の保護または支援をよりよく実現させるために違反行為の効力を否定することが検討されるべきであるとするが、それが過剰な介入になってはならないと述べる³²。そのうえで、不法行為法における取締法規の議論は、不法行為の成否を判断する前提として加害者の行為義務違反との関係で扱われるが、それは取締法規の種類に応じて異なり、取引関係に関する取締法規の場合は法令違反があってもただちに不法行為が成立するわけではなく、「法令とその趣旨が、しばしば有力な手がかり」として考慮すべきと述べた³³。

法規の分類を超え、さらに法規の保護利益および法規の規定の仕方に注目する見解が示された。

吉村教授は、取締「法規が当該行為を禁止することにより保護しようとしている利益が当該法規に違反する行為により侵害された場合、その行為

30 平野裕之「取締法規違反（保護法規違反）の不法行為」山田卓生編『新・損害賠償法講座 第2巻 権利侵害と被侵害利益』（日本評論社 1998年）54-55頁、72頁。

31 森田・前掲注（26）119-121頁。

32 山本・前掲注（23）248-251頁。

33 山本・前掲注（23）269-270頁。

は違法となる。なぜなら、その行為は、そのような利益を保護するために設定された行為規範に違反するものとして、法的非難を受けるからである。」と述べ、取締法規が保護する利益侵害があれば直ちに不法行為上の違法性を認める。

窪田教授は、取締法規による保護利益につき、直接保護する利益と間接的に保護する利益を分け、直接保護する利益の場合には、取締法規の違反が不法行為責任の成立の判断に影響を与えるが、そうでない場合には、取締法規に違反したということが不法行為責任の成否に影響を与えるということは考えられないとし、取締法規が直接保護する利益の防止に向けた行為義務違反（過失）の認定が重要であると述べた³⁴。

潮見教授は、「保護法規」違反の問題として把握した上で、当該法規違反行為が損害賠償を発生させることを明示していない場合には、「当該規定自体の規律目的を個別に考慮して判断」したうえで、「当該規定によって定型的に記述された違反類型に該当する行為（定型的行為義務違反〔定型的注意義務違反〕）は、それ自体が当該行為の過失を導くもの」であり、法規違反につき過失を重ねて問うべきではないと述べ³⁵、法規違反の効力の明示と定型的に記述された「定型的行為義務違反」の有無が重要であるとする。

このように、民事法学上、取締法規違反が不法行為を成立させるか否の判断に先立って、公法・私法の二分論に縛られない取締法規の実質的分類や、法令の趣旨・目的の把握あるいは保護利益の把握を通じた具体的な行為義務の設定が重要であり、その際、当該法規が憲法上の基本権により支援されている場合や、法令により直接目的とされている保護利益である場合はもとより、その明確さに欠ける場合でも、規律目的を個別に考慮し、定型的に記述された定型的行為義務違反（過失）の有無の判断が決め手に

34 窪田充見『不法行為法〔第2版〕』（有斐閣 2018年）96-97頁。

35 潮見佳男『不法行為法Ⅰ〔第2版〕』（信山社 2009年）299-303頁。

なるとされ、その場合には、取締法規違反により直ちに不法行為が成立し得るが、そうでない場合には、行為態様の違法性などさらに実質的な違法性又は過失の要件の充足が求められると考えられている。

(3) 強行法規違反と不法行為

他方、私法上の強行法規違反行為の効力の議論は、もっぱら無効が導かれるか否かの検討に中心が置かれ、これまで不法行為としての違法性もたらずか否かについては積極的な検討はなされてこなかった³⁶。その理由は、上述のように、取締法規と強行法規の目的や次元の違いによるだけではなく、強行法規の性質を有する取締法規については、上述の取締法規による不法行為の議論において検討されてきたという理由も考えられる。

そのなかで、強行法規違反と不法行為について積極的に議論を行うものがある。

伊藤教授は、強行法規と異なる『特約』に基づく「強行法規違反行為」は、違法行為として不法行為を構成する判断要素となるかを問題にし、違法性を導き出す判断枠組みとしての強行法規違反行為の内容、程度の検討の必要性を指摘し、従来の不法行為学説を検討したうえで、「通説は取締法規違反は違法性が認められる場合があるものの、強行法規違反は違法性の判断要素とは位置付けられていない」と結論付けた。つぎに、強行法規違反行為の違法性にかかわる数少ない判例のなかで、利息制限法所定の超過利息受領行為についての裁判例を検討し、強行法規違反だけで直ちに違法と判断するのではなく、強行法規違反行為の違法性については直截的に「社会的許容性を欠くかどうか」のみが判断準則であるという、強行法規違反の判断構造を指摘した。この判断構造は、「強行法規の強制規範力ルール」の帰結であり、強行法規は、「違法性判断準則を導き出すという

36 森田・前掲注(26) 220-223頁。

効力は内包していない」が、強行法規違反行為は適法行為の場面で法規範によって適法化されない行為であることから、違法行為の場面でかかる行為が「社会的に許容されるか否か」を判断準則として違法とすることを否定するものではないと結論付けた³⁷。

また、山口教授は、一般的には強行法規違反があったとしても、不法行為としての違法性を基礎づけるものではなく、強行法規違反は、不法行為の成立要件とは「基本的に別問題」であり、不法行為の成立要件における故意過失や違法性の判断の際に、「間接的な事実として考慮要素」となるに過ぎないと述べる³⁸。

これらの見解によれば、強行法規違反により直ちに不法行為成立のための違法性が充足されるものではなく、違法性の間接事実としての考慮要素であり、さらに実質的な違法性の充足が必要とするといえる。

このように、民事法学においては、原則的に、不法行為との関係における取締法規違反と強行法規違反の議論は、その法規の性質付けの目的に応じて区別されるが、それぞれの議論の射程を見据えて、つぎに、労働関係法規違反の場合の効力を検討する。

