

配転法理をめぐる若干の検討

三井正信

はじめに

一 問題の所在

二 配転を取り巻く法的状況の変化

三 労働契約法と配転法理―新たな配転の制約法理―
おわりに

はじめに

本稿は、雇用手続の現状を踏まえて、実務もにらみつつ、配転法理につき若干の（したがって、無理のない範囲で）検討を行い、現実的な方向で使用者の配転命令権に一定有効な制約を加えることを目的とするものである。

いうまでもなく、配転とは、職務内容、職種、勤務場所のいずれか（あるいはそのうちの二つないしすべて）を相当長期間にわたって変更することをいい、これまで社内（企業内）人事異動として多くの企業において頻繁にあるいは日常茶飯事に行われてきた（まさにルーティン化しているといってもよいであろう）。そして、現在においても同様に行われている。特に、職務内容、職種の変更を配置転換、勤務場所の変更を転勤と呼ぶことがある。¹ 終身雇用と

年功的処遇を核とする日本型雇用システム（ないしは日本的雇用慣行）のもとにおいては、通例、労働者は職務内容や勤務場所などを特定することなく企業に入社し、長期雇用のもとローテーションとして企業内で配転を繰り返し様々な職務や勤務場所を経験しつつ昇進・昇格することになるが、この点を捉えてわが国の雇用は（労働契約により職務内容や職種を特定する）ジョブ型ではなく（労働契約により企業の従業員⇨メンバーとしての地位を獲得する点に特色を有する）メンバーシップ型であると評されることになる。とにかく社内（企業内）人事異動である配転は日本型雇用システムと切っても切れない関係にあるといつてよい。要は、メンバーシップ型雇用においては終身雇用のもと安定した身分（雇用保障ないし雇用の安定、あるいはメンバーシップの維持）と引き換えに（ジョブや勤務地については特定がない）無限定な働き方となっているのである^②。

このような背景のもと、例えば転勤につき、法的にも「使用者は業務上の必要に応じ、その裁量により労働者の勤務場所を決定することができる」とされているといえる。ただし、「転勤、特に転居を伴う転勤は、一般に、労働者の生活関係に少なからぬ影響を与えずにはおかないから、使用者の転勤命令権は無制約に行使用することができるものではなく、これを濫用することの許されない」こととなる（以上の引用は、東亜ペイント事件・最二小判昭六一・七・一四労判四七七号六頁）。このような説示は確立された判例法理となっているのであるが、その特色は、使用者の配転命令権は広く認めつつ、これについて（あくまで）例外的に（「特段の事情」がある場合に）権利濫用法理でチェックをかけることを基本構造ないし基本枠組みとするところにある^③。

以上は、ひとり転勤のみならず等しく配置転換にも当てはまるのであり、配転一般をめぐる法理となっているといつてよい。立法による新たな規制や最高裁による判例変更がない限り、このような基本構造ないし基本枠組みが変わることはないであろう。しかし、これは妥当な法理と評価することができるのか。かかる法理によるならば、使用者に

は広範な配転命令権が認められる一方で、配転命令が権利濫用とされる(制限を受ける)余地は極めて狭いといえる。つまり、労働者の無限定な働き方がほぼそのまま容認されることになるのである。これはある意味においては労働者にとって過酷な法理となっているし、もはや現在の社会意識や社会状況にも合致しないといえることができる。まさにこの点が問題ではないのかと考えられる。

先に引用した東亜ベイント事件・最判が述べるように、転勤は労働者に大きな影響を及ぼし、家族にも多大の利益をもたらす(例えば、コミュニティや友人との別れ、あるいは転校などの生活上の不利益が問題となる)。特に、現在においては夫婦共稼ぎが普遍化しているため、転勤は夫婦別居や家族の離散にも直結することになる。そうでなくとも、労働者の転勤に家族が帯同できず単身赴任となることも多いと思われる(この点で高度経済成長期に確立し、しかも配転法理の基礎をなしていると考えられる日本の雇用慣行が前提とする男性単独稼ぎ手(働き手)モデルはもはや妥当性を失っているともいえよう)。また、職務内容や職種についてもキャリア、適性、能力、技能、一定の職にとどまる利益といった職業上の利益、場合によっては(手当や給与等の)経済的利益や誇り・プライドなどを含めた人格的利益に関して労働者に不利益を生じさせる可能性がある。

職務内容、職種、勤務場所は労働者が職業生活を展開していくうえで大きな関心事となっている。それを労働者の意思や希望とは無関係に使用者が一方的に変更でき、それにほとんど歯止めがかからないとすると、労働基準法二条一項や労働契約法三条一項がうたう労働条件労使対等決定の原則と相容れず、また労働契約法三条三項が規定するワーク・ライフ・バランス尊重の理念にも抵触することになる(ちなみに、同項とは別に、そもそもワーク・ライフ・バランスそれ自体が現在においては注目され重視されてきていることにも思いをはせるべきである)⁵⁾とともに、労働者が納得できず、一定の不利益や不安を抱えながら不本意にワーキングライフを送る(そして、場合によればそのこ

とが労働者を退職に至らしめる) 結果ともなりかねない。⁶⁾ しかし、配転をめぐる判例法理は確立されたものであり、このままではその基本構造ないし基本枠組みは変わらないといえる。けれども、基本構造ないし基本枠組みはそのままだに、あるいはそれを前提としつつも、法理の具体的適用(運用)次第では使用者の配転命令権に一定有効な制約をもたらし労働者にとってより妥当な帰結ないし結論を導き出すことができるのではないか。そこで、本稿は、近年の法状況を踏まえ、かかる観点から(かかる戦略のもと)、法実務的にも具体的・現実的に無理なく可能な方向において、確立された判例法理の基本構造ないし基本枠組みのもとでもなお労働者が(ある程度)納得を得ることができるような形で配転が行われ得る道を探るものである。

一 問題の所在

(一) 問題の限定

「はじめに」でも述べたように、配転は労働者に(場合によってはその家族にも)様々な形で多大の影響や不利益を及ぼし、現実にも転勤は単身赴任など大きな社会問題を引き起こしている。したがって、現在においては、高度経済成長期に確立された日本型雇用システムないし日本的雇用慣行に基礎を置くこれまでの配転法理は根本的ないし抜本的な再検討(抜本的な理論的転換ないし転回)を迫られていると考えられる。⁷⁾ つまり、斬新で新たな法理の構築や有効な立法論が求められているのである。問題に取り組むには、大胆で大きな志と広範なヴィジョンが必要となるといつてもよい。しかし、本稿における検討はあくまで「若干の」ものであり、既存の法理を前提としたものである。その意味で、保守的であって志が小さいともいえる。そして、限定的でもある。では、何故、敢えて筆者はこのようなスタンスをとるのか。それは次のような理由によるものである。

確かに、抜本的な問題解決のためには、大胆で新たな視点からの理論構築が必要である。そして、本格的な立法論(法政策論)も不可欠であるといえる。しかし、いくら新たな理論を提示しても、また立法論を展開しても、近いうちに確立された判例法理(そしてそれが構成部分をなす労働契約法理)が変更されたり(見直されたり)立法的手当てがなされたりする見通しは存しないかその余地は極めて小さいと考えられる。そうすると、当面の戦略として、あくまで現行の確立された判例法理(配転法理)を前提に(あるいは基礎と)しつつも、暫定的に、可能な限りで、かかる配転法理の労働者に対する過酷さを緩和し、(ある程度において、もしくは少しでも)妥当と思われる方向を探ることも、現実的通用性を有し企業実務や法実務の上で一定有効であって現実的意義が存するのではないか。そして、その限界を見据えつつ、そのうえで(その次に)新たな法理を模索したり、立法論を展開したりすることにも合理性が存するのではないか(配転法理の改革をめぐる二段階の戦略)⁸⁾。そこで、筆者としては、本稿において、まずは、当面、戦略の第一段階として、配転をめぐる状況に対して実現できると思われる限りで一定の改善をもたらすべく論を進めることとした次第である。たとえ志は小さくとも弥縫策ではなくあくまで一定の現実的通用性を有するところの有効で妥当な策を追求するのである。

(二) 配転命令権の根拠

周知のように、使用者の配転命令権の法的根拠については、大きな傾向として、基本的に、労働者が使用者に包括的な配転命令権を委ねたとする包括的合意説と使用者は労働契約で合意した範囲内で配転命令権を取得するにすぎないとする労働契約説の対立が存しているといつてよい。これらは理論的には大きな差異が存するが、現実にはどちらの説に立とうとも結果的にそれほど違いは生じない。包括的合意説でも個々の契約において合意により配転命令権の範囲に枠をはめることは認められ、また、実際にも、一定の枠の限定がみられるのが通例といえる。また、労働契約

