

# 準解雇の法理 (二)

- 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 (以上本号)
  - (三) 判例の検討
  - (四) 小括
- 四 新たな法理の構築へ向けて
- 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

三井正信

## 二 何故「解雇」なのか(承前)

### (一) 解雇規制の法的根拠(承前)

#### (3) 企業の社会的権力コントロールの理論

##### (ア) 解雇規制の法的正当化根拠としての憲法二七条二項

では、解雇規制をめぐる法的根拠(正当化根拠)の本質は何に求めるべきなのか。

まずは憲法上の根拠を探ることから議論をはじめてみよう。憲法は二七条と二八条において労働法の直接の基礎を提供しているが、これまで解雇に関しては(社会権の総則的規定である二五条の生存権と並んで)二七条一項の労働権が援用されるのが通常であった。<sup>①</sup>しかし、(1)で検討したように、現在では(生存権やそれに依拠した)労働権による正当化は必ずしも十分な妥当性と説得力を有しなくなってきた。では、解雇規制に関してはもはや憲法による正当化はなし得ないのだろうか。そうとはいえないであろう。労働法の基礎はあくまで憲法二七条と二八条であり、この場合、従来は解雇に関して何故かほとんど言及されず、そしてまた非常に単純なことなのだが、以下で詳しく述べるように、労働条件法定の原則を定めた憲法二七条二項を解雇規制の法的正当化根拠として援用することができる<sup>②</sup>と考えられる。

##### (イ) 憲法二七条二項と使用者の権力制限

憲法二七条二項は労働条件法定の原則を宣言しているが、この条文の射程は何も労働条件の最低基準の法定のみに限られるものではない。確かに、この条文に基づいて制定された労働者保護法の基本法である労働基準法は、労働条件の最低基準を法定し(一条二項)、これを行政監督(九七条以下)と刑罰(一一七条以下)、そして強行規定(労働基準

法の私法的効力については一三条参照)によつて使用者に強制するという性格を強く有している。しかし、労基法のなかには、それ以外の趣旨を有する規定も含まれているのであり、例えば、労基法三条から七条まで、そして一四条から一八条までは(不十分ながら)労働者の人権を擁護する趣旨で設けられていると解される。これらは、企業が労働者個人を遙かに凌駕する社会的経済的力を有する社会的権力であつて、かかる権力は労働者に対して濫用される危険があり、従つて社会的権力たる企業の前では労働者の人権が侵害されるおそれが常に存するためこれを防止する必要がありとの認識に基づいているといえよう(社会的権力からの人権保護装置としての労働基準法)。

また、労働基準法のなかには過半数代表制(例えば、二四条一項、三六条一項、九〇条など)や労使委員会(三八条の四)に関する規定も置かれている。これらは、①事業場の必要に応じて、賃金や労働時間に関して、労基法の規制に抵触する措置をとる(例えば、使用者が賃金から控除を行う、労働者に法定労働時間を超える時間外労働を命ずるなど)か、あるいは労基法の原則とは異なる制度を実施しようとする(例えば、変形労働時間制や裁量労働制などを実施する)場合に(換言すれば、労基法の原則から離れようとする場合に)、それによつて使用者が不当に権力を行使することになつて労働者に悪影響が生じることがないか否かをチェックするために、あるいは②事業場の労働条件(の最低基準)を定めるとともに労働契約内容となることにより業務命令権の根拠ともなり労働者に大きな影響を及ぼす可能性を有している就業規則の使用による作成・変更が妥当なものかどうかをチェックするために、代表を通じて従業員集団をこれらの問題に関与させようとする趣旨であろう。要するに、これらは従業員の集団的関与を通じて、使用者⇨企業の社会的権力の行使を国家が制限・コントロールないしはチェックしていることになる(社会的権力制限・コントロール装置としての労働基準法<sup>3)</sup>)。

翻つて、労働条件の最低基準の法定をみても、労働者の生存権の確保のみならず、労働条件決定において使用者⇨

企業の不当な権力行使を排除・抑制し公正な労働条件を確保する（あるいは労働条件を労働者の真の自己決定のレベルに近づける）という趣旨においても理解することが可能であろう。<sup>(4)</sup>

以上からすれば、憲法二七条二項の法意は、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不当な社会的権力の行使を抑制・制限し、②併せて企業によるその他の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ることができる（設けなければならない）というものであるといえよう。

では、何故、使用者の社会的権力を法的に制限する必要があるのでしょうか。それは、時代や社会経済状態の変化にもかかわらず企業の社会的権力性が一貫して労働関係に普遍的・構造的特色を添えており、それが具体的には次のA・B二つの局面において問題となると考えられるからである。

労働関係は契約関係Ⅱ債権関係であり、本来、私法関係の一般原則である私的自治や契約自由の原則が妥当すべき領域といえる。しかし、労働者個人を遙かに凌駕する社会的経済的力を有する企業Ⅱ社会的権力の前では労働者は（単純に情報や交渉力の格差のみには還元できない）構造的かつ継続的な従属関係の下に置かれているため、企業内では私的自治や契約自由の原則（取引の自由）が形骸化してしまうおそれがある。そこで、労働関係においては一定の法的装置（労働者保護法）を制定し企業の社会的権力を適正な範囲内に制限することによってその行使を公正なものとし、私的自治・契約自由の原則（取引の自由）を実質化させ労働者の自己決定を実現する必要があるといえよう（A）。しかし、それだけではいまだ不十分であって、私的自治・契約自由の原則を実質化し自己決定を確保するためにはその前提として、労働者が企業に対し自立的かつ自律的に独立・対等の立場で自己決定をなし得る契約主体性・交渉主体性を確保することが必要・不可欠となるが、このような主体性は社会的権力の前では常に形骸化したり損なわれたりする危

機ないし危険性にさらされ、場合によっては社会的権力に押しつぶされる可能性すら存しよう。従って、労働者保護法を設けてこれを企業の社会的権力（の不当な行使・濫用）から労働者の自由を確保・擁護するための防壁となし、契約主体性の基本的要素・属性をなすと考えられる労働者の自由・自立・自律・個人の尊厳・人権・人格権・アイデンティティーなどを擁護することも重要となるのである（B）。要するに、「権力対個人」をめぐる問題が労働契約及び労働関係において本質的かつ普遍的に存在しており、企業の権力（の行使）を労働力取引に関する債権関係の形成・展開をめぐる適正かつ公正・妥当な領域内・範囲内に制限することによって（つまり、企業の社会的権力が契約関係や契約交渉（取引）関係の範囲・性格を超えて不当に行使されないようにすることによって）、それが生じさせ得る弊害を除去・軽減して私的自治や契約自由の原則を実質化するとともに、労働者の取引主体性を確保することが基本的課題となるといえよう。ちなみに、憲法が以上の問題意識を有するとするならば、当然のこととして、その前提として、そもそも憲法は使用者の不当な権力行使や権力の濫用は抑制されるべきであるとの一般的価値判断を行っているといつてよく、従って、このことは、換言すれば、かかる権力の不当な行使や濫用は公序に反するとの法的評価をもたらす（即ち、企業の社会的権力に抗して私的自治・契約自由の原則の実質的妥当性と労働者の取引主体性を維持・確保することが公序をなすことを意味しよう。とすれば、これまで述べてきたことをまとめれば、憲法は国家が設ける法的装置によってかかる公序違反を排除・抑制して（即ち、公序を確立・確保して）、労働者の取引主体性を擁護し、労働関係において私的自治・契約自由の原則を実質的に妥当・貫徹させようとしていることとなる。<sup>(5)</sup>

