

第 21 条 〔解雇予告の除外〕

<条文>

前条の規定は、左の各号の一に該当する労働者については適用しない。但し、第 1 号に該当する者が 1 箇月を超えて引き続き使用されるに至った場合 2)、第 2 号若しくは第 3 号に該当する者が所定の期間を超えて引き続き使用されるに至った場合 5) 又は第 4 号に該当する者が 14 日を超えて引き続き使用されるに至った場合 7) においては、この限りでない。

- 一 日日雇い入れられる者 1)
- 二 2 箇月以内の期間を定めて使用される者 3)
- 三 季節的業務に 4 箇月以内の期間を定めて使用される者 4)
- 四 試の使用期間中の者 6)

<趣旨>

本条は、前条の解雇予告制度の適用を除外する者として、日々雇い入れられる者、2 カ月以内の期間を定めて使用される者、季節的業務に 4 カ月以内の期間を定めて使用される者及び試の使用期間中の者を掲げている。このような臨時的性質の労働者に対しては、前条の解雇予告制度を適用し解雇予告をさせることが困難又は不相当であるし、労働者としても臨時的な就労と考えているのであえて予告させるに及ばないと考えられるからである。しかしながら、解雇予告義務を免れるため契約の形式のみをこのようなかたちにして濫用するおそれもあるので、これを防止する見地から、日々雇い入れられる労働者であっても 1 カ月を超えて引き続き使用されるに至った場合、2 カ月（季節的業務については 4 カ月）以内の期間を定めて使用される労働者であっても所定の期間を超えて引き続き使用されるに至った場合及び試の使用期間中の労働者であっても 14 日を超えて引き続き使用されるに至った場合には、前条の規定が適用される。

本条の規定は、沿革的には、解雇予告制度と同様、工場法にその例を求めることができる。すなわち、工場法施行令第 27 条ノ 2 において 14 日前の予告義務が規定されていたが、同条第 3 項で試の雇用期間中の職工についてはその適用を除外し、雇入れ後 14 日を超えた場合にこの例外を認めないこととしていた。また、当時の社会局は、日々雇い入れられる臨時工についても、30 日を超えて継続使用される場合には工場法施行令第 27 条ノ 2（解雇予告）の適用がある旨の解釈例規（昭 8.11.1 発労第 110 号）を示していた。

<解説>

日日雇い入れられる者

解雇予告制度の適用を除外される労働者の第一であって、1 日単位の契約期間で雇われ、その日の終了によって労働契約も終了する契約形式の労働者である。このような労働者は、使用された翌日は契約が存しないので、新たに翌日の契約が結ばれない限り、使用関係は継続せず、理論的には解雇の問題は発生する余地がないから、解雇予告制度は当然適用さ

れないものであり、本条第 1 号は、このような当然の事理を規定したこととなるが、このような性質の契約形式についても、本条ただし書により 1 カ月を超えて引き続き使用されるに至った場合は、解雇予告制度の適用があるとする規定に重点があると考えるのが至当であろう。

日々雇用される労働者であるか否かは、契約期間で判断すべきものであるから、たとえ賃金が日給制であっても 1 日以上継続勤務すべきことが明示又は黙示に約束されている場合は、ここにいう日々雇用される労働者には該当しない。日々雇用とは原則として暦日単位の雇用と考えられるが、継続 24 時間制もこれに該当するものと解されよう。

1 箇月を超えて引き続き使用されるに至った場合

(イ) 解雇の問題が理論上生ずる余地のない日々雇い入れられる者についても、1 カ月を超えて引き続き使用されるに至った場合には、本条ただし書により、期間の定めなき労働契約で使用される労働者と同様、解雇予告制度が適用される。この場合には、法律上の形式においては継続的契約関係を将来に向かって解約する本来の意味における解雇には該当しない使用者側の日雇契約の締結拒否という事実を解雇の意思表示とみなして、前条を適用することとなる。

