

# 有期労働契約に関する一考察（二）

——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

### 第四節 課題の設定

- 4 非正規雇用を労働契約の視点から考察するもの

### 第五節 課題の設定とアプローチの方法

- 1 課題の設定
- 2 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

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）

第三節 労働関係の終了

2 有期労働契約と人事管理

3 有期労働契約と懲戒

1 有期労働契約の更新拒絶

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、本号）

第二節 労働関係の展開

1 有期労働契約と様々な権利義務関係

第二節 労働関係の展開

1 有期労働契約と様々な権利義務関係

労働契約の基本的権利・義務は、労務給付義務（労務提供義務）とこれに対する賃金支払義務である。すなわち、労働者側では、労働の内容・遂行方法・場所などに関する使用者の指示に従った労働を誠実に遂行する労務給付義務を負い、使用者はこのような労働に対し報酬（対価）として契約で定められた賃金を支払う義務を負う。労働契約は、このような基本的な権利・義務にとどまらず、契約の特質から生じる様々な付随的義務がある。まず、労働契約においては、その人的・継続的な性格に由来しての信頼関係が要請されていることから、労使はともに相手方の利益を不当に侵害しないように権利・義務を行使することが信義則上求められている（民一条二項）。以下では、労働者の誠実義務（競業禁止義務及び秘密保持義務）と使用者の配慮義務（安全配慮義務）を中心に、これまで正規従業員との関係で議論されてきたこれらの点が、有期労働関係にどのように妥当するのかについて検討する。

(1) 有期労働契約と誠実義務—秘密保持義務と競業禁止義務

労働者は、労働契約の付随義務の一つとして、使用者の営業上の秘密を保持する義務(秘密保持義務)を負っている。多くの企業では就業規則に営業秘密の保持義務を規定しており、労働者がこの義務に違反したときは、就業規則の定めに従って懲戒処分がなされる。問題は、労働関係終了後における労働者の秘密保持義務の有無である。退職後の守秘義務の根拠としては、労働契約終了後の義務であることから、契約上の明確な根拠(守秘義務特約、秘密管理規定)が必要となるが、他方、守秘義務の要件は、不正競争防止法の「営業秘密」より緩やかに解され、その要件を満たさない秘密やノウハウに及ぶ義務として設定することができる。

また、一般に、労働者は労働契約の存続中は、契約の誠実・配慮の要請から使用者の利益に著しく反する競業行為を差し控える義務(競業禁止義務)がある。問題は、労働者が退職後に、同業他社に就職したり、同業他社を開業したりする場合には、退職金の減額・没収、損害賠償請求、競業行為の差止め請求をすることができるか、すなわち退職労働者の競業禁止義務の存否である。退職後の競業禁止義務については、退職労働者の職業選択の自由を制約することから、労働関係継続中の場合のように一般的に競業禁止義務を認めることができず、特別の法的根拠の有無を各問題やケースごとに探求することが必要となる。競業禁止義務の根拠としては、明示の合意または就業規則等の明確な根拠が必要となる。また義務の内容についても、職業選択の自由を考慮して厳格な要件が設定され、①従業員の地位の高さ・職務内容、②前使用者の正当な秘密・情報の保護を目的とすること、③競業制限の対象職種・期間・地域から見て職業活動を不当に制約しないこと、④代償の存否・内容の四点を総合して競業禁止義務が職業活動を不当に制約すると判断される場合は、職業選択の自由が構成する公序(民法九〇条)違反として無効とされる。<sup>(2)</sup>

有期労働関係における競業禁止義務や秘密保持義務についてはこれまでほとんど意識されることはなかった。有期雇用労働者は、短期の契約期間を設定することによって、企業における様々な労働力の臨時的業務や単純・補助的業務に利用されているため、彼らが営業秘密を取得して、そのノウハウやスキルを活かして競業企業に転職したり、あるいは、みずから競争企業を設立することはこれまであまり考えられなかったからである。

しかしながら、近年、正規従業員の転職の増加のみならず、パートタイム労働者や契約社員の中でも基幹的業務や専門的業務に従事する労働者が増加し、社内の営業秘密にアクセスすることも少なくない。特に、労基法一四条により、高度の専門的知識、技術または経験（専門的知識等）を有する労働者が当該専門的知識等を必要とする業務に就く場合には、五年の有期労働契約を締結することができる上、このような専門労働者は一般の労働者よりも会社の営業秘密に接する機会が多いことから、専門的知識等を有する労働者の退職後の競業禁止義務及び秘密保持義務は企業にとって非常に重要である。

こうした状況を踏まえると、企業は雇用流動化の時代における営業秘密の保護のあり方を考える必要がある。<sup>③</sup> 専門労働者について、実定法（不正競争防止法）上、退職後も守秘義務を負っているとしても、競業禁止義務を負っているとはいえず、また原則として労働契約締結時の競業禁止義務の合意も有効とはいえない。<sup>④</sup> また、仮にそのような義務が課されるとした場合に、義務の程度をどのように考えるべきかも問題となろう。一般に、期間の定めのない正規労働者は（有期雇用労働者に比べると）、基幹的・専門的業務に従事しており、企業の営業ノウハウにアクセスする機会も多いことや、責任や義務も課されていることなどを考慮すれば、競業禁止義務及び秘密保持義務の必要性や程度はより強くなると思われる。しかしながら、前述したような非正規雇用の労働関係の長期化・専門化に加え、一部の専門労働者は一般の労働者よりも会社の営業秘密に接する機会が多いこと等を

考えると、競業禁止義務及び秘密保持義務の有無や程度は、期間の定めの有無や雇用形態・契約形態の違いにかかわらず、従業員の地位の高さや職務内容(営業秘密に接し、それを取扱う業務に従事しているか否か)等によって決められるべきである。時間外労働や転勤のケースにおいて、正規従業員と非正規従業員は義務や責任の度合いに違いがあるとして両者を区別する見解もあるが、営業秘密保護の場面においてそれは妥当しないであろう。なぜなら、正規従業員の中にも職務の内容によっては営業秘密を把握しうる労働者もいれば、まったくそのような情報を入手し得ない立場におかれた正規労働者もいるからである。反対に、非正規労働者であっても、長年勤務するうちに技術上または営業上の情報や企業秘密に触れる機会が増え、また、短期であっても専門的業務に従事した労働者がそのような情報を入手する可能性は高い。したがって、秘密保持義務や競業禁止義務の内容や程度は、正規・非正規(あるいは、期間の定めがあるか否か)を区別することなく、従業員の地位や職務内容を考慮して決定されることになろう。

なお、そのような従業員の地位や職務内容に応じた競業禁止義務の合意も当然に有効とされるのではなく、それが有効と判断されるためには、競業禁止義務が問題になったこれまでの事案同様、退職後の競業制限の必要性や範囲(期間、地域など)、競業行為の態様、十分な代償措置の有無、競業禁止義務に対する労働者の同意が真意と評価できるような事情の存在などについて判断する必要があるだろう。

(2) 有期労働契約と使用者の安全配慮義務

雇用契約上の安全配慮義務は、「労働者が労務提供のため設置する場所、設備もしくは器具等を使用し又は使用者の指示のもとに労務を提供する過程において、労働者の生命及び身体を危険から保護するよう配慮すべき義務」と定義づけられている<sup>(5)</sup>。安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者

間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきものであり、他人の労働力を利用する使用者は、雇用契約に基づき、すべての労働者に対して信義則上の義務として安全配慮義務を負う。有期労働関係にある労使間においても使用者は当然この義務を負う。安全配慮義務の内容について、最高裁は、使用者が事業遂行に用いる物的施設（設備）及び人的組織の管理を十全に行う義務と把握している。

問題は、有期労働関係において課される安全配慮義務の内容と程度である。つまり、使用者は、一般に労働時間が短く、単純・補助的な労働に従事しているとされるパートタイム労働者などに対して、正社員に対して負う安全配慮義務の内容との間に本質的な違いがあるのか否かである。この点、安全配慮義務は、労務の提供過程に生じる労働者の生命及び身体を危険から保護するように配慮する義務であることから、基本的には正規・非正規など期間の定めの有無を問わず、また雇用形態の如何を問わず、業務の内容に応じてその義務の内容や程度が異なるものと考えるべきである。具体的には、事故によって発生する災害性の傷病や職業性の疾病については、基本的に業務の内容や使用者の指揮命令に基づいて業務に従事していた程度、あるいは、災害が企業施設の欠陥によって生じたか否かによって、安全配慮義務の内容が判断されることになろう。

判例は、主婦パートタイム労働者のプレス機械による手指切断事故につき、使用者の安全配慮義務違反を肯定したものである。判決は、「被告は雇用契約に基づき原告を本件機械による作業に従事させていた以上、右作業から生ずる危険が原告に及ぼすことのないようにその安全を配慮する義務があり、具体的な義務として、本件機械がプレス機械であることから、少なくとも、本件機械に安全装置を取り付けると共に、その装置が常に正常に機能するよう整備しておく義務があるものというべきところ、：被告は、安全装置のうち、押しボタン式のもの

