

第4章 解雇制限法とパートタイム有期契約法の改革

はじめに

2002年連邦議会選挙で過半数を制した、社会民主党(SPD)と緑の党(Bündnis 90/die Grünen)は、第二次シュレーダー政権を発足させたが、その際、失業対策を強力に進めるために、経済省と労働社会省の「労働」の領域を統合し、新たに経済労働省を創設した。その新しい省の大臣になったのが、ノルトライン・ヴェストファーレン州首相であるクレメントであった。クレメント大臣は、ハルツ委員会報告の立法化に着手しただけでなく、「労働市場改革法(Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt)」(2003年12月24日可決。2004年1月1日施行)の可決を推進し、解雇制限法やパートタイム有期契約法の規制緩和を図った。以下では、両法の過去の改革をふまえたうえで、解雇規制とパートタイム有期契約法が労働市場改革との関係において、どのように改正されたのかについて考察を加えることとする。

第1節 解雇制限法の規制緩和

1 過去の解雇制限法改革

(1) 1996年就業促進法による改革

OECD 報告書¹などで、他国に比べて強い解雇規制を有していると指摘されていたドイツにおいて、規制緩和による雇用創出を目的とした解雇制限法改革が最初に実施されたのは、1996年「労働法関連就業促進法(Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz)」(同年9月25日)(以下「1996年法」とする)²である。それまでも、たしかに変更解約告知制度(解雇制限法2条等)³の導入を行った1969年⁴や、「週あたり10時間以上、あるいは月あたり45時間を超える労働者」に適用除外事業所の計算対象となる労働者を限定した1985年就業促進法(Beschäftigungsförderungsgesetz)の制定時に、解雇制限法の改正は行われていた。しかし、これらは、いわゆる解雇規制の整備を志向したもので、規制緩和による雇用創出を狙って実施されたのではなかった。歴史上、解雇規制緩和に基づく雇用創出という法政策を初めて実施に移したのが、その立法提案理由書⁵で50万人の新規雇用が期待されるとした1996年法で

¹ OECD Jobs Study 1994 (島田晴雄監訳『先進諸国の雇用・失業』(日本労働研究機構))。

² Vgl. BGBl. I, S. 1476.

³ 変更解約告知制度に関する1969年改正の内容については、根本到「ドイツにおける変更解約告知制度の構造(1)」季刊労働法185号(1998年)128頁以下参照。

⁴ 1969年改正の段階に、従来の適用除外規定(21条3項)を23条1項に移行させた。なお、1969年改正時にも、パートタイム労働者をどのように算出すべきかが立法過程で議論されたが、その際は導入が見送られた。Vgl. Endres, Schwellenwertregelungen im Arbeitsrecht, 2002, S. 88.

⁵ BT-Drucks. 13/4612, S. 9.

あった。2003年改正法の多くは、1996年法の再現であるので、事前にその内容を紹介しておきたい。

ア 適用除外範囲の拡大

同法では、第一に、従来、5人以下の事業所に解雇制限を適用しないとしていた点を、10人にまで拡大した。

解雇制限法では1951年成立時から、小規模事業所を適用除外(当時の21条)していたが、その根拠は、小規模事業所における労使の人的関係の緊密さや協働性が解雇制限法を強制するのに適さないということであったと解されている⁶。ただし、それがなぜ当初5人になったのかといえば、それは次のような経過があったからであった。

まず、1951年解雇制限法の成立過程では、20人を基準として適用除外していた1920年2月4日経営協議会法(Betriebsrätegesetz)(84条)や10人を基準としていた1934年1月20日国民労働秩序法(Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit)(56条)の反省をふまえ、労働者保護の観点から、適用対象を限定すべきでないとの学者の意見⁷も提出されていた。しかし、1948年5月31日ヘッセン州の経営協議会法や1949年1月10日ブレーメン州の経営協議会法では、5人以下の事業所を適用除外していたことも影響し、こうした意見は立法過程で多数意見とはならず、当時の経済協議会からの意見では、むしろ10人までを適用除外とする案が提出されたほどであった⁸。その後、5人では経営への影響を考えるとまだ少ないとする手工業者と農業の代表者と、労働者数のさらなる削減を求める労働組合側の代表者との妥協のすえ、いわゆるハッテンハイマー草案(Hattenheimer Entwurf)⁹や政府法案¹⁰では、3人以下という提案がなされた¹¹。ところが、当時の立法過程の議論で、解雇が自由に許されなければならない事業所の水準が3人ではあまりに少ないと判断され、結局は「5人以下」との表現を採用することとなった。このように、5人という基準についていえば、何か特別の根拠があったのではなく、「政治的妥協」の産物であったと評することができるだろう。

この「5人」を基準とする適用除外規定は1996年まで続いたが、1996年法の制定に際し、適用除外規定を拡大することが政府から提案された。その目的は、解雇制限を緩和することで、企業の採用意欲を刺激することであった(先述のように50万人の新規雇用が見込めるとしていた)。しかし、政府の提案内容¹²は、当初、既存の労働関係にも適用されることとしていたため、立法過程では、ハナウ¹³など解雇制限の緩和が雇用の促進につながると考えていた論

⁶ Vgl. BAG v. 4. 7. 1957, AP Nr.1 zu § 23 KSchG.

