

研究機構・インフォメーション・サービス NO. 92 JILG:Information Service 2012-6-22

自治労連・地方自治問題研究機構:FAX: 03-5940-647 <http://www.jilg.jp/>
〒112-0012 東京都文京区大塚4-10-7 自治労連会館3F

この論考は、2012年5月13日に行われた自治労連・地方自治問題研究機構の第3回公務員制度改革検討会運営委員会で、根本到先生(大阪市立大学教授)の「報告」をテープで起こし、編集部が整理した原稿に、先生ご自身で手を入れていただいたものです。(編集部)

「有期労働契約の新しい法案について」

根本 到(大阪市立大学教授)

それでは報告します。報告の対象は、労働契約法改正案の内容とポイントです。私のレジュメで言うと、「一」がそれに当たります。ただ、労働契約法は公務員には適用がないと定められていますので、それに留意して、この法案が公務にどのような影響を与える可能性があるかを「二」で採り上げます。

一、改正労働契約法の内容の検討

1. 閣議決定に至るまで

改正労働契約法の内容を考えるにあたり、それが提出されるまでの経過を確認しておきます。昨年末に労政審(労働政策審議会)の建議が出て、今年2月に入ってから法律案要綱が出て、3月に法律案が閣議決定され国会に上程されています。4月から5月にかけて、情勢報告等で、もしかしたら緊急に可決されるかもしれないと言われていた時期もありますが、今のところ、可決されてはいません。

2. 各団体の評価、意見

法案については、各団体がいろいろな評価や意見をいくつか出しています。連合、全労連（全国労働組合総連合）、日本労働弁護団、日弁連等です。ここに挙げてありますが、これは、むしろ内容を見てからもう一度見たほうが良いと思います。1ページから4ページの終わりまで、だいたい細かい内容をいろいろ指摘している日本労働弁護団の見解と、4月13日に出た日弁連の見解を挙げましたが、この内容は、あとで適宜触れるということにしたいと思います。

3. 法案の内容と分析

そのうえで、レジユメの5ページに行きます。法案の内容と分析です。今回の法案は、有期の規制にかかわり、大きく分けて三つのことを提起しています。

一つ目は、「3- (1)」でとりあげていますが、利用期間が5年を超えたら無期転換の申し出をする権限を労働者に認めるというものです。ここでは、その内容を「無期転換規制（上限規制）」と呼んでいます。これにはクーリング期間が付いています。原則6カ月と示されていますが、6カ月の期間をおくと、通算する期間が一旦ゼロになるという規制があります。

二つ目は、「3- (2)」でとりあげていますが、従前からあった判例法理である雇い止め法理を法定化しています。通常、判例法理を法定化すると、法状態が変わらないことが多いわけですが、法定化するだけで法状態が多少変わる可能性があります。そもそも、従前の判例をそのまま表現しきれているかも大きな問題になります。

三つ目は、「3- (3)」でとりあげていますが、期間の定めを理由とする不合理な処遇を規制するということです。これは均等待遇差別規制につながるものです。今回、ここで問題にしているのは、有期で定めたことを理由として不合理な処遇をしてはならないという規制が問題とされています。

この三点が今回の法案の大きな柱になっていますが、それぞれどう評価するか、少し述べたいと思います。

(1) 無期転換規制（上限規制）の導入

a) 内容

最初の「無期転換規制（上限規制）」です。その内容は、「通算契約期間が5年を超える労働者が、期間の定めのない労働契約の締結の申し込みをしたときは、使用者は、これを承諾したものと見なす。その際の労働条件は、現に締結している有期労働契約の内容である労働条件と同一の労働条件とする」となっています。無期転換された場合でも、今まで結んでいた労働契約上の労働条件と基本的には変わらないというか、それを引き継ぐことが原則になっています。ただ、「別の定めがある場合は除く」という文言が入っています。

有期労働契約については、諸外国にいくつか規制がありますが、有期契約は、むしろ自由に結ばず、許された締結事由がある場合のみ認めるという規制の仕方をとっている国（締結事由規制）がある一方で、今回導入された無期転換規制、つまり上限規制を設けている国があり、大きく分けて二つに分類されます。今回の法案は、前者の締結事由規制（すなわち入り口規制）を採用しなかったことを意味しています。

上限期間は、韓国は2年、イギリスは4年という規制を設けていましたが、今回の法案では5年という非常に長期の期間が設定されています。労政審等で合意する過程では、労働者側は3年から5年、使用者側は5年から10年を求めたところ、その間を取ったと言われています。しかし、事務方は、最初から5年を落としどころにしようと考えていたと思われる点があり、結果的にも5年になりました。

また、上限規制は、一般に、5年を超えれば自動的に無期契約とみなす規制とすることが多いですが、今回は、労働者の申し込みを条件とした規制にしています。5年たって労働者が申し込めば、使用者が承諾したものとみなされるという、無期転換の申出権（形成権）を労働者に付与するというやり方を取っています。こうした規制を採用した場合にすぐに想像がつくのは、労働者側が申し込まなければ、無期契約に転換しないということです。労働者に申し込ませないようにすれば、実質的に脱法できることとなります。

さらに、申出権という方法を取ったため、その申出る時期を限定するという規制も設けています。具体的には、もし1年契約で4回更新して5年まで来たとして、次に申し出をしないでまた次の1年契約が始まると、今度はその次の1年契約の終了後にならないと申し出できないとなっています。