は取り付けてはいたものの、手払い式のもの、当初本件機械に取り付けられていたが、これが取り外されていたのに…そのままの状態で放置して作業を継続させていたものであり、…本件機械とその安全装置の構造、機能及び原告の作業形態からすれば、もし手払い式の安全装置が取り付けられていてこれが正常に機能していたならば、…本件事故の発生する余地はなかったものと考えられるので、…被告が前記安全配慮義務に違反したものであることが明らかである。従って、被告が安全配慮義務を尽していた旨の主張は理由がなく、被告は債務不履行に基づく損害賠償責任を免れない」と判断した。本判決は、安全施設や安全装置の不備による労働災害の責任を使用者の安全配慮義務違反としたものである。安全配慮義務の内容については、従事している業務の内容（危険・有害な作業や業務における作業方法による危険）や、機械・器具等の使用の有無によって異なり得るものであり、正社員でなくとも事業主が負う安全配慮義務は同じであることを示しているものといえるだろう。

また、近年、人件費節約のために派遣社員、契約社員、パート・アルバイトによる労働単価の軽減が広く行われているが、アルバイトやパートは労働時間が正社員より短いから使用者の安全配慮義務も軽減することができ、あるいは、派遣社員は派遣元会社の従業員であるから派遣先会社は責任を負わなくても良い、ということにはならない<sup>(8)</sup>。この点、アルバイト労働者の過労死と使用者の安全配慮義務が問題になったジェイ・シー・エム事件<sup>(9)</sup>は、被告会社にアルバイトとして勤務していた労働者（A）が突然死したことについて、遺族である原告らが、被告に対し、Aは被告における過重な業務が原因で死亡したものであり、被告には安全配慮義務違反があるとして、債務不履行に基づき、損害賠償を求めた事案である。判決は、Aの勤務時間、時間外労働時間、死亡直前における深夜勤務や休日の取得状況、従事していた業務の内容、これにより受けていた精神的ストレス等を考慮すると、死亡直前には肉体的・精神的な疲労が相当程度蓄積しており、喫煙の影響と相まって心筋梗塞を発症した

ものと推認できるから、Aの死亡と業務との間に相当因果関係があり、被告の安全配慮義務違反とAの死亡との間には因果関係があるとして被告の責任を肯定した上で、Aの喫煙が心筋梗塞の発症に少なからず寄与したとして損害額の二割を減じている。

本件のアルバイトが期間の定めのある労働契約か否かについては定かではなく、また労働時間（始業時刻は午前九時三〇分、終業時刻は午後五時三〇分、隔週の土曜日と日曜日・祝日が休日とされていたが、実際には時間外労働や休日労働が行われていた）を見ても、アルバイトとは名ばかりで正社員とほとんど変わらない勤務形態であることがわかる。一般に、有期雇用労働者は正社員に比べて、企業との関係が希薄（「没関係性」）で、労働者の帰属意識も低く（「脱従属性」）、時間外労働義務や配転義務などの拘束や責任の程度も低い（「低拘束性」）とされている。正社員とは異なるこれらの特徴を理由に、これまで非正規労働者は労働条件など様々な面で正規労働者とは異なる取扱いがなされてきた。しかしながら、アルバイトという正社員とは異なる雇用形態といえども、「没関係性・脱従属性・低拘束性」というカテゴリーによって使用者の安全配慮義務の内容は異なるものではないことを、本判決は明らかにしたものといえるだろう。

## 2 有期労働契約と人事管理

従前のわが国企業は、正社員とパートタイム労働者に代表される非正規労働者を分離して管理し、非正社員の処遇（賃金、昇格・昇進、教育訓練等）を正社員に比べて低くするという「分離型」の人事管理を行ってきた。

しかし、正社員に代わる雇用形態として非正規労働者が急増し、競争力強化のために正社員並みに積極的に活用しようとする企業が増える中、分離型の人事管理の見直しを迫られ、正社員と非正規労働者の両者を視野に入れ

た「統合型」の人事管理システムの構築が注目を集めている<sup>(10)</sup>。そこで以下では、「統合型」の人事管理システムの構築を意識しながら、人事管理の基本的な要素である賃金と昇進・昇格等の格付け制度などについて見ていくこととする。

(一) 賃金

パート労働が多様化して専門的パートや基幹パートが増加し、正規従業員との連続性を図る必要性が増大していることから、法的にも両者の均等待遇が従来以上に要請されている。本稿はパートタイム労働者に限定せず、有期雇用労働者を対象とするものであるが、パートタイム労働の多くは期間の定めのある非典型雇用グループであり、正社員との均等待遇は両者が抱える共通の問題であること、また、パートタイム労働者の多くは、有期契約で雇用されており、両者の問題は混在して現れることから、両者を同一の次元で論じる必要があると考える。

① パートタイム労働法とその法的意義

まず、わが国には処遇格差を直接規制する法律は存在しない。パートタイム労働に関しては、パートタイム労働法(短時間労働者の雇い入れの改善等に関する法律)三条一項が、「事業主は、その就業の実態、通常の労働者との均衡を考慮して、適正な労働条件の確保…その他の雇い入れの改善を図るために必要な措置を講ずることにより、当該短時間労働者がその有する能力を有効に発揮することができるように努めるものとする」と規定している。しかし、同法は、「…努めるものとする」との規定になっており、強行規定でないことはもとより、「努めなければならない」との文言(努力義務)にも至っておらず、いわば「努力の責務」とどまるものである。その上、この「努力の責務」は、短時間労働者の「能力の有効な発揮」を直接の対象としており、「通常の労働者との均衡」を考慮しての「適正な労働条件の確保」は、法文上はそのための実現手段に位置づけられている<sup>(11)</sup>。そ

のため、同法上の「均衡の理念」は文字どおりの訓示規定であり、国の行政指導に法的根拠を与えるものにはすぎないとして、その機能を疑問視する声が多い。

これに対して、近年、パート労働法の「均衡の理念」とその基礎にあるパートタイム労働法の法政策を探索しつつ、それを前提として賃金格差の問題に解釈論上の解決策を模索することにより、これまで不十分な法律として軽視されてきたパートタイム労働法の「均衡の理念」に法的意義を見出そうとする学説が登場している<sup>⑬</sup>。これによれば、均等原則の下では、労働時間に比例した賃金が支払われなければ同原則に違反する差別と評価されるのに対して、「均衡の理念」の下では、それは直ちに不当な差別とはならないことになる。つまり、パートタイム労働者と正規従業員との処遇の違いを認めることを前提に、これを均衡（バランス）のとれた公正なものとしてしようとするのが「均衡の理念」の趣旨であるとする。このような法解釈によれば、パートタイム労働法は、パート労働者の「均衡」をいかなる形で実現するかを第一義的には労使の合意形成（ルール設定）に委ねており、労使がそれに向けて最大限努力することを要請しているが、労使のルール形成による「均衡」の実現が不可能な場合、換言すれば、使用者がパート労働者の労働条件格差是正の努力を怠り、著しい格差を放置している場合には、労使自治に法的に介入することを予定する法規範であるとされている。

## ② 賃金・労働条件格差をめぐる学説

パートタイム労働者の賃金等労働条件格差については、従来から、パートタイム労働者に関する均等待遇原則の強行的介入を認める見解と、労使自治を尊重して一切の法的介入を否定する見解との両極端に分かれて議論されてきた。

学説上は、(a) 憲法一四条、労基法三条・四条を根拠に、使用者が労働者を合理的理由なく差別することを

禁止する均等待遇原則およびその内容をなす同一価値労働同一賃金原則が公序を構成すると解し、パートタイム労働者が正社員と同一労働を提供していれば、合理的理由もなく賃金を差別することは公序違反として違法となるとする見解<sup>(13)</sup>、(b) 同一(価値)労働同一賃金原則を根拠に、同一労働の者に対する「著しい」賃金差別を違法と解する見解<sup>(14)</sup>、(c) 同一労働に加え、同一義務を受けている者について、合理的理由もなく賃金格差をつけることは公序違反として違法となるとする見解<sup>(15)</sup>、(d) 賃金格差を救済する法的根拠がないとする見解<sup>(16)</sup>、そして前述したように、(e) 均等待遇原則の公序性を否定しつつ、パートタイム労働法三条の「均衡の責務」が不法行為法上の公序を構成すると解し、労働の量・質に違いのないパート労働者について著しい賃金格差が生じている場合は、公序違反として不法行為(民法七〇九条)が成立すると解する見解<sup>(17)</sup>などが主張されている。

また、近年、パートタイム労働者と正社員の均等待遇実現のための立法上の規制を正当化する根拠として、民法の議論を参考にする見解もある。契約規制に関する最近の民法の議論状況を概観すると、契約正義に規制の根拠を求める説<sup>(18)</sup>、人々が生きている共同体の内在的規範によって契約に対する規制が要請されるとする説<sup>(19)</sup>、さらに権利や自由の保護にその根拠を求める説<sup>(20)</sup>などが主張され、議論が深められている。労働法学においてもこのような民法の領域での議論を踏まえて、経済的合理性よりは契約正義を強調して「合理性のない差別の禁止」を立法化すべきであるとする見解や、自由な自己決定を確保するために契約を規制する必要があるとする注目すべき学説<sup>(21)</sup>が主張されている。反対に、日本では、ヨーロッパ諸国のような職種・職務分類別の企業横断的賃金制度が確立しておらず、年功賃金制下で年齢・勤続年数をはじめとする諸々の賃金決定要素が存在するため、均等待遇原則や同一(価値)労働同一賃金原則を是認しうる社会的基盤が欠けており、ここから同原則を導入することは困難であることや、同原則を導入した場合の波及効果として、正規従業員の賃金・労働条件に多大な影響を与えう

