

準解雇の法理（五・完）

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（以上二七卷二号）
 - (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（以上二七卷四号）
- 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（以上本号）

五 準解雇の法理と就労請求権論の再構成

(一) 準解雇と就労請求権

四で具体的に準解雇の法理を検討した。これによって、使用者が不当な追い出し行為や退職誘導等を行い、その結果として労働者が不本意な退職（辞職ないしは労働契約の合意解約）を余儀なくされた場合でも、労働者の退職をめぐる意思表示を無効とし、従業員の地位確認の請求をなし得る道が切り開かれることとなった。準解雇のケースにおいても解雇と同様の法的救済が可能となったといえよう。しかし、いくら労働者が裁判で勝訴し従業員の地位確認に成功したとしても、①使用者が（不当な圧力をかけ続けるなどして）相変わらず職場環境を悪化させたままにしておく（単にいじめや嫌がらせなどのみならず復職させても仕事を与えないとか苦痛な単純労務に従事させるとかもこれに含まれるといえよう）とか、あるいは②使用者が労働者の就労拒否を行う（復職させないこと自体が不当な圧力ないしは追い出し行為を構成すると評価することが可能であろう）ような事態となれば、労働者は再び退職に追い込まれることともなりかねず、準解雇の法理は実効性に欠ける結果となろう。^①そこで、本章では、準解雇の法理を実効性あらしめるべく、その補論という形で、以上①、②の問題についての具体的な法的対処策を検討することとするが、①は職場環境配慮義務を不法行為上の注意義務ではなく労働契約上の義務として構成しその履行請求を認めるべきであるという議論につながり、②は就労請求権の問題となる。実は、両者は法的に大いに関連する問題であって、共通の土俵の上で論ずべきものといえるが、論述の都合上、まず当面は主として後者の問題に焦点を絞って検討を加え、論述の流れのなかで両者の関連性を踏まえつつ併せて前者の問題にも言及を行うこととする。

(二) 就労請求権論の再検討

(1) 従来の就労請求権をめぐる学説・判例の議論

準解雇にあたる退職の意思表示が無効であり、裁判において労働者の従業員としての地位確認請求が認容されたとしても、使用者が賃金を支払うのみで労働者を就労させないというケースにおいては、就労請求権を認めないと準解雇法理は大きく実効性をそがれてしまうことになる。というのも、就労拒否は使用者による労働者の追い出し行為が極大化したものであり、しかも就労拒否の結果、結局は、(信頼関係が大きく損なわれる、キャリア展開が妨げられキャリアが錆びつく、不就労状態に耐えられない、会社において同僚へのみせしめにされるなどの理由により)労働者が再び退職に追い込まれることともなりかねないからである。従って、救済の実効性を確保するためには準解雇のケースにおいて労働者の就労請求権(即ち、使用者の労働受領義務^①以下、本稿では、論述の都合上、両者を特に区別することなく相互互換的に同義で用いる場合があることに注意されたい)を承認することが不可欠となるといえよう^②。

確かに、学説についていえば、かつては、就労請求権肯定説が通説を形成しており、これは現在でも有力な流れをなしている。肯定説のなかには多種多様な法的構成が存しているが、そのうちで、①例えば、「一般に労働は、人間の人格的活動であり、人格の形成、発展にとり大きな意義をもつ。労働者についても、この点に変わりはない(「働きがい」や「労働の人間化」の問題である)。憲法二七条の労働権保障は(その私人間の効力については見解の対立があるが)、第一次的には、こうした人格的価値にふさわしい労働機会の保障を理念として掲げ、その実現に向けて法のあるべき方向を規定したものと解される。これを受けて使用者は、労働契約に基づく信義則上の要請として、労働者の労働に含まれる人格的価値を尊重し、その実現を不当に妨げないことを義務づけられ、結果として労働受領義務が肯定されるものと解される。」と説く信義則説^③と、②「労務給付の用意があるにもかかわらず就労拒否された場合には、賃金支払

いをもってカバーされえない不利益が、理論上はすべての労働者に、実際には少なからぬ労働者に生ずる。また労働とは賃金獲得の手段的活動であるとともに、それ自体が目的でもある活動でもあると考えるべきであるから、現実の労務給付そのものが権利として保護されなければならない。そこで、使用者の就労拒否は正当事由による場合でないかぎり債務不履行にあたりと解する必要がある。」と説く人格権的労働説の二つが代表的なものといえよう。前者は憲法二七条一項の労働権を信義則を通じて間接適用することによって就労請求権(労働受領義務)を導き出すのに対して、後者は労働には労働者の人格が投入されることから(いわば人格権的視点から、一種の人格権的なものとして)労働そのものにストレートに私法上の権利性を認めるという点に違いがみられるが、いずれも労働が労働者の人格と密接に結びついていることを立論の基礎としているところに共通点を有している。

しかし、これに対し、判例は、学説の議論を尻目に、リーディングケースである読売新聞社事件(東京高決昭三三・八・二労民九卷五号八三一頁)が「労働契約においては、労働者は使用者の指揮命令に従って一定の労務を提供する義務を負担し、使用者はこれに対して一定の賃金を支払う義務を負担するのが、その最も基本的な法律関係であるから、労働者の就労請求権について労働契約等に特別の定めがある場合又は業務の性質上労働者が労務の提供について特別の合理的な利益を有する場合を除いて、一般的に就労請求権を有するものでないと解するのを相当とする。」と述べるように、昭和三〇年代以降、原則否定・例外肯定説を説き続けてきており、かかる法理が法実務上定着しているといつてよい。ちなみに、ここで示された例外にあたるのが認められたのは、わずかにレストランのコックに関するレストラン・スイス事件(名古屋地判昭四五・九・七労経速七三二号七頁)一件がみられるにすぎず、従って例外の余地は極めて狭いといえ、判例の立場は、実際は、否定説と変わりはないといつてよいであろう(ちなみに、判例の一般的な流れに抗して信義則説に立ち就労請求権を認めた事例(高北農機事件・津地上野支決昭四七・一一・一〇労判一六五号三六頁)

も存したが、これはあくまでも例外的であり正面から就労請求権肯定説を説くものはこれ一件にとどまった。そして、判例のかかる傾向に呼応してか、近年、学説においても就労請求権否定説をとる立場が増加する傾向がみられる。道幸教授の表現を借りるならば、「就労請求権の問題は忘れられた問題になりつつある」⁽⁵⁾のである。

以上のような理論状況を踏まえるならば、判例法理や否定説に抗して説得力をもって実務でも十分通用し得るような形で就労請求権論を提示するためには、これまでとは異なった新たな角度から、しかも法技術論的にみても無理のない形で法理構成を行わなければならないといえよう。

(2) 近年の就労請求権論の新たな流れ

実は、学説においては、一方で、近年、否定説が増加傾向をみせつつある反面、他方で、一九九〇年代以降、これまでとはまったく異なる新たな観点・発想から就労請求権を根拠づけようとする学説がいくつか登場し、一部ではあるが有力な流れを形成しつつある。⁽⁶⁾これらの学説は、単に就労請求権の新たな根拠付けを試みるばかりではなく、その根拠付け自体がこれまで本稿で考察してきた準解雇規制の本質と密接に結びついているように思われ、有益な視点を提供してくれる。そこで、以下では、新たな就労請求権論を展開するための準備作業としてこれらの学説の試みを検討し、その意義と特徴を明らかにしてみることしよう。

(ア) 適職付与義務説

道幸教授は、従来の生存権のかわりに職場における労働者の自立を労働法の理念に据えて、新たな労働法理論の構築を総合的に試みているが、⁽⁷⁾その一環として、労働者の自立の観点から使用者の業務命令権を制約する法理を労働契約論としていかに構成すべきかという問題意識のもと、就労請求権についても独自の視点で検討を加えている。

