

〈研究ノート〉

## 解雇法理の新段階（2）

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（五三卷一号）
  - 五 解雇無効における救済方法
    - 1 問題状況
    - 2 金銭解決方法
    - 3 損害賠償
    - 4 原職復帰の条件整備の課題
  - 六 解雇規制立法化の課題（本号）
- 
- 五 解雇無効における救済方法
    - 1 問題状況

解雇が無効と判断された場合には、裁判所は、原職復帰—ないしは労働契

約上の地位の確認であるが、以下「原職復帰」という表現に、これも含めることにする—と解雇期間中の賃金の支払（＝バックペイ）を命ずるのが、通例であった。原職復帰という救済方法は、解雇権濫用法理の必然の帰結ではないと思われる。しかし、判例、学説ともに、従来においては、解雇が無効だから解雇がなかった状態（即ち雇用の継続、具体的には原職）に戻るのが当然として、そのことに疑いをさしはさむ余地は、なかった。ところが、原職復帰した労働者が、使用者、上司また同僚の労働者達との—解雇以前の—良好な関係を取り戻せず、結局—今度は—自発的に退職するという事態が、少なくない。あるいは、無効な解雇をするような使用者の下には戻りたくないと原職復帰を拒否し、しかし無効な解雇を不法行為として損害賠償を求める事例が、増大している。そうした状況を踏まえ、またとりわけヨーロッパ先進資本主義国の解雇規制立法、解雇法理の本格的な研究に学んで、原職復帰以外のとりわけ金銭解決方式—「解雇補償金」といった—が、立法論として提唱されている。さらに財界・政府から、「解雇ルールの明確化」という立法政策の一環として、金銭解決方式が提起されて来ている。同じ金銭解決方式でも、前者は、原職復帰か金銭解決かを労働者が選択するものであり、解雇救済方法の充実を目指したものである。それに対して後者は、これまでの労働規制の緩和としての即ち解雇し易い「ルールの明確化」としての立法化の意図の一環であり、従って使用者からの申出も出来るものである。それは、原職復帰方式より使用者の負担を軽減する、「解雇補償金」支払により解雇が正当化されかねない、と評価されるものである。財界・政府の主張は、労働組合側等の強力な反対もあり、貫徹せず、解雇権濫用法理の立法化という妥協的結末であったことは、既述した。しかし他方で、前者の立法論も、未だ実現しえていない。

## 2 金銭解決方式

筆者は、原職復帰以外の救済方法として、あくまで労働者によるその選択を条件とする限り、「解雇補償金」といった金銭解決方式の立法化に、賛成である。そして、その立法化実現までの間においても、現行の裁判を含む紛

争解決制度等の活用において、その現実化の努力をすべきと思っている。即ち、それを労働法学者の立法提言に止めず、実際の解雇紛争においてその主張を活かし実現する。そうした実績づくりを基盤、土台として立法化につなげることが、不可欠の立法化の道筋であると思われるからである—以下では、この金銭解決方式に限り、次の六で扱う事柄・内容を展開する—。勿論、労使当事者の自主的交渉レベルでは、使用者がそれに同意しない限り、労働者の一方的要求に止まる。しかし、もし使用者が、裁判で解雇無効あるいは違法解雇—この場合は、不法行為に基づく損害賠償—という法的判断を受けることを回避する、そこまで到る以前の紛争解決制度の活用さえ紛争の長期化と捉え忌避する、そうした方が得策と判断すれば、同意することがありうる。それも、一つの実績である。それ以上に重要なのが、紛争調整委員会のあっせん・あっせん案の提示（個別労働関係紛争の解決の促進に関する法律第12、13条や都道府県労働委員会による「調整」（地方自治法第180条の2、公労使三者構成のあっせん員によるあっせんが、中心である）である。「あっせん」とはこの場合、労使の個別的紛争の自主的な話し合い、交渉への手助けであり、あっせん案が必ず提示される訳ではない。いずれにしても、権利義務関係の確定ではなく、それを踏まえつつも利益紛争の解決を促す役割を担うのである。紛争の解決のために役立つとすれば、金銭解決を示唆したり金銭解決を盛り込んだあっせん案を提示することは、自由である。従って、ここでの課題は、まずは、紛争調整委員会委員、労働委員会委員に対し、こうした解雇紛争解決方式があることを周知させ、その活用を促すことである。次には、あっせんである以上、労使当事者を拘束しないが、解雇紛争解決のキーを握っているのが使用者であるから、使用者の同意を獲得すべく努力し、あっせんの成功として、実績を築くことである。こうした実績は、公的機関によるものだけに、立法化の基盤・土台としてより有力であろう。

さらに重要なのが、労働審判制度である。周知のように、労働審判制度は、個別労働関係民事紛争のみに限定してその解決を図るための、新しい裁判システムである。民事紛争解決制度の最終段階である民事訴訟の前段であるが、