次に、労働条件についてです。有期の身分の人と正規の人の労働条件が違っていた場合、契約期間の有無に関わって、無期契約に転換したら、むしろ正規の労働条件になるのが当然だといえますが、法律上の効果としては、今まで締結した労働契約の内容と同一の労働条件にするという方法を取っています。その会社での処遇の仕方にもよりますが、法律の力をもって、正規の人の労働条件になるとは限らないという定め方をしているわけです。

もう一つ、今回はクーリング期間を設けてあります。一般に「クーリング期間」と呼ばれ、法律の文言上としては「空白期間」と書いてあるものです。有期の利用を続けていけば、それが通算され、5年を超えると無期転換申出権が発生するわけですが、空白期間をおくと、またゼロからカウントされることとなります。このクーリング期間は、6カ月を原則とし、通算期間が1年未満の場合は、その2分の1に相当する期間等という規定が設けられています。

b) 課題

5年という利用可能期間の上限を設定した場合、5年を超えると無期転換規制が働くので、使用者としては、その前に何とか雇い止めしようとする可能性

が高いとされています。その雇い止めが、むしろ頻発するのではないかと
いうことが懸念されています。この問題は、上限規制の「副作用」と呼ばれてい
ます。

この建議が出たときにも、「労使を含め、この副作用に対して十分に対処す
ることが求められる」と書かれていました。しかし、法案を見ると、この副作
用の具体的対策は特段何も示されていません。そうすると、二番目の柱である
雇い止め法理が十分機能するかが非常に大事になります。使用者は、総利用期
間が5年に達する前であれば、自由に雇い止めできるのではないかと、今まで
以上に思う可能性があるわけですが、従前の雇い止め法理が、きちんと実効性
をもって働き、雇い止めは自由にできないことがあることを明確にしないと従
前よりも雇い止めが増える可能性さえあるのです。

また、今回の上限規制は、労働者の申し込みを前提としているので、脱法の
恐れが付きまといます。つまり、使用者側は、「労働者側が申し込まなかつ
た」という理由を持ち出す可能性があります。

この点については、今のところ何も示されていませんが、法案締結過程で、
厚労省の担当者が、「自由意思でなければいけない」とか、「それを事前に取
り上げるような合意をしたら、公序違反で無効になる」とかと言っています。
もしこの法案が成立すると、そういう議論がされるでしょうが、仮にそういう
規制があっても、申し込みを前提とするのは、職場では脱法のおそれのつきま
とう制度です。

さらに、5年という上限期間の長さは非常に長期です。主要国の中では世界
一長いです。規制として働くだろうか疑問に感じます。

これに対し、クーリング期間については、そもそも設けることが妥当なのか
ということに加え、一番長くても6カ月なので、非常に短いことを問題にしな
ければなりません。

実は、ドイツの有期パート法は、クーリング期間を明文で否定しています。
しかも、従前はクーリング期間の規制がありました。この法律を2000年に作
ったときに（2001年施行）、あえて設けませんでした。ところが、2011年4月
のあるドイツの連邦労働裁判所判決で、労働者の職業選択の自由を抵触する
という理由で、この規定は憲法上疑義があるという判断が出ています。クーリ
ング期間を設けないことによって、一度就労したことのある会社が有期契約で
の雇用を妨げる効果を果たすということで、労働者の就職機会を制限している
というのが実質的な理由です。ただし、このドイツの判断でも、3年以上のクー
リング期間に限定してクーリング期間を特別に認めるという合憲的解釈をして
います。厚生労働省の担当者は、このドイツの法状況を気にしているため、こ
の判決をさかんに紹介して、クーリング期間を設けることを正当化しようとし
ていますが、この判断と比べると、6カ月のクーリング期間はいかにも短い
です。クーリング期間を設ければ上限規制自体の機能はだいぶ制限されますので、
長さの妥当性も含めて大きな問題を残していると思います。

なお、「無期転換されても労働条件について同一とする」という扱いは、先

ほどもお話ししましたように、その会社における無期の正規社員の労働条件に必ずしもならないことを意味しています。契約期間を理由とする差別的扱いを強く規制するのであれば、無期化した場合にはよりいっそう強い平等が求められるべきです。契約期間を理由とする差別的扱いは、無期転換した場合はいっさい許されないということを徹底させるべきだと考えています。

(2) 『雇い止め法理』の法定化

a) 内容

二つ目の柱である雇い止め法理の法定化ですが、雇い止め法理が認められる場合として、二つの有名な判例を挙げています。それが「各号のいずれかに該当するものの」にあたるものです。それを受けて、「客観的・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ときは、同一の労働条件で当該申し込みを承諾したものと見なす」という規制が置かれています。

雇い止め法理の表現については、従前あった二つの判例法理を、7ページの上にあるような表現にしています。これは、判例法理そのものの表現というよりは、労政審段階から言われたことですが、偽装請負・違法派遣の事案として有名な松下プラズマディスプレイ事件・最高裁判決の傍論で述べられた雇い止め法理の表現がもとになっています。

また、前者の東芝柳町事件・最高裁判決は、「期間を定めない雇用契約と実質的に異なる状態」と判示されていましたが、法案では、「社会通念上同視」と表現されています。

さらに、7ページの雇い止め法理の二つ目のところで、「当該労働者において当該有期労働契約の契約期間の満了時に・・・期待することについて合理的な理由があるものである」と言っています。期待を有する時期を労働契約の満了時に限定しているわけですが、これは相当重大な意味を持つといえます。

b) 課題

どういふことかといいますと、私も、この文言ができる前は、雇い止め法理が法定化されると、一定のメリットがあるはずだと思っていました。有期労働契約の事案で、近畿コカ・コーラボトリング事件というのがありますが、この事件では、何度か契約更新したあと、雇い止め法理が適用される状態になったにもかかわらず、反復更新時の労働契約書に、「次の期間満了で契約が終了するものとする」という不更新条項を入れ、労働者に合意させた場合、雇い止め法理の適用よりも不更新に合意した点が優先され、有期契約は自動的に終了すると判断されています。

