

報 告

I. 報告

「労働契約法の意義と法的留意点」

1. はじめに

2007年11月28日、労働契約法が成立した（2008年3月1日施行）。今回の報告では、労働契約法の条文を解説する前に、まず、そもそも雇用関係に対する法規制のあり方はいかなる枠組みをとっているのかについて整理したうえで、その中で労働契約法という法律がなぜそれほど重みを与えられるべきものなのかについて説明したい。

2. 労働契約法の意義

2-1. 「雇用関係は契約関係」である？

労働契約法成立の最大の意義は、「雇用関係は契約関係である」という基本原則——先進資本主義国であればどこでも通用し、またここ百年来、不変の基本原則——を明確化したところにある。

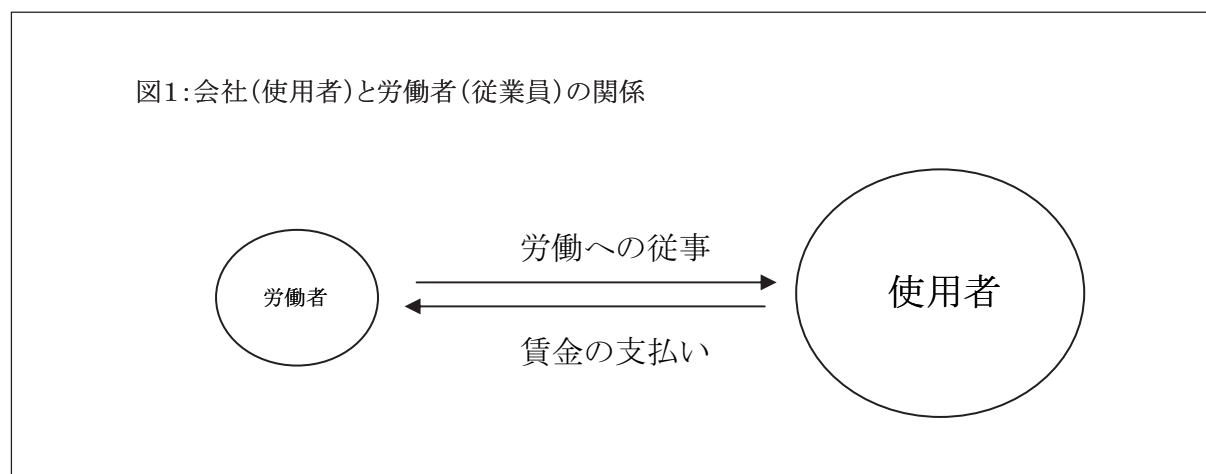
何故、それが最大の意義となるのだろうか？ その答えは、「世間では『雇用関係は契約関係である』とっていないからである」ということにつける。仮に、「雇用関係は契約関係である」との認識があるのであれば、「契約社員」という用語がこれほど世間に流通するはずがない。非正規従業員に対し、企業側は「あなたとの関係は契約だから」と言うことがよくある。しかしながら、では、正規従業員との関係は「契約ではない」のであろうか？ つまり、雇用関係が契約ではないと思うからこそ、このような発想も生まれるのである。

では、日本人一般は、会社と従業員との関係をどう捉えているのであろうか。おそらく、「組織とその構成要素」であると考えているのである。例えば、書籍を購入する際に、金銭を支払い、本を受け取る——、ここで、「この行為は法的には売買契約の履行である」と指摘されれば誰でも納得するであろう。しかしながら、会社と従業員との関係は、会社と従業員が対等な関係で契約を結び、その内容が展開されている関係であるなどとは、思ってもいない人がほとんどなのである。

確かに、会社と従業員の関係は、「組織とその構成要素」であるとの見方は、日本人一般の認識としてはわかりやすい。しかし、法の建前は決してそうではないのである。少なくとも、裁判所では、会社と一人の従業員は、いかに現実的な力関係に格差があろうとも、法的には1対1の契約関係との前提で判断がなされる。

つまり図1にあるように、雇用関係は、労働者という一方当事者と使用者という他方当事者との間で、労働者は使用者に対して、当該労働に従事することを約束し、これを実行する

という関係に立ち、使用者は労働者に対して、従事した労働に対応した報酬としての賃金を支払うという、相互に約束をし、結びついた契約関係ということになる。



2-2. 労働基準法と労働組合法はなぜ重要か？

雇用関係が契約関係である以上、会社と従業員との関係は合意によって成立し、その契約内容は、合意によって展開され、そして合意によって終了する。これが対等平等な市民間の契約関係の原則である。しかし、経済社会の中で一般的に行われている他の契約（売買契約や賃貸借契約、リース契約など）に比べて、こと労働契約（雇用契約）という契約については、そういう意識が薄い。なぜ、薄いのであろうか？

その理由については、労働力という商品が売り惜しみできない性格のものであることや、労働者と使用者との経済的・社会的・人的格差なども指摘されてきたが、何よりも労働契約（雇用契約）という契約には、本質的な特殊性があるという点が重要である。本質的な特殊性とは、会社と従業員との関係は対等ではないことからくる。なぜ対等ではないのか。それは契約の一方当事者（労働者）が、常に生身の個人でしかあり得ないからである。これを法律用語で「自然人」という。それに対して会社は「法人」である（会社は、人間ではないため、法律上人間とみなすとの擬制がなされる）。

労働契約という契約には、「労働に従事する」という約束をした者が、「自然人」でしかあり得ないという本質的な特徴がある。これは本質であり、決して相対化されえないものである。例えば、企業は法人と委託契約を結ぶことがありうるが、法人を雇用することはできないはずである。つまり、雇用は、具体的に言うならば、切れば血の出る生身の個人しかできないものなのだ。

さらに、「自然人」には、いくつもの限界がある。例えば、「自然人」は、同じ時刻に二つの場所に同時に存在することはできない。しかし、「法人」には、それができる。「法人」であれば、同じ日の同じ時刻に、札幌と福岡と東京で同時に面接を行うことが可能なのだ。労働契約では、雇用する側はほとんどの場合、組織であり集団であり、また「法人」である。したがって、労働契約における「雇う側」と「雇われる側」の差は、単なる差ではな

く（程度の差でもなく）、「本質的な違い」なのだと言える。

この「本質的な違い」は、国や文化や歴史の違いにかかわらず、どこでも当てはまる。歴史的にみても、19世紀のイギリス、フランス、アメリカ、そして、当時の後進国であったドイツ、日本など、資本主義を選択したいかなる国々でも同じ現象が起きたことを想起されたい。同じ現象とは何か。「労働者の悲惨な状況」である。いずれの国々においても——歴史、文化、伝統等さまざまな条件が違う国でありながら——、なにゆえ同じ現象が繰り返し起きたのであろうか？ それはこの本質的な違いがどの国でも当てはまるからだ、というほかはない。

いかなる国においても、雇われる側は「個人」（「自然人」）であり、雇う側の中心は会社などの法人、組織である（産業革命以降の会社制度の一般化の中で、雇主の中心は法人たる会社になっていく）。そして、「契約の自由」が理念的に追求された社会では、15時間労働を提示され、嫌なら雇わないと言われた労働者は、失業保険も、社会保障もない状態では、雇ってもらわなければ飢え死が待っているため、15時間労働を受け入れざるを得ないことになる。しかし、毎日15時間働き続けると、健康障害を起こし働けなくなることが普通であり、働けなければ契約違反をしたことになり、そこで契約を打ち切られ（解雇され）、損害賠償まで取られることになるのである。

