

「諸外国の労働契約法制に関する調査研究」 報告書

独立行政法人 労働政策研究・研修機構

The Japan Institute for Labour Policy and Training

ま え が き

近年の社会経済構造の変化に伴い、人事管理の個別化・多様化、就業形態や就業意識の多様化等が進む中で、労働者が納得・安心して働くことができる環境作りや、今後の良好な労使関係の形成に資するとの観点から、労働契約の成立から展開、終了に至るまでの各場面における労働契約に関するルールの整理・整備を行い、その明確化を図ることの必要性が各方面から指摘されている。厚生労働省においても、今後の労働契約法制の在り方について包括的な検討が開始されているところである。

これら労働契約に関するルールについて、我が国では、労働基準法等の制定法によって規律されてきた部分もあるが、多くは裁判所の形成した判例法理（最高裁判所判決や多くの下級審裁判例の積み重ねによって形成された先例的価値を有する法的ルール）に委ねられてきた。しかし、判例法理は必ずしもそのルールの内容が明らかにされ労使当事者間で認識が共有されているとはいえない状況にあり、また、これは既存の法体系を前提に形成されていることから現在の労働契約関係の実情に照らしてより適切なルールを定立する必要性も高まっている。また、個別労使紛争の増加に対応して、近年、個別労働関係紛争解決促進法に基づく紛争処理制度の導入や労働審判法による労働審判制度の導入等、紛争処理システムの整備が急速に進み、紛争処理制度における判断規範の明確化も要請されている。

このような状況の中で、今後の日本の労働契約に関するルールを考えるに当たっては、諸外国における労働契約法制やそれを支える紛争処理制度についての比較法的検討から有益な情報を得ることが期待できる。しかし、諸外国の個別の制度についての紹介や個別の国についての概説書による検討の蓄積はあるものの、労働契約の各場面を規律するルールについて包括的かつ統一的視点から分析を行った比較法研究は多くはない。

そこで、独立行政法人 労働政策研究・研修機構においては、厚生労働省からの研究要請を受けて、今後の労働契約法制の在り方に関する議論に資することを目的として、「諸外国の労働契約法制に関する調査研究」WG（座長 東京大学大学院法学政治学研究科教授 荒木尚志、慶應義塾大学大学院法務研究科教授 山川 隆一）を設け、ドイツ、フランス、イギリス及びアメリカにおける、労働契約の成立から展開を経て終了に至るまでの各場面における労働契約に係る法制度及びその運用実態等について、調査研究を行ってきた。本報告書はその成果を取りまとめたものである。

本報告書が労働契約法制に係る議論の参考となれば幸いである。

なお、本報告書のとりまとめは、当機構主任研究員 小堀 幸一、副主任研究員 池添 弘邦 が行った。

2005年8月

独立行政法人 労働政策研究・研修機構
理事長 小 野 旭

「諸外国の労働契約法制に関する調査研究」WG 執筆分担

| 氏名 | 所属 | 担当 |
|---|---|---------------------------|
| ◎ <small>あら き</small> 荒木 <small>たか し</small> 尚志 | 東京大学大学院法学政治学研究科教授 (労働政策研究・研修機構特別研究員) | 序章1～3 |
| ◎ <small>やま かわ</small> 山川 <small>りゅういち</small> 隆一 | 慶應義塾大学大学院法務研究科教授 | 序章1～3 |
| <small>こ ぼり</small> 小堀 <small>こう いち</small> 幸一 | 労働政策研究・研修機構主任研究員 | 序章4 |
| <small>みな がわ</small> 皆川 <small>ひろ ゆき</small> 宏之 | 千葉大学法経学部助教授 | 第1章 第1節総論, 第2節各論1～7 |
| <small>はし もと</small> 橋本 <small>よう こ</small> 陽子 | 学習院大学法学部助教授 | 第1章 第2節各論8 |
| <small>おく だ</small> 奥田 <small>かお こ</small> 香子 | 京都府立大学福祉社会学部助教授 | 第2章 |
| <small>あり た</small> 有田 <small>けん じ</small> 謙司 | 専修大学法学部教授 | 第3章 |
| <small>いけ ぞえ</small> 池添 <small>ひろ くに</small> 弘邦 | 労働政策研究・研修機構副主任研究員 | 第4章 |

(注1) ◎は座長を表す。

(注2) 執筆分担者が重複しているところは共同執筆である。

目 次

まえがき

序章 調査研究の目的等と概要

| | |
|----------------------------|----|
| 1. 調査研究の目的 | 1 |
| 2. 報告書の構成と検討における留意点 | 2 |
| (1) 報告書の構成 | 2 |
| (2) 検討における留意点 | 3 |
| 3. 4ヶ国の労働契約法制の比較法的検討 | 4 |
| (1) 各種法源と労働条件設定システム | 4 |
| (2) 労働保護法・労働契約法と実効性確保メカニズム | 8 |
| (3) 労働条件の変更 | 11 |
| (4) 解雇に関する規制 | 13 |
| 4. 諸外国の労働契約法制の概要 | 14 |

第1章 ドイツ

第1節 総論

| | |
|----------------------|----|
| 1. 法源 | 31 |
| (1) 労働契約法制と労働保護法制の関係 | 31 |
| (2) 労働条件設定の方法と当事者 | 31 |
| ア. 国家法 | 31 |
| イ. 労働協約 | 32 |
| ウ. 事業所協定 | 32 |
| エ. 労働契約 | 32 |
| 2. 根拠法 | 33 |
| (1) 基本法 | 33 |
| ア. 契約自治の保障 | 33 |
| イ. 協約自治の保障 | 33 |
| ウ. 団結自由の直接的第三者効 | 33 |
| エ. 基本権の間接的第三者効 | 34 |
| オ. 法律による基本権保障の具体化 | 34 |
| (2) 労働契約法 | 34 |

| | |
|---|----|
| ア. 民法典（第2部第8章第8節「雇用契約」611-630条） | 34 |
| イ. 商法典（第6章「商業使用人及び商業徒弟」59-65, 74-75h, 82a, 83条） | 35 |
| ウ. 営業法（第7章「労働者」第1節105-110条） | 36 |
| エ. 証明書法 | 37 |
| オ. 就労者保護法（職場における就労者へのセクシュアル・ハラスメント防止法） | 38 |
| カ. 賃金継続支払法 | 38 |
| キ. 連邦年次休暇法 | 38 |
| ク. 解雇制限法 | 39 |
| ケ. パートタイム労働・有期労働契約法 | 39 |
| (ア) パートタイム労働 | 39 |
| a. 差別の禁止 | 39 |
| b. 労働時間の変更 | 39 |
| c. 解雇の禁止 | 40 |
| (イ) 有期労働契約 | 41 |
| a. 有期労働契約の定義 | 41 |
| b. 差別の禁止 | 41 |
| c. 期間設定の正当化事由 | 41 |
| d. 正当化事由の不要な期間設定の範囲 | 41 |
| e. 無効な期間設定 | 42 |
| (3) 労働者保護法 | 42 |
| ア. 労働保護法 | 42 |
| (ア) 労働保護の基本原則 | 42 |
| (イ) 労働者の権利・義務 | 43 |
| (ウ) 実効性確保 | 43 |
| イ. 労働時間法 | 44 |
| (ア) 法の目的, 適用対象 | 44 |
| (イ) 週日の労働時間規制 | 44 |
| (ウ) 日曜・祝祭日の休息 | 45 |
| (エ) 実効性確保 | 45 |
| (オ) 罰則 | 45 |
| ウ. 閉店法 | 46 |
| (ア) 閉店時間規制 | 47 |
| (イ) 労働者の就労規制 | 47 |

| | |
|--|----|
| (ウ) 実効性確保 | 47 |
| エ. 母性保護法 | 48 |
| オ. 年少者労働保護法 | 48 |
| (ア) 児童労働 | 49 |
| (イ) 年少者労働 | 49 |
| a. 年少者の労働時間・休憩・年次休暇 | 49 |
| b. 年少者の就労禁止・就労制限 | 50 |
| c. 年少者の健康管理 | 50 |
| d. 年少者労働保護のための委員会 | 50 |
| e. 実効性確保 | 51 |
| (4) 集団的労働法 | 51 |
| ア. 労働協約法 | 51 |
| (ア) 労働協約の当事者 | 51 |
| (イ) 労働協約の効力 | 52 |
| (ウ) 一般的拘束力制度 | 52 |
| イ. 事業所組織法 | 53 |
| (ア) 一般原則, 選挙権, 被選挙権 | 53 |
| (イ) 適用対象者 | 53 |
| (ウ) 事業所委員会の選挙, 構成 | 54 |
| a. 事業所委員会の選出 | 54 |
| (a) 選挙の原則 | 54 |
| (b) 選挙の手続 | 55 |
| b. 事業所委員会の構成 | 57 |
| (エ) 事業所委員会の活動, 決議 | 57 |
| (オ) 事業所総会, 部門別集会 | 57 |
| (カ) 中央事業所委員会, コンツェルン事業所委員会 | 58 |
| (キ) 年少者・職業訓練者代表 | 58 |
| (ク) 労働者の関与・共同決定に関する基本原則 | 59 |
| (ケ) 事業所協定 | 60 |
| (コ) 仲裁委員会 | 60 |
| (サ) 事業所委員会の一般的任務 | 61 |
| (シ) 個々の労働者の権利 | 61 |
| (ス) 社会的事項に関する事業所委員会の関与 | 62 |
| (セ) 労働ポスト, 労働過程, 労働環境の具体化に関する事業所委員会の共同決定権 | 62 |

| | |
|-----------------------------|----|
| (ウ) 人事的事項に関する事業所委員会の関与，共同決定 | 63 |
| a. 一般的な人事的事項に関する関与，共同決定 | 63 |
| b. 個別的な人事上の措置に関する関与，共同決定 | 63 |
| (a) 採用，賃金グループ格付け，配転 | 63 |
| (b) 労働者の解雇 | 64 |
| (ク) 経済的事項に関する関与 | 65 |
| a. 経済委員会 | 65 |
| b. 事業所変更 | 66 |
| (a) 事業所変更 | 66 |
| (b) 利益調整・社会計画 | 66 |
| (c) 経済的解雇に関する社会計画 | 68 |
| 3. 労働契約法制の対象範囲 | 68 |
| (1) 法律上の定義 | 68 |
| (2) 「労働者」性のメルクマール | 69 |
| (3) 家内労働法の適用対象者，労働者類似の者 | 70 |
| ア. 家内労働法の適用対象者 | 70 |
| イ. 労働者類似の者 | 70 |
| 4. 規制の実効性確保の仕組み | 71 |
| (1) 法違反の場合の措置 | 71 |
| ア. 民事法上の措置（労働契約法） | 71 |
| イ. 行政法上，刑事法上の措置（労働者保護法） | 71 |
| (2) 裁判所の救済権限 | 71 |
| ア. 管轄 | 72 |
| イ. 構成 | 72 |
| ウ. 裁判官配置 | 72 |
| エ. 訴訟手続 | 73 |
| オ. 権限 | 73 |
| (ア) 裁判所による内容規制 | 73 |
| (イ) 普通取引約款規制法の適用 | 74 |
| 5. ドイツにおける労働契約法の位置づけ | 74 |
| (1) 労働者保護法と労働契約法 | 74 |
| (2) 集団的労働法と労働契約法 | 75 |
| (3) 労働契約法の意義 | 76 |
| (4) 労働契約法と労働裁判制度 | 76 |

第2節 各論

| | |
|----------------------|----|
| 1. 採用内定 | 77 |
| (1) 規制の概要 | 77 |
| ア. 契約の締結 | 77 |
| イ. 採用内定 | 77 |
| 2. 試用期間 | 77 |
| (1) 規制の概要 | 77 |
| (2) 実態 | 78 |
| 3. 労働条件設定の法的手段 | 78 |
| (1) 労働協約 | 79 |
| ア. 労働協約の規制対象 | 79 |
| イ. 労働協約の効力 | 79 |
| ウ. 有利原則 | 80 |
| エ. 労働協約の余後効 | 80 |
| (2) 事業所協定 | 80 |
| ア. 事業所協定の効力 | 80 |
| イ. 事業所協定と労働協約 | 81 |
| ウ. 事業所協定と労働契約上の統一的規制 | 81 |
| (3) 労働契約 | 82 |
| 4. 労働条件の変更 | 82 |
| (1) 労働条件の変更 | 82 |
| ア. 個別労働契約上の労働条件変更 | 83 |
| (ア) 労務指揮権 | 83 |
| (イ) 労働契約上の統一的規制の変更 | 84 |
| (ウ) 変更・撤回権の留保 | 84 |
| (エ) 変更契約 | 84 |
| (オ) 変更解約告知 | 85 |
| a. 変更解約告知制度 | 85 |
| b. 変更解約告知の効力の判断基準 | 85 |
| c. 事業所委員会の関与 | 87 |
| イ. 事業所協定 | 87 |
| (ア) 事業所協定と個別労働契約との関係 | 87 |
| a. 社会的給付の減少, 廃止 | 87 |
| b. 労働時間 | 88 |
| c. 定年 | 88 |

| | |
|------------------------------------|-----|
| (イ) 事業所協定と労働協約との関係 | 88 |
| ウ. 労働協約 | 89 |
| (2) 配置転換 | 90 |
| ア. 規制の概要 | 90 |
| (ア) 労務指揮権の範囲 | 90 |
| (イ) 変更解約告知 | 91 |
| (ウ) 共同決定 | 91 |
| イ. 実態 | 92 |
| (3) 出向・転籍 | 92 |
| ア. 規制の概要 | 92 |
| イ. 実態 | 93 |
| 5. 懲戒 | 93 |
| (1) 規制の概要 | 93 |
| (2) 実態 | 94 |
| 6. 休職制度 | 95 |
| (1) 疾病による休職時の収入保障 | 95 |
| 7. その他労働契約にかかわる権利義務関係 | 96 |
| (1) 競業禁止義務 | 96 |
| ア. 労働関係存続中の競業禁止義務 | 97 |
| イ. 労働関係終了後の競業禁止義務 | 97 |
| (ア) 競業禁止の効力 | 97 |
| (イ) 労働契約の即時解約と競業禁止の効力 | 98 |
| (2) 使用者の配慮義務 | 98 |
| ア. 生命・健康に対する保護義務 | 98 |
| イ. 労働関係における人格の保護 | 99 |
| ウ. 労働者の財産に対する保護義務 | 100 |
| (3) 労働者の損害賠償責任 | 100 |
| ア. 労働者の労働不履行の場合の損害賠償責任 | 100 |
| (ア) 給付障害に関する一般原則 | 100 |
| (イ) 労働義務の不履行 | 100 |
| イ. 労働者が労働給付において使用者に損害を与えた場合の損害賠償責任 | 101 |
| (ア) 不完全給付 (Schlechtleistung) | 101 |
| (イ) 労働者の損害賠償責任制限法理 | 102 |
| (ウ) 民法典 619a 条 | 103 |
| 8. 労働契約の終了 | 103 |

| | |
|--|-----|
| (1) 規制の概要 | 103 |
| ア. 終了事由 | 104 |
| イ. 労働関係終了時の使用者の義務 | 105 |
| (ア) 合意解約 (Aufhebungsvertrag) | 105 |
| (イ) 裁判による解消 (解雇制限法 9 条及び 10 条) | 107 |
| (ウ) 解約告知 | 108 |
| a. 解約告知の種類 | 108 |
| (a) 通常解約告知と非常解約告知 | 108 |
| (b) 終了解約告知と変更解約告知 | 109 |
| (c) 完全解約告知と一部解約告知 | 109 |
| (d) 集団的解雇 (Massenentlassung) | 109 |
| (e) 自己解約告知 (Eigenkündigung) | 109 |
| (f) 反復解約告知 (Wiederholungskündigung, Trotzündigung) | 109 |
| b. 解約告知の方法 | 110 |
| (2) 一般的解雇制限 | 112 |
| ア. 解雇制限法の内容 | 112 |
| (ア) 適用範囲 | 112 |
| a. 適用対象事業所と労働者 | 112 |
| b. 管理的職員 | 112 |
| (イ) 解約告知事由 | 112 |
| (ウ) 解雇の正当性判断に当たって妥当する原則 | 114 |
| (エ) 個人的な理由による解雇 | 116 |
| (オ) 行動を理由とする解雇 | 118 |
| (カ) 経営上の理由による解雇 | 118 |
| a. 企業家の決定 | 118 |
| b. 労働ポストの喪失 | 119 |
| c. 他の労働ポストにおける継続就労可能性 | 119 |
| d. 社会的選択 | 119 |
| イ. 小規模事業所における解雇権濫用法理 | 123 |
| (3) 特別の解雇制限 | 123 |
| (4) その他の無効事由 | 124 |
| ア. 公序違反 (民法典 138 条) | 124 |
| イ. 差別等を理由とする解雇 | 124 |
| ウ. 信義誠実違反 (民法典 242 条) | 124 |
| (5) 解雇制限訴訟 | 124 |

| | |
|--|-----|
| ア． 提訴期間 | 124 |
| イ． 継続就労請求権 (Weiterbeschäftigungsanspruch) | 124 |
| ウ． 再雇用請求権 (Wiedereinstellungsanspruch) | 125 |
| (6) 解雇紛争の実態と解雇制限法の改革論 | 126 |
| ア． 労働関係終了の実態 | 126 |
| イ． 解雇制限法の改革論 | 127 |
| ウ． ロストック州労働裁判所裁判長代理ウールリッヒ・コッホ裁判官のコメント | 128 |
| 〔参考資料 1〕 | |
| 民法典 (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) (抄) 第 8 節 雇用契約 | 132 |
| 〔参考資料 2〕 | |
| 解雇制限法 (Kündigungsschutzgesetz : KSchG) | 139 |
| 〔参考資料 3〕 | |
| 民法典 第 2 部 債務関係法 第 2 章 普通取引約款による法律行為上の債務関係の形成 | 150 |
| 〔参考資料 4〕 | |
| 債務法現代化法による民法典上の給付障害法に関する新たな諸規定 (抄) | 153 |

第 2 章 フランス

第 1 節 総論

| | |
|----------------------------|-----|
| 1. 法源 | 157 |
| (1) 労働契約法制と労働保護法制との関係 | 157 |
| (2) 労働条件設定の方法と当事者 | 157 |
| ア． 労働組合と労働協約 | 157 |
| イ． 企業内法定従業員代表制度の関与 | 158 |
| ウ． 労働組合と法定従業員代表制度の関係 | 159 |
| (3) 労働契約と労働協約の関係 (就業規則を含む) | 159 |
| ア． 規範的効力とその構造 | 159 |
| イ． 就業規則 | 159 |
| 2. 根拠法 | 160 |
| (1) 法源の階層構造と有利性原則 | 160 |
| (2) 憲法規範・国際規範 | 161 |
| (3) 労働法典 | 161 |
| (4) その他—労働協約, 慣行, 判例等 | 161 |
| 3. 労働契約法制の対象範囲 | 162 |

| | |
|--|------------|
| (1) 労働者の対象範囲 | 162 |
| ア. 「労働者 (salarie) 」 の概念 | 162 |
| イ. 「労働契約」 の画定 | 162 |
| (ア) 法的従属関係 | 162 |
| (イ) 独立労働者への「労働契約」性の付与 | 163 |
| (ウ) 証明責任 | 163 |
| (2) 使用者の範囲 | 163 |
| 4. 規制の実効性確保の仕組み | 164 |
| (1) 法違反の場合の措置 | 164 |
| ア. 民事, 刑事, 行政 (概説) | 164 |
| (2) 紛争解決機関 | 165 |
| ア. 司法機関 | 165 |
| (ア) 労働審判所 (Conseil de prud'hommes) | 166 |
| a. 制度内容 | 166 |
| b. 管轄 | 166 |
| c. 実態 | 167 |
| (イ) 労働裁判の件数等 | 167 |
| (ウ) 通常裁判所 | 168 |
| a. 小審裁判所 (Tribunal d'instance) | 168 |
| b. 大審裁判所 (Tribunal de grande instance) | 168 |
| c. その他の裁判所 | 169 |
| イ. 行政機関—労働監督官制度 | 169 |
| (ア) 制度 | 169 |
| a. 監視機能 | 169 |
| b. 決定機能 | 169 |
| c. 援助機能 | 170 |
| (イ) 実態 | 170 |
| 5. 「労働契約法」 の位置づけ | 170 |

第2節 各論

| | |
|--------------------------|------------|
| 1. 採用内定 | 171 |
| (1) 採用に関する法制度 (概説) | 171 |
| ア. 差別禁止 | 171 |
| イ. 雇用の禁止 | 171 |
| ウ. 優先的雇用 | 171 |

| | |
|---|-----|
| (2) 採用内定と実態 | 172 |
| 2. 試用期間 (période d'essai) | 172 |
| (1) 規制の概要 | 172 |
| ア. 法的性格・位置づけ | 172 |
| イ. 試用期間の設定と長さ | 172 |
| ウ. 試用期間中の解約 | 173 |
| エ. 試用期間の更新 | 173 |
| 3. 労働条件設定の法的手段 | 173 |
| (1) 個別労働契約 | 173 |
| ア. 法的性格, 機能 | 173 |
| イ. 作成手続 | 174 |
| ウ. 記載内容 | 175 |
| (2) 労働協約 | 175 |
| ア. 概論 | 175 |
| (ア) 法的性格と種類 | 175 |
| (イ) 団体交渉・労働協約ルールの変容—労使間対話に関する2004年5月4日の法律 | 176 |
| a. 労働協約間の関係づけ | 176 |
| b. 多数性原則の一般化 | 176 |
| c. 企業レベルにおける従業員代表の関与の拡大 | 177 |
| イ. 労働協約の法制度 | 177 |
| (ア) 労働協約の締結 (署名) 当事者 | 177 |
| (イ) 作成手続 | 178 |
| (ウ) 記載内容 | 178 |
| (エ) 効果 | 178 |
| a. 有効性要件 | 178 |
| b. 効果 | 179 |
| (3) 各労働条件規制手段の相互関係・実態 | 179 |
| ア. 労働契約の機能と労働協約との関係 | 179 |
| イ. 協約間のルールの変更と労働契約との関係 | 180 |
| ウ. 就業規則 | 180 |
| (4) 就業規則 (règlement intérieur) | 181 |
| ア. 規制の概要 | 181 |
| (ア) 作成義務 | 181 |
| (イ) 対象事項と内容上の規制 | 181 |

| | |
|--|------------|
| (ウ) 作成及び変更の際の手續 | 182 |
| (エ) 労働監督官によるコントロール | 182 |
| 4. 労働条件の変更（全般） | 182 |
| (1) 労働条件変更法理の全体像（概説） | 182 |
| (2) 労働協約の変更 | 183 |
| ア. 改定の手続と効果 | 183 |
| (ア) 手續 | 183 |
| (イ) 効果 | 183 |
| イ. 破棄の手続と効果 | 183 |
| (ア) 手續 | 183 |
| (イ) 効果 | 184 |
| a. いずれかの署名当事者全体による破棄 | 184 |
| b. いずれかの署名当事者の一部による破棄 | 184 |
| (3) 企業内慣行の破棄 | 184 |
| (4) 労働契約変更 | 185 |
| ア. 判例法理の動向 | 185 |
| イ. 「労働契約の変更」と「労務遂行条件の変更」 | 185 |
| ウ. 変更提案の受諾及び拒否の結果 | 186 |
| (ア) 「労働契約の変更」に適用される制度 | 187 |
| a. 労働者が受諾する場合 | 187 |
| b. 労働者が拒否する場合 | 187 |
| c. 実態 | 187 |
| (イ) 「労務遂行条件の変更」に適用される制度 | 188 |
| (5) 配置転換と出向・転籍 | 188 |
| ア. 配置転換・出向・転籍の区別と性格 | 188 |
| イ. 配置転換と移動条項 | 188 |
| (ア) 法的規制 | 188 |
| (イ) 実態 | 189 |
| (6) 「変更解約告知」に相当する議論（労働条件変更拒否に対する解雇）の位置づけ | 189 |
| 5. 懲戒（sanction disciplinaire） | 190 |
| (1) 規制の概要 | 190 |
| ア. 懲戒権限の根拠及び概念 | 190 |
| イ. 懲戒の理由となる非行（faute） | 190 |
| ウ. 懲戒の内容 | 190 |

| | |
|--|------------|
| エ. 懲戒の手續 | 190 |
| オ. 司法的コントロール | 191 |
| カ. 違反の効果 | 192 |
| 6. 休職制度 | 192 |
| (1) 労働契約の停止 | 192 |
| (2) 「労働契約の停止」に該当する主なケース | 192 |
| 7. その他労働契約にかかわる権利義務関係 | 193 |
| (1) 秘密保持義務 | 193 |
| ア. 根拠 | 193 |
| イ. 内容 | 193 |
| (2) 競業禁止義務 (obligation de non-concurrence) | 194 |
| ア. 労働契約期間中の義務 | 194 |
| イ. 労働関係終了後の義務 | 194 |
| (ア) 根拠 | 194 |
| (イ) 有効性要件 | 194 |
| (3) 安全配慮義務 | 195 |
| (4) 労働者の損害賠償責任 | 195 |
| 8. 労働契約の終了 | 196 |
| (1) 解雇 | 196 |
| ア. 解約自由の原則と制限 | 196 |
| イ. 人的理由による解雇 | 196 |
| (ア) 定義 | 196 |
| (イ) 実体的要件 | 196 |
| (ウ) 手続的要件 | 197 |
| a. 事前面談への呼出 | 197 |
| b. 事前面談 | 197 |
| c. 解雇の通知 | 197 |
| ウ. 経済的理由による解雇 | 197 |
| (ア) 定義 | 197 |
| (イ) 実体的要件 | 198 |
| (ウ) 手続的要件 | 198 |
| (エ) 行政庁への通知 | 199 |
| エ. 違反の効果 (L.122-14-4条, L.122-14-5条) | 199 |
| (ア) 人的理由による解雇の場合 | 199 |
| (イ) 経済的理由による解雇の場合 | 200 |

| | |
|---|-----|
| オ. 「禁止される解雇」 (無効になる解雇) | 201 |
| (7) 解雇禁止 (無効) の対象 | 201 |
| (イ) 違反の効果 | 201 |
| (2) 解雇後の保障的措置 | 202 |
| ア. 解雇予告期間又は手当 | 202 |
| イ. 解雇手当 | 202 |
| ウ. 有給休暇補償手当 | 202 |
| エ. 労働者の非行の程度との関係 | 202 |
| オ. 再雇用優先権 | 203 |
| カ. 再就職援助措置 | 203 |
| (3) 「変更解約告知」 に相当する制度 | 203 |
| (4) 合意解約 (rupture d'un commun accord) | 204 |
| ア. 合意解約の有効性 | 204 |
| イ. 合意解約の効果 | 204 |
| (5) 辞職 (démission) | 205 |
| ア. 定義・法的性格 | 205 |
| イ. 辞職の自由と限界 | 205 |
| ウ. 実体的要件 | 205 |
| エ. 手続 | 206 |

第3章 イギリス

| | |
|------------|-----|
| はじめに | 207 |
|------------|-----|

第1節 総論

| | |
|----------------------|-----|
| 1. 法源 | 207 |
| (1) 正式の労働法の法源 | 207 |
| ア. コモン・ロー | 207 |
| イ. 制定法及び制定法的文書 | 208 |
| ウ. 行為準則 | 209 |
| エ. EU 法 | 210 |
| (2) 自主的法源 | 210 |
| ア. 労働協約 | 210 |
| イ. 就業規則 | 211 |
| ウ. 雇用条件明細書 | 212 |

| | |
|----------------------------------|-----|
| エ. 慣行 | 212 |
| 2. 根拠法 | 213 |
| (1) 1996年雇用権利法 | 213 |
| (2) 1999年雇用関係法 | 213 |
| (3) 2002年雇用法 | 214 |
| (4) 1998年人権法 | 214 |
| (5) 1981年営業譲渡（雇用保護）規則 | 215 |
| 3. 「雇用契約法制」の対象範囲 | 215 |
| (1) 被用者 | 215 |
| (2) 労働者 | 217 |
| (3) 勤続期間の要件 | 218 |
| (4) 使用者・関連使用者・上位使用者・主たる使用者 | 218 |
| 4. 規制の実効性確保の仕組み | 220 |
| (1) 監督行政機関 | 220 |
| ア. 安全衛生執行局 | 220 |
| イ. 内国税収入庁 | 220 |
| (2) 裁判所・審判所・ACAS | 221 |
| ア. 裁判所 | 221 |
| イ. 雇用審判所・雇用上訴審判所 | 221 |
| ウ. ACAS | 224 |
| 5. 「雇用契約法」の位置づけ | 225 |
| | |
| 第2節 各論 | |
| 1. 採用内定 | 225 |
| 2. 試用期間 | 226 |
| 3. 労働条件設定の法的手段 | 227 |
| (1) 各規制の概要 | 227 |
| (2) 各労働条件規制手段の相互関係・実態 | 230 |
| 4. 労働条件の変更 | 231 |
| (1) 配置転換 | 235 |
| (2) 出向, 転籍（セカンドメント） | 235 |
| 5. 懲戒 | 236 |
| 6. 休職制度 | 240 |
| 7. その他雇用契約にかかわる権利義務関係 | 241 |
| (1) 秘密保持義務 | 241 |

| | |
|----------------|-----|
| (2) 競業禁止義務 | 242 |
| (3) 安全配慮義務 | 244 |
| (4) 被用者の損害賠償責任 | 245 |
| 8. 雇用契約の終了 | 245 |
| (1) 辞職 | 245 |
| (2) 合意解約 | 246 |
| (3) 雇用契約の挫折 | 246 |
| (4) 解雇 | 248 |
| ア. 違法解雇 | 248 |
| イ. 制定法上の不公正解雇 | 249 |
| ウ. 制定法上の剰員整理解雇 | 255 |
| おわりに | 256 |

第4章 アメリカ

第1節 総論

| | |
|---------------------------------------|-----|
| 1. 法源 | 259 |
| (1) アメリカの雇用・労働法体系 | 259 |
| ア. 制定法による規制 | 259 |
| イ. 労働協約による規制 | 260 |
| ウ. 雇用契約が規制する労働関係事項 | 261 |
| (2) 個別雇用関係に対するコモン・ローの支配 | 262 |
| ア. アメリカにおける雇用契約の概念と基礎となる考え方 | 262 |
| (ア) 契約概念 | 262 |
| (イ) 主従法 | 263 |
| イ. 一般的な雇用関係としての at-will 雇用契約関係 | 263 |
| (3) at-will 雇用契約と労働保護法制等との関係 | 265 |
| ア. 労働保護法制 | 265 |
| イ. 差別禁止法制 | 266 |
| ウ. 制定法による雇用契約に係る規制の例 | 267 |
| (4) 労働条件設定の方法と当事者 | 269 |
| ア. 使用者と労働組合 | 269 |
| イ. 使用者と労働者（雇用契約書） | 270 |
| ウ. 使用者（エンプロイヤー・ハンドブック） | 270 |

| | |
|---|------------|
| (5) at-will 雇用契約と労働協約又はエンプロイヤー・ハンドブックとの関係 | 271 |
| ア. 労働協約 | 271 |
| イ. エンプロイヤー・ハンドブック | 272 |
| 2. 雇用契約法制の対象範囲 | 272 |
| (1) 被用者の範囲 | 272 |
| ア. 管理権基準 | 273 |
| イ. 経済的実態基準 | 273 |
| (2) 使用者の範囲 | 275 |
| ア. コモン・ロー | 275 |
| イ. 連邦制定法 | 275 |
| (ア) 公正労働基準法 (FLSA) | 275 |
| (イ) 家族・医療休暇法 (FMLA) | 275 |
| (ウ) 職業安全衛生法 (OSHAct) | 275 |
| (エ) タイトル・セブン等差別禁止法 | 276 |
| ウ. 共同使用者 | 276 |
| (ア) 公正労働基準法 (FLSA) | 276 |
| (イ) 家族・医療休暇法 (FMLA) | 277 |
| (ウ) 職業安全衛生法 (OSHAct) | 277 |
| (エ) タイトル・セブン等差別禁止法 | 277 |
| 3. 規制の実効性確保の仕組み | 278 |
| (1) 雇用契約違反の場合の措置 | 279 |
| (2) 裁判所の救済権限 | 279 |
| (3) 紛争解決機関等 | 279 |
| ア. 雇用関係裁判の件数 | 280 |
| イ. 行政監督機関 | 282 |
| (ア) 公正労働基準法 (FLSA) | 282 |
| (イ) 家族・医療休暇法 (FMLA) | 284 |
| (ウ) 職業安全衛生法 (OSHAct) | 286 |
| (エ) タイトル・セブン等差別禁止法 | 287 |
| ウ. 裁判外又は代替的紛争処理 (ADR) | 288 |
| エ. 雇用契約仲裁 | 290 |
| 4. アメリカの雇用・労働法における雇用契約の体系的位置づけ | 293 |
| | |
| 第2節 各論 | |
| 1. 採用内定 | 295 |

| | |
|---|-----|
| (1) 規制の概要 | 295 |
| ア. 約束手的禁反言 | 296 |
| イ. 不実表示 | 297 |
| ウ. 小括 | 298 |
| (2) 実態 | 298 |
| 2. 試用期間 | 300 |
| (1) 規制の概要 | 300 |
| (2) 実態 | 300 |
| 3. 労働条件設定の法的手段 | 301 |
| (1) 各規制の概要 | 301 |
| (2) 各労働条件規制手段の相互関係・実態 | 303 |
| 4. 労働条件の変更 | 304 |
| (1) 規制の概要 | 304 |
| (2) 実態 | 305 |
| ア. 労働条件の変更 | 305 |
| イ. 配置転換, 出向, 転籍 | 306 |
| 5. 懲戒 | 307 |
| (1) 規制の概要 | 307 |
| (2) 実態 | 307 |
| 6. 休職制度 | 308 |
| 7. その他雇用契約にかかわる権利義務関係 | 309 |
| (1) 秘密保持義務 | 309 |
| ア. 規制の概要 | 309 |
| イ. 幾つかの問題 | 312 |
| (2) 競業避止義務 | 313 |
| (3) 安全配慮義務に相当する法理 | 319 |
| (4) 被用者の損害賠償責任 | 320 |
| 8. 雇用契約の終了 | 320 |
| (1) 普通解雇 | 320 |
| ア. at-will 雇用契約解約の法規制 | 321 |
| (ア) パブリック・ポリシー違反 | 321 |
| (イ) 契約違反 (雇用契約違反, エンプロイヤー・ハンドブック記載事項違反) | 322 |
| (ウ) 誠実・公正義務違反 | 322 |
| イ. 実態 | 323 |
| (2) 整理解雇 | 323 |

| | |
|---|---------------------------|
| ア．法規制 | 323 |
| イ．実態 | 328 |
| (3) 差別的解雇 | 330 |
| (4) 合意解約 | 330 |
| ア．法規制 | 330 |
| イ．実態 | 330 |
| (5) 「変更解約告知」に相当する制度 | 330 |
| (6) 自己都合退職 | 331 |
| ア．法規制 | 331 |
| イ．実態 | 331 |
| 〔参考資料〕 | |
| American Law Institute (アメリカ法律協会) | |
| Restatement of the Law Third (リステイメント第3版) | |
| Employment Law (雇用法) | |
| Preliminary Draft No. 2 (計画案 第2版) | *なお、個別論点の細目次のみ。 333 |

序 章 調査研究の目的等と概要

本報告書は、厚生労働省からの研究要請に基づき、平成 16 年 4 月から平成 17 年 3 月までの期間に実施した「諸外国の労働契約法制に関する調査研究」ワーキング・グループによる、ドイツ、フランス、イギリス及びアメリカにおける労働契約法制の研究成果を取りまとめたものである。

1. 調査研究の目的

(1) 伝統的労働法は均質な集団としての労働者を前提に、強行的規範による一律の規制を行い、それを刑事罰及び行政監督によって担保するという手法を用いる傾向にあった（例えば、労働基準法、最低賃金法等）。しかし、労働者の多様化・個別化が進展し、また、企業を取り巻く経済社会状況も変化した今日、労働関係の現状を踏まえた新たな規制の在り方を模索する必要性が高まってきている。すでに伝統的労働条件規制の中核立法である労働基準法も、1980 年代からその規制の在り方の見直しを経験してきている。労働時間の短縮と併せて労働時間規制の柔軟化を図った 1987 年労働基準法改正や、労働条件明示の規制を強化する一方、企画業務型裁量労働制を導入して規制の現代化を進めた 1998 年労働基準法改正は、そうした試みの一つであった。

また、個別的労働関係を規律する法律の中には刑事罰による担保のないものも登場してきた。1985 年制定の男女雇用機会均等法がその典型である。しかし同法でも行政による助言・指導・勧告を通じた法の実効性確保が予定されている。

これに対して、刑事制裁も行政による実効性確保措置も予定されず、その権利実現には当事者が提訴することを要する純粋に民事的規範のみを設定する労働法規も登場するに至っている。会社分割法制導入に対応して制定された 2000 年の労働契約承継法がそうであり、2003 年労働基準法改正における解雇権濫用法理を明文化した 18 条の 2 や 2004 年制定の公益通報者保護法も同じ系列に属すると解することも可能である。そして、労働契約関係を規律するさまざまな判例法理も刑事罰や行政監督の対象とはならないが、裁判に当たっては不文のルールとして労働契約を規律する重要な機能を営んでいる。

このように、労働契約関係を規律する法規には、刑事罰や行政監督等公法的規制によって担保される「労働保護法」とは異なり、純粋に民事規範を設定し、その権利実現は裁判によるという「労働契約法」とも呼ぶべき新たな類型の労働法が生成されつつある。このことは、同様に純然たる民事法規たる民法における雇用契約に関する規定との関係をも改めて問い直させることともなる。

こうした情勢の中、雇用関係を規律するルールの明確化の要請等から、2003 年労働基準法改正の際の衆参両院における附帯決議では「労働条件の変更、出向、転籍など、労働契約に

ついて包括的な法律を策定するため、専門的な調査研究を行う場を設けて積極的に検討を進め、その結果に基づき、法令上の措置を含め必要な措置を講ずること。」とされた。こうして労働契約法の立法作業が労働政策上の具体的な課題となっている。

(2) 以上のような政策課題を受けて、本ワーキング・グループでは欧米主要 4 カ国（ドイツ、フランス、イギリス、アメリカ）の労働契約の成立から展開、終了に至るまでの各場面における労働契約を巡る法制度及び判例・裁判例等を明らかにし、日本における今後の労働契約法制の在り方に関する議論に資することを目的として、本調査研究を実施することとした。

2. 報告書の構成と検討における留意点

(1) 報告書の構成

本報告書は、序章に続いて 1 章から 4 章で各国法の分析を行っている。各国法の分析においては、各国の状況を比較対照することができるよう、基本的に下記の統一的外アウトラインに従って執筆されている。もっとも、各国の法制度は非常に多様であり、その正確な理解に必要な限度でアウトラインと若干異なる順序等で叙述を行った部分もある。

第 1 節 総論

- 1 法源
- 2 根拠法
- 3 労働契約法制の対象範囲
- 4 規制の実効性確保の仕組み
- 5 当該国における「労働契約法」の位置づけ

第 2 節 各論

- 1 採用内定
- 2 試用期間
- 3 労働条件設定の法的手段
- 4 労働条件の変更
- 5 懲戒
- 6 休職制度
- 7 その他労働契約にかかわる権利義務関係（秘密保持義務、競業避止義務、安全配慮義務等）
- 8 労働契約の終了

総論では、まず、労働条件を規律する法源（法令、労働協約や事業所協定等の集团的合意、就業規則に相当する規制、個別労働契約等）について分析を行う。次に、労働条件を規律し

ている根拠法について概観し、また、労働契約法制の適用対象となる労働者及び使用者の範囲について検討する。そして、制定法の規制内容の実効性確保が、刑罰や行政監督といった公法上の措置によって図られているのか（以下このような公法上の実効性確保措置を伴う労働条件規制立法を総称して「労働保護法¹」と呼ぶ。）、あるいは、当事者が裁判所等紛争解決機関における紛争処理を利用することによるか（このような公法上の実効性確保措置を伴わない労働条件規制立法を総称して「労働契約法」と呼ぶ。）について分析する。こうした分析を踏まえて、各国における労働保護法と対比した場合の「労働契約法」の位置づけ等について検討を加える。

各論では、労働契約の成立・展開・終了における種々の論点、すなわち、採用内定、試用期間、労働条件設定の法的手段、労働条件変更、配転・出向、懲戒、休職制度、付随義務をはじめとするその他の契約上の権利義務（秘密保持義務、競業避止義務、安全配慮義務等）、労働者の損害賠償責任、解雇規制等を中心とする労働契約の終了について、各国の状況を概観する。

(2) 検討における留意点

本研究においては、次の諸点に特に留意しつつ検討を行った。

第一に、各国の法制度の異同を簡便に把握できるように、主要4ヶ国について上述の統一のアウトラインに従って日本で課題となっている労働契約法制の状況を分析することとした。

しかし、各国の労働条件設定システムは非常に異なっており、そのシステム全体の相違を踏まえずに事項ごとに単純に各国の取扱いの異同を比較することは、制度の誤った理解につながりかねない。そこで、第二に、各国の労働条件設定システムの全体像を踏まえた検討を行うことを心がけた。本報告書では、総論として労働条件を規律する法源、対象者、実効性確保の制度等、各国の労働条件設定システムについて相当詳細な叙述を行っている。また、各論でも「3 労働条件設定の法的手段」及び「4 労働条件の変更」を設け、法律、労働協約や企業・事業所レベルの集团的合意、就業規則に相当する制度、個別労働契約といった労働条件を設定する法的手段の相互関係、労働条件の設定・変更が実際にどのように行われているのかを分析した。

第三に、本報告書の課題が、労働基準法に代表される刑事罰や行政監督等の公法的規制によって実効性確保の図られる「労働保護法」とは異なる、民事規範からなる「労働契約法」の内容や可能性について検討する点にあることから、各国の法制度について「労働保護法」と「労働契約法」という視角から分析を加えている。そして、公法実効性確保措置を伴わない労働契約法においては、その実効性を確保するための紛争処理システムがどのように機能しているのかを把握することが必要となる。そこで、総論の中に「4 規制の実効性確保の

¹ ドイツでは（狭義の）労働保護法（Arbeitschutzrecht）あるいは労働者保護法（Arbeitnehmerschutzrecht）と呼ばれている。

仕組み」の項を設け、法違反に対する刑事的、行政的サクション及び民事的な権利実現手法の内容を分析し、監督機関や裁判所その他の紛争処理機関について簡潔な概観を行った。

第四に、文献のみでは知り得ない運用実態や制度背景について、現地での聴き取り調査を行い、その成果を反映した分析を行うことを心がけた。統一のアウトラインに基づく分析検討を行ったこととも関係して、ある国で問題となっている事項が当該国で問題とされていないことも少なくないが、その理由・背景等については文献等では捕捉しがたい。また、採用内定、出向、転籍等は通常、諸外国の文献等では論じられていない問題である。そして、制度が実際にどう運用されているのかについても文献での把握には限界がある。そこで、関係諸機関、研究者、実務家等に対する聴き取り調査を行い、適宜報告書に反映させることとした。

3. 4ヶ国の労働契約法制の比較法的検討

各国の法制度の個別論点に関しては第1章以下の詳細な分析及びこれを対照表とした次項「4. 諸外国の労働契約法制の概要」に譲ることとし、ここでは、総論にかかわる部分について、比較法的観点から注目される論点に絞って若干の指摘をすることとしたい。すなわち、総論的検討の中から、(1)各種法源と労働条件設定システム、(2)労働保護法・労働契約法と実効性確保メカニズム、そして、各論の中から、総論とも関連する、(3)労働条件の変更、そして(4)解雇に関する規制、について比較法的観点から若干の検討を加える。

(1) 各種法源と労働条件設定システム

上記2(2)において第2の留意点として指摘したように、本報告書では、個別の事項についての議論が各国の法制度の中でどのように位置づけられるのかを把握するため、「第1節総論、1. 法源」では各種法源について概観し、「第2節各論、3. 労働条件設定の法的手段」では、それぞれの労働条件設定手段の相互関係や実態について概観している。各国の制度内容の詳細については各章の検討に委ね、ここでは、制定法と当事者自治（集团的・個別的合意）の関係に着目して、比較法的考察を加えることとする。

労働条件については、制定法、労働協約や事業所協定等の集团的合意、個別労働契約等、複数の規範の相互関係が問題となるが、制定法の役割、集团的合意と個別的合意の関係、そして日本で重要な機能を営んでいる就業規則の位置づけ等は国によってさまざまであり、特に、大陸法系のドイツ、フランスとコモン・ロー系のイギリス、アメリカとの相違は大きい²。

① ドイツ

ドイツにおける労働条件設定規範は、制定法、労働協約、事業所協定(Betriebsvereinbarung)、個別労働契約であるが、この順に効力の序列関係が形成されている。その結果、上位の規範

² 以下については労働政策研究・研修機構『労働条件決定の法的メカニズム：7ヶ国の比較法的考察（労働政策研究報告書 No.19）』（2005年）141頁以下も参照。

の設定する労働条件を下位の規範によって引き下げる（例えば制定法の労働条件を労働協約や事業所協定、個別契約で引き下げる）ことは原則としてできない。他方、下位規範が上位規範より有利な労働条件を設定することは承認されている（いわゆる有利原則の承認）。このような規範の序列関係の中で、制定法の基本的役割は最低労働基準を設定することにある。比較法的に見ると、ドイツは制定法がよく整備され、多様な事項について広範な規範の設定を行っている。しかし、こうした法制は当事者による労働条件設定に枠をはめることにもなりかねないところ、ドイツでは、一定の場合に法定基準を労働協約によって引き下げる余地を認めることにより、その柔軟性を確保してきた（協約に開かれた強行法規）。そして近時、そのような法定基準の柔軟化を労働協約に基づく事業所協定によっても行う余地が認められ始めている点が注目される。

ドイツでは産業レベルで組織される労働組合が締結する労働協約のほかに、事業所レベルで従業員代表たる事業所委員会（Betriebsrat）が締結する事業所協定という二つの集団的労働条件設定手段があるのが特徴的である。労働協約の規範的効力は締結当事者の構成員（労働組合員と使用者団体加盟の使用者）にしか適用されないのが原則である。もともと、労働協約の拡張適用制度や個別労働契約による協約規制の援用によって、労働協約規制は非組合員にも事実上広く適用されており、ドイツの労働条件規制で最も重要な役割を果たしている。労働協約と事業所協定の規制権限についても、労働協約で規制されている、あるいは、規制するのが通常である労働条件について事業所協定を締結することはできないとして協約優位原則が法定されている。しかし、近時、労働条件規制権限を産別レベルの協約当事者から企業・事業所レベルの当事者に委譲する動きがあり、労働組合と事業所委員会の労働条件規制権限を巡って活発な議論がある。

事業所協定は、事業所に所属する従業員全員に適用され、規範的効力を有する点では日本の就業規則と同様の機能を営むが、使用者と事業所委員会との間の合意によって成立する点でその法的性質が異なる。また、事業所委員会は法律の定める一定事項については共同決定権を有する。ただし、事業所委員会の設置は法律上認められた権利であるが、これを強制する規制はなく、設置するかどうかは従業員に委ねられている。

個別労働契約は、法律、労働協約、事業所協定の設定する労働条件より、有利な労働条件を設定する限りで機能する。もともと、労働契約は、職務や勤務地等の契約上の特定を導く契約解釈の受け皿として機能し、また、非組合員が労働協約規制を契約内容に援用する場面や事業所委員会の存しない事業所における労働条件設定で重要な役割を果たす。

②フランス

フランスにおける労働条件を規律する規範³としては憲法・国際規範、制定法、労働協約・労働協定、労働契約、慣行、判例等が挙げられている。労働条件を設定する場面で主として

³ 以下では、奥田香子「フランスにおける労働条件の決定・変更」日本労働法学会編『講座 21 世紀の労働法 第 3 巻 労働条件の決定と変更』（有斐閣、2000 年）290 頁も参考とした。

問題となる法律、労働協約・労働協定、個別労働契約については、この順序で階層序列があり、上位規範に下位規範が反することはできず、規範相互の抵触が生じた場合、最も有利な規範が適用されるのが原則とされている。フランスでは大部な労働法典を中心に、膨大な労働法規が労働関係を広範に規律している。こうした階層序列の下で、制定法は最低労働基準を設定することになるが、フランスでも、ドイツと同様、一定の場合に、法定基準を労働協約によって引き下げる余地を認め（特例協定）、法定基準の柔軟化を認めている。

フランスでも、実際の労働条件設定において最も重要な機能を営んでいるのは労働協約である。フランスの場合、日本やドイツと異なり、使用者が労働協約の適用を受ける場合（協約を締結した使用者団体の構成員である場合）、その労働協約は当該使用者の締結する（非組合員の労働契約も含めた）すべての労働契約に適用される。労働協約は規範的効力（強行的効力及び自動的効力）を有し、協約基準に満たない労働契約部分は無効となり、協約基準が規律することになる。労働協約法制については、2004年5月4日法によって、階層構造と有利性原則の見直し、多数決原則の一般化等の注目すべき変化が生じている。

フランスでも労働組合とは別に企業内の労働者代表制度がある。すなわち、50人以上の企業では企業委員会（comité d'entreprise）が、11人以上の企業で従業員代表委員（délégués du personnel）の設置が義務づけられている。しかし、ドイツの事業所委員会とは異なり、これらの従業員代表の権限は諮問や苦情処理に関与することで、実務上、使用者と合意することがあっても、それは規範的効力を持った協定とは位置づけられてこなかった。しかし、1996年法以来、従業員代表に労働協約締結権限を認める法制の展開があり、2004年5月4日法はこれを一般化し、拡張部門協約がそれを許容することを条件に、組合代表委員の存在しない企業で従業員代表が労働協約を締結する権限を承認しており、注目される。

フランスでは従業員20人以上の事業場に就業規則作成義務が課されているが、対象事項は安全衛生と職場規律・懲戒に限定されており、日本のように一般的な労働条件設定手段として機能しているわけではない。

労働契約は、上記の制定法、労働協約で設定された労働条件より有利な労働条件を設定する場面で機能することになる。そのほか、労働契約は労働条件変更に関する解釈の場面等でも大きな役割を果たしている。

③イギリス

イギリスの場合、労働条件は制定法、労働協約、雇用契約、就業規則によって設定されるが、制定法を含めて、これらが雇用契約の内容となることによって法的拘束力を持つと解されている（第3章、第2節各論、3. 労働条件設定の法的手段、(1)参照）。各労働条件設定手段はいずれも契約内容となることによってはじめて法的拘束力を有するので、基本的にその効力に優劣の差がない点もイギリスの特徴である。ただし、制定法によっては自動的に契約内容に編入され、かつ、それを下回る合意や排除する合意は許されないとされるものもあり、この場合は、大陸法における強行的直律的効力を持った規制と同様の機能を営む。しか

し、そうした規定は例外的なものとなっている。

なお、イギリスは国家の労使関係不介入を伝統としてきたが、最近では、EU 法の影響もあり、労働者に新たな権利を付与する制定法が増加してきており、紛争処理システムに救済が求められる場合も増加している。なお、EU 指令に従って、2005 年 4 月より情報提供と協議に関する規則が施行され、従業員の 10%以上が請求した場合、情報提供・協議の仕組みを設けることが予定されている。労働者利益を代表する制度として労働組合のみを想定してきたイギリスの伝統的労使関係が新たな展開を見せつつある。

イギリスでは労働協約に規範的効力は与えられておらず、橋渡し条項によって、個別契約に編入されることによって初めて法的拘束力を持つ。使用者が一方的に制定する就業規則 (works rules) についても同様で、契約に編入されれば雇用契約の内容となる。このように、労働条件設定に関しては、労働契約が各種の労働条件設定手段の法的な受け皿となっており、さらに、黙示条項の解釈に際しても重要な役割を果たしている。

④アメリカ

アメリカは、伝統的に労働条件設定に国家が介入することに消極的で、必要な労働条件保護は、排他的交渉代表たる労働組合を法認し、不当労働行為制度 (団交拒否等に対する行政救済) によって担保された団体交渉制度を通じて達成させるという立法政策を採ってきた。しかし、組合組織率や組合支持の低下によって団体交渉システムの妥当領域が縮小してきたため、1970 年代以降、個別立法が増加してきている。また、1960 年代から差別禁止立法が発展し、労働条件設定や解雇規制にも間接的に影響を与えている点には留意する必要がある。これらの制定法の中には、労働者に直接当該制定法に基づいた訴訟提起の権限を与えるものもあり、この場合、当該規制より不利な合意をしても (それが適法な訴権の放棄に該当する場合を除き)、労働者は制定法を直接の根拠として制定法上の保護を享受しうることとなる (公正労働基準法や家族・医療休暇法等)。

このようにアメリカでは、従前に比べると制定法の役割が増大してきている。しかし、他国と比較すると、労働契約に対する制定法による規制はなお限定的といつてよく、本調査が各論で対象としたほとんどの事項について制定法の規制は存しない (以下のように、排他的交渉代表が存在する場合を除けば、コモン・ロー上の随意雇用原則に基づく規律がなされることになる)。

アメリカの労働条件設定の仕組みは、排他的交渉代表が存する場合とそうでない場合とで極めて大きな違いが生ずる。排他的交渉代表たる労働組合が選出されている場合、使用者は当該交渉単位内の全労働者との関係で、労働組合を通さない個別交渉を行うことは不当労働行為とされているため、個別交渉は排除され、結果として交渉単位内の全従業員が組合員籍と無関係に、労働協約の適用を受けることになる。これに対して、排他的交渉代表たる労働組合が選出されていない場合、労働条件設定は使用者と個別の労働者の自由な取引に委ねられることとなる。そして、アメリカの雇用契約を支配しているのは随意雇用 (employment at

will) 原則であり、特段の雇用保障が約定されない限り、また、差別禁止事由に該当しない限り、使用者は正当事由を要せず随意に労働者を解雇できる。その結果、自由な個別取引は、労働市場による調整を直接的に反映したものとなりがちである。アメリカでは、現在、大多数の労働者がこの個別交渉による労働条件設定の仕組みに服している。

(2) 労働保護法・労働契約法と実効性確保メカニズム

上記 2 (2)において第 3 の留意点として指摘したように、本報告書では、労働保護法と労働契約法を区別して、労働契約法の機能・任務、その規制手法等について諸外国の情報を収集・分析することを一つの課題としている。日本では労働基準法を中心とする労働保護法が既に存在することから、そこで規制されていない事項に関する判例法理等が労働契約法のとりあえずの対象と考えられよう。しかし、労働基準法の中には解雇権濫用法理を明文化した 18 条の 2 や就業規則の効力に関する 93 条のように、民事規範のみを設定する条項も存在し、労働基準法と新たな労働契約法の関係は改めて検討する必要がある。

以下では、まず、労働保護法と労働契約法の区別について、主要 4 ヶ国の状況を分析し、労働契約法に属する規制について課題となる実効性確保の仕組みについて若干の整理を行う。

①労働保護法と労働契約法の区別

当該規制の実効性を誰が担保するのかという観点からは、刑事制裁や行政監督といった公法的手法によってその実効性が確保される法（労働保護法）と、そうした公法上の担保に依らずに労働関係当事者（特に労働者）自身が訴訟を提起することによってその規制を実現することとなる法（労働契約法）が区別できる。そして、こうした区別は、法律単位で存することもあれば、法律の中の規制対象事項ごとに、さらには個別の条項ごとに存することもありうる。

労働保護法と労働契約法の区別が、法律を単位として、明確に存するのはドイツである。ドイツでは、労働安全衛生に関する制定法たる労働保護法（Arbeitsschutzgesetz）、労働時間法、閉店法、母性保護法、年少者労働保護法等が刑罰・労働監督等によって実効性が担保される「労働保護法（Arbeitsschutzrecht）ないし労働者保護法（Arbeitnehmerschutzrecht）」に属する。これに対して、大部分の個別的労働関係法、すなわち、民法典、商法典、営業法、証明書法、就労者保護法（職場のセクシュアル・ハラスメント防止法）、賃金継続支払法、連邦年次休暇法、解雇制限法、パートタイム労働・有期労働契約法等が公法上の実効性確保措置を伴わない「労働契約法（Arbeitsvertragsrecht）」に属する。

ドイツでは労働契約法に属する立法を統合した統一労働契約法の策定が、19 世紀末から何度も試みられたが、なお実現していない⁴。1990 年の東西ドイツ統一条約 30 条 1 項は、労働

⁴ 大沼邦博・村中孝史・米津孝司「ドイツ統一労働契約法（草案）・1」法律時報 65 卷 3 号 69 頁以下（1993 年）参照。

契約法の統一的法典化を立法者の責務としており、この政策義務は今日なお維持されている。政府は現実的対応として、可能な部分から個別に立法化を進め⁵、最終的にそれらを統合するという方針で臨んでいるとのことであるが、少なくとも近い将来に統一労働契約法が実現する情勢にはないと見られている。

フランスには、労働法規を集成し法典化した「労働法典（Code du travail）」が存在する。そのこともあり、個別の労働立法が労働保護法か労働契約法かを区別する議論はなされていない。もっとも、労働法典の具体的な規定を見ていくと、罰則・行政監督の担保のある労働保護法規と、そうした公法上の措置の用意されていない労働契約法規とが、理論上は観念できるはずであるが、それらが規制事項ごとに体系的に区別されているわけでもないようである⁶。なお、フランスでは違反を摘発する労働監督官数が少ないこともあり、刑事制裁が実際に発動されることはまれであるとされ、また近時は、法違反に対する制裁の在り方として民事的・行政的政策に重点を置くべきであるとして脱刑罰規定化の方向で議論がされているという。

イギリスでも、ドイツのような労働保護法と労働契約法の区別は明確には議論されていないようである。しかし、フランスとは異なり、個別の立法を分析していくと、公法実効性確保措置の用意された労働保護法と、訴訟によってその実効性を確保すべき労働契約法とに区別して観察することは可能である。すなわち、刑事罰と行政監督によって実効性が担保される制定法としては、安全衛生執行局の監督する労働安全衛生法及び労働時間規則、内国税収入庁の監督する最低賃金法がある。これらを除くと、イギリスには、そもそも包括的な労働監督機関は存在せず、大多数の制定法は、公法的担保措置を伴わない労働契約法に属するものと位置づけることができる（中心的なものとして、1996年雇用権利法、1999年雇用関係法、2002年雇用権法等）。またイギリスは判例法主義の国であるため、判例法としてのコモン・ローが雇用契約を規律する重要な法源となる。「イギリスでは、制定法（statute）は、判例法たるコモン・ローを修正するために、必要な限りにおいてパッチ・ワーク的に制定されるものと指摘されている（第3章、第1節、1(1)イ参照）。これらの労働契約法と位置づけられる制定法やコモン・ロー上の契約ルールは、雇用審判所や裁判所等の紛争処理機関によって実施・適用されることとなる。

アメリカでも、労働保護法と労働契約法の区別が議論されているわけではないが、刑事罰・行政監督によって実効性確保が図られているものとして、公正労働基準法（最低賃金、時間外割増賃金、年少労働等を規制）、職業安全衛生法があり、家族・医療休暇法や一連の

⁵ 2002年改正で営業法105条～110条に労働契約法の総則部分に相当する規定が挿入されたのはその一例である。

⁶ 例えば、フランスの有期契約規制違反に対しては広範な刑事制裁が定められているが、そこには、許容される理由外での締結や法定基準を超える更新等、他国では民事上の規制のみで対処されている問題も含まれている。労働政策研究・研修機構『ドイツ、フランスの有期労働契約法制調査研究報告（労働政策研究報告書L-1）』（2004年）88頁〔奥田香子執筆部分〕参照。

差別禁止立法には、行政監督制度が整備されている。これに対して、例えば競業避止義務に関する州法等は、公法的担保のない労働契約法に分類することのできる立法例といえる。上述のように、アメリカでは制定法による公法的な規制は総じて限定的で、雇用契約に関するコモン・ロー上のルールである随意雇用原則の下で、使用者と個別の労働者の自由な取引に委ねられる部分が広範に残されている点に特徴がある。

以上の各国の状況を通覧すると、刑事制裁によってその実効性確保が図られているのは、（国によって多少の相違はあるが）労働安全衛生関係、労働時間関係、最低賃金規制、年少者規制等が中心であり、それ以外の労働契約の成立・展開・終了に関する規制は刑事制裁や行政監督の伴わない労働契約法の領域での規制となっていることが多いといえる。日本では個別的労働関係を規律する制定法としては、労働基準法をはじめ労働保護法に属する制定法が中心であり、公法上の担保のない労働立法がむしろ例外であったのと対照的である。労働保護法の不遵守についてはまず監督機関が対応すべきであるという認識が根強く、訴訟件数は、増加しつつあるとはいえ、諸外国と比べるとなお極めて少ない。これに対して、労働契約法に属する法規制が多用されている国では、その実効性確保は国家ではなく、労働組合、使用者団体、従業員代表等労使による法遵守の監視や苦情処理・仲裁制度等を活用した自主的実効性確保、そして労働者自身による裁判所等の紛争処理機関への訴えの提起によることとなる。このような観点からは、労働契約法にとっては、その実効性を確保する紛争処理システムの機能が重要となる。

②労働契約法と紛争処理システム

上述の問題意識から、本報告書では、総論において、各国の紛争処理システムが労働契約法の実効性確保にどのような機能を営んでいるのかについて検討した。ここでは裁判所等の紛争処理機関を通じた実効性確保の状況についてまとめておく。

まず、ドイツでは、労働事件について職業裁判官と労使の名誉職裁判官からなる三者構成の労働裁判所が存し、紛争解決に非常に重要な機能を営んでいる。ドイツの労働裁判所は一審の労働裁判所、二審の州労働裁判所、上告審の連邦労働裁判所という三審制で、一審の新受事件は年間約 60 万件以上にも上る。聴き取り調査では使用者団体から労働裁判所を通常裁判所に統合すべしとの意見も聞かれたものの、おおむね労働契約法の実効性確保に労働裁判所は大きな役割を果たしているとの肯定的回答が得られた。

また、フランスでも、司法裁判所のほかに、労使同数からなる労働審判所が労働契約にかかわる個別紛争を処理する。フランスの労働監督官・監督員は 2001 年時点で 1,200 人程度であるのに対して、労働審判官は約 14,000 人も存在する。労働審判所は、大量の訴訟（年間 16 万件程度）を迅速に、かつ低コストで処理しており、労使への労働法の普及に貢献していること等から、おおむね高い評価を得ているという。

イギリスでは、コモン・ロー上の訴えに関して通常裁判所が管轄権を持つが、制定法上の権利については、法曹資格を有する審判長と労使の素人審判員の三者から構成される雇用審

判所及びその控訴審たる雇用上訴審判所が管轄権を有する。雇用審判所の管轄権は制定法上の権利以外にも拡大されてきており、ACAS（助言斡旋仲裁局）という裁判外紛争処理機関と連携して、現在、年間20万件弱の事件を処理している。

これに対して、アメリカには労働事件に特有の裁判所は存在せず、通常裁判所で判断される。個別雇用関係訴訟の多くは差別訴訟であり、差別以外の雇用関係訴訟は必ずしも多くはないと分析されている。もっとも、アメリカでは多様なADR（裁判外・代替的紛争処理制度）が発展し、紛争処理の実効性を高めている点には留意する必要がある。

ドイツ、フランス、イギリスの3ヶ国には、労使の参加する労働事件に特化した裁判所ないし審判所が存在し、多数の労働事件を処理している。この労働裁判所ないし審判所の紛争処理システムが十分に活用されていることが、労働契約法の実効性を支えていると考えられる。

(3) 労働条件の変更

労働条件変更問題は、各国において理論的にも実際的にも大きな問題となっている領域である。詳細については各章に委ねることとし、ここでは、集团的労働条件変更と個別的労働条件変更という視角から、各国の状況を概観しておく。

イギリスを除いた3ヶ国では、個別的労働条件変更と集团的労働条件変更とは異なった法理によって処理されている。個別的労働条件変更について、変更解約告知制度を立法化しているドイツは、解雇問題に持ち込まずに処理する留保付承諾制度を立法化しているが、フランス、イギリス、アメリカでは、この問題は主として解雇の場面で処理されているという違いが観察できる。日本では労働条件の統一的集团的変更について、就業規則の不利益変更法理が確立しているが、個別の変更については変更解約告知による処理を行った裁判例が関心を呼んだところであり参考となろう。

①ドイツ

ドイツでは集团的労働条件変更と個別契約上の労働条件変更とが区別されている⁷。

まず、集团的労働条件変更は、事業所協定による変更と労働協約による変更が問題となるが、事業所協定相互間、協約相互間の問題は「後法が前法を廃する」の原則によって処理される。すなわち、新たな規制が従来の規制にとってかわる。問題は、労働契約上の労働条件を事業所協定や労働協約で不利益に変更できるかどうかであるが、有利原則が適用されるために、このような不利益変更はできないと解されている。特にこの問題は、いわゆる「一般的労働条件」といわれる個別契約内容となった給付（例えば使用者が一方的に支給してきた手当・ボーナス等）を事業所協定で不利益に変更できるかが裁判で争われた。判例は変遷したが、現在のところ、変更前後で集团的有利性比較を行い、使用者の給付総額が減少してい

⁷ 荒木尚志『雇用システムと労働条件変更法理』（有斐閣，2001年）88頁以下も参照。

なければ、個々の労働者の給付が仮に減少しても、当該変更は有利原則によって妨げられないという立場が採られている。これは、使用者の給付総額が減少しないことを要件に有利原則の適用を排除するものであり、給付総額が減少するような不利益変更は依然として認められないこととなる。また、有利原則は集团的規制から個別労働者を保護すべきものなのに、集团的有利性比較ではその保護が失われる等の批判もある。

他方、個別的労働条件変更については、労務指揮権による変更の可否、労働契約上、変更権・撤回権が留保されている場合の処理、合意による変更（変更契約）、そして、解雇とともに新たな労働条件の下での労働関係の継続を申し込む変更解約告知による処理がある。ドイツでは変更解約告知について、変更提案を拒否して解雇されるか、変更提案を無条件受諾するかという二者択一を労働者に迫ることは妥当でないとして、1969年法改正により、雇用を維持したまま当該変更の妥当性を争うことを可能にする留保付承諾という第三の選択肢を導入し、雇用継続を希望する労働者の保護を図っている点で注目される。

②フランス

フランスの労働条件変更問題は、集团の変更と個別の変更で大別される。集团の変更には、労働協約の改定・破棄、企業内慣行の破棄などがあり、個別の変更は労働契約による変更である。集团的規範は原則として個別契約に化体することはないとされているため、集团的規範の変更によって個別労働契約に基づく労働条件を変更することは原則としてできない。

集团的規範の変動はそれに基づく権利に直接作用し、とりわけ企業内慣行の場合、使用者による一方的破棄が可能で、それに対する労働者の対抗措置も存しない。その結果、集团的規範の変動による労働条件変更は比較的容易である。

これに対して、労働契約に基づく権利については、判例がその権利を保護する傾向にあり、変更は困難となる。すなわち、「労働契約の変更」は労働者の同意なしには行えないが、「労務遂行条件の変更」は使用者が一方的になしうるものと解されているので、当該変更がいずれに当たるかが重要な解釈問題となる。

③イギリス

イギリスでは、各種の労働条件設定手段がいずれも契約内容に取り込まれることによって拘束力を生ずるので、労働条件変更問題は専ら労働契約上で問題となる。そして、変更の可否は明示・黙示の変更同意の有無による。労働協約の変更によって労働条件変更が可能かについても、イギリスでは橋渡し条項によって契約内容となることが前提なので、自動的に契約内容を変更するような橋渡し条項か否かの解釈問題となる。

こうした変更についての明示・黙示の同意が認定できない場合に、使用者が契約条項を変更した場合は契約違反となる。そして、それが重大な契約違反の場合、当該被用者の離職は「みなし解雇」として、不公正解雇の救済を求めうることとなる。

④アメリカ

アメリカでは労働条件変更問題は、排他的交渉代表たる労働組合が存在する場合には集团

的労働条件変更問題となり、交渉代表組合が選出されていない場合には個別労働契約の変更問題となる。

まず、排他的交渉代表組合が存する場合は、団体交渉義務に由来する一方的変更禁止の法理が適用され、使用者は団体交渉が行き詰まりに達するまで一方的変更はできない。

他方、排他的交渉代表組合が存在しない場合、労働条件変更問題は、一般の解雇問題となる。すなわち、雇用保障のない随意雇用原則下では、使用者が提案する変更条件を拒否する場合には単純に解雇されることとなる。解雇を望まない場合には、使用者の提案を受諾するしかない。使用者の提案の妥当性は、そのような条件で雇用されてよいと考える求職者が外部市場にいるかどうかによる。いくなれば労働条件変更の相当性を外部労働市場が判断するような仕組みである。

(4) 解雇に関する規制

解雇規制はその国の雇用システムを規定する程の重要性を持つが、アメリカが差別規制に反しない限り解雇を原則自由としているのに対して、ドイツ、フランス、イギリスはいずれも制定法によって解雇に正当事由（社会的に不当でないこと（ドイツ）、真実かつ重大な事由（フランス）、公正さ（イギリス））を必要とする立場を採っているのが著しい対照をなしている。

アメリカでも、いかなる理由によっても解雇できるという「随意雇用原則」は、判例法理によって修正されつつあるが、しかし、その修正の程度は全くの恣意的解雇や特定のタイプの解雇が制約される程度であり、解雇一般に正当事由を要求する欧州諸国の規制とは大きな違いがある。雇用保障のない契約においては、権利を設定してもその権利は雇用関係解消によって簡単に剥奪されうることとなる。随意雇用原則はアメリカの労働条件変更法理や契約法理論にも大きく影響を及ぼしている。

制定法によって正当事由を要求するドイツ、フランス、イギリスでは、正当事由の立証責任は使用者に課せられている。しかし、ドイツ、イギリスでは、正当事由を要求する規制がすべての労働者に適用されるわけではなく、事業所規模や勤続年数によって適用の有無が決められる。ドイツでは小規模事業所（その範囲について 1996 年以降 3 回も法改正があり、現行法では労働者 10 人以下の事業所）が適用除外とされ、また勤続 6 ヶ月未満の労働者にも適用がない。そうした解雇制限法の適用のない労働者にも、判例法上、濫用的解雇からの保護が与えられうるが、解雇制限法の適用のある場合と異なり、信義則違反の事実について労働者が立証責任を負う。イギリスでは、勤続 1 年未満の労働者は、報復的解雇等の場合を除き、原則として不公正解雇に対する保護を受けられない。また、ドイツでは 3 週間の、イギリスでは 3 ヶ月の出訴期間の制限がある。

また、解雇に関しては実体規制に加えて、ドイツ、フランスでは、手続規制が重視されていることも注目される。ドイツでは事業所委員会の諮問を経ない解雇はそれだけで無効とさ

れ、また、事業所委員会の異議等が解雇訴訟、訴訟遂行中の継続就労請求権にも影響を及ぼす。フランスでは、人的理由による解雇については、事前面談への呼び出し、事前面談、解雇通知が要求され、経済的解雇については、これらに加えて、解雇人数に応じて、従業員代表の関与等が要求されている。

正当事由を欠く解雇の救済についてもさまざまな特徴が見出せる。日本の解雇権濫用法理は解雇の無効・復職という救済をもたらす。これに対して、諸外国では多様な処理がなされている。

ドイツでは、1951年以前は、不当解雇の救済について、使用者は解雇の撤回か金銭賠償かを選択できたが、1951年法で、社会的正当性を欠く解雇は無効とされ、復職が原則となった。しかし、復職強制が妥当でない場合につき、例外的に裁判所が補償金の支払を命じつつ解消判決によって雇用関係を解消する余地が認められた。現行法たる1969年法では、使用者の立証責任を厳格化しつつも、補償金支払いによる労働関係の解消という処理の可能性を認めている。

フランスの解雇規制は大別すると、①人的理由による解雇、②経済的理由による解雇、③禁止された解雇（保護対象労働者の解雇、差別的解雇、報復的解雇、出産前後・労災療養期間中の解雇）に整理できるが、解雇が無効となり復職が認められるのは、③の場合である。これに対して、それ以外の①②の解雇に対する救済は金銭賠償が原則で、一定の経済的理由による解雇の手續違反の場合にのみ解雇は無効となる。

イギリスでは、復職・再雇用命令が法律上は原則的救済と位置づけられているが、復職・再雇用を命ずるか補償金裁定を行うかは、被解雇者の選択と復職・再雇用を命ずることが妥当かに関する雇用審判所の判断に委ねられている。

4. 諸外国の労働契約法制の概要

後掲の表を参照。

諸外国の労働契約法制の概要

1 総論

| 法源 | ドイツ | フランス | イギリス | アメリカ |
|--|--|---|--|---|
| <p>○ 基本法（憲法）、制定法（法規命令を含む）、労働協約、事業所協定、労働契約（上記の順に法的序列を形成している。ただし、上記の場合に法的序列を形成し得ない。労働協約は労働協約および事業所協定より有利な労働条件を設定することが可能（有利原則）。</p> | <p>○ 憲法・国際規範、制定法（デクレ、命令を含む）、労働協約（労働協定を含む）、労働協約、企業内慣行、使用者の一方的債務負担行為（上記の順に法的序列を形成している。ただし、上記の場合に法的序列を形成し得ない。労働協約は労働協約および事業所協定より有利な労働条件を設定することが可能（有利原則）。</p> | <p>○ 制定法（規則、命令、行為準則を含む）、コモン・ロー、雇用契約（労働協約、就業規則、労働協約、就業規則、雇用条件明細書、労働協約の内容及び労働協約の内容となること）によって、法的拘束力を持つ。</p> | <p>○ コモン・ロー、雇用契約（労働協約、就業規則、労働協約、就業規則、雇用条件明細書、労働協約の内容及び労働協約の内容となること）によって、法的拘束力を持つ。</p> | <p>○ 制定法（連邦法・州法）、労働協約、コモン・ロー、労働契約</p> |
| <p>主要根拠法</p> | <p>○ 基本法（憲法）上の規範として、職業の自由（12条1項）、協約自治の保障（9条3項） 「労働契約法」として、民法典（特に「雇約」611-630条）、商法典（特に「商業使用人及び商業徒第」59-65条、74-75h条、82a条、83条） 営業法（特に「労働者」105-110条） 賃金継続支払法、連邦年次休暇法、解雇制限法 労働（者）保護法として、（安全衛生）労働保護法（ArbSchG）、労働時間法、閉店法、母性保護法、年少労働保護法等 集団労使関係法として、労働協約法、事業所組織法</p> | <p>○ 憲法規範として、1958年憲法、1946年憲法前文、労働法典（Code du Travail、法律（Loi））、労働法典（Code de Travail、法律（Loi））のほか、デクレ（Décret）や命令（Règlement）を含む。</p> | <p>○ 1996年雇用権利法 ○ 1999年雇用関係法 ○ 1998年人権法 ○ 1981年営業譲渡（雇用保護）規則等</p> | <p>○ コモン・ロー 「労働保護法」として、公正労働基準法、家族・医療休暇法、職業安全衛生法 ○ 直接、労働条件規制を目的としたものではないが、一連の差別禁止法が重要な位置を占める。 ○ 1964年公民権法第7編 ○ 1990年障害を持つアメリカ人法 ○ 1967年雇用における年齢差別禁止法 ○ 1866年公民権法1981条等</p> |
| <p>労働契約法の対象者</p> | <p>○ 統一的概念として理解されている「労働者」（Arbeitsnehmer）への適用を基本としつつ、各法律ごとに必要に応じて対象の追加又は限定がなされている。 「労働者」とは、私法上の契約に基づき、契約相手に雇用された状態で労働の義務を負う者として定義され、労務受領者への人的従属性（Persönliche Abhängigkeit）が必要（判例・通説）。 ○ 一定の制定法で「労働者類似の者」を認め労働者以外の者も適用対象としている。</p> | <p>「労働契約」（Contrat de Travail）に対して労働法典の諸規定を適用しており、「ある者が、他の者の従属下で、報酬を受けることを約する合意」と定義され（学説）、従属関係の有無を主たる要素として判断。 「労働者」（salarie）とは、労働契約の一方当事者と定義（判例・通説）。</p> | <p>○ 多くの場合、「被用者」（employee）を適用対象としており、「雇用契約の下に入つた又はその下で働く（雇用が終了した場合）に無条件法（無条件法）等」を適用する。 ○ ①コントラクト・テスト、②インテグレーション・テスト、③経済的現実テスト、④マルチプル・テスト、⑤義務の相互性テストにより判断（コモン・ロー）。 ○ 被用者（worker）に適用対象を拡大。</p> | <p>○ コモン・ロー上の「被用者」（employee）は、①職務の管理権限の所在、②仕事の種類、③指揮監督の有無、④職務遂行に必要な技能水準、⑤道具・機材の負担、⑥関係の継続性、⑦対価支払方法、⑧事業統合性、⑨当事者意思、⑩専従性の要素を総合的に判断。 ○ 公正労働基準法の適用は(i)個人適用（通商に從事する被用者又は通商のための商品の生産に從事する被用者）及び(ii)企業適用（通商に從事する被用者）による。 ○ 企業（被用者）による。①事業統合性、②設備・機材の負担、③職務遂行に要する技能、④リスクの引受け、⑤職務遂行的に判断。</p> |
| <p>規制の実効性確保</p> | <p>1 裁判手続における紛争処理 ○ 普通裁判所から独立した3審制（(地区)労働裁判所、州労働裁判所、連邦労働裁判所）の労働裁判所が労働事件を専制的に管轄。裁判長となるのは1名の職業裁判官（連邦労働裁判所）である。加えて2名の職業裁判官（連邦労働裁判所）から各1名選出される名譽職裁判官による3審制。</p> | <p>1 裁判手続における紛争処理 ○ 裁判所（貴族院、控訴院及び高等法院又は郡裁判所）は、コモン・ロー上の雇用契約違反や労働災害に対する人身損害の賠償、宣言判決による救済。 ○ 雇用裁判所（雇用審判所・雇用上訴審判所）は、制定法により付与された管轄に基づく。</p> | <p>1 裁判手続における紛争処理 ○ 雇用契約違反に対する救済は、逸失利益の損害賠償原則。ただし、根拠法によっては、裁判官の裁量により衡平法上の救済（差止め、特定履行）が与えられる。 ○ 特に、労働関係紛争に係る特別裁判所や特別の審理体制・手続は設けられていない。 ○ 差別禁止法（1866年公民権法1981条を</p> | <p>1 裁判手続における紛争処理 ○ 雇用契約違反に対する救済は、逸失利益の損害賠償原則。ただし、根拠法によっては、裁判官の裁量により衡平法上の救済（差止め、特定履行）が与えられる。 ○ 特に、労働関係紛争に係る特別裁判所や特別の審理体制・手続は設けられていない。 ○ 差別禁止法（1866年公民権法1981条を</p> |

| | | | |
|---|---|--|---|
| <p>※ 第1審では和解手続が前置され、和解不調の場合は、争訟手続に移行。</p> <p>2 労働監督官は、連邦労働保護法の義務を履行するよう監督し、労働者に基づく法的義務を履行するよう助言する。労働時間法、閉店法、母性保護法、若者労働保護法等の法律及びそれに基づき監督を実施。</p> | <p>※ 労働審判所は、労働契約の①適用、②解除の正当性審査の役割を担っており、内容の補充形成又は修正をすることはない。</p> <p>2 労働監督官制度は修正されていない労働法規典及び労働協約の適用を監視する。労働監督官による監督指導と罰則適用の援助(情報提供、仲介)</p> | <p>当該制定法上の権利義務に関する訴えに對して、補償金の支払裁定、復職命令、再雇用命令等当該制定法の定める方法により救済。</p> <p>※ 人身損害以外の、コモン・ロー上の雇用契約違反に對する25,000ポンド未満の損害賠償請求の訴えを管轄。</p> <p>※ 雇用審判所は、法曹資格者たる審判員及び労働使がリストから任命された素人審判員による構成。</p> <p>※ 雇用審判所への申立の38%が行政機関たるACAS(助言斡旋仲裁局)の斡旋で解決(2003-2004年度)。不正解雇その他の制定法上の申立が雇用審判所になされること、申立権がACASにも回付され、ACASによる斡旋が試みられる。</p> <p>2 監督行政機関は雇用関係法上の権利の履行を監督し強制する権限を有する包括的な監督行政機関は存在しない。</p> <p>労働安全衛生法及び労働時間規則については、安全衛生執行局の監督官が監督指導を実施。全国最低賃金法については、内国税収入庁の係官が監督指導を実施。</p> | <p>「労働契約法」(雇用契約法)と「労働保護法」の区別は明確には議論されていない。公法的事効確保措置を伴う制定法(労働保護法)に属するものは、労働安全衛生法、労働時間規則、最低賃金法があり、コモン・ロー及びこれ以外の大多数の制定法は「労働契約法」に属する。</p> <p>「労働契約法」(雇用契約法)と「労働保護法」の区別は明確には議論されていない。公法的事効確保措置を伴う制定法(労働保護法)に属するものは、労働安全衛生法、労働時間規則、最低賃金法があり、コモン・ロー及びこれ以外の大多数の制定法は「労働契約法」に属する。</p> |
| <p>の仕組み</p> | <p>※ 第1審では和解手続が前置され、和解不調の場合は、争訟手続に移行。</p> <p>2 労働監督官は、連邦労働保護法の義務を履行するよう監督し、労働者に基づく法的義務を履行するよう助言する。労働時間法、閉店法、母性保護法、若者労働保護法等の法律及びそれに基づき監督を実施。</p> | <p>当該制定法上の権利義務に関する訴えに對して、補償金の支払裁定、復職命令、再雇用命令等当該制定法の定める方法により救済。</p> <p>※ 人身損害以外の、コモン・ロー上の雇用契約違反に對する25,000ポンド未満の損害賠償請求の訴えを管轄。</p> <p>※ 雇用審判所は、法曹資格者たる審判員及び労働使がリストから任命された素人審判員による構成。</p> <p>※ 雇用審判所への申立の38%が行政機関たるACAS(助言斡旋仲裁局)の斡旋で解決(2003-2004年度)。不正解雇その他の制定法上の申立が雇用審判所になされること、申立権がACASにも回付され、ACASによる斡旋が試みられる。</p> <p>2 監督行政機関は雇用関係法上の権利の履行を監督し強制する権限を有する包括的な監督行政機関は存在しない。</p> <p>労働安全衛生法及び労働時間規則については、安全衛生執行局の監督官が監督指導を実施。全国最低賃金法については、内国税収入庁の係官が監督指導を実施。</p> | <p>「労働契約法」(雇用契約法)と「労働保護法」の区別は明確には議論されていない。公法的事効確保措置を伴う制定法(労働保護法)に属するものは、労働安全衛生法、労働時間規則、最低賃金法があり、コモン・ロー及びこれ以外の大多数の制定法は「労働契約法」に属する。</p> <p>「労働契約法」(雇用契約法)と「労働保護法」の区別は明確には議論されていない。公法的事効確保措置を伴う制定法(労働保護法)に属するものは、労働安全衛生法、労働時間規則、最低賃金法があり、コモン・ロー及びこれ以外の大多数の制定法は「労働契約法」に属する。</p> |
| <p>「労働契約法」の位置付け</p> | <p>「労働契約法」(雇用契約法)と「労働保護法」の区別は明確には議論されていない。公法的事効確保措置を伴う制定法(労働保護法)に属するものは、労働安全衛生法、労働時間規則、最低賃金法があり、コモン・ロー及びこれ以外の大多数の制定法は「労働契約法」に属する。</p> | <p>「労働契約法」(雇用契約法)と「労働保護法」の区別は明確には議論されていない。公法的事効確保措置を伴う制定法(労働保護法)に属するものは、労働安全衛生法、労働時間規則、最低賃金法があり、コモン・ロー及びこれ以外の大多数の制定法は「労働契約法」に属する。</p> | <p>「労働契約法」(雇用契約法)と「労働保護法」の区別は明確には議論されていない。公法的事効確保措置を伴う制定法(労働保護法)に属するものは、労働安全衛生法、労働時間規則、最低賃金法があり、コモン・ロー及びこれ以外の大多数の制定法は「労働契約法」に属する。</p> |

2 各論

| | | | | |
|---------------------------|---|--|---|--|
| <p>労働契約の締結（採用）</p> | <p>ドイツ</p> <p>契約自由の原則（基本法12条1項、2条1項（一般的な人格権））が妥当である。使用者は、遅くとも労働関係開始の1か月後までに、主要な労働条件（①契約の開始時期、②労働場所、③労働関係の開始時期、④労働時間、⑤労働者の構成及び金額、⑥労働時間、⑦賃金、⑧労働関係の適用される労働協約及び事業所協定を明示する文書等）を書面化して労働者に交付しなければならない（証明書法2条1項）。</p> <p>※性別による採用差別は禁止され（民法法典611a条）、この違反に対しては金銭賠償責任が生ずる。</p> <p>※日本の採用内定に相当する採用内定はななく、特別の法規制は存しない。なお、労働契約締結後労働開始前には、労働協約の適用が月以上の勤務を満たす場合を除き、民法典上の解約の規定が適用される。</p> <p>※有期労働契約は書面によることを要する（パートタイム労働・有期労働契約法14条4項）。</p> | <p>フランス</p> <p>使用者には従業員を選択する自由（採用自由）が認められている。採用禁止規制等による制限を受けている。年齢、性別、性的指向、身体的特徴、健康状態、障害を理由とする、採用から排除されたこと（L122-45条）、これに違反した場合には損害賠償請求が認められる（多くの場合）（刑法典224-1条2項）。</p> <p>※労働協約は当事者が選択する様式で締結することができる（L121-1条1項）。</p> <p>※労働協約は「一般法のルールに従う」（L121-1条）とされ、その有効要件として①当事者の合意、②契約締結能力、③合意の内容を形成する目的、④義務における適法な原因の4条件が必要。</p> <p>※使用者は、採用してから2か月以内に、労働場所、労働内容、報酬、休暇の長さ、1日又は週当たりの労働時間、解雇予告期間、適用される労働協約を明示する文書を交付し、締結後労働開始前には、労働協約の適用に関する条件を労働者に情報提供する義務を負う（91/533/EBC）。</p> <p>※日本の採用内定に相当する採用内定はなく、特別の法規制は存しない。なお、使用者が「採用の約束」（promesse d'embauche）をした後に撤回又は契約締結を拒否した場合に、損害賠償請求が認められる。これを要し、有期労働契約は書面によることを要し、労働協約は採用から2日以内に労働者に交付しなければならない。契約書には、利用目的や期、従事する職務など、これ以外にも、労働契約、派遣労働契約、パートタイム労働契約、使用者グループによる締結される契約など、書面で締結しなければならない。</p> | <p>イギリス</p> <p>使用者は、原則として被用者選択の自由（採用自由）を有している。雇用の申込みに関する契約は、使用者から雇用の申込みに対して被用者が承諾したときに成立し、特に書面性は要求されない。</p> <p>※1か月以上の勤務を有する被用者に対して、①当事者、②継続雇用の基準、率又は算定方法、③報酬支払期間、④職名又は簡単な職務記述、⑤職場等について記述した雇用条件明細書を交付しなければならない（1996年雇用権利法1条7条、11条、12条）。</p> <p>※なお、使用者が雇用条件明細書を交付せず、又は取った内容の明細書を交付した場合、被用者は、雇用審判所に対し、労働条件の特定を請求することができる（1996年雇用権利法11条）。</p> <p>※日本の採用内定に相当する採用内定はなく、特別の法規制は存しない。なお、雇用の申込みに対して承諾がなされたら、就労開始日前に使用者が雇用の申込みを取り消し又は撤回した場合は、雇法に違反した救済の対象となる救済の対象となる。なお、不正解雇に対する救済の対象となる。</p> | <p>アメリカ</p> <p>使用者の採用の自由は、差別禁止法等により制限されている。日本の採用内定に相当する採用内定はなく、特別の法規制は存しない。なお、使用者が雇用の申込みに対して承諾がなされたら、就労開始日前に使用者が雇用の申込みを取り消し又は撤回した場合は、雇法に違反した救済の対象となる救済の対象となる。なお、不正解雇に対する救済の対象となる。</p> |
| <p>試用期間</p> | <p>契約当事者の合意により試用期間を設定することができる。試用期間を定めるときは、試用期間の終了は、試用期間の満了の日又は未日に向けて4週間（民法典622条3項）を要する。試用期間の満了は、試用期間の満了の日又は未日に向けて4週間（民法典622条3項）を要する。試用期間の満了は、試用期間の満了の日又は未日に向けて4週間（民法典622条3項）を要する。試用期間の満了は、試用期間の満了の日又は未日に向けて4週間（民法典622条3項）を要する。</p> | <p>契約当事者の合意により試用期間を設定することができる。試用期間を定めるときは、試用期間の満了は、試用期間の満了の日又は未日に向けて4週間（民法典622条3項）を要する。試用期間の満了は、試用期間の満了の日又は未日に向けて4週間（民法典622条3項）を要する。試用期間の満了は、試用期間の満了の日又は未日に向けて4週間（民法典622条3項）を要する。</p> | <p>契約当事者の合意により試用期間を設定することができる。試用期間を定めるときは、試用期間の満了は、試用期間の満了の日又は未日に向けて4週間（民法典622条3項）を要する。試用期間の満了は、試用期間の満了の日又は未日に向けて4週間（民法典622条3項）を要する。試用期間の満了は、試用期間の満了の日又は未日に向けて4週間（民法典622条3項）を要する。</p> | <p>契約当事者の合意により試用期間を設定することができる。試用期間を定めるときは、試用期間の満了は、試用期間の満了の日又は未日に向けて4週間（民法典622条3項）を要する。試用期間の満了は、試用期間の満了の日又は未日に向けて4週間（民法典622条3項）を要する。試用期間の満了は、試用期間の満了の日又は未日に向けて4週間（民法典622条3項）を要する。</p> |

| | | | | |
|--|--|---|--|--|
| <p>職6か月、幹部職3か月、中級幹部職・技師2か月、事務職員1か月、現場労働者1週間から2週間程度といわれている。</p> | <p>1 労働協約・労働協定</p> <p>(1) 労働協約は、その形成過程においては「契約」として、その適用過程においては「法規」として性格付けられる。</p> <p>(2) 締結当事者</p> <p>使側：使用者又は使用者団体</p> <p>使側：代表者の労働組合 (CGT、CFDT、CFETC、CGT-FO、CFE-CCG、これに加入している労働組合及び当該労働協約の適用範囲を個別に代表性を証明した労働組合)</p> <p>※ あらかじめ拡張部門協約にその可能性が定められている場合において、組合代表委員が存しない企業の場合に、組合代表委員選出委員又は交渉・協約締結を行うことができ、このようにして締結された協定は、部門レベルの全国労働組合代表委員も従業員代表も存しない企業の場合、全国レベルで代表的な一又は複数の労働者の労働協約締結を行ったこと、労働者が交渉・協約締結された協定は、労働者の全体的投票において有効投票の過半数でなければ有効とはならない (以上、2004年5月4日法)</p> <p>(3) 作成手続・要件</p> <p>労働協約・協定は書面で作成しなければならず、それには無効である (判例 (L.132-2 条))。締結当事者の署名が必要 (判例)。協約文書は、県労働雇用局及び労働審判所書記課に寄託して公表しなければならぬ。</p> <p>(4) 拡張された手続</p> <p>部門協約にあっては、①拡張された手続がない場合には、当該協定の適用範囲に代表者の労働組合の多数によって拒否権が行使されないこと (コンセンサス又は多数性) ②手続協定がある場合には、当該部門の労働者の多数を代表する一又は複数の組合組織性が必要 (新 L.132-2-2 条)。なお、企業協約にあっては、①部門協約に定めがある場合にはコンセンサス又は合意による多数性が、②部門協約に定めがない場合にはコンセンサスによる多数性が必要である。</p> <p>(4) 記載内容の効力</p> <p>規範的効力 (強行効力及び自動的効力) によって個別労働契約を規律する (L.135-2 条)。</p> <p>当該労働協約に拘束される使用者との間で締結されている労働協約に、労働者の組合所屬とは関係なく適用される。</p> | <p>1 労働協約</p> <p>(1) 協約は、雇用条件、雇用終了、配置、規律処分、組合員の範囲、組合役員への便宜、交渉又は協議の機構や手続といった所定の事項に関する11以上の条項によって(又はこのために)締結された協定又は取決めと定義される (1992年労働組合及び労働関係(統合)法178条)。</p> <p>労働協約自身に規範的効力は認められておらず、雇用協約の内容に取り込まれることによって初めて拘束力を有する。</p> <p>2 雇用契約</p> <p>雇用契約の契約条件は、基本的には、当事者がいかなる明示的な合意をしたか、すなわち明示条項 (express terms) による。労働協約は、雇用契約の明示条項 (express terms) によって取り込まれる場合、労働協約が就業規則の規定内容が雇用契約の内容となる場合、この場合は、労働協約が就業規則の規定内容となることになる。</p> <p>3 明示条項 (implied terms) とし</p> <p>雇用契約の契約条件は、当事者間の黙示的合意により黙示条項 (implied terms) として認められる場合もある。イギリス契約法では、黙示条項は、①事実による黙示条項 (terms implied in fact)、②法による黙示条項 (terms implied in law) 及び③慣習による黙示条項 (terms implied by custom) の3つに区別される。事実による黙示条項は、事実から当事者意思を推認したものであるのに対し、法による黙示条項は、一定類型の契約であることから生ずる一見明白な義務であり、当事者意思にかかわらずなくコモーン・ローによって当事者間に課される法的附随義務の係属義務、安全配慮義務、協力義務、信頼関係維持義務、命令に従う義務、誠実義務、秘密保持義務等がある。</p> <p>労働協約の締結の項を参照。</p> | <p>1 労働協約</p> <p>(1) 位置付け</p> <p>労働協約は、協約締結当事者 (組合員) と交渉するものとして、労働協約は、制約を有するものである。そして、労働協約は、使用者に権利を付与しているほか、苦情処理手続や仲裁に関する条項を含むことも多い。</p> <p>(2) 締結当事者</p> <p>使側：使用者</p> <p>使側：雇用条件等の利害が共通している (bargaining unit) において当該交渉単位に属する被用者らの選挙 (過半数の被用者の支持が必要) によって選出された唯一の交渉代表組合 (非他の交渉代表 (exclusive representation) 制度) による。交渉代表に選出された組合は、その組合を支持しない被用者も含めて交渉単位に拘束される。交渉代表は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>(3) 記載内容の効力</p> <p>締結された労働協約は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>2 雇用契約</p> <p>任意雇用原則 (employment at-will doctrine) の下で、期間からいつでも自由契約を解約すること、当事者ができることとされており、解雇条件の制限されていない場合と比べて、労働条件の設定・変更における重要性は大きく異なる。</p> <p>* 労働契約の締結の項を参照。</p> | <p>1 労働協約</p> <p>(1) 労働協約は、協約締結当事者 (組合員) と交渉するものとして、労働協約は、制約を有するものである。そして、労働協約は、使用者に権利を付与しているほか、苦情処理手続や仲裁に関する条項を含むことも多い。</p> <p>(2) 締結当事者</p> <p>使側：使用者</p> <p>使側：雇用条件等の利害が共通している (bargaining unit) において当該交渉単位に属する被用者らの選挙 (過半数の被用者の支持が必要) によって選出された唯一の交渉代表組合 (非他の交渉代表 (exclusive representation) 制度) による。交渉代表に選出された組合は、その組合を支持しない被用者も含めて交渉単位に拘束される。交渉代表は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>(3) 記載内容の効力</p> <p>締結された労働協約は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>2 雇用契約</p> <p>任意雇用原則 (employment at-will doctrine) の下で、期間からいつでも自由契約を解約すること、当事者ができることとされており、解雇条件の制限されていない場合と比べて、労働条件の設定・変更における重要性は大きく異なる。</p> <p>* 労働契約の締結の項を参照。</p> |
| <p>訴審判所判決)。</p> <p>※ 雇用期間が10-12週であり、より高度の技能を要する職務や大企業においては、より長い雇用期間が設定されている。</p> | <p>1 労働協約</p> <p>協約は、雇用条件、雇用終了、配置、規律処分、組合員の範囲、組合役員への便宜、交渉又は協議の機構や手続といった所定の事項に関する11以上の条項によって(又はこのために)締結された協定又は取決めと定義される (1992年労働組合及び労働関係(統合)法178条)。</p> <p>労働協約自身に規範的効力は認められておらず、雇用協約の内容に取り込まれることによって初めて拘束力を有する。</p> <p>2 雇用契約</p> <p>雇用契約の契約条件は、基本的には、当事者がいかなる明示的な合意をしたか、すなわち明示条項 (express terms) による。労働協約は、雇用契約の明示条項 (express terms) によって取り込まれる場合、労働協約が就業規則の規定内容が雇用契約の内容となる場合、この場合は、労働協約が就業規則の規定内容となることになる。</p> <p>3 明示条項 (implied terms) とし</p> <p>雇用契約の契約条件は、当事者間の黙示的合意により黙示条項 (implied terms) として認められる場合もある。イギリス契約法では、黙示条項は、①事実による黙示条項 (terms implied in fact)、②法による黙示条項 (terms implied in law) 及び③慣習による黙示条項 (terms implied by custom) の3つに区別される。事実による黙示条項は、事実から当事者意思を推認したものであるのに対し、法による黙示条項は、一定類型の契約であることから生ずる一見明白な義務であり、当事者意思にかかわらずなくコモーン・ローによって当事者間に課される法的附随義務の係属義務、安全配慮義務、協力義務、信頼関係維持義務、命令に従う義務、誠実義務、秘密保持義務等がある。</p> <p>労働協約の締結の項を参照。</p> | <p>1 労働協約</p> <p>(1) 労働協約は、協約締結当事者 (組合員) と交渉するものとして、労働協約は、制約を有するものである。そして、労働協約は、使用者に権利を付与しているほか、苦情処理手続や仲裁に関する条項を含むことも多い。</p> <p>(2) 締結当事者</p> <p>使側：使用者</p> <p>使側：雇用条件等の利害が共通している (bargaining unit) において当該交渉単位に属する被用者らの選挙 (過半数の被用者の支持が必要) によって選出された唯一の交渉代表組合 (非他の交渉代表 (exclusive representation) 制度) による。交渉代表に選出された組合は、その組合を支持しない被用者も含めて交渉単位に拘束される。交渉代表は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>(3) 記載内容の効力</p> <p>締結された労働協約は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>2 雇用契約</p> <p>任意雇用原則 (employment at-will doctrine) の下で、期間からいつでも自由契約を解約すること、当事者ができることとされており、解雇条件の制限されていない場合と比べて、労働条件の設定・変更における重要性は大きく異なる。</p> <p>* 労働契約の締結の項を参照。</p> | <p>1 労働協約</p> <p>(1) 労働協約は、協約締結当事者 (組合員) と交渉するものとして、労働協約は、制約を有するものである。そして、労働協約は、使用者に権利を付与しているほか、苦情処理手続や仲裁に関する条項を含むことも多い。</p> <p>(2) 締結当事者</p> <p>使側：使用者</p> <p>使側：雇用条件等の利害が共通している (bargaining unit) において当該交渉単位に属する被用者らの選挙 (過半数の被用者の支持が必要) によって選出された唯一の交渉代表組合 (非他の交渉代表 (exclusive representation) 制度) による。交渉代表に選出された組合は、その組合を支持しない被用者も含めて交渉単位に拘束される。交渉代表は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>(3) 記載内容の効力</p> <p>締結された労働協約は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>2 雇用契約</p> <p>任意雇用原則 (employment at-will doctrine) の下で、期間からいつでも自由契約を解約すること、当事者ができることとされており、解雇条件の制限されていない場合と比べて、労働条件の設定・変更における重要性は大きく異なる。</p> <p>* 労働契約の締結の項を参照。</p> | |
| <p>職6か月、幹部職3か月、中級幹部職・技師2か月、事務職員1か月、現場労働者1週間から2週間程度といわれている。</p> | <p>1 労働協約・労働協定</p> <p>(1) 労働協約は、その形成過程においては「契約」として、その適用過程においては「法規」として性格付けられる。</p> <p>(2) 締結当事者</p> <p>使側：使用者又は使用者団体</p> <p>使側：代表者の労働組合 (CGT、CFDT、CFETC、CGT-FO、CFE-CCG、これに加入している労働組合及び当該労働協約の適用範囲を個別に代表性を証明した労働組合)</p> <p>※ あらかじめ拡張部門協約にその可能性が定められている場合において、組合代表委員が存しない企業の場合に、組合代表委員選出委員又は交渉・協約締結を行うことができ、このようにして締結された協定は、部門レベルの全国労働組合代表委員も従業員代表も存しない企業の場合、全国レベルで代表的な一又は複数の労働者の労働協約締結を行ったこと、労働者が交渉・協約締結された協定は、労働者の全体的投票において有効投票の過半数でなければ有効とはならない (以上、2004年5月4日法)</p> <p>(3) 作成手続・要件</p> <p>労働協約・協定は書面で作成しなければならず、それには無効である (判例 (L.132-2 条))。締結当事者の署名が必要 (判例)。協約文書は、県労働雇用局及び労働審判所書記課に寄託して公表しなければならぬ。</p> <p>(4) 拡張された手続</p> <p>部門協約にあっては、①拡張された手続がない場合には、当該協定の適用範囲に代表者の労働組合の多数によって拒否権が行使されないこと (コンセンサス又は多数性) ②手続協定がある場合には、当該部門の労働者の多数を代表する一又は複数の組合組織性が必要 (新 L.132-2-2 条)。なお、企業協約にあっては、①部門協約に定めがある場合にはコンセンサス又は合意による多数性が、②部門協約に定めがない場合にはコンセンサスによる多数性が必要である。</p> <p>(4) 記載内容の効力</p> <p>規範的効力 (強行効力及び自動的効力) によって個別労働契約を規律する (L.135-2 条)。</p> <p>当該労働協約に拘束される使用者との間で締結されている労働協約に、労働者の組合所屬とは関係なく適用される。</p> | <p>1 労働協約</p> <p>(1) 協約は、雇用条件、雇用終了、配置、規律処分、組合員の範囲、組合役員への便宜、交渉又は協議の機構や手続といった所定の事項に関する11以上の条項によって(又はこのために)締結された協定又は取決めと定義される (1992年労働組合及び労働関係(統合)法178条)。</p> <p>労働協約自身に規範的効力は認められておらず、雇用協約の内容に取り込まれることによって初めて拘束力を有する。</p> <p>2 雇用契約</p> <p>雇用契約の契約条件は、基本的には、当事者がいかなる明示的な合意をしたか、すなわち明示条項 (express terms) による。労働協約は、雇用契約の明示条項 (express terms) によって取り込まれる場合、労働協約が就業規則の規定内容が雇用契約の内容となる場合、この場合は、労働協約が就業規則の規定内容となることになる。</p> <p>3 明示条項 (implied terms) とし</p> <p>雇用契約の契約条件は、当事者間の黙示的合意により黙示条項 (implied terms) として認められる場合もある。イギリス契約法では、黙示条項は、①事実による黙示条項 (terms implied in fact)、②法による黙示条項 (terms implied in law) 及び③慣習による黙示条項 (terms implied by custom) の3つに区別される。事実による黙示条項は、事実から当事者意思を推認したものであるのに対し、法による黙示条項は、一定類型の契約であることから生ずる一見明白な義務であり、当事者意思にかかわらずなくコモーン・ローによって当事者間に課される法的附随義務の係属義務、安全配慮義務、協力義務、信頼関係維持義務、命令に従う義務、誠実義務、秘密保持義務等がある。</p> <p>労働協約の締結の項を参照。</p> | <p>1 労働協約</p> <p>(1) 労働協約は、協約締結当事者 (組合員) と交渉するものとして、労働協約は、制約を有するものである。そして、労働協約は、使用者に権利を付与しているほか、苦情処理手続や仲裁に関する条項を含むことも多い。</p> <p>(2) 締結当事者</p> <p>使側：使用者</p> <p>使側：雇用条件等の利害が共通している (bargaining unit) において当該交渉単位に属する被用者らの選挙 (過半数の被用者の支持が必要) によって選出された唯一の交渉代表組合 (非他の交渉代表 (exclusive representation) 制度) による。交渉代表に選出された組合は、その組合を支持しない被用者も含めて交渉単位に拘束される。交渉代表は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>(3) 記載内容の効力</p> <p>締結された労働協約は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>2 雇用契約</p> <p>任意雇用原則 (employment at-will doctrine) の下で、期間からいつでも自由契約を解約すること、当事者ができることとされており、解雇条件の制限されていない場合と比べて、労働条件の設定・変更における重要性は大きく異なる。</p> <p>* 労働契約の締結の項を参照。</p> | |
| <p>労働条件設定の法的手段</p> | <p>1 労働協約</p> <p>(1) 労働協約は、協約締結当事者 (組合員) と交渉するものとして、労働協約は、制約を有するものである。そして、労働協約は、使用者に権利を付与しているほか、苦情処理手続や仲裁に関する条項を含むことも多い。</p> <p>(2) 締結当事者</p> <p>使側：使用者</p> <p>使側：雇用条件等の利害が共通している (bargaining unit) において当該交渉単位に属する被用者らの選挙 (過半数の被用者の支持が必要) によって選出された唯一の交渉代表組合 (非他の交渉代表 (exclusive representation) 制度) による。交渉代表に選出された組合は、その組合を支持しない被用者も含めて交渉単位に拘束される。交渉代表は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>(3) 記載内容の効力</p> <p>締結された労働協約は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>2 雇用契約</p> <p>任意雇用原則 (employment at-will doctrine) の下で、期間からいつでも自由契約を解約すること、当事者ができることとされており、解雇条件の制限されていない場合と比べて、労働条件の設定・変更における重要性は大きく異なる。</p> <p>* 労働契約の締結の項を参照。</p> | <p>1 労働協約</p> <p>(1) 労働協約は、協約締結当事者 (組合員) と交渉するものとして、労働協約は、制約を有するものである。そして、労働協約は、使用者に権利を付与しているほか、苦情処理手続や仲裁に関する条項を含むことも多い。</p> <p>(2) 締結当事者</p> <p>使側：使用者</p> <p>使側：雇用条件等の利害が共通している (bargaining unit) において当該交渉単位に属する被用者らの選挙 (過半数の被用者の支持が必要) によって選出された唯一の交渉代表組合 (非他の交渉代表 (exclusive representation) 制度) による。交渉代表に選出された組合は、その組合を支持しない被用者も含めて交渉単位に拘束される。交渉代表は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>(3) 記載内容の効力</p> <p>締結された労働協約は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>2 雇用契約</p> <p>任意雇用原則 (employment at-will doctrine) の下で、期間からいつでも自由契約を解約すること、当事者ができることとされており、解雇条件の制限されていない場合と比べて、労働条件の設定・変更における重要性は大きく異なる。</p> <p>* 労働契約の締結の項を参照。</p> | <p>1 労働協約</p> <p>(1) 労働協約は、協約締結当事者 (組合員) と交渉するものとして、労働協約は、制約を有するものである。そして、労働協約は、使用者に権利を付与しているほか、苦情処理手続や仲裁に関する条項を含むことも多い。</p> <p>(2) 締結当事者</p> <p>使側：使用者</p> <p>使側：雇用条件等の利害が共通している (bargaining unit) において当該交渉単位に属する被用者らの選挙 (過半数の被用者の支持が必要) によって選出された唯一の交渉代表組合 (非他の交渉代表 (exclusive representation) 制度) による。交渉代表に選出された組合は、その組合を支持しない被用者も含めて交渉単位に拘束される。交渉代表は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>(3) 記載内容の効力</p> <p>締結された労働協約は、当該交渉単位に属する被用者の雇用契約を有利にも不利にも両面的に拘束する効力を持つ。</p> <p>2 雇用契約</p> <p>任意雇用原則 (employment at-will doctrine) の下で、期間からいつでも自由契約を解約すること、当事者ができることとされており、解雇条件の制限されていない場合と比べて、労働条件の設定・変更における重要性は大きく異なる。</p> <p>* 労働契約の締結の項を参照。</p> | |

| | | | | | |
|---|---|---|--|---|--|
| <p>労働協約・事業所協定により有利な労働条件を設ける場合に、労働契約上の個別合意は効力を有する。これらの場合に、個別の労働協約を根拠として、事業所の労働者又は特定の労働者集団に対して、統一的な労働条件が定められることがある（一般的労働条件）。</p> <p>* 労働協約の締結の項を参照。</p> | <p>協約基準に満たない労働協約の部分は協約基準によって置き換えられるが、労働協約の内容は労働協約の内容になるのではない（外務省法律説、宇説・判例）。</p> <p>労働協約は、有利原則の適用により、法令及び労働協約の定めより有利な内容を含むことはできない（L.132-4条、L.135-2条）。</p> <p>※ 労働協約間の関係</p> <p>地域ないし職域の広い労働協約がより狭い労働協約よりも優位に位置付けられ、その上で適用範囲のより狭い労働協約の策定及び適用が有利な原則に基づいて認められる。ただし、2004年5月4日法により、部門別協約が明示的に禁止する場合を除き、企業協定で部門別協約より不利な内容を定めることが可能とされている。</p> | <p>被用者からの同意・合意によらなければ、その変更をなす得ない。これに対して、就業規則の条項が使用により一方的に課される指し文書にとどまらざる場合には、使用者は、合理的な予告をすれば、使用者がその変更を行なうことができ、被用者がその変更された就業規則に従わなければならないことは、適法かつ合理的な命令に従う義務（duty to obey lawful and reasonable orders）の違反となる。イ 雇用契約の明示条項を介して、契約当事者を拘束する。</p> | <p>2 労働協約</p> <p>有利原則の適用により、法令及び労働協約の定めより有利な内容を含むことはできない（L.132-4条、L.135-2条）。</p> <p>労働協約は当事者が選択する様式で締結することができ（L.121-1条1項）、労働協約を締結することによって締結することは義務づけられていない。ただし、使用者は、採用から2か月以内、労働内容、報酬、休暇の長さ1日又は週当たりの労働時間などに関する情報を通知しなければならない。有期労働契約の場合には、利用目的、期間、従事する職務等の記載事項を含む契約書によって契約を締結しなければならず、契約書は採用から2日以内に労働者に送付しなければならない（L.122-3-1条）。</p> <p>* 労働協約の締結の項を参照。</p> | <p>被用者からの同意・合意によらなければ、その変更をなす得ない。これに対して、就業規則の条項が使用により一方的に課される指し文書にとどまらざる場合には、使用者は、合理的な予告をすれば、使用者がその変更を行なうことができ、被用者がその変更された就業規則に従わなければならないことは、適法かつ合理的な命令に従う義務（duty to obey lawful and reasonable orders）の違反となる。イ 雇用契約の明示条項を介して、契約当事者を拘束する。</p> | <p>3 就業規則</p> <p>規制可能なものは安全衛生と職場規律・懲戒に関する事項に限られ、労働条件規制の一般的機能を有するものではない。また、法令及び労働協約に反する事項を定めることはできず、また、個人の自由及び権利に対して、遂行すべき職務の性質によって正当化されない制約を加えてはならない（L.122-35条1項）。</p> <p>作成主体</p> <p>(1) 従業員20人以上の企業又は事業場の使用者（L.122-33条）</p> <p>(2) 作成手続</p> <p>就業規則は書面で作成しなければならない（L.122-34条）。</p> <p>施行に先立って、従業員代表（企業委員会）が存する場合には従業員代表の意見を聴取しなければならない（L.122-36条1項）。安全衛生に関する問題については安全衛生・労働条件委員会の意見も聴取しなければならない。就業規則の施行日は、所轄の労働審判所</p> |
|---|---|---|--|---|--|

| | | | |
|---|---|---|--|
| <p>への委託と事業場への公示の完了が完了し、1か月以上経過した日としなければならぬ。公示措置と同時に企業委員会(又は従業員代表委員、安全衛生委員、労働条件監視委員)の意見を付して労働監督官に通知しなければならない(以上、L122-36条)。</p> | <p>総論 1 期間の定めのない労働契約において、使用者が労働条件を変更する場合、労働者が労働指揮権の範囲内の労働者に対して労働条件の変更を行うことができる。労働契約の変更は労働者の同意を得なければならない(判例)。</p> <p>※ 労働契約の変更は労働者の同意を得なければならない(判例)。</p> <p>① 報酬(remuneration)。労働契約に基づいて、労働者が労働契約に就くことにより得る利益。② 格付け(qualification)。労働者の職務内容や責任の程度。③ 労働時間(temps de travail)。労働時間の長さ。④ 労働場所(lieu de travail)。移動が合理的範囲内であるか否かによって判断される。</p> <p>2 「労働遂行条件の変更」の場合 使用者は①当該変更を断念するか、②解雇に着手するか、③労働者の対応を取ることとなる。労働者の同意を得ない限り、懲戒理由による即時解雇の対象となり得る。</p> <p>3 「労働契約の変更」の場合 (1) 労働者が受諾する場合 新たな労働条件で労働契約が継続される。受諾は労働者の受諾は明示的であらなければならない。ただし、経済的理由による契約変更は労働者の同意を得なければならない。労働者が1か月の検討期間内に拒否の意思表示をしなければその変更は受諾したものとみなされる(L132-2条)。</p> <p>(2) 労働者が拒否する場合 又は経済的理由による解雇に着手するか、②人的解雇の適法性を主張することとなる。この場合に、正当化するという観点から重大な事由による解雇が認められる。労働者は労働契約の変更を断念するか、③労働者が合意する場合、労働契約を自ら解消した上で、当該解消が解雇であるとの性質決定を裁判所に求めることができる。</p> <p>※ 使用者は、自ら取付けた企業内で通用している慣習について、交渉を行うに十分なる</p> | <p>1 総論 労働条件の変更は、使用者の一方的な任意によるものである。労働者は、労働条件の変更を受け入れるか又は解雇されるか又は、賃金額の変更に従って、被用者の告知義務を負う例がある。</p> <p>2 契約条件の変更に関する明示の同意に関する判断基準 契約条件の変更は、一定範囲の労働条件の変更が認められる場合、その変更は、改めなければならない(判例)。</p> <p>※ 労働条件の変更は、改めなければならない(判例)。</p> <p>3 黙示の同意に関する判断基準 労働契約の変更は、黙示の同意によるものである。労働者は、労働契約の変更を受け入れるか又は、賃金額の変更に従って、被用者の告知義務を負う例がある。</p> | <p>労働条件の変更について、特段の法令による制限はない。労働者は、その一方的な任意による労働契約関係の終了を主張し、使用者は、労働条件の変更を受け入れた被用者から、解雇されることとなる。なお、賃金額の変更に従って、被用者の告知義務を負う例がある。</p> |
| <p>個別契約上の労働条件の変更</p> | <p>1 総論 労働条件の変更は、使用者の一方的な任意によるものである。労働者は、労働条件の変更を受け入れるか又は解雇されるか又は、賃金額の変更に従って、被用者の告知義務を負う例がある。</p> <p>2 契約条件の変更に関する明示の同意に関する判断基準 契約条件の変更は、一定範囲の労働条件の変更が認められる場合、その変更は、改めなければならない(判例)。</p> <p>※ 労働条件の変更は、改めなければならない(判例)。</p> <p>3 黙示の同意に関する判断基準 労働契約の変更は、黙示の同意によるものである。労働者は、労働契約の変更を受け入れるか又は、賃金額の変更に従って、被用者の告知義務を負う例がある。</p> | <p>1 総論 労働条件の変更は、使用者の一方的な任意によるものである。労働者は、労働条件の変更を受け入れるか又は解雇されるか又は、賃金額の変更に従って、被用者の告知義務を負う例がある。</p> <p>2 契約条件の変更に関する明示の同意に関する判断基準 契約条件の変更は、一定範囲の労働条件の変更が認められる場合、その変更は、改めなければならない(判例)。</p> <p>※ 労働条件の変更は、改めなければならない(判例)。</p> <p>3 黙示の同意に関する判断基準 労働契約の変更は、黙示の同意によるものである。労働者は、労働契約の変更を受け入れるか又は、賃金額の変更に従って、被用者の告知義務を負う例がある。</p> | <p>労働条件の変更について、特段の法令による制限はない。労働者は、その一方的な任意による労働契約関係の終了を主張し、使用者は、労働条件の変更を受け入れた被用者から、解雇されることとなる。なお、賃金額の変更に従って、被用者の告知義務を負う例がある。</p> |

| | | |
|---|---|---|
| <p>労働者に対して、解約と併せて、変更された労働条件による労働関係の継続を申し出た場合、当該労働者は、当該変更された労働条件に不当な正当性がないと認められる場合には、当該正当性に基づいて留保を付した上で、当該提案をいつたんで受け入れて継続することとすることができる。</p> <p>当該労働者は、この留保を、当該使用者に対して、解約告知期間内に、遅くとも解約告知の到達から3週間以内に表示し、また社会的（解雇制限法2条）変更の社会的（解雇制限法2条）正当性を認められなければならない（解雇制限法4条）。</p> <p>裁判の結果、当該労働条件の変更に社会的正当性が認められ、当初の提案どおりの労働条件の変更に社会的正当性が認められれば、変更告知は当初より無効となる（解雇制限法8条）。</p> | <p>4 変更契約（合意による変更） ア 契約相手の同意があれば、他の上位規範に反しない限り変更が可能であるが、黙示の同意については、契約変更又は契約の不利益変更の申込みを知った後、契約変更が継続的に行われていることと認められ、契約変更が労働関係に直接現れ、よって労働者が自らその権利義務にどのような影響もたらされるのかを推測できる（判例）。</p> <p>また、証明書に記載されるべき主要な労働条件が変更された場合には、使用者は遅くとも変更の1か月後までに労働者に変更を通知しなければならない（証明書法3条）。</p> <p>* 「労働契約の締結の項」参照。</p> | <p>1 配置転換 ア 労働の種類・場所を変更することという労働契約の予定する範囲内であれば労働指揮権に基づき、使用者は一方的に配置を行える。一般に、職種を換えることなく、同一事業内での勤務場所、配属箇所を変更することは、労働指揮権の範囲内とされている。労働契約により職種・職務が特定されている場合には、同一職種系列内の職務変更は、労働指揮権の範囲内となる。同一事業内でのみ配置が労働指揮権の範囲内となる。労働者が特定の職務に特化したものである場合には、労働者が特定の職務に特化したものである旨の範囲を拡張するも、配属命令の行使が認められた労働契約に基づき、営業法106条の対象となる（民法典315条、営業法106条）。定められた期間を超え、営業法106条の対象となる旨の範囲を拡張するも、配属命令の行使が認められた労働契約に基づき、営業法106条の対象となる（民法典315条、営業法106条）。定められた期間を超え、営業法106条の対象となる旨の範囲を拡張するも、配属命令の行使が認められた労働契約に基づき、営業法106条の対象となる（民法典315条、営業法106条）。</p> |
| <p>告期間を付して従業員代表及び個別の労働者一対に對して破棄の通知をすることができる。</p> <p>労働者に対する等により、不公正解雇に対する救済（復職、再雇用、補償金の裁定）を求め得るほか、②ロモン・ロー上、使用者は、被用者が雇用契約条件の変更に同意しない場合に、当該被用者を解雇することができる。</p> | <p>1 配置転換 ア 制定法による特別の規制はなく、使用者から配置転換の申出を受けた被用者は、これを受入れない場合には自ら辞職することとなる。</p> <p>2 出向（relocation）、転籍（seconding） いずれについても制定法による特別の規制はなく、使用者から出向又は転籍の申出を受けた被用者は、これを受入れない場合には自ら辞職することとなる。</p> | <p>1 配置転換 ア 制定法による特別の規制はなく、使用者から配置転換の申出を受けた被用者は、これを受入れない場合には自ら辞職することとなる。</p> <p>2 出向（relocation）、転籍（seconding） いずれについても制定法による特別の規制はなく、使用者から出向又は転籍の申出を受けた被用者は、これを受入れない場合には自ら辞職することとなる。</p> |

| | |
|---|--|
| <p>もたらすような他の労働領域への配置。また、労働関係の特質上、労働者が特定の職場で就労しないことを常とする場合は、その都度業務委員会との共同決定事項となる（事業所組織法99条）。また、他の「採用」として共同決定事項となる（事業所組織法95条3項）。</p> <p>あたかも事業所委員会に同意をもった場合、事業所委員会、配転への同意を拒否する。</p> <p>2 賃借労働関係 (Leiharbeitsverhältnis) 労働者が使用者との労働関係を維持しつつ、第三者の労働指揮の下で就労するもので、出向に相当する。業として行われ限りの特別の法規制は存在しないが、業として行われる場合には、労働者派遣法の規制対象となる。労働者を第三者の下で就労させるに当たっては同意が必要だが、個別合意に限らず包括的合意、契約上の留保条項でも足りる（有刀説）。</p> | <p>懲戒権に対する法律上の規定は特に存しない。事業所での労働者の秩序行為に対する罰則規定は「事業所の秩序及び使用者が行う労働者の行動に関する事項」（事業所組織法87条1項）として事業所委員会の共同決定事項となる。</p> <p>労働者に対する聴聞、理由の通知等懲戒手続に関する法律上の規制は存しない。制裁手段として解雇、賃金グループ付けの低下は許されない。</p> <p>労働者の非違行為は、解雇制限法上の解雇事由としての即時解雇事由としての「重大な事由」として考慮される。</p> <p>※ 懲戒処分の種類としては、通常、事業所罰 (Betriebsbuße) として訓告 (Verwarnung)、謹慎 (Verweis)、制裁金 (Geldbuße) が、個別労働契約上の制裁として警告 (Abmahnung)、違約罰 (Vertragsstrafe) 及び労働者の行動を理由とする解雇などがあり得る。</p> |
| <p>議に不可欠で、当該労働者の従事する雇用や労働にかんげがみ、達成されるべき目的に比例して不利を被らなければならない。また、他の過度な不利益を被らねばならず、危機的家族状況にある労働者を配置転換させた場合に、当該配転命令が権利濫用とされた例もある。</p> <p>2 出向 (détachement) 他企業 (企業グループ、子会社を含む。) への一時的な移動。</p> <p>労働者の同意が必要 (企業グループ内で移動事項が設けられる場合もある)。</p> <p>3 転籍 労働者の同意が必要。</p> | <p>1 懲戒とは、「使用者が非行であると考えられる労働者の行動の結果、使用者によって取られた口頭での注意を除くあらゆる措置をいい、この措置が企業における労働者の存在、職務、職歴又は報酬に直ちに影響を及ぼすか否かを問わない」(L.122-40条)。なお、罰金等の金銭的制裁は禁止されている (L.122-42条)。</p> <p>※ 出自・性別・習俗・家族状況・民族への偏見・国籍・人種・政治的意見・組合活動・公共活動・争議権の行使、宗教的信条による差別的な懲戒は無効である (L.122-45条)。</p> <p>また、使用者の行う懲戒が労働者の非行の程度に比例していない場合には取り消されることとがある (L.122-43条2項)。</p> <p>※ 懲戒手続の開始から3年以上前に行われた懲戒を考慮することは許されない (L.122-44条2項)。</p> <p>2 職場内の服務規律と懲戒処分については、就業規則の必要記載事項である (L.122-33)。</p> <p>懲戒処分は就業規則に明記されていなければならない。</p> <p>3 手続 使用者は、非行の事実を知った日から2か月以内に、懲戒の対象となる非行の内容を書面と同時に労働者に明らかにしなければならない (L.122-44条)。</p> <p>懲戒の程度が重い場合 (戒告、出勤停止、配置転換、降格など)、使用者は、目的・日時・場所を明確に記した書面により、当該労働者を呼び出して行う事前面談の場において、懲</p> |
| <p>との間に、雇用契約の締結がなされない場合、使用者と当該被使用者との間の合意内、セカンドメントの使用者との雇用契約を終了した後に雇用契約を締結して、当該セカンドメントの使用者の被使用者となるものと推認される。</p> <p>② セカンドメントされた被使用者に対してセカンドメントの使用者が代理人としてではなく、本人として賃金を支払っている場合、セカンドメントの使用者とセカンドメント先の使用者のいずれが当該被使用者にコントロールしているかを判断し、(i)セカンドメントの使用者が当該被使用者をコントロールしている場合とされ、(ii)セカンドメントの使用者のコントロールが認められなければ、当該被使用者は、期間中の被使用者は、セカンドメントの使用者に対して負っている雇用契約上の適法な命令に従う義務及び職実義務と同じ義務をセカンドメントの使用者に負つてもよいものとする (判例)。</p> <p>※ セカンドメントは、公務員や民間グループ会社間でみられる。</p> | <p>1 懲戒権は、雇用契約の内容と企業外での非違行為を理由に、使用者は懲戒処分を付すことができず、そうした非違行為が使用者の営業に悪い影響を与えるようなものである場合にのみ、懲戒処分を付す (判例)。</p> <p>解雇以外の懲戒処分について、使用者は、その懲戒権の行使に当たり、雇用契約上の黙示の義務である信頼関係維持義務による制約を受ける (判例)。</p> <p>2 手続 懲戒処分に関しては、労使双方ともに、次の法定解雇・懲戒手続 (statutory dismissal and disciplinary procedure) に従わなければならない (2002年雇用法附則2)。</p> <p>① 使用者は法定解雇・懲戒手続を記載した雇用条件明細書に交付しなければならぬ (1996年雇用権利法1条、3条、4条)。</p> <p>② 使用者は、解雇又は懲戒処分を付すものとして問責の対象として記載した書面の特徴その他の状況について記載した書面を、写しを被使用者に送付し、当該問題を話し合う面談の通知を行う。</p> <p>③ 懲戒処分が停職の場合を除き、処分がなされる前に、面談を行われなければならない。この場合、使用者は、②で示したものを含む。被使用者が、その通知を拒否し、面談を拒否し、検討する合理的な機会を持たない場合は、当該面談に出席するよう合理的な措置を採らなければならない。</p> |
| <p>懲戒</p> | <p>○ 懲戒処分について、特別の制定法上の制限はない。</p> <p>※ 差別禁止法の制約がある。</p> |

| | | | | | |
|--|---|--|--|--|--|
| | <p>戒理由を示し、当該労働者の弁明を聴かなければならない(以上、L.122-41 条 2 項)。</p> <p>なお懲戒の内容が警告などの軽微な措置にとどまり、イの書面による通知のみで足り、イの手続を要しない(簡易手続)。</p> <p>懲戒の決定は、事前面談の翌日以降1か月以内に、書面で、理由を附記して当該労働者に通知しなければならない(L.122-41 条 2 項)。</p> <p>4 違反の効果</p> <p>手続違反、正当性の欠如、比例性の欠如等が認められる場合、労働審判所は、懲戒処分を取り消すことができる(L.122-43 条 2 項)。</p> | <p>使用者は、面談の後、決定内容を被用者に通知し、その決定内容が被用者の満足するところでない場合には、その決定の再審理を求める権利について通知する。</p> <p>④ 被用者が、(i)再審理を欲しないときは、その旨を通知し、(ii)再審理を欲する場合は、被用者に対して、さらなる面談に出席するよう求めなければならない。これに対し被用者は当該面談に出席しない。再審理のための面談は、使用後は最終決定について被用者に通知し、なければならぬ。</p> <p>※ 即時解雇が認められるような場合には、「修正された手続」として、上記の「標準手続」中の③の手続を省略することができる。</p> <p>3 手続違反の効果</p> <p>①に違反した場合、被用者からの不正解雇の申立の手続の中で被用者に対して認められる補償金の裁定額に2週給又は4週給までの間で増額がなされる(2002年雇用法 38 条)。</p> <p>②から④までの手続が取られないまま雇用審判所に不正解雇等の申立がなされた場合は、(i)その不遵守が被用者によるときは補償金の裁定額が10%から50%までの範囲で減額され、(ii)その不遵守が使用者によるときは10%から50%までの範囲で増額される(2002年雇用法 34 条)。</p> <p>使用者がこの手続を履行しない場合の解雇は、自動的に不正解雇とみなされる。ただし、使用者が不定の手続を上回る手続を履行したとしても結果が同じであったことを証明した場合には、解雇の公正さの判断における合理性の審査において、その不履行自体を不合理であるとはみなさない(以上、1996年雇用権利法 98A 条)。</p> <p>4 要件・実体規制</p> <p>ア 罰金 (fines)・減給 (deductions) については、明示の契約条項がない限り、行うことができない(1996年雇用権利法 13 条、18 条)。</p> <p>イ 無給の停職 (suspension without pay for misconduct) については、明示の契約条項がある場合のほか、就業規則、労働協約、慣行などにより契約内容となっていると認められる場合に行うことができる。</p> <p>ウ 降格 (demotion) については、使用者の権限についての明示条項に加えて、当該制裁が公正になされることを要する。</p> <p>エ 懲戒処分としての配転 (transfer) については、人間関係の不和・対立を解消する目的でなされる場合には、賃金の減額を伴うものであっても、みなし解雇の状況とは認められない。</p> | <p>1 休職 (Leave of absence)</p> <p>特別の制定法上の規制はない。考えられる個人休職 (personal leave) については、協約上、</p> | <p>1 予防停職 (precautionary suspension)</p> <p>警察の捜査及び起訴の結果を待って無給で出勤停止するもの。予防停職にすること及びそれを継続することは合理的な理由に基づく</p> | <p>○ 病気時の賃金継続支払請求権</p> <p>ア 4 週間以上以上の勤務を要件として、労働者が自身に責なく疾病により労働不能となつたため労働の提供ができないうちに、すべての</p> <p>○ 労働契約の停止 (suspension du contrat de travail)</p> <p>ア 主たる該当例は、①法律で義務づけられた休職として有給休職、祝祭日、代償休日、②</p> |
|--|---|--|--|--|--|

| | | | |
|---|--|---|--|
| <p>618 条)の義務は、公法的な実体法規則(労働保護法 ArbSchG 等)に基づき労働者が保護が行われたり、状態をもたらし、請求権を行使するに支障を及ぼさず、要求される監督官庁への告発による、実体法規則が遵守される場合、労働者は労働者に要求する権利を有する(民法典 273 条)。</p> <p>労働保護義務は、労働者に要求する権利を有する(民法典 273 条)。</p> <p>労働保護義務は、労働者に要求する権利を有する(民法典 273 条)。</p> | <p>3 安全配慮義務 使用者は労働契約に基づき結果債務としての安全配慮義務 (obligation de sécurité de résultat) を負う(判例)。</p> <p>労働者の長は、派遣労働者の安全を保障し、その身体的かつ精神的健康を保護するために必要措置を取らなければならない(判例)。</p> <p>労働者の長は、派遣労働者の安全を保障し、その身体的かつ精神的健康を保護するために必要措置を取らなければならない(判例)。</p> | <p>3 安全配慮義務 安全配慮義務に類する法理は存在しない。それは、雇用の過程において (in the course of employment) 雇員から生じた (arising out of the employment) 雇員に対しては、各州の労働補償法制度に基づき諸給付が支給され、労働補償制度は、使用者の無過失責任 (liability without fault) により諸給付を認め、その他の (exclusive) 救済であり、不法行為による損害賠償請求は一切排除されること、及び安全配慮義務違反を契約上の責任と捉える発想はないからである。</p> | <p>1 個人に起因する理由による解雇 (1) 解雇についての規制 ア 随意雇用原則により、原則として随意に労働者を解雇することが可能。 イ 随意雇用原則の修正 解雇を①公序違反 (使用者からの違法行為を要求する解雇)、②契約違反 (エンプロイー・ノンブドック記載事項違反等)、③誠実・公正義</p> |
| <p>3 安全配慮義務 安全配慮義務に類する法理は存在しない。それは、雇用の過程において (in the course of employment) 雇員から生じた (arising out of the employment) 雇員に対しては、各州の労働補償法制度に基づき諸給付が支給され、労働補償制度は、使用者の無過失責任 (liability without fault) により諸給付を認め、その他の (exclusive) 救済であり、不法行為による損害賠償請求は一切排除されること、及び安全配慮義務違反を契約上の責任と捉える発想はないからである。</p> | <p>4 労働者の損害賠償責任 州裁判所が伝統的なコモーン・ロー (代理法) 上の原則である寄与過失 (contributory negligence) を使用者に適用することを認める場合には、使用者は労働者に対して損害賠償を請求することができない。なお、秘密保持義務・競業禁止義務に係る州制定法、コモーン・ロー、契約 (特約) に対する違反があった場合、期間の定めのある雇用契約の場合、使用者が終了する前に労働者が職を辞した場合は、労働者が労働者に対する損害賠償請求が認められる場合がある。</p> | <p>4 労働者の損害賠償責任 州裁判所が伝統的なコモーン・ロー (代理法) 上の原則である寄与過失 (contributory negligence) を使用者に適用することを認める場合には、使用者は労働者に対して損害賠償を請求することができない。なお、秘密保持義務・競業禁止義務に係る州制定法、コモーン・ロー、契約 (特約) に対する違反があった場合、期間の定めのある雇用契約の場合、使用者が終了する前に労働者が職を辞した場合は、労働者が労働者に対する損害賠償請求が認められる場合がある。</p> | <p>1 個人に起因する理由による解雇 (1) 解雇についての規制 ア 随意雇用原則により、原則として随意に労働者を解雇することが可能。 イ 随意雇用原則の修正 解雇を①公序違反 (使用者からの違法行為を要求する解雇)、②契約違反 (エンプロイー・ノンブドック記載事項違反等)、③誠実・公正義</p> |
| <p>3 安全配慮義務 安全配慮義務に類する法理は存在しない。それは、雇用の過程において (in the course of employment) 雇員から生じた (arising out of the employment) 雇員に対しては、各州の労働補償法制度に基づき諸給付が支給され、労働補償制度は、使用者の無過失責任 (liability without fault) により諸給付を認め、その他の (exclusive) 救済であり、不法行為による損害賠償請求は一切排除されること、及び安全配慮義務違反を契約上の責任と捉える発想はないからである。</p> | <p>4 労働者の損害賠償責任 州裁判所が伝統的なコモーン・ロー (代理法) 上の原則である寄与過失 (contributory negligence) を使用者に適用することを認める場合には、使用者は労働者に対して損害賠償を請求することができない。なお、秘密保持義務・競業禁止義務に係る州制定法、コモーン・ロー、契約 (特約) に対する違反があった場合、期間の定めのある雇用契約の場合、使用者が終了する前に労働者が職を辞した場合は、労働者が労働者に対する損害賠償請求が認められる場合がある。</p> | <p>4 労働者の損害賠償責任 州裁判所が伝統的なコモーン・ロー (代理法) 上の原則である寄与過失 (contributory negligence) を使用者に適用することを認める場合には、使用者は労働者に対して損害賠償を請求することができない。なお、秘密保持義務・競業禁止義務に係る州制定法、コモーン・ロー、契約 (特約) に対する違反があった場合、期間の定めのある雇用契約の場合、使用者が終了する前に労働者が職を辞した場合は、労働者が労働者に対する損害賠償請求が認められる場合がある。</p> | <p>1 個人に起因する理由による解雇 (1) 解雇についての規制 ア 随意雇用原則により、原則として随意に労働者を解雇することが可能。 イ 随意雇用原則の修正 解雇を①公序違反 (使用者からの違法行為を要求する解雇)、②契約違反 (エンプロイー・ノンブドック記載事項違反等)、③誠実・公正義</p> |
| <p>3 安全配慮義務 安全配慮義務に類する法理は存在しない。それは、雇用の過程において (in the course of employment) 雇員から生じた (arising out of the employment) 雇員に対しては、各州の労働補償法制度に基づき諸給付が支給され、労働補償制度は、使用者の無過失責任 (liability without fault) により諸給付を認め、その他の (exclusive) 救済であり、不法行為による損害賠償請求は一切排除されること、及び安全配慮義務違反を契約上の責任と捉える発想はないからである。</p> | <p>4 労働者の損害賠償責任 州裁判所が伝統的なコモーン・ロー (代理法) 上の原則である寄与過失 (contributory negligence) を使用者に適用することを認める場合には、使用者は労働者に対して損害賠償を請求することができない。なお、秘密保持義務・競業禁止義務に係る州制定法、コモーン・ロー、契約 (特約) に対する違反があった場合、期間の定めのある雇用契約の場合、使用者が終了する前に労働者が職を辞した場合は、労働者が労働者に対する損害賠償請求が認められる場合がある。</p> | <p>4 労働者の損害賠償責任 州裁判所が伝統的なコモーン・ロー (代理法) 上の原則である寄与過失 (contributory negligence) を使用者に適用することを認める場合には、使用者は労働者に対して損害賠償を請求することができない。なお、秘密保持義務・競業禁止義務に係る州制定法、コモーン・ロー、契約 (特約) に対する違反があった場合、期間の定めのある雇用契約の場合、使用者が終了する前に労働者が職を辞した場合は、労働者が労働者に対する損害賠償請求が認められる場合がある。</p> | <p>1 個人に起因する理由による解雇 (1) 解雇についての規制 ア 随意雇用原則により、原則として随意に労働者を解雇することが可能。 イ 随意雇用原則の修正 解雇を①公序違反 (使用者からの違法行為を要求する解雇)、②契約違反 (エンプロイー・ノンブドック記載事項違反等)、③誠実・公正義</p> |

| | | | | |
|--|---|--|---|--|
| <p>項、23条1項)。次のいずれかかの事由に基づかない解雇は社会的に不当となる。</p> <p>①労働者の個人的事由、②労働者の行動に存する事由（解雇制限法1条2項）。</p> <p>※解雇事由が存するか否かについては次の4段階に分けて審査（判例）。</p> <p>① 解雇事由が自ら存在するものか ② 解雇事由が自ら存在し得るものか（予測原理） ③ それ以外の事由によるものか ④ 労働者自身の利益を侵害し、解雇告知に反対する使用人の利益を優越しているものか</p> <p>中央保護機関の同意があった場合に限り解雇が可能（重大障害者法15条）。</p> <p>児童、産後4ヶ月間内の女性あるいは育児休暇取得者（労働者）の解雇は原則として禁止（母性保護法9条、連邦育児手当法、育児休業法18条）。</p> <p>職業訓練生について、重大な事由がある場合にのみ解雇が可能（職業訓練法15条）。</p> <p>事業所委員会等の委員等が解雇を指示して禁止（解雇制限法15条）。</p> <p>2) 解雇予告 使用人が解雇する場合、暦月の15日又は末日を期限とし、及び4週間の解雇告知期間が必要（民法典622条1項）。</p> <p>なお、事業所又は企業内での労働関係の継続期間に於いて、解雇告知期間以下のおおむね延長される（労働者が25歳になるまでの期間は算入されない。民法典622条1項、2項）。</p> <p>勤続2年以上：1か月、勤続5年以上：2か月、勤続8年以上：3か月、勤続10年以上：4か月、勤続12年以上：5か月、勤続15年以上：6か月、勤続20年以上：7か月</p> <p>上記の解雇予告の規制については、労働協約に上掲の解雇の定めを定めることができる（民法典622条4項）。</p> <p>労働関係が3か月を超えて継続する場合を除く、労働者が一時的な補助のために雇い入れられた場合は、個別契約により民法典622条1項に定められた期間より短い解雇告知期間を定めることができる。</p> <p>使用人及び労働者は、労働関係の継続を期待し得ない実質的な理由がある場合（民法典626条）。</p> <p>3) 解雇手続 ① 使用人は、労働者を解雇する場合、事前に事業所委員会の意見を聴取することが必要（事業所組織法102条1項）。</p> <p>② 事業所委員会は、解雇について疑義が見られるときは、原則1週間以内に書面で通知しなければならない（事業所組織法102条2項）。</p> | <p>由の「重大性」は、企業にとつて労働の継続を不可能とし解雇を必要とするかどうかという観点から判断される。</p> <p>① 妊娠・出産・育児・職業病を理由とする休業期間等の労働契約停止期間中の解雇は違法（L.122-32-2条等）。</p> <p>② 従業員代表、組合代表等一定の保護された労働者について、労働監督官の許可のない解雇は違法、無効（L.412-19条、425-3条、436-3条）。</p> <p>解雇予告等 ① 解雇予告期間が必要（L.122-6条）。 勤続6か月未満の者は協約又は慣習により定められる期間。 ② 勤続2年以上2年未満の者は1か月。 勤続2か月以上の者は2か月。 ただし労働者に重大な非行がある場合は予告期間を遵守しない場合（L.122-6条）また、賃金等に相当する手当を支払わなければならない。</p> <p>③ 使用人は、解雇予告手当とは別に、労働者の時点で在職2年以上の労働者を除き、労働者に重大な非行があった場合（10分の1の割合で計算される解雇手当（10分を超えない場合）で10年を超える1年につき月額15分の1の割合で加算）を支払うことが必要（L.122-9条）。</p> <p>3) 解雇手続 使用人は、労働者を解雇しようとする場合には、面談の目的、日時、場所及び補助者の出席の可能性を記した要約書を労働者に書留郵便で送付し、決定前に面談を聴取することが必要（L.122-14条）。</p> <p>① 解雇を決定した場合、解雇理由を解雇通知書に記載し受領証明付書留郵便で労働者に送付することが必要（L.122-14-1,2条）。</p> <p>② 不当解雇等の場合の救済 解雇が真実かつ重大な事由に基づかない場合には、11人以上の労働者を有する企業に雇用されている勤続2年以上の労働者について、(i)労働審判所は使用者に復職を提案することは可能、(ii)復職が実現しない場合は使用者は賃金6か月分以上の賠償金を支払うことが必要（L.122-14-4条）。</p> <p>③ 10人以下の労働者を有する企業に雇用されている労働者又は勤続2年未満の労働者に対しては、使用者は労働者の被った損害に応じた賠償金を支払うことが必要（L.122-14-5条）。</p> <p>解雇手続違反の場合には、11人以上の労働者を有する企業に雇用されている勤続2年以上の労働者については、手続の追完及び1か月分の賃金を上回る金額の賠償金の支払いが必要（L.122-14-4条）。</p> <p>④ 10人以下の労働者を有する企業に雇用</p> | <p>めに違反するものと、(v)その他解雇を正当化できる実質的な理由がある場合は解雇が許容される（1996年雇用権利法98条2項）。</p> <p>なお、この規定は、(i)1年未満の勤続しかしない被用者は適用されない（1996年雇用権利法108条、109条）。</p> <p>※ 解雇の「公正さ」の判断基準は次のとおす。</p> <p>① 使用人の解雇の理由が(i)から(v)までのいずれかに該当すること。 ② 使用者が取った行動、対応が合理性を有すること。 ③ 労働組合員資格や組合活動、(ii)妊娠・出産、(iii)安全衛生活動、(iv)制定法上の権利や主権等による解雇は不正解雇となる（1996年雇用権利法104条等）。</p> <p>2) 解雇予告 使用者は使用者による雇用終了に際して継続雇用期間に応じた予告期間の権利を有する（1996年雇用権利法86条）。</p> <p>① 最低1週間 ② 継続雇用期間が1か月以上2年未満の場合には最低1週間 ③ 継続雇用期間が2年以上12年未満の場合には最低1週間 ④ 継続雇用期間が1年以上12年未満の場合には最低1週間 ⑤ 継続雇用期間が12年以上の場合には最低1週間</p> <p>① アイアにかかわらず、被用者の重大な雇用契約違反行為があった場合には予告期間は不要。また、予告に代わる金銭支払いが認められている。</p> <p>3) 解雇手続 1年以上の勤務を有する被用者を解雇した使用人は、被用者からの要求があった場合、2週間以内に解雇理由書を交付しなければならない。</p> <p>4) 不当解雇等の場合の救済 解雇された被用者が解雇に不服のあるときは、雇審として雇審所が公正であるか、雇審所に対して当該解雇が不正であることを申し立てを行うことが可能（1996年雇用権利法111条）。</p> <p>雇審所は解雇が公正でないとは判断し、雇審命令又は再雇用命令を下すことができる。申し立て者は再雇用を望まない場合、申し立て者がこれを受け入れることがない場合、申立て者がこれを受け入れることがない場合、雇審所は、雇審命令又は賠償金を支払う（1996年雇用権利法112条等）。</p> <p>※ 補償金には、被用者の年齢、勤続期間及び過給額に応じて算定された金銭的損害の補償を目的とする補償金（compensatory award）等がある（1996年雇用権利法118条）。</p> <p>不公平な解雇の申し立てが行われた場合には、雇審所からの助言・助言書、仲裁等を行う助言・仲裁等が送付される。事前に行われた助言・仲裁等の結果や仲裁による解決が図られる。</p> | <p>務違反、(v)として随意雇用の例外を認める判例(2) 解雇予告 なし (3) 解雇手続 なし (4) 不当解雇等の場合の救済 逸失賃金の他の逸失給付、精神損害の賠償、さらさらには懲罰的損害賠償といった救済が与えられる。 契約違反の救済として、逸失賃金その他の逸失給付の賠償は認められるが、被解雇者が他の職を探し合理的努力を怠った場合賠償額が減額は認められない。 誠実・公正義務違反の解雇の救済は、契約違反と同様とする州が多いが、不法行為として認められる。</p> <p>2) 解雇の理由に基づく解雇 随意雇用原則により、原則として随意に労働者を解雇することが可能。</p> <p>(2) 解雇予告 原則としてはなし。ただし、労働者数100人以上の場合は、事業所閉鎖又は大量レイアウトをする場合（60日前に交渉代表組合又は各労働者及び行政機関に書面により通知）が必要（労働者調整・再訓練予行法）。「事業所閉鎖」とは、50人以上の労働者が30日にわたって雇用を喪失する事業所の全部又は一部の閉鎖をいい、「大量レイアウト」とは①全労働者の33%以上かつ50人以上、又は②500人以上の労働者が30日にわたって雇用を喪失することをいう。</p> <p>(3) 解雇手続 なし (4) 不当解雇等の場合の救済 解雇予告義務違反の場合、被用者は民事訴訟によって予告不足日数分の賃金及び諸給付のバック・ペイを請求することができる。</p> | <p>3 差別的な理由による解雇 (1) 解雇についての特典 ア 人種、皮膚の色、宗教、性、出身国を理由とする解雇は不当解雇となる（公民権法第7編）。</p> <p>① 40歳以上の年齢を理由とする解雇は不当解雇となる（雇用における年齢差別禁止法）。</p> <p>ウ 障害者となる（障害者持アメリカ法）。</p> <p>(2) 不当解雇等の場合の救済 差別禁止の各法違反の不当解雇の場合、① 被用者は雇用機会均等委員会に救済申請をすることができ、② 雇用機会均等委員会は、調整・調停が成立しない場合は訴訟を提起することであり、③ 被用者は、(i)原職復帰、(ii)バック・ペイ、(iii)合理的な範囲の弁護士費用等</p> |
|--|---|--|---|--|

