

Title	解雇予告の法理：予告期間・予告手当を中心として
Sub Title	On dismissal notice
Author	阿久沢, 亀夫(Akusawa, Kameo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1963
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.36, No.8 (1963. 8) ,p.18- 36
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19630815-0018

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

解雇予告の法理

——予告期間・予告手当を中心として——

阿久沢 亀夫

- 一 はしがき
- 二 予告制度違反の解雇の効力
- 三 予告期間
- 四 予告手当
- 五 むすび

一 はしがき

一 解雇は、労働者にとつてその生存権に直接影響を与える極めて重要な法律行為である。このような解雇について労働基準法二〇条は、解雇論つまり解雇は自由か不自由かあるいは解雇において正当な解雇理由を必要とするかいなかについて直接規定を設けることなく、ただ突然労働者が解雇され、その生活が直接脅威にさらされることを防止するため解雇の予告を規定した⁽¹⁾。本来使用者は、労働者を解雇しうるのであるが（正当な理由がある場合にかぎり）解雇を行なうにあつて、一定の

予告期間なり予告手当の支払いを行なうことを使用者に義務づけているのが解雇予告の規定である。このように労働者を即時解雇から保護する立法はすでに工場法施行令第二七条の二にあらわれ、「工業主職工ニ対シ雇傭契約ヲ解除セントスルトキハ少クトモ一四日前ニ其ノ予告ヲ為スカ又ハ賃金一四日分以上ノ手当ヲ支給スルコトヲ要ス」と規定している。右の規定は、民法六二七条の一四日を予告義務とし、これを強行規定としているのであるが、この工場法の規定とは別に、学説は民法六二七条の解約申入後二週間を経過することにより雇傭契約の終了する旨の規定を「労働者が突然解雇セラルルコトニ依ツテ受クベキ損害ヲ防止スルガ為ニ設ケタル社会政策規定ナルヲ以テ強行法規ト解スルヲ正当ト信ズ」と解している。⁽²⁾民法六二七条に対する右の見解は、いまからみるとかなり無理があるように思われ、説得力にとぼしいのであるが、労働者の解雇に対する保護規定の必要性と当時における法律のもとでの保護のための解釈とは、すでに大正初期ごろから主張されてきたところである。このような古くからの思想を背景として労働基準法二〇条は、使用者が労働者を解雇する場合には、三〇日前に予告期間をおくか、平均賃金の三〇日分の予告手当を支払わなければならないとする。また船員法四六条は、使用者が船員を雇止する場合には、船員に対して一ヵ月分の給料の額と同額の雇止の手当の支払を義務づけ、なお予備船員の解雇については、三〇日の予告期間をおくか三〇日分の予告手当の支払を義務づけている。なお外国の立法についてもみるとまず西ドイツの解雇制限法 (Kündigungsschutzgesetz vom 10 August 1951) が、その第一条において「……その告知が社会的に不当である場合には、これを無効とする」と規定し、解雇自由の修正とともに解雇告知について規定し、第八条において「一ヵ月分の賃金相当額以下の金額を解雇手当として定めることを要する」旨を規定している。この解雇制限法の構成は、なんといつても解雇の不自由を規定したことに特色があり、あわせて解雇告知に関する他の規定たとえばドイツ民法六二一条以下で規定する告知期間が解雇制限法によつて修正されないかぎり有効に存続するという態度を取っている(同法一一条)。そして一つの特色は、非社会的相当性 (social ungewacht) という一般的概念によつて、解雇を不自由にしていながら、この非社会

的相当性の多様性を予想し、具体的場合における非社会的相当性を判断することによつて解雇を不自由にするという構成をとつてゐることである。⁽³⁾ すなわち非社会的相当性の解釈に對してかなり具体性をもつた規定をおくとともに、労働裁判所にその判断を各場合に應じ具体的に行なうべきことを要請している。なおフランスにおいては、労働法典第二三条（一九二八年七月一九日法）が、「予告期間の有無およびその期間は、当該地方および職業における慣習にしたがう。慣習のないときは、労働協約をもつてこれを定める」と規定している。この規定のほか、一般的な解雇予告に関する規定はなく、いわば解雇予告は、特定の労使の労働慣行なり、労働協約なりにまかされてゐるかたちである。

そこで問題となるのは、わが国のように解雇予告をあらゆる業種の労働者に一律に認めるという態度は、そこにどれだけの具体的妥当性を実現しうるものか疑問で、特定の労働者にとつての妥当な予告は、やはり具体的事例にしたがつて決定されるものであるまいか。労働者が突然解雇されることにより生活を脅かされることを防止しようとするのが予告の制度であるならば、その予告は、労働者の具体的職種なりその労使の慣行なりによつて定められることが正しいのではあるまいか。そしてわが国の予告制度のようにあらゆる場合に一律的な予告期間あるいは予告手当が法定されている立法例は珍しい。そこで右に述べたように特異の立法例としてのわが国の実定法を中心として解雇予告の法理を考察するのが本稿の目的であるが、本論に入るにさきだちなお解雇予告の性格および労働基準法二〇条と民法六二七条との關係を考察してみる必要がある。

