

解雇

(解雇をめぐる法制の概要)

監修 労務安全情報センター

本稿「解雇（解雇をめぐる法制の概要）」は、Labour Standards 研究会(労務安全情報センターの運営母体)の一メンバーにより講習会テキストとして執筆されたものです。

この度、労務安全情報センター監修として当ホームページにおいて参照の便に供するものですが、著作上の諸権利は前記研究会メンバー個人に帰属するものです。

著作者の意向により、改変等ができない状態での提供ならという条件で当ホームページへの掲載について承諾を戴いています。

従って、本稿は、頁構成を保つため PDF(コピー制限付)での掲載となっていますので、ご了承ください。

なお、本稿は、他に転載することはできません。

引用はかまいませんが、当分の間、〔労務安全情報センター「解雇(解雇をめぐる法制の概要)」〕として取り扱い願います。

本稿は仮に「2004年1月版」とします。

解 雇

(解雇をめぐる法制の概要)

1 解雇

解雇とは使用者による労働契約の解約である。

2 労働契約解除の原則(民法)と修正(労働基準法)

民法は、期間の定めのない労働契約について、各当事者は何時でも(*1)解約の申入れが可能であり、その場合、解約申入れから 2 週間経過後に当該労働契約は終了すると規定している。(*2)、(*3) (「当事者力雇傭ノ期間ヲ定メサリシトキハ各当事者ハ何時ニテモ解約ノ申入ヲ為スコトヲ得。此場合ニ於テハ雇傭ハ解約申入ノ後 2 週間ヲ経過シタルニ因リテ終了ス」(第 627 条第 1 項))

わが国では、この民法の規定のほかには、従来、解雇に関する一般的規制の立法はなされていなかったため(特定の行政目的に応じた「解雇制限」規定は存在する。3 参照。)民法 627 条の規定が解雇の自由ないし使用者の解雇権の根拠とされてきた。

さらに、民法は、已むを得ない事由があるときは、各当事者は「直チニ」契約の解除ができるが、その事由が当事者の一方の過失に因って生じたものであるときは、相手方に対する損害賠償の責めを負う(民法 628 条)とする。

以上の民法の労働契約解除の規定は、使用者に関する限り労働基準法によって大幅な修正を受けている。

労働基準法第 20 条は、使用者は解雇に当り 30 日前の予告(又はそれに代わる予告手当の支払)をしなければならないと規定する。これにより民法第 627 条(第 1 項、第 2 項)の適用は排斥され、使用者の解雇に関する限り意味をもたない。民法第 628 条に関しては、即時解雇の要件である「已むを得ない事由」(労基法では「天災事変その他やむを得ない事由のため事業の継続が不可能となった場合又は労働者の責めに帰すべき事由」)につき要件の厳格化とともに行政官庁の認定を付加要件とする修正を図っている。

その他、使用者が破産宣告を受けたとき(民法第 631 条)、事業廃止に伴う法人の解散などによっても労働契約の解除が認められている。

労働契約の解除を、使用者から行う場合を「解雇」といい、反対に労働者から行う場合を「退職」をいう。(*4)

3 特定の行政目的に応じた「解雇制限」規定

わが国には、特定の行政目的に応じた解雇制限の規定が存在する。この規定に違反する解雇はできない。

- (1) 労働基準法が直接規定する個別ケースの解雇制限
 - (イ) 業務上の傷病による休業期間及びその後 30 日間の解雇(労基法第 19 条)(*5)
 - (ロ) 産前産後の休業期間及びその後 3 0 日間の解雇(同条) (*6)
 - (ハ) 国籍、信条等を理由とする解雇(労基法第 3 条)
 - (ニ) 監督機関への申告を理由とする解雇(労基法第 104 条。労働安全衛生法第 97 条にも同種規定あり)
- (2) 女性労働者に対する「解雇制限」

女性であること、女性労働者が婚姻し、妊娠し、出産し、または産前産後休業をしたことを理由とする解雇（男女雇用機会均等法第 8 条）
- (3) 育児介護休業法による解雇制限

(男女を問わず)労働者が休業申出をし、または育児休業や介護休業をしたことを理由とする解雇（育児介護休業法第 10 条、16 条）
- (4) 労働組合法による解雇制限

不当労働行為に当たる解雇の禁止（労組法第 7 条）(*7)

4 就業規則、労働協約に違反する解雇

就業規則、労働協約に違反する解雇は、当該規定の仕方にも大きく関わるところであるが、原則として、次の取扱いを受ける。

(1) 就業規則に違反する解雇

就業規則は法規範的効力をもつから、これに違反する解雇は無効とするのが、学説・判例の一致した見解である。

最高裁は、最近の判決で「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（昭 54.10.30 最高裁三小）。そして、就業規則が法的規範としての性質を有する（昭 43.12.25 最高裁大法廷）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。」と過去の最高裁判決を引用してその立場を明確にしている（平 15.10.10 最高裁二小判決）。

