

# 激動する労働環境

## —労働法の現在とこれから—

昨年度、「労働契約法」及び「高齢者等の雇用の安定に関する法律」が改正され、今年4月から施行されています。「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の保護等に関する法律」も昨年改正され、昨年10月1日（一部は2015年10月1日）から施行されています。

これらの改正は、終身雇用制といった雇用システムが揺らぎ、また、少子高齢化社会を急速に迎えるつつあるわが国において、そうした現状を前提にした各種労働法規の見直しの必要から行われました。

本特集におきましては、わが国の労働環境の変遷、

現状、それらに関する裁判例、及び上記各改正の内容、問題点などをご紹介します。労働法の現状と展望がわかりやすく解説されておりますので、是非、ご一読下さい。（町田 弘香）

### CONTENTS

- I 日本の解雇制度の現状
- II 有期労働契約法制について  
～改正は雇用保障に資するか～
- III 女性労働の現状
- IV 高年法の改正とその影響
- V 派遣労働の実情

## I 日本の解雇制度の現状

労働法制特別委員会委員 上村 菜穂 (63期)



### 1 日本の解雇法制

#### (1) 解雇法制の基本

労働契約法16条は、「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。」と定めている。これは、判例（日本食塩製造事件（最高裁昭和50年4月25日判決（最高裁民事判例集29巻4号456頁））、高知放送事件（最高裁昭和52年1月31日判決（労働判例268号17頁））により確立されてきた解雇権濫用法理をそのまま明文化したものである。

民法では、期間の定めのない雇用においては、「各当事者は、いつでも解約の申入れをすることができる。この場合において、雇用は、解約の申入れの日から二週間を経過することによって終了する。」（民法627条1項）とされ、2週間の予告期間を置いた「解雇の自由」と「退職の自由」が認められている。

労働契約法16条は、片面的に「解雇の自由」を修正し、「客観的に合理的な理由」と「社会通念上の相当性」が認められない解雇は権利の濫用として無効とし、また、解雇の予告についても、労働基準法20条1項が、30日前に予告するか、又は30日以上平均賃金を支払わなければならないとしている。

違法な解雇により使用者から就労を拒絶された労働者が、解雇無効判決を得れば、民法536条2項により不就労期間中も賃金の支払いを使用者(債権者)に求めることができる。

解雇には使用者側の事情によるものと、労働者側の事情によるものがあるが、前者で主に問題となるのが整理解雇(企業が経営上必要とされる人員削減のために行う解雇)であり、後者では従業員の能力不足による解雇である。

## (2) 整理解雇

整理解雇は、使用者側の事情による解雇であって、労働者の責めに帰すべき事由がないため、解雇権濫用法理の適用においてより厳しく判断すべきと考えられている。裁判所は、これまで、次の4要件、すなわち、①人員削減を行う必要があること、②配転・出向、一次帰休、希望退職募集などの手段により解雇を回避するように努力したこと、③整理の人選基準及びその適用が合理的であること、④労働組合または労働者に対して解雇の必要性や実施方法につき協議したこと、を求めてきた(東洋酵素事件(東京高裁昭和54年10月29日判決(労働関係民事裁判例集30巻5号1002頁))等。また、最高裁の事例判決として、あさひ保育園事件(最高裁昭和58年10月27日判決(労働判例427号63頁)))。

## (3) 能力不足による解雇

また、能力不足による解雇についても、解雇権濫用法理の適用において、「平均的な水準に達していないというだけでは不十分であり、著しく労働能率が劣り、しかも向上の見込みがないときでなければならない」(セガ・エンタープライゼス事件(東京地裁平成11年10月15日決定(労働判例770号34頁))),

「それが単なる成績不良ではなく、企業経営や運営に現に支障・損害を生じ又は重大な損害が生じるおそれがあり、企業から排除しなければならない程度に至っていることを要し、かつ、その他、是正のため注意し反省を促したにもかかわらず、改善されないなど今後の改善の見込みもないこと、使用者の不当な人事により労働者の反発を招いたなどの労働者に宥恕すべき事情がないこと、配転や降格ができない企業事情があることなども考慮して濫用の有無を判断すべきである」(エース損害保険事件(東京地裁平成13年8月10日決定(労働判例820号74頁)))などと、厳格に判断してきた。

## 2 近年の裁判例の動向

前記1で述べたように、日本の解雇法制においては、解雇権濫用法理や労働契約法16条により、期間の定めのない労働者の解雇は厳しく制限されてきたが、この解雇権濫用法理は、新学卒者の一括採用、長期(終身)雇用制度、職種・職務や勤務地等に限定がなく使用者が広範な配転命令権を有する人事システム、年功重視の賃金等制度を特徴とする、戦後の「日本型雇用システム」のもとにある正社員を念頭において形成されてきたものである。

しかし、1990年代以降の経済の停滞、国際競争の激化により、企業において正規労働者の長期雇用を保障する体力そのものも減衰し、「日本型雇用システム」の枠外で、期間労働者、パート労働者、派遣労働者といった非正規労働者が激増してきた。また、専門職社員や即戦力として中途採用される幹部社員等、労働契約上、職種・職務や勤務地が限定された労働者も増加しつつある。その結果、裁判例におい

でもそのような雇用の仕組みの違いを考慮して判断するものが増加しており、解雇権濫用法理の適用の仕方に微妙な変化が出始めている。

### (1) 整理解雇

整理解雇については、前記4要件を整理解雇が有効となるためにはすべてを満たすべき要件ではなく、整理解雇の有効性を判断する4つの要素と理解し、整理解雇はこれら要素に関する諸事情の総合的な判断によるとの判断枠組みを採用する裁判例が増加している（ナショナル・ウェストミンスター銀行（第3次仮処分）事件（東京地裁平成12年1月21日決定（労働判例782号23頁））、CSFBセキュリテリーズ・ジャパン・リミテッド事件（東京高裁平成18年12月26日判決（労働判例931号30頁））など）。

そして、4要素の総合考慮に際して、労働者の職種・職務や勤務地が特定されている場合には、解雇回避努力義務の要求の程度を緩和し、また、再就職のための配慮措置を行ったことなども考慮して有効性判断を行う裁判例が出てきている。

例えば、前掲のナショナル・ウェストミンスター銀行事件では、各部門の業務が専門化しており、それぞれの業務について十分な専門知識・能力を有する者を即戦力として採用するようになってきているという事実を認定した上、当該労働者を他部門で活用することはできないとして配転の可能性を否定し、当面の生活維持及び再就職の便宜のための相応の配慮がされていることなどを重視して解雇を有効とした。

シンガポール・デベロップメント銀行（本訴）事件（大阪地裁平成12年6月23日判決（労働判例786号16頁））は、各業務には専門的な知識や高度な能力が必要とされることを認定した上、希望退職

募集によって当該労働者を就労させることができる適当な部署が生じるとは必ずしもいえず、少数精鋭の職場で希望退職募集を行うと代替不可能な従業員や有能な従業員の退職をもたらすなど、業務に混乱を生じる可能性があるとして、希望退職募集を行わなかったことは不当でないとした。その上で、転職斡旋サービスを含めた希望退職パッケージが提供されていることを考慮して、解雇を有効としている。なお、本事案の整理解雇は、被告銀行の大阪支店の閉鎖に伴うものであるところ、原告労働者は大阪支店で採用され、雇用契約上の就業場所が大阪支店に限定されていた。しかし、本判決は「（支店で採用されたからといって、）人員整理の対象者が閉鎖される支店の従業員に自動的に決まるものではない」として、勤務場所が限定されているという事実のみから人選の合理性を肯定する、という判断はしていない。

また、フェイス事件（東京地裁平成23年8月17日判決（労働経済判例速報2123号27頁））は、その人脈や専門的能力を買われて、中国現地法人の社長として高額報酬で雇われた労働者が、当該現地法人の業績不振による売却に伴い解雇された事案であるが、労働契約上職種が特定されていたと認定した上、「特定された職種が消滅すれば基本的には解雇されてもやむを得ない立場にある」としつつ、配置転換の現実的可能性や、比較的長い解雇予告期間を設け、その間高額な報酬を支払い続けるなどして経済的配慮を行っていることなども考慮して、解雇を有効と判断した。

### (2) 能力不足

能力不足による解雇については、前掲のセガ・エンタープライゼス事件や、エース損害保険事件では、

他の適性職種への配転可能性の検討などが要求されてきたが、これらの事案では、「日本型雇用システム」下の労働者の解雇が問題となっていたところ、そのような労働者については、求められる能力が特定されておらず、また、使用者側に広範な配転命令権があるため、労働者の能力が活かせる業務が会社に存在する限り、解雇は認められないと判断されたものと考えられる。

これに対し、労働契約上職種・職務が特定されている労働者については、その雇用の仕組みの違いを考慮して若干異なる判断がなされている。

例えば、人事本部長として中途採用された労働者（採用後約10ヶ月）についての能力不足による解雇が問題となったフォード自動車事件（東京地裁昭和57年2月25日判決（労働判例382号25頁））は、当該労働契約が「人事本部長という職務上の地位を特定した雇用契約」であると認定した上、「人事本部長という地位に要求された業務の履行又は能率がどうか」という基準で判断している。また、「他の職種及び人事の分野においても下位の職位に配置換えをしなければならないものではない」としている。

また、海外の顧客企業での職歴に着目し、語学力と品質管理の能力を備えた即戦力として採用された労働者（採用後約4ヶ月半）の能力不足の解雇が問題となったヒロセ電機事件（東京地裁平成14年10月22日判決（労働判例838号15頁））は、「長期雇用を前提とし新卒採用する場合と異なり、被告が最初から教育を施して必要な能力を身に着けさせるとか、適性がない場合に受付や雑用など全く異なる部署に配転を検討すべき場合ではない。労働者が雇用時に予定された能力を全く有さず、これを改善しようとしめないような場合は解雇せざるを得ない」としている。

他方、中途採用の記者（採用後約4年9ヶ月）について能力不足の解雇が問題となったブルームバーグ事件（東京地裁平成24年10月5日判決（労働判例1067号76頁））は、「勤務能力ないし適格性の低下を理由とする解雇に『客観的に合理的な理由』（労働契約法16条）があるか否かについては、まず、当該労働契約上、当該労働者に求められる能力の内容を検討した上で、当該職務能力の低下が、当該労働契約の継続を期待することができない程に重大なものであるか否か、使用者側が当該労働者に改善矯正を促し、努力反省の機会を与えたのに改善がされなかったか否か、今後の指導による改善可能性の見込みの有無等の事情を総合考慮して決すべきである」とした。その上で、「社会通念上一般的に中途採用の記者職種限定の従業員に求められていると想定される職務能力」を基準に合理性を判断し、解雇を無効とした。

裁判例の傾向としては、職務・職種限定の中途採用者については、労働契約上の特定された職種・職務上の能力に照らして能力不足の判断がなされ、他の職種・職務への配転可能性は問われない、また、能力改善のための措置については中途採用者であることを前提とした改善措置で足りるとされる、という意味で、解雇の有効性の判断基準が一部緩和されているといえる。もっとも、能力不足の程度については、前掲ブルームバーグ事件でも「当該労働契約の継続を期待することができない程に重要なものであるか」が要求されており、「日本型雇用システム」下の労働者と基本的には変わらないように思われる。フォード自動車事件、ヒロセ電機事件とブルームバーグ事件とで結論を分けた理由としては、労働者の職務遂行状況の違いが大きい、前二者は、（解雇の意思表示時に試用期間は経過していたものの、）採用後1年

