

準解雇の法理（一）

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（以上本号）

(3) 企業の社会的権力コントロールの理論

(二) 何故これまで主として解雇のみが規制の対象として注目されてきたのか

三 従来の準解雇規制法理の意義・限界・問題点

四 新たな法理の構築へ向けて

五 準解雇法理と就労請求権論の再構成

六 今後の検討課題

一 問題状況の概観

(一) 問題の所在

(1) 解雇をめぐる近年の関心の高まりとその限界

民法六二七条一項は、期間の定めのない雇傭契約の当事者は「何時ニテモ」契約の解約をなし得ると規定している

が、これは労働者に辞職・退職の自由を保障する反面、他方同時に使用者にも解雇の自由を認めることを意味している。要するに、民法は、労使が対等に自由な解約権を有する建前を宣言しているのである。しかし、解雇は労働者に対して様々な重大な影響を生ぜしめる結果となるため、従来、わが国においては、判例が形成した厳格な解雇権濫用法理〔使用者の解雇権の行使も、それが客観的に合理的な理由を欠き社会通念上相当として是認することができない場合には、権利の濫用として無効になると解するのが相当である。〕（日本食塩製造事件・最二小判昭五〇・四・二五民集一九卷四号四五六頁）、整理解雇の場合には下級審判例によって形成されてきた四要件（①人員削減の必要性、②解雇回避努力、③人選の客観性・合理性、④労働者・労働組合との協議）による権利濫用判断（代表的な判例として、東洋酸素事件・東京高判昭五四・一〇・二九労判三三〇号七一頁）によって、使用者の解雇の自由⇨解雇権に対し広範に厳格な制限が加えられてきており、かかる解雇規制により使用者が労働者を解雇するのは非常に困難であると理解されてきた。また、現在（平成一五年…二〇〇三年六月）、国会で審議中の労働基準法改正案は、かかる判例の解雇権濫用法理のルールを条文化する形で労基法に組み込もうとしている（ただし、整理解雇については言及されていない）が、これが成立すれば判例によって確立された厳格な解雇規制が正面から制定法によって確認されたことになる（改正案によって新設予定の労働基準法一八条の二）^①。

とにかく、近年、解雇に関しては、不況や産業構造変動にもなうリストラの進展を背景に増加する傾向をみせていることやこれを踏まえ解雇規制の立法化の必要性が論じられてきたことなど学説等も含め一般的に関心の高まりがみられた。加えて、経済学が現在の経済状況や高い失業率をにらんで解雇規制の緩和を主張しだしたことも解雇をめぐる議論に一層拍車をかけることになった^③。このように「解雇」問題は、近年、ホット・イシューとなっており、かかる流れのなかでようやくわが国においても現実に実定法上一般的な解雇規制が設けられる方向で議論されるに至ったが、その反面、法的議論ないし焦点が専ら「解雇」に集中してしまったため、事実上実質的に解雇と同視すべきで

あるにもかかわらず法的には「解雇」(＝使用者による労働契約の一方的解約)という形式をとらない雇用関係の終了の問題がそこからはみ出し規制対象から大きく抜け落ちてしまう結果となった⁽⁴⁾。しかし、次に述べるように、実は、ここに「解雇」をめぐる大きな問題点が存したのである。

(2) 使用者の不当な圧力による労働者の退職をめぐる法的問題

さて、解雇権濫用法理による解雇規制の厳格さ故に、かかる規制を潜脱・回避しつつ実質的には解雇を行ったと同じ状態(＝労働者の企業からの放逐・追い出し)を実現すべく(例えば、企業内いじめ、仕事を与えない・させないこと、無意味労働・過酷な労働をさせること、労働者の人格権侵害、執拗かつ陰湿な退職強要・誘導など多様なやり方よって)労働者の方から(それらの企業側の「仕打ち」に耐えきれなくなつて)辞職・退職の申出をさせるように使用者が誘導する(し向けるといった事態がみられるようになってきた。特に、バブル経済崩壊後の平成不況や経済のグローバル化にともなう国際競争の激化などに起因するリストラの進展や成果主義・能力主義の広範な普及などを背景としてかかる事態は深刻化する傾向にある⁽⁵⁾)。このような場合、いくら実質的に解雇に等しいといつても、法的には、かかる雇用の終了は解雇(＝使用者による労働契約の一方的解約⁽⁶⁾)ではなく、あくまで労働者の辞職(＝労働者による労働契約の一方的解約)あるいは労働者の解約申込(もしくは承諾)による労働契約の合意解約にあたるため、解雇権濫用法理ないし審議中の改正案が予定する新たな労働基準法の解雇規制を適用することによつてこれに対処することはきかない(解雇権濫用法理・解雇規制の法的限界…もつとも、レアケースとはいえ明確な解雇の意思表示がなくとも使用者の言動を含む諸般の事情を考慮すれば使用者に雇用を確定的に終了させる意思が認められるというような一定の特段の事情が存する場合には、使用者による黙示の解雇の意思表示があつたと解する余地も存することは否定できないといえよう⁽⁷⁾)。また、現実の事例においては、そもそも当該退職が解雇なのか辞職なのか合意解約なのか(即ち、使用者の追い出し行為ないし退職強要が解雇にあたるのか合意解

約の申込にあたるのか、あるいは労働者の退職をめぐる意思表示が辞職の意思表示あるいは合意解約の申込ないし承諾にあたるのか)がはっきりしないといったケースも多くみられ問題をより複雑にしている。⁽⁸⁾ かかる退職の法的性質決定には往々にして多大の困難がともない、また、たとえ性質決定がなされたとしても、それが解雇であると認定されれば解雇規制のルールが適用されるものの、解雇ではないと判断されれば解雇規制ルール(解雇権濫用法理)でもって対処することはできないのである。

しかも、一般的な解雇のケースに比べ使用者の不当な圧力・退職誘導手段のもとでの辞職・合意解約のケースにおいては、雇用の喪失にともなう労働者の不利益に加えて、労働者に対する企業による追い出しに向けての人格権侵害等の不当な権力行使がみられる(即ち、不公正さが増大する)分だけ事態はより一層深刻といえよう。従って、解雇のみならずこのような辞職・合意解約を実質上は解雇に等しい性質を有し解雇に準ずるものとして、労働者に解雇の場合と同様の保護・救済を認める(あるいは当該退職をめぐる法的性格が果たして解雇か辞職か合意解約かはっきりしない場合であっても労働者を保護・救済し得る)ための新たな法理・法規制が必要となり、その確立が緊急かつ早急になされるべき重要課題となっていると思われる。要するに、労働者の雇用終了とそれを誘導するための人格権侵害等に向けられた企業の社会的権力の濫用ともいえる事態に法的にいかん有効に対処し得るかが問題となっているのである。

(二) 法的対処の基本的方向性

(1) 労働関係の終了に関する企業の権力行使のコントロール

さて、このような事態を踏まえ、ある経済学者は次のように述べている。即ち、「現在は、解雇権濫用法理によって、会社都合の解雇がきびしく制限されている。そのために、かえって陰湿な自発的退職の強要が生じている」⁽⁹⁾ので、現在の厳しい解雇法理を緩和する方向で「解雇法制の改革」を行うべきであると。

しかし、解雇規制を緩和し解雇をしやすくすることで問題が根本的に解決するかについては大いに疑問とせざるを得ない。上記の経済学者による指摘は、いみじくも企業が必ずしも合理的に行動する存在とはいえないことを示すものであつて、従つて規制を緩めても相変わらず企業がその社会的権力を問題ある方向で行使する危険性ないし可能性が存すると考えられよう。例えば、(立法により)解雇ルールが緩和されても、整理解雇や経済的解雇の事例においては、その要件として企業が退職金の上積や転職のための支援措置を行うことを求められることになる⁽¹⁰⁾と予想されるが、かかる解雇にともなうコストを負担したくないと企業が思えば相変わらず「陰湿な自発的退職の強要」が行われるおそれがある。また、わが国においては「解雇」を行う方にもされる方にも一定の社会的批判・非難やステイグマがともなうのが通例であるが、企業は「解雇」したという不名誉を被ることや評判低下を恐れて正面から解雇を行うことは回避しつつ「陰湿な自発的退職の強要」にはしることも予想され得るのである。上記の経済学者の見解は、企業が労働者個人を遙かに凌駕する優越的な社会的経済的力を有する存在(=社会的権力)であつて、かかる権力が労働者に対して常に濫用される危険性を秘めている点、及びかかる権力を有する企業が限定合理性しか有さず機会主義的行動をとる可能性を有している点を軽視・看過しているところに大きな理論上の問題があるといえる。以上のことからすれば、必要かつ重要なのは、解雇のみならず不当な退職強要等に基づく辞職・退職等の場合についても、それを、経済原理や市場原理に委ねるのではなく、雇用の終了に向けての企業の権力行使を適切にコントロールし得る公正な法的ルールに従わせることであると思われる。

