

論 説

育児期間中の深夜勤務免除請求をめぐる法的検討

— 日本航空インターナショナル事件 東京地裁判決を契機に —

浅 倉 む つ 子

はじめに

- 一 日本航空インターナショナル事件・東京地裁判決（平成19年3月26日労働判例937号54頁）について
 - 二 職業生活と家族生活の両立支援を目的とする立法政策の展開
 - 三 両立支援立法と労働契約理論
 - 四 深夜業免除申請者の勤務割当について
 - 五 本件判決に関する論評
- おわりに

はじめに

先進諸国においては、近年、労働者が家族的責任を果たしながら職業生活を継続することができるように、職業生活と家族生活の両立支援を目的とする法制度の充実がめざましい。日本でも1991年の育児休業法（当時）⁽¹⁾

(1) 職業生活と家族生活の両立をめぐる法政策については、OECDの調査報告が詳しい。OECDは数カ国ずつを対象に実施した調査報告書を、2002年から毎年、出版している。2003年に出版された第2回目の報告書は、オーストラリア、日本、アイルランドが対象であり、これは邦訳されている。OECD（高木郁郎監訳）『国際比較：仕事と家族生活の両立』（明石書店、2005年）。EUとイギリスの法政策については、宮崎由佳「EUにおけるジェンダー平等へのアプローチ」労働法律旬報1609号（2005年）15～27頁、内藤忍「イギリスにおける仕事と家庭の両立のための

を嚆矢として、かかる両立支援策の立法化が図られてきている⁽²⁾。

この両立支援立法の中心に位置する育児介護休業法は、労働者が、1歳に満たない子を養育するために育児休業をする権利(5条1項)を、またその子が1歳から1歳6か月に達するまでの期間についても、育児休業をする権利を定める(5条3項)。この法はまた、上記の休業制度に加えて、1999年以降には、小学校就学前の子を養育する者は深夜業の免除を請求できること(19条1項)など、就労しながら子の養育を行う労働者への両立支援措置を定めるようになった。一定の期間、一時的であるにせよ職場を離脱することになる「休業」とは異なり、深夜業免除制度等の両立支援措置制度は、労働者が従前の就労を継続しながら日々の育児に携わることができるといってよい点で、両立支援立法に規定されている施策の中でも、とりわけ重要な位置を占めるものである⁽³⁾。しかしこれまでは、これら両立支援措置制度のあり方や法的意義について正面から論じた学説・判例は、ほとんどなかったといえる。

本稿を執筆する契機となった裁判例、日本航空インターナショナル事件(東京地裁判決平成19年3月26日労働判例937号54頁)は、育児介護休業法に規定されている各種の措置の中でも、就労を継続しながら両立支援を図る制度である深夜業免除制度が初めて法的な争点となったケースである。本

法政策の進展」労働法律旬報1609号(2005年)39～52頁、ジョアン・コナハン(浅倉むつ子監訳)「女性、労働、家族：英国の革命か？」労働法律旬報1609号(2005年)53～69頁などを参照のこと。

- (2) 近年の育児介護支援策と少子化対策については、以下のものを参照。浅倉むつ子「少子化対策の批判的分析—妊娠・出産・育児・介護の権利保障の観点から」労働法律旬報1609号(2005年)4～14頁、菅野淑子「少子化対策と労働法—リプロダクティブ・ライツと家族概念からの検討」日本労働法学会誌106号(2005年)83～95頁、神尾真知子「少子化対策をジェンダー法学はどう見るか」ジェンダーと法第3号(2006年)80～95頁。
- (3) 本稿で両立支援措置制度というときは、現行育児法の時間外労働制限制度(17条、18条)、深夜業免除制度(19条、20条)、勤務時間短縮等の措置(23条、24条)をさすものとする。

件訴訟の結果によっては、職業生活と家族生活の両立支援立法の中心的施策の一つとして位置づけられている深夜業免除制度が、実際にはほとんど利用され得ない「絵に描いた餅」に終わるのか、それとも子を養育する労働者にとって実質的な支援として有意義に機能する制度たりうるのかが左右されかねないとして、研究者の注目も集めていた。その意味で、本件訴訟は、両立支援策の行方にとっての重要な分岐点としての意味をもつものであった。

しかも本件訴訟の被告会社は、日本の航空産業を代表する大企業であり、女性労働者を数多く擁する企業でもあるため、本件における深夜業免除制度の運用が法的にどのように評価されるのかは、日本企業の今後の雇用管理にも影響を及ぼさざるをえないものであった。それだけに、本件訴訟には労使双方から重大な関心が寄せられてもいた。

さて本稿は、このような意味をもつ日本航空インターナショナル事件東京地裁判決を素材として、日本における職業生活と家族生活の両立支援をめぐる立法政策の動向を整理し、これら両立支援立法が労働法理論もしくは労働契約法理にいかなる影響を及ぼしてきたのかについて検討したうえで、本件訴訟の争点である深夜業免除制度について法的に分析しつつ、私見を述べようとするものである。

一 日本航空インターナショナル事件・東京地裁判決 （平成19年3月26日労働判例937号54頁）について

1 認定された事実の概要

まず本件判決が認定した事実の概要を、簡単に整理しておこう。

Y（被告会社＝日本航空インターナショナル）は、国際線および国内幹線における定期航空運送事業等を目的とする企業であり、X1～X4（原告）は、昭和53年から58年の間にYに雇用され、国際線への乗務を主とする

成田基地に配置されていた客室乗務員である。X1～X3は現在も Y に勤務しており、X4は平成18年1月末日で Y を退職した。

Y における深夜業免除制度においては、以下の事実が認められる。(ア)深夜業免除を申請した客室乗務員については、午後10時から午前5時(以下、「深夜時間帯」という)の勤務が免除される。(イ)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は無給となる。すなわち、Y の賃金規定14条3号(就業規則15条11号・就業規則解釈運用基準15条10項H号)は、「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」についての賃金の支払いはその都度決定する旨規定しているところ、Y は、平成16年7月15日、「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」については賃金を支払わない旨決定した。(ウ)「乗務手当一般保障⁽⁴⁾」が、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。すなわち、客室乗務員が所定の乗務員編成の一員として乗務に従事した場合、あるいは Y または他社の航空機に便乗した場合には乗務手当が支払われるが、この額が1月あたり65時間に相当する乗務手当額を下回る場合にはその差額が乗務手当一般保障として支払われていたところ、Y は同日、客室乗務員諸手当規程16条1項8号を新設し、「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」については乗務手当一般保障が停止される旨を規定した。(エ) Y に勤務する全客室乗務員の約85%により組織されているジャル労働組合(以下、JALFIOという)は、上記各規定及びこれに従った取扱いに合意している。なお JALFIO との合意をとりつける際に Y は、「勤務日数の保障はしかねるものの、当面の間、1暦月において5日間の勤務日を確保する」旨を約束した。

X らはいずれも日本航空客室乗務員組合(以下、「客乗組合」という)の組合員であり、客乗組合は、上記各規定およびこれに従った取扱いに合意しなかったため、Y が2003年8月に深夜業免除申請をした者について上

(4) 判決文において「業務手当」と言及されている箇所が複数あるが、正しくは「乗務手当」である。

記の取扱いを開始して以降は、Xらは、多くても月2回程度の乗務しかアサインされないようになり、一方、JALFIO所属の客室乗務員に対しては、1月に5日～13日（概ね10日前後）の乗務がアサインされてきたことが認められる。なお、Yが「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」に該当するとした場合、その日は無給日（以下「MSH」という）として指定されている。

Xらは、Yのかかる取扱いについて、①主位的請求として、Xらが「債務の本旨に従った」労務の提供をしたにもかかわらず、Yが正当な理由なく当該労務の受領を拒否したものであると主張し、反対給付である賃金請求権を主張した。すなわち2003年10月1日から2004年3月31日までの間に、もし月間20日ないし21日間就労していれば支払われたはずの基準内賃金および基準外賃金から、実際に受け取った金額を差し引いた分の賃金、すなわち、カットされた賃金全額の支払いを求めた。また、②予備的請求として、Y社側の業務上、経営管理上の都合によるXらの休業については、労働基準法26条の「使用者の責に帰すべき事由」による休業というべきであるから、Xらは休業手当請求権を有するとして、同期間において不就業・無給日として扱われた日について、平均賃金の6割を支払うように請求した。

2 判旨

東京地裁（土屋昭彦裁判官）は、Xらの主位的請求を一部認容して、ほぼ請求額の半額の支払いをYに命じた。その理由は、以下の通りである。

(1) Xらは、「深夜業の免除を申請することによって、深夜時間帯における就労の免除を求めたにすぎ」ないから、Xらは「それ以外の時間帯において、客室乗務員としての労務を提供する意思及び能力を有しており、その履行を提供していたことは、客観的に見て明らか」である。育児法19条1項は、「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ことを明らかにしたと

解す」べきところ、X らには、「深夜時間帯における労務提供義務はないのであるから……X らのした労務の提供が債務の本旨に従った労務の提供として欠けるところはなかったというべきである」。Y は、「本件 MSH を MSH と指定し、X らに対して乗務をアサイン」しなかったのであるから、Y は、「X らが提供した債務の本旨に従った労務の受領を拒絶したと認めることができる」。

(2) X らは、「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」とは、Y が可能な限り深夜業以外の勤務につかせる措置をとったうえでなお勤務を指定できず不就業になる場合をさすとして解すべきであるとして、本件 MSH については、Y がかかる措置をとったことが認められないため、上記の「不就業が発生した場合」にはあたらないと主張した。たしかに Y は、「勤務割の作成に際しても、1 か月に 1 日か 2 日程度の乗務をアサインした後は、所定の休日等を除く空白日に別の乗務をアサインできるかどうかについて特に検討することもなく、MSH と指定しているにすぎないことが認められる」。しかし、「深夜業免除者に割り当てることができる乗務は、基地への出頭が午前 5 時以降の便で、午後 8 時半までに帰着する国内線又は午後 7 時半までに帰着する国際線の便にかかる乗務（以下「深夜業免除パターン」という。）であるが」、これは「全乗務パターンの約 2 ないし 3 パーセントしかな」く、割当に関する諸事情を勘案すれば、「約 75 名の分しか確保しえないことが認められる」。一方、「本件請求期間における深夜業免除者は 75 名を大きく上回っていたのであるから、……免除者の全勤務予定日に乗務を割当てることは物理的に不可能で」あった。また、X らは、より多くの深夜業免除パターンを割当てるための方策を種々指摘するが、①既存の乗務パターンを分割して深夜業免除パターンを創設することは膨大なコストがかかること、②代替するために待機する乗務であるスタンバイ勤務は、乗務パターンの約 98% が深夜時間帯を含む乗務パターンであるため、深夜業免除者に割り当てるとはあまりないこと、③羽田客室乗務部 (HJZ) または羽田フライト旅客部 (KPN) への配

転は、業務運営上必ずしも適切ではないこと、④地上勤務への割当ても同様であること、⑤ JAL ジャパンへの出向は、同社におけるマンニング不足を補うためであって目的に添わないことが認められ、仮にこれら各種方策を「Yに求めるとすれば、過大な負担をYに課す結果となるといわざるをえない」。「しかしながら、深夜業免除制度を定めた育介法は、就労を免除された深夜時間帯の勤務についてすら有給であることを保障していないのであって、ましてや上記のような過大な負担を課す結果となることを使用者に義務づけていると解することは到底できないから、……各種方策を実施することがYに義務づけられていると認めることはできないし、『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』の解釈についても、Xらが主張するように限定して解釈すべき根拠もない」。

(3) しかし、客室乗務員の実際のパターン編成及び勤務体制は、必要に応じて随時柔軟に運用されているので、「ベーシックパターンにない深夜業免除パターンが深夜業免除者に対してアサインされることもあり」、また、「JALFIO 所属の客室乗務員に対して、1か月に5日から13日（概ね10日前後）の乗務がアサインされている」ことからみれば、Xらに対しても「同程度のアサインをすることは、十分に可能であったと認めるのが相当である」。したがって、JALFIO に所属する深夜業免除者に乗務がアサインされた日数に「至るまでの日数については『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』にはあたらないと認め」、この日数については、「Yの受領拒絶によるXら債務の履行不能はYの責に帰すべき事由に基づくものである」というべきである。なお、Xらは、賃金規定14条3号（就業規則15条11号・就業規則解釈運用基準15条10項H号）に基づく上記のような取扱いが従来にはなかった不利益取扱いであるとも主張するが、その事実は認められない。