ることや、使用者が均等待遇原則回避の目的で、パート労働者に単純・定型的業務のみを割り当てる結果、かえってその低い処遇と地位の固定化をもたらしうることを理由に、立法的解決によるパートタイム労働者の均等処遇に反対する見解もある。<sup>23)</sup>

### ③ 賃金・労働条件格差をめぐる裁判例

裁判例では、女性正社員とともに組み立てラインに配置され、同種の業務に従事していた既婚の女性臨時社員（所定労働時間は正規従業員より一五分短い）が、その分は残業扱いとされ、QCサークル活動にも参加し、二か月の有期契約を反復更新して四、二五年勤続していた）が正社員との間の賃金格差を違法として使用者に損害賠償を求めた事案が注目を集めた。本判決は、原告が主張した同一（価値）労働同一賃金原則を否定しつつ、「差別禁止規定…の根底には、およそ人はその労働に対して等しく報われなければならないという均等待遇の原則が存在し」、それは「人格の価値を平等と見る市民法の普遍的な原理」であるとして、職務内容が同一であるにもかかわらず顕著な賃金格差を継続させた場合には公序違反になると判断した。もともと、均等待遇の理念も「抽象的なものであって、均等に扱うための前提となる諸要素の判断に幅がある以上は、その幅の範囲内における待遇の差に使用者側の裁量も認めざるを得ない」と判示し、原告らの賃金が同一勤続年数の正社員の八割以下となるときは公序違反となるとして、その範囲内で不法行為の成立を認めている。<sup>24)</sup>

この判旨の前半部分は、人間社会には何人も否定できない普遍的な価値があるという自然法論の考え方を前提としており、契約自由もそのような客観的な正しさを体現した価値、つまり契約正義にしたがわなければならぬことを謳っているものと思われる。したがって、そのような契約正義に反する契約の効力は否定すべきであった、契約正義の内容を実現する方向での規制を行うことが必要不可欠であると考える。もともと、二割の格差を

容認する部分（判旨の後半部分）については、「一定以上の格差」でなければ救済されないという考え方は「根拠・基準が不明確で」あるとするもの<sup>25</sup>、八割という数字については、これを違法性の範囲として論じるのではなく、「損害額の算定における安全値」として基準を示した方が違和感が少なかったのではないかとするもの<sup>26</sup>、いったん違法と認定された場合には、比例的ではなく「同一」に取扱うべきであるとするものなどの批判がある。

#### ④ 立法的課題

以上のような学説・判例の議論を受けて、筆者は、均等待遇に関する立法的規制として、合理的な理由のない差別を禁止する「一般的な平等取扱い原則」だけでなく、有期契約を理由とする合理的な理由のない差別を禁止する「特別な均等待遇原則」が必要であると考ええる。なぜなら、このような雇用形態上の差別は、国籍・人種・思想信条・性別による「社会的差別」とは異なり、身分的雇用管理の手段となっていることや、「合理的な理由」の内容を具体化するためには、雇用差別一般の問題としてではなく、有期契約労働者と正社員との均等待遇の問題として議論する必要があるからである。そして、合理的な理由のない差別に対する法的救済としては、これまで不法行為による損害賠償と差額賃金請求が認められてきたが、立法化に際しては、均等（平等）な処遇を受ける権利を有することを明確にしておくことにより、差別に合理性がない場合には、労働者が差別のない均等（平等）な取扱いを求めることができるようにすべきである。

また、「合理的な理由」をめぐっては、これまで、労働内容の基本的要素である労働の量（所定労働時間の長さ）と質（職務内容、要求される職業能力・資格）に加え、義務や責任、労働時間設定の自由度、企業貢献度などを補足的要素として考慮する見解が主張されてきた。このうち義務や責任・企業貢献度は企業にとって重要な判断要素であることは言うまでもないが、このような定量化できない要素について労働者側が立証することは困難で

あるといわざるをえない。したがって、労働者は、差別が存在することが推定される事実を立証すれば、「合理的理由」の証明責任は使用者が負うと解するべきであり、均等待遇を立法化するメリットは、まさにこの点にあるといえる。<sup>(28)</sup>

以上のような均等待遇の立法化のほかに、柔軟な雇用システムの確立と格差是正に向けた立法的規整が必要である。均等待遇原則の内容を具体化し、実効性を確保するためには、これまでのように正社員と非正社員を分離して管理し、非正社員の処遇を正社員に比べて低くするという「分離型」の人事管理は改革を迫られることになろう。雇用形態を理由とする格差是正のためには、正規か非正規か、あるいは期間の定めがあるか否かによる区分を取り除き、仕事の内容やキャリアの実態に則して雇用管理区分を設定することが必要であり、そのためには、公正かつ透明な職務評価制度とそれに基づく客観的な雇用管理区分が不可欠であると考える。

## (2) 人事制度

今日の企業の多くは、従業員の職務遂行能力を体系的に位置づけて、これに応じた処遇を行うための職能資格制度を有している。職能資格制度における昇格及び昇進は、昇格試験の結果や上司の人事考課(査定)に基づき決定される。このような昇進・昇格制度は、当該労働者のそれまでの勤務歴にわたって長期的に評価されるのが普通であることから、従来は、長期雇用を前提とする正社員(期間の定めない労働者)を対象とするものであった。また、契約期間を一定期間と定めている有期雇用労働者に昇進・昇格・昇給制度を定めるのは、期間雇用の性格と相容れないのではないかということや、定期昇給制度などを定めると、更新を予定している長期契約者とみなされ常用化するのではないか等の問題も指摘されている。<sup>(29)</sup>しかし、有期雇用労働者の労働関係が長期化し、労働者が基幹的・専門的業務を担うようになるにつれ、正社員と同じ職務・責任を付与された非正規労働者をど

う戦力化・動機付けていくかが、多くの企業にとって課題になっている。

まず、企業の取り組みを見ると、パートタイム労働者が主戦力化しているサービス業や小売の飲食業では、パート労働に段階を設定して上級職・総合職タイプの区分を設け、明確な人事評価・職能資格制度を適用し、賃金・一時金も正社員と均衡のとれたものとするとともに、十分な能力開発システムを設計し、正社員への登用の途を開くことを雇用政策の基本としている<sup>30)</sup>。

この点、二〇〇三年八月に改正されたパートタイム労働指針は、正社員と職務が同じパートタイムについて「正社員との処遇均衡」の考え方が示されている<sup>31)</sup>。これによれば、(i) 人材活用の仕組みや運用などが正社員と実質的に異なる場合には、パートタイムと正社員との間の処遇の決定方法を合わせる(同一の処遇決定方式)などの措置を講じた上で、意欲、能力、経験、成果などに応じて処遇することにより、正社員との均衡の確保を図るように努めることとしている。また、(ii) 人材活用の仕組みや運用などが正社員と異なる場合には、異なる程度を踏まえつつ、パートタイムの意欲、能力、経験、成果などに応じた処遇についての措置などを講ずることによって、正社員との処遇の均衡を図るように努めることとしている。このような指針の提示により、今後のパートタイム労働者等非正規労働者の人事制度における正社員との均衡処遇への取り組みが求められる。

有期雇用の人事制度をめぐるのは、このように行政的対応にとどまり、これまでほとんど問題になることはなかったが、最近では、パート従業員の昇格・昇給について使用者の裁量権の濫用があったことを理由とする未払賃金の請求が問題になった注目すべき事案がある<sup>32)</sup>。判決は、「被告においては、雇用したパート、アルバイト従業員について会社の一員としての自覚と責任を醸成し、業務への精励を期して……一定の評価制度を設定していることからすると、単に仕事のスキルや担当業務のみではなく、個々の従業員の意欲・自覚など総合評価の上に

立った当該店舗の店長（正社員）による評価対象者の把握を予定しているものと考えられ……店長の評価を得ないで自動的に原告が昇格し、時給を昇給する」とはいえないし、「原告は、順を追って昇給し職位を上げてきており、…原告と同様のパートタイマーの地位にある職種の者が昇格・昇給してゆくのに原告が独り時給が不当に長期間据え置かれたなどの平等に反する取扱いを受けていたことの具体的な事情が窺われない（し）、経費を不当に抑制する意図などから被告…において原告に対する関係で昇格・昇給について裁量権の濫用にわたる実態があつたことを認定することはできない」として、原告の請求を棄却している。

本件は、結果的に、パート従業員の昇格・昇給に関する使用者の裁量権の濫用を否定しているが、今後、パートタイム労働者などの非正規労働者を対象とする職能資格制度や職務給制度、職務遂行能力や業績・成果など働きぶりの評価制度、管理監督職や正社員への登用制度などが整備されるにつれ、このような人事制度をめぐる問題が生じると思われる。

