



Title	労働法とその周辺（四）
Author(s)	小嶋, 典明
Citation	阪大法学. 2011, 61(1), p. 29-54
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55307
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

労働法とその周辺（四）

小 嵐 典 明

五 やむを得ない事由

解雇と退職では大きな違い

民法（明治二九年四月二七日法律第八九号、明治三十一年七月一六日施行）六二八条は、現在「やむを得ない事由による雇用の解除」との見出しのもと、次のように規定している。「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。この場合において、その事由が当事者の一方の過失によって生じたものであるときは、相手方に対して損害賠償の責任を負う」。

他方、労働契約法（平成一九年二月五日法律第二二八号、平成二〇年三月一日施行）は、「期間の定めのある労働契約」とタイトルにある第四章に「使用者は、期間の定めのある労働契約について、やむを得ない事由がある場合でなければ、その契約期間が満了するまでの間において、労働者を解雇することができない」と定める一七条一項を置いている。

このように、「やむを得ない事由」に基づく契約の解除（雇用契約または労働契約の解約）に関する規定という点で、これらの規定には共通項がみられるとはいえ、双方の間には見過ごすことのできない相違点があることに注

意する必要がある。つまり、以下の三点がそれである。

① 民法六二八条は、契約期間の定めの有無にかかわらず、これが適用されるのに対して、労働契約法一七条一項は、期間の定めのある労働契約のみを規制対象としている。

② 民法六二八条は、労働者による契約解除（退職≡辞職）にも等しく適用されるのに対して、労働契約法一七条一項は、使用者による労働者の解雇のみを規制対象としている。

③ 民法六二八条は、雇用契約の即時解約に関する規定であるのに対して、労働契約法一七条一項は、規制対象となる解雇を即時解雇に限定していない。

労働契約に期間の定めがある場合、契約期間の途中における解約は、原則として契約違反になる。したがって、このような解約は「やむを得ない事由」がないかぎり、認められない。こうした説明は、理解を容易にするためには有効といえるもの⁽¹⁾の、コトはそう単純ではない。一口に期間途中の解約といっても、解雇と退職では実務上その取扱いに大きな違いがあるからである。

たとえば、契約期間中の解雇については、期間満了による労働契約の終了を待つことができないほどの「やむを得ない事由」が一般に必要とされるが、契約期間中の退職については、このような高度の「やむを得ない事由」が必要との議論は、ほとんどみられない。また、期間途中の解雇については、よほどの場合でなければ、少なくとも残存期間における賃金相当額の請求が労働者には認められる⁽²⁾のに対し、期間途中の退職については、使用者による損害賠償請求などおよそ考えられない、といった現実がある。

さらに、契約期間中の解雇または退職について、就業規則にどのような規定を設け、これをどのように運用するのか、というような現場による対応が実際には難しい問題もある。

法律にいう「やむを得ない事由」とは、いかなる事由を指すのか。民法の現代語化（平成一六年一二月一日法律第一四七号、平成一七年四月一日施行）や労働契約法の制定からは、その解が得られない「旧くて新しい問題」がここにはある。こういった誤りではあるまい。

民法六二八条の立法趣旨

現行民法の前文には、「明治二十三年法律第二十八号民法財産編財産取得編債権担保編証憑編ハ此法律発布ノ日ヨリ廃止ス」とある。いわゆる旧民法がそれであるが、このついに施行されることなく終わった旧民法財産取得編の二六二条一項には、「雇用ハ時期ヲ定メタルトキト雖モ当事者ノ一方ノ義務ノ不履行ニ因リ解除ノ為メ又ハ一方ヨリ出テタル正当ニシテ且已ムヲ得サル原因ノ為メ当然終了ス」との定めが設けられていた（文中の旧漢字は、新漢字に改めている。以下同じ）。

明治二九年の新法制定によって、その規定内容は「当事者カ雇用ノ期間ヲ定メタルトキト雖モ已ムコトヲ得サル事由アルトキハ各当事者ハ直チニ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得但其事由カ当事者ノ一方ノ過失ニ因リテ生シタルトキハ相手方ニ対シテ損害賠償ノ責ニ任ス」と姿を変える。現代語化前の民法六二八条がそれである。

従前は雇用契約の終了事由として定められていた「やむを得ない」事由が、契約の解除事由に改められるとともに、解除事由が「やむを得ない」事由に一本化されるなかで、当該解除事由が一方の過失によって生じた場合には相手方に対して損害賠償責任を負うことが新たに規定される。主たる変更内容を要約すれば、このようになる。

新法の制定に当たって、現行民法六二八条に相当する規定（原案では六三五条）の内容について議論が行われたのは明治二八年七月二日開催の第九回法典調査会であり、民法起草委員の一人でもあった穂積陳重主査委員は、

そのなかで次のような趣旨説明を行っている。以下では、多少長くなるが、その説明内容を全体を通してみてみることにしたい（なお、議事速記録の原文には句点等の区切りがないため、以下では一文ごとに改行を行い、番号を振った。また、国名については、原文にある漢字表記にカタカナ表記を「」で付記したほか、特に読みにくいと思われる漢字についても、初回に關してのみ、その読み方を（）でひらがな表記することとした⁽³⁾）。

穂積陳重君 ① 本条ハ取得編二百六十二条ニ当ルノデゴザイマス

② 既成法典ノ箇条ニ実質上ハ少シモ修正ヲ加ヘヌ積リデゴザイマスガ唯其文字ノ立テ方等ニ付テ聊カ（いささか）改メタ所ガゴザイマス

③ 既成法典ノ二百六十二条ハ或場合ニ於キマシテ定期前ニ雇用契約ノ終了スルコトヲ規定シテアリマスル

④ 其一ツノ原因ハ義務不履行ニ因ル解除ノ為メ終了スト云フコトデアリマスガ此義務ノ不履行ニ因テ解除スルコトノ出来ルト云フコトハ本案ニ於キマシテハ既ニ五百三十九条カラ五百四十一条迄ニ一方ガ義務ヲ履行致サナカツタトキハ解除スルコトガ出来ルト云フコトガ極マツテ（きまつて）居ルノデアリマシテ此処ニ再ビ其事ヲ規定スル要ハアリマセヌカラシテ本条ニハ之ヲ載セマセヌ

⑤ 夫レ（それ）カラ既成法典ハ「又ハ一方ヨリ出テタル正当ニシテ且已ムコトヲ得サル原因ノ為メ」トアリマスルガ此点ニ於テハ聊カ既成法典ト立テ方ヲ違ヘマシテ強チ（あながち）其解除ノ原因ガ当事者ノ一方カラ出ルト云フコトヲ要セヌコトニナツテ居リマスルノデス

⑥ 是（これ）ハ固ヨリ（もとより）当事者ノ一方カラシテ其原因ガ出マシタ場合ガ這入ル（はいる）ノハ当然ノコトデアリマスルガ当事者ノ一方ヨリ出デザル原因ニ依リマシテモ正当デ且已ムコトヲ得ザルトキニハ固ヨリ解

