

有期労働契約と変更解約告知

--- ドイツ法を参考として ---

金 井 幸 子

目 次

- 1 はじめに
- 2 日本の裁判例とその問題点
 - (1) 変更解約告知の概念をめぐる混乱
 - (2) 無期雇用から有期雇用への移行
 - (3) 不更新条項の挿入
 - (4) 有期雇用の更新時の変更申込
 - (5) まとめ
- 3 ドイツ法の分析——有期契約への移行を目的とした変更解約告知
 - (1) ドイツの変更解約告知の目的と対象
 - (2) 有期雇用への移行と変更解約告知
 - (3) 判例の変遷
 - (4) 学説の対立
 - (5) 検討
- 4 有期労働契約と変更解約告知
 - (1) 変更解約告知の概念
 - (2) 変更解約告知の射程と限界
- 5 おわりに

1 はじめに

労働条件が労働契約により個別に決定されている場合、このような個別の労働条件を変更するには労働者の同意が必要となる（労働契約法8条）。したがって、使用者がその変更を申し込んだ場合に労働者の同意が得られなければ、労働条件変更は不可能となる。そうすると、どうしても労働条件を変更したい使用者は、変更不同意労働者を解雇するほかないということになるのか。このような場合の労働条件変更手段として考えられるのが変更解約告知である。変更解約告知は、使用者が従来の労働契約を解約するとともに新たな労働条件による労働契約の締結を申し込むことをいう。つまり労働条件変更を目的とした解雇である。

変更解約告知はスカンジナビア航空事件決定¹においてはじめて認められた。これを受けて、学説においても変更解約告知を労働条件変更手段として積極的に認めようとする見解が見られる²。ところが、その後の大阪労働衛生センター第一病院事件³では、ドイツ法と異なって明文の規定のないわが国においては、変更解約告知という独立の類型を設ける必要はないとされ、日本における変更解約告知の採用が否定されている。こうして、現在に至るまで変更解約告知が法理として確立・定着することはなく、また、立法化の議論もなされたが労働契約法への導入は果たされなかった⁴。

1 東京地決平成7.4.13 労判675号13頁。

2 土田道夫「変更解約告知と労働者の自己決定(下)」法時68巻3号(1996年)56頁、大内伸哉『労働条件変更法理の再構成』(有斐閣、1999年)67頁、荒木尚志『雇用システムと労働条件変更法理』(有斐閣、2001年)324頁。

3 大阪地判平成10.8.31 労判751号38頁。

4 「今後の労働法制の在り方に関する研究会報告書」(2005年9月15日)34頁以下では、変更解約告知に類似した雇用継続型契約変更制度が提案された。

有期労働契約と変更解約告知

これは、変更解約告知を個別的労働条件変更手段として認める余地はあるとしても、これが解雇を伴う手段であることや、留保付承諾を認めることができるかという問題がなお残っているからであるといえる。また、これを実際にどのような場面でどのように利用したらよいのかも依然不明確である。

こうした状況のなかで、有期労働契約に関する裁判例において、変更解約告知の事案といえるようなものがいくつか見られる。そのひとつが、有期契約が反復更新されてきた労働者に対して、使用者が契約更新時に労働条件変更を申し込み、労働者がそれを拒絶したことを理由として雇止めをする事案である。これに対する裁判所の対応はさまざまであるが、雇止めの有効性の問題として解雇権濫用法理の類推適用によって処理しようとするものが多い。しかし、このような単なる有期契約の更新拒否（雇止め）とは異なる事案に雇止め法理を適用するのでは、労働条件変更が申し込まれたことが考慮されず、この点で不十分であり、これに対応するには変更解約告知として扱う必要があるように思われる。もうひとつは、無期雇用の労働者に対して有期雇用への変更を申し込む場合に変更解約告知を用いる事案である。これについては、前掲スカンジナビア航空事件決定において契約期間を1年とするという内容を含んだ変更申込が有効と判断されている。たしかに、無期契約から有期契約への変更は契約そのものの変更であり、就業規則の変更等によっては対応できず、労働者の個別合意が必要となるため、変更解約告知が適用されうる場面ではある。とはいえ、有期契約は原則として期間の満了とともに終了するため雇用継続が前提とならないことからすれば、このような労働条件変更に対して変更解約告知を用いることができるかについては問題がある。この問題について前掲スカンジナビア航空事件決定では何ら言及されておらず、その後も十分な議論はなされてこなかった⁵。

このような変更解約告知をめぐる混沌とした状況を整理して、その概念

や定義，判断基準等についてあらためて検討する必要がある。この点，ドイツでは，労働契約上の労働条件変更手段として変更解約告知が法律上の制度として存在するため，これに関する議論は豊富である⁶。そして，有期契約との関係では，無期契約から有期契約への変更を申し込む変更解約告知について，変更解約告知の明確な定義のもとでその可否や判断基準について判例や学説において十分に議論されており，日本法の参考になるといえる。

そこで，本稿は，有期労働契約と変更解約告知をめぐる諸問題を解明することを中心的な目的とする。さらにここから，変更解約告知の定義や射程そしてその司法審査基準についても明らかにすることにしたい。

以下では，まず，日本の裁判例の分析を行い，その問題点を抽出する。そして，これに関するドイツの判例・学説を分析・検討し，ドイツ法から得られる示唆を踏まえて，日本における有期労働契約と変更解約告知をめぐる諸問題について検討しつつ，変更解約告知の定義や射程についても明らかにすることにしたい。

5 土田道夫「変更解約告知と労働者の自己決定（上）」法時 68 巻 2 号（1996 年）45 頁では，期間の定めのない契約から期間 1 年の有期契約への変更を内容とすることについて，これを変更解約告知と解すべきかという基本的問題があると指摘されている。

6 ドイツの変更解約告知制度について研究したものとして，土田・前掲注（2），根本到「ドイツにおける変更解約告知制度の構造（1）（2）」季刊労働法 185 号（1998 年）128 頁，187 号（同年）95 頁，野川忍「ドイツ変更解約告知制の構造制度を有する国の処理」日本労働法学会誌 88 号（1996 年）161 頁，大内・前掲注（2），荒木・前掲注（2）など。

2 日本の裁判例とその問題点

(1) 変更解約告知の概念をめぐる混乱

わが国の裁判例において、変更解約告知はどのように理解されてきただろうか。前掲スカンジナビア航空事件決定は、変更解約告知を、「雇用契約で特定された職種等の労働条件を変更するための解約、換言すれば新契約の申込みをともなった従来の雇用契約の解約」であると定義した。つまり、同決定によれば、変更解約告知とは、労働条件変更のための解雇であり、新契約締結の申込を伴った解雇ということになる。しかし、前述のように大阪労働衛生センター第一病院事件判決はその適用を否定した。同事件は、週3日間勤務から毎日出勤の常勤職員となるかパート職員への労働条件の切り下げかという雇用形態の変更を申し込まれた労働者がこれを拒絶したために解雇されたという事件であった。裁判所は、労働者は新労働条件に応じない限り解雇を余儀なくされるなどということから、変更解約告知という独立の類型を設ける必要はないとして整理解雇の問題としてこれを処理した。こうして変更解約告知の概念が明確に否定されたことにより、その後の裁判例においてこれが正面から用いられることはなかった。

