The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	解雇をめぐる理論と実務
Author(s)	小嶌, 典明
Citation	阪大法学. 2005, 55(3,4), p. 89-110
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55023
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

解雇をめぐる理論と実務

小嶌典明

一　はじめに
二　民法にみる解雇自由の原則
三　就業規則に定める解雇条項
四　他の職務への転換の可能性
五　解雇の金銭的解決の必要性

一　はじめに

チームの成績が下がれば監督はクビ、個人成績が芳しくないと選手も戦力外通告を受ける。身分保障とはおよそ縁のない世界。そうした非情な世界としてプロスポーツの世界はある。その対極にあったのが、かつての国立大学の教員であり、採用や昇任、転任の機会でもなければ、評価や査定の対象となることもなかった。大学教員を除く公務員の世界もこれと大差はなく、だからこそ公務員の分限免職（民間企業でいう普通解雇）が話題になったともいえる。新聞や週刊誌が自治体職員の分限免職に紙面（誌面）を大きく割いたのも、単にそれが珍しかったからに

ほかならない。[1]

分限免職といえば、最近のケースに「超過勤務命令拒否、研修拒否、始業時刻後の出勤簿押印、始業時刻後の更衣、標準作業方法違反、バイク乗車拒否、胸章不着用、制服不着用、管理者に対する暴言、構内無許可駐車、組合掲示物の無断掲示、指サック不使用、私物の放置、書留鞄の放置及び局長室への召還拒否の非違行為を行い」、七年間に「合計九三七回の指導及び職務命令、合計一三回の注意、合計一一八回の訓告及び合計五回の懲戒処分を受けた」郵政事務官が「その官職に必要な適格性を欠く場合」に該当するとして分限免職に処せられ、これを違法として争った大曲郵便局事件＝最一小判平成一六・三・二五判時一八七一号二二頁がある。

最高裁はもちろんこれを適法としたものの、地裁や高裁の判断は違っていた。こんな職員を七年間もかかえていた郵便局も郵便局だが、その分限免職を違法とした下級審の裁判官の常識も疑われる。たしかに、高度の身分保障を受ける裁判官にとって、免職や解雇は別世界の出来事とはいえよう。しかし、だからといって、裁判官が非常識な判決を下しても、それが許されるとは誰も思わない。

倒産も失業もない社会は、ともすれば理想郷のごとく考えられやすい。しかし、金融機関の倒産を認めなかった護送船団方式が非効率な経営を生み、かえって国民に多大な犠牲を強いたように、行き過ぎた解雇制限＝過剰規制は、結局のところ、社会全体に災厄をもたらすことになる。以下では、そうした観点から、解雇をめぐる理論上・実務上の問題について考えてみたい。

二　民法にみる解雇自由の原則

解雇とは、使用者が一方的に、期間の定めのない雇用契約を解約すること、または期間の定めのある雇用契約を

当該期間の満了を待たずに、その期間中に解約することをいう。

これに対して、民法は、六二七条一項で「当事者が雇用の期間を定めなかったときは、各当事者は、いつでも解約の申入れをすることができる。この場合において、雇用は、解約の申入れの日から二週間を経過することによって終了する」と定めるともに、同法六二八条前段で「当事者が雇用の期間を定めた場合であっても、やむを得ない事由があるときは、各当事者は、直ちに契約の解除をすることができる」と規定する。

第二次大戦後、労働基準法（昭和二二年法律第四九号。以下「労基法」という）二〇条は、解雇に係る予告期間を三〇日間に延長する一方で、期間の定めの有無にかかわらず、「天災事変その他やむを得ない事由のために事業の継続が不可能となつた場合又は労働者の責に帰すべき事由に基いて解雇する場合」には即時解雇が可能である旨を定めるに至ったが、このように期間の定めのない雇用契約においても、場合により予告（またはこれに代わる手当の支払）なしに解雇をなし得ることは、既に戦前において、改正工場法施行令（大正一五年勅令第一五三号）二七条の二第一項がこれを認めていた[2]。

他方、契約に期間の定めのあることは原則として契約期間中の解約が契約違反となることを意味することから、民法六二八条が契約期間中の解約に「やむを得ない事由」を要求したことも十分に理解できる。解雇については、労基法やそれに先立つ改正工場法施行令が即時解雇をなし得る範囲をいささか狭めたとはいえ、それは文字どおり予告（または予告手当の支払）なしに可能な解雇の範囲を制限するものにすぎなかったのである。

また、雇用契約に期間の定めがない場合には、「やむを得ない事由」がなくても解雇が可能であることを民法は当然の前提としていたということもできる。「雇用の期間が満了した後労働者が引き続きその労働に従事する場合において、使用者がこれを知りながら異議を述べないときは、従前の雇用と同一の条件で更に雇用をしたものと推

