

有期労働契約に関する一考察（一）

——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

本稿は、期間の定めのある労働契約（以下「有期労働契約」という）の法的性質について論じるものである。従来の有期労働契約をめぐる論争は、契約の更新拒絶、とりわけ短期期間契約の反復更新の打切りによる継続雇用の終了が主なものであり、有期労働契約が体系的に論じられることはなかった。その理由として、第一に、パートタイム労働者、派遣労働者、契約社員等のいわゆる「非正規労働者」あるいは「非典型労働者」の個別問題（賃金等の労働条件格差など）が議論の中心とされ、有期労働契約法理としての独自の検討がなされなかったこと、^①第二に、内部労働市場と外部労働市場という労働市場の二極分化により、期間の定めのある雇用形態は長期雇用が予定された正社員とは明らかに異なる雇用形態として位置づけられてきたこと、第三に、有期労働契約は「雇用・就業形態の多様化」の中で労働者が自ら望む雇用形態として積極的に位置づけられてきたために、労働者の自由な選択を妨げない範囲での労働者保護が論じられてきたこと等があげられる。このような理由から、

これまで、有期労働契約を労働契約法理の上で独自の研究対象に位置づけ、それに関する一貫した考察を行う試みはなされていない。

しかし、産業構造の変化、人事管理の個別化・多様化、就業形態や就業意識の多様化が進む中で、有期労働契約をめぐる紛争は増大し、多様化しつつある。このような状況において、有期労働契約の法的性質の検討を抜きにして、有期労働契約の表面化した問題のみを取り上げる議論は十分ではないと言わざるをえない。有期労働契約の問題の本質は、有期労働契約の法的性質を体系的に検討することにより明らかになると考えられるのである。また、近年、労働契約法制の検討が各方面から開始されており、有期労働契約を労働契約法の中のどのよう位置づけるかという新たな課題について無関心であることは許されない。

本稿はこうした視点から、有期労働契約の法的性質及び論理構造を明らかにし、それに対応した労働契約法制のあり方を検討しようとするものである。

第一章 序章

第一節 問題の所在

1 有期労働契約の特質

わが国における有期労働契約は、無期労働契約（Ⅱ期間の定めのない労働契約）と比較すると、三つの特徴的な機能（拘束機能、保障機能、自動終了機能）を有している^②。民法の雇傭に関する規定によれば、雇傭契約において五年を超える期間の定めをした場合は、いずれの当事者も、五年経過後はいつでも、三カ月前の予告で契約

を解約できる(六二六条)。これは、期間の定めがある雇傭においては、期間途中の解約が厳しく制限されていて、拘束関係が生じるためである(拘束機能)。また、民法は、労働契約に期間の定めをおく場合、「已むことを得ざる事由」がない限り解除することはできないと規定している(六二八条)。したがって、期間の定めをおく場合、当事者はその期間はやむを得ない事由がない限り自ら適法に契約を解除できない負担(拘束機能)を負う代わりに、止むを得ない理由がない限り相手方から適法に契約を解除されない利益(保障機能)を得る^③。さらに、民法の契約理論によれば、契約期間が満了すれば契約は自動的に終了し(自動終了機能)^④、その更新を行うか否かは当事者の自由であるとされている。

有期労働契約に関する法律規定並びに民法の契約理論から生じる以上のような機能の他にも、そのような機能に付随する特徴や、有期労働契約の実態、特に無期労働契約との対比において明らかになる有期労働契約の特質がある。

第一に、有期労働契約は、多種多様な雇用形態をとりながら、企業内に複合的に存在しているという点である。期間の定めのある労働契約によって雇用される労働者のタイプは、日雇い、臨時工、季節労働者、契約社員、アルバイト、パートタイム労働者、嘱託など様々である^⑤。これら雇用形態には明確な定義が存在していないため^⑥、雇用の実態も名称も企業の労務管理上、様々に用いられている。また、仕事の内容も専門性の低い補助的な単純労働だけでなく、専門パートや管理職パートのように正規労働者と同様の業務(基幹的業務)や専門的技術や知識を活用できる仕事など多様である。さらに、このように当該企業に直接雇用されている者(直接雇用者)のみならず、派遣労働者や事業内下請労働者、請負契約による契約労働者のように、他の企業に雇用されて当該企業のもとで業務に従事している者(間接雇用者)の多くは有期労働契約を締結している。

第二に、有期労働契約は、期間の定めのない契約と比べて、契約の重要性が高く、個別合意が重視されているという点である。日本の雇用慣行（終身雇用）のもとでは、労使ともに雇用の保持・安定こそを重視し、労働条件や職務内容については不明確かつ包括的に定めておくことが通例である。その結果、わが国の無期労働契約は、もっぱら企業における従業員たる地位の設定を目的とする契約と化し、当事者の権利義務を限定し規制する契約としての本来の機能を喪失する（労働契約は「契約法の諸原則から乖離した契約像である」あるいは「ある種の擬似契約である」といわれるゆえである^⑦）。これに対して、有期労働契約の場合、長期の雇用を前提としていないため、労働条件や職務内容を包括的・柔軟に規定しておく必要がない。むしろ、労働条件を曖昧にしておくことから生じるトラブルを回避するためにも、労働条件は契約において明確に規定することが求められている。また、雇用過程における労働契約の展開は更新以外には原則的に問題とならず、契約締結時における内容が最終的なものであるため、期間の定めのない労働契約に比べ契約内容が重視される。さらに、有期労働契約は、労働協約や就業規則による団体的規制を期待しにくい契約形態であることから、労働条件の決定の際の個別意思が尊重される傾向にある^⑧。このように、無期労働契約は労働関係への編入にウエイトがあるのに対して、有期労働契約は労務と報酬の交換が前面に出てくる契約である点に両者の本質的な相違を見出すことができる。

第三に、有期労働契約は無期労働契約と「身分的に」区別された契約形態であり、両者は異なるタイプの契約形態として本質的に異質なものとしてとらえられている点である。両者の区別を明確に打ち出したのが、「新時代『日本的経営』—挑戦すべき方向とその具体策^⑨」である。ここでは、将来の雇用形態はいわば「従来型の期間の定めのない労働契約」による長期蓄積能力活用型グループのほかに、「期間の定めのある労働契約による」高度専門能力活用型グループ（専門部門）と雇用柔軟型グループ（一般職・技能・販売部門）の三種に峻別され、

それぞれ別個の人事・労務管理を行うこと（その結果、伝統的な正社員に相当する長期蓄積能力型の比率を下げること）が提唱されている。これにより、期間の定めのある労働契約（有期労働契約）グループは、「外部労働市場」を活用した様々な雇用形態によつて調達するという「雇用のポートフォリオ」戦略が着実に推し進められたのである。地域労働市場の影響を受ける有期契約労働者を対象とした「外部労働市場」と、正規従業員を対象とする長期雇用を前提とした「内部労働市場」という労働市場の二極分化が、両者の身分的な区別をより一層明白にしたといえるだろう。

第四に、有期労働契約は、雇用の継続を前提としておらず、また、前述したように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）（とされている）点である。雇用が一回限りあるいは断続的で、労働時間も変動的な日雇いあるいは学生アルバイトなどはその典型例であろう。また、正社員のような時間的拘束や責任の増大を回避するために、現在の雇用形態を自ら望んで選択している、あるいは正社員にはなりたくない^⑩と表明している非正規（非典型）雇用労働者が少なからず存在することも、この特徴を裏付けるものである。さらに、パートタイム労働者と正社員の賃金格差に合理性があるとする学説は、わが国のパートタイム労働者は、内部労働市場に組み込まれている正社員とは異なり、企業拘束度の低い労働力として位置づけられており、正社員に比べて義務・拘束の軽減を享受していることが多いことを指摘している。したがって、この点においても有期労働契約は期間の定めのない無期労働契約とは性質を異にするものである（とされている）。

2 問題点

期間の定めのない労働契約は以上のような特質ゆえに、独自の困難な法的問題を惹起する。

第一に、パートタイム、アルバイト、派遣労働など有期労働契約の種類及び実態が多様化しているために、有期労働契約として統一的に把握し、それに対する対策を検討することが困難であるという点である。例えば、これまで、パートタイム労働者や臨時工については正社員との賃金格差や雇止めが、また派遣労働については使用者責任の不明確性ゆえの不安定性が大きな問題として取り上げられてきた。そのため、雇用形態ごとに固有の問題が検討対象とされ、有期労働契約に共通する問題としての議論は十分でなかったと言わざるを得ない。

第二に、一定期間の雇用を前提とする有期労働契約の場合、使用者は契約をより重視するため、職場において労働者を単なる労働力₁₁モノとして扱う傾向を強める可能性がある₁₂。実際、この傾向は、パートタイムやアルバイト、契約社員等を使い捨て労働力としてみなし、また派遣労働者や請負契約による契約労働者に対する使用者責任を放棄して利用する形で表面化している。また、労働契約の地位を重視することによって、労使の形式な「合意」と、労働者の真意との乖離₁₃がますます大きくなり、契約が、単に使用者の一方的支配を覆い隠す道具となるとの懸念もある。たしかに、労働契約も契約である以上、労使双方の合意を前提にするものであり、労働者と使用者が労働条件を対等な立場で決定すること（「労使対等決定原則」は労基法（二条一項）が謳っているところでもある。しかしながら、労使間には圧倒的な力関係の差があり、労働契約といっても、実際には使用者側から労働者側への労働条件の一方的押し付けが行われている現実がある。また、労働契約をめぐる判例法理は、これまで使用者による一方的な労働条件決定や業務命令権行使における幅広い裁量を正当化してきたが、個別労働契約における「契約」的要素、すなわち自由意思と個別合意という仮構によって、労働条件決定過程における

使用者の事実上の単独決定権は一層強化されることが危惧される。この問題は有期労働契約に限ったことではなく、今後、労働契約の契約化が一層進む中では労働契約全般にわたる重要な問題である。

第三に、有期労働契約を「働き方」の一形態というよりも、無期労働契約の正社員よりもランクの劣る「身分」ととらえ、労働条件が劣悪で労働法上の諸権利が十分に保障されないのも当然とみる風潮が、使用者と労働者双方に支配的な点にある。有期労働契約が、多様な労働条件に対応する適切な処遇を保障しているのであれば、労働者が真に望む働き方として積極的に推進していくべきであろう。しかし、有期か無期かの違いを身分の違いとしてとらえ、有期労働者を劣悪な状態におき、しかも労働者自身がそれを選択したということによって「正当化」しようとする点は、深刻な問題であるといわざるをえない。¹⁵⁾ いまや、日本的雇用慣行は見直しを迫られ、集团的・画一的管理から個別的管理へと労務管理のあり方が移行する中で、正社員の雇用と就労のあり方そのものが大きく様変わりし、「雇用・就労形態の多様化」は、正社員も含めて語られる新たな段階に入っている。¹⁶⁾ そこにおいて、労働者を期間の定め有無という「身分」カテゴリーによって区分し、それぞれに対して異なった処遇をするという日本企業の人事処遇制度は、多様な労働条件を有する労働者の公平な処遇ルールをいかに構築するかという視点が欠けているといわざるを得ない。