道幸教授は、労務遂行に関する労働者の利益Ⅱ人格権(労働による労働者の自己実現、即ち自己の能力・人格の向上と社

会参加の重視)をより実効的に保障すべく、また「近時、仕事について広範な裁量が認められる職種も増加する傾向にあること⁽⁸⁾も考慮に入れ、使用者の業務命令権を制約する法理の展開をはかろうとする。具体的には、判例が形成した業務命令権の濫用という「濫用構成」よりも、「労働契約上の(信義則上の)義務違反からのアプローチのほうが、義務内容の明確化がなされるならばより適切な処理方法と考える」との観点から、契約内容を規律する基本原則にほかならない信義則に「固執」することで使用者に義務を課すという戦略をとり、かかる使用者の義務内容の一定程度の明確化を試みようとする(「信義則構成」⁽¹⁰⁾)。言い換えれば、これは権利濫用によって事後的にチェックを加えるよりも、あらかじめ契約上の義務を設定し、これにより使用者を拘束することで事前に使用者の権力制限を行おうという積極的な視点を展開する戦略であるといつてよいであろう。そして、かかる試みの一環として、具体的には次にみるような形で使用者の労働者に対する「適職付与義務」が導き出されることとなる。⁽¹¹⁾

判例によれば、労働者には一般的に職務専念義務があるとされる(目黒電報電話局事件・最三小判昭五二・一二・一三民集三一巻七号九七四頁)が、そうするとそこから「労働者の立場からは、専念したくなるような仕事を与えよといいたくなる」という信義則上の要請が生ずることとなると道幸教授は考える。とすると、「それのみあつた適切な権利行使が使用者に要請されることは当然であり、従つて使用者は「労働契約上の信義則上の要請につき公平、適切かつ労働者の諸利益にも配慮して業務命令を発するべき」こととなるが、これが適職付与義務の問題として立ち現われるのである。⁽¹²⁾かかる義務は従来の就労請求権(労働受領義務)を超えるより広範かつ高度な内容を有するものであるといえるが、適職を与えろということはその前提として当然のこととしてそもそも働かせろ(「専念したくなるような仕事を与えよ」という要請を含んでいるのであるから、「大は小を兼ねる」の観点からこれが就労請求権(労働受領義務)としても機能し得ることになるのはいうまでもないであろう。

さて、適職付与義務の内容であるが、「基本的には、労働契約締結目的に従った仕事をさせるべき(合理的な使用者ならばどのように仕事をさせるか)」ということがその本質をなすことになる。しかし、わが国では職務内容を特定する契約が一般的ではないため、義務の具体化は使用者の裁量に委ねざるを得ないことになるという問題点が存する。そこで、使用者の裁量に制約を加え、その行使をチェックするとの観点から、(少なくとも)次のような場合には義務違反となるとして、適職付与義務違反の有無の判断のためのフアクターが提示される。即ち、①「仕事を与えないことや与えてもまったく意味のない仕事は当然に義務違反とされる」、②「同僚から隔離をしたりみせしめ的な仕事を命じることも許されない」、③「企業内で通常予定される職務に応じた研修機会や就労の機会を与えないことも違反とされる」⁽¹³⁾。

また、更に、注目すべきは、道幸教授は、理論の延長線上において、加えて「管理職や専門職については、包括的・抽象的な業務命令を受けるだけで、その具体化の過程は本人の裁量、専門性に委ねられている。その限度において、(合意の解釈として)労務提供に関する業務命令が制約されるとみなすことができる」⁽¹⁴⁾として仕事内容について自己決定権を重視する「専門職の法理」を提示している。即ち、「教師、看護婦、研究職、デザイナー、記者等の専門職については、個別契約の意思解釈として、労務の具体的提供方法・内容を労働者の自主決定に委ねたとして業務命令権行使が制約されると解することもできる。予めの包括的な業務命令内容(たとえば、治療や看護行為をすること、労務配置に関する命令)と矛盾するか専門性を無視するような細々した業務命令(労務提供に関する命令)には拘束力がないと考えられる」と述べ、管理職についても類似の問題があるとしている⁽¹⁵⁾。

(イ) 職業的能力尊重配慮義務説

毛塚教授は、近年における、成果Ⅱ具体的に顕在化した職業的能力によつて賃金額が大きく変動するところの年俸制に代表される成果主義・能力主義賃金体系・システムの急速かつ広範な普及を背景として、賃金は労働者の職業的

能力の価値を意味するものであるとの賃金をめぐる新たな性格把握を行い、従って、これを踏まえ前提にして、使用者は（賃金額決定の基礎をなす）労働者の職業的能力を適正に評価する義務（職業的能力適正評価義務）を信義則に基づいて負うとの法理を提示する。

しかし、問題は適正な評価のみにはとどまらない射程を有する。そもそも労働者の職業的能力はまさに労働者個人の財産ともいふべきものであつて（つまり、毛塚教授がいたいのは、十分な能力発揮により成果が上がれば、年俸アップなど賃金の上昇をもたらすことができるということであろう）、このことは「当然のことながら、労働関係において職業的能力を尊重すべき視点をもちたらしめることになる」。従つて、「労働契約関係という社会関係において、労働者が、使用者の法的保護に値する利益を尊重すべき誠実義務を負う（右義務違反に対する懲戒制度を想起せよ）のと同様に、使用者もまた、労働契約関係において、労働者の法的保護に値する利益である職業的能力を尊重配慮すべき付随義務を負うといふべきであろう」との帰結に至る。要するに、労働契約の双務契約性を重視し、それを賃金の労働者財産性に着目して組み合わせ理論展開を試みようとするのである。

毛塚教授によれば、このような使用者の職業的能力尊重配慮義務は、労働者の職業的能力の形成・維持・発現に関する利益に配慮するものであつて、①職業的能力を形成する労働者の努力に対して一定の配慮をなすべき職能開発協力義務、②職業的能力を尊重した職務配置やキャリア形成に配慮すべき適正配置義務、③就労請求権（＝労働受領義務）の三つを内包するものとされる。就労請求権について詳しくみれば、「職業的能力尊重配慮の視点は、職業的能力の発現である労務提供行為そのものを受け入れるべきとの法的構成を要請する」ため、「契約関係を維持しながら就労を拒否することはまさに職業的能力の尊重配慮義務に反する」ことになるのである。要するに、成果主義・能力主義的賃金システムのもとにおいては、現実に働かなければ能力発揮ができずに成果を上げることができない（即ち、本来いか

なる成果を上げることができたか分からない。従つて、現実には働いていなければ得ることができたであろうような額・レベルの年俸を獲得できない)ことから、働かせないことはいわば契約違反を構成する(成果主義賃金体系を定める契約の趣旨に反することになる)のであり、このような特徴を労働契約論に反映させ信義則を媒介として就労請求権を導き出したところにこの説の意義が存するといえよう。⁽¹⁶⁾

(ウ) キャリア権説

諏訪教授は、企業の寿命が短くなり、労働者が長い職業人生のなかで必ず職務転換や転職・転社を経験しなければならなくなつていくという現状を踏まえて、「人びとの職業キャリアが中断せず、発展していくためには、どうしたら良いかを模索すべき」との観点から、「外部労働市場の比重が高まる社会では、その整備にあたって重視すべきことは、個々人のキャリアが円滑に形成されなかつたり、転職や失業があつたとしても、中断ができるだけ起きないようにするため、キャリア形成と発展の機会を準備すること」であるという問題提起を行う。そこで、「雇用政策や労働法は、雇用の安定からキャリアの安定へ、雇用保障からキャリア保障へ、軸足を移してゆくべき」との方向性を指し示し、「キャリアは財産 (Career is property)」という「戦略目標」を提示することとなる。⁽¹⁷⁾ このようなキャリアの形成・展開を保障する法的権利がキャリア権であり、その憲法的根拠は「個人の主体性と幸福追求の権利 (憲法一三条) に根本的な基礎をおくとともに、労働の場における社会的な役割と自己実現を確保するという観点からは、憲法二二条一項の職業選択の自由と憲法二七条一項の勤労権、すなわち労働権の双方に基礎づけられる」とされる。ただし、諏訪教授は、これらの憲法規定は雇用政策や労働立法を導くプログラム規定にとどまると論じている。⁽¹⁸⁾ 要するに、今後は大きく流動化する傾向をみせる労働市場を前提にすればそこでの個人としての労働者のキャリア展開の保障やサポートを雇用政策に委ねることが重要性を帯びてくるが、憲法二七条一項の労働権をキャリア権 (を構成する重要な部分) と