(4) 客室乗務員諸手当規程16条1項8号が新設されたために、Xらは客室乗務員手当一般保障を支給されなくなったのであり、これは「いわゆる就業規則の不利益変更にあたり解する余地」があるが、① Yは深夜業免

除者を多く受け入れることを前提とした制度維持のために、「既に多額のコストを負担して」いること、②「Xらは、自らの意思で深夜業免除の申請をしている上、……自ら選択した職務の特殊性の故に、……結果的に不就業を余儀なくされるに至ったにすぎ」ず、③ Xらの被る不利益も、Xらが実際には乗務していない時間にかかる乗務手当相当額にすぎないこと、④乗務手当保障は、「客室乗務員に対して1か月65時間の乗務を指定することが期待できることを前提として、実際にアサインされた乗務時間の不公平を是正するための制度であるから、そのような前提を欠く深夜業免除者にこの制度を適用することはそもそも合理的なものではない」こと、⑤「客室乗務員の約85%により組織されている JALFIO が……取扱いに合意していること」、また「Yは、……客乗組合との間で団体交渉等を行っており、Yのこの間の対応が不誠実なものであったと認めるに足る証拠もない」ことなどから、客室乗務員諸手当規程16条1項8号は合理的なものであると認められるので、「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」にあたると判断された日数については、乗務手当一般保障が停止される。

(5) 予備的請求については、Xらの不就業がYに起因する経営、管理上の障害によるものということとはできない。

(6) 結論として、Xらにも JALFIO 所属の乗務員並みのアサインをなすべきであったとすれば、Xらにはほぼ1日あたり4時間の乗務時間が加算されたはずであるので、新たな客室乗務員諸手当規程16条1項8号の下においても、Xらには、支給されなければならない乗務手当が存在する。それらを計算して、判旨は、Xらに対して、JALFIO 所属の客室乗務員にアサインされた日数に満たない日数分の基準内賃金差額分と未払いの乗務手当差額分を支払うようにYに命じた。支払いを命じられた金額は、Xらの請求額のほぼ半額であった。

3 判旨のポイント

判旨について、注目すべきポイントは、以下の点である。

第一に、判旨が、Xらが「客室乗務員としての労務を提供する意思及び能力を有しており、その履行を提供していた」と認め、同時に、Yが「Xらの提供した債務の本旨に従った労務の受領を拒絶した」と認めたことである（前掲2(1)）。このような認定によって、本件の法的な争点は、まさに、YによるXらの労務の受領拒絶が正当と認められるかどうかという点であるとされた。

第二に、判旨は、Y社の取扱いは「勤務割の作成に際して……空白日に別の乗務をアサインできるかどうかについて特に検討することもなく、MSHと指定しているにすぎない」として、Yの行為の従業員への配慮のなさを認めつつ、しかし一方で、受領拒否の正当事由については基本的にY社の主張をことごとく採用し、さらに、育介法は使用者に過大な負担を課すことを義務づけていないとして、Xの提示した方策をすべて否定したことである（前掲2(2)）。

第三に、とはいえ、判旨は、JALFIO所属の客室乗務員にアサインしたのと同程度の乗務をXらにアサインすることは十分に可能であったはずであるとして、JALFIO並みのアサイン日数に至らないXらの乗務日数分は、Yの責に帰すべき事由に基づく受領拒否に該当すると判示した（前掲2(3)）。

第四に、就業規則の不利益変更にあたるかどうかという点について、判旨は、①賃金規定14条3号（就業規則15条11号・就業規則解釈運用基準15条10項H号）の規定に基づく「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」の基本給不支給という取扱いは、従来にはなかった不利益な取扱いであるというXらの主張を否定する一方で、②客室乗務員諸手当規程16条1項8号が新設されたことは、就業規則の不利益変更にあたるとして、その変更の合理性について内容にわたる判断を行い、その結

果、当該規程の合理性を認めている。

判決は、そのような判断をした上で、結果的には、半額であったとはいえ、Xらの請求をほぼ認容したものであって、それゆえにXらは控訴することなく、本件は確定した。しかし残念ながら、判旨は、もっとも期待されていたところの、職業生活と家族生活の両立支援を目的とする法制度の根幹である深夜業免除制度そのものに関する立法趣旨や法規範性について、ほとんど述べずに終わっている。Xらの主張を認めたのは、上記からも明らかなように、Yが併存する労働組合の組合員間で差別的取扱いをしていたからであって、もしかかる差別的取扱いがなかったとしたら、いったい本件のようなY社の行為には、果たしてどのような法的評価が下されたのだろうか、その疑問に答えるものではなかった。もしY社のような取扱いが認められるとすれば、深夜業免除を請求した者は、深夜業自体は免除されるとしても、深夜業以外の勤務がアサインされずに多額の賃金がカットされることになり、いわば自宅待機が命じられるのと同様の取扱いを受けることになってしまう。これでは、深夜業免除申請者は自宅で霞を食っていればよいというに等しい取扱いであって、到底、法の趣旨に合う取扱いとはいえないのではないか。それが、率直な感想である。

そもそも本件判決は、冒頭に述べたように、深夜業免除制度が、実際にはほとんど利用され得ない「絵に描いた餅」に終わるのか、それとも実質的な支援として有意義に機能する制度たりうるのかについて、分岐点としての意味をもってははずであった。そこで、本稿では、判旨が述べなかったことについても、検討を深めてみたい。

4 補充的事実

理論的な検討を行う前に、本稿は判例評釈ではないので、判旨が認定しなかった詳細な事実⁽⁵⁾についても、補足しておきたい。

(5) ここに補足する事実は、私が本件に関わって裁判所に「意見書」(2006年9月1日東京地裁宛「日本航空インターナショナル(深夜業免除請求)事件に関する意

そもそも Y 社が本件の深夜業免除制度を導入したのは、1999年3月のことであった。Y 社は、1999年4月1日に施行された育児介護休業法に基づいて、Y 社においても、同法19条（施行当時は同法16条の2）の規定と同様の深夜業免除制度を導入することにしたのであった（1999年3月18日改訂就業規則20条2項、就業規則解釈運用基準20条2⁽⁶⁾）。これによって、小学校就学前の児童を養育する客室乗務員は、適用を希望する月の前月1日までに被告会社に申請することを通じて、認定事実のように、深夜業を免除されることになった。Y 社は、当初、免除申請をした客室乗務員を、始・終業時刻が深夜時間帯にかからない国内便、あるいは国際便のうち中国便・韓国便などの日帰り便の乗務に従事するように勤務割を行ってきた。すなわち当該制度が始まってから当分の間は、深夜業免除制度を適用された客室乗務員は、適用を申請しない者と同じ月間約20日間の勤務に従事していたのである⁽⁸⁾。

2003年2月に、Y 社は、「4月以降は、深夜業免除制度の対象者を75名枠とし、新規適用者は抽選とする」旨の方針を提示した。この時点で、深夜業免除制度の適用を受けていた者は約60名であり、これに加えて、新規に同制度の適用を申請する予定の者は約100名であった。Y 社がここで提

見書]）を提出した際に、原告側弁護団から提供された事実に基づいている。

- (6) 被告会社の就業規則20条2項は、「小学校就学の始期に達するまでの子を養育する者または要介護状態にある対象家族を介護する者が請求する場合は、深夜業を免除する。ただし、これにより事業の正常な運営が妨げられる場合はこの限りではない」と定めている。
- (7) 就業規則解釈運用基準20条2は、就業規則20条2項に関する解釈について定めており、「適用期間」は1申請につき、原則として暦日単位で最長6か月とすること（連続申請可）、「申請方法」は、「原則として適用希望期間の前月の1日までに」、申請書に必要事項を記入して所属長経由、勤務管理担当グループ長宛に申請することなどを定めている。
- (8) 客室乗務員就業規程第23条は、「国内線、国際線にかかわらず、勤務割単位期間（1暦月単位）内における休日は少なくとも10暦日を基地において与える」とし、客室乗務員の月間休日数が10日である旨を定めているため、勤務割当（アサイン）は月間20日ないし21日であった。

示した方針は、継続適用者60名を除き、新規申請者約100名から抽選で約15名を選抜し、選抜された者のみに深夜業免除制度を適用し、残り85名には同制度を適用しないというものであった。

Y社によれば、方針変更の理由は、第一に、「JJ 統合（日本航空と日本エアシステムの両社の統合）に伴う国内線の路線構成が再編されたことに伴い」、Y社の「日帰り勤務パターンの数が減少する」からであり、第二に、「深夜業免除申請者が増加するため、4月以降は従前のように、日帰り勤務のみで申請者全員の1ヶ月間の勤務予定日（20日～21日）を埋めることができなくなる見込みとなった」ため、というものであった。

上記の方針変更に対して、客乗組合からは、育介法19条違反であるという批判が上がった。東京労働局は、同年3月6日に、Y社に対して、①「深夜業制限を適用する労働者の枠」の拡大努力とそこから「外れた者に対する配慮」の検討、②「緊要度の高い者を優先する等合理的な方法が求められること」、③「恒常的に深夜業の制限を拒むことを前提に業務運営を行うことは問題があり、制限を希望する労働者が制限の適用を受けられるよう、人管理体制の整備を可及的速やかに検討し、実施すること」、という三項目にわたる指導を行った。

Y社はこの後、75名枠に漏れた新規対象者については、「離基地日数4日以内の乗務をアサインし、これに乗務できない場合は本人の申告により特別休職制度（無給）を設ける」ことを提案した。これにより、連続4日の乗務ができない者は、無給の休職の申請を余儀なくされることになり、かかる取扱いが2003年4月から7月まで継続されたのである。

さて、2003年6月4日、Y社は、さらにシステムを変更することを提案した。それは、同年8月以降は、深夜業免除申請者に、「深夜業免除パターン」を可能な限り割り当ててを基本として、申請者の勤務割が「深夜業免除パターン」のみで作成・運用できない場合は、「深夜業免除パターン」を「申請者全員に極力均等に割り当て」、それ以外の日については、「深夜業免除日」として無給扱いとし（MSH）、かつ、乗務手当の月間65

時間分の保障を停止する、というものであった。

ところで、Y社における客室乗務員の賃金は、基準内賃金と基準外賃金によって構成されている。乗務手当はこの基準外賃金の中核をなすものであって、客室乗務員が乗務に従事した場合またはY社あるいは他社の航空機に便乗（客室乗務員が乗務もしくは訓練等飛行に伴い、自社機または他社機により基地または目的地に移動すること）した場合に支給され、その額は、各客室乗務員の経験年数に従って算定される乗務時間単価に当該客室乗務員の実乗務時間数を乗じて決定される。そして、乗務手当が1か月当たり65時間に相当する乗務手当額を下回る場合には、その差額の支給が就業規則により保障されていた（客室乗務員諸手当規程第12条別表—3）。

同年6月下旬、Y社は、上記「深夜業免除日は無給、乗務手当保障の停止」の受入を内容とする労働協約の締結を条件に、当面の間、「月間5日分の勤務アサイン」を提案し、JALFIOはこの提案を受け入れ、労働協約を締結し、客乗組合は締結を拒否した。客乗組合がこれを拒否した理由は、第一に、月間で5日分しか賃金を払われず、深夜業免除日を当然に無給とされたのでは、深夜業免除申請者は生活ができなくなるため、深夜業免除制度自体の趣旨を没却するこのような措置を受け入れることはできないからであり、第二に、Y社提案の「月間5日」の勤務アサインも、あくまでも「当面」のことにすぎず、将来的には5日分の賃金さえ支払われなくなる可能性があると判断したからである。

7月25日にY社は、就業規則、就業規則解釈運用基準を変更し、さらに客室乗務員諸手当規定を改訂して、「深夜業免除日は無給、乗務手当の月間65時間分保障は停止」という取扱いを実施した。⁽⁹⁾

(9) ここで行われた変更とは、以下のことである。すなわち、就業規則・就業規則解釈運用基準第15条（無事故扱い）第10項第2号の適用事例のH号に、「就業規則第20条第2項の定めにより深夜業の免除を請求し、不就業が発生した場合」が新設された。これによって、深夜業免除日による不就業は「無事故扱い」となった。その場合の賃金は、規程上は「その都度決定する」とされたままであったが、Y社はこれを期に、これを「無給とする」決定を行った。乗務手当については、客室乗

上記のような経緯を経て、2003年8月から、Y社は、深夜業免除申請をした者について、JALFIO所属の組合員には月間概ね10日前後の深夜業免除パターンを割り当てる一方、Xら客乗組合員には月間1日から2日程度の割当しか行わないという取扱いをしてきたものである。その結果、Xらの賃金は大幅にカットされた。なお、Y社には、2004年1月末現在で、6574名の客室乗務員がいたことが認められている。