就業規則の解雇事由は、制限的列挙か、例示的列挙かいずれと解するかは規定方法とも関係するが、事由列挙は解雇を制限する趣旨とみられる場合が少なくない。使用者は、「就業規則を制定することによって自ら解雇権の行使を就業規則所定の理由がある場合に限定した」（昭 53.6.20 東京高裁「寿建築研究所事件」）とする見解が有力である。

(2) 労働協約の解雇同意約款、または解雇協議約款に違反する解雇

労働協約の解雇同意約款、または解雇協議約款に違反する解雇は労働者の待遇に関する「基準」であるから、これに違反する解雇は無効、とする見解が有力である。もっとも、頭から協議を拒否するなど同意拒否権の濫用と評価されるような特段の事情がある場合は別。約款の同意と協議には実質上の差はない。

5 労働基準法への解雇権濫用法理の明定

平成 15 年の労働基準法改正によって、第 18 条の 2 に「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」の規定がなされ平成 16 年 1 月 1 日から実施されることとなった。

改正労働基準法の規定は、裁判上は、昭 50.4.25 最高裁第二小法廷「日本食塩製造事件」において判示され、その後、確立したものとなっていた、いわゆる『解雇権濫用の法理』を明定したものである。

同最高裁判決は、解雇無効の判断において、正当事由必要説ではなく解雇権濫用の法理を適用したものとなったが、同判決は、「説明として解雇権の濫用という形をとっているが、解雇には正当な事由が必要であるという説を裏返したようなものであり、、、実際の適用上は正当事由必要説と大差はないとみられる。〔最高裁越山調査官による判例解説〕と理解され、その後の裁判実務(運用)において、ほぼ定着したものとなっている。

すなわち、権利の濫用の訴えである以上、原告(労働者)に一応の立証義務(*8)がある。しかし、労働者の一応の立証があれば、その後は、被告(使用者)において、正当事由必要説と同様に、解雇に正当な事由があり濫用に当たらないことについて主張し、証明を尽くさなければならない、とするものである。

実務的には、この挙証義務の所在がどちらにあるか非常に重要となるが、同最高裁判決は、これを明確する端緒となった判決でもあった。

現在、解雇権濫用法理は(1)解雇事由(に合理性)がない解雇(2)解雇事由には当るが解雇処分が過酷に過ぎ著しく不合理である解雇(社会通念上の相当性がない解雇)であるか否かという観点から、実際に起こる事件ごとにその適用の可否が判断されている。

実際の裁判例は多様であり分類は容易でないが、解雇権濫用法理を適用した裁判例は、大きく 労働者の勤務成績不良及び能力、適格性の欠如を理由とする解雇、労働者の職場規律違反を理由とする解雇、 整理解雇、等において現われ、個別事件ごとにその合理性、相当性の判断が行われ膨大な量の判決の蓄積がある。

6 解雇・実務上の確認事項

(1) 特定の行政目的に応じて設けられた法律上の解雇制限に当たる場合でないか(前記 3 に当たる場合でないか)なお、前記 4 の就業規則に違反する解雇でないかについても確認する。

(2) 過去の判例等からその解雇が権利の濫用に当たる場合でないか(前記 5 に当たる場合でないか)

の二点からの検討が必要となる。もし、そのいずれにも当たらないなら、実務上は、「解雇の手続き」に留意して個々の事案に対応することとなる。

7 解雇通知の効力発生

使用者が労働者に解雇を申し渡した時点で効力が生じるものであり、撤回はできない。

なお、郵送による解雇通知は、これが相手方に到達したときに効力が生じる。解雇において、予告日数が重要な意味をもつ場合は、この点に注意する必要がある。

8 解雇期間中の賃金

客観的合理性又は相当性のない解雇を行った使用者には、原則として「解雇による労働者の就労不能につき責に帰すべき事由」が認められ、この場合、労働者は解雇期間中の賃金請求権〔労働契約上確実に支給されたであろう賃金請求権〕を失わない。
(民法第 536 条 2 項)

解雇期間中の労働者の中間収入について、判例は、「債務を免れたるに因る利益」として使用者に償還すべきであるが、それは平均賃金の 6 割を超える部分に限るとしている。なお、中間収入が副業であって解雇がなくても当然に取得しうるなどの特段の事情がある場合は償還義務を否定している(昭 62.4.2 最高裁第一小「あけぼのタクシー事件」)。

(注)

- (*1) 「何時ニテモ」とは、何ら特別の理由を要しない趣旨である。
- (*2) 対等な市民間において契約上の過度の拘束を排する趣旨である。2 週間の予告期間は、相手方へ不測の損害が発生することへ配慮の趣旨であり、期間の利益は相手方のために存する。
- (*3) 遅刻、欠勤の控除を一切行わない「月給制」の労働契約は、「期間ヲ以テ報酬ヲ定メタ」と解されることから、当該労働契約の解約は、翌月(次期)以降分に対してのみ可能であり、その解約も当月の前半に行うことが必要である(民法第 627 条第 2 項)。管理監督者の場合などに該当するケースが考えられるが、この場合、退職月の報酬の日割控除も認められないと解する。同様に、「年俸制」労働契約の解約には、3 箇月前の申入が必要である。(同条第 3 項)
- (*4) **解雇と退職の意思表示**