捉えてリニューアルしコンセプト転換をはかることによって労働法を労働市場法(雇用政策法)として政策重視の法体系に組み直し、かかる政策の実現・展開を試みようとするのが諏訪説の骨子であるといつてよい。⁽¹⁹⁾

しかし、かかる考えは、キャリア展開の保障を問題とする以上、単なる政策論にはとどまらず、現実のキャリア展開を法的に支える法技術である労働契約についてもその射程距離に納めざるを得ないことになるのであって、従って併せて同時に労働契約論上の解釈論的な問題提起を行うことにもなる。そこで、就労請求権にも言及がなされることとなるのだが、キャリア権に注目すると、「就労請求権を認めるかどうかにお」いては「キャリアへの配慮」が焦点となるといえ、先に(1)でみた読売新聞社事件・東京高裁決定のような消極論ではなく、高北農機事件・津地裁上野支部決定のような「積極論の再構成が課題として浮かび上がる」とされる。⁽²⁰⁾つまり、「自分を雇った以上は実際に働かせろ、雇ったら賃金を支払うだけではなくて約束どおりに働かせろ」ということが「キャリアの自己決定という観点」からは重要になるからである。⁽²¹⁾また、近年、日本の職場で身近に起こっている現象と思われる「専門職化」の動きを踏まえるならば、労働者を「専門職として処遇するとき、人事管理制度としては、資格、能力、業績などによる公正、適切な処遇と生涯にわたるキャリアの展望を示すことが必要」であると解されるが、これをキャリア権を踏まえて労働法的にみれば「会社としては約束したとおりの仕事に就かせ、就労を保障する義務を負うことになる」ということにもなる。⁽²²⁾ちなみに、この専門職の法理とでもいうべきものは、結論的には(ア)で検討した道幸説と極めて類似した考えとなっているといえよう。

(二) 共同作業秩序回復請求権説

これは私見(旧説)であるが、かつて説いたところのエッセンスをわかりやすく整理し直した形で以下に示してみることしよう。⁽²³⁾

職場の共同作業秩序（企業秩序）の維持・確保は、組織的・集团的性格を有し多くの労働者が共同作業を行っている現代企業においては労使双方が必要とする客観的性質を有するものであると解される（即ち、使用者にとってははいうまでもなく円滑・良好な企業運営や企業利益の観点から、労働者にとってはチームワークや共同作業が要請される企業内・組織内において自己の労務提供義務（労働義務）を債務の本旨に従って履行するという観点から、共同作業秩序の維持・確保が要請される）。とにかく、共同作業秩序が乱されれば企業運営と多くの労働者の職場でのワーキングライフはたちまち立ちゆかなくなるのである。従って、労働者のみならず使用者も、（黙示の）合意あるいは信義則によって共同作業秩序遵守義務を負っていると考えるべきことが妥当となる（労使双方が負う労働契約上の共同作業秩序遵守義務）。とにかく、労使双方が必要とする客観的性格を有する共同作業秩序のかかる重要性に鑑みれば、実効的なその維持・確保とそれが乱された場合の迅速な対処・秩序回復が必要になるといえよう。

さて、共同作業秩序遵守義務は契約上の義務であるから、その違反（即ち、債務不履行）に対しては損害賠償と契約の解約という債権法（民法）が用意する対抗措置によって対処することになる。しかし、これらの措置では、秩序の維持やその迅速な回復にとつて必ずしも実効性があるとはいえず、また使用者が労働契約を解約することは解雇権濫用法理（現在では労働基準法一八条の二）によって厳格に規制されているため軽微な義務違反では労働契約の解約＝解雇は困難となり、事態に有効に対処できない。

そこで、実効性をともなつた共同作業秩序の維持及び迅速な回復のための特別の措置が必要となるが、このような必要に対応するために（即ち、客観的性質を有する共同作業秩序を維持・担保し、それが労働者によって乱された場合には共同作業秩序を迅速に回復するために）、多くの企業では就業規則に服務規律と懲戒処分に関する規定が設けられることとなる（かかる秩序の維持・迅速な回復の必要性が、一見、私的制裁にもみえる懲戒処分が公序良俗違反とされず適法性が認めら

れることの根拠となるといえよう)。そして、就業規則に労使が合意する(あるいは就業規則が労働契約内容となる)ことによつて労働者が就業規則に含まれる服務規律と懲戒に関する規定に拘束されることになる(懲戒規定への労働者義務づけの根拠)。

しかし、以上はあくまでも労働者側による共同作業秩序遵守義務違反に対する対処にすぎないが、上述のように共同作業秩序は労使双方に共通した客観的性質を有するが故に、使用者による秩序紊乱¹¹共同作業秩序遵守義務違反の場合(例えば、使用者による企業の名誉毀損や評判低下、信用失墜行為、企業内いじめ、セクハラ、職場八部など)にも迅速な秩序回復が必要となることには変わりはなく、しかも労働者のみが共同作業秩序の維持・回復のために特別に設けられた(¹¹債権法上当然にはとり得るものではない)措置の拘束を受ける(¹¹懲戒処分という不利益を被る可能性を負う)ことになる)と解することは、労働契約の双務的性格と労働基準法二条一項の労働条件労使対等決定の原則に合致・適合せず妥当ではないであろう。従つて、労働者にかかる措置が必要ならば、使用者に対しても共同作業秩序を維持・遵守せしめ、その秩序違反の場合に迅速に秩序回復させるための特別の(即ち、債権法上当然にはとり得るものではない)措置を設けることが必要となるといえよう。しかし、かといって、労働者が使用者を懲戒するということは非現実的で考えにくく、また実際にも非常に困難であるように思われる。

では使用者の共同作業(企業)秩序紊乱に対する対処策につきいかに考えるべきであろうか。この場合、労働者側から使用者に対して共同作業秩序の維持・回復を請求するということが重要でありこの本質をなすということを勘案すると、端的に、服務規律と懲戒に関する規定(¹¹就業規則)に労使が合意するときに、労働者が共同作業秩序遵守義務に違反した場合に懲戒処分が付されることとの均衡ないし対応物として、使用者が共同作業秩序遵守義務違反により秩序を乱し重大な秩序侵害状態を作り出している場合には、使用者に対して秩序の回復を求めることができるとい

う共同作業秩序回復請求権を労働者が取得する旨の黙示の合意を併せて行った（要するに、労働者は各々各自が労働契約上、使用者に対して共同作業秩序回復請求権を有する）と解釈することが衡平の原則に合致するとともに、労働者がとり得る措置としても可能かつ合理的なものといえよう。つまり、労働者は労働契約上、使用者に対して侵害された秩序を迅速に回復せよと請求することができる²⁴と解するのである。

とすると、労働者が正当な理由なく「労働しないこと」は通常、懲戒処分の対象とされている、つまり共同作業秩序違反と評価されることとの対比からして使用者が正当な理由なく労働者を「労働させないこと」もチームワークを乱し使用者に対する従業員の信頼を喪失せしめるなど職場を混乱・動揺させることになるため共同作業秩序に反している²⁵と考えることができ、そうならば長期に渡る就労拒否は重大な共同作業秩序違反を構成しよう。従って、この場合、就労を拒否された労働者は、共同作業秩序回復請求権を行使することによって秩序の回復、即ち自分を働かせるという²⁶ことを使用者に請求することができる²⁷ことになる²⁸と解されるのであって、このように、労働者の共同作業秩序回復請求権が、使用者による就労拒否の場合に就労請求権として機能することになる。