二 民法六二七条の規定によると期間の定めのない雇傭契約は、解約告知後二週間を経過することにより終了する。この民法の規定に對し労働基準法二〇条は、二週間では、解雇された労働者がつぎの職場をみつけるまでの猶余期間として十分でないため三〇日とするとともになお法規全体を強行規定にしたのであると一般的に説明されている。そして民法六二七条の一般規定に對して労働基準法二〇条は、一般規定に對する特別規定の關係に立つといわれている。⁽⁴⁾ この考え方は正当であ

り、解雇は、民法の規定を修正する労働基準法二〇条によつて予告の制約をうけ、このかぎりにおいて民法を修正するが、労働基準法二〇条で規定していないもの、たとえば解雇権の発生についてはなお一般法としての民法の適用をうける。⁽⁵⁾このように労働基準法二〇条は、解雇予告の制度を強行法として規定するとともに、行政官庁の取締の対象としているにすぎず、解雇そのものは民法六二七条、労働協約および就業規則などの適用をうけて行なわれる。使用者が労働者を解雇するには、予告手当を支払つた場合は、即日解雇でき、予告手当を支払わなかつた場合は労働契約は三〇日経過しないと終了しない。つまり労働契約の終了は、社会立法による規制を受けて民法六二七条の適用される余地はなくなるが、解雇予告制度の適用されるもの以外の部分については、なお民法六二七条の適用がある。このようにみてくると労働基準法二〇条で設定された予告制度はいかなるものであるかが重要な問題点となる。そして予告制度の性質および解雇における適用範囲を理解するためにはなお予告制度は法律上いかなる効果をもつものであるか、予告手当はいかなる性格の手当なのであるか、また予告期間中の就労はいかにあるべきものであるかなどの諸点が明確にされなければならないであろう。

(1) 解雇の予告制度を規定したことは、それだけでは、解雇の不自由を規定したことにならない。それは解雇の制限を規定したものでこそあれ、解雇そのものを不自由化しているのではない。なお解雇の不自由については、多く論議されているが、川口実「解雇の法理」季刊労働法四〇号を参照されたい。

(2) 鳩山秀天「増訂日本債権法各論」下巻五五〇頁引用。

(3) Nitsch, Arbeitsrecht I, S. 625

(4) 西村信雄「解雇」(日本労働法講座五卷)一一三〇頁参照。

(5) いうまでもなく解雇権の発生については、民法六二七条のほかに労働協約なり、就業規則なりがある。これらの自律規範は、労働契約を修正するという労働法一六条、労働基準九三条などの規定により解雇権の発生を認めるものである。

二 予告制度違反の解雇の効力

一 使用者が労働者を解雇するにつき予告手当も支払わず、予告期間もおかないで解雇した場合その解雇は有効なのか無効なのかについての問題が、本項の問題である。この問題については、従来から三つの対立した考え方があつた。

まず判例についてみると有効説は、労働基準法二〇条とは別に、最初から同法の一一四条を問題とする。一一四条によれば、裁判所は二〇条に違反した使用者に対して、労働者の請求により予告手当と同額の金額を附加金として支払うよう命令することができる。ところがかりに無効説をとつた場合解雇の意思表示を受けた労働者と使用者との間の労働契約が、労働基準法二〇条違反の解雇であることを理由として無効でありなお継続しているにもかかわらず、予告手当と同額の附加金の支払を命令することは、不可解なことである。すなわち予告期間もおかず予告手当も支払わずしてなされた解雇が無効であるとすれば、依然として労働契約の継続している労働者に附加金を支払わしめることになるが、この必要性はあるのである。右のような解釈によれば附加金制度を設けた趣旨は没却されることになる。さらに労働基準法一一九条により使用者の解雇の意思表示をとらえて刑事制裁を加えることは失当であるとする。このように考えることによつて、予告手当を即時解雇について支払うことは使用者にかせられた労働基準法上の義務ではあるが、解雇の要件をなすものではないと結ぶのである。⁽¹⁾ところで右の見解は、労働基準法二〇条が強行規定であることを見逃し、二〇条で保護する社会法益を軽くみ過ぎてはいないだろうか。なるほどこの説が指摘するように解雇が無効であるためになお労働契約関係を有効に継続している労働者に対して附加金の支払を命じうるとすることは、やや論理の妥当性をかくといえなくもないが、有効説は、解雇予告を制度として考えることなく、問題の焦点を労使の個別的な法律関係のなかに解消せしめる欠点をもつている。社会法益保護のために設けられた保護制度は、このように個人間の法律関係のみに解消せしめて考察すべきものでない。