解雇紛争を含む全ての個別労働関係民事紛争が、労働審判手続を経るという少くとも制度的保障はない。しかし、もし解雇紛争につき労働審判の申立てがあった場合、金銭解決方式の導入が容易となる。何故なら、第一に、民事調停法によるものと異なり、当事者の申立や労使当事者の合意なしでも一調停が労働審判の前段として行われうることである。それは、「調停の成立による解決の見込みがある場合」一労働審判法第1条一に限定して試みられるものではある。しかし、調停が、当事者の互譲により法規の形式的適用にとらわれず条理にかなない実情に適した解決を図るものであるとすると、調停案が作成されるか否かを問わず、言わば法規の形式的適用としての「解雇無効」→原職復帰」という解決方式ではない、「解雇無効」→解雇補償金支払」という解決方式を、提示出来るのである一理論的に可能とされていたが、実際にも（次の労働審判でも）そうした例が多いようである。ここでも、課題は、一先の一あっせんに関して示したものと同一一第一の対象は、当然労働審判官、労働審判員になる一であるが、労働審判官が裁判官であることは、重要である。何故なら、裁判官は、解雇事件に関し解雇権濫用法理の下、解雇無効とした場合原職復帰という救済方法のみしかないという認識にあり、またそうした判決を下す経験しかして来なかったからである。裁判官が、一さしあたり現行法の枠内にはない一金銭解決方式を提示したまたそれにより解雇紛争を解決したという経験をすること、提示しうるとともにそれにより解決しうるといふ認識を持つに到ることは、次のような意義を有する。それは、立法化の基盤、土台一勿論、調停成立による紛争解決の実績が、この場合にもそれらを構成することは、言うまでもないが、その上に一となることである。解雇紛争の法的な最終的解決を担う裁判官が、従来の単一の一次に扱うものを別として一解決方式しか判決において提示しえないと考えていた中で、一裁判上の和解と同一の効力でしかないとしても一こうした解決方式の立法化を支持する少なくとも反対をしないということは、立法化の基盤・土台として一層有力である。その上に、労働審判員が、同じような認識、経験を持ちうることも、それは、労働審判員の実際の任命の手順、任命され

た審判員の構成、さらに労働審判委員会を組織する労働審判員の実際の指定の仕方と、関わる。労働審判員は、労働組合、使用者団体の推薦に基づき、労働組合の役員、企業の人事担当者が任命され、言わば労働者代表・使用者代表各一名が、指定されている。そうでありながら、法が求める「中立かつ公正」という点について、今のところ問題はないようである。そうした労働審判員の解雇金銭解決方式についての認識、経験は、当然、審判員を推薦した労働組合、使用者団体にフィードバックされるであろう。とりわけ使用者団体へのフィードバックの意味は、大きい。何故なら、財界による使用者の負担、責任の軽減としての金銭解決方式に、反省を迫ることになる、と思われるからである。そうなれば、金銭解決方式の立法化における対立、対決点が解消され、立法化は容易となろう。

第二に、労働審判にも以上の事柄が妥当するからである。調停による解決が出来ない場合に、労働審判手続に移るが、労働審判とは、「当事者間の権利関係を踏まえつつ事案の実情に即した解決をするために必要な審判」と定義されている（第1条）。そして、適法な異議の申立てにより労働審判は効力を失うが、それが無い場合労働審判は、裁判上の和解と同一の効力を持つとされている（第21条）。こうした労働審判において、解雇紛争を金銭解決することは、理論的に可能であるのみでなく、一先に触れたが—実際の労働審判で取り入れられている。ここでは、それらの事柄の裁判官にとっての意味のみに、触れることにする—労働審判員にとっては、調停レベルと同じであろうから—。ポイントは、労働審判が裁判上の和解と同一の効力を有することにある。何故なら、労働審判は、適法な異議申立てがあれば訴訟手続に移行するから、裁判官にとって訴訟とは別次元のものであろうが、適法な異議申立てがなければ訴訟と同次元となるからである。しかし他方で、労働審判の最終的決着は、当初から分る訳ではない。そうだとすると、裁判官は、労働審判を訴訟と同じものとして、扱わざるをえない筈である。そうした労働審判において、解雇の金銭解決という審判を下した自らの経験、他の裁判官がそれを行っているという知識は、解雇の金銭解決方式を原職復帰に替わ