つまり、「契約の自由」をそのまま放任すれば、契約不履行した労働者にはきわめて過酷な制裁が待っており、しかもそれは法的に正当化されるという事態が生じてしまう。そこで、この種の不都合にどう対応するかが大きな問題となった。「資本主義＝悪」と捉えるならば、社会主義、共産主義の世界に行き着くことになる。実際に、「資本主義＝悪」を後押しするような思想や運動は、19世紀のいずれの国々でも生起したし、社会主義、共産主義の方向そのままに突き進んだ国が幾つもあった。しかし、市場経済・資本主義に踏みとどまった上で、この不都合を是正した国々も存在した。つまり、雇用契約については何らかのコントロールを国家が加えた上で、市場原理の機能を完全には失わせないままに適正な契約内容にリニューアルする方法を考えついたのである。

では、それはどうすればリニューアルされるのか？

契約当事者の合意によって契約内容が決まるという原則は崩さずに、その不都合部分だけを調整する方法として、現在、いかなる先進資本主義国でも、共通にとられている手法が二つあると言われている。

その第1の手法が「労働条件の最低基準を法定する」という方法である。そもそも契約は、自由意思で約束し、約束した内容は守らなければならないというものである。しかしながら、雇用契約については、労働者側が使用者側に対して自分の意図を十分に相手に同意させることができる力が本質的にない関係にあることを前提とするならば、国家が介入して、労働者側に加担をするという方法をとるしかない。つまり、この両当事者の合意に関しては、売買契約における通常の売手と買手の合意とは違い、労働者側が不利になるような契約内容

については、一定の限度を下回る部分について、これを無効とする形で、国が介入するのである。

具体的には、最低賃金法がその典型である。仮に、契約の自由が100%まかり通るならば、「時給100円で働きます」と本人が真意で言ったとすれば、それでよいはずである。しかし、最低賃金法はそれを認めていない。それは、「時給100円で働きます」と、たとえ本人が真意で言ったとしても、「時給800円なら働きます」とは言えないような客観的な状況が推認できるからである。

例えば、東京では現在、最低賃金は、時給739円を守らなければならない。しかし、これを上回るならば、いかなる額を設定しようが、契約の自由である。つまり、最低賃金を上回るならば、少なくとも、契約の自由で承諾を押しつけられたことから生じる労働者側の極端な不利益（つまり、健康、人権、命まで侵害されるような悲惨な契約内容）はなくなるだろうということである。したがって、アメリカも、イギリスも、ドイツも、フランスも例外なく、すべての先進資本主義国で、最低労働条件を法律で強制する規制がなされている。それがこのゆがんだ契約を適正なものに直すための一つの手段として認められているからである。

しかし、弱者救済のためとはいえ、私的な契約関係などに国家が過剰に介入するとパターンリズムに陥るとの批判がよくなされる。これを克服するもう一つの方法が、「労働者の団結による交渉力の回復」である。そもそも、何故、労働者は弱いのであろうか。その理由の中心が、雇われる側（労働者）が常に「自然人」であり、それに対して雇う側（会社）はいつでも「法人」（組織）だからとするならば、労働者側も同じように組織であり、「法人」であるという状態をつくれば、少なくとも平均的に見れば、両者は対等だということが理念的には言えるはずである。

つまり、労働者も団結という行為によって集団化し、法人化することで、会社側（「法人」）と対等の形態を確保する。そうすれば、対等な交渉が少なくとも理論的には可能になる。また、国家も交渉の結果について、いちいち介入して規制する必要もなくなる。それゆえに、労働組合の使用者（団体）との交渉の結果を協定化した「労働協約」については、可能な限り尊重されるのが原則となる。もちろん、最低労働基準を下回った労働協約の内容であれば、労基法によってそのような協約の内容は労働契約の内容にはなりえないが、最低労働基準を上回るものであるならば、たとえ労働者側が弱いゆえに、賃上げが実現せず、賃下げになったとしても、対等な立場で交渉した結果なのだから、これを尊重するということになる。

しかしながら、労働者（個人）と会社（集団）との交渉であるならば、対等な交渉だとは言いがたいだろう。これを逆に言うならば、労働基準法や最低賃金法のように直接労働契約関係に国家が介入して、国が定める最低ラインを下回る場合の契約内容を無効にするような行為そのものは、労働組合が強くなればなるほど不要になることを意味する。ここで、この

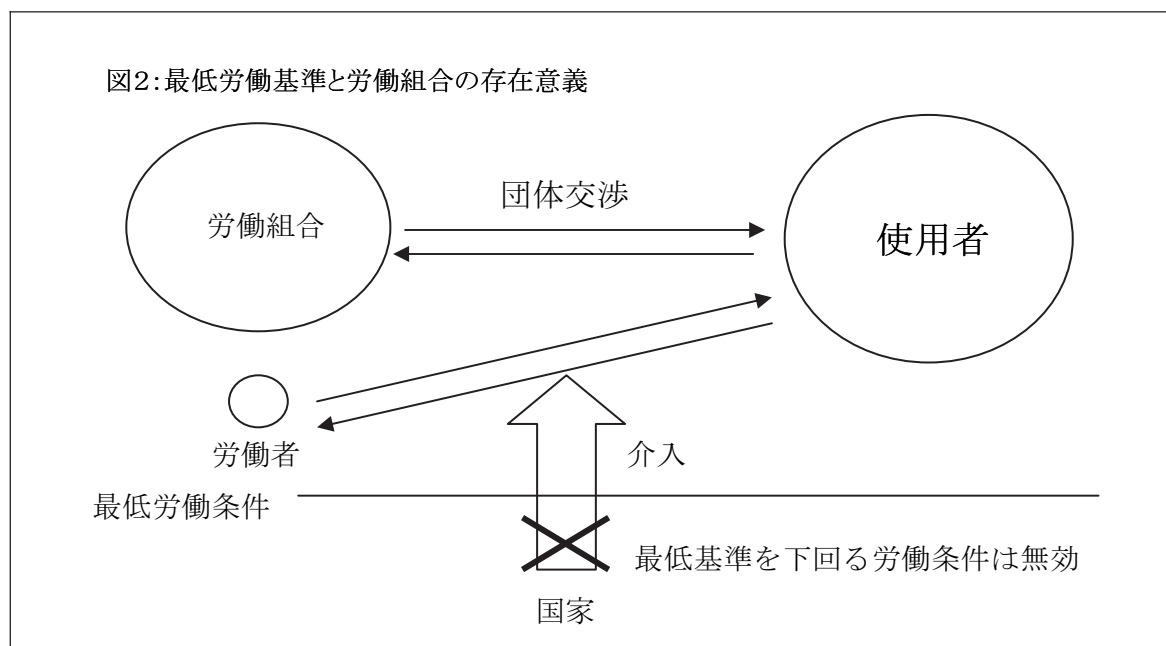
理念的な思考実験をより拡張するならば、労働組合組織率が 100%になった世界では、労働基準法も最低賃金法も必要がなくなる。どの労働者も必ず労働組合に加盟していれば、理念的には、実質的に対等な立場での交渉がなされるはずだからである。

したがって、世界中のどの先進資本主義国も同様に、でき上がった構造は図2のようになる。まず第1に、国家が最低労働条件を定め、契約内容がこれを下回る場合は無効とする（両当事者が自由な合意で決めてよいのはこのラインを上回る場合だけ）。具体的には、日本では、最低賃金法、労働基準法、労働安全衛生法などがこれにあたる。

