

非常勤職から常勤職への優先転換に関する  
配慮義務について

脇 田 滋

## 意見書

# 非常勤職から常勤職への優先転換に関する 配慮義務について

脇 田 滋

はじめに

- 1 契約期間の定めと更新の合意
  - (1) 地裁判決の論理
  - (2) 期間を定めた労働契約の終了法理
  - (3) EU諸国の有期契約規制法理と新たな解釈論
  - (4) 「期間の定め」が許容される場合
- 2 雇い止めの有効性
  - (1) 常勤館長化の業務上の必要性
  - (2) 解雇回避努力
  - (3) 労働者への説明
- 3 最高裁・神戸弘陵学園事件判決の意義
- 4 常勤館長への優先転換に関する配慮義務

はじめに

本件は、使用者（被告）が、労働者（原告）と雇用関係を結んで館長として受け入れ、期間を定めた労働契約を反復更新する形式で3年間雇用を継続してきたが、館長の常勤化を理由に、3回目に更新した契約の期間満了によって原告との労働契約が終了したとした。その一方、労働者（原告）を常勤館長として選考することもしなかったために、労働者が雇用を失うことになった事案である<sup>1)</sup>。

---

1) いわゆるパート労働法（正式名「短時間労働者の雇用管理等に関する法律」）が2007年に改正され、2008年4月1日から施行されている。改正法では、事業主には新たに多

労働契約関係において、労働者を受け入れた使用者には、その雇用を継続する法的義務があり、労働契約を自由に一方的に終了させることができない。最近の学説の中では、使用者の解雇権を権利濫用法理によって制約する判例法理と、それを立法化した労働基準法第18条の2（現行労働契約第16条）の趣旨を踏まえて、濫用法理をさらに深化させて、使用者の雇用継続の義務を積極的に主張する方向で議論が展開されている。期間を定めた労働契約についても、同様に、濫用法理を超えて、労働契約の終了法理全体との関連で議論する傾向が強い。

ところが、本件大阪地裁判決は、契約更新の合意の存在立証を労働者側に課しており、労働契約法第16条（旧労働基準法第18条の2）の意義について何ら検討をしておらず、また、従来の最高裁判決をはじめとする多くの判例によって形成されてきた解雇権濫用法理や有期契約終了法理を十分に踏まえていないと考えられる。以下、このような視点に基づき、地裁判決が内包する法理上の欠陥に焦点をあてて意見を述べることにしたい。

---

くの義務や努力義務が課せられた。とくにその第12条で、通常の労働者（正規労働者など）への転換措置義務が課せられることになった。この通常労働者への転換措置義務は、従来の実務では事例が極めて少なく、短時間労働者（パートタイム労働者やアルバイトなど）を通常の労働者（正社員）とはまったく異なった非正規従業員として扱ってきた、多くの経営者の間に強い関心と呼び波紋を生みだしている。この転換措置義務は、従来の判例・学説の間で形成されてきた採用、試用期間、雇止めなどの法理との関連でどのような位置づけがされるべきか検討するべき点が少なくない。筆者は、自治体が設置した男女共同参画事業を目的とする公的団体の館長の雇止めをめぐる事案（いわゆる豊中すてっぷ事件）について、2008年6月、大阪高等裁判所に意見書を提出する機会があった。この事件は、改正パート労働法に直接かかわる事件ではないが、通常労働者への転換措置義務には関連を有していると思われる。本稿では、上記意見書にかなりの加筆をして、関連した注釈を付けたものである。原審は、大阪地裁平成19年9月12日判決（平成16年（ワ）第14236号 損害賠償請求事件）である。

なお、本事案は男女平等をめぐるバックラッシュに関連する問題として社会的に注目されている。事件の争点については、島尾恵理「すてっぷ・三井マリ子事件—バックラッシュ裁判」民主法律No.268（2007年2月）34頁以下参照。なお、裁判関連の詳細情報については、「館長雇止め・バックラッシュ裁判」のホームページ（<http://fightback.fem.jp>）を参照されたい。

## 1 契約期間の定めと更新の合意

### (1) 地裁判決の論理

大阪地裁判決は、法的判断の前提として、「本件雇用契約には期間の定めがあり」、「更新がされない以上、期間の満了とともに雇用契約は終了する。原告は、本件雇用が当然更新される事情があったと主張するが、更新に対する期待は認めることができても、その期待を法的に保護すべき事情までは存したとはいえない」としている。そして、「更新すること自体を合意していたという主張や証拠があるわけでもない」として、契約更新についての合意の存在の証明を労働者側に課している。さらに、その合意存在の証明がないとして、「特段の事情のない限り、雇用契約に定められた期間が満了すれば、雇用契約関係は終了することとなる」とし、「本件雇用契約は、一定程度の更新が想定されていたとはいえ、当然に更新されるわけではなく、また、更新されることが法的な権利と構成できるような状態にあったともいえない」と判示している。

