

# 有期労働契約に関する一考察（三・完）

——有期労働契約の法的性質と労働契約法制における位置づけ——

川 田 知 子

## 第一章 序章

### 第一節 問題の所在

- 1 有期労働契約の特質
- 2 問題点

### 第二節 労働契約法制をめぐる議論

- 1 今後の労働契約法制の在り方に関する研究会の基本的立場
- 2 労働契約法制の検討における有期労働契約の位置づけ

### 第三節 有期労働契約をめぐる従来の議論状況

- 1 雇用・就業形態の多様化に対応した労働者保

### 護法制のあり方を検討するもの

- 2 パートタイム労働者の均等待遇について検討するもの
- 3 有期雇用の最大の論点である雇止めについて検討するもの

- 4 非正規雇用を労働契約の視点から考察するもの

- 1 課題の設定とアプローチの方法

### 第二章 有期労働契約の個別論点の検討

- 1 課題の設定
- 2 アプローチの方法

第一節 労働関係の成立

- 1 有期労働契約の締結と労働条件の明示
- 2 有期労働契約と採用内定法理
- 3 有期労働契約と試用期間(以上、四〇巻一号)

第二節 有期労働関係の展開

- 1 有期労働関係と様々な権利義務関係
- 2 有期労働関係と人事管理
- 3 有期労働関係と懲戒

第三節 労働関係の終了

- 1 有期労働契約の雇止め
- 2 有期労働契約と整理解雇法理
- 3 有期労働契約の中途解約(以上、四一巻一号)

第三章 ドイツ労働市場の柔軟化と非典型雇用

第一節 ドイツにおける非典型雇用をめぐる現状

第二節 労働法の規制緩和と非典型雇用

第三節 フレキシキュリティーのコンセプト(柔軟性と安定性の両立)

第四章 EU法・ドイツ法の有期労働契約規制

第一節 EC指令による有期労働契約規制の趣旨

第二節 有期労働契約と規制内容

第三節 小括

第五章 今後の有期労働契約規制

第一節 有期労働契約の法的性質と有期労働契約規制

第二節 日独の比較法的考察と有期労働契約規制

第三節 有期労働契約の法規制が雇用慣行や労働市場に与える影響

第四節 EU法及びドイツ法が日本法に与える示唆(以上、本号)

第三章 ドイツ労働市場の柔軟化と非典型雇用

第一節 ドイツにおける非典型雇用をめぐる現状

1 非典型雇用の特徴

ドイツにおいても日本と同様、パートタイム労働や有期労働などの非典型的な雇用形態が増加している。非典型雇用関係の増加は、一方では、労働市場の柔軟性を高め、労働市場の機能を改善し、さらに雇用の障害を取り除くことができる<sup>①</sup>と期待されている。他方で、標準的労働関係の衰退と非典型的労働関係の増加という変化は、個々の従業員の社会保障（例えば年金など）を阻害するだけでなく、社会保障システムを衰弱化させてしまうという恐れがある。その意味で、標準的労働関係から非典型労働関係への変化は、しばしば「不安定化」(Prekarisierung)と呼ばれている。

非典型雇用については多種多様な雇用形態が存在するために、明確に定義づけることが困難である。そのためドイツでは、非典型雇用を「標準的労働関係 (Normalarbeitsverhältnis)<sup>②</sup>」との対比において定義付けることが多い。すなわち、標準的労働関係に対比する概念として「弾力的労働関係」を設定し、この中にいわゆるパートタイム労働契約、有期労働契約、派遣労働契約（最近のものとしては、人材派遣サービスエージェント (PSA)<sup>④</sup>）などの非典型雇用形態を位置付けている。<sup>③</sup>このような非典型雇用の形態は、それぞれ異なった様相を呈している。例えば、パートタイム労働は非典型雇用の中でも最も活用されている雇用形態であり、景気変動とは関係なく急速に増加している。パートタイム労働者の全就労者に占める割合は、一九九一年に一四・〇%、二〇〇〇年には一九・八%、二〇〇四年には約二三%と増加している。また、僅少労働 (geringfügige Arbeit) は、二〇〇三年初めから二〇〇五年半ばにかけて、およそ二六〇万人から六七〇万人へと著しく増加している。<sup>⑤</sup>派遣労働 (PSAを含む) の割合は依然として一・三%と低い水準にとどまっているが、徐々に増加傾向を示している。私株式会社 (Ich-AG) の数は、二〇〇五年には二二万七千件であり、全就労者の〇・六%となっている。

非典型雇用のうち、本稿で対象としている有期雇用に限って見ると、全就労者に占める有期雇用労働者の割合

は、一九九一年の六・四%から二〇〇四年には八・一%と若干増加している。また、年齢層別に見ると、二〇〇〇年には、三〇歳以下の労働者は二一%（一三〇万人）、三〇～四〇歳の労働者は八%（七六万人）、四〇～六〇歳の高齢者グループは五%（七〇万）となっている。特徴的なのは、特に新規採用に有期労働契約が利用されることが多く、新規採用者の約四〇%が有期労働契約を締結しているという点である。<sup>⑥</sup>

このように有期は徐々に普及しており、今後も増加する傾向にあるとする見方もあるが、後述するような数度にわたる法改正によって有期労働契約の締結の要件が緩和されたにもかかわらず、雇用を押し上げる効果は見られないとする否定的な見方もある。<sup>⑧</sup> 否定的な見解によれば、有期労働契約を初めて法的に承認した一九八五年就業促進法制定以前から、すでに客観的な理由に基づく有期労働契約は締結されていたのであり、八五年に法的基盤が整備されたことによって爆発的に増大したというわけではないという。また、一九九五年以降、有期雇用の割合は徐々に増加しているが、重要なのは、ドイツ統一後の有期雇用の増加、とりわけ、雇用創出措置（ABM）や構造調整措置（SAM）の中で労働市場政策によって促進された雇用の結果であるという点である。<sup>⑩</sup> このように労働市場政策上誘導された有期労働契約を除くと、実際の割合は統計上の数字より若干小さくなる。したがって、ドイツにおける有期雇用の増加は、高失業に対する労働市場政策の結果であるということができるだろう。

## 2 柔軟な雇用形態のニーズと有期雇用

ドイツ政府は、高失業状態を克服するために、有期労働契約を積極的に活用することにより、長期失業者（特に高齢者）の雇用を改善することを最重要課題と位置づけている。また、有期労働契約は、企業の受注状況が不安定な場合（特に小規模事業所）においてフレキシブルな人材投入を可能にする雇用形態として促進されること

が求められている。

企業は、有期労働力を柔軟に配置して労働力の需要に柔軟に対応することによって、生産コストの削減を意図している。また、有期雇用は、①需要の変動に応じて時代に即した生産とサービスを可能にすること、②必要な人材を調整するために利用できること、③企業内の組織的・技術的な変化への対応を可能にすること、④専門家を有期雇用で採用することによって、不定期に生じる専門的な仕事を引き受けることができること、⑤有期契約によって試用期間 (Probzeit) を延長することができること、⑥有期労働者の仕事の成果が期間の定めのない従業員にとってもインセンティブになること、⑦有期のポストに対して時間給で平均以下の水準で支払うことによって、労働コストを引下げることができること、などのメリットが指摘されている。<sup>11)</sup>

このように、有期雇用は企業の視点から見ると魅力的な雇用形態のように思われるが、使用者にリスクをもたらす点も指摘されている。<sup>12)</sup> 第一に、有期雇用は、労働者の仕事に対するモチベーションを低下させる。継続雇用の見込みがなく、将来的にその仕事を続けていく可能性が低いいため、一般的に、その職業能力や成果は平均的あるいは平均以下であると指摘されている。第二に、企業は、有期雇用によって人的資源を失うリスクを負う。企業の業務の多くは、時間やお金がかかる職業能力や職業資格を必要としており、資格取得に必要なコストの一部は労働者が負担し (例えば、教育訓練期間中の低い収入)、一部は使用者が負担する (講習会や教育訓練のコストなど)。本来、企業はそのような投資を、長期の雇用関係の中で回収するものであるから、有期雇用のような短期間の雇用関係では、使用者に著しい損害をもたらす。

反対に、労働者の側を見ると、有期労働者の中にはキャリアを積んで、期間の定めのない正規のポストに就く者も存在するが、多くの場合、有期雇用のポストはキャリアを積むことが難しい職場である。また、有期雇用は、

長期失業者に対して労働市場に再び参加する機会を与えるとされているが、実際に有期雇用が失業率を下げたかどうかは明らかでない<sup>13)</sup>。さらに、有期雇用は多くの場合、労働条件面において不利であり、しかも労働市場における労働者の交渉力は決定的に弱いという問題を抱えている<sup>14)</sup>。交渉力の弱い有期雇用の増加は、期間の定めのない正社員との収入の格差を拡大させることになる。しかも、未熟練労働者や若年労働者、高齢労働者などの特定の労働者グループにこのような柔軟化のリスクを負わせることになるため、このグループの不安定な地位はさらに深刻化なものとなっている<sup>15)</sup>。

有期雇用に対する政府や企業のニーズは、日本の有期雇用について議論されている内容とほぼ同じである。しかし、有期雇用に対する労働者側のニーズがドイツであまり強調されていない点は非常に興味深い。有期雇用は労使双方のニーズに基づく働き方として定着しており、多くの場合、一定程度の更新を念頭において有期労働契約を締結している実態から、契約期間を延長するのが望ましいとする日本の議論とは異なるものである(二〇〇五年労基法改正時に、有期契約期間を原則一年から三年に延長したのはその流れからである)。もちろん、後述するように、ドイツの有期雇用に関する法律では、有期雇用を締結する正当事由に「労働者の個人的な理由」を列挙していることから、有期雇用に対する労働者のニーズがまったくないというわけではない。しかし、ここでいう「労働者の個人的理由」は、日本で主張されているような労働者のニーズとかなりかけ離れており、ドイツでは非常に厳格に判断されている点に留意する必要がある(後述第三章第二節の2(f))。

## 第二節 労働法の規制緩和と非典型雇用

ドイツにおける「労働法の規制緩和・弾力化」(Deregulierung oder Flexibilisierung des Arbeitsrechts)が労

労働政策として本格化したのは、一九八〇年代半ばからである。<sup>16)</sup> CDU/CSU・FDP の連立政権が労働法分野での規制緩和の一環として最初に手がけたのが、一九八五年就業促進法 (Beschäftigungsförderungsgesetz) と労働時間法及び閉店法の改正であった。<sup>17)</sup> このうち就業促進法は、主として失業対策として制定されたものであるため、有期労働契約や派遣労働の要件を緩和し、パートタイム労働や特殊な雇用形態 (ジョブ・シェアリングや呼び出し労働) を承認することにより、これら縁辺労働者の雇用を拡大させようとするものであった。

