

## 第 19 条（解雇制限）

### <条文>

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 30 日間<sup>3)</sup>並びに産前産後の女性が第 65 条の規定によつて休業する期間及びその後 30 日間<sup>4)</sup>は、解雇<sup>1) 2)</sup>してはならない<sup>5) 8)</sup>。ただし、使用者が、第 81 条の規定によつて打切補償を支払う場合<sup>6)</sup>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つた場合<sup>7)</sup>においては、この限りでない。

前項但書後段の場合においては、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<sup>8)</sup>。

### <趣旨>

労働基準法は、いわゆる解雇自由の原則については直接修正を加えることなく、ただ、本条において労働者が解雇後の就業活動に困難を来すような場合に一定の期間について解雇を一時制限し、労働者が生活の脅威を被ることのないよう保護している。しかして、本条は、その解雇制限期間として、労働者が業務上の傷病又は産前産後のため労働能力を喪失している期間及び労働能力の回復に必要なその後の 30 日間を掲げている。

本条の淵源としては、我が国の戦前の工場法と国際労働条約があげられよう。

工場法施行令第 27 条の 2 においては、間接的な規定方式をとり、法定の解雇予告期間に算入しない期間として「業務上負傷シ又ハ疾病ニ罹リ療養ノ為休業スル期間但シ其ノ期間引続キ 2 ヲ月ヲ超ユルトキハ其ノ後ノ期間ハ此ノ限ニ在ラス」と「産前又ハ産後ノ女子厚生大臣ノ定ムル所ニ依リ休業スル期間」（産前 4 週日、産後 6 週日）（同規則第 9 条）を掲げ、実質的に解雇を制限していた。

国際労働条約においては、1919 年に開かれた国際労働機関の第 1 回総会で採択された「産前産後に於ける婦人使用に関する条約」（第 3 号）が、一切の工業的企業及び商業的企業について、産前産後各 6 週間の休業期間中の解雇を禁止すべき旨定めている。その後 1952 年の第 35 回総会において採択された「母性保護に関する条約」（第 103 号）は、上記条約の内容を若干拡大し、その適用範囲を非工業的企業のほとんど全部に拡張した。さらに、1982 年の第 68 回総会で採択された「使用者の発意による雇用の終了に関する条約」（第 158 号）は、特定の期間雇用される労働者、試用期間中の者、短期臨時的労働者

等を除きすべての労働者に適用されるものとして、使用者による雇用の終了は出産休暇中の休業、疾病又は負傷を理由とする一時的休業等をその理由としてはならない旨定めている（同条約第 5 条、第 6 条）。

なお、平成 15 年の本法の改正により、本条の前に、第 18 条の 2 として「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。」という解雇に係る民事的効力を定めた規定が追加されたが、平成 19 年の労働契約法の成立に伴う本法の改正により、第 18 条の 2 は削除され、労働契約法第 16 条に移行された。

## <解説>

### ① 解雇

「解雇」とは、労働契約を将来に向かって解約する使用者側の一方的意思表示である。したがって、労働関係の終了事由のうちでも、労使間の合意による解約、労働契約に期間の定めがある場合の期間満了、労働者側からするいわゆる任意退職（民法上は解約）等は、解雇ではない。しかし、労働関係は、相互の信頼関係を中心として流動的・弾力的に展開され、形式よりも実態を重視する必要がある点から考えれば、解雇であるか否かについては、具体的には問題が多いので、以下若干の具体的問題に触れてみたい。

#### （イ） 任意退職と解雇

労働契約の当事者たる使用者と労働者は、契約に期間の定めがない場合はもちろん、期間の定めがある場合においても、やむを得ない事由が存するとき（民法第 628 条）、使用者が破産したとき（民法第 631 条）又は当初より解約権が留保されているときは、双方とも一方的に労働契約を将来に向かって解約することができるが、このうち使用者の方から一方的に行う解約の意思表示が解雇であり、労働者の方から一方的に行う解約の意思表示が任意退職である（退職という用語は、広く解雇、労使の合意解約、期間満了等一切の労働関係終了事実の発生により労働者たる身分を喪失した状態に対して使用されることもある。）。したがって、解雇と任意退職とは、意思表示の主体の相違によるものであるから、その区別も比較的明瞭である。

#### （a） 真意によらない退職の意思表示

形式的には、労働者より退職願が提出されて契約が解約されていても、その退職願の提出が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ものであれば、実質的に

は使用者によって解雇されたものと認められる場合が考えられるので、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。

したがって、例えば、父親が本人の面前ではあるが本人の意思に反して本人名義で退職願を作成して会社に提出した退職願（静岡地裁判決 昭 37 年（ワ）第 171 号 日清紡績事件 昭 38.6.4）、新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、退職手当の支払を信じて行った退職の意思表示（要素に錯誤のある意思表示）（長野地裁諏訪支部判決 昭 51 年（ワ）第 70 号 丸中製糸事件 昭 59.3.26）、寮内で禁じられていた喫煙が発覚した女子車掌に対し、辞表を出さなければ懲戒解雇にされ、本人の名誉が著しく害されるのはもちろん、それが原因で将来の生活にも著しく支障を来すべき結果になる趣旨の害悪を示し、圧力をかけて出させた退職願（強迫による意思表示）（宮崎地裁判決 昭 40 年（三）第 63 号 宮崎交通事件 昭 41.3.10）は、いずれも労働者の真意によらないものであり、無効である。

また、地方から出て来た若年の労働者達が労働組合を結成したところ、会社側が父兄達を呼び寄せてその中止の説得をさせたうえ、先輩格の者から退職を迫られ、遂に退職願に署名し、これが受理された事案につき、この退職の意思表示を強迫によるものとし、事後の取消しを有効と認めたものがある（東京地裁判決 昭 42 年（三）第 2212 号 後藤ナット製作所事件 昭 44.10.28。同旨 東京地裁判決 昭 37 年（三）第 2212 号 旭光学工業事件 昭 42.12.20）。

