The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

| | |
|---|---|
| Title | 解雇をめぐる二つの論点 |
| Author(s) | 小嶌, 典明 |
| Citation | 阪大法学. 2013, 63(1), p. 1-27 |
| Version Type | VoR |
| URL | https://doi.org/10.18910/67914 |
| rights | |
| Note | |

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

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

The University of Osaka

論　説

# 解雇をめぐる二つの論点

小　嶌　典　明

一　はじめに――数値では表せない解雇の現状
二　働かない従業員の解雇
三　働けない従業員の解雇
四　まとめにかえて――現実を直視した議論を

## 一　はじめに――数値では表せない解雇の現状

「使用者には、従業員を解雇する権利＝解雇権がある。その濫用が許されないだけだ」。このようにいわれて、現実もそのとおりだと考える使用者はほとんどいない。「明々白々な懲戒解雇事案でもない限り、弁護士に聞けば決まってストップがかかる。解雇権など実際にはないに等しい」。現場の人事労務担当者からは、そうしたため息に近い声もしばしば聞く。働く意欲や能力を失った従業員であっても、いざ解雇となると二の足を踏む。人事労務の現場からみたリアルな解雇のイメージは、およそこんなところにある。

しかし、こうした解雇の現状は数値では表わせない。たとえば、ＯＥＣＤ（経済協力開発機構）が主要四〇か国を対象に行った二〇〇八年の調査によれば、日本は雇用保護という点では、むしろ規制が少ない部類に入る。整理解雇（集団的解雇）は六番目にしやすく、有期（臨時）雇用の規制については一二番目、常用労働者の個別解雇でも一五番目に規制が緩やかな国（全体としては八番目。アメリカ、カナダ、イギリス、ニュージーランド、南アフリカ、オーストラリア、アイルランドに次ぐ）に、わが国は位置している。(1) 現場の実感とはあまりにもかけ離れた調査結果ではあるが、数値化できる指標に頼ると、こうなるのである。(2)

他方、わが国の場合、解雇が難しいのは昨日今日に始まったことではない。たとえば、七〇年以上前に書かれた労働問題のある調査報告書は、次のようにいう（以下、引用に当たっては、旧漢字・旧かなづかい等は現代表記に改め、余分と思われる活字は削除した）。

## 労働者の解雇問題

労働者解雇についての困難は、雇用についての困難以上である。労働者が解雇を苦痛とすることは、何処の国に於いても同じであろうが、我国に於いては特に之を苦痛とする事情があり、労働者だけでなくて官憲若くは一般市民も亦これを出来るだけ阻止しようとするし、如何なる場合を見ても解雇が淡泊に行われ得たことは甚だ稀である。我国では労働者の雇用若くは解雇が単なる市場取引として行われるのでなくて、一度工場に雇用されたら過失なき限り工場主はその労働者の身柄を保証しなければならないもののような観念が行われている。甚だしきは労働者の家族、その子弟も亦その工場で面倒を見なければならぬものと考えられさえしている。大都市に於いてはかかる身分観念的な雇用関係は既に滅んでいるが、しかし全然無力となっているわけではない。その為め

に労働者を解雇することが、何か道徳的犯罪ででもあるかの如き印象が与えられるのである。

一方また我国では国家若くは労資双方若くは労働組合による失業救済制度が全く欠けている。外国で解雇が比較的簡単に行われるのは、上記のような解雇を当然なりとする資本主義的観念の外に、労働組合其他の共済施設就中国家の失業保険制度が直接に被解雇者の生活を保護するという事実に基いている。観念はやはりこれを支持する経済的根拠がなければ永続しない。失業保険乃至それに類似の制度の存在しない我国に於いては、失業労働者は何によって生活すべきであろうか。労働賃銀は諸種の必然的な事情によって極めて低いものであるから、失業期間を維持すべき貯蓄のあろう筈はない。そこで、解雇手当なる要求が生じて来るのである。換言すれば失業保険によって失業者の生活を社会の費用によって維持する代りに、工場なり会社なりが個別的に被解雇者を扶助しなければならぬ。従ってその手当額は、絶対額から見れば極めて僅かであって、全失業期間を維持するのには遙かに不足なのであるが、然し相対的に個々の工場或は会社にとっては相当に重い負担となることは当然であると言えよう。尤もこの解雇手当制度は必ずしも労働者の経済的要求から生じたものではなく、発生的には大戦当時の好況に際し事業家が労働者の移動頻繁を防止する足止の一策だったのであるが、同時に又既述のように従来から我国労資関係の美風なりとせられている家族主義的な概念が大いに与って力があったことも見逃し得ない。こういうわけで我国の工場法施行令第二十七条の二には、工場主が職工に対し雇用契約を解除せんとする時は、少くとも十四日前にその予告を為すか又は賃銀十四日分以上の手当を支給することを要すと規定している。

## 事業主と臨時工制度

かくの如く、一方に於いては解雇に対する道徳的観念、他方に於いては解雇手当の支給、この二つが事業家を

圧迫して、本来ならば商取引として円満に行わるべき解雇を制約する。そういう条件の下に於いて、事業家が一方に於いてかかる制約を免れ、他方に於いて市場の景況に敏速に適応し得る制度を案出することは必然といわねばならぬ。臨時工制度即ちこれである。

事業家は事業の最も不振なる時代に適応して控え目に労働者を雇用する。工場規模に応じてどれだけの最低従業者を必要とするかは、ほぼ一定しているからこれだけを本雇として雇用する。市況の好転や季節的需要増加その他の理由によって就業者数を増加する必要のある場合には、一定の期間を限り、解雇に関して上述の制約を免れ得べき条件を前提として雇用契約を結ぶ。これが即ち臨時工である。