例えば、昇給に関してみると、①必ず一定額の昇給を行わなければならない場合（雇用契約書や賃金制度において、「毎年〇%昇給させる」「一定期間継続勤務した労働者には別に定める賃金表により昇給させる」など、金額が具体的に算定できるような方式を定めて実施している場合などには、昇給請求権は具体的な請求権として確定している）、使用者はそれに従う義務を負う）、②昇給を行うが、金額は自由裁量の場合（会社の業績や本人の業務状況・勤務成績等を考慮して昇給を行う」としている場合には、会社に昇給金額の裁量権があるが、法令に違反したり公序良俗に反したり、不当な差別に該当するような裁量権の行使はできない）、③昇給させるかどうか自由な場合（「経営実績や勤務態度等、諸般の事情を考慮して昇給することがある」としている場合には、会社の業績や本人の勤務成績いかんによって昇給しないこともありうる）のように、労働契約や就業規則におけ

る決め方と運用がポイントになる。有期契約に対して長期雇用を前提とした定期昇給制度はこれまでほとんど行われておらず、実務的には、更新に当たって新しい契約内容とする時に、能力の向上があればこれを反映させるような方法が一般的であるように思われる。

このような人事制度は非正社員の士気や定着にも直結する問題だけに、正社員の体系と非正社員等の処遇をいかに矛盾なく併存させるかは、多くの企業にとって喫緊の課題である。正社員に対する成果主義・能力主義制度の導入が進む中で、非正社員という分類で括るのではなく、能力や業績・意欲や仕事の難易度に応じて公正に処遇する非正規社員の人事制度が今後一層求められるであろう。

### 3 有期労働契約と懲戒

企業においては、服務規律やその他の企業秩序・利益を維持するための制度として、規律違反や利益侵害に対する制裁としての懲戒処分が行われる。懲戒処分とは、従業員の企業秩序違反行為に対する制裁罰であることが明確な、労働関係上の不利益措置を指す、とされている。<sup>33)</sup>このような懲戒処分は、使用者からすれば企業の秩序・利益を維持するために不可欠の制度であるが、労働者にとっては労働関係上の重大な不利益を受ける制度であることから、契約関係における特別の根拠を必要とすると考えられている。使用者は懲戒事由と手段を就業規則に明定し、労働契約の内容とすることによってのみ懲戒処分をなすことになる。

ところで、短期契約で雇用されている有期雇用労働者については、そもそも懲戒が必要なのだろうか。このような短期雇用労働者が企業秩序を乱す行為を行っても、懲戒を行う必要がないとする見方もあるが、懲戒の究極的な根拠は、労働契約における使用者の指揮命令権に求められるから、有期雇用労働者についても懲戒は可能

である。そして、有期雇用労働者を懲戒する場合にも、労働契約または就業規則に、懲戒事由及び手段に関する規定があることを必要とする。その際、懲戒事由（職務懈怠や業務命令違背、職場規律違反など）及び手段は期間の定めのない正社員に対するものと同様であると考えられる。しかし、懲戒事由の中でも特に、経歴詐称や従業員たる地位・身分による規律違反のケース（特に、私生活上の非行）については若干の検討が必要であろう。なぜなら、従来の裁判例が経歴詐称を懲戒事由とみる根拠は、それが労働契約上の信義則違反であることや、労働者に対する全人格判断を誤らせる結果雇入れ後の労働力の組織づけなど企業の秩序や運営に支障を生ぜしめるおそれがあることなどに求められているからである。また、私生活上の非行に関しても、判例は、従業員の職場外の行為が企業の社会的評価を毀損し、会社の体面を著しく汚したとして懲戒の対象となるか否かの判断基準の一つに、その従業員の会社における地位・職種を挙げているからである。それでは、正規労働者と有期雇用労働者では、これらの懲戒事由の判断にあたって違いが生じるのであろうか。

筆者は、正規労働者と有期雇用労働者という雇用形態の違いが懲戒事由の判断にあたり大きな違いをもたらすものではなく、懲戒事由の判断に当たって重要なのは当該行為と当該労働者の職種・職務や地位であると考える。確かに、経歴詐称は企業と従業員間の信頼関係の喪失・破壊をもたらすものであり、特に長期の雇用を前提とする正規従業員のそれは、長期雇用を前提としない有期雇用労働者とは違いがあるように思われる。しかしながら、長期雇用システムの崩壊と転職の増加に加え、非正規労働者の雇用の長期化・戦力化とそれにとまなう企業との関係の深さをあわせ考えると、経歴詐称を理由とする懲戒処分は正規労働者のみならず、有期雇用労働者においても問題となりうるものである。また、従業員の私生活上の言動も、これまでの判例では、事業活動に直接関連を有するもの及び企業の社会的評価の毀損をもたらすもののみが企業秩序のための懲戒の対象となりうるとして

おり、私生活上の非行に対する懲戒権の発動を厳しくチェックしている。したがって、これらの懲戒事由及びその判断にあたっては、有期雇用労働者についても同様に考えるべきである。<sup>(34)</sup>

実務的な問題としては、例えば、通常であれば有期契約は期間満了時に更新することが予定されていたにもかかわらず、当該期間中に有期雇用労働者に対して懲戒処分を行った場合、期間満了時に雇止めされるおそれが生じるといふ点である。正社員であれば解雇にはなり得ないような軽微な懲戒事由であったとしても、有期雇用労働者に対しては期間満了時の雇止めの有効性の判断において、雇用継続への期待を否定する方向に働く危険がある。このような懲戒の取扱いは、有期雇用労働者の不安定な立場を利用して職場における労働者の全人格的支配につながるのではないかと懸念される。

有期契約の反復更新は、以前の契約の終了と新契約の締結を意味するものであるから、新契約の締結は基本的には使用者の自由である。したがって、同じ懲戒事由であっても、終身雇用を前提とした一般労働者と基本的には定年に至るまでの雇用保障の適用をみない有期雇用労働者とはその対応が異なるとする見方もあろう。しかし、当該行為に対してすでに懲戒処分が行われているのに、契約締結当初予定されていた契約の更新を当該行為を理由に更新拒否することは、同一の事犯に対し二回懲戒処分を行うようなものである。また、懲戒事由の存在が認められる場合にも、懲戒処分が有効とされるための有効要件として、不遡及の原則、平等取扱いの原則、相当性の原則、適正手続が必要であり、これらについても有期雇用労働者に対して同様であることは当然である。なお、「有期労働契約の締結、更新・雇止めに関する基準」(平一五・一〇・二二厚労告三五七号)は、使用者は有期労働契約の締結に際し、更新の有無、および、更新ありの場合は更新する場合としない場合の判断の基準を明示すべきこと、更新しないこととする場合には契約期間満了日の少なくとも三〇日前までにその予告をすべき

こと、更新しない場合で労働者がその理由についての証明書を請求した場合には遅滞なくこれを交付すべきこと、雇い入れ日から起算して一年を超えて継続勤務している有期労働者について更新する場合には契約期間をできるだけ長くするように努めるべきこと、などを定めている。また、基準に関する通達（平一五基発一〇二二〇〇一号）では、更新するか否かの判断基準として、①契約満了時の業務量、②労働者の勤務成績、態度、③労働者の能力、④会社の経営状況、⑤従事している業務の進捗状況、などがあるとされている。これによれば、労働者の勤務態度が更新するか否かの一つの判断基準になっており、その限りでは、使用者は懲戒処分に出せられた有期雇用労働者の更新を拒否しうることになる。もともと、この場合でも、勤務態度を理由に懲戒処分を受けたことよって雇止めが可能になるのではなく、契約締結に際して労働者に対して判断基準をきちんと明示・説明しておくことが必要である。

### 第三節 労働関係の終了

#### 1 有期労働契約の更新拒絶

一般に、期間を定めた労働契約は、当該期間の満了によって当然に終了する（自動終了機能）。それは解雇ではないから、解雇制限法理の本来の対象ではない。すなわち、無期契約労働者の解雇が判例により形成された解雇権濫用法理による規制を受けるのに対して、使用者は有期労働契約を必要な期間反復更新し、必要がなくなれば更新を拒絶（雇止め）することにより、解雇制限法理の適用を回避して、柔軟に雇用量を調節でき、また好ましくない被用者をふるいにかけることができる。しかし、それは労働者にとって、雇用の不安定と無期契約のもとなら得られるであろう諸々の権利や利益の喪失を意味することになるため、有期労働契約の更新拒絶が大き

な論点となる。

(一) 判例の更新拒絶法理

この点、有期労働契約の反復更新に関する判例を分類すると、期間の定めのある契約であるから原則どおり契約期間の満了によって当然に契約関係が終了したとする判例がある一方、期間の定めのある契約であることを肯定しながら、その更新拒絶に解雇法理を類推適用することなどにより、解雇に準ずる一定の規制を加えて労使の利益調整を図ってきた判例もある<sup>(35)</sup>。その代表的な判例としては、有期労働契約の反復更新により実質的に無期契約状態がある等として解雇法理を類推適用できるとした東芝柳町工場事件判決<sup>(36)</sup>と、実質的に無期労働契約状態にあることを否定しながら、なおその雇用関係にある程度の継続が期待されていたとして解雇法理が類推適用されるとする日立メデイコ事件判決<sup>(37)</sup>がある。