以上が私見の旧説の概要であるが、その根底には使用者の権力制限²⁹使用者の共同作業秩序維持への義務づけという視点が存していたのであり、また共同作業秩序の維持・回復により労働者が職場で労働義務を債務の本旨に従って履行し得るようにすることの確保も狙いとしていたのである³⁰。これらの点において、旧説は、本稿で展開してきた職場環境配慮義務に基礎を置く準解雇の法理と共通した問題意識を有していたといえる。

(オ) 若干のまとめ

確かに、以上みてきたこれらの学説は、残念ながら、いずれも必ずしもいまだ学界や実務に理論的に大きな影響力を及ぼすにまでは至らず、また強力な支持を得ているともいえない（あるいは一般的に広く受け入れられるには至ってい

ない)現状にある。しかし、これらの学説は、少くとも就労請求権に関する限りでは、いずれも新たな現代的状況に対する鋭い問題意識を踏まえて論を展開しており、各々が一定それなりの説得力を有していると解されるのであって、その根底には次のような統一的意義が存しているように思われる。

以上の学説に共通するのは、適職付与による労働者の職場における自立、労働者の職業的能力の尊重配慮、労働者の自立的キャリア展開の保障、共同作業秩序の維持・回復など若干観点は異にするが、とにかくいかにして使用者の不当な権力行使を適切に抑制・制御・コントロールして労働者が自立して労働する¹¹キャリア展開する「場」を確保するかという問題意識を有している点である。言い換えれば、使用者の権力を制限することにより労働者が職業能力を発揮できる職場環境をいかに整備・確保するかということに問題意識の核心が存するといえよう。もはや就労請求権をめぐる論点はそれ単独の問題(個人の権利)から、より広く労働者が憲法二七条一項の労働権を自立して十全に行使できるための環境整備に対する法のサポートはいかにあるべきかという就労請求権論を超える問題にシフトしており、就労請求権はあくまでそのなかの要素のひとつに位置づけられている(にすぎない)と解されるのである。とにかく、道幸教授の述べるように、「時代は、既存の労働契約論や就労請求権論を乗り越えた新たな法理を要求している」⁽²⁵⁾といえ、その意味で、これらの学説は、変動する新たな雇用社会や労働者像・意識を踏まえ、それに適合すべく理論展開を行っている²⁶と評価できるであろう。

また、もう一つ共通点が存するようと思われるのは、これらの学説は、実質的な労使対等の観点から労働契約の契約性(合意の意義・拘束力)・双務性・効力などを重視することで、就労請求権の法的根拠を信義則ないしは労使の(黙示の、あるいは合理的に解釈された)合意から導き出しており、いずれもいわば就労請求権は労働契約上の重要な権利として(換言すれば、労働受領義務は労働契約上の重要な義務として)本質的・内在的に労働契約関係に組み込まれていると

解している点である(要するに、労働契約の意義・役割・重要性を復権(rehabilitation)・強化させる方向での理論展開が示されているものといえよう)。

(三) 職場環境配慮義務と就労請求権

(1) 新たな就労請求権の法的構成の方向性

さて、そこでいかにして説得的で実務的に通用可能な新たな就労請求権論を提示するかであるが、以上を踏まえれば、次のように考えるべきであろう。

まず、説得性を担保するためには、(二)(2)で検討した近年の新たな学説の問題意識をそれらの共通点を踏まえつつ総合的に考慮し前面に押し出すことが有効・妥当な策であると考えられる。しかし、これらの諸学説は必ずしもいまだ学界や実務に理論的に大きな影響力を有するにまでは至らず、また強力な支持を得ているともいえないため、これらをそのままの形で利用することは法技術論としては十分とはいえないであろう。そこで、次に、実務的有効性・通用性を担保するためには、近年の新たな学説の問題意識を総合的に踏まえてそれを実務的に確立した法技術に反映して就労請求権を導き出すという作業・操作が求められることになるといえよう。

そうすると、就労請求権は端的に職場環境配慮義務の問題として位置づけて信義則にその法的根拠を求め論ずることが妥当と考えられるのではないか。つまり、現在は専らセクハラや職場いじめ・不当な退職誘導などで言及されるにとどまる使用者の職場環境配慮義務を、今後は更に広く(よりポジティブに)一般的に労働者の能力発揮⇨労働権(憲法二七条一項)の行使にふさわしい職場環境を整備するという観点も加味して捉え直して再構成し(職場環境配慮義務概念の拡張的再構成…ちなみに、これまでのセクハラや職場いじめに関して論じられてきたものを「狭義の職場環境配慮義務」、新たに再構成したものを「広義の職場環境配慮義務」と呼んでよいであろう)、それに準解雇の無効構成の基礎を求めるのみ

ならず就労請求権の法的根拠の問題をも組み込むのである(私見の新説)⁽²⁶⁾。とすると、かかる義務に対応して労働者の就労「請求権」が問題となる以上、いうまでもなく当然に、職場環境配慮義務は不法行為上の義務ではなく信義則に基づく労働契約上の義務と構成すべきこととなる。

(2) 職場環境配慮義務論の再構成による就労請求権の法的根拠付け

かつて、筆者は、成果主義・能力主義賃金システムの広範な普及状況を踏まえ、また職能資格制度のもとにおいても能力評価の実質化・厳格化が進展してきていることも考慮に入れ、使用者は労働者の能力を公正に評価すべきであるという公正評価義務論を展開するとともに、そのみならず併せて労働者の能力発揮に必要な職場環境を整えることも不可欠となるという観点から職場環境配慮義務論について再構成(広義の職場環境配慮義務論の展開)を試みたが、就労請求権に関し必要な限りで、その要旨をここでもう一度みておくことにしよう⁽²⁷⁾。

現在、厳しい経済環境や経済のグローバル化など激変する社会・経済構造を背景に、企業においては成果主義の導入や職能資格制度の厳格化などにもなって労働者の能力評価が人事・労務管理上の重要かつホットな論点となってきたているが、労働者の能力評価を論ずる場合、その前提として職業能力が労働者の労働権(憲法二七条一項)と密接に関連している点に留意すべきである。自己の職業能力を適切に発揮し得ることは労働者にとって労働権行使の前提条件であると考えられ、従って、労働者が労働権を行使できるためには職の保障や能力形成に加えて、能力発揮できる(職場)環境が必要であり、その整備が求められることになる。職場環境を整備する立場にあるのは、労働者と労働契約を締結し、職場を含め一般的に人事・労務管理や企業管理を行う使用者であり、かかる環境整備の必要性は、特に年俸制に代表される成果主義・能力主義賃金システムの場合において強く要請されよう。

さて、近年、解雇規制の法的正当化根拠とその規制のあり方に関連して、憲法二七条一項の労働権保障の観点から、

信義則上使用者は労働者の労働権に対して尊重・配慮を行うべきであり、従って使用者には労働者に対する雇用保障義務・雇用維持義務が課せられることになる。説く説が有力に主張されるようになり、労働権保障を基礎に据えつつ信義則を媒介にして新たな労働契約上の義務を導き出すことで雇用保障による解雇抑制を試みるものとして注目を浴びている。⁽²⁸⁾これは、義務論として積極的方向性を有するとともに、準解雇をめぐる問題からみても興味深い指摘といえよう。しかし、労働権保障を持ち出すとはいえず、いまだかかる考えにおいては上述した職業能力と労働権保障との関係が十分に法理に反映されてはならず、職場環境整備の問題が視野におさめられてはいない(要するに、労働権保障の問題が解雇のみに限定されているとともに解雇をめぐる法的問題が職場環境の観点から捉えられてはいない)点に狭さと不十分さが残るといえる。(一)で説を検討した毛塚教授は、職業的能力尊重配慮義務の一環として就労請求権(＝使用者の労働受領義務)を導き出すに際し従来の就労請求権をめぐる学説の問題点を指摘し「人格権や労働権にその根拠を求めることがやや説得力を欠いていると思われるのは、職業的能力という媒介項が欠落しているからではなからうか」と述べているが、かかる指摘・批判が毛塚教授が問題とする就労請求権論のみならず雇用保障義務・雇用維持義務論についても妥当するよう思われる。

