

# 解雇法制の展開とその現代的課題について(2)

後 藤 勝 喜

## <目次>

### はじめに

——近年の雇用情勢と本稿の課題

### 1 有期労働契約と解雇に関する法規制

——法規制の展開と論議の概要

(1) 有期労働契約について（以上、第18巻第3号）

(2) 解雇法制について（以下、本号）

### 2 解雇に関する規制の現状

### 3 解雇法制の主要問題

(1) 解雇権濫用法理について

(2) 有期労働契約と解雇規制について

(3) 解雇と金銭補償について

むすび

## (2) 解雇法制について

使用者による解雇に関しては、実定労働法規<sup>(20)</sup>、労使の自主法規範である

---

(20) ①労基法3条（国籍・信条・社会的身分を理由とする解雇の禁止）、同法38条の4第1項6号（企画業務型裁量労働の対象業務に係るみなし労働時間の適用に同意しないことを理由とする解雇の禁止）、同法104条3項（労働基準監督署等に同法違反の事実を申告したことを理由とする解雇の禁止。監督機関はそれぞれであるが、これと同旨の規定として、最賃法34条2項、労安衛法97条2項、じん肺法43条の2第2項、賃確法14条2項、労働者派遣法49条の3第2項、船員法112条2項、港湾労働法44条2項）、②短時間労働者法8条1項（通常の労働者と同視すべき短時間労働者に対する差別的取扱いとしての

労働協約・就業規則などにおいて、その事由・手続の両面から種々の規制が行われている。もとより、その中心は労働契約を直接的に規制する労基法や2007年に制定された新・労働契約法上の諸規定である。

以下では、先ず最近における個別労働紛争に係る解決システムの創設・展開、および解雇事案を中心とした労働契約関係の存在確認請求に係る事件・紛争の状況について概観する。次いで労基法と労働契約法における解雇規制の新展開について検討し、そして、最後に労基法における従来からの規制である“業務災害による療養中・産前産後の休業中の解雇禁止”(19条)、および“解雇予告”(20条、21条)の各規定について検討しておくことにしたい。

#### (イ) “個別労働紛争” 解決システムの新展開

周知のように、1990年代初頭からわが国経済はバブル崩壊後の低迷の時期が長期間続くことになり、企業は大規模な雇用調整を行うと同時に賃下げや成果主義をベースに置いた賃金・人事システムの導入に踏み切らざるをえなくなった。こうした事態に直面し、労働組合は組合員の労働条件を守るという本来の役割を十分に果たすことができず、また製造業の海外移転やサービス経済化といった産業構造の変化の影響もあって、その組織率は次第に低下していった<sup>(21)</sup>。このような雇用情勢の変化を背景に、企業における労使間の集団的労

---

解雇の禁止)、同法21条2項・22条2項(短時間労働者が都道府県労働局長に紛争解決の援助を求めたこと、調停を申請したことを理由とする解雇の禁止)、③男女雇用機会均等法9条3項(産前産後の休業を理由とした解雇の禁止)、同法13条2項(同法に関する紛争の解決につき都道府県労働局長に援助を求めたことを理由とする解雇の禁止)、④個別労働関係紛争解決促進法4条3項・5条2項(個別労働紛争について、労働者が都道府県労働局長に解決の援助を求めたこと、あうせんを申請したことを理由とする解雇の禁止)、⑤育児介護休業法10条・16条(育児または介護休業の申出をし、あるいはこれらの休業をしたことを理由とする解雇の禁止)、⑥労組法7条4号(労働委員会に対し不当労働行為の救済申立て等をし、または労働争議の調整の申請をしたことを理由とする解雇の禁止)、⑦公益通報者保護法3条(労働者が一定要件の下で公益通報したことを理由とする解雇の禁止)。

(21) 1990年に25.2%であった組織率は次第に下降し、2003年(平成15年)には19.6%となり、20%を割るにいった。厚生労働省「労働組合基本調査」結果によると、2013年6月末の組合員数は987万5千人(17.7%)であった(朝日新聞2013・12・18)。

働紛争は減少し、その反面で個別労働紛争が増加するという傾向が顕著になっていった。

さて、増加する一方の個別労働紛争に対する簡易かつ迅速な解決を促進するという目的をもって、2001年7月11日に個別労働紛争解決促進法（「個別労働関係紛争の解決の促進に関する法」）〈法律第112号〉が成立し、国の都道府県労働局における相談・情報提供と同局長による助言・指導、および新たに設置する「紛争調停委員会」によるあっせん<sup>・</sup>手<sup>・</sup>続<sup>・</sup>が整備された。

もとより、都道府県労働局レベルの労働紛争のあっせん<sup>・</sup>等によって解決できない紛争は裁判所に持ち込まれることが予想されるので、この“行政関与型”のシステムの実効性を最終的に担保するのはやはり裁判手続であることは論を俟たない。そこで、こうした都道府県レベルにおける紛争解決システムの整備にあわせて、本来的に労働紛争の解決に関与する裁判制度に関しても見直しの必要性が認識されるようになった。とくに注目しておきたいのは、2001年6月12日、当時の司法制度改革審議会が『Ⅱ国民の期待に応える司法制度第1の4（労働関係事件への総合的な対応強化）』において、労働関係事件が雇用労使関係の制度・慣行等の理解の必要性や簡易迅速処理の必要性などにおいて特別の専門性を有することを認め、その制度的課題として、①雇用労使関係に関する専門的知識を有する者の参加する労働調停制度を導入すべきであり、その制度内容について検討すべきだとし、そのうえで②雇用労使関係に関する専門的知識を有する者の関与する裁判制度の導入の可否、および③労働関係事件固有の訴訟手続整備の要否について、早急に検討すべきだとする旨の意見書を発表していたことである<sup>(22)</sup>。これを受けて、司法制度改革推進本部内の10の検討会