このように雇用契約の期間が定められた契約について、契約更新について当事者の間に合意が存在しない限り、期間満了によって雇用契約関係は終了するという解釈は、従来の関連判例の動向に反したものであるとともに、それを踏まえた近年の労働基準法改正や労働契約法制定の意義をまったく理解していない点で根本的欠陥を有している。

### (2) 期間を定めた労働契約の終了法理

契約当事者である労使間の経済的社会的格差を前提に、労働契約では雇用継続について使用者に信義則上の義務があると考えられ、解雇を制限する立法が生まれてきた。しかし、期間を定めた労働契約は、原則的には、その期間満了によって契約関係が当然に終了すると考えられているために、短期間の有期契約に基づく労働者については、その雇用上の地位はきわめて不安定なものとなる。そこで、こうした期間を定めた労働契約を労働法的に規制する課題が生まれることになる。

日本では、第2次大戦後、臨時工が出現し、期間を定めた労働契約が反復更  
(龍法 '08) 41・3, 186 (606)

新されたときに、それについて、脱法行為である場合や反復更新に客観的に合理的な理由がない場合、期間の定めを無効とし、臨時工契約を期間の定めがない契約と解する見解が有力に主張された。第2次大戦後、日本の裁判所は、解雇について権利濫用によって制限する判例法理を形成し確立してきた。そして、期間を定めた労働契約については、それが解雇権濫用法理を回避する目的にあたるような一定の場合、それを排除するために、解雇法理と同様な法理に基づく有期契約終了法理を展開してきた。

とくに、最高裁・東芝柳町工場事件判決は、有期契約が期間の定めのない契約と実質上異ならない状態にあったこと、採用、雇い止めの実態、会社側の言動等を重視し、解雇相当の理由がないのに期間満了で雇い止めをすることは信義則上からも許されないと判示した（東芝柳町工場事件判決・最一小判昭49・7・22民集28巻927号）。これに対して、最高裁・日立メディコ事件判決では、期間の定めのない契約に転化したとか、実質的に異ならない関係が生じたということもできないとするが、「その雇用関係はある程度の継続が期待されていたものであり、5回にわたり契約が更新されているのであるから、このような労働者を契約期間満了によって雇止めにするに当たっては、解雇に関する法理が類推され、解雇であれば解雇権の濫用、信義則違反又は不当労働行為などに該当して解雇無効とされるような事実関係の下に使用者が新契約を締結しなかったとするならば、期間満了後における使用者と労働者間の法律関係は従前の労働契約が更新されたのと同様の法律関係となるものと解せられる」としている。ただし、臨時員は、いわゆる本工を解雇する場合とはおのずから合理的な差異があるべきであるとし、本工の希望退職を先行しなかったことをもって不当・不合理であるということではできないとした（日立メディコ事件判決・最一小判昭61・12・4判例時報1221号134頁）。結論的には疑問が残るが、その枠組み自体は東芝柳町工場事件の最高裁判決と共通性を維持している。

その後の下級審判例は事案毎に強調点は異なるが、ほぼ最高裁の判断枠組みを踏襲して更新回数や雇い止めの実態などを踏まえた判断をしてきたと言えるであろう。たとえば、「期間の定めは一応のものであって、単に期間が満了したという理由だけで雇止めになるものではなく、双方に特段の支障がない限り雇用契約が更新されることを前提として締結されたもので、しかも具体的な労

働条件等の内容も長期間雇用が継続されることを前提として協議され、確定されてきたものであり」、「従来取扱を変更して雇用契約を終了させてもやむを得ないと認められる特段の事情が存しない限り、期間満了を理由として直ちに雇止めをすることは、信義則上からも許されないといわなければならない（福岡大和倉庫事件・福岡地判平2・12・12労判578号59頁）とする例や、雇用期間についての実質は期間の定めのない雇用契約に類似するものであって、雇用を継続するものと期待することに合理性を肯認することができるとして、「従前の取扱いを変更して契約の更新を拒絶することが相当と認められるような特段の事情が存しないかぎり、被申請人において、期間満了を理由として本件雇用契約の更新を拒絶することは、信義則に照らし許されない」（龍神タクシー事件判決・大阪高判平成3・1・16労働判例581号36頁）などが注目できる。