とすると、労働権に対して尊重・配慮すべき使用者の信義則上の義務には、雇用保障義務・雇用維持義務のみならず、更に進めてこれらをも包含する、職業能力尊重配慮の観点から労働者の職業能力の発揮にふさわしい職場環境に配慮するという義務も含めて考えるべきであろう。即ち、職業能力と労働権が強固な関連性を有する以上、使用者が職業能力を含む労働者の労働権を尊重すべきことは憲法(二七条一項)に由来する公序の要請であって、従って、使用者は労働者に対して雇用の保障・維持に加えて労働者の能力発揮にふさわしい環境を整備することにつきできる限り配慮をなすべき信義則上の義務(職場環境配慮義務)を負うと解することが妥当であろう。こう考えれば、能力発揮の

ためには雇用を保障・維持するのみならず労働者を就労させることが不可欠となるため、かかる職場環境配慮義務の一内容として、労働者に対して現実に配慮・整備された就労の場を確保し就労の機会を提供する（要するに、現実に能力発揮できる職場環境を提供する）義務が含まれていると観念することができるのであって、従って就労請求権（＝使用者の労働受領義務）を導き出すことが可能となるのである。³⁰⁾

以上のように、就労請求権は労働者の能力発揮という観点も含めて構成される職場環境配慮義務の一部をなすものであるから、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た場合においては、使用者は労働者を単に職場に復帰させ（労働受領義務）雇用を継続する（雇用保障義務・雇用維持義務）だけでは足りず、労働者の能力やキャリア展開にふさわしい職を与えなければ（適職付与義務³¹⁾、あるいは一般的にいって不当な圧力行使・権力行使とその弊害を除去しなければ（狭義の職場環境配慮義務）、債務不履行を構成することになるといえよう。つまり、単に職場に復帰させ雇用を維持・継続し保障しただけでは、職場で仕事を与えないとか労働者にふさわしくない職を与えるといった問題に適切に対処することはできず、しかもまたこれらの問題がまさに再び労働者を退職に追い込む不当な圧力³²⁾ Ⅱ権力行使を構成することになるといえるので、かかる問題に対する法的対処の仕組み（復職プラス労働者の能力発揮にふさわしい職場環境の整備Ⅱ適職付与された就労を保障する環境）を整備することが準解雇法理の実効性確保にとって必須のものとなるのである。³²⁾ とすると、以上の趣旨を勘案して実効的な救済を実現するためには、使用者の義務違反の場合には、労働者の救済策としては債務不履行を理由とする損害賠償請求のみならず、就労の履行請求や就労請求権を被保全利益とした就労の妨害排除の仮処分が認められてしかるべきである³³⁾（なお、当然、就労請求権にとどまらず職場環境配慮義務全般について同様に解すべきであろう³⁴⁾）。この場合、ことの性格と重要性からすれば、間接強制（民事執行法一七二条）が可能と解すべきである³⁵⁾。ちなみに、労働者の就労には使用者の組織的ないし人格的受容が必要であることを

挙げて強制履行が不可能とする(ないしはより端的に就労請求権を否定する)見解があるが、⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾多くの企業が法人の形態をとっている現状からすれば、労働者の就労は、まさに法人による組織的受容ということ、使用者の人格云々を問題とすることなく企業の組織的権力を抑制して客観的組織の中に労働者を配置するにすぎないことになり履行強制につき特に支障は存しないと考えられ、従って使用者の人格的受容を重視しすぎるとは妥当とはいえないであろう(ちなみに、個人企業の場合でも企業が組織的形態をとっているのが通常であるから多くの場合同様に考えることができよう)。

とにかく、以上により、準解雇をめぐる法的規制の問題は、職場いじめや不当な圧力などを排除して職場環境を整備し、労働者の雇用を維持・継続しつつ労働者に適切な能力発揮の機会・場を与えるよう配慮するという側面において職場環境配慮義務の観点からトータルに捉えられるべきこととなる。解雇についても同様の視点から把握され得るといえ、従って、繰り返すが、先に言及した雇用保障義務・雇用維持義務の問題もかかる包括的な職場環境配慮義務の理論把握のなかに位置づけ論じ直すべき必要がある。このように、準解雇のみならず就労請求権の問題を媒介させることによって、従来のセクハラや職場内いじめといったネガティブな問題への対処から雇用保障も含めた労働者の能力展開にふさわしい職場環境の広範な整備へ向けて職場環境配慮義務のポジティブな方向におけるレベル・アップないしバージョン・アップが可能となるのである。⁽³⁸⁾

(1) 準解雇を生じさせる原因ともいえる企業内いじめに対する対処と就労請求権の必要性とを合わせてセットで指摘・考察するといふ視点・問題意識を既に提示するものとして、根本到「職場におけるいじめ」と労働法」労働法律旬報一五三〇号(二〇〇二年)一三頁以下。

(2) 就労請求権をめぐる理論状況については、檜崎二郎「労働契約と就労請求権」日本労働法学会(編)『現代労働法講座10 労働契約・就業規則』(一九八二年、総合労働研究所)二六頁以下、三井正信「就労請求権についての一考察」広島法学一六巻四号(一九

九三年)三〇五頁以下参照。なお、近年の判例及び理論動向をコンパクトにまとめ提示するものとして、下井隆史『労働基準法(第3版)』(二〇〇一年、有斐閣)一六五頁以下。

(3) 片岡昇『労働法(2)〔第4版〕』(一九九九年、有斐閣)一二〇頁。なお、片岡説については、併せて、片岡昇『現代労働法の展開』(一九八三年、岩波書店)二六五頁も参照。

(4) 下井・前掲注(2)書一六六一―一六七頁。なお、下井説については、併せて、下井隆史『労働契約法の理論』(一九八五年、有斐閣)一〇三頁以下も参照。ちなみに、「人格権的労働説」という表現は、小西國友Ⅱ渡辺章Ⅱ中嶋士元也『労働関係法(第3版)』(一九九九年、有斐閣)一六二頁(渡辺執筆)の用語法に依拠している。

(5) 道幸哲也『職場における自立とプライベート』(一九九五年、日本評論社)二四〇頁。

(6) 例えば、一貫して有力かつ強固に就労請求権肯定説を説き続けてきた論者の著書である下井・前掲注(2)書一六七頁は、自説を展開した後に、近年の新たな就労請求権肯定説として、以下本文で検討する(ウ)のキャリア権説と(エ)の私見(旧説)を紹介している。

(7) 道幸・前掲注(5)書一六三頁以下。

(8) 道幸・前掲注(5)書二三三頁、二四〇頁。

(9) 道幸・前掲注(5)書二三三頁。

(10) 道幸・前掲注(5)書二三三四頁。

(11) 道幸・前掲注(5)書二三九頁以下。

(12) 道幸・前掲注(5)書二三四―二三五頁。

(13) 道幸・前掲注(5)書二四一―二四二頁。

(14) 道幸・前掲注(5)書二三二頁。

(15) 道幸・前掲注(5)書二四二―二四三頁。

(16) 毛塚勝利「賃金処遇制度の変化と労働法学の課題」日本労働法学会誌八九号(一九九七年)一九頁以下。なお、毛塚説をはじめとする労働者の職業能力に対する適正評価義務・公正評価義務をめぐる理論状況を、その意義・射程及び限界を踏まえて総合的に検討するものとして、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)八五頁以下、同「公正評価義務論の意義・射程と限界(一)」広島法学二六巻二号(二〇〇二年)八