図表 「規制改革実施計画」雇用分野における個別措置事項①

No.	事項名	規制改革の内容	実施時期	所管省庁
1	ジョブ型正社員の雇用ルールの整備	職務等に着目した「多様な正社員」モデルの普及・促進を図るため、労働条件の明示等、雇用管理上の留意点について取りまとめ、周知を図る。	平成25年度検討開始、平成26年度措置	厚生労働省
2	企画業務型裁量労働制やフレックスタイム制等労働時間法制の見直し	企画業務型裁量労働制やフレックスタイム制をはじめ、労働時間法制について、ワークライフバランスや労働生産性の向上の観点から、労働政策審議会で総合的に検討する。労働政策審議会での検討の基礎資料を得るべく、平成25年上期に企業における実態調査・分析を実施し、平成25年秋に労働政策審議会で検討を開始し、結論を得次第措置を講じる。	平成25年上期調査開始、平成25年秋検討開始、1年を目途に結論、結論を得次第措置	厚生労働省

未満と短く、採用時に想定され、当事者間の合意内容になっていた職務能力が実際に職務に従事させたところ認められなかった、という点も重視されているのではないかと思われる。

### 3 解雇規制の今後

#### (1) 「日本再興戦略」と「規制改革実施計画」

2013年6月14日に閣議決定された「日本再興戦略」及びこれを受けた「規制改革実施計画」において、雇用制度改革として「行き過ぎた雇用維持型から労働移動支援型への政策転換（失業なき労働移動の実現）」、「多様な正社員モデルの普及・促進」などが打ち出され、「ジョブ型正社員の雇用ルールの整備」「有料職業紹介事業の規制改革」などが重点的に取り組む項目の一つとされた。「ジョブ型正社員」とは、職務、勤務地又は労働時間が限定されている正社員と定義されている（規制改革会議 雇用ワーキング・グループ報告 別紙1）。この点、「ジョブ型正社員」が解雇法制上どのように取り扱われるかについては議論が錯綜している。「ジョブ型正社員」の提唱者の一人である独立行政法人労働政策研究・研修機構統括研究員の濱口桂一郎氏は、当該職務の喪失を理由とする整理解雇の場面において、解雇回避努力義務がなくなるとする一方、能力不足の解雇が認められやすくなるわけではないとしているが（濱口桂一郎・「改革者」2010年11月号50頁（政策研究フォーラム）、「労働調査」2013年8月号17頁（労働調査協議会））、雇用ワーキング・グループの議論の過程においては、パフォーマンスが悪いときの解雇についても別異の取り扱いを認めるべきといった発言が委員からなされ、最終報告書でも、「現在の裁

判例では、労働者の能力の適格性の低下・喪失を理由とする解雇の合理性・相当性の判断においては、無限定正社員の場合、そのときに従事していた職務を遂行する能力ではなく、会社のなかで従事可能な職務がそれ以外にもないかが問われることが多いのに対し、ジョブ型正社員の場合、労働契約上限定された職務を遂行する能力が失われたかが主として問われているとみられる」との言及があり（同報告別紙3）、能力不足による解雇の場合にも解雇基準が緩和されるという考えが背景にあるようにも思われる。

なお、「日本再興戦略」及び「規制改革実施計画」には盛り込まれなかったものの、雇用ワーキング・グループでは、座長試案として「解雇の金銭解決制度」の創設が提案され、産業競争力会議においても「再就職支援金」の支払いによる解雇の金銭解決制度についての提言がなされており、今後の議論の中で再度浮上する可能性もある。ヨーロッパでは多くの国が採用している制度ではあるが、安易な解雇を誘発するおそれがあるという強い反対意見が存在するところである。

#### (2) 解雇規制緩和の議論

長期雇用を前提とする「日本型雇用システム」は、企業の立場から見れば、従業員を内部で育成し、当該企業に特有の技能を長期間にわたって蓄積させ、そのような技能を身につけた従業員を抱えこむことができ、他方、労働者側としても、その企業以外では評価されないかもしれない技能形成を行う代わりに、その企業で働き続けることが保障されるという意味で、経済合理性に基づいた雇用慣行であり、高度経済成長期以降一般化し、解雇法制もこのような雇用システムを前提に構築されてきた。

図表 「規制改革実施計画」雇用分野における個別措置事項②

No.	事項名	規制改革の内容	実施時期	所管省庁
3	有料職業紹介事業の規制改革	民間人材ビジネスの活用によるマッチング機能強化の観点から、利用者の立場に立った有料職業紹介制度の在り方について引き続き問題意識を持ちつつ、当面、求職者からの職業紹介手数料徴収が可能な職業の拡大について検討する。	平成25年度検討開始、平成26年度早期に結論	厚生労働省
4	労働者派遣制度の見直し	労働者派遣制度については、下記の事項を含め、平成25年秋以降、労働政策審議会において議論を開始する。 ①派遣期間の在り方(専門26業務に該当するかどうかによって派遣期間が異なる現行制度) ②派遣労働者のキャリアアップ措置 ③派遣労働者の均衡待遇の在り方	平成25年検討・結論、結論を得次第措置	厚生労働省

\*出典：「規制改革実施計画」平成25年6月14日閣議決定

しかし、バブル崩壊後、失業率が上昇するとともに、非正規社員が増加して、長期に雇用される者の数が絞り込まれるようになり、「日本型雇用システム」は多数派ではなくなってきている、このような状況下、現在の解雇法制は格差を固定し、労働者の利益をかえって阻害する側面がある、という指摘がなされている（大竹文雄他「脱格差社会と雇用法制」165頁（日本評論社））。すなわち、解雇が容易にできないと、企業は不況時には新規採用を抑制して雇用調整を行うことになるので、現在正社員として雇用関係にある者だけが雇用のパイを独占し、これから働こうとする者の雇用の機会が奪われることになる。また、企業は、いったん採用すれば解雇が容易にできず、実際に働かせてから労働者の能力を判断するということができないので、新規採用を行う際に質の高い人材が採用できる確率が高いと考えるグループから採用を行おうとし、新卒段階での就職活動に失敗するなどしてこれまで正社員とした働いた経験がない者や、いったん正社員のキャリアが中断した者等が採用されにくくなる、という指摘である（前掲大竹の他、大内伸哉・川口大司「法と経済で読みとく雇用の世界」31頁（有斐閣）など）。

OECDの対日審査報告書でも、2006年版以降連年、正規・非正規で労働市場の二極化が拡大していることが指摘され、二極化克服のために、正規雇用の雇用保護の引き下げを含む、企業が非正規雇用の雇用するインセンティブを弱めるような包括的アプローチが必要との提言がなされている。

前述の「ジョブ型正社員」も、非正規労働者を正社員化してある程度の安定した収入と雇用を保障するための受け皿としてその活用拡大が主張されているものである。

## 4 終わりに

「ジョブ型正社員」の解雇の有効性については、労働契約法及び裁判例を前提とすると、ジョブの喪失を理由とする整理解雇の場合、整理解雇の4要件（4要素）が適用され、また、ジョブの喪失により当然に解雇回避努力義務や人選の合理性の検討が不要とされるのではなく、個別の事案ごとに配転の現実的可能性等を考慮して解雇回避義務の履行として十分な措置がされたか、再就職のための配慮措置が行われたかなどが問われることになることが予測される。また、能力不足による解雇については、「労働契約上限定された職務を遂行する能力が失われたか」を基準に合理性が判断されるとしても、能力不足・喪失の重大性という要件が緩和されるわけではなく、採用後間もなく当該労働契約上定められた職務能力を有していないことが判明したような場合を除いては、パフォーマンスが悪いことを理由にする解雇が認められやすくなるということもないであろう。

「ジョブ型正社員」といっても、日本には、ヨーロッパのようにジョブ型労働契約と産業別賃金協定が結びついているという社会的基盤がないなかで、現在の裁判例に照らして、労働契約上（または就業規則上）どのような定めがなされ、実態としてどのような取り扱いがされていればジョブの喪失による整理解雇が認められるのか明確ではなく、普及を進めるためにはかなり詳細かつ明確なルール整備が必要であり、立法的措置なしには制度の普及に限界があると考えられる。

「解雇規制緩和」の名のもとに議論される内容としては、本稿で紹介した以外にも様々な主張がある。はたして、解雇規制緩和という方法が有効な解決策か否かは別として、現に存在し、拡大しつつある労働市場の二極化と格差の固定を解決するための制度改革は先送りにできない問題である。

## Ⅱ 有期労働契約法制について ～改正は雇用保障に資するか～

労働法制特別委員会委員 山本 一生 (63期)



### 1 はじめに

労働契約法は、昨年（2012年）8月に改正され今年（2013年）4月に施行されたが、今回の改正には、有期契約労働者を巡る環境の変化が大きく影響している。本稿では、①（特に1997年以降の）有期契約労働者を巡る環境の変遷を述べた上で、②従前の判例法理及び各時代の経済動向が裁判例へ及ぼした影響を概観する。そして、③労働契約法の改正内容を改めて確認した上で、最後に④今回の改正目的である有期契約労働者の雇用安定に対する効果につき考察する。

### 2 有期契約労働者を巡る環境の変遷

長期雇用システムが適用されない労働者である、いわゆる非正規労働者（パート・アルバイト、派遣労働者、契約社員、嘱託社員等）の数は、一貫して増え続けている。非正規労働者の「役員を除く全雇用者」に占める割合は、1985年の調査では16.4%であり、1990年代半ばも20%程度だったが、1997年ころから急速に増加し、2000年代半ばにおいては雇用者の3分の1を超えるほどになった。最新の集計である2013年4～6月期では、36.2%にまで上昇している（以上、総務省「労働力調査」）。

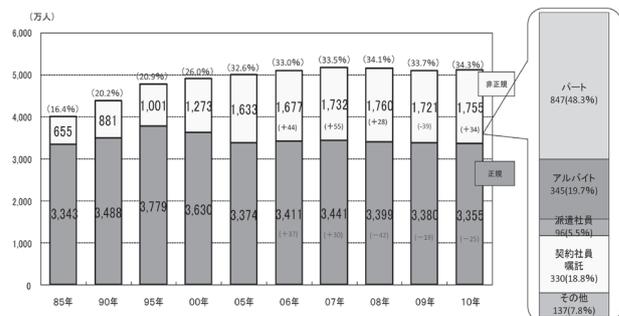
前提として、正規労働者とは期間の定めが無く、直接雇用かつフルタイムで稼働する者を意味する。一方、非正規労働者には様々な契約形態や就労形態（期間・労働時間等）の者が混在しているので、上記調査で表れている割合の推移が有期契約労働者の推移をそのまま反映したものでないのは勿論である。しかし、雇用の期間の定めが、非正規労働者の主要な指

標となっていることから、有期契約労働者が増加の一途を辿っていることは、ほぼ間違いのない事実である。

以上のように、非正規労働者が増大した理由は何なのか。1970年～1990年代半ばまでは、有期、パート、派遣等の雇用形態につき自ら任意で選択または希望している者が大半であり、有期契約で就業することは「多様な働き方」の一種として位置づけられていた。

