

正社員の多元化をめぐる課題

——労働法の視点から

池田 悠

(北海道大学准教授)

目次

- I 問題状況
- II 日本型雇用システムと伝統的な正社員概念
- III 日本型雇用システムにおける正社員の雇用モデル
- IV 正社員の多元化による労働法上の影響
- V 総括

I 問題状況

1 正社員の多元化

わが国におけるこれまでの労働法は、いわゆる「正社員（正規雇用労働者）」といわゆる「非正社員（非正規雇用労働者）」の2通りの労働者が存在し、両者が厳然と分かれる雇用モデルを暗黙の前提にして展開されてきた側面が強い。このうち、わが国の伝統的な雇用モデルが暗黙の前提としてきたいわゆる「正社員」とは、通常、期間の定めのない労働契約（無期労働契約）を締結し、厳格な解雇規制による雇用保障を享受できる労働者と考えられている。これに対し、「非正社員」とは、「正社員」ではない労働者として間接的に捉えられ、多くの場合、期間の定めのある労働契約（有期労働契約）を締結し、厳格な解雇規制による雇用保障を享受できない労働者と考えられている。そして、バブル経済崩壊後に非正社員の割合が一貫して増加していることが社会問題化している¹⁾とはいえ、いわゆる正社員がなお6割以上の比率を占めている²⁾という意味で、わが国では、引き続き正社員と呼ばれる存在を中心に据えた雇用

モデルが展開していると言える。ところが、近年になって、この正社員・非正社員という二者の厳然たる区分を揺るがすような存在が、立法・実務の双方を通じて意識的に導入されつつある。

まず、立法における動きとしては、平成24年の労働契約法改正によって導入された無期転換制度が挙げられる。これは、5年を超えて同一の使用者に継続的に雇用された有期雇用労働者に対して、当該有期労働契約の期間満了直後から開始する無期労働契約の一方的な締結権を付与したものである（労働契約法18条）。その結果、同制度を通じて、有期雇用から無期雇用へと転換した「無期転換労働者」の登場が見込まれる³⁾。

他方、実務における動きとしては、職種や勤務地を限定したいわゆる「限定正社員」の導入促進が挙げられる。これまで、正社員と呼ばれる労働者は、職種や勤務地を限定せずに無期労働契約を締結することが一般的であり、裁判所も黙示的な職種等の限定を認定することに消極的であったと言われている⁴⁾。これに対し、近年、導入が図られている限定正社員は、従来の正社員同様に無期労働契約を締結するものの、明示的に職種や勤務地を限定した形で労働契約を締結するというものである。このような限定正社員は、政権交代後の2013年春から、規制改革会議や産業競争力会議が中心になって立法を通じた導入を提唱したところ、現行法の枠内においても導入可能であるということで、特段の立法措置を経ることなく、小売業界や外食業界を中心に導入が図られているものである。

2 労働法制における正社員概念

このように、近年、無期労働契約を締結しているながら、従来のいわゆる正社員とは異なる法的地位に立つ労働者が、急速に登場しつつある。そこで、このような正社員の多元化が、わが国の労働法制においていかなる意味を有しているか検討する必要がある。

もっとも、わが国の労働法制において、「正社員」と呼ばれる労働者の存在は、法律において定義づけられているものではない上に、法令上の用語ですらなく、ただ各種の労働法規制や雇用慣行を通じて実務上形作られているに過ぎない存在である。そうすると、立法・実務を通じて生じつつある正社員の多元化という問題も、それ自体として論じることは困難であり、正社員の多元化を論じるに当たっては、伝統的な正社員を中心に据えた日本型雇用システムとの関係から検討を加える必要がある。実際、近年の立法・実務で導入されつつある正社員の多元化は、伝統的な日本型雇用システムを変容（ネガティブな表現をすると、破壊）し得るものとしても認識されている。

II 日本型雇用システムと伝統的な正社員概念

1 雇用保障と雇用システムの関係

伝統的な日本型雇用システムは、正社員に対する厳格な雇用保障を中核に据えた、わが国の伝統的な雇用システムである。一国における雇用保障の程度、換言すると解雇規制の厳格さは、当該国家の雇用システム全体を規定する屋台骨となる⁵⁾。

まず、雇用保障の存在しない国においては、解雇が自由に認められる結果として、労働条件の変更も既存の労働者の解雇と新たな労働者の採用を通じて結果的に実現され得るため、企業外の労働市場（外部労働市場）における「採用と解雇（hire and fire）」のプロセスを通じて労働力調整が行われる。このような状況下で、労働者は、企業外の労働市場における自らの市場価値を高められない企業特有の技能習得に対して、インセンティブを

持ちにくい。そして、使用者も、企業外で既に教育訓練を実施された労働者を採用することによって必要な労働力を確保できるため、企業内で労働者を自ら教育訓練するインセンティブを有しにくい。その結果、教育訓練は企業外で行われるものが一般化する。逆に言えば、教育訓練や技能習得が企業外でなされることを前提にはじめて、企業外の労働市場を通じた労働力調整や、採用と解雇のプロセスを通じた労働力調整メカニズムが機能する。こうして、雇用保障のない国では、企業外の労働市場に依存した雇用システムが構築される。

