

## 準解雇の法理 (四)

三井正信

- 一 問題状況の概観
- 二 何故「解雇」なのか
  - (一) 何故解雇が法的に規制されなければならないのか——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 (以上二七卷三号)
  - (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 (以上本号)
- 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

#### 四 新たな法理の構築へ向けて (承前)

##### (二) 民法学説における法律行為論の展開と準解雇の法理

(一)では準解雇法理形成へ向けての方向性と基本的戦略(憲法二七条二項・労基法二条一項・民法一条ノ二の趣旨・理念に基づく民法の法律行為に関する規定の活用)を探ったが、本節では、これを受けて具体的な法理構成を行うべく、近年の民法の法律行為論の展開状況とその射程、及び準解雇法理へのその適用(応用)の可否について、具体的な民法条文も踏まえつつ検討を試みてみることにしよう。

##### (1) 消費者取引と法律行為論

##### (ア) 理論状況の概観

民法学では、特に消費者取引をめぐって法律行為論の新たな展開がみられた。問題状況の類似性という観点から、まずはこの問題から概観してみることにしよう。

さて、「従来の民法における」意思表示理論は『はじめに効果意思がある』と考える」ところから出発していたということが出来る。つまり、その予定する人間像としては「『強い』人間像」が想定され、「表意者はあくまでも自分の責任で決断している」ので、動機レベルの事情は原則として考慮されず、例外的に、相手方に強度の悪性が認められる場合に限って、詐欺・強迫が成立する<sup>1)</sup>(即ち、動機の錯誤は錯誤法において原則として顧慮されないとともに、(効果意思形成に先立つ)動機や意思形成過程のレベルにおいては「詐欺・強迫に関する一定の厳格な要件―故意による欺罔行為・畏怖にいたる意思の抑圧―をみたしたときにのみ取消が認められる<sup>2)</sup>」とされたのである。しかし、現在では「このような『強

い』人間像を前提とすることはできないタイプの取引<sup>③</sup>も登場してくるようになり、その代表的なものであると解される消費者取引においては事業者と消費者の間に情報と交渉力の大きな格差が存しているため、往々にして消費者が(効果意思形成前の、動機を含む)意思形成過程において事業者から不当な勧誘、即ち不当な情報提供・圧力・影響などを受け(意思決定や意思決定の自由に対する侵害)、その結果、不本意な契約が締結されるといったケースも数多くみられることとなった。<sup>④</sup>けれども、そこにおいて問題とされるのは動機の錯誤であったり、詐欺・強迫にはあたらない程度・レベルの不当な勧誘や圧力であつたりして、これまでの意思表示理論ではこれらに十分に対処することができなかった。つまり、この場合、消費者に対する意思決定の侵害がみられることを考慮すれば、消費者をかかる不当な勧誘に基づいてなされた不本意な契約から解放することが保護として適切であると解されることになるにもかかわらず、伝統的な意思表示理論とそれに依拠した民法九五条・九六条の解釈によっては消費者を十分に保護することは困難であつたのである。<sup>⑤</sup>

ところが、かかる取引をめぐっては一九八〇年代より不当な勧誘方法を問題とすることで事業者に不法行為責任を認める判例が増加するようになった。事業者の不法行為責任を認めることで消費者は金銭賠償を獲得でき、従つてこれにより実質的には契約の効力を否定したに等しい(契約をしなかつたのと同じ)状態になるため、このような不法行為に基づく損害賠償は「原状回復的損害賠償」と呼ばれるようになった。<sup>⑥</sup>しかし、かかる判例の動きについては、①一方で契約を有効としながらも、他方でそのような有効な契約をさせたこと自体が不法行為だとすることにについては疑問が提起され、②不法行為責任の内容が契約を無効とした場合と実質的に同じだとするならば評価としても矛盾しているとの批判を受けることになる。即ち、「むしろ、ここで不法行為責任が認められるというのなら、契約の効力自体も否定しなければ首尾一貫しないというべきであろう」<sup>⑦</sup>、あるいは、「不法行為による損害賠償責任は、詐欺・強迫

による取消に吸収されるべきなのである<sup>8)</sup>ということになるのである。そこで、民法学説においては、消費者取引をめぐってかかる不当な勧誘に基づいてなされた本意な契約を無効ないしは取り消し得るものとすべく、「意思表示理論の再構成」へ向けての動きが出現することとなった(「合意の瑕疵」論<sup>9)</sup>)。

具体的には、以上の動きは、錯誤・詐欺・強迫の概念的拡張を試みることによって問題に対処するという方向性をとった。しかし、以下でみるようにかかる試みにも一定の限界があり、必ずしも十分な問題解決をなし得るものではなかったのである。

詐欺概念の拡張のためには、例えば(事業者の)情報提供義務という考え(原理)などが導入された<sup>10)</sup>。しかし、確かに、これによって事業者が情報提供義務違反を行えば「違法な欺罔行為」にあたるということが可能となるとしても、「この場合には、詐欺の故意があるとはいえない場合が多」く、詐欺とはもともとわざとだますという意味をもって「この場合」に「それにもかかわらず、故意があるとはいえないところ」にまで詐欺を拡張していくことには、どうしても抵抗が残らざるをえない<sup>11)</sup>、あるいは、「日常用語の『詐欺』からあまりに乖離した概念設定をすることはできないであろう」ため「事業者側に積極的な悪意がない場合までをカバーすることは困難である」<sup>12)</sup>こととなる。また、強迫概念については、確かに、三(二)(ウ)の森戸説の検討でみたように、一定程度の拡張を認めることは可能といえようが、「強迫のもとの意味は『おどす』ということにある以上、執拗な勧誘や暗示・不安心理を利用した勧誘をすべて強迫のなかに取り込むことには、どうしても無理がある」<sup>13)</sup>のである。要するに、民法九六条の要件は非常に厳格であって、その拡張には一定の困難をとまなうこととなる<sup>14)</sup>。

なお、詐欺をめぐる問題は錯誤概念の拡張によっても対処の可能性が探られた。これは、詐欺とは言いにくい「動機形成に問題がある事例について、表意者を救済すべきではないかという判断」<sup>15)</sup>に基づくものといつてよい(錯誤・詐

欺型の事例<sup>(16)</sup>。ところで、消費者取引の場合には、動機の錯誤が問題となることが多いが、従来から判例(リーディングケースとして、大判大三・一二・一五民録二〇輯一一〇一頁)は動機の錯誤を要素の錯誤から排除し(二元説)、動機が表示されている場合にのみ例外的に要素の錯誤となるという法理を一貫して述べてきており、これでは動機の錯誤を広くカバーすることができず十分な対処をなし得ないこととなる<sup>(17)</sup>。そこで、表示の錯誤と動機の錯誤を区別せず(つまり要素の錯誤を広く解して)相手方の認識可能性の有無で錯誤の成否を決しようとする一元説<sup>(18)</sup>(そして消費者取引の場合には更にこの傾向を押し進めようとする説<sup>(19)</sup>)が有力となる傾向がみられた<sup>(20)</sup>。しかし、これは依然として判例の受け入れられるとはなっていない<sup>(21)</sup>、この説に対する学説による一定の批判(民法九五条が相手方の認識可能性を要件とはしていない<sup>(21)</sup>、認識可能性については擬制的な認定に終始せざるを得ない<sup>(22)</sup>、錯誤無効の成否を分けるのは「要素」(＝法律行為の本質部分)の概念であるが故に「要素」の概念が本来持っていた制約をまったく無視してよいのかなど<sup>(23)</sup>)も存している。もともと、錯誤を柔軟化しよう(錯誤をより広く認めよう)との一元説の問題意識は判例に「間接的に影響を与えていると思われ」、判例は二元説を維持しつつも柔軟に錯誤無効を認めるようになっており、これである程度は対処可能とはなっている<sup>(24)</sup>。だが、やはり動機の錯誤のなかには依然としてそこから漏れてしまうものがでてくるのである<sup>(25)</sup>。また、情報提供義務の考えを錯誤の場合にも応用して、情報提供義務違反の場合には事業者が義務違反を行っているのであるから「表意者から錯誤無効を主張されてもやむをえない」との法構成を導くことができるとしても、このような「意思決定に対する侵害」と自分で勝手に錯誤に陥った本来の錯誤とは区別する必要があるとの指摘もある<sup>(26)</sup>。

結局、錯誤・詐欺・強迫の概念的拡張に依拠した合意の瑕疵論には以上のような拡張の限界などの問題点が存するため、現状においては、不法行為責任を認めることもやむを得ない代替策である<sup>(27)</sup>とか、拡張が問題となる事例では消費者の意思決定や意思決定の自由に対する侵害がみられるとして民法九〇条の公序良俗違反で対処すべきである<sup>(28)</sup>とい

った見解が主張されることになる。

(イ) 準解雇への活用という観点からみた理論の評価

以上の法律行為論の展開は、情報や交渉力の格差が存する場合に消費者が意思形成過程において不当な影響を受けたことを重視し、不法行為による金銭賠償という救済策では問題ありとして契約の効力を否定すべく、これを無効あるいは取り消し得るものとしようとする点において、使用者の社会的権力の不当な行使がなされ、かつ労働者の退職をめぐる意思表示を無効にする必要があることとの準解雇をめぐる状況と一定の類似性と共通点を有しており、問題意識の点においては準解雇の法理を考えるうえでも大いに首肯することができる。