このほか、裁判例によれば、被勧奨者の自由な意思決定を妨げる退職勧奨は、違法な権利侵害に当たるとされる場合がある（最高裁第一小法廷判決 昭 52 年（オ）第 405 号 下関商業高校事件 昭 55.7.10）。

#### (b) 不明確な退職の意思表示

退職の意思表示は、客観的に明確なものでなければならない。一時の感情にかられて表明した退職の意思表示は真意とはいえないので、社会通念上退職の意思表示とは認められない。例えば、総務部次長が、2 日間の休暇をとって海水浴に行った 8 名の従業員が 3 日目も無断欠勤したことに対し「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に働いてもらいたい、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。」と述べたことを、他の 7 人は A だけがやめさせられるものと解し、A を援護するため「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るものがなかった事案に対し、その退職の意思表示は、双方のやや感情的なやりとりの末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難いとした裁判例（横浜地裁判決 昭 38 年（三）第 193 号 全日本検数協会事件 昭 38.9.30。同旨 福岡地裁飯塚支部判決 昭 38 年（三）第 8 号 下崎商事事件 昭 38.11.19）がある。

一般に、労働者から辞意の表明があった場合、それが真意であるか否かの判断は困難なことが多く、具体的には諸般の事情から判断しなければならない。例えば、団体交渉において労働組合側から「もしこの要求が容れられないときは全員総辞職する。」旨の発言があった場合、これを賃上げ要求に圧力を加える偽装で、決して従業員の真意でなかったと認め、従業員にとって重大な利害関係のあることであるから、労働組合としても軽々しくなすべきははずのものでなく、使用者は直接従業員各個についてその真意を確かめてみることを望ましい用意であるのにこれをしなかったのは不用意であった、としながら、当時の労働組合側の強硬な全員辞職の主張、これを受けて使用者がその後にとった行動、使用者個人の性格などからみて、使用者が全員辞職する旨の発言を言葉どおり受け取り、これを真意と誤信したのではないかと思われる節もあり、労働組合側の右の発言を奇貨として従業員を解雇したという主張については、証拠不十分であるとしたもの（最高裁第三小法廷判決 昭 24 年（れ）第 3122 号 茨城県貨物自動車運送事件 昭 25.7.11）もある。

(c) 第三者の提出した退職願

本人の真意が認められる場合であれば、必ずしも本人による退職願の提出に限られず、第三者によって提出されたものであっても差し支えない。このことと関連して、労働組合長が、最後まで退職願の提出を拒む組合員本人の名義で退職願に記名捺印し提出したものであっても、本人が合意解除の効果として特別に増額された退職金であることを知りながら、何らの留保もなく平穩にこれを受領し、さらに、立退料などを受領し、社宅を任意に明け渡したことは、客観情勢上やむを得ないものとしてその解雇を承認したものであるとして、労働契約につき合意解除の効果をも認めた裁判例（山口地裁判決 昭 35 年（ワ）第 193 号 山陽パルプ事件 昭 41.10.3）がある。

(d) 事実上退職とみられる行為

契約の終了事由がない場合において、解雇、退職、合意解約等の形式行為を伴わず、事実上労働契約が消滅した関係が発生した場合、これを解雇とみるか任意退職とみるかが争われることがある。例えば、使用者が解雇の意思表示をしない場合において労働者が使用者に無断で他の企業に就職したとき等であるが、この場合には、労働者の無断転職を黙示の意思表示（事実による意思の実現）と解し、これによって労働関係は終了したと認めら

れよう（昭 23.3.31 基発第 513 号）。しかし、これに対し、同一企業内のある工場から他の工場へ配置転換を命じた場合に労働者がこれを拒否して新勤務地に赴任しないときは、直ちに労働者からの退職の申出があったとみることは妥当でないであろう。労働者が転勤拒否後に他の企業に就職したというような事実がある場合には、これを退職の申出とみることもできようが、その他の場合は、使用者から業務命令違反として解雇の措置がとられるまでは、労働関係が継続しているものと解されるであろう。

#### (e) 解雇予告手当、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があるが、右受領行為の法律的な性格を一律に論ずるわけにはいかず、使用者の合意解約の申込みに対する承諾と解される場合もあれば、将来解雇の効力を争わない旨の和解と解される場合もあり、また解雇の効力を争わない意思を表明したものとして、訴権ないしは訴えの利益の放棄あるいは原告適格の喪失とみる見解もあり、さらには、当面の生活保障のための休業保障として受領したものであり、解雇の承認ではないという見解もあり得よう（このような多義的な見解について、大阪高裁判決 昭 38 年（ネ）第 1380・1467 号 石川島播磨重工業事件 昭 41.4.22 参照）。

しかしながら、一般的には、解雇予告手当、退職金についてその供託金を受領したときには、受領の際、別段の留保の意思表示を行う等の特別の事情のない限り、自己の使用者に対する解雇予告手当、退職金の存在を認めたものであり、したがって、その前提となる解雇の効力を承認したものとみるべきである。この場合、その法律的性質は、使用者の一方的意思表示（告知）を無効行為転換理論により合意解約の申込みとし、解雇予告手当、退職金の受領をその承諾（合意退職）とみることは無理であり、労使双方の互譲による和解とみることも実情とかけ離れるし、訴権の放棄等とみることも行きすぎであり、結局、禁反言の法理及び信義則のうえから、解雇の無効を理由に雇用関係の存在を主張し、雇用契約上の権利を行使することが許されないこととなると解する（前掲大阪高裁判決 石川島播磨重工業事件）ことが妥当ではなかろうか。なお、合意退職について特別加算された退職金が支給される場合に、異議をとどめずこれを受領したようなときは、その退職金の受領を無効行為の追認の理論により合意退職とみる裁判例（前掲山口地裁判決 山陽パルプ事件参照）もある。

