

はしがき

本書は、労働者側で労働事件を手掛ける際のノウハウ、コツ（「実践知」）を解き明かす実務の書である。教科書的に労働法の全体を解説するのではなく、実務上問題となる点を取り上げ、実際の事案処理の手助けとなることを目的としている。

本書は、2つのPARTから成り立つ。PART1（解決手段の選択と実践的な対処）では、相談・受任から筆を起こした。次いで、多様な労使紛争解決システムのうち、裁判外の紛争解決システムについて概説し、その後、本訴（通常訴訟）、労働審判、仮処分などの裁判手続について論じた。裁判手続に関しては、申立て（提訴）から終局（紛争解決）に至るまでのプロセスや、各プロセスにおける留意点を論じている（なお、先取特権に基づく差押え、仮差押えについては、PART2のCHAPTER 10で論じている）。そして、どのような紛争解決手段を選択すべきかについても記述した。

PART2（紛争類型ごとの対応策）では、実務上、しばしば問題となる紛争類型についての解説をしている。各CHAPTERの冒頭では、「初動」などの見出しのもと、各問題を処理するに際しての視点、留意点について論じている。また、PART2においては、労働者側から見ての「あるべき労働法」という視点ではなく、実務の指針となる判例の現状に基づき、その到達点をどのように活かし、その限界をどのように踏まえて対処すべきかという、実践的な視点からの論述を心掛けた。

PART1の本訴（通常訴訟）に関する記述の中では、準備書面（主張書面）と証人尋問について、多くの頁を割いた。準備書面と証人尋問は、訴訟活動の両輪であり、労働事件に固有なものではない。しかし、労働事件では、解雇権濫用法理など規範的な構成要件が問題とされ、労働現場における数多くの「生の事実」が主張されるとともに、それら事実関係の多くに争いがあることが少なくない。そのようなケースでは、説得力ある準備書面の作成や、効果的な尋問ができるか否かで、勝敗が決せられることになる。そこで、筆者のこれまでの

経験の中で実践した具体例（各項での論述目的に即して、適宜デフォルメしてある）を交えつつ、筆者なりの考えを整理してみることにしたものである。もとより筆者の経験は、限られたものでしかないが、事案処理に際しての何らかのヒントとなることを期待している。

あらゆる事件には、「筋」がある。事件処理に際しては、そのような筋を見誤ることなく、事案に応じた適切な処理をすることが求められるが、規範的構成要件が問題となることが多い労働事件では、勝訴見込みが微妙であるケースが少なくない。勝訴見込みが5分5分である事件を勝ちきるのが「腕のよい弁護活動」というのが筆者の考えだが、そのような弁護活動の一助となることを願いつつ、本書を執筆した。本書が労働事件の実務に携わる方々にとって、何らかのお役にたてば、幸いである。

最後に、本書執筆の機会を与えて下さるとともに、丁寧な校正をして下さった有斐閣の皆さんに、この場を借りて、御礼を申し上げたい。

2019年11月
君和田 伸仁

PART 1 解決手段の選択と実践的な対処**CHAPTER 01 初動（相談・受任）**

I. 相談における留意点	2
1. 法的観点を踏まえた事案の把握	2
2. 事実関係を裏付ける証拠の吟味	3
3. 把握した事実関係に基づくアドバイス	4
(1) 労働法の理解	5
(2) 事案への当てはめ	6
(3) 事件の見通しは流動的であることが多い	6
II. 受任に際しての留意点	6
1. 依頼者の権利，利益が実現できる可能性がない場合	6
2. 相談者の「人間像」，相談者との「相性」に基づく受任の判断	7
3. 弁護士費用の観点からの受任の判断	8
III. 受任後の対応	9
1. 方針の決定（解決手段の選択）	9
2. 事案についての精査	9

CHAPTER 02 解決手段の選択

I. 紛争解決システム（手段）の概観	10
1. 裁判外紛争処理システム	10
(1) 厚生労働省関係	10
(2) その他	11
2. 裁判制度	11
3. 自主交渉	12
II. 労基署等による監督行政等	12
1. 監督行政の有効性（賃金，残業代など）	12
2. 監督行政の限界	13
3. 労災保険の給付申請	14

III. 監督行政以外の裁判外システムの限界と活用	14
1. 裁判外紛争処理システムの限界	14
2. 裁判外紛争処理システムの活用	15
(1) 勝訴見込みが立たない場合	15
(2) 経済的利益が僅少である場合	16
(3) 裁判所の調停の活用（弁護士が代理人になる場合）	16
IV. 代理人交渉，個人加盟組合による団体交渉	17
1. 代理人交渉	17
(1) 代理人交渉によるべき場合	17
(2) 代理人交渉の限界	18
(3) 代理人交渉の選択	18
2. 個人加盟組合による団体交渉	19
(1) 個人加盟組合による個別労使紛争の解決	19
(2) 集団的な紛争の解決	19

CHAPTER 03**本訴（通常訴訟）の提起と追行**

I. 本訴の基本	20
1. 本訴の対象とその選択	20
2. 本訴の基本的な流れ	20
(1) 第一審での手続の流れ	20
(2) 上訴	21
(3) 和解による解決	22
(4) 判決による解決	22
II. 訴状	23
1. 請求の趣旨	23
(1) 端的な法律効果の記載	23
(2) 金員請求と遅延損害金（起算点，利率）	24
(3) 弁護士費用	24
(4) 仮執行宣言の申立て	25
(5) 解雇後の賃金（バックペイ）請求と賞与，残業代等	25
i バックペイとその終期	25 / ii 賃金額が変動する場合
iii 残業代	26
iv 賞与	26 / v 昇給
29	
2. 請求の原因	29

(1) 要件事実の記載	29
i 原則	29
ii 不利益処分は無効を主張する場合	30
(2) 間接事実やその他の事情	31
(3) 予想される抗弁等	32
III. 準備書面（主張書面）	32
1. 事案の本質を踏まえた「攻め」の主張	32
(1) 事案の本質を踏まえた主張	32
(2) 証拠の重要性と虚心に事実経過を見る目	34
(3) 具体例	34
i 依頼者の要求に即した請求と主張の組立て	34
ii 真の動機の解明	36
iii 事案の本質を見たうえでの「事件の顔」の発見	37
iv 経験則や事実関係の掘り下げによる強調点	39
2. 間接事実や事情をどこまで主張するのか	40
(1) どこまでのことを主張するのか	40
(2) どの程度、詳しく書くか	41
3. 弱点に対するフォロー	42
4. 証拠の吟味と証拠の提出要求等	44
(1) 証拠吟味の重要性	44
i 原告の手持ち証拠の検討	44
ii 被告提出証拠の検討	45
(2) 証拠説明の記載	46
(3) 証拠の提出要求	46
5. 困難な事案での工夫の例（証拠の提出と準備書面での主張）	47
6. 主張書面における表現方法（修辭）等	49
(1) 証拠評価（「明らか」という表現）	49
(2) 大げさな表現	49
7. 判例の引用について	50
8. よりよい準備書面を作るために	53
(1) 論理的な構成	53
(2) 読み直しての検討・再考	54
(3) 長い準備書面と読ませるための工夫	54
i 要約の記載	54
ii 同じ主張を繰り返す場合	55
iii 頁数の引用	55
(4) 「自分の頭で考え抜く」こと	55
IV. 証人尋問	56
1. 証人尋問についての一般的な心得	56
(1) 証人として誰を申請するのか	56

(2) 事前準備の重要性	57
(3) 尋問は事実を明らかにする場である	58
(4) 交互尋問方式	58
2. 陳述書	58
(1) 陳述書を提出する意義	58
(2) 陳述書に何を書くか	59
(3) 陳述書をどう作るか	60
i 準備書面で詳細に事実を論じている場合	60
ii 新たに事実関係を記載する場合	61
iii 証言者による確認	61
3. 主尋問準備と反対尋問対策	61
(1) 主尋問の重要性と獲得目標	61
(2) 事前準備	62
i 主尋問の準備	62
ii 反対尋問対策	64
(3) 尋問の実際	65
i 尋問者、証言者の発語、発言	65
ii テンポよく一問一答を繰り返すこと（誘導尋問）	66
iii 証拠の提示	67
iv 相手方証人の証言内容を踏まえた対応	67
v 再主尋問	68
4. 反対尋問	69
(1) 反対尋問の難しさとその心得	69
(2) 反対尋問における獲得目標とその明確化	69
i 反対尋問における獲得目標	69
ii 獲得目標の明確化	71
(3) 尋問準備の要点	72
i 陳述書の精査と当事者からの聞き取り	72
ii 証拠の精査	73
iii 尋問メモと想定問答	75
iv どのような順序で、どの程度聞くか	76
v 証拠の提示	77
(4) 反対尋問の実際	78
i 愚直な質問はしない	78
ii 臨機応変の対応（主尋問で初めて語られる事実について）	78
iii どこまで攻めて、どこで退くか	79
iv 弾劾証拠を用いた反対尋問	81
v 沈黙を調書に残すための工夫	85
vi 不誠実な証言態度に対する対応	85
vii 論争的な尋問	87
5. 相手方尋問に対する異議について	88
(1) 禁止される質問	88
(2) 異議についての実務上の留意点	89
i 誘導尋問	89
ii 誤導尋問	90
iii 関連性のない質問（争点に関係のない質問）	91
iv すでにした質問と重複する質問	92
v 威圧的な尋問（証人を侮辱し、または困惑させる質問）	92

V. 最終準備書面	93
1. 最終準備書面を提出する意味	93
2. 証言の引用, 評価について	94
(1) 相手方申請の証人の証言こそが重要	94
(2) 相手方証人の証言の分析と説得力のある記述を	94
(3) 弱点に対するフォローも必要	96
VI. 和解	96
1. あらゆる条項が可能	96
2. 和解で解決するか否かの判断	96

CHAPTER 04

労働審判制

I. 労働審判制の概要	98
1. 労働審判制とは	98
2. 3回以内の期日による迅速な審理	98
3. 権利義務関係を踏まえた柔軟な解決	99
4. 紛争解決の実効性	99
II. 労働審判の対象事件と 24 条終了	100
1. 対象となるのは「個別労働関係民事紛争」	100
2. 複雑な事案と労働審判法 24 条に基づく終了	100
III. 申立て段階での留意点	102
1. 労働審判の選択	102
2. 申立書の作成等	102
(1) 申立書の記載内容等	102
i 申立ての趣旨…102/ ii 申立ての理由…103	
iii 予想される争点および当該争点に関連する重要な事実…104	
iv 当事者間においてされた交渉（あつせんその他の手続においてされたものを含む）、その他申立てに至る経緯の概要…105	
v 予想される争点ごとの証拠（規則 9 条 1 項 2 号）…105	
(2) 申立書の提出部数	105
3. 証拠の提出	106
(1) 証拠提出についての工夫	106

