

# 準解雇の法理 (三)

三井正信

## I — 準解雇の法理 (三) (三井)

- 一 問題状況の概観
- 二 何故「解雇」なのか
  - (一) 解雇規制の法的根拠
    - (1) 従来のオーソドックスな説明
    - (2) 近年の社会経済状況の変化と学説による新たな根拠付け (以上二七卷一号)
    - (3) 企業の社会的権力コントロールの理論
  - (二) 何故これまで解雇のみが規制の対象として注目されてきたのか
- 三 これまでの準解雇法理の検討
  - (一) 概説
  - (二) 学説の検討 (以上二七卷二号)
  - (三) 判例の検討
  - (四) 小括
- 四 新たな法理の構築へ向けて
  - (一) 基本的な戦略 (以上本号)
  - (二) 民法学説における法律行為論の展開と準解雇の法理
  - (三) 民法九三条但書の類推適用と準解雇の法理
- 五 準解雇の法理と就労請求権論の再構成
- 六 今後の検討課題

### 三 これまでの準解雇法理の検討(承前)

#### (三) 判例の検討

近年、準解雇の事例に関する注目すべき判例が多くみられるようになってきているが、その処理ないし労働者救済の方向性としては、解雇概念の拡張によるものと使用者による職場環境配慮義務(職場環境整備義務、職場環境調整義務)・本稿では、以下これらを同義で用いるとともに、特に断るかあるいは判例や文献が独自の用法を用いているのをそのまま引用するほかは、原則として職場環境配慮義務という表記を統一的に用いることとする)違反の不法行為ないし債務不履行を理由として労働者に退職と相当因果関係にある一定期間の賃金相当分の逸失利益(得べかりし賃金の喪失分)を含む損害賠償請求を認めることによるものがある<sup>(1)(2)</sup>。

#### (1) 解雇概念の拡張

準解雇にあたる事例について、解雇概念を拡張することによって対処する姿勢を示した判例として、丸一商店事件(大阪地判平一〇・一〇・三〇労判七五〇号二九頁)<sup>(3)</sup>を挙げることができる。被告会社Y(使用者)の代表者Zが原告X(労働者)に対し「来月から残業代は支払えない。残業を付けないか、それがいやなら辞めてくれ。」と告げ労基法違反か退職かの二者択一を迫った(以上は使用者による違法かつ不当な圧力であると考えられる)ところ、Xは即座に「それでは辞めさせてもらいます。」と言って退職の意思表示をしたので、ZはXが任意退職したものと取り扱う一方、XはYに解雇されたとして解雇予告手当等の支払を請求した。これに対し、大阪地裁は、「以上の事実によれば、Xは、Zが今後残業代は支払えないと告げたのに対し、それではやっていけないと考え、自ら退職したものと一応はいふことがで

きる。しかしながら、Zの発言は、残業手当の請求権を将来にわたり放棄するか退職するかとの二者選択を迫ったものであって、かかる状況でXが退職を選んだとしても、これはもはや自発的意思によるものであるとはいえないといふべきであり、右Zの発言は、実質的には、解雇の意思表示にあたるといふべきである。かように解しないと、使用者は、従業員に対し、労基法に違反する労働条件を強要して退職を余儀なくさせることにより、解雇予告手当の支払いを免れることができることになり、相当でないからである。」と判示した。

裁判所は、一応は労働者が自ら退職したということができるが故に、通常は「解雇の意思表示とみなし得る使用者の発言ないしは所為を発見することが不可能<sup>4)</sup>」となるケースであるにもかかわらず、あくまでその実はZの違法・不当な退職誘導の結果としてXが退職を余儀なくされたものであると評価して、労働者側の解雇の主張を認めた。これは「解雇概念をより実質的に捉えて、これを拡張的に解釈してゆくべきことを示唆<sup>5)</sup>」するものであって、具体的には、Xの発言は「一応、効果意思のある退職の意思表示であり、Xが「解約告知ないし合意解約の承諾をしたとみるしかない」ため、本件は「なんらかの形で解雇を擬制している事案」であると理解することができよう<sup>6)</sup>。つまり、本判決は小西説の擬制解雇説に極めて類似した考え方を展開するものといえるのである。

そうであるならば、確かに、本判決には、小西説と同様に、使用者の不当な圧力のもとでの労働者の退職をめぐる一連の過程を実質的に考慮して労働者保護をはかるという実践的問題意識がみられることになり、本件では直接には解雇無効が争われたのではないけれども、本判決の説示は解雇権濫用法理(労基法一八条の二)と結びつくことによつて準解雇の無効構成にもつながり得る射程を有する点において大きな意義が認められよう。しかし、これもまた小西説と同様に、本件説示においては、何故自ら退職したこと(労働者自らの意思表示に基づく辞職あるいは合意解約)が解雇と評価される(擬制される・みなされる)のかについての法的媒介項ないし法的根拠が示されておらず法的構成にお

いて明確さに欠ける点に大きな難点が存するといわざるを得ない。また、本件はXが労基法二〇条の解雇予告手当の支払を請求した事件であるが、労基法の規定は刑罰法規でもあるが故に、その「解雇」の文言や概念を拡張して解釈することにも問題がある<sup>7)</sup>。そして、実際、理論的に不明確さを有するとしても諸判決がこのような解決法を採用しようとの「決断」を示す傾向が一般化すれば、かかる解雇概念の拡張は判例「法理」としての地位を獲得することにもなろうが、以後このような判断を行う判決もみられず、結局は本判決の説くところは実効性と理論的説得力を欠く救済策となっていると評価することができよう<sup>8)</sup>。

更に、この判決については、先のように解雇概念の拡張を試みるものと捉えるのではなく、「使用者の発言を残業代放棄か退職の二者択一を迫る、いわゆる変更解約告知的なのだとして把握したものと理解する」考え方も存している。このような考えに依拠すれば、「変更解約告知の中には、解雇の意思表示が含まれてい」ることになるため、本判決がそれを「解雇の意思表示」とらえて処理したことも、そう無理ではない処理だったと思われる、「変更解約告知のような解雇の意思表示がなされて、原告は単に解雇を承認する旨を告げたと構成すれば足りる」ということができるのであって、敢えて法的構成に不明確さを残す解雇概念の拡張という位置づけをなす必要も存しなくなる<sup>9)</sup>。もっとも、このような理解に対しては、使用者の「それがいやなら辞めてくれ」という発言が「『それを拒否すれば解雇する』という程度に会社(使用者)が雇用契約を確定的に終了させようとする意思表示といえるか否かが問われなければならない」が、「本件の事実認定だけではこれを肯定することは困難だ<sup>10)</sup>」とする批判が存しており、そうすると結局は上述の解雇概念の拡張の可否をめぐる問題に立ち戻らざるを得ないことになる<sup>11)</sup>。

## (2) 損害賠償構成

現在のより一般的な判例傾向を示すように思われるのは、学説における小宮教授の準解雇説と同様の方向において、

準解雇にあたる事例に対し使用者の職場環境配慮義務違反を認定して、いじめ・追い出し行為・セクハラ等と退職との相当因果関係を認め、使用者の不法行為あるいは債務不履行を理由として労働者に慰謝料に加えて逸失利益(退職と相当因果関係にある一定期間の得べかりし賃金の喪失分)を含む損害賠償請求を認めるアプローチである。

従来から、労働者が退職届を提出して退職した事例においても、一連の違法な業務命令により「原告らの退職を余儀なくさせた」として(そして、退職金計算の前提としてはあるが「原告らの退職は自己都合による退職とはいえず、被告組合にはやむを得ない業務上の都合による解雇と同視すべき帰責原因がある」と述べて)使用者の違法な業務命令により労働者が退職に追い込まれたこと、即ち、使用者の「一連の違法な業務命令等と原告らの退職との間には相当因果関係がある」ということを認め、不法行為を理由とする労働者の慰謝料請求を認容した判例が存していた(クレジット債権管理組合等事件・福岡地判平三・二・一三労判五八二号二五頁<sup>12</sup>)。また、セクシュアル・ハラスメントの事例において、例えば、上司が女性労働者の性的な悪評を流布したこと(職場環境型セクハラ)につき、セクハラを防止すべく「使用者は、：労務遂行に関連して被用者の人格的尊厳を侵しその労務提供に重大な支障を来す事由が発生することを防ぎ、又はこれに適当に対処して、職場が被用者にとって働きやすい環境を保つよう配慮する注意義務もあると解される」と述べて使用者の不法行為法上の職場環境に配慮すべき注意義務を認めただうえで、「働く女性にとって異性関係や性的関係をめぐる私生活上の性向についての噂や悪評を流布されることは、その職場において異端視され、精神的負担となり、心情の不安定ひいては勤労意欲の低下をもたらし、果ては職を失うに至るという結果を招来させるものであって、本件もこれに似た経緯にあり、原告は生きがいを感じて打ち込んでいた職場を失ったこと」も考慮すれば「違法性の程度は軽視し得るものではなく」精神的苦痛は相当なものであったとして、使用者の注意義務違反によりセクハラ被害に遭い退職した女性労働者に慰謝料請求を認めたもの(福岡セクシュアル・ハラスメント(キュー企画)事件・福岡地判

