

平成16年12月11日

## 今後の労働契約法制の在り方について

経営法曹会議「労働契約法制研究プロジェクトチーム」

### 第1 はじめに

労働契約法制については、既に経営法曹会議の労働契約法制問題検討委員会において意見（「就業規則等部会中間的とりまとめに対する意見」経営法曹第117号、平成9年5月30日）を出しているところであるが、その後、平成15年6月の労働基準法改正法案に対する附帯決議（衆・参両院の厚生労働委員会決議）において「労働条件の変更，出向，転籍など，労働契約について包括的な法律を策定するため，専門的な調査研究を行う場を設けて積極的に検討を進め，その結果に基づき，法令上の措置を含め必要な措置を講ずること」とされたことを受けて，平成16年4月厚生労働省の下に「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」（以下「研究会」という。）が発足し，今後の労働契約法制の在り方について包括的な検討を行うこととして，「総論的な論点」及び「各論的な論点」を整理したうえ，検討が行われているところである。

このため，当プロジェクトチームは，これらの論点を中心に，研究会の現在までの議論を参酌して，今後の労働契約法制について改めて検討を行い，次の通り意見を表明する。

### 第2 労働契約法制の基本的な考え方

近時の労働契約関係の状況をみると，経済活動のグローバル化，情報技術の高度化，少子高齢化の進展，女性労働者の増加等による社会経済の構造的変化を背景に，雇用形態の多様化，雇用管理の個別化が進み，労働者においても自らのニーズに合った就業形態を選択し，自らの生活，キャリア，能力，業績等に応じた処遇を求めることが指向されている。これとともに，社会経済の構造的変化の中で長期的な経済の停滞が重なり，個別的労働紛争の増加が顕著となっている。

今後の労働契約法制は，このような労働契約関係の状況に適合し，公正で活力ある雇用社会を構築するものでなければならない。そのためには，次の観点から検討をおこなう必要がある。

第一に労働契約の内容について労使の自主的な決定を促進するものであることが必要である。

雇用形態の多様化，雇用管理の個別化の進展により，労働条件の設定方法も多様化すべきであり，使用者と労働組合あるいは就業規則による従来の集团的・画一的な労働条件の設定とともに，使用者と個々の労働者とが自主的に労働条件を決定できる柔軟なシステムが必要である。そのためには，法による画一的な規制は最小限にとどめ，不合理な規制を緩和し，多様な労働条件の設定を可能とする法制でなければならない。この点に関しては，労働契約の成立，展開，終了の各場面における労働条件の設定・変更について実体的な要件をもって法定し，あるいは強行法規により規制すべきであるという意見もあるが，かかる意見は，継続性と柔軟性を基本とする労働契約の特質に反するもの

であり、何より労使による自主的な労働条件の決定を妨げるものである。

現行労働基準法が、労使間で遵守されるべき最低限のルールを明らかにし、刑罰法規をもって使用者にその遵守を強制しているが、労働契約法制は本来民事契約法の領域であるから、刑罰法規による強制は、最小限にとどめ、実情にあわなくなっているものがあれば、これを見直すべきである。そして、労働契約法制の必要性は、労働契約の内容についてみると、規制緩和の流れの中で労使の自主的な労働条件決定の促進を図る点にあるから、強行規定等による規制ではなく、当事者の労働契約内容を補充する解釈規定、任意規定によるべきである。

第二に個別的労働紛争防止の観点から、労働契約内容の明確化を図ることが重要である。

労働契約の締結にあたり、重要な労働条件や権利義務関係を明確にしておくことが個別的労働紛争を防止するために必要であることはいうまでもない。この点については、既に平成5年5月10日に労働基準法研究会（労働契約等法制部会）の報告で指摘されており、その後の平成10年及び15年の労基法改正等により労働条件明確化を図る諸々の措置が講じられてきたところである。したがって、個別的労働紛争の増加という状況を踏まえて、紛争防止の観点からさらに労働条件の事前の明確化を図る事項について検討をすべきである。

