

## 労働契約法制の課題

土 田 道 夫

- 一 はじめに
- 二 労働契約法制の論議の背景
  - 1 労働契約をめぐる紛争の増加
  - 2 雇用をめぐる新たな動向
  - 3 まとめ
- 三 労働契約法制の構想
- 四 労働契約法制の方向性
  - 1 労働契約法制の理念
  - 2 立法と労使自治の機能分担
  - 3 判例法理との関係
- 五 労働契約法制の内容
  - 1 労働契約の定義
  - 2 労働者・使用者
  - 3 労働契約の締結
  - 4 人事異動
  - 5 服務規律と懲戒
  - 6 賃金・労働時間
  - 7 付随義務
  - 8 労働契約の終了
  - 9 非正規従業員の労働契約規制
  - 10 就業規則・労働者代表法制
- 六 結語

## 一 はじめに

最近、労働契約法制をめぐる議論が盛んである。労働大臣の私的諮問機関である労働基準法研究会が一九九三年、「今後の労働契約法制のあり方について」という報告を行い、新たな立法の方向性を示したことはよく知られている。<sup>(1)</sup>これにに応じて、労働法学界や実務界でも労働契約法制の立法構想論が盛んとなっているが、最近では、労働省が労働条件の明示や就業規則の整備、契約期間の上限の見直しなどを柱に、中央労働基準審議会における本格的な立法作業の議論を開始する方針を決めたと報道されている。<sup>(2)</sup>本稿はこうした状況をふまえて、現在の議論を整理するとともに、今後の立法の方向性と内容について若干の考察を行おうとするものである。<sup>(3)</sup>

(1) 労働省労働基準局監督課編『今後の労働契約等法制のあり方について』（一九九三年・日本労働研究機構）。

(2) 週刊労働ニュース一九九六年一月二五日号。

(3) 本稿は、私が一九九六年、千葉労働基準局の依頼により執筆した「労働契約法制の争点と課題」に加筆・修正を施したものである。その際、お世話になった千葉労働基準局長小野宏逸氏、同局監督課長河合智則氏（当時）にお礼申し上げる。

## 二 労働契約法制の論議の背景

およそある問題について立法構想論が登場する背景には、それを必然とする社会的・経済的要因が存在する。労働契約法制の立法構想を登場させた背景としては、以下の諸点を指摘することができる。<sup>(4)</sup>

# 1 労働契約をめぐる紛争の増加

第一の要因は、近年における労働契約をめぐる紛争の急増である。一九九五年のデータによれば、同年中に全国の裁判所で受理された労働関係民事・行政事件は総計四一〇九件と、沖縄復帰などの特殊事情がない年としては史上最高を記録したが、中でも雇用関係の存続確認や賃金・退職金の支払を求める事件が増加したとされている。<sup>5)</sup>つまり個別労働契約をめぐる紛争の増加である。もちろんその背景には、バブル崩壊後の景気後退の中でリストラが進められ、解雇や賃金不払いが頻出したという短期的な要因もあるが、より長期的・構造的な要因も見逃せない。これは次の三点に整理できる。

## (1) 保護法規制の不十分さ

まず挙げられるのは、労働契約上の紛争を解決するための立法規制が、個別的労働関係法の基本法である労基法を含めてきわめて不十分だということである。しばしば指摘されるように、現行労基法は労働契約関係のごく一部しか規制の対象としておらず、特に労働契約の展開過程に対する規制を欠いている。労基法はその第二章を「労働契約」に充てているが、それは労働契約の開始と終了を規制するにとどまり（開始に関しては、契約期間の制限、労働条件の明示、損害賠償予定や前借金相殺の禁止「一四条」一七条」など、終了に関しては産前産後の女子の休業や業務上の負傷・疾病による休業期間中の解雇制限「一九条」、解雇予告制度「二〇条、二一条」など）、その展開過程に関する規制を設けていない。もちろん労基法をはじめとする労働保護法は、賃金、労働時間、安全衛生といった基本的な労働条件については詳細な規制を設けているが、その多くは労働条件の最低基準規制であり、契約関係に積極的に介入するものではない。これは、労働保護法が最低労働基準規制を定める刑罰法規・行政的取締法

規として出発したため、契約自治（私的自治）への介入を最小限に控えざるをえなかったことを示している。<sup>(6)</sup>

ところが、実際に生ずる労働契約紛争の多くは、まさに雇用関係の開始と終了との間（展開過程）で発生する問題である。労働条件の不利益変更、配転・出向・昇進・昇格等の人事異動、服務規律、懲戒、安全配慮義務・誠実義務などの付随義務をめぐる問題は皆そうである。現状では、これら多様な紛争が立法上の明確な準則のないまま、労働契約の解釈という手法を通して裁判所で処理されているのである。

のみならず、労基法が重視する雇用関係の開始と終了に関する規制も十分とはいえなくなっている。前者については、採用内定や試用期間などの新たな問題が生じているし、後者では、解雇には正当な理由を要するかという最も基本的な問題に関する立法規制がない。期間の定めのない労働契約については、未だに民法六七条一項の解約の自由が原則とされ、解雇の正当性の判断はもっぱら判例による解雇権濫用法理に委ねられているのである。立法規制としては、わずかに採用の自由に関して、性別を理由とする採用差別の規制が雇用機会均等法に設けられ、雇用関係の終了に関して、高年齢者雇用安定法が六〇歳定年制を強行法規として定める（四条）のが目立つ程度である。このように、労働保護法上の規制の不十分さが労働契約紛争の増加をもたらしている第一の要因といえる。

## (2) 労働契約の特質

労働契約紛争の増加をもたらした第二の要因は、労働契約それ自体の性格にある。いうまでもなく、労働契約は継続的な契約関係であり、特に正社員の雇用関係は、期間の定めのない労働契約として長期にわたって継続する。しかしこうした継続的關係においては、その展開過程で生ずる事情の変化（特に使用者側の経営上の必要性）に応じて、契約内容を変更することが不可避となる。労働条件の不利益変更や人事異動はその典型である。もっとも、契約当事者が将来生じうる紛争に備えて、契約内容を明確化したり、紛争解決のルールを設定してお

くことは可能であり、こうした紛争予防のシステムが十全に機能すれば、ことさら立法規制を行う必要もなくなる。しかし労働契約においては、まさに上述のような継続的性情格のゆえに、契約締結時に将来における事情の変化を見越して契約内容を定めたり、契約内容の変更に関するルールを設けることは不可能に近い。また労働条件の多くは多数労働者に適用されるため、就業規則で規定すれば足り、あえて個々の労働契約で規制する必要はないという事情もある。この結果、労働契約が個々の労働者ごとに労働条件を明確に定めることは稀となり、その内容は著しく抽象的・包括的なものとなる。また就業規則制度においても、将来の事情の変化を見通すことが困難だという状況に変わりはないし、就業規則は使用者が一方的に作成する制度とされているため（労基法九〇条、どうしても経営上の必要性に柔軟に対応できるだけの簡易な（あるいは包括的な）内容となりがちである。こうして労働契約は、その展開過程で生ずる問題に関するルールを設定する機能を失い、労使が紛争を解決するための拠り所となる規範たりえないことになる。この結果、労働契約紛争は結局、裁判所に委ねられざるをえず、ここにも契約紛争を急増させた要因があるといえる。

### (3) 日本の雇用慣行

第三の要因は日本の雇用慣行の特質にある。もともと上述した労働契約の特質——継続的性情格と契約内容の不明確さ——は、別にわが国の専売特許ではなく、どここの国でも程度の差はあれ存在している。しかしわが国では、大企業の男子正社員を中心に長期雇用制度（終身雇用制）が形成され、これが労働契約の右特質を強化する機能を果たしている。長期雇用制度とは、新規学卒者を正規従業員として採用し、特別の事情がない限り定年まで雇用するとともに、年功賃金・退職金や福利厚生給付によって労働者を定着させる制度をいうが、そこでは、解雇を不利益とする意識が普遍的となり、解雇権は法的にも事実上も抑制される反面、解雇以外の方法で雇用調整を行うための

使用者の権限が不可欠となる。たとえば、解雇を避けつつ雇用量を調整したり、労働者の職業能力やキャリア（昇進）を高めるための手段として配転や出向があるが、これを柔軟に実施するためには使用者の裁量権（人事権）が不可欠となる。そしてこうした裁量権限を幅広く認めるためには、契約内容は抽象的なものとならざるをえない。要するに、わが国では、解雇の制約と柔軟な雇用管理がセットとなっており、前者の側面が労働契約の継続的性格を、後者の側面が契約内容の不明確さを強化しているのである。<sup>(7)</sup>この結果、労働契約の紛争解決規範としての機能は著しく後退し、これが契約紛争の増加をもたらしていると考えられる。

## 2 雇用をめぐる新たな動向

以上が長年にわたって形成されてきた法制度や雇用慣行の要因であるとすれば、近年には雇用慣行（労働市場）にも新たな動向が生じており、これが労働契約法制の登場を促した第二の背景として挙げられる。

### (1) 雇用の多様化

第一は、雇用形態や就労形態の多様化である。従来は長期雇用制度の下、労働者は正規従業員と非正規従業員とに二極分化し、それぞれに画一的な雇用管理を受けてきたが、近年には双方の領域で「働き方の多様化」が進んでいる。まず正規従業員の層では、何といってもホワイトカラー層が増大し、その就労形態やニーズの多様化に伴い、工場労働者を念頭に労基法が進めてきた画一的な最低基準規制がなじまなくなってきた。特に最近では、コース制、専門職制度、勤務地限定制、年俸制、裁量労働制などの雇用管理の多様化・複線化が進み、それに対応した労基法の見直しの必要性が叫ばれている。また賃金管理では、右の年俸制のほか、昇給・賞与における査定・業績給部分の拡大や目標管理制度などの能力主義的賃金管理が登場し、従来の年功的処遇からの転換の必要性が説

かれている。一方、非正規従業員の層でも、その量的増加とともに、質的にも専門的パートタイマー、契約社員、派遣労働者など多様な形態が登場し、契約社員のように正規従業員と異ならない基幹的労働を提供する者も増えている。これらは、労働者の意識変化（企業帰属意識の希薄化や私生活重視の意識の進化）に対応する動きであるとともに、企業における年功序列的雇用管理から能力主義的雇用管理への、またストック型人事管理からフロー型管理への流れを示すものである。<sup>(8)</sup>

こうした雇用管理の多様化・個別化は、法的には個別労働契約の機能の強化をもたらすことになる。専門職やコース制では、職種や勤務地が特定のに合意されるケースが増え、人事権は後退せざるをえないし、年俸制や契約社員の場合は、賃金・労働時間などの労働条件が個人ごとに決定される比重が高まるからである。要するに、集团的・画一的な雇用管理から個別的な雇用管理への流れは、それを法的に実現する器の比重が就業規則から個別契約へ移行する流れとして捉えることができる。<sup>(9)</sup> 従来も、パートタイマー等の非正規従業員については、個別契約が重要な機能を果たしてきたが（パートタイマーの場合は、労働条件を明示した雇入通知書の交付が使用者の努力義務とされている「短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律六条」）、今後はこの動きが正規従業員にも一定の範囲で波及する可能性がある。このことをふまえれば、立法面でも労働契約の実質化に対応するための環境整備の必要性が生ずるのは当然であり、ここにも労働契約法制の論議をもたらした要因がある。さらに、女性や高齢労働者の就労機会の増大も雇用の多様化に拍車をかけており、これらは一応、特別立法で対処されているが（雇用機会均等法、高年齢者雇用安定法）、労働契約法制としても十分念頭に置く必要がある。<sup>(10)</sup>

## (2) 労働市場の流動化

第二に、以上の雇用形態の多様化と並んで長期雇用制度にインパクトを与えているのが労働市場の流動化の動き

である。ただしこれにも、使用者側のイニシアティブによるもの（解雇、早期退職制）と、労働者側のイニシアティブによるもの（退職、転職）とがあるが、長期的に見て重要なのは後者であり、労働者の企業帰属意識や定着意識の希薄化（個人主義化）を反映して流動化が進んでいる。これにに応じて法的にも多様な紛争が生じており、労働者の引抜きや退職後の競争企業への転職（競業）・営業秘密の使用・開示等の問題が増加している。<sup>(11)</sup>このうち営業秘密の保護に関しては、一九九〇年の不正競争防止法改正によって立法的対応がなされたが、それ以外はやはり判例法理に委ねられており、労働契約法制の論点の一つとなっている。

### (3) 出向・転籍の増加

第三に、労働市場の流動化とは異なる意味をもって終身雇用制に影響を与えているのが出向・転籍の増加である。特に出向は、企業経営の多角化や雇用調整など多様な目的をもって日常的に実施されており、企業グループの形成に応じてグループ雇用といった形態も登場している。それは一企業での定年までの雇用という終身雇用制の觀念を大きく修正するものであるが、同時に企業グループ単位での終身雇用という側面も有しており、その意味で「終身雇用圏」とか「中間労働市場」と呼ばれている。いずれにせよ、出向は日本の雇用を支える基本的制度になりつつあるが、何といても第三者企業でその指揮命令に服して就労する形態であるので、出向中の労働条件や法律関係について難しい問題を発生させる。これに応じて、出向命令の拒否や労働条件に関する紛争が急増し、労働契約法制の主要な論点となっている。<sup>(12)</sup>

### 3 まとめ

以上のように、立法的規制の不備や労働契約の性格に起因して増加した労働契約紛争は、日本的雇用慣行の変化



を受けてますますバリエーションに富んだ複雑な紛争を生じさせ、労働契約法制の必要性を痛感させている。では、労働契約法制のあり方や方向性についていかなる構想が示され、何が論点となっているのであろうか。次項ではこの点を検討しよう。