活用可能性が永続的又は予測し得ない期間失われること
 ② 労働者及び社外労働者の廃止、他の空席の労働者への配転、場合によっては期待可能な継続訓練又は再訓練措置若しくは契約の変更を要していること
 ③ 被解雇者の選定に当たって社会的選択が行われていること(比較可能なグループ確定、社会的に最も保護の乏しい者の選択、その継続就労に事業所の正当な必要性が認められる労働者の除外)
 ※ 緊急の経営上の必要性に基づく場合は、被解雇者の選定に当たって、年齢、勤続年数、扶養義務、障害を考慮していない場合は、社会的正当性を欠くとされる(解雇制限法17条3項)
 ウ 解雇規制の適用除外、解雇制限の内容等については、1(1)に同じ。
 となお、使用者が緊急の経営上の必要性に基づき解雇を行う際に、3週間の提訴期間中に旨を提訴しなかった場合、補償金を請求しなかつた労働者に伝え、労働者が実際に提訴しなかつたときは、勤続1年につき月収の半額の補償金請求権が発生する(解雇制限法1a条)。
 (2) 解雇予告の内容等については、1(2)に同じ。
 ア 解雇手続
 (3) 解雇の規制
 ① 一定規模以上の事業所で一定数以上の労働者を雇用している場合には、使用人は30日以内(AGENTUR für Arbeit)に届出なければならない(解雇制限法17条1項)。
 (i) 21人以上60人未満の事業所で6人以上の労働者を解雇する場合
 (ii) 60人以上500人未満の事業所で10%又は26人以上の労働者を解雇する場合
 (iii) 500人以上の事業所で30人以上の労働者を解雇する場合。
 ② 届出義務のある解雇を計画している使用者は、事業所委員会に対して、遅滞なく目的に始まった情報を提供しなければならない。特に、業分類、(i)解雇理由、(ii)解雇される労働者数と職別、(iii)解雇される労働者の選択基準等については、書面によらなければならない。又、使用人と事業所委員会は、解雇を避け、又は限定し、結果を緩和できる可能性については協議しなければならない(解雇制限法17条2項)。
 ③ 大量解雇は、届出到達後1か月を経過するまでは、雇用エージェントの同意があった場合に限り有効。なお、雇用エージェントは、解雇の停止を、届出到達後2か月を経過するまで延長する権限が付与されている(解雇制限法18条)。
 イ 社会計画
 ① 変更に伴う解雇などで労働者に経済的不利益が生じる場合には、事業所委員会と使用者との間で「社会計画」が策定され、解雇の補償金や転換訓練の費用等の支給が行

術的理由、②解雇予定者の数、③解雇順位の決定のために予定している基準と関係すること等解雇計画に関する全情報を通知することが必要(L.321-2、321-4)。
 工 雇用保護計画(plan de sauvegarde de l'emploi)
 ① 30日間に10人以上を解雇する場合で、50人以上の労働者を雇用している使用者は、解雇の回避、制限及び被解雇者の再就職援助のために、(i)外部・内部再配置、(ii)新たな活動の創設、(iii)教育訓練、(iv)労働時間の短縮・調整措置等を含む「雇用保護計画」を作成し実施することを必要(L.321-4-1条)。
 ② 作成した雇用保護計画については、従業員代表と協議することが必要(L.321-4条)。
 ③ 使用者は、解雇通知を行う前に、行政機関に雇用保護計画を含む解雇計画を届出すること、従業員代表への諮問等の手続的適法性の審査を受けることが必要(L.321-7条)。
 ④ 行政機関は、雇用保護計画について、従業員代表と力を考慮して、雇用保護計画を補充又は変更するための提案等を行わなければならない(L.321-7条)。
 才 行政機関への届出
 ① 使用者は、解雇対象者数により、手続に関する行政機関の届出等が義務づけられる(4)。
 ア 解雇手続違反の場合
 (4) 雇用保護計画の内容、作成の手続が違法の場合、解雇は無効とされる(L.321-4-1条)。
 イ ① 11人以上の労働者を有する企業に雇用されている勤続2年以上の労働者については、(i)解雇の追完及び1か月分の賃金上限とした金額の賠償金の支払、(ii)経済的解雇に固有の手続違反の場合は、損害に応じた賠償金を支払うことが必要(L.122-14-4条)。
 ② 11人未満の労働者を有する企業に雇用されている労働者又は勤続2年未満の労働者に対しては、損害に応じた賠償金を支払うことが必要(L.122-14-5条)。
 3 差別的な理由による解雇(禁止される解雇)
 (1) 解雇についての規制
 出身、習俗、性、家族状況、民族、国籍、健康状態、政治的意見、通常の仕事活動、健康状態、障害、年齢等を理由とする解雇は違法(L.122-45条、52-1条)。
 (2) 不当解雇等の場合の救済
 差別禁止規定違反の解雇の場合には、労働裁判所における通常の民事手続により、原職復帰の救済がなされる。なお、労働者が復職を求めない場合には金銭賠償の救済も可能である。このほか1(1)イ及びウの解雇が「禁止された解雇」の範疇に含まれ、その救済措置

条4項)。
 イ 剰金を理由とすると解雇をすることは、使用者は解雇対象被用者(継続勤務2年以上の年齢)に対し、その年齢、週給額及び継続雇用年数に応じた剰金整理手当(redundancy payment)を支払うことが必要(1996年雇用権利法135条等)。
 なお、定年年齢又は65歳以上の被用者には、剰金整理手当の支払いは不要(1996年雇用権利法156条)。
 ウ ②のジェネラルにより、貿易産業大臣へ書面で届出をすることが必要(1992年労働組合・労働関係(統合)法193条)。
 (4) 不当解雇等の場合の救済
 ① 使用者が制定法に従って情報を開示し協議を行わなかった場合には、最後の解雇の申立日から3か月以内に雇用審判所に法違反の立行を行うことができ、その申立に正当な理由があることを認定する場合には、その旨を宣言し、適切な場合には「保護裁定」(protective award)を下すことができる。
 3 雇用契約違反の解雇(違法解雇①)
 (1) 解雇についての規制
 上記の類型にかかわらず、解雇に公正性があつたとしても、その手続により違法解雇(wrongful dismissal)とされることがある。具体的には、使用者が、①雇用契約又は制定法により義務づけられた解雇予告期間よりも短い予告により被用者を解雇する場合、②雇用契約の内容となつていない懲戒手続を履行することなく雇用契約を終了させた場合、③雇用契約の内容となつていない人員選定基準に違反して剰金整理解雇の対象者として選定しないことを示す違法な契約の履行拒絶を行つたため被用者が雇用契約を終了させた場合、④期間の正当な理由(雇用を継続できない程度)の労働者側の重大な契約違反等)のない解雇は違法解雇となる。
 (2) 不当解雇等の救済方法
 違法解雇の救済方法は、通常、損害賠償(解雇予告期間の賃金相当額。ただし、解雇の仕方に起因する精神的苦痛や信用の喪失に対する損害賠償請求は認められない。)に限定されている。
 4 差別的な理由による解雇(違法解雇②)
 ア 性別又は婚姻上の地位を理由とする解雇は違法(1975年性別差別禁止法6条)。
 イ 皮膚の色、人種、国籍又は民族的ないし国家的出身を理由とする解雇は違法(1976年人種関係法1条)。
 ウ 障害者に関する理由で、かつ使用者が正当

| | |
|--|---|
| <p>は上記3イと同様となる。</p> <p>② 社会計画については、書面をもって作成し、かつ使用者と事業所委員会がこれに署名をしなければならない(事業所組織法 112 条)。</p> <p>(4) 不当解雇等の場合の救済 事業所委員会への異議申立、無効確認訴訟については、1の個人に起因する理由による解雇と同じ。</p> <p>3 差別的な理由による解雇 ア 解雇については、規定は無効(民法典 134 条、138 条、242 条)。 イ 柱を理由とする解雇は違法(民法典 611a 条)。 ウ 重大障害者については、中央保護機関の同意があった場合に限り解雇が可能(重度障害者法 15 条)。 エ 年齢差別を禁止する制定法は存しない場合が、緊急の経営上の必要性に基づき解雇の場合には、年齢等社会的観点を考慮していない場合には、社会的正当性を欠くとされる(解雇制限法 1 条 3 項)。 オ 人種差別を理由とする差別的解雇を禁止する制定法は存しない(2004 年 12 月に包括的な差別禁止法案が連邦議会に提出されている)。</p> <p>(2) 不当解雇等の場合の救済 性を理由とする解雇の場合、労働裁判所における通常の民事手続により救済がなされる。</p> | <p>化でできない理由による解雇は違法(1995 年障害者差別禁止法 4 条)。 エ 年齢、宗教を理由とする差別的解雇を禁止する制定法は存しない。</p> <p>ア 不当解雇等の場合の救済 ① 救済の申立をしかる3か月以内に雇用審判行為のあったときをしなければならぬ。 ② 審判所は、申立に理由があると判断する場合には、(i)被用者の権利の宣言、(ii)補償金の裁定、(iii)差別行為により生じた不利益を除去し、又は減殺する措置の勧告等を行うことができる。 イ 被用者は、機会均等委員会(人種差別の場合には人種平等委員会、障害者差別の場合には人種平等委員会)に援助を求めることができる。委員会は、紛争解決の助力、弁護士の手配等の援助等を行うことができるほか、差別的広告、差別行為等を行うように他人に圧力をかけることを禁ずる言言的判決等を郡裁判所等に求めることができる。</p> |
| | |

第1章 ドイツ

第1節 総論

1. 法源

(1) 労働契約法制と労働保護法制の関係

ドイツの労働法制では統一的な労働法典が存在せず、個別の法律によって労働関係が規制されている。労働法の諸法規は、集团的労働法及び個別的労働法に大別できる。後者の個別的労働法は規制の性質、目的に応じて「労働契約法 (Arbeitsvertragsrecht)」及び「労働者保護法 (Arbeitnehmerschutzrecht)」に分類できる。「労働契約法」は契約両当事者の権利義務の内容を規制する諸法規の総体を意味し、そこに規定される権利実現のためには、労働関係の当事者が司法機関である労働裁判所 (第1節総論, 4(2)参照) に訴訟を提起し実現を図らなければならない。この労働契約法に属する諸法規には、民法典, 商法典, 営業法上の関連規定をはじめ、賃金継続支払法, 連邦年次休暇法, パートタイム労働・有期労働契約法, 解雇制限法等の法律がある (第1節総論, 2参照)。「労働者保護法」は、主として労働者の安全, 健康保護を目的として、主に使用者に対し、行政上の監督と罰則を伴う公法上の義務を課す諸法規の総体を意味する。労働保護法 (Arbeitsschutzgesetz), 労働時間法, 閉店法, 母性保護法, 年少労働者保護法等の法律が属する。

(2) 労働条件設定の方法と当事者

労働条件を決定する規範には、国家法及び法規命令, 労働協約, 事業所協定, 個別労働契約がある。それぞれの規範の間には効力についてヒエラルキーが存在し、法律上の規定及び労働裁判所の判例を通じてその優劣が明らかにされている。集团的労働法上の当事者には、労働組合と使用者団体又は個々の使用者, 並びに、事業所委員会 (事業所組織法に基づき設置される, 事業所を単位とする従業員代表組織) と使用者があり、労働協約, 事業所協定の締結により労働者の労働条件の決定に関与し得る。

ア. 国家法

原則として、国家法により定められた基準よりも労働者にとって不利となる労働条件を、労働協約, 事業所協定, 個別労働契約により定めることはできない。つまり、国家法は労働条件の設定に関して片面的な強行性を有する。もっとも、労働協約によって国家法の基準から労働者の不利に逸脱することが、法律上の個別規定により認められる場合がある (「協約に開かれた強行法規」と呼ばれる。)

協約に開かれた強行法規の例として、民法典 622 条 4 項 (法定条件を下回る解約告知期間を労働協約によって設定することを許容), 労働時間法 7 条 (労働協約及び労働協約に根拠

を持つ事業所協定によって法定労働時間よりも長い労働時間の設定を許容),連邦年次休暇法 13 条 1 項 (法定条件を下回る年次休暇の条件を労働協約によって設定することを許容) などがある。

裁判所の判例によって形成された諸原則もまた国家法に含められる。労働法上の平等取扱原則などが,そうした国家法原則とみなされる。

イ. 労働協約

労働組合と使用者は労働協約 (Tarifvertrag) を締結することができる。労働協約法 2 条 1 項によると,労働組合と使用者団体もしくは個々の使用者が労働協約の当事者となり得ることが定められている。労働組合と使用者団体もしくは個々の使用者の交渉,労働協約の締結,内容については当事者自治に委ねられる。日本のような不当労働行為制度は存せず,使用者が団交義務を負うこともない。有効な労働協約を締結することができる,いわゆる協約能力について,法律上の具体的な定めはない。協約能力を備えるための要件は,労働裁判所の判例によって具体化されている (第 1 節, 2 (4)ア参照)。

ウ. 事業所協定

企業の事業所毎に,労働者の選挙により選出された構成員による事業所委員会 (Betriebsrat) は,使用者と事業所協定 (Betriebsvereinbarung) を締結ことができ,それによって種々の労働条件を規制することができる。事業所組織法により,事業所委員会に共同決定権が認められた事項については,使用者が一方的な措置を行ったとしても,かかる措置に法的効力は認められない。事業所委員会と使用者の共同決定を義務づけているにもかかわらず両者間で合意が成立しない場合には,同法により権限を与えられる仲裁委員会が裁定を行い,その裁定の内容が両当事者に対し拘束力を持つ。事業所協定は個々の労働関係を直律的・強行的に規律する効力を法律で認められているが,使用者と,労働者の代表たる事業所委員会の合意により成立する点で,日本の就業規則と性質を異にする。もっとも,事業所委員会の設置は労働者に法律で認められた権利であるが,設置を強制する法規は存在せず,事業所委員会の設置は,当該事業所の従業員の意思に委ねられている。事業所委員会が設置されていない事業所では,使用者は (事業所委員会が存すれば共同決定権に服すべき) 事業所秩序や労働時間の始終期,一時的時間外労働等の事項についても労務指揮権を行使して決定することになる。事業所組織法の概要,事業所委員会の選出方法,事業所協定の効力等については,第 1 節総論, 2 (4)イを参照。

エ. 労働契約

個々の労働者と使用者が締結する労働契約は,労働関係の法的基礎となる。労働者と使用者は,個別の労働契約において,国家法及び法規命令,労働協約,事業所協定の枠内で,労働条件を決定することができる。前述のように,国家法の基準又は労働協約,事業所協定より有利な内容での労働契約上の個別合意には法的効力が認められる。労働協約の適用のない事業所,あるいは,事業所委員会による事業所協定が締結されていない事業所では,労働契

約における合意を根拠として労働条件が決定されることになる。

2. 根拠法¹

ドイツにおける労働法の根拠法規について、以下、(1)基本法、(2)労働契約法、(3)労働者保護法、(4)集团的労働法に大別して概観する。労働事件を管轄する労働裁判所の権限・組織・訴訟手続を定めた労働裁判所法については、第1節総論、4(2)を参照。

(1) 基本法

1949年5月23日の基本法(Grundgesetz. 日本の憲法に相当する。)に定められた基本権のうち、労働法と関連を有する内容を以下で概観する。

ア. 契約自治の保障

基本法12条は職業の自由を保障する。同12条1項では、職業及び職場、養成所(Ausbildungsstätte)選択の自由が保障される²。ここから使用者の企業活動の自由、及び労働者が職業・職場を選択する自由が導かれる。労働契約の当事者は、職業の自由の一部分として基本法により保障された契約自由の原則の下で、個別労働契約による労働関係を形成する。

職業自由の一部分としての労働契約の自由は、基本法12条1項2文による法律の留保に服する。各種の労働法規が労働関係における最低条件を定めることは、労働者の生命、健康、人格、職業選択の自由、人間たる生活の保障等の法益を保護するという目的から、正当化される。

イ. 協約自治の保障

労働・経済条件を維持・改善するための団体結成が保障される(基本法9条3項)³。ここから、国家は「協約制度全体の核心的領域」を労働組合と使用者の自治に委ねること、すなわち、協約自治原則を尊重すべきことが導かれる。

ウ. 団結自由の直接的第三者効

基本法9条3項2文では、労働・経済条件の維持・改善のための団結自由について、この

¹ 根拠法の記述に関して、特にマンフレート・レーヴィツシュ(西谷敏・中島正雄・米津孝司・村中孝史訳)『現代ドイツ労働法』(法律文化社、1995年)を参照。

² 基本法12条(1)すべてのドイツ人は、職業、職場及び養成所を自由に選択する権利を有する。職業の遂行については、法律により、又は法律の根拠に基づき、これを規制することができる。

³ 基本法9条(3)労働条件及び経済条件を維持し促進するために団体を結成する権利は、何人にも、そしてすべての職業に対して、保障されている。この権利を制限し、又は妨害することを企図する合意は無効であり、これを目的とする措置は違法である。12a条、35条2項及び3項、87a条4項及び91項による措置は、第1文の趣旨における団体が労働条件及び経済条件を維持し促進するために行う争議行為に対してこれを行うことは、許されない。

〔筆者補足〕…基本法12a条は国防その他の役務義務、35条2項及び3項は、公共安全・秩序の維持回復、自然災害への対処に関する連邦及び州(Land)政府の協力、87a条4項は、連邦及び州の自由で民主的な基本秩序に対する危険が存在する際の軍隊の出動、91条は、前記87a条4項の危険が存在する際の州政府間での協力、及び連邦国境警備隊の協力について規定している。

権利を制限もしくは阻害しようとする合意が無効となること、それを目的とする措置が違法となることが定められている。この規定により、かかる団結自由の保障に、直接的な第三者効（日本法にいう私人間効力）が認められている⁴。

エ．基本権の間接的第三者効

基本権の法的内容は、民事法領域では私法上の諸規定を根拠として間接的に効力を持つとされ、とりわけ、私法上の一般条項（代表的なものとして民法典 138 条の良俗違反、民法典 242 条の信義誠実の原則等）がその根拠として用いられている。労働法の分野では、例えば、社会的相当性のある解雇事由を定めた解雇制限法 1 条 2 項や、重大な事由の存在が即時解雇を正当化するとした民法典 626 条などが、基本権を援用する際の根拠規定となり得る⁵。

オ．法律による基本権保障の具体化

民法典 611a 条（性に関連した不利益取扱禁止）及び 612 条 3 項（性を理由とする賃金差別の禁止）は、基本法 3 条 2 項の男女平等原則を労働関係において具体化するものとなっている。民法典 611a 条は、使用者が何らかの協定や措置を行うとき、とりわけ労働関係の設定、昇進、指揮命令、解雇に際し、性別を理由として労働者を不利益に扱うことを禁止する。これらの条項は損害賠償の根拠規定となり得るが、その違反について使用者に対する罰則等を定めた公法上・刑法上の規定は存在しない。

(2) 労働契約法

ア．民法典⁶（第 2 部第 8 章第 8 節「雇用契約」611－630 条）

1900 年に施行されたドイツ民法典は、第 2 部第 8 章第 8 節に「雇用契約 (Dienstvertrag)」と題する一節を設け、611 ないし 630 条にて雇用契約に関する諸規定を設けている。民法典 611 条 1 項は「雇用契約によって、役務を約束した者は、約束された役務の給付を、他方は、合意された報酬の支払を義務づけられる」とし、同条 2 項は「いかなる種類の役務も雇用契約の対象となり得る」とする。この「雇用契約」には、労働者が使用者の指揮命令下で役務（労働）を給付することを内容とする「労働契約 (Arbeitsvertrag)」と、自由な役務の提供を約する「自由雇用契約 (freier Dienstvertrag)」とが属する。ドイツ民法典では、委任 (Auftrag) が無償に限定されていることから (662 条)、日本法では有償の委任契約に分類され得る、医師の診療契約、弁護士契約、代理商契約、税理士契約等が自由雇用契約に分類

⁴ 使用者は、労働者の労働組合所属を理由とする解雇もしくは労働契約締結の拒否を行ってはならない。例えば、使用者が求職の応募者に対し、労働組合からの脱退を採用の条件とすることは、基本法で保障された団体の結成及び団体活動の権利を直接侵害する。BAG 2. 6. 1987 AP Nr. 49 zu Art. 9 GG. 同判決は、かかる使用者の行為により団体活動の権利を侵害された労働組合が、当該使用者に対し、将来的に同様の侵害行為を行わないよう不作為請求をなすことができる、とし、その後に侵害行為があったときには違反金を労働組合に支払うこととした。

⁵ 例えば、事業所における労働者の政治活動を理由とする解雇が有効か否かの司法判断において、基本法 4 条で保障される良心の自由、基本法 5 条 1 項で保障される表現の自由が考慮され得る。

⁶ Bürgerliches Gesetzbuch, 2. 1. 2002, BGBl. I S. 42, ber. 2909.

されている⁷。労働法は、原則として労働契約に基づく労働関係⁸に対してのみ適用される。

民法典上の雇用契約規定の中で、以下の諸規定は労働契約及び自由雇用契約のいずれにも適用され得る。雇用契約の内容（611条）、報酬及び報酬額の推定（612条1項、2項）、役務給付の一身専属性（613条）、報酬請求権（614条）、役務の受領遅滞及び経営危険の際の報酬支払（615条）、役務義務者（*der zur Dienstleistung Verpflichtete*）の側での一時的履行障害の際の報酬支払（616条）、役務義務者の疾病に対する役務権利者（*der Dienstberechtigte*）の看護義務（617条⁹）、役務義務者の生命・健康への危険に対する保護措置の実施義務（618条）、雇用関係の終了（620条1項、2項）、5年を超えて経過した長期的雇用関係の場合の解約告知期間（624条）、黙示の契約期間更新（625条）、重大な事由がある場合の即時解約（626条）、即時解約の際の部分報酬及び損害賠償（628条）、解約告知を受けた役務義務者の求職のための自由時間請求権（629条）、継続的な雇用関係が終了する際の、役務権利者の証明書発行義務（630条）。これらは主として民法典制定時から存する規定である。619条では、617条、618条を「強行規定」とすることが定められており、その反対解釈から、612条1項2項、613条、614条、615条、616条は任意規定と解されている。これに対し、近年の改正により追加された諸規定では、「労働関係（*Arbeitsverhältnis*）」、「使用者（*Arbeitgeber*）」、「労働者（*Arbeitnehmer*）」の用語が用いられ、労働関係にのみ適用がある。かかる規定に、性に関連した不利益取扱禁止（611a条）、職場について男女一方のみを募集することの禁止（611b条）、性を理由とする賃金差別の禁止（612条3項）、権利を正当に行使した労働者に対する不利益取扱の禁止（612a条）、営業譲渡の際の権利義務（613a条）、使用者が負担すべき経営危険の際の賃金支払（615条3文）、労働者が義務に違反した場合の損害賠償責任に関する特別の立証責任（619a条：使用者の側への証明責任の転嫁）、労働関係の場合の解約告知期間（622条）、労働関係の場合に要求される解約告知の書面性（623条）に関するものがある。これらは強行規定である。労働関係ではない、自由な雇用関係に対してのみ適用される規定に、解約告知期間（621条）及び即時解約（627条）に関するものがある。雇用契約規定の詳細については、後掲〔参考資料1〕を参照。

イ. 商法典¹⁰（第6章「商業使用人及び商業徒弟」59—65, 74—75h, 82a, 83条）

商業分野の労働関係については、商法典59条以下に特別規定が存在する。労務給付の内容及び報酬額の地域慣行による補充（59条）¹¹、商業使用人の法律上の競業避止義務（60

⁷ Richardi/J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1999, Vorbemerkungen zu §§611ff., Rn. 1247ff.

⁸ ドイツでは、「労働関係（*Arbeitsverhältnis*）」と「労働契約（*Arbeitsvertrag*）」との概念が区別されて用いられる。「労働関係」は使用者と労働者の間に成立・展開されている関係を意味し、「労働関係」は「労働契約」によって法的に根拠づけられる。

⁹ 家事使用人など、家庭に長期間、雇用されてきた者に対する特別規定。

¹⁰ *Handelsgesetzbuch*, 10. 3. 1897, *RGBl. S. 219*.

¹¹ 商業使用人の労務給付の種類、範囲について特段の合意がない場合、地域の慣行によってその内容が決定される。

条)¹²及び義務違反の場合の損害賠償(61条)、使用者の配慮義務(62条)、使用者の毎月末毎の俸給支払義務(64条)、商業使用人の契約上の競業避止義務(74条)¹³、競業禁止の無効(75条)等の定めがある。商法典では、とりわけ商業使用人の競業避止義務に関する詳細な規定が設けられており、これらの条項を、商業使用人に限定せず、全産業分野の労働者の場合に類推適用することにより、労働者一般についての競業避止義務が形成されてきた。商法典の規定、及び労働者の競業避止義務に関して、詳細は、第2節各論、7(1)を参照。

ウ. 営業法¹⁴(第7章「労働者」第1節105-110条)

営業法は、各種の事業を営む際の営業許可制度を規制する法律である。歴史的には1869年の北ドイツ連邦営業法に遡る。同法により、それ以前のツンフト制度に基づく閉鎖的営業制度から営業自由の原則に基づく許可制度への転換が図られた。併せて同法(第7章105条以下)には、営業許可を受けた事業所での工場労働者、手工業職人・徒弟、経営職員(工場での管理的業務に就く労働者)に対する労働者保護規定、及び行政による営業監督制度が定められた。そうした規定の改正・拡充により、ドイツの労働法発展の礎が築かれた。日曜労働の禁止、女性・年少労働者の保護、職業上の教育訓練、労働者の生命・健康に関する保護義務、事業所における労働者代表組織等々、各種の労働法制が営業法上の規定を母体とし、分離・発展させられてきた経緯を持つ。近年では、個々の労働契約法規及び労働者保護法規の拡充により、営業法上の労働法関連規定は大幅に削減されてきた。

営業法上の労働法関連規定は、同法の適用がある事業での労働関係にのみ適用され、歴史的には、商業や鉱業、鉄道業、海運業等における労働関係には特別法の規制が存在し、営業法の適用はなかった。現在でも漁業や医療、教育、法務等の自由業は営業法の適用を受けていない。しかし、2002年8月24日の法律により、営業法第7章「労働者」の諸規定が大幅に整理・統合・削除された上で、同章第1節「一般的な労働法の基本原則」(105-110条)がすべての労働者に対し適用されることとなった¹⁵。ここでは、労働契約締結自由の原則(105条)、労務指揮権(106条)、賃金支払の原則(107, 108条)、離職の際の証明書(109条)、競業避止義務の有効性(110条)に関する規定が設けられている¹⁶。これらの規定に使用者

¹² 労働関係存続中の競業避止義務に関する規定。

¹³ 労働関係終了後の競業避止義務に関する規定。

¹⁴ Gewerbeordnung, 22. 2. 1999, BGBl. I S. 202.

¹⁵ 以前の営業法6条では、「この法律は、…漁業、薬局の開設移転、有償の児童教育、学校教育制度、弁護士・公証人・法律顧問、会計士及び経済監査会社、宣誓帳簿検査士及び帳簿検査会社、税理士及び税務検査会社、税務代理人の業務、移民に対する相談事業、公共交通の停留所、水先案内、船舶における船長と乗組員の法関係に適用されない。鉱業については、この法律に明文の規定があるときに限り、適用がなされる。保険会社の事業所、医療その他の治療職、薬品の販売、富くじの販売、牧畜についても…同様とする。(以下略)」と規定されていたが、2002年8月24日の改正により、従前の営業法6条が一部修正の上6条1項とされ、6条2項として営業法「第7章第1節の諸規定はすべての労働者に対し適用される」との規定が加えられた。

¹⁶ 105条(労働契約の自由な形成) 使用者と労働者は、強行的な法律規定、適用可能な労働協約ないし事業所協定の規定に反しない限り、労働契約の締結、内容、及び形式について自由に合意することができる。労働条件の主要なものについては、その証明は証明書法の規定による。

106条(使用者の労務指揮権) 使用者は、労働給付の内容、場所、及び時間について、かかる労働条件が労働契約、事業所協定もしくは適用可能な労働協約の規定、又は法律の規定によって確定されていない限りで、

が違反した場合の罰則，もしくは行政官庁による監督の規定は設けられていない¹⁷。ドイツではこれまで，包括的・体系的な「労働契約法（Arbeitsvertragsgesetz）」の立法が計画された経緯があるが，議会における合意に至らなかった等の事情もあり，未だ実現をみていない¹⁸。営業法第7章第1節の諸規定は，統一的な労働契約法制定の過渡的作業とも位置づけられ得る¹⁹。

エ．証明書法²⁰

証明書法は，遅くとも労働関係開始の1ヶ月後までに，主要な労働条件²¹を書面化し労働者に交付する義務を使用者に課している（2条1項）。電子形式での証明書は認められない（2条1項3文）。証明書に記載されるべき主要条件が変更された場合には，使用者は遅くとも変更の1ヶ月後までに労働者に変更を書面で通知しなければならない（3条）。この法律で定められた使用者の証明義務違反は労働契約を無効とするものではないと解されている。労働

公正な裁量に従いそれらを詳細に決定しうる。事業場における労働者の秩序及び行為に関しても同様とする。裁量を行うに当たり，使用者は労働者の障害*を考慮しなければならない。

(* [筆者補足] …ここでの障害 (Behinderungen) は，身体障害を意味する。Preis, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2004 (ErfK), §106 GewO Rn. 5.)

107条（賃金の計算及び支払）(1) 賃金はユーロで計算し支払わなければならない。

(2) 使用者と労働者は，労働者の利益又は労働関係の特質に適合するとき，現物給与を賃金の一部として合意することができる。使用者は労働者に商品を信用販売してはならない*。使用者は労働者との合意により商品を賃金に算入することができるが，その算入額は平均原価を超えるものとする。給付される対象は，他に特別の取り決めがなされていないときには中級の性質のものとする。合意された現物給与又は商品の算入は，賃金の差し押さえ可能限度額を超えてはならない。

(* [筆者補足] …例えば，使用者が労働者に商品を信用販売し，利息分を賃金から差し引くことが禁じられる。ErfK/Preis, §107 GewO Rn. 6.)

(3) 労働者が第三者よりチップを得た場合に，通常の賃金を支払わないとすることはできない。チップとは，労働者が使用者に対して義務を負う給付について，第三者が法的義務なしに労働者に対し追加的に支払う金銭である。

108条（賃金の決算）(1) 賃金支払の際，決算の書面が労働者に渡されなければならない。決算には少なくとも，決算の期間及び賃金の構成に関する記載が含まれなければならない。賃金の構成に関しては，割増賃金の種類及び額，手当，その他の報酬，控除の種類及び額，賦払い，前貸しに関する記載が必要である。

109条（証明）(1) 労働関係が終了した際，労働者は書面による証明を請求することができる。その証明書には，少なくとも業務の種類及び期間の記載（単純証明）が含まれなければならない。労働者はさらに，労働関係における成績及び勤務態度に関する記載（資格証明）を求めることができる。

(2) 証明書は明確且つ理解が可能なように定式化されていなければならない。同書には，外見上の形式や文面により理解可能な，労働者に関する記述を行うことを目的とした標識や表現が含まれてはならない。

(3) 電子形式による証明書の交付は不可能である。

110条（競業禁止）使用者と労働者は，合意により労働関係終了後の労働者の職業活動を制限することができる。商法典74ないし75f条が準用される。

¹⁷ 例えば営業法109条の証明に使用者が遅滞した場合，あるいは，証明に欠陥のある場合，労働者に使用者の履行遅滞を理由とする損害賠償請求権が認められる。ErfK/Preis, §109 GewO Rn. 121ff.

¹⁸ 歴史的には，1923年及び1977年の労働契約法草案，東西ドイツ統一条約30条で統一的な労働契約法の立法が課題とされたことを受けての1992年の労働契約法草案などが知られるが，いずれも最終的な成立には至っていない。

¹⁹ もっとも，営業法の一部に労働契約法の規定が設けられたことに対し，労働契約法の分裂を広げるものとの評価もある。ErfK/Preis, §105 GewO Rn. 2.

²⁰ Nachweisgesetz (Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen), 20. 7. 1995 BGBl. I S. 946.

²¹ 労働者に交付される書面には少なくとも，①契約当事者の氏名，名称，②労働関係の開始時期，③有期契約の場合の期間，④労働場所，⑤労働者が行う業務の簡潔な特徴及び説明，⑥賃金の構成及び金額，⑦労働時間，⑧年次有給休暇の期間，⑨労働関係の解約告知期間，⑩労働関係に適用される労働協約，事業所協定の一般的な参照が含まれる必要がある（証明書法2条1項）。

者は使用者の義務違反について損害賠償請求を行うことができる。

オ. 就労者保護法（職場における就労者へのセクシュアル・ハラスメント防止法）²²

職場におけるセクシュアル・ハラスメント防止法は、使用者又は公的機関の長に対し、就労者を職場でのセクシュアル・ハラスメントから保護する義務を課す（2条1項）。セクシュアル・ハラスメントの対象者は男女を問わず、民間企業及び公法上の組織での就労者について同法が適用される（1条）。この法律にいうセクシュアル・ハラスメント行為とは、職場の就労者の尊厳を侵害するあらゆる性的な行為である（2条2項）。セクシュアル・ハラスメント行為を受けた就労者は、事業所ないし官庁に設けられた機関に対し苦情を申し立てる権利を有する（3条）。セクシュアル・ハラスメント行為があった場合、使用者は警告、配置換え、配置転換、解雇等の適切な措置を講じなければならない（4条1項）。

カ. 賃金継続支払法²³

賃金継続支払法（祝祭日及び疾病事故の際の賃金支払に関する法律）は、法律上の祝祭日により、又は、労働者が自己の責めなく疾病により労働を給付しなかった場合の使用上の賃金継続支払義務を定める。法律上の祝祭日のため休みとなった労働時間について、使用者は休みでなければ支払われたはずの賃金を労働者に支払わなければならない（2条）。疾病を理由とする労働不能の場合には、6週間までの賃金継続支払が使用者に義務づけられる（3条1項）。疾病（*Krankheit*）とは、治療を必要とし、且つ治療が可能な、正常ではないあらゆる身体的・精神的状態を意味する。支払われるべき賃金の額は、労働者が通常の労働時間に得るはずの賃金額である（4条）。詳細については、後述の第2節各論、6を参照。

キ. 連邦年次休暇法²⁴

ドイツにおける年休制度はワイマール時代より労働協約によって広く普及し、第二次世界大戦後は各州法で年休の定めがなされていたが、1963年1月8日の連邦年次休暇法により、旧西ドイツの連邦レベルで統一規制が実現した。この法律の特徴の一つは、労働者と並び労働者類似の者（*arbeitnehmerähnliche Person*）への適用が法定されている点である（2条）。年次休暇は暦年で最低24週日が保障される（3条）。労働者及び労働者類似の者は労働関係ないし契約関係が6ヶ月間存続すると完全な年次休暇請求権を取得する（4条）。連邦年次休暇法は休暇請求権の発生要件を労働関係の存続としているため、例えば暦年の間病気で就労不能であった労働者に対してもすべての休暇権が付与される²⁵。休暇の時期設定権は使用者が有するが、使用者は時期設定の際に労働者の希望を考慮する必要がある。ただし、差し迫った経営上の必要性がある場合、又は、社会的観点の下で優先されるべき他の労働者の休暇時期の希望がある場合にはこの限りでない（7条1項）。休暇は、差し迫った経営上の必要性

²² Beschäftigtenschutzgesetz (Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz), 24. 6. 1994 BGBl. I S. 1406, 1412.

²³ Entgeltfortzahlungsgesetz (Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall), 26. 5. 1994 BGBl. I S. 1014.

²⁴ Bundesurlaubsgesetz (Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer), 8. 1. 1963 BGBl. I S. 1529.

²⁵ BAG 8. 3. 1984, AP Nr. 14 zu §3 zu BUrlG.

がない限り、又は、労働者の個人的な都合で休暇を分割する必要がない限り、連続して与えられなければならない、分割する場合でも、最低 12 週日の休暇が連続付与されなければならないとされている（7 条 2 項）。もっとも、この点については協約のみならず個別契約によっても異なる定めをすることが可能である（13 条 1 項 3 文）²⁶。休暇中に労働者が疾病にかかった場合、医師の診断書により証明された労働不能日は休暇として計算されない（9 条）。療養期間ないしリハビリテーション期間についても、法律上の疾病による賃金継続支払請求権が存在する間は休暇に計算されてはならない（10 条）。この法律の規定は、1 条（すべての労働者に対する年次休暇請求権の付与）、2 条（法律の適用範囲）、3 条 1 項（1 暦年で最低 24 日の年次休暇の保障）を除いて、労働協約による異なる取り決め（法定基準を下回る規制）が可能である。

ク．解雇制限法

詳細については第 2 節各論 8、及び後掲〔参考資料 2〕を参照。

ケ．パートタイム労働・有期労働契約法²⁷

パートタイム労働・有期労働契約法は、EU レベルでの社会的パートナーによる枠組協約を踏まえた EC 指令（97/81/EC 及び 99/70/EC）を国内法化した法律である。この法律の目的は、パートタイム労働の促進、及び、有期労働契約が許容される要件の確定、パートタイム労働者及び有期契約労働者に対する差別の防止である（1 条）。

(ア) パートタイム労働

a. 差別の禁止

パートタイム労働者とは、週の所定労働時間が、比較可能であるフルタイム労働者よりも短い者をいう（2 条 1 項 1 文）。パートタイム労働者は、パートタイム労働を行うことを理由に、比較可能なフルタイム労働者との間で不利益な取扱いを受けてはならない。ただし、異別取扱いに客観的理由がある場合にはこの限りではない（4 条 1 項 1 文）。パートタイム労働者に対しては、少なくとも、比較可能なフルタイム労働者の労働時間に対するその者の労働時間の比率に適合した量の賃金もしくはその他の分割可能な金銭的価値のある給付が与えられなければならない（4 条 1 項 2 文）。

b. 労働時間の変更

この法律の特徴は、フルタイム労働者に、パートタイム労働への転換請求権を付与している点にある。

まず、使用者は、契約で合意された労働時間の長さ及び配置の変更を使用者に申し出た労働者に対し、事業所もしくは企業で配置可能な労働ポストについて情報を提供しなければならない（7 条 2 項）。

²⁶ 山口浩一郎、渡辺章、菅野和夫編『変容する労働時間制度－主要五カ国の比較研究－』（日本労働研究機構、1988 年）81 頁参照。

²⁷ Teilzeit- und Befristungsgesetz (Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge), 21. 12. 2000, BGBl. I S. 1966.

勤続6ヶ月を超えた労働者は、契約上合意された労働時間の短縮を使用者に請求できる(8条1項)。労働時間短縮の請求権の要件は、使用者が職業訓練中の者を除き、通常15名を超える労働者を雇用していることである(8条7項)。この労働者数の算定に当たっては、パートタイム労働者は完全に1人として数えられる。

労働者は、遅くとも、希望する労働時間短縮が開始される3ヶ月前までに労働時間の短縮及び短縮する労働時間を申し出なければならない(8条2項)。この申し出を受けた使用者は、労働者の希望する時間短縮について合意が得られるよう、協議しなければならない(8条3項1文)、労働時間の配分についても労働者と合意を得なければならない(8条3項2文)。

使用者は、経営上の理由によって妨げられない限り、労働時間の短縮に合意し、労働時間の配分を労働者の希望に応じて定めなければならない(8条4項1文)。経営上の理由がある場合とは、とりわけ、労働時間短縮が、事業所における組織、労働遂行過程、安全を本質的に損なう、もしくは不相当な出費の原因となる場合である(8条4項2文)。労働時間短縮を使用者が拒絶できる理由は、労働協約でこれを定めることができる。そうした労働協約の適用される分野で、協約に拘束されていない使用者と労働者であっても、拒否理由に対する協約規制の適用に合意することができる(8条4項3・4文)。もっとも、使用者が転換を拒否できる「経営上の理由」とは、合理的な企業運営を妨げる事由があれば必要且つ十分とされ、労働者は、パートタイム労働の労働ポストが事業主の計画に合致する場合にのみ労働時間短縮の希望を実現できるにとどまる。

使用者は、遅くとも、労働者が労働時間短縮の開始を希望した時期の1ヶ月前までに、書面によって労働者の希望に関する決定を通知しなければならない(8条5項1文)。使用者と労働者が労働時間短縮に関する合意(8条3項1文)には至らなかったものの、使用者が労働時間短縮開始希望時期の1ヶ月前までに書面で拒否をしなかった場合には、労働時間は労働者の希望どおりに短縮される。同様に、使用者と労働者が8条3項2文の労働時間配分に関する合意には至らなかったが、使用者が労働時間短縮開始希望時期の1ヶ月前までに書面で、希望された労働時間配分を拒否しなかった場合には、労働時間の配分は労働者の希望どおりに確定される(8条5項2・3文)。使用者は、経営上の利益が労働者の利益を著しく上回る場合には、1ヶ月前までに変更を告知することで、8条5項3文及び8条3項2文で確定された労働時間配分を変更できる(8条5項4文)。労働者は、使用者が労働時間短縮に合意、もしくは適法に拒否した後、2年が経過した場合に、再び労働時間の短縮を請求することができる(8条6項)。

c. 解雇の禁止

労働者が、フルタイムからパートタイムの労働関係へ転換又はその逆の転換を拒絶したことを理由とする解約告知は無効である。しかし、その他の事由による解約告知の権利は、これによって影響されない(11条)。フルタイム労働からパートタイム労働への転換を内容とする変更解約告知は、ほかに経営上の必要性があれば許容され得る。

(イ) 有期労働契約

a. 有期労働契約の定義

有期契約労働者とは、期間を定めた労働契約を締結した労働者である。期間を定めた労働契約には、期間が暦に従って定められた「暦による有期労働契約」(kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag)と、労働給付の種類、目的、特質によって定められた「目的による有期労働契約」(zweckbefristeter Arbeitsvertrag)とがある(3条1項)。

b. 差別の禁止

有期契約労働者は、労働契約に期限があることを理由に、期間の定めなく雇用された比較可能な労働者に比して不利益な取扱いを受けてはならない。ただし、異別取扱いに客観的な理由がある場合はその限りではない(4条2項1文)。有期契約労働者に対しては、ある一定の算定期間に与えられる賃金もしくはその他の金銭的価値のある給付につき、少なくとも、当該算定期間に対するその労働者の雇用期間の比率に適合した量が与えられる(4条2項2文)。比較可能な、期間の定めなく雇用された労働者とは、事業所で同じもしくは類似の業務を行う者である。事業所に、そうした比較可能な労働者が存在しない場合には、適用され得る労働協約によって決定できる(3条2項)。

c. 期間設定の正当化事由

労働契約の期間設定は、客観的な事由により正当化される場合に許容される(14条1項1文)。客観的な事由が存在するのは以下の場合である。①労働に対する経営上の需要が一時的に存在する場合(同2文1号)、②職業訓練もしくは大学課程から引き続き雇用に移行することを容易にするため期間を設定する場合(同2号)、③ある労働者が他の労働者の代理で就労する場合(同3号)、④労働給付に固有の性質が期間設定を正当化する場合(同4号)、⑤試用のため期間を設定する場合(同5号)、⑥労働者の個人的事由から期間設定が正当化される場合(同6号)、⑦公的な財政法で有期雇用のため定められた予算措置により労働者に報酬が支払われている場合(同7号)、⑧期間設定が裁判上の和解に基づく場合(同8号)。これら正当事由が存在する場合、有期契約に対する最長期間の制約はない。

d. 正当化事由の不要な期間設定の範囲

2年間までは、客観的な事由なく労働契約に暦による期間を設定することが許容され、2年間の期間内であれば、契約更新が3回まで可能である(14条2項1文)。かかる客観的な事由の不要な期間設定は、同じ使用者との間で、すでに有期もしくは無期の労働契約が存在した場合には許容されない(14条2項2文)。14条2項1文の規制は労働協約に対して開かれており、労働協約によって、更新回数もしくは期間設定の最長期間につき、1文の規定と異なる規制をすることが可能である(14条2項3文)。新設企業に対しては特別の規制があり、企業創設から4年以内であれば、客観的な理由なしに4年間まで、労働契約に暦による期間を設定することが許容される(14条2a項)。労働者の年齢に関連する特別規制も存する。労働者が満58歳に達していれば、客観的な理由なしに労働契約に期間を設定することができる。

しかし、同じ使用者との間で、すでに存在した期間の定めのない労働契約と密接な客観的関係がある場合には期間設定は許容されない。そうした密接な客観的関係は、とりわけ、以前の契約から6ヶ月以上期間が経過していない場合に存在する(14条3項)。

e. 無効な期間設定

労働契約の期間設定が有効となるには、書面を必要とする(14条4項)。

期間設定が無効である場合、有期労働契約は、期間の定めなく締結されたものとして取り扱われる。そのとき使用者は、最も早い場合で、合意されていた終了時点に向けて通常の解約告知を行うことができる。書面形式を欠いたとの理由で期間設定が無効である場合には、合意された終了時点の前に、通常の解約告知を行うことができる(16条)。

労働者が期間設定の無効を主張する場合には、有期労働契約で合意された終了の後、3週間以内に訴訟を提起し、期間設定により労働契約が終了していないことの確認を求めなければならない(17条1文)。この場合、解雇制限法5ないし7条が準用される(17条2文)。契約で合意された終了時点後も労働関係が継続されている場合には、労働関係が期間設定を理由に終了したことを使用者が書面中表示し、その表示が到達したときに、1文による訴訟提起期間が始まる(17条3文)。

(3) 労働者保護法²⁸

ア. 労働保護法²⁹

(7) 労働保護の基本原則

1996年8月7日の労働保護法は、労働保護に関するEC指令を国内法化したものである。法の目的は労働保護措置により労働者の安全及び健康保護を図り改善することである。同法はあらゆる事業の分野に適用される(1条1項)。使用者は、労働者の安全と健康のため必要な措置を講じなければならない(3条1項)。使用者が労働保護措置に当たり踏まえるべき一般的な基本原則は、①生命と健康に対する危険を可能な限り回避し、残る危険も可能な限り僅少となるよう労働を組織する(4条1号)、②危険をその源泉で除去する(同2号)、③措置に当たって最新の水準の技術、労働医学、衛生学並びにその他の定評ある労働科学的知見を考慮する(3号)、④技術、労働組織、以前の労働条件、社会関係、職場への環境の影響を適切に結び合わせる目的をもって措置を計画する(4号)、⑤個別的保護措置よりも、その他の措置を優先させる(5号)、⑥特に保護を必要とする労働者グループの特殊な危険を考慮する(6号)、⑦労働者に適切な指示を与える(7号)、⑧直接又は間接に性別に関連した効果を持つルールは、生物学的理由から差し迫って必要である場合に限り認められることである

²⁸ 本章では、労働者の安全、健康保護を目的として使用者に公法上の義務を課す法令の総体を意味する *Arbeitnehmerschutzrecht* に「労働者保護法」、労働者の安全保護措置について規制する単行法である *Arbeitsschutzgesetz* に「労働保護法」の訳語を当てている。

²⁹ *Arbeitsschutzgesetz (Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit)*, 7. 8. 1996, BGBl. I S. 1246.

(8号)。

(イ) 労働者の権利・義務

労働者は、自ら可能な範囲で、また、使用者の指示及び指揮命令に従い、労働に際しての自身の安全衛生に注意を払う義務を負う。さらに、自身の行為又は不作為の影響を受ける者の安全衛生に対して注意を払わなければならない(15条)。労働者に認められた権利としては、次のものがある。労働安全衛生対策のあらゆる問題に関する提案を使用者に対し行うことができる(17条1項)。また、労働者が具体的な根拠に基づいて、使用者が講じた対策や使用者によって行われた手段では、労働に際しての安全・健康保護が十分に保障されないと判断し、その訴えを使用者が考慮しない場合には、これを管轄官庁に届け出る権利がある(17条2項)。

(ウ) 実効性確保

この法律に基づく労働保護の監督は、国家の役割である。管轄官庁は、労働保護法及び同法に基づく法規命令が遵守されるよう監督し、使用者がその義務を履行するよう助言をしなければならない(21条1項)。法の定める管轄官庁は、連邦内務省の労働保護本局(Zentralstelle für Arbeitsschutz)である。連邦内務省の監督下にある連邦災害金庫(Unfallkasse)が同本局の代理として活動する(21条5項)。管轄官庁は、自らの監督任務の履行に必要な情報及び対応する資料の提供を使用者又は責任者に要求する権限を持つ(22条1項)。監督を委託された者は、任務遂行に必要な限りで、営業時間及び労働時間に営業場所、店舗及び事業所に立ち入り、視察し、検査を行い、情報提供義務者(22条1項)の業務書類を閲覧する権限を有する。さらに、企業施設、労働手段、対人防護設備を点検し、作業方法及び作業過程を検査し、計測を行い、特に労働に関連する健康上の危険を確認し、労働災害、職業病又は損害事故の原因を究明する権限がある(22条2項)。管轄官庁は、①使用者及び責任者又は労働者がこの法律上の義務を履行するために講ずべき措置、②労働者の生命健康に対する特別な危険を回避するため使用者及び労働安全保護の責任者が講ずべき措置を適宜命令することができる(22条3項)。

連邦政府は、連邦議会の同意を得て、使用者及び責任者が講ずべき措置の内容に関する法規命令を出すことができる(18条1項)。罰則は以下のとおりである。故意又は過失により、①特定の構成要件につき過料を定めた法規命令に違反した者(25条1項1号)、②管轄官庁が前述22条2項により発した命令が遂行可能であるにもかかわらず、これに違反した使用者又は労働安全保護の責任者(同2号a)、③前述②の管轄官庁による命令に違反した労働者(同2号b)には過料が科せられる(25条2項)³⁰。25条1項2号aに該当する行為を繰り返す使用者又は責任者、あるいは、同1号又は2号aに挙げられた行為を故意に行い、それにより労働者の生命健康を危険にさらした者に対しては、1年までの自由刑もしくは罰金

³⁰ 管轄官庁の遂行可能な命令に違反した使用者又は責任者は、25,000ユーロまでの過料、それ以外の違反者は5,000ユーロまでの過料に処せられる。

刑が科される（26条）。

イ．労働時間法³¹

ドイツでの労働時間法制は、かつては営業法上の労働時間規定（105a ないし 105j 条）、及び、1938年制定の労働時間法（Arbeitszeitordnung）によって構成されていた。1994年にこれらを改正する労働時間法制の統一及び弾力化のための法律が成立し、その第1編に労働時間法制を包括的に規制する新しい労働時間法が設けられた。

(7) 法の目的、適用対象

労働時間法の目的は、労働時間の具体化に際し、労働者の安全と健康保護を保障すること、及び、柔軟な労働時間のための枠組み条件を改善することにある（1条）。この法律の適用対象者は、現業労働者、職員及び職業訓練中の者である（2条）。適用除外となるのは、①事業所組織法5条3項の管理職員（イ．事業所組織法、(i)適用対象者の項を参照）並びに医師長（18条1項1号）、②公的な官署の長及びその代理人、並びに公勤務における労働者で人事上の事項について独立した決定をなし得る者（同2号）、③家庭における労働者で、自らが面倒を見る者と同居し、自己の責任で教育、看護、世話を行う者（同3号）、④教会及び宗教団体の儀礼分野（同4号）である。18歳未満の年少者、商船の船員には特別法による規制がある（18条2項、3項）。

(4) 週日の労働時間規制

労働時間は、労働者の1日の労働時間が8時間を超えてはならない（3条1文）が、6暦月又は24週の間で平均で週日の労働時間が8時間を超えない限りで、それを10時間まで延長することができる（3条2文）。

6時間を超え9時間までの労働は総計で少なくとも30分、9時間を超える労働は少なくとも45分の間、中断されなければならない。休憩時間は前もって定められていなければならない（4条1文）。この休憩時間は、少なくとも15分間まで分割することができる（4条2文）。

労働者は、1日の労働時間終了後、少なくとも11時間、中断のない休息時間を取らなければならない（5条）。

深夜時間は23時から6時までの時間であり、深夜労働とは深夜時間の少なくとも2時間が含まれる労働をいう（2条3項、4項）。深夜労働者とは、①労働時間編成により、交替の中で通常、深夜労働を行わなければならない者、もしくは、②暦年で少なくとも48日、深夜労働を行わなければならない者である（2条5項）。深夜・交替労働者の労働時間は、人間的な労働の形成に関する定評ある労働科学上の知見に従って定められなければならない（6条1項）。深夜労働者の週日の労働時間は8時間を超えてはならないが、1暦月又は4週間の間の平均で8時間を超えないときのみ、10時間まで延長できる（6条2項）。

³¹ 新しいドイツの労働時間法制に関する邦語文献として、和田肇『ドイツの労働時間と法』（日本評論社、1998年）101頁以下を参照。

(ウ) 日曜・祝祭日の休息

日曜日及び法定祝祭日は、0時から24時まで労働者は働いてはならない（9条1項）。ただし、当該労働を週日に行うことができない場合との条件付きで、以下の業務で就労する場合に例外が認められている。①救急・救命・消防、②公の安全・秩序維持、裁判官及び官吏、兵士、③医療・介護、④宿泊・飲食店、⑤音楽・劇場・映画・展示・催し等、⑥教会・宗教団体・各種団体・結社等の非営利団体での活動、⑦スポーツ及び余暇・レクリエーション・娯楽施設、観光、美術・博物館、⑧放送、新聞等マスメディア、⑨メッセ・展示場・祭り等、⑩運輸、⑪エネルギー・水供給・ゴミ処理・汚水処理、⑫農産・牧畜、⑬事業所監督等の監督、⑭情報機器を含む事業設備の清掃・保全・保守、⑮原材料・生産物等の腐敗損傷防止、継続的に行われる研究、⑯製造設備の損壊・損傷防止（10条1項）。日曜労働が許される場合であっても、1年に少なくとも15日曜日、労働者は労働から解放されなければならない（11条1項）。日曜日に労働した労働者には2週間以内に、祝祭日に労働した労働者には8週間以内に代休が与えられなければならない（11条3項）。

(エ) 実効性確保

使用者は、労働時間に関係する法律、法規命令、適用される労働協約、事業所協定を事業所に掲示しなければならない（16条1項）。使用者には、3条1項に定められた1日8時間を超える労働時間を記録することが義務づけられる（16条2項）。

この法律及び法規命令を遵守させるため、州法に基づく管轄官庁が監督を行うこととされる（17条1項）。一般には、営業監督庁（Gewerbeaufsichtsamt）もしくは労働保護庁（Amt für Arbeitsschutz）が実際の監督官庁（Aufsichtsbehörde）となっている³²。監督官庁は、この法律及びそれに基づく法規命令から生ずる義務を履行するために必要な措置を使用者に命ずることができる（17条2項）。監督官庁は、この法律及び法規命令を実施させるため必要な情報、労働時間証明、適用される労働協約、事業所協定を使用者に要求することができる（17条4項）。監督官庁の代理人は、操業時間及び労働時間中に労働場所に立ち入り、検査を行う権限を有する（17条5項）。

(オ) 罰則

使用者が故意又は過失により、以下に該当する行為を行った場合には違法となる。①この法律の3条（週日の労働時間限度と延長要件）、又は6条2項（深夜労働の労働時間限度と延長要件）、11条2項（日曜・祝祭日労働の労働時間限度と延長要件）に違反して労働者を制限以上に働かせたとき、②4条（休憩時間）に違反して最低限の休憩時間を与えなかったとき、③5条（労働終了後の休息时间）に違反して最低限の休息时间を与えなかったとき、④8条1項（連邦政府は、連邦議会の同意を得て、労働者の健康に特に危険のある労働ないし労働者グループについてこの法律よりも厳格な規制を法規命令により行うことができる。）、

³² ErfK/Wank, §17 ArbZG Rn. 2.

13条1, 2項（連邦政府は連邦議会の同意を得て、10条で定められた日曜・祝祭日労働禁止の例外のほか、さらなる例外の設定を法規命令により行うことができる。）、24条（連邦政府は、連邦議会の同意を得て、国際条約による義務の履行、ないしEU理事会、EU委員会の法令を国内法化するための法規命令を定めることができる。）に基づく法規命令が特定の構成要件に過料を科している場合に、それに違反したとき、⑤9条1項（日曜・祝祭日労働の禁止）に違反したとき、⑥11条1項に違反し、労働者に全ての日曜日に労働させたとき、もしくは、11条3項（日曜・祝祭日労働への代休付与）に違反し期限内に代休を与えなかったとき、⑦13条3項2号（監督官庁は9条の日曜・祝祭日労働禁止の例外が許容されるか否かの決定を行い得るが、その際、公的な礼拝のための時間を顧慮した就労時間の命令を行うことができる。）により出された監督官庁の命令に違反したとき、⑧16条1項（労働時間に関する法規・協定の事業所への掲示）に違反したとき、⑨16条2項（超過労働時間の記録及び2年間の保管義務）の記録を取らない、あるいは適切に取らないとき、もしくは定められた期間保管しなかったとき、⑩17条4項（監督官庁の使用者に対する情報要求）に違反したとき（22条1項）。前述の⑧については2,500ユーロまで、その他について15,000ユーロまでの過料が科される（22条2項）。①22条1項の①～③、⑤～⑦に該当する行為を故意に行い、労働者の健康もしくは労働力を危険にさらした者（23条1項1号）、又は、②それら行為を重ねて繰り返した者は、1年までの自由刑ないし罰金刑に処せられる（同2号）。過失により、23条1項1号に該当する行為によって危険をもたらした者は、6ヶ月までの自由刑ないし180日分までの罰金刑に処せられる（23条2項）。

上記のように、労働時間法では、労働時間、休憩時間、休息时间、深夜・交替労働、日曜・祝祭日労働に関する使用者の一定の行為を禁止する公法上の義務が課せられている。法律の役割は、許容される労働時間編成のあり方について大枠を定めることにとどまり、労働時間の具体化に当たってのより詳細な取り決めは労働協約や事業所協定によって行われている。法律上、割増賃金に関する定めは存在せず、労働協約、あるいは個別契約において割増賃金の取り決めがなされている場合に、それに基づき労働者に私法上の請求権が生ずることになる。

ウ．閉店法³³

ドイツにおける最初の閉店時間規制は、1900年6月30日の改正営業法に遡る。判例及び学説は今日まで、かかる法規制のそもそもの目的は労働時間保護にあるとしているものの³⁴、労働協約及び労働時間法制によって労働者の労働時間保護が達成されてきた中で、現在、閉店法における閉店時間規制の意義においては、企業の平等な競争条件を整備するという要素が強くなっている。現行の閉店法は、1956年11月28日に制定され、その後の改正を経て現在に至っている。

³³ Gesetz über den Ladenschluss, 2. 6. 2003, BGBl. I S. 744.

³⁴ ErfK/Wank, §1 LadSchlG Rn. 2.

(7) 閉店時間規制

商店は下記の時間、顧客との商取引を停止しなければならない。①日曜・祝祭日、②月曜日から土曜日までについては、午前 6 時までの時間、及び 20 時以降の時間、③12 月 24 日が週日である場合は、6 時までの時間、及び 14 時以降の時間（3 条 1 項 1 文）。パン屋については特別の規定があり、閉店規制が朝の 5 時 30 分までとされている（3 条 1 項 2 文）。この原則を踏まえて、例外の認められる業種が法律上で定められている。薬局、ガソリンスタンドは全日、終日営業が可能であるが（4 条、6 条）、一般の閉店時間に販売できる商品が限定されている。新聞・雑誌販売のキオスクは、日曜・祝祭日に 11 時から 13 時まで開店可能である（5 条）。鉄道駅での売店は全日、終日営業が可能であるが、12 月 24 日は 17 時までしか開店できない。一般の閉店時間には、旅行必要品の販売が許可される（8 条）。空港での売店は、全日、終日営業が可能であるが、12 月 24 日は 17 時までしか開店できない。一般の閉店時間には、旅行必要品の販売が許可される（9 条）。保養施設の売店、日曜日の郊外の売店、日曜日の牛乳・乳製品販売については、州政府もしくは連邦経済労働省が法律の例外を認める命令を定めることができる（10 条、11 条、12 条）。メッセ等の売店は年に 4 日まで日曜・祝祭日に開店することができる（14 条）。日曜・祝祭日の開店を一般的に禁ずる 3 条 1 項 1 号の例外として、12 月 24 日が日曜日である場合には、特別に日用品販売のための開店が許される（15 条）。

(4) 労働者の就労規制

4 条から 15 条までの例外規定により日曜・祝祭日に商店を開く場合、開店・閉店作業のために最高で 30 分まで、労働者を就労させることができる（17 条 1 項）。各労働者の日曜・祝祭日における就労時間は 8 時間を超えてはならない（17 条 2 項）。4 ないし 6 条、8 ないし 12 条、14 及び 15 条に基づき、日曜・祝祭日における就労が認められる者は、その就労が 3 時間を超える場合には同じ週の 1 週日において 13 時以降、労働から解放されなければならない。日曜・祝祭日の就労が 6 時間を超える者は、同じ週の 1 週日に終日労働から解放されなければならない。少なくとも 3 日曜日のうちの 1 日は就労から解放されなければならない。日曜・祝祭日における労働者の就労が 3 時間以内であった場合には、2 日曜日のうち 1 日、もしくは 2 週間のうち 1 日の 13 時以降、就労から解放されなければならない。その場合、1 日の午後、就労から解放されることの代わりに、土曜日もしくは月曜午前から 14 時まで自由時間を与えることも可能である。商店を閉めなければならない時間に自由時間を与えられてはならない（17 条 3 項）。

(5) 実効性確保

この法律、及びそれに基づき設けられる規定の実施に関する監督は、州法により労働保護を管轄する行政官庁が行う（22 条 1 項）。

商店の所有者が、故意又は過失により 17 条 1 ないし 3 項（日曜・祝祭日労働、自由時間、就労の調整）に違反した場合には違法となり（24 条 1 項 1 号 a）、2,500 ユーロまでの過料

が科される(24条2項)。24条1項1号aの違反行為を故意で行い、それによって故意又は過失により労働者の労働力もしくは健康を危険にさらした商店の所有者には、6ヶ月までの自由刑もしくは180日分までの罰金刑が科される(25条)。

エ. 母性保護法³⁵

母性保護法は、女性労働者の健康への危険から彼女らを保護することを目的とする。同法は、労働関係にある女性、及び、家内労働における女性就労者を適用対象とする(1条)。

医師の証明により妊婦及び子の生命・健康が就労により危険にさらされる場合、妊婦を就労させてはならない(3条1項)。また、妊婦を出産直近の6週間につき就労させてはならず(3条2項)、出産後の産婦を分娩後8週間が経過するまで就労させてはならない(6条1項)。妊婦は3条2項の6週間以外の期間についても、重労働を行うこと、有害物質、光線、塵ガス、蒸気、熱、寒気・湿気、熱気、振動にさらされる労働に就くことを禁じられる(4条1項)。

妊婦及び産後の産婦は、超過時間労働及び、20時から6時までの深夜労働、日曜・祝祭日の労働を行ってはならない(8条1項)。1項の超過時間労働とは、①18歳未満の女性について、1日8時間、2週間で80時間を超える労働、②それ以外の女性について、1日8時間半、2週間で90時間を超える労働である(8条2項)。

使用者が解雇の時点で妊娠又は出産を知っている場合、もしくは、それらの事実が解約告知の到達後2週間以内に使用者に通知される場合、妊婦及び分娩後4週間が経過するまでの産婦に対する解約告知は許されない(9条1項)。

使用者は、監督官庁の要求に従い、①当該官庁の任務履行のため必要な報告を行う、②妊産婦の氏名、就労の種類、賃金支払等の資料を検査のため提出する義務がある(19条1項)。母性保護法及び同法を根拠として公布される規則の実施について監督義務があるのは、州法に従い管轄する官庁である(20条1項)。

上記の内容をはじめとする妊産婦の就労禁止に、故意・過失により違反した使用者には、最高2,500ユーロの過料が科せられる(21条1・2項)。さらに故意にそうした違反行為を行い、女性の労働力もしくは健康を危険にさらした者には、最高1年の自由刑もしくは罰金刑が科される(21条3項)。

オ. 年少者労働保護法³⁶

年少者労働保護法は、職業訓練中である、もしくは労働者、家内労働者である18歳未満の者に適用される。労働者や家内労働者と類似した役務給付を行う18歳未満の者も適用対象に含まれる(1条1項)。この法律にいう児童(Kind)とは15歳未満の者(2条1項)、年少者(Jugendlicher)とは、15歳以上18歳未満の者をいう(2条2項)。全日制の就学義務を負う年少者は、児童とみなされる(2条3項)。

³⁵ Mutterschutzgesetz (Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter), 20. 6. 2002, BGBl. I S. 2318.

³⁶ Jugendarbeitsschutzgesetz (Gesetz zum Schutz der arbeitenden Jugend), 12. 4. 1976, BGBl. I S. 965.

(7) 児童労働

2条1項にいう児童の就労は禁止される(5条1項)。例外として、全日制の就学義務中の実習等の場合には許される(5条2項)。さらに、13歳以上の児童については、保護者の許可の下、児童の安全、健康、発育のため軽減された労働を1日2時間まで、農業の家族経営の場合には1日3時間まで就労させることができる(5条3項)。また、監督官庁の許可の下で、演劇、音楽上演のため、一定の時間、児童を就労させることができる(6条1項)。全日制の就学義務のない児童は、職業訓練のため就労することができる(7条)。

(4) 年少者労働

a. 年少者の労働時間・休憩・年次休暇

使用者は年少者を、1日8時間、1週間40時間を超えて就労させることができない(8条1項)。週日が祝祭日であるため労働が行われなかった場合には、その行われなかった労働時間を5時間分、他の日に配分することができる。ただし、5週間を平均して1週40時間、及び、1日8時間半を越えてはならない(8条2項)。労働時間が8時間に満たない日があるときには、同じ週の別の日に8時間半まで年少者を就労させることができる(8条2a項)。農業においては、繁忙期に、16歳以上の年少者であれば1日9時間、2週間で85時間まで就労させることができる(8条3項)。

使用者は、年少者が職業学校の授業を受ける場合(9条)、試験又は事業所外での研修に参加する場合(10条)、労働を免除しなければならない。職業学校への通学(9条3項)、及び、試験、事業所外研修への参加(10条2項2文)によって、賃金をカットしてはならない。

年少者に対しては、労働時間が4時間半を超え6時間までの場合には30分、労働時間が6時間を超える場合には60分の休憩時間が与えられなければならない。15分以上の労働中断のみが休憩時間とみなされる(11条1項)。休憩時間を含む拘束時間は10時間、農業、牧畜業等では11時間、鉱業では8時間を超えてはならない(12条)。1日の労働時間の終了後、連続して12時間が経過した後でなければ、年少者を就労させてはならない(13条)。

年少者は、6時から20時の間に就労させることができる(14条1項)。パン屋、農業、劇場等に関する例外規定がある。

年少者は、1週間に5日までしか就労させられない(15条)。土曜日、日曜日の就労は禁じられる(16条1項、17条2項)。土日労働が許される例外として、医療施設、農業・牧畜業、劇場、飲食業、家族営業等での就労が限定列举されている(16条2項、17条2項)。年少者が土曜もしくは日曜日に就労した場合、同じ週の、職業学校のない日に労働が免除され、1週5労働日が確保されなければならない(16条3項、17条3項)。週日が祝祭日であり、年少者がその日に就労した場合には、同じ週もしくは次週の、職業学校のない日に労働が免除されなければならない(18条3項)。

年少者に与えられる年次有給休暇は、暦年の初めに16歳未満であった者には暦年中最低30日、暦年の初めに17歳未満であった者に暦年中最低27日、暦年の初めに18歳未満であ

った者に暦年中最低 25 日である (19 条 2 項)。

労働協約及び労働協約に根拠を持つ事業所協定により、8 条 (労働時間)、15 条 (週 5 労働日)、16 条 3 項及び 17 条 3 項 (土・日曜労働の代替休日) 等と異なる、年少者に不利な規制を行うことが許される。ただしその場合でも無制限の逸脱は許されず、労働時間は 1 日 9 時間、1 週 44 時間、1 週の労働日は 5 日半までを限度とする (21a 条 1 項)。同様に、休憩時間、拘束時間、土・日曜・祝祭日労働について、法律上の規制と異なる規制を協約及び協約に基づく事業所協定で行うことができる (21a 条 1 項 1 ないし 6 号)。

b. 年少者の就労禁止・就労制限

年少者は、その身体的・精神的能力を超える労働や、有害物質、騒音、光線、化学物質等にさらされる危険のある労働を行ってはならない (22 条 1 項 1 ないし 7 号)。また、出来高労働など、労働のテンポを上げると賃金が上昇し得る労働を行ってはならない (23 条 1 項)。年少者の坑内労働も禁止される (24 条 1 項)。

使用者は、機械等を含めた労働場所の設置・維持に当たり、年少者を生命・健康への危険から保護し、その身体的・精神的発育への損害を避けるために必要な措置を講じなければならない (28 条)。

c. 年少者の健康管理

職業生活に入る年少者は、直近の 14 ヶ月以内に医師による検査を受ける必要がある (32 条 1 項)。年少者の就労開始 1 年後、使用者は、医師による年少者への事後検査の証明を得なければならない (33 条 1 項)。

連邦経済労働省は、連邦議会の同意の下で、年少者の労働時間、休憩、休日、年少者の健康管理、年少者の生命・健康保護に関する年少者労働保護法上の規定について法規命令を定めることができる (21b 条、26 条、46 条)。

年少者労働保護法及びそれに基づく法規命令の実施に関する監督の義務は、州法に基づく監督官庁に存する (51 条 1 項)。監督官庁は、所定の操業時間ないし労働時間中に労働場所に立ち入り、検査を行う権限を有する (51 条 2 項)。

d. 年少者労働保護のための委員会

州政府によって設置される最上級の官庁に、年少者労働保護のための州委員会が設置される (55 条 1 項)。同委員会は、使用者及び労働者の代表者、州の労働官庁及び青少年官庁の代表者、医師等から構成される (55 条 2 項)。監督官庁にも、年少者労働保護のための委員会が設置される (56 条 1 項)。同委員会は、使用者及び労働者の代表、労働、青少年、健康に関する官庁の代表者、医師、職業学校の教師等から構成される (56 条 2 項)。州年少者労働保護委員会は、年少者労働保護に関する一般的事項について、州官庁に対し助言を行い、年少者労働保護法の実施に関する提案を行う (57 条 1 項)。同様の任務を、監督官庁に設けられた年少者労働保護委員会が同官庁に対して行う (57 条 4 項)。

e. 実効性確保

上述した、児童労働の禁止、年少者の労働時間、休憩時間、拘束時間、休息時間の確保、土日祝祭日労働の禁止、年次休暇の付与、危険な労働等への就労禁止、医師による検査等の健康管理の未実施等に関する年少者労働保護法の規定、及びそれに基づく法規命令に故意又は過失により違反した者には、最高 15,000 ユーロまでの過料が科せられる（58 条 1 項，4 項）。58 条 1 項等の違反行為を故意に行い、児童、年少者の健康ないし労働力を危険にさらした者には、1 年までの自由刑もしくは罰金刑が科せられる（58 条 5 条）。過失により前記の危険をもたらした者には、6 ヶ月までの自由刑もしくは罰金刑が科せられる（58 条 6 項）。

(4) 集団的労働法

ア. 労働協約法³⁷

ドイツには、日本の労働組合法に相当する、集団的労使関係を包括的に規制した法律は存在しない。労働協約法は労働組合及び使用者団体が労働協約の当事者となることを定めるが、その組織、組合員もしくは構成員の資格、権利義務等に関する法律上の規定はなく、団体の規約に基づく自治及び判例による法形成に委ねられている。争議行為法もまた判例により形成されている。事業所での集団的労使関係については、後述の事業所組織法が詳細な規制を行っている。

(ア) 労働協約の当事者

労働協約の当事者は、労働組合、及び使用者団体もしくは個々の使用者である（2 条 1 項）。労働組合及び使用者団体の連合体（Spitzenorganisation. 全国連合団体）は、授權がなされている場合に、加盟する組合及び団体の名前で労働協約を締結することができる（2 条 2 項）。全国連合団体は、その規約で、労働協約の締結が任務に挙げられている場合に、それ自体が協約当事者となり得る（2 条 3 項）。

労働協約法 2 条 1 項により、労働組合と、使用者団体並びに個々の使用者は労働協約を締結することができるが、しかし労働組合としての要件について労働協約法に規定は存在せず、どのような団体であれば労働協約を締結し得るのか、法律上は明らかではない。労働協約を締結し得る労働組合の協約能力の要件は、判例によって明らかにされている。日本とは異なり、ドイツでは通常、労働組合が産業別に組織されており、こうした労働組合の社会的実態を踏まえ、ドイツの判例は、労働組合の協約能力の要件を厳格に解してきた。当該労働組合が、民主的組織であること、労働協約を締結する意思のあること³⁸、現行の労働協約を承認していること³⁹、当該組合が国家や社会的対抗者から独立していること⁴⁰、社会的対抗者に対しても自らの構成員に対しても権威を有し、十分な財政的基礎があり、自らの任務を遂行で

³⁷ Tarifvertragsgesetz, 25. 8. 1969, BGBl. I S. 1323.

³⁸ BAG 10. 9. 1985 AP Nr. 34 zu §2 TVG.

³⁹ BAG 25. 11. 1986 AP Nr. 36 zu §2 TVG.

⁴⁰ BverfG 18. 11. 1954 AP Nr. 1 zu Art. 9 GG.

きる組織を有すること等により社会的に強力であること（**soziale Mächtigkeit**）⁴¹等が協約能力の要件とされている⁴²。使用者団体についても、独立性、民主性といった要件は要求されるが、個々の使用者についても協約能力が認められているため、強力であることの要件は課されていない⁴³。

(イ) 労働協約の効力

労働協約は、協約当事者の権利義務を規制し、労働関係の内容、締結、終了、並びに、事業所及び事業所組織法の問題を規律する法規範を含む（**1条1項**）。労働協約は書面形式を必要とする（**1条2項**）。

労働協約が拘束力を持つのは、労働協約当事者の構成員、及び、自らが労働協約当事者である使用者に対してである（**3条1項**）。つまり、協約を締結した使用者団体に加盟している使用者と協約締結組合の組合員間の労働契約に対して規範的効力が発生するのが原則である。ただし、事業所及び事業所組織法の問題に関する労働協約の法規範は、労働協約に拘束される使用者のすべての事業所に適用される（**3条2項**）ため、非組合員にも当該事項についての協約規範が適用されることになる。労働協約の拘束性は、労働協約終了まで存在する（**3条3項**）。

労働関係の内容、締結、終了を規律する労働協約の法規範は、労働協約の拘束を受ける者に対し直律的・強行的に適用される（**4条1項**。協約の規範的効力）。労働協約で、年次休暇金庫などの共同の制度が定められる場合には、労働協約の規制が当該制度の定款に直律的・強行的に適用される（**4条2項**）。協約と異なる定めは、労働協約がそれを認める場合、もしくは、労働者の有利に規制を変更する場合にのみ許容される（**4条3項**。有利原則）。発生した協約上の権利を放棄することは、協約当事者により承認された調整においてのみ可能となる（**4条4項**）。労働協約の有効期間の経過後、異なる取り決めがなされるまでは、その法規範が効力を有する（**4条5項**。余後効）。

(ウ) 一般的拘束力制度

労働協約は、一般的拘束力の宣言によって協約の拘束を受けない労働者及び使用者に対して適用される⁴⁴。

連邦経済労働省は、使用者団体及び労働組合の全国連合団体の各**3名**の代表者からなる委員会の同意の下、当該協約当事者の申し出により、以下の場合に労働協約の一般的拘束力を宣言することができる。それは、①当該協約の拘束下にある使用者が、当該協約の適用領域

⁴¹ BAG 15. 3. 1977 AP Nr. 24 zu Art. 9 GG.

⁴² ErfK/Schaub, §1 TVG Rn. 1ff.

⁴³ ErfK/Schaub, §1 TVG Rn. 17.

⁴⁴ 2001年初頭の段階では、ドイツ全土で**534**の労働協約が一般的拘束力宣言を受けて拡張適用され、約**180万人**の労働者が協約の拡張適用を受けている。この拡張適用が活用されるのは、中小規模の企業が中心となっている産業分野であり、建設業をはじめ、清掃・排泄物処理産業、鉱石・セラミック・ガラス等の産業、小売業などで拡張適用のケースが見られる。以上、和田肇・川口美貴・古川陽二『建設産業の労働条件と労働協約』（旬報社、2003年）26頁以下を参照。

にいる労働者の50%を就労させており(5条1項1文1号)、②一般的拘束力の宣言が公共の利益に合致しているとみなされる場合である(同文2号)。一般的拘束力宣言が社会的危機を除去するために必要とみなされる場合には、1号、2号の要件を満たさなくともよい(5条1項2文)。前項の申し出の決定の前に、一般的拘束力宣言の影響を受けることになる使用者及び労働者には、手続の開始に利害を有する労働組合、使用者団体、並びに労働協約が効力を及ぼす州の最上級労働官庁に対して、書面による意見表明、並びに、口頭又は公の交渉において意見を表明する機会が与えられなければならない(5条2項)。関与する州の最上級労働官庁が、一般的拘束力宣言に異議を申し立てた場合には、連邦経済労働省は、連邦政府の同意がある場合にのみ、申し出を承認できる(5条3項)。一般的拘束力宣言により、労働協約の法規範は、その適用領域においてこれまで当該協約に拘束されてこなかった使用者及び労働者にも及ぶ(5条4項)。連邦経済労働省は、公共の利益に合致するとみなされる場合には、1項の委員会の同意の下、一般的拘束力宣言を取り消すことができる。この場合、2項、3項が準用される。一般的拘束力宣言は、当該労働協約の期間満了によっても消滅する(5条5項)。連邦経済労働省は、個別の事例において、一般的拘束力宣言の権利及び一般的拘束力の取消を州の最上級労働官庁に委ねることができる(5条6項)。一般的拘束力宣言及び一般的拘束力の取消は公示される必要がある(5条7項)。

イ. 事業所組織法⁴⁵

(7) 一般原則, 選挙権, 被選挙権

事業所委員会は、通常、少なくとも5名の選挙権を持つ労働者から成り、そのうち3名が被選挙権を持つ事業所で選出される(1条)。満18歳以上の労働者が選挙権を有する(7条)。被選挙権は、事業所に6ヶ月間所属し、公職選挙の権利を得る能力を刑事訴訟による有罪判決により喪失していない選挙権者に存する(8条1項)。

最小規模を下回る事業所、及び、従業員代表の選挙が実施されず事業所委員会が設置されない事業所では、事業所組織法に基づく労働者の関与権、共同決定権はない。事業所委員会の設置を罰則等でこれを強制する規定は存在せず、労働者側からの要求がなければ設置されない。実際に、事業所委員会が選出されている事業所の割合は、特に中小規模の事業所では低いとされている(第2節各論, 3(2)参照)。

(4) 適用対象者

事業所組織法の適用対象者は、管理職員(leitende Angestellte)を除く労働者(5条1項1文)、及び、主として同じ事業所で働いている家内労働者(5条1項2文)である。①法人代表機関の構成員、②商事会社の取締役、③主として営利のためでなく宗教的理由により就労する者、④主として営利のためでなく精神修養等のために就労する者、⑤使用者と同じ家で生活する配偶者、パートナー、一親等の親族は適用を除外される(5条2項)。管理職員に

⁴⁵ Betriebsverfassungsgesetz, 25. 9. 2001, BGBl. I S. 2518.

も適用がない(5条3項)。管理職員とは、以下の各号のいずれかに該当する職員をいう。①事業所もしくは事業所の部門で使用される労働者の採用・解雇権限を持つ者、②包括的代理権を持つ者、もしくは、使用者との関係で重要な業務代理権を持つ者、③その他、企業もしくは事業所の存続及び発展にとり重要で、且つその遂行に特別の経験と知識が必要とされる職務を通常行っており、その者が本質的に指揮命令の拘束を受けず自由に決定を行う、もしくはその決定に重大な影響を及ぼす場合(5条3項)。管理職員の集団的利益代表制度として、管理職代表委員会法(Sprecherausschußgesetz)に基づく管理職代表委員会(Sprecherausschuß)がある。事業所組織法の適用が管理職員にないことから、管理職員の人事上の個別的措置は事業所委員会の共同決定権に服さない。

(ウ) 事業所委員会の選挙、構成⁴⁶

a. 事業所委員会の選出

(a) 選挙の原則

事業所委員会は、事業所の規模に応じて1名から30名を超える委員により構成される(9条1,2項)⁴⁷。事業所委員会の任期は4年であるが、遅くとも、通常選挙がある年の5月31日までに終了する(21条)。

事業所委員会の選挙は、4年に1回、3月1日から5月31日までの期間内に選出される(13条1項)。事業所の労働者数ないし事業所委員会委員数の変動、委員会自体の決議による解散等の理由に基づく場合、あるいは事業所に事業所委員会が存在しない場合には、この期間外であっても選挙が可能である(13条2項)。

事業所委員会は秘密の直接選挙により選出される(14条1項)。選挙権のある労働者、及び当該事業所に組合員のいる労働組合が候補者の推薦(候補者リストの提出)を行うことができる(14条3項)。労働者による候補者推薦には、少なくとも選挙権ある労働者の20分の1、且つ、少なくとも3名の選挙権者による署名が必要である。しかし50名以上の署名は必要ない(14条4項)。労働組合による候補者推薦は、2名の代理人による署名が必要である(14条5項)。選挙権を持つ労働者が通常5名から50名までの小規模事業所では、選挙手続を簡略化した選挙を行うことができる(14a条)。

候補者の推薦に当たって複数の候補者リストが提出された場合には比例代表制の原則に従って選挙が行われる。1つの候補者リストしか提出されない場合、又は、14a条に従い手続を簡略化した選挙が行われる場合に多数決選挙が行われる(14条2項)。選挙手続について

⁴⁶ 事業所委員会の選挙手続に関して、新林正哉「ドイツ事業所組織法二〇〇一年改正における事業所委員会選挙手続の改正—経営形態・従業員集団の変化に対応した再検討—」季刊労働法 199号 141頁以下(2002年)参照。

⁴⁷ 事業所委員会は、通常5~20名の労働者がいる事業所で事業所委員会構成員1名から成る。以下、労働者21~50名では3名、51~100名で5名、101~200名で7名、201~400名で9名、401~700名で11名、701~1000名で13名、1001~1500名で15名、1501~2000名で17名、2001~2500名で19名、2501~3000名で21名、3001~3500名で23名、3501~4000名で25名、4001~4500名で27名、4501~5000名で29名、5001~6000名で31名、6001~7000名で33名、7001~9000名で35名。9000名を超える労働者が属する事業所では、労働者3000名毎に2名の事業所委員会構成員が増加する。

ては後述する。

事業所委員会の選挙に当たっては、以下の原則が踏まえらる。事業所委員会は、可能な限り、事業所における個々の組織及び労働の種類異なる労働者から構成されるべきものとされる（15条1項）。従業員において少数派である性別は、事業所委員会が少なくとも3名以上で構成される場合には、従業員数の比率に応じて事業所委員会で代表されなければならない（15条2項）。

事業所委員会選挙は、選挙管理委員会（Wahlvorstand）によって運営される。選挙管理委員会の任命は、事業所委員会により、当該事業所委員会の任期満了の遅くとも10週間前までに行われる。選挙管理委員会は、3名の選挙権のある労働者、及びその中の1名を委員長として構成される（16条1項1文）。事業所委員会は、選挙を適法に実施するため必要である場合には、選挙管理委員会構成員の数を増やすことができる（同2文）。8週間前までに任命が行われない場合には、3名以上の選挙権のある労働者、もしくは当該事業所に組合員がいる労働組合の労働裁判所への申立てにより、労働裁判所が選挙管理委員会を任命する（16条2項）。事業所委員会が存在しない場合、中央事業所委員会、あるいはコンツェルン事業所委員会（後述）が存在すれば、それらが選挙管理委員会を任命する（17条1項）。中央事業所委員会、コンツェルン事業所委員会がない場合には、事業所総会（後述）に出席した労働者の多数決により選挙管理委員会を選出する（17条2項）。

選挙権、被選挙権、選挙手続に関する主要な条項への違反が存在した場合には、労働裁判所において選挙の取消がなされる（19条1項）。選挙の取消は選挙結果が明らかになった日より2週間以内であれば可能である（19条2項）。

(b) 選挙の手続

以上の事業所組織法の規定を踏まえて、事業所委員会の選挙手続の概略を以下に述べる⁴⁸。事業所委員会選挙の細則は、選挙令⁴⁹によって定められている。

任命された選挙管理委員会は、選挙権者の氏名を記載した選挙人リストを、性別で分けて

⁴⁸ 新林・前掲注 46 論文 163 頁以下参照。2001年7月の事業所組織法改正により、それ以前の事業所委員会選挙手続から大幅な改正が行われた。重要な変更の一つは、労職グループ原則の廃止である。改正以前の事業所組織法及び選挙令では、従業員を現業労働者（Arbeiter）と職員（Angestellte）の2つのグループに分類し、双方のグループから一定割合で事業所委員会委員を選出する方式を採ることで、事業所で少数派となるグループの利益も適切に反映される仕組みとなっていた。かかる労職グループ原則は、歴史的に、職員と現業労働者では、労働条件に関する関心に隔たりがあることを前提として、少数派となったグループの利益が多数派によって十分に代表され得なくなることを防ぐために導入されていた。しかし、社会の発展とともに、事業所における働き方にも変化が見られ、現業労働者と職員との区別を維持する必要性が低下しているとの指摘を踏まえ、2001年の法改正により労職グループ原則が廃止された。その代わりに、事業所で少数派となる性別に事業所委員会委員の最低数を保障するなど、性別を顧慮した事業所委員会選出原則が導入されることとなった。そのほか、同改正により、事業所組織形成の柔軟化（複数企業に属する共通事業所での独自の事業所委員会設置を認める）、事業所委員会選出手続の簡易化、新しい雇用形態の事業所組織への編入（外勤、テレワーカー等への適用の明確化）、事業所委員会の能力改善（委員定数の増加等）、個々の労働者の参加促進（事業所委員会への提案権を個々の労働者に付与する等）といった内容が事業所組織法に盛り込まれた。新林・前掲注 46 論文 152 頁以下参照。

⁴⁹ Wahlordnung (Erste Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes), 11. 12. 2001, BGBl. S. 3494.

作成し（選挙令 2 条 1 項）、最初の投票が行われる日の遅くとも 6 週間前までに選挙の公示を行う（選挙令 3 条 1 項 1 文）。

選挙権者もしくは労働組合からの候補者リストの提出は、選挙の公示から 2 週間以内に行われる（選挙令 6 条 1 項 2 文）。選挙管理委員会は、提出された候補者リストを審査し、有効と判断した場合には投票日の 1 週間前までに公示する（選挙令 10 条 2 項）。

選挙権者による投票が行われた後、選挙管理委員会は直ちに開票、当選者の決定、結果発表を行う。当選者の決定は、次のように行われる。

第一段階で、15 条 2 項により、事業所内において少数派となる性別に保障される最低議席数が、従業員中の男女従業員数を基にドント方式により決定される（選挙令 5 条 1 項）。

第二段階で、比例代表選挙もしくは多数決選挙が実施される。14 条 2 項により、複数の候補者リストが提出された場合には比例代表選挙が行われる。投票者は、投票用紙に記載された候補者リストの中から 1 つのリストを選んで投票する（選挙令 11 条）。まず各候補者リストへの議席の配分が、各リスト毎の獲得票数を基にドント方式に基づいて決定される（選挙令 15 条 1 項）。その上で、各候補者リストに配分された議席数に応じた数の委員が、各候補者リストから選出される（同 2 項）。候補者リスト内での、選出される委員の選択はリストに記載された順位に従う（同 4 項）。第一段階で決定された、少数派の性別に保障される委員数が満たされない場合には、それを満たすよう調整が行われる（同 5 項）。

一つの候補者リストしか提出されなかった場合には、多数決選挙が行われ、投票者は投票用紙に記載された候補者の中から選出されるべき委員数以下の数の者を選び、選出したい候補者に印をつけて投票する（選挙令 20 条）。選出される委員は得票数を基に決定されるが、最初に少数派となる性別に与えられる最低議席数につき、得票数に応じて委員の決定が行われ、その後、残りの議席数が性別に関係なく決定される（選挙令 22 条）。

選挙権を持つ労働者が 5 名以上 50 名以下の事業所では、簡略化された手続により、事業所委員会の選挙が実施される。当該事業所又は企業に、事業所委員会、中央事業所委員会、コンツェルン事業所委員会がない場合には、まず 1 回目の選挙集会で、参加労働者の多数決をもって選挙管理委員会を選出し（事業所組織法 17a 条）、その 1 週間後、2 回目の選挙集会を開催して投票を行い、事業所委員会を選出する（事業所組織法 14a 条 1 項）。事業所委員会委員の候補者リストは、1 回目の選挙管理委員選出選挙集会までに提出される（同 14a 条 2 項）。2 回目の選挙集会では、多数決選挙により事業所委員会委員の選出が行われる（同 14 条 2 項）。このとき、まず少数派に属する性別の最低議席数が決定され（選挙令 32 条）、その上で投票数に応じて委員の選出が行われる。すでに事業所委員会もしくは中央事業所委員会、コンツェルン事業所委員会があり、それらによって選挙管理委員会の任命が行われる場合には、前述 1 回目の選挙管理委員会選出のための選挙集会は省略される（事業所組織法 14a 条 3 項）。

b. 事業所委員会の構成

事業所委員会は、議長と議長代理を選出しなければならない（26条）。事業所委員会が9名以上の委員で構成される場合には、事業所小委員会（Betriebsausschuss）を設置する（27条1項1文）。事業所小委員会は、事業所委員会の日常的な任務を遂行する（27条2項1文）。事業所委員会は、委員の多数決により、小委員会に任務の独自の処理を委ねることができる（27条2項2文）。つまり、日常的な任務とはみなされない共同決定権ないし関与権の行使は、事業所委員会の決定による委譲があれば、小委員会でも行うことが可能となる。しかし、事業所協定の締結は、この権限を小委員会の任意に任せることはできない（27条2項2文）。

100名を超える労働者の存する事業所では、事業所委員会は特定の任務に従事させる委員会を任命・設置できる（28条）。

(r) 事業所委員会の活動、決議

事業所委員会選挙後、1週間以内に選挙管理委員会が事業所委員会の会議を招集し、議長、議長代理等の選出を行う。その後は、議長が会議日程の確定、招集、議事進行を行う（29条1項、2項）。委員の4分の1又は使用者の申請があれば、議長は会議を招集し、審議を求められた議題を会議日程に組み入れなければならない（29条3項）。事業所委員会の会議は、通常は労働時間内に行われる。しかしその際、経営上の必要性が考慮されなければならない（30条）。

事業所委員会の決議は、事業所組織法に特段の定めがない限り、出席した委員の過半数の賛成により行われる。議決同数の場合には、議案は否決される（33条1項）。委員の少なくとも半数が参加しなければ、事業所委員会は議決できない。委員の代理出席は認められる（33条2項）。

事業所委員会委員はその職務を名誉職として行い、そのための報酬を得ることはない（37条1項）。委員は、事業所の規模と性質に応じて、自らの任務を適法に実施するため必要な限りで職業活動を免除される場合、賃金を減額されない（37条2項）。事業所委員会の活動のための費用は使用者が負担する（40条1項）。事業所委員会の会議、労働者との面会時間、日常の任務遂行のため、使用者は必要な限りで、部屋、物的施設、情報・コミュニケーション手段、事務員を利用させなければならない（40条2項）。

(s) 事業所総会、部門別集会

従業員集団への情報の周知等のため、事業所総会（Betriebsversammlung）が開かれる。事業所委員会議長が総会を指揮する。総会は非公開で行われる（42条1項）。非公開の意味は、メディアによる公開の報道が許されないということで、使用者は出席可能である。労働者が組織的、空間的に分けられている場合には、部門別集会（Abteilungsversammlung）が開かれる（42条2項）。事業所委員会は、暦年の四半期毎に事業所総会を招集し、そこで活動報告を行わなければならない（43条1項1文）。使用者は議事日程の通知を受けた上で、事業所総会に招かれる（43条2項1文）。使用者はそこで発言する権利を持つ（43条2項2

文)。使用者又はその代理人は、少なくとも暦年に 1 回、事業所総会において、男女平等の状況や外国人労働者の統合を含めた人事・社会制度⁵⁰、事業所の経済的状況と展開、経営上の環境保護に関して、経営秘密を侵さない限りで報告しなければならない(43 条 2 項 3 文)。

(カ) 中央事業所委員会、Konzern事業所委員会

企業が複数の事業所で構成され、それに伴い複数の事業所委員会が存在する場合には、中央事業所委員会 (Gesamtbetriebsrat) が設置される (47 条 1 項)。中央事業所委員会には、委員 3 名までの事業所委員会から 1 人、委員 3 名を超える事業所委員会からは 2 名の委員が送られる。その際、性別を適切に考慮すべきものとされる (47 条 2 項)。この委員構成は、労働協約ないし事業所協定により異なる定めをすることが可能である (47 条 4 項)。中央事業所委員会の各委員は、選出された事業所の選挙人名簿に記載されている有権労働者数に応じた数の投票権を持つ。複数の委員が選出されている場合には投票権の数が分配される (47 条 7 項)。

中央事業所委員会は、企業全体、もしくは複数の事業所にかかわり、個々の事業所内の事業所委員会では規制できない事項を扱う権限を有し、その限りで事業所委員会が設置されていない事業所にも中央事業所委員会の権限は及ぶ (50 条 1 項 1 文)⁵¹。中央事業所委員会は個々の事業所委員会の上に位置するわけではない(50 条 1 項 2 文)。個々の事業所委員会は、委員の過半数の同意により、本来は自らが扱う事項の処理を中央事業所委員会に委ねることができる (50 条 2 項 1 文)。その際、各事業所委員会は決定権を留保できる (50 条 2 項 2 文) と規定されていることから、各事業所委員会は、当該事項に関する決定権を自らに留保することもできるし、中央委員会に委ねることもできると解されている。

Konzern (株式法 18 条 1 項にいうKonzern⁵²) においては、各企業の中央事業所委員会の決議により、Konzern事業所委員会を設置することができる (54 条 1 項)。Konzern事業所委員会には、各中央事業所委員会から 2 名の委員が送られる。Konzern事業所委員会の権限は、Konzernもしくは複数のKonzern企業にかかわり、個々のKonzern企業では規制できない事項の扱いについて認められる。

(キ) 年少者・職業訓練者代表

事業所に通常、18 歳未満の労働者 (年少労働者, jugentliche Arbeitnehmer), もしくは職業訓練のため就労する 25 歳未満の者が 5 名いる場合には、年少者・職業訓練者代表を選出できる (60 条 1 項)。60 条 1 項に挙げられた労働者はすべて選挙権を有する (61 条 1 項)。

⁵⁰ 社会制度 (Sozialwesen) とは、例えば従業員の食堂、工場付設の宿舍といった事業所における福利厚生のための施設や、その他の社会的給付を意味する。Vgl. ErfK/Eisemann, §43 BetrVG Rn. 8.

⁵¹ 事業所委員会が関与し得る、社会的事項、労働者の人事的事項、経済的事項等の諸事項については、原則として個々の事業所委員会が決定及び処理の権限を有する。中央事業所委員会は、企業全体ないし複数の事業所のレベルで規制を行う不可欠の必要性がある限りでのみ、規制権限を有する。また、事業所委員会が設けられていない事業所に対する権限も、その範囲でのみ認められる。中央事業所委員会がそうした事業所での「代替事業所委員会」となり得るわけではない。

⁵² 株式法 (Aktiengesetz) 18 条 1 項「支配企業とその下にある一ないし複数の従属企業が支配企業によって統一的に運営されている場合には、これら企業全体をKonzernという」。

被選挙権があるのは、事業所における 25 歳未満の全労働者である（61 条 2 項）。年少者・職業訓練者代表は以下の一般的な任務を行う。①60 条 1 項の年少労働者，職業訓練者にかかわる措置（70 条 1 項 1 号），特に労働関係における職業訓練・教育に関する措置を事業所委員会に申請する。②年少者・職業訓練者の実際の平等な立場を事業所委員会に申請する（同 1a 号）。③年少者・職業訓練者にかかわる法規，法規命令，労働協約，事業所協定の実施を監視する（同 2 号）。④年少者・職業訓練者からの提案，特に職業訓練に関する提案等を受け入れ，事業所委員会で実現に努める（同 3 号）。⑤外国人の年少者・職業訓練者の統合を促進し，そのための措置を事業所委員会に申請する（同 4 号）。

(7) 労働者の関与・共同決定に関する基本原則

使用者と事業所委員会は，少なくとも 1 ヶ月に 1 度，協議（*Besprechung*）のため会合を持つ必要がある。係争中の問題に関して，双方は一致に向け真摯に交渉し，見解の相違を調整する提案を行わなければならない（74 条 1 項）。

使用者と事業所委員会の間で，争議行為は許容されない（74 条 2 項 1 文）。使用者と事業所委員会は，労働過程や事業所の平和を害する行動を行ってはならない（74 条 2 項 2 文）。政党活動も禁止される（74 条 2 項 3 文）。

使用者と事業所委員会は，事業所で働くすべての者が，法と公平の基本原則に従って扱われるよう監視しなければならない。特に，家系，宗教，国籍，出自，政治的・労働組合活動を理由とする異別取扱いや雇い入れ，あるいは，性別や性的アイデンティティを理由とする異別取扱いや雇い入れが行われないようにしなければならない（75 条 1 項）。

事業所組織法が定める事業所委員会の共同決定権（*Mitbestimmungsrecht*）は，多義的な概念であり，以下の留意が必要である⁵³。広義には，事業所委員会が使用者より情報提供，事情聴取を受ける，もしくは協議する権利を含め，事業所の運営に対して関与する権利全般を意味する。狭義の共同決定は，使用者が事業所委員会の同意を得ない場合には，一方的措置をなし得ないことを意味する。狭義の共同決定には，さらに 2 種類のものがある。事業所委員会側にも，当該事項について共同決定を使用者に提案し，使用者が同意しない場合には，仲裁委員会（後述）の裁定をもって両者の合意に代替させる権利（発議権）を含むものと，発議権はないが，使用者の提案に同意しないことをもって使用者の一方的措置を妨げる権利（同意権）があるものの 2 種類である。

事業所委員会に発議権を含む共同決定権が認められる事項の代表例は，事業所組織法 87 条で規定された社会的事項である。同意権のみが与えられている事項には，人事調査票，評価基準の作成（94 条），人事計画における選択指針の作成（95 条），使用者による採用，賃金グループ格付け，同格付けの変更，配転の実施（99 条），事業所委員会委員の即時解雇（103 条），社会計画の策定（112 条）がある。

⁵³ 荒木尚志『雇用システムと労働条件変更法理』（有斐閣，2001 年）157 頁参照。

(7) 事業所協定

以下で見るように、事業所委員会は、使用者に対し各種の共同決定権を事業所組織法により認められている。共同決定にかかわる事項を、事業所において統一的に定めるため、事業所協定の形式が用いられる。この協定は使用者と事業所委員会の合意によって成立する。事業所協定には特別の規範的効力が与えられ、適用される事業所で働く労働者と使用者の労働関係を規律する。そのため、労働条件の決定又は変更に関して重要な法規範となる。

事業所委員会と使用者の協定、並びに仲裁委員会（後述）の裁定（*Spruch*）に基づく協定を使用者は実施する。ただし、個別事案について異なる合意がある場合にはその限りではない（77条1項1文）。事業所委員会は、一方的な行為により事業所の管理運営に介入してはならない（同2文）。事業所協定は事業所委員会と使用者によって共同で締結され、書面に記録され、両当事者によって署名されるものとする。ただし、事業所協定が仲裁委員会の裁定に基づく場合にはこの限りではない（77条2項1文、2文）。使用者は事業所協定を適切な場所に掲示しなければならない（同3文）。賃金、その他、労働協約により規制された、あるいは規制されるのが通常である労働条件は、事業所協定の対象とはなり得ない（77条3項1文）。労働協約が補充的な事業所協定の締結を明示的に許容している場合には、この限りではない（同2文）。77条3項1文は、事業所協定に対する労働協約の遮断効（*Sperrwirkung*）について規定しており、労働条件の設定及び変更における規範のヒエラルキーを定めた重要な条項である。労働協約と事業所協定の相互関係を巡る議論については、第2節各論、3(2)を参照。

事業所協定は直律的、強行的な効力を持つ（77条4項1文）。事業所協定により労働者に権利が認められている場合には、その権利の放棄は事業所委員会の同意がある場合のみ許容される（同2文）。そうした権利の失効は認められない（同3文）。事業所協定上の権利行使に関する停止期間、時効期間の短縮は、労働協約ないし事業所協定で定められている限り許容される（同4文）。事業所協定は、特段の定めがない限り、3ヶ月の解約告知期間をもって終了する（77条5項）。事業所協定の失効後、仲裁委員会の裁定によって代替可能である事項に関する規制については、別の取り決めがなされるまで効力を有する（77条6項）。

(7) 仲裁委員会

使用者と事業所委員会、中央事業所委員会、コンツェルン事業所委員会は、意見の相違を調整するため必要に応じて仲裁委員会（*Einigungsstelle*）を設置することができる。事業所協定により常設の仲裁委員会を設置することもできる（76条1項）。仲裁委員会は、使用者と事業所委員会がそれぞれ指名する同数の委員、及び、両者どちらにも属さない議長によって構成される。中立の議長については、使用者及び事業所委員会の双方が合意しなければならない。議長について両者が合意に至らない場合には、労働裁判所が指名する（76条2項）。仲裁委員会は遅滞なく活動を行わなければならない。口頭での審議の後、仲裁委員会は多数決により決議を行う。決議を行うに際し、議長は最初の投票を棄権しなければならない。多

数が決まらない場合に、さらなる審議の後、改めて行われる決議に議長が加わる。仲裁委員会の決議は書面に記録され、議長の署名を入れて使用者及び事業所委員会に送付される（76条3項）。仲裁委員会における手続の詳細について、事業所協定で定めることができる（76条4項）。仲裁委員会の裁定が使用者と事業所委員会の合意に代替する事案においては、仲裁委員会は一方の申立てにより活動を行う。仲裁委員会は、事業所及び関係する労働者の事情を適切に考慮し、公正な裁量に基づき、決議を行う。裁量の限界の逸脱に関する訴えは、使用者及び事業所委員会により、仲裁委員会の決議が到達した日から2週間の期間内に限り、労働裁判所で主張することができる（76条5項）。

(㊦) 事業所委員会の一般的任務

事業所委員会は、以下の一般的任務を行う。①労働者の利益のために存在する法律、法規命令、災害防止規程、労働協約、事業所協定が実施されるよう監視する（80条1項1号）。②事業所及び従業員に資する措置を使用者に提案する（同2号）。③男女の事実的な同権の実施を、特に採用、就労、職業訓練、昇進について促進する（同2a号）。④家庭と稼得の両立を促進する（同2b号）。⑤労働者及び年少者・職業訓練者代表の提案を受け入れ、使用者との交渉により実現に努める（同3号）。⑥障害者、その他の特に保護を必要とする者の編入を促進する（同4号）。⑦年少者・職業訓練者代表選挙の準備、実施に協力する（同5号）。⑧高齢労働者の就労を促進する（同6号）。⑨外国人労働者の統合を促進する（同7号）。⑩事業所での就労を促進し、保護する（同8号）。⑪労働者保護及び経営上の環境保護の措置を促進する（同9号）。この法律による任務を実施するために、事業所委員会は適時適切に使用者から情報提供を受ける（80条2項）。

(㊧) 個々の労働者の権利

事業所組織法では、81条以下で個々の労働者の関与権・苦情申立権が定められており、事業所委員会の関与についても規定されている。

使用者は労働者に対し、その職務、責任、業務の種類、労働過程への組み入れに関し、情報を提供しなければならない（81条1項）。労働者の労働領域における変更があった場合には、使用者は適切な時点で労働者に情報を提供しなければならない（81条2項）。技術的装置、労働手順・労働過程、労働ポストに関する計画に基づき予定されている措置、及び当該措置が労働ポスト、職場環境、業務の内容・種類に及ぼす影響につき、使用者は労働者に情報を提供しなければならない（81条4項）。労働者は自らの身にかかわる事項について、権限を有する者から意見を聴取され、態度を決定し、提案を行う権利を有する（82条1項）。また、労働者は、自己の賃金の計算と内訳についての説明、自らの労務給付の評価、事業所における自身の職業的発展可能性について協議する権利を有する。その際、事業所委員会委員を同席させることができる（82条2項）。労働者は自己の人事記録を閲覧することができる。その際、事業所委員会委員を同席させることができる（83条1項）。労働者は自らの供述を人事記録に添付することができる（83条2項）。労働者は、使用者から不利益な取扱い

を受ける、もしくは不公正な扱いを受けるなどして損害を被った場合には、事業所に設置された機関に対し苦情を申し立てることができる（84条1項）。事業所委員会は、労働者の苦情を受け入れ、それが正当であるとみなした場合には、使用者に対し苦情対象の除去を求めなければならない（85条1項）。85条は84条を補完する規定と解され、85条でいう苦情は84条と同義である⁵⁴。使用者は苦情の処理について事業所委員会と協議しなければならない⁵⁵。労働者からの苦情の正当性について使用者と事業所委員会との間で意見の相違がある場合には、事業所委員会は仲裁委員会に申し立てることができる（85条2項1文）。この場合、仲裁委員会の裁定は、使用者と事業所委員会の合意に代替し得る（同2文）。ただし、85条2項2文は、苦情の対象が権利の請求である場合には適用されない（同3文）。法律、労働協約、事業所協定、個別労働契約の規制に基づく権利請求権の有無を判断するのは司法の役割である。

(x) 社会的事項に関する事業所委員会の関与

事業所委員会は、以下の事項について、法律上、及び労働協約による定めがない限りで共同決定を行わなければならない。①事業所秩序（87条1項1号。入退場、欠勤届、事業所罰等の職場秩序に関する事項）、②労働時間の配分（同2号。始終業時刻、休憩、各週日への労働時間配分に関する事項）、③所定労働時間の一時的な短縮・延長（同3号）、④賃金支払方法（同4号。賃金支払の時期、場所、方法に関する事項）、⑤休暇（同5号。休暇付与に関する一般的な原則、休暇計画、休暇付与時期等に関する事項）、⑥労働者の監視装置（同6号。ビデオカメラや通話録音装置等、労働者の行動や働きぶりを監視する装置の導入・利用に関する事項）、⑦災害防止と健康保護（同7号。法令で規定された労働災害・疾病予防、健康保護の規制に関する事項）、⑧企業内福利厚生制度（同8号。従業員食堂、保養施設、企業老齢年金等の設立、管理等に関する事項）、⑨社宅（同9号。社宅の割当、解約、利用条件等に関する事項）、⑩事業所における賃金形態（同10号。時給制、出来高制といった賃金形態の原則に関する事項）、⑪成果給（同11号。出来高制・歩合制等、成果能率関連給に関する事項）、⑫事業所における提案制度（同12号）、⑬グループ労働（同13号。事業所内でのグループ労働実施に関する事項）。

使用者と事業所委員会との間で87条1項の事項に関して合意が成立しない場合、仲裁委員会が裁定を行う。仲裁委員会の裁定は両者の合意に代替する（87条2項）。

(y) 労働ポスト、労働過程、労働環境の具体化に関する事業所委員会の共同決定権

使用者は、事業所の新改築又は拡張、技術的装置、労働手順・過程、労働ポストに関する計画に関し、事業所委員会に適切な時期に情報提供しなければならない（90条1項）。使用者は予定されている措置とその影響について、適切な時期に事業所委員会と協議しなければならない（90条2項）。労働ポスト、労働過程、労働環境の変更により、定評ある労働科学

⁵⁴ ErfK/Kania, §85 BetrVG Rn. 1.

⁵⁵ ErfK/Kania, §85 BetrVG Rn. 2.

的知見からして人間的な労働の形成に明らかに反し、労働者が特に負担を受けている場合には、事業所委員会は負担の除去、緩和、調整のための適切な措置を要求することができる。使用者と事業所委員会との間で合意が存在しない場合には、仲裁委員会の裁定が両者の合意に代替する（91条）。

(V) 人事的事項に関する事業所委員会の関与，共同決定

a. 一般的な人事的事項に関する関与，共同決定

人員計画に関して使用者は事業所委員会に適切な時期に情報を提供しなければならない（92条1項）。事業所委員会は、雇用の安定及び促進のための提案を使用者に行うことができる。特にそれは、労働時間の柔軟化、パートタイム労働及び高齢者パートタイム労働の促進、労働組織の新しい形式、労働手順・労働過程の変更、労働者の賃金グループ格付け、労働のアウトソーシングに対する代替案、生産・投資計画を対象とし得る（92a条）。事業所委員会は、欠員募集を事業所内で行うよう要求することができる（93条）。

人事調査票の内容は、事業所委員会の同意を必要とする。内容の合意が得られない場合には、仲裁委員会が裁定を行う。仲裁委員会の裁定は使用者と事業所委員会の合意に代替する（94条1項）。94条1項は事業所委員会に同意権のみを付与していると解される。発議権はない。同じことが、労働契約書における個人的記載事項、及び、人事的事項に関する一般的な評価原則についても適用される（94条2項）。

採用、配転、賃金グループ格付け、解雇の際の人選指針は、事業所委員会の同意を必要とする（95条1項1文）。指針の作成自体、あるいはその内容について合意が得られない場合には、使用者の申立てにより仲裁委員会が決定を行う（同2文）。仲裁委員会の裁定は使用者と事業所委員会の合意に代替する（同3文）。500名を超える労働者の存する事業所では、95条1項1文の人事的措置に当たり考慮されるべき専門的・人的条件及び社会的観点に関する指針の作成を事業所委員会は要求し得る。この点について合意が得られない場合には、仲裁委員会が決定を行い、その裁定は使用者と事業所委員会の合意に代替する（95条2項）。95条2項の規定から、従業員500名を超える事業所では、事業所委員会には発議権を含む共同決定権が認められ、500名以下の事業所では、人選指針作成に関して事業所委員会は同意権のみを有するものと解される。

事業所組織法95条にいう配転（*Versetzung*）とは、「1ヶ月の期間を超えることが予定される、又は、労働給付の環境に著しい変更をもたらすような他の労働領域への配置をいう。労働関係の特質上、労働者が特定の職場で就労しないことを常とする場合には、その都度の職場の決定はこれを配転とみなさない」（95条3項）。

b. 個別的な人事上の措置に関する関与，共同決定

(a) 採用，賃金グループ格付け，配転

人事上の個別的な措置に対する事業所委員会の関与権、共同決定権は99条に定められている。通常、20名以上の選挙権を持つ労働者を擁する企業では、採用、賃金グループ格付け、

配転を行う前に使用者は事業所委員会に情報提供し、応募書類を提示し、該当者の人物に関する情報を伝えなければならない。使用者は、必要な書類とともに、計画された措置の影響に関する情報を事業所委員会に与え、計画された措置についての事業所委員会の同意を求めなければならない。採用と配転に際して使用者は特に、見込まれる労働ポストと予定される賃金グループ格付けを通知しなければならない。事業所委員会の委員は、情報を提供された労働者の人事上の事項について秘密を保持する義務を負う（99条1項）。

事業所委員会は、以下の場合に同意を拒否できる。①人事上の措置が法律、法規命令、労災防止規程、労働協約もしくは事業所協定上の規定、判例、官庁による命令に違反するおそれのある場合（99条2項1号）、②事業所組織法95条による人選指針に違反するおそれのある場合（同2号）、③人事上の措置により、事業所で就労する労働者が解雇される、もしくはその他の不利益を受けることとなり、そのことが経営上もしくは個人的な理由により正当化されないことについて、事実裏付けられた懸念が存する場合（3号）、④人事上の措置により、当該労働者が、経営上もしくは個人的な理由により正当化されることなく、不利益な取扱いを受ける場合（4号）、⑤事業所組織法93条で必要とされる、事業所内での募集が行われない場合（5号）、⑥人事上の措置について見込まれる応募者もしくは労働者が、法律違反行為ないし75条1項の基本原則の著しい侵害、特に人種差別的・外国人敵対的な活動によって事業所の平和を損なうことへのおそれが事実により裏付けられる場合（6号）。

事業所委員会が同意を拒否する場合には、情報提供の後、1週間以内に、理由を添えて書面で使用者にこれを通知しなければならない（99条3項）。同意を拒否された使用者は、労働裁判所に対し、事業所委員会の同意に代わる決定を求めることができる（99条4項）。99条1項の人事上の措置を使用者が実施する緊急の客観的な理由がある場合には、事業所委員会の意見表明もしくは同意の以前に、使用者は一時的にそれを行うことができる（100条1項）。かかる措置に関する緊急の必要性について事業所委員会が争う場合には、それを使用者に遅滞なく通知しなければならない。使用者は3日以内に、労働裁判所に、事業所委員会の同意に代わる決定、及び、措置に急迫の必要性があったことの確認を求めなければならない（100条2項）。

(b) 労働者の解雇

事業所委員会は、あらゆる解雇の前に意見を聴取されねばならない。使用者は事業所委員会に解雇理由を通知しなければならない。事業所委員会の聴取を欠く解雇は無効である（102条1項）。事業所委員会が通常解雇に疑問を持った場合には、1週間以内に使用者に書面で通知しなければならない。この期間に意見表明がなければ、事業所委員会は解雇に同意したものとみなされる。事業所委員会が即時解雇に疑問を持った場合には、遅滞なく理由を添えて書面で、遅くとも3日以内に使用者に通知しなければならない。事業所委員会は、意見表明の前に当該労働者から聴聞を行う（102条2項）。

事業所委員会が通常解雇に対し異議申立を行うことができるのは以下の場合である。①使

用者が被解雇者選定の際に社会的観点を考慮しない、もしくは十分に考慮しない場合（102条3項1号）。②解雇が95条による選考指針に反する場合（同2号）。③被解雇者が同じ事業所、もしくは企業の別の事業所における別の労働ポストで継続就労可能である場合（同3号）。④労働者の継続就労が再教育ないし継続教育措置により可能である場合（同4号）。⑤労働者の継続就労が契約条件の変更により可能であり、労働者がそれに同意している場合（同5号）。事業所委員会が102条3項により異議申立を行ったにもかかわらず使用者が解雇した場合には、使用者は解雇の際、事業所委員会の異議申立の写しを労働者に与えなければならない（102条4項）。事業所委員会が通常解雇に際して期限内に適法に異議申立を行い、労働者が解雇制限法に基づき解雇無効確認訴訟を提起した場合、使用者は労働者の要求により、解約告知期間経過後、訴訟の終結時まで、従前の労働条件で継続就労させなければならない。ただし、使用者の申立てにより、裁判所は以下の場合に継続就労の義務から使用者を解放することができる。①労働者の訴えに十分な勝訴見込みがない、もしくは、無謀であると思われる場合（102条5項1号）。②労働者の継続就労が使用者に期待し得ない経済的負担となるおそれがある場合（同2号）。③事業所委員会の異議申立に明らかに理由がない場合（同3号）。

使用者と事業所委員会は協定により、解雇につき事業所委員会の同意が必要であって、同意を与えないことの正当性について意見の相違がある場合には仲裁委員会に裁定を行わせることができる（102条6項）。

(夕) 経済的事項に関する関与

a. 経済委員会

常時100名を超える労働者が就労している企業では、経済委員会(Wirtschaftsausschuss)が設置される。経済委員会の任務は、経済的事項を事業主と協議し、事業所委員会に情報提供することである（106条1項）。事業主は経済委員会に対し、適切な時期に、必要な資料とともに経済的事項に関して包括的に（ただし企業秘密、営業秘密が危険にさらされない限り）情報提供しなければならない。また、そうした経済的事項から生ずる人事計画への影響を説明しなければならない（106条2項）。106条の規定における「経済的事項」とは、特に以下のことを意味する。①企業の経済的・財政的状況（106条3項1号）、②生産・売上状況（同2号）、③生産・投資計画（同3号）、④合理化計画（同4号）、⑤製造・労働手段、特に新しい労働手段の導入（同5号）、⑥経営上の環境保護（同5a号）、⑦事業所もしくは事業所部門の縮小・閉鎖（同6号）、⑧事業所もしくは事業所部門の移転（同7号）、⑨企業もしくは事業所の統合もしくは分離（同8号）、⑩事業組織もしくは事業目的の変更（同9号）、⑪企業の労働者の利益に本質的にかかわる、その他の経過もしくは計画（同10号）。

経済委員会は、企業に所属する3名以上7名以下の者を委員として構成され、少なくとも1名は事業所委員会の委員でなければならない。事業所組織法5条3項の管理職員も経済委員会の委員となることができる（107条1項）。経済委員会の委員は、事業所委員会により、

その任期中に決定される。中央事業所委員会がある場合には、そちらが決定する（107条2項）。事業所委員会は、委員の多数決により、事業所組織法28条に基づき事業所委員会が設置する特別の委員会に経済委員会の任務を委ねることもできる。

経済委員会は1月に1回、会合を持つ（108条1項）。経済委員会の要求にもかかわらず、106条にいう経済的事項に関する情報が企業から提供されない、又は、適切な時期もしくは十分に提供されない場合で、事業所委員会と使用者が合意に至らないときには、仲裁委員会がこれに替わる決定を行う（109条）。1,000人を超える労働者のいる企業では、少なくとも四半期に一度、使用者は経済委員会及び事業所委員会との事前打ち合わせを経た上で、企業の経済的状態・展開について書面で労働者に報告をしなければならない（110条）。

b. 事業所変更

(a) 事業所変更

通常、21名以上の選挙権を持つ労働者を擁する企業では、従業員集団、あるいは従業員集団の相当部分に、本質的に不利益をもたらす可能性のある事業所変更を計画する場合、事業所委員会に適切な時期に包括的に情報提供を行い、計画された事業所変更に関して協議を行わなければならない（111条1文）。労働者数が300名を超える企業では、企業の援助により相談役を招くことができる（111条2文）。111条1項1文にいう事業所変更とは以下のものをいう。①事業所全体又は主要な事業所部門の縮小・閉鎖（111条3文1号）、②事業所全体又は主要な事業所部門の移動（同2号）、③他の事業所との統合、又は事業所の分割（同3号）、④事業所組織、事業の目的、事業所設備の根本的な変更（同4号）、⑤根本的に新しい労働手段ないし製造過程の導入（同5号）。

(b) 利益調整・社会計画

111条1文で定められた、事業主と使用者の間の協議により、企業の利益と従業員集団の利益を調整することを「利益調整（Interessenausgleich）」と称する。この利益調整の対象は、事業所変更それ自体である⁵⁶。事業主と事業所委員会の間で、計画された事業所変更に関する利益調整が成立した場合には、それが書面に記され、事業主と事業所委員会の署名が付される（112条1項1文）。

事業所変更それ自体ではなく、事業所変更の結果、労働者にもたらされる経済的不利益の補償ないし緩和のための合意は「社会計画（Sozialplan）」と称される。この社会計画が成立した場合も、書面に記され事業主と事業所委員会の署名が付される。社会計画は、事業所協定の効力を持つ。労働協約の遮断効に関する77条3項は、社会計画には適用されない（112条1項）。

計画された事業所変更に関し、事業主と事業所委員会の間での利益調整、及び社会計画の

⁵⁶ 事業所変更の実施が必要か否か、労働者の利益を考慮して、事業所変更そのものに修正がなされるべきか否か、なされるとすればどのような修正を行うか、例えば事業所の閉鎖ではなく縮小といったより穏やかな変更への修正、事業所変更の実施の延期等がこの「利益調整」の内容となる。荒木・前掲注53書106頁参照。

合意が成立しない場合、事業主及び事業所委員会は、連邦雇用エージェント (**Bundesagentur für Arbeit**) の理事に調停を依頼することができる。理事はその任務を連邦雇用エージェントの他の職員に委任することができる。調停の依頼がなされない、あるいは調停の試みが成功しない場合に、事業主もしくは事業所委員会は仲裁委員会を招集することができる。仲裁委員会議長の依頼により、連邦雇用エージェント理事、もしくはその者に指名された連邦雇用エージェント職員が審理に加わる (112 条 2 項)。

事業主と事業所委員会は、仲裁委員会に、利益調整及び社会計画に関する意見の相違を調停するよう申し出ることとする。仲裁委員会は両当事者の合意を得るよう努める。合意が成立した場合には、書面に記し両当事者と議長の署名が付される (112 条 3 項)⁵⁷。

利益調整について合意が成立しなかった場合、仲裁委員会は合意に至るよう調整を行い得るのみで、当事者の合意に代替する裁定を行うことはできない。合意が成立しない場合でも、事業主は事業所変更を行うことができる。また、利益調整が成立した場合でも、事業主がこれを逸脱する措置を取ることも可能とされる。

社会計画の策定に関する合意が成立しなかった場合には、仲裁委員会が決定を行い、その裁定が両当事者の合意に代替する (112 条 4 項)。仲裁委員会が 112 条 4 項により決定を行う場合には、関係する労働者の社会的利害、及び、企業に対する自らの決定の経済的有効性を考慮しなければならない。その際、仲裁委員会は、特に以下の基本原則に関し、公正な裁量の枠内で行わなければならない。①仲裁委員会は、特に、収入減少、特別給付の欠落、企業年金期待権 (**Anwartschaften**) の不承継、引越費用や交通費の増加による経済的不利益の調整もしくは緩和に当たり、個別事例の事実を考慮した給付を定めるものとする (112 条 5 項 2 文 1 号)。②仲裁委員会は、関係する労働者の労働市場における見込みを考慮する。同じ事業所もしくは企業、又はコンツェルン内の別企業の他の事業所での労働関係が期待可能であって継続就労可能な労働者、又は継続就労を拒否した者には給付を行わない。この場合、労働者が単に別の場所で継続就労が可能であることだけでは、当該労働者にとって労働関係が「期待可能」であることの理由とはならない (同 2 号)。例えば、従来の労働ポストと比較して同程度の価値の労働条件の労働ポストが同じ事業所もしくは企業内、又はコンツェルン内の別企業に存する場合に、労働関係が「期待可能」とみなされる。③仲裁委員会は、社会法典 3 編で規定される、失業回避のための促進可能性を考慮する (同 2a 号)。④仲裁委員会は、社会計画における給付の総額の計算に当たり、企業の存続、もしくは、事業所変更の

⁵⁷ 112 条 4 項及び 5 項は、「社会計画」に関する事業主と事業所委員会の合意が成立しなかった場合について、仲裁委員会の裁定が代替し得ることを定めているが、同様の定めは、事業所変更に当たっての利益調整に関しては存在しない。すなわち、事業所変更に関する利益調整に関し両当事者の合意が成立しない場合、連邦雇用エージェントの理事ないし職員による調停、又は仲裁委員会による調停が行われても合意に至らなければ、手続はそこで終了し、仲裁委員会の裁定による強制は行われない。この「利益調整」において問題となるのは、事業所変更計画の内容それ自体である。事業主と事業所委員会は、事業所変更の必要性、関係する労働者の利益に配慮するためには、どのような計画の変更が望ましく可能であるか等につき協議検討することが想定されている。

実施後に残る労働ポストが危機にさらされないよう注意する（同 3 号）。

(c) 経済的解雇に関する社会計画

111 条 3 文 1 号にいう計画された事業所変更の本質が、専ら労働者の解雇にある場合には、以下の場合にのみ、112 条 4 項、5 項（社会計画について合意不成立の場合に仲裁委員会の裁定が合意を代替する共同決定の制度）が適用される。①通常 60 名未満の労働者を擁する事業所で、通常就労する労働者の 20%、又は 6 名以上の労働者（112a 条 1 項 1 文 1 号）、②通常 60 名以上 250 名未満の労働者を擁する事業所で、通常就労する労働者の 20%、又は、37 名以上の労働者（同 2 号）、③通常 250 名以上 500 名未満の労働者を擁する事業所で、通常就労する労働者の 15%、又は、60 名以上の労働者（同 3 号）、④通常 500 名以上の労働者を擁する事業所で、通常就労する労働者の 10%で、かつ、60 名以上の労働者（同 4 号）が、経営上の理由から解雇される場合である。事業所変更を理由として、合意解約の形で使用者が労働者を企業から切り離したことも、解雇とみなされる（112a 条 1 項 2 文）。また、112 条 4 項、5 項の規定は、創設から 4 年以内の企業における事業所には適用されない。ただし、企業の新設が、企業もしくはコンツェルンの機構改変と関連して行われた場合はこの限りではない（112a 条 2 項）。

計画された事業所変更に関する利益調整から企業が逸脱した場合、その逸脱のため解雇された労働者は、使用者の一時金の支払いを求めて労働裁判所に訴訟を提起できる（113 条 1 項）。

3. 労働契約法制の対象範囲⁵⁸

(1) 法律上の定義

ドイツにおける労働契約法、労働者保護法、集团的労働法を含む全労働法の中核的な適用対象者は「労働者（Arbeitnehmer）」である。各法律には適用範囲に関する規定が設けられており、そこでは「労働者」への適用を基本としつつ、それぞれの法律毎に、その他の対象者（後述の「労働者類似の者」や家内労働者等）が加えられる、もしくは適用範囲が限定される（①適用事業所の規模による限定：解雇制限法 23 条、事業所組織法 1 条 1 項、②「労働者」の中での適用除外：管理職員の適用除外）などの定めがなされている。法律の上では、「この法律の意味における労働者とは、現業労働者（Arbeiter）、職員（Angestellte）並びに職業訓練のための就労者（die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte）である」との定義が多く見られる（賃金継続支払法 1 条 2 項、労働時間法 2 条 2 項、事業所組織法 5 条 1 項 1 文、労働裁判所法 5 条 1 項 1 文等）⁵⁹。この「労働者」、「現業労働者」又は「職員」に関す

⁵⁸ ドイツの労働者概念に関して、橋本陽子「労働法・社会保険法の適用対象者—ドイツ法における労働契約と労働者概念」（一）～（四・完）法学協会雑誌 119 巻 4 号 612 頁以下、120 巻 8 号 1477 頁以下、120 巻 10 号 1893 頁以下、120 巻 11 号 2177 頁以下（2002～2003 年）を参照。

⁵⁹ 現業労働者と職員は、「労働者」の下位概念として位置づけられ、両者はその従事する労働の性質によって区

る、より詳細な定義は法律上には存在せず、これら概念の内容は労働裁判所の判例によって形成されている。労働契約法分野に属する法律と、労働者保護法分野に属する法律とで、「労働者」概念の相違はなく、統一的な概念が用いられている。

社会保障法分野の中核的な法律である社会法典では、疾病保険、労災保険、失業保険、老齢年金保険につき強制保険の対象者の範囲がそれぞれ定められているが、そこで中核的な意味を持つのが「就労 (Beschäftigung)」ないし「就労者 (Beschäftigte)」の概念である。同法典の定義によると、「就労とは、非独立の労働、とりわけ労働関係における非独立の労働である。就労の根拠は、指揮命令下の労働、及び、指揮命令を行う者の労働組織への編入である」(社会法典 4 編 7 条 1 項)。この社会法典上の定義は、後述のように、労働裁判所が示してきた「労働者」の定義に沿っている。

商法典には、商業代理人 (Handelsvertreter) の権利義務に関する諸規定が存在する。ここでは、商業代理人とは、独立した (selbständig) 事業主として、他の事業主のために取引を仲介する、もしくはその事業主の名で取引の契約を締結することを常に委託されている者と定義されている (商法典 84 条 1 項 1 文)。ここでの「独立」とは、「本質的に自由に自らの業務活動を行い自らの労働時間を決定できる者である」(同条同項 2 文) とされる。84 条 2 項では、同条 1 項の意味で「独立」せずに、ある事業主のために取引を仲介する、もしくはその事業主の名で取引の契約を締結することを常に委託されている者が「職員 (Angestellter)」 (= 商業使用人) であると定義されていることから、84 条 1 項 2 文の反対解釈から、本質的に自由に自らの業務活動を行い、自らの労働時間を決定」できない者が独立していない「職員」、すなわち労働関係にある労働者と解されることになる。この規定は商業代理人に関する定義であるが、労働裁判所は一般的に「労働者」性を判断する際の法律上の根拠として、この規定を引用している。

(2) 「労働者」性のメルクマール

ドイツにおける判例・通説上の一般的な定義として、労働者とは、私法上の契約に基づき、契約相手に雇用された状態で労働の義務を負う者、とされる⁶⁰。さらに判例・通説によると、労働者性を肯定する基準は、労働の受領者に対する労働給付者の「人的従属性 (persönliche

別され、肉体的労働に従事する者が現業労働者、商業的・事務的業務や精神的労働に従事する者が職員に分類される。以前は法律上で現業労働者と職員とについて内容を異にする規定が法律上に存在したが、かかる定めは基本法が保障する法の下での平等に反するとの判断が憲法裁判所によって示されたことを受け、現在ではそうした異別取扱いは取り除かれており、国家法の適用にかかわる限りでは、法的な概念として現業労働者と職員とを区別する意義は失われている。例えば、民法典 622 条は、かつて通常解約告知期間につき、現業労働者と職員とで異なる期間が定められていたが、かかる区別は憲法裁判所により、法の下での平等を定める基本法 3 条 1 項に反するものと判断され (BverfG 30. 5. 1990 AP Nr. 28 zu §622 BGB)、その後、1993 年 10 月 7 日の法改正により、職員と現業労働者の区別が取り除かれ、統一的な通常解約告知期間が定められた。

⁶⁰ Vgl. Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrecht, Bd. I §9 II; BAG 15. 3. 1978 AP Nr. 26 zu §611 BGB Abhängigkeit.