例えば、八五年就業促進法一条は、新規雇用の場合と職業訓練修了者を雇用する場合には、合理的な理由がなくても一回に限り一八ヶ月までの期限を付することを可能にした (これは、八五年五月一日から九〇年一月一日までの時限立法であった)。従来、労働契約に期限を付する場合には、判例法理によりその期限は六ヶ月以内に限定され、それを超えるときには、解雇制限法の潜脱とならないように、合理的な理由がなければならぬこととされていた。この判例法理を緩和し、それを法律上整備することにより、有期雇用を失業対策の一つと位置づけようとしたのである。

その後、一九九一年に設置された「規制緩和委員会」の報告によれば、労働市場については、失業問題が景気の後退を理由としたものではなく構造的なものであることから、改革が必要であるとした。また、法律や労働協約の規制が必要であることを認めながら、競争メカニズムを考えなければならぬとして、一二の具体的な提案を行っている。そのうちの一つが有期雇用に関するものであり、「時間外労働を増やすことなく需要変動に対応でき、また雇用者増につながる方策として、就業促進法による一八ヶ月の期限付き雇用の制度を長期にわたって維持し、かつ、一回に限ってその延長を認めるべきである」としている。同委員会の提言を受けて、就業促進法一条はその要件を緩和し、かつ許容期間を六ヶ月から一八ヶ月に引き上げた (有効期間は八九年一月三十一日ま

で)。その後、九〇年就業促進法により有効期間が九五年一月三十一日まで延長され、九四年就業促進法により二〇〇〇年一月三十一日まで延長された。さらに、九六年九月二十五日に公布された「成長と就業促進のための労働法（労働法上の就業促進法）」（*Arbeitsrechtliches Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung-  
Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz*）によって、八五年就業促進法一条は改正された。改正の内容は、①有期契約の許容期間が二年まで引上げられ、②従来は一回までしか認められていなかった同契約の締結が二年間までの間三回まで認められることになったこと、③六〇歳以上の労働者にはこの制限を適用しないこととされた。

このように、当初は時限立法であった八五年就業促進法がその後相次いで改正され、有効期間が延長された上、要件が緩和された。その理由は、同法が雇用増に積極的に寄与しており、使用者も労働者保護に反するような形で同法を利用しておらず、同法によって雇用された労働者の多くもその労働条件に満足していること、したがって緩和された要件を再び厳格にすれば、雇用の機会が縮減してしまうことが指摘されている。

しかし、同法の注目すべき点は、有期雇用や派遣労働については一時的な労働需要の増大や休暇取得者を補充するものにすぎず、これらの雇用形態はあくまでも臨時的なものであるとの考えを維持した点である。また、同法は、パートタイム労働についても、安価な不安定雇用として位置づけるのではなく、平等取扱原則を明文上規定し、またフルタイム労働への転換の促進といった保護策をとることによって、その積極的な活用を促そうとした点も見逃せない。すなわち、ドイツでは、労働法の規制緩和が進められる一方で、こうした非正規雇用の拡大が格差の拡大や不当な労働条件の低下に結びつかないような配慮がなされていたことに留意しなければならない。日本では、「雇用の流動化・多様化」の名の下に、有期雇用や派遣労働を拡大するための規制緩和が急速に進む

一方、雇用の不安定さを解消し、働き方に応じた公正な処遇を保障する枠組みは整備されていない。この点がドイツ及びEU諸国と日本の大きな違いであろう。

ドイツではその後、就業促進法を廃止、新たにパート・有期労働契約法を制定するに至った。その背景には、シュレーダー政権下において、「雇用のための同盟」で合意されたワークシェアリングの考え方を前面に押し出したつつ、男女の職業生活と家庭生活との両立を促進するための方策として「短時間労働の促進」が重視されたという事情がある。当初、経済界も労働界も短時間労働の促進には消極的であったが、高失業率が長期化すると同時に、所定労働時間の短縮が進む中で、短時間労働に対する考え方が労使ともに変化し、男女の雇用機会の平等の観点も加味され、短時間雇用の促進は政労使共通の認識として浮上してきた。また、有期雇用は若年層の新規採用の促進や正規雇用への架け橋として有効であることに加えて、一九九七年「パートタイム労働に関する指令(97/81/EC)」及び一九九九年「有期労働契約に関する指令(99/70/EC)」を国内法化する必要に迫られた等、いくつかの事情が背景にあったものと思われる（後述第四章第一節）。

このような状況において、ドイツでは二〇〇〇年一月二二日にパート・有期労働契約法が制定され、二〇〇一年一月一日から施行された。パート・有期労働契約法は、パートタイム労働者・有期雇用労働者の定義（二条、三条）、差別的禁止（四条）、不利益取扱いの禁止（五条）、短時間労働の促進（六条）、労働ポストに関する情報提供（七条、一八条）、所定労働時間の短縮及び延長（八条、九条）、職業訓練・継続職業訓練（一〇条、一九条）、解雇の禁止（二一条）、呼出労働（二二条）、労働ポストの分割（二三条）、有期雇用の期限設定の許容性（二四条）、有期労働契約の終了（二五条）などについて規定している（後述第四章第二節）。

## 第三節 フレキシキュリティーのコンセプト（柔軟性と安定性の両立）

雇用モデルのフレキシブル化が進む中、欧州では、新自由主義陣営のフレキシブル支持者と、フレキシブル化のプロセスを止めようとする労働組合の意見の対立が見られる。前者は、フレキシブル化は将来の労働市場が機能するために欠かせない前提であり、弾力的な労働市場が現在の雇用危機とこれに関連した社会問題を解決するための基本であるとする。反対に、後者によれば、フレキシブル化は福祉国家の達成に大きな脅威になると懸念している。<sup>(18)</sup>

この相対立する見解を融和させる方法として、最近では、「フレキシキュリティー」という新たな概念が登場している。これは、フレキシビリティとセキュリティとの合成語（フレキシブル×セキュリティ）であり、労働市場及び雇用関係において柔軟性（flexibility）と社会保障（security）のバランスをとろうとする考え方である。この言葉は、九〇年代半ばのオランダにおいて登場したものであり、「フレキシキュリティーは、一方では、労働市場の柔軟化、組織化及び労使関係の機能を高め、他方では、労働市場の内外に存在する特に弱いグループに対して雇用保障や社会保障のような保障を向上させようと試みる政策上の戦略である」と指摘されている。<sup>(19)</sup> このように、フレキシキュリティーは、柔軟化と保障が相対立するものではなく、相互補完的なものであると見なされている。従って、その基本的な目的は、個別的な雇用関係を一層弾力化しながら、雇用関係の一方当事者である労働者に妥当とされる度合いの保護と安定を提供する点にある。<sup>(20)</sup>

一般に、ドイツの労働市場は非弾力的あるいは硬直的だと見なされているため、使用者側に必要とされるフレキシビリティを実現するためには、労働法制の規制緩和が主張されることになる。しかしながら、柔軟性は同時に、従業員の正統的な利益である保障と結び付けられなければならない。使用者側の柔軟化の目的は生産性の

向上であるが、柔軟化が労働者個人に与える影響ゆえに最終的には生産性の低下をもたらすことがありうるということが科学的にも立証されているという。つまり、柔軟性はプラスにもマイナスにも働くのであり、セキュリティを欠いたフレキシビリティによって、結果的に生産性の向上は得られない<sup>(21)</sup>。ここにおいて、フレキシキュリティが求められることになる。

また、フレキシキュリティのコンセプトは、中核的な労働者だけでなく、すべての労働者に対して、安定性と柔軟性の最適な組み合わせを提供するための手段である<sup>(22)</sup>。有期雇用や臨時雇用は、事業所における柔軟な人員配置や人員削減を可能にする雇用形態である。例えば、正規従業員の労働時間を短縮・延長するなど、企業の必要性に適した労働時間の配分(内部柔軟性)とは異なり、表向きは従業員の身分(立場)を固定化せず、安いコストで企業のニーズにそって人員を配置することができる(外部柔軟性)。八〇年代以降、有期雇用や臨時雇用は事業所内の雇用の増減に対応するための手段として、また、安定した雇用への架け橋として普及した。多くの企業が、解雇保護を回避することができる<sup>(23)</sup>として、このような雇用形態を積極的に取り入れるようになった。その結果、このような雇用形態は、一方では事業所に雇用の拡大のための「柔軟な」可能性を与え、他方では、労働市場の柔軟化を批判論者によって「不安定な (prekar)」「雇用形態とみなされるようになった。このような問題に対して、欧州委員会は、柔軟性と保障の調和を目的として、ヨーロッパ全領域における最低基準の政策を追求し、後述するようなEC指令を提案するに至った。また、ドイツでも、このような雇用の濫用を制限する一連の法改正を経験することになった。その意味では、後述するドイツの有期労働契約規制は、ドイツ国内の安定雇用への要請や有期労働契約に関する判例法理の影響のみならず、フレキシキュリティのコンセプトが果たした役割が大きいと言えるであろう。

#### 第四章 EU法・ドイツ法の有期労働契約規制

##### 第一節 EC指令による有期労働契約規制の趣旨<sup>(23)</sup>

今日、EU加盟諸国の労働法制のかなりの部分は、EUレベルで制定されたEU労働法を国内法に転換したも  
 のとなっている。労働時間法制や健康安全法制に加え、労働契約法の分野でも、非典型労働者に関わるパート  
 タイム労働指令や有期労働指令などが採択されて、EU諸国において国内法化されている。ドイツでは、パート  
 タイム労働指令や有期労働指令を受けて、後述するパート・有期労働契約法が制定されていることから、まずE  
 C指令を確認しておくことが必要である。本稿は有期労働契約について取り上げるものではあるが、このよう  
 な理由からパートタイム労働指令もあわせて紹介することとする。<sup>(24)</sup>

##### 1 パートタイム労働指令

一九九七年に欧州理事会で、「UNICE（欧州産業経営者連盟）、CEEP（欧州公共企業体センター）及び  
 E T U C（欧州労連）が締結したパートタイム労働の枠組み協定に関する一九九七年二月一五日の理事会指令  
 97/81/EC」(以下、一九九七年「パートタイム労働に関する指令」という)が採択された。同指令は、指令の  
 目的と加盟国内の法制度等への導入義務の最終期限に関する規定で構成され、附則として「パートタイム労働に  
 関する枠組み協定」が置かれている。日本では一般に紹介されている「パートタイム労働指令」は「パート  
 タイム労働に関する枠組み協定」の内容であるので、ここではその内容を紹介する。

パートタイム労働に関する枠組み協定は、目的（一条）、適用範囲（二条）、定義（三条）、非差別原則（四条）、パートタイム労働の機会（五条）、実施規定（六条）で構成されている。