第四に、終身雇用を前提とする期間の定めのない労働契約関係に比べて、一定期間の満了により終了する有期労働契約関係の場合には、「没関係性」「脱従属性」が強調される傾向にあるが、必ずしもそれがすべてではないという点である。確かに、有期雇用の増大は全体として労働者と企業の結びつきを弱め、労働者の企業帰属意識を希薄化させている面があるのも事実である。しかし、有期労働契約を締結している多くの労働者は、依然として使用者に従属する地位に置かれ、契約を更新してもらうために様々な拘束も責任も甘受している実態がある

ことを見過すべきではない。さらに近年、企業と正規労働者の人間的関係も希薄化しつつある。九〇年代のリス
 トラの進行、とりわけ中高年労働者の切り捨ては、日本的企業社会がもつ労使相互の信頼関係や労働者の企業帰
 属意識を裏切るものであり、また、そのような企業に期待できなくなった労働者の流動化によってその傾向は今
 後ますます強まるものと思われる。このような正規労働者の労働関係の変容を全く無視して、有期労働契約の没
 関係性・脱従属性のみを強調し、しかもそれを理由に期間の定めのない正社員との合理的格差を容認することは
 許されない。

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

現在、厚生労働省の「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」において、今年（平成一七年）秋の労働
 契約法制に関する報告書の取りまとめに向けて議論が行われている。同研究会は、最初に、現状として労働契約
 関係を取り巻く状況変化と労働契約をめぐる紛争の増加という二つの問題を指摘している。¹⁸

第一に、近年の産業構造の変化や人事管理に関する企業の意識の変化、人事管理の個別化・多様化、就業形態
 や就業意識の多様化が労働契約法制の見直しを促しているという点である。企業の人事管理の面においては、い
 わゆる長期雇用慣行、年功的賃金体系に関する企業の意識に変化が見られ、能力主義、成果主義を志向した賃金
 制度改革の推進や、年功的人事体系の見直し、中途採用や勤務地限定制度等採用方法の多様化、¹⁹専門職制度の活
 用や社内公募制度の導入等人事管理の個別化・多様化が進んでいる。他方、働く側においても、非正規雇用で就
 業する労働者の増大など就業形態の多様化が進むとともに、仕事と生活の調和を求める意識や、²⁰能力発揮意欲の

高まり^②、若年層を中心とする転職意識の高まりなど、働く者の就業意識の多様化が進んでいる。このような現状認識で強調されているのは、企業側の人事管理面での「多様化・個別化」であり、働く側の雇用・就業形態・就業意識の「多様化」というキーワードである。

第二に、現行の労働契約に関するルールは、このような労働契約を取り巻く状況の変化に十分対応できていないという点である。その理由として、①実定法上は、部分的にのみルールが規定されてきたに過ぎず、判例法理によるルールを含めても、網羅的に整備されていないこと、また、判例法理は、労使当事者にとって、内容の理解や具体的な事案へのあてはめによる予測が困難であること、②団体交渉等による集団的な労働条件決定システムの機能が相対的に低下してきている状況の中では、労働条件の決定・変更に際して労働者の意思が反映される仕組みが不十分であることを挙げている。

このような状況から、研究会は、労働契約に関する包括的なルールの整備・整理を行い、その明確化を図ることが必要であり、時代の変化に対応した労働契約のルールについて、法的論点を包括的に検討するとしている。

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

問題は、このような労働契約法の議論の中で、有期労働契約はどのように位置づけられているか、である。この点について、「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会中間取りまとめ（平成一七年四月二三日）」は、大きく以下の三点について重要な提起をしている。

第一に、労基法一四条は有期労働契約の三つの効果のうち、労働者の退職の制限（期間中は労働者はやむを得ない事由がない限り退職できないという効果）に対する規制であることを明確にすること、第二に、「使用者は、

有期労働契約の締結に際し更新の有無を明示しなければならず、更新する場合があると明示したときはその判断の基準を明示しなければならない」（「有期労働契約の締結、更新及び雇止めに関する基準」平成十五年一〇月二二日厚生労働省告示第三五七号）等が定める手続きを履行したことを雇止めの有効性の判断に当たったの考慮要素とすること等について検討する必要があること、第三に、契約期間満了後に引続き期間の定めのない契約を締結する可能性がある場合にはその旨及び本採用の判断基準を併せて明示させることとして、試用の目的を有する有期労働契約（いわゆる「試用雇用契約」）の法律上の位置づけを明確にする方向で検討することが適当である、としている。

報告書の七つの大項目のうち一項目を有期労働契約に当てていることから明らかなように、労働契約法において有期労働契約の明確に位置づけようとしている点は一定の評価をすることができる。しかし、ここでいくつかの問題を指摘しておきたい。

第一に、労基法一四条の効果として、期間の満了によって労働契約が終了するという効果（自動終了機能）もあわせて明確にすべきである。そもそも、労基法一四条の立法趣旨は、長期労働契約による人身拘束の弊害を排除するものであるから、同条は労働者の退職の制限に対する規制であることを明確にしておくという報告書の立場は当然である。しかし、実際には有期雇用の反復更新後の雇止めが大きな問題となっており、にもかかわらず、一定の場合に雇い止めが制限されるとする判例法理もその判断にあたって予測可能性が十分でないことが指摘されている。「期間の定め（有期）」の意味を厳格に解するなら、「期間の満了により契約は終了する」ことは当然であり、有期労働契約の自動終了機能を明確にしておくことは、労使当事者の行動の規範となりかつ予測可能性を高めて紛争防止に役立つようなルールを作るといふ労働契約法の考えに適うものであると思われる。⁽²⁴⁾

第二に、中間報告によれば、「有期労働契約の締結、更新及び雇止めに関する基準」が定める手続きを履行することによって、事実上雇止めの有効性の判断がなされることになり、雇止めに關する判例法理が結果的に崩壊してしまふおそれがある。近年、厳格な更新手続きをとり、更新回数を当初から限定する等の方法により雇止め規制（判例法理）を逃れ、事実上、解雇法理の脱法を意図した事例が多発している。中間報告はこのような忌々しき事態にお墨付きを与えてしまふものになりかねず、賛同しえない。また、この中間報告では、有期労働契約の更新の有無と更新する場合の判断基準を明示するという前掲告示について検討する必要性があることを指摘しているが、問題は、期間の定めのような重要な労働条件について「更新するかもしれない」という曖昧な条件の明示に過ぎないという点である。事実、この点については、本報告においても、「使用者は雇止めの制限を免れるために、実際には契約の更新を予定しているにもかかわらず更新をしない旨を明示しつつ実際には更新を繰り返すことや、有期労働契約労働者を長期間継続して雇用すること、中でも反復更新して更新を繰り返す、期間の定めのない契約と実質的に異なる状況や労働者が契約の更新を期待することに合理性が認められる状況となつていながら、最後の更新時のみ次の更新はない旨を明示して雇止めをすることが考えられる」と指摘しているところであり、このような更新の有無という不確かな労働条件の明示についてはやはり厳格に規制すべきであろう（この点については、本稿第二章第一節の一を参照）。

第三に、試行雇用契約という新たな契約類型を導入することは、使用者の都合に偏した不安定雇用をさらに拡大することになると懸念される²⁶⁾。すでに、平成一五年労基法改正による有期労働契約の上限規制緩和によつて、実務上は、有期労働契約を一種の試用契約として利用し、労働者の能力を判断した上で正社員採用する企業が出てきている。つまり、本報告は、試用契約としての有期労働契約を「試行雇用契約」とすることより、本採用を

前提とする従来の試用期間に代わる、使用者に利用しやすい契約形態として位置づけようとしている。また報告は、「試用雇用契約は契約期間中の雇用が保障されることから試用期間と同一に論じられ(ない)」としているが、問題は、試用期間は本採用を前提とする期間の定めがない契約であるのに対して、試用雇用契約は期間中は確実に雇用が保障されるが、期間満了後に本採用されるか否かが不確定であるという点である。

第四に、本報告は、有期契約労働者と正社員との均等待遇については、実態調査の結果等を踏まえて検討することとしている。労働者一人一人が主体的に多様な働き方を選択できる可能性を拡大するためには、有期契約労働者と正社員との均等待遇を実現することが必要不可欠であり、この点を抜きにした労働契約法制の議論は不十分であると言わざるを得ない。

第三節 有期労働契約をめぐる従来の議論状況

有期雇用をめぐる従来の労働法学の議論は、(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⁽²⁶⁾、(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⁽²⁷⁾、(3)有期雇用の最も重要な点である雇止めについて検討するもの⁽²⁸⁾、(4)パートタイム労働を労働契約に関して考察するもの⁽²⁹⁾、等を中心に行われてきた。

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

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については、日本労働法学会第七一回大会「雇用就業形態と保護法制」において行われている。この中で西谷教授は、多様化・流動化が惹起する問題として、第

一に雇用の不安定化、第二に労働者相互の労働条件格差の拡大、第三に就業形態の多様化・流動化は不規則な労働時間や単身赴任に見られるような労働者の私的生活の破壊をもたらす可能性があることを指摘され、これらの諸々の問題にいかに対応するかが、労働者保護法を考える際の最も基本的な視点にならねばならないとする。そして、「多様化のすべての現象形態を所与の前提とする」ことを批判し、雇用・就業形態の多様化に対する労働者保護法の対応として、①「多様化」そのものに対する直接的規制が必要な場合、②「多様化」にもかかわらず統一的に法的規制を及ぼすべき場合、③「多様化」に即した個別的もしくは柔軟な法的規制が要請される場合があることを指摘されている。また、労働者派遣や短期有期契約に関しては、労働者保護の理念からしてあまりにも弊害が大きいため、直接的に規制されるか、少なくとも厳格に規制されるべきであり、特に、短期有期契約の法的規制について、反復更新拒否の問題に解雇法理を類推適用するだけではこの問題は根本的には解決せず、むしろフランスやドイツの判例のように、合理的根拠のない短期有期契約そのものを規制する必要性を強調されている。有期労働契約の法的規制をめぐる様々な議論がある。この点については後述する。

また、日本労働法学会第八回大会「多様化する雇用形態と労働法理」では、パートタイム労働者が多様化している現状、労働者派遣法施行後の派遣労働者の状況、契約社員やその他新たに登場している労働者類の者たちの多様な就労・就業状況等について、当時における実態把握を中心に取り組むことにより、従来の解釈論や立法論の見直しを試みている。この中で伊藤教授は、当初研究グループに要請されたテーマは「不安定雇用をめぐる法的諸問題」であったところ、「多様化する雇用形態と労働法理」に変更した理由について次のように述べている。すなわち、①パートタイマーや派遣労働者の中にはそのような雇用形態が労働者自身にとって必ずしも不本意なものであるとは限らず、むしろ自ら進んでそのような雇用形態で就労している者も少なくなく、それを一