これに対し、雇用保障の存在する国においては、使用者が労働者を容易に解雇できない結果として、使用者は企業内での教育訓練や技能習得に向けた努力を盛んに行うインセンティブを有しやすい。他方で、労働者も、雇用を保障されているため、企業特有の技能習得に対するインセンティブを持ちやすく、さらに当該企業での長期的雇用を想定して、年功型の処遇や企業内での配置転換など柔軟な労働条件変更を受け入れやすい。こうして、雇用保障の存在する国では、企業外の労働市場から隔絶された、いわば企業内部での労働市場（内部労働市場）が展開されることを前提にした雇用システムが構築される。

2 無期労働契約にかかる雇用保障

一般に、解雇とは、使用者の一方的な解約権行使による労働契約の解約として定義される⁶⁾。そして、無期労働契約に関しては、民法627条1項によって理由を問わず2週間の予告を置くことで行使可能な解約権が使用者に対して付与されている。

わが国では、第二次世界大戦後、労働基準法をはじめとする各種の労働者保護立法が制定されたものの、解雇にかかる制限は、一定の予告期間の要求と、特定の期間内での解雇や差別禁止事由に基づく解雇が禁止されたにとどまり、解雇一般に対して正当理由を要求するような一般的解雇規制は導入されなかった。しかし、戦後ほどなくして、客観的に合理的な理由を欠きあるいは社会通念上相当ではない使用者の解雇権行使を民法上の権利

濫用として無効と判断する下級審裁判例が展開し、昭和50年には最高裁⁷⁾からも承認され、解雇権濫用法理として確立した。

この点、前述した通り、解雇が使用者の一方的な解約権行使による労働契約の解約として定義される以上、期間の定めのない労働契約の場合には、解約権の法的根拠が民法627条1項であるか、就業規則・労働協約や個別的な労働契約上の合意に基づいて特別に設定されるかを問わず、使用者が行う一方的な労働契約解約権の行使は「解雇」として規律されることになる。そのため、たとえば試用期間や採用内定状態において、解約権が留保された労働契約が成立していると解される場合に、使用者が約定の留保解約権を行使したとしても、解約権を留保した趣旨に鑑みつつ、あくまで「解雇」として解雇権濫用法理が適用されるのである⁸⁾。

そして、解雇権濫用法理が確立された後の裁判所は、解雇の有効性を判断するに当たって、労働者に有利な事情を可能な限り斟酌することによって、解雇権濫用法理に基づいて解雇が有効と判断される場面を制限的に解釈してきた⁹⁾。その結果、解雇の自由は、なお法律上の原則であったにもかかわらず、むしろ原則的に解雇が認められない状態になったため、判例法理である解雇権濫用法理の存在によって、かえって解雇規制が不透明となっていることが問題として指摘されるに至った¹⁰⁾。そこで、平成15年には、労働基準法の改正によって、「解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする。」という形で解雇権濫用法理が成文化され（当時の労働基準法18条の2）、平成19年の労働契約法制定時に、労働契約法に条文が移設されて現在に至っている（労働契約法16条）。

一方、1970年代に発生したオイルショックにより、世界経済は大きく後退し、日本企業も事業計画や組織の再構築を余儀なくされた。しかし、解雇権濫用法理に基づく長期雇用システムは既にわが国の労使関係において定着していたため、未曾有の景気後退にもかかわらず、日本企業は解雇を通じた労働力調整に慎重な態度を見せた。他方

で、労働組合側も、雇用の維持を優先し、協調的労使関係の下で、事業組織の再構築に必要な労働者の再配置に協力し、経済的な理由に基づく解雇（整理解雇）を可能な限り回避するよう努めた。そして、裁判所は、大企業を中心にしたこのような取り組みを、整理解雇一般のルールとして受け入れ、整理解雇の有効性を判断するに当たって大きく4つの事情を検討するものとした¹¹⁾。すなわち、①人員削減の必要性が存在すること、②整理解雇を回避する努力を尽くしたこと、③解雇対象者の選定が合理的基準に基づくこと、④労働組合や労働者に対して整理解雇に至った事情を誠実に説明するなど、解雇手続が相当と認められることである。これが、いわゆる整理解雇法理であり、検討する4事情を、整理解雇の有効性に必要な要件と理解するか、整理解雇の有効性の考慮要素と理解するか見解の対立がある¹²⁾ものの、下級審裁判例では解雇権濫用法理の一類型として確立した判例法理となっている¹³⁾。

そして、整理解雇法理は、使用者の経済状況の悪化が顕著な再建型倒産手続（民事再生法・会社更生法）における解雇に対してさえ、原則的な適用が認められている¹⁴⁾。このように、経済的な理由に基づく解雇について、整理解雇法理の適用を免れることは困難であるという意味で、わが国の整理解雇に対しては厳格な制限が課せられていると言える。