二 職業生活と家族生活の両立支援を 目的とする立法政策の展開

まず、職業生活と家族生活の両立をめぐる施策の展開を整理して、育児介護休業法19条の趣旨について検討を加えてみたい。

1 育児休業の法制化

1972年に制定された勤労婦人福祉法は、初めて、働く女性への就業援助措置として、「育児のための便宜の供与」を事業主の努力義務とした(同法11条)。1975年には、国・地方公共団体の学校・施設に勤務する女性の教員、看護婦、保母のための育児休業制度が立法化された(「義務教育諸学校等の女子教育職員及び医療施設、社会福祉施設等の看護婦、保母等の育児休業に関する法律(特定職種育児休業法)」。勤労婦人福祉法のこの規定は、同法が1985年に男女雇用機会均等法へと全面改正されたときにも、均等法28条へと引き継がれた。

その後、1980年代後半には中長期的に労働力不足基調が続く中で、女性

務員の乗務により計算された乗務手当が月間65時間分の一般保障額を下回る場合は、その差額が乗務手当保障として支払われるとされていたが(客室乗務員諸手当規程第14条)、同規程第16条(乗務手当の停止)1項8号に、「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」が新設され、深夜業免除による不就業者には当該乗務手当保障が停止されることになった。

労働力の増加が期待され、その中でも出産・育児期に継続就業を可能とする条件整備が不可欠となったこと、さらに、合計特殊出生率⁽¹⁰⁾の低下傾向が顕著となり、出生率低下の一因が仕事と育児の両立の困難にもあるのではないかと考えられるようになり、育児休業の法制度化の要請が高まった⁽¹¹⁾。その結果、「女性労働者の能力発揮の促進の観点と、高齢・少子社会への対策の観点⁽¹²⁾が合致して、幅広い支持⁽¹²⁾のなかで」育児休業法が制定された（1991年5月制定、1992年4月より施行、ただし30人以下の小規模事業所については3年間適用が猶予されたため、1995年4月から全面適用）。この時点において、同法は、女性の就業援助のための規定ではなく、男女に共通の休業の「権利」を保障する法規定を備えることになった。育児休業は、旧均等法における努力義務とは異なり、使用者に対する「強行的義務」づけ規定⁽¹³⁾になった。

育児や介護のための休業制度については、その後、改正が重ねられていく。1995年4月に日本はILO第156号条約を批准し、同条約は「誠実に遵守⁽¹⁴⁾することが求められる」法規範として（憲法98条2項）、国内法と同等の効力をもつに至った。これにより、家族的責任を有する男女労働者が差別されることなく、また、できる限り職業上の責任と家族的責任との間に抵触が生ずることなく職業に従事する権利を行使することができるようにすることは、国の政策目的となったのである（同条約3条）。同条約の趣旨を

(10) 15歳から49歳までの女性の年齢別出生率を合計した人口統計上の指標で、一人の女性が一生に産む子供の数を示す数値に相当するといわれる。この数値によって、将来の人口の自然増減を推測することができる。1989年の合計特殊出生率は戦後最低を記録し、1.57ショックといわれた。

(11) 藤井龍子「育児休業法制定の背景とその概要」季刊労働法163号（1992年）34頁。

(12) 菅野和夫『労働法 [第6版]』（弘文堂、2003年）357頁。

(13) 荒木尚史「労働立法における努力義務規定の機能—日本型ソフトロー・アプローチ」『労働関係法の現代的展開』（信山社、2004年）37頁。

(14) 正式名称は、「家族的責任を有する男女労働者の機会及び待遇の均等に関する条約」。1981年6月23日、ILO総会にて採択された。

具体化してより高いレベルの措置をとることを勧告する第165号勧告もまた重要である。ILO の勧告は、勧告に記載されている内容が国内で実施されていることを ILO 事務局長に報告することによって、政府に一定の行動指針を提示するものと解されて⁽¹⁵⁾おり、日本政府も、「勧告の内容をふまえた国内施策を行っていく」という立場を明らかにしている⁽¹⁶⁾。

1995年6月には、介護休業を法制化する改正育児介護休業法が制定された（介護休業制度の義務化は1999年4月から施行）。1996年6月には、労働者派遣法の改正により、育児介護休業法の中に、育児介護休業取得者の業務への代替要員について労働者派遣事業を原則として認める特例が設けられた。

2001年11月の育児介護休業法改正では、子の看護休暇措置の努力義務規定が設けられ（25条）、さらに育児介護休業を請求したことを理由とする不利益取扱禁止が規定された（10条）。

その後も少子化の流れには歯止めがかからず、夫婦の出生力そのものの低下という新しい現象にも直面して、厚生労働省は2002年9月に「少子化対策プラスワン」をとりまとめ、育児と仕事の両立支援に加えて、男性を含めた働き方の見直しという項目も盛り込むようになった。そして、2003年7月には、少子化対策の法的根拠となる少子化社会対策基本法と次世代育成支援対策推進法が成立し、後者の立法を根拠として、301人以上の従業員を使用する一般事業主には、職業生活と家庭生活の両立を支援するための行動計画の策定が義務づけられた⁽¹⁷⁾。

(15) ニコラス・バルティコス（吾郷真一訳）『国際労働基準とILO』（三省堂、1984年）48頁、68頁。

(16) 大脇雅子「ILO156号条約の批准と今後の立法課題」労働法律旬報1381号（1996年）8頁、第132回国会参議院外務委員会会議録8号6頁。

(17) 次世代育成支援対策推進法は、常時雇用する労働者の数が「300人を超える一般事業主」の「一般事業主行動計画」策定・届出義務（第12条1項）、ならびに300人以下の「中小事業主」の同行動計画策定・届出の努力義務（第12条3項）を定め、当該届出をしない一般事業主に対しては、厚生労働大臣が届出を勧告すること

次世代育成支援対策の一環として、育児休業の期間や介護休業の回数の弾力化が議論となり、2004年には、以下のような育児介護休業法の改正が行われた。①雇用の継続が見込まれる一定の範囲の期間雇用者を原則的に育児介護休業の適用対象としたこと（5条、11条1項）、②一定の場合において、子が1歳6か月に達するまで育児休業期間を延長できるとしたこと（5条3項）、③介護休業の取得回数の制限が緩和されて、要介護状態ごとに対象家族1人につき通算93日まで取得可能としたこと（11条2項）、④子の看護休暇を年5日まで取得できるように制度化したこと（16条の2）。

2004年6月には、少子化社会対策基本法に基づく「少子化社会対策大綱」が作成され、同年12月には、これを具体化する「子ども・子育て応援プラン」が決定された。今や、「仕事と家庭の調和」のみならず「仕事と生活の調和」を強調した施策は、この国の労働政策の根幹として位置づけられるようになって⁽¹⁸⁾いる。

2 就労を継続しながら育児に携わる権利

(1) 休業以外の両立支援措置制度の重要性

育児休業制度はもちろん、職業生活と家族生活の両立を図るための重要な労働条件の一つであることは間違いない。しかし一時的にせよ一定期間職場を離脱することを内容とする休業とは異なって、労働者が従前の就労を継続しながら日々の育児・介護に携わることができる休業以外の両立支

ができると定めている（第12条4項）。一般事業主行動計画に盛り込まれる内容は「行動計画策定指針」（平成15年8月22日関係7大臣連名告示）において示されており、この指針は、とくに事業主に、①子の出生時の父親の休暇取得の促進、育児休業期間中の代替要員の確保などを含む、子育てを行う労働者の職業生活と家庭生活の両立支援のための雇用環境の整備、②所定外労働の削減や年休取得などを含む、働き方の見直しに資する多様な労働条件の整備を、計画に盛り込むように求めている。その中には、「……深夜業の制限の育児・介護休業法に基づく労働者の権利……等の関係法令に定める諸制度について、広報誌に記載する等、手法に創意工夫を凝らし労働者に対して積極的に周知する」ことも含まれている。

(18) 浅倉むつ子・前掲論文（注2）参照。

援措置制度もまた、これに負けず劣らず重要である。

なぜなら、第一に、育児休業は、部分的には保険制度でカバーされている⁽¹⁹⁾とはいえ、賃金については法の定めがなく労使の話し合いに委ねられているため、長期間の休業が場合によっては相当程度の所得の減少をもたらすことになりかねない。有給であることが法によって明示されていない両立支援措置制度においても、その点では同じである。しかしながら、両立支援措置制度の下では、労働者の就労そのものは継続されているだけに、所得の減少はより部分的であり、休業に比較して、労働者生活への経済的影響は相対的に少ない。その意味で、両立支援措置制度が設けられていることには、大きな意義がある。

第二に、育児休業は、職業生活を一時といえども中断することになり、それが職業能力の低下につながりかねない不安をもたらすが、休業以外の両立支援措置制度は、その不安を払拭するものである。

第三に、法制度上は、育児休業の期間はせいぜい子が1歳半になるまでの期間に限定されているが、その他の両立支援措置制度は、より長期にわたって利用することが可能であり、育児中の労働者にとってはより実質的⁽²⁰⁾を伴う有効な支援策たりうるからである。

また、育児休業を取得したことによる不利益処遇は法的には禁止されて

(19) 2007年改正の雇用保険法は、育児休業給付として、賃金の30%に該当する「育児休業基本給付金」および暫定的に20%に該当する「育児休業者職場復帰給付金」を労働者に支給する旨の定めをおいている(同法第61条の4、第61条の5、雇用保険法附則第9条)。育児休業期間中は、健康保険と年金保険の保険料の本人負担分および事業主負担分は免除され(健康保険法159条、厚生年金保険法81条の2)、免除された期間分も保険料は支払ったものとして扱われることになっている。このように休業する労働者に対しては、賃金相当額の50%分に該当する所得保障がなされているとはいえ、長期間にわたる休業期間中に50%の収入減が生じることの経済的影響は大きい。そしてこのことは、夫婦のうちより高い収入を得ている夫が育児休業を取得するという選択を妨げる大きな要因になっているのである。

(20) 法規定上、時間外労働の制限(育介法17条)や深夜業の制限(育介法19条)は、小学校就学の始期に達するまでの子を養育する労働者を対象としている。

いるとはいえ（育介法10条）、休業期間中を「就労したもの」として取り扱うことが完全に保障されているわけではない。⁽²¹⁾ それだけに長期の育児休業を取得することは長期の不就労期間を生み出すことになり、労働者の処遇に不利益をもたらすことがないわけではない。実際に育児休業の利用者が⁽²²⁾ 圧倒的に女性に偏っている現在では、育児休業制度の充実も、一方では性別役割分業を固定化する結果をもたらしかねないという矛盾を内包しているのである。それだけに、雇用平等の観点からみても、休業以外のさまざまな両立支援措置制度を充実させる意義は大きい。

(2) 深夜業免除制度の法制化

ここでは、このように重要な意味をもつところの、休業以外の両立支援措置制度、とりわけ本件で問題となっている深夜業免除制度の法制化の経緯とその内容を整理しておく。

従来、深夜業の制限・禁止規定は、女性に対する特別な保護規定として位置づけられてきた。それは、そもそも女性労働者自身の身体的・生理的

(21) 育介法の指針は、育児休業期間中または子の看護休暇取得日について賃金を払わないことや、退職金や賞与の算定にあたり現に勤務した日数を考慮する場合に休業した期間等を日割りで算定対象期間から控除すること等、もっぱら休業期間等を「働かなかったものとして取り扱うことは、不利益な取扱いには該当しない」としている（育介法指針第2の3(3)ハ）。産前産後休業期間中ですら、不就業期間の取扱いは、事実上、一定していない。ある調査によれば、昇進・昇格の決定、昇給の決定、退職金の算定について出産に伴う不就業期間の取扱いをきいたところ、特に定めていないとする事業所が約半数である。労働者の出勤状況を考慮している事業所は約3割であるが、そのうち「不就業期間を就業したものとみなす」事業所は、実際には半数にすぎない。厚生労働省雇用均等・児童家庭局『平成16年度女性雇用管理基本調査結果報告書』（2005年）16～17頁。出産や育児を理由とする不利益取扱いに関する検討は、浅倉むつ子「妊娠・出産を理由とする雇用上の不利益取扱い」浅倉・角田編『比較判例ジェンダー法』（不磨書房、2007年）184頁以下参照。

(22) 2003年に、在職中に出産した者または配偶者が出産した者に占める育児休業取得者の割合は、女性は70.6%、男性は0.56%である。また、育児休業取得者のうちの男女別割合をみると、女性が96.1%、男性が3.9%となっている。厚生労働省雇用均等・児童家庭局・前掲報告書（注21）19頁、64頁。