以上は労働基準法の構造をみても明らかであり、Aが労働条件の最低基準の法定と労働条件労使対等決定の原則に、Bが労働者の人権保護規定に対応するといえ、また過半数代表制や労使委員会はA・Bともに関係するといえよう。特に、Aに関していえば、かつて労働者の経済的地位が低い時代においては、使用者の権力行使（濫用）が弱者である

労働者の生存権を脅かす（労働者が生存権的自己決定を行うことを妨げる）形で具体化ないし現象した（即ち、労働者が使用者に「買いたたかれる」ことよって劣悪・低劣な労働条件を押しつけられるとともに過酷な労働を強いられた）ため労働者の生存権擁護が労働法の理念とされたのであるが、その根底には使用者の社会的権力制限という普遍的基礎が存していたのである。<sup>(6)</sup>従って、時代や社会経済の変化にともなう労働者の地位も変化・向上し、たとえばはや生存権理念が雇用社会の現状に適合しなくなったとしても、労働者が社会的権力によって不当な圧力を受けたり、押しつぶされたり、あるいはその濫用の弊害にさらされたりする危険性が存すること（要するに、「権力対個人」の構図）それ自体に変わりはないといえよう（変化したのは、あくまで社会的権力が濫用された結果、労働者に生ずる影響ないしは弊害・悪弊の現象形態であり、現在においてはかかる影響等が従来のような生存権に関するものとは異なる形で現象するケースが多くなっているのである）。要するに、時代や社会経済の変化にともなう大きく変化する労働者の地位や（社会的経済的）状態に主として専ら焦点をあてるのではなく、まず第一に、一貫して普遍的な性格を有すると考えられる企業の社会的権力性（要するに、現象形態はともあれ労働者に大きな影響・弊害を生ぜしめる原因）に注目しそこから考察をスタートすることこそが問題の根本となるのである。

(ウ) 憲法二七条二項と解雇権濫用法理

そこで、以上の論旨を踏まえ、これを具体的に解雇にあてはめて考えてみよう。

まず、第一に、形式的にみても、解雇を含む雇用関係の終了（退職）は憲法二七条二項にいう「勤労条件（労働条件）」に含まれると解され、従って、これに関する法律の定めが必要となる。<sup>(7)</sup>しかし、問題は単にかかる形式的根拠を提示することだけにはとどまらず、解雇に関する次のような実質的・本質的な考察も重要となろう。

既に(一)でも述べたように、民法六二七条一項は雇傭契約の解約に關し契約兩当事者に解約の自由を認めているが、

これは形式的自由平等の観点から労使に対等の自由な解約権を与えたものである。しかし、菅野教授が述べるように、「実質的な意味での『解雇の自由』は、このように労使双方に平等に認められてきた市民法上の『解約の自由』が労使の実質的不平等性によって使用者の強大な権限に転化したものであると表現することができる<sup>(8)</sup>」と解されるのである。これは、まさに解雇権が企業の大きな社会的権力の一環(構成要素)をなしていることを示すものといえよう。実際、解雇は、その実体は、単なる契約の解約というよりも企業からの放逐(のための権力行使)にほかならず、かかる権力的放逐によって(必ずしもすべての場合においてではないにしろ多くの場合において)労働者に追放された者(被追放者)としての(マイナスの)烙印押しを行うことによって一定の社会的ステイグマを生じさせる(その結果、労働者に対して再就職を困難にするなどの不利益を生じさせる)おそれがあり、また、一般に、解雇や解雇の脅威は、以下でみるように私的自治や契約自由の原則を歪めるとともに、労働者の取引主体性を動揺せしめ、これを極めて弱いものとするか損なわせる危険性(要するに、公序違反をもたらす危険性)を有するといえよう。従って、解雇や解雇の脅威はそれが帶有する社会的権力性によって一定の重大な危険や弊害・不利益を労働者にもたらす可能性を有するが故に、解雇に関する社会的権力の行使を適正かつ公正・妥当なものとすべく(即ち、公序に反しないものとすべく)解雇規制の問題が憲法二七条二項の領域内に入ってくることになるのである<sup>(9)</sup>。

この場合、実は、解雇やその脅威にともなう労働者が被ることになる不利益につき、(2)で批判的に検討した人格権説や自己決定権説が述べるように、労働者の人格的従属や労働条件をめぐる自己決定(このなかには労働者が生活できる労働条件を自己決定するという生存権的自己決定も含めて考えるべきであろう)の阻害・歪曲・侵害が問題となる事態(例えば、解雇の脅し・脅威によって、労働者の真意と大きくかけ離れた(低い)労働条件が決定される結果となるとか、労働者が一定の自己決定を断念するとか、労働者が意に添わない労働、あるいは人間の尊厳を傷つけられる労働を強いられるとか、使用

者の言いなりになるとかなど)が生じ得る可能性が存することも事実であり、これらが不利益の重要な部分を占める場合があることも必ずしも否定できるものではない。しかし、これらの問題についてもまずストレートに解雇に結びつけて論ずるのではなく、あくまで一度、企業の社会的権力性をめぐる問題の総合的文脈のなかに位置づけ捉え直したうえで検討を加える必要があるように思われる。即ち、解雇やその脅威がというよりもむしろ端的に企業の社会的権力の濫用ないしその不当な行使(例えば、配転、出向、業務命令、長時間労働、低賃金、企業内いじめ、職場八分、仕事を与えないことなど多様なものが考えられる)が人格的従属や労働者の自己決定の侵害をはじめとする(契約主体性に関わるものも含めた)重大な影響・不利益を労働者にもたらす危険性を有しているため、その抑制・制御やコントロールを必要とするのであって、従って社会的権力の法的コントロールの一環としてその重要な構成要素をなす(あるいはその一現象形態である)解雇に対しても(それ以外の問題ある権力の行使形態と並んで、しかしあくまでそれに即した形で)規制を行うことが必要となるのである(この視点を欠いていたため人格権説と自己決定権説は解雇を論ずるのみで準解雇の事例に対する有効な対処法を示すことができなかつたという限界を有していたといえよう)。ちなみに、以上で言及した人格的従属や自己決定の侵害は、換言すれば、使用者の権力による私的自治や契約自由の原則の形骸化と労働者の契約主体性に対する侵害の一徴表にほかならず、その意味で人格権説や自己決定権説は本質の一端を衝いていたとも考えられるのだが、しかしながら、その問題把握の視点は狭く、更にそれらの学説が説くところ以外にも解雇や解雇の脅威にともなう労働者の自己決定や自立・自律を損なう形の不利益は広く存し得るのである(例えば、確かに労働条件については自己決定できたものの、解雇の脅威が圧力となって労働過程において自立的な働き方が損なわれたような場合や、解雇の脅威によって労働者が市民的自由を行使できずあるいは職場における人権侵害に抗議や異議申立をなし得なかつたような場合など)。