しかし、錯誤・詐欺・強迫の概念的拡張には限界があり、しかも消費者取引をめぐることは、結局は従来から多くの消費者立法によって問題の隙間を埋めるべくクーリングオフや書面交付義務（書面による情報提供義務）を課すことなどの様々な対応措置が設けられたり、<sup>(29)</sup>消費者契約法の制定によって錯誤・詐欺・強迫の部分的拡張（立法による部分的解決）がなされたりしてきている<sup>(30)</sup>（ただし、これとて、あくまで、ある程度の部分的な対処にすぎないのである）。以上の理論的問題状況と労働関係においてかかる隙間を埋める立法が不存在であるという事実を踏まえるならば、民法九五条・九六条の拡張法理を準解雇の事例に適用して問題解決を図ることは困難と限界があるといわざるを得ず、（立法論を説いて将来的解決を展望するにとどまるのならば別であるが）あくまで満足ゆく実践的問題処理をはかることを目指すならば別方向での対処策を案出しなければならないといえよう。

また、錯誤・詐欺型の事例では詐欺にあたらなくとも（あるいは詐欺概念の拡張によって対処できなくとも）既に述べたような錯誤の柔軟化によってある程度の範囲ではあるが補充（補完）的に対処が可能となるように思われる。しかし、準解雇にあたる事例においては専ら（あるいは通常）問題となるのは、情報提供義務違反というよりは、強迫にはあた

らないけれどもこれに類するような不当な圧力や退職誘導行為（＝職場環境配慮義務違反）によって労働者の退職をめぐる意思の完全性＝自己決定が損なわれることであって、従って強迫を補充（補充）する法理が必要とされよう（強迫概念自体の拡張が困難で限界を有するならばかかる必要性はなおさらである）。しかし、強迫については「詐欺—錯誤」に対応する補充（補充）法理が形成されておらず、拡張の限界に加えてこの点にも大きな問題が存しているといえる（なお、以下では強迫及び強迫には至らないが不当な圧力が加えられるケースをひっくるめて強迫型と呼ぶこととする）。

そして、(ア)でみた法理（現在の民法の法律行為論）は、一応は法律行為論ないしは意思表示理論を問題としつつも、実際にはあくまで専ら消費者「取引」＝消費者「契約」＝「合意」を念頭に置いて展開されている。確かに、準解雇のケースでは、労働契約の合意解約がなされる場合もあるが、労働者の辞職の意思表示＝単独行為による退職の場合もあり、民法学における議論の成果が必ずしも準解雇の事例に妥当するものとはなっていないといえよう。特に、(ア)の最後で示した拡張の限界を踏まえ代替策として公序良俗違反によって対処すべきことを説く学説は、不当な圧力をかけた使用者自身が意思表示を行っているところの労働契約の合意解約に対しては適用ないし応用できると解される（この点において意義を有することを認めることができる）ものの、いくら不当な圧力を受けたといっても労働者が自らなした単独行為である辞職の意思表示を公序良俗違反となすことは困難といえ、この場合には活用の余地は存しないのである。

以上からすれば、準解雇法理の形成にあたっては、次の三点に留意すべきことが必要となるといえよう。①「合意の瑕疵」論ないし意思表示理論（法律行為論）の再構成をめぐる問題意識を踏まえつつ、労働契約関係や準解雇の特殊性を考慮して、単独行為（＝辞職の意思表示）にも活用できるところの、錯誤・詐欺型における「詐欺—錯誤」の補充（補充）関係にあたる法理を強迫ないしは強迫型のケースについても構成することが重要となろう。②そのような法理

は労働者の退職を生じさせ得る使用者の不当な権力行使をカバーすることができるよう「詐欺—錯誤」の補充(補完)関係が対処し得る範囲よりも広い射程を有するものであるべきであろう。③その場合、錯誤・詐欺・強迫の概念的拡張の限界が存することを考慮してこれらの規定以外の民法規定に法理構築の根拠を探り求める作業が要請されることになるといえよう。

(2) 「意思」概念をめぐって

(ア) 理論状況の概観

次に、「意思」概念の動揺をみておこう。従来の意思表示理論は、意思表示の構造として、まずはじめに効果意思(真意)があり、それが表示意思に媒介されて表示行為により表示されると考えていた。これは「効果意思は表意者の主体的な決断の結果なのである」<sup>(31)</sup>として「効果意思の形成以前の心理過程を『動機』として捨象」<sup>(32)</sup>するものといえよう。要するに、このような考え方は、既に(1)(ア)でみたように強い人間像を前提としていたといつてよいのだが、現在においてはおかかる前提が必ずしも妥当しなくなってきたており、しかも動機と効果意思(真意)を明確に区別することができなくなっている。疑問が提起され、真意に動機も含めて考えようとする主張もみられる。<sup>(33)</sup>要するに、従来の法律行為論のドグマに動揺がみられるのである。

例えば、星野教授は、従来は民法九三条から九五条までが意思の欠缺、九六条が瑕疵ある意思表示と呼ばれ、後者は表示に対応する効果意思はあるがその形成過程に問題がある場合とされていたのに対し、民法九三条から九六条までを区別せず「内心の意思」と「表示行為の客観的な意味」の食い違いであるとして「意思と表示の不一致」の表題のもとに一括して説明を加えている。<sup>(34)</sup>また、四宮教授は、区別は維持しつつも、「表示と真意の不一致」という項目において民法九三条から九六条までを論じている。<sup>(35)</sup>そして、石田助教授は意思の欠缺と瑕疵ある意思表示の差は必ずし



も明確なものではないとして、「両者を一括して瑕疵ある法律行為として論じ<sup>36)</sup>、辻教授は、民法九三条から九六条までを「意思表示の瑕疵」の表題のもとで取り扱い<sup>37)</sup>、①動機の錯誤につき動機の錯誤の場合には「自己の真意を実現しえない内容の意思表示をしたことになるわけで、その意味では、意思(真意)と表示の不一致が生じていることになる<sup>38)</sup>」と、②九六条の詐欺・強迫については「そこには、いわゆる動機の錯誤の場合と同じく、真意と表示の不一致を見ることができる<sup>39)</sup>」と述べている。

以上に加え、本稿の視点から見て興味を引くのが内田教授の見解である。内田教授は、意思表示のプロセスを図式的に示すにあたり動機と効果意思の両者をまとめて「内心の意思」と位置づけている。そして、「意思の欠缺」と「意思表示の瑕疵」を区別するという伝統的説明は、①効果意思の欠缺と動機の錯誤の区別が現実には困難であり「したがって、詐欺は意思形成過程に瑕疵がある場合だといっても、不本意な意思表示をしている点では錯誤と区別できない<sup>40)</sup>」、②錯誤法の目的は錯誤者の保護にあるところから、錯誤無効の主張は本人のみからできると解されるが、これだと効果の点でも錯誤と詐欺はあまり違いがなくなる、という二点において破綻しており、その原因は伝統的理論が効果意思を意思表示の出発点とするという理論に拘泥したためであるとする。そこで、内田教授は、この伝統的理論自体は決して普遍的真理ではないのであって、むしろ「意思の欠缺と瑕疵ある意思表示とを峻別せず、93〜96条をひっくるめて、本来ならなされなかつたはずの意思表示をしてしまった者の保護と、相手方ないし第三者の利益の調整のための制度、という観点から要件・効果を考えていくべきであろう<sup>41)</sup>」と論ずることとなる。

#### (イ) 「意思」概念の拡張と準解雇

近年の学説の意思形成過程にまで意思(真意)概念を拡張しようとする傾向と民法九三条から九六条までを「意思と表示の不一致」と解し不本意な意思表示をした場合の対処規定と捉える学説の考え方は準解雇法理の形成にとつても

重要な視点を提供するものと考えられる。

確かに、伝統的な法律行為論によれば、準解雇の事例においては、あくまで労働者は辞めるという効果意思を有していてそれを表示しているのであって、その意思形成過程において使用者の不当な圧力や退職誘導行為などによる影響を受けているにすぎず、使用者の行為が詐欺・強迫に該当しなければこれに効果的に対処できない（意思表示の効力を否定することができない）ことになる。しかし、これまで法律行為論についてみてきたところからも明らかのように、理論をこのように固定的に捉えることには問題がある。従って、たとえば、意思形成過程を真意に含めて考えることに対して現状では必ずしも十分なコンセンサスが得られず、また意思形成過程と効果意思を峻別する伝統的な考えを完全に突き崩すことができないため、一応かかる峻別を踏まえて理論展開するほかないとしても、少なくとも、近年の学説の「問題意識」自体に注目しこれを踏まえて新たに論を展開することは可能であるといえ、とすると、もしもかかる問題意識を準解雇に應用して法技術論的に無理なく巧みに新たな法理を形成することができるならば準解雇の事例に有効に対処し得ることになると思われる。そして、特に先に(イ)でみた内田説の問題意識によるならば、準解雇の場合の退職をめぐる意思表示がたとえ錯誤や詐欺・強迫にあたらなくとも「不本意な意思表示」であるとして民法九五条・九六条以外の法律行為に関する規定（民法九三条ないし九四条）によって準解雇に対処する（つまり、退職をめぐる意思表示を無効とする）余地を探る可能性が依然として存することになるといえよう。