なお、本条は、前条に関してのみ規定しているにすぎないので、1 カ月を超えて引き続き使用されるに至った労働者に対して、前条以外の労働条件、例えば年次有給休暇制度についても直ちに常用労働者と同一に取り扱うことを義務づけているものとは解されない。もちろん、日雇契約の形式をとっていても、明示又は黙示に同一人を引き続き使用している場合には、社会通念上継続した労働関係が成立していると認められ、年次有給休暇制度の適用があることは当然である（昭 23.12.27 基収第 4296 号）。ただし、第 19 条の解雇制限に関しては、工場法時代において解雇制限的内容を包含した工場法施行令第 27 条ノ 2 を 1 カ月を超えて引き続き使用されるに至った日雇労働者にも適用する旨の解釈をとっていたことからすれば、解雇予告制度と同様に適用があるものと解されるのではなかろうか。

ここにいう「1 箇月」とは、労働日のみならず、休日も含む暦による 1 カ月の意であり、その計算は、本法上特別の規定がないから、民法第 143 条により起算日から翌月の起算日に応ずる日の前日までと解される。したがって、例えば 6 月 5 日に使用開始された日雇労働者については 7 月 4 日で 1 カ月となり、7 月 5 日以後も引き続いて使用される場合は、解雇予告制度が適用されることとなる。

過去 1 カ月間において途中で就業しない日があった場合については「引き続き使用され」たものであるか否かの具体的判断が容易でないが、「労働契約が日日更新されると否にかかわらず、専ら同一事業場の業務に従事していたかどうかによって判断すべきものであり、専ら同一事業場の業務に従事しておれば、休日以外に当該事業場の業務に従事しない日が多少あっても、1 箇月間継続して労働したという事実を中断するものではない。」（昭 24.2.5 基収第 408 号）と解される。専ら同一事業場の業務に従事していることを要するといつて

も、当該事業場の休日又は就労できなかった日にたまたま他の事業場に就労したような場合を除外すべきではない。労働しない日数が1カ月のうち幾日あれば継続勤務の事実を中断するかについては、一律に何日という線を引くことはできないが、不就業の原因が労使のいずれにあるか、常用労働者の欠勤事故に比すべき不就業であるか、さらには労働者自ら好んで労働の継続を中断したと認められる不就業であるか等の具体的事情により判断すべきであろう。

日雇労働者の使用に際して、公共職業安定所の日々紹介を利用する場合がある。この場合、公共職業安定所の行う紹介は、労働契約締結についての斡旋であって、労働者も使用者もこれに拘束されるものではないが、事実上1カ月を超えて引き続き使用されるに至った日雇労働者については、公共職業安定所の紹介の有無にかかわらず、当該労働者との契約を以後締結しない場合は解雇とみなされ、前条の適用があることとなる。この理は、使用者が、公共職業安定所の紹介のない労働者は日雇労働者として雇用しない方針を明らかにしている場合であっても変わらない。

(ロ) 日々雇入れられる労働者に対し1カ月を超えて引き続き使用するに至らない前に、30日以上期間をおいて予告することができることはいうまでもない(昭24.8.1 基収第2399号)が、この場合、予告期間満了までの間の労働関係は日雇契約であるのか期間の定めのある常用的契約であるのかが問題となる。解雇予告は、通常、予告月日まで労働契約を継続することが当然予定されているのであるが、この場合の解雇予告は、日雇契約の性質上、もし1カ月を超えて引き続き使用されるに至った場合は予告期間満了の日に解雇するという趣旨と解すべきであって、直ちに日雇契約を改め予告期間満了日まで継続使用することを約したと解することは困難であろう。したがって、解雇予告後においても、雇入れ後1カ月を超えない限り、使用者は一方的に日雇契約の締結を拒否することができるものと考えられる(同旨 石井他「註解I」324頁)。ただ、雇入れ後1カ月を超えるに至った日から予告期間の満了する日までは、常用労働者と同様に継続使用する義務を生じ、その間において就業を拒否した日については休業手当の支払を要するものと考えられる。

2 箇月以内の期間を定めて使用される者

解雇予告制度の適用を除外される労働者の第二であって、2カ月、1カ月、2週間等の契約期間で使用される労働者がこれに該当する。

契約期間の満了によって労働契約が終了するのは解雇ではないから、前条の規定が適用されないことは当然であるが、本条は、2カ月以内の短期契約について、期間満了前に解雇する場合も前条の適用がないことを明らかにしたものである。契約に期間の定めがある場合に、その契約期間満了前に解除することは、民法上は原則としてやむを得ない事由があるとき(同法第628条、同様の規定として労働契約法第17条第1項)又は使用者が破産したとき(同法第631条)に限られており(これらの事由の存しない解雇は無効と解される(東京地裁決定 昭26年(モ)第8025号 共立薬科大学事件 昭27.4.14。)、無条件に

