

男性の育児休暇取得を理由とした 不利益取扱い（職能給不昇給・ 昇格試験機会喪失）の適法性

——医療法人稲門会事件・京都地判平成25年9月24日（雑誌
等未搭載、LLI/DB判例秘書搭載）——

日野 勝吾⁽¹⁾

Case Study of Discrimination due to the fact that Men took a Childcare Leave

— Masanobu Mio vs. Iryohoujin Inamonkai. (Court of District
Kyoto, 2013, 9, 24) —

HINO, Shogo

1. 事実の概要

原告（三尾雅信（男性）。当時40歳。以下、「X」という）は、平成10年4月、病院や介護老人保健施設等を経営する医療法人である被告（医療法人稲門会。以下、「Y」という）に、短時間労働者として採用され、Yが開設する精神科病院（以下、「Y病院」という）において看護師として勤務していた（平成15年4月～平成25年1月）。なお、Y病院は、従業員が現場における実務経験を積むことによって自己の能力を向上させることを重視するとの観点により人事評価制度及び賃金制度を構築している。

Yの諸規定によると、就業規則において、「基本給は本人給、職務給、職能給から構成される」とした上で、就業規則中に定めた育児介護休業規定4条3項において、「昇給は行わない。」と定

めていたが（平成22年9月まで）、実務運用上、前年度に育児休業を取得した場合であっても、翌年度の本人給の昇給は行っており、職能給についてのみ昇給しないこととしていた。そこで、Yは、労働組合に確認の上、平成22年9月、「昇給は行わない。」との条項を、「昇給については、育児休業中は本人給のみの昇給とします。」（育児介護休業規定9条3項）と改め、同年10月より適用した。なお、Yは、本条項の実務上の解釈として、3か月間以上の育児休業を取得した場合、その翌年度の定期昇給において、職能給の昇給を行わない旨の規定としていた。

また、Yは、人事評価に関して、人材育成評価システムマニュアル等に基づき、Y病院における人事評価制度について定め、Y病院では毎年度行われ、当該従業員の勤務成績が特に優秀である場合はS、優秀である場合はA、良好である場合はB、やや良くない場合はC、良くない場合はDの5段階評価とし、前年度評価がB以上であれば、当年度の4月度給与から職能給が昇給されることとなっていたところ、Xは、B以上の総合評価を受けていた（平成20年度～平成23年度）。なお、B以上の評価を取得した年数が必要な年数に至ると、その翌年度から次の等級に昇格する資格が与えられることとされ、育児休業等により、評価期間中における勤務期間が3か月に満たない場合、評価不能として取り扱う旨の定めもあった。

さらに、Yの昇格試験の受験資格については、人事評価において標準年数の期間B以上の総合評価を受けることの他、所属上長の推薦が必要であるが、特段の事情がない限り、総合評価B以上の評価を標準年数の期間受けた者で昇格試験の受験を希望する者は推薦することとなっていた。

Xは、平成22年9月4日から12月3日まで間、育児休暇を取得した（以下、「育児休暇期間」という）ところ、①平成23年4月1日付の定期昇給において、本人給については昇給したが、職能給については昇給しなかった。また、②平成22年度の不就労期間が3か月以上に及んだため、当該年度が昇格試験受験に必要な標準年数に参入されなかった結果、受験資格がないため、昇格試験を受験することができなかった。なお、Xは平成25年1月末で自己都合により退職している。

そこで、Xは上記①及び②のYの行為について、「育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律」（以下、「育児介護休業法」という）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、Yに対し、不法行為（民法709条）に基づき、昇給・昇格していた場合の給与及び退職金と実際のそれとの差額に相当する損害の賠償並びに慰謝料30万円の支払を求めたのが本件である。

2. 判旨

Xの請求一部認容。

（1） 育児休業取得による職能給不昇給の適否

Yは育児介護休業規定9条3項（「昇給については、育児休業中は本人給のみの昇給とします。」）は、「3か月間以上の育児休業を取得した従業員について、その翌年度の定期昇給において、職能給の昇給がされない旨の規定である」ところ、「育児介護休業法10条は、事業主において、労働者が育児休業を取得したことを理由として、当該労働者に対し、解雇その他不利益な取扱いを

してはならない旨定め」、「このような取扱いが公序良俗に反し、不法行為法上も違法となるのは、育児介護休業法が労働者に保障した同法上の育児休業取得の権利を抑制し、ひいては同法が労働者に前記権利を保障した趣旨を実質的に失わせる場合に限られると解すべきである（最高裁判平成元年12月14日第一小法廷判決・民集43巻12号1895頁、最高裁判平成5年6月25日第二小法廷判決・民集47巻6号4585頁参照）。」

本件では、「3か月間の育児休業取得年度の翌年度においても、本人給の昇給は行われること、平成23年度に職能給の昇給がされなかったことにより原告が受けた経済的な不利益は、月2,800円、年間4万2,000円であり、これはXの収入（各種手当を除く。）の1.2%程度にとどまること、前記取扱いの趣旨は、Y病院において従業員が担う職務が高度に専門的なものであり、職場における実務経験により従業員の能力が向上すると見込まれることにあるところ、3か月間という評価期間の4分の1にすぎない期間就労しなかったことによって、従業員の能力の向上がないと形式的に判断し、一律に昇給を否定する点の合理性については疑問が残るものの、育児休業の取得を一般的に抑制する趣旨に出たものとは認められないことなどに照らせば、育児介護休業規定9条3項に基づく取扱いは、育児介護休業法10条の趣旨からして望ましいものではないとしても、労働者の同法上の育児休業取得の権利を抑制し、ひいては同法が労働者に前記権利を保障した趣旨を実質的に失わせるものとは認められない」。