三頁以下。

- (17) 諏訪康雄「キャリア権の構想をめぐる一試論」日本労働研究雑誌四六八号(一九九九年)五七―五八頁。なお、キャリア権については、併せて、諏訪康雄「雇用と法」(一九九九年、放送大学教育振興会)二五三頁以下も参照。
- (18) 諏訪・前掲注(17)論文六一頁。
- (19) 個人としての労働者に対するサポートという視点から労働法を捉えるべきこと、及び労働市場を基点に据えて労働法体系を捉え直すべきことの主張については、菅野和夫Ⅱ諏訪康雄「労働市場の変化と労働法の課題」日本労働研究雑誌四一八号(一九九四年)二頁以下を参照。なお、この説に潜む労働法全体の新たなパラダイム論・理念論としての問題点を指摘し根本的批判を試みるものとして、三井正信「労働法の新たなパラダイムのための一試論(二)・(三)」広島法学二四巻四号(二〇〇一年)三五頁以下、二五巻二号(二〇〇一年)九一頁以下を参照。
- (20) 諏訪康雄「労働市場法の理念と体系」日本労働法学会(編)『講座21世紀の労働法 第2巻 労働市場の機構とルール』(二〇〇〇年、有斐閣)一七頁注(20)。
- (21) 諏訪康雄「雇用関係の変化と労働法の課題」中央労働時報九〇一号(一九九六年)一七頁。
- (22) 諏訪康雄「専門職化と労働法」中央労働時報九二二号(一九九七年)一三頁。
- (23) 三井・前掲注(2)論文三一八頁以下。
- (24) なお、私見(旧説)については、「懲戒秩序より業務命令権の適正な行使の観点から位置づけるべきものと思われる」との批判が存している(道幸哲也「業務命令権と労働者の自立」法律時報六六巻九号(一九九四年)四五―四六頁)が、これは極めてもつともな指摘であり、筆者としても懲戒秩序というどちらかといえばネガティブな響きのある法技術をあまりにも技巧的な形で利用するよりも、よりポジティブな方向でストレートに理論展開をはかるべきと考え直した次第である。そこで、道幸教授が意図する使用者の権力制限(業務命令権の制約)による労働者の職場での自立という発想・問題意識に影響を受け、後に本文で述べるように、職場環境配慮義務を広範に使用者に課すことよって労働者が能力発揮できるような職場環境を保障するという観点から就労請求権論を展開することとした次第である。ただし、私見の旧説が問題とする共同作業秩序には当然快適な職場環境の維持・確保も含まれるべきことになるのであり、また後に本文及び注(34)で述べるように職場環境配慮義務について労働者に履行請求権を認めるならば共同作業秩序回復請求権を承認したのとほとんど変わらない結果となるといえよう。従って、以上の点で私見の旧説と新説

は一定の理論的連続性を有し、新説は旧説のいわば進化形・発展形と位置づけることが可能であろう。

(25) 道幸・前掲注(5)書二三三頁。

(26) 従って、念のために確認しておけば、以下で問題とする職場環境配慮義務(広義の職場環境配慮義務)は、これまで準解雇(ないしはセクハラ・職場いじめなど)について論じてきたもの(狭義の職場環境配慮義務)とは、内容・カバーする範囲・レベルにおいて大きく異なっている(同一のものではない)ことに注意されたい。

(27) 三井・前掲注(16)「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」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。

(28) 野川忍「解雇の自由とその制限」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)一七二頁以下、川口美貴「雇用構造の変容と雇用保障義務」同書二三二頁以下、有田謙司「労働市場と労働法」労働法律旬報一四九五—一四九六号(二〇〇一年)一五一—一六頁などを参照。

(29) 毛塚・前掲注(16)論文二五頁。

(30) なお、本文で述べたこと以外も含めて敷衍すれば、筆者は、職場環境配慮義務につき、セクハラや行き過ぎた退職勧奨に対する職場環境の配慮に加えて、今後は更により積極的に労働者の適正配置、労働過程における自立性・自律性の保障、現実の就労の場の確保・保障、雇用の維持・継続、キャリア展開、能力開発、仕事量・業務量、目標設定レベル、休暇、安全衛生・健康なども含めて広く一般的に労働者の「職業能力の発揮」労働権の行使にふさわしい職場環境を整備しそれを支えるシステムを構築するという観点も加味して総合的な見地からポジティブな方向で概念を捉え直し再構成すべきであると考えている。この点について、詳しくは、前掲注(27)で挙げた二つの拙稿を参照。

(31) この意味で、(一)(ア)でみた適職付与義務を説く道幸説は大いに示唆に富む指摘であると考えられる。

(32) なお、就労請求権については、一時は、かつては通説ともいえた肯定説に対する支持が徐々に弱まり、定着した判例傾向を踏まえて否定説が勢いを増してきているかの感があったが、現在では、例えば最新の有力な労働法教科書(土田道夫『労働法概説I』(二〇〇四年、弘文堂)五一頁)が信義則を根拠にして肯定説に立つことを述べるなど、学説においては肯定説と否定説が拮抗状態にあるといえよう。

(33) 同旨、下井・前掲注(4)書一一八頁。

(34) 職場環境配慮義務全体に対して労働者の履行請求権を認めることについては、これが付随義務であることや義務内容の特定が困難であることから異論もあり得ようが、同じく付随義務である安全配慮義務についても履行請求を認める判例(日石鉱業松尾採石所事件・大阪地判平二・三・二八労経速一四一三三三頁)が登場してきており、また四(三)(2)(イ)でみたように安全配慮義務や職場環境配慮義務に関する訴訟における立証責任については義務違反の内容を特定し義務違反に該当する事実を主張する責任は労働者側にあると解されるということを考えれば、労働者が具体的事実を特定して具体的な義務内容を示しその履行を求めるならば職場環境配慮義務の履行請求は可能といふべきである。ちなみに、山川隆一『雇用関係法 第3版』(二〇〇三年、新世社)一二三頁は、安全配慮義務について、「履行すべき安全配慮義務の内容が契約上明確に定まる場合には、履行請求は不可能ではない」と述べている。以上のように解すれば、準解雇の場合のみならず、セクハラなどの事例においても、労働者が職場環境配慮義務の履行を求めることによって退職することなくキャリアの継続・展開をはかる道が開けることになるといえよう。

(35) 同旨、片岡・前掲注(3)『労働法(2)』(第4版)一二〇頁。

(36) 菅野和夫『労働法 第六版』(二〇〇三年、弘文堂)七七頁。ちなみに、菅野教授は、かかる理由に基づいて、就労請求権自体を否定する。

(37) 例えば、土田・前掲注(32)書五一頁は就労請求権は認めるものの、使用者によるその義務違反の場合の救済は損害賠償請求にとどまり、注(36)でみた菅野説を援用して履行強制までは認められないと述べている。しかし、就労請求権肯定説に立つても救済が債務不履行を理由とする損害賠償にとどまるならば、使用者による就労拒否の場合において就労請求権を認めなくても労働者の人格権侵害に基づき不法行為による損害賠償請求をなし得ることを認める立場(檜崎・前掲注(2)論文三七頁)と大差はないのであって、結局は就労請求権否定説と異なる結果となり、問題であろう。また、このような考えでは、問題の根本的解決にはつながらず(即ち、労働者は金銭賠償を得るのみであって、結局は就労(＝キャリア展開)できずに退職に追い込まれるおそれがある)、しかも使用者の社会的権力の不当な行使を適切に制御・コントロールできないように思われる。

(38) なお、一言付言しておけば、職場環境配慮義務のなかには職場環境を一般的に整備・配慮するという側面と個々の労働者に合わせて個別具体的な職場環境を整備・配慮するという側面の双方が含まれるが、就労請求権は当然のこととして後者の問題と位置づけられることになるといえよう。

六 今後の検討課題

最後に、むすびに代えて、筆者が本稿における考察の過程で解雇及び準解雇をめぐる問題につき今後更なる検討を加える必要性を感じた(従って、本稿では十分な検討を加えることができずに積み残した)若干の理論的課題について触れておくことにする。