(2) 現行法上の対処手段とその限界・問題点

そこで、解雇に準ずるような使用者の不当な圧力・誘導に基づく辞職・退職の事例に法的にいかに対処すべきか(例えば、労働者が辞職・退職したが、後になってしまったと思ひ直し、あるいは辞職・退職後に相談に行つた労働組合の支援に支

えられて、雇用の継続・復職あるいは従業員としての地位回復を望むような場合にどのように対処するか)が問題となるが、一定の場合には意思の欠缺や瑕疵ある意思表示についての民法の法律行為に関する規定を適用することで労働者の保護をはかる余地が存するといえよう。かかるケースでは、通常は労働者はひとたびは退職するという効果意思を有するに至り、それを表示しているのであって、効果意思と表示の間には食い違いは存せず、あくまで辞職・退職に向けた効果意思を形成する過程において使用者の不当な圧力行使等がなされているため、かかる形成過程に問題や歪みが存するのである。従って、意思の欠缺に関する心裡留保(民法九三条)⁽¹¹⁾や虚偽表示(民法九四条)ではなく、専ら民法九六条の詐欺・強迫ないしは民法九五条の錯誤(動機の錯誤)に該当しないかが焦点となろう。

しかし、後に三、四でも詳しく検討するように、強迫の成立要件は厳格であって狭く、明確に使用者が違法な手段(言動)によって労働者に畏怖を生じせしめ退職の意思表示を引き出したような場合を除いては、必ずしもこれによって事態に有効に対処することはできない⁽¹²⁾(もつとも、近年、強迫の拡張を認める見解があるが、それにもやはり一定の限界がある⁽¹³⁾)。要するに、それには至らない(よりソフトな)レベル・種類の不当な圧力により(例えば、徐々にあるいはじわじわと)、労働者が意思形成過程において不当な影響を受けて退職を決意してしまったようなケースが通例多くみられるのだが、民法九六条の強迫ではこれらに対処できないのである。また、確かに、使用者が不当な圧力をかけることによつて労働者を欺罔させ、その結果、退職の意思表示をさせるに至るといふ形態のもの(例えば、使用者が労働者のある行為が懲戒解雇事由に該当しないにもかかわらず、このままだと懲戒解雇になる旨を告げ、懲戒解雇にともなう諸々の不利益を回避するために辞表を提出するよう労働者に働きかけ、労働者が辞職の意思表示をしあるいは合意解約の申込をなしたような場合)であれば、詐欺・錯誤(動機の錯誤)に該当し労働者を救済できる可能性もあるが、使用者の不当な圧力は常にこのような形態をとるものではなく、これとてすべてのケースをカバーし切れるものではない⁽¹⁴⁾。確かに、詐欺・

強迫・錯誤で対処できなくとも、労働契約の合意解約の場合には、不当な圧力を行使した使用者も労働関係の解消に向けた意思表示を行っているのであるから、不当な圧力が相当に悪質な場合には、これを捉えて当該合意解約は公序良俗に反し違法・無効となる（民法九〇条）と解する余地・可能性もあり得るといえるが、労働者の退職が労働者の一方的な解約権の行使（民法六二七条一項）＝単独行為による辞職である場合には、労働者が自らなした意思表示を公序良俗違反を理由として無効であると主張することは困難であろう。

使用者の不当な圧力行使や退職誘導による労働者の退職は、その実質・実体は使用者による解雇に等しいと考えられるにもかかわらず、以上のように法律行為に関する民法規定を適用しての救済には一定の限界があつて、そこから漏れてしまう事例（労働者の解約告知ないし合意解約の意思表示の存在が認められかつその意思表示に瑕疵も認められないような場合⁽¹⁶⁾）も多く存する（というよりも、むしろかかる事例が実際は大多数を占めるとすらいえよう）のである。要するに、①使用者による不当な圧力及びその結果としてなされた労働者の辞職・退職の態様やそれをめぐる状況が複雑・多様であるためそれに応じた法的対処の仕方も複雑・多様なものとなり、それに有効に対処し得る明確で統一的な法的ルールが存しない点、及び②既存の意思表示に関する民法ルールはその適用の余地が非常に狭く限られており、それでは対処できない事例が往々にしてみられる点、が問題であつて、従つて、問題の複雑性・多様性にもかかわらずこれを広範な視点からカバーし明確かつ統一的に処理し得る説得的なルールを新たに形成することが論点となつてくるのである。⁽¹⁷⁾

確かに、このような課題の解決に向けて、これまでいくつかの学説・判例の試み・努力が存しなかつた訳ではない。しかし、それらは後に三で詳細に検討するように、あるものは法的理論構成として明確性を欠くとともに法理の適用範囲・守備範囲が十分なものではなかつたり（例えば、小西教授の擬制解雇説は要件が厳格である点において対象範囲が狭

くなるおそれがあつて不十分であるとともに、無効構成を志向するという問題意識のみ先行しその法的構成が必ずしも明確かつ説得的に示されていない⁽¹⁸⁾、またあるものは救済の法的効果が解雇の場合に比べて弱く不十分なものであつたり(例えば、小宮教授の準解雇説は無効構成ではなく損害賠償構成のみを追求している⁽¹⁹⁾)して、必ずしも満足のいく結果とはなっていない。とすると、事態の深刻さやかかる事例が広範にみられるようになってきていることからして有効かつ説得的な法理形成による緊急かつ早急な対応が望まれるといえよう。そこで、本稿では、使用者による不当な圧力・誘導等に基づく解雇以外の形態をとる労働契約の終了(辞職・合意解約)を実質的に解雇に準ずるものと解し、しかも解雇に比べ使用者の不当な圧力行使等により労働者の人格権侵害等がなされる分だけこれをより深刻なものと捉えて、かかる事態に統一的に対処し得る法理を提示しようとするものである。

(三) 本稿の検討方針

具体的には、本稿は、使用者の不当な圧力・誘導等によつて労働者が辞職・退職を余儀なくされる事態をいかに防止するかという問題意識から、そのような辞職・退職は解雇ではないがその実質・実体を考慮して解雇に準じて取扱い、これを無効となし得る法理の構築を試みようとするものであり、かかる観点からこれを「準解雇」という言葉・概念で捉えようとするものである(なお、筆者が「準解雇」という言葉を用いるのは、あくまで先に述べたように、実体と法的効果の点において解雇に準じて考えるからであつて、後に三で検討する小宮教授の準解雇説における準解雇法理ないしは準解雇概念とは別個の法理構成を志向するものである点をここで念のために確認しておく)。

ちなみに、解雇の事例においても、裁判で労働者側が勝訴し権利濫用で解雇が違法・無効とされたとしても労働者が実際に復職するケースは少なく、多くの場合は労働者が退職するに至ることが指摘されており、従つて、違法な解雇に対しては、解雇無効による従業員の地位確認ではなく損害賠償による解決を模索すべきではないかとの主張がみ

られる。しかし、①権利濫用の場合に解雇が無効となるとの法的構成は、単なる損害賠償のみによる解決に比べて、使用者による不当な解雇に対しより強力かつ大きな抑止力となる、②また、無効構成をとれば労働者が企業に戻ってくるということ（従業員地位確認）を武器に、労働者が結局は退職する場合であっても、和解において労働者に有利な方向で十分に納得の行く額の解決金を獲得することができる、③そして、少数事例とはいえ、あくまで労働者がその企業で働き続けたいとの自己決定を行う場合は、かかる自己決定はまさに尊重に値するのであって、法はこれに対しては積極的に助力すべきことが本筋となる、といった無効構成の意義及びメリットからすれば、同様のことが準解雇の事例にもあてはまるといえよう。

なお、ここで、重要な点故、誤解を避ける意味で念のために一言付言しておけば、いくら解雇に準じて無効構成を志向するとはいえ、それはあくまで結論についてであつて、従つて、本稿は、解雇と準解雇とは問題となる法律行為の性格・性質が異なることを踏まえ、解雇概念を拡張して対応するのではなく、準解雇に対してはあくまでそれに適合することの解雇とは異なつた独自の法理・理論構成を模索して対処しようと試みるものである。要するに、問題意識の点においては解雇と同様に無効という結論・帰結を追求するが、その法的構成は別物となるのである。ちなみに、もちろん労働者が最初から復職を望まないケースも考えられ、それ故、無効による地位確認ではなく損害賠償を請求し得る途もととり得るような理論構成も併せて追求することはいうまでもない。