平四・四・一六労判六〇七号六頁<sup>(13)</sup>等のいくつかの判例も存していた<sup>(14)</sup>。ちなみに、労働者の退職につき、使用者自身が直接セクハラを行った場合は使用者が積極的に違法な行為を行っているものであるから不当な社会的権力の行使として違法な業務命令等による場合と同様に解してよいが、使用者が職場環境の悪化に対して積極的措置をとらずこれを放置した場合においても不作為による職場環境に配慮する注意義務違反の違法性がみられるのであり、自己の違法な不作為により労働者が退職せざるを得なくする(労働者を退職に追い込む)点において前者と同等の性格ないし本質(職場におけるいやがらせ等による労働者の退職)を有するものと評価してよいであろう(従って、セクハラに起因する労働者の退職につき、使用者が不作為による義務違反によりその原因を作出したと解し(即ち、労働者の退職が使用者「主導」によるものであると評価して)、これを準解雇の範疇に含めて、あるいは準解雇の一ヴァリエーションとして取り扱って、法的に処理することに問題はないと思われ、以下ではかかる前提に基づいて論を進めることとする)。

さて、確かに、これらの判例は、単に使用者による違法な業務命令や職場環境悪化の放置それ自体を問題とするのみならず、更に、違法な業務命令等は使用者の作為により、セクハラは使用者の不作為により労働者を退職に追い込む性質を有するという本質・実質を見据え考慮した点において注目すべきものである。しかし、法的救済のあり方としては、あくまで労働者の慰謝料請求を認容するのみで、いまだ、小宮説が述べるような方向で、使用者の追い出し行為等がなければ雇用が継続し労働者が得ていたであろう賃金の喪失分を逸失利益と認定して損害賠償請求することを認めるにまでは至るものではなかった。要するに、これらの判例は準解雇規制に達するまであと一歩のところまでできていたと評価することができるのであるが、準解雇の救済が慰謝料のみであるならば、例えば違法な業務命令やセクハラがなされ、これらが退職をもたらさなかったけれども慰謝料が認められたような場合と「どこが違うのか」という疑問が生じる<sup>(15)</sup>ことになるし、また「準解雇の事例は」解雇によって雇用が終了せしめられた場合とほとん

ど異ならず、それゆえ、慰謝料だけではその労働者の被った損害を十分に賠償したことはないと考えられる<sup>16</sup>ため、大きな限界ないし問題点を有していたことになるのである。

平成九年(一九九七年)に至ってようやく「その義務違反によって使用者が労働者に対して負うことになる責任の範囲を拡大する<sup>17</sup>」ことによって慰謝料に加えて退職にともなう逸失利益の損害賠償請求を認める判例が登場した。京都セクシユアル・ハラスメント(呉服販売会社)事件(京都地判平九・四・一七労判七一六号四九頁)<sup>18</sup>がそれであり、この判決によって準解雇の事例に対する本格的対処の端緒が切り開かれることになったのである。女性労働者に対して、専務が朝礼において、女子更衣室をビデオカメラで隠し撮りしていた男性従業員と男女関係にあるかのような発言をしたうえ、勤務を続けるか否か考えてくるよう退職を示唆する発言をしたことにより、当該女性労働者が会社に居づらくなり退職せざるを得なくなった事例に対し、京都地裁は「被告会社は、雇用契約に付随して、原告のプライバシーが侵害されることがないように職場の環境を整える義務があるというべきである」と述べて男性社員による女子更衣室ビデオ撮影をめぐる一件につき使用者の義務違反を認定するとともに、「被告会社は、雇用契約に付随して、原告がその意に反して退職することがないように職場の環境を整える義務があるというべきである」としたうえで、具体的には会社には女性社員が「退職以外に選択の余地のない状況がないように」専務の発言に対する謝罪や退職を示唆するような発言を撤回させることなどの措置をとるべき義務があったにもかかわらず何の措置もとらなかった点においてかかる義務違反を認定し、会社に対し慰謝料に加えて退職と相当因果関係にある逸失利益として一八〇日分の賃金を損害賠償するよう命じたのである。この判決は、職場環境配慮義務の対象・射程を単にセクハラの防止(セクハラに対する救済)のみならずセクハラによって労働者が退職を余儀なくされることの防止(セクハラによって退職を余儀なくされたことに対する救済)にまで広げたいうえで、これを不法行為上の注意義務ではなく雇用契約(労働契約)上の付随義

務として構成し、使用者のかかる配慮義務違反（＝債務不履行）を理由にセクハラによって退職した労働者に対して逸失利益（得べかりし賃金）の賠償請求を認めた（要するに、セクハラないしは配慮義務違反と退職との相当因果関係を認め、退職による逸失利益の賠償請求を認容するという手法を通じて、セクハラによって職場に居づらくなった労働者の退職に対する本格的な救済法理を提示した）<sup>19</sup>はじめての例として大いに注目すべきものである。なお、労働者が退職するには至らなかつたセクハラ的事件においても、信義則に基づく職場環境配慮義務法理がセクハラ救済法理として用いられている（例えば、三重セクハラ（厚生農協連合会）事件・津地判平九・一一・五労判七二九号五四頁<sup>20</sup>）は「使用者は被用者に対し、労働契約上の付随義務として信義則上職場環境配慮義務、すなわち被用者にとって働きやすい職場環境を保つよう配慮する義務を負つて」と判示している）。

また、続いて、強硬な転勤要請や行き過ぎた退職強要・いやがらせ等により労働者が辞職を余儀なくされた事例について、エフピコ事件（水戸地下妻支判平一一・六・一五労判七六三号七頁<sup>21</sup>）は、「労働契約関係において、使用者は労働者に対し、労働者とその意に反して退職することがないように職場環境を整備する義務を負い、また、労働者の人格権を侵害する等違法・不当な目的・態様での人事権の行使を行わない義務を負っているものと解すべきである」と述べたうえで、「原告らは、いずれも定年まで勤務する意思であったにもかかわらず、被告会社の虚偽、強圧的な言動や執拗な退職強要・いやがらせによつて退職のやむなきに至つたものというべきである。そうすると、平成八年一〇月以来の会社の原告らに対する一連の処遇は、転勤に応じないことを予測し、原告らに自己都合退職に追い込むことを意図してなされたものと推認されても仕方がないのであり、少なくとも、使用者としての前記配慮義務に反するものであつて、その結果として原告らが有する意に反して退職させられない権利を侵害したものであるから、債務不履行ないし不法行為を構成するものである。」と認定して、原告労働者に退職と相当因果関係にあるとされる六か月分の得



べかりし賃金の逸失利益、慰謝料、自己都合退職と会社都合退職の退職金の差額などの請求を認めた(なお、本判決は職場環境配慮義務違反につき「債務不履行ないし不法行為を構成する」と一定幅を持たせた言い回しを用いているが、併せて「労働契約関係において」という指摘も行っているのであるから、基本的には労働契約上の義務を問題としてしていると解してよいであろう<sup>(22)</sup>)。この判決は、「セクハラ裁判例において形成された『職場環境整備義務』を土台に」、「セクハラにわたらない退職強要事案について逸失利益の損害賠償が認められた初めての裁判例<sup>(23)</sup>」であると位置づけられるが、職場環境配慮義務を述べたセクハラ事件である京都セクシユアル・ハラスメント(呉服販売会社)事件・京都地裁判決においては「使用者が労働者が居づらい環境にあるのに退職に追い込まれるのを防止する措置をとらなかったという不作為が、配慮義務違反とされた」のに対し、本件では「使用者が労働者に居づらい環境を作り出して退職に追い込むという作為が配慮義務違反とされた<sup>(24)</sup>」という点に差異がみられ、この意味で職場環境配慮義務の法理を「異なる問題事例へ応用したものと見る」ことができる<sup>(25)</sup>。一点に意義と重要性が存するといえよう(ただし、本件控訴審である東京高判平一二・五・二四労判七八五号二二頁は、労働者は会社が業務上の必要性に基づいて行った本社工場への転勤要請を拒否し各自の意思に基づいて退職するに至ったものであつて、労働者の退職につき会社の債務不履行ないし不法行為責任があるとの労働者の主張はその前提が認められないとして原判決を取消しているが、これは事実認定の違いに由来する問題であつて、原審が示した救済法理・枠組みについては何も言及していない)。

ただ、以上のような判例法理は実務上、必ずしもストレートに展開してきていたとはいえず、例えば、男性従業員がのぞき見可能な構造上の瑕疵のある女性用トイレに侵入していたことに端を発し、女性労働者の求めにもかかわらず使用者がこれに対して適切・迅速な対処を行わなかったため女性労働者と会社との関係がぎくしゃくすることになり、その結果、会社の求めに応じる形でかかる女性労働者が退職に追い込まれた、仙台セクシユアル・ハラスメント

(自動車販売会社) 事件(仙台地判平一三・三・二六労判八〇八号一三頁)<sup>(26)</sup>のように、セクハラ救済については詳細な理論展開を図るものの、セクハラに端を発する会社との関係悪化に起因する労働者の退職については救済のための適切かつ十分な説示をなし得なかったケースも存している。