こうして、無期労働契約にかかる解雇に対しては、他の先進諸国と比べても相当に厳格な規制が課されているため、高度の雇用保障が認められていると言える。

3 有期労働契約にかかる雇用保障

一方で、非正社員に対しては、多くの場合、このような高度の雇用保障は認められてこなかった。というのも、非正社員の多くは有期雇用労働者であり、そもそも解雇権濫用法理に服するものではないからである。

もっとも、有期労働契約の期間途中における解雇（中途解約）は、解雇権濫用法理の確立前から、民法628条によって「当事者が雇用の期間を定めた場合であっても、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。」とされ、同条の反対解釈として「やむを得ない事由」がなければ許されないものと解されてきた¹⁵⁾。そして、有期労働契約に関しては、「やむを得ない事由」がなければ解雇権自体が存在しないと解されていることで、解雇権の存在を前提にした解雇権濫用法理（労働契約法16条）は適用されない¹⁶⁾。

もっとも、民法628条に関しては任意規定か否かをめぐって解釈に対立があったため、労働契約法の制定時に、「使用者は、期間の定めのある労働契約（以下、この章において「有期労働契約」という。）について、やむを得ない事由がある場合でなければ、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。」とする労働契約法17条1項が設けられた。こうして、有期労働契約を使用者が中途解約する場合に「やむを得ない事由」が強行的に要求されることが明文化され、解釈上の議論に立法解決が図られたものと理解されている¹⁷⁾。

そして、有期労働契約を使用者が中途解約する場合に要求される「やむを得ない事由」は、一般に、規範的な判断を含んだ要件として、「期間満了をまたず直ちに契約を終了させざるをえない事由を意味する」¹⁸⁾と理解され、解雇権濫用法理にいう「客観的に合理的な理由」があり、「社会通念上相当である」ことよりも厳格に判断されている¹⁹⁾。

このように、有期労働契約の中途解約たる解雇にのみ着目すると、有期労働契約の方が無期労働契約よりも厳格な保護を享受する。しかし、反面、有期労働契約は、その性質上、期間満了によって当然に終了することになる。そして、多くのヨーロッパ諸国とは異なり、わが国では、有期労働契約の締結に当たって正当な理由を要求するような規制はなく、不当な人身拘束とならないために一回当たりの契約期間が制限されている点（労働基準法14条1項）を除いて、有期労働契約の自由な利用が原則的に保障されてきた。そこで、景気が悪化し、労働力調整の必要に迫られた場合、わが国の使用者は、有期労働契約の更新をしないこと（雇止め）によって人員を削減し、無期労働契約にかかる解雇の制限に伴う労働力調整の柔軟性欠

如を補うことができたのである。

もっとも、ずさんな更新処理の下に長期にわたって有期労働契約が継続され無期労働契約と実質的に異なる状態に至った場合や、雇用継続に対する合理的期待が存在する場合には、契約期間の満了を以って当然に有期労働契約が終了したのものとして扱うことはできず、有期労働契約の不更新について解雇権濫用法理が類推適用されるといふ雇止め法理が最高裁判例によって確立され、現在では労働契約法19条に成文化されている²⁰⁾。しかし、最高裁判所も、景気変動に対するいわば緩衝材としての有期労働契約の利用を否定するものではなく、たとえ雇止め法理によって解雇権濫用法理が類推適用されるとしても、雇用保障の程度は、長期雇用を期待して無期労働契約を締結した労働者の解雇とは自ずと合理的な差異があるとして、いわゆる正社員に対して解雇権濫用法理が適用される場合よりも後退することが認められている²¹⁾。したがって、雇止め法理の存在によっても、景気変動に対するいわば緩衝材としての有期労働契約の利用が当然に制限されるものではない。

また、前述した通り、平成24年の労働契約法改正によって、5年を超えて同一の使用者に継続的に雇用された有期雇用労働者について、無期雇用への転換を申し込む権利が付与されている。仮に、同制度を通じて有期労働契約から無期労働契約へと転換された場合には、当然ながら、期間満了を理由とした雇止めは許されないことになる。しかし、同制度は5年を超えて有期労働契約が反復継続された場合で、かつ、労働者の選択がある場合に初めて適用されるものであり、熟練労働者としての利用はともかく、労働力調整のためのいわば緩衝材としての有期労働契約の利用を直ちに妨げるものではない。

Ⅲ 日本型雇用システムにおける正社員の雇用モデル

1 総論

こうして、わが国では、「正社員」が無期労働

契約のみに適用される解雇権濫用法理の適用によって厳格な雇用保障を享受するのに対し、「非正社員」は有期労働契約のみにあり得る雇止めによって契約終了となる余地が大きいという意味で雇用保障を享受しないという雇用モデルが成立することになる。もっとも、正社員のみが享受するとされてきた雇用保障は、他の労働法規制や雇用慣行と密接に関わり合いながら形成されてきたものであり、それ自体として独立に展開されたものではない。そして、雇用保障を中核に、雇用保障と関連を有する他の労働法規制や雇用慣行によって、伝統的な日本型雇用システムが形成されている。このように、伝統的な日本型雇用システムを形作る労働法規制や雇用慣行は多岐にわたるが、第一に、採用の自由、第二に、就業規則法理によって認められる柔軟な労働条件の変更可能性、第三に、労働者の配置における柔軟性、第四に、定年制の存在が、正社員に対する雇用保障の付与と特に密接な関わり合いを有している。

