

Title	均等法9条3項と労働者の承諾：最判平成26.10.23を受けて
Sub Title	Consent to a demotion? : a study of Hiroshima-Seikyo hospital supreme court case and the prohibition of unfavorable treatments on the ground of pregnancy
Author	澤田, 雄高(Sawada, Yutaka)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2016
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.35 (2016. 8) ,p.27- 68
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特集：法曹リカレント教育
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20160825-0027

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

均等法 9 条 3 項と労働者の承諾

——最判平成 26.10.23 を受けて——

澤 田 雄 高

問題の所在

第 1 章 均等法 9 条 3 項が定められた経緯及び内容

- 1 平成 18 年均等法改正
- 2 改正の経緯
- 3 指針（平成 18 年厚生労働省告示第 614 号）の内容

第 2 章 従来の裁判例の状況

- 1 裁判例の類型
- 2 裁判例の傾向
- 3 検討

第 3 章 平成 26 年判決の意義

- 1 平成 26 年判決の内容
- 2 本判決の意義・特徴

第 4 章 均等法 9 条 3 項の再検討

- 1 新たな解釈通達の内容
- 2 学説の状況
- 3 検討

第 5 章 総括

問題の所在

近年、妊娠・出産を理由として、職場において、解雇・雇止め・退職強要などの不利益取扱いや精神的・肉体的な嫌がらせを受けること（マタニティ・ハラスメント）に注目が集まっている¹⁾。

この問題に対しては、妊娠・出産についての手当が十分でないと男女の雇用機会均等の実質は確保できないこと、少子・高齢化が進展する中、働く女性が妊娠・出産に伴い不利益を専ら負担するというあり方は望ましくないことから、平成 18 年の男女雇用機会均等法（以下、「均等法」という）改正により妊娠・出産や産休取得等を理由とする不利益取扱いを禁じる規定（均等法 9 条 3 項）が設けられたが、それ以降も、少なくない数の紛争がみられている²⁾。

他方、これまで均等法 9 条 3 項の解釈をめぐる裁判例はほとんどなく、学説上の議論は十分になされてこなかった。そのため、妊娠・出産等を「理由として」不利益取扱いをするとはどのような場合を指し、どのような判断枠組みで判断するのか、また「不利益取扱い」とはどのようなものを指し、どのような判断枠組みで判断するのかは必ずしも明らかではなかった。

そのような中、最高裁は、平成 26 年 10 月 23 日の判決において、均等法 9 条 3 項の強行法規性を確認した上で、妊娠中の軽易業務転換請求を契機とする降格の適法性に関する判断枠組みを示した（広島中央保健生活協同組合事件。最判平成 26.10.23 労判 1100-5。以下、「平成 26 年判決」という）。すなわち、「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」としつつ、①当該労働者の自由な意思に基づく承諾がある場合、又は、②業務上の必要性に基づく特段の事情が存在する場合は、同項の禁止する取扱いに当たらない、とする枠組みである。

これを受けて、厚生労働省は、従前の行政解釈を変更し³⁾、均等法 9 条 3 項だけでなく育児法 10 条についても同判決の示した枠組みが適用されるとの立場を示している。この新たな行政解釈によると、「契機として」については、基本的に当該事由が発生している期間と時間的に近接して当該不利益取扱いが

-
- 1) マタニティ・ハラスメントについては、杉浦浩美「マタニティ・ハラスメントは何を問題化したのか」労働法律旬法 1835 号 19 頁参照。
 - 2) 厚生労働省「平成 24 年度男女雇用機会均等法の施行状況」によると、平成 22 年度、23 年度、24 年度といずれも、雇用均等室に寄せられた相談のうち、妊娠・出産等を理由とする不利益に関する相談は約 15%（3000 件強）の割合を占めている。
 - 3) 通達の改正：平成 27 年 1 月 23 日雇児発 0123 第 1 号。

行われたか否かをもって判断し、「原則として、妊娠・出産・育休等の事由の終了から 1 年以内に不利益取扱いがなされた場合」は「契機として」に当たることとされている⁴⁾。

そうすると、妊娠・出産・育休等の事由の終了から 1 年以内に「不利益取扱い」がなされた場合、原則として「契機として」に当たり、「契機として」に当たると、①②いずれかの例外事由に該当しない限り、均等法 9 条 3 項（及び育介法 10 条）に違反し、違法無効となる、ということとなる。

使用者側としては、少なくとも当面は上記の行政解釈を前提に対応せざるをえないところ、このような状況においては、平成 26 年判決が示した判断枠組みの下で例外事由が認められる範囲を適切に理解することが、理論上のみならず、実務上も大変重要となる。そして、上記の行政解釈や同判決の差戻審判決（広島高判平成 27.11.17 判例 1127 号 5 頁）を参照する限り、例外事由②（業務上の必要性に基づく特段の事情）が認められる場合はきわめて限られるように思われる（後記第 4 章 3（3））。そこで、使用者側としては、無用な紛争を避けるために、例外事由①が認められる範囲（要件）を適切に理解する必要性が高いと考えられる。他方、労働者側としても、個別同意に基づく例外が安易に認められると均等法 9 条 3 項の意義が没却されることになるため、この問題は非常に重要である。

そこで本稿では、均等法 9 条 3 項の解釈をめぐる論点の中で、平成 26 年判決によって提起された不利益取扱いと労働者の承諾の関係性に特に焦点を当てて考察したい。

本稿の構成は以下のとおりである。

第 1 章では、均等法 9 条 3 項が成立した経緯、すなわち、立法当時どのような議論がなされ、何を目的として導入されたのか、及びその後の指針を確認する。第 2 章では、平成 26 年判決以前に出された裁判例の状況について整理す

4) 「妊娠・出産・育児休業等を契機とする不利益取扱いに係る Q&A」問 3（答）1。
<http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11900000-Koyoukintoujidoukateikyoku/0000089160.pdf>

る。なお、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの適法性をめぐる裁判例に加え、関連の深い問題として、育児休業取得を理由とする不利益取扱いに関する裁判例も取り上げる（均等法 9 条 3 項及び育児法 10 条制定前の裁判例についても簡単に整理する）。第 3 章では、第 2 章を踏まえ、平成 26 年判決の内容を詳しく紹介し、その意義や特徴を確認する。第 4 章では、同判決を受けて改正された解釈例規及び学説を検討し、それを踏まえて均等法 9 条 3 項をどのように解釈することが適切・妥当なのかを考察する。

第 1 章 均等法 9 条 3 項が定められた経緯及び内容

1 平成 18 年均等法改正

均等法の平成 18 年改正（平成 18 年 6 月成立、同 19 年 4 月施行）により、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに関し、二つの規定が設けられた⁵⁾。

第一に、事業主は、女性労働者が妊娠し、出産し、産前産後休業を請求ないし取得したこと、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（以下、「妊娠・出産等」という）を理由として、当該女性労働者に対して解雇その他の不利益取扱いをしてはならないこと（同法 9 条 3 項）、第二に、妊娠中及び産後 1 年以内の女性労働者に対してなされた解雇は、事業主が妊娠・出産等を理由とする解雇でないことを証明しない限り、無効となること（同法 9 条 4 項）が定められた。

2 改正の経緯

均等法は昭和 60 年に成立し、平成 9 年に法改正が行われた（平成 9 年成立、同 11 年施行。以下「H9 年均等法」という）。H9 年均等法では、女性労働者が婚姻し、妊娠し、出産し、又は産前産後休業をしたことを理由として解雇することを禁止していたが（同法 8 条 3 項）、男女雇用機会均等政策研究会は、平成

5) 国会での議論については、164 回国会衆議院厚生労働委員会議録 30 号、31 号参照。

16 年 6 月に、報告書を発表し、同法の課題を以下のように指摘した⁶⁾。

すなわち、妊娠・出産は女性のみが担う機能であり、特別な保護を必要とする場合が多いが、この点についての手当が十分でないと男女の雇用機会均等の実質は確保できないこと、少子・高齢化が進展する中、働く女性が妊娠・出産に伴い不利益を専ら負担するというあり方は望ましくないことを指摘し、産休等について解雇以外の局面について規制する規定はなく、この問題の検討が必要であるとした。

その上で、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いに対する法規制のあり方を検討するに当たっては、①諸外国においては、妊娠・出産等に基づく不利益取扱いについて解雇以外の不利益取扱いも規制していること、②育児・介護休業法において、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⁷⁾とのバランスを取る必要があること、③産後休業が強制休業という性質であることや諸外国の法制の動向を踏まえると、原職又は原職相当職への復帰を求めることも合理性があると考えられること、などに留意すべきであるとした。

同報告書を受けて、労政審雇用均等分科会では、(1) 育児の不利益取扱いと同様に考えることができる部分と (2) 能率低下など妊娠・出産に固有の部分とに分け、(1) については基本的に育児と合わせる方がよい、との基本方針に基づき、議論が重ねられた⁸⁾。

平成 17 年 12 月、労政審雇用均等分科会は、以下のように述べて、法改正につき建議した。すなわち、①妊娠・出産を理由とする解雇以外の不利益取扱い

6) <http://www.mhlw.go.jp/houdou/2004/06/h0622-1.html>

7) 育児・介護休業法においても、従前は、解雇の禁止のみが規定されていたが、平成 13 年改正により、「事業主は、労働者が育児休業申出をし、又は育児休業をしたことを理由として、当該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。」との規定が導入された（育児介護休業法 10 条）。

8) 第 48 回労政審雇用均等分科会 配布資料「労働政策審議会雇用均等分科会における審議状況（案）」(<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2005/07/s0713-11.html>)。

を禁止することが適当である、②産休を取得しようとしたこと、労働基準法の産休以外の母性保護措置及び均等法の母性健康管理措置を受けたこと又はこれらを受けようとしたこと並びに妊娠又は出産に起因する能力低下又は労働不能が生じたことを理由とする解雇その他の不利益取扱いについても禁止することが適当である、③不利益取扱いの判断に当たっての考え方を指針で示すことが適当である、④妊娠中及び産後1年以内に行われた解雇は、事業主が妊娠・出産などを理由とする解雇ではないことを証明しない限り、無効とすることが適当である、と提言した。

