

I 労働契約

1 募集活動

使用者と労働者との出会いは、募集を通して始まります。

使用者による募集活動は、新聞、雑誌、就職情報誌、チラシ、インターネットのホームページなどさまざまな媒体を利用して行われています。

また、このように労働者を直接募集する方法ではなく、職業紹介制度が活用されることも少なくありません。職業紹介には、国の機関である公共職業安定所（ハローワーク）が行う無料職業紹介（職業安定法（職安法）8条、26～27条）のほか、学校等が行う無料職業紹介（職安法33条の2）、民間の業者が行う有料職業紹介（職安法30条）などがあります。

このうち、民間の有料職業紹介は、対象業務の規制緩和がなされたこともあり、最近では、これを活用する使用者が増えてきています。

2 募集・採用にあたって注意すべきこと

募集から採用にいたる過程で、使用者は、職業安定法その他の法律が求める以下のような法的要件を守らなければなりません。

【労働条件の明示】

使用者は、労働者の募集にあたって、求職者に対して、次の労働条件を明示しなければなりません（職安法5条の3、職安則4条の2）。

- ① 労働者が従事すべき業務の内容に関する事項
- ② 労働契約の期間に関する事項
- ③ 就業の場所に関する事項
- ④ 始業及び終業の時刻、所定労働時間を超える労働の有無、休憩時間、休日に関する事項
- ⑤ 賃金（臨時に支払われる賃金、賞与等を除く）の額に関する事項
- ⑥ 健康保険・厚生年金保険・労災保険・雇用保険の適用に関する事項

また、使用者は、明示する事項が虚偽、又は誇大な内容にならないようにしなければなりません（平11.11.17労告141号）。

なお、労働条件の明示は、採用の際にも使用者に求められます（労働基準法（労基法）15条）。

【求職者の個人情報の取扱い】

使用者は、労働者の募集にあたり、求職者が提供する個人情報について、業務の目的の範囲内で収集、保管、使用しなければなりません（職安法5条の4）。

特に、人種、民族、社会的身分、門地、本籍、出生地その他社会的差別の原因となる事項、思想・信条、労働組合への加入状況に関する情報を収集してはなりません（平11.11.17労告141号）。

このような労働者募集に関する職安法の求職者情報の保護は、平成17年4月から施行されている「個人情報保護法」を具体化したものと考えられます。

【募集・採用時の年齢制限禁止】

使用者は、労働者の募集・採用にあたって、原則として年齢を不問としなければなりません（雇用対策法10条）。

この年齢制限の禁止は、ハローワークに求人申込みを行うときだけでなく、民間の職業紹介事業所や新聞広告、事業主自らが募集・採用を行う際にも適用されます。

【募集・採用時の男女差別禁止】

使用者は、労働者の募集・採用にあたって、男女ともに均等な機会を提供しなければなりません（男女雇用機会均等法（均等法）5条）。例えば、臨時・パート労働者の募集を「男性のみ」、「女性のみ」としたり、求人票に「男性歓迎」、「女性向きの仕事」などと記載したりすることはできません（平10.3.13労告19号、平18.10.11労告614号）。

【障害者雇用率】

使用者は、その雇用する全従業員のうち、障害者を1.8%以上（民間企業の場合）雇用することを義務付けられています（障害者雇用促進法43条）。

使用者が雇用義務を負う障害者は、身体障害者、知的障害者ですが、精神障害者も平成18年4月より、雇用義務の対象ではありませんが、実雇用率の算定にあたって対象に含めることができるようになりました。

なお、雇用率を達成している事業主には障害者雇用調整金が支給されますが（障害者雇用促進法50条）、雇用率未達成の事業主からは、右調整金等の費用に充てるために障害者雇用納付金（不足1人月額5万円）の徴収がおこなわれます（同法53条）。

いずれも常用労働者200人（平成27年4月より100人）を超える事業が対象です。

3 労働契約の締結と原則

【労働契約の締結方法】

使用者が労働者を採用する（雇用する）ことは、法的には使用者と労働者が労働契約を締結することです。

労働契約は、労働者が使用者に使用されて労働し、使用者がこれに対して賃金を支払うことについて、労働者と使用者が合意することにより成立します（労働契約法（労契法）6条）。

そして、契約後のトラブル防止のため、労働者と使用者は、労働契約の内容（期間の定めのある労働契約に関する事項を含む）について、できる限り書面により確認するものとされています（労契法4条2項）。