満州事変以来の軍需品工業の好況、低為替関係による輸出品工業の盛況から、事業はどしどし拡張を迫られ、労働者の増加を余儀なくされている。けれども、軍需工業も輸出工業の景気もいつまで続くかわからない。いつまでも続けばよいが、或は近いうちに沈退するかも知れない。その時には解雇問題が起る。そして現在雇入れている職工を常用工にして置けば、その時、解雇手当を出さなければならない。また面倒な労働争議も起り勝ちだから、その時に備えて、新規採用の職工を試用期間を超過しても出来るだけ臨時工若くは人夫名義の職工にして置いて、事業家の負うべき種々の義務から免れようとしているのが最近の臨時工増加の社会的原因であろう。[3]

（労働事情調査所編『労働事情調査報告第一輯　臨時工問題の研究』（昭和一〇年）四―六頁）

第二次大戦後、解雇予告期間は三〇日に延長され、失業保険制度も整備された。にもかかわらず、解雇を一種の道徳的犯罪とみる考え方は、依然として日本社会に根強く残っている。[4] もとより、合理性を欠く不当な解雇は規制の対象とされてよいし、対象とすべきであろう。しかし、働く意欲や能力を失った従業員まで、企業が雇用し続け

なければならない理由はない。こうした個別解雇の問題をいつまでも放置することは、円滑な企業経営を妨げ、企業の競争力低下をもたらすほか、働く意欲も能力もある者から潜在的な雇用機会を奪うことにもなる。小論の関心事もここにあるといって、差し支えはない。(5)

## 二　働かない従業員の解雇

売主がいくら督促しても、買主が売買代金を支払おうとしない。そのような場合には、民法も売買契約を解除することを認めている。「当事者の一方がその債務を履行しない場合において、相手方が相当の期間を定めてその履行の催告をし、その期間内に履行がないときは、相手方は、契約の解除をすることができる」。このように履行遅滞等による解除権について定めた、同法五四一条の規定がそれである。

指導票を書き、警告書を渡す。それでも、勤務状況に改善がみられないのであれば、最後には雇用契約を解除する（合意解約に応じなければ解雇する）しかない。普通の従業員ができる仕事ができないというのは、債務の不履行に当たる。売買と雇用は違うとはいっても、それは程度問題にすぎない。民法五四一条も、右の引用からわかるように、双務契約一般に妥当する原則としてこれを定めている。(6)

欧米諸国において、能力不足（poor performance）が解雇理由として広く認められているのも、雇用契約に対するこうした理解を前提としている。その英文表記をみてもわかるように、能力不足は債務の不完全履行にほかならないとの共通認識が彼の地にはある。イギリスが定年制の廃止に踏み切ることができた（二〇一一年一〇月一日以降、航空管制官や警察官等を除き、一定の年齢（六五歳）に達したことを理由とする退職制度は、当事者が仮にこれに合意していたとしても、一切認められなくなった）のも、個人の能力不足による解雇が使用者には認められて

いることを、その背景としている。[7]

たしかに、雇用契約の場合、一回の「催告」で済むとは考えにくい。「相当の期間」についても、かなり長めに設定する必要はあろう。売買契約が一般に一回限りの契約となるのに対して、雇用契約は比較的長期間継続するのを通例とすることからいっても、その程度の差異を設けることは当然あってよい。

とはいえ、こうした手続きさえきちんと踏めば、解雇も無効（労働契約法一六条に規定する「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」に該当する）とは考えない。このような民法の原理原則に立ち返った発想の転換が、わが国の裁判所には今、求められている。

間然するところのない身分保障のもとにある裁判官（憲法七八条、裁判所法四八条を参照）にこうした英断が可能かという疑問はあろう[8]が、裁判に持ち込めば、よほどのことがない限り、能力不足を理由とする解雇が有効と判断されることはなく、従業員としての地位が保障される（地位確認が認められる）という現状には、やはり問題がある。こうした裁判の現状があればこそ、解雇有効の判決が「不良社員」の烙印につながることにもなる。このことを懸念する裁判官は実際にも多いというが、その責任の大半は裁判官自身にある。

「企業が新卒者を採用して教育訓練や人事異動（配置転換、職種の変更、場合によっては出向、転籍）を行うことにより必要な人材に育成していく」いわゆる「日本型雇用慣行」の下では、「社員の能力不足等は会社の教育等が悪かった結果ともいえるのであり、その能力に見合った部署に異動させることにより雇用を継続することもできる」[9]。このようにいう裁判官もなくはないものの、能力不足は基本的には自己責任の問題であり、本人の自覚によってこれを改めていくしかない。

プロ野球のトレードをみてもわかるように、A球団では能力を発揮できなかった選手が、B球団に移籍するやい

なや、その能力を俄然発揮するといった事例は、現実にも稀ではない。A社の落ちこぼれ従業員が、B社では優良従業員となる。債務不履行（能力不足）に基づく解雇を認めることは、そうした再チャレンジの可能性に道を開くことにもなる。いずれも「心機一転、頑張ろう」という本人の自覚がなければ起こり得ないことではあるが、能力等に問題があっても解雇されることはないという環境の下では、そうした自覚も育たない。

「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」。事は、このように規定する労働契約法一六条の解釈に帰着する問題だけに、法改正によって解決を図ることは難しい。ただ、現行法令のなかにも、参考にすべき先例は存在する。職員の分限免職等について定めた、公務員関係の法令がそれである。

たとえば、国家公務員法七八条は、職員が「人事評価又は勤務の状況を示す事実に照らして、勤務実績がよくない場合」（一号）や「その他その官職に必要な適格性を欠く場合」（三号）に「該当するときは、人事院規則の定めるところにより、その意に反して、これを降任し、又は免職することができる」と規定しているが、これを受けて、人事院規則とその運用通知には次のような定めが置かれている。