は解雇することができない。

季節的業務に4箇月以内の期間を定めて使用される者

解雇予告制度の適用を除外される労働者の第三である。季節的業務という特殊な臨時的業務の性質から、本条第2号の短期契約の契約期間を4カ月以内に広げて企業経営の実態に即応させたものである。

ここに「季節的業務」とは、春夏秋冬の四季、あるいは結氷期、積雪期、梅雨期等の自然現象に伴う業務に限られ、夏季の海水浴場の業務、農業における収穫期の手伝い、冬の除雪作業、漁業における魚の種類別の漁獲期の業務等がその例である。その季節の長さが4カ月以内であることは必要ないが、契約期間は4カ月以内であることを要する。

所定の期間を超えて引き続き使用されるに至った場合

(イ) 2カ月以内の短期契約の労働者及び季節的業務で4カ月以内の契約期間の労働者であっても、その所定契約期間(例えば当該労働契約の所定期間が1カ月であれば、1カ月)を超えて引き続き使用されるに至った場合には、解雇予告制度の適用除外が認められなくなる(同旨 石井他「註解I」325頁。反対 有泉「労働基準法」163頁は、2カ月一季節的業務の場合は4カ月一を超えた場合と解する。)

ここにいう「引き続き」とはいかなる場合をいうかに関連して、例えば、2カ月契約の労働者について期間満了後さらに2カ月の契約期間を定めて使用する場合すなわち契約の更新の場合と、期間満了後は特に契約期間を定めることなく引き続き使用する場合のいずれを指すかが問題となる。

上記のうちの後者については、民法第629条によって前の契約と同一の条件で黙示の更新があったものと推定され、その解約については期間の定めのない契約と同様に取り扱われることとなっているので、このような場合に、第20条の規定が適用されることは、本条ただし書の規定をまつまでもなく、当然のことである。したがって、本条ただし書の意味は、所定の契約期間満了後、契約を更新してさらに2カ月以内(又は季節的業務で4カ月以内)の期間の契約を締結した場合において、その期間の満了前に解雇しようとするときは、第20条の手続を要する旨を定めたものであると解すべきであろう(同旨 石井他「註解I」325頁)。

この点に関連して、吾妻教授は、「期間の経過した後、あらためて期間の定めをしないで継続使用される場合はもとより」「さらに前と同様の期間で契約を反覆した(契約の更新)形をとる場合も、いやしくもはじめ定められた期間の経過時に労働関係が切れないで続いているかぎり、引き続き使用されたものとみて」前条の規定が適用される(吾妻「労働基準法」123頁)と解しており、契約を更新した後においては、更新回数の多少にかかわらず、常に解雇予告制度の適用があり、更新後の契約期間満了についても解雇予告が必要であるとする。

しかしながら、契約期間の長短にかかわらず、契約期間の満了による労働契約の自動的終了は解雇ではないので解雇予告制度の適用がないことは第 19 条で説明したとおりであり、この理は、契約を更新した場合も同様であって、更新後の契約期間が満了した場合は、解雇予告を要せずに労働関係を終了させることができると解すべきであろう（なお、第 19 条（ロ）参照）。すなわち、契約期間の更新は、法律的には使用者の一方的意思で定まるものではなく、契約当事者たる労使の合意によって定まるものであるから、更新された期間については新たな労働契約が締結されたことになり、その期間満了は、更新前の契約の期間満了と何ら異ならないはずであるが、上記の見解によれば、本条の規定はこの原則を上記の限度で修正したこととなる。しかしながら、本条に定められていない長期契約、例えば季節的業務でない 3 カ月の契約又は 6 カ月の契約については、本条ただし書の適用を受けないので右のような修正がないこととなり、その間に著しい不均衡が生ずることとなる。したがって、本条ただし書は、更新後の期間満了による労働契約の終了については、一般の場合と同様、解雇予告の適用をせず、ただ更新後の契約期間が 2 カ月以内（季節的業務の場合 4 カ月以内）であっても、その期間満了前の解雇については解雇予告制度の適用を除外しないことを定めたものと解すべきであろう（同旨 石井他「註解 I」326 頁）。