除ノ出来ルコトハ当然ノコトデアリマス

- ⑦ 唯一方カラ出マシタ原因ノ為メニ解除スルコトハ出来ヌ其一方ニ過失ガアル其他責ニ任ズベキトキニハ賠償問題ガ出テ参リマスル丈ケ（だけ）ガ違ウ丈ケデアリマスルカラ是ハ一方カラ出マスルト云フコトハ本案ニ於テハ省キマシタ

- ⑧ 然ラバ（しからば）其解除ノ原因ハドウ云フモノデアルカト申シマスルト云フト是ハ雇用契約ニ特別ナ規定デアリマシテ各国ノ法典ニモ必ズ之ニ当ル箇条ガアリマスル

- ⑨ 併シ（しかし）ナガラ此箇条ノ書キ方ガ諸国ノ法律ヲ見マスルト凡ソ（およそ）二様ニ分レテ居リマシテ或国ニ於キマシテハ既成法典トカ又ハ本条ノ如ク正当ノ原因デアリマスルトカ或ハ重要ナル理由トカ色々ナ名ヲ以テ広ク規定シテアリマス

- ⑩ 例ヘバ澳太利「オーストリア」ノ如キハ適法ノ理由ガナケレバトカ何ントカ或ハ西班牙「スペイン」、葡萄牙「ポルトガル」杯（など）ハ是ハ佛蘭西「フランス」ノ翻訳デアリマスルガ丁度正当ノ事由トカ正当ノ原因トカ云フコトニ翻訳シテアリマス

- ⑪ 夫レカラ普魯士「プロイセン」杯ハ重要ナル事由ト云フヤウニ或漠然タル辞ヲ以テ其事由若クハ原因ガアツタトキニハ解除スルコトガ出来ル斯ウ（こう）ニ云フ工合ニ総括的ニ規定シテアリマスル国ガアリマス

- ⑫ 又他ノ国ニ於テハ其事由ヲ列举致シテ斯ノ（かくの）如キ重大ナル事由ガアルトキニハ定期前ト雖モ解除スルコトガ出来ルト云フヤウニ規定シテアリマス

- ⑬ 例ヘバ葡萄牙デアリマスルトカ「モンテネグロ」デアリマスルトカ或ハ我国ノ商法モ矢張り其主義ヲ採ツテ居リマスルコトデアリマス

- ⑭ 夫レカラ巴威爾「バイエルン」ノ草案デアリマスルトカ云フモノニハ皆列挙法ニ依テ居ルヤウデアリマス
- ⑮ 其諸国ノ法典ニ列挙シテアリマスル所ノ事由ハ大概符合シテ居リマスル
- ⑯ 此勞務者ノ方ニ於キマシテハ疾病デアリマスルトカ或ハ不忠実ナル行為トカ或ハ信用ニ背キマスルトカ命令ニ服従シナイトカ又ハ職務ノ怠慢トカ不当ノ挙動トカ不品行デアルトカ大過失デアルトカ然ウ（そう）云フコトガ挙ゲテアリマスル
- ⑰ 少シツゝ諸国デ違ヒマスルガ大凡ソ（おおよそ）然ウデアリマス
- ⑱ 又主人ノ方デアリマスルト給料ノ不払ガアリマスルトカ不当ノ命令デアルトカ又ハ其雇人ノ身体、生命、名誉等ニ損害ヲ及ボスベキコトデアリマスルトカ又ハ主人ノ破産デアリマスルトカ或場合ニ於テハ主人ガ遠隔ノ地ニ移住致シマスルトカ然ウ云フヤウナ場合デアリマス
- ⑲ 是ハ孰レモ（いづれも）或場合ニ於キマシテハ契約ノ義務不履行ニナリマセウシ他ノ場合ニ於テハ重大ナル原因ニハ違ヒナイ
- ⑳ 併シ斯ノ如キ雇用ノ如キ關係ニ於キマシテ列記法ヲ採リマスルトカ一方ニ於キマシテ種々様々ノ原因ガ出来テ来ルコトガアリマスルカラシテ夫故（それゆえ）ニ本案ハ此列記法ノ主義ヲ採リマセズシテ總括的ニ之ヲ規定致シ而シテ（しかして）争ヒノ起ツタ時ハ之ヲ裁判官ノ判定ニ結局スル所任カス方ガ安全デアラウト考ヘマシテ矢張り既成法典ノ如ク總括的ノ文字ヲ用ヒマシタ
- ㉑ 既成法典ニハ夫レデ「正当ニシテ且已ムヲ得サル原因ノ為メ」ト書イテゴザイマス
- ㉒ 是ハ固ヨリ理ノアルコトデアリマスルガ本案デ唯「已ムコトヲ得サル事由」ト云フコト許リ（ばかり）ニ致シマシタノハ正当デアリマセヌデモ或事由ノ出来マシタトキハドウモ解除ガ出来テ宜（よ）カラウ唯此場合ニ於テ

損害賠償ノ責ガ生ズル丈ケノコトデアラウト思ヒマシテ夫故ニ「已ムコトヲ得サルト」ト云フ方丈ケヲ残シテ置キマシタ訳デゴザイマス、

②③ デ又既成法典ニハ「其定期前ニ於テ終了ス」ト書イテアリマシテ直チニ其契約ガナクナツテ仕舞ウスウ云フ風ノ書キ方ガ致シテアリマスルガ是ハ何ウ（どう）モ其原因ノ発シタ時ニ於テ直チニ終了スト云フコトガ当事者ノ意思ニ於キマシテモ如何（いかが）ナモノデゴザイマセウカ

②④ 時ト致シマシテハ夫レ位ノ原因ハ例ヘバ不品行ガアリマスルトカ不法ノ挙動ガアリマスルトカ致シマシテモ法律上当然ナクナツテ仕舞ウ

②⑤ 併シ夫レ位ノコトハ将来守ルトカ或ハ守ルナラバ夫レヲ許ストカ云フコトガアリマスルカラシテ直チニ其定期前ニ於テ終了スト云フヨリハ一方ガ御前ハ暇ヲ出ストカ或ハ暇ヲ取ルトカ云フコトデ明カニ解除スルト云フコトニ致シテ置ク方ガ穩当デアリマセウカト思ヒマシテ夫故ニ本案ハ矢張り「契約ノ解除ヲ為スコトヲ得」ト斯ウ致シマシタ

②⑥ 夫レデ今ノ「正当」杯ト云フ文字ヲ省キマシタガ為メニ但書ヲ入レテ「其事由カ其者ノ過失ニ因リテ生シタルトキハ相手方ニ対シテ損害賠償ノ責ニ任ス」ト云フコトニ致シマシタノデアリマス

一〇〇年以上前の文章とはいえ、読み方さえわかれば、その内容はある程度理解できる。これを今日でも通じる表現に改めた上で、再度サマライズすると、およそ次のようになる。