①東芝柳町工場事件は、「2か月の期間が満了しても真面目に働いていれば解雇されることはない。安心して長く働いて欲しい」などと言われて採用された基幹臨時工が、簡易な更新手続きで5、23回にわたって契約の更新をされたのちに雇止めされたケースである。横浜地裁は、「本件各労働契約が締結されかつ数回ないし二〇数回に亘って更新されXらが引続き雇用されてきた実質（いわゆる連鎖労働契約の成立）に鑑みれば、殊に会社の設備拡張、生産力増強に伴う緊急の労働力需要に基づく過剰誘引とその利用関係の維持に由来することからしても、漸次その臨時性を失い本件各雇止めの当時にはすでに存続期間の定めのない労働契約（本工契約ではない）に転移したものと解するのが相当である」と判断して、有期契約が期間の反復更新という事実のみによって無期契約に転化することを認めている。また、最高裁は、「本件各労働契約は…実質において、当事者双方とも、期間は一応二か月と定められてはいるが、いずれかからの格別の意思表示がなければ当然更新されるべき労働契約

を締結する意思であったものと解するのが相当であり、したがって、本件各労働契約は、期間の満了毎に当然更新を重ねてきたかも期間の定めのない契約と実質的に異ならない状態で存在したものと認められるとして、実質的な無期労働契約の存在を肯定している。

この判決に関して、当初学説は、有期労働契約は相当程度にわたり反復更新されることによって無期労働契約に転化することを承認したものと受け止めていたが、その後の下級審の判決は、有期労働契約が反復更新される場合において無期労働契約の存在を認めることが必ずしも多くなかった。なぜなら、形式論理的には、有期契約はいかに反復更新されても有期の契約にとどまるはずであるから、有期労働契約が反復更新され無期労働契約が認められるためには、特段の説明が必要とされるからである。確かに、地裁判決は、無期労働契約への転化を事実認定に基づいて認めているに過ぎず、無期労働契約が認められる特別の理由については明言しておらず、無期労働契約への転化を認める理論的根拠は乏しいと言わざるを得ない。これに対して、最高裁判決は、「いずれかからの格別の意思表示がなければ当然更新されるべき労働契約を締結する意思」という契約の双方当事者の意思を判断の重要な基準にするものであった。これまで、同判決については、「期間の満了毎に当然更新を重ねてきたかも期間の定めのない契約と実質的に異ならない状態で存在（していた）」とする判旨部分が注目されてきたが、むしろ、期間の定めのある労働契約であっても、期間満了によって当然には終了するものではなく、契約締結時に当事者のいずれか一方から他方に対して契約更新をしない旨の意思表示がない限り、当該労働契約は期間満了時に更新され、その継続が予定されている契約であると判断したものと見える<sup>38)</sup>。

②これに対して、有期労働契約が五回にわたり更新された事案にかかる日立メデイコ事件最高裁判決は、「雇用関係継続の期待の下に期間の定めある労働契約が反復更新されたとしても、そのことにより、それが期間の定

めのない契約に転化するとの法理は肯認し難く、いずれかの時点において当事者双方の期間の定めのない労働契約を締結する旨の明示又は黙示の意思の合致が存在しない限り、期間の定めのない契約となるものではない」として、無期労働契約の存在を否定した。しかし、最高裁は、労働契約にある程度の継続が期待される場合には、無期労働契約の期間満了による雇止めにも解雇権濫用等の解雇に関する法理が類推適用されることを肯定し、無期労働契約の存在が認められない場合にも、有期労働契約の反復更新された労働者は一定の範囲において保護されるべきことを明らかにした。<sup>39)</sup> もつとも、労働契約の一方当事者たる労働者が、労働契約の反復更新されてきた事実を照らしさらにその後も契約は更新されるであろうとの単なる主観的な期待によって無期契約への転化を認めることはほとんどない。その意味では、日立メデイコ事件最高裁判決は、雇用継続の期待の合理性を比較的緩やかにとらえていたと解され、雇用継続の合理的期待があるとして解雇法理を類推適用できるとする本判決の射程距離は相当限定されていると解することができる。<sup>40)</sup>

以上のような雇止めに關する判例を分類したものととして、労働省「有期労働契約の反復更新に關する調査研究会報告書」がある。これによれば、(a) 契約解釈から更新が予定されている契約であり、特段の事情のない限り労働契約を更新する意思があるとみなしてこれに規制をかけるタイプ(実質無期契約タイプ)、(b) 更新手続きが遵守され、有期労働契約の実質を備えている場合でも、職務内容・勤務実態から、労働者の雇用継続に対する期待を梃子に雇止め規制を行っているタイプ(期待保護(反復更新)タイプ)、(c) 原則どおり契約期間の満了によって当然に契約関係が終了するとしているタイプ(純粹有期契約タイプ)、(d) 裁判所により実質的無期契約タイプとは認められなかったものの、格別の意思表示や特段の支障がない限り当然更新されることを前提として契約が締結されているとして、期間満了によって契約を終了させるためには、従来の取り扱いを変更して契

約を終了させてもやむを得ないと認められる特段の事情の存することを要するなど、雇用継続への合理的な期待が、当初の契約締結時から生じていると認められる契約であるとするタイプ（期待保護（継続特約）タイプ）があると分類されている。これまで、有期労働契約の反復更新拒絶をめぐる問題に対する明確なルールは存在しなかったこともあり、このように従来の判例を分類し、そこから一定のルールを導き出すことは、実務上の行動規範として機能することが期待される。実際、厚生労働省は同報告書に基づき、前述した「有期労働契約の締結、更新・雇止めに関する基準」を定め、現在ではこれが有期労働契約の反復更新の一つの目安になっている。しかしながら、これはあくまでも目安にすぎず、有期労働契約をめぐる法的問題が解決されたわけではなく、依然この問題は残されたままになっている。

## （2）学説の態度

有期労働契約の雇止めをめぐる代表的な学説としては、（a）有期労働契約の反復更新による無期契約への転化を認める転化説、（b）使用者が脱法の意味をもって有期契約を反復更新し、労働保護法規を回避した場合、期間の定めは無効とする主観的脱法行為説、（c）使用者に脱法の意味がなくとも、有期契約を反復更新して労働保護法規を回避した場合、期間の定めは無効とする客観的脱法行為説、（d）有期契約の反復更新につき客観的に合理的事由が存在しない場合、無期契約として取扱う客観的事由説、（e）期間の定めは使用者の契約終了意思の表明であるから、解雇と同様に、合理的な相当事由が必要であり、それがなければ無期契約に転化するという合理的相当事由説などがある。

（a）説に対しては、前述したように、有期労働契約はいかに反復更新されても有期契約にとどまるものであり、雇用期間がそのつど更新されて、事実上長期間にわたって引き続き雇用されたというだけでは、期間の定め

のある契約が期間の定めのない契約に転化するわけではないとの批判がある。有期労働契約が反復更新によって当然に無期労働契約に転化するとする学説は現在では見当たらない。

(b) 及び (c) 説は、使用者が有期労働契約の反復更新により労働保護法規を回避する場合、すなわち、有期労働契約の反復更新が脱法行為である場合には、有期労働契約から無期労働契約への転化を認めるものであり、脱法意思を必要とするか否かによって主観説と客観説に分類される<sup>(44)</sup>。前者は、有期契約を締結した労働者が契約更新によって引き続き雇用されるであろうという期待をもち、かつその期待が客観的にみて合理的根拠を有すると判断される場合は、契約の期間の定めは脱法の意図を示すものであり、したがって期間の定めなき契約とみなされるとする<sup>(45)</sup>。これに対し、後者は、脱法行為の成立要件として行為者の主観的な脱法意思を必要とせず、使用者が有期労働契約の反復更新により客観的に労働保護法規を回避する場合には、それだけで脱法行為が成立し、有期労働契約は無期労働契約として取扱われるとする。その理由として、臨時工契約における繰り返し更新は企業経営の調整弁として使用者による臨時工の解雇を容易ならしめようとするものである点や、臨時工契約は連鎖契約にプラスして労働条件における本工との不合理な格差に問題がある点に着目し、臨時工の連鎖労働契約の適法性の判断基準として「経済的社会的根拠」のみならず「労働保護法の精神」も見逃してはならない点が指摘されている<sup>(44)</sup>。これに対しては、脱法行為の意図や事実の立証が困難であり、かつ現実に問題になるのは、労基法の解雇制限規定の脱法だけではなく、解雇権濫用説や正当事由説による一般的な解雇制限法理自体からの脱法であるので、強行法規の潜脱のみを問題とする脱法行為説では事態に十分対応できず、かつ労働者保護にも欠ける結果になる、との批判がある<sup>(45)</sup>。

また、合理的相当事由説は、有期労働契約が締結されている場合に、反復更新という事実ではなく各個の有期

労働契約を考察の対象にして、有期労働契約は、労働契約の中に期間の定めが置かれることによって使用者の終意思がほぼ一方的に表明されているのであるから、期間の定めに関しては解雇につき要求される合理的理由に類似する「合理的に相当な事由」の存在を必要とするはずであるとする。この説は、契約の存続期間の定めは、雇用終了の時期をあらかじめ定めるといふ機能が重要であるから、解雇におけるような合理的な相当事由を欠く労働契約の期間の定めは、違法・無効になって、有期労働契約は無期労働契約に転化する、と理論構成する<sup>(46)</sup>。この説に対しては、何が具体的に見て合理的理由にあたるかという点で疑問が生じるし、その合理的理由の存否という事実判断によって契約上の明確な期間の定め効力が左右される法的安定性を失うこと、しかもこの説は既存のいかなる法理論に拠ろうとしているのが曖昧であるなど批判しつつも、相当事由説について「合理的事由の明確性」、「法的安定性」、「法理論的根拠の説得性」など精密化する作業を進めるべきであるとの積極的提言がなされている<sup>(47)</sup>。