第三に個別的労働紛争解決の観点から、紛争解決機関の整備と解決基準（ルール）の周知が必要である。

個別的労働紛争の解決機関については、既に行政において専門的な解決機関（都道府県労働局の紛争調整委員会等）が設けられ、司法においても平成16年4月に労働審判法が成立し同法の施行が見込まれる平成18年4月から労働審判委員会が専門的な解決機関として機能する。したがって、個別的労働紛争の解決機関については一応整備されたといつてよい。

一方、解決基準（ルール）については、その多くが判例法に委ねられており、しかも一般条項（権利濫用、信義則、合理性等）の適用による解決が基本となっているが、これは雇用が多様化し、流動化している現在の雇用社会の状況に適応するものとして評価すべきであるとともに、判例法は今後とも雇用社会の変化に応じて形成されてゆくべきものであるから、必ずしも立法化に適するとはいえず、現在及び今後形成されてゆく判例法理について行政による周知活動等も検討すべきである。

### 第3 各論的論点

#### 1 労働関係の成立

##### (1) 採用内定

ア 各企業が「採用内定」として実施している制度は多様である。判例においても、採用内定については、「実態は多様であるため採用内定の法的性質について一義的に論断することは非常に困難である」（大日本印刷事件 最二小判昭54.7.20 民集33.5.583）として、個々の事案ごとに採用内定の法的性質を判断しているところである。実際に、新規学卒者の場合は内々定を含め採用に至る経過も一様でなく、

中途採用や有期契約者の採用についても同様である。このため、採用内定を一律に「労働契約の締結」とし、あるいは採用内定について労働契約の合意成立に関する補充規定を設けることは適当でない。

したがって、採用内定を一律に「労働契約の締結」として、採用内定期間中の労働関係法令等の適用や採用内定・内定取消の方式について法制化することについては反対である。

イ 労働基準法第15条は「労働契約の締結に際し」労働条件の明示を使用者に求めている。しかし、採用内定が「労働契約の締結」と認められる場合には、「労働契約の締結」と「就業開始」の時期が異なり、「労働契約の締結に際し」労働条件明示事項のすべての明示を求めることは実態に適合しないので、「労働契約の締結に際して」の明示事項と「就労開始に際して」の明示事項に整理することには賛成である。

## (2) 試用期間

ア 労働契約において、労働者の不適合性を理由とする解約権を留保する趣旨で試用期間を設ける場合、これを明確化するために、労働契約締結の際の労働条件明示事項として、「試用期間の有無」を加え、また、就業規則の相対的必須記載事項とすることについては、反対するものではない。

イ しかし、各企業の試用期間制度の内容及び運用は一律ではなく、それぞれの企業の労使関係の実態に合わせて行われているものである。実際に、労働者に従事させる業務の内容如何（専門性の如何等）によって労働者の適格性判断に必要とされる期間については差異があり、また適格性判断の趣旨で有期契約を締結する場合もある。加えて、試用期間制度や試用期間延長の制度は、使用者のみならず労働者にとっても有利に機能していることも事実である。したがって、試用期間の長さや延長の可否等について実体的制限を加え、あるいは一定の方式・内容の試用期間のみを認めるような法規制を新たに加えることには反対である。

## 2 労働関係の展開

### (1) 就業規則と労働条件の不利益変更

ア 就業規則による労働条件の不利益変更については、現行の就業規則の変更手続を前提として、「合理性」を要件に変更された就業規則が反対する労働者をも拘束する、という判例法理が形成されているが、この判例法理は、解雇権を厳しく制約する判例の解雇権濫用法理と表裏一体のものとして形成されてきたものである。

しかるところ、解雇権濫用法理については、平成16年1月1日施行の改正労働基準法において第18条の2が新設され、「解雇権濫用法理」に関するこれまでの判例の判断枠組みをそのまま維持することが確認されたのであるから、就業規則の不利益変更に関する判例法理及びその前提となる就業規則作成・変更に関する手続についても、従前の判例の判断枠組み及び手続要件がそのまま維持されるべきである。