定する。この場合において、各当事者は、第六百二十七条の規定により解約の申入れをすることができる」とした同法六二九条一項（後段）がそれである。

いわゆる黙示の更新の場合、「従前の雇用と同一の条件で更に雇用をしたもの」との推定が働くが、期間の定めによる拘束まではこれを引き継がない。「やむを得ない事由」がなくても、二週間前に予告すれば、解約は可能。民法は、このことを与件としていたという以外にないのである。したがって、黙示の更新により、期間の定めのある契約が期間の定めのない契約に転化したとして、これに解雇権濫用法理を適用するようなことは、立法者の意思に明らかに反するといえる。(3)

平成一五年の通常国会に内閣が提出した労基法改正案には、「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。ただし、その解雇が、客観的かつ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には、その権利を濫用したものとして、無効とする」との定めが一八条の二として置かれていたが、国会修正により結局は本文が削除され、ただし書だけが独立する形で規定されることになる。しかし、右の修正はもっぱら主張・立証責任を誰が負うのかといった観点から行われたものであって、民法に定める解雇自由の原則がその原則的地位を失ったわけではない。こう考えるべきなのである。

三　就業規則に定める解雇条項

解雇権濫用法理がわが国で定着するきっかけをつくった判例の一つに、高知放送事件＝最二小判昭和五二・一・三一労判二六八号一七頁がある。

事案は、放送局のアナウンサーが短期間に二度寝坊をし、ラジオニュースを放送できなかったために普通解雇に処せられたというものであったが、最高裁は「普通解雇事由がある場合においても、使用者は常に解雇しうるものではなく、当該具体的な事情のもとにおいて、解雇に処することが著しく不合理であり、社会通念上相当なものとして是認することができないときには、当該解雇の意思表示は、解雇権の濫用として無効になるものというべきである」とした上で、本件の場合には「被上告人に対し解雇をもってのぞむことは、いささか苛酷にすぎ、合理性を欠くうらみなしとせず、必ずしも社会的に相当なものとして是認することはできないと考えられる余地がある。したがって、本件解雇の意思表示を解雇権の濫用として無効とした原審の判断は、結局、正当と認められる」とした。

前段の一般論に当たる部分と後段の結論に相当する部分とでは、その内容が相互に矛盾しており（「合理性を欠くうらみなし」といった程度では、解雇が「著しく不合理」とは到底いえない）、レトリックとしてはルール違反と指摘されても仕方がない。ただ、判旨とは逆に「普通解雇事由に該当しない場合においても、常に解雇権の濫用となるわけではない」などとは、裁判所も絶対にいわない。だからこそ、就業規則にどのような解雇事由を定めるのかが重要な意味を持つのである。

たとえば、大阪労働局が作成した就業規則例には、次のような解雇条項が含まれている。(4)

（解雇）

第四十条　従業員が次のいずれかに該当するときは、解雇することがある。

一　勤務成績又は業務能率が著しく不良で、向上の見込みがなく、他の職務にも転換できない等、就業に適さないとき

二　勤務状況が著しく不良で、改善の見込みがなく、従業員としての職責を果たし得ないとき

三　業務上の負傷又は疾病による療養の開始後三年を経過しても当該負傷又は疾病が治ゆしない場合であって、従業員が傷病補償年金を受けているとき又は受けることとなったとき（会社が打ち切り補償を支払ったときを含む。）

四　適正な雇用管理を行い、雇用の継続に配慮してもなお、採用後に生じた精神又は身体の障害により業務に耐えられないとき

五　試用期間中又は試用期間満了時までに従業員として不適格であると認められたとき

六　第五十一条に定める懲戒解雇事由に該当する事実があるとき

七　事業の運営上のやむを得ない事情又は天災事変その他これに準ずるやむを得ない事情により、事業の継続が困難となったとき

八　事業の運営上のやむを得ない事情又は天災事変その他これに準ずるやむを得ない事情により、事業の縮小・転換又は部門の閉鎖等を行う必要が生じ、他の職務に転換させることが困難なとき

九　その他前各号に準ずるやむを得ない事情があったとき

2　前項の規定により従業員を解雇する場合は、少なくとも三十日前に予告をするか又は予告に代えて平均賃金の三十日分以上の解雇予告手当を支払う。ただし、労働基準監督署長の認定を受けて第五十一条に定める懲戒解雇をする場合又は次の各号のいずれかに該当する従業員を解雇する場合は、この限りでない。

一～三　略

3　解雇され又は解雇を予告された従業員から請求のあった場合は、解雇の理由を記載した証明書を交付する。

（懲戒の事由）

第五十一条（第一項、略）

2　従業員が次のいずれかに該当するときは、懲戒解雇とする。ただし、平素の服務態度その他情状によっては、普通解雇（懲戒解雇以外の解雇をいう。）又は減給若しくは出勤停止とすることがある。