### (3) 脱法行為論と労基法一八条の二

この点について、筆者は、有期契約を反復更新し、労働保護法規を回避した場合、期間の定めは無効になると考える。わが国における解雇制限に関する法は、これまで労基法やその他若干の規定が他の実定法の中に散見されるものの、これまで実質的な解雇制限は判例法に委ねられてきたため、使用者が解雇に関する各種の制限を回避する場合にも、それは強行法規の回避といえないことが多く、脱法行為の理論によって労働者の保護を十分に図ることができなかった。しかしながら、平成一五年の労基法改正によって、解雇権濫用法理を確認する強行規定（労基法一八条の二）が立法化されたことにより、「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」とする脱法行為の理論によって労働者を保護することができると考える。脱法行為とは、

強行法規の目的をそれ自体では適法な行為により回避する場合をいう。つまり、雇用の安定または雇用の継続が個別労働法上の基本原則であることを承認した労基法一八条の二を、それ自体では適法な法形式である有期労働契約により回避することは脱法行為であり、そのような有期労働契約は違法、無効になると考える。その結果、有期労働契約の締結は自由であるとする民法解釈は修正を迫られ、その自由も完全な自由であるわけではなく、有期労働契約を締結するには「客観的に合理的な理由」が必要であると構成することができる。そして、労働契約においてそのような客観的に合理的な理由なしに期間が定められた場合は、当該労働契約は期間の定めのないものとみなされるべきであると考える。

また、次に、「客観的に合理的な理由」とは何かが問題になる<sup>(48)</sup>。筆者は、「労働契約は、客観的に合理的な理由がある場合に限り、期間を定めて締結することができる」との規定を設けた上で、有期労働契約締結の際に有期雇用とすべき「客観的に合理的な理由」及び「上限期間」の書面による明示を使用者に義務づけるべきであると考へる。有期労働契約は契約締結時に労働関係の発生と終了を同時に合意する契約である。労働契約の締結時は労働者の意思が十分反映されないことを考慮すると、契約締結時の終了の合意は使用者によって一方的に表明される解雇（解約告知）であり、したがって、「客観的に合理的な理由」の存在を契約締結時に使用者が明示しておく必要があると考える。また、有期労働契約の利用が制限されることによつて原則的に雇止めも規制されることになるが、例外的に反復更新されるような場合があることも考慮して、更新回数の上限を限定すべきであろう。そして、使用者が明示した更新回数の上限を超えて雇用が継続された場合には、当該労働者の労働契約は期間の定めのないものとみなされるべきである。このように、従来判例法理に委ねられてきた有期労働契約の雇止め問題については、既存の法律を根拠にして有期労働契約を利用制限して、雇止めを規制することができると考える。

## 2 有期労働契約と整理解雇法理

正規従業員の雇用の尊重を基本原則とするわが国の長期雇用システムにおいては、景気の変動や経済変動に際しての雇用調整は、残業規制、新卒・中途採用の停止、配転・出向、非正規従業員の雇止めなどの手順を踏んで行われる。企業にとって、パートタイム労働などの有期雇用契約は、基本的に臨時的、補充的で雇用調整要員としての労働力の提供契約であると位置づけられていることから、正規雇用の労働者と違って、従業員としての雇用関係上の地位は弱い立場にある。このことは、一九七〇年代後半以降の経済変動に伴う雇用調整において、正規従業員の削減に先立って期間雇用従業員の雇止めを実施してよいか、そして、正規従業員の雇用を守るために行う諸種の雇用調整策（時間外労働削減、配転、出向、一時休業）の一つとして期間雇用従業員の削減をなそうるか、として問題となった。

この点について、判例は、期間雇用労働者は、契約を反復更新された後にも、人員整理においては契約の性質上正規従業員に劣後した地位にあることを認めている。例えば、前掲日立メディコ事件最高裁判決においては、解雇に関する法理が類推されるとしながら、「しかし、臨時員の雇用関係は比較的簡易な採用手続で締結された短期的有期契約を前提とするものである以上、雇止めの効力を判断すべき基準は、いわゆる終身雇用の期待の下に期間の定めのない労働契約を締結している本工を解雇する場合とはおのずから合理的な差異があるべきである」と判示している。また、具体的に正社員とどのような差異が認められるかについて、判決は正社員との差異を認め、「（正社員の）希望退職の募集に先立ち臨時員の雇止めが行われてもやむを得ないというべきである」として、雇止めに合理的理由を認めている。このように、判例は基本的に、整理解雇の際の期間雇用労働者の法的地位については、非正規労働者と正規労働者との間におのずから差異があるとして、正規従業員の手厚い雇用保

障との間に実地的な一線を画している。「おのずから差異がある」とは、長期雇用を前提とする正社員と、期間の定めのある労働者とは、労働者の雇用継続への期待が異なり、使用者の雇用保障に対する配慮義務の相違もその期待権の差異に求めうるという考え方によるものであろう。

しかしながら、経営上の理由による有期労働契約の更新拒絶（雇止め）に関する近年の裁判例を見ると、いわゆる整理雇法理の枠組みに準じて、雇止めの有効性を判断する裁判例が目立つ。例えば、三洋電機事件判決<sup>④</sup>は、正社員と定勤社員（有期契約従業員のうち臨時社員に比べて契約期間及び一日の労働時間が長く、臨時社員としての二年以上の継続勤務等が採用の要件となっている社員）との差異を認める一方で、「定勤社員の雇止めをするとしても、ただ定勤社員であるというだけの理由で直ちに全員を雇止めの対象とすることまで正当化されることは解し難く、まず削減すべき余剰人員を確定し、定勤社員の中で希望退職者を募集するなどの手段を尽くすべき」として、雇止めに合理的理由はないと判断した。また、一六年及び一八年にわたって二か月の短期契約を反復更新してきた労働契約の更新拒絶が問題になった丸子警報器（雇止め・仮処分）事件において、裁判所は、本件労働契約の性格について、期間の定めのない契約あるいはそれに類する契約形態であったと認めることはできないとして、期間の定めのない契約との差異を認める一方、実質において期間の定めのないものと類似の状態にあったとして、とくに回避措置において希望退職の募集がなされなかったこと、説明協議がなかったことから、信義則上許されない雇止めであると判断している<sup>⑤</sup>。

このように、労働者の雇用関係継続に対して持つ経済的・人格的利益は必ずしも雇用形態の差異により異なるわけではないので、労働者の享受しうる雇用維持への配慮はできるだけ等しくあるべきであり、基本的には、期間の定めのない労働者も期間の定めのある労働者も同じ雇用関係終了法理を適用すべきである。したがって、期

間の定めのある労働者であってもその契約が「実質的に期間の定めのない労働契約と異なる状態」と判断される場合には、整理解雇において両者を特に区別する必要性は乏しく、労働者に対する使用者の雇用保障は基本的に同じと考えるべきである。そして、期待権の違いが認められる場合には、具体的状況を考慮して、被解雇者の選定、再雇用の優先順位等において、期間の定めのある労働者が期間の定めのない労働者に劣後することが正当化されると考えるべきであろう<sup>⑤</sup>。

なお、期待権の違いが認められる場合であったとしても、前述した判例が特に重視していた整理解雇の四要件中でも「雇止めの回避義務」及び「雇止めに関する説明・協議義務」は考慮すべきであろう。使用者は、正規労働者と期間の定めのない労働者の雇用継続への期待権の差異を認めつつも、有期雇用労働者に対して、希望退職者募集など一定の雇止め回避のための努力義務や、人員整理の必要性や経営危機について具体的に説明・協議する義務を負うべきである。このような義務の内容も正社員と期間雇用労働者の合理的な差異によって異なりうるかについて、筆者は否定的である。期間雇用労働者の多様化（契約期間の長期化、労働力の基幹化・常用化）を考慮すれば、外部・内部労働市場の区分を越えて、他人の労働力を利用する使用者の責任として、期間の定めのある労働者にも使用者は雇用保障義務（解雇を回避する義務）があると考えるべきである。

### 3 有期労働契約の中途解約

民法六二八条は、「当事者が雇用の期間を定める場合であっても、やむを得ない事由があるときは、各当事者は直ちに契約の解除をすることができる」と規定している。やむを得ない事由とは、期間満了まで雇用を継続することが不当・不公平と認められるほどの重大な事由や、当該解雇が雇用期間の中途でなされなければならない

ほどのやむを得ない事由であるとされている。期間の定めのある労働契約は契約期間が短いため、期間途中の契約の中途解約は少なく、通常は契約更新段階で雇止めがなされてきた。そのため、これまで、期間の定めのある労働契約の中途解約の有効性についてはほとんど議論されることはなかった。

しかし、二〇〇三年の労基法改正により期間の定めのある労働契約の上限が延長されたことよって、有期労働契約の中途解約の有効性判断が今後重要な問題となることが予想される。ここでの問題は、第一に、有期労働契約の期間途中に約定解除（解雇）権を設定できるか否か、第二に、約定解除権を設定できた場合には、民法六二八条の制限（やむを得ない事由）と解雇権濫用規制（合理的な理由）のどちららに基づいて約定解除権を行使できるか否かが問題となる。これらの点をめぐっては、実際、ここ数年、有期労働契約の中途解約をめぐる興味深い判例がいくつか登場している。<sup>⑤⑥</sup>