⁷ Hueck, RdA 1951, S. 281; ders, RdA 1950, S. 65.

⁸ Kriebel, § 23 Rn. 1, in Dorndorf/ Weller/ Hauck/ Kriebel/ Holand/ Neef, Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 3. Aufl., 1999, S. 795.

⁹ 同草案 17条 4項。Vgl. RdA 1950, S. 65.

¹⁰ 同法案 21条。Vgl. RdA 1951, S. 61.

¹¹ Vgl. Endres, a. a. O.(4), S. 87; Neuhausen, Der betriebliche Geltungsbereich des KSchG, 1999, S.10.

¹² BT-Drucks.13/1412.

¹³ ペーター・ハナウ「雇用促進のための労働法の雇用促進」日本労働研究雑誌 442号(1997年)79頁参照。

者からでさえ、既存の労働関係の解消に役立ち、結果的に雇用が削減するとの理由から、多くの学者から議会内の社会労働委員会での聴聞¹⁴で批判を受けることとなる。その結果、法律が採決される段階では、10人基準が採用されたものの、労働者数が6人から10人までの事業所（後述するパートタイマーの算定基準も考慮すると、パートタイマー労働者の場合は40人までの事業所）においては、1996年法によれば資格がないとされる場合でも、1999年9月30日までは解雇制限を保持するとした。こうした経過措置をおくことで、3年間（実際には後述するように3年間施行されなかったのであるが・・・）、労働関係の解消が容易になった場合に、新規の雇用の促進に役立ちうるかを慎重に検討しようとの意図が立法者には存したのである。

こうした適用除外規定の拡大については、当然のことながら、使用者側は大いに賛成の意¹⁵を表明したが、労働組合側は、同法施行日を「暗黒の金曜日（Schwarzer Freitag）」と呼ぶほど反対した¹⁶。比較的中小企業が多いドイツでは、既存の労働者に対する解雇制限まで奪えろとすれば、解雇制限の大幅な削減を意味したからである。実際、社会保険義務ある労働者の76%が解雇制限法の適用を受けていたのが70%にまで削減するであるとか、約83%の事業所で解雇制限がなくなるといった推計が、連邦雇用庁（Bundesanstalt für Arbeit）の付属研究機関であるIAB（Institut für Arbeitsmarkts- und Berufsforschung der Bundesanstalt für Arbeit）のような公的な機関からも提出¹⁷されていたし、研究者¹⁸からは、この新法の影響は全労働者の65%に及ぶと、否定的な評価が指摘されていた。

イ 社会的選択基準の変更

第二に、1996年法により、整理解雇における「社会的選択（Soziale Auswahl）」（社会的事情を考慮して被解雇者を選定すべきとの要請）の基準が、①勤続年数、②年齢、③扶養義務の有無の3点に限定された（同法1条3項）。

ドイツ解雇制限法（1条3項）においては、日本では整理解雇に該当するだろう、緊急の経営上の理由による解雇に際して、使用者は社会的基準を考慮しなければならないとされている（同法1条3項）。しかし、1951年の制定以来、同規定では、「社会的観点を考慮しないかあるいは十分に考慮しなかった場合」に経営上の理由による解雇は無効となると、文言上、その基準が明示されておらず、解釈に委ねられていた。その結果、判例は、1996年法で明示された基準が従来から優先されるとしていたのであるが、三者の序列については、勤続年数、年齢、扶養家族の有無の順で優先するといった解釈が展開¹⁹されていたし、また、文言で基

¹⁴ Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 26.06.1996, BT-Drucks. 13/5107.

¹⁵ Vgl. BT-Drucks. 13/5107, BR-Drucks. 461/96.

¹⁶ Vgl. Monatsmagazin der IG Metall 10/1996, S. 24.

¹⁷ Vgl. Kurzbericht Nr. 5 vom IAB vom 24.6. 1996, S. 3; BT-Drucks. 13/5107, S. 24.

¹⁸ Vgl. Mückenberger, BT-Drucks. 13/5107, S. 24; ders., Kritik des Beschäftigungsförderungsgesetz, Kristische Justiz 1996, Heft 3, S. 343ff.

¹⁹ Vgl. BAG v. 18. 1. 1990, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 28; Etzel, § 1 KSchG Rn. 684(S. 245), in: Becker/

準が特定されていないため、配偶者²⁰やその他の家族の収入²¹、労働市場での再就職の可能性²²あるいは労働者、家族の健康状態²³など、その他の点を考慮した裁判例や、労働者の資産状況なども考慮すべきとの学説²⁴も存した。

これに対し、1996年法は、こうした曖昧な規定は計算可能性を損なうとの理由で、3つの基準に限定したのであった。なお、同規定は、1996年法の施行（1996年10月1日）と同時に効力を有した。

ウ 「事業所の正当な利益」の優先

第三に、社会的選択に際して、「知識、能力及び成績または事業所の均衡のと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よい」との規制（同法1条3項2文）を新しく導入し、事業所の利益が社会的選択に優先する場合を明示した。この規定により、例えば、本来は特定の労働者グループを○%解雇しなければならない場合でも、すべての労働者グループについてその○%を、例えば50代の○%を、40代の○%を解雇することが許されることとなった²⁵。