まず、パートタイム労働に関する枠組み協定の目的は、パートタイム労働者に対する差別の除去を規定し、パートタイムの質を改善するとともに、自発的な基礎に基づくパートタイム労働の発展を促進し、使用者と労働者のニーズを考慮した方法で労働時間の柔軟な編成に貢献することであるとしている。ここでのポイントは、「パートタイム労働者に対する差別の除去」と「パートタイム労働の発展の促進」及び「労働時間の柔軟な編成」である。

「パートタイム労働者に対する差別の除去」という目的を達成するために、四条では、「雇用条件に関して、パートタイム労働者は、パートタイムで労働するだけでの理由では、客観的な根拠によつて正当化されない限り、比較可能なフルタイム労働者よりも不利な取扱いを受けないものとする」（一項）とし、さらに第二項では、「適切な場合には、時間比例原則が適用されなければならない」と規定している。さらに、第五条では、パートタイム労働に対する機会を制限するおそれのある障害を確認した場合には、それを除去しなければならない旨規定している。

また、「パートタイム労働の発展の促進」及び「労働時間の柔軟な編成」については、フルタイムからパートタイムへの移行（あるいはその逆）を拒否した労働者に対する正当な理由のない解雇を禁止し（五条二項）、さらに、使用者が考慮すべき事項として、①労働者のフルタイム労働からパートタイム労働への転換の希望、②パートタイムからフルタイムへの転換及び労働時間の延長の希望、③フルタイムからパートタイムへ、あるいはその逆の転換を容易にするために、事業所内の応募可能な職に関する情報提供、④管理職も含めたパートタイム

労働の促進とパートタイム労働者のキャリア形成の機会、職業訓練の受講を促進するための措置、⑤労働者代表機関に対するパートタイム労働に関する情報提供等が規定されている（第五条第三項）

## 2 有期労働指令

一九九九年に欧州理事会で、「ETUC（欧州労連）、UNICE（欧州産業経営者連盟）及びCEEP（欧州公共企業体センター）が締結した有期労働の枠組み協定に関する一九九九年六月二十八日の理事会指令99/70/EC」（以下、一九九九年「有期労働指令」という）が採択された。前述したパートタイム労働指令と同様、この有期労働指令も目的と加盟国内の法制度等への導入義務の最終期限に関する規定で構成され、附則として「有期労働に関する枠組み協定」が置かれている。

有期労働に関する枠組み協定の目的は、非差別原則の適用を確保することによって有期労働の質を改善するとともに、有期雇用契約及び有期雇用関係の反復継続の利用から生ずる濫用を防止する枠組みを樹立することにある（第一条）。ここでのポイントは、「非差別原則の適用」と「有期雇用契約及び有期雇用関係の反復継続の利用から生ずる濫用の防止」にある。

そのために、第四条は、「有期労働者は、雇用条件に関し、有期雇用契約又は有期雇用関係を有するというだけの理由では、客観的な根拠によって正当化されない限り、比較可能な常用労働者よりも不利に取扱われてはならない」（一項）とし、第二項では、「適切な場合には、時間比例原則が適用されなければならない」と規定している。また、第四項では、「特定の雇用条件の取得に必要な勤続期間資格は、客観的な根拠によって異なった期間が正当化されない限り、有期労働者についても常用労働者と同じものとする」と規定している。

特に注目に値するのは、有期雇用契約の濫用防止規定である。第五条は、「有期雇用契約又は有期雇用関係の反復継続した利用から生ずる濫用を防止するために、加盟国は国内法、労働協約又は慣行に従い労使と協議し及び（又は）各国労使は、濫用を防ぐ同等の法的措置がない場合には、特定の業種及び（又は）労働者範疇の必要を考慮して、以下のうち一つ又はそれ以上の措置を導入するものとする」として、（a）そのような雇用契約又は雇用関係の更新を正当化する客観的な理由、（b）反復継続的な有期雇用契約又は有期雇用関係の最長総継続期間、（c）そのような雇用契約又は雇用関係の更新回数、を挙げている。

なお、パートタイム労働指針と同様、有期雇用の機会に関する情報提供やキャリア開発、職業訓練機会の促進等についても規定されている（六条）。

## 第二節 有期労働契約と規制内容

### 1 法制定以前の状況

ドイツでは、既に以前から、労働契約は期間を定めずに締結することができるだけでなく、特定のあるいは特定しうる期間についても締結することができることとされてきた。労働契約の期間の定めは、労働契約を支配する契約自由の原則によつて許容され、また、ドイツ民法典（BGB）六二〇条も、有期労働契約は期間の満了によつて終了すると規定し、そのことを明確にしていた。したがつて、期間の定めのある労働契約は適法であり、期間が満了するとその契約は自動的に終了する。通常、契約期間中は使用者による普通解雇が制限されていることから、当時は、期間の定めのない労働契約よりも有期労働契約は労働者をより保護していた。<sup>25)</sup>

しかし、戦前からライヒ労働裁判所は、使用者が被用者の解雇制限に関する法律の規定を回避する目的で締結

した「連鎖契約」は違法であると判断して、客観的な法律の回避という基準によって連鎖労働契約の適法性を判断してきた。その後、一九五一年に制定された解雇制限法 (Kündigungsschutzgesetz) が、「解雇には客観的に社会的に相当な事由を必要とする」という解雇制限法理を確立したことにより、矛盾が表面化する。すなわち、期間の定めのない労働関係は解雇制限を享受するのに対して、期間の定めのある有期労働関係は解雇（正確には期間満了後の雇止め）が無制限に許容されることになるからである。

一九五〇年代の半ばに、すでに連邦労働裁判所 (BAG) は、期間の定めのない労働関係を「社会的法的に特権を認められ、社会国家的に望ましい規制とみるべきである」として、このような有期労働契約により契約形式を濫用することは問題であるとしながら、このような有期労働契約に解雇制限法を準用するという見解には立たなかった。<sup>26</sup>むしろ、有期労働契約が解雇規制の回避に利用されるとの認識から、一九六〇年一月二日の大法廷決定は、「労働契約の期間の定めについては、その期間を定めることに合理的理由がない限り効力を有しない」と判断した。

すなわち、労働契約に期間を付すには合理的な理由が必要であり、期間の定めが無効である場合には、労働契約を完全に無効にするのではなく、期間の定めのみを無効とすることによって、期間の定めのない労働契約が締結されたものとみなすとの結論を導いたのである。

その後、いかなる場合が正当事由に当たるのかについて連邦労働裁判所の膨大な判例が蓄積されたが、その複雑さと予測不能性に対する経済界からの批判もあり、八五年就業促進法により（時限的措置として）、合理的理由がない場合でも一定期間の期限付き雇用を認めることとした（なお、同法は一九九六年に改正され、その後、現在のパート・有期労働契約法へと至っている）。

2 期限設定の許容性（1）― 正当事由を必要とする場合（一四条一項）

パート・有期労働契約法は、前述した民法六二〇条に関する判例及び八五年就業促進法に従い、有期労働契約は原則として正当事由がある場合にのみ許容される（一四条一項）としている。有期労働契約が許容される正当化事由は以下のとおりである。

（a） 一時的な労務給付の需要が存在する場合（一号）

一時的な労務給付の需要とは、現状と比較して、その需要が一時的に上昇したり、当面変化は生じないが将来的には減少する場合をいう。例えば、季節的な業務や季節的商品の製造や販売、大学などの研究機関における期限付きのプロジェクトなど、ある業務に一時的に必要とされる労働者を有期契約で雇用する場合である。このように一時的な労働力の需要がある場合には、労働契約の期限設定は正当化される。

この場合、使用者は、一時的な労働力の需要があるかどうかの判断を義務付けられており、合意した契約期間の終了を超えて労働者の雇用を必要としないことを「予測」しなければならない<sup>27)</sup>。使用者は、十分な確実性をもって、将来的な労働力需要を予測し、かつ将来的にはその需要が減退することを明らかにできる場合にのみ、一時的な労働力需要が認められる。反対に、仕事の種類あるいは事業所の状況から、使用者が将来的な労働の需要を確定できない場合には、有期労働契約を締結することはできない。また、将来的に労働力が必要になるかもしれないという不確定な場合や、景気や経済的な状況変化に対する使用者の不確実な予測によっても有期労働契約は正当化されない<sup>28)</sup>。したがって、将来の労働需要に対する不確実な予測は、期限設定の十分な理由にならない。

（b） 職業訓練又は大学課程の終了に引き続き雇用する場合（二号）

二号は、労働者が職業訓練又は大学課程を終了した後に、引き続き期間の定めのない雇用に移行することを容

易にするために設けられた規定である。ここで念頭におかれているのは、大学や専門大学を卒業した者との有期雇用（大学や専門大学の在学中から雇用され、それゆえパート・有期労働契約法一四条第二項によって客観的な理由なく期間を定めて雇用されている者）や、労働協約に規定された労働関係の引き継ぎにより、職業訓練生を連続して六ヶ月あるいは一年間、有期で雇用する場合である。<sup>(29)</sup> 最長期間は、当該労働者が有している資格や業務の種類に応じて決定すべきものであるが、労働者は職業訓練や大学終了後の有期雇用期間中に、多くの実務経験を得ることになることから、通常一年から二年程度であるとされている。<sup>(30)</sup>

二号の職業訓練（Ausbildung）は、BBiG一〇条の職業教育関係（Berufsausbildungsverhältnis）や同二六条の職業訓練関係（Ausbildungsverhältnis）のことであり、事業所内の継続訓練（Fortbildung）や再訓練（Umschulung）はそれにはあたらない。<sup>(31)</sup> したがって、二号の職業教育関係は、パート・有期労働契約法一四条二文の意味での労働関係ではないので、職業教育関係に接合した、合理的な理由のない有期労働契約は最高二年まで可能である。

また、合理的な理由のある期間の定めに接合して合理的な理由のない有期労働関係に入ることが排除されているため、労働者が最初の雇用を探しているが見つからない場合には、二号の正当事由は最長期間の経過によって排除されることになる。<sup>(32)</sup>

（c）他の労働者の代替要員として雇用する場合（三号）

代替要員としての有期雇用は、一号の一時的な労務給付の需要に類似している。しかし、大きな違いは、一号は追加的なポストが新たに創設されるのに対して、三号はすでにあるポストが空白になるという点である。<sup>(33)</sup> この典型例は、病氣や休暇その他の理由で一時的に労務給付ができない労働者の代理を有期契約で雇用する場合であ