説においても、わが国では、一般的に、労働契約締結時に具体的な限定がなされないとか、就業規則に使用者に包括的な配転命令権を委ねる配転条項が存することから、使用者に広範な配転命令権が認められると解されることになる。となると、どちらの説に立つても、まず、どこまでが労働契約で約された配転命令権の範囲（枠）であるかを確定し、次にその枠内の配転命令権の行使については権利濫用法理で対処することが重要となる¹¹⁾。

では、判例はいかなる立場に立っているであろうか。この点につき、単身赴任となる転勤の効力が争われた事例であり配転をめぐるリーディングケースといえる東亜ペイント事件・最二小判昭六一・七・一四労判四七七号六頁は、「上告会社の労働協約及び就業規則には、上告会社は業務上の都合により従業員に転勤を命ずることができる旨の定めがあり、現に上告会社では、全国に十数か所の営業所等を置き、その間において従業員、特に営業担当者の転勤を頻繁に行っており、被上告人は大学卒業資格の営業担当者として上告会社に入社したもので、両者の間で労働契約が成立した際にも勤務地を大阪に限定する旨の合意はなされなかったという前記事情の下においては、上告会社は個別の同意なしに被上告人の勤務場所を決定し、これに転勤を命じて労務の提供を求める権限を有するものというべきである。」と判示している。かかる判旨の理解については、最高裁が、包括的合意説に立ったのかあるいは労働契約説に立ったのかについての争いが存するが、最高裁が労働協約や就業規則に配転条項が存していることや勤務地限定の合意がなかった点（そして、企業内における配転の慣行）に言及しているところからして、労働契約説に立ちつつ使用者に広範な配転命令権を認めたものと考えるのが妥当であろう。また、法原理的にいえば、労働基準法二条一項（併せて、現在では労働契約法三条一項）が規定する労働条件労使対等決定の原則に照らしても労働契約的に解すべきであろう¹²⁾。

そして、判例は、勤務地や職種の限定をそう簡単には認めない傾向にある（例えば、長年にわたる機械工の職務へ

の従事から職務の機械工への限定を認めることを否定した例として、日産自動車村山工場事件・最一小判平元・一・七労判五五四号六頁、アナウンサーの職種の特定を認めなかった例として、九州朝日放送事件・福岡高判平八・七・三〇労判七五七号二一頁、同事件・最一小判平一〇・九・二〇労判七五七号二〇頁)。そこで、配転命令の有効性は、通常の場合、主として、権利濫用の存否にかかってくるといえる。

(三) 配転命令権の濫用

(1) 判例の配転命令権濫用法理

最高裁は、先に引用した東亜ペイント事件において、配転命令の権利濫用につき、次のように判示した。即ち、「使用者は業務上の必要に応じ、その裁量により労働者の勤務場所を決定することができるものというべきであるが、転勤、特に転居を伴う転勤は、一般に、労働者の生活関係に少なからぬ影響を与えずにはおかないから、使用者の転勤命令権は無制約に行使用することができるものではなく、これを濫用することの許されないことはいうまでもないところ、当該転勤命令につき業務上の必要性が存しない場合又は業務上の必要性が存する場合であっても、当該転勤命令が他の不当な動機・目的をもってなされたものであるとき若しくは労働者に対し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とき等、特段の事情の存する場合でない限りは、当該転勤命令は権利の濫用になるものではないというべきである。右の業務上の必要性についても、当該転勤先への異動が余人をもつては容易に替え難いといった高度の必要性に限定することは相当でなく、労働力の適正配置、業務の能率増進、労働者の能力開発、勤務意欲の高揚、業務運営の円滑化など企業の合理的運営に寄与する点が認められる限りは、業務上の必要性の存在を肯定すべきである。」これが、現在、確立された判例法理となつていといえ、法実務において配転命令権の制約をめぐる基本的枠組みを構成している。

かかる判例法理によれば、配転命令権の行使が権利濫用とされるのは、①業務上の必要性が存しない場合、業務上の必要性が存しても、②不当な動機・目的をもってなされたものである場合、③労働者に対し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場合の「特段の事情」のある三つの場合である。最高裁は業務上の必要性を広く認めるので①の場合はそれほど考えられない。②は退職誘導、いじめ、嫌がらせ、権利行使等に対する報復、組合活動への嫌悪など一定明確であるが、通常は、かかる動機・目的が存するケースはそれほど多くはないといえる。そこで、配転命令権の濫用をめぐっては、主として（あるいは一般に多くの場合において）、③が焦点となる。

(2) 通常甘受すべき程度を著しく超える不利益

③については、最高裁は、配転命令の権利濫用を判断するにあたり、企業の合理的運営に寄与する点が認められる限りでよいとして比較的容易に使用者側の必要性を認める反面、労働者の不利益は単なる不利益ではなく通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を問題とする。必要性と不利益の単純な比較衡量（普通の比較衡量）ではなく、通常は配転の必要性が（容易に）存することを前提に、労働者側に著しく大きな不利益が存する場合のみを例外的に考慮（あるいはチェック）しようとするのである。

では、労働者の通常甘受すべき程度を著しく超える不利益とはいかなる不利益をいうのであろうか。東亜ペイント事件は転勤で労働者が単身赴任となる事例であったが、「名古屋営業所への転勤が被上告人に与える家庭生活上の不利益は、転勤に伴い通常甘受すべき程度のもというべきである。したがって、原審の認定した前記事実関係の下においては、本件転勤命令は権利の濫用に当たらないと解するのが相当である。」と判示されている。要は、単身赴任となるということは不利益ではあってもそれだけでは通常甘受すべき程度を著しく超える不利益ではなく、したがって労働者は通常これを甘受しなければならず、単身赴任を招来させる転勤命令権の行使は権利濫用とはならないとい

う帰結となるのである。その後、これを受け、下級審において転勤命令が権利濫用と判断されたのは、労働者が家族の介護や看病を行っており、労働者が単身赴任となれば介護や看病が不可能となる事例である(代表例として、ネスレジャパン(配転)事件・神戸地姫路支決平一五・一一・一四判時一八五一号一五一頁)。また、最高裁は、転勤により通勤時間が延び子供の保育(育児)が困難となる事例につき、「これによって上告人が負うことになる不利益は、必ずしも小さくはないが、なお通常甘受すべき程度を著しく超えるとははいえない。」と判示して転勤命令の濫用を認めなかった(ケンウッド事件・最三小判平一二・一一・二八判七七四号七頁)。したがって、転勤をめぐる事例で配転命令権の行使が権利濫用と認められる余地は極めて狭く例外的なものとなっているといえよう。

転勤以外の事例では、職種の変更の場合の通常甘受すべき程度を著しく超える不利益については、経済的不利益やキャリア形成の不利益が問題となる(プロクター・アンド・ギャンブル・ファー・イースト・インク事件・神戸地判平一六・三・三一労働八八〇号五二頁、ノース・ウエスト航空(F A配転)事件・東京高判平二〇・三・二七労働九五九号一八頁、X社事件・東京地判平二二・二・八労働速二〇六七号二二頁)。これらにおいても、使用者が広範な配転命令権を有し職能資格制度と職能給が主流のわが国においては(要は、メンバーシップ型雇用システムのもとにおいては)、判例法理はあくまで例外的な制約法理となっているといえよう。

(3) 手続重視の傾向

また、配転命令の権利濫用や配転命令違反の懲戒処分効力の判断にあたって配転手続の履践を重視する傾向が一部でみられる(配転命令の有効性につき、手続の履践を判断要素として考慮した例として、日本レストランシステム事件・大阪高判平一七・一・二五労働八九〇号二七頁、配転命令拒否を理由とする懲戒権の行使をめぐる濫用判断にあたって手続を考慮した例として、メレスグリオ事件・東京高判平一二・一一・二九労働七九九号一七頁)。これは注目

すべき重要な視点である。配転は労働者に一定の不利益をもたらすものである以上、使用者による手続の履践は信義則の要請であるとも考えることができる。しかし、かかる方向もあくまで使用者が広範な配転命令権を有することを前提としたものであることに変わりはないといえよう。

(四) 配転法理の基礎

何故、このように広範な配転命令権を使用者に認め、その効力については原則有効としつつあくまで例外的に権利濫用でチェックするという法理が形成されたのであろうか。

配転法理は判例によって形成されてきた労働契約のルールである労働契約法理の一環をなすものといえる。労働契約法理は、かつて、重要であるにもかかわらず労働契約の成立・展開・終了に関する規定が労働基準法等の労働者保護法にほとんど存しなかったことから、それらに関するルールの必要性を考慮して、その缺を埋めるべく、判例が形成していったものである。では、かかる労働契約法理とはいかなるものであつて、いかなる特徴を有するのであろうか。配転法理の基礎という観点から検討を加えてみよう。