しかし、これは雇い止め法理の脱法を認めるようなものです。現時点で雇い止め法理は判例法理で、裁判所は判例法理の脱法を認めたらなかったのですが、判例法理が立法化されれば、脱法だと構成できると考えていました。

ところが、こうした点も気にして、今回の法案では、「契約期間の満了時に期待することについて合理的な理由がある」という表現にしたと推測されます。これだと、不更新条項を入れたあとの、最後に契約期間が満了を迎える段階の期待の有無が問題になります。不更新条項が挿入された後は、期待が喪失したと考えられ、不更新条項は結局規制できないのです。このように考えると、今回の法案で「契約期間の満了時」という文言が入ったことは、悪い意味で非常に大きな意味を持っています。

なお、労働契約法は、公務への適用はありませんが、もし民間の雇止め法理がこのように考えられると、公務における「期待」の考え方にも影響を及ぼす可能性があり、注意しなければなりません。また、先日の研究会で西谷（敏）先生にも指摘されたことですが、これまでは雇い止め法理に基づいて地位確認が認められると、無期になるのではなく、1年契約が存続するのですが、それがまた1年で終わってしまうわけではありませんでした。しかし、この文言だと、不更新合意と類似する問題ですが、従前の判例法理における取扱いと異なり、次の契約で終わってしまう恐れも生じるのです。この点も公務に関する判例で大きな意味を持っている期待の考え方に一定の影響を与えるものでしょう。

(3) 期間の定めを理由とする不合理な処遇の規制

a) 内容

そして、三つ目の大きな柱である、期間の定めを理由とする不合理な扱いに対する規制です。これは、「期間の定めがあることにより、同一の利用者と期間の定めのない労働契約を締結している労働者の労働契約の内容である労働条件と相違する場合においては、その相違は、労働者の業務の内容及び当該業務に伴う責任の程度、職務の内容及び配置の変更の範囲その他の事情を考慮して、不合理と認められるものであってはならない」と定められています。

これについてはいくつか問題があります。まず、「不合理・・・であってはならない」という定め方は、今までの法律例で言うと、「特許法第35条」などと同様の定め方で、実は、非常に変わった規定の仕方です。「合理的であってはならない」とか、いろいろな定め方がありうるにもかかわらず、このような規定を選んできました。日本労働弁護団や日弁連の意見にポイントが列挙されているので、それも見てください。

また、職務の内容及び配置の変更の範囲という要件も定められています。パートタイム労働法にも、「職務の内容及び配置の変更の範囲その他の事情を考慮して」とありますが、こうした条件が付いていると均等でなくてもいいという話がすぐに出てくるのが問題になっていました。むしろ、こうした事情は合理的な理由の存否の中で考慮すれば足りますので、無期労働契約で働く労働者との間の比較条件として持ち出すべきではありません。

さらに、この規定の仕方だと、立証責任の所在も問題になります。法規定の在り方としては、期間を理由とする異別取扱いに合理性があることについて、

使用者に証明責任があることを明確にした表現にすべきですが、この規定だと、そうならない可能性が高くなります。

そして、仮に差別禁止規定が置かれても、無効になったあと、差別がなかった場合の労働条件を補充できる規定を設けておかないと、本当の意味での解決にはなりません。しかし、その規定は今回全く設けられていません。

b) 課題

第三の柱の課題としては、補充規定が必要だということ、使用者に立証責任を課す文言にすべきだということ、「職務の内容及び配置の変更の範囲～」という文言は必要ないということの他に、比較対象者の範囲を拡大すべきだという課題があります。実際の現場では、無期労働契約の比較対象者がいないことがあります。これは、諸外国等でも気にされている問題です。これについては、日弁連の意見にも出てきますように、過去、将来、あるいは仮定的な労働者でも比較を可能にするという文言の仕方があり得ます。

(4) その他

その他で言いますと、今回の法案は、施行時期が二段構えになっていて、わかりにくくなっています。また、厚生労働省令に委ねている箇所があることも、労働契約法の改正内容としては問題があります。さらに、施行後8年の見直し規定があり、改正後8年後でないと見直せないことになっています。そして、有期研（有期労働契約研究会）や労政審段階で途中まで議論されていたのですが、有期であることを明示しなかった場合に無期労働契約とするような効果規定も設けられていません。

(5) 全体的な評価

以上のような検討の結果を受けて、全体的な評価を述べたいと思います。これはなかなか難しいのですが、まず今回の法案は規制緩和立法ではありません。しかし、すでにお話ししてきたように、判例の内容さえ縮減する恐れがある条項がありまして、西谷先生も先日お話になっていましたように、法案可決が見送られても全く惜しくない内容です。したがって、今後の対応策としては、法案の修正を迫る努力も不可欠です。よりましな法案を求める提案をしていく必要があるということです。

批判の視点として、運動の側は、締結事由規制を導入しなかったという本質的な点を批判することはもちろん必要です。

ただ、よりましな規制にすることを目的とした提案も必要となると思います。例えば、全く別の上限規制にすることです。具体的には、労働者の申込みを要件としないとか、上限期間をもっと短縮するとか、クーリング期間を廃止また