四 旧労働契約法20条違反の効力の検討

1 労働者保護法規違反における効力

以下では、近時の裁判例³⁹のなかで、労働契約法規違反の検討に先だち、労働者保護法規違反による不法行為に基づく損害賠償請求がなされた労働

37 伊藤進「私法規律の構造（二）」法律論叢86巻6号（2014年）69頁以下、77頁、80頁、82-85頁。

38 山口齊昭「不法行為法と強行法・任意法」近江・椿編・前掲注（2）379-381頁。

39 塩見卓也「松下PDP事件最高裁判所後の下級審裁判例」和田肇・脇田滋・矢野昌浩編『労働者派遣と法』（日本評論社 2013年）188頁以下参照。

関係法裁判として、労働者派遣法違反の偽装派遣に関連する下級審判例⁴⁰ [1] [2] [3] [4] [5]、および男女雇用機会均等法に関連する最高裁判決⁴¹と差戻審 [6] [7] をとりあげて検討する。

(1) 公序(良俗)違反による不法行為を問題にしたのは、[1] 京都地判(NTT事件・第1審判決)平成22年3月23日労経速2072号3頁と[4] 名古屋地判平成23年11月2日労判1040号5頁である。

[1] は、職安法44条ないし労基法6条違反、労働者派遣法違反を要素とする公序良俗違反による不法行為に基づく損害賠償請求に対し、職安法44条違反については精神的苦痛の損害要件が欠け、中間搾取を禁止する労基法6条違反については派遣先の意図的な行為が認定できず、派遣元・派遣先の採用に関する広範な裁量から直接採用しないことに違法性はないとして、使用者の主観的な害意などの要件の充足が求められた。

[4] は、派遣労働者の解雇が解雇権の濫用を理由とする不法行為に基づく慰謝料請求に対し、派遣先は契約責任を負わないとしても、「社会的接触関係に基づいて派遣労働者に対し信義誠実の原則に則って対応すべき条理上の義務」があるとして、社会的接触関係における信義則違反の不法行為を認めたが、他方で労働者派遣法40条の4違反については、すでに信義則違反の不法行為の検討で斟酌済みとして、法規違反による不法行為の判断を回避した。

このように、労働者保護法規に違反する場合、法規違反としてではなく

40 中川慈夫・ジュリ1460号115頁、大内伸哉・別ジュリ230号166頁、芦野訓和・法教「判例セレクト2010」19頁、土田道夫・リマークス43号50頁、皆川宏之・ジュリ1420号260頁、坂井岳夫「違法労働に関する法的対応」労研654号63頁他参照。

41 水島勇一郎・ジュリ1477号103頁、矢野昌浩・法セミ722号129頁、長谷川聡・ジュリ臨増1479号229頁、市原義孝・ジュリ1488号94頁、両角道代・別ジュリ230号38頁、所浩代・法学セミ増刊17号295頁他参照。

公序良俗違反を介して不法行為の成立を論じるものがあり、この場合には、加害者側の行為態様が違法性判断の大きな要素とされてきたものといえる。

(2) つぎに、取締法規違反による不法行為を問題にしたのは、〔2〕神戸地姫路支部判（日本トムソン事件・第一審）平成23年2月23日労判1039号35頁、〔3〕大阪高判（日本トムソン事件・控訴審）平成23年9月30日労判1039号20頁、〔5〕名古屋高判（〔4〕の控訴審）平成25年1月25日労判1084号63頁である。

〔2〕は、労働局による業務改善命令を受けたにもかかわらず、5年超の期間、違法に労働者派遣を実施し、違法状態にあることや早期の完全な業務委託等を実現しなければならないことを認識していたにもかかわらず、派遣契約を締結し、漫然と派遣労働を継続したとして、労働関係法規の「趣旨」に反し不法行為を構成するとして慰謝料を認めた。これは派遣法規における違法派遣禁止の趣旨を積極的に読み込み、かつ業務改善命令への対応などを消極的に評価したものといえる。

これに対し、その控訴審である〔3〕⁴²は、労働者派遣法が「行政上の取締法規」であり、「労働者派遣法によって保護される利益は、基本的に派遣労働に関する雇用秩序」であり、それを超えて個々の派遣労働者の利益を保護しようとするものではないこと、労働者派遣法は罰則を定めていないことなどを指摘し、法規違反が直ちに不法行為上の違法性を構成するものではないとした。これは、取締法規違反による不法行為に関する従来の見解に沿ったものといえるが、どこまで法規の趣旨を読み込みうるのか、また、法規違反に対する行為の態様をいかに不法行為の成立要件に取り込みうるかという課題を残した。

〔5〕は、〔4〕と異なり合理的期待説を採用して信義則違反による不法

42 中山慈夫・ジュリ1446号110頁参照。

行為の成立を否定し、さらに労働者派遣法40条の4違反は、当然に派遣労働者に対する不法行為を成立させるものではないとし、法規違反の不法行為の成立を否定した。

このように取締法規違反による不法行為については、法規違反という形式的な違反では不法行為が成立せず、さらなる実質的な違法要件の充足が求められているが、その見解の背後には、〔3〕が示すように、労働者派遣法が「行政上の取締法規」であることや罰則規定がないという法規の形式的な区分が問題とされていることがわかる。

（3）強行法規違反による不法行為を問題にしたのは、男女雇用機会均等法（以下、均等法とする）に関する〔6〕最一小判平成26年10月23日民集68巻8号1270頁およびその差戻審である〔7〕広島高判〔〔6〕の差戻審〕平成27年11月17日判時2284号120頁である。

