

〈研究ノート〉

解雇法理の新段階（1）

遠藤昇三

- 一 問題の所在と課題の限定
- 二 使用者に解雇権はあるのか
 - 1 使用者の解雇権の法的基礎
 - 2 労働者の権利・利益の侵害性
 - 3 労働契約上の使用者の義務
 - 4 解雇権濫用法理の立法化の意味の限定
- 三 解雇正当事由の法的枠組み
 - 1 労働契約法
 - 2 企業責任の新しい枠組み
 - 3 解雇事由の労働契約論的構成
- 四 解雇概念の拡張と解雇法理の適用・準用（本号）

一 問題の所在と課題の限定

現代において解雇法理は、大きな見直しなり転換が必要な状況に置かれている。その状況を必然化した要因は、国内的には、1990年代のバブル経済の崩壊とそれに続く長期不況からの脱出を目指した企業のリストラクチャリングであり、「リストラ＝解雇」という表現が象徴する如く企業が過剰と認識した労働者の企業外への排出＝高失業率の現出＝を伴うものであり、これまでの日本型雇用即ち終身雇用制＝長期雇用慣行を動揺させその再編成さらにはその部分的解体に向いつつある。また、国際的には、欧米先進資本主義の多国籍企業が、社会主義・共産主義体制の崩壊と引き続くその＝再＝を含む＝

資本主義化・市場化をも含めたグローバリゼーションとメガ・コンペティションの時代を創出し、日本は、輸出主導型経済発展がなお可能だったが故に、その流れに立ち遅れ急速に競争力を低下させて行った。しかし日本も、1990年代以降多国籍企業主導型経済への切換えを目指した新自由主義的改革を、国内的要因にも規定され紆余曲折しつつ特に小泉純一郎政権時代に急速に推進し、これまでの安定的な日本社会の統合とりわけその基軸であった企業社会の解体さえもたらしつつある。その過程においてとりわけ労働者に対し深刻な影響を与えたのが、競争力回復のための言わば消極面での障害の除去としてのコスト削減であり、それは、正規従業員とりわけ中高年労働者の削減－終身雇用・長期雇用慣行対象労働者の削減でもある－、非正規労働者－パートタイマー、派遣労働者、契約労働者等－による代替とその結果としての不安定雇用労働者そしてワーキング・プアの増大である。

これらの状況が、解雇法理に与えた影響は甚大である。第一は、従来の解雇権濫用法理の安定的地位の動揺である。終身雇用制＝長期雇用慣行と解雇権濫用法理との関連をどう捉えるか－因果関係があるのか、あるとしていずれが原因でどちらが結果か－はともかく、前者の存在が後者の法理を支え強化する条件なり状況であったことは、明らかである。その条件・状況に変化が生じたが故に、その法理を従来のままで維持し続けることは、極めて困難となっている。その上に、前述の国内的・国際的要因との絡みで財界が、解雇権濫用法理を廃棄し企業が労働者を解雇し易くする「解雇のルール」化を目指したことにより、長期的に見ればこの法理の命運は、尽きかけているように思われる。ただ中短期的には、労働組合側の反対で実現せず、反ってこの法理は、判例法理から法律にまで法規範形式上は引き上げられた（労働基準法第18条の2、現行労働契約法第16条）が、そう評価せざるをえないところである。第二に、新自由主義的改革のための政策を推進する主として経済学者からの解雇権濫用法理への疑問なりその緩和の主張に対する、あるいは第一の側面を踏まえての、労働法学者の解雇権濫用法理への対応に窺われる。一つは、改めて否新たに解雇権濫用法理の正当化が行われていることである。

それは、解雇権濫用法理が判例法理に止まるのではなく立法化されたにも拘らず、それが動揺していることの現われである。もう一つは、解雇権濫用法理の強化のための努力が行われていることである。解雇権濫用法理の基準の明確化としての「合理的理由」及び「相当性」についての検討、そしてその前提としての使用者の労働契約上の義務としての雇用保障義務ないしは解雇回避（努力）義務の内容の明確化といった課題の浮上も、解雇権濫用法理が動揺せざるをえない状況にあるからこそ、生じたものであろう。

これらが提起するのは、一言で言えば「解雇権濫用法理の再構築」であるが、その実現の見通しは決して楽観視しえないに拘らず、筆者には、真の課題がそこにあるようには思われない。何故なら、使用者に解雇権があることが前提である限り、解雇の抑制は解雇権濫用法理によるしかなく、その法理は、法理の構造上、いかに正当化が行われまた基準の明確化がなされようと、雇用をめぐる状況変動に左右されざるをえないからである。従って、今日における解雇法理の出発点は、「はたして本当に使用者には解雇権があるのか」という原理的問いである。それは、かつてにおける正当事由説の単なる現代的復活ではなく、改めてそして新たに現代的諸問題との関連の中で正当事由説の正当性を明らかにすることである。従って、ここにおいてなお解雇権濫用法理が働く余地があるとしたら、その正当化なり基準といったことは、正当事由説から再点検されるべきことになる。

本稿の第二の課題は、第一の課題の検討を踏まえ、幾つかの基本的な問題につき解決の方向性を示すことである。それは第一に、解雇法理の言わば労働契約論的構成の可能性を探ることである。解雇は、それ自体が労働者の人権・権利・利益の重大な侵害であるが、その脅威の持つ侵害の危険性にも、十分注意が払われねばならない。解雇規制がそうした要請にも対応しうるためには、労働者も受容し納得しうる解雇であることが必要であるが、その条件の一つとして、解雇が労働契約即ち合意に基礎づけられていることが、考えられる。それは、いかなる意味、内容においてであろうか。第二に、企業をめぐる現代の法的環境とりわけ企業責任の新しい枠組み—具体的には、コ