(2) 何を証拠として提出するか	107
(3) 陳述書について	107
4. 申立てに際しての留意点	108
(1) 管轄裁判所	108
i 地方裁判所への申立て…108 / ii 土地管轄についての特別な定め…108	
(2) 申立手数料	108
i 原則…108 / ii 解雇無効（地位確認、賃金請求）の場合…108	
(3) 複数労働者による申立て	109
(4) 利害関係人の手続参加申立て	110
(5) 現状変更禁止（審判前の措置）の申立て	110
IV. 第1回期日前の準備	111
1. 第1回期日の決定と出頭の確保	111
2. 答弁書の提出と第1回期日までの準備	112
(1) 答弁書の提出期限と打合せ日程の確保	112
(2) 答弁書と証拠の検討	112
(3) 補充書面の提出	113
(4) 証拠の提出	113
3. 調停案の検討	114
V. 第1回期日	114
1. 争点および証拠の整理	115
2. 証拠（人証）調べ	115
3. 調停の試み	116
4. 第2回期日の指定と検討課題の提示	117
VI. 第2回、第3回期日への対応	118
1. 調停についての検討	118
2. 主張・立証の補充	118
3. どの水準で調停を成立させるか——労働審判をもらうかどうかの判断	119
(1) 解雇有効（敗訴）の審判となる場合	119
(2) 解雇無効（勝訴）の審判となる場合	120
VII. 労働審判の告知とその後の対応	120
1. 結審と労働審判の告知	120
2. 手続分離の申立て	121
3. 労働審判の内容（柔軟な紛争解決）	121
(1) 柔軟な紛争解決	121

(2) 解雇事案の場合	122
i 解雇無効の判断がされ、申立人が金銭解決を受け入れてもよいとしている場合	122
ii 解雇無効の判断がされ、申立人が地位確認の審判を求めている場合	122
iii 解雇有効の判断がされたが、金銭支払を命じる審判	123
4. 審判告知後の対応	123
(1) 異議の申立て	123
(2) 通常訴訟への移行	124
(3) 異議を出すか否かの検討	125

CHAPTER 05

仮処分（仮差押え、先取特権に基づく差押え）

I. 仮処分	126
1. 労働事件における仮処分	126
2. 仮処分の申立てと審理	126
(1) 仮処分の申立て	126
(2) 申立ての時期	127
(3) 仮処分の審理	128
(4) 仮処分における和解と申立ての取下げ	128
3. 仮処分決定	129
(1) 賃金仮払い	129
(2) 解雇事案における地位保全	130
4. 起訴命令と不服申立て	130
(1) 起訴命令	130
(2) 不服申立て	130
II. 仮差押え、先取特権に基づく差押え	131

CHAPTER 06

裁判手続内での手段の選択

I. 本訴と労働審判との選択	132
(1) 迅速性の観点	132
(2) 解決水準の観点	132
(3) 労使間の対立が鋭い事案	133
(4) 複雑な事案等	133

II. 仮処分と本訴，労働審判との選択	133
1. 仮処分は本訴，労働審判と並行的に申立てが可能	133
2. 本訴と仮処分	134
3. 労働審判と仮処分	134
III. 仮差押え，先取特権に基づく差押えと他の手続	135

PART 2 紛争類型ごとの対応策

CHAPTER 01 解雇

I. 初動	138
1. 解雇事案であることの確認と解雇理由の特定	138
(1) 解雇事案であることの確認	138
(2) 解雇理由の特定（解雇理由証明書等）	139
i 解雇理由証明書…139 / ii 解雇理由証明書の訴訟上の効果…140	
iii 解雇理由を特定させる際の留意点…140	
2. 就業規則の解雇条項について	141
(1) 就業規則の解雇条項への該当性	141
(2) 就業規則（労働協約）の手続条項違反	141
3. 解雇の有効性についての判断——個別法令に基づく解雇規制	143
(1) 解雇権濫用法理	143
(2) 個別法令による解雇規制	143
4. 解雇予告について	145
(1) 概説	145
(2) 解雇予告手当の請求	146
(3) 解雇予告義務に違反した解雇の効力	147
II. 解雇された労働者の対処	147
1. 解雇無効の主張と就労意思の表明	147
2. 退職を前提とした行動をとらない	148
(1) 退職金，解雇予告手当の請求	148
(2) 離職票の受領，健康保険証の返却等	149

(3) 矛盾した行動をとった場合の使用者側の主張	149
3. 係争中の他社就労と中間利得の控除	150
(1) 係争中の他社就労の可否	150
(2) 中間利得の控除	151
4. 当面の生活への手当（失業給付の仮給付）	153
(1) 係争中の生活への手当	153
(2) 失業給付の概要	154
i 保険関係の成立…154 / ii 受給資格…154 / iii 給付日数等…154 / iv 受給手続…155	
v 解雇無効を争う場合の仮給付…155	
5. 社会保険（健康保険，厚生年金）をどうするか	156
(1) 労働契約終了と資格喪失	156
(2) 解雇無効の場合の処理	157
III. 解雇理由ごとの留意点	157
1. 解雇権濫用法理（労基法 16 条）と解雇の最後手段の原則	157
(1) 解雇権濫用法理	157
(2) 解雇の最後手段の原則	158
(3) 社会的相当性	159
2. 勤務成績不良，能力不足を理由とする解雇	159
(1) 勤務成績不良，能力不足を理由とする解雇	159
(2) 解雇権濫用法理と使用者の配慮義務	160
(3) 即戦力として高い処遇で採用された場合	161
3. 私傷病による能力欠如を理由とする解雇	163
(1) 私傷病による能力欠如を理由とする解雇	163
i 私傷病休職と解雇（自然退職扱い）…163 / ii 業務上の傷病の場合…164	
(2) 解雇権濫用法理と復職可能性	165
i 復職可能性…165 / ii 医師の診断…165 / iii 段階的な復職可能性…167	
(3) 休職前とは別の業務に従事できる場合	167
(4) リハビリ勤務（試し勤務）と復職可能性判断	170
(5) 復職可能であること（休職事由消滅）の立証責任	171
4. 労災と解雇制限	171
(1) 解雇制限についての定め	171
(2) 打切補償による解雇制限の解除	172
(3) 私傷病扱いの解雇（自然退職扱い）と解雇制限	172
(4) 解雇（自動退職扱い）と賃金・損害賠償請求	173
5. 労働者の落ち度（ミス，非違行為）を理由とする普通解雇	174

(1) 労働者の落ち度（非遵行為）を理由とする解雇	174
(2) 解雇権濫用法理に基づく判断	174
(3) 懲戒解雇との類似性	175
6. 懲戒解雇・諭旨解雇	176
(1) 懲戒解雇・諭旨解雇とは	176
(2) 懲戒解雇，諭旨解雇の有効要件	176
i 懲戒事由等を明定する合理的な規定の存在	177
ii 規定に該当する懲戒事由があること	177／iii 罪刑法定主義類似的原則
iv 相当性の原則，平等取扱原則	180／v 適正手続を経ていること
vi 懲戒権行使の時間的制約	181
(3) 懲戒解雇の普通解雇への転換等	181
i 普通解雇の予備的主張	181／ii 懲戒解雇の普通解雇への転換
(4) 懲戒解雇と退職金	182
7. 整理解雇	184
(1) 整理解雇と「4要件（要素）」法理	184
(2) 人員削減の必要性（第1要件）	185
i 人員削減の必要性	185／ii 人員削減の必要性の度合い
iii 人員削減の必要性を基礎付ける証拠	187
(3) 解雇回避努力（第2要件）	187
i 希望退職募集	187／ii 配転・出向
(4) 人選の合理性（第3要件）	189
i 勤務成績など	189／ii 年齢，勤続年数
iii 雇用形態による優先順位	191
(5) 説明・協議義務／手続の相当性（第4要件）	191
(6) 工場・支店・部門閉鎖と整理解雇	192
i 整理解雇法理による判断	192／ii 人選の合理性について
IV. 解雇権濫用法理の応用	194
1. 試用期間と解雇（本採用拒否）	194
(1) 試用期間付の労働契約	194
i 試用期間の法的性質	194／ii 試用期間の長さ，更新・延長
(2) 本採用の拒否，試用期間中の解雇	195
(3) 労働契約の期間の定めが試用期間であると認定される場合	196
2. 内定取消し	196
(1) 採用内定の法的性質	196
(2) 内定取消し（解約権行使）に対する制限	197
(3) 企業側の事情に基づく内定取消し	198
(4) 内定取消しが無効の場合の法律関係	198

3. 有期労働契約の契約期間途中の解雇	199
(1) 契約期間途中の解雇と解雇権濫用法理	199
(2) 期間途中の解雇の効力を争う場合の留意点	200
V. 解雇と損害賠償	202
1. 解雇事案で請求できる損害賠償の内容	202
(1) 請求できる損害賠償の内容	202
i 慰謝料…202 / ii 消極損害（逸失利益）…202 / iii 退職金差額相当額…202	
iv 弁護士費用…203	
(2) 損害賠償の根拠法令	203
2. 金銭解決を望む場合の選択（地位確認か損害賠償のみか）	203
3. 慰謝料請求	204
4. 逸失利益	207
(1) セクハラ事案での逸失利益の認容	207
(2) セクハラ以外の退職強要のケース	208
(3) 解雇事案で逸失利益を認めた例	208
VI. 解雇案件の解決の実際	210
1. 実際の解決をめぐる2つの視点	210
(1) 判決型と和解型	210
(2) 復職型と金銭解決（退職）型	210
i 復職型の解決…210 / ii 金銭解決（退職）型の解決…210	
2. 金銭（退職）型の解決（解決金の水準）	211
(1) 解決金の水準を決める要因	211
i 勝訴見込み…211 / ii その他の要因…212	
(2) 実際の解決水準	212
(3) バックペイの支払と社会保険の回復等	213
3. 復職型の解決	214
(1) 地位確認判決と復職の強制	214
(2) バックペイの支払と社会保険の回復等	215

CHAPTER 02

有期労働契約の雇止め

I. 雇止めの制限法理	216
1. 判例法理	216

2. 労契法 19 条	216
3. 要件②（19 条 1 号，2 号への該当性）	217
(1) 考慮すべき要素	217
(2) 重要視される要素	218
4. 要件③（解雇権濫用法理）	220
5. 効果	220
II. 無期転換権と雇止め	221
1. 無期転換権とは	221
(1) 無期転換ルールの導入	221
(2) 要件（労契法 18 条 1 項）	221
(3) 効果	222
2. 無期転換権と労契法 19 条の関係	223
(1) 無期転換権の要件を満たす場合	223
(2) 「5 年」直前の雇止め	223
III. 不更新条項について	224
1. 契約更新時の不更新合意	224
(1) 不更新合意条項への対応	224
(2) 不更新合意条項のある契約書にサインしている場合	224
2. 使用者による一方的な不更新通告の場合	226
3. 最初の契約締結時から契約期間等が決められている場合	226
IV. 定められた契約期間の実態が試用期間である場合	227