#### (ロ) 契約期間の満了と解雇

期間の定めがある労働契約の場合には、原則として、労使当事者は、いずれも一方的に契約を解除することはできない。しかし、例外的に、やむを得ない事由があるときは、契

約期間中であっても即時解除することができる（民法第 628 条。同様の規定として、労働契約法第 17 条第 1 項。）し、使用者が破産したときにも予告つきで解約することができる（民法第 631 条）。したがって、契約に期間が定められていても、右のような場合は、使用者の一方的意思表示により解雇することができるので、その限りにおいて期間の定めがない契約と同様の問題が生ずる（期間の定めのある労働契約における契約期間中の解雇について、「就業規則 9 条の解雇事由（編注 会社は、雇用期間を各 3 カ月と定めて雇用される短時間契約従業員が次の各号の一つに該当するときは、契約期間中といえども解雇する。5 号 事業の縮小その他やむを得ない事由が発生したとき）の解釈にあたっては、当該解雇が、3 カ月の雇用期間の途中でなされなければならないほどの、やむを得ない事由の発生が必要であるというべきである。」とした裁判例（福岡高裁決定 平 14 年（ラ）第 124 号 安川電機八幡工場（パート解雇）事件 平 14.9.18 参照）がある。）。

契約に期間の定めがある場合において解雇の関係で特にとりあげられるのは、契約期間の満了と解雇との関係の問題である。一定の期間又は一定の事業の完了に必要な期間までを契約期間とする労働契約については、他に特段の事情がない限り、契約期間が満了した場合は、使用者の解約の意思表示をまたず自動的に労働契約が終了し、解雇の問題は生じない（昭 23.1.16 基発第 56 号、昭 24.12.6 基収第 3908 号、昭 63.3.14 基発第 150 号・婦発第 47 号）。

しかしながら、例えば、いわゆる臨時工のように短期契約でありながら現実にはこの契約を反覆更新し相当長期間にわたって労働関係が継続している場合には、特に改めて最終期間である旨の表示又は期間満了時に今回は更新しない旨の特別の意思表示がなければ、期間が満了しても労働契約が終了するか否か明確でないこととなり、解雇との関係が問題となる。このような場合には、たとえ形式的には契約期間の定めがあっても、あたかも期間の定めがない労働契約と実質的に異なる状態で労働契約が存続していたと認められるようなときは、たまたまある契約期間の満了によって労働契約を終了させる場合であっても、解雇と同様に取り扱うべき場合もあるものと考えられる（第 14 条〔解説〕参照）。解釈例規においても、臨時工について 1 カ月ごとの期限付契約を書面又は口頭で更新していた事例について、「形式的には雇用期間を定めた契約が反覆更新されても実質においては期間の定めのない労働関係と認められる場合は法第 20 条の解雇の予告を必要とする。」（昭 27.2.2 基収第 503 号）としたものがある。

なお、契約期間満了後労働者が引続きその労務に服する場合に、使用者が異議を述べな

いときは、民法第 629 条により前の契約と同一の条件をもって期間の定めのない契約が成立したものと推定されるから、その後使用者が契約を終了させようとするときには解雇となる。

#### (ハ) 定年制と解雇

「定年制」とは、通常、労働協約又は就業規則において、一定の年齢、例えば、満 65 歳に達した日の翌日に退職するとか、満 65 歳に達した日の属する年の末日に退職するとか定められているものであり、労働者が所定の年齢に達した場合は労働契約が自動的に終了する制度と解される（同旨 東京地裁決定 昭 30 年（ヨ）第 4004 号 電機学園事件 昭 30.9.22、大阪地裁岸和田支部判決 昭 34 年（ワ）第 60 号 朝日製鋼所事件 昭 36.9.11）。すなわち、労働契約に一種の最終期限が付せられているものと考えられるが、通常の期間の定めがある契約とは異なり、その最終期限到来までの間は、労働関係を継続する拘束を受けず、当事者双方は、債務不履行の責任を負うことなくいつでも解約できる関係にあり、期間の定めがない契約関係と解される。したがって、このような定年制契約は、本法第 14 条に規定する 3 年以上の長期契約禁止規定に抵触するものではなく、また、定年による労働関係の終了は、解雇でない関係から、本条以下の解雇に関する規定の適用を受けないこととなる。

しかし、定年制なるものは、個々の企業における労働協約又は就業規則で定められるものであるから、その規定方法や実際の取扱慣習がまちまちであり、なかには会社の都合や労働者の事情を考慮して定年に達した者をそのまま勤務延長し、あるいは身分を変更して嘱託等として再雇用し、引き続き使用している場合がみられる。このような取扱いをしている場合には、定年に達した後も労働者は引き続き雇用されることを期待することとなり、特に使用者からそのような例外的取扱いをしないことが明示されるまでは定年後の身分が明確にならないこととなる。したがって、この場合の定年制は、定年に達したときに解雇することがあるという解除権留保の制度にすぎないものと解され、解雇に関する規定の適用を受けることとなる。

そこで、定年制と解雇に関する規定の適用に当たっては、「就業規則に定めた定年制が労働者の定年に達した翌日を以ってその雇用契約は自動的に終了する旨を定めたことが明らかであり、且つ従来この規定に基いて定年に達した場合に当然労働関係が消滅する慣行となっていて、それが従業員にも徹底している限り解雇の問題は生ぜず、したがってまた法第 19 条の問題も生じない。」（昭 26.8.9 基収第 3388 号）と解されている。

なお、定年退職とは多少事情が異なるが、解釈例規では、鉦員を定年解雇して退職辞令

及び退職手当を支給したうえ新採用の臨時夫として採用した場合について、「鉦員から臨時夫に切替えても引続きその会社で使用する場合は、単に労働者の職制上の身分の変動であって労働関係は継続して存在するものであるから法第 20 条の問題は生じない。」（昭 25.1.10 基収第 3682 号）としている。