2 採用の自由

雇用保障と密接な関わり合いを有する労働法規制や雇用慣行の第一は、使用者の採用の自由である。わが国の最高裁判所は、法律によって採用差別が禁止されていない限りで、憲法由来の権利として、使用者の採用の自由を極めて広範に認めてきた²²⁾。そして、労働条件に関して国籍・信条・社会的身分を理由にした差別的取扱いを禁止している労働基準法3条は、採用時に適用がないものとされた²³⁾ほか、学説の支配的見解とは異なり、労働組合としての正当な行為をしたことを理由とする不利益取扱いを禁止している労働組合法7条1号も、採用段階に適用があることが明示的に規定されていない以上、採用差別を禁止するものとは解されないとされた²⁴⁾。その結果、最高裁判所自身も法律による採用差別の禁止が存在する場合を例外として挙げているものの、事実上、明示的な採用差別の禁止規定が存在しない限り、採用の自由の制限は認められていない。

ところが、現在のところ、法律による明示的な採用差別の禁止規定は、性別に関する男女雇用機会均等法5条および年齢に関する雇用対策法10

条を除いて、存在しない状況にある²⁵⁾。その上、たとえ法律による明示的な採用差別の禁止規定に違反するとしても、行政的な制裁があり得るほか、使用者に対して労働者が損害賠償を請求し得るに過ぎず、労働者の採用を強制することはできないと解されている²⁶⁾。このように、立法・判例を通して、使用者の採用の自由は、特に契約締結の自由という点において、いわば聖域的に守られてきたと言える。

そして、最高裁判所自身も、広範な採用の自由を認める根拠として、いったん採用した場合に労働者を容易に解雇し得ないことを挙げている²⁷⁾ように、広範な採用の自由は、いわば解雇規制に伴う代償として位置づけられている。逆に言えば、使用者に広範な採用の自由を与えた上でもなお採用したという事実が、長期的な雇用を強制する厳格な解雇規制の正当化根拠になるものとして理解されているのである。

3 就業規則法理

第二に、就業規則法理に基づいて労働条件を柔軟に調整し得ることも雇用保障と関連がある。就業規則は、職場内における統一的規則ないし労働条件を規定するために一定規模以上の使用者に対して、労働基準法上、事業場ごとに作成が義務づけられている(89条・90条)。そして、作成された就業規則に関しては、法令または労働協約の定めを反しない限りで最低基準効を有し、当該事業場内の労働者の労働条件を直接に規律する効果が認められている(労働基準法92条1項・93条、労働契約法12条)。このような、就業規則の作成・変更にあたっては、労働者の過半数代表から意見を聴取する必要があるものの、過半数代表との合意は要求されていないため、その意味で使用者は一方的に就業規則を作成・変更することができる²⁸⁾。そこで、使用者が一方的に作成のみならず変更もできるという就業規則について、労働者の不利益に就業規則の規定内容が変更された場合、労働者の労働条件を規律する効力が認められるか否かが問題になる。

この点につき、わが国の最高裁判所は、就業規則上の規定が合理的である限りにおいて労働契約

に対する拘束力を有するとともに、変更内容が合理的と認められる限りにおいて労働者は就業規則変更の拘束力も免れないという、従来の学説にはない独自の解釈を示すことで、就業規則法理と呼ばれる判例法理を確立した²⁹⁾。というのも、契約原理に基づけば、労働契約の内容である新しい条件に当事者が合意できない場合、当該契約は解除されざるを得ないところ、解雇権濫用法理の下では、労働条件変更に同意しないことのみを理由にした解雇は、解雇権の濫用として許されない可能性が高いと言える³⁰⁾。一方で、解雇権濫用法理の下、労働契約が長期的に継続する場合、労働契約の内容である労働条件の変更が必要になる可能性は高い。そこで、解雇ではない形で労働条件の変更手段を認めるために、就業規則法理が確立されるに至ったものとして理解できるのである³¹⁾。このように、学説でも、同法理を解雇権濫用法理に基づく雇用保障の代償物として捉えることで、実質的に正当化できるとする見解が有力化し、平成19年の労働契約法制定時には、同法理もついに成文化されるに至っている(7条・9条・10条)。

そして、就業規則法理は、賃金などの金銭的労働条件に限られず、労働時間・配転や出向の可否といった、就業規則で定めることのできるあらゆる労働条件に対して適用される³²⁾。こうして、わが国では、労働者が締結する個別の労働契約ではなく、就業規則による労働条件設定が一般化している³³⁾。

