

妊娠による軽易業務転換

Right of Pregnant to Transfer to Other Light Duties

渡辺 美香*

要約

2015年6月、日本航空の客室乗務員の女性が、妊娠したことおよび地上勤務への転換を希望する旨を使用者に伝えたところ、使用者により無給の休職が命じられたことは、マタニティ・ハラスメントに該当するとして、日本航空に慰謝料などを求め提訴したことが報道された。妊娠中の軽易業務転換は、労働者、使用者の双方にとって望ましいことのはずである。しかし、必ずしも労基法65条3項（以下、本項と略称）の規定が活かされていない実情が少なくないと思われる。

本項に関する議論は、今日に至るまで、ごく僅かしかなされておらず、行政解釈も多くは発出されていないことから、同項は、今なお未解明な点が多い。

本稿は、妊娠中の軽易業務転換に関する問題について、法的な解決方法を検討することを目的とする。第1に、広島中央保健生協（C生協病院）事件判決（最一小判平成26年10月23日裁時1614号1頁）のルールに日本航空客室乗務員の事案をあてはめ、本判決のルールでは解決できない点を明らかにする（第Ⅱ章）。第2に、本項の立法過程を調査する（第Ⅲ章）。第3に、本項と旧労基法52条3項を比較する（第Ⅳ章）。本項に関する学説の議論と行政解釈の整理を行う（第Ⅴ章）。最後に、軽易業務転換についての分析と考察を行う（第Ⅵ章）。

労基法立法資料からは、本項は、労働者からの請求さえあれば、事業の規模や内容に関わらず、妊娠中の健康保持のために必要な措置を行なうことを使用者に義務付ける趣旨であり、しかも、単なる訓示規定ではなく、使用者に義務の履行を強く求めるものであることが分かった。学説からは、軽易業務転換には、就労時間の変更や短縮も含まれるとの見解が多く存在するものの、軽易業務転換の定義が未だ統一されていないこと、転換すべき軽易業務が無いために休業した場合の休業手当の問題は生じないとする説があるが、十分な議論はなされていないこと等が確認できた。行政解釈は、資料に乏しく、分析することが困難であった。

以上から、今後の課題として次の点を挙げることができる。これまで本項が殆ど取り上げられてこなかった理由は何か、軽易業務転換に関する実態調査が実務上有効であると考え。次に、本項についても、労働安全衛生の分野で行われているソフトローの手法を取り入れることにより、行政の指導、啓発の充実を図ることである。最後に、母性保護規定としてのみならず、現代に相応しい観点、すなわちキャリア形成支援の側面からも本項を検討してゆくことである。

* 社会保険労務士 当大学院法学研究科博士後期課程ビジネス法務専攻院生

【目次】

- I. はじめに
- II. マタ・ハラ最高裁判決ルールへのあてはめ
 - 1. はじめに
 - 2. マタ・ハラ最高裁判決の事案の概要
 - 3. マタ・ハラ最高裁判決判旨のルール
 - 4. 検討
 - 5. おわりに
- III. 労基法 65 条 3 項の立法過程
 - 1. はじめに
 - 2. 準備期
 - 3. 展開期
 - 4. 調整期および完成期
 - 5. 検討
 - 6. おわりに
- IV. 旧労基法 52 条 3 項との比較
 - 1. はじめに
 - 2. 旧 52 条 3 項と本項の規定内容の比較
 - 3. 旧労基法 52 条 3 項の立法過程
 - 4. 検討
 - 5. おわりに
- V. 労基法 65 条 3 項に関する学説と行政解釈
 - 1. はじめに
 - 2. 学説
 - 3. 行政解釈
 - 4. 検討
 - 5. おわりに
- VI. おわりに

I. はじめに

2015 年 6 月、日本航空の客室乗務員の女性が、妊娠により休職させられ、マタニティハラスメントを受けたとして、日本航空に慰謝料などを求め提訴したことが報道された。訴状の内容は明らかになっていないが、報道¹⁾によれば、妊娠のため客室乗務員として勤務できなくなった労働者が使用者に対し、妊娠したことおよび地上勤務への転換を希望する旨を伝えたところ、1 週間後、使用者は、地上に空いているポストが無いため休職に入るよう、労働者に通知したという。日本航空では、妊娠が判明した客室乗務員は、母性保

1) YOMIURI ONLINE <http://www.yomiuri.co.jp/national/20150616-OYT1T50180.html>（最終アクセス日 2015 年 6 月 21 日）ほか。

護のため休職させるが、本人が希望し、かつ会社が認めた場合は、地上勤務ができる制度を就業規則に設けている。2007年度までは希望者全員が地上勤務に就くことができたが、業績悪化により、2008年度から「会社が認めた場合」という条件が加わった。労働者は、一方的に無給の休職が命じられたことは、男女雇用機会均等法が禁じる「マタニティハラスメント」に当たると主張し、休職命令の無効確認や賃金などの支払いを求めている。

近年、政府は、「日本再考戦略」の中で、女性の活躍推進の柱として、「子育てと仕事の両立支援」とともに「女性のキャリアアップの促進」に取り組むこととし、2020年には指導的地位に占める女性の割合を30%とするKPIを掲げている²⁾。これを受けて、2015年8月28日、「女性活躍推進法」が成立した。この法案の目的（第1条）は、「自らの意思によって職業生活を営み、又は営もうとする女性はその個性と能力を十分に発揮して職業生活において活躍することが一層重要となっていることに鑑み」、「女性の職業生活における活躍を迅速かつ重点的に推進し、もって男女の人権が尊重され、かつ、……豊かで活力ある社会を実現すること」である³⁾。妊娠中の女性労働者のための軽易業務転換制度は、妊娠中の女性労働者が自ら使用者に請求し、個々の体調に応じて従事可能な業務を選択するものであり、「日本再考戦略」や「女性活躍推進法」の描くヴィジョンにも相応しい。軽易業務に転換することにより、妊娠・出産のための休業期間が少しでも短縮できれば、その分、復職を容易にする助けとなる。しかも、従前より軽易な内容とはいえ新たな業務に従事することは、当該労働者の知識、経験の幅を広げることに繋がり、これは労働者のみならず、使用者にとっても望ましいことのはずである。

軽易業務への転換に関する調査・研究は多くはなく、実情を正確に把握することは難しい。しかしながら、「企業における妊産婦の健康管理体制に関する実態調査報告書」（財団法人女性労働協会、2008年）によれば、出産経験のある女性労働者1,144人から、妊娠中・出産時に利用した制度として最も多く挙げられたのは「保健指導又は健康診査を受けるための時間の確保」（54.2%）であり、「妊婦の軽易な業務への転換」を挙げた者は16.3%にとどまる。他方、女性労働者のうち、妊娠・出産を機会に会社を辞めようと思う女性労働者362人（出産経験のある者および無い者、双方を含む）が、その理由として挙げたのは、「仕事の負荷が重い」（37.6%）、次いで「残業が多い等労働時間が長い」（34.0%）、「制度はあるが、上司、同僚等職場の理解が無く利用しづらい」（26.2%）、「会社の制度が整っていないため、継続が困難である」（21.0%）である。筆者は、これらの数値から、妊娠・出産時の仕事の負荷を軽減したいと感じる女性労働者が少なくないにも関わらず、軽易業務への転換制度が十分に活用されていない可能性があると考ええる。

以上の観点から、今回の日本航空客室乗務員の提訴は、企業の労務管理の観点からも、

2) 首相官邸ホームページ <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/keizaisaisei/pdf/honbun2JP.pdf>（最終アクセス日2015年7月12日）。

3) 厚生労働省ホームページ 女性活躍推進法特集ページ <http://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000091025.html>（最終アクセス日2015年8月30日）。

大いに注目すべき事件である。

しかるに、このような事案に対して、法的にどのような解決が可能であるかの検討は十分ではない。たしかに妊娠中の軽易業務転換については、労基法 65 条 3 項（以下、本項と略称）という実定法が存在する。しかし、本項の性質は必ずしも明らかになっているとはいえない。まず、これまでに、本項を主たる争点とした裁判例は皆無である。次に、学説の中には、使用者はできる限りの配慮をすべきとの立場もある⁴⁾が、必ずしも、つめた議論を行っているわけではないし、実務において支配的な通説のようなものが存在するか疑問である。行政解釈は、本条項は、原則として女性が指示した他の業務に転換させる趣旨であるが、新たに軽易な業務を創設して与える義務まで課しているものではないとしてきている（昭 61 年 3 月 20 日基発 婦発 69 号）。

このように、本項が存在するとはいえ、いかなる場合であれば、使用者が軽易業務に転換させないことも許されるのか、軽易な業務に転換出来ず休業する場合に労働者は賃金を請求し得るのか等、妊娠中の軽易業務転換に関しては、今なお未解明な点が多いのである。そこで、本稿は、妊娠中の軽易業務転換に関する問題について、法的にどのような解決が可能であるかを検討することを目的とする。そのために本稿では、本項の立法過程、本項に関する学説の議論について、各種文献を中心に検討を行うことによって、妊娠中の軽易業務転換に関する、法的解決のあり方について考察することを目的とする。

ところで、現在、軽易業務転換を契機とする降格の有効性をめぐって争われた広島中央保健生協（C 生協病院）事件判決（最一小判平成 26 年 10 月 23 日裁時 1614 号 1 頁 以下「マタ・ハラ最高裁判決」という）が注目されている。本判決は、妊娠中の軽易業務への転換を契機として降格させる事業主の措置は、原則として均等法 9 条 3 項の禁止する取扱いに当たり無効であるとの考えを明確に示し、これまでにない新しい判断枠組みを述べたためである。筆者は、本判決が述べたルールの中からも、日本航空客室乗務員の事案についての解決の手がかりを掴むことができる可能性があると考えた。

そこで、本稿では、まずは、第Ⅱ章において、マタ・ハラ最高裁判決を紹介し、日本航空客室乗務員の事案を本判決のルールにあてはめるという作業を行う。

Ⅱ. マタ・ハラ最高裁判決へのあてはめ

1. はじめに

マタ・ハラ最高裁判決は、本項に規定する軽易業務転換を請求したことに対してなされた不利益取扱いが争点となった、おそらく初めてのケースであり、今後のマタニティライツ保護の行方に影響を及ぼす判例として、関心が寄せられている。なぜならば、従来の産前産後休業や育児休業に関する事案の判決と比較し、画期的ともいえる判断ルールを述べ

4) 野田進「産前産後」東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法下巻』（有斐閣、2003 年）823 頁。

たからである。

本章では、マタ・ハラ最高裁判決から分かること、マタ・ハラ最高裁判決から解決できないことを分析することを目的として、日本航空客室乗務員の事案をマタ・ハラ最高裁判決の示したルールにあてはめるを試みる。

2. マタ・ハラ最高裁判決の事案の概要

Y は、複数の医療施設を運営する消費生活協同組合である。X は、Y において理学療法士として勤務し、訪問リハビリ業務（患者の自宅を訪問しリハビリを行う業務）の副主任であった。X が、妊娠に伴い、Y に軽易な業務への転換を求めたところ、Y は、X を病院リハビリ業務（Y 病院内でリハビリを行う業務）へ異動させた。しかし、病院リハビリ業務では、他の理学療法士が主任として当該科の取りまとめを行っていたことから、Y は、X の副主任を免ずる発令した。

X は、Y による降格措置は、均等法 9 条 3 項に違反し無効であるとして、管理職手当の支払および債務不履行または不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起したが、原審は、管理職の任免は、「使用者の経営判断に基づきなされるもの」であり、Y による本件降格措置は、均等法 9 条 3 項に違反せず、人事権の濫用にもあたらないとの判断を示した。本件は、そこで X が上告した事案である。

3. マタ・ハラ最高裁判決判旨のルール

均等法 9 条 3 項は、「(均等法の) 目的及び基本的理念を実現するためにこれに反する事業主による措置を禁止する強行規定として設けられたもの」であり、「妊娠、出産、産前休業の請求、産前産後の休業又は軽易業務への転換等を理由として解雇その他不利益な取扱いをすることは、同項に違反する」。