以上のように雇止めに解雇権濫用法理を類推適用する判例法理については、契約の形式にこだわらず、実態を踏まえた判断として肯定的に評価できる。しかし、①期間を定めた労働契約が期間満了により自動終了するという前提そのものの問題、すなわち入り口の問題が曖昧になっていること、②雇止めの可否についての判断要素が不明確で裁判規範として予測可能性低いこと、③日立メディコ事件最高裁判決に見られるように正社員の雇用継続を優先し、非正規雇用を劣位に置くこと、さらに、④雇止めが無効であったときに期間の定めのない契約になるのか、従来通りに有期契約が反復するのか効果が不明確であること、等の問題点を指摘することができる。

これの問題点を克服するために多くのEU諸国では、期間の定めのある労働契約を締結するには、締結の段階（入口の段階）で臨時的な業務上の必要性があることを求める規制立法が制定されてきた。この点では明確な規制をもたない日本の状況は大きく立ち遅れていることになる。有期契約の終了をめぐる判例法理は、この欠陥を補うものであると考えられ、その濫用法理に伴う曖昧さについては立法的な解決が必要となる。

### (3) EU諸国の有期契約規制法理と新たな解釈論

ドイツでは、日本と同様に原則として期間の定めのある労働契約は適法とされ、期間満了によって契約は自動終了するとされるが、第2次大戦前からライ

ヒ労働裁判所が、法律規定回避目的で締結した「連鎖契約 (Kettensvertrag)」は違法であると判断してきた。第2次大戦後になって、1951年に「解雇制限法」が制定され、解雇に正当な事由を必要とすることが強行規定として定められた。ところが、期間を定める契約について、その期間設定は、強行法規の目的をそれ自体では適法な行為により回避する脱法行為でないかが問題となった。1960年10月12日の連邦労働裁判所判決以降、今日に至るまでの多くの判例によって労働契約に期間を定めるためには、合理的・客観的な理由が存在していなければならないとされ、この法理はドイツでは確立したものとなっている。その根拠は、こうした理由のない有期労働契約は、解雇制限法が保障する労働関係存続保護を侵害するからである。

要するに、労働契約に期間の定めを設定することは、解雇保護を回避する目的であれば無効であるという法律回避の理論が適用されたことになる。期限設定には理由を必要とするが、とくに期間を定めた労働契約の締結には正当事由が必要であると判断した。その後、労働関係を終了させるためには解雇制限法にしたがって正当事由などの要件が満たされる必要があるとするのが、期間を定めた労働契約をめぐる確立したドイツの判例法理となっている。

こうしたドイツ判例法理を踏まえて、日本でも強行法規として解雇制限を定めた労働基準法第18条の2の制定に注目し、労働契約に期間設定することを限定的に解釈する有力な学説が登場した。すなわち、川田知子氏は、「既存の法律を根拠にして、有期労働契約は正当事由がある場合のみ許容されることができただろう。なぜなら、平成15年の労基法改正によって、解雇権濫用法理を確認する強行規定（労基法18条の2）が、立法化されたことにより、「解雇制限に関する法律の規定を回避する目的で締結した有期契約は違法である」とするドイツのように、脱法行為の理論によって労働者を保護することができる」とし、労働契約の期間が、こうした客観的に合理的な理由なく定められたときには、その労働契約は期間の定めのないものとみなされなければならない。そして、「有期労働契約の締結には合理的理由が必要であるとする原則は、新たな立法を待つまでもなく、労基法18条の2の解釈によって可能である」とする<sup>2)</sup>。

この場合、「脱法行為とは、強行法規の目的をそれ自体では適法な行為によ

り回避する場合をいう。労基法18条の2を、それ自体では適法な法形式である期間を定めた労働契約により回避することは脱法行為であり、そのような期間を定めた労働契約は違法、無効になると考える。民法解釈は修正を迫られ、期間を定めた労働契約を締結するには「客観的に合理的な理由」が必要であると構成できる。客観的に合理的な理由なしに期間が定められた場合、労働契約は期間の定めのないものとみなされるべきであるとする解釈が、新たな立法を待たずともなく、労基法18条の2の解釈によって可能である<sup>3)</sup>。

そして、川田氏は、ドイツと日本で定期契約に関する法制度の大きな違いが生じたことについて、解雇制限に関する実定法の存否を挙げている。すなわち、定期契約を解雇制限法やその他の強行法規の目的を回避するものとして制限してきたドイツに対して、日本ではこれまで、実質的な解雇制限は判例法に委ねられてきたため、使用者が解雇に関する各種の制限を回避する場合にも、それは強行法規の回避といえないことが多く、脱法行為の理論によって労働者の保護を十分に図ることができなかつたためであると考えられる、と<sup>4)</sup>。