また、解雇は、より広く、①労働権の行使(雇用を継続するかどうか)とキャリア形成・展開をめぐる労働者の自己



決定や、②労働者のワーキングライフにともなう形成される（労働者と家族の）ライフスタイルや私生活に関する自己決定（このなかには住居や家族生活などの生活基盤形成や雇用されて労働することによって糧を得ることで生活を支えようという生活設計をめぐる自己決定も含まれる）といった労働者の取引主体性をめぐる法的基礎・基盤にも大きな影響を生じさせることになる。まず、①は労働者が取引主体として使用者と労働条件等の交渉を行う前提的基礎（＝雇用関係・労働関係を設定するという意味で重要なのであるが、これについては次の点が焦点となろう。確かに、労働者にとって就職（労働契約の締結）も退職もともに職業選択の自由（憲法二二条一項）及び労働権（憲法二七条一項）を行使することを意味し、使用者にとつては採用（労働契約の締結）も解雇も経済的自由（憲法二二条一項・二九条）の権利行使を行うという側面をもつ。しかし、解雇は、労働者にとつては、自らの意思による退職とは異なり、使用者の権利（＝権力）行使によつて職業選択の自由や労働権の行使及びそれをめぐる自己決定が阻止・制約されることを意味することとなるのである。また、②も労働関係の展開を支える生活的基礎を確立するという意味で重要なのだが、これについても使用者の憲法二二条一項・二九条の権利行使によつて労働者の自己決定権（憲法二三条）の行使（ライフスタイル・私生活をめぐる自己決定）が阻止・制約されるという同様の問題が生じ得るのである。まさに以上の点において企業＝社会的権力によつて個人の自由が制約されるという「権力対個人」をめぐる基本的問題が現われており、従つて当然に使用者は権利（＝権力）を行使するにあたり労働者の自由や自己決定に配慮し、かかる権利行使の公正さ・適正さが保持・確保されるよう留意すべきことが要請されるといえよう。<sup>(10)</sup>

それ故、以上からすれば、菅野教授が先に引用した部分に続けて「この解雇の自由は、解雇が労働者に与える重大な不利益のゆえに、種々の規制に服している」と述べるように、まさに解雇規制の必要性に服することになる。

以上の考察を踏まえて考えれば、憲法二七条二項に基づいて（使用者の他の諸々の不当な権力行使の態様ないし類型と

並んで) 解雇を規制する法的装置を国家が設けることが必要となるといえるのだが、実は、平成一五年(二〇〇三年)の労基法改正(ちなみに、本稿の(一)の最終校正段階(六月頭初)ではまだ改正案が国会で審議中であり、記述にあたっては衆議院で修正がなされる前の法案に依拠して論述を行っていたが、その後、元の法案の内容に修正が加えられたのち六月二七日に改正法が参議院本会議において可決、成立したため、この(二)では成立した改正法に即して記述を進めている)によって「解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする」と規定する一八条の二が新たに設けられるまでは、解雇を一般的に規制する実定法規定は存しなかったのである。従って、この改正は一般的な解雇規制の法的装置を設けた点において大きな意義を有するのだが、ではそれまでは解雇に関しては憲法二七条二項に抵触する法状態にあったと考えるべきなのであるか。実定法秩序と憲法規定とはできるだけ調和的に解されるべきであり、そうすると二七条二項のいう「法定」とは労働関係において企業の社会的権力を規制すべき法的装置が存しない場合にはこれを設ける必要があるが、たとえ正面からそれに対処すべき労働関係に固有の法的装置が設けられていなくとも、既に他に使用者の権力規制のために利用できる何らかの法的装置が存するならば、これをもって「法定」の要件が充たされており、従って、労働関係におけるその活用が要請されることになるかと理解すべきであろう。これまで労基法などの労働者保護法においては解雇を正面から一般的に規制する法規定はなかったが、制定法たる民法の一条三項(権利濫用の禁止)を解雇規制のために用いることで以上の要件を充たし、何とかかろうじて憲法に抵触する状態を回避することができたと考えられる。とすると、解雇権濫用法理は企業の社会的権力の制限に関する憲法的基礎・基盤を有していたことになり、これを大きく緩和することは憲法の問題を生じさせることになる。

しかし、民法一条三項の活用はあくまで便法にすぎず、従って、労基法一八条の二の新設が意義を有するとはいえず、

依然としてこれまでの法状態(解雇権濫用法理)を確認をするにとどまるのみで、そこから先へ更なる展開をみない段階にあることは極めて不十分と解されるのであって、憲法二七条二項の法意に照らして大きな問題があろう。<sup>(12)(13)</sup>

以上をまとめれば、解雇規制の正当化根拠は憲法二七条二項に求めることができ、その基本趣旨は、解雇権が使用者の大きな権力と化しており、それから労働者を擁護するため、使用者の権力制限の一環として解雇権の行使を法的にコントロールする必要があるという点に存するのである(企業の社会的権力コントロールの理論<sup>(14)(15)</sup>)。とすると、準解雇にあたる事例についても使用者の権力が不当に行使されあるいは濫用された結果としての雇用関係の終了(使用者主導による労働関係の終了<sup>(16)</sup>)がみられる点において解雇と何ら変わりはなく、従って解雇と同様に法的規制を加える必要性と法的正当性が存することになるといえよう。しかも、解雇だけを規制するのでは、既に(2)(イ)(iv)や一(二)(1)でみたように使用者がそれを回避するためにかえって準解雇の事例を引き起こす可能性が生ずることにもなりかねず、法的対処としては不十分となろう。ちなみに、付言すれば、準解雇を問題とするのであれば準解雇を引き起こす使用者の不当な圧力・退職誘導措置それ自体も併せて同時に規制する必要が生じてくるが、これについては四で準解雇の法理を検討した後に五で就労請求権に関連させて使用者の職場環境配慮義務の問題として論ずることとする。