4 配置における柔軟性

第三に、労働者の配置における柔軟性も雇用保障と密接な関わりを有している。わが国では、職種や勤務地を限定しないで労働契約を締結することが一般的であり、他方で、前述した通り、合理的な就業規則に対しては労働契約を規律する効力が認められている。その結果、就業規則において労働者の配転や出向を命じる使用者の権限を根拠づけた場合、合理的である限りにおいて、当該根拠規定は労働契約の内容として労働者に対する拘束力を有することになる。

そして、このような労働契約上の根拠に基づいて行使される使用者の配転命令や出向命令につい

て、裁判所は、一定の場合に使用者の権利濫用となる余地を認めつつも³⁴⁾、解雇の場合とは異なり、配転命令や出向命令の有効性を広範に認めてきた。これは、雇用維持に当たって必要不可欠なものとして配転や出向を捉え、いわば雇用保障と引き換えに、労働者の配置における柔軟性を確保したものと評価できる。

その結果、わが国において、労働者が職種や勤務地を限定しないで労働契約を締結した場合、ある特定の業務において労働者の能力が不足しているとしても³⁵⁾、使用者には労働者の能力に見合った業務への再配置が期待されるため、当該業務のみでの能力不足を理由にした解雇は容易に認められない³⁶⁾。また、配転や出向が容易なことで、前述した整理解雇法理における解雇回避努力義務として採り得る措置も豊富になるため、解雇回避努力が不十分であるとして整理解雇が無効と判断される可能性も高まる³⁷⁾。このように、労働者の配置における柔軟性は、一面で使用者にとって有利であるが、反面で、整理解雇を含めた解雇一般に対する、厳格な制限の根拠としても機能することになる。

5 定年制の存在

また、第四に、定年制の存在も雇用保障と密接な関わり合いを有している。わが国では、現在のところ、定年制を年齢差別として禁止するような明文の規定は存在しない。そして、仮に就業規則上の規定として定年制を設けた場合、通常は就業規則としての合理性が認められ、前述した就業規則法理の効果として労働者に対する拘束力を有する制度となる³⁸⁾。というのも、定年制があって、一定時期までに労働者が必ず退職することが見込まれるからこそ、使用者は解雇が制限された中でも組織を新陳代謝させることができ、ひいては長期的雇用システムを合理的な制度として運用・維持することができるからである³⁹⁾。逆に言えば、定年制が合理的な制度として認められることによって、定年まで労働者の雇用を維持するように使用者は期待されているのである⁴⁰⁾。

6 従来の「正社員」像

このように、伝統的な日本型雇用システムの中核とされてきたいわゆる「正社員」とは、単に無期労働契約を締結して解雇権濫用法理が適用されるために厳格な雇用保障を享受するのではない。すなわち、採用前は、①長期的な関係を築くことを前提に、採用段階で使用者から自由に選抜され、採用後は、全般的な労働条件設定に関して、②就業規則の作成・変更を通じた使用者による一方的な労働条件設定に服し、個別な労働条件としても、③職種や勤務地などを限定していないため、就業規則法理と相まって配転や出向などの柔軟な人事上の措置に服する義務があり、④最終的には定年制によって、解雇されないとしても一定年齢での強制的な退職が運命づけられていることとのいわば引き換えに、従来のいわゆる正社員は厳格な雇用保障を享受してきたといえる。

IV 正社員の多元化による労働法上の影響

1 多元化した正社員の特異性

そうすると、近年、立法・実務を通じて導入されつつある正社員の多元化は、このような日本型雇用システムの中核に据えられている正社員像そのものに対する変革と言える。

まず、立法で導入が図られた無期転換労働者は、労働者の一方的な選択によって無期労働契約に移行しているため、①長期的な関係を築くことを前提に使用者によって採用段階で自由な選抜が行われていないという点で、従来の正社員像とは大きく異なる。もっとも、前述した通り、同制度は5年を超えて継続的に雇用されて初めて適用がある以上、雇止め法理（労働契約法19条）によって継続的な雇用を強制される可能性があるとしても、当初の採用から5年を超えて継続的に雇用するかどうかの選択時点までに採用の自由は代替されているということもできると思われる。したがって、単純に無期労働契約への移行に際して使用者の採用の自由が認められていないことのみを捉えて、

従来の正社員と異なる取扱いを認めるべきとはいえない。

しかし、無期転換労働者の特殊性は、通常、使用者の採用の自由に関する側面にとどまらない。すなわち、無期転換労働者の労働条件は、就業規則などの別段の定めがある場合を除いて、無期雇用転換する直前の有期労働契約における労働条件と同一の労働条件となる（労働契約法18条1項）。これは、③配転や出向など柔軟な人事上の措置の可否や、④定年制の存否といった個別の労働条件設定のみならず、②就業規則による一方的な労働条件設定に服するか否かという全般的な労働条件設定方法に関しても従来の正社員とは異なる可能性があることを意味している。このように、従来の日本型雇用システムが想定する正社員像と比べた場合の無期転換労働者の特殊性は、無期転換時に使用者の採用の自由が認められていないところよりも、労働条件設定に関して従前の労働契約上の労働条件に依拠する可能性があるところに見出されると思われる。