それが、バブル経済崩壊後の経済環境の悪化や市場競争の激化によって、企業が過剰労働者の削減（主に退職勧奨や整理解雇）に迫られることになった。さらに、市場の動向に即応した機敏な雇用調整の必要性、及び正規労働者の採用に伴って増加する人件費を抑制する必要性が増し、企業は、判例法理として形成され、後に労働基準法及び労働契約法で立法化された厳格な解雇権濫用法理を回避するために、契約期間を短期間とする労働者を多く雇用するようになった。このような状況が、無期契約での雇用を望みつつも、労働条件が劣化する有期契約しか締結できない労働者を増大させる結果を生み、有期契約労働者の雇用安定と適切な労働条件の確保が重大な社会問題となったのである。

図表 正規労働者と非正規労働者の推移



(資料出所) 2000年までは総務省「労働力調査(特別調査)」(2月調査)、2005年以降は総務省「労働力調査(詳細集計)」(年平均)による。  
注) 雇用形態の区分は、勤め先での「呼称」によるもの。

\*出典: 「非正規労働者資料」厚生労働省

### 3 有期労働契約に関する裁判例の傾向

上記のように、日本の経済変動に応じて、有期契約労働者の位置づけも変化してきたが、有期契約労働者の雇用はどのように守られてきたのか。使用者による更新拒絶（雇止め）の有効性に関する裁判例を概観する。

#### (1) 判例法理による有期契約労働者の保護

有期契約労働者の雇止めに関しては、①東芝柳町工場事件（最一小判昭和49年7月22日民集28巻5号927頁）及び②日立メディコ事件（最一小判昭和61年12月4日判時1221号134頁）により2つの判例法理が形成された。

①東芝柳町工場事件は、「2ヵ月の期間が満了しても真面目に働いていれば解雇されることはない。安心して長く働いて欲しい」などと言われて採用された「基幹臨時工」が、簡易な更新手続で5～23回にわたって契約の更新がなされた後に雇止めされたケースであるが、裁判所は、本件雇止めの意思表示は実質上の解雇の意思表示に該当するので、解雇に関する法理を類推適用すべきであるとした上で、余剰人員の発生等、従来の取扱い（反復更新）を変更してもやむを得ないと認められる特段の事情がなければ雇止めできない、と判示した。すなわち、有期契約も反復更新され、期間の定めのない契約と実質上異なる状態に至った場合、その雇止めには解雇権濫用法理が類推適用され、客観的合理性と社会的相当性が要求されるとしたものである。

さらに、②日立メディコ事件は、期間の定めのない労働契約と実質的に異なる状態になったとまではいえないとしても、当該労働者が有期雇用契約の更新を期待することに合理的な理由が認められる

場合にも解雇権濫用法理が類推適用されるとした。ただし、この場合、簡易な採用手続で雇用された有期契約労働者の雇止め基準と、終身雇用の期待の下で無期契約を締結している本工（正規従業員）の解雇の基準とではおのずから雇用保障の点で合理的な差異があり、正規従業員の整理解雇において一般に要求される解雇回避措置としての希望退職者募集について、それを行わずに雇止めを行っても不当・不合理ではない、と判示している。

雇止めの有効性の判断においては、解雇権濫用法理を類推適用すべき基礎的事実があるかという第1段階の判断と、これが認められた場合の当該雇止めの客観的合理性及び社会的相当性の有無という第2段階の判断という2段階評価が必要とされる。このうち、第2段階の判断につき、①事件のような、期間の定めのある雇用契約があたかも期間の定めのない契約と実質的に異なる状態で存在している場合という「実質無期契約タイプ」と、②事件のような、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という「期待保護（反復更新）タイプ」（各タイプの名称は「有期労働契約の反復更新に関する調査研究会報告」（2000年9月）による）では、各雇止めの理由や正規労働者との職務内容の差異等により、雇止めの客観的合理性、社会的相当性の判断は異なるとしている（他の裁判例として、学校法人加茂暁星学園事件・新潟地判平成22年12月22日判例1020号14頁等。なお、パナソニックプラズマディスプレイ事件・最二小判平成21年12月18日民集63巻10号2754頁は、上記①及び②のいずれの類型にも該当しないとして雇止めを有効と判断した事例だが、上記2類型を明示的に整理している）。

## (2) バブル経済崩壊後の裁判例

上記(1)で述べた2つの判例はいずれも1980年代半ばに形成されたものであるが、有期契約労働者が特に増加した1990年代後半以降の有期契約労働者を取り巻く環境の推移において、この判例法理がどのように適用されたのか、以下で述べたい。

金融・証券業界の不況で金融機関や企業の破綻が相次いだ1998年～2000年代初頭までは、上記(1)②類型の有期労働契約について、有期契約であることの趣旨が確認されていることを理由に（コンチネンタル・ミクロネシア・インク事件・東京高判平成14年7月2日労判836号114頁等）、あるいは、企業側の必要性を理由に、雇止めが適法であると判断された事例が一定数存在する。日本ヒルトン事件（東京高判平成14年11月26日労判843号20頁）は、日々契約の形態で勤務していた労働者が、使用者からの労働条件変更の申入れに対して、（拒否したわけではなく、）「別途訴訟で争う権利」を留保しつつ承諾する旨の回答を行った労働者を雇止めした事案であるが、労働者が契約更新を期待する合理性は認めつつも、使用者の経営状況、使用者による組合との交渉・説明の十分さ、労働者が正社員となることを希望せずにあえて日々雇用の身分に甘んじてきたこと等の事情から、1審判決を覆し、雇止めを適法としている。

2000年代に入ると、今度は企業間のグローバル競争が加速する中で、雇用の柔軟化が叫ばれた時期であり、ここでも有期契約労働者に対する雇止めの有効性を争う裁判が増加した。そして、2008年秋のリーマン・ショック前後から、特に派遣労働者に対して判例法理を無視した違法な雇止めが横行した。比較的長期・多数回の更新を繰り返していた労働者に対する雇止めが増えたのもこの時期の特徴である。本田技研工業事件（東京地判平成24年2月17日労

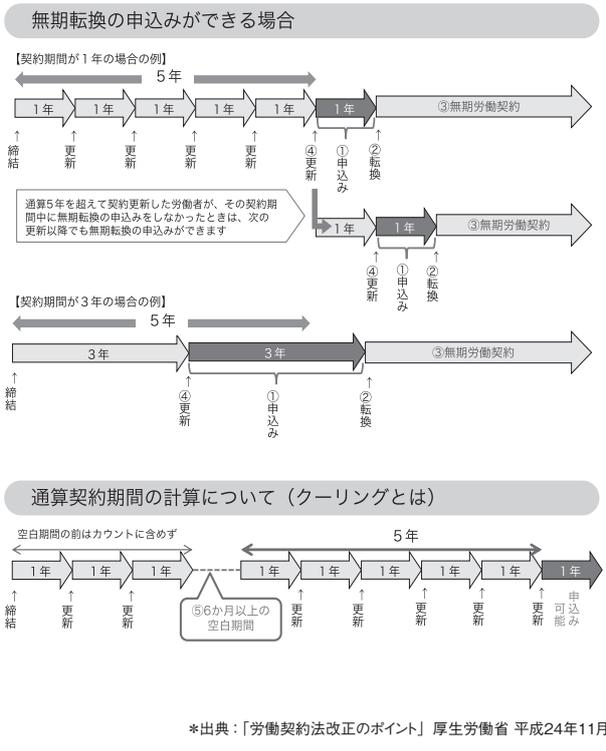
経速2140号3頁）は、市場環境の悪化を理由に10年以上にわたって契約が更新されてきた労働者に対する不更新契約の締結と雇止めの有効性が争われた。裁判所は、労働者の雇用継続への期待は合理的だったとしながらも、不更新条項付雇用契約締結時での会社の十分な説明、労働者が何ら異議を述べていないこと等を理由に雇止めを有効と判断した。また、日本郵便輸送事件（大阪地判平成21年12月25日労経速2069号3頁）は前記(1)②類型の雇止め事案（契約期間の合計が13年となる有期契約労働者）であるが、事業主の合理的な制度変更により無期契約への転換等への労働条件変更の可能性があったにもかかわらず、労働者がこれに応じなかったこと等を理由に、雇止めを有効と判断している。

雇止めの有効性が争われた裁判例はそれぞれの時代の流れを反映したものといえるが、時代背景は変わるにしても、有期契約労働者が雇用調整弁として位置づけられている状況は変化しておらず（例えば、E・グラフィックスコミュニケーションズ事件・東京地判平成23年4月28日労判1040号58頁は有期契約の趣旨が明確であるとして、職務内容は正規社員とほぼ同一であった労働者の雇止めを肯定している）、このような有期契約労働者の位置づけに雇用保障との相克が常に発生していると言えよう。

## 4 労働契約法における 平成24年（2012年）改正内容

上記2及び3で述べたとおり、非正規労働者が大幅に増加しながらも、雇用保障は十分ではなく、また正規労働者との労働条件格差は広がる一方だったため、非正規労働者の就労状況改善のためのパート

図表 無期労働契約への転換(第18条)



労働法の施行、労働者派遣法の改正等、様々な立法政策が展開された。有期契約労働者に関する法制についても、2008年秋のリーマン・ショックの影響で派遣労働者に対する、判例法理を無視した違法な雇止めが横行する中、2010年10月以降、労働政策審議会労働条件分科会において、有期労働契約の締結、更新、雇止め、待遇格差等が検討され、2012年8月3日に労働契約法改正案が可決されるに至った。

労働契約法平成24年(2012年)改正の柱は3つであり、簡単に述べると、

- ア. 有期労働契約の期間の定めのない労働契約への転換(法18条)
  - イ. 「雇止め法理」の法定化(法19条)
  - ウ. 期間の定めがあることによる正規労働者との不合理な労働条件差別の禁止(法20条)
- である。

このうち、ア.については、同一の利用者との間で締結された2以上の有期労働契約の契約期間を通算した期間(「通算契約期間」)が5年をこえる労働者に対し、いわゆる無期労働契約転換申込権を付与したものである。なお、5年の期間にはクーリングの例外規定(6ヶ月以上の離職による期間のリセット)が設けられており、利用者による濫用的行使の抑制が必要である。諸外国では一定の期間経過をもって自動的に無期契約に転換されるという制度を採用している国が多いが、改正法は無期契約への転換を労働者の意思に委ねている。

また、イ.については、法19条は、従来の雇止め法理(前記3(1)①類型及び②類型)を法定化したものとされるが、規定として「使用者は、…当該(筆者注：労働者の)申込みを承諾したものとみなす。」とされているように、労働者からの申込みと利用者による承諾という意思表示の合致と構成していることに

留意を要する。つまり、現実の雇止めは、従来からの裁判例のように、労働者からの申込みを問題としない場合が殆どで、使用者からの不更新(雇止め)の通知がなされ、それに労働者が異議がある場合に初めて問題となっている。この労働者からの申込みを厳格な要式行為と解するのは妥当でなく、厚生労働省の施行通達(「労働契約法の施行について」平成24年8月10日基発0810第2号)も、本条の「更新の申込み」及び「締結の申込み」は、要式行為ではなく、使用者の雇止めに対して、労働者による何らかの反対の意思表示が使用者に伝わるものであればよい、としている(雇止めに対して「嫌だ」「困る」という反対の意思が伝わる言動があれば、この要件を満たす旨の政府答弁も存在する)。

ウ.については、職務の内容、責任の程度、人事異動や役割の変化、その他の労使慣行等を勘案して、労働条件の不合理性が判断される。パート労働法の正規労働者の均等・均衡原則よりも一步前進した規定となっているが、どのような場合が不合理な差別に該当するかは、今後の裁判例の集積に期待するところが大きい。