**A　人事院規則一一―四（職員の身分保障）**

**（本人の意に反する降任又は免職）**

**第七条**　法第七十八条第一号の規定により職員を降任させ、又は免職することができる場合は、次に掲げる場合であって、指導その他の人事院が定める措置を行ったにもかかわらず、勤務実績が不良なことが明らかなときとする。

一　当該職員の能力評価又は業績評価の人事評価政令（後掲・運用通知にいう「人事評価の基準、方法等に関する政令」を指す――注）第九条第三項（人事評価政令第十四条において準用する場合を含む。）に規定する確認が行われた人事評価政令第六条第一項に規定する全体評語が最下位の段階である場合

二　前号に掲げる場合のほか、当該職員の勤務の状況を示す事実に基づき、勤務実績がよくないと認められる場合

2　略

3　法第七十八条第三号の規定により職員を降任させ、又は免職することができる場合は、職員の適格性を判断するに足ると認められる事実に基づき、その官職に必要な適格性を欠くと認められる場合であって、指導その他の人事院が定める措置を行ったにもかかわらず、適格性を欠くことが明らかなときとする。

4　略

## B　人事院規則一一―四（職員の身分保障）の運用について

### 第七条関係

1・2　略

3　この条の第一項各号に掲げる場合のいずれかに該当するときは、同項の「人事院が定める措置」として次に掲げる措置のいずれかをとるものとする（この部分のみ、平成二五年四月一日に表現を修正――注）。

(1)　職員の上司等が、注意又は指導を繰り返し行うこと。

(2)　職員の転任その他の当該職員が従事する職務を見直すこと。

(3) 職員の矯正を目的とした研修の受講を命ずること。
(4) その他任命権者が職員の矯正のために必要と認める措置をとること。

4　この条の第一項第二号又は第三項に該当するか否かを判断するに当たっては、例えば次に掲げる客観的な資料によるものとする。

(1) 職員の人事評価の結果その他職員の勤務実績を判断するに足ると認められる事実を記録した文書
(2) 職員の勤務実績が他の職員と比較して明らかに劣る事実を示す記録
(3) 職員の職務上の過誤、当該職員についての苦情等に関する記録
(4) 職員に対する指導等に関する記録
(5) 職員に対する分限処分、懲戒処分その他服務等に関する記録
(6) 職員の身上申告書又は職務状況に関する報告

5・6　略

7　法第七十八条第三号及びこの条の第三項の「官職に必要な適格性を欠く」場合とは、当該職員の容易に矯正することが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、又は支障を生ずる高度の蓋然性が認められる場合をい［う］ものとする。

8　この条の第三項の「人事院が定める措置」は、この条の第一項の「人事院が定める措置」のほか、職員が行方不明の場合における当該職員の所在が明らかでないことの確認等適格性を欠いた状態が改善されないことを確認するために必要と認められる措置とする。(10)

9　法第七十八条第一号又は第三号の規定により職員を降任させ、又は免職するに当たっては、任命権者は、

警告書を交付した後、弁明の機会を与えるものとする。ただし、職員の勤務実績不良の程度、業務への影響等を考慮して、速やかに処分を行う必要があると認められる場合は、この限りでない。

10　前項の警告書には、次に掲げる文言を記載するものとし、別紙十（警告書のモデル――注）を参考に、適宜の様式によるものとする。[11]

(1)　勤務実績の不良又は適格性の欠如と評価することができる具体的事実及びその状態の改善を求める旨

(2)　(1)の状態が改善されない場合には、降任又は免職が行われることがある旨

11　任命権者は、この条の第一項第一号に該当するときは、職員に対して、人事評価の基準、方法等に関する政令（平成二十一年政令第三十一号）第十条又は第十一条（同令第十四条及び第十八条第二号において準用する場合を含む。）に規定する評価結果の開示又は指導及び助言に当たり、勤務実績不良の状態が改善されない場合には降任又は免職の可能性があることを伝達するものとする。[12]

公務員関係法令が右のような内容に改められたのは、平成二一年四月一日以降（運用通知の一部を除く）のことであるが、このことを契機として、分限降任や分限免職のケースが増加したという事実はたしかにない。たとえば、「勤務実績がよくない」ことを理由とする一号事案の場合、毎年降任はゼロか一件どまりであり、免職も年に二件程度。こうした状況が、法令改正の前後を問わず、一貫して続いている。[13]

人事評価が全体として甘く、五段階評価で最低ランクの評価を受ける者がほとんどいない。思うに、現状はその結果であるとも考えられるが、[14] 大阪府や大阪市のように、人事評価を絶対評価から相対評価に改めれば、この問題は直ちに解決する。[15]

職員の勤務状況（勤務実績）が客観的にみて不良といえる場合には、その都度、上司が注意や指導を繰り返し、研修等、職員の矯正を目的とした措置を講じるとともに、改善が認められないときは免職もあり得ることを文書で警告する。それでもなお改善がみられないときは、免職（場合によって降任）とする。公務員の場合、このように分限免職に関する仕組み＝手順そのものは、既に法令という形で用意されており、その実行をこれまで怠ってきたことにこそ問題はある。

しかし、今後、公務員制度改革が進展し、勤務実績不良を理由とする分限免職が――法令を忠実に履行する形で――行われるようになれば、その影響が民間企業にまで波及する可能性は十分にある。一定の手順を踏んだものについては、能力を理由とする解雇を裁判官も認める。そうした変化が期待されるのである。そうなれば、今は時期尚早であっても、合理的な解雇理由とは何かを、やがては――裁判例の例示として――通達等で示すことも可能になる。筆者はこう考えるのである。

## 三　働けない従業員の解雇

一般に、休職期間は解雇の猶予期間として位置づけられる。このことから、傷病休職の期間が満了したにもかかわらず、傷病が治癒していないため復職できない場合には、退職扱い＝解雇とする会社が多い。しかし、東芝事件（東京地判平成二〇・四・二二労判九六五号五頁）以降、当該休職＝休業は業務上の傷病によるものであるとして、解雇の無効を争うケースが増えている。その根拠とされるのが、次のように定める労働基準法の規定、なかでも同法一九条一項であることはいうまでもない。[16]