これを受け、前記のとおり、均等法9条3項及び9条4項が定められた。

その後、労働政策審議会での議論を経て、省令、指針が平成18年10月11日に公布された。

3 指針（平成18年厚生労働省告示第614号）の内容

(1) 「理由として」について

指針は、まず、均等法9条3項の「理由として」とは、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とした⁹⁾。

同指針は、育介法の指針をベースとするものであるが¹⁰⁾、育介法10条に関する解釈例規においても、同条の「理由として」とは因果関係をいうものと解され、「因果関係を判断するに当たっては、あくまでも客観的事実を持って判断すべきであり、たとえば、育児休業から復帰した後にある取扱いがなされた場合においては、当該取扱いを行うことを裏付ける特段の合理的な理由がない限り、育児休業の取得と当該取扱いとの間に因果関係があると推定するのが適当である」とされていた¹¹⁾。

9) 学説では、差別意思が存在することを意味するとする見解もある。水町勇一郎「妊娠時の軽易業務への転換を契機とした降格の違法性」ジュリスト1447号106頁（2012年）。

10) 第62回労政審雇用均等分科会における鈴木均等業務指導室長発言（<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2006/08/txt/s0828-1.txt>）。

11) 改定新版「詳説 育児・介護休業法」（労務行政、2002年）399頁。

(2) 「不利益」取扱いについて

指針は、賞与又は退職金の支給額の算定に当たり、不就労期間や労働能率の低下を考慮する場合には、疾病等による場合と比較して不利に取り扱うことや、不就労期間や労働能率の低下の程度を超えた取扱いをすることは「不利益取扱い」になることを示している¹²⁾。

昇進・昇格の人事考課における不利益評価に関しても、妊娠出産等のみをもって不利な人事考課を行うことは不利益取扱いであること、また、不就労期間や労働能率の低下を考慮する場合には、疾病等による場合と比較して不利益に取り扱うことは「不利益取扱い」に当たるとされている。

配置変更に関しては、建議では、通常の人事異動のルールから十分に説明がつかない取扱いを行うことが不利益取扱いに当たるとされるにとどまり、原職又は原職相当職への復帰をさせないことが「不利益取扱い」に含まれるかどうか必ずしも明らかではなかったが、指針においては、「産前産後休業からの復帰に当たって、原職又は原職相当職に就けないこと」は、不利益な配置の変更を行うことに該当すると明記された¹³⁾ ¹⁴⁾。

また、「不利益取扱い」の意味について、立案担当者は、厚生労働審議会において「本人が希望した場合はどうかということは、不利益という問題からしますと本人が希望したときにそれに沿って扱うことは、基本的には不利益には

12) 建議の段階や、省令案や指針案の審議の段階で、出席者から、産後休業は強制休業であり、疾病、又は育児介護休業法の不利益取扱いとは同じように扱うべきものではないのではないか、母性保護ということで保護を強くすべきではないか、との意見は出たものの、これを別にするという結論には至らず、指針でも、疾病、又は育児介護休業法の不利益取扱いと別に扱う（より保護を強める）という考え方は採用されていない。

13) 前述のように、報告書では、原職又は原職相当職への復帰を求めることも合理性があると考えられることに留意すべきであるとされていた。

14) 育児法の指針においては、「育児休業及び介護休業後においては、原則として原職又は原職相当職に復帰させることが多く行われているものであることに配慮すること」と記載されていたが（平成21年厚生労働省告示第509号参照）、ここでは、これと異なり、「産前産後休業からの復帰に当たって、原職又は原職相当職に就けないこと」は、不利益な配置の変更を行うことに該当すると明記された。

該当いたしませんので、そういった場合は議論するまでもなく不利益にはならないと思います。」と述べ、また、「不利益取扱いにつきましては何と比較するかというと、妊娠していなくて出産していなくて通常どおり働いていた本人と比較して、それが下がっているかどうかを見るというのが原則かと思います。」と述べている¹⁵⁾。

第2章 従来の裁判例の状況

1 裁判例の類型

妊娠・出産等に関連する不利益取扱いの適法性が争われた裁判例には、以下のものがある。

①解雇・雇止めに関するもの

朝霞和光幼稚園事件（浦和地決昭和 48.3.31 労判 177-45）、今川学園木の実幼稚園事件（大阪地判堺支部平成 14.3.13 労判 828-59）、日欧産業協力センター事件（東京地判平成 15.10.31 労判 862-24）、X 商事事件（東京地判平成 27.3.31 労経速 2251-3）。

②賃金・賞与・退職金に関するもの

タケダシステム事件（最判昭和 58.11.25 労判 418-21）、エヌ・ビー・シー事件（最判昭和 60.7.16 労判 455-16）、東京コンピューター用品事件（東京地判昭和 61.9.26 労判 482-20）、東朋学園事件（最判平成 15.12.4 労判 862-14¹⁶⁾）、コナミ・デジタルエンタテインメント事件（東京地判平成 23.3.17 労判 1027-27、東京高判平成 23.12.27 労判 1042-15）。

③昇給・昇格に関するもの

日本シェーリング事件（最判平成 1.12.14 労判 553-16¹⁷⁾）、医療法人稲門会事件（京都地判平成 25.9.24 労判 1104-80、大阪高判平成 26.7.18 労判 1104 号 71 頁）、Y 法人事件（東京地判平成 27.10.02 労経速 2270-3）。

15) いずれも第 62 回労政審雇用均等分科会（平成 18 年 8 月 28 日）における鈴木均等業務指導室長発言。

④配転・降格に関するもの

東洋銅鉄事件（東京高判昭和49.10.28 労判 213-36）、慈恵医大付属病院事件（東京地判昭和54.4.24 労判 325-45）、明治図書出版事件（東京地決平成14.12.27 労判 861-69）、みなと医療生活協同組合事件（名古屋地判平成20.2.20 労判 966-65）、コナミ・デジタルエンタテインメント事件（東京地判平成23.3.17 労判 1027-27、東京高判平成23.12.27 労判 1042-15）、広島中央保健生活協同組合事件（広島地判平成24.2.23 労判 1100-18、広島高判平成24.7.19 労判 1100-15）。

2 裁判例の傾向

(1) 賃金に関連する不利益取扱いについて

賃金に関連する不利益取扱いが問題となった②③の類型については、最高裁

16) 出勤率（出勤した日数÷出勤すべき日数）が90％に満たない者には賞与を支給しないこととする旨の定めをした上で、育児時短勤務日の短縮された勤務時間分は、欠勤日数に加算する旨定めた。1日につき1時間15分の時短措置を受けると、1日当たり約16％の割合で欠勤している計算になり、ただちに賞与が支給されないこととなった。同社では、従業員の年間総収入額に占める賞与の比重が大きかった（約27％から31％）。

最高裁は、①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、②産休を取得し、又は時短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ことから、90％条項の制度の下では、勤務を継続しながら出産し、又は時短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、権利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と判示した。

17) 労働協約において、稼働率80％以下の者を賃金引上げ対象から除くこととされ、稼働率算定に当たり、欠勤、早退、年次有給休暇、生理休暇、産前産後の休暇、組合活動に関する休暇を不就労と扱う旨明記された。最高裁は、労基法又は労組法上の権利に基づく不就労を稼働率算定の基礎としている点は、権利の行使を抑制し、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であるから、公序に反し無効であるとした。本件80％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、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、退職金にも影響するので、同条項に該当した者の受ける経済的不利益は大きいことを、80％という基準となっている稼働率の数値との関連においてみると、権利行使に対する事実上の抑制力は相当強い、と判断したものである。

が、当該取扱いによる不利益性が大きく、労基法等が保障する権利の行使を抑制する効果をもたらす場合には、当該取扱いは公序良俗に違反し違法無効であり、不法行為に該当することがあるとの判断枠組みを確立していた（日本シェーリング事件（最判平成元 .12.14 労判 553-16）、東朋学園事件（最判平成 15.12.4 労判 862-14））。

均等法 9 条 3 項及び育介法 10 条施行制定後の裁判例においても、比例的なノーワーク・ノーペイを超える不利益取扱いは育休法 10 条及び公序に反するとの判断がなされている（医療法人稲門会事件控訴審判決¹⁸⁾、コナミ・デジタルエンタテインメント事件控訴審判決（後記(2)ア参照）など¹⁹⁾。

(2) 人事上の不利益取扱い

これに対して、配転や降格など人事上の不利益取扱いが問題となったケースでは、使用者の裁量を尊重し、業務上の必要性あり等として適法とする傾向が強かった。均等法 9 条 3 項等施行後の裁判例（コナミ・デジタルエンタテインメント事件、広島中央保健生活協同組合事件（第一審、控訴審判決））においても、その傾向は続いた。

ア コナミ・デジタルエンタテインメント事件判決

18) X が、育児休業を取得したことを理由に、昇給させなかったことなどは、育介法 10 条に定める不利益取扱いに該当し、公序良俗（民法 90 条）に反する違法行為であると主張して提訴した事件。

控訴審は、「本件不昇給規定は……3 か月の育児休業により、他の 9 か月の就労状況いかにかわらず、職能給を昇給させないというものであり……休業期間中の不就労の限度を超えて育児休業者に不利益を課すものであるところ、育児休業を私傷病以外の他の欠勤、休暇、休業の取扱いよりも合理的理由なく不利益に取り扱うものである。」

「このような取扱いは、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、無効というべきである。」と判示した。

19) この判断枠組みの当否については、本稿の検討範囲外なので、これ以上扱わない。

＜事案の概要＞

X が、育休明けに職場に復帰したところ、産休前と異なる業務の担当となり、職務等級が下げられ、それに伴って報酬も大幅に下がったという事案において、これらの有効性が争われた。

Y 社では、社員に与えられた基本的な業務内容・職責を示す役割について、役割クラスと呼ばれるものとグレードと呼ばれるもので区分していた。

報酬は、基本的には、役割報酬及び成果報酬の総和で定まり、役割報酬は、役割グレードが定まることにより自動的に決定されることとされていた²⁰⁾。成果報酬は、年俸査定期間中の「組織の実績」と「個人の成果の評価」に応じて支給されることとなっていた。

