鑑定意見書

[redacted]大学教授 [redacted]

[redacted]

○最終学歴・学位

東京大学大学院法学政治学研究科博士後期課程単位修得

博士（法学）（[redacted]大学）

○主な職歴

[redacted]大学法学部講師(1981.4)

[redacted]大学法学部助教授(1982.6)

[redacted]大学法学部教授(1992.4)

[redacted]大学大学院法学研究院教授(2000.4～現在に至る)

[redacted]大学[redacted](法科大学院) 長 (2006.4～2008.3)

○主な学会活動

日本労働法学会代表理事 [redacted]

○主な著書

『労働契約の[redacted]』（信山社、[redacted]）

『[redacted] 労働法の研究』（日本評論社、[redacted]）

『休み方の[redacted]』（[redacted]・有斐閣、[redacted]）

『働き方の[redacted]』（[redacted]・有斐閣、[redacted]）

『国立大学法人の労働関係[redacted]』（[redacted]・商事法務、[redacted]）

『労働法[redacted]』（[redacted]・有斐閣，[redacted]）

『[redacted]法学（第２版）』（[redacted]・有斐閣、[redacted]）

『労働法[redacted]』（[redacted]・有斐閣，[redacted]）

『判例労働法[redacted]』（[redacted]・有斐閣、[redacted]）

○主な社会活動

[redacted]県労働委員会会長

[redacted]労働局紛争調整委員会会長

[redacted]県労働審議会会長など

はじめに

私は、別紙「略歴」、「主な著書」、「学会活動」に示したように、長年にわたり大学および学界において労働法の研究に従事してきた者であることから、労働法学の専門的観点に立って本件地位確認訴訟の判断のあり方について意見を申し上げたい。

また、労働法学の研究者という私の立場からは、本件懲戒処分の適法性について、特に実体的な側面を中心にご意見を申し上げるのが有益と考える。そこで、以下では、懲戒に関する労働契約法（以下、労契法）１５条の規定を、本件事案に適用する場合の論点を基軸にするとともに、これからに派生する種々の論点について議論を展開し、卑見を申し上げたい。

１．労契法１５条の適用にあたって

（１）法人化前の非違行為に対する労契法１５条および法人就業規則等の適用

平成２１年９月１５日言い渡しの本件懲戒処分は、「被処分者は、平成１５年９月１５日から平成２０年１１月３０日までの兼業従事許可（または営利企業等従事許可）期間に」おける無断欠勤を、理由の一つとするものである。一方、被告長崎県公立大学法人は、平成１７年４月１日に法人化され、その時点より職員は労働法の適用下に置かれ、同日施行された「長崎県公立大学法人職員就業規則」の適用を受けるとともに、懲戒に関して現時点では、平成２１年３月２５日に施行された「長崎県公立大学法人職員の懲戒等に関する規程」の適用を受けている。

そうすると、原告の処分事由とされている上記期間の行為は、①平成１５年９月１５日～同１７年３月３１日には地方公務員法２９条（懲戒）およびそれに基づく懲戒規程が適用され、②平成１７年４月１日以降については就業規則４６条のみが適用されて、懲戒手続に関する規程の設けられない状況の行為をいうことになる。

まず、①に関しては、公務員身分の時期に行為のなされた処分事由に対して、法人化後に労契法や法人の就業規則を適用し、処分を決することが妥当であるかが問題となる。企業の懲戒処分については、企業の秩序罰という性質から刑事罰の類推という観点から論じられることが多く、刑罰不遡及の原則や事後法適用の禁止の諸原則が問題となるからである（この点につき、山口観光事件・最１小判平成８年９月２６日労判７０８号３１頁を参照）。しかし、刑事罰の類推が及ぶとはいえ、懲戒処分の本質が、労働契約の

当事者間でなされる民事的な責任追及の一手段であることは否定できない。とすれば、刑罰不遡及の原則を、厳格に適用することはできないといわざるをえず、原告の地方公務員時代の処分対象行為について、法人化後に、労契法および就業規則の各規定の適用により解決することは許容せざるを得ない。しかし、それでも、それらの規定の解釈・適用においては、上記最判に照らし、同行為が、地方公務員法の身分保障原則のもとでなされた行為であることを十分に斟酌すべきである。