「したがって、Yが、平成23年度、育児介護休業規定9条3項を理由に、Xを昇給させなかったことは、違法とはいえない。」

（2） 育児休暇取得による昇格試験機会喪失の適否

「育児介護休業規定9条3項は、3か月間以上の育児休業を取得した従業員について、その翌年度の定期昇給において職能給の昇給をしない旨を定めたものと解されるが、昇給がないことから当然に人事評価が不要となるものではなく……3か月間以上の育児休業を取得した者について人事評価の対象とならない旨を定めたものとみることはできない。したがって、Xの育児休業取得年度である平成22年度を人事評価の対象外であるとすることはできない。」

「そうすると、3か月以上の育児休業を取得した場合でも、その期間が9か月間以下であれば人事評価の対象となるというべきであり、育児介護休業規定9条3項の定めをもって、3か月間以上の育児休業を取得した場合に、翌年度の職能給の昇給を制限する趣旨を超えて、人事評価をしつつもその結果を昇格するための標準年数に算入しない趣旨とまで解することはできない。」よって、「育児休業取得年度である平成22年度を原告の標準年数に算入しない根拠はないというべきであり」、「Xは、平成23年度の終了により標準年数4年を経過したのであるから、平成24年度にS5へ昇格するための昇格試験を受験する資格を得たというべきであり、正当な理由なく原告に昇格の機会を与えなかった被告の行為は違法というべきである。」

3. 争点

育児介護休業法に基づく労働者の権利行使に対する使用者による不利益取扱い（①職能給不昇給、②昇格試験機会喪失）の適否（育児介護休業法10条（「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。」の「不利益な取扱い」の文理解釈)。

4. 判決要旨のポイント

- (1) 育児休業取得を理由とする不利益取扱いは、育児休業の権利を抑制し、権利保障の趣旨を実質的に失わせる場合に限定（最高裁判例の判断枠組み（一般論）を踏襲）。
- (2) 原告（男性看護師）に昇格の機会を与えなかったことは違法と判断。
- (3) 原告（男性看護師）に昇格試験（小論文試験で形式的なもの。不合格者はこれまでにない）を受験させなかったことについては、被告（医療法人）は慰謝料を支払うべきと判断。

5. 検討・解説

本判決の結論には賛成。

なお、立論（職能給不昇給）については一部疑問がある。

(1) 本判決の意義と特徴

本判決は、育児介護休業法10条に定める「不利益な取扱い」について、後掲する最高裁判例（日本シェーリング事件最高裁判決・沼津交通事件最高裁判決）を踏襲しつつ、その判断枠組み（法定休暇に係る権利取得を実質的に抑制する場合に公序良俗違反・不法行為の構成を認める⁽²⁾）をもとにしながら、下級審レベルで一定の判断がなされたことに意義がある（ただし、判断要素に関わる事実認定と当てはめには疑義がある）。そして、本件の事案的特徴としては、男性専門職（看護職）労働者による育児休暇取得に係る司法判断であり、裁判所が育児休暇取得によって、本人給のみ昇給させ、職能給は昇給させないとした措置は公序良俗に反する違法とはいえないとし、他の労働者との平等性について一定程度の配慮をしている点に見出すことができよう。

すなわち、裁判所は、育児休暇取得によって昇格試験受験資格を奪取する（育児休暇を取得することによって、事実上、昇格する「機会」が奪われる）ことは違法と判示し、過去の最高裁判例（上記二判例）を踏襲しつつも、休暇取得者和其他の労働者との「平等」取扱（非差別的取扱い）にも一定の配慮⁽³⁾を見せていることが本稿で本判決を評釈する意義にもつながっている。なお、本判決によると、相手方病院における人事評価制度は能力主義給与体系となっているが、育児休暇取得後の処遇（原職復帰、賃金減額、査定）は年功的（終身雇用型）賃金体系よりもセンシティブであること（機会付与の平等性）が示されており、今後の実務的影響を鑑みると下級審判例とはいえ、重要判例の地位にあるとあってよい。

(2) 関連条文等の確認（育児休暇に係る諸規定等）

以下では、便宜上、関連条文を明示しておく。

○育児介護休業法1条

「この法律は、育児休業及び介護休業に関する制度並びに子の看護休暇及び介護休暇に関する制度を設けるとともに、子の養育及び家族の介護を容易にするため所定労働時間等に関し事業主が講ずべき措置を定めるほか、子の養育又は家族の介護を行う労働者等に対する支援措置を講ずること等により、子の養育又は家族の介護を行う労働者等の雇用の継続及び再就職の促進を図り、もってこれらの者の職業生活と家庭生活との両立に寄与することを通じて、これらの者の福祉の増進を図り、あわせて経済及び社会の発展に資することを目的とする。」

○同法3条

「この法律の規定による子の養育又は家族の介護を行う労働者等の福祉の増進は、これらの者がそれぞれ職業生活の全期間を通じてその能力を有効に発揮して充実した職業生活を営むとともに、育児又は介護について家族の一員としての役割を円滑に果たすことができるようにすることをその本旨とする。」

○同法10条

「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。」

○厚生労働省「子の養育又は家族の介護を行い、又は行うこととなる労働者の職業生活と家庭生活との両立が図られるようにするために事業主が講ずべき措置に関する指針」（平成21年厚生労働省告示第509号）