## 5 改正による雇用保障効果の是非

以上述べてきたように、経済状況により有期契約労働者を取り巻く環境が変化し、有期契約労働者の不安定な雇用環境を改善すべく、改正法が制定された。その内容は、従前の判例法理の明文化のみならず、安定的な無期契約への転換を図らせる、積極的な施策であった。しかし、本改正により、改正目的である有期契約労働者の雇用維持は本当に図られるのだろうか。

確かに、いわゆる無期契約転換申込権は、更新拒絶という不安定な要素を除去するものであり、また、雇止め法理の明文化により周知が図られ、有期契約労働者にとっては従来以上に雇用の安定・改善が期待できる。しかし、従前、企業が有期契約労働者をどのような位置づけで雇用していたのかにつき、改めて留意すべきである。つまり、上記2で述べたように、企業は、有期契約労働者を、従来から、雇用調整要員として重用していたのである。

正規労働者については解雇権濫用法理が適用され、たとえ整理解雇であっても解雇することが容易ではない。また、国際競争力を強化する必要性は、従前と変わっていない。以上の状況からすると、今回の改正後でも、有期契約労働者は、企業にとって、雇用調整のバッファ的存在として、相変わらず必要不可欠な存在なのではないか。現実にも、就業規則及び雇用契約書等で、不更新条項や更新回数制限条項を明示的に設け、無期契約転換申込権の発生を防ぐ方策を取っている企業は少なくない。

一方で、無期契約転換制度を積極的に活用して、有期契約労働者の雇用維持を図る業種も存在する。熟練した技能・知識を有する者を戦力としている百貨店や旅行会社等がその代表例である。しかし、無

期契約転換後の当該労働者の労働条件については、「別段の定めがある部分を除き」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）と同一のものとする、と規定されている（法18条1項2文）。また、厚生労働省の施行通達でも、「別段の定め」をすることにより、契約期間以外の労働条件を転換前の労働条件から変更することは可能である、とされている（「労働契約法の施行について」前記11頁）。つまり、従来の典型的正社員（無期雇用かつフルタイムで、職務・勤務地・労働時間が無限定）とは異なる正社員類型（職務、職種、勤務地が限定されている類型）が発生するのである。

現在の有期契約労働者の中には、勤務地や職務が限定されている場合が殆どである。このような労働者については、契約期間が無期に転換されたとしても、従前と同様の勤務地や職務の限定が維持されている場合、例えば整理解雇等、当該勤務場所や職務が喪失された際の雇用保障の程度は、勤務地や職務内容の限定がない、いわゆる典型的正社員と比べて、より限定的なものになると解される可能性がある。

以上のとおり、改正法が施行されたとしても、有期契約労働者の雇用保障への効果は未知数である。企業にとって有期契約労働者は必要不可欠であるという現実がある以上、企業にとって利用しにくい制度を構築してしまうと、翻って有期契約労働者の雇用保障が十分に達成できないことにもなりかねない。この点、現在、政府は雇用の流動化を目指すとして、正規労働者の解雇規制の緩和を検討しており、有期契約労働者の雇用の確保及び雇用の安定をめぐる今後の動向に目が離せない。

## Ⅲ 女性労働の現状

労働法制特別委員会委員 加藤 由美 (63期)



### 1 女性労働の問題点

#### (1) 日本の労働市場と雇用システム

戦後、日本の労働市場は、男性正社員を中心に形成されてきた。男性正社員には、終身雇用、年功序列賃金という日本型雇用システムにより安定雇用と一家の生計維持に必要な賃金が保障されることと引き換えに、事業発展のために、使用者の広範な配転命令権の下、長時間の労務提供が求められてきた。

男性中心の日本型雇用システムと、女性のみが出産するという生物学的差違に由来する「男は仕事、女は家庭」という性別役割分業的家族観が結びつき、女性は、家事・育児・介護等の家庭責任を担うことを第一次的役割とし、労働市場においては、補助的かつ調整弁的労働力として位置づけられ、日本型雇用システムの枠外に置かれるか、その枠内においても男性と同等の取扱いを受けることが困難な立場にあった。

#### (2) 女性労働の問題点

かかる歴史的背景を受けて、以前より、女性労働については、①短い勤続年数と出産育児期の就業率の低下（M字カーブ現象）、②高い非正規率、③低い賃金水準という問題点が指摘されてきた。

### 2 女性に関する労働法制

これらの問題を解決するために、戦後から現在までに整備されてきた女性に関する労働法制を俯瞰してみると、男女格差是正を目的とする法制と仕事と家庭との両立支援を目的とする法制の2つに大別することができる。

#### (1) 男女格差是正を目的とする法制

昭和22年（1947年）制定の労働基準法（以下「労基法」という）は、世界で初めて男女賃金差別禁止規定（第4条）を設けたが、女子性差別撤廃条約批准のために昭和60年（1985年）に男女雇用機会均等法（以下「均等法」という）が制定されるまで、雇用の場における募集、採用、配置、昇進等についての差別を禁止する規定は存在しなかった。そのため、雇用の場における男女の差別的取扱いについては、民法の一般規定である公序良俗に違反するか否かにより判断されてきた。

昭和60年（1985年）制定の均等法は、女性労働者のみを差別的取扱い禁止の対象とし、募集、採用、配置、昇進における男女平等取扱いを努力義務とする形でスタートしたが、平成9年（1997年）改正（募集、採用、配置、昇進における男女平等取扱いの義務化、女性優遇の原則禁止、ポジティブ・アクションの適法化、セクハラに関する事業主の配慮義務）、平成18年（2006年）改正（差別禁止対象を男性にも拡大、男女平等取扱いの範囲拡大、間接差別の禁止、妊娠・出産・産休の取得を理由とする不利益取扱いの禁止、セクハラに関する事業主の措置義務）を経て、雇用の場における性差別禁止法として男女格差是正を推進している。

また、直接的には、男女格差是正を目的とするものではないが、女性労働者の多くが非正規である現実からすると、有期契約労働者、派遣労働者、パートタイム労働者について、雇用形態に基づく不安定雇用、格差是正を志向する労働契約法、派遣法、パートタイム労働法も、かかる法制に位置づけることが可能であろう。

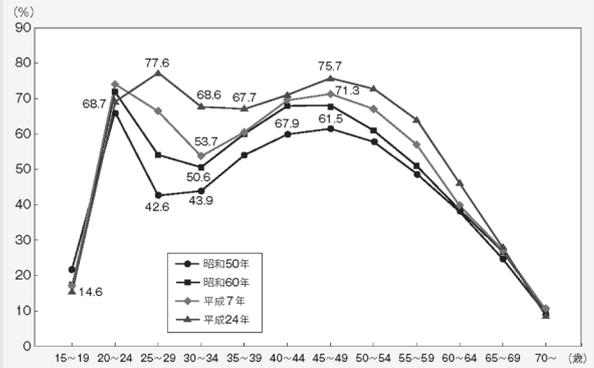
#### (2) 仕事と家庭との両立支援を目的とする法制

平成2年（1990年）に合計特殊出生率（一人の

図表 女性の年齢階級別労働力率の推移

(備考)1. 総務省「労働力調査(基本集計)」より作成。  
2. 「労働力率」は、15歳以上人口に占める労働力人口(就業者+完全失業者)の割合。

\*出典:「男女共同参画白書 平成 25 年版」内閣府男女共同参画局



女性が一生に産む子どもの平均数)が戦後最低の1.57となったことを契機として、平成3年(1991年)に育児休業法が成立した。その後、平成7年(1995年)に介護休業法が加わって育児介護休業法(以下「育介法」という)となり、平成13年(2001年)改正(休業取得に対する不利益取扱いの禁止、看護休暇の措置努力義務、転勤における家族的責任を有する労働者に対する配慮措置)、平成16年(2004年)改正(有期契約労働者への権利拡大、育児休業期間の延長、子の看護休暇の権利化)、平成21年(2009年)改正(3歳未満の子を養育する労働者に対する短時間勤務制度及び残業免除の義務化、子の看護休暇の拡充、父親の育児休業の取得促進)と、急速に仕事と家庭の両立のための制度が拡充されている。

### 3 女性労働の現状

2に述べた労働法制の発展、戦後の高度経済成長による労働市場の拡大と性別役割分業意識の変化による女性の社会進出等により、働く女性の数は増え、女性の労働環境及び労働条件は以前に比べて改善しているといえる。

しかしながら、直近の統計資料によっても1(2)に指摘した女性労働の問題は解決していない。

#### (1) 短い勤続年数と出産育児期の就業率低下

平成24年の生産年齢(15歳から64歳)における女性の年齢階級別労働力率は、25~29歳が77.6%、35~39歳が67.7%、45~49歳が75.7%であり、25~29歳がM字の左山、45~49歳がM字の右山、35~39歳がM字の谷となるM字型現象は改善されていない(総務省平成24年労働力調査)。2005年から

2009年に第一子を出産した女性労働者の出産後継続就業率は38%であり(国立社会保障・人口問題研究所第14回出生動向基本調査(夫婦調査))、出産した女性労働者のおよそ5人に3人は退職している。

#### (2) 高い非正規率

平成24年の雇用者(役員を除く)5154万人のうち、男性は正規2300万人、非正規566万人で非正規割合19.7%であるのに対し、女性は正規1041万人、非正規1247万人で非正規割合54.5%である(総務省平成24年労働力調査)。女性の非正規割合は男性より34.8%も高く、男性では5人に1人が非正規であるのに対し、女性では2人に1人が非正規である。

#### (3) 低い賃金水準

平成24年の男性正社員・正職員の1か月の平均賃金は34万3800円であるのに対し、女性正社員・正職員は25万2200円、女性正社員・正職員以外は17万4800円である(厚生労働省平成24年賃金構造基本統計調査)。男性正社員・正職員の賃金を100とすると、女性正社員・正職員は73.3、女性正社員・正職員以外は50.8と男女間で大きな格差がある。

## 4 女性労働の今後

#### (1) 問題解決の道標

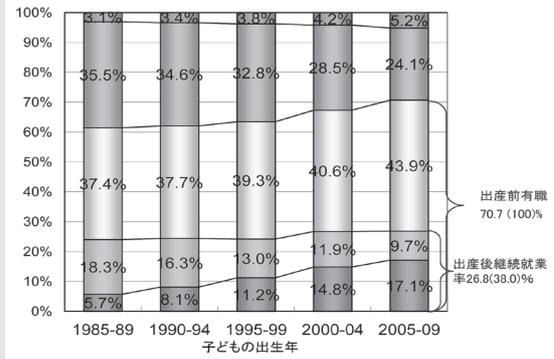
これらの問題は、相互に関連、影響しあっており、解決のための特効薬があるわけではない。しかし、1で述べたとおり、これらの問題が、女性のみが出産するという生物学的差違と深く関係していることからすれば、かかる差違を埋めるための措置が、問題解決に有用であることは疑いようがない。

図表 第1子出生年別にみた、第1子出産前後の妻の就業変化

就業継続(育休利用)    就業継続(育休なし)    出産退職  
 妊娠前から無職    その他・不詳

(資料) 国立社会保障・人口問題研究所「第14回出生動向基本調査(夫婦調査)」

\*出典: 「仕事と家庭の両立支援について」 厚生労働省 HP



## (2) 女性労働力活用の必要性

また、世界に例をみないスピードで進行する少子高齢化社会において、女性には、不足する生産年齢労働力を補充するための潜在的労働力として、同時に、次世代を担う子を産み少子化の進行に歯止めをかける性としての期待がかけられている。