（解雇制限）

第十九条　使用者は、労働者が業務上負傷し、又は疾病にかかり療養のために休業する期間及びその後三十日間並びに産前産後の女性が第六十五条の規定によって休業する期間及びその後三十日間は、解雇してはならない。ただし、使用者が、第八十一条の規定によって打切補償を支払う場合又は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った場合においては、この限りでない。

②　略

（打切補償）

第八十一条　第七十五条の規定によって補償（療養補償――注）を受ける労働者が、療養開始後三年を経過しても負傷又は疾病がなおらない場合においては、使用者は、平均賃金の千二百日分の打切補償を行い、その後はこの法律の規定による補償を行わなくてもよい。

今やこのタイプの訴訟は、ある種の流行ともいえる観を呈しつつあるが、労働基準法一九条を含む多くの規定の適用を受けない船員（船員法六条を参照）や、労働基準法の適用を除外されている国家公務員（国家公務員法附則一六条を参照）については、このような状況が少なくともエンドレスに続くことはない。たとえば、船員の場合、次のように定める規定が船員法には存在するからである。

（解雇制限）

第四十四条の二　船舶所有者は、船員が職務上負傷し、又は疾病にかかり療養のため作業に従事しない期間及び

その後三十日間並びに女子の船員が第八十七条第一項又は第二項の規定によって作業に従事しない期間及びその後三十日間は、解雇してはならない。ただし、療養のため作業に従事しない期間が三年を超えた場合又は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った場合においては、この限りでない。

② 略

この船員法四四条の二第一項のモデルが先にみた労働基準法一九条一項にあることはいうまでもないものの、大きな違いが一つある。船員の場合には、療養のための休業期間（作業に従事しない期間）が三年を超えれば、それだけで解雇制限が解除されるという点が、その違いである。[17]

他方、国家公務員については、私傷病と公務上の傷病との別を問わず、国家公務員法七九条一号により「心身の故障のため、長期の休養を要する場合」には休職に付され、その期間が上限の三年（前掲・人事院規則一一―四第五条一項を参照）に達すると、同法七八条二号に規定する「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」に該当するものとして免職となる。そうした措置が現行法上、可能とされている。[18]

退職によって補償や保険給付を受ける権利が影響を受けないことは、労働基準法一九条を含め、同法の適用を受ける者（労働基準法が一部の規定を除き適用される地方公務員を含む。地方公務員法五八条三項を参照）と、その適用を受けない船員（ただし、平成二二年一月以降、船員には労働者災害補償保険法が適用されている）や国家公務員との間で違いはなく（労働基準法八三条一項、労働者災害補償保険法一二条の五第一項、国家公務員災害補償法七条一項および地方公務員災害補償法六二条一項を参照）、たとえ退職扱い＝解雇（免職）となったとしても、被災した者の保護に欠けるわけではない。

また、労働基準法一九条一項が解雇制限の解除要件とする打切補償に関していえば、これに対応する保険給付について定めた規定が、労働者災害補償保険法（労働基準法所定の使用者の災害補償責任を強制保険という形で担保するために制定された法律）には、もはや存在しないという問題もある。

たしかに、労働者災害補償保険法には「業務上負傷し、又は疾病にかかった労働者が、当該負傷又は疾病に係る療養の開始後三年を経過した日において傷病補償年金を受けている場合又は同日後において傷病補償年金を受けることとなった場合には、労働基準法第十九条第一項の規定の適用については、当該使用者は、それぞれ、当該三年を経過した日又は傷病補償年金を受けることとなった日において、同法第八十一条の規定により打切補償を支払ったものとみなす」と定めた一九条の規定が存在する。しかし、本条は、あくまでも解雇制限の解除規定（労働基準法一九条一項ただし書）に関連して置かれた「みなし規定」にすぎず、傷病補償年金それ自体の目的は、文字どおり保険給付を年金化することにあり（療養補償給付も継続して支給される。労働者災害補償保険法一八条二項の反対解釈）、補償の打切りを本来の目的とした打切補償とはその性格を大きく異にする。

さらに、打切補償は、先にみたように、療養補償を「受ける労働者が、療養開始後三年を経過しても負傷又は疾病がなおらない場合」（労働基準法八一条）であれば、使用者がこれをなし得るのに対して、傷病補償年金は、被災労働者が「常に労務に服することができない」（労働者災害補償保険法施行規則別表第二に規定する傷病等級第三級の要件）状態になければ、これが支給されないという違いもある。これを言い換えれば、このような傷病補償年金の受給要件を満たさず、被災労働者が休業補償給付を受給し続けるという場合には、使用者が自ら進んで打切補償を行わない限り、解雇制限を解除する術はないという話にもなる。(19)

ただ、制定当初の労働者災害補償保険法には、打切補償費について定めた規定（一二条一項六号。その範囲も

「平均賃金の千二百日分」と規定）が存在したことからもわかるように、こうした事態になることは、立法者の想定したものではなかった。本来であれば、労働者災害補償保険法の改正に併せて、労働基準法も改正する必要があったにもかかわらず、その影響を軽視したのか、これを誤って放置したままにした。[20] それが真相に近いのではないかと思われる。

だとすれば、ここは思い切って、労働基準法一九条一項の規定内容を、船員法四四条の二第一項のような三年を上限とするシンプルなものに改めてはどうか。労働者災害補償保険法を改正して、療養開始後三年を経過した段階で休業補償給付の支給を受けている場合にも、労働基準法一九条一項の適用については、打切補償を行ったものとみなすことも可能とはいえるが、一定の補償を行えば、補償を打ち切ることができるという打切補償の考え方そのものが既に過去のものとなっている。労働基準法一九条一項については、打切補償とは無関係の解雇制限規定に改めるのが、やはり筋というべきであろう。