る救済方法として、即ち一勿論立法論ではなく一現行法の解釈論として展開されることに、つながるのではないだろうか、もしその可能性があるとしても、さしあたりは地方裁判所の判決に止まるとともに、その蓄積、積上げが最高裁判例の変更に至るか否かについては、保証はない。しかしここで重要なのは、労働審判制度に対する最高裁の構え方である。周知のように、労働審判制度は、司法制度改革の一環として実現されたものであり、最高裁は、これを肯定し推進する立場に立っている。しかも、最高裁は、その労働審判において、解雇解決金方式が採用されることを予測しており、実際にそうした審判が下されたことを知っている。そうだとすれば、もし地方裁判所が、解雇の金銭解決方式を現行法の解釈として打ち出したとしても、それを最高裁判例に反するとして否定する立場には、立ちにくい。最高裁が一貫した立場を保持する限り、最高裁の採る途は、自らの判例変更しかありえない、と思われるのである。

以上のことからすれば、金銭解決方式という新しい解雇救済方法は、立法化のそしてそれ以前の判例変更の途が、既に切り拓かれている、と評価して良いように思われる。

### 3 損害賠償

解雇に関わって、不法行為に基づく損害賠償を請求するという方式の救済方法には、二つのものがある。一つは、{解雇無効→原職復帰}という第一次的、第一義的な救済の他に、損害賠償を求めるものである。その場合でも、無効な解雇をされたことによる損害の賠償請求と、解雇に至る過程で生じた諸事実、諸事情を不法行為として賠償請求するものとを、一応区別しうる。一応としたのは、一方で、解雇が違法・無効であること自体を不法行為とするのではなく、解雇理由、解雇手続がどのようなものであったのかという違法・無効の理由なり中身、内容との関連で賠償請求するのは、両方を問題にしているとも考えられるからである。また他方で、その両者を前者に含めその中での差異とし、後者を解雇問題と切り離し独立の不法行為として責任追及するもの、という捉え方がありうるからである。いずれにしても、それぞ

れの性格、内容に応じて不法行為が成立するかどうかは、不法行為の成立要件、即ち故意・過失の存在、権利・利益の侵害、損害の発生、因果関係の存在を満たしているか否かの問題とされている。即ち、解雇が無効であれば自動的に不法行為となるのではなく、改めて不法行為成立要件が検討される、というのが従来の捉え方である。それは、解雇権濫用法理からの副次的ないしは派生的問題と位置づけての捉え方であるから、解雇権濫用法理の帰結であろう。しかし、それには疑問がある。何故なら、一方では、解雇権濫用法理は、解雇正当事由説を採用したのと実質的に異ならないと評価される程の、厳しい解雇規制であったからである。それ程厳格な解雇規制に反する無効な解雇は、それだけで不法行為を構成すると捉えられたとしても、決して誤りと言えないどころか、解雇濫用法理の帰結は、「無効な解雇は、原則として不法行為である」とするものでなければならなかった筈である。そうしたことが主張、議論されて来なかったのは、かつてにおいては、{解雇無効→原職復帰}という救済方法が、判例法理としてのみでなく労働者においても定着し、不法行為に基づく損害賠償の請求という救済方法を求める契機に欠け、実際にもそうした事例がなかったからであろう。また、解雇権濫用法理が、一解雇規制立法が存在しない中で一実務的有用性と結果的妥当性を持って確立・定着したために、その法理の理論的検討の必要性という問題関心が、労働法学界になかったことも、関わるのかも知れない。

しかし今や、問題状況は様変わりしている。一方では、第一次的、第一義的救済としては原職復帰を請求しつつ、併せて解雇の持つ労働者の権利・利益の侵害性を踏まえて無効な解雇を行った使用者に対する責任追及として損害賠償を求めるといった事例が増えていることである。他方で、一次に述べる原職復帰に替わる救済方法という側面も展望しないしは視野に容れつつ—それを肯定する学説が展開されていることである。後者の学説が、解雇権濫用法理が原職復帰を救済方法としたのを、政策選択の問題という認識に立つ点において、本稿と共通である。しかし、解雇正当事由説に立つ本稿の立場では、正当事由なき解雇は—権利濫用レベルを越えた—権利なき行為であり、

解雇それ自体を不法行為とすることは、容易であるし、政策選択問題次元ではない強固な主張となりうる。いずれにしても、原職復帰請求に併せて損害賠償請求を行うことは、可能である。

損害賠償請求には、もう一つある。それは、労働者が原職復帰を求めず、しかし無効—より正確には違法ないしは違法・無効—な解雇をした使用者に対する責任追及を行うものである。これを解雇のもう一つの救済方法と捉えれば、2で述べた金銭解決方法の立法化ないし判例法理としての確立までの代替手段であろう。しかし、違法・無効な解雇をした使用者の下では二度とは働かない、しかし違法・無効の法的責任を追及するということは、労働者の使用者に対する怒りの表明であり、金銭解決方式を越える側面がある。従って、こうした損害賠償請求は、—将来実現されるであろう—金銭解決方式とは別個のものと捉えられると同時に、金銭解決方式が実現してもそれと併行して請求出来ると思われる。ただ、その「解決金」で償えない損害の賠償に限定されるとか、先の第一の二つ目の損害賠償と同列となりうるので、原職復帰に替わる救済方法という位置からは外れるであろう。