ンプライアンス、コーポレート・ガバナンス、そしてCSRが、解雇法理にいかに関わりそれを規律するのかの検討である。それは、言わば社会が受容し納得しうる解雇のみが法的に許容されるのかどうかということである。第三は、擬制解雇、準解雇、みなし解雇といった言わば解雇概念の拡張の当否の検討である。それらが、外国の解雇規制立法の日本への導入を立法論として主張するだけであれば、独自に検討する意義はないが、解釈論としても展開されているだけに、避けて通れない課題である。第四は、解雇が無効である場合の救済方法の意義の検討ないしは見通しである。それは、|解雇無効→原職復帰| という救済方法しかない中で、立法論として主張されている金銭解決方式や(原職復帰しないで)不法行為に基づく損害賠償請求が出来るか否かという次元のみではない。より重要なのは、原職復帰を可能とする条件整備であり、それを使用者に求めることを解雇法理としてどこまで主張出来るのかの検討である。第五として、立法論の検討であるが、その重点は、提起されている立法論の中身の是非も必要であるが、現在までの到達段階を踏まえどのようにして立法化を図るのかについての検討こそが、求められているように思われる⁽¹⁾⁽²⁾。

- (1) 懲戒解雇を認めるのであれば、その法理と普通解雇法理との異同の検討も必要であり、また普通解雇を懲戒解雇に引き寄せてより厳しく規制することも、考えるべきであろう。しかし、筆者は既に懲戒解雇否定の見解を明示している(拙稿「懲戒権論の現代的展開(三)」『島大法学』五一巻一号四三)ので、触れない。また、整理解雇は、本稿の検討の延長線上の応用問題と考えるので、特には論じない。
- (2) 筆者の見解の提示が目的なので、参照・参考文献に関わる注は付きさない。なお、参照・参考文献は最後に一括して掲げる。また本稿は、戦後労働法学における解雇権論の総括である米津孝司「解雇権論」(初井常喜編『戦後労働法学説史』所収、労働旬報社、1996年)を踏まえての現代的展開である。

二 使用者に解雇権はあるのか

1 使用者の解雇権の法的基礎

使用者の解雇権をめぐるかつての学説上の主たる対立即ち正当事由説と解雇権濫用説の根本的相違は、—その論者の主張内容を棚上げして言えば—使用者に固有の解雇権があることを認めるか否かである。そして、資本主義社会でありそれを根底において支える市民法を前提とする限り、労働法によっても使用者の解雇権を原理的に否定しえないということが、正当事由説が実質的に放棄され解雇権濫用説が支配的となった理由である。それを踏まえて判例法理として確立され定着した解雇権濫用法理が、解雇規制立法が存在しない中でそれに代替し厳しく解雇を制約し、あたかも正当事由説を採用したかの如き役割を果たし、そのため解雇権濫用法理と正当事由説には違いがないと捉えられたとしても、そうである。即ち労働契約の一方的意思表示による解消（＝解約）は、労使ともに自由である、労働者に辞職の自由がある以上使用者にも労働契約解約の自由即ち解雇の自由が認められねばならないという市民法上の形式的根拠のみが、使用者の解雇権を導き出した訳ではない。それだけであつたら、同じく一方的意思表示による労働契約の解消でありながら、その社会的意味、機能の相違即ち労働者の退職が一般に使用者の権利・利益を侵害しない一方で使用者による解雇は労働者の権利・利益を重大に侵害する可能性が高いこと、また—同じく—使用者に雇われて働き賃金を得て生活するしかない労働者にとっての解雇の重大性を踏まえた市民法理の一定の修正としての労働法的規制が、使用者の解雇権の否定に行きつくのは、さして困難ではなかったと思われる。ヨーロッパ先進資本主義国における解雇規制立法の成立・存在は、その一面での証明であり、日本でもそうした立法が成立・存在していても不思議ではないし成立・存在していないが故の解釈論としての正当事由説の支配が確立するはずである。

しかし、事態はそうならなかった。使用者の解雇権が、市民法上の形式的根拠にのみ基礎づけられているのではなく、もっと深い強固な法的基盤に支えられているからである。使用者の解雇権とは、資本主義社会の存立・存続の

基礎である企業の所有・営業の自由と同列のものという捉え方、あるいはそうではないとしても少なくとも市民・国民の規範意識に支えられて存続しているのである。だからこそ、使用者の解雇権を否定するためには、国家の法律によるしかなく解雇規制立法が成立・存在する所以であり、解雇規制立法を持たない日本において解釈論として正当事由説—かつての主張者の論証レベルの低水準性といったことは、本稿では無視する。従って本稿は、それとは区別されるところの、現在における主張である—が支配的見解となる余地はなかったのである。では、現在においても「使用者の解雇権の法的基礎」に揺るぎはないのであろうか。筆者には、以下の幾つかの側面において揺るぎが生じているのみでなく、それらにより使用者の解雇権の法的基礎が崩壊しているように思われる。

2 労働者の権利・利益の侵害性

現代において動揺する解雇権濫用法理を擁護するあるいは正当化を図る議論の中で、解雇が、労働者の生存権、労働権のみでなく、労働者の名誉、誇り、自己実現といった人格的諸権利・利益を侵害するものであるという指摘が、注目されている。それは、故沼田稲次郎博士の指導、教示を受けて来た筆者にとっては既知の事柄に属し、何故注目されるのか疑問であったが、「解雇権濫用法理の動揺」という脈絡から見れば納得出来る。解雇権濫用法理とは、権利濫用法理の解雇権版即ち解雇権の承認を前提にその解雇権の濫用を許さないという極めて単純な主張であって、何らかの理論的基礎に支えられたものではないしまった理論を内包するものでもない。従って、その法理を支え取り巻く状況が変化することにより法理が動揺せしめられたとしても、フィードバック装置、安定化装置を内在化させていない。解雇権濫用法理の擁護、正当化は、その法理以外に求めざるをえず、かつ解雇規制の緩和でなく強化を目的とする限り、解雇の言わば害悪がクローズアップされるのは、理の当然である。ところで、解雇が、労働者の生存権、労働権、人格的諸権利・利益といったものを侵害する可能性を有するということは、解雇権濫用法理とどのように関わるのであろうか。その可能性があるが故に、厳しい解