る。また、母性保護法に基づく雇用禁止期間中の代理や、海外派遣中の労働者の代理、経営組織法の規定によって労働者が労働を免除されている期間中の代理も、三号の客観的理由に該当する。<sup>34)</sup> パート・有期労働契約法の施行によって、この三号の客観的理由の重要性は増している。なぜなら、後述する同法一四条二・三項が介入しない限りは、代理のための短期間の労働契約(六ヶ月まで)も客観的理由を必要とすることになるからである。また、一日の労働契約も、すでにそれ以前に労働契約が当事者間に存在している場合には、客観的理由を必要とする。

三号の「他の労働者の代理として雇用する場合」と一号の「一時的な労働力の需要に対応する場合」は類似するように思われるが、前者はその業務の必要性それ自体は変わらずに、一時的な欠員を穴埋めするのに対して、後者は労働給付の需要が一時的に高くなったときに対応するという点にある。また、連邦育児休暇法二一条(育児等を理由とする就労免除の期間について、代理のための有期労働契約の締結を許容している)は、期限設定の理由が就労免除期間の期限設定に限られているが、パート・有期労働契約法一四条一項三号の規定は、当該業務を代理労働者に習熟させる期間も含まれるという違いがある。<sup>35)</sup>

労働者の代理のための有期労働契約についても使用者の予測が必要である。ここでの使用者の予測は、代替要員の需要を生ぜしめたある労働者(元の労働者)の職場復帰の時期が「予定」されているため、労働者の職場復帰によって代理のポストがなくなることと関連するのであり、実際の職場復帰の時期や代理に必要な期間そのものを対象としているわけではない。<sup>36)</sup> つまり、代理の期間は、予定された代理期間で決められるのであって、元の基幹労働者が彼(あるいは彼女)の労働を再び完全な形で開始するかどうかによって決まるものではない。<sup>37)</sup>

(d) 労働給付の独自性から期限設定が許容される場合(四号)  
労働給付の独自性による期限設定には様々なものがあるが、従来の判例によれば、いわゆる「消耗要件

〔Verschleißabestände〕が労務給付の独自性として指摘されている。消耗要件とは、給付能力が年齢とともに減退する場合や、定期的な交代が期待されている場合を意味している。<sup>38</sup> 四号の「労務給付の独自性」を広く解釈すると、多くの労働契約の期限設定が許容されることになるため、この解釈は限定的に行われる。<sup>39</sup> したがって、たとえば、長期間同じ職務を果たすことによる一般的な消耗は、労働契約の期限設定のための正当事由にはならない。この典型例として、従来は、スポーツ選手やトレーナーの労働契約が念頭に置かれていた。

しかし最近の判例では、この判断を非常に消極的に行うようになってきている。例えば、スポーツ選手を育てるトレーナーを高めるトレーナーの能力は磨耗するものかどうかについて問題が生じている。<sup>40</sup> この点、トレーナーの任務は、彼（彼女）に委ねられた選手にさらにモチベーションを与えることにあるが、その能力は次第に低下するものであるとして、これらの者との一年ないし二年の有期契約は許容されている。<sup>41</sup> また、ディレクターや司会者及び解説者との雇用関係は、（一般に労働関係を前提としている限りにおいては）、いわゆる技術革新による労務給付の独自性を理由として、期限を定めて締結することができる。連邦労働裁判所は、放送局の幹部グループに所属するディレクターであっても、作品や番組のシリーズものの期間中は有期で雇用することができる、と判断している。<sup>42</sup> この判例は、放送の自由の保護に関する連邦憲法所の判例の影響を強く受けているということができよう。

（e）試用目的で雇い入れる場合（五号）

労働者の適格性を判断するために試用で労働者を雇用することを希望する使用者は、正当に有期労働契約を締結することができる。しかし、実際には、一四条二項が正当事由を必要とせず二年間の期間を上限として有期雇用が認めており、この期間を使用目的で利用することも可能であることから、五号はあまり意味がないとされて

いる。<sup>(44)</sup>

試用目的の有期労働契約は、すでに締結されている労働関係において試用が行われていないことが前提となる。この点については、期間の定めのない労働関係の最初の見習い期間 (Probearbeit) と五号の試用を目的とする有期労働契約の違いが問題になるが、前者については、見習い期間の期限設定であることを明確に定めておかなければならないとされている。<sup>(45)</sup> 期限設定の目的は労働契約の中に規定される必要はなく、有期の見習い期間に引き続き、他の理由による有期労働関係を締結することもできる。一四条二項一文の要件を満たしており、最長二年間までであれば、正当事由なく有期労働契約を締結することができる。

法律上は最長期間について言及していないが、正当事由が存在する期間に依りて締結することができる。この場合、試用期間の長さは、試用の目的にふさわしい関係になければならない。<sup>(46)</sup> 一般的に、解雇制限法一条や解約告知期間に倣って、六カ月で十分であるとされている。<sup>(47)</sup> 見習い期間を期限つきで延長することは法律上排除されておらず、使用者が労働者の適格性や能力を六カ月で判断することができない場合には、六ヶ月以上の見習い期間、場合によっては、後から見習い期間の延長を取り決めることもできる。<sup>(48)</sup> 例えば、平均以下に格付けられている教員の場合には、一年の試用期間が適当であるとされる。この一年の試用期間は、連邦職員協約の最高六ヶ月の見習い期間に抵触しない。なぜなら、連邦職員協約第五条は、予め決められた見習い期間について規定しているに過ぎず、「有期の見習い労働関係 (betristete ProbeArbVerh.)」に関する規定は存在しないからである。<sup>(49)</sup> また、当該労働者の能力が証明され、本採用する期待をもつことができ、かつそれが確認された場合には、使用者は、「信頼保護 (Vertrauensschutz)」を理由に、有期労働契約を期間の定めのない労働契約に継続することが義務付けられている。<sup>(50)</sup>

(f) 労働者の個人的な理由から期限設定が正当化される場合（六号）

有期労働契約を締結する労働者の個人的事由としては、例えば、①滞在許可を取得している期間中の労働を希望する場合、②労働者の教育訓練・継続教育訓練・再教育訓練契約、③学業と労働の調和を希望する学生との労働契約、④副業、⑤定年、⑥労働者の希望、⑦雇用創出措置、⑧社会扶助措置など、多様な理由が考えられる。<sup>51)</sup>

基本的に六号の「労働者の個人的な理由」という上位概念には、労働者を有期で雇うことが本人の自由な意思に基づく場合や、社会的な架橋のためという目的を追及する場合が含まれている。もつとも重要な点は、有期労働契約を締結する時点において、期間の定めのある雇用が労働者にとっては利益になるという客観的な理由が存在しなければならぬということである。そのような客観的理由としては、家庭の事情や教育訓練がまだ終了していないなど、労働者が自ら期間の定めのある労働関係を望んでいる場合でなければならず、使用者の影響を受けずに実質的に労働者の希望に基づくものでなければならぬ。<sup>52)</sup> 仮に、労働者が期間の定めのために同意の意思表示をしていたとしても、労働者の意思に基づいているとはいえない場合には、期限設定は正当化されない。この判断基準は、使用者が労働者に対して期間の定めのない労働契約を提案しているにもかかわらず、労働者が期間の定めのある労働契約に同意するか否か、である。<sup>53)</sup> したがって、そのような強力な客観的状況証拠が存在する場合に限り、労働者が自発的に期限設定の契約を希望していると判断されることになる。

(g) 公的財源による臨時雇用の場合（七号）

公務領域において、労働者の雇用のための予算が制限されている場合に、期間の定めのある労働契約を締結することができる。立法者は、この種の事案に関する従来の連邦労働裁判所の判例を受け継いで、「公的財源による臨時雇用」を有期労働契約の正当事由として列挙した。<sup>54)</sup>

一般の企業における労働契約の期限設定の場合と同様、公勤務関係においても、公的財源による臨時雇用を使用することが将来的に不確定である場合には、労働契約の期限設定を正当化しえない。期限設定のための正当事由は、有期で採用された労働者との契約締結時に、具体的な事実（この雇用のための予算は一時的にのみ利用でき、これは将来的に廃止される）に基づいて予測されうる場合にのみ正当化される<sup>55)</sup>。また、財政法上の権限に基づいて、公務員が配置されるまでの間あるいはそのポストが廃止されるまでの間、一時的にのみ労働者を当該ポストに配置するために雇用される場合には、期限設定は客観的に正当化される<sup>56)</sup>。

(h) 裁判上の和解に基づく期限設定である場合（八号）  
すでに、パート・有期労働契約法の施行以前から、裁判上の和解において合意された期限設定は法的に有効であるとされていた。そこにおいては、和解以外に特別の正当事由は必要とされていなかった。立法者は従来の判例を維持し、裁判上の和解を期限設定の正当事由として一四条二項のカタログに取り入れたものである。

3 正当事由の許容性（2）——正当事由を必要としない場合（一四条二項）  
パート・有期労働契約法は、例外として、正当事由を必要としない労働契約の期限設定を許容している。正当事由を必要としない期限設定は、最長二年間まで許容され、この期間内であれば契約更新は最大三回まで可能である（同条二項一文）。ただし、同一の利用者とすでに以前に有期又は無期の労働関係が存在した場合には、この規定に基づく期限設定は許容されない（二項二文）。また、労働協約により、更新回数又は期限設定の最長期間は、第一文と異なって定めることができ（三文）、この労働協約の適用範囲において、労働協約に拘束されない使用者と労働者は、労働協約の規制の適用を合意することができる（四文）。

(1) 期限設定の最長期間と更新回数

(a) 期間の長さ

正当事由のない有期労働契約は二年間まで可能である。これは二年以内であれば長さ自由であるという意味であり、さらに短い期間の期限設定も可能である。一四條二項は期限設定の期間の暦による規定を求めているのであって、目的による期限設定や解消条件は一四條二項に基づいて同意することはできない。同様に、個別の労働条件についてもこの規定によつては期限設定することができない。

(b) 契約更新

二年間は正当事由なしに有期契約を締結でき、この期間内であれば契約更新は三回まで可能である。例えば、最初の有期契約は六カ月で、その後、六カ月毎に三回の延長を同意することができる。

(2) 同一の利用者との以前の労働関係

正当事由のない有期労働契約を制限するために、一四條二項二文は、同様の利用者との間ですでに以前に有期あるいは無期の労働関係が存在している場合に、一文に基づく期限設定を排除している。労働契約当事者が一致する場合にのみ、この条件が満たされる。ここで重要なのは、同様の利用者との労働契約であつて、同じ事業所あるいは同じ部局あるいは同じ地位ではないという点である。

一四條二項二文の目的は、労働契約当事者に対して、正当事由なく最長二年までの有期労働関係を締結することができるが、正当事由の有無に関わらず期限設定を変化させることによる有期の連鎖を阻止することにある。