## (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

さて、先に(一)(3)(ウ)で引用した菅野教授の見解は極めて的確かつことの本質を衝いた説示であり、解雇の法的規制の必要性を説得力をもって提示するものといえよう。

しかし、この見解は使用者に起因する労働契約の終了に関して、あくまで専ら法的な視点から契約の解約に焦点をあて、本来は自由な解約権が解雇権という「使用者の強大な権限」に転化することを説くにとどまるものといえよう。使用者の主導のもとになされる契約の終了が問題となる以上、それは企業の権力がどのように強大なものとなろうと

も(そしていくら不当で濫用的なものであっても)法的に解約権の行使という法律行為の形(即ち、法的な権限の行使という形)をとってなされるという素朴な(しかし、法学者としては当然の)基本的発想・前提(「使用者主導による労働関係の終了」<sub>II</sub>「解雇」の原則)を出発点としていたのである。意識的にしろ無意識的にしろ他の学説も多かれ少なかれ同様の発想・前提に立脚してきたと考えられる。以上が、一般的にいつて、従来(あるいはこれまで)、専ら(あるいは主として)解雇のみが(解釈論のみならず立法論においても)法的規制の対象と考えられ議論されてきた(そして、今年の労基法改正においても「解雇」のみが規制対象とされ解雇権濫用法理を確認する条文しか設けられなかった)ことの主要かつ根本的な理由・原因であると推測されよう。

しかし、近年、リストラや経済競争の激化などにより企業が労働関係の終了へ向けてその社会的権力を法的な権限を超えてなりふり構わず行使するという状況が一部ではいえ広くみられるようになってきており(即ち、法的な権限<sub>II</sub>「解約権の行使」という形態をとらずに企業内いじめや人格権侵害をはじめとする多種多様な不当かつ陰湿な退職誘導(追い出し)行為を行う傾向がみられるようになってきており)、これがまさに準解雇にあたる事例を多く生じさせているといえよう。要するに、解雇も準解雇もともに使用者の強大な権力行使による労働関係の終了(使用者主導による労働関係の終了)にほかならず、従って、解雇を法的に規制すべきならば、併せて同様に準解雇についても、不当な退職誘導を理由とする不法行為(あるいは後に三(二)(2)及び三(三)(2)で詳しく検討するように職場環境配慮義務違反の不法行為ないしは債務不履行)による対処(損害賠償請求の容認・損害賠償構成)のみならず、労働者の辞職や合意解約を無効となし得る法的規制(無効構成)が必要になると考えられる<sup>18)</sup>。ところが、先のような使用者による契約の解約(解約権の行使)のみを主として専ら問題とする発想に依拠した解雇規制の必要性をめぐる説示では、準解雇にあたる事例を有効に規制するための視点が抜け落ちることになるため、企業が法的な権限を越えて社会的権力の不当な行使<sub>II</sub>「不当な圧力・退職誘導を行っ

た結果として労働者が辞職あるいは合意解約の意思表示をなすに至ったことによる雇用の終了(＝解雇という形態をとるのではない使用者主導による労働関係の終了)を無効とすることができず、従って菅野教授に代表される従来の発想法にとどまる限りでは、準解雇の事例に対する実効的かつ説得的な対処法・対処策を提示できない結果となってしまう可能性やおそれがあるといえよう。<sup>19)</sup> まさにこの点に従来の何故解雇規制が必要なのかをめぐる議論の大きくかつ重大な理論的限界がみられるのである。

(1) 例えば、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、片岡昇『労働法(1)第三版補訂』(一九九八年、有斐閣)八五―八六頁、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)三三四頁など。

(2) 筆者が既に簡潔に憲法二七条二項説を示したものととして、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)『現代民法法改革の動向』(二〇〇一年、成文堂)二二二頁。ちなみに、筆者は解雇規制の一般的根拠として憲法二七条二項に依拠すべきことを主張するとはいえず、何も同条一項の労働権を解雇規制の正当化根拠として援用できない(援用すべきでない)との主張をなすものではない。例えば、使用者の解雇が依然として労働者の労働権を侵害する態様のものであるような場合には、憲法二七条二項に加えて、併せ一項も解雇規制の根拠として援用できると考えている。

(3) 以上については、三井正信「公正評価義務論の意義・射程と限界(二)」広島法学二六卷三号(二〇〇二年)一八七頁以下。なお、併せて、三井正信「労働組合の将来と労働者の利益代表システム」労働法律旬報一四九五―一四九六号(二〇〇一年)七八頁も参照。なお、私見と同様の観点から労使委員会の必要性を論ずるものとして、浜村彰Ⅱ唐津博Ⅱ青野寛Ⅱ奥田香子『ベーシック労働法』(二〇〇二年、有斐閣)一五六頁〔青野執筆〕。

(4) この点については、西谷敏『労働法における個人と集団』(一九九二年、有斐閣)八六頁以下、同「労働契約論と労働法の再構築」法律時報六六卷二号(一九九四年)四―五頁、同「労働法における自己決定の理念」法律時報六六卷九号(一九九四年)三一頁、同「労働法規制緩和論の総論的検討」季刊労働法一八三号(一九九七年)一五頁、同「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)二三八頁以下など一連の西谷教授の業績を参照。

- (5) 三井・前掲注(2)論文二四〇頁以下。なお、労働組合や労働団体法につきこの旨を述べるものとして、三井正信「労働組合と労働者の自己決定」法律時報六六巻九号(一九九四年)七二頁。ちなみに、樋口陽一「憲法 改訂版」(一九九八年、創文社)一七八頁は「諸個人の人権を中心におく見地からすれば、巨大法人が大きな社会的役割を演ずるようになってきている今日だからこそ、『法人の人権』ではなくて法人からの人権が問題とされる必要がある」と、また同書一八六頁は「二〇世紀に入って、ある意味ではふたたび、私的自治が実質的な不自由と不平等をもたらすという状況に当面して社会的権力からの自由の回復という課題が、意識されることになる」と述べ、労働基本権を社会的権力からの自由の確保のための条文Ⅱ国家介入と捉えているが、二七条二項の労働条件法定の原則も同様の見地から理解すべきであろう。
- (6) この点については、三井・前掲注(2)論文二四〇―二四二頁、同「労働法の新たなパラダイムのための一試論(一)」広島法学二四巻二号(二〇〇〇年)五〇―五二頁参照。
- (7) 労働基準法三条に関してであるが、解雇が同条のいう「労働条件」に含まれることは通説・判例の立場と違ってよい。この点について詳しくは、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。
- (8) 菅野和夫『労働法 第六版』(二〇〇三年、弘文堂)四五二頁。なお、これは同書の初版(一九八五年)以降の一貫した論述である。
- (9) この点については、三井・前掲注(2)論文二一五―二一六頁、二二二頁。
- (10) ちなみに、大内伸哉「解雇法制の“pro veritate”」大竹文雄Ⅱ大内伸哉Ⅱ山川隆一(編)『解雇法制を考える』(二〇〇二年、勁草書房)二三八頁以下は、解雇の自由と辞職の自由につき本稿の本文と同様の憲法的根拠を示して両者を契約の自由というより上位の原則のコロラリーであると位置づけつつ(従って、おそらくは両者を法的に対等のものと評価し性格づけつつ)も、①外部労働市場において転職をサポートする制度が未整備である現状からみて労働者が解雇された場合の不利益が不当に大きいこと、②労働者の企業社会への取り込まれ方いかんによっては雇用継続への期待が合理的なものと判断されることの二点を使用者の解雇の自由を制限する根拠として挙げている。しかし、そこには使用者の権力制限という発想はまったくみられず、しかも①、②をめぐる状況次第では(即ち、状況が変化すれば)解雇規制の根拠が弱まり得る可能性が存するとの指摘をなす点、そして解雇規制の法制化に反対し、かつ解雇問題を手続的ルールを重視して労使の自治的解決に委ねるべきことを説く点において、かかる見解は重大かつ根本的な問題をはらんでいるといえよう。