イ 条文の組立てを除き、新法は旧法の内容を実質的に変更するものではない（①・②）。

ロ 旧法にあった義務不履行（債務不履行）による解除については、新法では契約通則に定め（現行五四一条等）

が置かれることから、これを規定しない(③・④)。

ハ 新法では、解除事由が当事者の一方から出たものであることを要しない(解除事由は、当事者以外の第三者に起因するものであってもよい)。この点で、旧法とは、条文の組立てが異なる(⑤～⑦)。

ニ 雇用契約に特有の解除事由については、各国の法典においても、その定め方が異なるが、以下にみるように、大別して(1)総括的規定方式と(2)列举方式の二通りのものがある(⑧～⑬)。

(1) 総括的規定方式(オーストリア、スペイン、プロイセン等。表現は国ごとに相違)

○ 適法な理由、正当な事由、正当な原因、重要な事由等

(2) 列举方式(ポルトガル、モンテネグロ、バイエルン草案等。列举事由は各国間でほぼ共通しており、いずれも契約の義務不履行または重大な原因に相当)

○ 労働者側の事由……疾病／不忠実／信用に背く行為／命令不服従／職務怠慢／不当な挙動／不品行／重大な過失等

○ 使用者側の事由……給料の不払い／不当な命令／労働者の身体、生命、名誉等を毀損する行為／使用者の破産／使用者の遠隔地への移住等

ホ 雇用関係においては、解除事由(原因)が多様であることから、わが国では、旧法と新法のいずれにおいても列举方式ではなく、総括的規定方式を採用するものとし、その上で争いが生じたときは、裁判官の判断に委ねることを妥当とした(⑭)。

ヘ 新法では、旧法とは異なり、やむを得ない事由が存在するかぎり、その事由が正当なものではなくても、契約の解除を可能とするともに、このような場合を含め、解除事由がその者の過失によって生じたときは、相手方

に対して損害賠償責任を負うものとした（²¹・²²、²⁶）。

ト 雇用契約を終了することがやむを得ない事由が存在する場合においても、これに契約の終了事由としての効果まで認める必要はない。たとえば、労働者に不法の挙動があったときも、そうした挙動を繰り返さないとの約束があれば、使用者はこれを許す場合もある。こうした観点から、新法では、旧法とは異なり、やむを得ない事由を契約の解除事由として定めることとした（²³～²⁵）。

たしかに、法典調査会のなかには、雇用契約を解除する場合には「正当ノ事由」が必要との考え方にこだわった委員もいるにはいた。重岡薫五郎委員の意見がそれである。以下、これに応答した穂積陳重主査委員とのやりとりを引用すると、次のようになる（傍線は筆者による。なお、紙幅を節約するため、以下では一文ごとに改行するといった操作は行っていない⁴）。

〔重岡薫五郎君 此本条ニ適合致シマスル既成法典ノ二百六十二条デアリマスガ之ニ依テ見マスルト「正当ニシテ且已ムヲ得サル」斯ウ云フコトガアルノガ本条デハ単ニ「已ムコトヲ得サル」ト斯ウ云フコトニナツタ是ハ私ガ想像シタノニハ已ムコトヲ得ザル事由デアルナラバ多分ハ正当ノモノデアル、カラシテ二重ニ正当ト云フコトノ条件ヲ付加ヘヌデモ裁判所ガ解除ヲ許ス場合ニハ必ズ正当ト云フコトヲ認メテ掛カルノデアラウト云フコトヲ想像シマシタガ只今ノ御説明ニ拠ツテ見レバ「正当」ト云フコトハ要ラナイ斯ウ云フコトデゴザイマス、シテ見レバ私ノ想像ハ大層違ッタノデアリマスルガ何ウモ此「正当」ト云フコトガナクテハ甚ダ解除ヲ許スノ理由ト云フモノガ乏シクハアリハシナイカ単ニ「已ムコトヲ得サル事由」トシテ置ケバ大抵正当ト云フコトニ裁判官ガ認メル

ニ違ヒナカラウト思ヒマスカラシテ「正当」ト云フコトモアツテ始メテ宜カラウト思ヒマス此「正当」ト云フコトガナクテモ矢張り正当ト云フ意味ヲ含マセタト云フ理由ナラバ宜イケレドモ正当ノ事由ハナクテモ宜イ唯已ムコトヲ得ザル事由サヘアレバ解除ガ出来ルト云フコトニナルト随分自ラ事柄ヲ求メテ掛カツテ然ウシテ解除ヲ請求スル勿論其場合ニ於テハ損害賠償ト云フモノデ差引計算ハ出来ルニシテモ契約当事者間ニ於テハ或ハ其損害ヲ賠償スルコトガ出来ナイト云フヤウナ事情モアルカモ知レマセヌカラ矢張り「正当ノ事由」ト云フコトヲ書クカ又ハ書カヌニシテモ其意味ヲ持タセテ置テハドウデアラウカト思フノデアリマスガ尚ホ其御説明ヲ願ヒタイ

穂積陳重君 私共此「正当」ト云フコトヲ除キマシタ所以ハ成程或事柄が起リマスルト云フト之ヲ解除スルニ解除

ノ原因トシテ正当ナモノモアル夫レカラ解除ノ原因トナリマスモノガ正当ノモノト不正当ノモノガアルノデスナ列記法ノ中ニ挙ゲマシタモノノ中ニ於テモ解除ノ原因トナリマスルモノハ中ニハ善イノモ悪ルイノモ色々アリマスルガ畢竟正当ノ原因ト云フモノハ解除スルニ正当ナト云フコトデアラウト思ヒマス然ウスルト云フト何ウ云フモノガ解除スルニ正当ナノデアアルカト云フト今一ツ問題が起リマシテ何ウモ是ハ已ムヲ得ヌモノデアルト云フコトニ帰シテ仕舞ウノデアリマス相手方ニ於キマシテ例ヘバ何ウシテモ命令ニ服従シナイトカ不品行ガアルトカ云フコトニ付キマシテハ何ウモ是ハ解除スル外仕方ガナイト云フ場合ニ出来マセウト思ヒマシテ「正当」ト云フ字ハ何ガ解除ニ正当ナカト云フコトガ法律ニ定マルノハ始メテ此箇条デ定マルノデアツテ此処ヘ解除ノ正当ノ原因アルトキハ解除スルコトガ出来ルト云フト誠ニ自ラ問題デ問題ヲ決スルコト一ツハナラウト思ヒマス夫レカラ随分此解除ノ原因ト云フモノガ其解除ヲ請求スルモノニ取りマシテハ随分無理ナコトガアルカモ知レヌ随分無理ナコトガアツテモ其原因ガ既ニ発生シテ已ムヲ得ズト言ヘバ已ムヲ得ズガ已ムヲ得ザルニナツテ仕方ガナイ夫レデモ解クコトガ出来ヌト云フノハ何ウモ實際上不都合デアリハシナイカト云フコトカラシテ例ヘバ自分ガ殊更ニ