4 新規開業者に対する期限設定の特例（一四條二a項）

二〇〇三年二月二四日の労働市場改革に関する立法によって、二〇〇四年一月一日にパート・有期労働契約法一四条二a項が新設された。一四条二a項は、新規開業者に対する期限設定の特例を規定しており、企業設立後最初の四年間は、正当事由を必要とせず労働契約の期限設定が許容され、この四年間は有期労働契約を複数回にわたって更新することも許容されている（同項一文）。この場合の延長については、一四条二項一文が適用されるため、最長二年まで可能であるが、延長回数についての制限はない。

新規に開業した企業は、事業所組織法一一二a条二項に従っており、企業組織の変更（例えば、既存の企業の合併・変更、企業の解散や新たに設立された企業への財産譲渡、企業分割や一部譲渡など）に関連する新設は含まれない。また、新たに設立した企業が一年以上存続した企業の事業所や事業所の一部を受け継ぐ場合には、二a項の期限設定を利用することができるが、設立から一年以上経過した企業が新たな事業所を創設し、あるいは、既存の事業所が場所を移動した場合には、同項によって労働契約に期限を設定することができない。また、一四条二項二文も適用されるため、労働契約当事者間にすでに以前に労働関係が存在している場合には、期限設定の可能性はなくなる。

#### 5 高齢者に対する期限設定の特例（一四条三項）

##### （1）原則

一九九六年労働法上の就業促進法によって、満六〇歳以上の労働者に対して正当事由が存在しない場合でも有期労働契約を締結できることになった。その後、二〇〇一年パート・有期労働契約法一四条三項は、対象年齢を六〇歳から五八歳に引き下げて、五八歳以上の労働者については、有期契約の締結に当たって正当事由を必要と

しないことを定めた。この年齢制限は、契約締結の時点ではなく、契約開始の時点である。またこの年齢層の労働関係は、正当事由なく、二年以上の期間あるいはまた三回以上の更新回数も有して期限設定されうる。その後、二〇〇二年一月二三日の第一次ハルツ法による同法改正では、中高齢労働者の深刻な失業を改善する方策として、二〇〇三年一月から二〇〇六年十二月末までの四年間に限り、対象年齢を五八歳から五二歳に引下げた。

(2) 高齢労働者の有期労働契約とEC指令の年令差別の禁止

高齢者に対する期限設定の特例に対しては、①前述のように高齢労働者の対象年齢を引下げた措置がEC有期労働契約指令に違反しないか、また、②パート・有期労働契約法一四三条三項は年齢差別を禁止するEC指令第六条第一項及び平等原則（基本法三条）違反になりうるのか、という論点が指摘されている。<sup>57)</sup>この点について欧州司法裁判所は、①については指令に違反しないとしたが、②については非常に興味深い判断を示している。<sup>58)</sup>すなわち、パート・有期労働契約法一四三条三項は、職を見出すのが相当困難である失業中の中高齢労働者の入職を促進するという目的を有しており、これは客観的に合理的に正当化されるが、手段については適切かつ不可欠とはいえないからEC指令第六条一項に違反しており、同法に基づく有期雇用は高齢労働者の差別にあたるとした。<sup>59)</sup>

この判決に対しては、EC指令六条一項自体が雇用促進・労働市場政策上の目的を年齢を理由とする異なる取扱いを正当化する事由として明示しているので、EU法違反にはあたらないという見解や、国内法に対する厳密な比例原則による審査が行われて裁量の余地が不当に狭まるとする見解など、多くは批判的である。これに対する反論として、EU法における個人の権利の例外的な制限を狭く解釈するのは従来の欧州司法裁判所において強調されてきており、この点で比例原則の厳格な適用は新規なことではないとの反論もある。<sup>60)</sup>

6 差別の禁止（四条二項）

同法四条二項一文は、「有期雇用労働者は、客観的な理由が異なる取扱いを正当化する場合を除き、労働契約の期限設定を理由として、期限の定めなく雇用される比較可能な労働者よりも不利に取扱われてはならない」と規定している。この平等原則は協約によって排除できるものではなく、また、協約当事者にも強制的に適用される。

基本的に、同条二項の平等取扱い原則によって、期間の定めのない労働者と同様に、有期雇用労働者に対してあらゆる労働条件及びあらゆる給付が保障される。したがって、使用者は、有期雇用労働者に対して、労働契約の期限設定を理由に、低い賃金を支給したり、他の雇用条件（例えば労働時間の長さや休暇等）において、不利益に取扱ってはならない。

また、同項二文によれば、有期雇用労働者には、一定の算定期間について支給される賃金又はその他の分割可能な金銭価値のある給付（例えば、休暇や特別手当、企業老齢年金等）を、少なくとも、算定期間におけるその就業期間の割合に応じて保障しなければならない。有期雇用労働者に対する金銭価値のある給付の保障については同項一文からも導き出すことができるが、『少なくとも算定期間におけるその就業期間の割合に応じて保障しなければならない』という文言が、期間の定めのない労働者と同様の給付に対する時間（就業期間）配分的な保障を明らかにしている（比例性の原則）。

有期雇用労働者が、労働契約の期限設定を理由に、比較可能な期間の定めのない労働者よりも不利益に取扱われる場合には、同条に違反する。比較可能な期間の定めのない労働者とは、同様のあるいは類似の仕事をしている事業所内の労働者を意味している。四条二項は協約や事業所協定によって自由に排除することはできないので、

多くの集团的規範（特に、報酬に関して期間の定めのない労働者と期間の定めのある労働者を異なつて取扱う規範）は、同法が施行された二〇〇一年一月一日以降は無効である。労働協約においても、客観的な理由なく、有期雇用労働者に対して期間の定めのない労働者と異なる報酬を規定してはならない。<sup>(61)</sup> 連邦労働裁判所は、二〇〇〇年八月三〇日の決定において、アルバイト学生の低い報酬には正当な理由があると判断しているが、疑問視されている。なぜなら、パートタイム労働に関する連邦労働裁判所の判決では、客観的な理由として重要なのは労務給付の領域から生じる理由のみであつて、労働者の「社会的身分」は客観的な理由として認められないと判断しているからである。<sup>(62)</sup> 使用者が労働者に対して、社会的観点を考慮して賃金を支払う場合には、フルタイム労働者にもパートタイム労働者にも同様に考慮しなければならない。<sup>(63)</sup>

有期雇用を理由とする不平等取扱いは、それが客観的に正当化される場合には、例外的に差別禁止に違反しない。四条二項二文には、正当化の根拠としての「客観的理由」について明文上言及されていない。有期雇用労働者の雇用期間が非常に短期間であるため、労務給付の目的と直接関係のない給付がわずかである場合には、四条二項二文の比例性の原則の例外として、付加給付の支給から排除することが許容される。<sup>(64)</sup> しかしながら、有期雇用労働者を一般に、一定の勤続期間を条件とする手当から除外することは許容されない。

時間配分的に支払われる純粋な報酬の性格を持つ特別報酬は、有期雇用労働者にも時間に比例して支給されるのは明らかであるが、例えば、当該年度の一月三〇日の時点で労働関係が少なくとも一・二カ月中断なく存続していることを条件とする賞与の支給が問題になる。一月三〇日の時点でまだ六カ月しか雇用されていない有期雇用労働者は、事実上、賞与支給の要件を満たしていないので、時間配分的な賞与を得ることはできない。<sup>(65)</sup> これは、期間の定めのない労働者が採用後六カ月しか勤務していない場合も同様である。

同項三文は、「一定の雇用条件が、同一の事業所又は企業における労働関係の存続期間に係らしめられているときは、異なる取扱いが客観的な理由から正当化される場合を除き、有期雇用労働者について、期限の定めなく雇用される労働者と同じ期間が考慮されなければならない」と規定している。ここでは、労働関係の存続期間が、客観的な区別の理由として明文上上げられている。基本的に、同一の事業所又は企業における労働関係の存続期間に係わる雇用条件については、期間の定めのない労働者と同様の期間が有期雇用労働者にも考慮されなければならない。

### 第三節 小括

ドイツではすでに以前から、一九八五年就業促進法及び九六年労働法上の就業促進法によって、有期労働契約について規定されていた。前述したように、一九八五年就業促進法では、新規雇用の場合と職業訓練修了者を雇用する場合には、理由がなくても一回に限り一八ヶ月までの期限を付すことを可能にした（一条）。また、九六年労働法上の就業促進法は同条を改正して、有期契約の許容期間が二年まで引き上げられるとともに、二年間は同契約を三回まで認められるようになり、また六〇歳以上の労働者についてはこの制限をはずした。もともと就業促進法は、政府主導による一九八〇年代の規制緩和・弾力化政策の中で登場したものであり、主として失業対策として制定されたものであるため、有期契約の要件を緩和することによって、縁辺労働力の雇用を拡大させることを意図していたという特徴を有している。

これに対して、EC指令は、非差別原則の適用を確保することによって有期労働の質を改善するとともに、有期雇用契約及び有期雇用関係の反復継続的利用から生ずる濫用を防止する枠組みを樹立することを目的としてい

る（第一条）。このことから明らかなように、EC指令は、「非差別原則の適用」と「有期雇用契約及び有期雇用関係の反復継続の利用から生ずる濫用の防止」を最重要課題と位置づけている点に特徴があるといえる。

このように、失業対策・縁辺労働力の雇用拡大を目的とする就業促進法と、「非差別原則」と「有期雇用契約及び有期雇用関係の反復継続の利用から生ずる濫用の防止」を謳ったEC指令は、異なる目的を有している。それにもかかわらず、ドイツでは、就業促進法を廃止して、EC指令の国内法化であるパート・有期労働契約法を制定した。このことは、失業対策としての規制緩和から労働者保護政策へと転換した、いわば有期労働契約規制のエポックメイキングであったといえる。その意味で、EC指令がドイツ法に及ぼした影響は非常に大きい。

第一に、EC指令第四条は、パート・有期労働契約法第四条二項にはばそのまま反映された。その結果、就業促進法には有期雇用労働者に対する差別禁止を明文化していなかったが、パート・有期労働者に対して算定期間にな理由なく労働契約の期限設定を理由とする不利益取扱いの禁止（二項一文）、有期労働者に対して算定期間におけるその就業期間の割合に応じて保障しなければならぬとする「比例性の原則」（二文）、客観的な理由がない限り、特定の雇用条件の取得に必要な勤続期間資格は同様に取扱うこと（三文）など、詳細な規定が導入された。

第二に、EC指令第五条は有期雇用契約の濫用防止規定として、EU加盟国は、（a）雇用契約又は雇用関係の更新を正当化する客観的な理由、（b）反復継続的な有期雇用契約又は有期雇用関係の最長総継続期間、（c）そのような雇用契約又は雇用関係の更新回数、のうち、一つ又はそれ以上の措置を導入することとしている。パート・有期労働契約法一四條は、（a）（b）（c）のいずれも取り入れた規定となっている。（a）については、一四條一項一号〜八号に正当事由が列挙されている。これは、有期労働契約の締結事由に関するドイツの従来の