一般に、降格は労働者に不利であるから、「妊娠中の軽易業務への転換を契機として降格させる事業主の措置は、原則として同項の禁止する取扱いに当たる」が、「軽易業務への転換及び上記措置により受ける有利な影響並びに上記措置により受ける不利な影響の内容や程度、……事業主による説明の内容その他の経緯や当該労働者の意向等に照らし」、労働者が「自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足る合理的な理由が客観的に存在するとき」や、「降格の措置を執ることなく軽易業務への転換をさせることに円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性から支障が〔あり〕、その業務上の必要性の内容や程度及び上記の有利又は不利な影響の内容や程度に照らして、……同項の趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情が存在するときは、同項の禁止する取扱いに当たらない」。

「承諾に係る合理的な理由」の存否は、措置による「有利又は不利な影響の内容や程度」を「措置の前後における職務内容の実質、業務上の負担の内容や程度、労働条件の内容等」から評価し、「措置による影響につき事業主から適切な説明を受けて十分に理解し

た上でその諾否を決定し得たか否か」から判断すべきである。「特段の事情」の存否は、「業務上の必要性の有無及びその内容や程度」を「当該労働者の転換後の業務の性質や内容、転換後の職場の組織や業務態勢及び人員配置の状況、当該労働者の知識や経験等」から評価するとともに、「有利又は不利な影響の内容や程度」を「措置に係る経緯や当該労働者の意向等をも勘案し」て評価し、判断すべきである。平成18年厚生労働省告示第614号第4の3(2)の定めも上記のような趣旨である。

4. 検討

マタ・ハラ最高裁判決の示したルール原則は、妊娠、出産、産前休業の請求、産前産後の休業又は軽易業務への転換等を理由として解雇その他不利益な取扱いをすることは、均等法9条3項に違反する、というものである。日本航空客室乗務員は、軽易業務への転換を使用者に求めたわずか一週間後に使用者から無給の休職を命じられており⁵⁾、軽易業務転換請求を契機とした不利益な取扱いであるといえる⁶⁾。

例外的に使用者による措置が有効となる場合としてマタ・ハラ最高裁判決が述べた要件Ⅰ・「自由な意思に基づいて降格を承諾したものと認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在」するかどうかについては、客室乗務員は、記者会見で「妊娠当時は世帯主として母を扶養しており、無給とされ生活に困窮した。後輩に安心して妊娠・出産してもらえる制度にしたい」とも語っており⁷⁾、労働者が承諾していないのは明らかである。

マタ・ハラ最高裁判決は、例外的に使用者による措置が有効となる要件Ⅱ・「(均等法9条3項の)趣旨及び目的に実質的に反しないものと認められる特段の事情が存在する」かどうかの判断要素は、「当該労働者の転換後の業務の性質や内容、転換後の職場の組織や業務態勢及び人員配置の状況、当該労働者の知識や経験等」および軽易業務転換による「有利又は不利な影響の内容や程度」、「措置に係る経緯や当該労働者の意向等」であると述べる。ところが日本航空客室乗務員の事案は、軽易業務への転換が実現されていないため、実際には転換後の職場が存在しない。そこで、仮に、本件客室乗務員が転換後の業務

5) マタ・ハラ最高裁判から3ヵ月後に発出された通達(雇児発0123第1号平成27年1月23日)も、原則として、妊娠・出産等の事由を契機として不利益取扱いが行われた場合は「妊娠・出産等を理由として不利益取扱いがなされた」と解されること、「契機として」については、基本的に当該事由が発生している期間と時間的に近接して当該不利益取扱いが行われたか否かをもって判断することとしている。

6) 尤も、マタ・ハラ最高裁判決は、「労働者に対する性別を理由とする差別の禁止等に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針」(平成18年厚生労働省告示第614号)も判旨と同趣旨であると述べているところ、同指針第4の3(3)ハ号は、「女性労働者が労働基準法第65条3項の規定により軽易な業務への転換の請求をした場合において、女性労働者が転換すべき業務を指定せず、かつ、客観的にみても他に転換すべき軽易な業務がない場合」は、同指針第4の3(2)ト号の「不利益な自宅待機を命ずること」には該当しないとしている。そこで、本指針の解釈方法によっては、日本航空客室乗務員の事案における休職命令は、均等法9条3項に規定する不利益取扱いにあたらないと解する余地もあるが、この点については後述する(第Ⅴ章)。

7) 毎日新聞 <http://mainichi.jp/select/news/20150617k0000m040032000c.html> (最終アクセス日2015年7月12日)

として希望した地上での職場における人員配置の状況を評価することとするならば、客室乗務員は殆どが女性労働者であることから、軽易業務転換を請求する労働者が相当な人数に及ぶことは容易に想像できる。さらに、日本航空においても従前は希望者全員を地上勤務に転換させていたが、業績悪化を理由に、2008年度から会社が認めた者のみ転換できる制度に変更していることから、全ての妊娠中の女性労働者を地上の業務へ転換させることは、使用者にとって経営上の負担が軽くなかったといえることができる。次に、労働者にとっての有利、不利の程度についてであるが、本件客室乗務員は、無給休職を命じられていることから、ただ不利な影響ばかりを被っている状態であり、有利な点を評価し得ない。以上のように、日本航空客室乗務員の事案は、マタ・ハラ最高裁判決の示した判断要素を用いても、同判決のルールに完全にはあてはめることが出来ない。

ところで、マタ・ハラ最高裁判決が出るまでの判例は、妊娠・出産にともなう不利益取扱いの問題を公序法理によって判示してきた。公序法理とは、使用者による措置が労働者の権利の行使を抑制し、ひいては労基法等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認められるときは、当該使用者による措置は、公序に反し無効とする法理である⁸⁾。

従来の公序法理による判決と、マタ・ハラ最高裁判決の要件Ⅱの相違点は、従来の公序法理による判決の多くが、休業等の権利そのものについて定めた労基法等の趣旨に言及してきた⁹⁾のに対し、マタ・ハラ最高裁判決は、権利行使に対する不利益取扱いを禁ずる均等法9条3項の趣旨を述べるに留まり¹⁰⁾、本項の趣旨には触れていない点である。

マタ・ハラ最高裁判決の事案は、少なくとも労働者が請求した軽易業務転換は実現され、これに伴い労働者が不利益を被ったケースであることから、本項の趣旨を援用せずに、均等法9条3項の趣旨のみによって、使用者の措置の有効性を検討することが可能であった。

8) 筆者は、マタ・ハラ最高裁判決の要件Ⅱは、従来の公序法理による判断要素を維持しつつ、労働者の意向を重んじる方向へと発展させたものと考え。公序法理の要素Ⅰ「措置の趣旨、目的の合理性」とは、マタ・ハラ最高裁判決が述べる「円滑な業務運営や人員の適正配置の確保などの業務上の必要性の内容や程度」と重なる部分が多く、公序法理の要件Ⅱ「経済的不利益の程度」とは、マタ・ハラ最高裁判決における「当該労働者が当該措置により受ける有利な影響並びに不利な影響の内容や程度」と共通するからである。渡辺美香「最高裁におけるマタニティライツ保護－公序法理から合意法理へ」『青山ビジネスロー・レビュー』4巻2号（2015年）73項。

9) 例えば、エヌ・ビー・シー工業事件（最三小判昭和60年7月16日最高裁判所民事判例集39巻5号1023頁）は、労基法67条（生理休暇）の「趣旨は、当該労働者が生理休暇の請求をすることによりその間の就労義務を免れ、その労務の不提供につき労働契約上債務不履行の責めを負うことのないことを定めた」と述べ、学校法人東朋学園事件（最一小判平成15年12月4日労働判例862号14頁）は、労基法65条（産前産後休業）は、「産前産後休業が有給であることまでも保障したものではない」と述べている。

10) マタ・ハラ最高裁判決の判断枠組みのあり方に理論的疑問を呈する見解もある。水町は、「降格は原則として均等法9条3項が禁止する不利益取扱いにあたるとした上で、それが差別意思ではなく合理的理由に基づいて行われたことを主張・立証する責任を使用者側に課し、仮に合理的な理由に基づいて本件降格が行われたといえる場合には、同項の趣旨を実質的に失わせるような事情の存在（公序違反性）を問うという枠組みをとるべき」と述べる。水町勇一郎「判批」ジュリスト1477号（2015年）103頁・106頁。

しかし、日本航空客室乗務員の事案では、そもそも軽易業務転換が行われていない。そのため、マタ・ハラ最高裁判決の述べた均等法9条3項違反該当性の判断ルールにあてはめ難い。加えて、注)6で指摘したように、行政指針の解釈方法によっては、日本航空の行った休業措置は均等法9条3項に規定する不利益取扱いにあらず、マタ・ハラ最高裁判決が示した要件Ⅰ・Ⅱについて検討するまでもなくなってしまうという問題もある。日本航空客室乗務員の事件のように使用者の不作为を問う事案は、マタ・ハラ最高裁判決の射程距離に入らないのであろう。

以上の検討から、日本航空客室乗務員の事案は、マタ・ハラ最高裁判決のルールのみでは解決することは出来ず、軽易業務に転換させないことが本項の趣旨に反するか否かを検討しなければならないことが分かった。

5. おわりに

本章では、日本航空客室乗務員の事案をマタ・ハラ最高裁判決の枠組みによって解決することを試みた。その結果判明したことは、日本航空客室乗務員の事案のように、使用者が軽易業務転換を行わなかったケースについては、マタ・ハラ最高裁判決が述べたルールのみでは対応しきれないことである。すなわち、使用者が、軽易業務転換を行わなかったケースでは、マタ・ハラ最高裁判決が根拠とした均等法9条3項のみによって解決することは出来ず、つまるところ、本項による解決が求められることになるのである。そこで、つづいて、本稿の本来の目的に戻って、本項の検討を行うこととする。まず第Ⅲ章では、本項立法の過程を調べてゆくこととする。

Ⅲ. 労基法 65 条 3 項の立法過程

1. はじめに

立法過程を調べるのはなぜか？ 後述するように、本項については、必ずしも十分な議論がなされてこなかったために、その内容が明らかになっていない。したがって、結局のところ、本項の趣旨解釈を行わざるを得ず、そのためには、正確に立法過程を辿る必要があるからである。そこで本章では、労働基準法の立法資料から、本項に直接関係する部分を抜き出し、これらを時系列に整理することにより、草案者の考え、厚生省労政局とGHQとのやりとり、労働者代表、使用者代表をはじめとする労基法立法当時の社会の意見を観取し、同項の趣旨解釈の参考とすることを目的とする。

2. 準備期

労基法草案作業は、昭和21年3月、厚生省労政局労働保護課内で着手された。第一次

案から第四次案¹¹⁾は、いずれも同課の極秘資料とされている¹²⁾。

戦前の工場法施行規則9条および鉱夫労役扶助規則15条に、4週間以内に出産予定の者が休業を求めたとき、および産後6週間の者を就業させてはならない（ただし、産後4週間を経過した者が就業を求め、医師が支障なしと認めたときは業務に就かせ得る）ことが既に定められており、労基法65条1項、2項産前産後の休業の規定は、戦前からのこれらの規定による休業期間の長さを変更したものである¹³⁾。他方、生理休暇の制度（労基法68条）は、戦前の工場法等に規定は無かったが、昭和初期には既に有給の生理休暇を設ける労働協約の例も見られたこと、女性労働者の坑内労働禁止規定を含む鉱夫就業扶助規則を停止する戦時特例が、労働者不足から「坑内労働者に生理休暇を保証すること」を条件として、戦後も延長されたこと等を背景に、産別系統の組合の主張により、労基法制定時に法案に採り入れられた¹⁴⁾。これらの規定と比較し、本項の軽易業務への転換制度は、戦前の法令には同様の規定が存在せず、労働組合からの要請もなかった点が特徴であるといえよう。