保護を目的とする規定であって、家族的責任を視野に入れた規定として位置づけられていたものではなかった。一般女性を対象とする深夜労働の制限・禁止規定、時間外労働の制限と休日労働の禁止規定、生理休暇規定、妊産婦を対象とする産前産後の就業禁止と解雇禁止等の規定は、女性労働者本人（もしくは胎児）の心身の保護を目的としており、女性がおかれている家族構成のいかんは、保護規定の内容や適用になんら影響を及ぼすものではなかった。これが大きく変化したのは、1997年の均等法改正時であった。

すなわち、1997年6月の均等法改正と同時に行われた労働基準法改正により、一般女性保護規定（時間外・休日労働制限規定〔労基法旧64条の2〕、深夜業禁止規定〔労基法旧64条の3〕）が撤廃された。⁽²³⁾ その結果、同じ時期に、育児介護休業法に、育児介護に従事する労働者が男女を問わず深夜業の就労免除を請求できる権利が規定された（育児介護休業法旧16条の2・16条の3、現行法19条・20条）。また、深夜労働に従事する女性労働者の職場環境整備については、指針（平成10年労働省告示21号）によって事業主にさまざまな安全と防犯上の配慮が求められることになった。⁽²⁴⁾

ちなみに、時間外労働の制限規定の行方についても付言しておこう。こ

(23) 1997年までは、労基法上、女性労働者に対してのみ、深夜業への就労自体が禁止されていた（同64条の3）。ただし、①保健衛生、接客娯楽、電話交換業務、農林水産業に従事する者、②女性の健康及び福祉に有害でない業務で命令で定めるものに従事する者、③「指揮命令者」または「専門業務従事者」、④業務の性質上深夜業が必要な業務に従事する者、⑤労働者の申し出に基づき使用者が行政官庁の承認を得た者は、例外とされていた（労基法64条の3第1項1号ないし5号、女子労働基準規則3条ないし7条）。

(24) 「深夜労働に従事する女性に対する職場環境の整備に関する指針」（平成10年3月13日付告示21号）は、(a) 通勤及び業務の遂行における安全の確保、(b) 仮眠室、休養室などの整備について、事業主の配慮を求めている。(a) については、送迎バスの運行、公共の交通機関の運行時間に配慮した勤務時間の設定、従業員駐車場の防犯灯の整備、防犯ベルの貸与、通勤にかかるタクシーの補助などが該当する。また、業務遂行時の措置に関しては、防犯上の観点から、周囲に労働者がいない常態で女性が一人で作業をすることや、男性ばかりの中で女性が一人で作業する

ちらについてはまず一般女性保護規定が労基法から削除された1997年に、労基法改正の附帯決議において、「中央労働基準審議会における時間外・休日労働のあり方の検討に際しては、女子保護規定の解消により、家庭責任を有する女性労働者が被ることとなる職業生活や労働条件の急激な変化を緩和するための適切な措置について、労使の意見を十分に尊重しつつ、検討が行われるように努めること」と規定され、これ以降の労働基準法改正の際の検討事項とされた。そして、翌98年9月の労基法改正で、99年に女性保護規定が失効するときを見越して、この時期から3年間の「激変緩和措置」が講じられた（労基法改正附則133条）。すなわち、これまで時間外・休日労働が制限されてきた女性のうち育児介護に携わる者については、従来の女性の時間外労働の上限どおりの基準（年間150時間）が36協定に定める時間外労働の上限時間に関する基準として設定されたのである。その後、2001年11月に、再度、育児介護休業法が改正されたとき、先の「激変緩和措置」と同じ内容の規制が、同法の中に男女共通の規定として設けられた（育児介護休業法17条、18条）。育児介護を行う男女労働者を対象とした上限を超える時間外労働の免除請求権である。また、勤務時間短縮等の措置の対象となる子の年齢は、従来の1歳から3歳に拡大され（23条1項）、労働者の転勤に際して子の養育の状況に配慮する義務に関する規定（26条）も設けられた。

以上の経緯をみると、育児介護を行う労働者に対する深夜業免除制度および時間外労働免除制度などの両立支援を定める諸規定は、当初の一般女性労働者保護規定としての位置づけから、育児介護責任をもつ男女労働者を対象とする制度へと組み替えられてきたものであることがわかる。

ことなど、女性が深夜に一人で作業することをできるかぎり避けることが求められている。

三 両立支援立法と労働契約理論

1 伝統的な労働法理論と家族的責任

従来、労働基準法などの労働者保護法ならび労働契約に関する伝統的な労働法理論は、労働者の家族的責任をほとんど考慮に入れずに、労働力の保有者である労働者本人のみをとらえて規制を行い、それにみあった法理論を提示してきた。荒木誠之は、その背景には、次のような事情があったと分析している⁽²⁵⁾。

第一に、労働力の根幹が成年男性の労働者であり、家族的責任はその配偶者である妻が行うのが当然という社会通念があったからである。使用者にとっては契約当事者である労働者本人の労働のみが関心事であり、家族の態様は労働契約とは無縁だと考えられてきた。

第二に、労働者保護法の形成から展開の過程において、法が描く女性労働者像は、家計補助的な結婚前の独身者であったため、立法者にとっては労働者の家族的責任などの観念はほとんど考慮外のことであった。

第三に、労働法にとっては労働者の家庭内部の事情はたかだか労務管理上の関心事にすぎず、「労働法、家庭に入らず」が当然とされていた。

たしかに、労働契約を「労働力の売買」とみる資本主義社会の通念からすれば、原則として、労働契約法理において労働者本人の労働能力以外の要素が考慮されることがないとしても、さして不思議ではないというべきかもしれない。その労働者が労働の場を離れていかなる私生活を送っているのかは、基本的に労働契約法理の外におかれる考慮事項にすぎず、労働契約の当事者はあくまでも労働者と使用者であるからであろう。このように伝統的な労働法が、労働者本人の労働のみを関心事として、家族の態様

(25) 荒木誠之『生活保障法の展開』（法律文化社、1999年）236頁。

や家族的責任を労働契約とは無縁のものと考えてきた背景事情に関しては、この荒木の説明は十分に説得的である。

伝統的な労働法における家族的責任のとらえ方について、私も、荒木とは若干角度を変えて、以下のように論じたことがある。⁽²⁶⁾ 一時期までは、伝統的な労働法の世界が描いてきた典型的な労働者像は、製造業に働く、熟練・フルタイムの男性正社員労働者であった。彼らは、期間の定めのない労働契約を締結し、扶養すべき家族をもち、家族を養うに値する賃金（家族賃金）を集团的に要求してきた。彼らも「家族的責任」とまったく無縁ではなかったが、男性労働者が負う「家族的責任」とは、あくまでも家族を扶養する賃金を獲得することであって、経済的な責任にかぎられていた。家族圏においてなされる具体的な「労働」、すなわち「家事労働」「育児」「介護」などは、市場労働としての「ペイド・ワーク」とは無縁の「アンペイド・ワーク」にすぎず、それらは労働法の対象外の労働である。それに比較して、労働法が関心を払わざるをえない「家族的責任」とは、あくまでも「世帯の主たる経済的担い手」としての男性労働者が果たす賃金面における経済的責任なのであった。

さて、伝統的な労働法理は、以上のように、家族的責任をごく限定的にしか考慮に入れてこなかったのである。とはいえ、職業生活と家族生活の両立支援を目的とする立法が出現する以前の労働法理論においても、労働者の家族状況や家族的責任が、法的な問題局面で全く考慮されなかったわけではない。たとえば使用者の解雇や配転命令について、企業の必要性和労働者が被る不利益を比較考量し、権利濫用の法理を適用してその効力を否定する判断は広く認められていた。⁽²⁷⁾ このような発想は、労働力の主体で

(26) 浅倉むつ子「ジェンダー視点による労働法の再構築」姫岡とし子他編『労働のジェンダー化』（平凡社、2005年）。

(27) たとえば配転について、労働者の家庭状況を考慮して配転命令の効力を否定した例としては、九州国際観光バス事件（大分地判昭和49年4月17日労働判例201号）、ナカヨ無線通信機事件（前橋地判昭和52年11月24日労働判例293号）、日本軽金属新潟東港工場事件（新潟地判昭和59年1月15日労働判例446号）などがあった。

ある労働者自身のみならず、その家族の状況をも視野に入れるという点で、伝統的な労働契約の考え方からは一步ふみだしたものであったといえよう。しかし、だからこそ、解雇や配転に当たって労働者の家族の実態を考慮するという場合には、労働契約理論の本流から外れた「例外」として、権利濫用の法理や信義則の適用という一般法理を駆使する以外、なかった⁽²⁸⁾のである。

2 両立支援立法以降の労働法理論

しかしその後、労働契約や労働者保護法をとりまく背景的な事情は一変⁽²⁹⁾した。女性の職場進出が進み、数的にも、女性は今や労働力の主要な担い手となっている。既婚女性労働者の増加は、労働法をして、現実には彼女らが担っている家族的責任に目を向けさせることになった。しかも男女共同参画社会をめざす国の方針ならびに国際社会がめざす各種の条約の趣旨等とあいまって、性別役割分業の見直しが進み、職業生活と家族生活の両立は、女性労働者のみならず、男女労働者が直面する問題だと認識されるようになった。このような社会の現実的動向を反映して、法政策の方向性にも修正が加えられ、先に述べてきた一連の職業生活と家族生活の両立支援

しかし東亜ペイント事件最高裁判決（最高裁 2 小判昭和 61 年 7 月 14 日労働判例 477 号 6 頁）以降は、配転命令を、家庭状況を理由として権利濫用と判断したケースはごくわずかである。むしろ判例では、家族生活を優先するという考え方が社会的に成熟していないとして、これを重視したいという労働者の自己決定は否定され（帝国臓器事件・東京高判平成 8 年 5 月 29 日労働判例 694 号 29 頁、最高裁 2 小判平成 11 年 9 月 17 日労働判例 768 号 16 頁）、通勤距離が長くなる事業所への転勤に際しては、労働者の側で転居するなどして協力すべき義務があるとされている（ケンウッド事件・東京地判平成 5 年 9 月 28 日労働判例 635 号 11 頁、東京高判平成 7 年 9 月 28 日労働判例 681 号 25 頁、最高裁 3 小判平成 12 年 1 月 28 日労働判例 774 号 7 頁）。

(28) 荒木誠之・前掲書（注 25）230 頁。

(29) 労働法においても、男性労働者を中心としてきた理論を見直し、むしろ家族的責任を具体的に担う存在である女性労働者の観点から、労働法の法理を構築すべきであると考えて、私は、労働法における「女性中心アプローチ」を提示したことがある。浅倉むつ子『労働法とジェンダー』（勁草書房、2004 年）。

を目的とする立法も制定されるようになったのである。

職業生活と家族生活の両立支援立法の急速な整備をうながした直接・間接の主な要因の中には、既婚女性労働者の労働市場への進出のみならず、少子化対策という意味合いも含まれていたことは間違いない。それだけに、これらの両立支援措置制度は、労働者の家族的責任に基づいて当該労働者の労務提供義務の免除という画期的な内容を含むものであるにもかかわらず、使用者側からも、不合理であるとか過保護であるというような否定的意見はほとんどなく、むしろ経営者団体も国も、あげて法に基づく対策を講ずるのに熱心である。⁽³⁰⁾

このことは、労働法理の基本原則および労働契約法理をも変容させるものであるといえよう。たとえば休暇に関わる法理をみよう。従来、法に定められた休暇としては、年次有給休暇制度（労基法39条）があり、その休暇の利用目的は法が関知しないところであるとされてきた（林野庁白石宮林署事件・最高裁二小判昭和48年3月2日民集27巻2号191頁）。他方、産前産後休暇制度（労基法65条）や企業が任意に設けている病気休暇制度に関しては、その利用目的は、労働者の出産や病気というものに特定されてい