X は、海外サッカーライセンス業務を担当し、平成 20 年度の年俸は 640 万円であった（役割グレード B-1。役割報酬 550 万円、成果報酬 90 万円²¹⁾）。

X は、平成 20 年 7 月に産休に入り、平成 21 年 4 月に復職することとなったが、X は、復職に際し、国内ライセンス業務担当となり、役割グレードが A-9 に下がり、役割報酬は 500 万円とされた。また、平成 21 年度の X の成果報酬は 0 円とされた。X が平成 20 年 4 月 1 日から産休に入るまでの間にみるべき成果を上げていないことや本件産休後に迎えた繁忙期を経験していないことがその理由であった²²⁾。

X は、上記人事措置について、人事権の濫用に当たるほか、育介法 10 条、均等法 9 条、民法 90 条などに違反する無効なものであるとして、①降格・減給後の給与額と降格・減給前の給与額との差額の支払いと②不法行為に基づく損害賠償請求を求め提訴した。

＜第一審判決の要旨＞

20) 役割報酬額は、報酬グレードに応じて決定され、報酬グレードは役割グレードに連動しているということとなっていた。たとえば、B-1 は 550 万円、A-10 は 525 万円、A-9 は 500 万円。

21) 同年の B クラス従業員の成果報酬平均支給額は 60 万円であった。

22) 激減緩和措置として、調整報酬 20 万円が支給され、その結果、原告の平成 21 年度の年俸は 520 万円とされた。

判決は、成果報酬をゼロとした点は違法であるとしたが²³⁾、担当職務や年俸等の変更に違法はないとして、この点にかかるXの請求を棄却した。

判旨は、賃金減額を伴う配転につき、「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X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解するのが相当である」（最判昭和61.7.14 裁民148-281 参照）との枠組みを示した。

その上で、育介法10条との関係では、育介指針は、労働者が育児休業等を取得したこととの間に因果関係がある解雇、降格、不利益な配置転換等は同条にいう不利益取扱いに当たるとしているが、本件担務変更の背景、内容等（＝Yには、海外ライセンス業務の担当者を固定化する必要があったこと、Xは時短申出をしており繁忙期において残業が常態な原職に戻すことは業務遂行の観点からも困難な状況にあったこと、復職時にXに充てられた担務以外にXを充てるのがより適当であった業務が他に存在しないこと）に照らすと、「本件担務変更がX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」ないとした。

また、育介法22条は、「努力義務を定める規定であると解され……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」とした。

さらに、均等法9条3項との関係では、「本件担務変更の背景、内容等……に照らすと、本件担務変更がX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」ないとした²⁴⁾。

＜控訴審判決（東京高判平成23.12.27 労判1042-15）の要旨＞

23) 産休を取得するまでの約3か月間にあげた業務実績について考慮していないこと、部門業績や会社業績を考慮していないことから、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、とされた。成果報酬ゼロ査定については、控訴審でも、この判断が維持された。

控訴審は、役割グレード引下措置、年棒減額措置は人事権の濫用として違法としたが²⁵⁾、担務変更自体については、原審を維持し、本件担務変更自体をもって Y の人事権を濫用したものということとはできない、とした。

労働者側の育介法 10 条違反、均等法 9 条 3 項違反、民法 90 条違反などの主張につき「判断の必要がない」とし、判示しなかった。

イ 広島中央保健生活協同組合事件 第一審、控訴審判決

＜事案の概要＞

X は、Y 病院のリハビリ科に勤務していた。同科には、訪問リハビリ業務（患者の自宅を訪問してリハビリ業務を行う）と病院リハビリ業務があり、前者の方が、車を運転したり、重いものを持ったりしないといけない分、後者よりきつい仕事であると、一般に認識されていた。

平成 16 年 4 月、B が訪問リハビリチーム担当として同科主任に、X が病院リハビリチーム担当として同科副主任となった。その後、X は、産休・育休を経て、平成 18 年 2 月、訪問リハビリチームに副主任として復帰した。当時、病院リハビリチームの取りまとめは B が行っていた。

X は、平成 20 年 2 月、第 2 子を妊娠し、軽易業務への転換（病院リハビリ業

24) 本判決は、本判決を配置転換に準ずるものと解し、引用判決の判断枠組みを用いているが、引用判決は、配転そのものの不利益が問題となった事案であり、本件のように、担務の変更が賃金の変更に直結する事案ではない。したがって、仮に配置転換に準ずるものという枠組みに立つとしても、報酬を約 1 割引き下げている、という本件事案に即し、濫用の有無についてより厳格に判断すべきだったのではないと思われる。

25) 役割グレード引下措置については、就業規則や年棒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、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使用者の一方的な行為によって不利益に変更することは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、とした。

年棒減額措置については、産休を取得するまでの約 3 か月間にあげた業務実績についての考慮がされていないほか、部門業績及び会社業績をどの程度考慮したかを明らかにする証拠がないことから、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り、人事権の濫用として違法である、とした。

務への転換）を希望した。Yは、リハビリ科²⁶⁾はBが主任として取りまとめをしており、その規模からしても、さらに副主任を置く必要性はないと考え、Yは、Xに対し、リハビリ科への異動を内示するとともに、同科の体制からみて副主任を置く必要性がない旨述べて、副主任を免除する旨伝え、渋々ながらもXの了解を得た。Xは、自ら軽易業務への転換を希望した経緯があり、現在妊娠中で、精神的なストレスが続くかもしれず、役職は負担となるかもしれないとの思いもあり、不満ではあったが、副主任免除を受け入れようと思った。

Xは、同年3月1日付でリハビリ科（副主任免除）へ異動し（本件措置1）、同年9月1日から産前休暇を取り、産後休暇、育児休暇を経て、平成21年10月12日に復職した。

Yは、Xの復帰先につき、Fへの異動を打診した。Fでは、本件措置1後まもなく、Xより職歴の6年短い職員Cが副主任に任ぜられていた。Yは、Xの復職に際し、Cが副主任で、Xは副主任にはならない旨述べると、Xは、元部下であるCの下では業務したくない、と強く抗議した。

Yは、同年10月12日、Xに対し、Fへの異動（副主任の職はつけていない）を命じた（本件措置2）。

Xは、主位的に、本件措置1（リハビリ科への異動に伴い副主任の地位を免じた措置）は、均等法9条3項に反する違法無効なものであり、また予備的に、本件措置1が適法であるとしても（育休からの復職における）異動命令に際し、軽易業務への転換以前に命じていた副主任の地位を免じた措置（本件措置2）は育介法10条に反する違法無効なものであるなどと主張して、提訴した。

＜第一審判決（広島地判平成24.2.23 労判1100-18）の要旨＞

第一審判決は以下のように述べ、Xの請求をいずれも棄却した。

①本件措置1について

「本件措置1は……Xが第2子を妊娠し、軽易業務への転換を希望したこと

26) 平成19年7月、訪問リハビリ業務はFに移管され、当時は、リハビリ科が病院リハビリ業務を行い、Fが訪問リハビリ業務を行っていた。Xは、上記移管に伴い、リハビリ科の副主任から、Fの副主任となっていた。

を契機に、その希望に沿うべく、Xは当時勤務していた訪問リハビリ業務を行うFから本件病院のリハビリ科に異動することになったが、当時……Bが主任としてとりまとめを行っており、同科の規模、体制からしても、さらに副主任を置く必要性を見出せなかったため……Xの了解を得て、YにおいてXに対し講じられたものであり……その後……産前（産後）休暇を取得する同年9月まで、XがYに対し副主任免除について異議を述べたことがなかったこと等からしても、Xが副主任免除について、上記辞令が発せられるまでに、これに（渋々であるとしても）同意していたことは明らかである。」

「以上によると、本件措置1は、Yにおいて、Xの妊娠に伴う軽易な業務への転換請求を契機に、これに配慮しつつ、Xの同意を得た上で、事業主であるYの業務遂行・管理運営上、人事配置上の必要性に基づいてその裁量権の範囲内で行ったものと認められ、Xの妊娠に伴う軽易な業務への転換請求のみをもって、その裁量権を逸脱して、均等法や均等法告示にいう不利益な取扱いをしたものとまでは認め難い。」

「本件措置1に均等法9条3項に基づく無効事由は認められず、他に同措置が均等法9条3項により無効なものであることを基礎づける事実を認めるに足りる証拠はない。」

②本件措置2について

「本件措置2は、Xが第2子出産から職場復帰するに際し、Xの希望（勤務先と保育所との距離関係等）を聞くなどして、その復帰先について慎重に検討がされた上で、内定した復帰先に既に副主任がいたこと等の事情が考慮され、Yにおいて、業務遂行・管理運営上、人事配置上の必要性に基づいてその裁量権の範囲内で行われたものと認められ、妊娠又は出産に関する事由のみによって、また、育児休業をしたことのみによって、その裁量権を逸脱して、均等法や育介法に反する不利益な取扱いをしたものとまでは認めることはできない。

したがって、本件措置2に均等法9条3項、育介法10条に基づく無効事由は認められず、他に同措置が均等法9条3項、育介法10条に反する無効なものであることを基礎づける事実を認めるに足りる証拠はない。」

＜控訴審判決（広島高判平成 24.7.19 労判 1100-15）の要旨＞

控訴審は、以下のように述べて、控訴を棄却した。

①本件措置 1 の違法性について

「本件措置 1 は、副主任という職位（管理職に区分される職位である。）を免ずるというものであるが、管理職たる職位の任免は、管理職の配置という経営判断を要する事項であるから、人事権の行使として、使用者の広範な裁量に委ねられているというべきである。」ただし、「本件措置 1 が均等法 9 条 3 項に違反するものであれば、強行法規違反となり、また裁量の範囲内の行為ともいえず、無効となるものと解される。」