エ 集団的規制の尊重

第四に、労働協約、経営協定あるいは公務員代表法の指針といった集団的規制において、社会的観点が規整されているような場合には、社会的選択は重大な過失がある場合に限って審査される、との規定（同条4項）が新設された。また、この規定とあわせて、事業所の3分の2以上の者から支持を受けて労働者代表が同意した規制（ただし、当該規制成立6カ月経過後の解雇に限る）にも上述の集団的規制と同様の位置づけがなされることも明示された（同項2文と3文）。

オ 名簿リスト（Namensliste）の尊重

第五に、経営組織法上（111条）の「経営の変更」を理由として解雇された労働者が、使用者と従業員代表委員会との利益調整のなかでとくに指名された場合には、当該解雇に「緊急の経営上の必要性」が存すると推定される、との規定（同条5項）が新たに挿入された。ただし、その対象は、同条は経営組織法上111条の規定する「経営の変更」に限定された²⁶。

Etzel/ Friedrich/ Hillebrecht/ Lipke/ Pfeiffer/ Rost/ Spilger/ Weigand/ Wolff, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und Kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 5. Aufl., 1998.

²⁰ Vgl. BAG v. 8. 8. 1985, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 21; a. A. Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 424.

²¹ Vgl. BAG v. 24. 3. 1983, EzA § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 21.

²² Ebenda.

²³ Ebenda.

²⁴ Vgl. Berkowsky, Die Betriebsbedingte Kündigung, 2. Aufl., 1985, S. 110; a. A. Ascheid, Beschäftigungsförderung durch Einbeziehung kollektivvertraglicher Regelungen in das Kündigungsschutzgesetz, RdA 1997, S. 337.

²⁵ ハナウ・前掲論文(13)79頁参照。

²⁶ なお、これと同様の規定が、同時期に制定された破産法（125条）にも規定された。この規定はその後改正さ

カ パートタイム労働者の算定基準

第六に、1985 年改正に際して導入されたパートタイマーの算定規定に代えて、「算定にあたって、所定労働時間が週 10 時間を上回らない労働者は 0.25 とし、週 20 時間を上回らないパートタイム労働者は 0.5 とし、週 30 時間を上回らない者は 0.75 とする。」との規定を挿入し、パートタイマーに関する算定基準を変更した。

(2) 1998 年改正の内容

解雇制限法を 1996 年法以前の状態に戻すことを公約として選挙戦に勝利した社会民主党と緑の党によるシュレーダー政権は、公約通り、いわゆる 1998 年 12 月 19 日の「社会保険および労働者権の確保のための修正法」（以下「1998 年法」とする）²⁷を可決し、解雇制限法の改正を実現した。その内容は主に下記の二点であった。

第一に、1999 年 1 月 1 日から解雇制限法 23 条の適用除外の範囲を「5 人以下」に戻したことである。ただし、同条 1 項 4 文に規定されていたパートタイマーの算定基準は、「週 10 時間を上回らない労働者は 0.25」とする規定のみ削除し、残りは維持した。

第二に、同法 1 条 5 項に挿入されていた、労使の利益調整でとくに指名された場合に、当該解雇に「緊急の経営上の必要性」が推定されるとの規定や、同条 4 項 2 文に挿入された、労働者の 3 分の 2 以上に支持された労働者代表の同意の尊重規定を削除したことである。しかし、同条 4 項 1 文の集団的規制は重大な過失が場合に限り審査するとの規定は維持された（ただし、「事業所の正当な利益」という文言は、「事業所の技術的、経済的またはその他の事業所の必要性」に改められた）。

このように、1998 年法は、基本的には公約通り 1996 年法以前の状態に戻したが、一部は規制の内容を修正あるいは維持したのである。

(3) 1996 年から 1998 年の法状態の評価

1998 年に再び解雇制限規定は 1996 年以前の状況に戻されることとなったが、1996 年から 1998 年の間は、歴史上解雇制限の緩和がはじめて実現し、雇用政策の影響が考える素材を提供した、といわれている。しかし、法改正の目的に反して、そのようなデータは示されなかった。この問題について労働法学者のプライス²⁸は、経済的なデータを概観しながら 1997 年の失業者数は 438 万 4000 人であり、規制緩和により失業状況が改善されたとのデータはない

れずに、今でも存続している。同法 125 条は次のような規定である。

事業変更が計画され、破産管財人と従業員代表委員会との間で解雇される労働者が指名された利益調整合意成立時には、解雇制限法 1 条は次の基準をもって適用されなければならない。

(1) 指名された労働者の労働関係は、当該事業における継続雇用または労働条件の変更なくして、継続雇用を妨げる緊急の経営上の理由によるものと推定される。

(2) 労働者の社会的選択は、勤続年数、年齢及び扶養義務の有無の考慮において、かつその限りで重大な瑕疵についてのみ事後審査される……。

²⁷ BGBl. 1998, S. 3843.

²⁸ Preis, Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis, RdA 2003, S. 65.