つぎに相対的無効説は解雇の意思表示は、たとい法律上の要件が具備されなくても終局的には、解雇しようとの効果意思を表明しているのであるから、予告手当を支払わず即時解雇した場合には、三〇日経過することによつて契約は終了し、使用者は解雇した労働者を就業せしめないかぎり解雇の意思表示後三〇日間についてのみ休業手当の支払義務を負うに過ぎないとする⁽²⁾。この相対的無効説は、解雇の意思表示を尊重し、予告制度のなかに於いて、その効果意思の優越性を認めようとするのであるが、このような効果意思が、すなわち労働基準法二〇条が設定した公序良俗に反する効果意思が、法律上有効に存在しうるものではあるか⁽³⁾。以上の二説に対し絶対的無効説は、労働基準法二〇条は、使用者が労働者を有効に解雇しうるためには解雇の予告をなすかこれにかわるべきものとして予告手当を支払うべきことを強く要請し、この遵守を刑罰を以て保障しようとするもので、要件を充足しない解雇の意思表示は無効であるとする⁽⁴⁾。絶対的無効説は、労働基準法二〇条の立法目的とりわけ労働基準法二〇条の保護法益を正当に把握し保護法益の確保を、生存権確保におきかえて理解し、これを侵害する行為を絶対に許さず、二〇条に効力規定としての性格を認めるものである。

つぎに学説は、相対的無効説をとるものと絶対的無効説をとるものとにわかれている。たとえば予告制度に違反して行なわれた「即時解雇の通知は即時解雇としては無効であるが、使用者が解雇する意思があり、かつ解雇が必ずしも即時解雇であることを要件としていないと認められる場合には、その即時解雇の通知は法定の最短期間である三〇日経過後において解雇する旨の予告として効力を有するものである⁽⁵⁾」とするものがある。また吾妻教授は、「本条違反の解雇は即時解雇としての効力を生じないが、その意思表示がなされてから同条所定の予告期間を経過するか、または、予告手当の提供があるかすれば、その時から効力を生ずる⁽⁶⁾」とされている。ところがこれに対し青木・秋田両教授は、「その三〇日の保障は、つぎの職業を求めするための保障であつて、……三〇日がいれば確定していなければならず、法律上不確定のかたちであることは許されず、明確化した形で三〇日間の期間が予告され、解雇を労働者がはつきり意識することが予定されている⁽⁷⁾」とし絶対的無

効説をとる。また松岡教授は、「第二〇条は、民事上の効力を否認することにより、第一一四条は、附加金により、第一一九条は罰則によつて、予告と手当を確保しようとしているのである」として⁽⁸⁾いる。

二 すでに述べたように解雇予告は、労働者を突然の解雇の脅威から保護するために設けられたものであり、解雇予告の解釈にあたつてはこの解雇予告制度の目的が失なわれないう解釈を進めることが必要である。それにはまず法定されている三〇日の予告期間は厳格に守られることが必要であり、解雇から生まれる不安をとりのぞくためには、予告期間の確定していることは、最低必要とされる要件である。したがつて三〇日の予告期間を解雇の意思表示と同時に明確に表示するかそれとも予告手当を支払うかすることは、労働者を不安定な状態から保護するために法の規定する最低限必要とされる要件であらう。二〇条が保護する法益は、労働者に対して右に述べたような生活上の保護を実現せしめるものであり、法は右の保護を使用者の義務としかたたちで行なわしめる。そして右の保護法益に対する侵害行為すなわち予告制度違反の解雇の意思表示は、社会法益を侵害するという意味からして無効とすべきであらう。ここで注意すべきことは、労働者の保護の目的のもとに設けられたわが国の労働保護立法は、その労働者保護の達成を単に行政官庁の監督行政のみによつて行なおうとするのではなく、保護法益の侵害行為を無効とすることによつてもその目的を実現しようとしていることである。労働者保護において監督行政の必要性を見逃すことはできないが、それにもまして重要なことは、保護法益侵害行為の無効ということではなければならない。有効説にしる相対的無効説にしる、労働保護法における監督行政の過信を行なつていゝのではあるまいか。いまさら述べるまでもなく、憲法二七条二項は、賃金、就業時間、休息その他の勤労条件に関する基準は、これを法律で定める旨を規定する。そして労働基準法一三条は、労働基準法で定める基準に達しない労働条件を定める労働契約は無効であると定める。ここで解雇は、労働条件のなかに入るものであり、いわば労働条件中において最も重要なものであるといえる。してみると労働基準法二〇条が規定する予告は、まさに広義の労働条件にふくまれるものであつて、この労働条件と

