

第19条 ■ (解雇制限)

- ①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日間並びに産前産後の女性が第65条の規定によって休業する期間及びその後30日間は、解雇してはならない。ただし、使用者が、第81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。

〈H2・4・6・11・19・21・26・R5〉

- ②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。〈H27〉

趣 旨

労働契約の終了事由としては、次のようなものがある。

- ①有期労働契約の期間の満了
- ②合意解約（依願退職）：労使間の合意による労働契約の解約
- ③辞職（任意退職）：労働者側からの一方的な労働契約の解約
- ④解雇：使用者側からの一方的な労働契約の解約
- ⑤定年 〈H26〉
- ⑥労働者の死亡
- ⑦法人の解散など

労働契約（雇用契約）に期間を定めなかった場合には、民法627条1項の規定により、労働者及び使用者は、2週間前の予告によって、いつでも労働契約（雇用契約）を解約することができることになっている。つまり、民法の世界では、労働者による辞職の自由も使用者による解雇の自由も保障されていることになる。

しかし、労働契約を将来に向かって解除する使用者側の一方的意思表示である「解雇」については、労働者に与える打撃が著しく大きいため、労働基準法では民法の規定を排除し、一定の場合には解雇権の行使を制限し（法19条）、また、その予告期間も30日前と延長している（法20条）。

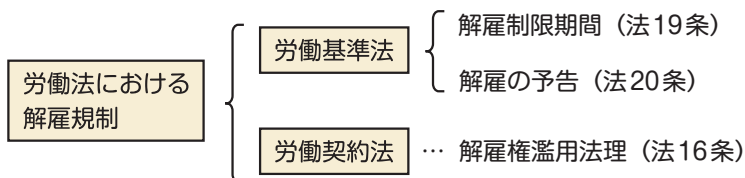
解 説

〔1〕 解雇に関する労働法の規制

「解雇」とは、使用者の一方的な意思表示による労働契約の解約である。この意思表示のことを正式には「解約告知」と呼ぶが、労働基準法では、解雇の意思表示ではなく、効力発生としての離職の事実のことを「解雇」と呼んでいる。

民法による解雇自由の原則に任せていると、労働者は、経済的、肉体的又

は精神的打撃を受け、著しく不利な立場に置かれるのが通常である。そのため、労働法の世界では、労働基準法及び労働契約法において、解雇を一定程度に制限している。



まずは、労働契約法16条における「**解雇権濫用法理**」が最も重要である。

労働契約法第16条（解雇）

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**したものととして、**無効**とする。〈H16・18選・23〉

もともと労働基準法には、法19条の規定による解雇制限を除いては、使用者による解雇は自由であるとの認識があった。法20条は、単に解雇の際の手続きを定めた規定であって、解雇の事由は問われなかった。しかし、労働基準法制定当初の昭和20年代から、解雇には正当事由が必要であるとか、使用者による解雇を権利濫用として無効とするという裁判例が続出していく。これは、解雇が労働者に与える影響が大きいからである。

裁判所の役割とは、本来「法律上の争訟を裁判すること」（裁判所法3条）にある。しかし、裁判所による一般的判断の枠組みが繰り返され、ついには定着したと認識されるようになるようなことがある。このような判断の枠組みを「**判例**」ないしは「**判例法理**」と呼んでおり、解雇権濫用法理とは、そもそも裁判所の判断が積み重なって定着したものである。労働契約法とは、元来はその判例法理を条文化した法律なのである。

＊「**解雇権濫用法理**」は、平成15年の労働基準法改正によって、初めて労基法18条の2として条文化されたもので、民事的効力しか有しない規定を取締法規である労働基準法に置いておくのは不自然であるとして、平成19年の労働契約法制定の際に、労働基準法から労働契約法へ移行されたものである。

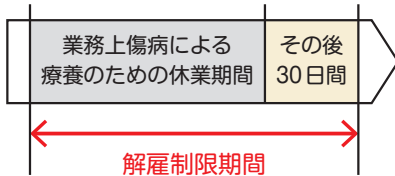
さて、「**解雇権濫用法理**」の条文規定については、3つの解釈が考えられる。労働法の解釈として、いずれが妥当であるか、考えてみよう。

- ①客観的に合理的な理由を欠いているために、社会通念上相当であると認められない場合
- ②客観的に合理的な理由を欠いており、かつ、社会通念上相当であると認められない場合
- ③客観的に合理的な理由を欠いているか、又は、社会通念上相当であると認められない場合