したがって、就業規則の作成・変更の手続及び不利益変更について、現行労働

基準法及び判例法理以上に厳格な制約を課すことは、いずれも反対である。

イ 就業規則の不利益変更に関する判例法理、すなわち「合理性」のある変更であればこれに反対の労働者をも拘束する旨を法律上明記することには反対しないが、明記するのであれば、事業場の多数の労働者の意見を反映した就業規則変更については合理性を推認するというのが判例の基本的態度であると解されるから、これをさらに進めて「合理性」判断の予測可能性を高めるために、事業場の過半数の労働者の同意を得た就業規則変更については合理性を推定する旨を加えるべきである。

なお、「合理性」判断の「要素」は合理性判定の法律要件ではなく、「合理性」の判断は事案ごとになされる総合判断であるから、「合理性」の判断要素を法文上列挙することは適当でない。

## (2) 配置転換（配転）

ア 配転については、解雇権が厳しく制限されていることから、これを広く認めるのが判例の基本的態度であり、配転権が否定されるのは特に職種限定又は職場限定の合意が労使間でなされた場合に限定されている。したがって、紛争防止の観点からは、特に職種を限定し、又は職場を限定する場合には、労働契約の締結時に明示させることについては反対ではない。しかし、配転要件、手続については、各企業の実情に合わせて決定すべき事項であるから、配転について、実体的な要件、手続等を法定することは反対である。

イ また、配転命令の濫用に関する判例の判断枠組みは、あくまで一般の権利濫用判断の一場面であり、配転命令権行使を制約する例外的な位置づけにとどまるものであるから、立法化することには反対である。

なお、配転によって労働者が著しい不利益を受ける場合に、その不利益をできる限り小さくするための方策について法律上の手当（労働者保護のための手続規制・実体規制）を検討すべきではないか、という問題提起もあるが、この問題は使用者の人事権に関わるものであり、法律上の規制は適当でない。現行の判例の判断枠組みにおいて、配転権濫用となるのは配転により通常甘受すべき程度を著しく越える不利益が生ずる場合のみであり、しかもそのような場合は極めて例外的であるから、立法上の手当を行うことは反対である。

## (3) 在籍出向（出向）

ア 出向については、出向概念を法律上明確化することに反対するものではない。この場合、出向とは「出向元事業主との労働契約を維持しながら、出向先事業主との間で新たな労働契約関係に基づき勤務するもの」と定義すべきである。

イ 労働契約において、出向が予定される場合、これを明確化するため、「出向の有無」を労働契約締結の際の労働条件明示事項に加え、また、就業規則の相対的必要記載事項とすることについては反対しない。

しかし、各企業において行われる出向の目的・形態が多様であることから、出向命令権及び手続の実体的な要件を法定することには反対である。裁判例におい

ても労働協約、就業規則、その他労働者の包括的同意を根拠に出向命令を肯定する傾向にあるが、さらに出向後の労働条件の相当性も要件になるのか否かの問題もあり、出向命令権の根拠につき整序されているわけではない。

ウ 出向中における出向元・出向先の出向労働者に対する権利義務関係については、基本的に出向元と出向先との取り決めに従うものである。しかし、出向元・出向先の合意内容が不明確な場合における労働基準法等の適用関係について、補充規定(任意規定)を置くことについては、契約自由の原則を侵害するものでない限り反対するものではないが、補充規定の内容については、実務の出向の実態を反映したものでなければならない。

#### (4) 転籍

転籍については、労働者の「同意」が必要であることは民法 625 条で定められている。転籍には労働者の「個別的同意」が必要であることを労働契約法制上も明確化すべきではないか、との問題提起もあるが、そもそも「個別的同意」と「包括的同意」の各概念を区別し定義すること自体が困難であるし、「転籍」に関する労働者の同意が「個別的同意」でなければならないとする理由もない。