なお、一定事項については、書面を交付して明示することが、労働基準法により義務づけられています（12・13ページ参照）。

【労働契約の原則】

労働契約法は、4つの労働契約の原則を定めています。

① 合意原則

労働契約は、労働者及び使用者が対等の立場における合意に基づいて締結し、又は変更すべきものです（労契法3条1項）。労働者と使用者は、法的には対等な関係にあります。

当事者が対等なら、労働契約の締結・変更も原則として「合意」によるほかはありません。もっとも、この場合も「暗黙の合意」（黙っていると合意したものとみなされる）を否定するものではありません。

② 均衡考慮の原則

労働契約は、労働者及び使用者が就業の実態に応じて、均衡を考慮しつつ締結し、又は変更すべきものです（労契法3条2項）。均衡とは、格差を否定する概念ではなく、格差を容認する概念ですが、あまりに大きな格差は均衡を欠き、信義則違反や権利濫用（労契法3条5項）として、違法（民法709条の不法行為）とされることがあります。

ちなみに、勤務時間が通常の労働者（正社員）と同じフルタイムパートは、正社員との賃金等の格差があってもパート労働法の保護を受けませんが、労契法3条2項の均衡考慮の原則に反することがあります。

③ 仕事と生活の調和の原則

労働契約は、労働者及び使用者が仕事と生活の調和にも配慮しつつ締結し、又は変更すべきものです（労契法3条3項）。いわゆるワークライフバランスの考えを労働契約に取り入れたものです。

労働契約の内容（労働条件）を決定し、変更する場合に、仕事と生活の調和原則を取り入れるよう配慮することを求められます。

④ 信義誠実・権利濫用の禁止

労働者及び使用者は、労働契約を順守するとともに、信義に従い誠実に権利を行使し、及び義務を履行しなければなりません（労契法3条4項）。

また、労働者及び使用者は、労働契約に基づく権利の行使に当たっては、それを濫用することがあってはなりません（労契法3条5項）。

4 労働契約の成立過程－採用内定と試用期間

(1) 採用内定

労働契約は、当事者の合意（申込に対する承諾）によって成立しますが、それはいつ成立するのでしょうか。

中途採用者の場合、採用は従業員の欠員補充としてなされ、採用が決まってから、ほとんど時間をおかないで勤務を始めることが多いので、契約の成立をめぐる争いはあまりありません。

これに対し、新卒者の場合は、採用が決まってから働き始めるまで長期の内定期間があることが多く、何らかの事情で内定が取り消されることもあります。この場合、内定によって既に労働契約が成立しているかどうかで、内定取消の法的処理の仕方が異なってくることから、労働契約がいつ成立するかが問題となります。

【採用内定の法的性質】

新卒者の場合、労働契約はかなり長いプロセスを経て成立します。次のページの図を参照してください。

多くの場合、最初に企業による募集があり、それに対して学生が応募して試験や面接を受けます。その後之内々定があり、10月1日頃に内定通知が出され、それからほぼ6か月の内定期間が続きます。

その間、会社からしばしば集合研修（入社前研修ないし内定訓練）が行われ、3

月末の卒業式を経て、4月初旬に入社式を行い就労を開始します。その後、数か月ほどの試用期間を経た後、本採用されることが一般的です。

通常、使用者の募集は労働契約締結に向けた「誘引」、応募者（学生）の応募又は採用試験の受験が労働契約の「申込」、採用内定通知が労働契約の「承諾」であり、これによって、労働契約が成立すると考えられています。

もっとも、内定によって労働契約が成立するといっても、通常の正社員の労働契約と同じではなく、内定当時予測できなかった事由が発生するなどした場合（卒業できなかった場合など）のために、使用者による解約権が留保され、且つ、入社予定日を就労の始期とする始期付の労働契約（解約権留保付・就労始期付労働契約）とされています（大日本印刷最判昭54.7.20）。