(ウ) 民法九三条但書の新たな射程と準解雇への応用

では準解雇の事例についてはいかなる規定に対処の可能性の法的根拠を探るべきであろうか。

以上の理論傾向を(1)(イ)でみた検討課題とも考え合わせつつ、かつ強迫は「他人の違法な干渉を表意者が自覚しており、表意者が表示行為に対応する効果の発生を本来望んでいない点では、心裡留保に類する<sup>(43)</sup>」との民法学の指摘に注

目するならば、民法九三条但書に目を向けることがふさわしいように思われる。<sup>(44)</sup>

民法九三条は心裡留保につき「意思表示ハ表意者カ其真意ニ非サルコトヲ知りテ之ヲ為シタル為メ其効力ヲ妨ケラルルコトナシ但相手方カ表意者ノ真意ヲ知り又ハ之ヲ知ルコト得ヘカリシトキハ其意思表示ハ無効トス」と規定している。本文は取引の安全と相手方の信頼を保護するため表示主義の観点から効果意思(真意)がなくても意思表示は有効であるとしつつ、但書で相手方が悪意か認識可能性(注:以下ではこれら両者をひとまとめにして単に認識可能性と述べる場合がある)を有する場合には相手方を保護する必要はないので意思主義の原則に戻って当該意思表示を無効とすることを定めている。従来はこれを意思欠缺の規定と捉えてきたのだが、辻教授は、(ア)で引用した考えと同一線上において、心裡留保につき、①「強迫による意思表示は同時に心裡留保となる場合がある」、②「強迫がその程度に至らない場合でも、その意思表示は決して表意者の『真意』に出たものとはいえず、相手方がそのことを知り又は知ること<sup>(45)</sup>をうべかりしときは、心裡留保の例外(九三条但書)の場合に準じて、その意思表示を無効とする余地があるのではないか」と論じている。<sup>(46)</sup>要するに、意思形成過程に問題がある場合であっても、これを真意に含めて民法九三条但書を適用ないし類推適用することを認め問題処理をはかろうとするのである。しかも、②の説示は民法九三条但書を「その程度に至らない場合でも」類推適用する、つまり強迫にまでは至らない不当な圧力等がみられる場合の強迫の補充(補充)法理として活用(類推適用)する余地を示している。

以上(特に、②の類推適用の可能性の示唆)はまさに準解雇をめぐる問題状況に適合するものといえる。しかも、いうまでもなく、「心裡留保は、意思表示に関する規定であるから、契約、単独行為、合同行為を問わず、それらの構成要素である意思表示に適用される<sup>(47)</sup>」のであって、これを活用することができるならば労働契約の合意解約のみならず労働者の辞職Ⅱ単独行為の場合であっても対処可能となるのである。

(エ) 法技術論的見地からみた民法九三条但書類推適用の可能性

(ウ)で述べたことからすれば、準解雇の事例に対し、たとえ、厳格に、「意思の欠缺」ではないので民法九三条但書を直接に「適用」することは無理であると解するとしても、いまだ「類推適用」を行うことの可否を検討してみる余地は存しよう。では、法技術論的見地からみて、準解雇への民法九三条但書類推適用という手法は実務的・現実的な通用可能性を有しているであろうか。

実は、ストレートな心裡留保の事例はあまりみられず、むしろ民法九三条但書類推適用が今日では重要であると指摘されている<sup>(48)</sup>。最高裁をはじめとして判例は代理権の濫用の場合にかかる類推適用をなしており、法実務上これが定着した判例法理となっている(最一小判昭四二・四・二〇民集二二巻三号六九七頁)。代理人が代理権の範囲内で自己の利益をはかる目的で代理権を行使する場合(例えば、代理人が自分のために使う目的で本人名義で借金するような場合)、「代理人は、代理行為の効果を本人に帰属させる意思を有しており、その意味で厳密には、ここに心裡留保に類する現象があるわけではない<sup>(49)</sup>」、即ちあくまで当該取引を行うという効果意思を有しているのであって意思の欠缺があるとはいえない。しかし、「本条但書の精神を援用して<sup>(50)</sup>」、事案の類似性(「外見上は本人の利益のために行為しているように見えるが、実際にその気はないという点<sup>(51)</sup>」から相手方が代理人が本人のために行うのではないということを知りまたは知り得べきときには民法九三条但書類推適用(「心裡留保のモデルをあてはめ<sup>(52)</sup>」ること)によって当該取引は無効とされるのである<sup>(53)</sup>。

以上は不本意な意思表示がなされた事例ではないのだが、あくまで法技術論的にみればこのような類推適用が認められる(可能とされる)のであるから(しかも最高裁もこのような法技術論を認めており、確立した判例法理となっているのであるから)、ましてや労働者が相手方(使用者)の不当な圧力や退職誘導行為により不本意ながら退職(辞職ないしは

労働契約の合意解約）の意思表示を行う（「もう耐えられないのでこんな会社辞めてやる。しかし、こんなこと（使用者の不当な圧力や退職誘導行為）さえなければ辞めたくはなかった（辞めてはいなかった）本来その気はなかった」の……）と思いつつ退職を決意し退職（辞職ないし合意解約の申込・承諾）の意思表示を行う）場合には、いわば悪性の行為態様（職場環境配慮義務違反）を示した使用者がかかる内心の本音・本心の認識可能性を有しているならば、労働者（表意者）に真に退職したいという「本心」（＝本来の内心）が欠けているとして、辞職の意思表示あるいは労働契約の合意解約に対して民法九三条但書 of 精神を援用してその類推適用を行うこと（心裡留保モデルのあてはめ）を実務上法技術論的に認めて差し支えないといえよう。

(オ) 補論 — 不本意な意思表示を行った表意者の一般的保護法理としての民法九三条但書の類推適用の可能性

ちなみに、念のため、労働法を離れた私法上の一般論としての民法九三条但書の類推適用の可能性について併せて言及しておこう。かかる法理の射程距離は準解雇のケースに限られるのか、それとも労働法を超えて広範に活用できる可能性を有するのか。

確かに、これを準解雇に限定する必然性はないのであって、準解雇以外の私法上（民法上）の事例についても活用の余地は存するというべきであろう。しかし、法的安定性及び法実務上の見地からすると、民法九三条但書の類推適用を広く認めて一般条項化し、この規定を表意者が不本意な意思表示をした場合の包括的な救済・保護のための規定と位置づけてしまうならば、法理の適用範囲が広くなる分かえって要件と活用範囲が不明確かつ曖昧となって焦点がぼやけてしまい、問題があるといえよう。要するに、法理としてのシャープさ・クリアさに欠け有効性と実効性を喪失する可能性が存するのである（そうすればそれに引きずられて準解雇の法理自体も影響を受けリアリティーを失ってしまうに至るおそれがある）。従って、狙いと焦点をはっきりさせ法理の有効性と実効性を確保するために、民法九三条但書の

「適用」ではなくて、あくまでその「類推適用」を行う場合には、適用を超えて類推適用を要請する（類推適用法理を発動する）ような特別の事情を要すると考えるべきであろう。<sup>54</sup>

そこで、特別の事情をどう考えるかが焦点となるが、準解雇の場合は既に(一)でみたように、そして後に(三)(1)でももう一度詳しく触れるように、使用者の不当な社会的権力の行使（＝職場環境配慮義務違反）に対処すべし（そしてそこから生ずる弊害を除去すべし）との憲法・労基法・私法の一般理念からの要請があるので類推適用を行うことには極めて高度の法的正当性が存し当然類推適用の許容（可能）範囲内に含まれる（強く類推適用が要請される）ことになるとして、それ以外の私法上（民法上）のケースにおいては、これに類似した状況、即ち、具体的には先にみた辻教授の見解が示すように、相手方に強迫ないしはその程度には至らないがそれに類する不当な圧力があるといったような帰責事由が必要とされるといえよう。というのも、かかるケースでは、相手方によって表意者の自己決定（＝意思決定の自由）が侵害されており、これは憲法一三条の自己決定の理念、ひいては民法一条ノ二の個人の尊厳の理念からみて問題ある状況といえるのであって、従って、(一)(3)で検討したように民法一条ノ二に照らして私法上民法九三条但書を類推適用することに法的正当性が認められる（民法九三条但書の類推適用を行うことが要請される）ことになると思われるからである。以上からすれば、民法九三条但書の類推適用は強迫の補充（補充）法理として位置づけることができ、また相手方にそれ以外の表意者の意思決定の自由を侵害する性質の帰責事由が存すれば同様に類推適用をなし得る余地が存するといえよう（例えば相手方の情報提供義務違反がみられる錯誤・詐欺型の場合）<sup>55</sup>。