この判決は、セクハラに対する労働者保護につき、事前の予防義務(「職場環境整備義務」として「事業主は、従業員に対し、雇用契約上の付随義務として、良好な職場環境の下で労務に従事できるよう施設を整備すべき義務を負っている」と解すべきである)と、そして事後の措置義務(「職場環境配慮義務」として「事業主は、雇用契約上、従業員に対し、労務の提供に関して良好な職場環境の維持確保に配慮すべき義務を負い、職場においてセクシャルハラスメントなど従業員の職場環境を侵害する事件が発生した場合、誠実かつ適正な事後処理をとり、その事案にかかる事実関係を迅速かつ正確に調査すること及び事案に誠実かつ適正に対処する義務を負っている」というべきである)と両者を区別して論じたうえで、本件では使用者の后者の義務違反が存することを認定したが、職場環境配慮義務の一内容として従業員が退職や解雇がなされることのないように配慮すべき義務が存在するとの原告(女性労働者)の主張に対しては、「一般的に事業主に右のような解雇・退職回避義務が存することは首肯できる(「雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律」(二二条一項参照)が、右はセクシャルハラスメント等があった場合に事業主に要求される配慮であるところ、これが会社の対応に不満をもった者がいつまでもその不満を顕在化させるのを放置することまでを許容したものではないのは明らかであって、被告の対応に解雇・退職回避義務の違反はないというべきである」と述べ、女性労働者に会社の(セクハラに対する事後の措置義務である)「職場環境配慮義務」違反を理由とする慰謝料請求のみを認めた(もつとも、確かに、本判決は退職による逸失利益の賠償を認めなかったとはいえ、「これら被告の不適切な対応が重なって原告が精神的苦痛を覚え、ひいては被告を退職するに至ったものというべきであり、…原告の右退職が任

意退職であるとしても、被告に八年余り勤務し安定した給与を得ていた原告の無念さは察して余りあるというべきである」と述べて、慰謝料算定にあたっては会社による不適切な対応等により退職を余儀なくされたという事情を斟酌している<sup>(27)</sup>。

以上の判示は、セクハラに対する保護法理に関しては、従来、職場環境配慮義務として一括して論じられてきたものを、状況・場面に応じて事前の予防義務（「職場環境整備義務」）と事後の措置Ⅱ調査・対処義務（「職場環境配慮義務」）に区分けしてそれぞれにつききめ細かに義務内容を論じた点に意義を有するもの<sup>(28)</sup>、解雇・退職回避義務については、その範囲がセクハラの場合に限定されているため極めて狭く（要するに、セクハラには関連するが、あくまで退職がセクハラに対する会社の不適切な対応等に起因する関係悪化の結果であるような場合には対象から除外されることになり）、また信義則ではなく努力義務を規定するにすぎない男女雇用機会均等法二二条一項にその根拠を求めた点に法的不明確さ・不十分さを残しており、解雇・退職回避義務をめぐる説示には大きな問題があるように思われる<sup>(29)</sup>。本件は、そもそも会社によるセクハラ（男性社員の女子トイレ侵入）に対する対処の仕方に問題があり（会社は迅速・適切な対処を行わなかった）、その結果、会社とその対応に不満を持つ女性労働者の関係がぎくしゃくし、ついには会社が女性労働者に対して退職を求めるまでに至っているのであるから、京都セクシュアル・ハラスメント（呉服販売会社）事件・京都地裁判決及びエフピコ事件・水戸地裁下妻支部判決が示した法理によるならば、明らかに本来、労働者が退職を余儀なくされることの防止という観点からみて職場環境配慮義務違反（債務不履行）が認定されてしかるべき事例であったといえよう<sup>(30)</sup>。

なお、以上の債務不履行構成の動きに加え、併せて不法行為構成に依拠する判例にも一定注目すべき進展がみられた。会社が男性上司のセクハラを放置するなどして二名の女性労働者が退職せざるを得ない状況に追い込まれたケースにつき、岡山セクシュアル・ハラスメント（労働者派遣会社）事件（岡山地判平一四・五・一五労働八三二号五四頁<sup>(31)</sup>）が、

会社が女性労働者が「職場に復帰することができなくなるまでに職場環境が悪化することを放置した」等の行為が不法行為の違法性を有することと被告会社には少なくとも過失があることを認定し、民法七〇九条に基づく不法行為構成の事件としてははじめて労働者が慰謝料に加えて逸失利益（一年分の給与）を使用者に対して賠償請求することを認めた。

とにかく、①職場環境配慮義務の法理と、②労働者が退職を余儀なくされたことの救済として追い出し行為・セクハラ等と退職との相当因果関係を認めることによって雇用が継続していたならば労働者が得ていたであろう賃金分の逸失利益（退職と相当因果関係にある逸失利益）の請求を認容するという法構成（法理）は、いまだ不安定ながら両者相まって一定実務において準解雇（ないしはセクハラ）のケースをめぐる有力なアプローチを形成しつつあるといえるが、学説の小宮説の検討で指摘した問題点がこれにも同様にあてはまることに変わりはなく、また次項で述べるように逸失利益の認定範囲の狭さ（認定額の低さ）にも問題があるといえよう。

#### （四）小括

以上、これまでの準解雇をめぐる学説・判例のアプローチをみてきたが、それらについては次のような小括をなすことが可能であろう。

とにかく、(一)、(三)で検討してきた学説及び判例は労働者保護の観点から準解雇にあたる事例に対して法的対処を試みようとした点においては大きな意義を有するといえよう。特に、職場環境配慮義務に依拠した退職による逸失利益を含むところの損害賠償アプローチは、確かに、仙台セクシユアル・ハラスメント（自動車販売会社）事件・仙台地裁判決にみられるように、いまだ必ずしも安定した法理となっていないが、今後、判例において有力な流れを形成し得る可能性を有しており、その方向性を理論的に示唆した小宮教授の準解雇説とともに実務上一定注目すべ

き成果をもたらしている。

しかし、結局は、①使用者の終了意思や追い出し意図を要件とすることで適用範囲が狭くなる（小西教授の擬制解雇説、小宮教授の準解雇説（旧説））、②法的構成において明確性、説得力、実効性などを欠いている（小西教授の擬制解雇説、小宮教授の準解雇説（無効構成を説く新説）、森戸教授の強迫概念拡張説、判例の解雇概念の拡張アプローチ）、あるいは③法的救済の点において損害賠償のみとなっているので労働者保護の観点からみて不十分である（小宮教授の準解雇説（旧説）、判例の職場環境配慮義務に依拠するアプローチ）など、いずれの説やアプローチも何らかの重大な問題点・欠点を包含しており、準解雇の事例に対して必ずしも有効に対処し得るものとはなっていないと結論づけることができよう。

確かに、職場環境配慮義務に依拠するアプローチ（損害賠償構成）は法実務において有力なアプローチとなりつつあるかに思われ、たとえ無効構成をとらないにしても損害賠償構成が労働者に対して十分な保護を与えるとともに準解雇に対して（金銭的に）一定の抑止力をもつならば、かかるアプローチは準解雇に対するある程度有効な法的規制となり得ると評価できよう。<sup>32</sup>しかし、準解雇説を展開した小宮教授が、解雇及び退職追い込み行為（準解雇）に対し、「長期雇用を前提とする正規従業員の解雇が実体的理由で違法とされる場合」で「雇用サイクルの途中にある労働者の場合には、当該労働者の勤続期間、勤務態度・成績や当該企業の同種労働者の平均雇用期間、産業や会社の置かれている経済的環境等により合理的雇用継続期間を推測」して（一定長期間に及ぶ賃金分の）逸失利益を認めるべきことを主張する（ちなみに、具体的には、①「例えば、大企業の長期勤続者に関していえば、通常、少なくとも二年程度の賃金相当額の損害があると考え」と、あるいはまた②「一般的に再就職者の賃金が目減りし落ち込む傾向があつて「例えば、四〇歳から四九歳の再就職者の場合で年間二・六月分となつている」ため「この賃金格差が、例えば、六、七年続くと仮定すると、再就職するま

での期間の逸失利益に加え一年半程度の逸失利益が出ることになる」と述べている<sup>34</sup>のに対し、職場環境配慮義務法理に依拠する判例は退職と相当因果関係にあるものとして極めて低額(狭い範囲)の逸失利益(六か月ないしは一年分の賃金)しか認めない傾向をみせており、これでは不当な圧力・退職誘導行為・いやがらせ・セクハラなどによって労働者が合理的な雇用継続の期待を侵害されたことに対する十分な救済とはなっておらず(特に、いまだわが国において一定根強い雇用慣行として残っている長期雇用慣行<sup>35</sup>終身雇用制を考慮するならば、判例による救済の不十分さはなおさらのことといえよう)、加えて裁判で負けてもこの程度の負担で済むのかということ、場合によっては準解雇に対する歯止めや抑止力となるどころか、かえってむしろ使用者に対して安価な追い出し策(社会的権力の不当な行使)を認めてしまうに等しい結果ともなると考えられる<sup>35</sup>。

とにかく、これまでの学説・判例の問題点を勘案するならば、縷述のように、労働者を企業から放逐するための使用者の社会的権力の行使という点において、準解雇は実質的には解雇と同じであると位置づけ評価して規制をはかる必要があると考えられる以上、解雇と同様に、準解雇にあたる場合にも、労働者の意思表示ないしは労働契約の合意解約が無効となり、労働者が職場に戻ってくるという使用者にとってハードな帰結をもたらし得る法理の構築・提示が要請されるといえよう。それによって、ようやく労働者に十分な救済を与えることができることともに、使用者の不当な社会的権力の行使を有効に抑止・抑制しコントロールすることが可能となるのである。