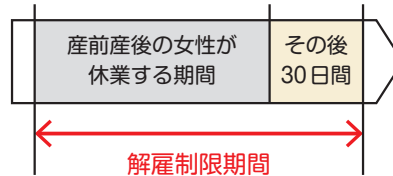
答え：③

〔2〕 解雇制限期間

〔Ⅰ〕 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



〔Ⅱ〕 産前産後の女性が第65条の規定によって休業する期間及びその後30日間



業務上の療養による休業期間	産前産後の女性が休業する期間
<p>①「業務上の負傷又は疾病」によることが必要であるため、<u>私傷病（通勤災害を含む）</u>による休業期間中は、解雇が制限されない。</p> <p>②「その後30日間」とは、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（実際には出勤していなくても）出勤し得る状態に回復した日から起算する。</p> <p>③「療養のため」とは、業務上の負傷又は疾病が治ゆしないために療養の必要があることをいう。したがって、休業中の労働者の傷病が治ゆし、その後30日を経過した場合には、休業が続いていたとしても、解雇は制限されない。</p> <p>④療養のための休業期間が1日だけの場合であっても、当該1日及びその後30日間は解雇が制限される（つまり、31日間は解雇が制限される）。</p> <p>⑤業務上の負傷又は疾病により療養中であっても、休業せずに出勤している場合、解雇は制限されない。〈H29〉</p>	<p>①「その後30日間」とは、産後8週間を経過した日、又は産後6週間を経過した後に、当該労働者の請求により就労を開始した日から起算する。〈H26〉</p> <p>②「産後休業期間」は、原則として産後8週間と法定されているので、これを超えて休業している場合であっても、解雇制限期間は延長されない。〈H26〉</p> <p>③「産前休業」とは、労働者の請求によって取得するものであるから、労働者がその請求をしないで就労している場合には、解雇は制限されない。〈R1〉</p>
<p>「休業」とは、原則として「全部休業」の意であって、出勤しながら療養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。</p>	



解雇制限期間となるのは、2つの場合に限られているのだから、育児休業期間中や介護休業期間中は、解雇制限期間にはならない！ 〈H13〉



ノース・ウエスト航空事件

(最2小判昭和62年7月17日) (H17・18・21選・24・26・R5)

判 例

部分ストの場合の争議行為不参加者に賃金請求権又は休業手当請求権は認められるか？

〔1〕労働基準法26条が「使用者の責に帰すべき事由」による休業の場合に、使用者が平均賃金の6割以上の手当を労働者に支払うべき旨を規定し、その履行を強制する手段として附加金や罰金の制度が設けられている（同法114条、120条1号参照）のは、右のような事由による休業の場合に、使用者の負担において労働者の生活を右の限度で保障しようとする趣旨によるものであって、同条項が民法536条2項の適用を排除するものではなく、当該休業の原因が民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」に該当し、労働者が使用者に対する賃金請求権を失わない場合には、**休業手当請求権と賃金請求権とは競合しうるものである**。

〔2〕そこで、労働基準法26条の「使用者の責に帰すべき事由」と民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」との異同、広狭が問題となる。休業手当の制度は、右のとおり**労働者の生活保障**という観点から設けられたものではあるが、賃金の全額においてその保障をするものではなく、しかも、その支払義務の有無を使用者の帰責事由の存否にかからしめていることからみて、労働契約の一方当事者たる使用者の立場をも考慮すべきものとしていることは明らかである。そうすると、労働基準法26条の「使用者の責に帰すべき事由」の解釈適用に当たっては、いかなる事由による休業の場合に**労働者の生活保障**のために使用者に前記の限度での負担を要求するのが社会的に正当とされるかという考量を必要とするといわなければならない。このようにみると、右の「使用者の責に帰すべき事由」とは、取引における一般原則たる**過失責任主義**とは異なる観点をも踏まえた概念というべきであって、民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」よりも広く、**使用者側に起因する経営、管理上の障害を含むもの**と解するのが相当である。

〔3〕企業ないし事業場の労働者の一部によるストライキが原因で、ストライキに参加しなかった労働者が労働をすることが社会観念上不能又は無価値となり、その労働義務を履行することができなくなった場合、不参加労働者が賃金請求権を有するか否かについては、当該労働者が就労の意思を有する以上、その個別の労働契約上の**危険負担**の問題として考察すべきである。このことは、当該労働者がストライキを行った組合に所属していて、組合意思の形成に関与し、ストライキを容認しているとしても、異なるところはない。

〔4〕ストライキは労働者に保障された争議権の行使であって、使用者がこれに介入して制御することはできず、また、団体交渉において組合側にいかなる回答を与え、どの程度譲歩するかは使用者の自由であるから、**団体交渉の決裂の結果ストライキに突入しても、そのことは、一般に使用者に帰責さるべきもの**ということとはできない。