したがって、転籍に労働者の「同意」が必要である旨、あるいは「個別的同意」が必要である旨の法規定を設けることには反対である。

#### (5) 営業譲渡等による企業再編

商法上の合併・会社分割以外の営業譲渡等による企業再編の場合について、労働契約関係の承継に関し何らかの立法的手当が必要か否かが問題とされているが、営業譲渡やそれに類する事業・施設の譲渡については、その法的性格、企業活動としての意義、目的、態様は多様であって、そこにおける労働契約関係のみの取扱いを一律にルール化することは困難であり、適当でない。しかも、解雇に関しては解雇権濫用法理(労働基準法第 18 条の 2)により厳しく制限されているので、さらに営業譲渡等の場合に、労働契約が当然承継されることを法律で定めることは、企業活動を著しく制約するものであるから、反対である。

#### (6) 休職

労働契約締結の際の労働条件明示事項に「休職に関する事項」があることに対応して、「休職に関する事項」を就業規則の相対的必要記載事項に加えることには反対ではない。

しかし、休職制度の内容及び運用は各企業の実情に合わせて労使により自主的に決定されるべき事柄であり、法規制を設けることには反対である。

#### (7) 昇進・昇格・降格

昇進・昇格・降格制度の内容及び運用は各企業の実情に合わせて労使により自主的に決定されるべき事柄であり、法規制を設けることには反対である。

(8) 服務規律

服務規律については、労働契約における労働者の基本的な義務について立法化すべきである。具体的には近時問題となっている営業秘密や個人情報の漏洩に関する守秘義務（秘密保持義務）、競業避止義務、また判例上認められている企業秩序遵守義務などを法律上明定すべきである。

(9) 懲戒

ア 使用者が懲戒処分の定めを設ける場合、「その種類および程度」は、就業規則に記載することが義務づけられている（労働基準法第 89 条 9 号）ので、懲戒処分について、新たな規制を設けることには反対である。あわせて、懲戒処分の種類及び手続について、次の意見を述べる。

イ 減給制限の規定の緩和

減給の制裁については、労働基準法第 91 条により一回の額が平均賃金の半日分という上限が設けられているが、このような厳しい上限規制の必要性及び合理性はなく、少なくとも公務員と同程度の減給処分（人事院規則 12-0（職員の懲戒）第 3 条 減給 1 年以下の期間、俸給月額額の 5 分の 1 以下の金額）が可能となるよう規制緩和すべきである。

ウ 出勤停止の期間について

出勤停止について、その期間を短期に制限するとの問題提起もあるが、民間企業では出勤停止期間を 1 ヶ月以内と定めている例が多いものの、それ以上の期間を定めるものもあり、また出勤停止と区別して 1 ヶ月を超える懲戒休職ないし停職を設ける例もあるうえ、長期間の出勤停止は、本来解雇処分が相当な重大事案の場合に、解雇に代わる処分として選択されるケースもあり、限度を設けることが必ずしも労働者の利益に繋がるものではない。したがって、出勤停止の期間について法的な制限を設けることは適当でない。

エ 弁明の機会について

懲戒処分に当たり弁明の機会を付与することは望ましいが、判例上弁明の機会付与を懲戒処分の要件としているものではない。実際に重大かつ明白な職場規律違反行為がなされたときに弁明の機会を与えないことがやむを得ないものと認められる場合もあり、また、犯罪で勾留され接見禁止処分がかけられている場合等、弁明の聴取が事実上不可能な事態も想定されることから、弁明の機会の付与を懲戒処分に係る法律上の要件とするのは適当でない。

3 労働関係の終了

(1) 解雇

ア 解雇手続について新たな規制を設けることには反対である。

解雇理由を書面で通知することについて議論があるが、平成 10 年及び 15 年の労働基準法の改正で、解雇理由の証明制度（同法第 22 条 1 項、2 項）が設けられたこと及び労働契約の成立と同様、その終了についても私的自治の領域の問題であり、要式行為とすべきではないことから、解雇理由の書面化には反対であ

る。

解雇予告期間についても、解雇権濫用法理が解雇を厳格に制限しており、勤続期間を考慮していたずらに予告期間を延長する必要はない。外国法制と比較しても、各国の失業保険給付状況、失業率等により状況は異なってくるので、単純に勤続年数の長さで予告期間の長さを決めることには反対である。