(1) ただし、後に、二(一)(3)でも詳しく検討するように、改正案が新設を予定する労基法一八条の二が解雇権濫用法理を確認しつつとはいへ、「使用者は、この法律又は他の法律の規定によりその使用する労働者の解雇に関する権利が制限されている場合を除き、労働者を解雇することができる」との原則論を正面から述べている点には大きな問題点が含まれていると考えられる。

(2) 解雇規制立法必要論を説く文献は多数にのぼるが、最近の代表的文献として、例えば、島田陽一「解雇規制をめぐる立法論の課題」日本労働法学会誌九九号(二〇〇二年)七四頁以下。

(3) 代表的文献として、八代尚宏『雇用改革の時代』(一九九九年、中公新書)七九頁以下、大竹文雄『雇用問題を考える』(二〇〇一年、大阪大学出版会)五三頁など。法学の観点からかかる考え方に与すると思われるものとして、大内伸哉「労働保護法の展望」日本労働研究雑誌四七〇号(一九九九年)三五頁。

(4) 例えば、解雇規制をめぐる議論の高まりのなかで、法学と経済学の双方からの多様な論稿を集めて出版された大竹文雄・山川隆一・大内伸哉(編)『解雇法制を考える』(二〇〇二年、勁草書房)は、解雇に関する近年の注目すべき業績であり解雇規制法理の総合的研究といえるが、本稿で検討し問題とするような準解雇に関する問題にはまったく言及していない。

(5) 早くからこの点を指摘し、現在に至るまで一貫して精力的に問題提起を行ってきた第一人者が小宮教授である。この問題に関する小宮教授の代表的文献として、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)二四頁以下、同「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)二九頁以下、同「解雇するとはどういうことか」同書四四頁以下、同「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)四九頁以下、同「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)四一九頁以下、同「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)三二頁以下などがある。本稿は、本章で展開する問題意識と記述において、これら小宮教授の業績に多くのものを負っている。ちなみに、労働法律旬報一五三一号(二〇〇二年)で特集されている連合、全労連、日本労働弁護団の解雇規制等に関する立法提言においては、準解雇にあたる問題に対しても規制立法を設けるべきことが示唆されており、注目される。なお、本文でも述べたように、本稿校正中の現在、国会で審議されている労基法改正案においては、使用者の不当な圧力等による労働者の辞職・退職の問題は正面から取り上げられてはいないのだけでも、制定法においてこれまでこの問題がまったく考慮されてこなかったわけではなく、わずかながらでありかつ不十分ではあるが、①男女雇用機会均等法八条が禁止する「解雇」につき、通達(平成一〇・六・一一女発一六八号)は、「形式的には勧奨退職であっても、事業主の有形無形の圧力により、労働者がやむを得ず応ずることとなり、労働者の真意に基づくものではないと認められる場合は、『解雇』に含まれる」と(あくまで同法の解釈としてのみであるが)述べ、また、②倒産、解雇の場合に求職者給付の基本手当(失業給付)の受給日数が上乗せされる「特定受給資格者」(雇用保険法二三条三項)のなかに、労働者が上司や同僚からセクハラを含む

故意の嫌がらせを受け退職を余儀なくされた場合も含まれるとされる（雇用保険法施行規則三五条八号）のが、深刻さを増してきているこの問題に対するようやくの実定法的部分的取組みの表れ（萌芽）とみてとることができ、注目されよう。

(6) 判例、例えば、中川製作所事件・東京地判平四・八・一〇（労働六一六号九六頁は、「解雇の意思表示と断ずるためには、当該行為をもって雇用関係を一方的かつ確定的に終了せしめる効果意思を推断せしめるものでなければならぬ」と厳格に解している。この点については、小宮・前掲注(5)「解雇するとはどういうことか」四四頁以下、同・前掲注(5)「雇用終了をめぐる最近の判例」四二二頁、同・前掲注(5)「雇用終了における労働者保護の再検討」三三三頁などを参照。

(7) このような事例として、東京セクシュアル・ハラスメント（M商事）事件・東京地判平一一・三・一二（労働七六〇号二三頁がある。この点については、小宮・前掲注(5)「雇用終了における労働者保護の再検討」三三三―三四頁も参照。

(8) この点については、小宮・前掲注(5)「雇用終了をめぐる最近の判例」四一九頁以下参照。

(9) 大竹・前掲注(3)書六三頁以下。

(10) この点については、例えば、八代・前掲注(3)書九六―九七頁、同「雇用保障についての規制改革」大竹・山川・大内（編）・前掲注(4)書二三〇頁以下、大竹・前掲注(3)書六三頁などを参照。

(11) 民法九三条但書の適用が認められた例として、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（労働六一〇号七二頁）がある。一般的にいつて、民法九三条但書の「適用」が認められるのはこのような場合に限られ、その活用の余地は極めて狭いといえよう（一般論として、この点を指摘するものとして、四宮和夫「能見善久『民法総則 第六版』（二〇〇二年、弘文堂）二〇〇頁）。しかし、実は、後に本稿の（統稿の）四で考察・検討するように、解釈論によって一定の理論的補強を行い方向性を与えれば、準解雇の事例において、その「類推適用」の余地が一定広く認められ得るのではないかと考えられる。

(12) 四宮「能見・前掲注(11)書二四二―二四三頁は、強迫の要件が(イ)強迫と(ロ)強迫による意思表示（因果関係）の二つから成ることを示しているが、(イ)については「害悪が及ぶことを告げて（強迫行為）、他人に畏怖を与え、その畏怖によって意思を決定・表示させようとする（故意が必要）」であるが「もっとも、強迫行為が違法でないときは、ここでいう『強迫』とはならない」と、(ロ)については「他人（相手方または第三者）の強迫によって表意者が恐怖心（畏怖）をいだき、その恐怖によって意思を決定・表示したことが必要である」とそれぞれ述べ、強迫の要件が厳格であることを示している。

- (13) 強迫の拡張とその限界については、大村敦志『消費者法』(一九九八年、有斐閣) 六八頁以下、同『基本民法I』(二〇〇一年、有斐閣) 五六頁以下、山本敬三『民法における「合意の瑕疵」論の展開とその検討』(編) 棚瀬孝雄(編)『契約法理と契約慣行』(一九九九年、弘文堂) 一四九頁以下などを参照。また、小宮・前掲注(5)「解雇するとはどういうことか」四七―四八頁は辞職・退職に關して強迫が認められた事件が少なく、これにより労働者を救済することは困難であることを指摘している。
- (14) 小宮・前掲注(5)「解雇・雇止め・退職強要の法律問題」五三頁は、「強迫や動機の錯誤等によつては、リストラにもなつて増加している陰湿な嫌がらせ行為によつて労働者を退職に追い込もうとするいわゆる『リストラいじめ』などには対応できない」と指摘している。
- (15) この点については、山本・前掲注(13)論文一六五頁以下、島田陽一「自ら辞めるということ」道幸Ⅱ小宮Ⅱ島田・前掲注(5)書一一頁などを参照。
- (16) 小宮・前掲注(5)「雇用終了をめぐる最近の判例」四二―八頁。
- (17) 不当な退職勧奨に対する救済に關しては、本文で述べた以外に、労働者が不法行為に基づく損害賠償請求をなすことが可能である。しかし、事後的な慰謝料請求では、その額の点も含めて効果的な救済とはいえず、準解雇の事例においても解雇と同様に当該法律行為の効力を否定し得ることがあくまで本筋であると考えられる。なお、不当な退職勧奨を不法行為と認め労働者の慰謝料請求を認容した事例として、下関商業高校事件・最一小判昭五五・七・一〇(労判三四五号二〇頁)。
- (18) 小西國友『解雇と労働契約の終了』(一九九五年、有斐閣) 一四―一頁以下。
- (19) 小宮説については、注(5)参照。なお、小宮教授は、近年、無効構成をも併せて志向する傾向をみせているが、その法的根拠は曖昧かつ不明確であるように思われる。とにかく、以上の点も含めて小宮説については三で詳しく検討を加える。
- (20) この点については、山口純子「解雇をめぐる法的救済の実効性」日本労働研究雑誌四九一号(二〇〇一年) 六二頁以下を参照。

二 何故「解雇」なのか

準解雇を解雇に準じて規制しようとする以上、準解雇の法理を考える理論的前提作業として、まず、何故「解雇」が法的に問題となるのかという基本的な問題を発することから議論を始める必要がある。その場合、①何故解雇の法的規制が必要なのか、②何故これまで解雇のみが規制の対象とされてきたのか、という二つの問題を区別して検討しなければならぬように思われる。というのも、これら二つの問題を分けて発することで、一方で①解雇を問題とすることによって、併せてそれに準ずるところの準解雇の法的規制の実質的根拠・正当性も同時に明らかにすることができる。他方で②解雇と準解雇の問題の所在における根本的差異を明らかにすることによって、共通の規制の必要性が存するにもかかわらず、何故これまで後者に対しては正面から有効な規制がなされてこなかったのか、そして何がその有効な規制の障害となってきたのかの理由を析出することができると思われるからである。