次に、②については、処分対象とされた行為が終了した後、さらに４ヵ月近くを経過した時期に施行された前掲「長崎県公立大学法人職員の懲戒等に関する規程」を、処分対象行為に適用することは、いかに学校法人の民事レベルの懲戒処分であるとはいえ、看過しがたい遡及適用であり、手続的正義に反するといわざるをえない。本件事実の時期的経緯から見ると、同規程は、原告の懲戒処分を実施するために策定されたとの疑念を抱かされるほどである。したがって、本来、同規程を適用して本件懲戒処分の適法性・効力を論じることはできないし、この規程の定める手続が履践されたとしても、労契法１５条の求める懲戒処分の合理的な手続要件が満たされたと解することはできない。むしろ、同規程を本件懲戒処分に適用できない以上、本件処分は、一切の手続規程なしに実施されたものとして、労契法の同条にいう「客観的に合理的な理由」の存在に疑いを生じさせるものであり、この点で解雇権を濫用したものとして無効と判断する余地が生じる(この点については、後述３（４）で指摘)。なお、前掲「長崎県公立大学法人職員の懲戒等に関する規程」は、その趣旨が「就業規則に定める懲戒を行うにあたっての手続に関し必要な事項を定める」ものである（同規程１条）にすぎないことからすれば、被処分者に対して不利益とならない部分に限り斟酌しうるにとどまる。

（２）労契法１５条の趣旨と構造

労契法１５条は、「使用者が労働者を懲戒することができる場合において、当該懲戒が、当該懲戒に係る労働者の行為の性質及び態様その他の事情に照らして、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、当該懲戒は、無効とする。」と定める。

このように、同規定は、①使用者が「懲戒することができる場合」に、さらに、②懲戒権の濫用が成立することを定めるものである。その意味で、一般に懲戒処分の有効性については、当該事案において使用者が「懲戒することができる場合」すなわち懲戒権

を行使しうる場合であるかをまず検討し、さらに、懲戒権を有する場合でも、懲戒権の濫用になるかを検討して結論を導くべきことになる。

そこで、本件事案についても、この二つの判断を基本構造として検討を行うこととする。

２．懲戒権行使の適法性

（１）懲戒権と就業規則

使用者の懲戒権については、近時の判例はこれを就業規則の規定に依拠して判断する法理が確立している。すなわち、平成１５年のフジ興産事件（最２小判平成１５年１０月１０日労判８６１号５頁）によれば、「使用者が労働者を懲戒するには、あらかじめ就業規則において懲戒の種別及び事由を定めておくことを要する」とされ、就業規則の定めが懲戒処分の有効要件とされている。したがって、本件事案における懲戒権の存否についても、就業規則の規定に照らして判断するのが妥当である。

本件懲戒処分についてこれをみると、被告は原告の処分対象行為が「就業規則４６条第１号及び第７号」に該当することを明らかにしている。そこで、以下にこれら各号の規定該当性について検討する（より本質的と思われる、７号から先に検討を加える）。

（２）就業規則４６条７号該当性

被告就業規則４６条７号は、懲戒事由として「正当な理由なく無断欠勤をした場合」と定める。

そこで、本件懲戒処分について考えるに、本規定に該当するためには、原告において、仮に被告の主張するような事実があったとしても、それが「正当な理由なく」なされた「無断欠勤」といいうるものでなければならない。

こうして、被告における教員に対する労働時間把握および勤怠管理のあり方を問題にする必要がある。

（３）被告法人が裁量労働制を採用していないこと

労働基準法（以下、労基法という）３８条の３に定める、いわゆる専門業務型裁量労働制は、高度に知的な専門的業務において、業務の性質上、時間管理が困難となる者について、労使協定で定めた「みなし時間」による労働時間算定を認める制度である。こ

の裁量労働制の対象となるのは、同条において、命令で定める者に限定されており、この対象業務の中に「大学での教授研究」が含まれている（労基則２４条の２の２第２項、平成９．２．１４労告７号）。この「大学の教授研究」については、大学の法人化（国立大学法人化または公立大学法人化）に際して、大学教員の勤務実態に即して労基法を適用するために追加されたものであった（平成１５．１０．２２厚労告３５４号）。この通達により、法人化した大学はいっせいに、労基法３８条の３の規定にもとづき、過半数組合または過半数代表者との労使協定を締結して裁量労働制（みなし労働時間の導入）を開始したのである（「教育研究の業務」の意義については、平成１５．１０．２２基発１０２２００４号を参照）。