民法六二七条一項は、期間の定めのない雇用契約につき、契約の各当事者は二週間前の予告を置きさえすればいずれも自由に契約を解約することができる旨を規定している。これは労働者にとっては退職の自由を意味するが、使用者にとっては解雇の自由を意味することになる（民法における解雇自由の原則の確認）。しかし、労働契約の解約にともなう不利益は労使双方にとつては非対称であつて、労働者による解約（辞職）と使用者による解約（解雇）を同列には論ずることはできないのである。労働者が退職しても従業員に欠員ができたとして使用者は内部・外部から他の労働者を捜して補充し退職労働者の代わりに空いたポストを埋めればすむ（したがつて、不利益は比較的小さいか軽微である）といえるが、使用者が労働者を解雇すれば、労働者とその家族は職の喪失により生活の糧を失うことに

なるとともに、労働者は生き甲斐を失い人格やキャリアを展開できず、さらに加えて、高度経済成長期に確立された日本の雇用慣行（日本型雇用システム）、特に終身雇用制と年功処遇制のもとでは労働者は再就職や賃金面で大きな不利益を被ることになる。終身雇用制は、新規学卒者を定期採用し、その労働者を企業内訓練や人事ローテーションを行いつつ定年まで雇用するという長期雇用システムとでもいうべきものであるが、このことは内部労働市場において労働者の人材活用がなされることが原則であって、したがって外部労働市場は十分には整備されておらず（発達・機能しておらず）、中途採用が少なく転職が困難であることを示している。また、たとえ再就職ができたとしても、再就職先では年功がゼロにリセットされる（あるいは一定考慮されるとしても低くカウントされるケースが多い）ため賃金が大幅に低下ないしダウンする可能性がある。しかも、わが国においては、通例、解雇にともない社会的評価ないし評判が大きく低下する（社会的ステイグマを被る）ことも労働者には大きな不利益といえよう。

そこで、裁判所は、権利の濫用を禁止する民法一条三項を用いることによって、①合理性のテストと②相当性のテストという二つのテストをクリアしないと解雇は権利濫用で違法・無効となるという法理（解雇権濫用法理）を形成し、使用者の解雇権を大幅に制限していった（日本食塩製造事件・最二小判昭五〇・四・二五民集二九卷四号四五六頁、高知放送事件・最二小判昭五二・一・三一労働二六八号一七頁、日本の雇用慣行のもとでの解雇にともなう不利益を明示的に考慮して解雇権濫用法理を説くものとして、エース損害賠償保険事件・東京地決平一三・八・九労働八二〇号七四頁）。また、さらに、その影響の大きさや専ら経営側の都合による点を考慮して、整理解雇につき、四要件（ないし四要素）を用いて解雇の効力を厳格に判断する整理解雇法理も解雇権濫用法理の一環として展開されていた（大村野上事件・長崎地裁大村支判昭五〇・二・二四判時八一三九八頁、東洋酸素事件・東京高判昭五四・一〇・二九労働三三〇号七一頁）。これによりかつて（労働基準法一八条の二（現労働契約法一六条）において解雇権濫用法理が確

認められた二〇〇三年まで) わが国においては正面から一般的に解雇を規制する制定法の規定が存しなかったにもかかわらず、解雇は極めて困難であるという理解や認識が社会に広がっていった。このような厳格な解雇権濫用法理は、採用内定取消(大日本印刷事件・最二小判昭五四・七・二〇民集三三卷五号五八二頁、電電公社近畿電通局事件・最二小判昭五五・五・三〇判時九六八号一四頁)や、試用期間中ないし試用期間満了時の本採用拒否(三菱樹脂事件・最二大判昭四八・二・一二民集二七卷一〇号一五三六頁)などにおいて応用的に活用され、また、反復更新されてきた有期労働契約の更新拒絶(雇止め)に関しても類推適用され(東芝柳町工場事件・最一小判昭四九・七・二二民集二八卷五号九二七頁、日立メデlico事件・最一小判昭六一・一二・四判判四八六号六頁)、使用者のイニシアティブに基づく雇用の終了に関して大きな規制力と抑止力を発揮することになった。つまり、判例法理は、その内に労働者雇用安定化機能を組み込みつつ形成・発展させられてきたのである。

しかし、その反面、裁判所は、業務命令・人事異動や労働条件の決定・変更(就業規則の法的性質と不利益変更の拘束力)について使用者に大きな裁量を認める方向でルール形成を行っていった。つまり、労働契約法理においては、労働者雇用安定化機能と使用者裁量権容認機能がトレード・オフないしギブ・アンド・テイクの関係にあるとの視点に立っているのである。たとえば、業務命令や配転命令については基本的に使用者に広範な裁量権を認めつつ、例外的に権利濫用法理でチェックをかけるという方向性が示された(業務命令に関して、国鉄鹿児島自動車営業所事件・最二小判平五・六・一一労働六三二二号一〇頁、配転命令に関して、東亜ペイント事件・最二小判昭六一・七・一四労働四七七号六頁)。また、労働提供先が他企業に変更されることになる企業外人事異動である出向についても、出向先での労働条件等について手当がなされているかあるいは労働組合等との間で調整されているといった状況があれば就業規則等を通じた包括的同意により使用者の出向命令権を広く認め、これを例外的に権利濫用法理によりチェックす

るといふ判断が示されている(新日本製鐵(日鐵運輸第二)事件・最一小判平一五・四・一八勞判八四七号一四頁)。そして、労働条件の決定・変更については、約款法理(内容の合理性と事前の開示を条件に取引は約款によるという事実たる慣習を通じて約款が契約内容となるという考え方(民法九二条参照))を就業規則に持ち込み、合理性があれば使用者の一方的作成になる就業規則が労働者の個別同意なしに労働契約内容となる(秋北バス事件・最大判昭四三・二・二五民集二二卷二三号三四五九頁、電電公社帯広局事件・最一小判昭六一・三・一三勞判四七〇号六頁、日立製作所武蔵工場事件・最一小判平三・二・二八民集四五卷八号一二七〇頁)ことを認め、不利益変更についても合理性があれば個別同意なしに労働者が拘束される(前掲・秋北バス事件・最大判、第四銀行事件・最一小判平九・二・二八勞判七一〇号一二頁)との法理が展開された。なお、就業規則が労働契約内容になる場合の合理性判断と就業規則の不利益変更の場合に拘束力を認めるための合理性判断とは、判断方法が異なっており、後者の場合には基本的に使用者側の必要性と労働者の被る不利益とが比較衡量されるという形で一定バランスの取れた(その意味で労働者保護にも十分に配慮した)判断がなされるのだが、前者は一応の合理性と評される如く専ら企業経営・運営にとつて合理的かどうかという視点が強いといふことができる。したがって、使用者の一方的決定になる就業規則が各種業務命令権の根拠を定めれば、それが労働者の個別同意なしに労働契約内容となって労働者を拘束し義務づけるといふ構図が形作られることになり、使用者が人事・業務命令に関し広範な裁量を有することの二因を作り出している(例えば、時間外労働命令に関して、日立製作所武蔵工場事件・最一小判平三・二・二八勞判五九四号七頁)。

以上が配転法理の基礎となる労働契約法理の基本構造である。要は、労働者が雇用の安定を得たことと引き換えに使用者に広範な裁量権が認められ付与されているのであり、通常、労働契約の締結によりかかる基礎が合意されていると裁判所は解しているのである。といふことは、裁判所は、労働者の雇用の安定と使用者の広範な裁量権の間のギブ・

アンド・テイクないシトリード・オフは労使の利益を衡量してみてバランスが取れており、かかる取引をめぐる合意には合理性が認められるとの判断のもと法理展開を行っていると考えられる。したがって、労働者は、ひとたび合意した以上、それに拘束され、原則として、使用者の広範な配転命令権に従うべきこととなるといえよう。なお、現在では、労働契約法理の一部は労働契約法において確認され、法定化されている（七条、九条、一〇条、一四條、一五條、一六條、一九條）¹⁴。

二 配転を取り巻く法的状況の変化

(一) 概説

以上述べてきたことが配転法理の基盤をなす。しかし、あくまでかかる労働契約法理を基礎としつつも、配転法理については法理形成の後に、若干の法的变化がみられるようになってきていることも事実である。ひとつは、単身赴任をとまなう配転の場合に配慮を求める（つまり、使用者の配慮義務を認める）裁判例の登場であり、もうひとつは、育児介護休業法の改正による配転により子の養育または家族の介護が困難となる労働者に対する事業主の配慮義務を規定する二六条の新設である。そして、これら二つの前提に加えて、二〇〇七年に制定された労働契約法によっても状況の変化が生じていると考えてもよいと思われる。以下、順次、これらの点を検討し、新たな配転命令権の制約法理につなげる準備作業を行ってみよう。