妊娠中の軽易業務転換制度は、労基法草案作業の初期段階である第三次案（昭和21年5月13日）において、労政局長等草案作成者等により始めて取り上げられた。第三次案における当該規定は「第五十三条 事業主は妊娠第六月目以降の女子に重量十五キログラム以上の物を取扱はせてはならない」¹⁵⁾という重量物取扱いのみを禁止するものであった。本規定を設けたことについて、労政局労働保護課長・寺本は、GHQとの会見（昭和21年5月28日）の際、「従来わが国では、このような規制はなかった。しかし我々は、医師たちの意見と、ソ連、フランス、カナダの立法例（イギリスでは子供についてだけ規制がある）に従って、新しい基準を、慎重に妊娠中の女性に限定した上で、設けることにした」¹⁶⁾と解説している¹⁷⁾。第三次案で採り入れられた妊娠中の重量物取扱い禁止規定は、第

11) 本稿の立法に関する資料は、主に、渡辺章編『労働基準法〔昭和22年〕（1）日本立法資料全集51』、『労働基準法〔昭和22年〕（2）日本立法資料全集52』、『労働基準法〔昭和22年〕（3）上 日本立法資料全集53』、『労働基準法〔昭和22年〕（3）下 日本立法資料全集54』（信山社、1996年）から引用するものであり、「第〇事案」としているものも本書の編集に基づくものである。

12) 渡辺章編『労働基準法〔昭和22年〕（1）日本立法資料全集51』（信山社、1996年）72頁－73頁。

13) 野田・前掲注4）819頁。

14) 厚生省労働基準局編『平成22年度版労働基準法下―労働法コンメンタール3』（労務行政、2011年）753頁。

15) 渡辺編・前掲注12）209頁〔資料4〕労働保護法草案（昭21年5月13日）（第三次案）。

16) 渡辺章編・前掲注『労働基準法〔昭和22年〕（2）日本立法資料全集52』（信山社、1996年）18項、同238頁－239頁〔資料3〕“Conference with Mr.Teramoto”(1946.5.28)。原文“Article53 We have had no such regulation in the past. However, according to the opinion of doctors and the regulation of the Soviet, France and Canada, (in England we found this stipulation only for children), we tried to set a new standard carefully limiting ourselves to pregnant females.”

17) 労働省婦人少年局編『働く婦人の保護―労働基準法と女子労働者―』（産業労働福利協会、1949年）78頁には、付録として「各国婦人労働者保護規定一覧表（1939年 国際労働事務局調査）」が掲載されており、その中には「其の他の妊産婦の保護」欄に「ソヴィエト連邦 平常の賃金による軽易作業への転換」等の記述もある。軽易業務転換制度を含む労基法上の女性保護規定が、諸外国の制度と比較検討の上、制定されたものであることについて、国民に周知を図る目的と解される。

四次案（昭和21年6月3日）にも、そのまま引き継がれており、第四次案草案の欄外には「日本一戦時中、ドイツ五キロ、カナダ二五ポンド、フランス一八才以上二五キロ、イギリス五〇ポンド、ロシヤ二〇k」¹⁸⁾との注記が見られ、わが国における規定水準を定めるべく諸外国の規定との比較精査が行われていたことを裏付けている。

同時に、寺本とGHQとの会見からわずか2日後（昭和21年5月31日）、厚生省労政局労働保護課内では、妊娠中の重量物取扱い禁止規定について「五三条一再検討ノコト一八才未満の女子、又は女子全般に及ぼしては如何」¹⁹⁾との審議がなされていた。やがて、本規定は、次節（展開期）において更なる変更が加えられてゆくこととなる。

3. 展開期

準備期においては厚生省労政局労働保護課内の極秘で進められていた草案作業であるが、転換期に移行すると、厚生省は、昭和21年7月15日付で事業主および労働団体に対して「労働保護に関する主要問題」と題するアンケートを発信している²⁰⁾。次いで、労務法制審議会第一回総会（昭和21年7月22日）が開かれ、以降は、小委員会を組織して仮案を作成し、それを再度総会で審議するという方針が確認された。こうして、審議の場は小委員会に移ることになった²¹⁾。

この頃、GHQの要請により組織された労働諮問委員会（Advisory Committee on Labor²²⁾）が、最終報告書をまとめている（昭和21年7月27日・29日）。この報告書の要旨には、「婦人労働者を保護するための制限規定は現行法中にみられる。これらのものは之を強化し且つ他の産業に拡張すべきである。産前産後につき一層長き休暇期間を設くべく之れと共に欠勤中における充分なる現金給付を設くべきである。一日9時間以上の労働又は週休日における労働は之れを禁止し且つ重労働における婦人使用に関する制限を拡張すべきである」²³⁾との労働諮問委員会の見解が示されている。この意見が、その後のGHQの婦人保護規定全般に対する考えの礎となり、実際に労基法草案に影響を及ぼしたと思われる。

18) 渡辺編・前掲注12) 229頁〔資料5〕労働保護草案（昭和21年6月3日）（第四次案）。

19) 渡辺編・前掲注16) 483頁〔資料20〕労務法制審議会小委員会（松本事務官ノート前半）。

20) 渡辺編・前掲注16) 156頁。

21) 渡辺編・前掲注16) 77頁。

22) 昭和21年1月末に来日。パウル・スタンチフィールド氏ほかアメリカの労働専門家12名のメンバーで構成され、日本の労働状態、労働行政機構、社会保険制度などについて精力的な調査を行った。渡辺編・前掲注16) 34頁。

23) 渡辺編・前掲注16) 282頁〔資料5-1〕「レイバー・アドバイザー・コミッTEE」最終報告、同335頁〔資料5-2〕Final Report of the Advisory Committee on Labor "Labor Policies and Programs in Japan," Table of Contents & Chapter 1。原文 "11. Women workers. Limited provisions to protect women works are found in existing legislation; these should be strengthened and extended to additional industries. Longer periods of leave before and after child-birth should be provided, with adequate cash benefits during absence. Work above 9 hours per day, or on the weekly rest day, should be prohibited and restrictions on use of women in heavy work extended."

厚生省からのアンケートに対する日本林業会からの昭和21年7月30日付回答は、妊娠婦に対する危険有害業務の就業禁止に関する規定を要望している。本回答は、林業ならではの作業内容に鑑み「原始産業なる素材生産其の他屋外林産業に従事する労働者と製材其の他林産物加工工場に従事する屋内労働者とを区別して立法すべしとする観念に基くもの」との前提を述べた上で、妊娠婦の保護について「(一) 屋外婦人労働者 懐胎中の者及授乳中の者(生〔出〕産後七ヶ月未満)の運材其の他の重労働に使役することを禁止すること (二) 工場婦人労働者 イ、懐胎中の者の夜間作業の禁止 ロ、授乳中の者には追加休憩を考慮すること、但し追加休憩は労働時間に算入すること、すること」²⁴⁾との意見を表明している。

第3回小委員会(昭和21年7月31日)の記録には、「志賀²⁵⁾ 一般の者に対しても規定したらどうか、一末広〔弘〕²⁶⁾ 庄内の米倉の女米四俵。ソビエト 妊娠中のものは軽作業に移り、賃金は従来と同一、派遣しない」²⁷⁾とあり、妊婦の重量物取扱い禁止規定を一般の労働者へ拡充すること、および軽作業に移った場合の賃金について検討した様子が垣間見られる。

以上のような議論を反映したものと推測されるが、妊婦の重量物取扱い禁止規定案は、第五次案修正案(昭和21年7月6日～8月6日)で、二カ条の規定に変更を加えることで決着されている。すなわち、重量物の取扱いの禁止の適用範囲をすべての女子・年少者に拡充すべく「第五十九条(危険有害業務の就業禁止、制限) 使用者は十八歳未満の者及び女子を第四十六条の危険な業務につかせ又は命令で定める重量物の取扱いをさせてはならない」との規定が設けられ、他方、重量物の取扱い以外の業務に従事する妊娠中の女性労働者をも保護すべく、産前産後休業の規定に統合される形で、「第六十二条(産前産後) 使用者は六週日以内に出産する予定の者が休業を求めたときはその者を就業させてはならない 使用者は産後七週日を経過しない者を就業させてはならない但し産後五週日を経過した者が就業を求めた場合にその者について医師が支障無いと認めた業務に就かせることは差支へない 使用者は妊娠中の女子が求めた時は他の軽易な作業に転換させなければならない」との規定が設けられた²⁸⁾。本項の原形というべき条文の誕生である。ただし、資料によれば、62条3項の欄外には「必要か」との注記がなされており、草案時、本項を設けることについては、さらに何らかの議論があったものと考えられるが、その内容は不

24) 渡辺編・前掲注16) 622頁～624頁〔資料48〕日本林業会の厚生省労政局長宛「労働保護に関する主要問題に関する意見」。

25) 労働法制審議会委員 労働者側 志賀義雄氏。

26) 労働法制審議会委員 学識経験者 末弘巖太郎博士。

27) 渡辺編・前掲注16) 497頁〔資料20〕労務法制審議会小委員会(松本事務官ノート前半)。

28) 渡辺編・前掲注12) 264頁～265頁〔資料7〕労働最低基準法草案(昭和21年7月26日～8月6日)(第五次案修正案)。

明である²⁹⁾。

この当時、GHQ 労働課のベッカー氏が、コーエン（労働課長）ほか数名の部下に宛てて作成したメモランダム（昭和 21 年 8 月 29 日）には、第六次案のひとつひとつの条項について、「必須」（essential）、「可」（satisfactory）、「不可」（unsatisfactory）等の評価を添えてコメントが書き記されている。第六十条（危険有害業務の就業禁止、制限）、第六十二条（産前産後）のいずれも「必須の規定。公聴会での変更は不可」とあり³⁰⁾、小委員会が作成した女性保護規定の草案は、GHQ からの働きかけもあり、既に公聴会の前に揺るぎないものとなっていたと考えられる。

この後、公聴会開催を皮切りに、労基法草案に対し、国民を代表する各界からの意見が寄せられることとなるが、妊娠中の軽易業務転換制度に関する議論は、次に述べるとおり、ごく僅かであった。

労基法案公聴会は、昭和 21 年 9 月 14 日より開催された。公聴会全日を通しての第六二条（産前産後）に対する意見は、おおむね次のようなものであった。医師会から「産前は少ない」、労働者側からは「有給にせよ（進駐軍）」、「産前六週間は原則として、医師の証明があるときは三週間前まで働けるようにせよ（繊維）」、「事務は産前六週間・産後七週間、その他労働者は産前産後八週間とし、賃金補償をせよ（医療）」、婦人同盟・女子労働者からは、「健康保険法の六割給付は少ない」、「有給とせよ」、一般希望者からは「産前産後を区別せず通算九〇乃至一〇〇日とし労働者に委せよ」、「有給とせよ（電線）」との声があったとされる。³¹⁾ しかし、軽易作業への転換に関する意見は殆ど見られない。唯一、公聴会第 10 日において「三菱工業 62 軽易作業は社会通念か — その通り」³²⁾との質疑が行われたとの記録がある。

公聴会開催後、これに出席した各官を中心とするいくつかの部局からも、労基法草案に

29) 主要な条文に関する小委員会における議論の様子は、寺本から GHQ へ説明が行われていたようである。寺本の口頭の説明を GHQ の側で文書化したとされる資料（作成日付不明）にも、60 条（危険有害業務の就業禁止、制限（第五次案修正案の 59 条に該当する））と 62 条（産前産後）について次の記載がある。“Article 60. …… (Heavy weight goods was enlarged to general minors and women.)