〔6〕は、均等法第9条3項の妊娠出産不利益禁止法規に違反した女性労働者の降格の取り扱いに対し、「雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保」および「女性労働者の就業に関して妊娠中及び出産後の健康の確保を図る等の措置を推進」、「女性労働者の母性の尊重と職業生活の充実の確保を基本的理念」に基づいて、妊娠、出産等の事由による不利益な取扱いの禁止の意義を述べたうえで、当該9条3項の法規が、この目的と基本的理念を実現するために違反する措置を禁止する「強行規定」として設けられたものであり、不利益な取扱いは同項に違反として「違法であり、無効である」と判示した。もっとも、「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」という特段の事情（最判平成2年11月26日民集44巻8号1085頁引用）は存在しないとして損害賠償を認めた。

この判決では、均等法で定める「差別禁止」に関して、同法第9条3項の趣旨・目的から、「強行法規」であることを明確に述べ、「不利益」な取
(龍法 '21) 53-4. 56 (1128)

扱いは法規に違反し違法かつ無効と判断するだけでなく、本法規の不利益禁止規定に形式的に違反することで、不法行為における違法性を認め、本法規に実質的に反しないと認められる自由意思に基づく「特段の事情」の存否の判断は、違法性阻却事由としての判断に相当するものであり、原則と例外の実質的關係を意味するものと思われる。

また、差戻審である〔7〕は、均等法9条3項が同法の目的・基本理念実現のための強行法規であり、それに違反する不利益な取り扱いが違法であることを確認し、不法行為成立の判断にあたり、第1に、被用者の自由意思を認定しうる合理的理由がないこと、第2に、本法の目的・理念に従った十分な裁量がないことなどを指摘し、「使用者として、女性労働者の母性を尊重し職業生活の充実の確保を果たすべき義務に違反した過失（不法行為）」を認定したが、法規の趣旨を取り込んだ使用者に対する「定型的な行為義務」を明示した点が特徴的であり、女性労働者の母性を尊重し職業生活の充実の確保を果たすべき労働に関する公序が示されたものといえよう⁴³。

このように、労働関係法における「強行法規」は、主として取締法規の形式的な法規の分類による判断を克服し、法規の趣旨・目的をより広く把握しうるために用いられ、当該強行法規違反の法的効力として、法規違反それ自体により不法行為における違法性（又は過失）の徴憑を認めうるものとして考えられているものと思われる。また、その前提として、男女雇用機会均等法における各法規のように、憲法的価値に基づく極めて強い利

43 本判例法理の理解をめぐり、強行法規違反と公序良俗違反の判断を区別する皆川宏之「労働法における労働者の自由意思と強行規定」労研700号（2018年）95頁以下参照。水町・前掲注（41）106頁。なお、労働法における強行法規の議論は、主として自由意思による法規からの逸脱の可否が中心であり、必ずしも法規違反の効力の十分な検討には及んでいない。水町勇一郎「強行法規はなぜ必要か（上）（下）」法時90巻8号（2018年）107頁、同90巻9号（2018年）148頁以下、155頁参照。

益保護の目的を持つ場合、法規違反により比較的容易に違法性の徴憑を認めることが示されたものと思われる。

そこで、次に、労働者保護法規とは異なる位置づけが与えられた旧労働契約法20条違反をめぐる近時の判例を検討する。

2 旧労働契約法20条違反の裁判例

(1) 最高裁判平成30年6月1日判決⁴⁴

以下では、本稿のテーマとの関係で旧労契法20条違反の場合の不法行為の成立に絞り、関連する近時の裁判例として、[8] 最二小判（ハマキョウレックス事件・上告審）平成30年6月1日民集72巻2号88頁⁴⁵、[9] 大阪高判（ハマキョウレックス事件・第二次差戻後控訴審）平成30年12月21日労判1198号32頁、[10] 東京高判（長澤運輸事件・控訴審）平成28年11月2日民集72巻2号282頁、[11] 最二小判（長澤運輸事件・上告審）平成30年6月1日民集72巻2号202頁⁴⁶を検討する⁴⁷。

(1) 強行法規違反による不法行為として、一定の行為義務違反による過失不法行為を認めるのは、[8] [9] である。

44 判例評釈につき、富永晃一・論ジュリ26号140頁、大内伸哉・NBL1126号4頁、水町勇一郎・労判1179号5頁、本久洋一・季労262号238頁、野川忍・法時90巻9号4頁、竹内（奥野）寿・ジュリ1522号4頁、小西康之・ジュリ1521号4頁、宮里邦雄・労研2679号4頁、中島崇・村田一広・ジュリ1525号112頁、村田一広・中島崇・ジュリ1525号119頁、神吉知郁子・ジュリ1526号130頁、山田省三・労判1193号89頁、道幸哲也・法時91巻3号137頁、山本陽大・ジュリ1531号221頁、島田裕子・ジュリ1523号74頁、島田裕子・民商155巻2号304頁、矢野昌浩・新・判例解説Watch23号283頁、大木正俊・ジュリ1531号224頁、水島郁子・判時2421号165頁他参照。

45 菅野・前掲注（3）354頁以下参照。

46 菅野・前掲注（3）356頁以下参照。

47 当該裁判例の法的効果の検討につき、野川・前掲注（44）4頁以下、同・前掲注（15）52頁以下他参照。

〔８〕は、旧労契法20条は、当該労働条件の相違が、①職務内容、②人材活用の仕組み、③その他の事情を考慮して、不合理と認められるものであってはならない旨を定め、労働条件に相違があり得ることを前提に、不合理性につき個別の職務内容ごとに判断することを示した。つぎに、法規の趣旨・目的を前提として、労契法20条の規定は私法上の効力を有すると解され、同条に違反の労働条件の相違部分は無効であるが、同条が、職務内容等の違いに応じた均衡処遇を求める規定であること、文言上も同条違反の場合に労働条件と同一のものとなるとは定めていないことから補充性を否定しつつも、不法行為となり得ることを示した。