(4) 労働法学会における立法論として、日本労働法学会誌八二号『労働契約法制の立法論的検討』（一九九三年・総合労働研究所）所収の諸論文があり、労働側弁護士の手になるものとして、日本労働弁護士団『労働契約法制立法提言』季刊・労働者の権利二〇四号（一九九四年・日本労働弁護士団）がある。

また労働契約法制の立法論を検討した主要な業績として、秋田成就「労働基準法研究会報告―労働契約・就業規則の検討」季刊労働法一一四号（一九七九年）一六四頁、片岡昇二西谷敏「労働契約・就業規則法制の立法論的検討」労働法律旬報一二七九・八〇号（一九九二年）四頁、毛塚勝利「労働契約法制の立法論的検討課題」ジュリスト一〇三〇号（一九九三年）六八頁、渡辺章「労働契約法制の課題」日本労働研究雑誌四〇六号（一九九三年）四〇頁、山川隆一「労働基準法制の課題」中央労働時報八六八号（一九九四年）二頁、中山慈夫「労働契約法制のあり方」ジュリスト一〇六六号（一九九五年）一六三頁、徳住堅治「労働契約法制のあり方」同一六九頁、小島典明「労働基準法制と規制のあり方」同一七五頁、西村健一郎「労働契約法制について」経営法曹一〇九号（一九九五年）四頁、島田陽一「日本型雇用慣行と法政策」日本労働研究雑誌四二三号（一九九五年）一六頁がある。なお土田「労働保護法と自己決定」法律時報六六卷九号（一九九四年）五六頁は、労働契約法制を含む労働保護法の方角性と規制のあり方を、労働者の自己決定の保障という観点から検討したものである。

以上のほか、雇用や労働市場の変化をふまえて今後の労働法のあり方を提示するものとして、菅野和夫「諏訪康雄「労働市場の変化と労働法の課題」日本労働研究雑誌四一八号（一九九四年）二頁、ジュリスト一〇六六号「特集・日本型雇用システムの変化と労働法の課題」（一九九五年）所収の諸論文、日本労働研究機構編『労働市場の変化と労働法の課題』（一九九六年・日本労働研究機構）所収の諸論文などがある。

さらに、ドイツにおける契約法制の立法論として、Arbeitsgesetzbuchkommission, Entwurf eines Arbeitsgesetzbuch-

es—Allgemeines Arbeitsvertragsrecht—(1982)があり、その翻訳として、大沼邦博『村中孝史』米津孝司「ドイツ統一労働契約法(草案)」1~8「法律時報六五卷三三六頁、五七〇頁、六〇一四八頁、七〇八六頁、八〇六一頁、九〇八二頁、一〇〇七七八頁、一一九〇九頁(いずれも一九九三年)がある。

(5) 最高裁判所事務総局行政局「平成七年度労働関係民事・行政事件の概況」法曹時報四八巻八号(一九九六年)七七頁以下参照。

(6) 同旨、島田・前掲注(4)論文二〇頁。

(7) 土田「日本的雇用慣行と労働契約」日本労働法学会誌七三三(一九八九年・総合労働研究所)三三三頁参照。

(8) さしあたり、高梨昌編『変わる日本型雇用』(一九九四年・日本経済新聞社)、島田晴雄『日本の雇用』(一九九四年・筑摩書房)、労働大臣官房政策調査部『日本の雇用制度の現状と展望』(一九九六年・大蔵省印刷局)、八代尚宏『日本の雇用慣行の経済学』(一九九七年・日本経済新聞社)など参照。

(9) 菅野『諏訪・前掲注(4)論文一二頁参照。

(10) 特に雇用機会均等法については、一九九六年一二月の婦人少年問題審議会(労働大臣の諮問機関)による建議を受けて、募集・採用、配置・昇進に関する努力義務規定の強行規定化、調停制度の改善、セクシュアル・ハラスメントの規制など、雇用平等の促進に向けた法規制の強化を内容とする改正案が今国会に提出される予定である。

(11) 土田「労働市場の流動化をめぐる法律問題(上)(下)」ジュリスト一〇四〇号(一九九四年)五三頁、一〇四一頁九〇頁参照。

(12) 土田「労働市場の変容と出向・転籍の法理」日本労働研究機構編・前掲注(4)書一五七頁以下参照。

### 三 労働契約法制の構想

#### 1 序

労働契約法制の方向性については、大別して二つの考え方があられる。一つは、労使の自主的決定を基本として、そ

の促進を図るための法制整備を行う方向（労使自治的契約規制）であり、もう一つは、労働契約上の権利義務の内容（要件・効果）を法律それ自体に定め、立法により労働契約紛争の解決基準を設定しようとする方向（立法的契約規制）である。<sup>(13)</sup> この二つの方向性のいずれを選択するかは、労働契約法制の基本的内容を左右する重要な意味を有している。前者の方向をとれば、労働契約の内容自体は労使が自主的に決定することになり、契約法制はそのための枠組みを設定するにとどまるのに対し、後者の方向では、法律による契約内容の規律が中心となるので、その機能が強化される反面、労使の自主的決定が大幅に制約される可能性があるからである。

そこで、こうした視点の違いが具体的な立法構想にどのように現れるかを見るために、代表的な立法提言である労働基準法研究会報告（以下「報告」ともいう）と、日本労働弁護団の「労働契約法制立法提言」を瞥見しよう。

## 2 労基法研究会報告の視点と検討の概要

(1) 労基法研究会報告は、労働契約法制の検討視点として、a「自主的決定の促進」、b「労働契約関係の適正な設定基準の確保」、c「労働契約関係の明確化の促進」の三点を掲げている。<sup>(14)</sup> まずaについて「報告」は、終身雇用システムの下にあるホワイトカラーの意識変化と、パートタイマー等の増加による雇用形態の多様化をふまえて、労使間の自主的決定を促進する制度の整備を提言し、bについては、労使間の現実の力関係の不平等から適正な権利義務を法で設定する必要を説きつつ、逆に今日の実情にそぐわない法規制の見直しの必要性を説く。さらにcについては、労働契約紛争の多くが契約内容の不明確さから生じているとの認識を前提に、労使間の権利義務関係の明確化による紛争の予防の必要を説き、新たな法制度の検討の必要性を提言する。このうちaは1で述べた二つの方向のうち第一の方向に、bは第二の方向に相当する。その上で「報告」は、「労働契約等法制の適用および当

事者」、「労働契約の締結」、「労働契約の内容」、「労働契約の終了」、「就業規則・労働者代表等」に分けて具体的提案を行っている。

(2) この具体的提案の基調は、cの「労働契約関係の明確化の促進」を最も重視し、そのためにaの「自主的決定の促進」を提言するといふものである。このことは、特に労働条件明示義務に関する提案と、就業規則法制に関する提案に端的に現れている。<sup>(15)</sup> まず前者については、労働契約紛争の予防という視点から、従来賃金に限定されていた書面による明示を労働条件全般に及ぼすとともに、長期勤続を予定する労働者については、明示義務の範囲を就業規則の記載事項と一致させるべき旨を提案する。また後者については、就業規則の必要記載事項の拡充を提案し、①就業の場所や配転に関する事項、②出向に関する事項、③福利厚生に関する事項、④制裁に関する事項の詳細化(服務規律、懲戒事由と処分の種類・程度)、⑤就業規則の適用範囲、⑥退職に関する事項の詳細化(解雇基準、定年制等)を記載事項の整備として提言する。要するに、労働条件の明示や就業規則という当事者の自主的手続や規範を労使自治として評価し、労働契約関係の明確化を法律自体によってではなく、こうした自主的決定の促進によって進めようというのが「あり方」の基本的姿勢である(前記第一の方向)。この結果、労働契約法制のもう一つの視点であるbの「適正な基準設定」の視点(第二の方向)はかなり希薄となっている。

そこで「報告」によれば、法制整備が課題となる具体的論点についても、労働条件の明示と就業規則への記載が重視されることになる。たとえば「労働契約の内容」のうち配転については、「従事すべき業務や勤務場所の範囲」を就業規則の記載事項とすることで明確化を図る反面、配転が労働者に及ぼす不利益については、適正な人選や単身赴任対策等が望ましいとするにとどまる。また懲戒についても、その内容を法律で規制することは困難としつつ、懲戒事由と処分の種類・程度を就業規則に記載させることで対応すべきものとする。さらに「労働契約の終

了」の基本事項である解雇に關しても、解雇の理由自体を立法で制限することは困難とした上で、解雇基準を就業規則の記載事項とし、立法上の規制は解雇手続の規制（解雇理由の書面による明示等）にとどめている。<sup>(16)</sup> もちろん「報告」も、事項によってはbの視点を打ち出しており、たとえば労働契約の締結に採用内定が含まれることの明確化を提案したり、出向について出向中の労働条件や使用者責任の規制を打ち出すとともに、転籍について労働者の同意を要件とすることを提案する点に現れている。<sup>(17)</sup> しかし全体としては、やはりbよりもa・cの視点が濃厚といえよう。

### 3 日本労働弁護団「労働契約法制立法提言」の視点と検討の概要

以上の「報告」と対照的な提言を行うのが、日本労働弁護団の「労働契約法制立法提言」である（以下「提言」と略称）。すなわち「提言」は「報告」に対して、「契約関係の明確化」と「自主的決定の促進」を掲げながら、実際には就業規則の整備によって使用者の一方的決定を拡張する結果となっていると批判した上、「報告」のbの視点に相当する「適正な契約関係の実現」の視点を前面に打ち出し、雇用関係の全ステージにわたって、民事実体法の要件と効果を明確化する詳細な立法構想を示している。これを配転、出向、懲戒、解雇を例に見ると、配転については、業務上の必要性・人選の合理性・労働者の不利益への配慮を要件とした上、一定の場合に労働者に拒否権を認め、出向については労働者の同意を要件とするともに、出向先・期間・出向先の業務や労働条件等の明示を出向命令の要件としている。また制裁（懲戒）に関しては、懲戒事由や種類・手続の明記のほか、懲戒処分の合理的理由を要件とし、解雇についても、「経営上の理由又は労働能力もしくは労働者の行為によって正当化される理由」（正当事由）を解雇権の要件とする提言を行っている。要するに、法律それ自体に権利義務の内容（要件・効

果)を規定し、それによって労働契約関係の明確化と紛争の予防を図ろうというのが「提言」の基調である(前記第二の方向)。さらに「提言」は、紛争処理システムという手続法的整備をも重要な課題と位置づけ、労働委員会に労働契約紛争に関するあつせん・調停・仲裁の権限を付与すべきことを提言している。

#### 4 まとめ

(1) 以上のように、「報告」と「提言」は、労働契約関係の明確化という視点では一致するものの、これを立法的契約規制によって進めるか(「提言」、それとも労使自治による契約規制の促進を重視するか(「報告」という基本的方向について対照的な考え方を示している。換言すれば、「報告」では労使自治による労働契約の明確化を重視する結果、立法的契約規制は後退せざるをえないし、逆に「提言」では、立法的契約規制を重視する結果、労使自治の後退を招く。その背景には、労使自治と立法規制がそれぞれ果たしてきた機能の評価と、今後両者の機能をどのように分担させるかという基本的視点に関する対立があるといえよう。したがって、労働契約法制の検討に際しては、何よりもこの点の検討が重要となる。そしてそのためには、前提問題として、労働契約法制の理念を何に求めるかという基本問題を考察しておく必要がある。

次に、両者の違いはさらに、労働契約法制の規制のあり方をどう構想するかという違いをも反映していると思われる。つまり「報告」が「提言」に比べて立法的契約規制に抑制的な態度をとったのは、労働契約法制を刑事制裁を備える労基法の延長線上で構想したこととも関連していると考えられる。労働契約法制のタイプには、刑事制裁を背景とする最低基準規範の定立という保護法的規制と、民事的な紛争解決を主眼とする私法的法制とがあるが、「報告」はその立法構想を労基法の見直しという形で進めており、前者のタイプを念頭に置いていると思われる。

この点、労基法研究労働契約等法制部会座長であった安枝教授が次のように述べていることが参考となる。いわく、「もし、労働基準法という罰則を背景にしたもので法体制を考えていくとなると、よほどのものでなければ改正条項の中に入れないのではないかと問題が発生すると思います。しかし、もう少し柔軟な、ソフトな強制道具を使うとなりますと、これはかなり領域を広げていくことができる・・・」と。<sup>(19)</sup>これに対して「提言」は、明確に後者の私法的規制の立場を打ち出し、ここから前記のような積極的構想を示している。要するに、保護法的契約規制か私法的契約規制かという契約法制の「器」の違いが、具体的規制内容の違いにまで及んでいるのである。<sup>(20)</sup>

(2) 以上から、労働契約法制の検討に際しては、①労働契約法制の理念、②立法と労使自治の機能（役割）分担、③労働契約規制のあり方をそれぞれのように考えるかが重要な課題となる。またこれに加えて、④裁判例による労働契約法理との整合性や、⑤労働契約紛争の処理システムの構築も論点となろう。以下ではこれらに即して検討するが、基本的には私は、労働契約の基本的事項について立法自体による規制を進めつつ、労働契約紛争処理のシステムの整備を進めることが重要と考える。項を改めて検討しよう。