Article 62. The 3rd clause was inserted in our final draft. The original draft was only for pregnant women, to prohibit the carrying of heavy weight goods.” 渡辺編・前掲注 16) 361 頁 - 362 頁〔資料 7〕“Short Commentary by Mr. Teramoto”(undated)。

しかし、ここにも、62 条（産前産後）に 3 項が必要かどうかの議論があったことや、その検討内容に関する記述は無い。

30) 渡辺編・前掲注 16) 370 頁〔資料 9〕Memorandum from Becker to Cohen, Collet, Constantino, Davis & Stanchfield, “Draft of the Labor Standard Bill” (1946.8.29) ベッカー氏は、“Article 60 - Essential article. Should not be changed during course of public hearings. Article 62 & 63 - Essential article. Should not be changed during course of public hearings.”等、自身の逐条評価を表すとともに、コーエン氏等に、今後の日本政府側代表者との議論のための基礎として利用する目的で、これらに対する各人のコメントや補足を書面により提出するよう指示している。

31) 渡辺編・前掲注 16) 137 頁。

32) 渡辺編・前掲注 16) 597 頁〔資料 36〕公聴会第十日（メモ）。なお、松本事務官の公聴会メモは、使用者側・労働者側の意見だけでなく、末弘、寺本らが応答した内容も若干ではあるが記録されている点において貴重な資料とされている。

対する意見書が提出されている³³⁾。これらのうち、厚生省衛生局は、昭和21年10月14日付厚生省労政局長宛意見書で、細部にわたる修正要請を通知している。同意見書は、62条（産前産後）については、「一、第六十二条第二項ノ「他の軽易な作業に転換」以降ヲ「或ヒハ労働時間を短縮する等作業負担の軽減を計らなければならない」ニ修正ヲ希望」³⁴⁾と述べている。ただし、この変更要請は実現されていない。

労政局は各自自治体に対し、第六次案について労使の意見を取りまとめるよう調査依頼書を発した（労保発第153号通達）。これに対する回答の中でも、特に群馬県の意見書（昭和21年11月4日付）は、昭和21年10月23日、群馬県会議事堂において、県地方労働委員、使用者側代表、労働者側代表等による公聴会を開催し、労使の意見を収集した丹念な内容となっている³⁵⁾。しかし、この群馬県の意見書さえも、62条（産前産後）については、「産前産後は有給とし期間は問はず」³⁶⁾との記述のみであり、軽易作業転換については触れていない。

4. 調整期および完成期

昭和21年11月下旬以降は、いずれの規定にもその内容に大きな変更は見られず、条文ごとの細かな修正作業が繰り返されている。

労務法制審議会最終総会（昭和21年12月24日）では、勝木³⁷⁾により、64条（産前産後）に関する作業負担の軽減論が出されたようである³⁸⁾が、その具体的内容は明らかではなく、法案に影響を及ぼした形跡も見当たらない。

答申修正案（昭和22年1月20日）において、「軽易な作業」を「軽易な業務」に修正³⁹⁾、さらに、これと同日に作成された第十一次案では、女子が「求めたとき」を「請求した場合」に修正⁴⁰⁾されている。こうして完成した「第六十五条 使用者は、六週間以内に出産する予定の女子が休業を（請求した）場合においては、その者を就業させてはならない。使用者は、産後六週間を経過しない女子を就業させてはならない。但し、産後五週間を経過した女子が請求した場合において、その者について医師が支障がないと認めた業務に就かせることは、差し支えない。使用者は、妊娠中の女子が請求した場合においては、他の軽易な業務に転換させなければならない」との法案が、国会提出（昭和22年3月4

33) 渡辺編・前掲注16) 205頁。

34) 渡辺編・前掲注16) 745頁〔資料91〕厚生省衛生局長より同省労政局長宛「労働基準法草案ニ対スル衛生局ノ修正希望ノ件」。なお、衛生局が変更を要請したその他の点は、第7条、第41条、第48条、第49条等であり、いずれも保健、衛生または健康診断等に関する事項である。

35) 渡辺編・前掲注16) 182頁－185頁。

36) 渡辺編・前掲注16) 681頁〔資料75〕群馬県内務部長より厚生省労政局労働保護課長宛「労働基準法草案の配布について」。

37) 労働法制審議会委員 学識経験者 勝木新次氏。

38) 渡辺編・前掲注16) 609頁〔資料40〕労務法制審議会最終総会および各省打合会（松本事務官ノート後半）。

39) 渡辺編・前掲注12) 504頁－505頁〔資料18〕労働基準法案（昭和22年1月20日）（答申修正案）。

40) 渡辺編・前掲注12) 531頁〔資料19〕労働基準法案（昭和22年1月20日）（第十一次案）。

日)を経て、労基法正文(昭和22年4月7日法律第49号)として公布された。

5. 検討

以上の本項に関する立法過程の資料整理によって次のことが確認できた。

本項は、法律草案担当者等が中心となり、諸外国の労働法制を参考にして、労基法制定時に初めてわが国に採り入れられたものである。この点において、工場法の中で既に法制化されていた産前産後休業とも、労働者が運動によってその権利を獲得し法制化に至った生理休暇とも性質を異にする。

そのためであろうか、労働者側意見、使用者側意見、各自治体意見を示す各資料において、軽易業務転換に関する議論は殆ど見られない。婦人労働者保護にまつわる一般の人々の関心は、専ら、産前産後休業の期間、生理休暇を法制化することの可否、それらの休暇・休業を有給とするか無給とするか、に向けられている。ただし、日本林業会から提出された「労働保護に関する主要問題に関する意見」は、妊産婦である労働者の従事する業務を屋外業務と屋内業務に分け、屋外での労働者について運材等重労働を禁止するに留まらず、屋内での労働者についても夜間作業の禁止や追加休憩を認めるという労働時間の短縮によって業務の軽減を図ろうとする(当時としては)進歩的な意見であり、労務法制審議会小委員会の議論にも少なからず影響を与えたことであろう。

厚生省労政局労働保護課内では、第3次案の段階から、妊産婦の重量物取扱規制を労基法に採り入れることが考えられていた。さらに、重量物取扱規制を妊産婦に限らず女子一般に適用してはどうか、という議論があったことが記録されている。寺本がGHQに対し行った第3次案の説明からは、諸外国の立法を参考にしつつ、従来のわが国にはなかった規制を新たに設けようとする草案者の新法に対する熱意が窺われる。

第5次案修正案において、重量物取扱の規制は、18歳未満の者および女子全般に適用されることとされ(59条)、他方、妊婦に対する保護規程として、妊娠中の全期間について重量物取扱以外の作業についても軽易なものへ転換することができる(62条3項)内容へ変更され、本項の原形がほぼ完成した。第5次案修正案作成時の詳しい議論は不明であるが、おそらく、厚生省労政局労働保護課内の審議での議論に加え、労務法制審議会小委員会(第三回)における志賀氏の「一般の者にも規定したらどうか」という意見等が反映された結果であろう。

他方、本項に関する立法資料のみからは解明できなかったのは、次の諸点である。まず、単に重量物取扱規制の適用範囲を妊娠6ヶ月以上の女子から年少者と女子全般に拡充する目的だけであれば、本規定を59条(危険有害業務の就業禁止、制限)へ追加するのみで足りたはずである。第5次案修正案の62条3項の欄外に「必要か」との注記があるところを見れば、62条3項を設けることについて、草案者の間にも些か迷いや意見の相違があったものと思われる。それに関わらず、何故、62条3項に「他の軽易な作業への転換」という保護規程を定めたのであろうか。筆者は、これには少なくとも2つの理由があ

ると考える。1つめは、妊娠中の業務の軽減は運搬物の重量のみでなく、労働時間の長さの面でも必要であるという、一部の国民からの声の出現である。日本林業会の厚生省労政局長宛「労働保護に関する主要問題に関する意見」の他に、例えば、正式に厚生省労政局長に宛て提出されたものではなく、作者、作成年月日も不明であるが「労働法（草案）中の第二編雇傭並びに労働条件の規正」という当時の政党関係者によって書かれたとされる文章の中にも、妊娠6ヶ月以上の者について時間外労働は許されない、との意見が述べられている⁴¹⁾。2つめの理由は、GHQによる婦人労働者保護をより強く、広くすべきとの方針に従ったのであろうということである。しかし、仮に筆者のこれらの推測が正しいとしても、それでは日本林業会や政党関係者は、労働時間短縮による業務軽減という考え方を何に依拠して得たのであろうか。

立法過程の議論は、「軽易業務」が具体的に何を示すかについては、最後まで曖昧なまま（公聴会第十日（メモ）に「軽易作業は社会通念か、一そのとおり」とのやりとりが記されているのみである）であった。本項に関する立法資料からは、使用者は軽易業務転換義務をどの程度において負うべきと考えられていたのかも不明である。

6. おわりに

以上の検討から理解できたことは、本項は、諸外国の法令に倣い妊娠中の重量物運搬禁止に関する規定を取り入れようとしたことを機に、更により広く労働者を保護する内容へと変更が加えられたものであること、作業内容の変更のみでなく、就業時間の短縮等も含む趣旨として考えられていた可能性があること、などが分かった。

しかし、その一方で、(1) 重量物取扱規制を年少者と女子全般に拡充するのみならず、さらに、妊娠中の女子の「軽易業務への転換」規定を設けたのはなぜか、(2) 結局のところ、「軽易業務」の具体的な内容として、どのようなものが考えられてきたのか、(3) 使用者が負う軽易業務転換義務の程度については、十分に解明できなかった。

そこで、筆者は、これらの解決の手がかりを労基法上の他の規定に探すこととした。なぜならば、昭和22年公布当時の労基法には、65条（産前産後）のほかにも、「業務の転換」を規定する旧労基法52条（健康診断）が存在したからである⁴²⁾。そこで第Ⅳ章では、旧労基法52条3項（以下、旧52条3項と略称）と、本項の関連性を調べ、これら2つの規定の共通点、相違点を比較し、本項の趣旨・内容を明らかにしたい。

41) 渡辺編・前掲注16) 735頁〔資料87〕労働法（草案）中の第2編雇傭並びに労働条件の規正。本資料は、日本共産党が正式決定したものではないが、その何らかの関与の下で作成されたものと考えられ、作成時期は特定できないが、昭和21年6月29日に日本共産党中央委員会憲法委員会として日本人民共和国憲法草案を公表しており、この前後に出されたものと推測される。

42) 1970年代前半には、労働災害防止対策が総合的予防的施策の面で不十分、労災が多発している中小企業、構内下請企業に対する対策が不十分等の指摘が多くなされるようになったことを背景に、52条（健康診断）を含む「第5章安全及び衛生」を労基法から独立させる形で、労働安全衛生法が立法された（1972年）。これにより、現在、42条から55条は削除されている。以下、現行の労基法と区別するため、これら削除された条文について「旧労基法」と呼ぶ。

Ⅳ. 旧労基法 52 条 3 項との比較

1. はじめに

本章では、前章における分析を通して解明できなかった点について、本項と旧 52 条 3 項を比較することによって分析を行うものである。

ところで、本項と旧 52 条 3 項が関連づけて草案されたことを明確に裏付ける資料は確認できていない。しかし、工場法では、疾病に罹患した者と妊産婦の就業制限が同一の条文に規定されていた（工場法 12 条）⁴³⁾ ことに加えて、寺本が、昭和 23 年出版の労基法解説書の中で、第 62 条「第三項の規定内容が第五十二条第三項の規定による病者の就業転換に比較し簡単なのは転換を必要とする事由の態様が複雑ではない為である」⁴⁴⁾ と述べている。

したがって、本項と旧 52 条 3 項が、労働基準法立法の過程において、関係を有していたことが推測され、筆者は、本項の趣旨を解釈するためには、旧 52 条 3 項との関係を探ることが有効であると考ええる。本章では、本項の趣旨をより明確に掴むことを目的として、旧 52 条 3 項の立法過程を調べ、旧 52 条 3 項と本項を比較検討する。

2. 旧 52 条 3 項と本項の規定内容の比較

本節では、本項と旧 52 条 3 項が互いに関連していることを前提に、これらの規定内容の比較を行う。

まず、共通点の第一として、本項と旧 52 条 3 項は、いずれも健康診断または産前産後休業の条文の第 3 項に置かれ、同じ形式に整えられていることである。第二は、いずれの規定も、賃金保障については何も定められていないことである。

このように、これら二つの規定は、よく似ている。しかし、全く同じわけではなく、次の相違点がある。

相違点の第一は、これら二つの規定の要件である。旧 52 条 3 項の要件は、「一定の事業」をおこなう使用者であること、「健康診断の結果に基づ」くことである。他方、本項