イ 辞職と依願退職

一般に、辞職、依願退職と称されるものは、「辞職」が労働者からする一方的な退職の意思表示であるのに対して、「依願退職」は労働契約の合意解約であると理解されている。辞職は、民法第 627 条(期間の定めのない労働契約)、第 628 条(期間の定めのある労働契約)の解約の場合による。一方、依願退職は、労働者の退職意思(退職願を提出するが使用者承諾を待つケースが多い。退職願が労働者の一方的な退職の通告と解される場合でない限り、法的には、使用者の承諾があるまでは撤回できることとなる。希望退職者の募集は使用者からする合意退職の申入である。)を使用者も了し、合意によって労働契約を将来に向かって解約

するものであるから、その過程が円滑に進む限り労働者は退職期日等において使用者の柔軟な対応を期待できるほか、使用者は解雇に関する規制をうけないで、事態への対応が可能であると言えよう。

ロ 真意によらない退職の意思表示

退職の意思表示は労働者の真意に基づくものでなければならない。例えば、次の例はいずれも労働者の真意によらないものとして無効と判断されている。

- ・父親が本人の面前ではあるが本人の意志に反して本人名義で退職願を作成して提出した退職願(昭38.6.4 静岡地裁「日清紡績事件」)
- ・会社の設立は不可能な状況にあり、会社は退職金を支払う意思もなかった場合に、新会社での再雇用、退職手当の支払いを信じて行った(要素に錯誤のある)退職の意思表示(昭59.3.26 長野地裁諏訪支部「丸中製糸事件」)
- ・使用者の有形無形の圧力により、労働者がやむを得ず提出した(強迫による)退職願

逆に、本人の真意が認められる場合であれば、第三者によって提出された退職願であっても直ちに無効ではない

ハ 一時の感情にかられて表明した退職の意思表示

一時の感情にかられて表明するような退職の意思表示は真意とは言えないので、社会通念上の退職の意思表示とは認められない。例えば、「2日間、8名で海水浴に行き3日目も無断欠勤したところ、総務部次長が、「海水浴のことは水に流す、明日から間違いを起こさぬよう働いてもらいたい、なお、A君だけは勤務成績に問題があるからあとで総務に来てくれ」と言ったことを、他の7人はA君だけやめさせられると思い、Aを擁護するため「1人やめるなら皆やめる。8人でやったことだから責任をとる」などといい、次長が「皆やめるんだな」と念を押しても誰も異議を唱えなかった事案に対し、裁判所は、『双方のやや感情的なやりとりの末になされたものであって、しかも個別的に表明されたのではなく、また、明確かつ決定的に退職の意思を明らかにしたものとはいいい難い』(昭38.9.30 横浜地裁)とした判例がある。

ニ 事実上の退職とみられる行為

次のような場合は、「黙示による退職の意思表示」と解され、労働関係が終了したと認められることがある。

- ・労働者が使用者に無断で他の企業に就職したとき
- ・鉱山において無断で退山したとき

ホ 解雇予告手当や退職金の受領と退職

解雇予告手当、退職金の受領行為が解雇の承認又は合意退職になるかという問題については、見解が分かれているが、一般的には、受領の際、何ら留保(異議)を唱えず受け取ったような場合、解雇予告手当や退職金の前提となる解雇の効力を承認したもとのとする見解が有力である。

[参考判例]

・その前提となる解雇の効力を承認し、解雇の効力を争わない意思を表明したものと解するのが相当(昭45.4.30 大阪高裁)・解雇無効を主張することは信義則に反する(昭45.4.22 大阪高裁)・労働基準監督署に予告手当の支払請求手続をしたことは解雇の承認と認められる。(昭41.10.27 東京高裁)・解雇予告手当を受け取っても、直ちに解雇拒否を決め、手当を返還したときは解雇の承諾とはならない(昭52.3.26 東京地裁)など。

ヘ 契約期間の満了と解雇

契約期間(例えば「2カ月」)の定めが一応のものであり、いずれからか格別の意思表示がない限り当然更新されるものとして維持されてきた短期労働契約は、ある契約更新期に当然に期間満了によって契約が終了するものではなく、改めて使用者から雇止めの意思表示が必要である。(また、当該雇止めには、客観的に合理的な理由及び社会通念上の相当性が要求される「解雇権濫用法理の類推適用」)

- ・使用者は有期労働契約（1年を超えて継続勤務している者に限る。）を更新しないこととする場合には、少なくとも期間満了の30日前までにその予告をしなければならない。（平16.1.1施行「有期労働契約の雇止めに関する基準」告示。平16.1.1施行「改正パートタイム労働指針」にも同じ。）

ト 定年退職制と解雇

就業規則での定め方にもよるが、一般的に「定年退職制」は、定年に達したとき労働契約は自動的に終了する制度とされている。一方、「定年解雇」の規定は解雇事由の定めであり、運用上、解雇規制の適用を受けることに注意する必要がある。

「勤務延長制度」や「再雇用制度」の制度を運用する場合は、それが全員に適用されるのでない限り、個々の労働者には「例外的取扱=再雇用」をするのか、どうかを明示しなければならない。なお、再雇用制度において、社内的に「解雇」「新規雇用」の手続を踏む場合であっても、労働基準法の規定は実質的に労働関係が継続しているかどうかによって判断される（特に年休制度）ことに注意が必要である。