一方で、実務で導入が図られている限定正社員も、職種や勤務地が労働契約上の労働条件として限定されていることで、③配転や出向などの柔軟な人事上の措置に服さないことになるため、やはり従来の日本型雇用システムが想定する正社員像とは異なる無期雇用労働者である。この点では、前述した無期転換労働者において、無期転換後に従前の有期労働契約上の労働条件が維持された結果として、職種や勤務地が限定されているという場合と同様の特殊性を有すると言える。

2 個別に設定された労働条件の変更方法

そこで、第一に、無期転換労働者や限定正社員の労働条件設定が個別に行われている場合には、個別に設定された当該労働条件の変更方法が問題となる。もっとも、労働契約法10条但書に従うと、就業規則法理は、「労働契約において、労働者及び使用者が就業規則の変更によっては変更されない労働条件として合意していた」場合に限り適用が排除されるため、個別に設定された当該労働条件が、「就業規則の変更によっては変更されない労働条件として合意」されたと解さ

れる場合にのみ、当該労働条件の変更方法が独自に問題となる。そして、これは通常、いわゆる変更解約告知の処理として議論されている問題となる。

変更解約告知とは、労働条件変更または新たな労働条件での新規の労働契約締結の申込みを伴った従来の労働契約の解約告知であり、法的に位置づけると、労働条件変更を労働者が承諾することを解除条件として使用者からなされる解雇の意思表示と言える⁴¹⁾。これは、現象としては単なる解雇に他ならないが、労働者が労働条件変更に応じさえすれば使用者としても雇用関係を維持する意欲があるという点において、通常の解雇とは異なる特殊性があるとされている。

この点、就業規則上規定された労働条件の場合には、使用者が一方的に就業規則を作成・変更することができる一方で、労働者は変更後の当該労働条件にいったん服しつつ、当該労働条件変更にかかる就業規則変更の拘束力を事後的に争うことができるため、労働条件変更に伴う解雇という問題は生じない。そこで、雇用維持という観点から、変更解約告知の場面においても、就業規則法理の場合と同様、労働契約を継続しつつ事後的に労働条件変更の有効性を争う方法を労働者に対して認めるべきか否かが問題となる。

そして、ドイツなどとは異なり、特別な立法のないわが国における現行法の解釈としては、使用者の解雇の意思表示に対する解除条件となる労働条件変更提案にかかる労働者の承諾について、当該労働条件変更の合理性を事後的に争う権利を留保しつつ承諾すること（留保付承諾）が許されるか否かが問題となる。ここでは、「承諾者が、申込み条件を付し、その他変更を加えてこれを承諾したときは、その申込みの拒絶とともに新たな申込みをしたものとみなす。」とする民法528条をそのまま適用すると、使用者の新労働条件での労働契約の締結申込みに対し、何らかの留保をつけて承諾することは申込みの拒絶とみなされるため、解釈として同条の適用除外を認めることができるかが議論されている⁴²⁾。

3 職種や勤務地が限定されている労働者の雇用保障

また、第二に、前述した通り、就業規則法理を通じた労働条件変更や労働者の配置における柔軟性は、厳格な解雇規制を支える重要な労働法規制や雇用慣行であるところ、限定正社員や無期転換労働者の職種や勤務地が限定されている場合には、配置の場面で使用者の人事権行使が制約されることになる。そのため、職種や勤務地を限定した労働契約を締結している場合には、労働者の能力不足も当該職種や勤務地の限定の範囲内で検討されるため、結果的に雇用保障の限界が生じやすいことになる。

他方、現在のところ、整理解雇の際の取扱いに関しては、労働契約において職種や勤務地が限定されているとしても、整理解雇法理の適用の有無を決定づけるような事情としては考えられていない。すなわち、学説では、職種や勤務地を限定することによって整理解雇法理の適用をいわば回避できる場合、労働者が職種や勤務地の限定を余儀なくされる可能性を懸念し、契約上の職種や勤務地の限定に関わらず、あくまで雇用保障への期待や雇用関係の実態に照らして、整理解雇法理を適用すべきと解されている⁴³⁾。また、裁判例も、職種や勤務地の限定がある場合に整理解雇法理の適用自体は認めつつ、実態として職種や勤務地の限定がかかった労働者の整理解雇であるという特殊性を、整理解雇法理に基づく判断過程において考慮していると指摘されている⁴⁴⁾。具体的には、人員削減の必要性に関しては、当該職種や勤務地の範囲で余剰人員の存否が検討され、解雇回避努力に関しては、当該職種や勤務地の限定があるという前提でなお採り得る措置が考慮され⁴⁵⁾、解雇対象者の選定に関しては、当該職種や勤務地の範囲で人選の合理性が検討される傾向にある⁴⁶⁾。したがって、労働契約において職種や勤務地が限定されている場合には、整理解雇の場面においても、やはり結果的に雇用保障の限界が生じやすいことになる。