平成25年6月14日、安倍内閣により閣議決定された「日本再興戦略」においても、雇用制度改革・人材力の強化において「女性の活躍推進」として、出産、子育て等による女性の離職を減少させるとともに、女性の中に眠る高い能力を十分に開花させ、活躍できるようにすることを成長戦略の中核とし、女性が活躍できる環境整備の推進が掲げられている。

## (3) 予想される法的問題

かかる時代の大きな流れの中で、従来存在した女性差別、セクハラ等の問題に加え、育介法等、仕事と家庭との両立支援を目的とする法制に関連する法的紛争の増加が予想される。なぜなら、停滞する経済情勢の下、労働力に余剰のない雇用の現場において、労働者が育介法等に定められた法的権利を行使した場合に、円滑かつ効率的な業務運営のために不可避免的に生じる代替労働力の手配、業務分担の変更、配置転換等の措置につき、使用者がその負担を避けるため、不利益取扱いをする事態が生じ得るからである。

現に、改正育介法の施行後、育休に関する不利益取扱いについての労働局への相談件数は年々増加しており、平成24年の労働者からの相談数1万350件のうち、育休が取得できない等、個別の労働者の権利侵害等に関する相談が5082件ある(厚生労働省平成24年育児・介護休業法の施行状況)。また、近時、メディアでも、妊娠、出産した女性に対する職

場での嫌がらせを、マタニティ・ハラスメント(マタハラ)という社会問題として取り上げている。

## 5 育介法違反と法的救済

### (1) 育介法上の権利、制度と不利益取扱い

育介法では、育児休業(育介法5条以下)、子の看護休暇(16条の2以下)、3歳未満の子を養育する労働者に対する短時間勤務制度(23条)及び残業免除(16条の8)が認められ、労働者がこれらの権利を申請、行使したことを理由とする解雇・不利益取扱いを禁止している(10条、16条の4、16条の9、23条の2)。

厚生労働省は、育介法に関し使用者のとるべき具体的措置等として育介法指針(平成21年12月28日告示509号、以下「育介指針」という)を示しており、不利益取扱いの例として、(ア)解雇、(イ)有期契約労働者についての契約不更新、(ウ)あらかじめ明示された契約更新回数上限の引き下げ、(エ)退職又は正社員を非正規社員とするような労働契約内容の変更の強要、(オ)自宅待機命令、(カ)降格、(キ)減給又は賞与等における不利益な算定、(ク)不利益な配置の変更、(ケ)就業環境を害することの9つを挙げて

### (2) 救済方法

労働者がこれらの権利を申請、取得したことを理由として不利益取扱いを受けた場合、まずは、育介法に定められた都道府県労働局による紛争解決の援助、両立支援調停会議による調停等による是正、解決を検討することになる。

しかし、これらの手段では是正、解決が望めない

事案については司法的救済を求めることになり、その方法としては、(i) 不利益取扱いの無効を主張し、従前と同様の労働契約上の地位にあることの確認請求、従前と同様の地位にあることを前提とする賃金(差額)請求、(ii) 不利益取扱いを不法行為とする損害賠償(慰謝料)請求が考えられる。(i)が認められた場合、これにより不利益取扱い等による損害は金銭的に補てんされたものとして、(ii)は認められないのが一般的である。

### (3) 育児休業の取得拒否と雇止め

平成16年(2004年)育介法改正前の事案で、有期契約労働者の育休取得を拒否し、雇止めをした使用者に対し、前項の(i)(ii)ともに認めた裁判例が存在する(日欧産業協力センター事件(東京高裁平成17年1月26日判決(労働判例890号18頁)))。

判旨は、使用者と労働者は、期間1年の有期労働契約を締結した後、5回契約を更新しているが、これは自動更新条項に基づくものであり更新手続きがなされたことはなく、期間の定めがあることを確認させるなどの措置が講じられたこともないなどの事実関係のもとでは、雇止め通知の当時、労働者が使用者に雇用され続けるものと期待したことには合理性が認められるから、雇止めには解雇権濫用法理が類推適用され、人員削減の必要性が低く、雇止めを是認するだけの雇止め回避努力もなされずにされた本件雇止めが客観的合理性、社会的相当性を欠き無効であるとして、(i)を認め、さらに、使用者は、労働者の育児休業取得申請を拒んではならないのであるから、使用者の育休申請拒否は違法の評価を免れず、生後2か月の子を預けて出勤せざるをえなかったこと、出勤しても仕事をほとんど与えられなかったこと等による精神的苦痛は、(i)のみによっては

補てんされないとして(ii)として慰謝料40万円の支払いを認めている。

### (4) 昇給、賞与等における不利益な算定

ア 法は、権利行使による不就労期間・時間について、使用者に賃金支払義務を課しておらず、これらの不就労期間・時間の取扱いについても、年次有給休暇の発生要件である出勤率(労基法39条8項)や平均賃金(同12条3項)の算定に関する規定を置くのみである。そこで、従来、賞与や手当等の支給や算定にあたって出勤率が考慮される場合に、これらの不就労期間・時間を欠勤として取り扱うことの可否が問題とされてきた。

イ 最高裁は、労働協約や就業規則の条項が、当該規定により労働者の権利行使を抑制し、ひいては各法が労働者に権利を保障した趣旨を実質的に失わせるものである場合に限り、公序に反するものとして無効となるとの判断基準を示し、労働協約において稼働率が80%以下である労働者を翌年の昇給対象者から除外し、稼働率算定にあたり、欠勤、遅刻のほか年次有給休暇、生理休暇、産休、育児時間の取得日を欠勤とする規定に基づき昇給なしとなった労働者24名(そのうち23名が女性)が差額賃金の支払いを請求した事案(日本シェーリング事件(最高裁平成元年12月14日判決(民集43巻12号1895頁)))、就業規則において支給対象期間の出勤率が90%以上であることを賞与支給の要件とし、出勤率の算定にあたり、産休及び育介法に基づく育児のための勤務時間短縮を欠勤扱いとしたため、これらの取得により賞与なしとなった労働者が賞与の支払いを請求した事案(東朋学園

事件（最高裁平成15年12月4日判決（労働判例862号14頁））で、いずれも労働協約及び就業規則の規定を無効と判断している。

ウ また、近時、産休育休後復職した女性労働者につき、復職後最初の成果報酬をゼロ査定としたことが人事権の濫用として違法とされた裁判例も現れている（コナミデジタルエンタテインメント事件（東京高裁平成23年12月27日判決（労働判例1042号15頁））。判旨は、成果報酬の査定期間（平成20年4月1日から平成21年3月31日の1年間）のうち、労働者が産休育休を取得する前、平成20年4月1日から同年7月15日の約3か月半出勤していたという事実関係のもと、成果報酬の性格を賃金の後払いではなく、翌年度に期待できる業務実績に対して支払われる見込報酬であると解した上、(ア)出勤期間に見るべき成果を上げていないとしたこと自体相当ではない、(イ)平成21年4月16日には職場復帰して業務に従事していた労働者が何らかの成果を上げる見込みが高いことは明らかであったにもかかわらず、同年6月16日以降の平成21年度の成果報酬を0円と査定するのは、あまりに硬直的な取扱いといわざるをえない、(ウ)ゼロ査定は、育休取得後、業務に復帰した後も、育休等を取得して休業したことを理由に成果報酬を支払わないとすることであり、そのようなことは、「育介指針」において、「休日の日数を超えて働かなかったものとして取り扱うことは、給与の不利益な算定に該当する」とされている趣旨に照らしても、育休等を取得して休業したことを理由に不利益な取扱いをすることに帰着するから、…育児・介護休業法が、育休等の取得者に対する不利益取扱いを禁止してい

る趣旨にも反する結果になる、(ニ)使用者としては、査定に当たり、労働者が育休等を取得したことを合理的な限度を超えて不利益に取り扱うことがないよう、前年度の評価を据え置いたり、労働者と同様の役割グレードとされている者の成果報酬査定の平均を使用したり、合理的な範囲内で仮の評価を行うなど適切な方法を採用することによって、育休等を取得した者の不利益を合理的な範囲及び方法等において可能な限り回避するための措置をとるべき義務があるにもかかわらず、合理的に査定する代替的な方法を検討することなく、機械的にゼロと査定したことを理由に、成果報酬ゼロ査定を人事権の濫用として無効とし、(i)については、具体的成果報酬請求権が発生していないとして認めなかったが、(ii)につき慰謝料として30万円の支払いを命じた。

判旨は、人事権濫用の判断にあたり、育介法及び育介指針を詳細に引用し、育介法の趣旨に遡って当該措置が不利益取扱いにあたるかを検討しており、今後、同様の事案においても、育介法や育介指針、趣旨が判断要素として考慮されるものと思われる。

#### (5) 降格、不利益な配置の変更

ア 前出コナミデジタルエンタテインメント事件では、成果報酬ゼロ査定以外にも、労働者が時短勤務で原職復職を希望していたのに対し、使用者がとった(a)業務負荷の軽い職務への担務変更、(b)役割グレード引き下げ及び(c)これに連動した役割報酬の引き下げ、(d)産休育休前に適用されていた裁量労働制の適用排除等の措置が育介法10条、22条、23条1項に反するとの主張が労働者からなされた。

判旨は、成果報酬ゼロ査定については、育介法及び育介指針を引用しつつ人事権の濫用を認定したのと対照的に、育介法違反の主張についての判断をしないまま、(b) (c) については、就業規則の根拠も労働者の同意もない賃金額の減額を理由に無効としたが、(a) (d) については、いずれも合理的な理由が認められる人事措置として有効とした。

イ 育介法は、使用者に育休取得者の雇用管理に関して必要な措置を講ずる努力義務(22条)を課し、育介指針で、育休後は原則、原職又は原職相当職に復帰させることが多く行われているものであることに配慮するよう求めている。また、育介指針は、法10条にいう不利益取扱いに該当する不利益な配置の変更とは、通常の人事異動のルールからは十分に説明できない職務又は就業場所の変更であり、労働者に相当程度経済的又は精神的な不利益を生じさせるものとしている。

ウ 本件において、仮に、上記指針内容等が検討されたとしても、労働者が育介法上の権利を取得したために生じる配置転換の必要性を通常の人事異動ルールとして広く認めてしまえば、(a)は育介法上の不利益な取扱いにあたらないと判断されることとなる。さらに、本件と異なり、職務等級制度(職務内容や職責により給与を決定する制度)が就業規則に不備なく規定されていれば、職務等級制度下の賃金減額を伴う配置転換の必要性を、どの程度厳格に解するかにもよるが、(a)が認められることにより(b)(c)まで有効と認められることもありうる。

エ しかし、それでは仕事と家庭の両立支援を目的とする育介法の趣旨が損なわれることになる

であろう。

同法の趣旨を生かすために、使用者は、育休等取得後の労働者の職務等級の位置づけや年俸の決定に際して、「労働者に過度の不利益が及ぶことを可能な限り回避することを法的に要請され、使用者がこの要請に反した場合、人事権の濫用(労契法3条5項)が成立しうるものと解すべき」という意見(「職務等級制度適用労働者の育児休業等取得後の降格、年俸減額及び不利益査定の適法性」土田道夫 季刊労働法237号167頁~185頁)は、一定の説得力を有するものと思われる。