11（抜粋）

（2）解雇その他不利益な取扱いとなる行為には、例えば、次に掲げるものが該当すること。

イ 解雇すること。

……

ト 降格させること。

チ 減給をし、又は賞与等において不利益な算定を行うこと。

リ 昇進・昇格の人事考課において不利益な評価を行うこと。

ヌ 不利益な配置の変更を行うこと。

ル 就業環境を害すること。

○厚生労働省通達「育児休業、介護休業等育児又は家族介護を行う労働者の福祉に関する法律の施行について」（職発第1228第4号、雇発第1228第2号）（平成21年12月28日）

22 不利益取扱いの禁止（法第10条）

（1）育児休業の権利行使を保障するため、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することが禁止されることを明示したものであること。

（2）「解雇その他不利益な取扱い」に該当する法律行為が行われた場合においては、当該行為は民事上無効と解されること。

……

（4）指針第二の十一の（二）のイからルまでに掲げる行為は、「解雇その他不利益な取扱

い」の例示であること。したがって、ここに掲げていない行為についても個別具体的な事情を勘案すれば不利益取扱いに該当するケースもあり得るものであり、例えば、期間を定めて雇用される者について更新後の労働契約の期間を短縮することなどは、不利益取扱いに該当するものと考えられること。

(5) 指針第二の十一の(三)は、不利益取扱いに該当するか否かについての勘案事項を示したものであること。

イ 指針第二の十一の(三)のニ(イ)は、育児休業及び介護休業をした期間について、人事考課において選考対象としないことは不利益取扱いには当たらないが、当該休業をした労働者について休業を超える一定期間昇進・昇格の選考対象としない人事評価制度とすることは、不利益取扱いに当たるものであること。

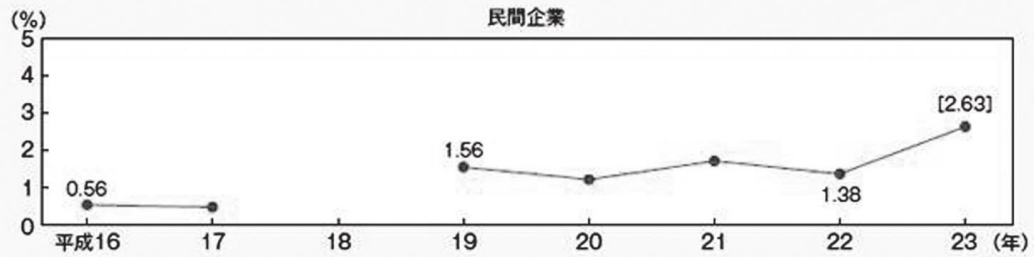
「休業期間を超える一定期間」とする趣旨は、例えば、休業期間が複数の評価期間にまたがる場合や、休業期間が評価期間より短い場合に、休業期間と評価期間にずれが生じることから、こうした場合に、休業期間を超えて昇進・昇格の選考対象としない人事評価制度とすることについて、一定の範囲でこれを認める趣旨であること。なお、「休業期間を超える一定期間」であるかどうかは、人事評価制度の合理性、公平性を勘案して個別に判断するものであること。例えば、「三年連続一定以上の評価であること」という昇格要件がある場合に、休業取得の前々年、前年と2年連続一定以上の評価を得ていたにも関わらず、休業取得後改めて3年連続一定以上の評価を得ることを求める人事評価制度とすることは、不利益な取扱いに該当するものであること。

(3) 男性による育児休暇取得の現状等⁽⁴⁾

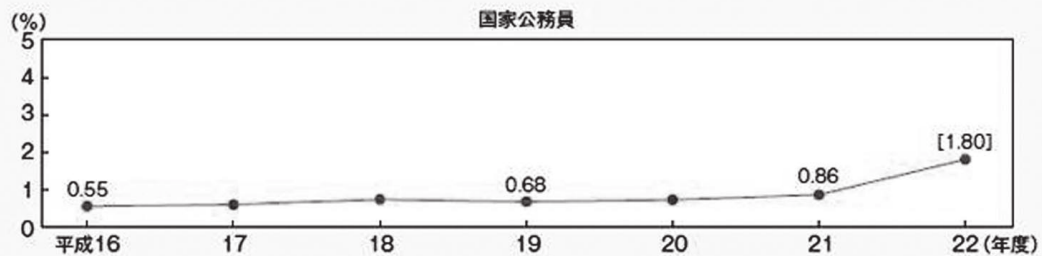
本判決を検討する際に、下記のとおり、育児休暇取得の現状等を示しておく。「イクメン⁽⁵⁾」という用語は法律用語ではないことは明らかであるが、会社は育児休暇取得をするための「いい『工面』(条件・環境整備)」をしているかどうか、労働契約上の配慮義務の観点からこれを考察することが求められる。

統計資料から見る「イクメン」の状況であるが、内閣府男女共同参画局『男女共同参画白書平成24年版』によると、それほど取得率は芳しくないといえる。

第1-4-7図 男性の育児休業取得率の推移



(備考) 1. 厚生労働省「女性雇用管理基本調査」より作成（調査対象「常用労働者5人以上を雇用している民営事業所」）。ただし、平成18年は、調査対象が異なる（「常用労働者30人以上を雇用している企業」）ため計上していない。19年以降は厚生労働省「雇用均等基本調査」による。
2. 調査年の前年1年間に配偶者が出産した者のうち、調査年10月1日までに育児休業を開始（申出）した者の割合。
3. 平成23年の[]内の割合は、速報値であり、東日本大震災のため、岩手県、宮城県及び福島県を除く全国の結果。