このように、現在の解釈において、労働者の職種や勤務地が限定されていることは、能力不足の

判断基礎となる業務範囲や整理解雇法理における解雇回避努力などの範囲を限定する事情として考慮され、解雇の有効性を基礎づける方向で作用し得る。もっとも、従来のわが国においては、労働条件の維持よりも雇用の継続を優先して捉える傾向が強かったところ、使用者が限定された当該労働条件の変更を解雇に先立って提案していた場合には、整理解雇法理における解雇回避努力として考慮されるなど、解雇の有効性を基礎づける一事情になる。そこで、使用者において、解雇に先行して、限定された当該労働条件の変更を試みる必要があるかはなお問題となり得る。

この点、現在のところ、職種や勤務地を限定する労働条件の成立は、明示的に合意されていない限り、容易に認められない傾向にあると分析されている⁴⁷⁾。そして、明示的な形で職種や勤務地が限定されている場合には、通常、「労働契約において、労働者及び使用者が就業規則の変更によっては変更されない労働条件」(労働契約法10条但書)に該当すると解される。そうすると、当該労働条件は、就業規則変更によっては変更し得ず、前述した変更解約告知を通じてのみ変更し得ることになる。そこで、学説には、異動先となる他の職種や勤務地がある限り、雇用保障の観点から、単なる(整理)解雇ではなく、変更解約告知を試みる必要(義務)があると解する見解も存在する⁴⁸⁾。しかし、変更解約告知の場面に特殊性が認められているのは、使用者も当該労働条件さえ変更されれば雇用継続を望んでいるという利益状況の想定に大きく依拠していると解される。したがって、使用者が、当該労働者について、労働条件変更ではなくまさに解雇を望んでいるという場面においては、変更解約告知を優先して試みる必要(義務)があるとは必ずしも言えないように思われる。

これに対し、黙示的な形で職種や勤務地の限定が存在すると認められる場合には、就業規則変更によって変更し得ない合意(労働契約法10条但書)と捉えられる場合のほか、配転命令や出向命令を根拠づける就業規則変更によって、なお使用者が職種や勤務地の限定を一方的に排除し得る場合もあるように思われる⁴⁹⁾。この場合には、いずれも使用者による一方的な労働力調整の手法である

解雇と就業規則変更との優先劣後関係が問題になり得る。しかし、少なくともこれまでの議論では、使用者自ら就業規則を変更して雇用維持を図ったという場合はともかく、使用者にいわば就業規則の変更義務を課し、解雇に先行して就業規則の変更を試みる必要があるとは解されてこなかったように思われる。

V 総括

このように、近年、立法や実務において導入が図られている多元化した正社員に関し、従来の日本型雇用システムが想定する正社員とは異なる労働法上の位置づけが必要になるのは、専ら労働条件設定の側面における相違に基づいている。まず、多元化した正社員の労働条件が、就業規則法理の適用を受けない場合には、当該労働条件を変更する手法として、いわゆる変更解約告知の処理が問題となる。また、多元化した正社員の労働条件が、職種や勤務地の限定に当たる場合には、配置における柔軟性の欠如を理由として、実質的な雇用保障の後退が認められ得ることになる。したがって、労働法において、正社員の多元化は、解雇規制との関係だけから単純に議論されるよりも、労働条件変更との関係なども含め、伝統的な日本型雇用システム全体との関係から論じるべき現象と言える。

* 本稿は、日本学術振興会科学研究費補助金・基盤研究(C)「倒産手続下における労働力調整モデルの適用をめぐる比較法的研究」(課題番号26380075)による成果の一部である。

- 1) 菅野和夫『労働法〔第10版〕』(弘文堂、2012年)207-210頁
- 2) 総務省『労働力調査(詳細集計)』によると、2013年の年間平均で全雇用者の63.3%が「正規の職員・従業員」とされている。
- 3) 労働契約法18条は、平成25年4月1日に施行された(労働契約法の一部を改正する法律の一部の施行期日を定める政令(平成24年政令第267号))。
- 4) 荒木尚志『労働法〔第2版〕』(有斐閣、2013年)395頁。
- 5) 荒木・前掲注4)書266-267頁。
- 6) 菅野・前掲注1)書552頁。
- 7) 日本食塩事件・最二小判昭50・4・25民集29巻4号456頁。
- 8) 大日本印刷事件・最判昭54・7・20民集33巻5号582頁、三菱樹脂事件・最大判昭48・12・12民集27巻11号1536頁。
- 9) 荒木・前掲注4)書279頁。