## 6 終わりに

日本における女性労働力活用は、少子高齢化による不足労働力の補充という現実的必要性に基づく就業支援に重きが置かれており、多様性確保のため男性とは異なる女性の能力を積極的に活用するという観点からは、乏しいように思われる。女性の労働問題解決に就業支援は不可欠ではあるが、使用者あるいは就業支援を受ける女性以外の立場の労働者と女性の就業支援のメリットを共有できなければ、急速に拡充される法制度も十分に生かされないことになってしまう。

女性の労働問題に関しては、古典的な賃金差別、無意識の間接差別、ポジティブ・アクションの相当性等、論ずべき点は多い。

経済の停滞を受けた正規雇用の抑制と非正規雇用への代替が労働者一人一人の負担と不安を増大させていることは間違いないが、男女を問わず、仕事と家庭について多様な選択ができる社会の到来することを願ってやまない。

## IV 高年法の改正とその影響

労働法制特別委員会委員 中村 新 (56期)



### 1 平成24年改正前高年法の内容

高齢者等の雇用の安定に関する法律（以下「高年法」という）は平成24年に改正され、改正法が平成25年（2013年）4月1日から施行されている。

高年法が制定されたのは昭和46年であるが、65歳までの安定した雇用を図るべくなされた平成16年改正により、事業主には、①定年の引上げ、②継続雇用制度の導入、③定年の定め廃止、のいずれかの雇用確保措置がすでに義務づけられていた。

平成24年改正は、平成25年（2013年）4月から厚生年金報酬比例部分の受給開始年齢が引き上げられることを受け、雇用と年金との確実な接続を図ること（すなわち、年金支給の空白期間を解消すること）を目的としてなされた。平成16年改正で義務づけられた雇用確保措置（とりわけ②継続雇用制度）を、さらに強化する内容となっている。

### 2 平成24年改正に伴う変更点

平成24年改正に伴う主な変更点は、以下のとおりである。

#### (1) 希望者全員の継続雇用へ(基準の廃止)

後述するとおり、平成16年改正の際には、大半の事業主が、雇用確保措置のうち②継続雇用制度を選択・導入したが、継続雇用制度を導入した場合には、労使協定により継続雇用制度の対象者を限定する基準を定めれば、その基準に該当しない者を継続雇用の対象から除外することが可能とされていた。

しかし、年金支給の空白期間を解消することを目

的とする平成24年改正により、継続雇用制度の対象者を限定できる仕組みは廃止され、継続雇用制度を選択する事業主は、原則として希望者全員を継続雇用の対象とすることが義務づけられることとなった。厚生労働省（以下「厚労省」という）の指針に、継続雇用制度の対象から例外的に除外できる場合が示されているが、除外できるのは、心身の故障のため業務に堪えられないと認められる場合、勤務状況が著しく不良で引き続き従業員としての職責を果たせない場合等、就業規則における解雇事由または退職事由に該当する場合に限定される（改正法9条3項、平成24年11月19日厚労省告示第560号）。

とはいえ、事業主がすでに導入していた基準が即無意味になるわけではない。厚生年金報酬比例部分の受給開始年齢の引上げは今後12年かけて段階的に行われるので、今後12年のうちに65歳未満で報酬比例部分の受給開始年齢に到達した者については、受給開始年齢到達以降、従前の基準を引き続き利用できる経過措置が設けられている（改正法附則3項）。【次頁図表参照】

すなわち、希望者全員の継続雇用が原則として義務づけられるのは、受給開始年齢に到達するまでということとなる。

#### (2) 継続雇用確保先の対象の拡大(特殊関係事業主による継続雇用)

基準の段階的廃止に伴って継続雇用を希望する高齢者が増加した場合、同一事業主内で雇用を確保することに限界が生じる可能性がある。そこで、継続雇用における雇用確保先の対象を拡大すべく、同一事業主のみならず、事業主と特定関係にある事業主（特殊関係事業主）において継続雇用することも認められることとなった。

図表 継続雇用制度・経過措置

期 間	基準を適用しうる年齢(希望者全員の継続雇用が原則として義務づけられる年齢)
2013年4月1日～2016年3月31日	61歳以上(61歳まで)
2016年4月1日～2019年3月31日	62歳以上(62歳まで)
2019年4月1日～2022年3月31日	63歳以上(63歳まで)
2022年4月1日～2025年3月31日	64歳以上(64歳まで)
2025年4月1日～	基準の適用不可(65歳まで)

\*執筆者作成

特殊関係事業主とは、①子会社、②親会社、③親会社の子会社(同一の親会社を持つ子会社間)、④関連会社、⑤親会社の関連会社の5つをいう(詳細は高年法施行規則4条の3参照)。

特殊関係事業主が高年齢者を継続雇用する場合、事業主と特殊関係事業主との間で、当該高年齢者を特殊関係事業主が継続雇用することを約する契約を締結する必要がある。

### (3) 義務に違反した事業主に対する公表規定の導入

平成24年改正前も、雇用確保措置を怠った事業主に対して、厚生労働大臣が必要な指導及び助言を行うとともに勧告ができることとされていたが、平成24年改正法により、指導・勧告に従わない事業主に対しては企業名の公表までできることとされた(改正法10条3項)。

企業名の公表までなしうるとすることがどの程度の意味を持つか疑問視する向きもあるが、後述する継続雇用拒否に対する法的救済と関連して、無視できない意味を持つと思われる。

## 3 改正と関連する法的問題

### (継続雇用拒否に対する法的救済)

#### (1) 地位確認請求の可否

高年齢者の雇用確保措置を義務づける高年法9条は行政取締法規であり、継続雇用を拒否された場合にこれを根拠として労働契約上の地位確認を行える私法上の効力までは持たないというのが、これまでの裁判例及び行政庁の考え方である。この考え方は、法改正後も基本的には変更されないと思われる。

とはいえ、津田電気計器事件(最高裁平成24年

11月29日判決(労経速2167号3頁))は、継続雇用制度を採用している企業が継続雇用の基準を満たしていると判断される労働者の継続雇用を拒否した場合には解雇権濫用法理が類推適用され、継続雇用の拒否について客観的合理性と社会的相当性がなければ継続雇用の拒否は違法となり、当該企業の継続雇用制度を適用して労働契約上の地位を認めうると判断している。

これは平成24年改正法施行前の事例であるが、前述したとおり、平成24年改正法により、就業規則における解雇事由または退職事由に該当する場合を除き、希望者全員が継続雇用の対象となった。したがって今後は、継続雇用制度を採用している事業主において、2(1)で述べた経過措置により基準を適用しうる年齢に達していない希望者の継続雇用を拒否し、その適法性を争われた場合には、事実上ほぼ労働契約上の地位を確認されてしまうこととなろう。

これは、事業主が高年法を遵守して継続雇用制度を設けていた場合の帰結であるが、高年法を守らず雇用確保措置を設けていなかった事業主の場合はどうだろうか。この場合は、津田電気計器事件判例を援用しても、労働契約上の地位を認める拠りどころとなるべき継続雇用制度自体が存在しないのであるから、労働契約上の地位確認を実現することは難しそうである。この結論のアンバランスは有識者の間でも疑問視されているが(「高年齢者雇用安定法改正の評価と高年齢者雇用のこれから」森戸英幸・清家篤・水町雄一郎による鼎談 ジュリスト2013年5月号12頁～31頁)、改正法が新設した義務違反企業に対する公表規定が違反事業主に雇用確保措置の導入を促せば、このようなアンバランスもある程度是正される可能性がある。

## (2) 不法行為による損害賠償請求の可否

平成24年改正前にも、再雇用を拒否した事業主に対し、不法行為に基づく損害賠償請求を認める裁判例が存在した（日本ニューホランド（再雇用拒否）事件・札幌高裁平成22年9月30日判決（労判1013号160頁））。

これは、再雇用を拒否された従業員が事業主と対立路線を歩む少数組合の役員であったことが再雇用拒否の理由であるという認定を前提としている点で特殊な事例であるが、平成24年改正法が雇用確保措置を強化するとともに、雇用確保措置を怠った事業主に対する制裁も強めていることに鑑みると、平成24年改正法施行後は、改正法が義務づける年齢に達する前に再雇用を拒否した事業主や雇用確保措置を怠って再雇用を行わなかった事業主につき、不法行為責任を認める余地が広がると予想される。

## 4 法改正がもたらすと予想される影響

### (1) 改正前における雇用確保措置の実施状況

雇用確保措置を導入している場合と導入していない場合とのアンバランス等について述べたが、実は、平成16年改正に伴い雇用確保措置を導入した事業主が大半であり、従業員31人以上の企業を対象として厚労省が行った調査によると、平成24年改正法施行前における平成24年6月1日時点において、97.3%の企業が雇用確保措置を設けていた。

そして、雇用確保措置の内訳は、①定年の引上げが14.7%、②継続雇用制度の導入が82.5%、③定年の定め廃止が2.7%となっており、圧倒的多数が②の継続雇用制度を導入している。

継続雇用制度を導入している企業において、定年

後に継続雇用された者の割合は73.6%、基準非該当として継続雇用されなかった者の割合は1.6%となっている（前掲厚労省調査）。残る24.8%は定年後に継続雇用を希望しなかった者であり、継続雇用制度適用対象者の約4分の1が継続雇用を希望しなかったという結果になっている。

### (2) 短期的に予想される影響と問題点

#### ア 継続雇用希望者の割合の増加

前述のとおり、平成24年改正は、厚生年金報酬比例部分の受給開始年齢が平成25年4月1日から引き上げられることに伴い生じる「受給の空白期間」を継続雇用により穴埋めすべくなされた。

これまでは適用対象者のうち約4分の1が継続雇用を希望しなかったが、このような「受給の空白期間」が発生することにより、従来ならば継続雇用を希望しなかった層の多くが継続雇用を希望することが予想される。

#### イ 基準の廃止がもたらす影響

平成24年改正法施行前に基準非該当として継続雇用されなかった者の割合は希望者の1.6%に過ぎなかったが、これは、対象者の約4分の1が継続雇用を希望しなかったことの帰結だった可能性がある。

年金受給開始年齢の引上げにより継続雇用希望者が増加した場合、平成24年改正法施行前であれば、事業主は基準の運用を一定程度厳格化して変化に対応したかもしれないが、基準の廃止により、経過措置が設けられているとはいえ、そのような対応は難しくなって行く。

#### ウ 継続雇用後の待遇の変化

景気が大きく上向かない限り、事業主が支出できる人件費のパイが目立って増加することは望み

がたい。反面、継続雇用希望者の割合の増加と基準の段階的廃止に伴い、事業主が雇用を義務づけられる高年齢者の数は年々増加してゆくと予想される。厚労省の研究会がまとめた推計によると、2030年の60歳以上の就業者数は、2010年に比べて約210万人増える見通しである。

とするならば、増加した高年齢者の間で、限られた人件費のパイをどのように分け合うかという問題が生じる可能性が高い。すなわち、継続雇用者数の増加に伴い、継続雇用後の賃金を現状より抑制しようとする動きが生じることが予想される。

継続雇用は定年退職後の新たな労働契約と理解されていることから、定年延長と比べて賃金の調整を容易に行うことが可能ではある（NTT西日本事件・大阪高裁平成21年11月27日判決（労判1004号112頁）、X運輸事件・大阪高裁平成22年9月14日判決（労経速2091号7頁）等）。しかし、高年齢者の労働意欲を削ぐような大幅な賃金減額は、希望者全員継続雇用による高年齢者の就労促進という改正法の趣旨に反すると判断されよう。再雇用後も職務内容に特段の変化が生じない場合には、不合理な労働条件の相違（労働契約法20条）に当たり違法とされる可能性があることも指摘されている（前掲ジュリスト鼎談20頁）。事業主には、高年齢者の配置と処遇について、改正高年法のみならず労働契約法の趣旨にも充分配慮することが求められるだろう。

