

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・レーヴィッシュ(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、公共の安全・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に表示し、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、休息時間、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）。

(7) 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挙されている(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れる。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用することで、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 (Aktengesetz) 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改法理』（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・財政的状况（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、個別に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限り、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『労働条件変更改法の再構成』(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和、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、個別的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。

(4) 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。不相当に高額の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。

(7) 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.

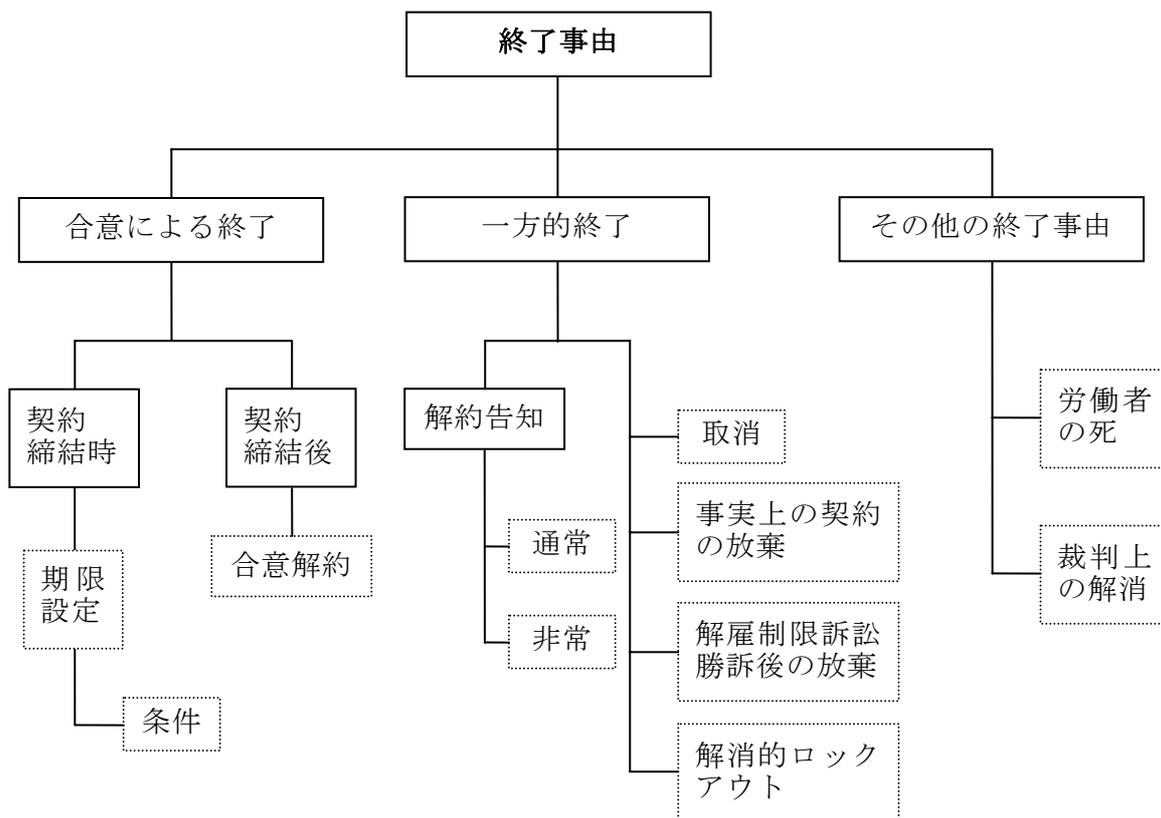
¹⁵⁷BT-Drucks. 14/7052, S. 204.