チ 休職期間の満了と解雇

定年制同様、就業規則での定め方によるところが大きい。休職期間が満了し復職できないときは、「解雇する」のか「自然退職」となるのかあらかじめ条件を明示しておく必要がある。「私傷病」の場合で、休職期間満了後は自然退職する旨の規定がある場合において、労働者が治癒したとして復職を請求したのに退職扱いをする場合、使用者は「復職を容認しない事由」の挙証義務がある（昭59.1.27東京地裁「エールフランス事件」）。職種や業務内容を限定しないで採用した労働者に対して、休職前の業務に復職できないことだけを理由とした解雇は認められていない。（平10.4.9最高裁一小「片山組事件」）

リ 合併、営業譲渡、会社分割と解雇

合併、営業譲渡、会社分割に関しては次のように取り扱われる。

- ・会社の合併は、新会社に一切の権利義務が包括的に承継される（包括承継）ので、企業の経営主体が交替しても労働関係は継続しているものとして取り扱われる。
- ・営業譲渡は、個々の営業（*「営業」=一定の営業目的のために組織化され、有機的一体として機能する財産（最高裁大法廷昭40.9.22判決））単位に権利義務の個別的承継が行われるので、労働契約の承継は、譲渡・譲受企業間での労働契約の譲渡に関する合意とそれに伴う労働者の同意を要する。また、営業譲渡によって労働契約が承継されても、譲渡企業の労働条件が当然に承継される訳ではない。（譲受企業と労働者間において、改めての合意が必要とされる。）しかし、例えば、一支店、一工場の設備を得意先及び従業員ごとそっくり他の会社に譲渡したり、新しく設立した第二会社等に譲渡する場合について、旧労働省労働基準局は「近代的企業における営業の譲渡にあつては、従業員も有機体としての企業組織に包括して取り扱われるべきものであるから、営業譲渡の前後において従業員の待遇一般が変更されない限り、労働関係は継続しているものとみて、解雇の問題は生じないと解して差し支えなからう。」との見解に立っている。判例は、「企業の経営組織の変更を伴わないところの企業経営主体の交代を意味するような営業譲渡の合意は、反対の特約がなされない限り、それに伴う労働契約関係を包括的に譲渡する合意を含むものと認められ、右契約が効力を生じるためには労働者の合意を必要とせず、ただ、労働者は異議があるときは譲渡人に対して即時解約ができる。」（昭40.2.12大阪高裁「日新運輸事件」、昭42.9.6高松高裁「松山市民病院事件」）としたものがある。
- ・平成12年5月の商法改正で創設された「会社分割」（新設分割と吸収分割がある）では、分割契約書に記載された権利義務（労働契約上の権利義務を含む。）は、一括して当然に設立会社に承継される部分的包括承継の方法がとられている。「労働契約承継法」（平成12.年法律第103号）は、承継される営業に主として従事していた労働者と従として従事していた労働者に分け、原則として、前者の労働契約は設立会社に承継させ、後者は分割会社に残るものとしている。（「指針」平12厚生労働省告示第127号）

(*5) 業務上の傷病による休業の場合における解雇制限の例外

業務上の傷病による休業期間中の解雇制限は、被災労働者が療養開始後 3 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は 3 年を経過した日、又はその日以降に同年金を受けることとなった場合は同年金を受ける日において「打切補償」が支払われたものと見做され、解雇制限が解除される。

また、「天災地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」において所轄労働基準監督署長の認定を受けた場合は、解雇制限の適用が除外される。

なお、休業には、客観的に医学的見地から休業の必要が認められる限り「一部休業」を含むと解する。(行政解釈は「全部休業説」の立場をとっている。)

(*6) 産前産後の休業の場合における解雇制限の例外

「天災地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」において所轄労働基準監督署長の認定を受けた場合は、解雇制限の適用が除外される。

(*7) 不当労働行為とは(次の事由に基づく差別的取扱い)

労働組合員であること・労働組合に加入または労働組合を結成しようとしたこと・労働組合の正当な行為をしたこと・労働委員会に対して使用者が不当労働行為をした旨の申立をしたこと(及び、中労委に対し、地労委命令の再審査の申立てをしたこと)・労働委員会の調査などに労働者が証拠を提示し、もしくは発言したこと

(*8) 一応の立証

「通常の仕事遂行しており使用者のいう解雇事実は、…、であって客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であるとは認められない」等の簡易な主張立証。

9 解雇の手続

(1) 解雇予告制度

労働基準法は第 20 条に、解雇予告制度の規定をもつ(*1)。

解雇には少なくとも 30 日前までの予告が必要。また、使用者は、予告に代えて解雇予告手当(*2)を支払うことも可能である。

ただし、以下の場合には解雇予告制度の例外を認めている。

- 一 日々雇い入れられる者が 1 箇月を超えて引き続き使用されるに至った場合
- 二 2 箇月以内の期間を定めて使用される者が所定の期間を超えて引き続き使用されるに至った場合
- 三 季節的業務に 4 箇月以内の期間を定めて使用される者が所定の期間を超えて引き続き使用されるに至った場合
- 四 試みの試用期間中の者が、14 日を超えて引き続き使用されるに至った場合
- 五 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
- 六 労働者の責めに帰すべき事由により解雇する場合