雇規制としての解雇権濫用法理を維持すべきとするその法理擁護論においては、解雇の労働者の権利・利益侵害性は、その法理にとって外在的事情のように思われる。他方、解雇権の濫用の判断基準の一つとして労働者の権利・利益侵害性を据える議論は、解雇権濫用法理に内在化したものではあっても、その法理の適用場面に位置するものでしかない。いずれにしても、それらは、解雇権濫用法理の理論あるいはその理論的強化に資するものではありえない。

そうだとすれば、解雇が有する労働者の権利・利益の侵害性かつその重大性それ自体を解雇法理に組み込むべきではなかろうか。あるいは、解雇権濫用法理の現在の動揺性が、長期的には、「使用者の解雇の自由」の正面からの承認と解雇を容易にするという意味でのルール化、無効な解雇の一使用者側の自己決定としての一金銭解決方式、それらの下に置かれる解雇権濫用法理という財界が描く将来の解雇法理に行きつくとなれば、解雇権濫用法理に固執すべきではないのではないだろうか。前者の問題は、次のように設定し直すことが可能である。使用者は、解雇という方法で労働者の権利・利益を重大に侵害するべきではない、言い換えれば労働者の権利・利益を重大に侵害する解雇は許されないとすることである。翻って考えれば、そもそも労働者の権利・利益を重大に侵害しない解雇は、ありえないのである。そうだとすれば、労働者の権利・利益を重大に侵害してもなお解雇が認められるのは、それらを越える理由が存在するか使用者側の法益を守るためであるからである。労働者の権利・利益を侵害する可能性のある使用者の権利・権限は、他にも存在するが、解雇程の重大な侵害の可能性のある権利・権限は、一懲戒処分を除けば一ありえない。そしてそもそも、労働者の権利・利益を重大に侵害する可能性を有する権利は、存立しえないと思われる。従って、使用者に解雇権は認められず、労働者の権利・利益を侵害してもなお解雇出来る場合がありうるのであって、それは正に、「解雇には正当事由が必要であるということ」（＝正当事由説）に他ならない。

他方、後者からは、解雇権濫用法理に固執しその動揺から法理を救い出すとするあれこれの試みが、成功しないであろうとの見通しに導くし、財界

の長期的努力に真正面から対抗する道ではないという結論が導き出される。何故なら、解雇権濫用法理の擁護・強化という選択も財界の長期的努力も、使用者に解雇権があることを前提に、それを厳しく規制するかより緩やかな規制に止めるかという規制の範囲の広狭、言わば量的差異でしかないからである。そうだとすれば、その対抗の帰結は、法理としての優位とか法理に込められた法的価値ではなく、生の力関係に左右されるのであり、現代日本社会と現在見通しうる将来の日本社会において、財界の方が圧倒的に強大であるからその努力が実現する可能性が高い。従って、財界の努力に正面から対抗するには、同じ土俵における争いから、争いの土俵の作り替えに転換すべきである。それは、端的に、正当事由説による解雇権濫用法理の克服でなければならない。

3 労働契約上の使用者の義務

使用者は、労働契約に基づき様々な付随的義務を負っているが、ここで重要なのが、セクシュアル・ハラスメント、嫌がらせ・いじめ（＝パワー・ハラスメント）等を受けることにより退職に追い込まれることのないようにする義務（＝職場環境調整義務）を課されていることである。この義務が想定している退職は、解雇ではないようであるが、使用者がその義務を履行しなかったが故に退職に追い込まれたとすれば、それは一この段階では、「擬制解雇・準解雇・みなし解雇」の承認の是非の検討をしていないので一、退職の形式を採った解雇であり、一さしあたり一解雇権濫用法理が適用されることになる。いずれにしても、そうした解雇が生じないようにする義務を使用者は負っているのであるが、そこから次の事柄を導き出すことが可能である。それは、その解雇の言わば例外性が示唆する事柄である。その解雇は、使用者がその職場環境調整義務を尽していたら、生じなかったものである。そのことは、使用者が負っている様々な義務一その発生根拠が何であれ一の履行を前提として初めて、解雇という一例外ではない一通常法律行為が成り立つと考えられる。即ち解雇とは、使用者が労働者に対して負っている様々な義務を履行しているにも拘らず、生じる事態である。そして、義務を尽さな

かったことにより生じた例外的解雇は、当然正当化されないが、義務を尽してもなお生ずるのが通常の解雇でありしかなお同じく解雇であるが故に、「正当化されない解雇は許されない」という命題が、導き出される。しかしそれはなお、解雇権濫用法理を成り立たせるとしても、実は次の事柄（解雇権濫用法理の枠内でのその強化の努力）が、解雇権濫用法理の自己否定に導くのである。

使用者の労働契約上の義務として注目されるもう一つのものは、一労働契約論の角度からではなく一解雇権濫用法理の基準の明確化の努力の中で主張されている「雇用保障義務、解雇回避義務」である。それが、真に労働契約上の義務か否か、解雇権濫用法理の基準としてその義務の中身や範囲そして程度をめぐるいろいろな議論がありうるが、ここではそうしたことに関心がある訳ではない。関心があるのは、その論理構造の持ちうる可能性である。使用者が負う雇用保障義務・解雇回避義務を履行しなければ解雇権濫用として解雇は無効となる、逆にその義務を尽せば解雇権濫用ではなく解雇は有効と判断されるということであるが、それは、解雇権濫用法理が純粹の権利濫用法理を越えていることで、可能な主張であろう。即ち解雇権濫用法理は、解雇に「客観的に合理的な理由」を必要とするのみでなく、それに加重して「社会通念上相当であること」一社会的相当性と言い換えられる一まで要求しているのである。それ自体が、既に権利濫用法理を超えており実質的には解雇権濫用法理ではない別の解雇法理ではないかということは、ここでは問わない。しかし、その基準の明確化として主張される「雇用保障義務・解雇回避義務」は、それを設定することにより、新しい可能性を拓いているのである。勿論、その義務の中身・範囲・程度が低いレベルであれば、その可能性を論じることは不可能であるが、ここでは高度の義務として設定されているという前提で論じる。「使用者がその雇用保障義務・解雇回避義務を尽して初めて解雇は有効となる」ということは、まずは、有効な解雇の範囲を相当狭めていると思われる。何故なら、解雇権濫用法理は、そうした義務が論じられる以前の段階で成立したものであり、その義務の設定により許される