- 10) 荒木・前掲注4) 書275頁。
- 11) 菅野和夫『新・雇用社会の法〔補訂版〕』（有斐閣, 2004年）69頁以下。
- 12) 荒木・前掲注4) 書283頁。
- 13) 整理解雇法理を明示的に認めた最高裁の判例は、未だ存在しない。しかし、最高裁も、「原審（すなわち下級審）による整理解雇法理を実質的に踏襲した判断を行っている。」と分析されている（神林龍編著『解雇規制の法と経済』（日本評論社, 2008年）19頁以下〔奥野寿=原昌登〕）。
- 14) 池田悠「倒産労働法」土田道夫=山川隆一編『新・法律学の争点シリーズ7 労働法の争点』（有斐閣, 2014年）257頁。
- 15) 荒木・前掲注4) 書453頁。
- 16) 荒木・前掲注4) 書454頁。
- 17) 菅野・前掲注1) 書234頁, 荒木・前掲注4) 書453頁。
- 18) 荒木尚志ほか『詳説 労働契約法〔第2版〕』（弘文堂, 2014年）170頁。
- 19) 土田道夫『労働契約法』（有斐閣, 2008年）679頁, 菅野・前掲注1) 書234頁, 荒木・前掲注4) 書453-454頁, プレミアライン（仮処分）事件・宇都宮地裁木支決平21・4・28労判982号5頁, リーディング証券事件・東京地判平25・1・31労経連2180号3頁。
- 20) 同条にかかる詳細は、荒木尚志編著『有期雇用法制ベシックス』（有斐閣, 2014年）69頁以下〔池田悠〕参照。
- 21) 日立メディコ事件・最一小判昭61・12・4判時1221号134頁。
- 22) 三菱樹脂事件・最大判昭48・12・12民集27巻11号1536頁。
- 23) 三菱樹脂事件・前掲注22)。
- 24) JR北海道・JR貨物事件・最一小判平15・12・22民集57巻11号2335頁。
- 25) なお、平成28年から施行予定の改正障害者雇用促進法34条では、障害者に対する採用段階での均等な機会の付与が義務づけられているが、私法的な強行法規に該当するか現段階で判然としない。
- 26) 菅野・前掲注1) 書155頁。
- 27) 三菱樹脂事件・前掲注22)。
- 28) 荒木・前掲注4) 書323-324頁。
- 29) 秋北バス事件・最大判昭43・12・25民集22巻13号3459頁。
- 30) 東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法（下）』（有斐閣, 2003年）969頁〔荒木尚志〕。
- 31) 菅野和夫『労働法〔第7版補正2版〕』（弘文堂, 2007年）105-106頁。
- 32) 荒木ほか・前掲注18) 書110-111頁。
- 33) 土田・前掲注19) 書128頁。
- 34) 最近、配転や出向を権利の濫用と判断した裁判例として、オリンパス事件・東京高判平23・8・31労判1035号42頁, 兵庫県商工会連合会事件・神戸地姫路支判平24・10・29労判1066号28頁, 新和産業事件〔一審〕・大阪地判平24・11・29労判1067号90頁, 新和産業事件〔控訴審〕・大阪高判平25・4・25労判1076号19頁, リコー（子会社出向）事件・東京地判平25・11・12労判1085号19頁などがある。
- 35) ここには、傷病によって労働能力が減退しているような場合も含まれる。
- 36) 土田・前掲注19) 書586頁。
- 37) 荒木・前掲注4) 書285頁。
- 38) 秋北バス事件・前掲注29)。
- 39) 土田・前掲注19) 書565頁。
- 40) 定年制の雇用保障機能を指摘する見解として、菅野・前掲注1) 書534-535頁。
- 41) 荒木・前掲注4) 書373頁。
- 42) 荒木・前掲注4) 書379頁以下。
- 43) 村中孝史「人事制度の多様化と解雇の必要性判断」季労196号（2001年）38頁。
- 44) 池田悠「会社更生手続における整理解雇の有効性」「倒産と労働」実務研究会編『概説倒産と労働』（商事法務, 2012年）178-179頁。
- 45) もっとも、たとえ職種や勤務地が労働契約上限定されているとしても、異動の余地がなかったことを認定・判断している裁判例は存在する（シンガポール・デベロップメント銀行（本訴）事件・大阪地判平12・6・23労判786号16頁）。
- 46) 最近の裁判例として、日本航空（運航乗務員・整理解雇）事件〔一審〕・東京地判平24・3・29労判1055号58頁, 日本航空（客室乗務員・整理解雇）事件〔一審〕・東京地判平24・3・30労経連2143号3頁, 日本航空（客室乗務員・整理解雇）事件〔控訴審〕・東京高判平26・6・3労判1819号39頁, 日本航空（運航乗務員・整理解雇）事件〔控訴審〕・東京高判平26・6・5労判1819号78頁などがある。
- 47) 土田・前掲注19) 書372-373頁。
- 48) 土田・前掲注19) 書607頁。
- 49) 長期間にわたって反復継続された労使慣行が、当事者の黙示的合意として労働契約の内容になっているとしても、就業規則変更によって排除し得ると解されている（荒木・前掲注4) 書372頁）。

いけだ・ひさし 北海道大学大学院法学研究科准教授。
最近の主な著作に「企業の再建と労働関係——再建型倒産手続における労働関係処理の日米比較を通じて」『日本労働法学会誌』120号（2012年）。労働法専攻。