(22) <http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/> 菅野教授は、労働事件の専門的性格（①労働事件は、労使の経済力に格差があるなかでの紛争という性格をもっていくく“全身訴訟”>こと。②労働事件の適切な判断に当たっては、雇用・人事管理をはじめ労使関係上のシステム（制度・慣行）などの理解が要請されること。③労働事件の裁判は、労働法規範に基づく法的判断であるので、この法分野に関する専門的理解が要請される。とりわけ、労働法体系は近時ダイナミックな変容と複雑な展開をみせており、これらに対する適切な理解をふまえた判断が必要となること。）をふまえ、いつの時代に

の1つとして労働検討会（座長：菅野和夫東京大学名誉教授）が設置され、審議を開始した。そして、その作業の産物として2004年5月12日には労働審判法〈法律第45号〉が成立し、地方裁判所において裁判官と労使の各専門家が合議体（「労働審判委員会」）を構成して、個別労働紛争の調停とそれが成立しないときは「審判」を行うという労働審判手続が整備されるにいたったのである。

ところで、近年、いわゆる解雇をめぐるどれくらいの数の紛争が上掲の紛争解決機関に提起されているであろうか。その現状について概観しておきたい。まず、都道府県労働局が行う総合労働相談と同局内に設置の紛争調整委員会による個別労働紛争に対するあっせん<sup>・</sup>の業務についてある。厚生労働省「平成24年度個別労働紛争解決制度施行状況」<sup>(23)</sup>をみると、2012（平成24）年度は総合労働相談件数106万7,210件（そのうち民事上の個別労働紛争相談件数25万4,719件）、助言・指導申出件数10,363件、そしてあっせん<sup>・</sup>申請件数6,047件であった。その特徴的なこととして、以下のことに注目しておこう。第1に、総合労働相談件数は5年連続で100万件を超えていることである。そのうち民事上の個別労働紛争件数は254,719件で高止まり傾向を示しているが、内容別にみると、とくに「いじめ・嫌がらせ」に関する相談件数が増加の傾向をみせて51,670件（17.0％）で最も多かった。第2に、「解雇」についてである。民事上の個別労働紛争相談のうち「解雇」に関する件数は51,515件（16.9％）と、やや減少傾向をみせている。そのうち「普通解雇」に関するものが39,674件と最も多く、次いで整理解雇6,102件、懲戒解雇5,739件となっている。なお、雇止め13,432件、退職勧奨25,838件および採用内定取消1,896件の中には実態的に「解雇」紛争として扱い得るものが含まれていると考えられよう（第2表参照）。

次に、労働審判事件についてみると、その申立件数は2006年4月1日の制度

---

においても“労働法の運営について扇の要の役割を担い続ける”裁判所に関して専門性の強化を提唱したのである（菅野和夫「労使紛争と裁判所の役割——労働事件の特色と裁判所の専門性——」法曹時報52巻7号23頁参照）。

(23) <http://mhlw.go.jp/stf/houdou/2r985200000>

施行当初から年々増加し、とくに2009年度以降は3,500件前後の状況が続いている。直近の2011年度についてみると、新受理件数は総計3,586件（そのうち「地位確認」は1,747件）であったが、同年度の既済件数について事件に係る種類別・終局事由別にみると、総数3,513件のうち「地位確認」が1,715件（そのうち労働審判302件<17.6%>、調停成立1,242件<72.4%>）と約半数を占めたことが分かる（第3表参照）<sup>(24)</sup>。

なお、周知のように個別労働紛争は従来から裁判所における民事通常訴訟事件や仮処分事件、簡易裁判所における少額訴訟事件というかたちでも争われてきた<sup>(25)</sup>。これらのうち、地方裁判所における通常訴訟（新受事件）をみると2009年以降大幅に増加し続け、2012年は3,358件とここ10年では最も多い件数となっている。そのうち、雇用関係存在確認を求める事件等は937件、賃金等の支払いを求める事件は1,829件であった（第4表参照）。また仮処分（新受事件）については、2009年に698件とピークを迎えて以降は減少し、2012年は477件であった。そのうち、「従業員としての地位の保全」を求める事件が323件、「解雇等の効力停止」を求める事件が12件、「賃金等の仮払い」を求める事件が86件であった（第5表参照）。

(24) <http://www.labor.or.jp/rengo/wp-content/uploads> 参照。なお、ジュリスト特集『個別労働紛争の実際と法的処理の今後』ジュリスト1408号は、個別労働紛争の解決制度である労働審判所、都道府県労働局および労働委員会の現状や課題について取り上げている。そのうち、〈座談会〉（岩村正彦・木下潮音・徳住堅治・野田進・渡辺章・渡辺弘）「個別労働紛争処理の実務と課題」において、渡辺弘（東京地裁判事）は「調停」成立率が7割に達している点について、「お互い不満はありながらも、最終的には許容範囲で解決していることを意味しており、労働審判の解決水準や内容についてもそれなりの納得性があると評価しています。」とし（21頁）、これに関連して、野田は調停の性格が「強制力をバックにした判定的調停」であるにしても、それが「本当に歩み寄った形での当事者間の合意形成なのだろうか」という疑問を投げかけている（26頁）。労働審判制度がその期待される機能を果たしているかどうかを見極めるうえでの大事な論点であり、今後何らかの調査と分析が期待される。