### (三) 民法九三条但書の類推適用と準解雇の法理

#### (1) 民法九三条の基本構造と準解雇

ここでいよいよ、(二)で考察した法律行為論の展開と民法九三条但書をめぐる議論を踏まえ、それらの準解雇への応

用を具体的に検討してみよう。

民法九三条の基本構造は、本文は表示主義、但書(例外)は意思主義となっている。表示主義が採用され心裡留保の場合の意思表示が有効とされたのは、相手方の信頼を保護する必要があるという信頼原理と表意者は真意と異なる表示をしている以上不利益を被つても仕方がないという帰責原理を考慮してのことであるとされる。しかし、相手方が「表意者ノ真意ヲ知り又ハ之ヲ知ルコト得ヘカリシトキ」には信頼を保護する必要がないので意思主義がとられ心裡留保の場合の意思表示は無効とされる。<sup>56)</sup>

さて、準解雇の事例では、帰責原理と信頼原理はともに問題とはならず、表意者(労働者)ではなく、不当な圧力行使や退職誘導により職場環境配慮義務違反を行ったことにおいてむしろ相手方(使用者)の方に信頼破壊(信義則違反)と帰責事由が存している点に特徴がある。表意者に帰責事由が存する場合でも相手方に認識可能性があれば意思表示が無効となるのであるから、ましてや相手方に労働者の意思形成過程の瑕疵についての帰責事由(職場環境配慮義務違反)が存する場合には表示との不一致の対象を「真意」を超えて動機・意思形成過程レベルの内心にまで拡大して(即ち、動機・意思形成過程を「真意」に準じて)民法九三条但書の類推適用を認めてよい(あるいは、換言すれば、「適用」ではなく相手方に帰責事由が存するとして「類推適用」を行う場合には「真意」を効果意思のレベルから動機・意思形成過程にまで拡大して解釈してよい)のではないかと考えられる。既に(二)(2)(イ)でも若干触れたことであるが、これを(一)で論じた点(基本的戦略・基本的方向性)から理論的に補強しつつ整理すれば、準解雇においては、①労働者に対して使用者の社会的権力が不当に行使されることになる点において憲法二七条二項による対処の必要性の要件を充たし、②使用者の不当な圧力により退職に関する労働者の自己決定が侵害される点において労働基準法二条一項の理念に反することに  
なるため労働契約法(Arbeitsvertragsrecht)による対処が要請され、③職場環境配慮義務違反がみられる点において民

法一条ノ二の適用条件を充たすといえるため、民法規定を用いての法理構成を行うことが求められることになるのであって、この意味において準解雇に適切な救済措置をもたらすことができる民法九三条但書の類推適用という手法は大いに妥当なものと解されよう。従って、このような法的構成は憲法及び労基法上にその法理形成の基礎・根拠を求めることができるとともに私法の基本理念にも支えられたものであって、大いに法的正当性を有することになる。

(2) 準解雇の法理

(ア) 民法九三条但書の類推適用による退職の意思表示の無効の追求

さて、これまでの検討を総合しまとめるならば、準解雇をめぐり以下のような規制法理を展開することが可能であろう。即ち、一方で使用者の職場環境配慮義務違反の事実(帰責事由)があれば、他方で、たとえ労働者が効果意思通りの表示を行って辞職もしくは合意解約によつて退職した場合であっても、職場環境配慮義務違反の事実が存しなれば退職しなかつたであろうとの不本意さを示す労働者の内心(意思形成過程における本音・内心の声)が存し、これを使用者が認識しあるいは認識すべかりしとき(即ち、認識可能性を有するとき)には、民法九三条但書の類推適用により、退職をめぐる労働者の意思表示(辞職の意思表示)単独行為、もしくは労働契約の合意解約の申込・承諾は無効となる(従つて、労働者の従業員としての地位確認が認められることとなる<sup>57)</sup><sup>58)</sup>。要するに、従属性(企業の社会的権力)により歪められなかつたならば労働者が自己決定してであろう雇用の継続(キャリア展開)に関する意思(あるいは、換言すれば、使用者の当該行為をさえないければ本当は辞めたくはなかつた(その気)辞める気はなかつた)のにとり労働者の退職の不本意さを示す本音・内心)と表示の食い違いを問題とするのである。<sup>59)</sup>なお、付言すれば、労働者の退職の意思表示が裁判において無効と判断された場合、既に二で詳しく検討したように労働者が退職して働けなくなったことは使用者の社会的権力の不当な行使の結果として解雇に準じて取り扱うことができるのであるから、これは「債権者ノ責ニ帰スヘ



キ事由」によるものであるといつてよく、従つて民法五三六条二項によつて労働者（債務者）は退職から退職の意思表示無効（従業員の地位確認）の判決を得るまでの賃金（バックペイ）を受け権利を有すると解されよう。<sup>(60)</sup>とにかく、準解雇の場合には、解雇に準じて、（労働基準法一八条の二（民法一条三項）ではなく民法九三条但書の類推適用によるという違いはあれ、結論的には）解雇と同様の保護を受けることができるのである。

とにかく、このような準解雇の法理により、使用者の労働者に対する退職誘導行為が強迫にあたらぬよりソフトな手段によりなされた場合や、必ずしも使用者が追い出し意図を有しなかつた場合（例えば、使用者が必ずしも辞めさせようとの意図までは有せず労働者にいやがらせ等をしたが、かかるいやがらせ等によつて結果的には労働者が退職に追い込まれた場合）にも実効的に対処可能となり、労働者の退職の意思表示を無効とすることができる。後者の場合について敷衍すれば、確かに、いやがらせ行為等の時点では使用者は労働者を退職に追い込む意図は有しなかつたとしても、使用者が労働者の退職の意思表示がなされた時点でかかる退職が自己のいやがらせ行為等に起因するものであつて労働者にとって不本意なものであることを認識しあるいは認識すべかりしときには準解雇の法理の適用（即ち、民法九三条但書の類推適用）が可能となるのである。

以上のように、実務において一定定着をみてきており、これまで準解雇をめぐるケースで慰謝料と逸失利益の損害賠償請求（不法行為ないし債務不履行）の根拠として用いられてきている職場環境配慮義務（即ち、準解雇につき実務上一定確立したと評価できる職場環境配慮義務法理）を有効に活用して（換言すれば、既存の法理を有機的に組み込んで）無効構成を導くことができるのであり、その意味でここで述べる私見の無効構成のアプローチはこれまでの損害賠償アプローチの延長線上にあり、それとの連続性を有する応用理論と位置づけることができよう。ちなみに、労働契約関係という法律関係における法律行為法上の無効構成救済法理を探るといふ本稿の目的からすれば、職場環境配慮義務は不

法行為上の義務というよりも信義則に基づく契約上の義務と解すべきことが理論的一貫性と連続性を有し妥当であるといえよう(なお、何故契約上の義務と構成すべきかにつき、更にもう一つ理由が存するのだが、これについては次章の五で就労請求権論と関連させて検討することとする)。

さて、これまでは専ら使用者が労働者に不当な圧力を加えるなどの強迫型を念頭に置いて論じてきた。しかし、職場環境配慮義務違反のケースに比べれば数的には非常に(あるいは極めて)少ないとは考えられるのだけれども、使用者の不適切な対応により労働者が思い違いをしたにもかかわらず使用者に故意がないたため詐欺概念の拡張によっては対処することができないような労働者の退職のケース(使用者が情報提供義務に違反して労働者を退職に追い込んだような場合・錯誤・詐欺型)も皆無とはいえず起こり得る可能性が存するといえよう。とすると、このようなケースについても対処が必要となるが、強迫型で問題となる職場環境配慮義務違反を情報提供義務違反に置き換えれば帰責事由の存在という民法九三条但書の類推適用の要件を充たすことができ、使用者に認識可能性があれば準解雇法理の適用が可能であると解される<sup>(61)</sup>。

とにかく、以上のように考えれば、準解雇の法理は、使用者の不当な圧力行使が制御・コントロールされかつキャリア展開に必要な情報が十分に得られるところの、労働者が自己のキャリア展開について自己決定を行うことができる職場環境の整備・確立に役立ち得るといえよう<sup>(62)</sup>。

なお、強迫型と錯誤・詐欺型についてはこのように両者同様の処理が可能であるということから、以下では、錯誤・詐欺型を併せて念頭に置きつつも、専ら職場環境配慮義務違反のケース(強迫型)に絞って論述を進めることとする。

(イ) 職場環境配慮義務違反と「真意ヲ知り又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキ」(認識可能性)をめぐる立証責任以上からすれば、準解雇の法理において重要なポイント・焦点となるのは職場環境配慮義務違反と使用者の労働者

の内心についての認識可能性をめぐる立証問題であるといえよう。

まず、職場環境配慮義務違反の立証責任からみておこう。これは、付随義務としての性格の類似性を勘案すれば、安全配慮義務の場合と同様のものとなる。最高裁は、安全配慮義務につき、「義務違反の内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事実を主張する責任は：原告にある」(航空自衛隊芦屋分遣隊事件・最一小判昭五六・二・一六民集三五巻一五五六頁)と判示しており、労働者側がかかる立証をなせば、使用者側が帰責事由の不存在の立証責任を負うことになる。ただし、この点については、山川教授が述べるように、「労働者側は事故の詳細な情報や技術的な事項を容易には知りえないことが多いので、原告側が特定すべき義務の内容(主要事実)はある程度抽象的なものでも足りると考えるべきである。そして、より詳細な事実が間接事実として扱い、間接反証の法理により公平な解決をはかるのが妥当と思われる」といえよう。<sup>(63)</sup> 以上のような点を踏まえて労働者は職場環境配慮義務違反をめぐる立証を行うことになる。