(二) 単身赴任と配慮

学説は、単身赴任をめぐる東亜ペイント事件・最判の法理が厳しすぎると考え、例えば、次のような考え方を示していた。即ち、単身赴任の場合には配転命令の有効要件を特に厳格に考えるべきであり、①その労働者がぜひ必要で

あるという高度の業務上の必要性、②配転期間の限定・合理的配慮(信義則に基づく配慮であるといえる)、③単身赴任手当・帰郷旅費の支給や賄い付き下宿の貸与などの生活上の便宜供与(これも信義則に基づく配慮である)といった要件が満たすことが必要ではないかと論じたのである。¹⁵⁾

このような学説の議論を受けてか、以後の裁判例は、あくまで基本的に東亜ペイント事件・最判の枠組みに拠りながらも、若干の譲歩を示し、単身赴任の場合には使用者に労働者の経済的・社会的・精神的不利益を軽減、回避するために社会通念上求められる措置(たとえば、別居手当、住宅手当の支給など)をとるよう配慮すべき義務を認めるという方向を示している(帝国臓器事件・東京地判平五・九・二九判六三六号一九頁、同事件・東京高判平八・五・二九判六九四号二九頁、同事件・最二小判平一一・九・一七判七六八号一六頁)。具体的には、帝国臓器事件において、東京地裁は、「転居を伴う転勤は、一般に、労働者の生活関係に影響を与え、特に、家族の病気の世話、子供の教育・受験、持家の管理、配偶者の仕事の継続、赴任先での住宅事情等のやむをえない理由から労働者が単身赴任をしなければならぬ合理的な事情がある場合には、これが労働者に対し経済的・社会的・精神的不利益を負わせるものであるから、使用者は労働者に対してこのような転勤を命ずるに際しては、信義則上、労働者の右不利益を軽減、回避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があるものといふべきである。」と判示した。そして、控訴審である東京高裁もこれを認め、上告審である最高裁は高裁の判断を是認している。このように判例が単身赴任の場合に使用者の配慮義務を認めたことには意義があり注目すべきであるが、それは学説の説く程度にまでは至っておらず、依然として手当の支給等を行う旨の配慮で事足りるとされている点に不十分さが残るといえる。しかし、とにかく配慮を行うには、その前提として使用者が労働者の私生活上の事情を知らねばならず、そのためには少なくとも労働者に対してあらかじめ告知聴聞の機会を付与するといった手続が必要になる。したがって、かかる手

続を行うことは、不利益軽減・回避措置をとることと同様に（あるいは同様の意味で）配慮「義務」とまでいえるかどうかは別として、やはり信義則の要請であるといえ、単身赴任にともなう配慮の一環をなすとも考えることができよう。なお、ちなみに、既に若干述べたように、一般的にいつてそもそも手続の履践自体が信義則の要請であるとも解されるのであり、したがって、単身赴任の場合には更に手続履践の要請が強まるものといえよう。

(三) 育児介護休業法二六条と配転

既に一(三)(2)でみたように、ケンウッド事件・最判は、配転（転勤）により子供の保育（育児）が困難となる事例につき配転命令の権利濫用を認めなかった。しかし、この判決が出された翌年の二〇〇一年に育児介護休業法が改正され、「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。」と規定する二六条が新設された。これにより配転法理に変化がみられ、これまでのように家族の介護や看病をしていた労働者が単身赴任となる配転命令が権利濫用と判断されることに加えて、下級審においては、子供の育児が困難となる配転命令も権利濫用と判断されるようになってきた（例えば、転勤にともなう男性労働者の育児に関する不利益を通常甘受すべき程度を著しく超えると判断した事例として、明治図書出版事件・東京地決平一四・二二・二七労判八六一号六九頁）。これはケンウッド事件・最判の法理が制定法によって修正されたとみることができよう。また、介護の事例でも権利濫用につき育児介護休業法二六条の趣旨や同条の規定する配慮に言及するものが登場した（例えば、NTT西日本（大阪・名古屋配転）事件・大阪地判平一九・三・二八労判九四六号一三〇頁、同事件・大阪高判平二一・一・一五労判九七七号五頁、NTT東日本（北海道・配転）事件・札幌地判平一八・九・二九労判九二八号三七頁、同事件・札幌高判平

二一・二二・二六労働九八二号四四頁)。

以上からすれば、①育児介護休業法二六条の新設によって配転にともなう労働者の通常甘受すべき程度を著しく超える不利益の範囲が育児にまで広がるとともに、②かかる不利益を(したがって権利濫用の有無を)判断するに際してはもはや同条の趣旨や精神が考慮される(同条が根拠とされる)ということを読み取ることができる。要は、新たに育児介護休業法二六条が設けられたことにより状況に変化が生じ、東亜ペイント事件・最判が提示した法理を基礎・基本・前提としつつも、それに一定の修正が加えられたのである。これは法律による配転法理の修正といえるが、この点を踏まえ、より一般的にいえば、これ以外にも同様の法律があればそれにより配転法理の修正が認められることになると思われる。

(四) 労働契約法と配転法理

さて、以上、(二)、(三)で検討してきたところが、二〇〇七年に制定された労働契約法との関係において配転法理に当てはまらないであろうか。労働契約法は、制定当初、労働契約をめぐる若干の基本原則等を規定するほかは、確立された労働契約法理のうち重要かつ代表的なものいくつか(一部)を確認して条文化するというスタンスを取っていた^①。そして、現在でも、その基本スタンスは、二〇一二年の改正で設けられた有期労働契約に関する一八条、(旧)二〇条(ちなみに、旧二〇条は二〇一八年の働き方改革関連法によって労働契約法から削除されて、現在ではパート・有期労働法八条に統合されている)を除き、維持されている。したがって、労働契約法は(あくまで)労働契約法理の基本構造をなす日本の雇用慣行に基礎を置く労働者雇用安定化機能と使用者裁量権容認機能を前提にしているといつてよい。このことは、労働契約法が一六条で前者を象徴する解雇権濫用法理を規定する一方で、一〇条で後者の要をなす就業規則の不利益変更法理を(そして、併せて、七条で就業規則の拘束力をめぐる法理を)確認しているこ

とが端的に示している。また、出向命令権濫用法理を定めた一四条は冒頭で「使用者が労働者に出向を命ずることができる場合」という表現を用いているが、これは個別的同意説ではなく使用者があらかじめ労働者に対する（広範な）出向命令権を有することを認める立場（説）を前提としており、使用者裁量権容認機能を示すものといえよう。そこで、労働契約法が制定されたからといって、そこに規定されているものもないものも両者含めて、依然としてこれまでの労働契約法理（つまり、これまでの労働契約のルールをめぐる法状況）が原則として（あるいは基本的に）妥当することになると考えられる。

しかし、労働契約法がいくら労働契約法理、したがって同法理の内包する使用者裁量権容認機能を前提とすとしても、労働契約法は併せて労働契約の基本原則も規定している。そこで先に(三)で育児介護休業法二六条の新設と配転法理の関係を検討する際にみたような方向と同様な形で、これが労働契約法理、具体的には本稿の主題である配転法理を若干なりとも修正するに至っていると考えてよいのではないか。ではその修正とはいかなるものであろうか。そして、若干の修正とはいえ、それが有効に使用者の配転命令権の行使に制約を加え得るものなのであろうか。次に章を改めて、この問題をみていくことにしよう。

三 労働契約法と配転法理―新たな配転の制約法理―

(一) 概説

労働契約法は判例が形成した労働契約法理を前提としており、したがって配転に関してはそのリーディングケースである東亜ペイント事件・最判の提示した法理（使用者が広範な配転命令権ないし配転に関する裁量権を有すること）を前提に、一定の場合に権利濫用によりそれに歯止めをかけるという法理）を基本的に容認する（それ故、かかる配

転法理が現在でも原則として妥当する)ものといえよう。しかし、同法は、労働契約法理を基礎としつつも(あるいはあくまでそれと相容れる形で)労働契約の基本原則を提示しており、配転法理にもその要請に従うよう求めていると考えられる。そこで、問題となると思われる一条、三条一項、三条三項、三条四項、三条五項、四条一項、八条といった基本原則を定める労働契約法の条文と配転法理の関係についてみていく必要があると思われる。確かに、ひとつひとつの条文による修正ないし要請は小さなものであるかもしれないが、それらを総合すれば一定有効な配転制約法理を提示することができるのではないかと考えられる。