(30) すでに指摘したように、2003年7月に少子化社会対策基本法と次世代育成支援対策推進法が成立した。少子化社会対策基本法は、前文において、「我が国における急速な少子化の進展は、……二一世紀の国民生活に、深刻かつ多大な影響をもたらす。我らは、紛れもなく、有史以来の未曾有の事態に直面しつつある」と警告しつつ、この事態を克服するために、「家庭や子育てに夢をもち、かつ、次代の社会を担う子どもを安心して生み、育てることができる環境を整備し、少子化の進展に歯止めをかけることが、今、我らに強く求められている」と述べる。そのうえで、この法は、国、地方公共団体、事業主、国民の責務、ならびに、政府の国会への年次報告提出義務を定め、基本的施策として、①雇用環境の整備、②保育サービス等の充実、③地域社会における子育て支援体制の整備、④母子保健医療体制の充実、⑤ゆとりある教育の推進等、⑥生活環境の整備、⑦経済的負担の軽減、⑧教育および啓発を定め、さらに、総理大臣を会長とする関係行政機関の長からなる「少子化社会対策会議」の設置も定めている。次世代育成支援対策推進法についても、（注17）で述べたように、一般事業主行動計画の策定、届出義務が定められており、事業主にも相応の負担を課している。

る。そのような違いはあるにせよ、野田進によれば、年次有給休暇制度や産前産後休業の制度、病気休暇制度など、多くの休暇制度は、ほぼ企業の労働関係の枠内において、企業利益（使用者あるいは従業員である労働者の利益）の確保を中心的な目的としているものであった。⁽³¹⁾たとえば年次有給休暇は、労働者にとっては賃金を失うことのない休息の権利の保障である一方、使用者にとっては「労働力の維持培養」を目的とするものとされており、その意味では企業利益に資するものである。また病気休暇も、短期間の労働不能が労働契約の解消をもたらさないように労働者の精神や肉体を保護し、労働力を確保することを目的とする休暇である。また、出産休暇も、出産という労務提供の短期的な障害への対処として労働者の心身の保護を通じて、労働力の安定的確保という企業利益に資するものである。

これに対して、職業生活と家族生活の両立支援を推進する政策の具体化として、育児休業や介護休業の付与が使用者の法的義務になったことは何を意味するのだろうか。これは、労働者の労務提供義務を阻却させる新たな要素として、それまでの休暇制度が目的としてきた、労働者自身の精神や肉体の保護（そしてその結果としての企業利益）とはまた別のものである「育児責任」もしくは「家族的責任」が容認されることになったということではないかと、野田は論ずる。「育児のための『休暇』には、労使間や企業の枠内での利益関係を越えた、一種の社会的価値が付与されたということができ、そのために使用者は、『休暇』取得による業務上の支障を受忍すべき地位にあると⁽³²⁾いいうる」のである。

野田による以上の記述は、職業生活と家族生活の両立支援を推進する政策の具体化が、休暇法理のみならず、労働法の理論全般にも、また、労働契約をめぐる法理にも多大な影響を及ぼしていることを示唆するものである。

たとえば最近の配転をめぐる裁判例でも、基本的には東亜ペイント事件

(31) 野田進『「休暇」労働法の研究』（日本評論社、1999年）16頁以下参照。

(32) 野田進・前掲書（注31）17頁。

最高裁判決の枠組みに立ちつつ、それに若干の修正を加えて、家族生活への配慮を考慮するような下級審判決の登場をみることができるとは。帝国臓器（単身赴任）事件下級審判決（東京地判平成5年9月29日労判636号19頁、東京高判平成8年5月29日労判694号29頁）は、結論としては原告の主張を否定するが、使用者は労働契約における信義則上、労働者に生じる経済的・社会的・精神的な不利益を「軽減、確保するために社会通念上求められる措置をとるよう配慮すべき義務」を負うという考え方を部分的に示した⁽³³⁾ものとして注目に値する。

また、例外的な事案であるとしても、配転命令を権利濫用とする結論に達した下級審判決も近年ではいくつかみられるようになった。たとえば、躁鬱病の疑いのある長女と脳炎の後遺症がある次女がおり、病身の両親を支えて農業を行わねばならない労働者について、帯広から札幌への転勤が命じられた事例（北海道コカ・コーラボトリング事件・札幌地決平成9年7月23日労働判例723号62頁）や、非定型精神病を患っている妻がいる労働者と在宅介護を必要とする母親がいる労働者について、姫路から霞ヶ浦へ配転命令が出された事例（ネスレジャパンホールディング事件・神戸地姫路支決平成15年11月14日判例時報185号151頁）などにおいては、配転命令の効力が否定された。

更に、転勤命令において生ずる配慮義務が金銭的な不利益の軽減に限定されないことを示した下級審の判断も登場した。明治図書事件判決（東京地決平成14年12月27日労働判例861号69頁）は、2001年に改正された育児介護休業法26条に言及して、事業主は、労働者の育児・介護に関する家庭状況に配慮すべき義務に基づき、転勤命令について高度の業務上の必要性があるかどうかを検討すべきであるとして、これを欠いているときには、配転命令は権利濫用として無効になるとしたのである。

(33) ただし結論的には、本件では、独身寮の提供、別居手当の支給、家族帯同の際の持ち家の管理の申し出という経済的補償によって、この配慮義務が果たされたとしており、配転命令は有効と判断された。

上記のような判例動向は、労働契約法理論に関する学説にも影響を及ぼしている。

たとえば島田陽一は、配転法理に関わって、使用者は、労働契約締結時点での包括的合意を根拠として転勤を命ずることができるが、「そもそも使用者には、継続契約関係に伴う信義則として、……私生活配慮義務」があると述べる。したがって配転命令を適法に行使するためには、使用者はその労働者に対する私生活配慮義務を行使しなければならず、そもそも転勤が、①単身赴任を余儀なくする場合には「余人をもって替え難い」程度の厳格さが必要であり、②単身赴任期間の終了の目処が示されねばならず、③代償措置が必要であるとする。また、時間外・休日労働命令の行使にあたって、「使用者は、……労働者の私生活を不当に侵害しないように配慮する義務」があるのであって、「育児・介護および看護に責任を有する労働者に対する優遇措置」は使用者の私生活配慮義務の内容であると⁽³⁴⁾する。

また和田肇は、「育児介護休業法は、平等に家庭責任を担う権利を労働契約上のもの（形成権）として男女労働者に保障している」と述べ、さらにILO156号条約や男女共同参画社会基本法の制定などにも言及しつつ、「労働生活と家庭生活を調和させることは労働者の権利とされ、使用者にもこれが可能になるような措置を講ずることが要求されている」と述べる。⁽³⁵⁾

3 労働契約法理と両立支援のための配慮義務

このように新たな段階を迎えた労働法理論において、労働契約上の労使の権利義務と両立支援は、いかなるものとして整理できるのだろうか。

(34) 島田陽一「労働者の私的領域確保の法理」法律時報66巻9号（1994年）52頁。

(35) 和田肇「業務命令権と労働者の家庭生活」『講座21世紀の労働法7巻』（有斐閣、2000年）、和田肇「配転命令と家庭生活（家族責任）への配慮」ジュリスト1298号（2005年）。

労働契約は、労働者による労務の提供とこれに対する賃金の支払いを基本的要素とする契約である。労働者は、約定した労働を履行すべき義務を負い、使用者は、約定された労働を受領して賃金を支払う義務を負う。しかしこのような基本的な権利義務にとどまらず、労使はそれぞれ、労働契約上、信義則を根拠として、一定の付随的な義務を負う。信義則とは、一定の社会関係において相手方の期待を裏切らない、その期待に沿うように自らが行動しなければならないという相互信頼を基礎におく行為原則であって、労働契約関係においても、この信義則に基づいて、労使双方に、契約当事者として為すべき、もしくは負うべき義務として、さまざまな契約上の義務が導き出されるのである。⁽³⁶⁾

信義則による契約上の義務の構成は、現行法上の労働関係法制を基礎づける法原則にのっとったものでなければならず、ここに立法の変遷に伴う時代の要請が反映されるべきことは当然であろう。そうであるなら、これまで述べてきたような職業生活と家族生活の両立支援を目的とする各種の立法の登場によって、信義則による労働契約上の義務の内容にも、時代の要請に伴う変化がもたらされねばならない。

使用者は、当然のことながら、職業生活と家族生活の両立のための各種の支援立法を遵守・履行すべき法的義務を負う。しかし法の要請はそればかりではない。使用者がそれら両立支援立法に含まれる基本的な法原則にのっとった対応をとる責務は、信義則に基づき労働契約上の付随義務の内容になっていると考えねばならない。ここではこのような使用者の責務を、「両立支援のための配慮義務」と言っておきたい。これはすなわち、ILO 第156号条約、ILO 第165号勧告、育児介護休業法、同法指針、男女共同参画社会基本法、次世代育成支援対策推進法等が、家族的責任を有する労働者に対して職業生活と家族生活の両立を保障している基本的な法原

(36) 唐津博「労働者の『就労』と労働契約上の使用者の義務—『就労請求権』と『労働付与義務』試論」西村健一郎編『新時代の労働契約法理論』（信山社、2003年）162頁。

則にのっとして、使用者は、可能な限り、労働者が職業生活と家庭生活の両立を実現できるように配慮しなければならないということを内容とするものである。このような配慮義務の構想が決して使用者に無理難題を強いるようなものではないということは、2007年11月に成立した労働契約法3条3項が、労働契約の原則として「労働契約は、労働者及び使用者が仕事と生活の調和にも配慮しつつ締結し、又は変更すべきものとする」と規定することからも十分理解できる。この条文は、新たな配慮義務を創設したと理解すべきではなく、これまでも労働契約に内包されてきた基本原則を明文で確認したものと見えよう。実は冒頭に引用した日本航空国際ショナル事件において問題になった深夜業免除請求をめぐることは、まさにこの労働契約上の両立支援のための配慮義務の具体的な履行方法が問われるべきであった。しかし裁判所は、ほとんどこの点について判断を下さなかった。そこで、本稿では、裁判所が、本来は本件訴訟について、いかなる方向性で議論を行うべきであったのかという問題について、以下、論じてみたい。

四 深夜業免除申請者の勤務割当について

1 育児介護休業法19条の趣旨と内容

育児介護休業法における家族的責任を有する男女労働者の深夜業免除請求権(旧16条の2、旧16条の3)は、既述のように、1997年の労基法改正によって、同法における深夜業に関する一般女性保護規定が撤廃されたことに伴って、自宅において深夜に子を保育する者や家族を介護する者がいなくなる場合が生じるとして、このような事態に対応するために、同時に改正された育児介護休業法において、家族的責任を有する男女労働者が深夜業の免除を請求することができる制度として、新設されたものである。本件事案も、法規定に対応して設けられた深夜業免除制度が問題になったも

のである。したがって、まずはこの育介法上の規定の内容をみておこう（条文は現行法では19条であるが、旧16条の2と比較して変更されているわけではない）。

深夜業の免除請求をすることができる労働者は、小学校就学の始期に達するまでの子を養育する労働者及び要介護状態にある対象家族を介護する労働者である（育児介護休業法19条1項、20条1項）。ただし、①当該事業主に継続して雇用された期間が1年未満の者、②深夜において常態としてその子の保育または対象家族の介護ができる同居の家族等がいる労働者、③その他請求できないことについて合理的な理由があると認められる労働者は、請求することができない（同法19条1項1号ないし3号）。「深夜において常態としてその子の保育または……介護ができる同居の家族」とは、16歳以上の同居の家族であって、①深夜に就業していないこと（深夜における就業日数が1月について3日以下の場合を含む）、②負傷、疾病等により子の保育または対象家族の介護が困難な常態でないこと、③6週間（多胎妊娠の場合は14週間）以内に出産予定ではなくまたは産後も8週間以内でないこと、のいずれにも該当する者をいう（同施行規則31条の11）。「請求できないとするについて合理的な理由があると認められる労働者」とは、①1週間の所定労働日数が2日以下の労働者、または、②所定労働時間の全部が深夜にある労働者であるとされている（同施行規則31条の12）。

上記の要件に照らして該当する労働者と認められれば、その者は男女を問わず、1か月以上6か月以内の期間について、開始の日および終了の日を明らかにして、深夜業の免除を請求することができる（法19条2項）。この請求には、回数の制限はなく、何度でも行うことができるが、1か月前に請求しなければならないとされている。

なお、法19条に関しては、厚生労働大臣指針（平成10年3月31日労告23号、現行は平成16年12月28日厚労告460号）により、労働者の育児や介護の状況、勤務の状況がさまざまであることに対応して、事業主は「制度の弾力的な利用が可能となるように配慮する」ように要請されている（同指針第

二の 5(3)。また、あらかじめ「労働者の深夜業の制限期間中における待遇(昼間勤務への転換の有無を含む)に関する事項を定めるとともに、これを労働者に周知させるための措置を講ずるように配慮する」こと(同指針第二の 5(2))、労働者が深夜業の制限を請求したこと、または深夜業の制限を受けたことを理由として、当該労働者に対する解雇その他の不利益な取扱いをしないこと(同指針第二の 5(4))なども、要請されている。