解雇の範囲が狭くなるのは、当然である。その上で、解雇権濫用法理が、正当事由説を採用したと同じような意味、機能を実質的に持つと評価されたことに、注目すべきである。それらの義務の設定故に許される解雇の範囲が狭められたとすれば、それは、解雇権濫用法理の正当事由説へのさらなる接近を意味し、正当事由説への転換の一步手前まで来ていることになる。そしてそれを決定的にするのが、「義務の履行→解雇有効」という論理であり、ここにその義務の高度な設定が意味を持って来る。高度な雇用保障義務・解雇回避義務を尽すということは、そのことにより多くのこれまでは有効とされた解雇を排除することになるとともに、それらの義務を尽してなお解雇されるということは、解雇に到る理由が余程重大なものあえて言えば法的保護に値しないものと、捉えざるをえない。こうした論理は、「解雇権濫用法理の基準の明確化」という論者の主観的意図に拘らず、実は正当事由説のものであって、解雇権濫用法理に固執することは、論理の混乱を招くだけである。そうだとすれば、「解雇権濫用法理の基準の明確化」という論者の主張は、無用な夾雑物を除き、「解雇法理の基準の明確化」に純化されるべきなのである。

4 解雇権濫用法理の立法化の意味の限定

ここまでで筆者は、使用者には解雇権がなく正当事由がある場合のみ解雇が出来るという正当事由説を提示したが、それは、立法論ではなく現行法の解釈論としてである。勿論、一ヨーロッパ先進資本主義国と同様な一解雇規制立法が存在する方が望ましいことは、言うまでもない。しかしそれがない中でも、解釈論として「解雇権濫用法理を放棄し正当事由説を採用すべきである」というのが、筆者の主張である。その主張が解釈論として成り立つ上で克服すべき問題が、二つある。

一つは、同じ一方的意思表示による労働契約の解消（＝解約）でありながら、労働者には認められる（辞職の自由の肯定）のに使用者には許されない（解雇の自由の否定）のは、法的アンバランスで説得性に欠けるということである。これについては、一既に1で述べた一それぞれの解約の自由が担う

働き、機能の相違とりわけ相手方の権利・利益の侵害性で、十分説得力があると考えている。その上にあえて付け加えれば、問題となっているのは、雇用契約解約に関する市民法理ではなく、労働契約解約についての労働法理であり、批判は市民法理レベルに止まっている。しかも、解雇が一切許されない訳ではなく、正当事由があれば解雇出来るのだから、使用者の法益保護に欠ける訳でもない。

もう一つの問題は、判例法理としての解雇権濫用法理が現在では立法化されていることとの関わりである。即ち、解釈論としての正当事由説は、解雇権濫用法理と矛盾・抵触し解釈論として成り立たないのではないかということである。これについては、第一に、**3**で棚上げにした問いが、解答となっていると思われる。即ち、解雇権濫用法理は、権利濫用法理の形式を採りつつそれとは異なる解雇法理である。学説における正当事由説と解雇権濫用法理との原理論的対立が、後者の優位で終息する中では、使用者の解雇権を否定する正当事由説には立ちえず、かと言って単純な権利濫用法理に止まることも出来ず、言わば苦肉の策として下級裁判所が編み出したのが、解雇権濫用法理であり、最高裁も、終身雇用制＝長期雇用慣行に適合的であるとの政策的判断から、採用に踏み切ったと考えられる。それは、判例法理であるが故の限界性である。解雇権濫用法理のままの立法化は、それ自体としては、立法化に関わった労使の妥協の産物でしかないが故に、判例法理と異なる新たな解雇法理を樹立するものではない。しかし、判例法理でしかなかったものが法律となったことは、そこに判例法理からの飛躍があり質的に異なるものと捉えることが、可能である。何故なら、判例法理である限りそれにどのような内容が盛り込まれようとも、解雇権濫用法理の域を越えることは不可能であるが、法律となれば事情は異なって来ざるをえないからである。即ち、「客観的に合理的な理由」、「社会通念上相当である」という法律の文言が、それ自体として、その法的意義、内容を論ずることを可能とする。そしてそれは、解雇正当事由説の法的表現と捉えられる。即ち、現行労働契約法第16条は、判例法理である解雇権濫用法理とは異なる新たな解雇規制であり、

それを支えるのは、正当事由説以外にはありえない。第二に、法律の規定形式の読替えが可能であることである。成程16条は、「権利を濫用したものと
して、無効とする」と規定することにより、なお解雇権濫用法理を維持して
いるかの如くである。しかしそれは、労使の妥協の産物故の規定形式でしか
ない。権利濫用法理を立法化することは、本来ありえないしまた無意味であ
ることからすれば、この規定は、次のように理解すべきである。正当事由が
あって初めて解雇出来ることを前提として、正当事由がなければその解雇は
無効であるが、その無効を導き出す法的ツールとして「権利濫用」を使っ
ているにすぎないということである。法的ツールとしての使用である限り、解
雇正当事由説と権利濫用法理の立法化という規定形式とは、矛盾・抵触せず、
両立しうるのである。その上にあえて付け加えれば、労働契約法16条は、使
用者の解雇権の存在を必ずしも前提としていないと捉えることが、可能であ
る。判例法理でしかなければそう言うことは、完全に誤りである。しかし、
16条の規定即ち「その権利を濫用した」で言う権利とは、確かに素直な読み
方としては立法以前に存在する使用者の解雇権を指すとしても、「客観的に
合理的な理由」があり「社会通念上相当である」場合即ち正当事由がある場
合に初めて発生する使用権の権利＝解雇権でもありうるのである。