CHAPTER 03**退職勧奨，合意退職，辞職の自由**

I. 初動——法的観点からの見極め	228
II. 退職勧奨，退職強要	228
1. 退職勧奨の類型	228
2. 退職勧奨への対応	229
(1) 退職勧奨に応じる義務はない	229
(2) 解雇が予測される場合	229
(3) PIP について	230
3. 退職強要	231

III. 合意退職	233
1. 辞職と合意退職	233
(1) 辞職と合意退職の違い	233
(2) 辞職と合意退職の見極め	233
2. 退職の意思表示の撤回	234
(1) 合意解約の申込みにあたる場合	234
i 承諾権限のある者による承諾…234 / ii 決裁手続との関係…234	
(2) 合意解約の承諾にあたる場合	235
(3) 撤回に際しての留意点	235
3. 退職の意思表示の取消し・無効	236
(1) 瑕疵による意思表示の無効とその効果	236
(2) 意思表示の瑕疵が認められる典型例	237
(3) 具体的な主張例（錯誤の場合）	238
(4) 自由な意思論に基づく主張	239
(5) 留意点（生のやり取りの証拠化）	240
IV. 退職妨害と辞職の自由	240
1. 問題の所在	240
2. 民法の定めと損害賠償	241
(1) 期間の定めのない労働契約の場合	241
i 2週間の予告期間…241 / ii 損害賠償…242	
(2) 期間の定めのある労働契約の場合	243

CHAPTER 04

残業代請求

I. 初動	245
1. 労働時間の把握とその他の検討	245
(1) 労働時間の把握	245
(2) 就業規則等	245
(3) 予測される使用者の「抗弁」の検討	246
2. 請求手段の選択と留意点	246
(1) 労基署の活用	246
(2) 代理人として受任した場合	247
(3) 残業代請求を「見逃さない」こと	247

II. 残業代請求の基本	248
1. 残業代として何が請求できるか	248
(1) 労基法の定め	248
i 概説…248 / ii 各論…248 / iii 労基法は強行法規…250	
(2) 法内残業	251
(3) 就業規則等の定め	251
2. 残業代の計算方法（時間単価と計算ソフトの活用等）	251
(1) 残業代計算のやり方	251
(2) 時間単価	252
i 時間単価の計算方法…252 / ii 所定賃金から除外される賃金…252	
iii 就業規則等の定め…253	
(3) 残業代の計算	254
(4) 残業代計算ソフトの活用	254
3. 付加金	255
(1) 付加金とは	255
(2) 付加金は常に命じられるわけではない	255
(3) 使用者による「付加金逃れ」の手法	256
(4) 請求期間（除斥）と労働審判における留意点	256
4. 消滅時効と時効の中断（完成猶予）	257
(1) 時効期間	257
(2) 時効中断（時効の完成猶予）のための措置	257
III. 残業代請求における主張立証	258
1. 何が労働時間に当たるか	258
(1) 指揮命令下におかれた時間	258
(2) 黙示の指示	258
(3) 労働の前後の準備、後片付け等の時間	260
(4) 手待ち時間、不活動仮眠時間等	261
i 手待ち時間…261 / ii 仮眠時間…261	
2. 労働時間の立証資料	262
(1) タイムカード・IDカード	263
(2) 業務日報、出勤簿等	264
(3) その他（パソコンの履歴等）	265
(4) メモ等	266
(5) 店舗の営業時間等から労働時間が推計される場合	267

3. 十分な立証ができない場合の推計的手法による残業代の認容	268
(1) 労働時間の把握義務	268
(2) 推計的な認定手法	269
IV. 使用者からの「抗弁」について	271
1. 承認手続を経ていない残業, 「労働していない」との主張	271
(1) 承認手続を経ていない残業	271
(2) 現実に労働していないという主張	271
2. 管理監督者, 高度プロフェッショナル制	272
(1) 管理監督者	272
i 「管理職」と労基法の定め	272 / ii 判例の示す判断手法
iii 管理監督者性を認める判例は多くない	273 / iv 留意点
(2) 高度プロフェッショナル制度	275
3. 固定(定額)残業代制	276
(1) 固定残業代制の問題点	276
i 固定残業代とは	276 / ii 固定残業代制の有効性
iii 固定残業代制の問題点	277 / iv 現段階での問題点の整理
v 労基法 37 条の趣旨	278
(2) 判別可能性の要件	279
i 判別可能性の要件	279 / ii 判別不能とされる場合
iii どこまでの判別が求められるか	281 / iv 手当型で問題となる場合
v 深夜勤務が常態となっている場合の深夜割増賃金	285
(3) 対価性の要件	285
(4) 差額支払の合意, 実施	288
(5) 固定残業代がカバーする労働時間が長すぎる場合	289
i 裁判例の流れ	289 / ii 労基法改正
iii 36 協定が締結されていない場合	291
(6) 合意の認定	292
i 労働契約, 就業規則等の定め	292 / ii 合意の時期, 方法
(7) 固定残業代制導入による不利益変更	294
4. 事業場外労働のみなし労働時間制	296
(1) 事業場外労働のみなし労働時間制とは	296
(2) 労働時間を算定し難いとき	296
5. 裁量労働制のみなし労働時間制, 変形労働時間制	298
(1) 裁量労働制	298
i 裁量労働制とは	298 / ii 手続面での導入要件
iii 対象業務	299
iv 実体面での導入要件	299

(2) 変形労働時間制	300
i 変形労働時間制とは	300 / ii 導入要件

CHAPTER 05

労働条件の切下げ

I. 初動——何を根拠に切り下げたかの見極め	303
1. 法的根拠により対応は異なる	303
2. 切下げの法的根拠	303
II. 規範の効力の序列（個別契約，就業規則，労働協約等の優先関係）	304
1. 労働条件を決定する規範	304
2. 労働契約による労働条件の決定	304
(1) 労働契約	304
(2) 労働条件明示義務	304
3. 就業規則と労働契約（個別合意）との関係	305
4. 労働協約と労働契約，就業規則との関係	306
(1) 労働協約と規範の効力	306
(2) 労働協約と就業規則の優劣関係	306
5. 労基法等の強行法規と他の規範との関係	306
6. まとめ（規範の優劣関係）	307
III. 個別同意に基づく不利益変更	307
1. 個別同意と法令，就業規則等との関係	307
2. 意思表示の瑕疵	307
3. 自由な意思に基づく同意	308
4. 黙示の同意について	308
IV. 就業規則の不利益変更	310
1. 就業規則による労働条件の決定と作成手続等	310
(1) 労働条件の決定	310
(2) 就業規則の作成・変更手続，作成・届出義務	310
i 作成，届出義務	310 / ii 作成権者
iii 意見聴取義務，届出義務	310
iv 手続違反の就業規則の効力	310 / v 周知されていない就業規則の効力
vi 311	
2. 不利益変更法理（労契法 10 条）	311
(1) 不利益変更法理	311
(2) 不利益変更への対応（留意点）	312

i	経営状況の分析の必要性…312	ii	一部の労働者に大幅な不利益をもたらすケース…312
iii	直ちに不利益をもたらさない賃金体系の変更…313		
iv	既発生の権利の剥奪, 不利益変更…314		
V.	労働協約締結による不利益変更		315
1.	労働協約による不利益変更		315
2.	労働協約による不利益変更の限界		316
(1)	組合規約に定める手続等の不履践		316
(2)	既発生の権利の剥奪, 不利益変更		317
(3)	強行法規, 公序良俗違反の協約		317
3.	労働協約の一般的拘束力(労働協約の拡張適用)		317
(1)	労働組合法 17 条の意味		317
(2)	労働条件を切り下げた労働協約も拡張適用されるか		317
(3)	拡張適用を積極的に活用すべき場合		318
VI.	降格, 配転を理由とする不利益変更		318
1.	初動——降格の内容と根拠の確認		318
(1)	降格の種類		318
(2)	降格・降給の根拠(懲戒処分と人事権行使, 個別同意)		319
(3)	具体的な内容を把握することの必要性		319
2.	懲戒処分としての降格・降給		320
3.	役職・職位の引下げによる降格・降給		320
(1)	就業規則等の根拠規定の必要性		320
(2)	人事権の濫用による制限		321
4.	資格・等級の引下げによる降格・降給		322
(1)	就業規則等による根拠規定の必要性		322
(2)	根拠規定の具体性		322
(3)	人事権濫用(降格要件該当性)		323
5.	職務内容の変更(配置転換)に伴う賃金減額		324
(1)	職務内容と資格等級の関連性が希薄である場合(「従来型」の裁判例)		324
(2)	職務内容と資格・等級との関連性が明確であるケースにおける判断手法		325
VII.	個別査定による賃金減額		326
1.	査定に基づく賃金額の決定		326
2.	個別査定に基づく賃金減額の有効要件		327
(1)	労働契約上の根拠		327
(2)	制度内容の合理性		327

i 合理性, 客観性のある評価基準と賃金の変動幅…328	
ii 合理性, 客観性のある評価のための査定方法等の定め…328	
(3) 実際の査定の合理性 ……………	329
(4) 裁判例 ……………	329

CHAPTER 06

人事異動（配転, 出向, 転籍）

I. 配転, 出向命令に対する対処の基本 ……………	331
1. 配転における初動（配転の内示, 発令段階） ……………	331
(1) 内示の段階 ……………	331
(2) 異議を唱えつつ配転に応じる場合 ……………	331
(3) 配転を拒否する場合 ……………	332
2. 出向の場合 ……………	332
3. 転籍の場合 ……………	333
4. 無効確認がされた場合の法律関係 ……………	333
II. 配転（配置転換） ……………	334
1. 配転命令とその有効性についての概要 ……………	334
2. 労働契約上の根拠 ……………	334
(1) 労働契約上の根拠が必要 ……………	334
(2) 何が根拠となるのか ……………	335
(3) 配転命令権の限定（職種, 勤務地限定契約） ……………	336
3. 法令違反でないこと ……………	338
4. 権利濫用に該当しないこと ……………	338
(1) 権利濫用の判断基準（東亜ペイント最高裁判決） ……………	338
(2) 業務上の必要性 ……………	339
(3) 不当な動機目的 ……………	340
(4) 労働者の被る不利益 ……………	341
i 東亜ペイント判決の判断…341 / ii 育児介護休業法の定め…342	
(5) 適正手続（説明, 誠実な対応）等 ……………	344
5. 慰謝料請求 ……………	344
III. 出向 ……………	345
1. 出向命令とその有効性についての概要 ……………	345
2. 出向についての留意点 ……………	346