Abhängigkeit)」の存在に求められる⁶¹。この人的従属性は、労働の「他人決定性 (Fremdbestimmtheit der Arbeit)」と表現される場合もある。判例では、人的従属性を表すメルクマールが個々の事例判断に即して挙げられており、①労働給付の内容、場所、時間に関する指揮命令拘束性、及び、②他人組織への編入に大別できる。もっとも、これらのメルクマールによっても、ある役務の提供者が、労働者であるか、それとも独立した自営業者 (Selbständige) であるかを厳密に判別することが困難な境界的事例が多数存在する。

他方で、ある役務提供者が特定の者に経済的に従属している状態を意味する「経済的従属性 (wirtschaftliche Abhängigkeit)」は、労働者性にとって決定的ではない⁶²。

(3) 家内労働法の適用対象者、労働者類似の者

ドイツの労働法では、役務の給付に当たって人的な独立性が認められることから自営業者に分類されるものの、特定の相手との関係で経済的に非独立の状態にある者に対し、一部の労働法規の適用が法律上で認められている。かかる者に、家内労働法⁶³の適用対象者、及び、「労働者類似の者 (arbeitnehmerähnliche Person)」がある。

ア. 家内労働法の適用対象者

家内労働法の適用対象者は、家内労働における就労者、すなわち家内労働者 (Heimarbeiter)、家内事業主 (Heimgeserbetreibende)、又は、経済的な従属性のため家内労働における就労者と同視される者である。家内労働者とは、自ら選んだ作業場で一人もしくは家族とともに他の事業主の委託で稼得のため労働し、労働成果の利用をその事業主に委ねる者をいう (家内労働法 2 条 1 項)。家内事業主とは、自らの作業場で、2 人までの補助労働者もしくは家内労働者とともに、他の事業主からの委託で商品の製作、加工又は包装をまとめて行うが、その労働成果の利用を、直接又は間接の委託者である事業主に委ねる者をいう (2 条 2 項)。家内労働法では、同法適用対象者のために特別の安全保護、賃金保護、解約告知期間等が定められている。安全保護のため、州の労働監督官庁による監督及び刑事罰の規定が設けられている。

イ. 労働者類似の者

労働裁判所法 (5 条 1 項) は、家内労働における就労者及びそれと同視される者、並びにその他の「経済的な非独立性を理由に労働者類似の者とみなされる者」を同法の上で「労働者」として扱うことを規定している。連邦年次休暇法 (2 条)、就労者保護法 (1 条 2 項 1 号) にも同様の規定がある。労働保護法 (2 条 2 項 3 号) は、労働裁判所法 5 条 1 項の労働者類似の者を適用対象者としているが、家内労働における就労者は適用から除外している。労働協約法は、同法の適用対象に以下の者を含めるとする (12a 条)。それは、①経済的に従属し、

⁶¹ ErfK/Preis, §611 BGB Rn. 45; Richardi, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2000, §24 Arbeitnehmerbegriff Rn. 18.

⁶² BAG 27. 7. 1994 AP Nr. 73 zu §611 BGB Abhängigkeit.

⁶³ Heimarbeitsgesetz, 14. 3. 1951, BGBl. I S. 191.

労働者と比肩し得る社会的な保護の必要性がある者（労働者類似の者）で、雇用契約又は請負契約に基づき他人のために働き、義務である給付を自身で主として労働者の協働なしに提供し、且つ、専ら一人の相手のために働く者、又は、稼得全体に当たる報酬の 1/2 以上を一人の相手から得る者、及び、②①に該当する者で、労働者類似の者がその者のために働いている者、又は、労働者類似の者との間に雇用もしくは請負契約に基づく法的関係がある者、である。

4. 規制の実効性確保の仕組み

(1) 法違反の場合の措置

ア. 民事法上の措置（労働契約法）

刑事罰や行政監督による実効性確保措置が用意されていない労働契約法分野の諸法規に定められた権利が、労働関係にある当事者間で実行されない場合、権利を侵害された当事者は労働裁判所に訴訟を提起して救済を求めることとなる。同様に、個々の労働契約上の合意、事業所協定、労働協約に基づく権利が実現されない場合にも、労働裁判所での訴訟手続を経て救済が図られる。

イ. 行政法上、刑事法上の措置（労働者保護法）

労働者保護法分野の諸法規には、各法律で定められた労働条件及び労働者保護措置の内容が遵守されるよう、行政監督及び罰則に関する規定が定められている。

安全衛生に関する単行法たる労働保護法（*Arbeitsschutzgesetz*）では、連邦内務省の労働保護本局に、同法及びそれに基づく法規命令の実効性確保のための監督権限が認められている。労働保護本局及びその代理の者は、営業場所等への立ち入り、視察、検査又は必要な措置を講ずる命令等を行うことができる。法規に違反した者に対する過料・刑事罰が定められている。

同様に、労働時間法、閉店法、母性保護法、年少労働者保護法等の法律では、いずれも当該法律及び同法に基づき定められる法規命令を実施させるため、監督権限が行政官庁に認められ、法律又は法規命令に違反した者に対する過料・刑事罰が規定されている。詳細については、第 1 節総論、2 (3)を参照。

(2) 裁判所の救済権限

ドイツでは、19 世紀の営業裁判所・商人裁判所に遡る、労働事件に関する特別裁判所の歴史があり、ワイマール憲法下で 1926 年に独立した労働裁判所が設けられ、現在の基本法においても、同法 95 条で連邦労働裁判所が、独立した最高次の裁判権を持つことが規定され

ている。これを受けて、労働裁判所法⁶⁴が労働裁判所の管轄、組織、手続等を定めている。労働裁判所制度の目的は、労働関係にまつわる法的紛争を迅速且つ適切に、少ない訴訟費用負担をもって解決することにある。

ア. 管轄

労働裁判所は基本的に下記の事件を管轄する（労働裁判所法 2 条）。

- ① 団結自由，労働協約，争議行為から生ずる協約当事者相互の，又は協約当事者と第三者の民事法上の紛争，団結の協約能力，協約管轄に関する民事法上の紛争。
- ② 事業所組織法，管理職代表委員会法，共同決定法から生ずる民事法上の紛争。
- ③ 労働関係から生ずる，あるいは，労働関係の存否，労働関係の成立及び余後，労働関係に関連して生じた不法行為，労働記録に関する民事法上の紛争。

これに対し，労働裁判所は，労働協約，及び事業所協定の締結を巡る紛争につき決定を行う権限を有していない。そうした集团的紛争について調整権限を持つのは，労働協約については調整機関，事業所協定については仲裁委員会である。

イ. 構成

労働裁判所は，三審制の裁判所組織からなる。第一審は地方労働裁判所（**Arbeitsgericht**）である（労働裁判所法 14 条以下）。地方労働裁判所の判決について控訴を，決定事件について抗告をそれぞれ州労働裁判所（**Landesarbeitsgericht**）になすことができる（同法 33 条以下）。州労働裁判所の判決について上告，決定事件について抗告を連邦労働裁判所（**Bundesarbeitsgericht**）に行うことができる（同法 40 条以下）。

ウ. 裁判官配置

地方労働裁判所，及び州労働裁判所では，裁判長となる 1 名の職業裁判官と，労働者及び使用者の枠から選任される 1 名ずつの名誉職（非職業的）裁判官（**ehrenamtliche Richter**）の計 3 名で構成される部（**Kammer**）が裁判にあたる。

労使の名誉職裁判官は，労働組合及び使用者団体の推薦に基づき，労働裁判所を管轄する州の官庁（地方労働裁及び州労働裁の場合）が任命する。

連邦労働裁判所では，1 名の裁判長裁判官と，2 名の連邦裁判官，及び労使 1 名ずつの名誉職裁判官の計 5 名で小法廷（**Senat**）が構成され，裁判にあたる。

小法廷の間で見解が相違するなど，統一的な判決の保障が必要である場合には，大法廷（**Großer Senat**）が裁判を行う。大法廷は，1 名の長官及び，長官の属さない小法廷から 1 名ずつの職業裁判官，労働者及び使用者の枠からそれぞれ 3 名ずつの名誉職裁判官によって構成される。

連邦労働裁判所の名誉職裁判官は，労働組合及び使用者団体の推薦に基づき，連邦経済労働省によって任命される。

⁶⁴ Arbeitsgerichtsgesetz, 2. 7. 1979, BGBl. I S. 853, ber. S. 1036.

エ. 訴訟手続

第一審では、和解手続が前置されており、職業裁判官たる裁判長が単独で両当事者又は代理人と事実を究明し、和解の成立を試みる。和解が成立しない場合にのみ、手続は名誉職裁判官を含めた部で進められるが、可能な限り、最初の期日で手続が終結するよう、準備がなされるべきものとされている。労働関係の存否、解約にかかわる事件については、特別の訴訟促進義務が定められており、訴訟提起後 2 週間以内に和解手続が行われ、和解が成立しない場合には適切な期限で次回の期日が設定されなければならない。

オ. 権限

労働裁判所の判断は、国家法秩序の下で行われる。紛争の解決に当たって、裁判官は関連する法律及び法規命令の解釈・適用を行う。労働関係は民法法の領域にあることから、国家法の枠内で私的自治の原則が妥当する。労働裁判所は、当事者の意思、決定を前提として紛争の解決に当たる。

(7) 裁判所による内容規制

労働裁判所は、労働契約の解釈に当たってその内容に対する規制 (Inhaltskontroll) を行ってきた。労働契約の内容規制とは、労働契約の条項が労働者に不当に不利益をもたらす場合に、労働裁判所の審査によってその内容を合理的に修正する法技術である⁶⁵。特にそれは、多数労働者を対象に個別労働契約上の取り決めとして画一的に設定される労働条件 (一般的労働条件。具体的には、諸手当、クリスマス賞与といった、基本的な賃金のほかに付加的に与えられる報酬を対象とする。) の内容、労働契約の期間設定、競業禁止等を巡る紛争において行われてきた。労働裁判所は、「契約形成は一般的には司法審査を必要としない」と私的自治の原則を踏まえつつも、「契約内容に即した当事者の対等な力が保障されない場合には」、「使用者は自己の利益のみを追求できず、労働者の利益をも適正に考慮しなければならない」⁶⁶として、裁判所の審査を正当化している。裁判所はその法的根拠として、契約の一方当事者の給付内容決定権に対する「公正な裁量」を規定した民法典 315 条を挙げているが、この条項は一方当事者の決定権行使に対する司法審査を根拠づけるもので、賞与に関する一般的労働条件など、すでに定められた内容それ自体を修正する内容規制の根拠は別に (民法典 242 条の信義誠実の原則等) 求められるべきことが学説において主張されている。

労働裁判所は、事業所協定についても公正審査が及ぶとしてその内容に対する修正を正当化してきた (代表的な事例として、事業所組織法 112 条に基づく使用者の事業所変更に際し作成される社会計画の内容、使用者から給付される企業年金等⁶⁷)。

これに対し、労働条件の基幹的部分を定める労働協約の内容については、労働組合に争議権が認められ、協約能力を持つ当事者の中で対等性が確保されていることから、裁判所によ

⁶⁵ 労働契約の内容規制に関して、土田道夫『労務指揮権の現代的展開』(信山社、1999年) 165頁以下を参照。

⁶⁶ 同 166頁。BAG 21. 12. 1970 AP Nr. 1 zu §305 BGB Billigkeit.

⁶⁷ BAG AP Nr. 11, 12 zu §112 BetrVG 1972, AP Nr. 1, 9 zu §1 BetrAVG Ablösung.

る公正審査ないし内容規制は及ばないとされる⁶⁸。

(イ) 普通取引約款規制法の適用

以上に加え、現在では、約款規制の労働契約への適用を巡り新しい状況が生じている。2002年1月1日施行の債務法現代化法により、従来、約款規制法⁶⁹で定められていた「普通取引約款」に対する規制が民法典 305 条以下に取り込まれた⁷⁰（本章末掲載の〔参考資料 3〕参照）。普通取引約款（Allgemeine Geschäftsbedingungen）とは、同種の大量取引において使用されることを予定して、約款の利用者によりあらかじめ作成された定型的な契約条件をいう。普通取引約款の利用は、特に作成者にとっては、大量の取引を効率よく行い得るため有益であるが、他方で契約の相手方にとっては交渉の余地なくして多量の条項が契約に盛り込まれることとなり、場合によっては契約相手にとって不利益となる契約内容が含まれることが起こり得る。そのため、こうした契約条件の拘束力の有無を司法により審査する必要が生じ、その基準が旧約款規制法で定められていた。旧約款規制法 23 条は、同法の規制が労働契約には適用されないことを規定していたのに対し、新民法典では労働契約が適用対象に含まれることとなった。

民法典新 305 条 1 項は、「普通取引約款とは、多数の契約のためにあらかじめ作成された契約条件のすべてであり、契約当事者の一方（約款使用者）が相手方に対し契約締結時に設定するものをいう」とする。約款規制に関する 305 ないし 310 条からなる、民法典第 2 部第 2 章（普通取引約款による法律行為上の債務関係の形成）の適用領域について規定した同新 310 条では、同 4 項で、「本章は、…労働契約の適用に際しては、労働法上認められる特殊性が適切に考慮される」ものとする。この「特殊性」の内容は明らかではなく、その基準は判例に委ねられた形となっている⁷¹。

もっとも、上述のように、ドイツの労働裁判所は労働契約（及び事業所協定）の内容について、従来から内容規制を行ってきており、これまでの判例と新たな約款規制がどのように関連づけられるのかについては、未だ明確な裁判例が出ていないこともあって明らかでない。今後の実務の推移について検証が必要である。

5. ドイツにおける労働契約法の位置づけ

(1) 労働者保護法と労働契約法

ドイツの個別的労働法の分野では、労働者保護法に属する諸立法と労働契約法に属する諸立法が区別して認識されている点に特徴がある。労働者保護法は、公法上の義務を使用者に

⁶⁸ BAG AP Nr. 1 zu §1 TVG Tarifverträge.

⁶⁹ Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9. 12. 1976, BGBl. I S. 3317.

⁷⁰ 改正民法典については、根本到「ドイツにおける労働契約法制の動向—改正民法典における約款規制に限定して—」日本労働法学会誌 102 号（法律文化社、2003 年）52 頁以下参照。なお、本章末に掲げた〔参考資料 3〕は、根本助教授の論文に掲載されている翻訳文に筆者が一部表現の修正を加えたものである。

⁷¹ 根本・前掲注 70 論文 46 頁。

(場合によっては労働者にも)課し、行政監督と刑事罰をもって法目的の実施を図る。このような法令は、特に労働者の安全・健康保護、労働時間や休憩・休息時間、危険な労働への就労禁止に関する規制を内容としている。労働契約法は、労働関係における両当事者の権利義務を規定し、司法機関を通じた権利実現の根拠となる。そこでは、原則として行政監督及び罰則を通じた履行強制は予定されていない。個別的立法の大部分は後者に属する。例えば、賃金継続支払法は労働者に疾病時の賃金請求権、連邦年次休暇法は年次休暇の取得権を定めているが、使用者がかかる義務を履行しなかった場合に、これを行政監督及び罰則をもって実施させる制度は設けられていない。雇用における性差別やセクシュアル・ハラスメントが行われ、使用者が民法典 611a 条や就労者保護法に違反した場合も同様である。このとき、当該事業所に事業所委員会が存在すれば、事業所委員会を通じて使用者の義務の履行や措置の停止、改善等を要求することも可能である。しかし、それでも権利救済が実現しない、又は事業所委員会がそもそも存在しないときには、最終的に労働者自身が裁判所を通じて使用者に対し給付の請求ないし損害賠償の請求を行うこととなる。

(2) 集団的労働法と労働契約法

ドイツでは、集団的労働法による規制が企業横断レベルと、個別の企業ないし事業所レベルの2つにわたって存在する点に特徴がある。

国家法による枠組みの下で、実際の労働条件設定に当たり法令以上に重要な役割を果たしているのが労働協約である。産業別に組織された労働組合及び使用者団体を基盤として、それらを協約当事者として締結された労働協約が賃金、労働時間をはじめとする労働条件の中核部分を規制している(第2節各論, 3(1)参照)。とりわけ賃金に関しては、国家法上の最低賃金制度が存在しないドイツにあって、産別の労働協約で定められた賃金が、当該産業における最低賃金の役割を果たしている。また、歴史的に見ると、労働時間、疾病時の賃金継続支払、年次休暇等に関しては、労働協約による規制が先行し、国家法はそれを前提として補完する役割を果たしてきたともいえる。

もともと、産別レベルでの規制が労働条件設定の中核に位置づけられる一方で、産別労働協約上の労働条件が個々の企業、とりわけ中小企業の実情からすると高く過重な負担となり、また、近年の急速な経済状況の変化に対する各企業ないし事業所毎での柔軟な対応を妨げる、との指摘もなされ、個々の企業が労働協約の規制を免れようとする「協約からの逃避」といった現象も生じている⁷²。判例は、事業所レベルでの労働条件規制権限を可能な限り拡大しつつも、実際に労働協約で規制されている中核的な労働条件に関しては、なお原則として事業所協定による規制の効力を認めていない。

事業所レベルでは、事業所委員会が、特に事業所組織法の定める一定の社会的事項及び人

⁷² 荒木・前掲注 53 書 150 頁以下参照。

事的事項につき、事業所委員会は共同決定権の行使を通じて労働条件の具体的な規制や変更に関与しうる。事業所委員会は、事業所の秩序、労働時間の配分、年次休暇付与の計画、賃金の支払方法・形態、災害防止、企業内福利厚生等の社会的措置、及び人事評価、採用、賃金グループ格付け、配転、解雇等の人事的措置に関する事業所レベルでの集団的統一的規制に加え、個別的行われる労働者に対する制裁、採用、賃金グループ格付け及びその変更、配転、解雇についても一定の要件の下で同意権を行使することができ、労働者の権利の具体化ないし実現のため重要な役割を果たしうる。

(3) 労働契約法の意義

もともと、上述のように、集団的労働法上の規制がドイツにおける労働条件規制にとって重要な意義を持つとしても、すべての労働者が労働協約の適用下、又は事業所委員会の存する事業所で就労しているわけではない。特にこのような場合、国家法による労働条件規制の意義は大きくなる。

また、集団法による規制の適用の有無を問わず、労働者に認められるはずの権利ないし利益が実現されない、又は侵害された場合、救済には最終的に訴訟を通じた請求が必要となる。中でも、労働関係の終了、なかんずく解雇に関する国家法による規制は、労働者の最終的な救済にとって大きな役割を果たしている。

このように、ドイツでは、労働協約及び事業所協定による集団法上の規制、事業所委員会の関与と、個別的労働立法とが、労働者の保護にとって重疊的役割を果たしている点に特徴があるといえよう。

(4) 労働契約法と労働裁判制度

また、ドイツにおける労働法規制の実効性は、整備された労働裁判制度によって支えられている。特に労働者への適切な保護の必要性を考慮し、迅速な紛争解決を旨とするドイツの労働裁判では、合理化・簡素化された和解・争訟手続が整備されている。中でも解雇に関連する訴訟に顕著であるが、裁判所では和解成立に向けた手続及び定型化された判断基準が整備されており、それによって大量・迅速な事件処理が実現されている。連邦経済労働省による統計調査によると、2003年度に一審の労働裁判所に提起された訴訟件数が63万666件、終了した事件数が63万5,772件であり、ドイツにおける紛争処理システムの迅速性・効率性、ひいては労働法制の実効性の一端を見て取ることができる。なお、訴訟件数のうち、労働関係の存続確認に関する事件数は34万3,385件と過半数を占めている⁷³。

⁷³ 2004年に聴き取り調査で訪問したベルリン州労働裁判所（対応者：Karin Aust-Dodenhoff 裁判長官）において資料の提供及び説明を受けた。

第2節 各論

1. 採用内定

(1) 規制の概要

ア. 契約の締結

労働契約の締結に際しては契約自由の原則が妥当する。この原則は基本法 12 条 1 項（職業の自由）、2 条 1 項（一般的人格権）から導かれる。契約締結の自由により、労働契約締結・不締結の理由は原則として問われない。ただし、民法典 611a 条に性別による採用差別の禁止が規定されている。もっとも、同条によると、労働関係設定の際に不利益な取扱を受けた応募者に対し、適切な金銭賠償の請求は認められるものの、労働関係の設定を求める訴えは認められない。同条 3 項は、性差別による不利益取扱いがなければ採用されたとみなされる応募者が、最高で月額報酬 3 ヶ月分までの賠償を得られることを定めている。

証明書法（第 1 節総論，2 (2)エ参照）では、労働関係の開始後遅くとも 1 ヶ月までに主要な労働条件を書面に記載して労働者に交付する義務が使用者に課されている。

イ. 採用内定

ドイツでは、日本での採用内定に相当する採用慣行は行われていないものと見られ、特別の法規制は存在しない。ただし、労働契約の締結から実際の就労開始日までの間に労働契約の解消がなされる事例はあり得る。解雇制限法 1 条 1 項は、6 ヶ月の勤続を同法適用の要件とする。これに該当しない場合には、民法典上の解約に関する法規定が適用されるに過ぎない。一般的に、解約告知に際し解約事由の提示は有効要件ではない（ただし職業訓練法 15 条 3 項は、職業訓練契約の解約告知に対し、書面における解約事由の記載を要件と定める。）。解約告知は、契約相手に対する、一定期間経過後に契約を終了させることの一方的・形成的な意思表示である。実際の就労開始以前に労働契約の解約告知が行われた場合には、何時の時点から解約告知が進行するかが問題となる。現在も維持されている連邦労働裁判所の判決によると、就労が開始される以前に通常解約告知がなされた場合、その解約告知期間が何時から始まるかについて当事者が特段の合意をしていなければ、契約解釈の問題となり、事案の具体的事情を考慮して判断されるべきものとされている⁷⁴。

2. 試用期間

(1) 規制の概要

⁷⁴ BAG 9.5.1985 AP Nr. 4 zu § 620 BGB. 同判決では、労働契約書により 1983 年 1 月 1 日から原告を雇うとした被告企業が、原告に対し労働関係を 1982 年 12 月 31 日で終了させるとする 1982 年 11 月 23 日の解約告知を有効とし、解約告知期間は 1983 年 1 月 1 日に始まると主張した原告の訴えを斥けている。

一般に、試用期間の設定は、契約当事者の合意により決定される。試用期間を設定するための特別の手續は法定されていない。民法典 622 条 3 項は、試用期間の取り決めがなされている場合、2 週間の予告期間をもって労働関係を終了させることができるものとする（ただし試用期間の設定は最長 6 ヶ月まで。）。試用期間を設定しない場合の通常解約告知期間は暦月の 15 日又は末日に向けて 4 週間である（民法典 622 条）。そのため、特に使用者側には、試用期間を設定し、解約告知期間を短くすることについて利益がある。先述のように、労働関係が 6 ヶ月以上存続すると解雇制限法が適用されるが、解雇制限法適用以前の期間においては解約告知の要件として解雇事由を明らかにする必要はなく、民法典 134 条（法令違反の法律行為の無効）、同法 138 条（良俗違反の法律行為の無効）、242 条（信義誠実の原則）等を根拠とする解雇無効が問われる余地があるに過ぎない⁷⁵。

職業訓練法は、職業訓練関係が試用期間とともに開始される、との規定を設けている（職業訓練法 13 条）。この場合の試用期間は最短 1 ヶ月から最長 3 ヶ月までである（同条）。試用期間中の職業訓練関係は、何時でも即時に解約できる（同法 15 条 1 項）。

(2) 実態

上記のような法規制の状況から、試用期間を設定することに使用者側の利益が存在するため、試用期間の設定は実務上広く行われている。もっとも、解約告知期間を短縮できる試用期間の設定を 6 ヶ月までとする民法典 622 条 3 項の規定があり、また、強行法規である解雇制限法が勤続 6 ヶ月間をもって適用されることから、期間の定めのない労働契約に関して試用期間を 6 ヶ月以上設ける意義はほとんどないと考えられる。ただし、パートタイム労働・有期労働契約法では、2 年間までの有期労働契約を特に理由を必要とすることなく締結することができることとされているため、2 年間の有期労働契約を事実上、試用期間として利用することも実務上では想定され得る⁷⁶。

3. 労働条件設定の法的手段

第 1 節総論、1 (2) で言及したように、ドイツでは、労働条件を規制する規範について、原則として国家法、労働協約、事業所協定、個別労働契約の序列で、下位の規範に対し強行性

⁷⁵ 良俗又は信義誠実原則違反を根拠とする解雇無効の訴訟を提起した場合、かかる原則違反の証明責任は労働者側で負担しなければならないことから、性別や身体障害を理由とする不利益取扱が明白であるような場合を除き、実際の裁判で解雇無効が認められることは難しいとされる。これに対し、解雇制限法の適用がある場合には、解雇理由の存在と社会的相当性の証明責任が使用者側に存するため、解雇された労働者側の勝訴可能性が高まる。

⁷⁶ 現在のパートタイム労働・有期労働契約法が制定される以前に適用されていた、1985 年制定の就業促進法（Beschäftigungsförderungsgesetz）においても、2 年までの期間であれば、正当な理由なしに有期労働契約の締結が認められていた。1999 年の段階で、有期労働契約の割合は 7.1%（公的機関による雇用助成措置を除くと 6.8%）、有期労働契約を締結して就労している者の大部分が若者であり（34 歳までの者が 80.4%）を占めるとするドイツ経済研究所の報告による。Argumente, Institut der deutschen Wirtschaft, Nr. 11/2000）、有期労働契約が試用期間の代わりとして用いられている、との指摘がある。Wolfgang Hromadka, Das neue Teilzeit- und Befristungsgesetz, Neue Juristische Wochenschrift 2001, S. 405.

が認められている。もっとも、これらの規範が相互に関連する場合、どの規範の効力が優先されるかについては、ある規範が他の規範に対して規制の可能性を開放している場合もあり、規範相互の関連を細かく検討する必要がある。

国家法は原則として他の規範に対し片面的な強行性を有し、労働者の側から見てその基準を下回る規制を他の規範は行うことができないが、法律が明定している場合には、労働協約等により、法定基準を下回る規制が可能となる。国家法による法規制、及び、労働協約等に開放される規制の概要については、第1節総論、2で触れているため、以下では、労働協約、事業所協定、個別労働契約について、各規範の効力及び相互関係について概観する。

(1) 労働協約

ア. 労働協約の規制対象

労働協約は、協約当事者の権利義務を規制し、労働関係の内容、締結、終了並びに事業所、事業所組織法上の問題について定めることができる（労働協約法1条1項）。賃金、労働時間のほか、休暇、労働障害の際の賃金支払、解約告知の形式、期間設定等も労働協約による規制対象となる。

協約能力を持つ当事者間で締結された労働協約は、書面形式を必要とする（労働協約法1条2項）。協約は書面に記載され、両当事者によって署名されなければならない（民法典126条に定められた書面形式の要件に基づく。）。

実際の労働協約の種類には、賃金協約（Lohn- und Gehaltstarifvertrag）、賃金以外の労働条件に関する包括協約（Manteltarifvertrag）、枠組協約（Rahmentarifvertrag）、個別の労働条件について定めた協約などがある⁷⁷。

イ. 労働協約の効力

労働協約の拘束を受けるのは、労働協約当事者の構成員、及び自らが労働協約の当事者である使用者である（3条1項）。したがって基本的に労働協約の適用を受けるのは、当該協約締結当事者たる労働組合の組合員と、当該協約締結当事者たる使用者団体の構成員である使用者、もしくは当該協約を自ら締結した使用者、ということになる。もっとも、実際には、使用者が非組合員に対しても個別契約の上で協約上の労働条件を援用する条項を設ける⁷⁸、あるいは、労働協約法5条の一般的拘束力宣言によって協約が拡張適用されるなどして、産業別の労働協約が当該分野で幅広く適用されている。2001年のデータによると、労働協約の適用率はドイツの全労働者の84%に及ぶと推計されている⁷⁹。

労働協約は、その拘束を受ける者に対し、直律的且つ強行的に適用される（4条1項。労

⁷⁷ 和田他・前掲注44書23頁を参照。

⁷⁸ 個別労働契約の上での労働協約上の労働条件参照条項が広がりを持つ実態を踏まえ、2002年1月1日施行の新民法典に盛り込まれた約款規制規定の適用が労働契約にも及ぼされるところとなった。根本・前掲注70論文を参照。

⁷⁹ 和田他・前掲注44書23頁。

働協約の規範的効力)。したがって、協約の拘束を受ける当事者の労働関係においては、労働協約の条件を下回る取り決めの効力は排除され、欠落している部分は協約の条件により補充されることになる。

ウ. 有利原則

他方で、労働協約よりも労働者にとって有利な取り決めが個別的に当事者間でなされている場合には、協約当事者はそれを排除することができないという、いわゆる「有利原則」が労働協約法 4 条 3 項に明定されており、日本のような両面的拘束力は認められていない。もともと、労働条件は、労働時間、賃金といった複数の要素から構成されるものであり、組み合わせによっては、いずれの条件が労働者にとってより有利であるかについては、容易に判断しがたい場合もある。また、労働協約当事者が労働協約で許容する限り、労働者に不利な方向で協約と異なる約定を個別的に行うことが可能である(4 条 3 項)。協約上の権利の放棄は、労働協約締結当事者の承認がある場合にのみ認められ、個別的な合意によることはできない(4 条 4 項)。

エ. 労働協約の余後効

労働協約法 3 条 3 項は、労働協約の拘束力が労働協約の終了まで継続することを定めているため、個々の使用者が協約を締結した使用者団体から脱退しても、当該労働協約の終了まで、その規範的効力から逃れることはできない。また、労働協約が期間の満了により終了しても、別の合意によって代替されるまで、その法規範は効力を有する(労働協約法 4 条 5 項。余後効)。この規制は、使用者団体を脱退した使用者に対しても適用される⁸⁰。そのため、労働協約締結団体からの脱退による協約からの逃避も容易には可能とならない。

(2) 事業所協定

ア. 事業所協定の効力

事業所組織法に定められた事業所委員会が設置された場合、事業所委員会は使用者との間で事業所協定を締結することができる。事業所協定は、使用者と事業所委員会の合意に基づき成立するが、書面の様式を要する(事業所組織法 77 条 2 項)。事業所協定の締結は事業所委員会の適切な決議に基づいてなされなければならない。

事業所協定は、労働関係を直律的・強行的に規律する効力、すなわち規範的効力を有し(77 条 4 項 1 文)、その効力は当該事業所に所属する全労働者に及ぶ。ただし、事業所組織法の適用が除外されている管理職員に対しては、事業所協定の規範的効力は及ばない。事業所協定の規範的効力により、事業所協定の内容を下回る個別労働契約上の取り決めは無効となり、欠落している部分は補完される。他方で、個別労働契約との関係で有利原則が妥当するかどうかの問題となるが、労働協約法のように明文の規定はないものの、判例において有利原則

⁸⁰ BAG 14. 2. 1991 AP Nr. 10 zu §3 TVG.

が認められ、事業所協定より労働者にとって有利な労働契約の内容は有効とされる⁸¹。また判例によると、使用者にある行為を禁止するような消極的内容規範の設定も可能である⁸²。

事業所協定で定められた内容は、事業所に統一的に適用され、個々の労働関係に対し直律的・強行的に作用することから、法的効果としては日本の事業所における就業規則と類似する側面を有する⁸³。しかし、事業所協定は労働者の選挙によって選出された従業員代表たる事業所委員会と使用者との間の協定であり、両者の合意としての性格を有する点に相違がある。

イ. 事業所協定と労働協約

労働協約と事業所協定との間の効力の優劣に関しては、原則として労働協約が事業所協定に優位する（協約優位の原則）。事業所組織法 77 条 3 項 1 文によれば、労働協約で規制された、もしくは規制されるのが通常である賃金その他の労働条件は、事業所協定の対象とならないとされ、同 2 文で、労働協約が明示的に補完的な事業所協定の締結を許している場合に限って、事業所協定による労働条件設定を許容している。こうした、事業所組織法 77 条 3 項 1 文で規定される労働協約の「遮断効（Sperrwirkung）」により、協約で規制されるのが通常である賃金、労働時間等の労働条件については、事業所協定は規制できない。この規制に反して締結された事業所協定の効力は認められない。その一方で、事業所組織法 87 条 1 項は、法律又は労働協約上の規制がない場合に、社会的事項について事業所委員会に共同決定権を認めている。このため、87 条 1 項所定の事項に関して事業所協定が締結された場合に、通常は協約で規制されるべき労働条件について事業所協定の対象とはならないとする上記 77 条 3 項 1 文との兼ね合いが問題となる。この点について労働裁判所の判例では、87 条 1 項所定の事項について、実際に労働協約による規制が存在せず、当該事項は協約によって規制されるのが通常である、という、単なる「協約通常性」しか存しない場合には、事業所協定の締結が可能となるとする立場が確立されている（87 条 1 項優位説）⁸⁴。

労働協約と事業所協定の間有利原則が認められ得るか否かについては、判例はこれを認めていない。

ウ. 事業所協定と労働契約上の統一的規制

事業所協定と個別労働契約の間では、先述のように判例上、有利原則の適用が認められている。しばしば問題となってきたのは、個別契約上の労働条件に関する統一的規制と事業所協定との関連であり、この点については、4. 労働条件の変更の項で後述する。

事業所協定の締結は、事業所委員会の選出と設置によって可能となる。事業所委員会は、当該事業所の労働者、もしくは、当該事業所に組合員のいる労働組合のイニシアチブにより

⁸¹ BAG 18. 8. 1987 AP Nr. 23 zu §77 BetrVG 1972.

⁸² Vgl. BAG 13. 10. 1987, AP Nr. 2. zu §77 BetrVG 1972 Auslegung.

⁸³ 事業所組織法に基づき設定される事業所協定の法的性格を巡っては、ドイツでも議論がある。詳細は、高橋賢司『成果主義賃金の研究』（信山社、2004年）54頁以下を参照。

⁸⁴ Vgl. BAG 3. 12. 1991, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

選挙が行われなければ設置されない。実際には、就労する労働者数の多い事業所では事業所委員会の設置される割合が高くなるものの、中小規模の事業所ではその割合が低くなり、事業所委員会の設置されている事業所で就労する労働者の割合は約半数程度とみられている⁸⁵。

(3) 労働契約

使用者もしくは労働者が労働協約締結団体の構成員ではなく、労働協約の適用がない場合、また、労働者が勤務する事業所で事業所委員会が設置されておらず、事業所協定が存在しない場合、労働条件は労働契約上の個別合意によって設定される。労働協約の適用がない場合でも、労働協約で定められた労働条件が参照され、個別労働契約上の合意内容に取り込まれることは、実務上しばしば行われている。

事業所の労働者全体もしくは労働者集団に統一的に適用される労働条件を定めることもしばしば行われている。こうした労働条件は「一般的労働条件 (Allgemeine Arbeitsbedingungen)」と呼ばれ、これには大別して、①「労働契約上の統一的規制 (Arbeitsvertragliche Einheitsregelung)」又は「統一的労働契約 (Einheitsarbeitsvertrag)」, ②「従業員集団に対する約束 (Gesamtzusage)」, ③「事業所慣行 (betriebliche Übung)」の3類型がある。こうした一般的労働条件は、例えば労働協約外の付加賃金などを定め、労働者集団の労働条件を統一的に規制するが、その根拠を個別労働契約に持つ。

前述のように、2002年の債務法改正により、民法典上の普通取引約款規制に関する条項が労働契約についても適用されることとなり、労働契約に盛り込まれた諸条項に対しても約款規制が及ぶところとなった。このとき、労働契約の書面に記載された条項のみが約款規制の対象となり得るのか、契約書面上に明文化されていない事業所の慣行の扱いがどのようになるのかについては諸説があり、現在のところ注目される判例が存しないことから、今後の推移の検討が必要である。

4. 労働条件の変更

(1) 労働条件の変更

前述のように、ドイツでは、労働条件を設定する規範として、国家法、労働協約、事業所協定、個別労働契約があり、その効力の優劣に関して明確なヒエラルキーが存在する。労働条件の変更に際しても、各規範の間の相互関係における優劣が問題となる。

同一ランクの規範による変更の場合は、「後法は前法を廃す (lex posterior derogat legi priori)」との一般原則が妥当する。問題となるのは、あるランクの法的手段による労働条件変更が、他のランクの規範との関係でどこまで効力を持ち得るかである。上記のヒエラルキーに従うと、上位規範によって設定された労働条件を下位規範において変更することは原則

⁸⁵ 荒木・前掲注 53 書 127 頁以下参照。

としてできない。

また、労働協約は協約当事者の合意に基づき成立し、事業所協定も原則として同様であることから、使用者はそれら規範により設定されている労働条件を、自らの一方的設定によってすぐさま変更することはできない。個別労働契約上の労働条件についても、使用者が一方的に設定できる範囲と、労働者の同意を得る必要のある範囲とが存在する。

以下では、下位規範から上位規範の順に、労働条件変更のあり方を概観する。

ア．個別労働契約上の労働条件変更

(7) 労務指揮権⁸⁶

使用者の労務指揮権は、労働契約に本質的に内在するとされる、労働者の労働給付義務を具体化する権利とされる。この権利の法的性格については、ワイマール時代以来、様々な議論が行われてきたが、現在、通説では、権利の根拠を契約に求め、使用者の一方的な意思表示により行使できる形成権と理解されている。使用者は、労務指揮権の行使できる範囲で、一方的に労働者の労働条件を変更することができる。問題はその範囲であるが、ドイツにおける従来の判例によると、労務指揮権の行使は、国家法及び労働協約、事業所協定、個別労働契約上の取り決めの範囲内に限定される。2003年の営業法改正により、同法106条で定められた労務指揮権に関する条項がすべての労働者に適用されることとなった(第1節総論, 2(2)ウ参照)。営業法の新規定は、これまで判例により形成されてきた労務指揮権の内容及び行使しうる範囲を踏まえたもので、従来の労務指揮権概念に変更を加えるものではないとされる⁸⁷。また、事業所組織法に基づき、事業所委員会に対し人事的事項に関する共同決定権が与えられていることから、事業所委員会が設定され、同権利を行使する場合には、使用者の労務指揮権の範囲はさらに限定され得ることになる。

具体的な事例では、労務指揮権行使の範囲の限界、すなわち、どこまでの労働条件が確定され、どこまでが使用者の変更権行使に委ねられたのかが問題となる。賃金・労働時間の長さを労務指揮権により変更することはできない。労働者の職種が労働契約により合意されている場合には、これを一方的に変更することはできない。価値の異なる活動(職種、賃金グループ格付けの異なる労働)への変更も同様と解される。こうした場合に使用者が変更を行う意思があれば、変更について労働者との個別的な同意を得るか、当該労働者に対し変更解約告知(後述)を行う必要がある。

以上の枠内で労務指揮権を行使する場合でも、その権利行使に際して使用者は「公正な裁量」に従うことを求められる。従来、この根拠は、契約の一方当事者による給付内容の決定権について規定した民法典315条1項に求められてきた⁸⁸。現在では労務指揮権について同

⁸⁶ ドイツにおける労務指揮権に関しては、土田・前掲注65書を参照。

⁸⁷ ErfK/Preis, §106 GewO Rn. 2f.

⁸⁸ 民法典315条(1)給付が契約の一方当事者によって決定されるとき、疑いがあれば、決定は公正な裁量に従ってなされるべきこととする。

(2) 決定は契約相手に対する表示によってなされる。

様の定めが営業法 106 条でなされている。

(イ) 労働契約上の統一的規制の変更

一般的労働条件のような、個別労働契約に根拠を持ちつつ事業所等で統一的に規制された労働条件の変更については、個々の労働者に対する変更契約、又は、事業所協定による包括的な変更の可能性が問題となる。後述の、イ. 事業所協定の項を参照。

(ロ) 変更・撤回権の留保

労務指揮権の変更により一方的に決定・変更できない労働の種類、労働時間、賃金に関しても、使用者が労働者との合意によりあらかじめ変更の権限を留保することは、労働協約もしくは事業所協定の規定に違反しない限り、又は民法典 138 条の良俗に違反しない限りで可能である。使用者が、労働協約で定められた、又は労働協約を参照して労働契約で定められた賃金に加えて、任意で一定の追加的給付を行い（社会的給付、**Sozialleistungen**）、これが一般的労働条件として契約内容になっているものと解される場合で、そうした追加的給付の支給を撤回する権利が使用者が留保している場合には、その支給を撤回することが可能である。もっとも、民法典 242 条の信義誠実の原則、及び、民法典 315 条の公正な裁量の範囲内で、使用者は後に変更権を行使することができる。ただし、狭義の中核的な労働条件、すなわち通常、労働協約によって規制される賃金に関しては、使用者に一方的な給付決定権を認めた合意に基づく変更は認められないと考えられている⁸⁹。

(ハ) 変更契約

労働条件の変更は、契約相手の同意があれば、他の上位規範に反しない限りで可能である。労働条件の変更を目的とする合意は、変更契約（**Änderungsvertrag**）と称され、明示又は黙示の合意により行われ得る。問題は、使用者により労働条件の変更が行われた場合、いかなる場合に労働者がそれに合意したと認定されるか、の判断である。連邦労働裁判所は、労働者の手数料計算方法が変更された事例において、以下のような判断を示している⁹⁰。いわく、契約変更の意思表示を受けた者の沈黙は、事情全体との関連でそれが同意であると理解されなければならない。契約変更の意思表示を行った者は、信義誠実に従って、契約変更の意思表示を受けた契約相手がそれに同意しないならば、異なる意思表示をして契約変更へ異議を申し立てるだろうことを想定する必要がある。それには、契約変更又は契約の不利益変更の申し込みを知って異議なく継続就労していることのみでは十分ではない。契約相手の同意について疑いのある場合には、契約変更が労働関係に直接現れ、変更により労働者が自らの権利義務にどのような影響がもたらされるかを確認できる場合にのみ、契約相手の同意が推定される。また、企業年金制度の変更など、労働者の退職後に具体化するような契約内容の変更提案に対して、単に労働者が継続就労した事実のみでは、その黙示の合意は推定され

(3) 決定が公正な裁量に従ってなされるべきときには、行われた決定が公正に適合する場合にのみ契約相手を拘束する。決定が公正に適合しないときには判決によって行われる。決定が遅滞した場合も同様とする。

⁸⁹ Wolfgang Hromadka, *Änderung von Arbeitsbedingungen*, in: *Recht der Arbeit (RdA)* 1992, S. 241.

⁹⁰ BAG 30. 7. 1985 AP Nr. 13 zu§ 65 HGB.

ない⁹¹。

(4) 変更解約告知⁹²

a. 変更解約告知制度

解雇制限法 2 条 1 文は、使用者が労働関係の解約を告知し、解約告知と併せて、変更された労働条件の下での労働関係の継続を労働者に申し込む場合、労働者は、労働条件の変更に社会的相当性がないことを留保しつつ、その申込を受け入れることができるとする。労働者はこの留保を、提訴期間である解約告知後 3 週間以内に使用者に表示しなければならない (2 条 2 文)。その上で、労働者は労働裁判所に、労働条件の変更が社会的相当性を欠くことの確認を求める訴訟を提起できる (4 条 2 文)。

このように、ドイツでは変更解約告知 (*Änderungskündigung*) の法制度が存在する。変更解約告知は、使用者が従来 of 労働契約を解約告知すると同時に、新しい労働条件の下での労働関係の継続を申し込むことであり、それは労働条件変更のために行われる解約告知である。使用者による変更解約告知を受けた労働者には、取り得る選択肢が三つ存在する。①労働条件の変更を無条件で承諾した場合には、労働関係は新しい労働条件の下で継続する。②労働条件変更を拒絶した場合には、労働関係が解約告知により終了するが、労働者は通常の解雇訴訟手続において解雇の無効を争うことができる。これに対し、①、②のような、労働条件の承諾か解雇か、という二者択一的状況から労働者を保護するため、③1969 年 8 月 14 日の解雇制限法改正により、労働者が労働関係を維持したまま、変更された条件の社会的相当性を争うとの留保付きで変更を受諾する途が開かれた。この変更解約告知は、使用者による労働条件変更の手段として、特に、労務指揮権の行使や、変更・撤回権の留保等による変更が可能ではない場合に用いられる。

b. 変更解約告知の効力の判断基準

前述のように、変更解約告知がなされた場合、これを受けた労働者は承諾、拒否、留保付承諾の 3 つの対応を取り得る。

留保なしの承諾の場合、変更された労働条件が確定し、労働関係が存続する。

労働者が労働条件変更の申込を拒否した場合、変更解約告知は終了解約告知となり、解約告知期間が経過すると解雇の効力が生ずる。この場合には、当該労働者は解雇の社会的相当性を裁判所で争うことができる (解雇制限訴訟, *Kündigungsschutzklage*)。

労働者が留保付承諾を行った場合、労働者は解雇制限法 4 条 2 文に従い、労働条件の変更が社会的相当性を欠くことの確認を求める訴訟 (変更制限訴訟, *Änderungsschutzklage*) を提起することになる。この労働者は、当該変更制限訴訟が終了するまで、変更された労働条件の下で働かなければならない。変更制限訴訟の場合、司法判断の対象は、変更された労

⁹¹ BAG 8. 7. 1960, AP Nr. 2 zu §305 BGB.

⁹² 変更解約告知に関して、荒木・前掲注 53 書 137 頁以下、大内伸哉『労働条件変更法理の再構成』(有斐閣、1999 年) 214 頁以下、土田・前掲注 65 書 211 頁以下を参照。

働条件の社会的相当性である。連邦労働裁判所は、留保付承諾の場合と、変更申込拒否により解雇に至った場合とで、審査基準が異なるのは妥当でないとし、変更申込拒否による解雇制限訴訟の場合にも、留保付承諾の場合と同様の審査基準が適用される、としている⁹³。

変更解約告知の社会的相当性の判断基準は、現在の通説・判例によると、以下のようになる。変更解約告知が社会的に相当とされるには、①変更解約告知の手段を用いて労働条件を変更することが正当といえるだけの重大な利益が存在すること、②労働者にそれを受忍させることが期待可能であること、を要件とする。①では、変更解約告知が解雇制限法 1 条所定の、労働者の個人的理由、及び行動上の理由又は急迫の経営上の理由に照らして不可避であるかどうか審査される。②の段階では、労働者の受忍可能性が審査され、そこでは、結果と手段との間に比例原則が用いられる。変更解約告知も解雇の一形態であることから、最終手段原則が考慮され、より緩やかな手段で労働条件の変更が可能であれば、変更解約告知に相当性はないものと判断される。

労働者の個人的理由による変更解約告知は、老齢、疾病等により従来職場で労働者を就労させることが困難で、且つ、新職場での就労が当該労働者に期待可能である場合等に、その相当性が認められている。労働者の行動を理由とする変更解約告知では、事業所内外での犯罪的行為、上司・同僚との不和、取引相手とのトラブル等を理由として労働者の職場を移す必要があり、且つ、新職場での就労が当該労働者に期待可能であることが要件となる。この場合には事前に当該労働者に警告が行われることが要件に加わる⁹⁴。

経営上の理由による変更解約告知の有効性判断もまた、①急迫した経営上の必要性により労働条件の変更が不可避であるか、②具体的に申し込まれた変更が労働者に期待可能であるか、という 2 段階で審査される。このうち、賃金の変更に關する変更解約告知に關しては、他の変更とは質的に異なるものとみなされ、とりわけ厳格な要件が課される⁹⁵。単なる賃金コストの引き下げという目標は、それだけで変更解約告知を正当化するものではない。変更解約告知を行われなければ解雇が想定され、また、賃金の減額が労働者にとって公正に甘受されるものである場合にのみ、変更解約告知による賃金の変更が正当化される。例えば、他の多くの労働者が不利益を被らない一方で、ある労働者に対してのみ客観的理由なく賃金減額がなされた場合、そうした賃金減額は当該労働者にとって公正に甘受されるものではない⁹⁶。これに対し、労働の変更や労働時間の変更では、人員削減の必要性や、業務量の減少による配転の必要性があれば足りるとされている。変更された労働条件の期待可能性は具体的

⁹³ BAG 7. 6. 1973, AP Nr. 1 zu §626 BGB Änderungskündigung.

⁹⁴ 土田・前掲注 65 書 212 頁以下を参照。

⁹⁵ Hromadka は以下のように論ずる。賃金変更の問題は、労働内容や労働時間の変更とは質的に異なる。それは労働者の給付ではなく、反対給付にかかわるからである。この場合、使用者は、職場の廃止や労働内容の変更を行うという、市場経済秩序で認められる自らの組織権の枠内での経済的・技術的・組織的措置を問題とするのではなく、自らの財務的な責任を変更しようとするのである。労働者に対する財務上の責任は、納入業者、銀行、第三者企業に対する責任と質的に何ら異ならない。Hromadka, a. a. O., S. 255.

⁹⁶ BAG 20. 8. 1998, AP Nr. 50 zu §2 KSchG.

に審査されるが、個人的又は行動上の理由の場合よりも厳格に行われる。さらに、経営上の理由による解雇の要件として、人選の社会的相当性の要件が加わる⁹⁷。

変更解約告知は、労働契約全体の解約を前提とする点で、一部解約告知と区別される。通説・判例では、一部解約告知としての変更解約告知は認められないとされている。

c. 事業所委員会の関与

変更解約告知を行う場合には、通常解雇と同様に、使用者は事業所委員会の意見を聴取しなければならない（事業所組織法 102 条 1 項）。意見聴取を行わない変更解約告知は無効となる。変更解約告知の内容が、事業所組織法 95 条 3 項の配転（*Versetzung*）や、賃金グループ格付の変更である場合、事業所委員会は事業所組織法 99 条 1 項の関与権の対象となる。同条項では、人事上の措置を行う場合、使用者が事業所委員会に情報提供等を行なった上で、事業所委員会の同意を求めなければならない。もっとも、事業所組織法 99 条 1 項は変更解約告知の効力発生要件とは解されておらず、これに違反した場合であっても、当然に無効とはならない。

イ. 事業所協定⁹⁸

事業所協定の変更には「後法が前法を廃する」との原則が妥当する。新しい事業所協定の締結により、古い協定の内容は置き換えられる。この場合、従前の内容を労働者の不利益に変更するものであっても問題はない。

事業所協定は、協定に期間の定めのある場合には、所定の期間の満了に伴い終了する。期間の定めのない場合には、合意解約もしくは解約告知によって終了する。解約告知について、特段の定めのない場合には告知期間は 3 ヶ月間となる（事業所組織法 77 条 5 項）。事業所協定の失効後、当該事業所協定が規制していた事項で、仲裁委員会の裁定により代替可能である事項に関しては、別の取り決めがなされるまでの間、失効した事業所協定の効力が残る（77 条 6 項）。この場合の「別の取り決め」に該当するのは、事業所協定、及び、使用者と労働者の個別労働契約上の合意であると考えられている。

(7) 事業所協定と個別労働契約との関係

前述のように、労働契約上の個別的合意に関しては、判例により、事業所協定との間で有利原則が肯定されており、労働者に有利な内容での個別合意は可能である。

a. 社会的給付の減少、廃止

個別労働契約に根拠を持つとされる、一般的労働条件（労働契約上の統一的規制、従業員に対する約束、事業所慣行等に基づく使用者からの給付。第 2 節, 3 (3) 参照）について同様のことが当てはまるかが、ドイツでは法的議論の対象となってきた。

この点につき、連邦労働裁判所の 1986 年 9 月 16 日大法廷決定によると、統一的規制もし

⁹⁷ 土田・前掲注 65 書 213 頁を参照

⁹⁸ 事業所協定と他の労働条件設定規範との間の相関関係に関する文献として、荒木・前掲注 53 書 150 頁以下、大内・前掲注 92 書 174 頁以下を参照。

くは従業員に対する約束に基づく、労働者の社会的給付（**Sozialleistungen**）を事業所協定により変更しようとする場合、個々の労働者は自らに不利益な変更であっても、該当する全労働者にとっては、事業所協定による新規制が従前の労働契約上の統一的規制の内容よりも不利でない限り（集団的な有利性の比較）、そうした変更を受け入れなければならない、とされる⁹⁹。同時に同大法廷決定は、使用者により、事業所協定を通じた社会的給付の撤回が労働契約上留保されていた場合、もしくは行為基礎の喪失（**Wegfall der Geschäftsgrundlage**）¹⁰⁰を理由として社会的給付の削減ないし廃止が要求された場合に限り、事業所協定による不利益変更が可能となる旨を述べている¹⁰¹。

b. 労働時間

労働契約締結時に契約両当事者が合意した週日の労働時間、及びその週内配分は、個別的な合意とはみなされず、事業所の労働時間変更の際し事業所協定により後に変更が可能である、との判例が存在する¹⁰²。

c. 定年

個別労働契約上で定められた定年による労働契約終了に関し、後の事業所協定により定年年齢を下げることはできない、とした判例がある¹⁰³。

(i) 事業所協定と労働協約との関係

⁹⁹ BAG GS 8. 9. 1986 AP Nr. 17 zu §77 BetrVG 1972. もっとも、本決定の射程は使用者による「社会的給付」に限定されており、その内容は、労働者による労働給付に対する直接的な報酬ではない、勤続手当、企業年金、一時金等とされている点には留意が必要である。すなわち、個別契約上の統一的規制により、通常の賃金、俸給が設定されている場合の変更は想定されていない。

¹⁰⁰ 行為基礎の喪失とは、契約の基礎となった事情が失われる、もしくは著しく変更された場合に、契約条件の一方的変更を認める法理である。これは契約法一般に妥当する契約変更法理であり、個別労働契約はもとより、事業所協定、労働協約等の集団的契約についても適用され得る。もっとも、従来より、行為基礎の喪失法理は、労働契約の分野ではほとんど利用されてこなかった。これは、労働法では変更解約告知の制度が存在し、同様の法的効果が得られてきたためとされる。そのため、主として、変更解約告知が不可能となる、労働関係終了後に支給される企業年金給付の変更等について、行為基礎の喪失法理が用いられてきた。荒木・前掲注 53 書 149 頁参照。

なお、この行為基礎の喪失の制度は、2002年1月1日施行の債務法現代化法により、新たに民法典 313 条で規定されている。邦語訳については、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、2003年）466 頁を参照。なお、以下に掲げる条文は、同書の訳文に筆者が一部表現の修正を加えたものである。

民法典 313 条 (1) 契約の基礎となっている事情が、契約締結後著しく変更され、かつ当事者がこの変更を予見していたとすれば、契約を締結せず、又は異なる内容の契約を締結したであろう場合は、個々の事例のすべての事情、なかんずく、契約上又は法定の危険負担を考慮して、一方当事者にとって、変更されない契約への固執が期待され得ない限り、契約の適合が要求される。

(2) 契約の基礎となっている重要な観念が、誤りであることが明らかとなったときは、事情変更と同視される。

(3) 契約の適合が不可能であり、又は一方当事者にとって期待しえない場合には、不利益を受ける当事者は契約を解除しうる。継続的債務関係の場合は、解除権に代えて、解約告知権が生じる。

¹⁰¹ ErfK/Kania, §77 BetrVG Rn. 89ff. こうした、いわば「事業所協定に開かれた」労働契約上の撤回ないし変更留保がいかなる場合に認められるかが問題となる。基本的には、後の事業所協定による撤回もしくは変更の可能性が留保されていたこと、あるいは、以前に事業所委員会がそうした留保の設定に関与していたことが、個々の労働者に認識可能であったことが必要である。つまり、使用者と事業所委員会の間で撤回・変更の可能性を留保したのみでは不十分である。実際には、事業所協定による変更についての留保が個別労働契約上明確であることは少ないため、黙示的留保の存否が具体的状況から判断されることになる。判例でこうした留保の存在が認められたケースも存在する。BAG 3. 11. 1987 AP Nr. 25 zu §77 BetrVG 1972. 大内・前掲注 92 書 212 頁以下。

¹⁰² ErfK/Kania, §77 BetrVG Rn. 98; BAG 23. 6. 1992. AP Nr. 1 zu §611 BGB Arbeitszeit.

¹⁰³ BAG GS 7. 11. 1989 AP Nr. 46 zu §77 BetrVG 1972.

前述のように、事業所協定と労働協約との関係では、協約優位の原則が事業所組織法 77 条 3 項により明確であるため、労働協約による規制が存在する場合には、事業所協定により協約上の労働条件を変更することはできない。事業所組織法 77 条 3 項と 87 条 1 項との相互関係については、労働協約による具体的な規制がない場合（「協約通常性」しかない場合）、87 条 1 項所定の事項につき事業所協定による規制が可能であるとする立場（87 条 1 項優位説）が判例により確立されている。近時の判例は、労働協約による確定的な規制の範囲を限定的に解し、事業所協定による規制の余地を拡大する傾向にある¹⁰⁴。もっとも、判例により、労働協約との関係で事業所委員会と使用者の共同決定に委ね得るとされる領域は、労働協約で定められる基本賃金を上回る範囲での諸手当や休日手当であり、協約賃金を下回る労働条件を事業所協定で規制することは認められていない点に留意が必要である。

労働協約の基準を下回る内容の規制が認められるには、労働協約法 4 条 3 項及び事業所組織法 77 条 3 項 2 文の規定により、労働協約により事業所協定による異なる定めが許容されていることが前提条件として必要となる。このような、労働協約の「開放条項（Öffnungsklausel）」により、事業所協定による規制が可能となるケースが広く見られるが、学説の上では、かかる開放条項が存在したとしてもなお、中核的な労働条件に関し包括的に事業所協定での設定を許容することについては反対の見解が見られる¹⁰⁵。

近時では、雇用保障と引き替えに、賃金ないし労働時間について労働協約上の規制から逸脱を認める開放条項が多く結ばれている¹⁰⁶。

ウ．労働協約

労働協約についても、「後法が前法を廃する」との原則が妥当する。労働協約は、協約自体に定められた時点をもって発効する。労働協約は、協約自体に定められた時点をもって失効し、又は、協約自体に解約に関する条項が含まれる場合には、その解約手続にのっとって失効する。

労働協約は、有効期間経過後も、その法規範が他の約定によって代替されるまで引き続き存続することが法定されている（労働協約法 4 条 5 項。協約の余後効）。この場合、事業所協定及び使用者と労働者の個別労働契約上の取り決めによって、従来の協約上の法規範は廃棄され得る。

¹⁰⁴ Vgl. BAG 17. 12. 1985, AP Nr. 5 zu §87 BetrVG Tarifvorrang. 1985 年 12 月 17 日の連邦労働裁判所決定では、以下の判断が示された。労働協約が、協約で義務づけられる労務に対する賃金を定めるに過ぎない場合には、労働協約は最低賃金を規制するに過ぎず、それを超える賃金部分については事業所委員会の共同決定に対する余地が開かれている。このように労働協約の遮断範囲を限定的に解し事業所協定の規制範囲を拡大する傾向はその後踏襲されている。協約による休暇手当の規制がある場合でも、追加的な休暇手当を事業所協定で決定することができるとした判決がある。BAG 9. 2. 1989, AP Nr. 40 zu BetrVG §77. また、協約賃金の引き上げ分の協約上乘せ手当への算入に際し、事業所組織法 87 条 1 項 10 号に従い、その配分原則の定立・変更を事業所協定で行うことは、協約優位の原則と抵触しない、とした BAG 大法廷決定がある。BAG 3. 12. 1991, AP Nr. 51 zu §87 BetrVG Lohngestaltung. 大内・前掲注 92 書 197 頁。

¹⁰⁵ 荒木・前掲注 53 書 162 頁。

¹⁰⁶ 荒木・前掲注 53 書 163 頁。

(2) 配置転換

ア. 規制の概要¹⁰⁷

労働の種類・場所の変更を意味する配転については、労働契約上と事業所組織法上の2つの次元で規制が存在する。労働契約上では、どの程度までの配転を労務指揮権の行使によって使用者が命令することができるかが問題となる。どのような配転であれ、労働者の個別の同意が得られるならば、個別法上は有効であるが、そうした同意が得られない場合には、労務指揮権の行使によって変更できる範囲が問題となり、それは労働契約内容の解釈如何による。使用者が、労務指揮権の範囲を超えて労働の種類・場所を変更しようとする場合には、当該労働者の個別の同意を得る、もしくは変更契約を締結するか、あるいは変更解約告知を行う必要がある。

事業所組織法では、使用者による配転が事業所委員会の共同決定の対象となり得ることが定められており、配転の概念について法律上の定義が行われている。事業所委員会は事業所組織法 99 条 2 項に定められた要件の下で、個別的な配転について同意を拒絶することができる。同意が拒絶されると当該配転は無効となる。この場合、使用者は労働裁判所に同意に代替する判決を求めて提訴するか(99 条 4 項)、仲裁委員会の裁定を求めることができる(76 条 1 項)。このことは、労働者が配転に同意し、あるいは配転を内容とする変更解約告知が有効である場合も同様である。すなわち、配転は個別法及び事業所組織法の2つの異なる次元で規制され、効力が審査され得る。

(7) 労務指揮権の範囲

使用者は、労働契約の予定する範囲内であれば労務指揮権に基づく配転命令を行い得る。配転命令の範囲は、当該労働者が行うべき労働の種類・場所がどの程度まで特定されているか、についての労働契約の解釈による。

職種を変えることなく、同一事業所内での勤務場所、配属箇所等を変更することは、労務指揮権の範囲内で使用者が行うことができる¹⁰⁸。職種・職務が労働契約により特定されていると解される場合、同一の職種系列内の職務変更については、労務指揮権の行使による配転命令によって行い得る。労働協約等によって賃金グループ格付けが定められている場合には、他の賃金グループへの配置転換を使用者が一方的に命ずることはできず、労働者の個別の同意を得るか、又は変更解約告知の方法を取る必要がある。

労務指揮権の行使による勤務場所の変更がどの程度まで可能かの判断もまた、労働契約上の取り決めによる。事業所が特定されていると解される場合、同一事業場内での配転を命令することは可能であるが、他の事業場への配転は、個別合意を得るか、もしくは変更解約告知の方法を取る必要がある。

¹⁰⁷ ドイツにおける配転に関しては、土田・前掲注 65 書 181 頁以下を参照。

¹⁰⁸ こうした配置換えには、一般に *Umsetzung* の呼称が用いられる。MünchArbR/Blomeyer, §48 Inhalt der Arbeitspflicht, Rn. 86.

ドイツの判例では、労働者が特定の職務、特定の事業所で一定期間継続して勤務してきた場合には、労働義務の内容・場所が黙示的に特定されたものと解する傾向にある。このように、使用者が労務指揮権の行使により一方的に行うことのできる配転の範囲は厳格に画されている。これに対し、労働契約の上で、前もって幅広い範囲での配転命令があり得ることを留保しておく「拡張条項(Erweiterungsklausel)」を設けることが実務上でも行われている。もっとも、こうした条項が労働契約上で定められたとしても、使用者が配転を命令し得る範囲が無制限に拡張されるわけではなく、民法典 315 条ないし営業法 106 条の規定により、当該配転命令権の行使が「公正な裁量」によるものか否かの司法審査が行われ得る。配転命令がどの程度まで許容され得るかは、当該労働者の職種・職務、賃金グループ格付け、勤務場所、企業内での地位¹⁰⁹、これまでの勤務事情等の具体的状況から判断されることになる。

(イ) 変更解約告知¹¹⁰

使用者が労務指揮権の行使により一方的に配転を行うことができない場合、変更解約告知による職場の変更が行われ得る。前述のように、変更解約告知がなされた場合、解雇制限法 1 条所定の正当化理由に基づく必要性と、当該労働者への具体的な変更の期待可能性が審査される。

具体例として、労働者の行動を理由とする変更解約告知で、守衛としての業務に必要な警察官の権限を剥奪された労働者の配転、労災防止上必要な健康診断の受診を拒否した労働者の配転などが認められている。経営上の必要性に基づく変更解約告知では、職場の OA 化により余剰人員となった労働者の配転、余剰人員となった水泳指導員の技術者への配転などが認められている。

(ウ) 共同決定

事業所組織法 99 条は、個々の労働者の採用、賃金グループ格付け、賃金グループ格付けの変更、配置転換が事業所委員会の共同決定事項となることを規定している。事業所組織法 95 条 3 項は同法における配置転換 (Versetzung) の概念として、「この法律の意味における配転とは、1 ヶ月の期間を超えることが予定される、又は、労働給付の環境に著しい変更をもたらすような他の労働領域への配置をいう。労働関係の特質上、労働者が特定の職場で就労しないことを常とする場合には、その都度の職場の決定はこれを配転とみなさない」と規定する。同法 95 条 1 項は、労働者の賃金グループ格付け変更、配転の人選指針を、事業所委員会の同意をもって制定し得るとする。この人選指針に反する可能性のある配転が行われたと事業所委員会がみなした場合には、事業所委員会は配転への同意を拒絶できる。

共同決定の対象となり得る「配転」の概念は、労働契約上の「配転」概念と比較して狭く限定されている。事業所組織法 95 条 3 項の規定によると、そこでの「配転」は、労働給付

¹⁰⁹ 企業内で高位の地位にあり管理的職務を行う管理職員の労働契約では、配転条項が盛り込まれることが一般的である。彼らに対する配転命令についても、労働契約上の公正審査が理論上は可能であるが、一般に、管理職員は昇進等の考慮から配転を拒絶することは稀であり、配転命令の効力が問題となる例は少ない。

¹¹⁰ 土田・前掲注 65 書 212 頁以下を参照。

の環境に著しい変更をもたらすような他の労働領域への配置とされることから、配転による職務の変更が重大である場合がこれに該当する。他の事業場への配転は、事業所組織法上の配転には含まれない。もっとも、配転先の事業所から見れば、配転された労働者の受け入れは99条1項の「採用」となるため、共同決定の対象となる。

共同決定の効果として、事業所委員会が事業所組織法の意味における配転について、99条所定の理由をもって同意を拒絶した場合には、配転の効力は否定される¹¹¹。

管理職員については、事業所組織法の適用対象外とされていることから、事業所委員会の共同決定権は問題とならない。管理職員の事業所組織として、管理職代表法に基づき選出可能な管理職代表委員会があり、使用者に対し一定の関与権を有するものの、個々の管理職員の個人的事項に関して事業所委員会と同様の共同決定権は与えられておらず、管理職個人が使用者に対し自己の利益を主張する際、管理職委員会構成員に支援させることができるに過ぎない（管理職代表委員会法26条1項）。

イ. 実態

上記のように、使用者が労働者の労働内容、場所を変更しうる法的可能性は、管理職員を除く労働者の場合には相当程度厳格に解されている。勤務地、職種が特定される範囲は、契約の履行過程で具体化されたものから判断される。実務において、使用者に配転命令権を留保する配転条項、又は、合意された職種や職場以外への配転命令権を留保する拡張条項を設けることは、実務上広く行われているものと見られ、管理職員の労働契約には配転条項が設けられることが通例のようである¹¹²。もっとも、かかる条項が契約上で合意されていたとしても、管理職員以外の労働者については、事業所組織法95条3項の配転に該当する場合、事業所委員会が設置されていれば、共同決定権が行使され得る。また、個別契約上の解釈としても、民法典315条ないし営業法106条の定める公正な裁量の観点から、行われた配転命令の効力は司法審査の対象となる。

(3) 出向・転籍

ア. 規制の概要

労働者が使用者との労働関係を維持しつつ、第三者の労務指揮の下で就労する場合、法的には「貸借労働関係（Leiharbeitsverhältnis）」が成立する。日本でいう在籍出向に相当する法関係が、貸借労働関係である。貸借労働関係に関する法規制は、それが業として行われる場合に規制する労働者派遣法（Arbeitnehmerüberlassungsgesetz）が制定されているも

¹¹¹ 事業所委員会による同意拒絶の有効性と、労働契約上の労務指揮権に基づく配転の有効性とは理論上別個に考えられるものではあるが、当該配転が労働契約上有効であったとしても、事業所委員会の同意拒絶が有効であれば、配転の効力は無効となるとするのが判例・通説の立場である（効力要件説）。

¹¹² 2004年に聴き取り調査で訪問した、ドイツ労働組合総同盟（対応者：Dr. Wolfgang Lutterbach 国際欧州労働組合政策部門長）、ドイツ使用者団体連盟（対応者：Dr. Sven-Frederik Balders 労働法担当弁護士）、ベルリン州労働裁判所（対応者：Karin Aust-Dodenhoff 裁判長官）にて、同様の回答が得られた。

の、業としてではなく、個別に行われる事例に関して特別の法規制、法律上の定義は存在しない。

問題は、労働者を第三者の下で就労させるに当たり、それを労働者の個別の同意なしに使用者が労務指揮権の行使により一方的に行うことができるか、あるいは、労働者の個別の同意を必要とするか、にある。労働者の同意を必要とする根拠としては、「役務に対する請求権は、明確でない場合には、譲渡不可能である」とする民法典 613 条 2 文の規定が根拠として考えられる。しかし、この条項は任意規定であり、異なる取り決めが可能である。労働者の同意の形態については、諸々の見解があり、契約上の留保条項が存在すれば足りるとの見解が有力である¹¹³。他方で、事業所協定を根拠とする義務づけは不可能であるとする点では、諸説に一致が見られる。

イ. 実態

コンツェルンを形成する企業グループ間での「配転」、「貸借」（「コンツェルン内貸借（Konzernleihe）」とも称される¹¹⁴。）や、他の企業への労働者の派遣（Entsendung）といった形で、第三者の下で労働者を就労させることがドイツでも行われているようである。

コンツェルンにおいて、こうした人事上の措置を行う命令権を使用者に留保する条項、いわゆる「コンツェルン留保条項」が個別労働契約上に設けられることがある。かかるコンツェルン留保条項に対し、契約相手による変更を制限する民法典 309 条 10 号¹¹⁵が適用可能であるか否かについて、司法判断は未だ明らかではない¹¹⁶。

派遣期間の設定について法律上の規制はなく、その都度の取り決めによって設定されているものと予想される。

5. 懲戒

(1) 規制の概要

使用者の懲戒権そのものに関する法律上の規定は特に存在しない。事業所組織法 87 条 1 項 1 号は、事業所の秩序、及び、事業所における労働者の行動に関する事項を事業所委員会の共同決定事項としている。事業所での労働者の秩序違反行為に対する罰則を定める罰則規程（Bußordnung）の定立、及び、使用者が行う個別の処分が事業所委員会の共同決定事項となる¹¹⁷。事業所委員会は、懲戒処分に関する特別の委員会を設置することができる。労働者に対する聴聞、理由の通知等、懲戒手続に関する法律上の規制はない。

¹¹³ 土田・前掲注 65 書 188 頁。

¹¹⁴ ErfK/Preis, §613 BGB Rn. 9.

¹¹⁵ 民法典 309 条については、本章の末に掲載した〔参考資料 3〕を参照。

¹¹⁶ 2004 年に聴き取り調査で訪問したドイツ使用者団体連盟（対応者：Dr. Sven-Frederik Balders 労働法担当弁護士）より、同様の回答を得た。

¹¹⁷ BAG 5. 12. 1975 AP Nr. 1 zu §87 BetrVG 1972; BAG 17. 10. 1989 AP Nr. 12 zu §87 BetrVG 1972 Betriebsbuße.

制裁手段としては、通常、罰則規程において、訓告（Verwarnung）、譴責（Verweis）、制裁金（Geldbuße）等が設けられている。制裁手段としての解雇（日本でいう「懲戒解雇」）や賃金グループ格付けの低下は、許容されないと解されている¹¹⁸。制裁金を科す手続は、法治国家の原則に従わなければならない。連邦労働裁判所の判例によると、科された制裁の相当性に関する裁判所の審査は可能である。罰則規程において前もって裁判所の審査可能性を排除することはできない¹¹⁹。

こうした事業所罰（Betriebsbuße）は、集団的な事業所秩序に対する労働者の違反行為に対する処分を定めるもので、労働契約上の義務に労働者が違反した場合について定められる労働契約上の制裁とは区別される。労働契約及びそれに基づく使用者の労務指揮権は、事業所罰を科す法的根拠とはならないとされる¹²⁰。個別労働契約上の制裁としては、警告（Abmahnung）、違約罰（Vertragsstrafe）、及び、労働者の行動を理由とする解雇などがあり得る。このうち、違約罰は過去に行われた契約違反に対する制裁であり、警告は将来についての警告の機能を持つとされる。

労働者の非違行為は、解雇制限法上の解雇理由としての労働者の行動、又は民法典 626 条で定められた即時解雇事由としての「重大な事由」として考慮され得る。

(2) 実態

労働者が事業所で行った非違行為を理由とする解雇の正当性は、解雇制限法の規制に従い、労働者の行動を理由とする解雇の枠組みで審査される。少なくとも、法的な正当性判断においては、制裁による解雇について特別の判断基準は設けられていない¹²¹。

労働者の経営秩序違反行為として解雇理由となり得る例としては、就労中の禁煙・飲酒禁止等の義務違反、平和的な経営の騒乱行為、同僚に対する名誉毀損、人格侵害又は暴行等の加害、労働者が労働不能となった場合の申告・証明義務違反等が考えられる。労働者の行動を理由とする解雇の正当性判断については、8. 労働契約の終了の項を参照。就労時以外の労働者の行為であっても、解雇理由として正当化される場合があり得る。使用者又は企業関係者に対する悪質な侮辱行為、財務担当者が賄賂授受や金銭犯罪等によりその信用を著しく失墜させた場合、自動車運転手が交通事故等により運転免許を喪失した場合、企業秘密を漏洩させた場合等が考えられる¹²²。

¹¹⁸ ErfK/Kania, §87 BetrVG Rn. 24.

¹¹⁹ BAG 12. 9. 1967 AP Nr. 1 zu §56 BetrVG 1952 Betriebsbuße; BAG 11. 11. 1971 AP Nr. 2 zu §56 BetrVG 1952 Betriebsbuße.

¹²⁰ ErfK/Kania, §87 BetrVG Rn. 22.

¹²¹ 2004年に聴き取り調査で訪問したベルリン州労働裁判所（対応者：Karin Aust-Dodenhoff 裁判長官）では、同様の回答が得られた。

¹²² ベルリン州労働裁判所（対応者：Karin Aust-Dodenhoff 裁判長官）からの聴き取りによる。

6. 休職制度

(1) 疾病による休職時の収入保障

労働者が疾病、負傷などにより労働不能になった場合、その傷病が業務に起因するものであれ、私傷病によるものであれ、一定期間、使用者から賃金が継続支払される。現在の賃金継続支払法（EFZG. 第1節総論，2(2)カ参照）は、労働者が自身の責めなく疾病により労働不能となった場合、6週間まで使用者に賃金の継続支払を義務づけている。こうした使用者の負担による休職時の収入保障制度が確立されるまでには、以下のような経緯があった¹²³。

19世紀に成立した疾病保険制度により、現業労働者については、疾病による労働不能時に疾病金庫からの疾病手当が給付されることとなった。しかし疾病手当が給付されるまでには待機期間があり、手当額も労働可能であれば得られたはずの賃金全額をカバーするものではなかった。

他方、一定額以上の収入を得る職員（ホワイトカラー労働者）は強制保険の対象ではなかったが、商法典旧63条に、商業使用人が事故により労働不能となった場合に6週間まで雇用主に通常の報酬の継続支払を義務づける条項があり、商業部門で就労する職員には疾病等による労働不能期間の収入が保障されていた。工業部門の技術職員等については営業法133c条に同様の定めが置かれていた。両規定はいずれも強行規定であった。しかし、商法典もしくは営業法の適用を受けない職員及び現業労働者については、疾病時賃金継続支払に関する労働法上の特別規定が存しなかった（ただし、労働協約の定めにより疾病時の賃金請求権が認められる場合は存在した。）。一般規定である民法典616条は、労務給付の義務者が比較的短期間、自らの責めなく個人的な理由により労務給付を妨げられたときには報酬の請求権を失わないことを定めているが、この規定は任意規定であって個別契約による修正が可能であり、実効性が欠けていた。

現業労働者については、1957年の疾病時現業労働者の経済的保障改善法を経て、1969年7月27日の現業労働者のための賃金継続支払法¹²⁴（LFZG）が制定され、この法律により現業労働者もまた自己の責めなく疾病を理由に労務給付を妨げられた場合に、6週間まで賃金請求権を失わないこととなった。さらに1994年5月26日、新たに全労働者に適用される賃金継続支払法（EFZG）が制定され、諸法律の分裂状態が解消された。その後、新しい賃金継続支払法は、1996年の経済成長及び就業促進のための法律により一部改正され、疾病時に継続支払される賃金が100%から80%に切り下げられた。しかし、1998年の政権交代に伴う社会保険修正法により、再度賃金継続支払法の変更がなされ、現在では疾病時継続賃金

¹²³ ドイツにおける疾病時の賃金継続支払法制の歴史と概要については、水島郁子「ドイツ賃金継続支払法の変更」『姫路法学』23・24合併号401頁以下（1998年）、同「ドイツにおける疾病被用者の所得保障の転換」『姫路法学』25・26合併号234頁以下（1999年）、同「法律変更が労働協約に及ぼす影響」『姫路法学』29・30合併号611頁以下（2000年）を参照。

¹²⁴ Lohnfortzahlungsgesetz (Gesetz über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle), 27. 7. 1969, BGBl. I S. 946.

支払額は100%に戻されている。

以上の経緯を受け、現行の賃金継続支払法は、すべての労働者について、自己の責めなく疾病により労働給付を妨げられたときに6週間まで賃金継続支払の請求権を認めている。4週間の勤続を要件として、賃金継続支払請求権が発生する（EFZG3条3項）。旧賃金継続支払法（LFZG）では、短期間労働者及び短時間労働者への適用が除外されていたが、現行法ではそうした定めはない。有期契約労働者について特段の規定は設けられていないが、賃金継続支払請求権は、労働関係が終了した場合には失われる¹²⁵。

LFZGでは、就労開始後の労働不能であることが賃金継続支払請求権の発生要件とされていたが、現行法ではそうした規定がないため、労働契約締結後、就労開始前の疾病については、就労開始予定日から賃金継続支払請求権が発生する。また、必ずしも「労働不能」とはいえない、社会保険主体の許可する療養・リハビリテーション措置を理由とする労働障害の場合であっても、賃金継続支払請求権が認められる（EFZG10条）。

労働者は、3暦日以上労働不能の場合には、医師による労働不能証明書と、予想される労働不能日数を使用者に報告しなければならない（5条1項）。労働者が労働不能の証明義務を怠った場合、使用者は賃金継続支払を拒絶することができる（7条）。

以上は、賃金継続支払法に基づく疾病休職時の賃金継続支払についての概略であったが、労働者疾病時の使用者による給付は労働協約の定めにより拡張されている場合が多い。また、同法の適用対象とはならない、労働者自身の責めによる労働不能の場合には、疾病金庫（Krankenkasse）からの疾病手当金が支払われる。

7. その他労働契約にかかわる権利義務関係

(1) 競業禁止義務

2002年8月24日の改正法により、営業法110条に、全労働者に対し適用される労働契約終了後の競業禁止義務規定が設けられた（第1節総論、2(2)ウ参照）。もともと、同条2文の「商法典74ないし75f条が準用される」とする規定にあるように、従来、ドイツでの競業禁止義務は商法典の諸条項と、それに関連する判例によって具体化されてきた。

商法典の一連の規定は、そもそもは商業使用人を適用対象とする。工業部門の技術職員には営業法133f条¹²⁶が存在したが、工業部門の現業労働者及びそれ以外の分野、とりわけ自由業の分野で就労する現業労働者及び職員について競業禁止が問題となる際には、良俗違反行為の無効を定める138条しか関連規定が存在しなかった。連邦労働裁判所は、商法典の諸

¹²⁵ ErfK/Dörner, §3 EFZG Rn. 77.

¹²⁶ 旧営業法133f条(1)雇用関係が終了した後の期間について、技術職員の営業活動を制限する合意を事業主と技術職員が行った場合、当該合意は、期間、場所、対象に関する制限により当該職員の収入が不公正に困難となる限度を超えない限りで拘束力を持つ。

(2) 合意を締結した時点で職員が未成年者であれば、当該合意は無効である。

規定を商業分野以外の労働関係についても類推適用することで、これに対処してきた。

ア. 労働関係存続中の競業禁止義務

商業使用人 (*Handlungsgehilfe*) は、雇用主 (*Prinzipal*) の許可なしに、商業を営み、あるいは雇用主の商業部門で自身又は他人の計算の下で取引を行ってはならない (商法典 60 条 1 項)。雇用主が使用人を採用する際、使用人が商業を営んでいることを知り、且つ雇用主が経営の内容を明確に取り決めていないときには、使用人に対する商業経営の許可がなされたものとみなされる (60 条 2 項)。商業使用人が 60 条の義務に違反した場合には、雇用主は使用人に損害賠償を請求することができるほか、その代わりに、使用人が自らの計算で行った取引を雇用主のために行ったものとする事、又は、使用人が他人の計算の下で行った取引から得た報酬を引き渡すか、その報酬の請求権を譲渡することを要求できる (61 条 1 項)。

イ. 労働関係終了後の競業禁止義務

(7) 競業禁止の効力

雇用関係終了後の競業禁止を雇用主 (使用者) と商業使用人 (労働者) の間で取り決める場合には、書面形式で、合意された内容を記した文書に雇用主の署名を付して使用人に手渡すことを必要とする (商法典 74 条 1 項)。競業禁止の取り決めをなす場合、雇用主が、禁止期間の 1 年につき、使用人が最後に受け取った契約上の給付¹²⁷の少なくとも 2 分の 1 に達する補償金を支払う場合にも、禁止の取り決めは拘束力を持つ (74 条 2 項)。これに相当する取り決めが全く欠けている場合には、競業禁止はそもそも無効となる。約定の補償金が法律の基準に達していない場合には、競業禁止の合意は拘束力を持たない。後者の場合、判例によると、労働者は競業禁止を解除するか、もしくは競業禁止を受け入れるかにつき選択権を有する (競業禁止を受け入れた場合、当該取り決めによる、法定基準よりも低額の補償金額分しか請求できない)。

一方、判例によると、経営秘密に関する秘密保持の取り決めについては、補償金なしに行うことができるとされる。

競業禁止は、使用者の取引上の利益の保護に資するものでなければ、拘束力を有しない。また、競業禁止の時間、場所、対象に応じて支払われた補償金を考慮し、それが使用人の生計を不公正に困難とする場合には拘束力を持たない。競業禁止期間は、雇用関係終了後、2 年を超えてはならない (商法典 74a 条 1 項)。未成年者に対する競業禁止は無効である (74a 条 2 項)。

商法典 74 条 2 項により雇用主が使用人に補償金を支払う場合には、各月末に支払うこととする (74b 条 1 項)。使用人に対する契約上の給付が手数料やその他の変動する収入である

¹²⁷ ここでいう「給付」は、本来の賃金ならず、特別手当、歩合給、手数料、一時金等、労働者とその労働に対して得た収入すべてが含意される。使用者が任意に支給した、契約上は必ずしも請求権が明確でない給付も含まれる。ErfK/Schaub, §74 HGB Rn. 31.

場合には、補償金の算定に当たり当該給付は最後の3年間の平均によって見積もられる(74b条2項)。

雇用主は、雇用関係終了以前に、競業禁止を放棄することを書面に表示することができ、その表示から1年経過後に補償金支払義務から解放される(75a条)。元使用人が競業禁止に違反した場合には、補償金請求権を失う。使用者は損害賠償のほか、違約罰(75c条)を取り決めていれば、その支払いを求めることができる。

(1) 労働契約の即時解約と競業禁止の効力

雇用主の契約違反行為を理由として使用人が雇用関係を即時解約した場合には、解約以後1ヶ月以内に使用人が競業禁止の合意に拘束されないことを書面で通知すると、競業禁止は無効となる(75条1項)。これに対し、使用人の契約違反行為を理由として雇用主が雇用関係を即時解約した場合には、使用人は補償金を請求できない、とする規定が商法典75条3項にある。この場合、元使用人に対する競業禁止は有効で且つ元雇用主は補償金を支払う義務がなくなることとなるが、連邦労働裁判所は、この規定を基本法3条が保障する法の下での平等に反するとした¹²⁸。労働者による即時解約の際には、労働者に関係の断絶権が認められるに過ぎないのに対し、使用者の同様の事例では、補償金の支払なしに競業禁止の拘束力が認められることになる法的帰結が不平等と判断された。これを受けて、その後の判例では、75条1項の類推適用が行われている¹²⁹。使用者が1ヶ月以内に書面で通知をすれば、競業禁止は無効となる。この断絶権を行使しなければ、補償金の支払とともに競業禁止は有効となる。使用者は選択権を有する。

(2) 使用者の配慮義務

現在では、労働関係における使用者の付随的義務(Nebenpflicht)の内容は多岐にわたり、伝統的にいわれてきた使用者の配慮義務(Fürsorgepflicht)の概念には収まりきらなくなっている。使用者の付随的義務の内容は、各労働法規に定められた使用者の義務、及び、一般的には民法典242条の信義誠実原則に根拠を持ち、その範囲及び法的効果はそれぞれの義務の性質に従って判断される。以下では、主に労働者の生命、健康、財産、人格にかかわる使用者の付随的義務について言及する。

ア. 生命・健康に対する保護義務

民法典618条1項では役務義務者(労働者)の生命及び健康を危険から保護するため、役務権利者(使用者)に対し、役務遂行のための空間、施設、器具を設備・維持し、権利者の命令により行われる役務給付を規制する義務が定められている。商法典62条1項においては、雇用主に対し、商業使用人を健康に対する危険から保護し、良俗と品位を維持するため、空間、施設、器具を設備・維持し、業務や労働時間を規制する義務が課されている。

¹²⁸ BAG 23. 2. 1977 AP Nr. 6 zu §75 HGB.

¹²⁹ ErfK/Schaub, §75 HGB Rn. 16.

労働遂行に際して生じ得る、労働者の生命・健康に対する危険からの保護に関しては、公法上の労働者保護法として、1973年の労働安全衛生法で主に産業医及び労働安全衛生専門家の選任と職務範囲が規定され、1996年の労働保護法により、事業者に包括的な労働安全衛生体制を構築する責任が定められている。一般に、公法上の労働保護規定の内容は、労働契約上の強行的な義務内容を形成すると解され、その遵守を使用者は契約上の義務として負うものとされる¹³⁰。

実際に、使用者が民法典618条1項もしくはその他の労働者保護法規に定められた義務を実施しない、又は適法に実施していない場合には、労働者は使用者に対し、労働保護が行われた状態をもたらす履行請求権を持つとされる¹³¹。しかし、訴訟を経て使用者に保護義務の履行を求める権利に実効性はないことから、実際には事業所委員会を通じた適切な保護措置の要求、又は、監督官庁への告発によって労働保護手段を実施させる方法が取られる。

他方で、使用者が民法典618条その他の労働者保護法で定められた保護義務を履行しない場合には、関係する労働者に民法典273条1項¹³²に基づく留置権が認められるとされ¹³³、労働者は労務提供を拒絶できる。労働者が使用者の保護義務不履行を理由に留置権を行使したことが正当と判断された場合には、使用者は労働の受領遅滞にある状態となり、民法典615条により労働者は報酬請求権を失わない¹³⁴。

使用者の保護義務違反により、労働者の生命・健康に損害がもたらされた場合、実際には労働災害又は職業疾病への補償が問題となり、社会法典7編104条¹³⁵の規定により、労働者の個別の損害に対する使用者の補償責任は、使用者が故意により保険事故を引き起こした場合以外には原則として問われないこととなる。

イ. 労働関係における人格の保護

労働者の人格についての保護は使用者の付随的義務である。基本法2条で保障される人格の自由な展開が労働法においても考慮される。

セクシュアル・ハラスメントに対する労働者の保護は、就労者保護法により具体化されている。一般的な人格権は、民法典823条1項の不法行為の内容として認められているが、加えて、労働者の人格保護は労働契約上の使用者の義務であるとも考えられている。人格権侵害の有無は、包括的な利益考量、特に比例性の原則を考慮して審査される¹³⁶。その際、侵害の強度、侵害の領域と、使用者側での干渉の動機となった経営上の利益等が相互に考量され

¹³⁰ BAG 10. 3. 1976 AP Nr. 17 zu §618 BGB.

¹³¹ BAG 10. 3. 1976 AP Nr. 17 zu §618 BGB.

¹³² 民法典 273 条 1 項 債務者が、自らの義務の根拠たる法的関係により債権者に対し履行期にある請求権を有するときには、債務関係より異なる関係が発生しない限り、自身に認められた給付が行われるまで債務たる給付を拒絶できる（留置権）。

¹³³ ErfK/Preis, §618 BGB Rn. 31; BAG 8. 5. 1996 AP Nr. 23 zu §618 BGB.

¹³⁴ BAG 7. 6. 1973 AP Nr. 28 zu §615 BGB.

¹³⁵ 社会法典 7 編 104 条 (1) 事業主は、自らのために働く被保険者もしくは保険を根拠づけるその他の関係にある被保険者に対し、又は、保険事故を原因とする人的損害補償のための他の法律により被保険者の家族及び遺族に対し、保険事故を故意に…引き起こした場合に限り、責任を負う。

¹³⁶ ErfK/Preis, §611 BGB Rn. 767; BAG 15. 7. 1987 AP Nr. 14 zu §611 BGB Persönlichkeitsrecht.

る。使用者による人格権侵害が認められる場合には、損害賠償請求権が労働者に認められる。

ウ．労働者の財産に対する保護義務

労働者の財産に対する使用者の管理・保管義務（Obhut- und Verwahrungspflicht）もまた、使用者の義務と考えられてきた¹³⁷。使用者は具体的な事情に応じて期待可能な措置を講じ、経営事情に応じて可能な限り労働者の財産が盗難や毀損を被らないよう守る状態とする義務があるとされる¹³⁸。例えば、使用者が労働者に駐車場を利用させる場合には、駐車場の地面を交通可能な状態とする義務を負う¹³⁹。

(3) 労働者の損害賠償責任

ア．労働者の労働不履行の場合の損害賠償責任¹⁴⁰

(7) 給付障害に関する一般原則

2002年1月1日施行の債務法現代化法により、民法典上に給付障害法（Leistungsstörungsrecht）に関する新たな諸規定が設けられた¹⁴¹（本章末掲載の〔参考資料4〕参照）。民法典280条1項は、「債務者が債務関係に基づく義務に違反したとき、債権者はこれによって生じた損害の賠償を請求しうる。債務者が義務違反につき責を負わない場合は、この限りではない」とし、「義務違反（Pflichtverletzung）」を損害賠償責任の構成要件とする。かかる280条1項の「義務違反」の構成要件は、311a条2項（原始的不能における損害賠償）と並び、損害賠償請求のための請求権の基礎を形成する¹⁴²。ここでの義務違反という概念には、債務者がそもそも給付を行わない（不履行）、又は遅れて給付する（遅滞）、不完全に給付する（不完全給付）場合が含まれると解されている。また、債務者の違反した「義務」が主たる義務か付随的義務か、あるいは給付義務か保護義務かは重要ではない。特定の損害については、280条2項及び3項で付加的な要件が規定されている。給付の遅滞による損害賠償については、弁済期の到来した給付の不履行と並び、286条の遅滞が存在しなければならない（280条2項）。給付に代わる損害賠償を請求するには、義務違反の性質に従い、281条、282条及び283条に定められた追加的な要件が必要となる（280条3項）。

労働者が労働契約上で義務づけられた労働の給付を行わなかった場合、又は不完全な給付を行った場合、280条1項に定められた債務関係に基づく義務違反が問題となる。

(i) 労働義務の不履行

労働者による労働給付が行われなかった場合の使用上の損害賠償請求権の基礎は、通常、

¹³⁷ BAG 5. 3. 1959 AP Nr. 26 zu §611 BGB Fürsorgepflicht.

¹³⁸ BAG 1. 7. 1965 AP Nr. 75 zu §611 BGB Fürsorgepflicht.

¹³⁹ BAG 25. 5. 2000 AP Nr. 8 zu § 611 BGB Parkplatz, usw.

¹⁴⁰ Manfred Lieb, Arbeitsrecht, 8. Aufl., 2003, §2 II 2. Schadenersatzansprüche des Arbeitgebers, Rn. 175ff. を参照。

¹⁴¹ 債務法現代化法による民法典上の給付障害法に係る新設規定の邦語訳については、半田・前掲注100書442頁以下を参照。なお、本章末に掲げた〔参考資料4〕は、半田教授の著作に掲載されている翻訳文に筆者が一部表現の修正を加えたものである。

¹⁴² Begründung zu art. 280, BT-drucks 14/6040, S. 135.

民法典 280 条 3 項及び 283 条と結びついた 280 条 1 項に求められる。283 条は、275 条 1 ないし 3 項に従い債務者が給付をなす義務を負わない場合に、280 条 1 項の要件の下で債権者は債務者に損害賠償を請求しうる、とする。275 条 1 ないし 3 項は、債務者による給付が不能である場合、又はそれに準ずる場合の給付義務の排除に関する規定である。労働契約における労働義務は、通常、給付遅滞の要件である「追完可能性」を欠くと解されるため¹⁴³、労働給付がなされなかった場合、286 条の債務者遅滞ではなく、275 条の不能が問題となる。労働者側に労働義務を免れる法律上の正当な理由（賃金継続支払法、連邦年次休暇法、母性保護法等に定められた理由）が存在せず、労働者が労働義務不履行の責を負う場合には、280 条 1 項、3 項及び 283 条に従って損害賠償責任が発生することになる¹⁴⁴。

労働者が責を負う理由で労働給付が行われなかった場合、民法典 326 条 1 項により、労働者は給付しなかった労働に該当する賃金請求権を失う。

労働義務の不履行による損害賠償額の算定は、実際には難しいケースが多い。多くの場合、労働力の欠落は、企業内の他の労働者の働きによって埋め合わせられ、使用者が失った利益や、追加的なコストなどは算定し難い。

労働者に有責の労働義務不履行を、労働契約で取り決められた違約罰により制裁すること（罰金の支払等）は許容される¹⁴⁵。違約罰の相当額は、個々の事例によって判断される。法律上の規制は特に存在しない。不相当に高額な違約罰を設定する契約条項は、それ自体無効とされ得る。特に、労働給付がなされなかった事例での違約罰は、賃金請求権の喪失によって調整されることも考慮される必要がある。

イ. 労働者が労働給付において使用者に損害を与えた場合の損害賠償責任

(7) 不完全給付 (Schlechtleistung)

給付の不能、遅滞、もしくは民法典 275 条 3 項の意味での期待不能以外で、使用者に損害をもたらす労働契約上の義務違反は不完全給付として理解される¹⁴⁶。広義の不完全給付には、労働給付と直接関係のない付随的義務の違反も含まれる。

労働契約は雇用契約であり、仕事の結果を債務とするものではない。故に、労働者が不完全給付を行った、例えば、工場で欠損品を製造したような場合でも、それが当然に損害賠償

¹⁴³ 労働給付の債務は基本的に定期債務としての性格を有すると解される。労働契約においては、労働者は所定労働時間における労働給付の義務を負うのであって、ある日の所定労働時間に労働を給付しなかった場合、継続的な債務関係の下で労働者がそれ以降の日々においても所定労働時間における給付義務を負っていれば、後からの給付は時間的に不可能となる（もっとも、フレックスタイム制、あるいはパートタイム労働の場合には追完可能性が肯定されるケースが考えられ得る。）。また、労働時間の設定が一定の労働組織の稼働に従っているような場合には、それ以外の時間に労働給付を求める使用者の利益はない（例えば、店舗の開店時間が 9 時から 17 時である場合、17 時以降の労働給付は意味を持たない。）。以上のような理由から、労働者が労働給付を行わなかった場合には、労働者の給付遅滞ではなく給付不能を要件とする損害賠償責任が問題となる。Vgl. Richardi/Staudinger, §611 Rn. 358; ErfK/Preis, §611 BGB Rn. 837ff.

¹⁴⁴ 双務契約一般については、民法典 326 条 5 項により、債務者が 275 条 1 ないし 3 項に従い給付義務を負わないとき、債権者の契約解除権が発生するが、労働契約の場合には使用者による解雇権の正当性が審査される。

¹⁴⁵ BAG 18. 9. 1991 AP Nr. 14 zu §339 BGB.

¹⁴⁶ ErfK/Preis, §611 BGB Rn. 844.

ないし損害賠償との相殺による賃金減額につながるわけではない。民法典 280 条 1 項に従った損害賠償請求権が使用者に認められるかどうかは、有責性の有無による。不完全給付について労働者に故意・過失がある場合に、損害賠償責任が発生する。

(イ) 労働者の損害賠償責任制限法理¹⁴⁷

労働者が労働の遂行過程において、故意又は過失により使用者に損害を与えた場合について、民法典では労働契約につき特別の規定は設けられておらず、民法典 276 条により労働者に損害賠償責任が生ずる。損害賠償の程度については、一般原則では、民法典 249 条以下の損害賠償に関する基本原則である原状回復主義にのっとり、損害を与えた者はすべての損害結果について責任を負わねばならないことになる。

しかし、労働過程において労働者がとりわけ過失によって生ぜしめた損害に対し、厳格な完全賠償責任を負わせるとすると労働者にとって過酷な結果となる。このため、ドイツでは判例により、労働者の損害賠償責任の限定・軽減が行われてきた。

判例の上では、まず、使用者の配慮義務を根拠として、使用者の利益のため、危険を内包する労働 (*gefahr geneigte Arbeit*)¹⁴⁸を遂行する労働者を期待可能な程度に保護すべきとされ、そこから労働者が労働過程で引き起こした損害賠償責任の軽減が導かれた¹⁴⁹。また、労働者の責任負担の程度は、労働者の有責性の程度によって 3 つに区別された。労働者が重過失又は故意により使用者に損害を与えた場合には、原則としてすべての損害について賠償責任を負う。他方で、労働者が最軽過失によりもたらした損害については、労働者の責任は完全に免責される。両者の中間の中過失による損害惹起の場合には、損害原因と損害結果に関するすべての事情を公正の原則や期待可能性の観点から考量して、使用者と労働者の負担割合が決定される、とされた¹⁵⁰。

その後、判例は労働者の責任制限法理の根拠を、使用者の配慮義務から、使用者が負うべき経営上のリスク (*Betriebsrisiko*) の存在に求めるようになる。つまり、使用者は事業の遂行の成果を享受するのであるから、事業の過程に必然的に結びついたリスクについても責任を負うべきであるとされ、そのことが損害賠償の負担について使用者と労働者で分け合うことの理由として用いられるようになる¹⁵¹。その法的根拠は、民法典 254 条の共働過失規定に求められている¹⁵²。

過失の区分については、1983 年の連邦労働裁判所第七小法廷判決¹⁵³が、従来の三分区分を放棄し、中過失の場合についても労働者の損害賠償責任を完全に免責することとした一方で、

¹⁴⁷ 細谷越史「ドイツにおける労働者の損害賠償責任制限法理に関する一考察」(一)(二・完) 大阪市立大学法学雑誌 47 巻 2 号 87 頁以下、47 巻 3 号 92 頁以下 (2000 年) を参照。

¹⁴⁸ 判例は当初、危険内包労働を典型的に把握する方法を採った。そこでは主に自動車の運転業務のほか、車両・船舶等の運転・修理整備等の業務が挙げられていた。

¹⁴⁹ BAG 19. 3. 1959 AP Nr. 8 zu §611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

¹⁵⁰ 細谷・前掲注 147 (一) 論文 95 頁。

¹⁵¹ Vgl. BAG 28. 4. 1970 AP Nr. 55 zu §611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

¹⁵² Vgl. BAG 3. 11. 1970 AP Nr. 61 zu §611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

¹⁵³ BAG 23. 3. 1983 AP Nr. 82 zu §611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

1987年の連邦労働裁判所第八小法廷判決¹⁵⁴は、前記第七小法廷判決以前の、過失を三区分した労働者責任制限原則に従うとして、中過失の事例において、全体の事情を考慮して労働者の責任を使用者と分担させる立場を採った。以降の判例でも、過失の三区分は維持されている。

さらに、現在では、労働者の責任制限法理を危険内包労働の場合に適用するという立場は放棄されている。1994年の連邦労働裁判所大法廷決定¹⁵⁵で、労働者の責任制限法理は、業務の危険内包性を問題とせず、経営に起因するすべての労働に適用されることが述べられている。

(ウ) 民法典 619a 条

2002年1月1日施行の債務法現代化法により、労働者責任の立証責任に関する619a条が設けられた。同条は、「280条1項とは異なり、労働者は、労働関係の義務違反から生じる損害について、労働者の責に帰すべき事由が存在する場合にのみ、使用者に対して賠償する義務を負う」とする。民法典280条1項では、債務者が損害賠償責任を免れようとする場合、自らが当該義務違反につき有責でないことを立証する必要がある。619a条は、労働関係における特別規定として、労働者の義務違反により損害が生じた場合、使用者に労働者の有責性を立証する責任を負担させるものである。もっとも、連邦労働裁判所は、従来から、労働者の損害賠償責任に関し、有責性の立証責任を使用者に負担させており¹⁵⁶、この規定は判例の立場を立法が確認したものと理解できる。立法者も、この条項はこれまでの労働者責任の原則を変更するものではない、としている¹⁵⁷。

8. 労働契約の終了

(1) 規制の概要

労働関係の終了事由を図示したものが、図1-2-1である¹⁵⁸。以下では、このうち合意解約

¹⁵⁴BAG 24. 11. 1987 AP Nr. 93 zu §611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

¹⁵⁵BAG 27. 9. 1994 AP Nr. 103 zu §611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

¹⁵⁶BAG 17. 9. 1998 AP Nr. 2 zu §611 BGB Mankohaftung.

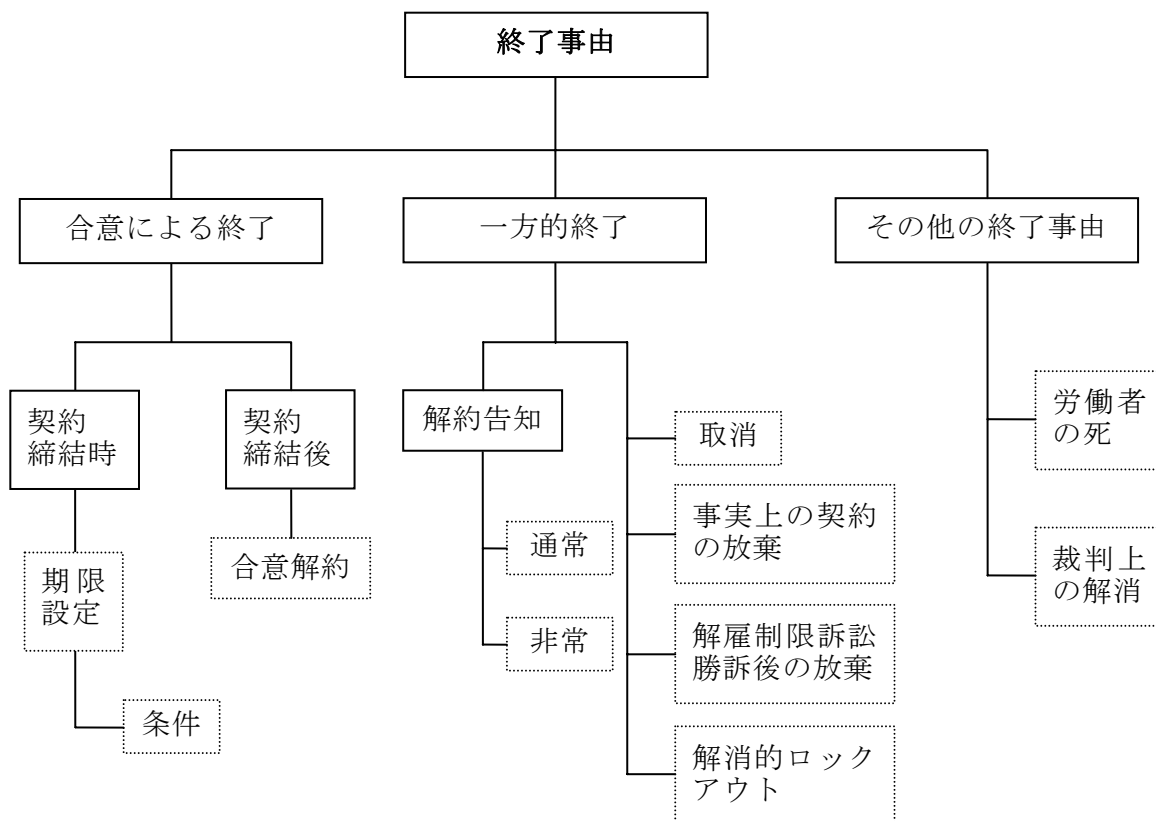
¹⁵⁷BT-Drucks. 14/7052, S. 204.

¹⁵⁸本項の記述は、もっぱら *Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, 2.Aufl., 2002, § 10* による。ドイツの解雇法制に関する主な邦語文献として、小西國友「解雇の自由（一）～（六・完）」法学協会雑誌 86 卷 9 号 1001 頁, 10 号 1125 頁, 11 号 1261 頁, 12 号 1438 頁, 87 卷 1 号 87 頁, 2 号 195 頁 (1969～70 年), 今野順夫「整理解雇と司法審査—西ドイツにおける使用者・企業者決定の司法審査を中心に」外尾健一ほか『人権と司法—斎藤忠昭弁護士追悼』（勁草書房, 1984 年）178 頁, 村中孝史「西ドイツにおける解雇制限規制の史的展開（一）（二）・完」法学論叢（京都大学）114 卷 6 号 55 頁, 115 卷 2 号 80 頁 (1984 年), 村中孝史「西ドイツにおける解雇制限規制の現代的展開（上）（下）」季刊労働法 135 号 145 頁, 136 号 181 頁 (1985 年), 村中孝史「西ドイツにおける継続雇用請求権について（一）（二）・完」民商法雑誌 94 卷 3 号 347 頁, 4 号 462 頁 (1986 年), 今野順夫「被解雇者の選択—西ドイツ整理解雇の法理」高藤昭ほか『現代の生存権—法理と制度：荒木誠之先生還暦祝賀論文集』（法律文化社, 1986 年）335 頁, 今野順夫「大量解雇の規制—西ドイツ解雇制限法研究」法学（東北大学）50 卷 6 号 174 頁 (1987 年), 藤原稔弘「経営協議会の意見聴取権と個別的解約告知制限—解約告知理由の通知義務をめぐる諸問題—」一橋論叢 99 卷 3 号 127 頁 (1988 年), 今野順夫「使用者の解雇回避義務—西ドイツにおける法理の展開」行政社会論集（福島大学）2 卷 4 号 130 頁 (1990 年), 藤原稔弘「ドイツ解雇制限法における社会的選択の法理」季刊労働法 179 号 121 頁 (1996 年), 藤内和公「ドイツの解雇に関する従業員代表の関与」岡山大学法学会雑誌

と解約告知について見ていくこととする。解約告知（Kündigung）は、労働者側による解約告知（日本法にいう辞職は、後述(1)イ(ウ)a.(e)参照）と使用者側による解約告知（解雇（Entlassung））の両方を含む概念であるが、使用者側による解約告知を指す場合がほとんどである。

ア. 終了事由

図 1-2-1



終了事由とはならないもの

- ・ 使用者の死
- ・ 労働義務の停止
- ・ 労働給付の不能
- ・ 満 65 歳への到達
- ・ 生業不能の開始
- ・ 行為基礎の喪失
- ・ 営業譲渡
- ・ 使用者の倒産

出所：Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, 2.Aufl., 2002, § 10, Rdn. 2.

45 卷 2 号 37 頁（1996 年），藤内和公「ドイツの整理解雇における人選基準」岡山大学法学会雑誌 45 卷 3 号 27 頁（1996 年），根本到「解雇法理における『最後の手段の原則（ultima ratio Grundsatz）』と将来予測の原則（Prognoseprinzip）」日本労働法学会誌 94 法 195 頁（総合労働研究所，1999 年），上田真理「ドイツにおける人員整理と雇用保障の法理」行政社会論集（福島大学）11 卷 3 号 27 頁（1999 年），李鋌『解雇紛争解決の法理』（信山社，2000 年），荻谷秀信『ドイツの労働』（日本労働研究機構，2001 年），根本到「ドイツにおける整理解雇法理の判断枠組」季刊労働法 196 号 82 頁（2001 年），橋本陽子「ドイツの解雇・有期雇用・派遣労働の法規制」ジュリスト 1221 号 69 頁（2002 年），藤内和公「ドイツにおける整理解雇の手続きと人選基準」現代総合研究集団『21 世紀のグランド・デザイン』（NTT 出版，2002 年）273 頁，日本労働研究機構『諸外国における解雇のルールと紛争解決の実態（資料シリーズ No.129）』（2003 年）33 頁以下〔「第 1 章ドイツ」，野川忍執筆部分〕，根本到「ドイツ解雇制限法における解消判決・補償金処理制度」季刊労働者の権利 249 号 100 頁（2003 年）。

イ．労働関係終了時の使用者の義務

継続的な雇用関係の終了時には、使用者は、書面による職務証明書を労働者に交付しなければならない（民法典 630 条，営業法 109 条）。職務証明書には、雇用の種類と期間だけが記された単純な証明書と能力と成績に関する記述を含む、特別の証明書がある。

民法典 629 条は、雇用関係が解約告知によって終了するときは、使用者は、労働者の請求により、求職のための就労免除を認めなければならないことを規定するが、これは、解約告知だけではなく、有期労働契約の期間満了及び合意解約による終了にも適用される。

なお、第 1 ハルツ法により、労働者には早期の求職義務が課されることになり、労働者は、雇用保険義務関係の終了時点を知ったら直ちに自ら求職登録を行わなければならない（社会法典第 3 編 37b 条）。かかる早期の登録義務を果たさず、これについてやむを得ない事由が認められないときは、登録が遅れる日ごとに最大 30 日間、及び、失業手当の半額を限度に、失業手当が減額される（社会法典第 3 編 140 条）。

法案では、かかる登録義務を果たすために、使用者に対する就労免除請求権とその間の一定日数分の賃金請求権を認める民法典 629a 条の導入が予定されていたが、最終的に実現しなかった。就労免除請求権は、民法典 629 条によって既に認められ、強行規定である本条によって、新しい使用者だけではなく、雇用エージェント（Agentur für Arbeit）¹⁵⁹や有料職業紹介事業者への訪問のための就労免除請求権も認められると解される。賃金については、合意によることになる。

(7) 合意解約（Aufhebungsvertrag）

合意解約は、契約自由の原則により、原則として自由に、明示又は黙示的に締結されうるが、有効と認められるためには、書面性を必要とする（民法典 623 条及び 125 条）¹⁶⁰。解雇制限訴訟も、合意解約による和解で終了することが多い。裁判上の和解としての合意解約は、適法に記録され（民事訴訟法 160 条 3 項 1 号）、朗読された後に確認されなければならない（民事訴訟法 162 条 1 項）。判例によれば、使用者が一方的に作成した補償金の受領証明書への署名だけでは、合意解約の締結は認められないが、解約告知を承諾するという意思表示、又は、解約告知を裁判で争うことを放棄する旨の意思表示があれば認められる。少なくとも、労働関係が終了すること、及び、いつ終了するのかが定められていなければならない。たいていの場合、それだけではなく、就労免除、休暇、休暇の保障、事後的な競業禁止、証明書、社用車、社宅、（継続）職業訓練契約に基づく使用者の償還請求権、未払賃金・事業所年金、

¹⁵⁹ 2003 年末の第 3 ハルツ法により、職業紹介、失業保険の申請・受給手続等を行う官庁の名称が、労働局（Arbeitsamt）から雇用エージェント（Agentur für Arbeit）へと変更された。最上級官庁については、連邦雇用庁（Bundesanstalt für Arbeit）から、連邦雇用エージェント（Bundesagentur für Arbeit）へと改称された。

¹⁶⁰ なお、合意解約と区別されるものとして、「解雇（後）の合意（Abwicklungsvertrag）」がある。これは、解約告知によって労働関係を終了させるが、労働関係終了に伴う約定を定めるものであり、合意解約だと失業手当の支給禁止期間（社会法典第 3 編 144 条 1 項 1 号）が生じうることを回避するために利用されているが、連邦社会裁判所は、「解雇後の合意」を無制限には認めていない。

及び、もっとも重要な、補償金に関する約定が含まれる。

労働者は、原則として、合意解約の法律効果を自ら調べなければならず、使用者には説明義務はない。判例によれば、例えば、労働者が、特段の事情に基づき、労働関係が早期に終了する場合には、使用者は労働者の利益を擁護しなければならず、特に事業所年金における不利な帰結を説明することを信頼しえたといえるような、例外的な場合にのみ、使用者はかかる帰結について説明義務を負う¹⁶¹。このような信頼状況が生じていたかどうかは、個別の事例における労使の利益を衡量した上で総合的に判断される。合意解約には特別の解雇制限が適用されないことは説明する必要はない。

合意解約の内容が強行法規に違反すれば無効であるが、それ以外に、裁判所の内容審査は行われぬ（民法典 242 条（信義誠実の原則）を根拠として、内容審査を肯定する見解もあるが、連邦労働裁判所はこれを否定している。）。

有効に締結された合意解約は原則として撤回し得ないが（民法典 130 条 1 項 2 文）、撤回が留保されている場合（裁判上の和解にしばしば見られる）にはこれと異なる。若干の労働協約は、1～3 日の考慮期間内での合意解約の撤回を規定している。

2002 年の改正債務法以降は、消費者の撤回権（民法典 312 条、355 条）が労働法上の合意解約にも適用されるかどうか争われたが、連邦労働裁判所は、通説に従い、2003 年 11 月 27 日判決において、合意解約の当事者である労働者は消費者には当たらない、という理由で、撤回権を否定した。

合意解約は、錯誤、詐欺又は強迫による取消（民法典 119 条、123 条）が可能である。取消を主張する者が、取消事由の主張立証責任を負う。合意解約の法律効果に関する錯誤一例えば、すぐに失業手当を受給できると思っていた場合などは、動機の錯誤に過ぎず、取消は認められない。これに対して、労働者が締結時に圧力を加えられていたこと（解雇や損害賠償請求の脅し等）を理由に、取り消される場合は少なくない。労働関係の終了を目的とする解雇の脅しは、判例の定式によると、「合理的な使用者であれば解雇したであろう場合には、違法ではない」。例えば、労働不能証明書の不提出、レジの金銭を盗んだ場合、である。また、合理的な使用者であれば、事前に警告をせずに、行動を理由とする解約告知を行うことは考えられないので、このような場合には、違法な強迫による合意解約の取消が認められる。取消訴訟では、合意解約の代わりに言い渡されたであろう解約告知が、少なくともおおまかに審査される（「事実上の解雇制限訴訟」）。なお、判例によれば、不意打ちは強迫とは認められない。労働者は、合意解約の締結を単に沈黙すればよかったからである¹⁶²。

¹⁶¹ BAG, Urt. v. 3.7.1990, AP Nr. 24 zu § 1 BetrVG. 35 年間の待機期間が事業所年金の受給要件であることを知らなかった原告が、合意解約締結時の説明義務違反を理由とする損害賠償を請求した本件において、連邦労働裁判所は、原告の主張を認めなかった。

¹⁶² 合意解約の取消可能性の判断が、事実上の解雇制限訴訟となっている判例に対しては、その法的不明確性から、批判が強い。最近では、「労働関係の終了を目的とした解雇の脅しは、労働者がこれによってあわてて決断を強いられた場合には違法である」という判例の立場を一步進めて、解雇がほのめかされた具体的な状況を考慮する定式化が提唱されている（*Benecke, Der verständige Arbeitgeber, RdA 2004, 147, 151*）。

さらに、例えば、使用者が、合意解約によって解雇制限は妨げられないと偽った場合には、作為による詐欺が、使用者が、労働者が十分な情報を有していたならば、合意解約の締結を拒否したであろうことを知りながら、説明義務に違反した場合には、不作為による詐欺の可能性が考えられる。労働者が、詐欺の立証に失敗した場合には、契約締結上の過失による損害賠償請求が考えられる。

錯誤による取消は、取消事由を知ったときから即時に（民法典 121 条）、詐欺又は違法な強迫による取消は、詐欺又は強迫後 1 年以内に意思表示されなければならない（民法典 124 条）。

合意解約又は裁判上の和解による労働関係の解消に基づく補償金は、7,200 ユーロまで課税が免除される。労働者が、満 50 歳に到達し、かつ、労働関係が少なくとも 15 年間存続した場合には、限度額は 9,000 ユーロ、労働者が、満 55 歳に到達し、かつ、労働関係が少なくとも 20 年間存続した場合には、11,000 ユーロに引き上げられる（所得税法 3 条 9 号）。かかる課税免除額は、2002 年所得税法改正により、従来よりも引き下げられた（従来は、原則 8,181 ユーロであり、労働者が、満 50 歳に到達し、かつ、労働関係が少なくとも 15 年間存続した場合には、限度額は 10,226 ユーロ、労働者が、満 55 歳に到達し、かつ、労働関係が少なくとも 20 年間存続した場合には、12,271 ユーロであった。）。

なお、補償金は、第 2 失業手当（従来失業扶助）の受給に際して行われるミーンズテストにおいては資産として算入される。社会法典第 2 編 12 条 1 項によると、免除額は、1 歳につき 200 ユーロであり、成人の下限が 4,100 ユーロ、上限は 13,000 ユーロである。

(イ) 裁判による解消（解雇制限法 9 条及び 10 条）

解雇制限訴訟において、解約告知が無効であると判断された場合に、労働関係の存続が期待し得ないことを労使のいずれかが申し立てたときは、労働裁判所は、相当な額の補償金と引き換えに、労働関係の解消を命じることができる。補償金の金額の上限は、勤続年数と労働者の月収額に応じて法定されている。後述するように、解雇制限法は「存続保護の法であって、補償金の法ではない」が、解雇制限法 9 条は、解雇が無効であるにもかかわらず、一方当事者の申立てにより、裁判所が労働関係を解消できるという点で、かかる存続保護の原則を破るものである。1951 年以前は、不当解雇の救済について、使用者は解雇の撤回か金銭賠償かを選択できたが、1951 年法で、社会的正当性を欠く解雇は無効とされ、原職復帰という救済が原則となった。しかし、すべての場合に復職を強制するのは妥当でないとして、労働関係の存続が期待し得ない場合（労働者申立）及び事業目的に資する協働の継続が期待し得ない場合（使用者申立）には、例外的に裁判所が補償金の支払を命じつつ、解消判決によって労働関係を解消する余地が認められた。その後、1969 年法では使用者による事業目的に資する協働継続が期待し得ないことの立証責任が厳格化された。このようにドイツでは解雇無効・復職が原則であるが、例外的に補償金支払による労働関係の解消という処理の可

能性が認められている¹⁶³。しかし、解消判決はあくまで例外であって、これには労働者と使用者とで異なる特別の理由が必要である。すなわち、労働者にとっては、労働関係の存続が期待し得ないこと、使用者にとっては、事業所の目的に資するその後の協働がもはや期待し得ないこと、である。使用者及び労働者は、控訴審の最終口頭弁論終結時までには労働関係の解消を申し立てることができる。解消判決により命じられる補償金の額の上限は 12 か月分までの賃金相当額であり、かかる上限は、労働者が 50 歳以上で労働関係が最低 15 年間存続した場合には、賃金の 15 か月分まで、労働者が 55 歳以上で労働関係が最低 20 年間存続した場合には、賃金の 18 か月分まで引き上げられる（解雇制限法 10 条）。

なお、正確な統計はないが、解雇制限法 9 条による解消判決が実際に下されるケースは稀であり、ドイツの解雇制限訴訟の大多数が金銭解決されているのは、9 条の解消判決によるものではなく、争訟弁論の前に行われる強制的和解弁論手続もしくはその後の争訟弁論における和解によるものである。

非常解約告知の場合には、非常解約告知の無効が確認された場合に、労働者に労働関係の継続が期待し得ないときは、裁判所は、労働者の申立てに基づいて、相当な補償金の支払いと引き換えに、労働関係の解消を命じることができる（解雇制限法 13 条）。この場合には、使用者側からの解消の申立ては認められない。

その他、事業所組織法 78 a 条 4 項 2 号により、職業訓練生代表委員会、事業所委員会、乗組員代表又は船団乗組員代表委員会の委員である教育訓練生を職業訓練関係終了後に期間の定めのない労働関係に受け入れない場合、及び、当該職業訓練生との職業訓練関係終了後に設定された労働関係を解消する場合は、使用者の申立てに基づき、継続雇用が期待し得ないことが裁判所によって確認される場合には、終了する。

(7) 解約告知

a. 解約告知の種類

(a) 通常解約告知と非常解約告知

通常解約告知とは、法律上又は労働契約上の解約告知期間を遵守して行われる解約告知であり、当該労働関係に解雇制限法が適用される時は、解約告知が有効となるためには、解雇制限法 1 条 2 項に挙げられた解雇事由が存在することが必要である。非常解約告知は、即時に有効となるが、労働関係を解約告知期間の経過又は合意された終了時点までに維持することが、解雇の意思表示者にとって期待し得ないことを要件とする（民法典 626 条 1 項）。

刑罰を科される行為の嫌疑又はその他の重大な契約違反の嫌疑により、労働関係の信頼の基盤が損なわれる場合に許容される非常解約告知を嫌疑解約告知（**Verdachtskündigung**）という。嫌疑解約告知の前に、使用者は必ず労働者に弁明の機会を与えなければならない。

通常解約告知は、非常解約告知には及ばないものであるので、通常解約告知を許容する事

¹⁶³ 解雇制限法 9 条の立法経緯については、**Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen Kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften**, 7. Aufl., 2004, § 9, Rdn. 1-7 (*Spilger*).

情だけでは、非常解約告知は直ちに正当化されない。逆に、非常解約告知が可能である場合には、通常解約告知は常に許容される。

(b) 終了解約告知と変更解約告知

労働関係の終了を目的とする解約告知を終了解約告知といい、使用者が、労働関係を解約告知すると同時に労働者に変更された労働条件による労働関係の継続を申し込んだ場合には、変更解約告知（解雇制限法 2 条）という。一般に「解約告知」という場合には、終了解約告知を意味する。

(c) 完全解約告知と一部解約告知

労働関係全体に対する解約告知を完全解約告知、個々の労働条件に対する解約告知を一部解約告知と呼ぶが、一方的に労働関係の秩序と等価関係を侵害し、労働関係を終了させることを目的とはしないので、解雇制限法も適用されない一部解約告知は通説によれば許容されない。しかし、一部解約告知の権利が契約上留保されていた場合には、判例は、これを肯定する。

(d) 集団的解雇 (Massenentlassung)

使用者が経営上の理由により、多数の労働者を、同時又は近い時間的間隔で解雇する場合が集団的解雇である。解雇 (Entlassung) とは使用者側による通常解約告知によって引き起こされた労働関係の事実上の終了を意味する¹⁶⁴。しかし、解雇制限法 17 条 1 項 2 文により、使用者によって誘引された労働者側の解約告知 (辞職) も解雇 (Entlassung) と同視される¹⁶⁵。解雇制限法 17 条以下により、集団的解雇を行う場合には、使用者は、労働行政に職業紹介の準備の機会を与えるために、雇用エージェントに届出を行わなければならない。解雇制限法 17 条以下の規定は、労働行政が大量失業の予防策を講じることを可能ならしめるという労働市場の目的を追求するものであるため、労働者から解雇の個別的保護を奪うものではない。届出義務に違反する解雇は、直ちに無効とはならないが、労働者が届出義務違反を主張した場合には、無効となる¹⁶⁶。

(e) 自己解約告知 (Eigenkündigung)

労働者側による解約告知 (日本法にいう辞職) は、しばしば自己解約告知と呼ばれる。

(f) 反復解約告知 (Wiederholungskündigung, Trotzündigung)

解雇が無効であると判断された場合、あるいはその見込みが高い場合に、当該労働者が事

¹⁶⁴ *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen Kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, 7. Aufl., 2004, § 17, Rdn. 32 (Weigand).

¹⁶⁵ ただし、使用者によって誘引された辞職が解雇と同視される場合は非常に限定的に解されており、英米法の擬制解雇の概念とは対比できないと考えられる。連邦労働裁判所 1973 年 12 月 6 日判決 (AP Nr. 1 zu § 17 KSchG 1969 m. Anm. G. Hueck) は、使用者が、労働者が辞職しない場合には、同じ日付で労働力超過を理由に解雇したであろう、という雇用証明書を労働者に付与していた場合に、解雇制限法 17 条以下にいう解雇 (Entlassung) に当たる、と判断した。G. Hueck は、本件評釈において、その要件を、①たとえ労働者側の解約告知による場合であっても、労働者の退職が、もっぱら使用者の判断に帰せられること、及び②労働者の辞職に基づく退職と使用者が解約告知をしたであろう場合における退職の時点が一致すること、と整理している。

¹⁶⁶ BAG, Urt. v. 6.12.1973, AP Nr. 1 zu § 17 KSchG 1969 等。

業所に戻ることを望まない使用者が、改めて行う解約告知を「反復解約告知（それでも行う解約告知）」と呼ばれるものである。判例は、当初の審査の対象となった解約告知の理由づけとして主張された理由と同一の理由に基づく解雇は、許容されない、と判断している¹⁶⁷。

b. 解約告知の方法

(a) 解約告知の有効要件として、**書面性**が必要とされる（民法典 623 条）。これは、使用者の解約告知にも労働者の解約告知にも、通常解約告知にも非常解約告知にも、終了解約告知にも変更解約告知にも妥当する。書面性の要件を満たさない解約告知は無効である（民法典 125 条）。

(b) **解雇理由の明示**は原則として要求されないが、労働協約、事業所協定又は個別労働契約上規定されることがある。解雇制限訴訟中に後から新しい解雇事由を追加できるかどうかは、個別法上は、通常、解雇事由の告知は解約告知の有効要件ではないので、解約告知の到達時点において客観的に存在したすべての事由を解雇権に関する紛争が終了するまで申し立てることができる。これに対して、事業所組織法上は、使用者は、事業所組織法 102 条に基づき、解約告知の時点で既に知っていたが、事業所委員会に事前に伝えなかった解雇事由を事後的に申し立てることはできない。しかし、解約告知の言い渡し時点で、客観的に存在した解雇事由を使用者が主観的に知らなかった場合には、これについて、事業所委員会の意見聴取を事後的に行うのであれば、かかる事由を後になっても主張できる。訴訟法上は、労働裁判所法 61a 条の期限内に申し立てられた解雇事由のみが考慮される。労働裁判所法 61a 条 2 項及び 3 項によれば、和解弁論が不調に終わった場合には、裁判長は、少なくとも 2 週間以上の相当な期間を設定して、原告及び被告に証拠の提出を命じなければならない。

(c) 解約告知は、原則として、いつでもいかなる場所でも行うことができ、解約告知書面は職場で手渡してもよいし、意思表示の受領者の住所に持参又は郵送してもよい。解約告知は、受領を必要とする意思表示であるので、被解雇者に**到達**して初めて有効となる。書面による意思表示は、意思表示の受領者の権力領域に到達、すなわち、解約告知の内容を知る可能性があった場合には、到達が認められる。

(d) 現業労働者と職員とで異なっていた法律上の**解約告知期間**が、基本法 3 条 1 項の平等原則違反であるという連邦憲法裁判所の決定¹⁶⁸を受けて、1993 年に統一された（民法典 622 条）。民法典 622 条 1 項によれば、労働関係は、4 週間の期限で、暦月の第 15 日目、又は、末日に向けて、解約告知されうる。この基本解約告知期間は、労働者による解約告知と使用者による解約告知の双方に妥当する。勤続年数が増加するにつれて、民法典 622 条 2 項に従って、法律上の解約告知期間は延長されるが、これは、使用者による解約告知にのみ

¹⁶⁷ BAG, Urt. v. 26.8.1993, BAGE 74, 143 = AP Nr. 113 zu § 626 BGB. 本件では、窃盗を嫌疑とする非常解約告知の有効性が争われたが、非常解約告知の前に当該労働者の聴聞を行わなかったという理由で、当該非常解約告知は無効とされた。同じ窃盗を理由とする再度の解約告知に対して、連邦裁判所は、同一の事由に基づく解雇に対しては、前訴の既判力が及ぶので、再度の解雇は許容されない、と判断した。

¹⁶⁸ BVerfG, Beschl. v. 30.5.1990, EzA § 622 BGB n.F. Nr. 27.