律に「不安定雇用労働者」として扱うことは妥当であろうかという疑問が生じたこと、②「不安定雇用」があるならば、それに対して「安定雇用」と言えるものがあるはずだが、今や正規従業員といえども決して安定的雇用ではなくなってきたり、それは単なる一時的なものではなく、終身雇用制や年功序列型賃金制等を基軸としてきた「日本の雇用慣行」あるいは「日本的労使関係」の根幹そのものが大きく揺らぎつつある中で、そのような事態が進行していることを指摘されている。パートや派遣などの雇用形態の実態は確かに不安定であるが、伊藤教授が指摘されるように、正規従業員だから安定雇用で、非正規従業員だから不安定雇用であるという棲み分けは、もはや現状に適したものではない。労働契約法制の議論においては、正規従業員と非正規従業員という雇用形態による区分は望ましいものではなく、労働契約の内容に着目して労働者の処遇を考えるべきであろう。

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

パートタイム労働者については、正社員とは対照的に年功的賃金体系から除外され、かりに正社員と同じ勤続年数で同じ仕事に従事していても、正社員との間には大きな賃金格差が設けられていることが多く、その法的救済の可否が従来から大きな争点として論じられてきた。^{①)}

パートタイム労働者の賃金格差に対する救済を否定する学説は、パートタイム労働者の地位は、憲法一四一条一項、労基法三条にいう「社会的身分」に該当しないし、^{②)}わが国には「同一労働同一賃金原則」が承認されるだけの法的素地も存在しないと、労基法三条、四条違反、あるいは憲法一四一条、労基法三条・四条に基づく公序違反を否定している。^{③)}この他にも、採用方法や処遇が正社員と違うこと、パート労働者が自ら拘束度の低い勤務形態を希望しその利点を享受していること、同一労働同一賃金原則の導入によるパートタイム労働者の需要の減

少等を考慮して、正社員との賃金格差には合理的理由があるとするものもある。³⁴⁾

これに対して、パートタイム労働者の賃金差別の救済を肯定する学説は、①公序良俗ないし労基法三条・四条の類推適用（これらの条項の根底にある同一労働同一賃金原則違反）と構成することによって格差の是正を図ろうとする見解³⁵⁾、②労基法三条の「社会的身分」に憲法一四一条一項におけるのと同様、パートタイム労働者という地位・身分を含ませて理解し、パートタイム労働者であることのみを理由として正規従業員と差別することを規制する条文として本条を機能させることが、現実的な要請に見合うものであるとする見解³⁶⁾、③パートタイム労働であることを理由とする賃金差別が、圧倒的に女性に不利に作用することを容認しつつ、使用者によって導入された場合には、他の正当な理由がないかぎり労基法四条違反となるとする見解³⁷⁾、④正社員とパートタイム労働者が同一の労働に従事しているにもかかわらず両者の賃金に「著しい格差」があるときには、憲法上の平等原則（一四一条）および労基法上の差別禁止原則（三・四一条）の基底にある同一（価値）労働同一賃金原則に反し公序良俗違反となるとする見解³⁸⁾、等がある。

以上の学説の動向から明らかなのは、パートタイム労働者の均等待遇の検討において、期間の定めの有無（勤続年数とは異なる）はあまり重視されてこなかったという点である。³⁹⁾パートタイム労働者の中には、有期労働契約の者も期間の定めのない契約を締結している者もいるが、均等待遇をめぐるのは期間の定めの有無ではなく、もっぱら労働時間や職務の同一性、課された義務や責任の度合いに基づいて検討されている。⁴⁰⁾期間の定め有無は重要な労働条件であるが、この要素を考慮しないで労働条件格差の問題を議論する土台がここに築かれてきたように思われる。

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

有期労働契約については、契約の更新を繰り返すことにより一定期間継続して雇用されることが多く、反復更新された後などの雇止め（更新拒否）をめぐって、紛争が多く見られる⁴¹。これまで有期契約労働者（特に、臨時工やパート労働者）をめぐる法的争いの多くは、反復更新された期間の定めのある更新拒絶（雇止め）をめぐるものであった。有期労働契約が長期にわたり反復更新されるといった状況があると、労働者の雇用を保護する必要が生じ、また、有期雇用という形態が解雇に関する法理を回避するために利用されているという実態があるからである⁴²。

更新された有期労働契約の法的性質については様々な学説が展開されている⁴³。第一に、期間の定めのある契約が反復更新された場合に、反復更新という事実によって無期契約に転化すると考える説と、第二に、反復更新の事実だけでは無期契約に転化するというには足りず、なんらかの付加的要素を加えるとする説である。後者はさらに、①反復更新によって労働保護法規を回避する、すなわち脱法行為である場合に、無期契約への転化を認める説⁴⁴、②期間の定めのある契約の反復更新につき、客観的に合理的な理由がなければ無期契約として取扱うべきとする説⁴⁵、③期間の定めには使用者の契約終了意思の表明も含まれているとし、解雇と同様に合理的な相当事由が必要であるとする説に分類されているとする。

この点に関する従来の判例は、①解雇に関する法理を類推適用するという法的構成をとることにより、雇止めの可否を判断しているもの⁴⁶、②信義則違反の有無を検討するという法的構成により、雇止めの可否を判断しているもの⁴⁷、③更新拒絶権の濫用の有無又は雇止めが権利濫用であるか否かを検討するという法的構成により、雇止めの可否を判断しているもの⁴⁸、④雇用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有無を検討す

るといふ法的構成により、雇止め可否を判断するもの⁽⁴⁹⁾がある。このように、判例・学説ともにこの問題を一般的な解雇理論との関連において取扱い、解雇に関する法理を類推適用することにより、雇止めの可否を判断している(有期労働契約の終了(雇止め・解雇)については、本稿第二章第三節で詳細に論じることとする)。

4 非正規雇用を労働契約の視点から考察するもの

日本労働法学会第七六回大会「日本の雇用慣行と労働契約論」において、山下教授は、非正規従業員の雇用においては正規従業員の場合と比べて、契約の重要性が高いことから⁽⁵⁰⁾、非正規従業員の労働契約上の問題については、基本的には非正規従業員の自発的な意思と実態面を考慮に入れて、当事者の意思の客観化および合理化を図ることによって、契約法理の適用により就業を保護すべきだとする。ここで重要なのは、非正規従業員は正規従業員に比べて弱い立場にあり、しかも基本的に終身雇用の下にある正規労働者を念頭に置いている現行の保護法規定は、非正規従業員の保護に十分機能していないことである。そこで今後検討すべきは、第一に、契約締結に関して、現行のパートタイマーへの雇入れ通知書方式の改善あるいは書面による契約の義務づけ、またそれらの終身雇用を前提としないすべての有期労働契約への、さらには非正規雇用全体への適用の拡大など、第二に、契約内容に関しては、合理的な理由なき労働条件格差について、勤務時間帯、職務内容、就業場所といった点に限定性があることや、使用者に対する包括的な義務が期待されていないということが、格差の合理的理由となりうるかが問われるべきであること、第三に、契約の終了に関して、非正規従業員の雇用の長期化という事態に対して労基法一四条との関連で、有期契約の性質の検討が必要であるとする。このように山下教授は、非正規従業員について、契約締結から契約内容を経て契約の終了に至るまで、法による規制ないし保護が必要である

が、それはわが国の雇用管理の基本にある正規従業員と非正規従業員とを峻別する雇用慣行の中で検討されるべきであるとの立場に立たれている。

また、中窪教授は、正規従業員モデルとは別に、いわゆる非正規従業員に関する「もうひとつの労働契約法理」が存在することも忘れてはならないとする。有期契約における雇止め^⑤の法理（解雇法理の類推適用）や、正規従業員との賃金格差をめぐる裁判例を挙げ、「そこにおいても、正規従業員を標準としてそれとのアナロジーや対比で議論がなされるにとどまり、固有の意味での労働契約法理は必ずしも深められていない」と指摘される。その上で、「今日では日本的雇用システムの変容が進み、伝統的な正規従業員モデルは著しく相対化して」おり、そこでの重要なキーワードが「個別化」であることをみても、労働契約法理の再構築の必要性は明らかであると主張されている。非正規労働者の問題を正社員と対比してきたこれまでの議論に対して、非正規従業員に関する「もうひとつの労働契約法理」、つまり正規労働者と非正規労働者を明確に区別して、非正規労働者固有の労働契約法理を構築する必要性を説かれている点は、非常に興味深い。

本稿は、正規従業員と非正規従業員を身分的に峻別する雇用慣行そのものを否定し、非正規従業員の抱える問題の根源が期間の定めの有無にあるとの基本的視点に立った上で、期間の定めのない労働者（正規労働者）と有期労働者（いわゆる非正規労働者）に共通の労働契約法理を基本に構想しようと試みるものである。

第四節 課題の設定とアプローチの方法

1 課題の設定

これまでの論述において、有期労働契約の特質と問題点、有期労働契約をめぐる学説の議論状況、並びに労働

契約法制的議論状況が明らかになってきた。有期労働契約の問題は、①その実態が多様であるがゆえに、有期労働契約としての独自の把握が困難であること、②勤務内容や勤務条件が期間の定めのない正規労働者の労働契約に比べて当初から限定的ないし固定的である(弾力性がない)ために、有期労働者の労働条件格差や雇用の不安定性をもたらしていること、③環境変動に対するクッションとしての有期労働者と、終身雇用制度下にある期間の定めのない正規労働者を身分的に区別することにより、また、有期労働契約の没関係性・脱従属性を過度に強調することにより、両者の労働条件格差が正当化されていること等にある。このような問題に対して、これまでの学説及び労働契約法制的議論は、有期労働契約の特質を十分検討することなく、有期労働契約を無期労働契約とは明らかに区別された異質なものとしてとらえ、労働条件格差や雇用の不安定性の問題に対する妥当な解決を探ってきたように思われる。

しかし、近年、期間の定めのない正規労働者の労働条件は個別化・多様化し(例えば、フレックスタイム制・裁量労働制や能力・成果主義制)、また前述したように、リストラや労働条件の切り下げ等から明らかのように、定年までの終身雇用は全く期待できない状態にある。反対に、有期労働者については、契約の反復更新という実態によって、また、労基法一四条の改正による契約期間の延長によって、有期雇用が長期化する傾向にある。また、有期雇用は必ずしも一時的・補助的な労働力ではなく、正規労働者と同じように職能格付け制度や成績評価による昇給・昇格制度を導入して、有期労働者の常用化・基幹化・戦力化を図る企業が増えてきている。このように、期間の定めのない正規労働者と有期労働者の相違が雇用の実態だけでは判明し難いケースが増えてくると、契約締結当初の身分的な区別(期間の定めの有無)だけが両者を区別する唯一のものになる⁵⁴。したがって、労働契約の身分的な側面を考慮に入れながら、もはや両者を区別した労働保護法制ではなく、両者に共

