

## ドイツにおける勤務成績不良・能力不足に関する解雇制限法理の紹介と検討(2)

細 谷 越 史

### 目 次

はじめに

- I 学説における労働義務の性質論および解雇の審査基準をめぐる議論  
-理論的な対立と実用的な接近傾向- (以上, 第42巻第1号)
- II 判例における労働義務の性質論および解雇の審査基準の展開と定立  
-1950年代から2000年代のBAGによるリーディングケースまでの判例を中心に-
- 1 1950年代から1980年代までの判例
  - (1) 解雇理由に値する不十分な労務給付の程度に関する判断
  - (2) 労働義務の性質に関する判断
  - (3) 解雇回避手段に関する判断
- 2 1990年代から2000年代初頭までの判例
  - (1) 解雇理由に値する不十分な労務給付の程度に関する判断
  - (2) 労働義務の性質に関する判断
- 3 2003年から2008年までの判例
  - (1) BAGによる労務給付の量的な不足を理由とする解雇の審査基準の定立
    - ①事実の概要および判旨
    - ②分析と検討
  - (2) BAGによる労務給付の質的な不足を理由とする解雇の審査基準の定立
    - ①事実の概要および判旨
    - ②分析と検討

(3) 解雇回避手段

(4) 労使間における利益衡量

4 小括

(以上、本号)

## Ⅱ 判例における労働義務の性質論および解雇の審査基準の展開と定立—1950年代から2000年代のBAGによるリーディングケースまでの判例を中心に—

本論文(1)(香川法学第42巻第1号1頁以下参照)では、労働者の勤務成績不良や能力不足を理由とする解雇の法理をめぐる活発な議論を展開してきた主に戦後のドイツの学説を時系列的に整理・検討した。ドイツの学説上、労働義務の性質論は、従来から主観説と客観説に大きく二分される難問であるところ、最近では折衷説と呼ぶ学説も議論に加わるに至り、その論争は三つ巴の様相を呈している。また、このように主観説と客観説の対立にくわえ両者の結合を試みる折衷説の登場といった議論の展開を経て、近年の主観説と客観説の論者においては一定範囲で実用的に接近する傾向も看取される。

そこで、本稿では、こうした学説における錯綜した議論状況の中で、戦後BAG(連邦労働裁判所)を中心とするドイツの労働裁判所が労働義務の性質をどのように理解したうえで、勤務成績不良等を理由とする解雇の効力をいかなる原則や基準にしたがい判定してきたのかを時系列的に整理・検討するという課題に取り組むことにしたい。なお、紙幅の関係上、本稿で取り扱う判例は、BAGの主導的な判例と評価される2003年12月11日判決および2008年1月17日判決を含む2000年代後半までとする。

## 1 1950年代から1980年代までの判例

### (1) 解雇理由に値する不十分な労務給付の程度に関する判断

まず、労働者の能力不足の程度がそれほど重大とまでは言えないケースを取り上げよう。<sup>(1)</sup>マンハイム州労働裁判所1953年12月18日判決は、<sup>(2)</sup>解雇された労働者がその雇用関係の最初から、恒常的に、比較可能な労働者の労務給付を10%から20%下回っていたというケースにおいて、使用者がこうした低い労務給付を認識したにもかかわらず長期にわたり継続的に雇用し、労働協約による賃金以上に賃金を支払い、正式に注意を与えていなかったのであれば、それは解雇理由とはならないと指摘し、むしろ、当該労働者は、その労務給付が相応な要求に適合すると想定することを許されるという理由から、本件解雇の効力を否定した。

このように、標準的な労務給付を10%から20%下回るというだけでは、やはり最後の手段としての解雇を行うには十分とはいえないであろう。<sup>(3)</sup>

これに対して、デュッセルドルフ州労働裁判所1954年11月24日判決は、まず、労務給付とそれに応じた給付水準は個人によって異なるから、他の労働者と比べて低い個々の労働者の労務給付は、労働者がすでに6ヶ月以上雇用された場合にはなお、企業によって甘受されうとするが、しかし、労働者の不完全給付が有責のものであり、使用者にとって期待可能な程度を超える場合には事情が異なるとの判断から出発する。そのうえで、本判決は、本件の労働者が、使用者から戒告(Verwarnung)や賃金控除が繰り返されたにもかかわらず、引き続き他の労働者の平均よりも25%多くの不良品を引き渡すというように、従来の給付水準とは異なり、

---

(1) 以下の叙述においては、解雇理由となる不十分な労務給付の程度に則して判例を区分し分析する文献として、Hunold, in: Hunold/Wetzling, Umgang mit leistungsschwachen Mitarbeitern, 3. Aufl., 2015, S. 62 ff.; Tillmanns, Kündigung wegen Minderleistung-Besprechung des Urteils BAG v. 17. 01. 2008 -2 AZR 536/06, RdA 2009, 391 ff. を参考にした。

(2) BB 1954, S. 345.