(二) 労働契約法四条一項と配転法理

労働契約法四条一項は、「使用者は、労働者に提示する労働条件及び労働契約の内容について、労働者の理解を深めるようにするものとする。」と規定している。この条文は採用時のみならず労働契約の展開過程全般において適用されるものであり、したがって配転にも当てはまるといえよう。いくら使用者が配転に関し広範な命令権ないし裁量権を有しようとして、その行使にあたっては労働者の理解が求められるのである。労働者の理解を深めるにはその納得が必要であり、そのためには使用者による労働者に対する十分な説明・情報提供と事情聴取・意見聴取(そして、場合によっては説得)が求められることになる。そこで、使用者は、配転に先立ち(一定の時間的余裕をもって)配転の必要性、人選の理由、当該労働者の人事における当該配転の位置づけ、配転先の状況などを説明し、それに対する労働者からの意見聴取や事情聴取を行わなければならない。要は、使用者が労働者に配転を命ずるには適正な配転手続の履践が要請されるのである。

ただし、労働契約法四条一項は訓示規定(ないしは努力義務規定)にすぎず、¹⁸⁾以上で述べた要請を使用者に義務づけるところまでは行かない。¹⁹⁾また、同条を同法三条四項が規定する信義則を媒介として情報提供義務を導き出すこと

ができるのかもいまだ未知数である。しかし、使用者は労働契約法四条一項とは別にそもそも既述のように信義則上
 手続履践を行うことを要請されるとともに、大きな権限を有する使用者が適正な手続を行わない場合には、直ちに権
 利濫用となるかどうかは別として、少なくとも配転命令の権利濫用の判断にあたり（手続的「要請」を満たさなかつ
 たということ）そのことを一要素として総合考慮するということは可能であろう（労働契約法三条五項）。

ちなみに、通常、配転にあたっては、事前に時間的余裕をもって内示がなされるのが通例であり、実際に多くのケー
 スにおいては手続の要請は満たされているものと考えられる。

- (三) 労働契約の変更とワーク・ライフ・バランス尊重の理念
 (1) 配転をめぐる労働契約の変更

配転にあたって手続が履践される場合、その手続において、配転の内示に対して（たとえ配転が通常甘受すべき程
 度を著しく超える不利益を負わせるものではなく、したがって配転命令が判例法理に照らして権利濫用と判断される
 ことがないとしても、つまり例えば単身赴任ではなかったりあるいは単身赴任であるが家族の介護や看病等、または
 育児を行うといった事情が存しなくとも）労働者が異議を申し立てることが予想される（ちなみに、以下の論述では、
 配転命令権の行使がこれまでの判例法理に照らして権利濫用に当たらないこととなる場合を想定して論を進めること
 にする）。特に、勤務地の変更、即ち転勤の場合には、家族の状況等を踏まえて大きな不利益が生じるとか単身赴任
 にならざるを得ないことなどを理由として労働者が納得できず使用者に配転命令の再考を促すといったことも考えら
 れる。労働者が単身赴任となる場合には、既述のように、信義則に基づき、使用者には手当の支給等を行うという配
 慮義務が課せられるが、使用者はかかる配慮義務を尽くせば依然として広範な裁量権に基づいて配転を命じることが
 できる。そして、使用者の配転命令を労働者が拒否すれば、業務命令違反として懲戒処分、往々にして懲戒解雇の問

題となる。これが従来の通例のパターンといえよう。²⁰⁾

しかし、以上は、(当初の、あるいはもともとの)労働契約内容としてあくまで使用者が企業の合理的運営に資するための広範な裁量をもって行使できる配転命令権を有するという状況を前提としている(労働契約法理における使用者裁量権容認機能の承認)。このような契約内容を変更せずに使用者の配転命令を拒否すれば(原則として)契約違反業務命令違反が成立するというのは、法理論上は、いわば当然の帰結であるともいえよう。では労働者が配転命令に納得しない(あるいはできない)場合に異議申立てが業務命令違反となることを回避する道は存しないのか。回避が可能であるならばいかなる方策が考えられるか。そこで問題となるのが労働契約の変更である。

労働契約法八条は、「労働者及び使用者は、その合意により、労働契約の内容である労働条件を変更することができる。」と規定し、また一条は、同法の目的として「労働者及び使用者の自主的な交渉の下で、労働契約が合意により成立し、又は変更されるといふ合意の原則その他労働契約に関する基本的事項を定めることにより、合理的な労働条件の決定又は変更が円滑に行われるようにすることを通じて、労働者の保護を図りつつ、個別の労働関係の安定に資すること」を掲げている。そして、三条一項は、「労働契約は、労働者及び使用者が対等の立場における合意に基づいて締結し、又は変更すべきものとする。」としている。以上を総合すれば、労働者は対等の契約主体として自己の利益を確保すべく(あるいは自己の不利益を回避すべく)労働契約の変更の申込みをなし得るのであり、労働契約法は労働者の保護と労働関係の安定を図りつつ合理的な労働条件の決定のみならず変更が円滑に行われるべきことを目指すという方向性を示しているのである(以上の点については、労働条件労使対等決定の原則を規定する労働基準法二条一項の要請でもあるといえよう)。これを配転に当てはめれば、次のようにいうことができる。これまで、配転をめぐる、労働者が従うか拒否して懲戒処分(多くのケースでは懲戒解雇)を受けるかという二者択一の状況に

置かれてきた。つまり、力に勝る使用者の前では弱者たる労働者の対応はこの二種類しかないと考えられてきた。しかし、労働契約法の目的ないし基本趣旨・基本原則からすれば（そして、併せて、労働基準法二条一項も斟酌すれば）、いずれの選択肢（換言すれば、いずれの不利利益）をも回避するために合意による労働契約の変更という第三の道が開かれていることが示されていることになる。使用者が承諾するか否かは別にして、労働者は自立した契約主体として、自己決定をもとにして労働契約変更の申込み（なお、正確にいえば、この中には変更の申込みのみならず変更交渉の申込みも含まれるといえるが、便宜上、以下本稿においてはこれらを一括して変更の申込みと表現することとする）をなし得るのであつて、とにかく配転に異議が存する場合には契約変更の申込みにより不利利益回避の道を探ることを試みるべきであるということになる。ちなみに、変更の申込みは、形成権である配転命令権の行使により変更された労働契約内容を更に変更するか行使を撤回して元に戻すこと、あるいは手続段階ではいまだ配転命令権が行使されていないと解すれば、使用者の形成権に不行使の特約を付すこと、またはそもそも使用者の配転をめぐる広範な権利を縮減することを目的とするといえる。²¹そして、労働者はもつと具体的な形で職務内容・職種・勤務場所等を示して変更の申込みを行うことができることはいうまでもないし、それは労働者の自立した契約主体の理念とも合致しよう。

したがって、配転手続において配転の内示を受けた労働者は、命令に従った場合の生活上の不利利益や拒否した場合の労働関係上の不利利益（懲戒処分ないし懲戒解雇）をもとに回避したければ、それらを回避するために、対等の契約主体として、契約変更をめぐる合意の成就へ向けて労働契約の変更を申し出る（申し込む）ことができるし、また変更を申し出るべきであるといえる。そうすると、労働者が（明確に）命令を拒否したのか、それとも契約変更の申込みを行ったのが重要となる。前者の場合には懲戒処分に至る（その結果、訴訟において懲戒処分無効確認の前提としてこれまでの配転法理に照らして配転の効力が判断される）という従来のパターンとなることはいうまでもないが、

後者の場合にはその後どのようなプロセスをたどることになるのであろうか。

(2) 労働契約の変更とワーク・ライフ・バランス尊重の理念

さて、特に転勤の場合、そのなかでもとりわけ単身赴任となるケースにおいては、労働契約法三条三項のワーク・ライフ・バランス尊重の理念がかかわってくるといえよう。²²⁾ 同項は、「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。これは現代におけるワーク・ライフ・バランスの重要性を示すものであり、雇用における男女平等や女性の社会参画にもつながる視点を有している。とにかく、配転に関し、この条文をめぐって注目すべきは、ワーク・ライフ・バランスに配慮して労働契約を変更すべきとしている部分である。要は、これにはワーク・ライフ・バランスが問題となるときには労使がそれに適合する形で、適宜、労働契約を変更すべしとのメッセージが示されているといえる。確かに、この条文はあくまで訓示規定（ないしは努力義務規定）であり、しかも労働契約の変更には合意が必要であるということ、使用者の同意（承諾）なしには変更は成就せず、契約自由の原則の観点から使用者には同意（承諾）の自由が存するため、労働者が変更を申し込んでも労働契約が変更されとは限らない。しかし、ここで併せてもう一度、労働契約法四条一項に注目する必要がある。同項は使用者が提示する労働条件ないし労働契約内容につき労働者の理解を深めることを求めている。この条文から（そして信義則から）配転手続を行うべきことの要請（使用者が適正手続を行わなければそれが権利濫用判断の一要素として考慮されるという帰結）が導き出されることとなる点は既に論じたところであるが、そのような手続は労働者の理解を深めることのできるものでなければならぬのである。転勤で単身赴任となる（あるいは家族状況に大きな不利益が生じる）といった場合で労働者がワーク・ライフ・バランスを考慮して労働契約の変更を求めるケースにおいては、使用者はかかるワーク・ライフ・バランス尊重の理念の要請を無視することができず、したがっ