はもっと長期化するといったことです。また、労働者派遣では、人ではなくて業務を基準とした上限規制が用いられていますが、有期も同じようにすればいいという発想もあり得ます。

また、上限規制をよりましにするという点で、実現が容易なその他の対案としては、「上限規制」プラス「雇い止め法理」という方法を取っているのが今回の法案の特徴ですが、無期転換規制の適用を避けることが雇い止めを正当化する根拠にならないことを明確にすべきです。

試用期間の脱法的扱いや、先日のJAL（雇い止め）事件のような、労働者の職務能力を審査する目的で締結された有期契約が増えていますが、5年という上限期間が設けられると、こうした扱いがより増えるおそれもあり、規制の強化が求められます。

さらに、雇い止め法理の適用に際しては、「期待」が重要なキーワードになっています。これは公務にもかかわりますが、期待という概念ですと、締結時または更新時に「更新する」という言動があることにより主観的期待がまず目につくのですが、判例は、これまで様々な客観的事情を考慮して、「合理的な期待がある」と判断してきたことを忘れるべきではありません。期待の有無の判断は、実体的な意味をもつ審査で、主観的なものだけで判断されてきたのではないということです。

労働条件明示義務の強化もよりいっそう必要になると考えられます。

二、公務への影響

1. 公務員への適用可能性

つぎに、この研究会で一番肝心の公務への影響です。労働契約法に設けられるということは民間には大きな意味がありますが、労働契約法は公務員への適用を除外しています。この点については、城塚先生が『労働契約と法』（西谷敏・根本到著・旬報社）に掲載した論文で詳細な分析をしています。

ただ、いろいろな点を参考にすると、適用のない労働契約法でもいろいろな影響が考えられます。一つは、任用の更新事案の裁判例がいくつかありますが、適用とは別に、いろいろな影響が考えられます。もう一つは、パート労働法も地方公務員への適用を除外していますが、パート労働法を改正したときに総務省は、だいぶ気になったようで、条例などにおいて、こういう内容を踏まえた適正な処遇を確保しなければならないと回答していました。実際、在り方研（地方公務員の短時間勤務の在り方に関する研究会）のような、いろいろな研究会を設けて、検討が行われました。

2. 地方公務における臨時・非常勤職員の種類

地方公務員における臨時・非常勤職員の種類は、さまざまです。レジュメに

あるもので全部列挙できているかわかりませんが、任期の点からみても、これだけの種類があり、それぞれいろいろな制限があります。

3. 公務非常勤の雇い止め裁判例

(1) 裁判例の流れ

11ページから12ページにかけては、公務非常勤の任用雇い止めに関する主要な裁判例のポイントを挙げました。いくつかの事案で争われてきましたが、民間とは違い、解雇権濫用法理の類推適用を否定するのが主要な流れになっています。なかには類推適用を認めたケースもありますが、これは裁判例の主流にはなりません。国情研（国立情報学研究所）事件の控訴審がこれを否定したことがその有名なものです。

しかし、いくつかの事案においては、大阪大学の事件で言われた「期待権等に基づく損害賠償の余地」という枠組みが影響を与えていて、賠償責任を肯定しています。ただ、レジュメに書きましたように、結論的には賠償を否定している事案もあります。

(2) 新しい労働契約法が制定された場合の影響は？

この新しい労働契約法が制定された場合の公務への影響の一つとして、次の点を挙げることができます。それは、解雇権濫用法理の類推適用は否定されていますが、結果として、法的保護に値する期待等に基づいて損害賠償責任を認めることがあるのが公務の事案の傾向であるわけです。しかし、「期間満了時に更新されると期待すること」という要件によって、期待は、とにかく満了時を問題にすればよいと徹底されるため、いったん成立した期待でも喪失することがあるという点が、立法上も認められることになってしまい、公務の期待の考え方にも影響を与えます。

また、裁判例では、認められていなかったとしても、議論としては無期転化効果を認めるべきだとする見解がありました。これが、判例法理ならば、これを認める判断が出る可能性もあったと思いますが、これが立法で定められてしまうと、無期転化効果は、そもそも否定されるので、公務でも無期転化効果を認めさせることは一層遠のきます。

労働契約であっても、有期の法定更新効果しかなくなりますから、任用ではなく、労働契約ないし公法的な何らかの契約だという議論になっても、そもそも労働契約法でこう定められてしまうと、無期に転化ということは一切あり得なくなります。

4. 臨時・非常勤職員の賃金の均等待遇への影響

最後に、パート労働法改正のときに総務省が非常に気にしていたということ

との兼ね合いで、労働契約法に、不十分ながらも均等待遇の規制が入ると、これを参照して考える可能性が高くなります。労働契約法という公務員全般に適用がない法律であり、かつ、公務員の場合、任用の根拠規定ごとに比較対象者を考えなければならないという別の論点が生じることも気にしておかなければなりません。労働契約法に設けられた均等待遇規制は、公務にも一定の影響を与える可能性があり、気にしておくべきです。

以上、ポイントを挙げただけですが、私の報告はこれで終わりです。

2012年5月13日

有期労働契約の新しい法案について

根本 到（大阪市大）

はじめに

報告対象

- ・労働契約法の改正法案（新しい有期労働契約規制案）について
- ・公務との関係

一 改正労働契約法の内容の検討

1 閣議決定にいたるまで

- ・2011年12月26日 労政審建議「有期労働契約の在り方について」
- ・2012年2月29日 法律案要綱
- ・2012年3月23日 「労働契約法の一部を改正する法律案」閣議決定