このような趨勢の中で、継続雇用制度をどのように設計・運用するか（すなわち、継続雇用の対象となる高年齢者をどのようにカテゴライズし、どのように配置するか。そして、限られた人件費のパイをどのように配分するか）は年々困難な問題になって行くと思われる。

### (3) 中長期的に予想される影響と問題点

#### ア 定年引上げへの移行

12年に及ぶ経過措置が設けられていること、及び、賃金調整が比較的容易であることから、当面の間は、大半の事業主が従前どおり、定年の引上げ等ではなく継続雇用制度を選択すると思われる。

しかし、経過措置の適用の幅は徐々に狭められ、今後12年の間に、事業主には段階的に65歳までの雇用が義務づけられることになる。少子高齢化が進む中、この間に高年齢者に対する社会保障が手厚くなる可能性は少なく、高年齢者の雇用を促進する必要性が増すことはあっても減少するとは考えにくい。加えて、前述したとおり、再雇用高年齢者を各別に処遇することの困難化という問題が生じることも予想される。

このような背景のもとでは、一律に労務管理を行うことのメリットを重視し、就業規則を変更して定年そのものを引き上げることに合理性を認めうる。65歳までの雇用継続が当然という社会通念が形成されれば、従前の賃金制度等を見直しつつ、思い切って定年引上げに移行する事業主が増加する可能性がある。

#### イ 中年層の処遇に与える影響

##### ① 賃金について

60歳定年制のもとでは、40代、50代（時に前半）で賃金が大きく上昇する傾向が見られた。若年期には労働の質と量に比して低賃金だが、40代以降にその見返りとして高賃金を得、60歳定年時に、総労働に見合う生涯賃金を得るという構図である。

しかし、総額人件費が限られる中で定年を65歳まで延長した場合、このような賃金カーブを維持することは困難であり、40代、50代の賃金

を従前より低額に抑え、賃金カーブをフラット化することが必要となることが予想される。

仮に定年を引き上げなくとも、改正高年法や労働契約法の趣旨により継続雇用後の高齢者の賃金引下げに歯止めがかけられるならば、中年層の賃金を抑制する必要性は高まる。

これまでの賃金制度を見直して中年層の賃金を抑制するとなると、就業規則の不利益変更の問題が不可避免的に生じる。高齢者雇用促進の必要性が高まる中で、どの程度までのフラット化が客観的に合理的で社会通念上相当と認められるか、先例が乏しいだけに予測が難しいところであるが、2011年に定年を65歳に延長したヤマト運輸は、2016年春を目処に、40歳代以降の賃金を抑えながら60歳以降の賃金を60歳到達前と同水準にする新たな賃金制度を導入すると発表している。このような先例に今後も注目していきたい。

## ② 雇用そのものの安定性について

改正高年法が高齢者の雇用確保措置を強化したことに伴い、60歳に達する前の中年層に対して解雇または退職勧奨を行う動きが強まること懸念されている。また、国家戦略会議等で、解雇規制の緩和をめぐる議論も進められている。

総額人件費が限られている中で高齢者の雇用確保を推進するとなると、このような動きが強まる可能性があることは否定できない。しかし、高齢者の雇用を確保する代償として中年層の雇用を不安定化させることが、経済の活性化に資するとは考えられない。高齢者雇用促進の要請と中年層雇用の安定性確保とのバランスも、今後重要な課題となるだろう。

## ウ 若年者雇用に与える影響

平成24年の高年法改正に際しては、若年者雇

用への影響を危惧する声も聞かれた。

雇用期間を延長しても高齢者の退職は徐々に進み、若年者層の数は高齢者層と比べて少ないことから、長期的に見れば若年者雇用に与える影響は少ないと考えることも不可能ではない。しかし、総額人件費が限られるならば、若年者雇用に影響が出ることはやはり避けられないのではないかと（経団連が2012年に行った調査によると、16.9%の企業が、新卒採用数の抑制が必要と回答している）。

高齢者の安定雇用を図りつつ若年者の雇用を適切に進めるためには、若年期、中年期、高年期を総合的に捉え、その間の賃金配分について適切なイメージを社会全体で共有するよう努力してゆくほかないのかもしれない。

## 5 終わりに

平成24年高年法改正は、年金受給開始年齢引上げへの対応という現実的な必要性からなされたものであるが、雇用の仕組みと在り方全体を見直す契機となる可能性がある。

少子高齢化が進行する中で雇用の仕組みと在り方をどのように見直すべきか、その解を見出すことはむろん容易ではない。筆者もむろん現段階で解を持つものではないが、この問題を突き詰めて考えて行くと、筆者としては雇用の流動化をより促進する必要があるのか、促進するとしていかなる方法によるのが適切か、という難問に結局は直面せざるを得ないのではないかと、という予感を禁じ得ない。本稿では触れることができなかった、いわゆる「失われた世代」の雇用促進という問題まで視野に入れると、ますますその感を強くする。

## V 派遣労働の実情

労働法制特別委員会委員 芦原 一郎 (47期)



### 1 はじめに

派遣法は、2012年10月1日（一部は2015年10月1日）から施行されている今回改正に際し、その正式名称も改正された。

すなわち、従前の「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の就業条件の整備等に関する法律」から、「労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の保護等に関する法律」に改められ、従来の派遣労働の常用代替化防止（派遣労働による直接雇用浸食の防止）に加え、派遣労働者保護の目的が明確にされた。

このことが象徴するように、今回の派遣法改正では、日雇派遣の原則禁止が盛り込まれるなど、本質的な部分の改正も行われた。1985年に制定され、1999年、2003年と規制緩和（派遣拡大）の方向で改正された派遣法が、2012年に規制強化（派遣労働者の保護）の方向で改正されたのだから、これでひと段落と思われて当然であろう。

しかし、改正法審議での衆・参厚生労働委員会での付帯決議もあり、すでに次の派遣法改正のための検討が開始されている。

すなわち、今回の改正法施行直後の2012年10月17日に第1回会合が開かれた「今後の労働者派遣制度の在り方に関する研究会」が、2013年8月6日開催の第15回会合で報告書を取り纏めた。そしてこの報告書に基づいて、労働政策審議会職業安定分科会労働力需給制度部会が、再び規制緩和の方向で改正に向けた議論を本格化させるとも言われている。

したがって、ここでは、今回改正分だけを深堀するのではなく、まずは、現時点での派遣法の全体構造を確認することとしたい。そのことが、「基本から考える」ことを可能にするとともに、今後の変化への

対応可能性を高めることになるからである。

### 2 派遣法の構造

労働者派遣とは、「自己の雇用する労働者を、当該雇用関係の下に、かつ、他人の指揮命令を受けて、当該他人のために労働に従事させる」という労働・雇用形態であり（2条）、派遣労働者と派遣会社、派遣先の三者が登場する。原則禁止とされている労働者供給事業の例外として認められるかわりに、上記の派遣法の正式名称のとおり、労働者派遣事業の適正な運営の確保及び派遣労働者の保護等のため、派遣法にはさまざまなルールが設けられている。これには、主に次の4種類のルールが含まれる。

すなわち、①派遣会社に対する規制（業規制）、②派遣会社と派遣先との間の契約（派遣契約、行為規制①）、③派遣会社と派遣労働者との間の契約（労働契約、行為規制②）、④派遣先と派遣労働者との間の契約（派遣先規制、行為規制③）の4種類である。

#### (1) 業規制

業規制に関するルールは、主に法2章に集められている。これは、①派遣会社をコントロールするルールと、②派遣会社の業務範囲に関するルールに分けると、理解しやすい。

まず、①派遣会社をコントロールするルールとして、派遣事業を許可制（派遣のつど、派遣期間につき派遣労働者と派遣労働契約する登録型の場合）や届出制（派遣労働者と無期もしくは1年を超える有期雇用が予想される派遣労働契約を締結する常用型の場合）にすること（欠格事由が今回改正で整備された。6条、17条）、監督官庁による監督に関するルール（指導助

言 (48条), 改善命令等, 公表等 (49条, 49条の2), 勧告 (50条), 立入検査 (51条), 罰則 (5章)) や, 派遣労働者保護に関する各種サポート (厚生労働大臣への申告 (49条の3), 相談援助 (52条), 労働者派遣事業適正運営協力員 (53条)), 報告や開示に関するルール (特に, 今回改正でマージン率 (派遣会社の取り分の率) の開示が加えられた。23条) がある。

次に, ②派遣会社の業務範囲と派遣期間に関するルールである。

第1に, 規制緩和により港湾運送業務, 建設業務, 警備業務, 医療関連業務のみ禁止とされている (4条)。

第2に, 派遣期間のうち, 上限規制については, いわゆる専門26業務は制限がなくなり (40条の2の1項), その他の業務は原則1年で上限3年まで延長が可能となっている (40条の2の2項~4項。業務ごとの制限であり, 派遣労働者を入れ替えても同一業務であれば通算される)。

他方, 下限規制については, 日雇派遣 (日々または30日以内の期間を定めて雇用する労働者の派遣) が原則として禁止された (35条の3, 今回改正。必要な雇用管理が果たされず, 違法派遣の温床となっていたから)。ただし, 派遣労働者保護に問題が少ないとされる①特定列举された業務 (いわゆる17.5業務) と, ②60歳以上, 学生, 副業, 主たる生計者の派遣は例外として許されている。

第3に, 離職後1年以内の再派遣は, 原則として禁止された (35条の4, 40条の6, 今回改正。直接雇用の派遣化を防止するため)。ただし, 60歳以上の定年退職者は例外として許されている。

第4に, 労働市場の需給調整機能に乏しいグループ内企業に対しては, 従前の専ら派遣禁止 (7条) と合わせ, 8割規制が設けられた (23条の2, 今回改正)。ただし, これにも60歳以上の定年退職者の

例外がある (規則18条の3の4項, 33条の5の1項)。

第5に, 紹介予定派遣 (労働者派遣のうち職業紹介を行う, または行うことを予定しているもの。後記事前面接禁止の例外とされ, 事前面接や履歴書送付が可能, 派遣期間は6ヶ月が上限) も, 職業紹介事業の許可・届出を条件に, 認められている。

## (2) 派遣契約(行為規制①)

派遣契約 (派遣会社と派遣先の関係) に関するルールは, 主に3章1節に集められている。次の2種類に分けると, 理解しやすい。

第1に, 事前面接の禁止である (26条7項)。これは, 雇用関係の成立を斡旋する職業紹介業 (職安法4条1項) との違いを明確にするという理由で設けられたルールであるが企業側からの批判が多い。

第2に, 派遣契約の内容に関するルールである (26条1項)。ここでは, 業務内容, 場所, 指揮命令者, 期間 (上記派遣期間参照) などのほか, 今回の改正で派遣先の都合で派遣契約を解除する際の派遣労働者の保護措置 (就業機会の確保, 休業手当の負担等) に関するルールも定められた (29条の2)。従来, 厚生労働省指針レベルだった派遣労働者の保護措置のルールが, 法レベルのルールとなったのである。