〔８〕の差戻審である〔９〕は、旧労契法20条に違反する皆勤手当の不支給は、法的な利益を侵害し不法行為になり得るものであるとし、使用者の故意又は過失の有無を検討する。その際、裁判所は、旧労契法20条が強行法規として私法上の効力を有し、違反の効力として不法行為となり得ることにつき、同条施行前に、厚生労働省労働基準局長の「労働契約法の施行について」と題する上述の通達や多数の文献によって指摘されていたことを挙げる。そのうえで不法行為の成立要件に関して、株式上場の規模の大きな会社であり旧労働契約法20条の施行前から「労務管理能力」を有していたこと、労働組合との交渉において、契約社員の待遇改善を要求され団体交渉の内容となっていたことなどから、旧労契法20条の「趣旨に合致するように均衡のとれた処遇とするように取り組むべき注意義務」があるとし、それに違反したことをもって「過失」と判断して不法行為の成立を認める判断枠組みを提示した。

しかし、不法行為となり得ることが指摘されたとはいえ、いかなる判断枠組みにより不法行為が成立するのかについて必ずしも明らかではなく、また、かかる「均衡処遇に取り組むべき注意義務」の内容は、「均衡待遇」という概念の幅からも、具体的な行為義務の設定として十分であるとはいえない。

(2) 次に、法規違反の成立要件内在的に違法性（ないし過失）の考慮を織り込んで、強行法規違反による不法行為の判断枠組みを示すのは、[11] である。

まず、控訴審である [10] は、定年退職後の再雇用有期雇用契約者の労働条件が旧労契法20条に違反するとして不法行為に基づいて損害賠償請求がなされた事案につき、[8] と同様に不合理性の判断における考慮要素として①②③を挙げつつ、③その他の事情については、①②に「関連する」諸事情を幅広く総合的に考慮して判断すべきものと解し、③として、定年退職者の雇用確保措置は高年齢者雇用安定法が認めており、かつ職務内容やその変更の範囲等が同一であっても賃金の下がることは、「社会的にも容認されている」こと、および一定の労働条件の改善を実施したことを評価し、同一の職務内容でありつつ賃金額を一定程度切り下げたことが「社会的に相当性を欠くとはいえず」、労働契約法又は公序（民法90条）に反し違法であるとは認められないとして、法規違反の成立要件において外在的な公序違反性の有無を読み込んで不法行為の成立を認めなかった。

これに対し、[11] は⁴⁸、旧労契法20条の不合理性判断の考慮要素の④「その他の事情」は、「その内容を職務内容及び変更範囲に関連する事情に限定すべき理由は見当たらない」と述べ、[10] よりもより広範な事情を考慮し得る枠組みを提示した⁴⁹。そのうえで、賃金に関しては、「雇用及び人事に関する経営判断の観点」や団体交渉等による労使自治の観点から、不合理判断は当該賃金項目の趣旨により個別に考慮すべきものとした。そのうえで、③において、定年制の下における無期契約労働者の賃金体系の実態や、再雇用定年退職者は無期契約労働者であったこと、老齢厚生年金の支給が予定されていることなどを「総合考慮」し、「職能給」などの「給

48 菅野・前掲注（3）356頁以下参照。

49 宮里・前掲注（44）15頁。

与体系」の相違や住宅手当、家族手当、役付手当、賞与等の相違については不合理ではないとした。すなわち、[10]とは異なり、外在的な公序判断を加えることなく、個別の賃金項目の趣旨の解釈と③その他の事情の考慮を通じたあくまで「不合理性」の判断内在的に、不法行為における実質的な違法性の有無の判断を同時に行ったものといえる。その結果、旧労契法20条に違反し不合理とされた場合には、あっさりと「過失」を認定し、不法行為の成立を認めることになったものと思われる。

(3) 同一日同一法廷で示された最高裁平成30年判決とその差戻判決は、諸手当と賃金の判断、有期雇用契約者について再雇用契約者と扱いをめぐる事案の相違を前提としつつも、旧労契法20条違反による不法行為の成立に関して、裁判上の一定の見解を示した。

すなわち、旧労契法20条所定の文言に拠りつつ、強行法規違反としての不法行為の効力が明記されていないという立法上の不備を補うため、関連する一連の施行通達や文献に依拠するなど、広範な解釈の課題を残した。また、不法行為の判断枠組みとしては、法規違反につき、法規の趣旨に合致するよう「均衡処遇に取り組むべき注意義務」違反による「過失」不法行為の成立を認める判断枠組みを提示したようにも理解し得るが、かかる注意義務の前提となる行為義務は必ずしも定型的な行為義務を明らかにするものとはいえず、むしろ、③の「その他の事情」の広範な考慮を通じた法規違反の成立要件の「不合理」判断において、あくまで規範内在的に、不法行為における実質的な違法性の有無の判断を行ったものと思われる。

(2) その後の下級審判決

以下では、上記最高裁判決後の下級審判決の展開を追う。ここでは、下級審判決として、[12] 福岡高判（日本郵政〔佐賀〕・控訴審）平成30年5月24日裁判所ウエブ、[14] 大阪高判（日本郵便〔大阪〕事件・控訴

審）平成31年1月24日労判1197号5頁、[16] 東京高判（日本郵便〔東京〕事件・控訴審）平成30年12月13日判時2426号77頁、労判1198号45頁、[18] 大阪高判（大阪医科薬科大学事件・控訴審）平成31年2月15日判タ1460号56頁、[20] 東京高判（メトロコマース事件・控訴審）平成31年2月20日労判1198号5頁を検討する。

下級審判決では、基本的に、旧労契法20条に関する[8][11]の「不合理」判断の解釈の枠組みに従って、①職務内容、②人材活用の仕組み、③その他の事情をそれぞれ検討するが、その比重及び検討方法において展開が見られる。