一　重要な経歴を詐称して雇用されたとき

二　正当な理由なく無断欠勤○日以上に及び、出勤の督促に応じなかったとき

三　正当な理由なく無断でしばしば遅刻、早退又は欠勤を繰り返し、○回にわたって注意を受けても改めなかったとき

四　正当な理由なく、しばしば業務上の指示・命令に従わなかったとき

五　故意又は重大な過失により会社に重大な損害を与えたとき

六　会社内において刑法その他刑罰法規の各規定に違反する行為を行い、その犯罪事実が明らかとなったとき（当該行為が軽微な違反である場合を除く。）

七　素行不良で著しく会社内の秩序又は風紀を乱したとき

八　数回にわたり懲戒を受けたにもかかわらず、なお、勤務態度等に関し、改善の見込みがないとき

九　相手方の望まない性的言動により、円滑な職務遂行を妨げ、就業環境を害し、または、その性的言動に対する相手方の対応によって、一定の不利益を与えるような行為を行ったとき

十　許可なく職務以外の目的で会社の施設、物品等を使用したとき

十一　職務上の地位を利用して私利を図り、または、取引先等より不当な金品を受け、若しくは求め又は供応を受けたとき

十二　私生活上の非違行為や会社に対する正当な理由のない誹謗中傷等であって、会社の名誉信用を損ない、業務に重大な悪影響を及ぼす行為をしたとき

十三　正当な理由なく会社の業務上重要な秘密を外部に漏洩して会社に損害を与え、または、業務の正常な運営を阻害したとき

十四　その他前各号に準ずる程度の不適切な行為があったとき

このモデルは、平成一五年の改正労基法（平成一六年一月一日施行）に準拠したものであるが、同法八九条三号が「解雇の事由」を就業規則の絶対的必要記載事項として明記したことを意識してか、従前の就業規則例と比較して、普通解雇事由・懲戒解雇事由ともに、大幅にそのボリュームがアップしている点に特徴がある。つまり、以前のモデルでは、次にみるように解雇事由は現行モデルの半分程度にとどまっていたのである。

【旧就業規則例】（平成一五年三月改訂版）

A　普通解雇事由

①　勤務成績又は業務能率が著しく不良、その他従業員として不都合な行為があったとき

②　精神または身体の障害により、業務に耐えられないと認められたとき

③　事業の縮小その他事業の運営上やむを得ない事情により、従業員の減員等が必要となったとき

④　その他前各号に準ずるやむを得ない事情があったとき

B　懲戒解雇事由

①　正当な理由なく無断欠勤○日以上に及び、出勤の督促に応じないとき

②　しばしば遅刻、早退又は欠勤を繰り返し、○回にわたって注意を受けても改めないとき

③　会社内における窃盗、横領、傷害等刑法犯に該当する行為があったとき、又はこれらの行為が会社外で行われた場合であっても、それが著しく会社の名誉もしくは信用を傷つけたとき
④　故意又は重大な過失により会社に重大な損害を与えたとき
⑤　素行不良で著しく会社内の秩序又は風紀を乱したとき
⑥　重大な経歴詐称をしたとき
⑦　（順守事項及びセクシュアルハラスメントの禁止について定めた――筆者注）第十一条及び第十二条に違反する重大な行為があったとき
⑧　その他この規則に違反し、又は前各号に準ずる重大な行為があったとき

人事労務の現場感覚からいうと、旧モデルにも「勤務成績又は業務能率が著しく不良」な場合でなければ普通解雇ができない等、解雇を必要以上に制約しかねない条項はあった。現行モデルにそのまま引き継がれた、即時解雇の前提として、労働基準監督署長の認定を要求する規定もその類ではある。しかし、現行モデルではさらに「向上の見込みがなく、他の職務にも転換できない」とか、「改善の見込みがなく、従業員としての職責を果たし得ない」といった過重ともいえる制約がこれに加わることになる。これでは、懲戒解雇はともかく、普通解雇はほぼ不可能、そうした印象を現場がいだいたとしても不思議ではない。

ともあれ、このモデルに従えば、現在以上に解雇が難しくなることだけは確実といえる。改正労基法は解雇事由の就業規則への記載を義務づけるものではあったが、その目的は解雇事由の明確化にあり、解雇をより困難にすることにはなかった。労働局の勇み足といわれてもやむを得まい。