【内定期間中の権利義務関係】

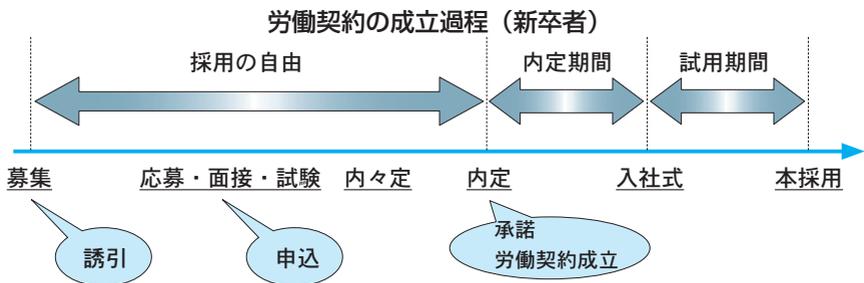
多くの企業では、内定者に入社前のレポート提出や、研修への参加を求めることがあります。労働契約の始期が到来するまでは、内定者（学生）に研修義務（労働義務）はありませんので、あくまでも使用者の要請に対する内定者の同意に基づき実施することになります。いずれにせよ、内定期間中の研修等は内定者の合意を前提にすべきです。

【採用の自由】

「採用の自由」とは、労働契約を締結するか締結しないかに関わる「使用者の自由」のことです。

もっとも、採用の自由には、既に見たように、年齢や性別による募集・採用差別の禁止や、障害者雇用率などの一定の制限があります（5ページ参照）。

なお、使用者の中には、採用の自由は内定期間中や試用期間中も認められると考えている人もいますが、これは誤りですので注意してください。



【内定取消は解雇】

採用内定までは、使用者には「採用の自由」が保障されていますが、一般的には、採用内定以降は使用者が内定を取り消すと、解雇の場合と同様に扱われるとされています。

すなわち、当該内定取消は解雇権濫用の法理の適用を受け、「客観的に合理性を欠き、社会通念上相当であると認められない場合」（労契法16条）は、その内定取消は無効となります。この場合、使用者は労働者（学生）を従業員として扱わなければなりません。

もっとも、卒業を条件とした内定の場合、学生が単位不足で卒業できなかったことを理由とする内定取消は、解雇権濫用に当たらず有効です。また、地震などの天災地変によって工場が崩壊したような場合など、内定当時に予測できなかったような、会社にとって重大な事態が発生したときにも、内定取消は有効とされます。

なお、内定者（学生）が内定を辞退することは、法的には「退職の自由」（民法627条1項）の問題ですから、道義的にはともかく、法的には特に制限はありません。

(2) 試用期間

入社式から新入社員は勤務に就きますが、多くの会社は、その後3～6か月程度を、従業員としての適格性を判断するための試用期間としているようです。

この試用期間中に、特に問題がなければ本採用しますが、従業員としての適格性を欠くときは、本採用を拒否することもあります。

もっとも、試用期間中も使用者と労働者は労働契約関係にあります（解約権留付労働解約）。そこで本採用拒否も内定取消と同様に解雇として扱われ、客観的に合理的な理由と社会通念上の相当性がなければ無効となります（労契法16条）。

5 労働契約の期間と労働条件の明示

使用者が労働者と新たに労働契約を締結する時には、労働基準法はいくつかの規制を設けています。このうち、使用者にとって重要なものは、労働契約の期間と労働条件の明示義務です。

(1) 労働契約の期間

労働契約も契約ですから、期間を定めることもできますし、定めないこともできます（契約自由の原則）。また、契約期間を定めた場合、期間経過後に再度更新することも可能です。

ただし、何度も更新をくり返して、ある時に更新を拒否する（雇止め）ときは、更新拒否を解雇として扱われることがあるので注意が必要です。労働契約の期間を定めるときは、原則として、最長3年です（労基法14条1項）。しかし、①建設工事などで一定の事業の完了に必要な期間を定めた場合には、3年を超える期間を定めることができます（労基法14条1項）。また、②新商品・新技術の開発などの高度な「専門的知識等」を持つ者及び、③満60歳以上の労働者との契約は最長5年を契約期間とすることができます（労基法14条1項1～2号）。

なお、1年を超える有期労働契約を結んだ労働者は、当該労働契約の初日から1年を経過した日以後は、使用者に申し出ることによって、契約期間の満了前であっても退職することが認められています（暫定措置）（労基法附則137条）。

(2) 労働条件の明示

使用者は、労働者を募集するときに、労働条件の明示が職安法によって義務付けられていますが、（4ページ参照）、採用（労働契約の締結）にあたっては、労基法によって労働条件の明示を義務付けられます（労基法15条）。

そして、次の事項については、必ず明示しなければならず、明示の方法は、昇給に関する事項を除き書面の交付によらなければなりません（労基則5条2・3項）。

- ① 労働契約の期間に関する事項
- ② 就業の場所、従事すべき業務
- ③ 始業及び終業の時刻、所定労働時間を超える労働の有無、休憩時間、休日、休暇、労働者を2組以上に分けて就業させる場合における就業時転換に関する事項
- ④ 賃金の決定・計算・支払い方法、賃金の締切、支払時期、昇給に関する事項