適用される（ただし、個別契約において、労働者による解約告知にも延長された解約告知期間を定めることは妨げられない。）。試用期間については、両当事者によって、2週間の期限で解約告知されうる（民法典 622 条 3 項）。

(e) 事業所委員会の意見聴取（事業所組織法 102 条）は、すべての使用者による解約告知の前に行われなければならない、事後的な意見聴取では足りない。意見聴取とは、解約告知の存在について報告し、かつ、意見表明のための機会を与えなければならないことを意味する。使用者が議論に参加してはならない。使用者は、解雇しようとする労働者の氏名、解約告知の種類、解約告知の期日及び解約告知事由を事業所委員会に伝えなければならない。わかっている範囲で、年齢、家族構成、扶養義務者の数、勤続年数、職務内容及び特別の解雇制限の有無が含まれる。解約告知を基礎づける事実は、完全に報告されなければならない、判例によれば、例えば、「不十分な労務給付」では不十分である。頻繁な短期の疾病を理由とする解約告知においては、使用者は、欠勤期間、及び知っている場合には、疾病の種類、欠勤によって生じ、今後も予測される、経済的負担及び事業所の損害を報告しなければならない。永続的に労働不能の疾病に罹患している場合には、その情報だけで足りる。経営上の理由による解雇においては、緊急の経営上の必要性だけでなく、社会的選択の基準となる事情も含まれ、行動を理由とする解雇においては、責任軽減的な事情も含まれる。

事業所委員会の意見聴取は、口頭でも書面でもよい。事業所委員会は、意見表明の前に、労働者の聴聞を行わなければならない（事業所組織法 102 条 2 項 4 文）。ただし、事業所委員会が労働者の意見聴取を行わなかったとしても、これに対して制裁は科されないし、事業所委員会の関与手続が無効となるわけではない。しかし、事業所委員会が労働者の意見聴取を繰り返し行わない場合や、著しい違反と認められる場合には、事業所委員の解任請求権が考えられよう（事業所組織法 23 条 1 項）。

事業所委員会に対する使用者の意見聴取義務違反の効果は、下記のとおりである。

使用者が、意見聴取を全く行わないか、又は、詳細かつ具体的に行わなかった場合には、解約告知は無効である（事業所組織法 102 条 1 項 3 文）。

使用者が、解約告知にとって重要な事実をすべて述べなかった場合には、解雇制限訴訟において、事業所委員会に述べた事実しか援用することはできない。

事業所委員会が解約告知に同意した場合は、通常、解雇制限訴訟における立証の評価において、使用者の有利に働く。事業所委員会が、解雇に疑義又は異議を表明する場合には、理由を付した書面によって、通常解約告知においては、1週間以内、非常解約告知においては、3 暦日以内に使用者に通知しなければならない（事業所組織法 102 条 2 項）。疑義と異議の法律効果は異なり、事業所委員会が単に疑義を表明した場合には、解雇制限訴訟における立証の評価に影響を及ぼすに過ぎないが、異議を表明した場合には、解雇制限訴訟を提起した労働者が申し立てれば、労働裁判所が、例外的に継続就労義務を免除しない限り、使用者は訴訟終了まで当該労働者を継続就労させなければならない（事業所組織法 102 条 5 項）。

(2) 一般的解雇制限

一般的解雇制限，すなわち，原則としてすべての労働者に認められる解雇制限は，解雇制限法において規制されている。解雇制限法は，社会的に不当な解雇を無効とする（解雇制限法 1 条 1 項）。社会的に不当でない解雇事由は法定されており，それは，労働者の個人的な事情，行動に存する事由，又は緊急の経営上の必要性が認められる場合である（解雇制限法 1 条 2 項）。使用者は，かかる事由を主張立証しなければならない。**解雇制限法は，存続保護の法であって，補償金法ではない。**解雇制限法の目的は，労働者に自己の労働ポストを保持させることであって，補償金の支払による労働関係の解消（解雇制限法 9 条）は，例外的な場合にのみ認められるに過ぎない。**2003 年末の解雇制限法改正によって（2004 年 1 月 1 日から施行）新設された解雇制限法 1 a 条も（後述(6)イ参照），解雇制限法が存続保護の法であることを変えるものではない。**

ア. 解雇制限法の内容

(7) 適用範囲

a. 適用対象事業所と労働者

解雇制限法は，労働者 10 人以上の事業所において（解雇制限法 23 条 1 項），労働関係が 6 ヶ月以上存続した労働者（解雇制限法 1 条 1 項）に適用される。**2004 年解雇制限法によって，事業所に雇用される労働者数が 5 人から 10 人に引き上げられた。**ただし，**2003 年末に解雇制限を既に享受していた労働者の権利は奪われない。**

6 ヶ月の待機期間の算定においては，労働関係が法的に存続した期間だけが意味を持つ。待機期間は，採用された事業所，又は，同一企業の他の事業所においても通算されるが，同じコンツェルン内の他の企業においては，コンツェルン配転条項がある場合にのみ通算される。事業所又は事業所の一部が営業譲渡された場合には，既に貯められた待機期間は，新所有者に対しても適用される（民法典 613a 条 1 項 1 文）。

b. 管理的職員

労働者の採用及び解雇権限を有する雇用されている業務執行者，事業所長及び同様の管理的職員に対しても，解雇制限法は適用されるが，彼らには，存続保護ではなく，補償金保護だけが認められている。その労働関係は，使用者の申立てにより，金銭の支払だけで解消されうる（解雇制限法 14 条 2 項 2 文，9 条）。

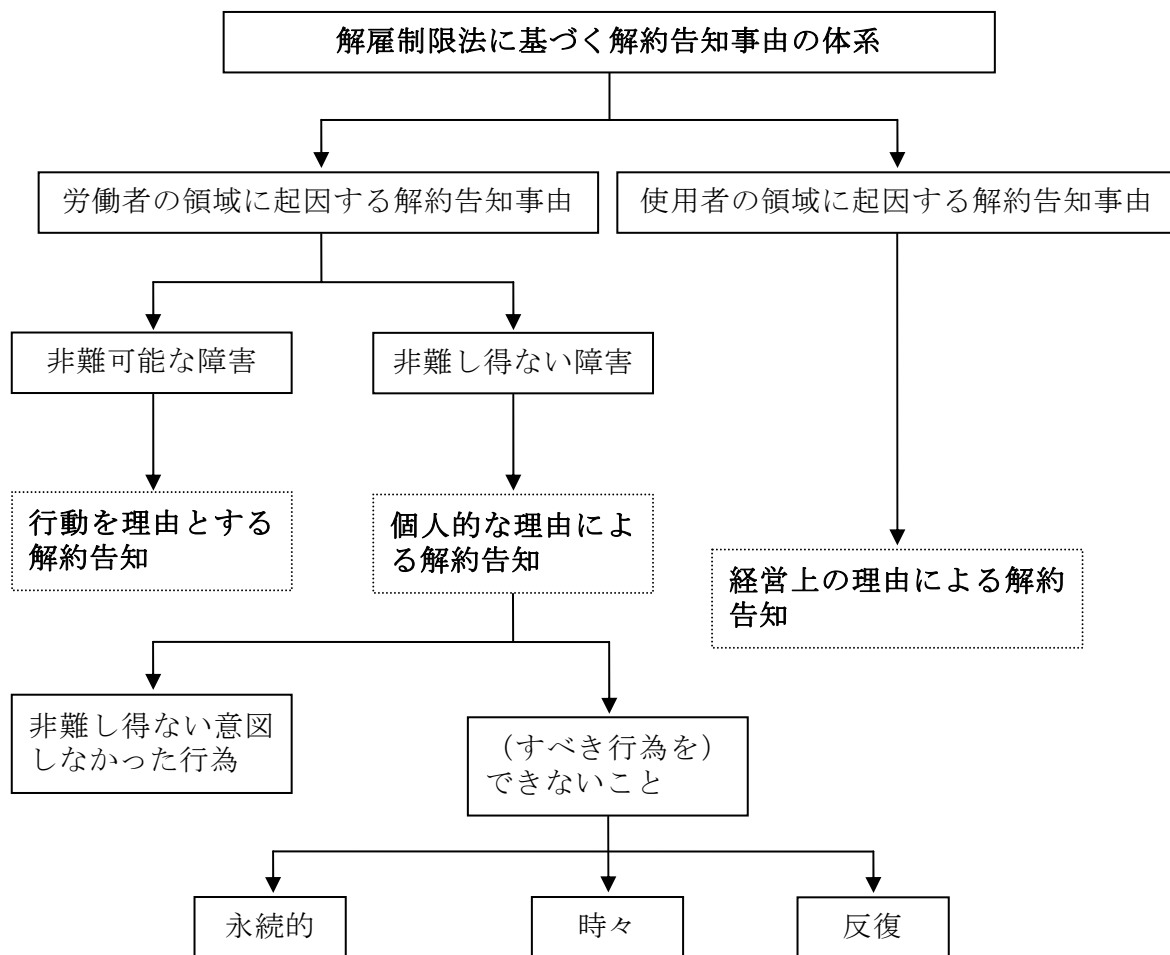
(4) 解約告知事由

解雇を正当化しうる 3 つの事由は，①個人的な理由による解約告知，②行動を理由とする解約告知，及び，③経営上の理由による解約告知である。このうち①と②の境界面定について争いがあるが，判例は，「制御可能な行為」であるか否かを基準としている。

解雇を基礎づける同一の事実が，複数の解雇事由に該当しうる場合（「事実の混合（Mischtatbestand）」）には，いずれの解雇事由が優越するのか（支配領域説（Sphärentheorie））と呼ばれる判例の表現によると，「法律に掲げる領域のうち，労働関係

の存続を否定しうる障害がどれに由来するのか)が探求された後に、確定された解雇事由についてのみ審査される。これにより、例えば、長期の労働不能により経営障害が生じている場合には、「障害源」は、労働者の個人的な領域に存すると解される。しかし、支配領域説に立つ判例も、必ずしもこの見解を貫徹させているわけではなく、臨時の体育教師の労働ポストを官吏としての体育教師によって置き換えるために行われた解雇を、複数の解雇事由に該当しうる「事実の混合」に当たる、と述べた上で、当該教員の専門的資質の問題よりも、経営上の理由が優越するとしつつ、個人的な理由による解雇の場合に要請される利益調整が必要である、と述べている¹⁶⁹。

図 1-2-2



出所：Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, 2.Aufl., 2002, § 10, S. 384.

¹⁶⁹BAG, Urt. v. 17.5.1984, BAGE 46, 191 = AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung. もっとも、本件では、体育教師として他の学校で空いているポストがなかったかどうか（継続就労の可能性）を審査すべきであるとして、差し戻された。

(ウ) 解雇の正当性判断に当たって妥当する原則

解雇事由が存在するかどうかを審査するに当たって、判例は、4段階に分けて審査を行っている（表 1-2-3 参照）。すなわち、①解雇事由それ自体が存在するののか、②かかる障害又は不能が将来においても持続するののか（**予測原理**）、③それは解約告知によってのみ除去されるののか（**最後の手段**）、最後に、④労働者と使用者の利益を勘案して、解約告知に対する使用者の利益の方が優越しているののか、が問われる。経営上の理由による解雇においては、④の**利益衡量**に代えて、**社会的選択**が問題となる。ここでは、もっとも保護の必要性の乏しい労働者を探すことになる。

解約告知は、過去の誤った行動の制裁ではないので、将来の労働関係に及ぼす影響が検討される（予測原理）。解約告知は、より穏当なその他のすべての手段がすべて尽きた場合に初めて考慮される（最後の手段）。そして、存続保護に対する労働者の利益と使用者の解消利益が包括的に利益衡量される。判例によれば、年齢、扶養義務、家族関係及び労働市場での紹介可能性といった、労働契約とは直接的に関連しない労働者の利益も利益衡量に含めて考慮される。

判例によれば、解雇法においては、一定の労働者集団を客観的な理由なしに不利益に取り扱うことを禁止する**平等原則**は適用されない。これは、平等原則の要請が解雇においてまったく考慮されない、という意味ではなく、平等原則違反を理由に、解雇が直ちに無効となるわけではない、という意味である。一般的解雇制限は、その個別的な性格（解雇事由が存在するかどうかは各々の労働関係についてのみ判断される。）から、平等原則と全面的に調和するものではなく、平等原則は、利益調整に当たって間接的に考慮されることになる。すなわち、判例では、山猫ストに参加した労働者のうちの一部を解雇することの可否が争われた事案において、同じような義務違反を行った労働者の一部を解雇するときには、使用者にとって被解雇労働者との労働関係の継続が許容し得ないものであるかどうかという利益調整の枠組みで、平等原則の要請が考慮されることになる¹⁷⁰。経営上の理由による解約告知においては、他の従業員の利益は、社会的選択の枠内で考慮される。

¹⁷⁰ BAG, Urt. v. 21.10.1969, BAGE 22, 162 = AP Nr. 41 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. なお、連邦労働裁判所は、変更解約告知においても、平等原則の適用を否定し、看護婦の家賃補助を漸進的に廃止するためになされた変更解約告知を平等原則違反で無効とした州労働裁判所の判断を、「当該変更解約告知の社会的相当性については、財政削減による病院経営の悪化、又は事業所平和の障害等の経営の内外の状況が決め手である」と述べて、差し戻した（BAG, Urt. v. 28.4.1982, BAGE 38, 348 = AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969）。

表 1-2-3 審査の枠組み

| | 個人的な理由による 解約告知 | 行動を理由とする 解約告知 | 経営上の理由による 解約告知 |
|-------|---|---|--|
| 解雇事由 | 労働者を非難し得ない契約障害によって、事業所の利益が著しく妨げられたこと。 | 労働者を非難しうる契約違反。 | 労働者をもはや契約に従って活用することができないという帰結をもたらす企業家の決定の存在。 |
| 予測 | 将来においても契約障害が続くこと。 | 反復の危険又は信頼関係の破壊。 | 活用可能性が、永続的又は予測し得ない期間失われること。 |
| 最後の手段 | 契約障害が生じないと見込まれる（空席の）労働ポストへの配転、場合によっては、期待可能な継続訓練又は再訓練措置の後で、又は、契約条件を変更して。 | 警告、ただし、労働者が契約違反を認めようとしなない場合を除く。任意的給付の削減。契約違反が生じないと見込まれる（空席の）労働ポストへの配転。 | 時間外労働及び社外労働者の廃止、他の空席の労働ポストへの配転、場合によっては、期待可能な継続訓練又は再訓練措置の後で、又は、契約条件を変更して。 |
| 利益衡量 | 障害の原因と程度、障害のない労働関係の経過、年齢及び勤続年数、扶養義務。 | 契約違反の原因と重大性（明示の規則、労働契約における合意の違反）、契約違反の帰結（事業所平和又は経営過程の障害、損害）、障害のない労働関係の経過、年齢及び勤続年数、扶養義務。 | 利益衡量に代えて： 社会的選択 －比較可能なグループの確定 －社会的にもっとも保護の必要性の乏しい者の選択 －その継続就労に、事業所の正当な必要性が認められる労働者の除外。 |

出所：Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, 2.Aufl., 2002, § 10, S. 385.

(エ) 個人的な理由による解雇

個人的な理由による解約告知の要件は、労働者が、個人的な理由から、その労働契約上の義務を適法に履行することができず、これによって、使用者の経営上又は経済上の利益が妨げられることである。人格的又は専門的適性又はその労働能力の損傷については、労働者を非難することはできないが、使用者にとって、労働関係の継続が期待し得ないほどの著しい負担となる場合に、解雇が正当化される。

主要な類型が、労働者の病気を理由とする解約告知である。判例は、さらに、①病気を原因とする成績低下（給付減少）を理由とする解約告知、②短期の疾病を繰り返すことを理由とする解約告知、③長期の疾病を理由とする解約告知、④病気を理由とする、永続的な労働不能を理由とする解約告知、とを分けて、それぞれ、表 1-2-4 の定式に沿って、審査を行う。

これは、エイズ罹患を理由とする解約告知にも妥当する。HIV 感染を理由とする解約告知は一般的には正当なものとしてされず、具体的な感染の危険があり、かつ、他の労働ポストへの配転が考慮されえない場合にのみ、解約告知を正当化する。顧客又は同僚労働者が客観的には感染の危険がないにもかかわらず、HIV 感染者の解雇を要求する場合は、圧力解約告知

(*Druckkündigung*) の問題¹⁷¹となるが、使用者は、さしあたり、自己の従業員を保護し、第三者の不当な要求を引っ込めさせるよう努力しなければならない。これが成功しなかった場合、使用者は、配転を試みるべきであり、これが可能でない場合、かつ、使用者に重大な経営上・経済上の不利益の脅しがある場合に、圧力解約告知は「最後の手段」として許容される。アルコール及びドラッグ依存は、契約障害又は義務違反が、その依存に帰せられる場合には、病気を理由とする解約告知事由となるが、その前に、最後の手段の原則に基づき、労働者には回復治療の機会が与えられなければならない。責めに帰すべきアルコール濫用の場合には、行動を理由とする解約告知が考慮される。

十分な専門的又は人格的適性を欠如していることも、個人的な理由による解約告知事由になりうる。肉体的又は精神的損傷、さらに、例えば、医師の開業許可、外国人労働者のための労働許可等の必要な資格の欠如が考えられるほか、人格的適性の欠如は、教師又は会計係について考えられる。

思想信条及び宗教の自由(基本法 4 条 1 項)は労働関係において尊重されなければならない、信条を理由に契約上債務として負う給付を履行しえないことを労働者が立証した場合、使用者は、別の活動を与えなければならない。イスラム教徒であるデパートの販売員の頭部スカーフの着用は、企業に甘受し得ないほどの損害を及ぼすとは認められないとして、解雇は無効とされている¹⁷²。

¹⁷¹ 圧力解約告知(第三者から不利益の脅しを受けて使用者が行う解雇)の特別な場合として、事業所組織法 104 条は、事業所委員会が、違法な行動、又は、著しく事業所平和を乱す労働者の解雇又は配転を要求することができることを規定する。使用者がこれを拒否した場合には、事業所委員会は、労働裁判所に、強制金の賦課を申請することができる。

¹⁷² BAG Urteil vom 10.10.2002, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 44.

表 1-2-4 疾病を理由とする解約告知

| | 疾病を理由とする 給付減少 | 短期の疾病の 繰り返し | 長期間継続する 労働不能 | 永続的な 労働不能 |
|----------------|---|---|---|------------------------|
| 疾病を理由 とすること | 労働者が、疾病を理由として、債務たる給付を完全に履行することができない。 | 経営過程の阻害、及び/又は、年間6週間以上の欠勤による賃金継続支給の経済的負担。 | 労働者が、長い間、労働不能である(8ヶ月以上であれば十分認められる)。 | 労働者が、永続的に労働不能であること。 |
| 消極的予測 | 労働者の給付減少が、将来においても、些細でないことが見込まれる。 | 年間6週間以上の疾病が、将来も予測される。 | 労働不能の回復は、当面の間(2年間)、期待できない。 | 労働能力の回復の見込みは、もはや存在しない。 |
| 最後の手段 | 給付の向上が見込まれる、他の(空席の)労働ポストへの配置転換、場合によっては、期待可能な継続訓練又は再訓練措置の後で、又は、労働条件を変更した上で。 | 暫定的措置(特に代理)の実施;欠勤が少なくなると期待できる、(空席の)労働ポストへの配置転換。 | 暫定的措置(臨時労働者の採用、時間外労働、再編成)の実施;欠勤が少なくなると期待できる、(空席の)労働ポストへの配置転換。 | より穏当な措置は存在しない。 |
| 利益衡量 | <ul style="list-style-type: none"> ・ 欠勤期間の程度と原因(事業所/私的), もしくは, 労働者の給付減少の程度 ・ 疾病の発生に関する過失(「過失の責めは自ら負う」) ・ 経済的負担の程度 ・ 経営過程の阻害の程度及び回避可能性 ・ 事業所規模 ・ 事業所における労働者の地位 ・ これまでの労働関係の展開 ・ 労働者の年齢及び勤続年数 ・ 労働者の扶養義務 ・ 重度障害 | | | なし |

出所 : Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, 2.Aufl., 2002, § 10, S. 391.

(イ) 行動を理由とする解雇

行動を理由とする解雇とは、労働契約上の主たる義務及び付随的義務の違反を理由とする解約告知である。労働拒否、刑罰違反の行為、勤務外の非行、が考えられる。勤務外の非行は、労働関係に具体的な実害を及ぼすことを要件とする。そのほか、独立又は転職に当たって、顧客又は従業員を引き抜くこと、同僚の誹謗、アルコール、違法な争議行為への参加、反外国人的言動、セクシュアル・ハラスメント、勝手な休暇取得、無断欠勤、遅刻の常習、無許可の副業、事業所での暴力、無許可の私用電話、インターネットの利用などが行動を理由とする解雇事由となりうる。

解約告知の前に事前に**警告**を行うことが必要とされ、警告にもかかわらず、労働者が、再び契約義務に違反する場合には、反復の危険が認められ、予測原理の要請が満たされる。最後の手段の原則により、可能な場合には、他の（空席の）労働ポストへの配転が考慮されなければならない。利益衡量にあたっては、契約違反の程度と重大さ、労働者の過失、事業所平和及び経営過程の損傷の種類と程度、企業の財産又は評判に与えた損害、障害なく続いた事業所帰属期間、使用者の共同過失及び契約違反の行動を見過ごしていたかどうか、契約違反と具体的に関連する場合には扶養義務、が考慮される。

(カ) 経営上の理由による解雇

a. 企業家の決定

労働ポストの喪失をもたらすような企業家（Unternehmer）¹⁷³の決定（「業務執行の基礎となる企業政策の決定」）が行われたことが、経営上の理由による解雇の要件である。企業家の決定の自由は、基本法上保護されるので（基本法 12 条 1 項、14 条）、生産を行うのか、何を生産するのか、どのくらい生産するのか、どこで、そして、どのような方法で生産するのかは、裁判所ではなく、企業家が決定する。したがって、企業家の決定は、その客観的正当性又はその合目的性について審査することはできず、その決定に明らかに理由がなく、不合理又は恣意的かどうかだけが司法審査される。

しかし、最近の判例は、長い間、尊重されてきた企業家の決定の自由に踏み込む判断を行うようになってきており、注目される。

雇用需要が存在するにもかかわらず、労働者を交替するために行われる「交換解約告知（Austauschkündigung）」は許容されないほか、連邦労働裁判所 1999 年 6 月 17 日判決¹⁷⁴では、企業家の決定が解雇の決定に直結すればするほど、企業家の決定により、労働者の雇用需要が失われたことに対して、使用者は高度の立証責任を負う、とされた。

そして、連邦労働裁判所 2002 年 9 月 26 日判決¹⁷⁵は、初めて、企業家の決定の自由の権

¹⁷³ 企業家（Unternehmer）とは、解雇制限法の法文にはない用語であるが、使用者（Arbeitgeber）と同義に解してよい。判例が使用者ではなく、企業家（ほかに、事業者、経営者という訳語も考えられる。）という用語を用いている理由はよくわからないが、企業経営者である点を強調する趣旨であろう。

¹⁷⁴ BAGE 92, 71.

¹⁷⁵ AP Nr. 124 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung.

利濫用を肯定した。本件では、調理清掃部門をアウトソーシングするという企業家の決定について、当該労働を行っていた全労働者が労働ポストを失い、新たに雇い入れられる労働者に当該労働を遂行させることを目的とする、コスト削減のための措置を、「税を節約し、影響力を保持したままで、雇用需要が存続するにもかかわらず、労働者を切り離し、より賃金の低い新しい労働者に同じ仕事をさせることによって、民法典 613a 条の営業譲渡を回避することは権利濫用である」と述べた¹⁷⁶。

b. 労働ポストの喪失

次に、企業家の決定により、就労可能性が失われたことが使用者によって主張立証されなければならない。これは、完全に事後審査される。使用者は、残された労働について、必要以上の労働力が存在することを立証すれば十分である。

c. 他の労働ポストにおける継続就労可能性

さらに、解雇制限法 1 条 2 項 2 文によれば、同一事業所又は同一企業内の他の事業所において労働者の継続就労が可能である場合には、解約告知の必要性は認められない。判例によれば、コンツェルン配転条項がある場合にのみ、コンツェルン内での継続就労が考慮される。

解約告知は、労働者が、再訓練又は継続訓練措置後であれば継続就労が可能であり、かつ、労働者にその意思と能力がある場合にも、必要性は認められない（解雇制限法 1 条 2 項 3 文前段）。ただし、かかる再訓練・継続訓練措置は、使用者にとって期待可能なものでなければならず、訓練費用、労働者の勤続年数及び再訓練能力が考慮される。

変更解約告知の可能性も、解約告知の前に検討されなければならない。

d. 社会的選択

解約告知が避けられない場合、もっとも社会的保護の必要性の乏しい者が解雇されなければならない（社会的選択）。社会的選択の違法性については、労働者が立証責任を負う。社会的選択の審査は 3 段階で行われ、まず、社会的選択が行われる労働者集団が確定され、次に、その中で誰がもっとも解雇の打撃が少ないかが審査される。そして、最後に、事業所の正当な経営上の必要性から、1 人又は複数の特定の労働者を被解雇者から除くことができるかが審査される。

比較可能な労働者が社会的選択の行われる労働者集団を構成するが、相互に交換可能な労働者が比較可能とされ、同一の労働ポストだけではなく、その事業所における従前の任務及びその職業資格から見て、他の、同等の価値を持つ同僚の労働を遂行できる労働者は、比較可能である。

¹⁷⁶ EC 裁判所の判例によれば、営業譲渡の定義として、労働者の大部分が承継されることが要求されるので、本件のように、1 人も承継しない機能承継は、営業譲渡に当たらず、したがって、営業譲渡の規制が適用されない。しかし、この点について、EC 裁判所の判例は最近新たな展開を見せており、2003 年 11 月 20 日判決（Sodexo M Catering Gesellschaft mbH 事件）において、人間の労働力が決定的に重要ではない活動では、労働者が 1 人も承継されない場合でも、営業譲渡に当たり、譲受企業は譲渡企業の全労働者の承継義務を負うことが命じられた。

2003年の法改正により、社会的選択に当たって、勤続年数、年齢、扶養義務及び障害の4つの基本的要素を考慮すれば足りることになった（解雇制限法1条3項）。反対に、使用者がどの程度ほかの要素を考慮してよいのかは明らかではないが、もっぱら労働者の私生活に属する観点や労働市場の一般的な見通しを考慮してはならず、4つの基本的要素を妨げない範囲で、職業病や労働災害の後遺症を労働者の有利に考慮してもよいであろう、と解されている。4つの基本的データは、いずれも同じ重要性を持ち、一般に順位付けづけることは許容されない。

また、2003年改正により、1996年法と同じく、社会的選択に「特にその知識、能力及び成績又は事業所の均衡の取れた人事構成の確保のために、その継続就労に事業所の正当な利益が存する労働者を含めなくてもよい」ことになった。もともと、1998年法でも、「事業所技術的、経済的又はその他正当な事業所の必要性」が認められる労働者を社会選択に含めなくてもよかったので、判断枠組みは変わらない。1996年法が適用された事案である、連邦労働裁判所2002年4月12日判決¹⁷⁷によれば、正当な利益の承認の可能性は、以下のことを要件とする。「法律によれば、事業所の利益を単独で考察すれば正当化されるであろう場合であっても、成績優秀者を社会的選択から除外することに対抗しうる、対立する利益が考えられ、かつ、考慮されなければならない。かかる対立する利益においては、旧解雇制限法1条3項2文が社会的選択の要請の例外を法定した事情に鑑みて、社会的により弱者である労働者の利益のみが考慮されうる。かかる利益は、社会的選択の文脈において正当なものでなければならない」。

したがって、改正法においても、審査の方法は変わらず、引き続き、まずは、比較可能な労働者の範囲が確定されるべきであり、それから、社会的な順位づけが行われ、最後に、場合によっては、正当な事業所の利益を考慮すれば、具体的な事例において、社会的選択の結果の例外が認められるかが判断されることになる¹⁷⁸。

最初の、比較可能な労働者とは、確定判例¹⁷⁹により、同様の職務（同一であることは必要ない）を行っている労働者を意味し、使用者が一方的に配転しうる範囲の労働者である。ここでは、労働協約上の格付けが重視される。社会的選択の一応の不当性の立証責任は、法律は明示的に労働者に課しているもので、比較可能な労働者の範囲も原則として労働者が立証しなければならない。

上記連邦労働裁判所2002年4月12日判決は、印刷会社Yが、1998年2月16日に、事業所委員会と社会計画を締結し、そこに含まれた12名の被解雇者名簿に基づき、同日、1998

¹⁷⁷ BAG, Urt. v. 12.4.2002, AP Nr. 56 zu §1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.

¹⁷⁸ *Willemssen/Annuß*, Kündigungsschutz nach der Reform, NJW 2004, 177, 179. 例えば、20人の比較可能な労働者の中に、12人の「成績優秀者」が存在する。大規模な人員削減において、使用者は、いかなる観点からも同等な「成績優秀者」の8人の継続就労に正当な利益がある、と主張している。この8人が誰になるかは、社会的選択の原則に基づいて確定されなければならない。使用者は、この場合において、解雇制限法1条3項を考慮せずに、8人の「成績優秀者」の継続就労をあらかじめ選択することはできない。

¹⁷⁹ 例えば、BAG, Urt. v. 5.12.2002, NZA 2003, 849.

年 8 月 31 日に向けて X を解雇したという事案である。X は、1978 年 12 月 1 日以来 Y でオフセット印刷の準備作業に就労しており、解雇当時、年齢は 41 歳で、勤続年数は 19 年、既婚で 2 人の子供がいた。Y は、オフセット印刷の準備作業に従事する従業員のうち、13 人を「成績優秀者」として、社会的選択に含めていなかった。X は、これらの成績優秀者のうちの 4 人（いずれも賃金等級は同一）を社会的選択に含めるべきであったと主張し、社会的選択の重大な瑕疵を理由に、解雇の無効を訴えた。これに対し、Y は、4 人には特別の資格、専門的知識があることを主張した。1 審では X が勝訴したが、2 審は敗訴し、連邦労働裁判所は、X の上告を認めた。連邦労働裁判所は、上記 4 人のうちの 1 人（F）を社会的選択から除外したことは重大な瑕疵であると判断し、F の継続就労に対する Y の経営上の利益と X の社会的利益を比較衡量しなければならない、と述べた。F は、27 歳で、未婚で子供はもなく、勤続年数は 8 年間であった。F が、印刷専門の職業訓練を終了したことを事業所の利益だとみなす Y の主張は、漠然とした期待に過ぎず、これに対して、X の継続就労に対する利益がまったく考慮されていない、と判断した。

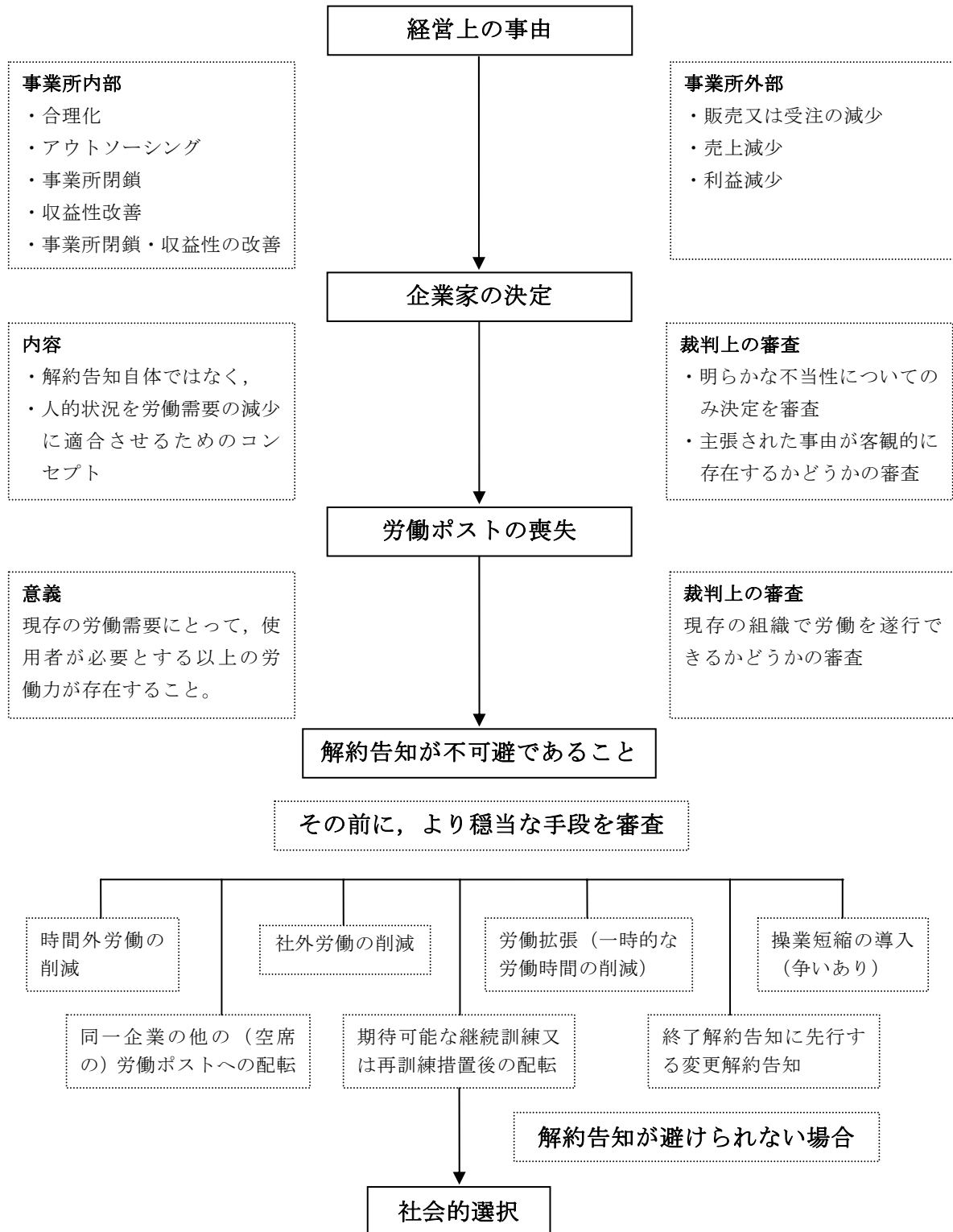
連邦労働裁判所の以上のような判断枠組みによれば、成績優秀者をはじめから被解雇者の選定手続から除外することは許容されないわけであるが、これに対しては、社会的保護の必要性と使用者の利益との比較衡量において利用可能な絶対的な基準は存在しない、と学説の批判は強い¹⁸⁰。

2003 年改正法により、上記の 4 つの基本的要素の評価が、労働協約、事業所協定又は職員代表委員会法に基づく社会的選択指針において行われた場合には、その相互の関係については、重大な誤りしか審査されえないことになった（解雇制限法 1 条 4 項）。協約・事業所当事者の裁量が、4 つの社会的基準の相互の関係に限られるのか、あるいは、独自の選択指針の作成にも及ぶのかどうかという問題について、法文からは前者に限定される、という見解と、選択指針自体が尊重される、という見解とに分かれている。

さらに、2003 年改正法により、1996 年法と同様に、事業所変更の際の事業所委員会との利益調整の過程で、被解雇者の名簿が作成された場合には、この名簿は尊重される（解雇制限法 1 条 5 項）。この場合、経営上の理由による解雇であることが推定されるので、労働者は、就労可能性が失われていないことを主張立証しなければならない。もっとも、聴き取り調査からは、組合は、このような被解雇者名簿の作成に事業所委員会が関与することは、使用者の責任を労働者側に転嫁するものであり、本条は望ましい規定ではない、という見解を示した。96 年法の下で、実際にかかる被解雇者名簿が作成された例は少ないそうである。

¹⁸⁰ これについては、橋本陽子「第 2 次シュレーダー政権の労働法・社会保険法改革の動向—ハルツ立法、改正解雇制限法、及び集团的労働法の最近の展開—」学習院大学法学会雑誌 40 巻 2 号（2005 年 3 月）205 頁。

図 1-2-5 経営上の理由による解雇の審査の流れ



出所：Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, 2.Aufl., 2002, § 10, S. 399.

イ．小規模事業所における解雇権濫用法理

解雇制限法の適用される事業所は、2003年改正により、それまでの労働者が5人以上雇用される事業所から、1996年法と同様、労働者が10人以上雇用される事業所へと規制が緩和されたが、連邦憲法裁判所1998年1月27日判決¹⁸¹により、解雇制限法の適用のない小規模事業所に雇用される労働者も、民法典242条に基づき、濫用的な解雇から保護される。

この場合の権利濫用の判断は、解雇制限法に基づく解雇の不当性の判断ほどは厳格ではない、と解されている。特に、解雇の不当性の立証責任は、原則として労働者に課され、解雇制限法1条2項4文（使用者が、解雇の原因となる事実を立証しなければならないという規定）は適用されない。しかし、小規模事業所における解雇権濫用法理においても、経済的理由による解雇に当たって、社会的選択の相当性が考慮される。連邦労働裁判所2003年2月6日判決¹⁸²によれば、解雇制限法1条2項4文は適用されないが、憲法上要請される労働者保護に鑑み、段階的な主張立証責任が適用され、まず、最初に労働者（原告）が、民法典242条に基づく、解雇の信義誠実違反を示す事実を述べる。これにより、原告よりも明らかに保護の必要性が乏しく、比較可能な労働者が引き続き雇用されていることが明らかになれば、使用者は、最低限要請される社会的考慮を度外視し、それゆえ、解雇が信義誠実に違反することが推定される。次に、使用者が、どのように被解雇者を選定したのかを述べなければならない。この立証が成功したときは、最後に、労働者は、さらに解雇の信義誠実違反を基礎づける事実を立証しなければならない。

連邦労働裁判所2001年2月21日判決¹⁸³は、「5人しか労働者のいない事業所では、ある労働者を解雇するのかもしれないかを決定する使用者の自由は非常に広い」という州労働裁判所の判断を非難し、差し戻しを命じた。本件では、原告が指摘した他の労働者よりも、16歳も年長で、勤続年数も17年に及ぶ原告が解雇されたことは、被告の人選が明らかに不当であることを示しうるものである、と述べた。

(3) 特別の解雇制限

特別の解雇制限とは、立法者が、一定の理由から特に保護の必要性を認めた労働者に適用される解雇制限であり、当該労働者については、通常解約告知が制約又は排除される。

妊産婦、育児期間中の親、教育訓練生、兵役及び兵役代替勤務者、軍事適性行動参加者、重度障害者、事業所委員など従業員代表機関の委員、連邦議会等の議員、について、特別の解雇制限が法律で規定されている。

¹⁸¹ BVerfGE 97, 169.

¹⁸² NZA 2003, 717.

¹⁸³ NZA 2001, 833.

(4) その他の無効事由

ア. 公序違反 (民法典 138 条)

解約告知が、公正かつ正義感にしたがって考える者の感情に著しく反する場合には、公序違反により無効となる。公序違反は、特にひどい場合にのみ認められ、個々の事案を総合考慮して、総合的に判断される。

イ. 差別等を理由とする解雇

性別を理由に差別された従業員に対する解約告知は、民法典 611a 条により、権利行使に対する報復的な解約告知は民法典 612a 条によって、無効となる。

ウ. 信義誠実違反 (民法典 242 条)

さらに、信義誠実違反による解約告知の無効が考えられる。解約告知は、明らかに恣意的である場合には、信義誠実に反する。解雇制限法の適用されない小規模事業所に対して、憲法上要請される恣意的な解雇からの保護のほか (前述(2)イ参照)、判例によれば、解雇権者が、解雇事由の存在にもかかわらず、解約告知を行わず、これにより、他方に解約告知は今後とも行われまいという信頼を与えた場合には、解雇権は失効する。

(5) 解雇制限訴訟

ア. 提訴期間

解雇無効の訴えは、解約告知の到達後、3 週間以内に提訴しなければならない (解雇制限法 4 条)。従来は、解雇制限法に基づく社会的に不当な解雇の訴えだけが 3 週間の提訴期間に服したが、2003 年改正により、あらゆる解雇無効の訴えについて、統一的な提訴期間が適用されることになった。その他の解雇無効の訴えとしては、事業所組織法 102 条 (事業所委員会の意見聴取)、民法典 613a 条 4 項 (営業譲渡)、母性保護法 9 条、連邦育児手当法 18 条、社会法典第 9 編 85 条 (重度障害者)、民法典 138 条、民法典 242 条、民法典 612a 条、事業所組織法 103 条 (事業所委員会委員等の即時解雇) 及びパートタイム労働・有期労働契約法 15 条が考えられるが、民法典 623 条の書面性の欠如を理由とする無効事由はこの例外である。というのは、解雇制限法 4 条 1 文の提訴期間は、労働者に書面の形で解約告知が到達してから初めて進行するからである。

すべての解雇無効の訴えに対して、3 週間の統一的提訴期間が定められたことの実務的意義は大きいといわれている。

イ. 継続就労請求権 (Weiterbeschäftigungsanspruch)

事業所に事業所委員会が存在し、事業所委員会が解約告知に適時に、かつ、正しい様式で、異議を唱え、かつ、労働者が解雇制限訴訟を提起した場合には、使用者は、請求により、労働条件を変更せずに、法的紛争が確定的に終結するまで、労働者を継続就労させなければならない (事業所組織法 102 条 5 項 1 文)。労働裁判所は、①労働者の訴えに勝訴の見込みがないか、訴えが軽率であると思われる場合、②労働者の継続就労が、使用者にとって期待し

得ないほどの経済的負担をもたらすであろう場合、又は、③明らかに事業所委員会の異議に理由がない場合、にのみ、継続就労義務の免除を認める（事業所組織法 102 条 5 項 2 文）。

以上の事業所組織法上の継続就労請求権に加えて、事業所委員会が存在しない場合、事業所委員会が解約告知に異議を唱えなかった場合、又は、事業所委員会が意見聴取されなかった場合のように、事業所組織法上の継続就労請求権の要件が満たされない場合も、判例により、解約告知が明らかに無効であり（証拠調べを行わなくても、例えば、事業所委員会の聴聞が行われなかった場合、監督官庁の同意なく妊婦を解雇した場合など。さらに、1 審で労働者が勝訴した場合も含まれる。）、かつ、使用者の保護に値する利益が継続就労の妨げとならない場合には、「一般的な継続就労請求権」が考慮される。この法的根拠を、連邦労働裁判所は、民法典 611 条、民法典 613 条及び民法典 242 条に見出している。

継続就労請求権が認められれば、解雇訴訟中も継続就労の可能性が認められ、賃金請求権を失わずにすむので、労働者が訴訟を有利に遂行することの助けになるはずであるが、要件が厳しく、実際にはあまり活用されていないそうである。

ウ．再雇用請求権 (Wiedereinstellungsanspruch)

再雇用請求権とは、有効な解約告知後に、解約告知時点での予測がその後に生じた事情によって誤っていることが判明した場合に、労働者に認められる権利である。判例によれば、解雇の有効性は、法的安定性、信頼性及び明確性の原則から、解約告知到達時点での客観的事情のみが基準となるが、信義誠実の原則（民法典 242 条）に基づき、将来に生じうる事情に基づいて労働関係を解約告知した場合、かかる事情が生じなかったときに、使用者が一方的な利益を得ることを避けるために、再雇用請求権が生じる。例えば、事業所閉鎖を理由に解雇した後で、その後に、事業所の譲受人が現れた場合などが考えられる。

要件は、①解約告知期間が経過する前に、解雇事由が失われたこと、②例えば、重病の労働者の労働ポストに新たに労働者を既に雇い入れてしまった場合のように、使用者が新たな処分権を行使したのではないこと、である¹⁸⁴。再雇用請求権は、労働者が主張しなければならない。いつまでこれを主張しなければならないのか、という点は、判例によって解明されておらず、学説の解釈は分かれている。一般的な失権効に服するだけである、という見解と、解雇制限訴訟の提訴期間を類推して、「再雇用事由を知ってから 3 週間以内」に主張しなければならない、という見解がある。なお、裁判上の和解だけではなく、裁判外の補償金和解によっても、再雇用請求権を排除することが認められている¹⁸⁵。

¹⁸⁴ BAG, Urt. v. 27.2.1997, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung.

¹⁸⁵ BAG, Urt. v. 28.6.2000, BAGE 95, 171 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung. 本件では、社会計画（事業所組織法 112 条）に基づく補償金の支払と引き換えの合意解約締結後に、廃止されるはずのポストが営業譲渡によって存続し、若い同僚は引き続き雇用されていることが判明したことを理由とする再雇用請求権の主張が退けられた。

(6) 解雇紛争の実態と解雇制限法の改革論

ア. 労働関係終了の実態

解雇又は有期契約の終了も含む労働関係の終了に関する最近の実態調査と解雇制限法の規制が採用に及ぼす影響に関する研究について紹介する。

Bielenski/Hartmann/Pfarr/Seifert の調査¹⁸⁶は、1999年9月から2000年11月までに労働関係が終了した2,407人にインタビューしたものである。その結論は、下記のとおりである。

① 労働関係の終了事由は、労働者側からの解約が39%、使用者による解雇が32%、有期労働契約の期間満了が20%、合意解約が10%であった。

② 事業所委員会の関与の有無、程度について、労働者の56%が、事業所委員会のない事業所で雇用されていた。事業所委員会の設置されている事業所においても、事業所委員会の関与は消極的であり、事業所委員会の異議が表明されたのは4分の1にすぎない（事業所委員会のない場合も含めると、使用者の解雇のうち、異議が表明される割合は10%である。）。

③ 補償金の有無及び額について、補償金が支払われた割合は10%である（合意解約において34%、使用者側からの解雇において15%）。補償金の額については、1ヶ月分の賃金より低い額が8%、1～2ヶ月分が17%、2～3ヶ月分が12%、3～6ヶ月分が21%、6～12ヶ月分が22%、12ヶ月以上に相当する額が19%であった（無回答が2%）。補償金の額は、勤続年数と事業所規模に係らしめられており、特に、従業員数500人以上の事業所であったかどうか、決定的な影響を及ぼしている。また、大学卒業者は、給与の6ヶ月以上の額に相当する補償金を得る確率が高く、教育訓練資格のない労働者の約6倍となっている。なお、労働関係の終了の種類（合意解約か解雇か）と補償金額との間に関連は認められず、また、事業所委員会の有無と補償金額との間にも関連は認められない。これに対して、地域差は顕著であり、西側では、東側よりも倍の補償金額となっている。

④ 提訴の有無については、年間100万件の使用者による解雇のうち、提訴されたものは11%である（約10万件）。なお、参考として、年間60万件の労働裁判所の事件数のうち、半数が解雇を含む労働関係終了に関する紛争である。そして、労働裁判所に係属した60万件のうち、25万件が和解、21万件が「その他の方法」で終了している¹⁸⁷。

⑤ 再就職の有無について、再就職した者は72%である。次の雇用を見つけるまでにかかった期間は、解雇の場合、8.4ヶ月、自ら解約した場合は0.7ヶ月、合意解約の場合には2.8ヶ月、有期契約の期間満了の場合には、10.1ヶ月である。年齢と資格が重要な要素であるといえる。次の雇用での労働条件がよくなったと答えた者は、西側で72%、東側で55%である。有期労働契約が、特に不利である。

¹⁸⁶ *Bielenski/Hartmann/Pfarr/Seifert*, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Wahrnehmung und Wirklichkeit, AuR 2003, 81-91.

¹⁸⁷ 聴き取り調査で訪問したベルリン労働裁判所では、2002年度において、労働関係存続確認訴訟の40%が和解によって終了したそうである。

次に、解雇制限法の改正が雇用に及ぼす影響について統計を分析した研究¹⁸⁸によると、解雇制限法の規制が緩和された 1996 年法の施行直後と、再び厳しくなった 1998 年法の施行直後とを比較した結果、適用対象事業所に雇用される労働者数の変化（1996 年法では 5 人から 10 人に引き上げられ、1998 年法では 10 人から 5 人に引き下げられたこと）は、企業の採用行動に影響を与えなかった。小規模事業所での採用は 1997 年 3 月から 1998 年 3 月には減少し、逆に 1999 年 3 月から 2000 年 3 月には上昇した。景気の影響が大きいと考えられる。

しかし、この研究では、解雇制限法が、労働市場の展開にとってまったく意味がないわけではなく、景気変動に対して、労働時間の柔軟化によって対応する方法を取るといった大企業の行動や就業構造（パートタイマー、有期雇用労働者又は僅少な就業者¹⁸⁹をより多く雇用する）を決定する要因になっていると思われるが、このような制度的な変化は、長期的に観察してみないとわからないことが指摘されている。

イ. 解雇制限法の改革論

存続保護に代えて、金銭補償による解雇紛争の解決を主張する見解がある¹⁹⁰。これらの見解がどの程度ドイツで共有されているのかを判断することは困難であるが、2003 年の解雇制限法の改正により、3 週間の提訴期間を徒過した場合に、労働者に生じる補償金請求権が新設された（解雇制限法 1a 条）。これは、①使用者が、解雇制限法 1 条 2 項 1 文に基づく緊急の経営の必要性に基づいて解約告知を行ったこと、②使用者が、解約告知の意思表示の際に、当該解雇が緊急の経営上の必要性に基づくものであり、かつ、提訴期間が過ぎれば、補償金を請求しうることを労働者に伝えたこと、③労働者が、解雇制限法 4 条 1 文の期限が徒過するまで、労働関係が解約告知によって解消していないことの確認を求める訴えを提起しないこと、を要件とする。補償金の額は、労働関係の存続した年数 1 年につき、月収の半額である¹⁹¹。

¹⁸⁸ *Bauer/Bender/Bonin, Betriebe riagieren kaum auf Änderungen beim Kündigungsschutz, IAB Kurzbericht, Nr. 15/18.10.2004.*

¹⁸⁹ 「僅少な就業 (*geringfügige Beschäftigung*)」とは、社会保険法上の概念であるが、①月額賃金が通常 400 ユーロ未満であること（報酬の僅少性、社会法典第 4 編 8 条 1 項 1 号）、②1 暦年度における就業日数が 2 ヶ月又は 50 労働日以下であること（定期的な就業であり、かつ賃金が月額 400 ユーロを超える場合を除く。期間の僅少性、社会法典第 4 編 8 条 1 項 2 号）のものである。なお、実際には、短時間の就業が多いであろうが、第 2 ハルツ法により、週の労働時間数は問題とならなくなったこと（従来は、報酬の僅少性について、労働時間が週 15 時間未満であることも要件とされていた。）、さらに、従来から「期間の僅少性」は労働時間数とは無関係であることから、短時間パート等と理解することは誤解である。また、社会保険法上の「就業 (*Beschäftigung*)」は、労働法上の「労働関係」と同義と解して差し支えないので、独立自営的就業者が含まれることはない。

¹⁹⁰ *Willemsen, Kündigungsschutz – vom Ritual zur Rationalität, NJW 2000, 2779; Bauer, Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsschutzrecht, NZA 2002, 529; Hromadka, Unternehmerische Freiheit – ein Problem der betriebsbedingten Kündigung?, ZfA 2002, 383; Rütters, Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts, NJW 2002, 1601.*

¹⁹¹ 解雇制限法 1a 条における月収×0.5×勤続年数という補償金の算定式は、立法理由によれば、これまでの裁判上・裁判外の和解金や解雇制限法 9 条及び 10 条による労働関係の終了の場合における補償金の平均値に相当する額である（BT/Drucks. 15/1204, S. 12）。

この補償金請求権は、これまでの実務で利用されてきた、合意解約、解雇（後）の合意¹⁹²、裁判外・裁判上の和解に基づく補償金に加えた、新しい種類の補償金請求権である。合意解約との相違は、解雇制限法 1a 条の場合は、労働関係の終了が、使用者の解約告知と解約告知は有効であるという解雇制限法 7 条の擬制によって生じる点であり、解雇（後）の合意との相違は、労働者は、提訴権を放棄するのではなく、提訴期間を徒過するまでは労働者が提訴するかどうかは自由である点にある。

解雇制限法 1a 条は、労働裁判所の負担軽減を立法目的とするものであるが、むしろ、補償金請求権が生じうることを提示された労働者は、使用者が解雇の正当性には自信がないのであろうと判断し、解雇制限訴訟を提起するインセンティブを与えてしまうのではないかと、さらに、本条に基づく請求権は倒産債権¹⁹³になるに過ぎないのに対し、解雇制限訴訟における倒産管財人との和解による補償金請求権であれば財団債権となることから、訴訟抑制の効果を持つことに対しては、懐疑的な見解が示されている¹⁹⁴。聴き取りでも、解雇制限法 1a 条によって訴訟数が減少するかどうかについては否定的な見通しで一致していた。勤続年数 1 年につき月収の 0.5 か月分という補償金額については、労働組合は妥当な額であるという意見であったが、使用者団体は、中小企業には過大な負担である、という意見であった。

ウ．ロストック州労働裁判所裁判長代理ウールリッヒ・コッホ裁判官のコメント

本章 8 をまとめるにあたり、文献及び聴き取り調査を経ても、なお明快に解明できなかった点について、2005 年 3 月上旬にロストック州労働裁判所裁判長代理ウールリッヒ・コッホ裁判官にメールで質問を送ったところ、丁寧な回答をいただくことができた¹⁹⁵。本文の該当箇所でも、すでに簡単に紹介した内容も含まれるが、ドイツの解雇紛争の実像を知る貴重な資料であると思われるので、質問と回答を訳出する（なお、念のため付言すれば、以下の回答はコッホ裁判官の個人的見解である。）。

質問 1： 解雇紛争のうち提訴後に補償金和解によって解決する割合はどのくらいですか？最初の和解弁論で解決する割合と、その後の争訟弁論で和解が成立する割合を教えてください。

回答： これに関する統計はないが、私の推計では、解雇手続の半数以上が和解弁論で解決す

¹⁹² 合意解約の場合、自ら失業を惹起したとして、失業手当の支給禁止期間（社会法典第 3 編 144 条）が生じうるため、労働関係の終了が解雇によることを明記する、解雇（後）の合意（Abwicklungsvertrag）が実務上行われることがあるが、連邦社会裁判所は、これを無制限に認めておらず、労働関係の終了事由を実質的に判断している。

¹⁹³ 1994 年に大幅改正された倒産法（Insolvenzordnung）は、破産（Konkurs）と和議（Vergleich）を倒産（Insolvenz）と総称し、手続も一本化した。

¹⁹⁴ 解雇制限法 1a 条の詳細は、橋本・前掲注 180 論文 208 頁以下。

¹⁹⁵ ウールリッヒ・コッホ裁判官には、2004 年度労働問題リサーチセンタープロジェクト「労働紛争処理システムの諸問題とその将来的課題」（主査・山川隆一教授）の一環として、2005 年 1 月 21 日に東京で「ドイツ労働裁判所の手続の実際」と題する講演をしていただいた。この講演録は、同プロジェクトの報告書、財団法人労働問題リサーチセンター、財団法人日本 ILO 協会『雇用社会の変化と労働紛争解決システムの課題及びその解決の方向』（2005 年 3 月）270 頁以下に掲載されている。

る。この理由は、両当事者ができる限り早い時点で紛争を終了させたいと望んでいることにある。労働者にとっては、早く補償金を得て、このお金であとどの程度暮らしていけるのか、早く新しい仕事を見つけなければいけないのか、を判断しなければならない。さらに、労働者にとっては、一般に裁判所の手続は気持ちの良いものではない。他方、使用者としては、できる限り早く、賃金請求権が受領遅滞に陥るリスクから解放されたい。さらに、使用者は、和解弁論で解決すれば、第1審で勝訴したとしても支払わなければならない、争訟手続に関する自己の弁護士費用（労働裁判所法 12a 条）を支払わなくてすむ。

質問 2： 裁判上の和解の場合の補償金の金額については、一定の定式があると聞いていますが、教えていただけますか。

回答： 法律上の補償金の算定式は、解消判決の場合についてのみ定められている（解雇制限法 10 条）。和解による手続の終了においては、法律上の定式はないので、補償金額は、裁判所の仲介により、当事者間で交渉されることになる。補償金額は、勝訴の見込みがどの程度かによる。これがまったくわからない場合、又は判断できない場合には、労働裁判所は、当該地域の経済状況（もっとも豊かな地域と考えられているミュンヘン、ハンブルグ、デュッセルドルフ又はフランクフルトといった大都市における補償金額の相場は、東側の貧しい地域の相場のほぼ倍である。）、両当事者の訴訟リスクを加味して算定するが、上限は年収の 12 ヶ月である。

なお、社会計画（事業所組織法 112 条）の補償金についても、法律上の定式は存在しない。この場合には、企業の経済力次第である。

質問 3： 補償金和解を拒否して、判決まで至った場合の、労働者側の解雇訴訟の勝訴率ほどのぐらいいですか？ 最終的に連邦労働裁判所で無効判決を勝ち取る労働者の割合はどの程度でしょうか。日本では、解雇訴訟は人格の争いとも言われ、経済的得失いにかかわらず、最後まで争う場合があります。

回答： 1 審では、判決まで至った場合の労働者側の勝訴率は約 80% と見積もられるが、これは、和解で解決する割合の高さを考慮しなければならない。人格、名誉の回復の問題は、行動を理由とする解雇においてのみ問題となる。解雇が経営上の理由又は個人的な理由（例えば病気）による場合には、人格の評価とは無関係である。労働者には解雇されてしまったことに落ち度はない。さらに、人格の問題であるのであれば、むしろ和解になじむ。なぜならば、人格に対する非難を立証することは困難であるし、判決によって回復されるともいえないからである。これは、特に解雇が形式的な理由によって無効となり、裁判所が非難の実質には手を触れない場合（例えば窃盗の嫌疑）に当てはまる。このような場合には、労働者の名誉は、判決によって、回復されたとはいえない。

連邦労働裁判所では、10 の小法廷のうち 1 つの小法廷しか解雇紛争を扱わない。連邦労

働裁判所における解雇紛争の手續数については、ちょっとわからない。

質問 4： 弁護士の先生から、どうして訴訟中の継続就労請求権（事業所組織法 102 条 5 項及び一般的継続就労請求権）があまり利用されないのかという質問を受けました。この請求権が認められれば、被解雇労働者は、賃金を受領できるので（事業所組織法 102 条 5 項 2 文によって、使用者の継続就労義務が免除される場合にも、使用者は賃金を支払わなければならない、という理解で間違っていないか？）、簡単に和解する必要はないはずです。どうお考えになりますか？

回答： このテーマについては、分厚い本が書けるかもしれない。確かに、労働者が解雇訴訟中も継続就労することができるならば、労働者にとって非常に有利である。

しかし、事業所組織法 102 条 5 項の要件を満たすことは実際には難しい。理論上は可能だが、実際には、行動を理由とする解雇と個人的な理由による解雇の場合には適用されない。したがって、継続就労請求権の要件である、事業所委員会が異議を唱える解雇は、おそらくすべての解雇の半分程度になるだろう。そもそも、中小企業には事業所委員会がない企業も多い。

そうでなくても、事業所委員会はある種の差し迫った状況（Zwangslage）に置かれている。解雇に異議を唱えれば、継続就労によるコストを企業に負担させ、これにより、投資—これによって、企業は残った労働者を守る—が妨げられるリスクを負う。

さらに、事業所委員会は、解雇された労働者が、解雇後は使用者の意思に反して継続就労されることはめったにない、ということを知っている。このような事情は、私は、心理的な現象としか説明できないが、使用者にとっては、労働者を解雇することは、自己の権威を最大限示す行為である。使用者は、誰を事業所から追い出すべきかを一方的に決定する。この地位を失わないようにするために、使用者は、労働者の「自己の」事業所への一時的な帰還も妨げようとする。一時的な帰還を認めてしまえば、解雇によって示される自己の強大さは相対化されてしまう。

この利益状況は、労働者も理解している。自分の継続就労が強制的に実現されても、使用者の抵抗にあうことを知っている。多くの同僚労働者も、裁判手続中に継続就労されている労働者を、使用者の不利益を恐れて、敬遠する。労働者の連帯は、しばしば 1 つの解雇によって壊れてしまう。

以上とは無関係に、私は、労働者の継続就労の可能性を模索しない弁護士は間違っていると思っている。いずれにせよ、継続就労の可能性が見込まれる場合には、和解が成立する見通しは高まる。

質問 5： 解雇制限法 9 条及び 10 条（解消判決）の意義はどこにあるとお考えですか？この規定の適用が極めて例外であるならば、この条文に意味はないのではないのでしょうか。こ

のような条文を日本に導入すれば、解雇訴訟において労働者の望まぬ和解が強制されてしまうのではないかと、という懸念が提起されています。

回答：ご指摘のとおり、解雇制限法 9 条と 10 条は、裁判実務において、ほとんど意味のない規定であろう。私は、これまで 15 年間の労働裁判所の裁判官生活において、4 件の解消判決しか下していない。解消判決が意義を失っている理由は、9 条 1 項に掲げる理由が実際にはほとんど存在しないからである。立法者の意思によれば、解雇制限法は、補償金法ではなく、不当に解雇された労働者がその労働ポストを維持できることを目的とする法律である。このことから既に明らかであるように、そもそも解消判決という考え方は例外である。裁判上の解消は、裁判所が、当事者の関係が破壊されているので、当事者が将来にわたってもはや一緒に働くことができないことを確認する場合にのみ、行うことができる（法律は、「期待し得ないこと」もしくは「事業所の目的に資する協働が期待し得ないこと」という表現を用いている。）。

この規定が和解実務に影響を及ぼしているとは考えられない。

[参考資料 1]

民法典 (Bürgerliches Gesetzbuch : BGB) (抄)

1896年8月18日制定 (RGBl. I, S. 195)

最近の改正は、2002年8月24日法 (BGBl. I S. 3412)

第8節 雇用契約

第611条 雇用契約における契約に典型的な義務

- (1) 雇用契約によって、役務を約束した者は、約束された役務の給付を、他方は、合意された報酬の支払を義務づけられる。
- (2) いかなる種類の役務も雇用契約の対象になりうる。

第611a条 性別に関連する不利益取扱

- (1) ¹使用者は、とりわけ、労働関係の基礎づけといった合意又は措置において、昇進、指揮命令又は解約告知において、労働者とその性別を理由に不利に取り扱ってはならない。²ただし、性別を理由とした異なる取扱は、かかる合意又は措置が、労働者によって行われる活動の種類を目的とし、かつ、特定の性が当該活動の放棄し得ない要件であるときは、許容される。³争いある場合において、不利益取扱が性別を理由とするものであることが推定されることを労働者が疎明したときは、使用者が、性別ではない、客観的な事由が異なる取扱を正当化すること、又は、性別が行われる活動の放棄し得ない要件であることの立証責任を負う。
- (2) 使用者が、第1項に規制される、労働関係の基礎づけにおける不利益取扱の禁止に違反するときは、これによって不利益を被った応募者は、相当な金銭による補償を請求できる；労働関係の基礎づけに対する請求権は認められない。
- (3) ¹応募者が、不利益取扱のない選抜がなされた場合であっても採用されなかったであろうときは、使用者は、最大で3ヶ月分の月収に相当する補償を支払わなければならない。²応募者が、労働関係が基礎づけられていたであろう月に、所定労働時間について、金銭又は現物で支給されたであろうものが月収とみなされる。
- (4) ¹第2項及び第3項に基づく請求権は、応募の拒否の到達によって開始する期限内に、書面によって主張されなければならない。²期限の長さは、応募がなされた労働関係において、損害賠償請求権の主張について定められた除斥期間に従う；それは少なくとも2ヶ月間である。³応募がなされた労働関係について、かかる期限が定められていないときは、期限は6ヶ月間である。
- (5) 第2項ないし第4項は、昇進に対する請求権が認められないときは、昇進においても

準用される。

第 611 b 条 労働ポストの公募

使用者は、公にも事業所内でも、男性又は女性だけに労働ポストを公募してはならない。ただし、第 611 a 条第 1 項第 2 分の場合を除く。

第 612 条 報酬

- (1) 役務給付が、当該事情から、報酬と引き換えにのみ行われることが期待されるときは、報酬は黙示に合意されたものとみなされる。
- (2) 報酬額が定められていないときは、公定価格があるときは、それに従った報酬が、公定価格がないときは、通常の報酬が合意されたものとみなされる。
- (3) ¹労働関係においては、同一又は同等の労働について、労働者の性別を理由に、他方の性別を有する労働者よりも、少ない賃金が合意されてはならない。²少ない賃金の合意は、労働者の性別を理由に、保護規定が適用されることによって正当化されない。³第 611 a 条第 1 項第 3 文が準用される。

第 612 a 条 報復の禁止

使用者は、労働者が許容される方法で自己の権利を行使したことを理由として、合意又は措置において、当該労働者を不利に取り扱ってはならない。

第 613 条 高度に人的な義務と権限

- ¹役務給付の義務者は、明確でない場合には、個人的に役務を給付しなければならない。
- ²役務に対する請求権は、明確でない場合には、譲渡不可能である。

第 613 a 条 営業譲渡の場合の権利及び義務

- (1) ¹事業所又は事業所の一部が法律行為に基づいて他の所有者に譲渡されるときは、かかる所有者には、譲渡の時点で存在する労働関係から生じる権利義務が帰せられる。²かかる権利及び義務が、労働協約の法規範又は事業所協定によって規制されるときは、それらは新所有者と労働者との間の労働関係の内容となり、譲渡時から 1 年が経過する以前に労働者に不利に変更されてはならない。³第 2 文は、新所有者における権利及び義務が、他の労働協約の法規範又は他の事業所協定によって規制されている場合には適用されない。⁴労働協約又は事業所協定がもはや適用されず、又は、他の労働協約の適用範囲において、双方の協約拘束性が欠如している場合において、新所有者と労働者との間でその適用が合意された場合は、第 2 文に基づく期限が経過する前に、権利及び義務を変更することができる。

- (2) ¹従前の使用者は、第 1 項に基づく義務が譲渡時以前に発生したものであり、かつ、この時点から 1 年が経過する前に満期になった場合には、かかる義務に対して新所有者とともに連帯債務者として責任を負う。²かかる義務が譲渡時以後に満期となる場合には、従前の使用者は、譲渡時に満期となったその算定期間の一部に相当する範囲においてのみ責任を負う。
- (3) 第 2 項は、法人又は人的会社が組織変更によって消滅する場合には適用されない。
- (4) ¹事業所又は事業所の一部の譲渡を理由とする従前の使用者又は新所有者による労働者の労働関係の解約告知は無効である。²その他の理由による労働関係の解約告知に対する権利は妨げられない。
- (5) 従前の使用者又は新所有者は、譲渡に係る労働者に対して、譲渡前に書面により以下の事項について情報提供を行わなければならない。
1. 譲渡の時期又は計画されている時期、
 2. 譲渡の理由、
 3. 譲渡が当該労働者に及ぼす法的、経済的かつ社会的帰結、
 4. 当該労働者について予測される措置。
- (6) ¹労働者は、第 5 項に基づく情報提供の到達後 1 ヶ月以内に、労働関係の譲渡に対する異議を書面によって申し立てることができる。²異議は、従前の使用者又は新所有者に対して行うことができる。

第 614 条 報酬支払時期

¹報酬は、役務給付の後に支払われなければならない。²報酬が時間によって計算されるときは、報酬は個々の計算期間の経過ごとに支払われなければならない。

第 615 条 受領遅滞における報酬

¹役務給付の権利者が、役務の受領において遅滞したときは、役務給付の義務者は、遅滞によって提供しなかった役務について合意された報酬を、事後的給付の義務を負わずに、請求できる。²但し、役務給付を行わなかったこと、又は、役務の他の利用、又は、悪意によって役務給付を行わなかったことによる価値が控除されなければならない。³第 1 文及び第 2 文は、使用者が労働不能危険を負う場合に準用される。

第 616 条 一時的な障害

¹役務給付の義務者は、比例的に相当長期に及ばない期間について、責めを負わない個人的自由から役務給付を妨げられたことによって、報酬請求権を失うものではない。²但し、法律上の義務に基づき生じる疾病又は労災保険による障害の期間について役務給付義務者に付与される給付額が控除されなければならない。

第 617 条 疾病扶養義務

- (1) ¹ 役務給付義務者の就労能力のすべて又は主要な部分を要求するような継続的な雇用関係において、義務者が家庭共同体に引き受けられたときは、役務権利者は、義務者に対し、疾病が故意又は重過失によって引き起こされたのではない限り、6 週間までの、但し、雇用関係の終了後には及ばない、疾病時に必要な看護と医師の治療を付与しなければならない。² 看護及び医師の治療は、役務給付義務者の医療機関への入院によって保障される。³ 費用は、疾病期間について支払うべき報酬から控除しうる。⁴ 雇用関係が、第 626 条に基づき、疾病を理由に役務権利者によって解約告知されるときは、これによって生じた雇用関係の解消は考慮されない。
- (2) 看護及び医師の治療が、保険又は公的な疾病扶養制度によって行われる場合には、役務権利者の義務は生じない。

第 618 条 保護措置義務

- (1) 役務権利者は、役務遂行のために調達しなければならない空間、設備又は器具を、役務給付の義務者が役務給付の性質上許容される限りで、義務者が生命及び健康に対する危険から保護されるように、設置し、維持し、かつ、役務権利者の規則又は指示によって遂行されるべき役務給付を規制しなければならない。
- (2) 役務給付の義務者が家庭共同体に引き受けられるときは、役務権利者は、居室及び寝室、看護並びに労働時間及び休憩時間について、役務給付義務者の健康、道徳及び宗教を考慮したうえで、必要な設備と秩序を整えなければならない。
- (3) 役務給付の権利者が、役務給付の義務者の生命及び健康について課される義務を履行しないときは、損害賠償に対する義務について、第 842 条ないし第 846 条の不法行為について規制された規定が準用される。

第 619 条 配慮義務の強行性

第 617 条、第 618 条に基づき役務給付の権利者に課される義務を、前もって契約によって放棄又は制限することはできない。

第 619 a 条 労働者の責任における立証責任

第 280 条第 1 項と異なり、労働者は、労働関係の義務違反から生じる損害について、労働者に責めに帰すべき事由が存する場合にのみ、使用者に対して賠償する義務を負う。

第 620 条 雇用関係の終了

- (1) 雇用関係は、これについて定めた期間の満了によって終了する。
- (2) 雇用関係について期限の定めがなく、もしくは、雇用の性質又は目的によってこれを

推知することができないときは、各当事者は、第 621 条ないし第 623 条の規定に従い、雇用関係の解約を告知することができる。

- (3) 一定の期限を定めて締結された労働契約には、パートタイム労働・有期労働契約法が適用される。

第 621 条 雇用関係における解約告知期間

第 622 条にいう労働関係でない雇用関係においては、以下の時点で解約告知をすることが許容される。

1. 日を以て報酬を定めたときは、次の日に対し毎日。
2. 週を以て報酬を定めたときは、一暦週日の末日に対して遅くともその週の初日。
3. 月を以て報酬を定めたときは、一暦月の末日に対して遅くともその月の 15 日。
4. 四分の一年又はこれよりも長い期間を以て報酬を定めたときは、四分の一暦年の末日に対して 6 週間の解約告知期間を遵守した後。
5. 時期に基づいて報酬を定めていない場合には、常時；但し、就労活動において完全又はほぼ完全な専属義務を要求する雇用関係においては、2 週間の解約告知期間を遵守した後。

第 622 条 労働関係における解約告知期間

- (1) 現業労働者又は職員（労働者）の労働関係は、15 日に向けて、又は、一暦月末に向けて、4 週間前に解約告知することができる。

- (2) ¹使用者による解約告知については、同一事業所又は同一企業における労働関係が継続した年数に応じて、解約告知期間は各々以下の月数になる。

1. 2 年間存続した場合には、一暦月末に向けて 1 ヶ月、
2. 5 年間存続した場合には、一暦月末に向けて 2 ヶ月、
3. 8 年間存続した場合には、一暦月末に向けて 3 ヶ月、
4. 10 年間存続した場合には、一暦月末に向けて 4 ヶ月、
5. 12 年間存続した場合には、一暦月末に向けて 5 ヶ月、
6. 15 年間存続した場合には、一暦月末に向けて 6 ヶ月、
7. 20 年間存続した場合には、一暦月末に向けて 7 ヶ月。

²就労期間の算定においては、労働者の満 25 歳到達前の期間は考慮されない。

- (3) 最長 6 ヶ月間について合意された試用期間中は、労働関係は 2 週間の期間で解約告知できる。

- (4) ¹労働協約によって、第 1 項ないし第 3 項とは異なる規制を合意することができる。²かかる労働協約の適用範囲においては、当事者間の合意があるときは、協約に拘束されない使用者と労働者との間にも異なる協約の定めが適用される。

(5) ¹第1項に挙げられた期間よりも短い解約告知期間は、個別契約によって、以下の場合にのみ合意することができる。

1. 労働者が、一時的な補助のために雇い入れられた場合；労働関係が3ヶ月を超えて継続した場合には、これに当たらない。

2. 使用者が、通常、職業訓練のために就労する者を除き、20人以下の労働者を雇用し、かつ、解約告知期間が4週間を下回らない場合。

²雇用労働者の数の認定においては、通常の週労働時間が20時間以下のパートタイム労働者は0.5人、30時間以下のパートタイム労働者は0.75人として考慮されなければならない。³第1項ないし第3項に挙げられた期間よりも長い解約告知期間を個別契約によって合意することは妨げられない。

(6) 労働者による労働関係の解約告知には、使用者による解約告知よりも長い期間を個別契約によって合意することはできない。

第623条 書面性

解約告知又は解消契約による労働関係の終了は、その有効性のためには書面性が必要である；電子機器は除かれる。

第624条 5年以上の契約における解約告知期間

¹ある者の終身又は5年以上の期間を以て雇用関係を締結したときは、役務給付を義務づけられた者は、5年を経過した後はその解約を告知することができる。²解約告知期間は6ヶ月である。

第625条 黙示の延長

雇用期間の終了後、役務給付を義務づけられた者が、雇用関係を継続し、かつ、相手方がこれを知って異議を述べなかったときは雇用関係は不確定の期間延長されたものとみなされる。

第626条 重大な事由に基づく即時解雇

(1) 雇用関係は、個々の事情を考慮し、かつ、当事者双方の利益を考慮して、解約告知期間の終期又は契約存続期間の満了に至るまで雇用関係を継続することをもはや解約者に期待し得ないような事実の存する場合には、重大な事由に基づき解約告知期間を遵守せず、いずれの当事者からも解約告知しうる。

(2) ¹解約告知は、2週間以内のみ行うことができる。²期間は、解約告知の権限ある者が解約告知の原因たる事実を知った時点から開始する。³解約者は、他方に対し請求に基づき遅滞なく解約告知事由を書面で通知しなければならない。

第 627 条 特に信頼を必要とするポストにおける即時解雇

- (1) 第 622 条にいう労働関係でない雇用関係において、役務給付の義務者が、継続的雇用関係に立たないで、特別の信頼に基づき通常委任されるべき高等な種類の労務を給付すべきときは、第 626 条で挙げられた要件が存在しない場合にも解約告知が許容される。
- (2) ¹ 役務給付の義務者は、役務給付の権利者が他の方法で役務を調達しうる方法でのみ解約を告知できる；但し、適当でない時期に解約告知をなすべき重大な事由があるときはこの限りではない。² 役務給付の義務者がそのような事由なく適時に解約告知をしなかったときは、役務給付の権利者にそれにより生じた損害を賠償しなければならない。

第 628 条 即時解雇の際の一部報酬及び損害賠償

- (1) ¹ 役務給付の開始後、第 626 条又は第 627 条に挙げた事由に基づき雇用関係の解約を告知したときは、役務給付の義務者は、既に行った給付に相当する一部の報酬を請求することができる。² 役務給付の義務者が契約に違反した相手方の行為に誘致されることなく解約告知を行い、又は、役務給付の義務者が自己の契約違反の行為により相手方の解約告知を誘致するときは、役務給付の義務者は、既に行った解約告知の結果相手方に何らの利益を与えない限り報酬請求権を有しない。³ 報酬を前払いしたときは、役務給付の義務者は、第 346 条の規定、もしくは、解約告知が、役務義務者に責めのない事情により行われた場合には、不当利得法の規定に基づいて、これを返還しなければならない。
- (2) 解約告知が契約に違反する相手方の行為に基づくときは、相手方は雇用関係の消滅によって生じた損害を賠償しなければならない。

第 629 条 求職のための自由時間

継続的雇用関係の解約告知後、役務権利者は、義務者に対して、請求により、他の雇用関係を求めるために相当な期間を付与しなければならない。

第 630 条 証明書の交付義務

¹ 継続的雇用関係の終了において、義務者は、他方当事者に対し、雇用関係及びその期間に関する書面による証明書を請求できる。² かかる証明書は、請求により、役務の成績及び遂行にも及ぶ。³ 電子機器による証明書の交付は除外される。⁴ 義務者が労働者であるときは、営業法第 109 条が適用される。

[橋本陽子 訳]

解雇制限法 (Kündigungsschutzgesetz : KSchG)

1951年8月10日制定 (BGBl. I S.499), 現行法は1969年8月25日法 (BGBl. I S. 1317)
2003年12月24日法により改正 (2004年1月1日から施行) ¹⁹⁶

第1節 一般的解雇制限

第1条 社会的に不当な解約告知

- (1) 労働者に対する労働関係の解約告知は、当該労働関係が6ヶ月を超えて中断なく同一事業所又は同一企業において存続した場合、それが社会的に不当であるならば、法的に無効である。
- (2) ¹解約告知は、それが労働者の個人的事由、行動に存する事由又は当該事業所における労働者の継続就労を妨げる緊急の経営上の必要性に基づかない場合には、社会的に不当である。²解約告知は、以下の場合にも社会的に不当である。
 1. 私法上の事業所において、事業所委員会又は事業所組織法に基づいて管轄を有するその他の労働者の代表が、事業所組織法第102条2項1文の期間内に、以下の事由のいずれかに基づき、解約告知に書面で異議を唱えた場合。
 - a) 当該解約告知が事業所組織法第95条に基づく選択指針に反すること。
 - b) 当該労働者が当該事業所又は当該企業の他の事業所における他の労働ポストにおいて継続就労が可能であること。
 2. 公法上の事業所及び行政機関において、管轄を有する職員代表委員会が期限に従って以下の事由に基づき解約告知に異議を唱えた場合。但し、上級委員会 (Stufenvertretung) が上級官庁との交渉において当該異議を維持し得なかった場合を除く。
 - a) 当該解約告知が解約告知における人選に関する指針に違反すること。
 - b) 当該労働者が同一の役所又は当該労働者の居住圏を含む同一の勤務場所にある同一の行政部門の他の役所における他の労働ポストにおいて継続就労が可能であること。
 - 3 労働者の継続就労が期待可能な再教育・継続訓練措置の後で可能な場合又は労働者の継続就労が変更された労働条件の下で可能であり、かつ、労働者がそれに関する同意を表明した場合には、第2文が準用される。⁴使用者は、解約告知の原因となる事実を立証しなければならない。
- (3) ¹労働者が第2項にいう緊急の経営上の必要性を理由に解雇される場合、使用者が労働

¹⁹⁶ BGBl. I S. 3002. (立法理由 BT-Dr. 15/ 1204)

者の選択にあたり、労働者の事業所帰属期間、年齢、扶養義務及び障害を考慮しないか、又は、十分に考慮しなかったときは解雇は社会的に不当である；労働者の請求により、使用者は、当該社会的選択が行われた根拠を労働者に述べなければならない。²特にその知識、能力及び成績又は事業所の適正な人事構成の確保のために、当該労働者の継続就労に事業所の利益が存する労働者は、第1文に基づく社会的選択の対象としなくてもよい。³労働者は、当該解約告知が第1文にいう社会的不当性を推測させる事実を証明しなければならない。

- (4) 労働協約、事業所組織法第95条に基づく事業所協定又は職員代表法における同様の指針において、第3項第1文に基づく社会的観点が相互にいかなる関係に立つのが規定された場合には、評価は、重大な誤りについてのみ審査される。
- (5) ¹事業所組織法第111条に基づく事業所変更を理由とする解約告知において、使用者と事業委員会との間の利益調整において解雇されるべき労働者の名前が挙げられている場合には、当該解約告知は、第2項にいう緊急の経営上の必要性を理由とするものであることが推定される。²労働者の社会的選択は、重大な誤りについてのみ審査される。³第1文及び第2文は、利益調整の成立後事情が本質的に変更された場合には適用されない。⁴第17条第3項第2文に基づく事業所委員会の意見表明は、第1文に基づく利益調整に代替する。

第1a条 経営上の理由に基づく解約告知における補償金請求権

- (1) ¹使用者が、第1条第2項第1文に基づく緊急の経営上の必要性を理由に解約告知を行い、かつ、労働者が、第4条第1文の期限が徒過するまでに、労働関係が解約告知によって解消しないことの確認の訴えを提起しない場合には、労働者には、解約告知期間の経過によって、補償金請求権が発生する。²かかる請求権は、解約告知の意思表示において、当該解約告知が緊急の経営上の必要性によるものであり、かつ、提訴期間の経過によって労働者が補償金を請求しうることを使用者が摘示することを要件とする。
- (2) ¹補償金の額は、労働関係の存続した年数について0.5か月分の収入である。²第10条第3項が準用される。³労働関係の期間の算定において、6ヶ月以上の期間は1年に数え入れられる。

第2条 変更解約告知

¹使用者が、労働関係を解約告知し、解約告知と同時に労働者に変更された労働条件の下での労働関係の存続を申し出た場合には、労働者はこの申出を労働条件の変更が社会的に不当ではないという留保を付した上で承諾することができる（第1条第2項第1文ないし第3文、第3項第1文及び第2文）。²労働者は、使用者に対し、かかる留保を解約告知期間内に、ただし遅くとも解約告知の到達後3週間以内に意思表示しなければならない。

第3条 解約告知に対する異議

¹労働者は、解約告知が社会的に不当であると考える場合、解約告知後1週間以内に事業所委員会に異議を申し立てることができる。²事業所委員会は、これを根拠があると判断する場合には、使用者との和解を招来すべく努力しなければならない。³事業所委員会は、請求により、労働者及び使用者に対して、異議に関する意見を書面で交付しなければならない。

第4条 労働裁判所への提訴

¹労働者が、解約告知が社会的に不当であり、又は、その他の理由に基づき法的に無効であると主張しようとする場合には、当該労働者は、書面による解約告知の到達から3週間以内に、労働関係が解約告知によって解消していないことの確認訴訟を労働裁判所に提起しなければならない。²第2条の場合には、労働条件の変更が社会的に不当であり、又は、その他の理由に基づき法的に無効であることの確認訴訟を提起しなければならない。³労働者が事業所委員会に異議を申し立てた場合には(第3条)、訴えに事業所委員会の意見を添付しなければならない。⁴解約告知が当局の同意を必要とする場合には、労働裁判所への提訴期間は当局の決定が労働者に通知されて初めて進行する。

第5条 遅れた訴えの許可

- (1) ¹労働者が、当該状況において期待可能な一切の注意を尽くしたとしても書面による解約告知の到達後3週間以内に訴えを提起することが妨げられたときは、申立に基づき訴えが事後的に許容されうる。²女性が責めに帰すべきでない事由に基づき、第4条第1文に基づく期間の徒過してから、妊娠を知った場合も同様である。
- (2) ¹訴えの提起は、申立と同時になされなければならないが、したがって、訴えが既に提起されているときは、申立において訴えについて言及しなければならない。²さらに、申立は、事後的な訴えの許可を基礎づける事実とその疎明の手段の申立を含まなければならない。
- (3) ¹申立は、障害の除去から2週間以内にのみ許容される。²出訴期間を逸してから6ヶ月が経過した場合には、申立を行うことはもはや許容されない。
- (4) ¹労働裁判所は、口頭弁論を必要としない決定によって、申立を裁定する。²これに対しては、即時抗告が許容される。

第6条 延長された訴求期間

¹労働者が、書面による解約告知の到達後3週間以内に、法的に有効な解約告知が存しなかったことを主張したときは、当該労働者はこの手続において、第一審の口頭弁論終結時まで解約告知の無効を基礎づけるために訴訟提起期間内に主張しなかった事由を援用

することができる。²労働裁判所は、当該労働者にこのことを摘示しなければならない。

第7条 解約告知の有効化

解約告知の法的無効が適時に主張されなかったときは（第4条第1文、第5条及び第6条）、解約告知は始めから有効であったとみなされ、第2条に基づき労働者によって意思表示された留保は消滅する。

第8条 従前の労働条件の復活

第2条の場合、裁判所が労働条件の変更が社会的に不当であると確認した場合には、変更解約告知は始めから法的に無効であるとみなされる。

第9条 裁判所の判決による労働関係の解消：労働者への補償金

- (1) ¹裁判所が、解約告知によって労働関係が解消されていないことを確認したが、労働者に労働関係の継続を期待し得ない場合には、裁判所は、労働者の申立に基づき、労働関係を解消し、使用者に相当の補償金の支払を命じなければならない。²使用者と労働者の間において事業所の目的に資するような協働が今後期待されない事由が存する場合には、裁判所は、使用者の申立により同様の決定を行わなければならない。³使用者及び労働者は、控訴審の最終口頭弁論終結時までに労働関係の解消を申し立てることができる。
- (2) 裁判所は、労働関係の解消のために解約告知が有効であれば、労働関係が終了したであろう時点を定めなければならない。

第10条 補償金の上限

- (1) 12か月分までの賃金相当額が、補償金として定められうる。
- (2) ¹労働者が50歳以上で労働関係が最低15年間存続した場合には、金額は賃金の15か月分までであり、労働者が55歳以上で労働関係が最低20年間存続した場合には、金額は賃金の18か月分まで定められる。²第9条第2項に基づき、裁判所が労働関係の解消を定めた時点において、労働者が普通老齢年金に関する社会法典第6編の規定に定められた年齢に到達している場合には、これは適用されない。
- (3) 労働関係が終了（第9条第2項）する月の正規の労働時間に対応して労働者に支払われる現金及び現物給与が賃金月額とみなされる。

第11条 解約告知後の未払賃金への算入

裁判所の決定に基づき労働関係が存続する場合には、労働者に対して解約告知後の期間について使用者が支払うべき賃金に以下の収入が算入されなければならない。

1. 労働者が他の労働によって得た収入,
2. 労働者が期待可能な労働を悪意をもって拒絶しなかったならば得られたであろう収入,
3. 社会保険, 失業保険, 社会法典第 2 編に基づく生計費保障又は社会扶助といった公法上の給付として失業に基づいてその間に支払われた収入。使用者はかかる金銭を給付機関に返還しなければならない。

第 12 条 労働者の新しい労働関係：従前の労働関係の解消

¹ 裁判所の決定により労働関係は継続するが、労働者がその間に新しい労働関係に入った場合、労働者は判決の確定後一週間以内に従前の使用者に対する意思表示によって労働関係の継続を拒否することができる。² この期間の経過前に信書を投函した場合には、期間内に意思表示したものとみなす。³ 意思表示の到達によって労働関係は解消する。⁴ 労働者が拒否権を行使する場合、解雇から新しい労働関係の開始日までの期間の逸失利益のみが支払われうる。⁵ 第 11 条が準用される。

第 13 条 非常的、公序違反的及びその他の解約告知

- (1) ¹ 労働関係の非常解約告知に対する権利に関する規定は、本法によって影響を受けない。
² ただし、非常解約告知の法的無効は、第 4 条第 1 文及び第 5 条ないし第 7 条の準則に基づいてのみ主張することができる。³ 裁判所が、非常解約告知に理由がないことを確認したが、労働者に労働関係の存続を期待し得ないときは、労働者の申立に基づいて、裁判所は労働関係を解消し、かつ、使用者に対し相当の補償金の支払を命じなければならない。⁴ 裁判所は、労働関係の解消について、非常解約告知が行われた時点を基準としなければならない。⁵ 第 10 条ないし第 12 条の規定が準用される。
- (2) 解約告知が公序に反する場合には、第 9 条第 1 項第 1 文及び第 2 項並びに第 10 条ないし第 12 条の規定が準用される。
- (3) その他の点では、本節の規定は、第 4 条ないし第 7 条を除き、すでに第 1 条第 2 項及び第 3 項以外の理由に基づき法的に無効とされる場合には、適用されない。

第 14 条 管理的地位にある職員

- (1) 本節の規定は、以下の者には適用されない。
 1. 法人の事業所における法人の法的代表機関の構成員,
 2. 人的会社の事業所において、法律、定款又は組合契約によって代表に任ぜられている者。
- (2) ¹ 業務執行社員、経営責任者及びそれに類似した管理的職員に関しては、彼らが独自に労働者の雇入れ又は解雇を行う権限を有する場合には、本節の規定が第 3 条を除き適用

される。²第9条第1項第2文は、使用者の労働関係解消の申立が根拠を必要としないという条件付で適用される。

第2節 事業所組織法及び職員代表委員会の枠内での解約告知の制限

第15条 許容されない解約告知

- (1) ¹事業所委員会、若年者・訓練生代表委員、船員代表、海事事業所委員会の委員に対する解約告知は、許容されない。但し、解約告知期間を遵守することなしに重大な事由に基づき解約告知を行う権限を使用者に与える事実が存在し、かつ、事業所組織法第103条に基づく必要な同意が存在するか、裁判所の決定がこれに代替する場合はこの限りではない。²任期の終了後、任期が終了した時点から起算して、事業所委員会、若年者・訓練生代表委員又は海事事業所委員会の委員に対する1年以内の解約告知、船員代表委員会の委員に対する6ヶ月以内の解約告知は、許容されない。但し、解約告知期間を遵守することなしに重大な事由に基づき解約告知を行う権限を使用者に与える事実が存在する場合はこの限りではない；これは委員資格の終了が裁判所の決定に基づく場合には適用されない。
- (2) ¹職員代表委員会、若年者・訓練生代表委員又は若年者代表の委員に対する解約告知は、許容されない。但し、解約告知期間を遵守することなしに重大な事由に基づき解約告知を行う権限を使用者に与える事実が存在し、かつ、職員代表委員会法に基づく必要な同意が存在するか、裁判所の決定がこれに代替する場合は、この限りではない。²任期の終了後、任期が終了した時点から起算して、第1文で言及された者に対する1年以内の解約告知は、許容されない。但し、解約告知期間を遵守することなしに重大な事由に基づき解約告知を行う権限を使用者に与える事実が存在する場にはこの限りではない；これは委員資格の終了が裁判所の決定に基づく場合には適用されない。
- (3) ¹選挙管理委員会の委員に対する解約告知は、その任命の時点から、立候補者に対する解約告知は、立候補の推薦を提出した時点から、いずれも選挙結果の公表まで、許容されない。但し、解約告知期間を遵守することなしに重大な事由に基づき解約告知を行う権限を使用者に与える事実が存在し、かつ、事業所組織法第103条又は職員代表委員会法に基づく必要な同意が存在するか、裁判所の決定がこれに代替する場合はこの限りではない。²選挙結果の公表から6ヶ月以内の解約告知は、許容されない。但し、解約告知期間を遵守することなしに重大な事由に基づき解約告知を行う権限を使用者に与える事実が存在する場合はこの限りではない；これは当該委員が裁判所の決定により他の選挙管理委員会の委員に代替された場合には適用されない。
- (3a) ¹事業所組織法第17条第3項、第17a条第3号第2文、第115条第2項第8号第1文に基づき、事業所集会、選挙集会又は海事事業所集会を召集し、又は、事業所組織法第16条第2項第1文、第17条第4項、第17a条第4号、第63条第3項、第115条

第 2 項第 8 号第 2 文又は第 116 条第 2 項第 7 号第 5 文に基づき、選挙委員会の設置を申請した労働者に対する解約告知は、召集又は申請の時点から選挙結果の公表まで許容されない。但し、解約告知期間を遵守することなしに重大な事由に基づき解約告知を行う権限を使用者に与える事実が存在する場合を除く；解雇制限は、召集又は申請を行った労働者の最初の 3 人まで適用される。²事業所委員会、若年者・訓練生代表、海事事業所委員会又は船員事業所委員会が選出されなかった場合には、第 1 文に基づく解雇制限は、召集又は申請の時点から 3 ヶ月間存続する。

- (4) 事業所が閉鎖される場合には、第 1 項ないし第 3 項に挙げられた者に対する解約告知は、早くとも閉鎖の時点で許容される。但し、より早い時点での解約告知が緊急の経営上の必要性によって基礎づけられる場合はこの限りではない。
- (5) ¹第 1 項ないし第 3 項に挙げられた者が、閉鎖される事業所部門に雇用されている場合には、その者は他の事業所部門で引き受けられるべきである。²経営上の理由からこれが可能でない場合には、当該解約告知には事業所閉鎖の場合の解約告知に関する第 4 項の規定の趣旨が適用される。

第 16 条 新しい労働関係：従前の労働関係の解消

¹裁判所が、第 15 条第 1 項ないし第 3 項に挙げられた者に対する解約告知が無効であると確認する場合、その者がその間に新しい労働関係を開始している場合には、判決確定後 1 週間以内に従前の使用者に対する意思表示によって労働関係の継続を拒否することができる。²その他の点については、第 11 条及び第 12 条第 2 文ないし第 4 文の規定が準用される。

第 3 節 届出義務のある解雇

第 17 条 届出義務

- (1) ¹以下の解雇を 30 日以内に行う場合には、使用者は雇用エージェントに届出を行わなければならない。
1. 通常労働者が 21 名以上 60 名未満の事業所においては、6 名以上の解雇。
 2. 通常労働者が 60 名以上 500 名未満の事業所においては、事業所で常時雇用されている労働者の 10%以上又は 26 名以上の解雇。
 3. 通常労働者が 500 名以上の事業所においては、30 名以上の解雇。
- ²使用者によって誘引された労働関係の終了は解雇とみなされる。
- (2) ¹第 1 項に基づく届出義務のある解雇を使用者が意図している場合には、使用者は、事業所委員会に対して、適時に目的にかなった情報を提供し、かつ、特に以下の点について事業所委員会に書面で情報提供を行わなければならない。
1. 計画された解雇の理由、

2. 被解雇労働者の数及び職業等級,
3. 常時雇用されている労働者の数及び職業等級,
4. 解雇が行われる期間,
5. 被解雇労働者の選択に関する定められた基準,
6. 補償金の支払が予定されている場合にはその算定基準。

² 使用者及び事業所委員会は、特に解雇の回避又は制限、及び、解雇の帰結を緩和させるような可能性を協議しなければならない。

- (3) ¹ 使用者は、同時に、事業所委員会への報告の写しを雇用エージェントに届け出なければならない；それは、少なくとも第 2 項第 1 文第 1 号ないし第 5 号に定められた事項を含まなければならない。² 第 1 項に基づく届出は、解雇に関する事業所委員会の意見を添付して書面でなされなければならない。³ 事業所委員会の意見が添付されていない場合には、使用者が届出の少なくとも 2 週間前に事業所委員会に対して第 2 項第 1 文に基づく報告を行ったことを疎明し、かつ、協議の状況を説明するならば、届出は有効である。⁴ 届出は、使用者の氏名、事業所の所在地及び種類、さらに、計画されている解雇の理由、被解雇労働者の数及び職業等級、常時雇用されている労働者の数及び職業等級、解雇が予定されている期間及び被解雇労働者の選択のために定めた基準に関する情報を含まなければならない。⁵ さらに、届出においては、職業紹介のために、事業所委員会の同意を得て、被解雇労働者の性別、年齢、職業及び国籍に関する情報も含めることができる。⁶ 使用者は、事業所委員会に届出の写しを交付しなければならない。⁷ さらに、事業所委員会は、雇用エージェントに対して意見を述べることができる。⁸ 事業所委員会は、使用者にその意見の写しを交付しなければならない。

- (3a) ¹ 第 1 項ないし第 3 項に基づく情報・協議及び届出義務は、解雇に関する決定が、使用者を支配する企業によって行われる場合にも適用される。² 使用者は、解雇に責任を持つ企業が必要な情報を伝えていなかったことを主張することはできない。

- (4) ¹ 即時解雇の権利は妨げられない。² 即時解雇は、第 1 項に基づく解雇の最低人数には算入されない。

- (5) 以下の者は本規定にいう労働者には当たらない。

1. 法人事業所における法人の法的代表機関の構成員,
2. 人的会社の事業所において、法律、定款、組合契約によって代表に任ぜられている者,
3. 労働者の雇入れ又は解雇の独自の権限を有している業務執行社員、事業所責任者及び類似の管理的職員。

第 18 条 解雇の停止

- (1) 第 17 条に基づいて届出がなされた解雇は、雇用エージェントへの届出の到達から 1 ヶ

月が経過し、雇用エージェントの同意があつてはじめて有効となる；同意は申請日まで遡及しうる。

- (2) 雇用エージェントは、個々の場合において、雇用エージェントへの届出の到達から 2 ヶ月が経過しなければ、解雇は有効とならない旨を定めることができる。
- (3) 廃止
- (4) 解雇が第 1 項及び第 2 項に基づき許容される時点後 90 日以内に行われなかった場合には、第 17 条第 1 項の要件の下で、改めて届出をしなければならない。

第 19 条 操業短縮の許可

- (1) 使用者が、労働者を第 18 条第 1 項及び第 2 項で示された時点まで完全に就労させることができない場合には、連邦雇用エージェントは、使用者がその間操業短縮を導入することを許可することができる。
- (2) 操業短縮の権利が認められる場合、使用者は、短縮された労働時間で就労する労働者の労賃又は給与をそれに応じて減少することができる；しかし、賃金の削減は、一般的な法律又は合意された規定に基づき、労働関係が終了したであろう時点になってはじめて有効となる。
- (3) 操業短縮の導入、範囲及び賃金に関する労働協約上の規定は、第 1 項及び第 2 項によって影響を受けない。

第 20 条 雇用エージェントの決定

- (1) ¹第 18 条第 1 項及び第 2 項に基づく雇用エージェントの決定は、業務執行機関又は委員会が行う（決定機関）。²業務執行機関は、解雇の数が 50 以下の場合にのみ決定を行うことができる。
- (2) ¹委員会は、議長として、雇用エージェントの業務執行機関委員長又は彼に任命された雇用エージェントの職員並びに労働者、使用者及び公共団体の代表それぞれ 2 名から構成され、雇用エージェントの行政委員会と呼ばれる。²委員会は、多数決で決定を行う。
- (3) ¹決定機関は、決定を行う前に、使用者及び事業所委員会の意見聴取を行わなければならない。²特に使用者及び事業所委員会は、決定機関に対し、事件の判断のために必要な情報を提供しなければならない。
- (4) 決定機関は、使用者の利益、被解雇労働者の利益、及び、公共の利益及び当該事業所の属する経済部門に特に留意した上で、労働市場全体の状況を考慮しなければならない。

第 21 条 連邦雇用エージェント本部の決定

¹連邦交通大臣又は連邦郵政大臣の所管する事業所において、501 名以上の解雇が行われなければならない場合には、第 20 条第 1 項に従い、連邦雇用エージェント本部に設置さ

れた委員会が、第 18 条第 1 項及び第 2 項に基づいて決定を行う。²管轄を有する連邦大臣は、委員会の票決に 2 名の代理人を派遣することができる。³この場合、第 17 条に基づく届出は、連邦雇用エージェント本部に対して行われなければならない。⁴その他の点については、第 20 条第 1 項ないし第 3 項が準用される。

第 22 条 適用除外の事業所

- (1) 季節的事業所及び一時的事業所では、事業所の性格に起因する解雇について本節の規定は適用されない。
- (2) ¹社会法典第 3 編に基づき、年間を通じた就業が助成される建設業の事業所は、季節的事業所又は一時的事業所に当たらない。²連邦経済労働大臣は、第 1 項にいう季節的事業所又は一時的事業所に当たる事業所に関する規定を法規命令により定める権限を有する。

第 4 節 結びの規定

第 23 条 適用範囲

- (1) ¹第 1 節及び第 2 節の規定は、遠洋航海事業、内水航海事業及び航空交通事業に関する第 24 条の規定という留保つきで、私法上及び公法上の事業所並びに事務所に適用される。²第 1 節の規定は、第 4 条ないし第 7 条及び第 13 条第 1 項第 1 文及び第 2 文を除き、職業訓練生を除いて常時 5 名以下の労働者を雇用する事業所及び事務所には適用されない。³職業訓練生を除き、常時 10 人以下の労働者を雇用する事業所及び事務所においては、第 4 条ないし第 7 条及び第 13 条第 1 項第 1 文及び第 2 文を除き、第 1 節の規定は、その労働関係が 2003 年 12 月 31 日以後に開始した労働者に対しては適用されない；かかる労働者は、第 2 文に基づく雇用される労働者数の算定において、雇用される労働者が常時 10 人に達するまでは、考慮されない。⁴第 2 文に基づく雇用労働者数の算定においては、通常の週の労働時間が 20 時間以下のパートタイム雇用労働者は 0.5 人、30 時間以下のパートタイム雇用労働者は 0.75 人とみなされる。
- (2) ¹第 3 節の規定は、私法上の事業所及び事務所と同様、経済上の目的を追求する公的行政機関に指導される事業所にも適用される。²第 3 節の規定は、遠洋航海船及びその乗組員には適用されない。

第 24 条 航海及び航空事業所への本法の適用

- (1) ¹第 1 節及び第 2 節の規定は、第 2 項ないし第 5 項に基づいて、遠洋航海船、内水航海船及び航空機の従業員の労働関係に適用される。²一の航海事業所の属する全遠洋航海船又は全内水航海船又は一の航空事業所に属する全航空機が本法にいう事業所とみなされる。

- (2) 海運及び航空交通事業の勤務において、乗組員の最初の乗務が 6 ヶ月より長期である場合には、第 1 条第 1 項の 6 ヶ月の期間が乗務終了後 3 日まで延長される。
- (3) ¹第 4 条に基づく訴えは、乗組員が事業所の所在地に帰還してから 3 週間以内に、遅くとも解約告知の到達後 6 週間以内に提起しなければならない。²解約告知が船又は航空機の航行中に言い渡された場合には、6 週間の期間は船又は飛行機がドイツの港又は空港に到着した日まで進行しない。³第 6 条の 3 週間の期間は、この場合には第 1 文及び第 2 文で定められた期間に代替される。
- (4) ¹船員法第 2 条第 3 条にいう船長及び乗組員の本法第 4 条に基づく訴えについては、当該人物の労働関係から生じる紛争を管轄する裁判所が労働裁判所に代替する。²船員法の既定において労働関係から生じる紛争について船員局の管轄が基礎づけられている場合には、本法の請求権に関する紛争に対して本法の規定は適用されない。
- (5) 第 1 節の解雇制限は、第 14 条と異なり、船長及び通常第 14 条にいう管理的職員とみなされる乗組員にも適用される。

第 25 条 争議行為における解約告知

本法の規定は、使用者及び労働者間の経済的争議における単なる措置として行われる解約告知及び解雇には適用されない。

第 25 a 条 ベルリン条項（廃止）

第 26 条 施行

本法は、公布の翌日から施行される。

[橋本陽子 訳]

[参考資料 3]

民法典 第2部 債務関係法 第2章 普通取引約款による法律行為上の債務関係の形成¹⁹⁷

第305条 契約への普通取引約款の取り入れ

- (1)普通取引約款とは、多数の契約のためにあらかじめ作成された契約条件のすべてであり、契約当事者の一方（約款使用者）が相手方に対し契約締結時に設定するものをいう。
- (2)普通取引約款は、当該約款の使用者が、契約締結時において、次の各号に掲げる要件を満たし、且つ、契約相手が当該約款の効力を理解したときに限り、契約の構成部分となる。
1. 契約相手に対し当該約款を明示し、又は契約締結の性質により、これを行うことが著しく困難なときは契約の場所においてはっきり見える掲示を行うことで当該約款を示し、且つ、
 2. 契約相手に対し、約款使用者にとって認識可能な当該契約相手の身体的障害も適切に考慮した上で期待可能な形で当該約款の内容を知る機会を作る。
- (3)契約当事者は、第2項に掲げる要件に従い、特定の種類の法律行為について、特定の普通取引約款の効力をあらかじめ合意することができる。

第305b条 個別的取り決めの優先

個別の契約上の取り決めは、普通取引約款に優先する。

第305c条 不意打ち条項と曖昧な条項

- (1)普通取引約款に含まれる条項で、事情により、特に契約の外観を基準とすると極めて異例であり、約款使用者の契約相手が当該条項を考慮に入れる必要のないものは、契約の構成部分とならない。
- (2)普通取引約款の解釈における疑義は、約款使用者の負担に属する。

第306条 取り入れられなかった場合及び無効な場合の法律効果

- (1)普通取引約款の全部もしくは一部が契約の構成部分とならない、又は無効となったときは、残りの契約部分は依然として有効である。
- (2)条項が契約の構成部分とならない、又は無効である限りで、当該契約の内容は法律の基準によって定められる。

¹⁹⁷改正民法典における普通取引約款規制法については、根本到「ドイツにおける労働契約法制の動向—改正民法典における約款規制に限定して—」日本労働法学会102号（法律文化社、2003年）52頁以下を参照。〔参考資料3〕に掲載した民法典条文の邦訳は、根本助教授の同論文に掲載されている翻訳文に筆者〔皆川宏之〕が一部修正を加えたものである。

(3)第2項により定められた変更を考慮しても、当該契約を維持することが契約当事者の一方にとり期待不能であるほど過酷なときは、当該契約は無効とする。

第306a条 潜脱禁止

本章の規定は、その規定を他の形式によって潜脱するときにも適用する。

第307条 内容規制

(1)普通取引約款に含まれる条項は、当該条項が信義誠実の原則に反して約款使用者の契約相手を不相当に不利益に扱うときには無効とする。不相当な不利益は、条項が明確でない、又は平易でないことから生ずる。

(2)ある条項が次の各号のいずれかに該当する場合、疑いがあるときには不相当に不利益な取扱いが推定される。

1. 法律の規定における本質的な基本思想から逸脱し、合意すべきでないとき。
2. 契約の性質から生ずる本質的な権利又は義務が著しく制限され、その結果、契約目的の達成が危険にさらされるとき。

(3)第1項、第2項並びに308条及び309条は、法令と相違する、もしくは法令を補充する規制について取り決めた普通取引約款中の条項に対してのみ適用される。他の条項は、第1項1文と結びついた第1項2文によって無効となる可能性がある。

第308条 評価の余地を伴う条項の禁止

普通取引約款について、特に次の各号に掲げるものは無効とする。

1～2号省略。

3. (解除の留保)客観的に正当で、且つ契約上示された理由なしに、その給付義務を解消する、約款使用者の権利行使。これは継続的債務関係には当てはまらない。

4. (変更の留保)約款使用者の利益を考慮し、給付の変更又は異なる給付の合意が契約相手にとって期待可能でない場合、約款使用者が合意された給付を変更し、又はこれと異なる給付をする権利の合意。

5～8号省略

第309条 評価の余地のない条項の禁止

法律上の規定からの逸脱が許容される場合であっても、普通取引約款において以下の各号に掲げるものは無効とする。

1～5号省略

6. (違約罰)給付の不受領もしくは受領遅滞、もしくは支払遅延の場合、又は契約相手が契約を解消する場合において、約款使用者に違約罰の支払を約束する条項。

7. a) (生命, 身体, 健康の侵害) 約款使用者の過失による義務違反, 又は, 約款使用者の法定代理人もしくは履行補助者の故意又は過失による義務違反に基づく, 生命, 身体又は健康の侵害による損害への責任の排除もしくは制限。

b) (重過失) 約款使用者の重過失による義務違反, 又は約款使用者の法定代理人又は履行補助者の故意又は重過失による義務違反に基づく, その他の損害に対する責任の排除もしくは制限。

8～9 号省略

10. 売買, 雇用又は請負契約において, 第三者が約款使用者の代わりに契約から生じる権利及び義務を引き受ける, 又は引き受ける可能性があるとする条項。ただし, 当該条項において次の各号のいずれかの事項が定められている場合にはこの限りではない。

a) 第三者の名前が列挙されている。

b) 契約相手に契約を解消する権利が付与されている。

11～13 号省略

第 310 条 適用範囲

(1)～(3)省略

(4)本章の規定は, 相続法, 家族法及び会社法の領域における契約, 並びに労働協約, 事業所協定及び公勤務の服務協定には適用されない。労働契約への適用に当たっては, 労働法上認められる特殊性を適切に考慮しなければならない。また 305 条 2 項及び 3 項は適用しない。労働協約, 事業所協定及び公勤務の服務協定は, 307 条 3 項にいう法令と同じである。

債務法現代化法による民法典上の給付障害法に関する新たな諸規定（抄）¹⁹⁸

民法典第 241 条 債務関係と給付義務

- (1)債務関係に基づき債権者は、債務者に給付を請求する権利を有する。給付は不作為をも目的としうる。
- (2)債務関係は、その内容及び性質の顧慮の下に、各当事者に相手方の権利及び法益を顧慮する義務を負わせる。

第 275 条 給付義務の排除

- (1)給付請求権は、これが債務者又は何人にとっても不能となったときは、排除される。
- (2)債務者は、これが、債務関係の内容及び信義誠実の原則の顧慮の下に、債権者の給付利益と著しい不均衡にある費用を必要とする限り、給付を拒絶しうる。債務者に期待されるべき緊張の決定に際しては、債務者が給付障害について責を負うべきかどうかもまた、顧慮されるべきである。
- (3)さらに債務者は、彼が給付を自らなす義務を負い、かつ、債権者の給付利益とともに彼の給付の障害となっている事情を顧慮して、当該給付が彼にとって期待され得ない場合にも、その給付を拒絶しうる。
- (4)債権者の権利は、280 条, 283 ないし 285 条, 311a 条及び 326 条に従って決定される。

第 276 条 債務者の責任

- (1)債務者は、より厳格もしくはより緩和された責任が定められていない、又は債務関係の内容、なかんずく、担保又は性質危険の引き受けから引き出されもしない場合は、故意及び過失について責を負わなければならない。
- (2)取引上、注意を怠る者には、過失がある。
- (3)故意による責任は、債務者が予め免除しえない。

第 280 条 義務違反による損害賠償

- (1)債務者が債務関係に基づく義務に違反したときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求しうる。債務者が義務違反につき責を負わない場合は、この限りではない。
- (2)債権者は、給付遅滞による損害賠償を 286 条の付加的要件の下でのみ請求しうる。

¹⁹⁸債務法現代化法による民法典上の給付障害法に係る新設規定については、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、2003 年）442 頁以下を参照。[参考資料 4]に掲載した民法典条文の邦訳は、半田教授の著作に掲載されている翻訳文に筆者〔皆川宏之〕が一部表現の修正を加えたものである。

(3)債権者は、給付に代わる損害賠償を 281 条、282 条又は 283 条の付加的要件の下でのみ請求しうる。

第 281 条 給付がなされず、又は債務の本旨に従った給付がなされない場合の、給付に代わる損害賠償

- (1)債務者が弁済期の到来した給付を履行せず、又は債務の本旨にかなって履行しない場合は、債権者は、彼が債務者に給付又は追完給付のために相当期間を定めて催告したにもかかわらず、それを徒過したとき、280 条 1 項の要件の下に、給付に代わる損害賠償を請求しうる。債務者が一部給付をしたときは、債権者は、彼が一部給付になんら利益を有しない場合にのみ、全部の給付に代わる損害賠償を請求しうる。債務者が債務の本旨にかなった給付をなさないときは、債権者は、義務違反が重要でない場合、全部の給付に代わる損害賠償を請求しえない。
- (2)債務者が給付を真摯かつ最終的に拒絶する、又は両当事者の利益を考慮して損害賠償請求権の即時の主張が正当化される場合には、期間の指定は不要である。
- (3)義務違反の種類に従って期間の指定が問題とならない場合には、その代わりに催告がなされる。
- (4)債権者が給付の代わりに損害賠償を請求したときは、給付請求権は排除される。
- (5)債権者が全部の給付の代わりに損害賠償を請求するときは、債務者は 346 ないし 348 条に従って給付された物の返還を請求しうる。

第 282 条 241 条 1 項の義務違反による給付に代わる損害賠償

債務者が 241 条 2 項による義務に違反したときは、債権者は、彼にとって債務者による給付がもはや期待されえない場合、280 条 1 項の要件の下に給付に代わる損害賠償を請求しうる。

第 283 条 給付義務の排除の場合の給付に代わる損害賠償

債務者が 275 条 1 ないし 3 項に従って給付をなす義務を負わない場合には、債権者は、280 条 1 項の要件の下で給付に代わる損害賠償を請求しうる。281 条 1 項 2,3 文及び 5 項が準用される。

第 286 条 債務者の遅滞

- (1)債務者が弁済期の到来後なされる債権者の催告に基づいて給付をなさないとき、催告により債務者は遅滞に陥る。給付請求訴訟の提起又は催告手続における支払命令の送達は、催告と同様である。
- (2)催告は、

1. 給付のための時期が暦日に従って定められ、
 2. 給付に、ある出来事が先行すべき場合において、給付のための相当期間が、その出来事から暦日に従って計算されるという方法で定められ、
 3. 債務者が給付を真摯かつ最終的に拒絶し、又は、
 4. 特別の理由に基づき両当事者の利益の考慮の下に、遅滞の即座の発生が正当化されるときは必要とされない。
- (3)報酬請求権の債務者は、遅くとも、彼が、弁済期の到来及び計算書の到達又はそれと同視しうる請求権の主張後 30 日以内に給付しない場合に遅滞に陥る。このことは、消費者である債務者については、この効果が計算書又は請求書に特別に指示された場合にのみ、当てはまる。計算書又は請求書の到達時期が不確かであるときは、消費者ではない債務者は、弁済期及び反対給付の受領後遅くとも 30 日で遅滞に陥る。
- (4)債務者は、給付が彼の責に帰しえない事情によってなされない限りで、遅滞には陥らない。

第 326 条 反対給付義務の免責と給付義務の排除の場合の解除

- (1)債務者が、275 条 1 ないし 3 項に従って、給付をする義務を負わない場合は、反対給付請求権は消滅する。一部給付の場合は、441 条 3 項が準用される。1 文は、債務者が、債務の本旨にかなわない給付の場合に、275 条 1 ないし 3 項に従い追完履行をする必要のないときには適用されない。
- (2)債権者が、債務者が 275 条 1 ないし 3 項に従って給付する義務を負わない事情について専ら又は主として責任を負う、又は、債務者の責めに帰すべからざるその事情が、債権者が受領遅滞に陥ったときに生じたときは、債務者は反対給付請求権を保持する。しかし債務者は、彼が給付を免れたことにより節約した、又は彼の労働力を他の方法で用いることにより取得した、又は悪意で取得することを懈怠した利益を控除しなければならない。
- (3)(4)略
- (5)債務者が、275 条 1 ないし 3 項に従って給付をする義務を負わないときは、債権者は解除をなすことができる。解除には 323 条が、期間の指定が不要であるという標準とともに準用される。

第2章 フランス¹

第1節 総論

1. 法源

(1) 労働契約法制と労働保護法制との関係

フランスにおいて、労働関係を規律する主たる法源は「労働法典（Code du travail）」である。労働法典は、制定された労働関係の各法律を統合したもので、法律・命令（loi et règlement）及びデクレ（décret）²を含む内容となっている。法律内容を規定した第1部は9編からなるが、必ずしも「労働契約法制」と「労働保護法制」とが明確に体系として区分された構成にはなっていない。また、罰則規定による公法的規制の有無（実効性確保ないし権利実現の手段）という点からみても、例えば有期労働契約や解雇に関する諸規定にも罰則や行政コントロールが含まれている。したがって、フランスにおいては、労働契約法制と労働保護法制との関係が必ずしも明確に区分されたものになっているとはいえ、むしろ混在した法体系となっている。

(2) 労働条件設定の方法と当事者

労働条件は基本的に、労働者と使用者を当事者とする合意＝労働契約によって決定されるものである。しかし、今日においては当然のことながら、労働契約を取り巻く様々な労働条件決定要素が存在する。その代表的なものは、労働組合と使用者又は使用者団体が当事者となって締結される「労働協約・労働協定（convention collective et accord collectif）」である（詳細については、第2節各論、3(2)を参照）。

以下では、この労働組合と企業内従業員代表との関係、労働協約と労働契約との関係、さらに日本では企業内における集団的労働条件決定の重要な要素となっている「就業規則」の位置づけについて整理しておこう。

ア. 労働組合と労働協約

フランスでは、「代表性（représentativité）」を有する代表的労働組合が、労働条件につい

¹ 本章の執筆に当たっては、主として次の概説書を参照した。Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, *Droit du travail* 22éd., 2004 Dalloz ; Antoine Mazeaud, *Droit du travail* 4éd., 2004 Montchrestien ; François Gaudu, *Droit du travail*, 2004 Dalloz ; Antoine Cristau, *Droit du travail*, 2004 Hachette ; Jean Pélissier, Antoine Lyon-Caen, Antoine Jeammaud et Emmanuel Dockes, *Les grands arrêts du droit du travail* 3éd., 2004 Dalloz ; *Mémo social* 2004, Ed.Liaisons ; *Le code du travail annoté* 24éd., 2004 Groupe Revue Fiduciaire ; Christophe Radé, *Droit du travail* 3éd., 2004 Montchrestien ; Jean-Emmanuel Ray, *Droit du travail, Droit vivant* 12éd., 2003 Editions Liaisons ; François Gaudu et Raymonde Vatinet, *Les contrats du travail*, 2001 LGDJ. また、特に出所を明示していない判例も、ホームページ（www.legifrance.com）で参照することができる。

² デクレ（décret）とは、大統領又は首相の署名によって行われる決定（行政行為）である。

ての団体交渉を行い、労働協約を締結する権限を与えられている（労働法典 L.132-2 条。以下、特に明示しない場合の条文はすべて労働法典である。）。代表的労働組合と認められるためには、①全国レベルで代表性を認められている 5 つの総同盟³に加入していること、②労働協約の適用範囲で個別に代表性を証明したこと⁴、のいずれかが必要である。

したがって、産業部門レベルにおいても企業・事業場レベルにおいても、こうした代表的労働組合が当事者となって交渉し、労働協約を締結することにより、労働条件の決定・変更に関与することになっている。

イ. 企業内法定従業員代表制度の関与

フランスの企業内労働者代表制度は、組合代表と従業員代表が並存する二元的構造をとっている。組合代表は、50 人以上の企業で組合支部を設置している代表的労働組合が指名する組合代表委員（*délégués syndicaux*）であり、従業員代表は、50 人以上の企業で設置が義務づけられている企業委員会（*comité d'entreprise*）と 11 人以上の企業で設置が義務づけられている従業員代表委員（*délégués du personnel*）である⁵。

企業委員会は主として諮問機関として、従業員代表委員は苦情処理機関として創設されている。企業委員会の労働者側委員も従業員代表委員も、2 年ごとに当該企業で行われる従業員による選挙で選出される。選挙手続等は労働法典に詳細に定められている。従業員代表には活動時間保障（*crédits d'heures*）が認められ、いわゆる「保護対象労働者（*salariés protégés*）」⁶として特別の解雇規制を享受するなどその地位が保障されている（組合代表についても同様である。）。

労働条件決定への関与という点でみると、実務上は、従来から従業員代表が使用者との間で労働条件に関する合意をすることがあった。しかし、判例は、従業員代表によるこうした合意を「労働協約」とは認めず、いわゆる「非典型協定（*accord atypique*）」として、使用者の一方的債務負担行為（*engagement unilatéral de l'employeur*）⁷の一類型と位置づけてきた。この点は現在でも変わっていないが、しかし今日では、後述するように、中小企業を

³ 1966 年 3 月 31 日のアレテにより、CGT（*Confédération générale du travail*. 労働総同盟）、CFDT（*Confédération française démocratique du travail*. フランス民主労働総同盟）、CFTC（*Confédération française des travailleurs chrétiens*. キリスト教労働者フランス総同盟）、CGT-FO（*Confédération générale du travail - Force ouvrière*. 労働総同盟「労働者の力」）、CFE-CGC（*Confédération française de l'encadrement, Confédération générale des cadres*. フランス幹部職員総同盟）に、全国レベルでの代表性が認められている。

⁴ 代表性を評価する基準は、組合員数、独立性、財政、経験と年数、被占領下における愛国的態度とされている（L.133-2 条）。

⁵ フランスの従業員代表制度の詳細については、国際労働法フォーラム『企業内労働者代表の課題と展望—従業員代表法制の比較法的検討—』（財団法人労働問題リサーチセンター／財団法人日本 ILO 協会、2001 年）132～145 頁〔奥田香子執筆部分〕を参照されたい。

⁶ 「保護対象労働者（*salariés protégés*）」という用語は制定法上の用語ではないが、企業委員会委員、安全衛生・労働条件委員会委員、従業員代表委員、組合代表委員、労働審判所審判官の地位にあることから、解雇や懲戒処分等について特別の保護を受ける労働者の総称である。例えば、保護対象労働者を解雇しようとする場合には、当該事業場を管轄する労働監督官の事前許可が必要であり、また、解雇の許可決定が取り消された場合、当該労働者は復職（*réintégration*）を求めることができる。

⁷ 労働者に債務をもたらすことはないが、使用者は自らの約束としてその内容に拘束される。

主たる対象として一定の条件の下で従業員代表に「労働協約」の交渉・締結権限を認める道が開かれてきている。

ウ．労働組合と法定従業員代表制度の関係

労働組合と企業内の法定従業員代表とは、いずれも労働者の参加を保障する制度であるが、労働条件決定に関しては、労働協約を締結しうる代表的労働組合の独占的権限であり、従業員代表には労働組合の本来的機能を侵害しない限りにおいて参加が認められるという関係になっている。このことは、組合代表委員が存在しない企業における法定従業員代表による企業交渉及び労働協約締結の方法を導入した1996年11月12日法第6条をめぐって争われ、1996年11月6日憲法院判決によって明らかにされた。すなわち、憲法院は、1946年憲法前文の第8段（「すべての労働者は、その代表者を通じて労働条件の集団的決定及び企業の管理に参加する。」）を根拠に、団体交渉に関する労働組合の独占的権限を否定した。しかしその一方で、同第6段（「すべての人は、組合活動によってその権利及び利益を擁護・・・することができる。・・・」）を根拠に、労働組合には団体交渉によって労働者の権利及び利益を擁護するという本来の役割が与えられていることも指摘した。このように、第6段の労働組合権と第8段の参加の原則を合わせ読むことにより、従業員代表なども、代表的労働組合の関与を妨げる目的や効果を持たない限り、労働条件の集団的決定に参加することができるという判断を示したのである。

(3) 労働契約と労働協約の関係（就業規則を含む）

ア．規範的効力とその構造

労働法典 L.135-2 条は、「使用者が労働協約又は労働協定の条項に拘束される場合、これらの条項は、より有利な規定がある場合を除き、当該使用者と締結された労働契約に適用される」と定めている。すなわち、労働協約は労働契約よりも階層的に上位に位置づけられ、その規範的効力（強行的効力及び自動的効力）によって個別労働契約を規律することになっている。しかし他方で、「より有利な規定がある場合を除き」という文言に見られるように有利原則が認められており、労働契約は労働協約よりも有利な規定を置くことができる。

なお、日本の労働組合法 16 条の構造とは異なり、労働協約はその適用を受ける使用者〔が締結している労働契約〕を単位に適用されるので、労働者の組合所属には関係しない。したがって、使用者が労働協約に拘束される限り、当該使用者の労働者は非組合員であっても労働協約の適用を受けることになる。

イ．就業規則

就業規則は、1982年の法改革以前、企業内の労働者を拘束するルールを設定する使用者の権限を最も端的にあらわすものであった。そして実際にも、こうした権限がほとんど制限もなく行使されていた。こうした状況については改善の必要性が議論されてきたのであるが、その際、就業規則そのものを廃止するという考え方と、就業規則の有用性を認めてそれを存

続させつつ対象を制限するなどコントロールを加えていくという考え方が存在した。そうした中で、1982年8月4日の法律は後者の考え方を採用し、就業規則の内容を限定するとともに手続規制及びコントロール措置を強化した。

これ以降、原則として交渉の領域に属する事項は就業規則の対象事項にはならなくなったため、就業規則は一般的な労働条件を決定する要素ではなくなるとともに、その機能は大きく制限されることとなった。なお、1982年には企業レベルの団体交渉義務が定められているが、このことは、就業規則の領域を団体交渉に適さない事項に限定するとともに、そこから排除された事項を団体交渉の領域に移行させることを意味していたといわれている⁸。

2. 根拠法

労働契約関係を含む労働関係を規律する根拠法は、主として労働法典（Code du travail）である。しかしより広く法源を見るならば、憲法や国際規範、労働協約、さらには幾つかの労働契約法理を形成している判例、職業ないし企業内慣行などが含まれ、これらが憲法を頂点としたピラミッド構造を形成している。

(1) 法源の階層構造と有利性原則

フランス労働法においては、労働者保護の理念に基づき階層的に上位にある規範が下位にある規範に優位するという階層序列がある。例えば、法律は公序規定として下位規範である労働協約を規律する（L.132-4条）。しかし、上位規範の公序性は、それが労働者保護の最低基準を構成する限りにおいて認められるものであり、したがって労働者により有利な方向であれば下位規範がそれを逸脱することが認められるという社会的公序（ordre public social）の原則が存在する。さらに、こうした考え方の帰結として、規範相互の抵触が生じる場合には最も有利な規範を適用するという、いわゆる有利性原則（principe de faveur）が、労働法の基本原則として承認されている⁹。

なお、有利性原則を伴った階層構造には、幾つかの例外の存在や変化も見られる。第1に、労働法典の多くの規定は社会的公序の規定であるが、スライド条項の禁止や労働審判所の管轄などのように、有利不利を問わず労働協約等の下位規範による逸脱が認められない規定——いわゆる絶対的公序（ordre public absolu）の規定——も存在する。第2に、1982年法改革による特例協定（accord dérogatoire）の導入により、法規定が認めることを条件にしてはいるものの、当該法規定の基準を下回る条件を定める可能性が労働協約に開かれている。第3に、有利性原則を伴った階層構造は交渉レベルの異なる労働協約間の関係にも妥当するのであるが、今日では、後述するように（第2節各論、3(2)ア(i)a参照）、下位レベルの労働協約が上位レベルの労働協約よりも不利な規定を定める可能性が大幅に認められてきてい

⁸ A.Cristau, op.cit., p.90.

⁹ Avis du Conseil d'Etat du 22 mars 1973, Dr.soc. 1973, pp.514-515.