ところが、最近の裁判例には、変更解約告知法理を認めるものも見られる。関西金属工業事件⁷では、使用者が労働者を解雇するとともに、新規の採用条件（基本給の引き下げ、嘱託）での採用を募集するという「変更解約告知」が行われ、これに応募しなかった労働者の解雇の有効性が争われた。ここでの「変更解約告知」は、労働者が変更に同意した場合であっても、使用者の側で選考を行い採否を決定し、採用されない（選考にもれた）者は整理解雇されるというものであった。この措置においては、変更

7 大阪高判平成 19.5.17 労判 943号 5頁。

申込に応じた労働者が採用されるとは限らないため、これまで理解されてきた変更解約告知の定義とは異なるものといえる。これに対して判決は、本件「変更解約告知」は整理解雇と同様の機能を有することから整理解雇法理の適用対象になるという判断をした。しかし、問題なのはその前提として、変更解約告知を「労働契約を解約（解雇）するとともに新たな労働条件での雇用契約の締結（再雇用）を募集すること」と定義してこれが許される場合があるとする点である。この理解によれば、再雇用の「応募」をすれば適法な措置として許されることになり、再雇用の「申込」ではない点で雇用継続が前提とはならない。このように継続雇用という要素を欠く定義は従来の理解とは異なるものであり、これを変更解約告知と定義することはできないのではないだろうか⁸。

他方、福島県福祉事業協会事件⁹においても変更解約告知が問題となったが、関西金属工業事件判決とは異なる理解がされている。事案は次のようなものである。原告らは、被告授産施設に給食部門の正規職員として勤務していたが、人件費削減を理由に一度退職をしてもらい、その後は臨時職員として再雇用する旨の通知を受けた。原告らは、退職届や意思確認書を提出しなかったが、その後、求人妨害や違法な組合活動を行ったなどとして諭旨解雇されたため、同解雇は無効であると主張して、雇用契約上の地位にあることの確認等を求めて訴えを提起した。被告は、本件解雇は変更解約告知であるとして、諭旨解雇の手続を執る必要がないとか、整理解雇の4要件に依拠しつつも単純な解雇とは異なることに触れて解雇には正当性があると主張した。これに対して判決は、これを変更解約告知と主張

8 本件のようなケースも人員削減と労働条件変更を同時に達成しようとする変更解約告知であるとする見解もある（菅野和夫『労働法 [第9版]』（有斐閣、2010年）497頁）。

9 福島地判平成 22.6.29 労判 1013 号 54 頁。

するならば、原告の再雇用が前提となるべきところ、被告が行った論旨解雇には再雇用の意思はなかったとして変更解約告知ではないと判断している。本判決では、変更解約告知を雇用継続が前提となるものと理解されている。

このように、最近の裁判例を見ると、変更解約告知の概念を認めその適用の可能性も認めようとしていることがわかる。しかし、変更解約告知の定義についての統一的な理解がなされておらず、それゆえ、これをどのような場面でどのように利用するのかも明らかにはならない。以下でとりあげる有期契約への移行を目的とした変更解約告知の可否などの問題を論じるに際しても、まずは変更解約告知の定義を明らかにする必要がある。

(2) 無期雇用から有期雇用への移行

有期契約と変更解約告知との関係が問題となるものとして、まず、無期契約から有期契約への移行を目的とした変更解約告知の可否があげられる。前掲スカンジナビア航空事件は、使用者が早期退職と変更された労働条件のもとでの再雇用を提案し、これを拒否した労働者を解雇したというものである。このなかで使用者が労働者に申し入れた労働条件変更には、賃金制度や労働時間の変更とともに雇用期間を1年間とするという内容が含まれていた。裁判所は、これを変更解約告知の問題として捉え、その有効性を認める判断をしている。しかし、裁判所は、雇用が継続されない有期雇用への移行という変更がなぜ有効であるといえるのかについては触れていない。また、このような内容の変更解約告知を認めることができるのかも明らかにしていない。このことに対して、期間設定は従前の雇用契約を維持するためのものではないものであり、そもそも変更解約告知において許されるかどうかを検討すべきであったとの批判もある¹⁰。

10 米津孝司「外国航空会社におけるリストラクチャリングと変更解約告知」法

無期雇用から有期雇用へという雇用形態の変更を行うには、労働者の個別同意が必要であり、同意が得られない場合には雇用を継続できないこともある。このような場合に、使用者は従来の無期契約の解約告知とともに有期契約での継続雇用を申し込むという手法をとることもあろう。スカンジナビア航空事件のほか、前掲福島県福祉事業協会事件でも、正規職員から臨時職員（同一職場で3年以上は勤められない）への変更が申し込まれている。このような無期雇用から有期雇用への移行を伴う解約告知は変更解約告知として扱うべきなのか、もしこれを認めるとしてその判断基準はいかなるものとなるのかについては検討を要する。

(3) 有期契約更新時の不更新条項の挿入

有期契約が長期にわたり反復更新されてきた労働者に対して、契約更新時に、今回の契約期間満了をもって労働契約を終了し、その後は契約を更新しないという不更新条項を付した契約条件を申し込み、これに同意しないことを理由に更新を拒否するというケースがある¹¹。このようなケースも、雇止めと労働条件変更とが結びついており変更解約告知に類似する。ところがこの場合、労働者が不更新条項を付した契約条件に同意すると契約は更新されるが、期限が到来すれば契約は終了する¹²。これは前述の無期雇用から有期雇用への移行のケースと同様、雇用継続のためのものとは

時 68 卷 1 号 (1996 年) 86 頁, 藤川久昭「変更解約告知及び整理解雇の有効性
スカンジナビア航空事件」ジュリスト臨時増刊平成 7 年度重要判例解説 (1996
年) 190 頁。

11 明石書店事件 (東京地判平成 21.12.21 労判 1006 号 65 頁)。

12 近畿コカ・コーラボトリング事件 (大阪地判平成 17.1.13 労判 893 号 150 頁)
では、労働者が契約更新時に追加された不更新条項に異議を述べなかったため、
期間満了により契約を終了させる旨の合意が成立しており、期間満了をもって契
約は終了したと判断された。

いいがたく、これを変更解約告知と捉えることはできないように思われる。しかし他方で、労働者が不更新条項に納得せずこれに同意しない場合には契約は更新されず、さらにそれは雇止めではなく労働者からの更新拒否による契約終了とされることもありうる。そこで、このようなケースでは、労働者に留保付承諾という選択肢を与えて、ただちに雇止めとなることを回避する必要があるようにも思われる。有期契約の更新時に不更新条項の挿入される場合について、これが変更解約告知の対象となるかどうかが問題となる。

(4) 有期契約更新時の変更申込

有期労働契約の更新時に使用者が労働条件の不利益変更を申し込み、これを拒否したことにより契約が終了するケースも変更解約告知と捉えることができる。このケースは、有期契約更新時に変更が申し込まれるという点で前述の不更新条項を挿入する場合と同様ではあるが、契約の終了ではなく労働条件変更が目的とされている。それでもこの場合も、契約の存続は望むが労働条件変更には同意できないという労働者が変更申込を拒否すれば、契約の更新を拒絶したもとして契約は終了する。