しての予告期間なり予告手当なりの最低基準に違反してなされた解雇は無効というほかない。

ところで有効説は、解雇の意思表示が無効となつた以上、被解雇者の労働契約は有効に存続することになり、それにもか
かわらずその使用者に対して附加金の支払を命令したり、刑事罰をかけたたりすることは失当であるとするが、附加金は、一
種の損害賠償金としての性格を持つもので、解雇の意思表示を受け、突然精神的衝撃を受けた労働者に対してその精神的損
害を補填するものであり、労働契約が存続していようといまいにかかわらず、解雇の通告によつて打撃を受けた以上当然
に支払を受けるものといえる。いわば、附加金の支払と労働契約関係の存続とは別個のものであるから、有効説の主張は妥
当といえない。また刑事制裁についてみると、違反行為をおかしたものである以上、またこれも労働契約の存続と関係なく
その責任を負うべきである。また相対的有効説については、すでに述べたように社会法の法益侵害行為としてな
された予告制度違反の解雇の意思表示が、期間経過後になお法律上尊重されると解することは妥当といえない。すなわち解
雇の意思表示が法理として無効となるにもかかわらず、解雇の意思表示を有効視し、予告期間を経過するなり解雇後一定期
間経過後において予告手当を支払うなりすれば、解雇が成立するとし、なお解雇権の存在を使用者に確保せしめることがは
たして社会的妥当性を持つものといえるであろうか。労働基準法二〇条が、解雇予告を規定し、一九条が解雇制限を規定し
たりなどしているその基礎には、使用者の社会的責任がかなり強く要請されている。してみると使用者の労働者に対する社
会的責任は、解雇意思の自由な表示にかなり制約を加えているのであり、予告制度はその制約の一つとして考えられもす
る。そこで右の予告制度のもとにおいて使用者は、予告制度の制約を受けることなく自由に効果意思を決定しうるものでな
く、自由な意思活動が制約されるとみななければならない。解雇の意思表示が、右の制約を無視した違反の行為であるに
もかかわらず、予告期間経過後もしくは予告手当支払の後に使用者の自由意思を尊重する意味から、再生的に効力を復活す
ると理解する必要はあるまい。⁽⁹⁾

(1) 有効説は、まず三光造船所事件に対する昭和二四年九月三日の大阪地裁の決定のなかにあらわれた。「予告手当を支払わずしてなした解雇が無効であるとすれば、右附加金を徴するならいざ知らず雇傭関係が依然として継続している労働者に支払わしめる必要は少しもなく附加金支払制度を設けた趣旨を没却するものであり又同法第一一九条により使用者の単なる解雇の意思表示をとりえて刑事制裁を加えることは穩當を欠くものである」(労働関係民事行政裁判資料第七号一七四頁引用)。つづいて北国銀行事件において昭和二五年三月六日金沢地裁はつぎのように述べている。

「予告なき解雇に於ては所定の賃金債権を発生させると共に之が弁済の確保されることを要求していることは確實であるが、其れ以上の条件を附加して無用に解雇者に繁雑な手続を要求すべきではない」(労働関係民事裁判例集一卷一号八四頁引用)とし、かつ二〇条の取締規定としての性格を強調する。これとほぼ同様の考え方は、日本曹達事件に対する昭和二五年八月一〇日の新潟地裁高田支部判決のなかに現われている。

また酒六瓶事件に対する昭和二五年七月一九日の最高裁大法廷判決は、「解雇の通知の効力は、労働基準法二〇条所定の手続を経たか否かによつて消長を来す筋合のものではなく」(刑事裁判資料五五号一四二頁引用)とし、特別理由をつけることなく有効説をとつている。同様な立場から有効説をとる判決は、日本通運事件新潟地裁昭和二六・八・三一決定、津田パチンコ店事件名古屋地裁昭和三〇・一一・一九判決などがある。

(2) 相対的無効説としては、清水鋳業所事件に対する昭和二四年三月二六日の福岡地裁小倉支部決定がある。

「斯様な解雇の意思表示は全然何の効力もないと云うのではなく予告期間と同じ日数を経過したとき又は平均賃金相当額を支払つたり、労働基準監督署長の認定があつたとき解雇の効果を生ずると云う解釈の方が妥当であるとされるであらう」。

同様に相対的無効説をとる判例としては、岡本自転車事件名古屋地裁昭二四・七・一決定、大林組事件東京高裁昭二六・一・二九決定、宮崎農機事件宮崎地裁昭二六・一・三〇判決などがある。

しかし相対的無効説のなかにあつて「即時解雇を固執する趣旨であると認められる事実」(労働関係民事裁判例集五卷三号三一〇頁引用)がないこと、あるいは「使用者において即時であるか否かを問わず要するにその労働者を解雇しようとするにあつて即時の解雇が認められない以上解雇する意思がないというのでない限り」(労働関係民事裁判例集六卷一号九九頁引用)相対的無効説をとるものとして大林組事件東京地裁昭二五・四・一一決定、中山鋼業事件横浜地裁昭二七・一二・二五判決、壬子百貨店事件東京地裁昭二九・七・一二決定、同事件東京高裁昭二九・一一・二九決定、細谷服装事件東京高裁昭二九・一〇・三〇判決、平安学園事件大阪高裁昭三三・九・一〇判決、精巧社事件東京地裁昭三四・四・二判決、十和田観光事件青森地裁昭三四・三・二判決、などがある。そして相対的無効説は、細谷服装事件に対する昭和三五年三月一日第二小法廷判決においてつぎのように取られた。

「使用者が即時解雇を固執する趣旨でない限り、通知後同条所定の三〇日の期間を経過するか、または通知の後に同条所定の予告手当の支払をしたときは、そのいづれかるときから解雇の効を生ずる」としたが、この判旨のいうように無効行為の転換が、労働者の生存を左右する解雇の

場合に容易に親しみうるものであるか疑問である。

(3) 労働基準法二〇条が、公序を設定しているかどうか問題があるが、すくなくとも労働者の生存権を背景として予告制度を設けている本条の趣旨からしては、公序と理解するのが最も妥当である。公序違反の解雇であるならば、すでに二〇条違反の解雇の効力を争う必要はないのであるが。