通の労働契約法理を構築することが必要であると考える。

2 アプローチの方法

このような課題に対して、以下のようなアプローチが必要であると考える。

第一は、これまでの研究において十分意識されなかった有期労働契約の法的性質、すなわち正社員の典型的な「無期労働契約」と非正規従業員に典型的な「有期労働契約」の本質的な相違を解明することにより、労働契約法制の中に「有期労働契約を位置づける」というアプローチである。具体的には、有期労働契約の実態を把握し、流動性、人的従属性、性別、年齢、仲介者の役割等々の実情に照らしながら無期労働契約と有期労働契約の相違を明らかにすることにより、有期労働契約の法的性質を解明する。また、法的コントロールの基準を構築するという民法学における契約法の新しい動向に着目し、労働契約法理の再構成とそれの中の有期労働契約の在り方について検討する。このようなアプローチをとることによって、有期契約労働者に対して具体的にいかなる労働法・社会保障法の制度改革が必要なのかを検討することができる。なお、このアプローチは、有期労働契約の実態調査及び分析や、民法学における契約法の議論状況の把握等、幅広い研究と膨大な労力を必要とするものであるため、残念ながら本稿で十分に論じることができない。本稿を手がかりとして、このアプローチは将来的な研究課題とする。

第二は、個別労働契約における「契約」的要素、すなわち自由意思と個別合意の位置づけに着目した、労働契約の解釈論からのアプローチである。期間の定めのない正社員をモデルとした労働契約は、もっぱら企業における従業員たる地位の設定を目的とする契約と化し、当事者の権利義務を限定し規制する契約としての機能を喪失

している。他方、有期労働契約については、契約が重視されるという非常に奇妙な現象が生じている。雇用形態の違いによって契約の機能そのものにもまで影響を与えるような意思解釈は、労働契約法のあるべき姿とはいえないであろう。労働契約における意思理論については以下のような研究がある。

まず、土田教授は、労働契約の解釈に際しては、採用時の合意や明示の規範に加え、締結後の契約内容の明示・黙示の変更有無を考慮し、労務指揮権の行使時にその内容（指揮権に対応する労働義務）が契約内容となっていたか否かという観点から当事者意思を探求する必要があるとする⁵⁵⁾。同様に、野田教授は、労働契約の締結に際して、労使の合意は二つの機能（「成立要件としての合意」と「解釈対象としての合意」）を果たしているとする⁵⁶⁾。この説によると、労働契約における合意の多くは、労働契約締結時の基本的合意だけでは完結しておらず、その後追加される細目についての合意の累積により完成されることになる。そのため、契約解釈においては、締結時における当事者双方の意思が重視されるとともに、契約締結後に追加された合意も十分に評価され斟酌されるとする⁵⁷⁾。

また、西谷教授は、労働契約に表現される労働者の外見的な自己決定（第二次自己決定）は、労使の力関係の隔絶のゆえに、労働者の真の意思（第一次自己決定）から乖離する場合が多く、労働法の主要な課題は、いかにしてこの第一次自己決定と第二次自己決定の乖離を埋めるかにあるとする⁵⁸⁾。そしてそれが最も顕著に表れるのが採用時点（労働者が採用を欲する限り、使用者から示された条件をほとんどそのまま受諾しなければならぬ）であるとして、採用時の合意（第二次自己決定）は労働者の真意（第一次自己決定）と最も甚だしく乖離すると指摘される。この場合、労働契約の合理的解釈によって労働者の真意に即して契約内容を確定し、それに従って問題を解決するという作業が不可欠となるが、その際、「仮に労働者が使用者と対等の立場で自由な意思に基づ

いて交渉したならば、いかなる内容の権利義務を承認したであろうか」という観点から当事者の合理的意思を探求しようとする見解こそ、今後の労働契約論が進むべき基本的方向を示しているとしている。今後、労働関係の契約化が進む中で、契約意思の解釈をめぐる議論は非常に重要である。

第三は、理論の具体的な問題への適用のレベルとして、従来の正規従業員をモデルとして確立された判例による「労働契約法理」（採用内定、試用期間、配転・出向、賃金、昇進・昇格、労働契約に伴う様々な権利義務関係、懲戒、解雇・雇止め・整理解雇等）を整理し、有期労働契約に与える影響を検討するアプローチである。ここでは、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か否か、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を検討するアプローチである。

そこで本稿では、第一のアプローチを将来的な課題として見据えつつ、第三のアプローチを中心に論じることとする。

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

現行労基法は労働契約の締結に関して二つのことを規定している。まず、労基法二一条一項は、「労働条件は、労働者と使用者が、対等の立場において決定すべきものである」とする「労働条件対等決定原則」を規定してい

る。また、労基法一五条は、使用者は労働契約の締結の際に、労働契約の期間、就業の場所と従事すべき業務、労働時間関係（所定時間外労働の有無を含む）、賃金関係、退職に関する事項（労規則五条二項・三項）を、書面交付の方法で明示しなければならないとしている。このように、労基法は、労働契約の締結に際して、労働条件が労使の合意により明確に定められるべきことを規定しているが、労働契約締結過程において労働者は最も強い程度において使用者に従属しているため、労働者が不測の不利益を強いられることも少なくない。そのため、厚生労働省「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」では、労働契約の締結をめぐって様々な論点が提起されている。⁶⁰ これら論点はいずれも有期労働契約の締結にあたっても考慮されるべき点であるが、ここでは有期労働契約との関係で特に重視されるべき点について検討する。

有期労働契約の締結と労働条件の明示に関して最も重要な論点は、有期労働契約の更新の有無に関する明示である。反復更新された有期労働契約の雇止め（契約の不更新）が裁判で争われる事例が多いため、平成一五年労基法改正の際に、「有期労働契約の締結、更新及び雇止めに関する基準」（平成一五年一〇月二二日厚生労働省告示第三五七号）が出された。同告示は、「使用者は、期間の定めのある労働契約（以下「有期労働契約」という。）の締結に際し、労働者に対して、当該契約の期間の満了後における当該契約に係る更新の有無を明示しなければならない」（一条二項）とし、この場合「使用者が当該契約を更新する場合がある旨明示したときは、使用者は労働者に対して当該契約を更新する場合又はしない場合の判断の基準を明示しなければならない」（同条一項）と規定している。したがって、有期労働契約を締結する際に、使用者は労働者に対し、更新の有無と更新する場合の基準を明示しなければならない。ここで問題になるのが、（一）有期契約を更新することがありうる旨が明示されていた場合の雇止めや、反対に（二）使用者がこのような雇止めの制限を免れるために更新しない旨を明

示しつつ、実際には更新を繰り返すことについて、どのように考えるか、である。^⑥

(1) 更新が明示されていた場合

まず、前記告示を労働契約法制の中に盛り込み、法的効果を明確にする必要がある。この告示は、同二条(二)更新する場合がある旨明示したときは：(一)から明らかのように、有期労働契約の「更新の『可能性』の有無」を明示するものに過ぎない。「更新の有無」を明確にするためには、労働契約法制において法的効果をとまなう規定として明文化しなければならない。なぜなら、労基法一五条は、労働者が自己の労働条件の具体的内容を知らされないまま雇い入れられることのないように、使用者に対して労働条件を明示することを義務付けたものである^⑦、また、労働条件の明示は、労使による労働条件の対等決定(労基法二条一項)や労働者及び使用者の労働契約等遵守義務(同条二項)と密接に関係しているものであるから、期間の定めのような重要な労働条件について「更新するかもしれない」あるいは「更新しないかもしれない」という「可能性」の明示は、労働条件の明示とはいえないからである。

また、告示一条三項は、「使用者は、有期労働契約の締結後に前二項に規定する事項に関して変更する場合には、当該契約を締結した労働者に対して、速やかにその内容を明示しなければならない」と規定している。しかし、仮に契約締結時に明示した事項を変更する(つまり、契約締結時には「更新あり」と明示しておきながら、途中で「更新しない」と変更する)としたら、これは重要な労働条件の変更である。したがって、告示にあるように速やかに労働者に明示するだけでは足りず、そのような重要な労働条件の変更には労働者の同意を必要とするはずである。なぜなら、使用者は、労働契約の定める労働条件の変更を一方的に行うことはできないからである^⑧。このように告示を大幅に修正して、法的効果を付与した規定として明確化することが必要である。これによ

り、更新がありうる旨明示されていた場合の雇止めの問題を解決できると考える。

(2) 更新が明示されていない場合

そうすると、今度は、使用者が雇止めの制限を免れるために、契約締結時に更新をしない旨明示しつつ、実際には更新を繰り返すこと（契約書には「更新しない」と明示しておきながら、口頭で更新の可能性があることを示唆しつつ、期間満了時に実際に更新の有無を判断する）が当然予想される⁽⁶⁵⁾。これについては、労働契約締結時の情報提供義務・説明義務が重要であると考える。ここで参考になるのが二〇〇一年四月から施行されている消費者契約法である。同法三条一項は、事業者に、消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるように配慮することと、消費者契約の内容について必要な情報を提供するよう努めることを求めている。同法は労働契約には適用されない（一二条）が、労働関係においては、事業者—消費者関係に比較して、当事者の人的関係がより濃密であり、通常はより長い期間継続すると考えられ、そこにおいては契約締結段階における情報提供・説明義務はより強い程度において要求されるはずである⁽⁶⁶⁾。したがって、こうした情報提供・説明義務が労働条件明示義務とは別個の、信義則上の義務として生じると解することも可能であるし、労基法一五条にもとづく労働条件明示義務そのものが、少なくとも私法上はそうした情報提供義務・説明義務を含むと解することも可能である⁽⁶⁷⁾。

もつともここでの根本的な問題は、有期労働契約でありながら、契約締結時点で更新の有無を問題としている点である。すなわち、本来、契約締結時に当該業務が一定期間で終了することが見込まれるものであるからこそ、労働契約に期間を付しているはずである。契約締結時点で継続的な業務であることが明らかでありながら、当初から有期契約の反復更新を予定することは、解雇権濫用法理の逸脱を意味することになる。それだけではなく、

最近では、有期労働契約それ自体、「安定雇用」の確保を要素として含む憲法二七条一項の労働権の観点からして問題があるとの指摘がなされている。⁽⁶⁸⁾ この点については別の章で論じることとする。⁽⁶⁹⁾

2. 有期労働契約と採用内定法理

(1) 採用内定法理

採用内定の法的性質をどう解釈すべきかについて、当初は学説上盛んに議論されてきたが、大日本印刷事件判決や電電公社近畿電通局事件判決により、⁽⁷¹⁾ 現在では「解約権留保付始期付労働契約説」が通説的立場を占めるに至っている。⁽⁷²⁾ 採用内定により労働契約が締結されたと解するこの立場によれば、内定の取消しはすでに成立した労働契約の解消（解雇）となり、解雇制限法理による規制を内定取消にも及ぼすことになる。したがって、内定取消しが認められるためには、「採用内定当時知ることができず、または、知ることが期待できないような事実であって、これを理由として採用内定を取消すことが解約権留保の趣旨、目的に照らして客観的に合理的と認められ社会通念上相当として是認することができる」場合に限られる（前掲大日本印刷事件）。