次に、認識可能性の立証責任であるが、使用者の職場環境配慮義務違反の帰責性が立証における認識可能性の推定のレベルで考慮されることになると考えられる。確かに、使用者が「真意ヲ知り又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキ」ということ(使用者の認識(悪意)または認識可能性)を立証しなければならぬのは意思表示の無効を主張する労働者ということになる。しかし、使用者の内心を立証することは非常に困難であるため、安全配慮義務について山川教授が述べるのと同様に、ここでも職場環境配慮義務違反を含め諸般の事情を踏まえて一定の間接事実の積み重ねにより認識可能性が推認されるべきであり、具体的には、労使の力関係の差異を考慮すれば、公平の観点から、基本的に、労働者が上述の職場環境配慮義務違反についての立証を行い、併せて、かねてから使用者が労働者を疎ましく思っていたといった事実などを立証すれば、今度は使用者が自分は善意無過失であることを立証しなければならないことになるといえよう。<sup>(64)</sup>

加えて、例えば、仙台セクシユアル・ハラズメント(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)が、職場環境配慮義務の内容として、既にセクハラが起こってしまった場合には事後的な義務として、使用者は「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」と判示していることに注目すべきであろう。つまり、かかる判示は、セクハラにより職場環境が悪化した場合には使用者はこれ対処する前提として迅速に調査を行って状況認識すべきことを示唆しているのだが、このことからすれば、準解雇のケースにおいて使用者が直ちにかかる調査による状況認識を行うならば、職場環境悪化にともなって生じた労働者の雇用ないしキャリアの継続をめぐる意思形成過程に対する不当な影響を排除するかあるいは少なくとも意思形成過程が不当な影響を受けた(侵害された)ことを認識する可能性が存し得ることになる。従って、この考えを応用し、セクハラのみならずそれと同程度の重大な職場環境配慮義務違反の事例においてこのような義務を使用者に認めることとなれば(使用者は自己の従業員がセクハラを行った場合でもかかる義務を負うのであるから、ましてや自ら不当な圧力行使や退職誘導を行った場合には、信義則上より一層積極的に対処すべきことが求められるといえよう)、かかる義務の違反は、少なくとも有過失(即ち、「こんなことさえないければ、本来、退職していなかったのに(退職したくなかったのに)」という労働者の内心の本音を使用者が過失により認識しなかったこと<sup>65</sup>|| 知ルコトヲ得ヘカリシトキ)の推定のための有力な(あるいは強力な)材料となると考えられよう。

また、この場合、特に、三(三)でみたように既に一定の判例によって職場環境配慮義務の内容として労働者がその意に反して退職することがないよう職場環境を整える義務が含まれていると説かれている(京都セクシユアル・ハラズメント(呉服販売会社)事件・京都地判平九・四・一労判七七一六号四九頁、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)こと(要するに、職場環境の悪化||職場環境配慮義務違反は労働者の退職を余儀なくさせる危険性ないしはリスク

を含んでいるということ)を考慮するならば、使用者が労働者に対する不当な取り扱いをなしたり不当な圧力をかけた  
りして職場環境配慮義務違反がみられ、これが「通常人が労働者であれば退職したであろうと認められ」という程  
度・レベル・態様のものとなっていることを労働者が立証する場合には、原則としてそれだけで使用者が「表意者ノ  
真意ヲ知り又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキ」が推認されることになる(66)と解すべきであろう(あるいはこのような場  
合にはむしろ端的に悪意が推認されると考えてもよいであろう)。そして、使用者の行為の不当性ないし義務違反が重大な  
ものとなればなるほどかかる推定はより強力(即ち、反証困難)となる。従つて、準解雇のケースにおいて労働者の  
退職の意思表示が無効とされるかどうかは、職場環境配慮義務違反の有無と程度の認定(立証)のいかに大きくかか  
っているといつてもよいであろう。

要するに、職場環境配慮義務違反の事実、民法九三条但書の類推適用を行うことを正当化するのみならず、民法  
九三条但書の要求する認識可能性について労働者側の立証責任の軽減及び使用者側への立証責任の事実上の転換をも  
たらすことになるのである。(67)

#### (ウ) 退職の性質決定と準解雇の法理

ちなみに、一において、実際には、労働者の退職が果たして解雇によるものなのか、労働者の辞職によるものな  
か、はたまた合意解約によるものなのかはつきりしない場合が多く、労働関係の終了についての法的性質決定が困難  
であるとともに、解雇か否かによつて救済のあり方が異なる(解雇であれば権利濫用法理で広く対処できるが、辞職や合意  
解約の場合は詐欺・脅迫や錯誤など一定の場合に該当しないと取消・無効を主張できないという点において救済の幅が極めて狭  
くなる)ことになる指摘した。しかし、以上の法理を活用することにより、労働者は主位的に当該労働関係の終了は  
解雇であり、これが権利濫用により無効である(労働基準法一八条の二)ことを、予備的にたとえ労働関係の終了が解

雇ではなく辞職あるいは合意解約にあたるとしても、これが準解雇であるとして民法九三条但書の類推適用により無効であることを主張することができることになるといえ、従っていずれになろうとも従業員の仕事確認が可能となり、従来の労働関係の解消に関する法的性質決定をめぐる不都合も解消されよう。<sup>68</sup> ちなみに、(二)(イ)でも若干触れたように、合意解約の場合については、その当事者である使用者が加えた圧力が社会的妥当性を欠いたものであれば、それが労働者の自己決定に不当な影響を及ぼしたことに注目して、民法九〇条の公序良俗違反を主張することもでき、このような主張も以上に加えて併せて行うことが可能であると解されることも、念のためここで指摘しておく。<sup>69</sup>

(二) 労働者による意思表示の無効による従業員の仕事確認請求と損害賠償請求の選択の可能性

準解雇の法理は労働者保護の観点から構成されたものであることを勘案すれば、民法九三条但書の類推適用による無効は労働者側からのみ主張できる相対無効(片面的無効)と解すべきである。<sup>70(1)</sup> 民法九三条但書の類推適用によって労働者の退職の意思表示が無効とされ得る場合には、使用者に職場環境配慮義務違反がみられるのであるから債務不履行(あるいは不法行為)しかし、先に(ア)で述べたように債務不履行構成の方が妥当であると解される)を理由として労働者は使用者に慰謝料と逸失利益につき損害賠償請求を行うことも可能となる。従って、労働者が退職の意思表示を無効として従業員の地位確認を行うのではなく、あくまで損害賠償を請求することを選択する場合には、使用者からは意思表示の無効を主張して損害賠償請求(特に逸失利益)を拒否することはできず、労働者の求めに応じて損害賠償を支払わなければならないこととなる。ただし、損害賠償請求については、既に三で述べたように、得べかりし賃金の喪失分として一定長期間にわたる逸失利益を裁判所に認めさせることがこれからの大きな課題となる。<sup>72(13)</sup>

なお、使用者の不当な圧力により労働者が転職を決意し他社に転職したような場合であっても、労働者が退職していることに変わりはないのであるから、使用者の職場環境配慮義務違反がみられるならば、これを準解雇と捉えるべ

きであり、従って、労働者は慰謝料及び転職にともなう一定期間の賃金の目減り分などの逸失利益を使用者に賠償請求できることになろう。

(オ) 労働者に解雇の正当事由（合理的で相当な理由）が存する場合の準解雇法理の適用の可否

最後に、労働者に解雇の正当事由（合理的で相当な理由・労働基準法一八条の二）が存し、仮に使用者が正面から労働者を解雇していたならば権利濫用とはならなかった（解雇が有効と判断された）であろうようなケースで、使用者が労働者に対し不当な追い出し行為等を行い、その結果、労働者が退職（辞職ないしは合意解約）に至ったような場合にも準解雇の法理が適用できるのかという問題をみておこう。

結論から述べれば、このような場合にも準解雇法理を適用して辞職あるいは退職の意思表示を無効とする可能性を認めるべきといえよう。というのもいくら労働者側に解雇の正当事由が存するとしても企業が社会的権力を不当に行使用することは問題であつて（即ち、企業が不当な社会的権力を行使してもよいということにはならないのであつて）公序良俗に反するといえる（この点については、二(一)(3)参照<sup>(74)</sup>）し、また正当事由が存するならばそもそも正面から解雇という手段がとられるべきことが本筋と考えられるからである。とにかく使用者の権力行使はフェアに行われなければならないのであつて、その不当な行使はどのような場合であつても抑止されるべきなのである。