上記五・六の事由の場合、あらかじめ、所轄労働基準監督署長の認定(解雇予告除外認定申請)を受けることが必要である。(*3)(*4)(*5)(*6)

(*1) 一～四は労働基準法第 21 条、五、六は労働基準法第 20 条第 1 項但書の定めるところである。

その他、解雇予告制度において次の点には留意を要する。

- ・ 予告期間は、予告した日の翌日から(民法第 140 条)計算し、通告解雇日まで中 30 日の期間をおくことが必要である。(期間の末日の終了をもって解雇の効力は発生する。)

- ・ 解雇日を明確に特定して予告することを要し、いわゆる条件付き解雇予告は、適法な解雇予告とは取り扱われない。
- ・ 一旦通告した解雇は、一方的に撤回できない。(撤回には相手方の同意が必要である。)
- ・ 解雇予告手当は、解雇と同時に支払わなければならない。ただし、予告と予告手当を併用する場合は予告手当は解雇日までに支払うことで足る。
- ・ 予告期間中の労働関係は従前のそれと変わらないが、予告制度の趣旨からは、職探しのための欠勤の申出に使用者は応ずべきである(欠勤日に対する賃金の支払は要しない)ほか、残存有給休暇の取得請求には時期変更権の行使はできないと解されることから、これに応ずる義務がある。
- ・ 予告期間中に再就職先を見つけ新勤務先での就労を開始した場合は、労働者より退職の意思表示があったものと考え、使用者の解雇予告期間満了前に雇用関係が終了する。(昭 25.9.3 基収第 2824 号、昭 33.2.13 基発第 90 号)

(2) 解雇予告(予告手当支払)義務違反の解雇の効力

解雇予告をめぐる最近の判例傾向としては、通説の「相対的無効説」の修正をはかり次のように判示するものが増えている。

使用者が即時解雇に固執せずとも、労務提供を断念させたのだから、30 日経過後には予告手当を支払わねばならない。

使用者、労働者とも雇用関係を即時に終了させる意思が明らかである場合は、雇用関係は即時に終了し、使用者は予告手当を支払う義務が生じる。

なお、解雇予告義務違反の解雇に関して、通説は、「相対的無効説」の立場をとっているが、この見解には以下のような問題も認められるところである。

イ〔相対的無効説〕

即時解雇としては無効であるが、使用者が即時解雇に固執する趣旨でない限り、解雇通告後 30 日の経過または通告後解雇予告手当の支払をしたときから、解雇の効力が生じるとする説。行政解釈(昭 24.5.13 基収 1483 号)及び昭 35.3.11 最高裁第二小法廷「細谷服装事件」も相対的無効説を採用している。

この場合、労働者が解雇無効を争わず労務提供を断念した場合、使用者が即時解雇に固執しない限り使用者に解雇予告手当の支払義務はなく、30 日間が自然経過することにより解雇の効力が発生する一方、労働者は就労意思がなく就労しないのだから、賃金請求権は発生しないことになる。(すなわち、使用者は解雇予告手当も賃金も支払う必要がない、という誠に不合理な結果となる。)

ところが、最近の判例ではこの見解はあまり採用されておらず、前記不公平の解消を図る傾向にある。例えば、

相対的無効説に一応立ちつつ、「労務提供を断念させたのは違法な即時解雇に起因するとの理由で、使用者は解雇から 30 日経過後に解雇予告手当を支払うべき義務が生じる」(昭 51.12.24 東京地裁「プラス資材事件」)と判示するもの。

さらには、〔選択権説〕に分類されるものとして、

「会社の（解雇の）意思表示は、解雇予告手当の支払がない以上解雇の効力は生じないことになるが、会社が雇用関係を即時に終了させる意思を有していたことは明らかであるのと同時に、労働者においても雇用関係の即時終了の効力が生じることを容認し解雇予告手当の支払を求めているのであるから、・・・雇用関係は即時に終了し、会社には労働者に対して解雇予告手当を支払うべき義務が生じた。」（平 4.1.21 東京地裁「セキレイ事件」）とする判例が見られ、判例傾向としてはむしろ有力となりつつあります。

現実に立脚した判断と言えよう。

□〔選択権説〕

前記セキレイ事件判決は、選択権説の流れを汲むものであるが、この考え方自体は、「労働者は、労働基準法 20 条の手續違反を理由にその解雇の意思表示が無効であることを主張するか、又はその解雇の意思表示の効力を争わずに予告手当の支払がないと主張してその手当の支払を請求するかの選択権を有するものと解すべき」（昭 48.2.21 横浜地裁「日興電設工業事件」、その他〔昭 41.4.23 東京地裁、昭 41.9.9 奈良地裁〕等）に見られ、特に新しい見解ということではない。