ところが、被告法人は、平成１７年４月に公立大学法人に法人化して教員に労働基準法が適用されるに至ったのに、就業規則および「長崎県公立大学法人職員の勤務時間、休日及び休暇に関する規程」を読んでも、なぜか専門業務型裁量労働制を導入していないようである。その結果、同法人は、教員についても、労基法に基づく次に見る通常の労働時間把握のルールのもとに置くことを、あえて選択したことになる。

（４）使用者の労働時間の管理責任

労基法のもとでは、使用者が調製を義務づけられている賃金台帳において、各労働者の「労働時間数」が必要記載事項に含まれること（労基法１０８条、労基則５４条１項）、および、使用者は時間外・休日割増手当の支払い義務があること（労基法３７条）から、当然の前提として、使用者は、各労働者の労働時間を正確に把握し、適正に管理する義務を負っている。しかし、実際には長時間労働やサービス残業の実態が見られることから、厚生労働省は平成１３年「労働時間の適正な把握のために使用者が講ずべき措置に関する基準」（平成１３．４．６基発３３９号）を出して、①使用者は労働者の労働日ごとの始業・終業時刻を確認・記録すべきこと、②その方法としては、使用者自らによる現認またはタイムカード、ＩＣカード等の客観的な記録が原則であること、③自己申告制を取らざるを得ない場合には、制度導入前に正しい申告を行うよう労働者に十分な説明を行った上で、申告時間の正確性につき必要に応じて実態調査を行うこと等の措置を求めている。いわゆる「四六通達」として、広く知られているところである。

被告法人は、通常の労働時間制を制度として採用する限り、原告を含む教員に対して、使用者としてそのような時間把握責任を果たすべきであり、労働契約にもとづく労働に

より労基法３６条に定める時間外・休日労働の実態があるときには、同法３７条の定めに基づき割増賃金を支払わなければならない。なお、「長崎県公立大学法人職員の勤務時間、休日及び休暇に関する規程」２条１項によれば、法人は、４週間変形制を採用されているように見受けられるが（ただし、文言が不正確である）、そうであっても、毎日の始終業時刻の把握や出勤管理が義務である点に変わりはない。

被告法人が、そうした労働時間や出勤の把握と管理を、法の要求するところにしたがい十分になされていたのか、疑問を持たざるをえない。したがって、教員において発生したかもしれない時間外・休日労働につき、その把握が適正になされて、割増賃金等の法定義務が履行されていたのかも疑問である。少なくとも、原告に対しては、労働時間の把握や出退勤の管理が適正になされていなかったようである。被告は、乙号証において、原告の処分対象期間の「欠勤」日数について、「長崎県上海事務所の業務日誌」、「ホテル領収証」その他にもとづき算出しているが、そうした算出方法しか提示できないこと自体が被告の労基法違反についての自白のように思われ、失礼ながら苦笑を禁じ得ない。

要するに、被告法人が、原告のような「教育研究の業務」従事者に対して、裁量労働の手続を取っておられないところに問題の発端がある。教員の業務は、上記のように、労働時間の管理が適当でなく、また困難であるものとして、裁量労働の適用対象となることが予定されている。実際、時間外の手続をしないで夜間や土曜・日曜に研究活動をしたり、休日労働の手続なく学会・研究会に出席する研究活動をしたり、大学に届け出ることなく学外で取材や講演などの活動をするのは、教育研究の職としては日常の行為である。この点については、兼業をしているか否かで差違はなく、せいぜい程度の差があるにすぎない。被告法人は、教員の勤務実態に対して裁量労働制を導入する手続を敢えて取らず、あるいは手続を怠り、しかし他方で、通常労働者としての適正な時間把握・時間管理をすることもしないで、原告に対して「無断欠勤」を問責している。これをもって「正当な理由なく無断欠勤した」として就業規則４６条７号を適用するのは、著しく信義に反するものであり（労契法３条４項参照）、不当といわざるをえない。その結果、本件懲戒処分はその核心の部分で対象事由が存在しないというしかなく、そのことだけでも違法、無効というしかない。