(1) 大村敦志『基本民法I』（二〇〇一年、有斐閣）五七頁。

(2) 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）一五二頁。

(3) 大村・前掲注(1)書五七頁。

(4) 山本・前掲注(2)論文一五二—一五三頁、大村敦志『消費者法〔第2版〕』（二〇〇三年、有斐閣）五一頁以下。

- (5) 山本・前掲注(2)論文一六六頁以下、大村・前掲注(4)書五八頁以下、六三頁以下。
- (6) 取引的不法行為の傾向と原状回復的損害賠償については、潮見佳男「規範競合論の視点から見た損害論の現状と課題」奥田昌道(編)『取引関係における違法行為とその法的処理——制度間競合論の視点から』(一九九六年、有斐閣)一二頁以下、同「投資取引と民法理論(一)、(二)、(三)、(四・完)」民商法雑誌一一七巻六号(一九九八年)一頁以下、一一八巻一号(一九九八年)一頁以下、一一八巻二号(一九九八年)一頁以下、一一八巻三号(一九九八年)五〇頁以下、山本・前掲注(2)論文一五九頁以下、大村・前掲注(4)書八八—八九頁、九一頁、一〇六—一〇七頁などを参照。
- (7) 山本・前掲注(2)論文一六五—一六六頁。同旨、大村・前掲注(4)書九一頁。このような批判的問題意識は、準解雇の問題を考える場合において労働者の救済につき損害賠償構成のみで満足する立場に対しても同様にあてはまるといえよう。
- (8) 大村・前掲注(1)書五八頁。
- (9) この点については、大村・前掲注(1)書五一頁以下、同・前掲注(4)書五一頁以下、山本・前掲注(2)論文一四九頁以下、森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論(1)、(2)、(3)・完」NLB四八二号(一九九一年)二二頁以下、四八三号(一九九一年)五六頁以下、四八四号(一九九一年)五六頁以下。
- (10) 情報提供義務については、山本・前掲注(2)論文一六八頁以下、大村・前掲注(4)書八八頁、九二—九四頁、森田・前掲注(9)論文(2)五八頁以下、松本恒雄「詐欺・錯誤と契約締結における情報提供義務」法学教室一七七号(一九九五年)五五頁以下、山田誠一「情報提供義務」ジュリスト一一二六号(一九九八年)一七九頁以下、河上正二「現代的契約についての若干の解釈論的課題」棚瀬孝雄(編)『契約法理と契約慣行』(一九九九年、弘文堂)二〇—二二頁、後藤巻則『消費者契約の法理論』(二〇〇二年、弘文堂)などを参照。
- (11) 山本・前掲注(2)論文一七〇頁。
- (12) 大村・前掲注(4)書九四頁。
- (13) 山本・前掲注(2)論文一七三頁。
- (14) 民法九六条の要件の厳格さについては、例えば、四宮和夫Ⅱ能見善久『民法総則 第六版』(二〇〇二年、弘文堂)二三三—二三四頁が、詐欺の要件として、詐欺は欺罔行為により他人を錯誤に陥れることであるとしつつ、詐欺にあたるためには詐欺の故意と欺罔行為の違法性が必要である旨を指摘し、また二四二—二四三頁が、強迫の要件として、強迫(Ⅱ)「害悪が及ぶことを告げて(強



迫行為)、他人に畏怖を与え、その畏怖によつて意思を決定・表示させようとする(故意が必要)。もつとも、強迫行為が違法でないときは、ここでいう『強迫』にならない)と強迫による意思表示(因果関係Ⅱ「他人(相手方または第三者)の強迫によつて表意者が恐怖心(畏怖)をいだき、その恐怖によつて意思を表示・決定したことが必要である」)の二つを挙げているのを参照。また、大村・前掲注(1)書四四―四五頁は、詐欺・強迫の要件を、①故意、②違法な行為、③因果関係の三つにまとめているが、「これらの要件を満たすか否かの判断はかなり厳格になされている」と述べ、五六頁は「訴訟では詐欺や強迫はなかなか認められない」と論じている。

(15) 大村・前掲注(1)書五六頁。ちなみに、同書は詐欺・強迫と錯誤の補充関係というニュアンスも含めて論述を行っているが、本稿では次の注(16)で述べる二類型を基本として論を展開するため、あくまで詐欺―錯誤の補充関係という視点から論じることとする。

(16) 山本・前掲注(2)論文一五三頁以下は「合意の瑕疵」につき錯誤型と強迫型の二類型に分けて論じているが、前者のなかに錯誤と詐欺(そしてそれらの拡張可能性の問題)を含ませて論じており、本稿ではこの点を明確にするために、前者を錯誤・詐欺型と呼ぶこととする。かかる類型論については、森田・前掲注(9)論文(1)二三―二四頁も併せて参照。

(17) 錯誤論をめぐる議論については、中松櫻子「錯誤」星野英一(編集代表)『民法講座Ⅰ 民法総則』(一九八四年、有斐閣)三八七頁以下、森田宏樹「民法九五条(動機の錯誤を中心として)」広中俊雄Ⅱ星野英一(編)『民法典の百年Ⅱ 個別的観察(1) 総則編・物権編』(一九九八年、有斐閣)一四二頁以下、山本敬三『民法講義Ⅰ』(二〇〇一年、有斐閣)一五二頁以下、大村・前掲注(1)書五一頁以下、川島武宜Ⅱ平井宜雄(編)『新版注釈民法(3) 総則(3) 法律行為(1)』(二〇〇三年、有斐閣)三八五頁以下(川井健執筆)などを参照。

(18) 川島武宜「意思欠缺と動機錯誤」同『民法解釈学の諸問題』(一九四九年、弘文堂)一八八頁以下、同『民法総則』(一九六五年、有斐閣)二八三頁以下、船橋諄一「意思表示の錯誤」九州帝国大学法文学部『十周年記念法学論文集』(一九三七年、岩波書店)五九五頁以下など。

(19) 長尾治助『消費者私法の原理』(一九九二年、有斐閣)一〇三頁以下など。

(20) 例えば、現在でも、スタンダードな民法の基本書ともいえるべき内田貴『民法Ⅰ[第2版]補訂版』(二〇〇〇年、東京大学出版会)六八頁以下は一元説を支持している。

- (21) 四宮II能見・前掲注(14)書二一四—二一五頁。もつとも、同書は、本文で述べたような批判をなしつつも、錯誤の定義は動機の錯誤を含めた「一元論的構成」の立場から行うとしている(二一四頁)。しかし、本文で問題とした認識可能性を要件とする一元説とは異なり、四宮II能見教授は、動機の錯誤のうちどこまでを無効とするかは「『要素』性の判断による」として(二二七頁)、無効を主張できる動機の錯誤に一定の歯止めをかける必要があることを説いている(二一四—二一五頁)。なお、山本・前掲注(17)書一六二頁以下は本文で述べたような一元説を「一元論」と、そして一七三頁以下は四宮II能見説のような立場を「新一元論」と呼び、両者が異なった説であることを示している。かかる「新一元論」については、併せて、森田・前掲注(9)論文(1)二四頁以下も参照。
- (22) 辻正美『民法総則』(一九九九年、成文堂)二二六頁。
- (23) 大村・前掲注(1)書五五頁。なお、大村教授は、一元説が判例によって認められなかったこと、及びこれが一定の問題点(「一元説の提示した判断枠組があまりにも漠然としたものである」)を含んでいることを指摘しつつも、結論的には、注(21)でみた四宮II能見説と類似した見解を示している。
- (24) 大村・前掲注(4)書九〇頁。
- (25) 大村・前掲注(1)書五四頁。
- (26) 山本・前掲注(2)論文一七〇頁。
- (27) 大村・前掲注(1)書五八頁。
- (28) 山本・前掲注(2)論文一六六頁以下。
- (29) 大村・前掲注(4)書八一頁以下。
- (30) 大村・前掲注(1)書五八頁、同・前掲注(4)書九五頁以下、一一三—一一四頁、同「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る」法学教室二五九号(二〇〇二年)三八頁以下。
- (31) 大村・前掲注(1)書五七頁。
- (32) 大村・前掲注(1)書四八頁。
- (33) 近江幸治『民法講義I 民法総則(第4版)』(二〇〇三年、成文堂)一五八頁は、一般論として、「現在では、人の真意は動機にあり、動機と内心の効果意思とは質的に区別されうるものではないとする考え方が有力である」と述べている。
- (34) 星野英一『民法概論I』(一九七二年、良書普及会)一九三頁以下。