(25) 最高裁判所事務総局行政課「平成24年度労働関係民事・行政事件の概況」法曹時報65巻8号35頁以下参照。

第2表【厚生労働省：平成24年度個別労働紛争解決制度の運用状況】  
(過去3カ年分・概要) <( )内は平成23年度、《 》内は平成22年度の実績>

|  |           |             |           |             |             |
|--|-----------|-------------|-----------|-------------|-------------|
| 1. 総合労働相談コーナーに寄せられた相談  |           | 1,067,210 件 |           | (1,109,454) | 《1,130,234》 |
| 相談者の種類   |           |             |           |             |             |
| 労働者  | 631,355 件 | 事業主         | 316,684 件 | その他         | 119,171 件   |
|  | (659,285) |             | (329,383) |             | (120,786)   |
|  | 《665,945》 |             | 《348,985》 |             | 《115,304》   |
| 2. 民事上の個別労働紛争に係る相談の件数  |           | 254,719 件   |           | (256,343)   | 《246,907》   |
| ① 相談者の種類   |           |             |           |             |             |
| 労働者  | 204,005 件 | 事業主         | 30,612 件  | その他         | 20,102 件    |
|  | (206,516) |             | (30,166)  |             | (19,661)    |
|  | 《200,490》 |             | 《28,129》  |             | 《18,288》    |
| ② 労働者の就労状況   |           |             |           |             |             |
| 正社員  | 101,472 件 | パート・アルバイト   | 42,309 件  | 派遣労働者       | 10,827 件    |
|  | (106,357) |             | (43,998)  |             | (11,134)    |
|  | 《108,622》 |             | 《43,559》  |             | 《9,917》     |
| 期間契約社員   | 27,094 件  | その他         | 73,017 件  |             |             |
|  | (27,030)  |             | (67,824)  |             |             |
|  | 《25,203》  |             | 《59,606》  |             |             |
| ③ 紛争の内容 (※内訳が複数にまたがる事案もあるため、合計が 304,058 件になる。)(305,124)《283,141》 |           |             |           |             |             |
| 普通解雇   | 39,674 件  | 整理解雇        | 6,102 件   | 懲戒解雇        | 5,739 件     |
|  | (43,677)  |             | (8,061)   |             | (6,047)     |
|  | 《45,813》  |             | 《8,320》   |             | 《5,985》     |
| 雇止め  | 13,432 件  | 退職勧奨        | 25,838 件  | 採用内定取消      | 1,896 件     |
|  | (13,675)  |             | (26,828)  |             | (2,010)     |
|  | 《13,892》  |             | 《25,902》  |             | 《1,861》     |
| 自己都合退職   | 29,763 件  | 出向・配置転換     | 9,783 件   | 労働条件の引下げ    | 33,955 件    |
|  | (25,966)  |             | (9,946)   |             | (36,849)    |
|  | 《20,265》  |             | 《9,051》   |             | 《37,210》    |
| その他の労働条件   | 37,842 件  | いじめ・嫌がらせ    | 51,670 件  | 雇用管理等       | 6,136 件     |
|  | (37,575)  |             | (45,939)  |             | (5,361)     |
|  | 《29,488》  |             | 《39,405》  |             | 《4,834》     |
| 募集・採用  | 3,322 件   | その他         | 38,906 件  |             |             |
|  | (3,180)   |             | (40,010)  |             |             |
|  | 《3,108》   |             | 《38,007》  |             |             |

第3表【平成23年度労働審判事件の既済件数】  
(事件の種類別・終局事由別)

|     |  | 労働審判 |       | 調停成立  |       | 24条終了 |      | 取下げ  |      | 却下・移送等 |      | 合 計  |      |      |
|-----|--|------|-------|-------|-------|-------|------|------|------|--------|------|------|------|------|
| 非金銭 |  | 321  | 18.0% | 1274  | 71.6% | 53    | 3.0% | 122  | 6.9% | 9      | 0.5% | 1779 | 100% |      |
|     |  | 地位確認 | 302   | 17.6% | 1242  | 72.4% | 49   | 2.9% | 114  | 6.6%   | 8    | 0.5% | 1715 | 100% |
|     |  | その他  | 19    | 29.7% | 32    | 50.0% | 4    | 6.3% | 8    | 12.5%  | 1    | 1.6% | 64   | 100% |
| 金 銭 |  | 320  | 18.5% | 1228  | 70.8% | 66    | 3.8% | 105  | 6.1% | 15     | 0.9% | 1734 | 100% |      |
|     |  | 賃金等  | 214   | 19.5% | 757   | 69.1% | 41   | 3.7% | 77   | 7.0%   | 7    | 0.6% | 1096 | 100% |
|     |  | 退職金  | 25    | 14.5% | 124   | 72.1% | 6    | 3.5% | 16   | 9.3%   | 1    | 0.6% | 172  | 100% |
|     |  | その他  | 81    | 17.4% | 347   | 74.5% | 19   | 4.1% | 12   | 2.6%   | 7    | 1.5% | 466  | 100% |
| 計   |  | 641  | 18.2% | 2502  | 71.2% | 119   | 3.4% | 227  | 6.5% | 24     | 0.7% | 3513 | 100% |      |