次に、そのラインを上回る部分については、自由な合意でよいわけだが、仮に、その部分について労働者（個人）と会社（集団）との契約として放任すれば、最低基準に労働条件が張りついてしまうという問題が残る。これは、例えば、残業や休日の割増残業率を想起すれば明らかである。労働基準法 37 条は、残業割増率を 25%以上と定めているだけであり、30%でも 50%でもよいはずである。いや、むしろそれを労基法は奨励していると言ってもよい。しかし、実際には、残業割増率は 25%に張りついていくというのが現状である。

そこで、労働組合の存在意義が出てくる。つまり、最低ラインを超える部分については、労働組合と使用者との交渉で妥当な労働条件を妥結して決めていくということである。では、労働組合と使用者が妥結に至らず、デッドロックに乗り上げたらどうするか。合意の世界であれば、合意しないと一方が固執すれば合意は成立しない。だとするならば、そのまま膠着状態となり、例えば、賃金もボーナスも決まらないという状態となろう。

しかし、そのために用意してあるのが、憲法 28 条¹に定められている団体行動権（争議



¹ 憲法（勤労者の団結権）第 28 条の内容は以下のとおり。

第 28 条 勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する。

権)なのである。要するに、膠着状態を打ち破るためにストライキをすることになる。もちろん、ストライキによって、労働者はその間賃金をもらえない。つまり、労働組合側からみると、「賃金をもらえないまま、働くこともできないままで、どれぐらい耐えられるか」という、肉を切らせて骨を断つという闘いとなる。一方、会社側からみれば、「労働者に働いてもらえない」という状態にどれぐらい耐えられるかの戦いとなる。ここは、力比べである。しかし、どちらも同じように痛みを甘受しながら闘うことになるのだから、少なくとも、ゲームのやり方としてはフェアである。つまり、事態を進展させるために団体行動権、争議権があるとってよい。

余談ながら、争議権は、しばしば、「伝家の宝刀」に喩えられる。その意味は、「ちらつかせるところに意味がある」ということであり、めったに抜いてはいけないものとの意味が込められている。これこそ争議権のほんとうの使い方と言ってもよいだろう。実のところ、昨今、これが使えなくなっているのは、争議権を全然使わないうちに、いわば「伝家の宝刀」がどんどん錆びついてしまったからである。ゆえに、たとえ見せたとしても錆びた刀だから使用者は怖がらない状態となった。懸念すべき事態と言って良い。

2-3. なぜ労働契約法はこれまで必要とされなかったのか？

最低基準の法定（労働基準法）と交渉力の回復（労働組合法）という二つの方法で、日本は、本質的に不均衡な契約への対応方法としてきた。つまり、近年まで、日本では、労働契約法という概念について、必要性をあまり感じてこなかったのである。最低ラインは法律が守り、それを上回る部分は組合が集団的に労働条件を改善してきたのだ。ところが、1980年代以降、このシステムがうまく機能しなくなってきた。

それはなぜか？ 大きな理由の一つは、産業構造の変化であろう。つまり、上記のやり方がうまく機能するのは、第2次産業、特に工場労働がもっとも典型的だった状況においてである。それも昭和30、40年代によくみられた労働集約的な働き方により適していた。労働者がチームを組んで一斉に長時間働き、これにより能率が上がり、生産性も上がる。そういう世界であれば、労働組合をつくり、賃金を総額としてかじりとってきたうえで、個人には自動的に配分がなされる構造がよく機能した。高度成長期はまさにそういう時代であり、企業別組合も大きな役割を果たした。

それが1980年代になり、サービス経済化し、第3次産業が第2次産業を凌駕するようになる。家族関係も、従来は、父親が高度成長期のように工場で汗水流して朝8時から夕方5時まで決まった時間を働き、母親は専業主婦をやりながら、子育て・家事をやるという構造があった。それゆえ、給料の構成要素には、家族手当や子女教育手当等が含まれていた。それが核家族化し、女性も高学歴化することで、縁辺的で補助的な位置づけではなく、実際の戦力として労働力化されることとなる。また、非正規従業員の比率が増えることで、雇用形態もより多様化し、共働き世帯が増え、働く女性が求める子育てをしながら働く仕組みに対

する要望もより多様になってきた。そうすると、集団的に労働条件を交渉して、集団的に成果や一律の労働条件をかち取ってくれば、あとは個人に自動的に配分すればすむ世界ではなくなってくる。

つまり、第3次産業には非常に多様な雇用形態があり、集団的な労働条件が向上すれば（底上げしていけば）、それで生産性や能率が上がる世界ではない。最低労働条件を法律で強制することと、それを超える部分について労働組合が集団的に合意をして、良い労働条件をかち取ってくるということが保障さえされていれば、問題が解消されるという世界ではなくなってきたのだ。個々の労働者、個々の従業員と会社との関係があくまでも契約なのだという原点に立ち戻って、契約関係というものをきちんと規律していくための法律が必要になってきたということが、ようやく意識されはじめたのである。

以上をまとめるなら、今まで、なぜ労働契約法が必要とされなかったのかとの問いの答えは、高度成長期には労働基準法と労働組合法という二つの法律の役割が非常にうまく機能していたためだ、ということになる。

労働契約法が必要とされなかった理由がもう一つある。それは、裁判所が築き上げてきた判例法理の蓄積である。これまでも、裁判所は、契約の問題にかかわる個別の労使紛争について判断を下してきた。例えば、個別の解雇がこれにあたる。解雇された個人が会社等を相手取って、解雇違法ということで地位確認を訴える場合、解雇された労働者と会社との間の労働契約は、具体的にどういう契約内容であり、会社が行った解雇にはどのような意味があり、それが有効か無効かを、裁判所は個別に判断してきた。配転命令権の濫用を争う訴訟についても同様である。つまり、今まで、労働契約法が必要とされなかったことの一つは、判例による労働契約ルールを裁判所が作り上げてきたからだとも言える。

それは一言でいうならば、裁判所は、会社には「人事権」と名づけることができる包括的に労働者の勤務のあり方やその変更について決定する権限が、契約上会社に与えられているとみなした上で、そして、その権利の行使に当たっては、権利の濫用とみなされるような事由がなければ有効であるという理屈で、非常の多くの問題を処理してきたのである。

例えば、解雇の場合、会社には解雇権がある。しかし、権利とは、どんな権利でも濫用してはならないとされている（民法第1条3項）²。そのため、裁判所は、権利が濫用されていないかチェックする。そこで、客観的に合理性を欠き、社会通念上相当と認められない場合に権利が濫用されたという理屈で救うというやり方がとられてきたのである。

会社が包括的に労働者の働き方を決定し、労働者の側もそれに疑問を抱かず受け入れるような土壌が成立しているような時代（例えば、高度成長期）においては、働き方の一つひとつを会社の決定に委ね、権利の濫用については無効とする、このような手法は大変バランス

² 民法（基本原則）の第1条の内容は以下のとおり。

第1条 私権は、公共の福祉に適合しなければならない。

2 権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない。

3 権利の濫用は、これを許さない。

のとれたやり方であったといえる。

しかし、現在のように雇用形態が多様化し、人事制度も個別化（成果主義、能力主義）している時代では、個々人の働き方によって対応が変化するはずである。個々の労働契約関係について、昔のように全部同じものであって、同じように会社が決定権を持っており、その権利が濫用されていなければよいというわけにはいかなくなっている。そこで、個々の労働者、従業員と会社との間の契約を規律するための法律として、労働契約法の必要性が意識されるようになってきたのである。