不養生ヲシテ夫レガ為メニ何ウモ其任務ニ適セヌヤウニナツタコつちカラ何ウシテモ任務ニ適セヌカラト云フコトデ其不適任ト云フコトガ已ムヲ得ザルト云フコトニ這入リサヘスレバ宜イ何ウモ已ムヲ得ヌデモ已ムヲ得サセラルノハ雇用契約ノ性質上不都合デアラウカト思ヒマシテ已ムヲ得ヌト云フコトデ先ヅ出来マセウ先刻モ申シマシタ通り正當ノ事由ト云フコトヲ書イテアリマスル所モアリマスルシ澳太利ノヤウニ「適法ノ事由アルトキハ」ト云フヤウニナツテ居ルノモアリマスルガ是ハ如何ニモ問題ガ問題ヲ決スルノデアツテ書キ方ガ悪いト思ヒマスガ或ハ瑞西「スイス」、獨逸「ドイツ」杯ハ「重要ナル」ト云フコトモ書イテアリマス此「已ムコトヲ得サル」ト云フコトハ余程漠然タルコトデ其中デ非常ニ狭バメタ書キ方デアリマスルガ已ムヲ得ナクツテモ続ケテ居ルト云フコトニ及バナイト云フコトニ致シテ置キマシタナラバ夫レガ即チ解除ニ付テハ原因トナル正當デハナイ法定ノ原因ト云フコトニナルデアラウト思ヒマシテ仮ニ此「正當」ト云フコトヲ省イテ置キマシタノデアリマス尚ホ外ニ宜イ御考ヘガアレバ御教示ヲ仰ギタイノデアリマス

契約解除の原因を自ら故意につくりだした者にまで、解除を認めるのか。重岡委員の懸念はそうした素朴な疑問を表明したものであったが、雇用契約の性質上そのような場合にも解除を認めなければ不都合が生じるというのが穂積主査委員の回答であった（実線で示した傍線部を参照）。

使用者（主人）ではなく、むしろ労働者（雇人）の側が契約を解除する（暇を取る）。以上のやりとりをみてもわかるように、これら委員の念頭にあったのが、このような状況であったことにも注意する必要がある。

命令不服従や不品行、不適任といった労働者側の事情が、今日それだけで労働契約の解約事由として認められるか（ただし、現実の問題になるのは解雇事由に限られる）という点、大きな疑問符が付く。しかし、民法（新法）

制定に当たって、これらの事情が「やむを得ない」解雇・退職の事由になることを疑う者など一人もいなかった。それもまた事実なのである。

漠然とはしているが、その範囲は非常に狭い。穂積主査委員は「已ムコトヲ得サル」事由について、このように語る（波線で示した傍線部を参照）ものの、広狭の観念が当時と現在ではまったく異なることに、いまさらながら驚かざるを得ない。

では、民法が施行された後、同法六二八条に定める「已ムコトヲ得サル事由」について、明治・大正期の学説・判例は、これをどう解釈したのか。以下では、項を改めて、その検討に駒を進めることとしたい。

「已ムコトヲ得サル事由」とは何か——明治・大正期の学説・判例

第九九回法典調査会における旧民法二二六一条の「改正」に関する議論が妾の処遇問題で終わったように、往時の議論には、二一世紀に生きる人間にとって、そのイマジネーションをはるかに超えるものがある。たとえば、（旧）民法施行断行派の一人に数えられる井上操控訴院判事の著書『民法詳解』（寶文館、明治二五年）には、次のような記述がある。

「一方ヨリ出テタル正当ニシテ且已ムヲ得サル原因アリシ時、此原因ノ説明ニ付テハ立案者ノ説アリ今之レヲ抄出シテ説明ニ換フヘシ曰ク僕又ハ雇人ノ兵役ニ徴集セラレタル時ハ為メニ契約ノ終了ヲ生スヘキヤ論ヲ俟タス然レトモ志願ニテ兵役ニ就カント欲シタル時ハ契約ノ終了ヲ生セサルヘシ蓋シ（けだし）斯ル（かかる）場合ニ於テハ僕若クハ雇人已ニ（すでに）陸海ノ兵役ニ就カンコトヲ欲シ之レヲ志願シテ以テ兵役ニ就クヲ名トシテ其既ニ厭倦（えんけん）シタル契約ヲ免レ賠償ヲ払ハサランコトヲ謀ルノ恐レアル可ケンハナリ又契約シタル労務ヲ為スコト

能ハサラシムル疾病若クハ廢疾モ正当ニシテ已ムヲ得サルノ一原因ナリ然レトモ僕又ハ雇人他ニ一層利益アル雇用契約ヲ為サントスルカ又ハ結婚セントスル等ノ場合ニ於テハ然ラサルヘシ此等ノ原因ハ固ヨリ篤実ニシテ正当ナリト雖モ賠償ヲ与ヘスシテ契約ヲ取消スノ理由ト為スコト能ハサレハナリ⁽⁵⁾

下僕や僕婢といった言葉があるように、「僕」が「しもべ（下男・下女）」を指し、「厭倦」が読んで字のごとく「イヤになって飽きる」ことを意味するのは、何となくわかる。しかし、兵役や疾病が雇用契約の終了原因として例示され、あまつさえ転職や結婚による契約終了については損害賠償さえ問題になるといわれると、もはや現代人にとっては想像の域を超える。

とはいうものの、井上判事に（法律学の）常識がなかったわけではもとよりない。たとえば、前掲『民法詳解』は、次のようにも述べる。

「凡ソ雇用契約ニシテ其期間ヲ定メタル時ハ雇用人ハ必ス其期間ハ労務ヲ執ルノ義務アリ固ヨリ雇用契約ハ為事義務ナルヲ以テ強テ之レヲ履行セシムルコトヲ得ストノ原則ニ基キ其期間内ト雖モ雇用人随意ニ解約スルノ權ヲ失フコトナシ」⁽⁶⁾

期間の定めのある雇用契約の場合、その期間中労務を提供すべき義務が労働者にはあるが、労務提供義務はいわゆる為す債務（為事義務）であるため、その履行を強制できない。前段部分については、忘れられてしまった感もあるとはいえ、後段部分については、今日においても異を唱える者はおそらくいまい。ただ、その上で、井上判事は、損害賠償の問題を論じているのである。

たしかに、井上判事の著書『民法詳解』は、旧民法に関する概説書であって、現行法に関する解釈を示したものである。とはいえ、明治三十一年の民法施行後、その六二八条に雇用契約の解除事由として規定された「已ムコト

ヲ得サル事由」の解釈が、旧法二六二条一項に定める「正当ニシテ且已ムヲ得サル原因」のそれと大きく異なるものとなったかという点、決してそのようなことはなかった。たとえば、このことを確認するために、明治・大正期における代表的な民法の文献をひもとくと、そこには次のような記述（原注は省略）をみることができる。