ただ、その際、既に判例・実務において既に一定定着傾向をみせているように思われる職場環境配慮義務など既存の法理を有効に活用できるならば、それを併せて活用すべきであろう(その方が法理構成にあたって説得性を増そう)。そこで、職場環境配慮義務を使用者の不当な社会的権力の行使(ないしは行使と同等と評価され得る不行使<sup>36</sup>不作為)により職場環境が害されることのないように(そしてそれによって労働者が退職するに至らないように)配慮する義務と広く捉

え直し、たとえ使用者に必ずしも追い出し意図がみられないような場合であつても職場環境配慮義務違反の帰責事由が存すれば、準解雇にあたる雇用の終了に向けた労働者の意思表示（辞職の意思表示もしくは合意解約の申込・承諾）を無効となし得るといふ方向で法理構成を行うことが妥当であるように思われる。また、職場環境配慮義務に依拠するならば、労働者が意思表示の無効か損害賠償のいずれかを選択し得るといふ法理を構成しやすくなるというメリットも存しよう（ただ、労働者が損害賠償を選択する場合には、損害賠償額が逸失利益も含め労働者が十分に満足し得る金額となるべきように裁判所を説得的に説き伏せることが課題とならう）。

(1) 判例の傾向・展開をめぐる分析・検討については、以下の注で引用する多くの優れた先行業績によって既に詳しくなされているところであるが、論文の構成上及び論述の都合上、現在における準解雇法理の全体像を探る一環として判例の検討を行うことが本稿においても必要となるため、敢えてこの節(三)「判例の検討」を設けることとした次第である。従つて、本節の分析・検討及び論述はそれらの先行業績に多くのものを負っている。

(2) 準解雇を含め、より広く、雇用の終了をめぐる最近の注目すべき判例傾向について論ずるものとして、小宮文人「雇用終了をめぐる最近の判例」北海学園大学法学研究三五卷三号(二〇〇〇年) 一頁以下。

(3) この事件についての判例研究として、古川陽二「使用者のイニシアティブによる労働契約の終了とその救済」法律時報七二巻四号(二〇〇〇年) 一一一頁以下。

(4) 古川・前掲注(3)評釈一一三頁。

(5) 古川・前掲注(3)評釈一一三頁。もつとも、古川教授は、丸一商店事件・大阪地裁判決を具体的にこのような理解を踏まえて論じているのではなく、本件のような事例についてはかかる処理をなす方向性をとるべきことを一般的に示唆する文脈でこのように説いている。

(6) 小宮・前掲注(2)論文六一七頁。

(7) 小宮・前掲注(2)論文七頁。

- (8) 和田肇「土田道夫」ウォッチング労働法 雇用の変化と労働法(2) 法学教室二四二号(二〇〇〇年)一四七頁は、丸一商店事件・大阪地裁判決を「みなし解雇」ないし「準解雇」の事件であると性格把握したうえで(「土田発言」)、「裁判所は、この概念を直ちに認めることには躊躇するでしょうね」(和田発言)と論じている。
- (9) 山川隆一「荒木尚志」ディアローグ 労働判例この1年の争点「日本労働研究雑誌四七三三三号(一九九九年)八一九頁。
- (10) 小宮・前掲注(2)論文八頁。
- (11) なお、和田「土田・前掲注(8)対談一四七頁は、丸一商店事件は「変更解約告知と隣り合わせの問題」であるとしながらも、あくまでこれを「みなし解雇」ないし「準解雇」の事例であると性格付けており、具体的には、「使用者が労働条件を変更したときに、それに応じなければ解雇する」というのが変更解約告知であるのに対して、「労働条件を変更したが、いやなら辞めてくれ」と言って退職させる(形式的には自ら退職する)というのがここでの問題です」と述べて両者を区別している(「土田発言」)。
- (12) 石田眞「セクシユアル・ハラスメントによる退職と損害賠償」労働法律旬報一四四一号(一九九八年)二二―二四頁は、クレジット債権管理組合等事件・福岡地裁判決を「準解雇」に対する救済事件と捉えている。なお、この事件以外に、労働者が自ら退職するまでには至らなかった事例であるけれども、上司や使用者の違法な業務命令等のいやがらせ行為が労働者を退職に追い込む不当な動機・目的・意図・態様等でなされた(あるいはそれが労働者を退職に追い込む余地、ないしそれにより労働者が退職に追い込まれるおそれがあること)を認め、慰謝料請求を認容したり、(いやがらせ行為が法律行為である場合には)当該業務命令等を権利濫用で無効としたりする判例がみられた(エール・フランス事件・千葉地判平六・一・二六労働六四七号一頁、東海旅客鉄道(出向命令)事件・大阪地決平六・八・一〇労働六五八号五六頁、マリノックロットメデイカル事件・東京地決平七・三・三一労働六八〇号七五頁、バンク・オブ・アメリカ・イリノイ事件・東京地判平七・一一・四労働六八五号一七頁など)。以上の判例傾向については、小宮文人「解雇・雇止め・退職強要の法律問題」ジュリスト一一四九号(一九九九年)五三―五四頁を参照。
- (13) この事件の判例研究として、奥山明良「セクシユアル・ハラスメント」山口浩一郎「菅野和夫」西谷敏(編)『労働判例百選「第六版」』(一九九五年、有斐閣)六〇―六一頁、林弘子「セクシユアル・ハラスメント」菅野和夫「西谷敏」荒木尚志(編)『労働判例百選「第七版」』(二〇〇二年、有斐閣)七〇―七一頁ほか多数存している(この事件についての判例研究・関連文献については、詳しくは、これら奥山評釈及び林評釈を参照されたい)。
- (14) 石田・前掲注(12)評釈二〇頁は、セクハラと退職との関係につき、京都セクシユアル・ハラスメント(呉服販売会社)事件・京



- 都地裁判決以前のセクハラ事件判決を検討して、①福岡セクシュアル・ハラスメント(キュー企画)事件・福岡地裁判決を「セクシュアル・ハラスメント」によって被害者が退職せざるをえなくなったことが、不法行為責任を判断する際の違法性判断の要素として考慮された例」に分類しているが、その他に、②労働者の退職が「慰謝料算定の際に考慮された例」に分類される判例として、大阪セクシュアル・ハラスメント(運送A社)事件・大阪地判平七・八・二九判タ八九三号二〇三頁、東京セクシュアル・ハラスメント(広告代理店A社)事件・東京地判平八・一二・二五判七〇七号二〇頁を、③労働者の退職が「違法性の判断要素と慰謝料の双方において考慮された例」に分類される判例として、旭川セクシュアル・ハラスメント事件・旭川地判平九・三・一八判七二七号四二頁を挙げている。
- (15) 小宮文人「解雇制限法」日本労働研究雑誌四四六号(一九九七年)二八頁、同「解雇するとはどういうことか」道幸哲也||小宮文人||島田陽一「リストラ時代 雇用をめぐる法律問題」(一九九八年、旬報社)五三頁。
- (16) 小宮文人「使用者による労働者の追出し行為と職場環境」労働法律旬報一四六四号(一九九九年)二六頁。
- (17) 小宮・前掲注(16)評釈二七頁。
- (18) この事件の判例研究として、石田・前掲注(12)評釈、水島郁子「セクシュアル・ハラスメントと使用者の職場環境調整義務」法律時報七〇巻七号(一九九八年)九三頁以下。
- (19) 石田・前掲注(12)評釈二〇頁以下。なお、併せて、小宮・前掲注(16)評釈二七頁も参照。
- (20) この事件の判例研究として、小西康之「環境型セクシュアル・ハラスメントにおける使用者責任と職場環境配慮義務」ジュリス ト一一五〇号(一九九九年)一二五頁以下。
- (21) この事件の判例研究として、小宮・前掲注(16)評釈、本久洋一「分社化に伴う退職強要と『意に反して退社させられない権利』」法律時報七二巻七号(二〇〇〇年)七九頁以下、砂押以久子「使用者による労働者に対する退職勧奨行為と損害賠償」ジュリス ト一一八九号(二〇〇〇年)一二〇頁以下。なお、小宮・前掲注(16)評釈二七頁は、本件で「問題とされているのは、退職するか雇用を継続するかという労働者の退職決定プロセスへの使用者の不当な介入であり、『労働者がその意に反して退職することがないように環境を整備する』配慮義務の保護の対象は労働者の自己決定権にあるとみるのが適切であろう」という鋭い指摘を行っている。これは、更に進んで、使用者の職場環境配慮義務違反によって意思決定プロセスにおいて不当な影響を受けたのであるならば、その結果としてなされた労働者の意思表示の効力を問題とすべきではないかという論点につながる可能性を提示するものとい

えよう。かかる問題意識に関連するものとして、山本敬三「民法における『合意の瑕疵』論の展開とその検討」棚瀬孝雄(編)『契約法理と契約慣行』(一九九九年、弘文堂)一四九頁以下、大村敦志『消費者法〔第2版〕』(二〇〇三年、有斐閣)五一頁以下(特に九八頁以下)を参照。