## （二） 休職期間の満了と解雇

「休職」とは、私傷病、組合専従等主に労働者側の個人的事情により相当長期にわたり就労を期待し得ない一定の事実が発生した場合に、当該事業の労働者としての身分を保有したまま一定期間その労働者のなすべき職務の担任を解除することであるが、休職の性格をめぐって、二つの見解がある。

その一は、休職処分とは、ある従業員に就労させることが不能であるか又は適当でない事由が生じた場合に、従業員の地位は保有させながら就労のみを禁止する処分であるから、通常はその事故が一時的であり、かつ事故の消滅によって当然に復職となることが予定されているものであることはもちろん、休職期間中に休職事由が消滅しない場合においても、就業規則に特段の定めがない限り、期間の満了によって復職する趣旨のものと解すべきである（大阪地裁判決 昭 34 年（ワ）第 3092 号 近畿大学事件 昭 41.5.31）とするもの、その二は、企業としては、就労を期待できない事情が比較的長期にわたって継続する場合に休職処分を行うものであり、このようなときは本来解雇をもって臨むべきところであるが、労働者側の事情を考慮して一定期間身分を存続させておく性格のものであり、したがって、所定の休職期間満了までに休職原因が解消しないときは、休職期間満了をもって当然退職となす趣旨であるとする見解である。

ところで、現実には、就業規則等に、所定の休職期間満了までに休職原因が解消しないときは、休職期間満了をもって当然退職とする旨の定めを置くことが多い。このような休職期間満了による自然退職は、解雇なのか労働契約の自動的終了であって解雇ではないのかが問題となる。

この点につき、休職発令は労働者の同意を得ることなく使用者が一方的に発令するものであることに重点を置き、休職期間の満了日を契約の終期と解し得ないという立場に立ち、休職制度を休職期間が満了すれば解雇するという使用者の解雇予告が制度化されたものと解し、その予告は、休職を解かれることなく期間を満了すれば解雇するという条件付予告であるとする説がある。しかしながら、休職発令という使用者の行為は介在するものの、休職事由が発生し、休職期間満了までその原因が解消しない場合は当然契約が終了するという定めが契約の当初よりなされているのであるから、一般には、定年制の場合と同

様に契約の自動的終了事由が定められたものと解し、休職期間満了による契約の終了は解雇ではないとみるべきではなかろうか。休職期間満了等により当然労働契約が終了する旨の就業規則の規定について、自動的終了事由を定めたものとするれば公序良俗に反し無効であるとの主張に対し、公序良俗に反しないとする裁判例（東京高裁判決 昭56年（ネ）第2974号 日本石油化学事件 昭58.2.23）がある。

いずれにしても、休職期間満了による退職の性格は、定年制の場合と同様に個々の企業の労働協約又は就業規則における定め方如何によって決まってくるものであるから、その規定の仕方や従来の取扱い等に基づいて実質的に判断すべきであろう。解釈例規では、労働協約において「会社は組合員が左の各号の一に該当するときは解雇する。」と規定し、その第2号において「業務によらない負傷又は疾病のため連続して欠勤した日数（休日を含む）が左の期間を超えたとき。（1）勤続満1年未満のもの 結核性疾患18箇月、その他の疾患9箇月、（2）勤続満1年以上5年未満のもの 結核性疾患24箇月、その他の疾患14箇月」と定めている事例について、「貴社労働協約第28条が会社は解雇すると規定している点よりみると、同条第2号中の『左の期間を超えたとき』における労働契約の終了は労働基準法第20条にいう解雇であると考えられ、同法所定の解雇の予告をしなければならぬものと解される。」（昭27.7.25 基収第1628号）として、労働協約の規定の解釈上契約の自動的終了を定めたものとは認められないとしたものがある。

なお、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にもかかわらず退職扱いをする場合には、使用者の有する解雇権の行使を実質的に容易ならしめることがないようにするという見地から、使用者は当該従業員が復職することを容認し得ない事由を立証する必要があるとする裁判例（東京地裁判決 昭56年（ヨ）第2347号 エールフランス事件 昭59.1.27）がある。また、就業規則の適用を誤って休職処分に該当しないにもかかわらず休職処分を命じた場合は、その処分は休職処分としては無効であり、それを前提として解雇がなされた場合には、その解雇も無効とされるべきものと解される（同旨 横浜地裁判決 昭38年（ヨ）第528号 検数協会横浜事件 昭41.3.16、金沢地裁決定 昭42年（ヨ）第74号 金城高校事件 昭42.4.20）。

次に、休職制度と類似した事例として、業務外傷病により一定期間を超えて欠勤した場合は自然退職とすると就業規則等で定めている場合も、それに該当する労働契約の終了は解雇でないといわれるであろう。ただ、このような休職制度及び欠勤期間制の考え方は、本法の解雇に関する規定との関係で一定の制約を受けるものと解すべきであろう。例え

ば、私傷病に関する休業制度、欠勤期間制であっても、その期間の定め方等において解雇予告制度（第 20 条）の脱法を意図していると認められるような事例（その期間が 30 日未満である場合）は、第 20 条に抵触すると考えざるを得ないであろうし、また業務上傷病について休業期間、欠勤期間を設け、その期間満了により当然退職とするような制度を設けることは、本条との関係で認められない。さらにまた、労働者側の個人的事情によらないもの、例えば企業の不況、工場施設事故等の事実の発生を契約の自動的終了事由と定めている場合、その事実の認定や必要性については使用者側で相当広範囲の裁量がなされるものであることから、契約の自動的終了事由を定めたものとは解されず、単に所定事由が発生した場合に解雇し得る旨を定めたものと解される。