2 各団体の評価、意見

* 連合

* 全労連

* 日本労働弁護団

* 日弁連

(1) 日本労働弁護団 2012年3月30日

- ・入口規制が不可欠 積極面と問題点があると指摘
- ・問題点と修正提案
 - ① 5年が長すぎる
→ 3年とすべきと提案
 - ② 「別段の定め」という文言の問題点
→ 就業規則の定めによる不利益に変更する場合には厳格な合理性の要件（労働契約法10条）に従わなければならないことを明記すべき
 - ③ クーリング期間（省令委任の問題点も含め）
→ クーリング期間が脱法的に運用された場合には空白期間と認めるべきでないことを明記すべき
→ クーリング期間の計算方法に関する修正提案（下線部分に差し替える提案）

「当該使用者との間で締結された一の有期労働契約の契約期間の満了日の翌日から同日以後最初に到来する当該使用者との間で締結された有期労働契約の契約期間の初日の前日までに労働契約の存在しない期間（以下この項において「空白期間」という。）があり、空白期間が次の各号のいずれかに該当するときは、当該空白期間の初日より前に契約期間が満了した総ての有期労働契約の契約期間について、当該空白期間以降の通算契約期間に算入しない。

一 空白期間が六月以上あるとき。

レジュメはここから1頁

二 空白期間が空白期間の開始の前日に終期が到来した労働契約の契約期間の二分の一以上あるとき。但し、空白期間が一月に満たない場合はこの限りでない。

三 空白期間の初日より前の通算契約期間が次の表の上段に該当し、空白期間が次の表の下段に該当するとき。

(空白期間の初日より前の通算契約期間) (空白期間)

二月以下 一月以上

二月超 四月以下 二月以上

四月超 六月以下 三月以上

六月超 八月以下 四月以上

八月超一〇月以下 五月以上

一〇月超 六月以上」

④「副作用」の抑制

5年を超えて期間の定めのない契約に転換することを避けることは使用者の雇止めを正当化する根拠にはなりえない旨を明記すべきと指摘。具体的には下記提案。

「使用者は、前条1項の期間の定めのない労働契約の締結を回避するために雇止めをしてはならない。」

⑤雇止め法理の法定化

- ・現在の雇止めの判例法理は、労働者の申込みや遅滞なく申し込んだということは要件となっていない
- ・「期間満了時に当該有期労働契約が更新されるものと期待すること」とされ、上記最高裁判例の「期間満了後も雇用関係が継続されるものと期待する」との文言を変更している。

具体的には、

「期間満了後遅滞なく」との文言を、「期間満了後合理的な期間」と修正すべきである。

さらに一号または二号については、次のような条項に修正すべきとする。

「一 期間の定めのある労働契約が期間の定めのない労働契約と実質的に異なる状態で存在していること。

二 労働者においてその期間満了後も雇用関係が継続されるものと期待することに合理性が認められること。」

⑥期間の定めのあることによる不合理な労働条件の禁止

- ・法的効果が不明
- ・立証責任の所在

具体的には、

「不合理であってはならない」との文言を「合理的なものでなければならぬ」とする

また、法的効力について、第20条に次の条項を設けるべきである。 2頁

「前項に違反する労働条件を定める有期労働契約は、その部分について無効とする。この場合において無効となった部分は、同一使用者と期間の定めのない労働契約を締結している労働者の労働契約の内容である労働条件と同一とする。」

(2) 日弁連 2012年4月13日

- ①労働契約は、期間の定めのないものが原則となること（無期原則）を明文化すること。
- ②その例外となる有期労働契約の締結は、合理的理由（一時的・臨時的に雇用すべき理由）がある場合に限るとする入口規制を設けること。
- ③有期労働契約の無期契約への転換（改正法案18条）については、有期労働契約の「通算契約期間」の上限を1年、どんなに長くとも3年とし、期間を超えた場合には無期契約への転換をみなす出口規制を設けるとともに、期間の算定に当たっては「空白期間」を設けないこと。
- ④期間の定めのない労働契約への転換後の労働条件については、労働契約法3条2項との整合性を考慮し、改正法案18条のうち「この場合において、当該申込みに係る期間の定めのない労働契約の内容である労働条件は、現に締結している有期労働契約の内容である労働条件（契約期間を除く。）と同一の労働条件（当該労働条件（契約期間を除く。）について別段の定めがある場合を除く。）とする。」との部分は削除すべきである。
- ⑤雇止め制限法理の明文化（改正法案19条）に関しては、最高裁判例よりも狭く解釈されかねない要件を付加すべきではなく、労働者からの契約更新の申込みがあること及び期間満了後遅滞なく契約更新の申込みがあることを要件から削除すべきであり、最高裁判例の文言及びそれを受けた労働政策審議会建議に従い「有期労働契約があたかも無期労働契約と実質的に異ならない状態で存在している場合、又は労働者においてその期間満了後も雇用関係が継続されるものと期待することに合理性が認められる場合には、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雇止めについては、当該契約が更新されたものとして扱う」旨の文言とすること。
- ⑥不更新条項の濫用禁止規定を設けるとともに、有期労働契約の「通算契約期間」の上限に満たない場合も同法理の適用がある旨を明文化すること。
- ⑦改正法案20条の規定に関し、「職務の内容及び配置の変更の範囲」は、労働条件格差の合理性判断に当たって基準とするにふさわしいものとはいえないことから、これを考慮要素とすべきではなく、削除すべきであり、仮に、これを考慮要素とする場合であっても、