以上のように正当事由説が現行法の解釈として成り立つとしても、それを
明確にするには、やはりヨーロッパ先進資本主義国のような解雇規制立法を
成立させるべきである。そしてそうした方向性に立つ限り、解雇権濫用法理
の立法化としての「労基法18条の2→労働契約法16条」は、過渡的立法措置
と位置づけるべきである。その過渡的立法措置から本来の解雇規制立法に到
る筋道については、後述するが、「労働契約法」という法律の中に位置づけ
られたことは、重要である。確かに法形式上は、第三章として「労働契約の
継続及び終了」を設ける限り、そこに規定を置かざるをえないことは、当然
である。しかしそのことにより、労働契約が、解雇の正当事由を設定する一
つの契機となったのである。一で第二の課題の第一に設定した「解雇法理の…
労働契約論的構成」の可能性の現実性への転化の途を切り拓いたのは、労働

契約法の成立である。

三 解雇正当事由の法的枠組み

1 労働契約法

労働契約法が、解雇正当事由の法的枠組みとしての意義を担うことは、労働契約に関する一さしあたりの一般法であることの他に、一既述の16条を除き一具体的に意味を持ちうる規定として第3条（労働契約の原則）を置いていることに、示されている一就業規則については2で扱う一。前者の一般法という側面においては、判例法理の一部の立法化という意味を有する規定を除けば、労働契約に関する解釈論の積上げによって明確にされて来た様々な問題一たとえば労働契約上の権利・義務、第6条（労働契約の成立）が基本的権利・義務に関わるがそれ以外のもの一に関する規定がある訳でもなく、論争点の立法的解決を図っている訳でもないから、一般法として意義を有するのは、第1条（目的）に示されている「労働者及び使用者の自主的交渉の下で、労働契約が合意により成立し、又は変更されるという合意の原則」ということだけである。しかし、「労働契約が合意により成立し変更される」という当り前の法的原則が確立されたことの意義は、大きい。何故なら、従来においては労働契約の成立を除き労働条件の決定、変更において個別の労働契約が働く余地に乏しく、個別の労働契約による場合でも「合意」という形式を採りつつ実質は使用者による決定の押しつけでしかないという実態があったからである。また、現在における労働者の個別的管理の展開により、個別の労働契約が重要な役割を果たしているが、実質は同じであろうからである。それは、労基法第2条第1項（＝労使対等決定原則）に拘らず生じていた事態であるから、現状変革的法原則の確立と評価出来る。しかも、第二章は、その表現が「労働契約の成立及び変更」であるだけでなく、条文の配置からすれば労働条件を決定・変更する法的ツールとして「労働契約＝主、就業規則＝従」としている。「労働契約法」であるから当然のことではあろうが、これも現状に変革を迫るものである。さらに注目すべきなのは、合意

による労働契約の成立・変更の不可欠の前提として労使の自主的交渉を設定していることである。それにより、合意とは、労働契約の成立・変更を「使用者の一方的提示→労働者の同意」としての合意ではなく、交渉即ち話し合いであり提案に対する対案の提示であり相互に譲り合い、妥協することを通じて到達した結果としての合意となるのである。それは、強い労働者であるから可能な交渉という事実レベルではなく、全ての労働者に関して「労働者には交渉の「権利」を、使用者には交渉の「義務」を」という規範レベルにおいて、設定されているのである。これは、最も現状変革的である。こうした現状変革的労働契約法は、労働契約をめぐる全ゆる問題に対しても、現状変革を求めるのであり、解雇も例外ではない。現状変革としての解雇とは、解雇権濫用法理の下にある解雇ではなく、正当事由説の下での解雇でなければならない。

では、第3条（労働契約の原則）は、解雇正当事由の法的枠組みとして、何を提供しているのだろうか。2項は、正規労働者と非正規労働者、後者の中での様々な雇用・就業形態の違いに応じたそれぞれの労働契約の締結・変更であるが、そこに「均衡を考慮」することを—「パート労働法」第9条第1項等の「均衡を考慮」する努力義務を超えて—義務づけている。従来であれば、正規労働者と非正規労働者のそれぞれの労働契約、また後者における多様な労働契約は、何の関連もないそれぞれ独自の労働契約であった。しかし2項の下では、その無関連性が少なくとも「均衡の考慮」レベルで関連させることが、求められている。解雇に関しては、正規労働者との間で個別の労働契約で定めまた変更することは例外ではなくなっていると看做しても、通常は就業規則によるであろう。そして労働契約法は、第7条、第10条により、就業規則が労働契約の内容となることを、規定している。いずれにしても、正規労働者に適用される解雇事由と各種の非正規労働者の労働契約で決定・変更する解雇事由とが、「均衡の考慮」を経たものであるべきとされている。「均衡」することを直接求めている訳ではないが、「均衡を考慮し」た結果「均衡」していなければ、使用者には説明責任が生ずるのである。これ

は、非正規労働者の解雇をめぐる新しい法的枠組みとなりうるものである。

他方3項は、労働契約の締結・変更に際して「仕事と生活の調和にも配慮」することを、要請している。これは、かなり重要な意味を持つように思われる。何故なら、21世紀の日本社会を決定する最重要課題と位置付けられている「男女共同参画社会」の実現を目指す男女共同参画社会基本法第6条（家庭生活における活動と他の活動の両立）が、その前提としてあるからである。言い換えれば、3項は、その労働契約における具体化である。そうとすれば、3項は、その規定形式に拘らず、「仕事と生活の調和」即ち両立を、「配慮」を越えて義務づけていると考えられる。そのことを前提とすれば、そして解雇が、「仕事と生活の調和」とは無関係な事柄としてではなく、「仕事と生活の調和」を成り立たせないものであると捉えるべきとすれば、3項が解雇に求めているのは、次のようなことになろう。「仕事と生活の調和」を否定しうる程の理由がない限り、解雇は正当とされないということである。これは、確かに、使用者に解雇権を認めたとしても、成り立つ3項の捉え方ではある。そして労働契約法は、一即述の如く一解雇権濫用法理を立法化している。しかし、筆者は既に二4で、労働契約法第16条を解雇正当事由説に立つ規定と読み替えているから、この議論は、成り立たない。反って、使用者に解雇権がないからこそ、「仕事と生活の調和」それ故雇用の継続の上での両立が求められるのであり、「調和」を否定しうる程の理由があつて初めて、解雇出来る即ち解雇権が発生するのである。