- (13) 中山・前掲注(4)論文一六五頁がこのことを指摘する。
- (14) 労働省労働基準局監督課編・前掲注(1)書一四頁以下。
- (15) 労働省労働基準局監督課編・前掲注(1)書二三頁以下、四一頁以下。
- (16) 労働省労働基準局監督課編・前掲注(1)書三二頁以下、三六頁以下。このほか、試用期間および期間中の解雇事由、定年制、競業禁止義務などについても同様の態度が見られる。
- (17) 労働省労働基準局監督課編・前掲注(1)書二六頁以下、三一頁以下。
- (18) 日本労働弁護団・前掲注(4)書参照。

(19) 安枝英紳「労基研報告と今後の契約法制」労働法学研究会報一九二八号(一九九三年) 四頁。

(20) 以上については、土田・前掲注(4)論文六三頁も参照。

#### 四 労働契約法制の方向性

##### 1 労働契約法制の理念

周知のように、労働基準法は、「労働者が人たるに値する生活を営む」(一条一項)ための労働条件の最低基準を保障し、これを罰則と行政的監督によって使用者に遵守させることを内容としている。それが憲法二五条の生存権保障に基盤を置くものであることは疑いない。つまり労基法は本来、弱者としての労働者を前提に、その生存権を確保するために国家が後見的に介入し、労働者を保護することを立法政策とする法律である。それは従来、労働条件決定の最低の基盤を提供するという意味できわめて重要な役割を果たしてきたし、また今後も果たし続けるであろう。

しかし同時に、労基法は右の性格のゆえに一定の限界を有している。すでに指摘したように、労基法は最低基準を設定する刑罰法規であるために、契約内容への介入を控えざるをえなかったし、画一的性格のために、多様な労働条件規制にもなじまなくなっている(二一参照)。しかしそれ以上に重要なことは、労働者の意識変化や雇用管理の多様化に伴い、労働法がその前提としてきた弱者としての労働者という画一的労働者像の維持が困難となっていくということである。つまり近年の労働者の中には、ホワイトカラーを中心に、企業の包括的雇用管理から脱却し、労働条件(契約内容)の決定に自ら関与(参加)しようとする意識が強まりつつある(個人としての労働者)



の台頭<sup>(21)</sup>。実際上も、契約社員、年俸制、専門職制度などの個別的雇用管理の下では、個別的契約交渉の比重は高まらざるをえないし、自己の処遇に不満をもつ労働者が、より良好な職業機会を求めて転職するケースが増えている（二二参照）。こうした変化を前提とすれば、今日の労働者像については、使用者に従属しつつも、それを自らの主体的努力によって克服しようとする人間（自由で自立した主体）として再構成する必要があるといえよう<sup>(22)</sup>。

では、こうした労働者像の変化を前提とする場合、新たな労働契約法制の理念は何に求めるべきであろうか。思うに、それは労働者が自立した主体として行動し、使用者と対等の立場で労働条件を決定することを支援するという点に求めるべきであろう。すなわちここでは、弱者としての労働者の保護という視点を改め、労働者が使用者と対等な立場で労働条件を交渉することに力を貸し擁護する法という理念、すなわち実質的対等の理念を基礎に据える必要がある。それを支えるのが労働者の「自己決定」や「自立」の理念にほかならない。この実質的対等決定の理念は、労基法上も労働条件対等決定の原則（二条一項）として宣言され、現行労働法の解釈理念として重要な意義を有しているが<sup>(23)</sup>、新たな労働契約法制においては、この理念を立法の基本理念としてより積極的に位置づける必要がある。最近では、労働法の立法政策に関して、労働市場や労働者像の変化を前提に、労働法を労働者個人の交渉力をサポートする法へと整備・再編することを提言したり<sup>(24)</sup>、労働契約法制の理念を、労働者が自分の労働条件の決定に関与することを支援することに求める議論が展開されているが<sup>(25)</sup>、これら「個別交渉の支援」の視点は以上の私見と共通する点が少なくない。こうして、労働者の自己決定と労働条件の対等決定の支援が新たな労働契約法制の目的となる<sup>(26)</sup>。

## 2 立法と労使自治の機能分担

(1) 現行の労使自治システムの評価

(ア) 以上のように、労働契約法制の理念を自己決定・対等交渉の支援に求める場合、前記の労使自治的契約規制と、立法的契約規制のいずれがより適格的であろうか。しかしこれは、抽象的に議論すべきものではなく、わが国における現行の労使自治システムが有効に機能しているかどうかを見極めた上で判断すべき立法政策的課題である。労使自治は、それ自体が当事者の対等決定を支える法的システムであるから、もしそれがうまく機能しているのであれば、その促進を主眼とする労使自治的契約規制で十分であり、立法規制は無用の(あるいは有害な)存在となるであろう。しかし逆に、労使自治が機能不全を起こしているのであれば、立法規制は対等決定を実質的に支えるシステムとして強く要請されることになる。この点については、現行の労使自治システムを積極的に評価した上、立法による画一的規制が労使自治による柔軟な利害調整を阻害する危険性を指摘する見解と、逆に労使自治は言葉だけで、実際には使用者による権利義務の一方的決定が罷り通っているとして正反対の評価を下す見解とがある。<sup>(28)</sup>

(イ) この両者の評価にはそれぞれ一理あるが、少なくとも、現行の労使自治を手放しで礼賛する状況にはないというべきであろう。何よりも、労使自治の中核を担うべき集団的労使自治が機能不全を起こしつつあると考えられるからである。いうまでもなく、わが国の労働法は、労働保護法による最低労働基準の設定をベースに、労働条件の改善・向上を労働組合を主体とする集団的労使関係で実現することを枠組みとしてきた。しかし実際は、わが国の労働組合の組織率は二五パーセントを下回り、雇用労働者全体の実に四分の三を超える労働者が組合に所属しない未組織労働者で占められている。労働組合があれば、労働条件は団体交渉・労使協議・労働協約といった効果的なシステムで規制され、労働契約紛争についても、組合が相談・援助・解決機能を果たしうるが、未組織企業では

この重要なシステムが欠けており、労働条件の多くは組合や労働者代表抜きで「労使自治」によって決定されているのである。<sup>(29)</sup>この場合、労働条件は形式的には文字どおり個別交渉（労働契約）によって決定されるが、実際は使用者の一方的決定とならざるをえないし、また労働契約の抽象的性格（二一(2)）から、その労働条件規制機能には限界がある。

そこで登場するのが就業規則であり、それは法的にも現実にも「職場の小労働基準法」として強大な機能を果たしている。しかし就業規則は同時に、使用者が一方的に作成・変更するものである。わが国の労基法は、就業規則に関する労働者側の関与を意見聴取にとどめる古色蒼然たる法制度をとり（九〇条）、その参加のレベルは労使交渉はおろか協議にも至っていない。もちろん実際には労働者との話し合いはなされるであろうし、法的にも就業規則は無制限に労働者を拘束するものとはされていないが（規定内容の合理性を要件に拘束力を認める判例法理が確立されている<sup>(30)</sup>）、ともかく労使関係の現場では、使用者は最終的には労働条件を一方的に決めるフリーハンドを有している。それは言葉の真の意味での「労使自治」にはほど遠い状況といわなければならない。

(ウ) 以上の状況をふまえると、就業規則の整備・拡充を労働契約法制の柱とし、それによって労使自治的契約規制を進めようとする「報告」の方向性には問題があることになる。右のように、就業規則が使用者の一方的決定を貫徹する手段として機能する以上、これを労使自治と評価することには疑念を禁じえない。また労働条件明示義務の拡充を説く点についても、それ自体は契約関係を明確化し、個別交渉の基盤を提供する点で有意義であるが（五三(1)参照）、それが使用者の一方的明示を内容とする以上、労使自治との間にはやはり距離がある。要するに、「報告」が労使自治（自主的決定）として評価するものは、実は労使自治として十分機能していないという問題点を指摘できる<sup>(31)</sup>。仮に就業規則に労使自治の機能を担わせるのであれば、たとえば従業員代表法制によって労働者側の実

質的関与を強化する方策が必要となるが、「報告」はこれについては、現行労使協定限りで労働者代表の選出方法や権限等を明記することを提案するにとどまるのである。<sup>(32)</sup>

## (2) 立法的契約規制のあり方

(ア) 立法的契約規制と対等決定　　こうして、労使自治が十分に機能していないとすれば、労使間の実質的対等の実現という労働契約法制の理念を達成するためには、労働契約の基本的事項について立法的契約規制を進めることが重要となる。前記のように、労働契約法制の課題が労働者の自己決定と対等交渉の支援にあるとすれば、立法的契約規制は、まさにそうしたサポート・システムの一環を成すものである。立法による契約内容の明確なルール設定があれば、労働者はそれを前提に、自己の処遇や労働条件について使用者と対等に交渉し、契約内容を形成することができるようである（たとえば、意に沿わない異動命令や不当な懲戒処分を受けた場合に、立法の準則があれば、それらの撤回や内容の修正を求めて使用者と交渉することが容易となる）。また労働者が使用者の雇用管理に種々の不満を抱きつつも、これを受容していることの要因には、それを拒絶した場合の解雇への懸念があると推測されるが、解雇には正当事由を要するとの立法規制があれば、労働者はこうした懸念を抱くことなく使用者との交渉に臨むことが可能となる。<sup>(33)</sup> こうして立法的契約規制は、労働者の自己決定を支援し、労使の対等関係を実現する上で重要な機能を営むのである。それは「報告」の視点では、bとcの視点を実質化するにとどまらず、aの「自主的決定の促進」の基盤を提供し、真の意味での対等交渉を支援することを意味する。

のみならず、立法的契約規制は、開かれた労働市場と労働者の能力発揮の支援という意義も有している。従来の労働市場（法）については、もっぱら企業内部（内部労働市場）でのキャリア形成が重視され、労働者が転職して良好な職業機会を求め、外部労働市場の中でキャリアを形成することへの支援という視点が希薄だったことが問題

点とされている。そこで現在、転職を可能とするための種々の立法政策（職業紹介制度の改編、税制改革、能力開発制度の改編、企業年金の portability の整備等）が提言されているが、<sup>(34)</sup>労働契約の立法的契約規制は、いわば内部労働市場法の側から労働移動をサポートする意味を有している。前記のように、労働者が自己の労働条件を交渉する場合、使用者との折合いがつかなければ、より良好な職業機会を求めて転職することが望ましい選択肢となるが、そのためには、外部労働市場法の整備に加えて、自己の労働条件に関する正確な情報を立法によって知る機会をもつことが重要な前提条件となるからである。その意味では、立法的契約規制は、「外部労働市場と内部労働市場の接合」<sup>(35)</sup>を可能とする立法政策であるといえよう。

(イ) 労使自治との調和 もっとも、立法的契約規制がいかに労使間の対等交渉（私的自治）を実質化する機能を果たすといっても、立法規制である以上、労使自治（契約内容の自主的決定）との調和という視点（「報告」の a）に十分注意を払う必要がある。国家法による労使自治の過剰な制約は、労働契約にも妥当すべき私的自治の原則と抵触し、過剰なリーガリズム（統制立法）をもたらし、実際上も労使の柔軟な利害調整とダイナミズムを損なう危険が大きいからである。労働法は従来、労働条件の最低基準を上回る契約内容の決定を契約当事者に委ね、国家法の介入を必要最小限度にとどめるとの立法政策をとってきたが、これは契約内容形成の自由を認め、「身分から契約へ」（from status to contract）を主旨とする近代契約法の結晶として重要な意味を有している。換言すれば、労働契約内容への法のあまりに強度の介入を認めることは、この近代契約法の潮流を逆転させ、私的自治の原則の根幹を揺るがすことになりかねない。外国で、労働契約法制の立法化が幾たびか試みられつつ、そのつど頓挫してきたのは、この辺りに原因があると推測される。<sup>(36)</sup>

したがって私は、労働契約法制（立法）の任務としては、契約関係をがんじがらめに縛る規制ではなく、労使自

治が有効に展開するための基盤となる基本的準則を提供することにあると考える。具体的には、できるだけ労使の意識・利害が合致する事項について、細部に立ち入り過ぎない基本的規制を設けた上、その具体的規制と運用は労使の自主的決定に委ねるべきであろう。「基本的規制」の基準は、後述(3)のように判例法理との整合性に求めることができる。この場合、労使自治の主要な器は労働協約と就業規則となり、特に就業規則は依然として重要な機能を果たすことになるが、労働契約の基本的事項の立法的規制の下では、使用者の一方的決定の弊害はかなり減少するであろう。

このことを前提とすると、「提言」には明らかに行き過ぎと見られる箇所がある。前記のように、「提言」の基調は、労働契約の内容(要件・効果)について、詳細にわたる法規制を施すところにある。しかしたとえば、「提言」が配転について、正当事由がある場合の拒否権、内示の規制、単身赴任の場合の期間の限定等を提案するとき(第一四)、それは労使自治(契約の自由)への過度の介入をもたらすとの批判を免れないであろう。配転の法規制としては、その一般的要件(業務上の必要性と労働者の不利益への配慮)を設定した上、その具体的運用は労使自治に委ねるのが限度と解される。また解雇に関する「提言」の法規制は詳細を極めるが、たとえば解雇一般について再訓練や配転を要件とすること(第三八)は、地位を特定して雇用される幹部社員のように、必ずしもそうした要件を必要としない労働者が存在し、今後とも増加するであろうことを考えると、契約関係への過度の介入という観を否めない。<sup>37)</sup>さらに「提言」は、「契約法制の民事上の要件と効果の明確化」という観点から、使用者の法違反に対する強力な救済措置を多用しているが(たとえば人格権侵害に対する回復・防止措置の請求[第三]、労働条件明示義務違反に対する損害賠償責任[第一〇]、安全配慮義務違反に対する履行請求[第二〇])、理論上争いの多いこれら救済方法(効果)に関して、ここまで法定すべきかは疑問である。ここでは、労働契約法制が担うべき領域と、一般