としている。1996年から1998年の法状況からは、解雇制限法の緩和が、自動的に雇用の促進につながるとの実証的なデータは提供されなかったのである。

2 2003年までの改革提案 —とくに補償金解決制度について

以上のように1999年の段階で解雇制限の規制緩和は妨げられたが、ドイツの失業者数、失業率とも、改善しないばかりか、2001年からは大幅に悪化したため、当時の学説においては、解雇制限法の改革が大きな焦点となっていく。とりわけ、1996年改正と同様に、適用除外の範囲や社会的選択制度についても議論が存したが、この時期に最も関心が集められたのは、いわゆる解雇の補償金解決制度のあり方であった。

もともと、ドイツでは、解雇制限法9条に補償金解決制度があり、裁判において解雇が無効となり、復職しても雇用の継続が期待しがたい場合に限っては、裁判所は労働関係の解消を判決し、その代わり使用者に補償金の支払い（ドイツの裁判所で使用される頻度の高い算定式は、従前の月収×勤続年数×1/2である）を命じるという方法が用意されていた²⁹。しかし、連邦労働裁判所の判例や学説の通説は、解雇制限法の目的は「存続保護」（ここでは復職の意味）であり、補償金の解決は例外であるとの位置づけをしていた。しかし、裁判実務の実態からいうと、和解によって金銭で解決するのが9割近くに達しており、立法目的と実態と間に乖離があることが多くの者に指摘されていたうえ³⁰、雇用状況の悪化から、従来よりも金銭で解雇訴訟を容易に解決できるようにして、解雇訴訟の脅威から企業を解放し、採用意欲を促すべきとの提案³¹が強く主張された³²。こうした議論を受けて、補償金制度についてはとりわけ、次のような提案が2003年改正前になされたのである。いずれも、立法には結実しなかったが、理論的には興味深い内容を含んでいるため、紹介しておきたい。

²⁹ 控訴審の最終弁論終結時まで、労使の一方あるいは双方から、この申立てができることとされているが、まずは、解雇が無効と判断されることが前提となる。そのうえで、労働者側からの申立ての場合には、「労働関係の継続が期待し難い」こと（解雇制限法9条1項1文）、使用者側が申立てた場合には「経営目的に資するさらなる協力が期待し難い」こと（同項2文）を裁判所が認定した場合に限って、判決により労働関係の解消（解消の効果は、判決時ではなく、解雇告知期間終了時から生じる）と補償金の支払いが命じられることとなっている。解雇制限法10条では、この補償金の額は、労働者の月収の12カ月分に該当する額を上限として裁判官の裁量により決定されるとしているが、労働者が50歳を超えていて、かつ当該事業所での勤続年数が15年を超えていれば月収の15カ月分が補償金の上限となり、労働者が55歳を超えていて勤続年数が20年を超えていれば月収の20カ月分が上限となる。ただし、あくまでも、これは法律上の上限であって、具体的にどのように算定されるかについては、裁判官の裁量に委ねるとされており、本文で紹介したような計算式を使うことが多いとされている。この点については、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 Vol. 249(2003年), 100頁以下参照。

³⁰ Vgl. Falke/Holand/Rhode/Zimmermann, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, Forschungsbericht Nr. 47 der Reihe, hrsg. vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, 2 Bd., 1981; Zusammenfassung der Ergebnisse, RdA 1981, S. 300ff.

³¹ Vgl. Willemsen, Kündigungsschutz – vom Ritual zur Rationalität – Gedanken zu einer grundlegenden Reform, NJW 2000, S. 2779(2780); Rütters, Reform der Reform des Kündigungsschutzes?, NJW 1998, S. 283.

³² しかしこうした見解に対し、補償金解決システムへの移行に反対する見解も有力に主張されていた。Vgl. Däubler, Abfindung statt Kündigung, NJW 2002, S. 2292; ders., AiB 2002, S. 457; Dorndorf, Abfindung statt Kündigungsschutz, BB 2000, S. 1938ff.

(1) 金銭解決の選択権を使用者に付与する見解

フランスやイギリスのように、解雇が無効な場合、原則金銭で処理するシステムへの移行が数人の研究者から提案された。すなわち、復職基準を充足することが「期待し難い」か否かを裁判所が判定するという現行制度をなくし、当事者（とくに使用者）が希望する場合には、裁判所の認定なしに、補償金解決という選択肢を与えるという制度である。後述するロマドカの見解と比べると、あらゆる解雇事由について、こうした取扱いを認めるという特徴を有している³³。

(2) ロマドカ (Hromadka) の見解

これに対し、ロマドカ³⁴が提案したのが、一身上の事情や非違行為を理由とする解雇が問題とされた場合には、補償金解決を許さないが、経営上の理由で解雇された場合には、金銭解決を認めるとの見解である。これは、経営上の理由による解雇について、補償金解決制度を大幅に導入すべき点においては、(1)の見解と共通する。しかし、一身上の事情や非違行為などの理由についても補償金解決が許され、あらゆる点において解雇制限法が単なる補償金解決システムになってしまうと、濫用的な解雇が頻発し、労働関係における自由がすべてなくなってしまうと指摘している。こうした考え方から、一身上の事情や非違行為などの理由については、従来と同様、存続保護システムが妥当だとしている。

(3) プライス (Preis) の見解

プライス³⁵は、解雇の法的解決の適正さを考察した場合、経営上の理由による解雇における社会的選択についての争いは、オール・オア・ナッシング原則 (Alles-oder-Nichts-Prinzip) に基づく解決が妥当でないとして、使用者が社会的選択に基づく制約を金銭補償に代替できることを許す立法提案をした。これは、日本でいえば、いわゆる金銭の提供を、経営上の理由による解雇の正当性、とくに被解雇者選定の合理性を判断する際に考慮することを意味するだろう。プライスによれば、こうした枠組により、経営上の理由による解雇のケースでは、労働者は、補償金解決に合意するという選択肢もあるうえ、存続保護を享受したい場合には、訴訟を提起することもできるとしている。