#### （木） 使用者の休業の意思表示と解雇

使用者の休業の意思表示とは労働契約存続中における就業拒否の意思表示をいい、解雇とは労働契約を解約する使用者の意思表示をいうのであるから、一般的には両者の区別に関し問題となることはないのであるが、操業短縮に伴う一時帰休制度については、そのように簡単に割り切ることができない。例えば、一時帰休制度であって、使用者が、操業短縮に伴う不要人員を整理するため所定の退職金を支払って大量の労働者を解雇するとともに、解雇に当たっては、一定期間経って景気が回復すれば再雇用することがある旨約束しておき、労働者は、その間失業者として雇用保険の基本手当を受けるといような形態のものである場合において、労働者が実際に一定期間経過後に再雇用されたときのことを考えてみると、結果だけから見れば、使用者は、操業短縮に当たって休業労働者に支払うべき休業手当（第 26 条参照）の支払義務を解雇という手続をとることによって免れ、国に負担を負わせたかにみえる。しかし、景気の変動に応じ労働者を解雇することは企業としてもやむを得ないことであり、このような摩擦的失業に対する労働者の生活保障が雇用保険制度の目的であることからすると、一時帰休制度が解雇に当たって再雇用の約款（法律的には再雇用の予約とみられよう。）を付していることだけをもって、雇用保険制度の適用外におく理由とすることは困難であろう。したがって、このような一時帰休制度における解雇は、実質的にも解雇とみて差し支えないと考えられる。

ただ、一時帰休制度において、形式的には解雇の手続を踏んでいても、再雇用が決定するまでの間何らかのかたちで従業員としての権利義務、例えば家族手当の支払、社宅居住の特典供与、技能訓練、非常呼出し等がある場合には、解雇は擬装であって実質的には休業とみるべきであろう。

#### （へ） 企業経営主体の交替と解雇

労働契約関係は、当事者相互の信頼関係を基礎とするものであるから、契約当事者の交替があれば、原則として交替前の契約と交替後の契約は同一性を失い、別個の契約と考えられる。したがって、企業経営主体が交替する場合は、労働者が退職の申出をしない限り、使用者は、解雇手続をとらなければならない。しかしながら、企業経営者が個人の場合において発生する相続、会社の場合における合併等の場合においては、相続人又は新会社は一切の権利義務が包括的に継承されるので、このような場合には、企業経営主体が交替しても労働契約関係は継続しているものと解され、従前の企業経営主体との労働契約関係は、解雇によって消滅したとみる必要がない（同旨 東京地裁決定 昭 25 年（三）第 1239 号 済生会事件 昭 25.7.6）。解釈例規も、農業協同組合法の施行に伴い従来の旧農業会が廃止され、新しく農業協同組合が発足することとなった場合について、「農業協同組合が旧農業会の資産の譲受及び債務の引受をなす等、事業の包括承継をなす場合には労働関係が継続しているものと取扱って差し支えない。」（昭 23.6.7 基収第 8155 号）として、この考え方を肯定している。

会社分割については、「会社分割に伴う労働契約の承継等に関する法律」（平成 12 年法律第 103 号）において、分割をした会社の権利義務が分割によって設立する会社等に包括的に承継されることとなることを踏まえ、労働者保護の観点から、労働契約の承継等についての特例等が定められている。

また、営業譲渡の場合においては、合併の場合と異なり当然に債権債務の承継はなされないことから、学説上、譲渡契約において労働契約の譲渡が定められ、かつ労働者の同意（民法第 625 条第 1 項）があつて初めて営業譲渡に伴う労働契約の移転が成就するとするもの（石井「労働法」218 頁、菅野「労働法」434 頁、同旨 大阪地裁判決 昭 31 年（ワ）第 4806 号 十倉紙製品事件 昭 34.7.22、奈良地裁葛城支部決定 平 6 年（三）第 51 号 マルコ事件 平 6.10.18、東京地裁判決 平 6 年（ワ）第 20185 号 本位田建築事務所事件 平 9.1.31）と、労働者は企業施設と結合して一つの組織体を形成しており、企業主（使用者）の変更は労務の内容に変更を来すことはないとして、明瞭な反対の特約がある場合は別として、労働契約は包括的に営業譲受人に移転とするもの（安枝＝西村「労働基準法」498 頁、同旨 大阪高裁判決 昭 37 年（ネ）第 38 号 播磨鉄鋼事件 昭 38.3.26）とがあるが、いずれの説に立っても、労働契約が移転する場合には、従前の企業経営主体との労働契約が営業譲受人に承継されることとなるものであるから、企業経営主体が交替しても労働契約関係は継続しているものと解され、解雇の問題は生じないと解して差し支えなからう。

## ② 解雇権濫用法理の明文化

解雇の効力について、最高裁は、昭和 54 年に、日本食塩事件（昭 43 年（オ）第 499 号 昭 50.4.25）第二小法廷判決において、「使用者の解雇権の行使も、それが客観的に合理的な理由を欠き社会通念上相当として是認することができない場合には、権利の濫用として無効になると解するのが相当である。」と判示しており、その後一貫して解雇につき、同様の判断基準を示している（同旨 最高裁第二小法廷判決 昭 49 年（オ）第 165 号 高知放送事件 昭 52.1.31）ところである。

上記の判例法理において確立された「解雇権濫用法理」については、平成 15 年の本法の改正により、第 18 条の 2 として「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。」と明文化されたが、平成 19 年の労働契約法の成立に伴う本法の改正により、第 18 条の 2 は削除され、労働契約法第 16 条に移行された。また、同法第 16 条への移行前の第 18 条の 2 については、「解雇権濫用の評価の前提となる事実のうち、圧倒的に多くのものについて使用者側に立証責任を負わせている現在の裁判実務を何ら変更することなく最高裁判所判決で確立した解雇権濫用法理を法律上明定したもの」であり、「最高裁判所で確立した解雇権濫用法理とこれに基づく民事裁判実務の通例に則して作成されたものであることを踏まえ、解雇権濫用の評価の前提となる事実のうち圧倒的に多くのものについて使用者側に主張立証責任を負わせている現在の裁判上の実務を変更するものではない」ことが立法者の意思であることが明らかにされており、これについては移行された労働契約法第 16 条においても同様である（平 20.1.23 基発第 0123004 号）。