判例を参考にしながら、有期労働契約の正当事由を限定列挙したものと見ることができると見ることができ。また、(b)及び(c)については、正当事由を必要としない期限設定の許容性について規定し（二四条二項）、この場合には最長二年間までであれば契約更新は最大三回まで可能であるとしている。このような有期雇用関係の最長総継続期間と雇用関係の更新回数については、もともと就業促進法にも規定が置かれていたことから、それを踏襲した規定になっている。もつとも重要なのは、有期雇用契約及び有期雇用関係の反復継続の利用から生ずる濫用の防止というEC指令の趣旨の観点から、同一使用者との以前の労働関係がある場合の期限設定を禁止している点である（二四条三項）。このような規制はEC指令が提案する濫用防止措置には含まれていないものであり、EC指令を国内法に転換する際に、ドイツ法が独自に取り入れたものと見ることができよう。

## 第五章 今後の有期労働契約規制

有期労働契約はどのような法的性質を有しており、その性質を考慮したときにいかなる法規制が可能であるのか、また、これまで正規従業員を対象に確立されてきた判例法理が雇用形態あるいは就業形態の多様化の中で有期雇用労働者にも引き続き妥当するの否か、妥当するとすればどの範囲で妥当し、妥当しないとすれば有期雇用労働者に対する固有の法理が必要か否か。このことを明らかにするために、第三・四章では、有期労働契約に関するEC指令及びドイツ法を紹介し、有期労働契約規制の特徴について論じてきた。そこで、本章では日本の法政策や判例・学説の状況（第一・二章）を念頭に置きながら、ドイツ法との比較法的検討を行い、今後の有期労働契約をめぐる法規制について考察する。

## 第一節 有期労働契約の法的性質と有期労働契約規制

前述したように、有期労働契約は、法律上の規定及び民法の契約理論から生じる三つの特徴的な機能（拘束機能、保障機能、自動終了機能）を有しており、有期労働契約をめぐる実務上の問題の多くはこの自動終了機能によるものである。例えば、雇用の目的により雇用の期間が定まる有期契約において、雇用の目的到達（雇用の終了）が近づいたことを使用者は予見できるが、労働者はそうできない場合や、確定した雇用期間を定めていても、労働者の属する職種または当該使用者の事業場の慣行として、期間満了後さらに期間を定めて雇用の継続（更新）が行われる場合のように、<sup>(66)</sup> 期間の満了により雇用は自動的に終了するとしながら、実際にはそのとおりに運用されていないところにその原因がある。このように、使用者側の事情の変更によって、雇用の期間、すなわち自動終了機能が事実上形骸化していることが少なくない。また、本来、有期労働契約は、期間の満了とともに終了する短期間の契約であるため、期間の定めのない労働契約のように労働関係（あるいは職場）への編入にウエイトがおかれている労働契約とは本質的に異なっていると考えられている。したがって、有期労働契約は、雇用の継続を前提としておらず、契約関係の色彩が強いことから、企業と労働者の人間的関係は全体的に希薄化し（没関係性）、労使の支配従属関係も極めて弱い（脱従属性）と考えられる傾向が強い。

しかしながら、有期労働契約の実態を見ると、契約を繰り返し更新することにより期間の定めが形骸化し、また、いったん契約を締結すると、契約期間の有無にかかわらず、企業組織に組み込まれて業務に従事することになるため、実際の職場においては、有期労働契約と期間の定めのない労働契約との境界は非常に曖昧になっている。そのため、労働契約の人的・組織的従属性および継続性という性質は、期間の定めのない無にかかわらず考慮されるべき要素であり、少なくとも、労働契約の期間が長くなればなるほど考慮されるべき程度は高くなると考

えられる。

以上のような有期労働契約の法的性質及びその実態を踏まえると、有期労働契約法規制としては二つの方向性が考えられる。

第一に、有期労働契約は（たとえ何度繰り返し更新されても）期間の定めのある労働契約であり、期間の定めのない労働契約と本質的にその性質は異なるものであるとして、両者を厳格かつ明確に区別する必要がある。この場合、使用者は労働者と有期労働契約を締結するにあたって、本契約は期間の満了とともに終了することを明らかにし、また更新するか否か、あるいは、更新する場合としない場合の判断基準を明確にして、労働者に更新の期待を抱かせないようにするなど、手続き面において有期労働契約と期間の定めのない労働契約を区別した取扱いをすることが必要になる（参照「有期労働契約の締結及び更新・雇い止めに關する指針」）。契約期間の管理状況や雇用継続の期待をもたせる言動・制度の有無を考慮してきたこれまでの判例法理から有期労働契約の法規制を考えたときには、このような手続き面を重視した柔軟な対応が考えられる。このような手続き的規制は、既存の法規によつて予定されている枠組みを超えることなく、問題の解決を図ろうとするものであるが、あくまでもトラブルの未然防止の観点から、手続きの明確化を定めたものにすぎない。

第二に、有期労働契約の問題は、既存の法規制では妥当な解決が得られないことから、期間の定めのない労働契約において解雇規制が確立し解雇の自由が制約されるにつれて、実際上の必要性に基づいて既存の法規制を目的的に修正することが必要になる。例えば、短期労働契約が反復更新されて期間の定めのない契約と実質的に異ならない状態となった場合には、更新拒否に解雇の場合と同様客観的な理由が必要とされるとして、解雇に関する法理の類推適用を導き出す判例法理は、その一助であるといえるだろう<sup>67)</sup>。また、前述したように、労働契約の

人的・組織的従属性や継続的契約であるという特質や、「人格形成の発展」と「労働者の人間としての自己実現」としての労働の性質を重視すれば、雇用形態の原則は常用雇用であり、有期労働契約の濫用に歯止めをかける法規制が求められる。この立場は、原則的に有期労働契約を自由に締結することができ、判例法理によって契約の反復更新を制約するというこれまでの原則—例外の関係を一転させ、期間の定めのない常用雇用を原則とし、有期労働契約の締結そのものを例外して規制することになる。日本ではもともと有期雇用に対する規制が緩やかであり、しかも有期雇用の拡大に向けた規制緩和が推進されている現状においては、有期雇用に対する規制を強化する方向での法整備には批判も多い。

## 第二節 日独の比較法的考察と有期労働契約規制

有期労働契約に関する規制のあり方については、前節で指摘したように手続き的規制と有期労働契約の締結を規制する方法があり、現在日本では、手続き的規制によってこの問題に対処しようとしている。そこで以下では、有期労働契約について対照的な規制を行っている日本法とドイツ法との比較法的考察を行い、今後の有期労働契約規制について検討してみたい。

日本では、民法の雇傭に関する規定において、雇傭契約は五年を超える期間の定めをした場合には、いずれの当事者も五年経過後はいつでも三ヶ月の予告で契約を解約できるとしている（同六二六条）。また、労基法一四一条は契約期間の一般的な上限規制を三年（例外的に五年）と規定し、民法六二六条の五年を三年に短縮している。旧労基法一四一条（一般的な上限規制を一年、例外として三年を定めていた）の立法趣旨によれば、戦前の年季契約による不当な身分拘束の経験に鑑みて、長期の期間雇用による人身拘束の弊害を排除するためであった。その

後、規制緩和・規制改革論の立場から一貫して契約期間の上限規制の緩和が求められ、二〇〇三年労基法改正によって、契約期間の上限規制が一年から三年（例外を三年から五年）に延長された。改正の理由は、有期労働契約の上限規制の緩和に対して労使双方のニーズが高まっていることや、雇用形態の多様化の中で有期労働契約を良好な雇用形態とするためであると説明されている<sup>(69)</sup>。このように、日本の有期労働契約規制の考え方は、労基法制定当時の人身拘束の弊害を排除するためという労働者保護の目的から、二〇〇三年改正時には、企業における有期雇用の活用を高めるためという労働市場政策の目的に変質したといえるであろう<sup>(70)</sup>。このような労働市場政策の目的からして、企業の有期雇用の利用を妨げるような厳格な規制は、日本では受け入れ難いものとされている。

これに対して、ドイツでは、有期労働契約法規制は三つの段階に区分することができる。第一（一九八五年就業促進法以前）に、「労働契約の期間の定めには合理的な理由が必要である」とする連邦労働裁判所の判断基準が確立されたのが最初である。もともとこの考え方は、期間の定めのない労働関係には解雇規制（「解雇には客観的で社会的に相当な事由を必要とする」）が適用される一方、期間の定めのある労働契約には解雇（正確には期間満了による雇止め）が無制限に許容されるという矛盾に対して、裁判所が真正面から、解雇規制を回避する目的で締結された連鎖労働契約は違法であると判断したことに端を発したものである。このように、もともとは連鎖労働契約の適法性に関する問題が、期間の定めのある労働契約の適法性の問題一般に解消され、労働契約に期間を付すことの適法性に関し法律の回避という基準を定立した裁判所の判断が、その後の有期労働契約規制に影響をもたらしたとされている。第二に、政府主導による一九八〇年代の規制緩和・弾力化政策の中で登場した一九八五年就業促進法（及び九六年労働法上の就業促進法）は、主として失業対策として制定されたものであるため、有期契約の要件を緩和することによって、縁辺労働力の雇用を拡大させることを意図していたという特徴

を有している。第三に、EC指令を国内法に転換したパート・有期労働契約法であり、ここでは、「非差別原則の適用」と「有期雇用契約及び有期雇用関係の反復継続の利用から生ずる濫用の防止」を最重要課題と位置づけている点に特徴があるといえる。

このように、ドイツの有期労働契約をめぐる法規制の一連の流れを見ると、八〇年代の規制緩和の時代であっても、雇用形態の原則は期間の定めのない常用雇用であり、労働契約の期間の定めには合理的な理由が必要であるという基本的な考え方は一貫している。その後の大量失業時代において、労働市場政策の一環として有期雇用の増加をねらったさらなる規制緩和が行われてもなお、この原則は普遍性をもっている。この点が、有期労働契約規制に対する日本との決定的な相違であるといえるだろう。

日本では、有期労働契約の法規制をめぐって、多様な有期雇用のすべてに妥当しうる有効・適切な法的ルールの定立は困難であるとして、判例理論の条文化についてもそれが複雑で流動的であるため、簡素な定式化や固定化に適していないとする見解もある<sup>①</sup>。しかし、EU法及びドイツ法のように、雇用形態の原則は常用雇用であり、有期労働契約の反復継続の利用から生ずる濫用を防止するという基本的な考え方を置き、そのための選択肢として何が必要かつ効果的なものか（例えば、有期雇用の締結事由を法律により制限する、あるいは、更新回数を制限するなどの措置）について、日本の労働市場や雇用慣行の状況を念頭に置きながら検討すべきである。