て配転手続においてかかる要請を無視するかあるいは顧慮しないならば労働契約法三条三項の精神（あるいは同項の趣旨ないし理念）に反することになる。法の精神に反すれば当該配転命令権の行使は権利濫用（労働契約法三条五項）と評価されることになろう。このような構成は労働契約法による配転法理の修正といえるが、とにかく労働者が労働契約の変更を申し込む場合には、ワーク・ライフ・バランス尊重の理念（法の精神）に即して手続の履践という観点からみて使用者は労働者の理解を深めるべく契約変更をめぐる交渉に誠実に応じなければならないのである。

(3) 配転をめぐる使用者の誠実交渉と配転命令の権利濫用

かくして労働者が労働契約の変更を申し込む場合には、配転手続はいわば契約変更交渉をめぐる手続となる。では、使用者がかかる交渉プロセスにおいて行うべき誠実交渉とはいかなるものであろうか。⁽²³⁾

例えば、以下この(3)においては、さしあたり、配転（転勤）により単身赴任となるが判例法理に照らして配転命令が権利濫用とは判断されないようなケースを念頭に置いて考えてみよう。かかるケースにおいて、労働者が労働契約の変更を申し込むような場合においては、客観的にはさておいて、主観的には当該配転が不可能（あるいは少なくとも困難）であり、したがって労働者は（現在の部署や勤務場所での就労の可能性も含め）それ以外の可能な就労を申し出ていると考えられる。とすると、問題状況を踏まえると、ここで参考となるのが、片山組事件・最一小判平一〇・四・九判七三六号一五頁の判旨である。⁽²⁴⁾ 同事件において、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た場合においては、現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、その能力、経験、地位、当該企業の規模、業種、当該企業における労働者の配置・異動の実情及び難易等に照らして当該労働者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務の提供をすることができ、かつ、その提供を申し出ているならば、なお債務の本旨に従った履行の提供があると解するのが相当である。」と判示

している。これは、労働者が私傷病により命じられた業務をいわば客観的に遂行することができず、それ以外の可能な業務の提供を申し出ている場合には、使用者は信義則上、労働者を可能な職務に就けるよう配慮すべき旨を説いたものといえる。これに対し、配転の場合にはあくまで労働者の主観的不可能（あるいは主観的困難）が問題となり、片山組事件と同様の程度（ないしは同レベル）の配慮（労働者を他の可能な職に就けるといふ配慮）までが使用者に求められるわけではない。しかし、ワーク・ライフ・バランス尊重の理念を踏まえると、使用者はできる限り労働者の申出に応ずる方向を模索するか、あるいは対案を提示するなり新たな提案をなすなり努力して誠実に交渉すべきとの配慮が求められることになる。かかる配慮は配慮「義務」とまでいえるかどうかは別として、信義則（労働契約法三条四項・併せて民法一条二項も参照）の要請であるといえ、単身赴任にともなう不利益軽減の配慮の一環をなす手続的配慮とも考えることができる（この点については、前述二(二)も参照）。ちなみに、片山組事件の法理はあくまで使用者にできる限りという期待可能な場合に当てはまるものであり（期待可能性の原則）、したがって、配転の場合にも使用者は期待可能性に照らして交渉に臨む必要がある（ちなみに、使用者が広範な裁量を有する場合においてはそれに応じて期待可能性の領域も大きくなると考えられる）。とにかく、誠実交渉が行われなかった場合には手続違反となり、当初の配転命令はかかる手続違反を理由として権利濫用（労働契約法三条五項）と評価されることになるといえよう。

問題は、かかるケースにおいて、使用者が当初の配転内容を変更せずに、配転（転勤）命令を貫徹しよう（つまり、労働者の変更申込みを拒否しよう）とする場合、どの程度まで交渉すれば手続違反とはならず権利濫用と評価されないことになるのであろうかである。使用者が労働者の申込みを受け入れ、配転を思いとどまったり、あるいは配転を思いとどまるとともに新たに労働者が可能な職に就いたり通勤可能な勤務地に赴くこと提案し（これは使用者からの

申込みといえよう)それを労働者が承諾したりすれば誠実な交渉が行われたと評価することができる。また、あくまで契約変更交渉である以上、使用者は譲歩することまでを求められるのではなく労働者の申込みを拒否することができるが、とにかく誠実な交渉がなされたというためには、使用者の主張があくまで合理的であって、かかる合理的な主張をもって労働者を説得しようとしたが労働者がこれに応じず話し合いが平行線をたどり行き詰まりに達したので、その結果として、使用者が労働者の申込みを拒否したということであればならないと考えられる。そこで、使用者の主張の合理性とはいかなるものかが重要な焦点となる。

既に述べたように、使用者は、労働者の申出に応ずるか、あるいは片山組事件・最判が示すような方向で可能な限り対案なり新たな提案なりを行うよう努力ないし模索するよう求められるのであるが、このような努力・模索にもかかわらず、当初の配転命令を維持貫徹するという決定をなす場合、そのような決定が合理的であって誠実交渉を行ったといえるためには、労働者の被る不利益に比べて使用者側の必要性が大きいことからそうせざるを得ないということが必要となる。確かに、労働者が労働契約の変更を申し込まず、使用者が当初の広範な裁量権を維持したままであれば、そのような(もともと合意されていると解釈される)契約内容が重視され、労働者が通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を被るものでない場合には、使用者側の必要性は「当該配転先への異動が余人をもっては容易に替え難いといった高度の必要性に限定することは相当でなく、労働力の適正配置、業務の能率増進、労働者の能力開発、勤務意欲の高揚、業務運営の円滑化など企業の合理的運営に寄与する点が認められる限りは、業務上の必要性の存在を肯定すべきである」として比較的容易に認められることとなる。しかし、ひとたび労働契約変更交渉に入った場合には事情は異なり、ワーク・ライフ・バランス尊重の理念を踏まえて労働者の納得を得ることが求められるため、使用者が当初の配転命令を維持貫徹しようと思えば比較衡量を行って労働者の不利益に比べて使用者側の必要性が大き

いことを説明しなければならないことになるのである。とすれば、この場合、配転命令が権利濫用か否か判断されるのは、直接には実体的な労使の利害の比較衡量の場面ではなくあくまで手続のレベルにおいてではあるのだが、かかる判断にあたっては東亜ペイント事件・最判が示すような（使用者側の必要性を容易に認める一方で労働者の不利益を容易には認めない形の）比較衡量よりもより厳密な（ある意味で労使の利益バランスがきちんをとれた公平な形での、あるいは労使の利害が相関する形での）比較衡量を踏まえて誠実交渉がなされたかどうかのポイントとなる。要は、使用者の必要性のレベルを上げる（必要性を容易には認めずこれまでよりも厳格に解する）一方で、労働者が通常甘受すべき程度を著しく超える不利益ではなくまさに労働者が通常被る不利益（ネットの不利益）それ自体が比較衡量の秤に乗ることになるのである。

以上からすれば、単身赴任が問題となる場合、誠実交渉がなされて手続が適正に履践されたといえるためには、片山組事件・最判の示すような要請があるにもかかわらず、それをなすことができないような、しかも労働者の被る不利益よりも大きな業務上の必要性を使用者が提示し、それを労働者に根拠を示して説明して配転（転勤）を説得することが必要であるといえよう。つまり、単なる企業の合理的運営に寄与するという緩い形での必要性、例えばルーティン人事程度の必要性ではなく、単身赴任という不利益を負わせるにもかかわらず配転先でその労働者がどうしても必要になるといったそれを上回る（ある意味高度の、あるいは厳格な）必要性が求められるのである。そうすると、異議申し立てられた転勤のケースにおいては、労働者の不利益を上回る必要性なしに（つまり単身赴任のケースにおいては高度の必要性なしに）使用者が配転命令を維持貫徹しようとして固執すると交渉態度が合理性を欠き誠実交渉とはいえず手続違反の問題が生じよう。これにより従来は権利濫用とはならなかった配転命令権の行使の多くの場合が権利濫用と評価される結果となると思われる。とにかく、比較衡量や合理性判断がきちんと（適正に）なされるならば、