(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) 従来のおーソドックスな説明

まず、従来から主張されてきた解雇規制の法的根拠の説明をみてみよう。既述のように、通説・判例は、解雇権濫用法理によって、本来は民法上、解雇の自由を意味する使用者の雇傭契約に対する自由な解約権(民法六二七条一項)

＝解雇権の行使に厳格かつ大幅な制限を加えることを肯認してきている。かかる法理のおーソドックスな正当化根拠に関しては、通常、例えば、本多教授が指摘するように、労働者保護の観点から生存権ないし労働権の理念を導入することによって「解雇自由の原則の修正を企てる」ものが解雇権濫用法理であり(「生存権・労働権の理念によって照射

された解雇権濫用説⁽¹⁾、加えてまた、下井教授が述べるように、「このような法的ルールは、わが国では労働力供給が過剰で労働市場が閉鎖的であり、また終身雇用と年功賃金の慣行が広く行われているという認識にもとづいて形成されたものといえる。つまり特定企業における従業員たる地位の喪失は労働者の生活不能を招き、ほとんど回復不可能な損失をもたらすものゆえ解雇権の濫用は厳しく抑制されねばならないと考えられたのである。」⁽²⁾といった説明がなされてきた。即ち、解雇されれば労働による賃金収入が途絶することになり、労働の他に生活手段を有せずこれに頼って生活する労働者（とその家族）の生活・生存が危うくなるため、生存権（憲法二五条）・労働権（憲法二七条一項）の観点から正当な理由のない解雇に歯止めをかけて職を保持させる必要があるとされるとともに、戦後、大企業・中堅企業を中心に形成されてきた日本的雇用慣行（終身雇用制と年功賃金制）がかかる解雇規制の必要性を支え補強し、これを強固なものとする方向で作用してきたのである。

(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

(ア) 従来の説明の動揺

ところで、近年の大きな社会経済の変化により従来のオーソドックスな説明は必ずしも説得力を有するものではなくなってきた。

まず、解雇の法的根拠のひとつとされてきた生存権をめぐる状況変化について述べてみよう。生存権法理は、労働者を保護を要する弱者と捉え、かつ労働者はいずれも従属状態に置かれた同質的存在（集団的存在）であることを前提に展開されてきた。しかし、高度経済成長期を経て変化が生じ、かかる前提と実際の労働者を取り巻く社会経済状況との間には大きなギャップが生じてきた。即ち、一定程度のレベルの生活の享受（豊かな生活）と一般的な所得水準・生活水準の向上、労働者の（意識・生活条件・資産・ライフスタイル・働き方・ワーキングライフなどの）多様化と個人主

義の進展、物質的な豊かさから精神的な豊かさへの労働者の関心のシフト、私生活の重視、社会保障法の一定の整備（特に解雇に関連していえば、雇用保険法と生活保護法）、労働者の高学歴化と一部におけるもはや「弱者」ではない「自立」した労働者の出現などの傾向がみられるようになり、必ずしも生存権理念が現実とマッチせずによりアリティを失い労働者にアピールしなくなってきた。このような事情を背景として、労働法学においてもパラダイムシフトの必要が説かれるようになり、労働法の理念を生存権（あるいは生存権だけ）ではなく、労働者の自己決定 (Selbstbestimmung, autodetermination) の保障・実現・実質化や労働者の自立の確保に求めようとする試みが登場してきている。⁽³⁾ あるいは新たな理念を積極的に提示するにまでは至らないとしても、もはや労働法の理念としてかつてのように生存権に言及するのではない場合も多くなり得られる。⁽⁴⁾ また、ここではその当否は一応しておくとして、強い個人となった労働者が労働市場において使用者と取引を行うことをサポートすることに労働法の理念を求めようとする考えすら出現してきている。⁽⁵⁾ 要するに、労働法の（統一的）理念としての生存権理念は現在大きく動揺してきており、これを援用することが必ずしも十分な説得力を持ち得なくなったといえるのである。従って、例えば、解雇権濫用法理による使用者の解雇権に対する厳格な規制を生存権的見地から擁護する考え方を批判し、「むしろ生存権の保障は、失業給付や生活保護等の普遍的な社会保障制度によらなければならない」と述べる見解も主張されるに至っている。⁽⁶⁾

次に、労働権についても同様の理論的变化がみられる。かつては労働権は労働者の（企業における）雇用保障（あるいは職場の保持）の観点から援用されてきたが、近年の企業をめぐる経済状況や産業構造の変動、企業の寿命・栄枯盛衰やスクラップ・アンド・ビルドのサイクル・期間が短期化してきていることなどを踏まえて、労働権を一つの企業における雇用保障の法的根拠としてではなく、企業を超えて労働市場において生涯にわたって労働者のキャリア展開を保障するキャリア権と捉え直して再構成し労働法を体系づけようとするキャリア権説が有力に主張されるようにな

ってきた。⁷⁾ここでこの説の当否を検討する余裕は存しないが、とにかく労働力の流動化の進展、労働者の自発的・非自発的退職とそれにもなう転職・中途採用の増加、自己のキャリア形成・展開における労働者の自己決定・自己実現の希求の高まりといった近年みられる状況・傾向を踏まえるならば、この説は一面で一定のリアリティーと説得力を有していることは否定できないであろう。とするならば、労働権をもちや厳格な解雇規制(≡特定企業での雇用保障)の法的根拠として援用することの説得性もかつてよりは弱いものとなり薄れてゆくと考えられる。

以上に加えて、日本的雇用慣行の変化が解雇権濫用法理に与える影響も看過することはできない。例えば、下井教授は、先に(1)で引用した部分に続けて、「しかし今日、女性労働者やパートタイム労働者や派遣労働者の顕著な増加、年功賃金の後退、労働力流動化の高まり(転職やヘッド・ハンティングの活発化等)、さらに人事管理における能力主義あるいは業績主義の比重の増大等、解雇権濫用法理の修正をせまらざる要因はきわめて多い。そして今日、経営の構造変化がすすむなかで労働市場の流動化は高められつつある。あるいは、労働力の流動化がより進められなければ雇用不安と高失業率からの脱却は不可能と思われる状況となっている。わが国において解雇に関するルールが今後どのようなかは、大いに注目に値する事柄であるといえよう。⁸⁾」と述べ、解雇規制ルールの変容の可能性を示唆している。もしも、実際、特に日本的雇用慣行に関する上記のような事態・変化が(今後大きく)進展するならば、従来労働者が解雇により被るとされた不利益も減少することになり(即ち、労働力の流動化の進展によって転職が容易になることや中途採用の場合でも能力・成果に応じて従来通りかあるいはそれ以上の賃金を獲得できる可能性が出現してきたことなどにより)、解雇権濫用法理を支える事実的基盤が弱まってくることも予想され得るのである。

そして、更に、近年の経済状況(不況、失業率の増大と失業者の増加、グローバリゼーションなど)にもなう経済競争の激化など)や市場重視の視点を背景に、経済学から判例の解雇権濫用法理に対して、解雇権濫用法理は雇用主にとつてき

わめて厳格なものであり事実上の解雇禁止規制と化しているため経済環境の変化に対応できず、あるいはひとたび労働者を採用すれば解雇が困難であることから企業が採用を手控える結果となり雇用創出を抑制する方向で作用している^⑩などといった批判が加えられ、その緩和がなされるべきであるとの主張が提示されてきている。

(イ) 労働法学説による新たな根拠付けの試み

しかし、労働法学説の大勢は、上記の解雇権濫用法理ないし解雇の法的規制をめぐる諸環境の変化を踏まえて解雇権濫用法理ないし厳格な解雇規制の緩和・修正・放棄を支持する方向に至るのではなく、むしろ変化にもかかわらず新たな観点から法的正当化根拠を探り出すことによって依然として解雇権濫用法理の有効性ないしは解雇規制の必要性が存することを検証し、これを擁護すべく論を展開をしてきており、大いに注目される。ちなみに、経済学からの批判に対しては、法治国家であるわが国においては、法の支配の観点から経済や市場もあくまで法の基本的価値に基づくルールを踏まえたくて機能がすべきことが前提となっているのであって、経済と市場を支える基本的な法的ルールの一環をなすと考えられる解雇の法的規制のあり方をまずは論じておくことに重要な意義があるとの反論を加えることができ、従って、法的観点から経済環境も含めた諸変化に対応し得る解雇規制の法的正当化根拠を探ろうとする労働法学説の基本姿勢・方向性は妥当なものと考えられ、これを支持することができよう^⑪。そこで、以下では、かかる近年の労働法学説による解雇規制正当化論の代表的なものを取り上げて総合的に検討を加え、これを踏まえ次に私見の正当化根拠を提示してみることにしよう。