(3) 解雇又は退職時の証明

労働者が退職の場合において、次の事項についての証明書を請求したときは、使用者はこれを遅滞なく交付しなければならない（労基法第 22 条第 1 項）。使用者は、労働者が請求しない事項を記入してはならない（同第 3 項）。また、使用者が、予め第三者と謀りブラックリスト通信等を行うことは禁止されている。（同第 4 項）

イ 使用期間

ロ 業務の種類

ハ その事業における地位

ニ 賃金又は退職の事由（退職が解雇の場合にあってはその理由を含む。）

平成 16 年 1 月 1 日施行の改正労働基準法は、前記の退職時の証明に加えて、解雇を予告された労働者は、解雇を予告された日から退職の日までの間においても、使用者に対して当該解雇理由を記載した証明書の交付を請求できることが規定された。請求されたときは、使用者はこれを遅滞なく交付しなければならない（労基法第 22 条第 2 項）。

解雇予告手当を支払って即時解雇が行われる場合には、労基法第 22 条第 2 項による交付義務は生じないが、当該労働者から同条第 1 項による請求があった場合には、証明書の交付義務がある。なお、解雇予告期間中に同条第 2 項により、一旦、証明書の請求があった場合、期間が経過したからといって改めて同条第 1 項による請求をするまでもなく、使用者の証明書交付義務は存続する。証明書には、事案ごとの具体的な「理由」を記載して示す必要があり、〔抽象的な性格を帯びる〕就業規則の「解雇の事由」を記載する趣旨でない。（モデル証明書が示されていること。）

記載された解雇事由が虚偽〔労使の見解の相違は含まない〕である場合、使用者は本

条の義務を果たしたこととならない。

(4) 労働契約締結時の解雇事由明示義務

使用者は、労働契約の締結時に書面により労働条件を明示しなければならないが、その際に「解雇の事由」を明示する義務が課されている。(労基法第15条施則第5条)。

(5) 就業規則への解雇事由の記載義務

就業規則のいわゆる絶対的記載事項の一つとして「退職に関する事項」があるが、平成16年1月1日から前記退職に関する事項に「解雇の事由」を含むことが明記された。(労基法第89条第3号)

通常の場合、解雇の事由は「普通解雇」と「懲戒解雇」に分けられることが多い。普通解雇は、労働者の労務提供がないとき、能力・適性に問題があるとき、労働者に職場規律違反があるとき、経営上の必要があるとき等であり、懲戒解雇は、懲戒事由として定めるもののうち、「けん責・減給・出勤停止」を適用するもの、「懲戒解雇」に処するものについてそれぞれ明定しておくべきである。なお、懲戒解雇事由に該当する場合に、情状に応じて、普通解雇、出勤停止、減給とすることがある旨の定めを設けることは、差しつかえない。

本書「4 就業規則、労働協約に違反する解雇」の項でも述べたとおり、最高裁判例として「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類及び事由を定めておくことを要する」(懲戒には当然「懲戒解雇」が含まれること。)、とされているところであり、労働基準法第89条第3号の定めと相まって就業規則への記載が必要である。また、同法第89条第9号は「制裁の定めをする場合においては、その種類および程度に関する事項」を定めることとしていることに留意する必要がある。

懲戒解雇事由に関して「その他前各号に順ずる程度の不適切な行為があったとき」等の包括条項を設けることは差しつかえないものと解されるが、その際は、懲戒解雇の対象として考慮している「前各号」の内容を具体的、網羅的に記載しておくことが必要である。

(注)

(*1) 労働基準法第20条は次のとおり。

- 一 使用者は、労働者を解雇しようとする場合においては、少なくとも30日前にその予告をしなければならない。30日前に予告をしない使用者は、30日分以上の平均賃金を支払わなければならない。但し、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又は労働者の責めに帰すべき事由に基づいて解雇する場合においては、この限りでない。

- 二 前項の予告の日数は、一日について平均賃金を支払った場合においては、その日数を短縮することができる。
- 三 前条第二項の規定は、(注：これは第 19 条「…その事由について行政官庁の認定を受けなければならない。」との規定をさす。) 第 1 項但書の場合にこれを準用する。

(* 2) 解雇予告手当とその計算方法

解雇予告手当は、労働者の平均賃金の 30 日分以上を支払うことが必要である。

平均賃金は、その労働者の過去 3 カ月間の賃金の総額(賃金の性格を持つものは諸々の手当を含め全て算入した税・社会保険料等控除前の賃金総額)を、その 3 カ月間の総日数(暦日数)で割った金額である。(平均賃金の計算方法は、労働基準法第 12 条に定めがある。)

【例】20 日締め 25 日払いの企業で、8 月 17 日に即時解雇が行われた場合の 30 日分の解雇予告手当の計算方法

直前の賃金締め切り日(7 月 20 日)から過去 3 ヶ月分の賃金総額をもとに次式で計算した金額。

3 ヶ月分の賃金総額(5 月分+6 月分+7 月分) ÷ 3 ヶ月の暦日数(31 日+30 日+31 日) × 30 日

なお、予告をしても、予告期間が 30 日より短い場合は、予告日数が足りない分だけ平均賃金を支払わなければならない。例えば、全く予告しない場合においては、30-0=30 日分の平均賃金支払義務、10 日前に予告した場合においては、30-10=20 日分の平均賃金支払義務。予告に代えて支払われる平均賃金のことを、「解雇予告手当」ともいう。