日本ヒルトンホテル事件一審判決¹³は、このようなケースについて変更解約告知という語こそ用いないものの、変更解約告知の問題として処理した。同事件では、賃金・労働時間などに関する労働条件変更に応じなかった日々雇用労働者の雇止めが争われたが、このなかで原告らは、労働条件の不利益変更について争う権利を留保しつつ、被告の示した労働条件のもとに就労することを承諾する旨の通知書を提出している。一審判決は、労働条件変更の合理性は認めつつ、変更不同意ことや留保付承諾を行ったことを理由とする雇止めは許されないとした。この判決よれば、有期契

13 東京地判平成 14.3.11 労判 825 号 13 頁。

約の更新時に労働条件変更が申し込まれた場合、労働者には契約関係を維持しつつ労働条件変更について争う可能性が開かれることになる。しかし、控訴審判決¹⁴はこれを否定し、変更内容は合理的であり、これに対する原告らの留保付承諾は変更申込の拒絶であるとして、雇止めは有効であると判断した。これは、立法上の制度がないなかで留保付承諾を認めれば相手方の地位を不安定にするとの理由からであるが、労働者が雇用を失うことと比べて使用者にはどのような不安定があるのかは不明である。とはいえ、控訴審判決では、民法 528 条（変更を加えた承諾）との整合性の問題から留保付承諾を明確に否定したものと見え¹⁵、このようなケースにおいて変更の合理性について争おうとする労働者の保護は不十分である。

その後の河合塾（非常勤講師・出講契約）事件¹⁶も、事案としては変更解約告知であるといえるが、判決はそれに沿った処理をしていない。予備校非常勤講師である原告は、契約期間 1 年の出講契約を 25 年間繰り返していたが、被告から出講コマ数を週 7 コマから 4 コマに削減（報酬も約 40% 削減）された新たな出講契約を提案された。これに対して原告は、司法の場で問題の解決を目指しつつ、週 4 コマの仕事等を行う意思がある旨を被告に通知したが、契約書を送付しなかったため、出講契約は不成立となった。原告は雇止めが無効であると主張したが、判決は、原告が出講契約書を期日までに送付しなかったことから、これを雇止めではなく原告自らの意思で契約を締結しなかったことにより契約が終了したものとした。本件では、原告が契約書を送付しなかったことを重視して契約不成立と判

14 東京高判平成 14.11.26 労判 843 号 20 頁。

15 学説においてはこれを解釈論によって認めようとするものがある（土田道夫『労務指揮権の現代的展開』（信山社、1999 年）416 頁、荒木・前掲注（2）301 頁）。また、大内・前掲注（2）は、留保付承諾制度は不要であるとする。

16 最判平成 22.4.27 労判 1009 号 5 頁。

断されているが、実際には原告が司法の場での問題解決を図りつつその間には変更後の条件で雇用を継続する旨を申し入れたのに対し、被告が契約の締結が終了かの二者択一を迫ったために原告は契約締結の拒否を選ばざるをえなかったといえる。このような場合に変更解約告知と認めて留保付承諾を承認すれば、原告の異議留保付の承諾を承諾と認め、変更労働条件のもとで雇用を継続しつつ変更内容の合理性を判断するという処理もできたのではないだろうか。ただ、本判決では、「週4コマとする出講契約を締結した上で、あるべきコマ数については裁判所その他の関係機関の判断ないし裁定を待つということは十分ありえた」として留保付承諾を認める余地も残している。しかし、本件では契約は終了したと判断されたことにより、留保付承諾の可否の問題について論じられることはなかった。

同様の事案でもドコモ・サービス（雇止め）事件¹⁷はこれとは異なる判断をしている。同事件は、期間1年の雇用契約を締結し、これを5回更新されていた原告らが、被告からインセンティブ手当（業績に応じて支給される能率給）の廃止等の労働条件変更を申し込まれ、これに合意しなかったため契約期間満了により退職をしたものと扱って雇止めをされたという事案である。判決は、雇用継続の期待があったとしてこれを雇止めとして扱い解雇権濫用法理を類推適用した。その理由として、原告らは雇用継続の期待を放棄したわけではないのだから、仮にこれを使用者による一方的な雇止めではないとして解雇権濫用法理の類推適用がないとすれば、労働条件変更がいかに不合理なものであっても、これに合意しなければ雇止めを受ける危険を負わざるをえないことになり明らかに不当であるとする。そして、インセンティブ手当の廃止は原告らに賃金減額という重大な不利益をもたらすものであり、労働者がこれに同意しなかったことを理由とする雇止めは認められないと判断した。その結果、従来の契約が更新される

17 東京地判平成 22.3.30 労判 1010 号 57 頁。

ことになったが、このような判決の処理は、契約更新時の労働条件不利益変更の申込と労働者がこれを拒否したことを理由とした契約の不更新という本件事案に十分に対応していない。使用者側はインセンティブ廃止について詳細に説明し廃止には必要性や合理性があったことを主張しているが、判決では変更の経緯や内容が十分に吟味されていない¹⁸。また、労働者の側も労働条件変更に不満を抱き変更を拒否したのであるから、変更内容の合理性を審査する必要がある。このように単純な雇止めではなく労働条件変更のための雇止めであることからすれば、変更解約告知の判断方法にしたがい、従来の条件での雇用継続が可能であったかどうか、また、変更された労働条件のもとでの雇用継続の可能性を考慮する必要がある。

以上のように、有期契約の更新時に労働条件変更の申込がなされるケースについて裁判例の対応はわかれている。しかし、いずれのケースでも、労働者が変更内容に納得せず変更申込を拒絶した場合には新契約の締結（契約更新）の拒否となるため、新契約の不成立として雇止めにつながりうる。そこで、労働者は、労働条件変更について争う権利を留保しつつ新労働条件のもとで就労するという異議留保付の承諾という対応をとらざるをえない。ところが、留保付承諾の制度が認められない現状においては、これは労働者が申込を拒絶したこととなり、それにより労働契約は期間満了により終了する以上、雇用は継続しない。このような場合に変更解約告知制度を認め、労働者が直ちに雇用を失うことを回避するために留保付承諾を認めることにはメリットがある。また、使用者の側からしても、労働条件が個別に定められ就業規則の変更等による変更ができない場合¹⁹の労

18 野田進「有期の委嘱契約の更新に際しての能率給を廃止する等の変更の効力ードコモ・サービス（雇止め）事件」ジュリスト1426号（2011年）196頁は、本判決は最初から解雇権濫用法理の類推適用の有無という論点にとりかかったため変更の合理性判断が不十分であり、本判決の判断方法には疑問があるとしている。