(i) 継続的契約説

土田教授は、労働契約が典型的な継続的契約であって契約の継続に対する当事者の合理的期待が非常に高い契約であり、解雇は労働者の失業に直結し所得分配上の失敗をもたらし得るという点に着目する。そこで労働者の雇用継続

への信頼利益を尊重すべく、民法学の内田教授が関係的契約論において「柔軟性原理」とセットで主張する「継続性原理」を「普遍的な規範原理」(「普遍的に継続的契約関係に内在する規範」)であると解したうえで解雇に適用しようと試み、労働契約の展開過程で生ずる事情変更はできるだけ雇用の継続を前提とする契約内容の柔軟な変更(「柔軟性原理」)によって対処することが求められ、解雇は雇用継続の方法を期待できない合理的理由がある場合に限定されるべき最後の手段となると論ずる。このように「継続性原理」は労働契約においては「雇用保障原理」として現われ解雇権濫用法理の正当化根拠となるが、かかる「普遍的法規範」に依拠するが故に、特殊労働法的な説明から解放されるとともに、労働市場に環境変化が生じても雇用保障原理の普遍性に変化はないことが強調される。⁽¹²⁾

かかる学説は、確かに、労働者の生活状態の向上と生活保障システムの一定の整備、そして労働市場・日本の雇用慣行の変化(特に、労働力の流動化の進展と雇用保障に直結する終身雇用制の大幅な崩壊)などによって生存権的・労働権的正当化が普遍性を失うかにみえるなか、新たに普遍的な原理によって解雇権濫用法理を基礎付けこれを確固たるものとしようと試みる点に大きな意義を有している。しかし、この説は以下で検討を加えるようにいくつか大きな問題点を内包しており、必ずしも正当化の法的根拠付けに成功しているようには思われない。

まず、第一の問題点としては、日本的雇用慣行や労働市場環境の変化によっても動揺しない雇用保障原理の普遍性を一般的契約法の原理に依拠することによって追求する試みに主眼・力点を置くあまり、今度はかえって労働法固有の観点からの基礎付けがおろそかになってしまった点を挙げることができる。土田教授も諸論稿で指摘する如く、労働法の特徴は労使間の構造的な従属性に由来し、かかる従属性から生ずる弊害を除去・軽減することが労働法の任務となるのであり、⁽¹³⁾また更に土田教授は解雇論を展開するにあたり「解雇権濫用法理は、まさに労働法の心臓部にあたる⁽¹⁴⁾」と述べるのであるが、そうであるならば、そもそも一般的契約法の観点からではなく、あくまで労働法の特徴を

踏まえたうえで特殊労働法的観点から解雇規制の普遍性を追求すべきであったといえよう。加えて、理論の提唱者である内田教授が問題とするのは、後に引用するように、「ある種の継続的な契約」⁽¹⁵⁾にすぎず、継続的契約のなかにはまさにその継続性故に当事者が不当に拘束されることを防止するために契約関係からの離脱を自由に認める必要性が高いものも多く存している⁽¹⁶⁾のであり、継続性原理はすべての継続的契約に対して普遍性をもつものではないと考えられる⁽¹⁷⁾。

また、あくまで継続性原理の普遍性を強調するならば、当然のこととして、使用者による解雇のみならず労働者の辞職・退職も制限されるべきことにならないのかという疑問点が提示されることになる⁽¹⁷⁾。実は、土田教授は、当初はこの問題に触れていなかったのだが、後に、かかる疑義を解消すべく、「この点は、『労働契約における労使間の非対象性とその是正の要請』に求めるべきであろう」と述べて「労働契約に固有の正当化根拠」を追加的に持ち出し、継続性原理が解雇制限のみに特化し得る旨を論じるに至った。そして、その法的根拠として憲法二五条・二七条一項及び労働者の自己決定の保障の観点から一三条を挙げている⁽¹⁸⁾。しかし、労使ともに継続性原理が妥当するが、上記の事情により使用者に対してより強く契約継続（即ち、解雇規制）が要請されると説くのでないかぎり、土田説の「普遍的な」理由付けは成り立ち得ないといえよう。そもそも、労働者側からみれば民法六二七条一項は人身の自由（継続性故に労働者が長期に渡って不当に拘束されることなるのを防止する必要性）の観点から強行法的意義を有していると解されるのであり、従って、労働者にとつては辞職の自由こそが普遍的原理となるのであって、継続性原理ははじめから労働者に対しては妥当し得ないのである。要するに、土田教授が普遍的として援用する一般的契約論は労働契約についてはもはやそのままの完全な形では貫徹し得ず（つまり、労働者については普遍性を有し得ず）、使用者側に対してのみ規範的に制約を課す解雇権濫用法理はむしろ労働法（労働契約）の特殊性から導き出されることになると考えられるので

あり、結局は継続性原理は実質上その補強材料にすぎなくなっているといえよう。土田説の当初の立場は、従来の憲法二五条・二七条一項による正当化を念頭に置き、(労働市場の環境変化により)「労働者は多様化しており、一律に(弱者)と規定すべき社会的・経済的根拠は失われつつある」として従来の正当化根拠に対して批判的視点を投げかけつつ、継続性原理に依拠することによって(環境変化のもとでも変わることなく一貫して解雇権濫用法理を基礎づけ得る)「より普遍的な正当化根拠が求められる」との方向で理論展開をなすものであった⁽²⁰⁾のだが、上記の土田説の理論的変遷(労働契約に固有の正当化根拠の追加)はまさにかかる普遍化の試みが成功しなかったことを示すものであるとともに、(憲法一三条が付け加わっているとはいえ)結局は従来の通説的発想に立ち返るに等しいといえ、(ア)で示した解雇をめぐる問題状況の変化にも十分に適応できない結果となろう。

次に、第二点目は、土田教授が援用する关系的契約論それ自体の問題性である。その提唱者である内田教授は、「私⁽²¹⁾が主張していることは、例えば、ある種の継続的な契約において、『やむをえない事情がなければ契約関係を解消できない』という規範が、当該取引社会の納得を基準として導かれている、ということである」が、「われわれが対象としている経済的取引の領域が、他の領域に比べて、共同体的規範を保存し、あるいは新たに生成することに適した領域だということができる」のであって、「共同体を構成する人々は、生身の人であり」、「关系的契約法は、このような生身の人によって構成される社会の規範だということができる」(要するに、「共同体の共有された規範(納得)を法の世界に吸い上げるということ」)と述べているが、かかる共同体主義に対しては私的自治・契約自由や自己決定原理を重視する立場から「現在では、もはや私的自治・契約自由の前提が広く失われた以上、その原則性を否定し、この状況に応じた基本原理を中心におくべきだとする考え方⁽²²⁾」であるとして批判がなされている。特に、わが国雇用社会においては企業の共同体的性格が強く、そのなかで個の自立・自律や市民社会の原理の貫徹が阻止されている状況にあって、む

しろこのような状況下で共同体の負の弊害（労働者の「会社人間化」、過労死・過労自殺、人格権・人権侵害、長時間労働や労働者間の競争の激化など）を克服し労働者の自己決定を確保することこそが問題ないし重要課題となっているときに、共同体原理に基礎を置く理論を持ち込むことには問題がある⁽²³⁾。確かに、内田教授は、自己の想定する共同体の中に「会社」が含まれることを指摘しつつ⁽²⁴⁾、他方で共同体を援用するとはいえそれは日本の抑圧的共同体ではないとしている⁽²⁵⁾。しかし、仮にそうであったとしても、解雇権濫用法理が端的に示す労働契約法理における労働者雇用安定化機能の尊重・重視の傾向は、使用者の業務命令権（時間外労働命令も含む）・人事権の行使や就業規則による労働条件の決定・（不利益）変更につき使用者に大幅な裁量を認める使用者裁量権容認機能の承認とギブ・アンド・テイクあるいはトレード・オフの関係にあり⁽²⁶⁾、内田説によればこのような傾向もまた共同体に内在する規範（共同体的規範）として承認することになるのではないかと考えられる⁽²⁷⁾。しかし、このような使用者の広範な裁量権の容認には労働者の契約主体・生活主体としての自立を妨げるおそれがある「抑圧的」契機が依然含まれると解される点に問題が存するのであ⁽²⁸⁾って、加えて更に、共同体的価値を重視する内田説には、正社員とパートの労働条件格差にみられるように「同じ労働者でありながら、共同体内部の長期雇用者と外部の短期雇用者との間の分断を必然的に意味することになるだろう⁽³⁰⁾」との批判もあてはまることになる。また、内田説はあくまで古典的契約論（近代的契約論）では対応できない状況・事態・諸問題に対処すべく論じられている現代契約論の流れの一つにすぎ⁽³¹⁾ず、しかもその法的根拠は明確性を欠き必ずしも普遍的かつ説得的な理論であるようにも思われ⁽³²⁾ないのである。