また、いわゆる整理解雇については、その効力の判断基準について、判例は確立されていないが、代表的な裁判例である東京高裁の東洋酸素事件（昭 51 年（ネ）第 1028 号 昭 54.10.29）において、いわゆる整理解雇につき、「企業運営上の必要性を理由とする使用者の解雇の自由も一定の制約を受けることを免れないものというべき」であり、整理解雇が有効となるためには、「①同事業部門を閉鎖することが企業の合理的運営上やむを得ない必要に基づくものと認められる場合であること、②同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、あるいは同配置転換を行ってもなお全企業的にみて剰員の発生が避けられない場合であって、解雇が特定事業部門の閉鎖を理由に使用者の恣意によってなされるもの

でないこと、③具体的な解雇対象者の選定が客観的、合理的な基準に基づくものであること」が必要であり、また、当該解雇について、「労働協約又は就業規則上いわゆる人事同意約款又は協議約款が存在するにもかかわらず労働組合の同意を得ず又はこれと協議を尽くさなかったとき、あるいは解雇がその手続上信義則に反し、解雇権の濫用にわたると認められるとき等においては、いずれも解雇の効力が否定されるべきである」と判示された。その後、多くの裁判例において、いわゆる「整理解雇四要件」として、整理解雇する場合には、①人員削減の必要性、②人員削減の手段として整理解雇を選択することの必要性、③解雇対象の選定の妥当性、④解雇手続の妥当性が需要であるとされている（整理解雇の四要件がすべて充足されることが必要であるとした裁判例につき、山口地裁決定 平10年（ヨ）第17号 三田尻女子高校事件 平12.2.28等参照）。しかし、これに対して、ナショナルウエストミンスター銀行（3次仮処分）事件（平11年（ヨ）第21217号 平12.1.21）の東京地裁決定においては、「いわゆる整理解雇の四要件は、整理解雇の範疇に属すると考えられる解雇について解雇権の濫用に当たるかどうかを判断する際の考慮要素を類型化したものであって、各々の要件が存在しなければ法律効果が発生しないという意味での法律要件ではなく、解雇権濫用の判断は、本来事案ごとの個別具体的な事情を総合考慮して行うほかない」と判示するなど、必ずしも裁判例の判断基準が一致しているとはいえない。また、労働大学（本訴）事件（平13年（ヨ）第21046号 平14.12.17）の東京地裁判決においては、「解雇が客観的に合理的な理由を欠き社会通念上相当として是認できないときは、解雇は権利の濫用として無効になると解すべきであり、これは、使用者において人員削減の必要性があったかどうか、解雇を回避するための努力を尽くしたかどうか、解雇対象者の選定が妥当であったかどうか、解雇手続きが相当であったかどうか等の観点から具体的事情を検討し、これらを総合考慮して判断するのが相当である」と判示され、四要素を総合考慮する考え方が示されているところである。

なお、解雇をめぐる紛争について解決を求める場合には、個別労働紛争の解決の促進に関する法律（平成13年法律第112号）に基づき、各都道府県労働局に設けられている個別労働紛争解決制度の活用が可能である。

### **③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 30 日間**

解雇制限期間の第一である。業務外の私傷病による休業期間については解雇が制限されず、また、業務上の傷病により治療中であってもそのために休業しないで出勤している場合は解雇の制限を受けない（昭 24.4.12 基収第 1134 号）。また、本条の「業務上」とは、当該企業の業務により負傷し、又は疾病にかかった場合を意味するものであり、他の企業の業務により負傷し、又は疾病にかかった場合は、本条の業務上とはいえない。

傷病が業務上であるか否かについては、第 75 条<sup>②</sup><sup>③</sup>参照。

業務上の傷病により労働者が休業している場合であっても、その療養のため休業する必要が認められなければ、本条によって解雇が制限される休業期間とはならない。解釈例規では、業務上の骨折等が外科的には治ゆと診断され、障害補償も行われた後、さらに理学的治療を受けている事例について「障害補償は業務上の負傷、疾病がなおったとき、身体に障害が存する場合において、その障害程度に応じて支給されるものであり、障害補償が行なわれた後、外科後の処置として保健施設における療養期間中は療養のための休業期間でないから障害補償支給事由確定の日から 30 日以後は解雇することができる。」（昭 25.4.21 基収第 1133 号）と判断したものがあある。療養のため休業する必要があるか否かは、傷病と休業との間に相当因果関係があるか否かによって判断されるべきものであり、一般には医師の証明するところによるべきである。なお、ここに「休業」とは、原則として全部休業の意であって、出勤しながら治療のため通院しているような一部休業は、本条にいう休業には該当しないと解すべきであろう（反対 有泉「労働基準法」148 頁、神戸地裁決定 昭 47 年（三）第 311 号 平和産業事件 昭 47.8.21）。

「その後 30 日間」は、療養のため休業する必要が認められなくなって出勤した日又は出勤し得る状態に回復した日から起算されるものであり、前述の休業と引き続いて計算される。この 30 日間は、休業期間の長短にかかわらないから、たとえ傷病による休業期間が 1 日であっても、その後 30 日間は解雇が制限される。また、右のような休業が傷病の再発による場合であっても同じである。

#### **④産前産後の女性が第 65 条の規定によつて休業する期間及びその後 30 日間**

解雇制限期間の第二である。第 65 条の産前産後の休業における産前の休業は、労働者の請求があった場合にはじめて使用者に付与義務が発生するものであるから、出産予定日より 6 週間（多胎妊娠の場合にあつては、14 週間。以下同じ。）前以内であっても労働