43) 坂本末吉『工場法解説：附・工場法施行令、規則及訓令』（日本工場協会、1916 年）43 頁－46 頁、95 頁。工場法第 12 条は「主務大臣ハ病者又ハ産婦ノ就業ニ付制限又ハ禁止ノ規定ヲ設クルコトヲ得」と規定していた。坂本は本条の解説において、肺結核は一種の工業病と断定する議論さえ有ることから「工業主は何とかして時々職工の健康診断を行な」い、結核に罹った労働者を休業させることが必要と、健康診断の重要性も述べている。なお、工場法 12 条は、大正 12 年改正前は、妊娠中の者は保護の対象外としていた。

44) 寺本廣作『労働基準法解説』（時事通信社、1948 年）304 頁。第 92 回帝国議会における労基法審議のために、厚生省労政局労働保護課では、寺本が中心となり「労働基準法案解説及び質疑応答」（いわゆる「想定問答集」のようなもの）を作成したが、これにも同様の記述がある。渡辺章編『労働基準法〔昭和 22 年〕（3）上 日本立法資料全集 53』（信山社、1996 年）178 頁〔資料 1〕労働基準法案解説及び質疑応答。

は、使用者の範囲を限定しておらず、妊娠中の労働者の「請求」によることのみを要件としている。

第二は、これらの規定の効果として、使用者が行わなければならない措置の内容である。旧 52 条 3 項は、「就業の場所の転換」、「業務の転換」、「労働時間の短縮」、「その他労働者の健康の保持に必要な措置」と具体的に述べているのに対し、本項は、「軽易な業務へ転換」としか述べていない。

第三に、これらの規定に違反した場合の罰則である。旧 52 条 3 項には、当該措置を使用者が行わないことについての罰則規定が設けられていない。しかし、本項には労基法制定当時から罰則規定があり、義務を履行しなかった使用者は、労基法 119 条により、六ヵ月以下の懲役または五千円の以下の罰金に処されることとされていた。

以上に挙げた共通点および相違点が生じた理由が分かれば、本項の趣旨を捉える鍵となるだろう。そこで、次節では、旧 52 条 3 項の立法過程を調べ、旧 52 条 3 項と本項が立法過程において相互に如何に関与したのかを探ることとする。

3. 旧労基法 52 条 3 項の立法過程

旧労基法は、「(健康診断) 第五十二条 一定の事業については、使用者は、労働者の雇入の際および定期に、医師に労働者の健康診断をさせなければならない。使用者の指定した医師の診断を受けることを希望しない労働者は、他の医師の健康診断を求めて、その結果を証明する書面を使用者に提出しなければならない。使用者は、第二項の健康診断の結果に基づいて就業の場所又は業務の転換、労働時間の短縮その他労働者の健康の保持に必要な措置を講じなければならない。第一項の事業の種類及び規模並びに定期健康診断の回数は、命令で定める」と規定していた。

このような労働安全衛生の保護のための法的規制は、戦前にも、工場法や鉱業法、黄りんマッチ製造法に存在した⁴⁵⁾。しかし、戦前のこれらの規制は、特に危険を伴う業種に適用範囲が限定されていたため、旧労基法は、これらの規制内容を引き継ぎつつ、広範な適用事業所を対象として一般的規制へと保護の拡充を図ったものである⁴⁶⁾。そのため、旧労基法立法過程では、第一次案(昭和 21 年 4 月 12 日)の段階から、事業主は、雇入れ時健診を為すべきこと(第 32 条)、定期健康診断を為すべきこと(第 33 条)、健康診断の結果に基き労働者の健康保持の為事業主の執るべき措置を命令をもって定めること(第 34

45) 従来の工場法においては、同法施行規則で、工業主が職工を雇い入れたときは、雇入れ後 30 日以内に健康診断を為すこと(同規則第 8 条)、雇入れ後は、一般工場では毎年 1 回、ガス、蒸気又は粉塵を發散し、その他衛生上有害な業務に従事する職工については毎年 2 回の定期健康診断を行うこと(同規則第 8 条の 2)、この健康診断の結果に基いて工業主がとるべき措置(同規則第 8 条の 5)等が定められていた。労働省労働基準局『労働基準法下一労働法コンメンタール 3—』(労務行政研究所、1958 年) 579 頁。

46) 小畑史子「第 5 章 安全及び衛生」東京大学労働法研究会編・前掲注 4) 770 頁。

条) が採り入れられていた⁴⁷⁾。第三次案(昭和21年5月13日)では、これら健康診断に関する3カ条が1カ条にまとめられ、「第四十条 危険若しくは有害なる業務に在つては命令の定むる所に依り事業主は労働者の雇入に際し及び定期的に医師をして労働者の健康診断をさせなければならない 事業主は前項の健康診断の結果に基いて就業の場所又は業務の転換、労働時間の短縮其の他労働者の健康保持に必要な処置を採らなければならない」⁴⁸⁾と改められている。

ここまでの草案の内容が固まった後、いよいよ審議の論点は健康診断の実施方法や、業務を転換した場合の賃金の保障等へと移った。第五次案修正案(昭和21年7月26日～昭和21年8月6日)では「第四十八条 工業、鉱業その他命令で定める事業に在つては使用者は労働者の雇入に際し及び定期的に医師をして労働者の健康診断をさせなければならない 使用者は前項の健康診断の結果に基いて就業の場所又は業務の転換、労働時間の短縮その他労働者の健康保持に必要な措置を採らなければならない」と整理されたが、欄外に「体育一罰則ナシ」との注記がある⁴⁹⁾。これは、第1回小委員会(昭和21年7月26日)において、「志賀 罰則と云ふのでなく要求権を持たせる」「局長 総則的に何か欲しい」「末弘 四八条二項に關聯して社会保険は必ず労働省に入れたい」⁵⁰⁾との議論があったことを受けての記述のようである。第六次案(昭和21年8月6日)では、本条は第四十九条になっているが内容に変更はない。欄外注記に「体育一罰則□□シテ訓令規定が欲しい」⁵¹⁾とある。ベッカー氏のメモランダム(昭和21年8月29日)⁵²⁾では、第49条(健康診断)もまた、第62条(産前産後)と同様に「必須の規定。公聴会での変更は不可」⁵³⁾との評価を得ている。

公聴会では、使用者側から「中小企業は無料で行うことを考慮し市町村に義務づけるべし」、「健康診断の実施には保健所の使用を考えるべし」、医師会から「定期健康診断は画一的にはできない、業態別にせよ、同一型では不可、疾病発見の手續として必要に応じ随時検診をなすようにせよ」、労働者側からは「健康診断の「定期」を具体的に定めるべし」、「100人以上の労働者を使用する事業場の使用者については年二回の実施と工場医の設置を義務づけよ」、「結果を知らせよ」、「健康診断は労働者を立ちあわせよ」、「健康診断を実施すべき事業につき「工場、鉱業その他命令で定める事業」を削除し一般的なものたらし

47) 渡辺編・前掲注12) 186頁〔資料2〕労働保護法草案(昭和21年4月12日)(第一次案)。

48) 渡辺編・前掲注12) 207頁〔資料4〕労働保護法草案(昭和21年5月13日)(第三次案)。

49) 渡辺編・前掲注12) 262頁〔資料7〕労働最低基準法草案(昭和21年7月26日～8月6日)(第五次案修正案)。

50) 渡辺編・前掲注16) 494頁－495頁〔資料20〕労務法制審議会小委員会(松本事務官ノート前半)。
なお、草案の欄外注記に「体育」とあるのは、第1回小委員会において、末弘から、体育設備や共同厚生施設体育協会等、積極的な規定を設けることの提案があったことを示すようであるが、実現はしていない。

51) 渡辺編・前掲注12) 284頁〔資料8〕労働基準法草案(昭和21年8月6日)(第六次案)。

52) 前掲注30)。

53) 渡辺編・前掲注16) 57頁。

めよ（医療）」、「健康診断の結果に基づく業務転換等（二項）に関し賃金の減収を防ぐ補償を定めよ（医療）」、一般希望者から「全労働者に適用せよ、小工場はグループをつくって健保の積立金を貰うようにせよ（金物）」との意見がそれぞれ出された⁵⁴⁾。このほか、健康診断の規定に直接に関係するものではないが、山梨県蚕糸業界からは、「国庫補助にて医務室を各工場に設置する」という意見が提出されている⁵⁵⁾。

第七次案（昭和 21 年 10 月 30 日）では、「第四十九条 一定の事業にあつては使用者は労働者の雇入に際し及び定期的に医師をして労働者の健康診断をさせなければならない 使用者の指定した医師の診断を受けることを希望しない労働者は他の医師の健康診断を求めその結果を証明する書面を使用者に提出しなければならない 使用者は前項の健康診断の結果に基いて就業の場所又は業務の転換、労働時間の短縮その他労働者の健康保持に必要な措置を採らなければならない 第一項の事業の種類及規模並びに定期健康診断の回数は命令で定める」⁵⁶⁾とされ、以上の各界からの意見が反映された形となっている。

その後も、労政局が各自治体に依頼した調査依頼の回答として、山口県からは「第四十九条 1、病弱者の就業の場合、業務の転換、労働時間の短縮などについて医師の指示を受けるものか又は使用者がしなければならないか」⁵⁷⁾との質問が寄せられている（昭和 21 年 11 月 1 日）。

ところで、労基法立法過程において、第 13 章（罰則）は第八次案（昭和 21 年 11 月 20 日）で新設された。健康診断に関する罰則は、第八次案から第九次案（昭和 21 年 12 月 20 日）までは、健康診断に関するいずれの条項に違反した場合も五千円以下の罰金に処されることとされていたが、第十次案（昭和 21 年 12 月 20 日）において、第一項および第二項に違反した場合のみ五千円以下の罰金に処されることとなり、第三項（健康診断結果に基く就業の場所又は業務の転換、労働時間の短縮その他労働者の健康保持に必要な措置）については罰則の対象から除外されている⁵⁸⁾。「労働基準法案解説及び質疑応答」には、3 項は、前条（51 条 病者の就業禁止）が対象とする疾病以外については「訓示的に定められた規定である」⁵⁹⁾との草案者の考え方が明確に示されている。

「労働基準法案解説及び質疑応答」によれば、労政局はまた、次の回答も準備していた。すなわち、旧労基法 52 条 2 項が、使用者の指定した医師の診断を受けることを希望しない労働者は、他の医師による健康診断結果を提出することとしたのは、健康診断の必要性

54) 渡辺編・前掲注 16) 133 頁。

55) 渡辺編・前掲注 16) 651 頁〔資料 65〕繊維関係使用者団体意見。

56) 渡辺編・前掲注 12) 333 頁〔資料 11〕労働基準法草案（昭和 21 年 10 月 30 日）（第七次案）。

57) 渡辺編・前掲注 16) 677 頁〔資料 74〕山口県教育民生部長より厚生省労政局労政保護課長宛「労働基準法（仮称）草案研究会開催について」。

58) 渡辺編・前掲注 12) 465 頁〔資料 16〕労働基準法草案（昭和 21 年 12 月 20 日）（第十次案）。なお、旧労基法 52 条 3 項は、現行法規の労働安全衛生法 66 条の 5（健康診断実施後の措置）に継承されているが、やはり罰則の対象外とされている。