(11) 菅野・前掲注(8)書四五二頁。

(12) なお、当初衆議院に提出された労働基準法改正案の一八条の二は、正面から企業の社会的権力を規制するというスタンスをとるのではなく、これまでの判例による解雇権濫用法理を確認しつつも原則論としてまず最初に「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」と述べ、使用者の権利＝権力行使の承認を正面に据えるという構造になっており、憲法二七条二項の法意に照らして重大な問題点を含んでいたと考えられる。しかし、衆議院の審議過程の調整においてこの部分が削除される形で法案が修正されて参議院本会議で可決、成立し(平成一五年六月二七日)、解雇権濫用法理がストレートに表現されることになった。確かに、この点は修正前の法案に比べ一歩前進といえるが、しかし、本文でも述べたように、これまでの解雇権濫用法理はあくまでも便法にすぎず、使用者の権力制限の観点からする解雇の一般的規制であるならば、本来、解雇には正当事由を要し、正当事由なき解雇は認められないとの方向で対処すべきであったといえよう。ちなみに、本稿の(一)では当初衆議院に提出された修正前のもとの議案に依拠して執筆を行ったが、それを前提にして一の注(1) (広島法学二七巻一号(二〇〇三年)六一頁)で言及し後に行うことを予告した(当初の)法案の問題点の指摘は、結局、法案が修正されて成立したためこの注(12)のような形をとることとなった点をお断りしておく。

(13) なお、(労基法一八条の二の新設以前に問題となった)既存の法的装置の活用による解雇規制についてであるが、民法一条三項に依拠した解雇権濫用法理のほかに、憲法二七条二項に照らせば使用者の不当な権力行使が公序良俗に反すると評価され得る余地が存在することを踏まえて、客観的に合理的で社会的に相当な理由のない解雇は民法九〇条違反(公序良俗違反)で無効となるという法的構成も可能であったといえよう。しかし、民法六二七条一項が正面から使用者の自由な解約権を認めていることからすれば、権利はあるのだけれども一定の場合にはそれが濫用となり許されないと説くことにもかなりの合理性が認められることは事実である。要は、いかなる法的構成・手段に依ろうとも、結論的に、公序が確保・実現された状態が作出されることが重要であるといえよう。

(14) かつて、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)五〇頁は、民法六二七条により使用者は解約告知の全き自由を有するが、「雇用＝労働契約関係は何よりも企業と労働者の関係である。企業とは今日、言葉の正しい意味においては、そのすべてが「公共的性格」をもつものとしての責任を課せられるべき「社会的権力」である。それゆえ、使用者の解雇権が認められるとしても、それはもはや、そのような全き自由としてではなく、実質的な存在理由をもつも

のとしてのみ認められるべきものである。この意味において、解雇には合理的な相当理由を必要とするといわなければならない。」と述べ、解雇規制の正当化根拠として既に企業の社会的権力性に注目していたが、その基礎に企業の公共的性格を置いている点(そして何故社会的権力が制限されるべきかの根拠付けに弱さ・不十分さがみられる点)に根本的問題が存しているように思われる。むしろ、規制緩和やグローバリゼーションが進展し市場原理が重視される現在においては企業の私的・営利的性格こそが強められており、暴走する私的権力をいかに制限・コントロールするかという側面こそが重要といえよう。なお、この点については、村中孝史「日本の雇用慣行の変化と解雇制限法理」民商法雑誌一一九巻四四五号(一九九九年)一三一頁も参照。

(15) このような企業権力制限の観点から解雇規制法理を論ずるものとして、フランスのカメルランク(G. H. Camerlynck)やイギリスのコリンズ(H. Collins)の見解がある。カメルランク説については、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)三九頁以下参照。コリンズ説については、H. Collins, "Market Power, Bureaucratic Power, and the Contract of Employment", 15 I. L. J. 1 (1986) を参照。

(16) 最初は、使用者「主導」にあたる部分を使用者の「イニシアティブ」という言葉で表現しようと考えていた。しかし、フランス法においては労働関係の解消に關しイニシアティブ(initiative)と帰責性(imputable)が区別され、前者はあくまで解消の「発意」(要するに、解消の「発意」)を使用者がなしたのか労働者がなしたのかの問題)を意味し、本文でいうところの準解雇に關しての不当な圧力や退職誘導・退職強要はむしろ「帰責性」の問題として捉えられることになると考えられる。そこで、本稿では「イニシアティブ」ではなく「主導」という言葉を用いることにした次第である。以上を踏まえつつ、ここで念のため確認しておけば、「使用者主導」とは、①使用者が労働関係の解消(労働契約の解約、即ちフランス法でいうところのイニシアティブ発意)を行った、②使用者が労働関係の解消の原因を作出した、③使用者が労働関係の解消を誘導した、という三つの意味を含み、これらを事実上(ないしは実体において)等価値(同等のもの)と捉え規制すべきであるという前提に立脚したものになる。なお、フランス解雇法理論におけるイニシアティブと帰責性をめぐる問題状況については、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」労働法律旬報一四五九号(一九九九年)二四頁を参照。

(17) この点については、例えば、準解雇と通ずる問題を提起する(あるいは準解雇を生じさせる原因となる)企業内いじめに關する労働法律旬報一五三〇号(二〇〇二年)の特集「職場における『いじめ』問題の検討」やヨミウリ・ウィークリー編集部「辞めるな、サラリーマン」(二〇〇二年、中公新書ラクレ)などをみれば事態の深刻さは明らかである。