**第 4 表 【平成24年労働関係民事通常訴訟事件・新受件数細目】**  
(地方裁判所)

| 請求類型               | 総 数   | 原告・労働者側<br>被告・使用者側 | 原告・使用者側<br>被告・労働者側 | 原告・労働者側<br>被告・労働者側 | そ の 他 |
|--------------------|-------|--------------------|--------------------|--------------------|-------|
| 総 数                | 3,358 | 3,185              | 158                | 13                 | 2     |
| 雇 用 契 約<br>存 否 確 認 | 959   | 937                | 21                 | 0                  | 1     |
| そ の 他 の<br>確 認     | 208   | 153                | 50                 | 5                  | 0     |
| 賃 金 等              | 1,834 | 1,829              | 4                  | 0                  | 1     |
| 損 害 賠 償            | 294   | 236                | 57                 | 1                  | 0     |
| そ の 他 の<br>金 員     | 45    | 16                 | 23                 | 6                  | 0     |
| そ の 他              | 18    | 14                 | 3                  | 1                  | 0     |

**第 5 表 【平成24年労働関係仮処分命令事件・新受件数細目】**  
(地方裁判所)

| 請求類型               | 総 数 | 申 立 人・労働者側<br>被申立人・使用者側 | 申 立 人・使用者側<br>被申立人・労働者側 | 申 立 人・労働者側<br>被申立人・労働者側 | そ の 他 |
|--------------------|-----|-------------------------|-------------------------|-------------------------|-------|
| 総 数                | 477 | 454                     | 22                      | 1                       | 0     |
| 雇 用 契 約<br>存 否 確 認 | 323 | 323                     | 0                       | 0                       | 0     |
| そ の 他 の<br>確 認     | 29  | 29                      | 0                       | 0                       | 0     |
| 賃 金 等              | 12  | 11                      | 0                       | 1                       | 0     |
| 損 害 賠 償            | 86  | 86                      | 0                       | 0                       | 0     |
| そ の 他 の<br>金 員     | 0   | 0                       | 0                       | 0                       | 0     |
| そ の 他              | 27  | 5                       | 22                      | 0                       | 0     |

## (ロ) 労基法における解雇ルールの整備

既述の、企業における個別労働紛争を解決するためのチャンネルの整備・創設に連動して、政・労・使間において労働紛争の迅速な解決を推進し、またその発生を未然に防止するという目的のため、現行法制のシステムを見直しつつ、裁判規範としてはもとより労使が順守すべき労働契約の締結から終了にいたるまでのルール・行為準則を定めた法制の整備が必要であるという認識が次第に醸成されるようになった。

こうした認識が醸成されていった背景として、以下のことを指摘しておきたい。1つは、企業の慣行であった長期安定雇用システム（終身雇用、年功賃金、企業別労働組合）が次第に後退するに伴って労使間の個別労働紛争が増加したこと、しかも解雇、雇止め、賃金不払いという伝統的な紛争類型にくわえて、人事制度の再編に伴う労働条件の不利益変更紛争、人事考課・配転・出向等の人事紛争、企業再編に伴う雇用・処遇をめぐる紛争、および退職後の守秘義務・競業禁止義務紛争など、従来立法による対応を欠くかもしくは不十分な対応しかなかった紛争類型が増加していったことを挙げることができよう。いうまでもなく、従来の労働法政策は、基本的に労働契約に不可欠な労働基準を最低のものとして法定（憲法27条2項）し、労働条件の維持・向上は労使の集团的自治（企業自治）に委ね、そのための労使の団体交渉を助成するという考え方にもとづいて進められてきたのであるが、実際はこうした法政策だけでは不十分であり、人事管理の個別化、従業員の組合離れといった企業社会自体の変容とそれに伴う新しいタイプの個別労働紛争事案の増加に対応して裁判所による「判例法」が形成され、それらが労働法制のいわば“欠缺”部分を補ってきたのであった。そして、次第に積み上げられてきた「判例法」上の契約ルールを明文化して透明度の高いものとする必要があるという認識も生まれたのである<sup>(26)</sup>。また2つは、以上に連動して“法に基づくコントロール”＝労働法

(26) 荒木尚志「雇用システムの変化と労働法の再編」手塚和彰・中窪裕也編集代表『変貌する労働と社会システム——手塚和彰先生退官記念論集』（信山社、2008年）164～165頁参



制の再構築の必要性について国民の理解が深まっていったことを挙げることができよう。とくに、コンプライアンス・“法の支配”の浸透による企業行動の透明性の確保の要請、司法制度改革の進展などが労働法制の再構築の動きを後押ししたのである。

さて、こうした事態を受けて、厚生労働省・労働政策審議会（労働分科会）は2002年2月以降、労働契約の期間や裁量労働制のテーマにくわえて解雇法制の見直しの作業を精力的に進めた結果、同審議会は同年12月22日『今後の労働条件に係る制度の在り方について（建議）』と題する報告書を提出した。そのうち「解雇・雇止め関係」として、以下の①～④が2003年7月4日に労働基準法の改正〈法律第104号〉として実現した。

#### ①退職事由に解雇事由を含むことの明示

労働契約の終了に際して発生するトラブルを防止し、その迅速な解決に資するという観点から、（a）就業規則の絶対的必要記載事項である「退職に関する事項」に「解雇の事由」が含まれることを明確にし（労基法89条3号）<sup>(27)</sup>、また（b）使用者が労働契約の締結に際し書面の交付により明示すべき労働条件の一つである「退職に関する事項」に「解雇の事由」が含まれることを明確にした（同法15条1項に基づく同法施行規則5条）。