この損害賠償をめぐる論点は、三つある。一つは、不法行為構成か債務不履行構成かであるが、後者については、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義務はまだ確立していないので、ここでは不法行為構成としておく。ただ、その義務が確立した場合であっても、労働者の怒りにふさわしいのは、不法行為構成ではある。もう一つは、原職復帰に替えて損害賠償を請求することを、労働者の自由な選択として良いかどうかである。これは、雇用の継続と労働者の自由な選択のいずれを重視し尊重するか、という問題である。解雇権濫用法理の下での原職復帰という救済方法は、政策選択の問題であるとしても、第一次的、第一義的なものであることに変りはない。解雇正当事由説に立つ本稿でも同様である。違法・無効な解雇がもしなければ雇用は継続されたのであり、原職復帰とは、事柄の性質に即した素直な救済方法である。原職復帰をしがたい客観的な事情がある場合にのみ、原職復帰に替えた救済方法として損害賠償を認めるという立場は、



理解出来ない訳ではない。しかし、原職復帰をしても、他の労働者と比べ待遇され、人間関係が円滑にいかず、結局退職することになるといった現に生じている事態を棚上げしても、労働者の意思を無視しての原職復帰の強制には、疑問がある。また、原職復帰を頑として拒絶する訳ではないが、この際「退職」し損害賠償は得ようとする労働者の選択を、結局「退職」したのだから損害賠償を否定するという裁判例も、納得しがたい。雇用を継続するか否かは、退職・転職の自由と同様労働者の自由であり、その自由は、尊重されるべきである。そのことを踏まえた上で、なお違法・無効な解雇に対するサンクションもなされるべきとすれば、原職復帰に替えた損害賠償を救済方法として、認めるべきである。即ち、救済方法の選択は、労働者の自由な意思に任せるべきである。第三は、不法行為に基づく損害賠償が認められる場合の逸失利益の算定である。一違法・無効な解雇がなかったとしても同様だが、とりわけ一原職復帰という救済方法を選んだとしても、その企業に定年制がある場合、当該労働者が定年まで雇用されるという保証がある訳ではない。解雇後六ヶ月間の賃金ですら逸失利益とした裁判例は、例外的存在である。こうした中で、例えば最低五年間の賃金を逸失利益とすることが、可能であろうか。立法的に解決を図るべきであろうか。解雇により喪失した賃金を逸失利益と認め、かつどのくらいの期間の賃金を逸失利益とするかにつき、判例あるいは判例法理がいつ形成されるかの見通しは、現在は立てがたい。従って、立法的解決に頼らざるをえない。しかし、その立法論をリードするためにも、判例・判例法理の形成に働きかける上でも、方向性を説得力を持って提示するのが、労働法学界に課せられた課題である。それは、労働者の年齢等様々な事情を考慮した上で、当該企業の労使間において合理的に雇用継続が肯定される期間、言い換えれば原職復帰の選択をしなかった労働者に保障される賃金期間として労使が納得出来る期間という枠組みであろう。そうすると、労使間全体に共通する「納得出来る期間」が確立するまでは、正にケースバイケースとなるが、事の性質上それは止むを得ず、問題解決の枠組みが確立されていることが、大事である。ところでその場合、「転職」して

得た賃金あるいは「転職」すれば得られたであろう賃金を逸失利益から控除すべきではない。解雇自体による「得べかりし利益の喪失」と「転職」により得た・得べかりし賃金とを関連させる法的契機、要因が全くないからである。

#### 4 原職復帰の条件整備の課題

一既述の如く一労働者が原職復帰という第一次的、第一義的救済方法を選択しない理由は、一般的、個別的にいろいろあり、その理由に即してここでの問題を考えることも、可能である。他方で、いかなることがあれ絶対的に原職復帰を拒否する労働者にとっては、こうした課題は無意味である。しかし、原職復帰が第一次的・第一義的救済方法であり、それを望みつつ断念する労働者がいることを考慮すれば、課題は、「原職復帰の条件整備」でなければならない。それを、労働法外的事実として放置すべきではないが、他方で今論じうるのは、基本的視点ないしは枠組みでしかない上に、かなりの部分が立法的解決によらざるをえないであろう。しかし、その立法的解決への問題関心の喚起、議論のリードのために、否より以上に「解雇無効→原職復帰」という救済方式を提示するだけに止っていた従来の判例・学説—何らの疑問も持って来なかった筆者を含めた—への反省を込めて、問題を考えることにする—但し、視点・枠組みの提示であることとの関わりで、立法論、解釈論を区別して論ずることはしない—。