なお、このことに関連して、平成一七年九月にとりまとめられた「今後の労働契約法制の在り方に関する研究

会」（座長＝菅野和夫明治大学法科大学院教授）の最終報告（以下「研究会報告」という）は、次のようにいう。「就業規則に労働者を拘束する効力（労働条件は就業規則の定めるところによるという労使当事者間の合意の推定）を認めるために必要な要件としては、『就業規則が法的規範としての性質を有するものとして、拘束力を生ずるためには、その内容を適用を受ける事業場の労働者に周知させる手続が採られていることを要するものというべきである』との判例法理（フジ興産事件最高裁第二小法廷判決（平成一五年一〇月一〇日）を、法律で明らかにすることが適当」であり、「その合理性が確保され、労働者の就業規則への信頼感も高まることから、行政官庁への届出を就業規則の拘束力が発生するために必要な要件とすることが適当である」。

右のフジ興産事件（判時一八四〇号一四四頁）は、「使用者が労働者を懲戒するには、あらかじめ就業規則において懲戒の種別及び事由を定めておくことを要する」との考え方の下に、原審が就業規則について周知義務が採られていたかどうかを認定しないまま、就業規則に法的規範としての効力を肯定し、懲戒解雇を有効と判断したことには審理不尽による法令適用の誤りがあるとして、原判決を破棄し、これを原審に差し戻した事件であるが、本件懲戒解雇が就業規則に定める懲戒解雇事由に該当するものであったことについては、一審・二審ともにこれを何ら問題としていない。

就業規則は企業単位で作成されることが多く、事業場を新たに設置したような場合（フジ興産事件もこのような場合に該当する）には、新設事業場における就業規則の周知や届出をうっかり失念するようなことも珍しくはない。また、就業規則の改正が頻繁に行われれば行われるほど、その都度の周知や届出を忘れる可能性もおのずと高くなる。他方、どのような行為に及べば懲戒解雇となるかは、通常十分に予測が可能であり、周知を欠いていたからといって、不意打ちを食らうようなことは滅多にない。

こうした事情に照らしてもなお、研究会報告のいうように周知や届出を就業規則の効力発生要件として一律に位置づけなければならないのか。来るべき労働契約法の制定（平成一九年の通常国会に法案提出予定）に当たっては、慎重な検討が必要といえよう。

四　他の職務への転換の可能性

前述したように、大阪労働局のモデル就業規則では、「勤務成績又は業務能率が著しく不良で、向上の見込みがなく、他の職務にも転換できない等、就業に適さないとき」や「事業の運営上のやむを得ない事情又は天災事変その他これに準ずるやむを得ない事情により、事業の縮小・転換又は部門の閉鎖等を行う必要が生じ、他の職務に転換させることが困難なとき」が普通解雇事由として定められている。また、「適正な雇用管理を行い、雇用の継続に配慮してもなお、採用後に生じた精神又は身体の障害により業務に耐えられないとき」というのも、同様に解雇に先立って他の職務への転換を試みることを前提としているものと考えられる。

しかし、こうした就業規則条項を欠く場合においても、解雇に当たって常に他の職務への転換の道を探らなければならないとすることには少なからず疑問がある。そこで以下では、それぞれの場合ごとに、その必要性の有無と程度について検討を行うこととしたい。

勤務成績や業務能率が良くない従業員の解雇

成績や能率の良くない従業員はどこの会社にもいる。しかし、勤務成績不良や「就業に適さない」ことを理由に解雇できるかというと、そう簡単ではない。

公務員の場合、国家公務員法（以下「国公法」という）七八条は、一号で「勤務実績がよくない場合」を、三号でより一般的に「その他その官職に必要な適格性を欠く場合」を分限降任または分限免職の事由として定めており、三号にいう「その職に必要な適格性を欠く場合」とは、「当該職員の簡単に矯正することのできない持続性を有する素質、能力、性格等に基因してその職務の円滑な遂行に支障があり、または支障を生ずる高度の蓋然性が認められる場合をいう」と解釈されている（長束小学校長事件＝最二小判昭和四八・九・一四民集二七巻八号九二五頁）[5]。

また、「ひとしく適格性の有無の判断であつても、分限処分が降任である場合と免職である場合とでは、前者がその職員が現に就いている特定の職についての適格性であるのに対し、後者の場合は、現に就いている職に限らず、転職の可能な他の職をも含めてこれらすべての職についての適格性である点において適格性の内容要素に相違がある」（同上）とも解されている。

これを民間企業に直接当てはめれば、「現に就いている職務に限らず、転換の可能な他の職務をも含めてこれらすべての職務について」従業員としての適格性なしと判断されないと解雇ができないことになるが、そうまでして成績や能率が悪い従業員を救済する必要があるとは思えない。

民間企業では、成績査定でE（良好でない）を三年間取り続けると解雇の対象になるのが一般的というが[6]、毎年下位一〇％の従業員を解雇している会社も欧米では珍しくないと聞くから、グローバルスタンダードからみれば、これでもまだ甘い方の部類に入る。