(1) 出向命令権の労働契約上の根拠	346
(2) 権利濫用について	346
3. 慰謝料請求権	347
IV. 転籍	348
1. 転籍と同意の必要性	348
2. 転籍についての留意点	349
(1) 同意の有効性等	349
(2) 転籍拒否と解雇	349
(3) 会社分割と転籍	350

CHAPTER 07

ハラスメント

I. 初動——事実の確定と違法性評価	351
1. 事実行為と不利益処分	351
2. 事実関係を立証する証拠の検討	351
(1) 事実を裏付ける証拠の重要性	351
(2) 何が証拠となり得るか	352
(3) 証拠が乏しい場合	353
3. 違法性評価	353
II. ハラスメントに対する立法上の規制と使用者の法的責任	354
1. 立法に基づく事業主の措置義務	354
(1) ハラスメントについての措置義務	354
i 措置義務と指針…354 / ii 指針が定める内容…355	
(2) 実効性確保のための仕組み	355
(3) 留意点	356
2. 使用者に対する責任追及の法的根拠	357
(1) 不法行為上の使用者責任	357
(2) 債務不履行責任（就業〔職場〕環境配慮義務）	357
i 就業環境整備義務…357 / ii 職場いじめ・パワハラ防止義務…358	
iii 具体的な措置内容…358	
III. 救済手段の選択	359
1. 被害内容と被害者の要求	359
(1) 典型的な対処法	359

(2) ハラスメントにより就労不能となった場合	360
(3) 謝罪等の要求	360
2. 各手段の検討	361
(1) 通常訴訟, 労働審判	361
(2) 仮処分	362
(3) 労働局長の助言・指導, 機会均等会議による調停等	363
(4) 労働組合による交渉	364
IV. パワハラ (パワーハラスメント)	364
1. パワハラと保護法益	364
(1) パワハラとは	364
(2) 保護されるべき権利, 利益	365
i 人格権 (人格的・職業的な利益) …365 / ii 生命・身体の安全 (労契法 5 条) …365	
iii 名誉・プライバシー権…365 / iv 職場における自由な人間関係を形成する権利…365	
v 知識, 経験, 能力と適性に相応しい処遇を受ける権利…366	
2. 違法性判断における留意点	366
V. セクハラ (セクシャルハラスメント)	371
1. セクハラと違法性判断	371
(1) セクハラとは	371
(2) 違法性の判断基準	371
2. セクハラ訴訟における留意点	373
(1) 立証上の留意点	373
(2) プライバシー保護等のための措置	375
VI. マタハラ (マタニティ・ハラスメント)	375
1. マタハラに対する法令上の禁止規定	375
(1) マタハラ (パタハラ) とは	375
(2) 解雇等の不利益取扱いの禁止	376
(3) 解雇についての特別な定め (立証責任の転換)	377
2. マタハラに関する裁判例	378
(1) 広島中央保健生協 (C 生協病院) 事件	378
(2) その他の裁判例	380
VII. ハラスメントによる休業と労災保険等	382
1. 企業による賃金保障制度	382
2. 傷病手当金	383

3. 労災保険	384
(1) 労災保険による補償	384
(2) 精神障害、自殺の場合の認定基準	384
i 認定基準…384 / ii 自殺の場合…385 / iii パワハラの場合…385	
iv セクハラの場合…386 / v 長時間労働の場合…386	
(3) 行政訴訟における不支給処分取消例	387
(4) 損害賠償請求と労災保険給付との関係	388

CHAPTER 08

高齢者の雇用をめぐる問題

I. 高年法をめぐる問題	389
1. 継続雇用拒否をめぐる紛争	389
(1) 高年法の定め	389
(2) 継続雇用制度をめぐる紛争	389
i 継続雇用制度…389 / ii 雇用確保措置が講じられていない場合…390	
iii 継続雇用後の雇止め…390	
2. 継続雇用後の労働条件をめぐる紛争	391
(1) 継続雇用後（定年後）の労働条件	391
(2) 裁判例の傾向	391
(3) 実際の対処法	392
II. 65歳以降の雇用継続	393

CHAPTER 09

非正規労働者の労働条件(均等・均衡)をめぐる問題

I. 均等・均衡問題についての視点	397
1. 問題状況	397
2. 対処についての留意点	397
i 集団的な対処…397 / ii 正社員（無期、フルタイム労働者）の労働条件の把握…398	
iii 比較対象となる無期、フルタイム労働者（正社員）の絞り込み…398	
II. 現行労契法 20 条に関する裁判例	399
1. 2つの最高裁判決	399
i 労契法 20 条の解釈…399 / ii 当てはめ（不合理と判断されたもの）…401	
iii 当てはめ（不合理と判断されなかったもの）…401	

iv 不合理性判断についての留意点…402	
2. 下級審判決	402
III. 新パート有期労働法について	403
1. 処遇改善のためのルール（不合理の禁止，差別的取扱いの禁止等）	403
(1) 概説	403
i 3つの分類…403 / ii 通達の改正…404	
(2) 差別的取扱いの禁止（9条）	404
(3) 不合理な待遇の禁止（8条）	405
(4) ガイドライン	406
(5) 待遇改善に向けたその他の条文（10条～12条）	406
i 賃金決定についての努力義務（10条）…406	
ii 教育訓練の義務・努力義務（11条）…407	
iii 福利厚生施設の利用に関する義務（12条）…407	
iv 通常の労働者への転換措置の義務（13条）…407	
2. 説明義務等（6条，7条，14条）	407
(1) 雇用の際の労働条件明示義務（6条）	407
(2) 就業規則作成・変更に関する手続（7条）	407
(3) 事業主が講ずる措置の内容等に関する説明義務	408
i 雇入れ時の雇用管理改善措置の説明義務（14条1項）…408	
ii 説明要求時の処遇の決定についての説明義務（14条2項）…408	
3. 実効確保のための仕組み	408

CHAPTER 10

経営危機（倒産）と労働債権の回収

I. 初動——資産調査ととるべき手段の選択	410
1. 経営危機と労働債権	410
2. 資産調査と労働債権確保のための手段	410
(1) 資産の調査	410
(2) 債権確保のための手段	411
II. 任意の回収（資産譲渡）	411
(1) 任意の資産譲渡	411
(2) 対抗要件	412
(3) 抵当権の設定	412

III. 法的手段（仮差押えと先取特権に基づく差押え）	412
1. 仮差押え	412
(1) 仮差押えとは	412
(2) 仮差押えの申立て	413
(3) 仮差押えの審理と発令	413
(4) 不動産に対する仮差押え	414
2. 先取特権に基づく差押え	414
(1) 労働債権に関する先取特権	414
(2) 先取特権に基づく差押えの申立てと証明文書	414
3. 先取特権のメリットと留意点	415
(1) 先取特権のメリット	415
(2) 仮差押えとの併用	415
(3) 債務名義がある場合	416
IV. 法的な倒産手続が行われた場合	416
1. 破産，会社更生	416
2. 民事再生	417
V. 未払い賃金の立替払制度，中退共等	417
1. 立替払制度	417
2. 中退共等	418
VI. 取締役の責任追及	418

CHAPTER 11

労災保険と損害賠償

I. 初動——労災保険についての留意点	420
1. 適用対象とされる事業所，労働者	420
2. 請求手続等	421
(1) 請求権者と請求手続	421
(2) 被災事故の調査等と代理人としての活動	421
(3) 時効	422
II. 保険給付の内容と認定基準	423
1. 保険給付の内容	423
(1) 主な給付内容	423

i 療養補償給付…423 / ii 休業補償給付…423 / iii 障害補償給付…423	
iv 遺族補償給付, 葬祭料…423 / v その他…424	
(2) 特別支給金	424
(3) 給付基礎日額と不払い残業代	424
2. 労災, 通勤災害の判断基準	425
(1) 業務災害	425
(2) 通勤災害	425
3. 過労死, 精神疾患の認定基準	426
(1) 労災保険法の適用	426
(2) 過労死(脳・心臓疾患)の認定基準	426
(3) 精神障害, 自殺の認定基準	427
4. 不服申立手続と資料の開示	427
(1) 行政不服審査	427
i 審査請求(労働保険審査官)…427 / ii 再審査請求(労働保険審査会)…427	
(2) 行政訴訟	428
III. 労災保険給付と損害賠償請求との関係	428
1. 損害賠償請求	428
(1) 債務不履行と不法行為	428
(2) 安全配慮義務の主張	429
(3) 請求できる損害の内容	430
2. 労災申請と損害賠償訴訟のどちらを先行させるか	431
(1) 迅速な救済	431
(2) 労災認定等の活用	431
(3) 被災労働者に過失がある場合等	432
3. 労災保険給付と損害賠償請求の関係等	432
(1) 損害の補填と支給停止	432
i 損害の補填…432 / ii 支給停止…432	
(2) 損害の補填のやり方	433
i 特別支給金は控除されない…433	
ii 控除されるのは, 口頭弁論終結時までには支給が確定しているものだけ…433	
iii 遺族年金等を控除できるのは, 遺族年金等を受給した者からのみ…434	
iv 労災保険給付は損害の元本に充当される…434	
v 過失相殺後の損害からの控除と費目間流用の禁止…434 / vi 前払一時金の抗弁…435	

I. 労働委員会による不当労働行為の救済制度	436
1. 不当労働行為とは	436
2. 労働委員会における審理手続	436
3. 命令に対する不服申立て	437
(1) 都道府県労働委員会の命令に対する不服申立て	437
(2) 中労委命令に対する不服申立て	438
(3) 行政訴訟と補助参加	438
4. 救済命令の履行確保措置	438
(1) 中労委による初審命令の履行勧告	438
(2) 裁判所による緊急命令	439
(3) 命令が確定した場合の裁判所への通知, 過料	439
II. 労働委員会命令の特殊性 (司法救済との違い)	440
1. 原状回復	440
i 解雇等における復職命令等	440 / ii 団体交渉についての命令
2. 陳謝文 (ポストノート)	441
3. 損害賠償	441
判例索引	443

はじめに

相談、受任のやり方について、労働事件であることによる特殊性はない。

ただ、本書は、比較的経験の少ない法律実務家を読者層として想定しているため、はじめに、相談・受任についての一般論について触れることにする。なお、労働事件の種類としては、個々の労働者と使用者との紛争である個別の労使紛争と、労働組合を一方当事者とする集団的労使紛争があるが、以下では、主として前者を念頭に置いて論じる。

相談に際して重要なのは、判例法理を含む労働法に精通することと、実務運用についての一定の知識をもつことであるが、それらを駆使して、当該事案が受任に適したものであるかを見極めることになる。

I. 相談における留意点

一般に、法律問題についての相談、受任は、以下のような流れを辿ることになる。

1. 法的観点を踏まえた事案の把握

相談者から事情聴取を行い、事案の内容（基本的な事実関係）を把握するのが相談の第一歩である。事情聴取に際しては、客観的な事実関係がどのようなものであるかを確認しつつ、相談者が欲する法律効果を生じさせるための要件事実を聞き取ることが重要である。要件事実を意識することなく、漫然と相談者の話を聞いていると、的外れなアドバイスをすることにもなりかねない。