当該企業の正規労働者に対する配置転換の事情に応じて、個別具体的に判断するものでなければならないことを、指針等で明確にすべきこと。

また、同20条に関し「～期間の定めのない労働契約を締結している労働者」に続けて、「又は労働者であった者あるいは労働者となり得る者」を加え、過去との比較、将来との比較を可能とすべきこと。

- ⑧ 改正法案20条の規定では、条文の民事的効力が不明確であるから、この規定に反する不合理な労働条件は無効であることを明確化するとともに、期間の定めがあることによる労働条件の相違に「合理性」があることの証明責任を使用者に負わせることを明記すること。
- ⑨ 抜本的には、有期契約労働者（無期転換後の無期雇用労働者も含む。）と正規労働者の賃金格差や男女の賃金格差を解消するため同一価値労働同一賃金の原則を実効性ある内容で法制化すること。

3 法案の内容と分析

(1) 無期転換規制（上限規制）の導入

a) 内容

- ① 「通算契約期間」が5年を超える労働者が、「当該使用者に対し、現に締結している有期労働契約の契約期間が満了する日までの間に、当該満了する日の翌日から労務が提供される期間の定めのない労働契約の締結の申込みをしたときは、使用者は当該申込みを承諾したものとみなす。この場合において、当該申込みに係る期間の定めのない労働契約の内容である労働条件は、現に締結している有期労働契約の内容である労働条件（契約期間を除く。）と同一の労働条件（当該労働条件（契約期間を除く。）について別段の定めがある部分を除く。）とする。」

この意味

* 締結事由規制（入口規制）を採用せず

* 5年の上限期間を設定

* 労働者の申込みを条件とした規制（諸外国の上限規制と異なる）

無期転換申出権（形成権）の付与

ただし、時期を限定（締結中の有期労働契約の契約期間が満了する日までの間）

無期契約とみなすのではなく、使用者が承諾したものとみなす規制

* 労働条件については、「同一の労働条件（・・・別段の定めがある部分を除く）」とする。

② クーリング期間

- ・ 「当該使用者との間で締結された一の有期労働契約の契約期間が満了した日」と当該使用者との間で締結されたその次の有期労働契約の契約期間の初日と

の間にこれらの契約期間のいずれにも含まれない期間（これらの契約期間が連続すると認められるものとして厚生労働省令で定める基準に該当する場合の当該いずれにも含まれない期間を除く。以下この項において「空白期間」という。）」が一定期間に達すれば、「当該空白期間前に満了した有期労働契約の契約期間は、通算契約期間に算入しない」という規制を導入。

- ・当該空白期間（通称、クーリング期間）は、6月とし（通算期間が1年未満の場合は、その2分の1に相当する期間）とする。

b) 課題

* 利用可能期間満了前の雇止めが懸念されるため、制度の運用にあたり、「労使を含め十分に検討することが望まれる」とし、施行の状況を踏まえ、「必要な措置を講ずること」が適当、と答申していた。しかし、「副作用」への具体的対策は示されていない。雇止め法理の実効性確保が大きな課題。

* 労働者の申込みを前提とした転換制度は、脱法のおそれがつきまとう。

* 5年という長さ（世界1長い）

* クーリング期間の妥当性

設けることの妥当性、期間の長さの妥当性

【参考】ドイツ・有期パート法14条2項

「客観的な理由の存在しない暦に従った労働契約の期間設定は2年間まで許容される；この2年間の期限までに最大3回の暦に従った有期労働契約の更新が許容される。第1文に基づく期間設定は、同一使用者と既に以前有期又は無期の労働関係が存在したときは、許容されない。～」

→従前の雇用促進法と異なり、クーリング期間を認めないことを明記。しかし、2011年4月6日連邦労働裁判所判決は、労働者の職業選択の自由に抵触するという理由で憲法上疑義があると判断（厚労省担当者がさかんに指摘する判断）。ただし、3年以上の空白期間がある場合に限定して、空白期間を認めるという解釈が帰結できるとしている。

* 省令委任の妥当性（民事法規の省令委任の妥当性）

* 1年未満の有期契約の場合における計算方法

* 無期転換されても、労働条件について「同一とする」という扱いは、無期化されても正社員の労働条件に自動的に転換しないことを意味する。無期転換された場合、期間を理由とするあらゆる異別取扱いが、不合理な措置と推定されるとすべき。

(2) 「雇止め法理」の法定化

a) 内容

- ①「各号のいずれかに該当するものの」（雇止め法理に該当するという意味）、「契約期間が満了する日までの間に労働者が当該有期労働契約の更新の申込み

をした場合又は当該契約期間の満了後遅滞なく有期労働契約の締結の申込みをした場合」に、「使用者が申込みを拒絶することが、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とき」は、使用者は、「従前・・・と同一の労働条件で当該申込みを承諾したものとみなす」。
→（満了までの）労働者の申込み、または（満了後の）遅滞なく申込みをすることが要件。

②雇止め法理の表現

「過去に反復して更新されたことがあるものであって・・・期間の定めのない労働契約を締結している労働者に解雇の意思表示をすることにより当該期間の定めのない労働契約を終了させることと社会通念上同視できると認められること」