---

照。

(27) 使用者は就業規則において「解雇事由」を列挙することが必要であるが、これを限定列挙、すなわち使用者は列挙された事由以外の事由による解雇は許されないと解するか、あるいは例示列挙と解するかについては見解が分かれるところである（前説として、菅野和夫『労働法（第10版）』〈弘文堂、2012年〉559～560頁）。ただし、実際に就業規則では「その他前各号に準ずる事由」という包括的な規定が設けられているのが通常であり、実際の相違はほとんどないように思われる。労基法89条3号の趣旨からみて、使用者は就業規則において「解雇事由」を列挙することが要求されており、その列挙事由は使用者自身が解雇権を制限した結果であるから、それら以外の事由による解雇は許されないものといえよう（中窪裕也・野田進・和田肇『労働法の世界（第9版）』〈有斐閣、2011年〉320頁）。

## ②有期労働契約の締結・更新・雇止め基準の策定

労基法において、厚生労働大臣が有期労働契約の締結および更新・雇止めに  
関する基準<sup>(28)</sup>を定めることができる旨の根拠規定を設け（同法14条2項、3  
頁）、有期労働契約を締結する使用者に対して必要な助言および指導を行うこ  
ととし、当該基準においては、一定期間以上雇用された有期雇用労働者につい  
て使用者が契約を更新しないときは労働者に対して更新しない旨を予告するこ  
となどを定めた。

## ③解雇権濫用法理の規定化

労基法において、判例法上確立している解雇権濫用法理を明記することと  
し、使用者は同法などの規定によりその使用する労働者を解雇する権利が制限  
されている場合を除いて解雇することができるが、使用者が正当な理由なく  
して行った解雇は、その権利の濫用として無効とする旨を規定した（同法18  
条の2）。周知のように、この労基法の解雇権濫用規定は2007年12月5日の労  
働契約法の成立〈法律第128号〉によって、そのまま同法16条に移し替えられ  
た<sup>(29)</sup>。

## ④解雇予告期間中における解雇理由書の請求にかかる権利の明示

前掲①と同じ観点から、退職証明書<sup>(30)</sup>にくわえて、解雇の予告通知を受け

---

(28) 『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基発1022001号）  
およびその改正『基準』（平20・1・23基発0123005号）参照。

(29) 長い間判例上定着してきた法理を条文化したことの意義として、かかる判例法理を「より認識可能性の高い制定法に盛り込んだこと」、および「国民の代表機関である国会がその意思として同法理を採用したこと」を指摘することができよう（荒木尚志・菅野和夫・山川隆一『詳説労働契約法』〈弘文堂、2008年〉147～148頁）。また、柳澤旭「労働契約法の成立——判例法理の条文化（リステイト）の意味」山口経済学雑誌57巻1号51頁は「条文化によって判例法理を理解できること」を挙げ、「労働契約法は、労使にとって『行為規範』としても『裁判規範』としても機能することが期待されている。とりわけ、実際の労働契約に係る紛争において、各条文とその基礎となっている判例法理の果たす役割と機能は、個別の具体的な裁判や裁判外紛争処理（行政機関、労働委員会、労働審判）における個別労働紛争解決において大きなものとなる」と述べる。

(30) 労働者による退職時の証明書の請求に関する労基法22条1項については、1998年の同法改正の際に「退職の事由（退職の事由が解雇の場合にあっては、その理由を含む。）」とする手直しが行われていた。

た労働者は当該予告がなされた日から退職の日までの間においても、使用者に対して解雇の理由を記載した文書の交付を請求することができることとした(労基法22条2項)<sup>(31)</sup>。

なお、前掲の厚生労働省・労働政策審議会(労働条件分科会)報告書では、さらに解雇の金銭補償につき、解雇の効力が裁判で争われた場合において、裁判所が当該解雇を無効として労働者の労働契約上の地位を確認した場合であっても、解雇が公序良俗に反して行われたものでないなどの一定の要件の下で、労働契約を終了させ、使用者に対して労働者に一定金額の金銭の支払いを命じることができる旨の建議を行っていたが、その法案化は見送られた。

#### (ハ) 労働契約法における解雇ルールの整備

2003年の労基法改正に際し、衆・参両院(各厚生労働委員会)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」旨の付帯決議がなされていたところである。2007年12月28日に成立した新・労働契約法は、国会の右付帯決議を受けて発足した厚生労働省「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」〈座長・菅野和夫教授〉を中心に行われた検討(2006年9月15日『報告書』<sup>(32)</sup>参照)、さらには、それに続く労働政策審議会(労働条件分科会〈分科会長・西村健一郎教授〉)における審議を経て、同年12月27日に労働政策審議会〈会長・菅野教授〉から厚生労働大臣に提出された答申に沿って法案化されたもの

(31) 通達(1999・1・29基発第45号、2003・10・22基発1022001号)は、退職時証明書・解雇理由証明書における解雇理由につき「具体的に示す必要があり、就業規則の一定の条項に該当することを理由として解雇した場合」は「当該条項の内容及び当該条項に該当するに至った事実関係」を記入しなければならないとしている。使用者がこれらの要請を実際に履行することによって、解雇をめぐるトラブルが起こった場合の早期解決が促進されることになろう。

(32) 『報告書』は荒木尚志・菅野和夫・山川隆一『詳説労働契約法』(前掲書)197頁以下に掲載されている。

である。

労働契約法は労働契約の代表的な終了原因である解雇について、2ヶ条を設けている。1つは16条であり、「解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする。」と定める。