原職復帰の第一の条件は、無効な解雇を行った使用者の反省と謝罪である。裁判所が解雇を無効とし原職復帰を命じたから、止むをえずそれに従うという消極的対応では、原職復帰の条件は、整わない。使用者が、まず自らの非を認め被「解雇」者に謝罪するとともに、こうした無効な解雇を再びはしないという決意を表明することが、必要である。そしてそれは、被「解雇」者に対して行うだけでは不十分であって、労働者全てに対する表明—不当労働行為制度におけるポスト・ノーティスの如く—でなければならない。それは、原職復帰の第一段階における使用者の姿勢が、原職復帰者を迎える全ての労働者に方向づけを与えるからである。

第二の条件は、真の意味での原職復帰を行うことである。例えば、一賃金を除く一諸労働条件を一「解雇」以前の原状と同じく保障することである。原職復帰までの間に改善・向上があればその改善・向上した労働条件を適用することは、もし「解雇」がなければ保障された筈であるから、当然である。しかし、逆の場合即ち不利益変更については、同様に考えるべきではない。確かに、論理的には同じ扱いであるべきようであるが、原職復帰の言わば主観的、主体的側面、端的に言えば労働意欲が関わるからである。引き下げられた労働条件が適用されるのでは、原職復帰者の労働意欲にマイナスに働くことが予測され、そのことが引いては退職につながるのであれば、真の原職復帰となりえないからである。そうした扱いが他の労働者の不平、不満を生じさせるとすれば、それに対処する責任は、当然使用者が負うべきであり、それは、第一の条件の必然的帰結でもある。その他の原職復帰者の職務、「職階」上の格付け、地位、勤務場所等についても、同様の論理で対応すべきである。ただあえて付け加えるとすれば、例えば職務の廃止が既に行われており、原職復帰者のために復活させても無意味という事態がありうる。その場合には、その職務に最も近接した職務に付けるべきと一応言えるが、それよりも原職復帰者の意見を聞きその意思を尊重するという方が、妥当であろう。これは、より労働意欲に関わるからである。

第三の条件は、教育訓練の実施である。原職復帰者は、「解雇」期間中、当然就労していないしまた使用者による教育訓練が行われたとしてもそれを受講出来ないため、労働能力の低下また他の労働者との労働能力の格差が、生じうる。原職復帰しても、労働能力の面で不十分で、労働能力向上のための措置が採られない限り、能力不足が退職あるいは解雇の原因となりかねない。そうだとすれば、原職復帰段階で必要とされる労働能力の獲得のための教育訓練が、使用者の責任で実施されなければならない。その場合注意が必要なのは、原職復帰者の教育訓練を通じた労働能力の向上のテンポが、雇用継続の労働者に比べ、遅いことが予測されることである。そこから、使用者に対する三つの命題が帰結される。一つは、労働能力向上のテンポを早める

特別の措置を採るべきことである。第二に、そうしたことを行ってもなおテンポが遅いとしても、それは、一原職復帰者の怠慢、不真面目といったことがある、割り引かれるとしても一使用者の責任である。従って第三に、以上を通じて獲得されてもなお能力不足であるとしても、それは、一それなりの期間経過後においては、別としても一解雇を正当化しえないのである。ところで、使用者による教育訓練ではなく、労働者の自己啓発としての労働能力の養成、向上という側面については、どう考えるべきであろうか。それが使用者により保障された休暇の活用としてなされるのであれば、その休暇が有給か否かを問わず、以上の論理が、そのまま妥当すると思われる。問題は、休日等における全く自発的なものである場合である。これについては、自発性の発揮が労働者に任されるが故に、原職復帰者と無関係と考える余地がある。しかし他方で、原職復帰者は、「解雇」期間中、使用者により自発性発揮の機会を奪われていたことも、確かである。筆者としては、後者の側面で捉えて、具体的には教育訓練休暇の増加という措置を採るべきと考えている。

第四の条件は、人間関係の修復である。被「解雇」者と原職の上司を含む管理職及び原職の同僚を中心としたその他の労働者とは、それなりの良好な人間関係にあったというのが、通常であろう—勿論、「解雇」理由がいわゆる労働者の非行であり、「解雇」以前からトラブルメーカーであったということも、ありうるであろうが、それでもなお「解雇」以前であり一応同様として良い—。しかし、「解雇」によりその良好な人間関係は、一度は壊れている—それが各人にとってどのような意味でかということは、ここでは問わない—。「解雇」が無効とされ原職復帰をするということになれば、かつての良好な人間関係が修復される必要がある—なお、「解雇」後に採用された労働者との関係では「修復」ではないが、この点は度外視する—。もしそうした修復が行われなければ、原職復帰者は、第一～第三の条件が充足されていたとしても、職場に居たたまれず退職するか、第一の条件を言わば盾に取り管理職、他の労働者を批判・非難し続けトラブルとなり再び解雇されるか、