³³ Bauer, Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsschutzrecht, NZA 2002, S. 529 (533); Buchner, Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts, NZA 2002, S. 533(535); Schiefer, Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit – Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die betriebliche Praxis, NZA 2002, S.770. ただし、リューターズとヴィレムゼンは、経営上の理由及び一身上の理由による解雇の事案に限るとの見解を示していた。Vgl. Rütters, a.a.O.(31), S. 1601(1609); Willemsen, a.a.O.(31), S. 2779(2784).

³⁴ Hromadka, Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit, AuA 2002, S. 261ff.; ders, Unternehmerische Freiheit – ein Problem der betriebsbedingten Kündigung?, ZfA 2002, S. 383ff.

³⁵ Preis, a. a. O.(28), S. 72.

(4) キリスト教民主同盟・社会同盟の立法提案（2002年）

当時の野党であったキリスト教民主同盟及び社会同盟（CDU/CSU）は、2002年に、次のような提案³⁶を行った。それは、高齢者の失業率が高いとの事情を考慮して、50歳以上の労働者に限って、労働契約締結の際に、補償金の支払いを条件に、解雇制限（存続保護）を放棄することを許すというものである³⁷。この提案によれば、使用者が有効な解雇を行った場合でさえ、労働者は補償金を得ることができるし、また、高齢者の新規採用を促進できると説明された。しかし、実際に制度が機能する局面を想像すれば、多くの場合、契約締結時の労働者は弱い立場にあるゆえ、存続保護の放棄を強制されるので不当であるとの批判³⁸を受けた。この提案は、当時の与党側には取りあげられず、立法化されなかった。

3 2003年労働市場改革法による改革³⁹

以下では、こうした改革提案を受けて2004年1月1日から施行された新しい解雇制限法において、どのような規定が導入されたかを考察してみたい。

(1) 新しい補償金解決制度

新しい解雇制限法には、1a条⁴⁰が挿入され、新しい補償金解決制度が導入された。これによれば、①緊急の経営上の必要性に基づく解雇であること、②使用者が提訴期間を過ぎれば補償金を労働者に支払うことを示唆すること、及び③労働者が実際に提訴期間を経過するまで解雇訴訟を提起しないことといった要件を充足した場合に補償金解決を請求できる。以上のように、この制度は、両当事者の意思に基づく「訴訟放棄（pactum de non petendo）」を前提条件とした制度であるが、この補償金解決の場合には労働関係の終了が、使用者の解雇と解雇制限法7条の擬制によってのみ生ずる点において「合意解約（Aufhebungsvertrag）」と異なる。

³⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Flexibilisierung des Arbeitsrechts, Gesetzesantrag des Freistaates Bayern vom 22. 11. 2002, BR-Drucks. 863/02.

³⁷ なお、条件付きで解雇制限を放棄することを許し、補償金解決制度を導入するとの提案を、ドイツ法曹大会でハナウも提案していた。Vgl. Hanau, Gutachten zum 62. Deutschen Juristentag, S. C 64.

³⁸ Vgl. Preis, a. a. O.(28), S. 71.

³⁹ この点について日本で紹介、検討した先行研究としては以下のものがある。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」学習院大学法学会雑誌40巻（2005年）2号200頁以下、名古屋功「ドイツ労働市場改革立法の動向—ハルツ四法と労働市場改革法を中心に」金沢法学48巻（2005年）1号101頁以下参照。

⁴⁰ 解雇制限法1a条（経営上の理由による解雇の際の補償金請求権）は次のような条文である。

(1) 同法1条2項1文の緊急の経営上の必要性によって、使用者が解雇し、労働者が同法4条の期間が経過するまでに、労働関係が解雇によって解消されていないことの確認の訴えを提起しない場合には、労働者は解雇告知期間の経過後、補償金請求権を得る。解雇の意思表示において、緊急の経営上の必要性による解雇が支持され、訴訟期間が経過した際、労働者が補償金を要請することを使用者が示唆することがこの補償金請求権の前提条件となる。

(2) 補償金の額は労働関係が存続した各年ごとに、0.5カ月分の月あたりの収入となる。同法10条3項も、相応して適用される。労働関係の継続期間を算定する際には、6カ月以上1年までの期間は切り上げられる。

(2) 社会的選択の規制

社会的選択に関する規制は次のように改正された。

ア 4つの基準への限定

今回の改正により、まず、社会的選択の際に考慮すべき基準として、勤続年数、年齢、扶養義務、障害の4つが明記された。1996年法と比較すると、「障害」が加えられたことに特徴がある⁴¹。また、この明示された4つの基準は、序列関係がなく、同様の位置づけがなされなければならないことが立法理由書には述べられている。これは、1996年法の適用された時期の事案が問題とされた2002年12月5日の連邦労働裁判所の判断⁴²に従ったものとされている。