もう1つは、期間の定めのある労働契約（有期労働契約）における「期間の途中における解雇」について定めた17条1項である。同規定は、「使用者は期間の定めのある労働契約……について、やむを得ない事由がある場合でなければ、その契約期間が満了するまでの間において、労働者を解雇することはできない。」と定める。周知のように、民法628条は有期労働契約について、当事者はその期間中は契約に拘束されるという原則を前提にして、「やむを得ない事由があるときは」即時に契約を解除することができるとしているが、労働契約法17条1項は、やむを得ない事由がない場合に使用者は期間の途中において労働者を解雇できないと規定し、上掲の民法628条<sup>(33)</sup>の反対解釈から導出されるルールを明確にしたのである。この点に同規定の主たる意義を求めることが

(33) 民法628条の理解の仕方は必ずしも一致したものとなっていない。安川電機八幡工場（パート解雇）事件・福岡高決平14・9・19労働判例840号52頁は、短時間契約従業員Dスタッフ就業規則9条「会社は、Dスタッフが、次の各号の1つに該当するときは、契約期間中といえども解雇する。5号：事業の縮小その他やむを得ない事由が発生したとき」による期間途中の解雇が争われた事案であるが、同決定は民法628条が強行的性格をもった規定であることをふまえつつ「期間の定めのある労働契約の場合は、民法628条により、原則として解除はできず、やむことを得ざる事由ある時に限り、期間内解除（ただし、労働基準法20、21条による予告が必要）ができるにとどまる。したがって、就業規則9条の解雇事由の解釈にあたっては、当該解雇が、3か月の雇用期間の途中でなされなければならないほどの、やむを得ない事由の発生が必要である」とした。民法628条に関するこうした理解は一般的であるが、他方裁判例の中には、民法628条は「『已ムコトヲ得サル事由』がある場合には（『期間の途中で』＝筆者）解除することができる旨を定めている」ところ、「解除事由をより厳格にする当事者間の合意は、同条の趣旨に反し無効というべきであり、その点において同条は強行規定というべきであるが、同条は当事者においてより前記解除事由を緩やかにする合意をすることまで禁ずる趣旨とは解し難い。」としたもの（ネスレコンフエクションリー関西支店事件・大阪地判平17・3・30労判892号5頁）もあった。なお、同条でいう「やむを得ない事由」とは一般的に、「期間満了を待つことなく解雇しなければならないほどの予想外かつやむをえない事態が発生したと認め」られる場合（上掲・安川電機八幡工場（パート解雇）事件・福岡高裁決定参照）と理解することができよう。

できる。もとより、この労働契約法17条1項は強行法的性格を有し、やむを得ない事由の立証責任は使用者側が負うことを明らかにした点にも意義を求めることができよう<sup>(34)</sup>。

なお、労働契約法16条については続稿において検討を予定している（後述3の（1）、（2））。

## （二）労基法19条解雇禁止および20条の解雇予告

先ず、労基法19条による解雇禁止について検討しておこう。①労働者が業務上負傷しまたは疾病に罹り療養のため休業する期間およびその後30日間、ならびに②産前産後の女性が労基法65条によって休業する期間およびその後30日間、使用者による当該労働者の解雇は禁止される（同法19条1項本文）。この規定は、これら就職活動の困難な時期における解雇を禁止することによって、当該労働者が安心して療養や休業をなし得るよう配慮したものである。なお前者①について、業務外（私）傷病や通勤災害（労災保険法7条1項2号参照）による休業の場合はその適用を除かれる。

使用者は、これらの解雇制限期間内は除外事由がない限り通常解雇はもとより「労働者の責に帰すべき事由」による即時（懲戒）解雇もなし得ない<sup>(35)</sup>。これに関連して、使用者は本条の解雇制限期間内は解雇予告も含め解雇の意思表示を一切禁止されていると解すべきであるかが問題となるが、労基法において解雇と解雇予告は明確に区別されているので、使用者は当該期間内に効力が生じる解雇を禁止されているに過ぎないものと解される<sup>(36)</sup>。

以上の解雇禁止措置には例外が認められている（労基法19条1項但書）。す

---

(34) 菅野和夫・前掲書233～234頁、荒木尚志・菅野和夫・山川隆一『詳説労働契約法』（前掲書）154頁参照。

(35) 小倉炭鉱事件・福岡地小倉支判昭31・9・13労民集7巻6号1049頁。

(36) 同旨、有泉亨『労働基準法（法律学全集47）』（有斐閣、1963年）149頁、野田進「解雇」日本労働法学会編『労働契約・就業規則（現代労働法講座第10巻）』（総合労働研究所、1982年）222頁、東洋特殊鋼事件・水戸地龍ヶ崎支判昭55・1・18労民集31巻1号14頁。

なわち、①使用者が打切補償（同法81条）を支払う場合——労働者が傷病補償年金を受給するにいたった場合、この打切補償を支払われたものとみなされる（労災保険法19条）——、または②「天災事変その他やむを得ない事由のために事業の継続が不可能となった場合」<sup>(37)</sup>であり、これらの場合には、使用者は解雇制限期間内であっても労働者を解雇することができるのである。ただし、後者②の事由の存否について行政官庁（労働基準監督署長）の認定を受けなければならない（労基法19条2項）。なお、この行政官庁による除外認定は解雇制限期間内における解雇の有効要件であると解されてはいない。

次に、労基法20条による解雇予告について検討しておこう。使用者は労働者を解雇しようとする場合、少なくとも30日前に予告をしなければならず、30日前に予告をしない使用者は、30日分以上の平均賃金を支払わなければならない（同法20条1項本文）。この予告日数は、1日当たりの平均賃金を支払った日数だけ短縮することができる（同条2項）<sup>(38)</sup>。