イ 労働基準法第 18 条の 2 に規定されている解雇権濫用法理の適用について、予測可能性を高める観点から、より具体化できないかとの問題提起があるが、解雇事案は多様でかつ複雑な事実関係に基づいている場合が多く、解雇権の濫用についての裁判例は、各事案ごとの個別判断事例であるから、解雇に関する裁判例を類型化して行政において周知を図るべきであり、法律による解雇要件の具体化には反対である。

整理解雇についても同様である。整理解雇の概念自体、必ずしも一義的に定まっているとはいえ、いわゆる 4 要件説についてもそれは法律要件というものではないため、最近の裁判例は、4 要件を解雇権濫用判断の考慮要素とするもの、あるいは 4 要件ないし 4 要素にこだわらずに濫用判断を行うものもあり、このような整理解雇の濫用判断について法的な規制を設けることは適当ではない。

## (2) 解雇の金銭的解決制度

解雇の金銭的解決制度については、すみやかに導入すべきである。

その制度設計については、既に平成 15 年の労働基準法改正の建議（労働政策審議会の平成 14 年 12 月 26 日「今後の労働条件に係る制度の在り方について」、以下「建議」という。）において具体的な案が示されているが、そのうち、少なくとも次の 2 点は見直すべきである。

ア 解雇訴訟手続と金銭的解決の申立手続とを分離しているところは適当でない。建議では、解雇訴訟で無効判決が確定した後に、改めて当事者は労働契約の終了と金銭解決を裁判所に申し立てることになるが、これは当事者双方にとって、最終的な解決までの迅速性に欠け、しかもコストと手間もかかるので不合理である。したがって、解雇訴訟手続の中で金銭的解決の申立ができるように設計すべきである。

イ 建議では、使用者による金銭的解決の申立について、雇用関係を継続し難い事由を要件の一つとしているが、これは裁判所において客観的に判断できる事柄ではなく、何より職場復帰が円滑に行われない解雇訴訟の実態を看過し、金銭的解決制度導入の趣旨に沿うものではないから、要件から除くべきである。

なお、金銭的解決の金額については、月例給与を単位として、原則となる月数並びに一定以上の年齢及び勤続年数による上限を定めることも考えられる。

## (3) 有期労働契約の雇止めと金銭的解決制度

有期労働契約の期間満了による雇止めに関する紛争についても、金銭的解決制度の導入を検討すべきである。

企業の労働者に占めるパートタイマー、有期契約社員などの非正規社員の割合

は拡大しており、有期労働契約の雇止めに関する紛争は、今後さらに増えていくことが予想される。有期労働契約については、反覆更新により期間の定めのない契約と実質的に異ならない状態と認められるとき、あるいは雇用継続に対する労働者の期待に合理性があると認められるときには、解雇権濫用法理を類推して雇止めの効力を判断するというのが判例の態度であるから、解雇紛争だけでなく、雇止めに関する紛争についても金銭的解決制度の導入を検討すべきである。

有期労働契約は本来期間満了で終了するものであり、長期継続雇用を予定しないものであることから、雇止めに関する紛争については、金銭的解決の方法が最も妥当なものといえる。したがって、検討にあたっては、このような観点から有期労働契約に適した金銭的解決制度の設計を考えるべきである。

#### (4) 合意解約、辞職

ア 真意によらない労働者の退職の意思表示（民法第 627 条に基づく労働契約解約の意思表示又は合意解約の申し込み）について簡易・迅速に労働契約上の地位を回復することを可能とする手段として、意思表示の「撤回」が議論されているが、意思表示に瑕疵がある場合には、民法により当事者双方の利益を考慮した錯誤・詐欺・強迫による無効・取消制度があり、これと別に労働者に撤回を認めることは、民事契約法の意味表示理論に反し、使用者の立場を著しく不安定にするので反対である。