「ウチの会社」という意識をもってそれまでまじめに何ら落ち度もなく働いてきた労働者が、企業による職場内いじめなどの不当な圧力行使や退職誘導によつて(不本意ながら)退職を余儀なくされた場合、人格的打撃(人格権侵害)や会社によつて信頼が裏切られたことなどの精神的打撃に加えて、職を失つて生活の糧を失うことなどの経済的打撃を労働者が被ることになるといふ深刻で由々しき事態を勘案するならば、準解雇の犠牲となつた労働者の心中はいかばかりなりやと思わざるを得ない。従つて、ことの重大性故に、法的に何とかこれに有効に対処し、またそもそも準解雇の事例が起こらないことを祈つて使用者の不当な権力行使を抑制すべく、これまで筆者なりに精一杯論を展開してきた⁽¹⁾。そして、企業の社会的権力の行使という点に共通性を有することから、併せて準解雇規制の前提として普遍的な解雇規制の法的正当化根拠を導き出し、雇用社会の変化や解雇の規制緩和論にもかからわず依然として解雇規制が必要であることを論証することで労働者保護の視点を提示もした。

しかし、本稿での検討は、いまだ問題の根本的な解決というよりもあくまでそれに至るまでの現時点での可能な暫定的な対処策(あるいは解決に向けての中間報告)にすぎないと考えられる。では、そもそも根本的な問題とはいかなるものであつて、今後それをいかに解決すべきなのか。

(一) 「解雇」法理の意義と問題点

二において、民法六二七条一項が雇傭契約の両当事者に平等に認めている自由な解約権のうち、使用者の行う解約権の行使を解雇と名付けて労働者の行う解約権の行使である辞職から区別し、前者に対して法的規制を加えることが必要となることを観察し、併せて解雇規制の法的正当化根拠を考察・検討した。従来の生存権・労働権に依拠する考えから、現在の雇用社会や労働者の状況に適合した新たな理由付けを追求する継続的契約説、人格権説、自己決定権説、企業の社会的権力コントロール説(私見)まで、とにかく労働者保護の見地から解雇規制が必要となることでは一致をみたといってよい。解雇規制の必要性の認識が判例における解雇権濫用法理を生み出し、ついには平成一五(二〇〇三)年の労基法改正による一般的解雇規制(労働基準法一八条の二)の制定(法律による一般的解雇規制の実現)につながったのである。

要するに、「雇傭契約の解約から解雇へ」「市民法上の自由な一方的解約権から社会法的見地から規制されるべき(社会的規制)が加えられるべき(解雇へ)」という流れによつて解雇概念が確立し、その結果、解雇には正当な事由(合理的で相当な理由)が要求されるという法理(解雇権濫用法理)が定着し、更にそれを確認する制定労働法上の条文も設けられることにより労働者保護がはかられることになったのである。⁽²⁾ このような法理・規制は、これまでわが国で広くみられた終身雇用慣行(長期雇用システム)とも調和的なものであつて一般的に受容され、しかもかかる法理が確立することによつてより一層終身雇用制が強化されることともなつたといえよう(ただし、現在、雇用流動化の進展や終身雇用制の「崩壊」との関係で解雇法理や解雇規制をめぐる政策論には一定の動揺がみられる⁽³⁾)。しかし、かかる解雇規制をめぐる流れは、実は、他方で同時に、(何故かこれまであまり指摘されてこなかったのだけでも)重大な問題点を示す結果ともなつたのである。

まず第一の問題点であるが、労働者を保護するために解雇を厳格に規制しようとするほど、今度はかえって解雇が有効とされた場合に解雇された労働者が被るステイグマが大きくなるといふジレンマが生ずることになる。本来は、市民法上の概念としては、解雇は、理由を問わずいつでもなし得る単なる契約の解約にすぎず、何ら倫理的・社会的非難を受けるものではなかったといえよう。しかし、自由な解約とは区別された解雇という視点で捉えらるると、事情は異なってくる。解雇が有効とされる理由は「合理的」で「相当な」ものであつて、それは重大事由を意味することになる。従つて、解雇規制（＝労働者保護）によつて滅多に解雇できないはずなのにそれでも解雇されたということとは労働者がよほどひどいことをしたのだという認識を受けることになるため（特に懲戒解雇の場合）、解雇された労働者が被る社会的非難やマイナス評価はかなり大きなものになると考えられ、場合によっては再就職が非常に困難となるという帰結をもたらす（解雇された労働者の社会からの排除の危険性）。しかも、解雇は単なる契約の解約にとどまらず使用者による労働者の企業からの放逐という性格・機能を有するのであつて、労働者が有効に解雇されるということとは、企業の社会的権力の行使が正当に発動解除され、その結果、労働者に対して企業共同体から排除・追放された者としての社会的評価がなされることともなる。要するに、わが国の一般的社会意識からすれば、解雇は単なる契約の解約にとどまらず労働者に社会的に被解雇者＝被追放者としての烙印押しをする結果をもたらす、ひいては労働者の社会的排除すら惹起しかねないこととならう（使用者＝社会的権力による労働者に対する一方的烙印押し…ひいてはこれが社会的権力による労働者の企業のみならず社会からの排除をもたらす可能性を生じさせることを意味することになる）。

本来、労働契約も契約の一種にほかならず、従つて労働者が解雇事由に該当する行為を行った場合、解雇＝解約＝契約の終了によつてサンクションを受けることで（法的には）問題は解決しているはずなのに、それを超えて契約の解約があとまで労働者に対して大きな影響やマイナス評価をもたらすということ、そして労働者の社会的排除の可

能性・危険性を生じさせるということには重大かつ深刻な帰結が潜んでいるように思われる。従って、「解雇からの労働者の保護」のみならず「解雇された労働者の保護」をいかにやるのかも今後の検討課題となってくるといえよう。

そして、第二は、いうまでもなく、本稿のテーマであった、準解雇に関するものであり、これまで縷々述べてきたように、「解雇」概念が確立すればするほど、専らそのみに焦点があたり、その結果、「解雇」＝「使用者による労働契約の解約」から漏れてしまう使用者の不当な社会的権力の行使に起因する労働契約の終了について、それをいかに規制すべきかの問題が取り残されることとなってしまったのである。確かに、本稿では、解雇も準解雇ともに使用者の社会的権力の行使という観点からみて同等のものと評価し得るとしてその法的規制を試みたが、これも正面からの本格的規制というよりもあくまでそれが確立するまでの過度的な方途と位置づけるべきものと考えられるのであって、(立法論も含めると) 準解雇の問題はいまだ一般的に議論の途についたばかりといえよう。

(二) 「解雇」から「労働契約の終了」へ

以上からすれば、解雇にともなう問題を解消するためには、今後は、「解雇」を、「労働契約の終了」という総合的な視点のなかで捉え、あくまでその一形態・一要素をなすものとして位置づけたうえで必要な規制を加えることが立法政策論上重要課題となるのではないかと考えられる(「労働契約の終了」という統一的概念確立の必要性)。つまり、労働者からの辞職も、合意解約も、解雇もひっくるめて、いずれも等しく「労働契約の終了」として取り扱い、「解雇」が労働者にもたらす可能性を有していたマイナス評価ないしステイグマを取り除く(つまり、労働者が労働契約を解約(＝辞職)しても、それがいかなる理由によるものでも、企業がステイグマを被ることがない(実際にそういう事態は考えられない)が、これは辞職が社会的にみて価値中立的な概念であるとともに辞職が何ら私的権力性を有しないからであり、このような状況を今後は使用者が労働者に対して行う解約(＝解雇)の場合にも作り出す)とともに、労使いずれの発意により行われた労

働契約の終了であっても使用者の社会的権力が不当に行使されたが故に「使用者主導による労働契約の終了」と評価できるものに対しては労働者保護の観点から規制を加えて救済をはかり使用者が不当な圧力や退職誘導によって解雇規制を回避するのを阻止する必要があるのである。