2-4. なぜ労働契約法が必要とされるようになったのか？

さらに、労働契約法が必要とされるようになったもう一つの側面も重要だ。それは、労働基準法と労働組合法の機能低下が、労働契約法の必要性を側面から支えたということである。まず、労働基準法は、その機能面において、制定当時（昭和 20 年代）と現代とではその役割が大きく様変わりしたことを踏まえる必要がある。昭和 20 年代は、まだ国民皆保険もなく、実際に飢え死にしてしまう人もいたような時代である。このような時代には、労働条件がある一定条件を下回ることを国家が規制するシステムが働く者にとってどれだけ福音だったかわからない。最低賃金も、当時はとても重要な生活手段であった。しかし、やがて日本が経済的に離陸し、高度成長期を経て、世界で第 2 位の経済大国になった時代において、労働基準法が制度疲労を起こしつつあるとの印象はぬぐえないものがある。

例えば、労働基準法第 11 章には、「寄宿舎」という章がある。これらの条文は、寄宿舎で寝泊まりして働いている労働者に対して、使用者が生活を支配するようなことをしてはならないことなどの趣旨を規定している。しかし、現代において、寄宿舎に寝泊まりして働いている労働者というのは、建設現場の一部などを除くとごくまれであろう。

また、第 7 章「技能者の養成」についても、見習いで入ってきた工員をいじめてはならないなどの趣旨の規定が置かれている。その内容の多くは職業能力開発促進法などに移されたが、当初これらの条文が労基法の重要な位置を占めていたことからわかるように、労働基準法は民間の全労働者に適用される法律であるにもかかわらず、実際は現業で働く、しかも若年期に入社し、次第にベテランになっていくようなタイプの正規従業員を中心的な対象とした法律なのである。

女性についても、弱者として保護することが労基法の中心的な考え方であった。男女平等は労働基準法の中では、第 4 条「男女同一賃金の原則」規定³があるが、それは賃金について定めただけであり、ほとんど機能しなかった。なぜならば、男性と女性で賃金差別をしてはならないという規定は、違反したら刑罰が科される刑罰規定だったからである。その種の刑罰規定は解釈の仕方には原則（いわゆる「罪刑法定主義」）があり、そこから発生してく

³ 労働基準法（男女同一賃金の原則）第 4 条は以下のとおり。

第 4 条 使用者は、労働者が女性であることを理由として、賃金について、男性と差別的取扱いをしてはならない。

る解釈の仕方では幾通りかの論理的な解釈が可能な場合は、最も被告になる立場の人に有利な解釈を採用するというのが民主的な国家の刑罰規定の解釈の仕方である。労働基準法に違反して刑罰を受けるのは使用者であり、厳密に解釈するという事は、使用者に有利な解釈に傾くことを意味する。

例えば、同じ大学を同じ年度に卒業し、同じときに同じ会社に同じ資格で入った男女がいたとして、10年たって両者の賃金に著しい格差があった場合、女性が労基法第4条違反を訴えたとしても、これが認められる余地はほとんどなかった。なぜか。会社側の裁判での主張立証は以下のとおりとなろう。「この2人の働き方を客観的に見て、様々な要素を総合判断した結果、両者に昇進などで差が生じたのだ」と。会社側に裁量権がある以上、男女差別したから刑罰だと裁判所が判断することは不可能に近い。したがって、第4条は特殊な場合以外はほとんど使われなかったのである。

つまり、労働基準法は様々な面で制度疲労を起こしている。そもそも、対象が高度成長期に適合的であったこと、法規制も刑罰をもって使用者を取り締まるというものであったことが、現代に合わなくなっている。したがって、労働契約関係は契約であり、相互に対等に契約の自由で、合意をもって物事を進めていくべきだという世界では、労働基準法は相対的な存在になりつつあるといえよう。

一方、労働組合法については、最低条件を超える部分について労働組合の役割が問われているが、先述のように第3次産業の隆盛等によって、労働組合の守備範囲が狭くなってきた。それだけでなく、労働組合が機能できる部分でさえ機能不全に陥っている。近年、労働組合運動は、組織率の低下のみならず、地位の低下が著しい傾向にある。

そもそも労働組合の強さは、実は組織率だけでははかれないものである。フランスでは労働組合の組織率は3%前後にすぎないにもかかわらず、フランスの労働者の90%は労働組合の支配下にある。これは労働組合と使用者団体が結ぶ労働協約の拡張適用制度（「所定の要件を満たす労働協約の協約条項が、労働省令によって一定の地域内の同一業種企業全てに拡張適用される」という方式）が、大陸ヨーロッパの国々には定着しているからである。日本では、組織率だけでなく労働組合の労働者に対する影響の高さも、他国にくらべ比較にならないほど弱くなってしまった。従って、最低基準が守られても、それを越える部分についての労働者側の交渉力は著しく弱いという状態に戻ってしまっているのである。

3. 厚労省研究会・労政審の迷走について

民法は、雇用は契約であることを定めている。これは、労働基準法も労働組合法もなかった明治時代（明治31年）に、民法制定当初から規定されていることである。すでにあるにもかかわらず、この21世紀に、原点に立ち返って、個々の労働者と使用者との間の労働契約が契約であるとの原則を踏まえて、契約内容が適正に展開されるためのさまざまなルールを決める必要が出てきた。

では、具体的に、労働契約法はどうやって生まれたのであろうか。まず、2004年4月に厚生労働省内に、学者と弁護士などの有識者よりなる労働契約法を制定するための研究会（「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」（座長＝菅野和夫・明治学院大学教授）＝以下、「研究会」と略）が設けられた。そこで約2年間の議論の末、報告書がつけられた（「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」報告書、2005年9月15日。以下、「研究会報告書」と略。付属資料1参照（37～48頁））。

研究会は、労働契約の成立から展開、終了に至るまで、非常に包括的な法律の立法を目指した。そこから生み出された研究会報告書は、例えば、採用内定、試用期間、配転、転籍、競業禁止義務、休職など、労働契約法に必要な不可欠な様々な項目を盛り込んだものであり、実にアイデアに富んでいる。例えば、雇用継続型契約変更制度の創設や、労使委員会制度を就業規則の変更等の合理性推定に使えるようにすること、さらに解雇の金銭解決制度も盛り込まれていた。よし悪しは別として意欲的なものだったことは間違いない。

しかし、研究会報告書が労働政策審議会（労働条件分科会）に提出されたものの、審議会は、「研究会報告書を議論の土台としない」との確認をおこなった。理由は労使の不信感にあったのではないかといわれている。研究会報告書は理論的に詰められたものであり、労使から見れば、研究会報告書を前提に議論すると、行政主導で法律が立法される可能性があるのではないかとの不信を抱いたようである。その後、審議会の議論が続いたものの、2006年6月には、労使の双方から審議会の中断を求める事態にまでいたった（審議会は2ヶ月以上にわたり中断、その後再開）。

審議会が再開された後は、結局、労使ともに反対しない内容についてのみ、法案化の議論が進むこととなり、これにより、2006年12月、「今後の労働契約法制及び労働時間法制の在り方について」（以下、「最終報告」と略。付属資料2参照（49～52頁））が答申された。

この最終報告をたたき台にして法律案がつけられ（付属資料3参照（53～57頁））、平成19(2007)年11月28日、第168臨時国会において、与党と民主党が衆議院厚生労働委員会で修正に合意し、修正のうえ可決成立した（成立した法律については、付属資料4参照（58～62頁））。