「確かに、本件措置 1 は、X の妊娠に伴う他の軽易な業務への転換の請求を契機になされたものである。

しかし、前記認定のとおり、Y は、X……の希望どおり、病院リハビリ業務を行う本件病院のリハビリ科に異動させたのであり、副主任を免じたのは、リハビリ科には B が主任としていて、副主任を置く必要がなかったからであり、X もこのことを同意していたものと評価される。

これに対し、X は、副主任職は、特に行うべき職務、役割はなく、年功序列的に付与される役職であり、同一部署に役職者が併存しても不都合はない旨主張する。しかし、副主任職は、管理職務規程において、管理者の機能、任務、資質、資格、権限が定められた職位であり、行うべき職務や役割がないということではできず、その任免は、使用者の経営判断に基づきなされるものというべきである。

以上によれば、本件措置 1 が、均等法 9 条 3 項に違反するということではできず、人事権の濫用に当たるということもできない」

②本件措置 2 の違法性について

「F は、Y において……X が配置されるなら自分はやめるという理学療法士が 2 人いる職場があるなど復帰先がしぼられる一方で、X の希望を聞いた上で決定されたものである上、X が妊娠による軽易業務転換前に配置されていた部署であった。また、F には既に副主任として B が配置され、X を副主任に任ず

る必要がなかった。

以上によれば、Yが、Xについて、育児休業から復職する際に、妊娠による軽易業務転換前の職位であった副主任の地位につけなかった本件措置2が、均等法9条3項、育児法10条に違反するということとはできず、また、人事権の濫用に当たるということもできない。」

3 検討

妊娠・出産等や育休取得に関連して行われた配転・降格の適法性に関して、均等法9条3項等の施行以後・平成26年判決以前に出された上記ア・イの裁判例は、いずれも使用者の人事権行使にかかる裁量を尊重し、問題となる配転・降格を適法とするものであった。

すなわち、これらの裁判例では、妊娠又は出産に関する事由のみを理由として、また、育児休業をしたことのみを理由として措置かどうかの問題とされ、そうでない限りは基本的に使用者の裁量権に委ねられるとの判断枠組みが採られていた。コナミ・デジタルエンタテインメント事件第一審判決では、育休からの復職時の減給を伴う担務変更につき業務上の必要性があること、広島中央保健生活協同組合事件第一審判決、同控訴審判決は、軽易業務への転換に伴う降格につき本人の同意があることから、妊娠等のみを理由とする措置ではないとして、適法と判断された。

このように、妊娠又は出産に関する事由、あるいは、育児休業をしたことが契機となった措置であっても、当該配転・降格をする（妊娠・出産以外の）理由がある場合には裁量権の逸脱とはならず、均等法9条3項等の「理由として」に該当しないと解されていた。これらの裁判例は、均等法9条3項等の施行以前の（禁止規定がなく）公序や権利濫用等に照らして配転等の適法性を判断した裁判例²⁷⁾と比較して、配転等が違法とされうる基準や範囲の違いに関する実質的な違いはほとんどないように思われる。

27) 前掲慈恵医大付属病院事件、みなと医療生活協同組合事件。

第3章 平成26年判決の意義

1 平成26年判決の内容

本判決は、前章で紹介した広島中央保健生活協同組合事件の上告審である。最高裁は以下のように述べ、原判決を破棄し、差し戻した。

(1) 不利益取扱い禁止の効力

均等法の規定の文言や趣旨等に鑑みると、同法9条3項は、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法規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。

(2) 不利益取扱いの違法を阻却する事由とその判断枠組み

「上記のような均等法……の目的及び基本的理念やこれらに基づいて同法9条3項の規制が設けられた趣旨及び目的に照らせば……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」

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、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。

①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。」

②の特段の事情に関しては、「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」である。

(3) 本件へのあてはめ

ア ①について

副主任を免ぜられたこと自体による業務上の負担の軽減の有無、内容、程度は明らかではなく、輕易業務への転換及び本件措置により受けた有利な影響の内容や程度は明らかではない一方で、本件措置により受けた不利な影響の内容や程度は（勤続10年を経て就任した）管理職の地位と手当等の喪失という重大なものである上……輕易業務への転換期間の経過後も副主任への復帰を予定していないものといわざるを得ず、Xの意向に反するものであったというべきである。

それにもかかわらず、Xは、育児休業終了後の副主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け入れたにとどまるものであるから、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とはできない。

イ ②について

「YにおいてX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業務上の必要性から支障があったか否か等は明らかではな」い。

「本件措置については、Yにおける業務上の必要性の内容や程度、X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……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」。

2 本判決の意義・特徴

本判決の意義として、第一に、均等法9条3項が私法上の強行法規であることを確認した点があげられる。もともと均等法は行政指導の根拠法（公法）としての色彩が強く、同法の禁止規定の強行法規性（私法的効力）の有無は必ずしも明らかではなかった。均等法9条3項についても、従前、私法的効力の有無につき言及した裁判例はなかったが²⁸⁾、本判決は、同項の強行法規性を明言した。

第二に、妊娠中の軽易業務への転換（労基法65条3項）を「契機として」降格させる事業主の措置は、原則として均等法9条3項の「不利益取扱い」に当たり違法無効であることを示した。これは、同条項の実質的な立証責任を使用者側に転換するものであり、従来の裁判例と原則を逆転させるものであった。

第三に、上記原則の例外として、二つの事由を示した。

その一つは、「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る合理的な理由が客観的に存在するとき」であり（以下「例外

28) 均等法9条4項との関係では、均等法9条4項を導入する趣旨につき、従前は、民法90条などを經由しないと無効とならなかったが、今回は均等法の中にちゃんと「無効」と書きましょうという趣旨である旨の立案担当者の説明がある（第54回労政審雇用均等分科会議事録 鈴木均等業務指導室長発言）。これに対し、9条3項については、立案段階ではあまり議論されていない。法文上も、強行法規であるかどうか必ずしも明らかとはいえないが（森戸英幸はか「〔座談会〕男女雇用機会均等法の論点—2006年改正を機に」法時79巻3号7頁以下〔山川隆一〕参照）、学説では、9条3項を強行規定と解する見解が有力であった（菅野和夫「労働法〔第10版〕」（弘文堂、2012年）188頁）。

①」という。)、もう一つは、「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」(以下「例外②」という。)である。

このように、平成 26 年判決は、均等法 9 条 3 項を強行法規と理解した上で、妊娠中の軽易業務への転換(労基法 65 条 3 項)を「契機として」降格させる事業主の措置は、原則として均等法 9 条 3 項の「不利益取扱い」に当たり違法無効であるが、例外①、例外②が認められる場合は、同項の禁ずる取扱いに当たらないという判断枠組みを示した。

このような判断枠組みに対しては、なぜ例外①、例外②が認められるのかその理論的根拠が問題となるとともに、当該判断枠組みの射程が、労基法 65 条 3 項に基づく軽易業務への転換を契機とする降格に限られるのか、より広い範囲に及ぶものなのかが問題となる²⁹⁾。

これらの点については、同判決を受けて改正された新たな通達に触れた上で論じることとする。

第 4 章 均等法 9 条 3 項の再検討

平成 26 年判決を受けて、厚生労働省は平成 27 年 1 月 23 日付で均等法及び育介法の解釈通達を改正した(雇児発 0123 第 1 号)。また、学説上も判例評釈という形で、均等法 9 条 3 項の解釈につき様々な議論がなされている³⁰⁾。

以下では、本稿のテーマである労働者の承諾に基づく取扱い(例外①)に重点を置いて、まず新たな通達の内容を確認し(1)、学説の状況を整理した上で

29) 前提問題として 9 条 3 項を強行法規と解することの当否も問題となりうるが、この点については、特に問題はないように思われる。本判決の評釈においても、この点について問題としているものは見当たらなかった。

(2)、これらを踏まえて均等法 9 条 3 項の解釈について検討していく (3)。

1 新たな解釈通達の内容

新たな解釈通達³¹⁾は、均等法 9 条 3 項につき、(a)「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ものである」とした。ただし (b)「イ ① 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 9 条 3 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とした。

さらに (c)「契機として」については、基本的に当該事由が発生している期間と時間的に近接して当該不利益取扱いが行われたか否かをもって判断すること」とされ、「原則として、妊娠・出産・育休等の事由の終了から 1 年以内に不利益取扱いがなされた場合」は「契機として」に当たるとした³²⁾。

育介法の新たな解釈通達も、基本的には同様である。

つまり、新たな解釈通達は、平成 26 年判決を受けて、平成 26 年の事案で

30) 前掲注 9) 水町、富永晃一「妊娠中の軽易業務転換を契機とする降格の均等法 9 条 3 項（不利益取扱い禁止）違反該当性」季刊労働法 248 号 177 頁、山田省三「妊娠に伴う軽易業務転換における副主任「免除」と均等法 9 条 3 項」労働判例 1104 号 5 頁、長谷川珠子「妊娠中の軽易業務への転換を契機とした降格の違法性」法学教室 413 号 35 頁、盛誠吾「判例と行政通達」労働法律旬法 1840 号 4 頁。

31) 前掲注 3)。

あった軽易業務転換を経緯とする降格の場合のみならず、均等法 9 条 3 項及び育介法 10 条の事由を「契機として」不利益取扱いがあった場合一般につき、原則的に均等法 9 条 3 項ないしは育介法 10 条に違反すると判例の射程を拡大した上で ((a))、同判決の判示した例外要件と微妙に異なる要件を示し ((b))³³⁾、さらには「契機として」につき、基本的に当該事由が発生している期間と時間的に近接して当該不利益取扱いが行われたか否かをもって判断する、との新たな解釈を示す ((c)) という特徴がある。

2 学説の状況

労働者の承諾と均等法 9 条 3 項との関係について、学説は、以下の三つに分けられる。

(1) 承諾による例外を否定する見解

労働者の承諾の有無は、均等法 9 条 3 項の成否に影響しないとする見解であ

32) 妊娠・出産等の事由と問題となる取扱いとが時間的に近接しているほど、因果関係は認めやすくなるということはいえとしても、時間的近接性は、その限りでしか意義を持たないように思われる。また、たとえば 3 か月更新の雇止めのケースで、妊娠・出産・育休等の事由の終了後、何度か更新しているケースを考えると、1 年という期間設定は必ずしも妥当とはいえない。