具体例——労働条件の不利益変更

「先月から30万円の給与を25万円に引き下げられたが、納得できない」という相談の場合、まず確認すべきは、使用者がどのような法的根拠に基づき、賃金減額

を行ったかである。具体的には、労働者の同意に基づくものか、就業規則（賃金規程）の不利益変更によるものか、降格や配転に伴うものか、使用者に留保された何らかの権限に基づくものか、といったことを確認する必要がある。そのいずれであるかによって、聞き取るべき事情は異なってくる。また、ときには、何らの法的根拠もなく、一方的に賃金減額をするケースもあるが、その場合には、賃金減額は明らかに無効である旨のアドバイスをすべきことになる（以上につき、Pt. 2, Chap. 5, I〔303頁〕参照）。

このような観点を踏まえ、「経営が苦しいと言いつつ、社長は高額の役員報酬をもらい続けている」などといった相談者の話を受けて、経営状況についての事情を漫然と聞き取っていると、法的なアドバイスに結びつかないやり取りに時間を費すことになってしまう。

2. 事実関係を裏付ける証拠の吟味

また、相談者が述べる事実関係が認められるかを検証するために、客観的な裏付けとなる証拠資料を確認することも重要である。相談者の中には、自らに不利となる事実を、敢えて弁護士に伝えない者もいる。また、そうでない場合にも、相談者が言っていることが客観的な事実（客観性のある証拠資料）と齟齬していることは、しばしばみられるところである。訴訟（法的判断）における事実は、証拠によって認定されるべきものである。事実認定に用いられる証拠の中には、当事者（原告本人である労働者）の供述（本人尋問の結果）も含まれるが、客観性のある証拠と食い違った供述をしても、それが信用されることはまずない。このような観点からは、事実関係を裏付ける証拠の吟味は、極めて重要である。なお、事案解決の見通しをたてるうえで必要な情報（事実関係の詳細や証拠書類）が不足している場合には、あらためて相談日を設定し、不足している情報を明らかにしてもらうことになる。

どの程度の証拠が必要かは、紛争類型によって異なる。解雇権濫用が問題となる事案では、使用者が主張する解雇理由に合理性が認められるかが争点となるので、使用者が提示する主張や証拠を弾劾することで、ある程度「聞える」場合もある。しかし、残業代請求や、ハラスメントを理由とする損害賠償請求等では、残業代が発生することや、不法行為（安全配慮〔就業環境整備〕義務違反による債務不履行）が成立すること等を労働者側で主張・立証しなければならない。このようなケースで、要件事実を裏付ける証拠が収集できないと、係争（提訴）すること自体を断念せざるを得ないこともある。

なお、残業代請求では、残業時間を証明する資料が全く手元にない場合で

も、タイムカードが打刻されている場合や、パソコンを使う業務に従事している場合には、証拠保全を行って、これらの資料を確保することも検討されるべきであろう。

本人作成のメモの信用性

例えば、残業代請求事案で、労働者が労働時間のメモをつけていたとしよう。一般に、労働者自身が作成したメモの信用性は、低いと言わざるを得ない。ただし、労働時間を明らかにする他の資料（例えば、業務日報や、送信メール等）が、一部でも手元に残されており、それにより明らかにされる労働時間が、労働者作成のメモの時間と合致ないし整合しているとすれば、メモの信用力は、高まることになる。

また、メモしかない場合でも、その内容が詳細である場合（単に、始終業時刻を記載しているだけでなく、何時から何時まで、どのような業務に従事したかが記載されているような場合）や、メモが日々記載されていたことを推認させる内容となっている場合（日記のように、仕事のみならず、日々の出来事が記載されているような場合）には、メモだけを証拠としても、労働時間（残業時間）の立証が可能との判断を下せる場合もある。

立証手段としての証人

証人についても慎重に検討する必要がある。証人の証言は、録音やメール等に比べると客観性に劣るとはいえ、その証言内容に信憑性があれば、証拠としての価値は相当に高いといえる。

そこで、相談者が「パワハラを目撃していた同僚が証言してくれると思う」と言ってくることもある。しかし、その同僚が在職している場合、その同僚に証言してもらうことは、ほぼ不可能であると考えべきであろう。ハラスメント事案に限らず、在職する会社を被告とする訴訟において、対立する当事者（原告労働者）の利益のために行動（証言）すれば、会社から「目を付けられ」、以降不利益な扱いを受けることが、相当の蓋然性をもって予測されるからである（その例外は、「闘う姿勢」をもつ労働組合が社内にあり、その組合が当該労働者を支援しているようなケースであるが、残念ながら、そのようなケースは、ほとんどみられないのが実情である）。一方、すでに退職している元同僚の場合には、そのような懸念はないものの、わが国では、裁判沙汰に関与することは敬遠されるのが通常なので、実際に証人になってもらうことは困難である場合がほとんどである。もし、他に有力な立証方法がなく、証人に頼らざるを得ないような場合には、受任以前の段階で、証人候補となる者に、弁護士自身が面談し、どのような証言が得られるか、間違いなく証人になってもらえるか等を確認する必要があるだろう。

3. 把握した事実関係に基づくアドバイス

基本的な事実関係を把握した後、法律専門家としてのアドバイスをすること

とになる。

アドバイス内容としては、相談者が欲する法的効果が得られるかについての見通し（勝訴見込み）、それを実現するためにとり得る手段、解決に要する時間、費用（手続費用、弁護士費用）などが考えられる（弁護士費用との兼ね合いで、弁護士に委任するのではなく、相談者自身で対応できる手段を教示する場合もある）。なお、解決手段の選択については、Chap. 2（10頁）およびChap. 6（132頁）を参照のこと。

アドバイスをするにつき、最も重要なことは、「事件の筋」（どの程度の勝訴見込みが立つか）を見誤らないことである。「事件の筋」の見極めは、①どのような法規範（法令、判例、就業規則、労働協約、労働契約等）に基づき判断されるべき事案であるかを的確に判断するとともに、②適用される法規範を当該事案の事実関係に当てはめるとどうなるかを検討することによって行われる。

(1) 労働法の理解

上記①の判断をするには、法令や判例に精通している必要がある（労働法では、例えば配転命令の有効要件のように、基本的な原理が成文法化されておらず、判例に委ねられているものがあるので、判例に精通することは重要である）。

もっとも、労働法は、それほど複雑な法体系ではなく（権利濫用法理によって処理されるものも多い）、実際の紛争（とりわけ裁判に持ち込まれるような紛争）となるのも、解雇や残業代請求等、一定の領域のものが多い。また、主要な判例は、基本書やマニュアル本で触れられているので、基本書等の該当箇所を読むことで、一通りの理解は得られるだろう。

ただし、労働法の基本原理には、通常の契約理論にはみられない独自の集団的な規律が含まれていたり（その典型は、就業規則の基準を上回る労働契約の定めは有効だが、就業規則の基準を下回る労働契約の定めは無効となり、就業規則の基準が労働契約の内容となるというもの。この点については、Pt. 2, Chap. 5, II 3 [305頁]を参照のこと）、多くの強行法規（その典型が労基法）が存在するから、これらの基本原理等は押さえておく必要がある。

なお、基本書などの本文ではなく、脚注の中でしか出てこなかったり、基本書には記載されていない最新の下級審判決を知っているか否かで、事案処理に差が出ることがあるが、これは平素からの研鑽によらざるを得ないことになる（本書のPt. 2では、紛争類型毎に、実務上の「実践知」、「コツ」を説いて

いる)。

(2) 事案への当てはめ

一方、②(法規範の当該事案への当てはめ)については、一定の経験を積みなければ習得できない面があることは否めない(同じ種類の紛争〔例えば、解雇〕を3~4件程度やれば、おおよその勘どころはつかめるようになるだろう)。

未経験の分野で勘どころをつかむには、類似する事案の判例を読んで、どのような事実関係のもとで、どのような主張や判断がされているかを見てみるのが有益である(控訴審判決は一審判決を引用してあることが多いので、引用判決でない一審判決を読んでみるのがよい)。あとは、労働法の基本原理を踏まえつつ、社会常識に支えられたリーガルマインド(この程度のことで解雇するのは、やりすぎだとか、これで解雇されるのはやむを得ないといった常識的な判断)によることになる。

(3) 事件の見通しは流動的であることが多い

労働事件の場合、解雇権濫用法理のように、規範的な構成要件に基づき判断がされることが多く、勝訴見込みの判断は流動的にならざるを得ないので、その旨をよく説明しておく必要がある。想定されるリスクがある場合には、それについても十分に説明しておくことが不可欠である。

II. 受任に際しての留意点

以上のようなプロセスを経て、相談内容から受任に適する事案と判断され、かつまた、相談者が委任を希望する場合、受任することになる。

1. 依頼者の権利、利益が実現できる可能性がない場合

相談者が委任を希望しても、相談者が欲する法律効果が得られる見通しが全く立たないケースでは、特段の事情がある場合(労働組合が団結を維持するために、法的手段を講じるような場合)を除き、受任は控えるのが無難である。

相談者の中には、「負けてもいいし、負けた場合に、着手金相当額の損失が生じることも十分理解している。負けても絶対に文句は言わないので、引き受けてほしい」と言って、受任を強く要請してくる者がいる。しかし、そもそも弁護士に事件処理を委任するのは、それを通じて自己の利益の実現を

図るためであるし、弁護士費用（着手金）を支払うのも、利益の実現のための対価としてである。すなわち、「負けてもいい」という言葉の奥には、「勝ってほしい」という本心が潜んでいることになる。勝訴見込みがない事案を受任して敗訴した場合、「案の定、敗訴しました」では済まず、依頼者との間で紛争になる可能性がある。したがって、勝訴見込みが全く立たない事案の受任は控えるのが無難である。また、受任に適さないとして受任を断られた相談者が、弁護士を渡り歩き、法律相談を繰り返すことがある。そのような相談者からの相談については、相談者が欲する法律効果が得られるかについて、より慎重に吟味する必要がある。なお、受任できないケースでは、本人でも手続を進められる裁判外の紛争処理システムの利用を勧めることが考えられる。

その一方、勝訴見込みの判断が微妙である事案を受任することは問題ない（確実な勝訴見込みが立てられるケースは、むしろ少ないといえる）。ただし、その際には、前述のとおり、リスクについて十分説明しておくことが必要である。

2. 相談者の「人間像」、相談者との「相性」に基づく受任の判断

解雇権濫用が問題となる事案で、使用者主張の解雇理由の合理性を弾劾できるだけの手持ち資料が乏しく、判断材料となり得るのが相談者の話しかない場合には、当該相談者の「人間像」から受任するかどうかを判断せざるを得ないことがある。