厚生労働省の研究会では、採用内定に関する論点として、⁽⁷³⁾ ①採用内定の法的性質についてどのように考えるか、⁽⁷⁴⁾ ②採用内定期間中の条件等に関する明示についてどのように考えるか、⁽⁷⁵⁾ ③採用内定期間中の労働関係法令の適用についてどのように考えるか、⁽⁷⁶⁾ ④採用内定取消し（すなわち解約権の行使）の有効性に関する判断基準について明確化を図ることとしてはどうか等が挙げられている。ここでは有期労働契約の採用内定にあたり想定される論点①、②及び④について検討する。

(2) 有期労働契約の場合における採用内定の法的性質

第一に、有期労働契約の場合における採用内定の法的性質について、前述した判例法理（解約権留保始期付労働契約）と同様に解することができるか否か、あるいは長期雇用を前提とする「採用内定」と有期労働契約の場合の「採用内定」の法的性質に相違はあるか否か、である。²⁶⁾ これまでの判例理論は、新規学卒者や中途採用者を正規従業員として採用する場合に用いられてきたものであり、一般に、パートやアルバイトなどの有期雇用は、履歴書を持参し、面接を受け、即日採用という簡易な採用手続きによって採用されるものであることから、採用内定はこれまでほとんど問題ならなかった。しかし最近では、有期雇用の多様化に伴い採用手続きが複雑化してきていること、また、平成一五年労基法改正で有期契約の最長期間が三年となり、企業が新規学卒者を（とりあえず）有期契約で採用すること（トライアル雇用）が可能になると、採用内定から実際の入社日まで半年以上の長期にわたるケースも出てくることから、そこでは有期労働契約の採用内定の法的性質が問題になると考えられる。

有期労働者の採用過程における採用内定を解約権留保付き労働契約の成立と判断した非常に興味深い判例として、パソナ（ヨドバシカメラ）事件（大阪地判平一六・六労判八七八号二〇頁）がある。²⁷⁾ これは、他社でパート（平成一三年九月一六日から二か月の雇用期間）として働いていた原告（X）が、業務受託会社（Y1）が行った求人広告に応募し、Y1および発注会社（Y2）の研修を受けたが、Y1とY2との間の業務委託契約が成立しなかった（YがY1に対し、研修に参加させた労働者のレベルが低いという理由で委託契約の締結を拒否した）ために、就労直前になってY1がXの就労を断ったという事案である。判決は、有期労働契約の採用過程における採用内定を解約権留保付き労働契約としたが、委託契約不成立を理由とした解約権行使を適法とした（なお、Y1に就労条件整備義務という信義則上の義務を認め不法行為責任を認めている）。²⁸⁾ 本判決の特徴は、採用手続き

が新卒者の採用内定のように様式化していない事案において、当事者の意思解釈として採用内定Ⅱ労働契約成立を認めた点にある（正確には、Xの応募から研修までの一連の行為を「採用内定の一態様」として、これを労働契約の成立とした点にある⁽⁸⁰⁾）。

そもそも、採用内定の問題が法律論として論じられたのは、採用内定の取消しに対してどのような法的救済が可能か、という観点からであった。確かに、正規雇用の採用内定者の置かれている立場と有期雇用の採用内定者の置かれている立場の違いから、法的救済も（したがって採用内定の法的性質も）異なるとする考えもありえよう。しかし、正規雇用であれ有期雇用であれ、採用内定のあり方は一様ではなく、それぞれの場合に即して労働契約の正否を判断するべきであり、その際には、客観的に当事者の意思を確定することが求められるべきである。たとえば、内定という合意を契機として従属的労働関係が生じたか否かという実態を重視して判断すべきである⁽⁸¹⁾。あるいは、応募者の保護という政策的観点から重視して契約当事者の意思の客観的・合理的解釈により判断すべきものであって、内定の法的性格は単なる客観的事実の認定というよりも一定の価値判断を含んだ法律構成の問題と考えるべきである⁽⁸²⁾、とする見解は、この問題を考える際に大いに参考になろう。したがって、このような考えや上記の判例の立場に立てば、将来制定される労働契約法においては、正規労働者のみならず有期労働者についても、採用内定により原則として労働契約が成立したことを確認する推定規定もしくはみなし規定を定めるべきであると考える。

(3) 有期労働契約の採用内定取消⁽⁸⁴⁾

上記のように、有期労働契約の採用内定の場合も原則として労働契約の成立を認めるとすると、次に問題になるのは、採用内定取消し（解約権の行使）の有効性に関する判断基準である。すなわち、採用内定の取消しにあ

たつて、期間の定めのない雇用を予定している者と有期契約を締結した者との間に何らかの違いがあるのか（長期雇用を前提とした者に比べて、期間満了により労働契約が終了する者のほうが優先的に内定取消しされるのか）、である。

採用内定の取消しが有効と認められるための一般的要件は、これまでの判例において必ずしも十分明確になっていない⁽⁸⁵⁾。しかし、採用内定によって労働契約が成立したとみる見解は、使用者による内定取消しを解雇と同視し、解雇制限法理による規制を内定取消しにも及ぼすことを意図したものである。前掲大日本印刷事件判決も、内定取消しについて解雇と同様に、客観的合理性及び社会的相当性の要件を満たしていることが必要であることが明らかにしている⁽⁸⁶⁾。したがって、採用内定者の内定取消事由と本採用者の解雇事由が基本的に異なるところはなく、ただ、内定者は卒業前であるとか、未だ就労していないという実態にもとづいた特有の取消事由が若干付加されるにすぎないと解すべきであり、前述したように採用内定によって労働契約が成立したとみる有期契約の場合であつても同様に考えるべきである。

問題は、内定後入社までの間に会社の経営が悪化したような場合について、本採用者と有期雇用の内定者と異なる取扱いが許されるか、である。これは結局、整理解雇の被解雇者選定の妥当性の問題に帰結することになる。整理解雇の際にパートタイム労働者や臨時工などの非正規労働者を優先的に解雇することについては、すでに日立メデイク事件判決（最判昭六一・一二・四労働四八六号六頁）が、臨時工は本工に比べて企業との結び付きの度合いが低いことを理由として、臨時工を整理基準の第一順位とすることを合理的であると判断している⁽⁸⁸⁾。したがって、従来の判例によれば、企業経営上の理由から一定数の採用内定を取り消ししなければならぬような事態が生じた場合には、おそらく、整理解雇事案と同様に長期雇用を前提とした正社員（内定者）の雇用確保

を優先させることになるのであろう。

3. 有期労働契約と試用期間

(1) 試用期間の法的性質

わが国における正規従業員の雇用は、採用内定手続を経て入社後一定の長さの試用期間を付して行われるのが一般である。⁸⁸⁾ 試用期間の趣旨・目的は多様であるが、一般に、労働者が職業上の能力、業務への適格性を有するかどうかについて実際にテストを行うこと、または、労働者の性格や勤務態度など、いわば従業員としての適格性の評価をすることにあるとされている。⁸⁹⁾ しかし、入社後にOJTにより職業能力を養成していく日本の雇用慣行の下では、試用期間は、本採用を決定するかどうかを決めるための評価期間としてではなく、単に配属先等を確定するための判断期間として利用されてきた。このように試用期間の目的が多様であるがゆえに、当初、試用期間の法的性質については判例・学説上見解の対立があったが、⁹⁰⁾ 三菱樹脂事件最高裁判決（最高裁昭和四八年一月二二日大法廷判決）以降、これを解約権留付労働契約（試用によって労働契約が成立することを承認しつつ、その期間中は使用者に解約権が留保されている）と解するに至っている。

以下では、厚生労働省の研究会が提起した試用期間に関する論点のうち、①労働者の仕事の適性等を判断するための試用的な雇用の期間について、どのように位置づけるか、特に、有期労働契約との関係についてどのような考えるか、②試用期間満了時の本採用拒否（解雇）や試用期間中の解雇、すなわち、留保解約権の行使の有効性に関する判断基準について、明確化を図ることにはどうか、について検討する。

(2) 試用期間と有期労働契約との関係

まず、試用期間の位置づけ、特に、期間を定めて締結された労働契約（有期労働契約）との関連で、いかなる場合に試用期間と認められるか、である。これまでも試用期間と有期契約期間の関係が問題になるケースはしばしば見受けられたが、前述したように労基法改正により有期労働契約の最長期間が三年になったことにより、試用期間と有期契約期間の関係が曖昧なまま利用されるケースが増加すると予想される。すなわち、企業は、新規学卒者を三年の有期契約でとりあえず採用してみても、三年の契約期間満了時に正社員にする者と契約期間満了で雇止めする者に篩い分ける、いわゆる「トライアル雇用」を行う可能性が出てきたからである。そこにおいて、試用期間と有期雇用にもはや境目はなく、長期にわたり労働者の不安定な地位を正当化する手段として用いられることになる。

したがって、この問題については、試用期間と有期労働契約を明確に区別しておく必要がある。労働者の仕事の適正等を判断するための試用的な雇用期間（試用期間）は、「期間の定めのない労働契約」の一部であり、したがって、試用期間後の本採用拒否は「留保解約権の行使」であり、「解約権留保の趣旨・目的に照らして、客観的に合理的な理由が存し社会通念上相当として是認されうる場合のみ許されるものと解するのが相当である」（前掲三菱樹脂事件判決）。これに対して、有期労働契約は、労基法一四条に基づく「期間の定めのある契約」であり、期間満了により当然終了する契約であるため（その意味では「存続期間」を意味するものであるため）、解約権が問題になることはない。

以上のような両者の相違については、最高裁（神戸弘陵学園事件・最判平二・六・五民集四四卷四号六六八頁）も、使用者が労働者を新規に採用するにあたって、労働契約に期間を定めて臨時従業員扱いとすることがあるが、かかる期間を定めた趣旨・目的が労働者の能力、適性等を評価することにあるときは、原則として右期間

は契約の存続期間ではなく試用期間であつて、当初から期間の定めのない労働契約が成立していたものと解されるとしている。この判決の意義は、原告が期限付き常勤講師としての採用と期限満了時に退職の効果が生じる旨の期限付職員契約書に署名捺印していた（つまり、契約上は期限付労働契約が成立していた）にもかかわらず、その期間は存続期間ではなく、試用期間であると判断した点にある。⁹² このように、判例は、契約上「試用」と明示されておらず、一般の期間の定めのある労働契約の形式をとっている契約についても、その期間設定の趣旨・目的が労働者の適格性の判定や社員の養成・研修にある場合には、これを試用期間と解し、契約の期間満了による終了（雇止め）を試用労働者の解雇と同視して規制を及ぼすという傾向にある。⁹³ 労働契約法の制定にあつては、試用期間は期間の定めのない労働契約の一部であり、有期契約期間は期間の定めのある労働契約であるという両者の性質を、きちんと明記しておく必要がある（なお、前掲「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会中間取りまとめ」で提案された「試行雇用契約」と使用期間及び有期契約の関係については、次稿で検討する）。