(備考) 1. 総務省・人事院「女性国家公務員の採用・登用の拡大状況等のフォローアップの実施結果」より作成。また22年度は、「一般職の国家公務員の育児休業等実態調査及び介護休暇使用実態調査の結果について」及び防衛省調べより作成。
2. 当該年度中に子が出生した者に対する当該年度中に新たに育児休業を取得した者（再度の育児休業者を除く）の割合。
3. 平成22年度の[]内の割合は、東日本大震災のため調査の実施が困難な官署に在勤する職員（850人）は含まない。

出所：内閣府男女共同参画局『男女共同参画白書平成24年度版』

男性の育児休暇取得は増加傾向とはいえ、むしろ減少傾向にある（厚生労働省「雇用均等基本調査」（平成24年度）⁽⁶⁾）すなわち、「平成22年10月1日から平成23年9月30日までの1年間に配偶者が出産した男性のうち、平成24年10月1日までに育児休業を開始した者（育児休業の申出をしている者を含む。）の割合は1.89%で、前回調査（同2.63%）より0.74ポイント低下した。また、男性の有期契約労働者の育児休業取得率は0.24%で、前回調査（同0.06%）より0.18ポイント上昇した。」とされている。

とはいえ、育児休業を利用したい男性は「3割以上」（株式会社ニッセイ基礎研究所「今後の仕事と家庭の両立支援に関する調査研究報告書」（平成20年）との統計も出ており、現実とのギャップが垣間出ているといえよう。

期間別の男性の育児休業取得率(%)

男性の育休取得期間は二極化している

年度	1カ月未満	1～3カ月未満	3カ月以上	不明
2005	31.7	65.8	1.5	0.9
2008	54.1	12.5	5.6	28.1
2012	81.3	7.2	6.2	5.3

男女の育児休業取得率

男性の育児休業取得率はなかなか上がらない

年	女性(%)	男性(%)
1996	49.1	0.12
1997		
1998		
1999	56.4	0.42
2000		
2001		
2002	64	0.33
2003		
2004	70.6	0.56
2005	72.3	0.5
2006		
2007	89.7	1.56
2008	90.6	1.23
2009	85.6	1.72
2010	83.7	1.38
2011	87.8	2.63
2012	83.6	1.89

出所：日本経済新聞（平成25年8月5日）

http://www.nikkei.com/article/DGXNASFK3100C_R30C13A7000000/

(4) 従前の判例・裁判例の整理（「休暇取得」に伴う不利益取扱い⁽⁷⁾の過去の判例・裁判例）

これまでの関連判例や裁判例について検討してみたい。近時の動向は下記のとおりである。

すなわち、休暇取得に伴う不利益取扱いに関しては、労働基準法の規定する年次有給休暇、産前産後休暇、生理日の休暇、育児介護休業法などが規定する育児休業、介護休業の権利を労働者が行使したことに対する使用者による不利益取扱いに関する判例法理がある。つまり、裁判所は、①不利益取扱いの理由が、当該休暇・休業取得したこと自体にあるかどうか（法規定違反）、②休暇・休業そのものが理由ではないとしても、権利の性質（要保護性）や不利益取扱いの程度などに照らして、権利行使に対する抑制力が強いかどうか（権利保障の趣旨侵害性（公序違反

性))で適法性を考慮している。なお、産前産後休暇、生理日の休業、育児介護休業については、年次有給休暇とは異なり、有給であることまでは権利保障されていないことから、実務上、「欠勤」として取り扱われること自体は違法ではないとする（他の労働者との人事考課上の平等性が問題となる）。

以下では主要判例について概観しておく。

<最高裁判決>

①エヌ・ビー・シー工業事件・最三小判昭和60年7月16日民集39巻5号1023頁

【事例】

Yには、出勤不足日数によって支給の有無やその額が定まる精皆勤手当制度が存在し、出勤不足日数には生理休暇取得日数が算入されることとされていた。Yは、昭和46年11月、Xら（女性労働者）に対し、精皆勤手当各1,000円を支給したが、Xらは、生理休暇を2日取得したほかは自己都合欠勤等がなく、精皆勤手当の算定に当たり生理休暇取得日数を出勤不足日数に算入する措置は、生理休暇の取得を抑制する機能を果たすものであって労働基準法（昭和60年法律第45号による改正前）67条に違反し無効であるから、出勤不足日数のない場合に支給される手当額5,000円が支給されるべきであるなどと主張して、その差額各4,000円の支払いをYに対して求めたもの。

争点は、精皆勤手当の支給に際し、生理休暇取得日数を欠勤日数に算入し、手当を減額したことの当否。

【判旨】

「労働基準法一二条三項及び同法三九条五項によると、生理休暇は、同法六五条所定の産前産後の休業と異なり、平均賃金の計算や年次有給休暇の基礎となる出勤日の算定について特別の扱いを受けるものとはされておらず、これらの規定に徴すると、同法六七条は、使用者に対し生理休暇取得日を出勤扱いにすることまでも義務づけるものではなく、これを出勤扱いにするか欠勤扱いにするかは原則として労使間の合意に委ねられているものと解する」。

「使用者が、労働協約又は労働者との合意により、労働者が生理休暇を取得しそれが欠勤扱いとされることによつて何らかの形で経済的利益を得られない結果となるような措置ないし制度を設けたときには、その内容いかんによつては生理休暇の取得が事実上抑制される場合も起こりうるが、労働基準法六七条の上述のような趣旨に照らすと、このような措置ないし制度は、その趣旨、目的、労働者が失う経済的利益の程度、生理休暇の取得に対する事実上の抑止力の強弱等諸般の事情を総合して、生理休暇の取得を著しく困難とし同法が女子労働者の保護を目的として生理休暇について特に規定を設けた趣旨を失わせるものと認められるのでない限り、これを同条に違反するものとすることはできないというべきである。」