(4) 絶対的無効説は、「予告手当金の支払を伴わない即時解雇の意思表示は、法律上その効力を生じ得ない」(労働関係民事行政裁判資料七号三四頁引用)とする。無効説をとる判例としては、扶桑ゴム工業事件名古屋地裁昭二四・一〇・二二決定、日本曹達事件東京高裁昭二五・五・一八判決、松田組事件岡山地裁昭二六・一二・一七判決、日本炭業事件福岡地裁昭二九・一二・二八決定、山梨製紙事件甲府地裁昭三〇・九・二二判決、竜谷大学事件京都地裁昭三〇・一一・一〇判決、駐留軍池子事件東京地裁昭三一・一一・二二判決などがある。

(5) 労働省労働基準局編著「労働基準法」上二二三頁引用。

(6) 吾妻光俊著「註解労働基準法」二〇六頁引用。

(7) 青木宗也・秋田成就著「権利のための労働法」一三二頁以下引用。

(8) 松岡三郎著「労働基準法」上巻二六〇頁引用。浅井清信著「労働基準法違反の解雇」綜合判例研究叢書労働法(3)・八八頁以下参照。

(9) 最初意思表示において、予告を行わず解雇するが、これがかかりに無効であつたとしてもなお同時に三〇日後における解雇を予告するという内容の効果意思であるならば、三〇日経過することによって解雇は有効に成立するというまでもない。

三 予告期間

一 予告期間は、解雇の意思表示を有効に成立させるための要件であり、効力発生要件としての性格をもっている。すなわちあらかじめ三〇日の予告期間をおかないで解雇しても(予告手当を支払ったときはこのかぎりでないことまでもないが)解雇の意思表示の効果は発生しない。労働基準法二〇条で規定する三〇日の期間は、右のように期間として予告の性格を持つものであるからして、単なる期間とは異なりそこになにかしの特種な性格がみられるといえる。この特殊な性格は、予告期間を単なる期間と区別せしめるものであり、それ故に予告期間の性格が問題となるが、これに入るにさきだち予告の方法や予告の更新あるいは予告の取消などの諸問題を通じ、予告期間の性格を側面的に考察したのちにおいて本論に入ることにし

よう。まず予告の方法は、予告期間の性格から考えていかなる方法で行なわれることを必要とするかという点、すでに述べたように予告期間は、その予告としての性格とその予告の目的とを十分に達成しうるよう設けられているもので解釈もこれにしたがわなければならず、これがためにはまず予告を行なつたことが明確に推知しうる方法で行なわれることが必要とされ、相手方労働者はいうにおよばず第三者がその意思を十分認識できるものでなければならぬ。また予告の内容については、三〇日経過後の解雇である旨を明示することが必要であり、不確定期限をつけたり、条件を附したりなどした予告は、かえつて労働者の不安定な状態を招来するものであるから予告期間の目的に反し、その効力を生じないとみるべきである。いわば予告は、その内容の明確性が極度に要求されてはじめて制度の目的を達成するものであるから、条件はもちろん不確定期限にも親しまないものといえる。つぎに予告を更新しながら労働関係を延長してゆくような事例があり、これに対して労働基準局の解釈例規が出されているが、⁽²⁾予告期間の更新によつて労働関係を延長することは、予告期間が予告として存在していることからして、予告期間の目的と制度とを潛脱するものである。このような行為が労使関係にみられるのは、一つには予告期間中の労働関係を通常の労働関係と同一にみようとすることから生じてくるのであつて、予告期間を予告として特別の意味を持たせるならば、右のような解釈の生まれてくる余地はない。したがつて予告の更新は、許されるものでなく更新された予告期間は、労働契約の更新とみ、複製更新された場合は、予告が行なわれたとみることはできない。最後に予告の取消について考えてみると、この問題については、期限付契約の約定解除の法理が参考とされるべきである。一般的にみると解雇は、告知権行使の意思表示が相手方に到達したときから、告知の意思表示は効力をもち、ひとたび効力を発生した以上これを取消（撤回）することはできない（民法五四〇条二項）。すなわち解雇の予告がなされた以上、予告を受けた労働者は、他になお優れた職場を探したかもしれないし、使用者の一方的な予告の撤回によつて右の労働者の現存する状態を消滅せしめることはできないはずである。したがつて労働者とその自由な判断にもとづいて予告の取消に同意を与えた場合にか

ぎり労働契約関係を原状にもどすことが可能であるとしても然らざる場合において使用者の解雇予告の取消は不可能とみるほかない。

さらにここで一般市民法の適用範囲と労働基準法二〇条の適用範囲、つまり両法の適用される限界点を意識しながら予告期間の性格をみよう。予告期間の法理について一般的にいえることは、すでにみたように労働基準法二〇条は民法六二七条を二つの面から修正し、この修正から除外されている部分には、なお市民法理論が適用されるとの構成をとつている。そこでここにいう二つの面からの修正とは、第一には、極めて基本的なものであるが民法六二七条とは別に労働基準法二〇条という強行規定が設けられ、民法六二七条という任意規定を修正していることである。つぎの修正は民法の二週間を三〇日と改め、さらに三〇日の期間を予告期間として、この三〇日の期間に明確な予告性を持たしめていることである。ところでこの予告性は、結局予告期間を具体的素材を通して（たとえば三〇日という）性格変化せしめているものであり、予告期間制度の中核を形成する。すなわち解雇の意思表示と期間とは、概念として一応別個のものと考えられるにしても、予告という保護法上の観念により右の両者が結合され、量的に結合されるにとどまらず、予告は期間の性格を変化せしめている。