19 前掲ドコモ・サービス（雇止め）事件では、被告は、インセンティブ制度等は

有期労働契約と変更解約告知

働条件変更手段が認められることになる。そしてその司法審査の際には、使用者は労働条件を変更したうえで雇用継続を申し込んでいる点が考慮されることになる。これらのことから、有期契約更新時に労働条件の不利益変更が申し込まれるケースについても変更解約告知と捉え、労働者に留保付承諾を認め、変更申込に必要性・合理性が認められるかの審査を行うことが必要であるといえる。

(5) まとめ

ここでは、変更解約告知と有期労働契約をめぐる日本の裁判例について概観した。裁判例においては次のような問題点があるといえる。裁判例の多くが変更解約告知の概念を用いること自体は否定しないが、雇用継続を前提としないものでも変更解約告知であるとする裁判例もあり、変更解約告知とはどのようなものかという基本的な問題さえ明らかではない状況にある。そのため、どのような場合にこれを利用できるかも不明確であり、雇用継続のためのものとはいえない無期雇用から有期雇用への移行や更新条項の挿入が変更解約告知の対象となるかどうかの議論は不十分である。また、有期契約の更新時に変更が申し込まれるケースについて、裁判例においては解雇の問題として解雇権濫用法理などの既存の法理を用いて問題解決が図られるが、この場合には労働者を雇用の喪失から保護しつつこれを労働条件変更問題として処理することが必要である。したがって、留保付承諾を認め、変更解約告知の審査基準によって有効性の判断をするほうが適切であるとはいえないだろうか。

以上のことから、有期労働契約と変更解約告知との問題を明らかにすることは、変更解約告知の定義や射程、留保付承諾の可否の問題、有効性の

就業規則ではなく個別の雇用契約で定められた労働条件であり、変更するには個別合意による以外なかったと主張している。

判断基準を明らかにすることにつながるといえる。

2 ドイツ法の分析——有期契約への移行を目的とした変更解約告知

(1) ドイツの変更解約告知の目的と対象

ドイツの解雇制限法 2 条によれば、変更解約告知とは、「使用者が労働関係を解約するとともに、労働者に対し当該解雇に関連して新たな労働条件による労働関係の継続を申し込む」ことをいう²⁰。その形態としては、無条件解雇の言い渡しとともに変更された条件のもとで労働関係を継続するという申込がなされるもののほか、労働者が提案された労働条件の変更を拒絶することを停止条件として使用者が解雇を行うものも認められる。

上記解雇制限法 2 条の規定からすれば、変更解約告知の目的は、変更された条件での雇用継続にある。さらに同条は、「労働者は、労働条件の変更が社会的に正当でないとの留保をして、その申込を受け入れることができる」として、労働者に申込の承諾と拒否のほかに留保付承諾という対応方法を認めている。これにより、変更解約告知に納得しない労働者は、変更の正当性について裁判所で争いつつ雇用を継続することができる。このことから、解雇制限法 2 条の目的は、労働者を労働条件の一方的変更から保護する「契約内容保護」にあると解される²¹。さらに、「解雇回避」という目的をももつとされる²²。最後の手段原則 (Ultima-Ratio-Prinzip) と

20 ドイツの変更解約告知制度の詳細については、拙稿「ドイツにおける変更解約告知の法理 (一) ~ (四・完)」名古屋大学法政論集 209 号・214 号・215 号・219 号 (2005~2007 年) を参照されたい。

21 Rost, § 2 KSchG Rn. 7 in: Becker/ Etzel/ Fischermeier/ Friedrich/ Lipke/ Pfeiffer/ Rost/ Spilger/ Weigend/ Wolff, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften (9 Aufl., 2009).

22 Preis, Rn. 1287, in: Stahlhacke/ Preis/ Vossen, Kündigung und

の関係において、たとえば従来のポストの廃止等により解雇の対象とならうる労働者に対し、使用者は、継続雇用の可能性がある場合には解雇を回避するために別の条件での雇用継続を申し込まなければならず、この場合に解雇に優先する措置として変更解約告知が用いられる²³。以上のことから、解雇制限法2条の目的は、解雇を回避して他の条件で雇用継続をすること、そして提案された条件が労働者に正当に受け入れられるものであることを保障することにある。

では、ドイツの個別的労働条件変更システムにおいて変更解約告知はどのように位置づけられているのか。まず、契約上の合意の範囲内で労働内容や範囲等を決定・変更するには労務指揮権が用いられる。そして、労務指揮権では一方的に決定・変更できない労働条件については労使の合意により変更権限をあらかじめ留保することもできる。しかし、労務指揮権および撤回留保は、賃金、労働時間、職務内容といった、それを変更すれば契約全体の変更となるような「労働関係の核心領域」を侵害する変更である場合には認められない。そこで、変更の留保がない、あるいは労働関係の核心領域にあたる労働条件については、合意による変更、すなわち変更契約（日本法でいう更改契約）によることになる。しかし、この場合、労働者の個別合意を得られないかぎり変更はできない。このように、労務指揮権が行使できず、変更権の留保もなく、労働関係の核心領域にあたる労働条件であり、労働者の個別合意も得られない、という場合に変更解約告知は用いられる。

Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl., 2010.

23 判例は、経営上の理由により終了解雇を回避するための変更解約告知は常に許容されるとする (BAG Urt. v. 29. 11. 2007, NZA 2008, S. 523)。

(2) 有期雇用への移行を内容とする変更解約告知

以上のようにドイツの変更解約告知は個別的労働条件変更手段としての機能を有する。実際に変更解約告知がどのような場合に用いられるかという点、ドイツの裁判例を見てみると、主に賃金の減額、労働時間・職務内容の変更の際であることがわかる。それでは、労働契約の期間はその対象になるだろうか。これについてドイツでは、変更解約告知によって期間の定めのない労働契約を期間の定めのある労働契約に変更することは認められるか、という問題として議論されている。無期契約から有期契約への変更は、契約そのものの変更である。そのため、使用者がこれを一方的に行うことはできず、労働者の個別同意が必要となるが、同意が得られない場合には変更解約告知によってこれを行うほかない。しかし、有期雇用は契約期間の満了により雇用関係が終了するのであり、有期雇用への移行を目的とする変更解約告知は前述の雇用継続という解雇制限法2条の目的に合致しない。そこで、このような雇用終了をもたらす有期契約への変更を目的とした変更解約告知が認められるかどうかについては判例・学説において争いがある。

(3) 判例の変遷

この問題については2つの連邦労働裁判所（Bundesarbeitsgericht、以下、「BAG」）の判決があるが、有期雇用への移行を目的とする変更解約告知を認めるものと認めないものとわかれている。そこで、以下ではこの2つの判例について分析する。

BAG1984年5月17日判決²⁴

BAG ははじめ、有期雇用への移行を目的とする変更解約告知を認めな

24 BAG Urt. v. 17. 5. 1984 (AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte

かった。

原告は、被告である州にある学校で1年の期間を定めた契約により雇用され、1973年から約8年間勤務した。原告の賃金は契約で定められた労働時間に応じて支払われていた。原告は教員免許を持っていなかったが、教員不足のため臨時教員として雇い入れられた。ところが、資格をもった教員が採用されることになったため、1981年7月23日、学校長は原告に対し、同年7月31日以降は雇用の可能性はないことを告げた。そして被告州は、原告を病休教員の代替として1982年1月31日までの期間を定め、労働時間を週11時間から4時間に変更したうえで継続して雇用することとした。これに対し、原告は期間の定めが無効であることの確認を労働裁判所に求め、同年7月2日、原告と被告との間に期間の定めのない雇用関係があることが認められた。しかし、同年10月9日に被告は原告に対し、同年11月30日付で解雇するとともに、1982年1月31日までの期間を定めて代理教員としての雇用を申し込んだ。そこで原告は、解雇は社会的に不当であり、従来の契約で雇用が継続するとして訴訟を提起した。