使用者は、一方、深夜業の免除が「事業の正常な運営を妨げる場合」にはその請求を拒否することができる(19条 1 項但書)。「事業の正常な運営を妨げるか否か」の具体的な判断基準として、解釈通達は、当該労働者の所属する事業場を基準として、当該労働者の担当する作業の内容、作業の繁閑、代行者の配置の難易等諸般の事情を考慮して客観的に判断すべきこと、事業主は、労働者が請求どおりに深夜業の制限を受けることができるように通常考えられる努力をすべきであること、業務遂行上不可欠な人員について、通常考えられる相当な努力をしたとしても、なお事業運営に必要な業務態勢を維持することが著しく困難なときには、「事業の正常な運営を妨げる」場合に該当するとしている⁽³⁷⁾。

具体的には、①同一時期に多数の労働者の請求が競合した場合、②専門性の高い職種の労働者等が請求した場合であって、代替が著しく困難であるという場合が考えられるとされている⁽³⁸⁾。

(37) 平成14年3月18日職発第0318009号/雇発第0318003号。

(38) 労働省女性局「育児・介護休業法のあらまし」パンフレット No. 98、21頁。
「事業の正常な運営を妨げる場合」という文言は、労働者の年次有給休暇の時季指定権に対する使用者の時季変更権の成立要件と同じであり、それとの異同が問題となる。学説では、年次有給休暇制度が余暇権の行使であるのに対して、深夜業免除制度は育児または介護という差し迫った生活上の必要から設けられているという制度の趣旨の相違に鑑みて、深夜業免除請求に関しては、事業主の努力がより求められ、裁量権がより厳格に解釈される必要があると主張されている。相澤美智子「育児介護責任と時間外・深夜労働」労働法律旬報1439・1440号(1999年)30～31頁、川口美貴「職業生活と家庭生活の調和と労基法改正」ジュリスト1153号(1999年)54頁、山田省三「女性雇用と深夜業務等勤務時間をめぐる課題」法律のひろば1999

2 深夜時間帯以外への勤務割当

本件日本航空インターナショナル事件の原告 X らは、育児介護休業法に基づき設けられた Y 社の制度にのっとって、深夜業免除請求をした。育児法19条は、労働者が深夜業免除を請求した場合には、事業主はその者を「深夜において労働させてはならない」と規定しており、請求があった場合には、当該労働者に深夜業を命じないことが、使用者に義務づけられていると理解される。このことを労働者の側からみれば、制度趣旨にのっとった免除請求をすることによって、午後10時から午前5時までの間の労務提供義務は消滅することになる。厚生労働省の解釈通達においても、育児法19条1項の「『午後十時から午前五時までの間において労働させてはならない』とは、午後十時から午前五時までの間においては、所定労働時間であるか否かにかかわらず、労働者の労務提供義務が消滅することをいうものである」とされている（解釈通達第五の2(5)）。判決においても、X らは「深夜時間帯における労務提供義務はないのであるから……X らのした労務の提供が債務の本旨に従った労務の提供として欠けるところはなかった」と判示されているところである。

問題は、本件 Y 社が行ったように、「深夜において労働させてはならない」という法の要請のみを機械的に遵守するだけでこと足れりとして、労働者に深夜時間帯以外の勤務（本件では「深夜業免除パターン」と称されている勤務）への割当をほとんど行なわないことが法の趣旨からみてどのように判断されるべきかである。本件では、そのような使用者の行為の結果、深夜業免除申請を行った労働者は、第一に、深夜時間帯以外の勤務を行う労働の意思と能力がありながら、月間2日程度の乗務しかアサインされなくなり、第二に、その結果、大幅な賃金カットが行われて、収入が激減した。このような事態がもたらされた場合、かかる会社の行為は、先に

述べた労働契約上の両立支援のための配慮義務に違反するというべきか否か。本件事案は、この問いに対する法的判断がなされるべきであった。

労働者は、約定した労働を履行すべき義務を負うものであるが、そのことは具体的には、労働契約が本来予定する範囲内で使用者の指揮命令に従って誠実に労働する義務を負うという意味にほかならない。使用者の指揮命令権（もしくは労務指揮権）は、「不特定債務にとどまる労働義務の内容を、労働契約が本来予定する範囲内で決定・変更（具体化）する権利」と定義されるのであるが、それは、たしかに使用者にとって重要な意味を有すると同時に、労働者にとっても重要である。そもそも労働契約内容には一定の幅があるので、ある時点において遂行すべき具体的な業務の内容や方法は、使用者の指揮命令がなければ特定されず、特定されなければ労働者には労働するすべがないからである。

すなわち、労働契約上の労働義務の履行といっても、それは使用者の指揮命令がなければ完成しない。使用者が適切な指揮命令を行わないかぎり、労働者は労務の給付を開始することも継続することも、完結することもできないのである。労働契約上の債務の履行は、その債務（給付）の内容を特定しないかぎり行使できないのであり、本件事案の場合にもあらわれているように、深夜時間帯以外の労働時間帯における労働義務を示す使用者による新たな勤務割当がなければ、労働者にとっては債務の履行自体が不可能である。

労働者にとっては、深夜勤務免除を請求したことによって、先に述べたように、深夜時間帯における労務を提供する義務はなくなる。しかしこれはけっして、深夜時間帯以外の労働時間帯における労働義務がいっさいなくなるということを意味するものではなく、労働義務は、深夜を除く労働時間帯において、依然として存在しているのである。しかしながらその労働の義務の履行は、使用者による具体的な勤務の割当によって初めて遂行

(39) 土田道夫『労務指揮権の現代的課題』（信山社、1999年）236頁。

できるものであるし、とりわけ本件のように変形制などの勤務形態で働く労働者にとっては、深夜時間帯以外の勤務を割当てられることが労務遂行の必要条件である。

たしかに、法は、深夜業免除申請を受領した場合に、使用者が当該労働者に深夜時間帯を除く時間帯の新たな勤務割を講じなければならないということについて明示的な定めをおいていない。しかし深夜業免除制度は、すでに述べたように、労働者から一時的に離れることになる育児休業制度とは異なり、労働者が就労を継続しながら日々の育児に携わることができ、収入の減少が相対的に少なく、職業能力を低下させずに育児と仕事の両立を可能にする支援策であるところにこそ、その趣旨を見いださるものである。その制度の趣旨を生かすためには、使用者が、申請労働者に対して可能なかぎり深夜時間帯以外の勤務を割当てることが、制度上、当然に予定されているはずである。制度的にそのことが明示されていないからといって、使用者が新たな勤務割をなす責務が否定されているというわけではない。なぜなら、もし単に労働者を深夜業務から排除すれば済むということになれば、使用者は、深夜業免除請求を認める一方で、労働の意欲も能力もある労働者に対して深夜以外の勤務時間帯に勤務を割り当てず、いっさい就労させないことが許されるということになってしまう。そのような対応は、本制度の趣旨に反するというべきである。だとすれば、労働契約上の付随義務の内容となっているところの使用者の責務、すなわち両立支援のための配慮義務の中には、深夜業免除を申し出た労働者に対して深夜時間帯以外の勤務割を講じる使用者の配慮義務が当然のごとく含まれていると解することこそ、制度の趣旨にそった解釈であるといえよう。⁽⁴⁰⁾

もっとも、当該法制度は、「深夜時間帯のみ」に就労する労働者を適用

(40) 制度的にみても、使用者にとって新たな勤務割を講じることが著しく難しい仕組みになっているとは思えない。育児介護休業法19条は、労働者に深夜勤務免除を1か月前に請求するように要請している。このことは、本件事案のように、1か月単位の変型労働時間制度を採用している企業においては、1か月前に申請を受け付

から除外していると考えられる。すなわち同法19条1項3号は、「(免除) 請求をできないこととすることについて合理的な理由があると認められる労働者として厚生労働省令で定めるもの」を除外しており、育児介護休業法施行規則31条の12は、「所定労働時間の全部が深夜にある労働者」をそこに含めている。その趣旨からすれば、同法は使用者に対して、深夜時間帯のみに就労する労働者の労働契約内容の変更を強制するものではないと考えられる。しかしこのことは逆に、「深夜時間帯のみ」に就労する労働者以外の労働者、すなわち、交替制勤務の場合や所定労働時間の一部が深夜時間帯にかかっている労働者については、適用対象に含まれると解釈されることを意味するものであり(解釈通達第五の2(18))、その労働者に関する適切な勤務の割り振りについて使用者に責任が存することは当然といえよう。

3 「配慮義務」上、使用者に要請される努力の程度

では、両立支援のための配慮義務の中には、深夜業免除を申請した労働者に対して深夜時間帯以外の勤務を割当てる配慮義務が当然に含まれていると考えるとして、その配慮義務は、使用者にどの程度の努力を要請するものだろうか。

これは使用者に対する明示的な法定の義務ではない。そのことも考慮すれば、使用者に対して、条件のいかんにかかわらず免除申請者に深夜勤務以外の勤務割当を義務づけることや、結果として使用者に対して過度な負担を負わせるような解釈をすることは、適切とはいえないだろう。解釈通達でも、使用者が「あらかじめ、労働者の深夜業の制限期間中における待遇(昼間勤務への転換の有無を含む)に関する事項を定めるとともに、これを労働者に周知させるための措置を講ずるように配慮するものとする」としているのみであって、昼間勤務への転換、労働者の労働時間や賃

けないかぎり次の月の勤務割を講ずることが困難になることを見越しての制度的な仕組みであるとも考えられる。

金等に関する事項については、あらかじめ労使間で同意されることが望ましいことが想定されているにすぎない。その意味では、条件のいかんにかかわらず労働者に昼間勤務への転換「請求権」を認めるという解釈は、たしかに難しいであろう。そのことは、使用者に対して過度の負担を負わせることになるからである。

他方、労働者からすれば、昼間勤務を可能なかぎり割り当てるという使用者の配慮義務が果たされなければ、いっさい就労することができなくなるのであり、それによって相当程度の不利益を被ることになってしまう。したがって安易にそのような事態を招くような解釈をすべきではない。このように考えれば、結局のところ、使用者には、労働者に深夜時間帯以外の勤務を割り当てるべく「相応の努力をする」ことが要請されているというべきではないだろうか。

すなわち、当該配慮義務は、使用者に対して、労働者に昼間勤務を割当てる「相応の努力」をすることを要請するものではあるが、その結果、使用者に「過度の負担」を課すものであってはならないと解することが、妥当かつ適切な解釈であると考えられる。

五 本件判決に関する論評

さて、本件事案では、Xらは、Y社が両立支援のための配慮義務に違反して月間1日から2日程度の勤務割当しか行わない結果、Xらの賃金が大幅にカットされたと主張し、カットされた賃金の支払いを請求した。Xらは、昼間勤務時間帯に就労させよという就労請求権を主張したわけでもなく、また、Y社の両立支援のための配慮義務違反による損害賠償を請求したわけでもなく、あくまでも、賃金の支払いを請求したのであった。判旨はこれに対して、Xらの主張を一部認めて、Xらに対して、併存組合であるJALFIO所属の客室乗務員にアサインされた日数に不足する日数分の基準内賃金差額分と乗務手当差額分を支払うようにYに命じ

たものである。

判旨に関しては、その結論はともかく、結論に至る理由については十分な理論構成がなされているとは思われないため、本稿では、この点について若干の論評を加えていきたい。

1 被告会社の帰責事由によって生じた履行不能

まず本件においては、Xらが債務の本旨に従った労務の提供をしようとしていたにもかかわらず、Y社が当該労務の受領を拒否したためにその労務の履行が不能になったと考えられるか否か、が問われた。もしこの点が肯定されれば、Xらは反対給付である賃金請求権を失わないと解される。判旨は、Xらが「客室乗務員としての労務を提供する意思及び能力を有しており、その履行を提供していた」と認め、Yが「Xらの提供した債務の本旨に従った労務の受領を拒絶した」と判断しており、この点に異論はない。但し判旨はこの部分について多くを語っていないために、この判旨の考え方について、若干の補足をしておきたい。

そもそも労務の履行不能の場合の賃金請求権については、その不能が、賃金債務者である使用者の「責に帰すべき事由」によるものであるか否かによって判断される（民法536条）。これは何らかの客観的な事件によっても生じるが、使用者の労務受領の拒絶という主観的な行為によっても生じる。本件は、まさに使用者の帰責事由によって、すなわち使用者による労務受領の拒絶によって生じた履行不能に他ならないから、原告らが賃金債権を失わないことは、当然といわねばならないだろう。