②日本シェーリング事件・最一小判平成元年12月14日民集43巻12号1895頁

【事例】

Yは、「賃上げは稼働率80パーセント以上のものとする」旨の賃上げ協定の中の条項（以下、「80パーセント条項」という）に関し、年休、産休、育児時間、労災による休業・治療通院のための時間、団交・争議による各欠務を欠勤として算入して、「稼働率」を計算するとの取扱いがなされた。このことに対し、昭和51年～54年の賃上げについて、こうした取扱いのために賃上げを得られず、また、旧賃金を基礎とした一時金の支給しか受けられなかったXらが、(1)賃上げの4月1日実施を受けなかったことによる賃金の差額（月額賃金と夏期一時金）の支払い、(2)債務不履行ないし不法行為により受けた損害（慰謝料+弁護士費用）の賠償とを求めたもの。

争点は、前年度の稼働率が80パーセント以下の従業員を翌年度のベースアップを含む賃金引上げの対象者から除外する旨の労働協約条項の効力。

【判旨】

「80パーセント条項」は、稼働率算定の基礎となる不就労事項には、労基法及び労組法が保障する、年休、生理日休業、産前産後休業、育児時間、労災による休業等、ストライキなど組合活動が含まれており、「労基法又は労組法上の権利に基づくもの以外の不就労を基礎として稼働率を算定する限りにおいては、その効力を否定すべきいわれはないが、反面、同条項において、労基法又は労組法上の権利を行使したことにより経済的利益を得られないこととすることによって権利の行使を抑制し、ひいては、右各法が労働者に各権利を保障した趣旨を実質的に失わせるものというべきであるから、公序に反し無効であるといわなければならない。」

③エス・ウント・エー事件・最三小判平成4年2月18日労判609号12頁

【事例】

Yでは、日曜日、出勤を要しない土曜日、国民の祝日、年末年始を休日とし、年間の総日数から休日を引いた全労働日の8割以上出勤した従業員に所定年休を与えるとされていた。しかし、Yは、就業規則を改正し、日曜日のみを休日とし、出勤を要しない土曜日、国民の祝日、年末年始は「一般休暇日」として、年休付与の基準である全労働日に含ませることとした。Xは、旧就業規則によると全労働日の8割以上出勤したことになるが、新就業規則では、全労働日の8割未満しか出勤しておらず年休を取得できないこととなった。しかし、Xは、新就業規則は労基法に違反して無効であるとして、旧就業規則によれば年休を取得できる日数について年休の時季指定を行い出勤しなかった。

Yは、Xが年休として出勤しなかった日の賃金をカットし、一時金からも一定の控除を行った。そこで、Xが、カットされた賃金及び一時金並びにこれと同額の附加金の支払いを求めたもの。

争点は、労基法39条1項の「出勤率」の計算に際しての「全労働日」の意義。

【判旨】

「使用者に対し年次有給休暇の期間について一定の賃金の支払を義務付けている労働基準法三九条四項の規定の趣旨からすれば、使用者は、年次休暇の取得日の属する期間に対応する賞与

の計算上この日を欠勤として扱うことはできないものと解するのが相当である。したがって、……年休権行使日欄記載の各日について、給与を支払わないものとし、また、賞与の支給に係る勤怠考課に当たりこれを欠勤として扱うことはできないとした原審の判断は、正当として是認することができる。」

④沼津交通事件・最二小判平成5年6月25日民集47巻6号4585頁

【事例】

タクシー会社であるYの労働協約においては、交番表（月ごとの勤務予定表）に定められた労働日数等を勤務した乗務員に対して皆勤手当（年度により月額3,100円ないし4,100円）を支給することとしていた。ただし、年次有給休暇等を取得した場合は、この手当を、1回休むと半額支給し、2回休むと支給しない旨が規定されていた。

XはYの乗務員であったが、昭和63年5月から平成元年10月までの間、合計5か月につき、年休を取得したことを理由に皆勤手当を減額されあるいは支給されなかった。このような不利益取扱いは、労基法39条、134条に違背するもので、減額・未支給分の合計1万円余の支払を求めたもの。

争点は、Y約定による年次有給休暇取得に伴う不利益取扱いが私法的効力をもつかどうか。

【判旨】

「交番表が作成された後に乗務員が年次有給休暇を取得した場合には代替要員の手配が困難となり、自動車の実働率が低下するという事態が生ずることから、このような形で年次有給休暇を取得することを避ける配慮をした乗務員については皆勤手当を支給することとしたものと解されるのであって、右措置は、年次有給休暇の取得を一般的に抑制する趣旨に出たものではないと見るのが相当」で、「乗務員が年次有給休暇を取得したことにより控除される皆勤手当の額が相対的に大きいものではないことなどからして、この措置が乗務員の年次有給休暇の取得を事実上抑止する力は大きなものではなかつた」ことなどから、「同法三九条及び一三四条の趣旨からして望ましいものではないとしても、労働者の同法上の年次有給休暇取得の権利の行使を抑制し、ひいては同法が労働者に右権利を保障した趣旨を実質的に失わせるものとは認められないから、公序に反する無効なものとはまではいえないというべきである。」