者が休業せずに就労している場合には、解雇が制限されない。また、出産予定日前 6 週間の休業を与えられた後においても分娩が出産予定日より遅れて休業している期間は第 65 条の産前休業期間と解されるので、この期間も解雇が制限される。産後の休業は、出産当日の翌日から 8 週間が法定の休業期間であるから、これを超えて休業している期間は、たとえ出産に起因する休業であっても本条にいう「休業する期間」には該当しない。また、産後 6 週間を経過すれば労働者の請求により就業させることができるが、これにより就業している期間も本条にいう「休業する期間」には該当しない。したがって、その後 30 日間の起算日は、産後 8 週間経過した日又は産後 8 週間経過しなくても 6 週間経過後その請求により就労させている労働者についてはその就労を開始した日となる。

なお、使用者が第 65 条に違反して産前産後の休業を認めずに就労させている場合も、産前は出産予定日前 6 週間以内で労働者より休業を請求した後の期間、産後は出産当日の翌日から 8 週間（産後 6 週間を経過して労働者より就労請求があったときはその日まで）は、産前産後の休業をする期間として、その期間とその後 30 日間は解雇が制限されているものと解すべきである。

## ⑤ 解雇してはならない

解雇制限期間中は、本条第 1 項ただし書の除外事由（⑥⑦参照）がない限り、例えば、労働者の責に帰すべき事由がある場合でも、一般に、解雇することは許されない。

なお、本条で禁止されるのは「解雇」であるから、労働者からの解約の申込みによる任意退職や、期間満了による退職及び定年退職等であって、①で述べた解雇に当たらないような実質的要件を備えるものについては、本条に該当しない（同旨 定年退職について、大阪地裁岸和田支部判決 昭 34 年（ワ）第 60 号 朝日製鋼所事件 昭 36.9.11）。したがって、本条の制限期間でも右のような行為又は事実によって労働関係を終了させることは差し支えない。

解雇制限期間後に解雇する場合も第 20 条に従って解雇しなければならないことは当然であるが、この場合に、解雇制限期間経過直後に労働者を解雇するため、本条による解雇制限期間中に解雇予告をなし得るか否かが問題となる。この点については、「本条に定める 30 日の期間が労働能力の回復に必要な期間として考えられている趣旨からみて、次条に基づく解雇予告が、完全な労働能力をもつ者に対しても、30 日の予告期間を必要として

いることとの釣りあい上、本条に定める期間については、その期間中の解雇の意思表示を禁じたものとみ、したがって、期間経過後に、はじめて次条に基づく30日の予告期間付きの解雇の意思表示を許すのが正しいと考える。」（吾妻「労働基準法」98頁。同旨 石井他「註解I」266頁）とする説もあるが、通説は、本条は「解雇を制限しているだけであって解雇予告を制限しているのではないから、禁止期間後に満了すべき解雇予告を禁止期間内に発することは法律上差支えない。」（寺本「解説」193頁、末弘「解説」20巻3号10頁、松岡「条解（上）」226頁、有泉「労働基準法」149頁、菅野「労働法」437頁、福岡地裁小倉支部判決 昭30年（ヨ）第245号 小倉炭鉱事件 昭31.9.13、水戸地裁龍ヶ崎支部判決 昭54年（ワ）第58号 東洋特殊土木事件 昭55.1.18）と解している。

解雇予告期間中に解雇制限事由が発生した場合には、予告期間が満了しても解雇することはできない。しかし、この場合には解雇の効力発生が停止されるだけであって、前の解雇予告自体は当然に無効となるいわれはなく、本条による解雇制限期間経過とともに解雇の効力が発生するものと考えられる（石井他「註解I」267頁及び287頁は、本条の解雇制限期間の経過後、さらに残りの予告期間の経過を要すると説く。）。ただ、解雇制限期間が長期にわたり解雇予告としての効力を失うと認められる場合は、改めて解雇予告をする必要があると考えられる（昭26.6.25 基収第2609号）。

## ㊦ 第81条の規定によつて打切補償を支払う場合

解雇制限の除外事由の第一である。解雇制限の一である業務上傷病による休業期間及びその後30日間中でも、第81条の規定による打切補償を支払った場合には当該労働者を解雇することができる。業務上傷病により療養をしている労働者が療養開始後3年を経過しても負傷又は疾病が治癒しない場合において、使用者は平均賃金の1,200日分を支払い、その後の療養補償、休業補償等本法の規定による補償義務を打ち切るのが打切補償である。本法上の補償を継続して行う場合には、打切補償を支払う必要はないのであるが、療養開始後3年を経過しても打切補償を行わない限り、解雇することは認められない。また、打切補償の支払を約しただけの場合又はその一部の支払をただけの場合は、打切補償を支払ったことにならないので、解雇することはできない。

業務上の災害補償が労災保険によつてなされる場合は第81条の規定によつて打切補償

を支払う必要がないことになるが、労災保険法第 19 条は、「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 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又は同日後において傷病補償年金を受けることとなつた場合には、労働基準法第 19 条第 1 項の規定の適用については、当該使用者は、それぞれ、当該 3 年を経過した日又は傷病補償年金を受けることとなつた日において、同法第 81 条の規定により打切補償を支払つたものとみなす。」と規定しており、したがって、労災保険法の右の要件を満たす場合に、本条の解雇制限が解除されることになる。

### ㊦ 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

解雇制限除外事由の第二である。この除外事由は、その性質上個々の具体的事実に基づいて判断する必要がある、また、第一次的にせよ使用者の一方的判断に委ねる場合には實際上労働者が損害を被ることも多くなる関係からこれを防止する必要もあるので、本条第 2 項においてはその事由の存否について所轄労働基準監督署長の認定を受けるべきことを規定している。

「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」とは、「天災事変その他やむを得ない事由」と解されるだけでは十分でなく、そのために「事業の継続が不可能」になることが必要であり、また、逆に「事業の継続が不可能」になってもそれが「やむを得ない事由」に起因するものでない場合には、これに該当しない。