BAGは、本件解雇を社会的に不当であるとした。そして、判決のなかで、本件は変更解約告知の対象にはならないことが示された。BAGは、被告による1981年10月9日の解約告知は、期間の定めのある契約の締結の申込みと結びついた終了解雇（Beendigungskündigung）であるとする。その理由を次のように述べる。「解雇制限法2条によれば、変更解約告知は変更された条件のもとで期間を定めることなく労働関係を存続することが前提とされる。……これに対して、本件のように、解約告知の際に労働条件を変更しつつ期間を定めた継続雇用を申し込むような場合、そのような労働条件変更は変更制限訴訟の対象にはなりえない。なぜなら、期間の定めはBAGの判例法理に基づきその理由に客観的な正当性があるか

Kündigung).

どうかの判断が必要だからである」。つまり、BAG は、期間の定めのある契約の申込みは、その期間が満了すれば契約の終了に至ることから、無期契約から有期契約への移行を目的とした解雇を終了解雇と捉える。そして、この場合には終了解雇の正当性と期間設定の正当事由の 2 つがなければならぬとして、厳しい判断基準を示した。

しかし、このような BAG の見解に対しては、期間設定も労働条件に含まれるのであるから有期契約への移行を目的とする変更解約告知も認めるべきである²⁵とか、変更解約告知として扱わないことにより 1969 年の解雇制限法 2 条の創設前と同じ状態まで労働者保護を弱めた²⁶、として学説から批判を受けた。そしてその後、この BAG の判例は変更されることになる。

BAG1996 年 4 月 25 日判決²⁷

この判決において、BAG の判例は有期雇用への移行を目的とする変更解約告知を認める立場へと変わった。

原告は、1981 年から被告の研究所でアジア・アフリカ学専門の助手として就労していた。ところが、研究所内で構造改革が行われ学問領域が整理されたことにより原告の専門領域が失われた。そのため、被告は原告を 1994 年 11 月 30 日付で解雇するとともに 1996 年 12 月 31 日までの期間を定めた契約での雇用継続を申し込んだ。これに対して原告は、労働条件変更が社会的に正当であるという留保を付して承諾をし、訴訟を提起した。

BAG は、原告の無期雇用でのポストはもはや存在しないので、原告は有期雇用を受け入れるしかないとして変更の正当性は認めたと、公務員代

25 Gerrick v. Hoyningen- Huene, Anmerkung zum BAG Urt. v. 17. 5. 1984.

26 Plander, Änderungskündigungen zwecks Umwandlung unbefristeter in befristete Arbeitsverhältnisse, NZA 1993, S. 1057.

27 BAG Urt. v. 25. 4. 1996 (BAGE Bd. 83, S. 82).

表委員会 (Personalrat) の関与の手續に問題があったとして事件を州労働裁判所に差し戻した。判決のなかでは、まず、前掲 BAG1984 年判決が有期雇用への移行を申し込むことは変更解約告知として認められないと判断したことに対して、解雇制限法 2 条の文言にそのような制約はないと批判した。そのうえで、「解雇制限法 2 条は、……契約内容保護を目的とする。期間を定めることも定めないことも労働契約の内容である。解雇制限法 2 条の留付承諾の可能性がない場合には解約告知によってただちに解雇の期限がきて労働契約の存続は危険にさらされる。これに対して、留付承諾があれば契約に期間を定めるという変更申込が行われた場合でも労働契約の存続が保障される」として、有期契約への移行を申し込む場合も解雇制限法 2 条の適用を認めて変更解約告知の対象とすることを明らかにした。ただし、従来の無期契約では雇用を継続できないほどの緊急の必要性があること、期間設定に合理的理由があること等が条件とされている。そして、本件においては、原告の無期雇用でのポストはもはや存在せず、被告が他の空いている有期雇用のポストでの継続雇用を申し込んだことについては不当ではないとして、変更の正当性を認める判断がなされた。

本判決は、留付承諾を認めて労働者を保護するという点から解雇制限法 2 条を適用したものといえる。BAG のこの判決により、変更解約告知によって無期契約から有期契約への変更ができることが明確になった。

(4) 学説の対立

以上のように、現在の判例は、有期雇用への移行を目的とする変更解約告知を認める立場である。しかし、BAG1996 年判決に対する学説の評価はわかれ、有期雇用への移行を目的とする変更解約告知を認める見解 (肯定説) とこれを変更解約告知とは認めない見解 (否定説) との間で対立がある。

肯定説は、まず、これを変更解約告知と捉え解雇制限法 2 条を適用する

ことにより労働者に留保付承諾という選択肢が与えられることをあげる²⁸。BAG1984 判決のように変更解約告知と認めないということになれば、労働者が変更申込を拒絶すると解雇されることになる。これに対して、変更解約告知として捉えれば、留保付承諾が認められるので、労働者には雇用に継続しつつ変更の正当性を争う可能性が開かれ、ただちに解雇ということにはならない。この点で労働者の保護につながるという。次にあげられるのは、司法審査基準である。使用者は労働者に有期雇用への移行を申し込んでいるのだから、労働契約に期間を定めるという労働条件変更が社会的に正当かどうかを審査するべきであり²⁹、解雇の審査をするのではないという主張である³⁰。そのため、無期契約で雇用の可能性がなくなることが決定的であるということ、期間設定に客観的事由があること、という2つの基準によって審査されるべきとする。これに加えて、他の空いている労働ポストで雇用することによりこの変更が回避できるか、解雇制限法1条3項にいう社会的観点による人選が行なわれたか、といった一般的な解雇の要件をも考慮するものとされる³¹。このように肯定説は、有期雇用への移行の場合には使用者による雇用継続の申込があるという点から変更申込を中心として審査をすればしつとも、有期契約が契約の終了をもたらすゆえに厳格な判断が行われるべきと解している。

これに対して、否定説は、期間の定めのある契約は期間満了により労働関係の自動終了となることを強調する。使用者が有期雇用への移行を労働

28 Hoyningen-Huene, § 2 Rn. 22. in: Kündigungsschutzgesetz, 14 Aufl., 2007,

29 変更解約告知の司法審査基準は、労働者が変更申込を拒絶した場合も留保付で承諾した場合も労働条件変更が中心となるのが通説・判例である (BAG Urt. v. 7. 6. 1973 (BAGE Bd. 25, S. 213); Rost, a. a. O. (21), Rn. 89, 90.)。