そもそも、「契機として」という概念は、平成 26 年判決によりはじめて出てきたものであって、したがって、どのように解すべきかは、同判決の事案に沿って検討する必要があるように思われるが、同判決は、軽易業務への転換請求と降格とは時間的に近接していたものの、軽易業務転換が因果の起点であることは明白な事案であり、時間的近接性に着目する必要はない事案であったことに留意する必要がある。

個別の事由・事案ごとに、時間的近接性の持つ重みや適切な期間はあるというべきであり、いずれの場合も 1 年以内であれば原則として「契機として」に当たるとするのは判例の理解としても適切ではなく、理論的にも妥当ではない。

33) 平成 26 年判決の例外①が、当該労働者につき自由な意思に基づく承諾かどうかの問題であり、客観的合理的理由はそのような承諾かどうかを判断するためのものであるのに対し、(b) は、同意に加え、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必要であるような書き方であり、自由な意思に基づく承諾があったとしても、それだけでは (b) は充たさないこととなるので、両者は、適用範囲は異なることになる。

る。水町教授は、均等法 9 条 3 項が強行法規であることから、労働者の承諾による例外を認めることには理論的に問題があるとし、その立場を前提として、同項の「理由として」とは、使用者の主観的な状態（差別意思）を意味し、当該不利益取扱いが妊娠・出産等を動機としてなされた場合には、労働者の承諾の有無にかかわらず、均等法 9 条 3 項に違反すると述べる（以下、「差別意思説」という。）³⁴⁾。具体的には、使用者が、妊娠などを認識し、その故に当該労働者を不利益に取り扱うという意図（差別的意図）に基づいて当該不利益取扱いを行ったことが必要であり、他の理由（勤務不良、職務能力、業務上の必要性など）が不利益取扱いの決定的動機・理由であった場合は、「理由として」に該当しないという見解である。

差別意思説は、本条項を差別禁止法理の一種と理解し、労基法 3 条や均等法 6 条と平仄を合わせようとするものといえる³⁵⁾。このような理解に基づけば、妊婦や育休を取得した労働者に不利益な取扱いをしたとしても、それが差別意思ではなく業務上の必要性を理由とするものと認められれば、均等法 9 条 3 項違反の問題は生じず、あとは不利益の大きさ等に照らして公序違反の成否（権利行使抑制のおそれの有無）により、当該取扱いの適法性が判断される³⁶⁾。

(2) 承諾による例外を認める見解

これに対して、労働者の承諾がある場合には、降格等の不利益取扱いは均等法 9 条 3 項の要件を満たさないとする見解も主張されている。このような立場を取る学説は、さらに二つに分かれる。

ア 「理由として」に該当しないとする見解（因果関係切断説）

均等法 9 条 3 項のいう「理由として」とは「客観的因果関係」を意味すると

34) 前掲注 9) 水町 106 頁。

35) 労基法 3 条については、東京大学労働法研究会編「注釈労働基準法（上）」（有斐閣、2003 年）97 頁〔両角道代〕参照。

36) 前掲注 9) 水町 106 頁 差別意図に基づかない取扱いについては、民法 90 条の問題となり、権利行使を実質的に抑制するような事情がある場合は公序良俗違反として対応するようである。

理解した上で、労働者の承諾がある場合、この因果関係が切断されるので、「(妊娠・出産等を)理由として」という要件に該当しなくなるとする見解である(以下、「因果関係切断説」という。)³⁷⁾。

イ 「不利益取扱い」に該当しないとする見解(不利益性否定説)

労働者の承諾がある場合、均等法 9 条 3 項のいう「不利益取扱い」に当たらないとする見解である。

富永教授は、職責ごとに賃金が決められている企業で、(ア)軽い職責で高い賃金、(イ)軽い職責で低い賃金、(ウ)重い職責で高い賃金、(エ)重い職責で低い賃金の四つのポジションがあるとして、(ウ)から(ア)(イ)(エ)に移動することの適否という形で論を展開する。そして、(ウ)→(ア)の移動以外はおおよそ均等法 9 条 3 項違反であるというのは妥当でないが、(ウ)→(イ)の移動について、どこまでが不利益取扱いに当たらず、どこからが不利益取扱いとなるかは、価値観が人によって違う以上、様々に異なると指摘する。その上で、その労働者個人に判断を任せればいいのではないかと思われ、平成 26 年判決の例外①はこのように理解すべきである、という(以下、「不利益性否定説」という。)³⁸⁾。

均等法 9 条 3 項制定時の議論において、厚労省の担当事務局もこのような理解を示していた。すなわち、配置変更との関係で、本人の希望があった場合の不利益取扱いについての議論がなされ、厚労省の担当事務局から、本人の希望に沿って扱うことは不利益には該当しないという説明がなされていた(この点につき、特に異論があった様子はない)³⁹⁾。

平成 26 年判決の担当調査官は、「本判決は……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は……当該措置が『不利益な取扱い』に当たらないとしたものと思われる」と述べ、承諾があれば「不利益な取扱い」に当たらず 9 条 3 項の要件を満たさないと説明をしている。これは、不利益性否定説の立場に近いといえる⁴⁰⁾。

37) 前掲注 30) 長谷川 40 頁。

38) 前掲注 30) 富永 178 頁。

3 検討

(1) 例外事由の理論的位置づけ

均等法9条3項が強行法規であることを前提とすると、妊娠等を契機とする不利益な取扱いが同項により違法無効とされない場合を認めることが、なぜ許されるのか説明をする必要がある。このような説明としては、大きく分けると2通りありうる。

一つ目は、例外①②は、強行法規に違反する行為であっても例外的に違法無効とならない場合を示したものであるとの理解であり、二つ目は、例外①②は、均等法9条3項の禁止する行為（「理由として」又は「不利益」取扱いの要件）に該当しないから、同項の強行法規性と抵触しないというものである。

このうち前者については、従前の労働法の判例においても、ある規定を強行法規と解しつつ、労働者の承諾がある場合に、強行法規からの逸脱・例外を認めたものもあり⁴¹⁾、問題となる行為が強行法規により禁止される行為であることを肯定した上で、その例外を認める余地が一切ないとまではいえない。

しかしながら、論理的には不可能ではないとしても、この場面で、逸脱・例

39) 前掲注9) 鈴木均等行指導室長発言：（育休明けに原職に戻すかどうかに関して）「本人が希望した場合はどうかということは、不利益という問題からしますと本人が希望したときにそれに沿って扱うことは、基本的には不利益には該当いたしませんので、そういった場合は議論するまでもなく不利益にはならないと思います。従って、本人が原職又は原職相当職に戻りたくないと希望した場合は、それをやること自体はここに抵触するものではないという解釈になると思います。」、（原職に戻さないことも）「本人の意思でしたらかまいません」と述べている。

40) 市原義孝「最高裁 時の判例」ジュリスト1488号94頁（2016年）。ただし、9条3項に違反する取扱いは労働者の同意の有無にかかわらず無効であるとし、当該労働者の主観的事情は、「不利益な取扱い」か否かの判断における考慮事情の一つにとどまる、とも述べているので、当該労働者の承諾があれば当然に「不利益な取扱い」とならない、とは考えていない、といえる。

41) 労基法24条1項〔賃金全額払原則〕につき、日新製鋼事件判決（最判平成2.11.26民集44-8-1085）は、使用者が労働者の同意を得て行う相殺は、当該相殺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る合理的理由が客観的に存在するときは、賃金全額払い原則に反しない、とした。

外を認めることを正当化できるのか、あるいは逸脱・例外を認める必要があるのかという問題があり、強行法規について安易な逸脱・例外を認めることは立法趣旨に反するように思われる。したがって、まずは、後者のように均等法 9 条 3 項の解釈論として説明を試みる必要があるように思われる。

(2) 均等法 9 条 3 項と差別禁止の関係⁴²⁾

次に、例外①②は、均等法 9 条 3 項の「理由として」、あるいは、「不利益」取扱いに該当しない、との説明をする場合、均等法 9 条 3 項と、同法 5 条・6 条など典型的な差別禁止規定との異同を整理しておく必要がある。前述の差別意思説のように、他の差別禁止規定と同様に理解することを前提とする見解もあるからである。

結論からいうと、均等法 9 条 3 項は、差別禁止規定とは目的や性質の異なる規定であり、したがって、「理由として」の要件を均等法 5 条・6 条等と平仄を合わせて解釈する必要はないというべきである。

確かに、均等法 9 条 3 項は同法 5 条・6 条と同じ「理由として」という文言を使っており、両規定の目的も女性の均等な機会及び待遇の確保を促進するという点では共通しているといえる。

しかしながら、まず、均等法 9 条 3 項は、妊娠・非妊娠を軸としており、性別に基づく異なる取扱いを禁じているわけではないので、性差別を禁止した条文でないことは明らかである。妊娠するのは女性のみであるが、女性でも妊娠する人もいれば妊娠しない人もいる。均等法 9 条 3 項は妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを禁じているのであり、性差別禁止法理とは区別される。

次に、均等法 6 条は、性別を理由とする「差別的」取扱いを禁ずる規定であり、女性であることを理由に優遇することも原則として禁じられていると理解

42) 富永晃一「性差別禁止」季刊労働法 237 号 100 頁（2012 年）、富永晃一「比較対象者の視点から見た労働法上の差別禁止法理」（有斐閣、2013 年）、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「現代法の動態（3）社会変化と法」（岩波書店、2014 年）参照。

すべきであるところ⁴³⁾、同法9条3項は、あくまで「不利益」取扱いを禁ずるにとどまり、妊婦などを有利に取り扱ったとしても同項に反するわけではない。

また、男女雇用機会均等政策研究会報告書⁴⁴⁾には、妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いを禁止すべき理由として「少子・高齢化が進展する中、働く女性が妊娠・出産に伴い不利益を専ら負担するというあり方は望ましくない」との指摘があるが、少子高齢化は、本来、男女の雇用機会の均等とは関係のない事柄であるにもかかわらずかかる指摘があるということは、少子高齢化対策という政策的判断も均等法9条3項には織り込まれているとみるべきである。