この改正によって、この4つの基準を重視すること及び必ずしもそれ以外の基準を考慮することは義務づけられないことが明確になった。しかし、もともと社会的選択に関する判例⁴³は裁量の余地を認めてきたので、この4つ以外の観点をどの程度使用者が考慮してよいかはあまり明確になっていない。立法提案理由⁴⁴を読む限りでは、「個別ケースにおいて不当な過酷さが存する場合 (unbilliger Härten im Einzelfall)」を考慮することは除外されていないとされている。この点、立法理由書でも例示されているため、労働者に有利となる場合に限って職業病や労災の存否などは考慮することも許されるのであろうが⁴⁵、従来から問題となってきた、配偶者の収入や労働者の資産を考慮することができるか否かについては論点となるだろうとされている⁴⁶。

なお、以上のように、同法1条3項だけを見ると、4つの基準への限定や基準相互に序列を設けないことの要請は厳格なものであるが、後述する集団的規制等を設ければ、異なる扱いも許されることには留意しなければならない。

イ 「正当な事業所の利益」が存する場合の例外

1996年法の際の文言に戻り、同法1条3項2文は、同1文の社会的選択に際して、とりわけその知識、能力及び成績または事業所の均衡のと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よい、という内容になった。これにより、成績優秀者が社会的に保護する必要性が乏しい場合であっても解雇する必要がないという意味では同じであるが、その基準を示した文言は「事業所技術的、経済的、またはその

⁴¹ 2003年6月24日の与党の立法提案には当初存しなかった。Vgl. BT-Drucks. 15/1204.障害という基準は、同年9月25日の議会の経済労働委員会で付加された。Vgl. BT-Drucks. 15/1587, S. 8.

⁴² BAG v. 5. 12. 2002, NZA 2003, S. 791 unter B. III. 2. der Gründe.

⁴³ Vgl. BAG v. 18. 10. 1984, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.

⁴⁴ Vgl. BT-Drucks. 15/1204, S. 11.

⁴⁵ Vgl. Bauer/ Krieger, Kündigungsrecht Reformen 2004, 2004, S. 128.

⁴⁶ バウアー/クリーガーによれば、義務ではないが、配偶者の収入や家族の資産は、扶養家族の有無の判断の中で考慮することは許される、とする。ただし、労働者自身の資産は、無関係であるだろうとしている。Vgl. Bauer/ Krieger, a.a.O.(45), S. 130.

他の事業所の必要性」から「事業所の正当な利益」に変わった。この文言の変更が何を意味するかは明瞭になっていないが、同じ文言であった1996年法の適用された時期の事案が問題とされた2002年4月12日の連邦労働裁判所の判断⁴⁷によれば、成績優秀者を最初から被解雇者選定手続から除外することは許されないが、使用者の正当な利益を考慮した場合に、例外的に社会的選択の帰結の除外が認められることがあるとの枠組を意味すると解されている。しかし、学説からは、こうした枠組では、使用者の正当な利益が、社会的保護を上回る事が前提とされるため、両者の比較衡量が問題とされることとなるが、両者を比較する基準は存しないのではないかとの批判⁴⁸がある。

ウ 選択指針の扱い

2004年改正以前は、同1条4項において、労働協約、経営協定あるいは公務員代表委員会の指針による社会的選択に重大な誤りが存する限りで、審査の対象となるとされていたが、一部文言が修正されて、「同条3項1文の社会的選択を相互に評価するのと同様に」という文言が挿入された。これは、社会的選択基準が4つに限定されたため、必然的に必要となった措置である。ただし、こうした集团的規制の当事者の裁量を認める趣旨が、4つの観点の相互関係を明らかにする点に限られるのか、どのような基準であっても、集团的規制自体が尊重されるのかについては争いがある⁴⁹。

エ 名簿リストと利益調整

1996年法の段階でも導入されていたものだが、1999年からは削除されていた解雇制限法1条5項が再び挿入された。これにより、事業所変更の際に、従業員代表委員会と利益調整を行い、被解雇者の名簿リスト（Namesliste）が作成された場合、この名簿が尊重されることとなった。これは、1996年法と同様、経営組織法上（111条）の「経営の変更」を理由として解雇された場合に限られている。

(3) 適用除外の範囲の拡大

従来の適用対象事業所の基準である「5人」という基準は維持されたものの、2004年以降新規採用された労働者については、10人以下の事業所の場合、一部の規定（4条から7条及び13条1項1文と2文）を除き、第1章の規定が適用されないこととなった。

この規定が採用された経過は次のようなものである。今回の改正の目的の一つは、いわゆるハルツ法等とも関連して、労働法的な規制の緩和を通じて雇用促進を図ることにある。今

⁴⁷ BAG v. 12. 4. 2002, NZA 2003, S. 42.

⁴⁸ Vgl. Bader, Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und im Befristungsrecht, NZA 2004, S. 65(74).

⁴⁹ Vgl. Willemsen/Annunzi, Kündigungsschutz nach der Reform, NJW 2004, S. 177(180); Quecke, Die Änderung des Kündigungsschutzgesetzes zum 1. 1. 2004, RdA 2004, S.86(89).