具体的には、その人柄・性格や能力をみて、相談者の話が信用できるか（訴訟等になった場合に、その主張が維持できるか）を考えることになる（大規模な整理解雇の場合を除き、人柄がよく、能力も高い労働者を企業が解雇することはまずなく、そのような労働者が解雇されるのは、上司にいわれなき嫌悪感を抱かれていたとか、派閥争いに巻き込まれたなど、何らかの特殊な事情がある場合に限られるといえる。そのような労働者の解雇事件は、「勝ち筋」であることが多い）。

このような人柄・性格、能力といったことは、実際に（訴訟）事件を受任した後、事件処理の共同作業をする過程で、自ずと分かってくる。しかし、受任するか否かを決定するまでの、それほど長くない時間で、これらを見極めることは容易ではない。その意味で、相談者の人物像から受任の適否を判断するのは、「実践知」であるとはいえるものの、経験を積まなければ体得

(4) 反対尋問の実際

i 愚直な質問はしない

反対尋問において、正面から「あなたの証言は記憶違いではないか」「ウソの証言ではないか」などと質問しても、「いいえ」という回答が返ってくるのが関の山である。また、客観性のない証拠（例えば、原告労働者の陳述書）を援用して、「原告がこのように言っていることからすれば、あなたの証言は、事実に反しているのではないか」などと質問しても、「原告の記憶違いだと思います」、「原告が何と言っているかは知りません」などといった答えが返ってきて、それで終わってしまう。このような尋問は、やってはならない反対尋問の典型例である。

証言の信用性を揺るがすには、客観性のある証拠を活用したり、5W1Hを明らかにさせつつ、具体的な状況を証言させるなど、様々な角度から尋問をすることが肝要である。

ii 臨機応変の対応（主尋問で初めて語られる事実について）

反対尋問では、陳述書や準備書面に書かれていないことが証言されることがある。反対尋問では、証言の信用性を減殺するために様々な角度から質問がなされるので、このようなことが起きるのは当然である。

しかし、主尋問においても、陳述書等に書かれていないことが証言されたり、ときには、陳述書等の記載と異なる証言がされることもある。そのような証言は、原告労働者にとって不利なものもあれば、有利なものでもある（証人が当該案件におけるキーパーソン〔例えば、直属の上司や人事担当者等〕である場合には、そのようなことは滅多に起こらないが、ある事実をスポット的に証言する証人の場合、時として、このようなことが起きる）。

したがって、主尋問でのやり取りは、しっかりと聞き、メモをとるなどしておく必要がある。そして、主尋問で予期せぬ証言がされたときは、それについて、反対尋問でどのような対応をするかを、その場で判断しなければならない。一般論としていえば、陳述書の記載内容と異なる証言の場合、それは供述の変遷となるから、その点を追及することは、ポイントを稼ぐチャンスになり得る。しかし、質問を重ねると、証言内容に不自然な点はなく、それが原告労働者に不利な内容であることが分かることもある。このような場合には、深入りせずに、その点についての尋問を切り上げるべきである（下記のiiiを参照のこと）。

また、訴訟に深く関わっていない証人の場合、単なる記憶違いということ

もあり、それがやむを得ない場合もある。そのような場合には、陳述書と証言の食い違いについて執拗に責め立てても意味はないから、その点についての質問は、そこで打ち切ることになる。

iii どこまで攻めて、どこで退くか

反対尋問では、どこまで攻めて、どこで退くかを瞬時に判断しなければならない場面に遭遇する。

①不利な証言のとき

例えば、A という意味であると解釈される資料があり、これを原告主張を基礎付ける証拠として提出していたとしよう。しかし、証人尋問前に仔細に検討してみると、これがB という意味であると解釈される余地があったことが判明し、かつまた、相手方証人の陳述書では、この証拠についての言及はなく、主尋問においても同様であったとしよう。反対尋問でこの証拠について質問したときに、これがA という意味であるという証言が得られれば、反対尋問は成功したことになる（この点についての尋問をそこで終えることもあれば、その証言を前提にさらに尋問を続けることもあろう）。

問題は、反対尋問のときに、相手方証人がB という意味であると証言したときである。この証拠がA を意味するものであることを支える他の証拠や、事情があれば、そのような尋問を続ければよいが、そのような証拠、事情が特になくともある。そのような場合、「なぜ、B という意味になるのですか？」という質問をするかは、悩ましいところである。相手方証人がこの質問に答えられなければ、B という解釈が採用されることはなく、原告にとって有利になろう。しかし、相手方証人がこの質問に説得力のある答えをすれば、その解釈は、A ではなくB である方向に傾き、原告にとって不利に作用することになる。

このようなことになるくらいであれば、「B という意味です」という証言がされた時点で、それ以上、突っ込んだ質問をせずに、別の質問に移った方がよいことになる。

②有利な証言に対するダメ押し

反対尋問の中で、相手方証人が原告に有利な証言をしたときに、さらに「ダメ押し」の質問をするかについても、同様の問題が起こる。

例えば、「あなたの先ほどの証言は、この証拠の記載内容と異なっているのですが、この証拠に書かれていることの方が事実でよいですね」という質問に対して、相手方証人が「はい」と答えたとする。反対尋問としてはこれ

で一応の成功となる（70点くらいが得られた）のだが、相手方証人が主尋問において、単なる記憶違いではなく、敢えて虚偽の事実を述べた（＝偽証した）ことが明らかにできれば、反対尋問の成功度はさらに高まる（ウソをついたことが暴かれれば、当該問題についての証言のみならず、証言全体の信用性が損なわれることになる）。そこで、「先ほど、あなたはウソの証言をしたのですね」などと突っ込みたくなる場所である（また、この質問に対して、「ウソをついたわけではありません」と答えられると、「どうしてウソではないといえるのですか」などと質問したくなる）。このような質問に対して、相手方証人が答えられず、沈黙した（「ウソをつきました」とは証言せず、沈黙するのが通例である）とすれば、反対尋問は、大成功となる。

しかし、相手方証人がウソではない理由について、証拠の作成経緯などを踏まえて合理的な説明をすると、証拠に記載された事実は認められるものの、その証拠によって立証しようとした命題が突き崩されてしまうこともある。最初の質問でやめておけば、70点が確保できたのが、100点を狙ってさらに質問を重ねたため、30点に逆戻りしてしまうといったことである。

③瞬時の対応の困難さ

このように、反対尋問において、どこまで突っ込んだ質問をするのか（どの時点で退散するのか）は、極めて悩ましい問題である。

証人尋問は「生き物」であるから、その場で延々考えている余裕はなく、瞬時に判断しなければならない。その判断に際しては、「直観」に頼らざるを得ないことも少なくない。尋問者の「直観」が当たるかどうかは、「天性」によるところがあるだろう（筆者の場合も、尋問終了後に、「どうしてもっと突っ込まなかったのだろう」とか、「どうしてあそこまで突っ込んでしまったのだろう」と後悔することがしばしばである）。証人の人物像（反対尋問に対して素直に答えず、反発的な対応をとる人物であるか、瞬時に機転をきかせられるだけの利発さがある人物であるか等）を見極めたうえで、どうするかを決めるということになるだろう。

実践知！

反対尋問で、望んだ答えを得られる見込みが立たない場合、とことん問いただすのではなく、速やかに撤退することが必要である。

iv 弾劾証拠を用いた反対尋問

反対尋問では、弾劾証拠を示した尋問をすることができる。弾劾証拠とは、広義では、証言内容の信用性を減殺させる証拠のことを意味するが、狭義では、そのような証拠のうち、反対尋問の場でいきなり提示される（それまで提出されていなかった）証拠のことを意味する（以下で論じるのは、狭義のものである）。民訴規則 102 条は、「証人若しくは当事者本人の尋問又は鑑定人の口頭による意見の陳述において使用する予定の文書は、証人等の陳述の信用性を争うための証拠として使用するものを除き、当該尋問又は意見の陳述を開始する時の相当期間前までに、提出しなければならない」とし、「証人等の陳述の信用性を争うための証拠」である弾劾証拠については、尋問時に示すことを許容している。

弾劾証拠を、反対尋問の場でいきなり提示することが許されるのは、「事前の対策」をさせないためである。訴訟の当事者である原告（被告）本人が、自己に有利な証言をするのは当然のことだし、証人についても、通常は、当該証人を申請した側に有利な証言をする（例えば、会社申請の人事部長等は、会社側に有利な証言をする）のが通常である。したがって、自らに不利な証拠を示されれば、それにどう答えるのかについての事前の対策を練ることになる（ときには、巧みなウソが「作り出される」こともあろう）。しかし、尋問の場でいきなり弾劾証拠を示されれば、対策を練る時間的余裕はないから、真実を語らざるを得なくなる。法廷の場で、弾劾証拠を示されて、それまでの証言の虚偽が暴かれた時の効果は絶大であり（まさに「劇的」である）、これが重要な争点に関わる場合には、裁判官の心証も一挙に傾くことになろう。

ただし、弾劾証拠として（も）用いることができる証拠が重要な争点に関するものであればあるほど、それを証人尋問（反対尋問）まで提出せずにおくかは、悩ましいところである（原告主張を裏付ける証拠が他にも豊富にある場合には、敢えて弾劾証拠とする必要はなからうが、当該証拠が唯一の有力なものである場合には、証人尋問まで提出を保留し、証人尋問での「劇的な効果」を狙うことがある）。一方、証人尋問前に提出された相手方証人（本人）の陳述書に、それまで準備書面で主張されていなかった事実が記載され、かつまた、その記述を弾劾できる証拠があれば、これを弾劾証拠として用いることは、大いに検討されてよい。

もっとも、弾劾証拠は、裁判所はもちろん、相手方の代理人弁護士も尋問時に初めて目にするものである可能性があるから、反対尋問において、次か

ら次へと弾劾証拠を提出すると、相手方から異議（証拠採否について反対の意見）が出されることがある。また、弾劾証拠として提出する証拠の記載内容が複雑である場合には、尋問のときに、前提となる部分についての質問をせざるを得なくなり、これが証人（本人）に「考える時間」を与えることにもなり、弾劾証拠によることの効用が損なわれることもある（なお、このような観点からは、会話の内容ではなく、大声で怒鳴りつけた事実そのものを立証したり、ごく短い会話である場合を除き、会話の録音を弾劾証拠として用いるのは困難であろう。反対尋問の途中で録音を再生することが許可されるかという問題は別にしても、会話はその全体を聞かなければ正しく評価できないので、会話のごく一部のみをその場で再生して尋問をしても、有効な反対尋問となり得ないからである）。さらに、争点の判断にとってほとんど意味をもたない些細な点について、次から次へと弾劾証拠を出して質問しても、裁判官に、「その程度のことについて、わざわざ弾劾証拠を提出した尋問を繰り返すのは、事案の核心について有効な反対尋問ができないからではないか」との感想を抱かせるのが関の山である。以上のようなことも考慮のうえで、弾劾証拠を用いた尋問をするか否かを定めるべきである。

なお、弾劾証拠として最も確実に効果を発揮するのは、当該証人（本人）自身が作成した文書等である（また、作成に関与したり、事前に目を通していることが確実であるものも、有効である）。他人が作成した文書等でも客観性があるものは、弾劾証拠としての意味をもつことはあるが、弾劾証拠として示したときに、「私は、その文書は知りません」などと答えられてしまうと、話はそこで終わってしまい、弾劾証拠を示して尋問する意味はなくなってしまふ。

実践
知
!