（3） 試用期間満了時の本採用拒否（解雇）と試用期間中の解雇に関する判断基準

前述したような試用期間の趣旨からして、労働者が予定された職務能力を有していないことが判明したときは、それを理由とした解約権の行使が許されることになる。問題は、解約権の行使がどの程度認められか、である。前掲三菱樹脂事件最高裁判決においては、試用期間中の労働契約を解約権留保付き労働契約と解し、「留保解約権に基づく解雇は、これを通常の解雇と全く同一に論ずることはできず、前者については、後者の場合よりも広い範囲における解雇の自由が認められてしかるべきもの」と判示されている。しかし、試用期間中であつても、労働者は使用者の指揮命令下に置かれ通常と同じく労働すべき義務を負い、それゆえ労働基準関係法令も通常の労働者と同様に適用される。その意味では、試用期間中の労働者も本採用後の労働者と基本的に同様な地位に置

かれているのであって、試用制度の目的と厳密に関連づけられた合理的な事由がなければ許されないはずである。⁽⁹⁾

注

(1) 本稿に入るに先立って、「正規労働者」と「非正規労働者」の意義を明確にしておく必要がある。この概念の定義づけは論者によって様々であるが、ここでは、有期労働契約の検討という視点から、期間の定めの有無を両者の区別の中心に置くことにする。したがって、「正規労働者（正社員）」とは、学校卒業見込みの者を労働契約に期間を定めずに定期採用し、特別の事情のないかぎり定年まで雇用する長期雇用慣行（終身雇用慣行）下にある労働者である。これに対して、「非正規労働者」は、多くの場合、期間の定めのある労働契約を締結し、正社員のような基幹的業務に従事せず補助的立場に置かれ、したがって、勤務時間、賃金、労働時間などの処遇の面で明らかに正社員とは異なる低い取扱いを受ける者であるとする。具体的には、日雇労働者、季節工、臨時工、社外工、パートタイマー、アルバイト、派遣労働者、契約社員、嘱託労働者等である。

(2) 有期労働契約の三つの機能については、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」[上][下]「労旬一五五五・一五五六号（二〇〇四年）」が詳細に論じている。

(3) 小宮・前掲論文「上」（注2）八頁。

(4) なお、長期雇用システムにおける定年制も、定年年齢において長期雇用関係を終了させる機能（雇用終了機能）を有するとともに、定年年齢までは雇用関係の継続を保障する機能（雇用保障機能）を有している。

(5) もっとも、これら労働者がすべて期間の定めのある労働契約を締結しているというわけではない。例えば、これら雇用形態の中には、パートタイム労働者のように、期間の定めのない者もいれば期間の定めのある者もいるし、臨時労働者という名称を取りながら期間の定めのない者も存在する。反対に、期間の定めのない正規雇用の形式を取つていても、長期雇用システムとは様相を異にする労働関係も多数存在している。菅野和夫「新雇用社会の法」[補訂版]（有斐閣、二〇〇四年）一五〇頁。

(6) パートタイム労働者にはいくつもの定義がある。例えば、短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律（二条）

は、「一週間の所定労働時間が同一の事業所に雇用される通常の労働者…の一週間の所定労働時間に比し短い労働者」、総務庁「労働力調査」は、「週間就業時間が三五時間未満の雇用者」、また、厚生労働省「毎月勤労統計調査」および「賃金構造基本統計調査」では、「一日の所定労働時間または一週の所定労働日数が当該事業場の一般の労働者よりも短い者」と定義づけている。

(7) 土田道夫「日本的雇用慣行と労働契約」労働七三号(一九八九年)三一頁。西谷教授は、日本において労働契約が重視されなかった理由として、①労働契約が書面で締結されることが稀であり、労働契約の存在が実務上重要視されなかったこと、②そうした実態をふまえ、むしろ就業規則の労働条件決定機能を重視してそれを監督下に置こうとした労基法の態度がさらに労働契約の形骸化をもたらしたこと、③戦後労働法学において、労働契約の形式性・虚偽性を強調する従属労働論が支配的地位を占めていたこと等を指摘されている。西谷敏「労働契約論と労働法の再構築」法律時報六六卷二号(一九九四年)二頁。

(8) 野田進「労働契約における「合意」」日本労働法学会編『講座・二二世紀の労働法四―労働契約』(有斐閣、二〇〇〇年)二五頁。

(9) 日本経営者団体連盟「新時代『日本の経営』―挑戦すべき方向とその具体策」(一九九五年)

(10) もちろん、非正規(非典型)雇用を選択する理由は様々であり、若者や高齢者、出産・育児終了後に再就職を希望する女性には正規従業員として雇用される場がない、あるいは、家庭生活と職業生活の両立を図るためにやむを得ず非正規雇用を選択せざるを得ないという深刻な理由も多い。

(11) 水町勇一郎「パートタイム労働の法律政策」(有斐閣、一九九七年)二二五頁。

(12) 西谷敏「規制が支える自己決定」(法律文化社、二〇〇四年)三七頁。

(13) 西谷・前掲(注12)三九頁。

(14) 判例法上、「業務命令とは、使用者が業務遂行のために労働者に対して行う指示又は命令」を指し、業務命令権の法的根拠は「労働者とその労働力の処分を使用者に委ねることを約する労働契約にある」(電電公社帯広局事件・最一小判昭六一・三・一三判四七〇号六頁)としている。わが国において労働者は労働契約上包括的に労働力の処分権を使用者に委ねるのが一般であるため、使用者は幅広い裁量を伴う業務命令権を取得する。その典型は配転命令

である。最高裁の立場は、転居や別居を伴う配転であっても、労働契約上勤務地の限定がなく、就業規則等により配転に関する包括的合意が存在する場合、使用者は「業務上の必要に応じ、その裁量により労働者の勤務場所を決定することができる」(東亜ペイント事件・最二小判昭六一・七・二四労働四七七号六頁、帝国臓器事件・最二小判平一一・九・一七労働七八六号一六頁)としている。

(15) 西谷・前掲(注12)二七頁。

(16) 西谷敏・萬井隆令編『労働法二(第四版)』(法律文化社、二〇〇二年)二四八頁。

(17) 西谷・前掲(注12)三八頁。

(18) 厚生労働省大臣官房地方課の統計によると、都道府県労働局に寄せられる民事上の個別労働紛争に係る相談件数は、平成一三年度下半期には四一、二八四件、平成一四年度上半期には四八、六八七件、平成一四年度下半期は五四、五〇七件と増加傾向にある。また、平成一四年度個別労働紛争解決制度施行状況によると、民事上の個別労働紛争相談の内訳は、「解雇」(二八・六%)に次いで、労働条件引き下げ(一六・五%)、退職勧奨(一六・三%)、いじめ・嫌がらせ(五・八%)、出向・配置転換(三・一%)と続いている。

(19) 日本労働研究機構「企業の人事戦略と労働者の就業意識に関する調査」(二〇〇三年)によると、企業の長期雇用慣行に関する考え方について、いわゆる終身雇用を「原則としてこれからも維持する」と考える企業が三六・一%、「部分的な修正はやむを得ない」とする企業が四〇・〇%、「基本的な見直しが必要である」とする企業が一五・三%であった。また、企業の年功的賃金体系に関する考え方について、今後の賃金体系について「年功的賃金体系をすべて廃止する企業」が一・八%、「年功的賃金体系はある程度残す」企業が五七・九%、「年功的賃金体系をかなり残す」とする企業は五・五%に過ぎないことが分かった。

(20) 厚生労働省「雇用管理調査報告」(二〇〇一年)によると、勤務地を限定した採用を実施している企業割合は、一九九二年に一九・六%、二〇〇一年には二六・六%と増加傾向にある。また、「新規学校卒業者、中途採用者の採用割合についての考え方」については、「現在より中途採用者割合が高くなる」(二五・一%)は「現在より新規卒業者の採用割合が高くなる」(二四・六%)、「ほぼ同じ」(一五・一%)よりも高くなっている。また、今後の採用戦略においても、「中途採用の増加」を考える企業が増加している。日本労働研究機構「構造調整下の人事処遇制度

と職業意識に関する調査(一九九八年)、前掲注一九調査および(社)雇用問題研究会「社会経済環境の変化と日本の雇用慣行に関する調査」(一九八五年)参照。

(21) 厚生労働省「仕事と生活の調和に関する意識調査」(平成一五年)によれば、二〇代、三〇代では、生活優先の働き方を希望する者が多いが、実際には仕事優先の働き方をしている者が多く、希望と現状のギャップが大きいことが分かる。

(22) 前掲注19調査によると、「能力発揮ができる機会があれば昇進にこだわらない」という正社員は、六〇・八%となっている。また、同調査によると、正社員で「専門的知識を活かすポストにつきたい」とする割合は過半数を占めている。

(23) 日本労働研究機構「構造調整下の人事処遇制度と職業意識に関する調査」(一九九八年)、前掲注一九調査および(社)雇用問題研究会「社会経済環境の変化と日本の雇用慣行に関する調査」(一九八五年)によると、若年層ほど転職派が多く、勤続派は少なくなっており、三〇歳未満の層に限っては転職派(三〇・三%)が勤続派(一六・〇%)を上回っている。

(24) さらに、「期間の満了により契約が終了する」という当たり前のことを立法化することによって、期間の定めのある仕事は契約期間の満了によって終了するものであることを認識させる、つまり、不安定な有期労働契約を無制限に締結できる現在の状況を規制することができる。また、この自動終了機能を明らかにすることにより、任意規定とされてきた民法六二八条を強行規定として位置づけることができると思われる。

(25) 鴨田哲郎「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会中間とりまとめに対する見解」、<http://homepage1.nifty.com/rouben/teigen05/gen050427.htm>。

(26) 日本労働法学会編「雇用就業形態と保護法制」日本労働法学会誌六八号(一九八六年)。

(27) 本多淳亮「パート労働者の現状と均等待遇原則」大阪経済法科大学法学研究所紀要二三号(一九九一年)、高木龍一郎「多様化するパート労働者の就業形態と保護法制」日本労働法学会誌八一号(一九九三年)三九頁。

(28) 山口浩一郎「期間の定めのある契約と解雇予告」労働判例百選(第二版)五八頁、本多淳亮「臨時工の解雇について」大阪市立大学法学雑誌四卷三・四号(一九五八年)、外尾健一「短期雇用契約の反復と更新拒絶の法理」季芳一一〇号(一九七八年)一九頁以下、小西國友「連鎖労働契約に関する一考察」労働法の諸問題・石井照久追悼論集