## 四　まとめにかえて――現実を直視した議論を

二度目となる安倍内閣の下で、解雇規制の緩和（解雇ルールの明確化）が内閣の取り組むべき課題の一つとして再浮上している。新聞報道によれば、解雇の金銭的解決や勤務地限定採用を主な柱とするものといわれるが、政府の組織した会議に提出された文書からも、ある程度の方向性は読み取ることができる。たとえば、「人材力強化・雇用制度改革について」が議題とされた第四回産業競争力会議（平成二五年三月一五日開催）に当該議題と関わるテーマ別会合の主査を務めた長谷川閑史氏（武田薬品工業株式会社代表取締役社長、経済同友会代表幹事）が提出した資料では、以下のような指摘がなされている。

### 3　雇用制度改革

【具体策】⑤　解雇ルールの明確化

- 民法六二七条には「雇用に期間の定めがなければ各当事者はいつでも解約の申し入れをすることができ、申し入れ後二週間の経過によって雇用は終了する」とある。この民法六二七条に明記されている解雇自由の原則を労働契約法にも明記し、どういう場合には解雇を禁止するか、あるいは解雇の際に労働者にどういう配慮をすべきか、といった規定を明文で設けるべき
- 判例に基づく解雇権濫用法理による解雇ルール（労働契約法第一六条）を見直す。その際、若手・中堅世代の雇用を増やすために、例えば、解雇人数分の半分以上を二〇代―四〇代の外部から採用することを要件付与する等も検討すべき

このうち、第一の提案は、本稿とも問題意識を共通にしているということができるが、民法の特別法といわれる労働契約法にどこまで具体的な解雇ルールを書き込めるのかという疑問もなくはない。現行労働契約法が判例法理の蓄積の上にあるという前提を変えないとすれば、解雇ルールが法文上多少今よりも明確になったとしても、判例法理に変化がみられない限り、解雇規制の中身それ自体は何ら変わらないといった問題もある。解雇規制の中身＝判例法理は、現状のままでよいのか。そのことをまず問う必要があろう。

また、第二の提案は、整理解雇を念頭に置いたものと思われるが、改正高年齢者雇用安定法にみられるように、現状はむしろ提案内容とは逆の方向に進んでいる。[21] だとすれば、こうした法改正のトレンドを再度逆転させることこそ優先すべき課題であって、この困難な課題を放置したままでは、いかに魅力のある提案であっても、その実現

は到底おぼつかないものとなる。目の前にある課題から目を背けて、実現できることなど世の中には何一つない。こうもいうことができよう。

「逃げたらアカン」。それは、規制改革や人事労務の現場で、筆者が失敗を繰り返すなかから、学んだことでもあった。小泉内閣の下で始まった解雇規制の緩和をめぐる議論が、なぜ解雇権濫用法理（判例法理）を法文化するだけに終わったのか。解雇規制の中身を問わず、解雇ルールの法制化のみを求める。そうした逃げの姿勢に失敗の理由はあった、という反省が筆者にはある。[22]

巷間いわれる解雇の金銭的解決や勤務地限定採用にしても、普通解雇や整理解雇が現実には著しく困難なことを所与の前提として、ひたすら次善の策を探っているように、筆者には思えてならない。[23] 現実を直視し、実際に現場がかかえる問題の解決を図る。解雇をめぐる議論について、今、わが国が求められているのも、そうした現実から逃げない直球勝負の姿勢といえるのではなかろうか。

（1）*See* OECD, Employment protection in OECD and selected non-OECD countries, 2008.

（2）たとえば、常用労働者の個別解雇からの保護に関する指標（調査項目）は九項目ある。その具体的なイメージを得るために、以下では、日本を例に、数値化の判断材料となる調査結果の具体的な記述内容をみてみたい。*See* Employment protection in Japan-2008.

| | |
|---|---|
| 項目1　解雇予告に関する手続き | 法律上決められた手続きはない。書面または口頭による予告が一般の慣行。裁判所や労働協約は労働組合との協議を求めることがある。 |
| 項目2　解雇予告の事前手続き | 決められた手続きはない。書面または口頭による予告が一般の慣行。 |
| 項目3　解雇予告期間 | 三〇日間 |

| | |
|---|---|
| 項目4　勤続年数によって異なる退職金 | 退職金を支払う法律上の義務はないが、企業は任意に退職金を支払う場合がある。 |
| 項目5　不当解雇の定義 | 正当な解雇：合理的な理由（従業員としての適格性欠如、懲戒規定違反）のある解雇。人員整理のための解雇には、人員削減の必要性、解雇回避の努力、人選の合理性その他の手続きが要求される。<br>不当な解雇：性別、業務上の傷病による療養のための休業、産前・産後の休業、育児休業を理由とする解雇。合理的な理由のない解雇。 |
| 項目6　試用期間 | 法律上の規制はないが、二か月から六か月が普通（三か月が最も多い）。使用者は試用期間中、理由を示すことなく労働者を解雇できる。ただし、試用期間が二週間を超えると、解雇予告（三〇日前）が必要。 |
| 項目7　金銭補償（不当解雇） | 復職に代わる金銭補償として、通常の退職金にプラスして解雇期間中の賃金相当額（中間収入の控除あり）を補償。典型的な補償内容は勤続二〇年で六か月分（解雇から和解までを六か月と想定）。 |
| 項目8　復職（不当解雇） | 賃金の遡及払いを伴う復職を命じられることがしばしばある。 |
| 項目9　出訴期間等の制限（不当解雇） | 法律上の制限なし |

（3）　本書は、間宏監修・解説『日本労務管理史資料集　第三期　第8巻　臨時工問題』（平成五年、五山堂書店）に収録されているほか、国立国会図書館・近代デジタルライブラリーにも所蔵されている。

（4）　「解雇は悪」とする社会的価値観がわが国に存在することは、経営者団体もこれを認めている。小嶌「労働基準法の改正について」阪大法学五三巻三・四号（平成一五年一一月）一二七頁以下、一六四頁注（9）を参照。