（５）「無断欠勤」の意義

就業規則４６条７号は、「無断欠勤をした場合」に懲戒処分を行うこととする規定である。ところが、平成２１年９月１５日付発令交付の本件「懲戒処分書」の「処分の理由」には、「無断欠勤した日には……終日欠勤した日だけでなく、１日のうち部分的に欠勤した日も含まれる」としている。

そもそも、「停職６月」という労働者に対する重大な不利益処分を行うにあたって、その処分理由として、このような拡張解釈をほどこすことは論外の行為であり、法律に携わる者として看過できない事柄である。

いささか子供じみた議論をせざるを得ないが、通常「１日のうち部分的に欠勤した日」とは、遅刻、早退、離席といった言葉を用いるのが常識であろう。ところで、法人の就業規則には、４６条８号に、「正当な理由なくしばしば遅刻、早退等の職務不良があったとき」という規定があるのであるから、「１日のうち部分的に欠勤した日」については、同号を処分理由とすべきであった。にもかかわらず、上記のおかしな拡張解釈をして７号で処断しようとしている。思うに、その理由として２点が予想される。１つは、上記のように、被告法人は教員について裁量労働制を採用していないにもかかわらず、教員の労働時間の把握も管理もしていないから、原告の「遅刻、早退等の職務不良」をまったく把握できないのである。第２に、「しばしば遅刻、早退」があったという程度では、「停職６月」を導くには無理があると考えられたからである。

しかし、かかる解釈は、繰り返すが、あってはならない拡張解釈であり、法律家として決して容認することはできない。これだけでも、懲戒処分の適法性に基本的な疑念を生じさせるほどのものである。

なお、懲戒処分書はこれらの「無断欠勤」行為について、就業規則３３条（職務に専念する義務）違反も付加している。同義務は、公務員等の服務原則をいうものであり、被告法人では、地方公務員法３５条をそのまま法人就業規則に残してしまっている。しかし、法人職員は労働法上の労働者であって、特に免除されない限り（就業規則３４条）職務専念義務のもとに置かれると解することはできない。労働者は、労働契約にもとづき労働時間に職務を誠実に履行することが義務づけられるにすぎず、それ以上の義務は求められていない（労契法１条および３条を参照）。根底から発想の異なる公務員の「職務専念義務」を、安易に労働契約に持ち込むべきではない。

（６）就業規則４６条１号該当性

同号の該当理由について、上記「懲戒処分書」では、いうところの「無断欠勤」の「事実を解明するために本職が職務命令により再三にわたり兼業従事の実施状況の報告を求めたにもかかわらず、これに応じなかった」ことが挙げられている。

これは、被告法人の発した、「記録等の提出について」と題する、①平成２１年５月１５日付文書、②同年６月１０日付文書、③同年６月３０日付文書、④同年７月１７日付文書に対して、原告がこれに応ずることなく提出しなかったことを意味するものと思料される。これらで要求されているのは、各書面記載の４種類の資料であるが、その目的として、①では「貴殿の勤務実態について正確に把握する必要」、②では「関係業務への貴職の従事の状況（場所、時間等）を把握する」、③④では「貴職の勤務実態を把握する」ことが記載されている。

使用者の業務命令または職務命令について、「業務」、「職務」の意義は一般に広く解されているから、記録の提出の要請を職務命令と解することはやむを得ない（電電公社帯広局事件・最１小判昭和６１年３月１３日民集４５巻８号１２７０頁参照は、労働者に対する健康診断受診命令を業務命令と判断している）。

しかし、先に述べたように、裁量労働制の適用されていない労働者に対して、労働時間の把握の義務を負うのは、他ならぬ使用者である。それは、上記のように、労基法上の使用者に課された義務である。自らその把握・管理責任を怠っておいて、後になって労働者にその資料把握のための資料提出を求めることが、適法な職務命令といいうるか、はなはだ疑問と言わなければならない。