① 梅謙次郎『民法要義』卷之三債権篇（和佛法律学校／明法堂、明治三〇年）

『已ムコトヲ得サル事由』トハ固ヨリ事実問題ナリト雖モ今一二ノ例ヲ挙クレハ雇人カ父母ノ病ニ罹リタル場合ニ於テ他ニ之ヲ看護スル者ナキカ為メ其雇用契約ヲ解除シテ家ニ帰リテ其父母ヲ看護セント欲スルカ如キ又ハ勞務者カ病ニ罹リ数日月ノ間其勞務ヲ供スルコト能ハサル場合ニ於テ使用者カ雇用契約ヲ解除シ他人ヲ以テ之ニ代ヘント欲スルカ如キ是ナリ」⁽⁷⁾

② 横田秀雄『債権各論』（清水書店、明治四五年）

「所謂已ムコトヲ得サル事由トハ雇用契約ノ履行ヲ絶対的不能ナラシメ又ハ其履行ヲ著シク困難ナラシムヘキ事情ヲ謂フ例之（このれい）勞務者カ（一）疾病ニ罹リタルカ為メ契約ニ定メタル勞務ニ従事スルヲ得サルニ至リタル場合（二）勞務者タル男子カ兵役公務其他一身ニ関スル重大ノ理由ニ因リ又勞務者タル女子カ結婚ヲ為シ又ハ父母ノ看護其他家政上ノ都合ニ依リ身体ノ自由ヲ回復スルノ必要アル場合（三）勞務者カ犯罪ノ為ニ拘留セラレタル場合（四）使用者カ転任廃業外国旅行其他ノ理由ニ因リ雇人ヨリ其勞務ノ供給ヲ受クル能ハサルニ至リタル場合ノ如シ」⁽⁸⁾

③ 末弘嚴太郎『債権各論』第四版（有斐閣、大正八年）

『已ムコトヲ得サル事由』ガ何ヲ意味スルカハ箇々ノ場合ニ付テ之ヲ決スルノ外ナシト雖モ、若シ当該ノ事由

が終局的に履行不能ヲ生ゼシムベキ事由ニシテ其發生ニ関シテ労務者ニ過失ナキトキハ直ニ契約ヲ終了セシムベク又労務者ニ過失アルトキハ使用者ハ一般規定タル第五四三条ニ依リテ解除シ得ルガ故ニ、之ヲ『已ムコトヲ得ザル事由』中ヨリ除外セザルベカラズ。要スルニ其事由存スルニ拘ラズ強テ雇用ヲ継続セシムルハ不当ニ著シク其者ノ利益ヲ阻害シ公平ノ觀念ニ違背スルヤ否ヤヲ標準トシテ之ヲ決スベク、而シテ之ヲ決スルノ基礎タル諸種ノ事実ハ事實問題トシテ決定セラルベキモノナリト雖モ、是等ノ事実ヲ基礎トシテ更ニ其事由ガ已ムコトヲ得ザルモノナリヤ否ヤヲ決スルハ法律問題ナルヲ以テ尚ホ上告審ノ審査ヲ受クルコトヲ得ベシ。今例ヲ挙ゲテ『已ムコトヲ得ザル事由』ノ何タルカヲ示セバ（１）労務者ハ使用者ガ著シク労務者ヲ虐待シタルコト、使用者ガ家計不如意トナリテ賃金ノ支払ヲ為サザルベキ虞アルコト、父母ノ病氣ヲ看護スル為メ帰国ノ必要アルコト、引続キ労務ヲ供給スルトキハ其健康ヲ害スベキ虞アルコト、使用者ガ遠隔ノ地ニ移転セルコト、女子労務者ガ婚姻ヲ為シタルコト等ヲ理由トシテ『解除』シ得ベク、（２）使用者ハ事業ニ失敗シテ引続キ労務者ヲ雇ヒ置クハ家計上不可能トナレルコト、労務者ノ不誠実、怠慢、無能、病氣ノ為メ長キニ亘リテ就業シ得ザルコト等ヲ理由トシテ解除ヲ為シ得ベシ⁽⁹⁾。

④ 鳩山秀夫『増訂 日本債権法各論』下巻（岩波書店、大正一三年）

『已ムコトヲ得ザル事由』ト謂フハ其事由ノ存スルニ拘ハラズ雇用契約ヲ継続セシムルコトガ一般ノ見解上著シク不当又ハ不公平ナリト認ムベキ事実ヲ謂フ。其發生ニ付テ当事者ニ過失アリヤ否ヤハ之ヲ問ハズ。例ヘバ労務者ノ不誠実、無能、身元引受契約ノ失効等ハ已ムヲ得ザル事由トシテ使用者ニ告知権ヲ与フベク又労務者ノ疾病、近親者ノ看護ノ必要、使用者ノ事業上ノ失敗等ハ労務者ニ告知権ヲ与フベシ。而シテ此規定ハ当事者ニ過失ナキ場合ニ於テモ雇用契約ガ当然其効力ヲ失ハザルコトヲ前提トスルガ故ニ已ムヲ得ザル事由ハ履行不能ヲ生ゼ

シムル事由ニアラザルコトヲ要スルモノトス。例ヘバ筆耕ガ負傷ノ結果手ヲ失ヒタル場合ニハ第五百三十六条又ハ第五百四十三条ノ適用ヲ生ズベク本条ハ適用ノ余地ナシ」⁽¹⁰⁾。

民法起草委員の一人であり法典調査会の主査委員でもあった梅謙次郎、後に大審院長を務めた横田秀雄、そしてほぼ同時期に東京帝国大学で民法を講じた鳩山秀夫と末弘厳太郎。これら四氏が、いずれもわが国の学界や司法界を代表する当代の著名人士であったことはいうまでもない。ただ、明治維新以前に生を受けた梅・横田の両氏と、一八八〇年代生まれの鳩山・末弘両教授との間には、四半世紀前後の年齢差があり、その間には当然のことながら民法の研究にも大きな進展があった。

そうした進歩の跡は、右に引用した短い文章からも、これを窺い知ることができるが、理論の精緻化という点では、このように進展がみられたものの、「已ムコトヲ得サル事由」とは何かという肝心の問題については、具体例が少し追加された程度であり、その解釈自体が大きく変わったわけではなかった。法典調査会で紹介された列举法採用国が掲げる例とこれを比べても、そこに大差はない。こういっても差し支えはないのである。

労働者の不誠実、怠慢、無能、病氣といった、労働者側の事情を理由とする解雇については、解雇権濫用法理が存在する今日、解雇予告を行った上での解雇であっても、それだけの理由で解雇が認められるとは誰も考えない。しかし、契約期間の定めの有無を問わず、かつては「已ムコトヲ得サル事由」に基づく契約の解除（即時解除）として、このような解雇が当たり前のこととして認められていたのである。