(18) 本稿の完結までにはいましばらく時間がかかると思われる(現在のところ五回連載を予定している)ので、ここで予告的な意味で、いかなる法的構成によって準解雇の場合の労働者の辞職の意思表示あるいは合意解約を無効とするかの方向性を簡潔に述べておくことにする。筆者としては、効果意思が確立される前段階である意思形成過程にまで「意思」概念を広げて考察を及ぼそうとする近年の民法学の法律行為論などを手がかりとして一定の理論武装・補強を行って、たとえ確かに労働者が「辞める」という効果意思を有しておりそれを表示しようとも、不当な圧力等行使した使用者が、そのような不当な圧力の行使がなければ労働者が退職しなかったであろうこと(即ち、労働者の「使用者の不当な圧力さえなければ辞めてはいなかったのに(こんなことさえなければ本当は辞めたくなかったのに)」という内心の「思い」ないし「本音」)を知りあるいは知り得べきときには民法九三条但書を類推適用して労働者の辞職あるいは合意解約の申込みし承諾の意思表示を無効とするという法的構成を考えている。このような結論を説得的に提示するためには多くの法的・理論的検討・考察が必要となるが、かかる作業については四で具体的に展開することとする。ちなみに、このような結論を導くためには、民法の法律行為論のみならず、労働法の基本原理や職場環境配慮義務などの既存の確立した法理も多元的に活用する予定である。なお、民法九三条但書を類推適用するという理論構成を含め、本稿全体の骨子は、既に、二〇〇二年の北海道大学社会法研究会(六月)、東北労働法研究会(二月)、広島大学大学院社会科学研究所法律学専攻労働法共同演習(二月)、二〇〇三年の広島民事法研究会(四月)で報告済みであって、これらの研究会で検討いただいた結果も踏まえつつ、以下の論述(特に私見の提示を行う四以降)においては実務でも妥当し得る説得力をもった法理を提示し展開するよう心がける次第である。

(19) この点については、菅野和夫『新・雇用社会の法』(二〇〇二年、有斐閣)七三―七五頁参照。もともと、近年の問題状況を踏まえ、菅野教授は同書においては準解雇(即ち、「企業の退職誘導や強要による退職」)をめぐる問題は(今後の)法政策上の課題であるとしてわずかに言及を行っているが、その救済のあり方については「解雇と同様の経済的救済(注：損害賠償)を与えるべきではないか」と述べるにとどまっている。

### 三 これまでの準解雇法理の検討

#### (一) 概説

従来、準解雇にあたる事例に対し法的に対処しようとする学説・判例が少数ながらもまったく存しなかった訳ではない。これらの試みは一定重要な意義を有するが、それらは同時に理論構成や法的効果において極めて不十分なものであったといつてよい。そこで、新たな理論構成の展開をはかる前に、その準備作業として、それら先駆をなす学説・判例の法理を検討し、その意義と問題点・限界を明らかにしてみることにならう。

#### (二) 学説の検討

代表的な学説としては小西教授の擬制解雇説、小宮教授の準解雇説、森戸教授の強迫概念拡張説があり、以下順次これらの学説を検討することとする。

##### (1) 擬制解雇説

準解雇をめぐる問題に対する理論的先駆をなすのがこの擬制解雇説である。小西教授は「各種の労働契約終了原因のうちで、労使の実際においては合意解除が最も頻度の高いものである」が故に、これに労基法の解雇制限規定等の適用を認め規制する必要がある、そのためその要件が問題になるとの一般的問題状況を述べ、これを受けて、仮に合意解除が解雇とみなされるならば、その理論的帰結として可能な限り解雇の法理が適用されることとなるであろうとの展望を示す<sup>〔1〕</sup>。そこで、「解雇は使用者の発意(イニシヤティブ)によつてなされる」ものであるため「問題の合意解除が真実に合意解除であつて解雇でないとしても、それが使用者の一方的なイニシヤティブによつて締結されたもので

ある場合には、使用者の一方的なイニシヤティブによる解雇を制限し労働者の保護をはかろうとする労基法をはじめとする制定法や判例法の目的に照らし、このような合意解除を解雇として取り扱い一定の規制のもとに置くことが合目的であるといわざるをえない。かくして、合意解除が使用者の一方的なイニシヤティブのもとに締結される場合には、それは解雇として取り扱われるべきことにな<sup>る</sup>との方向性が打ち出される。そして、以上の問題意識をもとに、小西教授は、「労働者と使用者の意思の合致によって締結される合意解除も、それを構成する労働者側における申込ないし承諾の意思表示が、労働契約を終了せしめんとする使用者の終了意思の具体化された各種の所為の支配的影響のもとになされる場合には、それは解雇として取り扱われるべきである」との法的構成を提示してかかるケースを擬制解雇と呼び、準解雇の事例に対処する理論的取組の嚆矢をなした。擬制解雇を解雇として取り扱う以上、労基法の解雇に関する規定が適用されることになるのみならず、擬制解雇についても客観的に合理的で社会的に相当な理由が存しない場合には無効とされることになるのである<sup>(2)</sup>。

ちなみに、小西教授は、「労働者が使用者の終了意思の具体化された所為の支配的影響のもとに労働契約を解消するならば、合意解除に限らず、労働者が明示的・黙示的に辞職の意思表示をする場合も擬制解雇と認められることになる<sup>(3)</sup>」として、法理を合意解除に限定しない方向を示している。

この説は準解雇に関して最初の本格的な取り組みとして正面から法的検討を試み重要な問題提起を行ったという点において大きな意義を有するとともに、無効構成の重要性を示した点で注目すべきものとなっている。しかし、以上の説示をみても分かるように、問題意識を述べることのみが先行し、法的理論付け・法理構成の点において大きな不十分さ・曖昧さが存している。即ち、何故、擬制解雇を法的に解雇と取扱い、解雇権濫用にあたるような場合に無効とできるのか（即ち、何故、使用者による権利行使とはいえない合意解除あるいは労働者の辞職の意思表示＝単独行為につい

て権利濫用といえるのか)につき、説得的な根拠と明確な法的理論構成ないしは法的媒介項がまったく示されていない(あるいは論理に飛躍がみられる)のである。<sup>(4)</sup> また、労働者の合意解約の意思表示が「労働契約を終了せしめんとする使用者の終了意思の具体化された各種の所為の支配的影響のもとになされる場合」という擬制解雇の成立要件に関する説示からも分かるように、使用者が必ずしも終了意思を有さずに労働者に不当な圧力を加えた場合や、労働者の退職につき使用者の所為が有力原因ではあるが「支配的影響」とまではなっていない場合などが含まれないこととなるため擬制解雇が成立する可能性は非常に狭いものになると解され、労働者保護の観点からみて大いに問題があろう。加えて、労働者が「使用者の終了意思」や「支配的影響」を立証することにもかなりの困難がともなうものと考えられ、この点も擬制解雇法理の活用の余地を狭めているといえよう。<sup>(5)</sup>