- 〔勁草書房、一九七四年〕、高木・前掲論文(注27) 四四頁、馬渡淳一郎「短期労働契約の更新拒絶と派遣労働者の解雇」季労一六五号(一九九二年)等がある。
- (29) 山下幸司「日本の雇用慣行と非正規従業員」日本労働法学会誌七三号(一九八九年) 七一頁以下。
- (30) 本人が自由な意思でそのような雇用形態を希望しているのだから不安定として扱うべきではないとする点については若干の疑問を感じざるを得ない。確かに、労働契約は労使の合意によるものであるが、多数の女性労働者が正社員
の地位を放棄してパートタイム労働や派遣労働を選択せざるを得ない事態のみならず、最近では就職先が決まらない
新規卒業者の中にもやむを得ず契約社員を選択する者も少なくない。労働者がどのような状況の下にこのような雇用形
態を選択したかということもまた重視されるべきであろう。また、採用時は使用者に対する労働者の従属性が最も顕
著な時点であり、労働者が採用を欲する限り、使用者から示された条件をほとんどそのまま受諾しなければなら
ないのが現状である。ここにおいて労働者と使用者が対等な立場で自由な意思に基づいて労働契約を締結したとは言え
ないように思われる。
- (31) 水町・前掲(注11) 五頁。
- (32) 外尾健一「均等待遇」『別冊法学セミナー基本法コンメンタール 新版労働基準法』(日本評論社、一九八三年) 三二頁。
- (33) 下井隆史「パートタイム労働者の法的地位―問題状況と課題」日本労働法学会誌六四号(一九八四年) 一八頁。
- (34) 水町・前掲(注11) 六頁。
- (35) 本田・前掲論文(注27) 三〇九頁。
- (36) 浅倉むつ子『労働とジェンダーの法律学』(有斐閣、二〇〇〇年) 四四〇頁。浅倉教授は、労基法三条の私法的効
力に関する解釈として「社会的身分」を通説のように厳格かつ限定的に解釈すべき必然性を否定し、むしろ、社会的
要請にもとづき規制を加えるべき現実的妥当性のある労働者の契約上の地位についても、積極的に本条の「社会的身
分」に含ませる解釈をすることは十分可能であると主張されている。
- (37) 浅倉・前掲(注36) 四四五頁。
- (38) 山田省三「パートタイム労働問題への視座設定とその労働条件形成の法理」労旬一二二九号(一九八九年) 二三頁、

本多・前掲論文(注27)一三二頁、高木・前掲論文(注27)四二頁。

- (39) 高木教授は、前掲論文(注27)の中で、パート労働者の類型を、①長期勤続・長時間労働・同一職務型、②長期勤続・長時間労働・異種職務型、③長期勤続・短時間労働・同一職務型、④長期勤続・短時間労働・異種職務型、⑤短期勤続・長時間労働・同一職務型、⑥短期勤続・長時間労働・異種職務型、⑦短期勤続・短時間労働・同一職務型、⑧短期勤続・短時間労働・異種職務型に分類して、①と⑤には均等待遇原則を適用、③と⑦には均等待遇を比例的に適用、残りは均等待遇原則が適用できない類型として位置づけている。この分類によれば、長期勤続は均等待遇原則の適用において重要な判断要素となっていないことが分かる。

- (40) もっとも、期間の定めの有無を直接の判断要素とはしていないものの、非定着性(離職率の高さ)や異市場性(二重の労働市場の存在)等からパートタイム労働者の賃金格差に合理性があるとする見解もある。水町・前掲(注11)二二九頁。

- (41) 労働省労働基準局「有期契約労働者に関する調査結果」(平成一一年)によると、有期契約労働者の通算勤務年数は平均で四・六年(契約の更新回数)の平均は六・一回)となっており、契約の更新を繰り返すことにより、一定期間継続して雇用されている現状が分かる。また、事業所調査においては、雇止めに伴うトラブルがあったとした事業所は一割程度であるが、そのトラブルの原因は「理由に納得してもらえなかった」や「更新への期待についての認識の違い」が多い。他方、労働者調査では、過去に雇止めの経験を持つ労働者の五六・七%は、雇止めに「不満だった」(非常に不満二五・五%+多少不満三二・二%)としており、「特に不満を感じなかった」(三八・九%)を上回っている。

- (42) 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)一七五頁。

- (43) 高木・前掲論文(注27)。この他にも、馬渡・前掲論文(注28)、水町勇一郎「文献研究・非典型雇用をめぐる法理論」季労一七一号(一九九四年)一四頁参照。

- (44) この説はさらに、反復更新により、労働保護法規の適用を回避することについて、使用者の意思が介在することを必要とする「主観的脱法行為説」と、反復更新により客観的に労働保護法規を回避することになっている場合に、無期契約への転化を認めるという「客観的脱法行為説」に分けられる。

- (45) 小西・前掲論文(注28)一七七頁。小西教授は、連鎖労働契約の問題について判例・学説とともに十分な理論的な

深まりを示しているとはいえず、それは何よりも期間の定めのある労働契約の論理構造についての考察が十分でないことによるものであることを指摘されている。小西「解雇と労働契約の終了」（有斐閣、一九九五年）二七一頁参照。

(46) 東芝柳町工場事件・最高裁一小昭四九・七・二三労働二〇六号二七頁。

(47) 福岡大和倉庫事件・福岡地判平二・一二・一二労働五七八号五九頁、龍神タクシー事件・大阪高判平三・一・一六

労働五八一号三六頁、丸子警報器（雇止め・本訴）事件・東京高判平一・三・三一労働七五八号七頁。

(48) ダイフク事件・名古屋地判平七・三・二四労働六七八号四七頁。

(49) 平安閣事件・最高裁第二小昭判六二・一〇・一六労働五〇六号一三頁。

(50) この判例の分類については、有期労働契約の反復更新に関する調査研究会の報告書（平成二二年九月）を参照。

(51) その理由として、第一に、非正規従業員の雇用形態、雇用期間などの労働条件が多様であり、労働者の選択によって個別的・具体的な労働条件が形成されるからであり、第二に、終身雇用制・年功制から排除されている非正規従業員の場合、雇用過程における労働契約の展開は更新以外には原則的に問題とならず、契約締結時における内容が最終的なものであるためであり、第三に、非正規従業員と正規従業員との利害は必ずしも一致せず、しかもわが国の企業別組合は正規従業員組合であって、組合が非正規従業員の組織化やその利害擁護に積極的でないため、雇用関係上のトラブルの解決が個人レベルに委ねられがちであるからであるとする。

(52) 中窪裕也「労働契約の意義と構造」日本労働法学会編「講座・二二世紀の労働法四―労働契約」（有斐閣、二〇〇〇年）七頁

(53) 山下・前掲論文（注29）八六頁。

(54) 川口実教授は、「特殊雇用関係」とか「特殊勤務者」という用語なり実態が固まることなく、一般の労働者に対比して雇用関係の特殊性がある労働者、すなわち各種の労働者の雇用形態がなくなることを望ましいとする。そして、少なくとも「特殊」というかたちで呼ばれない方向で発展するか、あるいは現在とは違った意味での「特殊」という表現が用いられるようにならなければならず、そのような観点からすれば、特殊雇用関係という言い方は今後定着させてはならないし、また定着していくこともないであろうと述べられている。川口実「労働法実務体系一五特殊雇用関係―臨時工・社外工・パートタイマー」（総合労働研究所、一九七八年）一一頁。残念ながら、「特殊」という用語

は「非正規」あるいは「非典型」という用語に姿を変え、実務においても労働法学においても定着したものとなっている。非正規あるいは非典型の雇用形態は今後なくなるところか、さらに拡大する様相を呈している状況において、このような雇用形態が少なくとも「非正規」あるいは「非典型」というかたちで呼ばれない方向で発展していく途を模索すべきであると考ええる。

- (55) 土田道夫「労務指揮権の現代的展開—労働契約における一方的決定と合意決定との相克—」(信山社、一九九九年)三九二頁。

- (56) 野田・前掲論文(注8)。すなわち、第一に、労働契約が成立するためには、一定の事項について労働者と使用者の意思が合致していなければならず、その意味での合意は労働契約の成立要件として位置づけられ(この第一の合意を「成立要件としての合意」とする)、第二に、労働契約の締結の際には、労務を提供するためにさしあたり必要な事項、すなわち雇用の基本条件、種々の労働条件、労務の遂行の仕方、企業や仕事の特性に応じた留意事項なども決めており、これら合意はすべて明示されているわけではなく、黙示または包括的な合意であることもあるから、その内容は解釈を通じて明らかにされることになる(この第二の合意を「解釈対象としての合意」とする)。そして、労働契約における解釈対象としての合意は、主として契約締結時になされる基本的・概括的な部分(基本的合意)と、その後の展開でアポステリオリに追加される具体的にして詳細な部分(追加的合意)から構成される重層的な構造をもつとする。この説によると、本稿で対象としている有期雇用については、契約締結時の基本的合意でほとんどが完成され、追加的合意の果たす役割が小さいとされている。

- (57) これまでの合意論に対しては、労働契約締結時の一定の合意に固執して、契約の進行過程で追加的に形成される契機を考慮に入れておらず、反対に、最近の民法学説から提起された関係契約説では、契約関係の継続のもとでの内容や柔軟性や可変性(追加的合意)を強調しすぎて、契約締結時における基本合意を過小評価している、と批判されている。

- (58) 西谷・前掲(注12)五頁

- (59) 土田道夫「労働契約における労務指揮権の意義と構造」(六)「法学協会雑誌」一〇九卷一二号(一九九二年)一八六四頁以下、西谷・前掲論文(注7)五頁。

(60) 厚生労働省「第五回今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」においては、(一)労働条件の明示の時期、(二)労働契約を締結する際に明示された労働条件が労働契約の内容になることの明確化、(三)採用内定あるいは試用期間中の労働条件の明示、(四)労働契約締結後の労働条件の明示等の論点が指摘されている。なお、労働契約締結過程においてもっとも重要なことは、①契約締結時の交渉力の不均衡をどのように是正するか、また、②そこにおける「合意」を当然に労働者の真意に基づくものと解してよいか（契約の意思解釈）という点であろう。①については後述する消費者契約法が、②については前述第四節の二の見解が参考になる。

(61) 実際、有期労働契約の更新については、「期間満了の都度、更新の可否を判断する旨説明」あるいは「特別な事情がなければ自動的に更新する旨説明」する事業所が少なくない。有期労働契約の反復更新に関する調査研究会報告書（平成一二年九月）によると、最初の契約締結時において労働者に更新に関して説明した内容について、事業所調査してみると、「特に説明していない」とする事業所が各雇用形態とも四〇～五〇程度ある（パートタイマー四・三％、臨時雇四・五％、契約社員四・〇％、その他有期五・三％）が、「原則として更新しない旨説明」した割合は少なく（順に二・五％、一三・一％、一・九％、四・九％）、「期間満了の都度、更新の可否を判断する旨説明」（順に五四・三％、四九・六％、五八・四％、二八・〇％）と「特別な事情がなければ自動的に更新する旨説明」（順に三四・二％、二二・〇％、二九・九％、一九・五％）とで大半を占めている。一方、労働者調査で、会社から受けている現在の契約の更新についての説明をみると、原則として更新しない旨の説明は三・二％と少ないのに対し、期間満了の都度、更新の可否を説明する旨の説明が四四・六％、「特別な事情がなければ自動的に更新する旨の説明」が三五・六％と多く、概ね事業所の説明状況と合致する結果となっている。ただし、「特に説明はない」がその他有期で二一・五％、臨時雇で一八・三％など、有期契約労働者全体でも一三・二％あり、契約の更新について何らの説明を受けていないとする者が少なくない。