(ii) 人格権説

村中教授は、確かに日本の雇用慣行の変化により解雇によって労働者に生ずる不利益に(ア)でみたような変化が生ずることを踏まえ認識しつつも、従来、解雇に関し専ら労働者に生ずる経済的な不利益のみが強調されることとは対照

的に十分に考慮されることがなかった労働者の人格権に注目し、解雇にともなう人格的不利益・精神的不利益を正面に押し出すことによって解雇制限を法的に正当化する新たな試みを提示しようとする。具体的には、村中教授は、①解雇は労働者に無能であるとの宣告を意味する場合が多く、労働能力が労働者の人格と不可分である以上、解雇の宣告は人格への評価であるかのように受け取られる、②労働は労働者にとって自己実現の場に他ならず、労働者の生き方にとって決定的な意義をもつ、③解雇の脅威が使用者に対する労働者の「人格的従属」を強め、労働者の人間としての尊厳を侵害する危険を生ずる(要するに、人的従属性故に解雇の脅威は命令権者としての使用者の地位を極めて強いものとするが、労働が労働者の人格と不可分であるため、使用者の強権的地位は支配する人間と支配される人間を作り出し、労働者の人格的支配にまで至る可能性がある)、といった理由を挙げ、労働者の人格権(人格的利益)の保護という観点から「解雇させない」ことが重要になると説いている³³⁾。確かに、解雇や解雇の脅威によって村中教授の述べるような人格権侵害の事態(特に、人格的従属をめぐる問題)が発生するような場合も存しないではないが、後に(iv)や(ii)で指摘するように解雇にともなう不利益は多様であり何もそのみに限られないのであって、しかも加えて村中説には以下で検討するようないくつかの問題点が存しており、従って、かかる見解は必ずしも十分に解雇規制の法的正当性を根拠づけ得るものではないように思われる。

まず、先にみた①の点についていえば、整理解雇の場合においては必ずしも無能な労働者が整理対象に選ばれるとは限らないし(例えば、整理解雇基準として「解雇が生活に及ぼす影響・打撃が比較的小さな者」という基準が用いられた場合など)、普通解雇や懲戒解雇の場合にはまさに「有能な」労働者が解雇されることもあり、かかる説示が必ずしも妥当しない場合も多い。また、本当に労働者が無能で使用者が教育・指導・配転などによっても対処することができず企業が雇用継続を行う期待可能性が存しないならば、まさにこのような場合こそ解雇が必要であってかかる解雇は有

効といわざるを得ないが、これを人格権侵害と解して企業に解雇制限を強いることは企業にとってあまりにも酷であり妥当とはいえないであろう。むしろ、人格権侵害については、わが国においては、一般的に、無能評価ではなく、「被解雇者」という社会的烙印が押され、その結果として労働者が重大なステイグマを被ることになる（しかも、これによつて再就職が困難となるケースが極めて多い）ことが問題であり、従つて何故そうなるのかという原因を探るところこそが重要課題といわねばならないのである。

次に、②の点については、労働Ⅱ人格実現という考えは古い型のステレオタイプ思考であるとの批判が可能であろう。近年、ポスト・フォーダイズムの視点から、労働は労働者のアイデンティティーをなすとしつつも、労働概念を従来の従属労働から解放して広く捉え、独立労働、無償労働、ボランティア、アンペードワーク（家事など）等を含めて労働者が様々な労働を行うこと（あるいはある労働から別の労働へ移行すること…これには従属労働から離れることも含まれる）ができることを確保・保障し（広義の）労働の自由を実質的に促進することこそが重要であるといった新たな労働をめぐる考えが出されているが、これからみれば従属労働（雇用労働）のみに視点を置く②の考えはあまりにも狭く形式的なものといえよう。要するに、人格実現や生き方をめぐる問題は従属労働（雇用労働）のみに限られないのであつて、「自己の人格展開のためには何も（解雇までされた）従属労働にしがみつく必要はないではないか」との反論に十分に応えることができないであろう。また、労働者がいやいや仕事をしているような場合、労働者の就いてる仕事に適職とはいえない場合、労働者の仕事が経済競争の激化により市場での「弱肉強食」状態に置かれ極めてハードなものとなっている場合、あるいは労働者が仕事がつまらないとして生き甲斐を感じていないような場合などには、決して労働が労働者の生き方にとって決定的な意義をもつとはいえず、そもそもこの理屈は成り立たない。道徳論・理想論・理念論ならともかくも法律論としては労働Ⅱ人格実現を強調する（しすぎる）ことは説得力を欠き妥当とはいえない。

いであろう。

そして、③については、確かに、このような「人格的従属」の事態を想定することは可能である(そして、実際、往々にしてかかる事態がみられることも事実といってよく、この点に関しては一定のリアリティーが存するといえる)が、しかし、他方、配転・出向・業務命令・企業内いじめなどの脅威(例えば、いうことを聞かないとみせしめで遠方へ配転するとか、過酷な業務命令をだすとか、仕事を与えないとか、職場八分にするとかなど)によっても同様に労働者の「人格的従属」を強める結果となるのであり、労働者の「人格的従属」を引き起こす可能性を有するのは何も解雇の脅威だけに限ったことではないという批判が可能である。仮に厳格な解雇規制が存しても、使用者はいまだ多くの「人格的従属」を生み出すことができるカードを有しているのである⁽³⁶⁾。そして、かかる解雇以外のカードが使用される場合には、まさに労働者が人格的従属の強化に耐えられなくなつて自ら退職する⁽³⁶⁾労働関係を解消するに至る(即ち、準解雇にあたる事例を引き起こす)可能性も生じ得るのであつて、そもそも使用者が追い出し意図を有しながら解雇規制を回避すべくかかるカードを用いる場合には解雇規制を強調するのみではこれに有効に対処することができず、かえつてまさに村中教授が「解雇させない」と表明する問題意識とは逆の結果となるおそれがあるといえよう⁽³⁷⁾。また、解雇の脅威によつて「人格的従属」が生ずるのは極端なケースであり、通常は、そのレベルにまでは至らず、次に検討する自己決定権説が指摘するように、労働者の自己決定権の侵害(自己決定の歪曲)がみられるにとどまる場合が多いと考えられる。

結局は、解雇制限と(村中教授のいうところの)人格権侵害ないし「人格的従属」は必ずしも(村中説のような形では)ストレートに直結せず(要するに、解雇やその脅威以外にも人格権侵害をもたらし得る使用者の行為や業務命令が存するのみならず、解雇やその脅威から生ずる労働者の不利益には人格権以外のものもあり得ると考えられ)、従つて、まずは基本的に両者は一応別個の問題として切り離して考えるべきであり、また、仮に人格権侵害や「人格的従属」を問題とするの⁽³⁸⁾

であれば、むしろ重要なのは、かかる事態が生ずることになる根本的原因を探ったうえで、労働者の人格権擁護をはかるための総合的な対処戦略構築の一環として（配転・出向・業務命令・企業内いじめなどと平行して）解雇の問題を位置づけることであろう。

(iii) 自己決定権説

労働法の新たな理念を労働者の自己決定の理念（憲法一三条）に求め生存権理念からのパラダイム変換を試みる西谷教授は、「労働者は使用者による恣意的解雇から十分に保護されている場合にはじめて、自己決定に基づき自己の権利を主張し、労働契約上の義務の履行を超えた使用者の命令を拒否することができるのである」と述べている。³⁹これは、先にみた、人格権を援用する村中教授の解雇規制正当化理由の③と類似しているが、解雇やその脅威にともなう弊害を「人格的従属」というある意味では極端な形においてではなくそれよりも通常広くみられる自己決定の阻害（自己決定権の侵害）の危険性という形で把握し、かかる弊害を除去・軽減して労働者の自己決定を実現するというより積極的な観点から考察を加えた点に意義を有するといえる。