〔5〕したがって、労働者の一部によるストライキが原因でストライキ不参加労働者の労働義務の履行が不能となった場合は、**使用者が不当労働行為の意思**

その他不当な目的をもってことさらストライキを行わしめたなどの特別の事情がない限り、民法536条2項の「債権者の責めに帰すべき事由」にはあたらない。

＊労働組合員の一部分のみが参加するものを「部分スト（指名スト）」といい、労働組合員全員が行うものを「全面スト」という。また、事業場に所属する従業員の一部だけを組織する労働組合が行うものを「一部スト」というが、上記ノース・ウエスト航空事件は「部分スト」の事案である。



あけぼのタクシー事件

（最1小判昭和62年4月2日）〈H21・23選・R1選〉

判 例

解雇無効期間中に支払われるべき賃金から、同期間内に他社で働いて得た賃金はどこまで控除できるか？

使用者の責めに帰すべき事由によって解雇された労働者が解雇期間中に他の職に就いて利益を得たときは、使用者は、右労働者に解雇期間中の賃金を支払うに当たり右利益（以下「**中間利益**」という）の額を**賃金額から控除することができるが**、右賃金額のうち労働基準法12条1項所定の**平均賃金の6割**に達するまでの部分については利益控除の対象とすることが禁止されているものと解するのが相当である。したがって、使用者が労働者に対して有する解雇期間中の賃金支払債務のうち**平均賃金額の6割**を超える部分から当該賃金の**支給対象期間と時期的に対応する期間内に得た中間利益の額を控除することは許されるものと解すべきであり**、右利益の額が平均賃金額の4割を超える場合には、更に平均賃金算定の基礎に算入されない賃金（労働基準法12条4項所定の賃金）の全額を対象として利益額を控除することが許されるものと解せられる。

【判例のポイント】

ここでは、**民法536条2項後段**との関係が問題となる。つまり、解雇（後に無効解雇と判断されるが）によって労働の義務を免れた労働者は、その労働義務免除によって利益を得たときは、その利益を使用者に償還しなければならないとあるのである。

【民法第536条第2項】（債務者の危険負担等）

債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができない。この場合において、債務者は、自己の債務を免れたことによって利益を得たときは、これを債権者に償還しなければならない。

(I) 中間利益のうち**平均賃金の6割**に相当する分は控除することができない。〈R1選〉

→平均賃金の6割を超える分は控除することができる。

(II) 控除することができるのは通常の賃金のみならず、期末手当・賞与な

どの一時金も含まれる。

→中間利益が多額の場合は、被解雇者が受給できるはずの一時金が減額される場合がある。

(Ⅲ) 賃金から控除することが許されるのは、「当該賃金の支給対象期間と時期的に対応する期間内に得た中間利益」に限られる。〈R1選〉

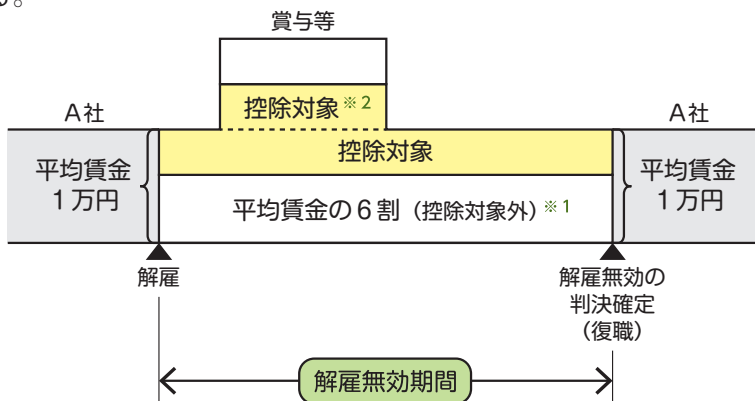
→被解雇者が解雇期間中に就労せず、中間利益を得ていない時期分の賃金等は控除できない。

(Ⅳ) 賃金から一部控除するにあたっては、法24条1項による賃金控除の労使協定を締結する必要はない。

参考事例 **ADVANCE**

「いずみ福祉会事件・最3小判平成18年3月28日」にしたがって、具体的な計算事例を参考として紹介する。

まず、最高裁は「使用者が労働者に対して負う解雇期間中の賃金支払債務の額のうち平均賃金額の6割を超える部分から当該賃金の支給対象期間と時期的に対応する期間内に得た中間利益の額を控除することは許されるものと解すべきであり、上記中間利益の額が平均賃金額の4割を超える場合には、更に平均賃金算定の基礎に参入されない賃金（労基法12条4項所定の賃金）の全額を対象として利益額を控除することが許されるものと解される」と述べている。



※1 被解雇者が、解雇無効期間中に他企業で1日当たり1万2000円の中間利益（中間収入）を得ていたとしても、不当解雇をしたA社は、1日当たり平均賃金の6割（＝6000円）は支払わなければならない。