私法に委ねるべき領域とを見極めた上で立法構想を行う必要がある。

(ウ) 従業員代表法制との関係      なお、労働契約法制の立法政策としては、以上の立法的契約規制に加えて、(1) (ウ)に記した従業員代表法制を進めることも課題となる。労働組合以外に労働者の意見・利害を代表する機関を常設的に認め、これに労働条件規制権能を付与する政策である。この従業員代表法制は現在、労働契約法制とは別個に盛んに議論されているが、<sup>(38)</sup>後者が契約内容の実体的規制を目的とする規制であるとすれば、前者は契約内容の決定手続に労働者が関与することを保障するシステムであり、その意味では契約法制の問題と密接に関連する問題といえる。労使自治（労使対等）による労働契約の展開を実現する上で有意義な規制であることは疑いない。

しかし、この方向性を徹底させて、従業員代表法制を労働契約法制の主要な柱に位置づけつつ、立法的契約規制を不要とする立法構想があるとするれば賛成し難い。確かに、従業員代表法制によって労働者側の発言力が強化されれば、労働者の交渉力のサポートという要請もある程度は充たされることになる。しかしながら、従業員代表はあくまで労働者の集団的利益を代表する存在であり、その集団的利益が労働者個人の利益と対立しうることを考えると、労働者個人の交渉力の支援という視点からは、労働条件規制をすべて集団的な従業員代表制に委ねることは問題がある。労働契約の基本的事項については、やはり立法による明確な準則設定を行う方向をとるべきであろう。その上で、労働条件の具体的規制を担う主体として従業員代表制を構想し、労使自治の実質化を図ることが適切と考える<sup>(39)</sup>。また従業員代表法制について労使のコンセンサスを得るのに長い時間がかかるであろうことや、労働組合と従業員代表との関係、労働協約と労使協定との関係の整理という難問が控えていることを考えても、右のように解することが適切である。

### 3 判例法理との関係

#### (1) 判例法と立法規制との関係

次に、労働契約法理の構想に際しては、既存の判例法理との関係を考える必要がある。二で述べたように、わが国では労働契約法理の不十分さゆえに、最高裁判例をはじめとする幾多の裁判例が労働契約に関する判例法理を形成している。解雇権濫用法理、懲戒権濫用法理、採用内定・試用期間の法理、配転・出向の法理などが代表的なものである。これについてはまず、判例法理によって一定の規制が確立している以上、立法規制を行う必要性に乏しいという議論がありうるが(前記の労使自治的契約規制の論拠の一つとなる)、これは「判例法を偏重し、判例と制定法の機能の差異を軽視する」ものといわざるをえない。判例法理は、直接には個々の事案に即した紛争解決の基準を示すものであり、立法規制と同様の法規範としての規制機能を果たすとは限らない。また判例法理は、裁判官の価値観や事案の特性にも左右されるため、法的安定性の面でも問題があることを考えると、労働者の対等交渉の支援のためには、やはり契約内容の基本的事項に関する立法規制が必要といわざるをえない。このことは、特に制定法主義をとるわが国において強調されるべきであろう。

#### (2) 判例法理との整合性

他方、判例法理は個別的な判断内容はともかく、判断枠組みとしては労使間の利害調整をふまえて登場したものであるから、労働契約法理としても、判例法理から離れ過ぎることは問題であり、それとの整合性を保つ必要がある。この見地から積極的に評価できるのは、「提言」が掲げる解雇に関する正当事由の規制である(第三五)。判例の解雇権濫用法理によれば、「客観的に合理性を欠き、社会通念上相当として是認できない解雇」は解雇権濫用として無効となるとされており、これは労使を含めた「国民的コンセンサス」<sup>(42)</sup>となつていってよい。したがっ



て、それを解雇の一般的要件として明示することは、無理のない立法政策といえよう。これについて「報告」は、解雇の理由や態様の多様性を理由に、解雇の効力に関する一般的基準を設けることは困難であり、またその具体的理由を一律に規制することも適当でないとするが、解雇理由の多様性は具体的理由の法定を困難とする理由とはな<sup>(43)</sup>らなくても、それらを包括する概念としての「正当性・相当性」を解雇の法原則とすることを妨げる理由とはならない<sup>(44)</sup>。同様に、出向内容の明示を出向の要件とすることや、懲戒について合理的理由の存在を要件とすることなども妥当な立法政策というる。これに対して、たとえば使用者の労働受領義務（労働者の就労請求権）の立法化（「提言」の立場「第二二」）については、否定説が支配的な裁判例の傾向の中では無理があると考える。

なお判例法理の中には、強行法的ルールではなく、労働契約を補充する任意法的ルールというべきものもあり、その性格に即した立法規制が要請されよう。たとえば採用内定については、「報告」「提言」ともに、内定が労働契約の締結に含まれることを明示すべきものとしており、それ自体は判例の内定法理を明確化したものとして妥当であるが、同時に判例は右のルールを労働契約の解釈から導いており、内定の実態によっては労働契約の成立と評価できない場合があることを前提としている<sup>(45)</sup>。その意味では、判例法理は任意法的性格を有しており、このことを前提とすれば、立法規制としても、「原則として」労働契約の成立とするといった任意的規制にとどめることが適当といえる。

#### 4 労働契約法制における法規制のあり方

##### (1) 私法的契約規制

三4で指摘したように、労働契約法制のあり方は、保護法的契約規制と私法的契約規制のいずれを構想するかに

よっても左右される。思うに、このいずれの規制を選択するかは労働条件の性格に応じて考えるべきであろう。<sup>(46)</sup> まず、伝統的な労働保護法の領域——労働者の生命・健康に直接影響を及ぼす事項(安全衛生・労働時間の原則等)や、最低限の所得保障(最低賃金)——に関しては、刑事制裁を背景とする保護法的規制を維持する必要がある。保護法的規制の特色は、労働者保護のために労働者の意思にかかわらず最低労働条件を強行的に保障する点にあるが、右の諸事項については、その法益の重大性に鑑み、労働者の意思にかかわらず規制内容を実現する刑罰等の効果的サンクションで対処する必要があるからである。

これに対して、労働契約法制については、保護法的規制に固執する必要はなく、私法的契約規制を積極的に導入すべきであろう。保護法的規制は有効なサンクションである反面、私法的紛争解決になじむ事項や、雇用・就業形態の多様化に即した柔軟な法規制には必ずしも適合しない。刑事制裁を伴う以上、契約関係への積極的介入の抑制が働かざるをえないことは前述のとおりである(二一(1))。また運用面でも、刑罰法規たる保護法は罪刑法定主義によつて厳格な解釈を要請されるため、実情に即した柔軟な解釈を妨げられることが少なくない。したがって、労働契約法制の内容(労働契約の締結・展開・終了に関する諸規制)については、私法的強行規定や任意規定に基づく契約規制を中心に置くべきであろう。またホワイトカラーや契約社員などの多様な雇用・就業形態に応じた柔軟な労働条件規制も、私法的規制を抜きにしては考えられない(五六のcontract-outなど)。そしてこうした法規制を念頭に置くと、かなりの範囲で立法的契約規制を進める法政策が可能となる一方、契約紛争の民事的解決を効果的に進めるための制度の整備が重要な課題となる。

問題は、こうした私法的規制における強行規定と任意規定の位置づけであるが、これも問題となる事項の性格に応じて考えるべきであろう。解雇や懲戒に関する正当理由の規制には強行規定が適しているが、前記のように、任

意法的ルールの性格をもつ判例法理に対応する事項（採用内定・試用期間）については任意規定で対処する必要がある。このほか、労使関係の実情から見て、立法規制から離れることを許容すべき事項や、判例法理がさほど確立していない事項については、任意規定を導入して労使自治の成熟を期待すべきであろう（五参照）。

## （2）労働契約法制の立法形式

以上のように私法的契約規制を基調とする労働契約法制を構想した場合、これを労基法から独立した法典とする方向が当然考えられる。特に、労基法と労働契約法制の規制理念の違い（四一）を強調すれば、独立法典の構想が浮上しよう。しかし逆に、労基法を最低基準立法という狭い枠に押し込める必然性もないと考えれば、立法形式として契約法制を労基法の改正法として制定することも十分考えられる。この場合、労基法は最低基準立法と契約法制が併存する、いわば「雇用関係法」に変貌することになる。具体的には、労基法第二章の「労働契約」を拡充して立法的契約規制を進め、この章のみは罰則の適用を予定しない章として立法化することが考えられる。私自身は、法規制の対象を労働契約の基本的事項にとどめる立法政策の下では、この立法形式は十分可能な選択肢だと考える。

## 5 労働契約法制の紛争処理システム

（1）労働契約法制においては、上述の実体法的規制と並んで、紛争解決を担う手続法的規制も重要な課題である。いくら立派な契約法制を用意しても、当事者がそれを利用して救済を求めるための紛争処理機関が整備されていなければ、実体的規制も画餅に帰することになりかねないからである。この点、既存の個別的紛争の処理機関としては、何といっても裁判所が重要であるが、裁判所への訴訟提起は、近年増加しているとはいえない（二一）、ドイツ

やフランスと比べると格段に少なく、その原因は審理の長期化と費用の高さにあるといわれている。一方、労働基準監督署や労政主管事務所が受けつける個別紛争の相談件数はここ数年、増加しており、労働契約紛争の解決のニーズが決して低くはないことを示している。<sup>(47)</sup> こうして、労働契約紛争の迅速な解決と紛争予防のための法制度の構築が急務の課題となっており、これはいわゆる「裁判外の紛争処理」(Alternative Dispute Resolution [ADR])の一環として問題となる。

のみならず、本稿で述べた労働契約法制のあり方からは、紛争処理機関の設置が特に重要な課題となる。私法的契約規制を基調とする場合、刑事制裁がなくなる分、法の強行性の担保が弱まるので、紛争解決のための機関の設置の必要性が高まるからである。<sup>(48)</sup> また立法的契約規制の対象を基本的事項にとどめ、制度の具体的運用を労使自治に委ねる方向の下では、それに比例して紛争が増大することになるので、やはり紛争解決機関の役割が重要となる。

(2) この問題は近年、盛んに議論されており、<sup>(49)</sup> 特に従来、集団的労使紛争を扱ってきた労働委員会に労働契約紛争を管轄させる構想が浮上している。それによれば、労働委員会方式のメリットとして、a 紛争処理方式の柔軟性、b 労使関係の実務に詳しい労使代表者が参加すること、c 労働委員会が紛争解決のノウハウを有していること、d 紛争処理や制度上の整備コストが低廉に済むことの四点が指摘される反面、e 司法機関に準じた受諾強制的・判定的処理を行うべきか、それとも任意的・調整的処理にとどめるべきかという紛争処理方法が課題として指摘される。<sup>(50)</sup> この点について「報告」は、労働委員会による紛争解決を検討課題としつつ、労働契約紛争に関する相談機能を強化し、これを労働基準監督機関とは別個の機関を設けて委ねることが適当と提言している。<sup>(51)</sup> この「別個の機関」が具体的に何を意味するのかは明確でないが、紛争処理システムに関する一歩踏み込んだ提言として評価で

きよう。

確かに、労働契約紛争の解決は、あっせんや和解による調整的手続が適していると解され、そのノウハウには労働委員会が精通しているので、労働委員会に紛争処理を委ねる法政策は現実的といえる。とはいえ、右の学説が指摘するように、紛争処理のあり方と契約紛争の適合性が問題となるほか、裁判所の審査との関係（労働委員会命令と異なり、司法審査を予定しない立法構想もありうる）という基本的課題が控えている。また労働委員会方式に基本的に賛同しつつも、その調整制度が労働関係調整法という集団的労働法を基礎に形成された制度であることに着目して、制度の基本理念を再検討しないまま安易にその機能を個別紛争に拡大することに疑念を呈する提言もある。<sup>(52)</sup> 本稿では立ち入らないが、なお慎重な検討を要する問題といえよう。なお本来は、欧米のような労働裁判所制度の導入が理想であり、その可能性や司法制度のあり方に関する検討も欠かせない課題となる。

## 6 労働行政の役割

最後に、以上のような新たな労働契約法制の下では、労働行政の役割をどのように構想すべきであろうか。現行労働保護法の下では、労働基準行政はきわめて重要な役割を果たしており、各種立法に行政サイドとして深く関与し、政令や省令・施行規則によって労働保護法規の内容を明確化するとともに、その施行・監督のために中央官庁が多数の行政解釈（解釈例規）を発し、これが実際の保護法の運用に多大な影響を与えている。また現場の監督機関には、労基法上各種の行政上の権限が付与され（一〇一条ほか）、これに基づく保護法の効果的監督が行われている。<sup>(53)</sup>