- (22) 小宮・前掲注(16)評釈二七頁。
- (23) 本久・前掲注(21)評釈八〇頁。
- (24) 小宮・前掲注(16)評釈二七頁。
- (25) 砂押・前掲注(21)評釈二二頁。
- (26) この事件の判例研究として、山田省三「セクシユアル・ハラスメントと使用者の職場環境配慮義務」労働判例八一五号(二〇〇二年)五頁以下、石田眞「セクシユアル・ハラスメントに起因する『退職』と使用者の職場環境整備・配慮義務および工作物責任」労働法律旬報一五三〇号(二〇〇二年)五〇頁以下。
- (27) ちなみに、山田・前掲注(26)評釈一二頁は、本件判決が三二〇万円という高額(労働事件におけるセクシユアル・ハラスメントについて過去最高の額)の慰謝料を認容している点に注目し、「ここでは、本件合意解約による損害賠償は認めなかったものの、長年勤務してきた被告会社を退職せざるを得なかった事情が考慮されており、実質的には本件合意解約による損害が認定されているものと指摘できよう」と述べている。
- (28) 石田・前掲注(26)評釈五三頁、五五―五六頁。なお、仙台セクシユアル・ハラスメント(自動車販売会社)事件・仙台地裁判決に先立ち、東京セクシユアル・ハラスメント(M商事)事件・東京地判平一一・三・一二労判七六〇号二三頁と沼津セクシユアル・ハラスメント(F鉄道工業)事件・静岡地沼津支判平一一・二・二六労判七六〇号三八頁を中心としてセクハラ事件の諸判例を分析し、仙台セクシユアル・ハラスメント(自動車販売会社)事件・仙台地裁判決と同様に事前防止措置と事後措置から義務内容が構成されるとの方向性において使用者のセクハラ防止義務(職場環境配慮義務)を検討・整理し、また、かかる義務は不法行為上の義務であるべきかそれとも労働契約上の義務であるべきかにつき、いずれの構成も可能だが、「理論的には、使用者の義務内容の具体化、当事者の権利義務関係を事前に設計するという予防法学的見地からみても、契約的構成によって使用者責任の義務内容をより具体化していくことが望ましいと思われる」と論じていた文献として、水谷英夫「企業の『セクシユアル・ハラスメント防止義務』」労働法律旬報一四八一号(二〇〇〇年)二四頁以下(かかる法理を含めセクハラについてより詳細には、同『セクシユアル

ル・ハラスメントの実態と法理』(二〇〇一年、信山社) 参照)。また、セクハラに關し詳細に職場環境配慮義務の内容を分析・検討する文献として、山崎文夫「セクシユアル・ハラスメントの法理」日本労働法学会(編)『講座21世紀の労働法 第6巻 労働者の人格と平等』(二〇〇〇年、有斐閣) 一一二頁以下(この点について比較法的見地も含めてより詳細には、同『セクシユアル・ハラスメントの法理』(二〇〇〇年、総合労働研究所) 参照)。ちなみに、最近の岡山セクシユアル・ハラスメント(リサイクルショップA社)事件・岡山地判平一四・一一・六(労働八四五号七三頁も、「そもそも、使用者は、被用者に対し、労働契約上の付随義務として信義則上被用者にとって働きやすい職場環境を保つように配慮すべき義務を負っており、セクハラに關しては、使用者はセクハラに關する方針を明確にして、それを従業員に対して周知・啓発したり、セクハラ行為を未然に防止するための相談体制を整備したり、セクハラ行為が発生した場合には迅速な事後対応をするなど、当該使用者の実情に應じて具体的な対応をすべき義務があると解すべきである」と判示し、セクハラに關する配慮義務のなかには事前の予防義務と事後の対応義務の二つが含まれることを明らかにしている。ただ、仙台セクシユアル・ハラスメント(自動車販売会社)事件・仙台地裁判決では事前の義務が物的施設の整備につき論じられたのに対し、岡山セクシユアル・ハラスメント(リサイクルショップA社)事件・岡山地裁判決では事前の義務が使用者のセクハラ防止方策や防止体制について論じられている点が異なっている。総合的に考えれば、職場環境配慮義務の事前のセクハラ予防義務には両者の観点が含まれると解すべきことが妥当であろう。

(29) 山田・前掲注(26)評釈一—一二頁。

(30) なお、この事件では、併せて、労働者は自己の退職が解雇であるとしてその無効を主張し従業員としての地位確認を求めた。これに対し、仙台地裁は、使用者側の退職の求めを合意解約の申込みと捉えたいうえで女性労働者による承諾がなされたとして、任意退職故に雇用契約上の地位を有しないとされた。この点につき、山田・前掲注(26)評釈一二頁は、本件退職は会社側の職場環境配慮義務違反に起因しているので、「本件における原告の退職に至る経緯をみると、真の自由意思に基づくものと断言できるだろうか」との疑問を呈している。また、石田・前掲注(26)評釈五三頁も、「退職」を迫る使用者の言動を単純に合意解約の申込みととらえる本判決の立場は、解雇以外の使用者のイニシアティブによる労働契約の終了がどのような場合に許されるのか、それは解雇とどう異なるのかという困難ではあるが重要な問題に依えていないという意味で、問題を残す判断となつていふところがある」と述べている。そして、同評釈五七頁は、本件では会社の合意解約の申込みは解雇の代替手段となつており、本件判決のように合意解約が無制限に許されることになれば解雇権濫用法理の僭脱が許されることになつてしまふので、「信義則上退職回避義務を負うのは被告の方で

あり、合理的理由のない本件合意解約の申込みは、信義則に反し無効であると考えてよい」と無効構成を試みている。

(31) この事件の判例研究として、小宮文人「セクハラにおける使用者の損害賠償責任」労働法律旬報一五四六号(二〇〇三年)五六頁以下。

(32) 解雇の問題にしろ準解雇の問題にしろ、従来は、専ら労働者にいかなる救済を認めるべきかの観点から論じられてきたが、企業による解雇・準解雇に対する抑止力という視点も労働者保護にとっては同様に重要となる点を看過してはならないであろう。

(33) 小宮文人「解雇はどう救済されるか」道幸哲也||小宮文人||島田陽一「リストラ時代 雇用をめぐる法律問題」(一九九八年、旬報社)一三七頁。

(34) 小宮文人「雇用終了における労働者保護の再検討」日本労働法学会誌九九号(二〇〇二年)四六一―四七頁。なお、同論文は、慰謝料につき、「その行為の継続性や執拗性からみて、擬制解雇に当たるとした場合の方が通常の解雇の場合より高額の慰謝料を請求できる可能性が高いとみることができよう」と述べている。

(35) 京都セクシユアル・ハラスメント(呉服販売会社)事件・京都地裁判決につき、小宮・前掲注(2)論文一八頁は、一八〇日分の逸失利益の算定について「妥当性に疑問があるといわざるを得ない」と、エフピコ事件・水戸地裁下妻支部判決につき、小宮・前掲注(2)論文一七頁は、「いずれにせよ、エフピコ事件の一律六カ月分の逸失利益の賠償というのは、ほとんどの場合に当然認められるような余りにも制限的な数字であるといわざるを得ない。この数字が一人歩きすることは労働者の損害賠償による救済という事の性格に鑑みて望ましいものとはいえない。」と、また、本久・前掲注(21)評釈は「退職強要事案における逸失利益の計算方法については、今後の裁判例によるより高水準の相場形成が期待される」と述べている。なお、準解雇の事例ではないが、解雇や契約締結上の過失の事例においても六か月分の賃金を逸失利益とする傾向がみられた(東京セクシユアル・ハラスメント(M商事)事件・東京地判平一一・三・一二労判七六〇号二三頁、わいわいランド事件・大阪高判平一二・三・六労判八一六号七三頁)。この点からすれば、岡山セクシユアル・ハラスメント(労働者派遣会社)事件・岡山地裁判決が一年分の賃金の逸失利益の賠償を認めたことは「きわめて重要なことである」が、どうしてこの期間が「出てきたのか必ずしも明確でなく、本来ならば「当該事案に関する諸般の事情に照らして合理的な雇用継続を推認すべき」であったとの批判が可能であろう(小宮・前掲注(31)評釈五九頁)。ちなみに、注(28)で挙げた岡山セクシユアル・ハラスメント(リサイクルショップA社)事件・岡山地裁判決ではセクハラ被害を受けた女性労働者(原告)に対する有期契約の更新拒絶が問題となったのであるが、岡山地裁は、「被告会社は、再雇用の拒絶につき、

原告に対し、「不法行為責任を負わない」と判示したものの、上司による強制わいせつ行為につき「原告の意思に反し、原告の性的自由を侵害する行為として、不法行為を構成する」と判断し、原告は上司の強制わいせつ行為による外傷後ストレス障害（PTS D）により「平成一二年四月二五日から現在まで全く稼働することができず、また、今後少なくとも二年間は稼働できない状態であることが認められ」として四年分の得べかりし賃金を逸失利益と認定し、上司に支払いを命じた（ただし、五割の過失相殺を認めた）。しかし、これは、セクハラに起因する退職による損害というよりも精神障害によって働くことができない状態となったことの損害が問題となつていたのであつて、これまで本文で述べてきた準解雇の救済とは性質を異にする（従つて、準解雇の救済として長期間の逸失利益が認められた例とはいえない）といえよう。