二　ここでなお予告期間の性格を理解するために予告期間の性格がもつともむきだしに表われるとともにあらわな問題性をみせる予告期間中の労働関係について考察してみることにならう。予告期間中の労働者の地位は、労働契約の終了が明確なかたちで示されているという意味からしては、いわば期間の定めのある契約関係に準ずるものとみられる可能性があるが、このような理解はすでに述べたように予告の性質からして妥当といえない。

一般的には、予告期間は解雇の予告のために設けられたと解釈してはいるものの、解雇予告がなされたとしても、予告期間の満了するまでは、その労働者の労働関係に特別変るところはないと解している。この一般的な考え方についてみるとなるほど解雇予告が行なわれた場合、一般的契約理論としては、精神的抽象的な面における準備を労働者になさしめる余裕が

あればそれで予告は足りるわけであり、解雇予告期間は、たんなる予告としての意味を持つものであるに過ぎないとする。したがつて労働者は、従来どおり労務を提供し、使用者はこれに対して賃金を支払うことになり一般の従業員とことさらかわるところがなく、欠勤により就業しなかつた場合には、賃金の減額が行なわれるし、使用者の都合によつて労働者を休業せしめた場合には、休業手当が支払われることになる⁽³⁾とされている。

しかしドイツ民法六二九条は、使用者は継続的雇傭契約関係の告知後請求により他の雇傭関係をみつけるに相当な期間を与えることが必要である旨を規定し、解雇制限法第九条は、解雇予告期間中使用者が支払うべき賃金額から控除しうるものを法定しているが、このなかに他の職を探すために欠勤した場合の賃金は控除の対象からはずされている。したがつて、具体的判断の困難さはあるにしても、他の職を探すために欠勤した場合には、それに対応する賃金の支払は行なわれることになるわけである⁽⁴⁾⁽⁵⁾。また第四六回 I・L・O 総会において第一次討議を終えた「使用者の発意による雇用の終了に関する勸告案」のなかにおいては、労働者は「実行可能なかぎり、予告期間中に他の雇用を捜すため賃金を失うことなく勤務に服さなくてもよい合理的な長さの時間を与えられる権利を持つべきである」と述べられている。

以上述べたような諸外国の一般的傾向は、予告を實質的に現実化し、具体的性質をもつた予告制度としてしているのであるが、わが国の法理としては予告期間中労務の提供をすることなくしては賃金請求権の発生する余地はなく、かりにそれが他の職を求めるための労務の不提供であつたとしても労務を提供しないかぎり賃金を請求することは不可能のように思われる。すなわちここにおいては、労働力の提供（すなわち就労）とこれに対する賃金の後払いの原則（民法二四条）とがなお依然として適用されているものと理解せざるをえない。しかしここで注意すべきことは、以上のように予告期間中の欠勤を理解すると予告期間をおく場合と予告手当を支払う場合とでは、解雇における労働者保護という点で相違することである。予告手当の場合には、労働力の提供に關係なくこれが支払われることになるが、予告期間の場合には、その期間労働者は労働

力の提供をなし使用者の指揮命令に服し使用者に拘束されることによつてのみ賃金が支払われるのであるから、事実上他の職を捜すわけにはいかない。わが国の法制とその解釈のもとにおいては予告期間は、どれだけ実質上予告の目的を果しうるか疑問である。このように労働者の解雇における保護が予告期間と予告手当との両制度において程度を異にするものとするならば（特殊な場合において程度の差がないこともある）、一つの条文中に解雇予告期間と予告手当の支払いを同時に規定し、その選択を使用者にのみまかす現行規定は、労働者保護という観点からしてかなり不統一なものではないかとの立法上の疑問が残る。

つぎに予告期間中は、右にみたように労働者は使用者のもとに労働力を提供すべきであるが、たまたま他の職を得ることができ即日就職できたという場合において、従来からの労働契約は、予告期間が終了しなければ終らないのであるから二重に就職することになる。民法理論にしたがえば、不能を内容とする契約が締結されたことになるのであるが、予告期間の性質からして、予告期間終了まで、新契約は効力の発生を停止されているとみるのが妥当であろう（もつとも労働者が民法六二七条により自発的に退職すれば問題は異なるがなお二週間の期間を必要とする）。また右のような事例の場合、就業規則中に二重就職の禁止規定がおかれている場合には、就業規則の効力は予告期間中の労働者に対して一部効力をおよぼさないとみることによつて、二重就職の禁止規定は適用されることはないとみるべきである。もつとも予告期間中の労働者に対して、原則として就業規則および労働協約は適用されるが、予告の目的と矛盾する自律規範の規定の部分は、強行規定に反するという意味からして適用されることはないとみるべきであろう。さてここで注意すべきことは予告期間は、一面部分的に社会立法の原則を取り入れながら、その基礎には、なお市民法理論の介入を許す余地を残しているため、いささか不完全なかつ不統一なかたちで労働者の解雇保護を規定していることである。社会立法による修正を行なう以上は、かなり徹底した細部にわたる修正を行なわなにかぎり、その目的は十分に達成されないのであるが、こうした不完全な解雇保護の状態は、資本主義社会の保