(1) ①の職務内容に関わる当該労働条件の趣旨・目的について、[12]は、夏季冬季特別休暇が官公庁及び大多数の民間企業において設けられており、その制度趣旨は、「古くから祖先を祀るお盆の行事」や「年末から正月三が日にかけての行事」と帰省という「国民的な習慣や意識」を背景にするものであると述べ、法規の制度趣旨のなかに社会的規範＝公序を読み込んで、不合理な相違がある場合には実質的違法性の徴憑を認め不法行為の成立を認めた。

他方、[20]は、当該労働条件が有期雇用労働者にも妥当することを認めるにあたり、住宅手当および報奨については規範の趣旨内在的に、早出残業手当については、労基法37条の趣旨及び政府のガイドラインおよび指針により趣旨を補充しつつ、不合理な相違が不法行為における違法性の徴憑となることを認めた。また、「均等・均衡待遇のルール」は「公序」として確立していたとはいえないとして、「公序良俗違反」を認めなかったことから、旧労契法20条の「不合理」判断は、外在的な「公序」とは別次元の問題であることを示し、法規の趣旨の捉え方について、より内在的把握に向かう傾向が看取できる。

(2) つぎに、③「その他の事情」の考慮において、[14] [18] [20] は、「不合理」判断において消極要素と積極要素を比較考慮し、同時に不法行為における違法性を割合的に判断した。

[14] は、「年末年始勤務手当」の趣旨のほか「その他の事情」の考慮にあたり、不合理の評価を妨げる事情として、「有為な人材の長期的確保を図る必要」や「各労働条件が労使協議を経て設定された」事情を指摘し、不合理との評価に傾く事情として「契約期間の長短」も考慮し、5年以上の勤務に関する労働条件の差異について不合理と判断し、その部分について不法行為に基づく損害賠償請求を認めた。

[18] は、「賞与」の趣旨につき、労務の対価の後払い、功労報償、生活費の補助、労働者の意欲向上等の「複合的性質」を指摘しつつ、労務の対価性と一律の功労の趣旨を重視し、この点からアルバイト職員には賞与が全く支給されていないことについて「不合理」判断を行いつつ、「その他の事情」として、段階的な契約形態の存在や、その地位の非固定的な取扱いについて消極的な評価を行い、他方、使用者の経営判断や、実際の職務能力や功労の相違を考慮し、賞与の支給基準の60%を下回る支給について不合理な相違であるとした。

[20] は、「退職金」の多様な法的性格を踏まえ、一般論としては、「長期雇用を前提とした無期契約労働者への福利厚生を手厚くして有為な人材の確保・定着を図るなどの目的」を持つことを認めつつも、その他の事情として、有期労働契約が定年65歳まで原則更新され、実際に定年まで10年前後の長期間にわたって勤務していた実態を考慮し、長期間雇用の功労報償の性格を有する部分につき「不合理」判断を行い、正規職員の1/4の部分について損害賠償を認めた。他方、「公序良俗違反」については、均等・均衡待遇のルールが公序として確立していたとはいえないとして認めなかった。

(3) このように、下級審判決においては、まず、不合理判断に関わる考慮事由に関し、当該労働条件の趣旨・目的に照らし、①の職務内容から一義的に不合理判断を導くことができる場合と、必ずしも不合理判断ができない場合で判断が分かれた。また、旧労契法20条の強行法規違反による不法行為の効力として、公序良俗違反の判断から独立させ、規範内在的に違法判断を行う方向性が示されたが、それは同時に、①から一義的に不合理判断を導くことができない場合は、③のその他の事情を相関的に考慮することとなり、その結果、不合理性と不法行為における違法性について割合的に判断し、割合的損害賠償を導く結果となったと思われる⁵⁰。そのため、不法行為の成立させる「過失」については、もはや重要な意味をもたず、[18] [20] では、判例や学説状況を基礎とした認識や団体交渉などで待遇の改善が求められていた経緯を重視するなど、事業者側の心理的な認識が示されるにとどまり、定型的な行為義務は明らかにされなかった。

50 日本郵政の地裁判決に関して、「不合理」判断の効果論として、不法行為の損害賠償の「割合的認定」の手法につき、島田裕子「判批」法時90巻5号148頁以下は、労契法20条が「非常に抽象的な規定」であることから、裁判所の裁量判断に頼らざるを得ず、裁判例の蓄積や立法による賠償額認定のルールを必要と述べる。他方、野川忍「判批」法時90巻7号52頁以下、62頁は、「裁判の混乱を終息させる方向を見出すことが可能」と評価する。[18]につき、水島郁子「判批」新判例解説Watch25号264頁は、割合の手法が一般化できるかは疑問と述べ、本久洋一「判批」季労266号233頁は、不合理性の基準として裁判官の裁量に委ねる方法は、あくまで緊急の社会政策的考慮に基づく例外的なものであることを指摘する。他方、小宮文人「判批」法時91巻13号261頁は、合理的割合を決定する困難はあるが、旧労契法20条に沿った解決手法であると評価する。[20]につき、原昌登「判批」ジュリ1536号113頁は、不法行為による割合的救済としての損害賠償の認定を肯定しつつ、その判断根拠の明示が求められるとする。小林譲二「判批」季労265号（2019年）221頁は、割合的給付を認めた点が画期的であると評価しつつ、3/4の相違につき不合理でないとする判旨を疑問とする。本稿では損害賠償の効果論に立ち入らないが、不明確な要件の下で安易な解決に向かうことについては疑問である。

(3) 最高裁令和2年10月13日、同15日判決

以下では、最高裁判決として、[13] 最小判（日本郵政〔佐賀〕・上告審）令和10月15日裁時1754号1頁、[15] 最小判（日本郵政〔大阪〕・上告審）令和2年10月15日裁時1754号5頁、[17] 最小判（日本郵便〔東京〕事件・上告審）令和2年10月15日裁時1754号2頁、[19] 最小判（大阪医科薬科大学事件・上告審）令和2年10月13日裁時1753号4頁、[21] 最小判（メトロコマース事件・上告審）令和2年10月13日裁時1753号7頁を検討する。