30 Hoyningen-Huene, a. a. O. (28), Rn 21; Rost, a. a. O. (21), Rn. 10a.

31 Zwanziger, Rn. 161, in: Kündigungsschutzrecht, Kittner/Däubler/Zwanziger, 7 Aufl., 2008,

者に申し込むということは、使用者はその時点で当該労働者の将来の雇用を予定しておらずはじめから労働関係の終了を望んでいることになるというのである³²。そして、労働者が変更申込を拒絶した場合にのみ労働関係の終了に至ることに変更解約告知の特殊性があるのに、有期雇用への移行を目的とする変更解約告知は、常に労働関係の終了に至るのであるから、これは純然たる解雇と同じであり、ただこの場合は解約告知期間の長さが長くなるにすぎないとして、これが終了解雇と変わらないとする³³。このように有期雇用への移行が終了解雇としての性質をもつにもかかわらず、もし肯定説のように司法審査において変更申込を考慮した審査を行うと解すれば、解雇の差し迫った必要性の審査が変更解約告知の基準に置きかえられてしまい、緊急性のない解雇が容易に認められ解雇制限の意義が失われてしまう³⁴、として司法審査基準の点からも批判を加える。そして、解雇制限法2条の意義は、雇用を喪失することのない労働条件変更にあるため、その正当性の判断に際しては変更の社会的正当性を考慮することになるが、有期労働契約への変更の場合は労働関係が終了するため同法2条の意義から離れることになるから、同法2条を適用しても労働者を解雇から十分に保護できるとはいえないとして、解雇制限法1条2項および3項の解雇の審査基準によって労働者を保護するべきであると主張する³⁵。このようにして否定説は、契約に期間を定めることによって労働関係の終了が問題となるのであるから、労働関係の存続を目的とする解雇制限法2条は適用されるべきでないとする。

32 Preis, a. a. O. (22) S. 1292 ; Oetcker, § 430 KSchG § 2 Rn. 50 in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Thomas Dieterich, Peter Hanau, Günter Schaub, 12. Aufl.. 2012.

33 Wallner, Die Änderungskündigung, 2005, Rn. 111 (S. 46).

34 Preis, a. a. O. (22) Rn. 1292.

35 Wallner, a. a. O. (33), Rn. 112.

以上のように、有期雇用への移行を目的とした変更解約告知の可否に関する学説の議論は、労働者を解雇から保護するという点では共通するが、これを労働条件変更と捉えるのか、それとも解雇と捉えるのか、という点では大きく異なる。これにより次のような違いが生じる。すなわち、これを変更解約告知として解雇制限法2条の適用を認めることにより留保付承諾という選択肢を与えて直ちに解雇となることから労働者を保護するのか、それとも、解雇として扱うことにより社会的正当性の審査を解雇と同様の厳格な基準のもとで行って労働者を保護するのかということである。そこで、以下では、留保付承諾と司法審査基準という点を中心に、有期契約への移行を内容とする変更解約告知の可否について検討する。

(5) 検討

まず、無期雇用から有期雇用への移行を伴う解約告知の性質をどのように捉えるかということである。有期労働契約への移行を申し込むということはその時点で契約終了の期限を定めることを意味し、期限の到来により契約は自動的に終了することからすれば、これは解雇としての性格をもつといわざるをえない。それゆえ、これを解雇として捉え、解雇制限法1条の解雇の審査基準にしたがってその正当性を判断するべきであるといえる。

とはいえ、これを解雇であると捉えた場合には解雇制限法2条の適用がないため、有期雇用への移行の申込みとともに解約告知をされた労働者は、これを承諾するか拒否して解雇されるかという2つの選択肢しかないことになる。したがって、この変更にならざる労働者は、いったん解雇されたうえで訴訟においてその正当性を争わざるをえず、大きな負担となる。この点においては、肯定説が主張するように、解雇制限法2条を適用して留保付承諾を認めるほうが、有期雇用になるとはいえただちに解雇には至らないため雇用継続のメリットがある。また、BAG1996年判決の事案のように、労働者が専門としていた領域がなくなり、当該労働者にとって他に

有期労働契約と変更解約告知

異動可能な無期雇用での適切なポストもないということになれば、使用者は労働者を解雇せざるをえない状況となる。このような場面で解雇を回避して有期契約ではあるが雇用継続を申し込むことについては、解雇制限法2条の雇用継続や解雇回避という目的に一応は合致し、正当性はあるようにも思われる。また、比例原則という点からも、解雇の前に有期雇用への変更を申し込むべきということになる。

しかし、そもそも無期契約で雇用されていた労働者に対して有期契約を申し込むということは、たとえ留保付承諾が認められたとしても期限が到来すれば契約は終了するのだから、労働者の十分な保護にはならない。労働者が留保付承諾をした場合、解雇制限法4条に基づき「労働条件の変更が社会的に不当であることの確認」を求めて訴訟が提起されるが、そこでは変更申込を中心とした審査が行われる。このとき、裁判所が労働条件変更を正当と認めれば、労働者の労働契約は期間の定めのあるものに変更され、その後、期限の到来によって終了する。つまり、労働者が留保付承諾をしたことによって解雇の審査を経ずに解雇に至るということである。これは、厳格な解雇の審査を回避しつつ契約を終了させることを認めることを意味する。これでは雇用を継続しつつ労働条件を変更するという解雇制限法2条の趣旨や変更解約告知の目的に反することになり適切とはいえない。

ただ、BAG1996年判決やそれを支持する見解（肯定説）においても、このような変更解約告知は有期雇用への移行という労働者にとって重大な不利益をもたらすものであるため、非常に厳しい要件が設けられている。すなわち、変更解約告知の社会的正当性の審査に加え、パートタイム・有期労働契約法14条により期間設定に正当事由があることが求められる³⁶。

36 ドイツでは2001年にパートタイム・有期労働法が施行され、その14条1項において、有期労働契約は正当事由がある場合にのみ許容されると定められている。

このような制限が法律上設けられているのは、有期契約の締結が解雇制限法の潜脱につながりうるからである³⁷。こうした厳格な基準があるためか、BAG1996年判決以降、有期雇用への移行を目的とした変更解約告知について争われた裁判例はほとんどない。このような変更解約告知が実際に行われることも、その正当性が認められることもほとんどないということである。肯定説も非常に限定的にしか有期雇用への移行を認めないのであるから、否定説とそれほど変わらないといえる。そうなると、解雇制限法2条を適用して留保付承諾を認めるという点においては、有期雇用への移行を目的とした変更解約告知を認めることのメリットが大きいといえるかもしれない。

4 有期労働契約と変更解約告知

以上のドイツ法の分析から、日本にもいくつかの示唆が得られる。ドイツでは、変更解約告知を労働条件変更手段と捉え雇用継続という点を重視しており、それが変更解約告知制度全体に影響している。有期雇用への移行のケースにおいても、BAGの判例においてこれが反映されているといえる。このことを念頭におきながら、日本における変更解約告知のあり方

そして、期間設定の正当事由として次の8項目が列挙されている。一時的な労働力需要に対応する場合、職業訓練または大学の終了後に引き続き雇用する場合、他の労働者の代替が必要な場合、労務給付の性質上期間設定が認められる場合、試用目的の場合、労働者自身の理由から期間設定が正当化される場合、予算に基づいて期間が定められる場合、期間設定が裁判上の和解に基づく場合、である。また、14条2項は、有期契約の締結は2年以内であれば認められ、この期間内に更新が3回可能であると定める。

37 Müller-Glöge § 605 TzBfG § 14 Rn. 1 in :Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Thomas Dieterich, Peter Hanau, Günter Schaub, 12. Aufl., 2012.