59) 渡辺編・前掲注 44) 178 頁。

と労働者の自由権の調整を図ったものであるとの説明である⁶⁰⁾。

労基法草案審議は、衆議院を通過したあと、昭和22年3月19日より貴族院に移された。貴族院では、全般的に活発な議論は少なく、わずか8日後（昭和22年3月27日）には、本会議可決・成立に至っている。しかし、安全衛生に関する第5章は例外であり、貴族院には珍しく議員と政府委員の間で熱い議論が繰り広げられた。貴族院の性格上、議員の多くが企業の経営者でもあることから、使用者が、安全衛生規制について、いかに高い関心を抱いていたかが窺われる。渡辺議員、種田議員の両名⁶¹⁾が、旧労基法52条2項の規定は、他意ある労働者とその主治医による診断書の濫発に繋がるとして、強く抗議している。渡辺議員等は「労働者が大した病気でもないのに、健康診断を求めてきます、それに付いて正直にそれを断る医師があれば宜しいのですけれども、中には其の求めに応じて、診断書を書く医師があって、非常に是は（健康保険）組合側と医師側と〔で〕問題になった事項であります」等と述べる。これに対し、吉武政府委員⁶²⁾は、「此の五十二条と云ふのは……休業手当が貰へるとか、休めるとか、それから金がどう云ふ風になると云ふ意味の是は規定ではございませぬ、此処にあります安全、衛生に関する規定は、労働者が工場に於て働く上に於て、病人がどう云ふ風に出て居るとか、病人を使って居るのぢやないかと云ふ労働者保護の為に〔の〕、所謂斯う云つた健康診断の規定でありまして」、「健康診断と云ふのは、……自分が勝手に健康診断を貰つて来て、さうして権利を主張すると云ふ為に設けた規定ではないのであります」等と答弁しているが、議論は噛み合わず、最後まで平行線のままであった⁶³⁾。

加えて、サナトリウムやその他の療養所といった設備も不足する中では、健康診断をやったところで、労働者に精神的負担を与えるのみであり、有効な手当にならないのではないかと委員長の質問に対し、吉武政府委員は「……第三項にありますやうに、其の健康診断の結果に付て、其の就業の場所が非常に悪ければ其の改善を命ずる、或はさう云ふ個人に付て非常に無理であれば、業務の場所を変へさせるとか、或は終業時間が余り無理であるならば、終業時間が仮に八時間でありまして無理な時には、其の短縮方法を講じさせるとか、その他色々な処置は命ずる積りでは居ります」、「（病院や療養所の施設拡充は）法律で直ぐどうと云ふ風にはむづかしいのでありまして、矢張り有る程度は指導に依つて漸次向上させて行くと云ふ風に行かざるを得ないのぢやないかと思つて居ります、最小限度の命令措置は此の三項に依つてやつて行く積りで居ります」⁶⁴⁾との答弁を行っている。

60) 前掲注44) 169頁。

61) 貴族院労働基準法案特別委員会委員 渡辺覚造氏および種田虎雄氏。

62) 厚生事務次官 吉武恵市氏。

63) 渡辺章編・『労働基準法〔昭和22年〕(3) 下 日本立法資料全集54』（信山社、1996年）875頁－881頁〔資料51〕貴族院労働基準法案特別委員会議事速記録第2号（昭和22年3月22日）。

64) 渡辺編・前掲注63) 882頁－883頁。

4. 検討

本節では、旧 52 条 3 項の立法過程の分析から理解できたことに基づいて、前章で残った疑問の解明について、検討を試みる。

第一に、前章では、重量物取扱規制を年少者と女子全般に拡充した上、さらに本項を制定した理由が分からなかった。本項制定の必要性については、草案者の間に多少の疑問があったことを示す資料も残っている。それにも関わらず、本項が、第五次案修正案（昭和 21 年 7 月 6 日～8 月 6 日）作成の折に、産前産後休業に関する条文の第 3 項として定められたのである。

筆者は、健康診断に基づく業務転換が、既に第三次案（昭和 21 年 5 月 13 日）において健康診断に関する条文に統合され、第 3 項として定められていたことに倣ったのではないかと推測する。工場法 12 条からの流れも汲み、健康診断の結果に基づく業務転換の規定に合わせて、妊娠中の労働者に対する措置についても規定しておくことが相当であると考えられた結果ではないかと考える。加えて、日本林業会等が、妊娠中の軽易業務転換について、作業内容の変更のみならず労働時間短縮による業務軽減が必要であることを指摘しているのも、工場法 12 条や旧 52 条 3 項からの着想であったと推測することを裏付けることになろう。

そして、以上のように考えると、本項と旧 52 条 3 項は、やはり深く関連性を有するといえることができる。

第二に、前章では、結局のところ、「軽易業務」の具体的な内容として、どのようなものが考えられてきたのかを、必ずしも十分に掴むことが出来なかった。

前章では、厚生省衛生局が、本項の「他の軽易な作業に転換」以降を「或ヒハ労働時間を短縮する等作業負担の軽減を計らなければならない」に修正すべきであると要請していたことが判明した。しかし、実際には、このような修正は実施されず、あえて、「軽易な業務へ転換」とのみ規定された。それでは、本項の措置の内容に労働時間の短縮等は含まれないと考えられたのであろうか？

まず、上述したように、本項と旧 52 条 3 項の立法過程における関連性を踏まえれば、本項の条文を旧 52 条 3 項の条文に合わせるべきであるとの指摘であったことが理解できる。さすれば、労働時間短縮などが明示的に排除されたものとは考えにくい。それではなぜなのか？

思うに、旧 52 条 3 項の措置の内容を決定づけるのは健康診断を行った医師の意見であるが、その医師の選択は、労働者に留保されたままであった。労政局からの調査依頼に対し、山口県から「病弱者の就業の場合、業務の転換、労働時間の短縮などについて医師の指示を受けるものか又は使用者がしなければならないか」との質問があったことから分かったとおり、誰が措置の内容を決定するのかは、労基法制定過程においても重要な論点であったといえる。この点については、議会において貴族院議員等の強い反対が表明され、疑義が残ったままであった。したがって、旧 52 条 3 項の措置は、その内容を、（ある程

度) 明文の規定に例示しておく必要が認められたのである。

他方、本項の措置は、医師の診断等を要せず、労働者から使用者に対する請求によって行われるものである。したがって、旧 52 条 3 項と比較して、本項では、「軽易業務」の具体的内容に歯止めをかける必要がなかったのである。もちろん上述したように、労働時間短縮などを排除する必要もない。

以上を踏まえて、筆者はここで推測したい。すなわち、立法者は、本項の措置の内容に何を含むかは、少なくとも民事的には、労働者と使用者との協議による決定に委ねたのではないか？ 本項の立法過程から、本項が先駆的な規定であったことが理解できたが、それ故に、内容を確定することができない以上、労使の中で、その内容を労働者と使用者の決定に委ねざるをえなかったのである⁶⁵⁾。

このように本項は「軽易業務への転換」とのみ述べるに止め、その内容は労働者と使用者の決定に委ねることにより、本項と旧 52 条 3 項の性質の差異を明確に示したものと考ええる⁶⁶⁾。

第三に、前章の検討では、使用者が負う軽易業務転換義務の程度についても、十分に解明することができなかった。

旧 52 条 3 項が訓示規定であるとして罰則の対象から除外された理由を明確に示す資料を見つけることはできなかった。しかし、貴族院における政府委員の答弁の中で、吉武政府委員が、旧労基法 52 条の健康診断の目的は、職業病発生率を見たり、事業所の就労環境改善を図ることであり、診断結果をもって労働者個人が権利を主張することは、主たる目的ではないことを説明している。これが、旧 52 条 3 項が訓示規定とされた所以であると考ええる。

他方、本項の目的は、妊産婦の保護である。そのため、本項は訓示規定ではなく、労基法 1 項、2 項とともに労基法 119 条の罰則規定の適用を受けるものとされたのであろう。

加えて本項では、旧労基法 52 条のように適用対象となる使用者が「一定の事業」に限られていない。したがって、すべての使用者は、その事業規模や事業内容に関わらず、労働者が請求した妊娠中の軽易業務転換に合意できるよう、措置を講じることが強く義務付けられていると理解できた。

65) もっともこう解した場合、本項が刑罰によって担保されているがゆえに、罪刑法定主義の要請に違反するのではないかという指摘が出てこよう。これに対して現時点で筆者は、労働基準法には、民事と刑事の 2 面的解釈が成り立ちうることを指摘するにとどめる。

66) 労基法の特色の一つである過半数代表制・労使委員会制度は、労基法制定当初から、時間外・休日労働に関する労使協定の制度 (36 条) や、就業規則の制定・変更時の意見聴取の制度 (90 条) に取り入れられていた。これらの制度の趣旨は、労働者の雇用や労働条件に関わる取り扱いの一定の事項に労働者側の意見を反映させることで、これらの取扱いにおける適正を確保することである。川田琢之「前注・〔過半数代表制・労使委員会制度総論〕」東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法上巻』(有斐閣、2003 年) 35 頁—36 頁。

筆者は、軽易業務転換の内容が労働者と使用者の協議に委ねられていたと解することは、このような労基法の性質にもなじむと考える。

ただし、旧労基法 52 条制定に関する公聴会資料を見ると、旧労基法 52 条に対しては、体育設備や工場医の設置、医務室の設置等、賃金保障のほかにも、具体的な要求が活発になされている。こうした労働者の要望は、貴族院における政府委員答弁にも述べられているとおり、行政の命令措置によって、次第に実現されることとなったものである。

以上のことに加えて、上述した、本項と旧労基法 52 条 3 項の立法過程における関連性の深さを踏まえれば、旧労基法 52 条 3 項に規定される義務もまた、本項と比較し、実質的に軽いとはいえないのである。逆に、立法過程で議論された旧労基法 52 条 3 項における具体的措置は、本項における義務の程度・内容を検討するにあたり、参酌されるべきものであるといえまいか？

5. おわりに

本章では、旧 52 条 3 項と本項を比較することにより、立法当時の本項には、いかなる意義が込められていたのかを検討した。その結果、旧 52 条 3 項は、旧労基法 52 条が規定する健康診断の本来の目的ではないことから、訓示規定と考えられたのに対し、本項は、労基法 65 条の目的である妊産婦の保護そのものに関する規定であることから、使用者に対し、罰則規定を付して、より強く義務付けられていることが分かった。本項は、旧労基法 52 条のように、対象となる使用者が「一定の事業」に限定されていないことから、すべての使用者は、原則として、労働者の配置の困難、費用の負担等を理由に、本項の義務を怠ることは出来ない。軽易業務の内容については、旧 52 条 3 項と同様に、労働時間の短縮等を明記することも可能であったにもかかわらず、本項がそれを述べていないことから、筆者は、労働時間の短縮等も含め、労働者と使用者の合意または協議に委ねる趣旨であると考え。しかし、行政の命令により次第に実効性を有した旧 52 条 3 項の措置と異なり、労働者が使用者に対し、どのような内容まで要望し得るのかは、具体的に解明することは出来なかった。

このような意義を持って立法された本項であるが、制定後はどのように解釈されてきたのであろうか。次章では、本項について、労基法制定後、現在までの学説の議論の状況と行政解釈を見てゆく。

V. 労基法 65 条 3 項に関する学説と行政解釈

1. はじめに

本章では、第三章、第四章での検討を踏まえて、本項に関する学説の状況と行政解釈について、次の方法によって分析を行う。

まず、学説についてであるが、本項については、必ずしも活発に議論がなされてきたわけではない。しかし、(1)「軽易業務」の内容、(2) 軽易業務転換の権利義務の法的性質、(3) 軽易業務転換と賃金、の 3 点を主な検討対象としてきたようである。そこで、論点毎

に学説を紹介し、分析を行うこととする。

次に、行政解釈であるが、本項については、多く発出されていない。行政解釈については、エポックとなる法改正を基準として、(1) 労基法制定直後（昭和20年代～昭和30年代）、(2) 勤労婦人福祉法制定から男女雇用機会均等法制定まで（昭和40年代～昭和60年代）、(3) 男女雇用機会均等法第2次改正後（平成18年～）という時期区分を行い、その区分毎に紹介・分析を行う。

2. 学説

(1) 「軽易業務」の内容

有泉の解説によれば、何が「軽易業務」であるかは命令等によっても明らかではないから、具体的な諸事情を考慮して決めるほかはないが、労基法が使用者に義務付けているものである以上、労働者からの請求があれば使用者は積極的に軽易な業務を提供するよう工夫することを要する。しかし、他方で有泉は、従業員2、3人の企業で転換させるべき軽易の業務がない場合には、妊婦は転換の請求はできないか、やむなく休業することになるとも解している⁶⁷⁾。