る。

(2) 憲法規範・国際規範

憲法及び憲法院判例によって形成される憲法規範には、1958年憲法、1946年憲法前文、1789年人及び市民の権利宣言、共和国の法律によって認められた基本原則、憲法院によって宣言された憲法的価値を有する原則が含まれる。1946年憲法前文は幾つかの経済的社会的権利を宣言しており、労働権や労働の義務、労働組合の自由、職業教育を受ける権利、争議権、労働の自由の原則には憲法的価値が与えられている。また、同前文は、一般的な差別禁止及び男女差別の禁止を規定している。国際規範では、ILO条約などのほか、今日ではEUレベルでの指令などが重要な意味を持つようになっている。

(3) 労働法典

労働法典は、前述のとおり、法律・命令及びデクレを含む膨大な内容となっている。法律内容を規定した第1部は次の9編から構成されている。すなわち、第1編：労働に関する約定（見習い契約、労働契約、労働協約、賃金）、第2編：労働の規則（労働条件、休日・休暇、安全衛生等）、第3編：職業紹介・雇用（職業紹介、雇用、失業者保護等）、第4編：労使団体・労働者代表等（労働組合、従業員代表、企業委員会、利益参加等）、第5編：労働紛争（労働審判所、集团的紛争）、第6編：法適用の監督（労働監督制度、使用者の義務）、第7編：特別規定（建設業、通信業、商業代理人等）、第8編：海外県に関する特別規定、第9編：職業教育訓練、となっている。

(4) その他——労働協約、慣行、判例等

その他の根拠法としては、まず、国家法に属しない法源として、職業の法としての労働協約が重要な機能を担っている（第2節各論、3(2)で詳述）。企業内での集团的規範には労働協約のほかに、企業内慣行（*usage d'entreprise*）¹⁰、使用者の一方的債務負担行為（*engagement unilateral*）などがある。労働協約は、企業内での集团的規範においてもその中心に位置づけられ、交渉に基づかない他の諸規範よりも階層的に上位に位置づけられる。

なお、こうした集团的規範が労働契約に化体して契約内容になるという考え方は原則として否定されている。そのように考える根拠として、集团的規範は労働契約とは独立した法源であるという、法源理論上の区分が確立していることが挙げられる。

このほか、裁判所とりわけ破毀院（特に社会部）の判例（*jurisprudence*）が多くの労働契約法理を形成している。

¹⁰ 企業内慣行が法規範としての資格を認められるためには、客観的要素（恒久性・固定性・一般性）と主観的要素（その慣行が義務的であるという共通の意識）を要する。

3. 労働契約法制の対象範囲

(1) 労働者の対象範囲

ア. 「労働者 (salaré)」の概念

労働法典の中には、労働者 (salaré. 被用者) についての定義規定はないが、学説及び判例により、労働契約の一方当事者が「労働者」であると解されている。

イ. 「労働契約」の画定

「労働契約」の存在は、使用者と労働者の性格を当事者に与え、それらの関係に労働契約・労働者・使用者を対象とする労働法典の諸規定を適用させることになる。もともと、「労働契約 (contrat de travail)」についても労働法典に定義規定はなく、学説及び判例の集積によってその定義及び判断指標が確立されてきた。すなわち、学説上、「ある者が、他の者の従属下で、報酬を受けることにより、自己の活動をその者の処分に委ねることを約する合意」という定義がなされ、判例上も類似の定義づけが行われてきた。それは、①労務の提供 (あるいはその合意)、②報酬 (あるいはその支払いの約束)、③従属関係 (lien de subordination) という3つの要素の集合による定義づけである。しかし、この中で主たる要素となるのは従属関係の有無である¹¹。

(7) 法的従属関係

フランスにおいては、この従属関係を、「法的従属関係 (lien de subordination juridique)」としてとらえるのが一般的である。学説上は経済的従属性 (dépendance économique) を重視する見解も強いが、判例は、「労働者の相手方に対する法的地位は、経済的な弱さや依存によって決定されるのではなく、当事者間の契約のみから生じる」¹²と述べて、当該契約によって相手方の指揮命令・監視・権力下に置かれることを重視した、法的従属概念による判断を採ってきた。判例の展開においては、一時期、「組織化された事業における労務提供」に着目して法的従属概念を緩和・拡張する動きもあったが、その後も、従属関係は「指揮命令を与え、労務遂行をコントロールし、労働者の不履行を制裁する権限を持つ使用者の権力下で行われる労務提供によって特徴づけられ」、「組織化された事業内での労働というのは使用者が労務遂行条件を一方的に決定する際の従属性の1つの指標にすぎない」とするなど、法的従属関係による判断が行われている¹³。その後、2000年に下された判決¹⁴は、労働契約という性質が、契約当事者が用いた名称によって与えられるものではなく、労働者の活動が行われる事実状態による、との判断を示したが、経済的従属性基準を採用したものではなく、従

¹¹ この問題については、矢部恒夫「フランス労働法における法的従属概念について」法学雑誌 (大阪市立大学) 29巻3号96頁以下 (1983年) も参照した。

¹² 破毀院社会部 1931年7月6日判決 (Cass.civ., 6 juillet 1931)。

¹³ 破毀院社会部 1996年11月13日判決 (Cass.soc., 13 novembre 1996, Dr.soc.1996, p.1067)。

¹⁴ 破毀院社会部 2000年12月19日判決 (Cass.soc., 19 décembre 2000, Dr.soc. 2001, p.227)。

前の判決による判断枠組みから外れるものではないと解されている¹⁵。

(イ) 独立労働者への「労働契約」性の付与

被用者に類似した独立労働者が締結する契約が労働契約の性質を有するかどうかについては、判例上も多くの係争があり、近年はその境界がさらに曖昧になるケースが増加している。その中で、経済的従属や被用者への類似性などを考慮して、また極めて紛争の多い契約の性質決定に関する不確定性をなくすため、幾つかの職業については、法律により、一定の条件の下で労働契約としての性質を付与する方法が取られている。それらは労働法典第7編(livre VII)に定められており、例えば、商業代理人(L.751-1条)、職業ジャーナリスト(L.761-2条)、俳優等のアーティスト等(L.762-1条)、モデル(L.763-1条)がある¹⁶。このほか、締結されている契約の性質に触れることなく、労働法典の規定の一部を適用するという方法も取られている。

(ウ) 証明責任

訴訟においては、労働契約であること、あるいは労働契約ではないことを主張する者がそれを証明することになるが、この原則はL.120-3条によって一定の範囲で修正されている。同条は、1994年2月11日のマドラン法により導入され、2000年1月19日の第2次オブリー法で一度廃止された後、2003年8月1日法によってマドラン法とほぼ同じ表現で再導入された規定である。それによると、商業・会社登記簿、手工業者名簿、商業代理人登記簿に登記・登録されている個人、社会保障・家族手当保険料徴収組合に属する個人、商業・会社登記簿に登記されている法人の幹部及びその従業員は、当該登記にかかる活動の実施において、注文主との間で労働契約を締結するものではないと推定されることになっている(L.120-3条1項)¹⁷。そしてこの推定は、恒常的な法的従属関係にあることを立証することによって覆る(労働契約の存在が認められる)こととされている(同2項)。

(2) 使用者の範囲

労働者と労働契約を締結して賃金を支払う者が「使用者」であることについて特に問題は生じない¹⁸。しかし実際には、当事者が三者間関係になる場合のように、どの範囲で使用者

¹⁵ ここでの判例の展開については、特に、J.Pélissier, A.Lyon-Caen, A.Jeammaud et E.Dockès, *op.cit.*, pp.3 et s.を参照した。

¹⁶ 例えば、商業代理人の場合に労働契約とみなされる要件は次の4つである。すなわち、①一又は複数の使用者の利益のために労働すること、②専属的かつ継続的に代理業務を行っていること、③自己の利益のために実際にかなる商取引も行わないこと、④使用者との間で、サービス提供の性質又は売買に供される商品の性質、商業代理人が活動を行う地域又は訪問する顧客の種類、報酬の率について定める契約を締結していること、である。

¹⁷ この規定は、契約の性質決定に関する実務上の安定性を保証するとともに、契約が「労働契約」と性質変更されることを制限することによって法的安全性を保証することを目的としている。

¹⁸ 使用者(employeur)が自然人(personne physique)である場合、使用者と企業主(chef d'entreprise)の地位は混在するのに対し、労働者が法人(personne morale)に雇用されている場合、使用者はこの法人であるが企業主はこの法人を代表してその経営を行う自然人である(J.Pélissier, A.Supiot, et A.Jeammaud, *op.cit.*, p.2.)。

性を認めるかが問題になるケースがある。

法律で認められている三者間関係には、派遣労働関係 (L.124-1 条)、構成員のために労働者を採用する使用者グループ (L.127-1 条)、家内事業を必要とする個人のために労働者を採用することができる諸団体 (L.129-1 条 1 項 2 号等)、障害者を受け入れている「保護作業所」 (L.323-32 条) などがある。これらの三者間関係については、いずれを使用者と判断するかが法律によって規定されているが、労働力を借りて使用している者 (**utilisateur de la main-d'oeuvre**) は「使用者 (**employeur**)」ではないと考えられている。

例えば、派遣労働関係の場合には派遣元企業が「使用者」であり、それが賃金を支払い、また懲戒権を行使する。派遣先は「利用者 (**utilisateur**)」であり、労働時間や休日、安全衛生などの労務遂行の条件について利用者としての責任を負うことが明記されているが (L.124-4-6 条)、使用者と解されるわけではない。ただし、一定の法違反の場合には、民事制裁として、派遣労働者と派遣先企業との間に期間の定めのない労働契約が締結されたものと性質変更されることになっているため (L.124-7 条)、その限りでは使用者としての地位に立つことになる¹⁹。

また、非営利目的での労働力提供が認められている使用者グループ (**groupement d'employeurs**)²⁰の場合、グループ自身が書面で労働契約を締結することによって労働者を採用し、その構成員である使用者の処分に委ねる。労働力の提供を受けた企業は、グループが負担した費用を償還するとともに、法令や労働協約に定められた労務遂行の条件について責任を負う。なお、グループの構成企業は、労働者に対する債務に連帯して責任を負うこととされている。

事実上生じている三者間関係は非常に複雑であるが、例えば、企業グループなどの場合、企業グループ自体が使用者になるのではなく、その中の特定の企業が「使用者」としての地位に立つことになる。

4. 規制の実効性確保の仕組み

(1) 法違反の場合の措置

ア. 民事、刑事、行政 (概説)

労働法典に定められた労働契約にかかわる事項について法違反があった場合、第 1 に、労

¹⁹ もっとも、このことの実質的意味は、契約終了に適用されるルールが派遣労働契約のルールから期間の定めのない契約のルール=解雇のルールになるということであり、派遣先企業での就労継続に当然に帰結するわけではない (島田陽一「フランスの派遣労働法制」季刊労働法 169 号 43~44 頁 (1993 年))。このことは、解雇の一般的な帰結が従業員としての地位の継続ではなく金銭賠償であることを反映しているものと思われる。

²⁰ 1985 年 7 月 25 日法によって導入されたこの措置は、中小企業が単独で新たな雇用を負担することに躊躇する現状に鑑み、複数で採用してその費用や責任を分担することを認めたものである。グループの構成員になることができるのは当初は 300 人未満の企業のみであったが、2000 年 1 月 19 日法によって条件が緩和され、労働者への保障措置を定めた企業協定の締結を条件に 300 人以上の企業もグループに加入できるようになった。

働者は司法機関に提訴することによって権利実現をはかることができる。労働契約関係の訴訟は、専門の特別裁判所である「労働審判所（*Conseil de Prud'hommes*）」が担当する。第2に、労働法の適用を監視することを主な任務とする労働監督官制度（さらには刑事裁判所）により、罰則適用などの強行的な方法で実効性確保がはかられる。第3に、労働監督官による改善命令などの行政的措置が取られる可能性もある。

ところで、フランスでは今日、法違反に対する制裁のあり方が脱刑罰規定化の方向で議論されているといわれる。例えば、労働契約法制の領域にも刑事制裁を広範に設けている現状については一定の見直しが必要であるとの意見もある。すなわち、刑罰規定は労働者の基本的人権の保護（例えば差別）などの重要な部分については必要であるが、それ以外においては民事的ないし行政的制裁に重点を置いたほうがよいという考え方である²¹。ただし、民事制裁に移行するには、労働者が裁判所に訴える習慣が必要であるとともに、そのようなシステムを裁判官が受け入れて、厳しくかつ大胆に法を適用していくことが前提条件として必要であるという研究者の指摘もある²²。

ちなみに、必ずしも刑事制裁が法の予定するとおりに適用されているとはいえないようである。すなわち、労働法にかかわる刑事制裁は部分的にしか、あるいはほとんど使われていない場合もあるといわれている。運用上の問題として、後述するように、違反を摘発する労働監督官の数が不足していることや、摘発数が多くなると司法が飽和状態になることなどが指摘されている。いずれにしても、この点についての制度改革の議論は現在のところ存在しないようである²³。

(2) 紛争解決機関

ア. 司法機関

労働契約にかかわる個別紛争を管轄するのは労働審判所（*Conseil de prud'hommes*）である。このほかにも、司法裁判所としては、小審裁判所（*Tribunal d'instance*）、大審裁判所（*Tribunal de grande instance*）、刑事裁判機関（軽罪・違警罪）が、それぞれの管轄において労働関係の訴訟にかかわる。また、司法裁判所の控訴審を担当する控訴院（*Cour d'appel*）、上告審を担当する破毀院（*Cour de cassation*）が存在する。以下では、労働審判所制度を中心に取り上げる。

²¹ また、労働担当省（現在は、「労働・雇用・社会連帯省」であるが、フランスでは頻繁に省庁の名称が変わることから、ここでは「労働担当省」で統一する。）においても、2年ほど前から刑罰規定を含めた制裁のあり方について検討がなされ、報告書がまとめられている。

²² これらの点は、パリ第10大学 Antoine Lyon-Caen 教授からの聴き取り調査による。

²³ これらの点は、労働担当省労働関係局における聴き取り調査による。

(7) 労働審判所 (Conseil de prud'hommes) ²⁴

a. 制度内容

労働審判所は、1806年3月18日法によって設置された機関で、現在、全国に271（フランス本土に264、海外県に7）存在する。審判官数はフランス全体で14,338人（パリで808人）となっている²⁵。

労働審判所は、その構成及び手続の両面において様々な特徴を有している。まず、それは労使同数構成の特別裁判所であり、職業裁判官ではなく、労使それぞれの集団内で5年ごとに選出される労使双方の同数の審判官から構成される（L.512-1条）²⁶。

各審判所には、工業部、商業部、農業部、諸業種部、幹部職員部の5つの部が置かれ、各事案の管轄は使用者の主たる活動部門によって決められることになっている（幹部職員部を除く）。各部にはさらに、調停部（bureau de conciliation）と判決部（bureau de jugement）があり、原則として調停前置主義を採っている。調停部では労使双方の審判官1名ずつが、判決部では2名ずつが担当する。迅速さを要する場合（例えば、保護対象労働者の復職請求の場合等）には、労使双方の審判官1名ずつによる急速審理部（formation de référé）で担当することがある。審判官が偶数名であるため、その判断が同数に分かれた場合には、その判断が行われた同一の部（調停部・判決部・急速審理部）で、職業裁判官（当該労働審判所を管轄する小審裁判所裁判官）が主宰して、再度審理をした上で判決が下される（L.515-3条）。

提訴は比較的簡単で、手渡しあるいは受領証明付書留郵便により書記課に訴状を提出するだけでよい。訴状には、請求人の氏名・住所・職業・請求内容・訴額、そして被請求人（被告）の氏名・活動部門・住所地を記載する。当事者は原則として審理に出頭することとされ審理は口頭で行われる。労働審判所の判決に対する控訴は訴額に応じて控訴院又は破毀院に対して行われ、さらに上告は破毀院に対して行われる。

b. 管轄

労働審判所は、労働契約の締結、履行、解消から生じる個別紛争全般を管轄する。もっとも、判例は労働審判所の権限を広く解釈しており、労働契約紛争に関連する限りにおいて（例えば、労働者の個人的権利の範囲を画定する場合）、集団的關係にかかわる問題（例えば関連する労働協約の解釈等）も含まれると解されている。

労働契約に関して、労働審判所には大別して3つの役割がある。すなわち、①労働契約の適用、②労働契約の解釈、③労働契約の正当性審査である。したがって、労働審判所が労働

²⁴ 労働審判所については、浜村彰「フランスにおける個別労働紛争処理システム」毛塚勝利編『個別労働紛争処理システムの国際比較』（日本労働研究機構、2002年）183頁以下も参照した。また、特に解雇紛争に関しては、日本労働研究機構『諸外国における解雇のルールと紛争解決の実態—ドイツ、フランス、イギリス、アメリカ—（資料シリーズNo.129）』（2003年）64頁以下〔奥田香子執筆部分〕を参照されたい。

²⁵ パリ労働審判所から提供された資料による。

²⁶ 2002年12月に実施された直近の選挙では棄権率が67%以上に達していることが懸念されている。

契約内容を形成したり修正したりすることはないといわれているが、類似の機能として、労働契約を「補完する (compléter)」とでもいうべきケースが最近の傾向として存在し (補完権限 *pouvoir de compléter*)、有益な権限であると評価されている²⁷。

c. 実態

労働審判所についてのフランスでの評価はおおむね高いといえる。その理由は、迅速性・低コスト等に加え、労使への労働法の普及に貢献しているという点が挙げられている。労使同数参加ではあるが、原則的な問題が生じない限り結論で意見が分かれることは少ないようである²⁸。

(4) 労働裁判の件数等

フランス司法省発行の統計年報によると、2000年に全国の労働審判所に申し立てられた新規本案事件及び終結別事件数は次のとおりである。

表 2-1-1 2000年の労働審判所における事案別新規事件数及び割合

| 事案の内訳 | 事件数(件) | 割合 (%) |
|-----------------------------|---------|--------|
| 全体の件数 | 164,033 | 100.0 |
| 個別的労働関係に関する事件の総数 | 158,524 | 96.6 |
| 解雇無効, 損害賠償又は復職の申立 | 81,983 | 49.9 |
| 経済的理由に基づく解雇の無効, 損害賠償又は復職の申立 | 4,351 | 2.6 |
| 労働契約解消に伴う手当の支払いに関する申立 | 12,607 | 7.6 |
| 賃金支払いの申立 | 43,691 | 26.6 |
| 労働契約の履行申立又は不履行を原因とする申立 | 645 | 0.3 |
| 懲戒処分取消申立 | 1,219 | 0.7 |
| 特別休暇の承認に関する申立 | 17 | 0.01 |
| 文書の提出申立 | 725 | 0.4 |
| 労働者のその他の申立 | 11,196 | 6.8 |
| 使用者の申立 | 2,090 | 1.2 |
| その他 | 5,509 | 3.3 |

筆者注 1: 割合を小数点第 2 位以下の切り捨てによって記しているため、内訳の割合の合計値と全体割合の値等に若干の差が生じていることをお断りしておきたい。

筆者注 2: 全体の件数は、新規事件数 164,039 件から特別手続にかかる 6 件を引いた数である。

出所: この表は、浜村・前掲注 24 論文 200 頁に掲載されている、浜村氏作成の表 (1997 年の統計) を元にして、2000 年の統計について *Annuaire statistique de la justice, Edition 2002, La documentation Française* から筆者が作成したものである。

²⁷ この点は、パリ第 10 大学 Antoine Lyon-Caen 教授からの聴き取り調査による。

²⁸ この点は、パリ第 10 大学 Antoine Lyon-Caen 教授からの聴き取り調査による。また、結論が分かれることが少ないという点は、後述の統計資料において、労使同数になるケースが 10%弱であることから分かる。

表 2-1-2 2000 年の労働審判所における終結種類別事件数及び割合

| 既済事件 | 160,747 (件) | 100.0 (%) |
|--------------|-------------|-----------|
| 本案請求に関する決定総数 | 89,236 | 55.5 |
| 申立の全部又は一部認容 | 68,638 | 42.6 |
| 申立の棄却 | 20,598 | 12.8 |
| その他の決定総数 | 71,511 | 44.4 |
| 抹消 | 22,984 | 14.2 |
| 申立の取下げ | 10,000 | 6.2 |
| 調停の成立 | 14,894 | 9.2 |
| 申立の失効 | 5,727 | 3.5 |
| 事案の併合 | 15,209 | 9.4 |

筆者注 1：全体割合との差は小数点 2 位以下の切り捨てによるものである。

筆者注 2：出所の表中に掲げられている「その他の決定総数」の項目は上記の 5 つであるが、統計項目の定義を見ると、「その他の決定総数」には特に、上記 5 つの項目及び「管轄違いの決定」という項目が含まれると説明されている。したがって、「その他の決定総数」の数値は、「その他の決定総数」の内訳の合計値とは一致しないことに注意頂きたい。

出所：この表は、浜村・前掲注 24 論文 200 頁に掲載されている、浜村氏作成の表（1997 年の統計）を元にして、2000 年の統計について *Annuaire statistique de la justice, Edition 2002, La documentation Française* から筆者が作成したものである。

同じ資料によると、終結事件の平均期間は 10.2 ヶ月となっている。また、労使同数判断 (*partages de voix*) により職業裁判官が関与して行われた決定は、2000 年で 13,801 件 (8.5%) であり、解決に要した平均期間は 20.1 ヶ月となっている。同じく急速審理の場合は 1.3 ヶ月である。

(ウ) 通常裁判所

a. 小審裁判所 (*Tribunal d'instance*)

小審裁判所は、一般の民事事件の中で、訴額が 7,600 ユーロ以下である場合に第一審を管轄する。労働関係では、労働審判所の管轄外になる個別・集団的民事事件のほか、職業選挙に関する紛争、安全衛生・労働条件委員会委員の指名、組合代表委員の選任及び解任、企業委員会委員に関する紛争、経済的・社会的単位 (*unité économique et sociale*) の承認に関する紛争なども扱う。小審裁判所の判決に対する控訴も控訴院に対して行われ、さらに上告は破毀院に対して行われる。

b. 大審裁判所 (*Tribunal de grande instance*)

大審裁判所は、訴額 7,600 ユーロを超えるあるいは算定不可能なすべての民事事件の第一審を管轄する。労働関係では、使用者と労働者団体あるいはその代表者との間で発生する集

团的係争，例えば，労働協約・協定の履行あるいは解釈，企業委員会の決議の無効，企業委員会による専門家選任に対する使用者からの異議，経済的理由による大量解雇において使用者が作成した雇用保護計画に対する異議，などもその管轄に属する。大審裁判所の判決に対する控訴も控訴院に対して行われ，さらに上告は破毀院に対して行われる。

c. その他の裁判所

上記の民事事件を管轄する裁判所以外に，労働関係の刑事事件は刑事裁判所（軽罪裁判所，違警罪裁判所）が管轄し，控訴は控訴院に，上告は破毀院に対して行われる。さらに，行政庁の決定（例えば労働監督官の行政決定機能）に対する取消訴訟は行政裁判所が管轄する。なお，行政事件は裁判系列が異なり，第1審は行政地方裁判所が管轄し，控訴は行政控訴院に対して，上告はコンセイユ・デタ（Conseil d'Etat）に対して行われる。

イ. 行政機関——労働監督官制度

(7) 制度

労働監督官制度は1874年5月19日法により創設された。その後徐々に立法によって労働監督官（inspecteur du travail）の権限が拡大され，現在は主として3つの機能を担っている。

a. 監視機能

第1の機能は，企業内での労働法の遵守を監視することで，労働監督官の主たる任務である。労働法典L.611-1条は，「労働監督官は，労働法典及び労働制度に関する法典化されていない法令の諸規定の適用並びに労働協約の適用を監視することを任務とする。労働監督官はまた，司法警察官とともに，これらの規定に対する違反を確認することもその任務とする」と定めている。こうした任務を遂行するため，労働監督官（及び監督員〔controleur〕）には，労働者が働く場所に事前の許可なく立ち入ることができる臨検権（droit de visite），②安全衛生に関する調査権，③台帳等の書類の閲覧及び提出を求める権限が与えられている（L.611-8条，L.611-9条）。労働監督官の任務遂行を妨害する者は，軽罪裁判所に妨害罪（délit d'obstacle）で訴えられることがある（L.631-1条）。

違反を確認した場合，労働監督官は，企業主に対して公式ないし非公式に，法律に適合させるよう改善を命じるのが一般的である（L.231-4条1項等）。それでも改善されない場合，あるいは違反が重大な場合は，調書を作成して検察官に送ることができ，必要な場合には検察官が訴追することになる（L.611-10条）。

b. 決定機能

第2の機能は，行政上の決定機能である。例えば，就業規則の違法な条項の削除あるいは濫用的な条項の修正を使用者に命じる場合や，従業員代表の解雇に関する許可ないし不許可を決定することなどがこれに当たる。

c. 援助機能

第3の機能は、情報提供や仲介などの援助機能で、労働法の複雑化によって重要になってきた機能である。例えば、問題が生じた場合に助言や調停を行うほか、集団的紛争の場合にあっせん者（*médiateur*）として指名されることがある。

(4) 実態

上記のように、労働法の諸制度において労働監督官は、法規定の実効性確保を始めとした多くの役割を与えられているが、実態では必ずしも予定された機能が果たされていないようである。その要因として最もよく指摘されているのは、人員の不足である。例えば2001年には、410人の監督官（*inspecteur*）と820人の監督員（*controleur*）（その他674人の職員）しかおらず、監視の対象となるのは1,500万人の労働者を雇用する150万の企業であるとされる。そして、全国の労働雇用局に443存在する部（*section*）の1つあたりの平均で、3,374事業場・33,516人の労働者を監視することになる²⁹。こうしたことから、告発や重大事件がなければ企業の臨検は非常に不規則にしか行えず、違反があっても摘発が困難になるために制裁手段が機能不全になっているとも言われている³⁰。

また、労働監督官には民事調停権限があるとされているが、この権限は調停を試みる一般的権限であって強制力があるわけではない。また、こうした権限が発揮されるのは主に小規模企業においてである。今日の状況でいえば、この点についての新たな発展は見られず、むしろかかる権限の行使に際して難問が多く危機的ともいえる状況があるようである³¹。

5. 「労働契約法」の位置づけ

フランスでは、冒頭でも述べたように、労働契約法制と労働保護法制との関係が必ずしも明確に区別されているとはいえず、むしろ混在した法体系となっている。それは、労働法典の構成からみても実効性確保の方法からみても、そのように考えることができる。

もっとも、以下の「各論」でも整理するように、「労働契約法」の領域でも、労働監督のコントロールによる実効性確保と、個人の提訴による権利実現は、その機能する側面がある程度区分されるようにも思われる。例えば、解雇法制にみられる刑事制裁はその「手続違反」に関するものであること、有期労働契約は期間の定めのない契約の例外として限定的に認められた制度であること、労働契約変更などのようにもっぱら判例法理によるルール形成に委ねられている領域も存在することなどであり、こうした点にも留意すべきかもしれない³²。

²⁹ C.Radé, *Droit du travail 3éd.*, 2004 Montchrestien, p.131.

³⁰ この点は、労働担当省労働関係局における聴き取り調査においても指摘されている。

³¹ この点は、パリ第10大学 Antoine Lyon-Caen 教授からの聴き取り調査による。

³² この点では、フランスでの労働契約に関する刑事制裁規定といっても、その対象は解雇と有期労働契約などに限定されているという実務家の評価（弁護士 Gilles Béliet 氏からの聴き取り調査による。）も傾聴に値するであろう。

第2節 各論

1. 採用内定

(1) 採用に関する法制度（概説）

使用者には従業員を選択する自由＝採用の自由が広く認められているが、法律及び労働協約による一定の制限に服することになっている。

法律による制限は、差別禁止、契約締結制限、優先的雇用で大別することができる。

ア. 差別禁止

差別禁止の原則は法の一般原則である。また、労働法典 L.122-45 条は、出自・性別・習俗・性的指向・年齢・家族状況・遺伝的特徴・民族、国籍又は人種への帰属、政治的意見・組合活動又は共済活動・宗教的信条・身体的外見・姓・健康状態・障害³³を理由として、採用から排除することを禁じている³⁴。同条に反して差別的理由で採用を拒否された者は損害賠償を請求することができる。また、同条違反を直接対象とした刑事制裁規定はないが、列挙された差別事由のほとんどを対象とした刑法典の規定により、拘禁刑及び罰金刑が予定されている（刑法典 225-1 条）。

イ. 雇用の禁止

一定の者との間では労働契約の締結が制限される。第 1 に、16 歳未満の（義務教育終了前の）児童の採用は原則として禁止されている（L.211-1 条）³⁵。ただし、興業関係、研修、14 歳以上の児童による休校期間中の軽作業などは特例として認められる。第 2 に、滞在・労働資格を有しない EU 以外の外国籍の者を採用することも禁止されている。第 3 に、産後 6 週以内の女性労働者について、この期間中に採用することはできるが、労務の遂行は 6 週間満了後まで禁止されている（L.224-1 条 2 項）。

ウ. 優先的雇用

一定の場合には、優先的に雇用しなければならないという限りにおいて契約締結の自由が制約されている。例えば、従業員 20 人以上の企業は、障害者や傷痍軍人及びそれに類する人を一定数雇用しなければならない（L.323-1 条）。また、経済的理由により解雇された元従業員（L.321-14 条）や出産休暇（又は養子縁組休暇）後に労働契約を解約した元従業員（L.122-28 条）などの場合は、雇用に空きがある場合に優先的に雇用される。

³³ ただし、健康状態および障害については、労働医が就労不適応を認めた場合を除く。

³⁴ 差別の立証は極めて困難であるが、2001 年 11 月 16 日法により証明のルールが変更された。これにより、差別を受けたとする者は直接ないし間接的差別の存在を推定させる事実を提示すればよく、採用者の側が、その決定は差別以外の客観的事情によるものであることを証明しなければならない。

³⁵ 違反に対しては罰金刑が予定されている（R.261-1 条）。

(2) 採用内定と実態

採用内定に関する制度や慣行は存在しないが、使用者が「採用の約束 (*promesse d'embauche*)」をした後にこれを撤回したり契約締結を拒否したりした場合には、損害賠償を請求されることがある。その場合、労働契約に署名していない段階での約束であったとしても、「十分に採用が約束される余地があったこと」が証明されれば、損害賠償請求が認められているようである³⁶。なお、実態としては労働者による辞退のほうが多いとの指摘もある³⁷。

2. 試用期間 (*période d'essai*)

(1) 規制の概要

ア. 法的性格・位置づけ

試用期間は、労働契約の当事者双方が、当該契約関係を継続していくことが可能か否かを検討するための期間であると考えられている。使用者にとっては、労働者の能力や職業的適性についてより明確に判断することが可能になり³⁸、労働者にとっては、与えられる仕事が自分に合っているか、雇用条件が適切かを確認し判断することが可能になる³⁹。

それは、確定的な雇入れの前に置かれる期間ではあるが、もはや予約 (*avant-contrat*) という段階ではない。したがって、その期間中には当事者双方が労働法典に定められた強行法規を遵守することを義務づけられずに労働契約を自由に解消することができるなど、一定の特別のルールが適用されるが、それを別とすれば、賃金や労働時間など労働法の他のルールは試用期間中の労働者にも適用される (**L.122-4 条 2 項**)。

イ. 試用期間の設定と長さ

判例によると、試用期間の設定には労働協約あるいは労働契約の定めが必要であり、慣行によってこれを設定することはできない⁴⁰。一般的には、労働契約の締結時に「試用条項」が規定されるようである。試用期間を設定するに当たってはその長さを明示しなければなら

³⁶ パリ労働審判所書記課 Jacques Louis Bourquencier 氏からの聴き取り調査においてもこの点が指摘されていた。もっとも、採用の約束 (*promesse d'embauche*) は、労働契約締結に先立つ単なる話し合いとは区別されるが、区別の基準はあまり明確ではない。判例では、賃金額・労働時制・休暇権・就労開始日等を明示し、採用の申入れが確実である場合に、当事者双方を拘束するような採用の約束が存在すると判断した例がある (破毀院社会部 2001 年 6 月 19 日判決; *Cass.soc.*, 19 juin 2001)。使用者は、こうした採用の約束を破棄した場合には損害賠償責任を負う (破毀院社会部 2001 年 2 月 6 日判決; *Cass.soc.*, 6 février 2001)。ただし、採用の約束に撤回条項や条件付与を入れることは可能であるとされている。なお、こうした採用の約束を労働者がいったん受諾したならば、たとえ履行が開始されていなくとも労働契約が締結されたものと考えられるので、使用者からの約束の破棄は解雇と判断される (破毀院社会部 1999 年 2 月 2 日判決; *Cass.soc.*, 2 février 1999), *Memo social* 2004, pp.471-472.

³⁷ フランス企業 A 社 (製造業) における聴き取り調査による。

³⁸ したがって、使用者は当該労働者の職業能力をすでに知りえた場合 (有期契約や研修の後に期間の定めのない契約で採用される場合など) には、試用期間を定めることができないとされている (*Memo social*, p.271)。

³⁹ 労働者の受諾によって労働契約の変更として配置転換が行われる場合にも試用期間を定めることが可能であり、労働者が新たなポストに適応しない場合、使用者はかかる試用契約を解消することができるとする判断もある (破毀院社会部 2000 年 10 月 30 日判決: *Cass.soc.*, 30 octobre 2000, *RJS* 2001, no.3)。

⁴⁰ 破毀院社会部 1999 年 11 月 23 日判決 (*Cass.soc.*, 23 novembre 1999, *Dr.soc.*2000, p.204)。

ないが、期間の定めのない労働契約の場合、試用期間の長さは原則として当事者が自由に決定できる⁴¹。ただし、①労働協約などによってこれについての明確なルールが定められている場合には、これを短縮することはできても延長する合意はできないこと、②期間の長さは試用期間の目的によって正当化されなければならない、労働者の職務との関係からみて長すぎではならないこと、などの制約がある⁴²。

ウ．試用期間中の解約

試用期間中は、明示の制限規定がある場合を除き、労使双方とも何時でも契約を解消することができる⁴³。ただし、使用者が契約を解消する場合、その決定は期間満了前に労働者に通知されなければならない。また、解雇規制を潜脱する目的で試用期間を利用するなど使用者にその濫用がある場合には、試用期間中の解消であっても解雇規制が適用されることがある⁴⁴（強行法回避の理論＝*théorie de la fraude à la loi.*）。

エ．試用期間の更新

労働協約又は労働契約に明示の定めがある場合、試用期間を更新することができる。ただし、更新の可能性については開始当初に定めておく必要があるため、それを定めていない場合には、正式な追加文書がなければならない。このような明示の規定や追加文書がない場合、労働者の受諾によって更新ないし延長を行うことは認められない（試用期間は終了したものと解される。）⁴⁵。なお、労働者の疾病、欠勤、あるいは一時帰休により試用期間が中断した場合には、中断した日数分（労働契約が停止した日数分）が延長される。

3．労働条件設定の法的手段

(1) 個別労働契約

ア．法的性格、機能

フランスでは、労働法典により、期間の定めのない契約（*contrat de travail à durée indéterminée*）を締結することが労働契約締結の原則とされている（L.121-5 条＝「労働契約は期間の定めなく締結される」）。したがって、有期労働契約（*contrat de travail à durée*

⁴¹ 有期労働契約については、試用期間を設ける場合には労働契約に明確に定めなければならない。また、試用期間の長さは、契約期間が6ヶ月以下の場合には2週間を限度として、6ヶ月を超える場合は1ヶ月を限度として、週当たり1日で計算した日数を超えてはならない（L.122-3-2 条）。なお、試用期間中の解約は、有期契約の場合も期間の定めのない契約の場合と同様に自由であるので、中途解約の法的責任を惹起しない。

⁴² 破毀院社会部 1997 年 1 月 23 日判決（Cass.soc., 23 janvier 1997, Dr.soc. 1997, p.311）。

⁴³ 実際には、ほとんどの場合において試用期間中に契約を解消するのは使用者であるといわれる。

⁴⁴ 破毀院社会部 2000 年 3 月 7 日判決（Cass.soc., 7 mars 2000）。

⁴⁵ 破毀院社会部 1998 年 11 月 10 日判決（Cass.soc. 10 novembre 1998）、破毀院社会部 1999 年 4 月 6 日判決（Cass.soc., 6 avril 1999, Dr.soc. 1999, p.629）。なお、試用期間の更新が認められないことは、実質的には必ずしも常に本採用の地位につながるわけではない。こうした帰結は、フランスにおける労働条件変更が、従業員の地位を継続した上で争われるというよりも解雇に帰結することの反映であると考えられる。例えば 1998 年判決の事例では、原告労働者は試用期間の更新の通知に対して辞職をし、当該更新が法的根拠を欠くものであるとして、解雇手当・報酬の追加支払い・濫用的解雇に対する損害賠償の支払いを請求している。

déterminée)は例外的な契約形態と位置づけられているため、その利用が限定される⁴⁶など、特別の法規制の下におかれている。ここでは、期間の定めのない労働契約について検討することとし、有期労働契約については必要な範囲で注記において触れることとする。

労働契約は「一般法のルールに従う」(L.121-1 条)。したがって労働契約の有効性にも、①当事者の合意、②契約締結能力、③合意の内容を形成する目的、④義務における適法な原因という 4 つの条件が不可欠である (民法典 1108 条)。

労働契約は、当事者間に労働関係を設定する根拠であるとともに、労働条件 (賃金、職務の格付、労働場所等) の第 1 の決定要因である。また、個別条項によって、労働者に利益や保障を与えたり (雇用保障条項等)、反対に義務を負わせる根拠にもなる (移動条項等)。こうした契約条項は、紛争が生じた場合の重要な解釈基準になる。

イ. 作成手続

労働契約は当事者が選択する様式で締結することができ (L.121-1 条 1 項)⁴⁷、期間の定めのない労働契約を書面によって締結することは義務づけられていない⁴⁸。この原則との関係で、1991 年 10 月 14 日の EC 指令による契約内容明示の原則が問題となるが、この指令は、書面による契約締結を義務づけるものではなく、必要な情報を書面で明示する義務を課したものと解されている⁴⁹。これにより、採用から 2 ヶ月以内に、採用通知書、給与明細書あるいは労働契約書等の一又は複数の書面で、労働場所、労働内容、報酬、休暇の長さ、1 日又は週当たりの労働時間などに関する情報を通知することが、使用者に義務づけられる⁵⁰。

実態としては、労働契約が口頭で交わされるのはまれであり、多くの場合に書面作成によって締結されているようである。また、労働協約によって書面での作成や記載事項が義務づ

⁴⁶ 有期労働契約は、①いかなる理由であっても、企業の通常かつ恒常的な活動にかかる雇用に継続的に就けることを目的としてはならず、またそのような効果をもたらしてはならず、②労働法典に列挙された事由に該当する場合に限り、明確かつ一時的な職務の遂行を目的としてのみ締結することができる (L.122-1 条)。

⁴⁷ 書面で締結する場合はフランス語で作成されるものとされている (L.121-1 条 2 項)。また、労働契約が書面で作成される場合で労働者が外国人である場合には、当該労働者の請求により、当該労働者の言語に翻訳したものが作成される (L.121-1 条 4 項)。

⁴⁸ 有期労働契約の場合は、書面によって契約を締結しなければならない、契約書は採用から 2 日以内に労働者に送付されなければならない。また、契約書には、利用目的や期間、従事する職務などの義務的記載事項を含まなければならない。また、これ以外にも、見習契約、派遣労働契約、パートタイム労働契約、使用者グループによって締結される契約、労働医の契約は書面で締結されなければならない。

⁴⁹ この点に関する動向として、すべての労働契約に書面化を義務づけるか否か、その場合の必要記載事項を設けるべきか否かなどの議論が、労働担当省において行われているようである。その背景には、1991 年 EC 指令のほかに、契約の記載内容を根拠に「労働契約の変更」を厳しく判断する 90 年代後半以降の破毀院判決への対応、「契約的要素」の不明確さなどがあるらしい (労働担当省労働関係局における聴き取り調査による。また、弁護士 Gill Bélier 氏からの聴き取り調査においてもこの点が指摘されていた)。

⁵⁰ 使用者がこれらの情報を通知していないこと (義務違反) に対する効果については、必ずしも定かではないが、学説には、情報として通知されていないことを理由として労働者が受けるべき利益を奪われることはないが、逆に義務を課されることがあってはならないこと、いずれにしても、明示されていない情報を通知することが使用者に命じられるように労働審判所に提訴することができることなどを指摘するものがある (F.Gaudu et R.Vatinet, op.cit., p.87)。もっとも、フランスでは 1991 年指令を国内適用するにあたって特に法改正などは行われていないことから、使用者が通知すべき内容の範囲が不明確であるとともに、給与明細書の交付などでは必要とされる事項の記載も十分には行われぬことなど、この義務に関する制度そのものの問題点が指摘されている (F.Gaudu et R.Vatinet, op.cit., pp.85-90, Le code du travail annoté 24éd., p.120 など)。

けられている場合も多いようである。

ウ. 記載内容

労働契約では、有利原則の適用により、法令及び労働協約の定めよりも有利な内容を含むことはできるが、それらを下回る規定を置くことはできない（L.132-4条，L.135-2条）。また、労働協約に必要記載事項がある場合にはそれに従う。

実際には、こうした法令上のルールを考慮した標準的書式が企業内の人事部や法務部で作成されたり、コンサルティング企業が作成したプロトタイプ的なモデルが利用されているようである⁵¹。また、特に大企業の場合、幹部職員・事務職員・現業労働者など労働者のカテゴリーによって、また、フルタイム・パートタイムなどの契約タイプによって、多様な契約書モデルが用意されていることもある。もっとも、労働契約変更を柔軟化させる（「変更」の厳格な適用を避ける）などの理由から、労働契約書には大枠の内容を定め、詳細な記載は盛り込まないともいわれている⁵²。

実際の労働契約書（期間の定めのない契約）のモデル⁵³を見ると、適用される労働協約名、締結される労働契約の種類（期間の定めなく雇用されること）、職務上の地位、試用期間の定め（長さ、更新の可能性）、契約の発効日、職務資格等級及び職階指数、それに対応する年間最低保障給与額、実質給与額、給与の計算方法及び支払方法、労働日数の計算方法（休暇等の内容も含む。）、労働場所、配置転換の可能性及び範囲などが規定されている。

(2) 労働協約

ア. 概論

(ア) 法的性格と種類

フランスにおいて労働協約は、労働条件の決定において現在も重要な位置づけを与えられており、集团的規範の中心として存在している。もっとも、後述するように、労働協約のレベル間ではいわゆる分権化が進み、企業レベルの協定に多くの余地が開かれるようになっていく。

労働協約は、その形成過程においては「契約」として、その適用過程においては「法規」として性格づけられている。前者については、労使の合意が労働協約としての性格を認められない場合でも通常の契約として当事者を拘束すること、労働協約の無効問題は契約法の領域に属し、合意の瑕疵理論が適用されることなどが指摘され、後者については、労働協約が契約の相対効理論から離れて、当該協約締結団体の構成員である使用者及び当該企業の労働者に強行的に適用されることが挙げられる。

労働協約は主として、交渉レベルと適用範囲により、複数の職業・産業を対象として全国

⁵¹ 聴き取り調査による（パリ労働審判所書記課 Jacques Louis Bourquencier 氏，弁護士 Gilles Bélier 氏）。

⁵² フランス企業A社（製造業）における聴き取り調査による。

⁵³ これは、筆者が入手した資料から、一部省略して紹介しているものである。

レベルで締結される「職際全国協定 (accord national interprofessionnel)」, 特定の産業部門を対象として締結される「部門別協約 (convention collective de branche)」, 特定の企業を適用範囲とする「企業協定 (accord d'entreprise)」に大別することができる⁵⁴。

これらのうち、職際全国協定は、産業部門や企業を超えた広い範囲にまたがるテーマを対象として全国レベルの労使が交渉・締結するものであり、その内容が立法に取り入れられるなどの重要な役割を担っているが、具体的な労働条件内容を定めるものとはなっていない。労働条件内容を具体的に定めて規律しているのは、伝統的にその機能を担ってきた産業レベルの部門別協約と、近年特に発展してきた企業レベルの協定である。

用語としては、雇用・労働条件及び社会的保障のすべてを対象とするものを「労働協約 (convention collective de travail)」と称し、特定の事項 (例えば賃金) のみを対象とするものを「労働協定 (accord collectif de travail)」と称して区別されるが (L.132-1 条)、いずれも法律で労働協約としての独自の同じ法的効力を付与される点で違いはない。

(4) 団体交渉・労働協約ルールの変容——労使間対話に関する 2004 年 5 月 4 日の法律

労働協約の締結・適用をめぐる法的ルールは、とりわけ 1980 年代からの法改革によって徐々に変容してきたが、2004 年 5 月 4 日法はこれらの集大成ともいべき重要な改革を実現した⁵⁵。ここでは、以下の具体的記述の前提として、主に次の 3 点を整理しておく必要がある。

a. 労働協約間の関係づけ

労働協約間の関係については、地域ないし職域の広い労働協約がより狭い協約よりも優位に位置づけられ、その上で適用範囲のより狭い協約の策定及び適用が有利性原則に基づいて認められてきた。つまり、部門別協約が最低線を構成して企業協定がそれに上積みするという関係にある。しかし、2004 年 5 月 4 日法は、企業協定が部門別協約よりも不利な内容を定める可能性をさらに拡大するなど、階層構造と有利性原則に基づくルール設定を見直す方向を示した。

b. 多数性原則の一般化

また、2004 年 5 月 4 日法は、労働協約締結のルールについても大きな改革を実現した。フランスでは、「代表的労働組合」が署名した場合には、たとえそれが少数組合であっても労働協約としての効力を認められていた。しかし、労働協約の機能が必ずしも労働条件の改善機能のみではなく調整的機能に変容してきたことから、少数組合のみが署名した労働協約の

⁵⁴ このほか、特定の職業を対象とした職業別協定 (accord professionnel)、事業場を適用範囲とした事業場協定 (accord d'établissement) も存在する。また、2004 年 5 月 4 日法により企業グループレベルでの交渉・協約締結が可能となっている。

⁵⁵ 2004 年 5 月 4 日法の内容と概説については、前掲注 1 の概説書のほか、Liaisons sociales quotidien, 13 mai 2004 n°8482, Législation sociale を、また、同法に関する分析として、Droit social 誌 2004 年 6 月号掲載の諸論文 (Marie-Armelle Souriac, L'articulation des niveaux de négociation, pp.580 以下他) を参照した。同法の意義については、奥田香子「団体交渉・労働協約法制の改革—2004 年 5 月 4 日法の意義 [海外労働事情 36 フランス]」労働法律旬報 1594 号 (2005 年) 24~27 頁を併せて参照されたい。なお、2004 年 5 月 4 日法に示された考え方は、1995 年 10 月 31 日の職際全国協定及び 2001 年 7 月 16 日の職際全国協定 (「共通見解」) において労使が形成してきたものである。

正統性が問題になってきた。この問題についても特に 1980 年代からさまざまな対応がなされてきたが、2004 年 5 月 4 日法は、いわゆる「多数性原則 (principe de majorité)」を一般化することにより、労働協約の締結・適用に多数組合の関与を入れるという方向で従来のルールを変更した (L.132-2-2 条)。

c. 企業レベルにおける従業員代表の関与の拡大

企業内に組合代表委員が存在しない場合⁵⁶には、原則として企業レベルでの労働協約の交渉及び締結を行うことができない。これについても 1980 年代からの法改革により、幾つかの分野（特に労働時間に関する協定）で、従業員代表との間での例外的な協約交渉・締結が認められてきた。2004 年 5 月 4 日法はこれをさらに一般化した。

イ. 労働協約の法制度

ここでは、各レベルで締結される労働協約に共通する一般法の概要を中心に紹介し、必要な限りで各レベルに特有の制度内容に言及することとする。

(7) 労働協約の締結（署名）当事者

労働協約の締結（署名）当事者は、使用者側は使用者（自然人もしくは法人）又は使用者団体であり、労働者側は代表的労働組合である (L.132-2 条)。代表的労働組合とは、全国レベルで歴史的経緯から代表性を認められている 5 つの労働組合（具体的には、CGT, CFDT, CFTC, CGT-FO, CFE-CGC⁵⁷）及びこれに加入している労働組合のほか、当該労働協約の適用範囲で個別に代表性を証明した労働組合である。

企業レベルについても、労働協約の労働者側当事者は代表的労働組合でなければならず (L.132-19 条)、また、企業交渉については、当該企業内の代表的労働組合と使用者との間で行うこと (L.132-19 条)、交渉担当者には組合代表委員を含むこと (L.132-20 条) が定められている。

ところで、組合代表委員が存在しない中小企業において企業交渉・協約締結を促進するための法改革が展開されてきたことは前述のとおりであるが、2004 年 5 月 4 日法は次のようにルールを一般化した (L.132-26 条)。まず、①組合代表委員が存在しない企業の場合、従業員代表、すなわち企業委員会選出委員又はこれが存在しない場合は従業員代表委員が交渉・協約締結を行うことができる。ただし、この協定の有効性は部門レベルの全国労使同数委員会による承認が必要とされている (L.132-26-II 条)。次に、②組合代表委員も従業員代表も存在しない企業の場合、全国レベルで代表的な一又は複数の労働組合により明示的に委任された労働者が交渉・協約締結を担うことができる。ただし、この協定の有効性は、労働者の全体投票において有効投票の過半数での承認が必要とされる。これを欠く場合には同協定は書かれていないものとみなされる (L.132-26-III 条)。なお、①②いずれの場合にも、あ

⁵⁶ 組合代表委員は従業員 50 人以上の企業で組合支部を設置している代表的労働組合が指名できることとなっているので、小規模な企業には存在しないことに加え、特に中小企業においては労働組合が定着していないことから、実態面でも企業交渉・協約締結が難しくなっていることへの対応が検討されてきたものである。

⁵⁷ 前掲注 3 参照。

らかじめ拡張部門協約にその可能性が定められなければならない。

(イ) 作成手続

労働協約締結のための交渉は、交渉当事者が定めたルールに従って行われる。労働協約・協定は書面で作成しなければならない、それを欠く場合には無効である（L.132-2 条）。また、判例上、締結当事者の署名がなければならないとされている⁵⁸。協約文書は、県労働雇用局及び労働審判所書記課に寄託して公表しなければならない。

交渉に際しては、実質的な議論を展開するための事前の情報提供や、交渉に参加する労働者に対する賃金支払いに関する義務（あるいは可能性）が定められている⁵⁹。

(ロ) 記載内容

労働協約の記載内容について法律による定めは存在しないので、その内容決定は原則として当事者の自由に委ねられている。ただし、公序の規定に反することはできない。すなわち、L.132-4 条は、「労働協約は現行法令の規定よりも労働者に有利な規定を含むことができる。その規定は、これらの法令の公序の規定に違反することはできない」と定めている。社会的公序といわれるこの原則により、労働協約は、特例協定（*accord dérogatoire*）の場合を除き、法令の規定を下回る内容を定めることはできない。また、スライド条項の禁止や、個別労働紛争を審理する労働審判所の管轄⁶⁰など、有利不利にかかわらず適用されるいわゆる絶対的公序の規定には違反することができない。

(ハ) 効果

a. 有効性要件

労働協約としての効力が認められるためには、正式な権限を有する者によって署名されたことが必要である。そうでない場合、それは「労働協約」とは認められないので、判例により使用者の一方的債務負担行為と判断される。従来は、たとえ少数組合であっても「代表的組合」による署名によって労働協約としての効力が認められ、組合の多数による署名というルールは例外的にしか存在しなかった。しかし既述のとおり、2004年5月4日法でこのシステムは変わり、多数性原則が導入された。

部門協約の有効性⁶¹は、拡張された手順協定（*accord de méthode*、当該部門で締結された労働協約・協定の有効性は、このレベルで労働者の多数を代表する一又は複数の組合組織による署名に従うということを定めた協定）の有無によって2つに区別される。まず、①拡張

⁵⁸ 破毀院社会部 2002年1月8日判決（Cass.soc., 8 janvier 2002）。

⁵⁹ 例えば、部門別協約の交渉では、①使用者側当事者は交渉の15日以上前に、代表的労働組合に報告書を送付しなければならない。報告書には、当該部門の経済・社会状況、とりわけ、雇用状況、カテゴリー別・性別の平均実質賃金の推移に関する情報が含まれる。②交渉に参加する労働者の報酬について、法律に直接の支払い義務が定められているわけではないが、賃金の維持あるいはその喪失に対する補償に関する規定などを労働協約に定めることが要請されている（L.132-17 条）。

⁶⁰ 契約当事者間で生じる紛争の解決を仲裁に委ねるとする仲裁条項の有効性は認められない。また、労働審判所の管轄に関する労働協約上の適用除外条項は書かれていないものとみなされる（L.511-1 条）。

⁶¹ 職協協定の有効性は、当該協定の適用範囲にある代表的労働組合の多数による拒否権行使の不存在によって認められる。

された手順協定がない場合、当該協定の適用範囲にある代表的労働組合の多数によって拒否権が行使されないことが必要である〔＝コンセンサスによる多数性：**majorité de consensus**〕。次に、②拡張された手順協定がある場合、労働協約の有効性は当該部門の労働者の多数を代表する一又は複数の組合組織によって署名されたものでなければならない〔合意による多数性：**majorité de consentement**〕（新 L.132-2-2 条）。

同様に、企業協約が有効であるためには、①部門別協約に定めがある場合には、コンセンサスによる多数性あるいは合意による多数性により、②部門別協約に定めがない場合には、コンセンサスによる多数性により、「多数性原則」を満たすことが必要になる。

b. 効果

有効な労働協約は、規範的効力（強行的効力及び自動的効力）によって個別労働契約を規律する（L.135-2 条）。当該労働協約に拘束される使用者との間で締結されているすべての労働契約に、労働者の組合所属とは関係なく適用される。協約基準に満たない労働契約の部分は協約基準によって置き換えられることになるが、労働協約の内容は労働契約の内容になるのではないとする見解（外部規律説）が、学説・判例のほぼ一貫した立場である⁶²。つまり、労働協約の適用によって契約内容が無効になるのではなく、一時的に受容されるにすぎないので、一時的に代替していた労働協約が失効すれば労働契約の内容が復活すると考えられているのである。なお、労働者は労働協約によって定められた有利な労働条件内容を放棄することはできないと解されている⁶³。

(3) 各労働条件規制手段の相互関係・実態

ア. 労働契約の機能と労働協約との関係

労働契約と労働協約の相互関係を規律する原則は、前述のとおり階層秩序と有利原則であり、労働協約を上回る部分を労働契約が定めることになっている。しかし、実際の労働条件決定においては、労働協約がさまざまなレベルで重要な役割を果たしており、労働協約基準を上回る労働条件内容を労働契約で獲得することは（労働者の職業上の地位によっても異なると思われるが）必ずしも一般的であるとはいえない。労働協約は、部門別協約の拡張適用制度をも媒介にして 90%以上の適用率があるといわれる。レベル別では、賃金は部門別協約の影響力がいまだ強く、労働時間などについては、部門別協約で設定された枠組みを企業・事業場レベルで具体化するという状況がみられるようである⁶⁴。

もっとも、労働条件決定における労働契約の役割も過小評価してはならないであろう。とりわけ、労働契約に挿入される個別条項は、労働条件決定に関する当事者意思の解釈に重要な意味を持つ。それは、後述する労働条件変更との関係で、労働条件の固定性を保障する機

⁶² 破毀院社会部 1988 年 2 月 25 日判決（Cass.soc., 25 février 1988）。集团的規範は労働契約とは法源的に異なるものと解されている（Philippe Waquet, *Contrat de travail et statut collectif*, RJS 1994, p.399）。

⁶³ 破毀院社会部 1988 年 3 月 3 日判決（Cass.soc., 3 mars 1988）。

⁶⁴ フランス企業A社（製造業）における聴き取り調査による。

能と柔軟性を保障する機能の両方を発揮することになる。

イ. 協約間のルールの変更と労働契約との関係

労働協約と労働契約の関係について述べた階層構造と「有利性」原則による関係づけは、広く労働条件決定にかかわる法源（法律と労働協約、各レベルの労働協約相互）を関係づける原則となってきた。ところが、この原則に関して、法律と労働協約、労働協約間関係には大きな変化が続いてきた。簡潔に言えば、有利性原則に当てはまらない不利なケースでも、法律の規定に反する労働協約の締結を許容したり、部門別協約に反する企業協定の締結を許容するという内容の法改正が続いてきたのである。その契機となったのが 1982 年労働法改革の際に導入されたいわゆる「特例協定（accord dérogatoire）」であったが、2004 年 5 月 4 日の法律はこうした方向をさらに推し進めるものである。

しかし一方で、企業協定への分権化も事前の部門別協約の締結を条件としている場合があるなど、必ずしも徹底したものではない面が多々みられる。また、こうした分権化の動向を労働契約と関係づけてみると、一連の労働協約制度の改革は、とりわけ下位レベルでの労使交渉による労働条件決定の余地を広く認めるものであると同時に、それによって、個別労働契約による不利な適用除外を認めない、あるいは枠づけることにもなっているのである。

なお、労働協約と労働契約の関係づけには特に変化はないが、最近の労働時間短縮に関する法律によって、後述する労働契約変更のルール及び解雇の性質決定のルールが例外的に修正されたことも注目される⁶⁵。

ウ. 就業規則

就業規則は、前述のとおり、1982 年法改革によってその対象事項を限定されることになった。したがって、契約的性質の条項や団体交渉の領域に属する事項はその対象外になる。この点では、賃金などに関する集団的労働条件決定・変更の重要な手段になっている日本の就業規則の位置づけとは相当に異なっている。また、実態としても就業規則の労働条件決定へのかかわりはないとされている⁶⁶。

もともと、就業規則の対象となっている規律事項については、「規律（discipline）」という概念をめぐって解釈上の問題も生じている⁶⁷。また、対象外事項であっても、労働者に有利な内容が定められている場合（諸手当等）には使用者の一方的債務負担行為となり、ルールに従って破棄されていない場合には使用者を拘束する⁶⁸。

⁶⁵ 2000 年 1 月 19 日の第 2 次オプリー法（30 条の I）（L.212-3 条）は、「労働時間短縮協定の適用から生じる労働契約上の労働時間数の単なる減少は、労働契約の変更にはあたらない」と定め、同条の II は、「一又は複数の労働者が労働時間短縮協定の適用から生じる労働契約の変更を拒否する場合、当該労働者らの解雇は経済的理由によらない個別的解雇である」と定めた。これらの規定は、後述する労働契約変更のルールと解雇の性質決定のルールとは異なるものである。

⁶⁶ 聴き取り調査による（パリ労働審判所書記課 Jacques Louis Bourquencier 氏、フランス企業 A 社）。

⁶⁷ また、労働者に周知するための一定の通知事項（IT 化による遠隔監視、警備員に対する身体検査の権利など）が就業規則に含まれる例もあり、就業規則に含まれる規定が多様化しているという面も指摘されている（パリ労働審判所書記課 Jacques Louis Bourquencier 氏からの聴き取り調査による。）。

⁶⁸ 破毀院社会部 1998 年 7 月 7 日判決（Cass.soc., 7 juillet 1998, Dr.soc. 1998, p.954）。ただし、労働契約の内

(4) 就業規則 (règlement intérieur)

ア. 規制の概要

(7) 作成義務

従業員 20 人以上の企業又は事業場においては、就業規則を作成しなければならない (L.122-33 条)。1 つの企業に複数の事業場がある場合には事業場単位で従業員数が計算されるので、20 人以上の事業場であれば原則として各々で就業規則を作成しなければならないが、別個に作成する特別の必要性がない場合にはすべての事業場を対象に 1 つの就業規則を作成することもできる。20 人未満の企業においても任意に就業規則を作成することは可能である⁶⁹。

なお、就業規則作成義務 (L.122-33 条) に対する違反のほか、下記の就業規則関連規定 (L.122-34 条～L.122-39 条) に対する違反には、罰金刑が予定されている (R.152-4 条)。

(4) 対象事項と内容上の規制

就業規則はその定義上、安全衛生と職場規律・懲戒に関する事項を対象とした文書であるとされている (L.122-34 条)。安全衛生に関しては、第 1 に、当該企業又は事業場における安全衛生に関する規則の適用措置、とりわけ L.230-3 条 [安全衛生に関する規定] に定められた指示が含まれる。第 2 に、危険が伴うと思われる場合に労働者の安全及び健康を守るための労働条件の改定につき、労働者が使用者の要請でこれに参加を求められる場合の条件もこれに入る。職場規律・懲戒に関しては、懲戒処分に関する一般的かつ常設的ルール、特に使用者が取ることのできる制裁措置の性質と段階を定めることとなっている。

このほかにも、同条によると、労働法典 (L.122-41 条) や労働協約に基づいて懲戒処分の際の手續において労働者に認められる防御権 (droit de défense) の明記に関する規定や、ハラスメントに関する規定、すなわち、性にかかわる権限濫用的行為及びモラル・ハラスメント行為の禁止に関する規定が記載事項として挙げられている。これらは先の安全衛生などに関する規定とは異なる表現で定められているが、就業規則の義務的記載事項であると解されている⁷⁰。

就業規則は法令及び労働協約に違反する条項を含むことはできない⁷¹。また、遂行すべき職務の性質によって正当化されない制約、達成されるべき目的に比例しない制約を、個人の自由及び権利に与えてはならない (L.122-35 条 1 項)。さらに、性別・習俗・性的指向・年齢・家族状況・出自・信条ないし宗教・身体的外見・姓・障害を理由として、同等の職業能力を有する労働者を、その雇用又は労働において侵害する規定を含むことはできない (同 2 項)。

容になるわけではない。

⁶⁹ 事業場には、各作業場での作業手順や安全ルールなどを記載したドキュメントが存在するようである。なお、就業規則に対するコントロールの潜脱をなくすため、同じ目的を持つあらゆる文書が就業規則と同視される。

⁷⁰ 就業規則は労働法典で列挙された事項以外の内容を含むことができないので、そのような場合には労働監督官が当該事項の削除を求めることになる。

⁷¹ 企業内慣行との関係は定かではないが、学説上は企業内慣行が優位すると解されているようである (Le code du travail annoté 24éd., p.267, J.Pélissier, A.Supiot, et A.Jeamnaud, op.cit., p.116)。

(ウ) 作成及び変更の際の手続

就業規則は書面で作成されなければならない (L.122-34 条)。また、それはフランス語で作成されなければならない、外国語での翻訳を伴う場合もある (L.122-35 条 3 項)。

就業規則を作成するのは使用者であるが、施行に先だって従業員代表の意見を聴取しなければならない (L.122-36 条 1 項)。企業委員会が存する場合には企業委員会が、それが存しない場合には従業員代表委員が意見を述べることになる。また、安全衛生に関する問題については安全衛生・労働条件委員会の意見も聴取しなければならない。従業員代表の意見は使用者を拘束するものではないが、使用者が諮問手続自体を行わなかった場合には、当該就業規則は無効になると解されている。

就業規則には施行日を記載しなければならないが、この施行日は、所轄の労働審判所への寄託と事業場への公示の手続が完了してから 1 ヶ月以上経過した日でなければならない (同 2 項)。公示措置と同時に、就業規則は企業委員会 (又は従業員代表委員、場合によっては安全衛生・労働条件委員会) の意見を付して、労働監督官に通知されなければならない (同 3 項)。これらの手続は、就業規則条項の改定及び削除の場合にも適用される (同 4 項)。公示措置や労働監督官への通知は使用者の義務ではあるが、それが遵守されていない場合であっても、労働者は就業規則の規定を援用することができる⁷²。

(エ) 労働監督官によるコントロール

労働監督官は、懲戒や安全衛生に関する規定の欠如、差別的規定、法令や労働協約に反する規定、人の権利や自由に反する規定、フランス語で作成されていない規定につき、何時でもその修正又は削除を求めることができる (L.122-37 条) が、その内容を自ら決めることはできないと解されている。労働監督官の決定は、理由を付して使用者に通知され、また、情報提供のために企業委員会等に通知される。これに対しては、2 ヶ月以内に地方労働雇用局長に異議を申し立てることができる (L.122-38 条)。

4. 労働条件の変更 (全般)

(1) 労働条件変更法理の全体像 (概説)

労働条件の決定・変更の手段は、集団的変更と個別的变化に大別される。集団的変更には、労働協約の改定・破棄、企業内慣行の破棄などがあり、個別的变化は労働契約による変更である。前述のとおり、集団的規範と個別契約とは独立した法源と捉えられており、集団的規範は個別契約に原則として化体することはない。したがって、労働条件変更法理においても、集団的規範の変更によって個別労働契約に基づく労働条件を変更することは原則としてでき

⁷² 破毀院社会部 2000 年 3 月 28 日判決 (Cass.soc., 28 mars 2000)。なお、使用者がこれを援用しうるかどうかにについては不明確なままである (Memo social 2004, p.904)。

ない⁷³。

近年の動向を概観すると、集团的規範の変動による労働条件変更の容易さと労働契約変更の困難さという大枠の図式が見られる。集团的規範の変動はそれに基づく権利に直接作用し、とりわけ企業内慣行の場合、使用者による一方的破棄が可能で、それに対する労働者の対抗措置も存しない。この点において、集团的規範に基づく権利は不安定にならざるをえない。これに対して、労働契約に基づく権利は相対的に安定していることが指摘される。とりわけ判例が労働契約上の権利を保護する傾向にあるといえる。

(2) 労働協約の変更

ア. 改定の手続と効果

(7) 手続

労働協約改定の条件及び手続は、当該労働協約・協定によって定められる（L.132-7 条 1 項）。使用者は、改定交渉をするに際し、元の協約に署名しなかった労働組合も含めて当該企業において代表的な労働組合すべてを交渉に呼び出さなければならない。ただし、当該協約の改定に関する追加協定（*avenant*）に署名する資格は、元の協約に署名した組合あるいは署名後に当該協約に参加した組合だけが享受するので（同条 2 項）、元の協約に署名せずかつ後にもそれに参加しなかった組合は、元の協約を改定することはできない。なお、労働協約の改定についても、労働協約の締結に関する多数性原則（L.132-2-2 条）に定められた諸条件に従うこととされている。

(4) 効果

改定の追加協定が有効に締結されると、それが元の協約の規定に取って代わって適用され、元の協約に基づいて規律されていた労働条件はその有利不利にかかわらず変更されることになる（L.132-7 条 3 項）⁷⁴。労働者は元の労働協約から発生していた権利及び利益の維持を主張することはできない。協約改定は、当事者双方の合意によって形成される点、さらには労働条件の突然の変容をもたらさない点において、一方当事者からなされる破棄を避けるための手段として重視されている。

イ. 破棄の手続と効果

(7) 手続

期間の定めのない労働協約は、それに定められた条件及び予告期間（明示の規定がなければ 3 ヶ月）に従って破棄することができる（L.132-8 条 1 項）。ただし、労働協約の部分的破棄は、それを認める条項が存在するなど当事者が合意している場合を除き、原則として認められない。労働協約を破棄する当事者は、当該協約の他方の署名当事者にそれを通知し、県

⁷³ 破毀院社会部 1988 年 2 月 25 日判決（Cass.soc., 25 février 1988）。

⁷⁴ 2004 年 5 月 4 日法によって L.132-7 条が書き換えられたことにより、旧条文の 3 項以下に定められていた拒否権行使に関する諸規定は廃止されている。

労働雇用局及び労働審判所書記課に寄託しなければならない（同条 2 項）。手続上のルールに反して行われた破棄は、判例により無効と解されている。

(1) 効果

破棄の効果はそれを行った当事者の範囲によって異なり、2 つのケースに大別される。

a. いずれかの署名当事者全体による破棄

使用者側の署名当事者全体（企業協定の場合には使用者）又は労働者側の署名当事者全体によって労働協約が破棄された場合には、破棄から 3 ヶ月以内に、当事者の一方からの要求により新たな交渉が開始されなければならない（同条 5 項）。新協約の締結に至るまであるいは予告期間満了から 1 年間は元の労働協約の効力が存続する（同条 3 項）。その後は効力を失うが、元の労働協約による個人的既得利益（*avantages individuelles acquis*）は存続し続けるものとされており（同条 6 項）、判例によると、この場合には当該利益が労働契約の内容となるものと解されている。

b. いずれかの署名当事者の一部による破棄

破棄が署名当事者の一部によって行われた場合、破棄していない当事者間にはその効果は及ばない（同条 4 項）。したがって、使用者側当事者の一部によって破棄された場合、破棄した使用者側当事者については適用されなくなるが、破棄していない使用者との契約関係には効力が生じ続ける。なお、労働者側当事者の一部が破棄した場合には、当該労働協約に拘束される使用者との労働契約には従来どおり適用され続けるため、特に変更は生じない。

(3) 企業内慣行の破棄

企業内慣行の破棄に関する手続については、法律に規定がなく、破毀院判例によってルールが形成されている。それによると、企業内慣行を破棄する際には、第 1 に、従業員代表及び利益関係を持つ対象労働者に通知しなければならない。第 2 に、その後の交渉を行うに十分な予告期間を設けなければならない（ただし、交渉義務はない。）。これらの手続的要件を欠く場合、破棄の効果は生じないと解されている。

手続的要件を満たしている限り、使用者は企業内慣行を一方的に破棄することができる。企業内慣行に基づく利益も労働契約には化体しないので、それから生じていた利益は完全に消滅する。なお、破棄理由の明示は必要でないというのが原則であるので、その合理性などの実体的要件が問われることはないが、使用者によって示された破棄の理由が違法である場合には当該慣行の破棄が無効になりうるという判例も見られる⁷⁵。

⁷⁵ 破毀院社会部 1996 年 2 月 13 日判決（Cass.soc., 13 février 1996）。

(4) 労働契約変更

ア. 判例法理の動向

労働契約に基づく労働条件を使用者が変更しようとする場合には、労働契約自体の変更が問題になる。労働契約の変更については一般的な法規定が存在せず、判例によってその法理が形成されてきた。

破毀院は従来、労働契約変更を「本質的 (**substantiel**) 変更」と「本質的でない (**non-substantiel**) 変更」という 2 つの種類に区分していた。しかし、1990 年代から、とりわけ 1996 年の諸判決を契機に、従来の区分に代えて、「労働契約の変更 (**modification du contrat de travail**)」と「労務遂行条件の変更 (**changement des conditions de travail**)」という新たな区分を用いて変更の効果を判断するようになった。つまり、契約の強制力 (民法典 1134 条 1 項 = 「適法に形成された約定は、それをなした者に対して、法律に代わる」) への回帰という方向で労働契約変更についての判例が再構成されたのであるが、これについては、破毀院が変更の大きさや影響の程度という柔軟な指標を排除して客観的基準での区分を重視したものと理解されている。

イ. 「労働契約の変更」と「労務遂行条件の変更」

「労働契約の変更」とは労働契約の要素の変更であり、使用者は労働者の同意なしにこれを一方的に変更することができない。これに対し、「労務遂行条件の変更」とは、使用者が指揮命令権の行使として一方的に決定しうる変更である。どのような労働条件の変更が「労働契約の変更」に当たるかは、判例が形成してきた基準に基づいて判断される。労働契約の記載内容は契約要素を判断する指標を提供しているが、その記載内容すべてが必ずしも契約要素というわけではなく、単に情報的意味しか持たない記載もある。判例の蓄積から、主として次の 4 つの要素が労働契約の性質から導き出される要素であると判断されている。

(7) 第 1 に、報酬 (**rémuneration**) である。労働契約に基づく報酬⁷⁶については破毀院判例が特に厳格に解する傾向にあり、たとえわずかな変更であっても、またそれが労働者に有利な場合でも、労働契約の主要な要素であるがゆえに同意のない一方的変更は許されない。その対象には賃金額だけでなくその計算方法も含まれる。したがって、使用者が労働契約上の報酬を一方的に変更できるとする契約条項は認められないが、報酬の変動を一定の要件 (①客観的要素に基づくこと、②企業リスクを負担させないこと、③法定及び労働協約上の最低額を遵守すること) の下で規定することは認められている⁷⁷。

(4) 第 2 に、労働者の職務内容や責任の程度を定める格付 (**qualification**) である。格付の一方的変更は主として降格 (**rétrogradation**) について、特に懲戒処分として行われる場合に問題になる。破毀院は懲戒処分としての降格の場合についても一方的変更を認めて

⁷⁶ 労働契約以外の規範、すなわち労働協約や慣行に基づく報酬は、当該規範の帰趨によって決まる。

⁷⁷ 2002 年 7 月 2 日破毀院社会部判決 (Cass.soc., 2 juillet 2002)。

いないので、労働者による変更の拒否は解雇の真実かつ重大な事由にはならない⁷⁸。なお、格付に影響しない職務内容の変更は使用者の指揮命令権の範囲内で行うことができる。

(ウ) 第 3 に、労働時間 (*temps de travail*) である。労働時間の長さは労働契約の要素であるので、その短縮も原則として労働契約の変更にあたる⁷⁹。他方、労働時間配分 (時制) の変更は原則として労務遂行条件の変更にあたり解されているが、パートタイム労働者については特別な制度に従うことになっている (L.212-4-3 条)。

(エ) 第 4 に、労働場所 (*lieu de travail*) である。破毀院は、「地理的範囲 (*sécteur géographique*)」という概念を用いることにより、客観的に「労働契約の変更」になる場合——地理的範囲を超える移動——を画定しようとしている⁸⁰。ただし、後述するように、「移動条項 (*clause de mobilité*)」——あるいは逆に「特定条項 (*clause de stabilité*)」——がある場合には、地理的範囲という判断基準は用いられない。なお、労働場所が明確な条項で特定されていない限り、労働契約に記載された労働場所は情報的意味を持つにすぎないと判断した例もある⁸¹。

ウ. 変更提案の受諾及び拒否の結果

上記のような区分により、問題となっている労働契約変更が「労働契約の変更」と「労務遂行条件の変更」のいずれかに性質決定されることにより、それぞれに異なる制度が適用されることになる。

図 2-2-1 労働契約変更の諾否に関する図式

- 「労働契約の変更」 ⇒ 労働者が受諾 → 付加文書+新たな条件での労働契約関係の継続
- 労働者が拒否 → 使用者が断念
- 人的又は経済的理由による解雇
- 「労務遂行条件の変更」 ⇒ 労働者が受諾 → 新たな条件での労働契約関係の継続
- 労働者が拒否 → 使用者が断念
- 懲戒理由による解雇

出所 : A. Cristau, *op.cit.*, p.75.

⁷⁸ 2000 年 6 月 15 日破毀院社会部判決 (Cass.soc., 15 juin 2000)。このような場合に使用者がなすのは別の懲戒処分であるが、その際に懲戒処分の原因となった労働者の非行の程度が重大であれば解雇につながる。

⁷⁹ 週 35 時間労働法制の導入に伴う特別措置については、注 65 を参照。

⁸⁰ 1999 年 5 月 4 日破毀院社会部判決 (Cass.soc., 4 mai 1999)。なお、地理的範囲はおよそ 30 km 周囲に位置する範囲と解されているようである。

⁸¹ 2003 年 6 月 3 日破毀院社会部判決 (Cass.soc., 3 juin 2003)。

(7) 「労働契約の変更」に適用される制度

使用者は「労働契約の変更」を行う場合、まず当該労働者にこれを申し込むことになるが、判例によると、その際に十分な考慮期間を与えなければならないとされている⁸²。

使用者の申し込み内容が「労働契約の変更」であると判断される場合、使用者は労働者の同意なしに変更を命じることはできない。したがって、労働者が変更を受諾する場合と、これを拒否する場合とがありうる。

a. 労働者が受諾する場合

労働者が変更を受諾すれば、新たな労働条件で労働契約が継続されることになる。労働者の受諾は明示的でなければならず、沈黙や新たな条件での就労継続から黙示の受諾は推定されないという原則が確立されている⁸³。ただし、例外として、経済的理由による契約変更については法律上の規定があり、使用者の通知後、労働者が1ヶ月の検討期間内に拒否の意思表示をしなければこれをもって受諾とみなされる（L.321-1-2条）。

b. 労働者が拒否する場合

労働者が変更を拒否すれば、①使用者が当該変更を断念するか、②人的理由あるいは経済的理由による解雇を行うかのいずれかに帰結することになる。使用者が解雇に着手する場合でも、労働者の拒否自体は「真実かつ重大な事由」にはあたらないので、解雇の前提となった契約変更の理由が真実かつ重大な事由に当たるかどうかは裁判所で判断されることになる。また、使用者が合意を経ることなく「労働契約の変更」を強制した場合、労働者は労働契約を自ら解消した上で当該解消が解雇であるとの性質決定を求めることができ、判例はこうした契約解消を「真実かつ重大な事由」のない解雇であると判断している⁸⁴。

c. 実態

「労働契約の変更」に対して労働者が一般的にどのように対応するか、逆に労働者の拒否に対して使用者がどのような対応を取るかについては、統計的分析は存在しない。しかし、労働者の対応はその職業上の地位によって異なるという指摘がある。例えば、幹部職員（cadre）の場合には転勤を伴う移動の場合でも同意するのが一般的で、その際の条件（転勤地での条件及び戻ってからの条件等）が交渉されるようである。また、使用者の側でも、幹部職員に対して契約関係の解消を行う場合には、友好的な方法を取るのが一般的であるようである⁸⁵。

⁸² 2001年3月28日破毀院社会部判決では、あまりに短い考慮期間での変更申し出は労働契約を誠実に履行する義務に反するとして、使用者の損害賠償責任が認められている（Cass.soc., 28 mars 2001）。

⁸³ 1987年のラカン判決によって確立された原則である（Cass.soc., 8 octobre 1987, Bull.civ.V, n°541）。

⁸⁴ 労働者のイニシアティブによる契約解消を「解雇」と性質決定するという処理にいかなる理論的根拠があるのかという点については、野田進教授の研究により、「解雇の威嚇」又は「強制された辞職」（*démission forcée*）という考え方が提示されていることが明らかになっている（野田進『労働契約の変更と解雇』（信山社、1997年）83頁以下）。

⁸⁵ これらの点については、聴き取り調査による（パリ第10大学 Antoine Lyon-Caen 教授、労働担当省労働関係局、パリ労働審判所書記課 Jacques Louis Bourquencier 氏、フランス企業A社）。

(4) 「労務遂行条件の変更」に適用される制度

「労務遂行条件の変更」を労働者が拒否する場合にも、①使用者がこれを断念するか、②解雇に着手するかのいずれかに帰着する。しかしこの場合、労働者の拒否は使用者の命令に従わない行為となるので、懲戒解雇になる可能性がある。

(5) 配置転換と出向・転籍

ア. 配置転換・出向・転籍の区別と性格

配置転換等について明確な定義規定は存在しないが、配置転換 (*mutation*) とは、同一企業内での職及び労働場所の移動を意味し、出向 (*détachement*) とは、企業グループを含む他企業への一時的な移動を意味する⁸⁶。他企業への移動については、子会社などであっても別会社であるので、出向には労働者の同意が必要である。最近ではグループ企業内での移動が多くなってきているが、グループ企業内での出向の場合には、グループ内での団体交渉により労働協約に移動条項を設けておくのが一般的なようである⁸⁷。したがって、企業内での移動条項しか存在しない場合には、労働者の同意がなければグループ内での出向も認められない⁸⁸。なお、転籍についても当事者の合意が必要とされている。

イ. 配置転換と移動条項

(7) 法的規制

前述したように、労働場所は労働契約の主要な要素と考えられているため、労働者の同意なしに変更することはできない。そして労働場所の変更は、「地理的範囲」に入るか否かによって「労働契約の変更」か「労務遂行条件の変更」かに区別される。しかし他方で、労働契約に移動条項（労働者が使用者の命じる場所で働くことを事前に同意するもの）が挿入されていれば、上記の区別による判断ではなく移動条項の解釈によって判断されることになる。判例は移動条項の有効性を原則として認めており、労働者は移動条項に定められた範囲内で配置転換に応じなければならない。したがって、これに対する拒否は命令違反となり、一般的には重い非行による解雇と判断される⁸⁹。

もっとも、かかる条項の有効性は無制限に認められているわけではない。まず、移動条項が労働者を拘束するためには、労働者がそれを受諾し、労働者が署名した労働契約の中に記載されていなければならない⁹⁰。使用者は移動条項の追加を労働者に提案することもできる

⁸⁶ 小早川真理「労働者のグループ会社間移動と労働契約—内容と責任帰属の決定に関するフランスの議論を中心に—」九大法学（2002年）333頁以下によると、フランスにおける会社間移動の形態は、当該移動が「一時的であるか終局的であるか」によって区分され、一時的でありかつ使用者の要請による業としない移動の場合が「出向」に当たるとされている。同じく使用者の要請によるものでも、移動が終局的である場合には「労働者の移転」として区分されている。

⁸⁷ パリ第10大学 Antoine Lyon-Caen 教授からの聴き取り調査による。

⁸⁸ 1つの同じ経済体 (*une meme entité économique*) を構成する2つの会社間での移動は拒否できないとした判決も、例外的ではあるが見られる（破毀院社会部 2001年5月9日判決）、*Mémo social* 2004, p.788.

⁸⁹ 破毀院社会部 2000年3月21日判決（*Cass.soc.*, 21 mars 2000, *Dr.soc.*2000, p.651）。

⁹⁰ 破毀院社会部 1998年4月2日判決（*Cass.soc.*, 2 avril 1998, *RJS* 1998 n°564）。

が、それは労働契約の変更となるので労働者の同意が必要である⁹¹。労働協約に移動条項が規定されることもあるが、この場合には、採用時にこの規定の存在が明確に知らされなければならない。したがって、採用後の労働協約による移動義務の定めはすでに雇用されている労働者を拘束しない⁹²。さらに、労働者に住居の移転を余儀なくさせる場合には、ヨーロッパ人権条約第 8 条に従い、当該移動が、「企業の正当な利益の保護に不可欠で、当該労働者の従事する雇用や労働に鑑み、達成されるべき目的に比例していなければならない」と判断されている⁹³。また、配転によって過度の被害（不利益）を被らない別の人を配転させることができたにもかかわらず、危機的家族状況にある労働者の配置転換を使用者が選択した場合に、移動条項の適用による当該配転命令が権利濫用になると判断した例もある⁹⁴。

なお、保護対象労働者⁹⁵については、移動条項が存在する場合であっても、労働者の同意なしに移動を命じることはできない。

(4) 実態

配置転換は、労働者の職務上の地位や種類によってその頻度や捉え方が異なるようである。例えば、現業労働者の場合は移動が少なく、近接工場間での一時的な応援程度であるのに対し、営業や販売の従業員の場合には一定の範囲の移動がある。さらに幹部職員になると経営管理を学ぶという点からも様々な職務や場所に移動することが推奨されている⁹⁶。移動条項は、従来は幹部職員の労働契約に含まれることが多かったが、最近の傾向として、他の労働者の労働契約にも一般化してきていると指摘されている⁹⁷。

住居の移転を伴う配置転換の場合には、労働者の同意を前提にするとともに、労働協約等で移動の範囲に応じた配慮的措置（引越し費用、手当等）を設けることがあるようである。また、こうした措置は、移動を促進するという観点から使用者の一方的決定で行われることもあるようである⁹⁸。

(6) 「変更解約告知」に相当する議論（労働条件変更拒否に対する解雇）の位置づけ

この点については、前述の「労働契約の変更」に適用される制度」（4 (4)ウ(ア)）で、変更が解雇に帰結する制度内容を取り上げたが、その分析等については、後述の「『変更解約告知』に相当する制度」（8 (3)）で扱うこととする。

⁹¹ 破毀院社会部 1999 年 11 月 24 日判決（Cass.soc., 24 novembre 1999, RJS 2000, n°14）。

⁹² 破毀院社会部 2002 年 6 月 27 日判決（Cass.soc., 27 juin 2002 RJS 2002, n°1074）。

⁹³ 破毀院社会部 1999 年 1 月 12 日判決（Cass.soc., 12 janvier 1999）。

⁹⁴ 破毀院社会部 1999 年 5 月 18 日判決（Cass.soc., 18 mai 1999, Dr.soc. 1999, p.734）。

⁹⁵ 前掲注 6 参照。

⁹⁶ フランス企業A社（製造業）における聴き取り調査による。

⁹⁷ パリ労働審判所書記課 Jacques Louis Bourquencier 氏からの聴き取り調査による。

⁹⁸ フランス企業A社（製造業）における聴き取り調査による。

5. 懲戒 (sanction disciplinaire)

(1) 規制の概要

ア. 懲戒権限の根拠及び概念

使用者の懲戒権限の法的根拠については、当初、契約的解釈が試みられたが、その後に破毀院が、契約上の懲戒権の行使としてではなく企業主に固有の懲戒権限として捉える制度的解釈を採るようになった。その後、1982年の立法改革により、懲戒権限の根拠を特に問題にすることなく、懲戒処分を内容と手続から規制して司法的コントロールにかけることによってその濫用に対する労働者の保護が図られることになった。

懲戒とは、「使用者が非行であると考える労働者の行動の結果使用者によって取られた、口頭での注意を除くあらゆる措置をいい、この措置が企業における労働者の存在、職務、職歴、又は報酬に直ちに影響を及ぼすか否かを問わない」(L.122-40条)と定義されている。

イ. 懲戒の理由となる非行 (faute)

懲戒の理由となりうる非行の内容は極めて多様であるため、法律に具体的な定めはない。上記の定義からは、「使用者が非行であると考える労働者の行為」と解される。ただし、判例によると、①私生活領域に属する労働者の行為、②適法性のない義務に対する違反行為、③権利行使に当たる行為などは、懲戒を正当化する非行には当たらない。

ウ. 懲戒の内容

懲戒処分の内容についても法律には具体的な定めがなく、「使用者が非行であると考える労働者の行為の結果使用者によって取られた、口頭での注意を除くあらゆる措置」(L.122-40条)と広く定められている。ただし、罰金等の金銭的制裁は禁止されている(L.122-42条)。また、法律に列挙された理由——出自・性別・習俗・家族状況・民族への帰属・国籍・人種・政治的意見・組合活動・共済活動・争議権の行使・宗教的信条——による差別的な懲戒は無効である(L.122-45条)⁹⁹。さらに、使用者が行う懲戒が労働者の非行の程度に比例していない場合には取り消されることがある(L.122-43条2項)。

エ. 懲戒の手続

懲戒の手続的規制は、まず1973年7月13日法により解雇に関して導入されたが、その後の1982年8月4日法によって一般的な手続保障が規定された。これにより、すべての使用者は懲戒処分を行うに当たって法定の手続に従う義務がある(L.122-41条)。また、法定手続に加えて労働協約や就業規則がさらなる手続を定めている場合(例えば懲戒委員会の設置等)、使用者はこれを遵守しなければならない。なお、使用者が行う懲戒処分の内容及び段階は就業規則の義務的記載事項である(L.122-34条)ので、懲戒処分を行う場合にはこれらを

⁹⁹ セクシュアル・ハラスメントおよびモラル・ハラスメントについては、不利益な取扱いを禁じた包括的規定により、ハラスメント行為を受けたもしくは拒否した、又はそれを証言したことを理由に懲戒を行うことが禁止されている(L.122-46条, L.122-49条)。この規定に違反する行為は拘禁刑および罰金刑の対象にもなる。

就業規則に定めていなければならない。

懲戒を行う場合には、懲戒の対象となる非行の内容を書面で同時に労働者に明らかにしなければならない。なお、使用者は、非行の事実を知った日（非行が行われた日ではない。）から起算して2ヶ月以内に懲戒手続を開始する必要があるが、2ヶ月を経過すれば懲戒手続に着手することはできない（L.122-44条）¹⁰⁰。

懲戒が警告（*avertissement*）などの軽微な措置にとどまる場合には、この書面による通知で足りる（簡易手続）。

懲戒の程度がより重い場合（戒告、出勤停止、配置転換、降格等）には手続もより複雑になる（通常手続）。まず、使用者は当該労働者を事前面談に呼び出さなければならない（L.122-41条2項）。呼出は書面により目的・日時・場所を明記して行う。次に、事前面談において、使用者は懲戒理由を示し、当該労働者の弁明を聴かななければならない。その際、労働者は、企業内の従業員又は外部の助言者に同席してもらうことができる。その後の書面による懲戒の通知は、事前面談日の1日後以降でなければならないが、また1ヶ月以内に行わなければならない（L.122-41条2項）。懲戒の決定は書面で、理由を付記して当該労働者に通知しなければならない。

なお、労働者の非行の内容から見て当該企業への出勤を即時に停止することが正当であると判断される場合、使用者は処分が確定するまでの間についても仮の出勤停止（保全的出勤停止措置）¹⁰¹を言い渡すことができる。

使用者は同じ非行について複数回の懲戒を行うことはできないと解されている。もっとも、繰り返し行われた同じ性質の非行により厳格に対応するために、以前の非行の事実を考慮することは可能である。ただし、懲戒手続の開始から3年以上前に行われた懲戒を考慮することはできない（L.122-44条2項）。

オ. 司法的コントロール

懲戒を受けた労働者は、労働審判所に懲戒処分取消請求あるいは損害賠償請求を行うことができる。こうした訴訟を通じて、①懲戒手続の適法性（使用者の取った措置は懲戒か、適用される手続はどれか、手続がすべて遵守されたか）、②懲戒理由となりうる非行の存否（使用者が指摘する事実が存在するか、かかる事実が「非行」に当たるか）（L.122-43条1項）、③懲戒処分の適法性（金銭的制裁や就業規則に定めのない懲戒ではないか、懲戒内容が労働者の非行と不均衡ではないか）が、労働審判所によりコントロール対象とされている。

¹⁰⁰ ただし、この期間内に刑事手続を開始した場合を除く。

¹⁰¹ 保全的出勤停止措置は、懲戒処分としての出勤停止とは異なり、それ自体は懲戒処分ではなく単なる暫定的な自宅待機の措置である。したがって、特別な通知方法は規定されておらず、また事前面談も不要である。ただし、通知に際しては保全措置であることを明らかにしなければならないが、それを怠った場合には当該措置自体が懲戒処分と解され、別の懲戒処分を言い渡すことができなくなるとする裁判例もある（破毀院社会部2002年6月19日判決；Cass.soc. 19 juin 2002）。

カ．違反の効果

手続違反¹⁰²、正当性の欠如、懲戒の比例性の欠如などが認められた場合、労働審判所は懲戒処分を取り消すことができる（L.122-43 条 2 項）¹⁰³——取り消さなければならないわけではない——。もっとも、労働審判所に懲戒処分を変更する権限¹⁰⁴はないので、取り消された懲戒に代わるより適切な懲戒を言い渡すことはできない。労働者が懲戒に異議を申し立てる場合、懲戒措置の正当性を証明する要素を裁判官に提出する責任は使用者にある。

6．休職制度

(1) 労働契約の停止

「休職」が、労働者側あるいは使用者側の事情で労働者の労務提供が一時的に不可能になる場合に、労働契約を終了させることなく一定の期間について契約関係を維持する措置であるとすれば、フランスの労働法制においてこれに最も近いのは「労働契約の停止 (suspension du contrat de travail)」という理論である。もっとも、労働法典の中には「労働契約の停止」を定義づける規定などは存在せず、特定の「制度」が形成されているわけではない。しかし、日本の「休職」よりも範囲の広い幾つかの休暇などを含めて、類似の事由に「労働契約の停止」の理論が用いられている。

そこで以下では、「労働契約の停止」に該当する主なケースについて述べておくことにする。

(2) 「労働契約の停止」に該当する主なケース

「労働契約の停止」に該当する主なケースには、①法律で義務づけられた休暇として、有給休暇、一定の祝祭日、代償休日が、②使用者の発意によるケースとして、部分失業、懲戒処分としての出勤停止、保全的出勤停止措置¹⁰⁵が、③労働者の発意による休暇のケースとして、教育・研究休暇、起業休暇、サバティカル休暇等があり、④労働者の私生活上の出来事として、病気、家族事情、拘禁等が、⑤集团的労使関係に関するものとして、従業員代表の職務の遂行、ストライキ権の行使等が、⑥公的活動として、労働審判官の職務の遂行、議員職の遂行等がある。これらの中には、①のケース以外でも、停止期間中の報酬が維持されるものもある（家族事情による休暇、従業員代表や労働審判官の職務の執行）。停止期間は停止理由ごとに定められている。

労働契約の停止期間中に義務の履行が停止されるのは、主たる債務（労働者の労務提供義務、使用者の賃金支払義務）だけであり、誠実義務などの付随的義務は履行停止の対象にな

¹⁰² 判例上、手続違反は実体上の瑕疵として扱われている。

¹⁰³ すべての懲戒に取消しが適用されるが、解雇の場合は別である。

¹⁰⁴ 例えば、非行内容と懲戒処分が比例的でない場合に、比例的になるように懲戒処分の重さを引き下げることができない。

¹⁰⁵ 前掲注 101 参照。

らない。したがって、契約が停止している労働者であってもこの期間中にいかなる不誠実な活動も行ってはならない。また、使用者の主たる債務である賃金支払いに関しては、法律上の定めがある場合（有給休暇等）や労働協約に定めがある場合には、履行が義務づけられる。実際、労働協約の多くが、停止期間中に賃金の全部又は一部を補填する手当を支払うことを使用者に義務づけているようである¹⁰⁶。

7. その他労働契約にかかわる権利義務関係

(1) 秘密保持義務

ア. 根拠

労働契約の履行期間中に労働者が秘密保持義務を負うことについては、労働契約にその旨を定めた条項が挿入されることがあるが、労働法典には労働契約上の義務として誠実義務（*obligation de bonne foi*）に関する一般条項も存する（L.120-4条）。したがって、秘密保持を義務づける契約条項は、職業秘密に関する法律上の義務（刑法典 226-13条¹⁰⁷）、とりわけ製造の秘密（*secret de fabrication*）¹⁰⁸に関する法律上の義務（L.152-7条¹⁰⁹）、さらには法律上の誠実義務を補強するにすぎないと説明されている¹¹⁰。

契約上の秘密保持義務条項によって労働者の義務が確認ないし補強される場合でも、それが労働者の表現の自由に過度の制限を加えるものであってはならない¹¹¹。

なお、秘密保持義務条項によって労働契約終了後にも労働者にその義務が課される場合がありうるが、この場合には、表現の自由の尊重という点からの制限に加えて、労働の自由の尊重という視点からの制限も考慮されるべきと指摘されている¹¹²。

イ. 内容

ここでは、企業秘密に接する労働者の労働契約に挿入された、秘密保持義務に関する特約の一例を挙げておこう¹¹³。関連する規定内容としては、①X〔会社〕内での職務の特殊性及び秘密性により、Y〔労働者〕は本契約の期間中、他の同業会社で同種の職務に従事しては

¹⁰⁶ J.Pélissier, A.Supiot, et A.Jeamaud, *op.cit.*, p.444.

¹⁰⁷ 職業上の理由等によって秘密の情報を保持する者がこれを漏洩した場合、拘禁刑および罰金刑が予定されている。

¹⁰⁸ 製造の秘密は、特許的発明だけでなく、競業相手に対して秘匿されるあらゆる改良、より広くは当該企業に固有のノウハウにまで及ぶとされている（François Gaudu et Raymonde Vatinet, *Les Contrat du travail*, 2001 LGDJ, pp.254）。

¹⁰⁹ 雇用されている企業において製造上の秘密を漏洩するあるいは漏洩しようとする行為には、拘禁刑および罰金刑が予定されている。

¹¹⁰ F. Gaudu et R.Vatinet, *op.cit.*, p.254.

¹¹¹ 破毀院社会部 2000年3月14日判決（Cass.soc., 14 mars 2000）は、企業に関する異常と思われる事実を労働監督官に知らせるといふ労働者の行為は、その事実が刑事的性質を持ちうるか否かにかかわらず、それ自体として非行にはあたらない」ということを明らかにした。破毀院はここで、事実審判事が、「労働者による告発（*accusation*）が虚偽であるか否かという問題を不明確なままにしたこと、虚偽であったとしても労働者が軽率に行動したのか悪意で行動したのかを検討しなかったこと」を批判している。

¹¹² F. Gaudu et R.Vatinet, *op.cit.*, p.255.

¹¹³ 筆者が入手した資料で、ある企業で企業秘密に接する職務を担当する労働者の労働契約書のモデルである。

ならない、②極めて重要な秘密を厳守するため、Yは自らが担当する研究及び作業内容を漏洩しないこと及び漏洩されないようにすることを約する、③その作業に関するいかなる質問についても、Xの事前の書面同意なしには公表等を行ってはならない、などが挙げられている。なお、実態として、こうした条項は、当該労働者が別の部門に移った後にも適用されたり、場合によっては研修者や見習者についても同様に扱われることがあるようである¹¹⁴。

(2) 競業避止義務 (obligation de non-concurrence)

ア. 労働契約期間中の義務

労働者は、労働契約を誠実に (de bonne foi) 履行しなければならない (民法典 1134 条, 労働法典 L.120-4 条)。こうした信義則上の義務の一環として、労働者は、前述の秘密保持義務と同様に、労働契約の履行期間中には競業避止義務を負い、自身のためであれ第三者のためであれ競業的活動に従事することを禁じられている。これは競業避止義務条項の存否とはかかわりなく、また、それが労働者に周知されている必要はない。競業避止義務に反する行為は重い非行や過重な非行となる。

イ. 労働契約終了後の義務

労働契約〔終了〕後の競業避止義務は、競業避止義務条項 (clause de non-concurrence) に基づいて負うことになる。

(7) 根拠

競業避止義務条項は、労働契約によるものと労働協約によるものとがある。労働契約の条項による場合、それが契約締結時に規定されなかったならば、契約履行中の追加は労働契約の変更にあたるので、労働者の同意を要する。労働協約の規定による場合には、競業避止義務を定めた労働協約が適用されることを労働者が採用時に知りえたことが、適用の条件になる (使用者が書面で通知することまで必要としているわけではない。)

(4) 有効性要件

競業避止義務条項は、労働者の職業の自由の原則を過度に否定しない限りは有効である。競業避止義務条項の有効性要件は破毀院判例の積み重ねによって形成されてきたが、破毀院は徐々に限定的な条件を課してきた。今日では 4 つの要件の充足が要請されている¹¹⁵。すなわち、①当該労働者の雇用の特殊性を考慮していること、②企業の正当な利益の保護に不可欠であること、③時間的かつ場所的に限定されていること、④金銭的代償——この代償は、労働者が競業避止義務を遵守する場合に限り、その遵守した期間について支払われる——が義務づけられていることである。これら①～④のすべての要件を満たすことが必要であり、1 つでも欠ければ当該条項は無効とされる (ただし、この無効は労働者だけが主張できる相対無効 [nullité relative] である。)

¹¹⁴ フランス企業 A 社 (製造業) における聴き取り調査による。

¹¹⁵ 破毀院社会部 2002 年 7 月 10 日判決 (Cass.soc., 10 juillet 2002, Dr.soc. 2002, p.949)。

(3) 安全配慮義務¹¹⁶

破毀院社会部の判例によると、使用者は労働契約に基づく結果債務としての安全配慮義務 (*obligation de sécurité de résultat*) を負っている¹¹⁷。一方で、破毀院刑事部では企業主の一般的な安全配慮義務 (*obligation générale de sécurité*) を認めてきた。この考え方は 1989 年 6 月 12 日の EC 指令に取り入れられ、1991 年 12 月 31 日法で国内法化されて労働法典に関連規定が挿入されている。

労働法典 L.230-2 条は、「事業場の長は、派遣労働者を含む当該事業場の労働者の安全を保証し、その身体的かつ精神的な健康を保護するために必要な措置を取る」と定めている¹¹⁸。その上で、その措置の内容——危険予防、情報提供、安全教育の 3 つの活動に大別される——を明らかにするとともに、その実施に当たっての事業場の長の義務をより詳細に定めている¹¹⁹。なお、各労働者にも自分自身や他者の安全及び健康に留意することが義務づけられている (L.230-3 条)¹²⁰。

なお、社会保障法 (1898 年 4 月 9 日の労災補償法) には、無過失賠償責任制度が設けられている。

(4) 労働者の損害賠償責任

労働者に何らかの非行があった場合、前述のとおり使用者は法律に定められた一定の条件内で懲戒権限を行使することができる。一方、このような場合には、使用者が労働者に直接民事的責任を問うこと、すなわち労働者の契約上の非行に起因した損害の賠償を請求することも選択肢として存在しうる。また、懲戒か民事責任かのいずれを選択するか、それらを重複させることができるかという問題について、法律上特別の制約は存しない。

この問題については、破毀院社会部判例の蓄積により、労働者は過重な非行 (*faute lourde*) の場合にしか使用者に対して民事責任を負わないという原則が確立され、適用されている¹²¹。こうした判例法理は、民法の考え方の例外となるが、これを正当化する論理としては、労働者の従属状態、労働者の支払い能力の限界、実行者の軽率さは企業の通常のリスクであるという考え方などが援用されている。

なお、実務上、労働者が使用者に対する損害賠償を命じられるのはまれなようである。

¹¹⁶ なお、安全衛生に関しては、労働監督官が広く監視権限を有するとともに、企業内の安全衛生・労働条件委員会による関与が制度化されている。

¹¹⁷ 破毀院社会部 2002 年 2 月 28 日判決 (Cass.soc., 28 février 2002, Dr.soc. 2002, p.445)。

¹¹⁸ 事業場の長である個人に課せられる、安全を保証して労働者の健康を保護するという法律上の義務と、使用者 (一般的には法人) を債務者として労働者を債権者とした労働契約上の安全保証債務とは区別する必要がある。この点については特に、J.Pélissier, A.Supiot et A.Jeamaud, *op.cit.*, p.208。

¹¹⁹ 安全衛生に関する諸規定に違反した使用者等には、拘禁刑及び／又は罰金刑が予定されている (L.263-2 条)。

¹²⁰ なお、この義務は使用者や事業場の長の責任の原則に影響を与えないものとされている (L.230-4 条)。

¹²¹ 破毀院社会部 1985 年 11 月 27 日判決 (Cass.soc., 27 novembre 1985)、破毀院 AP2000 年 2 月 25 日判決 (Cass.Ass.plen., 25 février 2000)。こうした責任制限はさらに発展し、ここ 10 年程の間に破毀院社会部は、過重な非行について「使用者や企業を害する意図」によるとの判断も示している。

8. 労働契約の終了

(1) 解雇

ア. 解約自由の原則と制限

労働法典 L.122-4 条(民法典 1780 条に関連)は、「期間の定めなく締結された労働契約は、契約当事者の一方の発意により、何時でも終了させることができる」と規定し、解雇を含む解約の自由を定めている。しかし他方で、これを規制する詳細な解雇制限のルールが労働法典及び判例によって形成されている。

解雇は、その性質決定により、人的理由による解雇 (*licenciement pour motif personnel*) と経済的理由による解雇 (*licenciement pour motif économique*) に区別される。人的理由による解雇に関する法規制を主たる共通規制として、経済的理由による解雇には特別の法規制が付加的に適用される構造になっている。人的理由による解雇と経済的理由による解雇とでは、適用される規制内容(特に手続面)が異なるため、この性質決定は重要な意味を持つことになる。また、いわゆる「禁止された解雇 (*licenciements prohibés*)」で無効になるカテゴリーが存在し、これには解雇無効に対する特別の措置が予定されている。

イ. 人的理由による解雇

(ア) 定義

人的理由による解雇の定義は法定されておらず、経済的理由による解雇の定義に入らない解雇はすべて人的理由による解雇となる。具体的には、能力不足や疾病など労働者の個人的状況を理由として行われる解雇と、労働者の非行を理由として行われる解雇とがある。人的理由による解雇が適法であるか否かは、実体的要件と手続的要件から判断される。

(イ) 実体的要件

実体的要件は、当該解雇に「真実かつ重大な事由 (*cause réelle et sérieuse*)」が存在することである。解雇理由の真実性は、①その理由が実際に存在するかどうか、②その理由が解雇の真の理由であるかどうかという点から判断される。その上で、解雇理由の重大性は、企業にとって労働の継続を不可能とし解雇を必要とするかどうかという点から判断される。非行による解雇の場合には、重大な事由の判断は、その非行の程度が「重大な非行 (*cause sérieuse*)」——これは4段階ある「非行」の程度¹²²のうちで「軽い非行 (*faute légère*)」と「重い非行 (*faute grave*)」の中間に位置する——に当たるかどうか、またそれ以上であるかどうかによると解されている。なお、「信頼の喪失 (*perte de confiance*)」や「不和 (*mésentente*)」などの主観的理由はそれ自体では解雇理由になりえず、それを示す客観的要素だけがその事由となりうる¹²³。

¹²² 非行 (*faute*) の程度には、軽い方から「軽い非行」、「重大な非行 (*faute sérieuse*)」、「重い非行」、「過重な非行 (*faute lourde*)」の4段階があり、後述するように解雇補償金支払いの要否などにも関係する。

¹²³ 1990年11月29日の判決による判例変更である (Cass.soc. 20 novembre 1990, Dr.soc.1992, p.32)。

訴訟においては、両当事者から提出される証拠に基づき、裁判官が事由の真実性と重大性を評価する（L.122-14-3 条 1 項）。1989 年 8 月 8 日法以降、「疑いが残る場合は労働者の利益に」という原則に基づき（L.122-14-3 条 2 項）、証明のリスクは使用者が負う¹²⁴。

（ウ） 手続的要件

手続規制は労働法典によって詳細に定められている。人的理由による解雇の手続は、①事前面談への呼出、②事前面談、③労働者への解雇通知の 3 段階からなり（L.122-14 条）、原則としてすべての手続規制のベースとなる。なお、非行を理由とした懲戒解雇の場合には、懲戒の手続も必要とされる。就業規則に定められた懲戒手続が遵守されなかった場合、当該解雇は真実かつ重大な事由がないものと解される¹²⁵。

a. 事前面談への呼出

呼出は書留郵便あるいは受領書と引き換えに直接本人に渡される書面によって行われる。呼出状には、①面談の目的、②日時と場所、さらに、③補助者の同席の可能性を記載することになっている（R.122-2 条）が、解雇理由の記載は必ずしも必要ではない。

b. 事前面談

事前面談の際には、解雇理由を示し、労働者の弁明を受ける。判例によると、ここで示される解雇理由は最終的なものではなく、最終的な解雇理由は解雇通知書の記載によるものとされている。労働者は事前面談に際し、当該企業の従業員あるいは県レベルで作成される名簿に登載された助言者（conseiller）に補助者として同席してもらうことができる。企業内に従業員代表制度が存在しない場合、労働者が選択する外部の助言者の同席を可能にするため、事前面談は労働者への呼出状の交付日から 5 日後以降に行うこととされている。

c. 解雇の通知

使用者は面談から 1 日以上おいて解雇通知書を受領証明付書留郵便で送付することにより、当該労働者に解雇を通知する（L.122-14-1 条）。この通知書の発送日が解雇予告期間の起算点になる。解雇通知書には、検証可能で十分に明確な解雇理由を記載しなければならず（L.122-14-2 条）、ここで記載した理由以外の理由を使用者が後に援用することはできない。解雇通知書に解雇理由が示されていない場合、判例では、当該解雇が真実かつ重大な事由を欠くものと推定（反証不可能な推定）されている。

ウ. 経済的理由による解雇

（ア） 定義

経済的理由による解雇とは、「特に経済的困難又は新技術の導入に由来する雇用の廃止・変動又は労働契約の変更の結果として、労働者個人の領域に属さない一又は複数の事由に基づいて使用者が行う解雇」（L.321-1 条）と定義づけられている。経済的理由による解雇は、手続規制の違いから、①対象者が 1 人である個別的解雇、②対象者が 30 日の期間内に 10 人未

¹²⁴ もっとも実際には、この規定が文字どおりに適用されることはまれであると言われる。

¹²⁵ 破毀院社会部 2000 年 3 月 28 日判決（Cass.soc., 28 mars 2000）。

満（2～9人）である小規模な集団的解雇，③対象者が30日の期間内に10人以上である大規模な集団的解雇（大量解雇）¹²⁶に大別することができる。

(イ) 実体的要件

実体的要件は、人的理由による解雇の場合と同様に、「真実かつ重大な事由」が存在することである。具体的には、①雇用の廃止・変動又は労働契約の変更が原因となっていること、②これらが特に経済的困難又は新技術の導入及び企業競争力の保護を目的とする再編成の結果として行われたこと、③適応義務¹²⁷及び再配置義務を履行したことである。

(ウ) 手続的要件

手続的規制の内容は解雇対象者数によって異なり、前述の3種類にそれぞれ対応する規制が設けられている。

第1に、個別的解雇の場合、基本的には人的理由による解雇の手続規制（事前面談への呼出、事前面談、労働者への解雇通知）と同じ手続を取る。ただし、①事前面談において、解雇予告期間中に実施される職務能力評価措置及び再配置措置の提案を行なうこと（L.321-4-2条）、②面談から解雇通知までの最短期間がより長いこと（L.122-14-1条3項）¹²⁸という特色がある。また、労働契約解消日から1年間のあいだ再雇用優先権（後述(2)才参照）（L.321-14条）があることを解雇通知書に明記しなければならない（L.122-14-2条3項）。さらに県労働雇用局長への届出が義務づけられている。

第2に、30日の期間内に2～9人を対象とする小規模な集団的解雇の場合には、上記の手続に入る前に、従業員代表（企業委員会、それが存在しない場合には従業員代表委員）を招集して諮問を行わなければならない（L.321-2条）。その際、諮問の3日以上前には関連情報（解雇計画を提示するに至った財政上あるいは技術上の経済的理由、雇用している労働者数、解雇予定者数、対象となる職業カテゴリー、人選基準¹²⁹、解雇日程）を提供しなければならない（L.321-4条）。諮問の後、従業員代表は解雇案に対して意見を述べる。これらの手続を経た上で、個別的解雇の場合と同様の手続を取ることになるが、県労働雇用局長への届出の際には従業員代表の意見を付することとされている。

第3に、30日の期間内に10人以上を対象とする大量解雇の場合にも、小規模解雇と同様に情報提供と諮問という形での従業員代表の関与が義務づけられているが、企業規模と解雇

¹²⁶ 大量解雇には、50人以上の企業で、①3ヶ月以内に10人以上の解雇を行った企業がそれに続く3ヶ月以内に新たに計画した解雇、②1年間に18人以上の解雇を行った企業がそれに続く3ヶ月以内に新たに計画した解雇も含まれる。

¹²⁷ 解雇に着手する前に履行すべき適応義務（obligation d'adaptation）は破産院判例の中で認められてきた。その契機となった1992年2月25日判決（Cass.soc., 25 février 1992, Dr.soc. 1992, p.379）で破産院は、「使用者は、労働契約を誠実に履行しなければならず、労働者がその職務の発展に適応することを保障する義務がある」と述べていた。適応義務は現在では、職業教育の権利（L.932-2条）と経済的解雇（L.321-1条）の関連規定に発展している。

¹²⁸ 事前面談終了から最短7日（幹部職員の場合は15日）の期間において解雇を通知することができる。

¹²⁹ 解雇の順序（人選）基準を決める際には、法律が列挙している次の要素（L.321-1-1条）を考慮しなければならない。すなわち、家族扶養（特に単身の親）、当該企業での勤続年数、再就職が特に困難になる労働者の状況（特に障害者や高齢者）、職種別に評価された職業能力である。

対象者数によってさらに複雑なルールが定められている。①従業員 50 人未満の企業では、従業員代表委員に対して関連情報を提供して招集し、諮問を行う。②従業員 50 人以上の企業では、まず、企業委員会は、企業再編計画及び人員削減計画について情報の提供及び諮問を受けることになっている（「労働法典第 4 編の手続」）。これに加えて、集団的解雇についての情報提供及び諮問を受けることになっており（「労働法典第 3 編の手続」）、これら 2 つの手続はいずれも履行されなければならない（L.321-2 条、L.321-3 条）¹³⁰。また、使用者は上記の関連情報とともに、雇用保護計画（*plan de sauvegarde de l'emploi*）（L.321-4-1 条）を作成して企業委員会に提出しなければならない¹³¹。さらに、企業委員会は使用者の費用負担によって専門会計士（*expert-comptable*）を同席させることができる（L.321-7-1 条）。こうした手続を経て決定された解雇対象者に解雇通知が出されることになるが、大量解雇の場合には個々の労働者に対する事前面談は行われ¹³²ない。

（エ） 行政庁への通知

経済的理由による解雇に関する手続の一環として、使用者に通知義務を課すという形で行政庁の関与が規定されている。すなわち、経済的理由による解雇を行う使用者は県労働雇用局長に通知しなければならない。①個別的解雇と小規模な集団的解雇の場合には、事後的な通知で、解雇通知の送付から 8 日以内に県労働雇用局長に提出する（R.321-1 条）。この通知義務に対する違反には罰金刑が予定されている（R.362-1-1 条）。②大量解雇の場合には、解雇手続中の通知が義務づけられている。すなわち、従業員代表に情報を提供すると同時に同じものを県労働雇用局長に提出すること、従業員代表の諮問の記録を提出すること、解雇計画を通知することである。かかる通知義務違反にも罰金刑が予定されている（L.321-11 条）。さらに、50 人以上の企業に作成が義務づけられている雇用保護計画も行政庁に提出しなければならない。

エ. 違反の効果（L.122-14-4 条、L.122-14-5 条）

（7） 人的理由による解雇の場合

人的理由による解雇に真実かつ重大な事由がない場合、労働者は企業規模と勤続年数に応じて賠償金を請求することができる。第 1 に、11 人以上の企業に勤務する勤続 2 年以上の労働者の場合には、①裁判官による復職の提案、あるいは、②賃金 6 ヶ月分以上の賠償金（復

¹³⁰ 2002 年 1 月 17 日の労使関係現代化法は「第 4 編の手続」が終了してからしか「第 3 編の手続」に着手することはできないとすることで手続の強化を図ろうとしたが、この規定は 2003 年 1 月 3 日法によって停止されたため、従来どおりのルール——2 つの手続は同時に行うことができるので、「第 4 編の手続」を開始すれば「第 3 編の手続」に入ることができる——が適用されている。

¹³¹ 2002 年 1 月 17 日の労使関係現代化法は、雇用保護計画の提出という手続を労働時間短縮協定の交渉・締結と結びつけていたが、こうした措置も 2003 年 1 月 3 日法により停止された。

¹³² 2003 年 1 月 3 日の法律は、2002 年 1 月 17 日の労使関係現代化法の幾つかの規定を停止する一方で、経済的解雇に関する団体交渉を促進するため、大量解雇について労使が実験的に企業協定を締結することを認めている。こうした協定の目的は、企業レベルで協定によって企業委員会の情報提供・諮問手続を整備することなどにあるが、法律の関連規定に反する特例協定にもなりうることから特別の手続に従うことになる。

職がなされない場合)が予定されている(L.122-14-4条1項)¹³³。もっとも、裁判官は復職を提案できるだけであり、当事者は双方ともこれを拒否することができる。したがって実際にも、復職の提案がなされることは非常にまれである。賃金6ヶ月分の賠償金支払いは労働者の損害の有無にはかかわらない¹³⁴。第2に、11人未満の企業に勤務する労働者又は勤続2年未満の労働者の場合は、被った損害に応じて算定した損害賠償¹³⁵を請求することができる(L.122-14-5条)。

手続違反の場合にも、企業規模及び勤続年数に応じた制裁が予定されている。第1に、11人以上の企業に勤務する勤続2年以上の労働者の場合には、手続の追完及び賃金1ヶ月分を上限とした賠償金の支払いが予定されている(L.122-14-4条1項)¹³⁶。もっとも判例は同条をかなり柔軟に解釈しており、手続の追完がもはや有益でないと考えられる場合には、かかる労働者の請求を退けることができると判断している。そして実際のところ、多くの訴訟において賠償金の支払いに制裁を限定しているとされる。なお、実体的要件にも手続的要件にも違反している場合には、実体的要件違反が手続的要件違反を吸収し、前者についてのみ制裁の対象となる。第2に、11人未満の企業に勤務する労働者又は勤続2年未満の労働者の場合、手続的要件に違反した解雇については、被った損害に応じて算定した損害賠償を求めることができる(L.122-14-5条)。なお、前述のとおり判例では、解雇通知書に理由の記載がない場合あるいは記載された解雇理由が不明確である場合には、当該解雇に真実かつ重大な事由がないものと判断され、実体的要件違反に対する制裁が課せられる。

(i) 経済的理由による解雇の場合

経済的理由による解雇に真実かつ重大な事由がない場合も、人的理由による解雇の場合と同様に、労働者の企業規模と勤続年数に応じた制裁が予定されている(L.122-14-4条1項)。すなわち、第1に、11人以上の企業に勤務する勤続2年以上の労働者の場合、①裁判官による復職の提案、あるいは、②賃金6ヶ月分以上の賠償金(復職がなされない場合)が予定されている。第2に、11人未満の企業に勤務する労働者又は勤続2年未満の労働者の場合、被った損害に応じて算定した賠償金が支払われる(L.122-14-5条)。

手続的要件違反では、解雇手続一般に対する違反については人的理由による解雇の場合と同様に、民事制裁として、第1に、11人以上の企業に勤務する勤続2年以上の労働者の場合、手続の追完及び賃金1ヶ月分の賠償金(L.122-14-4条1項)、第2に、11人未満の企業に勤務する労働者又は勤続2年未満の労働者の場合、被った損害に応じて算定した賠償金が支払

¹³³ 被解雇者に支払われた失業手当の失業保険機関(ASSEDIC)への償還——解雇の日から判決日までで支払われた金額で、失業手当6か月分を限度に——を裁判所が使用者に命じることも違反に対する制裁の1つとして規定されている(L.122-14-4条2項)。経済的理由による解雇の場合も同様である。

¹³⁴ 6か月分は定額の支払額ではなく法定の最低額であるので、例えば長期の失業を余儀なくされるなど6ヶ月分を超える損害を実際に被った場合には、労働者はその分の補填を請求することができる。この6ヶ月分を超える損害分については労働者が証明しなければならない。

¹³⁵ 損害の範囲を評価するのは事実審判事の権限に属する。

¹³⁶ 手続的制裁についても、失業手当の一部償還の規定が適用される(前掲注133参照)が、こうした償還について判例は、真実かつ重大な事由のない解雇の場合にしか命じていないのが実際的那样である。

われる (L.122-14-5 条)。

さらに、経済的理由による解雇の手續に対する違反については、刑事制裁を含めた個別の制裁措置も設けられている。例えば、従業員代表への情報提供や諮問、行政官庁への届出など経済的理由による解雇に固有の手續を履行しなかった場合には、損害に応じた賠償金の支払いを命じられる (L.122-14-4 条 3 項)。さらに刑事制裁として、行政官庁への通知義務違反に対する既述の罰金刑のほか、従業員代表の職務の適正な履行あるいは企業委員会の適正な運営に対する妨害罪 (*délit d'entrave*) も予定されている (L.482-1 条)。また、雇用保護計画における再配置計画 (L.321-4-1 条) 提出手續に不備があるために解雇手續が無効になる場合、裁判所は行われた解雇を無効とし、労働者の請求によって労働契約の継続 (復職) を命じる。労働者が復職を希望しない場合には、賃金 12 ヶ月以上分の賠償金が支払われる (L.122-14-4 条 1 項)。

オ. 「禁止される解雇」 (無効になる解雇)

労働法典は、幾つかの解雇理由及び対象者について、解雇権の行使を明示的に制限ないし禁止している。また、前述のようにフランスでは法違反の解雇に対する効果として金銭賠償による解決を原則としているのに対し、これら一定の解雇に関する法違反については無効・復職を原則とする救済方法が予定されている。

(7) 解雇禁止 (無効) の対象

労働法典に点在する諸規定によって禁止されている解雇には主として以下のものがある。すなわち、①いわゆる「保護対象労働者 (*salariés protégés*)」——前述した従業員代表委員、組合代表委員、企業委員会委員、労働審判所審判官等——の行政許可なしでの解雇、②出自・性別・習俗・家族状況・民族帰属・国籍・人種・政治的意見・組合活動・共済活動・宗教的信条等を理由とした差別的解雇 (L.122-45 条等)、③争議権の通常の行使を理由とする解雇 (L.122-45 条)、④職業上の男女平等に関する提訴後になされた解雇 (L.123-5 条)、⑤セクシュアル・ハラスメントあるいはモラル・ハラスメントを受けたもしくは拒否した労働者の解雇、当該行為を証言した労働者の解雇 (L.122-46 条, L.122-49 条)、⑥妊娠中あるいは出産直後の女性労働者の解雇 (L.122-27 条)、⑦労働災害・職業病の被災者に対して労働契約停止期間中になされる解雇 (L.122-32-2 条)、である。

(4) 違反の効果

解雇が無効になれば当該解雇は存在しなかったものとみなされる。したがって、その論理的帰結として、労働者は、解雇期間中の賃金支払い (実損分のみ) を請求できるとともに、元の職 (それが存在しない場合には同等の職) に復帰する権利を有することになる (「復職 (*réintégration*)」)。このルールは現在では判例上一般化されており、解雇無効であれば労働契約は継続されるということが法律に明記されていない場合でも、復職の権利があると判断されている。なお、労働者が復職を求めない場合には金銭賠償による解決も可能であり、また復職によって損害が完全に補填されない場合には追加的な金銭賠償請求も可能である。

(2) 解雇後の保障的措置

解雇に際しては、その適法性にかかわらず（適法な解雇であっても）、幾つかの保障的措置が用意されている。

ア．解雇予告期間又は手当

解雇が決定された労働者は、原則として解雇予告期間（解雇通知日から契約終了日まで）を与えられる。予告期間の最低基準は勤続年数によって異なり、①勤続年数が2年以上の場合には2ヶ月、②6ヶ月以上2年未満の場合は1ヶ月、③6ヶ月未満の場合は、労働契約・労働協約・慣行に定められた基準による（L.122-6条）。これを下回る期間を定めた労働契約の条項は無効である（L.122-7条）。解雇予告期間中に労働者の労務遂行を免除することは可能であるが、労働した場合と同様の賃金等は支払わなければならない。また、解雇予告期間を遵守しない場合、当該期間の賃金等に相当する手当を支払わなければならない（L.122-8条）。したがって実質的には、予告期間を遵守するかその期間分の賃金を手当として支払うかのいずれかが必要となっているのであるが、契約終了日が繰り上がるわけではない。

イ．解雇手当¹³⁷

法定の解雇手当は、当該企業に2年以上勤続した労働者が対象となっており、2年未満の場合には労働協約又は慣行による（L.122-9条）。なお、ここでいう解雇手当は、前述の解雇予告手当や、違法解雇の場合の賠償金とは別である。

法定最低額は、解雇理由の区別と勤続年数により次のように決められている（R.122-2条）。まず、人的理由による解雇の場合、①勤続年数10年までの期間については、月額賃金の10分の1×勤続年数で計算され、②勤続年数11年以上の期間については、月額賃金の15分の1×勤続年数が加算される。次に、経済的理由による解雇の場合、①勤続年数10年までの期間については、月額賃金の10分の2×勤続年数で計算され、②勤続年数11年以上の期間については、月額賃金の15分の2×勤続年数が加算される。

ウ．有給休暇補償手当

労働者は、労働契約解消前にすでに獲得していた有給休暇を取得しなかった場合、当該年度分について補償手当を受ける権利を得る。

エ．労働者の非行の程度との関係

以上のような解雇後の保障的措置は、労働者の非行を理由とする解雇の場合につき、その非行の程度に応じた支給の有無が表2-2-2のように定められている。例えば、最も重い「過重な非行」の場合にはいずれの保障的措置も不要とされている。

¹³⁷ 有期労働契約の場合、不安定契約手当として、労働契約中に労働者が受け取った税込み報酬総額の10%とされている。

表 2-2-2 解雇後の保障的措置と労働者の非行の程度との関係

| | 解雇予告 | 解雇手当 | 有給休暇補償手当 |
|------------------|------|------|----------|
| 重大な非行 (sérieuse) | 必要 | 必要 | 必要 |
| 重い非行 (grave) | 不要 | 不要 | 必要 |
| 過重な非行 (lourde) | 不要 | 不要 | 不要 |

出所：Daniel Marchand, Le droit du travail en pratique, Edition 2003, Ed. d'Organisation, p.144

から抜粋。

オ. 再雇用優先権

さらに、経済的理由により解雇された労働者は、契約解消の日から 1 年間、再雇用優先権を享受する (L.321-14 条)。再雇用を希望する労働者は、契約解消の日から 1 年以内に使用者に申し出る。使用者は契約解消後の 1 年間、優先的再雇用を申し出た労働者に対し、当該労働者の職業上の資格に対応する空きポストがある場合はそのすべてを通知しなければならない。また、労働者が新たな資格を取得した場合 (労働者はこれを使用者に通知する。), 使用者はその新たな資格に対応する空きポストについて通知する。再雇用優先権の規定を使用者が遵守しなかった場合、労働者には賃金 2 か月分以上の賠償金が支払われる (L.122-14-4 条 3 項)。

カ. 再就職援助措置

同じく経済的理由による解雇に関し、再就職援助措置が用意されている。第 1 に、従業員 1,000 人以上の企業の場合、使用者は解雇通知書において再就職休暇の提案を行い、希望する労働者に再就職休暇 (長さは 4~9 ヶ月の間で使用者が定める。) を付与しなければならない (L.321-4-3 条)。使用者によって報酬 (解雇予告期間中は 100%, その後は 65%) が支払われるこの休暇は、解雇された労働者の教育訓練や再就職活動を可能にしようとするものである。第 2 に、再就職休暇の対象外である 1,000 人未満の企業の労働者 (又は対象企業であるが再就職休暇を希望しない労働者) で、勤続 4 ヶ月以上の労働者に対しては、使用者は、雇用復帰援助計画の準備的实施として、解雇予告期間中の再就職支援措置の利用を提案しなければならない (L.321-4-2 条)。提案は解雇通知書によって行い (情報提供は面接時に行う。), 労働者は 8 日以内に返答する。この場合、報酬の支払いを受けながら雇用安定所による措置を利用することができる。

(3) 「変更解約告知」に相当する制度

「労働契約の変更の結果として生じた」解雇又は「労働契約の変更を目的とした」解雇を「変更解約告知」というとし、これを 3 つの類型に整理する見解がある¹³⁸。それによると、

¹³⁸ 野田・前掲注 84 書 4~5 頁。

変更と解雇の関係は、①解雇・新契約申込型、②変更申込・条件付き告知型、③変更申込先行・解雇型に区分されている。その上で、ドイツが①のタイプに当たるのに対し、労働契約の変更が先行してその帰結として解雇が生じる②と③のタイプは、フランスで発達した考え方であると指摘されている。

これに該当するのは、「労働契約の変更」を労働者が拒否した場合に行われる「解雇」である。すなわち、前述したように（4 (4)参照）、「労働契約の変更」には労働者の同意を要し、労働者がこれを拒否した場合には、労働条件変更を達成しようとする使用者は当該労働者を解雇するしか方法がない。しかし、「労働契約の変更」の申し入れに対する労働者の拒否は、それ自体では当該「解雇」の真実かつ重大な事由にはならない。したがって結局、ここでなされた解雇そのものの適法性が問題になるが、その際に、解雇の前提となった「労働契約の変更」の理由が真実かつ重大な事由に当たるかが判断されることになる。

(4) 合意解約 (rupture d'un commun accord)

労働法典は、幾つかの特別な契約関係について合意解約の可能性を定める以外には¹³⁹、合意解約に関するいかなる規定もおいていない。

ア. 合意解約の有効性

合意解約は、「労働契約は一般法のルールに従う」と定める L.121-1 条の下、「当事者は相互の承諾によって約定を解消することができる」とする民法典 1134 条 2 項を根拠に、その適法性が認められている。ただし、次のような場合、判例はその有効性を否定する傾向にある。

例えば、労働者は解雇法上の権利を事前に放棄することを禁じられている (L.122-14-7 条) ので、労働契約上の解約条項 — 契約に記載された事由の発生により労働契約を自動的に解消する条項 — は無効とされている。また、負傷ないし疾病 — 職業上のあるいは一般の — で労働医から不適合と判断された後になされる合意解約は違法とされている。

なお、いわゆる保護対象労働者との合意解約は違法・無効と解されている。これに類して、例えば労働災害・職業病後の労働契約停止期間中になされた合意解約は無効とされている。

合意解約に関する労働者の意思表示は自由かつ明確でなければならず、合意の瑕疵（錯誤、強迫、詐欺等）がないことが必要である。

イ. 合意解約の効果

合意解約はいったん署名されると撤回できず、当事者間で法律と同等の効力を持つ。合意解約の場合には予告は不要で、法定の契約終了手当も享受しない。もっとも、合意解約は地位の高い幹部職員との間で行われることが多く、一般的には退職手当と引き換えになっているとの指摘もある。

¹³⁹ 有期労働契約について (L.122-38 条)、見習契約について (L.117-17 条) など。

(5) 辞職 (démission)

ア. 定義・法的性格

辞職とは、労働者が期間の定めのない労働契約を解消する一方的行為であり (L.122-4 条)、使用者による受諾は必要でない。労働契約の解消が「辞職」であることの証明責任はこれを主張する側にあるので、実務上それを負うのはほとんどの場合使用者である。

イ. 辞職の自由と限界

期間の定めのない労働契約を締結する労働者は、何時でも辞職の意思表示を行うことができ (辞職の自由)、その理由を示す必要はない¹⁴⁰。もっとも、それが濫用的である場合には損害賠償請求の対象となるが (L.122-13 条)、実務上はこうしたケースはまれであるといわれる。また、労働契約に違約金条項 (clause de dédit-formation) — 労働者の教育訓練費用を負担した使用者が、定められた時期より前に辞職した労働者にその教育訓練に要した費用の全部又は一部の償還を求めるという条項 — がある場合、辞職の自由が制限されることもある。破毀院は、違約金条項の適法性を 3 つの条件——①法律又は労働協約に定められた費用を超える教育訓練費を使用者が保障することの代償であること、②違約金の額が投入された教育訓練費に比例していること、③違約金条項が辞職の自由を奪う効果を持たないこと——の下で認めている¹⁴¹。

ウ. 実体的要件

辞職の意思表示にはいかなる要式も課されていないので、書面でも口頭でも行うことができる。このことから生じうる問題——「辞職」と性質決定されるか否か等——に対応するため、判例は、①辞職は推定されないこと、②労働契約を解消するという労働者からの自由 (libre) で真剣 (sérieuse) かつ曖昧さのない (non équivoque) 意思によるものであることをルール化している¹⁴²。

例えば、有給休暇後に欠勤を繰り返しているという事実、労働者が近く辞職するということを何度か告げているという事実、労働者が病気休業の延長を申告し忘れていたという事実などは、「曖昧さのない」意思によるものとはいえ、辞職とは判断されない。曖昧さのない意思であることが認められるとしても、錯誤・詐欺・強迫などあらゆる意思の欠缺があってはならない。また、使用者に責めのある行為によって労働者が辞職を余儀なくされた場合 (賃金不払い、一方的な労働契約変更、危険な条件での労務遂行等)¹⁴³には、その労働契約解消は解雇であると性質決定され、真実かつ重大な事由のない解雇の効果を生じさせる。さらに、

¹⁴⁰ 有期契約労働者は、①不可抗力、②重い非行、③合意解約、④期間の定めのない契約で採用される場合を除き、期間満了前に中途解約することはできない。この中途解約としての辞職の場合、使用者が被った損害の賠償を命じられることがある。

¹⁴¹ 破毀院社会部 2002 年 5 月 21 日判決 (Cass.soc., 21 mai 2002, Dr.soc. 2002, p.902)。

¹⁴² 実務では、例えば、書面で日付を明記した辞職届を直属の上司又は人事部に提出することなどが行われているようである (フランス企業 A 社における聴き取り調査による。)

¹⁴³ 破毀院社会部 2002 年 1 月 29 日判決 (Cass.soc., 29 janvier 2002)。

辞職の結果が重大であるという観点から、激怒から辞職の意思表示をした場合¹⁴⁴や辞職の意思表示の直後にそれを撤回した場合¹⁴⁵などは、「真剣な」意思表示ではないと判断されることもある。

エ. 手続

辞職の手続的要件としては、立法や労働協約あるいはこれらが無い場合には慣行に基づく予告期間の遵守が求められている（L.122-5 条）が、その存在や期間の長さについて法律は何も定めていない¹⁴⁶。通常は、労働協約や慣行によって予告義務やその長さが定められているようであるが¹⁴⁷、予告期間に関するこれらの規定が存在しない場合には即時解約が可能である。労働契約では、独自に予告義務を定めたり、労働協約や慣行よりも長い予告期間を定めることはできない。なお、労働者は、予告なしに労働契約を即時解約した場合、予告期間中に労務を遂行したならば得たであろう報酬と同額の賠償金を使用者に支払わなければならないとする判例がある¹⁴⁸。

¹⁴⁴ 破毀院社会部 1999 年 4 月 7 日判決（Cass.soc., 7 avril 1999）。

¹⁴⁵ 破毀院社会部 1997 年 12 月 10 日判決（Cass.soc., 10 décembre 1997）。

¹⁴⁶ ただし、ジャーナリスト（L.761-4 条）、商業代理人（L.751-5 条）、農業労働者（農事法典 L.983 条～991 条）については予告期間に関する特別規定がある。

¹⁴⁷ 実務上、辞職の予告期間は一般的に労働協約によって定められているようである。例えば、現業労働者と事務職員については企業協定で、幹部職員については部門別協定で定められるという例もある（フランス企業 A 社における聴き取り調査による。）。

¹⁴⁸ 破毀院社会部 1986 年 12 月 18 日（Cass.soc., 18 décembre 1986）。

第3章 イギリス

はじめに

本章は、「諸外国の労働契約法制に関する調査研究」の一部として、イギリス¹における雇用契約（**contract of employment**）²に関する現行法について、まとめたものである。もとより、本章は、イギリスにおける雇用契約に関するすべての法について言及したのではなく、他の諸国との比較対照を考えて共通項として設定された項目について、現行法の状況をまとめたものである（なお、本章における現行法の状況とは、2004年末までのものである。）。

経済のグローバル化が進み、雇用、労働を取り巻く社会経済状況が急速に変化する今日において、我が国と同じく、イギリスにおいても、そうした変化を前にして、労働法制・判例法も変化の速度を速め、その変化はとどまることなく続いている。

第1節 総論

1. 法源

イギリスにおいては、雇用契約にかかわる労働法の法源は、①正式の労働法の法源（**formal source of labour law**）と②自主的法源（**voluntary source**），とに分けられる³。以下において、それぞれの法源として認められているものについて、その内容を概観することにする⁴。

(1) 正式の労働法の法源

ア. コモン・ロー

イギリスは判例法主義の国であり、判例法としてのコモン・ロー（**common law**）が⁵、雇

¹ 本章にいう「イギリス」は、連合王国（**United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland**）のうちイングランド（**England**）を指すものとして使っている。したがって、本章における法規制の内容は、特に言及することがない限りは、イングランドにおけるものである。

² イギリスにおける **contract of employment** が我が国における労働契約に相当するものと考えられるが、その訳語としては「雇用契約」が定着していることから、本章では「雇用契約」という用語で統一して使うこととする。

³ **S.Deakin and G.S.Morris, Labour Law 3rd ed. (Butterworths, 2001), p.58.**

⁴ イギリス労働法の法源については、小宮文人『イギリス労働法』（信山社，2001年）32-46頁を参照。

⁵ コモン・ローは、多義的な言葉であり、本文中に記した判例法という意味の他に、制定法に対する不文法という意味、地方的な法に対する全国共通の法という意味、エクイティ（衡平法）に対する法としてのコモン・ロー裁判所の判例法という意味、大陸法と対比しての英米法全体を指す意味にも用いられる。広義のコモン・ローは、エクイティを含む判例法として理解されており、本章の本文においては、コモン・ローという言葉はこの意味において用いている。もともとエクイティは、コモン・ローの訴訟方式に合わないために救済が与えられないタイプの事件においても、正義と衡平の見地から救済が与えられるべきであると考えられたことから、国王の国璽を委ねられていた大法官（**Lord Chancellor**）及び後の大法官裁判所によってコモン・ローを補完する一つの法体系として形成されたものであった。そうしたことから、エクイティ上の救済方法は、コモン・ローが原則とする救済方法である損害賠償では十分なものとならない場合に、認められるものであり、差止め令（**injunction**）や特定履行（**specific performance**. 債務を約束されたままの形で履行することを強制する）

用契約を規律する法理を提供する法源として重要な役割を果たし続けている。例えば、後述するように、雇用契約を締結することによって当事者がコモン・ローの要求するところのものとして当然に負うものとされる法による黙示条項 (**implied terms in law**) としての付随義務 (秘密保持義務, 競業避止義務, 安全配慮義務, 信頼関係維持義務等) の存在や (第 2 節各論, 7 参照), 雇用契約の終了場面における制定法上の解雇規制とは別個に存在するコモン・ロー上の違法解雇 (**wrongful dismissal**) の法理に (第 2 節各論, 8 参照), その具体的なものをみることができる。

1971 年の労使関係法 (**Industrial Relations Act 1971**) の制定以降, イギリス労働法において制定法の増大が続き, その役割は年々大きくなっているが⁶, 後述するように (第 1 節総論, 1 (2), 2, 3 参照), 雇用契約を規律するルールを法典化するような包括的な制定法が存在しないこと, さらには, 制定法の適用対象が勤続期間の要件等によって制限されている部分のあることなどから, コモン・ロー上の雇用契約の法理が役割を果たす部分が依然としてかなり残っているのである。

また, 今日その重要性が大きくなり, 規制対象を広げている制定法の解釈においても, コモン・ロー上の概念や法理が用いられており, コモン・ローは, この面においても, その法源としての重要な役割を維持し続けているのである。具体的には, 後述するように, ほとんどの制定法においてその適用対象者とされる「被用者 (**employee**)」は, 「雇用契約」の下で働く個人と定義されているが, その該当性の判断に際しては, コモン・ロー上の雇用契約の存否に関する判断基準が適用されている (第 1 節総論, 3 参照)。また, 後述するように, 制定法上の解雇規制の対象となる「みなし解雇 (**constructive dismissal**)」の該当性は, コモン・ロー上の履行拒絶 (**repudiation**) の法理を適用して判断されている (第 2 節各論, 4 参照)。

イ. 制定法及び制定法的文書

判例法主義の国であるイギリスでは, 制定法 (**statute**) は, 判例法たるコモン・ローを修正するために, 必要な限りにおいてパッチ・ワーク的に制定され, 体系性に欠けるものとなっている。そのため, 非常に理解しにくいものとなっていることから, 時折, 幾つかの制定法上にバラバラに規定されていた諸規定を統合するための制定法が作られることが行われてきた。かつての 1978 年雇用保護 (統合) 法 (**Employment Protection (Consolidation) Act 1978**) や, 同法を含めてさらに幾つかの制定法を統合した現行法である 1996 年雇用権利法 (**Employment Rights Act 1996**) をその例として挙げることができる。しかし, この統合法も, 法典化した包括的な制定法といえるものではない。

が代表的なものである。望月礼二郎『英米法 (新版)』(青林書院, 1997 年) 24-31 頁, 41-42 頁, 田島裕『イギリス法入門』(有斐閣, 1991 年) 12 頁を参照。

⁶ 1971 年労使関係法以降のイギリスにおける労働法制の展開については, 小宮・前掲注 4 書 18-31 頁, 古川陽二「労働者保護・雇用立法の変化」戒能通厚編『現代イギリス法事典』(新世社, 2003 年) 312-318 頁を参照。

このような狭義の制定法のほかに、判例法との対比における広義の制定法として、制定法の委任により制定される規則 (regulations) や命令 (order) といった制定法的文書 (statutory instruments) がある。これらの制定法的文書は、1946 年制定法的文書法 (Statutory Instruments Act 1946) の適用を受けるもので、確認的決議等の方法による議会のコントロールを受けるものとされている⁷。

制定法的文書は、本来、従位立法であって、狭義の制定法を変更することはできない。ただし、例外的に、EU の指令に従いそれを国内法化する目的で制定法的文書が制定される場合には、その制定法的文書は、法律、すなわち狭義の制定法と同一の効力を持つものとされている (1972 年欧州共同体加盟法 (European Community Act 1972) 2 条 2 項, 4 項)。1981 年営業譲渡 (雇用保護) 規則 (Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981) などその例として挙げることができる。1997 年のブレア労働党政権の発足以降、イギリスにおいては、EU における 1992 年欧州連合条約 (Treaty on European Union 1992. マーストリヒト条約) の「社会政策協定」に基づいて採択されてきた重要な理事會指令を国内法化する制定法的文書の制定が相次いでいる⁸。

ところで、以上のような広義の制定法については、その体系性の欠如から、非常に分かり難い、という問題点が指摘されている⁹。関連する諸規定が複数の制定法ないしは制定法的文書に散在しているために、ある事項を規律している関連規定を突き止めることが非常に難しいのである。このことだけからではないが、有力な学説が、雇用契約よりも広い概念としての自己労務提供雇用契約 (personal employment contract) という概念を立てて、それを規律するルールを法典化 (codification) すべきと主張している¹⁰。

ウ. 行為準則

行為準則 (codes of practice) は、労使関係における実務的なガイダンスを与えるために、ACAS (Advisory, Conciliatory and Arbitration Service. 助言斡旋仲裁局) 等の制定法によって作成権限が付与された機関によって作成されるものである。例えば、ACAS は、1992 年労働組合及び労働関係 (統合) 法 (Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992) 199 条の規定に基づき、懲戒及び苦情処理手続に関する行為準則を作成している (現在の行為準則は、2004 年 10 月 1 日の大臣命令により発効したものである。) ¹¹。

この行為準則は、その不遵守自体で直ちに使用者に対する法的責任の追及を可能とするものではないが、裁判所や雇用審判所 (employment tribunal) の手続において証拠として扱

⁷ 植村勝慶「行政立法とそのコントロール」戒能通厚編『現代イギリス法事典』(新世社、2003 年) 323-326 頁を参照。

⁸ 家田愛子「EU 法の影響と労働法の変動」戒能通厚編『現代イギリス法事典』(新世社、2003 年) 202-204 頁を参照。例えば、2000 年パートタイム労働者 (不利益取扱防止) 規則 (Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2000) や 2002 年有期雇用被用者 (不利益取扱防止) 規則 (Fixed-term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2002) など。

⁹ S.Deakin and G.S.Morris, supra note 3, pp.61-62.