民法によると、使用者は雇用契約が「期間の定めのない」ものである場合は「いつでも」解約の申入れをなすことができ、その後2週間を経過することによって契約は終了すると規定されている（同法627条1項）。そして、この「期

(37) 判断基準として、昭和63・3・14基発第150号参照。同通達は以下のように述べる。「認定申請がなされた場合には、申請事由が『天災事変その他やむを得ない事由』と解されるだけでは充分ではなく、そのために『事業の継続が不可能』になることが必要であり、また、逆に『事業の継続が不可能』になってもそれが『やむを得ない事由』に起因するものでない場合には、認定すべき限りではない」とする。そのうえで、①「やむを得ない事由」とは「天災事変に準ずる程度に不可抗力に基づきかつ突発的な事由の意であり、事業の経営者として、社会通念上採るべき必要な措置を以てしても通常如何ともなし難いような状況にある場合をいう」とし、②「事業の継続が不可能になる」とは「事業の全部又は大部分の継続が不可能になった場合をいうのであるが、例えば当該事業場の中心となる重要な建物、設備、機械等が焼失を免れ多少の労働者を解雇すればそのまま別個の事業に転換しうる場合の如く事業がなおその主たる部分を保持して継続しうる場合、又は一時的に操業中止のやむなきに至ったが、事業の現況、資材、資金の見通し等から全労働者を解雇する必要に迫られず、近く再開復旧の見込が明らかであるような場合は含まれない」とする。

(38) 周知のように、労基法20条が規定する予告期間（手当）については「30日間」は余りにも短すぎるとする指摘がある。たとえば、李鋌「解雇の手続的規制」日本労働法学会編『労働契約（講座21世紀の労働法第4巻）』（有斐閣、2000年）193頁、米津孝司「解雇法理に関する基礎的考察」西谷敏・根本到編『労働契約と法』（旬報社、2011年）291頁参照。

間の定めのない」雇用契約が「期間によって報酬を定めた場合」（月給制・日給制など）に、この解約の申入れは「次期以後について」かつ「当期の前半に」——たとえば月給制の場合、翌月以後について当月の15日以前に解約の申入れをなすことを要する——なされなければならないとする（同条2項。さらに「6箇月以上の期間によって報酬を定めた場合」について、同条3項）。この点「期間の定めのない」雇用契約の場合、使用者による解約（解雇）の予告に関しては労基法20条が適用されるので、この民法627条1項～3項の適用の余地はないものと解される<sup>(39) (40)</sup>。

ところで、使用者は①「天災事変その他やむを得ない事由のために事業の継続が不可能となった場合」または「労働者の責に帰すべき事由」によって労働者を解雇する場合は、解雇予告または解雇予告手当の支払いを要しない（労基法20条1項但書）とされ、また②使用者がこれらに該当するとして労働者を即時解雇するには、行政官庁（労働基準監督署長）の認定を受けなければならない（同条3項）とされている。さらに、③本条違反の使用者に対しては、同法119条1号に定める6ヶ月以下の懲役または30万円以下の罰金が科されることになっている。

ここでの中心的論点は前述①に関し、解雇予告除外事由が存しないにもかかわらず、使用者が30日前の予告も予告手当の支払いもせずに行った解雇の場合

---

(39) 東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法上巻』（有斐閣、2003年）358頁<森戸英幸執筆担当部分>、日本青年会議所事件・東京高判昭42・1・24判時476号56頁。ただし、「民法第627条は労基法第20条と衝突しない限り、同条と重複して適用されると解すべき」であるとする主張もある（有泉亨・前掲書158～159頁）。なお、「同居の親族のみを使用する事業」の労働者と「家事使用人」は労基法の適用がないので、解雇の予告は民法627条によって行われる。

(40) 法制審議会民法（債権関係）部会「民法債権関係の改正に関する中間試案」（平成25・2・25決定）183頁は、この点について以下のような整理を提案しており、妥当である。すなわち「民法第627条第2項及び3項は、労働基準法第20条の存在によって実際上の適用場面がほとんど想定されなくなっている上、労働者の辞職の申入れの期間として3か月を要するのは長すぎて不当であると考えられることから、規定を削除することによって規律の合理化を図」るべきであり、これによって「使用者による解雇の予告期間については労働基準法第20条又は民法627条第1項が適用され、他方、労働者からの解約の予告期間については一律に同項が適用されることになる。」と。

の法的処理である。これについて、客観的にみて解雇予告除外事由が存在しないにもかかわらず労働者を解雇した場合に使用者が労基法20条1項違反として罰則の適用を受けることに異論はない。問題は、このような場合の私法上の効力についてである。これについては、周知のように最高裁判決<sup>(41)</sup>が存在し、「使用者が労働基準法20条所定の予告期間をおかず、または予告手当の支払をしないで労働者に解雇の通知をした場合、その通知は即時解雇としては効力を生じないが、使用者が即時解雇を固執する趣旨でない限り、通知後同条所定の30日の期間を経過するか、または通知の後に同条所定の予告手当の支払をしたときは、そのいずれかのときから解雇の効力を生ずるものと解す」べきであると判示していた。この考え方はいわゆる相対的無効説とされているもので、その後の裁判所判決でもこれを踏襲したものも多い<sup>(42)</sup>。