4. 制定法の中身と課題

4-1. 全体の特徴

成立した法律の特徴は、第1に、極めて小さく生まれたということである（比喩的に言うならば、「未成熟」の状態で誕生したと言えよう）。これは、先述の審議会での議論の結果、労使双方が確実に一致する項目のみを条文化したことにもよる。したがって、労働契約法であるならば本来は必要と思われる、採用内定、試用期間、配転、転籍、競業禁止義務、自宅待機、休職、セクシャルハラスメントなどの規定は盛り込まれていない。

この法律の内容は、大きく言えば、三つの視点からみることができる。それは、①判例法理の明文化②スローガンの（理念的）な規定③就業規則の重視——の三つである。

まず第 1 に、最高裁をはじめ裁判所が判例法理として定型化・定着させてきたものの明文化である。判例法理とは、法律には書かれてなくとも、最高裁判決など判例の蓄積により、同じような類型の事件が起こって裁判所に行けば、この理屈で解決がなされるというルールが定着したもののことである。例えば、解雇での「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」が典型的な判例法理だ。解雇については、最高裁が昭和 50 年の日本食塩製造事件判決で定型化して以来、どの裁判所も揺るぎなく、解雇権濫用法理でチェックをされてきた。つまり、解雇について、裁判所に行けば必ずこの理屈で判断されるのであるから、法律に書き写したとしても、労使双方にとって何の問題も生じないのである。

第 2 に、スローガンの（理念的）な規定であるが、これは、法律上直接の効力はあまりないが、あるべき姿について一定の方向性を示したものである。代表的な条文は、労働契約法第 3 条（「労働契約の原則」）だ。成立した労働契約法第 3 条のうち、2 項、3 項がとくにそれにあたる。具体的には、第 3 条 2 項は、「労働契約は、労働者及び使用者が、就業の実態に応じて、均衡を考慮しつつ締結し、又は変更すべきものとする」としており、3 項は、「労働契約は、労働者及び使用者が仕事と生活の調和にも配慮しつつ締結し、又は変更すべきものとする」としている。これらの条文は、スローガンの意味が強く、この条文により、例えば、労働契約法第 3 条 2 項違反ということにはならない。つまり、これらの条文はまさにある方向性を示すものであり、これらの条文自体から直接に何らかの法的な効果が出てくるわけではない。

第 3 に、就業規則をめぐる規定については、労働契約法第 7 条と第 10 条という二つの条文が、就業規則に関して非常に重要な定めを帯びている、といえる。

以下、上記の三つの視点から条文を解説したい（政府提出法案については、付属資料 3 参照（53～57 頁）。成立した労働契約法については、付属資料 4 参照（58～62 頁））。

4-2. 総則

全体のバランスからみると「総則」は、スローガンを定めるところであり、本法のなかで充実した内容となっている。

第 1 条で、「この法律は、労働者及び使用者の自主的な交渉の下で、労働契約が合意により成立し、又は変更されるという合意の原則その他労働契約に関する基本的事項を定めることにより、合理的な労働条件の決定又は変更が円滑に行われるようにすることを通じて、労働者の保護を図りつつ、個別の労働関係の安定に資することを目的とする」と定めている。

この「合意の原則その他労働契約に関する基本的事項を定めることにより」が衆議院で修正された部分（下線が修正箇所）である（政府の提出した法案の中では、「及び労働契約と

就業規則との関係等」となっていた)。これは、就業規則があまりにもクローズアップされていたので、それを一般化した方向に変えたということである。

第3条1項、4項、5項は判例法理で完全に定着している内容であり、民法上の原則をそのまま労働契約について盛り込んだものである⁴。

2項と3項は、国会の衆議院の修正で盛り込まれたものである。とくに2項の「均衡の考慮」は、均等待遇や同一労働同一賃金、あるいは同一価値労働同一賃金の方向を思わせる規定ではあるが、あくまでスローガンの意味しかない。なぜなら、「均衡を考慮しつつ締結し、または変更すべきものとする」と書いてあるだけであり、「しなければならない」と規定されているわけではないからである。「すべきものとする」とあるため、こういう方向でいきましょうと言っているだけであり、直接の効果はない。

また、「就業の実態に応じて」均衡を考慮するとの内容であり、「就業の実態に応じて」は、現実に就業の実態がどうなっているかを踏まえた上での均衡という意味である。一律に均衡というわけではないことにも留意がいる。したがって、様々な就業の実態があることから、この条文がほんとうに機能する場面は限られてくるだろう。

3項は、「仕事と生活の調和にも配慮しつつ締結し、又は変更すべき」との規定であるが、これもスローガンの規定である。具体的には、例えば、女性を採用する際に、当該女性が結婚・出産することが想定されるが、それに対して、当該企業が就業継続のための制度を全く持たず、将来的にも一切そういうことを考えずに採用することは望ましくないとの趣旨である。

なお私見では、3項は一定の具体的な意味があると考えている。例えば、ある企業が、当該会社で家庭責任を負う女性（男性も含む）への配慮を何もしておらず、労働契約締結時においてもまったく想定していなかった場合、配転について広域配転をより一般化する形で就業規則を改め、「広域配転を命じられればそれに応じなければならない」と規定したとする。そうすると、当該規程は、その就業規則の変更に応じない労働者にも適用されるかどうかという問題が生じる。このようなケースでは、3項が（後述の労働契約法第10条に関わる）合理的な変更か否かの判断において影響を与える可能性はある。

つまり、会社側が広域配転を命令する場合、転居を伴う配転であるのに、家庭責任を負っている労働者に対する配慮がまったくなければ、当該労働条件の変更は合理性を認められない可能性がある。そう考えるならば、第3条3項の趣旨が、第10条の総合考慮をすべき場面において、合理性判断を大きく左右する可能性はありえよう。

⁴ 労働契約法第3条1項は、労働基準法第2条1項の「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」という規定に対応している。労働契約法第3条4項は、民法第1条2項に規定された「信義誠実の原則」（「2 権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行わなければならない」）を労働契約において確認した規定。労働契約法第3条5項は、民法第1条3項の「権利は濫用してはならない」という原則を労働契約法の原則として確認したものである。

労働契約法（第1章抜粋）

第一章 総則

（目的）

第一条 この法律は、労働者及び使用者の自主的な交渉の下で、労働契約が合意により成立し、又は変更されるという合意の原則その他労働契約に関する基本的事項を定めることにより、合理的な労働条件の決定又は変更が円滑に行われるようにすることを通じて、労働者の保護を図りつつ、個別の労働関係の安定に資することを目的とする。

（定義）

第二条 この法律において「労働者」とは、使用者に使用されて労働し、賃金を支払われる者をいう。

2 この法律において「使用者」とは、その使用する労働者に対して賃金を支払う者をいう。

（労働契約の原則）

第三条 労働契約は、労働者及び使用者が対等の立場における合意に基づいて締結し、又は変更すべきものとする。

2 労働契約は、労働者及び使用者が、就業の実態に応じて、均衡を考慮しつつ締結し、又は変更すべきものとする。

3 労働契約は、労働者及び使用者が仕事と生活の調和にも配慮しつつ締結し、又は変更すべきものとする。

4 労働者及び使用者は、労働契約を遵守するとともに、信義に従い誠実に、権利を行使し、及び義務を履行しなければならない。

5 労働者及び使用者は、労働契約に基づく権利の行使に当たっては、それを濫用することがあってはならない。

（労働契約の内容の理解の促進）

第四条 使用者は、労働者に提示する労働条件及び労働契約の内容について、労働者の理解を深めるようにするものとする。

2 労働者及び使用者は、労働契約の内容（期間の定めのある労働契約に関する事項を含む。）について、できる限り書面により確認するものとする。

（労働者の安全への配慮）

第五条 使用者は、労働契約に伴い、労働者がその生命、身体等の安全を確保しつつ労働することができるよう、必要な配慮をするものとする。

（参考）政府提出案（第1章抜粋）

第一章 総則

（目的）

第一条 この法律は、労働者及び使用者の自主的な交渉の下で、労働契約が合意により成立し、又は変更されるという合意の原則及び労働契約と就業規則との関係等を定めることにより、合理的な労働条件の決定又は変更が円滑に行われるようにすることを通じて、労働者の保護を図りつつ、個別の労働関係の安定に資することを目的とする。