(1) 個別の労働条件の趣旨・目的から、①の職務内容に照らし一義的に不合理判断を導いたのは、主として各種手当や福利厚生給付について不合理判断を行った3つの日本郵政最高裁判決 [13] [15] [17] である。

[13] は、「夏季冬季休暇」の趣旨として「労働から離れ心身の回復を図るという目的」を明示し、[15] は、「年末年始勤務手当」と「年始期間の勤務に対する祝日給」の趣旨・目的は、契約社員にも一律に妥当し、「扶養手当」の趣旨も、同様の勤務状況にある契約社員にも妥当するとして、その相違は不合理であると判断し、割合的な不合理性の判断を斥けた。また [13] [17] は、「夏期冬期休暇」を付与しないことによる財産的損害を認めた。このように、旧労契法20条違反の不法行為の該当性について、社会的規範等の公序に拠ることなく、労働条件の趣旨内在的に不合理性と違法性を認めることを明確にした。

(2) つぎに、「賞与」および「退職金」など基本給に関連する労働条件について、旧労契法20条の趣旨から、「賞与」「退職金」の支給に係るものであったとしても、「不合理と認められるものに当たる場合はあり得る」ことを示したうえで、当該労働条件の趣旨・目的について、[19] は、労働条件の相違を「不合理」とする判断に当たって、「当該使用者における

賞与の性質やこれを支給することとされた目的を踏まえて同条所定の諸事情を考慮することにより行われるべきとした。そのうえで、「賞与」の性質・目的として複合的性質に触れつつも、基本給とは別の一時金であり、財務状況等を踏まえその都度決定される不確定性と、「職能給」を基礎とした正社員の賃金体系に基づく特殊性を指摘し⁵¹、それを踏まえて③「諸事情を考慮する」ことにより行われるべきとした。また、[21] もまた、「退職金」の性質・目的について複合的性質を認めつつ、「職能給」を基礎とした正社員の賃金体系に基づく特殊性を挙げ、長期間勤務に対する功労の性質に言及することなく、職務遂行能力ある正社員の人材確保と定着という目的を重視し、そのうえで、①「職務の内容」および②「変更の範囲」の相違を強調した。

つぎに、③「その他の事情」について⁵²、[19] は、一方で、人員配置の見直しに起因した不均等な扱いの事情や、段階的な職種変更のための登用制度の存在という諸事情を考慮し、他方で、賞与の支給の範囲や給与・賞与の合計額の差異のレベルを斟酌しつつも、割合的な不合理判断を行わず、また、[21] は、段階的な職種変更のための登用制度の存在や、相当数の契約社員を登用していた事情を考慮し、労働条件の相違につき、同様に割合的な不合理判断を破棄し、ともに一義的に「不合理」とはいえないと判示した。

51 水町・前掲注(1) 14頁以下は、これら両最高裁判決の当該労働条件につき、使用者の主観的目的として位置づけをした点を問題とする。また、西谷・前掲注(4) 516頁以下は、賃金体系上の相違は当然に前提とされるべきではなく、職務評価の方法により判断すべきとする。

52 水町・前掲注(1) 17頁以下は、諸事情の判断手法として、全てを考慮するか、あるいは当該労働条件の性質・目的に即した事情を考慮するかが考えられるが、両最高裁判決は、前者の手法を採用したことで、判断をより複雑でわかりにくくした点を問題とするが、その要因として、旧労契法20条の文言の曖昧さを指摘する。

(3) 以上の最高裁判決から、旧労契法20条の不合理判断に当たり、諸手当のみならず賃金に関する労働条件についても、その個別の労働条件の趣旨・目的の解釈を重視し、①の職務内容に即して一義的に判断する姿勢が見られる。そのため、不合理性判断における違法性判断の枠組みは、基本的には個別の労働条件の趣旨・目的の解釈の内部においてその違反の有無を問う判断に取り込まれ、③のその他の事情は、極めて例外的な事情の考慮に留まる判断枠組みが示されたものと思われる。

[21]における「退職金」の性質・目的の解釈において、継続的な勤務等に対する功勞報償の性質を認めるか否かに関わる宇賀克也裁判官の反対意見は、まさにこの点に関わるものといえるが、最高裁多数意見は、正社員の賃金体系のあり方を重視し、かつ割合的不合理判断を拒絶したものと見える。

以上から、最高裁判所は、旧労契法20条の趣旨・目的に沿って当該労働条件の趣旨・目的の解釈を厳密に行い、少なくとも不法行為における損害賠償の場面では、旧労契法20条における「不合理」判断と不法行為における「違法性」判断を共通化する一義的な解釈を行うことにより、強行法規違反の判断を社会的規範違反や公序良俗判断と区別し、規範内在的に違法性（または過失）を判断する枠組みを示したといえる。また同時に、割合的な解決を拒絶したことにより、法規の解釈に沿った当該労働条件の趣旨・目的の解釈がもっとも重要な決め手となることを示した。

(4) 小括

以上、旧労契法20条違反をめぐる不法行為責任に関する裁判の展開から、第1に、単なる取締法規違反とは異なり、私法上の効力を有し不法行為を問うという前提で出発したが、旧労契法20条の規律する「均衡待遇」概念内容や「不合理」概念内容の一定の幅⁵³から、法規違反の判断それ自

53 神吉・前掲注(44)132頁、島田・前掲注(44)ジュリ1523号76頁他参照。

体が極めて裁量的に機能し、「不合理」の判断において、同時に不法行為における「違法性」の判断まで取り込みうるのか否かにより、不法行為の判断枠組みに大きな偏差がうまれる状況から出発した。