以上のように捉えることにより、「労働者も納得する・出来る解雇」の一般的・抽象的枠組みが成立するのである。

2 企業責任の新しい枠組み

筆者は、「懲戒権論の現代的展開（二）」（『島大法学』五〇卷三・四号）三5において、「企業責任の新しい枠組み」を述べているが、特に新たに付け加えることもないので、それを前提に解雇との関わりを論ずるに止める。第一のコンプライアンス（＝法令順守）については、従来から存在する一般的ではないが一様な解雇規制立法（労働基準法第3条、19条、20条、

「男女雇用機会均等法」第9条、「育児・介護休業法」第10条等)を、使用者が順守すべきことは、当然である。それに付け加わるのが、労働契約法第16条—ここでは、それが既に労基法第18条の2として立法化されていたことを、無視する—であり、既述(二4)の内容において順守するのが、使用者の義務である。又他方で、コンプライアンスに問題のある使用者であれば、たとえ正当理由のある解雇であっても、「社会が納得する・出来る解雇」ではないと捉えられることにより、その解雇を無効とする余地が生ずると、考えられない訳ではない。

第二のコーポレート・ガバナンス(=企業統治)と解雇の関わりには、二つの側面がある。一つは、ステークホルダー(利害関係者)との良好な関係の構築という側面である。ステークホルダーである労働者との「良好な関係の構築」は、使用者が、法的に無効な解雇を行った・行っているだけでなく、一有効か無効かを問わず—解雇を威嚇の手段としている限り、不可能である。そして、そこまでには到らないとしても、解雇の脅威があるだけでも同様であろう。前者の場合では、使用者に解雇権があることが前提であり、その解雇権の使い方次第で、「良好な関係の構築」が左右されるのである。しかし後者では、使用者の解雇権を否定せざるをえない。使用者に解雇権があるからこそ解雇の脅威がありうるのであって、解雇の脅威を消滅させるには、使用者の解雇権を否定するしか途がないからである。もう一つの側面は、労働者を企業統治の主体と捉えることである。言い換えれば、労働者参加型のコーポレート・ガバナンスの実現である。ここから導き出されることは、もし使用者に解雇権があると仮定した場合、その解雇権は、決して使用者単独で行使しうるものではなく、労働者と「共同的」に行行使されるべきものであることである。その理は、使用者の解雇権を否定する本稿の立場においても当然貫徹するどころか、本稿の立場に最も妥当する。法的に許容される解雇正当事由の枠内であることが前提であることは、言うまでもない。しかしその枠内で、何をその企業における解雇正当事由とするかは、本来、使用者と労働者が「共同的」に決定し、それに該当することにより生じた解雇権も「共同

的」に行使されるべきなのである。この側面は、「労働者も納得する・出来る解雇」の個別的で具体的な枠組みとしての意義を、担うように思われる。

第三の企業の社会的責任（CSR）は、最も「社会が納得する・出来る解雇」と関わるものと、思われる。何故なら、CSRの面で問題のある企業は、その市場的・社会的な信用・信頼・威信を失う可能性が、極めて高いからである。そして、市場的・社会的信用等を失った使用者による解雇に対し、「社会が納得する・出来る」とは考えにくい。「社会が納得する・出来る」ということは、一こままで、いかなる意義、意味を持つのかにつき、何ら述べていないが—社会の規範意識への合致である。CSRに問題のある使用者は、たとえCSRが、一法的に強制されるものでなく—自主規制、自主的活動を通じて果たされるものとしても、市場的・社会的信用等の喪失という形で、社会の洗礼を受けるのである。それは、社会の規範意識に抵触するが故である。そうとすれば、その使用者が行う解雇も、社会的な納得を獲得しえない、即ち社会の規範意識に抵触するのである。従ってここでも、正当理由があって初めて、解雇を「社会が納得する・出来る」のである。これは、第一のコンプライアンスに関する論述を、補強する意味を持つ。その上に、自主規制・自主的活動により果たされるCSR、その成果が、企業の市場的・社会的信用等をプラス面でも左右すること、そして自主規制・自主的活動は、労働者の自発的協力次第であることが、考慮されるべきである。自発的協力は、解雇は勿論のこと、解雇の脅威、解雇の威嚇がある中で、得られる訳がない。この点は、解雇正当事由説に直接結びつく訳ではない。しかし、目標とされたCSRのレベル・内容、また達成されたそのいかにによっては、解雇正当事由説に結びつかないものでもない。言わば質の高いCSRを達成しようとする・した企業において、事実の問題として解雇が生じないというに止まらず、正当事由のない解雇を規範的に阻止する力が、企業内・外に生ずるからである。そうした企業における解雇には、社会も労働者も「納得する・出来る」からである。

3 解雇事由の労働契約論的構成

労働基準法第89条により、使用者は、就業規則に解雇事由を定めることを義務づけられている。そしてその解雇事由は、基本的に一例示ではなく一制限列举と解され、就業規則に記載されない事由による解雇は、許されないとされている。また、記載された解雇事由が合理的である限り、個々の労働者を拘束する、その変更についてもそしてそれが不利益変更であっても同様であるとする判例法理が、形成され定着して来た。そしてその判例法理が、今では立法化されている（労働契約法第7条、第10条—労働者への周知を条件に加えているが—）。しかし、以上の議論は、使用者に解雇権があることを自明の前提としているから、本稿の主張とは、直接の関わりを持たない。また、筆者は、判例法理に対抗しそれを克服する方向での議論を既に展開している—拙稿「現代就業規則論の課題」（『島大法学』四八巻四号）—。そこで、就業規則そしてそこに記載されるべき解雇事由を視野の外に置いた上で、解雇正当事由に関し労働契約論の視点から、問題を考えてみることにする。とは言え、筆者は「就業規則＝契約」論という主張をしているから、以下の論述は、就業規則にも妥当する。