これに対して、いわゆる労働者選択権説が有力に主張されている。すなわち、労基法20条1項は労働者を解雇しようとする使用者に30日前の予告をするか、予告手当を支払って即時解雇するか<sup>(43)</sup>の2つの選択を任せているところ、使用者がこの選択権を行使しない場合、使用者の当該意思表示をどう受け取るかの選択権は労働者に移り、①当該労働者は予告がないことを主張してその意思表示の無効を主張するか、または②予告手当の支払がないと主張してその手当の支払を請求するかのいずれかを主張することができるのである。ただし、③労働者が相当の期間内にこの選択権を行使して無効を主張しない場合には予告手当の請求しかできなくなるとされる<sup>(43)</sup>。このように、労働者選択権説は相対的無効説のように使用者の意思をその解雇後の行動から評価するのではな

(41) 細谷服装事件・最2小判昭35・3・11民集14巻3号403頁。なお、同判決は基本的に行政解釈(昭24・5・13基収1483号【予告期間及び予告手当の支払いなき解雇】)の枠組みを受けたものであるが、同解釈はこんにちも維持されている(厚生労働省『平成22年版労働基準法上(労働法コメンタール3)』(労務行政、2011年)318～319頁)。同最高裁判決を解説したものとして、松尾邦之「予告を欠く解雇——細谷服装事件」村中孝史・荒木尚志編『労働判例百選(第8版)』(有斐閣、2009年)154～155頁参照。

(42) たとえば、関西フェルトファブリック(本訴)事件・大阪地判平10・3・23労働判例736号39頁参照。

(43) 有泉亨・前掲書167頁。



く、解雇の意思表示をその受け取り側である労働者の側にたつて諸般の事情をも考慮しつつ検討するという「まさに労働法的な視点」を提示しており、妥当である<sup>(44)</sup>。

なお、使用者に対し解雇予告義務を科した労基法20条1項は、①日日雇い入れられる者、②2ヶ月以内の期間を定めて使用される者、③季節的業務に4ヶ月以内の期間を定めて使用される者、および④試の使用期間中の者については適用されない（同法21条本文）。ただし、①の者が1ヶ月を超えて引続き使用されるにいたった場合、②・③の者が「所定の期間」（2ヶ月または4ヶ月）を超えて引続き使用されるにいたった場合、および④の者が14日を超えて引続き使用されるにいたった場合には、同法20条1項の解雇予告義務が適用される（同法21条但書）。したがって、たとえば（前記②に関して）1ヶ月の期間の労働契約を更新された労働者が2ヶ月を超えて引続き使用されるにいたった場合、その後の期間の途中における解雇に対しては解雇予告義務（同法20条1項）が科されることになる<sup>(45)</sup>。

これに関連して、期間の定めのある労働契約における期間満了、すなわち使用者による当該契約の更新拒否に対して解雇予告義務が科される余地はないのかが問題となるが、この点については続稿において（3（2）「有期労働契約と解雇」）検討を予定している。

＜未完＞

---

(44) 同旨、野田進・前掲論文222頁。なお、東京大学労働法研究会編・前掲書360～362頁〈森戸英幸 執筆担当部分〉、菅野和夫・前掲書554～555頁が簡明な説明をくわえている。

(45) 有泉亨・前掲書164頁、菅野和夫・前掲書556頁参照。ただし、行政解釈は「所定の期間」の意味を、たとえば労働契約の期間が1ヶ月であれば当該1ヶ月と解するので、これら多数の学説とは異なった見解となる。この点、東京大学労働法研究会編・前掲書365～366頁〈森戸英幸執筆担当部分〉も現行法の解釈としてはこれら多数説に与さざるを得ないとしつつ、本条についてはこのほかにも多々問題があるとし、法改正によって本条の「趣旨をより明確にすべきであろう」と述べる。適切な提言である。

くあとがき>

古屋邦彦先生は2000年4月、本学法学部における新規開設の授業科目「企業法務」および大学院企業政策研究科・法学研究科の授業・演習科目「国際取引」の担当教授として、当時西南学院大学の教授を勤めておられた大隈一武先生のご推薦により、日揮（株）の法務部から転出していただいたところでございます。爾来14年間にわたって、先生は研究と教育を見事に両立されましたが、その重点は理論と実践をいかに調和させるかというところに置かれていたように存じます。先生は、日揮（株）時代の海外におけるプラント輸出などの実践的業務のなかで獲得し磨かれた知識を惜しみなく大学院生、学生に注ぎ込まれました。彼らに企業の現場を見せ、その最前線で活躍している人々との交流の機会を設けるなど、常に生きた法学教育を志向されておりましたし、その副産物として先生のご推薦によって就職していった学生、大学院生（留学生）は相当数に上るものと存じます。

先生には、ずいぶんのご親交をいただきました。大学のルーティン・ワークでのおつきあいはもちろん、ご多忙のなかで長期間本学の就職・進路部長をお勤めいただくなかで、学生を鍛え1人でも多く有為な学生を就職させるにはどうしたら良いか、熱心に議論をさせていただきました。国際交流校の韓国・東亜大学校での先生のご講演の際にもごいっしょしてプサン、慶州での楽しい数日をごいっしょすることができました。ここに深く感謝申し上げます。

先生は本学をご退職し神奈川に帰られてからも、母校の慶応義塾大学大学院における「プロジェクト・マネジメント強化研修」の主要な講師としての仕事も継続されるなどご活躍の場はますます広がり、ご多忙な日々が続くものと存じます。どうかご家族ともどもご健勝で過ごされますよう、心から祈念申し上げます。