(62) 有泉・青木・金子編「基本法コンメンタール」第三版（日本評論社、一九九〇年）八三頁。

(63) 大沼邦博十大阪労働者弁護団「真の労働契約法制をめざして―労基研報告批判と提言」労旬一三六四号（一九九五年）一九頁。

(64) チェース・マンハッタン銀行事件・東京地判平六・九・一四労判六五六号一七頁。この判例法理は、有期労働契約

の労働条件変更にも当然適用されるはずである。

(65) 実際には、採用時における雇用契約の更新ないし継続雇用の見込み等についての雇用主側の説明や、継続雇用を期待させる当事者の言動等が問題になった事案は多い。例えば、前掲東芝柳町工場事件においては、「その採用に際しては、上告会社側にも、被上告人らに長期継続雇用、本工への登用を期待させるような言動があり、被上告人らも、右期間の定めにかかわらず継続雇用されるものと信じて前記契約書を取り交わしたのである」としている。また、前掲「有期労働契約の反復更新に関する調査研究会報告書」(注50)の分類による「雇止めに関する裁判例の類型化において当事者の主観的態様を重視して、「期待保護(反復更新)タイプ」との位置づけがなされている。

(66) 大内伸哉「労働法と消費者契約」ジュリスト二二〇〇号(二〇〇一年)九三頁。

(67) 西谷・前掲(注12)三八五頁。

(68) 西谷・前掲(注12)八八頁。労働権思想と安定雇用については、和田肇「労働法制の変動と憲法原理」法時七三卷(二〇〇一年)六号。

(69) なお、この労基法一四条の規定について、厚生労働省の研究会は、「有期労働契約の効果のうち、労働者はやむを得ない事由がない限り契約期間中は退職できないという効果に対する規制である(労働者の退職の制限に対する規制である)ことを明確にすることについて、どのように考えるか」との問題を提起している。労働契約法制定の議論にあたって、有期労働契約に関する労基法一四条の趣旨をどのように考えるか検討することは重要であるが、研究会のこの問題提起は、労基法一四条の本来の趣旨(長期の契約期間は人身拘束や強制労働のおそれがあり、労働者の退職の自由を不当に制限することになる点に着眼して、これを禁止したものである)を大きく取り違えているといわざるを得ない。

(70) 採用内定の法的性質に関する学説は、当初、「内定から本採用までの一連の手続全体が労働契約の締結過程である」とする締結過程説や、「労働契約を締結すべき旨の予約である」とする予約説が唱えられた。しかしこれらの見解では、内定取消しは期待権侵害の不法行為または予約の不履行として損害賠償責任を発生させるとどまり、労働契約の締結自体を求めることはできないものと解されていたため、内定者の地位の保護には十分ではない。水町勇一郎「労働契約の成立過程と法」日本労働法学会編『講座・二二世紀の労働法四―労働契約』(有斐閣、二〇〇〇年)四三頁。

- (71) 大日本印刷事件(最二小判昭五四・七・二〇民集第三三卷五号五八二頁)では、「採用内定の制度は：：その実態は多様であるため、採用内定の法的性質について一義的に論断することは困難というべきである」とした上で、「就労の始期を大学卒業の直後とし、それまでの間誓約書の採用内定取消事由に基づく解約権を留保した労働契約が成立した」と判示している。また、電電公社近畿電話局事件(最二小昭五五・五・三〇労判三六六号一二頁)は、「労働契約の効力発生の始期を採用通知に示された採用の日とし、解約権を留保した労働契約が成立した」と判示している。
- (72) なお、複数内定の実態に鑑み、内定通知は労働契約の予約の意思表示であり、これに対する内定側の入社誓約書の提出が予約完結の意思表示であると見る見解がある。安西愈「複数企業内定時代の採用内定の法理の再検討」季労一五五号(一九九〇年)一二九頁。
- (73) 採用内定の法的性質については、すでに一九九三年五月一〇日「今後の労働契約法制のあり方について」と題する報告書(以下、労基研報告という)において、「労働者側に労働契約の締結の意思が明確な場合については労働契約の締結に該当する判例が多く見られるところであり、一般的にはそのような取扱いをしても差し支えないと考えられることから、労働契約の締結にはこのような採用内定を含むことを法律上明確にすることが適当である」としている。したがって、今回の研究会でも「労働契約の締結には採用内定を含むこと」を前提に議論を進めていくべきであり、採用内定の法的性質については、従来の判例法理が示してきた立場を明確に規定すべきである。
- (74) 労働省「労働契約実態調査」(平成八年)によると、過去三年間に採用内定を行った企業のうち、内定者に業務実習や研修を行わせていることがある企業は四六・九％となっている。また、内定者に行わせていることの具体的な内容は、「業務実習」(四二・五％)、「基礎知識習得のための研修」(三三・八％)、「オフィス・工場の見学」(二〇・六％)、「報告書の提出」(一一・六％)、「通信教育」(一一・五％)などである。なお、「新規学校卒業者の採用に関する指針」(平成五年労働事務次官通達)において、「採用内定者に対しては、文書により、採用の時期、採用条件及び採用内定期間中の権利義務を明確にする観点から取消し事由等を明示するものとする」とされている。
- (75) 厚生労働省第五回「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」(平成一六年七月二二日)における配布資料二一「労働関係の成立に関する論点」では、「中途採用者や有期労働契約の場合における採用内定の法的性質についても、新規学卒者の場合と同様に考えてよいのではないか」と指摘されている。これに対して、しかしながら、第六回

研究会（平成一六年九月二二日）配布資料五「第五回研究会における指摘事項」において、山川教授は、「中途採用者における採用内定というのは、労働契約の成立という観点から学卒者と同じかどうか考える必要があるし、逆に何か法律を考えるとしたら、どのような基準で中途採用における採用内定、あるいは端的に労働契約の成立をとらえるかを考える必要がある」として、中途採用者と新規学卒者の採用内定を同様に解することに疑問を呈されているようである。

(76) 中途採用者の採用内定についても同様に労働契約の成立を肯定したものとしては、インフォミックス事件（東京地決平九・一〇・三一、労判七二六号三七頁）がある。

(77) 拙稿「有期労働契約法制の改正と法的課題」季労二〇三号（二〇〇三年）八二頁。

(78) この事件については、安西愈・鎌田耕一・山田省三「労働者派遣と派遣元・派遣先企業の義務」伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件／テンプロス・ベルシステム二四事件／パソナ（ヨドバシカメラ）事件をめぐって」労判八八〇号六頁参照。

(79) 判決は、まず、Y1との間で労働契約が成立しているか否かについて、XがY1の求人に応募したのは労働契約の申込みであり、この申込みに対し、Y1は準内定通知から派遣先での研修までの一連の行為により、黙示の承諾を与えたというべきであって、これにより、XとY1の間には、「いわゆる採用内定の一態様として、労働契約の効力発生の始期を入社式の同年一月一九日とする解約権留保付き労働契約が成立したものと認められる」とした。しかし、Y1による就労拒絶が違法かどうか（留保解約権の行使）について、判決は、本件のようにY1との労働契約は就業場所がY2の店舗に限定されていることから、業務委託契約が最終的に不成立になった時点で、Xは本件店舗で就労することが不能となり、Y1において不能となった労働契約を存続させる意思を有していたと到底考えられないので、こうした場合に対応するために解約権が留保されていたと推認するのが合理的であるとして、結局、解約権を行使したことは適法であると判示した。

(80) 水町・前掲論文（注70）二六頁。なお、鎌田教授は、この方法が適切だったのか疑問を感じるとした上で、本件の争点を端的に、労働契約締結過程における過失の問題、あるいは契約締結上の過失の問題として考えればよいのであって、無理に採用内定、解約権留保の趣旨目的についてまで言及する必要がないのではないかと述べられている。

- 安西・鎌田・山田・前掲(注78)二七頁。
- (81) 西谷敏・萬井隆令『労働法二〔第四版〕』(二〇〇二年、法律文化社)一一六頁。
- (82) 片岡昇他『新労働基準法論』(一九八二年、法律文化社)一一三頁。
- (83) 西谷敏「卒業予定者の採用内定の取消と留保解約権の濫用」民商八二巻四号(一九八〇年)八六頁以下。
- (84) 前掲(注74)調査によると、過去三年間に採用内定を行った企業のうち、内定取消があり得ることを内定者に文書で通知する企業が一四・一%、口頭で通知する企業が二二・二%、特に知らせていない企業が五八・二%となっている。また、過去三年間に内定取消を行った企業は一・一%となっており、採用内定取消の理由については、「卒業できなかつた」を理由として挙げた企業が最も多く(五三・七%)、次いで「健康不良」(二〇・一%)、「会社の事業不振」(七・四%)となっている。
- (85) 通常、当事者の合意内容(誓約書などに記載された解約事由など)が基準とされる。一般に、内定の特徴に即して相当な解雇事由として考えられるものとしては、①決められた期日に卒業できなくなつた場合、②長期療養や逮捕・拘留によつて期日に労働力の提供ができなかつた場合、③健康状態の悪化などによつて、職務遂行に必要な能力を欠くことになつた場合、④重要な採用手続を正当な理由なく履行しなかつた場合、などである。研究会も、労働契約法においてはまずは、採用内定の取消しが有効と認められるための要件を明確にする必要があるとの指摘もある。
- (86) 水町・前掲論文(注70)四五頁は、いくつかの裁判例を示して、裁判所は内定取消についても合理的・相当性を厳格に判断する傾向にあるとする。
- (87) 大沼十大阪労働者弁護団・前掲論文(注63)一三三頁
- (88) なお、中途採用の内定取消しについては、前掲・インフォミックス事件において、ヘッドハンティングによりマネージャー職にスカウトされた労働者に対する経営悪化を理由とした内定取消しにつき、整理解雇の四要件に照らすと会社の対応には誠実性に欠けるところがあつたとして内定取消を無効としている。
- (89) 平成一三年東京都新宿労政事務所「採用と試用期間に関する調査」によると、正社員の採用の際に、「試用期間付きて正社員として採用する」は七二・一%、「試用期間なしで正社員として採用する」は二二・一%となっている。
- (90) 大沼十大阪労働者弁護団・前掲論文(注63)一三三頁。また前掲調査(注73)によると、使用者から見た試用期間の

性質は、「採用選考では分からない仕事の適性をみる期間である」(九七・四%)、「人柄をじっくりみる期間である」(八七・四%)、「研修・見習い期間とはほとんど同じ」(六一・七%)と考えている割合が高いとしている。

(91) 学説上は、試用期間中の契約は本採用後の労働契約とは異なる特別の契約か(予備契約説、試用と本採用の予約の併存説、特別契約説)、本採用後の労働契約と同一の契約だがこれに何らかの附款がついているものか(停止条件付労働契約説、解除条件付労働契約説、解約権留保付労働契約説)が対立していた。

(92) 同様に、契約上、期間の定めのある形式をとっているが、期間設定の趣旨・目的から、これを試用期間であると解し、契約の期間満了による終了(満了)を使用労働者の解雇と同視して規制を及ぼす判断をしたものとしては、安田火災海上保険事件・福岡地判平四・一・一四(労判六〇四号一七頁、聖パウロ学園事件・大津地判平七・一一・二〇(労判六八八号三七頁参照)。

(93) 水町・前掲論文(注70)四八頁。

(94) 大沼+大阪労働者弁護士団・前掲論文(注63)二四頁。