思うに、勤務成績の良し悪しは個人の努力の問題であって、就業規則にでも書かない限り、成績不良の従業員を解雇する場合には、他の職務への転換が可能かどうかなど考慮する義務は使用者にはない。以下で検討する「病気のため業務を遂行できない従業員の解雇」や「人員整理の一環として行う解雇（整理解雇）」と明確に一線を引く

ためにも、こう考えるのが妥当であろう。

なお、公務員の話ではあるが、いわゆる指導力不足教員については、平成一三年の通常国会で「地方教育行政の組織及び運営に関する法律」が改正されたことにより、以下にみる四七条の二が追加され、その免職後、これを都道府県の常勤職員として採用する道が開かれている。

（県費負担教職員の免職及び都道府県の職への採用）

第四十七条の二　都道府県［教育］委員会は、……その任命に係る市町村の県費負担教職員（教諭、養護教諭、助教諭及び養護助教諭（略）並びに講師（略）で次の各号のいずれにも該当するもの（略）を免職し、引き続いて当該都道府県の常時勤務を要する職（指導主事並びに校長、園長及び教員の職を除く。）に採用することができる。

一　児童又は生徒に対する指導が不適切であること。

二　研修等必要な措置が講じられたとしてもなお児童又は生徒に対する指導を適切に行うことができないと認められること。

2　略

3　都道府県［教育］委員会は、第一項の規定による採用に当たつては、公務の能率的な運営を確保する見地から、同項の県費負担教職員の適性、知識等について十分に考慮するものとする。

4　略

分限免職に処せられた指導力不足教員は、その人数が最も多かった平成一六年度においても一一人にとどまっている（一五年度五名、一四年度三名）が、免・退職者の合計（認定前の退職者を含む）は一九〇人に上っている。

教育現場における抵抗を抑えるための妥協策であったとはいえ、指導力不足を理由に分限免職処分を受けた教員を再び教員以外の職員として採用しなければならない理由はおよそ見出し難く、これに該当する転任も少数ではあれ、現にみられること（一六年度一名、一五年度三名）[7]は甚だ疑問といえよう。

病気のため業務を遂行できない従業員の解雇

私病であれ、病気のために休職している従業員を職場復帰ができないことを理由に解雇する（退職扱いとする）ことはいかにも忍びない。明日は我が身との思いがあれば、人事課の腰も自然と引けてくる。

国公法七八条二号は、「心身の故障のため、職務の遂行に支障があり、又はこれに堪えない場合」を分限処分としての降任または免職の事由として定めているが、「心身故障のため三号の適格性を欠く場合に当たることもあり得る」とした上で、「現に就いている職務に限らず、配転可能な他の職務を含めて考慮しても、なお、当該職員の疾患又は故障のため、職務の遂行に支障があり、又はこれに堪えないこと」を、分限免職の場合における適格性欠如の要件の一つして挙げた裁判例（芦屋郵便局事件＝大阪高判平成一二・三・二二日判タ一〇四五号一四八頁）がある。

事案は、通算して五年弱の間、自律神経失調症（抑うつ状態）のため病気休職に処せられるか病気休暇を付与されていた郵政職員が右適格性を欠くとして分限免職処分を受けたというものであったが、判決では、当該職員が①昭和五六年一月から平成四年七月六日（本件処分）までの約四二〇〇日のうち、勤務に就いたのは約五〇〇日にすぎず、昭和六二年八月一七日から平成四年七月六日までの五年弱は、わずか六日勤務に就いただけであったこと、②本件処分当時も睡眠障害がひどく、そのため職場に復帰するには二か月位の準備期間をもうけ、そののち

午後からせいぜい三時間程度の勤務を一、二年間位続ける必要があり、勤務の五割軽減措置の特例を受けても、復職することはできない状態にあったことが、それぞれ事実として認められている（高裁の結論はもちろん処分を適法とするものであったが、地裁の判断はここでも違っていた）。

民間企業の場合、ここまでの贅沢は許されないであろうが、解雇事件とは異なるものの、「労働者が職種や業務内容を特定せずに労働契約を締結した場合においては、現に就業を命じられた特定の業務について（疾病のため――筆者注）労務の提供が十全にはできないとしても、その能力、経験、地位、当該企業の規模、業種、当該企業における労働者の配置・異動の実情及び難易等に照らして当該労働者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務の提供をすることができ、かつ、その提供を申し出ているならば、なお債務の本旨に従った履行の提供があると解するのが相当である」とした最高裁判決（片山組事件＝最一小判平成一〇・四・九判時一六三九号一三〇頁）も存在する。[8]