しかし、かかる見解についてもやはり村中説と同様の問題点が存しており、同様の批判があてはまると考えられる。即ち、労働者の自己決定を妨げる要因はなにも解雇に限られるわけではなく、それ以外にも企業内いじめ・仕事はずしなどの脅威を挙げることができるのであり（例えば、使用者の命令を拒否すれば企業内いじめや職場八分に遭うとの脅威が存すれば、解雇規制がなされていても労働者が労働契約上の義務の履行を超えた使用者の命令を拒否することは困難となり、必ずしも西谷教授のいうようにはならないであろう…要するに、西谷説が貫徹するためには解雇+αについての規制が必要といえる）、しかも西谷説の問題意識では準解雇の事例に対応できないのである。確かに、西谷教授は、自己決定の実現・確保という広いパースペクティブからその一環として解雇問題を論じており注目されるのだが、労働者の自己決定が

阻害される原因・要因を解雇以外にも広げて総合的に追求するという点において弱さがみられるのである。また、解雇（労働関係の終了）と自己決定の関連を重視するのならば、①労働関係における自己決定のみならず、②労働関係の継続についての労働者の自己決定（労働を継続するか否かとキャリア形成に関する自己決定）と③労働・ワーキングライフに基づく生活スタイル・生活設計・生活基盤の形成に関する自己決定（一定のワーキングライフを送ることにより労働者の生活スタイルが形成されるとともに、住居や家族生活などの生活基盤が形成されること、そして労働に基づく収入によって自己及び家族の生活設計がなされるとともに収入が自己と家族の私生活の自己決定の基礎を提供するということ）なども考慮される対象として論じなければならぬであろう。

(iv) まとめと検討の基本的方向性

以上で、近年の解雇規制の正当化をめぐる代表的な見解を検討したが、いずれの説も、時代状況や社会経済の変化に適合し得る新たな「法的」根拠を探ろうとする、それ自体は正当な問題意識・基本姿勢を有していると解され、また一定重要論点を提起している部分（例えば、解雇やその脅威によって人格的従属や自己決定権の侵害が生ずる可能性が生ずるおそれがあるため規制の必要性が存すること）も存するものの、結局は、理論展開に説得力を欠くとともに法的議論としてはいささかラフであり、解雇をめぐる議論の高まりにもかかわらず解雇規制の法的正当化根拠を十全には確立・提示し得るものではなかった。このように解雇の正当化根拠の解明は相当に難問であり、より説得的な正当化根拠提示のためには更なる総合的な検討・考察を要しよう。しかし、その前に、これまでの検討・省察から析出される、問題解決の指針となり得る理論構成にあたっての留意点をみておくことがまずは有益であるように思われる。

解雇規制の必要性を擁護するために新たな法的根拠を提示することは、時代の変化に法理論を適合させるという問題意識に対応しており、それ自体は一定の妥当性を有している。そして、かかる理論作業において重要となるのが、

状況や事態が変わり生存権・労働権の援用がもはや時代的適合性を有しないとしても、何故、解雇が依然として(そして将来においても)「労働法」の規制の対象とされ続けるのか、そして解雇はそもそも諸々の変化にもかかわらず過去から現在まで一貫して労働法的な規制の対象となり得る何らかの共通の普遍的性質を有しているのかという点を究明することであるように思われる。

というのも、もしも、解雇規制が社会経済状況や時代的文脈に規定された現象的な問題への対処にすぎないならば、かかる現象に特有の問題状況が存しなくなれば、もはやそれを論ずる意味も必要も存しなくなる(あるいは論ずる意味も変化する)が、解雇規制が対処すべき本質を有する問題であるならば、その(普遍的)本質(「動かないもの」||核)を押さえ基礎としつつ「動くもの」(||現象のないし周辺・付帯的部分)について新たな対応を行えばよいことになるからである。こう考えないと、解雇規制の法的正当化をめぐる議論は、結局は結果的妥当性を求めるあまり諸変化に引きずられ、(悪くすれば)その都度その都度のご都合主義・場当たり主義に行き着くおそれがあり、たとえ首尾よく解雇規制の正当性の根拠付けに成功しても、それはあくまで「危険な綱渡り」の結果にすぎなくなるおそれすら存するといえよう(あるいは、かつての正当化根拠が依拠していた時代的狀況・背景・文脈や雇用社会が大きく変化した場合に、状況に適合できなくなり解雇規制の正当化に失敗してしまう危険性がある)。そこで、生存権・労働権を根拠にする従来の通説的思考からそれとは異なる新たな法的根拠を基礎に置く考えにシフトをはかることを試みるとしても、両者の間に横たわる労働法的「本質」ないしは本質的共通点は何なのかを明らかにする必要が存するのである。⁽⁴⁾

そして、また、現在、労働者(そしてその働き方や雇用形態)は多様化・複雑化する傾向にあり、もはや弱者でない労働者もいればいまだに生存権的保護を要する労働者もおり、あるいは高度の能力・技能などを保持しバーゲニングパワー(マーケットパワー)を有するため再就職の容易な者もいれば一度職を失うと再就職が困難な者もおり、また人格

的不利益を被る者もいればそれほど人格権的な問題を生じない者もいる、そして現在の労働が自己実現や自己の生き方に大きく影響を及ぼす者もいれば必ずしもそうではない者(例えば、現在の職場がいやで、あるいは現在の職が適職ではないためできる限り早くの転職の実施を考えている者など)もおり、また雇用の継続を強く望む労働者もいれば戦略的転職志向が強く一社での長期継続雇用をそれほどは望まない者もいるなど、解雇によって生ずる影響(不利益の有無・種類・大小など)も労働者ごとに様々である。このような解雇にともなう影響ないし不利益の多様性にもかかわらず統一的な解雇規制が必要だとすれば、まさにこれらの多様性の背後にある「本質」を明らかにし、それをもとに解雇規制の必要性の法的根拠付けを提示しなければならぬであろう。

これまでの新たな正当化根拠を追求しようとする諸学説は、以上でみたような変化と多様性の後ろに潜んでいる「本質」を解明をしようと試みたにもかかわらず、かかる解明作業に必ずしも十分に成功しなかった点に問題が存した点であり、従って、かかる「本質」を説得的に提示するためには労働法の基礎にまでさかのぼって根本的な検討を加える必要があるように思われる。以上の留意点を踏まえつつ、試論にすぎないが、次項で一応の私見を展開してみるところにしよう。

(1) 本多淳亮『労働契約・就業規則論』(一九八一年、一粒社)一四三―一四四頁。

(2) 下井隆史『労働基準法(第3版)』(二〇〇一年、有斐閣)一三四―一三五頁。なお、日本の雇用慣行と解雇権濫用法理を含む労働契約法理の関係につき詳細な検討を行うものとして、土田道夫「日本の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)三一頁以下。

(3) 以上の点については、西谷敏『労働法における個人と集団』(一九九二年、有斐閣)二二頁以下、道幸哲也『職場における自立とプライバシー』(一九九五年、日本評論社)一頁以下、三井正信「労働法の新たなパラダイムのための一試論(二)―(四) 未完」

- 広島法学二四卷二号(二〇〇〇年)三九頁以下、二四号四号(二〇〇一年)三五頁以下、二五卷二号(二〇〇一年)九一頁以下、二六卷一号(二〇〇二年)八九頁以下、同「現代雇用関係法改革」高橋弘||後藤紀一||辻秀典||紺谷浩司(編)『現代民法法改革の動向』(二〇〇一年、成文堂)一九九頁以下などを参照。
- (4) 例えば、最近出版された教科書である浅倉むつ子||島田陽一||盛誠吾『労働法』(二〇〇二年、有斐閣)や大内伸哉『労働法実務講義』(二〇〇二年、日本法令)ではもはやかつての通説のように労働法の理念として生存権理念には触れられていない。
- (5) 菅野和夫||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。なお、同説の問題点及びこれに対する批判については、さしあたりは、三井正信「労働法の新たなパラダイムのための一試論(一)」広島法学二四卷二号(二〇〇〇年)五一―五二頁、同「労働法の新たなパラダイムのための一試論(二)」広島法学二四卷四号(二〇〇一年)三八―四〇頁、四八頁以下、同「労働法の新たなパラダイムのための一試論(三)」広島法学二五卷二号(二〇〇一年)九七頁以下を参照。
- (6) 八代尚宏「雇用保障についての規制改革」大竹文雄||山川隆一||大内伸哉(編)『解雇法制を考える』(二〇〇二年、勁草書房)二二二頁。
- (7) 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)三頁以下(特に、一七頁)、同「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)五四頁以下、同「雇用と法」(一九九九年、放送大学教育振興会)二四三頁以下。なお、後に注(34)で触れるフランスのシュピオ(A. Supiot)もキャリア権説と類似した理論展開を行っている。ただし、両者では市場の捉え方について大きな差異が存する点に注意する必要がある。この点については、三井正信「公正評価義務論の意義・射程と限界(三・完)」広島法学二六卷四号(二〇〇三年)一三二頁注(27)参照。
- (8) 下井・前掲注(2)書一三五頁。
- (9) 八代・前掲注(3)書八五頁以下。
- (10) 大竹・前掲注(3)書五三頁以下、同「労働経済学入門」(一九九八年、日経文庫)七四―七五頁。
- (11) 解雇規制の法的根拠をめぐる新たな諸学説を総合的かつ批判的に検討する先行業績として、大内伸哉「解雇法制の“pro veritate”」大竹||山川||大内(編)・前掲注(6)書二三八頁以下、根本到「解雇制限法理の法的正当性(上)」労働法律旬報一五四〇号(二〇〇二年)三六頁以下などがある。なお、従来の解雇規制法理が一定の歴史的文脈のなかでその時代の社会的な思想・背景に規定され