勿論、ここで問題にするのは、既に二3で扱った労働契約上の義務レベルではない。労働契約の内容即ち合意のレベルである。解雇正当事由とは、ここまでの論述による限り、本来解雇権のない使用者が解雇即ち一方的意思表示による労働契約の解消＝解約が出来る程の事由である。言い換えれば、労働者の雇用継続を使用者に強制することが、使用者にとって酷であり、反って解雇という法的手段により労働者に不利益となっても守るべき使用者の法益を保護すべき事由があるということである。それは、使用者が、自らの法益を守るための不当なあるいは不公正な行為ではないどころか、正当かつ公正な行為として、法的にも社会的にもまた労働者からも、許容されるものである。ここまでの論述に倣えば、使用者も社会も労働者も「納得する・出来る」解雇事由ということである。そうだとすれば、「納得する・出来る」解雇事由を労働契約の内容として、使用者と労働者が合意することが、不可欠のように思われる。

ここでまず想定しているのは、全ての使用者が全ての労働者と、同じ内容の解雇事由に合意することである。この場合の解雇正当事由は、さしあたり、解雇法理としては本稿と異なるが、解雇事由としては一解雇正当事由と実質的に異ならないとされて来た解雇権濫用法理が提示している一解雇権濫用と評価されない解雇事由であることで、十分であろう。そうした合意は、一規定形式上の一労働契約法第16条の遵守にすぎないように、見える。しかし、その合意の重要性は、使用者がその16条を遵守し違反しないとの約束を、労働者に対し与えることにあるのではない。勿論、それも重要ではあるが、本稿の脈絡で重要なのは、労働者の側にある。即ち、労働者も、提示された解雇事由を正当なものとして認識するとともに、自分自身がその事由に該当した場合、使用者から解雇されても止むをえないと納得して、合意しているのである。既述の、解雇正当事由とは、労働者も「納得する・出来る」解雇事由であるということは、未だ当該労働者が直接には関わらない一労働者一般としての関わりはあるが一事柄である。ところが、労働契約の内容として合意することにより、当該労働者も「納得する・出来る」解雇事由に、その主体的選択と決断を経て自ら拘束されるに到るのである。労働者自身が、正当事由ある解雇の正当性を保証したのである。

ところで、「正当事由ある解雇の正当性の労働者による保証」という論理は、個々の労働者にも妥当することで、完結する。そうだとすれば、個々の労働者が締結する個別の労働契約において、解雇事由に関する特別の合意をすることが可能であることを、意味する。労働条件一般につき特別の合意をすることは、一ここでは対象としない一就業規則や他の労働者の労働契約との関係で、認められていたが、それらと同次元で扱うことが、出来るであろうか。労働者に有利な特別の合意即ち当該労働者を正当に解雇出来る事由の範囲を狭める特別の合意は、労働条件一般と同次元のものとして認められることは、言うまでもない。ただ、そうした合意を使用者がする可能性は乏しく、現実性のない議論ではある。しかし、解雇正当事由の範囲を個別の労使の合意で、この場合は狭める形でだが左右出来るということは、次のような

意味に読み替えることが出来るように、思われる。それは、使用者が正当事由のある解雇が出来ることを、解雇権限と表現するとして、その使用者の解雇権限の発生根拠としてである。使用者の解雇権限は、正当事由がある解雇を使用者が行うことを国家法が承認することで、付与されてはいる。しかしその枠内ではあれ、労使の合意による解雇権限の創出、より具体的には労働者による使用者に対する解雇権限の承認による使用者の解雇権限の創出と、読み替えることが出来ると思われる。勿論、それ抜きに使用者の解雇権限が国家法により付与されることを踏まえれば、使用者の解雇権限の創出であることを自覚した労使の合意であることが、必要であろう。しかし、自覚的でない場合も含めて、正当解雇事由に関する労働者の合意は、国家法が認める解雇権限の労働者による承認であるが故に、加重した解雇権限の創出と捉えて良いと思われる。

そうした捉え方が正しいとすれば、個別の労使の合意により、解雇正当事由を拡大することも、可能となる。その場合には、国家法による解雇権限の付与がないのであるから、正しく両者の合意とりわけ労働者の同意による使用者の解雇権限の創出となる。即ち個別の労働者が、自己にとって不利であることを承知の上で、拡大された解雇事由の正当性を自ら保証し、そのことを通じて使用者の解雇権限を新たに発生させるのである。こうした解雇正当事由の拡大への労働者の同意は、とりわけ採用段階の労働契約締結では、採用されるために労働者にとって不本意であっても、事実上の強制となりうる。その危険性には十分注意が必要だが、労働者の真に自由な意思に基づく合意である限り、解雇正当事由の拡大そしてそれに関する使用者の解雇権限の創出を、認めて良いと思われる。より正確には、「解雇の労働契約論的構成」に立つ限り、それを認めることにより、その構成が完結するのである。