私傷病による休職の場合、休職期間満了後の解雇・復職の問題を自己責任の問題として割り切って考えることにはやや問題があり、ある裁判例（独立行政法人N事件＝東京地判平成一六・三・二六労判八七六号五六頁）も述べるように、「休職命令を受けた者の復職が認められるためには、休職の原因となった傷病が治癒したことが必要であり、治癒があったといえるためには、原則として、従前の職務を通常の程度に行える健康状態に回復したことを要するというべきであるが、そうでないとしても、当該従業員の職種に限定がなく、他の軽易な職務であれば従事することができ、当該軽易な職務へ配置転換することが現実的に可能であったり、当初は軽易な職務に就かせれば、程なく従前の職務を通常に行うことができると予測できるといった場合には、復職を認めるのが相当」という辺りが穏当なように思われる。

そして、このような判断基準は、就業規則に規定する普通解雇事由が「適正な雇用管理を行い、雇用の継続に配慮してもなお、採用後に生じた精神又は身体の障害により業務に耐えられないとき」となっていようと、「精神または身体の障害により、業務に耐えられないと認められたとき」となっていようと、基本的には変わらないし、変えるべきでもない。こうもいうことができよう。

人員整理の一環として行う解雇（整理解雇）

いわゆる整理解雇は、解雇のなかでも最も大きな法的保護を受ける。ただ、雇用の維持を図ろうとしても、窮地に陥った会社ほど、それが難しいという問題も一方にはある。

このように人員整理の一環として解雇が行われる場合、解雇を回避するための努力を会社が尽くしたかどうかが問われることが多いが、他の職務への配置転換も当然そうした選択肢の一つとなる。しかし、配置転換とはいっても、もちろん無条件ではない。

たとえば、特定の事業部門の閉鎖に伴う解雇の効力が争われた、整理解雇に関するリーディングケースとされる東洋酸素事件＝東京高判昭和五四・一〇・二九日労民集三〇巻五号一〇〇二頁を例にとると、たしかに裁判所は「右事業部門に勤務する従業員を同一又は遠隔でない他の事業場における他の事業部門の同一又は類似職種に充当する余地がない場合、あるいは右配置転換を行つてもなお全企業的に見て剰員の発生が避けられない場合であつて、解雇が特定事業部門の閉鎖を理由に使用者の恣意によつてなされるものでないこと」を、解雇が就業規則に定める「やむを得ない事業の都合」によるものといい得るための要件の一つとして挙げるものではあったが、それ以上の解雇回避の努力は使用者に求めていない。

整理解雇に踏み切る前に試みるべき配置転換の範囲を、場所的には「同一又は遠隔でない他の事業場」に限り、職務内容という点でも、これを当該事業場における「同一又は類似職種」に限定する（具体的には、アセチレン部門の閉鎖当時、同部門に勤務していた従業員は総員四七名で、その職種は係員一名が技術職である以外は、「被控訴人らを含むその余の従業員四六名はすべて工場現場の作業に従事するいわゆる現業職であつたことが明らかであるから、被控訴人ら現業職に属する従業員を他部門に配置転換するとすれば、その対象となるべき職種は、現業職及びこれと類似の職種である特務職に限られるのが相当」とされた）。そうした慎重な姿勢を裁判所は採用していたのである。

たしかに、就業規則の内容いかんによっては、結論も変わり得る。たとえば、労働局のモデルのように、「事業の運営上のやむを得ない事情又は天災事変その他これに準ずるやむを得ない事情により、事業の縮小・転換又は部門の閉鎖等を行う必要が生じ、他の職務に転換させることが困難なとき」が、普通解雇事由として就業規則に明記されていた場合、配置転換の範囲を東洋酸素事件と同様に限定することはかなり難しくなる。教育訓練次第では、他職種への配転も不可能とはいえないからである。(9)

ただ、余裕のある大企業は別として、中小企業の場合、他の職務への転換など、はなからその可能性が問題とならないこともある。先に言及した研究会報告は、「解雇権濫用の判断の予測可能性を向上させて紛争を予防・早期解決するために、整理解雇について労働基準法第十八条の二にいう解雇権濫用の有無を判断するに当たって考慮に入れるべき事項として、人員削減の必要性、解雇回避措置、解雇対象者の選定方法、解雇に至る手続等を法律で示すことが必要である」とするとともに、「整理解雇の判断の考慮要素を使用者に分かりやすく具体化したものとして、整理解雇に当たり使用者が講ずべき措置を指針等で示すことが適当である」として、「配置転換、労働時間の

削減、一時休業等の解雇回避手段を尽くし、又は、このような手段によって対処することができないため、整理解雇によるべき合理的な理由があること」をその一つに挙げるが、「労働市場の動向を踏まえて更に検討すべきである」との留保付きのものとはいえ、これを企業規模のいかんにかかわらず適用することには明らかに無理がある。