もっとも、Xらが現実的に就労不能であったにもかかわらず、使用者の帰責事由によって賃金請求権を失わないというためには、Xらが債務の本旨にしたがった労務の履行の提供をしていることが前提となる。この「債務の本旨に従った労務の履行」とは、労働契約に内包される労働の提供がなされることである。その点、Xらの「労働契約」について考えるに、Xらが、育児法19条に従って深夜勤務を免除申請したことによって、

労働契約上の深夜時間帯の労務提供義務は消滅したのである（解釈通達第五の2(5)）。したがって、深夜時間帯以外の時間に働くことが、Xらの労働契約の内容になっていたものと解釈すべきである。すなわち、Xらにとっては、深夜時間帯以外の時間において客室乗務員としての労務に従事するということが、債務の本旨に従った労務の履行であるということになる。

さて、使用者が労務の受領拒絶の意思を有している場合には、債務の本旨に従った履行の提供という要件は、履行の意思と能力が客観的に認められることで十分であるとされている⁽⁴¹⁾。本件では、Yは深夜時間帯以外の時間において労務を提供するための必要条件である勤務割当を行わないということを通じて、まさに労務の受領を拒絶していたというべきである。一方、Xらが、深夜時間帯を除く時間における就労の意思と能力を有していることは客観的に明示されていたのであって、Xらにおける債務の本旨に従った労務を履行する意思と能力は明らかであったというべきであろう。

最高裁は、労働者が職種や業務内容を特定せずに労働契約を締結している事案について、現実に就業を命じられた特定の業務について労務の提供が十全にはできないとしても、当該労働者を配置する現実的な可能性のある他の業務への労務の提供を申し出ている場合には、なお債務の本旨に従った履行の提供があると判示した（片山組事件、最高裁第一小法廷判決平成10年4月9日労働判例736号15頁）。この判断は、労働契約における「債務の本旨に従った労務の提供」を柔軟に解釈すべきであるという考え方を明らかにしたものと評価できる。このような最高裁の判断傾向に照らしてみても、本件事案においては、Xによる「債務の本旨に従った労務の履行の提供」があったと解釈しうることは間違いない。

(41) 菅野和夫・前掲書（注12）214頁。

2 会社の受領拒否の正当性に関する判断

次に、Y社による労務の受領拒否にやむをえない正当事由が認められるか否かについて、検討しておく必要がある。判旨もその趣旨から、本件MSHが「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」に該当し無給扱いとしたY社の取扱いの正当性について判断している。すなわち判旨は、Y社が深夜業免除申請者により多くの深夜業免除パターンをアサインすることは、Y社にとって過大な負担を課すものであったのかどうかについて検討を加えている。

(1) 配慮義務の構造に関する無理解

ただし判断の筋道は、判旨を読むかぎりあまり明確ではない。私見によれば、このY社による受領拒否の「正当事由」の存否は、労働契約上、使用者が負っているところの両立支援のための配慮義務を履行するために、Y社が、まずはXらを昼間勤務に割当てるに関して「相応の努力」をしたか否か、そして相応の努力をしてもなお昼間勤務の割当てが不可能であったといえるかどうか、さらに、不可能とまではいわなくとも、そのようにすることが被告会社に対して「過度な負担」を負わせるものであったのかどうか、そのような判断にかかっていると位置づけるべきである。果たして本件では、使用者は配慮義務が要請するところの「相応の努力」を行ったといえるのだろうか。

本件においてY社は、客室乗務員の昼間帯勤務パターン（昼間帯のみの勤務パターン）は全体の2%しか存在しないことを繰り返し強調し、申請者の数が増えれば労働の機会は確保されないと主張していた。判旨はそれをそのまま認容して、深夜業免除パターンは「全乗務パターンの約2ないし3パーセントしかなく」、諸事情を勘案しても、「約75名の分しか確保しえないことが認められる」一方、深夜業免除者はそれを大きく上回っていたから、「免除者の全勤務予定日に乗務を割り当てることは物理的に不可

能」であったとしている。

しかし、判旨は、使用者が勤務割全般に関して「相応の努力」をしたか否かを問うことをしていないし、その検討のあととはみられない。Xらは、Y社はほとんど新たな努力も工夫もすることもなく、従来の勤務割当方法を不変のものとしつつ、機械的に労働者を割り当てているにすぎないと主張したが、判旨も、たしかにY社が「勤務割の作成に際しても、1か月に1日か2日程度の乗務をアサインした後は、所定の休日等を除く空白日に別の乗務をアサインできるかどうかについて、特に検討することもなく、MSHと指定しているにすぎない」と認めている。にもかかわらず、現状の勤務パターンを前提にすればY社が免除者に乗務を割り当てることは不可能であったという結論を安易に導いている。判旨は、いわば、会社が新たな勤務割に関する努力を行う必要性を認めず、ただ現状の「深夜勤務免除パターン」を便宜的に免除申請者に割当てることのみが要請されていると理解しているかのようなのである。そこには、使用者の配慮義務の存在や、会社が「相応の努力」を要請されているという発想はみられない。しかしその判断は問題である。

本来、使用者が配慮義務を履行するために行うべき「相応の努力」の中には、従来の勤務割当方法そのものを見直すことも含まれていると考えるべきだろう。育介法指針でも、使用者は、「労働者の子の養育……の状況、労働者の勤務の状況等が様々であることに対応し、制度の弾力的な利用が可能となるように配慮する」こととしている（育介指針第二の5(3)）。使用者は、制度の弾力的な利用が可能になるように、各種の新たな工夫をなすべきなのである。

Xらは、使用者が以下のような新たな措置をとれば、Xらをはじめとする客室乗務員を始・終業時間帯にかからない国内便、昼間の地上勤務等に就労させることは十分可能であると主張した。すなわち、①宿泊パターンを分割して深夜業免除パターンを作る措置。これは、(a) 羽田—大阪の往復フライト、(b) 羽田—福岡の往復フライト、(c) 羽田—福岡の往

復フライトを1泊2日((b)で福岡に到着後1泊)1人で乗務していたパターンを、(a)と(b+c)の2つのパターンに分割して、(a)を深夜勤務免除者に割当て、(b+c)をそれ以外の者に割り当てるという方法である。②深夜業免除を受けた者を、国際線が多い成田事業所から、国内線の多い羽田事業所に配置するという措置。③深夜業免除を受けた者を深夜業免除パターンに集中して配置する措置。④現 JAL ジャパンへの出向の措置、⑤地上勤務へつかわせる措置。もっとも、それらの措置をとる際には、本人の事情を聴取しながら、本人のニーズに応じた対応をするように努力すべきであるし、とりわけ④と⑤については、本人の同意を得ることが前提であるといえよう。

このような措置をとることが原告から具体的に提示されたことを受けて、たしかに、判旨もこれらについて逐一、検討を加えている。しかし率直に言って、その検討内容は不十分であって、ほとんどY社の主張をそのまま認めたものにすぎない。そしてXらが提案したこれら各種方策を「Yに求めるとすれば、過大な負担をYに課す結果となるといわざるをえない」との結論に達している。しかもその理由として、深夜業を免除された深夜時間帯の勤務について有給であることが保障されていないことをあげている。免除された時間帯の勤務の有給保障の有無と深夜業免除パターンの割当に関する使用者の努力とが、なぜこのように直結するのか。その説明は不明である。私見ではこの両者が関連しているとは思えない。

判旨がこのような結論に達した原因は、ひとえに判旨が、すでに述べてきた使用者が負うべき両立支援の配慮義務の構造を理解していないからであろう。本来、両立支援の配慮義務を負担する使用者側が、まずは深夜業免除パターンの新たな割当を含めた可能な限りの努力をしなければならない。そして、かかる「相応の努力」をしてもなお、深夜業免除パターンの割当が不可能であったとして正当理由があることを示すのはY社である。そのためには、もしかかる措置をとればY社にとって「過度な負担」になることを立証しなければならない。このような立証責任が使用者には存

在するはずである。

かかる正当理由に関する釈明を精査しないままに、Y社のようなやり方が許容されて、その結果、労働者の賃金請求権が否定されることになれば、法19条が予定する措置は、安易に労働者を不就業の状態におきつつ賃金を著しく減額することを許すものであるということになる。かかる制度の下では、当然のことながら、労働者は法19条に基づく権利行使を手控えざるをえないであろう。それだけに、Y社のような制度の運用は、法に定められた権利行使を抑制し、ひいては法19条が深夜業免除請求権を定めた趣旨を実質的に没却してしまうことになる」と批判されてしまうのではないだろうか。

最高裁は、出勤率が90%以上の従業員を賞与支給対象者とするという90%条項の運用に関して、使用者が、産前産後休業の日数と育児のために短縮された労働時間分を欠勤としてカウントするとしたことは、「労働基準法や育児休業法が労働者に産前産後休業等の権利ないし法的利益を保障した趣旨を没却するものというべきであるから、公序に反し無効である」と判断した（代々木ゼミナール事件、最高裁第一小法廷判決平成15年12月4日、判例時報1847号141頁）。本件においても、Xらは、法に定められた権利である深夜業免除申請を行ったことによって、使用者の配慮義務の不履行の結果として、賃金の著しい低下という不利益を被ることになったのである。このような取扱が法に定められている権利の行使に対して及ぼす抑止力の強さにかんがみれば、本件は、最高裁判決に照らしても違法評価を受けられるものであったのではないか。

(2) 組合間差別に依拠した判断

とはいえ、本件判旨は、結論として、被告会社の受領拒否の正当性を認めるものではなく、前述のように、JALFIO所属の客室乗務員にアサインしたのと同程度の乗務をXらにアサインすることは十分に可能であったはずであるとして、JALFIOに対するアサイン日数からXらの乗務日

数を差引いた日数分は「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」にはあたらないとし、この日数については「Yの責に帰すべき事由に基づく受領拒否に該当する」と判示したのである。いわば組合間差別という事実が存在したことが、本件原告らの主張を認める根拠となったものである。

この点については、私も、判旨を批判するつもりはない。むしろ組合間差別、すなわち JALFIO と客乗組合の組合員の処遇格差に注目すれば、深夜勤務免除パターンのアサイン方法の不合理性、不当性が際だつため、判旨のこの部分には説得力がある。ただ、深夜業免除制度の運用が、もし本件とは異なり併存する労働組合の組合間差別という事実がないような前提の下で争われたとしてもやはり、使用者の配慮義務の不履行という論理の運びによって、会社側の受領拒否の正当性が否認されたはずであるということ、再度、強調しておきたい。

3 深夜業免除による不就業日を無給とすることについて

(1) 諸規定に関する Y 社の主張

さて、若干、複雑に感じられる本件事案の各種規定について、Y 社の主張を通じて整理しておきたい。すなわち、Y 社は、本件取扱いは賃金規定や就業規則に基づく合法的な取扱いにすぎないと主張して、以下のよう

に説明していた。基準内賃金については、2003年8月に就業規則解釈運用基準第15条第10項第2号の適用事例に H 号が追加され、就業規則第15条11号により「無事故扱い」となる不就業事由に、新たに「就業規則第20条第2項の定めにより深夜業の免除を請求し、不就業が発生した場合」が追加された。そして、深夜業免除による不就業はこれによって「無事故扱い」となった。その「無事故扱い」の場合の賃金については、賃金規程第14条第1項第3号に定めがあり、「就業規則第15条第11号の場合は、その都度決定する」とある。そして被告会社は、2003年6月4日に、客乗組合に対して、深夜業

免除日を「無給扱い」とすることを通知した。また、基準外賃金については、客室乗務員諸手当規程第16条（乗務手当保障の停止）第1項に、第8号が追加され、「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」には、乗務手当保障が停止されると規定された。

そこで被告会社は、これらの規程どおり、原告らに対して、勤務割において深夜業免除日として指定した日について、基準内賃金を支払わず、かつ、乗務手当一般保障を停止したに過ぎないと述べていたのである。

(2) 裁判所の判断

さて、判旨は、Y社の賃金規定14条3号（就業規則15条11号、就業規則解釈運用基準15条10項H号）が、深夜業免除の結果として生ずる不就業の賃金については「その都度決定する」と規定していたところ、Yは、2003年7月15日に、「深夜業免除請求による不就業」について賃金を支払わないと決定したと認定した。そして、「なお、Xらは、賃金規定……（略）……に基づく上記のような取扱いが従来にはなかった不利益な取扱いであるとも主張するようであるが、そのような事実を認めるに足る証拠はない」と述べる。ここで判旨がいかなる判断をしたのかについて、正確に理解することは難しい。しかし裁判の過程で、Y社が、「就業規則の不利益変更とは、新たな就業規則の作成又は変更によって既得の権利を奪うことであるのに、本件では、以前から深夜業免除により発生した不就業に賃金を支払うという権利も運用も存在しなかったのであるから、『無給扱い』は既得権を奪うものではなく、したがって就業規則の不利益変更には該当しない」旨の主張をしていたことに照らしてみれば、判旨は、これを認めたのではないかと推測される。とはいえ、この主張は、労働条件の不利益変更がなかったというものではなく、深夜業免除パターンの割当に関する変更はすなわち労働条件の不利益変更であるとしても、不就業について基本賃金を無給扱いする取扱いについて、とくに変更があったわけではないと判示したにすぎない。