たしかに、この点の指摘は的を射ていると考えられる。しかし、筆者は、主に2003年改正労働基準法が新設した第18条の2自体、解雇について新たな規制内容を導入したのではなく、既に判例法理として確立した濫用的解雇制限法理を立法的に確認したことを重視すべきだと考える。そうであれば、わざわざ2003年法改正による第18条の2の規定を待たずともなく、定期契約については、確立した解雇制限の判例法理に基づいて、使用者側に解雇制限法理脱法という意図がないと言えない限り、契約期間設定自体が無効であると解することができるし、またその必要があると考える。

#### (4) 「期間の定め」が許容される場合

それでは労働契約に期間を定めることについて、「客観的に合理的な理由」があるとして、労働契約法第16条（旧労働基準法第18条の2）の趣旨を回避し

---

2) 川田知子「定期労働契約法の新たな構想—正規非正規の新たな公序に向けて—」日本労働法学会誌（日本労働法学会編）107号、2006年、52頁以下参照。

3) 川田知子、同上。

4) 川田知子、同上。

た脱法行為と言えない場合は、どのような場合であろうか。

ILO（国際労働機関）は、1982年総会で雇用保障に関して、「使用者の発意による雇用の終了に関する条約」（158号）とこれを補う同名の勧告（166号）を採択したが、この条約では、解雇には正当な事由が必要であることを求めるとともに、実効性ある救済制度を定めている。その一方、特定の期間を定めた雇用契約については例外として適用除外にしながら、この場合には、有期労働契約が「この条約による保護を回避すること」をねらいとして締結されるのを防ぐために「適切な保障措置」を明示することを締結国に求めている。そして、期間の付与は「行なわれる作業の性質又は作業が行なわれる環境のため、若しくは労働者の利益のため」にのみ認められるとして、それを限定する措置を求めている。

この点について、ドイツの判例法理では、①労働者が希望する場合、②試用を目的とする場合、③臨時的な必要による場合（臨時の手伝い、病気になった労働者の代替労働、季節労働など）、④解雇の有効性を争う訴訟を終了させる裁判上の和解の場合が挙げられている。そして、期間を定めた契約の更新もこれらの四つの場合に含まれるときのみ可能であるとし、こうした事由がないときは、労働契約は期間を定めないものとみなしている。また、期間の定めが認められる場合でも、その期間は客観的理由や慣例に反して長期におよぶのではないとされている。その他、EU諸国の短期契約規制法（フランス法、イタリア法など）でも、①臨時的な事業、②業務が臨時的・季節的に増大する場合、③試用期間（見習い期間）、④「派遣労働」（一時的労働、代替労働）、⑤雇用政策目的（若年雇用）などの場合に限り、労働契約に期間を設定できる合理的理由があるとしている。

こうした各国に共通した考え方に基づいて、現行労働契約法第16条適合的目的解釈としては、労働契約に期間を定めるには、以下の場合に限り合理的理由があると推測される。そして、この合理性の立証責任は、期間設定によって大きな利益を得ると考えられる使用者側に負担させるべきである。すなわち、①一時的・臨時的な業務の場合、②恒常的業務であるが、それが臨時的・季節的に増大する場合、③試用期間（見習い期間）、④特別な雇用創出政策目的（若年雇用）の場合が考えられる<sup>5)</sup>。

したがって、恒常的な業務であるのに、それを担当する労働者との労働契約に期間を設定する使用者は、その期間設定について合理的な理由があることを立証することができないときには、期間を定めない労働契約を結んだと解釈すべきことになる。とくに、短期契約を反復更新することは、まさに、そのこと自体が契約期間の設定に合理的理由がなかったことを意味すると考えられる。

地裁判決は、契約期間設定に対して解雇を制限する確立した判例法理やそれを確認した強行規定の存在についてまったく考慮をせず、逆に、契約更新の合意の存在の立証を労働者側に課している点で根本的に判例法理や法令の解釈を誤っていると考えられる。

## 2 雇い止めの有効性

本件の契約は1年という期間を設定されていたが、本来、期間設定そのものが前述の通り、解雇制限の強行規定に反する疑いが強いと考えられるが、少なくとも、期間満了で自動終了するのではなく、非常勤館長の契約終了は解雇（または雇い止め）であると考えられる。そして、本件事実関係では、労働者が雇用継続の終了を望んだものではない。あくまでも使用者側の都合と主導による「組織変更」が雇用契約終了の主因となっている。労働法的には、使用者側都合による解雇については、多様で巧妙な責任回避策が採られるという視点を持つことが重要である。形式的な判断ではなく、実質的な検討が重要であり、解雇責任回避でないことについて立証責任を使用者側に転換することを含めた判断が必要であるが、地裁判決には、この点がまったく欠落することになっている。

使用者側の都合による解雇は、「整理解雇」として、とくに解雇権濫用という視点から、厳しい要件を課す判例法理が形成されてきた。とくに、労働者を採用して継続的契約関係に入ったときには、使用者は、信義則に基づき可能な