- (35) 四宮和夫『民法総則 第四版』(一九八八年、弘文堂) 一六〇頁以下。
- (36) 石田穰『民法総則』(一九九二年、悠々社) 三〇八頁以下。
- (37) 辻・前掲注(22)書二一八頁。
- (38) 辻・前掲注(22)書二二二頁。
- (39) 辻・前掲注(22)書二四九頁。
- (40) 内田・前掲注(20)書四六頁、七六一七七頁。
- (41) 本文で述べた他に、三層的法律行為論という新たな独自の法律行為論を説く加藤雅信『新民法大系Ⅰ 民法総則』(二〇〇二年、有斐閣)が表示行為と内心的効果意思のみならずその奥で問題となる「深層意思」を組み込んで理論展開しているのが注目される。とにかく、近年の民法学においてはかつての法律行為論のドグマから抜け出し、意思形成過程や動機を考慮し理論に組み込もうと試みる方向へ向けての流れ・傾向が有力にみられるといつてよいであろう。
- (42) 例えば、北川善太郎『民法講要Ⅰ 民法総則「第2版」』(二〇〇一年、有斐閣) 一四二頁は、民法九三条・九四条・九五条を「意思と表示の不一致」、民法九六条を「瑕疵ある意思表示」と述べ、「詐欺・強迫では、動機形成において異常があるが、意思と表示の間には不一致はないと解されている。これに対して、心裡留保・虚偽表示・錯誤では、表示に対応する意思がないと構成されている」との伝統的な説明を行い、また同書一六一頁は、錯誤に関して「真意に動機を含めて真意と表示の不一致の問題として錯誤をみる立場が有力である」が、「法律行為論では法律行為の内容と動機の区別はやはり解釈論上重要な基準として残る。この意味で真意に動機を吸収しないで真意と動機を分けて動機の錯誤の類型を残しておくことは、理論的にも実際のにも適切である」と論じている。また、近江・前掲注(33)書一五七頁以下は、伝統的な意思表示の構造を示し、また意思の欠缺(九三条・九四条・九五条)と瑕疵ある意思表示(九六条)につき民法の伝統的な峻別に従って説明を加えている(もつとも、錯誤に関しては一元説を妥当とする旨を述べている)。
- (43) 石田喜久夫(編)『現代民法講義Ⅰ 民法総則』(一九八五年、法律文化社) 一七二頁(磯村保執筆)。
- (44) 従来、労働者の退職につき、民法九三条但書の適用が問題となった事例として、労働者に退職の意思はなく、あくまで反省を示す意で辞表を提出し、使用者もかかる真意を知っていてこれを受理したとして退職の意思表示が無効とされた、昭和女子大事件・東京地決平四・二・六労判六一〇号七二頁などがわずかにみられるにすぎなかったが、民法学の最近の動向に照らせば、そして後

掲注(57)でみるような考え方を踏まえるならば、今後は労働者の不本意な退職をめぐる事例に対して民法九三条但書を大いに活用(適用ないしは本稿で述べるように類推適用)し得る余地が存するといえよう。民法九三条をめぐる理論状況については、川島||平井(編)・前掲注(17)書一八四頁以下〔稲本洋之助執筆〕参照。なお、民法九三条但書の活用(類推適用)の可能性については、山本・前掲注(17)書一三四—一三五頁も併せて参照。

(45) 辻・前掲注(22)書二四九頁。

(46) 辻・前掲注(22)書二六〇頁。

(47) 四宮||能見・前掲注(14)書二〇一—二〇二頁。

(48) 四宮||能見・前掲注(14)書二〇〇頁。

(49) 四宮||能見・前掲注(14)書三一八頁。

(50) 四宮||能見・前掲注(14)書二〇三頁。

(51) 大村・前掲注(1)書一四一—一四二頁。

(52) 大村・前掲注(1)書一四二頁。

(53) もともと、学説のなかにはこのような判例法理について激しい批判を浴びせかけるものもある(この点についての議論を整理するものとして、さしあたり、大村・前掲注(1)書一四二頁、川島||平井(編)・前掲注(17)書三〇五頁以下〔稲本執筆〕を参照)一方で、これに与する学説も多くみられる(代表的学説として、我妻栄『民法講義I 新訂民法総則』(一九六五年、岩波書店)三四五頁など)のであって、例えば、石田喜久夫「口述 民法総則」(一九九八年、成文堂)二一九頁のように「非常に巧みな解決方法である」と判例法理を積極的に評価するものもあり、学説の態度は一定していない。このような学説状況にもかかわらず、とにかく判例法理は確立したものとなっているのであって、かかる前提のもと民法九三条但書の類推適用という手法をあくまで法技術論的に準解雇にも取り入れようというのが本稿の発想である。なお、本文で引用した判例の判例研究として、福永礼治「代理人の権限濫用行為」星野英一||平井宜雄(編)『民法判例百選I 総則・物権(第三版)』(一九八九年、有斐閣)八二—八三頁。

(54) 森田・前掲注(9)論文は、契約の有効性を判断する要素として、表意者の意思の完全性と相手方の行為態様の悪性を挙げ、更にこれに契約内容の公正さを付け加えており、「合意の瑕疵」論における錯誤・詐欺・強迫の理論的拡張にあたってもこれらの要素を総合的に考慮して論じている。本稿では、必ずしも契約||合意のみではなく単独行為を含めて問題とするため、「合意の瑕疵」では

なく「意思表示の瑕疵」あるいは「法律行為の瑕疵」を論ずることとなり、先の要素のうち契約内容の公正さは必ずしも問題とはならないが、前二つの要素については大いに考慮する余地がある。さて、本稿の狙いは、「意思表示の瑕疵」あるいは「法律行為の瑕疵」に対処するための方途として民法九五条・九六条ではなく、民法九三条但書の類推適用という手法に依拠することにあるが、そうすると心裡留保の内心の問題を効果意思を超えて効果意思の形成過程にまで広げて拡張して考える代わりに、使用者の行為態様の悪性（帰責事由）（具体的には、準解雇の場合には、後に本文で検討するように使用者の職場環境配慮義務違反いしは情報提供義務違反）を類推適用の要件に加えること（即ち、表意者の意思の完全性と相手方の行為態様の悪性を相関関係で捉えること）もあながち不合理な発想とはいえないであろう。

(55) このように限定を付して解しても、民法九三条但書の類推適用は不本意な意思表示を行ってしまった場合の救済法理として広く活用できるのではないかと考えられる（特に——消費者取引のような——契約当事者に交渉力と情報の格差が存するケース）。加えて、錯誤理論の一元説が目指そうとしていたところ（即ち、相手方が認識可能性を有している場合に動機の錯誤を行った表意者の意思表示を無効とし表意者を保護すること）も民法九三条但書の類推適用法理によってかなりの範囲で実現できるといえよう。そうすると、「合意の瑕疵」論が目指そうとしていたところの実現は民法九三条但書の類推適用法理の活用如何にかかっているということができ、法理展開に大きな進展がみられれば不本意な意思表示をした場合の表意者の保護のための一般法理（「意思表示の瑕疵」をめぐる欠缺を補充する法理）としての位置づけを行うことも可能となるかもしれない。なお、意思決定の自由と憲法一三条の関係については、山本・前掲注(2)論文一六六頁以下、法律行為（私的自治と契約自由）をめぐる民法と憲法の関係については、同・注(17)書九五頁以下を参照。

(56) 山本・前掲注(17)書一三三頁。

(57) ちなみに、大村・前掲注(1)書三三—三四頁は「合意の熟度」論に触れ、「少なくとも重要度の高い契約に関しては、しっかりとした意思が確認されていない限りは契約は成立しない」としている。これは、契約だけではなく、例えば労働者の辞職のような重要度の高い単独行為にも当てはまるといえるのではないだろうか。また、内田・前掲注(20)書四八—五〇頁は、民法九三条を「契約の拘束力の限界にかかわる重要な制度」として評価することが可能であるとして、「真意のない意思表示」を「完全な法的拘束力を与えるつもりのない意思表示」と解することができればカフェー丸玉事件（大判昭一〇・四・二五新聞三八三五号八頁）で問題となったような自然債務という特殊な概念を持ち出すまでもなく民法九三条を用いてかかる事例を処理することができるとしてい

る。そして、大村・前掲注(4)書六七頁は、内田説と同様に「契約の熟度」論を支える民法上の法理として、自然債務、心裡留保(民93条)、虚偽表示(民94条)がある。これらの法理は、一応は存在する合意の拘束力を、それらが十分に練られたものでないことを理由として否定するために用いられることがあるからである。」とも述べている。以上を総合して考えるならば、準解雇のケースは、労働者側にしつかりした(Ⅱ「十分に熟した」あるいは「十分に練られた」)辞職あるいは合意解約の意思表示が認められない事例であり、それ故、相手方に認識可能性が存すれば民法九三条但書により意思表示の効力に限界が認められる(効力を認めるほどの意思表示に至っていないとされる)ことになるというようにも説明することが可能であろう。

(58) なお、かかるケースでも諸般の事情から判断して労働者に退職するという効果意思がなく使用者がその認識可能性を有すると認められる場合もあり得よう。そのような場合には、民法九三条但書の類推適用ではなく、当然のこととしてそのストレートな適用がなされるべきことはいうまでもない。

(59) この点につき、本文で述べたところは、「労働者においては、真の自己決定(一次的自己決定)と従属性の考慮に基づく最終的決断(二次的自己決定)との間に大きい乖離が存在するのが特徴である」ため、このギャップを埋めて労働者の一次的自己決定を実現化するのが労働法の役割・任務であると、そして国家法や団結に加えて「この点では、まず裁判所による労働契約の解釈が問題とならざるをえない。労働者の従属性にもとづく一次的自己決定と二次的自己決定の乖離の可能性は、二次的自己決定に対応する契約内容への一般的コントロールを要請する」と論じる西谷敏『労働法における個人と集団』(一九九二年、有斐閣)八〇頁以下の問題意識と相通するものがある。