「当該労働者において当該有期労働契約の契約期間の満了時に当該有期労働契約が更新されるものと期待することについて合理的な理由があるものであると認められること」

→従前の判例法理の表現よりも、松下PDP事件判決の表現をもとにしている。また、東芝柳町事件判決の判断枠組は、「社会通念上同視」と表現。

b) 課題

*期待を有する時期を「労働契約の満了時」に限定

→近畿コカコーラ事件のような（反復更新後の）不更新条項を、脱法とできなくなる可能性が高い（不更新条項に合意したことによる期待の喪失と法的構成される）

→雇止め法理に基づいて地位確認が認められた場合の効果への影響（有期契約が1回更新されただけとなるおそれも・・・これまでの判例法理と異なるおそれ）

(3) 期間の定めを理由とする不合理な処遇の規制

a) 内容

有期労働契約の労働条件が、「期間の定めがあることにより同一の使用者と期間の定めのない労働契約を締結している労働者の労働契約の内容である労働条件と相違する場合においては、当該労働条件の相違は、労働者の業務の内容及び当該業務に伴う責任の程度（以下この条において「職務の内容」という。）、当該職務の内容及び配置の変更の範囲その他の事情を考慮して、不合理と認められるものであってはならない」。

*「不合理・・・であってはならない」という定め方

特許法 35 条などと同様の定め方

立証責任の所在、無効になった場合の補充規定がない

参考：ドイツのパート有期法 4 条 「・・・客観的な理由が異なる取扱いを正当化する場合を除き、労働契約の期間設定を理由として、期間

の定めなく雇用される比較可能な労働者よりも不利に取り扱われてはならない」

* 「職務の内容及び配置の変更の範囲その他の事情を考慮して」と定められている

参考：パート法 8 条の表現 「業務の内容及び当該業務に伴う責任の程度（以下「職務の内容」という。）が・・・その職務の内容及び配置が当該通常の労働者の職務の内容及び配置の変更の範囲と同一の範囲で変更されると見込まれる・・・」

* 対象無限定：賃金以外に、通勤手当や社内食堂の利用等の福利厚生など全てを含む

b) 課題

* 差別的取扱いがあった場合の、労働条件を補充する効果規定が必要。せいぜい損害賠償責任が認められるだけで、差別是正請求権など労働条件を補充する効果まで生じないと解されるおそれがある。

* 使用者に立証責任を課すような文言にすべき。

* 「職務の内容及び配置の変更の範囲その他の事情を考慮して」は不要
→ 合理的理由の中で考慮すれば足りる

* 比較対象者の範囲の拡大

(4) その他

- ・（結果として）18条から20条の追加（2段がまえ〔改正法案1条、2条〕）
- ・当該空白期間が満了する直前の有期契約の期間が1年に満たない場合の空白期間の規整は、厚生労働省令に委ねている
- ・施行後8年の見直し規定
- ・有期であることを明示しなかった場合の効果規定は設けられず

(5) 全体的な評価

* 規制緩和立法ではないが、判例（雇止め法理）の内容が縮減されるおそれもある

法案可決が見送られても「惜しくない」が、法案の修正を迫る努力も必要か・・・。

* 批判の視点

1) 締結事由規制を導入しなかったという観点からの本質的な批判

2) よりましな規制にすることを目的にした提案

a) まったく別の上限規制にする

7 頁

- i) 申込みを要件としない、上限期間の短縮、クーリング期間の廃止または長期化
 - ii) 同一の有期雇用労働者を基準とした上限規制とするのではなく、同一の（有期雇用の）業務を基準とした上限規制とする（派遣法における派遣可能期間に対する規制・西谷先生のアイデア）
- b) 上限規制+雇止め法理の強化
- i) 無期転換制度の適用を避けることが、使用者の雇止めを正当化する根拠にならないことを明確にすべき（日本労働弁護団の意見参照）
 - ii) 試用期間の脱法にあたるような「試用的有期」の規制の必要性
例：日本航空事件・東京地判平 23・10・31 労経速 2130 号 3 頁
 - iii) 雇止め法理の適用の有無が、主観的な期待や手続面に加え、客観的な事情（業務の基幹性など）も考慮して判断されてきたことを明確にするべき
 - iv) 労働条件明示義務の強化の必要性
- c) 均等待遇規制の強化

二 公務への影響

1 公務員への適用可能性

労働契約法（現 19 条）は、公務員を適用除外。

→城塚「公務員と労働契約法」『労働契約と法』（旬報社）311 頁以下参照
ただし、様々な影響も考えられる。

- ・任用の更新事案
- ・改正パート労働法は 43 条(旧 32 条)によって、地方公務員などを適用除外しているが、条例において、改正内容をふまえた適正な処遇を確保しなければならないということを総務省も認めている→「地方公務員の短時間勤務の在り方に関する研究会報告書」（2009 年 1 月 23 日）