第2に、最高裁平成30年判決〔8〕〔11〕は、有期雇用労働者と無期雇用労働者との労働条件の相違の「不合理」を禁止する旧労契法20条の均衡待遇の原則とその趣旨は、あらゆる労働条件においても適用され、個別の労働条件の趣旨・目的・法的性格に沿って、①職務内容、②人材活用の仕組み、③その他の事情を考慮する「不合理」判断の枠組みが基本的に踏襲されることを確認した。さらに差戻審の〔9〕で、「均衡処遇に取り組むべき注意義務」違反による「過失」不法行為の判断枠組みが示されたが、むしろ、③の「その他の事情」の広範な考慮を通じた法規違反の成立要件の「不合理」判断を通じて、不法行為における実質的な違法性の有無の判断が行われることが示された。

第3に、その後の下級審判決では、旧労契法20条の強行法規違反による不法行為について、公序良俗違反の判断から独立させ、法規の規範内在的に違法判断を行う方向性が示され、職務内容から一義的に不合理判断を導くことができる場合にはそれにより、できない場合には、その他の事情を相関的に考慮し、不合理性と不法行為における違法性が割合的に判断され、割合的損害賠償を導く結果となった。

第4に、最高裁令和2年判決〔13〕〔15〕〔17〕〔19〕〔21〕では、旧労契法20条の趣旨・目的に沿って当該労働条件の趣旨・目的の厳密な解釈が行われ、労働条件の中で諸手当に関するものについては、職務内容等の違いを超えて有期雇用契約者にも妥当し、賞与や退職金などの基本給に関わるものについては、「職能給」を基礎とする賃金体系に基づく相違が強調され判断が導かれた。こうした労働条件の解釈に基づいて、不法行為における損害賠償の場面では、旧労契法20条違反の要件としての「不合理」判断と不法行為における「違法性」判断とを共通化する一義的な解釈を行うこ

とにより、強行法規違反につき社会的規範違反や公序良俗違反の判断から独立させ、規範内在的に不法行為の違法性（または過失）を判断する枠組みが示された。また同時に、法規の解釈に沿った個別の労働条件の趣旨・目的を明確にする解釈を行うことにより、割合的な解決を拒絶したが、このことにより、個別の労働条件の趣旨・目的の解釈が大きな争点となりうることが示されたといえる。

五 結びにかえて

(1) 以上、民事法上の不法行為の成立要件に関する議論視角を前提に、労働者保護法違反及び旧労契法20条違反の効力に関する裁判例における法理を中心に分析してきた。

従来、民事法上の議論においては、取締法規と強行法規はその目的の次元・観点を異にしており、原則的に無関係であるが、取締法規において民事的な強行法性を帯びる場合を特に「効力規定」として、私法上の法律行為の無効が導かれた。その後、取締法規を含め強行法規違反があった場合、ただちに不法行為上の要件を満たすものではなく、憲法上の要請なども勘案した当該法規の趣旨・目的を考慮し、直接保護する利益の防止に向けた行為義務違反の認定や定型的に記述された行為義務違反の有無を検討して決定すべきであり、それが明確ではない場合には、かかる行為が「社会的に許容されるか否か」などの実質的な違法性の充足の有無あるいは過失の判断が加えられて初めて不法行為が成立するとされてきた。

こうした従来の議論との関係で、旧労契法20条違反による不法行為に関する一連の裁判例は、いかなる意味を持つであろうか。

第1に、労働者保護法及び労働契約法をめぐり、公法・私法の二分論をベースとする取締法規違反の議論から自覚的に離れ、私法上の効力を積極的に追及するという目的で強行法規性が主張され、解釈の幅が指摘される

労働契約上の均衡待遇概念および不合理概念の下で一定の範囲において、不法行為による損害賠償を認める判決を導びいたが、それは従来の強行法規をめぐる議論に新しい視角と可能性をもたらすものといえる。

第2に、それは、一般的に強行法規違反は不法行為の成立と別問題とされてきた従来の見解に再考を迫る意味を持つ。すなわち、強行法規違反と併せて規範外在的な公序良俗違反やその他の公序違反を問うことなく、法規違反内在的に違法性判断を取り込むことにより、強行法規違反により直ちに不法行為が成立する判断枠組みの可能性が示され、借地借家法や請負契約、消費者契約などの問題領域における展開が示唆される。

第3に、法規内在的に違法性判断を取り込むにあたり、これまで議論されてきた取締法規と不法行為の関係をめぐる議論が参照されうる。その場合、本来、強行法規とされる当該法規の趣旨・目的・要件・効果の明確性が求められるが、明確性が欠ける場合であっても、憲法的あるいは政策的なより高次の価値に裏付けられた法規の趣旨目的の解釈が重要となるが、それはいわば、規範外在的であった公序を規範内在化することであり、当該法令に関わる労働公序を明らかにするものといえる⁵⁴。

すでに、取引的不法行為の領域、とりわけ消費者取引を中心とした「不当勧誘」や「不当な圧迫」などの不公正な取引においては、取締法規違反が不法行為とされる判例が見られるなど、消費者公序あるいは消費者契約において不当条項をめぐる判例・学説が積み重ねられているが、労働契約においてこれまで差別取扱い禁止をめぐる判例・学説を中心に構築されてきた労働公序⁵⁵に加え、新たに不合理な待遇の禁止という均衡待遇の分野での新たな展開を示すものといえよう。

54 なお、ドイツ不法行為法における保護法規違反の場合の違法性と保護法規性をめぐる議論につき、拙稿「景観保護における違法性の展望」池田恒男・高橋眞編『現代市民法学と民法典』（日本評論社 2012年）295頁以下参照。