（5）　なお、以下の二および三の記述内容は、小嶌「『働かない』または『働けない』従業員の解雇問題」月刊社労士四九巻三号（平成二五年三月）二二―二三頁をベースとしている。

(6) 以上の点に関連して、末弘厳太郎「雇用――団体的怠業は即時解雇の原因となるか」法学協会雑誌四一巻四号（大正一二年四月）七三一頁以下、七四〇頁が次のように述べていることが参考になる。「第六二一七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っ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」。なお、この論稿は、福音印刷事件（大判大正一一・五・二九民集一巻二五九頁）の評釈として書かれたものであるが、同事件については、小嶌「労働法とその周辺（四）」阪大法学六一巻一号（平成二三年五月）一頁以下、四五―四八頁を参照。

(7) 小嶌「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（平成二三年四月）一頁を参照。

(8) 小嶌『職場の法律は小説より奇なり』講談社セオリーブックス（平成二一年）二六九頁を併せ参照。

(9) 多見谷寿郎「期間の定めのある雇用契約における雇止めをめぐる裁判例と実務」判タ一三五一号（平成二三年九月一五日号）三〇頁以下、三一頁。なお、同論文は、これに続けて「他方、途中退社した場合、上記のような方法でも雇用を維持できなかったと疑われるため、同様同等の再就職はできず、人生設計を相当に修正せざるを得ない。そこで、正社員に対する解雇規制が厳格になるのである」（三一―三二頁）としている。

(10) この一文が示唆しているように、「官職に必要な適格性を欠く」ことを理由とする分限免職処分の大半は、失踪事案（原則として一月以上にわたる行方不明）によって占められているという現実がある。なお、小嶌「国立大学法人と労働法　第13回　公務員法の世界（8）」文部科学教育通信三〇九号（平成二五年二月一一日号）一〇―一一頁を併せ参照。

(11) これを受けて、別紙十では「勤務実績の不良又は適格性の欠如と評価することができる具体的事実」を記入するとともに、「1　あなたには、次のとおり、勤務実績の不良又は適格性の欠如と評価することができる事実が認められますので、その改善を求めます」「2　今後、これらの状態が改善されない場合は、国家公務員法第七十八条第一号又は第三号に基づいて分限処分（免職・降任）が行われる可能性があります」と記載するものとなっている。

(12) 人事院規則一一―四およびその運用通知に関連する人事評価政令の規定を抜粋して示せば、次のようになる。

**第一章　総則（抄録）**

（人事評価の方法）

第四条　人事評価は、能力評価（職員がその職務を遂行するに当たり発揮した能力を把握した上で行われる勤務成績の評価をいう。以下同じ。）及び業績評価（職員がその職務を遂行するに当たり挙げた業績を把握した上で行われる勤務成績の評価をいう。以下同じ。）によるものとする。

2　略

3　能力評価は、当該能力評価に係る評価期間において現実に職員が職務遂行の中でとった行動を、標準職務遂行能力の類型を示す項目として人事評価実施規程に定める項目（以下「評価項目」という。）ごとに、各評価項目に係る能力が具現されるべき行動として人事評価実施規程に定める行動に照らして、当該職員が発揮した能力の程度を評価することにより行うものとする。

4　業績評価は、当該業績評価に係る評価期間において職員が果たすべき役割について、業務に関する目標を定めることその他の方法により当該職員に対してあらかじめ示した上で、当該役割を果たした程度を評価することにより行うものとする。

## 第二章　定期評価

### 第一節　通則

（定期評価の実施）

第五条　前条第一項の規定による人事評価は、十月一日から翌年九月三十日までの期間を単位とし、毎年実施するものとする。

2　前項の規定により実施する人事評価は、定期評価という。

3　定期評価における能力評価は、十月一日から翌年九月三十日までの期間を評価期間とし、次条、第七条及び次節の規定により行うものとする。

4　定期評価における業績評価は、十月一日から翌年三月三十一日までの期間及び四月一日から九月三十日までの期間をそれぞれ評価期間とし、それぞれについて次条、第七条及び第三節の規定により行うものとする。

（定期評価における評語の付与等）

**第六条**　定期評価における能力評価に当たっては評価項目ごとに、定期評価における業績評価に当たっては第四条第四項に規定する役割（目標を定めることにより示されたものに限る。）ごとに、それぞれ評価の結果を表示する記号（以下「個別評語」という。）を付すほか、当該能力評価又は当該業績評価の結果をそれぞれ総括的に表示する記号（以下この章において「全体評語」という。）を付すものとする。

2　個別評語及び全体評語は、次の各号に掲げる職員の区分に応じ、当該各号に定める数の段階とする。

一　第十九条第一号に掲げる職員のうち、事務次官及びこれに準ずる職にある職員　二

二　第十九条第一号に掲げる職員のうち、前号に掲げる職員以外の職員　三

三　前二号に掲げる職員以外の職員　五

3　個別評語及び全体評語を付す場合において、能力評価にあっては第四条第三項の発揮した能力の程度が、業績評価にあっては同条第四項の役割を果たした程度が、それぞれ通常のものと認めるときは、次の各号に掲げる職員の区分に応じ、前項に定める段階のうち当該各号に定めるものを付すものとする。

一　前項第一号に掲げる職員　上位の段階

二　前項第二号及び第三号に掲げる職員　中位の段階

4　定期評価における能力評価及び業績評価に当たっては、個別評語及び全体評語を付した理由その他参考となるべき事項を記載するように努めるものとする。

**（定期評価における評価者等の指定）**

**第七条**　実施権者は、定期評価における能力評価及び業績評価を受ける職員（以下「被評価者」という。）の監督者の中から次節及び第三節（第九条第二項及び第三項並びに第十条（第十四条において準用する場合を含む。）を除く。）に定める手続を行う者を評価者として指定するものとする。