では、新たな労働契約法制の下ではどうか。まず「報告」のように、労働契約法制を労基法の延長線上で構想す

る政策の下では、基準行政はさしたる変更を受けないことになろう。これに對して、立法規制を重視する私法的契約規制の方向性は、労働基準行政にも影響を及ぼさずにはおかぬ。労働基準行政は、あくまで刑事制裁を背景とする保護法の行政的監督を任務としてきたのであり、労使の私法的権利義務の問題には関与しないことを建前としてきたからである。そこで、労働基準行政がこうした既存の枠を超えて労働契約法制に積極的に関与する方向性を考えると、まず労働契約法の重要事項の具体的運用について、中央官庁が施行規則等の形でガイドライン（指針）を示すこと（たとえば解雇の合理的理由について、裁判例を整理してガイドラインを示すなど）<sup>(54)</sup>が考えられる。またこの方向性をさらに進めると、前記の個別的紛争処理システムと関連して、労働基準監督機関に契約紛争の管轄権を与え、労働契約紛争の相談や援助を担わせる法政策も可能である。もともと後者については、前記のように労働委員会方式の構想が有力な反面、監督機関については、刑法法規を背景に最低労働条件の確保を任務とすることから否定的な見解が多い。<sup>(55)</sup>確かに制度上はそうならざるをえないかもしれないが、監督機関は實際上、個別紛争に日常的に接し、その解決のノウハウを蓄積していると見られるので、それを活用する方向を一概に否定すべきではないであらう。仮に労働委員会方式をとるとしても、同委員会と監督機関との連携の可能性を模索するなどの柔軟な発想が必要と考える。

(21) 菅野II諏訪・前掲注(4)論文七頁以下。

(22) この点については、西谷敏『労働法における個人と集団』(一九九二年・有斐閣)六七頁以下、同「労働法における自己決定の理念」法律時報六六卷九号(一九九四年)二六頁以下、道幸哲也『職場における自立とプライバシー』(一九九五年・日本評論社)六頁以下、二三一頁以下、土田・前掲注(4)論文五七頁以下など参照。

- (23) 土田「労働契約における労務指揮権の意義と構造(四)」法学協会雑誌一〇七巻七号（一九九〇年）一〇七一号以下参照。西谷・前掲注(22)書七一頁以下、毛塚勝利「就業規則理論再構成へのひとつの試み(一・完)」労働判例四三〇号（一九八四年）四頁以下、島田陽一「労働者の私的領域確保の法理」法律時報六六巻九号（一九九四年）四八頁なども参照。
- (24) 菅野Ⅱ諏訪・前掲注(4)論文八頁以下。
- (25) 島田・前掲注(4)論文二二頁。島田教授はこのことを、「公平、平等、参加」の理念として表現している。金子征史「労働契約法制の立法論的検討の方法と対象」前掲注(4)・日本労働法学会誌八二号二〇頁も参照。
- (26) この視点からの労働法全体の見直しの必要性については、別稿（土田）「変容する労働市場法」岩波講座『現代の法』12『職業生活と法』（岩波書店・近刊）で論ずる予定である。
- (27) 中山・前掲注(4)論文一六四頁以下。
- (28) 徳住・前掲注(4)論文一七〇頁。
- (29) 組合が組織されている大企業では、労使協議制などによって、労使の対話と協議を重視した協調型の労使関係が構築され、柔軟な労働条件規制と労使間のコミュニケーションが実現しているが（労使協議制は、組合を擁する従業員五〇名以上の事業所の八割以上に普及しているといわれる）、未組織企業における普及度は三割強にとどまっている（労働省労働局編『平成六年度労使コミュニケーション調査』参照）。
- (30) 電電公社帯広局事件・最小小判昭和六一・三・一三労働判例四七〇号六頁、日立製作所事件・最小小判平成三・一一・二八民集四五巻八号一二七〇頁。
- (31) 日本労働弁護団・前掲注(4)書三頁、同「労基研労働契約等法制部会報告に関する見解」労働法律旬報一三二〇号（一九九三年）三二頁が強調する点である。毛塚・前掲注(4)論文七七頁、土田・前掲注(4)論文六三頁も参照。
- (32) 労働省労働基準局監督課編・前掲注(1)書四四頁。
- (33) 解雇規制がもつこうした意義については、西谷・前掲注(22)書八八頁参照。
- (34) 菅野Ⅱ諏訪・前掲注(4)論文一〇頁以下。
- (35) 菅野Ⅱ諏訪・前掲注(4)論文一一頁。
- (36) たとえばドイツでは、第二次大戦前から幾度か労働契約法制の立法構想が提示され、特に一九九二年に起草された契約

法案案(前掲注(4))は、多数の労働法学者の手に成る詳細なものであるが、立法化の可否についてはなお多くの議論があるようである。

- (37) ホワイトカラーについては、本文に述べた幹部社員のほか、職種限定採用、専門職、年俸制社員のように、地位や職種を特定して雇用される傾向が広まっていくと予想されるが、これらについてあまりに硬直的な解雇規制を行うことは適切でないと考えられる。

- (38) これについては、日本労働法学会誌七九号『従業員代表制論』(一九九二年・総合労働研究所)、藤川久昭「労働法学における従業員代表制論」季刊労働法一六九号(一九九三年)一七三頁参照。

- (39) なお私見のように、立法的契約規制の任務を契約の基本的事項の規制(基本的準則の提供)に限定する立場に立てば、契約規制の具体的内容は労使自治に委ねられるので、その担い手を従業員代表制に求めれば、立法的契約規制と従業員代表制は矛盾なく併存することとできる。この場合、従業員代表制において、何が何でも労働者代表の同意を要するという厳格な法規制(共同決定制度)は不要となり、労使協議制や交渉制というより柔軟な従業員代表制を構想することが可能となろう。

- (40) 秋田・前掲注(4)論文一七五頁。

- (41) 日本食塩製造事件・最二小判昭和五〇・四・二五民集二九卷四号四五六頁。

- (42) 渡辺・前掲注(4)論文四六頁。

- (43) 労働省労働基準局監督課編・前掲注(1)書三六頁。

- (44) 毛塚・前掲注(4)論文七四頁、渡辺・前掲注(4)論文四六頁。

- (45) 大日本印刷事件・最二小判昭和五四・七・二〇民集三三卷五号五八二頁。

- (46) 以下については、土田・前掲注(4)論文六三頁以下のほか、毛塚・前掲注(4)論文七〇頁、金子・前掲注(25)論文二三頁も参照。

- (47) 日本労働研究機構『個別紛争処理システムの現状と課題』(一九九五年・日本労働研究機構)二九頁以下参照。

- (48) 現場の監督機関では、こうした危惧と発想が強いようである(前掲注(3)の河合氏のご教示による)。

- (49) 浜村彰「労働契約と紛争処理制度」前掲注(4)・日本労働法学会誌八二号一三一頁、日本労働研究機構・前掲注(47)



書、毛塚勝利「労使紛争処理法——個別労働紛争処理システムの現状と課題」ジュリスト一〇六六号（一九九五年）二二〇頁、片岡昇Ⅱ萬井隆令Ⅱ西谷敏編『労使紛争と法』（一九九五年・有斐閣）二四一頁、村中孝史「個別的労使紛争処理システムの検討」日本労働研究雑誌四三六号（一九九六年）二頁などがある。

(50) 日本労働研究機構編・前掲注(47)書九一頁以下。

(51) 労働省労働基準局監督課編・前掲注(1)書四五頁以下。一方、「提言」は労働委員会方式が適当とする（日本労働弁護団・前掲注(4)書三七頁）。

(52) 秋田成就「労働委員会の労働争議調整としての『個別的』紛争取扱いの問題点」季刊労働法一八〇号（一九九七年）二〇頁参照。

(53) 労働基準行政の機能に関する批判的分析として、片岡Ⅱ萬井Ⅱ西谷編・前掲注(49)書二〇七頁以下（木下秀雄）参照。

(54) これに対しては、強行的な保護法規と異なり、労使自治を尊重すべき労働契約関係について、国家の介入を許すことは問題であるという批判がありうるが、より緩やかなガイドラインの形で解釈指針を示すことに問題はないし、契約関係の明確化や紛争の事前の解決にとって有益と考えられる。

(55) 労働省労働基準局監督課編・前掲注(1)書四五頁、日本労働研究機構・前掲注(47)書一〇七頁。

## 五 労働契約法制の内容

そこで次に、以上の方向性をふまえて、「報告」や「提言」も参考としながら、労働契約法制の具体的内容を検討しよう。<sup>(56)</sup>ただし本稿の目的上、賃金・労働時間など労働保護法の本来の領域の検討は最小限にとどめる。

### 1 労働契約の定義

労働契約は、いうまでもなく雇用関係を支える「礎石」<sup>(57)</sup>（corner stone）であり、その重要性はきわめて高い。そ

こで現行労基法も、一章を設けて労働契約の規制を行っているが、どういふわけか肝心の「労働契約」の定義規定を置いていない。今後、労働契約をめぐる紛争の増加が予想されること(二二)を考へても、労働契約の基本的内容を示す規定を設ける必要性は高いといえよう。これについては、「雇傭」に関する民法六二三条の規定(「雇傭ハ当事者ノ一方カ相手方ニ対シテ勞務ニ服スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ与フルコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」)を労働契約法制に導入することが考えられる。一般に、「勞務に服すること」とは、労働者が使用者の指揮命令に従つて労働することを意味するとされ、労基法九条が「労働者」の定義として示す「使用される」こと(使用従属関係)についても同様に解されている。<sup>(58)</sup>そして労基法一条は「賃金」につき、名称のいかんを問わず、「労働の対償」として支払われるものをいふと定義している。したがって、労働契約法制における「労働契約」の定義としては、「労働契約は、労働者が使用者の指揮命令の下に労働することを約し、使用者がその対価として賃金、報酬その他の金員を支払ふことを約することにより成立する」といった規定が適當であらう。「提言」も類似的提案を行っている(第二)。

## 2 労働者・使用者

「報告」は、労働契約法制の当事者として、労基法九条の「労働者」および一〇条の「使用者」について検討している。そして前者については、雇用・就業形態の多様化に伴い、労働者が否かの判断が困難なグレーゾーンが生じている(一方で専門職・在宅勤務者など拘束性の低い労働者、他方で傭車運転手などの零細自営業者が増加している)ことを指摘しつつも、直ちに現行の定義を変更することは不適當として、個々の事例に関する判断基準の明確化を課題とし、後者についても変更の必要性を否定している。私も賛成である。特に問題となるのは「労働者」

であり、労基法九条の「使用従属関係」の基準が有効に機能しない事例が生じていることは確かであるが、さりとてこれに代わる判断基準を見出すことも困難である。右のグレーゾーンについては、一九八七年の労基研報告が述べるように、当面は使用従属関係の判断基準を具体化・精緻化し、総合的に判断することによって対処すべきである。<sup>(59)</sup>立法政策としては、請負や委任によって就労する自営業者をも含む広い「労働者（被用者）」概念を立てることも考えられるが、直ちに採用することは難しい。ただし自営業者であっても、備車運転手など就労形態や取引先への依存度において労働関係に類似し、法的保護を及ぼす必要性が高い者については、ドイツ法が採用しているような「労働者類似の者」（*arbeitnehmerähnliche Personen*）に関する保護を立法化することは考えられる。<sup>(60)</sup>

一方、「使用者」については、出向・労働者派遣・業務処理請負など、労働者が本来の使用者以外の第三者の指揮命令に服して労働する形態が増加するに伴い、それら第三者の「使用者」性が争われる事例が増えている。これについて「提言」は、労働者を指揮監督の下に置く事業者を「使用者」とみなすことを提言しているが（第二二）、こうした雇用形態の有用性それ自体を否定できないことを考えると、包括的契約関係の当事者としての「使用者」性まで認めるのは行き過ぎであろう。むしろ、出向や企業グループなどの個別問題に即して、使用者責任を明らかにする方向をとるべきだと考える（４参照）。

### 3 労働契約の締結

ここでは労働条件の明示、採用内定、試用期間等について検討する。

(1) 労働条件の明示 これについては、前記のように「報告」が、書面による明示の範囲の拡大と就業規則の記載事項に一致させることを提言する。明示義務の拡充を柱に労働契約法制を構想することには問題があるが、右

の提言そのものは、契約関係の明確化と個別交渉の基盤の提供という観点から見て支持できる(四2(1)ウ)。それは立法的契約規制と相まって、対等な労働条件交渉を可能とするとともに、新たに別企業に転職しようとする労働者にとっては、その企業の労働条件を正確に把握するために不可欠の法規制として重要な意義を有することになる。

具体的には、明示された労働条件が事実と相違する場合の効果(救済方法)が問題となり、「提言」は、現行労基法上の規制(労働者の即時解除権と使用者の帰郷旅費負担義務「一五条二・三項」)の実効性の乏しさに着目して、労働者の解除権とともに損害賠償請求権を提言する。しかしここまで立法規制を行うことは問題であり、一般私法法理に委ねるべきであろう。<sup>(61)</sup>次に、労働条件の明示は「労働契約の締結に際して」要求されるので、採用内定によって労働契約が成立するという判例法理の下では、明示の時期は内定時となるが、現実には履行されていない。採用内定時の明示を求める立法政策が最も自然であるが、この場合、内定時と実際の就労時との間に時間的間隔があり、経営環境の変化によって明示労働条件を変更せざるをえない場合があるため、その厳格な履行を求めることは使用者に酷な結果となる。今後の課題といえよう。

(2) 採用内定 採用内定は、新規学卒者を在学中の時点で労働力として確保するために行われる採用手続である。その法的性質については、内定通知をもって解約権留保付きの労働契約の成立とする最高裁判例が確立しているので、<sup>(62)</sup>このことを法律上明記することが適切である。ただし前記のように、この規制は「原則として」労働契約の成立といった任意的規制にとどめることが望ましい。これは内定の実態が多様である(今後さらに多様となりうる)以上やむをえないし、原則的に契約成立とすることによって、内定者の地位の法的保護を図ることは可能であろう。