しかも、これらの文書に対して、原告は、①および②に対しては同年６月１０日回答書、③に対しては同年７月７日回答書、④に対しては７月２６日付回答書で、回答と反論を行っている。その経緯を無視して「報告を求めたのに、これに従わなかった」ことを処分事由とするのは、労使対等による合意を基本理念とする労働契約の原則（労契法３条１項）に背馳するものである。

結局、本件において、就業規則４６条１号についても、これを適用することはできない。

３．懲戒権の濫用の成否

（１）懲戒権濫用法理の判断構造

上述のように、労契法１５条は、「使用者が労働者を懲戒することができる場合にお

いて」、懲戒権濫用の可能性を定める規定である。本件では、上記２で検討したように、そもそも就業規則の懲戒事由に該当せず、「懲戒することができる場合」に当たらない（＝懲戒権を行使し得ない）のであるから、懲戒権濫用の有無を論じる必要はない。しかし、それでも念のために、仮に就業規則該当事由があったとしても、なお懲戒権濫用が成立しないかについて、簡単に検討しておこう。

同条によれば、懲戒権の濫用は、「当該懲戒に係る労働者の行為の性質及び態様その他の事情に照らして、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合」に成立する。そこで、ポイントは、①「客観的に合理的な理由を欠」いていないか、および、②「社会通念上相当であると認められ」るかにあるので、以下、これを分けて検討する。

（２）「客観的で合理的な理由」を欠いていないか

（ａ）懲戒理由の合理性

まず、懲戒理由が「合理的」であるとは、主張される事実が真に存在し（真実性）、懲戒処分を正当化する行為（正当性）であることを意味する。

ここでは繰り返さないが、３８３日の「無断欠勤」が真実であるといいうるかが、改めて問題となる。

次に、原告が仮に多数回の国内外の出張等を行っていたとしても、被告法人は、裁量労働の措置もとらず、他方で原告の勤務状況について何ら時間把握を行っていない。のみならず、かかる勤務実態に対して、その当時に何らかの指摘や注意を繰り返していたという事実も、筆者に与えられた現時点で提出済みの裁判資料では見受けられない。継続的な労働関係の中で、これまで何ら問責しなかった行為について、突如として懲戒処分とすることは、とうてい正当とはいい難い。

さらに、被告法人または県立大学における教員の労働時間管理において、原告以外の教員についても無断出張や無断欠席、遅刻・離籍・早退について、原告と同様に懲戒処分の措置がとられていた事実も窺われない。にもかかわらず、ひとり原告のみに停職 6 ヵ月の処分に処しているのであれば、その恣意的運用は明らかであり、この点でも正当な処分とはとうてい言い難い。

（ｂ）懲戒理由の客観性

次に、懲戒理由が「客観的」であるとは、それが検証できる事実に裏付けられている

ことを意味する。本意見では問題にしないが、乙号証の示す「３８３日の無断欠勤」が客観的に検証しうるものかが問題となろう。

（３）「社会通念上相当」か

懲戒処分が社会通念上相当とは、懲戒事由に一応の合理性があるとしても、なお停職６月の処分に値する程度のものであるかについての判断である。

停職という懲戒処分は、懲戒解雇に次いで重い処分であり、勤務記録に残され、将来のキャリア形成に悪影響を及ぼす烙印である。しかもそれが６月の長期に及ぶことは、いっそう多大な影響を及ぼす。

本件の事実経緯によれば、原告は、平成１６年８月に「長崎県大学等発ベンチャー創出事業」に採択され、出資を受けてベンチャー会社を設立したものである。それを前提に、法人化前は長崎県より「営利企業等従事許可申請書」を受け、その後は毎年被告法人理事長より「兼業従事許可申請書」を受けて、同社の運営に従事していた。しかも、被告法人は原告を含む教員について裁量労働制も採用せず、かつ時間管理もしていないようである。かかる状況の下で、仮に「無断欠勤」が多かったからとしても、これを「停職６月」という重い処分に処することが「社会通念上相当」といいうるか、疑問であるといわざるをえない。

（４）懲戒手続

労契法１５条の規定では明確でないものの、不当な懲戒手続が懲戒権濫用の要素となることは、定着した考え方である（手続に７年を要した懲戒処分について、懲戒権の濫用と判断した例として、ネスレ日本事件・最２小判平成１８年１０月６日労判９２５号１１頁）。