第一の点について、有期契約労働者に対する解雇あるいは雇止めが争われたケースでは、「民法六二八条は、一定の期間解約申入れを排除する旨の定めのある雇用契約においても、（已ムコトヲ得サル）事由がある場合に当事者の解除権を保障したものと見えるから、解除事由をより厳格にする当事者の合意は、同条の趣旨に反し無効といふべきであり、その点において同条は強行規定といふべきであるが、同条は当事者においてより前記解除事由を緩やかにする合意をすることまで禁じる趣旨とは解し難い。したがって、本件解約条項は、解除事由を「已ムコトヲ得サル事由」よりも緩やかにする合意であるから、民法六二八条に違反するとはいえない」として、本件中途解約の特約の効力を認めている。<sup>⑤⑦</sup> 判決は、民法六二八条について、解約事由を強化する方向では強行法規として機能するが、緩和する方向では強行法規性を有しないと判断したものであるため、同条の法的性格が問題となる。<sup>⑤⑧</sup>

この点、約定解除権の設定は、「法律による特別の制限がない限り有効である」が、「法律が直接に約定解除権を禁止していない場合でも、法律の趣旨・目的からして約定解除の特約に効力が認められないこともある」とする民法学説からすれば、民法六二八条の約定解除権の設定についても、同条の趣旨・目的を考慮しながら強行法規か任意法規か検討すべきことになる。民法六二八条の趣旨は、人身の自由の観点から、一定の期間解約申入れを排除する旨の定めのある雇用契約においても、「やむをえない事由」がある場合に当事者の解除権を保障したものである。また、同条の趣旨はそれにとどまらず、「やむをえない事由」がなければ解約権を行使できないという形で、使用者からの安易な解約を防ぐ（労働者の期間途中の解雇制限）という雇用保障的意義を有している。このように、民法六二八条の「やむをえない事由」の基準は、従属的な地位にある労働者の雇用保障の趣旨・目的であり、当事者の合意で緩めることのできない強行規定であると考えべきである。<sup>56)</sup>

これに対して、民法六二八条の制限をより緩やかに解するような、つまり「やむを得ない事由」よりも緩やかな解約条件を定める当事者の合意は、同条との関係でこれを無効と解する必要はなく、その意味では同条は任意法規であると解する見解もある。<sup>57)</sup> この見解によれば、契約期間を定めていても、当事者が特約により一定の事由をもって解約しうる旨を定めておけば、両当事者はこの特約により契約を解約しうることになる。もともと、このように民法六二八条の任意法規性を認めるとしても、一方で期間を定めておきながら、他方で解約条件を定めるといふ当事者の意思が問題となる。この点について、任意法規性を認める見解は、有期労働契約における中途解約の合意を解釈する際には、当事者が労働契約に期間を付したということを第一の意思と考えるべきであるから、第二の意思である契約期間内の解約（中途解約）は、第一の意思と矛盾しない範囲でのみ成立しうる、すなわち、当事者が労働契約に期間を定めている以上、この期間内について契約に拘束されるとする意思を尊重し、

中途解約の合意はこの基本的意思を損なわない範囲で、契約期間内における過度の拘束を免れるためのものとし、のみ、許容されるべきであるとする。

しかし、当事者が合意を定めているのに、同時に中途解約の合意を定めることは当事者の意思表示に矛盾するのではないかとの疑問が生じる。任意法規性を認める見解は、前掲東芝柳町工場事件最高裁判決(「いずれかから格別の意思表示がなければ当然更新されるべき労働契約であった」)から、当該契約が期間の定めのある契約であるとしても、当事者の意思表示によって期間の定めが後退することがあるとして、中途解約の合意も同様に解されるとする。しかしながら、同判決は、①期間の満了毎に当然更新を重ねてあつても期間の定めのない契約と実質的に異ならない状態で存在していたこと、②当事者双方とも、期間の定めは一応二か月と定められているが、いずれかからの格別の意思表示がなければ当然更新されるべき労働契約であつたことから、実質上解雇の意思表示であるとして解雇法理の類推適用を認めているのであつて、その一部分をとつて当事者の意思表示により期間の定めが後退を認めることには疑問を感じる。また、労働契約においては、労使間に経済的な力関係や情報・交渉力に格差があり、労働者は、経営者から示される契約書に署名・押印せざるをえない立場にあることや、雇用期間の定めがあれば、労働者はその期間中は雇用が継続されると期待するのが通常であることなどを考慮すれば、当事者(特に労働者)の意思を損なうような中途解約の合意は許容されるべきではない。<sup>58)</sup>したがって、仮に、契約当事者で中途解約条項について合意が成立したというためには、少なくとも、労働者が使用者から当該条項について十分説明を受け、期間途中でも解雇されることがあると理解して、その「真意に基づいて」契約書に署名・押印したことが必要である。これを無視して当事者の意思表示から安易に民法六二八条の任意法規性を認め、任意法規に約定(合意)は優先すると簡単に解してしまうことには慎重に考えるべきである

ように思われる。

- (1) 菅野和夫『労働法 第七版』（弘文堂、二〇〇五年）六八頁。
- (2) 代表的な判例として、三晃社事件・最二小判昭五二・八・九労働経速九五八号二五頁、中部日本広告社事件・名古屋高判平二・八・三一労民四一卷四号五六六頁などがある。また、退職後の競業行為の差止めに関する代表例としては、フオセコ・ジャパン事件・奈良地判昭四五・一〇・二三判時六二四号七八頁、東京リーガルマインド事件・東京地決平七・一〇・一六労判六九〇号七五頁がある。
- (3) 有期雇用労働者は契約期間が定められており、使用者も労働者もその取引条件によって今後の契約継続を決めるという外部労働市場の労働者である、つまり、流動性が前提となっている雇用形態である。したがって、使用者も、専門的能力を有する労働者を契約社員として雇用して営業秘密を開示する以上、その漏洩の危険は覚悟しなければならず、それが嫌なら内部労働市場の正社員として雇用するしかない。石寄信憲『パートタイマー・契約社員等の法律実務【第2版】』（中央経済社、二〇〇四年）二二二頁。
- (4) 石寄・前掲書（注3）二二二頁。
- (5) 川義事件・最三小判昭五九・四・一〇民集三八卷六号五五七頁。
- (6) 自衛隊車両整備工場事件・最三小判昭五〇・二・二五民集二九卷二号一四三頁。
- (7) 光工業製作所事件・横浜地判昭五六・五・一五労判三六五号、東京高判昭五七・九・三〇労判三九七号二二頁。
- (8) 例えば、最近では、業務請負会社からの派遣従業員の自殺につき、派遣先及び業務請負会社の損害賠償が肯定された事例として、アテスト（ニコン熊谷製作所）事件・東京地判平一七・三・三二労判八三〇号。
- (9) ジェイ・シー・エム事件・大阪地判平一六・八・三〇労判八八一号三九九頁。
- (10) 「短時間労働の活用と均衡処遇」均衡処遇モデルの提案」（社会経済生産性本部、二〇〇三年）。
- (11) 土田道夫「パートタイム労働と「均衡の理念」」民商法雑誌一一九卷四・五号（一九九九年）五五三頁。
- (12) 土田・前掲論文（注11）。
- (13) 浅倉むつ子『労働とジェンダーの法律学』（二〇〇〇年、有斐閣）四四五頁以下。

- (14) 本田淳亮「パート労働者の現状と均等待遇の原則」大阪経済法科大学法学研究所紀要一三〇号(一九九一年)一三二頁以下。
- (15) 水町勇一郎「パートタイム労働の法律政策」(一九九七年、有斐閣)一三四頁以下。
- (16) 菅野和夫「諏訪康雄」パートタイム労働と均等待遇原則」北村一郎編「現代ヨーロッパ法の展望」(東京大学出版会、一九九八年)一二九頁以下。
- (17) 土田・前掲論文(注11)五四七頁。
- (18) 大村敦志「公序良俗と契約正義」(有斐閣、一九九五年)。
- (19) 山本敬三「公序良俗論の再検討」(有斐閣、二〇〇〇年)。
- (20) 内田貴「契約の時代」(岩波書店、二〇〇〇年)。
- (21) 和田肇「パートタイム労働」『労働法の争点』(第3版) (有斐閣、二〇〇四年)二六九頁。
- (22) 西谷敏「パート労働者の均等待遇をめぐる法政策」日本労働研究雑誌五一八号(二〇〇三年)五六頁。
- (23) 菅野「諏訪・前掲論文(注16)一三〇頁以下。
- (24) 丸子警報器事件・長野地上田支部判平成八・三・一五勞判六九〇号三三二頁。
- (25) 水町・前掲書(注15)一〇一頁。
- (26) 中窪裕也「正社員と臨時社員との賃金格差の違法性——丸子警報器事件」ジュリスト一〇九七号(一九九六年)一八〇頁。
- (27) 浅倉むつ子「正社員と臨時社員の賃金格差と均等待遇——丸子警報器事件」(長野地裁上田支部判決平成八・三・一五)法時六八卷九号(一九九六年)八一頁。
- (28) また、何を「合理的理由」とするかを考えるにあたっては、「公正さ」とは何かということを考える必要がある。公正であるということは、労使当事者が実質的に対等の立場で、相互に受け入れることのできるルールを提案しあえるような諸原理を満たしている場合をいう(ジョン・ローズ／田中成明編訳「公正としての正義」(木鐸社、一九九一年)二二三頁)。したがって、雇用形態差別に対しても、有期契約労働者も含めて労使が自主的に決定できる仕組みを整備し、そこで決められた労働条件であれば、いちおうの「合理的な理由」を推定することができる