すなわち、女性の社会進出により、働きたい、働かなくてはならないと考える女性が増える一方で、妊娠・出産をするとキャリアの中断が不可避であるという点だけでもハンディであるのに、さらに妊娠・出産等を理由として不利益に取り扱われるのであれば、子供を持つことを望んでいても、現実問題として働き続けたいのなら産まない方がよいと考える労働者が少なからず存在すると予想される。

世界に類をみないペースで少子高齢化が進む中、このような方向にいかないよう、法律により妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いが許されないことを明定し、妊娠・出産をする者を積極的に保護する姿勢を示すことで、出産や育児を経ても働きやすい環境が整えられ、個々の労働者の出産に関する意思決定権が実質的に保護される。このように、均等法9条3項は、働き続ける上で出産は妨げにならないという環境になれば出産をしようという女性に対して、出産を奨励するという政策的意図も織り込んで制定されたものと解される⁴⁵⁾。

43) 労基法3条でも、差別的取扱いとは、当該労働者を他の労働者と区別して異なる取扱いをすることであり、不利益に取り扱うことと有利に取り扱うことの両方が含まれると解されている。前掲注35) 97頁。

44) 前掲注6)。

45) 均等法9条3項につき、指針や通達も踏まえると、少子高齢化対策として育児を、あるいは出産・育児を奨励していくという積極的な政策を示したと考えないと理解できないという指摘もある。前掲注28) 20頁木下潮音発言。

したがって、均等法 9 条 3 項の解釈に当たっては、問題となる取扱いが、実質的にみて、妊娠・出産をする者の利益を保護するものか否か、妊娠・出産に関する女性の意思決定権を実質的に制約するものか否か、といった視点が不可欠というべきである⁴⁶⁾。

このように理解すると、差別意思説は、均等法 9 条 3 項を差別禁止規定と同様に解釈する点で問題があるほか、差別意思ではなく何らかの業務上の必要性に基づく措置であれば同項の要件を満たさないことになり、同条項の意義を没却するという意味でも妥当ではない⁴⁷⁾。さらに、平成 26 年判決を肯定する立場を前提とすれば、同判決を（例外①②も含め）うまく説明できないという難点もある。

(3) 平成 26 年判決の検討 1——例外②の意義

それでは、判決の枠組みをどのように理解するべきだろうか。

本稿は例外①に重点を置いて検討するものであるが、その前に例外②（業務上の必要性に基づく特段の事情を認める場合）についても簡単に検討する。例外②の理論的位置づけについては、業務上の必要性があるかどうかは、当該取扱いが「不利益」かどうかの判断に影響するとは思われないため、例外②に当たるとは「(妊娠・出産等を)理由として」という要件を満たさないことになろう⁴⁸⁾。判旨は、軽易業務転換を「契機として」行われた降格の適法性について判断しているところ、ここでの契機とはきっかけを意味し、「契機とし

46) 富永前掲注 30) 178 頁が指摘するように、どこまでが不利益取扱いに当たらず、どこからが不利益取扱いとなるかは、価値観が人によって違う以上、様々に異なり、確定的には定まらないというべきところ、差別禁止規制ととらえると、このような個々の価値観が反映されないが（本人が同意していれば差別してもよいという話にはならないと思われる）、ここで問題とされるべきは個々の働き方の問題であり、差別禁止規定ととらえることは、結果として、結論の妥当性を失わせるように思われる。

47) 公序良俗規制による調整の場合、従前の判例を前提とすると、実質的に権利を抑制し、法が労働者に権利を保障した趣旨を実質的に失わせるような強い制約の場合しか、公序良俗違反にならないように思われ、保護の範囲が狭すぎるように思われる。

て」とは「理由として」を包摂する関係に立つと考えられる。すなわち、軽易業務転換を「契機」とする不利益取扱いの中には、軽易業務転換を「理由」とする不利益取扱いのほか、軽易業務転換を「理由」としない不利益取扱いが含まれるところ、例外②を満たす場合には、後者となるという説明になると思われる。主張立証責任という観点からみると、従来の下級審裁判例において労働者側が主張立証すべきものとされていた要件（「理由として」）につき、平成 26 年判決は、労働者側は妊娠・出産等が「契機」であることの主張立証で足り、あとは使用者側が例外②を満たすことを主張立証するよう挙証責任の分配を示したものとみることができる。

この「理由として」の機能については、妊娠出産等に基づく取扱いか、他の合理的な理由に基づく取扱いかを振り分け、前者であれば 9 条 3 項が適用され、後者であれば適用されない、と理解する見解が多いが⁴⁹⁾、当事者の衡平の観点や審理の充実の観点からは、問題となる取扱いが合理的理由に基づくものであることについては使用者側に主張立証責任を課するのが適切であり、平成 26 年判決の示した挙証責任の配分は妥当なものとする⁵⁰⁾。

次に、使用者側が主張立証する内容として例外②のような要件とすることが適切かどうかが問題となる。例外②は、(ア)「降格の措置を執ることなく軽易

48) 富永教授は、平成 26 年判決の例外②は「さすがに通常どう見ても不利益取扱いではないと思えるくらいの好条件」の場合を指すものと理解した上で、「不利益取扱い」に該当しないという（前掲注 30）178 頁）。しかし、「さすがに通常どう見ても不利益取扱いではないと思えるくらいの好条件」である場合は、あえて例外として示すまでもなく、そもそも「不利益取扱い」に当たらないとしてよい（それを「不利益」とするのは字義に反する）。平成 26 年判決の例外②（当該措置をする業務上の必要性があり、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）とは、明らかに場面を異にするように思われる。

49) 前掲注 9) 水町 106 頁、前掲注 11) 399 頁、両角道代「家族の変化と労働法」荒木尚志ほか編「現代法の動態（3）社会変化と法」（岩波書店、2014 年）158 頁注 72）。「理由として」を差別意図と説明するか因果関係と説明するかという説明の違いはあるものの、両説とも、妊娠・出産等に基づく取扱いか、他の合理的な理由に基づく取扱いかで振り分けようとしており、機能面では両説とも共通するように思われる。

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」であることと、(イ)「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」が存在することの二つの要件に分けられる。このうち (ア) は、要するに、当該取扱いをする業務上の必要性があることであり、これを満たさなければ、妊娠・出産等とは異なる合理的な理由に基づくとはいえないことは明らかであるから、かかる要件を課すことは正当である。

(イ) は、業務上の必要性があることを前提に、当該業務上の必要性・程度、労働者に与える影響の内容・程度を斟酌して、均等法 9 条 3 項の趣旨目的に実質的に反しない特段の事情があることを求めるものである。たとえ業務上の必要性が高度であったとしても、それだけで不利益性の高い取扱いが均等法 9 条 3 項に違反しないということとなってしまうと、均等法 9 条 3 項が設けられた意義が没却されかねない。

したがって、業務上の必要性に加え、当該取扱いがもたらす不利益性の内容や程度を考慮し、均等法 9 条 3 項の趣旨目的に実質的に反しない特段の事情があることまで満たしてはじめて「理由として」に当たらないとする判旨の枠組みは正当であるように思われる。

したがって、例外②についての判旨は妥当だと考える。

なお、ここであわせて、平成 26 年判決の差戻審における例外②についての判旨につき触れておく。

差戻審で、Y は、本件転換請求を契機とする異動に際し、X を副主任から降格させないことにより、Y の業務運営に支障が生じその程度が重大である旨主張し、その根拠として、① X を降格させずに副主任のままりハビリ科に異動

50) 厚労省の従前の理解(前掲注 11) 399 頁:「育児休業から復帰した後にある取り扱いがなされた場合においては、当該取扱いを行うことを裏付ける特段の合理的な理由がない限り、育児休業の取得と当該取扱いとの間に因果関係があると推定するのが適当である」と親和的な判断といえる。

させることには、Yの組織規定や運用からみられる職責者の役割から生ずる指揮命令系統の混乱など業務上の支障があった、②Xの職責者適格性からみて重大な業務上の支障があった、と主張した。

これに対し、差戻審判決は、Yの主張する指揮命令系統の混乱とは、具体的にどのような事態を想定し、また、発生した事態に伴う具体的に発生する危険（弊害）についての主張が明確でない上、本件では、同地位の職責者が複数配置されるわけではなく、他の構成員の立場からみて、主任と副主任の地位には序列があると受け取るであろうことを併せ考えると、Xにつき降格の措置を執ることなくリハビリ科へ移動させることにつき、業務上の必要性が十分に立証されているとはいえないとした。また、軽易業務への転換請求を機に女性労働者の資質・能力を理由とする降格をすることが一切許されないとまでいうことはできないとしつつも、本件措置1による降格までの間に、Xにつき職責者としての適格性を欠くとの判断をしなかったことなどからすれば、職責者適性がないことを裏付ける事実認められない、とした。

このように、差戻審判決は、役職の任免にかかる事例であるが、業務上の必要性につき厳格に判断し、Xを降格しないことによる業務上の支障が具体的に立証されていないとして、例外②を否定している。

本件差戻審判決のように、業務上の必要性につき、使用者側に厳格な立証を求めるとすると、例外②が認められる範囲はかなり限定される。

（4）平成26年判決の検討2 ― 例外①の意義

では、例外①についてはどうか。前述したように、本稿は、均等法9条3項を差別禁止規定とは目的・性質を異にするものと理解し、承諾による例外を肯定する立場に立つ。以下では、労働者の承諾がある場合、同項の要件のうち「理由として」に該当しない（因果関係切断説）と解すべきか、それとも「不利益取扱い」に当たらない（不利益性否定説）と解すべきかについて検討する。