（定義）

第二条 この法律において「労働者」とは、使用者に使用されて労働し、賃金を支払われる者をいう。

2 この法律において「使用者」とは、その使用する労働者に対して賃金を支払う者をいう。

（労働契約の原則）

第三条 労働契約は、労働者及び使用者が対等の立場における合意に基づいて締結し、又は変更すべきものとする。

2 労働者及び使用者は、労働契約を遵守するとともに、信義に従い誠実に、権利を行使し、及び義務を履行しなければならない。

3 労働者及び使用者は、労働契約に基づく権利の行使に当たっては、それを濫用することがあってはならない。

（労働契約の内容の理解の促進）

第四条 使用者は、労働者に提示する労働条件及び締結し、又は変更した後の労働契約の内容について、労働者の理解を深めるようにするものとする。

2 労働者及び使用者は、労働契約の内容について、できる限り書面により確認するものとする。

（労働者の安全への配慮）

第五条 使用者は、労働契約により、労働者がその生命、身体等の安全を確保しつつ労働することができるよう、必要な配慮をするものとする。

第4条は労働契約内容の理解と書面性促進を規定したものであるが、総則の中にある規定であるため、「理解を深めるようにするものとする」「できる限り書面」とあるように、これも方向性を示したものである。方向性を示したもののなので、違反したからといって何か罰則があるわけではない。ただし、実務上は規定されていることを遵守した方がリスクは少なく、特に書面化について履行した方が、より安全であるといえる。労働関係のトラブルは、使用者側に挙証責任が負わされる場合が多いため、きちんと文書の形に残るようにしておくほうが使用者にとっては安全であろう。

第5条は、すでに判例で完全に定着している「安全配慮義務」を明文化したものである。例えば、ある労働者が仕事のストレスでメンタルヘルスを害し、うつ状態になり、自殺した場合、うつ状態になった原因が仕事にあるという因果関係が立証され、しかもそのうつ状態が自殺を招くという病理的な因果関係についても立証された場合には、会社はそれについて過失がないことを立証できない限り、損害賠償の責任を負うということになる。

4-3. 労働契約の成立および変更

4-3-1. 成立における合意原則と就業規則による例外（第6条、第7条）

労働契約法第6条は、「労働契約は、労働者が使用者に使用されて労働し、使用者がこれに対して賃金を支払うことについて、労働者及び使用者が合意することによって成立する」と規定している。これが原則である。しかし、労働者と使用者が個別に合意をしなくても、労働契約が成立する場合がある。それが第7条の規定である。

「第7条 労働者及び使用者が労働契約を締結する場合において、使用者が合理的な労働条件が定められている就業規則を労働者に周知させていた場合には、労働契約の内容は、その就業規則で定める労働条件によるものとする。ただし、労働契約において、労働者及び使用者が就業規則の内容と異なる労働条件を合意していた部分については、第12条に該当する場合を除き、この限りでない」。

つまり、労働者が入社するときに、会社側が就業規則を新入社員に周知させて、その就業規則の内容が裁判所（つまり、客観的・公正な第三者）の目から見て、合理的な内容であれば、当該労働者が個別に合意しなくとも、当該就業規則の内容がそのまま当該労働者と当該会社との間で合意したのと同じ意味を持つとしている。

ここで注意が必要なのは、今回、労働契約法で法文化されたことで、「就業規則には従業員は従うものである」との通念は間違いである、ということがはっきりしたということである。採用の段階で、就業規則が合理的な内容であって、かつ周知手続がとられていた場合という条件が、法律によって明記されたのだ。

この考え方は、国会で修正されたものでもある。政府提出法案では、「労働者及び使用者が労働契約を締結する場合において」という条件がついていなかった。つまり、就業規則があって、その就業規則の内容が合理的で周知されたら、もう労働契約の内容になると規定されていたのである。これが修正を経ることで、労働契約を締結する場合、つまり採用段階に限定されたことになる。

これがいかなる意味を持つかというと、例えば、従業員7人の会社（就業規則をつくる義務がない）が従業員10人を超えたため、就業規則を改めてつくることにした場合、第7条は適用されないことになる。すでに働いている労働者に対して改めて就業規則をつくり、ただ示して合理的であったというだけでは拘束力は生じないのだ（この場合は後述の第10条が適用される）。つまり、周知手続がとられていて内容が合理的であれば、労働者との合意がなくとも、労働契約の内容になるのは採用段階だけなのである。

4-3-2. 変更における合意原則と就業規則による例外（第8条、第9条、第10条）

次に、就業規則の変更にかかわる第8条、第9条、第10条について説明する。第8条が原則である（「第8条 労働者及び使用者は、その合意により、労働契約の内容である労働条件を変更することができる」）。

労働契約法（第2章抜粋）

第二章 労働契約の成立及び変更

（労働契約の成立）

第六条 労働契約は、労働者が使用者に使用されて労働し、使用者がこれに対して賃金を支払うことについて、労働者及び使用者が合意することによって成立する。

第七条 労働者及び使用者が労働契約を締結する場合において、使用者が合理的な労働条件が定められている就業規則を労働者に周知させていた場合には、労働契約の内容は、その就業規則で定める労働条件によるものとする。ただし、労働契約において、労働者及び使用者が就業規則の内容と異なる労働条件を合意していた部分については、第十二条に該当する場合を除き、この限りでない。

（労働契約の内容の変更）

第八条 労働者及び使用者は、その合意により、労働契約の内容である労働条件を変更することができる。

（就業規則による労働契約の内容の変更）

第九条 使用者は、労働者と合意することなく、就業規則を変更することにより、労働者の不利益に労働契約の内容である労働条件を変更することはできない。ただし、次条の場合は、この限りでない。

第十条 使用者が就業規則の変更により労働条件を変更する場合において、変更後の就業規則を労働者に周知させ、かつ、就業規則の変更が、労働者の受ける不利益の程度、労働条件の変更の必要性、変更後の就業規則の内容の相当性、労働組合等との交渉の状況その他の就業規則の変更に係る事情に照らして合理的なものであるときは、労働契約の内容である労働条件は、当該変更後の就業規則に定めるところによるものとする。ただし、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部分については、第十二条に該当する場合を除き、この限りでない。

（就業規則の変更に係る手続）

第十一条 就業規則の変更の手続に関しては、労働基準法（昭和二十二年法律第四十九号）第八十九条及び第九十条の定めるところによる。

（就業規則違反の労働契約）

第十二条 就業規則で定める基準に達しない労働条件を定める労働契約は、その部分については、無効とする。この場合において、無効となった部分は、就業規則で定める基準による。