べきである。

- (29) 安西愈「トラブルを起こさないパートタイマーの雇用と法律実務」(日本経営協会総合研究所、二〇〇二年) 一七五頁。

- (30) 例えば、等級制度の実施状況を見ると、「非正規社員向けの(独自の)等級制度を設定」している企業は短時間パートで六・九%、フルタイムで六・七%、契約社員で四・〇%である。次に、「正社員の等級制を準用」する企業は短時間パートで〇・八%、フルタイムで一・九%、契約社員で二二・〇%となるなど、何らかの形で等級制度を利用している企業は、一―二割弱である。また、勤続年数が長くなると、正社員と同様に非正規社員に対しても人事考課を実施し、適正な処遇を図る場合があることから、人事考課の実施状況を見ると、短時間パートに対して三九・六%、契約社員に対して四七・〇%の企業が人事考課を実施していることが分かる。また、非正規社員の人事考課は、もっぱら「昇給」と「賞与」の決定を中心に利用されている。労務行政研究編「別冊 パートタイマー・契約社員管理の実務」(二〇〇四年) 参照。

- (31) この改正パート労働指針は、「パートタイム労働研究会」の『働き方に応じた公正な処遇のための六つのルール』短時間労働者の均衡処遇に関するガイドライン<sup>1)</sup>がたたき台になっている。これによれば、ルール一…パート社員の処遇について常用フルタイム社員(正社員)との違いやその理由について十分な説明を行うこと、ルール二…処遇決定のプロセスに、パート社員の意思が反映されるよう工夫すること、ルール三…パート社員についても、仕事の内容・役割の変化や能力の向上に伴って、処遇を向上させる仕組みを作ること、ルール四…パート社員の意欲、能力、適性に応じて、常用フルタイム社員(あるいは短時間正社員)への転換の道を開くこと、ルール五…フルかパートかの違いだけで、現在の仕事、責任が同じであり、また異動の幅、頻度などで判断されるキャリア管理実態の違いも明らかでない場合は、処遇決定方式を合わせること、ルール六…ルール五に照らして、処遇決定方式を異にする合理性がある場合でも、現在の仕事、責任が同じであれば、処遇の水準の均衡に配慮すること、という六つのルールが提案されている。

- (32) 松屋フーズ(パート未払賃金)事件・東京地判平一七・一二・二八労判九一〇号三六頁。  
 (33) 菅野・前掲書(注1)三六六頁。

- (34) パートタイムの業務外行為を懲戒の対象となしうるかどうかについて、①一般にパートタイム労働者の場合、終身雇用を予定するものではなく、企業との結びつきが弱いこと、②就業時間をこえてその労働力のすべてを使用者のために供する必要はなく、就業時間外の時間は基本的に自由に利用することができることなどにかんがみて、懲戒権は原則として及ばないとみる見解もある。鈴木芳明「パートタイム雇用と労働契約・就業規則」日本労働法学会誌六四号(一九八四年)三五頁。
- (35) 小宮文人「有期労働契約―雇止めに関する判例法理の分析を中心として」〔下〕労旬一五五六号(二〇〇三年)一四頁。
- (36) 東芝柳町工場事件・横浜地判昭四三・八・一九民集二八巻五号九五三頁、最一小判昭四九・七・二二民集二八巻五号九二七頁。
- (37) 日立メデイク事件・最一小昭六一・一二・四労判四八六号六頁、控訴審東京高判昭五五・一二・一六労判三五四号三五頁。
- (38) 川口美貴・古川景一「労働契約終了法理の再構成」季労二〇四号(二〇〇四年)四九頁(六七頁)。
- (39) 小西國友「有期労働契約の反復更新と労働者の保護(二)―日立メデイク事件を契機にして」判時一二七六号(一九八八年)一四八頁。
- (40) 小宮・前掲論文(注35)一六頁。
- (41) 主観的脱法行為説に関しては、本多淳亮「臨時工の解雇について」法学雑誌四巻三・四号(一九五八年)二九四頁(三〇四頁)、萩澤清彦「解雇」経営法学会集一五巻(一九六七年)一九六頁、客観的脱法行為説に関しては、阿久澤龜夫「臨時工・社外工をめぐる諸問題」新労働法講座(八)(一九六七年)三九七頁(四〇一頁)以下参照。また、これらの学説の整理については、小西國友「連鎖労働契約の基礎理論」『解雇と労働契約の終了』(有斐閣、一九九五年)二八七頁が詳しい。
- (42) 本多淳亮「労働契約・就業規則論」(一粒社、一九八一年)一五六頁。
- (43) 峯村光郎「臨時工の法的地位」日本労働法協会雑誌一九号(一九六〇年)四頁(六頁)以下。
- (44) 阿久澤・前掲論文(注41)三九七頁(四〇一頁)以下。

- (45) 本多・前掲書(注42)一五七頁。
- (46) 小西・前掲書(注41)二七一頁。
- (47) 本多・前掲書(注42)一五六頁。
- (48) この点については、フランスやドイツの法制度を見ると、労働契約に期間を定めることのできる事由を限定しているほか、更新を含めた契約存続の最長期間の制限、それらの制限に違反した場合の法的効果などについても規定を置いていることから、労働契約の設定事由についての明確なルールを規定すべきであると見る見解がある。
- (49) 大阪地判平三・一〇・二二労働九五九号九一頁。
- (50) 長野地上田支判平九・一〇・二九労働七二七号三三頁。この他にも、「定勤社員」として約一三年にわたり部品の検査業務に従事してきた労働者の更新拒否が問題になった芙蓉ビジネス事件・長野地裁松本支決・平八・三・二九労働七一九号七七頁は、雇用期間を六か月と明定した定期社員契約書に、労働者本人がそのたびごとに署名・押印する手続きが履践されていることから、裁判所は、本件雇用契約は反復更新を重ねたことのみによって期間の定めのない雇用契約に転化したとはいえず、また、実質において期間の定めのない契約とは異なる状態が存在していたとまではいえないとしながらも、本件雇用契約は特段の事情のないかぎり、契約満了後も継続して定勤社員として雇用することが予定されており、雇止めにあたっては解雇に関する法理が類推適用されるとして、四基準に基づいて検討している(結論としては正当事由ありと判断している)。
- (51) 川口美貴「雇用構造の変容と雇用保障義務」日本労働法学会編『講座21世紀の労働法第四巻―労働契約』(有斐閣、二〇〇〇年)四七頁。
- (52) 例えば、安川電機八幡工場(パート解雇・本訴)事件(福岡地小倉支判平成一六・五・一一労働八七九号七一頁)は、「期間の定めのある労働契約は、やむを得ない事由がある場合に限って期間内解除(ただし、労働基準法二〇条、二二条による予告が必要)が許されるのであるから(民法六二八条)、…就業規則九条の解雇事由の解釈に当たっても、本件整理解雇が三か月の雇用期間の途中でされなければならないほどのやむを得ない事由の存在が必要というべきである」と判断している。また、「契約期間中いつでも三〇日前の書面による予告のうえ本件契約を終了することができる」との契約上の特約による解雇が問題になったモーブツサンジャパン(マーケティング・コンサルタン

- ト) 事件・東京地判平成一五・四・二八労判八五四号四九頁は、「原告が作成した在庫表と販売予算に多数の誤りがあったことや、通話料金の一部を不正に請求したことは、本件解雇を根拠づけるやむを得ない事由(民法六二八条)に当たるとは認められないから、本件解雇は無効である」として、解雇にやむを得ない事由が求められるとしている。
- (53) ネスレコンフェクショナリー事件判決・大阪地判平一七・三・三〇労判八九二号五頁。なお、民法六二八条の「已ムコトヲ得サル事由」は、民法の現代語化によって「やむを得ない事由」となった。そのため、本稿では、判決文の引用においては前者、それ以外では後者を使用している。
- (54) 有期契約の中途解約と民法六二八条の關係については、根本到「有期契約期間途中の解雇と民法六二八条の強行法規性」労旬一六〇一号(二〇〇五年)一〇頁以下、篠原信貴「有期労働契約の中途解約と雇止めをめぐる一考察」季労二二二号(二〇〇六年)一四三頁以下が詳しい。
- (55) 谷口知平『五十嵐清編』新版注釈民法(一三)・債権(四)〔有斐閣、一九九六年〕六五〇頁(山下末人執筆)。
- (56) 根本・前掲論文(注54)一四頁以下参照。
- (57) 篠原・前掲論文(注54)一五六頁以下参照。
- (58) 田窪五朗・鎌田幸夫・村瀬謙一・佐藤真奈美「外注化を理由とする解雇・雇止めが無効とされた例―ネスレコンフェクショナリー事件・大阪地裁判決について」労旬一六〇一号(二〇〇五年)五頁。