⑤ 退職に関する事項（解雇の事由を含む）

なお、書面の交付による明示は、就業規則の交付で行うこともできます。

もっとも、労働契約の期間、就業の場所、従事すべき業務、所定労働時間を超える労働時間の有無は、就業規則の絶対的記載事項（18ページ参照）ではないので、これらについて就業規則で定めていなければ、別途、書面を交付しなければなりません。

また、パートタイム労働者を採用する際には、昇給の有無・退職手当の有無・賞与の有無についても書面の交付による明示が必要になります（パートタイム労働法（パート法）6条）。

なお、労働条件が記載された書面は、特に決められた様式があるわけではありませんが、厚生労働省は、労働条件通知書として次ページのようなモデルを公表していますので参考にしてください。

賃 金	<p>1 基本賃金 イ 月 給 (円)、ロ 日 給 (円) ハ 時間給 (円)、 ニ 出来高給 (基本単価 円、保障給 円) ホ その他 (円) へ 就業規則に規定されている賃金等級等</p> <div style="border: 1px solid black; height: 20px; width: 100%; margin-top: 5px;"></div> <p>2 諸手当の額又は計算方法 イ (手当 円 /計算方法:) ロ (手当 円 /計算方法:) ハ (手当 円 /計算方法:) ニ (手当 円 /計算方法:)</p> <p>3 所定時間外、休日又は深夜労働に対して支払われる割増賃金率 イ 所定時間外 法定超 ()%、所定超 ()%、 ロ 休日 法定休日 ()%、法定外休日 ()%、 ハ 深夜 ()%</p> <p>4 賃金締切日 () - 毎月 日、() - 毎月 日 イ 賃金支払日 () - 毎月 日、() - 毎月 日</p> <p>6 賃金支払方法 ()</p> <p>7 労使協定に基づく賃金支払時の控除 (有 (), 無 ())</p> <p>8 昇 給 (有 (時期、金額等), 無 ())</p> <p>9 賞 与 (有 (時期、金額等), 無 ())</p> <p>10 退職金 (有 (時期、金額等), 無 ())</p>
退職に関する事項	<p>1 定年制 (有 (歳), 無 ())</p> <p>2 継続雇用制度 (有 (歳まで), 無 ())</p> <p>3 自己都合退職の手続 (退職する 日以上前に届け出ること)</p> <p>4 解雇の事由及び手続</p> <div style="border: 1px solid black; height: 20px; width: 100%; margin-top: 5px;"></div> <p>○詳細は、就業規則第 条～第 条、第 条～第 条</p>
そ の 他	<p>・社会保険の加入状況 (厚生年金 健康保険 厚生年金基金 その他 ())</p> <p>・雇用保険の適用 (有 (), 無 ())</p> <p>・その他 ()</p> <div style="border: 1px solid black; height: 20px; width: 100%; margin-top: 5px;"></div> <p>・具体的に適用される就業規則名 ()</p>

※「契約期間」について「期間の定めあり」とした場合に記入

更新の有無	<p>1 契約の更新の有無 [自動的に更新する・更新する場合があります・契約の更新はしない・その他 ()]</p> <p>2 契約の更新は次により判断する。 () ・契約期間満了時の業務量 ・勤務成績、態度 ・能力 ・会社の経営状況 ・従事している業務の進捗状況 ・その他 ()</p>
-------	---

※ 以上のほかは、当社就業規則による。

6 業務請負・委託と労働者派遣

使用者が、事業遂行のために労働者を必要とする場合、通常は自ら労働契約を結んで直接労働者を雇用することになります。

しかし、場合によっては業務請負や業務委託を使って外注化（アウトソーシング）を行ったり、労働者派遣を利用したりすることもあります。

(1) 業務請負・業務委託と労働契約

これは契約形式としては民法の請負（民法632条）あるいは準委任（民法656条）ないしこれらに準ずる無名契約（業務請負・業務委任契約）を使って会社の業務の一部を外注化（下請化）するものです。契約の相手方が個人の場合と会社の場合がありますが、これら個人や会社の従業員が自社の構内で自社の従業員と一緒に就業する場合は、労働法上注意すべき点があります。