労働者も人間であるから、いずれも魔が差して契約を解約されてもやむを得ないことをしでかす可能性を有するといえよう。そのような場合には、労働者は労働契約を解約される（＝職を失う）ことでその帰責性についてのサンクションを受ける（言い換えれば、帰責性を償う）ことになるのであり、それを超えて更に不利益やマイナス評価を被るべきではない。加えて、また、このような労働者も再び労働市場で職を得てワーキングライフを送ることができるようになることが重要なのであり（これこそキャリア権の保障といえよう）、そのためにも社会的ステイグマをとめない再就職を困難ならしめる（あるいは社会的排除の可能性を秘めた）解雇という概念を見直し、「解雇から労働契約の終了へ」という流れに乗せることが必要となろう（以上は、憲法一三条及び二七条一項の要請であるともいえよう）。とにかく、労働契約の終了は様々な理由からなされるとともに、使用者からなされる場合もあれば、労働者からなされる場合もあり、また合意解約の場合もあるが、これらをひっくるめて、対外的には価値中立的な「労働契約の終了」という概念で一本化し、再就職などにあたってはそれがどちらからなされたものであるか及びその理由は何かを問わないようにすることが今後立法論上重要となるといえる（ちなみに、併せてこれは労働者のプライバシー保護の観点からの要請であるともいえよう）。しかし、かかる概念の一本化は、次に詳しく述べるように、単純にかつてのような両契約当事者が平等に有する市民法上の自由な解約権（民法六二七条一項参照）という発想へ決して逆戻りするものではない。

たとえ、「解雇から労働契約の終了へ」という流れが実現しても、労働契約の終了に対する不当な使用者の社会的権力の行使を規制する必要が依然として存することはいうまでもない。ただ、使用者の不当な社会的権力の行使は、使

用者が行う労働契約の終了の場合のみならず労働者が行う労働契約の終了や合意解約による労働契約の終了の場合にもみられることは準解雇をめぐり本稿で縷述してきたところである。そこで、「労働契約の終了」が労働者の発意(initiative)により行われたのかあるいは使用者の発意(initiative)により行われたのかにかかわらず、それに対する帰責性(imputability)を有するのが労働者なのか使用者なのかで労働者保護の必要性の有無を決すれば、解雇という概念を用いなくとも従来の解雇のケースについては依然として有効に規制を及ぼすことができるし、また準解雇のケースについても同様にカバーでき使用者の解雇規制の潜脱・回避に有効に対処し得るといえよう。つまり、使用者が行う労働契約の終了には合理的で相当な理由を必要とし(換言すれば、かかる理由なく労働契約の終了を行えば使用者に帰責性ありとし)、合理的で相当な理由が存しない場合(即ち、帰責性が存する場合)には労働契約の終了は無効となるとともに、労働者が行う、あるいは合意解約による労働契約の終了であっても使用者に不当な社会的権力の行使による追い出し行為等がみられる場合には使用者主導による労働関係の終了であり使用者に帰責性が存するとして当該労働契約の終了を無効とし得るようにするのである。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

以上は、労働法的規制によって企業の社会的権力を規制しつつ市民法の理念を労働関係において実質化する方向を目指すものであり、かかる規制を加えられた「解雇から労働契約の終了へ」という流れによって、「解雇」概念が含有していたところの使用者の権力行使というニュアンスと労働者の社会的ステイグマ(＝使用者による一方的な労働者への烙印押し)を消し去ると同時に労働契約の終了をめぐる労働者保護の範囲を(解雇のケースから準解雇のケースへと)拡大することが可能となり、併せて使用者と労働者はあくまでも対等の契約当事者であるという理念を確立し労働者の自立的な働き方やキャリア展開の促進も期待できるようになるといえよう。これはまさに、労働基準法二条一項が規定する労働条件労使対等決定の原則に適合すると考えられるのであって、将来はかかる方向で立法を行い、統一的で

総合的な労働契約の終了をめぐるルールを整備する必要がある。以上は、本稿で検討してきた準解雇の法理の延長線上に位置づけられる発展的・政策論的・立法論的課題であって、重要なテーマ故に今後も更に検討を加えてゆきたいと考える次第である。

(1) 準解雇ではない(あるいはそこまでの程度には至らない)としても、はずかしながら筆者を含めて誰しもが、人生の色々な局面で様々な形で不当な圧力により自己決定を歪められ、不本意ながら大なり小なり何らかの事柄を断念せざるを得なかったという経験を有していると思われるが、それにとまなう無念さと精神的打撃はこの性質と大小を問わず決して拭い切れるものではないといえよう。各人がこのような自分の経験に照らして考えてみると、誰もが弱い点を抱えており、心ない(あるいは邪悪な)権力行使から個人の自己決定を擁護すべきことの重大さが身にしみて理解できよう。とすると、ましてやこの重大性・深刻性を勘案すれば不本意ながら職を失わざるを得ない立場に追い込まれた労働者の救済を実効的にはかる法理を構築することがいかに切実で重要なものかが明らかとなる。

(2) 本文で述べたところについては、G. H. Camerlynck, *De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement*, J. P. C. 1958. I. 1425; même auteur, *Le contrat de travail*, 2^e éd., *Droit du travail*, t. I, 1982, p. 348 et s. の解雇規制の必要性をめぐる指摘が示唆に富む。これはやや逆説的に「契約から身分へ(du contrat au statut)」と表現された問題領域の重要論点であるが、要は「市民的な契約から社会的規制を加えられた契約へ」という流れで捉えられる労働法(労働契約)の発展の重要な一部をなすものである(なお、カメルランクの説にはかかる流れに沿った立法論的主張も含まれている)。ちなみに、併せて、カメルランクは解雇規制法理を企業の権力制限という観点からも論じており、この点においても興味深い説示をなしている。ここで問題としたカメルランクの解雇理論を含む労働契約論や「契約から身分へ」(そして、特に、それらの正確な意義・理解・理論的位置づけ)については、詳しくは、三井正信「フランス労働契約理論の現代的展開(一)」*広島法学* 一四巻二号(一九九〇年)三九頁以下を参照。

(3) 終身雇用制(長期雇用システム)を含む日本の雇用慣行とそれを支える解雇権濫用法理をはじめとするわが国の労働法システムの相互関係については、菅野和夫『新・雇用社会の法 補訂版』(二〇〇四年、有斐閣)を参照。

(4) なお、ここで問題とする「労働契約の終了」は「退職」という言葉で統一的に表現することも可能であると思われる。

(5) これはフランス解雇法の発想に示唆を受けたものであるが、それを更に進めて「解雇」ではなく「労働契約の終了」に応用したものである。フランス解雇法における発意と帰責性をめぐる問題については、さしあたり、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」労働法律旬報一四九号(一九九九年)二四頁を参照。なお、かかるフランス法の観点を参照して準解雇の事例についての規制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『意に反して退社させられない権利』」法律時報七二巻七号(二〇〇〇年)八一頁。

〔追記〕 本稿は、平成一四年度から一五年度にかけて、北海道大学社会法研究会、東北労働法研究会、及び広島民事法研究会で行った報告に手を加え文章化したものである。筆者の拙い報告にもかかわらず、これらの研究会においては熱心なご議論を賜るとともに、知的刺激にあふれる多くの有益なご指摘をいただいた。これらの研究会での報告がなければ、このような形で本稿が完成を見ることもなかったであろう。そこで、最後に、本稿が成るにあたり、これらの研究会でお世話になった次の方々に深く感謝の意を表わせていただく次第です。道幸哲也先生(北海道大学)、小宮文人先生(北海学園大学)、辻村昌昭先生(淑徳大学)、本久洋一先生(小樽商科大学)、倉田聡先生(北海道大学)はじめ北海道大学社会法研究会の会員の皆様、外尾健一先生(東北大学名誉教授)、伊藤博義先生(東北文化学園大学)、高木紘一先生(山形大学)、砂山克彦先生(岩手大学)、水谷英夫先生(弁護士)、高木龍一郎先生(東北学院大学)はじめ東北労働法研究会の会員の皆様、高橋弘先生(広島大学)、鳥谷部茂先生(広島大学)、神谷遊先生(広島大学)、岡本友子先生(広島大学)はじめ広島民事法研究会の会員の皆様。

* 本稿は、平成一四年度—平成一六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。