その後の学説には、「軽易業務」とは、業務内容の変更を伴うものに限らず、例えば三交替勤務に就いている看護婦が昼勤のみとする例のように就労時間帯だけを変更することや労働時間を短縮することも含まれるとの見解が多く見られる⁶⁸⁾。島田は、このように解すると、転換すべき業務の不存在という問題は、ほとんど解消するだろうと述べる⁶⁹⁾。土田も、使用者は、原則として女性の請求した業務に転換させなければならないが、軽易業務を新設する義務はなく、その場合は、労働時間帯の変更で対処することになるとする⁷⁰⁾。

野田は、軽易な業務に欠員がない場合には転換を認める必要なしと解されるべきではなく、男女雇用機会均等法上の配慮措置（母子保健法の規定による保健指導または健康診査を受ける時間の確保（旧均等法22条）、それらの指導に基づく通勤緩和、休憩に関する措置、勤務時間の短縮等（旧均等法23条1項））との均衡からみても、使用者はできるだけ転換が可能になるように人員の再配置など相当の配慮をなすべきであるとする⁷¹⁾。

小西は、これらの軽易な業務への転換が、相当期間にわたる場合は配転命令の一種とな

67) 有泉亨『法律学全集47 労働基準法』（有斐閣、1963年）414頁－415頁。有泉は、ただし、立法論としては、もう少し具体的な運用基準を設けるべきであると指摘している。ほかに、浅井清信＝西村信雄『労働基準法註釋』（法律文化社、1947年）52頁も、「転換せしむべき適当な業務がないときは休業させるほかはない」との立場である。

68) 片岡昇編『新労働基準法論』（法律文化社、1982年）412頁、菅野和夫『労働法〔第10版〕』（弘文堂、2012年）429頁ほか。

69) 島田信義「第6章の2 女子」青木宗也・片岡昇編『労働基準法Ⅱ』（青林書院、1995年）101頁、106頁。

70) 土田道夫『労働契約法』（有斐閣、2008年）661頁。

71) 野田・前掲注4)

り、比較的短期のものであれば職務変更命令に該当すると解説を加えている⁷²⁾。

(2) 軽易業務転換の権利義務の法的性質

小西は、もともと使用者は一般的配慮義務ないし個人的配慮義務である健康配慮義務に基づき、妊娠中の労働者を軽易業務へ転換すべき義務を負っているものであり、本項は、使用者がかかる労働契約上の義務を負うことを前提に、これを法文化したものであると述べる。小西によれば、本項は「使用者の軽易業務転換義務を創設したものでなく確認したものである」。小西は、本項は労基法が罰則の威嚇のもとに使用者に課している義務であるから、間接的強制の余地があり、労働者は、裁判上、使用者に対し、その義務の履行を請求することも可能であるとする⁷³⁾。

他方、土田は、労基法の文言どおり、女性が母性保護規定の適用を「請求」し、使用者がそれを承認してはじめて保護規定の適用が実現するという解釈では、権利行使の保護が著しく迂遠となるため、年次有給休暇の場合と同様（39条4項）、この「請求」権を形成権と解し、女性は一方的意思表示によって各種の保護を取得できると解すべきであるとする⁷⁴⁾。

(3) 軽易業務転換と賃金

学説上、労基法65条は、賃金については労働者と使用者の取り決めに委ねていると解されている⁷⁵⁾。これは、第3項の軽易業務転換についても例外ではない。立法に携わった寺本が、自身の労基法解説書の中で、「軽作業に転換した場合に於ける賃金の低減防止に関する規定がないのでその効果を余り期待し得ない」と述べている⁷⁶⁾。

有泉によれば、業務転換の結果、職種等の変動に伴い賃金が減少することはやむを得ず、さらに、転換させるべき軽易業務がなく、やむを得ず休業する場合も、条文に明文の規定がなく、産前産後の休業も法律上有給とされていない点を考慮すれば、休業の負担は妊婦が負うと解すべきとされる⁷⁷⁾。

これに対し、松岡は、ソ連では産婦が軽易な業務に転換した場合に従前の賃金が保証されている（ソ法132条2項）ことを取り上げ、労基法65条は賃金について当事者による自主決定に委せているが、他の軽易業務への転換により賃金減少が生ずることとなると、妊婦に従前の業務の継続を事実上強制することになりかねず、その結果、妊婦の母性機能に障害をあたえることになれば、非人道的な問題も生ずるのであるから、転換前の業務に

72) 小西國友『労働法』（三省堂、2008年）531頁。

73) 小西・前掲注72) 532頁－533頁。

74) 土田・前掲注70) 663頁。

75) 松岡三郎『労働基準法疑義解説』（労務行政、1947年）118頁、菅野・前掲注65) 428頁

76) 寺本・前掲注44) 304頁。なお、寺本は、本項を定めた効果はあまり期待し得ないが「母性保護に関する立法としては一歩前進」であったと述べている。

77) 有泉・前掲注67) 415頁。

対応した賃金保障をなすべきであると論じている⁷⁸⁾。

3. 行政解釈

(1) 労基法制定直後（昭和20年代～昭和30年代）

労基法制定後、行政が出版した解説書が『働く婦人の保護—労働基準法と女子労働者—』⁷⁹⁾である。本解説書には、男女同一賃金の原則、労働時間・休憩・休日・年次有給休暇、深夜業の禁止、坑内労働の禁止及び危険有害業務の就業制限、産前産後の休業、育児時間、生理休暇、帰郷旅費、寄宿舎生活の自治及び秩序、婦人労働に関する行政機関について、各条文の趣旨や立法経緯の説明と、関連する質疑応答が掲載されている。この質疑応答は昭和22年9月1日から昭和23年8月31日までに出了た正式の通牒の全内容に加え、種々疑問となると思われる点も解説したと述べている。しかし、妊娠中の軽易業務転換についての記述は、産前産後の休業の説明の後に、一言「此の外、妊婦のために軽作業転換の権利を認めております」と添えられているのみである⁸⁰⁾。勿論、いかなる質疑応答も掲載されていない。労基法制定当初は、労働者の中に妊娠中の軽易業務転換という新しい保護規程について知る者も少なく、または当該規定を知る者は従来から存在した健康診断の結果に基づく疾病罹患者に対する措置と同視しており、それ故に質疑が行政に寄せられることもなかったのかもしれない。

上記解説書の記述とは矛盾するが、昭和22年9月13日発基17号は、本項は「原則として女子が請求した業務に転換させる趣旨であること」と通知している。もっとも、本通達には労基法施行に伴い、第1条から第128条までの複数条文について逐条的に解説するものであり、軽易業務転換についてこれ以上のことは何も述べられていない。これは、前章で検討したとおり、本項は旧52条3項と異なり、医師の診断結果等が無くとも、労働者の請求さえあれば、妊娠中の健康保持のために必要と判断できるあらゆる措置をとるべきことをあらためて確認したものと解する。

(2) 勤労婦人福祉法制定から男女雇用機会均等法制定まで（昭和40年代～昭和60年代）

昭和40年代に入ると、労働基準法改正へ向けた動きが起こる。労基法制定当時から、同法の女子保護規定は「過保護」であり、この過保護が女子労働者の能力育成の妨げとなるとの議論があったが、高度成長の下での労働力不足に起因する女子労働者の増加に伴い、こうした議論がより一層活発化したためである。経営者団体は、政府に対し、労基法の女子保護規定の緩和について度重なる要求を行った。こうした使用者側の動きに呼応して、政府は昭和44年9月、「労働基準法研究会」を労働大臣の私的諮問機関として発足させ、

78) 松岡三郎『婦人・年少者 労働法実務体系・14』（総合労働研究所、1969年）260頁。

79) 労働省婦人少年局編・前掲注17)。

80) 労働省婦人少年局編・前掲注17) 77頁。

労基法改正計画をすすめた⁸¹⁾。一方で、昭和 46 年より女子労働者の福祉の増進を目的とする勤労婦人福祉法案の作成が開始され、昭和 48 年、同法の成立に至った。このような社会の動向⁸²⁾のなか、昭和 48 年に改訂出版された労働省労働基準局によるコンメンタールの本項に関する記述にも変化が見られる。同書は、従来掲載されてきた前掲昭和 22 年 9 月 13 日発基 17 号についての解説のほかに、「女性が転換すべき業務を指定せず、かつ、客観的にみても他に転換すべき軽易な業務がない場合、女性がやむを得ず休業する場合は、第 26 条の休業手当の問題も生じない」との記述が追加されている⁸³⁾。

やがて、国際社会からの差別撤廃に関する強い要請もあり、昭和 60 年、勤労婦人福祉法を改正する形で男女雇用機会均等法が成立、翌年から施行されることとなった。ただし、制定時の均等法は、当時、男女間には勤続傾向において明瞭な差異が損していたこと、そして、男女の機会均等理念とは矛盾する労基法的女性保護規定が家事責任重視の多数派女性の反対により撤廃しえない状況にあったことから、雇用における男女の平等を漸進的・实际的に推進しようとする内容に留まった⁸⁴⁾。均等法施行に合わせて発出された昭和 61 年 3 月 20 日基発 151 号、婦発 69 号は、本項は「原則として女性が請求した業務に転換させる趣旨であるが、あらたに軽易な業務を創設して与える義務まで課したものではない」との解釈を示している。

(3) 男女雇用機会均等法第 2 次改正後（平成 18 年～）

男女雇用機会均等法は、二度の大改正を経て今日に至る。平成 9 年、労基法的女性保護規定の原則的撤廃と同時に、均等法においては、女性労働者のための雇用における男女差別の規制を拡充強化しつつ、女性労働者の就業援助（福祉増進）措置を妊娠中・出産後の健康確保のための措置に限定する第 1 次改正がなされた⁸⁵⁾。均等法制定 20 年目の節目にあたる平成 18 年には、社会の意識や実態のさらなる変化に照らし、女性のみを保護対象とするという従来の片面的性格から、男性・女性双方を保護対象とする両面的性格の法律へと改正された⁸⁶⁾。この第 2 次改正時に、妊娠、出産、産前産後休業の取得を理由とする解雇の禁止規定の中に解雇以外の不利益取扱いの禁止規定が加えられた。

平成 18 年 10 月 11 日厚労省告示 614 号「労働者に対する性別を理由とする差別の禁止

81) 田村譲「婦人労働者と労働基準法 - 特に母性保護規定に関連して」帝京大学法学会編『帝京法学』(1976 年) 224 頁 - 225 頁。

82) 経営者による過保護説に対し、労働者側からは、「労基法改悪論」であるとの強い反発があった。全電通調査室の秦野は、女性労働者の労働事情が過保護とはいえない例の一つとして、労働省婦人少年局による昭和 44 年の調査では、本項により軽易な業務に転換させたのは全体の 10.3% のみであったことを挙げている。秦野は、本項の「請求」という条文をよいことに企業の側は怠っていると述べる。秦野八重「女子労働と労働基準法」月刊労働問題 157 号 (1971 年) 108 頁。

83) 労働省労働基準局『新訂版 労働基準法下一労働法コンメンタール 3-1』(労務行政研究所、1973 年) 517 頁。本書は、有泉・前掲 (64) と同旨であると述べている。

84) 菅野・前掲注 68) 186 頁。

85) 菅野・前掲注 68) 186 頁。

86) 菅野・前掲注 68) 188 頁。

等に関する規程に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針」は、結婚・妊娠・出産等を理由とする不利益取扱いの禁止（法第九条関係）について、「女性労働者が労働基準法第65号第3項の規定により軽易な業務への転換の請求をした場合において、女性労働者が転換すべき業務を指定せず、かつ、客観的にみても他に転換すべき軽易な業務がない場合、女性労働者がやむを得ず休業する場合」には、「不利益な自宅待機を命ずること」には該当しないとしている。