具体的な判断基準は、解釈例規において次のように示されている。

(一) 「やむを得ない事由」とは、天災事変に準ずる程度に不可抗力に基づきかつ突発的な事由の意であり、事業の経営者として、社会通念上採るべき必要な措置を以てしても通常如何ともなし難いような状況にある場合をいう。

(1) 次の如き場合は、これに該当する。

イ 事業場が火災により焼失した場合。ただし、事業主の故意又は重大な過失に基づく場合を除く。

ロ 震災に伴う工場、事業場の倒壊、類焼等により事業の継続が不可能となった場合。

(2) 次の如き場合は、これに該当しない。

イ 事業主が経済法令違反のため強制収容され、又は購入した諸機械、資材等を没収された場合。

□ 税金の滞納処分を受け事業廃止に至った場合。

八 事業経営上の見通しの齟齬の如き事業主の危険負担に属すべき事由に起因して資材入手難、金融難に陥った場合。個人企業で別途に個人財産を有するか否かは本条の認定には直接関係がない。

二 従来の取引事業場が休業状態となり、発注品なく、ために事業が金融難に陥った場合。

(二) 「事業の継続が不可能になる」とは、事業の全部又は大部分の継続が不可能になった場合をいうのであるが、例えば当該事業場の中心となる重要な建物、設備、機械等が焼失を免れ多少の労働者を解雇すれば従来通り操業し得る場合、従来の事業は廃止するが多少の労働者を解雇すればそのまま別個の事業に転換し得る場合の如く事業がなおその主たる部分を保持して継続し得る場合、又は一時的に操業中止のやむなきに至ったが、事業の現況、資材、資金の見通し等から全労働者を解雇する必要に迫られず、近く再開復旧の見込が明らかであるような場合は含まれないものであること（昭 63.3.14 基発第 150 号・婦発第 47 号）。

この場合における事業とは、本法の適用単位とされている事業をいうものと解すべきであろう。したがって、一つの企業が数力所に事業場を有する場合において、そのうち一事業場が天災等により経営不能に陥ったときも認定できることとなる。このような場合には、当該企業自体は継続して事業活動を行っており、継続不能事業場の労働者を他の継続している事業場に配置換えすることも考えられるので認定事由に該当しないと解する余地もあるが、地理的に遠隔であったり、労働者の技能又は職種が異なる等配置転換の可能性が現実に存しない場合もあり、また、通常企業経営は適正な人員配置がなされているのが原則であることを考慮すれば、継続不能になった事業場の全労働者を他の事業場に収容することまで法が要請していると解することは妥当でないと考えられる（同旨 石井他「註解 I」271 頁）。もちろん、本認定を受けた場合においても、一部労働者を解雇せず配置換えすることは差し支えないので、配置転換を行うか否かは、使用者が自由に決定し得べき事柄とみるべきである。

なお、本条の認定事由と次条の認定事由とは同一であり、その判断基準も基本的には同一である。

## ⑧ 本条違反

(イ) 解雇制限期間中は、前記⑥又は⑦の除外事由がない限り、例えば、労働者の責に帰すべき事由があっても解雇することは認められない(⑤参照)。これに違反した使用者は、6カ月以下の懲役又は30万円以下の罰金に処せられる(第119条第1号)。

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に該当するものとして労働者を解雇した場合に、事前に労働基準監督署長の認定を受けなかったときも、同様に処罰される。

(ロ) 本条違反の解雇は、無効であると解される(同旨 末弘「解説」20巻3号20頁、松岡「条解(上)」228頁、石井他「註解I」271頁)。しかし、その後法定の要件を満たした場合には有効になるものと解される(末弘 前掲書同頁)。例えば、業務上の傷病により療養のため休業している労働者に対して第81条の打切補償をなし得る時期が到来した場合に打切補償の一部を未払のまま解雇したときはその解雇は無効であるが、その後現実に打切補償の残額が支払われればそのときから解雇は有効となるものと解するのが妥当であろう。

解雇制限除外事由の第二、すなわち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において解雇制限除外認定を受けないときの解雇の効力については、認定事由に該当する事由がない場合に限り解雇は無効となるが、認定事由に該当する事実がある場合においては、たとえ労働基準監督署長の認定を受けなくても、本条違反の責任は残るが解雇の効力には影響がなく、有効であると解される(昭63.3.14 基発第150号・婦発第47号。反対 寺本「解説」258頁)。認定は、認定事由に該当する事実が存在するか否かを行政官庁の権威において確認する行為であって、その存否は裁判所においても争い得るものであり、労働基準監督署長の認定を受けさせる立法趣旨も認定事由に該当する事実が存在するか否かを使用者の一方的判断に委ねることが不適當なことに基づくものであるから、その認定の有無によって解雇の効力が左右されるものと解すべきでなく、認定事由に該当する事実が存在するか否かによって解雇の効力が定まるものと解すべきである(なお、この点については、第20条の⑥及び⑦を参照)。

なお、労働者が傷病により療養のため休業している場合にそれが業務上の傷病であるかどうか判明せず、使用者が解雇した後に業務上の傷病であることが判明することがある。このような事例は、特にじん肺等の遅発性の疾病が相当期間経過後に発症する場合等にみられるところであるが、このような場合の解雇が本条に違反し刑罰の適用があるかについては、解雇の時点において使用者に故意が認められるか等犯罪の成否に関する刑法の一般

理論に基づいて判断することとなる。また、このような場合の解雇の効力については、原則として無効と考えられるが、労働者も業務上の傷病であるという認識がなく、その効力を争わないで解雇後相当長期間平穩無事に経過したときは、合意解約による労働関係の終了と解される場合もあり得るし、また、民法第 1 条第 2 項の信義則に基づき解雇の無効を主張し得なくなるのではなかろうか（大阪高裁判決 昭 38 年（ネ）第 1380・1467 号 石川島播磨重工業事件 昭 41.4.22 参照）。