55 森田・前掲注（26）120頁、172頁、194頁以下参照。

第4に、今後の課題として、契約条項の中で代金や賃料、賃金などの中心条項に関わるものに対する解釈を行う場合、対価的均衡などを含め契約自由の原則を枠づける個別の契約類型的な考察及び契約解釈のあり方も課題となろう⁵⁶。

(2) 最後に、旧労契法20条に関する今後の展開について若干触れて稿を閉じたい。

2012年改正により新設された労働契約法20条は、既に2014年に短時間労働者に対して同様の規定を定めた「短時間労働者の雇用管理の改善に関する法律」8条に統合されるかたちで削除され、2018年に「短時間労働者及び有期雇用労働者の雇用改善等に関する法律」(以下、短時間・有期雇用労働者法と略す。)8条(不合理な待遇の禁止)、9条(差別的取扱いの禁止)として新たに定められた。また、これに関連し、待遇に関する使用者の説明義務が拡大され(同法14条)、行政による報告徴収・助言・指導・勧告の規定の対象に含まれることになった(同法18条)⁵⁷。

また、旧労契法20条が短時間・有期雇用労働者法に移された意義として、短時間・有期雇用労働者法全体の趣旨・目的である適正な同労条件の確保、雇用管理の改善、通常の労働者への転換の増進、職業能力の開発・向上への措置などの諸々の措置の一つとして均衡待遇原則が位置づけられ、さらに、事業者に対して義務付けられたこれらの諸措置が、同法の規定する行

56 この点につき、新屋敷恵美子『労働契約成立の法構造』(信山社 2016年) 373頁以下参照。

57 菅野・前掲注(3) 363頁以下は、旧労契法20条は、短時間・有期雇用労働者法8条にはば受け継がれつつも、「不合理」に関する3つの判断要素のなかで、「当該待遇の性質及び当該待遇を行う目的に照らして適切と認められるもの」を考慮することが示され、考慮に際して比重のかけ方が異なることを指摘する。また水町・前掲注(7) 357頁は、基本給、賞与を含むすべての待遇について、包括的に差別取扱い禁止を定めた同法9条の適用の有無をまずは検討し、適用がない場合に同法8条を検討すべきとする。

政指導や紛争解決の行政的仕組みによる実現を図ることが予定されることで、純粹の民事規範として労働契約法における規定とは性格が異なり、「非典型労働者全体について均衡・均等待遇のための諸原則をより効果的にするため、民事規範性を維持しつつ、その施行や紛争解決のための行政手続きを整備することを意図した」と解されることが指摘されている⁵⁸。

このように、短時間・有期雇用労働者保護法としての性格付けと、紛争解決のための行政手続きの整備等により、旧労契法20条における裁判の判断枠組みが短時間・有期雇用労働者法8条においてどのように行われるかであるが、これまでの司法判断を通じて、従来の取締法規と異なり民事規範性を有する強行法規性が肯定されてきたこと、労働者保護法としての政策目的が一層明確にされたことから、法所定の行政手続きの履践と行政による報告徴収・助言・指導・勧告の状況、それに対する事業者の対応という一連の行為態様を含めて不法行為における違法性（過失）判断がなされることが推測される。

もっとも、改正パートタイム労働法の考えうる「副作用」として、正社員と非正規社員の「職務分離」や「正社員の労働条件の引き下げ、個人事業者による非正規労働者の代替などの可能性が指摘されており⁵⁹、均衡待遇を含め労働者全体の処遇の向上に結びついた労働公序についてあらためて検討が必要となろう。

【主要な検討裁判例】

- [1] 京都地判（NTT事件・第1審判決）平成22年3月23日労経速2072号3頁
- [2] 神戸地姫路支部判（日本トムソン事件・第一審）平成23年2月23日労判1039号35頁
- [3] 大阪高判（日本トムソン事件・控訴審）平成23年9月30日労判1039号20頁

58 菅野・前掲注（43）365頁以下参照。

59 島田・前掲注（44）ジュリ1523号79頁。

- [4] 名古屋地判平成23年11月2日労判1040号5頁
- [5] 名古屋高判（[4]・控訴審）平成25年1月25日労判1084号63頁
- [6] 最一小判平成26年10月23日民集68巻8号1270頁
- [7] 広島高判（[6]・差戻審）平成27年11月17日判時2284号120頁
- [8] 最二小判（ハマキョウレックス事件・上告審）平成30年6月1日民集72巻2号88頁
- [9] 大阪高判（ハマキョウレックス事件・第二次差戻後控訴審）平成30年12月21日労判1198号32頁
- [10] 東京高判（長澤運輸事件・控訴審）平成28年11月2日民集72巻2号282頁
- [11] 最二小判（長澤運輸事件・上告審）平成30年6月1日民集72巻2号202頁
- [12] 福岡高判（日本郵政〔佐賀〕・控訴審）平成30年5月24日裁判所ウエブ
- [13] 最一小判（日本郵政〔佐賀〕・上告審）令和10月15日裁時1754号1頁
- [14] 大阪高判（日本郵便〔大阪〕事件・控訴審）平成31年1月24日労判1197号5頁
- [15] 最一小判（日本郵政〔大阪〕・上告審）令和2年10月15日裁時1754号5頁
- [16] 東京高判（日本郵便〔東京〕事件・控訴審）平成30年12月13日判時2426号77頁、
労判1198号45頁
- [17] 最一小判（日本郵便〔東京〕事件・上告審）令和2年10月15日裁時1754号2頁
- [18] 大阪高判（大阪医科薬科大学事件・控訴審）平成31年2月15日判タ1460号56頁
- [19] 最三小判（大阪医科薬科大学事件・上告審）令和2年10月13日裁時1753号4頁
- [20] 東京高判（メトロコマース事件・控訴審）平成31年2月20日労判1198号5頁
- [21] 最三小判（メトロコマース事件・上告審）令和2年10月13日裁時1753号7頁