次に「報告」は、内定期間中の研修等に関する権利義務の明確化を検討課題としているが、むしろ学生である内定者にこうした拘束関係を認めること自体が疑問であり、何らかの制限を設けるべきではないかと解される<sup>(63)</sup>。より重要な問題は、内定取消しの規制であり、右の判例法理は、内定取消しを使用者による労働契約の解約とした上で、「採用内定当時を知ることができず、また知ることが期待できないような事実であって、これを理由として採用内定を取り消すことが解約権留保の趣旨、目的に照らして客観的に合理的と認められ、社会通念上相当として是認」できる場合に限り取消しを認める法理を示している。したがって、これをコンパクトな形で立法化することが考えられる。たとえば、「使用者は内定通知に際して明示した取消事由その他合理的な理由があるときは採用内定を取り消すことができる」といった規定である。

(3) 試用期間 試用期間についても、採用内定と同様、解約権留保付きで労働契約が成立しているとする最高裁判例が確立しており、これを立法化することに妨げはないと解される（ただしこれも任意的規制が望ましい）。また試用期間終了前の本採用拒否は解約権行使を意味するので、その要件を立法化することもある意義である。これについて「提言」は、「従業員として不適格であることなど試用期間中あるいは試用期間終了時に労働者を解雇する正当な理由がない場合には」解雇できないという立法案を示すが（第一二）、これは裁判例の判断を要約した妥当な内容という。一方、試用期間の長さの規制については、不要説（「報告」）と必要説（「提言」）とがあるが、実務上試用期間はさほど長期になっておらず、裁判例で争われたのはレア・ケースであることを考えると、法規制の必要性は乏しいと考える。

(4) その他 「提言」は、採用差別の禁止や採用時の使用者の質問・調査権の制限も提言している（第九）。ILO条約等の国際的動向や、わが国でも行政指導によって採用差別等が制約されていることから見て、将来的には

立法化が望ましいし、現に性別を理由とする採用差別については、雇用機会均等法に禁止規定を盛り込む方向で改正作業中である。しかしより一般的な採用の法規制については、当面は労使間の利害調整の困難さや、採用時の調査の自由を肯定する最高裁判例の存在<sup>(65)</sup>を考慮して不要と解しておく。

#### 4 人事異動

(1) 配転 配転は、前記のようにわが国における主要な人事制度を成しているが、同時に労働者に単身赴任や異職種配転などの不利益をもたらす。配転については、労働契約の解釈を通して配転命令権を幅広く認めつつ、権利濫用法理によって制約を図るのが裁判例の態度である。権利濫用の成否は、業務上の必要性と労働者の不利益を比較衡量して判断されるが、判例は労働者の不利益に関して、「不当な動機・目的をもってなされたものである」とき若しくは労働者に通常甘受すべき程度を著しく超える不利益を負わせるものであるとき<sup>(66)</sup>のみに権利濫用の成立を認める消極的な態度を示している。一方、特に単身赴任をもたらす配転については、労働者の不利益を軽減すべき配慮(義務)を要件とする裁判例も生じている<sup>(67)</sup>。

配転については、「報告」と「提言」が対照的な姿勢を示しており、前者は職種・勤務場所を労働条件の明示事項と就業規則の記載事項とするにとどめ、後者は配転の一般的要件、労働者の拒否権、内示の規制、単身赴任期間の限定から成る詳細な規制を提案している。前者は契約関係の適正さの視点から見て不十分であり、後者は行き過ぎであることは前記のとおりである(四2(2))。私自身は、前述の裁判例の傾向をふまえて、「報告」が掲げる職種・勤務場所の明示に加え、次のような規定を設けることが適切と考える。すなわち、「使用者は、労働契約上の明示・黙示の合意に基づいて配転を命ずることができる。配転命令に際しては、業務上の必要性があり、かつ労働者に不

当に不利益を及ぼさないものでなければならない」といった規定である。労働契約上の根拠（合意）を要するとするのは、配転理論上当然という理由からだけではなく、コース制を適用される労働者のように、労働契約上配転命令権が排斥されるケースが今後増える予想されるからである（二二（一））。一方、配転命令の要件については、右のような一般的規制を設けるにとどめ、その具体的運用を労使自治に委ねるべきであろう。なお単身赴任など不利益の大きい配転については、不利益の軽減措置をガイドラインとして明示することも考えられる<sup>(68)</sup>。

(2) 出向 (ア) 前述（二二）のように、近年における出向の増加に伴い、出向命令や出向中の労働条件をめぐる法的紛争が多発し、その規制は労働契約法制の主要論点の一つとなっている。出向命令については、労働契約の一身専属性を定めた民法六二五条によって労働者の同意を要すると解されているが、その態様については学説上、労働者のそのつどの同意を要するとする多数説と、出向先・出向中の労働条件・出向期間等が事前に合意され、あるいはその旨の就業規則や労働協約が存在すれば出向を命じうるとする見解とがある。裁判例は後説に近く、単に出向命令権を定めた包括的合意では足りず、出向先の賃金・労働条件が整備され、労働者に不利益が生じないよう配慮されていることを要求する傾向にあり、配転よりも厳格な態度を示している<sup>(69)</sup>。

出向については、「報告」もその重要性を認識し、より実質的な法規制を志向している。すなわち「報告」は、a 出向の概念および法的性質について、出向が出向先との契約関係を成立させることを前提に明らかにすること、b 出向先の範囲、手続、出向中の労働条件等を就業規則の記載事項および労働条件の明示事項とすること、c 出向元・先間の取決めが不明確な場合の使用責任の分担を明確化することを検討すること、の三点を提案する。

(イ) 前記のように、出向はもともと労働者の同意を要する事項であり、また出向中の権利義務関係を錯綜させ、労働者の地位を不安定にする。したがって、出向には労働者の同意を要することを立法化すべきであるし、出向労

働関係を明確にするために、「報告」「提言」がともに提案するような出向中の基本事項（出向先・出向期間・労働条件）の整備と明示を出向の要件として法定すべきであろう。具体的には、原則として出向時の合意を要するとの任意規定を設けた上、就業規則や労働協約において右の基本事項が整備されている場合は、それらを根拠に出向を命じうるとすることが考えられる<sup>(70)</sup>。これに対しては、出向が多様な目的と形態で実施されることを理由に立法規制に反対し、労使自治に委ねるべきだとする意見があるが、出向の基本的制度を整備することは、出向によって利益を得る使用者（出向元）の責務といえるし、それが労使自治への過剰な介入になるとも考えられない（具体的な運用は労使の創意工夫に委ねられる）。なお出向の定義については、「報告」が示す方向でよいが、出向先との労働契約関係とは、労働者がその従業員としての地位を得るという意味での包括的關係ではなく、契約上の権利義務が部分的に移るという意味での部分的契約関係であることに注意する必要がある<sup>(71)</sup>。

問題は、出向に伴う労働条件変更（低下）の規制と、出向元・先の使用者責任に関する規制である。前者については、労働条件の変更が生ずるのはある程度までは労使自治の範囲内と考えられるが、近年のリストラ目的の出向や退職誘導に目的がある出向では、労働条件や職種が著しく不利益に変更されるケースも生じている。そこでここでは、配転と同様、「業務上の必要性の存在と労働者に不当に不利益を与えないこと」を要件とする規制の立法化を検討すべきであろう。現状では、こうしたケースは出向命令権の濫用として処理されているが、その立法規制が有意義であることはいうまでもない。一方、後者については、「報告」の前記提案があるほか、「提言」は出向先の労働条件履行義務を認める提案を行っている（第一五）。出向が労働者の地位を不安定とし、特に出向期間中の賃金・退職金の支払義務に関する紛争が増えていること、また出向元が出向によって利益を得ていることを考えると、さらに進んで、出向元・先が連帯して労働条件を保障する責任を負うことを明示してもよいと思う<sup>(72)</sup>。出向元・先に連



帯責任を負わせることは、並存的債務引受の法理や担保責任の法理によって解釈論上も可能であるが、その法律構成がいささか複雑になることを考えると、立法規制には大きな意味がある。

(ウ) 転籍については、「報告」は労働者の同意を得ることの立法化を示唆している。転籍は本来の使用主との関係を完全に終了させるものであり、労働者の個別的同意を要すると考えられるので、この提案は適切である。

(エ) 最後に、出向・転籍と関連して、企業グループによる雇用や労務管理という形態も普及しつつある。これには中核企業が採用の上、グループ傘下企業に出向させるタイプや、中核企業による採用とグループ傘下企業による採用とを併用するタイプなど様々な形態があるが、いずれにせよ通常の出向以上に使用者責任を切実な問題とする。<sup>(14)</sup>これについて「報告」は、グループの複数の使用者が連帯して使用者責任を負うこととすることが適当としており、私も賛成である。

## 5 服務規律と懲戒

(1) 服務規律 服務規律には、労働遂行に関する規律（職務専念規定、遅刻・早退・欠勤の手続、服装規定等）と、経営秩序の規律（職場秩序の保持、企業財産の保全等）とがあり、現行法上は就業規則の任意的記載事項とされているが（労基法八九条一項一〇号）、実際には就業規則で詳細に規定する例が多い。このことをふまえて、「報告」「提言」ともに服務規律を就業規則の記載事項とし、その明確化を図ることを提案している。賛成である。

なお服務規律に関しては、労働者の人格権や私生活を保障する規定を設ける必要があると思われる（労基法の労働憲章とも関連する）。使用者は、服務規律を根拠に行き過ぎた労務管理を行い、労働者の基本的人権、人格的自由やプライバシーに介入することがままある。裁判例では、労働者の監視や尾行、仕事の取り上げや嫌がらせ、無意

味な仕事の命令、服装やファッションへの介入、思想・信条の申告の強要、企業内における市民的活動（ピラ配布等）の制限、交遊関係など私生活への介入、セクシュアル・ハラスメントなどが争われており、その多くについて不法行為の成立が認められている。<sup>(75)</sup> もともと労働者は、労働契約の締結に基づいて労働義務および企業秩序遵守義務を負うものの、「企業の一般的支配に服するもの」ということはできない<sup>(76)</sup>」のであり、市民としての基本的自由を有している。したがって、この自由に対する使用者の介入は合理的最小限度にとどまるべきものであり、労働契約法制においても、労働者の市民的自由や人格権の保護に関する一般条項を設けることが有意義である。<sup>(77)</sup> 「使用者は業務上の合理的必要性がない限り、労働者の自由やプライバシーを侵害してはならない」といった規定である。ただしその救済は不法行為等の一般法に委ねれば足り、法定するには及ばないであろう。

(2) 懲戒 懲戒は、労働者の服務規律違反や業務命令違反に対する制裁措置として広く行われている。現行労基法は、懲戒を就業規則の任意的記載事項とする（八九条一項九号）とともに、減給に関してのみ、その額の制限という形で規制している（九一条）。労働契約論としては、懲戒は解雇や損害賠償といった契約法上当然に生ずる措置とは別に行われる不利益措置（制裁罰）であるので、労働契約上の特別の根拠（実際には就業規則上の懲戒規定）を要するとともに、懲戒事由の判断や権利濫用（懲戒権濫用法理）、さらには適正手続の規制等によるチェックが図られている。

このように、懲戒は強力な制裁罰としての性格を有し、またその規制に関する判例法理がほぼ定着していることから見て、法律で規制する必要性の高い事項である。この点について「報告」は、懲戒に関する種々の解釈上の論点を指摘しつつも、その内容の法規制には限界があるとして、就業規則への懲戒事由・種類・程度の記載と、被処分者への懲戒の種類・理由の明示を提案するにとどまる。これら自体は有益な提案であるが、懲戒権濫用法理の定

着度から見て、懲戒処分には合理的理由を要することを法定すべきであるし、懲戒手続に關しても、被処分者への明示のほか、適正手続（被処分者の弁明の機会の保障等）を法定するか、少なくとも就業規則の記載事項とする規制が必要と考える（「提言」はこれらの提案も含んでいる「第二七」）。また手続面では、後述の従業員代表の関与を認める方策も考えられよう。<sup>(78)</sup>

次に懲戒に關しては、懲戒解雇の場合の退職金の不支給・減額や、出勤停止に伴う賃金不支給なども問題となる。前者については、在職中の功を抹消ないし減殺するほどの著しく信義に反する行為があつた場合にのみ不支給・減額を認めるという規制が判例法上確立しているが、後者については減給の制裁に關する規制とのアンバランスが指摘されている。退職金の不支給・減額については、それが許されるのは合理的な理由がある場合に限られることを法定するとともに、そもそも不支給の可否（減額のみを認めるか）を立法論として検討すべきであらう。<sup>(79)</sup> 出勤停止の規制については、労基法上の労働者の所得保障（二六条）の趣旨から、所得減少の限度を一ヶ月の平均賃金の四割に制限する見解に賛成したい。<sup>(80)</sup>

## 6 賃金・労働時間

賃金・労働時間については、既存の労働保護法が最低基準の規制を定めており（労基法第三・四章・最低賃金法）、この法規制は今後とも維持すべきものと考えられるので（四四）、労働契約法制に新たに盛り込むべき点はない。そこでここでは、労基法における労働条件規制のあり方（特に規制の弾力化とその方式）と、賃金のうち年俸制について簡単に触れておきたい。