（ａ）懲戒手続の根拠不備と策出

この点について本件をみるに、先に１（１）で述べたように、処分対象事実とされた期間（平成１５年９月１５日から平成２０年１１月３０日までの期間）が終了して、約４ヵ月後（平成２１年３月２５日）に制定された「長崎県公立大学法人職員の懲戒等に関する規程」を、本件懲戒処分に適用することは、手続的正義に背馳するものでありとうてい許容できない。したがって、第１に、本件処分は、懲戒手続に関する規定不備のままなされたものと解すべきであり、適正手続の要請に悖るといわざるをえない。第２

に、同規程は、その作成時期からして、原告の処分のために作成されたものであるとの疑いを生じさせるものであり、そうした恣意的な手続の策出という点でも適正手続違反の強い疑いが生じる。

（ｂ）本件処分における手続

本件処分に適用される懲戒手続は、同規程から離れて、懲戒法理においていわば一般法理として求められる適正手続でなければならない。また、本規程に基づき手続が実施されたとしても、それが一般的な適正手続の要請を満たすものでなければ、何の意味も持たず、その要請に応える手続が実施されていない限り、懲戒権の濫用の要因となりうる。

かかる観点から、①平成２１年８月３１日夕刻の「兼業従事許可等に関する事実確認について」の手交、②翌９月１日の「調査委員会」の開催、③９月７日の教育研究評議会で弁明機会を設ける旨の「通知書」交付、④９月１０日の教育研究評議会実施、⑤同日教育研究評議会で「処分の要否について審議」、⑥９月１５日懲戒処分の発令と流れる、一連の手続の実施が、形式に流れる手続ではなく、適正手続の要請に実質的に応えるものであるかを検討すべきである。特に、②の調査委員会の実質的内容、④の教育研究評議会の手続が、実質的な公正手続の要請に応えるものであったかが焦点となろう。

これを具体的に見ると、上記①の「出席依頼書」手交（平成 21 年 8 月 31 日「夕刻」）から、②の「調査委員会」開催（同年 9 月 1 日 16 時 20 分）までの時間は、おそらく 24 時間以内の短時間であり、このように非常識な形で調査委員会への出席を依頼することに合理性をみいだしがたい。

次に、②の調査委員会は、「（懲戒規程）4 条 1 項の規程に基づき」事情聴取を行うとのことであるが、その内容に具体性がないばかりか、そもそも事後法である懲戒規程に基づき手続を進行すること自体に上記の通り問題がある。

一般に不利益処分の手続においては、正当の事由がない限り、処分対象者が権利擁護のために弁護士代理人の出席させることを拒むことはできないのが適正手続と考えられるが、法人側は、調査委員会及び教育研究評議会の手続で、正当な事由を明らかにすることなく、実力で弁護士代理人を排除しており、その合理性は疑わしい。

本件処分対象行為は、平成１５年９月１５日～同１７年３月３１日の、原告が地方公務員法２９条およびそれに基づく懲戒規程の適用下にあった時期の行為を含んでおり、同法の身分保障原則の理念が十分に斟酌すべきであるところ（1（1）を参照）、本件手

続には、地公法上の公開の審査会も、処分理由書の交付手続も実施されておらず、同理念から著しく離れた手続で処理されている。

以上の点を考慮すると、本件処分は手続の側面から見ても、合理性を疑わせるものであり、この点でも懲戒権を濫用したものとして無効と判断すべきであるように思われる。

４．結論

以上のとおり、卑見によれば、次の結論に達する。

労契法１５条を適用して解釈した場合、本件懲戒処分は、①被告就業規則４６条８号および１号各号に該当するとは解釈しがたいから、就業規則違反の行為として無効と判断され（労契法１２条）、②仮に、就業規則の同条に該当して適法な処分と解するとしても、懲戒権濫用に該当すると解される可能性が高く、やはり無効となる（労契法１５条）。

したがって、また、被告は民法５３６条２項に基づき、停職期間中の賃金を支払うべき義務を負う。

御庁におかれては、以上の意見を考慮いただき、また本件が労働契約法の諸原則のもとにあることを特に留意され、公正な判断を下されるよう希望するものである。