## (3) 労働契約(行為規制②)

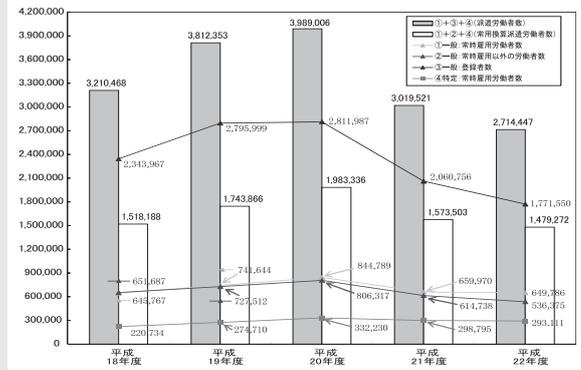
労働契約 (派遣会社と派遣労働者の関係) に関するルールは, 主に3章2節に集められている。いずれも, 派遣会社をコントロールするルールである。

第1に, 通算して1年以上の有期契約の派遣労働者等を雇用する場合の無期雇用の派遣労働者または通常の労働者への転換促進, 紹介予定派遣の対象化措置 (努力義務) であり, あわせて, そのための教育訓練措置などが期待されている (30条, 今回改正)。

図表 労働者派遣された派遣労働者数等

※常時雇用以外の労働者数は常用換算(常時雇用以外の労働者の年間総労働時間数の合計を常時雇用労働者の1人当たりの年間総労働時間数で除したもの。)としている。

\*出典:「平成22年度 労働者派遣事業報告書の集計結果」厚生労働省 平成24年2月24日



第2に、均衡待遇の確保配慮義務である(30条の2, 今回改正)。派遣先で同種業務を担当する社員や同種の労働者一般と均衡のとれた処遇(賃金, 教育)に配慮することが求められており, 派遣先の義務と関連している(後記40条3項参照)。

第3に、適正な派遣就業の確保である(31条)。派遣先が派遣法を遵守するように措置を講ずることが期待されている。

第4に、労働契約前の説明義務である。これには、雇用された場合の賃金の見込額やその他の待遇(31条の2, 今回改正), 就業条件(34条), 料金(34条の2, 今回改正), 派遣労働者であることの明示(32条)が含まれる。

第5に、派遣労働者に係る雇用制限の禁止である(33条)。

第6に、派遣先への通知である。これには、無期雇用かどうかの通知(35条1項2号, 今回改正), 派遣可能期間満了の通知(3条の2の2項)が含まれ, 派遣先の直接雇用義務と関連している(後記(4)②参照)。

第7に、派遣元責任者の選任や派遣元管理台帳の設置である(36条, 37条)。

さらに、派遣法上ルールが明確でない問題について、いくつかの裁判例が存在する。

すなわち、労働契約期間中に派遣契約が終了した場合に連動して行われがちな、派遣労働者の解雇や賃金不払いの問題である。

解雇のうち、派遣労働者の責めに帰すべき事由以外の理由での派遣契約解除による解雇(労働契約解除)に関し、プレミアライン事件(宇都宮地裁栃木支部平成21年4月28日決定(労判982号5頁))とアウトソーシング事件(津地裁平成22年11月5日判決(労判1016号5頁))は、解雇権濫用法理(労働契約法17条)に基づいて解雇を無効とし、契約残存

期間の賃金請求権を認めた。実務上も、この考え方が主流と言えよう(なお、この場合の派遣先の責任については、後記(4)②参照)。

これに対し、派遣労働者の責めに帰すべき事由での派遣契約解除による解雇(労働契約解除)の場合には、解雇する合理性や社会的相当性が肯定される可能性が高くなる。

他方、賃金不払いについて、三都企画建設事件(大阪地裁平成18年1月6日判決(労判913号49頁))は、派遣終了(労働契約は継続)の場合の賃金に関し、民法536条2項の適用を否定して賃金請求を否定しつつ、労働基準法26条を適用して休業手当(平均賃金の60%)の支払いを命じている。

#### (4) 派遣先規制(行為規制③)

派遣先規制(派遣先と派遣労働者の関係)に関するルールは、主に3章3節に集められている。これは、①派遣先をコントロールするルールと、②直接雇用化に関するルールに分けると、理解しやすい。

まず、①派遣先をコントロールするルールには、適切な措置を講ずる義務(39条)、派遣労働者の苦情に対する派遣会社との連携対応(40条1項)、福利厚生などの配慮(40条2項)、均衡待遇の確保配慮や同種業務担当社員の処遇情報提供(40条3項, 今回改正)、派遣先責任者の選任(41条)、派遣先管理台帳の設置(42条)などがある。

派遣労働者の安全管理(安衛法20条~27条など)については、もっぱら派遣先の事業者が責任主体となる(45条)。

安全配慮義務は派遣元が負うことは労契法5条に規定されているが、派遣先にもこれを認める裁判例が多くなっている。アテスト(ニコン熊谷製作所)事件(東京地裁平成17年3月31日判決(労判894号21頁))

は、偽装請負での派遣労働者の過労自殺につき、派遣先に民法715条に基づく賠償責任を認めている。

また、派遣先が一方的に派遣契約を解除した結果、派遣労働者が派遣労働契約も解除された事案で、派遣先に派遣労働者に対する著しい信義則違反が肯定される場合、不法行為を認めた裁判例もある（パナソニックエコシステムズ事件（名古屋高裁平成24年2月10日判決（労判1054号76頁））、三菱電機事件（名古屋高裁平成25年1月25日判決（労経速2174号3頁））、日本精工（外国人派遣労働者）事件（東京地裁平成24年8月31日判決（労判1059号5頁）））。

次に、②直接雇用化に関するルールには、以下の2つのルールがある。

第1に、直接雇用義務である（40条の3～5）。

これには、派遣先に直接雇用の努力義務が発生する場合（40条の3）と、派遣先に直接雇用の申込み義務が発生する場合（40条の4、5）がある。40条の4は受入れ期間制限（40条の2）のある業務につき、抵触日以後も同一派遣労働者を使用する場合の雇用申込み義務であり、40条の5は受入れ期間制限のない業務につき、継続して3年以上、同一派遣労働者を受け入れていたときに、同一の業務に労働者を雇い入れる場合の当該派遣労働者への雇用申込み義務である。ただし、後者については、派遣元から派遣労働者が無期契約労働者である旨の通知を受けている場合は適用除外とされた。これらの違反については、厚生労働大臣の助言・勧告・公表も定められている（48条1項、49条の2）。また、前者の違反については、次に述べる労働契約申込みみなし制度が適用されることとなった。

第2に、労働契約申込みみなし規定である（2015年10月1日施行後の40条6項、今回改正）。

上記のとおり、派遣可能期間を超える派遣労働を

継続しようとする派遣先には、派遣労働者の希望により、派遣労働者への直接雇用の申込みが義務付けられていたが（40条の4）、派遣先が、派遣法違反であることを知りつつ、あるいは過失により知らないで派遣を受け入れたときは、違法派遣時点の労働条件で、派遣労働者に労働契約の申込みをしたものとみなされ、派遣労働者は、違法行為が終了したときから1年間の期間内に承諾の意思表示ができるとされた。さらにこの規定は、適用除外業務の派遣受入れ（4条3項違反）、無許可・無届事業主からの派遣受入れ（24条の2違反）、脱法的な偽装請負（請負・委任等の名目で受け入れる社外労働者に対し、受入れ先が指揮命令権を行使、26条1項違反）にも適用される。

これまでは、偽装請負や派遣期間を超過する違法派遣の場合、派遣先と派遣労働者の黙示の労働契約の締結や40条の4に基づく申込みの擬制を否定し、直接の労働契約の成立を認めないのが裁判所の趨勢である（パスコ事件（最高裁平成21年12月18日判決（民集63巻10号2754頁））、三菱電機事件（名古屋高裁平成25年1月25日判決（労経速2174号3頁））、日本トムソン事件（大阪高裁平成23年9月30日判決（労判1039号20頁）））。その結果、違法派遣を指摘すると、派遣労働者は雇用契約を失うといった弊害が生じていた。本規定は、これに対処し、違法派遣を抑制する効果をもつ。しかし、対象となる違法派遣が4種類に限定されていること、派遣先の過失が要件となっていること、労働契約成立後の雇止めが危惧されること、他方、労働契約の内容を適切に特定できるか疑問があること、等の問題が指摘されている。

なお、派遣先の派遣労働者に対する団交応諾義務について規定がないが、最近、これを認める労働委員会の決定も出ており、派遣先がどのような場合にどこまで義務を負うか、今後の議論が待たれる。

### 3 派遣労働の実情

2011年6月現在で、約137万人が派遣労働者として就労し、そのうち、身分が不安定な登録型派遣労働者は約51万人とされている。また、一般労働者派遣事業所は約2万か所、特定労働者派遣事務所は約6万3000か所で、事業所の総売上高は約5兆3000億円に達すると言われている（老月梓「労働者派遣法改正法の概要」ジュリスト1446号33頁）。このような膨大な派遣労働市場の実態の全てを網羅することは不可能であるが、これまで述べたこのような派遣法の構造に照らして、問題になっている主な点を確認しておく。

#### (1) ワーキングプア

最大の問題は、派遣労働者の貧困問題である。

不安定な派遣労働（雇用の調整弁、派遣契約の自由な解消）、派遣会社の多額なマージン、教育訓練を受ける機会の乏しさ等、派遣労働は、真面目に働くほど貧しくなる「ワーキングプア」の原因の1つとされることがある。

今回の改正で派遣期間30日以下の短期派遣は原則禁止とされたが、31日の労働契約としつつシフトが決まっていないなどとして現実には1日だけ派遣したり、他に収入があるのであくまで副業としたりして、日雇派遣禁止の規制を免れようとする派遣会社が存在すると聞く。しかも、手数料などを控除して派遣労働者が受け取る金額が、最低賃金の規制を下回るものもある。登録型派遣の禁止の問題も含め、身分の不安定な派遣労働によってワーキングプアが助長されないための対策が検討されることになる。

#### (2) 派遣先、派遣元の責任

派遣労働者の保護が強調されると、これまで必然

的に派遣先の責任が問題とされ、上記のとおり、①派遣先をコントロールするルールと、②直接雇用化に関するルールが強化されてきた。

この派遣先の責任を強化する動きに対しては、主に2つの方向からの議論がある。第1は、派遣先の負担が過剰になり、かえって派遣労働者の就業機会が失われるのではないかと、という産業界からの議論である。第2は、派遣会社の位置づけに関する議論である。優良な派遣会社を育成し、派遣労働者の教育訓練システムを整備、充実させるため、派遣会社の側から、派遣元責任者（36条）の資格を国家試験にしようか、という意見が出されている。これまでの使用者対労働者の図式とは違う切り口からの制度設計も、今後議論する必要がある。

### 4 おわりに

冒頭紹介したように、今回の改正法には、施行1年を目途に論点を整理するとの付帯決議がある。「今後の労働者派遣制度の在り方に関する研究会」の取りまとめた報告書では、派遣会社の団体の提言も踏まえ、派遣労働者の受入れ期間制限を「業務」から「人」に変更し、3年ごとに派遣労働者を入れ替えれば同一業務で3年以上の派遣受入れを可能とすること、無期契約の常用型派遣労働者については派遣期間の上限を撤廃すること等が盛り込まれたとのことである。

今後は、この報告書も踏まえ、労働政策審議会職業安定分科会労働力需給制度部会が派遣法改正の議論を進めることになるが、派遣法の規制がどのように緩和され、あるいは強化されるのか、従前の使用者対労働者という切り口だけではなく、派遣会社の位置づけや派遣労働者の実態により配慮した議論がなされるのか、今後の改正の動向に注意する必要がある。