---

5) 有期契約に関する諸外国の法理については、少し古いが、脇田滋「南海放送女子有期契約従業員制度に関する鑑定意見書」労働法律旬報第1225号、1989年10月、10頁以下参照。

限り雇用関係を継続する必要があるとされ、解雇の必要性については厳格に司法審査されている。通常、①人員整理の必要性、②解雇回避努力、③人選の合理性、④労働者への説明・退職後の生活配慮などがなければ濫用的な解雇として法的に無効とするのが多数の判例の傾向である。

本件についても、使用者側の都合で労働者の雇用継続を失わせる点では、整理解雇の法理を類推適用して判断されるべきであるが、集团的整理解雇ではないので、この4つの基準のうち、③人選の合理性の判断を除いて3つについて留意すべき点を指摘したい。

#### (1) 常勤館長化の業務上の必要性

解雇（雇止め）については、業務上の必要性があるか否かが問われる必要がある。この点、本件の実事関係からは業務上の必要性が明確ではない。非常勤館長で大きな不都合はなく、事業自体は原告の熱心な取り組みで順調に展開していたのであって、非常勤館長から常勤館長への組織変更の必要性が何かについて、大きな疑問が残る。

たしかに、労働時間をフルタイム化するという点では、非常勤職に比較して常勤職は雇用が安定化すると考えられるかも知れない。しかし、常勤館長は、従来の事務局長と館長の職を兼ねるとされている。毎日定刻の出退勤が必要とされるのが常勤館長であれば、従来のような、比較的自由的に労働時間を自己決定できる館長職とは大きく異なる業務ということになる。

当初の館長が全国公募された経緯からは、時間拘束が強い事務職的な館長は予定されていなかったと思われる。むしろ、事業の性格や目的からも、一定の社会的地位や名声をもつ人物が、その代表的立場にいて主に対外的活動を自由に行うことが期待されていたと考えられる。それは、いわば大学の教員が、従前の研究・教育の業績を評価されて新たな大学に採用されることと対比することが可能であろう。今回の組織変更で、館長常勤化によって、担当する業務を事務職員が担当するような時間拘束が強い業務と、従来の館長業務を兼任させるとされているが、そのような性格を有する組織変更が現実に必要なのか、合理性があるのか強い疑問を指摘せざるを得ない。

実際、常勤館長として選考採用されたK氏に対しては、関係者が「事務的業

務はさせない」と事前に伝えられていたとされるが、もしそれが事実であれば、ますます常勤館長化の業務上の客観的必要性は明らかでなくなる。

手続き的には、原告自身が加わった理事会での組織変更決定があったために、原告側は、この点を強調してはいないが、後述のように、組織変更の場合に通常とられる手続きを踏んでいない異常さを合わせて考えると、改めて常勤館長を選考採用した業務上の必要性そのものを検討することが必要だと考える。

## (2) 解雇回避努力

一般に労働契約では、使用者が労働者を雇用して受け入れた以上、合理的な理由がある場合を除いて、雇用を継続する信義則上の義務があるが、現在では上述の通り、労働契約法第16条（旧労働基準法第18条の2）によって強行法規化されている。とくに、使用者側の都合による解雇の場合は、従来濫用法理によって、使用者には解雇（雇い止め）を回避する義務があると考えられる。

本件で、被告は、全国公募によって館長に相応しい有能な人物を選考するために時間をかけて慎重に原告を雇用したのであり、原告側も雇用継続を期待する事情があったと言えるから、合理的な理由がない限り、雇用を継続して解雇を回避する義務がある。この点、被告側は、館長常勤化に伴う組織変更を理由にしているが、仮にそうであれば、常勤労働者への優先転換に関する配慮義務する義務がより強く認められるべきである。すなわち、パートタイム労働法の趣旨に基づき、被告には常勤転換についての機会付与などの措置を公正に行う義務があったのに、信義に反した恣意的な対応に終始し、この義務を尽くさなかったと考えられる（後述）。その点から、被告は解雇回避努力を尽くしていないと言わざるを得ない。

## (3) 労働者への説明

通常、組織体が、従来の事業を継続しつつ、その発展を企図して内部組織を変更することはよくあることである。しかし、従来の館長職を改め、新たな制度に組織変えするときには、従来の経験者に意見を聴きながら改善点を踏まえて、組織構想を立てるのが常識的である。