#### 四 新たな法理の構築へ向けて

##### (一) 基本的な戦略

###### (1) 基本的な方向性

では、具体的に、いかにして準解雇を無効とし得る説得的で妥当性を有する法理を構成・提示すべきであろうか。労働基準法等の実定労働法に直接これを規制する法規定が存しない以上、辞職の意思表示<sup>11</sup>単独行為や合意解約の無効を導き出すためには民法の法律行為論ないしは民法の法律行為に関する規定に依拠せざるを得ないこととなる。

しかし、単純に民法や民法理論に依拠するだけでは使用者の社会的権力の濫用ないしその不当な行使の結果として現出する特殊労働法的问题である準解雇の事例に必ずしも有効かつ適切に対処し得ないこともまた事実である。そこで、①労働法的基础付け（そして労働法的基础を提供する憲法による基礎付け）も加味して一定の労働法的補強を行い、

また併せて②労働者の人格権侵害等の不当な圧力・退職誘導行為がなされるといふ準解雇の特色を十分に踏まえ考慮してかかる人格権侵害等を除去するための私法の一般理念を追求したうえで、法律行為論あるいは民法の法律行為に関する規定の準解雇への適用ないし活用可能性を探る必要があるといえよう<sup>1)</sup>。ちなみに、以上の課題究明は、その性格上、必然的に憲法・労働法・民法の関係をいかに捉えるべきかにまで踏み込んだ根本的考察を必要とすることになると考えられるが、それ自体が大きなテーマであるとともに紙幅の関係もあり、また現在の筆者にとってはその本格的な検討をなし得る準備も能力も存しないので、以下での検討はあくまで本稿の主題に関する限りでの考察ないし問題意識の提示にとどめざるを得ない点をお断りしておく。

(2) 準解雇規制法理形成のための憲法・労働基準法・民法による戦略的基礎付け

そこで、準解雇の事例に法律行為論あるいは法律行為に関する規定を有効に適用ないし活用するために必要となる、①労働法的正当化根拠(ア)、(イ)と②人格権侵害等の不当な圧力排除のための私法の一般理念による理論的補強の方向性を検討してみることにしよう。なお、民法の法律行為に関する規定が準解雇の事例に有効に適用ないし活用できるとするならば、当然のこととして、その前提として法律行為に関する実定法規定を支える法律行為論自体も併せて適用ないし活用できると考えられるので、以下での検討は民法の法律行為に関する規定のみに焦点を絞って考察を進めることとする。

(ア) 憲法二七条二項の再検討

これについては既に二(一)(3)で述べたところであるが、必要な限りでここで簡単に繰り返しておこう。憲法二七条二項は個別的労働関係法の法的基礎を提供するものであるが、その法意は、国家が、①労働者保護の観点から労働条件(の最低基準)を法定して労働条件決定における企業の社会的権力の不当な行使や濫用を抑制・制限したり、②その他

の労働関係上の局面においても社会的権力の不当な行使や濫用から労働者を擁護するための法的装置を設けたりすることができるといふものであると解することができる。従つて、二七条二項のいう「法定」とは、原則として(個別的)労働関係上の重要事項に関して企業の社会的権力を抑制・コントロールするための法的装置を国家が設ける必要があることを意味するが、たとえ正面からこのような労働関係固有の法的装置(労働関係を直接の規律対象とする実定法)が設けられていなかつたとしても、憲法二七条二項の趣旨を生かすために、他に利用可能な法的装置(制定法)が存するならば、憲法の規定する「法定」の要件を充たすべく労働関係におけるその活用が要請されることになるといえよう。準解雇を含む「退職」も憲法二七条二項にいう「勤労条件」に該当すると考えられるため、以上の理が当てはまることになるのである。

とすると、労働基準法をはじめとする実定個別的労働関係法に、使用者の社会的権力の濫用ないしその不当な行使に由来する準解雇の事例に対処するための法規定・法的規制が存しないとしても、可能な限り他の法的装置に準解雇の法的規制の根拠を求めるべきといえる。労働関係も契約関係であるから、この場合、他の労働契約に関する多くの事例と同様に、私法の一般法たる民法に準解雇規制の法的ツールを求めることが妥当とならう。従つて、憲法が予定する状態(使用者の権力制限のための法的装置の設定・存在・活用)に適合すべく裁判官による民法を通じての法創造の可能性が承認されるのであつて、このようにして展開される法理は憲法的意義を有することとなる。なお、準解雇の事例においては辞職であれ合意解約であれ労働関係の終了に向けての意思表示はあくまで労働者が行つてゐるため、解雇とは異なつて民法一条三項の権利濫用の禁止規定を活用することは困難であり、従つて意思表示に関する民法総則第四章の法律行為の規定の活用が求められることになる<sup>3</sup>と考へられる。

(イ) 労働基準法二条一項の意義

次に、労働基準法上の手がかりを探ってみよう。確かに、準解雇を直接規制する条文は労働基準法にはみられないが、法律行為論や民法規定を用いて準解雇規制を行うための根拠を導き出すことを認める法的基礎は存しているように思われる。労働基準法は冒頭の一条・二条で労働条件や個別的労使関係のあり方を基本理念として述べているが、ここで注目すべきは、以下で具体的に検討するように、労働基準法二条一項の労働条件労使対等決定の原則である。

労基法二条一項の労働条件労使対等決定の原則は、実質的対等（実質的平等）の理念をうたったもので、<sup>(4)</sup> 労使が対等（平等）の立場で労働契約を通じて労働条件を決定すべきことを説いていると解されている。<sup>(5)</sup> 従って、労基法二条一項は、労働契約のあり方を示すという意味で労働契約法の総則的規定といつてよいであろう。しかし、個別的労働関係においては労使の合意によつてではなくて、あくまで労働者自らが単独で自己決定すべき労働条件に関する問題（例えば年休や産前の休業の取得、企画業務型裁量労働制の適用、辞職など）も多く存しているが、これらも労働条件Ⅱ労働契約内容に関する以上、労働契約上の問題に含まれるのであって、従つて、かかる問題についての労働者の自己決定の実現を保障すること（即ち、性質上労働者の自己決定に委ねられた一定の労働関係上の問題を労働者が使用者からの不当な影響を受けることなく自己決定し得ること）も労働契約法上の重要課題となつてくるといえよう。とするならば、二条一項の労働条件労使対等決定原則には、①労働契約Ⅱ合意に関して実質的な労使対等化が実現すべきことのみならず、併せて②使用者が労働者を対等の契約主体として尊重し、これに（あるいはこれがなす自己決定に）不当な影響力ないし圧力を加えてはならないことも規範的意味内容として含まれていると解することが合理的となろう。

また、以上のように解することが労基法と平成一二年（二〇〇〇年）に制定された消費者契約法との関係を理解するうえでも適格的・整合的であるように思われる。<sup>(6)</sup> 消費者契約法は消費者取引において事業者と消費者の情報と交渉力



の格差を考慮して、詐欺・強迫や錯誤にあたらなくても、事業者の一定の行為により消費者が誤認し、または困惑した場合に、契約の申込またはその承諾の意思表示を取り消すことができることとした(一条・四条)。法律の趣旨(一条)と消費者・事業者の定義(二条)からすればこの法律は労働契約にも適用できるように思われる。しかし、同法は一二条においてこの法律が労働契約には適用されない旨を規定しており、その理由のひとつとして既に労働基準法等に特別が定められていることが挙げられている。実際、主として一回限りの単発的な売買等の契約締結が問題となる消費者契約(消費者取引)に比べると、単に情報と交渉力の格差のみには還元することができない労使間の構造的な従属性が存在し、一定長期間にわたって契約関係が継続することが予定され、しかもその期間中に何度も労働条件が変更されるとともに労働者の自己決定が様々な問題について無数に要求されることになる労働契約関係(労働関係)においては労働者が労働関係継続中に使用者の不当な圧力を受け(その結果、意思決定プロセスにおいて影響を受けて、詐欺・強迫や錯誤にはあたらないまでも——ちなみに、詐欺・強迫や錯誤にあたれば民法規定が直接適用できるので法的救済については問題がないことはいうまでもない——不本意に)意思表示をしまった場合にこれを無効あるいは取り消し得るものとする必要性はより大きいものと考えられ、このような事態に対処するために労働関係の特質を考慮した特別の法的装置を設けることが妥当であり、また必要といえよう。しかし、確かに、縷述のように、労働基準法は使用者の社会的権力の行使を抑制・コントロールするとともに、その不当な行使から労働者を保護しようとする法的装置であると性格づけることができるものの、使用者の不当な圧力等のもとでなされた労働者の不本意な意思表示を正面から無効あるいは取り消し得るものとする規定は存しない。では、この法的ギャップをいかに埋めるべきなのであろうか。

周知のように、労働基準法は行政監督と刑罰によって公法的に使用者に労働条件の最低基準を遵守させようとする労働保護法(Arbeitsschutzrecht)としての性格を有するのみならず、労働契約の締結・展開・終了に関する私法的ルー