（法令及び労働協約と就業規則との関係）

第十三条 就業規則が法令又は労働協約に反する場合には、当該反する部分については、第七条、第十条及び前条の規定は、当該法令又は労働協約の適用を受ける労働者との間の労働契約については、適用しない。

（参考）政府提出案（第2章抜粋）

第二章 労働契約の成立及び変更

（労働契約の成立）

第六条 労働契約は、労働者が使用者に使用されて労働し、使用者がこれに対して賃金を支払うことについて、労働者及び使用者が合意することによって成立する。

（労働契約の内容と就業規則との関係）

第七条 使用者が合理的な労働条件が定められている就業規則を労働者に周知させた場合には、労働契約の内容は、その就業規則で定める労働条件によるものとする。ただし、労働契約において、労働者及び使用者が就業規則の内容と異なる労働条件を合意していた部分については、第十二条に該当する場合を除き、この限りでない。

（労働契約の内容の変更）

第八条 労働者及び使用者は、その合意により、労働契約の内容である労働条件を変更することができる。

（就業規則による労働契約の内容の変更）

第九条 使用者は、労働者と合意することなく、就業規則を変更することにより、労働者の不利益に労働契約の内容である労働条件を変更することはできない。ただし、次条の場合は、この限りでない。

第十条 使用者が就業規則の変更により労働条件を変更する場合において、変更後の就業規則を労働者に周知させ、かつ、就業規則の変更が、労働者の受ける不利益の程度、労働条件の変更の必要性、変更後の就業規則の内容の相当性、労働組合等との交渉の状況その他の就業規則の変更に係る事情に照らして合理的なものであるときは、労働契約の内容である労働条件は、当該変更後の就業規則に定めるところによるものとする。ただし、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部分については、第十二条に該当する場合を除き、この限りでない。

（就業規則の変更に係る手続）

第十一条 就業規則の変更の手続に関しては、労働基準法（昭和二十二年法律第四十九号）第八十九条及び第九十条の定めるところによる。

（就業規則違反の労働契約）

第十二条 就業規則で定める基準に達しない労働条件を定める労働契約は、その部分については、無効とする。この場合において、無効となった部分は、就業規則で定める基準による。

（法令及び労働協約と就業規則との関係）

第十三条 就業規則が法令又は労働協約に反する場合には、当該反する部分については、第七条、第十条及び前条の規定は、当該法令又は労働協約の適用を受ける労働者との間の労働契約については、適用しない。

第 9 条で、「使用者は、労働者と合意することなく、就業規則を変更することにより、労働者の不利益に労働契約の内容である労働条件を変更することはできない。ただし、次条の場合は、この限りでない」としている。

使用者は、労働者と合意することなく、就業規則を変更することにより、労働者の不利益に労働契約の内容である労働条件を変更することはできない。これによって、まず原則として労働者に対して、今までよりも不利益になるような労働条件を就業規則によって押しつけることはできないとしたのである。

しかし、第 10 条の条件を満たせば就業規則の変更は可能である。

「第 10 条 使用者が就業規則の変更により労働条件を変更する場合において、変更後の就業規則を労働者に周知させ、かつ、就業規則の変更が、労働者の受ける不利益の程度、労働条件の変更の必要性、変更後の就業規則の内容の相当性、労働組合等との交渉の状況その他の就業規則の変更に係る事情に照らして合理的なものであるときは、労働契約の内容である労働条件は、当該変更後の就業規則に定めるところによるものとする。ただし、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部分については、第 12 条に該当する場合を除き、この限りでない」。

第 10 条には、五つの条件が規定され、その後、「その他の就業規則の変更に係る事情」と付け加えられている。明確なのは五つの条件である。まず、①変更後の就業規則を労働者に周知させ、②就業規則の変更による労働者の不利益の程度、③労働条件の変更の必要性、④変更後の就業規則の内容の相当性、⑤労働組合等とその変更についてどう交渉したか——などをすべて総合考慮して、合理的だとみなされたら変更が可能となる。つまり、合理的とみなされるための条件（②③④⑤）と周知（①）——の五つに、「その他の就業規則の変更に係る事情」を加えて判断されることとなる（過去の裁判例については、参考資料「参考となる裁判例」参照（85～94 頁））。

例えば、家族手当制度を就業規則の変更によって廃止する場合を想定しよう。第 8 条、第 9 条では、原則、使用者は、労働者と合意することなく、就業規則を変更することにより、労働者の不利益に労働契約の内容である労働条件を変更することはできないこととなっている。したがって、第 10 条の規定に基づき変更をすると仮定しよう。家族手当を廃止する場合、当然、廃止に反対の従業員がいることが予想されるが、一律に家族手当を廃止し、新制度を適用させるにはどうしたらよいかという問題である。

まず、新制度の内容について周知させる必要がある。また、家族手当を廃止する必要性について、裁判官にも説明可能かについても検討する必要がある。だとするなら、家族手当の廃止による労働者への影響をリサーチしなければならない。この場合、家族手当をカットする反面、それとは別の制度（例えば、財形を充実させる等）により、手当の廃止に相当する利益を労働者側に与えることで、減額分をカバーすれば、より不利益の程度は軽減されることとなろう。つまり、制度変更のすべてを総合すれば労働条件の悪化が少ないことを立証

できれば、合理性がより満たされることとなる。

さらに、従業員の意見を聴取したかについても重視される。とくに裁判所は、「青天の霹靂」を嫌う傾向があるだけに留意する必要がある。つまり、秘密主義でことを運び、突然、家族手当廃止を断行すると、裁判所の印象は悪くなるだろう。したがって、家族手当について、従業員から十分に意見を聞き、アンケートをとって、組合があれば率直に話し合いをしたうえで就業規則を変更した場合には、トラブルになったときの裁判所の印象が異なる。

なお、「その他の就業規則の変更に係る事情」とは、例えば、賃金や退職金など報酬を直接に切り下げる等の労働条件の変更と、福利厚生や労働時間に関わる制度変更による労働者の不利益とは違うことなどがあげられる。つまり、賃金や退職金などを直接切り下げるような変更については、より厳しく判断されるということである。

次に、第 10 条で注目すべきなのは、但し書き以下である。「ただし、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部分については、第 12 条に該当する場合を除き、この限りでない」とある。

その意味するところは、但し書き以下に当てはまるものについては、第 10 条に示される条件をすべて満たしたとしても、労働者との合意が得られなければ、契約内容にはならないということとなる。

典型的には、正規従業員（期間の定めのない雇用）を、就業規則を変更することにより、契約社員（期間の定めのある雇用）にすることはできない、ということである。これらの変更は、就業規則によって集团的に変える性格のものではなく、個々の労働契約によって対応すべきものであるからだ。すなわち、就業規則の変更によって、正社員を契約社員にすることは原則としてできないことが、第 10 条但し書き以下によってはっきりしたという側面がある。

例えば、就業規則の変更で、「販売部の一部の職員を平成 20 年 4 月 1 日以降、契約社員とする」と就業規則に書いて、それが労働基準監督署（労基署）に受理されたとしても、この就業規則の変更は同意しない労働者には拘束力を有しない（労基署の受理は、行政監督上の立場から受理したというにすぎず、使用者・労働者間の契約内容の適否については労基署の管轄外である）。たとえ、第 10 条で列举されている条件をすべて満たしたとしても、個別合意がないかぎり労働条件の変更はできない。