筆者は、公立大学（京都府立大学）と私立大学（龍谷大学）に合わせて約30

年間所属し、教授会構成員としてだけでなく、その間2年間は大学理事としても多くの組織転換や機構変更を経験してきた。その個人的経験をも踏まえた視点から本件事実関係を詳細に見たとき、同様の組織変更であれば通常なら当然に行うべき従来の責任者（原告）への聞き取りや相談がほとんど行われずに進められたことに、とりわけ強い疑問を感じる。「組織変更の常識に反する異常な経過であった」と指摘することができるのであって、そこから今回組織変更自体に原告の雇用上の地位継続を妨げる不法な意図があることが推定される。事実関係を踏まえて、こうした意図の存在の有無を検討することこそ裁判所に求められていたと言える。ところが、地裁判決は本件の核心とも言える、この点について使用者側に立証責任を課すこともなく、実質的判断を避けて形式的判断で済ませている。これでは裁判所に求められた役割を果たしていないと批判されてしかるべきである。

これまでの館長職の問題点や課題を一番知っているのは館長であり、その館長業務の履行について高い評価を受けてきた原告の意見を第一に聞くなど、原告の意向を尊重することが当然であるが、本件では、その意見を聞くことなく組織変えが進められている。これは明らかに信義誠実の原則に反するとともに、本件組織変更が原告排除を意図すると疑われることになり、そうでないとすれば、そのことを使用者側が立証する責任があるとするべきである。

裁判所に求められるのは、本件雇い止めにかかわって使用者側に解雇制限法理回避を狙う悪質な意図の存在を疑い、使用者側都合による解雇として許されるか否かを中心に、形式的判断ではなく諸般の事情を踏まえた実質的判断をすることである。この場合、解雇制限法理の回避でないことを含め、雇い止めについて悪質な意図がないことを立証するのは使用者側である。

### 3 最高裁・神戸弘陵学園事件判決の意義

本件では、原告が非常勤館長についての有期契約の期間満了があり、常勤館長への「選考」がされずに労働契約が終了したとされた。しかし、使用者の雇用継続の義務という点から考えたときには、同じ使用者の下で一定期間、とくに問題なく勤務した労働者を雇止めすることは原則として許されず、仮に雇止

## 意見書

めをするときには、きわめて厳格な手続き及び、とくに客観的に合理的な理由が必要になると考えられる。この点に関連して、期間を定めた労働契約の1回目の期間満了の段階で行われた更新拒否について、その有期契約の期間設定の性格を試用期間とみなして、その法的効力を判断した判例（最高裁判所第3小法廷平成2年6月5日・神戸弘陵学園事件判決）がある。本件の事案を考えるとときに同判決の意義を踏まえることが重要であると思われる。以下、簡単に検討しておきたい。

同事件は、1年契約で採用された教員が1年の期間満了で雇い止めされたことを争ったものである。最高裁は、教員の採用をめぐる従来の慣行を踏まえて、同事例では、期間を定めた労働契約が「試用期間」と解している。すなわち、「ところで、使用者が労働者を新規に採用するに当たり、その雇用契約に期間を設けた場合において、その設けた趣旨・目的が労働者の適性を評価・判断するためのものであるときは、右期間の満了により右雇用契約が当然に終了する旨の明確な合意が当事者間に成立しているなどの特段の事情が認められる場合を除き、右期間は契約の存続期間ではなく、試用期間であると解するのが相当である」としている。

続いて、「試用期間付雇用契約の法的性質については、試用期間中の労働者に対する処遇の実情や試用期間満了時の本採用手続の実態等に照らしてこれを判断するほかないところ、試用期間中の労働者が試用期間の付いていない労働者と同じ職場で同じ職務に従事し、使用者の取扱いにも格段変わったところはなく、また、試用期間満了時に再雇用（すなわち本採用）に関する契約書作成の手続が採られていないような場合には、他に特段の事情が認められない限り、これを解約権留保付雇用契約であると解するのが相当である。そして、解約権留保付雇用契約における解約権の行使は、解約権留保の趣旨・目的に照らして、客観的に合理的な理由があり社会通念上相当として是認される場合に許されるものであって、通常の雇用契約における解雇の場合よりもより広い範囲における解雇の自由が認められてしかるべきであるが、試用期間付雇用契約が試用期間の満了により終了するためには、本採用の拒否すなわち留保解約権の行使が許される場合でなければならない」と論じている。

最高裁は、同判決で具体的事実に関連して、①期限付職員契約書が雇用契約

の趣旨・内容を必ずしも適切に表現していない可能性、②労働者が1年後の雇用の継続を期待することにはもっともな事情があることを認めている。とくに、「1年の期間の満了により本件雇用契約が当然に終了する旨の明確な合意が上告人と被上告人との間に成立しているなどの特段の事情が認められるとすることにはなお疑問が残る」として、試用期間の場合には、特段の事情が認められない限り、雇用契約が期間の満了により終了しないと判断している。