ルを定める労働契約法(Arbeitsvertragsrecht)としての性格も併せもっている<sup>8)</sup>。しかし、全体的に前者の性格が強い反面、後者の性格が弱くなっていることも事実であって、純粹に労働契約法に関するルールは極めて少ないといえる。そこで、この労働基準法における労働契約法に関する隙間を埋めたのが判例によって展開されてきた採用内定、試用、配転、出向、解雇、業務命令などに関する一群の労働契約法理と呼ばれるルールである。労働契約法理は信義則、権利濫用の禁止、公序良俗違反等の民法の一般条項を労働関係ないし雇用関係の特色に照らして具体的に展開・活用したものであつて、換言すれば労働契約法の重要部分<sup>9)</sup>は労働基準法のなかにはなく労働関係ないし雇用関係の特殊性を踏まえた民法の一般条項を用いてのルールという形で存在しているといつてよい。とするならば、使用者の不当な圧力等によって意思形成過程において影響を受け労働者が不本意な意思表示をしてしまった場合の対処についても同様に民法条項によって対処する方向をとらざるを得ないと考えられるが、これまで判例によって形成されてきた労働契約法理のなかにはかかる一般的ルールは存しないように思われる。とすると先に述べたギャップは放置されたままにならざるを得ないのか。

そう解することは妥当ではないであろう。かかるギャップ解消の必要性(問題の重要性)や消費者契約法一二条の趣旨を勘案すれば、ギャップ解消へ向けての法解釈ないし法理形成を行うことこそが重要課題となる。そこでいかにその戦略を展開するかであるが、労働基準法のなかには少ないとはいえ労働契約法に属する規定も存しており、これを踏まえて民法条項を活用すれば問題に有効に対処できるのではないかと考えられる。即ち、既述のように、労基法二条一項は、①労使が対等の立場で労働契約を通じて労働条件を決定すべきことを宣言する点において労働契約法の基礎と理念を提供すると解することができ、また②併せて労働者の自己決定に委ねられた一定の労働関係上の問題を労働者が使用者からの不当な影響・圧力を受けることなく自己決定し得ることを確保することも狙いとする点において

労働契約法のもうひとつの基本理念を宣言するものといえ、これらの理念を民法規定に反映させてその活用をはかることが要請されるといえよう。

さて、労働保護法とは異なつて主として私法的規制の形をとるとはいえ、労働契約法も個別的労働契約関係を整理し規律するルールである以上、使用者の不当な社会的権力の行使を抑制・チェックし私的自治の実質化をはかることを目的としていると解され、従つて単に理念を提示する総則的規定のみでは不十分といえよう。しかし、労基法がこのような不十分さにまつたく目をつむり各論的諸ルールに無関心な態度をとつてしていると解することは妥当ではないであらう。そこで、労働基準法は一般契約法たる民法を労働契約法として活用すべく、二条一項で労働契約法の理念を提示し、これを踏まえ前提として民法を労働関係に適した形で活用することを予定していたと考えることが合理的とならう。要するに、労働基準法二条一項は使用者の不当な影響・圧力排除のための理念的基礎を提供しているのであつて、かかる理念を媒介にして民法規定を労働法体系内に取り入れて労働契約関係に適合するように整序し、労働契約法の構成部分をなさしめることを予定していたと解するのである。その結果、使用者の不当な圧力を排除する労働契約法の法的装置が消費者契約法の制定以前に既に存在していたことになり、これによつてようやく消費者契約法が労基法に特則があるため労働契約には適用されないとする趣旨が理解可能とならう。

そうすると、使用者の不当な圧力ないし退職誘導によつて労働者が辞職あるいは合意解約の意思表示を行うところの準解雇(ちなみに、解雇をはじめとする雇用の終了をめぐる問題は労基法二条一項のいう「労働条件」に含まれる<sup>(10)</sup>と考えることができ、そうすると準解雇の問題も当然に同条同項の射程に含まれることになるといふべきであらう)の問題に関しては、先にみた労基法二条一項の理念のうち②の理念を踏まえて民法規定を活用することが要請されよう<sup>(11)</sup>。そして、使用者の不当な圧力による労働者の不本意な自己決定ないし意思表示を問題とする以上、ここで活用が要請されるのは、性

質上当然に民法の法律行為に関する規定ということになる<sup>12)</sup>。

(ウ) 民法一条ノ二の意義

最後に、民法自体のなかにも準解雇に適合した形で民法規定を適用すべきことを示唆する法的根拠が存しているように思われる。

ここで注目すべきは、直接は準解雇の事例ではないのだが(しかし、以下での検討の結果が結局は準解雇の法理につながることになるのだが)、就業規則に規定された五歳の男女定年格差が女性差別にあたるかどうかが争われた日産自動車事件(最三小判昭五六・三・二四判時九九八号三頁)<sup>13)</sup>である。最高裁はかかる事例に対し「原審の確定した事実関係のもとにおいて、上告会社の就業規則中女子の定年年齢を男子より低く定めた部分は、専ら女子であることのみを理由として差別したことに帰着するものであり、性別のみによる不合理な差別を定めたものとして民法九〇条の規定により無効であると解するのが相当である(憲法一四一条一項、民法一条ノ二参照)」との判断を下した。この最高裁の判断は、通常は、私人間の労働契約関係に対して憲法一四一条一項を民法九〇条を通じて間接適用したものと理解されている。それには特に異論はないが、注意しなければならないのは、最高裁が民法九〇条を適用するに際して憲法一四一条一項のみならず併せて民法一条ノ二を参照すべきことを述べた点である。単なる間接適用ならば民法九〇条と憲法の人権条項を挙げれば十分であろう。しかるに、何故、民法一条ノ二も併せて参照する必要があったのか。

民法一条ノ二は日本国憲法の制定にともない、その理念に適合すべくなされた戦後の民法改正(昭和二年・一九四七年改正)で設けられたもので、「本法ハ個人ノ尊厳ト両性ノ本質的平等ヲ旨トシテ之ヲ解釈スヘシ」との民法の解釈基準を述べている。これは憲法の根本理念である憲法一三条と一四一条の理念(そして併せて婚姻と家族生活の基本理念をうたった二四一条の理念)を同時に民法の対象とする私法関係の法的基礎理念に据えることを意味するものといえよう<sup>14)</sup>。

とすると、この規定は、①この理念に反する契約の効力を制限したり、あるいはこの理念に反するような形で民法条項を活用することを制限することを、そして②この理念に適合するような形で民法規定の活用や解釈を行うことを促進することを宣言していると解することができよう。日産自動車事件は①の点のみならず、民法九〇条を両性の本質的平等の理念を踏まえてその具体的事案に適合するような形で活用すべきことを示唆する点において併せて同時に②の点が問題となった事例といえる。要するに憲法を間接適用するためばかりでなく民法一条ノ二の理念を直接実現するためにも民法九〇条を活用することが重要となり、それが要請されると解されたのである。<sup>(15)</sup>

以上をまとめれば、私法関係においては、憲法(の間接適用)のみならず、私法の一般法たる民法が市民社会の基本法として直接に個人の尊厳と両性の本質的平等という重要な基本的価値を擁護しているということになる。

日産自動車事件は民法一条ノ二が述べる個人の尊厳の理念と両性の本質的平等の理念のうち後者に関わる事例であったが、使用者の不当な圧力等による追い出し行為に基づく労働者の辞職・退職の事例である準解雇の場合は企業内いじめや不当な追い出し行為等による労働者の人格権等の侵害と労働者の退職をめぐる自己決定の侵害が問題となるのであって、民法一条ノ二の理念のうちまさに前者の個人の尊厳の理念(これは憲法一三条の理念でもあることを考えると、これには自己決定の理念も含まれるといえよう)が使用者の不当な退職誘導行為によって侵害されていることになる。そうすると、これを放置することは妥当ではなく、従って、民法一条ノ二の趣旨・理念に照らし、使用者の不当な退職誘導行為より生ずる結果から労働者を保護し労働者の自己決定を確保する方向で民法規定を活用し、準解雇の事例における労働者の辞職の意思表示あるいは合意解約の申込ないし承諾を無効とすべきことが示唆されるのである。従来は「市民法から社会法へ」という流れのなかで民法と労働法の関係が捉えられてきたが、以上の考察は、使用者の不当な社会的権力の行使を排除ないし抑制することが必要であるにもかかわらず、そのための労働法規定が不十分で

あるか欠如しているような場合には、むしろ一定範囲において民法(私法)の基本理念を実質的に援用することによって労働関係上の問題に対処することができる可能性が存することを指し示すといえよう。<sup>(16)</sup>

(エ) 小括

以上みたように、憲法、労基法、民法それぞれに準解雇に対処するための法的な基本的方向性ないしは戦略的基礎・根拠が見出されるのであって、従って、以上の考察を踏まえてそれらが指し示す方向において有効性及び妥当性を有する具体的な法理を提示することが次なる検討課題となる。ただし、以上の方向において民法規定や法律行為論を活用するといっても、結果的妥当性を求めるあまり条文の枠や趣旨を大きく超えたり強引で無理な条文解釈を行うことはかえって法の安定性を害しひいては法的妥当性・説得性を欠く結果となろう。従って、問題意識のみが先行するのではなく、法技術論的・解釈論的にみて、あくまで法システム内での無理のない、しかし労働関係に適合しかつ説得力をもった新たな形での、民法規定の活用による法理形成が求められることになるのはいうまでもないであろう。

(1) 小宮文人「雇用の終了に関する法律」道幸哲也||小宮文人||島田陽一「リストラ時代 雇用をめぐる法律問題」(一九九八年、旬報社)三八頁は、任意退職をめぐる問題として、「労働者の合意解約または辞職の意思表示に関し、労働者の意思の欠缺または意思表示の瑕疵(民法九三条、九四条、九五条および九六条)が存したかの存否の判断に関しては、これを労使関係の実態に鑑みて一般の契約と区別した独自の判断基準を考える必要がないか」を検討すべきであるという鋭い指摘をなしている。