「雇用契約ノ履行ヲ……著シク困難ナラシムヘキ事情」（横田）、「其事由ノ存スルニ拘ハラズ雇用契約ヲ継続セシムルコトガ一般ノ見解上著シク不当又ハ不公平ナリト認ムベキ事実」（鳩山）。こういった「已ムコトヲ得サル事由」

の一般的定義からは、到底推し量ることができない。そのような状況に当時はあったことも、これを再確認する必要がある。

なお、民法六二八条の解釈適用とかわる第二次大戦前の代表的判例としては、福音印刷事件（大判大正一・五・二九民集一卷二五九頁）がある。同事件は、期間の定めのない雇用契約に対する民法六二八条の適用例という点でも参考になる（以下、事実および判決理由については、旧漢字を新漢字に改め、適宜改行を加える等の変更を行った点を除き、原文をそのまま引用している）。

【事 実】

上告人（被控訴人、原告）ハ印刷職工ニシテ期間ヲ定メスシテ被上告人ニ雇ハレ印刷業ニ従事シ居リシカ被上告人ハ大正九年三月三十一日突然上告人ヲ解雇シ就業ヲ拒絶シタルヲ以テ上告人ハ民法第六百二十七条ノ規定ニ従ヒ解雇後十四日分ノ賃金ヲ請求スル權利ヲ有スルコトヲ主張シタリ

被上告人ハ上告人ノ主張ニ対シ印刷業ノ為ニ上告人ヲ雇入レタルコトハ之ヲ認ムレトモ被上告人カ大正九年三月二十七日上告人ノ賃金値上ノ要求ヲ拒絶シタリシニ上告人ハ被上告人ニ対シ不穩ノ挙動ヲ為シ業務ニ不誠意ニシテ怠業ヲ事トセルヲ以テ民法第六百二十八条ニ依リ上告人ヲ解雇シタリ從テ上告人ノ請求ニ応スル能ハスト抗弁シタリ

原院ハ被上告人抗弁ノ事実ヲ認メ此ノ事実ハ雇主タル被上告人ニ於テ上告人ヲ解雇スルニ付已ムヲ得サル事由ト為スコトヲ得ヘシト判示シ上告人ノ請求ヲ排斥シタリ

【判決理由】

民法第六百二十七条ハ雇用契約ノ当事者カ其ノ期間ヲ定メサルトキハ何等ノ事由発生セサルニ拘ラス何時ニテモ解約ヲ為ス權利ヲ有スルコトヲ規定シタルモノニシテ同六百二十八条トハ毫モ連絡ヲ有セス全然別箇ノ權利關係ヲ定メタルモノト解スヘキモノトス

何トナレハ民法第六百二十八条ハ当事者カ雇用ノ期間ヲ定メタルト否トヲ問ハス已ムヲ得サル事由発生シタルトキハ之ヲ理由トシテ雇用契約ヲ解除スル權利ヲ有スルコトヲ規定シタルモノナルコトハ其ノ文意ニ徴シテ明瞭ナレハナリ而シテ其ノ已ムヲ得サル事由トハ当事者カ雇用契約ヲ締結シタル目的ヲ達スルニ付重大ナル支障ヲ惹起スル事項ノ意義ナレハ其ノ支障カ当事者ノ孰レニ対シテ発生ストモ其ノ当事者ハ之ヲ理由トシテ契約ヲ解除スルコトヲ得ヘク解除ノ効力ハ即時ニ発生シ民法第六百三十条ニ依リ将来ニ向テノミ生スルモノニシテ所論ノ如ク同第六百二十七条第一項後段ノ規定ニ依リ二週間ヲ經過シタル後ニ発生スルモノニ非ス

然リ而シテ原判決ノ認定セル上告人ノ団体的怠業カ故意ニ仕事ノ能率ヲ減シ之ヲ手段トシテ賃金値上ノ目的ヲ達セントスルモノナルコトハ判決ノ文意ニ徴シ明白ナルヲ以テ上告人ノ行動ハ被上告人カ雇用契約ヲ締結シタル目的ニ背反スルモノト謂フヘク從テ雇主タル被上告人ハ叙上説明ノ法理ニ依リ当然雇用契約ヲ解除スルコトヲ得ヘシ所論ノ労働戦術ナルモノハ未タ以テ合法ノ行動ナリト謂フヲ得サレハ之ヲ論拠トシテ民法所定ノ已ムコトヲ得サル事由ノ意義ヲ解決セントスルハ失当ナリ

又原判決ニ所謂相信關係云々ハ被上告人カ上告人ノ人格ヲ信任スルコトノ意義ニ非スシテ上告人ノ普通ノ程度ニ於ケル労務ノ提供ヲ予期信賴スルコトノ意義ナルコトハ文意上明白ナルヲ以テ原判決ノ説明ハ民法第六百二十八条ノ解釈ヲ誤リタルモノニ非ス要スルニ原判決ニハ所論ノ如キ違法ノ点ナキヲ以テ本論旨ハ孰レモ理由ナシ

やむを得ない事由があれば、即時解雇が可能になるが、やむを得ない事由がなければ、二週間前の予告が必要になる。本件では、そうした意味において「已ムヲ得サル事由」の存否が争点となった。

学説がやむを得ない事由として認める「労務者ノ不誠実、怠慢、無能」といった事情は、本件で上告人の行った「団体的怠業」と、契約上の義務の不履行という点で共通点があり、しかる以上、本件においても即時解雇を認めざるを得ない。判決にある「雇用契約ヲ締結シタル目的ニ背反スルモノ」との説示は、こうした理解に立つものと考えられる。

たしかに、原判決にいう「相信関係云々」の議論に関連して、「上告人が『雇用契約ハ労働ニ対シ報酬支払ヲ為サシムル権利義務ノ関係ニシテ、主従関係ニモ服従関係ニモ相信関係ニモ非サレバ』云々と云つて居るのは正当だと云はねばならぬ」とした上で、「単に『普通ノ程度ニ於ケル労務ノ提供ヲ予期信頼』し得ないと云ふだけの理由で、即時に解雇することを許すのは極めて穩当でない」と本判決を批判する、末弘厳太郎教授の評釈（判例研究⁽¹⁾）には、現代人の目からみても、なるほどと思わせるものがある。

しかし、今日とは時代背景が異なることから、末弘評釈も、解雇それ自体の効力を問題とするものでもとよりなかった。「かかる場合には雇主は少くとも民法第五四一条に依つて一先づ『普通ノ程度ニ於ケル労務ノ提供』を催告すべきであつて、即時に解雇するを得ない」。こう述べるにとどまっていたのである。

評釈の末尾にいわく、「第六二七条に依る解約申入は全く債務不履行其他特別の原因を要せざる場合であり、第六二八条は又『已ムコトヲ得ザル事由』があれば即時に解雇し得ると云ふ規定であるに反し、第五四一条は労働者が全く約定の労務を供給しないか又は債務の本旨に従つて完全に之を供給しない場合に之を適用するの余地あるものと考へる」。「従つて本件にあつても、若しも会社が解雇をしようと思ふならば先づ相当の期間を定めて怠業の停