(* 3) 労働者の責めに帰すべき事由と解雇予告除外認定制度

〔解雇予告除外の認定基準〕

「労働者の責に帰すべき事由」とは、労働者の故意、過失又はこれと同視すべき事由であるが、判定に当たっては、労働者の地位、職責、継続勤務年限、勤務状況等を考慮の上、総合的に判断すべきであり、「労働者の責に帰すべき事由」が法第 20 条の保護を与える必要のない程度に重大又は悪質なものであり、したがってまた使用者をしてかかる労働者に 30 日前に解雇の予告をなさしめることが当該事由と比較して均衡を失するものに限って認定すべきものである。

「労働者の責に帰すべき事由」として認定すべき事例を挙げれば、

- (1) 原則として極めて軽微なものを除き、事業場内における盗取、横領、傷害等刑法犯に該当する行為のあった場合。また、一般的に見て「極めて軽微」な事案であっても、使用者があらかじめ不祥事件の防止について諸種の手段を講じていたことが客観的に認められ、しかもなお労働者が継続的に又は断続的に盗取、横領、傷害等の刑法犯又はこれに類する行為を行った場合、あるいは事業場外で行われた盗取、横領、傷害等刑法犯に該当する行為であっても、それが著しく当該事業場の名誉若しくは信用を失墜するもの、取引関係に悪影響を与えるもの又は労使間の信頼関係を喪失せしめるものと認められる場合。
- (2) 賭博、風紀紊乱等により職場規律を乱し、他の労働者に悪影響を及ぼす場合。また、これらの行為が事業場外で行われた場合であっても、それが著しく当該事業場の名誉若しくは信用を失墜するもの、取引関係に悪影響を与えるもの又は労使間の信頼関係を喪失せしめるものと認められる場合
- (3) 雇入れの際の採用条件の要素となるような経歴を詐称した場合及び雇入れの際、使用者の行う調査に対し、不採用の原因となるような経歴を詐称した場合。
- (4) 他の事業場へ転職した場合。
- (5) 原則として 2 週間以上正当な理由なく無断欠勤し、出勤の督促に応じない場合。
- (6) 出勤不良又は出欠常ならず、数回にわたって注意を受けても改めない場合。

の如くであるが、認定に当たっては、必ずしも右の個々の例示に拘泥することなく総合的かつ実質的に判断すること。なお、就業規則等に規定されている懲戒解雇事由についてもこれに拘束されることはないこと。(昭和 23.11.11 基発第 1637 号、昭和 31.3.1 基発第 111 号)

労働基準監督署長は、解雇予告認定申請書が提出された場合は、所要の調査を行い、上記の認定基準に照らして、「労働者の責に帰すべき事由」があると判断した場合は、認定を行うこととされているが、当該認定は、労働者の責めに帰すべき行為のうち、とくに重大な服務規律違反や背信行為を対象としてもであり、懲戒解雇として有効と考えられるケースであっても必ずしも認定されるものではない。

(*4) 即時解雇で、労働基準法違反が生じる場合、生じない場合

- * 予告、予告手当、除外認定の各関係を労働基準法違反との関係でみると、次のとおりである。
 - ・少なくとも 30 日前に予告をした解雇=違反なし
 - ・30 日分以上の予告手当を支払ってする解雇=違反なし
 - ・認定を受けて行う即時解雇=違反なし
 - ・認定申請をした後即時解雇し、その後認定があった場合(=異説もあるが、そもそも認定は解雇の効力に影響を与えず労働基準法違反(とその処罰)の問題が生ずる訳だが、認定があった前提に立つとき、実質的違法性は阻却されるものと解する。)
 - ・即時解雇した後に、認定申請をした場合=労基法第 20 条違反
 - ・認定申請をした後即時解雇し、その後不認定となった場合(違反あるも、直ちに予告手当を支払うことにより違法性は阻却されるものと解する。予告手当を支払わない場合は労基法第 20 条の実質違反が成立する。)

(*5) 認定を受けない即時解雇は無効か

否、そうではない。労働基準法違反という事実が残る点に問題がある。

「第 20 条による認定は、原則として解雇の意思表示をなす前に受けるべきものであるが、認定は、ただし書きに該当する事実があるか否かを確認する処分であって、認定されるべき事実がある場合には使用者は有効に即時解雇をなし得るものと解されるので、即時解雇の意思表示をした後、解雇予告除外認定を得た場合はその解雇の効力は、使用者が即時解雇の意思表示をした日に発生すると解される。なお、使用者が認定申請を遅らせることは、第 20 条違反である。」(昭和 63.3.14 基収第 150 号)

すなわち、解雇の有効無効は、労働基準法第 20 条違反の有無にかかわらず「当該解雇理由が是認されるものであるか否か」で決まるのであって、最終的には裁判で決めるしかない場合もあるが、この場合でも「労働基準法違反」たる事実は消えない。(後掲の罰則適用=立件がなされるかという点はさらに別問題であるが、。)