（ロ） いわゆる臨時工のように短期契約を反覆更新し、従事する業務その他の労働条件は変更されることなく、単に契約期間のみが更新されている場合は、更新後の契約期間が満了しても労働者としては契約が更新され、継続して使用されるものと期待するようになる。この点に関し、有期労働契約の締結、更新及び雇止めに関する基準（平 15.10.22 厚生労働省告示第 357 号）では「使用者は、有期労働契約（当該契約を 3 回以上更新し、又は雇入れの日から起算して 1 年を超えて継続勤務している者に係るものに限り、あらかじめ当該契約を更新しない旨明示されている者を除く。）を更新しないこととしようとする場合には、少なくとも当該契約の期間の満了する日の 30 日前までにその予告をしなければならない」としている。

契約更新に当たり、故意に数日の間隔をおいた後に更新するものもあるが、その間隔が相当長期間でない限り、反覆更新による継続的使用関係を中断するものと解することは困難であろう。

試の使用期間中の者

解雇予告制度の適用を除外される労働者の第四である。「試の使用期間中の者」とは、本採用決定前の試験的使用期間中の労働者であって、その期間中に勤務態度、能力、技能、性格等をみて正式に採用するか否かが決定されるものである。一般には、本採用に適しないと判断されたときはその期間中といえども解雇し得るように、解約権が本採用者に比して広範に留保されており、その期間中の賃金その他の労働条件も低く定められている。

なお、上記の留保された解約権を行使する場合は、本採用に適しないとする合理的事由が必要であると解される。最高裁も、三菱樹脂事件判決において、試用期間中の留保され

た解約権の行使について「解約権の行使は、上述した解約権留保の趣旨、目的に照らして、客観的に合理的な理由が存し、社会通念上相当として是認される場合にのみ許されるものと解するのが相当である」としている(大法廷判決 昭43年(オ)第932号 昭48.12.12)。

試の使用期間は、労働契約上の一態様であるから、就業規則又は労働契約において明確に定められている必要がある。これを定めずに直ちに本採用にした場合は、本条の適用はなく、採用後14日以内であっても解雇予告制度の適用がある。また、見習工等と称していても、本採用決定前の過渡的なものでなく一種の企業内における職位又は職名等である場合には、ここにいう試の使用期間には該当しない。なお、地方公務員法第22条第1項に規定する「条件附採用期間」は、本号の「試の使用期間」に該当し、したがって、条件附採用期間中の地方公務員が14日を超えて引き続き使用されるに至ったときは、第20条の適用がある(昭38.11.4 基収第6227号)。

14日を超えて引き続き使用されるに至った場合

試の使用期間中の者でも、14日を超えて引き続き使用されるに至った場合は、前条の規定が適用される。これは、試の使用期間自体を制限するものではないから、就業規則等でこれを自由に、例えば3カ月あるいは6カ月と定めることも差し支えないが、そのような長期の試の使用期間の定めがあっても、14日を超えて引き続き使用されるに至った場合は解雇予告制度が適用される(昭24.5.14 基収第1498号)。

試用期間中の労働者は不安定な地位におかれるものであるから、労働者の労働能力や勤務態度についての価値判断を行うのに必要な合理的範囲を超えた長期の試用期間の定めは公序良俗に反し、その限りにおいて無効であると解される。このような立場に立って6~9カ月の見習社員としての試用期間のうち、試験を経て試用社員に登用し、さらに試用社員について6~12カ月の試用期間を設けることは合理性の範囲を超えており、試用社員についての解雇権留保の特約は無効であるとした裁判例(名古屋地裁判決 昭50年(ヨ)第1092号 ブラザー工業事件 昭59.3.23)がある。

試の使用期間中の者を14日経過前に解雇し、若干の間隔において再度試の使用を継続した場合は、形式的には「引き続き」に該当しないが、再度試用労働者として雇用するのは事の性質上相当期間経過後であるべきものであり、この中断期間が短い場合は、解雇予告制度の脱法的意図があるものと推定され、「引き続き」14日を超えて使用されたものに該当すると考えられよう。