労働者にとってある程度妥当な結論がもたらされることになるのである。

(四) 交渉促進規範としての労働契約法と新たな配転法理の一般化

以上の法理については、道筋を明確にするために、配転のうち、特に労働者が身赴任となる転勤のケースを念頭に置いて（あるいはそのようなケースに焦点を絞って）理論展開や法構成を行ってきたものである。そして、確かに、使用者の必要性と労働者の被る不利益の比較衡量に基づく配転法理の制約が問題となるのは専らあるいは主として単身赴任のケースであるといえる。しかし、ワーク・ライフ・バランスの尊重ということを考えると、単身赴任ではなくとも勤務地の変更によって本人あるいは家族に大きな生活上の不利益等が生じる転勤のケースも同様といえよう。そして、ワーク・ライフ・バランス尊重の理念は問題とはならないものの、労働契約法一条、三条一項、三条四項、三条五項、四条一項、八条（即ち、労働契約法の基本原則や諸原則）に照らせばそもそも配転に関しては手続が重要となると解されることから、転勤以外のケース（職務や職種をめぐる配置転換のケース）においても（つまり、配転一般についても）、単身赴任のケースと同様に、あるいはそれに準じて考えるべきことが妥当となろう。要は、単身赴任となる転勤の場合の法理を配転のスタンダードと解し、契約変更交渉が開始された場合においては労働者の不利益を上回る必要性がない（提示できない）限り配転は権利濫用とするのである。

ちなみに、併せて（補足的に）付言すれば、一般的にいつて、解雇は最後の手段であり、使用者はそれをできるだけ回避するよう要請されるが、そもそも、配転法理は労働者雇用安定化機能と引き換えに承認された使用者裁量権容認機能を示すものであり、したがってそれが解雇という形で雇用の安定を損なうに至ることは問題であると考えられるため、配転が解雇という帰結に至らないようにすべきといえる。このことからすれば、配転の場合には、配転命令を拒否すれば労働者に対して懲戒解雇がなされることになるという状況を回避すべく契約変更交渉が行われるといえ

るので、かかる観点からでもできるだけ誠実な交渉が必要となるとも考えられるのである。

とにかく、ここで重要と思われるのは、労働契約法は交渉促進規範²⁵⁾であり、労働者が自己の人事に納得いかない場合(例えば、これまで長年営業一筋できた労働者が不得意な業務である経理課への配転を命じられたような場合)には、従うか拒否するかのみではなく、労働者の保護と労働関係の安定の見地から合意に向けて契約変更交渉を試みるというメッセージが同法から読み取れるということである。ちなみに、かかる観点は配転のみに限定されずより広く労働過程(労働関係)をめぐる諸問題に対しても一般化すべきであろう。即ち、労働関係は(場合によっては何十年と続く)継続的性格を有し、したがって、関係継続中に事情変更がみられるケースも多く存すると考えられるので、労働者にとって労働関係の継続につき困難や大きな不利益が生じるような場合には、これに対処すべく、合意による労働契約の変更という手段に着目して、契約変更交渉が労使の間で広く促進されることが望まれるのである。

かくして、労働契約法の諸原則を踏まえ、配転手続と契約変更交渉を媒介とし、配転をめぐる労使の利害の比較衡量をこれまでの権利濫用の実体的判断のレベルから契約変更をめぐる手続のレベルに位置づけ直すことによってその基準を使用者の裁量を大きく縮減する形でより厳格な(厳密で公平な)ものとするのが可能となったのである。

(五) 補論1…労働者の契約変更の申込みについて

以上が、これまでの判例法理を踏まえた使用者の配転命令権制約法理のアウトラインであり、ここで一応の理論提示は完結している。しかし、実際には、多くの場合、労働者が明確な形で変更の申込みを行うことは困難であることも事実であるといえる。そこで、更に法理を一步進めて、労働者が配転命令に納得できず難色(あるいは異議)を示すという場合には、労使の力関係(そして労働者の従属的立場)を踏まえて、そもそも労働者の配転命令拒否の意思が明確で固いといった場合を除いて、かかる態度は、原則として、使用者の配転命令権の行使を差し控える方向での

黙示の労働契約の変更（交渉）の申込みにあたると解釈・構成してはどうだろうか。つまり、労働者が正面から明示の変更申込みを行う場合は格別、そうでなくとも労働者が難色を示す場合には、生活上の不利益も労働関係上の不利益（懲戒処分）もともに回避したいというのがその通常の意味であろうことからして、労働者は（黙示の意思表示により）契約変更（交渉）を申し込むという第三の道を選択したと一般的に解するのである。もしも、かかる解釈・提言が可能であるならば、より広く使用者の配転命令権を制限し得ることとなる。

ただ、ここまで広く申込みの範囲を広げることに、そのような意思が果たして労働者に認められるのか（労働者の意思を擬制していることになるのではないか）ということや、このような構成をとれば結局は厳格な比較衡量の基準を配転法理にストレートに持ち込むのと等しく実質的に既存の判例法理自体を大きく転換・変更してしまう（それ故、あくまで既存の法理を前提として現実的に可能な方向で、あるいは無理のない範囲で若干の理論展開を行うという本稿の目的を逸脱してしまい、かえって理論に傷を負わせる）ことになるのではないかと、異論や疑問も存しよう。この点はまさに難問といえ、理論の一般的汎用性・現実的通用性にかかわってくるといえる。筆者としても自信はなく確たる主張をなし得ないところである（したがって、この(五)における提言はあくまで補足として仮定的で念のためのものである）。

しかし、たとえ労働者の申込みを広く解することができないか困難であるとしても、少くとも先に(四)までで述べた法理はそれ自体で一定妥当性を有するのであり、とにかく配転命令に納得できない場合には労働者は明示的に労働契約変更の申込みをなす方向を試みるべきである点に留意すべきである。したがって、たとえばこの(五)での主張に賛同できなくても、それとは切り離して、あるいは(五)を無視ないしスキップして、あくまで(四)までの理論展開を筆者の提示した新たな見解ないし法理として吟味・評価いただきたい考える次第である。

(六) 補論2：若干の立法論的視点から

以上までの検討で本稿の目的は一応果たしたことになる。しかし、配転をめぐる本格的な立法論的検討ないし立法論的構想の提示までは行かないとしても、これまでの検討から、少なくとも（さしあたって、あるいは暫定的に）労働契約法に最低限の改正を付すべきであるという方向性が示されてくるように思われる。そこで、最後に、補論という形で当面可能（あるいは実現可能性が高い）と思われる労働契約法をめぐる立法論（改正の視点）を提示しておきたいと思う。

まず、ワーク・ライフ・バランスの重要性を考えると、ワーク・ライフ・バランス尊重の理念を述べる労働契約法三条三項につき「締結し、又は変更すべきものとする」という部分を「締結し、又は変更しなければならない」と改正すべきであろう。

次に、配転はいうまでもなく人事一般に関して、そして懲戒や解雇も含めて使用者が事前に手続を履践すべき旨を規定する条文（義務規定）を新たに設けるべきである。手続を人事等の有効要件とするかあるいは権利濫用の判断要素とするかは別として、使用者の説明・情報提供、労働者に対する告知聴聞の機会の付与が規定されなければならない。場合によっては、文書の提示（文書による告知）の義務づけを加えてもよいように思われる。あるいは、たとえ、それが困難であるとしても、さしあたり、少なくとも、例えば労働契約法四条に第三項を付け加えるなどして手続をめぐる努力義務規定（訓示規定）を新設することは必要であり、また可能かつ比較的容易であろう。とにかく、労働者の理解（納得）のためには手続は重要であるとともに、交渉促進規範として労働契約法を捉えるならば、手続は交渉促進のために必要不可欠といえよう。

以上の二つの法改正を行っただけでも配転をめぐる状況は大きく改善するものと思われる。更に、配転の重要性を

考えると、権利濫用の禁止の一般条項である労働契約法三条五項から独立させて、出向(一四条)、懲戒(二五条)、解雇(二六条)と並べて、配転命令の権利濫用の禁止を規定する独立(独自)の条文を新たに加え設けるべきかもしれない。その場合、同法のこれまでの行き方と同様にさしあたり東亜ペイント事件・最判の法理を確認するというスタンスを採ることが考えられる。ただ、本文で検討してきたところや時代状況等を踏まえると、更にことを進め判例法理から離れてより厳格な判断基準を示す条文とすることが望ましいことはいうまでもないであろう(もつともここまでくると結局は抜本的な改正ということになってしまうのだが)。そして、もしも基準を厳格なものとするのならば、具体的には、労働条件労使対等決定の原則や労働者の独立した契約主体性を考慮し、権利濫用の判断基準となる労使の利害の比較衡量は使用者側の必要性と労働者の被る不利益をバランスを取ってきちんと厳格に秤にかける形で示されるべきものといえる。⁽²⁶⁾

なお、立法論ではないが、人事異動において労働者の意思を重視すべく、企業が社内F A制や社内公募制を普及させ一般化していくことも今後は重要となるであろうことを最後に付言しておく。