【契約の相手方が個人の場合】

個人に対して業務や勤務場所・勤務時間を指示し、支払う報酬に労務の対価性（賃金性）がある場合は、自社と契約の相手方である個人の間の実質的な「使用従属関係」があるといえます。このような場合は、契約の名称が委任契約ないし請負契約となっていたとしても、それは労働契約とみなされ、したがって契約の解約は解雇とみなされるほか、労基法等の労働法規の適用を受けます。

【契約の相手方が会社の場合】

会社の従業員に対して、仕事上の指揮命令をなすことはできません。指揮命令をなすのは契約相手の会社だからです。自社で指揮命令を行えば、いわゆる「偽装請負」になります。それは、職安法によって禁止された労働者供給にあたりますし（職安法44条）、直接、使用者としての責任を問われることになりかねません。

自社で指揮命令を行うには、その労働者を直接雇用するか、労働者派遣法に基づいて派遣労働者を受け入れる必要があります。

(2) 労働者派遣

次に、労働者派遣を利用する場合です。これは、労働者派遣法（派遣法）に基づいて労働者派遣事業者（派遣元）と労働者派遣契約を結び、これによって労働者の派遣を受けるものです。

労働者派遣は港湾運送、建設、警備などのごく一部の業務を除いて可能となっています（派遣法4条）。この場合、派遣労働者の労働契約は派遣元会社とのみ成立し（派遣法2条1号）、派遣先と派遣労働者との間には契約関係はありません。

派遣先は、派遣労働者に対して指揮命令をなすことができますが、両者は契約関係にないことから、この指揮命令は法律上のものではなく事実上のものになります。このため、派遣労働者が指揮命令に反したとしても懲戒処分はできません。懲戒処分は派遣元が行うことになります。

【派遣労働者が派遣先の従業員になりうる場合】

労働者派遣では、派遣先と派遣労働者の間に労働契約はありませんが、労働者派遣法は、一定の場合に、派遣労働者と派遣先との間で労働契約が成立し、派遣労働者が派遣先の従業員になりうる場合を認めています。

まず、紹介予定派遣がなされる場合です（派遣法2条6号）。これは、派遣元が派遣開始前または派遣開始後に職業紹介をすることを予定しているものです。職業紹介が行われ、合意が成立すれば、派遣労働者は派遣先の従業員になります。

次に、派遣先会社による直接雇用の努力義務が生ずる場合です。

この場合には、派遣先が同一業務について継続して1年以上派遣労働者を活用し、その後引き続き同一業務について新たに労働者を雇い入れようとする場合、派遣労働者が派遣先に雇用されることを希望するときは、派遣先は当該派遣労働者を遅滞なく雇い入れる努力義務が生じます（派遣法40条の3）。

【派遣労働者に対する雇用申込義務が生じる場合】

派遣先の派遣労働者に対する直接雇用申込義務は、以下の場合に発生します。

①派遣受入期間の制限がない業務（政令26業務など）の場合

派遣先の同一業務に、同一派遣労働者を3年を超えて受け入れており、3年を経過した日以後、派遣先がその業務に外部から新たに労働者を雇い入れようとする場合です。

このような場合には、まず、派遣先はその派遣労働者に対して、雇用契約の申込をしなければなりません（派遣法40条の5）。もっとも、その派遣労働者が雇用契約の申込を断って、引き続き派遣労働者として就労を続けることは可能です。

②派遣受入期間の制限がある業務の場合

派遣期間を定めた場合には（1年を超え3年未満）、派遣元事業主から派遣

期間以降は継続して労働者派遣を行わない旨の通知（派遣法35条の2第2項）を受けた場合、引き続き派遣先がその派遣労働者を使用するときは、派遣先に雇用されることを希望する派遣労働者に対して、雇用の申込をしなければなりません（派遣法40条の4）。

なお、①及び②に違反した場合には、派遣先に対して雇い入れの指導・助言が行われることがあります。この指導・助言に従わないときは、厚生労働大臣から当該派遣労働者を雇い入れるよう勧告を受け、更に、この勧告に従わない場合は、派遣先の会社名等を公表される場合があります（派遣法48条、49条の2）。

近年、派遣労働者による雇用契約申込義務を回避するために、労働者派遣によらず、請負によって従業員を使用するケースが増えてきています。その中には、先に見たように「偽装請負」とみられるものもあり、その解消に向けた取組もなされています（平成18.9.4「偽装請負の解消に向けた当面の取組について」（基発090401号、職発090401号））。