(*6) 認定を受けなければ懲戒解雇ができないか

答 - できる。除外認定と懲戒解雇は直接関係しない。

「解雇予告除外の認定基準」のなお書に次のように言う。すなわち、『なお、就業規則等に規定されている懲戒解雇事由についてもこれに拘束されることはないこと。』(昭和 23.11.11 基発第 1637 号、昭和 31.3.1 基発第 111 号)。これは、逆に言うと、労働基準監督署長の行う除外認定と企業の懲戒解雇は直接関係がないことを示す。

監督署長は、就業規則の懲戒解雇事由に拘束されないと同様に、企業は、監督署長の除外認定に拘束されないものである。

(*7) 就業規則の規定の仕方について

就業規則は、解雇に関する規定の仕方によって違った効果が発生することがある。次の 3 つの例を検討してみよう。

例 1 「懲戒解雇=所轄労働基準監督署長の認定を受けて、即時に解雇する。この場合、予告手当を支給しない。」

これは、懲戒解雇を監督署長の認定にかかわらせているため、監督署長の認定がない限り一切の懲戒解雇ができない、そのような規定例である。とにかく懲戒解雇のような重大な処分は、管轄の監督署長が認めれば行うが、そうでなければ行わない、=法律に明るい担当者はいないし、顧問弁

護士などとても、といった零細企業などの場合、意外と現実的な選択肢ではあるものの、このような規定はよく考えた結果としてでなければ、企業の懲戒権を相当に縛ることになるため注意が必要である。

例2 「懲戒解雇=予告期間を設けることなく即時に解雇する。この場合において所轄労働基準監督署長の認定を受けたときは、予告手当を支給しない。」

この規定の場合は、「認定を受けたときは、予告手当を支給しない」と規定しているだけであるから、企業の懲戒解雇は何ら制約を受けていない。懲戒解雇は懲戒解雇、認定が受けられなかったら「予告手当を支給すればいい」といった規定の仕方である。比較的普通の規定の仕方ではあるが、この規定例では、懲戒解雇は「即時解雇でなければならない」という制約を受けてはいる。

例3 「懲戒解雇=退職金の全部又は一部を支払わないで解雇する。この場合において所轄労働基準監督署長の認定を受けたときは解雇予告手当を支給せず、即時に解雇する。」

解雇予告手当を支払って行う懲戒解雇とか、30日前に予告して行う懲戒解雇という選択肢が必要かどうかは何ともいえないが、「懲戒解雇」=「即時解雇」という既成概念にこだわらなければ、例3のような規定にしておくことによって広い選択肢が残るとも言える。

10 解雇関連規定における罰則

労働基準法上の解雇関連規定に係る違反の罰則の概要は、以下のとおりである。なお、公訴時効は違反が行われたとき(犯行時)から3年である。

〔違反行為を行った者に対する処罰〕

労働契約の締結に際し、労働者に書面により「解雇の事由」を明示することを怠り労働基準法第15条第1項に違反した使用者は、30万円以下の罰金に処せられる。(労働基準法第120条)

解雇又は退職時に労働者の請求があつたにもかかわらず遅滞なく証明書を交付せず労働基準法第22条第1項又は同条第2項に違反した使用者は、30万円以下の罰金に処せられる。(労働基準法第120条)

常時10人以上の労働者を使用する事業場において、就業規則の「解雇の事由」に係る規定を作成し行政官庁に届け出ることを怠り労働基準法第89条に違反した使用者は、30万円以下の罰金に処せられる。(労働基準法第120条)

労働者を解雇するに際し、法定の除外事由なく、少なくとも30日前の予告又は相当の解雇予告手当の支払をせず労働基準法第20条に違反した使用者は、6箇月以下の懲役又は30万円以下の罰金に処せられる(労働基準法第119条)ほか、裁判所は、労働者の請求により、支払うべき解雇予告手当と同一額の付加金の支払を命ずることができる、とされている。

平成16年1月1日から施行される労働基準法第18条の2の解雇権濫用の法理に関する規定には、罰則は付されていない。

以上 ~ の場合の処罰対象者は、法人等のために違反行為を行った代理人、使用人その他の従業者。すなわち、違反行為に直接手を下した者のうち最上位の行為者(共犯を除く。)。 は担当部署の責任者が多く該当し、 は解雇方針の決定、通告に関与した最上位の役職者などが該当することが多いだろう。

なお、法人等の代表者が「違反計画を知って防止しなかったり、違反を積極的に

教唆したような場合」は、法人等の代表者(代表取締役)が実行犯として処罰対象となる。(小規模事業場ではこのケースに当たることが比較的多い。)

〔両罰規定による法人等の処罰〕

労働基準法は、第 121 条の両罰規定により、前記の違反行為を行った者に対する処罰のほか、利益帰属主体である法人(個人にあつては代表者)に対しても各本条の罰金刑が科されることとなる。

いわゆる労働基準法の特徴である両罰規定による「法人処罰」である。

〔編注〕 本稿は平成 16 年 1 月 1 日現在の施行法令に準拠した解説である。