(2) 広島法学二七巻二号(二〇〇三年)一二二頁以下参照。

(3) この点については、三井正信「就業規則法理の再検討」修道法学二三巻二号(二〇〇一年)一〇九頁注(15)参照。

(4) 片岡昇「労働法(2)〔第4版〕」(一九九九年、有斐閣)一七一―一八頁。

(5) 西谷敏「就業規則」片岡昇ほか『新労働基準法論』(一九八二年、法律文化社)四六三―四六四頁。

- (6) 労働法と消費者契約法との関係について論ずる文献として、大内伸哉「労働法と消費者契約」ジュリスト一二〇〇号(二〇〇一年)九〇頁以下。
- (7) 内閣府国民生活局消費者企画課(編)『逐条解説 消費者契約法〔補訂版〕』(二〇〇三年、商事法務)二二〇頁。
- (8) 労働保護法と労働契約法概念・基本的性格及び両者の区別については、西谷敏「労働者保護法における自己決定とその限界」松本博之Ⅱ西谷敏(編)『現代社会と自己決定権』(一九九七年、信山社)二二七頁以下、土田道夫「労働保護法と自己決定」法律時報六六卷九号(一九九四年)五九頁を参照。
- (9) 労働契約法理については、土田道夫「日本的雇用慣行と労働契約」日本労働法学会誌七三号(一九八九年)三二頁以下、諏訪康雄「雇用と法」(一九九九年、放送大学教育振興会)二六頁以下、三井正信「現代雇用関係法改革」高橋弘Ⅱ後藤紀一Ⅱ辻秀典Ⅱ紺谷浩司(編)『現代民事法改革の動向』(二〇〇一年、成文堂)二〇六頁以下、菅野和夫「労働法 第六版」(二〇〇三年、弘文堂)八四頁などを参照。
- (10) 解雇が「労働条件」に含まれることは労働基準法三条についていえば通説・判例の立場であるといえる(この点については、東京大学労働法研究会(編)『注釈労働基準法 上巻』(二〇〇三年、有斐閣)九四頁〔両角道代執筆〕参照)。とするならば条文は異なるとはいえ、同一の法律において同じ「労働条件」という文言を用いている労働基準法二条一項についても同様の解釈をとることが法的整合性を有すると考えられよう。
- (11) 大村敦志「もう一つの基本民法 総則・物権編① 意思表示—消費者契約法をめぐって」法学教室二五九号(二〇〇二年)四二頁は、消費者契約法四条は錯誤・詐欺・強迫の拡張を部分的にはかかったものすぎず(「立法による部分的解決」、これによって問題あるすべてのケースをカバーすることができないため、消費者契約法においてこれが適用されない残部については民法の規定を新たな観点から適用すべきことの可能性(「民法への回帰」)が存することを説いている(もつとも、大村敦志『基本民法I』(二〇〇一年、有斐閣)五七—五八頁は、一方であるべき方向性として詐欺・強迫の概念を拡張すべきことを説きつつ、他方で詐欺・強迫につき「立法はもちろん、裁判所の解釈を変えることも容易なことではない」と述べ、実務における拡張の限界も併せて指摘している)。このような考えからすれば(そして、それが可能であるならば)、労基法二条一項の趣旨に照らして民法規定を労働契約法として労働関係に適合する形で活用するという発想も大いに成り立ち得るものといえよう。ちなみに、誤解を避ける意味で付言しておけば、大村教授が先の論旨において想定しているのは錯誤・詐欺・強迫(民法九五条・九六条)についてであるのに対し、筆

者が準解雇について考えているのは、次に(二)、(三)で詳しく検討し論を展開するように、錯誤・詐欺・強迫の拡張にはやはり依然として一定の限界がある(この点については、山本敬三「民法における『合意の瑕疵』論の展開とその検討」棚瀬孝雄(編)『契約法と契約慣行』(一九九九年、弘文堂)一六五頁以下参照)ことも考慮に入れて、実務的により現実性を有すると思われる方向での民法の法律行為に関する他の条文(民法九三条但書)の活用であるという点が異なっている。ここで強調し問題としたいのは、何よりも、技術論的にみた具体的な民法の条文ではなくて、あくまで大村教授が述べるところの、問題となる取引や法律関係における具体的人間像を踏まえて(即ち、現代にふさわしい新たな人間像を探求して)意思表示理論の再構成をはかるべきだという「基本的考え方」(言い換えれば、「思想」と言つてよいかもしれない)を消費者契約(消費者取引)のみならず労働法(労働契約)にもあてはめてみるのが重要だということである。なお、以上で示唆したことは、後掲注(16)で述べる問題とも大いに関連を有していると思われるので、併せて同注を参照されたい。

(12) なお、このような点は、準解雇にあたる労働者の意思表示をめぐつてのみならず、労働関係上の他の多くの局面(例えば、配転、出向、転籍、労働契約期間の設定(短期労働契約の締結・更新)など)でも問題となり、併せてそれらについても法理展開を行うことが要請されるといえよう。その解明は今後の課題としたいが、本稿との関係で一言述べておけば、本稿が(二)、(三)で展開する法理が他の局面においていかなる範囲で適用可能であり、またいかなる範囲で別の法理構成が必要となるかを明らかにすることが重要な作業となろう。

(13) 日産自動車事件・最高裁判決については、川口美貴「男女別格差定年制」山口浩一郎||菅野和夫||西谷敏(編)『労働判例百選』第六版(一九九五年、有斐閣)五六―五七頁参照。

(14) 民法一条ノ二は戦後の家族法の大改正の時に設けられたものであり、憲法二四条と同一の文言を用いていることから具体的には主として家族法の理念・解釈基準を示すものであるとする理解が有力である(例えば、幾代通『民法総則(第二版)』(一九八四年、青林書院)一二頁、四宮和夫『民法総則 第四版』(一九八八年、弘文堂)一一―一二頁、二二―二三頁、石田喜久夫『口述民法総則 第二版』(一九九九年、成文堂)三九頁以下、辻正美『民法総則』(一九九九年、成文堂)二四頁、内田貴『民法I 〔第2版〕補訂版』(二〇〇〇年、東京大学出版会)四七三―四七四頁、野村豊弘『民法I 序論・民法総則』(二〇〇二年、有斐閣)二〇頁、近江幸治『民法講義I 民法総則(第4版)』(成文堂、二〇〇三年)二三頁など)。しかし、同条は民法総則編の冒頭に民法の解釈基準として置かれているのであり、あくまで私法全体を貫く基本理念を表明したものであると解すべきであろう(我妻栄『新訂民



法総則〔民法講義Ⅰ〕(一九六五年、岩波書店) 二九一三〇頁、林良平(編)『注解判例民法Ⅰa 民法総則』(一九九四年、青林書院) 三八—三九頁(安永正昭執筆)、我妻栄Ⅱ有泉亨(清水誠補訂)『コンメンタール民法Ⅰ 新版 コンメンタール民法総則』(一九九六年、日本評論社) 四二頁、四四頁、労働法学者でこの点を強調するものとして、土田道夫『労務指揮権の現代的展開』(一九九九年、信山社) 三〇六頁。

(15) 林(編)・前掲注(14)書三九頁(安永正昭執筆)は、「この判決〔注：日産自動車事件・最高裁判決〕は、当該就業規則を民法90条の公序良俗違反と判断するに際し、民法1条ノ2が働いたという構造を有する」と述べており、本稿の視点から見て注目される指摘を行っている。なお、民法1条ノ2が援用された他の労働法判例として、例えば、女子結婚退職制を定める就業規則の効力が争われた、住友セメント事件・東京地判昭四一・一二・二〇判時四六七号二六頁、家族手当の男女差別支給が労基法四条違反となるかが争われた、岩手銀行事件・仙台高判平四・一・一〇判六〇五号九八頁などを挙げる事ができる。

(16) ちなみに、本文で述べたことからは直接には多少はずれるとはいえ、民法の基本理念という点においては大いに関連性を有する問題として、近年、フランスにおいても、意思自治の原則を定めた民法典一三四条が、労働者の契約主体性を確保したり、労働契約を「復権(rehabilitation)」させる(「労働者にとって実効性あるものとする」)などの方向で実質的に用いられている傾向(労働契約における民法の一般原則の実質的活用)がみられることが興味を引くという点に触れておく(以上の点について、詳しくは、三井正信「懲戒処分としての労働契約の変更と労働者の同意」労働法律旬報一四五九号(一九九九年)二二頁以下参照)。この点なども考え併せると、わが国においても、民法1条ノ2の理念だけではなく、意思自治・私的自治や契約自由の原則などの民法の基本理念も使用者の権力を制限し労使の実質的平等や労働者の契約主体性を確保するという点から労働関係において実質的に活用され得る余地が存するといえ(労働関係における市民法の理念の実質化)、その説明が今後の検討課題となろう。

\* 本稿は、平成一四年度及び平成一五年度科学研究費補助金(基盤研究(C)2)「雇用社会・労働市場の変化と雇用形態・労働条件・労働契約」の交付を受けた研究成果の一部である。