就業規則の作成にいかに慎重な態度で臨んでも、このような一律規制（one-size-fits-all regulation）の前には、その苦労も水泡に帰す。法改正までして、解雇事由を就業規則の絶対的必要記載事項とした意味はいったいどこにあったのか。透明性を高めるなかで、多様性も大いに発揮できる。[10] 就業規則にはそうした利点もあることを忘れてはならない。

五　解雇の金銭的解決の必要性

覆水盆に返らず。夫婦関係であれ、雇用関係であれ、一度こじれた関係を元に戻すことはおよそ不可能に近い。「これ以上一緒にやってられるか」。そう口にするか、行動で示した以上、面子の問題もある。ストライキを打つときは会社を辞めるとき、そう筆者に語った組合幹部さえいる。社長にいったん弓を引き、その命に逆らったからには、それぐらいの覚悟は要る。スト権があるかどうかは問題ではない。労使関係の現実は、このように権利義務関係の枠を大きく超えたところにある。

かくして、解雇紛争が和解やあっせんで金銭的解決をみるときも、通常の場合、次のような確認書が当事者では交わされることになる。

① 甲は○年○月○日をもって乙を復職させ、乙は同日をもって甲を円満退職したものとする。

② 甲は乙に対して金○円を支払うとともに、乙は甲に対していかなる債権も持たないこと（その結果、甲乙間

の紛争がすべて解決したこと）をここに確認する。

解雇の有効・無効については黒白を明確にせず（このように、場合によっては解雇の事実にすら言及しない）、双方の顔が立つようにする。そこに、解雇紛争の金銭的解決を成功させるための鍵がある。

したがって、解雇無効の判決を前提として、なおかつ金銭的解決を図ることは、それ自体として困難といわざるを得ないが、いったん解雇した者を復職させることは、それ以上に難しいという現実もある。

解雇の違法・無効を前提とする以上、「違法な解雇を行った使用者に金銭解決の申立てを認める必要はないとの指摘」があってもおかしくはないが[11]、「金銭解決を認めることは、金銭さえ支払えば解雇できるとの風潮を広めるのではないかとの懸念」を理由に、「いかなる解雇についてもこの申立てを可能とするものではなく、人種、国籍、信条、性別等を理由とする差別的解雇や、労働者が年次有給休暇を取得するなどの正当な権利を行使したことを理由とする解雇等を行った使用者による金銭解決の申立ては認めないことが適当である」とし、「さらに、使用者の故意又は過失によらない事情であって労働者の職場復帰が困難と認められる特別な事情がある場合に限ることによって、金銭さえ払えば解雇ができるという制度ではないことが明確になる」（以上、引用は研究会報告による）とまでいうことには、疑問が残る。

「差別的解雇」や「正当な権利」の行使とはいっても、その概念はそれほど明確ではなく、所詮、法律屋が頭のなかで考えたものでしかない[12]。過失の主張・立証はまだしも可能ではあっても、無過失の主張・立証となると話は違ってくる（いわゆる悪魔の証明に当たる）。

理論的には仮に正しくても、現実は理論では動かない。現場にマニュアルを押しつけるのではなく、現場の実情に合ったものに、むしろマニュアル自体を書き換える。そうした知恵がなければ、この問題は解決しない。筆者は

このように考えるのであるが、どうであろうか。

(1) なお、マスコミが取り上げたのも、島根県や和歌山県の例（いずれも分限免職者は一名）にとどまっている。

(2) 具体的には、工場法施行令二七条の二第一項は「工業主職工ニ対シ雇傭契約ヲ解除セムトスルトキハ少クトモ十四日前ニ其ノ予告ヲ為スカ又ハ賃金十四日分以上ノ手当ヲ支給スルコトヲ要ス但シ天災事変ニ基キ事業ノ継続不可能ト為リタルニ因リ又ハ職工ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リ已ムコトヲ得サル場合ニ於テ雇傭契約ヲ解除スルトキハ此ノ限ニ在ラス」と規定していた。

(3) 菅野和夫『労働法［第七版］』（弘文堂、平成一七年）一七〇頁も、ほぼ同旨。なお、黙示の更新の場合、更新後の契約期間についても従前の契約と変わらないものと推定し、当該期間の満了をもって契約が終了したと解する（タイカン事件＝東京地判平成一五・一二・一九労判八七三号七三頁）ことは当事者の意思にも合致しているといえるが、仮に当該期間中の解雇には「やむを得ない事由」が必要との考え方をとるのであれば、明確に民法六二九条の規定に反することになる。こうした点にも留意が必要といえよう。