ア 因果関係切断説の検討

因果関係切断説によれば、労働者からの軽易業務転換請求はきっかけにすぎ

ず、その後、労働者が承諾したことを理由とする降格であるから、軽易業務転換請求を「理由」とする不利益取扱いには当たらないという説明となる⁵¹⁾。

しかしながら、妊娠・出産等の事由があり、使用者と労働者の協議があり、労働者の承諾があったというケースで考えると、なぜその場合に、労働者の承諾により、妊娠・出産等の事由と当該取扱いとの間の因果関係が切断されるのか、その論拠がはっきりしないように思われる。

また、「労働者の承諾」がある場合に因果関係が切断されると考える見解は、因果関係が切断されれば「理由として」に当たらないという理解を前提とするが、例外①②以外の事情により因果関係が切断された場合についてどのように理解するのか不明である。たとえば、妊娠等の事由を契機とする能力・資質不足を理由とする降格のケースを想定すると、この場合も、労働者からの軽易業務転換請求はきっかけにすぎず、労働者の能力、資質不足を理由とする降格であって、軽易業務転換請求を「理由」とする不利益取扱いには当たらないという説明は可能であるように思われる。

平成26年判決の判旨からすると、例外として認められるのは例外①②の場合に限られると判示したものと理解するのが素直であるが⁵²⁾、因果関係切断説に基づけば、このケースも因果関係は切断されているため「理由として」に当たらないといわざるをえないように思われる。そのような理解は、平成26年判決を肯定する立場を前提とすれば、例外を例外①②の場合に限定した同判決の趣旨に反し、安易に例外の場合を認めることになりかねず、妥当ではない⁵³⁾。

他方、因果関係切断説に立ち、このケースは、例外①②と異なり因果関係を切断する事情ではないと考えるとすると、能力不足のケースと例外①②につき、因果関係の切断という観点からみた実質的な違い、質的な違いを説明する必要があるが、そのような説明はできないように思われる⁵⁴⁾。

イ 不利益性否定説の検討

51) 長谷川准教授のいうところの因果関係の切断（前掲注30）41頁）とは、このような理解を指すと思われる。

この場合、労働者の承諾があれば均等法 9 条 3 項の禁ずる取扱いに当たらないとする実質的な理由は何だろうか。思うに、妊娠・出産をする労働者自身が自由な意思に基づき決断したのであれば、その判断を法が禁ずるいわれはないというところにあるように思われる。

既に述べたように、均等法 9 条 3 項は差別禁止規定とは異なり、妊娠・出産等を理由とする不利益な取扱いは禁ずるものの、有利な取扱いをすることは何

52) 妊娠等の事由を契機とする能力不足の中には、もともと仕事が遅いなど、妊娠等の事由とおよそ関係のない能力・資質不足と、妊娠等によりこれまでのように出張ができなくなった、長時間残業ができなくなったといった妊娠等の事由による一時的な能力の低下とが含まれる。

差戻審において、Y 側が主張し、X 側が排斥を求めている X の能力不足とは前者である。

妊娠等の事由により当該労働者の能力が一時的に低下し、その能力の低下により円滑な業務運営に支障が出ることはありうることであり、そのような場合は、平成 26 年判決の「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出る場合」に含まれると解される。これに対し、前者の能力不足は妊娠等の事由とおよそ関係のない事由であり、これを妊娠等の事由をきっかけに取り上げるというのは適切ではない。かかる帰結を許容すれば、妊娠等の事由があることが当該労働者に不利益に作用することとなり、委縮効果を生む結果となり、均等法の趣旨、目的を阻害するからである。

差戻審は、事案によっては能力不足を理由とする降格を許容せざるをえない場合が全くないとはいえない、としたが、平成 26 年判決が、前者の能力不足まで業務上の必要性に含めることを許容しているのか疑問なしとしない。

ただ、差戻審も、例外②の一事情として許容しているにすぎず、労働者の能力不足を例外③として許容する趣旨ではないと思われる。

53) 実質的な帰結としても、裁判所が、軽易業務への転換請求を機に、労働者の能力、資質不足を理由とする降格を許容するなら、女性労働者の軽易業務への転換請求を実質的に妨害し、均等法の趣旨、目的を阻害する結果を招来することになることは容易に想定できる。

54) 他方、不利益性否定説に立てば、例外①は「不利益取扱い」でないことを理由とするものであり、平成 26 年判決は、「理由として」の例外として例外②しか認めていないこととなる。例外②は均等法の趣旨に照らした「理由として」の唯一の例外という説明となり、例外②以外に「理由として」の例外を認める余地はないように思われる。差戻審も、労働者の能力不足を業務上の必要性の一内容と理解するものであり、平成 26 年判決の枠組みの中に取り込もうというものである。このように、不利益性否定説に立てば、例外の安易な拡張は防げるといえる。

ら禁じておらず、むしろ妊娠・出産をする女性労働者を積極的に保護することによって、妊娠・出産に関する個人の意思決定権を実質的に保障し、そのことを通して出生率の向上を図るという政策的判断も織り込まれて、制定されたものである。

そのような同項の趣旨・目的に照らすと、問題となる取扱いが客観的に不利益か否かよりも、当該労働者が主観的に不利益と感ずるか否かがむしろ重要だと考えられる。そうだとすれば、問題となる取扱いが客観的に不利益かどうかを検討すること自体にそれほど意味があるわけではなく、客観的に不利益な取扱いを受けたかどうかは、当該労働者がどう感ずるかを判断する上で重要な間接事実とはなるが、その限りの意味を持つにすぎないというべきである⁵⁵⁾。

また、そもそも問題となる取扱いが不利益かどうかを、常に客観的に判断できるのかという問題もある。労基法に基づく軽易業務転換請求の場面では、軽易な業務に転換したいという労働者側の希望がある。労働者からみると、たとえば、職場を通勤しやすいところに変えることを最優先としたい場合もあれば、業務負荷の軽い業務に変えることを最優先としたいこともある。管理職から非管理職になることを希望する場合や、給与が多少下がっても業務負荷の軽い業務に変えてほしいという希望もありうる。妊娠・出産する労働者のニーズはきわめて多様であり、当該労働者の勤労意欲、妊産婦であることによる体調不良の程度、子供が一人目なのか上の子の世話をしつつ妊産婦として過ごさなければいけないのか、配偶者及び祖父母を中心とする家族のサポート体制、(上の子がいる場合)託児施設の状況・条件(何時から何時まで預かってくれるか、費用、距離)、上の子の年齢、健康状態など様々な因子により妊産婦のニーズは個々人により大きく異なるのであり、使用者側も容易に把握できるものではない。

55) 相澤准教授も「不利益取扱いとは、あくまでも妊娠・出産した女性労働者にとっての不利益な取扱いという意味なのであるから、当該労働者の意思を無視した取扱いは、それがたとえ使用者の「善意」や「配慮」に基づくものであったとしても、不利益なものと解されるべきである」と指摘する。相澤美智子「均等法の改正と妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの禁止」季刊労働法 214 号 122 頁(2006年)。

ここで、降格であることや減収であることの一事をもって（他にどのような条件を満たしていても）「不利益取扱い」に当たると解するのであれば、「客観的」な判断もお可能ともいえるが、このような帰結は、上に述べた問題の性質に照らして硬直的にすぎよう。すなわち、転換請求する前の処遇と、転換請求した後の処遇とを総合的にみて不利益かどうか客観的に判断しようとする場合、価値観が人によって違う以上、総合的にみて不利益ととらえるかどうかは、人により異なり、確定的には定まらないように思われる⁵⁶⁾。たとえば給与は少し下がるが、出張が大幅に減り、業務負担が大幅に軽くなるという場合に、どちらの要素を重視するかは人により異なるのであって、確定的には定まらない。

したがって、当該労働者の自由な意思に基づく承諾がある場合には、禁止された「不利益」取扱いに該当しないと解することが、均等法 9 条 3 項の解釈としては妥当であり（不利益性否定説）、平成 26 年判決もこのように理解するべきだと考える。

ウ 自由意思に基づく承諾の認定

例外事由としての労働者の自由な意思に基づく承諾は、慎重かつ厳格に認定すべきである。小さな職場でそもそも選択肢が乏しく、他に魅力的な選択肢がないためしぶしぶ引き受けた場合や、自分が妊婦であることや育児に従事することで、周りのみんなに迷惑をかけているという引け目を感じて、本意ながら同意する場合は、「自由な意思に基づく承諾」に含めるべきではない。

平成 26 年判決は、当該措置による有利又は不利な影響の内容や程度、事業主による説明内容、経緯、当該労働者の意向などに照らし、「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」とし、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えたか否か

56) 富永前掲注 30) 178 頁、長谷川聡「妊娠による軽易業務転換請求を契機とする降格の法的効力」労働法律旬法 1835 号 10 頁（2015 年）。

という観点から、合理的な理由の有無を判断すべきであると判示しており、承諾について、慎重かつ厳格に認定すべきであるとの立場に立つといえる。この点でも平成 26 年判決の判旨は妥当である⁵⁷⁾。

なお、本件差戻審判決は、異動先が X の強い希望であったことは、そのみで自由意思に基づく承諾があったと認定しうる合理的な理由が客観的に存在することとはならないとし、Y が X の事前の承諾を得たとは認められないこと、事後承諾をしたと認められるが、心から納得して副主任免除を受け入れたということとはできないこと、Y が X に対し育児休業終了後の現場復帰の際に副主任の地位がどうなるかを明確に説明したと認めるに足りる証拠はないことを併せ考えると、本件措置 1 につき、自由意思に基づく承諾が存在するとはいえない、と判示した。

(5) 判決の射程

上記のような理解を前提として、平成 26 年判決の射程についてどのように考えるべきかについて検討する。

本人の承諾がある場合に当該取扱いを「不利益」とみるべきではない理由は、①均等法 9 条 3 項は、妊娠・出産に関する個人の意思決定権を実質的に保護し、出生率の向上を図るという政策的意図も織り込まれた規定であることから、問題となる取扱いが客観的に不利益かどうかではなく、当人がどう感じるかがむしろ重要であること、また、②妊娠・出産する労働者のニーズはきわめて多様であり、客観的に不利益かどうかを確定することは困難であることに基づくものである。