回の法律のもととなった最初に提案された法案⁵⁰では、「2008年12月31日までは、2文にもとづく労働者の算定にあたり、期限つき労働関係がこの法律の施行前の日に始まっている場合には、期限つき労働契約を伴う労働者は含まれない。」と、期限付き労働者をまったく計算の対象としないこととなっていた。ところが、期限付き労働者をまったく算定基礎に入れないのは不適切であるとして、立法過程で議会内の経済労働委員会は「算定基礎に入れない期限付き労働者の数については5人とし（「・・・期限つき労働契約を伴う労働者は5人までは含まれない」とした）、さらに、定年到達により終了した労働契約は、この規定の意味における期限つき労働契約には当たらない。」とした⁵¹。しかし、その後議会での議論を通じ、この構想は廃棄され、その代替案として示されたのが、上記のように、期間の定めを問わず、6人から10人までは新規採用された者を適用除外できるとした規定であった。

(4) その他の改正

その他に、社会的相当性以外の理由によって解雇訴訟を提起した場合も、提訴期間を3週間とするなどの改正（同法4条の改正）がなされたが、いわゆる労働市場政策とは異なる観点からなされた改正である。

4 評価

まず、同法1a条に導入された新たな補償金解決制度については、当初から、使用者の教示や労働者が提訴しないことが要件とされ、当事者の意向に左右されるため、その利用可能性について、制度の実施前から疑問が呈されていたが、実際その利用はあまり確認されていない。また、補償金解決の範囲を拡大したことについても、存続保護を建前とする解雇制限法の趣旨に反するとの強い批判がある。

つぎに、適用除外の範囲を拡大したことについては、その効果を示すデータがまだ提出されていないため、明確な意見がだされていないが、連邦労働裁判所は、もともと「第二ランクの解雇制限」（解雇制限法が適用除外されていても、民法の一般条項で解雇規制が課されるとの考え方）を課するという規制を加えているため、法政策に歯止めをかけている状況にある。このため、2005年11月に社会民主党とキリスト教民主・社会同盟との間で大連立政権が誕生したが、その大連立協定⁵²では、解雇制限法の待機期間（Wartezeit）を2年まで延長する（現在は6カ月）という案⁵³が示されており、今後この点が問題となるだろうとされている。

⁵⁰ Entwurf eines Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/GRÜNEN vom 24. 6. 2003, BT-Drucks. 15/1204.

⁵¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit vom 25. 9. 2003 zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/GRÜNEN eines Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt sowie weiterer Gesetzesentwürfe bzw. Anträge, BT-Drucks. 15/1587.

⁵² 連立協定（2005年11月）の中の「2.7 労働法の改革」という箇所、解雇制限法の待機期間を2年とすることで合意したとある。Vgl. <http://www.cducsu.de/upload/koalitionsvertrag/>

⁵³ もともと、学説でこのような提案がなされていた。Vgl. Bauer, a. a. O.(33), S. 529(530).

第2節 有期労働契約に関する規制の改革

1 有期労働契約の状況

ドイツにおける有期契約労働者の数は、1970年代初頭には、約110万に過ぎなかったが⁵⁴、1991年には約240万人（全労働者の約8%）に上昇し、2000年には約270万人（同9%）までになった⁵⁵。また、新規採用者の労働契約の40%が期間設定されており、若年労働者が有期契約労働に従事している割合は、平均を大きく超えている。ところが、2000年の段階で、30歳以下の労働者の5分の1（21%、130万人）が有期契約を締結していたのに対し、30歳から40歳の労働者は8%（約76万人）、40歳から60歳までの労働者については5%（約70万人）に過ぎなかった⁵⁶。こうした状況が存したため、高齢層の有期契約の締結を容易にすれば、企業の採用意欲を刺激し、量的な面に限れば、雇用創出効果が期待できるとの見方が存していた。

2 従来の立法状況

こうした状況を前提として、労働時間や雇用形態の弾力化によって雇用創出を促進することも法目的の一つとしていた、通称「パートタイム有期契約法（Teilzeit- und Befristungsgesetz, TzBfG）」と呼ばれる法律（2001年1月1日施行）が2000年12月21日可決された⁵⁷。この法律では、まず、労働契約の期間設定は、原則として正当事由が必要であるとされているが（同14条1項）、新規に労働契約を締結する場合には、正当事由なしに2年間まで（更新は3回まで）締結することができる（同条2項。ただし、同条2項によれば、従前の使用者とすでに有期契約を締結した場合にはこの例外的扱いは許されないとされている）。また、1996年就業促進法⁵⁸ではじめて、満60歳以上の労働者については、正当事由なしに有期契約の締結が許され、期間の上限や更新回数への制約がないことを許容していたが、このパートタイム有期契約法の制定時に満58歳まで引き下げられた（同法14条3項1文。2002年12月31日までの措置。）。

3 ハルツ第I法及び2003年労働市場改革法による改革

今回の労働市場改革に際しては、次のように、有期契約の利用を拡大する方向で規制緩和措置が実施され、パートタイム有期契約法が改正された。

- ① まずハルツ第I法により、2006年末までの時限措置として、満58歳以上に関する特別な規制は満52歳に引き下げられた（同法14条3項に4文として挿入された。なお、

⁵⁴ Statisches Bundesamt, Jahresbericht 1970, S. 18.

⁵⁵ Statisches Bundesamt, Leben und Arbeiten in Deutschland, Ergebnisse des Mikrozensus 2000, 2001, S. 28.