ながら形成されてきたものであることを検討しつつ、それらの現代的变化に対応した新たな解雇規制の方向性を模索するものとして、水町勇一郎「雇用調整の法」日本労働研究雑誌五一〇号（二〇〇二年）七一頁以下。水町助教授の述べる今後の方向性は明確性と具体性を欠き賛成できないが、従来の解雇規制の正当化根拠の現実的妥当性をめぐっては鋭い検討・分析がなされている。

- (12) 土田道夫「解雇権濫用法理の法的正当性」日本労働研究雑誌四九一号（二〇〇一年）四頁以下。なお、土田教授が依拠する内田教授の理論（関係的契約論及び継続性原理・柔軟性原理）については、内田貴『契約の時代』（二〇〇〇年、岩波書店）参照。ちなみに、内田・同書二四三—二四四頁は、「継続性原理は、契約の継続性に対する当事者の合理的な期待を保護し、恣意的な契約の解消を制限する原理である。柔軟性原理は、変化に対して、柔軟に契約条件を修正することを求める規範である。」と述べたうえで、「継続性原理や柔軟性原理を肯定することが、今日の世界の契約法における新たな潮流になりつつあると私は考えている。今日主張されている規制緩和論は、このような流れに逆行するものなのである。」と論じている。

- (13) 例えば、土田道夫『労務指揮権の現代的展開』（一九九九年、信山社）などを参照。

- (14) 土田・前掲注(12)論文四頁。

- (15) 内田貴「現代契約法の新たな展開と契約法学」法律時報六六巻八号（一九九四年）三一頁。

- (16) この点については、下井隆史「労働契約法における基礎理論的問題をめぐって」日本労働法学会誌四二号（一九七三年）四四—四五頁。

- (17) 大内・前掲注(11)論文二四〇頁、根本・前掲注(11)論文三七頁。

- (18) 土田道夫「解雇権濫用法理の正当性」大竹川山川大内（編）・前掲注(6)書一〇六頁以下。なお、同論文は、土田・前掲注(12)論文を大幅に改稿したものである。

- (19) 民法六二七条一項が労働者の人身の自由や労働者の利益のために片面的強行規定性を有すると解されることについては、青木宗也Ⅱ金子征史『改訂』労働関係法（一九九四年、日本評論社）三三二頁、安枝英紳Ⅱ西村健一郎『労働基準法』（一九九六年、青林書院）四九三頁などを参照。ちなみに、労働者における戦略的転職志向の増大などの近年の傾向からしても継続性原理を強調しすぎることは問題があり、労働者側からみて雇用関係の継続性（雇用関係を継続するか否か）は、あくまで労働者の自己決定にかかっているというべきであろう。

- (20) 土田・前掲注(12)論文一一—一二頁。

- (21) 内田・前掲注(15)論文三〇一三二頁。
- (22) 山本敬三『民法講義Ⅰ』(二〇〇一年、有斐閣)一〇三頁。
- (23) この点については、金子勝『経済の倫理』(二〇〇〇年、新書館)二二三頁以下、水町・前掲注(11)論文七三三頁などを参照。なお、そもそも内田説については、専ら解釈論的に共同体規範の吸い上げのみを強調・重視するにすぎず、現実の労使関係に対するリアルな考察と批判的分析の視点を欠いている点に大きな問題が存するといえよう。
- (24) 内田・前掲注(12)書一五五頁。
- (25) 内田・前掲注(12)書一五四—一五六頁、二四八頁、同「雇用をめぐる法と政策」大竹Ⅱ山川Ⅱ大内(編)・前掲注(6)書二二二頁。
- (26) 労働者雇用安定化機能と使用者裁量権容認機能のトレード・オフ関係については、土田・前掲注(2)論文三二頁以下。なお、実際、内田・前掲注(12)書一二〇頁以下は、継続性原理とセットになった柔軟性原理の観点から使用者の大きな一方的労働条件変更権限を認める判例の就業規則不利益変更法理を評価している。
- (27) 同旨、大内・前掲注(11)論文二四一頁。
- (28) この点については、道幸・前掲注(3)書一六四頁以下、同「自己責任といわれても」賃金事情二三一四号(一九九八年)四二頁以下参照。
- (29) 例えば、時間外義務の法的根拠について争点となった日立製作所武蔵工場事件・最三小判平三・一一・二八労判五九四号七頁は、就業規則の残業義務づけ条項により使用者の労働者に対する広範な時間外労働命令権(即ち、労働者の時間外労働義務)を導き出しているが、このような判旨はまさに使用者の命令一つで労働者のアフターファイブ、従って私生活の自由が失われることを意味するものであり、労働者の自立・自己決定を大きく妨げる結果となっているといえよう。この点について、詳しくは、道幸・前掲注(3)書一六八頁、一九六頁以下参照。
- (30) 八代・前掲注(6)論文二二四頁。
- (31) 現代契約論の諸潮流に関しては、山本・前掲注(22)書一〇二—一〇四頁参照。
- (32) 例えば、内田・前掲注(12)書一五八頁は、関係的契約規範Ⅱ共同体の内在規範の吸い上げという前提を踏まえて、「内在的規範の吸い上げは、それが納得を生み出すがゆえに行われている。納得の正当性は、直接的には共同体の道徳的直感に求めるほかない」と述べているが、これは法的根拠付けとしてはあまりにも曖昧であって明確性を欠き十分な説得力を有するものとはいえないであ

ろう。

(33) 村中孝史「日本の雇用慣行の変容と解雇制限法理」民商法雑誌一一九巻四〇五号(一九九九年)一〇八頁以下。

(34) この点については、土田・前掲注(12)論文五頁、同・前掲注(18)論文九三頁参照。

(35) このような主張を行う論者として、フランスのシュピオがいる。シュピオ説について詳しくは、三井正信「労働法の新たなパラダイムのための一試論(四)」広島法学二六巻一号(二〇〇二年)八七頁以下、水町勇一郎『労働社会の変容と再生』(二〇〇一年、有斐閣)二一一頁以下参照。また更に、水町・同書二二二頁以下は、併せて、近代「労働」概念を批判し「労働」を縮減して(労働中心社会から離脱して)これに代わるべき新たな人間社会を追求すべきことと主張するメーダ(D. Meta)の議論も紹介しているが、このような考えからすれば人格権に解雇規制の正当化根拠を求める村中説は更に一層妥当性を欠くものと解されることになる。ちなみに、メーダがかかる主張をなしている文献の翻訳書として、ドミニク・メーダ『労働社会の終焉』若森章孝・若森文子・訳(二〇〇〇年、法政大学出版社)がある。

(36) この点については、道幸・前掲注(3)書二〇三頁参照。道幸教授が同書で指摘する使用者の「カード」は、まさに企業の社会的権力が濫用された場合に、「人格的従属」を生み出す危険性を有するものと捉えることができよう。

(37) かかる危険を指摘するものとして、大内・前掲注(11)論文二四二頁。

(38) 大内・前掲注(11)論文二四一―二四二頁、根本・前掲注(11)論文三七頁。

(39) 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・西谷敏(編)『現代社会と自己決定権』(一九九七年、信山社)二二九頁。

(40) この点に関連して、例えば、水町・前掲注(11)論文を例にとれば、同論文は時代的变化に適合すべく従来の解雇規制をめぐる考え方から「これからの歴史的・社会的文脈に見合った」新たなものへと転換を試みる近年の意欲的業績として大いに注目されるが、まさに古いものから新しいものへ移行することに力点が置かれ、両者の差異の背後にある共通点ないし普遍的特徴・核心を「労働法」的見地(「何故労働法なのか」)から探ろうとする視点、あるいは古いものと新しいものを労働法的基礎から関連づけて検討しようとする視点が比較的弱くなっている(具体的にいえば、新たな解雇規制の必要性根拠を「個人の情報・能力の限界と社会的価値選択の必要性」に求めるにすぎない)点、及びそのために統一的な解雇規制のヴィジョンを示せていない点に大きな問題が存しているように思われる。

* 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。