イ 期間の定めのない労働契約における、真意による労働者の退職の意思表示の撤回については、契約の一般理論に基づき取り扱うべきである。

すなわち、退職の意思表示のうち、労働者の辞職（民法第 627 条に基づく労働契約解約の意思表示）の場合は、形成権たる解約権の行使であるから、その意思表示が使用者に到達した時点で効力が生じるので撤回できないのは当然のことである。また、合意解約の場合には、当事者の労働契約解約の申し込みとこれに対する承諾により成立し、それ以降の撤回は認められないものであり、これは現在の判例においても認めているところである。実際に、使用者は辞職・合意解約がなされたことを受けて、業務引継、後任者の手配も含め職場の対応を行うのであるから、辞職・合意解約の成立後においても労働者の撤回を認めれば、職場の混乱は避けがたく、信頼関係の維持も困難であり、撤回による弊害は明らかである。

ウ 期間の定めのない労働契約における労働者の辞職（労働契約解約の意思表示）の効力の発生時期については民法第 627 条を見直すべきである。

現在、民法第 627 条 1 項により労働者が労働契約の解約を申し入れれば、2 週間の経過により雇用契約は終了するとされており、これは裁判例（平和運送事件大阪地判昭和 58 年 11 月 22 日労働経済判例速報 1188.3 等）で強行法規と解されている。しかし、突然、労働者が雇用契約の解約を申し入れた場合、使用者として担当業務の引き継ぎ、後任者の手配等を考えれば 2 週間という期間は極めて短いものである。民間企業の就業規則の退職規定において、例えば「退職の申し出は少なくとも 1 ヶ月前とする」旨を定めているものが相当あるが、これは引継・

後任の手当て等の準備に最低必要な期間を意味する合理的な規定であり、労働者を不当に拘束するものでもないと考えられる。しかし、このような規定でさえ労働者の一方的な辞職の場合には、民法第 627 条 1 項を強行法規と解すれば無効にされるので極めて不合理である。

また、民法第 627 条 2 項は「期間ヲ以テ報酬ヲ定メタル場合」の雇用契約解約の効力発生時期を定めているが、期間をもって報酬を定めたものかどうかの判断基準は不明確であり、効力発生時期（当期の前半の解約申入れについて次期以降に効力が発生する）の解釈に混乱を生じさせている。したがって、民法第 627 条 1 項及び 2 項の規定を整理し、労働者の辞職の効力の発生時期については、2 週間を延長し、少なくとも 1 ヶ月以上の期間とすべきである。

#### (5) 変更解約告知

労働契約存続中における労働条件の変更については、個別的には使用者と労働者との合意により、集団的には使用者と労働組合との労働協約及び就業規則の変更により行うのが基本となっているが、さらに労働条件変更の手法として変更解約告知の制度を導入すべきか否かが議論されている。変更解約告知とは、新たな労働条件による再雇用の申込みを伴った労働契約の解約の意思表示と解されているが、裁判例に乏しく、次の基本的な問題について慎重に検討すべきものである。

変更解約告知については、そもそも現行の解雇権濫用法理（労働基準法第18条の2）の下でもその有効性は認められるのではないか、その場合に変更解約告知の有効要件として何が必要か。また、新たに変更解約告知の制度を導入するとしても、その制度設計をどのようにすべきか、現在の判例法理による就業規則の不利益変更法理や解雇権濫用法理（労働基準法第18条の2）との関係をどのように位置づけるか。現在これらの基本的な問題について、必ずしも十分な議論と検討がなされている状況にないので、変更解約告知の導入については、重要な課題として今後引き続き検討をすべきである。

以上

経営法曹会議「労働契約法制研究プロジェクトチーム」メンバー

経営法曹会議事務局長 会員弁護士 山西 克彦

座長 会員弁護士 中山 慈夫

(五十音順)

メンバー 会員弁護士 石井 妙子

〃 会員弁護士 石寄 信憲

〃 会員弁護士 伊藤 昌毅

〃 会員弁護士 牛嶋 勉

〃 会員弁護士 大澤 英雄

〃 会員弁護士 角山 一俊

〃 会員弁護士 加茂 善仁

〃 会員弁護士 小鍛冶 広道

〃 会員弁護士 中町 誠

〃 会員弁護士 畑 守人

〃 会員弁護士 和田 一郎

以上