## (2) 準解雇説

(1) でみた小西説に対して「この擬制解雇説は、従来あまりにも厳格な概念としてとらえられてきた解雇を実質化しようとする試みである」との敬意を払い、これを支持することを一応は表明しつつも、実際には「擬制解雇概念の適用範囲はきわめて狭いものにならざるを得ないと思われる」ため、無効構成を主張する小西説の擬制解雇とは別個に、労働者が慰謝料に加えて合理的な雇用継続期間の推定に基づいて算定されるところの雇用を喪失したことともなう逸失利益の損害賠償請求を行うことができるようにすることによって労働者保護をはかるといふ損害賠償構成に焦点をあてた独自の法理を展開しようとするのが小宮教授の準解雇説である。<sup>(6)</sup> ちなみに、これは違法解雇につき逸失利益も含めた損害賠償による解決を認めようとの解雇の救済に関する小宮教授の提言を準解雇のケースにも応用しようするものである。<sup>(7)</sup>

小宮教授は、「使用者の追い出し意図に基づく行為によって労働者の退職がもたらされたといえる場合、その退職が

労使の合意解約によるか労働者の解約告知によるかを問わず、使用者に解雇を正当化し得る事由が存しない限り、当該使用者の行為と雇用の終了とを一体の行為として準解雇を構成する」と捉えようとする<sup>(8)</sup>。これは、「労働者を追い出そうとする使用者の意図の違法性」(解雇規制回避・脱法的意図の違法性)と「その意図を実行するためにとられた行為の違法性」(行為態様の違法性)に着目する法理である<sup>(9)</sup>。そこで準解雇の成立要件として、①「使用者が雇用契約を終了させる社会通念上相当な事由がなかったこと」、②「使用者の追い出し意図の具体化された行為があったこと」、③「合意解約または労働者の辞職により雇用契約が終了したこと」、④「使用者の当該行為と労働者の当該合意解約または退職の間に相当因果関係が肯定されること」の四要件が示される<sup>(10)</sup>。ちなみに、準解雇の具体例を挙げれば、「たとえば、使用者のある行為が労働者の人格を侵害するものである場合は、労働者が実際に退職しなくとも、それ自体が不法行為を構成する。しかし、その行為が使用者の追い出し意図を実現するために効果的なものである場合には、それは労働者の退職による雇用の終了と一体として準解雇を構成し、労働者は当該雇用終了にともなう損害賠償の請求を訴求することができる」ことになる<sup>(11)</sup>。また、小宮教授は、かかるケースは不法行為のみならず信義則に基づく職場環境配慮義務の債務不履行と構成することも考えられるとするが、いづれにせよ、とにかく、準解雇の場合には、慰謝料のみならず「違法解雇に対する損害賠償に準じて退職による逸失利益の賠償を認めようとするところに主眼がある」<sup>(12)</sup>一点が特色となっている。

この説は、準解雇の場合には労働者が使用者の不法行為ないしは債務不履行を理由として損害賠償を請求することで紛争解決をはかるといふ明確な法構成を提示する点において小西説に比べ現実的であって法実務的にも可能な法理構成といえ、後にみるように判例実務に一定の影響を与えている点に大きな意義が存している。しかし、「使用者の追い出し意図の具体化された行為があったこと」を要件とするため、必ずしも使用者に追い出し意図(故意)がみられな

かったような場合には準解雇は成立せず、この点において成立可能性の狭さがみられるといえよう。ただし、小宮教授は、後に、「労働者に追い出し意図や故意を立証させるのは困難であるし、また、継続的な信賴関係を基礎とする労働契約の性質からいっても、過失による退職追い込みに使用者の責任を認めることに十分な合理性があるといってもよいと思われる<sup>(14)</sup>」と述べて説を修正し、問題点の克服をはかっている。また、既に(三)で述べたように損害賠償のみでは労働者に対する法的救済としては弱いと考えられる点にも問題がある。しかし、この点についても、小宮教授は、後に、準解雇は「通常の解雇より強度の反信義性を有するものであり、その救済を損害賠償に限定しなければならぬ理由はない」として準解雇を解雇と性質決定すべき旨を主張し<sup>(15)</sup>、論を更に新たに進展させている<sup>(16)</sup>。けれども、ここにおいても小西説と同様、無効構成の問題意識のみが強調されているとの感があり、何故準解雇をめぐる労働者の意思表示を無効となし得るのかについては法的構成において明確性・説得性を欠いているように思われる。要するに、旧説・新説いずれにせよ小宮説は準解雇の事例につき労働関係の終了に向けた労働者の意思表示を無効とする法構成を提示することが非常に困難であることを示す結果に終わっているといえよう。

### (3) 強迫概念拡張説

森戸教授は、「雇用が継続すること、すなわち解雇や辞職・合意解約が無効となることが労働者にとって最も有利であるという現在の状況の下でも機能しうる」アプローチが重要であることを示唆しつつ、「強迫概念の拡大によって使用者の追い出し意図に基づく辞職や合意解約の取消しをより広く認めていく」べきであるとの方向性を打ち出している<sup>(17)</sup>。確かに、これまで裁判所は強迫による取消をなかなか認めない傾向にあったが、森戸教授にとっては、あくまで「今後は強迫による取消しの可能性をもう少し広げればいいのではないだろうか」との将来へ向けての展望ないしは戦略を示すところこそが重要なのであって、具体的には、民法学者が、①強迫概念の拡張を考慮する余地があること、

②強迫概念が意外に拡大しうる可能性を秘めており、その外延は時代の変化とともに変わり得ると言及していることに手がかりを求めつつ、これを前提に「強迫の有無の判断においても、明らかな退職勧奨行為だけでなく、たとえば内容のない苦痛な作業に長期間従事させる行為や長期間何も仕事を与えない行為なども場合によってはそれが全体として強迫に該当する、という枠組みを採用してもよいのではないだろうか」という考えが示されることとなる。<sup>(18)(19)</sup>