¹⁰ M.R.Freedland, The Personal Employment Contract (Oxford University Press, 2003), pp.517-523.

¹¹ 同行為準則は、<http://www.acas.org.uk/publications/pdf/CP01.pdf>で入手できる。

われうるものとされ（1992年労働組合及び労働関係（統合）法 207条），使用者はその不遵守により制定法上の義務違反や過失の推認を受けることになるため，その遵守が事実上求められるものとなっている。このような行為準則の役割の大きさから，その発効の要件として，大臣及び議会の両院による作成された行為準則の草案への同意が必要とされるものとなっている（1992年労働組合及び労働関係（統合）法 200条）。

エ. EU法

EU法は，1972年欧州共同体加盟法 2条 1項により，EUの第一次的法たる1992年欧州連合条約（マーストリヒト条約），同条約及び1986年単一欧州議定書（Single European Act 1986）により修正された欧州共同体設立条約（Treaty establishing the European Community. ローマ条約）などの条約と議定書は，イギリス国内において直接適用される。また，欧州閣僚理事会（Council）又は欧州委員会（European Commission）が第一次的法に基づいて発する第二次的法のうち，規則（regulation）は，イギリス国内において直接適用される（ローマ条約 249条 2項）。指令（directive）は，その達成の手段・方法について国内の立法措置を必要とし（ローマ条約 249条 3項），前述のように，制定法的文書の制定によって，その立法化がなされている。

(2) 自主的法源

ア. 労働協約¹²

1992年労働組合及び労働関係（統合）法は，労働協約（collective agreement）について，雇用条件，雇用終了，配置，規律処分，組合員の範囲，組合役員への便宜，交渉又は協議の機構や手続といった所定の事項に関する「1以上の労働組合と1以上の使用者又は使用者団体によって（又は，のために）締結された協定又は取決め」と定義し（178条），そのような労働協約は，(a)書面でなされ，かつ，(b)当事者が当該労働協約を法的に強制しうる契約とする意思のあることを（特に明示的に）述べる条項を含んでいない限り，法的に強制しうるものと当事者によって意図されてはいないものと確定的に推定される（shall be conclusively presumed），と規定する（179条）。この推定規定は，労働協約は，それを法的に強制しうる，法的拘束力のあるものとする当事者の明確な意思の存在なしには，そのままでは法的拘束力を持たない，とするコモン・ローの労働協約に関する法理を明文化したものといえる¹³。

¹² E.Slade, *Tolley's Employment Handbook* 17th ed. (Lexis Nexis Butterworths, 2003), pp.31-34; S.Honeyball and J.Bowers, *Textbook on Labour Law* 8th ed. (Oxford University Press, 2004), pp.46-49; 小宮・前掲注 4 書 40-41 頁，260-261 頁，和田肇・川口美貴・古川陽二『建設産業の労働条件と労働協約 ドイツ・フランス・イギリスの研究』（旬報社，2003年）243-272 頁〔古川陽二執筆部分〕，山下幸司「イギリスにおける労働条件の決定・変更」日本労働法学会編『講座 21世紀の労働法 第3巻 労働条件の決定と変更』（有斐閣，2000年）260-262 頁，鈴木隆「労働契約と労働協約」秋田成就編『労働契約の法理論 イギリスと日本』（総合労働研究所，1993年）271-282 頁を参照。

¹³ *Ford Motor Co Ltd v Amalgamated Union of Engineering and Foundry Workers and Others* [1969] 2 All ER 481 (QBD). 同判決については，秋田成就「イギリス労働協約の法的拘束力（1）」社会労働研究 17 卷 3・4 号（1971年）33 頁以下を参照。

ただし、使用者が、組合承認手続に基づいて労働組合を承認した場合には、団体交渉に関してなされた合意は当事者を法的に拘束する（1999年雇用関係法（**Employment Relations Act 1999**）1条によって加えられた、1992年労働組合及び労働関係（統合）法70A条及び付則A1第31条）。この場合、その違反に対する救済方法は、特定履行（**specific performance**）に限られる。

また、労働協約は、それが適用される被用者の雇用契約の内容となることによって、使用者と個々の被用者との間において法的拘束力を有するものとなる。雇用契約の中に、労働協約に定める条項が雇用契約の内容となる旨の条項が置かれている場合に、賃金、労働時間等、当該協約条項が個々の被用者を利する目的で定められているときは、雇用契約の内容となるものと解されている¹⁴。すなわち、労働協約のすべての部分が雇用契約に編入される（**incorporated**）わけではない。例えば、剰員整理解雇に際して締結された労働協約の条項のうち、被解雇者選定手続に関する協約条項は雇用契約への編入に適さないが、配置換えされた被用者に対する賃金率の引き上げに関する協約条項等は雇用契約への編入に適している、と判断した判例がある¹⁵。

イ．就業規則¹⁶

就業規則（**works rules**）は、雇用契約の条項となることもあるし、使用者により一方的に課される指示文書（**instructions**）にとどまることもある。また、就業規則は、懲戒規定、傷病（手当）、安全規定、福利厚生施設、休暇等に関する規定を含むものであるが、契約条項となりうる部分と指揮命令を示した部分とからなることもある。就業規則の条項が雇用契約の条項となる場合には、使用者は、被用者からの同意・合意によらなければ、その変更をなし得ない。これに対して、就業規則の条項が使用者により一方的に課される指示文書にとどまる場合には、使用者は、合理的な予告をすればいつでも、その変更を行うことができ、被用者がある変更された就業規則に従わないことは、適法かつ合理的な命令に従う義務（**duty to obey lawful and reasonable orders**）¹⁷の違反となる。そして、この場合、使用者は、当該被用者をロックアウト（**lock out**）し、公正に解雇し得るものとされる¹⁸。

また、就業規則の懲戒、解雇の手續規定が雇用契約の条項となっているか否かは、特に解雇のケースにおいて重要な意味を持つ。それが契約条項と認められる場合には、使用者がその手續に従うことなく解雇をなそうとしているときには、被用者は、契約違反を理由に、当

¹⁴ *National Coal Board v National Union of Mineworkers* [1986] IRLR 439 (Ch D).

¹⁵ *Alexander v Standard Telephones and Cables (No.2)* [1991] IRLR 286.

¹⁶ *E.Slade*, *supra* note 12, p.53; *S.Honeyball and J.Bowers*, *supra* note 12, p.50-51; 小宮・前掲注4書43頁、山下・前掲注12論文262-263頁、中野育男「労働契約と就業規則」秋田成就編『労働契約の法理論 イギリスと日本』（総合労働研究所、1993年）124-134頁を参照。

¹⁷ *Laws v London Chronicle (Indicator Newspapers) Ltd* [1959] 1 WLR 698.

¹⁸ *N.M.Selwyn*, *Selwyn's Law of Employment* 13th ed. (Lexis Nexis Butterworths, 2004), pp.92-93.この点に関して、*S.Honeyball and J.Bowers*, *supra* note 12, p.50は、いかに外形上は対等な当事者であれ、この使用者の権限の存在は、被用者が官僚制的なヒエラルヒーの中でほとんど常に従属的な役割（**subservient role**）を果たすことを意味する、と指摘している。

該解雇の差止め (**injunction**) を通常裁判所に請求することができる¹⁹。これが契約条項でなければ、使用者がその手続を遵守すべき法的根拠を欠くことになるのである²⁰。

では、どのような場合に、就業規則の条項が雇用契約の条項となるのか。就業規則の条項は、それが明示又は黙示の編入 (**express or implied incorporation**) により、雇用契約の内容となる。典型的な方式は、被用者が、就業規則に明記されているところのものを雇用契約条件として承諾する旨の宣言文書に署名する形であり、また、そのような承諾は、被用者がその旨の合理的な通知を受けている場合にも、黙示のものとして認められる。

しかし、労働協約の場合もそうであったが、就業規則の条項のすべてが編入されるわけではない。次にみる、法定の雇用条件明細書 (**written statement of particulars of employment**) に記載すべき事項に関する就業規則の条項は、雇用契約の内容になるものと解されている²¹。また、就業規則の条項は、それが被用者に権利を付与するものとみられる場合には、契約としての効力を有するものと解されている²²。

ウ. 雇用条件明細書

雇用条件明細書は、雇用開始から 2 カ月以内に、報酬や労働時間等の所定の雇用条件の細目を記載した書面として使用者が被用者に交付すること、また、変更があったときから 1 カ月以内に、変更された雇用条件を記載した書面として使用者が被用者に交付することを義務づけられているものである (1996 年雇用権利法 1-7 条・11-12 条)²³。この義務違反に対しては、被用者が使用者に対して他の制定法上の権利に関して請求している場合に、2 週間分の賃金相当額又はあらゆる状況において正当かつ衡平と思量される場合には 4 週間の賃金相当額の補償金の支払いが、雇用審判所によって使用者に対し命じられる (2002 年雇用法 (**Employment Act 2002**) 38 条)。

この雇用条件明細書は、雇用契約の契約書ではないし、雇用契約の内容の決定的な証拠ともいえないものの、雇用契約の条項に関する強力な一応の証拠 (**prima facie evidence**) を与えるものと解されている²⁴。

エ. 慣行

慣行 (**custom and practice**) は、それが、①合理的で、②よく知られており、③長期間に

¹⁹ これについて詳しくは、本章第 2 節各論、8 で述べることにする。有田謙司「イギリスにおける違法解雇の差止めと雇用契約」九大法学 62 号 (1991 年) 1 頁以下、藤本茂「労働契約違反の解雇と法的救済」秋田成就編『労働契約の法理論 イギリスと日本』(総合労働研究所, 1993 年) 260 頁以下を参照。

²⁰ E.Slade, *supra* note 12, p.53.

²¹ S.Honeyball and J.Bowers, *supra* note 12, p.51.

²² *Wandsworth London Borough Council v D'Silva* [1998] IRLR 193 (CA).

²³ この雇用条件明細書の交付義務は、1963 年雇用契約法 (**Contracts of Employment Act 1963**) においてももと導入されたものであったが、EC の雇用契約又は雇用関係に適用される条件を被用者に知らせる使用者の義務に関する指令 (91/533/EEC) に適応させるために、1993 年労働組合改革及び雇用権利法 (**Trade Union Reform and Employment Rights Act 1993**) において、その対象とされる雇用条件の範囲と適用対象者の範囲を拡大する修正がなされて、現在は、1996 年雇用権利法に統合されて規定されている。

²⁴ *System Floors (UK) Ltd v Daniel* [1981] IRLR 475 (EAT).

わたって行われているものである場合には、雇用契約の内容となり得る²⁵。ただ、前述の雇用条件明細書の交付が義務づけられている今日においては、慣行に基づく条項が雇用契約の内容とされる余地はかなり限定されている、と指摘されている²⁶。

とはいえ、第1に、それに被用者の注意が向けられていたこと、かつ、第2に、相当期間にわたり例外なくそれに基づいて行動されていたこと、これら2つの要件の充足が認められれば、使用者による一方的な経営政策（**management policy**）が、慣行を根拠として、雇用契約の内容となり得ることを認める判例があり²⁷、使用者の側に偏した側面のあることが指摘されている²⁸。

2. 根拠法

イギリスにおいては、雇用契約を規律するルールが法典化されているわけではないので、それを規律する制定法及び制定法的文書が多数存在している。以下においては、それらのうちの主要なものと、その雇用契約に関する部分の概要についてまとめておくことにしたい。なお、詳しくは、後述の各論の部分における各該当箇所において言及される。

(1) 1996年雇用権利法

1996年雇用権利法は、それまで1978年雇用保護（統合）法、1986年賃金法（**Wages Act 1986**）、1994年日曜営業法（**Sunday Trading Act 1994**）その他の制定法の関連部分に含まれていた雇用関係の法に関する諸規定を統合したもので、現行の雇用契約にかかわる制定法の中でも中心的な位置づけを与えられる内容を持ったものである。

同法は、雇用条件明細書（**employment particulars**）に対する権利（1-12条）、賃金の保護（13-27条）、保障手当（**guarantee payments**）に対する権利（28-35条）、保護される開示（**protected disclosures**）（43A-43L条）、不利益を受けない権利（**rights not to suffer detriment**）（44-49A条）、休職（**suspension from work**）（64-70条）、出産にかかわる諸権利（**maternity rights**）（71-80I条）、雇用終了（86-93条）、不公正解雇（**unfair dismissal**）（94-134A条）、剰員整理手当等（135-181条）、使用者の倒産（**insolvency of employers**）（182-190条）、その他について規定している。

(2) 1999年雇用関係法

1999年雇用関係法（**Employment Relations Act 1999**）は、労働者（**worker**）が、懲戒処分又は苦情処理の審問（**hearing**）への出席を求められた場合に、同僚労働者又は労働組合の役員に付き添われることを求める権利を規定する（10-15条）。また、同法は、現行雇

²⁵ *Sagar v H Ridehalgh & Son Ltd* [1931] 1 Ch. 310 (CA).

²⁶ G.Pitt, *Employment Law* 5th ed. (Thomson Sweet & Maxwell, 2004), p.99.

²⁷ *Duke v Reliance Systems* [1982] IRLR 347 (EAT).

²⁸ G.Pitt, *supra* note 26, pp.99-100.

用関係法制において諸権利の付与の対象となっていない個人をその対象とする命令を大臣 (Secretary of State) が発する権限について規定する (23 条)。

(3) 2002 年雇用法

2002 年雇用法は、法定の解雇、懲戒、及び苦情処理の手続などについて (29-34 条) 規定する。

(4) 1998 年人権法²⁹

1998 年人権法 (Human Rights Act 1998) は、ヨーロッパ人権条約 (European Convention on Human Rights) を国内法化するものであるが、ヨーロッパ人権条約上の権利のすべてを具体的、直接的に定めるものではなく、以下のような方法により、国内法化を図るものである。①すべての立法は、可能な限りヨーロッパ人権条約上の権利と一致するように解釈され、かつ効果を与えられなければならない (3 条)、②条約上の権利と一致しない方法での公の当局 (public authority) の行為は違法とされる (6 条)、③公の当局による違法行為の被害者 (victim) は、適切な裁判所・審判所に訴訟を提起し、又は訴訟手続においてヨーロッパ人権条約上の権利を援用することができる (7 条)、④裁判所・審判所は、ヨーロッパ人権条約上の権利に関連する問題を扱う場合、当該訴訟手続に関連する限り、ヨーロッパ人権条約法 (ヨーロッパ人権裁判所の判決、ヨーロッパ人権委員会の意見等を含む) を考慮に入れなければならない (2 条)、⑤一定の裁判所 (高等法院 (High Court) 以上の裁判所で、雇用審判所や雇用上訴審判所 (Employment Appeal Tribunal) は含まれない) は、第一次立法の規定がヨーロッパ人権条約上の権利と一致しないと認めるときは、「不一致宣言 (declaration of incompatibility)」を行うことができる (4 条)。

このような国内法化の方法及びヨーロッパ人権条約上の権利が自由権をその内容とするもので社会権を含まないものであることから、雇用関係法への影響は³⁰、直接的なものではなく、間接的なものとなるとはいえ、大きなものがあると考えられる³¹。例えば、裁判官により創出されるコモン・ローに関しては、公の当局であるところの裁判所が、上記②により、ヨーロッパ人権条約上の権利と一致しない方法で行為してはならない義務を負うことから、これまでのコモン・ロー上の先例として存在する法理をヨーロッパ人権条約上の権利に適合するように再解釈することを求められることとなろう³²。

²⁹ 同法については、倉持孝司「1998 年人権法」戒能通厚編『現代イギリス法事典』(新世社、2003 年) 142-145 頁、江島晶子『人権保障の新局面 ヨーロッパ人権条約とイギリス憲法の共生』(日本評論社、2002 年) 223 頁以下、また、同法の労働法への影響については、鈴木隆「イギリス労働法の最近の動き—人権法の制定と労働法」法の科学 31 号 (2001 年) 218 頁以下を参照。

³⁰ 同法の雇用関係法への影響を広く検討した文献として、D.O'Dempsey et al., *Employment Law and the Human Rights Act 1998* (Jordans, 2001); R.Allen and R.Crasnow, *Employment law & Human Rights* (Oxford University Press, 2002) 等がある。

³¹ R.Allen and R.Crasnow, *supra* note 30, p.2.

³² H.Collins, *Employment Law* (Oxford University Press, 2003), p.211; S.Deakin and G.S.Morris, *supra*

(5) 1981年営業譲渡（雇用保護）規則

1981年営業譲渡（雇用保護）規則は、EUの既得権指令（Acquired Rights Directive）（77/187/EEC）を国内法化するために制定された制定法的文書で、①当該被用者らからの異議がない場合には、営業譲渡の直前に譲渡人に雇用されていた被用者らは、それ以前の労働条件で、譲受人の被用者となり、譲受人は、譲渡人の被用者らとの間の権利義務を承継すること（Reg.5）、②譲渡人によって承認されていた労働組合との間で締結された労働協約は、譲受人に継承されること（Reg.6）などを規定する。

3. 「雇用契約法制」の対象範囲

(1) 被用者

雇用関係の制定法の適用対象は、多くの場合、被用者（employee）に限定されている。この「被用者」については、「雇用契約（contract of employment）の下に入った又はその下で働く（雇用が終了した場合には、働いていた）個人」と定義され³³、その場合の「雇用契約」については、「雇用契約（contract of service）又は徒弟契約（apprenticeship）」を意味し、「明示又は黙示を問わず、また明示であれば口頭によるか書面によるかを問わない」と定義されている³⁴。このような制定法における雇用契約の定義の仕方は、同義反復であり、結局、制定法はコモン・ローの概念を借用したうえで、その解釈適用をコモン・ローに委ねているものといえる³⁵。雇用契約概念を前提とした被用者概念についても、同じことが言える。

コモン・ロー上、雇用契約の存否・被用者性の有無の判断は、①コントロール・テスト（control test）、②インテグレーション・テスト（integration test）、③経済的現実・テスト（economic reality test）、④マルチプル・テスト（multiple test）、⑤義務の相互性・テスト（mutuality of obligation test）と呼ばれる判断基準によって、なされてきた（各基準の考慮要素については、本章末に掲載の表 3-1-1 を参照）³⁶。

まず、コントロール・テストは、使用者が、労働の内容、方法、場所、時間を決定しているか、ということを中心的な要素とするものである。この基準は、技術革新の変化が早まり、高度の知識・技能を有する被用者が増大するにつれて、現実と合わない部分が出てきたために、幾つかの判断基準のうちの一つとされるようになったが、それでも、多くの雇用関係の現実には合うものであることから、欠くことのできない重要なものと位置づけられて

note 3, pp.69-70.

³³ 1996年雇用権利法 230条1項、1992年労働組合及び労働関係（統合）法 295条1項等。

³⁴ 1996年雇用権利法 230条2項、1992年労働組合及び労働関係（統合）法 295条1項等。

³⁵ 林和彦「労働契約の概念」秋田成就編『労働契約の法理論 イギリスと日本』（総合労働研究所、1993年）87頁。

³⁶ 林・前掲注 35 論文、小宮・前掲注 4 書 54-56 頁を参照。

いる³⁷。

次に、より複雑な雇用関係を検討するに際して、コントロール・テストのみによることが不適切であることを認識した判例において、「労働者」がその使用者の組織に完全に統合されているか否かを判断基準とするインテグレーション・テストが打ち出されたが³⁸、その線引きが難しいことから、これもまた決定的な基準とはならなかった³⁹。

経済的現実・テストは、自己の利益のために (**on his/her own account**) 事業を行っているのか、ということを経験として、判断しようとするものである⁴⁰。この基準は、コントロール・テストとインテグレーション・テストの上に立てられたものであり、事業への投資あるいは経済的なリスクの引き受けのような事情を重要な考慮事項とするもので、雇用契約を構成する様々な要素を考慮する必要のあることを示したものと見えよう⁴¹。

そしてさらに、マルチプル・テストは、雇用契約の存否を証明するただ一つの要素というものはなく、様々な状況において、様々な要素が重要な役割を果たすものとなり得るとする⁴²。しかし、この基準は、被用者性の判断に関する一貫性のないアプローチをもたらすものであり、統一的なアプローチの確立という点から問題があるとされる⁴³。

そこで、現在、貴族院 (**House of Lords**) の判決⁴⁴によって、仕事を提供する義務と賃金その他の形式の報酬と見返りにその仕事を履行する義務 (**an obligation to provide work and an obligation to perform that work in return for a wage or some form of remuneration**) という雇用契約を創出するのに必要な「それ以上削ることはできない最小限の相互の義務 (**irreducible minimum of mutual obligation**)」を欠く場合には、雇用契約は存せず、被用者とは認められないとする、義務の相互性・テストを重視することが確認されている⁴⁵。

³⁷ Lane v Shire Roofing Company [1995] IRLR 493 (CA). 同判決については、古川陽二「『自営的就業者』(self-employed)と『被用者』(employee)性判断の基準」労働法律旬報1392号(1996年)13頁以下を参照。M.Sargeant, Employment Law 2nd ed. (Pearson Education Ltd, 2003), p.52.

³⁸ Stevenson, Jordan & Harrison v McDonald and Evans [1952] 1 TLR 101.

³⁹ M.Sargeant, supra note 37, p.53. 今日多くみられるアウトソーシングの場合を想起せよ (Ibid.).

⁴⁰ Market Investigations Ltd v Ministry of Social Security [1968] 3 All ER 732.

⁴¹ M.Sargeant, supra note 37, p.54.

⁴² Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v Minister of Pensions and National Insurance [1967] 2 QB 497.

⁴³ 特定の状況において、どの特定の要素に重点を置くのかの判断は、雇用審判所によってなされるのであるが、後述するように、事実審たる雇用審判所の判決に対する上訴は法律問題に限られている。そして、この問題は、事実問題と法律問題の混合問題と解されていることから (Lee v Chung and Shun Shing Construction & Engineering Co Ltd [1990] IRLR 236), 上級審が統一的アプローチを創出しようとして介入できる機会は狭くなるのである。M.Sargeant, supra note 37, p.55.

⁴⁴ Carmichael v National Power plc [2000] IRLR 43 (HL).

⁴⁵ この基準については、臨時労働者 (casual worker) を不公平な状態に置くとの指摘がある。同貴族院判決のケースもまさにそうであったが、間欠的に働く臨時労働者の場合、相手方が仕事の提供義務を負わないものとして義務の相互性が認められにくく、被用者ではないとされ、雇用関係立法上の権利を享受できない一方で、事業者性も認められないことから、税制上の優遇措置も受けられないことになり得るのである。C.Barnard, "The Personal Scope of the Employment Relationship" in JILPT Report, The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment/ The Scope of Labor Law and the Notion of Employees (The Japan Institute for Labour Policy and Training, 2004), p.133. ただ、この臨時労働者に関

したがって、現在の被用者性の判断に関するイギリスの判例は、コントロールの存在と義務の相互性の存在とが、雇用契約の存在にとってそれ以上削ることのできない最小限の法的要件であるとする判断枠組みを採用しているものといえるであろう⁴⁶。

最後に、イギリスにおいては、以上のような基準によって判断した上でなお曖昧な部分が残る場合には、当事者の意思が、当該契約が雇用契約であるか否か、当該個人が被用者であるか否かを判断するに際して、斟酌され得るものとされていることを指摘しておく⁴⁷。

(2) 労働者

特に制定法が定める場合は、被用者よりも広い概念である「労働者 (worker)」も、適用対象とされる (1996 年雇用権利法上の権利については、本章末に掲載の表 3-1-2 を参照) ⁴⁸。この「労働者」は、「(a)雇用契約、又は、(b)明示又は黙示を問わず、また明示であれば口頭によるか書面によるかを問わず、職業的又は営業的事業の顧客ではない契約の相手方に当該個人本人が労働又はサービスをなし又は遂行することを約する他の契約のいずれかに入った又はそれらいずれかの契約の下で働く (「雇用」が終了した場合には、働いていた) 個人」と定義されている⁴⁹。したがって、「労働者」とは、当該契約の相手方と顧客の関係にある真の独立契約者等を除き、本人自身が労働又は役務を提供するすべての者をその範囲としているように思われる。

このように、「被用者」よりも広い「労働者」の概念を規定し、制定法の適用範囲の拡大が図られている。ある調査研究によれば、標準的ではない形の働き方で「雇用」されているために、「雇用」上の地位が明確ではない個人のうちの約 16%が、制定法上の権利の対象に入ってくる、と推計されている⁵⁰。ただ、この「労働者」の定義が、裁判所や審判所による制限的な解釈を受けることになれば、多くの個人に制定法上の権利を付与することにはならないし、制定法の適用対象者の範囲に関する不明確さを取り除くものにもならないとの指摘もみられる⁵¹。

そこで、現行雇用関係法制において諸権利の付与の対象となっていない個人をその対象とする命令を大臣が発する権限が、1999 年雇用関係法に規定された (23 条)。この権限の発

する問題は、むしろ、(3)でみる制定法上の権利を付与する要件とされている一定期間の勤続期間の要件の計算に際して、間欠的な働き方をする場合の不就労期間を勤続期間に計算できるか、あるいはすべきかという問題であるとする見方もある。H.Collins, case note (2000) 29 ILJ 73; S.Honeyball and J.Bowers, supra note 12, p.26.

⁴⁶ Montgomery v Johnson Underwood Ltd [2001] IRLR 269 (CA); M.Sargeant, supra note 37, p.57.

⁴⁷ M.Sargeant, supra note 37, p.59; Carmichael v National Power plc [2000] IRLR 43 (HL).

⁴⁸ 他には、1998 年全国最低賃金法 (National Minimum Wage Act 1998)、1998 年労働時間規則 (Working Time Regulations 1998)、2000 年パートタイム労働者 (不利益取扱防止) 規則 (Part-time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2000) が、労働者 (被用者を含む。) を適用対象としている。

⁴⁹ 例えば、1996 年雇用権利法 230 条 3 項、1992 年労働組合及び労働関係 (統合) 法 296 条 1 項等。

⁵⁰ Brendan Burchell, Simon Deakin and Sheila Honey, The employment status of Individuals in non-standard employment, URN 99/770 (<http://www.dti.gov.uk/er/emar/emar6.pdf>), pp.48-49.

⁵¹ R.W.Painter and K.Puttick, Employment Rights 3rd ed. (Pluto Press, 2004), p.41.

動を検討するべく、2002年には、協議文書が出され⁵²、パブリック・コメントの募集等も行われたのであるが、現在までのところ、その権限が発動されたことはない⁵³。

しかし、こうした権限発動による制定法上の権利の対象範囲の拡大については、それが、特定の労働者に特定の法的権利を付与することのメリットに関するケース・バイ・ケースの、裁量的な、政治的な評価に基づいて、雇用関係法の範囲が決められることになってしまうことが懸念されている⁵⁴。そうしたことから、少なくとも、制定法上の権利の中でも特に核となる不公正解雇されない権利（後述、第2節各論、8参照）の適用対象は「労働者」とすべきとの主張が、有力な学説の中にみられる⁵⁵。

(3) 勤続期間の要件

制定法上の権利の中にはその適用対象である「被用者」又は「労働者」であることに加えて、資格要件としての一定期間の勤続期間（**qualifying period of employment**）の充足を要するものがある。代表的なものとしては、1996年雇用権利法上の不公正に解雇されない権利を挙げることができる。不公正に解雇されない権利（**right not to be unfairly dismissed**）を定める同法94条は、原則として、被用者が1年以上の勤続期間を有しない場合には、適用されない（108条1項）。ただし、自動的に不公正な解雇とされる場合には、この要件の充足は必要とされない（108条3項）。

このように不公正に解雇されない権利に勤続期間の要件を付加して制限することに対しては、それが基本的な社会権から多くの労働者を排除するものであること⁵⁶、及び、1998年人権法に基づきヨーロッパ人権条約6条の公正な裁判を受ける権利への制限の問題として考察されるべきところ、この要件を必要とする正当な政策目的とそれによる制限の適切性について、これを見出すことができないことから、その廃止を求める提案が、有力な学説からなされている⁵⁷。

(4) 使用者・関連使用者・上位使用者・主たる使用者

使用者は、前記の(1)及び(2)においてみた制定法上の「被用者」または「労働者」との関係においては、「その者（**person**）によって被用者又は労働者が雇用されている（雇用が終了している場合には、雇用されていた）者」とか⁵⁸、「その者のために1人以上の労働者が働

⁵² DTI, Discussion Document on Employment Status in Relation to Statutory Rights, July 2002, URN 02/1058 (<http://www.dti.gov.uk/er/individual/statusdiscuss.pdf>).

⁵³ R.W.Painter and K.Puttick, *supra* note 51, pp.39-41.

⁵⁴ H.Collins, *supra* note 32, p.42.

⁵⁵ H.Collins, *Nine Proposals for the Reform of the Law on Unfair Dismissal (The Institute of Employment Rights, 2004)*, pp.7-11.

⁵⁶ この要件が、試用期間としての機能を果たしていることについては、第2節各論、2で触れる。

⁵⁷ H.Collins, *supra* note 55, pp.27-33.

⁵⁸ 例えば、1996年雇用権利法230条4項、1992年労働組合及び労働関係（統合）法295条1項等。

く、働いてきた、又は通常働く、又は働こうとする者」と定義されている⁵⁹。すなわち、使用者は、一般的には、被用者又は労働者の「雇用」の相手方であり、労務提供の相手方として、捉えられている。なお、ここにおける「者」は、個人の場合もあるが、パートナーシップ (partnership) や会社のような法人であることが多い⁶⁰。

このような一般的な使用者の定義に加えて、以下のように、幾つかの特別な使用者概念が制定法上規定されている。

第 1 は、関連使用者 (associated employer) の概念である。これは、前記の(3)においてみた、勤続期間の要件との関係で問題となるものである。すなわち、被用者が関連使用者間を移動した場合には、先にみたような不公正解雇の申立資格要件などとなっている勤続期間の計算において通算されることになるのである (1996 年雇用権利法 218 条 6 項)。

この関連使用者の概念は、次のように定義されている。

2 名の使用者が、次のような関係にある場合に、関連使用者として扱われる (1996 年雇用権利法 231 条)。

(a) 一方の会社 (company) が、他方の会社に対して (直接的又は間接的な) 支配力 (control) を有しているようなものである場合、又は、

(b) 両者ともに第三者が支配力を有している会社である場合。

この定義規定は、技術的でありかつ限定的な意味を持つものであって、(a)号と(b)号に規定されている場合は、例示列挙ではなく、限定列挙と解されており、関連使用者といえるのは、株式会社間に限られるものとされている⁶¹。また、「支配力」は、事実上の支配力ではなく、株主総会における過半数の議決権に基づく支配力を意味するものと解されている⁶²。ただし、この支配力に関する解釈については、判例の中に混乱がみられるとの指摘がある⁶³。

第 2 は、上位使用者 (superior employers) の概念である。1998 年全国最低賃金法 (National Minimum Wage Act 1998) 48 条によれば、「(a)労働者の直接の使用者自身が他の者 (other person) に雇用されており、かつ、(b)当該労働者が、当該他の者の構内で (on the premises of) 雇用されている場合には、当該他の者は、本法の目的のため、直接の使用者と連帯して当該労働者の使用者であるとみなされる」。この場合における、「他の者」が、上位使用者である。したがって、この上位使用者の概念は、全国最低賃金が支払われることを保証する責任を上位使用者が負うようにするため、労働者が他の労働者の下請け負いをするのを妨げることを目的としているものと考えられている⁶⁴。

第 3 は、主たる使用者 (principal employers) の概念である。1995 年障害差別禁止法

⁵⁹ 1992 年労働組合及び労働関係 (統合) 法 296 条 2 項等。

⁶⁰ M.Sargeant, *supra* note 37, p.42.

⁶¹ *Gardiner v London Borough of Merton* [1980] IRLR 472 (CA).

⁶² *Secretary of State for Employment v Newbold* [1981] IRLR 305.

⁶³ N.M.Selwyn, *supra* note 18, p.36.

⁶⁴ M.Sargeant, *supra* note 37, p.45.

(Disability Discrimination Act 1995) 12 条 1 項は、契約労働 (contract work) に関し、主たる使用者が、障害者を差別することを違法としているが、同条 6 項は、主たる使用者を「ある者 (A) となした契約に基づき、個人を供給する他者によって雇用されている当該個人が仕事を行えるようにするある者 (A)」と定義している。同様の規定が、1975 年性差別禁止法 (Sex Discrimination Act 1975) 9 条 1 項、1976 年人種差別禁止法 (Race Relations Act 1976) 7 条 1 項にもみられる。この主たる使用者の概念の立法趣旨は、契約労働の場合に、仲介する者ではなく、最終的な雇用主 (ultimate hirer) に、差別禁止立法における責任を負わせることにある、とされている⁶⁵。

4. 規制の実効性確保の仕組み

(1) 監督行政機関

イギリスには、雇用関係法上の諸権利の履行に関してそれを監督し強制する権限を有する包括的な監督行政機関は存しない。監督行政機関及びその監督権限は、以下のものに限定されている。

ア. 安全衛生執行局⁶⁶

労働安全衛生法 (Health and Safety at Work Act 1974) 違反 (18 条)、及び労働時間規則 (Working Time Regulations 1998) 違反 (Reg.28) については、安全衛生執行局 (Health and Safety Executive) が、監督行政機関として活動する⁶⁷。安全衛生執行局は、監督官 (inspectors) を任命する (19 条)⁶⁸。監督官は、立入調査を行い、施設等の保全を命じ、尋問し、書類の提出を命じ、その写しを取る事等、非常に広範な権限を有している (20 条)。そして、監督官は、労働安全衛生法その他健康と安全に関する法令の違反があり、それが継続又は繰り返されるおそれがあると判断する場合には、「是正通告 (improvement notices)」を発することができる (21 条)。また、監督官は、ある活動に関し人身に重大な危険があると判断する場合には、当該活動をコントロールする権限を有する者に対し、その活動を停止するよう命ずる「禁止通告 (prohibition notices)」を発することができる (22 条)。

これら 2 つの法令の違反に対しては、罰則の適用がある (労働安全衛生法 33 条・37 条、労働時間規則 Reg.29・Reg.29B)。

イ. 内国税収入庁⁶⁹

全国最低賃金法違反については、内国税収入庁 (Inland Revenue) が、監督行政機関とし

⁶⁵ Abbey Life Assurance Co Ltd v Tansell [2000] IRLR 387 (CA); M.Sargeant, supra note 37, pp.45-46.

⁶⁶ 小宮・前掲注 4 書 135-137 頁; E.Slade, supra note 12, pp.319-327 を参照。

⁶⁷ なお、国務大臣は、一定の規定の執行権限を地方当局 (local authority) に委ねることができる (18 条)。

⁶⁸ 監督官の活動内容について詳しくは、林和彦「イギリスの工場監督官」日本法学 60 卷 1 号 (1995 年) 37 頁以下を参照。

⁶⁹ 小宮・前掲注 4 書 84-85 頁; R.W.Painter and K.Puttick, supra note 51, pp.121-122; S.Honeyball and J.Bowers, supra note 12, pp.315-316; E.Slade, supra note 12, pp.407-409 を参照。

て活動するものとされ（13条）、同庁の係官は、使用者に記録の提出を求め、説明を求め、構内に立ち入る権限を有する（14条）。係官は、使用者に対し最低賃金の支払いを命じる強制通知（enforcement notice）を発することができる（19条）。使用者が強制通知に従った支払いをなさない場合には、係官は、労働者（被用者を含む）のために、1996年雇用権利法13条違反の権限のない賃金控除を根拠として雇用審判所に提訴するか、適当な場合には、支払われるべきであった金額の回復を求める民事訴訟を裁判所に提訴することができる（20条）⁷⁰。また、係官は、その代わりに、不履行の各日につき賃金額の2倍の額を国務大臣に対し支払うよう義務づける過料通告（penalty notice）を出すこともできる（21条）。なお、同法に対する使用者の故意の違反に対しては、罰則の適用がある（31-33条）。

(2) 裁判所・審判所・ACAS

このように、イギリスでは、雇用関係法上の諸権利の履行に関してそれを監督し強制する権限を有する包括的な監督行政機関は存しないことから、その実効性確保の手段としては、被用者・労働者個人による裁判所や雇用審判所への提訴によることが主要なものとなる。そして、このことは、イギリスにおける増大している雇用関係の法的規制が、個人化された、私法的なモデルの性格を持つものであることに起因するものと考えられる⁷¹。

ア. 裁判所

裁判所（court）は、コモン・ロー上の雇用契約違反の訴えや労働災害に対する人身損害（personal injuries）の訴えに対して、損害賠償（damages）、差止め、特定履行、宣言判決（declaratory judgment）による救済を与えることができる。訴額が1万5千ポンド未満（人身損害については5万ポンド未満）の請求については、カウンティ裁判所（County Court）が、訴額がそれ以上のものについては高等法院（High Court）が、第一審として管轄する。上訴は、許可（leave）制の下で、控訴院（Court of Appeal）民事部に対してなされ、さらに、貴族院（House of Lords）に対してなされ得る⁷²。

イ. 雇用審判所・雇用上訴審判所

雇用審判所（employment tribunal）は⁷³、制定法上の権利・義務に関する紛争であり、制

⁷⁰ 当然のことながら、労働者本人が、雇用審判所又は裁判所に提訴することもできる。いずれの訴えの場合にも、使用者が反対の証明をしない限り、最低賃金を下回る額しか支払われていないと推定され、証明責任が転換されている（28条）。

⁷¹ L.Dickens and M.Hall, "Labour Law and Industrial Relations: A New Settlement?" in P.Edwards ed., *Industrial Relations* 2nd ed. (Blackwell Publishing, 2003), p.134.

⁷² S.Deakin and G.S.Morris, *supra* note 3, pp.82-83. なお、イギリスの裁判所における公判前・中間手続（わが国の地位保全仮処分に対応するもの）については、有田謙司「イギリスにおける解雇と労働訴訟」山口経済学雑誌 43 卷 6 号（1995 年）103 頁以下を参照。

⁷³ 雇用審判所については、山下幸司「イギリスにおける個別労働紛争処理システム」毛塚勝利編『個別労働紛争処理システムの国際比較』（日本労働研究機構、2002 年）1 頁以下、古川陽二「イギリスの個別労使紛争処理制度の概要」世界の労働 51 卷 11 号（2001 年）2 頁以下、中垣内健治「イギリス・ドイツの労使が関与する個別労働紛争処理制度における労使の関与者の選任・研修システムについて」判例タイムズ 1156 号（2004 年）4 頁以下、有田謙司「イギリス雇用審判所・雇用上訴審判所における三者構成と専門性（1）」山口経済学雑誌

定法によって付与された場合に限り管轄権を有するものであるが、それは拡大を続け、現在、70 を超える事項に関し管轄権を有するものとなっている（雇用審判所法（**Employment Tribunals Act 1996**）2条）。ここで注目すべきは、雇用審判所は、雇用審判所法3条及び同条に基づき発令された1994年雇用審判所管轄権拡大令（**Employment Tribunals Extension of Jurisdiction (England Wales) Order 1994**）（SI 1994/1624）によって、人身損害に対するものを除き、当該請求が雇用の終了に起因し又は雇用の終了時に未払いである場合、コモン・ロー上の雇用契約違反に対する損害賠償請求の訴訟を管轄できるようになっていることである（同令3条）。ただし、雇用審判所が損害賠償の支払いを命じる金額には、2万5千ポンドという上限が設定されている（同令10条）。

雇用審判所は、司法機関ではあるが、制定法によって設置されているものであるために、雇用審判所の手続においては、制定法によって定められた救済方法のみが認められることになり、そうした救済方法として補償金（**compensation**）の支払裁定、復職命令（**reinstatement**）、再雇用命令（**re-employment**）といったものが定められている。したがって、エクイティ上の救済方法である差止命令や特定履行命令のようなものは裁判所のみが発することができるのであり、雇用審判所のなし得るものではない。

雇用契約紛争にかかわって雇用審判所が有する権限について特に述べておくべきことは、雇用条件明細書（雇用権利法1条）又は雇用条件変更明細書（同法4条）が使用者から交付されない場合、あるいは記載に漏れがある場合、あるいは記載内容が不明確である場合、雇用審判所は、被用者又は使用者の申立てに基づき、その内容を確定することができる、ということである（同法11-12条）。

このような広範な管轄権を有し権限を有する雇用審判所は、三者構成であること、及び、アクセスの容易さ、簡易、迅速、低廉な手続であることをその特徴とするものである。雇用審判所の手続は、2004年雇用審判所（構成及び手続規則）規則（**Employment Tribunals (Constitution and Rules of Procedure) Regulation 2004**）（SI 2004/1861）に定められている⁷⁴。

まず、三者構成についてであるが、雇用審判所は、法曹資格を有する法律家の審判長（**chairman**）（専任又はパートタイム）と、選出された労使各側のリストから大臣が任命した素人審判員（**lay members**）によって構成される。素人審判員は、雇用関係及び労使関係における日々の実務の中で得られた彼らの専門知識と経験を事案の判断の中にもたらすことを期待されている。判決は多数決によってなされるのだが、バックグラウンドの違いがあるにもかかわらず、ほとんどの判決は全員一致といわれている⁷⁵。なお、雇用契約違反のケースのような所定のケースでは、審判長のみ、あるいは1名の素人審判員のみを伴った形で、

誌48巻4号（2000年）163頁以下；E.Slade, *supra* note 12, pp.155-234；S.Honeyball and J.Bowers, *supra* note 12, pp.11-17等を参照。

⁷⁴ 2004年10月から施行（<http://www.hmso.gov.uk/si/si2004/20041861.htm>参照）。

審理を行うことができる。また、こうした形態の審理は、両当事者が同意した場合にも、行うことができる（雇用審判所法 4 条）。

次に、アクセスの容易さと迅速さの特徴については、以下のような運営実態についての統計からうかがうことができる。雇用審判所の運営実態に関する統計によれば、2003-2004 年度において、雇用審判所への申立件数の総計は 197,365 件で、そのうち、不公正解雇に係る申立ては 44,942 件、雇用契約違反に対する損害賠償の申立ては 29,661 件であった⁷⁶。85% のケースが申立受理後 26 週間以内に審問（hearing）に至っており、86% のケースで結審後 4 週間以内に判決が出されている⁷⁷。また、同年度において、処理された全ケースのうち、その 31% は取下げにより終結し、38% が後述の ACAS の斡旋により解決されており、雇用審判所の審問にまで行くのは 24% である（その他の処理による終結 8%）。そして、全ケースのうち、雇用審判所での審理において、申立てが認容されたのは 14%、棄却されたのは 10% である⁷⁸。このような雇用審判所の運営実態は、通常の裁判所に比して非常によいものと評価されている⁷⁹。

雇用審判所の優先目的（overriding object）として、雇用審判所がケースを公正に（justly）扱うこと、そしてその公正な扱いとして、両当事者が対等な立場となることを確保することが 2004 年雇用審判所（構成及び手続規則）規則の中に定められており（Reg.3）、雇用審判所は、その対等な立場の確保のために、被用者が本人で手続を行っている場合には代理人のついた使用者と対等な立場となるように助力することが求められる⁸⁰。しかしながら、雇用審判所の手続構造は、裁判所と酷似していること、及びその扱う制定法と判例法が膨大かつ複雑になっていることから、ほとんどの当事者には代理人がついており、本人訴訟は少数である、といわれている⁸¹。裁判費用の敗訴者負担の原則はなく、各当事者は自己の費用を負担することになっており、代理人となったバリスターやソリシターへの報酬も勝訴した場合にのみ支払う（no win, no fee）ことが一般的であるとはいえ、被用者・労働者にとっては大きな負担となる。そこで、法律センター（Law Centre）やシチズンズ・アドヴァイス・ビューロー（Citizens Advice Bureau）が、無料の相談を行い、無料の代理人の提供を行っている⁸²。したがって、簡易で、低廉な手続という特徴は、貫徹しているとは言い難いように思われる。

⁷⁵ S.Honeyball and J.Bowers, *supra* note 12, p.12.

⁷⁶ Employment Tribunal Service, 2003-2004 Annual Report & Accounts (HC714) (<http://www.ets.gov.uk/frame.htm>), p.23.

⁷⁷ *Ibid.*, p.9.

⁷⁸ *Ibid.*, p.24.

⁷⁹ S.Honeyball and J.Bowers, *supra* note 12, p.12.

⁸⁰ John-Paul Waite et al., *Tolley's Employment Tribunals Handbook* (Tolley Lexis Nexis, 2002), pp.83-84.

⁸¹ *Ibid.*, pp.9, 19. なお、このことによる手続の遅延を防ぐため、2004 年雇用審判所（構成及び手続規則）規則では、雇用審判所のケース・マネジメント及び費用裁定の権限が強化されている。J.Yew, "Employment tribunals - the new rules" *New Law Journal* 6 August 2004, pp.1222-1223 を参照。

⁸² John-Paul Waite et al., *supra* note 80, pp.22-25.

雇用審判所の判決に不服がある場合には、法律問題に限り、雇用上訴審判所 (**Employment Appeal Tribunal**) に上訴することができる。雇用上訴審判所も三者構成を採っているが、同審判所は、審判長が高等法院判事又は巡回裁判官 (**circuit judge**. 専任の判事に限る) である。

雇用上訴審判所は、上位記録裁判所 (**superior court of record**) であり (1996 年雇用審判所法 20 条 3 項)、先例拘束性の原理 (**doctrine of precedent**) によって拘束されている。したがって、雇用上訴審判所は、控訴院、貴族院の判決に従わなければならないが、高等法院の判決には拘束されない。また、雇用上訴審判所の判決は、雇用審判所を拘束する。雇用審判所は、同審判所の他の法廷が出した判決に通常は従う。

雇用上訴審判所の判決に対しては、控訴院 (**Court of Appeal**) に対して、そして最終的には、貴族院 (**House of Lords**) に対して上訴が可能である。ただし、上訴には、原審又は上級審の許可を要する。

このように、第二審裁判所である雇用上訴審判所までも三者構成とされ、三者構成に由来する専門知識と経験の発揮が期待されていることは、非常に特徴的である。

ウ. ACAS

ACAS (**Advisory, Conciliation and Arbitration Service**. 助言斡旋仲裁局) という裁判外紛争処理機関が設けられている。不公正解雇、その他の制定法上の申立てが雇用審判所になされると、申立書が ACAS にも回付されてくる (1996 年雇用審判所法 18 条)。この段階において、ACAS による斡旋が試みられることになる。このように、司法機関である雇用審判所による紛争解決と行政的な裁判外紛争処理機関である ACAS とが連携しているところは、イギリスの紛争解決手続の特徴の一つといえよう。

前述のように、雇用審判所への申立ての 38% が ACAS の斡旋により解決されており、ACAS は、雇用関係法における実効性確保の仕組みとして、十分に機能しているものと評価できよう⁸³。また、ACAS は、前述の雇用審判所への申立てに基づく斡旋手続のほかに、それとは別個の直接に ACAS に対して手続がなされる仲裁制度も運営している (**ACAS Arbitration Scheme (England and Wales) Order 2001**)⁸⁴。さらに、ACAS は、良好な労使関係の形成へ向け、前出の行為準則の策定や助言活動も行っており、イギリス労働法制における重要な機関と位置づけることができる。

以上にみてきたところから分かるように、イギリスにおいては、雇用関係法の実効性確保の仕組みの中で、雇用審判所の果たす役割が非常に大きいものとなっている。このように、雇用審判所を通じた被用者による権利の実現が、核となっていることから、雇用審判所は、

⁸³ ACAS の紛争解決活動については、野瀬正治『新時代の個別的労使関係論』(晃洋書房、2004 年) 69-103 頁を参照。

⁸⁴ 古川・前掲注 73 論文 8-9 頁, J.Yew, "Unfair dismissal claims - arbitrate or litigate?" *New Law Journal* 24 September 2004, pp.1391-1393 を参照。

雇用関係法の土台 (**foundations**) と考えられている⁸⁵。そうした雇用審判所の実効性確保の仕組みが有効に機能するためには、法的助言を行う機関の活動が重要な意味を持つことになろう。労働組合や前出の法律センター、シチズンズ・アドヴァイス・ビューローのような機関・団体がそうした活動を担っている。

5. 「雇用契約法」の位置づけ

イギリスにおいては、制定法の中で、雇用契約法と労働者保護法といった区別はなされていない。雇用契約にかかわる制定法は、被用者や労働者に一定の権利を付与し、使用者に一定の義務を課すものと、使用者に差別を禁ずるものとに大別できるが、非常に錯綜しており、分かり難いものとなっている。そこで、前述のように、雇用契約に関するルールをリストアップし、これらを法典化すべきであるとする有力な学説の主張がみられるところである⁸⁶。

次に、制定法をコモン・ローとの関係でみてみれば、コモン・ロー上の雇用契約の法理を修正する制定法とコモン・ロー上の雇用契約の法理にはみられない権利・義務を雇用契約の中に組み込む制定法に分けることができるであろう。ここで、注意しなければならないのは、制定法とコモン・ローは、相互に影響し合いながら展開してきていることである。これらの点については、後述の各論の各該当箇所において述べることにする。

第2節 各論

1. 採用内定

イギリスにおいては、わが国におけるような採用内定といったものについて、特別な制定法上の規制は加えられていない。したがって、それは、契約自由 (**freedom of contract**) の範囲の問題とされており、コモン・ロー上の雇用契約に関する解釈の問題ということになる。

ところで、雇用契約は、使用者からの雇用の申込み (**offer**) に対し、被用者が承諾 (**accept**) したときに有効に成立するものであるが、この申込には、条件を付すことができる。そこで、例えば、「申し分のない旨の前使用者からの人物証明書の受領」のような雇用の申込みに付された条件が成就しなかったとして、使用者が当該雇用の申込みを撤回する (**withdraw**) 場合、そのような撤回は、その条件とされている人物証明書に関する判断が誠実に (**in good faith**) なされている限りは、何ら違法となるものではない⁸⁷。雇用契約は未だ有効に成立していないだけのことである⁸⁸。

⁸⁵ S.Honeyball and J.Bowers, *supra* note 12, p.11.

⁸⁶ M.R.Fredland, *supra* note 10, pp.517-523.

⁸⁷ *Wishart v National Association of Citizens' Advice Bureaux* [1990] IRLR 393 (CA); N.M.Selwyn, *supra* note 18, pp.72-73.

⁸⁸ ただし、この場合、被用者は、前使用者が、雇用契約上の黙示の注意義務に違反して誤った内容の人物証明書を作成し交付したために、雇用を得る合理的な機会を失いそれにより損害を被ったことを証明できれば、その賠償を前使用者に対して請求することができる。 *Spring v Guardian Assurance plc* [1994] IRLR 460;

これに対して、ひとたび雇用の申込みに対し承諾がなされたならば、被用者が実際に就労を開始すべき日が延ばされたとしても、有効な雇用契約が存在することとなるので、そのような状況の中で、就労開始日の前に、使用者が雇用の申込みを取消し（**retract**）、又は撤回した場合、当該使用者の行為は、雇用契約に違反した雇用の終了と判断される⁸⁹。したがって、使用者による違法解雇（**wrongful dismissal**）に対する救済を求めることが可能となる（これについては、第2節各論、8参照）。また、当該申込みの取消し又は撤回の理由（＝解雇理由）が、1年間の勤続要件の充足を必要としない、認められない理由（**inadmissible reason**）による場合であれば、制定法上の不公正解雇（**unfair dismissal**）に対する救済を求めることが可能となろう。

実態としても、イギリスにおいては、我が国におけるような新規学卒者を一括採用することを前提とする採用内定の慣行はみられない。我が国との比較でいえば、中途採用の場合における採用内定の形態に近いものではないかと思われる。

2. 試用期間

イギリスにおいても、わが国におけるように、雇用の開始後、一定期間の試用期間（**probationary period**）を置くことが一般的といわれている。使用者は、特に能力を理由に、一定期間の後に任命を正式に認めないことができる権利（**right not to confirm the appointment**）を保持するために、試用的任命をなすとされている⁹⁰。

しかし、こうした試用期間に対して、制定法が特別な規制を加えているわけではない。したがって、それは、契約自由の範囲の問題であり、試用期間を付すか否か、どれだけの期間のものとするかといったことは、合意により決まるものである。

ただし、制定法上の不公正解雇の規制を受ける場合がある。被用者を「試用者（**probationer**）」と呼ぶことは、使用者と被用者との関係に何らの影響ももたらさないから、試用者は、被用者と認められる限り、使用者により雇用の終了がなされた場合、試用者が不公正解雇の申立資格たる1年の勤続期間の要件を充足していれば、当該雇用の終了は解雇として扱われ（第2節、8参照）、不公正解雇の申立てができることになるのである。この場合、被用者が試用者の地位にあることは解雇を自動的に公正とするものではない⁹¹。

試用期間中の解雇が公正であるか否かの判断の基準は、正式に任命された後の被用者のそ

J.Gaymer, *The Employment Relationship* (Sweet & Maxwell, 2001), p.16. なお、同判決については、有田謙司「イギリス雇用契約法における信頼関係維持義務の展開と雇用契約観」山口経済学雑誌 46 巻 3 号（1998 年）213-216 頁を参照。

⁸⁹ *Sarker v South Tees Acute Hospitals NHS Trust* [1997] IRLR 328. なお、M.R.Freedland, *supra* note 10, p.99 は、同判決のこのような判断について、目的的な解釈を採ったものと評価している。

⁹⁰ N.M.Selwyn, *supra* note 18, p.56.

⁹¹ E.Slade, *supra* note 12, p.427.

れとは異なり、前者の方が緩やかなものとなる、とするのが判例の多数である⁹²。しかしながら、雇用審判所が、試用期間中の被用者の解雇が公正か否かを判断するに際しては、①使用者が、有用又は公正でありそうな場合に、助言あるいは警告によって指導をしながら、試用期間を通して試用者の評価を継続するための合理的な措置を取ったこと、及び、②監督者によってなされた評価その他試用者に関して記録された事実を当該試用者に知らせ、当該試用者が要求されている水準に達したか否かを判定すべく適切な職員が真摯な努力をしたことを検討すべきである、と判示する雇用上訴審判所の判決がある⁹³。

なお、被用者の雇用契約が試用期間を定めている場合、当該試用期間の定めは、当該被用者にその期間中の雇用を保障するものと解されるものとはならない。したがって、使用者は、当該試用期間が1年未満であり、適切な解雇予告を行うならば、試用期間中に当該被用者を適法に解雇しうる⁹⁴。

なお、実態としては、試用期間として一般的な期間は10～12週であり、より高度の技能を要する職務や大企業での採用では、より長期間の試用期間が付されている⁹⁵。

3. 労働条件設定の法的手段⁹⁶

(1) 各規制の概要

被用者の労働条件は、個々の被用者と使用者との間において締結される雇用契約によって、また、被用者が属する労働組合と使用者・使用者団体との間でなされる団体交渉の結果締結される労働協約によって、また、使用者が作成する就業規則によって、さらには、制定法によって、設定される。ただし、前述のように（第1節総論，1参照），そうした労働条件が、法的拘束力を持つものとなるためには、原則として、それらが雇用契約の内容とならなければならない。

雇用契約の契約条件は、基本的には、当事者がいかなる明示的な合意をしたか、すなわち明示条項（**express terms**）による。この雇用契約の明示条項が、いわゆる橋渡し条項（**bridge term**）の形を取ることで、労働協約や就業規則の規定内容が雇用契約の内容となることがあるが、この場合、当該労働協約や就業規則の規定内容は、当該雇用契約の明示条項ということになる。

雇用契約の契約条件は、当事者間の黙示の合意により黙示条項（**implied terms**）として認められる場合もある。イギリス契約法では、黙示条項は、①事実による黙示条項（**terms**

⁹² Hamblin v Ealing London Borough [1975] IRLR 354; N.M.Selwyn, supra note 18, p.57.

⁹³ Post Office v Mughal [1977] ICR 763.

⁹⁴ Fosca Services (UK) Ltd v Birkett [1996] IRLR 325.

⁹⁵ H.Collins et al., Labour Law Text and Materials (Hart Publishing, 2001), p.549.

⁹⁶ 山田省三「労働契約と労働条件」秋田成就編『労働契約の法理論 イギリスと日本』（総合労働研究所，1993年）135頁以下，山下・前掲注12論文等を参照。

implied in fact) , ②法による黙示条項 (terms implied in law) , 及び③慣習による黙示条項 (terms implied by custom) の3つに区別される。事実による黙示条項は、事実から当事者意思を推認したものであるのに対して、法による黙示条項は、法の運用により編入される条項である。

このような黙示条項のうち事実による黙示条項は、当該契約にその予定していた効果 (business efficacy) を与えるために必要とされる場合になされるものである⁹⁷。こうした観点から判断して、労働協約や就業規則の規定が、黙示条項として雇用契約の内容となっていると推認されることがある。前述のように (第1節総論, 1参照) , 労働協約や就業規則の条項のすべてが編入されるわけではなく、法定の雇用条件明細書に記載すべき事項に関する条項が雇用契約の内容になるものと解され、それらの条項が被用者に権利を付与するものとみられる場合に契約としての効力を有するものと解されている⁹⁸。また、法律により求められている条項を扱った規定の部分は、当然に雇用契約の内容になるものとされる⁹⁹。これらの場合に対して、例えば、移動条項 (mobility clause) のような、即座に実行される可能性のあるような効果 (immediate practical effect) を持たない条項は、被用者に十分その意図を伝えることなしには、黙示の編入が認められない¹⁰⁰。

労働協約は、労働条件が労働協約によって規制されている事実たる慣習 (custom and practice) の存在が認められる場合にも、黙示の編入 (implied incorporation) により、雇用契約の内容となる¹⁰¹。

雇用条件明細書 (1996年雇用権利法 1-7条・11-12条) は、前述のように (第1節総論, 1参照) , 雇用契約ではないし、雇用契約の内容の決定的な証拠ともいえないものの、雇用契約の条項に関する強力な一応の証拠 (prima facie evidence) であることが認められており、上述のように、就業規則や労働協約の条項が黙示条項として雇用契約に編入が認められる場合の媒介としても機能するものである。

雇用契約の黙示条項としての法 (=コモン・ロー) による黙示条項についても、ここで触れておく必要があるだろう。法 (=コモン・ロー) による黙示条項は、特定の義務が当該種類の契約関係に付着させられるべきである、と裁判所が考えることにより、黙示に編入されるのである、と説明されており、その意味で、一定種類の契約から生じる一見明白な義務であり、当事者意思とかかわりなく法 (=コモン・ロー) によって契約当事者に課される「法的附随義務 (legal incident) 」である、と理解されている¹⁰²。雇用契約における法による黙示条項としての附随義務には、①協力義務 (duty of cooperation) , ②相互の信頼関係維持義務 (duty

⁹⁷ Liverpool County Council v Irwin [1977] AC 239 (HL).

⁹⁸ S.Honeyball and J.Bowers, supra note 12, p.51.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Anglia Regional Co-operative Society v O'Donnell (1994) unreported; S.Honeyball and J.Bowers, supra note 12, p.51.

¹⁰¹ S.Honeyball and J.Bowers, supra note 12, p.53.

¹⁰² Lister v Romford Ice and Cold Storage Co Ltd [1957] AC 555 (HL).

of mutual trust and confidence), ③安全配慮義務 (duty of care and safety), ④能力を維持する義務 (duty to be competent), ⑤命令に従う義務 (duty of obedience to instructions), ⑥誠実義務 (duty of fidelity), ⑦秘密保持義務 (duty not to disclose confidential information) 等がある¹⁰³。これらの義務のうち, ①と②は労使双方が負うものであり, ③は使用者が負うものであり, ④から⑦までは被用者が負うものである。これら義務の内容と機能については, 以下の論述の中における関連する箇所において言及する。

雇用契約の条項の中には, 制定法によって自動的に黙示条項として編入されるものもある。例えば, 同一賃金条項の定め (1970年同一賃金法 (Equal Pay Act 1970) 1条1項), 雇用終了に際しての予告期間についての定め (1996年雇用権利法 86条3項) や法定紛争解決手続についての定め (2002年雇用法 30条) は, 雇用契約の明示条項によりそれを下回る, あるいは排除することを許さず, 自動的に雇用契約の内容となる。これらの規定による条項は, むしろ, 制定法によって課されるものと解すべきものとされているが¹⁰⁴, こうした規定は例外的なものであるといわれている¹⁰⁵。

労働条件の設定に関しては, 最後に, 情報提供と協議の一般枠組みを定める EU 指令 (Directive establishing a framework for informing and consulting employees in the European Community) (2002/14/EC) を履行するために, 新たに導入される情報提供と協議の制度について触れておかなければならないであろう¹⁰⁶。2005年4月から, 情報提供と協議に関する規則 (Information and Consultation of Employees Regulations 2004) が施行予定となっている (被用者数が150人以上, 100人以上150人未満は2007年4月, 50人以上100人未満は2008年4月)。同規則によれば, 使用者は, 全被用者の10%以上からの請求があったときには, できるだけ早期に全被用者が参加する形で交渉代表者 (negotiating representative) を任命し, あるいは選出しなければならない (Reg.14)。そして, 6か月以内に, 使用者は, 被用者に情報を提供し協議する仕組みについて合意しなければならない (Reg.18)。合意に達しない場合には, 規則が定める情報提供と協議に関する標準モデルが適用されることになる。この場合, 使用者は, 情報提供及び協議代表者 (information and consultation representatives) に対し, 以下の(a)(b)(c)の事項について情報提供し, (b)(c)の事項については協議しなければならない (Reg.20)。

(a) 企業活動の最近の及び見込まれる展開及び経済状況,

¹⁰³ S.Honeyball and J.Bowers, supra note 12, pp.54-62; 小宮・前掲注4書 68-79頁, 有田・前掲注88論文, 龔敏「イギリス雇用契約における implied terms の新動向に関する一考察」九大法学 88号 (2004年) 51頁以下, 山川隆一「労使の義務論」秋田成就編『労働契約の法理論 イギリスと日本』(総合労働研究所, 1993年) 158頁以下, 唐津博「イギリス雇用契約における労働者の義務」同志社法学 33巻4号 (1981年) 608頁以下等を参照。

¹⁰⁴ S.Honeyball and J.Bowers, supra note 12, pp.62-63.

¹⁰⁵ S.Deakin and G.S.Morris, supra note 3, p.246.

¹⁰⁶ 同制度の内容については, V.Toman, "Information and consultation - an overview" New Law Journal 3 December 2004, pp.1814-1815; D.Hely, "Rules of information" 12.11.04 Solicitors Journal, pp.1309-1310を参照。

- (b) 企業内における、及び特に企業内の雇用を脅かすものがある場合に考えられる措置に基づき、雇用の状況、構造並びに見込まれる展開、
- (c) 仕事組織あるいは契約関係（**contractual relations**）に重大な変更（**substantial changes**）をもたらす見込みのある決定（1992年労働組合及び労働関係（統合）法 188条から 192条に基づく剰員整理解雇の場合における被用者代表との協議、1981年営業譲渡（雇用保護）規則 **Reg.10** から **Reg.12** に基づく情報の提供と協議を含む）。

この情報提供と協議の制度の導入は、特に協議事項となる(c)について協議がなされ、その結果が雇用契約の条項となる可能性を秘めており、労働条件設定の新たなルートとして、その展開が注目される。

(2) 各労働条件規制手段の相互関係・実態

イギリスにおいては、各労働条件規制手段は、雇用契約の内容となることによってはじめて法的拘束力を有するものとなることから、基本的には、その効力に優劣の差はない¹⁰⁷。ただし、前述のような、雇用契約の明示条項によるそれを下回るあるいは排除することを許さず自動的に雇用契約の内容となる一部の制定法上の規定（例えば、1970年同一賃金法 1条 1項、1996年雇用権利法 86条 3項）、及び、その適用を排除する当事者間の合意を無効にする効力を認められた制定法上の規定（例えば、1996年雇用権利法の規定の実施を排除又は制限する、あるいは同法に基づき雇用審判所に申立てのを行うことを排除することを目的とした合意を無効とすると規定する、同法 203条 1項等）は、その効力において他の労働条件規制手段に優先する。

次に、問題となるのは、雇用契約の明示条項と黙示条項の効力の優先関係である。基本的には、明示条項が黙示条項にその効力において優先するとされるのであるが、特に基本的なコモン・ローにより課される黙示条項としての信頼関係維持義務や安全配慮義務等は、明示条項に優位すべきかが問題とされている¹⁰⁸。現在の判例は、少なくとも、そのような法（＝コモン・ロー）による黙示条項は、当該明示条項が裁量権限を付与するものである場合には、それと相容れない法による黙示条項による制限を受ける、すなわち、その限りにおいて法による黙示条項の優先的効力を認める、というものであると解されている¹⁰⁹。

¹⁰⁷ 安枝英神「イギリスの雇用契約」本多淳亮先生還暦記念『労働契約の研究』（法律文化社、1986年）469頁。

¹⁰⁸ H.Collins et al., *supra* note 95, p.198.

¹⁰⁹ *Johnstone v Bloomsbury Health Authority* [1991] IRLR 118 (CA); H.Collins et al., *supra* note 95, p.997.
なお、有田謙司「イギリスにおける黙示条項と雇用契約観」九大法学 64号（1992年）95頁以下を参照。

4. 労働条件の変更¹¹⁰

雇用契約条件の変更は、両当事者の明示又は黙示の合意（**assent, consent**）によることなしには、法的に有効なものとはならない。そこで、同意の有無をいかなる形で確認できるのかが問題となる。

しかし、その前に、労働条件の変更は、契約条項の変更か否かが問題となる。というのも、労働条件の変更が、雇用契約の契約条件の変更ではなく、非契約的な条件（**non-contractual condition**）である場合には、その変更には被用者の同意は要しないことになるからである。例えば、就業規則中の良好な労使慣行の方針として定められた病気休暇の方針は、契約としての効果を有するものではなく、その変更には被用者の同意を要しないとする判例がある¹¹¹。

では、契約条項の変更に対する同意は、どのような形態のものまでが認められるのであろうか。まず、明示の合意であるが、問題となるものとしては、次のような場合が考えられる。①契約条項の解釈として一定範囲の労働条件の変更が契約条件の範囲内に含まれていると解される場合、②契約条件変更権を認める契約条項が雇用契約に含まれている場合である。

これらのうち、まず、①の場合については、例えば、使用者が雇用契約上有する指揮命令権の範囲内の問題として、労働者はコンピューターの導入による仕事方法の変更に応ずべき義務を負っているものと判断し、その変更には同意を要しないとする判例がある¹¹²。次に、②の場合についてであるが、判例は、そのような契約条件変更条項を厳格に解釈し、労働時間や賃金のような基本的な事項をその裁量で変更できる、ということを非常に明確に規定しているのでなければ、そうした変更権限が合意されているとは認めない¹¹³。したがって、使用者が、契約条件の変更は両当事者の合意によるとの一般原則を回避して、契約条件を一方的に変更することができるようにする明示条項に依拠して、契約条件の一方的変更を認められる範囲は、限られたものとなろう¹¹⁴。

雇用契約の条項に、労働条件は労働協約に定めるところによる旨の橋渡し条項がある場合には、どう考えられるのであろうか。この場合、当該橋渡し条項が、「その時々労働協約に服する」といった労働協約の変更内容を自動的に雇用契約の内容とする旨の定めであるときは、当該被用者は、締結組合の組合員であると否とにかかわらず、その変更には拘束される

¹¹⁰ 小宮文人「英国における労働条件の一方的変更」伊藤博義他編『労働保護法の研究』（有斐閣、1994年）195頁以下、唐津博「労働契約の変更」秋田成就編『労働契約の法理論 イギリスと日本』（総合労働研究所、1993年）203頁以下、藤川久昭「変更解約告知をめぐる法的状況」日本労働法学会誌 88号（総合労働研究所、1996年）191頁以下、山下・前掲注12論文等を参照。

¹¹¹ *Wandsworth London Borough Council v D'Silva* [1998] IRLR 193 (CA).

¹¹² *Cresswell v Board of Inland Revenue* [1984] IRLR 190 (HC). ただし、この場合に、その使用者の指揮命令権の行使の仕方に対して、黙示条項による制約がかかることがある。H.Collins et al., *supra* note 95, p.988. 同判決は、労働者はコンピューターの導入による仕事方法の変更に応ずべき義務を負う、と判示するとともに、労働者がそれに対応しようようにすべく、使用者はその使用方法についての指示を行い訓練機会を提供すべき義務を負う、と判示した。

¹¹³ *Wandsworth London Borough Council v D'Silva* [1998] IRLR 193 (CA); H.Collins et al., *supra* note 95, p.992.

¹¹⁴ E.Slade, *supra* note 12, p.64.

こととなり、労働協約の変更により自動的に雇用契約の条件がそれに従って変更されることになる¹¹⁵。しかし、そのような労働協約の変更内容を自動的に雇用契約の内容とする旨の明確な橋渡し条項が雇用契約条項として規定されていることは少なく、そうした条項を欠く場合には、被用者が当該変更された労働協約内容に同意するときに、当該変更された労働協約に従った雇用契約条件の変更が法的拘束力を持つことになる¹¹⁶。

以上にみたような、雇用契約条件の変更についての明示の同意がない場合においても、黙示の同意が認められる場合がある。まず、異議を述べず一定期間、雇用契約条件の変更後も就労を継続している場合には、黙示の同意が推認されることになる。特に、賃金率の変更のような即時的にその効果が被用者に及ぶような性質の契約条件の変更においては、そのような同意の推認が働き易い。これに対して、移動条項 (**mobility clause**) の導入のような変更の効果が即時的に被用者に及ぶような性質のものではない場合には、裁判所は、黙示の同意の推認に慎重な態度を取っている¹¹⁷。では、異議を述べながら雇用に留まり、裁判所に契約違反で損害賠償請求をするような場合はどうか。当然、この場合には、黙示の同意は認められない¹¹⁸。

このような黙示の同意の推認方法は、労働協約の変更による雇用契約条件の変更の場合にも等しく適用される¹¹⁹。ただし、労働協約による雇用契約条件の変更の場合には、職場慣行の存在による黙示の同意の推認が働くことがある。すなわち、労働協約による雇用契約条件の変更の慣行が、合理的で、確信的で、公然のものであるとの要件を充足し、その存在が認められる場合には、当該慣行の下にある被用者は、当該労働協約の変更に従った雇用契約条件の変更が法的に拘束されることになる¹²⁰。

以上にみたようないずれかの形態による被用者の同意のない契約条項の変更は、明白に (**prima facie**) 契約違反となる。したがって、被用者は、それが重大な契約違反の場合には、一旦離職し、制定法上の不公正解雇の規制対象たる「みなし解雇 (**constructive dismissal**)」(1996年雇用権利法 95条1項(c)号)として、不公正解雇に対する救済(復職、再雇用、補償金の裁定)を求めることができる(不公正解雇の救済方法については、第2節各論、8参照)。また、使用者が重大な雇用契約条項の変更を一方的になした場合、当該変更が旧契約と相当にかけ離れたものと認められるときには、被用者は、当該雇用契約条件の変更が異議をとどめて就労を継続しながら、使用者が当該被用者を解雇した後に即座に変更した契約条項により当該被用者を再雇用したものと構成して、不公正解雇の救済を求めて争うことがで

¹¹⁵ *National Coal Board v Galley* [1958] 1 W L R 16 (CA).

¹¹⁶ *H.Collins et al.*, *supra* note 95, pp.997-998.

¹¹⁷ *Aparau v Iceland Frozen Foods* [1996] IRLR 119; *E.Slade*, *supra* note 12, p.63.

¹¹⁸ *Rigby v Ferodo Ltd* [1987] IRLR 516 (HL).

¹¹⁹ *Lee v GEC Plessey Telecommunications Ltd* [1993] IRLR 383 (HC); *H.Collins et al.*, *supra* note 95, p.998.

¹²⁰ *Henry v London General Transport Services Ltd* [2001] IRLR 132; *H.Collins et al.*, *supra* note 95, pp.998-999.

きる¹²¹。この場合には、みなし解雇の場合とは異なり、一旦離職することなく、雇用を維持したまま不公正解雇の申立てを行うことができる¹²²。そして、場合によっては、通常裁判所において、雇用契約条件の一方的変更の暫定的な差止めが認められることがある¹²³。

また、被用者は、このような雇用契約に違反した契約条件の変更に対し、コモン・ロー上の損害賠償請求を通常裁判所において行うこともできる¹²⁴。さらに、当該契約違反の変更が賃金に関する、あるいは賃金の支払額に影響するものである場合には、労働者は、従前の賃金額の支払を受ける権利を有するにもかかわらず、違法に減額されて支払われたことを根拠として、1996年雇用権利法 13条及び 25条に基づき、控除した又は受領した金額の労働者への支払いないし払い戻しを使用者に対して命じるよう、雇用審判所に救済を求めることができる¹²⁵。

しかし、雇用契約は長年にわたり継続するものであるから、使用者の経営環境の変化等によりその内容を変更せざるを得ないような場合も考えられるため、被用者が雇用契約条件の変更不同意の場合、使用者は、被用者を解雇することができる。これに対して、被用者は、当該解雇に対して、不公正解雇の申立てを行い、その公正さを争い、復職、再雇用、補償金の裁定といった救済を雇用審判所に対して求め、又は、剰員整理解雇 (redundancy) に該当するとして剰員整理手当の請求を使用者に対してなすことができる。上述のように、被用者が、離職してみなし解雇を主張している場合にも、同じく扱われる。

不公正解雇であるか否かが争われる場合、被用者による雇用契約条件の変更への同意の拒絶が、潜在的に公正な解雇理由の一つとして規定されている「他の相当な理由 (some other substantial reason)」(1996年雇用権利法 98条 1項(b)号)に含まれることが、判例の認めるところとなっている¹²⁶。そこで、不公正解雇か否かの問題は、「(使用者の事業の規模及び経営上の財源を含む) 諸事情に照らし、当該使用者が当該解雇理由をもってその被用者を解雇する十分な理由として取り扱うに、合理的に行動したか否か」を、「衡平と事案の実質的な理非曲直 (equity and the substantial merits of the case)」に従って、判断することにより、決せられることになる(1996年雇用権利法 98条 4項)。

この判断は、変更条件が被用者からみて合理的であるか否かという観点からだけではなく、合理的な使用者は当該変更条件の拒否を理由に当該被用者を解雇したか否かの観点からも、なされるものとされている¹²⁷。したがって、このような判断の仕方から、被用者が不公正解

¹²¹ Hogg v Dover College [1990] ICR 39; Alcan v Extractions v Yates [1996] IRLR 327.

¹²² I.T.Smith and G.H.Thomas, Smith & Wood's Industrial Law 8th ed. (Lexis Nexis UK, 2003), p.545 footnote 267; N.M.Selwyn, supra note 18, p.97.

¹²³ Hughes v London Borough of Southwark [1988] IRLR 55 (HC). 小宮・前掲 110 論文 211-212 頁, 有田・前掲注 19 論文 27-28 頁を参照。

¹²⁴ Rigby v Ferodo Ltd [1987] IRLR 516 (HL).

¹²⁵ S.Deakin and G.S.Morris, supra note 3, p.298.

¹²⁶ Hollister v National Farmers' Union [1979] IRLR 238 (CA); Genower v Ealing, Hammersmith and Hounslow Area Health Authority [1980] IRLR 297; S.Deakin and G.S.Morris, supra note 3, p.514.

¹²⁷ St John of God (Care Services) Ltd v Brooks [1992] ICR 715; Farrant v Woodroffe School [1998] IRLR

雇で勝訴するのは、無給で時間外労働を無制限に行うよう求める雇用契約条件の変更の事案のような、その不合理性が著しい場合に限られることになる¹²⁸。変更内容の不合理性にもかかわらず、多数の被用者が当該変更を受け入れていることを重視して、それを拒否した被用者の解雇を不公正とは認められないとした判例は、そうした判断の仕方の帰結といえよう¹²⁹。

このように、判例は、総じて、経営が直面している経済的な圧力とそれへの使用者の対応の合理性を問題としており、使用者の「健全妥当な経営上の理由 (sound, good business reason)」¹³⁰に基づく雇用契約条件の変更を被用者が拒否した場合の解雇については、その公正さの判断を緩やかに解しているものといえよう。そうしたことから、不公正解雇法制は、雇用契約条件の使用者による一方的な変更に対して有効な制約を課すものとなっていない、という評価が加えられている¹³¹。

ただ、忘れてならないのは、不公正解雇法制における公正さの判断において重視される手続的公正さの側面が、使用者による一方的な雇用契約条件の変更に対する制約を提供しうる、ということである。従業員集団あるいは労働組合との協議の結果、多数の者がむしろ変更条件を拒否することが明確となっている場合に、当該雇用契約条件の変更を拒否したことを理由とする解雇を公正と判断することは難しいであろう¹³²。この意味において、新たに導入される情報提供と協議の制度の意義は大きいものといえるであろう（第2節各論，3(1)参照）。また、場合によっては、後述するように（第2節各論，8(4)ウ参照），剰員整理解雇の場合の被用者代表との協議義務がかかってくることもありうる（1992年労働組合及び労働関係（統合）法188-192条）。

次に、剰員整理手当の請求を使用者に対してなす場合であるが、被用者が、上述の剰員整理解雇の定義に該当することを証明できれば、使用者は当該被用者に対して剰員整理手当の支払義務を負うことになる（剰員整理手当について詳しくは、第2節各論，8(4)ウ参照）。ただし、この場合にも、使用者が適切な再雇用の申込みをなし、被用者がこれを不当に拒否するときは、剰員整理手当の請求権は認められない（1996年雇用権利法141条）。そのため、場合によっては、雇用契約条件の変更内容である職種の変更や勤務場所の変更が、適切な再雇用の申込みとみられるときは、被用者の変更条件の拒否が適切な再雇用の拒否と評価されることがある¹³³。

176.

¹²⁸ Evans v Elementa Holdings Ltd [1982] IRLR 143; S.Deakin and G.S.Morris, supra note 3, p.276.

¹²⁹ St John of God (Care Services) Ltd v Brooks [1992] ICR 715; Catamaran Cruisers Ltd v Wikkiams [1994] IRLR 386. なお、これらの判決については、藤川・前掲注110論文206-207頁を参照。

¹³⁰ Hollister v National Farmers' Union [1979] IRLR 238 (CA).

¹³¹ S.Honeyball and J.Bowers, supra note 12, p.174.

¹³² S.Deakin and G.S.Morris, supra note 3, pp.276-277.

¹³³ 小宮・前掲110論文207-208頁を参照。

(1) 配置転換

配置転換について制定法による特別な規制はない。したがって、これは、契約自由の範囲の問題であり、コモン・ロー上の雇用契約の解釈の問題ということになる。

配置転換については、移動条項 (**mobility clause**) あるいは「柔軟条項 (**flexibility clause**)」の解釈の問題となる。配置転換が、雇用契約条件となっている移動条項・柔軟条項の範囲内のものであれば、使用者は、当該配置転換を被用者に命じうる。ただし、移動条項・柔軟条項に基づく使用者の配転命令権の行使に対しては、合理的な期間の予告を行う黙示の義務、黙示の協力義務及び相手方の債務の履行 (= 移動) を妨げないようにする黙示の義務が、判例において認められている¹³⁴。

また、純粹に恣意的な使用者の配転命令の決定は明示の配転条項の範囲内にはないものと解釈されること、及び使用者の配転命令権の行使の仕方は「使用者と被用者との間の信頼関係を破壊するような仕方では使用者は行為しない」という信頼関係維持義務による制約を受けることが、判例により認められている¹³⁵。

場合により、移動条項がなくとも、通勤可能な範囲での移動を命じることができるとの黙示条項が認められることがある¹³⁶。ただし、その移動の範囲は限定されたものでなければならない¹³⁷。

なお、先例はないものの、1998年人権法が求めるところにより、少なくとも、黙示の移動条項に基づく使用者の配転命令権の行使は、被用者の家庭責任 (**family commitments**) 及び当該命令に応じうる実際的な可能性を考慮したものでなければならない、ということを実証する学説の見解がある¹³⁸。

(2) 出向、転籍 (セカンドメント)

わが国の出向、転籍に相当するセカンドメント (**secondment**) は、公務員においてはよくみられ、民間企業においてはグループ会社間でみられるといわれている。しかしながら、このセカンドメントを特に規制する制定法の規定は存せず、これに関しては、契約自由の範囲のものとして、コモン・ロー上の雇用契約に関する解釈の問題とされる。セカンドメントの場合の雇用契約関係については、次のように説明されている¹³⁹。

グループ会社の中で、被用者を雇用しているセカンドメント元の会社 (**first company**) から当該被用者がセカンドメント先の会社 (**second company**) にセカンドメントされた場合、当該被用者と先の会社は、正式な雇用契約を締結するか否かの選択をなしうる。そのような

¹³⁴ *United Bank v Akhtar* [1989] IRLR 507; *French v Barclays Bank plc* [1998] IRLR 646 (CA). なお、これら判決については、有田・前掲注 109 論文 118-120 頁、龔・前掲注 103 論文 83-85 頁を参照。

¹³⁵ *White v Reflecting Roadstuds* [1991] IRLR 331. 有田・前掲注 88 論文 206-209 頁を参照。

¹³⁶ *Jones v Associate Tunneling Co Ltd* [1981] IRLR 477.

¹³⁷ *Aparau v Iceland Frozen Foods plc* [1996] IRLR 119.

¹³⁸ S.Deakin and G.S.Morris, *supra* note 3, p.336.

¹³⁹ J.Antell, *Employment Status* (Tolley Lexis Nexis, 2002), pp.24, 139-140.

雇用契約の締結がなされない場合、2つの会社と当該被用者との間の合意内容は、当該被用者が、セカンドメント元の会社との雇用契約を終了させた後に、セカンドメント先の会社との間で雇用契約を締結してその被用者となる、というものであると当事者の行動から推認されることになる。この場合、セカンドメント元の会社が賃金を支払っているとしても、それは、代理人（agent）としての行為と解されて、上述のような雇用契約関係にあることと矛盾しない。

これに対して、セカンドメントがなされているときに、セカンドメントされた被用者がセカンドメント先の会社で就労しているが、セカンドメント元の会社が代理人としてではなく本人（principal）として賃金を支払っている場合、セカンドメント元の会社とセカンドメント先の会社のいずれがコントロールを及ぼしている（control）のかを判断し、セカンドメント元の会社が当該「労働者」をコントロールしていると認められれば、セカンドメント元の会社の被用者とされる。ただ、この場合、セカンドメント元の会社のコントロールが認められなければ、当該「労働者」は、いずれの会社の被用者でもないものとされる¹⁴⁰。しかし、現実には、そうした場合を想定できるかは疑問である。セカンドメントをさせている限りは、セカンドメント元の会社がなにがしかのコントロールを当該セカンドメントされた被用者に対して行っているとみるのが常識的だからである¹⁴¹。

なお、このセカンドメント期間中の被用者は、セカンドメント元使用者に対して負っている雇用契約上の適法な命令に従う義務及び誠実義務（duties of obedience and good faith）と同じ義務をセカンドメント先使用者に対しても負っている¹⁴²。

5. 懲戒

使用者の懲戒処分（disciplinary action）の法的根拠は、経営特権（managerial prerogative）と雇用契約に求められる。前者により可能な懲戒処分としては、裁量によるボーナスを支給しないこと等が含まれ、後者には、制裁金、停職、降格等が含まれる¹⁴³。総じて、使用者の懲戒権限（disciplinary power）は、雇用契約の内容となっていなければならないのである。したがって、使用者が、雇用契約上その権限を有しない形態の懲戒処分を被用者に対してなした場合、当該被用者は、例えば、違法に控除された制裁金を取り戻すためのコモン・ロー上の訴訟を提起したり¹⁴⁴、雇用契約に違反する懲戒処分を履行拒絶（repudiation）として受け入れて（accept）雇用契約を終了させ、「みなし解雇」されたものとして不公正解雇の申

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Oxford Brookes University の Lucy Vickers 博士が、2004年9月7日に訪問して行った聴き取り調査の際に、そのように述べられていた。

¹⁴² Macmillan Inc v Bishopsgate Investment Trust plc [1993] IRLR 793; J.Bowers, Bowers on Employment Law 6th ed. (Oxford University Press, 2002), p.84.

¹⁴³ I.T.Smith and G.H.Thomas, supra note 122, p.532.

¹⁴⁴ Gorse v Durham County Council [1971] 1 WLR 775; I.T.Smith and G.H.Thomas, supra note 122, p.533.

立てを行い、救済を求めることができる¹⁴⁵。また、解雇以外の懲戒処分については、その懲戒権限の行使が、雇用契約上の黙示の義務である信頼関係維持義務による制約がかかることが、判例により認められている¹⁴⁶。

ところで、懲戒処分に関しては、労使双方が法定解雇・懲戒手続（**statutory dismissal and disciplinary procedure**）に従うことが制定法上義務づけられている（2002年雇用法 29条、付則 2）。そのため、まず、使用者は法定解雇・懲戒手続を記載した雇用条件明細書を被用者に交付しなければならない（1996年雇用権利法 1条・3条・4条）。この違反に対しては、被用者からの不公正解雇等の申立手続の中で被用者に対して認められる補償金の裁定額に 2週給まで又は 4週給までの間で増額がなされる（2002年雇用法 38条）。そして、法定解雇・懲戒手続が取られないままに雇用審判所に不公正解雇等の申立てがなされた場合、その不遵守が被用者によるときは、補償金の裁定額が 10%から 50%の範囲で減額され、その不遵守が使用者によるときは、補償金の裁定額を 10%から 50%の範囲で増額される（2002年雇用法 31条）。さらには、使用者側がこの手続を履行しない場合の解雇は、自動的に不公正な解雇とみなされる（1996年雇用権利法 98A条 1項）。ただし、使用者が法定の手続を上回る手続の履行をなしたとしても結果は同じであったことを証明する場合には、解雇の公正さの判断における合理性の審査においてその不履行自体を不合理であるとはみなさない（同条 2項）。

この法定解雇・懲戒手続は、①標準の手続と、即時解雇が認められるような場合の②修正された手続の 2つが規定されている（2002年雇用法付則 2）。①の標準手続は、3段階から成る。第 1ステップでは、使用者は、解雇又は懲戒処分をもたらすものとして問責の対象としている被用者の行為、特徴、その他の状況について述べた書面の写しを被用者に送付し、当該問題を話し合う面談（**meeting**）の通知を行う。第 2ステップでは、懲戒処分が停職の場合を除き、面談は、処分がなされる前に行われなければならない。また、面談は、使用者が、第 1ステップで示したものを含む根拠を被用者に通知し、被用者が、その通知された内容に対する対応を検討する合理的な機会を持つのでなければ、開催されてはならない。被用者は、その面談に出席するよう合理的な措置を取らなければならない。そして、使用者は、面談の後、決定内容について被用者に通知し、その決定内容が被用者の満足するところではない場合には、その決定の再審理（**appeal**）を求める権利について通知する。第 3ステップでは、被用者は、再審理を欲しないときには、その旨を使用者に通知する。被用者が、再審理を欲する旨を使用者に通知する場合、使用者は、被用者に対しさらなる面談に出席するよう求めなければならない。被用者は、当該面談に出席するために合理的な措置を取らなければならない。再審理のための面談は、解雇又は懲戒処分が効力を発する前になされてもかま

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ *Gogay v Hertfordshire County Council* [2000] IRLR 703 (CA). 同判決については、龔・前掲注 103 論文 81-82 頁を参照。

わない。再審理のための面談の後、使用者は、最終決定について被用者に通知しなければならない。なお、②の修正された手続では、第 2 ステップの面談が省略される形となっている。これらの手続において、被用者は、組合役員あるいは同僚を 1 名伴って赴くことができる権利を保障されている（1999 年雇用関係法 10 条）。

このような法定の内部の解雇・懲戒手続の履行をまず求める仕組みは、労使間の相互の信頼を維持することに寄与しうるものであり、加えて、手続不履行の解雇を自動的に不公正として手続を重視しており、積極的に評価できるのであるが¹⁴⁷、その反面で、法定の手続を上回る手続を履践してもしなくても結果が同じことを使用者が証明できれば、当該手続の不履行は解雇の公正さの判断においてそれだけで不合理とはみなされないとの規定（1996 年雇用権利法 98A 条 2 項）が置かれることによって、その効果は大きく減殺されるものとなっているとの批判もみられる。特に、この 1996 年雇用権利法 98A 条 2 項の規定の存在は、法定の解雇・懲戒手続の内容が最低基準を定めたものであることと相まって、法定基準を超える内部手続を無視するように使用者を誘引するものとなっているとの批判がみられる¹⁴⁸。さらには、最初の面談を省略することを認める修正版の手続の存在を認める根拠は乏しいとの批判もみられる¹⁴⁹。

その意味では、良好な労使慣行を示すものとして策定されている、ACAS の懲戒及び苦情処理手続に関する行為準則（ACAS Code of Practice 1 Disciplinary and Grievance procedures）¹⁵⁰が、雇用審判所の不公正解雇の審理や ACAS における仲裁手続で考慮されることにより、解雇及び懲戒処分に対する効果的な手続的規制を期待できるものとなる¹⁵¹。

以上の総論的な検討に続いて、懲戒処分の各類型ごとに、法的規制に関し問題となるところをみていくことにしたい。

第 1 に、譴責（reprimand）である。非違行為の程度が「重大な（gross）」なものではない場合には、解雇ではなく、譴責にとどめるべきとする雇用審判所の判決がみられる¹⁵²。

第 2 に、罰金（fines）・減給（deductions）である。これについては、1996 年雇用権利法 13 条・18 条による規制が存する¹⁵³。使用者は、雇用契約の関連規定によって認められている場合（減給がなされる前に、書面にした契約条項の写しが労働者に付与されているか、書面で労働者に通知されていること）、又は、減給をなすことに関して労働者が署名した書面で合意している場合に、減給をなすことができる（この合意は、それがなされる前の労働

¹⁴⁷ H.Collins, *supra* note 32, p.110.

¹⁴⁸ H.Collins, *supra* note 55, p.52.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ <http://www.acas.org.uk/publications/pdf/CP01.pdf> 参照。

¹⁵¹ S.Fitzpatrick, "Employers, start studying" *New Law Journal* 10 September 2004, p.1333 は、雇用審判所の審理及び ACAS の仲裁手続でこの行為準則が考慮されることを強調している。

¹⁵² N.M.Selwyn, *supra* note 18, p.338.

¹⁵³ 高木龍一郎「イギリスにおける賃金保護」東北学院大学論集（法律学）53・54 合併号（1999 年）33 頁以下を参照。

者の行為を理由とした減給を認めるものではない)。したがって、罰金・減給についての明示条項がない限り、使用者は、この懲戒処分をなし得ない¹⁵⁴。

第3に、無給の停職 (**suspension without pay for misconduct**) である。無給の停職は、これに関して、明示の契約条項がある場合、あるいは、就業規則、労働協約、慣行などにより契約内容となっていると認められる場合に、行うことが認められる¹⁵⁵。使用者がそうした権限を有しないにもかかわらずなされた違法な停職に対して、被用者は、使用者が契約の履行拒絶をなした (**repudiated**) ものとして、みなし解雇の申立てをなすことができる。この場合、使用者が被用者を停職にする合理的な理由があり、被用者の行為がさもなければ公正であったらう解雇によって応じられるべきであったような場合には、不公正解雇の主張は認められない可能性がある¹⁵⁶。

第4に、降格 (**demotion**) である。降格させる使用者の権限について明示条項が存する場合には、その制裁が公正になされることを条件とすれば、何ら法的な問題はない。そうした明示条項を欠く場合に、懲戒処分のための審問が行われた後になされた降格は、それがなされなければ解雇されたであろうケースでは、解雇よりも軽い懲戒処分であるから、契約違反とはならない¹⁵⁷。懲戒を理由とした降格が違反行為に対して均衡を欠く場合には、被用者は、使用者が契約の履行拒絶をなしたものとして、みなし解雇の申立てをなすことができる¹⁵⁸。使用者が被用者を降格する権限を雇用契約上有しないのにこれを行い、それに伴って賃金が減った場合には、1996年雇用権利法13条に違反する違法な減給として、その救済を求めることができる。

第5に、配転 (**transfer**) である。これは、人間関係の不和・対立を解消するために行われる。そうした目的でなされる懲戒処分としての配転は、賃金の減額を伴うものであっても、みなし解雇の状況とは認められない¹⁵⁹。

第6に、特典の一時的取消 (**temporary withdrawal of privileges**) である。これは、契約条件となっているようなものでない限り、法的に問題となることはない¹⁶⁰。

最後に、解雇であるが、これについては、後述の8.において、その法規制について詳しくみることにする。

なお、使用者は、企業外での非違行為を理由に、被用者を懲戒処分に付することは原則としてできないが、そのような非違行為が使用者の営業に悪い影響を与えるようなものである場合には、当該被用者を懲戒解雇に付しうる。ただし、その場合には、使用者は、被用者の

¹⁵⁴ N.M.Selwyn, *supra* note 18, p.331.

¹⁵⁵ *Bird v British Celanese Ltd* [1945] KB 336; *Tomlinson v London, Midland and Scottish Rly Co* [1944] 1 All ER 537.

¹⁵⁶ N.M.Selwyn, *supra* note 18, pp.332-333.

¹⁵⁷ *MacKay Decorators (Perth) Ltd v Millar* (EAT 782/98); N.M.Selwyn, *supra* note 18, p.338.

¹⁵⁸ *BBC v Beckett* [1983] IRLR 43.

¹⁵⁹ *High v British Railways Board* [1979] IRLR 52.

¹⁶⁰ N.M.Selwyn, *supra* note 18, p.339.

履歴や他に取りうる懲戒処分があるか否かを検討すべきとされている¹⁶¹。

6. 休職制度

イギリスにおける「予防停職 (precautionary suspension)」は、懲戒処分としての停職処分とは異なり、わが国の起訴休職に近いものといえる¹⁶²。この予防停職に対して、制定法による規制は特に加えられていない。したがって、予防停職に関しては、コモン・ロー上の雇用契約の解釈の問題となる。

予防停職は、警察の捜査及び起訴の結果を待つて無給での出勤停止するものが一般的であり、その結果が被用者の不起訴に終わった場合には、バック・ペイがなされることになる¹⁶³。この雇用契約上の予防停職の権限は、予防停職にすること及びそれを継続することが合理的な理由に基づくものであることという黙示条項の存在を条件として認められる¹⁶⁴。なお、使用者は、このような予防停職の制度を設けて、被用者が有罪判決を受けるまで解雇を控える義務を負うものではない¹⁶⁵。

法定傷病手当 (statutory sick pay) 制度 (1992 年社会保障拠出及び給付法 (Social Security Contributions and Benefits Act 1992) 151-163 条, 法定傷病手当 (一般) 規則 (Statutory Sick Pay (General) Regulations) の存在が支えとなって、ほとんどの被用者は、雇用契約上の病気休職 (sick leave) 制度の適用を受けている¹⁶⁶。そうした明文の規定を欠く場合においても、傷病手当の規定を含む傷病による労働能力の喪失は、雇用条件明細書の記載事項となっていることから (1996 年雇用権利法 1 条 4 項(d)号), 被用者は、1996 年雇用権利法 11 条及び 12 条に基づき、雇用審判所に対して、その内容を確定することを求めることができる。そして、病気休職の制度は、全産業で広く導入されている制度であることから、黙示の契約条項として雇用契約条件の中に推認される¹⁶⁷。多くの病気休職制度では、一定期間は全額給与を支払い、その後減額した給与を支払い、最後には無給となることから、そうした内容の契約条項が推認されるのが一般的である¹⁶⁸。

法定傷病手当制度は、被用者が 4 日以上の間傷病のため労働不能となったとき、労働不能開始時からその期間の終了時、傷病手当満額受領時、又は雇用契約の終了時までの期間、週当たりで定められた所定の額 (2004 年 4 月 6 日以降、66.15 ポンド) を最長 28 週まで、使用者が被用者に対して支払う、というものである¹⁶⁹。

¹⁶¹ Ibid., pp.339-340.

¹⁶² 小宮・前掲注 4 書 145 頁。

¹⁶³ Jones v British Rail Hovercraft Ltd [1974] IRLR 279. 高木龍一郎「イギリスにおける出勤停止」東北学院大学論集 (法律学) 55・56 合併号 (2000 年) 111-112 頁を参照。

¹⁶⁴ McClory v Post Office [1993] IRLR 159.

¹⁶⁵ Conway v Matthew, Wright & Nephew Ltd [1977] IRLR 89. 高木・前掲注 163 論文 113-114 頁を参照。

¹⁶⁶ R.W.Painter and K.Puttick, supra note 51, p.132.

¹⁶⁷ Howman & Son v Blyth [1983] ICR 416.

¹⁶⁸ R.W.Painter and K.Puttick, supra note 51, p.518 note 14.

¹⁶⁹ http://www.inlandrevenue.gov.uk/employers/employee_sick.htm#2; 小宮・前掲注 4 書 88-89 頁を参照。

7. その他雇用契約にかかわる権利義務関係

(1) 秘密保持義務¹⁷⁰

被用者は、雇用契約上の黙示条項により、使用者の機密情報（**confidential information**）を漏らさないようにする秘密保持義務（**duty of confidence**）を負うものとされている。この秘密保持義務は、在職中のみならず、退職後も一定の範囲において引き続き負うものとされている。ただし、退職後の秘密保持義務の対象範囲は、営業秘密及びそれと同一の保護を必要とする高度の機密性を備えた情報に限られるのに対して、在職中の秘密保持義務の対象範囲は、そうした機密情報に限定されず、被用者の一般的な技術や知識の一部についても秘密保持義務の対象となるものとされている¹⁷¹。そして、営業秘密及びそれと同一の保護を必要とする高度の機密性を備えた情報であるか否かは、①被用者が日常的に機密情報を取り扱う地位にあるか否かという雇用の性質、②当該情報が営業秘密及びそれと同一の保護を必要とする高度の機密性を備えた情報であるか否かという情報それ自体の性質、③使用者が被用者に対し当該情報の機密性をどの程度印象づけてきたかという情報に対する使用者の姿勢、④当該情報が使用又は開示を許容されている他の情報と容易に区別されうるか否か、といった指標を用いて、判断するものとされている¹⁷²。

被用者が、上記のような範囲の機密性のある情報を不適切に開示し又は誤用した場合、秘密保持義務違反を根拠に、使用者は、当該情報の利用の差止めを請求するか、損害賠償の請求をすることができる¹⁷³。

なお、被用者による不正行為の開示は、非違行為となる秘密保持義務違反とみられ、使用者は当該被用者を解雇することが可能であった。ただし、使用者の重大な違法行為が開示されている場合には、公益の観点から、当該情報には機密性がないとして、秘密保持義務違反とはならない、ということを中心とする¹⁷⁴。しかしながら、公益という概念の解釈は、明快ではなく、多くのファクターとそれらの相互作用によって決まるものとされているため、被用者は、自己の行動が公益にかなうものとみられることについて確信を持ちえなかったし、知っている違法な行為を開示することができなかった。そのために、多くの人命を失うような大事故を防ぐことができなかったことから、1998年公益開示法（**Public Interest Disclosure Act 1998**）が制定され（1996年雇用権利法に挿入され、43A-43L条、47B条に規定されている）、公益開示を行った被用者は、使用者による（解雇、降格、賃金引き上げ

¹⁷⁰ 石橋洋「労働契約上の競業禁止義務」季刊労働法 165号（1992年）140頁以下、石橋洋「イギリス法における営業制限法理の法的構造(1)」熊本法学 98号（2000年）67頁以下、早川徹「退職従業員の守秘義務・競業禁止義務(1)」関西大学法学論集 47巻 6号（1998年）1頁以下、内藤恵「労働契約における労働者の誠実義務」法学研究（慶應義塾大学）76巻 11号（2003年）1頁以下、山川・前掲注 103論文等を参照。

¹⁷¹ *Faccenda Chicken Ltd v Fowler* [1986] IRLR 69 (CA).

¹⁷² *Faccenda Chicken Ltd v Fowler* [1986] IRLR 69 (CA).

¹⁷³ *Johnson & Blay (Holdings) Ltd v Wolstenholme Rink plc* [1987] IRLR 499; *Sanders v Parry* [1967] 2 All ER 803.

¹⁷⁴ *Initial Services v Putterill* [1968] 1QB396.

の拒絶その他の報復的な行為を含む) 不利益取扱いから保護されるものとなっている。公益開示を理由とする被用者の解雇は、自動的に不公正となり、補償金の裁定は額の上限なくなされる。保護される開示は、a)犯罪、b)法的義務違反、c)誤審 (miscarriages of justice) , d)安全衛生にとっての危険、e)環境にとっての危険、f)上記の事項に関する情報が故意に隠蔽される懸念、少なくとも以上の中の一つに関していなければならない¹⁷⁵。

(2) 競業避止義務¹⁷⁶

明示の特約がない限り、原則として、使用者は、勤務時間外の自由時間において被用者が就労することを制限できない。しかし、そのような勤務時間外においても、被用者は、在職(雇用契約の存続)中は、雇用契約上の黙示の義務たる誠実義務に基づいて、競業避止義務(duty not to work for a competitor)を負うことから、自営であれ競争関係にあるものために働きあるいはそれを助力することであれ、使用者と競業する活動に従事するときには、当該被用者の行為は雇用契約違反となる¹⁷⁷。この場合、使用者は、競業行為の暫定的差止めを求めることができる¹⁷⁸。また、被用者が、在職中に、将来の競業に備えての準備行為を行うことは問題ないが¹⁷⁹、単なる準備行為を超えて、顧客を自己の営業のために勧誘する場合には、この義務に違反するものとされる¹⁸⁰。

なお、在職中の競業避止義務が黙示の義務としてのものよりも広い内容で明示条項とされた場合に、同条項に対して、次にみる営業制限禁止法理(doctrine of restraint of trade)による制約がかかるか否かにかかわらず、裁判所は、差止めによって当該条項の履行を強制するか否か、また履行を強制するとすればどの程度・範囲においてかを判断するにおいて、その裁量権を行使する、との指摘がみられる¹⁸¹。

次にみる退職後の競業制限特約(restraint of trade clause)の履行強制に関して法的に不確実なところがあるために、被用者が将来において競業関係に入ることに對する防衛のために、使用者が、雇用契約上の明示条項としてガーデン・リーヴ(garden leave)条項と呼ばれるものを挿入することがしばしばみられる。これは、適法な雇用終了の予告がなされた場合、予告期間中、被用者は、就労することを求められないにもかかわらず、完全な雇用契約

¹⁷⁵ 公益開示法については、國武英生「イギリスの公益情報開示法」労働法律旬報 1545号(2003年)20頁以下、ルーシー・ヴィッカーズ(有田謙司・訳)「雇用における言論の自由—イギリスにおける内部告発」労働法律旬報 1578号(2004年)11頁以下等を参照。

¹⁷⁶ 石橋洋「労働契約と競業避止義務」秋田成就編『労働契約の法理論—イギリスと日本』(総合労働研究所、1993年)176頁以下、及び前掲注170の各論文を参照。

¹⁷⁷ Hivac Ltd v Park Royal Scientific Instruments Ltd [1946] Ch 169 (CA); Thomas Marshall (Exports) Ltd v Guinle [1978] ICR 905; Provident Financial Group plc and Whitegates Estate Agency Ltd v Hayward [1989] ICR 160; E.Slade, supra note 12, p.503.

¹⁷⁸ Hivac Ltd v Park Royal Scientific Instruments Ltd [1946] Ch 169 (CA).

¹⁷⁹ Harris and Russell Ltd v Slinsby [1973] ICR 454; Laughton and Hawley v Bapp Industrial Supplies Ltd [1986] IRLR 245.

¹⁸⁰ Wessex Dairies Ltd v Smith [1935] 2 KB 80; Sanders v Parry [1967] 1 WLR 753.

¹⁸¹ E.Slade, supra note 12, p.504.

条件を享受するが、他方で、誠実義務に引き続き拘束され、競業行為を行うことができなくなる、というものである¹⁸²。このガーデン・リーヴの期間中に、被用者が、同条項に違反して、競業行為を行った場合には、使用者は、その差止めを求め、それと同時に、又は、損害賠償を被用者に対して請求することができる。しかし、このガーデン・リーヴ条項も、次にみる競業制限特約と同じく、取引制限の契約であるから、適法な営業上の利益によって正当化されるものでなければならず、またその使用者の利益と被用者の働く権利 (**right to work**) とがバランスするものでなければならぬ¹⁸³。したがって、ガーデン・リーヴの期間が不当に長い場合には、裁判所は、その期間を適正な期間にまで短縮するように同条項を修正することができる¹⁸⁴。

ところで、黙示の義務としての競業避止義務は、その存続を在職中に限られ、雇用契約が終了したならば、もはや法的に強制しうるものではなくなる、というのがパブリック・ポリシー (**public policy**) の要請するところである。そのため、退職後の競業避止義務は、明示の競業制限特約に基づくものでなければならぬ¹⁸⁵。しかし、この営業制限特約は、被用者の営業の自由と抵触するものであることから、パブリック・ポリシーに違反するものとして反証のない限り無効と推定される (**prima facie void**)。そこで、この無効の推定を覆して、営業制限特約が有効なものとして、前被用者を法的に拘束するためには、当事者の利益及び公共の利益に照らしての合理性が認められること、具体的には、①使用者が特約によって保護される正当な利益を有すること、②特約による地理的、時間的及び仕事の制限が使用者の正当な利益を保護するために必要な合理的な範囲内にあることが、要件とされる¹⁸⁶。使用者は、これらの要件を充足していることを証明しなければならない。

まず、①に関して、当該被用者が、取引上の人間関係 (顧客との関係) と営業秘密とを有していることが必要となる。それが認められない場合は、営業制限特約は無効である¹⁸⁷。そして、この顧客は、当該被用者が自ら獲得したもの、自ら扱ったものに限られる¹⁸⁸。次に、②に関しては、使用者の顧客がいる地域の範囲を超えるような広範囲の地域における営業制限や¹⁸⁹、前使用者と競業関係にある営業というのではなく、同じ産業におけるいかなる営業にも従事することを禁ずる営業制限は¹⁹⁰、無効とされる。なお、ガーデン・リーヴ条項の存在が営業制限特約の有効性を判断するに際して考慮され、ガーデン・リーヴの期間が過度に長期間であるときには、営業制限特約に基づく使用者に対するそれ以上の保護は認められな

¹⁸² N.M.Selwyn, *supra* note 18, p.460.

¹⁸³ Euro Brokers Ltd v Rabey [1995] IRLR 296; William Hill Organisation Ltd v Tucker [1998] IRLR 313.

¹⁸⁴ Provident Financial Group plc and Whitegates Estate Agency Ltd v Hayward [1989] ICR 160.

¹⁸⁵ J A Mont (UK) Ltd v Mills [1993] IRLR 172 (CA).

¹⁸⁶ 石橋・前掲注 170 (2000年) 論文 75-78頁, 小宮・前掲注 4書 179-183頁を参照。

¹⁸⁷ Herbert Morris Ltd v Saxelby [1916] 1 AC 688 (HL).

¹⁸⁸ Gledhow Autoparts Ltd v Delaney [1965] 1 WLR 1366 (CA).

¹⁸⁹ Spencer v Marchington [1988] IRLR 392; Greer v Sketchley Ltd [1979] IRLR 445 (CA); Mason v Provident Clothing and Supply Co Ltd [1913] AC 724 (HL).

¹⁹⁰ Commercial Plastic Ltd v Vincent [1965] 1 QB 623 (CA).

い、とした判例がある¹⁹¹。

(3) 安全配慮義務¹⁹²

イギリスにおける安全配慮義務は、まず、不法行為の一つの種類であるネグリジェンス (negligence) が認められるための要件である注意義務として認められ、その後、この安全配慮義務が雇用契約上の義務としても存在し得ることが、1950年代後半の貴族院判決によって認められた¹⁹³。そして、1959年の控訴院判決において、不法行為と雇用契約上の黙示の義務違反のどちらを訴因としても訴訟を提起することができること、及び、そのどちらで訴訟を提起するののかについて選択権があることが明確に認められた¹⁹⁴。しかし実際には、不法行為に基づく請求の方が、契約に基づく場合には通常回復され得ない稼働能力の喪失や将来の所得の喪失といったものを損害賠償額の算定基礎に含むために有利であることから、契約に基づいて提訴することによって、時効などに関する何らかの特別な利益が得られるのであれば、契約上の黙示の安全配慮義務違反に依拠して損害賠償請求がなされることは、通常少ないとされる¹⁹⁵。

安全配慮義務は、一般的には、「労働者の安全に合理的な配慮を行なうこと (to take reasonable care for the safety of his workman)」とされているが、さらにその義務内容は以下の3つのものに分類されている¹⁹⁶。それらは、①安全な設備 (plant) を提供する義務、②安全な作業場所 (premises) を提供する義務、③安全な作業システム (system of work) を提供する義務である。これらのうち、安全な作業システムを提供する義務は、安全な設備及び安全な作業場所の範疇に入らないあらゆる懈怠 (failures) を含むものと考えられている¹⁹⁷。また、安全な作業システムの提供は、そのようなシステムを案出すること (devising) と、その実施 (operation) の二つの面を有しているものとされている¹⁹⁸。

近年、職場におけるストレスに起因する精神疾患に対する安全配慮義務が問題とされ、それを肯定する判例が存する¹⁹⁹。この場合の安全配慮義務の内容としては、サバティカルの付与、他の仕事への配置換え、仕事の再配分、助力を与えること、治療やカウンセリングの提

¹⁹¹ Credit Suisse Asset Management Ltd v Armstrong [1996] IRLR 450.

¹⁹² 安全配慮義務については、小宮・前掲注4書75-79頁、有田・前掲注109論文104-110頁等を参照。

¹⁹³ Lister v. Ramford Ice and Cold Storage Co.Ltd. [1957] AC555 (HL).

¹⁹⁴ Matthews v. Kuwait Bechtel Corp.[1959]2 QB57 (CA).

¹⁹⁵ P.James and D.Lewis, "Health and Safety at Work" in R.Lewis ed., Labour Law in Britain (Basil Blackwell, 1986), p.465; S.Deakin and G.S.Morris, supra note 3, p.319.

¹⁹⁶ Wilson & Clyde Coal Co.Ltd. v. English [1938]AC57 (HL).

¹⁹⁷ R.A.Percy, Charlesworth & Percy on Negligence 8th ed. (Sweet & Maxwell, 1990), pp.819-20.

¹⁹⁸ McDermid v. Nash Dredging and Reclamation Co. Ltd. [1987]IRLR334 (HL).

¹⁹⁹ Walker v Northermberland County Council [1995] IRLR 35; Sutherland v Hatton [2002] IRLR 263. これらの判例については、山田省三「ストレス疾患労働者に対する使用者の注意義務」労働法律旬報 1363号 (1995年) 17頁以下、鈴木隆「職場における労働者のストレスに対する使用者責任」労働判例 833号 (2002年) 96頁以下を参照。

供等が、考えられている²⁰⁰。

(4) 被用者の損害賠償責任

代位責任 (vicarious liability) を有する使用者は、職務の遂行中に起こった被用者の過失のために損害賠償を支払ったときには、1978年民事責任 (賠償金分担) 法 (Civil Liability (Contribution) Act 1978) に基づき、裁判所の裁量により、代位責任によって支払った賠償金の一部又は全部を被用者に請求することができるし²⁰¹、コモン・ロー上も、被用者に対して求償権 (indemnity) を持つことが認められている²⁰²。

しかし、通常は、使用者は、労使関係の悪化を懸念し、あるいは、実際には保険会社により賠償金が支払われることから、そうした権利の行使をなすことはないし、また、保険会社も、紳士協定により、故意の人身損害の場合を除き、代位取得した求償権を被用者に対して行使することはないとされている²⁰³。ただ、法的にはそうした求償は可能であることから、求償権の行使を被用者の故意によって引き起こされた損害に制限する立法の必要性が、学説により主張されている²⁰⁴。

8. 雇用契約の終了²⁰⁵

雇用契約の終了については、制定法上の規制のかかっている形態のものと、コモン・ロー上の法理による規制の下にあるものが混在している。以下においては、雇用契約の終了形態の各類型ごとに、制定法及びコモン・ロー上の規制についてみていくことにする。

(1) 辞職

被用者による雇用契約の一方的終了である辞職 (resignation) は、予告義務の規制がかかるのみである。制定法上の予告期間は1週間とされている (1996年雇用権利法 86条2項)。ただし、雇用契約上、それより長い期間が定められることがある。

使用者が雇用契約の基本的条項に違反した場合には、当該使用者の行為は履行拒絶とみられ、被用者は、その履行拒絶を受け入れ (accept) て、予告をなすことなく、雇用契約を終了させることができる²⁰⁶。その場合に、被用者が即座に (予告なしで) なした辞職は、制定

²⁰⁰ Sutherland v Hatton [2002] IRLR 263.

²⁰¹ 同法については、田井義信『イギリス損害賠償法の理論』(有信堂高文社、1995年) 241-247頁を参照。

²⁰² I.T.Smith and G.H.Thomas, supra note 122, pp.171-173; 望月・前掲注5書 272頁。Lister v Romford Ice and Cold Storage Co Ltd [1957] AC 555 (HL). なお、同判決については、伊藤正己『イギリス法研究』(東京大学出版会、1978年) 375頁以下を参照。

²⁰³ I.T.Smith and G.H.Thomas, supra note 122, p.172; S.Deakin et al, Markesinis and Deakin's Tort Law 5th ed. (Oxford University Press, 2003), pp.596-597.

²⁰⁴ S.Deakin et al, supra note 203, p.597.

²⁰⁵ 山下幸司「雇用の終了と雇用保障」秋田成就編『労働契約の法理論 イギリスと日本』(総合労働研究所、1993年) 223頁以下を参照。

²⁰⁶ イギリス契約法上は、一般に契約違反の一つの類型として、債務者が自己の債務を履行する意思がないことの表明を履行拒絶と呼び、債務者の履行拒絶に対して債権者は、履行拒絶を受け入れて契約を解除し、損害

法上の不公正解雇の目的においては、使用者による解雇として扱われる「みなし解雇」とみなされうる（1996年雇用権利法 95 条 1 項）。

(2) 合意解約

使用者と被用者の間で雇用を終了させる真正な合意が存する場合、それは、コモン・ロー上も制定法上も、合意解約（**termination by agreement**）であって、解雇ではない。しかし、雇用を終了させる合意が、使用者の圧力によりなされた場合には、当該雇用の終了は解雇と判断される²⁰⁷。このように、雇用の終了に関する真正な合意であるのか、それとも、使用者の圧力によるものなのかを判断することは、重要な意味を持つ。けだし、真正ではない合意解約は、制定法上の解雇規制を潜脱するものとなるからである。

このようなことを防止すべく、1996年雇用権利法には、「いかなる約定の規定も、…同法の規定の実施を排除又は制限することを意図する限りにおいて、…無効である」との規定が、設けられている（203 条）。この規定により、一定の事実が発生した場合には、自動的に雇用は終了するとの約定は、1996年雇用権利法 203 条に違反して、無効と解されている²⁰⁸。この場合、解雇が行われたものとして扱われることになり、当該解雇の公正さが審査されうることとなる²⁰⁹。

また、雇用審判所は、真正な合意であると認定することには慎重であるべきであり、その判断に際しては、当該合意をなすことの金銭上の意味（**financial implications**）を被用者が認識していたか否かを確かめなければならない、と解されている²¹⁰。そうした判断枠組みから、相当な金銭的対価がある場合には、真正な合意解約が存する、と認定されやすい²¹¹。

(3) 雇用契約の挫折

一般契約法上、契約は、そのための規定を欠く場合、その履行を不可能とする又は不法とする出来事によって、挫折させられ得る。そして、挫折（**frustration**）は、当事者の選択又

賠償を請求するか、あるいは履行拒絶を受け入れずに契約関係の存続を主張するか選択権を有する（「選択説(**elective theory**)」）。ところが、雇用契約では、履行拒絶に当たる違法解雇の意思表示は、被用者の意思にかかわらず自動的に雇用契約を終了させるものとされてきた（「自動終了説(**automatic theory**)」）。このように雇用契約が違法解雇によっても自動的に終了することは、雇用契約が一般契約法の例外であり、特殊なもの(**sui generis**)と考えられていた。しかし、**Rigby v Ferodo Ltd [1987] IRLR 516 (HL)**において、雇用契約においても、選択説が適用されることが明確にされた。有田・前掲注 19 論文 5-6 頁, **S.Honeyball and J.Bowers, supra note 12, pp.71-72** を参照。

²⁰⁷ D.J.Lockton, *Employment Law* 4th ed. (Palgrave Macmillan, 2003), p.220; S.Honeyball and J.Bowers, *supra note 12, p.82*.

²⁰⁸ **Igbo v Johnson Matthey Chemicals Ltd [1986] IRLR 215 (CA)**.

²⁰⁹ D.J.Lockton, *supra note 207, p.222*.

²¹⁰ **McAlwane v Boughton Estates Ltd [1973] ICR 470**.

²¹¹ **Scott v Coalite Fuels and Chemicals Ltd [1988] IRLR 131; Birch and Humber v University of Liverpool [1985] IRLR 165; Logan Saltton v Durham County Council [1989] IRLR 99; D.J.Lockton, supra note 207, p.220**.

は同意なしに、契約を終了させる（「挫折の法理（*doctrine of frustration*）」）²¹²。そして、この契約の挫折が、雇用契約においては、不公正解雇の申立てに対する抗弁として、しばしば、使用者によって用いられる。すなわち、雇用契約は、被用者の重大な疾病や投獄により、挫折して終了したのであって、使用者による解雇によって終了したのではない、という主張である²¹³。挫折の法理は、それをもたらす出来事に関し契約上の規定がない場合にのみ適用されるところ、雇用契約では、例えば、傷病につき休職の規定が置かれることは多くあるが、そうした規定では長期の傷病による労務遂行不能の場合の問題処理の仕方について明確に定めていないことが多いため、挫折の法理が適用される余地が大きい²¹⁴。

雇用審判所は、雇用契約の挫折が生じているか否かを判断するに際しては、次のような要素を検討すべき、としている²¹⁵。①職務能力不足を理由とする解雇かも知れない場合には、あまりに安易な挫折の法理の適用はしないこと、②真正な挫折か否かはともかく、挫折が生じた日を特定しようとすることは有用であること、③考慮すべき事項として、それまでの雇用期間、見込まれる雇用期間、仕事の性質、雇用条件、傷病の性質、期間、及びその影響、回復の見込み、代替の必要性、代替者に対して法定の義務を負うことになる使用者のリスク、使用者の行動、賃金又は傷病手当の支払いの有無、あらゆる諸状況において合理的な使用者がそれ以上待つか否か、といったものがあること、④挫折をもたらす出来事はそれに依拠しようとしている当事者によって引き起こされたものではないこと。

雇用契約の挫折が認められると、その権利が解雇の存在に依存しているもの、すなわち、剰員整理手当や解雇予告を受ける権利も失われることになる²¹⁶。また、就労不能をもたらした病気が雇用契約の挫折を生じさせ雇用契約を終了させたとされれば、法定の傷病手当の権利は生じない²¹⁷。

このようなことから、学説においては、雇用契約への挫折の法理の適用を排除すべきとの主張が強くなっているように思われる。それらの見解は、とりわけ、同法理の適用が被用者の基本的な権利と考えられる不公正に解雇されない権利を奪うものであること、たとえ挫折の法理の適用を排除したとしても、挫折の法理が適用されうるような場合には、不公正解雇においても通常は公正な解雇と判断されるであろうから、使用者にとって過酷なものとなることはないこと等をその根拠とする²¹⁸。

²¹² 「挫折の法理」については、望月・前掲注 5 書 465 頁以下を、雇用契約における同法理については、小宮・前掲注 4 書 152-154 頁を参照。

²¹³ H.Collins, *supra* note 55, p.21.

²¹⁴ *Ibid.*, p.22. *Notcutt v Universal Equipment Co (London) Ltd* [1986] IRLR 218 (CA); *FC Shepherd & Co Ltd v Jerrom* [1986] IRLR 358 (CA).

²¹⁵ *Williams v Watsons Luxury Coaches Ltd* [1990] IRLR 164.

²¹⁶ *GF Sharp & Co Ltd v McMillan* [1998] IRLR 632; S.Deakin and G.S.Morris, *supra* note 3, p.454.

²¹⁷ *Notcutt v Universal Equipment Co (London) Ltd* [1986] IRLR 218 (CA).

²¹⁸ H.Collins, *supra* note 55, pp.23-26; S.Deakin and G.S.Morris, *supra* note 3, p.455.

(4) 解雇

ア. 違法解雇²¹⁹

違法解雇 (**wrongful dismissal**) とは、コモン・ロー上の概念であり、雇用契約違反の解雇を意味するものである。この違法解雇で問題となるのは、雇用契約違反の中身である。次のような雇用契約の違反に対して、違法解雇が認められる²²⁰。

- ①雇用契約又は制定法に基づく予告なしに、又は義務づけられた予告期間より短い期間の予告によって、使用者が被用者を解雇する場合。
- ②期間の定めのある雇用契約を期間満了前に使用者が終了させる場合²²¹。
- ③特定の作業の完成を目的とする契約が、その完成前に使用者により終了させられる場合。
- ④使用者が、被用者の雇用契約の内容となっている懲戒手続を履行することなく、雇用契約を終了させる場合²²²。
- ⑤雇用契約の内容となっている選定手続に違反して、被用者が剰員整理解雇の対象者に選定される場合²²³。
- ⑥使用者が、雇用契約に拘束される意思のないことを示す、契約の違法な履行拒絶を行い、被用者がそれを受け入れて雇用契約を終了させる場合（契約上の権限に基づかない、雇用契約条件の一方向的な変更²²⁴等）。
- ⑦雇用契約が解雇事由を限定列挙しているにもかかわらず、使用者が当該雇用契約に列挙された解雇事由以外の理由で被用者を解雇する場合²²⁵。

ただし、①の場合については、被用者の重大な非違行為 (**gross misconduct**)、適法かつ合理的な命令への故意の不服従 (**willful refusal to obey a lawful and reasonable order**)、重大な怠慢 (**gross neglect**)、不誠実 (**dishonesty**) 等の即時解雇 (**summary dismissal**) が認められる場合には、違法解雇とならない。その存否の判断においては、現時の道德観 (**morals**) を基準とし、「相互に尊重する義務 (**duty of mutual respect**)」の存在を前提としてなされるべきものとされる²²⁶。したがって、被用者の重大な非違行為が使用者の行為を誘因とするものである場合には、即時解雇は認められない²²⁷。

²¹⁹ 藤本・前掲注 19 論文，有田・前掲注 19 論文，小宮・前掲注 4 書 155-160 頁を参照。

²²⁰ N.M.Selwyn, *supra* note 18, pp.368-369.

²²¹ イギリスにおける有期雇用契約の問題については、山下幸司「イギリスにおける有期雇用労働者の法的問題」*関東学院法学* 1 卷 2 号 (1992 年) 149 頁以下，盧尚憲「イギリスにおける有期雇用契約の法理」*都立大学法学会雑誌* 40 卷 2 号 (2000 年) 381 頁以下を参照。

²²² *Gunton v Richmond-upon-Thames London Borough Council* [1980] IRLR 321 (CA).

²²³ *Alexander v Standard Telephones and Cables plc* [1990] IRLR 55.

²²⁴ *Bliss v South East Thames Regional Health Authority* [1985] IRLR 308 (CA).

²²⁵ *McClelland v Northern Ireland General Health Services Board* [1957] 1 WLR 594 (HL).

²²⁶ N.M.Selwyn, *supra* note 18, pp.369-370.

²²⁷ *Wilson v Racher* [1974] ICR 428 (CA).

違法解雇に対する救済方法としては、宣言判決（*declaratory judgment*）、差止命令、損害賠償が認められうる²²⁸。このうち、損害賠償は、1994年雇用審判所管轄権拡大令10条によって、雇用審判所も、2万5千ポンドという上限の範囲内で支払いを命じうるが、差止命令と宣言判決は、高等法院以上の審級の通常裁判所だけが命じうる。ここに、不公正解雇法制があるにもかかわらず、被用者がコモン・ロー上の違法解雇の救済を求めることにメリットを見出す理由がある。すなわち、違法解雇の差止命令の発令の可能性と、上限設定のない損害賠償の可能性である。さらにいえば、次にみるように、制定法上の不公正解雇の申立権には、1年の勤続期間の要件が設けられていることから、それを満たさない被解雇被用者が、違法解雇の訴訟を提起することが考えられる²²⁹。

ただ、雇用契約上の黙示の義務である信頼関係維持義務に違反する違法解雇として、解雇の仕方に起因する精神的苦痛や信用の喪失に対する損害賠償請求をすることは認められない、とする2001年の貴族院判決がある²³⁰。同判決は、信頼関係維持義務は雇用の継続を前提としており、雇用の終了のされ方には適用されないと考えるべきこと、及び制定法上の不公正解雇の救済として補償金が定められていることから、裁判所が被用者の解雇の仕方に対するコモン・ロー上の救済を発展させることは、議会の意思に反することで司法権の妥当な行使ではなく、両者は共存し得ないことをその理由としている。

したがって、違法解雇を理由に被用者が使用者に対して損害賠償請求できるケースは、非常に限られるものとなっている。しかしながら、不公正解雇法制における救済方法としての補償金の裁定額には上限が設定されており、また、解雇の仕方に起因する精神的苦痛等の損害については補償裁定の対象とならず、十分な救済とならない場合があることから、上記の貴族院判決がもたらした違法解雇に関するコモン・ローの状態は、問題のあるものであるとの認識を示す貴族院判事もいる²³¹。この問題は、イギリスにおける解雇規制の制定法とコモン・ローという二元的な法規制に由来するものであり、今後の判例の動きとともに不公正解雇法制の立法動向に注目すべきであろう。

イ．制定法上の不公正解雇²³²

被用者は、不公正に解雇されない権利を制定法によって付与されている（1996年雇用権利法94条）。ただし、この権利は、前述のように、1年以上の勤続期間があることを要件としており、この要件を充足しなければ、その侵害に対する救済を雇用審判所に求めることはで

²²⁸ 差止命令の発令要件については、有田・前掲注72論文を、損害賠償請求における損害賠償額の算定方法、損害軽減義務（*duty to mitigate*）の内容については、藤本・前掲注19論文256-260頁を参照。

²²⁹ 以上の点につき、N.M.Selwyn, *supra* note 18, pp.367-368を参照。

²³⁰ *Johnson v Unisys Ltd* [2001] IRLR 279 (HL). 同判決については、龔・前掲注103論文74-76頁、小宮文人「労働契約上の黙示的信頼条項にもとづくコモン・ローと制定法上の権利の関係」労働法律旬報1561号（2003年）60頁以下を参照。

²³¹ *Johnson v Unisys Ltd* [2001] IRLR 279 (HL)におけるLord Steynの反対意見、及び同貴族院判事の*Eastwood v Magnox Electronic plc and McCabe v Cornwall County Council* [2004] IRLR 733 (HL)における補足意見。

²³² 小宮文人『英米解雇法制の研究』（信山社、1992年）169-232頁、小宮・前掲注4書160-170頁を参照。

きない（同法 108 条 1 項）。なお、法定の自動的に不公正となる解雇事由による不公正解雇の申立てには、この 1 年以上勤続の要件による制限はかからない（同法 108 条 3 項）。

不公正解雇法制においては、「解雇」は、次の 3 つの場合として定義されている（同法 95 条 1 項）。

- (a) 使用者が、その被用者を雇用している契約を終了させた場合（予告の有無を問わない。）。
- (b) 被用者が期間の定めのある契約で雇用され、その期間満了時に、更新されなかった場合。
- (c) 被用者が、その使用者の行為を理由として予告なくその契約を終了させることができる状況の下で、予告を与えて又は与えずに、その契約を終了させた場合。

この 3 つ目の解雇類型が、「みなし解雇」と呼ばれるものであり、使用者による雇用契約の履行拒絶に当たる契約違反の行為を法的に争う手段として、多く使われていることについては、すでに述べたところである（第 2 節各論，4 参照）。また、この制定法上の「みなし解雇」が、そうしたコモン・ロー上の履行拒絶の法理を適用して、その存否について解釈されてきたことから、雇用契約上の黙示の義務、とりわけ、信頼関係維持義務という重要な附随義務を創出する契機となったことは、特筆すべきことといえる²³³。

では、不公正解雇法制においては、解雇の「公正さ（fairness）」の判断はどのようになされるのであろうか。1996 年雇用権利法 98 条が、その判断の仕方について規定している。

公正さの判断は、2 段階でなされる。まず、使用者は、解雇理由が法定の公正さが認められる 5 つの理由、能力不足、非違行為、剰員整理解雇、違法、その他の相当な理由に該当することを証明しなければならない（同条 1 項・2 項）。また、使用者は、解雇が法定の自動的に不公正な解雇事由（1996 年雇用権利法 99 条-105 条）に該当しないことを証明しなければならない²³⁴。

証明の程度は、蓋然性の優位（balance of probability）が認められるもので足りる。そして、このとき、使用者は、解雇理由の事実が証明できなくとも、それが真実であると結論づけうるだけの合理的な根拠があることを証明すればよい²³⁵。ただし、違法解雇の場合とは異なり、雇用審判所は、解雇時に使用者が知っていた理由のみを審査対象としなければならない²³⁶。

以上のような解雇理由の証明にかかわって、被用者は、解雇理由書の交付請求権を有し

²³³ この点につき、有田・前掲注 88 論文を参照。

²³⁴ これには、家族休暇の取得を理由とする解雇、安全衛生の管理活動等を理由とする解雇、労働時間規則に違反する労働を拒否したことを理由とする解雇、保護される公益開示を行ったことを理由とする解雇、制定法上の権利の主張を理由とする解雇等が含まれている。

²³⁵ *Smith v City of Glasgow District Council* [1987] IRLR 326.

²³⁶ *W Devis & Sons Ltd v Atkins* [1977] AC 931 (HL). ただ、後述するように、後に見出された解雇理由となる事実の存在は、補償金裁定において、その適切さの判断において考慮され、その額を減ずるように働くことはありうる。J.Bowers, *supra* note 142, p.289.

(1996年雇用権利法 92 条), これにより使用者が交付した解雇理由は, 雇用審判所の審理において証拠として認められる(同法 92 条 5 項)。そして, 使用者は, その交付した解雇理由書の正確さを否定することを禁反言(**estoppel**)で阻まれうることになる²³⁷。

公正さが認められる解雇理由の中で, 注意すべきは「他の相当な理由」である。すでに述べたように(第 2 節各論, 4 参照), 被用者による雇用契約条件の変更への同意の拒絶を理由とする解雇がこの中に入ることが認められているほか, 支配的な顧客からの圧力による解雇や, 使用者の資金上の理由による解雇等, その範疇は相当に広いものとして解釈されている²³⁸。

使用者が, 上記の公正さが認められる解雇理由を証明できなければ, この段階で, 解雇は不公正と認定される²³⁹。これとは逆に, 使用者が, その証明をなしたならば, 次に, 第 2 段階の使用者の取った行動, 対応の「合理性」について審査される。

この合理性は, 「(使用者の事業の規模及び経営上の財源を含む) 諸事情に照らし, 当該使用者が当該解雇理由をもってその被用者を解雇する十分な理由として取り扱うに, 合理的に行動したか否か」を, 「衡平と事案の実質的な理非曲直」に従って, 判断することにより, 決められることになる(1996年雇用権利法 98 条 4 項)。この条文の解釈として, 審判所及び裁判所は, その判断をなすに際して, 使用者の取った行動が「合理的な対応の幅(**band of reasonable responses**)」の範囲を超える場合にのみ, 換言すれば, いかなる合理的な使用者も当該状況の中では解雇しなかったであろう場合に限り, その合理性を認めない, というアプローチを採用している²⁴⁰。

しかし, このような解釈に対しては, それが, ①同条が規定する「使用者は合理的に行動したか」という文言を, より低い基準となる「使用者は不合理に行動したか」に変えてしまっていること, ②同条 2 項が規定する「衡平と事案の実質的な理非曲直」に従っての判断にほとんど注意を払っていないこと, そのために, ③経済的保障と尊厳をもって扱われることという被用者の利益に対する侵害が使用者の抵抗しがたい必要によるものか否かを判断するための比例性基準(**test of proportionality**)の下における正当性の厳密な審査をすることなく, 雇用審判所が, 使用者の提出した解雇の正当化理由を容易に受け入れてしまう, という問題があること, そして, ④雇用審判所が, 独立した, 中立の訴えを審理するフォーラムとして活動することを求める, 1998 年人権法に基づくヨーロッパ人権条約からの要請にも反する, といった批判が加えられている²⁴¹。

²³⁷ J.Bowers, *supra* note 142, p.290. 禁反言の法理とは, 事実についての不実な言明をした者は, 言明の相手方をしてその言明を信頼して行為せしめる意図でその言明を行い, かつ, 相手方が現実にもそのように行為した場合には, 前言を翻してその言明が事実と反すると主張することができなくなるというもので, 抗弁事由(**defence**)を生ぜしめるものである。望月・前掲注 5 書 376 頁を参照。

²³⁸ *Ibid.*, pp.328-334; 小宮・前掲注 4 書 162-163 頁を参照。

²³⁹ *Adams v Derby City Council* [1986] IRLR 163.

²⁴⁰ *Iceland Frozen Foods Ltd v Jones* [1983] ICR 17; *Post Office v Foley* [2000] IRLR 827 (CA).

²⁴¹ H.Collins, *supra* note 32, pp.173-176; H.Collins, *supra* note 55, pp.36-39.