同事件の使用者側は当該有期契約の期間満了によって契約が終了したと雇用継続を否定したが、最高裁は、期間満了による自動的契約終了を受け入れず、契約期間設定そのものの趣旨に踏み込んで判断している。すなわち、「その雇用契約に期間を設けた場合において、その設けた趣旨・目的が労働者の適性を評価・判断するためのものであるとき」と、契約について客観的事情を含めて合理的解釈をし、「本件雇用契約を1年の存続期間付のものであると解すべき特段の事情が認められるかどうか、右特段の事情が認められないとして本件雇用契約を試用期間付雇用契約であり、その法的性質を解約権留保付雇用契約であると解することが相当であるかどうか、そのように解することが相当であるとして本件が留保解約権の行使が許される場合に当たるかどうかにつき、更に審理を尽くさせる必要がある」としている。つまり、期間設定を当事者の自由な合意に委ねていないだけでなく、期間設定が試用期間にあたる場合があることを認めているのである。そうであれば、解約権行使付き契約として、期間満了後に本採用されることが認められる場合があることを前提にしているのである。

本件は、たしかに、弘陵学園事件の事案とは異なり試用期間という明確な合意がなく、また、全国公募の館長職であるから選考の段階で高い能力を認めて採用された事例である。しかし、非常勤館長として新たな事業の立ち上げの段階で採用され、新規事業が順調に進行することを期待されて初めての館長として採用されている。新規事業が順調に展開しない場合には更新されない可能性があることから期間を定めた契約にしたことは被告自身側が指摘している。つまり、本件の期間を定めた契約には、事業が順調に発展することを要件として雇用を継続し、そうでなければ雇用が継続されないという意味で、文字通りの試用期間ではないとしても試用制度に類似した性格があったと考えられる。とくに、本件事実関係のように、一定期間後に非常勤館長職を廃止して館長職を

常勤化する場合には、試用期間と類似した状況があると考えて良い。

そうすると、少なくとも本件の事案においては、原告が事業の発展に大きく寄与してきたにもかかわらず、その雇用を継続しないことにするには、とくに客観的に合理的な理由が厳格に必要とされるとともに、とりわけ信義誠実に原告に対応し、その納得を十分に得ることが必要不可欠であったと考えられる。

#### 4 常勤館長への優先転換に関する配慮義務

本件の場合、以上に加えて、非常勤館長から常勤館長への転換が問題になっているが、この点については、パートタイム労働者の通常労働者への転換にかかわる使用者側の配慮義務が尽くされたか否かを考慮することが必要である。

本来、通常の労働者よりも労働時間や労働日数が短いパートタイム労働者については、通常の労働者の募集や配置をするにあたっては、後述するように、関連するILO条約と勧告によれば、優先して採用または転換することが使用者に求められている。

日本は、このILO条約を批准していないが、最近改正された「短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律」（2007年6月1日法律72号）（以下、「パートタイム労働法」と略称）では、パートタイマー（短時間労働者）の通常労働者への転換を推進する措置を講ずる事業主の法的義務が定められた。

すなわち、同法第12条は、次のように規定する。

「事業主は、通常の労働者への転換を推進するため、その雇用する短時間労働者について、次の各号のいずれかの措置を講じなければならない。

一 通常の労働者の募集を行う場合において、当該募集に係る事業所に掲示すること等により、その者が従事すべき業務の内容、賃金、労働時間その他の当該募集に係る事項を当該事業所において雇用する短時間労働者に周知すること。

二 通常の労働者の配置を新たに行う場合において、当該配置の希望を申し出る機会を当該配置に係る事業所において雇用する短時間労働者に対して与えること。

三 一定の資格を有する短時間労働者を対象とした通常の労働者への転

換のための試験制度を設けることその他の通常の労働者への転換を推進するための措置を講ずること。

2 国は、通常の労働者への転換を推進するため、前項各号に掲げる措置を講ずる事業主に対する援助等必要な措置を講ずるように努めるものとする」

この第12条は、通常の労働者の募集内容の周知、配置への希望申し出の機会付与、転換試験制度などの転換推進措置をとることを単なる努力義務にとどまらず、事業主の法的義務と規定している。

この第12条の規定は、1994年に採択されたILOパートタイム労働に関する条約（175号）と同勧告の趣旨を踏まえたものと考えられる。同175号条約は、第10条で「適切な場合には、国内法令及び慣行に従い、フルタイム労働からパートタイム労働へ、又はその逆の転換が自発的になされたものであることを保障するための措置をとるものとする」（仮訳）（原文は、Where appropriate, measures shall be taken to ensure that transfer from full-time to part-time work or vice versa is voluntary, in accordance with national law and practice.）としている。さらに、パートタイム労働に関する勧告（182号）は、関連して、次のように規定している（仮訳）。