おわりに

本稿では確立された判例法理を前提としつつも労働契約法などを手がかりに妥当な方向に向けて規制をなすべく配転の制約法理を検討してきた。判例によって展開されてきたこれまでの配転法理は労働契約法理の基礎をなす使用者裁量権容認機能を前提としたものであって、いわば労働者の無限定な働き方を象徴するものとなっているといっている。しかし、労働者の人生や私生活、あるいは家族の生活を考えると、いくら雇用安定化機能と引き換えとはいえず、無限定な働き方を容認することには問題があるろう。また、労働契約法理の基礎となった日本の雇用慣行やそれを取り

巻く状況にも大きな変化がみられる。そこで、配転手続に注目しつつ、実体レベルの判断から手続レベルの判断に視点をシフトさせ、権利濫用判断における比較衡量において使用者の必要性を厳格に吟味するとともに労働者の被る不利益それ自体をそのままの形で考慮し、使用者が配転の必要性が労働者の不利益を上回ることを説明せずに当初の配転に固執し続ければ、使用者は契約変更交渉において誠実交渉義務を尽くしたことはならず、したがって手続違反となり配転命令は権利濫用となるとして従来よりも濫用が認められやすくなる法理を考察した。本稿での検討が成功しているかどうかはいまだ心許ないところであるが、少なくとも議論に関する問題提起とはなっていると考えられる。今後、筆者としても本稿で提示した新たな法理を（できればブラッシュアップしつつ）有力に主張していくとともに、これを土台として更に抜本的な立法論についても考察を重ねていきたいとする次第である。

- (1) 配転については、さしあたり、三井正信『基本労働法Ⅰ』（成文堂、二〇一二年）一七二頁以下、奥田香子「配転」土田道夫Ⅱ山川隆一（編）『労働法の争点』（有斐閣、二〇一四年）五四―五五頁、和田肇「人事異動と労働者の働き方」西谷敏Ⅱ中島正雄Ⅱ奥田香子（編）『転換期労働法の課題』（旬報社、二〇〇三年）一八八頁以下などを参照。
- (2) 以上及びジョブ型雇用・メンバーシップ型雇用については、濱口桂一郎『日本の雇用と労働法』（日本経済新聞出版、二〇一一年）を参照。
- (3) 東亜ペイント事件・最判及びその特徴については、富永晃一「配転」村中孝史Ⅱ荒木尚志（編）『労働判例百選「第9版」』（有斐閣、二〇一六年）二二六―二七頁、中内哲「配転命令権の根拠と限界」唐津博Ⅱ和田肇Ⅱ矢野昌浩（編）『新版 労働法重要判例を読むⅡ』（日本評論社、二〇二三年）一二二頁以下などを参照。なお、担当弁護士によるこの事件の詳細な分析・検討として、豊川義明『労働における事実と法』（日本評論社、二〇一九年）一四二頁以下。
- (4) 浜村彰Ⅱ唐津博Ⅱ青野寛Ⅱ奥田香子『ベータシックス労働法 第8版』（有斐閣、二〇二〇年）七〇―七二頁。
- (5) 配転とワーク・ライフ・バランスの関係については、両角道代「家族の変化と労働法」荒木尚志（編）『岩波講座 現代法の動態

- 3 社会変化と法」(岩波書店、二〇一四年)一三三頁以下、小畑史子「使用者の人事権と労働者の職業キャリア・個人の生活および事情」日本労働法学会(編)『講座労働法の再生 第2巻 労働契約の理論』(日本評論社、二〇一七年)一七九頁以下を参照。なお、ワーク・ライフ・バランス全般については、名古屋功「ワーク・ライフ・バランスと労働法」日本労働法学会(編)『講座労働法の再生 第4巻 人格・平等・家族責任』(日本評論社、二〇一七年)一三七頁以下。
- (6) 労働者の納得の重要性については、西谷敏「不利益変更と労働者の『納得』—ひとつの覚書」季刊労働法二〇〇号(二〇〇五年)二頁以下。
- (7) かかる方向についての提言として、例えば、新谷真人「転勤における労働者の不利益とは？」労働法律旬報一九五一号—一九五二号(二〇二〇年)一三頁以下、西谷敏「労働法」[第3版]』(日本評論社、二〇二〇年)二五二頁以下など。
- (8) 筆者の立法論としては、三井正信「企業コミュニケーションと法政策」日本労働研究雑誌六八六号(二〇一七年)六〇頁以下。
- (9) 本多淳亮「配置転換・転勤をめぐる法律問題」菊池勇夫教授六十年祝賀記念論文集『労働法と経済法の理論』(有斐閣、一九六〇年)四七五頁以下。
- (10) 片岡昇『現代労働法の展開』(岩波書店、一九八三年)二七三頁以下。
- (11) 三井・前掲注(1)書一七四—一七五頁。
- (12) 最高裁判例は発想として包括的合意説に近いと説く見解として、西谷・前掲注(7)書二四七頁、契約説に立つものと理解する立場として、土田道夫「労働契約法 第2版」(有斐閣、二〇一六年)四一一頁。
- (13) 三井・前掲注(1)書一七四頁。
- (14) 以上の労働契約法理をめぐる状況については、三井・前掲注(1)書二—一三頁、一—三三頁以下。なお、併せて、土田道夫「日本的雇用慣行と労働契約」日本労働法学会誌七三号(一九八九年)三一頁以下、及び濱口・前掲注(2)書も参照。
- (15) 三井・前掲注(1)書一七九—一八〇頁、渡辺章「労働契約理論における法規的構成と契約的構成」日本労働法学会誌七七号(一九九一年)三一頁、土田道夫「労務指揮権の現代的展開」(信山社、一九九九年)五六八頁、藤内和公「人事制度」日本労働法学会(編)『講座21世紀の労働法 第4巻 労働契約』(有斐閣、二〇〇〇年)二六三頁。
- (16) 育児介護休業法二六条については、さしあたり、西谷敏と和田肇、野田進、奥田香子(編)『新基本法コンメンタール労働基準法・労働契約法【第2版】』(日本評論社、二〇二〇年)五一八頁(丸山亜子執筆)を参照。

- (17) 三井正信『現代雇用社会と労働契約法』(成文堂、二〇一〇年) 四六頁、同・前掲注(1) 書二二六頁。
- (18) 三井・前掲注(17) 書二五頁、荒木尚志『菅野和夫』山川隆一『詳説 労働契約法「第2版」』(弘文堂、二〇一四年) 九〇頁。
- (19) 西谷ほか(編)・前掲注(16) 書三六三頁(道幸哲也執筆)。
- (20) 濱口・前掲注(2) 書五一頁、八七―八八頁。なお、同『新しい労働社会』(岩波書店、二〇〇九年) 五一頁以下も参照。
- (21) ちなみに、配転の内示につき、一般財団法人あんしん財団事件・東京地判平三〇・二・二六(労働一七七号二九頁は配転命令権の行使であるとしたのに対し、同事件・東京高判平三一・三・一四(労働二二〇五号二八頁は配転の内示と発令を区別し、「一般に、配置転換の内示は、使用者の労働者に対する人事権の行使としての配転命令に先立ち、転勤を承諾するかどうかについて検討する機会を与えるための事前の告知であり、これによって人事異動の効力を生ずるものではなく、その後には異動計画が撤回ないし変更される余地を残しているものと解される」と判示している)。
- (22) 労働契約法三条三項については、三井・前掲注(1) 書二二―二二二頁、同・前掲注(17) 書二二―二四頁、西谷ほか(編)・前掲注(16) 書三六一―三六二頁(道幸哲也執筆)、荒木ほか・前掲注(18) 書八五―八六頁、緒方桂子「労働契約の基本原則」西谷敏『根本到(編)『労働契約と法』(旬報社、二〇一一年) 四五頁以下を参照。なお、関連して、注(5)に挙げた文献も参照のこと。
- (23) この点については、まったく事柄が異なるが、アナロジーという観点から団体交渉をめぐる誠実交渉義務論が一定参考になると思われる。団交をめぐる誠実交渉義務については、さしあたり、三井正信『基本労働法Ⅲ』(成文堂、二〇一四年) 一六三頁以下、同「団体交渉権の構造」日本労働法学会(編)『講座労働法の再生 第5巻 労使関係法の理論課題』(日本評論社、二〇一七年) 七四頁以下を参照。
- (24) 片山組事件・最判については、さしあたり、三井正信「私傷病と労務受領拒否」村中孝史『荒木尚志(編)『労働判例百選「第七版」』(有斐閣、二〇〇二年) 三八―三九頁を参照。
- (25) 土田・前掲注(12) 書一八一―八九頁、一二二頁。
- (26) 以上については、三井・前掲注(8) 論文も参照。