弾劾証拠を用いた反対尋問が効果的であるのは、証人（本人）自身が作成した証拠や、証人が認識している客観性のある証拠を弾劾証拠とする場合である。

また、弾劾証拠による反対尋問を効果的に行うには、弾劾証拠を提出する前に、前提事実（反対尋問によって虚偽であることを明らかにしようとする事実）を「固めさせる」（虚偽証言を繰り返させる）ことが肝要である。これに

より、弾劾証拠を示された証人（本人）は、虚偽証言であることについての言い逃れができなくなる。

具体例

営業部の部長として、中途採用された労働者（原告）が能力不足を理由に解雇された事案で、被告側は「原告は入社1年たっても、営業の基本である見積書の作成すら満足にできなかった」と主張していた。そして、その裏付けとして、「原告が作成した見積書は、本来500万円とすべき外注費を700万円として計算した誤りがある（本来あるべき見積額よりも200万円も高い額の見積書を提示しても、これで発注してくれる企業などあるはずがない）」と記載された管理部長の陳述書と、管理部長が作成した見積額の内訳書（外注費の詳細な計算が添付されており、それによると外注費は、500万円と計算されていた）が証拠（乙18号証）として提出された。

ところが、原告の手元には、管理部長との当時のメールのやり取りが残されていた。このメールのやり取りにおいて、原告は、「当初、管理部からの助言も踏まえ、外注費を500万円と試算しましたが、再度、私の方で検討したところ、別添のとおり外注費は700万円と試算されました。この700万円の試算が正しいかご確認下さい」とメールで伝えたと、その2日後に、管理部長が「営業部長のおっしゃるとおり、700万円の試算が正しいので、この額に基づき、A社への営業を進めて下さい」とメールで返信していた。証人となった管理部長は、主尋問において「700万円の見積もりは誤り」という陳述書と同様の証言をした。以下は、反対尋問でのやり取りである。

原告代理人：先ほどの証言で、見積額は500万円が正しいと言いましたが、あなたの記憶違いではないですか？

証人：いいえ。

原告代理人：そうはいつでも、原告は、間違いなく、あなたから700万円が正しいと言われたことを記憶しているんですね。どちらかがウソをついていることになりましたが、あなたはウソをついているのではないですか？

証人：いいえ、ウソはついておりません。

原告代理人：どうしてウソでないといえるのですか？

証人：先ほど主尋問で証言した、乙18の500万円の見積書から明らかだと思います。

原告代理人：ところで、管理部長であるあなたは、営業部長である原告とは、日常的にメールのやり取りをしていましたね。

証人：はい、日常的かは分かりませんが、メールのやり取りをしたことがあるのは事実です。

原告代理人：（乙18号証を示す）被告から提出されている管理部作成の見積額の内訳書ですが、この右上を見ると、作成日が2018年2月10日と書かれていますが、この頃、書かれたものに間違いありませんか。

証人：はい。

原告代理人：この2月10日頃にも、原告とメールのやり取りをしましたよね。

証人：いや、今、ちょっと思い出せませんが…。

原告代理人：(弾劾証拠として、甲22号証を示す)メールのやり取りですが、甲22号証の上の方のメールの差出人として、あなたの名前が記載されていますが、その脇に書かれているアドレスは、あなたが会社で使っているPCのメールアドレスに間違いないですね？

証人：はい。

原告代理人：メールの宛先として、原告の名前が記載されていますが、その脇のアドレスは、原告が会社で使っていたPCのメールアドレスに間違いないですね？

証人：はい。

原告代理人：ということは、このメールは、あなたが原告に送信したものでしょうね？

証人：だろうと思います…。

原告代理人：メールの日付は、2月12日とありますが、この頃も、原告とメールした記憶はあるんじゃないですか。

証人：ちょっとわかりませんが…。

原告代理人：甲22号証の下の方のメールを見せると、送信日が2月10日で、差出人として原告の名前が、宛先としてあなたの名前が書かれているので、原告があなたに送信したメールですよ？

証人：だろうと思います…。

原告代理人：で、下の方のメールの本文を見ると、「再度、私の方で検討したところ、別添のとおり外注費は700万円と試算されました。この700万円の試算が正しいかご確認下さい」と書かれていて、上の方のメールの本文を見ると、「営業部長のおっしゃるとおり、700万円の試算が正しいので、この額に基づき、A社への営業を進めて下さい」と書かれていますよね。原告とあなたとの間で、このようなメールのやり取りがあったんじゃないですか。

証人：……(沈黙)……。

原告代理人：さっきから黙ってしまっていますが、私の質問に答えて下さい。

証人：……(沈黙)……。

原告代理人：(強い口調で)あなた、主尋問でウソついたんでしょ、違いますか！

この反対尋問例の冒頭での質問(「記憶違いではありませんか」、「ウソをついているでしょ」)は、反対尋問における愚問の典型であり、これを裏付ける客観的証拠がない場合には、すべきでない質問といえる。しかし、この反対尋問では、強い弾劾証拠(証人自身が作成したメール)がある。そこで、「記憶違いではない」、「ウソはついていない」ことを敢えて証言させて、弾劾証拠

を示したときに、「記憶違いでした」などと言わせないための伏線を張ったものである。

そして、弾劾証拠を使ってウソを暴く前に、弾劾証拠であるメールが証人自身の手で作成され、原告との間でやり取りをしたものであることを確認し、「このメールは見たことがない」などといった言い逃れができなくなるよう外堀を固めた。このメールが証人自身の手で作成され、原告との間でやり取りをされたものであることが確認できた時点で、ほぼ「勝負あり」ということになる。

その後のメールの内容についての質問は、証人の証言のウソをあばくための「ショータイム」のようなものである。メールの内容についての質問に沈黙した時点で、裁判官の心証は固まるが、それにさらに追い打ちをかけて、「あなた、主尋問でウソついたんでしょ、違いますか!」などと強い口調で迫るのは、一種の演出である（これに対して、証人は「ウソをついた」とは言わずに、さらなる沈黙を続ける以外ないのであるが、それは「ウソをついた」と自白したのと同じ効果をもつことになる）。

v 沈黙を調書に残すための工夫

上述の例のように、反対尋問において、証人（本人）にとって不利な内容の質問をされた場合、沈黙したり、口ごもったりする場合がある。このような場面では、証人が不利になるようなことを隠そうとしていることが多く、そのことは、尋問を聞いている裁判官も容易に察知できる。

しかし、尋問調書のかたちになった場合、そのことが表現されていないことが多い（速記官が法廷で速記している事案の調書では、「……（沈黙）……」などと記載してくれていたことがあるが、速記官による速記が少なくなった最近では、そのような調書にはあまりお目に掛からないように思われる）。そこで、証人が沈黙した場合には、「先ほどから沈黙していますが、先ほどの質問にはお答え頂けないのですか」とか、「先ほどの質問をしてから20秒以上経っていますが、お答え頂けないのですか」などと発問することで、その状況を調書に残すように工夫することも必要である。

vi 不誠実な証言態度に対する対応

①無意味な証言に延々つきあわない

反対尋問では、証人が質問に端的に答えず、聞いてもいない背景事情を延々と話し出すことがある。このような場合、その証言を遮り、端的に答えるよう再度質問するといったことが必要である。このような証言に付き合っ

- * 三郡福祉会（虹ヶ丘学園・損害賠償）事件・福岡地飯塚支判平成 25・3・27 労判 1074 号 18 頁（解散事案で、1 年分の給与相当額を認めた。慰謝料は棄却。理事ら個人を被告とした事案）
- * JT 乳業事件（名古屋高金沢支判平成 17・5・18 労判 905 号 52 頁。会社解散事案で、12 名の原告労働者ごとに算定した「賃金逸失利益」、慰謝料、弁護士費用を認めた。代表取締役個人を被告とした事案）

VI. 解雇案件の解決の実際

1. 実際の解決をめぐる 2 つの視点

(1) 判決型と和解型

解雇紛争の解決には、判決型のものと和解型のものがある。

和解型の解決は、当事者の合意に基づくものであり、裁判上の和解、労働審判での調停、裁判外紛争処理機関や、当事者間での和解などがある。和解型の場合、当事者が合意に達しさえすれば、解決内容としてどのようなことでも取り決めることができるし、紛争は終局的に解決される。

判決型の解決は、強制力を有する紛争処理機関の判断に基づくものであり、本訴の判決、労働審判制の労働審判、不当労働行為についての労働委員会の救済命令などがある。

(2) 復職型と金銭解決（退職）型

また、解雇紛争の解決内容は、復職型のものと金銭型のものとに大別される。

i 復職型の解決

労働者が復職型の解決を望んでいても、裁判所の判決等を経ることなく、復職を勝ち取ることは困難である（企業は、いったん解雇した労働者を復職させることに強い抵抗を示すのが一般的であるため）。また、例えば、本訴で解雇無効の判断が出されても、それだけで復職は実現せず、復職後の処遇等について労使間で協議することが必要となることが多く、その段階では、和解型の解決がなされることになる。

ii 金銭解決（退職）型の解決

金銭解決（退職）型の解決は、一定の金銭の支払をもって、（職場復帰をせずに）労働契約関係を終了させるかたちで紛争を解決するものである。労働

者が最初から復職（地位確認）を求めずに金銭（慰謝料や逸失利益）のみを請求する場合には、判決型での解決が可能である（もちろん、和解型の解決もあり得る）。一方、復職（地位確認）を求めている事案で、金銭型の解決をする場合は、常に和解型の解決となる（ただし、労働審判制では、解雇無効の場合に、地位確認に代えて金銭支払を命じる労働審判が出せると解されている（Pt. 1, Chap. 4, VII 3 [121 頁] を参照のこと）ので、労働審判に異議が出されなければ、判決型の解決となる）。解雇紛争の多くは、金銭型で解決されているのが実情である。