や有期労働契約との関係について検討する。

(1) 変更解約告知の概念

ドイツ法を参考にすれば、変更解約告知は、他の労働条件変更手段によっては労働条件変更ができず、変更に対する労働者からの同意も得られず、労働契約を解約するしかないという場合に、雇用を継続しつつ労働条件を変更する手段ということになる。このように労働条件変更を目的とするものであるから、雇用継続が保障されなければ変更解約告知ではないということになる。このことからすれば、前掲関西金属工業事件のように、労働者が雇用継続を望み変更を承諾しても再雇用されるとは限らないようなものは、変更解約告知の意義に反する。このような措置は整理解雇にはかならないのであり、解雇権濫用法理のもとで判断されるべき事案である。

労働条件変更を目的とする変更解約告知にとっては、変更の正当性を争おうとする労働者の雇用を継続させるために留保付承諾制度が必要不可欠である。ドイツでは、無期契約から有期契約への移行という最終的には契約の終了に至るような変更申請がなされる場合でも、留保付承諾を認めようとするために解雇制限法2条を適用するのが判例の立場である。これについては変更解約告知の目的に適合しないものといえ異論のあるところでもあるが、いずれにしてもドイツでは留保付承諾が変更解約告知の大前提とされていることがわかる。したがって、わが国のこれまでの裁判例において「変更解約告知」と呼ばれてきたもののほとんどは、真の意味での変更解約告知とはいえないかもしれない。わが国で変更解約告知を採用するのであれば、留保付承諾制度を認める必要がある。

(2) 変更解約告知の射程と限界

無期雇用から有期契約への移行

上記のような定義からすれば、前掲スカンジナビア航空事件のように無

期雇用の労働者に有期雇用への移行とともに解約告知をするような場合に、変更解約告知を適用できるといえるか。

ドイツの判例では、労働契約に期間を定めるかどうかも労働契約の内容であるから、変更解約告知の対象となるとされている。たしかに、期間の定め有無は労働契約の重要な部分であるから、その変更は契約そのものの変更を意味し、使用者がこれを一方的に変更することはできず労働者の個別的同意が必要となるが、変更解約告知はこのように同意が得られない場合の労働条件変更手段となりうる。とはいえ、有期雇用への移行という労働条件変更は労働者の地位を大きく変えるものであるし、解雇か有期雇用かの選択が迫られるということは、いずれを選択しても雇用終了に至ることを意味し、労働者にとって過酷なものである。このような労働条件の変更手段を使用者に認めてもよいのだろうか。

この点、ドイツの判例の立場のように、変更解約告知と捉え留保付承諾を認めて、ただちに解雇されることから労働者を保護する必要があるとも考えられる。しかし、労働者が留保付承諾をして裁判所で定期契約への変更について争っても変更の正当性が認められれば、契約は期間の定められたものとなり、期限が到来すれば契約は終了するため雇用は継続しない。これでは留保付承諾を承認するメリットはさほどなく、雇用継続や労働条件変更という変更解約告知の目的に合致しない。それではなぜ、ドイツの判例がこれを変更解約告知と認めて留保付承諾の可能性を開こうとしたかという、厳格な審査基準があるからだといえる。すなわち、有期雇用への移行を目的とする変更解約告知は契約の存続にかかわるため、変更解約告知の社会的正当性の審査に加えて期間設定の客観的事由の有無（パートタイム・有期労働契約法 14 条）も審査するという厳格な基準のもとで判断をしようとする。これに対して、日本では労働契約に期間を定めることについて正当事由を求められていない。そして、有期契約は契約期間の満了とともに当然に終了する。したがって、たとえ留保付承諾を認めるとし

ても、日本では変更申込を中心とした変更解約告知の審査のみを行うことになり、その結果、有期雇用への移行という労働条件変更に正当性が認められれば、労働者の契約は期限の到来により自動的に終了する。さらに、留保付承諾制度が認められない現状においては、使用者から有期雇用への移行か解雇かを迫られた場合に、雇用継続を望む労働者は有期雇用への移行の申込に同意するしかないが、同意をしても期限到来により契約は終了する。このように、無期雇用から有期雇用への移行を目的とした変更解約告知は、使用者が解雇法理を容易に回避できる手段となりうるものであり³⁸、認められるべきではない。したがって、このような有期雇用への移行の申込は解雇法理の潜脱であり、公序良俗違反で無効となるというべきである。

以上のことから、前掲スカンジナビア航空事件のように無期雇用から有期雇用への移行を伴う解約告知は変更解約告知として扱うことはできず、解雇制限を潜脱するものとして、無効とすべきであったといえる。

有期契約更新時の不更新条項の挿入

これと同じことは、有期契約が反復更新されてきた労働者に対し契約更新時に不更新条項を挿入するケースにもいえる。この場合も、雇用を継続しつつ労働条件を変更するという変更解約告知の目的に合致しない。なぜなら、不更新条項に同意をしても期間満了で契約は終了するし、留保付承諾をしても必ずしも雇用は継続しないからである。しかも、労働者が留保付承諾をした場合、変更申込を中心とした審査が行われることとなり、それによって変更の正当性が認められるようなことになれば、容易に契約終了を導きうることになる。このことから、反復更新されてきた有期契約の更新時に不更新条項を挿入することも、解雇法理を潜脱するものであり、

38 米津・前掲注(10) 86頁。

公序良俗違反により無効と解するべきである³⁹。

有期契約の更新時における契約内容変更の申込

以上の場合とは異なり、反復更新されてきた有期契約の更新時に労働条件変更が申し込まれるケースは、労働者が変更申込に同意をすれば雇用は継続するため、労働条件変更が目的とされているといえる。しかし、契約内容に不満があるとして労働者が申込みを拒否した場合、契約は終了する。しかも、これは合意による契約の不成立として雇止めとは評価されず解雇法理が適用されないことがある（前掲河合塾（非常勤講師・出講契約）事件）。それゆえ、雇用継続を望む労働者は異議留保付の承諾をせざるをえなくなるが、これを認める裁判例はほとんどない。日本では、このように労働条件変更問題を解雇と結びつけ、労働条件変更に応じない労働者を解雇するケースが現実にあるにもかかわらず、これに対応する手段がない。そこで、留保付承諾を認めてただちに雇止めとなるのを回避して労働者の保護を図ることがとりわけ重要となる。変更解約告知として扱えば、労働者に留保付承諾の途を開くというメリットが認められる⁴⁰。

しかし、ドイツのような立法がない日本では留保付承諾を承諾と認めることができるかどうか議論となっており、日本の学説においては解釈論によってこれを認めようとする見解がある⁴¹。ドイツでも1969年の解雇制