ところで、使用者の行動の合理性を判断するに際しては、解雇の決定に至るまでの手続が重要な意味を持つ²⁴²。この手続の重要性については、1988年の貴族院判決において指摘されている²⁴³。前述のように（第2節各論，5参照），2002年雇用法34条によって1996年雇用権利法98A条1項に規定された、法定の内部の解雇・懲戒手続の履行をまず求める仕組みは、労使間の相互の信頼を維持することに寄与しうるものであり、加えて、法定の手続不履行の解雇を自動的に不公正として手続を重視しており、積極的に評価できるところがある反面で²⁴⁴、法定の手続を上回る手続を履践してもしなくても結果が同じことを使用者が証明できれば、当該手続の不履行は解雇の公正さの判断においてそれだけで不合理とはみなされないとする規定（同条2項）も置かれたことで、その効果は大きく減殺されるものと評価されるものである。けだし、使用者は、良好な労使関係を反映するものとして定められている、ACASの行為準則で勧告されている手続を履践しなくとも、法定の最低基準手続を実施したならば、解雇決定は、上記の「合理的な対応の幅」の外にあるとみられることはない、と強力に主張できるだろうからである²⁴⁵。

さて、この合理性の証明責任は、労使いずれかが負うというのではなく、中立な（neutral）ものとされている。しかし、このことは、使用者が、合理的に行動したとの主張を裏付ける証拠を提出する責任を取り除くものではないし、また、解雇理由についての証明責任を使用者が負っていることが、当該理由での解雇決定の公正さについての証拠を提出する責任に影響を及ぼすものと考えられている²⁴⁶。

では、不公正解雇の救済手続はいかなるものとなっているのであろうか。まず、不公正解雇に対する救済の訴えは、原則として、雇用終了時から3か月以内になされなければならない（1996年雇用権利法111条）。不公正解雇に対する救済方法は、第一次的な救済として、復職又は再雇用であるが、それを被解雇被用者が欲しないとき、又は、それが実行不可能であると雇用審判所が判断するときは、第二次的救済として補償金の裁定がなされる（同法112条）。

復職又は再雇用の命令をなすか否かの判断をするに際して、雇用審判所は、(a)当該被用者が復職又は再雇用を欲しているか、(b)当該被用者が復職すること又は再雇用されることが実行可能か、(c)当該被用者が解雇に相当の原因を与え又は寄与している場合には、復職又は再雇用を命ずることが妥当かを、考慮しなければならない（同法116条）。このように、復職又は再雇用命令かそれとも補償金の裁定による金銭解決かの選択は、被解雇被用者の選択と雇用審判所による妥当性の判断に委ねられていることをここで確認しておきたい。

復職又は再雇用の命令が履行されなかった場合には、雇用審判所は、補償金の裁定あるい

²⁴² S.Honeyball and J.Bowers, *supra* note 12, pp.176-182.

²⁴³ Polky v Dayton Services Ltd [1987] IRLR 502.

²⁴⁴ H.Collins, *supra* note 32, p.110.

²⁴⁵ G.Pitt, *supra* note 26, p.247.

²⁴⁶ S.D.Anderman, *The Law of Unfair Dismissal* 3rd ed. (Butterworths Lexis Nexis, 2001), pp.131-132.

は付加裁定を行わなければならない（同法 117 条）。この点は、その不履行が裁判所侮辱（**contempt of court**）として投獄をもって履行強制ができる通常裁判所の差止命令と比較しての弱さといえよう。

補償金の裁定は、基礎裁定（**basic award**）と補償裁定（**compensatory award**）とから成る（1996 年雇用権利法 118 条）。基礎裁定は、使用者の行動を承認しないことを伝えることと、同時に、職の保障の喪失に対して補償することとを目的としたものとされている²⁴⁷。基礎裁定は、被用者の週給（上限あり）×勤続年数（上限あり）×年齢により定められた係数（0.5 又は 1 又は 1.5）で計算される（上限額は 2005 年 2 月 1 日現在で 8,400 ポンド）²⁴⁸。その算定方式は、剰員整理手当と同じであり、剰員整理解雇が不公正であると認められた場合には、剰員整理手当との調整がなされる。この基礎裁定は、被用者が使用者からの復職の提供を不合理に拒否する場合（同法 122 条 1 項）、又は、解雇前の被用者の行動を考慮して（同条 2 項）、「公正かつ衡平（**just and equitable**）」と雇用審判所が考える範囲において減額がなされる。特に後者の場合については、解雇に関して被用者の寄与過失（**contributory fault**）が認められる場合だけではなく、解雇後に発見された非違行為の事実が考慮されうる²⁴⁹。したがって、100%の減額がなされることも結構ある（後述の、補償金裁定の実態に係る記述部分を参照）。

これに対して、補償裁定は、解雇の結果として被用者が被った損害を顧慮したあらゆる諸事情において、雇用審判所が「公正かつ衡平」と考える額のものとして規定されている（1996 年雇用権利法 123 条 1 項）。この補償裁定は、損害軽減義務（**duty to mitigate his loss**）による減額を受けることを条件として、解雇の結果として生じた費用、及び解雇がなかったならば被用者が受け取れることを期待できたであろう利益を含むものとされている²⁵⁰（上限額は 2005 年 2 月 1 日現在で 56,800 ポンド）²⁵¹。具体的には、直接的に関係のある収入の損失（審問時までの実収入）、将来的な収入の損失（見込まれる失業期間中の実収入、新しく得た職と解雇前のその実収入の差額）、付加給付の損失、職探しの費用、年金権の損失、雇用保護の権利の喪失（実際には、150～250 ポンドといった名目的な額）が、補償裁定に含まれる²⁵²。しかしながら、補償裁定の算定において、解雇のなされ方に起因する精神的な苦痛のような非財産的な損害を含めることはできない²⁵³。

このような補償裁定の算定に関する条文の解釈に対しては、それが不公正解雇法制の目的に反し、不公正に解雇されない権利を適切に擁護するものとならない、という観点からの批

²⁴⁷ S.Honeyball and J.Bowers, *supra* note 12, p.185.

²⁴⁸ <http://www.dti.gov.uk/er/pay/limits-pl827a.htm#1> 参照。

²⁴⁹ *W Devis & Sons Ltd v Atkins* [1977] AC 931 (HL).

²⁵⁰ G.Pitt, *supra* note 26, p.243.

²⁵¹ <http://www.dti.gov.uk/er/pay/limits-pl827a.htm#1> 参照。

²⁵² S.Honeyball and J.Bowers, *supra* note 12, pp.186-190.

²⁵³ *Norton Tool Co Ltd v Tewson* [1972] IRLR 86; *Dunnachie v Kingston-upon-Hull City Council* [2004] IRLR 727 (HL).

判がある²⁵⁴。すなわち、その批判は、不公正解雇法制の核心は不当な解雇を受けない社会的権利 (**social right against unjust dismissal**) にあり、そして、それは個人の尊厳が職場において尊重される必要を根拠としていることから、そうした不公正解雇法制の目的を実現するためには、法が、被用者の尊厳を破壊しあるいは侵害する使用者の行動に対し補償裁定により十分な制裁を加えることが重要となる、というものである。この問題は、解雇の法規制の根本的な根拠に関する議論にかかわるものであり、示唆に富み、興味深いものである。

不公正解雇の概観の最後に、雇用審判所での運用実態をみてみることにしよう²⁵⁵。2003-2004年度において、不公正解雇と認定された**4,363**件中、第一次的な救済とされている復職又は再雇用が命じられたのは、**11**件 (**0.25%**)であり、非常に少ない。そして、補償金の裁定がなされたのは、不公正解雇と認定された**4,363**件中、**2,843**件 (**65.16%**)であった。不公正解雇と認定されても、補償金の裁定がなされなかったのは、**1,509**件 (**34.59%**)であった。また、補償金の裁定額の平均は、**7,275**ポンドであった。運用実態としては、金銭解決がほとんどとっていいようである。

このように、第一次的な救済であるはずの復職又は再雇用の救済が少ないことの理由としては、次のようなことが指摘されている²⁵⁶。第**1**に、不公正解雇では、いったん雇用契約は有効に終了させられてしまうので、失ってしまった職に復職命令又は再雇用命令によって被用者を戻すことになるが、それは、通常裁判所での差止請求の場合のように、雇用契約が主張されている使用者の契約違反の前の状態、すなわち、雇用契約が存続している状態を現状としてそれを維持することと比べると、非常に難しい、ということである。第**2**に、前述のように、復職又は再雇用の命令が履行されなかった場合の実効性確保のためのペナルティーが弱いことである。第**3**に、特に小さな事業所における被解雇被用者は、組合もなくその支援も期待できないこと、解雇について責任を有するマネージャーや事業主と直接接触することから、復職又は再雇用を望まない、ということである。第**4**に、雇用審判所は、復職又は再雇用命令の可否の判断に際して、その受容可能性及び実行可能性についての使用者の見解に多くの関心を払うために、使用者が反対しているにもかかわらず復職又は再雇用命令が出されることはまれである、ということである。しかし、こうした雇用審判所の姿勢は、強いられた復職又は再雇用はうまくいかないという見方によるところがあるが、復職又は再雇用によって事業所内に混乱が生ずることはまれで、多くの復職者は命令後に相当期間、当該企業にとどまっているとの調査結果もあり、妥当なものではないとの批判がなされている²⁵⁷。

²⁵⁴ H.Collins, *supra* note 55, pp.67-73. なお、控訴院は、補償裁定に精神的な苦痛のような非財産的な損害を含めることができると解釈すべきとの判断を示していた。Dunnachie v Kingston-upon-Hull City Council [2004] IRLR 287 (CA).

²⁵⁵ Employment Tribunal Service, *supra* note 76, p.25.

²⁵⁶ S.Deakin and G.S.Morris, *supra* note 3, pp.490-493.

²⁵⁷ *Ibid.*, pp.492-493.

ウ．制定法上の剰員整理解雇²⁵⁸

解雇が、(a)「使用者が当該被用者をそのために雇用した営業又は当該被用者が雇用されている場所における営業を止め又は止めんとし」、又は、(b)「特定の種類の仕事を被用者が遂行することに対する当該営業の要求がやみもしくは減少するか、又はそのことが予想される」という事実に完全に又は主として起因する場合に、剰員整理解雇が存すると認められる(1996年雇用権利法 139 条 1 項)。

被用者は、解雇が上記の定義に該当する剰員整理解雇であることを証明したならば、使用者に対して剰員整理手当 (redundancy payment) を請求できる(1996年雇用権利法 135-181 条)。この剰員整理手当は、不公正解雇の救済方法である補償金の基礎裁定と同じ計算方法でその額が決められる(1996年雇用権利法 162 条 1 項)。ただし、剰員整理手当の権利が発生するのは、勤続期間が 2 年以上となったときからである(同法 155 条)。また、通常の退職年齢又は 65 歳に達した者も、剰員整理手当の権利を認められない(同法 156 条)。使用者が被用者の行為を理由として即時解雇できるような場合にも、剰員整理手当の請求権は認められない(同法 140 条)。

さらに、被用者は、使用者が解雇に先立ち、契約終了の直後又はその 4 週間以内に雇用契約を更新する又は再雇用する申込みを行い、それらの契約条件が従来のもものと異ならないか、異なるが当該被用者に適した雇用の申込みであるときに、それらの申込みへの承諾を不当に拒否し、又は代替雇用の法定試用期間内に不当にそれを終了させた場合には、剰員整理手当の請求をできなくなる(同法 141 条)。この規定については、剰員整理解雇に際して使用者に金銭的な負荷をかける一方で、同時に、使用者が適切な雇用機会を提示することによってその負担を回避できる手続を定めたものであって、使用者を剰員整理解雇の回避へと誘導する効果を期待できるとの見方がある²⁵⁹。

剰員整理解雇は、不公正解雇の規制において公正な解雇理由の一つとされているが、合理性の判断において、不公正な剰員整理解雇とされる場合がある。この合理性の判断枠組みについては、剰員整理解雇に特有の判断基準が形成されている。雇用審判所は、剰員整理解雇の合理性を判断するに際しては、①被用者への事前通知と協議、②公正な被解雇者選定基準の設定と公正な適用、③解雇回避措置としての代替雇用の申し出がなされたか否かを審査すべきものとされている²⁶⁰。しかしながら、これらはいくまでも指針 (guidelines) であって、法準則 (rules of law) ではなく、大企業における大規模の剰員整理解雇を念頭に置いたものであるから、小規模の会社における剰員整理解雇の事案においてはその適用について注意が必要であるし、それらのどれか一つでも充足しないものがあれば、不公正の認定となる関連

²⁵⁸ 唐津博「イギリスにおける整理解雇法ルール」季刊労働法 196 号 (2001 年) 110 頁以下、盧尚憲「イギリスにおける剰員整理解雇の法理」都立大学法学会雑誌 41 卷 2 号 (2001 年) 137 頁以下、小宮・前掲注 4 書 171-173 頁を参照。

²⁵⁹ 唐津・前掲注 258 論文 116 頁。

²⁶⁰ Williams v Compare Maxam Ltd [1982]IRLR 83.

項目 (shopping list) とみられるべきものではない、とされている²⁶¹。

剰員整理解雇の場合には、不公正解雇の法規制とは別個に、被用者代表との協議義務及び大規模剰員整理解雇の場合における大臣への届出義務が制度化されている(1992年労働組合及び労働関係(統合)法 188-194条)。また、解雇予告期間中の有給のタイム・オフの権利が、特に認められている(1996年雇用権利法 52-54条)²⁶²。

ここでは、被用者代表との協議義務の意義についてのみ触れておきたい。まず、被用者代表との協議義務との関係では、上記の剰員整理解雇の定義とは異なり、広い定義が採用されていることである。同義務との関係では、剰員整理解雇は、「該当する個人に関係しない理由による解雇、又はあまり関連しない多くの理由による解雇」と定義されている(1992年労働組合及び労働関係(統合)法 195条1項)。したがって、使用者は、問題となっている被用者達に雇用終了の予告をし、新条件での再雇用を申し込むことによって、従業員の一部集団の雇用契約条件を変更しようとする場合には、この被用者代表との協議義務に基づく協議を行わなければならない²⁶³。

次に、この被用者代表との協議義務を履行せずになされた剰員整理解雇は、上記の剰員整理解雇の公正さを判断する際の指針①の観点からして、不公正解雇と認定される可能性が高い、ということである²⁶⁴。けだし、協議は、「公正さの基本原則の中の一つ」²⁶⁵であり、「現代の労使関係慣行の基礎の一つ」²⁶⁶と考えられているからである。なお、学説の中には、この義務の履行がなされるまで、中間的差止命令 (interlocutory injunction) による剰員整理解雇の暫定的な差止めを認めるべきとの見解が示されている²⁶⁷。

おわりに

以上、イギリスにおける雇用契約の法規制について制定法とコモン・ローとの関係という観点から、現行法について概観した。そこから、イギリスの雇用契約の法規制に関する特徴として、次のことを挙げるができるであろう。第1に、その法規制の適用対象について、被用者と労働者が概念として設定され、適用されるルールが異なるものとされていることである。第2に、雇用契約の法規制の要は、解雇規制、とりわけ制定法上の不公正解雇の規制にあるとよいことである。第3に、その規制の手法として、手続規制が重視され、様々な形で法規制の中に組み込まれていることである。そして、最後に、そのような雇

²⁶¹ Simpson v Reid & Findlater [1983] IRLR 401.

²⁶² これらの制度の詳細については、前掲注 258 の各論文・書を参照。

²⁶³ GMB v Man Truck & Bus UK Ltd [2000] IRLR 636.

²⁶⁴ Mugford v Midland Bank plc [1997] IRLR 209; King v Eaton Ltd [1996] IRLR 199 (Ct of Sess) (スコットランド高等民事裁判所の判決); S.Honeyball and J.Bowers, supra note 12, p.169; S.Deakin and G.S.Morris, supra note 3, p.811.

²⁶⁵ Holden v Bradville Ltd [1985] IRLR 483.

²⁶⁶ Freud v Bentalls Ltd [1982] IRLR 443.

²⁶⁷ S.Deakin and G.S.Morris, supra note 3, p.811.

用契約の法的規制の実効性を確保する上において、雇用審判所の果たしているところが非常に大きいということである。

これらの特徴は、コモン・ローと制定法という2つの法による雇用契約の規律というイギリスに特有の二元的な法制度に由来するものもあるが、法規制の適用対象範囲の問題や、雇用契約の法規制という観点での解雇規制の重要性の問題、手続規制のあり方などは、我が国に示唆するところがあるものと思われる。また、雇用契約をめぐる制定法とコモン・ローの規制が錯綜する状況の中で、「雇用」契約に関するルールをリストアップして法典化すべきと主張する有力学説²⁶⁸の存在は、「雇用」契約関係におけるルールの明確化の重要性を認識したものであり、わが国におけるものと共通した問題意識といえるだろう。

表 3-1-1 被用者性判断における考慮要素

| | |
|---------------|--|
| コントロール・テスト | <ul style="list-style-type: none"> ・ 命令に従う義務 ・ 労働時間に関する裁量 ・ 仕事の仕方への監督 |
| インテグレーション・テスト | <ul style="list-style-type: none"> ・ 懲戒／苦情処理手続 ・ 福利厚生制度の適用 |
| 経済的現実・テスト | <ul style="list-style-type: none"> ・ 賃金支払の方法 ・ 他者を雇用する自由 ・ 自己の装置（器具）を提供していること ・ 自己のために投資していること ・ 税金及び社会保険料の支払方法 ・ 傷病手当，休暇手当の適用 |
| 義務の相互性・テスト | <ul style="list-style-type: none"> ・ 雇用期間 ・ 雇用の常用性 ・ 仕事を拒絶する権利 ・ 取引慣行 |

出所：Brendan Burchell, Simon Deakin and Sheila Honey, *supra* note 50, p.11.

²⁶⁸ M.R.Freedland, *supra* note 10, pp.517-523.

表 3-1-2 1996 年雇用権利法上の権利の対象者

| 制定法上の権利 | 被用者のみ | すべての労働者 (被用者を含む) |
|--|------------|---------------------|
| 雇用条件明細書の交付 | ○ | |
| 賃金明細書の交付 | ○ | |
| 違法な賃金控除からの保護 | | ○ |
| 保障手当 | ○ | |
| 賭博業及び商店における日曜労働からの保護 | ○ | |
| 保護される開示を行うことに対する保護 | | ○ |
| 所定の権利を行使したことに対する不利益取扱いからの保護（安全衛生，日曜労働，職域年金受託者，被用者代表，教育訓練のためのタイム・オフ，家族休暇，税額控除，フレキシブル労働） | ○ | |
| 所定の権利を行使したことに対する不利益取扱いからの保護（労働時間，保護される開示） | | ○ |
| 公務のためのタイム・オフ | ○ | |
| 剰員整理の場合における求職又は訓練準備のためのタイム・オフ | ○ | |
| 産前ケアを受けるためのタイム・オフ | ○ | |
| 被扶養者のためのタイム・オフ | ○ | |
| 職域年金の受託者として活動するためのタイム・オフ | ○ | |
| 被用者代表として活動するためのタイム・オフ | ○ | |
| 若年者が勉学又は訓練を受けるためのタイム・オフ | ○ | |
| 所定の傷病を理由とする停職中の報酬 | ○ | |
| 妊娠を理由とする停職にかかわる権利 | ○ | |
| 母性休暇 | ○ | |
| 養子縁組休暇 | ○ | |
| 育児休暇 | ○ | |
| 父親休暇 | ○ | |
| フレキシブル労働 | ○（含、派遣労働者） | |
| 雇用終了予告 | ○ | |
| 解雇理由通知書 | ○ | |
| 不公正に解雇されない権利 | ○ | |
| 剰員整理手当 | ○ | |
| 倒産時の権利 | ○ | |

出所：DTI, supra note 52, pp.15-16 を参考に筆者が作成。

第4章 アメリカ¹

第1節 総論

1. 法源

(1) アメリカの雇用・労働法体系

ア. 制定法による規制

一般に、アメリカ合衆国（以下、「アメリカ」という。）における雇用・労働に係る諸規制は、連邦レベルにおけるものと州レベルにおけるものとに分かれる。それは、各州は独自の憲法を制定し、連邦とは別個に州内における独自の規制権限を有していること、その反面で連邦は、基本的に州際通商（*interstate commerce*）にかかわる事項についてのみ規制権限を有するからである²。しかし、規制対象とされる労働関係事項は、實際上、連邦制定法と州制定法とで重複しており（例えば最低賃金）、また、重複する事項に係る紛争処理機関については、連邦と州とで独自のものを有しているが、紛争の解決について有機的な連携（管轄権が連邦と州のいずれかにあるかの判断等）が図られていることから運用実態上は厳密な区別が見られるわけではない。

連邦と州の両方で重複して規制されている労働関係事項は、個別労働関係では、労働時間、最低賃金、家族・医療休暇、安全衛生、集団的解雇（この事項に係る法の運用はむしろ州・地方政府に任されている。）、差別禁止がある。なお、集団的労働関係については、連邦制定法である全国労働関係法（*National Labor Relations Act : NLRA*）³は州制定法を先占（*preempt*）⁴するため、州法の適用は排除される。しかし、全国労働関係法（*NLRA*）が規制対象としていない州政府などについて及び全国労働関係法（*NLRA*）を運用する全国労働関係局（*National Labor Relations Board : NLRB*）が本来であれば管轄権限を行使する場

¹ 本章は、アメリカ雇用・労働法文献として以下のものを主に参照している。中窪裕也『アメリカ労働法』（弘文堂、1995年）、ALVIN L. GOLDMAN, *LABOR AND EMPLOYMENT LAW IN THE UNITED STATES*, Kluwer Law Int'l (1996), MARK A. ROTHSTEIN, CHARLES B. CRAVER, ELINOR P. SCHROEDER, ELAINE W. SHOBEN, *EMPLOYMENT LAW*, 2nd ed., West Group (1999), JOHN F. BUCKLEY, RONALD M. GREEN, *2000 STATE BY STATE GUIDE TO HUMAN RESOURCES LAW*, Panel Publisher (2000), ROBERT N. CONVINGTON, KURT H. DECKER, *EMPLOYMENT LAW*, 2nd ed., West Group (2002), MATTHEW W. FINKIN, ALVIN L. GOLDMAN, CLYDE W. SUMMERS, KENNETH G. DAU-SCHMIDT, *LEGAL PROTECTION FOR THE INDIVIDUAL EMPLOYEE*, 3rd ed., West Group (2002), MARK A. ROTHSTEIN, LANCE LIEBMAN, *EMPLOYMENT LAW*, 5th ed., Foundation Press (2003).

² 合衆国憲法1条8節3項。

³ 註釈付合衆国法律集（*United States Code Annotated*. 以下、“U.S.C.A.”と略す。）第29編151-169条（29 U.S.C.A. § 151-169. 通称、ワグナー法）。

⁴ 「先占（*preempt*）」とは、合衆国の法律が国の最高法規であること（合衆国憲法第6編2項参照）を根拠に、ある事項を規制する連邦制定法は同じ事項を規制する州制定法に優越し、州制定法は連邦制定法により無効とされることをいう。連邦制定法中に「先占条項（*preemption clause*）」がある明示的な場合はもちろん、明示的でない場合であっても、ある事項については州制定法ではなく連邦制定法により規制されると解される場合には、当該事項については連邦制定法が優越し、州制定法は連邦制定法により無効とされる（田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）656頁参照。なお、中窪・前掲注1書170頁も参照）。

合に当たるのにこれを行使しない場合（全国労働関係局（NLRB）は管轄権限を行使するか否かを決めるために産業ごとに売上高基準を設けている。）には、州が独自に集团的労働関係に係る規制権限を取得しうる場合がある。

連邦政府が先占条項（preemption clause）⁵に基づき州政府の権限に優越して独自に規制を行っている労働関係事項としては、個別的労働関係では被用者退職所得保障であり、そして集团的労働関係法、特に、不当労働行為の救済と一定の交渉単位内における全国労働関係局（NLRB）による交渉代表選出選挙の実施である。

主として州が独自に規制を行っている労働関係事項としては、労災補償、秘密保持義務、競業避止義務がある。これら事項はいずれも、従来は各州のコモン・ロー（判例法としての契約法、不法行為法、代理法）において扱われてきた問題であったが、やがて州制定法による規制の必要性が認識されるに至り、労災補償についてはすべての州で、秘密保持義務と競業避止義務については一部の州で、制定法により規制されている。なお、失業保険も州が独自に行うものだが、制度設計の基準は連邦法によりなされ、不況時の財政的支援を連邦政府から受ける場合がある。

イ．労働協約による規制

労働協約は、事業所等団体交渉単位内のすべての被用者に適用される自治的規範であり、協約締結当事者たる当該労使間（使用者と交渉代表組合）における契約としての効力を有するものである⁶ ⁷。そして労働協約は、制定法が定めていない多くの事項について定めており、上述したものを含めそれ以外の事項、すなわち、協約上の権利を享受するための要件としての試用期間、賃金、様々な休暇・休日、先任権（セニョリティ）⁸、配置転換、懲戒処分、解雇規制・レイオフ⁹、補助的失業給付（supplemental unemployment benefit. 州失業保険給付の上乗せ給付）等所得保障、保険・年金等福利厚生、苦情処理・仲裁等紛争処理等に係る制度を設けている。

⁵ 「先占条項（preemption clause）」については、注 4 を参照。

⁶ その根拠は、協約違反を明確に契約違反（violation of contracts）としてこれに係る裁判管轄を合衆国連邦地方裁判所と定めた労使関係法 301 条（Labor Management Relations Act（LMRA. 通称、タフト・ハートレー法） § 301, 29 U.S.C.A. § 185）である。

⁷ 労働協約の契約としての効力は、使用者と交渉代表組合のみならず、使用者と当該協約の適用を受ける個々の被用者との間でも認められる（See CONVINGTON ET AL, *supra* note 1, at 299 citing *Smith v. Evening News Ass'n*, 371 U.S. 195 (1962)）。もっとも、労働協約が苦情・仲裁手続を定めている場合（アメリカの労働協約はほぼ例外なくこの手続を定めている。）、被用者としては協約違反について、まずこの手続を尽くさなければならない（*Id. citing Republic Steel Corp. v. Maddox*, 379 U.S. 650 (1965)）。

⁸ 先任権（セニョリティ）とは、レイオフ（一時解雇）とその後の復職（呼び戻し（recall））、配置転換、昇進、休暇取得など人事管理に係る事項について人選を行う際、勤続年数が長い被用者ほど優先的に処遇されるという先任権制度（seniority system）における権利をいう。田中編・前掲注 4 書 765 頁参照。

⁹ 「レイオフ（layoff）」とは、余剰労働力となった被用者を「一時的に解雇」（雇用関係を確定的に終えてしまう「解雇（termination, discharge）」とは異なる。）することをいうが、期限付きのレイオフがなされる場合と期限のないレイオフがなされる場合がある。期限付きのレイオフがなされる場合、期限の到来と共にレイオフされていた被用者は呼び戻され（recall）、復職するが（もっとも、この場合でも、先任権の高い被用者から優先的に呼び戻される。）、無期限のレイオフがなされた場合、結果的に「解雇」されたに等しいまま呼び戻されない場合もある。田中編・前掲注 4 書 504 頁、中窪・前掲注 1 書 280 頁参照。

特に、休暇、懲戒、解雇に係る規制（解雇には正当事由が必要であることを定める条項（**just cause clause**））が労働協約により定められていることはアメリカにおいては重要である。なぜなら、休暇については制定法において家族・医療休暇以外は定められていない状況があるからであり、また、懲戒と解雇については差別に当たらない限り制定法では規制されていないと考えてよく、専ら個別の雇用契約上の問題として処理されている状況があるからである（なお、本章では、日本の労働契約に相当するものの表現として、「雇用契約（**employment contract**）」との文言を用いる。）。

ウ．雇用契約が規制する労働関係事項

以上見たとおり、制定法により規制されている労働関係事項はごく一部であり、本調査研究の検討事項である採用、試用期間、就業規則、労働条件の変更、配置転換、出向、転籍、懲戒、解雇等雇用契約の終了は規制されていない。また、部分的に州制定法により規制されている事項として、秘密保持義務、競業避止義務があるが、必ずしもすべての州においてそれらに係る法律が制定されているわけではない。さらに、制定法によっても規制されていない事項は、労働協約によってカバーされているものの、アメリカにおける民間企業の労働組合組織率は、近年、約 9%程度であることから¹⁰、検討対象事項である上記の労働関係事項はむしろ、個別の雇用契約によって実質的に規制されているものと考えて差し支えない。

ただしその一方で、制定法による規制としての差別禁止は非常に重要な位置を占めている。なぜなら、禁止される差別事由が、人種、皮膚の色、宗教、性（含む妊娠）、出身国、年齢、障害と幅広く、また、募集・採用から退職・解雇に至るまでの雇用におけるあらゆる場面が幅広く規制の対象とされているからである（ただし例外規定がある。）。さらに、差別を受けた被害者の救済に関しては、雇用契約に関する紛争に対する救済と比べると、裁判所は、採用、昇進、復職、バック・ペイなどあらゆる方法を適宜組み合わせる柔軟な救済命令を発することが可能であり、特に、年齢差別¹¹を除く差別理由について意図的な差別が行われた場合には、損害賠償が認められる場合があり、加害者側に積極的な悪意があった場合には、補償的損害賠償に加え、懲罰的損害賠償が認められる場合があるからである。なお、以上の救済が、集合代表訴訟（**class action**. クラス・アクション。連邦民事訴訟規則 23 条を根拠とする。）を通じて発せられる場合には、加害者たる使用者の事業経営は大きなダメージを受けかねな

¹⁰ なお、アメリカでは、一定の交渉単位（**bargaining unit**. これは被用者間の「利害の共通性（**community of interest**）」に基づいて全国労働関係局（**NLRB**）が判断する。）内における団体交渉の一方当事者たる組合は、全国労働関係局（**NLRB**）が実施する選挙によってただ一つ選出され、交渉代表たる地位を獲得した組合は、当該組合の組合員のみならず、当該交渉単位に属する全ての被用者を代表するという「排他的交渉代表制度（**exclusive representation**）」が採用されている。この制度の下では、交渉代表組合が使用者と締結した労働協約は組合員のみならず非組合員にも適用されるため、労働協約の適用率は労働組合の組織率よりも若干割合が高いと考えられる。もっとも、労働組合組織率の低下により労働組合の影響力が減退していくのに伴って、労働協約の影響力が低下しているという傾向には変わりがないであろう。

¹¹ もっとも、故意の（**willful**）年齢差別については、救済として、バック・ペイと同額の賠償金（付加賠償金（**liquidated damages**）。法違反を被った被用者に支払われる倍額賠償金）の支払が、実損であるバック・ペイに加えて命じられ得る。29 U.S.C.A. § 626(b)（年齢差別禁止法（**Age Discrimination in Employment Act: ADEA**）7条(b)）。

い。このことから、本章では、雇用契約による各事項の規制の法的状況とともに、差別禁止法による各事項の法的規制についても若干触れることとする。

(2) 個別雇用関係に対するコモン・ローの支配

ア. アメリカにおける雇用契約の概念と基礎となる考え方

(ア) 契約概念

アメリカにおける契約法は、各州のコモン・ローにおいて発展してきた。したがって、厳密に言えば、各州で契約の捉え方が異なるということになる。しかし、各州で法的保護に値する契約の捉え方が異なると、経済活動に支障を来すことになることから、アメリカ法律協会 (American Law Institute: ALI) が、リステイトメント (Restatement) という各州の判例法理を一般的ルール of the form に表したものを作成し、各州での異なる理解を収斂させるような方法が採られている。

リステイトメントは、不法行為、代理、不動産など幾つかの法領域ごとに編纂されているが、そのうちの契約についてのリステイトメントによれば、契約とは、「1 個又は 1 組の約束であって、その違反に対して法が救済を与え、又は何らかの形でその履行を義務として認めるもの」¹²である。したがって、法的保護に値する約束としての関係性が契約と理解されることになる。また、アメリカの裁判所は、交換取引 (exchange) が含まれる約束を法的保護に値すると判断してきた¹³。

このことを雇用契約に当てはめると、求人者 (使用者) が雇用の申込み (offer) を行い、これに対して求職者 (被用者) が承諾 (acceptance) すること、そして、これら申込みと承諾の中に、一定の労務提供を約すること (又は提供していること)、あるいは対価としての報酬を支払うこと、すなわち約因 (consideration) が含まれていることによって雇用契約が成立する。約因は英米契約法に特徴的な考え方であるが、要するに、アメリカにおける契約関係 (法的保護に値するもの) は当事者の意思の合致のみでは成立したとは考えられておらず、当該契約が法的保護に値するためのプラスアルファとして、交換取引を裏付けるものとしての約因が必要とされるということである¹⁴。契約一般において約因は、必ずしも金銭である必要はなく、単に当該約束と交換されたものであればよいとされているが、雇用契約における約因とは、労務提供の約束か行為そのもの、又はその対価としての報酬の支払い、あるいはそれに類するものである。

なお、後述する at-will 雇用契約関係は、実務家の間では契約関係ではないと理解されて

¹² RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 1 (1979).

¹³ 以上を含め、アメリカにおける契約法一般については、樋口範雄『アメリカ契約法』(弘文堂、1994年)を参照している。

¹⁴ 樋口・前掲書 83 頁によれば、「約因」とは、「当該約束に対して交換に与えられる約束 (反対約束) か、又は何らかの作為不作為 (履行)」とされている。

いる¹⁵。この理解に従えば、雇用契約とは、期間を定めた場合、期間を定めないということ
を定めた場合、そして、書面性ある場合が雇用契約であるとされる。そして、**at-will**の雇用
関係では、書面の取り交わしはおろか、期間の有無についても取り決めていないがゆえに、
契約関係ではないと理解されているのである。もっとも、研究者は、実務家のこのような理
解を疑問視している¹⁶。

(4) 主従法

また、現代においてはさほど意識されてはいないものの、コモン・ローに由来するルールと
して脈々と生き続けている雇用関係の捉え方として、主従法 (**the law of master and
servant**) がある。これは、個別具体的な制定法として存在しているのではなく、コモン・ロー
における不法行為責任の所在を法的に明確にするために、すなわち、労務供給者が犯した
不法行為の責任を帰責させるために当該労務供給者が被用者であるかを判断する手法として
用いられてきたものである。要するに、使用者が、労務供給者に対して、自己のために行う
か行っていると考えられる雇用の範囲内 (**within the scope of employment**) における行為
について、支配 (**control**) しているか又は支配する権限 (**right to control**) を有している場
合には、当該労務供給者を被用者 (**employee**) とすることを主眼とする考え方である (具体
的判断基準等については後述する。)

しかし、このような主従関係性を判断する考え方は、現行各制定法のうち、一部は明示的
に、一部は解釈として取り入れられているため、現在でも雇用関係上の問題を考える上では
重要である。

イ. 一般的な雇用関係としての **at-will** 雇用契約関係

アメリカの雇用契約関係は、伝統的に州のコモン・ローによって規律されてきた。そして、
その法領域では、他の契約関係と同様に契約の自由が貫徹されている。ましてや、被用者
に対する支配権限を有する **master** こそが使用者であるのだから、雇用契約関係は、多くの場
合、使用者にとって有利に設定され、また展開されることとなる。

そして、アメリカの雇用契約における中核であり、支配的理論であるのが“**at-will**”とい
う考え方である。これは、より正確には、**at-will employment doctrine** と呼ばれ、随意雇用
原則と訳されている (以下、“**at-will**” 又は「**at-will** 雇用契約」という。)。その内容は、「期
間の定めのある契約ではない被用者は、いかなる理由によっても、あるいは何らの理由なく
して解雇されうる¹⁷」というものである。つまり、アメリカにおいて、期間の定めのない雇
用契約は、いずれの当事者からいつでも自由に契約を解約することができ、これを表したの
が随意雇用原則ということになる。その半面で、期間の定めのある雇用契約は、契約期間が

¹⁵ 2004年9月に行った現地調査での弁護士からの聴き取りに基づく。

¹⁶ 2004年9月に行った現地調査での雇用労働法研究者からの聴き取りに基づく。

¹⁷ See ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 1, at 671, citing HORACE G. WOOD, A TREATISE ON THE LAW OF MASTER AND SERVANT (1877). なお、この随意雇用原則の由来 (法的根拠と言い換えてもよいのであろう。) は代理法であると述べられている。樋口・後掲注 54 書 218 頁参照。

終了する前に各当事者は契約を解約することができないということになる。このことを、使用者が行う契約の解約である解雇の視点から端的に捉えると、期間の定めのない雇用契約については解雇自由、期間の定めのある契約については、契約期間終了まで解雇が制約されているということになる。もっとも、期間の定めのある雇用契約でも、契約期間終了前に生じた事由が解雇を正当化する理由（“cause” 又は “just cause”）になるならば（例えば、職務遂行能力が芳しくない、合理的な業務命令の違反等）、契約期間終了前であっても使用者は被用者を解雇しうる。反対に、解雇が自由な期間の定めのない **at-will** の契約であっても、会社の人事管理上の事項を一般的に記載したエンプロイヤー・ハンドブックに、正当な理由がなければ解雇しない（後述、第 2 節各論、8 (1) 参照）とか、あるいは、使用者が被用者に口頭で明確に雇用保障を約束している場合¹⁸には、**at-will** ではない雇用契約が成立していると解される場合もある。要するに、解雇自由な **at-will** 雇用契約であるかどうかは、契約当事者間の約定の内容にかかっている。

しかし、重要なことは、アメリカにおける雇用契約のほとんどは **at-will** 雇用契約であって解雇が自由であり、先に述べた雇用を保障した期間の定めのある契約や、期間の定めのない解雇が自由な **at-will** の雇用契約が実は雇用を保障されている契約であるということは、依然例外にとどまっているということである。

ところで、アメリカにおける雇用契約には要式性はなく、口頭でも契約は成立する。しかしその反面で、ごくわずかではあるが、法により、あるいは実態上、雇用契約当事者が書面をもって成立させる雇用契約が存在する。

一つは、1 年以内に履行が終了しない雇用契約について、州制定法である詐欺防止法（**statute of frauds**）¹⁹との関係で、当該契約に係る期間を主張する者は当該契約を書面化しておかなければ法的拘束力を否定される。したがって、1 年を超える期間を定める雇用契約について、一方当事者が他方当事者を法的に拘束することを望むのであれば、当該契約を書面により締結する必要がある。書面により締結された雇用契約は、期間を定めた契約として当事者を法的に拘束するので、解雇自由な **at-will** の雇用契約ではないということになる。

もう一つは実態的な観点からであるが、専門的被用者や会社役員など高給被用者が使用者と締結する雇用契約である。このような雇用契約の場合、一定の労務給付に対して幾ら支払うという対価額が明確に取り決められる場合が多い。この雇用契約に期間の定めがあれば **at-will** 雇用契約ではないということになる。しかし他方、労務給付の対価額は約定されていても、契約期間については取り決められていないのであれば、この契約は **at-will** であるということになる。

なお、**at-will** に基づく解雇や、**at-will** を背景とした労働条件の変更は、後に述べる制定法や労働協約の定め違反しない限りにおいてのみ可能である。そして、このような **at-will**

¹⁸ *Id.* at 685, citing *Aaland v. Lake Region Grain Cooperative*, 511 N.W.2D 244 (N.D.1944).

¹⁹ 詐欺防止法については、樋口・前掲注 13 書 130 頁以下参照。

の雇用契約には、それぞれの要件に従って各制定法が適用されるが、事業所等交渉単位において排他的交渉代表組合が選出されておらず、労働協約の適用下でない被用者の場合には、各州のコモン・ローが適用され、紛争が処理されることとなる。この点、アメリカでは、他国におけるほど個別労働関係における労働者保護ないし権利の付与が手厚くないことと関連して、近年の労働組合組織率の低下とその反面での雇用契約の重要性の増大は、各州におけるコモン・ローの紛争処理としての機能の増大を意味することになる。このような事情から、アメリカ法律協会（ALI）により、雇用法リステイメント作成の動き²⁰が見られる（雇用法第三次リステイメントに含まれる事項については、本章末尾の〔参考資料〕を参照）。

(3) at-will 雇用契約と労働保護法制等との関係

ア. 労働保護法制

アメリカにおける連邦労働者保護法制としては、公正労働基準法（Fair Labor Standards Act: FLSA）²¹、職業安全衛生法（Occupational Safety and Health Act: OSHAct）²²、そして家族・医療休暇法（Family and Medical Leave Act: FMLA）²³を挙げることができる。

公正労働基準法（FLSA）は、最低賃金、法が定める1週間当たりの労働時間を超える労働時間に対する時間外労働手当の支払い、年少労働を規制し、職業安全衛生法（OSHAct）は、職場における安全衛生基準を幾つかの方式で定めて規制し、そして家族・医療休暇法（FMLA）は、一定条件を満たす被用者に一定の理由による休暇取得の権利を付与している。いずれの連邦制定法にも実効性確保・監督行政制度が設けられている（この点は後述する。なお、ここで特に述べておくと、家族・医療休暇法（FMLA）には法違反に対する刑事罰は定められていない。）。

at-will 雇用契約との関係では、使用者は、これら制定法が定める内容を下回るなど法に違反する内容を契約の内容とすることはできない²⁴。この点、アメリカにおいては、日本の労働基準法（以下、「労基法」という。）13条のような強行的・直律的効力により、制定法の定めと抵触する雇用契約の内容を制定法が修正するという方法は採られていない。むしろ、個々の被用者に対して制定法が定める内容の権利を訴訟において実現する権限、すなわち損

²⁰ 2000年4月にアメリカ法律協会（ALI）から出された **Report of the Director**（以下、「RD」という。）では、コモン・ローにおいて発展してきた雇用法に関してニュー・ヨーク大学のエストライカー教授を中心に会議を開催する旨、2001年4月のRDでは、雇用法のリステイメントを作成するためのプロジェクトが進みつつあり、エストライカー教授に加え、ボストン大学のハーバー教授、ハーヴァード大学のジョルズ教授、コーネル大学のシュワブ教授をレポーターとして2002年に最初の会議を開催する旨（2002年4月のRDでは、同年6月に最初の会議を開催する旨述べられている。）、そして2004年4月のRDでは、作業が進みつつあり、かつ、雇用法リステイメントの作成は極めて重要な課題であることが強調されつつ、本問題について述べられている。

²¹ 29 U.S.C.A. § 201 et seq.（「以下」。「et seq」について以下では訳語の「以下」を略す。）。

²² 29 U.S.C.A. § 651 et seq. なお、職業安全衛生法（OSHAct）については、小畑史子「安全衛生法規の法的性質(一)(二)」法学協会雑誌 112 巻 2 号 87 頁以下（1994 年）、112 巻 3 号 67 頁以下（1995 年）を参照。

²³ 29 U.S.C.A. § 2601 et seq.

²⁴ See GOLDMAN *supra* note 1, at 90.

害賠償等を求める私法的請求権（**private cause of action**）を制定法上与えることによって、制定法上の権利を雇用関係において実現させるという方法が採られている。

このことを踏まえて先の三つの連邦制定法をみると、公正労働基準法（**FLSA**）における規制のうち、最低賃金と時間外労働手当については、被用者自身によるそれら未払い賃金ないし手当及び同額の付加賠償金（**liquidated damages**）の使用に対する私法的請求権が制定法上認められている²⁵が、年少者労働に係る規制についてはこのような権利は認められていない。職業安全衛生法（**OSHA**）については、私法的請求権の有無が裁判において争われてきたが、裁判所は、職業安全衛生法（**OSHA**）の、「本法は…使用者と被用者のコモン・ロー又は制定法上の権利義務に影響を与えない」などと定められた規定²⁶に依拠し、一貫して、職業安全衛生法（**OSHA**）は被用者に私法的請求権を与えていないと判断している²⁷。家族・医療休暇法（**FMLA**）においては、失った賃金、諸給付及び同額の付加賠償金の支払いを使用者に対して求める私法的請求権が与えられている²⁸。

したがって、このような法的状況の下で、使用者は、公正労働基準法（**FLSA**）における最低賃金と時間外労働手当に係る規制、そして家族・医療休暇法（**FMLA**）との関係では、**at-will** 雇用契約においてこれら連邦制定法における内容を下回る内容を雇用契約の内容とすることは事実上できず、また、仮に定めたとしても、各連邦制定法の定めにしたがって、被用者は、各制定法を監督する行政機関に対して法違反の是正を求めたり、また、上述のように裁判所に対して私法的請求権に基づいて救済を求めたりすることができる。

イ．差別禁止法制

アメリカにおける差別禁止法制とは、以下に掲げる連邦雇用差別禁止立法を総じて指す。

- **1964年公民権法第七編（Title VII of the Civil Rights Act of 1964.** 以下、「タイトル・セブン」という。）²⁹：人種（**race**）、皮膚の色（**color**）、宗教（**religion**）、性（**sex**）、出身国（**national origin**）を理由とする差別の禁止、
- **1978年妊娠差別禁止法（Pregnancy Discrimination Act of 1978: PDA）**³⁰：妊娠・出産を理由とする差別の禁止、
- **1990年障害を持つアメリカ人法（Americans with Disabilities Act of 1990: ADA）**³¹：障害を理由とする差別の禁止、
- **1967年雇用における年齢差別禁止法（Age Discrimination in Employment Act of 1967: ADEA）**³²：年齢を理由とする差別の禁止、

²⁵ 29 U.S.C.A. § 216(b). (公正労働基準法（**FLSA**）16条(b))

²⁶ 29 U.S.C.A. § 653(b)(4). (職業安全衛生法（**OSHA**）4条(b)(4))

²⁷ 代表的事案として、*Jeter v. St. Regis Paper Co.*, 507 F.2d 973 (5th Cir. 1975) がある。また、この問題については、小畑・前掲注 22 (二)論文 68 頁以下参照。See also, ROTHSTEIN ET AL, *supra* note 1, at 533.

²⁸ 29 U.S.C.A. § 2617. (家族・医療休暇法（**FMLA**）107条)

²⁹ 42 U.S.C.A. § 2000e et seq.

³⁰ 42 U.S.C.A. § 2000e(k). (タイトル・セブン 703条(k))

³¹ 42 U.S.C.A. § 12101 et seq.

³² 29 U.S.C.A. § 621 et seq.

- ・ 1963 年同一賃金法 (Equal Pay Act of 1963: EPA)³³ : 性を理由とする賃金差別の禁止,
- ・ 1866 年公民権法 1981 条 (Civil Rights Act of 1866, § 1981)³⁴ : 人種を理由とする契約の締結及び執行 (make and enforce contracts) に係る差別の禁止,
- ・ 1965 年大統領令 11246 号 (Executive Order 11246: EO11246) : タイトル・セブンと同じ差別禁止事由, 一定の要件を満たす事業者に対して連邦政府契約において **Affirmative Action Program** の実施を義務づける。

代表的な差別禁止法はタイトル・セブンである。タイトル・セブンは、上述のとおり、五つの差別禁止事由を定めており、しかも、使用者は、募集・採用から雇用関係の展開を経て退職・解雇に至るまでの雇用のあらゆる段階において、労働条件に関して被用者に対して差別を行うことを禁止される³⁵。なお、適用範囲は、州際通商に影響を与える産業に従事し、15人以上の被用者を使用する使用者である³⁶ (妊娠差別禁止法 (PDA), 障害を持つアメリカ人法 (ADA) も同様。)

上述した労働者保護のための連邦制定法と同じように、差別禁止法についても、制定法が定める内容に反する雇用契約に対して、労基法 13 条のような強行的・直律的効力をもって制定法の内容を実現するという方法は採られていない。なぜなら、差別を是正する専門行政機関 (雇用機会均等委員会 (EEOC)) が設置され、被用者はまずそこに救済を申し立て、そこでの解決が不調に終わった場合には裁判所に民事訴訟を提起できる (そして、差別的行為があったと認定された場合に、差別的行為の差止め、採用、復職、賃金の遡及払い、弁護士費用の支払い等が加害者たる使用者に対して命じられる。) という点で、私法的請求権 (private cause of action) は、被用者に対して限定的にしか与えられていないからである。

もともと、一旦差別があると裁判所において認定された場合の損害賠償の額はきわめて大きくなる可能性があり、かつ、それが集合代表訴訟 (class action. クラス・アクション) として提訴され終結した場合の支払い金額の大きさ及び社会的影響力の大きさから考えて、at-will 雇用契約内容を間接的に規制している (実態上、雇用契約に対して大きな影響力がある法規制である。) と理解することは十分に可能である。

ウ. 制定法による雇用契約に係る規制の例

では、アメリカにおいては、刑事罰や行政監督 (紛争処理としての役割・機能を含む。) の伴わない民事上の強行規定 (ないし任意規定) からなる、雇用契約に係る純粋な制定法は

³³ 29 U.S.C.A. § 206(d). (公正労働基準法 (FLSA) 6 条(d))

³⁴ 42 U.S.C.A. § 1981. (公民権法 1981 条, 1991 年公民権法 101 条) なお, 1981 条(b)は, 「契約の締結及び履行」とは, 「契約の締結 (making), 履行 (performance), 改訂 (modification), 終了 (termination), 及び, 契約関係上のあらゆる利益 (benefits), 権利 (privileges), 条件 (terms, and conditions) の享受を含む」と規定していることから, 雇用関係のあらゆる段階における人種差別が禁止されることになるが, 連邦最高裁判決 (*General Building Contractors Association v. Pennsylvania*, 458 U.S. 375 (1982)) によれば, 本条は「意図的な (intentional)」人種差別にしか適用されない。したがって, 後掲注 294 におけるタイトル・セブン上の「差別的インパクト法理」は本条に基づいては援用され得ない。

³⁵ 42 U.S.C.A. § 2000e-2(a). (タイトル・セブン 703 条(a))

³⁶ 42 U.S.C.A. § 2000e(b). (同 701 条(b))

存在するのだろうか。

一般的に、雇用契約を規制し、雇用条件網羅的で純粋な制定法はアメリカには存在しない。ただし、労働関係上の事項によっては、雇用契約に直接的にかかわる制定法による規制があると理解できる。

一つは、連邦制定法の公民権法1981条である。本条は、意図的人種差別に対する契約的規制（契約の締結及び執行（**make and enforce contracts**）に係る規制。雇用契約に限らない。）であり、差別を受けた被用者は、タイトル・セブン等連邦差別禁止法のように、雇用機会均等委員会（**EEOC**）における紛争解決手続を経ずに、裁判所へ直接提訴して使用者に対して損害賠償請求を行うことができるという規定である。そして、この規定は、「合衆国におけるすべての者は契約の締結及び執行…について白人市民が享受するのと同じ権利を有する

（**shall have the same rights...as is enjoyed by white citizens**）…」と明確に定められていることから、契約に対する民事上の強行規定であると理解できる。しかし、本条に基づく救済は損害賠償であることから、契約内容を修正するという意味で意図的人種差別的契約に対する「強行性」を有しているかと考えると、そうではないようにも思われる。雇用契約に対する強行性をどのように理解するかにかかわるが、いずれにしても、契約に対する直接的規制として雇用契約についても本条は適用され、したがって、制定法による雇用契約に係る規制の例として挙げることができるであろう。

そしてもう一つは、退職後の被用者の競業禁止義務の根拠となる競業禁止特約（**covenant not to compete**）を制約する州制定法である（詳細は、後述、第2節各論、7 (2)参照）。退職後の被用者の同業他社での就業を制限する特約（契約）は、市場における自由競争の確保や退職した被用者が被る不利益などの観点、そして被用者の競業を制限していないことにより使用者が被る不利益の観点から、「合理的」な内容あるいは範囲でのみ法的に有効であるとされている。州制定法により競業禁止特約について規制を行っている州では（州制定法を有せずコモン・ローに特約の法的有効性判断が委ねられている州でも同じであるが）、州制定法が定める基準（競業が制限される地理的範囲や期間、競業が制限される被用者の地位など複数の基準の組み合わせ）に適合する場合にのみ特約の法的有効性を認め、基準に適合しない場合には当該特約を無効とし、執行（履行）可能性（**enforceability**）を否定している。しかし、無効及び執行可能性の否定については、（州制定法の有無にかかわらず）多くの州では、合理的でない部分についてのみ無効及び執行可能性を否定する判断を下し、合理的部分については部分的合法及び執行可能性を肯定する判断を下している（なお、州制定法の有無にかかわらず、5つの州の裁判所では、“**blue pencil rule**”という不合理な特約内容を書き換える手法を採用し、特約を合理的な内容に変更した上でその執行可能性を認めている。他の州の裁判所では、このルールを用いなくとも、不合理な特約内容を合理的に修正することができる」とされている。）。したがって、競業禁止特約を規制する制定法を定めている州においては、民事的強行性を有した、雇用契約を規制する制定法が存在すると理解してよいで

あろう。また特に、カリフォルニア州では、使用者の営業秘密を保護する趣旨のものを除き、被用者の競業を制約する一切の契約（競業禁止特約）は明示的に「無効（void）」とされており（カリフォルニア事業及び職業法典16600条）、かつ、この規定については刑事罰や行政監督は予定されていないことから、雇用契約に対する純粋な民事的強行規定と理解することができよう。

(4) 労働条件設定の方法と当事者

ア. 使用者と労働組合

使用者と労働組合の間の労働条件設定規範は労働協約であるが、アメリカにおいて、労働協約は、雇用条件等の利害が共通している被用者らが就労する事業所等一定範囲の交渉単位（bargaining unit）において当該交渉単位に属する被用者らの選挙（過半数の被用者の支持が必要）によって選出された唯一の交渉代表組合と、使用者との間において締結される。協約締結の前提としてのこのような制度を、排他的交渉代表（exclusive representation）制度³⁷という。交渉代表に選出された組合は、その組合を支持しない被用者も含めて交渉単位に含まれるすべての被用者のために団体交渉を行うこととなる。

そして、協約の締結を目指して団体交渉が行われることになるが、団体交渉事項は、当該事項についての団体交渉拒否が不当労働行為となるもの（義務的団交事項）として、賃金、労働時間、及びその他の雇用条件（wages, hours, and other terms and conditions of employment）と定められており³⁸、具体的な事項としては、一時金、休暇、先任権（セニヨリティ）、懲戒等不利益処分、安全衛生、企業年金、使用者提供の医療・健康保険³⁹、解雇・レイオフ、苦情処理・仲裁手続等を挙げることができる。また、連邦最高裁判決で、外部業者が工場内キャフェテリアで提供している食品の価格、一定業務の外注化も「その他の雇用条件」に当たる義務的団交事項とされている⁴⁰。

そして、団体交渉が終えられた後、団体交渉の結果が労働協約として書面化されるが、このことは団体交渉義務の一部である⁴¹。

締結された労働協約は、上述の排他的交渉代表制（非組合員も含めて交渉単位内のすべての被用者を選挙で選出された一つの組合のみが代表して使用者と団体交渉を行う制度）の帰結として、当該交渉単位内のすべての被用者の雇用契約を有利にも不利にも認めない、つまり両面的に拘束する効力を持つ⁴²。

³⁷ 29 U.S.C.A. § 159. (全国労働関係法 (NLRA) 9 条)

³⁸ 29 U.S.C.A. § 158(d). (同法 8 条(d))

³⁹ アメリカにおける医療・健康保険給付は、政府ではなく使用者が提供するのが一般的である。

⁴⁰ 中窪・前掲注 1 書 122-123 頁参照。

⁴¹ 29 U.S.C.A. § 158(d). (全国労働関係法 (NLRA) 8 条(d))

⁴² *J.I. Case Co. v. NLRB*, 321 U.S.332 (1944).

イ．使用者と労働者（雇用契約書）

契約は口頭でも成立されうることから、様式性は求められておらず、また、雇用・労働法の領域においても、雇用契約について独自に規制を行っているとの知見は見られないことから、雇用契約について契約書又はそれに類する書面の取り交わしは一般には行われていないものと思われる。しかし、現地の弁護士の言によれば、実態上、専門的又は／かつ高給被用者との雇用契約においては、当事者間で、特に契約期間、労務内容、報酬額を記載した雇用契約書は取り交わされているとのことである⁴³。なお、雇用契約書は約因（交換取引）の存在を証明する文書として機能しうるので、この場合当事者は、他方当事者に対して雇用契約内容の履行を求めうるが、特に契約期間については、詐欺防止法との関連で、1年以内に履行を終了しない契約は書面化しておかなければ、当事者（使用者、労働者の双方）は契約内容の履行を求めることはできない。ちなみに、実務的観点から見た場合、書面化された雇用契約を基礎づけるのは、①約因（交換取引を裏付けるもの）、②義務の相互性（**mutuality of obligation**）、③当事者及び役務（**service**）の性質並びに範囲であり、具体的な労働条件事項は必須事項ではないとされている⁴⁴。（雇用契約書については、契約期間を書面で定めているのであれば **at-will** ではないが、アメリカではこのような契約はごくわずかであること、反面、契約期間以外の事項のみを定めているのであれば **at-will** であることから、以下の検討では、労働条件の設定・変更のツールないしメカニズムとして雇用契約書を念頭に置かないこととする。）

ウ．使用者（エンプロイヤー・ハンドブック）

エンプロイヤー・ハンドブックは、当該使用者に雇用される被用者に適用される、一般的概括的な労働条件を含め使用者の人事管理や職場管理の方針（**policy**）を記載している文書である。例えば、当該使用者は法令の遵守に努めていること（差別のない職場を構築していることを含む。）、基本的な労働時間・休暇、職務遂行上の留意点、会社施設等の利用、職業訓練プログラム、健康保険・年金等提供される福利厚生、紛争への対処（人事等への相談など **open door policy**）などが記載されている。エンプロイヤー・ハンドブックに係る法規制は一般には存在しないため、使用者が一方的にその記載内容を設定している。

しかし、エンプロイヤー・ハンドブックは、その記載内容や表現から、正当な理由がなければ解雇されない権利を被用者に与える（雇用契約の内容となる）文書として機能したり、あるいは明示的に、解雇には正当な理由（**just cause**）が必要であるなどと記載されている場合には、当該雇用契約は **at-will** ではなく雇用を保障した契約であると解釈される（雇用契約の内容となる）根拠文書として機能する場合もある（後述、第2節各論、8(1)参照）。

このような事態を回避するために、多くの使用者は、エンプロイヤー・ハンドブックに明示的に「本文書は契約としての効力を有しない」とか「被用者と使用者の関係は **at-will** であ

⁴³ 2004年9月に現地で行った聴き取り調査のうち、雇用労働専門弁護士、Mr. James Vargaの発言に基づく。

⁴⁴ See BUCKLEY, ET AL, *supra* note 1, at 1-25.

る」などと記載している（この記載部分は **disclaimer** というが、免責条項あるいは否認条項とでも訳せようか。）。

なお、人事管理の実態から見て、エンプロイヤー・ハンドブックは一般に、個々の被用者に係る詳細な雇用契約内容を表しているものとして運用されているわけではなく、個々の被用者にかかる詳細な雇用契約内容と思われる例えば配置や配置転換、労働時間（特にシフト制の被用者）については、必要に応じて配置し配置転換するなど記載され、また、シフト労働時間については実態上個々の被用者の希望を聞き入れるように運用されている（詳細については人事又は直接の上司がそれらに係る決定権限を有している。）。また、具体的な賃金額の決定については、直接の上司ないし人事部が人事考課を行い、賃金テーブルへの当てはめ後、使用者側が決定している⁴⁵。

(5) at-will 雇用契約と労働協約又はエンプロイヤー・ハンドブックとの関係

ア. 労働協約

労働協約には契約としての効力が認められている⁴⁶。この点は、協約違反訴訟の場面、特に協約上定められている紛争処理手続である苦情処理・仲裁との関係で問題となる（後述、3 (3)エを参照）。

アメリカの団体交渉制度とその前提としての排他的交渉代表制度の帰結として、被用者が交渉代表組合の選出されている事業所等交渉単位に含まれる場合には、当該被用者は協約が定める内容よりも有利な内容を定める **at-will** 雇用契約を締結することはできない⁴⁷。さらに、協約は締結されていないものの、すでに交渉代表が選出されている場合、使用者は被用者と個別に義務的団交事項について交渉することもできない⁴⁸。このような場合、団体交渉の一方当事者たる使用者は、団体交渉義務違反としての不当労働行為を行ったものとして扱われる。この反面、交渉代表が選出されていない事業所等交渉単位に属する被用者は、依然として **at-will** 雇用契約により規制される（解雇の脅威の下で事実上労働条件が一方的に設定・変更される）ため、その立場は事実上きわめて脆弱である。

なお、通常、団体交渉を一方的に打ち切ることは、労使双方に義務づけられた誠実に (**in good faith**) 交渉することに反する不当労働行為となる⁴⁹が、互いの誠実な努力にもかかわらず合意に至らなかった場合は、交渉の行き詰まり (**impasse**) となり、この場合、団体交渉義務は尽くされたものと考えられている。したがってこの場合、使用者は、交渉を打ち切っ

⁴⁵ 在米日系企業に限定した調査ではあるが、日本労働研究機構『海外日系企業の雇用管理と現地労働問題（資料シリーズ No.116）』（2002年）51頁以下〔第1章アメリカ、池添弘邦執筆部分〕参照。

⁴⁶ 29 U.S.C.A. § 185(a). (労使関係法 (LMRA) 301条) なお、労働協約の法的効力と機能に関しては、谷本義高「アメリカにおける労働協約の法的効力 (1)～(3・完)」同志社法学 44巻1号90頁以下、44巻2号78頁以下、44巻3号73頁以下 (1992年) を参照。

⁴⁷ *J.I. Case Co. v. NLRB*, 321 U.S.332 (1944).

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ 29 U.S.C.A. § 158(d), (a)(5), (b)(3). (全国労働関係法 (NLRA) 8条(d), (a)(5), (b)(3))

て雇用条件を一方的に変更することができる。ただし、使用者による一方的変更は、交渉過程において組合に対して提案した内容と実質的に異なる範囲で可能であり、また、交渉当事者を取り巻く状況の変化によって、交渉当事者は再び誠実に交渉する義務を負う⁵⁰。

イ. エンプロイヤー・ハンドブック

一般に、使用者がその被用者に雇い入れ時に配布するエンプロイヤー・ハンドブックには、当該雇用関係は **at-will** であること、ハンドブックの記載内容は、使用者の裁量でいついかなる理由によっても変更され得ることが記載され、さらに、二重写しの受領証 (**receipt**) をハンドブックを受け取った被用者から取る様式になっている。したがって、**at-will** 雇用契約は具体的にその内容を何も定めていないところ、エンプロイヤー・ハンドブックの存在とその記載内容及び様式と相俟って、**at-will** 雇用契約は実態的にもまさに当事者の意のまま（事実上は使用者の意のまま）のものとなる。なお、エンプロイヤー・ハンドブックで当該雇用関係が“**at-will**”であることを明記しているのは、使用者はこれに基づいて当事者間に権利・義務を設定する契約が成立したと解釈されることを避けるため、という実情がある。しかし、記載文言などにより、解雇自由な **at-will** 雇用契約であっても、解雇を制約する条項を含む場合には、雇用保障の根拠として機能する場合もありうる（後述、第2節各論、8(1)を参照）。

2. 雇用契約法制の対象範囲

(1) 被用者の範囲⁵¹

アメリカでは人的適用対象たる被用者の範囲は、各法の趣旨・目的にしたがって画定される。しかし、いずれの法においてもグレー・ゾーンに位置する労務供給者は存在するのであり、このため、被用者性を判断するための基準が発展してきている。

被用者性の判断基準は二つあり、一つはコモン・ロー（判例法）上、及びこれに由来する全国労働関係法 (NLRA) 上の「管理権基準 (コモン・ロー基準。 **direct and control test, right to control test**)」、もう一つが、連邦最高裁判決及び立法史から導出され、公正労働基準法 (FLSA) において用いられる「経済的実態基準 (**economic realities test**)」である。アメリカの主要な連邦労働関係立法において、基本的には、これら二つの基準にしたがって労働者と使用者の間に「使用従属関係」があるのかが判断され、各立法における人的適用範囲としての「被用者」が画定される⁵²。

⁵⁰ 谷本義高「アメリカにおける労働条件の決定・変更」日本労働法学会編『講座 21 世紀の労働法第 3 巻 労働条件の決定と変更』（有斐閣、2000 年）250 頁参照。

⁵¹ この問題については、Kenneth G. Dau-Schmidt, Michael D. Ray, *The Definition of "Employee" in American Labor and Employment Law*, in JILPT, THE MECANISM FOR ESTABLISHING AND CHANGING TERMS AND CONDITIONS OF EMPLOYMENT / THE SCOPE OF LABOR LAW AND THE NOTION OF EMPLOYEE (JILPT Report No.1, 2004), 同論文の翻訳として、労働政策研究・研修機構『「労働者」の法的概念：7ヶ国の比較法的考察（労働政策研究報告書 No.18）』（2005 年）80-90 頁〔ケネス G.ダウシュミット、マイケル D.レイ執筆／池添弘邦翻訳部分〕を参照。

⁵² 厳密には、混合テスト (**hybrid test**) と呼ばれる基準も認知されているが、この基準は、以下に述べる管理権

アメリカの主要な連邦法（公正労働基準法（FLSA）、家族・医療休暇法（FMLA）、差別禁止諸法）⁵³においては、多くの者を適用対象に含みうる経済的実態基準が採用されている。しかし、特にアメリカ雇用・労働法の枢要をなす全国労働関係法（NLRA）では、法改正により、連邦最高裁判決により認められた経済的実態基準から、コモン・ローに由来する「管理権基準（right to control test）」へと判断基準が変更されるに至っている。

ア. 管理権基準

管理権基準は、各州のコモン・ローにおいて発展してきた不法行為法において、被用者が雇用の範囲内において使用者の代理人として行動したかを中心に、幾つかの要素から総合的に判断される基準である（そうでなければ、当該者は請負人であるとされる。）⁵⁴。判断要素を具体的に示すと以下のとおりである⁵⁵。①管理権限（Right to control）：職務の管理権限は被用者と使用者のどちらにあるか。②仕事の種類（Type of business）：被用者は使用者とは別個の事業や職業に従事するか。③監督（Supervision）：使用者は被用者を指揮監督するか。④技能水準（Skill level）：職務遂行に必要な技能水準は高度ないし特殊か。⑤道具・機材の負担（Tools and materials）：使用者と被用者のどちらが用意・負担するか。⑥関係の継続性（Continuing relationship）：長期継続的な関係か。⑦対価支払方法（Method of payment）：就業時間・期間で計算されるか特定職務遂行後か。⑧事業統合性（Integration）：被用者の職務は使用者の標準的業務の一部であるか。⑨当事者意思（Intent）：使用者－被用者関係を形成する意思があるか。⑩専属性（Employment by more than one firm）：被用者は使用者にのみ労務を供給するか。

イ. 経済的実態基準

経済的実態基準は、上述したように、連邦最高裁が下した判決において採用された基準であり、また、公正労働基準法（FLSA）の立法過程において多くの者を同法の適用に収める

基準と経済的実態基準の判断要素を織り交ぜつつ総合的に判断するという手法を採るものである。

⁵³ 公正労働基準法（FLSA）に係る代表的裁判例として、例えば、*Rutherford Food Corp. v. McComb*, 331 U.S. 722 (1947)を参照。ところで、家族・医療休暇法（FMLA）について、同法は被用者の定義に公正労働基準法（FLSA）上の定義を準用している（29 U.S.C.A. § 2611(3)（家族・医療休暇法（FMLA）101条(3)））ことから、おそらく経済的実態基準が適用されるものと考えられ（*See Muhl infra note 55, at 6, Exhibit 1*）、また、差別禁止法について、ほとんどの裁判所は経済的実態基準を用いて差別禁止法の適用対象いかんを判断している（BARBARA LINDEMANN, PAUL GROSSMAN, *EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW*, 3rd ed., BNA, 1996, at 1284-1285）。なお、連邦差別禁止諸法について、裁判所は、前掲注 52 で述べた混合テストを用いる場合もある（*See Muhl infra note 55, at 6, Exhibit 1*）。

⁵⁴ この点について、アメリカ代理法の観点からクリアに説明する文献として、樋口範雄『アメリカ代理法』（弘文堂、2002年）185頁以下を参照。なお、RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY § 2 (1958)は、「使用者(master)」、「労働者(servant)」、「請負人(independent contractor)」を定義している。「使用者」とは、「業務を遂行することにつき、労務の供給を行う代理の者を雇う当事者であり、業務遂行に係る具体的行動を管理又は管理する権限を有する者」である。*Id. at § 2 (1)*。「労働者」とは、「使用人の業務の遂行につき労務を供給するために使用者に雇用される者であり、業務遂行の具体的方法について使用者に管理されるか又はその管理権限の下にある者」である。*Id. at § 2 (2)*。なお、masterとの文言はemployerと、servantとの文言はemployeeと、互換的に用いられる。そして「請負人」とは、「他者のために行為を行うことを約する者であり、この者は当該他者に管理されず、また、業務の遂行について当該他者の管理下でない者」である。*Id. at § 2 (3)*。

⁵⁵ Charles J.Muhl, *What is an employee? The Answer depends on the Federal Law*, MONTHLY LABOR REVIEW, Vol.125, No.1 (January, 2002) at 7, Exhibit 2.

ことが意図されていたとの裏付けから導出されているものである（この基準に当てはまらなければ、当該者は請負人であるとされる。）。この基準における判断要素を掲げると以下のとおりである⁵⁶。①事業統合性（**Integration**）：被用者は使用者の通常業務の一部である役務を提供するか。②設備・機材の負担（**Investment in facilities**）：被用者は職務に係る設備・機材を負担するか。③管理権限（**Right to control**）：使用者は職務遂行を管理する権限を有するか。④リスクの引き受け（**Risk**）：被用者は職務の遂行から収益又は損失の機会を有するか。⑤職務遂行に要する技能（**Skill**）：職務遂行には特別な技能ないし判断を要するか。⑥関係の継続性（**Continuing relationship**）：長期継続的な関係か。

この基準は、管理権基準と同様に、以上要素の総合判断により運用されるものであり、上記判断要素には明確には表れてはこないが、当該雇用関係に係るあらゆる行為をすべて捉えて判断するものであって、被用者にとってはより有利に作用する（法の適用可能性が高まる）こととなる。それと同時に、この基準の文言から窺い知れるように、被用者が使用者との関係において有する経済的な実態及び依存状態に照らして判断するという意味で、日本あるいは欧州諸国（ドイツ、フランス、イタリア、スウェーデン、イギリス）における自営業者や請負人といった被用者ではない者に対する保護のために援用される論拠である経済的従属性⁵⁷とも近似性を有するものであると思われる。

しかしこの点、各要素の総合的判断により結論を導き出すというその手法から、真に法的保護が必要であると考えられる者に対して結果として保護が否定されるという結論を招来する可能性も否定できないし、ある論者⁵⁸によれば、経済的実態の判断に際して管理権限の判断要素を重要視（つまり、コモン・ローに由来する管理権基準に近づくという意味）する裁判例もあるとのことである。しかし、経済的実態基準は、コモン・ロー上の基準よりも被用者にとって相対的により有利なものであると考えられる。

なお、公正労働基準法（FLSA）については、後述の「企業適用」のほかに、「個人適用（**individual coverage**）」がある。個人適用の要件は、「通商に従事する」か「通商のための商品の生産に従事する」こと⁵⁹であり、これらに当てはまる被用者には公正労働基準法

⁵⁶ *Id.* at 8, Exhibit 3.

⁵⁷ 日本における自営業者や請負人に対する保護の論拠として経済的従属性を主張するものとして、西谷敏「労基法上の労働者と使用者」沼田稲次郎・本多淳亮・片岡昇編『シンポジウム 労働者保護法』（青林書院、1984年）3頁以下がある。また、欧州諸国における経済的従属性については、労働政策研究・研修機構・前掲注 51書を参照。ただし、経済的従属性という要素の被用者性判断基準への取り込み方（独立した判断基準が総合判断における一要素か。）、用いられる場面（裁判例における解釈として援用されているのか、このことを論拠に立法において被用者ではない者に対して一定の保護を与えているのか。）は、国によって異なる。詳細は、労働政策研究・研修機構・前掲注 51書を参照。

⁵⁸ Lewis L. Maltby & David C. Yamada, *Beyond "Economic Realities": The Case for Amending Federal Employment Discrimination Laws to Include Independent Contractors*, 38 BOSTON COLLEGE LAW REVIEW 239, 240, 249-252 (1997). なお、近時の文献として、Richard R. Carlson, *Why The Law Still Can't Tell An Employee When It Sees One and How It Ought To Stop Trying*, 22 BERKELEY JOURNAL OF EMPLOYMENT & LABOR LAW 295 (2001), Marc Linder, *Dependent and Independent Contractors in Recent U.S. Labor Law: An Ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness*, 21 COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL 187 (1999)がある。

⁵⁹ 29 U.S.C.A. § 206(a). (公正労働基準法 (FLSA) 6条(a))

(FLSA) の適用が及ぶ。

(2) 使用者の範囲

使用者の範囲も被用者の範囲と同様に、適用される法の趣旨・目的や、各制定法における定めにしたがって画定される。しかし、被用者の範囲を画定する場合のように、何らかの基準が解釈により存在したり条文によって定められているわけではないので、使用者の範囲は適用される法ごとに見る必要がある。なお、使用者としての管理監督権限が二以上の使用者間で分割ないし共有されている例えば労働者派遣の場合においては、共同使用者 (joint employer) という概念が措定され、使用者としての被用者に対する責任が帰責される。

ア. コモン・ロー

上述の、コモン・ローにおける被用者の範囲を画定するための管理権基準をある関係性に適用することにより、結果としてある者が被用者であると判断されると、その反面でコモン・ロー上不法行為責任を課される使用者が導き出されることになる。したがって、コモン・ロー上は、当該労務供給者の職務遂行を管理するか管理する権限を有している者が使用者とされることになる。

イ. 連邦制定法

(7) 公正労働基準法 (FLSA)

公正労働基準法 (FLSA) における使用者の範囲は、当初、「使用者 (employer)」であったが、1961年の法改正により適用範囲が拡大され、「企業 (enterprise)」とされた。条文は長く複雑なので簡潔に述べると、適用対象たる企業とは、「通商もしくは通商のための商品の生産に従事する企業」であり、通商に関連する被用者を雇用し、かつ、年間の取引・売上高総額が50万ドル以上であることである⁶⁰。もともと、病院、看護施設、学校は以上の要件にかかわらず適用対象とされ、また、連邦・州政府も適用対象とされている⁶¹。

(4) 家族・医療休暇法 (FMLA)

家族・医療休暇法 (FMLA) の適用対象となる使用者は、州際通商に従事するか又は影響を与える活動を行う、前暦年又は当該暦年における20以上の暦週の各労働日に50人以上の被用者を雇用する使用者である⁶²。

(7) 職業安全衛生法 (OSHAAct)

職業安全衛生法 (OSHAAct) の適用対象は、「被用者を雇用し、通商に影響を与える事業に従事するもの」⁶³とされており非常に広い。なお、船員や鉱山など、別途、連邦法により規制されている産業や職種には職業安全衛生法 (OSHAAct) の適用はない⁶⁴。

⁶⁰ 29 U.S.C.A. § 203(r)(s). (公正労働基準法 (FLSA) 3条(r)(s))

⁶¹ 29 U.S.C.A. § 203(s)(1)(B)(C). (同法3条(s)(1)(B)(C))

⁶² 29 U.S.C.A. § 2611(4)(A). (家族・医療休暇法 (FMLA) 101条(4)(A))

⁶³ 29 U.S.C.A. § 652(5). (職業安全衛生法 (OSHAAct) 3条(5))

⁶⁴ 29 U.S.C.A. § 653(b)(1). (同法4条(b)(1))

(E) タイトル・セブン等差別禁止法

タイトル・セブン、障害を持つアメリカ人法（ADA）、妊娠差別禁止法（PDA）の適用範囲は、州際通商に影響を与える産業に従事し、前暦年又は当該暦年における 20 以上の暦週の各労働日に 15 人以上の被用者を使用する使用者である⁶⁵。

年齢差別禁止法（ADEA）の適用範囲は、タイトル・セブンにおける要件に加え、企業の使用する被用者数については 20 人以上である⁶⁶。

同一賃金法（EPA）の適用範囲は、上述の公正労働基準法（FLSA）と同じである（同一賃金法は公正労働基準法（FLSA）の一部として定められているため）。

意図的な人種差別を禁じた 1866 年公民権法 1981 条は、「合衆国内のすべての者は、契約の締結及び執行などすべての法及び法的利益について、白人市民が享受している権利と同じ権利を有する（傍点筆者）」と定めており、「契約の締結及び執行」とは、契約の履行・改訂・終了及び契約上のすべての利益・権利・利益の享受を含むものである。したがって、使用者の範囲を問題とするまでもなく、本条は合衆国内のすべての市民に適用があることになり、そのような者と雇用契約を締結する使用者すべてが本条の範疇に含まれることとなる。

ウ. 共同使用者⁶⁷

雇用契約に係る当事者関係を画定するためではないが、特に派遣労働関係における一方当事者としての法的責任の帰属を判断するための法的概念として、制定法上、共同使用者（joint employer）概念が認められる。これまで触れてきた連邦労働者保護立法と差別禁止法に係る共同使用者概念の概略を示すと、以下のとおりである。

(7) 公正労働基準法（FLSA）

公正労働基準法（FLSA）は、使用者の定義⁶⁸において、「被用者に関して、使用者の利益において（in the interest of an employer）、直接又は間接に行為を行う（acting directly or indirectly）あらゆる者（any person）を含む」としている。そして、連邦労働省雇用基準局賃金時間部（Department of Labor, Employment Standards Administration, Wage and Hour Division : DOL, ESA, WHD）の解釈例規⁶⁹において、「個別事案ごとのすべての事情によるが」との留保を付しつつ、「①被用者の労務提供を共有する場合、又は、②被用者に関して、ある使用者が別の使用者の利益において、直接又は間接に行為を行っている場合、又は、③使用者らが、特定の被用者の雇用について、（互いに：筆者注）関連づけられていないとは完全には言えず、そして、被用者は、直接又は間接に、ある使用者にコントロールさ

⁶⁵ タイトル・セブンと妊娠差別禁止法（PDA）につき 42 U.S.C.A. § 2000e(b)（タイトル・セブン 701 条(b)）、障害を持つアメリカ人法につき 42 U.S.C.A. § 12111(5)（障害を持つアメリカ人法（ADA）101 条(5)）。

⁶⁶ 29 U.S.C.A. § 630(b)。（年齢差別禁止法（ADEA）11 条(b)）

⁶⁷ アメリカ連邦制定法に係る共同使用者の概念については、藤川恵子「労働者派遣の現状と展望」季刊労働法 186 号 152 頁以下（1998 年）、日本労働研究機構（中窪裕也、池添弘邦執筆・翻訳）『アメリカの非典型雇用』（2001 年）117 頁以下〔中窪裕也執筆部分〕を参照。

⁶⁸ 29 U.S.C.A. § 203(d)。（公正労働基準法（FLSA）3 条(d)）

⁶⁹ 主題別連邦行政命令集（Code of Federal Regulations. 以下、“C.F.R.”と略す。）第 29 編 791.2 条（29 C.F.R. § 791.2）。

れるか、他の使用者にコントロールされ又通常はコントロールの下にある場合には、使用者間でその被用者のコントロールを共有しているものとみなしうる」と定めている。

(イ) 家族・医療休暇法 (FMLA)

家族・医療休暇法 (FMLA) にも、上述の公正労働基準法 (FLSA) と同様に、本法にいう使用者には直接又は間接に使用者の利益において行為するあらゆる者を含むと定め⁷⁰、連邦労働省雇用基準局賃金時間部 (DOL, ESA, WHD) の解釈例規⁷¹も、共同使用者の判断基準として公正労働基準法 (FLSA) と同じ内容を定めている。しかし、家族・医療休暇法 (FMLA) の解釈例規は、公正労働基準法 (FLSA) のそれよりも進んでおり、先の判断基準一つのみで共同使用者であるかを判断するのではなく、使用者間の関係性等を総合的にみて判断すべきこと、そして、派遣業者等 (temporary or leasing agency) は通常、共同使用者とみなされることを明記している⁷²。さらに、主たる使用者 (primary employer) とは、被用者を採用・解雇、配置、賃金計算、福利厚生を提供する権限ないし責任を有するかにより判断されるとしている⁷³。

(ロ) 職業安全衛生法 (OSHAAct)

職業安全衛生法 (OSHAAct) における使用者については上述したとおりである。

ところで、本法は、被用者とは当該使用者に雇用される者 (an employee of an employer who is employed in a business of his employer) と定めている⁷⁴ことから、使用者と被用者は直接の雇用関係にあることが法適用の要件となっている。しかし、安全衛生に係る問題は実際に働く場所で生じうる問題であることから、むしろ派遣先に法的責任が帰属することとされている⁷⁵。また、被用者の範囲についても、解釈例規では、派遣労働者も含まれるとされている⁷⁶。

(ハ) タイトル・セブン等差別禁止法

雇用機会均等委員会 (EEOC) は、所管するタイトル・セブン、妊娠差別禁止法 (PDA)、同一賃金法 (EPA)、年齢差別禁止法 (ADEA) について、派遣労働者を含むコンティンгент労働者 (contingent worker) ⁷⁷ に関して法適用の有無に係るガイドラインを 1997 年

⁷⁰ 29 U.S.C.A. § 2611(4)(A)(ii)(I). (家族・医療休暇法 (FMLA) 101 条(4)(A)(ii)(I))

⁷¹ 29 C.F.R. § 825.106(a).

⁷² 29 C.F.R. § 825.106(b).

⁷³ 29 C.F.R. § 825.106(c).

⁷⁴ 29 U.S.C.A. § 652(6). (職業安全衛生法 (OSHAAct) 3 条(6))

⁷⁵ 藤川・前掲注 67 論文 156 頁が引用する, Department of Labor, Memorandum to Regional Administrators from Richard P. Wilson, Deputy Director, Federal Compliance and State Programs OSHA(ct: 筆者が挿入)(1977).

⁷⁶ 編年体連邦行政命令集 (Federal Register. 以下, "F.R." と略す。) 第 61 卷 23 号 4058 頁 (61 F.R.23, 4058)。

⁷⁷ コンティンгент労働について論じた代表的論稿によれば, 「コンティンгент労働」とは, 「ある個人が長期間の雇用を約する明示又は黙示の契約を有しない, 又は, 就労した最低時間が不規則な就労 (nonsystematic manner) において異なりうる, あらゆる仕事 (job)」であり, 「コンティンгент労働者」とは, このような就労状況にある者をいう。See Anne E. Polivka and Thomas Nardone, *On the definition of 'contingent work'*, MONTHLY LABOR REVIEW, Vol.112, No.12 (December, 1989), pp.9-16, at 11. したがって, コンティンгент労働(者)とは, 日本におけるいわゆる非典型労働(者)とおおよそ同じものと解しうる。な

に出している⁷⁸。そこでは、派遣先も派遣元と並んで当該派遣労働者に対して職務遂行に係るコントロールを及ぼしているか及ぼす権限を有している（判断要素は、前述「被用者の範囲」における判断基準におけるものが含まれる。）場合には、派遣先は派遣元とともに、当該派遣労働者の共同使用者となる（ただし、派遣先も派遣元も法の適用要件たる最低被用者数を満たしている場合に限られる。）。また、障害を持つアメリカ人法（ADA）についても、2000年にガイドライン⁷⁹が出されている。障害を持つアメリカ人法（ADA）には、確かに適用範囲としての「使用者」は定められているが、共同使用者というような概念は見られない。なぜなら、障害を持つアメリカ人法（ADA）は、もとより障害を持つ者「個人（individual）」を差別することを禁じており⁸⁰、自己の被用者のみを差別することのみならず、使用者がその適用要件たる最低被用者数を満たしている限り、受け入れている派遣労働者に対しても差別を行うことが禁じられていると解されているからである。

以上に見たとおり、適用法規により共同使用者の捉え方は若干異なるものの、総じて言えば、ある被用者との関係で、二以上の使用者が労務提供の共有など有機的に関連しているか、そうではなくとも、雇用関係にない一方の使用者がある被用者に対してその労務遂行についてコントロールを及ぼしているか及ぼす権限を有している場合、その二以上の使用者は共同使用者として当該被用者に係る法的責任・義務を有することになる⁸¹。

3. 規制の実効性確保の仕組み

アメリカにおける雇用契約はコモン・ローによって規制されることから、その実効性確保・紛争処理は、主として州裁判所（連邦裁判所が管轄権を持つ場合は連邦裁判所）⁸²を通じて行われる。他国と異なり、アメリカには労働関係事件についてのみ管轄権を有する裁判所及び裁判制度は存在しないことから、ここでいう裁判所とは、連邦、州いずれについても通常裁判所を指す。なお、制定法に定められた労働条件事項に関する実効性確保については、後

お、コンティンгент労働を巡る実態と法的問題については、日本労働研究機構・前掲注 67 書を参照。

⁷⁸ Enforcement Guidance: Application of EEO Laws to Contingent Workers Placed by Temporary Employment Agencies and Other Staffing Firms. <http://www.eeoc.gov/policy/docs/conting.html>参照。ガイドラインの翻訳文は、日本労働研究機構・前掲注 67 書 179 頁以下〔池添弘邦翻訳部分〕に掲げられている。なお、ガイドラインは、法律上裁判所を拘束するものではない。

⁷⁹ EEOC Enforcement Guidance on the Application of the ADA to Contingent Workers Placed by Temporary Agencies and Other Staffing Firms. <http://www.eeoc.gov/policy/docs/guidance-contingent.html>参照。

⁸⁰ 42 U.S.C.A. § 12112(a). (障害を持つアメリカ人法（ADA）102条(a))

⁸¹ なお、NLRA における共同使用者の概念に関し、交渉単位としての被用者の利害の共通性（community of interest）が派遣労働者と派遣先に雇用されている労働者との間に存在することを前提に、従来は、派遣元使用者と派遣先使用者の同意がなければ、両者が共同使用者であっても、派遣労働者は派遣先の交渉単位に含まれないとされていたが（*Greenhoot, Inc.*, 205 N.L.R.B.250）、現在では同意は不要とされている（*M.B. Sturgis, Inc.*, 331 N.L.R.B.173）（日本労働研究機構・前掲注 67 書 133 頁以下〔中窪裕也執筆部分〕）。

⁸² 州法・連邦法と州裁判所・連邦裁判所は必ずしも全面的な対応関係にはなく、いわゆる diversity jurisdiction（「州籍の相違に基づく連邦裁判所の裁判権」。田中編・前掲注 4 書 266 頁）の場合には連邦裁判所が州法を適用して事案を処理する。

述(3)紛争解決機関，ウ．行政監督機関で述べる。

(1) 雇用契約違反の場合の措置

雇用契約違反に係る救済は逸失利益の損害賠償が原則とされる⁸³が，根拠法によっては，裁判官の裁量により，衡平法（equity. エクイティ）上の救済，すなわち一定行為の差止め（injunction）や特定履行（specific performance）が与えられうる。「特定履行」とは，「契約違反に対し，債務を約束された形そのまま履行することを強制するエクイティ上の救済」⁸⁴である。具体的には，例えば，違法な解雇ならば復職が，採用拒否ならば採用が，営業秘密保持・競業避止ならば差止めが，損害賠償に加えて，又は加えずにエクイティ上の救済のみが，裁判所により命じられうる。エクイティ上の救済が命じられる要件については，後述の各問題に係る項で述べる。

また，例えば，解雇を制約する契約上の明示又は黙示の条件がなく，まさに at-will 雇用契約である場合，契約違反は成立せず，同じ損害賠償請求訴訟でも，不法行為を根拠として救済が与えられる。後述のパブリック・ポリシーに反する解雇に対する救済がこれに当たる。

(2) 裁判所の救済権限

裁判所では，コモン・ロー上の原則にしたがって救済すなわち損害賠償が与えられる。裁判所に雇用契約の内容を書き換える権限は，上記エクイティ上の救済を除けば，訴訟法上もない。訴訟では結局，解雇が契約違反又は不法行為を構成すると判断された場合の救済は，原則としてコモン・ロー上のものだからである。

しかし，ごく例外的な領域として，秘密保持と競業避止に係る裁判所による救済として，秘密の利用・開示あるいはその差止め，競業行為の差止めが認められ得る（後述，第2節，7(1)を参照）。

また，競業避止義務をめぐる法的問題については，その義務を定める特約における曖昧又は不合理な条項を，裁判所の権限により明確な条項に解釈すること，合理的な内容の条項となるべく特定の文言を削除したりするという“blue pencil” rule がある（後述，第2節各論，7(2)参照）。

(3) 紛争解決機関等

先に述べたように，雇用契約にかかる紛争は，通常，裁判所において解決される。しかし，アメリカにおいてはさまざまな形で裁判外又は代替的紛争処理（Alternative Dispute Resolution: ADR）が発達している。ここではまず，雇用関係裁判件数を可能な範囲で示し，

⁸³ アメリカにおける契約違反に対する損害賠償一般については，樋口・前掲注 13 書 286 頁以下参照。また，契約違反に対する救済については，同書 43 頁以下（第3章・契約を破る自由-契約違反に対する救済）を参照。

⁸⁴ 田中編・前掲注 4 書 799 頁参照。

後に、雇用契約上の紛争に関連する裁判外又は代替的紛争処理（ADR）について述べることにする。

ア．雇用関係裁判の件数

本調査研究における関心事項である雇用契約上の諸問題について、調査事項ごとの詳細なデータは入手不可能である（そもそも統計すらない。）。しかし少なくとも、アメリカ連邦地方裁判所において開始された民事訴訟件数のうち個別雇用関係に係る事件数については、アメリカ連邦裁判所事務局（Administrative office of the U.S. Courts）が毎年とりまとめている統計データ⁸⁵から把握が可能である。そして、アメリカ全土のうち人口規模の大きな郡（county）において州裁判所が取り扱った雇用契約関連及び不法行為訴訟のおおよその件数は、司法省司法統計局（Department of Justice, Bureau of Justice Statistics）が数年ごとにとりまとめている統計データ⁸⁶ ⁸⁷から見ることができ、さらに、本章でも随所で触れている差別禁止法に関連して、同じく司法統計局がまとめている統計データ⁸⁸から、連邦地方裁判所で取り扱われた差別訴訟のうち雇用に関連する訴訟のおおよその件数も把握することができる。以下、必要な部分のみ抜粋して掲げることとする。

表 4-1-1 連邦地方裁判所において開始された雇用関連民事訴訟件数(2000-2004年度) (抄)

| 年度 | 民事訴訟 総件数 | 雇用関連公民権法訴訟件数 (公民権法訴訟総件数) | 雇用労働法関連訴訟*のうち公正労働基準法 (FLSA) 訴訟件数 (雇用労働法関連訴訟総件数) |
|------|-------------|-----------------------------|---|
| 2000 | 262,548 | 21,928 (41,577) | 1,854 (14,383) |
| 2001 | 254,523 | 21,152 (41,083) | 1,961 (14,555) |
| 2002 | 265,091 | 21,117 (40,549) | 2,035 (15,862) |
| 2003 | 256,858 | 20,782 (40,333) | 4,055 (18,442) |
| 2004 | 255,851 | 19,912 (40,566) | 3,426 (18,330) |

出所：注 85 に掲げた文献のうち 2001 年度から 2004 年度までの各年度の統計から筆者が一部を引用・翻訳。

筆者注*：原データ中の「雇用労働法関連訴訟」として算定される訴訟の根拠法としては、ほかに、1947 年労使関係法（Labor Management Relations Act of 1947）、1959 年労使情報報告・開示法（Labor Management Reporting and Disclosure Act of 1959）、1926 年鉄道労働法（Railway Labor Act of 1926）、1974 年被用者退職所得保障法（Employee Retirement Income Security Act of 1974）があるが、これら根拠法は本章の調査対象事項に含まれていないので、公正労働基準法（FLSA）にかかる訴訟件数のみを記載した。

⁸⁵ Federal Judicial Caseload Statistics. <http://www.uscourts.gov/library/statisticsalreports.html> 参照。

⁸⁶ 雇用契約関連訴訟については、Civil Trial Cases and Verdicts in Large Counties, 1996, 2001.

<http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/ctcvlc96.pdf>, <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/ctcvlc01.pdf> 参照。

⁸⁷ 不法行為訴訟については、Tort Trials and Verdicts in Large Counties, 1996, 2001.

<http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/ttvlc96.pdf>, <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/ttvlc01.pdf> 参照。

⁸⁸ Civil Rights Complaints in the U.S. District Courts, 2000.

<http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/crcus00.pdf> 参照。

表 4-1-2 全米 75 大都市の州裁判所の審理において処理された雇用関連民事訴訟件数
(1996, 2001 年度) (抄)

| 年度 | 契約関連訴訟総件数 | 雇用契約関連訴訟*件数 |
|------|-----------|-------------|
| 1996 | 4,850 | 309 |
| 2001 | 3,698 | 287 |

出所：注 86 に掲げた各年文献のうち、それぞれ Table 1. から、筆者が一部引用・翻訳。

筆者注*：この統計データにおける「雇用関連訴訟」とは、原典中は、“other employment dispute”とされ、「差別に基づくものを除く違法解雇訴訟，あるいは，使用者又は被用者からの一方当事者に対する契約違反訴訟」と定義づけられている。

表 4-1-3 全米 75 大都市の州裁判所の審理において処理された不法行為訴訟件数
(1996, 2001 年度) (抄)

| 年度 | 不法行為訴訟総件数 | 意図的不法行為 | 名誉毀損 | その他の不法行為 |
|------|-----------|---------|------|----------|
| 1996 | 10,278 | 491 | 109 | 645 |
| 2001 | 7,948 | 375 | 95 | 390 |

出所：注 87 に掲げた各年文献のうち、それぞれ Table 1. から、筆者が一部引用・翻訳。

筆者注：この統計データにおいて雇用にかかわる事案を含むと考えられる不法行為訴訟とは、表に掲げた「意図的不法行為 (intentional tort (intentional personal injury))」，「名誉毀損 (libel/slander (injury to reputation))」，「その他の不法行為 (other negligent acts (negligence against another party for an act not by the other case categories))」である。調査事項との関連で述べると、「解雇」のうち，パブリック・ポリシー違反の解雇は不法行為と位置づけられる。また，必ずしも解雇とは関連づけがない場合でも，使用者の被用者に対する職場における名誉毀損や故意による精神的苦痛の惹起が考えられる。なお，先の三つの不法行為類型には，当然，雇用と関連性のない訴訟も含まれていることに注意が必要であり，数値の理解には慎重を要する。

表 4-1-4 連邦地方裁判所における公民権法訴訟件数 (抄)

| | 公民権法訴訟総件数 | 雇用関連公民権法訴訟件数 |
|--------|-----------|--------------|
| 1990 年 | 18,914 | 8,272 |
| 1991 年 | 19,892 | 8,370 |
| 1992 年 | 24,233 | 10,771 |
| 1993 年 | 27,655 | 12,962 |
| 1994 年 | 32,622 | 15,965 |
| 1995 年 | 36,600 | 19,059 |
| 1996 年 | 42,007 | 23,152 |
| 1997 年 | 43,278 | 23,796 |
| 1998 年 | 42,354 | 23,735 |
| 1999 年 | 41,304 | 22,490 |
| 2000 年 | 40,908 | 21,032 |

出所：注 88 に掲げた文献から筆者が一部を引用・翻訳。

以上見たように、個別雇用関係にかかわる訴訟は、公民権法に基づく差別訴訟が非常に多いことがわかる。その反面で、差別以外の雇用関連民事訴訟の件数は、データの範囲が限定的であり、かつ厳密な数値ではないことからにわかには判断し得ないが、差別訴訟件数に比して相対的にかなり少ない件数にとどまっており、中でも、表 4-1-2 における雇用契約関連訴訟の件数は 1 年間に 300 件前後であり、契約関連訴訟との対比でも、1 割未満と大変少ないのが現状である。

イ. 行政監督機関

雇用契約はコモン・ローにより規制されるため、これに係る実効性の確保を図る行政機関はアメリカには存在しない。しかし、雇用契約は制定法の定めには反することはできないことから、仮に雇用契約内容と制定法の定めが一致している場合には、制定法の定めに係る実効性の確保＝雇用契約内容の実効性となると考えられる。そこで、裁判外又は代替的紛争処理（ADR）の一類型として行政機関による実効性確保を述べておくことにする。また、アメリカの雇用・労働法において重要な役割を果たしている差別禁止法制に係る実効性確保として、雇用機会均等委員会（EEOC）を中心とした救済手続についても述べておく。

先に掲げた公正労働基準法（FLSA）、家族・医療休暇法（FMLA）、職業安全衛生法（OSHAct）といった連邦制定法の実施は、連邦労働省内の各担当部局が行い、各部局は地方事務所を設置し監督活動を行っている。実効性確保の方法は法律により異なるが、総じて言えば、主に刑事罰、制裁金、臨検・指導・援助、諸給付を求めて行政機関又は被用者から提起される民事訴訟である。差別禁止法については、同様に地方事務所を開設し法遵守・救済活動が行われているが、実効性確保としては、差別被害者からの申し立てを受けての差別の是正と救済である。

(7) 公正労働基準法（FLSA）

本法の実施は、労働長官（Secretary of Labor）及び連邦労働省雇用基準局賃金時間部（Department of Labor, Employment Standards Administration, Wage and Hour Division : DOL, ESA, WHD）によって行われている。

権限を有する職員は、事業所における臨検、尋問、調査を行う⁸⁹。使用者には、記録作成、保存の義務が課されている⁹⁰。また、この法律は刑事罰により実効性の担保を図っている。故意の違反者に対しては罰金もしくは禁固、又は両方を科される⁹¹が、初めての有罪判決には禁固は科されない。この刑事訴追は司法省によって行われる。また、民事罰としての制裁金（civil penalty）も定められており、一回の違反に対する金額の上限は 1,000 ドルである。制裁金額は労働長官が決定し、違反者に支払いを命じうる⁹²（徴収された制裁金は国庫に収められる。）。なお、年少労働に関しては他の違反と異なる点があり、一回の違反につき、

⁸⁹ 29 U.S.C.A. § 211(a). (公正労働基準法 (FLSA) 11 条(a))

⁹⁰ 29 U.S.C.A. § 211(c). (同法 11 条(c))

⁹¹ 29 U.S.C.A. § 216(a). (同法 16 条(a))

⁹² 29 U.S.C.A. § 216(e). (同法 16 条(e))

10,000 ドルを上限とする制裁金が科されうる⁹³。

また同法は、被用者救済のために、民事訴訟に関する規定を三種類定めている。第一に、被用者本人が提起する民事訴訟で、未払い賃金及び同額の付加賠償金 (liquidated damages. 法違反を被った被用者本人に支払われる倍額賠償金) を使用者に求める方法⁹⁴、第二に、被用者に代わって労働長官が職権によって訴訟を提起する方法で、未払い賃金と付加賠償金の支払いを求める訴訟⁹⁵、第三に労働長官による法違反の差止請求訴訟である⁹⁶。差止訴訟の場合、未払い分も同時に求めることができる。労働長官による訴訟は重複して提起しうるが、被用者自身による訴訟は労働長官による訴訟の提起によって終了する。

表 4-1-5 連邦労働省、雇用基準局、賃金時間部の業務統計：1989 年度～1996 年度（抄）

| | 1989 | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 |
|-------------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| フルタイム職員数 | 1,551 | 1,508 | 1,444 | 1,389 | 1,333 | 1,293 | 1,301 | 1,255 |
| フルタイム調査官数 | 989 | 961 | 880 | 842 | 815 | 791 | 803 | 787 |
| 法違反申立, 総件数 | 68,318 | 64,489 | 57,869 | 51,017 | 49,277 | 43,205 | 41,368 | 39,335 |
| 法遵守活動, 終了総件数 | 86,215 | 85,021 | 69,306 | 68,155 | 62,240 | 58,340 | 53,237 | 53,959 |
| 法遵守指導活動, 終了件数 | 23,587 | 28,957 | 19,047 | 17,985 | 16,270 | 14,707 | 15,403 | 14,450 |
| 法違反申立, 解決総件数 | 68,983 | 64,968 | 59,828 | 56,998 | 51,372 | 46,902 | 40,971 | 37,287 |
| 賃金事案に係る行政判断, 終了総件数 | 17,843 | 17,500 | 18,394 | 13,660 | 11,745 | *** | *** | 4,397 |
| 制裁金, 徴収総額 (単位 US\$1,000) | \$1,923 | \$5,679 | \$9,269 | \$9,150 | \$8,984 | \$11,528 | \$6,948 | \$7,978 |
| 支払合意総額 (単位 US\$1,000) | \$157,467 | \$163,365 | \$155,709 | \$175,980 | \$163,282 | \$158,580 | \$141,534 | \$131,633 |
| 90 日以内に解決された割合 | *** | *** | 61.2% | 59.8% | 63.3% | 65.2% | 68.8% | 68.0% |
| 180 日以内に解決された割合 | *** | *** | 71.6% | 70.9% | 75.1% | 76.6% | 80.6% | 81.6% |
| 家族・医療休暇法に係る案件が 30 日以内に解決された割合 | *** | *** | *** | *** | *** | 50.6% | 40.8% | 35.6% |
| 家族・医療休暇法に係る案件が 90 日以内に解決された割合 | *** | *** | *** | *** | *** | 84.0% | 74.4% | 70.8% |

出所：1997 年の聴き取り時に筆者が連邦労働省雇用基準局賃金時間部担当者から入手した内部資料。本章に関連がある部分のみを抜粋して筆者が翻訳し作成。

1996 年時点という古い数値であるが、実際の運用（表 4-1-5 参照。連邦労働省雇用基準局

⁹³ 29 U.S.C.A. § 216(e). (公正労働基準法 (FLSA) 16 条(e))

⁹⁴ 29 U.S.C.A. § 216(b). (同法 16 条(b))

⁹⁵ 29 U.S.C.A. § 216(c). (同法 16 条(c))

⁹⁶ 29 U.S.C.A. § 217. (同法 17 条)

賃金時間部（DOL, ESA, WHD）が所管する家族・医療休暇法（FMLA）に関する数値を含むことに注意。）を見ると、1996年度中、受理した申立ては39,335件、前年度以前からの繰越し申立てを含めて遵守活動が終了した件数は53,959件、収められた制裁金額は797万8千USドル、使用者が支払いに同意した合計金額は1億3,163万3千USドルなどとなっている。さらに、申立てを受けて90日以内に遵守が終了された件数の割合は申立件数の68%、180日以内に終了された件数は81.6%となっている。

(イ) 家族・医療休暇法（FMLA）

家族・医療休暇法（FMLA）は連邦労働省雇用基準局賃金時間部（DOL, ESA, WHD）によって実施されている。家族・医療休暇法（FMLA）上の権利行使を制限、妨害、否定することは違法行為として禁じられ、違反行為を非難すること並びに法的手続を行うことに対しての報復的差別も法違反として禁じられる⁹⁷。なお、本法には刑事罰と制裁金の賦課規定は定められていないが、公正労働基準法（FLSA）と同様に、労働長官には法遵守のための監督権限が定められ⁹⁸、喪失した賃金・諸給付並びに同額の付加賠償金の支払いを求めて、被用者本人又は労働長官は民事訴訟を提起しうる⁹⁹。さらに、労働長官は、当該違法行為の差止め及び救済を求める訴訟を提起しうる¹⁰⁰。

では実際の統計数値から見る実効性確保の状況はどうなっているのか（表4-1-6参照。表4-1-5下方にも家族・医療休暇法（FMLA）に関する若干のデータが記述されている。）。1996年時点で、セミナーの開催やメディアを通じた啓発活動の件数が371件、電話相談が98,871件、受理した申立件数が2,394件、そのうち、遵守活動別では、斡旋が1,806件、調査が588件、労働者の申立内容別では、休暇付与の拒否が487件、復職の拒否が1,400件、健康給付に関するものが105件、差別に関するものが396件などとなっている。2,394件のうち1,015件は法違反なしとされ（760件は純粹に法違反なし、172件は被用者が有資格者でない、48件は使用者が適用対象ではないというのがその理由。）、残りの1,379件には法違反が認められている。監督行政によって是正された内容は、申立ての内容に対応して、休暇を付与したり復職後に同等の職を確保したりといったものである。なお、表4-1-5によれば、1996年度中、申立てから30日以内に遵守活動が終了した件数の申立てに占める割合は35.6%、90日以内では70.8%となっている。

⁹⁷ 29 U.S.C.A. § 2615. (家族・医療休暇法（FMLA）105条)

⁹⁸ 29 U.S.C.A. § 2616(a). (同法106条(a))

⁹⁹ 29 U.S.C.A. § 2617(a)(b). (同法107条(a)(b))

¹⁰⁰ 29 U.S.C.A. § 2617(d). (同法107条(d))

表 4-1-6 家族・医療休暇法（FMLA）に係る法遵守援助活動と法遵守活動：1993年8月5日
 -1996年9月30日（連邦労働省，雇用基準局，賃金時間部）

| | 93/8~9 | 93/10~94/9 | 94/10~95/9 | 95/10~96/9 | 総計 |
|-------------------------------------|---------|------------|-------------|-------------|-------------|
| | 93年度 | 94年度 | 95年度 | 96年度 | |
| 法遵守援助活動 | | | | | |
| 講演・セミナー・広報 | 275 | 663 | 488 | 371 | 1,797 |
| 電話相談（注1） | 46,580 | 11,406 | 109,731 | 98,871 | 369,278 |
| 法遵守活動終了件数 | | | | | |
| 処理総件数（注2） | 49 | 1,422 | 2,179 | 2,394 | 6,044 |
| 遵守活動種別 | | | | | |
| 斡旋 | 49 | 1,234 | 1,614 | 1,806 | 4,703 |
| 調査 | *** | 188 | 565 | 588 | 1,341 |
| 苦情の種類 | | | | | |
| 休暇付与の拒否 | 20 | 379 | 446 | 487 | 1,332 |
| 復職の拒否 | 18 | 790 | 1,298 | 1,400 | 3,506 |
| 健康給付 | 5 | 89 | 83 | 105 | 282 |
| 差別 | 6 | 145 | 335 | 396 | 882 |
| その他 | *** | 19 | 17 | 6 | 42 |
| 遵守の状況（注3） | | | | | |
| 法違反なし | 13 | 551 | 937 | 1,015 | 2,516 |
| 使用者は法適用範囲外 | 2 | 52 | 50 | 48 | 152 |
| 被用者には法律上の資格なし | 3 | 118 | 121 | 172 | 414 |
| 有効な申立てでない（注4） | 8 | 367 | 732 | 760 | 1,867 |
| その他 | *** | 14 | 34 | 35 | 83 |
| 法違反あり | 36 | 871 | 1,242 | 1,379 | 3,528 |
| 法違反の結果（注5） | | | | | |
| 被用者総数 | 36 | 871 | 1,242 | 1,379 | 3,528 |
| 金銭賠償額 | \$2,112 | \$701,181 | \$2,367,942 | \$2,719,404 | \$5,790,639 |
| 休暇の付与 | 6 | 179 | 225 | 245 | 655 |
| 不利益取扱いの中止 | 1 | 66 | 213 | 274 | 554 |
| ベネフィットの確保 -被用者数 | 4 | 73 | 63 | 93 | 233 |
| 金銭賠償額 | \$1,185 | \$59,578 | \$37,460 | \$109,611 | \$207,834 |
| 逸失賃金の支払（復職なし） -被用者数 | *** | 91 | 184 | 193 | 468 |
| 金銭賠償額 | *** | \$207,936 | \$736,962 | \$949,164 | \$1,894,062 |
| 復職の確保 | 20 | 212 | 236 | 260 | 728 |
| 復職の確保（賃金・ベネフィ ットの支払を伴う） -被用者数 | 5 | 243 | 312 | 309 | 869 |
| 金銭賠償額 | \$927 | \$433,667 | \$1,593,520 | \$1,660,629 | \$3,688,743 |
| その他 | *** | 7 | 9 | 5 | 21 |

注1) 電話相談には法遵守援助に関する問合せと刊行物の入手希望についての問い合わせが含まれる。これまで、約 236,000 の刊行物を配布した。

注2) 賃金時間部はこれまで、総計 6,346 件の家族・医療休暇法の不遵守の申立てを受理している。1996年9月末日の時点で、6,044 件について調査を終了し、残る 302 件は調査継続中である。加えて、法の周知やガイダンスの明示など法遵守の状況を明らかにするために、89 事業所の立ち入り調査を実施した。

注3) 法違反なしとされた法遵守活動とは、使用者が法の適用範囲にないか法違反を犯していないなどを意味する。

注4) 法違反を含まないとされた申立ては、例えば、使用者が法の定める無給休暇の全部又は一部に代えて被用者に付与する有給休暇の要件に関する被用者の苦情などである。

注5) 法違反案件の 90%は特に問題なく解決されている。残る 10%については連邦労働省が訴訟を提起するか検討されている。これまで連邦労働省は、16 件の法的措置に関与した。そのうち、2 件については訴訟提起前に解決、2 件については訴訟によって解決、1 件については棄却、11 件については係争中である。

出所：1997年の聴き取り時に筆者が連邦労働省雇用基準局賃金時間部担当者から入手した内部資料。本章に関連がある部分のみを抜粋して筆者が翻訳し作成。

(7) 職業安全衛生法 (OSHA)

職業安全衛生法 (OSHA) の実施は、職業安全衛生局 (Occupational Safety and Health Administration: OSHA) が行う。

遵守監督官 (compliance officer) は事業所内への立ち入り及び臨検 (inspection) の権限を有する¹⁰¹。臨検には優先順位が設けられており、急迫した危険の存在、死傷事故の発生、違反申告や通報、計画的臨検 (いわゆる定期監督) の順で行われる。なお、遵守監督官は、急迫した危険がある場合には、使用者に対して労働者を避難させ、自主的に危険を除去することを求める。使用者がこれを拒否した場合、労働長官が連邦地方裁判所に差止請求を申し立てることができる¹⁰²。臨検の際、使用者代表者と労働者代表者は立ち会う権利を有する¹⁰³。

臨検が終わると、使用者及び労働者の代表者と遵守監督官で会議が行われ、臨検の結果が報告され、その後の措置について議論される。違反があった場合には、地方支部長名で違反の通告 (citation) を出し、違反内容を明示して合理的期間を設けつつ違反の解消 (abatement) を命じる¹⁰⁴。軽微な (de minimis) 違反の場合には、違反通告に代わって単なる通知 (notice) を発することで処理される場合もある。

違反通告と同時に、制裁金 (civil penalty) が付加される場合があるが、その場合には、制裁金を付加する旨の通知を使用者に対して発する¹⁰⁵。重大な (serious) 違反 (死亡や著しい障害) の場合、地方支部長は、7,000 ドル以下の制裁金をその使用者に科さねばならない¹⁰⁶。重大でない違反の場合の制裁金額も同じ 7,000 ドル以下だが、具体的な額の決定は地方支部長の裁量に委ねられている。また、違反行為が繰り返された (repeated) 場合、あるいは故意 (willful) 犯の場合、地方支部長は 7 万ドル以下の制裁金を使用者に科し得る。故意犯の場合、下限は 5,000 ドルとなる¹⁰⁷。

使用者が地方支部長の命令を遵守しなかった場合、あるいは、違反があった場合に使用者は違反通告があったことをその事業所に掲示しなければならないがこれをしなかった場合、前者について 1 日当たり 7,000 ドル以下の、後者について 7,000 ドル以下の制裁金が科される¹⁰⁸。被災者が死亡した場合、地方支部長の訴追によって、使用者に対して、6 ヶ月以下の禁固又は 10,000 ドル以下の罰金刑、又は両方の刑が命じられうる¹⁰⁹。

違反通告及び制裁金支払の命令を受けた使用者は、労働長官に対する不服申立を行うことができるが、その場合には職業安全衛生委員会 (Occupational Safety and Health Review Commission : OSHRC) に申立てが送付される。そして、実際の第一次的な調査・審問を行

¹⁰¹ 29 U.S.C.A. § 657(a). (職業安全衛生法 (OSHA) 8 条(a))

¹⁰² 29 U.S.C.A. § 662(a)(b). (同法 13 条(a)(b))

¹⁰³ 29 U.S.C.A. § 657(e). (同法 8 条(e))

¹⁰⁴ 29 U.S.C.A. § 658(a). (同法 9 条(a))

¹⁰⁵ 29 U.S.C.A. § 659(a). (同法 10 条(a))

¹⁰⁶ 29 U.S.C.A. § 666(b). (同法 17 条(b))

¹⁰⁷ 29 U.S.C.A. § 666(a). (同法 17 条(a))

¹⁰⁸ 29 U.S.C.A. § 666(d)(i). (同法 17 条(d)(i))

¹⁰⁹ 29 U.S.C.A. § 666(e). (同法 17 条(e))

い判断するのは、行政法審判官（**administrative law judge : ALJ**. 法曹資格を有する。）¹¹⁰である。

行政法審判官（**ALJ**）の判断に対して異議がある場合には、独立の行政委員会である職業安全衛生審査委員会（**OSHRC**）で審問が行われる¹¹¹。審問は、大統領が任命する委員長 1 名と 2 名の委員によって行われる。委員会は、違反通告や制裁金を審査して、行政法審判官（**ALJ**）の判断に対して、承認・修正・追加・破棄等の判断をなす権限を有する¹¹²。ここでの判断に対しても異議があれば、関係する当事者（その一方は行政法審判官（**ALJ**）が代わって判断をしていた労働長官である。）は連邦控訴裁判所に取消訴訟を提起するという手続になっている（さらに上訴するとすれば連邦最高裁判所に対して行う。）¹¹³。職業安全衛生審査委員会（**OSHRC**）による判断の 20%から 25%が連邦控訴裁判所に上訴されており、そのうち約 1/4 が取り消されているのだという¹¹⁴。

(㉔) タイトル・セブン等差別禁止法

雇用機会均等委員会（**EEOC**）は、タイトル・セブンを中心とする差別禁止諸法に違反する差別を受けた被害者を救済し、差別を是正する行政機関である。

救済は、被害者の申立て（**charge**）によって開始される¹¹⁵。申立ては差別行為のあった時から 180 日以内に行わなければならない¹¹⁶。各州が差別禁止法を制定し、救済機関を設置している場合には、まず各州の救済機関へ申立てを行うことが必要である。州の機関へ申し立ててから 60 日が経過すると、雇用機会均等委員会（**EEOC**）への申立てをなしうる¹¹⁷。この場合、差別行為の時点から 300 日以内であることが必要である。

申立てを受けて、雇用機会均等委員会（**EEOC**）は調査を行い、理由なしと判断すれば申立てを却下する。申立てに理由がある場合は、協議・説得を含めた調整を行い、当事者間の合意によって差別が是正され、解決するよう努められる¹¹⁸。

調整が成功すると、申立人・被申立人・雇用機会均等委員会（**EEOC**）の三者間で拘束力のある書面協定が締結され、事件は終結する。

申立てから 30 日が経過しても調整が成功しない場合、雇用機会均等委員会（**EEOC**）は自ら原告となり、被申立人を被告として連邦地方裁判所に差別の救済を求める民事訴訟を提

¹¹⁰ ちなみに行政法審判官（以下、“**ALJ**”という。）は、行政的監督法規の実効性を確保する上で重要な役割を果たしている。彼らは、労働省が所管する 80 以上もの法律の実効性確保に関与している。主たる業務として **ALJ** は当事者を審問し法違反の有無を労働長官に代わって第一次的に法的に判断する。1998 年時点で、ワシントンにある本部を含め、全米に 9 の地域事務所が設置されており、およそ 54 名の審判官及び 140 人のスタッフが行政審判の業務に従事している。なお、主に調停など **ADR** は、**ALJ** が実施する行政手続においても利用されている。

¹¹¹ 29 U.S.C.A. § 661, 659(c). (職業安全衛生法 (OSHAct) 12 条, 10 条(c))

¹¹² 29 U.S.C.A. § 659(c). (同法 10 条(c))

¹¹³ 29 U.S.C.A. § 660(a)(b). (同法 11 条(a)(b))

¹¹⁴ 1997 年の現地調査において筆者が行った **OSHRC** 委員からの聴き取りに基づく。

¹¹⁵ 42 U.S.C.A. § 2000e-5(b). (タイトル・セブン 706 条(b))

¹¹⁶ 42 U.S.C.A. § 2000e-5(e)(1). (同 706 条(e)(1))

¹¹⁷ *Id.* (同上)

¹¹⁸ 42 U.S.C.A. § 2000e-5(b). (同 706 条(b))

起することができる。この場合、申立人は自ら訴訟を提起することはできない。雇用機会均等委員会（EEOC）が訴訟を提起しない場合、申立人は雇用機会均等委員会（EEOC）から訴権付与状（right to sue letter）を得て、被申立人を被告として、自ら訴訟を提起できる。申立人は、訴権付与状を得てから 90 日以内に訴訟を提起しなくてはならない。なお、訴権付与状は、雇用機会均等委員会（EEOC）が申立てを却下した場合と、申立てから 180 日経過後に申立人が請求した場合に、申立人に対して与えられる¹¹⁹。

雇用機会均等委員会（EEOC）には年間約 7～9 万件もの差別救済の申立てがなされている。半数以上は理由なしとして却下されており、残りのうち 1/3 程度について解決され処理されている¹²⁰。

申立てが手続に付されるまでの期間は約 19 ヶ月、調査に約 1 年、解決までにさらに約 1 年、訴訟提起までに約 4 ヶ月という長い時間を要する状況にある。そのような状況を解消するとの目的も少なからずあると思われるが、雇用機会均等委員会（EEOC）における差別是正・救済手続の中では、調停（mediation）が大いに活用されている¹²¹。この調停については、改善すべき点は見受けられるものの、当事者にとっておおむね良好な評価を受けているようである¹²²。

ウ．裁判外又は代替的紛争処理（ADR）

アメリカでは裁判外又は代替的紛争処理（Alternative Dispute Resolution: ADR）が発達している。アメリカにおける裁判外又は代替的紛争処理（ADR）について、類型と特徴を示すと次のようなものがある¹²³。①オープン・ドア・ポリシー（Open Door Policy）、②ピア・レビュー（Peer Review）、③オンブズマン（Ombudsman）、④ファクト・ファインディング（Fact Finding）、⑤調停、⑥仲裁、⑦ミーダブ（Med-Arb）。これらは、法令等で利用を義務づけられている紛争解決手段ではなく（もっとも、調停と仲裁は法令に根拠を有する事項あるいは州がある。）、また、雇用労働のみならずアメリカ社会において広く活用されているものである¹²⁴。

①のオープン・ドア・ポリシーは、最もインフォーマルな形態のものであり、被用者は会社の上司や苦情処理担当の人事部員に対して苦情を申し立て、担当者は何らかの改善策を関係者に示したり、それがうまくいかなければ、被用者はより上位の管理者に対して上訴を行うことができるという制度である。この制度の後、申立ては、ピア・レビューに付されたり、外部の調停者による調停に付されたりする場合がある。

¹¹⁹ 42 U.S.C.A. § 2000e-5(f)(1). (タイトル・セブン 706 条(f)(1))

¹²⁰ 雇用機会均等委員会（EEOC）における事案処理の状況については、<http://www.eeoc.gov/stats/all.html>参照。

¹²¹ <http://www.eeoc.gov/mediate/index.html>参照。

¹²² <http://www.eeoc.gov/mediate/mcd-intro.html>参照。なお、雇用機会均等委員会（EEOC）の調停プログラムは、当事者や調停人それぞれの視点から調査分析されている。

¹²³ McDERMOTT, EPATRICK, BERKELEY, ARTHUR ELIOT, ALTERNATIVE DISPUTES RESOLUTION IN THE WORKPLACE, at 49-66, Quorum Books (1996).

¹²⁴ アメリカ社会における裁判外又は代替的紛争処理一般については、レビン小林久子『調停ガイドブック』（信山社、1999年）を参照。

②のピア・レビューは、同僚審査と訳されているもので、まさに同僚被用者（と言っても客観的な判断を下せる者でなければならない。）と監督者で構成される審査委員会が、申立被用者と一方当事者（全社的労働条件であれば人事部であり、職場の配置の問題であればその権限を有する現場監督者）の主張を聴き、判断を下すというシステムである。要するにこれは、労働条件や職場での問題について、いわば私的陪審員として評決を下すものである。

③のオンブズマンは、企業内に独立した事務所を構え、苦情の申立てがあるとすぐに調査を行い、問題を解決へと導く手助けをする役割を担う者のことをさす。文献¹²⁵によれば、500人以上を使用する企業約500社がオンブズマン制度を導入しているとのことである。オンブズマンは、企業組織内の者であるが（そうでない場合もある。）、組織とは完全に独立してその職務すなわち調査や斡旋や勧告を行い、苦情を申し立てた被用者とのやり取り及び結果については完全に秘密にされる。このことから、プライバシーが問題となる健康・医療上の問題やセクハラの問題に関して非常に有効に機能する。このようなオンブズマンの役割を企業は非常に重視しており、企業自らがオンブズマンの職務指針を定めているという（同時にオンブズマン協会に加入しており、同協会が定める倫理綱領をも遵守しなければならない。）。

④のファクト・ファインディングは、助言的仲裁とも呼ばれるシステムで、企業外の第三者が当事者の主張を聴き、当該案件について検討した上で、当事者を拘束しない形での判断を下すというシステムである。つまり、後述する拘束力ある仲裁の前に争点を洗い出し、拘束力ある仲裁手続に至った場合は果たして自分は勝つのか負けるのかを予め考えることができる、というメリットがある制度ということが言える。このシステムによる紛争処理は企業外の第三者に依頼して行うものであるから、当然これに要する費用はかかるが、裁判手続よりも極めて低い額である。

⑤の調停は、企業外の中立的な第三者が、当該事件の当事者自らが、問題点を見つけ出し、解きほぐし、解決する手だてを探り出して合意することができるよう手助けをする役割を担うものである。従って、調停人は、担当した事件について当事者に解決案を示したり判定を下したりすることはせず、むしろ交互にじっと当事者の主張を聴き、アドバイスをするという手法を用いる。調停のプロセスは完全に秘密にされるので、プライバシーの問題などが生じずにすむという利点もある。調停人は、雇用専門の弁護士を兼ねていたり元裁判官であったりする場合もあれば、そうでない場合もあり、属性は一様でない。解決に要する日数はおおよそ1日ないし2日、費用は調停人にもよるが、筆者の知るところ1時間当たり150ドルないし300ドルである。なお、調停は、裁判手続又は差別禁止法に係る行政機関による救済手続と制度的に結び付けられており、企業内でなくとも調停は広く活用されていると言える。

¹²⁵ *Id.* at 51 (この文献は *The Wall Street Journal* の記事を引用しているが、記事の掲載年月日と調査概要（調査実施年、調査企業数、回収率、回答企業の基本属性）は明らかにされていない。)。なお、アメリカにおけるオンブズマンの詳細な実例紹介については、菅野和夫「米国企業における苦情処理 ADR と社内オンブズパーソン」花見忠先生古希記念論集刊行委員会編『花見忠先生古希記念論集 労働関係法の国際的潮流』（信山社、2000年）147頁を参照。

⑥の仲裁は、紛争当事者間が合意の上で選んだ企業外部の中立的な第三者に、当事者間を拘束する形での判定（正確には裁定（award）という。）を下してもらう制度である。調停のように比較的柔軟な運用がなされるものだが、裁判手続のように当事者間は証拠を出し合いつつ主張し、必要な証人を召喚して証言を行わせ、最終的には仲裁人が拘束力ある判断を下す。仲裁人の属性は調停人と同様の説明が当てはまるが、さらに学識経験者（雇用労働法学者、労使関係学者）にも仲裁人として活動している者がいる。解決に要する日数は、仲裁人の選任から現実の解決までを含めると、数ヶ月はかかるものと思われる（ちなみに労働協約上の仲裁に要する日数は約 15 ヶ月である。）。また、費用の面でも、裁判手続よりは安価で終わられるものの、実際の仲裁審理の日数や証人の召喚費用などを考えると、調停よりも高額になる。なお、仲裁は、正式審理前の裁判手続と制度的に結び付けられている場合が多く（仲裁の強制ではなく、裁判官が活用を当事者に推奨し、当事者が任意に活用するもの）、利用実績は調停ほどではないものの、活用されている（一般的な仲裁の手続と実態については後述する。）。

⑦のミーダブは、調停と仲裁の二つの性格を併せ持ったシステムである。これは、調停手続が不調に終わった場合に自動的に仲裁手続へ移行するものだが、調停によって解決の合意はできたが金銭面で折り合わない場合などにその効果を発揮するものと理解されている。

なお、以上述べたうちの幾つかの紛争解決手続の広がりを見てみる。ADR について調査したアメリカ会計検査院（General Accounting Office: GAO）のレポート¹²⁶によると、調査対象企業約 2,000 社（回答率 75%）のうちの約 52%が、雇用差別案件について裁判手続以外の手法を用意していると回答している。そのうち、約 80%が調停を、約 39%がピア・レビューを、約 19%が仲裁を利用している（複数回答）。このような新たな紛争解決の手法は、総じて効果を上げ、時間と費用の節約に貢献しているとの評価である。

以上で触れた調停（mediation）や仲裁（arbitration）といった ADR は、裁判所においても活用されている¹²⁷。

エ. 雇用契約仲裁

アメリカにおいて雇用関係を律するのに大きな役割を果たしているのは差別禁止法である。人種や性は、アメリカという国において大変微妙な問題をはらんでいるだけに、おびただしい数の申立てや訴訟が提起されているのが現状である。そして万が一、差別的行為が法違反であると行政機関や裁判所によって判断された場合には、使用者は、企業の存続すら危うくしかねない多額の賠償金の支払いを余儀なくされる。そこで使用者としては、主に、行政機

¹²⁶ GAO, ALTERNATIVE DISPUTES RESOLUTION: Employers' Experiences with ADR in the Workplace (GAO/ GGD-97-157)(1997).

¹²⁷ この点につき、山川隆一「アメリカ合衆国における個別労働紛争処理システム」毛塚勝利編著『個別労働紛争処理システムの国際比較』（日本労働研究機構、2002年）78頁、日本労働研究機構『諸外国における解雇のルールと紛争解決の実態—ドイツ、フランス、イギリス、アメリカ—（資料シリーズ No.129）』（2003年）158頁以下〔第4章アメリカ、池添弘邦執筆部分〕を参照。

関や裁判所における差別紛争処理を回避するために、それら機関の外における裁判外又は代替的紛争処理（ADR）を模索し実行している（なお、雇用契約仲裁は差別紛争解決のためだけに設けられているわけではない）。

具体的には、エンプロイヤー・ハンドブック¹²⁸や雇用契約¹²⁹の中に、個別労使間で紛争が生じた場合には、自主的紛争処理としての仲裁等により当該紛争を解決する旨の規定が挿入されていると言われている¹³⁰。これがいわゆる雇用契約仲裁¹³¹である。特に、1991年のGilmer事件連邦最高裁判決¹³²が下されて以来、その傾向は顕著なようである。

この連邦最高裁判決は、年齢差別禁止法（ADEA）による紛争の解決について、連邦仲裁法（Federal Arbitration Act : FAA）¹³³の下で私的仲裁を行うことを約した合意（当該被用者が証券取引所にトレーダーとして登録する際の仲裁合意）の拘束力を認め、当該合意に訴訟による紛争解決を排除する法的効力を認めた。連邦最高裁は、その理由の一つとして、使用者・被用者間の交渉力格差の不均衡のみを理由に雇用関係において仲裁契約を強制できないことはないと言っている。

雇用契約仲裁は裁判外又は代替的紛争処理（ADR）の一つであり、自主的な紛争解決手段であるが、障害を持つアメリカ人法（ADA）や1991年改正公民権法では、このような自主的紛争解決手段は積極的に位置づけられている¹³⁴。しかし、被用者は制定法上差別されない権利を有しているものと考えれば、自主的な手段であるだけに、その権利性をゆがめかねないという問題をはらんでいる¹³⁵。ところが、先のGilmer事件連邦最高裁判決では、仲裁合意を認めるに当たっての別の理由として、仲裁合意は被用者の権利を奪うのではなく、裁判所以外に紛争解決の場を設定するに過ぎないと述べて、仲裁合意が必ずしも被用者の権利を

¹²⁸ *Patterson v. Tenet Healthcare*, 113 F. 3d 832 (8th Cir. 1997).

¹²⁹ *Rojas v. TK Communications, Inc.*, 87 F. 3d 745 (5th Cir. 1996).

¹³⁰ GAO・前掲注 126 書 14 頁によれば、GAOの1994年の調査において調停を活用する民間企業は約80%、ピア・レビューを活用する企業は39%、仲裁を活用する企業は19%とのことである。しかし、この項の関心事である仲裁のみを活用しているのではなく、その前段階として様々な手法を活用した上で最終的に仲裁が用いられていること、そして、民間企業の事例調査のうち複数の企業で、雇用条件（conditions of employment）として仲裁合意をしていることが明らかにされている。*Id.* at 42, 49. <http://www.gao.gov/archive/1997/gg97157.pdf>参照。

¹³¹ 雇用契約仲裁は、非組合員である被用者と使用者の間で合意されるものであって、当該被用者が組合員である場合には、苦情処理・仲裁手続が定められている労働協約の適用があるゆえ、組合員の場合には問題とはならない。

¹³² *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991). なお、本件判決の邦語評釈としては、村田毅之「年齢差別禁止法と仲裁契約の効力」労働法律旬報 1335号 33頁（1994年）がある。

¹³³ アメリカにおける仲裁及び連邦仲裁法の歴史と展開については、藤原淳美「アメリカ合衆国における戦時労働政策と仲裁」六甲台論集（法学政治学篇）46巻1号1頁（1999年）、同「米国労働仲裁と連邦仲裁法」六甲台論集 46巻3号 159頁（2000年）を参照。また、アメリカにおける雇用労働仲裁を簡潔かつクリアに説明するものとして、山川・前掲注 127 論文 81 頁以下参照。

¹³⁴ 障害を持つアメリカ人法（ADA）につき、42 U.S.C.A. § 12212（障害を持つアメリカ人法 531 条）、1991年改正公民権法につき、Civil Rights Act of 1991 § 118, 105 Stat. 1081 (1991)（1991年公民権法 118 条）。

¹³⁵ この点、雇用機会均等委員会（EEOC）は、その施策方針として、使用者が一方的に差別紛争を仲裁に付託する旨定めこれを雇用条件とすることは、個人に付与された公民権すなわち差別されない権利と、差別を撲滅するという公的利益を損ねることから、強制仲裁付託合意に反対する立場を採っている。Policy Statement on Mandatory Binding Arbitration of Employment Discrimination Disputes as a Condition of Employment, EEOC Notice, Number 915.002, July 10, 1997. <http://www.eeoc.gov/policy/docs/mandarb.html> 参照。

剥奪することにはならないとしている。

Gilmer 事件連邦最高裁判決の後も、雇用契約上の仲裁合意の拘束力をめぐる判決が幾つも出されているが¹³⁶、近年では、**Gilmer** 事件連邦最高裁判決でも問題とされた連邦仲裁法における適用除外条項を狭く解釈し、履行強制可能な仲裁合意を幅広く雇用契約において認める結果となった **Adams** 事件連邦最高裁判決¹³⁷、さらには、制定法上の権利について雇用契約において仲裁付託が合意されていたとしても、雇用差別禁止法にかかわる紛争については、救済機関たる雇用機会均等委員会（**EEOC**）が独自に被害者救済に向けて雇用差別禁止法違反の訴訟を提起することができるとした **Waffle House** 事件連邦最高裁判決¹³⁸も出されている。

以上の、近年では雇用契約において大いに活用されている仲裁は、それ以前から、交渉代表組合と使用者との間の紛争を解決する手段として労働協約において定められ、利用されてきたものである。したがって、仲裁に係る研究は、雇用契約に関する仲裁よりもむしろ集団的労使紛争解決に係る仲裁の方が蓄積がある（もっとも、近時は雇用契約仲裁の法的問題に研究の力点が置かれている。）。そこで参考までに、労働協約に基づく仲裁手続の流れと実態を一般的に示すと、次のとおりである。

仲裁手続はインフォーマルで柔軟に運用されるが、仲裁の手続基準や倫理規範が連邦調停斡旋局（**Federal Mediation and Conciliation Services : FMCS**）やアメリカ仲裁協会（**American Arbitration Association : AAA**）といった独立又は中立の機関で定められており、仲裁人はこれを遵守することが求められる。また、仲裁人は、最終的な判断を行う前に当事者が提出した証拠を検討し、必要に応じて証人を呼び証言させることもある。判断に当たっては、過去の裁定例を参照しつつ最終的な判断を下す場合もある。

仲裁手続は裁判手続に比べて比較的迅速に短期間で行われる。苦情の申立てから仲裁請求までが **146** 日（平均日数。以下同じ。）、仲裁人の選定に **90** 日、審問日の設定に **133** 日、審問開始から裁定まで **104** 日の合計約 **15** ヶ月を要するという¹³⁹。

仲裁人は、当事者からの審問後、裁定（**award**）を下す。仲裁裁定は、一般的には終局的かつ拘束力（**final and binding**）があるものだが、法的強制力はない。したがって、使用者が仲裁裁定の内容を履行しない場合、労働組合は連邦裁判所に履行命令を求めて提訴するこ

¹³⁶ **Gilmer** 事件連邦最高裁判決以降の裁判例の分析については、藤原淳美「アメリカ労働法における制定法上の権利の仲裁付託可能性」日本労働研究雑誌 **464** 号 **132** 頁（**1999** 年）を参照。

¹³⁷ **Circuit City Store v. Adams**, **532 U.S. 105** (2001). 本件に係る邦語評釈として、山川隆一「雇用契約上の仲裁合意と連邦仲裁法で履行強制が適用される対象労働者」労働判例 **809** 号 **96** 頁（**2001** 年）を参照。

¹³⁸ **EEOC v. Waffle House Inc.**, **534 U.S. 279** (2002). 本件に係る邦語評釈として、弘中聡浩「私人間の仲裁合意は雇用機会均等委員会（**EEOC**）の権限を制約するか」法律のひろば **55** 卷 **6** 号 **73** 頁（**2002** 年）を参照。なお、年齢差別禁止法（**ADEA**）においては、訴権放棄の効力は年齢差別禁止法（**ADEA**）違反に係る雇用機会均等委員会（**EEOC**）の権限に影響を与えず、また、訴権を放棄した被用者が雇用機会均等委員会（**EEOC**）に申立てを行い、調査に関与することへの介入（**interfering**）を正当化するものではないと定められている（**29 U.S.C.A. § 626(f)(4)**, 年齢差別禁止法（**ADEA**）**7** 条（**f**）（**4**））。

¹³⁹ See **FINKIN ET AL.**, *supra* note 1 at 169.