4-4. 労働契約の継続及び終了

出向（第 14 条）、懲戒（第 15 条）、解雇（第 16 条）については、いずれもこれまでの権利の濫用にかかわる判例法理を明文化したものである。第 16 条（解雇）は、労基法 18 条の 2 を移行したものだ（労基法 18 条の 2 は削除）。

労働契約法（第3章、第4章抜粋）

第三章 労働契約の継続及び終了

（出向）

第十四条 使用者が労働者に出向を命ずることができる場合において、当該出向の命令が、その必要性、対象労働者の選定に係る事情その他の事情に照らして、その権利を濫用したものと認められる場合には、当該命令は、無効とする。

（懲戒）

第十五条 使用者が労働者を懲戒することができる場合において、当該懲戒が、当該懲戒に係る労働者の行為の性質及び態様その他の事情に照らして、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認め、当該懲戒は、無効とする。

（解雇）

第十六条 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認め、無効とする。

第四章 期間の定めのある労働契約

第十七条 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。

2 使用者は、期間の定めのある労働契約について、その労働契約により労働者を使用する目的に照らして、必要以上に短い期間を定めることにより、その労働契約を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。

（参考）政府提出案（第3章、第4章抜粋）

第三章 労働契約の継続及び終了

（出向）

第十四条 使用者が労働者に出向を命ずることができる場合において、当該出向の命令が、その必要性、対象労働者の選定に係る事情その他の事情に照らして、その権利を濫用したものと認められる場合には、当該命令は、無効とする。

2 前項の「出向」とは、使用者が、その使用する労働者との間の労働契約に基づく関係を継続すること、第三者が当該労働者を使用すること及び当該第三者が当該労働者に対して負うこととなる義務の範囲について定める契約（以下この項において「出向契約」という。）を第三者との間で締結し、労働者が、当該出向契約に基づき、当該使用者との間の労働契約に基づく関係を継続しつつ、当該第三者との間の労働契約に基づく関係の下に、当該第三者に使用されて労働に従事することをいう。

（懲戒）

第十五条 使用者が労働者を懲戒することができる場合において、当該懲戒が、当該懲戒に係る労働者の行為の性質及び態様その他の事情に照らして、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認め、当該懲戒は、無効とする。

（解雇）

第十六条 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認め、無効とする。

第四章 期間の定めのある労働契約

第十七条 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。

2 使用者は、期間の定めのある労働契約について、その労働契約により労働者を使用する目的に照らして、必要以上に短い期間を定めることにより、その労働契約を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。

4-5. 期間の定めのある労働契約

第17条「期間の定めのある労働契約」の1項は、民法628条⁵にある内容について、労働者保護を強化する形で移したものと見える。労働者保護の意味は、「やむを得ない事由」を使用者側が立証できない限り解雇できないという趣旨である。

2項「使用者は、期間の定めのある労働契約について、その労働契約により労働者を使用する目的に照らして、必要以上に短い期間を定めることにより、その労働契約を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」は、労働者の立場が不安定にならないように、期間雇用の際の期間を短く定めることにより、何度も反復更新するというやり方を控えるようにせよ、という趣旨である。

例えば、ある労働者を通常的一般事務で働いてもらうために契約社員として雇った場合、

⁵ 民法628条（やむを得ない事由による雇用の解除）の内容は以下のとおり。

第628条 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。この場合において、その事由が当事者の一方の過失によって生じたものであるときは、相手方に対して損害賠償の責任を負う。

期間 2 カ月で 30 回も契約を反復していく必要があるかが問われている。常に短期間の有期を設定するのではなく、その仕事の内容に応じた一定の幅がある期間を定めるよう配慮を呼びかけているとあってよい。

ただし、「配慮しなければならない」との文言であることから、10 年程度雇うつもりで、2 カ月の契約期間にしたからといって、無効になるわけではない。しかしながら、これも間接的に効果があると思われるのは、例えば 2 カ月で期間を切っていて、そして 13 回目で雇い止めをした場合（期間 2 カ月で 12 回契約更新）、2 年間雇ったことになる。このようなケースでは、裁判所から見ると、どうして 12 回も更新しておいて 13 回目がだめなのかということで、会社側の心証が悪くなる可能性はある。そういうケースでは、労働契約法第 14 条 2 項の趣旨が裁判所の判断に反映されることもありうるだろう。

5. おわりに——あるべき労働契約法について

私は、労働契約法は、契約法と名を冠する以上、もともと厚生労働省の管轄ではなく、民法と同様、法務省の管轄とすべきものと考えている。もちろん、例えば施行通達の効果を鑑みれば、厚生労働省に今まで蓄積されてきたノウハウ等を利用することで、指導したほうがより効率的であることもわかる。しかしながら、将来的には民法と同じように法務省の管轄として、純粹に個々の契約、つまり労働者という一市民と会社（法人）という一市民が合意により物事を決めていく際のルールを包括的に定める契約法に転換すべきなのだろう。

現在、民法の債権法について、法務省は大改正を検討中であり、おそらく数年後には、民法は完全に様変わりすることとなろう。今後、民法の中の債権法（雇用に関する規定）の大改正がなされるならば、民法の雇用に関する規定と労働契約法とを統合し、「雇用契約法」という名前のある大きな法律をつくり（民法の雇用の部分は削除）、その所管については基本的には法務省が対応すべきであるように思われる。

無論、小さく生まれた労働契約法については、大きく育てる必要がある。今後は、研究会報告書にあったように、採用内定、試用期間、配転、転籍、自宅待機、休職、兼職、競業禁止義務等々——、さまざまな労働契約の成立から展開、終了までのステージのあらゆる場面について、合理的なルールを規定する法律に変わっていくべきであろう。

なお、私見ではあるが、個々の契約関係を律するルールを定める中で、「人事権」という概念はもはや、やめたほうがよいと考える。なぜならば、そもそも「人事権」とは、どこの法律にも書かれていない、法的には何の根拠もない言葉だからである。どこの法律を見ても「人事権」について書かれていないということは、法律的には、会社に「人事権」などないということにほかならない。つまり、会社が持っている労働者に対する個別の権利の総体をひとまとめにした総称として、「人事権」という俗語が使われているにすぎない。

ところが、いつの間にか、「人事権」がひとり歩きして、あたかも、労働者の生殺与奪は会社が握っているとの風潮が社会に蔓延するに至った。しかし、実は、「おまえが生きるも

死ぬも会社の一存だ」という風潮そのものが、様々な労使関係上のトラブルを引き起こしているのである。

近年では、いわゆる偽装請負問題だけでなく、偽装管理職問題まで起きており、本来、管理監督者でない労働者に残業をさせて、「お前は管理職だ」として時間外割増賃金を支払わず、ただ働きをさせる企業まで出始めている。私は、それらの問題の根幹には、先の「人事権」について、会社が考え違いをしていることがあるのではないか、と考えている。あくまで、会社と従業員は対等の立場で合意して物事を決めるのが原則であるとの前提が欠けているのだ。

会社は、この法的根拠のない「人事権」という言葉に安易に頼ることなく、例えば「配転命令権」「休職を命ずる権利」等々——、一つひとつ具体的な権利として認識したうえで、従業員に権利の行使をすればよい。会社には具体的にこういう権利が従業員に対してあり、ただし、これを濫用してはならないというように、当該権利を一定の範囲内で行使するのである。自分が持っている権利の内容について正確な認識を持ち、それを適切に実行していく。それこそがコンプライアンスの本当の意味である。

そして、労働契約法を大きく育て、使用者と従業員との関係はあくまでも個々の対等平等の契約関係であることを前提とした方向に進んでいくべきだと考えている。