### 第三節 有期労働契約の法規制が雇用慣行や労働市場に与える影響

今後の有期労働契約法規制を考えるにあたって、雇用慣行や労働市場のあり方の整合性を無視することはできない。そこで、以下では、ドイツの法規制やEUのような有期労働契約規制が雇用慣行や労働市場にどのような

影響を及ぼしているのか、そしてまた、同様の法規制を日本が検討する場合に、どのような影響が指摘されるかについて検討する。

ドイツでは有期労働契約規制がどのような影響をもたらしたかについて、多くの論者がその影響はわずかであることを指摘している。八五年就業促進法制定以前と比較しても、同法及びパート・有期労働契約法の制定によって、統計上は有期雇用数の急激な変化は見られない。それは、規制によって使用者が有期雇用の利用を妨げられていたわけではなく、また、有期契約の締結要件を緩和することによって有期雇用者数が増加するわけではないことを示している。むしろここで重要なのは、日本では一見すると厳格なようにみえるドイツの法規制も、実は使用者の有期雇用の利用のニーズに則した柔軟なものであるという点である。すなわち、有期雇用の多くの形態は、パート・有期労働契約法一四条一項一号〜八号の中に含まれるものであり、しかも客観的な理由のない有期雇用も一定の範囲で許容されているからである。その結果、ドイツの有期契約法規制は柔軟性をもっており、この規制がドイツの労働市場に大きな影響を及ぼすものではないということを証明しているのである。

有期労働契約の規制をめぐることは、日本の雇用慣行や労働市場を考慮したときに、多様な有期雇用のすべてに妥当しうる有効・適切な法的ルールの定立は困難であること、あるいは、欧州のような規制は却って労働者の雇用機会を狭める、失業率が上昇するといった影響を及ぼすおそれがあるため、規制の影響を十分吟味することが必要であるとする見解がある<sup>(2)</sup>。また、「有期労働契約の反復更新に関する調査研究会報告」(平成一二年九月)も、有期労働契約に対するニーズや契約関係の実態が多様である現状にかんがみると、有期労働契約の締結、更新、雇止めに対する一律の制約は現時点では適当ではないとする<sup>(3)</sup>。このように、日本では現行法において何ら有期契約締結事由が制限されていないため、ドイツのような法規制を導入すると使用者の有期契約の利用を妨げるので

はないかと懸念されている。

しかし、ドイツのパート・有期労働契約法は、「他の労働者の代替要員」、「試用目的」、「労働者の個人的な理由」などを客観的事由として列挙しており、これらの事由は現在日本で利用されている有期契約の多くに該当するものである。さらに、客観的理由のない有期契約も一定の制限（例えば、更新回数や期間の長さなど）の下に許容することにより、現在の有期雇用の多くはカバーされることになるであろう。実際、日本では三〜五年の有期契約が多く、更新回数や最長期間を規制することによって十分対応可能であるだろう。確かに、多様な有期雇用に妥当しうる法的ルールは困難であるが、一律・厳格な制約ではなく、このような柔軟な規制は可能であり、それによって労働者の雇用機会を大幅に狭めることにはならないと考える。

問題は、このような規制でもカバーしえないケースである。例えば、何も理由もなく一〇年以上も有期契約を反復更新する、いわゆる連鎖契約によって使用者の解雇規制を回避する目的で有期労働者の労働力を利用する場合である。日本ではこのような有期契約の利用形態が多く、有期雇用に対する規制はこのような働き方を狭めることが考えられる。しかし、有期契約の反復更新と雇止めをめぐって問題になるケースは少なくないことから、すでに多くの企業が有期契約の反復更新による長期化に対して何らかの対策を講じているし、また講じる必要性を認識している。従って、ドイツのような法規制が日本に導入された結果、このような連鎖契約が許容されなくなったとしても、雇用の機会が狭められ、失業率が上昇するような影響はあまり考えられないように思われる。むしろ、このような有期雇用の利用は、前述したようにILO条約やEC指令などの国際基準に反するものであること、また、有期雇用をめぐるトラブルの多くがこのような形態から生じるものであり、企業にとってはこのようなトラブルの未然の防止が必要であることを考えると、必要不可欠な規制のあり方であると考える。

#### 第四節 EU法及びドイツ法が日本法に与える示唆

以上のようなEU法とドイツ法の検討からいえることは以下のようなことである。

一般に、これまで有期雇用を無制限に許容してきた日本に、EU法やドイツ法のような有期労働契約規制を導入することは、有期契約の自由な締結を制限することになることや、労働者の雇用の機会を狭めることになるとして否定的に考えられている。しかし、欧州では、有期労働契約規制における「有期契約を締結する合理的な理由」について、何が合理的な理由にあたるのかにつき事案ごとに検討し、規制の必要性や有期契約の許容性を議論するという歴史的発展の中で作り上げられた経緯がある。そのため、EU加盟国は、EC指令を国内法化するという要請がありながら、各国の雇用慣行や労働市場に即した独自の法規制の在り方を模索してきたと言えるであろう。したがって、日本において有期労働契約の法規制を検討する場合にも、ヨーロッパのような規制をそのまま導入するといった単純な議論ではなく、日本の雇用慣行や労働市場の状況を念頭に置いた上で、有期雇用を締結する合理的な理由を個別的に検討することが必要不可欠であるといえる。有期雇用を規制することは、労働者の雇用機会の確保の観点から必要かつ適切なものか、また、雇用環境や労働市場に悪影響を及ぼさないかどうかを検討する必要がある。

また、日本ではここ数年、市場原理主義に基づく競争政策＝規制緩和をグローバルスタンダードとする流れが強くなり、その流れの中で労働法分野においても様々な法改正が行われている。欧州においても、労働市場規制の厳しさが頑固な失業や雇用停滞の原因であるとして、労働市場の規制緩和が推進されてきた。しかし、ヨーロッパ的な労働市場政策は、「平等や公正性を犠牲にすることなく」、効率性を追求する政策モデルを展開してきたものであることを見過してはならない。本稿で紹介したドイツの法制度においても、労働法の規制緩和によっ

てパートタイム労働や有期雇用を促進し、労働市場の多様化を推進して労働力需給調整に寄与する一方で、非正規雇用の拡大が格差の拡大や不当な労働条件の低下に結びつかないよう保障する枠組みとして、常用雇用が雇用の原則的形態であることを維持するとともに、差別禁止（＝均等待遇）政策が推進されてきたという特徴を有している。効率性と平等・公正性のバランスを維持した労働市場政策こそ、ヨーロッパの経験から得られる最も重要な教訓であると言えるだろう。

今年一月二五日に厚生労働省労働政策審議会が公表した「労働契約法案要綱」においては、「期間の定めのある労働契約」について、①使用者は、期間の定めのある労働契約について、やむを得ない事由がないときは、その契約期間が満了するまでの間において、労働者を解雇することができないものとする、②使用者は、期間の定めのある労働契約について、その締結の目的に照らして、必要以上に細分化された契約期間で反復して更新することのないよう配慮しなければならないものとする、としている。①は、ここ数年問題になっている有期労働契約の中途解約に対処するために導入された規定である（本稿第二章第三節で論じているので、ここでは省略）。②は、有期契約の反復更新に関する規定であり、注目すべきは、「その締結目的に照らして」、「必要以上に細分化された契約期間」、「配慮しなければならない」の三点である。有期契約の「締結目的に照らして」とは、契約締結の目的に沿って契約期間を細分化しないよう配慮することを求めているものである。これまで有期契約の締結目的をまったく考慮してこなかったことに比べると、この文言は一步前進と言えるかもしれないが、有期契約の締結それ自体に客観的理由を必要とする内容には程遠い。また、「必要以上に細分化された」の文言が曖昧であるため、労使の行為規範となるべき労働契約法には相応しくない上、目的に照らして細分化する必要性を使用者に立証させるものでなければ意味がない。さらに、有期契約の反復更新後の雇止めが実務上の最大の

問題であるにもかかわらず、この条文は反復更新に対して何ら規制していない。少なくとも、反復更新の回数は規制する必要があるように思われる。最後に、この規定が有期契約の締結目的や有期契約期間の細分化に踏み込んだ点は非常に大きな進歩であるが、配慮義務にとどまったことによりこの文言が画餅に帰してしまうのが非常に残念でならない。この法案要綱の詳細な検討は今後の課題としたい。

少子高齢化社会の中で仕事と家庭の調和を可能とする多様な働き方の促進を目指す日本においては、ドイツをはじめとするEU諸国の経験を学び、日本の法制度のあり方をあらためて問い直すことが求められている。筆者は、有期雇用の問題には、有期契約を締結するための正当事由や更新回数だけではなく、有期労働契約を取り巻く様々な問題に対応しうる有期労働契約法制の整備が必要であると考えている。そしてそのような有期労働契約法を整備するにあたっては、ドイツを始めとするEU諸国の法制度を参考にしつつも、日本の雇用慣行や労働市場の状況を十分考慮した内容になるよう検討することが今後の課題である。

本稿は、平成一七・一八年度の二カ年にわたって科学研究費補助金を受けて行った、若手研究(B)「有期労働契約法の研究」の研究成果の一部である。

(1) *Eichhorn, W./Profil, St./Thode, E.* (2001) : *Benchmarking Deutschland : Arbeitsmarkt und Beschäftigung. Bericht der Arbeitsgruppe Benchmarking und der Bertelsmann Stiftung, Berlin/Heidelberg.*

(2) 標準的労働関係のメルクマールは、①自分と家族の再生産を保障するフルタイム労働関係であること、②月曜日から金曜日まで定型的労働時間で勤務していること、③賃金は月給制であること、④すべての法律が適用される労働者数六人以上の事業所で勤務していること、⑤期間の定めのない契約で勤務し、雇用の存続保障があること、⑥完全

な社会保険の適用を受けること、⑦労働条件が集団的利益代表当事者間の労働協約で決定される可能性があることとされている。ヴォルフガング・ドイブラー（西谷敏訳）「ドイツ労働法における規制緩和と弾力化・上」法律時報六八巻八号（一九九六年）四七頁。

(3) このような非典型雇用形態以外にも、弾力的労働関係の概念には、フレックス・タイム制や変形労働時間制などで勤務が含まれる。和田肇『ドイツの労働時間と法』日本評論社（一九九八年）一六四頁。

(4) パートタイム労働以外にも、最近になって、ハルツ第Ⅰ法は人材派遣会社（PSA）による失業対策、ハルツ第Ⅱ法はミニジョブと私株式会社（IshAG）設立による失業対策を規定している。