2 地方公務における臨時・非常勤職員の種類

①臨時職員

地公法 22 条 2 項または 5 項 6 月の期間 更新回数 1 回 最長 1 年
地公育児休業法 6 条 1 項 2 号 1 年以内

②特別職非常勤職員

地公法 3 条 3 項 3 号 労基法の制限

③一般職非常勤職員

地公法 17 条

④任期付任用（短時間）職員

任期付研究員法、任期付職員法（3～5 年）、地公育児休業法 6 条 1 項 1 号

⑤再任用（短時間）職員

8 頁

地公法 28 条の 4（常時）、同法 28 条の 5（短時間） 任期 1 年、原則 65 歳まで

⑥ 日々雇用職員

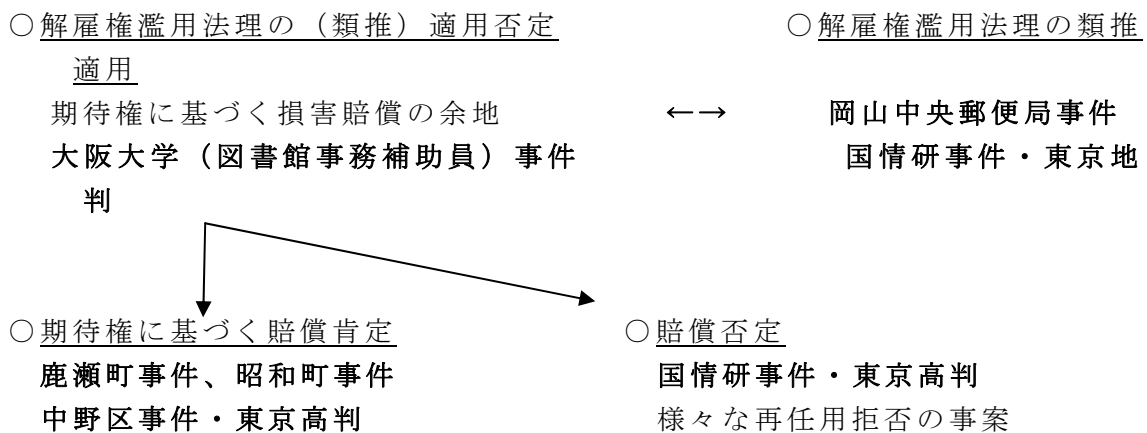
地公法に定めなし。「いわゆる日々雇用の非常勤職員」（後述の長野県農場試験場事件・最判昭 62・6・18 など）

※ 公営企業の非常勤職員 給与等については地公企法 6 条。

※ 地公法 57 条の単純労務職員 地公労法附 5 項（準用規定）

3 公務非常勤の雇止め裁判例

(1) 裁判例の流れ



● 長野県農事試験場事件・最一小判昭 62・6・18 労判 504 号 16 頁

任命行為とは厳格な要式行為である行政行為。任命行為がない以上、期限付き任用が長期間更新されたとしても、任期の定めのない任用に転換しない

【類似判断】兵庫県衛生研究所事件・最三小判平 3・12・3 労判 609 号 16 頁

県衛生研究所の日々雇用の職員として任用された者が職務に習熟し、約 4 年間にわたり更新されて継続的に任用されても期限の定めのない一般職の職員の身分に転化するものではないとする高裁判断を維持（不当労働行為事件）。

● 名古屋市立菊井小学校事件・最三小平 4・10・6 季刊地方公務員研究 33-1、25 頁

任用更新は、法的に保護された権利、利益とは認められないとする高裁判断を維持。

高裁は、「期間の更新をしないことが、当該事案の概要における諸般の事情に照らして著しく不当であって、任命権者がその裁量権を逸脱したと認められる特段の次条がある場合には、その行為が全体として違法と評価され不法行為の成立する余地」もあると判断。

● 大阪大学（図書館事務補助員）事件・最一小判平 6・7・14 労判 655 号 14 頁

国家公務員の非常勤職員（日々雇用職員）の事案

「期限の定めのない任用への転化ないしは解雇法理の類推適用について、採用することができない」としたが、

「任命権者が、日々雇用職員に対して、任用予定期間満了後も任用を続けることを確約ないし保障するなど、右期間満了後も任用が継続されると期待することが無理からぬものとみられる行為をしたというような特別の事情がある場合には・・・国家賠償法に基づき賠償を認める余地があり得る」

●鹿瀬町事件・新潟地判平 17・2・15 判例自治 265 号 48 頁

地公法 22 条 5 項

1 年を超えた時点で、当然退職したことになるので、地位確認の理由はない町長の発言がなければ、再度臨時職員として任用される蓋然性が高い（200 万の慰謝料）

●昭和町事件・東京高判平 18・5・25 労判 919 号 22 頁

地公法 3 条 3 項 3 号

再任用について合理的理由なしに差別的扱いを受けないという人格的利益を侵害していると判断し、慰謝料請求認容。

●中野区（非常勤保育士）事件・東京高判平 19・11・28 労判 951 号 47 頁

解雇権濫用法理を類推して再任用を擬制する余地はないが、一審原告らの任用継続に対する期待は法的保護に値するものと評価できるとして、報酬の 1 年分に相当する程度の慰謝料を認容した。

「その説明を受けていなかったものであり、却って、一審被告にとり保育士を確保する必要性があったことから、採用担当者において、長期の職務従事の継続を期待するような言動を示していたこと、一審原告らの職務内容が常勤保育士と変わらず継続性が求められる恒常的な職務であること、それぞれ 9 回から 11 回と多数回に及ぶ再任用がされ結果的に職務の継続が 10 年前後という長期間に及んだが、再任用が形式的でしかなく、実質的には当然のように継続していたことに照らすと、一審原告らが再任用を期待することが無理からぬものとみられる行為を一審被告においてしたという特別の事情があったものと認められる。したがって、前記の一審原告らの任用継続に対する期待は法的保護に値するものと評価できる」

●国情研（情報・システム研究機構）事件・東京地判平 18・3・24

同事件・東京高判平 18・12・13

内容省略

●岡山中央郵便局事件・岡山地判平 14・10・15 労旬 1552 号 18 頁

解雇権濫用法理の類推適用を認める判断

参考：森博行「公務非常勤職員の雇止めに対する司法救済の可能性--岡山中央郵便局事件・岡山地裁判決」労旬 1552 号

（2）新しい労働契約法が制定された場合の影響は？

*賠償の根拠となっている更新期待の考え方に影響を及ぼす可能性がある

*無期転化効果の認容は、一層遠のく。労働契約であっても、有期の法定更新

効果

4 臨時・非常勤職員の賃金の均等待遇への影響

パート法のとおりと同様、参照することを示唆する可能性が高いのではないか