そうした可能性につながりかねない。この「人間関係の修復」は、当然第一の条件を前提としているが、第一の条件を人間関係の消極的修復と位置づければ、積極的修復である。従って、原職復帰者を新採用者と同じように迎える、即ちこれから新たに人間関係を形成するということでは、ありえない。壊れた人間関係の修復は、原職復帰者の側ではなく—それはそれで、望ましいが—、原職復帰者を迎える側が努力すべきことである。そうした努力を通じて真に修復出来るかどうかは、保証の限りではないが、その努力の積重ね・積上げこそが、真の原職復帰の条件である。そして、その努力に対し最大限の援助を与えることが、使用者の義務、責任である。何故なら、第一に、この努力は、少くとも一般の労働者にとっては自発的な性格を有するものであって、決して使用者の権限行使を通じて強制しうるものではないからである。管理職であれば、第一の条件における使用者責任の履行の積極的具體化レベルの努力であるが故に、使用者の権限行使による強制が、可能と考えられる余地がある。しかし一般の労働者にはそうした側面もなく、使用者が出来ることは、自発的努力への協力要請でしかない。第二に、こうした努力は、言わば精神論では済まず、恐らくいろいろな「物質」的条件を必要とするからである。就業時間終了後の飲食を通じたつき合い、職場の公式のレクリエーション、忘年会といったものが、直ちに念頭に浮かぶ。それらを通じた人間関係の修復には、費用、労力がかかるが、それを言わば「自前でやれ」と主張出来る立場に、使用者はない。それに対し最大限の援助をすることこそ、使用者に課せられた義務・責任である。そうした言わば日本的慣行を別としても、人間関係の修復のためには、専門的な研修、カウンセリングを必要とするすれば、そうした研修・カウンセリングの設定、就業時間中の賃金カットなしの参加の保障も、使用者の義務・責任と捉えられるのである。

## 六 解雇規制立法化の課題

解雇規制立法が実現するために第一に達成されるべき課題は、立法論の統一である。勿論、細かい論点において意見の差異は残るであろうが、少くと

も基礎的論点なり立法の基本的枠組みに関する立法論の統一がない限り、立法化の実現は、極めて困難であろう。その点では、実体的規制—手続的規制も含んで—に関する統一には可能性がありそうだが、問題は、そうした実体的規制にまで踏み込み他の先進資本主義国並みの規制を目指すのか、—実体的規制については、現在の到達段階である解雇権濫用法理を維持しつつ—手続的規制に止めるのかが、労働法学界における立法論の対立軸のようである。問題の性格上、この対立の解消具体的には後者の立場の放棄と実体的規制への収斂は、ありえないであろう。そうだとすれば、「立法論の統一」を断念して各自あるいはグループで立法化へ向け努力するしかないのであろうか。筆者は、—後述の—「段階的」実現とも関わって、次のように考えている。勿論筆者は、解雇正当事由説に立つから、そのことを明確にする実体的規制の立法化に賛成である。その場合の筆者の立場は、実体的規制立法が、解雇正当事由説の採用即ち立法が定める正当事由があって初めて解雇出来るという立場でないから、その立法に反対し筆者の立場に固執して立法論を主張し続けるというものではない。また、今提言されている実体的規制立法論の実現は、解雇正当事由説の採用であるから、その提言者は解雇正当事由説の立場に転換すべきであってその転換が果たされない限り、その提言を一切否定するというものでもない。要するに、筆者は、本稿において解雇正当事由説への転換ないしはその採用を提言しているが、だからと言ってそれを立法論レベルでも固執する訳ではない。そうしたことから導き出される結論は、—実体的規制論者が、手続的規制を含めて提言しているが故に—まずは手続的規制に関する立法論の統一に努力すること、実体的規制立法の統一を次の課題とすることでなければならない—いわゆる立法動向が、実体的規制優先である場合の対応については、後述する—。

第二の課題は、—立法化のための課題と言うより—いわゆる立法動向との切結びの必要性である。—既述かつ周知のように—解雇権濫用法理の法律化は、より容易に労働者を解雇出来ることを目指した財界・政府の「解雇ルールの明確化」の主張・要求とそれに反対し反って解雇規制立法化を求める連