- (1) 規制の弾力化 前記のように、賃金や労働時間については既存の保護法的規制を維持する必要があるが、

ホワイトカラーを中心とする就労形態やニーズの多様化の下で画一的規制を及ぼすことは、かえって硬直的な処理に陥り、実情に即した適切な労働条件規制を実現できないおそれがある。したがって、一定の範囲で法規制の弾力化を進め、柔軟な規制を図ることが考えられるが、問題はその方式である。<sup>(81)</sup>これについて現行労基法は、もっぱら労働組合または労働者代表との労使協定(集团的合意)を導入しているが、個別労働者の意思の尊重という見地からは、個々の労働者の同意を要件とする弾力化(いわゆるcontract-out)の導入を検討すべきであろう。たとえば賃金の全額払の原則(二四条一項)については、法律上明記されていないにもかかわらず、労働者の自由意思に基づく相殺契約を認める判例法理が展開されているが、これを立法化する方向が考えられる(「提言」はこのことを提案している)。また変形労働時間制(三二条の二・四・五)やフレックスタイム制(三二条の三)については、現在では労基法の保護法的規制に由来する厳格解釈がとられているが(前者における所定労働時間特定の要件、後者におけるフレキシブルタイム中の出勤命令の禁止)、ここでも、個人の同意を要件とすることで右規制を緩和する構想が可能である。さらに裁量労働のみなし制(三八条の二第四項)に関しては、現行の労使協定の締結・届出に加えて、定型的労働時間制かみなし制かの選択を労働者個人の選択に委ねる法制も考えられる。

もちろんここでは、労働者の同意を実質的に保障するための規制が必要であり、同意要件に加えて法律自体に歯止めを設定したり(たとえば賃金相殺の範囲を労働者にとって利便性のある事項に限定するなど)、制度の適切な運用のチェックや紛争処理のための企業内機関を設置するなどの方策が必要となる。いずれにせよ規制のcontract-outは、保護法的規制への私法的規制の導入を意味しており、広い意味での労働契約法制の一環に位置づけられる問題といえる。

(2) 年俸制 年俸制は、「労働者に対する賃金の全部または相当部分を当該労働者の業績等に関する目標の達

成度を評価して年単位に設定する」制度をいう。<sup>(83)</sup> 未だ確立した姿はなく、バリエーションに富んでいるが、能力主義的賃金管理の一環として普及することが予想されるので、労働契約法制としても考えておく必要がある。契約法制としては、対象者、年俸の決定手続、決定の際に考慮すべき要素等の明確化が課題となるが、特に年俸額の決定は、労働者と使用者（上司）との個別交渉によって行われるので、労働者個人の交渉力の支援という観点（四一）からは、その公正さを確保するための法規制が重要となる。もっとも、個別的な賃金決定過程に法が強行的に介入することには、難しい面があるので、当面は、年俸制を単に就業規則の記載事項とするにとどまらず、組合や労働者代表との労使協定事項とするともに、裁量労働制と同様の企業内チェック機関を設置することが望ましいといえようか。なお労基法上の規制としても、割増賃金規制（三七条）や、賃金の定期払の原則（二四条二項）の検討が必要なことはいうまでもない。

## 7 付随義務

(1) 安全配慮義務 安全配慮義務は、労働契約に基づく信義則上、使用者が負う付随義務として広く承認されている。それは一般に、「労働者が労働提供のため設置する場所、設備もしくは器具等を使用し又は使用者の指示の下に労働を提供する過程において、労働者の生命及び健康を危険から保護するよう配慮する義務」と定義されており、<sup>(84)</sup>これを立法上明示することは可能である。その具体的内容や労働安全衛生法との関係は解釈に委ねられてよい。

(2) 競業禁止義務・秘密保持義務 これら義務については、前記（一・二）のように労働市場の流動化に伴う種々の紛争が多発し、紛争予防のための立法規制の必要性が議論されている。しかし私はここでは、立法規制には

消極的である。退職後の行き過ぎた競業や営業秘密の使用・開示が前使用者に不測の損害をもたらすことは事実であるが、反面、退職後に過去のキャリアを活かして職業活動を営むことは憲法上、職業選択の自由として保障されている(二二条一項)。特に競業禁止義務は、労働者の職業活動それ自体を制約し、職業選択の自由への侵害度が高い義務であるし、それを過度に規制することは、自由な労働移動と能力発揮の機会を妨げ、労働市場の過度の封鎖性を招くおそれもある。したがって、競業禁止義務の立法規制には慎重な態度で臨むべきであろう。これについて「報告」は、契約内容の明確化という観点から、競業禁止義務の期間・範囲等を書面により明示させることを提案するが、同義務の前記特質を考えると、義務内容を明確化するだけでは済まない問題であり、こうした方向での法制化には疑問がある。競業禁止義務を法制化するのであれば、むしろ法律において義務の合理的な内容(期間の限定や代償の支払義務等)を規定することを検討すべきであろう。<sup>(85)</sup> 秘密保持義務についても、不正競争防止法が営業秘密の不正な使用・開示を不正行為とし、差止請求や損害賠償請求等の救済を定めることによって間接的に規制しており(二条一項七号、三条等)、これを労働契約法制で新たに規制する必要はないと考える。

(3) その他 労働契約上の付随義務としては、以上のほかに、労働者の誠実義務(使用者の名誉・信用など正当な利益を侵害しない義務)や、使用者の各種配慮義務(配転時の配慮義務、解雇回避努力義務等)が認められている。しかし、これら義務の内容については争いが多く、判例法理も成熟していないこと、本来は労使の契約自治に委ねられるべき問題であることから、立法化する段階にはないと考える。<sup>(86)</sup>

## 8 労働契約の終了

(1) 解雇 (ア) 要件 解雇については、前述のように社会的に相当性のある理由を要するとの一般的規制を

設けるべきである。仮にこうした法規制が実現した場合、正当な理由のない解雇は解雇権濫用ではなく、法令違反の解雇と評価されることになるが、その具体的要件は解雇権濫用法理の下での解釈と同様に考えてよい（効果については（イ）参照）。次に、経営上の理由に基づく解雇（整理解雇）については判例法上、経営上の必要性、解雇回避努力義務、人選の妥当性、事前の説明・協議義務）の四要件が確立しており、これを法制化することも考えられる（「提言」はこの点も提案している〔第三五〕）。また解雇手続については、「報告」は解雇理由と期日を記載した書面の明示を要件とすることを提案しており、有益な提案であるが、さらに懲戒と同様、弁明の機会の保障や従業員代表との協議についても検討する必要がある。なお「提言」は、解雇についてきわめて詳細な立法構想を提示しているが（第三六以下。選別基準、事前警告、再訓練・配転等による回避義務など）、過剰な法規制との観を否めない（四二参照）。

（イ）効果 現在の解雇権濫用法理によれば、合理的理由のない解雇は無効とされ、労働者は地位確認訴訟などを経て原職に復帰することになる。これは比較法的に見ても強力な法規制であるが、反面、必ずしも復職を希望せず、経済的補償を得て転職したいと考える労働者が増えている現状と合致しないし、かえって解雇訴訟を提起することを躊躇させる遠因となっていることが指摘されている。そこで学説では、解雇権濫用の効果として、その無効ではなく、不法行為による損害賠償責任を主眼とする法理の確立を主張する見解が提唱されている。<sup>(87)</sup> 妥当な方向であるが、逸失利益の算定に困難が伴うなど、解釈論では解決困難な面もあるので、これを立法的に規制することを検討すべきであろう。この点、「提言」は解雇無効の効果として、労働契約の履行及び損害賠償請求と、労働契約の解約および得べかりし賃金相当額を含む損害賠償請求との選択的請求権を労働者に認める提言を行っており（第四一）、立法論として参考となる。

(2) 定年制 定年制について「報告」は、これを現行就業規則の「退職に関する事項」(労基法八九条一項三号)に含まれることを明確にするとともに、再雇用制度や勤務延長制度を記載事項とすることを提案する。賛成であるが、高齢者雇用安定法上の六〇歳定年制を労働契約法制に何らかの形で導入することも考えられよう。

(3) 退職 7(2)でも述べたように、労働者の退職・転職については、雇用の流動化に伴う紛争の多発が予想される。そこで「報告」は、退職の手続を就業規則の記載事項とすることを提案するが、疑問がある。現行法上、退職の自由は憲法上は職業選択の自由として(二二条一項)、また民法上は解約の自由として保障されており(六二七条一項)、その規制は労働市場の過度の封鎖性をもたらすおそれがある。また退職手続の規制については、使用者が就業規則に「会社の承認を要する」といった規定を設けることがまみえられるが、「報告」の提案はかえってこうした傾向を促進し、無用の紛争を招く懸念もある。退職については、民法六二七条の解約の自由の原則を堅持すべきであろう。むしろ逆に、現在、使用者の行き過ぎた強要による退職をめぐる紛争が多発していることを考えると、そうした強要を規制する方策(たとえば強要による退職を解雇とみなす「擬制解雇」の法理)の導入を検討する必要がある。<sup>(88)</sup>

(4) 営業譲渡 営業譲渡に関しては、譲渡会社における労働契約関係が譲受会社に当然に承継されるという見解と、譲渡契約において労働契約の譲渡が定められ、かつ労働者の同意(民法六二五条一項)を介してはじめて労働契約の移転が成就すると説く見解が対立している。「提言」は、当然承継説に立ちつつ、労働者の異議申立権を認める強力な法規制を提案しているが(第一四)、ここでは営業譲渡の弾力性の保障を考慮して、「反対の特約がない限り、包括的に承継があったものとみなす」との立法論に賛成しておく。<sup>(89)</sup>



## 9 非正規従業員の労働契約規制

非正規従業員に関しては、現行法上は、パートタイマーに関して、「短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律」（短時間労働者法）が労働条件明示や雇用管理の改善等について一定の規制を定め（このほか年次休暇については労基法三九条三項が適用される）、派遣労働者に関して労働者派遣法があるほかは、契約関係の規制は解釈に委ねられている。特にパートタイマーに関しては、有期契約を更新して就労している場合の契約の更新拒絶（雇止め）をめぐる紛争や、正規従業員との労働条件（特に賃金）格差をめぐる紛争が多発しており、立法規制の是非が議論となっている。一方、契約社員など新たな雇用形態については、現行法上の契約期間の制限の撤廃が議論されている。ここでもこの三点を取り上げる。

(1) 労働契約の期間 労基法一四条は、人身拘束の弊害を考慮して、労働契約の期間の上限を原則として一年と定めている。しかしこれについては、右の契約社員や一定のプロジェクトのための雇用など、有期契約のニーズが高まっており、期間の上限の緩和を求める意見が増えている。「報告」はこれを受けて、期間の上限を五年に延長することが適当とするが、これには批判も強く、人身拘束の弊害のほか、期間の定めのない契約を結んでいた正規従業員を非正規化する危険などが指摘されている。「提言」は期間の上限を一年とする規制を維持すべきものとする（第一三）。

「報告」の説くニーズはもともとであり、契約期間の延長自体は認められてよい方向である。しかし他方、正規従業員の非正規化等の弊害があることも事実であり、慎重な扱いが必要と思われる。五年という期間は拘束期間として長すぎるので、三年程度にとどめるべきであるし、プロジェクト研究などの専門的業務に限定した上で認めるべきであろう。「報告」は、若年層における「就社」から「就職」への意識変化によって、終身雇用下での期間の定

めのない契約のニーズが後退することをも期間規制の緩和の根拠とするが、そうであればなおさら、若年層について契約期間の延長による拘束を強めることには問題がある。それは転職活動や労働市場の流動化を阻害する要因にもなりかねないので、逆に法律で一定の歯止めをしておく必要がある<sup>(90)</sup>。

(2) 契約期間設定の規制 わが国では、パートタイマー等の非正規従業員に関して、契約期間を定めて雇用してこれを更新しつつ、雇用調整の必要性が生じた場合に更新を拒絶する(雇止め)労務管理が普及している。外国では、有期契約による雇用に正当な理由を要求する例があるが(フランス、ドイツ等)、わが国ではこうした法規制はなく、右の扱いが広く是認されている。しかしこれは非正規従業員の地位を著しく不安定にするので、契約更新を拒絶された非正規従業員がその適法性を争う紛争が多発しており、労働法上の一大争点となっている。これについては、短期労働契約が反復更新されて実質的に期間の定めのない契約と異ならない状態となった場合や、契約更新新に対する期待利益が法的保護に値する場合について、雇止めに解雇に準じた合理的理由を要するとする判例法理が定着している<sup>(91)</sup>。しかしその具体的判断は裁判所に委ねられるため、一定の立法規制を求める声が強い。

この問題について「報告」は、短期雇用の取扱いのニーズを正面から認め、これを労働契約の観点から規制することは適切でないとし、契約の反復更新についても、合理的な期間設定が望ましいとするにとどまる。その上で、労基法上の解雇予告規定(二一条)を有期契約および反復更新後の雇止めにも適用することを提案する。これに対して「提言」は、期間の設定に「職務の性質または臨時の必要性など正当な理由」を要求するとともに、それに反して期間を定めた場合は期間の定めのない労働契約とみなすという強力な規制を提案している(第一三)。

「報告」の提言のうち、解雇予告規定の適用の点は有意義であるが、短期雇用を労働契約法制として規制することは適切でないとする点には賛成し難い。一口に有期雇用労働者といっても、全く臨時的な雇用から、正社員とは

とんどの同じ職務に従事し、雇用継続の期待利益が高い雇用まで様々なタイプがある。また期間の定めのない雇用については解雇権濫用法理によって手厚い雇用保障が実現していることを考えると、それとのバランス上も期間雇用に関する何らかの法規制が必要である。<sup>(92)</sup>したがって解雇の場合と同様、期間雇用の雇止めについても、その実態に即した合理的理由を要することを立法で明示すべきであろう。その上で、「合理的理由」の内容について裁判例の蓄積を待つことが適切である。ただし期間の定めのない雇用への転換を認める強力な規制までは必要ないし、期間設定そのものに正当事由を求めることについても、労働市場への影響が大きいので、当面は見送るべきであろう。