#### 18パラグラフ

(1) 適切な場合には、使用者は以下のことを検討すべきである。

- (a) 当該企業において可能となったフルタイム労働からパートタイム労働への転換を求める労働者の申請。
- (b) 当該企業において可能となったパートタイム労働からフルタイム労働への転換を求める労働者の申請。

(2) フルタイム労働からパートタイム労働へ、及びその逆の転換を容易にするために、当該事業所におけるパートタイム及びフルタイムのポストに就ける可能性について使用者は時宜にかなった情報を労働者に提供すべきである。

19 フルタイム労働からパートタイム労働へ、又はその逆の転換に対する労働者の拒否は、当該事業所の操業上の要請から生じたその他の理由等の国内法令又は慣行に基づく解雇の正当な理由がない場合、それ自体では雇用の終了の正当事由を構成しないものとする。

たしかに、2007年改正の「パートタイム労働法」第12条は、厚生労働省の行政解釈によれば、通常の労働者への転換をするため、その機会の付与となるような何らかの措置を講ずることを求めており、その結果として短時間労働者を通常の労働者に転換することまでを事業主の義務としているわけではない<sup>6)</sup>。この解釈は、パートタイム労働者を使用する事業主には、優先して通常労働者として採用や配置をする法的義務まで課したとはしておらず、ILO条約や勧告の趣旨を消極的に受け止めて、使用者側に譲歩しすぎている点で問題があると考ええる。

しかし、この行政解釈によっても、第12条第1項の募集について周知すること（1号）や配置の希望を申し出る機会の付与をすること（2号）、教育訓練等の機会を付与することなど（3号）などの通常の労働者への転換を推進するための措置は、「一定の客観的なルールに沿って公正に運用される制度となっていなければならぬ」のであって、「合理的な理由なく事業主の恣意により通常の労働者の募集情報を周知するときとしないときがあるような場合や、転換制度を規程にするなど客観的な制度とはせず事業主の気に入った人物を通常の労働者に転換するような場合は、本項の義務の履行とはいえない」とされている<sup>7)</sup>。要するに、ここでは転換推進措置については、恣意的でなく公正な運用がとくに強調されていることに留意する必要がある。

この2007年改正の「パートタイム労働法」は、2008年4月1日に施行されたものであり、本件当時には適用されていなかった。しかし、本件当時、既に、改正前のパートタイム労働法の下で、厚生労働省から「パートタイム労働指針」が出されており、2003年8月25日厚生労働省告示第297号（2003年10月1日から適用）では、「事業主が講ずべき短時間労働者の雇用管理の改善等のための措置」として、「(6) 通常の労働者への応募機会の付与等」として、「事業主は、通常の労働者を募集しようとするときは、現に雇用する同種の業務に従事する短時間労働者に対し、あらかじめ当該募集を行う旨及び当該募集の内容を周知させるとともに、当該短時間労働者であって通常の労働者として雇用されることを希望するものに対し、これに応募する機会を優先的に与えるよう努めるも

6) 高崎真一【コンメンタール パートタイム労働法】労働調査会、2008年、250頁。

7) 高崎真一・同書、251頁～252頁。

のとする。」とし、さらに、「(7) 通常の労働者への転換に関する条件の整備」として、「事業主は、短時間労働者の通常の労働者への転換について、これを希望し、かつ、その能力を有する短時間労働者のニーズが自らのニーズに合致する場合において、当該事業所の実情に即して、これが可能となる制度の導入、必要な条件の整備等をするように努めるものとする」と定めている。

被告法人は、男女共同参画事業を率先して推進する団体であり、多くの女性が非正規雇用としてのパートタイムで就労している状況の改善の必要性を社会的に啓蒙・普及する立場にあり、パートタイム労働者が通常の労働者に転換することを促進することを事業目的の一つしている。その点で、パートタイム労働法や指針について、消極的な主張をすることが許される立場にはない。

そうすると、本件の常勤館長への組織変更に関連して、被告は、非常勤館長としてとくに問題なく就労してきた原告に対して、一般の事業主よりも格段に強く配慮する義務を負っていたと考えられる。少なくとも、現行パートタイム法第12条の趣旨に基づけば、被告は、原告に対して常勤館長に転換するための措置、すなわち、募集や配置についての周知と機会の付与を公正に行うことが義務づけられていたことになる。本件事実関係では、被告が、こうした義務を尽くしたとは考えられない。

ところが、地裁判決は、この公正な機会を付与する被告の義務をまったく無視しており、複数選考の場合には選考側により広い裁量が認められるとするなど、関連法令についての無理解に基づく、明らかに誤った判断をしていると言わざるを得ない。