2　実施権者は、評価者の監督者の中から第九条第二項（第十四条において準用する場合を含む。）に定める手続を行う者を調整者として指定するものとする。ただし、任命権者が評価者である場合その他合理的な理由がある場合には、調整者を指定しないことができる。

3　実施権者は、評価者又は調整者を補助する者（以下「補助者」という。）を指定することができる。

## 第二節　能力評価の手続

（被評価者による自己申告）

**第八条**　評価者は、定期評価における能力評価を行うに際し、その参考とするため、被評価者に対し、あらかじめ、当該能力評価に係る評価期間において当該被評価者の発揮した能力に関する被評価者の自らの認識その他評価者による評価の参考となるべき事項について申告を行わせるものとする。

（評価、調整及び確認）

**第九条**　評価者は、被評価者について、個別評語及び評価者としての全体評語を付すことにより評価（次項及び第三項に規定する再評価を含む。）を行うものとする。

2　調整者は、評価者による評価について、不均衡があるかどうかという観点から審査を行い、調整者としての全体評語を付すことにより調整（次項に規定する再調整を含む。）を行うものとする。この場合において、調整者は、当該全体評語を付す前に、評価者に再評価を行わせることができる。

3　実施権者は、調整者による調整（第七条第二項ただし書の規定により調整者を指定しない場合においては、評価者による評価）について審査を行い、適当でないと認める場合には調整者に再調整を（同項ただし書の規定により調整者を指定しない場合においては、評価者に再評価を）行わせた上で、人事評価実施規程に定める方法により、定期評価における能力評価が適当である旨の確認を行うものとする。

（評価結果の開示）

**第十条**　実施権者は、前条第三項の確認を行った後に、被評価者の定期評価における能力評価の結果を、内閣府令で定めるところにより、当該被評価者に開示するものとする。

（評価者による指導及び助言）

**第十一条**　評価者は、前条の開示が行われた後に、被評価者と面談を行い、定期評価における能力評価の結果及びその根拠となる事実に基づき指導及び助言を行うものとする。

2　評価者は、被評価者が遠隔の地に勤務していることにより前項の面談により難い場合には、電話その他の通信手段による交信を行うことにより、同項の面談に代えることができる。

第三節　業績評価の手続

（果たすべき役割の確定）

第十二条　評価者は、定期評価における業績評価の評価期間の開始に際し、被評価者と面談を行い、業務に関する目標を定めることその他の方法により当該被評価者が当該評価期間において果たすべき役割を確定するものとする。

2　前条第二項の規定は、前項の面談について準用する。

（被評価者による自己申告）

第十三条　評価者は、定期評価における業績評価を行うに際し、その参考とするため、被評価者に対し、あらかじめ、当該業績評価に係る評価期間において当該被評価者の挙げた業績に関する被評価者の自らの認識その他評価者による評価の参考となるべき事項について申告を行わせるものとする。

（能力評価の手続に関する規定の準用）

第十四条　第九条から第十一条までの規定は、定期評価における業績評価の手続について準用する。

第三章　特別評価　以下、略

(13)　人事院『公務員白書』によれば、平成一四年度から二三年度までの一〇年間における「勤務実績がよくない」ことを理由とする一号事案の分限降任者数は一九五人となっているが、その大多数（一九三人）は、平成一八年度（一七二人）および一九年度（二〇人）における日本郵政公社関係のものであり、これを除くと、その数はわずか三人にまで減少する。また、この一〇年間における一号事案の分限免職者数は、計二〇人（年平均二人、最多四人、最少〇人）となっている。

(14)　たとえば、大阪府の場合、五段階評価で最低ランクの評価を受けた職員が行政職員全体の〇・〇五％（約二〇〇〇人に一人、平成二二年度）にすぎなかったことがかつて報道され、社会的にも注目を集めた。平成二四年二月九日付け日本経済新聞（ネット版）を参照。ただ、他の地方公共団体の職員や国家公務員についても、その現状は大阪府と大差はないものと考えられる。

(15)　たとえば、大阪市の職員基本条例（平成二四年五月二八日制定）には、次のような規定が存在する（原文は横書き）。

（相対評価）

第十八条　任命権者は、相対評価（分布の割合（評価を受ける職員の総数に占める各区分の職員の割合をいう。以下同

じ。）を定めて区分し、職員がどの区分に属するかを相対的に評価する方法をいう。）により、人事評価を行う。

2　前項の人事評価は、次の表の［上覧］に掲げる区分のとおり上位から区分し、概ね同表の［下欄］に定める分布の割合により行う。

| 区　分 | 分布の割合 |
|---|---|
| 第一区分 | 百分の五 |
| 第二区分 | 百分の二十 |
| 第三区分 | 百分の六十 |
| 第四区分 | 百分の十 |
| 第五区分 | 百分の五 |

（降任又は免職の事由及び基準）

**第三十四条**　法第二十八条第一項第一号（国家公務員法七十八条一号に相当する地方公務員法の規定――注）に該当する場合は、次に掲げるとおりとする。

一　人事評価の結果の区分が二年以上継続して最下位の区分であって、勤務実績が良くないと認められる場合

二　勤務の状況が不良であって、業務に著しい支障を及ぼす場合

三　前二号に掲げる場合のほか、担当すべきものとして割り当てられた職務を遂行してその職責を果たすべきであるにもかかわらず、その実績が良くないと認められる場合

2　以下、略

なお、大阪市の職員団体は、絶対評価に代えて相対評価を導入することは地方公務員法二八条に違反するとの立場から、これに反対しているとも聞くが、いわゆる二・六・二の法則に照らしても、絶対評価において「勤務実績が良くない」と判断される職員は少なくとも一割程度はいるものと解される。だとすれば、二年以上連続して下位五％に入るとの評価を