(4) 大阪労働局「就業規則例（モデル就業規則）」http://osaka-rodo.go.jp/lib/yosiki/yosi1.php を参照。

(5) 判旨の当該部分は、「この意味における適格性の有無は、当該職員の外部に表れた行動、態度に徴してこれを判断すべきであり、その場合、個々の行為、態度につき、その性質、態様、背景、状況等の諸般の事情に照らして評価すべきであることはもちろん、それら一連の行動、態度については相互に有機的に関連付けて評価すべきであり、さらに、当該職員の経歴や性格、社会環境等の一般的要素をも考慮する必要があり、これら諸般の要素を総合的に検討した上、当該職に要求される一般的な適格性の要件との関連において同号該当性を判断しなければならない」とする部分とともに、前掲・大曲郵便局事件においても引用されている。

(6) 平成一七年九月五日付け『週刊労働新聞』主張「フレームも民間準拠と願いたい」を参照。なお、平成一四年四月に行政改革推進事務局が作成した「行政職に関する新人事制度の原案（二次）」には、勤務実績不良の場合における公務員の免職手続について、以下のような定めが置かれていた。

「次の手続を原則とする（事実関係に基づいて勤務実績が著しく不良であり、矯正措置を行っても改善の余地のないこ

とが明らかな場合は、以下の手続を待たずに処分を行うことができる。）。

a　次に掲げる事由に該当した者については、公務員としての適性を欠くような職員である可能性もあることから、人事管理権者は改めて矯正措置を執る必要性の有無を判断するものとする。

- 二年連続して降格された場合
- 三年連続して能力評価の結果が著しく不良である場合
- 三年連続して業績評価の結果が著しく不良である場合
- その他事実に基づいて、勤務実績が著しく不良と認められる場合

b　上記aにより矯正措置が必要と判断した職員に対しては、あらかじめ矯正措置を講ずることを説明し、弁明を聴取した上で、研修の受講、勤務態度に対する厳重注意処分等の必要な矯正措置を講ずる。

c　上記bの矯正措置を行った後相当期間（六ヶ月程度）を経過しても勤務実績に改善が認められない場合に、免職処分を行う。」

（7）以上、文部科学省「指導力不足教員の人事管理に関する取組等について」http://www.mext.go.jp/b_menu/houdou/17/08/05081202/002.htmを参照。

（8）ただし、筆者自身は本判決に批判的である。詳しくは、小嶌「現場作業から事務作業への配置転換の申し出と債務の本旨に従った労務の提供」労判七三八号（平成一〇年七月一五日）六頁以下を参照。

（9）ただし、このような考え方が勤務成績不良の従業員を解雇する場合にまでとられるべきであるとは考えない。反対、菅野・前掲書四二三頁。

（10）法人化に当たって、人事課が文字どおり寝食を忘れて就業規則の作成に時間とエネルギーを費やしたのも、このことを信じてのことであった。

（11）逆にいうと、解雇の違法・無効を前提としなければ「違法な解雇を行った使用者に金銭解決の申立てを認める必要はないとの指摘」も、その根拠を失うことになる。平成一八年四月からスタートする労働審判（調停）においては、そうした工夫が期待されよう。

（12）とりわけ研究会報告が「人種、国籍、信条、性別等を理由とする差別的解雇」と、それが例示にすぎないことを示唆

している点が気にかかる。たとえば、「人種等」を理由とする人権侵害の予防・禁止を目的とした人権擁護法案においては、「人種等」が「人種、民族、信条、性別、社会的身分、門地、障害、疾病又は性的指向をいう」と、きわめて広範囲にわたるものとして定義されている。労働者の主張いかんによっては、何でも差別的解雇になる。そうした懸念をぬぐえないのである。

また、「正当な権利」の行使と認められる場合であっても、職場の常識を超え、かえって同僚の顰蹙を買うような権利行使も少なくはない。たとえば、トーコロ事件＝最二小判平成一三・六・二二労判八〇八号一一頁の場合、原判決（東京高判平成九・一一・一七労民集四八巻五・六号六三三頁）が引用した一審判決（東京地判平成六・一〇・二五労民集四五巻四・五号三六九頁）では、原告が、① 人事考課表の自己評価欄に記入せず、欄外に「労基法違反を前提の下に人事考課の評価基準がもうけられるならば、『工夫・改善』の項目などで労働者の権利を主張したり、有休をとることが労働者の不利益につながる。」などとし、労基法順守を求める旨の記載をしてこれを提出したことや、② 職場集会において「自分の仕事が終わってしまえば他の従業員らが残業していても、残業してまで手伝いたくない。」などと発言したことが事実として認定されているが、このような協調性を欠く「正義の味方」が同僚の共感を得ることなどまずない（一審判決も、やや遠慮がちに「互いに協力し合って繁忙時期を乗り切るべきであると考えている他の従業員らからは、必ずしも好感情を抱かれてはいなかった」と述べる）といっても間違いはない。ある意味で、解雇の金銭的解決が最も相応しいケースともいうことができるのである。