護法としてやむをえないのであろうか。

- (1) 本来契約における期間の利益は、債務者のために設けられているが、ここでいう予告は、債務者の利益のために設けられたという性格以上のものをもち、直接労働者の生存を安定確保しようとする目的を有するために市民法理論の性格より特異な性格を持つとみることができる。
- (2) 「解雇の予告が数次にわたり一月毎にくりかえされた場合には、法第二〇条の注意にかんがみ使用者労働者双方にとつて最終の契約についての解雇の予告として確定的に意味をもつものと客観的に認められるのでなければ予告期間の満了によつて当該契約が終了するとは考えられない。」(昭二七・二・二基取第五〇三号)。
- (3) 吾妻光俊著・前掲書・一九三頁参照。また行政解釈は同様の趣旨である。労働省労働基準局編著・前掲書・二〇九頁参照。
- (4) 遅刻・早退の場合も同様と解される。
- (5) フランスにおいては、被解雇者に損害賠償を求めうることを規定し、被解雇者の賃金相当額を確保しようとしている。

四 予告手当

一 予告手当は、退職手当や家族手当のように提供された労働力に対応するものとして支払われるのではなく、労働者を解雇する場合に予告期間にかわつて支払われるものである。そこには、労働者の生活を確保するために支払われるという社会政策的要請が流れていることを見逃してはならない。したがつて厳格には、賃金とはいわれず、予告期間をおかないで労働者を解雇しようとするによつて発生し、社会政策立法によりその支払を義務づけられた金銭である。すなわち予告手当は、即時解雇において支払われるものであり、即時解雇を有効に成立させるための要件とみられるものであるがために、請求権として違反行為から独立に機能することはほとんどありえない。即時解雇をしたにもかかわらず、予告手当を支払わないことは、解雇の意思表示の無効を意味するに過ぎないであろう。労働者はその賃金を民法六二四条により、既に終つた労働力の提供に対応するものについてのみ使用者に請求することができるのであるが、予告手当の場合にあつては、すでに述べたように労働力の提供がないのであるから、使用者に対して賃金請求権というかたちで残ることはない。ここに予

告手当は、賃金に準じて支払われなければならないとする説があるが、賃金に準じてということは、賃金のように請求権として労働者が使用者に対して請求することができ、この請求は解雇とは無関係に独立して存続するという意味であろうか。かりにそうであるとすれば、予告手当が支払われることなく即時解雇が行なわれた場合、絶対的無効説もしくは相対的無効説の立場をとるかぎり、その即時解雇の意思表示は無効であり労働契約関係がなお依然として継続しているにもかかわらず、予告手当の請求権が、解雇された労働者のもとに残るといふ結果を招いてもよいのであろうか。すなわち制裁的性格をもたない予告手当⁽²⁾が発生原因の消滅後（解雇が無効となつた後）においてもなお独立なかたちで残るものであつてよいものか疑問である。そうかといつて契約、事務管理、不当利得、不法行為などによる債権の発生原因もみあたらないとすれば、結局は労働基準法二〇条が、予告手当の発生原因を規定しているとみるほかに、してみると労働契約がなお存続している場合に予告手当の支払を使用者に義務づけることは、労働基準法二〇条の目的を越える労働者の保護というほかに、予告手当支払の法的根拠を規定する二〇条の容認するところではない。しかしこの場合労働者に対し使用者によつて不法行為が行なわれたときは、不法行為責任とりわけ精神的な賠償請求が、労働契約関係の継続とは別個に残るとみななければならない。予告手当を右の不法行為による損害賠償に類似するものと考える学説としては、「使用者に求職日時を供与すべき義務を、解雇予告という形で課し、また、これに代えて、金銭的補償をなすべき義務を予告手当の支払という形に変容せしめている」⁽³⁾とするものがある。しかし附加金については、損害賠償的性格が、うかがえるのであるが、予告手当⁽⁴⁾についてはいかなものであるか。損害賠償という場合には、過去の権利義務関係から発生する権利侵害行為（この場合は精神的法益の侵害）に対する民事上の責任追究であるが、予告制度における予告手当は、そのような消極的なものではなく、積極的に将来の職を労働者に確保せしめようとする性格が強く、予告手当はこの目的実現のために設けられるものであるから、予告手当と損害賠償とは別個のものと理解するのが妥当のように思われる。