(5) 二〇〇三年一月に施行された労働市場改革法の一環であるハルツ第Ⅱ法によって、「ミニジョブ」が制度化された。ミニジョブは僅少労働（geringfügige Arbeit）の通称であり、賃金が月額四〇〇ユーロ以下の雇用で、労働者側が社会保険料負担なしに額面どおりの賃金を受け取れる仕組みとなっている。

(6) ヨアヒム・ヴェイヤント（緒方桂子訳）「ドイツ法における有期雇用形態―市場の要請と雇用保障の緊張領域にある労働法上の諸規定」日独労働法協会会報第五号八二頁。

(7) ヴェイヤント・前掲論文（注6）八二頁。

(8) スザンネ・フックス／ロナルド・シェツツカット「第八章ドイツ―規制されたフレキシビリティ」『労働市場の規制緩和を検証する―欧州八カ国の現状と課題』（青木書店、二〇〇四年）二五五頁。有期労働に限定せず規制緩和一般についても、規制緩和の諸対策は期待された積極的な結果（即ち雇用の増加）を生じていないか、少なくともこれらの積極的な結果は規制緩和推進者が予想した規模では生じていないという。ハートムート・ザイフェルト「フレキシキュリティー」（Flexicurity）フレキシブルな雇用モデルで社会保障を充実するためのコンセプト」国際労使関係研究協会第12回世界会議記念報告集（二〇〇〇年）八頁。

(9) *Helmut Rudolph, Beschäftigungsformen: ein Maßstab für Flexibilität und Sicherheit*, In: Martin Kronauer/Gudrun Linne (Hrsg.): *Flexicurity*, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2005, S.108

(10) *Helmut Rudolph, a.a.O.*, S.109.

(11) *Johannes Giesecke/Martin Groß, Befristete Beschäftigung*, S.247, in *WSI Mitteilungen* "Schwerpunktheft Atypische

Beschäftigung-sozialverträglich oder prekär?''

- (12) Johannes Giesecke/Martin Groß, a.a.O., S.247.
- (13) Johannes Giesecke/Martin Groß, a.a.O., S.254.
- (14) Johannes Giesecke/Martin Groß, a.a.O., S.253.
- (15) Johannes Giesecke/Martin Groß, a.a.O., S.254.
- (16) ここでの弾力化とは、通常は労働という要素を経営上の必要性によりよく適合させることを意味している。また、規制緩和とは、労働保護法については保護規定の削減あるいは任意法又は労使関係法については協約優先による規制のあり方の見直しを意味している。
- (17) 和田・前掲書(注3)一六六頁。
- (18) ザイフェルト・前掲(注8)四頁。
- (19) Tangian, A.S., Liberal and Trade-Unionist Concept of Flexicurity : Modelling in Application to 16 European Countries. WSI in der Hans-Böckler-Stiftung. Diskussionspapier, Nr.131. Düsseldorf, S.12.
- (20) ザイフェルト・前掲(注8)一〇頁。
- (21) 「時代はフレキシキュリティーへ動いている」連合一七巻二号(二〇〇四年)一四頁。
- (22) 前掲(注21)二〇頁。
- (23) 小宮文人・濱口桂一郎『EU労働法全書』(旬報社、二〇〇五年)、柴山恵美子『EUの男女均等政策』(日本評論社、二〇〇四年)参照。
- (24) なお、ILOで一九八二年に採択された「使用者の発意による雇用の終了に関する」条約(一五八号)は、有期労働契約が条約に基づく保護を回避することを目的として利用されることのないように、批准国に対して、濫用の防止を保障するにたる適当な規定を設けることを義務づけ(二条三項)、有期雇用が解雇制限を回避する目的で利用されることを禁止している。また、同勧告も、批准国が濫用防止のために定めるべき措置として、①有期労働契約の採用を、「作業の性質、作業が行われる条件または労働者の利益」を考慮して、合理的事由のある場合に限定すること、②合理的事由のない場合には、有期労働契約を期間の定めのない労働契約とみなすこと、あるいは、③合理的事由の

ない有期労働契約を一回または二回以上更新した場合には、期間の定めのない労働契約とみなすこと、を具体的に例示している。萬井隆令・脇田滋・伍賀一道編『規制緩和と労働者・労働法制』（二〇〇一年、旬報社）一三二頁（松尾邦之執筆）。

- (25) ヴェイヤント・前掲論文（注6）八三頁。
- (26) ヴェイヤント・前掲論文（注6）八三頁。
- (27) BAG 25.11.1992 AP BGB §620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr.150；BAG 25.8.2004 NZA2005, 357.
- (28) BAG 25.11.1992 AP BGB §620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr.150.
- (29) MüArbR/Müller-Glöge Rn.45.
- (30) ヴェイヤント・前掲論文（注6）八九頁。
- (31) MüArbR/Müller-Glöge Rn.47.
- (32) MüArbR/Müller-Glöge Rn.49.
- (33) ヴェイヤント・前掲論文（注6）八九頁。
- (34) MüArbR/Müller-Glöge Rn.51.
- (35) MüArbR/Müller-Glöge Rn.55.
- (36) BAG 21.2.2001 AP BGB §620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr.226.
- (37) BAG 6.12.2000 NZA 2001, 721.
- (38) MüArbR/Müller-Glöge Rn.63.
- (39) MüArbR/Müller-Glöge Rn.63.
- (40) MüArbR/Müller-Glöge Rn.63.
- (41) BAG vom 29.10.1998 AZR 436/99, AP §611 BGB Berufssport Nr.14.
- (42) BAG 13.1.1983 AP BGB §611 Abhängigkeit Nr.43.
- (43) BVerfG 13.1.1982 AP GG Art.5 Abs.1 Rundfunkfreiheit Nr.1.
- (44) ヴェイヤント・前掲論文（注6）九〇頁。

- (45) BAG 30.9.1981 AP BGB §620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr.61.
- (46) ヴェイヤント・前掲論文(注⑤)九〇頁。
- (47) MüArbR/Müller-Glöge Rn.69.
- (48) MüArbR/Müller-Glöge Rn.70.
- (49) BAG 12.2.1981 AP BAT §5 Nr.1.
- (50) MüArbR/Müller-Glöge Rn.70.
- (51) MüArbR/Müller-Glöge Rn.73, 74, 75, 76, 77, 82, 85, 87.
- (52) MüArbR/Müller-Glöge Rn.82.
- (53) BAG 6.11.1996 AP BGB §620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr.188.
- (54) *Manfred Arnold/Edith Gräßl*, Teilzeit- und Befristungsgesetz, Rz.178.
- (55) *Manfred Arnold/Edith Gräßl* Rz.184.
- (56) BAG 7.7.1999 AP BGB §620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr.215.
- (57) 労働政策研究・研修機構『ドイツ・フランスの有期労働契約法制調査研究報告』(橋本陽子「ドイツ」労働政策研究報告書 No.L1 (二〇〇四年) 二二頁。
- (58) EuGH vom 22.11.2005-Rechtssache C-144/04
- (59) 本判決については、拙稿「高齢者を優遇する労働市場政策とEU指令の年齢差別規制」労働判例九一二号(二〇〇六年)九六頁以下、橋本陽子「年齢差別の成否と平等指令への国内法の強行的適合解釈義務」貿易と関税五四卷九号(二〇〇六年)七五頁以下、名古屋功「ドイツ有期労働契約法とEU指令との抵触」国際商事法務三四卷一二号(二〇〇六年)一六五〇頁以下がある。
- (60) 名古屋・前掲論文(注⑤)一六五三頁。
- (61) *Hannu*, Was ist wirklich neu in der Befristungsrichtlinie?, NZA2000, 1045.
- (62) BAG 1.11.1995 AP BeschFG 1985 §2 Nr.45 ; BAG11.3.1992 AP BeschFG 1985 §2 Nr.19.
- (63) BAG 1.11.1995 AP BeschFG 1985 §2 Nr.45.

- (64) vgl. BfT-Drs. 14/4374 S. 16.
- (65) Daubler, Das geplante Teilzeit- und Befristungsgesetz, ZIP 2000, 1961, 1966.
- (66) 幾代通・広中俊雄『新版注釈民法(16)』【第三編第二章第八節六二六条(三宅正男執筆担当)】有斐閣(二〇〇三年)七〇頁。
- (67) これに対して、解雇に関する法理の「類推適用」の意味は、期間満了に伴なう労働契約終了のためには、相当の理由のある更新拒絶の意思表示が必要であり、更新拒絶の意思表示がないか、それがなされていても相当の理由がないときは、短期契約の自動的更新が行われる(法定更新)ということであり、判例による一種の法定更新制度である、とする。見解がある。菅野和夫「労働法第七版」(弘文社、二〇〇五年)一七二頁。
- (68) 日本国憲法や世界人権宣言、国際人権規約において生存権とは別に労働権が規定されているのは、たんに労働者に生活の糧を得る手段としての労働を保障するためだけではなく、労働が人格の形成と発展に寄与すること、労働者の人間としての自己実現をめざす活動であることを承認し、こうした積極的意義を有する労働に従事すること権利として保障したのである。中島正雄「有期雇用拡大政策と法的課題」西谷敏・中島正雄・奥田香子編『転換期労働法の課題』旬報社(二〇〇三年)三四五頁。
- (69) その他にも、①有期労働契約期間の上限延長により、現在より長期の雇用も可能になることから、労働者の選択肢が拡大し、雇用の安定に繋がると考えられること、②それにより長期的視点からの能力やキャリア形成が可能になり、処遇の点でも改善されるといったメリットがあること、③経済社会の構造変化にもなつて働く人々の意識や価値観が変化し、就労ニーズが多様化していることから、多様な選択肢の下で個人がその能力を最大に発揮することができるような環境を作っておく必要があること等が挙げられている。
- (70) この改正の目的は、「雇用形態の多様化が進む中で、有期雇用が労使双方にとつて良好な雇用形態として活用されるため」、「良好な雇用の選択肢、雇用機会となるようにする」と説明されている。しかし、有期雇用を労働者にとつて良好な雇用形態とする目的があるならば、まずその前提として、雇止めをめぐる問題や均等待遇の問題などについて十分な議論を行うことが必要不可欠である。
- (71) 菅野和夫「新・雇用社会の法〔補訂版〕」(有斐閣、二〇〇四年)二六四頁。

(72) 櫻庭涼子「有期雇用労働」、『ジュリスト増刊 労働法の争点（第三版）』（有斐閣、二〇〇四年）。

(73) なお、本報告書は、有期労働契約の更新・雇止めをめぐる問題や、実際のトラブルを未然に防止するために、適切な措置を講じる必要を指摘している。