私見では、そもそも Y 社が2003年7月に賃金規定14条3号（就業規則15条11号、就業規則解釈運用基準15条10項H号）を改訂する前までは、深夜業の免除請求による不就業に対する不払い規定自体が存在しなかったのに（事実上、免除日は不払いであったとしても、深夜業免除パターンの割当によってそれは顕在化していなかったのである）、同規定が設けられたことによって、不払いという取扱いが顕在化したのであるから、このことは、同規定の導入による従来の取扱いの不利益変更であるとしてもよいと考える。

とはいえ、この判断はさして重要ではない。なぜなら、就業規則の変更を伴わないとしても、本件が、深夜業免除パターンの割当に関する変更であることは間違いなく、ゆえに、労働契約上の労働条件の変更について、使用者がその必要性和合理性を主張しなければならないことは当然だからである。

(3) MSH と指定すれば「無給」扱いになるのか。

Y 社は、自らが MSH と指定した日をすべて機械的に無給扱いとすることが就業規則に則った取扱いであると主張している。判旨も、上記に述べたように、このような取扱いが事実上存在したことを認めている。それでは、果たしてこのような MSH について、法的にはどう評価すべきだろうか。

再三、繰り返すことになるが、深夜業免除申請制度の趣旨を考慮すれば、深夜業の免除を申請した労働者ができるかぎり従前と同じ労働時間のみあう労務提供ができるように深夜業以外の勤務帯の割当を行うにあたって「相応の努力」をすることは、使用者にとって労働契約上の付随義務である。それを前提とすれば、当該制度の趣旨に照らして、本件の就業規則の規定は、Y 社が「相応の努力」をしてもなお発生した不就業について無給扱いをすることを定めているに過ぎないと解釈すべきであろう。そうでなければ、就業規則の規定によって、使用者が「相応の努力」もせずに MSH を機械的に割り当てることによってその日がすべて無給扱いできる

ことになってしまい、そもそも深夜業免除申請を規定した法の趣旨がまったく顧みられない解釈が許されることになるからである。このような解釈は、到底、法的に許されるものではない。

またこのことは、Y社が2003年6月4日に、客乗組合に対して、深夜業免除日を「無給扱い」とすることを通知した文面に照らしても、明らかであると考ええる。すなわち、同日のY社による文面は、深夜業免除措置の取扱いについて、「申請者全員に対して深夜業を免除する」と宣言し、日帰りの乗務である「深夜業免除パターン」を「可能なかぎり申請者に割りあてることを基本とする」と述べたうえで、その「深夜業免除パターン」以外の日については「深夜業免除日」(MSH)として就業を免除し、これを無給扱いとするとしているのである。

ここには、上記に述べたような法の趣旨にのっとった取扱いが反映されている。すなわち、「可能なかぎり」深夜業免除パターンを割り当てること、つまり勤務割を行うにあたって「相応の努力」をするという意思が表明されていると考えることができるのである。この時点では、Y社も、かかる努力をしてもなお深夜業免除パターンの割当がなしえなかった場合の就業免除日についてのみ、無給扱いとする趣旨であると理解していたに違いない。このように考えれば、重要なことは、Xらの勤務割におけるMSHが、就業規則において無給扱いとされるべき深夜業免除日に該当するかどうか、すなわち使用者が「相応の努力」をしたにもかかわらず、やむを得ず生じてしまった深夜業免除日であるのかの判断である。そして、このことを立証する責任は、Y社にあるというべきだろう。本件では、就業規則の改訂によってY社がMSHと指定した日をすべて機械的に無給扱いとすることができる規程が設けられたとするY社の解釈は、到底、認められるものではない。

この点、判旨は、アプローチを異にするものの、やはりJALFIOとの差が生ずる日数についてはMSHにはあたらないとするのであって、無給扱いする日数を、JALFIOに割り当てた日数を超える日数に限定して

いる。結論として妥当と言うべきであろう。

(4) 乗務手当のカットについて

判旨は、乗務手当に関しては、客室乗務員諸手当規程16条1項8号の新設によって、Xらが客室乗務手当一般保障を支給されなくなったのであるから、「いわゆる就業規則の不利益変更にあたりと解する余地」があるとした。しかし、①Yは深夜業免除者を多く受け入れることを前提とした制度維持のために、「既に多額のコストを負担して」いること、②「Xらは、自らの意思で深夜業免除の申請をしている上、……自ら選択した職務の特殊性の故に、……結果的に不就業を余儀なくされるに至ったにすぎ」ず、③Xらの被る不利益も、Xらが実際には乗務していない時間にかかる乗務手当相当額にすぎないこと、④乗務手当保障は、「客室乗務員に対して1か月65時間の乗務を指定することが期待できることを前提として、実際にアサインされた乗務時間の不公平を是正するための制度であるから、そのような前提を欠く深夜業免除者にこの制度を適用することはそもそも合理的なものではない」こと、⑤「客室乗務員の約85%により組織されている JALFIO が……取扱いに合意していること」、また「Yは、……客乗組合との間で団体交渉等を行っており、Yのこの間の対応が不誠実なものであったと認めるに足る証拠もない」ことなどから、乗務員諸手当規程16条1項8号は合理的なものであると認められると判示している。

さて、就業規則による労働条件の不利益変更が個別労働者の労働条件を拘束するための要件については、最高裁によって、「新たな就業規則の作成又は変更によって、既得の権利を奪い、労働者に不利益な労働条件を一方的に課すことは、原則として、許されない」が、「労働条件の集会的処理、特にその統一かつ画一的な決定を建前とする就業規則の性質からいって、当該規則条項が合理的なものである限り、個々の労働者において、これに同意しないことを理由に、その適用を拒否することは許されない」

と判示されている（秋北バス事件・最高裁大法廷昭和43年12月25日判決・民集22巻13号3459頁）。そして、そのもっとも重要な論点である「変更の合理性」については、その後の判例によって、「変更によって労働者が被る不利益の程度、使用者側の変更の必要性の内容・程度、変更後の就業規則の内容自体の相当性、代償措置その他関連する他の労働条件の改善状況、労働組合等との交渉の経緯、他の労働組合又は他の従業員の対応、同種事項に関する我が国社会における一般的状況等を総合勘案して」判断されると述べられている（第四銀行事件・最高裁第2小法廷平成9年2月28日民集51巻2号705頁）。

判例法は、このようにほぼ大枠として、①「当該変更の必要性」とその変更によって「労働者が被る不利益の程度」との比較衡量を基本に、②それに伴って行われた代償措置や関連する労働条件の改善の有無・内容を十分考慮しつつ、③変更の社会的相当性や労働組合との交渉等の要素も勘案して、合理性判断を行っている。

問題は、Y社にとっての就業規則の「変更の必要性」の立証が、果たしてどこまでなされているのだろうかということである。判旨は、Y社は「既に多額のコストを負担している」と述べるが、詳細は明らかではない。これによって必要な証明が果たされているとは考えにくい。就業規則の改訂、すなわち当該労働条件を変更するにあたって、企業にとってはいかなる必要性があったのか、その必要性はどの程度のものであるのか。まずはそれを明らかにしないかぎり、議論はスタートしえないはずである。

判旨は、そのような企業による労働条件の変更の必要性を補足する事実として、以下のような論拠を持ち出している。すなわち、①Xらは、自ら選択した職務の特殊性のゆえに不就業を余儀なくされていること、②Xらの被る不利益は、実際には乗務していない時間にかかる乗務手当額にすぎないこと、③乗務手当保障は実際に乗務の指定が期待できることが条件であるので深夜業免除者にこれを適用することはそもそも合理的ではないこと、④多数組合の合意が存在すること、である。④については、職

務の特殊性があるからこそかかる問題が発生するのであり、導入の必要性の論拠にはならない。②と③は、労働者が被る不利益性が少ないことの論拠になるかもしれないが、会社側の必要性を補強するものではないだろう。④については、たしかに考慮すべき要件であることは否定しないが、この論拠のみでは就業規則の改訂の合理性を導くことはできそうもない。しかもこの判断をする際に不可欠とされる、不利益変更に伴って行われた代償措置や関連する労働条件の改善の有無・内容は示されているのだろうか。これを立証する部分はどこにもない。

以上の論拠から、本件事案では、就業規則の不利益変更に合理性を認めることはできそうもない。だとすれば、Y社から指示を受けた業務を履行したXらは、いかなる減額をなされることもなく、基準内賃金全額および乗務手当一般保障を受領する権利を有するというべきであった。

おわりに

本稿は、育児介護休業法における深夜業免除制度をめぐる初の訴訟であった日本航空インターナショナル事件東京地裁判決を契機として、職業生活と家族生活の両立支援に関する労働契約上の配慮義務について検討しようとしたものである。

私は、本稿において、今日の時代的要請の中で、使用者は、職業生活と家族生活の両立をめぐる支援立法を遵守し履行するという法的な義務を負うのみならず、労働契約上の付随義務として、労働者のための「両立支援の配慮義務」を負っていると理解すべきだとする私見を展開した。それによれば、両立支援措置の具体化である深夜業免除制度を運用するにあたっては、使用者は、単に深夜業免除申請者に対して深夜業を命じないということだけではなく、当該制度が、労働者が従前の就労を継続しながら日々の育児に携わることができるようにするための支援策であるという趣旨を十分に活かして、深夜業免除パターンを可能なかぎり割り当てるための

「相応の努力」を行う義務を負っていると考えられる。

本件事案においては、被告会社はその配慮義務を果たしたものとはいえ、むしろ深夜業免除申請者による労務の履行の提供に対して、正当な理由なく当該労務の受領を拒絶したものであったと判断される。このような場合には、労働者は反対給付である賃金請求権を失うものではなく、被告会社は、カットした賃金全額を原告らに対して支払う義務があるというべきである。

少子化時代の労働政策において、「ワーク・ライフ・バランス」が緊急課題として位置づけられている昨今においてもなお、本件のような事例が裁判によって争われなければならないという事実そのものに、私は矛盾を感じざるをえない。しかも、さらに深刻なのは、育介法上、免除される深夜時間帯とは、午後10時から午前5時までの時間にすぎないことである。本件において、「深夜勤務免除パターン」を割り当てられても、午前5時には出勤を命じられ、午後10時までは退社を禁じられれば、これもまた、子どもにも親にも、きわめて過酷な勤務であることは間違いない。本件の陳述書で、原告は次のようにつづっている。

「朝3時30分に起きて、その日にもっていく朝ご飯を作り、自分の支度をしました。朝4時に2歳の子をたたき起こし、着替えさせました。子どもは朝ごはんを食べずに、4時半に家をでて、保育ママさんに預けました。保育ママさんが食事を食べさせてくれて7時に保育園に連れて行ってくれました。その後、私は成田に向かいました。……夜は22時に保育ママさんのところへ迎えに行きました。ほっとしました。」

両立支援のための勤務免除であるならせめて、通常の労働時間帯である午前9時から午後5時という時間帯以外の「不便な時間帯」の勤務も免除すべきではないか。日本では「不便な時間帯」という発想はない。しかし通常の日勤時間帯以外の「不便な時間帯」をできる限り少なくすることを、ILO第149号条約（看護条約）、同第157号勧告は求めている⁽⁴²⁾。交替制や深夜業を不可欠とする労働においては、両立支援のためにさらなる配慮

が必要なのである。国家政策として、なすべきことは多い。

付記

私は、以前から、さまざまな場において、三木妙子先生の学問に対する堅実で厳しい姿勢に接する都度、深い尊敬と憧れを抱き続けてきた。このたびは、先生のご退職記念号に拙稿を掲載する機会を与えていただき、感謝に堪えない。三木先生のますますのご健勝を心からお祈りしたい。

(42) 第149号条約の正式名称は、「看護職員の雇用と労働および生活条件に関する条約」。1977年6月21日、ILO総会にて採択された。第157号勧告は、同名の勧告で、同時期に採択された。中山和久編著『看護職員—その権利と労働条件』（労働旬報社、1979年）が詳しい。