※2 A社での平均賃金を超える1日当たり2000円分については、解雇無効期間中に支払うべき賞与等からも控除することができる。

さて、次の事例において、不当解雇をした被告会社が被解雇者に対して支払うべき賃金等の合計額はいくらになるだろうか。

第37条 ■ (代替休暇等)

- ①ただし、当該延長して労働させた時間が1箇月について60時間を超えた場合においては、その超えた時間の労働については、通常の労働時間の賃金の計算額の5割以上の率で計算した割増賃金を支払わなければならない。
- ②前項の政令は、労働者の福祉、時間外又は休日の労働の動向その他の事情を考慮して定めるものとする。
- ③使用者が、当該事業場に、労働者の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がないときは労働者の過半数を代表する者との書面による協定により、第1項ただし書の規定により割増賃金を支払うべき労働者に対して、当該割増賃金の支払に代えて、通常の労働時間の賃金が支払われる休暇（第39条の規定による有給休暇を除く。以下「代替休暇」という）を厚生労働省令で定めるところにより与えることを定めた場合において、当該労働者が当該休暇を取得したときは、当該労働者の同項ただし書に規定する時間を超えた時間の労働のうち当該取得した休暇に対応するものとして厚生労働省令で定める時間の労働については、同項ただし書の規定による（5割以上の率で計算した）割増賃金を支払うことを要しない。

趣 旨

特に長い時間外労働を抑制することを目的として、1箇月について60時間を超える時間外労働について、法定割増賃金率を引き上げることとされているが、臨時的な特別の事情等によってやむを得ずこれを超える時間外労働を行わざるを得ない場合も考えられる。

このため、そのような労働者の健康を確保する観点から、特に長い時間外労働をさせた労働者に休息の機会を与えることを目的として、1箇月について60時間を超えて時間外労働を行わせた労働者について、労使協定により、法定割増賃金率の引上げ分の割増賃金の支払に代えて、有給の休暇を与えることができることとしたものであること。

解 説

〔1〕月60時間を超えた時間外労働に対する割増賃金（平成22年4月1日改正施行）

法33条又は法36条1項の規定によって延長して労働させた時間が1箇月について60時間を超えた場合においては、その超えた時間の労働については、通常の労働時間の賃金の計算額の5割以上の率で計算した割増賃金を支払わなければならない。

〔2〕代替休暇の付与

使用者は、労使協定（行政官庁への届出不要）により、1箇月について60時間を超えて時間外労働をした労働者に対し、5割以上の割増賃金を支払う代わりに、2割5分以上の通常の割増賃金のみを支払い、年次有給休暇とは別に「代替休暇」を付与することができる。



1箇月当たりの時間外労働が60時間を超える場合であっても超えない場合であっても、時間外労働の中には「法定休日労働」を含めないが、「所定休日労働」は含めて算定しなければならない！

〔60時間を超える時間外労働のカウント対象〕

・法定休日と法定外休日の区分

法定休日労働は、あくまで休日労働であるため時間外労働とはならない。

法定休日以外の所定休日労働は、時間外労働となり月60時間のカウントの対象となる。

・休日（法定）の特定

第35条は必ずしも休日を特定すべきことを要求していないが、特定することが法の趣旨に沿うものであるから就業規則の中で単に1週間につき1日といっただけでなく具体的に一定の日を休日と定める方法を規定することが望ましいと解される。（昭和63年3月14日基発第150号）

【具体例】

法定休日を毎週日曜日とし、1箇月の起算日を毎月1日とした事例

法定休日 ↓		法定休日以外の休日 (所定休日)				
日	月	火	水	木	金	土
	1 5時間	2 5時間	3	4 5時間	5 5時間	6
7 5時間	8	9 5時間	10 5時間	11	12 5時間	13 5時間
14 5時間	15	16	17 5時間	18 5時間	19	20 5時間
21	22 5時間	23	24	25	26 5時間	27
28	29	30 5時間	31 5時間			

□ の法定休日の労働時間数 10時間（60時間のカウント対象としない）

□ の時間外労働時間 60時間

■ の60時間超え時間外労働時間数 15時間

〔3〕労使協定で定める事項

(1) 代替休暇として与えることができる時間の時間数の算定方法

代替休暇として与えることができる時間＝

$$(1 \text{ 箇月の時間外労働時間数} - 60 \text{ 時間}) \times \text{換算率}$$

換算率＝代替休暇を取得しなかった場合の割増賃金率（5割以上）

－代替休暇を取得した場合の割増賃金率（2割5分以上）

* 一般に「**換算率**」は、「2割5分」と覚えておけばよい。