この説は、具体的な実定法上の根拠（強迫・民法九六条）を示して労働者側の意思表示の取消可能性を探った点に意義を有し、小西説及び無効構成を志向する方向を示し始めた近年の小宮説よりも法的説得力と明確性を有している。しかし、既に(一)(2)で検討したように強迫の要件は非常に厳格であつて、そのある程度の拡張可能性は否定できないものの、それにはやはり一定の限界が存し（例えば、民法学の山本教授が、消費者取引に関してではあるが、「強迫の」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>(20)</sup>）と述べる如し）、従つて、準解雇にあたる事例すべてを強迫概念の拡張のなかに抱摂することは不可能と思われるのであつて、この点にこの説の問題点ないしは弱点が存しているといえる。このように強迫概念の拡張可能性の限界が存するが故に、例えば消費者取引においては消費者契約法という新たな立法を必要としたのである。とすれば、見方を変えて、森戸説をあくまで労働契約法をめぐる新たな立法論的提言として捉え直してみるならば、これを一定考慮し得る余地もあろう。しかし、民法学の<sup>(21)</sup>大村教授は強迫に関して、「立法はもちろん、裁判所の解釈を変えることも容易ではない」と指摘しており、この言を踏まえるならば、やはり森戸説には依然として立法論としても大きな限界が存しているように思われる（ちなみに、消費者契約法においても強迫概念の十分な拡張がなされているとはいえず、そこから漏れてしまうものはやはり依然として民法の問題として処理せざるを得ない点にも注意する必要がある<sup>(22)</sup>）。

- (1) 小西國友「労働契約の合意解除」同『解雇と労働契約の終了』(一九九五年、有斐閣)一四三頁〔初出は一九七六年〕。
- (2) 小西・前掲注(1)論文一七二頁。
- (3) 小西・前掲注(1)論文一七三頁。
- (4) 森戸英幸「辞職と合意解約」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)二二五頁は、小西説につき、「率直に言って、裁判所がそのままこの枠組みを採用するとは考えにくい」と述べている。もともと、森戸・同論文は続けて、短期雇用契約の反復更新や採用内定・試用を例に挙げて、裁判所が解雇権濫用法理の適用範囲を柔軟に拡張してきた点に触れ、「解雇権濫用法理が擬制的解雇理論を取り込む形でさらに拡張する可能性が全くないとはいえないだろう」とも付け加えている。確かに、短期労働契約の更新拒絶(雇止め)に対して(契約の有期性は維持したままで)解雇権濫用法理を類推適用するとの法理は法的構成において明確性を欠いているといえ、かかる法理は結局はあくまで結果的妥当性を考慮してそうすべしとの裁判所の「決断」によるものといえる。しかし、かかる「決断」が擬制解雇法理に関してなされ、かつ定着するとの保障はどこにも存しないのであり、法実務を考慮に入れつつ実効的な準解雇の救済法理を実際に確実に提示しようとするれば、やはり明確で説得的な法的根拠と法理構成が必要となる。
- (5) 小宮文人「解雇するとはどういうことか」道幸哲也||小宮文人||島田陽二『リストラ時代 雇用をめぐる法律問題』(一九九八年、旬報社)四五頁、五〇―五一頁、同「解雇制限法」日本労働研究雑誌四四六号(一九九七年)二七頁、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巻三号(二〇〇〇年)四二五頁、四三一頁。ちなみに、小宮・第一論文は、併せて、擬制解雇に無効の法的効果を認めるだけでなく小西教授が意図するように労基法一九条や二〇条も適用されるべきであるというのである。ばなおさら擬制解雇概念の適用範囲が狭くなる旨を指摘している。
- (6) 小宮・前掲注(5)「解雇するとはどういうことか」五〇―五一頁。
- (7) 小宮文人「雇用の終了に関する法律」道幸||小宮||島田・前掲注(5)書四〇頁。この点については、併せて、小宮・後掲注(15)論文四二頁以下も参照。
- (8) 小宮・前掲注(5)「解雇するとはどういうことか」五一頁。
- (9) 小宮・前掲注(5)「解雇するとはどういうことか」五二頁。
- (10) 小宮・前掲注(5)「解雇するとはどういうことか」五六頁。なお、小宮教授は、②の要件に関し、使用者の主観的意図を立証す



るのは極めて難しいため「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、使用者の追い出しの意図は推定できると考えてよい」と述べている。また、④の要件については、「(2)の」使用者の行為があり、通常人がその労働者の立場にあれば退職したであろうという相当の蓋然性が認められれば原則として肯定されるであろう」としている。

(11) 小宮・前掲注(5)「解雇するとはどういうことか」五二頁。

(12) 小宮・前掲注(5)「解雇するとはどういうことか」五五頁。

(13) 小宮・前掲注(5)「解雇するとはどういうことか」五三頁。

(14) 小宮・前掲注(5)「雇用終了をめぐる最近の判例」一三頁。

(15) 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)三八頁。

(16) 森戸・前掲注(4)論文二二五―二二六頁は、「小西教授の擬制的解雇と小宮教授の準解雇は、似たような考え方にもみえるが、本質的には全く異なる見解である」と分析し、前者が解雇に関する規制が適用される場合を思い切って拡大しようという「かなりドラスティックな提案」であるのに対し、後者は「退職に追い込まれた場合の損害賠償額のアップを図る」(要するに、慰謝料に加えて逸失利益の損害賠償請求ができるようにする)ことに本質があると述べていたが、小宮説の変化は、損害賠償アプローチは維持しつつも両説の対立を相対化する方向性を示すものといえよう。実際、小宮・前掲注(15)論文三八頁は、準解雇を解雇として性質決定することは「実質的には小西教授の擬制解雇の考え方とほぼ等しい」と述べている。

(17) 森戸・前掲注(4)論文二二六―二二七頁。

(18) 森戸・前掲注(4)論文二二七―二二八頁。

(19) 森戸教授が援用する民法学説は、四宮和夫『能見善久『民法総則 第五版』(一九九九年、弘文堂二二三頁と内田貴『民法I 第二版』(一九九九年、東京大学出版会八六頁であるが、両者ともに経済的強迫の強迫概念該当可能性に言及するものにはすぎず、森戸説のような強迫概念の大幅な拡張までを認めるような論旨であるようには思われない。

(20) 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)『契約法理と取引慣行』(一九九九年、弘文堂)一七三頁。

(21) 大村敦志『基本民法I』(二〇〇一年、有斐閣)五八頁。なお、大村教授は、このような強迫をめぐる状況の困難性を踏まえて、不法行為責任を認めるのもやむをえない代替策として承認されるべきとしている。

(22) 消費者保護法の問題点・限界も含めて、この点については、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る」法学教室二五九号(二〇〇二年)三八頁以下参照。もつとも、大村教授は、現実認識としては注(21)で引用した箇所での発言をなし、これを踏まえつつも、やはりあるべき方向性(あるべき論)としては、意思表示理論の再構成ないしは解釈論を通じて強迫概念の拡張がなされるべきであろうとの示唆ないしは将来展望をなしている。しかし、かかるあるべき将来展望がどれだけ現実性を有するのか、また準解雇の事例をすべてカバーできるものかどうかは必ずしも明らかではないといえよう。

\* 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。