二 予告手当は、一般的に特殊の場合を除いて独立した請求権として機能するものでなく、違法な解雇の効力に附従する性質のものであることは、すでに指摘したところであり、予告手当を支払わない解雇は無効であるがために、かりに予告手当を支払わない解雇（予告期間もおかずに）があつたとしても労働者に予告手当の請求権は発生せず、労働者は従来通り就業する。しかし事実上被解雇者の就業を拒否している場合にはその賃金とともに第二〇条の法定原因にもつき予告手当の請求権が依然として存続している。ここでなお予告手当をめぐる問題点を検討し、予告手当の性格を理解してみることにしよう。まず最初に予告手当支払の時期であるが、予告手当支払の時期は、予告手当の性格と関連して考えられる必要がある、予告手当支払いが解雇予告の効力発生要件であるからには、解雇予告の意思表示と同時に支払われることを必要とする。また予告期間をおきながら、後から予告期間の途中において予告手当に切りかえ、残つた日数分の手当を支払つて解雇を終了させることも可能である。つきに予告手当の支払は、労働者の受領行為を必要とし受領行為がなければ予告手当を支払つたことにはならない。しかし解雇された労働者が、予告手当の支払をあくまでも拒否した場合に、使用者はいかなる行為をすることによつて法律上支払つたとみられるのであろうか。この場合予告手当を供託することによつて使用者の支払行為があつたものとする学説があるが、⁽⁵⁾使用者に供託まで義務づけることは（一般的な法律論としては当然であるとしても）使用者に対する制約を出来うるかぎり軽くし、労働力の保善培養を強く要請している資本主義社会の保護立法の性格からして疑問のよう⁽⁶⁾に思われるので、予告手当の支払は、現実の提供をもつてたりるのであるまいか。ただここで現実の提供であるためには、その提供行為を客観的に確認できる程度のものであることを必要とし、これがためにはたんなる口頭の提供のみでは、⁽⁷⁾提供があつたとはいえず、使用者は労働者が受領しうる客観的事実の作成を必要とする。

予告手当をめぐる主要の問題点は、右に述べたようなことであるが、そこには予告手当の社会法上の性格がうかがえるのである。たとえば解雇と同時に支払われることを必要とするということからは、社会法上における法律行為の有効要件とし

ての予告手当の性格がうかがわれるし、予告期間から予告手当への轉換は、その基礎となつてゐる労働者保護の目的を達成するならば可能であるというきわめて流動性をもつた解釈を可能にし、予告手当の支払いについては、労働者の保護法の限界として使用者に現実の提供のみを義務づけ、民法四九四条による供託を義務づけていない。このようにみてくると予告手当については、予告期間の場合と比較し労働者を突然の解雇から生じる生活の脅威から保護しようとする予告制度の目的がかなり一般的市民法理論を修正しながら生かされており、かつ予告手当の性格を表面に表わそうとする解釈が可能といえる。

- (1) 吾妻光俊著・前掲書・一九五頁参照。
- (2) 予告手当は、使用者に対する制裁ではなく、いわば解雇を有効に発生せしめるための要件であるに過ぎないといえよう。
- (3) 柳川・古山・緒方・高島・斎藤共著、「全訂判例労働法の研究」上巻・四六二頁引用。
- (4) 労働基準法一一四条は、裁判所は二〇条違反の解雇を行なつた使用者に対して、労働者の請求により、使用者が支払わなければならない金額についての未払金の外、これと同額の附加金の支払を命ずることができ旨規定している。ここに規定されている附加金は、その性質について争のあるところであるが、附加金は、労働者の請求によつて始めて生まれるものでありかつ過去の違法行為による損害の賠償としての性格を持つものとみられるのである。
- (5) 吾妻光俊著・前掲書・一九六頁参照。
- (6) 大林組解雇事件東京地裁昭二五・四・一一決定参照。
- (7) 日本曹達事件新潟地裁高田支部昭二五・八・一〇判決。この判決は、「金員の準備と主観的の意思があることをも合せ表示すれば、よく、現実と弁済の提供をなすことは必要でないとする。すなわち口頭のみで予告手当の提供をすればこと足りるとするのであるが、準備と口頭のみで現実の提供があつたとみることはできないであらう。

五 ち す び

以上で労働者の解雇における予告期間および予告手当を中心とした解雇予告の法理の考察を終るのであるが、解雇予告の

制度は、労働者の解雇に関するものであることから、すぐれて社会立法上の法理をむきだしにすべきであるにもかかわらず、解雇が資本主義社会の使用にとつて極めて重要な事項であるため、その制限は徹底的なものに終らざるをえず、わが国の予告制度とりわけ予告期間のなかには、その保護において不十分と思われるいくつかの点があがったのである。また解雇予告と監督行政との関係には注意すべきものがある、本稿においては削除することになったが、労働基準法二〇条の除外事由の認定においては、監督行政の介入が認められている。しかしこの監督行政は、あくまでも自ら定められた裁量権にもとづく除外事由の認定を行なうべきである。この監督行政はこと予告制度に関するかぎり除外認定以外の他の部分に不当におよぶものではなく（この点は懲戒解雇と認定との関係において注目される）、労働基準法で規定する予告制度は、主として法律における効力の問題として理解されなければならないことに注意すべきである。なお予告の法理の考察にあつては、このほかに労働基準法二〇条の適用除外および附加金などの問題があり、なおこれらこの問題を考察をすべきであつたが、これは他日を期しあくまでも解雇における予告制度の究明に終つたことを附言しておくこととする。