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ときは、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）。

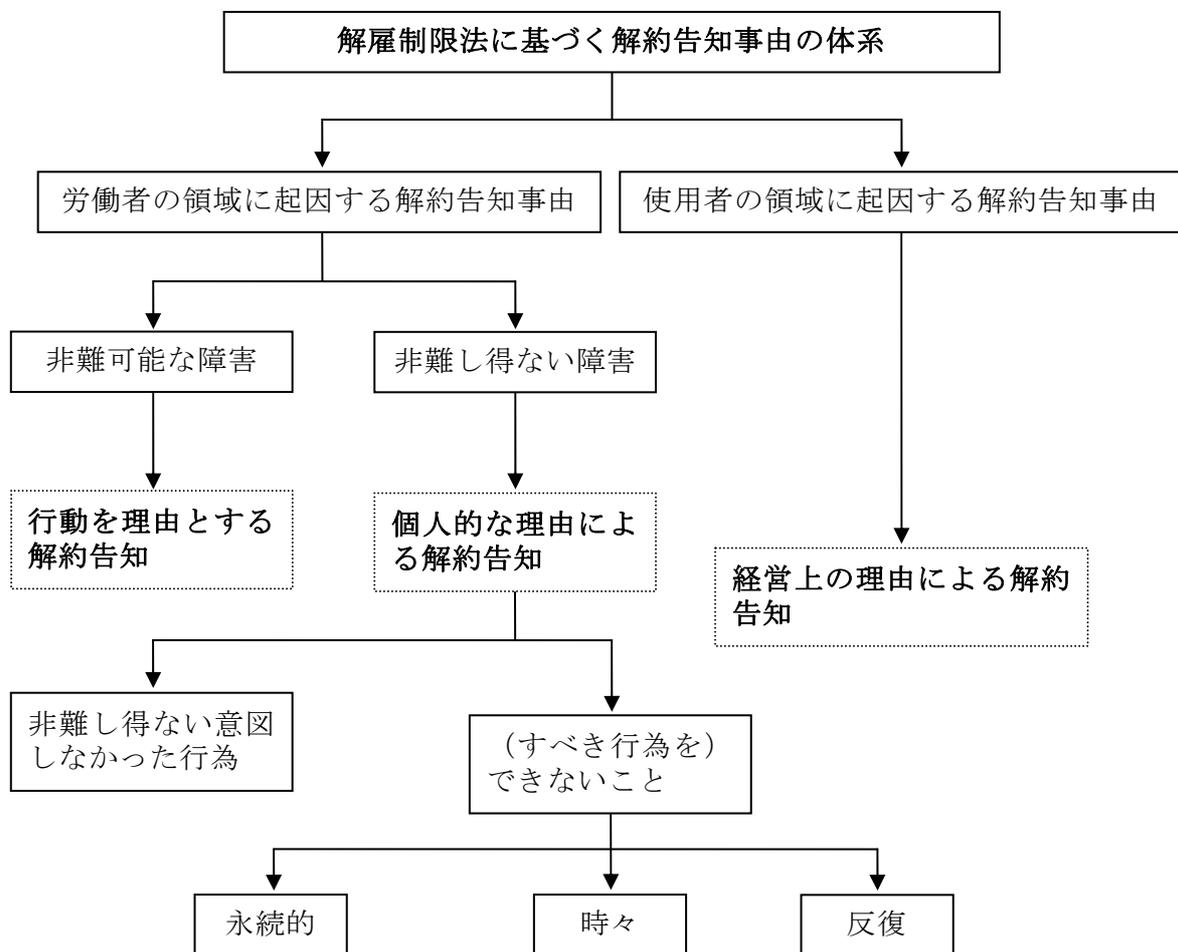
(4) 解約告知事由

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。

¹⁷⁰BAG, 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。

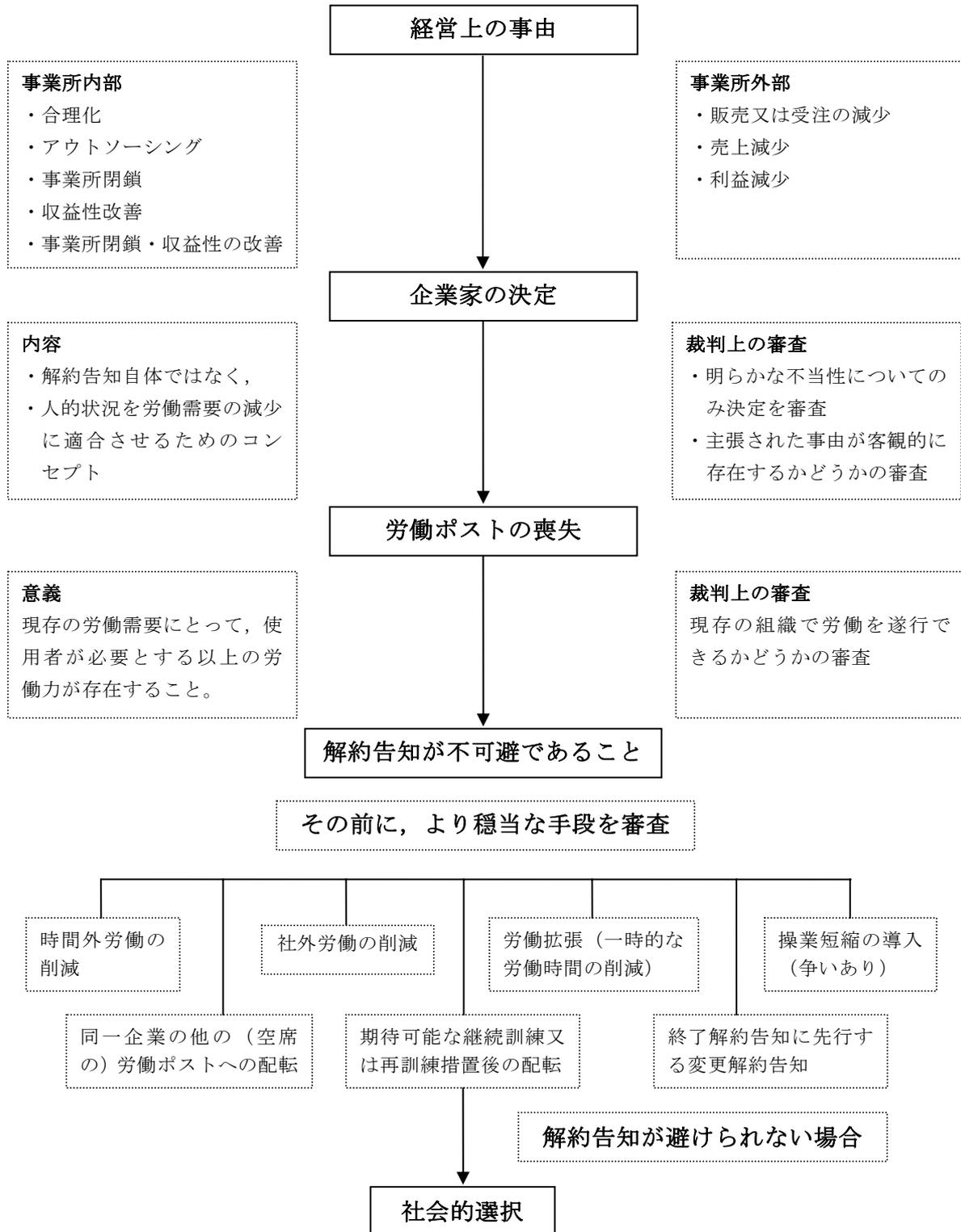
連邦労働裁判所の以上のような判断枠組みによれば、成績優秀者をはじめから被解雇者の選定手続から除外することは許容されないわけであるが、これに対しては、社会的保護の必要性と使用者の利益との比較衡量において利用可能な絶対的な基準は存在しない、と学説の批判は強い¹⁸⁰。

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、労働者を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、譲渡に関係する労働者に対して、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年に数えいられる。

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っ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。