⑤東朋学園事件・最一小判平成15年12月4日労判862号14頁

【事例】

Yで働くX（女性労働者）は、8週間の産前産後休業を取得し、育児休業に代わる1日1時間15分の勤務時間短縮措置を受けた。Yは賞与の支給について、1年を6ヵ月で2分した各期間につき出勤率が90%以上の者という要件を就業規則で定め、詳細はその都度回覧文書で知らせるとしていた。Xが産前産後休業を取得した期間と、育児休業に代わる勤務時間短縮措置を受けていた期間に対応する賞与の支給につき、各回覧文書は、産前産後休業取得日と、勤務時間短縮総時間を所定労働時間数で除して算出した分を欠勤日数に加算するとし、出勤した日数を出勤すべき日数で除した割合（出勤率）が90%以上の者を支給対象者としていた（以下、「90%条項」とい

う)。

Xはいずれの期間も出勤率90%を充たすことができず、賞与支給対象者から除外され、各期間に対応する賞与が支給されなかった。そこで、Xは、上記取扱いの根拠である就業規則の定めは、(平成9年改正前) 労基法65条、67条、(平成7年改正前) 育休法10条の趣旨及び公序に反するなどと主張して、Yに対して不支給とされた各賞与等の支払いを求めたもの。

争点は、産休・育休取得者に対する賞与不支給措置(不利益取扱い)の適法性。

【判旨】

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

<下級審判決>

⑥明治図書出版事件・東京地決平成14年12月27日労判861号69頁

【事例】

教科書・学習参考書の出版等を主たる目的とするYは、東京本社のほか、大阪支社や配送センター等が全国各所に存在する。Xは、入社後2年半は営業職に従事したが、その後、現在にいたるまで約10年にわたって東京本社学習教材部門編集部2課に所属し、学習教材部編集者として勤務していた。YはXに対し、「社告」をもって、大阪支社勤務を命ずる旨の業務命令(転勤命令)を発したが、Xは共働きの妻がいること、2人の子が重度のアトピー性皮膚炎で東京都内にある治療院に週2回通院していること、及び将来的に両親の介護の必要があること等を理由にして、本件転勤命令を拒否した。Xが、Yの発した転勤命令を無効として、同命令に基づく就労義務がない仮の地位を定める仮処分命令を申し立てたもの。

争点は、妻が共働きであることを前提とした育児を理由とした転勤拒否の合理性。

【判旨】

「改正育児法26条は、『事業主は、その雇用する労働者の配置の変更で就業の場所の変更を伴うものをしようとする場合において、その就業の場所の変更により就業しつつその子の養育又は家族の介護を行うことが困難となることとなる労働者がいるときは、当該労働者の子の養育又は家族の介護の状況に配慮しなければならない。』と定め、労働者の子の養育や家族の介護の状況に対する配慮を事業主の義務としているところ、事業者の義務は『配慮しなければならない』義務であって、配転を行ってはならない義務を定めてはいないと解するのが相当である。」

「しかしながら、改正育児法の制定経緯に照らすと、同条の『配慮』については、『配置の変更をしないといった配置そのものについての結果や労働者の育児や介護の負担を軽減するための積極的な措置を講ずることを事業主に求めるものではない』けれども、育児の負担がどの程度のものであるのか、これを回避するための方策はどのようなものがあるのかを、少なくとも当該労働者が配置転換を拒む態度を示しているときは、真摯に対応することを求めているものであり、既に配転命令を所与のものとして労働者に押しつけるような態度を一貫してとるような場合は、同条の趣旨に反し、その配転命令が権利の濫用として無効になることがあると解するのが相当である。」

⑦日欧産業協力センター事件・東京地判平成15年10月31日労判862号24頁

【事例】

X（英国国籍を持つ女性）がY（権利能力なき社団）に勤務していたが、平成14年2月15日に出産した第3子（次女）の育児のために、同年4月12日から翌15年2月14日までの間、育児休業を取得する旨をYに申し出たところ、「XY間の雇用契約は、期間1年の有期雇用なので育児介護休業法の適用はない。Xとの雇用契約は同年6月末で更新しない。特例として、同月末まで出社は求めないが、給料を引き続き支払うことを提案する」旨を回答し、その後Xの雇用関係につき、XY双方の代理人弁護士を通じて話し合いが持たれたが合意に至らず、14年7月2日付の書面において雇止め（予備的に解雇）を通知された。

そこでXは、解雇ないし雇止めは無効であるとして、労働契約上の権利の確認、解雇後の賃金・賞与および遅延損害金の支払い、ならびに、YがXの育児休業の申出を拒否したこと、および違法な解雇ないし雇止めをしたことにつき、不法行為に基づく損害賠償を請求した。

争点は、Xの育児休業の取得申出に対するYの拒否が、不法行為を構成するか。

【判旨】

「育児介護休業法による育児休業の権利は、労働者等がそれぞれ職業生活の全期間を通じてその能力を有効に発揮して充実した職業生活を営むとともに、育児について家族の一員としての役割を円滑に果たすことができるようにすることをその本旨とする（同法1条、3条1項）。それゆえ、……育児休業をしたことを理由とする不利益取扱いが禁止され（10条。なお、同条項は、平成13年11月9日成立した育児介護休業法の一部を改正する法律により明文化されたものであるが、平成13年11月16日から施行されている。）」ている。「そして、育児休業中は原則として無給とされるが、前記育児介護休業法の趣旨を受けて、雇用保険法上育児休業給付を受給する資格が

あるときは、休業前賃金の40パーセントに当たる育児休業給付を受給できることとされ（雇用保険法61条の4以下）、また、健康保険等の社会保険の保険料についても、事業主の申出により免除を受け得ることとされている（健康保険法159条等）。」