合を中心とした勢力との間の妥協の産物である。財界・政府—ここでは、厚生労働省の微妙で複雑な状況は、度外視する—が、「解雇ルールの特明確化」という主張・要求を放棄した訳ではない。法律化された解雇権濫用法理は、当分は維持されるであろうが、問題の再燃化は必至である—最近の東京地裁の特に整理解雇法理の緩和を意味する裁判例は、この側面との関わりで言えば、その瀬踏みのように思われる—。政策実現能力ないしは力関係からすれば、財界・政府の方が、圧倒している。—統一されたとして—解雇規制立法論を掲げそれが実現するかどうかというレベルではなく、それを拠点としてどこまで抵抗出来るのかというのが、現局面の率直な状況であろう。そうだとすれば、—労働法学界においては、元来立法論・立法政策論の蓄積が乏しいことを、ここでは棚上げしておく—財界・政府の立法政策を唯々批判するいわゆる「悪法」反対論的立法論—これを立法論と称するのは、不適切だが—、かつての官公労働者のストライキ権に関する立法論あるいは近年の労働契約に関する立法論のような、それを掲げてその実現に努力しようとする言わば攻勢的立法論のいずれもが、現状に即した対応ではない。可能なのは、財界・政府の主張・要求に対し、よりましな主張・要求に止める、その主張・要求が実現されるとして最低限充足されるべき規制をかける、現在の解雇規制を最小限維持するといった役割を果たすべきもの、言わば抵抗的立法論である。こうした抵抗的立法論であれば、第一の課題における立法論では統一が出来なくても、見解の一致を形成することは、より容易であろう。

第三の課題は、解雇規制立法の「段階的」実現という構え方の必要性である。これには、—第二の課題とも重なるところの—幾つかの側面がある。一つは、第二の課題で述べた「財界・政府対労働者・労働組合」の政策実現能力・力関係の格差は、かなり長期間継続しそうである。そうとすれば、統一的で理想的な解雇規制立法論が確立されたとしても、それが実現する可能性は、大変に乏しい。また、—理想的かどうかはともかく—解雇規制立法論が提示されたとして、その全てが一気に実現するという展望も、立てにくい。この点は、解雇権濫用法理の法律化に帰結した「財界・政府対連合」の攻防

を見る限り、財界・政府の主張・要求についても、同様であろう。そうとすれば、「解雇規制」立法の部分的実現を、一歩前進として肯定し次の段階へ進むという構え方が、求められると思われる。それは、筆者にとっては当り前のことであるが、あえて課題としたのは、次のようなことが気になるからである。それは、労働契約法制定過程において、就業規則不利益変更法理の法律化に対し、有力な労働法学者の反対声明が出されたことである。確かに、その判例法理には、「合理性」基準によることへの疑問、合理的か否かの判断基準の曖昧性といったことがあり、またこのままでは「契約原理に悖る」として反対論が提示されたことは、理解出来ない訳ではない。しかし、本稿の立場からすれば、判例法理の法律化は、一歩前進と評価される。何故なら、判例法理に止まる限り、労働法学者がなしうことは、その批判あるいは個別事例における合理性基準の適用の是非の検討、判例法理を肯定した上での判断基準明確化の努力でしかない、言い換えればその法理の外側からのものに止まる、それに対し法律化されれば、今後はその法律の解釈が主要な課題となる、言い換えれば労働法学者が裁判所と同じ土俵に上れるからである。法的情報の普及という点でも、メリットがある。しかしそれ以上に重要なのは、より具体的に立法論の対象となることである。判例法理の克服を目指す立法論よりは、法律をどう改善するかという立法論の方が、実現性——一般論でしかないとしても——があるように思われる。もう一点あえて付け加えるとすれば、もし反対声明が効を奏して法律化されなかったとすれば、問題の多い判例法理が、そのまま長期間存続することになるが、果たしてそれは、メリットなのかデメリットであろうか、筆者にとっては明確である。また、反対声明の一先の第二の課題に関わるレベルでの一認識のリアリティ性も、問われるところである。反対声明は、「現時点において…理論的・実務的妥当性に耐えられる契約内容の変更法理とその手法について検討を深めること」を提起されているが、この点は、「就業規則変更法理の成文化」に対する反対理由なり将来的課題設定レベルでは、十分意義のあることではある。しかし、正に現時点においてその検討がなされるのみでなく、一反対声明が恐ら



く想定されているであろうような一検討結果の立法化がある・ありうると考えられているとすれば、やはりリアリティ性に欠けると思われる。こうした例があるだけに、この第三の課題に関する労働法学界レベルでの合意形成は、それ程容易ではなさそうであるが、解雇規制立法化にとっても必要不可欠な構え方である。