止を催告すべかりしであると」思うに、それが当時における民法学の到達点であり、また良識でもあったことを忘れてはなるまい。⁽¹²⁾

第二次大戦後、憲法二八条によって勤労者の団体行動権が保障されたことにより、労働者が団体として行う雇用契約上の義務不履行（争議行為）は、一転して労働者の侵すべからざる権利となる。だが、その結果、労働者個人による契約上の義務不履行（不誠実、怠慢、無能等）についてまで、これを理由とする雇用契約の解除（解雇）が著しく困難になった。より正確に言えば、これが雇用契約の解除を可能とする労働者の「債務不履行」に当たるという認識がそもそもなくなった。⁽¹³⁾ 他方、労働者による雇用契約の解除（退職）については、その理由さえ問うことが実際には難しいという現実がある。

労働者には退職の自由があるものの、使用者による解雇の自由は事実上ないに等しい。解雇と退職を同一レベルで考える戦前にはあった健全なバランス感覚は、いったいどこにいったしまったのか。そんな疑問をいただくのは、おそらく筆者だけではないであろう。

実務上の問題——就業規則に定める解雇・退職の事由

労働基準法八九条三号は、「退職に関する事項（解雇の事由を含む。）を就業規則の絶対的必要記載事項として規定している。同法が解雇事由に言及するようになったのは、平成一〇年の法改正（九月三〇日法律第一一二号、平成一年四月一日施行）以降のことであるが、それ以前においても、ほとんどの使用者は、就業規則に解雇事由に関する定めを設けていた。就業規則所定の解雇事由に該当しなければ、裁判になった場合、まず解雇は認められない。⁽¹⁴⁾ そうした考え方が現場には既に定着していたからである。

しかし、いざ就業規則に解雇事由を定めるとなると、これが意外に難しいことがわかる。就業規則のモデル自体は、今やインターネットを通して簡単に手に入るものの、安心してコピーできるものがあまりにも少ない。⁽¹⁵⁾ モデルによっては、懲戒解雇を除き、解雇がほとんど不可能になってしまう。そうした状況が現にみられるからである。たとえば、平成二年九月に厚生労働省がホームページに掲載した次のように定める「モデル就業規則」も、その例外とはいいい難いものがある。

（解雇）

第四七条 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。
- 二 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。
- 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らない場合であって、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 精神又は身体の障害により業務に耐えられないとき。
- 五 試用期間における作業能率又は勤務態度が著しく不良で、従業員として不適合であると認められたとき。
- 六 第五九条第二項に定める懲戒解雇事由に該当する事実が認められたとき。
- 七 事業の運営上又は天災事変その他これに準ずるやむを得ない事由により、事業の縮小又は部門の閉鎖等を行う必要が生じ、かつ他の職務への転換が困難なとき。

八 その他前各号に準ずるやむを得ない事由があったとき。
254 略

ただ、「モデル就業規則」に定める個々の解雇事由の問題点については、別に言及する機会があったので、それを改めて繰り返すことはしない。⁽¹⁹⁾ここでさし当たり問題にしたいのは、労働契約に期間の定めがあると否とを問わず、就業規則に定める解雇事由については、これを最終的には「やむを得ない事由」として規定せざるを得ないという問題である。

就業規則に定める解雇事由に「漏れ」がないようにするためには、いずれにせよ解雇事由を概括的に定めた規定が必要になる。その際、解雇に「やむを得ない事由」を法律上要求されない（労働契約法一七条一項の反対解釈）労働契約に期間の定めのない労働者に適用される就業規則であっても、解雇権濫用法理（同法一六条）がすっかり身についてしまったせいか、これを右の四七条一項八号にあるように「やむを得ない事由」として規定することに就業規則の作成担当者が疑問を持たない。⁽¹⁷⁾こうした現実がたしかにある。

また、期間の定めのない労働者に適用される就業規則については、解雇事由を概括的に定める規定を「その他前各号に準ずる事由があったとき」と仮に書き換えたとしても、契約期間の定めの有無によって、就業規則に定める具体的な解雇事由を実際に書き分けることができるのか、といった問題も一方には存在する。⁽¹⁸⁾

さらに、「やむを得ない事由」（民法六二八条）や「労働者の責に帰すべき事由」（労働基準法二〇条一項但書）があれば、法律上は即時解雇が可能であるにもかかわらず、就業規則上は即時解雇を懲戒解雇の場合、つまり企業秩序に違反する重大な非違行為に、その対象を限らざるを得ないという実務上の問題もある。⁽¹⁹⁾

なお、期間の定めのある労働契約の場合、これを使用者が中途解約するには、民法六二八条の定めにより一般に「期間満了」を待つことなく直ちに雇用を終了せざるを得ないような特別の重大な事由⁽²⁰⁾が必要とほいうが、使用者が期待し、かつ期待できるものは——懲戒解雇の場合を除けば——即時解雇ではない。

就業規則に解雇事由を苦勞して定めても、契約期間中の解雇というだけで、裁判になれば、いとも簡単に解雇が無効とされてしまう⁽²¹⁾。そうした現状に本当に問題はないのか。解雇規制には副作用がともなうだけに、冷静な検討が必要といえよう。

他方、労働契約に期間の定めがある場合には、労働者による中途解約についても、本来は「やむを得ない事由」が必要になる（民法六二八条）。しかし、現実には契約期間中といえども、労働者による自己都合退職を防止する術を使用者は持たない。

こうした自己都合退職について、仮に「やむを得ない事由」が必要と就業規則に規定したとしても、その空文化は避けられない⁽²³⁾。強制労働の禁止（憲法一八条、労働基準法五条）を持ち出すまでもなく、「為す債務」としての勞務提供債務の性格からいっても、辞めたいという者を無理矢理働かせることはできないからである。

これに加えて、契約期間中の自己都合退職には「やむを得ない事由」が必要と就業規則に規定した場合、同時に予告期間の定めを置くことは可能か（民法六二八条は「やむを得ない事由があるときは、各当事者は、直ちに契約を解除することができる」と定める）といった問題もある⁽²⁴⁾。

以上を要するに、就業規則に解雇・退職の事由をどのように定めるのかという実務上の問題については、民法も労働契約法も、その手がかりを一切与えてくれない。ただ、そうであったとしても、労働契約の内容は就業規則で決まるという現実は変わらない。現場の実務担当者は、このことを改めて再認識する必要があるう。