受けた職員を分限処分の対象としたとしても、法違反の問題が生じる余地はない。こう考えることができよう。

(16) 東芝事件の場合、二審（東京高判平成二三・二・二三判時二一二九号一二一頁）も、地位確認や解雇（退職扱い）後の賃金請求という点では、一審の判断を踏襲している。しかし、労働基準法一九条一項による解雇制限は、労働者の休業（労務を提供できないこと）をあくまでも前提としたものであり、使用者の災害補償責任が無過失責任であることを併せ考えれば、民法五三六条二項を根拠として賃金請求まで認めることには問題がある。「雇用契約上の権利を有する地位にあることを確認する」という場合、そこにいう「雇用契約上の権利」とは一般に賃金請求権を指すことになるが、だからといって、地位確認が認められれば、自動的に賃金請求も認めなければならないという理由はどこにもない。主文第一項と第二項をワンセットで考えることは、このように適切さを欠くこともあるのである。

(17) なお、工場法施行令二七条ノ二第二項一号は、業務上傷病による療養のための休業を理由として解雇が制限される期間（一四日の解雇予告期間に算入されない期間）を二か月を上限とするものと定めていた。また、同令一四条には打切扶助料に関する規定も置かれていた（注19を参照）が、その支給は解雇制限の解除要件とはされていなかった。

(18) 鹿児島重治・森園幸男・北村勇編『逐条国家公務員法』（学陽書房、昭和六三年）も、七八条二号に定める「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」について、「それが公務災害に基因するものであると否とを問わない」（六一一頁）とした上で、「第七九条第一号により休職にされた職員が三年の休職期間満了の際もなおその休職の原因である心身の故障が回復せず、長期にわたり勤務することができないことが明らかなときは、原則として本号により免職すべきであるとされている（昭二九・一・一四一二―三一）」（六一二頁）とする。

(19) なお、労働者が労働者災害補償保険法に基づき療養補償給付を受けている場合には、打切補償による解雇制限規定の適用解除を認めないとした最近の裁判例（学校法人専修大学事件＝東京地判平成二四・九・二八労判一〇六二号五頁）があるが、到底賛成できない。療養補償給付は、あくまで被災労働者の請求に基づいて行われるもの（労働者災害補償保険法一二条の八第二項を参照）であって、使用者に選択の余地はない。この一点から考えても、当該裁判例には無理があるといえよう。

また、このことに関連して、工場法施行令が、その五条で「職工負傷シ又ハ疾病ニ罹リタルトキハ工業主ハ其ノ費用ヲ以テ療養ヲ施シ又ハ療養ニ必要ナル費用ヲ負担スヘシ」と定めるとともに、一四条で「第五条ノ規定ニ依リ扶助ヲ受ケ又

ハ健康保険法ニ依リ療養ノ給付若ハ療養費ノ支給ヲ受クル職工療養開始後三年ヲ経過スルモ負傷又ハ疾病治癒セサルトキハ工業主ハ賃金五百四十日分以上ノ打切扶助料ヲ支給シ以後本章（「第二章　職工又ハ其ノ遺族ノ扶助」――注）ノ規定ニ依ル扶助ヲ為ササルコトヲ得」と規定していたことにも留意する必要がある。

当時の健康保険法は、労災保険法としての一面をも兼ね備える（業務外の傷病だけではなく、業務上の傷病についても保険給付を行う）ものであったが、健康保険法によって「療養ノ給付」や「療養費ノ支給」が行われる場合にも、「打切扶助料」の支給による扶助の打切りが認められていたことは注目に値する。そして、このような「打切扶助料」の性格は、労働基準法八一条に定める「打切補償」にもそのまま引き継がれたと考えるべきであろう。

(20)　昭和三五年の法改正により、打切補償費に関する規定が削除され、長期傷病者補償が制度化された当時は、その中核をなす傷病給付についても、療養補償費または療養補償を受ける労働者が「療養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」がその受給要件とされ、打切補償を行うための要件との間に違いはみられなかった。こうした状況は、昭和四〇年の法改正により、長期傷病者補償が長期傷病補償給付とその名称を改めたことによっても変わることはなかったが、昭和五一年の法改正により、長期傷病補償給付に代わるものとして傷病補償年金が制度化されたことによって、本文でみたような齟齬が打切補償との間に生じることになる。そのとき、なぜ「施行日前に労働者が旧労災保険法の規定による長期傷病補償給付を受けることとなった場合における労働基準法（略）第十九条の規定の適用については、なお従前の例による」とした経過措置規定（改正附則四条）を置くだけにとどめたのか。その理由は筆者にもよくわからない。

(21)　小嶌「高年齢者雇用安定法の改正とその問題点――希望者全員ルールへの疑問」阪大法学六一巻三・四号（平成二三年一一月）七三頁以下を参照。

(22)　解雇規制の緩和をめぐる規制改革の現場からみた議論の進展とその推移については、小嶌・前掲「労働基準法の改正について」（注4）一二七―一四四頁のほか、同「解雇法理のオールターナティブ」野田進・野川忍・柳澤武・山下昇編著『解雇と退職の法務』（商事法務、平成二四年）六一頁以下、六二―六七頁を参照。

(23)　なお、整理解雇が集団的解雇として行われる場合には、金銭的解決（再就職支援金の支給）や勤務地限定（工場等の移転に伴う雇用関係の終了）が解雇を多少とも容易にすることは筆者も否定しない。しかし、能力不足を理由とする個別解雇が裁判官の訴訟指揮により整理解雇として扱われるケースが実際には少なくないという問題もある。つまり、経営が

苦しくなって、初めて能力不足の従業員の解雇に踏み切る企業が現実には多いにもかかわらず、企業側が経営の苦しさを解雇の合理性を補強するための理由として主張すると、本来は個別解雇の事案であっても、整理解雇の事案として改めて四要素の主張立証を求められる（ただし、そのようなケースでは、人員削減の必要性に乏しいことを理由に解雇が無効とされる確率が自ずと高くなる）という問題がそれである。ともあれ、金銭的解決等のツールにはいずれにせよ限界があることは、これを十分に認識する必要があろう。