2. 金銭（退職）型の解決（解決金の水準）

(1) 解決金の水準を決める要因

i 勝訴見込み

金銭の水準を決めるに際して、最も重要なのは、判決等に至った場合、解雇無効（労働者勝訴）の判断が導かれるかどうかである。

本訴で解雇無効の判断がされると、地位確認のほかバックペイ（解雇時から紛争解決時までの賃金）が認容される。Pt. 1, Chap. 3, II 1(5) i (25 頁) で論じたとおり、最近の判決では、「本判決確定の日まで」として賃金支払の終期を付けられる（労働審判の場合では「本労働審判確定の日まで」とされる）が、実体上は、賃金の支払義務は、判決確定後も続く。このように、解雇訴訟で敗訴した場合、使用者は、労働者を復職させずとも、定年までの賃金の支払を強いられることになる。したがって、解雇無効の判断が下される可能性が高い案件では、支払われるべき金銭水準は高くなる。

その一方、解雇有効（使用者勝訴）の判断が下されれば、解雇時点での労働契約の終了が確認され、使用者は労働者に対して賃金その他の金銭給付を行う義務を負わないことになる。したがって、解雇有効の判断が下される可能性が高い案件では、支払われるべき金銭水準は低くなる。

実践知！

金銭解決の場合の解決水準（解決金の額）を決める最も重要な要因は、判決等になった場合に、解雇無効と判断されるか有効と判断されるかの判断見通しであるので、その見通しを見誤らないことが重要である。

ii その他の要因

①勤続年数、年齢等

勝訴の見込みという観点にだけ立てば、労働者の勤続年数は、本質的な要素とはいえない。しかし、勤続年数が長いことは、それまでの企業に対する貢献度合いが高い（退職金の額も、勤続年数に応じて増加するのが通常である）。また、勤続年数が長く年齢も高くなっていけば、再就職も困難になるのが一般である。したがって、勤続年数や年齢が高いことは、解決金の額を高める要素となり得る（ただし、高い年齢で中途採用され、勤続年数が長くない場合には、高年齢であることは解決金を高める要因とはならない）。

②使用者側の支払能力

いかに勝訴見込みが高くても、使用者に支払能力が乏しい場合には、そのことも考慮に入れざるを得ない。小規模企業の場合には、「高額な解決金を支払うくらいなら、解雇を撤回し、復職してもらおう」といった対応がとられることが時としてある。このような場合、労働者が復職による解決を選択すれば、紛争は解決するが、一定の金銭給付を得て、新たな道を選ぼうとすると、決して高くない水準で解決せざるを得なくなる。

(2) 実際の解決水準

以上のような諸要素を考慮のうえ、解決金の水準が決められるが、実際の解決水準は事案に応じて千差万別であり、これを定式化することは困難である。

解雇無効との判断が下される可能性が高く、使用者側の支払能力にも問題がない場合には、バックペイ（解雇から解決時点までの賃金）にプラスアルファ（解決金）を加算した額となるのが通常である。問題は、プラスアルファ（解決金）の額がどれくらいになるかだが、本訴の地裁判決で解雇無効の判断が下され、高裁でもその判断が維持される見通しのもと、高裁で和解する場合には、バックペイに加え、3～5年分程度の賃金相当額で和解に至ることも珍しくない（特殊な事案を除き、最高裁で高裁の判断が覆されるのは稀なので、高裁での和解が成立しなければ、解雇無効〔地位確認と賃金（バックペイ）の支払〕が確定することになる。そこで、使用者が退職型〔解決金型〕の解決を強く望む場合には、自ずと解決金の額も高くなる）。一方、判決が出る前の地裁段階での和解の場合には、水準は上記よりも低くなるのが通常であろう（バックペイに、半年ないし1年分程度の賃金相当額を加算する例が多いように思わ

れるが、地裁段階で、3年分程度の水準で和解が成立することもある)。



実践
知
!

本訴の高裁で、解雇無効の心証が形成された場合、バックペイに加え、賃金の3年分程度の上積みがされて解決される例も珍しくない。

一方、労働審判では、早期に（解雇からそれ程長くない時期に）、紛争の解決を図るため、バックペイの額はそれ程大きくならないのが通常である。また、簡易な手続で、迅速な解決をめざすことを反映してか、解決金の額もそれほど大きくならないことが多い。解雇無効の心証が形成された場合でも、バックペイも含めた総額で、半年分ないし1年分程度で解決される例が多いように思われる（労働審判を選択する労働者は、早期解決を望むことが多く、本訴に移行して長期間をかけるくらいなら、多少の譲歩をしてでも早期に解決した方がよいと判断することも、上記のような水準で解決する要因になっていると考えられる）。

以上とは逆に、解雇有効の判断が下される可能性が高い場合には、解決金の額も低くならざるを得ない（敗訴してゼロで終わるくらいなら、いくらかでももらったほうが得だろうといった判断に基づく）。

ただし、解雇の有効性の心証が微妙である場合も少なくない（解雇事案の場合、判決になれば、解雇有効、無効のいずれかの結論になる〔常に「100:0」となる〕が、勝訴する側にも何らかの問題があるのが通常である）。その場合、心証度合いが解決水準に反映されることがある。解雇無効となる一応の見込みがある場合でも、バックペイのみで解決したり、解雇有効の見込みが濃厚であっても、6ヶ月程度や、3桁（100万円台）などの水準で解決するということもある。

(3) バックペイの支払と社会保険の回復等

退職（金銭解決）型の場合、解雇日を退職日として、バックペイ部分も含めて全てを解決金名目で受け取るのが通常であるが、労働者によっては、厚生年金や再就職のことを考慮して、退職日を解決時とし、バックペイ部分を賃金として受領することを望む者もいる。この場合には、後述の3(2) (215

頁)と同様の処理をする必要が出てくる。

3. 復職型の解決

(1) 地位確認判決と復職の強制

解雇が無効と判断された場合の判決主文は、「X(労働者)がY(使用者)に対して、労働契約上の権利を有する地位にあることを確認する」というものであるが、この判決によって、復職を強制することはできず、復職を強制するには、「Y(使用者)は、X(労働者)を、Yの……(職場)で、……(職種)として就労させなければならない」という就労命令型の判決が必要であると解されている。しかし、このような就労請求権は容易に認められない(最近ではこのような請求をすること自体が珍しい。なお、労働委員会による不当労働行為の救済命令では、就労〔原職復帰〕型の命令が出されるのが通常であることにつき、Chap. 12, II 1〔440頁〕を参照のこと)。その理由は、「労働契約上、就労(=労働力の提供)は労働者の義務であり、権利ではない。裁判所は、労働者の権利である賃金請求権は保護するが、就労を拒絶されていることは、労働者の義務が免除されているだけのことであり、使用者の義務ではない就労の受領を命じることはできない」というものである。また、どのような労働力を、どのように位置付け活用するかは企業の裁量に委ねられているから、裁判所が労働者の就労を企業に強制することは不合理だとする論拠が挙げられることもある。地位確認判決から導かれる実際上の効果は、解雇により喪失された社会保険の被保険者資格を回復できることである。

したがって、地位確認判決が確定しても、労働者の復職を強制執行により実現することはできない。もっとも、解雇無効の判断がなされた場合、通常は、地位確認とともに解雇後の賃金支払が命じられるので、企業は、労働者を復職させなくとも賃金は支払い続けなければならない。労働力をまったく提供しない労働者に対して賃金を支払い続けることは、明らかに経済合理性に反するので、判決が確定したのちには、労働者を復職させるのが通常である(その逆に、定年までの期間が短い労働者に対しては、復職をさせずに賃金だけを支払い続けるといった扱いもみられる)。

また、復職をする場合、復職後の労働条件(復職時のポジションや賃金額等)を決めるための交渉をする必要が出てくる。これらは、解雇時のものとするのが原則であるが、解雇訴訟の係属中に解雇時のポジションが消滅することもある。また、使用者がかつての職場に復職させることを嫌うこともあ

る（なお、賃金額は、判決を経ていれば、判決どおりのものとするようになるが、判決では、賞与を除き、解雇時の賃金額が認容されるのが通常である）。



実践
知
!

解雇無効の判決が確定し、復職する場合には、復職後の労働条件等について協議をする必要が出てくる。

(2) バックペイの支払と社会保険の回復等

復職型の解決の場合、解雇がなかったものとして、解雇以降も労働契約が継続していることを前提とした処理をすることになる。

バックペイは文字どおり賃金として支払われるので、そこから所得税、社会保険（厚生年金、健康保険）、雇用保険の労働者負担分が控除されることになる。また、社会保険や雇用保険の資格回復もされるので、それに伴う手続が必要となる（社会保険の資格回復に伴う処理については、前述のⅡ 5(2) [157頁]を参照のこと）。これらの手続は相当に煩雑であるが、まずは、使用者側に、そのための準備（例えば、控除される所得税額や社会保険料の計算）をさせて、それを労働者側がチェックするかたちで行うことになる。

なお、最近では、企業型の確定拠出年金を採用している企業が多くみられるが、確定拠出年金の運用は、労働者の指図に基づき行われるところ、過去（解雇から解決時点までの間）に遡って運用することはできないので、過去分についての資格回復はできない。そこで、確定拠出年金の拠出額（企業負担分）は、別途精算する必要が出てくる。また、解雇後に、雇用保険の仮給付を受けていた場合には、その全額をハローワークに返還することになる。

復職型の場合でも、バックペイのほかに解決金を受け取ることも可能である（これは労使間の合意によって決められる）。なお、判決型の場合で、慰謝料請求が認容されている場合に、使用者がその額を支払うのは当然のことである。

著者紹介

君和田 伸仁

KIMIWADA NOBUHITO

1986年中央大学法学部卒業、
1992年4月弁護士登録。同月
東京法律事務所に入所し、現在
に至る。1992年から日本労働
弁護団に所属（現在、全国常任
幹事）。

東京労働局紛争調整委員
(2005年～2010年)、東京大学
法科大学院(2010年～2013
年)、専修大学法科大学院
(2013年～2018年)の各客員
教授等を歴任。

著書に、『労働法実務解説5 解
雇・退職』(2016年・旬報社)、
『労働組合の結成・運営〔第2
版〕』(2015年・中央経済社)、
『労働審判制度——その仕組み
と活用の実例〔改訂版〕』(共著、
2011年・日本法令)、『スピー
ド解説 手軽に使える労働審判
制度』(2007年・東洋経済新報
社)などがある。

LAWYERS' KNOWLEDGE

労働法実務 労働者側の実践知

2019年12月30日 初版第1刷発行

著者 君和田伸仁
発行者 江草貞治
発行所 株式会社 有斐閣
郵便番号 101-0051
東京都千代田区
神田神保町 2-17
電話 03-3264-1314 (編集)
03-3265-6811 (営業)

<http://www.yuhikaku.co.jp/>

デザイン キタダデザイン
印刷 株式会社理想社
製本 牧製本印刷株式会社

© 2019, Nobuhito Kimiwada. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替えいたします。
定価はカバーに表示してあります。
ISBN 978-4-641-24328-6

JCOPY

本書の無断複写（コピー）は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、（一社）出版者著作権管理機構（電話 03-5244-5088, FAX03-5244-5089, email:info@jcopy.or.jp）の許諾を得てください。