(3) 労働条件格差 パートタイマーなどの非正規従業員は、一般に正規従業員よりも低い処遇（特に賃金）を受けているが、特に正規従業員との間で労働の質と量の差が少ない「疑似パート」については、賃金格差の適法性が問題となっている。学説では、「同一労働同一賃金原則」の認否をめぐる肯定・否定両説が対立しているが、裁判例では最近、「均等待遇の理念」を根拠に著しい賃金格差を違法と判断する例が現れ、注目されている。<sup>(94)</sup>確かに、こうした「疑似パート」の労働条件格差問題は重要な政策課題であるが、反面、法の介入は労働市場への過剰な介入とならないか、介入するとしても、その対象をどのように設定するか（格差一般を違法とするのか、それとも「著しい」格差を違法とするのか、また正規従業員との「同一労働」のほかに拘束性の違い「残業や配転義務の有無等」の程度を考える必要はないか）などの難問が控えている。今後なお慎重に検討すべき課題といえよう。

## 10 就業規則・労働者代表法制

### (1) 就業規則と従業員代表法制

就業規則に関しては、「報告」がその記載事項の整備・拡充を契約法制の主要な柱としているが、これに疑問があることは前述のとおりである（四2(1)）。ただし本稿のような一定の立法的契

約規制を行った上で就業規則の整備を図ることは有意義である。就業規則の整備が契約関係の明確化を図る上で最も現実的な方策であることに疑いはないし、立法的契約規制の下での具体的運用に関しても、就業規則は現実的な「器」となりうるからである(四2(2)参照)。

問題は、就業規則の作成方法であり、それを使用者の一方的作成に委ねる現行法制に労使自治の観点から問題があることも前述した。そこで、現行法上の意見聴取義務を労働者との協議義務に改編できないかが課題となるが、「報告」は、意見聴取の対象となる労働者代表の選出方法や権限を明確化すること、現行法上の個々の労使協定の有効期間を定めること等を提案するにとどまる(右箇所)。しかし右の視点をふまえれば、就業規則に関する協議制の導入は重要な検討課題となるし、これをさらに進めて、労働条件全般に関する本格的な従業員代表法制の設置を検討することも重要な意味をもつ(四2(2)ウ)。そこでこの点を簡単に検討しておく。

従業員代表法制の構想には、現行法の改革の程度から見て、大別して二つの方向がある。一つは、就業規則法制の意見聴取義務を協議義務に改編するとともに、現行労基法上の過半数代表制(賃金関係「二四条」、労働時間関係「三二条の二」五、三六条、三九条五項<sup>(96)</sup>など)をベースに、労使協定の締結を労使間の協議事項とするというものであり、かなり現実的な立法政策という。しかし第二に、現行の過半数代表制にとどまらず、労働条件一般について本格的な従業員代表制を目指す方向もある。たとえば、労働組合が組織されている事業所を含めて全事業所について労働者代表委員会の設置義務を認め、その活動の保護や民主的選出等の法規制を施した上で、就業規則の作成・変更を含む労働条件全般について労働者代表委員会との同意を義務づける立法政策(ドイツに類似の共同決定制度<sup>(96)</sup>)を展開する見解がある。

従業員代表法制は、幅広い視野に立った独自の検討を要する難問であるが、前記のような労使自治システムの機

能不全状況を思えば、長期的には第二の方向が目指すような本格的な従業員代表法制を目指すべきであろう。しかし当面は、より現実的な第一の方向で十分であり、就業規則について協議制を導入するだけでも、労使自治の実質化に大きく寄与することになる。この場合、労働契約法制全体として見れば、契約関係の基本的事項を立法で規制しつつ、その具体的運用を就業規則に関する労使協議で解決し、労使自治の実質化を図る方向となる。これは立法と労使自治との調和を図る上で有効な方策であるが（四二（ウ）、労働組合・労働協約の機能との調整や、協議が挫折し合意に至らなかった場合の処理という難問が残るので、その検討が課題となる。

(2) 労働条件の不利益変更 就業規則法制に関して重要な問題は、就業規則の改訂に基づく労働条件の不利益変更の問題である。これについて判例は、就業規則の変更によって労働者に不利益な労働条件を課すことは原則として許されないが、その内容が合理的なものであれば、労働者の同意にかかわらず拘束力をもつ、という独特の法理を編み出している。<sup>(97)</sup>これは、就業規則が合理的であれば、なぜ労働者が反対しているにもかかわらず拘束するのかという説明を欠く点で契約法上きわめて問題であるが、不利益変更問題の処理基準としては有用なので、裁判例で広く採用されている。そこで「提言」は、就業規則の作成手続を協議制とした上で、就業規則の拘束力について右判例法理に類似の規制を設けることを提案している（第五一）。しかし、契約法上の基本的検討を抜きにして直ちに右のような規制を設けることには賛成し難い。なおこの方向を進めると、従業員代表との協議を経て成立した就業規則を労使協定の形で認め、これに協約に類似の規範的効力（労組法一六条参照）を付与する法制が考えられるが、そうなると今度は、使用者の一方的作成を念頭に置いて産み出された「合理性」の要件の要否が問題となる。いずれにせよ難問であり、労働条件決定・変更システム全体の問題として慎重に検討する必要がある。<sup>(98)</sup>

(56) ここでは、前掲注(4)に掲げた先行業績から多くの示唆を受けたが、煩雑さを避けるために、引用は最小限にとどめたことをお断りする。また「報告」と「提言」についても、個々の引用は省略する。

(57) 秋田・前掲注(4)論文一六九頁。

(58) 下井隆史『労働契約法の理論』(一九八五年・有斐閣)一四九頁以下参照。

(59) 労働省労働基準局編『労働基準法の問題点と対策の方向』(一九八六年、日本労働協会)五三頁以下参照。

(60) 「労働者類似の者」とは、労働者のように使用者の指揮命令の下に労働を遂行する(人的従属性)わけではないが、取引先等に経済的に従属する(wirtschaftliche Abhängigkeit)点で労働者に類似するため法的保護を必要とする者をいう。

家内労働者(Heimarbeiter)、代理商(Handelsvertreter)、放送局のスタッフ等のいわゆる「自由協働者」(freier Mitarbeiter)などが典型例である。「労働者類似の者」に対しては、労働協約法の準用によって労働協約が適用される(同法一二a条)ほか、年次有給休暇法(連邦休暇法二条)や、労働裁判所法(労働裁判所法五条一項)が特別に適用される。

(61) 現行法上も、明示労働条件が労使間の合意を介して契約内容となれば、実際の労働条件がそれと異なる場合に、労働者が明示条件の履行を求めたり、損害賠償を請求することは可能と解されている(千代田工業事件・大阪高判平成二・三・八労働判例五七五号五九頁等)。

(62) 前掲注(45)・大日本印刷事件。

(63) 同旨、毛塚・前掲注(4)論文七二頁。

(64) 三菱樹脂事件・最大判昭和四八・一二・一二民集二七卷一一号一五三六頁。

(65) 前掲注(64)・三菱樹脂事件。

(66) 東亜ベイント事件・最二小判昭和六一・七・一四判例時報一一九八号一四九頁。

(67) 帝国臓器製薬事件・東京高判平成八・五・二九労働判例六九四号二九頁。

(68) たとえば単身赴任回避の措置として、共働きの配偶者の就職斡旋や、同一企業で働く配偶者への転勤先での職場提供(「おしどり転勤制度」)、単身赴任が避けられない場合の不利益軽減措置として、本人の健康対策や定期的規制の便宜供与、赴任期間の目処を示すことなどが考えられる。

(69) 詳細は、土田・前掲注(12)論文一六二頁参照。

- (70) 同旨、島田・前掲注(4)論文二三頁。さらに出向労働条件や復帰に関する出向時の情報提供・説明義務の規制も考えられる。
- (71) 菅野和夫『労働法(第四版)』(一九九五年・弘文堂)三七九頁、土田・前掲注(12)論文一七一頁。
- (72) 同旨、浅倉むつ子「労働契約関係の変動をめぐる立法論的検討」前掲注(4)・日本労働法学会誌八二号六四頁。
- (73) 土田・前掲注(12)論文一七〇頁。
- (74) さらに最近では、純粹持株会社の解禁が閣議決定され、実現の可能性が高まっているが、これによって企業グループ内の人事異動がいつそう促進され、使用者責任や労働条件変更の問題が顕在化する可能性がある。この点からも、一定の立法規制が重要な課題となる。
- (75) 詳細は、土田「労働契約における労務指揮権の意義と構造(八・完)」法学協会雑誌一一一卷一〇号(一九九四年)一四五一頁以下参照。
- (76) 富士重工業事件・最三小判昭和五二・一二・一三民集三一巻七号一〇三七頁。
- (77) 同旨、毛塚・前掲注(4)論文七四頁、渡辺・前掲注(4)論文四八頁。
- (78) 毛塚・前掲注(4)論文
- (79) 「提言」は、本来の退職金額の四割を超えない限度での減額のみを認め、渡辺・前掲注(4)論文四八頁も、差押え限度額の制限(民事執行法一五二条二項)を超えない限度での減額のみを認める提案をしている。
- (80) 渡辺・前掲注(4)論文四九頁。
- (81) 以下については、土田・前掲注(4)論文五九頁、六四頁も参照。
- (82) 日新製鋼事件・最二小判平成二・一一・一六民集四四卷八号一〇八五頁。
- (83) 菅野・前掲注(71)書一八〇頁。
- (84) 川義事件・最三小判昭和五九・四・一〇判例時報一一一六号三三頁。
- (85) この点については、土田・前掲注(11)論文「労働市場の流動化をめぐる法律問題(上)」五八頁参照。
- (86) 秋田成就「労働契約における権利と義務の考察」有泉亨先生古稀記念論文集『労働法の解釈理論』(一九七六年・有斐閣)五五頁参照。

- (87) 小宮文人「切られてたまるか——損害賠償で解雇救済」法学セミナー四九〇号(一九九五年) 九九頁。
- (88) 菅野Ⅱ諏訪・前掲注(4)論文二頁。擬制解雇(準解雇)については、小宮文人「切られてたまるか——嫌がらせをし  
てやめさせないで」法学セミナー四九三号(一九九六年) 九四頁参照。
- (89) 浅倉・前掲注(72)論文七二頁。
- (90) 同旨、渡辺・前掲注(4)論文四九頁。なお片岡Ⅱ西谷・前掲注(4)論文一二頁は、一年を超える有期契約を認める場合  
も、期間中の労働者の退職の自由を明記すべきであるとする。
- (91) 先例は、東芝柳町工場事件・最一小判昭和四九・七・二二民集二八巻五号九二七頁、日立メディコ事件・最一小判昭和  
六一・一二・四判例時報一二二一号一三四頁等。
- (92) 菅野・前掲注(71)書一五八頁参照。
- (93) 水町勇一郎「非典型雇用をめぐる法理論——臨時工・パートタイム労働者をめぐって」季刊労働法一七一号(一九九四  
年) 一一四頁以下参照。
- (94) 九子警報器事件・長野地上田支判平成八・三・一五労働判例六九〇号三三二頁。
- (95) 小寫典明「従業員代表法制」日本労働研究雑誌三六四号(一九九〇年) 九九頁。
- (96) 西谷敏「過半数代表と労働者代表委員会」日本労働協会雑誌三五六号(一九八九年) 二頁以下。また同じく包括的な代  
表機関制を志向しつつも、従業員代表が本来の労働者代表である労働組合の権限を侵害するおそれが強いことを考慮し  
て、人事・労働時間等の重要な労働条件について労使協定の締結権を認めつつ(ただし組合が存在する事業場では、組合  
が協約を締結している事項については協約が優先するとする)、それ以外の労働条件については協議権のみを認める見解  
もある(毛塚勝利「わが国における従業員代表法制の課題」日本労働法学会誌七九号(一九九二年) 一二九頁)。
- (97) 秋北バス事件・最大判昭和四三・一二・二五民集二二巻一三三三三九四九頁、大曲市農業協同組合事件・最一小判昭和六  
三・二・一六民集四二巻二二六〇頁。
- (98) 最近、労働条件の変更手段として、変更の申込みとともに、それに応じない労働者を解雇するという手段(変更解約告  
知)を認めるべきかが、就業規則との関係を含めて盛んに議論されている(土田「変更解約告知と労働者の自己決定(上)  
(下)」法律時報六八巻二二九頁、三九五頁(一九九七年)、大内伸哉「労働条件形成・変更の段階的正当性(四・完)」



法学協会雑誌一一三卷四号（一九九六年）六一一頁参照。

## 六 結 語

本稿では、労働契約法制の今後の方向性と内容について一応のスケッチを試みた。そのポイントは、①労働契約法制の理念は、労働者が使用者と対等の立場で労働条件を交渉・決定することの支援に求められること、②右の理念をふまえると、労働契約関係の基本的事項について立法規制を進めることが契約法制の方向性となるが、同時に労使自治との関係を考慮して基本的・一般的規制にとどめる必要があること、③契約法制における規制のあり方としては私法的規制が望ましく、また契約関係の実体的規制と並んで、民事的な紛争解決システムという手続法的整備が課題となること、④従業員代表法制の検討も労働契約法制と関連して検討課題となること、などである。

わが国では、労働法制の改編については慎重な態度がとられがちであるが、労働契約の問題は、労働法制におけるいわばブラック・ホールのような存在であり、労使自治尊重の要請があるとはいえ、いつまでもこれに法規制を加えないまま放置する態度は許されないであろう。本稿で述べた基本的契約規制の構想は、労使自治の要請や労使間の利害調整をふまえて展開したものであり、その意味ではかなり現実的な立法構想といえる。今後の議論に何らかの寄与するところがあれば幸いである。