となる。しかし、仲裁裁定が裁判手続に移行することはあまりないらしく、結果的に裁判より少額の費用で済むことになる。

労働協約に基づく仲裁は交渉代表組合と使用者との間の集団的労使紛争として位置づけられるので、労働協約上の制度として仲裁へと至る苦情処理を申し立てたのが被用者であっても、その申し立ては個別紛争ではない（処理の方法は交渉代表組合の裁量による。）。しかし、タフト・ハートレー法 301 条は被用者個人による協約違反訴訟の提起を認めているので、申し立てた苦情が仲裁に付託されなかったり、付託されたとしても仲裁裁定において申し立てた被用者が不利益を被った場合、その被用者は、これらを理由に裁判所に訴えを提起できる。

申し立てた苦情が仲裁に付託されなかった場合の中心論点は、交渉代表組合がその代表性のゆえに持つ公正代表義務（組合員のみならず交渉単位内のすべての被用者を公正に代表する義務）を果たしているかである。つまり、当該苦情の仲裁付託への拒否が苦情を申し立てた被用者にとって「恣意的、差別的又は不誠実 (arbitrary, discriminatory, or in bad faith)」¹⁴⁰であるならば、協約違反訴訟が可能となる。仲裁裁定が司法審査に服する場合、裁定内容が結果として公序に反するとして例外的に無効とされる場合もあるが¹⁴¹、そもそも仲裁合意が契約として不公正であり非良心的である場合、例えば、仲裁人の選択は被用者が自由に行い得るが、選択に当たっての仲裁人リストは使用者が一方的に作成した場合¹⁴²や、仲裁費用を労働者にも負担させる場合¹⁴³などには、当該仲裁合意は無効とされ、連邦仲裁法上の履行強制はできない¹⁴⁴。

4. アメリカの雇用・労働法における雇用契約の体系的位置づけ

アメリカにおける雇用契約を、雇用労働法体系との関連で位置づけると次のようになる。

雇用や労働に関して、アメリカは、1935 年に制定された全国労働関係法 (NLRA) すなわち集団的労使関係を中心に規制を行ってきた。反面、個別の雇用関係に関しては、1938 年に公正労働基準法 (FLSA) を制定し、以来、1960 年代に雇用差別禁止法の発展をみたことを除けば、1970 年代までは個別雇用関係に対して介入することは抑制的であった。それまでの時代は、産業構造が第二次産業中心であり、労働組合組織率も高く、集団的労使関係を通じて形成される労働協約が実態として労働条件を規制してきた。同時

¹⁴⁰ *Vaca v. Sipes*, 386 U.S. 171 (1967).

¹⁴¹ この問題については、藤原淳美「アメリカ合衆国における労働仲裁の司法審査」神戸法学雑誌 53 巻 1 号 111 頁 (2003 年) を参照。

¹⁴² *Hooters of America v. Phillips*, 173 F.3d 933 (4th Cir. 1999).

¹⁴³ *Cole v. Burns International Security Services*, 105 F.3d 1465 (D.C.Cir. 1997).

¹⁴⁴ 前掲注 137 に掲げた *Adams* 事件連邦最高裁判決の差戻審である、279 F. 3d 889 (9th Cir. 2002) 及び同差戻審の邦語評釈である、永野秀雄「雇用契約における仲裁合意の非良心性と契約の効力」労働判例 871 号 188 頁 (2004 年) を参照。

に、アメリカの労働組合運動は、組合員に対する経済的利益の向上を標榜し、そのために必要な組織力強化すなわち労働組合員となることに対するインセンティブを堅持するため、労働協約による労働条件規制権能を浸食しかねない、個別雇用関係に対して国家が制定法を以て介入し労働条件を規制することについて、積極的ではなかった。

しかし、産業構造の中心が徐々に第二次産業から第三次産業へとシフトしていったことに伴い、他国と同様に労働組合組織率は年々低下し、現在では民間企業に限ってみれば組織率は9%弱でしかない。排他的交渉代表制度が採用されているアメリカの労使関係法制度においては、組合員であるか否かを問わず、交渉単位内の全被用者に労働協約が適用される（その限りでは組織化されていない被用者にも労働協約が適用される。）ことを勘案しても、労働組合及び労働協約による労働条件規制権能は著しく低下しているといつてよい。

そこで、1970年代以降は、1938年公正労働基準法（FLSA）に加え、安全衛生、退職所得保障、休暇、いわゆる整理解雇の手續（後述の1988年労働者調整・再訓練予告法）に係る連邦制定法が制定され、徐々に、集团的自治的な労働条件規制手法に代わって、国家が個別雇用関係に対して介入し、規制していくこととなった¹⁴⁵。また、1960年代以降は、公民権運動の潮流に乗って1964年公民権法（タイトル・セブン）が制定され、続いて1967年雇用における年齢差別禁止法（ADEA）、1978年妊娠差別禁止法（PDA）、さらには1990年障害を持つアメリカ人法（ADA）が制定され、差別禁止法は雇用における様々な場面で労働条件を規制するようになってきた。しかも、アメリカは連邦国家制度を採用していることから、連邦制定法と並んで州制定法によっても個別雇用関係は規制されている。ところが、州制定法によって規制される労働条件事項は、基本的には、（規制の態様は異なるものの、）連邦制定法が規制している事項と重複しており、連邦制定法が規制していない事項については、労災補償、秘密保持、競業避止といったごく限られた事項についてのみ規制を及ぼしているということになる。したがって、採用から退職・解雇までに至る労働条件事項を想定すると、制定法ではパッチワーク的にしか規制されていない、ということになる¹⁴⁶。

そこでアメリカにおける雇用契約について考えるに、ポイントは、①労働協約によって労働条件を規制されない被用者が多く存在すること、②そのような被用者の多くはat-will雇用契約関係にあるということ、③連邦並びに州の制定法において規制される労働条件事項は極めて限定的であるということ、であり、これらを踏まえると、アメリカに

¹⁴⁵ 労働条件規制主体が労働組合から国家に移行してきたことを指摘するものとして、Clyde W. Summers, *Labor Law as the Century Turns: A Changing of the Guard*, 67 NEBRASKA LAW REVIEW 7 (1988)参照。

¹⁴⁶ 以上のようなアメリカ労働法の変遷を簡潔かつクリアに著述した文献として、中窪裕也「アメリカ労働法の動向」労働法律旬報1378号36頁（1996年）がある。また、近年の状況を雇用契約関係に即してその実態も含めて述べたものに、キャサリン・V・W・ストーン（小原翠 訳）「変わりゆく雇用契約をめぐる法的規制」季刊労働法206号31頁以下（2003年）がある。

おける労働関係の規制は、雇用契約に委ねられる部分が多いのではないかと考えられる。

しかし、契約関係が **at-will** であるゆえに一方当事者からいついかなる理由によっても将来に向けて当該契約関係を解消することができる、すなわち両当事者共に雇用関係の継続性(被用者にとっては雇用保障)を担保する法的根拠ないし規範が存在しないことから、日本におけるほど雇用契約法的規制は目覚ましくは発展していない。また仮に、**at-will** 雇用契約上、被用者が何らかの権利を有するとしても、**at-will** に基づいて使用者がいついかなる理由によっても被用者を解雇しうる以上、権利を有することの意味は非常に小さい。

また、雇用契約を実質的に規制するのは各州のコモン・ローであり、これは、アメリカ全土に共通の規範としては形成されていない。したがって、問題となっている 이슈がどの州において扱われているかによって、その問題が含まれる雇用契約の解釈などはニュアンスが異なることになる。ただ、他方で、契約法、不法行為法、代理法といった雇用関係にかかわるコモン・ローにおける法分野では、リステイトメントという各州のコモン・ローを一般的ルールの形にした文献における条文の解釈と、その具体的事案への適用を観察することによって、一定の問題についてコモン・ローではどのように取り扱われているのか、おおよその状況は把握することができよう。

なお、既述のとおり、雇用差別禁止法制が雇用の全ての段階であらゆる労働条件について網羅的に規制していることは、間接的にはあるが、雇用契約関係に対する規制として重要な位置を占めているということに十分注意しておく必要がある。

第2節 各論

以下では、先の総論を前提に、個別の事項について検討を行う。なお、以下では、**at-will** 雇用契約に基づくかそれに関連する規制内容、あるいは、存在するのであれば連邦並びに州制定法による規制についてのみ言及する。しかし、既述のとおり、以下の各事項に対して差別禁止法の規制が及ばないという意味では決してない。むしろ、差別禁止法による具体的な規制の方が重要な場合もあろうが、差別禁止法による規制は本章の中心論点から外れるので、特に必要と思われる場合以外はあえて言及しない。

1. 採用内定

(1) 規制の概要

アメリカには、日本の採用内定法理に類するような、採用内定に対する契約法からの直接

的な規制はない¹⁴⁷。しかし、採用に係る使用者からの申込みに対して承諾をした求職者が結果的に採用されなかった場合、コモン・ロー上は、当該求職者が採用されるものと信じたことに対して、信頼保護としての約束手的禁反言法理（**promissory estoppel**）における不利益の信頼（**detrimental reliance**）として、当該信頼を保護する場合があります。また、いわゆる契約締結過程上の過失に相当する法理としての不実表示法理（**misrepresentation**）による保護を与える場合があります。以下、アメリカの契約法理における二つの法理について概説を加えつつ、採用（内定）取り消しの問題を述べることにする。

ア．約束手的禁反言

アメリカの契約法においては、一方当事者の申込みと他方当事者の承諾という当事者意思の合致に加え、約因（**consideration**）が必要とされる。約因とは、交換取引の存在を裏付けるものであって、ある約束と交換になされる約束か又は何らかの作為・不作為をいう¹⁴⁸。**at-will** 雇用契約における約因は、労務提供の約束又は実際の就労である。

採用されなかった求職者は実際の就労を欠くために、約因がなく、したがって、契約は成立していないことになる。しかし、約因は存在しないが、ある約束がなされて、相手方（ここでは求職者）がこの約束を信頼して行動した場合（例えば、前職を辞す、引越しをする等）、相手方は大きな不利益を被ることも考えられる。このような場合に、相手方の信頼を法的保護に値するものとして何らかの救済を与えるべく、この約束に対して法的効果を認めようとして判例法上発展させられてきたのが約束手的禁反言法理である¹⁴⁹。

約束手的禁反言が成立する要件は、①不明確でない（**unambiguous**）約束が存在したこと、②相手方がその約束を合理的に信頼（**reliance**）したこと、③相手方は信頼に基づいて行動したところ不利益（**detriment**）を被ったこと、④約束者は相手方の信頼に基づく行動や不利益を合理的に予見できた（**reasonably foreseeable**）こと、⑤約束の拘束力を否定することが正義（**justice**）に反することである¹⁵⁰。

以上の要件に当てはまる限り、求職者側は契約違反に対する救済として、基本的に損害賠償を受けることができるのだが、一般にこの法理の具体的な適用場面は、家族内の約束、寄付の約束、退職給付の約束、保険を付ける約束、契約交渉が決裂した場合の当該契約交渉中に交わされた約束¹⁵¹であって、雇用労働に係る問題は退職給付の約束くらいである。したがって、採用に関して約束手的禁反言法理が問題とされた裁判事案数は、極めて少ないと考えられる¹⁵²。

¹⁴⁷ なお、採用内定を除く採用時の法的規制については、中窪・前掲注 1 書 268 以下を参照。See also, ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 1, at 5 et seq.

¹⁴⁸ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 71 (1979).

¹⁴⁹ このほかにも、解雇には正当事由を要するとのエンプロイヤー・ハンドブックの規定に反する解雇にも適用される場面がある（後述、8 (1)を参照）。

¹⁵⁰ 以上は、樋口・前掲注 13 書 92-93 頁と、ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 1, at 79 に記述されている要件をまとめたものである。

¹⁵¹ 樋口・前掲注 13 書 94-95 頁。

¹⁵² そのような中であっても、約束手的禁反言の主張が容れられた事案はあるようである（例えば、*Grouse v. Group*

聴き取り¹⁵³や文献¹⁵⁴から窺い知れるところによると、例えば、求人者（使用者）から求職者（被用者）に対するファイナル・オファー（真に契約を締結しようとする最終的な申込み）の前の手続の段階までで当該求職者が元の会社を辞しても、求職者側の信頼に合理性があるとはされず、また、当該求人者が第三者会社から当該求職者に対して別のオファーがあったことを知っていたか否かは関わりがないとされている。そして、結局のところ取り結ばれる関係性が **at-will** であれば、この関係が継続している場合でさえ請求可能な権利（**enforceable rights**）は存在しないと考えられているところ、**at-will** 契約関係の締結を求め、あるいは採用拒否ないし申込みの撤回によって生じた不利益を約束手続の法理によって救済していくことは、現実的な手法ではないであろう。

イ. 不実表示

採用拒否や申込みの撤回が法的に争われる場合、もう一つ、不実表示法理による保護が、不利益を被った求職者に与えられる可能性がある。

不実表示法理とは、いわゆる日本における虚偽表示に相当する法理であるが、アメリカにおいては、「現在又は過去の事実」に関して虚偽の表示があった場合の救済法理」であり、「将来の予測」は「対象外とされている」¹⁵⁵。そして、契約法上、不実表示が認められる場合には、当該契約を取り消した後、原状回復が認められ、加えて、損害賠償が認められる¹⁵⁶。このような救済が認められるのは、表示主義の下での契約成立に必要な合意に瑕疵があるからであるとされている¹⁵⁷。

不実表示の成立要件は何か。詳細は先行研究¹⁵⁸に委ねるが、列举すると、次の4つであるとされる。①事実と異なる表示があったこと、②当該表示が詐欺的又は重大な性質のものであったこと、③他方当事者が契約に同意する上で当該表示を信頼したこと、④他方当事者の当該表示に対する信頼が妥当なものであったこと、である。

しかしながら、不実表示法理の意義と上記要件①、そして救済の内容から判るように、**at-will** 雇用契約は、申込みに対する承諾の時点では実際の就労という約因を欠いており、厳密にはそもそも契約として成立しておらず、このことから、求職者側の承諾は、将来の契約成立に係る予測ないし期待であると捉えられ得ることとなる。したがって、不実表示法理が採用にかかる場面で機能する可能性はきわめて低いと考えられる¹⁵⁹。

Health Plan, 306 N.W.2d 114 (Minn. S.Ct. 1981)。雇用労働における約束手続法理をめぐる裁判事案については、*see FINKIN ET AL., supra note 1, at 98-101.*

¹⁵³ 2004年9月に現地で行った、民間企業、雇用労働専門弁護士事務所、雇用労働法研究者からの聴き取りに基づく。

¹⁵⁴ *See ROTHSTEIN ET AL., supra note 1, at 79.*

¹⁵⁵ 樋口・前掲注13書185頁。

¹⁵⁶ 同書193頁。

¹⁵⁷ 同書187頁。

¹⁵⁸ 同書187-192頁。

¹⁵⁹ 裁判例においては、ある使用者から雇用の申込みを受けた者が、別の企業からの雇用の申込みを断ってその使用者の申込みを受けようとしたところ、実際にはその使用者には採用されなかったという事案がある。この事案について、ニューヨーク州最高裁判所は、概略、当該者の雇用契約には期間が定められておらず **at-will**

ウ. 小括

いずれの法理を援用したとしても、それらの立証は極めて難しく、求職者にとっては採用されないことによる大きな不利益を被ることとなる。しかし、もともと二つの法理が有効に機能する場面自体が少ないことを考えると、両法理の雇用労働、しかも採用の場面に積極的に適用されると考えることには、おのずと限界があることは事実であろう¹⁶⁰。また、採用を巡る裁判事案は相当少ないようであり、ルールの蓄積が進んでいないことや、議論が深められていないことも、この問題にかかる法的状況が前進していないことの背景にあるのかもしれない。

また、二つの法理に関し、一般的に言って、裁判所は雇入れ命令を出すことに非常に消極的であるようなので¹⁶¹、実務的な紛争解決方法としては、当該求職者を雇入れるか、あるいは逸失利益を賠償金として支払うか、ということになる（この点は次項の実態で述べる。）。なお、被用者が応募時に不実記載（面接時の虚偽申告を含む。）を行うことは、一般に解雇の正当な理由になると解されている¹⁶²。

(2) 実態¹⁶³

日本におけるような採用内定は実態として一般には存在しない。もっとも、極めて優秀な人材については、採用内定に相当する手続をもって確保している企業はある。反面、広く一般に、大学卒業前の秋学期中から、サマー・インターン・プログラム¹⁶⁴を通じて将来の被用者候補を雇い始めることは行われているとのことであり、その場合、優秀な人材には、**special offer** ないし **formal offer letter**（雇入れの日、給与額は記載されているが、契約期間は書かれてない。）を送付し、雇入れの申込みを行っている。このような正式の雇用に先じた就労に関連して、大企業では、将来の被用者を 2,3 ヶ月前に雇入れることはあるようだが、中規模以下の企業ではこのようなことは行われていない。

であることから、いついかなる理由によっても解雇され得、したがって、雇用されなかったことは契約違反にはならないと同時に、その使用者の行為は過失的不実表示（**negligent misrepresentation**）に当たるとの雇用の申込みを受けた者からの主張について、その使用者からなされた採用の保証（**assurance**）は、間違っただ情報（**false information**）を与えたのではなく、単に将来への期待を表明した（**expression of future expectation**）に過ぎず、雇用の申込みを受けた者の信頼は合理的ではなく、よって過失的不実表示は成立しない、と述べている。*Bower v. Atlis Systems, Inc.*, 582 N.Y.2d 542 (1992).

¹⁶⁰ この点に関し、アメリカの契約法研究者であるロバート・ヒルマンは、約束手続法理により勝訴する事案は一般に少なく、かつ、雇用関係事案の敗訴率は他の領域の事案よりも高いと分析している。See Robert A. Hillman, *Questioning The "New Concensus" on Promissory Estoppel: An Empirical and Theoretical Study*, 98 *COLOMBIA LAW REVIEW* 580 (1998). この論文の抄訳として、滝沢昌彦(訳)「約束手続法理に関する「新たな合意」の検討—実証的・理論的研究」ロバート・A・ヒルマン、笠井修編『現代アメリカ契約法』（弘文堂、2000年）106頁以下がある。筆者は主に後者の邦語訳文献によっている。

¹⁶¹ See ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 1, at 76.

¹⁶² See GOLDMAN, *supra* note 1, at 63.

¹⁶³ ここで述べる採用内定を含め、以下で述べる実態は、2004年9月に現地で行った、民間企業、雇用労働専門弁護士事務所、雇用労働法研究者からの聴き取りに基づいており、これをまとめ、必要な部分を概括的に記述したものである。なお、特に注を付する必要がある部分については、本注と重複するが、別途、聴き取りを根拠とすることを明示するために、注を付している。

¹⁶⁴ 聴き取りでは、これは採用内定とは区別して認識されていたようである。

新卒者を採用する場合、会社側は申込みを撤回することはないという。なぜなら、新卒者採用は大学側と連携して行っているようであるため、人材を輩出している大学側としては、一旦なされた申込みを撤回することを禁じていたり、あるいは、一旦申込みがなされた場合に申込みを撤回し、結果的に新卒者を採用しなかった場合、以降、会社と大学の関係が悪化することが懸念されたりするからである。

しかし、仮に採用内定が行われた場合でも、当該関係は **at-will** であることが大いに予測されるようである。したがって、採用内定がなされたとしても、制定法に触れない限り、いついかなる理由によっても、使用者は内定を解くことができることとなる。

では、仮に採用内定取消しに係る訴訟があるとした場合、このような訴訟はどれほどあるかという点、その数は極めて少ない。おそらくこの背景としては、採用内定が出されたとしても当該関係は **at-will** であることから取り消しが容易であり、また、契約法上、法的にも何ら問題が生じない可能性が高いこと、そして何よりも、採用内定なる人事慣行が普及していないという労働市場の問題も挙げることができよう。

では、仮に、採用内定の取り消しを巡る訴訟ではどのような救済が出されうるかという点、出されても損害賠償であって、裁判所は雇入れ命令を出すことを拒む傾向にある（なお、損害賠償であっても、相当因果関係の立証は相当難しいと認識されている。）。したがって、実務的な紛争解決方法としては、当該求職者を雇入れて紛争はなかったこととするか、あるいは逸失利益を賠償金として支払うか、ということになる。しかし一般的には、採用されなかった者に対して **2,3** 年分の給与相当額を支払うことにより紛争が解決されているという¹⁶⁵。このような解決内容の論拠は、**at-will** の関係であっても、**2,3** 年は雇用が継続するものと一般に認識されていることに基づく。

その他の解決策として、会社側に法的義務はないものの、会社の市場における評判維持のため、当該採用されなかった者を他社に紹介する、あるいはアウトプレースメントを提供するなどによって対処している場合もある。

なお、企業としては、新卒者に対して雇用の申込みをする（そして採用内定を出して人材を確保する。）よりも、むしろ人材派遣会社（**temporary help agency**）を活用して迅速に人材不足に対応することの方が効率的であると考えられている。そしてまた、派遣期間中に当該派遣労働者の職務遂行能力等をみきわめ、試用的に活用し、最終的に良い評価が下せるのであれば、当該派遣労働者を雇い入れるという方法を選択している。ただしこのことは結果的なものであって、当初からこのような採用方法を選択しているわけではないし、また、この方法があまねくアメリカ企業において行われているものでもない。

¹⁶⁵ 2004年9月に行った現地調査での雇用労働法弁護士に対する聴き取りに基づく。

2. 試用期間

(1) 規制の概要

アメリカでは一般に、試用期間を設定している規範は労働協約¹⁶⁶であるが、**at-will** 雇用契約それ自体は、試用期間中における解雇を制約する等何ら規制を行っていない。また、コモン・ロー上も、これを規制する法理も何ら存在しない。さらには、州制定法による規制もなされていない。

(2) 実態

試用期間は **probationary period** 又は **introductory period** と呼ばれている。民間企業においては、**at-will** 雇用契約の場合はエンプロイヤー・ハンドブックやマニュアルにおいて、契約書を取り交わす雇用契約においては雇用契約書において、試用期間を定める場合がある。試用期間中の被用者の地位は、その後の期間におけるのとほとんど変わりがなく、**at-will** であることが多い。したがって、ほとんどの場合、労使双方共に、試用期間中においても、いついかなる理由によっても当該雇用契約を解約しうる。試用期間中とその後の期間で相違があるとすれば、試用期間中は **at-will** であり、その後は解雇に正当理由 (**just cause**) が必要であるとされることが¹⁶⁷、試用期間中は福利厚生（ベネフィット）を享受する資格が制限され、その後は制限が解かれる、などという取り扱いがなされている¹⁶⁸。

なお、労働協約による試用期間の規制の性格について、一つには、試用期間中、使用者は当該被用者を、協約規定にかかわらず懲戒処分に付したり解雇したりすることができ、もう一つには、試用期間中、被用者は先任権（セニヨリティ）を有しない、したがって配置、昇進、昇格、レイオフ等で先任権を有する他の被用者に比して相対的に不利な立場に立たされる、ということが言える¹⁶⁹。さらに、苦情処理・仲裁手続へのアクセス権が制限されるという。

協約の適用がない **at-will** 雇用契約にある被用者に対して、設定の法的義務がないにもかかわらず、使用者が試用期間を設けることがある。試用期間を設ける意味について推測するに、既述のとおり試用期間中も **at-will** の関係であるため、被用者が職務や職場に馴染めずにすぐに退職してしまう可能性も考えられる。すると、使用者としては、先の福利厚生（ベネフィット）受給資格との関係から、このような被用者に対して、試用期間にない他の被用者と同じベネフィットを提供し、人件費を負担することに躊躇しているためではないかと思

¹⁶⁶ 協約による試用期間に係る規制実態については、BNA, **BASIC PATTERNS IN UNION CONTRACTS**, 14th ed., at 85 (1995)。また、アメリカにおける協約上の試用期間をめぐる法的問題について検討した唯一の研究として、山口浩一郎「アメリカにおける試用期間の法理」沼田稲次郎編『労働法の解釈理論』（有斐閣、1976年）85頁以下がある。

¹⁶⁷ See ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 1, at 78.

¹⁶⁸ 2004年9月に行った現地調査での民間企業と雇用労働専門弁護士事務所からの聴き取りに基づく。

¹⁶⁹ See BNA, *supra* note 165, at 85.

われる。また、このような経済的問題とは別に、正規の従業員として就労する前の段階で、適切に就労能力を高めてもらいたいとの意味から、いわゆる見習いとしての導入の期間として試用期間を設けているのではないかと考えられる。このようなことは、必ずしも文献などからは明らかにはされていないものの、**Best Practice** として弁護士が使用者に推奨している¹⁷⁰ことから推察可能と思われる。

なお、アメリカでも盛んに活用されている派遣労働者 (**temporary help agency worker**) は、派遣先企業でのその労務遂行状況が優れていると派遣先で評価された場合には、派遣期間終了後に、派遣先企業に直接に雇用されているという実態がある¹⁷¹。このことは、当初より直接に雇用されている試用期間中の被用者とは当事者関係が異なるものの、実態としては、派遣就業が試用期間に代わるものとして機能していると理解することができる。

3. 労働条件設定の法的手段

(1) 各規制の概要

第1節、1. 法源、(4) 労働条件設定の方法と当事者、並びに、(5) **at-will** 雇用契約と労働協約又はエンployee・ハンドブックとの関係の項で述べたことを、労働条件設定の法的手段という視角から捉えると、次のようになる。

①排他的交渉代表を通じた労働協約による労働条件設定手段があるが、これは法的に最も煩雑で時間のかかる方法である。なぜなら、新たに交渉代表組合を選出することから始める場合には、交渉代表組合の選挙、団体交渉、労働協約の締結、という一連の手続を法的なものをも含めて踏まねばならず、交渉代表組合が存在する場合で、既存の協約が含んでいない労働条件あるいは協約改定の場合であれば、やはり団体交渉を経なければならず、さらには、後述の労働条件変更の際にも団体交渉が必要とされる（そうでなければ使用者は不当労働行為を問われることになる。）からである。労働協約に記載される労働条件事項は、連邦及び州制定法が定めている事項よりも幅広く網羅的で、交渉単位に含まれる被用者（当該交渉代表組合を支持していない被用者をも含む。）に適用があり、交渉単位内にある被用者には協約上の権利が発生する。

②実態としてわずかではあるものの、契約書により明示的に契約内容が示されるという方法で労働条件を設定する方法がある。この労働条件設定方法は、契約の自由すなわち当事者の自由な意思により定められるものであるゆえ、とりたてて法的規制は存しない。したがって、どのような事項についてどのように取り決めてどのような態様で記載するかは当事者の自由（交渉）に委ねられている。また、契約書の作成手続、変更の手続についても当事者の自由である（有期雇用契約締結に書面は不要だが、1年以内に履行を終了しない契約は詐欺

¹⁷⁰ 2004年9月に行った現地調査での雇用労働専門弁護士事務所からの聴き取りに基づく。

¹⁷¹ 日本労働研究機構・前掲注67書150頁以下〔池添弘邦執筆部分〕参照。

防止法との関係で、書面化しなければ当事者を拘束しない。) 。なお、書面化された契約内容の変更については、当初よりその手続や、例えば変更する際の事情など定めておく場合にはそれに従うこととなろうが、そうでなければ、その都度の当事者間の合意が必要となる。もっとも、期間の定めのある契約でない限り、当該契約は **at-will** なので、契約内容の変更について当事者間で合意を必要と考えることは、ほとんど意味を持たないと思われる(つまり次の③と同じということになる。)

③**at-will** 雇用契約において半ば労働条件設定規範として機能するかのような文書として、エンプロイヤー・ハンドブックがある。これについては、後に述べるように、ごくわずかの州制定法におけるごくわずかの事項を除いては、制定法では規制されておらず、一般的に言って、人事労務管理上の留意点や、ごく基本的な労働条件事項について概括的に示しつつ、あくまで会社の方針を文書化したものに過ぎない。

また、エンプロイヤー・ハンドブックには、被用者と使用者との関係は **at-will** である旨明示的に記載されることが多く、さらには、エンプロイヤー・ハンドブックは契約内容を定めるものではないことも多くの場合明示されていることから、よほど解雇には正当事由が必要などと記載されて、これが雇用保障条項として機能する場合は別として、一般的にエンプロイヤー・ハンドブックは、被用者に **at-will** ではない雇用を与えるものではない。

さらに、エンプロイヤー・ハンドブックには、この記載内容について、使用者側に作成・変更手続が留保されている旨明示されていることも多いことから、この作成・変更は、使用者の裁量ないし専権に属している。なお、カリフォルニア州労働法典では、被用者又は求職者が雇用の獲得又は保持に関して何らかの文書に署名した場合、それらの者はその求めにより当該文書の写しを与えられなければならないと定められている¹⁷²ことから、エンプロイヤー・ハンドブックを交付される権利を有すると解釈しうる余地がある。また、メイン州とロード・アイランド州では、セクシュアル・ハラスメントが違法である旨及びセクシュアル・ハラスメントを防止する等の会社の方針について、使用者はこれらのことを文書化し、被用者に告知しなければならないなどと定めている¹⁷³。さらに、ニュー・ハンプシャー州とニュー・ヨーク州では、私傷病休暇やヴァケイションなど福利厚生にかかる方針を会社が設定する場合、使用者は当該方針を文書化するなどして被用者に対して告知しなければならないと制定法で定めている¹⁷⁴。これらのような州制定法の定めは、結果として、間接的部分的に、エンプロイヤー・ハンドブックに対して規制を行っているとも解されうる。

¹⁷² CALIFORNIA LABOR CODE, Section 432. (カリフォルニア州労働法典 432 条)

¹⁷³ MAINE REVISED STATUTES, Title 26 Labor and Industry, § 807 (メイン州改訂制定法, 26 編労働及び産業, 807 条); RHODE ISLAND GENERAL LAWS, Title 28 Labor and Labor Relations, § 28-51-2 (ロード・アイランド州一般法, 28 編労働及び労働関係, 28-51-2 条)。

¹⁷⁴ NEW HAMPSHIRE REVISED STATUTES, Title X X III Labor, Chapter 275 Protective Legislation, § 275:49 III (ニュー・ハンプシャー州改訂制定法, 23 編労働, 275 章保護立法, 275:49 III 条); NEW YORK CONSOLIDATED LAWS, Chapter 31 Labor, Article 6, Section 195, 5 (ニュー・ヨーク州統合法, 31 章労働, 6 節, 195 条 5)。

(2) 各労働条件規制手段の相互関係・実態

エンプロイヤー・ハンドブックは雇用契約のひな型ではなく、従業員の行動指針、会社の方針 (**policy**)、当該企業におけるビジネスのガイドラインないし理念を表しているものである (イントラネットで閲覧可能な企業もある)。エンプロイヤー・ハンドブックが、特に一般的に **policy** とされていることは、当該エンプロイヤー・ハンドブックに契約としての効力が認められないようにしているためである¹⁷⁵。しかし、エンプロイヤー・ハンドブックには、実際の基本的な労働条件が記載されている場合もある。なお、他方で使用者は、エンプロイヤー・ハンドブックの内容が適用される被用者がこれを受領し、内容を理解したことの証明として、二重写しの受領書 (**receipt**) を取っておくのが一般的である。

なお、過去十余年の間に、エンプロイヤー・ハンドブックなどに雇用契約上の自主的紛争処理条項 (**ADR Clause**) が挿入されている例が多く見られるようであるが、この点について、雇用労働法弁護士は、実際に企業は、セクシュアル・ハラスメント等訴訟での抗弁のためという背景も含めて、自主的紛争処理に係る規定をハンドブックに挿入しつつ定めていると述べる。

では、以上のような実態にあるエンプロイヤー・ハンドブックと、特に協約との関係はどうか。両者の法的な関係性を考えれば、協約が適用される事業所等交渉単位では、エンプロイヤー・ハンドブックは限定的にしか機能しないこととなる。ところが、既述のように、エンプロイヤー・ハンドブックにも基本的な労働条件が掲げられている場合、当該労働条件は団体交渉事項でもありうる。このことから、ある産別労組では、交渉代表組合が選出されている交渉単位では、エンプロイヤー・ハンドブックの記載内容を協約の内容に揃えており、したがって、労働条件変更の際には事前交渉をするという (**International Federation of Professional and Technical Engineers: IFPTE**)。しかし、別の産別労組では、協約内容がエンプロイヤー・ハンドブックの内容に優先することから、先の組合のように、協約とハンドブックの記載内容について統一させるべく交渉するわけでは必ずしもないという姿勢でおり (**National Association of Broadcast Employees and Technicians, Communication Workers of America: NABET, CWA**)、組合ごとに対応が異なっているのが現状である。

なお、協約とハンドブックの記載内容が一貫していない場合は、後者の組合が述べているように、法的には協約が優先するが、このような場合、組合としては、協約上の苦情処理・仲裁手続又は不当労働行為申立を行うことが考えられる。

¹⁷⁵ この点について、UCLA Law School の Lester 教授は、個人的にはエンプロイヤー・ハンドブックは契約関係及びその内容を表す文書と考えている、と 2004 年 9 月の聴き取り時に述べていた。

4. 労働条件の変更¹⁷⁶

(1) 規制の概要

アメリカにおける労働条件変更問題は、労働条件が、①事業所等交渉単位において排他的交渉代表たる交渉代表組合が選出され、交渉代表組合と使用者が締結する労働協約を通じて設定されている場合と、②交渉代表組合が選出されておらず、労働協約ではなく **at-will** 等個別の雇用契約を通じて設定されている場合とに分けて考えられる。

①労働協約を通じて労働条件が設定されている場合、協約に有効期間が定められているならば、他方当事者は協約内容の変更を拒絶しうる¹⁷⁷。協約内容を一方的に変更することは協約違反となり、組合は協約違反訴訟を連邦地方裁判所に提起しうるが、多くの協約は苦情処理・仲裁条項を設けていることから、実際上は、まず苦情処理・仲裁手続によって紛争が解決されることとなる。

また、協約の改訂（及び終了。以下同じ。）を望む当事者は、協約の改訂を希望する 60 日前に書面により他方当事者にその旨通告し、そのための交渉を申し入れ、先の通告から 30 日以内に連邦調停斡旋局（FMCS）及び州の調停機関に対して紛争（協約の改訂又は終了）の存在を通知し、先の通告から 60 日間又は協約期間満了の日までの間のいずれか遅い方まで、協約当事者は、ストライキ又はロックアウトを行わず、既存協約のすべてについて完全な効力を認めなければならない¹⁷⁸。

協約に含まれていない労働条件を変更する場合、団交当事者は、まず団体交渉を尽くさねばならない（そうでなければ不当労働行為になる。）。団体交渉が行き詰まり状態にある場合には、使用者は労働条件を一方的に変更することを法的に許されるが、使用者による一方的変更は、交渉過程において組合に対して提案した内容と実質的に異なる範囲で可能であり、また、交渉当事者を取り巻く状況の変化によって、交渉当事者は再び誠実に交渉する義務を負う¹⁷⁹。

②以上に対して、交渉代表が交渉単位において選出されておらず、労働協約によって労働条件が設定されていない被用者、すなわち **at-will** 雇用契約関係の下にある被用者の場合は、当該契約において将来の契約内容について定めず、かつ、一方当事者からの理由のある又はない申し出によってでさえも、いつでも当該契約関係を解消することができる、すなわち使用者の側からすればいついかなる理由によっても被用者を解雇することができるとの法原則に支えられているために、被用者は、使用者からの労働条件の変更の申し出を受け入れるか、受け入れないのであれば自ら職を辞すかあるいは解雇されるか、という二者択一を迫られる

¹⁷⁶ この問題に係る詳細な分析については、荒木尚志『雇用システムと労働条件変更法理』（有斐閣，2001年）18頁以下、谷本・前掲注50論文242頁以下を参照。

¹⁷⁷ 29 U.S.C.A. § 158.（全国労働関係法（NLRA）8条(d)）

¹⁷⁸ *Id.*（同上）

¹⁷⁹ 谷本・前掲注50論文250頁参照。

という法的状況にある。

そして、**at-will** 雇用契約関係の下にある被用者に係る労働条件変更問題については、①従前に約定していた解雇には正当事由が必要であるという状態を変更して **at-will** の雇用関係とできるか、②既に発生している被用者の権利を事後的に変更ないし剥奪することができるか、③未だ具体的請求権として発生していない権利ないし労働条件を将来に向けて変更し得るか、の三つの論点に集約され、①については、柔軟に **at-will** への変更が可能であるとの傾向が有力であること¹⁸⁰、②については、既に発生している被用者の権利の変更はできないこと、③の将来に向けての変更については、ほとんど議論されていないが、**at-will** であるがゆえに、使用者は解雇を背景に広範かつ裁量的に労働条件の変更を申し込むことができ、これに従わない被用者は解雇されるか、何ら異議を唱えずそのまま就労し続けたことによって黙示のうちに合意したものとみなされることによって処理されている、ということが明らかにされている¹⁸¹。

なお、**at-will** の雇用契約関係については、先の 3. 労働条件の設定方法の項で述べたように、一般に **at-will** 雇用契約関係にある被用者に配布されるエンプロイヤー・ハンドブックとの関係で、一定の労働条件を変更する場合には、被用者に対して事前の予告を使用者に義務づける州や、あるいは書面による通知を義務づける州がある。また、もちろんだが、制定法によって被用者に与えられた権利を、以上の各労働条件設定規範によって不利益に変更することは許されない（ただし、第 1 節総論、3 (3)エで述べたとおり、制定法上の権利にかかる紛争について、これを自主的な裁判外又は代替的紛争処理（ADR）に付託する（仲裁にかけるとの約定は一般に法的に有効であると解されている。）。）。

(2) 実態

以下では、断片的な情報ではあるが、労働条件変更の実態について見ていく。なお、後に触れる配置転換、出向、転籍については、制定法上の明確な法的規制は存在せず、間接的に、差別禁止法制、ないしは労使関係法制の側面から規制されているのが現状である。

ア. 労働条件の変更

at-will 雇用契約における労働条件を変更する場合、当該契約関係が **at-will** であることから、これに従わない被用者は解雇されるか、あるいは自ら職を辞すか、というのが、法的状況と並んで実態でもある。しかし、聴き取りを行った企業に関しては、被用者が自ら職を辞すことは稀とのことである。

こうした **at-will** を背景とした労働条件変更の法的根拠としては、強いて言えば **at-will** で

¹⁸⁰ この点に関連し、UCLA Law School の Lester 教授は、ハンドブックの規定内容の変更を通じて、期間の定めがない状態を **at-will** へと変更することは可能であるが、議論は落ち着いていない、と 2004 年 9 月の聴き取り時に述べていた。

¹⁸¹ 荒木・前掲注 176 書 34-38 頁参照。

あると捉える実務家¹⁸²もいるが、**at-will** は明確な法規範的根拠ではないと理解しておくのが妥当であろう。なぜなら、雇用関係が **at-will** であることは、労働条件変更の規範的根拠としてよりもむしろ、使用者が労働条件の変更申し出について被用者からの同意を取り付けることが容易である理由ないし背景として機能しているためである。なお、理論的には、このような労働条件の変更に対して行われる承諾により、新たな契約が締結されたと考えることができるのではないだろうか、とのコメントを寄せる研究者がいる¹⁸³。

エンプロイヤー・ハンドブックに規定された内容の変更を通じた労働条件変更では、使用者は、変更した規定内容が発効する日以前に従業員に通知しているようであり、これは、変更内容を被用者に早期に知っていて欲しいとの考えによるものであるという。ただし、このような取り扱いが広く一般に行われているかは定かではない。

なお、エンプロイヤー・ハンドブックの規定内容を変更することと関連して、使用者が賃金額を変更する場合、幾つかの州では、使用者は被用者に対して当該変更を事前に告知しなければならないと制定法で定めている¹⁸⁴。

イ．配置転換，出向，転籍

配置転換や出向は、**redeployment** や **relocation** などと呼ばれており、また、転籍は、**seconding** と呼ばれている。前二者、特に配置転換は、アメリカにおいても頻繁に行われることがあるとのことで、出向・転籍については、行われることはあっても頻繁ではないらしく、聴き取りでこの実態について言及されることはほとんどなかった。したがって以下では、配置転換を中心に述べる。

実態としては、引越しを伴い、かつ、**10%**の賃金カットを伴う配転がなされる場合もある。一方的な配置転換ではおおよそ当てはまるようだが、そうでない（両当事者了解の下に行われる）配置転換でも、引越し費用など必要な経費は会社が負担していることがある。つまり、配置転換される被用者にとっては、家族のこと、配偶者の仕事のことがあるからであり、また、使用者としても、当該被用者を自社に引き止めておくためのインセンティブとしたいからである。特に、他州への転居を伴う配置転換についてはなおさらであるとのことである。

このような異動に関しては、何らかのトラブルが生じる前に労使間で話し合いがもたれるのが一般的な姿のようである。

このような人事異動という形で発現する労働条件の変更については、確かに、**at-will** の雇用契約関係であるから、使用者の一方的な通告により、転居を伴う配置転換、出向が命じられることはありうる。しかし他方で、このような異動を使用者が命じる背景には、当該被用

¹⁸² James Varga 弁護士（2004年9月の聴き取り時）。

¹⁸³ UCLA Law School, Prof. Gillian Lester.（2004年9月の聴き取り時）

¹⁸⁴ ILLINOIS WAGEPAYMENT AND COLLECTION ACT § 10（イリノイ州賃金支払及び徴収法 10 条）； MARYLAND CODE, LABOR AND EMPLOYMENT, Title 3, § 3-504(a)(3)（メリーランド州法典，労働及び雇用，3 編，3-504 条(a)(3)）； NEW HAMPSHIRE REVISED STATUTES, Title X X III Labor, Chapter 275 Protective Legislation, § 275:49 II（ニュー・ハンプシャー州改訂制定法，23 編労働，275 章保護立法，275:49 条 II）。なお，メリーランド州法では，事前の予告なしの賃金引き上げを禁ずるものではないと定められている（3-504 条(b)）。

者が異動先で能力を発揮してくれる貴重な戦力であるとの認識があり、またこのために、事前の話し合いが行われたり、転居費用等を会社が負担してまで異動を命じたりしている。したがって、**at-will** の雇用契約関係であるからといって、一概に、解雇も辞さないとの姿勢で使用者が被用者に対して臨んでいると捉えることはできないと言える。

なお、使用者には、異動に伴い発生する転居費用等を負担する法律上の義務はない（ただし、明確に規定された雇用契約書、エンプロイヤー・ハンドブックの規定に法的拘束力があると判断された場合の当該規定に基づき、契約上、使用者が被用者に対して異動に伴って発生する転居費用等の負担をする義務が生じる場合はあり得ると考えられるが、文献を見る限りそのような事案は見当たらない。）。

5. 懲戒

(1) 規制の概要

アメリカにおける懲戒（処分）については、労働協約による集団的規制か、差別禁止法による間接的規制しかない。したがって、懲戒処分に対する契約法的な直接的規制はないと考えてよい。しかし、間接的にはあるが、契約法的なアプローチとして、被用者の職務外行為（**off-the-job**）にかかるプライバシー権が考えられる。つまり、使用者が会社の方針として被用者の職務外行為に係るプライバシー権を文書で明示的に定めている場合、被用者が職務外行為に基づいて解雇されたとしても、当該解雇は違法とされることになる¹⁸⁵。結局これは、解雇が文書による方針に反するか否かの問題であることから、エンプロイヤー・ハンドブックによる解雇規制に相当するものであると考えられる。そうであるとする、さらに、使用者が会社の方針として懲戒手続（例えば、段階的懲戒手続（**progressive disciplinary policy**））を設定している場合で、この手続を経ないでなされる解雇を含めた処分は、違法とされる場合がありうると考えられる（もっとも、懲戒手続が雇用保障を意味するのであれば格別、そうでないなら当該雇用関係は **at-will** であり、懲戒手続を経ることの意味は減殺される。）。

なお、懲戒処分の態様が、被用者に対する名誉毀損（**defamation**）や、意図的に精神的損害を与える場合（**intentional infliction of emotional distress**）には、コモン・ロー上の不法行為に該当し、使用者に損害賠償責任が発生することが考えられ得る。

(2) 実態

at-will 雇用契約により使用者との関係性を築いている被用者について、懲戒理由とその処分内容・手続が予め示されるということはない。一般的に、**at-will** 雇用契約が締結

¹⁸⁵ *Rulon-Miller v. IBM Corp.*, 162 Cal.App.3d 241 (1984). この事件では、違法な解雇に対する救済として、懲罰的損害賠償が認められ、その根拠となる訴訟原因（**cause of action**）として、意図的な精神的損害（**intentional infliction of emotional distress**）の惹起が認められている。なお、被用者の職務外行為に対して使用者が行う規制への法的救済状況については、*see ROTHSTEIN ET AL., supra note 1, at 423.*

される被用者は事務系ホワイトカラー被用者であるが（ホワイトカラー被用者は、特に製造業等におけるブルーカラー被用者に比して相対的に労働組合組織率が低く、したがって、ほとんどの場合、解雇に正当事由が必要と定める労働協約の適用下にないため。）、そのような被用者は知的業務を遂行するのであり、職場でも知的に振る舞うことが期待され又そのようにするつもりでいるのが通常であるので、懲戒処分に該当するような非違的行為を行うことは企業としては当初から想定していない、という趣旨の発言を聴き取り調査¹⁸⁶で確認している。

しかし他方、一般的には、エンプロイヤー・ハンドブックに基本的な「職場環境を良好に保つこと」や「職場での行動や職務遂行に関する注意事項」が会社の方針（**policy**）として掲げられており、このような定め反する行為を被用者が行った場合には懲戒処分が行われる場合があり得ることから、確かに懲戒に関して詳細な定めはないものの、一概に懲戒関連規定が企業内に存在しないということもできないであろう。

懲戒処分適用の実態としては、使用者、特に人事部の裁量的判断により、当該方針に反する行為に至る理由、与える処分の厳しさ、過去の処分との均衡、などが考慮された上で決定されているのが実情である¹⁸⁷。

懲戒事由として挙げられるのは、暴行行為、窃盗であり、これらの場合には被用者は即時に解雇され、それら以外の理由による非違行為に対しては、①口頭注意、②書面による警告、③休職、を経て、最終的に解雇に至る、というのが懲戒処分の一般的な処分プロセスである。

筆者が過去に聴き取りを行った在米日系企業¹⁸⁸では、解雇を含む懲戒処分を行う際には、企業内手続（口頭・文書での警告、懲戒委員会の開催と弁明機会の付与等）を遵守して、問題が差別訴訟に発展しないように慎重な注意を払いながら処分を課しているとのことである。日系企業に限らず米系企業においても差別訴訟は回避したいと考えるであろうから、一連の処分に係る慎重さの点では同様ではないかと考えられる。

最近の10年間ほどの間には、先のような段階的懲戒処分手続（**progressive disciplinary policy**）が普及しているとのことであり、また、賢明な使用者は、**at-will** 雇用契約ないしはエンプロイヤー・ハンドブックに即時解雇条項を挿入しているとのことである¹⁸⁹。

なお、先に述べた配転との関係では、ビジネス・ニーズ（いわゆる使用者側の配転の必要性）があるにもかかわらずこれに応じないことは、懲戒事由とされる場合もある¹⁹⁰。

6. 休職制度

休職を、**Leave of absence** と表記されるものであると想定した場合、アメリカにおいて議

¹⁸⁶ 2004年9月に行った現地調査での民間企業からの聴き取りに基づく。

¹⁸⁷ 2004年9月に行った現地調査での民間企業並びに雇用労働専門弁護士事務所からの聴き取りに基づく。

¹⁸⁸ 日本労働研究機構・前掲注45書51頁以下〔池添弘邦執筆部分〕参照。

¹⁸⁹ 2004年9月に行った現地調査での雇用労働専門弁護士事務所からの聴き取りに基づく。

¹⁹⁰ 2004年9月に行った現地調査での民間企業からの聴き取りに基づく。

論されているのは、制定法については、家族・医療休暇法（FMLA）に代表される連邦及び州制定法における家族・医療休暇であり、ほかには、労働協約において定められている様々な休暇である。

後者の協約上の休暇には、個人休暇（personal leave）、組合休暇（union leave）、家族休暇（family leave）、忌引休暇（funeral leave）、市民としての義務遂行のための休暇（civic duty leave）、有給疾病休暇（paid sick leave）、無給疾病休暇（unpaid sick leave）、軍役休暇（military leave）がある¹⁹¹。このうち、日本において特に問題とされる私傷病休職と関連があると思われるのは有給無給の疾病休暇であるが、その取得要件については、文献では必ずしも明らかにされていない。また同様に、起訴休職と関連があると思われるのは個人休暇であるが、ほとんどの協約では取得理由を定めておらず、定めているとしても、健全（good）又は十分（sufficient）な理由に基づき使用者の承認（approval）を得て取得するものとされており、使用者が業務命令として被用者に対して休暇を命ずるというよりも、むしろ被用者自身が自発的に取得するものとされている。

したがって、アメリカにおいては、日本において問題とされうる休職制度に相当する法的規制は存在せず、契約上の規制も存在しないのではないかと考えられる。もっとも、制定法上の権利行使に対する報復として業務命令として休職を命じた場合や、差別禁止法に反する態様で業務命令として休職を命じた場合で、法違反が認定された場合には、各制定法の手続に従った救済が与えられることになろう。

なお、懲戒処分の一類型としての休職は実態として存在するようであり、雇用契約との関連については前記 5. 懲戒、(2) 実態で述べたとおりである。ちなみにこの点、協約規制との関連で述べると、解雇に至らない懲戒処分類型として、ほとんどの協約において休職ないし停職（suspension）が定められている¹⁹²。

7. その他雇用契約にかかわる権利義務関係

(1) 秘密保持義務

ア. 規制の概要

アメリカにおいては、秘密保持義務における「秘密」を **trade secrets**（以下、「営業上の秘密」又は「営業秘密」という。）と呼ぶが、被用者には、これを使用又は開示しない義務（**duty not to use or disclose**. 営業秘密保持義務¹⁹³）が課される。その根拠はコモン・ローである。アメリカでは、被用者は使用者のためにその管理（あるいは「支配」や「コントロール」）の

¹⁹¹ See BNA, *supra* note 166, at 71-77.

¹⁹² *Id.* at 11.

¹⁹³ アメリカにおける営業秘密保持義務に係る邦語文献は、次項の競業避止義務に比してまったくといってよいほど見られないが、競業避止義務の領域は営業秘密保護とも重複するため、後掲注 209 に掲げた各文献においては、営業秘密保護に係る記述もある。営業秘密に係る邦語文献としてはそちらを参照されたい。

下で代理人として行動するものと捉えられていることから、被用者（受託者）は使用者（受益者）に対して代理法という信認関係（fiduciary relationship）に立ち、被用者は使用者に対し忠実義務（duty of loyalty. 信認義務（fiduciary duty）の中核としての義務）を負うとされていることに由来する¹⁹⁴。

代理法第二次リステイトメント 387 条は、忠実義務の一般原則を次のように規定する。「異なる合意のない限り、代理人は、本人に対して、代理に関連するすべての事柄について、本人の利益のためにのみ行動する義務を負う。」。さらに、代理法第二次リステイトメント 395 条は、代理（雇用）関係存続中における営業秘密を利用・開示しない義務を、同 396 条(b) は、代理（雇用）関係終了後も営業秘密を利用・開示しない義務を、代理人＝被用者に課している（なお、これらの規定はすべて、「異なる合意がない限り（Unless otherwise agreed）」とされていることから、任意規定であることに留意しておく必要がある。）。

したがって、雇用関係存続中も終了後も、代理人たる被用者は、本人たる使用者の利益に反する行為を行うことはできず、被用者は使用者に対してその営業秘密を保持する義務を負うこととなる¹⁹⁵。

ところで、従来、アメリカにおける営業秘密は、不法行為第一次リステイトメントにおいて定義されていた関係で、コモン・ロー上の不法行為の問題として処理されていた¹⁹⁶。不法行為第一次リステイトメントは、営業秘密を構成する概念を次のように定義している。営業秘密とは、「使用者の事業に用いられ、かつ、当該秘密を知らないか又は用いていない競争相手に対して優位な立場を獲得する機会を当該使用者に与える、あらゆる方法、パターン、装置、又は情報の複合により構成されうるもの。」¹⁹⁷。

さらに近年では、先に述べた被用者が使用者の営業上の秘密を保持する義務という観点よりもむしろ、営業上の秘密をいかに保護するかという観点からの色合いが濃い法的規制がなされつつある。1980 年に設定され 1985 年に改訂されたモデル州法である統一営業秘密法（Uniform Trade Secrets Act : UTSA）は、2000 年時点で 41 州において、独立の制定法として、あるいは既存の民事法において、各州で独自に適宜修正されつつ¹⁹⁸採り入れられる形で採用されている¹⁹⁹。

統一営業秘密法（UTSA）は、営業秘密を次のように定義する。営業秘密とは、「方法、パ

¹⁹⁴ 代理法における信認関係については、樋口・前掲注 54 書 28 頁以下、忠実義務については、同書 129 頁以下、信認義務については、同書 106 頁以下を参照。

¹⁹⁵ 忠実義務と営業秘密との関係については、樋口・前掲注 54 書 146 頁以下参照。

¹⁹⁶ 現在ではほかにも、不正競争法第三次リステイトメント、連邦情報公開法（Federal Freedom of Information Act）、1996 年経済スパイ法にも営業秘密の定義規定が置かれているとのことであるが（金・後掲注 209 論文 90 頁）、裁判等実務において広く用いられているのは、不法行為第一次リステイトメント及び次に述べる統一営業秘密法における定義であるという（金・同論文）。したがって、使用者の営業秘密を保持する義務に反する行為は、様々な法違反という形で発現するということになる。

¹⁹⁷ RESTATEMENT OF TORTS § 757, comment (b) (1939).

¹⁹⁸ See CONVINGTON ET AL, *supra* note 1, at 372.

¹⁹⁹ See Find Law, Labor & Employment Update, <http://library.lp.findlaw.com/articles/file/00069/000156/title/Subjects> (Last visited 2005/01/07).

ターン、複合、プログラム、装置、体系、技術、又はプロセスを含む情報であり（UTSA, 1条(4)）、これは、広く一般に知られておらず、かつ、適切な手段により、当該情報の公開又は利用により経済的価値を獲得しうる者らにより容易に確認し得ない、現実の又は潜在的な独立した経済的価値を有し（1条(4)(i)）、かつ、諸状況下でその秘密性を維持する合理的努力の対象物（1条(4)(ii)）。

統一営業秘密法（UTSA）の定義に関して、「体系、技術」にはいわゆるノウ・ハウが含まれる。「広く一般に知られておらず、かつ、適切な手段により、（他の：筆者注）者らにより容易に確認し得ない」とは、広く社会一般（public）に知られていることまで求めるのではなく、当該情報から経済的利益を得ることができる主な人々が当該情報を知っている場合には、営業秘密ではない、ということである（1条、コメント）。要するに、当該情報が属する業界の関係者が当該情報の存在を知っている場合には、保護される営業秘密ではない、ということの意味している。

そして、統一営業秘密法（UTSA）は、このように定義される営業秘密が、電子機器その他の手段を通じて盗難されるなど「不適切な手段（improper means）」を通じて（1条(1)）、このような不適切な手段を用いた者から獲得（acquisition）されたり公開（disclosure）又は利用（use）されたりした場合（1条(2)(i)(ii)）には、差止め（injunction. 2条）、損害賠償の支払（damages. 3条）、弁護士費用の支払（attorneys' fee. 4条）が、それぞれ裁判所により命じられうるとしている。

もっとも、各々の救済についてはより細かく定められている。以下、簡潔に述べておく。

差止めについては、悪用の可能性（threatened）でも差止申立が可能であるが、営業秘密がそれとして存在し、当該営業秘密の悪用による商業上の優位（commercial advantage）を中止させるための合理的な期間の間において差止めは継続されうる（2条(a)）。また、差止めには合理的な額の使用料（royalty）が付されうる。

損害賠償については、悪用を知っていたか知る理由があった場合に限定され、賠償額には、悪用により生じた、実損、実損には含まれない不当利得（unjust enrichment）の両者が含まれうる（3条(a)）。故意（willful）及び悪意（malicious）による悪用がある場合は、総額で前条による賠償額の二倍の額を超えない範囲で懲罰的な（exemplary）損害賠償の支払いを命じられうる（3条(b)）。

弁護士費用については、訴訟や申立てが不誠実に（in bad faith）なされたり、故意や悪意による悪用が存在したりする場合、裁判所は、勝訴当事者に対して合理的な額の弁護士費用を与えうる（4条）。

なお、統一営業秘密法（UTSA）の効果として、不法行為、原状回復（restitution）及び民事救済を定める州法は統一営業秘密法（UTSA）に置き換え（displace）られるが（7条(a)）、契約法上の救済、営業秘密の悪用に基つかないその他の民事救済、刑事罰（criminal

remedies)²⁰⁰には効果が及ばない(影響を与えない)と定めている(7条(b)(1)(2)(3))。また、出訴期間(statute of limitations)は、当該営業秘密の悪用を知ったか又は合理的に知ることができた時から起算して3年間とされている(6条)。

イ. 幾つかの問題

以上の法の状況を前提に、問題となっている幾つかの点について述べることにする。

まず、何が保護に値する営業秘密であるのか否かという保護対象の画定基準の問題である。

統一営業秘密法(UTSA)における営業秘密は、様々な形での「情報」であるが、「秘密」でなければならない。したがって、統一営業秘密法(UTSA)自らが述べるように、一般に広く知られている情報は「秘密」ではない。その反面で、秘密性(secretcy)を維持する利点があるような目新しい「情報」は、保護の対象となる²⁰¹。そして、営業秘密を法的保護の対象とさせるには、統一営業秘密法(UTSA)の定義にあるように、使用者は、営業上の情報を秘密性ある状態にし、これを維持することが必要となる²⁰²。具体的には、裁判所は、①市場における当該情報の入手可能性(availability)、②使用者は当該情報を秘密なもの(confidential)とし、それを保護する必要な手段を講じたかという被用者自身による当該情報の取り扱い方法、を考慮して判断している²⁰³。

そして、保護の対象となりうる営業秘密の範囲について、統一営業秘密法(UTSA)におけるコメントによれば、いわゆる「ノウ・ハウ」も含まれ、また、必ずしも著作権がある情報である必要はない²⁰⁴ことから、一般に、顧客リストも営業秘密の概念に含まれうることになる。なお、この顧客リストの流用が、もっとも使用者の営業秘密の保護との衝突が起こる領域のようである。

顧客リストが営業秘密として保護されるには、もちろん、当該情報に秘密性が要求されるが、例えば、被用者が密かにコピーして持ち去り、これが元の使用者の内規に違反する場合、当該顧客リストには保護される秘密性があると判断されうる²⁰⁵。

裁判所が具体的判断材料とする要素は、①使用者が顧客情報を収集・充実させた特別な労力と投資の程度、②使用者-被用者間における顧客情報の秘密性の程度、③使用者が顧客情報を保護しようとした程度、④被用者が顧客情報を収集するのに果たした役割、⑤被用者による顧客情報流用の動機に悪意が存したか否か、⑥被用者が使用者を欺いた程度、⑦被用者がリストにある顧客を勧誘して行う自身の商い又は職業の能力、である²⁰⁶。

なお、顧客情報は、印刷物や電子ファイルとしてのみならず、(自ずと限界はあろうが)

²⁰⁰ 州によっては、使用者の営業秘密の保護に反する被用者の行為は、刑事責任を発生させ得る。See GOLDMAN *supra* note 1, at 95.

²⁰¹ *Id.* at 96

²⁰² *Id.*, citing *K-2 Ski Co. v. Head Ski Co. Inc.*, 506 F.2d 471 (9th Cir. 1974), CONVINGTON ET AL, *supra* note 1, at 374.

²⁰³ See CONVINGTON ET AL, *supra* note 1, at 374.

²⁰⁴ *Id.* at 373, GOLDMAN *supra* note 1, at 96.

²⁰⁵ See GOLDMAN *supra* note 1, at 96.

²⁰⁶ *Id.*

被用者の「記憶」によっても持ち去られることがありうるが、統一営業秘密法（UTSA）はこのような問題について何ら述べていない。裁判所は従来、先のような判断要素に基づく分析を省略して、被用者は「記憶力」のみによってであれば、顧客情報を持ち出すことができると判断していたようだが²⁰⁷、近年では、このような理解の仕方は、揺らいできているようである（例えば、カリフォルニア州²⁰⁸）。

(2) 競業避止義務²⁰⁹

アメリカにおいて競業避止義務は、契約として締結される競業避止特約（**covenants not to compete**. 雇用契約の一部の場合もあるしそうでない場合もある。）の法的有効性をめぐって論じられている。競業避止特約は、多くの場合、営業、技術、運営的被用者の雇用契約において、明確に定められていることが多い²¹⁰。アメリカの法制度は、自由な競争、開かれた市場、そしてしたがって、契約の自由を広範に認めているが、裁判所は、このような特約が被用者の意に反して締結される可能性も含め、被用者の職業機会の阻害や経済的困難、被用者の特別な知識、技能、経験が社会的に活用されないことへの憂慮から、基本的に有効とはとらえていない。しかし他方で、使用者としては競業避止特約を締結していないと、結果として自らの事業運営に支障を来しかねないことから、裁判所は、使用者側が有する利益も考慮しつつ、特約の履行可能性（**enforceability**）を合理的な範囲に限定して判断を行っている

²⁰⁷ *Id.* at 97, citing *Carl A. Colteryahn Dairy Inc. v. Schneider Dairy*, 203 A.2d 469 (Pa. 1964).

²⁰⁸ See Dylan W. Wiseman, *An Introduction to California Trade Secrets Law*.

http://library.lp.findlaw.com/articles/file/00073/009531/title/Subject/topic/Intellectual%20Property_Trade%20Secrets/filename/intellectualproperty_1_764. カリフォルニア州では、従来、記憶を消し去る（**wipe clean**）ことは期待し得ないとして、元被用者による元使用者の営業秘密の流用を認めていたが（このことは、“**wipe clean doctrine**”と呼ばれている。）、結局は、当該営業秘密を悪用して利用・開示したか否かが問題であるとされ、覆されている。また、元の被用者は、同じ業種・職種に移ることが多いという理由から、必然的に（**inevitably**）元の使用者の営業秘密を開示するという考え方が採られ、実際に利用・開示されていなくとも、利用・開示の可能性（**threatened**）のみで差止めが認められる余地もあったが（このような考え方は、“**inevitable disclosure doctrine**”と呼ばれる。）、現在では、単に利用・開示があったか否かを判断すればよいとして、この考え方は否定されている。なお、代理法第二次リステイメント 396 条(b)は、代理人＝被用者は、その義務に反しないで記憶にとどめて（**retained in his memory**）獲得した使用者の事業運営方法に関する一般的情報や顧客の名前を利用することができる、としている。

²⁰⁹ この問題の詳細は、see ROTHSTEIN ET AL. *supra* note 1, at 642 et seq. なお、被用者の使用者に対する「忠実（**loyalty**）」という観点からの文献として、see Benjamin Aaron, Matthew Finkin, *The Law of Employee Loyalty in the United States*, 20 COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL 321, 324-330 (1999). 邦語文献としては、内藤恵「アメリカ雇用契約理論における雇用契約終了後の労働者の競業避止義務と合理性（**reasonableness**）の基準」慶應義塾大学法学部編『慶應義塾大学法学部法律学科開設百年記念論文集法律学科篇』559 頁以下（1990 年）、石橋洋「労働契約上の競業避止義務」季刊労働法 165 号 146 頁以下（1992 年）、同「米国における労働法研究の動向」日本労働研究雑誌 409 号 28 頁以下（1994 年）、木村仁「雇用関係における競業避止契約の合理性」季刊労働法 170 号 132 頁（1994 年）、金春陽「アメリカにおける退職後の競業避止特約」同志社法学 55 巻 2 号 76 頁（2003 年）を参照。さらに、アメリカ雇用契約という広い観点から競業避止義務を捉えようとするものとして、内藤恵「アメリカ雇用契約における労働者の誠意義務」法学研究（慶應義塾大学法学部）63 巻 12 号 307 頁以下（1990 年）、同「アメリカ雇用契約における労働者の競業避止義務と約因法理」法学研究（慶應義塾大学法学部）65 巻 12 号 111 頁以下（1992 年）、同「労働者の雇用契約終了後の競業避止義務からの離脱」法学研究（慶應義塾大学法学部）67 巻 2 号 1 頁（1994 年）がある。競業避止義務（及び営業秘密保持義務）に係る詳細な議論はこれら先行研究に譲る。

²¹⁰ See GOLDMAN, *supra* note 1, 97.

いう状況にある²¹¹。したがって、裁判所は、被用者、使用者、社会という三者における利害のバランスを調整²¹²しながら、個々の事案において妥当な解釈を導き出そうとしていると考えられる。

競業避止義務も、先の営業秘密保持義務と同様に代理法第二次リステイトメント 387 条による忠実義務の一般原則の範疇にあるが、また、同 393 条は代理人＝被用者による競業行為を行わないことを、さらに、同 394 条は代理人＝被用者が本人の利益と相反する利益を有する者のために行動しないことを代理人＝被用者の義務としているため、雇用関係存続中において、被用者は使用者に対して競業避止義務を負うこととなる（注意が必要なのは、これらの規定もやはり、「異なる合意がない限り（Unless otherwise agreed）」という条件が付された任意規定であることである。）。

反対に、代理（雇用）関係終了後については、代理法第二次リステイトメント 396 条(a)が、「代理人は本人と競業する行為を行わない義務を有しない」と規定していることから、一般的には、雇用関係終了後、元被用者は元使用者に対して競業避止義務を負わないと言える。しかし、先に見た規定と同様に、この規定も、「異なる合意がない限り」という任意規定であるため、本項の冒頭で述べたように、使用者は元の被用者による利益相反行為たる競業行為を妨げるべく、競業避止特約を締結し、雇用関係終了後についても競業避止義務を元の被用者に課しているのである²¹³。

州によっては、制定法を定め、競業避止特約を規制している。州制定法においては、一定の要件（ないし基準）を満たす場合に限って、この特約に法的効力（履行可能性）を認めている。なお、カリフォルニア州は、唯一、退職した被用者の競業を制限する一切の特約を制定法により無効（void）としている²¹⁴（ただし、営業秘密を保護することについては使用者側の利益が認められているので無効とされない）。一方、制定法を定めていない州では、判例法（judge-made-law. コモン・ローと同じ。）により、一定の要件（ないし基準）を満たすか満たさないかを審査し、競業避止特約の法的効力の有無を決している。州制定法、判例法のいずれにおいても、競業避止特約に法的拘束力を認めるか否かという判断基準は、おおよそ同じものである。しかし、各州の間で、特約を緩やかに捉えるか厳しく捉えるかという差異がある²¹⁵。

²¹¹ See Aaron et al, *supra* note 209, at 324. なお、裁判所は他方で、事業売却やパートナーシップ契約解消に伴う競業避止特約に関しては、雇用契約におけるそれに対してよりも、相対的に緩やかに解しているという。それは、当事者は交渉力において雇用契約におけるよりも、より平等であるという理由に基づいている。See BUCKLEY ET AL., *supra* note 1, 1-26.

²¹² See Aaron et al, *supra* note 209, at 324.

²¹³ このパラグラフで述べた競業避止義務の代理法上の問題については、樋口・前掲注 54 書 140 頁以下、220 頁以下を参照。

²¹⁴ CALIFORNIA BUSINESS AND PROFESSIONS CODE § § 16600-16607.（カリフォルニア州事業及び職業法典 16600 条-16607 条）カリフォルニア州を含め、州制定法により競業避止特約を規制している州は 28 州ある。BUCKLEY ET AL., *supra* note 1, 1-28-1-42.

²¹⁵ 各州の法的状況の概要については、see BUCKLEY ET AL., *supra* note 1, 1-28 et seq. なお、幾つかの州の間における捉え方の差異については、see Aaron et al, *supra* note 209, at 324 et seq.

では、競業禁止特約の法的有効性に係る具体的判断基準は何か。一般的には、①特約の締結によって守られるべき正当な利益を使用者が有していること、②特約の内容が、制限期間・地域・対象業務等について、使用者の正当な利益保護のために必要な合理的範囲で定められていること、③被用者に不当な負担を課さないこと、④社会や自由競争市場に対して有害ではないこと²¹⁶、そして、⑤特約は約因（**consideration**）により裏付けられていること、である²¹⁷。

これら判断基準については、「使用者の正当な利益」、「合理性」、そして「約因」がキー・ポイントとして重要であり、これらについて説明を要しよう。なお、被用者への不当な負担という点については、独立の判断基準と捉えるよりも、②における合理性や、⑤における約因との相関関係において、不当な負担となるか否かの問題と理解されているようである²¹⁸。

使用者の正当な利益という点については、何が正当な利益に当たるのかが問題となる。正当な利益とは、従来の顧客との永続的な関係（**near-permanent relationship**）²¹⁹や、それを含め新たな顧客を誘引し関係を築くこと（**goodwill**）²²⁰が阻害されないこと、使用者が被用者に対して投資した職業訓練が他社で転用されないこと²²¹、そして、営業秘密²²²とも関連するが、使用者に独自の財産的な利益の保護も挙げることができる。

次に、合理性の問題だが、これは、競業が制限される「期間（**duration**）」と「地理的範囲（**territorial extent**）」の二つの側面から検討される。

期間については、それが短ければ特約の合理性はより認められやすくなるが、裁判所は、被用者の職務の性質にも着目して期間の合理性を判断しており、例えば1年という期間であっても、職種によっては合理性が認められたり認められなかったりする²²³。被用者の職務の性質という要素に加え、特約の合理性判断は、他の判断基準や要素及び個々の事案における背景事情が総合的に考慮されて最終的に判断されるという手法が採られていることから、競業行為が制限される期間のみを捉えて合理性を判断することはできない。なお、競業禁止特約が制定法によって規制されている州のうち、幾つかの州では、競業が制限される期間を州制定法によって制限している。

そして、地理的範囲については、特定の制限的な地理的範囲が定められているのであれば、特約の合理性はより認められやすくなるものの、期間の制限という要素と同様に、被用者の

²¹⁶ *Hamer Holding Group, Inc. v. Elmore*, 560 N.E.2d 907 (Ill. App. 1990).

²¹⁷ See GOLDMAN, *supra* note 1, 97, COVINGTON ET AL., *supra* note 1, at 377, Aaron et al, *supra* note 209, at 325.

²¹⁸ See Aaron et al, *supra* note 209, at 325.

²¹⁹ *Rapp Ins. Agency, Inc. v. Baldree*, 597 N.E.2d 936 (Ill. App. 1992), *Outsource International, Inc. v. Barton*, 192 F.3d 662 (7th Cir. 1999).

²²⁰ *Hill v. Mobile Auto Trim*, 725 S.W.2d 168 (Tex. 1987), *Weber v. Tillman*, 913 P.2d 84 (Kan. 1996), *Garber Bros. v. Evlek*, 122 F.Supp.2d 375 (E.D.N.Y. 2000).

²²¹ *Borg-Warner Protective Services Corp. v. Guardsmark, Inc.*, 946 F.Supp. 495 (E.D.Ky. 1996)

²²² *SI Handling Sys., Inc. v. Heisley*, 753 F.2d 1244 (3rd Cir. 1985), *Ackerman v. Kimball Int'l, Inc.*, N.E.2d 778 (Ind. App. 1994).

²²³ See GOLDMAN, *supra* note 1, 98.

職務の性質、他の判断基準や要素及び個々の事案における背景事情が総合的に考慮されて最終的に判断されるので、地理的範囲の広狭も一概に論じることはできない。

なお、地理的制限は、使用者が実際に事業を行っているか行うであろうと考えられる範囲に限定している州が数州あるものの、別の数州では、被用者が使用者に対して労務を提供している範囲にのみ限定している²²⁴。

そして、特約と引き換えになされる約因については、雇用の前に結ばれる特約であれば、雇用の開始は約因となる²²⁵のに対して、雇用の途中で特約が結ばれる場合、約因は特約を裏付けるものとして存在し続けなければならないため、雇用の継続のみでは約因があるとはされない²²⁶。雇用の途中で結ばれる特約の約因になるのは、賃金の上昇や付加的な補償²²⁷、そのほかベネフィットの付与²²⁸、より広い職務上の権限の付与²²⁹、新たな別の職位に就けること²³⁰、雇用契約上 **at-will** の地位から雇用保障のある特定期間の雇用への切り替え²³¹、などである。なお、雇用の途中で使用者が特約の定めと一貫しない行動を取り、被用者がこれを信じた場合、後に紛争が生じて、使用者は従前の特約を放棄したとみなされる場合があり、反対に、使用者が特約の定め（ないし、おそらくは約因の内容）を破り、被用者がこれに異議を述べずに就労し続けた場合にも、被用者は従前の特約（及びその対価としての約因）を放棄したものとみなされる場合がある²³²。

以上のように、幾つもの判断基準及び要素を総合的に考慮して（その反面で、唯一の決定的な判断基準・要素はない。）、競業禁止特約の法的有効性が判断されることになるが、多くの州において、裁判所は、一つの特約における幾つかの制限的条項のうち、合理的と考えられる部分が不合理であると考えられる部分から分離可能（**severable**）である場合には、合理的部分のみを履行可能であると判断している。反面で、特約中の不合理な制限条項が合理的な制限条項と分離可能でない場合には、特約全体を無効と解するという厳格な捉え方をする州もあり、実際にそのような事案もある²³³。分離可能か否かは、特約全体のインパクトが非良心的（**unconscionable**）であるかどうかによる²³⁴。

なお、特約条項の分離可能性という上記のアプローチと関連するが、幾つかの州において用いられているのが、“**blue pencil**” rule である²³⁵。このルールは、曖昧に規定されている

²²⁴ See BUCKLEY ET AL., *supra* note 1, 1-26.

²²⁵ *Ruffing v. 84 Lumber Co.*, 600 A.2d 545 (Pa. Super. 1991).

²²⁶ *Bilec v. Auburn & Assoc., Inc. Pension Trust*, 588 A.2d 538 (Pa. Super. 1991).

²²⁷ *Hollingsworth Solderless Terminal Co. v. Turley*, 622 F.2d 1324 (9th Cir. 1980).

²²⁸ *Wainwright's Travel Service, Inc. v. Schmolk*, 500 A.2d 476 (Pa. Super. 1985).

²²⁹ *Davis & Warde, Inc. v. Tripodi*, 616 A.2d 1384 (Pa. Super. 1992).

²³⁰ See *supra* note 222.

²³¹ *Kramer v. Robec, Inc.*, 824 F.Supp. 508 (E.D.Pa. 1992).

²³² See ROTHSTEIN ET AL, *supra* note 1, at 659.

²³³ See GOLDMAN, *supra* note 1, 98. 事案としては、例えば、*Rector-Phillips-Morse, Inc. v. Vroman*, 489 S.W.2d 1 (Ark. 1973).

²³⁴ *Id.*

²³⁵ See BUCKLEY ET AL., *supra* note 1, 1-26. 事案としては、例えば、*Liccoci v. Cardinal Associates, Inc.*, 432 N.E.2d 446 (Ind.App. 1982), *vacated on other grounds*, 445 N.E.2d 556 (Ind. 1983). なお、blue pencil rule

か不合理な条項を含む競業禁止特約を、裁判所が書き換えたり特定の文言を削除したりする（そして当事者に履行させる）ことができる、というルールである²³⁶。しかし、他の州においては、司法による限定解釈を憂慮して、使用者は当初から合理的な範囲を超える特約を設定するのではないかとの懸念から²³⁷、また、受け入れがたいほど機械的（**unacceptably mechanical**）であって、「特約の実質にかかわる文言を価値づける」ことになるとの理由から²³⁸、このアプローチを採用していない。

競業禁止特約に係る救済に関しては、被用者の特約違反に係る使用者への救済と、使用者側に帰責性ある場合に特約の履行を被用者に求めうるか、という二つの側面がある。

まず、被用者の特約違反に係る使用者への救済としては、損害賠償、競業行為の差止めがある。

問題の性質上、エクイティ上認められている差止めの方が、より重要視されているようで、実際に論じられている領域はこちらの方が多い。エクイティ上、特約における競業行為の禁止は、権利の問題ではなくむしろ当事者間における公正さ・均衡の問題であるため、裁判所が特約を合法的なものであると判断した場合でも、裁判所は差止めを発しないことができる。他方、コモン・ロー上は、使用者は被用者の競業行為によって被った損害を事後的に請求できるに過ぎない²³⁹。以下では特に、差止めについて述べることにする。

まず、予備的差止め（**preliminary injunction**）についてだが、ほとんどの州において、使用者がおおよそ次の要件を満たす場合には、予備的差止めが認められている。①原告（ここでは使用者）は訴訟の実質（**substantive claim**）において勝訴する可能性が高いこと、②原告は予備的差止めがなされなければ回復不能な損害（**irreparable harm**）を被ること、③受ける困難さの均衡（**balance of hardship**）が原告に傾いていること、④予備的差止めを発することが公共の利益（**public interest**）にかなうこと²⁴⁰。

州法においては、おおよそこのような4つの判断基準に基づいて予備的差止めの可否を審査しているが、連邦の幾つかの裁判所においては、“**sliding test**”と呼ばれる、柔軟な判断基準を用いているところもある。具体的には、上記の判断基準のうち、②の回復不能な損害の程度が大きいのであれば、①の勝訴可能性は必ずしも証明する必要はなく、単に特約上の責任があることを証明すれば足りるとか、反対に、勝訴の可能性が極めて高いことを証明す

を裁判所が援用する州は5州（アリゾナ、アイダホ、インディアナ、メリーランド、ノース・カロライナ）あり、うち2州（アイダホ、メリーランド）は競業禁止特約に関する制定法を有していない。*Id.* at 1-28-1-42.

²³⁶ See ROTHSTEIN ET AL, *supra* note 1, at 653によれば、*Data Mgmt., Inc. v. Greene*, 757 P.2d 62 (Alaska 1988)における **blue pencil rule** に対する裁判所の見解を引用しつつ、競業行為が制限される範囲が「英国全土」と定められている場合には特約は無効となるが、「ロンドン又は英国全土」とされている場合には、「英国全土」との文言を削除（**delete**）して「ロンドン」に限定して特約の効力を認めるというルールであると説明されている。

²³⁷ See Aaron et al, *supra* note 209, at 329.

²³⁸ *Data Mgmt., Inc. v. Greene*, 757 P.2d 62 (Alaska 1988).

²³⁹ See ROTHSTEIN ET AL, *supra* note 1, at 659.

²⁴⁰ *Id.* at 655.

れば、回復不能な損害の程度は大きいことを要しない、というものである²⁴¹。要するに、**sliding test** は、州法における 4 つの判断基準を相互に補完的に運用する審査方法であると考えられることができる。

また、予備的差止めは、被害者に迅速な救済を与える必要があるとの考慮から発せられるものであるため、予備的差止めの申立てが時機を逸してなされた場合、仮に回復不能な損害があったとしても、認められない²⁴²。申立てが遅くなった理由として認められるのは、裁判手続によらずに紛争を解決しようとの意図により行われる調査と解決の試みである²⁴³。

そして、通常の差止めに関しては、前述の、特約ないし約因の放棄が認められる事情がある場合には、後に紛争が生じて、当事者は特約や約因に基づいて差止めを求めることはできない。また、予備的差止と同様に、時機を逸した差止申立は、ごく例外的な理由による場合を除いて、認められない。さらに、差止申立が認められるためには、クリーン・ハンズ (**clean hands**) の原則に適合する事情が申し立てる側に必要となる。エクイティ上の救済である差止めや特定履行を救済として求める場合、エクイティは、衡平の原理に基づいてこれら救済を発するため、原告側に、良心に反する行為、信義誠実を欠く行為が認められる場合には、仮に原告側の主張に正当性があっても、エクイティ上の救済を発することは拒否される、という法原則である²⁴⁴。したがって、例えば、原告である使用者の事業の遂行について、使用者が被用者に対して、取引に際して顧客を欺く (**cheat**) ように推奨していた場合には、仮に顧客が実際に欺かれることがなかったとしても、使用者のこのような行為は衡平の原理に反するため、使用者はエクイティ上の救済を受けることができない²⁴⁵。なお、クリーン・ハンズの原則は、エクイティ上の救済を求める原告側に適用されるものであるが、当事者双方共がこの原則に反するような事情を有している場合には、訴訟においていずれの当事者が決定的に原告であるかによって決せられる²⁴⁶。

次に、使用者側に帰責性ある場合に特約の履行を被用者に求めうるか、という問題についてだが、使用者が先に、契約ないし特約中の補償金条項に反していた場合、元の被用者は特約に拘束されないとした事案²⁴⁷がある。また、被用者を不適切に解雇した場合、競業禁止特約は履行され得ないとした事案²⁴⁸もある。なお、アメリカにおける雇用契約は **at-will** なので、職務遂行能力のあるなしにかかわらず被用者は解雇されうるが、競業禁止特約の履行に関しては、職務遂行能力の低さを理由に解雇された営業代理人 (**sales representative**) に

²⁴¹ *Id.*

²⁴² *Id. Citibank, N.A. v. Citytrust*, 756 F.2d 273, 276 (2d Cir. 1985).

²⁴³ *Id.*

²⁴⁴ 田中編・前掲注 4 書 151 頁参照。

²⁴⁵ *North Pacific Lumber Co. v. Oliver*, 596 P.2d 931 (1979).

²⁴⁶ *See ROTHSTEIN ET AL, supra note 1, at 660.* なお、被用者側にクリーン・ハンズ原則違反があったかが争われた事案として、*Bryan v. Hall Chemical Co.*, 993 F.2d 831 (11th Cir. 1993) があるが、この事案では結局、被用者にはクリーン・ハンズ原則違反はないとされている。

²⁴⁷ *Alexander & Alexander, Inc. v. Feldman*, 913 F.Supp. 1495 (D. Kan. 1996).

²⁴⁸ *Marcree Sales Corp. v. Jetter*, 476 S.E.2d 840 (1996).

対しては特約を履行し得ないとした事案²⁴⁹がある。裁判所は、自ら職を去った者に対して特約を課すのと、成績が悪くて解雇された者に対して特約を課すのとでは、それぞれにかかる負担・困難は大きく異なる、ということその理由として述べている。

しかしながら、注意しなければならないのは、以上のような救済や特約の履行可能性についても、各州によってとらえられ方には濃淡があり、一概にはその傾向を見出せないということである。

なお、以上の競業禁止特約の対象となる被用者が使用者の営業上の秘密を利用・開示したのであれば、先の営業秘密保持に係る州制定法又は判例法により、このような特約の有無にかかわらず、使用者は、当該利用・開示に対して、適切な救済を裁判所に求めることができる。

(3) 安全配慮義務に相当する法理

「雇用の過程において (in the course of employment)」「雇用から生じた (arising out of the employment)」負傷・疾病に関しては、各州の労災補償法制度²⁵⁰に基づき諸給付が支給される。かつては、労働災害が発生し被用者が被災した場合でも、被用者は、コモン・ロー上の不法行為に基づいて、使用者に対して就労中の事故に対する救済を裁判所に訴えを起こして求めるしかなく、しかも裁判所では、「共同雇用ルール (fellow servant rule) ²⁵¹」, 「危険の引受 (assumption of risk) ²⁵²」, 「寄与過失 (contributory negligence) ²⁵³」によって、救済が否定されるという困難に直面していた²⁵⁴。

しかしやがて、それらのようなコモン・ロー上のルールや原則は、被災労働者に対する補償や保護の必要性の認識が高まる中、各州で労災補償法制が制定され、同法制度が使用者の無過失責任 (liability without fault) を基軸に整えられたことから、労働災害に係る救済においては意義を失っていった。

重要なことは、このような歴史と性質を有する州労災補償法制度においては、使用者は無過失責任を負うということ、労災補償法の対象である労働災害に係る救済は排他的 (exclusive) 救済であり、不法行為による損害賠償請求は一切排除される²⁵⁵ということである。

²⁴⁹ *Insulation Corp. of America v. Brobston*, 652 A.2d 891 (1995).

²⁵⁰ アメリカの労働者災害補償法制度については、JACK B. HOOD, BENJAMIN A. HARDY, Jr., HAROLD S. LEWIS, Jr., *WORKERS' COMPENSATION AND EMPLOYEE PROTECTION LAWS*, 3rd ed., West Group (1999), 日本労働研究機構『労災補償制度の国際比較研究 (調査研究報告書 No.148)』(2002年)5頁以下〔「第1章アメリカ」, 小畑史子執筆部分〕を参照。

²⁵¹ 労働災害が同僚の過失による場合、被災労働者は使用者に対して法的責任を問うことができないとの法原則。

²⁵² 被用者がその職務には危険が伴うことを知って雇用関係に入った場合、危険を引き受けたとみなされ、被災労働者は使用者に対して法的責任を問うことができないというルール。

²⁵³ 被災労働者にも当該労働災害について過失があった場合、当該過失を分担して有している使用者に対しては、損害賠償請求がまったく否定されてしまうという法理。

²⁵⁴ このような法的状況については、see ROTHSTEIN ET AL. *supra* note 1, at 536 et seq., 樋口・前掲注 54 書 158 頁参照。

²⁵⁵ See COVINGTON ET AL., *supra* note 1, at 60, HOOD ET AL., *supra* note 250, at 26.

る。したがって、日本における安全配慮義務に類する法理はアメリカには存在しないということになる。

もともと、州労災補償法制度の対象外であるような職場における様々な事象については、一般的に、それが使用者の故意に基づくものである場合には、労災補償法による免責の対象とはされず、被用者は使用者に対して損害賠償を請求することを妨げられない。しかし、この場合の「故意」とは、「使用者が当該被用者に危害を加えようとする意図が明白である場合に限られる」というように、極めて狭く解されている²⁵⁶。このことに関連して、近年では、職場における使用者の被用者に対する意図的不法行為（**intentional tort**）をも労災補償の適用対象としている州もあるようである²⁵⁷。

なお、アメリカにおいては、日本におけるような安全配慮義務を契約（法）上の責任ととらえる発想はない。

(4) 被用者の損害賠償責任

コモン・ロー上の不法行為法の原則（他人の権利を侵害する故意又は過失による作為又は不作為）に従えば、被用者がその職務の遂行過程において使用者に対して損害を与えた場合、当該被用者は使用者に対して損害賠償責任を負うことになる。しかし、そのような損害を与えた非違的行為（**wrongdoing**）が、まさに職務遂行過程においてなされた場合、幾つかの州裁判所では、伝統的なコモン・ロー（代理法）上の原則である、寄与過失（**contributory negligence**）²⁵⁸を使用者に適用することを認めており、したがって、使用者は被用者に対して損害賠償を請求することができない場合があり得る²⁵⁹。

なお、以上のほかに、使用者の被用者に対する損害賠償請求が認められる問題としては、先の秘密保持義務・競業避止義務に係る州制定法、コモン・ロー、契約（特約）に対する違反がある。

また、期間の定めある雇用契約の履行が終了する前に被用者が職を辞すなど、当該期間のすべてについて契約を履行しなかった場合には、代替者を雇用するなど使用者に生じた損害を賠償する義務が当該被用者に生じることになる²⁶⁰。

8. 雇用契約の終了

(1) 普通解雇

アメリカでは、期間の定めのない契約や、契約上、当事者が特別な取り決め（解雇を制限

²⁵⁶ *Id.* at 61.

²⁵⁷ See HOOD ET AL., *supra* note 250, at 38.

²⁵⁸ 前掲注 253 参照。

²⁵⁹ See GOLDMAN *supra* note 1, at 135, citing *Cavitola v. Minneapolis, St. Paul & S.S.M.R.R.*, 103 N.W.2d 867 (Minn. 1960), and *Contra, Brown v. Poritzky*, 283 N.E.2d 751 (N.Y. 1972).

²⁶⁰ *Handicapped Children's Education Board v. Lukaszewski*, 332 N.W. 2d 774 (1983).

する約定で、例えば、解雇には正当事由が必要とのエンプロイヤー・ハンドブック等文書上の明示又は黙示、いつまでも勤めて欲しい等口頭での約定)をなさない限り、コモン・ロー上の「随意雇用の原則 (employment at-will doctrine)」により、使用者はいついかなる理由によっても被用者を解雇しうる。at-will であることはまさに「意のまま」であり、雇用とは無関係な理由 (例えば、服の色、髪型が気に入らない等)によっても、被用者は即時に解雇されうる。また、後述の(2)整理解雇において述べるいわゆる整理解雇に係る手続的規制 (WARN Act) による事業所閉鎖・大量レイオフの 60 日目の事前予告を除き、解雇に際して事前予告を行うことは一切必要とされていないという点で、まさに「いつでも」被用者は解雇されうるのである (ただし、幾つかの州の制定法では、使用者が被用者に対してその退職に際し事前予告を契約上義務づけている場合、使用者は被用者を解雇する場合、同じ期間の事前予告をしなければならないと定められている。)

しかし、この原則は幾つかの制約を受けている。

第一に制定法による制約がある。①差別禁止諸法による規制、②全国労働関係法による、組合活動や組合加入を理由とする解雇の規制、③年金受給権発生を阻止するための解雇の規制、④ポリグラフ・テスト (嘘発見機) 拒否による解雇の規制、⑤陪審員を勤めたことによる解雇の規制、⑥被用者が使用者の違法行為を当局に通報した場合にこれを理由とする解雇を禁じる内部告発 (whistleblowing) 法による規制、⑦その他法律上の権利行使や手続の利用に対する報復としての解雇。救済は、解雇理由によって適用される法律が異なるので、各法が規定する手続によって行われることになる。

第二に、労働協約に定められている、解雇に対して「正当事由 (just cause)」を求める条項による制約がある。同条項が規定されている協約の適用を受ける被用者は、不当な解雇がなされた場合、労働協約上の苦情処理・仲裁手続を通じて救済を求めうる。

アメリカにおける雇用契約関係は、契約自由を基礎とする各州のコモン・ローにより規律されていることから、第三に、各州によって濃淡の差はあるが、一般法理による制約が幾つかある²⁶¹。

ア. at-will 雇用契約解約の法規制

(7) パブリック・ポリシー違反

第一に、何らかの明確な法規範に示された公的政策に反する解雇を制限する「公共の政策

²⁶¹ アメリカにおけるコモン・ローによる解雇規制の展開については、中窪裕也「アメリカにおける解雇法理の展開」千葉大学法学論集 6 巻 2 号 81 頁以下 (1991 年)、Charles J. Muhl, *The Employment-at-will Doctrine: Three Major Exceptions*, MONTHLY LABOR REVIEW, Vol.124, No.1 (January, 2001) を参照。以下に述べる普通解雇の項については、以上の論稿に加え、前掲注 1 に掲げた各文献の解雇 (Termination, Discharge) の項を参照し、まとめている。なお、本章脱稿後、中窪裕也「「解雇の自由」雑感—アメリカ法からの眺め」中嶋士元也先生還暦記念論集刊行委員会編『労働関係法の現代的展開』(信山社、2004 年) 341 頁以下に接した。この論文は、近年の裁判例を掲げつつアメリカにおける解雇自由の根強さを述べるが、ハンドブック等における disclaimer (免責条項ないし否認条項) の存在によりハンドブック等の記載内容が契約内容とはならない旨定めたサウス・カロライナ州の新たな制定法について触れている。

(public policy) の法理²⁶²がある。例えば、使用者からの違法行為の指示に背いた被用者の解雇²⁶³、法律上の権利行使を理由とする解雇、陪審員や証人等公的義務を果たしたことを理由とする解雇などである。「公共の政策」とは、公共の利益の観点から法令に明示的に定められている政策のことを意味する。したがって、法令に定められていない理由を根拠に、被解雇者個人の受けた不利益を回復すべく訴訟を起こすことはできない。この場合の解雇は不法行為となるので、救済としては逸失利益の賠償と精神的損害賠償が認められ、さらに、悪質な解雇の場合には懲罰的損害賠償が認められることもある。

(イ) 契約違反（雇用契約違反、エンプロイヤー・ハンドブック記載事項違反）

第二に、正当事由がなければ解雇しないと契約において定めた場合の解雇に対しては、「契約法理」による制限がある。この法理は、被用者に雇用契約の内容が記載された書面（エンプロイヤー・ハンドブックやマニュアル）を交付する明示の場合はもちろん²⁶⁴、黙示の (implied) 約束や雇用関係全体における背景事情からでも正当事由の存在が認められる場合²⁶⁵がある（またこの場合、採用内定の項で述べた、約束的禁反言 (promissory estoppel) ²⁶⁶が認められる場合もあり得る。)。そこで、実態上、使用者は、ハンドブックやマニュアルで明示的に被用者を解雇する権限を留保する（当該契約においては雇用保障をしない）旨の条項を挿入することで、この法理の適用を免れている。この、正当事由に基づかない解雇は契約違反 (breach of contract) とされ、救済として逸失利益の賠償のみが認められる。

(ウ) 誠実・公正義務違反

第三に、契約当事者は互いに、契約の目的や相手方の期待を損なう行為を行ってはならないという「誠実・公正義務 (good faith or fair dealing) 法理」による制限がある。例えば、被用者が高額な契約を使用者のために獲得したことに対して、使用者がそれに対する報酬の支払を避けるために行う解雇である²⁶⁷。この法理における義務は契約上黙示的な付随義務なので、いわば日本における信義則といえる。義務違反は通常、契約違反であり（不法行為とす

²⁶² これに係る邦語文献としては、内藤恵「アメリカにおける雇用契約理論と解雇法理におけるパブリック・ポリシー」季刊労働法 146号 206頁（1988年）がある。

²⁶³ 使用者に有利な偽証を拒否して解雇された事案として、*Petermann v. Teamsters Local 396*, 334 P.2d 25 (1959), 州制定法により義務づけられている報告における数値の改ざん拒否等を理由として解雇された事案として、*Trombetta v. Detroit, Toledo & Ironton R. R.*, 265 N.W.2d 385 (1978) がある。

²⁶⁴ ハンドブックで、雇用保障と、解雇には正当事由を要する、と定めていた場合に、就労を約因としてハンドブックに拘束力を認めた *Woolley v. Hoffman-La Roche, Inc.*, 491 A.2d 1257, modified, 499 A.2d 515 (1985), 労働者の正当な期待を根拠として拘束力を認めた *Toussaint v. Blue Cross/Blue Shield of Michigan*, 292 N.W.2d 880 (1980) が、代表的先例としてある。

²⁶⁵ 代表的な先例として、*Pugh v. Candies*, 171 Cal.Rptr. 917 (1981). なお、エンプロイヤー・ハンドブックやマニュアルに基づく黙示の約束による訴えを認める州は、2000年時点で44州あり、また、口頭での雇用保障の約束による訴えを認める州は、2000年時点で34州ある。See BUCKLEY ET AL., *supra* note 1, at 4-7-4-17. しかし、これら訴えを認める州の数は、at-will 雇用を大きく制約しているということの意味するものではない。

²⁶⁶ 2000年時点で約束的禁反言を認めている州は26州ある。See BUCKLEY ET AL., *supra* note 1, at 4-7-4-17. しかし、この訴えを認める州の数は、at-will 雇用を大きく制約しているということの意味するものではない。

²⁶⁷ 代表的先例として、*Fortune v. National Cash Register Co.*, 364 N.E.2d 1251(1977). なお、誠実・公正義務法理による訴えを認める州は、2000年時点で15州ある。See BUCKLEY ET AL., *supra* note 1, at 4-7-4-17. しかし、この訴えを認める州の数は、at-will 雇用を大きく制約しているということの意味するものではない。

る州もある。)、救済の内容は逸失利益の賠償にとどまる。

以上の契約違反として構成される解雇については、解雇された被用者に損害軽減義務 (**duty of mitigation**) が課されるため、解雇された後、速やかに職を探すなどしなければ、その分、損害額から差し引かれることとなる。

ところで、モンタナ州においては、違法解雇法 (**Wrongful Discharge from Employment Act of 1987**)²⁶⁸によってコモン・ロー上の権利と救済が吸収され、コモン・ロー独自の違法解雇に係るそれらはない。

なお、これら解雇に関連して、使用者が被用者に対して名誉毀損 (**defamation**) や故意による精神的苦痛 (**intentional infliction of emotional distress**) を惹起させた場合には、解雇とは別個に、使用者の不法行為責任が問題とされうる²⁶⁹。

イ. 実態

様々な形で法的に規制されている「解雇」という事象の実態を表すのは極めて難しいが、後述の整理解雇のように、使用者側に経済的など何らかの理由がある場合に被用者を解雇する場合には、通常の退職パッケージ+ α の金銭の支払いが行われるのが一般的である。また、通常の退職パッケージ+ α の金銭の支払いが行われる解雇の場合、整理解雇と同様に、解雇に際して訴権放棄契約 (“**covenant not to sue**”, “**waiver of the claim**”, “**release**”) が締結される。

なお、懲戒処分としての解雇など被用者側の理由に基づく場合の解雇については (使用者側の理由に基づく解雇の場合も含まれるが)、州法において、発生している賃金債権を早急に被用者に確保させるべく使用者に賃金等支払・引き渡し義務が定められている²⁷⁰ものの、それ以外に使用者が任意に解雇手当等を支払うことは想定しがたく、したがって、実態としても観察されないであろう。

(2) 整理解雇

ア. 法規制

アメリカにおいては、雇用契約に期間の定めがない限り、コモン・ロー上、解雇は原則として自由であり、使用者は被用者をいついかなる理由でも解雇することができる。しかし、いわゆる整理解雇 (使用者側に起因する経済的理由による解雇) が行われる場合、使用者がセニョリティ・ルール (先任権制度。 “**seniority system**” 又は “**last-in, first-out rule**”) を企業内で定めている場合 (労働協約で定められている場合もある²⁷¹)、客観的に公平な被解雇者選出基準としてこのルールが利用され、勤続年数の短い被用者から順に解雇されていく

²⁶⁸ MONTANA CODE ANNOTATED § 39-2-901 et. seq. (註釈付モンタナ州法典 39-2-901 条以下)

²⁶⁹ *Bolton v. Department of Human Services*, 527 N.W.2d 149 (Minn.App. 1995). However, this appellate court decision was reversed by the State Supreme Court decision. 540 N.W.2d 523 (Minn. 1995).

²⁷⁰ See BUCKLEY ET AL., *supra* note 1, at 5-176-5-190.

²⁷¹ BNA・前掲注 166 書 85 頁によれば、400 の労働協約のうち、91%の協約にセニョリティ・ルールを定める規

ことになる。

一方、連邦レベルでは、整理解雇の実施に関連し、労働者の再就職及びそのための訓練を容易にするという目的の下で、事前予告など手続的規制を定めている。それが、労働者調整・再訓練予告法（**Worker Adjustment and Retraining Notification Act of 1988 : WARN Act**）²⁷²である。

同法は、事業所閉鎖（**plant closing**）又は大量レイオフ（**mass layoff**）を行う使用者に、交渉代表組合が選出されている場合は当該交渉代表組合に、選出されていない場合には各被用者に、そして州及び地方政府の関係機関（**dislocated worker unit**）に対して、60日前の予告を義務づけている²⁷³。

この法律が適用される使用者とは、次のような企業（**business enterprise**）である。100人以上のフルタイム被用者を雇用する企業、又は、週20時間未満就労するパートタイム被用者を含めて100人以上の被用者を週当たりの総計で（時間外労働を除き）4,000時間以上雇用する企業である²⁷⁴。

予告義務の対象となる解雇は、事業所閉鎖と大量レイオフである。事業所閉鎖とは、永続的又は一時的（**permanent or temporary**）に、一つの事業所（**a single site**）又はその事業所の内の施設・設備（**facilities or operating units**）が閉鎖（**shutdown**）されることとされ、50人以上のフルタイム被用者が30日間にわたって雇用を喪失することが要件とされている²⁷⁵。大量レイオフとは、フルタイム被用者の33%以上でかつ50人以上、又は500人以上が30日間にわたって雇用を失うこととされている²⁷⁶。なお、この法律の定義によれば、「雇用の喪失（**employment loss**）」とは、正当な理由のある解雇以外の雇用の終了（**employment termination, other than a discharge for cause**）、任意退職（**voluntary departure**）、引退（**retirement**）、6ヶ月以上のレイオフ、又は6ヶ月の間の各月における労働時間の半分以上の削減とされている²⁷⁷。

これら予告対象事項が合理的に予見できない場合、使用者は60日間の経過を待たずに事業所閉鎖又は大量レイオフを行うことができ、また、自然災害の場合は本法に基づく予告義務を要求されない²⁷⁸。

使用者が予告義務に違反した場合、被用者は、連邦地方裁判所に提起する民事訴訟によって、予告不足日数分の賃金及び諸給付の遡及払いを請求することができる²⁷⁹。ただし、使用

定がある。

²⁷² 29 U.S.C.A. §§2101-2109.

²⁷³ 29 U.S.C.A. § 2102(a). (労働者調整・再訓練予告法 (WARN Act) 3条(a)) なお、「レイオフ」の意味については、注9を参照。

²⁷⁴ 29 U.S.C.A. § 2101(a)(1). (同法2条(a)(1))

²⁷⁵ 29 U.S.C.A. § 2101(a)(2). (同法2条(a)(2))

²⁷⁶ 29 U.S.C.A. § 2101(a)(3). (同法2条(a)(3))

²⁷⁷ 29 U.S.C.A. § 2101(a)(6). (同法2条(a)(6))

²⁷⁸ 29 U.S.C.A. § 2102(b)(2)(A)(B). (同法3条(b)(2)(A)(B))

²⁷⁹ 29 U.S.C.A. § 2104(a)(1). (同法5条(a)(1))

者が、違反日数分の賃金等を被用者に支払う場合、法的に支払い義務のない金銭を被用者に支払う場合、被用者の福利厚生費を第三者に支払う場合には、民事訴訟によって得られる賃金等遡及払いの額からそれら額が控除される²⁸⁰。また、州、地方政府に対する予告義務の違反に関しては、違反1日当たり500ドル以内の制裁金（civil penalty）が科されるが、使用者が事業所閉鎖又は大量レイオフの後3週間以内に被用者に賃金等諸給付を支払った場合には制裁金は科されず、民事訴訟が提起された場合でも、予告をしなかったことが誠実又は合理的な理由によるのであれば、裁判所の裁量によって、諸給付額及び制裁金額が減じられる²⁸¹。

なお、使用者が本法の規定に従って予告義務を果たした場合には、労使関係法令（全国労働関係法（NLRA）²⁸²、鉄道労働法（Railway Labor Act）²⁸³）違反とはならない。つまり、事業所閉鎖や大量レイオフについて団体交渉を行わなくても不当労働行為にはならない旨が規定されている²⁸⁴。

もともと、以上のような事業所閉鎖、大量レイオフが行われる場合には、交渉単位内において労働組合が交渉代表に選出されていれば団体交渉が開始されることになるので、交渉代表が選出されている事業所等交渉単位においてどれほど意味のある法律であるか疑問もある。しかし他方で、本法の制定によって団体交渉の機能が低下するのではないかという懸念も生じよう。

アメリカにおいてこのような法律が制定されることは、団体交渉機能の低下を象徴するものだが、他方でアメリカ会計検査院（General Accounting Office : GAO）の報告書²⁸⁵はこの法律の問題点を指摘し、連邦政府に改善を促している。問題点とは次のようなものである。統計上観察可能な事業所閉鎖や大量レイオフにおいて、本法が使用者に求めている事前の予告が遵守されたケースは、半分以下の事例においてしか見ることができない。それは、法遵守の方法（実効性確保の方法）は最終的には裁判所でのみ達成されること、実際にはそのような裁判事例はほとんどないこと、そして監督行政上の責任の所在がない、つまり連邦労働省が監督機関としての権限と責任を有する規定が本法にはなく、州政府等機関である **dislocated workers unit** への報告が義務づけられているに過ぎないことが挙げられている。さらに、法律の規定が不明確で使用者には本法の趣旨が明確に伝わっていないこと、使用者を調査したところ、事前予告を遵守した使用者は被用者にとって非常に有益であると述べているが、一方で、レイオフの通告後、職場に残された被用者の生産性が低下し、業務の継続に支障を来すことが問題であると述べていると報告されている。最後に報告書は、（本法の実

²⁸⁰ 29 U.S.C.A. § 2104(a)(2). (労働者調整・再訓練予告法 (WARN Act) 5条(a)(2))

²⁸¹ 29 U.S.C.A. § 2104(a)(3)(4). (同法 5条(a)(3)(4))

²⁸² 29 U.S.C.A. §151 et seq. (全国労働関係法 (National Labor Relations Act: NLRA))

²⁸³ 45 U.S.C.A. §151 et seq. (鉄道労働法 (Railway Labor Act: RLA))

²⁸⁴ 29 U.S.C.A. § 2108. (労働者調整・再訓練予告法 (WARN Act) 9条)

²⁸⁵ GAO, DISLOCATED WORKERS: Worker Adjustment And Retraining Notification Act Not Meeting Its Goals (HRD-93-18)(1993).

際上の効果・影響はさておき）連邦労働省に法運用の責任と権限を付与することを検討すべきだと結んでいる。この報告書が出されて以降、政府内での動きはなく、したがって法改正が行われる見込みはない。一方で労働組合は、本法の趣旨を使用者に理解してもらうためのあるいは労働者に本法を知ってもらうための啓発活動を行っている。しかし、今のところその成果を判断できる状況にはない²⁸⁶。

なお、企業が移転又は買収された際に雇用を失う被用者に対して、離職手当（**severance pay**）の支払を州制定法により、使用者又は買収企業に義務づけている州が散見される²⁸⁷。

ところで、アメリカにおけるほとんどの労働協約は解雇に正当事由（“**cause**”又は“**just cause**”）を要すると定めている²⁸⁸ことから、労働協約適用下にある被用者の整理解雇は協約における正当事由により制約されるのか、との疑問が生じる（なお、ここで問題にする整理解雇とは、労働者調整・再訓練予告法（**WARN Act**）における「雇用の喪失」及びレイオフ（一時解雇）とは異なり、確定的に雇用関係を解消するという限定的な意味で用いる。）。しかし、この問題に関して明快に著述する文献等は見られない。もっとも、期間の定めのない被用者の整理解雇が正当な企業経営上の必要性という理由に基づいてなされる場合、このような理由は解雇の正当事由として認められる²⁸⁹。また、企業経営上の必要性という解雇理由は非常に広く解されている²⁹⁰。例えば、一定事業の中止等に起因して被用者が就いていたポストが廃止されることによる解雇がある²⁹¹。ただし、幾つかの裁判所は、一般的な人員削減（**reduction in force**）としての整理解雇について、この理由自体では特定の被用者が解雇されることの理由にはならないと判断しており、一般的な人員削減の背後にある生産性の向上

²⁸⁶ その後のレポート、GAO, **THE WORKER ADJUSTMENT AND RETRAINING NOTIFICATION ACT: Revising the Act and Educational Materials Could Clarify Employer Responsibilities and Employee Rights (GAO-03-1003)(2003)**でも、法が規定する具体的内容が依然不明確であるため、使用者、被用者、通知を受ける行政機関、さらには裁判所に対して、ある整理解雇についての法の適用可能性や運用、解釈についてコスト負担を強いているとの問題が指摘されている。

²⁸⁷ 州制定法の概略を示すと、メイン州では、雇用期間3年以上の被用者に対し勤続1年につき1週間分の賃金に相当する額を（**MAINE REVISED STATUTES, Title 26 Labor and Industry, § 625-B**（メイン州改訂制定法、26編労働及び産業、625-B条））、マサチューセッツ州では、勤続3年以上の被用者に対し勤続1年につき2週間分の賃金に相当する額を（**GENERAL LAWS OF MASSACHUSETTS, Part I Administration of the Government, Title XX I Labor and Industries, Chapter 149 Labor and Industries, § § 183-184**（マサチューセッツ州一般法、1部 州政府の管理、21編労働及び産業、149章労働及び産業、183ないし184条））、ペンシルヴェニア州では、勤続2年以上の被用者に対し勤続1年につき1週間分（最大26週）の賃金に相当する額を（**PENNSYLVANIA CONSOLIDATED STATUTES, Title 15 Corporations and Unincorporated Associations, § § 2581-2582**（ペンシルヴェニア州統合制定法、15編法人及び権利能力なき社団、2581ないし2582条））、ロード・アイランド州では、勤続3年以上の被用者に対して勤続1年につき2週間分の賃金に相当する額を（**RHODE ISLAND GENERAL LAWS, Title 28 Labor and Labor Relations, § 28-7-19.2**（ロード・アイランド州一般法、28編労働及び労働関係、28-7-19.2条））、離職手当として使用者又は買収企業は支払わなければならない。See **BUCKLEY, ET AL., supra note 1, at 5-174 et seq.**

²⁸⁸ **BNA・前掲注 166 書 7 頁**によれば、400の労働協約のうちの92%が、解雇に正当事由（“**cause**”又は“**just cause**”）を要すると明確に定めている。

²⁸⁹ See **ROTHSTEIN ET AL., supra note 1, at 697.** なお、期間の定めのある被用者の整理解雇は、このような解雇が契約上許容されていないと解されるのであれば、認められない（契約違反となる）。

²⁹⁰ See **COVINGTON ET AL., supra note 1, at 358.**

²⁹¹ *Id.* at 359, citing **Telesphere International Inc. v. Scollin**, 489 So.2d 1152 (Fla.App.1986), **Friske v. Jasinski Builders, Inc.**, 402 N.W.2d 42 (Mich.App.1986), **Nixon v. Celotex Corp.**, 693 F.Supp. 547 (W.D.Mich.1988).

やコスト削減が違法な解雇の口実 (pretext) であることを証明する機会を解雇された被用者に与えている²⁹²。

さらに、整理解雇は差別禁止法との関係でも問題とされうる²⁹³。連邦最高裁が明言していない差別禁止法固有の問題²⁹⁴があることから不分明な点もあるが、整理解雇と差別禁止法との関係については、差別禁止法の基本枠組みにしたがえば、おおむね以下のように理解することができる。

「差別的取り扱い (disparate treatment)」として整理解雇が行われる場合、使用者側の発言などから「差別意思 (discriminatory intent)」が明確に示される場合はともかく、整理解雇の対象とされた被用者の職務遂行状況が芳しくない等当該被用者側に何らかの理由が使用者の差別意思と共に見られる場合、整理解雇の動機が競合していることになる。このような場合について、ある事業経営上の決定において人種や性別などタイトル・セブンが禁じる差別事由が決定要因の一つとして考慮されていたことが証明されれば、動機が競合していてもタイトル・セブン違反が成立すると定められている²⁹⁵。

また、差別的取り扱いに関し、直接証拠ではなく間接証拠によって使用者の差別意思を推認する場合には、連邦最高裁判決である *McDonnell Douglas* 事件²⁹⁶と *Burdine* 事件²⁹⁷によって構築された証明のルールが用いられる。このルールは、①原告が差別の「一応の証明 (a prima facie case)」を行う、②被告がその反証として、「適法で非差別的な理由 (a legitimate, nondiscriminatory reason)」を提示する、③原告が被告の提示した適法で非差別的な理由は違法な差別を隠す口実 (pretext) であることを証明することを内容とする。これら証明の責任に関しては、①と③は「説得責任 (burden of persuasion)」、②は「提出責任 (burden of production)」とされている²⁹⁸。

若干付言すると、①の一応の証明について、原告は、a) 禁止される差別事由に属すること、

²⁹² *Id.* at 359 citing *Ewers v. Stroh Brewery Co.*, 443 N.W.2d 504 (Mich.App.1989), *Harlan v. Sohio Petroleum Co.*, 677 F.Supp. 1021 (N.D.Cal.1988).

²⁹³ 特に年齢差別禁止法 (ADEA) をめぐる訴訟における証明責任との関係で数多くの事案が蓄積され、議論されている。See LINDEMANN ET AL., *supra* note 53, at 599-607, 610-611, 857-859. しかし、そこでは、年齢差別特有の問題もあるため、本文中ではより一般的な視点から、差別禁止法制に広く通じる基本枠組みを述べることにする。

²⁹⁴ 例えば次のような問題がある。中立的な制度や基準であっても、禁止される差別事由に属する被用者にとって不均等な効果 (disparate impact) を招来するのであれば違法とされうるが、これを立証するに当たって適用されるのが、当初連邦最高裁判決 (*Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321 (1977)) により構築され、のち、1991年公民権法に定められた「差別的インパクト法理」(タイトルセブンに 703条(k)(1)を新設)である。しかし、この法理は、年齢差別禁止法 (ADEA) との関係では、同法が「格差 (differentiation) が年齢以外の合理的要素 (reasonable factors other than age) に基づく場合」は違法な雇用慣行 (差別) とはならない旨規定しており (4条(f)(1))、このことから、年齢に中立な制度や基準が設定・実施され、これが結果として年齢差別禁止法が保護対象とする 40歳以上の被用者にとって不均等な効果を与えたとしても、差別的インパクト法理は適用されないのではないかとの見解がある。この問題につき、同法理の適用を認めた裁判例は多くあるものの、連邦最高裁は判断しておらず、したがって、依然未解決なままである。

²⁹⁵ 42 U.S.C.A. § 2000e-2(m). (タイトル・セブン 703条(m))

²⁹⁶ *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792 (1973).

²⁹⁷ *Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine*, 450 U.S. 248 (1981).

²⁹⁸ *Id.* なお、中窪・前掲注 1 書 187 頁参照。

b) 原告は、例えば使用者が求めている空席の職に応募し、またその職の資格を満たしていたこと、c) にもかかわらず使用者に当該職に就くことを拒否されたこと、d) 使用者はその後も当該職を空席にしたまま原告と同様の資格の者を募集していることを証明すればよい²⁹⁹。また、③の口実の証明について、原告は、諸般の事情から使用者の差別意思が使用者の当該行為の真の理由であることを直接的にか、又は、使用者の示した非差別的理由が信用できないことを示して間接的にか、いずれかの方法により証明しなければならない³⁰⁰。

なお、使用者の差別的取り扱いが多く、被用者に対して継続的に行われた場合には、「系統的な差別的取り扱い (systematic disparate treatment)」という差別類型に該当するが、この場合、統計資料に基づいて、一定の使用者の行為がある差別禁止事由に属する被用者にとって差別的である傾向が非常に強力に示されれば、先の差別の一応の証明が成立する³⁰¹。

次に、被解雇被用者に「差別的インパクト (disparate impact)」を与える態様で整理解雇（使用者に明確な差別意思は見いだされないが、結果的に差別禁止事由に属する被用者に不均等な効果を与える態様の整理解雇）が行われる場合、差別的インパクト法理を通じて差別の存在が証明されることになる³⁰²。この法理は、以下を内容とする差別の立証責任のルールである。①原告は、差別の一応の証明として、表面上は差別禁止事由にとって中立的に見える使用者の行為や基準（学歴、身長・体重、試験の成績、その他主観的基準）が相当程度に差別的効果を持つことを証明し、②被告は、その反証として、当該行為は「業務上の必要性 (business necessity)」あるいは「職務関連性 (job relatedness)」の存在を証明する。そして、③原告は、被告の利益は「差別的効果がより少ない別の方法」によって十分達成可能であることを証明する³⁰³。後にこの法理は、タイトル・セブンを改正する 1991 年公民権法により明文で定められている³⁰⁴。

イ. 実態

整理解雇が行われる場合で、使用者がセニョリティ・ルールを定めている場合、使用者はこのルールにしたがって被解雇者を選定する。他方、労働者調整・再訓練予告法 (WARN Act) の運用実態としては、アメリカ会計検査院 (GAO) のレポートが指摘するように、法規定内容の不明確性などから生ずる様々な問題点があると考えられているし、そのほかにも、運用上の問題を含め、同法の問題点を指摘する調査が存在している³⁰⁵。よりリアルな整理解雇の実情をまとめると、おおむね次のようになる。

²⁹⁹ See LINDEMANN ET AL., *supra* note 53, at 15.

³⁰⁰ 中窪・前掲注 1 書 188 頁参照。

³⁰¹ *Hazelwood School District v. United States*, 433 U.S. 299 (1977). 中窪・前掲注 1 書 190 頁によれば、統計資料においては標準偏差の 2~3 倍以上の偏りが示されていること、比較対象として、通常、当該地域の労働市場における禁止される差別事由に属する者との比較が行われるとされている。

³⁰² 差別的インパクト法理については、注 294 を参照。

³⁰³ *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321 (1977). なお、中窪・前掲注 1 書 197 頁参照。

³⁰⁴ 42 U.S.C.A. § 2000e-2(k)(1). (タイトル・セブン 703 条(k)(1)) なお、新規定の下での事案は文献において検討対象とされるほど蓄積されていないようであり、したがって、「業務上の必要性」と「職務関連性」といった抗弁の判断基準などの詳細は、今後の裁判例の展開を待たねばならない。

まず使用者は、セニョリティ・ルールがない場合、解雇対象者を選択するための基準を設定しなければならないが、その際には、客観的かつ中立の基準を設定する。これは、退職後、被解雇被用者から差別など訴訟を提起されることを回避するためであると考えられる。

そして、先の労働者調整・再訓練予告法（WARN Act）や、さらには同様の州制定法がある場合にはこの適用の有無について検討し、適用がある場合には、定められた日数分の事前の予告をする。なお、それ以前には、整理解雇の必要性と会社としての対処方法を、幾度か回数を分けて被解雇対象者に対して説明する機会を設ける。その中では、**downsizing package** や **severance package** などと呼ばれる退職プランを示して、退職へのインセンティブを与えるようにしている。またこのような退職プランにおいては、退職への補償として、勤続年数に応じ、数週間から数十週間分の賃金相当額の支払いを提示する。さらには、転職先あっせん会社の紹介、転職のための職業訓練機関の紹介、そのための費用負担を提供したりする場合もある（この点、州の労働者調整・再訓練予告法担当部局である **dislocated workers unit** と連携して行われる場合もあり得る。）³⁰⁶。

このように、アメリカでは、退職パッケージを提供する中で金銭補償をし、整理解雇に係る問題を解決している。なお、整理解雇に際して、どうしても退職を拒否する被用者がいる場合（また、整理解雇ではなく被用者を個別に解雇する場合）には、先のような退職パッケージにおける提示額よりもさらに金額を上乗せして退職を誘導する場合もある。この方法は、次に述べる訴訟回避のツールとしても用いられているようである。

そして、整理解雇の場合（また、その他の解雇・退職の場合も同様のようだが）、退職に際して、使用者は、書面による明確な合意の形式を用いて、将来において当該被解雇者はいかなる理由によっても一方当事者たる当該会社を訴えない、との訴権放棄³⁰⁷契約を被解雇者に対して求める。これは特に、将来における差別訴訟回避のための約定（契約）であり、中でも、賃金や福利厚生費など人件費が相対的に高い（事務系）中高年齢被用者を退職させる場合、年齢差別禁止法（ADEA）に基づく年齢差別訴訟を回避したいとの意向が使用者側にあるからである³⁰⁸。

ところで、この年齢差別禁止法（ADEA）に係る訴権放棄との関係では、必ずしも整理解雇

³⁰⁵ See FINKIN ET AL., *supra* note 1, at 837, note 26.

³⁰⁶ 以上については、日本労働研究機構・前掲注 127 書 173 頁〔池添弘邦執筆部分〕, WILLIAM L. KELLER, TIMOTHY J. DARBY (eds.), INTERNATIONAL LABOR AND EMPLOYMENT LAWS, VOLUME I, at 23-104 et seq, BNA (1997) を参照（特に後者は、弁護士が執筆していることもあって、使用者にとってかなり実務的な記述となっている。）。また、2004 年 9 月に行った現地調査における民間企業と雇用労働法弁護士事務所からの聴き取りにも基づいている。聴き取りによれば、退職に際して補償する金銭として、ある企業では、勤続年数にしたがって最低 1 週間から最大 26 週間という方法で算出した賃金相当額を、別の企業では、2 週間分の給与額×勤続年数で算出した金額を支払うとのことである。

³⁰⁷ 用いられる定式化された文言は様々だが、聴き取りで得たところによると、“covenant not to sue”, “waiver of the claim”, “release” などと呼称され、最後の文言が用いられることが多かった。なお、この訴権放棄契約は、整理解雇に限らず、解雇や退職の場合にも用いられることがあるとのことであり、また、実際の解雇や退職の以前から約定される場合もある。

³⁰⁸ 特に年齢差別禁止法（ADEA）との関連における訴権放棄契約については、井村真己「高齢者の退職に伴う放棄契約の締結と雇用差別禁止法」季刊労働法 182 号 127 頁（1997 年）を参照。

雇には限定されないが、年齢差別禁止法（ADEA）の一部を改正する法律である 1990 年高齢被用者給付保護法（Older Workers Benefit Protection Act of 1990 : OWBPA）が制定され、その第二編³⁰⁹において幾つかの要件が定められている³¹⁰。簡潔にポイントをまとめると次のようになる。訴権放棄契約は、放棄することを個人（被用者）が「知っており、かつ自発的」であって、「書面（written）」によりなされ、その書面では「平均的な被用者が理解可能な表現で書かれている（in a manner calculated to be understood…by the average individual eligible to participate）」こと。そして、放棄する権利は、すでに発生している権利とは別個の「約因と引き替えにのみ（only in exchange for consideration）」（本章の文脈では、退職パッケージの受領と引き替えに、との意。）なされること。さらに、個人（被用者）は、弁護士と相談することができ、この契約を考慮する期間を最低 21 日間与えられ、契約において契約締結後も最低 7 日間は解約する（revoke）する期間を与えられ、かつ、解約期間が終了するまで当該契約は発効しない旨定めていること。なお、本項における整理解雇としての退職奨励（exit incentive）プランと関連づけられた訴権放棄契約の場合には、最低 45 日間の考慮期間が与えられなければならない、と定められている。ちなみに、年齢差別禁止法（ADEA）に関する訴権の放棄について、これは雇用機会均等委員会（EEOC）の権限に影響を与えず、また、被用者が雇用機会均等委員会（EEOC）に申立てを行い調査に関与することに介入（interfering）することを正当化し得ないと定められている³¹¹。

(3) 差別的解雇

差別的な解雇に係る法的効果並びに救済の内容及び方法については、本章第 1 節総論における幾つかの連邦差別禁止法に係る記述において述べているので、そちらを参照されたい。

(4) 合意解約

ア. 法規制

アメリカには合意解約に係る法的規制は存在しない。

イ. 実態

at-will 雇用契約関係について、合意をもって解約するという形式が採られたとしても、at-will ゆえこのような捉え方は理論的には成り立たないことから、実態としては、後述(6)の自己都合退職と同じなのではないかと考えられる。

(5) 「変更解約告知」に相当する制度

アメリカには変更解約告知に相当する法制度ないし法解釈は存在しない。at-will 雇用契約

³⁰⁹ 29 U.S.C.A. § 626 (f). (年齢差別禁止法 (ADEA) 7 条(f))

³¹⁰ 高齢被用者給付保護法 (OWBPA) の制定経緯、法内容、解釈問題の詳細については、井村・前掲注 308 論文参照。

³¹¹ 29 U.S.C.A. § 626(f)(4). (年齢差別禁止法 (ADEA) 7 条(f)(4)) なお、注 138 も参照。

における労働条件の変更については、第 2 節各論、4. 労働条件の変更に係る記述において述べているので、そちらを参照されたい。

(6) 自己都合退職

ア. 法規制

自己都合退職それ自体に係る法的規制は存在しないものの、わずかの州では、解約告知に係る規制を定めている³¹²。そしてこの場合、**at-will** の雇用契約関係であっても、使用者は、事前の解約告知を行わなかったことによって生じた損害を当該被用者に対して請求できる。ただし、このような訴訟はまれである³¹³。反面で、使用者が被用者を解雇する場合にも事前の解約告知期間を置くものとされている場合でこの告知がなされず、被用者が即時に解雇された場合、当該被用者は、当該告知期間に係る賃金及び諸給付を損害賠償として使用者に対して請求しうる³¹⁴。

イ. 実態

アメリカにおけるほとんどの雇用契約関係は **at-will** であるがゆえに、自己都合により被用者自らが職を去ることは頻繁にある³¹⁵と考えられる。

この問題に関して、連邦制定法ではもちろん、州の制定法においても解約告知の効力発生に係る法的規制を定めていない。期間の定めのない **at-will** の雇用契約関係の解約は、おそらく、当該被用者に対して人事権限を有する使用者側の者に当該雇用関係解約の被用者の意思表示されて到達した時点で法的効力が発生するのではないかと考えられる³¹⁶が、**at-will**

³¹² See GOLDMAN, *supra* note 1, at 78. 「使用者が被用者に対して、既往の労働に係る賃金の没収など罰をもって、被用者が退職する際に事前の告知を求めたり、事前の告知を求めることを契約上定めたりしている場合、使用者は、被用者を解雇する場合にも同様の事前の告知をしなければならず、使用者がこれを怠った場合、被用者の事前告知の不履行と同様の責めを負う」などと制定法で定めている州がある（メイン州：MAINE REVISED STATUTES, Title 26 Labor and Industry, § 625（メイン州改訂制定法、26 編労働及び産業、625 条）。マサチューセッツ州：GENERAL LAWS OF MASSACHUSETTS, Part I Administration of the Government, Title X X I Labor and Industries, Chapter 149 Labor and Industries, Section 159（マサチューセッツ州一般法、1 部 州政府の管理、21 編労働及び産業、149 章労働及び産業、159 条））。メイン州では、加えて、1 週間の事前告知期間を契約上定めることができることとなっているが、使用者の解雇が合理的理由に基づくものである場合には、使用者は事前告知の不履行に係る責めを負わない。なお、カリフォルニア州では、「期間の定めのない雇用は、他方当事者に対する告知をもって、一方当事者の意により終了されうる」と定めている（CALIFORNIA LABOR CODE, Section 2922（カリフォルニア州労働法典 2922 条））が、この定めは、解約告知期間を定めたものではなく、また、被用者が行う退職の申し入れのみならず、使用者が行う解約の申し入れにも当てはまるものである。

³¹³ *Id.*

³¹⁴ See ROTHSTEIN ET AL, *supra* note 1, at 673, citing *Shivers v. John H. Harland Co., Inc.*, 896 P.2d 469 (1995).

³¹⁵ ストーン・前掲注 146 論文 33 頁が引用する表 1（アメリカ連邦労働省労働統計局のデータより作成されたもの）によれば、被用者の在職期間の中央値は、1983 年と 2002 年とでは、後者の方が期間が短くなっており、また、年齢層が低いほど在職期間が短い傾向にある。もっとも、このデータには、自己都合退職者のみならず解雇された者の在職年数も含まれていることから、データの検討の仕方には十分な慎重さを要しよう。

³¹⁶ See GOLDMAN, *supra* note 1, at 79. なお、使用者からの解約手当の支給の申し出と、被用者のこれに対する承諾も同様の法的効果を生むと解されているようであり、さらに、**at-will** であるがゆえに、就業時間中に何ら説明もなく職場から立ち去ることや、何の連絡もせず何日にもわたって職場に現れないことは、任意（自己都合）退職と取り扱われる場合もあるようである。 *Id.*

の関係であることを考えると、一方当事者による発言ないし行動によって当該契約を解約するとの意思が他方当事者に表明されれば、当該契約関係は直ちに解消されるのではないかとも考えられる³¹⁷。

いずれにしても、退職の場合、使用者は、エンプロイヤー・ハンドブックで定めたりするなどして、2週間の告知期間を置くよう被用者に求めている場合がある。これは、使用者側が、当該被用者に代わってその職務に就く者に対して業務の引き継ぎを行わせたいこと、そして、健康・医療保険や年金など使用者が提供している福利厚生制度に係る手続を行う必要があることから、2週間という期間を設けているとのことである³¹⁸。なお、このような実態上の解約告知期間に関して、高度に技術的な産業分野に属する企業における退職では、退職者の意思等にかかわらず、使用者は被用者を即時退職させているとのことである。これは、企業秘密を保持したいとの使用者側の意向が強く働いているからである³¹⁹。

また、退職の場合、一般的には、その後の人事労務施策への反映等を理由として、退職インタビュー（**exit interview**）の実施が顧問弁護士から推奨されている³²⁰。さらには、前記(2) 整理解雇のイ．実態の項で述べたように、訴権放棄契約が締結されるのが一般的である³²¹。

なお、退職に際しても、既往の労働分の賃金等の支払い・引き渡しが州制定法において定められている³²²。

³¹⁷ *Id.*

³¹⁸ 2004年9月に実施した現地民間企業に対する聴き取りに基づく。

³¹⁹ 2004年9月に実施した現地の雇用労働専門弁護士事務所に対する聴き取りに基づく。

³²⁰ 同上。

³²¹ 同上。

³²² *See* BUCKLEY ET AL., *supra* note 1, at 5-176-5-190.

[参考資料]

American Law Institute (アメリカ法律協会)

Restatement of the Law Third (第三次リステイメント)

Employment Law (雇用法)

Preliminary Draft No. 2 (計画案 No.2)

The American Law Institute

May 17, 2004

— 論点 (Subjects Covered) —

第 1 章 雇用関係の存在

(Existence of Employment Relationship)

第 2 章 使用者の被用者に対する違法行為の法的責任

(Liability of Employer for Legal Wrongs Committed on Employees)

第 3 章 随意雇用と契約上の例外

(Employment At-will and Its Contractual Exceptions)

第 4 章 公序違反としての違法解雇の不法行為

(The Tort of Wrongful Discharge in Violation of Public Policy)

第 5 章 被用者のプライバシーに対する違法な侵害

(Unlawful Invasion of Employee Privacy)

第 6 章 被用者の義務と雇用関係終了後における制約

(Employee Duties and Post-Employment Constraints)

はじめに (Reporters' Introduction)

もくじ

第 1 章 雇用関係の存在

§ 1.01. 雇用関係の存在 (Existence of Employment Relationship)

§ 1.02. 複数の雇用関係が同時に存在する場合

(Simultaneous Existence of Multiple Employment Relationship)

§ 1.03. 雇用関係の中断 (Cessation of Employment Relationship)

§ 1.04. 被用者の被用者 (Employees of Other Employees)

* 訳者注：この項目は、被用者が使用者又は自身のために別の被用者を雇用することに係る使用者
被用者間の合意について述べている。

§ 1.05. 就労を余儀なくされている被用者 (Compelled Employee)

§ 1.06. ボランティア被用者 (Volunteer Employee)

第 2 章 使用者の被用者に対する違法行為の法的責任

Title A : 使用者の代位責任 (Employer's Vicarious Liability)

§ 2.01. 使用者の代位責任—総論 (Employer's Vicarious Liability-In General)

§ 2.02. 雇用の範囲 (Scope of Employment)

§ 2.03. 被用者に対する権限行使逸脱の責任

(Liability for Misuse of Control Over Employee)

§ 2.04. 被用者が不適切な機会に業務を遂行した場合の責任

(Liability for Employee Misuse of Opportunities)

Title B : 使用者の直接責任 (Employer's Direct Liability)

§ 2.05. 意図した行為又は意図した結果に対する使用者責任

(Employer's Liability for Intended Conduct or Intended Result of Conduct)

§ 2.06. 職務配置に係る過失責任

(Employer's Liability for Negligence in Assigning Work)

§ 2.07. 職務の監督にかかる過失責任

(Employer's Liability for Negligent Supervision)

§ 2.08. 予防的行動に係る過失責任

(Employer's Liability for Negligent Preventative Action)

§ 2.09. 安全な環境の提供又は職務上のリスクの警告に係る使用者の義務

(Employer's Duty to Provide Safe Conditions or to Warn of Risk)

§ 2.10. 委任できない制定法上の使用者の義務

(Employer's Nondelegable Statutory Duties)

第 3 章 随意雇用と契約上の例外

§ 3.01. 随意雇用の推定 (Presumption of At-will Employment)

§ 3.02. 随意雇用以外の雇用を締結する約定

(Agreements Providing for Other than At-will Employment)

§ 3.03. 期間の定めある又はない明示の約定

(Express Agreements for a Definite or Indefinite Term)

§ 3.04. 使用者の義務を創設する使用者の一方的宣明

(Unilateral Employer Statement Establishing Employer Obligations)

§ 3.05. 使用者の一方的宣明による使用者の義務の変更又は撤回

(Modification or Revocation of Employer Obligations Established by a Unilateral Employer Statement)

第 4 章 公序違反としての違法解雇の不法行為

§ 4.01. 公序違反としての違法解雇 (Wrongful Discharge in Violation of Public Policy)

§ 4.02. 公序違反解雇の類型 (Categories of Discharge that Violate Public Policy)

§ 4.03. 雇用関連制定法上の権利に対する意図的介入

(Intentional Interference with an Employment-Related Statutory Right)

第 5 章 被用者のプライバシーに対する違法な侵害

§ 5.01. 一般原則 (General Principle)

§ 5.02. 被用者のプライバシーに対する違法な侵害

(Unlawful Invasion of Employee Privacy)

§ 5.03. 被用者のプライバシーに係る利益の侵害—定義

(Invasion of Employee Privacy Interests-Definition)

§ 5.04. 被用者のプライバシーに係る利益の侵害—被用者の合意の意味

(Invasion of Employee Privacy Interests-The Role of Employee Agreement)

第 6 章 被用者の義務と雇用関係終了後における制約

§ 6.01. 使用者が保有する財産的情報の定義

(Definition of Employer's Proprietary Information)

§ 6.02. 使用者が保有する財産的情報の被用者又は元被用者による開示又は利用

(Disclosure or Use by Employee or Former Employee of Employer's Proprietary Information)

§ 6.03. 被用者の使用者に対する競業 (Competition by Employee with Employer)

§ 6.04. 従前の被用者の従前の使用者に対する競業

(Competition by Former Employee with Former Employer)

§ 6.05. 雇用契約上の約定としての制限的約款の履行

(Enforcement of Restrictive Covenant in Employment Agreement)

§ 6.06. 使用者の合理的利益の定義 (Definition of Legitimate Interest of Employer)

§ 6.07. 特別の職務上の訓練にかかる費用償還の契約

(Specialized Training Reimbursement Contracts)

§ 6.08. 不合理な制限的約款の変更 (Modification of Unreasonable Restrictive Covenant)

§ 6.09. 職務発明に係る特許権に対する被用者の権利

(Right of Employee to Patent Employment-Related Invention)

§ 6.10. 被用者発明に係る使用者の特許実施権

(Employer Shop Right to Employee Inventions)

§ 6.11. 特許権譲渡に係る被用者の合意 (Employee Agreements to Assign Patents)

§ 6.12. 責任が生ずる事項の定義 (Definition of Subject to Liability)

労働政策研究報告書 No. 39

「諸外国の労働契約法制に関する調査研究」報告書

発行年月日 2005年8月31日

編集・発行 独立行政法人 労働政策研究・研修機構

〒177-8502 東京都練馬区上石神井4-8-23

(編集) 研究調整部研究調整課 TEL 03-5991-5104

印刷・製本 有限会社 太平印刷

©2005

* 労働政策研究報告書全文はホームページで提供しております。(URL <http://www.jil.go.jp/>)