四 解雇概念の拡張と解雇法理の適用・準用

本稿のような解雇正当事由説を採用したとしても、それにより、(解雇という法的形式を採らない)労働者の退職という形での実質上の「解雇」を排

除出来る訳ではない。あるいは反って、正当事由がなければ解雇出来ないからこそ、こうした実質上の「解雇」の増大を招くかも知れない。いずれにしても、こうした実質上の「解雇」が、解雇か退職のいずれか一方に該たると断定しがたい、言わばグレーゾーンとして存在することは、確かである。それ故に、擬制解雇、準解雇、みなし解雇—それを提唱した・している学説の具体的中身・内容の相違や、いずれをどのような理由で妥当としているかといったことは、それらの検討が課題ではないので、無視する—といった解雇概念の拡張そしてそれへの解雇法理の適用あるいは準用という主張の意図は、理解出来ない訳ではない。しかし、それらを解釈論として展開することには、筆者は賛成出来ない。その理由は以下の通りだが、そこでは解雇法理の相違即ち筆者は解雇正当事由説であり解雇概念拡張の主張者は解雇権濫用説であることは、棚上げにし、両方に妥当する理由を示すことにする。また、一既述の一筆者にとって常識であることも、ここでは度外視する。

第一は、二3で述べた使用者の「職場環境調整義務」と解雇の関わりから導き出される理由である。労働契約上使用者が負う付随的義務の一つとして、「職場環境調整」という義務があることを、学説、判例が明確にしたのは、近年のことである。従って、それ以前の学説が解雇概念の拡張を提唱したのは、それ以外に問題解決の途がなかったのであるから、止むをえないことである。しかし、現在では、この途を採る必要がない。何故なら、学説、判例において確立された「職場環境調整義務」が、そのものズバリ「職場において生じる何らかの原因により、労働者が退職に追い込まれることのないよう、職場環境を整える」という義務であるからである。裏返せば、問題となっている退職は、「退職に追い込まれ」ることにより、生じたものである。言い換えれば、使用者が、その「職場環境調整義務」に反したりその義務を履行しなかったりまた不十分にしか履行しなかったために、労働者が退職せざるをえなかったのである。それは、明らかに、退職に追い込まれたこと及びその退職自体につき、使用者に責任があることを示している。使用者に責任のある退職とは、解雇そのものである。問題となった退職が、こうした解雇で

あるか否かは、解釈ではなく事実認定の次元の問題である。従って、解雇概念の拡張は、不要である。

第二は、拡張された解雇概念の、そしてその適用の不明確性である。学説間の相違等は無視するとしたが、しかし、拡張された解雇概念の中身、内容、範囲が論者によって異なるのでは、法的ツールとしては役立たない。それを、法解釈の違いという次元と同じと捉えることも、出来ない。解雇概念拡張を唱える論者の意図は、解雇が退職のいずれかに該当することが明確でない言わばグレーゾーンにある現象を、解雇とは異なる概念により捉え、それに解雇法理を適用・準用しようということである。筆者からすれば、それは、解雇法理の拡張であって、「解雇概念の拡張」をしなくても済むように、思われる。しかし、論者が、擬制解雇、準解雇、みなし解雇といった—それまでにない新しい—概念を設定し、「解雇概念の拡張」という途を採る限り、課題は次のように設定される。まずは、—どのような用語を使用しよう—拡張された解雇概念の中身、内容、範囲の一致の達成である。退職という形式を採った行為が「解雇」とされるか否かは、労働者にとってのみでなく、使用者にとっても重大な事柄である。従って、その結論が、概念の中身等により異なることは、法解釈論の相違を越えた法的に許されないことである。その一致があるまでは、法的ツールとして使用すべきではない。しかし、一致が極めて困難という見通しがありそうなので、立法的解決の途を採るべきであろう。ただ、その一致の可能性はゼロではないので、一致した中身・内容・範囲を前提に、解雇法理を適用・準用するレベルの問題性を、もう一つの課題として設定すべきであろう。

問題は、解雇法理により実質上の「解雇」から労働者を救済すべきであるという主張には、ない。その主張自体には、筆者も賛成である。問題の一つは、「拡張された解雇概念」によっても捉ええないケースがあるかどうかである。もしそうしたケースがある場合、そのケースをも包摂しうよう「拡張された解雇概念」を修正すべきであり、こうしたケースの積上げにより「拡張された解雇概念」を鍛えて行くべきである。しかしそれでも漏れるケー

スがありうるが、それに対応する方策が、「拡張された解雇概念」には用意されていない。そこから、その方策を新たに構築する途を採るのか、解雇法理の準用で対処するのかという課題が設定される。しかし、前者は、そうした方策がありうるのかという疑問、それ以上に「拡張された解雇概念」という法的ツールに対する過重な負担ではないかという疑問が、つきまとう。それは、解雇概念の拡張故に生じる問題であるから、一難問回避ということではなく一問題を複雑にし解決を困難とするから、「解雇概念の拡張」自体を放棄する方が、適切と思われる。そうした点を度外視するとしても、もう一つの問題は、解雇法理の適用、準用の区別にある。いかなる場合には適用としどのような場合には準用とするのか、振り分けの基準なりメルクマールを設定しうるのかが、問われる。勿論、適用でも準用でも法的効果、法的結論に差異がある訳ではないとして、問題回避をすることは、可能である。しかし、一筆者とは異なり一「解雇概念の拡張」を行うことにより、実質的な「解雇」から労働者を救済すべきであるということの意義に固執するのであれば、その主張の説得力を高めるべきである。解雇法理を適用するのか準用するのか、その区別の基準、メルクマールがない、曖昧である、明確でないとしたら、その主張の説得力は、低いものにならざるをえない。しかも注意が必要なのは、解雇法理の適用・準用は単独の問題ではなく、先の問題と一体であり、そうしたものとしての説得力が、問われていることである。筆者に想定出来るのは、解雇により近いかどうか、解雇と同一視しうるか否か、労働者がもし退職しなければ解雇されたであろうか否かといった、極めて莫然としたものでしかない。しかも、こうした区別は、事実認定のレベルである上に、その認定の結果として導き出されるものである。問題の性格上そうならざるをえないと、評価出来ない訳ではないが、それは、法的安定性そして一解雇権濫用法理に対する経済学からの批判点の一つであるところの一予見可能性の面で、問題を抱えることになる。筆者は、こうした問題への対応としても、立法的解決を図る途を採るべきだと考えている。

（2008年9月7日、未完）