(60) 準解雇の「責二帰スヘキ事由」の該当性についても少し詳しくみてみよう。三(二)・(三)でみた小宮説や判例が示すように、そもそも職場環境配慮義務違反は債務不履行ないし不法行為として逸失利益を含めた損害賠償の対象となる(即ち、違法性が存する)とともに、職場環境配慮義務のなかには労働者がその意に反して退職することがないよう配慮すべき義務が含まれているのであり、また職場環境配慮義務違反の結果生じた準解雇が民法九三条但書の類推適用により無効となるためには使用者の認識可能性(悪意または善意有過失)が必要とされるのであるから、準解雇として労働者の退職の意思表示が無効とされる場合には民法五三六条二項の「責二帰スヘキ事由」(帰責事由)、即ち債権者の故意・過失または信義則上それと同視すべき事由という要件は充たされているものと考えることができよう。もともと、通常は、以上のように考えるまでもなく、使用者は故意に労働者に対して追い出し行為等の不当な圧力をかけているケースが多いと思われるので、よりストレートに帰責事由該当性が認められる可能性が高いといえ

よう。

(61) 情報提供義務違反の観点から、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であるエフピコ事件・水戸地下妻支判平一・六・一五労判七六三号七頁を捉え、準解雇に対処する法理を考察するものとして、本久洋一「分社化に伴う退職強要と『意に反して退職させられない権利』」法律時報七二巻七号(二〇〇〇年)八〇—八二頁。

(62) これは、職場における労働者の自立を支えそれを可能とする法理の構築を試みようとする道幸哲也「職場における自立とプライヴァシー」(一九九五年、日本評論社)一六三頁以下と同様の問題意識を、準解雇法理を通じて労働者の退職とキャリア展開をめぐる自己決定の確保のためにも及ぼそうというものといえよう。なお、筆者が、同様の問題意識を踏まえ、成果主義・能力主義賃金システムを素材としつつ、職場における労働者の一般的な自立・自己決定を可能とする環境整備の必要性の観点から職場環境配慮義務論の再構成を試みたものとして、三井正信「労働者の能力を公正に評価する義務は使用者の労働契約上の義務として構成可能か」日本労働研究雑誌五〇一号(二〇〇二年)八八頁、同「公正評価義務論の意義・射程と限界(三・完)」広島法学二六巻四号(二〇〇三年)一一九頁以下。なお、重要な論点故に、職場環境配慮義務論の再構成をめぐる問題は、準解雇の問題とも絡めつつ次章の五で再び検討を加えることとする。

(63) 山川隆一「雇用関係法 第3版」(二〇〇三年、新世社)二二〇—二二二頁。なお、安全配慮義務違反の立証をめぐる問題状況一般について、詳しくは、下井隆史「労働基準法〔第3版〕」(二〇〇一年、有斐閣)三九二頁以下、菅野和夫「労働法 第六版」(二〇〇三年、弘文堂)三八五頁以下を参照。

(64) 労働基準法四条違反の事件につき、「公平の観点」から、女性労働者が男女間の賃金格差を示せば、使用者がそれが合理的な理由に基づくものであることを立証しなければならぬと判示した判例として、石崎本店事件・広島地判平八・八・七労判七〇一号二二頁がある。労使の力関係の差異を考慮するならば、同様のことが準解雇の事例についてもあてはまらう。なお、石崎本店事件について、詳しくは、三井正信「使用者の裁量的賃金決定にもとづく男女間の賃金格差と労働基準法四条」労働法律旬報一三九四号(一九九六年)一四頁以下参照。

(65) なお、信義則上セクハラ以上に強い義務が課せられるとはいえず、従業員がセクハラを行った場合と異なり、使用者自らが不当な圧力行使や退職誘導を行うところの準解雇のケースでは、使用者が自主的かつ積極的にこのような対処を行うことは(事実問題として)通常期待できないしまた実際に行わないであろうから、このような使用者の行為態様からすれば、認識可能性ないし有過失

は更に一層容易に推認できるとともに、かかる推定は通常は非常に強力なものとなる。

(66) 小宮教授は、「通常人が労働者であれば退職したであろうと認められれば」、自説の準解雇の要件の一つとして説いてきた使用者の追い出し意図が推定されるとしていた(小宮文人「解雇するとはどういうことか」道幸哲也Ⅱ小宮文人Ⅱ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)五六頁参照)が、私見の視点からすればかかる推定法理は使用者の認識可能性を推定するために用いることができると考えられる。しかも、追い出し意図よりも、次の引用でみるように民法九三条但書が要求する認識可能性の方が通常は容易に認められる性質のものといえよう。即ち、例えば、星野・前掲注(34)書一九三頁は、認識可能性につき、「普通人としての注意をしていれば気づくはずなのにほんやりして気づかない場合」であると説明し、また石田・前掲注(36)書三〇九頁は、「相手が表意者の真意を知りうべかりし場合とは、相手が表意者の真意を知らないことに過失があるということであるが、通常、過失の有無は一般人の注意力を標準にして考えたとされている」と述べる如しである。

(67) ちなみに、本文で述べたことに加えて、一般論としていえば、企業は労働者の退職理由に関心を有しているのが通常であると考えられる(例えば、企業は労働者に退職理由を尋ねるのが通例であり、これが一種の企業「慣行」となっているとみてよいかもしれない)ので、とにかく、このような企業における退職時の対応の仕方・関心なども勘案すれば、使用者の認識可能性に関する立証は労働者にとってある程度は容易になし得るものと考えられる(例えば、通常は労働者に退職理由を聞いていたのに、準解雇のケースでは労働者に退職理由を聞かなかつたかあるいははつきりとは退職理由を確かめなかつたとすれば、少なくとも使用者の過失の認定が容易になろう(ちゃんと聞いていれば労働者の本心を知り得たかもしれないことになろう)。しかし、このような退職をめぐる企業の関心は、準解雇の場合において労働者救済の観点からは有利に作用することになる反面、労働者のプライバシーや退職の自由との関係では大きな問題が存しているように思われる。

また、職場環境配慮義務に含まれる労働者が意に反して退職することがないよう職場環境を整える義務の一環(一内容)として、かつて使用者が不当な圧力をかけたり不当な退職誘導行為を行ったりした場合には退職時に労働者に退職理由を聞いて調査・確認し、それが職場環境の悪化に由来するものであれば、労働者の退職を食い止めるよう一定の措置を行わねばならない義務というものを想定することもできるが、ここまで義務内容を広げるとより一層労働者のプライバシー及び退職の自由と抵触する可能性ないしおそれが生じることになって問題が深刻化し、妥当ではないであろう。

以上の点を考えると、使用者による労働者の(真の)退職理由の認識をめぐる問題は、法的には立証ルールに関し本文で述べた



ようなレベルの処理にとどめざるを得ないであろう。

(68) このように考えれば、三(三)で検討した、労働者が解雇を主張したが裁判所はこれを認めず合意解約であるとして退職は有効と判断した仙台セクシュアル・ハラスメント(自動車販売会社)事件・仙台地判平一三・三・二六判八〇八号一三頁のような事例に對しても、たとえ解雇でなくとも、当該退職(合意解約)はセクハラに起因するものであり、会社の職場環境配慮義務違反に加えて会社に労働者の退職が本意であることの認識可能性が存したとして、合意解約の無効を導くことができるようになる。

(69) 準解雇のケース(合意解約)に對し民法九〇条を適用すべきことを示唆するものとして、島田陽一「自ら辞めるということ」道幸哲也Ⅱ小宮文人Ⅱ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)一一一頁、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)三五—三六頁。なお、併せて、山本・前掲注(2)論文一六六頁以下も参照。

(70) 「相対無効」という表現は、大村・前掲注(1)書八一頁の用語法に従ったものである。なお、平成一五年四月に行われた広島民事法研究会で本稿の内容を報告した際、民法学の鳥谷部茂教授(広島大学法学部)から片面的無効という表現がよいのではないかとのご指摘をいただいたので、併せてこれも表記させていただくこととした次第である。

(71) ちなみに、石田・前掲注(36)書三一〇頁は、民法九三条但書によって意思表示が無効となるのは表意者を保護するためであるから、無効を主張できるのは表意者に限り、相手から無効を主張することはできないと述べている(同旨、近江・前掲注(33)書一六三頁)。

(72) これは、法的構成は異なるとはいえ、結論的には、小宮教授が解雇について提起した、そして準解雇について近年新説において展開している労働者保護のあり方と軌を一にすることになる。この点については、小宮文人「解雇はどう救済されるか」道幸哲也Ⅱ小宮文人Ⅱ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)一二五頁以下、同・前掲注(69)論文三二頁以下参照。なお、小宮説と同様に、解雇の救済として解雇無効による地位確認以外に金銭賠償の請求をも認めるべきことを有力に主張するものとして、本久洋一「違法解雇の効果」日本労働法学会(編)『講座21世紀の労働法 第4巻 労働契約』(二〇〇〇年、有斐閣)一九六頁以下も参照。

(73) ちなみに、念のため付言しておけば、労働者が、退職(辞職あるいは労働契約の合意解約)の無効確認(従業員地位確認)を選択した場合であっても、使用者が職場環境配慮義務違反を行ったということに変わりはないので、労働者は併せて使用者に對し

て慰謝料請求をなすことが可能である。

(74) 広島法学二七巻二号(二〇〇三年)一一二頁以下参照。

\* 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。