「したがって、育児休業と実質的に同等であるというためには、上記の要件をすべて満たすものか、満たし得るものでなければならないところ、上記特別休暇の提案は、育児休業後の労働条件について明示していないというだけではなく、育児休業後の賃金その他の労働条件を変更することが前提となっており、不利益取扱いを受けない保障がないものであり、かつ、休業期間についても数日の変更を伴うものであるから、育児休業と同等の休暇の付与とはいえない。」「育児休業復帰後の雇用終了を原告が受け入れることを条件としてなされた育児休業付与の提案………が、育児休業介護法に基づく育児休業の付与といえないことは、同法10条に照らし、いうまでもないことである。」

⑧日本航空インターナショナル事件・東京地判平成19年3月26日労判937号54頁

【事例】

Yは深夜時間帯（午後10時から午前5時まで）の勤務が免除される「深夜業免除制度」が設けられている。同制度を利用した場合の不就業日は無給（基準内賃金について、日数分の日割相当額を翌月の賃金から控除）であり、手当については不就業日が発生した日数分について案分して停止される取扱いであった。Xらはいずれも国際線への乗務を主とする成田基地に配置され、深夜業免除者に割当てが可能な乗務パターンは限られていた。少数派組合に所属していたXらに対しては多くても月に2回程度しか乗務が割り当てられず、月間10日の休日を除いた残りの日については賃金規定にいう「客室乗務員が深夜業の免除を請求し、不就業が発生した場合」に当たる無給日と指定された。そこでXらは、無給日につき賃金等の支払いを求めた。

争点は、育児・介護休業法19条1項が定める深夜業（午後10時から午前5時）の免除制度と賃金支払。

【判旨】

育児・介護休業法19条1項が定める深夜業（午後10時から午前5時）の免除制度について、「同法条項は『労働させてはならない』と定めていることから、深夜時間帯が所定労働時間内であるか否かにかかわらず、深夜時間帯における労働者の労務提供義務が消滅すると解釈し、労働者が他の時間帯において就労する意思を表明し能力を有している場合は不就業ではなく、労務の提供があったものとして、労働者は、乗務割当て相当日数分の賃金請求権を失わない」。

⑨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年3月17日労判1027号27頁

【事例】

ゲームソフトの制作・販売等を業とするYの従業員であったX（女性労働者）が、育児休業後に復職したXを降格し、その年俸を減給したY社の人事措置について、妊娠・出産をして育児休業等を取得した女性に対する差別ないし偏見に基づくものであって、人事権の濫用に当たるほか、育介法5条、10条、男女雇用機会均等法9条、民法90条等にも違反する無効なものであると

して、Yに対し、降格・減給後の給与額と降格・減額前の給与額との差額および遅延損害金、不法行為に基づく損害（慰謝料、弁護士費用）の賠償（3,300万円）と遅延損害金等を求めたもの。
争点は、育休復帰・時短申出後の職務等級引下げと賃金減額の有効性。

【判旨】

「育児・介護休業法10条に定める不利益取扱いの禁止に関してみると、同法の解釈運用指針として発出されている育介指針において、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。しかしながら、本件担務変更の背景、内容等については…本件担務変更が原告において本件育休等を取得したことを理由としてされたものと解することはできず、他にこの点を認めるに足りる証拠はない。」

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

(5) 本判決の位置づけ等

①職能給不昇給の適否について

本判決は、下記の諸事実を考慮して、総合的に判断しているものとする。

- ◆ 育休を取得しても本人給は昇給するが、職能給の昇給はないという実務運用
- ◆ 実務運用に併せて、育児介護休業規定を改定したこと
- ◆ 労働組合の確認を得ていること
- ◆ Xの経済的不利益が極少であること（収入の1.2%）
- ◆ （男性）専門職であり、実務経験により従業員の能力が向上すること

本判決によると、育休を取得したことで職能給不昇給となったということまではできないとされているが（既に規定が存在していること）、裁判例も指摘するように、育休期間（3カ月間）中、就労しなかったことのみをもって、従業員の能力が向上しない（＝職能給不昇給）とした形式的・一律的に取り扱うことが不利益に当たるのではないだろうか。なお、育児介護休業規定が策定されていないケースの場合は、結論は変わっていた可能性はある（裁判例は規定があることを重要視しているくらいがある）。

経済的不利益（収入の1.2%）よりも、「家庭生活」（特に共働き）と「職業生活」（今後のキャリア形成）を両立する考え方（共働きの場合は、特に家庭生活の優先度合いが高い場合が多い）からすれば、職能給を不昇給したことで育児休業取得の足かせ（抑制につながる）になる可能性も否定できない（職能給不昇給に伴って昇進にも影響するのではないか）。

この点は判断に影響を与えた点ではないと思われるが、男性看護師（専門職）だからこそ、長期雇用（キャリア形成）の視点が求められると考える。昇格試験機会を奪取したことが違法という結論と平行で考えれば、職能給不昇給も違法とすべきではなかったかと思われる。

②昇格試験機会喪失の適否、因果関係について

この点については、下記の諸事実を考慮して、判断している。

- ◆ 3カ月間以上の育児休業を取得したものは人事評価の対象とならない旨の規定はない（人事育成評価システムマニュアルには3カ月未満は評価不能と明記）。
- ◆ 育児介護休業規定はあくまで職能給の不昇給のみを定めたものであって人事評価が不要となるものではない（育児休暇取得期間を昇格のための標準年数に算入しない合理性はない）。
- ◆ 昇格試験は、小論文試験であり、S5への昇格試験では不合格者がいないことから、合格する可能性は高かったが、審査項目は多岐にわたるので、「昇格試験に合格した高度の蓋然性があるとまで認めることはできない」。