- (1) 小嶋『職場の法律は小説より奇なり』（講談社、平成二年）一三二頁も、このような説明を行っている。
- (2) ただし、その理由づけとしては、民法六二八条ではなく、解雇を無効とした上で、民法五三六条二項により残存期間中の賃金請求権をストリートに認めるのが、通常のパターンとなっている。したがって、期間満了を理由とする雇止めが予定されていたとしても、そのような雇止めさえ無効とされるケースにおいては、本案訴訟の場合、労働契約上の権利を有する地位にあることを確認した上で、判決確定までの賃金支払いが命じられることになる。以上につき、仮処分事件ではあるが、安川電機八幡工場（パート解雇）事件＝福岡高決平成一四・九一八労判八四〇号五二頁を参照。
- (3) 以下、引用は、法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録四』（商事法務研究会、昭和五九年）四八四―四八六頁による。
- (4) 以下、引用は、前掲（注3）『法典調査会民法議事速記録四』四八七―四八八頁による。
- (5) 井上操『民法詳解』（寶文館、明治三五年）八二六―八二七頁。なお、以下、明治・大正期における代表的な民法のテキストについては、本書を含め、すべて国立国会図書館近代デジタルライブラリーの所蔵文献を活用している。
- (6) 井上・前掲書（注5）八二四―八二五頁。
- (7) 梅謙次郎『民法要義』巻之三債権篇（和佛法律学校／明法堂、明治三〇年）六九六頁。
- (8) 横田秀雄『債権各論』（清水書店、明治四五年）五六五―五六六頁。なお、同『債権法各論』第四版（巖松堂書店、大正一三年）二八六頁もほぼ同旨。
- (9) 末弘厳太郎『債権各論』第四版（有斐閣、大正八年）六八四―六八五頁。
- (10) 鳩山秀夫『増訂 日本債権法各論』下巻（岩波書店、大正一三年）五五三―五五四頁。
- (11) 末弘厳太郎「雇用——団体的営業は即時解雇の原因となるか」法協四一卷四号七三一―七四〇頁を参照。以下の引用も、これによる。
- (12) なお、鳩山・前掲書（注10）五五五頁も、「末弘氏ノ言フガ如ク此ノ場合ニハ普通ノ債務不履行ニ止マルモノトシ、五四一条ニ依リ相当ノ期間ヲ定メテ催告スルコトヲ以テ告知ノ要件トスルヲ正当トス」としている。
- (13) 労働者の「能力不足」(poor performance) は、諸外国においては、解雇の代表的な正当事由とされることが多い（たとえば、イギリスについては、小嶋「雇用問題をめぐる日英比較——定年制の廃止と解雇の自由」『旬刊経理情報』一二七

七号(平成三年四月一日号)一頁を参照)が、わが国の場合、そうならなかったのは、戦後このような労働者側の事情が「債務不履行」として認識されなくなったことが大きく影響している、と考えられる。

(14) 小嶋・前掲書(注1)九〇頁を参照。ただし、実際には「不備な解雇事由や、限定的に解釈するには構成要件があいまいな表現を多く含む就業規則が非常に多い」ことから、実務上は例示列挙という考え方をとらざるを得ないという。渡辺弘『労働関係訴訟』(青林書院、平成三年)一四頁を参照。

(15) 小嶋・前掲書(注1)八七頁以下「コピーできない就業規則モデル」を参照。

(16) 小嶋「解雇法理のオールターナティブ」野田進ほか編『解雇と退職の法務』(商事法務、平成三年六月)所収予定を参照。

(17) 筆者も、その例外ではなかった。たとえば、大阪大学教職員就業規則二二条一項五号は、「経営上又は業務上やむを得ない事由によるとき」を解雇事由の一つとして規定しているが、こう定めるに当たって、民法六二八条との関係を意識したことはなかった。

(18) 筆者の現場経験からいうと、期間の定めの有無によって、就業規則に定める具体的な解雇事由を書き分けることは、不可能に近い。使用者が雇用関係を維持し難いと考える者の範囲が、契約期間の定めの有無によって異なるといった状況は、そもそも想定できないからである。ただし、有期契約労働者の場合、使用者が雇用関係を維持し難いと考えた場合であっても、解雇が無効とされるリスクを避けるため、契約期間が満了するまで待つ(解雇に代えて雇止めを行う)ということは十分にあり得る。こうした事情もあって、たとえば、大阪大学任期付教職員就業規則においては、労働契約を更新しない事由と解雇事由とを基本的に異ならないものとして定めている(一七条一項を参照。ただし、二条二項ただし書で「その業務を必要としなくなったとき」も更新しない事由として規定)が、その結果、解雇と雇止めの違いが曖昧になるといった問題もかかえている。

(19) 就業規則には、懲戒解雇規定と即時解雇規定(解雇予告の除外規定)が通常一体のものとして定められる。就業規則を適用する側にとっても、その適用を受ける側にとっても、そうすることが最もわかりやすいからである。したがって、両者を切り離して規定することも不可能ではない(たとえば、労働基準法二〇条一項但書という「労働者の責に帰すべき事由」は、企業秩序に違反する行為が行われたことを必ずしも要しない)が、実務上は困難といえる。

(20) 菅野和夫『労働法』第九版(弘文堂、平成二三年)一九四頁を参照。なお、前掲(注2)の安川電機八幡工場事件の福岡高裁決定を併せ参照。

(21) たとえば、最近の例として、プレミアライン事件Ⅱ宇都宮地栃木支決平成二一・四・二八労判九八二号五頁、ワークブライズ事件Ⅱ福井地決平成二一・七・二三労判九八四号八八頁、およびアウトソーシング事件Ⅱ津地判平成二一・一一・五労判一〇一六号五頁を参照。

(22) たとえば、前掲(注21)の事件は、それぞれ派遣会社との契約期間を六か月または一年とする労働契約の中途解約とかかわる事件であったが、解雇にともなうリスクが高くなればなるほど、労働契約法一七条二項の規定とは逆に、企業はリスク回避のために契約期間を短くする方向に動かざるを得ないという問題がある。

(23) たとえば、大阪大学非常勤職員(短時間勤務職員)就業規則一五条は「職員がやむを得ない事由により労働契約の期間の満了を待たずに退職しようとするときは、退職を予定する日の一四日前までに退職願を大学に提出しなければならぬ。ただし、大学が特に認めた場合は、この限りでない」と規定しているが、当該就業規則の適用を受ける職員の大半を占める事務補佐員の場合、退職者の四割ないし五割がこのような期間途中の退職者によって占められているという現実がある。こうした事情があるためか、非常勤職員の契約期間内における自己都合退職については、そもそもその事由を問わない国立大学法人の方が多くなっている。

(24) 民法六二八条が強行法規であるとの見解に立てば、このような予告期間の定めは無効となる(末弘・前掲書(注9)六八六頁を参照。なお、同条を強行法規と解する点においては、鳩山・前掲書(注10)五五四頁も同じ)。しかし、仮に民法六二八条が強行法規であるとしても、自己都合退職の現状が前掲(注23)のような状況にあるのであれば、予告期間の定めを無効とまでいう必要はないといえよう。なお、大多数の国立大学法人は、非常勤職員の契約期間内における自己都合退職についても一四日から三〇日の予告期間を設ける一方で、退職事由に関しては、これを「やむを得ない事由」に限定しないという、民法六二八条を無視するに等しい姿勢をとっていることに注意。