⁵⁶ Vgl. Weyand/ Düwell, Das neue Arbeitsrecht, 2005, S. 87.

⁵⁷ BGBl. I, S. 1966.

⁵⁸ 1996年9月25日の「成長と雇用の促進に関する労働法」によって導入。BGBl. I, S. 1476.

法案段階では、50歳で2005年末までとなっていた。ただし、同法14条2項によって2年の有期契約を締結していた場合には、実質的に満50歳から正当事由なしに有期契約を締結することが許される。)

- ② 2003年12月24日の「労働市場改革法」(2条)によって、開業した企業の事業所では、正当事由なしに労働契約の期間設定が認められる期間が2年から最大4年まで拡大された(同法14条に2a条として挿入された。これは時限措置ではない。)。52歳までの引き下げと同様、有期契約の締結につき正当事由を求めない範囲を拡大することで、起業を容易にし、雇用の促進に影響を与えることを期待したものである。なお、②の4年という期間は、同法の施行される以前に開業した企業も利用可能であるとされているが、2004年1月1日の施行日からではなく開業日から起算される。

4 改革に対する評価

現在のところ、この有期契約の規制緩和措置の効果、とりわけ、雇用創出効果が認められたのかについては、法政策が実施されてから、あまり時間がたっていないため、特に目立った議論は存しない。しかし、今回の改正のうち年齢を満52歳にまで引き下げ、期間設定を容易にした措置は、その後、年齢差別禁止規定等を盛り込んだ差別禁止EU指令(2000/78。2000年11月27日採択、同年12月2日施行。)⁵⁹を根拠に、年齢差別と認定する注目すべき判断(C-144/04。2005年11月22日)がEU裁判所で示されている⁶⁰。すなわち、上述の指令では、年齢差別の禁止が雇用政策に大きな影響を与えるためEU加盟国には広範な裁量を付与していたものの、ドイツの今回の改正内容が52歳という年齢だけを基準としている点を捉えて、高齢者の雇用促進という立法目的を考慮しても、指令に反する年齢差別であると認定したのである。しかも、指令の国内法への実施期限は、2006年12月2日であったから、ドイツ政府にとってはその期限前の事件であったが、EU裁判所は、年齢差別の禁止がEUにおいて基本法的価値があると位置づけ、国内裁判所に、指令の実施期限前であっても、指令の遵守を求めたのであった⁶¹。

こうした判断が示されたため、2005年11月の社会民主党とキリスト教民主・社会同盟の大連立協定は、「52歳以上の労働者に対する - 緩和された - 有期労働契約に関する規制緩和(有効期限:2006年末)は、時限措置を取り払い、EU法に合致するようなかたちに変える」と論じた。しかし、その一方で、より多くの高齢労働者を企業が採用できるよう、こうした

⁵⁹ Vgl. ABl.L 303 S. 16. この指令については、川口美貴「EUにおける雇用平等立法の展開」法政研究6巻3・4号(2002年)689頁以下、桜庭涼子「年齢差別禁止の差別法理としての特質」法学協会雑誌122巻6号(2005年)102頁以下、山川和義「差別禁止へのあらたな取組み - 差別禁止法案の紹介」労旬1608号(2005年)12頁以下、濱口桂一郎「EU労働法形成過程の分析(2)」比較法研究シリーズ7号(東京大学、2005年)266頁、小宮文人/ 濱口桂一郎 訳『EU労働法全書』(旬報社、2005年)251頁参照。

⁶⁰ NZA 2005, S. 1345. この判断の内容については、川田知子「海外判例レポート」労働判例912号(2006年)96頁以下参照。

⁶¹ この基本法化という視角は、2006年2月25日の関西労働法研究会でのBernd Waas教授の講演で示唆いただいた点である。

措置を継続することも同時に表明された。したがって、EU 法との調和を意識しながら、雇用政策のために高齢者に関する期間規制の緩和を迫及することとなる。

しかし、もともと年齢差別という問題は雇用政策との関係が深く、その取扱いが難しい分野である。また、ドイツの学会⁶²では、先述の EU 裁判所の判断は、国内法実施期限前の遵守を求めるという意味で方法論的に強く批判されているものの、EU の次元では、強く平等を求める姿勢が明瞭になったことは事実であって、その規制をかいくぐるのは容易なことではない。ドイツでは、年齢差別禁止法の制定⁶³が予定されているが、パート有期契約法の規制とあわせて、この点をどのように位置づけるかが今後大きな争点となると思われる。

⁶² 近時ドイツでは、この判断に関する著書、論文が多数でているが、ここでは下記の文献のみを記しておきたい。Vgl. Körner, Europäisches Verbot der Altersdiskriminierung in Beschäftigung und Beruf, NZA 2005, S. 1395.

⁶³ 2004 年 12 月に年齢差別禁止を含む差別禁止法案が提出され、2005 年 6 月に連邦議会で可決されたが、同年 9 月に選挙があったため、審議が中断していた。詳細は、山川・前掲論文（59）12 頁以下参照。
※なお、この原稿筆者完成時に、同法は施行されていなかったが、法律の名称を「普通平等取扱法 (Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, AGG)」に変え、年齢差別禁止規定を含めた包括的な法律として 2006 年 8 月 18 日に施行された。Vgl. Flohr/Ring, Das neue Gleichbehandlungsgesetz, 2006.