上記2事実についての異論はないが、合格する可能性が高いにもかかわらず、試験に合格する「高度の蓋然性」はないとした立論が曖昧である。ただし、正当な理由なく昇格の機会を付与しないことを違法としたことは意義深い。「違法」であれば、民事上無効と解するべきである（が、既にXは退職済なので、再試験はできない）が、結局のところ、昇格の機会を付与しなかったことを違法としつつも、その点を慰謝料でまとめ、積極的判断を避けた感は否めない。

6. 総括（本判決の評価）

本判決は育休取得による不利益取扱いに関して、改めて権利保障の趣旨侵害性（公序違反性）の基準に照らして判断している。この点はこれまでの裁判例の趨勢を踏襲しているが、行政解釈（指針）の趣旨とはやや乖離しているとも評価することができよう。下級審レベルにおいて、判断枠組みの具体的な判断要素（育休期間の人事考課不算入、昇格試験の機会付与をしなかったこと）を示したことは一定の評価に値する。そして、前掲の通り、男性専門職の事例として、育児休暇取得率低下との関係でも好個な事例⁽⁸⁾といえよう。

育児介護休業法が努力義務を課しつつ、指針とそれに基づく行政指導を駆使して、当事者の意識・雇用慣行の変革を図り、あわせて雇用平等の実現を支援する就業援助措置を充実させるというソフトロー・アプローチを採用していると考えるのであれば、「その他不利益取扱い」の解釈は民事上の効力を及ぼすものである以上、同法の強行規定化（ハードロー・アプローチ）も視野に入れるべきであろう。

政府の「新たな成長戦略～『日本再興戦略－JAPAN is BACK－』」（平成25年6月14日）では、「育児休業した労働者の円滑な職場復帰を支援し、『女性が働き続けられる社会』を目指します。」⁽⁹⁾とされており、「男性」を含むワーク・ライフ・バランス政策（両性の平等にも配慮すべき）にも一石を投じたといっても過言ではない。

- (1) 淑徳大学コミュニティ政策学部助教。尚美学園大学総合政策学部非常勤講師、高崎商科大学商学部兼任講師。
- (2) 両判決では、不利益措置について、その趣旨、目的、労働者が失う経済的利益の程度、休暇の取得に対する事実上の抑止力の強弱等諸般の事情を総合して、休暇の取得を著しく困難にし、法の規定が特に設けられた趣旨を失わせると認められるものでない限り、規定に違反しないとの一般論を判示している。
- (3) 労務管理（実務）上、他の従業員との関係で休暇取得者と未取得者間の「平等取扱い」に配慮する必要がある。育児休暇取得によって、労務提供していない事実は変わらないことなどから、「他の（理由の）欠勤者と同じ取扱い」をしてしまう可能性があるが、本判決のように法律の規定による休暇・休業に対する不利益取扱いのすべてを直ちに違法としていないのは、裁判所がこうした実務上の運用を考慮しているともいえよう（島田陽一「判例評釈」『人事マネジメント』（2014年2月）112頁以下）。
- (4) 政策的分析については、さしあたり菅野淑子他『日本の育児休業法・育児介護休業法制定過程にみる理念の変容－ワーク・ライフ・バランスの時代に』（旬報社）、野城尚代「育児休業取得率をめぐる動向－政策的な観点から－」東洋大学人間科学総合研究所紀要第15号（2013）101頁以下。なお、川田知子「働き方の多様化と育児介護休業法の進展－育児介護のための「休業法」から「雇用継続法」への転換」季刊労働法213号35頁以下（2006年6月）。
- (5) 厚生労働省ホームページによると、イクメンとは「子育てを楽しみ、自分自身も成長する男性のこと。または、将来そんな人生を送ろうとする男性のこと」をいう。http://ikumen-project.jp/project_about.html
- (6) <http://www.mhlw.go.jp/toukei/list/dl/71-24c.pdf>
- (7) 労働法上、「不利益取扱い」規定は多数存する。実際の労働法規定で「不利益な取扱い」を規制しているのは、次のとおりである。労働基準法では、38条の4（6号）（労働時間計算）、104条（監督機関に対する申告）、136条（年次有給休暇取得）、男女雇用機会均等法9条（婚姻、妊娠、出産等を理由とする不利益取扱いの禁止等）、17条2項（紛争の解決の援助）、公益通報者保護法5条（不利益取扱いの禁止）、労働安全衛生法97条（労働者の申告）、労働者派遣法49条の3（厚生労働大臣に対する申告）、パートタイム労働法21条2項（紛争の解決の援助）、最低賃金法34条2項（監督機関に対する申告）、雇用保険法73条（不利益取扱いの禁止）、労働組合法7条1号4号（不当労働行為）等。大別すると、①使用者による報復的・懲罰的な対応を規制するパターンと②法定の権利行使を阻害する対応を規整するパターンとに区分されよう。後者②のパターンについては、筆者は学理論上、いわゆる差別禁止法理から立法的発展がなされてきたものもあって考えている。
- (8) 育児介護休業法は、男女いずれの労働者にも平等に育児休業の権利を付与するもので、女性のみを対象とするものではない。しかし、実際に、家庭責任を多く負担しているのは圧倒的に女性であり、女性の雇用平等の実質化を進める措置という位置づけが可能である。荒木尚志「労働立法における努力義務規定の機能」COEソフトロー・ディスカッションペーパー・シリーズ（2004年12月）13頁以下。
- (9) 具体的な施策内容として、「育児休業中や復職後の労働者に能力アップ訓練を実施した事業主を助成します。」「育児休業中や復職後に労働者自らが行う能力開発を支援します。」などと記載されている。