39 西谷敏『労働法』（日本評論社、2008年）440頁、根本到「労働契約による労働条件の決定と変更」西谷敏、根本到編『労働契約と法』（旬報社、2011年）132頁。

40 ドイツの裁判例のなかに、契約更新時に労働条件変更を申し込むケースを見出すことはできなかったが、BAGの判例は無期雇用から有期雇用への移行でさえも解雇制限法2条を適用して留保付承諾を認めようというのであるから、この場合も変更解約告知の対象となるであろう。

41 土田・前掲注（15）416頁、荒木・前掲注（2）301頁。

限法改正によって変更解約告知制度が導入される以前は、信義則を根拠として使用者の応諾義務を主張する説が有力に唱えられた。しかし、最終的には解雇制限法2条の創設という立法による解決がなされた。ドイツの立法後の議論を見ても、解雇制限法2条の規定が留保付承諾を承諾とみなし、日本民法528条にあたるドイツ民法150条2項を排斥していると解されている。このことから、日本においても、民法528条が存在する以上、完全な承諾とはいえない留保付承諾を承諾とみなす解釈論により留保付承諾を認めることは困難といわざるをえない。そこで、ドイツのように民法528条の例外規定として、労働者は裁判で労働条件変更に合理性がないことが確認されることを条件に申込を承諾することができる旨の規定を設け、留保付承諾をしたことを理由に解雇をすることは許されないということを明らかにすべきである。

こうして変更解約告知として扱うことになると、その正当性の判断基準は変更申込を考慮したものとなる。前掲ドコモ・サービス（雇止め）事件判決では、雇止めとしての処理が行われたため、労働条件変更の必要性・相当性の判断は重視されなかったが、使用者はインセンティブ手当の廃止という労働条件変更を申し込んでいるのであるから、この点を中心とした判断が必要であっただろう。すなわち、インセンティブ手当を廃止せず従来の労働条件のままでは雇用を維持できないかどうかということ、手当の廃止という労働条件変更が合理的であるかどうかということの審査がなされるべきである。ただし、仮に変更の合理性が認められても、さらにそれを解雇の要素を含む変更解約告知という手段によって行うことが適切かどうかを審査する必要がある。つまり、使用者は変更解約告知回避義務を尽くしているかという点が問題となる。ドイツでは、変更解約告知は他の労働条件変更手段では変更できない場合に用いられるものであり、さらに、これを用いる場合には最後の手段原則が適用される。すなわち、ドイツでは、BAG1996年判決の事案のように、労働者の専門領域がなくなり、他に

適切な異動可能な無期雇用でのポストもなく、労働契約を解約せざるをえないような場合に用いられている。このような、いわば変更解約告知回避義務ともいえるものが重要になると思われる。日本では、たとえば、就業規則の変更によって対応できる場合にはそれをまず行わなければならないということになる。有期契約の更新時の変更解約告知の場合も、労働契約を継続しながら契約内容については変更を申し込むという方法等を使用者はとることができなかったかという点が問題となる。また、最近では、解雇が関係しない場合でも裁判所で変更の正当性が承認されることを条件として承諾することを認める条件付合意も提案されている⁴²。解雇を要素としない変更手段としてこれを変更解約告知とともに用いることには意義があろう。こうして、まずは解雇をとまなわない変更手段を用いたり、十分な協議をしたりしたうえで、それでも合意が得られない場合の対応として変更解約告知が用いられるべきである⁴³。

5 おわりに

本稿は、無期契約から有期契約への移行を伴う解約告知や有期契約更新時の労働条件変更の申込などのケースについて、これを変更解約告知として扱うべきかという問題に対して、日本の裁判例の対応を分析するとともに、ドイツ法を参考に検討を行った。そして、ここから、日本における変更解約告知の意義や射程について考察した。

わが国で上記のような事案が争われた裁判例においては、変更解約告知の法理を十分に理解しないままその概念を認め、適用しようとするものも

42 根本・前掲注(39) 138頁以下。

43 「今後の労働法制の在り方に関する研究会報告書」(2005年9月15日) 34頁以下。

有期労働契約と変更解約告知

あった。また、労働者が変更内容に納得せず変更を拒否した（あるいは留保付承諾をした）場合には契約が終了してしまうということに対応できておらず、その正当性の判断基準についても問題の本質を十分に考慮したものとはなっていない。これに対して、ドイツでは、雇用を継続しつつ労働条件を変更する手段であることが明らかである。そして、無期契約から有期契約への移行を伴う解約告知の場合も留保付承諾を可能とするためにこれを変更解約告知として扱い、そのうえで変更解約告知の審査に加え期間設定の合理性審査を加えた厳格な要件によりこれを規制していることがわかる。

このことから、まず、日本では、変更解約告知は雇用を継続しつつ労働条件を変更するための個別的労働条件変更手段と解するべきである。しかし、無期契約から有期契約への移行を目的とする変更解約告知は解雇法理の潜脱を意味するものであり認められず、有期契約更新時の不更新条項の挿入についても同様に認められないといえる。これに対して、有期契約の更新時に労働条件変更が申し込まれるケースについては、変更解約告知として扱い、労働者に留保付承諾を認めるべきである。そしてこの場合には、使用者は雇用継続のために労働条件変更を申し込んでいるのであるからその必要性・正当性を考慮した審査を行うことになるが、解雇の要素も含むことから厳格な基準となるといえるべきである。

2012年8月10日に改正労働契約法が公布され、有期労働契約に関する新たな規定が加わった。その18条⁴⁴において、有期労働契約が通算5年

44 改正労働契約法 18 条 1 項

同一の使用者ととの間で締結された2以上の有期労働契約（契約期間の始期の到来前のものを除く。以下この条において同じ。）の契約期間を通算した期間（次項において「通算契約期間」という。）が5年を超える労働者が、当該使用者に対し、現に締結している有期労働契約の契約期間が満了する日までの間に、当該満了する日の翌日から労務が提供される期間の定めのない労働契約の締結の申込みを

を超えて反復更新された場合、労働者が申込をすれば従前と同一の労働条件で無期労働契約に転換させる制度が導入された。この規定によれば、5年以内の反復更新は認められることになるが、5年という期間の上限はドイツの2年に比べて長く、その間の更新の際に労働条件の不利益変更が申し込まれたり、不更新条項が挿入されたりするようなことも起こりうるだろう。他方で、有期労働契約の締結については、合理的理由（一時的・臨時的に雇用すべき理由）がある場合に限定するといういわゆる入口規制の導入は見送られた。このように期間設定に特段の事由を必要としない現状では、使用者が無期契約から有期契約への移行や不更新条項の挿入により解雇制限を容易に免れようとすることはありうる。こうした法改正や現状をふまえて、有期労働契約の労働条件変更問題にいかに対応するかが今後の課題となるであろう。

したときは、使用者は当該申込みを承諾したものとみなす。この場合において、当該申込みに係る期間の定めのない労働契約の内容である労働条件は、現に締結している有期労働契約の内容である労働条件（契約期間を除く。）と同一の労働条件（当該労働条件（契約期間を除く。）について別段の定めがある部分を除く。）とする。