これらの事情は、輕易業務転換請求を契機とする降格の場面に限られるものではなく、均等法 9 条 3 項で列挙されたすべての事由（妊娠・出産等）、及び不利益とされうるあらゆる取扱いについて等しく妥当する。

さらに、育児法 10 条（育児休業取得等を理由とする不利益取扱いの禁止）の解

57) このように理解すれば、安易な同意の認定により、労働者の保護が図れなくなり 9 条 3 項の意義が没却するという批判は妥当しない。

積適用に当たっても、自由な意思に基づいて承諾したものと認めるに足る合理的な理由が客観的に存在する場合であれば、それを「不利益」とみる実質的理由はないと考える。たとえば、育児休業後の復職時の処遇をめぐる、使用者側が、「不利益」な取扱いにならないよう配慮するのは当然であるが、労働者側のニーズは、当該労働者の意欲、配偶者及び祖父母を中心とする家族のサポート体制、託児施設の状況・条件（何時から何時まで預かってくれるか、費用、距離）、子供の健康状態など様々な因子により異なるのであり、使用者側も容易に把握できるものではない。

子供が病気がちで、家族のサポートも得がたいから、当面は休みやすく、残業もまづきようなポストを希望し、多少の降格や減給はかまわないという労働者もいれば、可能な限り従前と同じように働きたいという労働者まで様々であり、降格や減給、配置変更であっても、本人にとってトータルでみたときに「不利益」かどうかは、客観的に容易に判断しうるものではない。

もちろん、不利益かどうかを客観的に容易に判断できる場合もありうるが、問題は、それ以外の処遇をどう評価するかである。

妊娠・出産する労働者や育児休業から復帰する労働者の処遇を考える場合に、明らかに不利益でない選択肢しか取れない（それ以外の選択肢を取ると将来の紛争のリスクが残る）というのは、使用者側に無理を強いることにもなりかねない。一見した限りでは「不利益」かどうか判断しがたい、あるいは、通常の労働者から見れば不利益に当たるような処遇であっても、当該労働者はその処遇に満足する取扱いがある場合は十分ありうると考えられる。

たとえば、それなりの管理職となり、現在のポストは渉外的な役割が期待され、あるいは出張が多いのに対し、役職を一つ下げれば、渉外的な役割がなくなり、あるいは出張もまづなくなるという場合、妊娠・出産や育児との関係で、復職後は同じ部署で役職を一つ下げたいと考えること、他の部署、他の業務を担当するより、慣れ親しんだ従来の部署で働く方が働きやすく、同じ部署で役職を一つ下げることが当該労働者にとって一番魅力的な選択肢であることは十分考える。この場合に、降格であるという理由のみで、選択肢から排除する

ことは妥当とは思われない。昨今の状況から女性管理職が今後増えこそすれ減ることはないこと、第1子出生時の母の平均年齢は上昇傾向にあること⁵⁸⁾に鑑みると、管理職者の妊娠・出産や育児という問題はますます重要になってくると思われるが、一般にポストが上がれば上がるほど、使用者側が復職時に用意できる選択肢は限られる。

労働者の自由意思に基づく承諾を禁止ルールの例外とすれば、使用者側としては、労働者の希望に沿う処遇であれば、将来の無用な紛争を回避することができるので、均等法9条3項や育介法10条との抵触を避けるべく、労働者と処遇をめぐり協議をするようになると考えられる。どのような処遇が当該労働者にとって望ましいのか、客観的に判断することは困難であるという理解を前提とすれば、使用者と労働者との協議により決めていくのが適切ということとなる。このように、使用者に対して、労働者との協議を促す効果があるというメリットもあるといえる。

したがって、本人の承諾があれば「不利益」に当たらないというルールは、軽易業務転換を契機とする降格に限定せず、均等法9条3項や育介法10条の解釈全般に適用してよいと思われる^{59) 60) 61)}。

本稿の立場に立てば、コナミ・デジタルエンタテインメント事件（東京高判

58) 厚生労働省「平成25年人口動態統計月報年計（概数）の概況 結果の概要 表3」（<http://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/jinkou/geppo/nengai13/dl/kekka.pdf>）。

59) 「理由として」の要件に、妊娠出産等に基づく取扱いか、他の合理的な理由に基づく取扱いかを振り分ける、という機能が期待されていること、主張立証責任を適切に分配する必要があることも、同様に、軽易業務転換請求による降格の場面に限られるわけではない。したがって、例外②も、射程は、均等法9条3項や育介法10条のすべての場合に及ぶと解すると理解するのが妥当である。

60) 本稿は、客観的に不利益性の有無が曖昧な場合に本人の承諾があれば不利益性が否定され例外①が認められるとする富永説（前掲注30）と同じ理解に立つものであり、このような理解に立てば、判決の射程についても同じ理解に立つものと思われる。もっとも、本稿は例外②の理解において、富永説（前掲注30）とは異なる（前掲注48）。例外②を「不利益取扱い」の例外と理解することは、不利益取扱いの中に、均等法9条3項の禁ずる不利益取扱いと、均等法9条3項の禁じない不利益取扱いを認めることとなり、条文解釈上も、法政策上も妥当ではない。

平成 23.12.27 労判 1042-15）も、原告の承諾を得ることで、適法とする余地はあったように思われる⁶²⁾。同事件では、産休前の担務と比べ、復帰後の担務は業務が大幅に軽減することや、復職と同時に時短制度を申し込んでいた X にとって海外出張がなくなる復帰後の担務は従前の担務と比べ、働きやすい職場であったともいえ、したがって、グレードが下がり、収入が減るという不利益はあるものの、トータルで判断した場合、客観的に「不利益」な扱いを受けたといえるか判断しがたかった事案ともいえるからである。使用者としては X との協議を重ね、自由な意思に基づく承諾を得ることで均等法 9 条 3 項との抵触を避けるべき事案だったといえる。

(6) 例外①に関する行政解釈の検討

1 で述べたとおり、平成 26 年判決を受けて解釈通達が改正され、新たな解釈通達（平成 27.1.23 雇児発 0123 第 1 号）は、均等法 9 条 3 項の例外①に対応する要件として、ア 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、イ その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

61) なお、理論的には、一般化してよいと考えるが、実際に問題となるのは、配転、降格の場面に限られるように思われる。昇給・昇格、減給の場面での「不利益取扱い」を、労働者が自由な意思に基づき承諾するとは考えにくいし、解雇のようにそもそも自由な意思に基づく承諾が概念として考えられないものもある。

62) 同事件では、担務変更をただけでなく、グレードを下げ、報酬も下げているところ、平成 26 年判決を前提とすると、例外②との関係では、使用者側は、担務変更をする必要性に加え、減額を伴うグレードの引き下げの業務上の必要性をいう必要があり、かつ、この引き下げが、均等法 9 条 3 項の趣旨・目的に実質的に反しないことも主張立証する必要がある。したがって、本件措置を適法とするのはかなり困難であるように思われる。なお、減額を伴うグレードの引き下げがなければ、すなわち、単なる担務変更であれば、日本ではジョブ型ではなく使用者側に配置転換の自由があることも鑑みると、原職と異なる担務であっても、9 条 3 項の趣旨目的に実質的に反しないとされる余地は十分あったように思われる。

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、と定めた。

しかしながら、先ほど述べたとおり、自由意思に基づく同意ないし承諾があれば「不利益」ではなくなるのであり、「一般的な労働者」を基準とすることは妥当ではない。例外事由としての労働者の自由な意思に基づく承諾は、慎重かつ厳格に認定すべきであるが、あくまで当該労働者が心から納得して受け入れたかどうかを基準とすべきである。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理由が客観的に存在する場合に限定するのは、かえって労働者の利益に反することとなりかねない。

繰り返し述べるように、本人の承諾がある場合に当該取扱いを「不利益」とみるべきではない理由は、均等法 9 条 3 項の目的の一つは、妊娠・出産に関する個人の意思決定権を実質的に保護することにある、そうであるとすれば、客観的に不利益かどうかではなく、本人がどう感じるかがむしろ重要であること、また、妊娠・出産という客観的に不利益かどうかを確定することは困難であることに基づくものである。

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理由が客観的に存在する場合に限定するのは、客観的に不利益かどうかを確定することが困難であるという前提に立っておらず、その基本の理解において疑問があり、したがって、新たな解釈通達はこの点で適切ではない。

第 5 章 総括

本稿においては、学説や裁判例、立法時の議論を概観した上で、均等法 9 条 3 項の「不利益取扱い」と当該労働者の承諾の関係についての検討を試みた。

検討の結果、労働者本人の自由な意思に基づき当該措置を承諾した場合に均等法 9 条 3 項の禁ずる取扱いにならないとする平成 26 年判決の判旨は妥当であり、また、このルールは、軽易業務への転換請求の場面に限られず、均等法 9 条 3 項及び育介法 10 条の解釈全般に妥当しうるものであることを示した。

その論拠は、均等法 9 条 3 項は、妊娠・出産をする女性労働者を積極的に保護することによって、妊娠・出産に関する個人の意思決定権を実質的に保障し、そのことを通して出生率の向上を図るという政策的判断も織り込まれたものであり、そのような趣旨・目的に照らすと、問題となる取扱いが客観的に不利益か否かよりも、当該労働者が主観的に不利益と感ずるか否かがむしろ重要だと考えられ、そうだとすると、妊娠・出産をする労働者自身が自由な意思に基づき決断したのであれば、その判断を法が禁ずるいわれはなく、均等法 9 条 3 項の「不利益取扱い」に当たらないと解すべきであるというところにある（不利益性否定説）。平成 26 年判決も、不利益性否定説に立つと理解すべきであることは既に述べたとおりである。

自由な意思に基づく承諾に当たるかどうかの裁判例は、平成 26 年判決及びその差戻審しかなく、今後、自由な意思に基づく承諾か否かをめぐる裁判が増え、その中で、自由な意思に基づく承諾に当たる場合とそうでない場合が徐々に具体的に明らかになっていくことが予想される。裁判例の集積を受けて、自由な意思に基づく承諾のより具体的な内容について検討していきたい。