最後に指摘すべきことは、国民的合意に関する課題である。筆者はこれまで、社会保障法分野における立法、立法改革につき、また団結権保障法の領域においても、「国民的合意」論を展開して来ている。その要旨は、こうした改良（的）政策立法は、国民的合意の産物であること、国民的合意に反して一少くとも長期間は一存続しえないこと、立法改革を果たすためには改革を支持するような国民的合意を獲得すべきであること、望ましくない立法が存在する場合にそれを廃止するためには、その立法を支える国民的合意を変革すべきであることといったものである。解雇規制立法にも、これらの点は妥当する。解雇規制立法の場合は、新たな立法化であるから、提示される解雇規制立法化を支持する国民的合意の獲得が、主要な局面である。そのために、まず第一に要請されるのは、労働法学界が政策的イニシアティブを握ることである。労働法学界—一部の労働法学者を除き—が、政策主体とりわけ厚生労働省に直接影響力を及ぼしうる状況にはない。その中で政策的イニシアティブを握るためには、第一の課題が果たされていることが、前提である。その上で、政策主体に先がけて立法案—どの程度のものであるべきかは、ここでは問題としないが、後述のような開かれ方は必要である—を国民に提示し、その合意の獲得のため努力する必要がある。第二に、国民的合意獲得のための努力の次元の上げが、必要である。立法案の労働法学界レベルでの支持の獲得、その上での厚労省への申入れと報道機関への発表といった程度の努力では、不十分である。労働組合の支持を得た上で、その実現のための運動は労働組合に委ねるのでも、不十分である。例えば労働政策審議会にその代表を参加させている連合が、厚労省との労働政治を越えた立法化運動を展開したとしても、実現するという見通しを立てにくい状況にある。ましてや、

解雇規制立法により守られるべき労働者の80%以上が組合に加入していないが、その労働者の動向、さらにそれを含む国民全体の動向が、決定打という位置にある。そうだとすれば、先に不十分としたことを行いつつ、その上に地方自治体・議会への働きかけ、未組織労働者、一般市民を対象とする企画、それらを通じた世論形成が、なされねばならない。現実問題として、そうした努力を労働法学界が担えるかに疑問はあろうが、課題的には必要なことである。第三に、そうした努力が行われうると仮定して、その場合に必要な構え方は、柔軟性である。既に固まった立法案の説明で足りる対象もないではないが、とりわけ未組織労働者・一般市民に対してそのレベルでは、恐らく世論形成さらには国民的合意の獲得は、無理であろう。最初に提示される立法案をあくまで原案・たたき台とし、多くの人々の見識と知恵を動員して立法案を作成するのではなければならない。そうした柔軟性を持つということは、例えば未組織労働者・一般市民を、立法案の受動的な支持主体にしうるか否かというレベルを越えて、彼らを立法案作成の能動的主体とするということである。一般に、国民的合意は、積極的支持あるいは消極的支持というあり様において、成立する。解雇規制立法でも同様ではあるが、問題の性格、即ち国家の立法・政策を左右しうる財界そして支えとりわけ大企業に対する規制の強化という意味を解雇規制立法が持つが故に、国民的合意が積極的支持として成立しない限り、その実現は、不可能であろう。そうした積極的支持の確保のルートが、国民的合意を形成する人々の能動的主体化である。最後に必要なのは、国会に立法案として提出させることであることは、言うまでもない。政党や国会議員への働きかけは、ようやくここにおいて登場するのであって、決して立法化の努力の当初の段階ではない。当初において、立法案を政党とりわけ国会の最大野党<sup>(1)</sup>—個々の議員の支持の獲得は、ここでは度外視する—の支持を得て、議員立法として提出してもらおうという選択肢は、全面的に否定されるべきであるとまでは、考えていない。しかし、その選択肢だけでは国民的合意の獲得は、困難であろう。解雇規制立法化の道筋は、第一から第三の過程を必ず踏むべきであって、もし政党への働きかけ

を最後の段階ではなくもっと早い時期に行ったとしても、それは、単なる時間的順序の入替えでしかない位置づけるべきである。

(2008年10月16日、完)

(1) 執筆時期との関係で、今日の政権交代は視野に入っていない。念のため。

〔主な参考・参照文献…一注（２）米津論文に関する文献リスト以降のもののみを掲げる〕

大竹文雄他編『解雇法制を考える [増補版]』（勁草書房、2004年）

小宮文人『英米解雇法制の研究』（信山社、1992年）

道幸哲也他『リストラ時代雇用をめぐる法律問題』（旬報社、1998年）

野田進『労働契約の変更と解雇』（信山社、1997年）

古川景一『退職・解雇のルール』（旬報社、2001年）

日本労働法学会編『21世紀の労働法』4（有斐閣、2000年）第9～12章

吉田美喜夫「解雇法制と規制緩和」（萬井隆令他編『規制緩和と労働者・労働法制』所収、旬報社、2001年）

根本到「解雇規制と立法政策」（西谷敏他編『転換期労働法の課題』所収、旬報社、2003年）

特集「日本の雇用慣行と労働契約論」（『日本労働法学会誌』73号）

特集「解雇法制の再検討」（同上99号）

森戸英幸「文献研究③労働契約の終了（1）」（『季刊労働法』163号）

川口美貴・古川景一「労働契約終了法理の再構成」（同上204号）

根本到「解雇制限法理の法的正当性」（『労働法律旬報』1540、1541号）

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』119巻4・5号）