4. 検討

「軽易業務」の内容について、学説は、軽易な業務への転換が難しいとき、休業を命ずることも止むを得ないとする立場と、労働時間帯の変更で対処可能であり且つ対処すべきであるとする立場がある。しかし、休業を命ずることを認める有泉説も、従業員2、3人の企業など、極小規模の事業を例に挙げ、休業命令が認められる場合とは極めて限定された例外ケースであることを示している。思うに、有泉説は、旧労基法52条が一定の規模を有する事業のみを対象としていたのに対し、労基法65条がすべての事業を対象に、しかも罰則を付して使用者の義務を規定していることから、労基法の行政刑罰法規としての性質を重視し、使用者に課せられる義務の範囲を厳格に扱う立場であろう。

野田説は、本項に基づく軽易業務転換規定と均等法上の保護規定との均衡を図るべきと述べる。しかし、野田説が本項の軽易業務転換に、勤務時間の短縮することを含むと解しているのかどうかは明らかではなく、「相当の配慮」の内容についても、具体的な分析は行われていない。

軽易業務転換の権利義務の法的性質を考察した小西説は、本項は、使用者がもともと負っている健康配慮義務を法文化したものであるとする。他方、土田説は、本項の労働者の権利は形成権であると述べる。いずれも労働者に強い権利を認める立場と解されるが、それでは使用者が実際にどの程度まで負担を負わねばならないのかは明確にされていない。

業務の負担が軽減されたことにより賃金が減少されることについては、いずれの学説にも異論は見られない。松岡が保護の観点から問題提起しているものの、賃金の決定については、労基法は労働者と使用者の合意に委ねているというのが学説上のほぼ定まった見解である。軽易業務への転換ができず、休業に至ったケースでは、使用者から休業手当が支払われなければ、労働者は一切収入を得ることができない状況に陥ってしまうが、これについてもやむを得ないと解されている。

行政解釈は、その内容について詳解する資料に乏しく、通達や指針の意図を十分に分析することが出来なかった。しかし、行政解釈が発出された時期をマタニティライツに関わる立法、行政の動きと照らし合わせると、少なくとも、本項に関する行政解釈もまた、わが国で昭和40年代以降展開されてきた大論争－女性保護か、それとも男女平等か、という問題と深く関連しているものと筆者は考える。

第Ⅱ章では、マタ・ハラ最高裁判決のルールに、日本航空客室乗務員の事案をあてはめ

てみたが、平成 18 年厚生労働省告示第 614 号第 4 の 3 (3) ハ号の解釈の仕方によっては、本件使用者の措置は、均等法 9 条 3 項の禁止する軽易業務転換請求を契機とした不利益取扱いには該当しないと解する余地もあり、そうなれば、マタ・ハラ最高裁判決の要件 I、II を検討するまでもなく、使用者による休職命令が有効となる。このように、今後はマタ・ハラ最高裁判決の影響により、行政解釈の担う役割がますます大きくなることが予想されることから、使用者と労働者の依るべき指針と解説の充実が望まれる。

5. おわりに

本章では、今日までの本項に関する学説と行政解釈を概観してきた。学説には、「軽易業務」の内容や、軽易業務転換の権利義務の法的性質といった角度から考察したものが存在するが、未だ統一された見解は存在しない。多くの学説は、軽易業務転換の結果、賃金が減少することについては、本項の趣旨に違反しないと解しているが、十分な議論はなされてはいない。行政解釈に関しては、資料が乏しく、分析することが困難であった。

そこで、最後に、次章では、本稿のこれまでの検討に基づいて、妊娠中の軽易業務転換に関する、法的解決のあり方について考察を行う。

Ⅵ. おわりに

本稿は、妊娠中の軽易業務転換に関する問題について、法的にどのような解決が可能であるかを検討するために、本項の正確な理解を主たる目的としたものである。その前提として、まず、本研究の契機となった日本航空客室乗務員の事案を、マタ・ハラ最高裁判決のルールにあてはめてみたが、同ルールによって、完全に解決することはできいることが理解できた。これにより、日本航空客室乗務員の事案のように、そもそも使用者が軽易業務転換請求に応じなかったケースでは、均等法 9 条 3 項の趣旨に依拠したマタ・ハラ最高裁判決のルールのみでは解決することが出来ず、本項の趣旨を正確に捉えなければならないことが確認できた。そこで、本項について、立法の沿革に立ち返り調べたところ、次のことが分かった。

第一に、本項は、労基法立法過程において、諸外国の法規に倣い、従来わが国には存在しなかった妊娠中の重量物取扱いを禁ずる規定を新法にとりいれようとの意図により設けられ、さらに、法の保護範囲をあらゆる職業の女性労働者へ拡充すべく修正が加えられたものである。加えて、立法当時から、軽易業務転換の中には、労働時間の短縮等による業務軽減も含まれると解されていた可能性が高い。

第二に、旧 52 条 3 項が、医師の判断の下で使用者がとるべき措置であるのに対し、本項の規制は、労働者からの請求さえあれば、社会通念上必要と判断可能な措置を行なうことを使用者に義務付ける趣旨である。旧 52 条 3 項は、規制の対象となる事業を「一定の事業」に限定していたが、本項にはこの制限がないことから、事業の規模、内容に関わら

ず、使用者は同項の規定に基づく義務を負う。訓示規定であるとして罰則規定の対象からも除外された旧 52 条 3 項と異なり、本項は、同項規定の義務の履行をより強く使用者に求めている。

しかし、労基法制定後の学説、行政解釈の整理を行った結果、次の点が未解明であり、妊娠中の軽易業務転換についての問題を法的に解決するためには、これらの点についてさらに検討を深めることが必要であることが分かった。

第一に、軽易業務転換の定義が未だ曖昧なままである。立法過程においては、本項の軽易業務転換とは、作業内容を変更することのみならず、旧 52 条 3 項と同様に就労時間の短縮等も含む趣旨であった可能性があることが理解できた。加えて、本項が軽易業務転換の内容について詳しく述べていないのは、結局、労働者と使用者の合意に委ねようとした可能性があることについても、本稿で述べてきたとおりである。学説には、就労時間帯を変更することや労働時間を短縮すること含まれるとの見解が多く存在するが、他方、行政解釈には、就労時間に関して具体的に述べたものは無く、行政の立場は不明である。筆者は、本項の軽易業務転換に、就労時間の短縮等も含まれるのであれば、均等法 13 条（女性労働者が保健指導又は健康診査に基づく指導事項を守ることができるようにするための勤務時間の変更、勤務の軽減等必要な措置を講じる事業主の義務）の規定する義務は、本項の規定する義務の一部であると解することも可能であると思われるが、この点も明らかであるとはいえない⁸⁷⁾。使用者は、均等法 13 条 1 項の義務を履行したことにより、本項の義務も履行したと主張し得るのであろうか。本項の軽易業務転換の定義が統一されることが求められる。

第二に、軽易業務へ転換させることが出来ない場合の休業手当の必要性についてである。立法当時、本項は、事業の規模や内容に関わらず、全ての使用者に対し、必要な措置を講じることを求める趣旨であり、しかも訓示規定ではないと考えられていたことを踏まえれば、使用者が、労働者に対し、転換すべき軽易業務が無いとして休業を命じることは、法の前定していなかったところと言わざるを得ないであろう。しかし、学説の中には、転換させるべき軽易業務がなく、やむを得ず休業する場合、休業の負担は妊婦が負うと解すべきとの立場がある。行政解釈もまた、客観的に転換すべき軽易な業務がなく女性がやむを得ず休業する場合、労基法 26 条の休業手当の問題は生じないと述べる。

確かに、産前 6 週間以降であれば、健康保険法による出産手当金を受給することができ

87) 均等法の前身である勤労婦人福祉法にも妊娠中および出産後の健康管理に関する配慮および措置等に関する規定があった（勤労婦人福祉法第 9 条から第 11 条）。しかし、労働省婦人少年局の解説によれば、勤労婦人福祉法のこれらの規定は、労基法上の妊娠、出産および育児に関する最低労働条件としての妊娠中の軽易業務への転換、産前産後の休業、育児時間の規定とは異なる措置であり、かつ特に重要な事項であると説明されている。労働省婦人少年局婦人労働課編『勤労婦人福祉法早わかり』（婦人少年協会、1973 年）56 頁、64 頁。

野田説は、本項と旧均等法 22 条および 23 条 1 項との均衡に言及しているが、野田説が、それぞれの保護規定の内容をどのように定義しているかは明らかではない（第 V 章）。

る。他方、妊娠中の労働者の健康状態に何らかの異常があり休業が必要となった場合は、健康保険法による傷病手当金の受給が可能であることが多い⁸⁸⁾。しかし、産前6週間未満の健康な労働者が、転換すべき軽易な業務がないために休業する場合に限っては、いずれの現金給付制度の給付対象にも該当せず、当該労働者は収入の途を絶たれることとなる。使用者への賃金請求も認められず、社会保険のセーフティネットからもこぼれ落ちてしまうという事態が生ずるのである。同時に、生活費の保障が無いために、労働者が無理をして従前の業務に従事し続けた結果、当該労働者に重大な健康被害が起こった場合に使用者に問われる責任の範囲という論点も見過ごすことは出来ない。

最後に、以上の検討を踏まえ、妊娠中の軽易業務転換に関する労務管理上の実務的、法的課題を考えてみたい。

第一に、本項の軽易業務転換は、現在に至るまで、何故これほどまでに取り上げられることが少なかったのだろうか。立法当時は、社会的に認知されていなかったのか、もしくは、戦前より工場法の規制の下で行われてきた病者等に対する就業制限と同視されていた可能性が推測できる。しかし、労基法制定後の経緯については、不明である。使用者にとっての負担が大きかったのか、労働者にとって利用しづらい権利であったのか、又は、利用するメリットが見出されてこなかった可能性もある⁸⁹⁾。使用者、労働者双方が真に求める妊娠・出産制度を考えるには、軽易業務転換についての実態調査を行うことが有効であろう。

第二に、小西説が述べた本項の健康配慮義務としての性質に着目することである。労働安全衛生の分野では、労働安全衛生法制定後は、同法が労基法と相まって、労働者の安全と衛生の確保のため、事業者には罰則付きの義務を課すると同時に、諸種の努力義務を課し、これらにつき指針の策定や行政指導が行われるものとされている⁹⁰⁾。以上を踏まえると、本項の軽易業務への転換についても、ソフトローの手法を取り入れ、人事労務管理上の判断の基準となるべききめ細やかな行政の考え方が示され、啓発が行われることも可能となるのではないだろうか。

第三に、本項の性質を現代に相応しい観点から捉え、キャリア形成の支援としての側面からも検討してゆくことである。これまで、立法過程においても、学説、行政解釈におい

88) 健康保険法 99 条の傷病手当金の支給される要件は、「療養のために労務に服することができない」ことである。したがって、産前 6 週間未満の労働者が妊娠悪阻や切迫流産等により療養のために休業する場合は、保険者に対し傷病手当金の請求を行うことが可能と解される。

89) 例えば、マタニティ・ハラスメントに関する先行研究によるアンケート調査は、職場における母性保護に関して、当事者である女性労働者がどのように感じていたかについて聞いている。回答の中には「特別扱いされるのが悔しかった」、「初めてのことで無茶をした」、「ちょうど大きな仕事を任されていた」等、労働者自身も母性保護制度利用に消極的である場合があることを示すものがある。杉浦 浩美『働く女性とマタニティ・ハラスメント―「労働する身体」と「産む身体」を生きる』（大月書店、2009 年）77 頁－78 頁。

90) 菅野・前掲注 68) 403 頁。

ても、本項が母性保護のための規定として考えられてきたことは疑いがない。しかし、第I章で述べたとおり、妊娠中の軽易業務転換制度の利用によって、出産前の休業期間を短くし、ひいては復職を容易にすること、軽易な内容とはいえ新たな業務を習得し、知識、経験の幅を広げることは、妊娠・出産後も仕事を続けようとする女性労働者のキャリア形成の一助となるだろう。

妊娠中の休業と軽易業務転換について、母性保護、労働安全衛生、キャリア形成それぞれの観点から体系的に整理することを筆者の今後の課題としたい。