(3) Vgl. Tillmanns, a. a. O. (Fn. 1), S. 393.

(4) DB 1955, S. 436.

そのように仕事が平均を下回る場合には、使用者は、経営に対する影響の特別な審査を要することなく、この労働者を解雇する権利を有すると結論づけた。

この判決は、労務給付の水準をおそらく主観的に理解する立場を採ったうえで、労働者が平均よりも 25% 多くの不良品を作り出すというように、能力不足がそれほど重大とまではいえないケースであるにもかかわらず、戒告など労働者に労務給付の改善を求める手段が複数回与えられていたが不十分な労務給付が継続していたことから、それが経営に対して及ぼす影響の審査を必要とせず、比較的容易に解雇を有効とみなした点に特徴がある。

次に、能力不足の程度が相当に重大であるとみなされるケースを紹介することに<sup>(5)</sup>する。たとえば、ベルリン州労働裁判所 1962 年 12 月 20 日判決は、労働者が平均的な能力を持つ労働者であれば処理できる労働課題の半分しか解決することができず、使用者は、事業経過を支障なく進めるべく、当該労働者の課題を処理するためにつねに他の労働者を投入しなければならないという場合には、当該労働者の解雇は社会的に正当化されると判断した。

また、バーデン・ヴュルテンベルク州労働裁判所 1963 年 6 月 27 日判決<sup>(6)</sup>も、労働者が、複数の是正警告 (Abmahnung) を受けたにもかかわらず、他の同僚労働者を事故の危険にさらしたり、大型の物的財産を損害の危険にさらしたりするようなやり方でクレーン機器を操作し、また当該労働者の労務給付が他の同僚労働者と比べて約 50% 下回るというケースにおいて、使用者から当該労働者に告知された労働関係の解約は社会的に正当化されると結論づけている。

---

(5) Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung 1963, S. 93.

(6) DB 1963, S. 1436.

## (2) 労働義務の性質に関する判断

BAG 第2小法廷 1969年3月20日判決は、1965年3月以降、焼き上がったワッフルを受け取り、検査し、格子型にのせて販売するという仕事に就く(外国人)労働者(X)が、使用者(Y)から複数の警告などが与えられたにもかかわらず労務給付の低下が改善しなかったことを理由として非常解雇(außerordentlich Kündigung)されたという事案に関するものである。なお、Xは当時、時給3マルクの基本給にくわえ、最低の給付として1時間に5枚の格子型を予定し、また最高の給付として1時間に8枚の格子型を予定するプレミア賃金(Prämienlohn)を適用されており、格子型の数に応じて0.50マルクまでのプレミアが支払われていた。<sup>(8)</sup>

本判決は、Xが労働契約により負担する義務を遵守することを頑なに拒否することにより、Yに非常解雇を行う重大な理由を与えたと結論づけたが、その判決理由の中で、労働者の給付義務のあり方に関して次のように重要な判断を示している。すなわち、Xは上告する際に、プレミア賃金の手続きにおいて定められた「標準的給付」(Normalleistung)の意味を誤解している。なぜならば、Xは、「標準的給付」を履行する労働者は労働契約上要求される給付を問題なく満足させると考えるからである。その後新たな事業所協定(Betriebsvereinbarung)により定められたプレミア賃金の等級づけは、1時間当たり6枚の格子型によるプレミア賃金の計算という

---

(7) AP Nr. 27 zu § 123 GewO.

(8) プレミア賃金(Prämienlohn)とは、出来高給(Akkordlohn)と同様に、労働者の個別的な労務給付に報酬を支払うものであり、その目的は、労務給付の刺激および賃金の公平に適う報償の支払い構造を作り出すことにある。また、プレミア賃金の対象となり得るのは、労働の量や質、資材の投入、機械の利用の度合い、顧客満足度ならびに期日の順守である。それゆえ、プレミア賃金においては、労務給付の刺激は、一定の給付成果を顧慮して、出来高給の場合よりも柔軟で多種多様に操作され得る。プレミア賃金においては、出来高給と同様に、様々な制度が存在するが、これらの全ての制度に共通するのは、労働者の労務給付が測定され、標準的給付(Normalleistung)と比較され、それによりプレミアの支払金額が両者の給付の関係にしたがい量定されるという点である(Vgl. Krause, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 5. Aufl., S. 1478)。

最低等級から 1 時間当たり 10 枚の格子型による最高の給付までの標準的給付により確定されたのであるが、それは単にプレミア賃金の抽象的な算定要素であるにすぎない。X の給付義務は、こうした抽象的な「標準的給付」からではなく、X の能力それ自体から個人的に (individuell) 明らかになる (BGB 611 条)。X は、このような観点から 2 年間にわたり何らかの健康上の損害を被ったり、過労に陥ったりすることなく 1 時間当たり 8 枚の格子型を販売することができたので、それゆえこれが自身の個人的な標準的給付であった、と。このように、BAG は、労働者に基本給にくわえてプレミア賃金が適用される本件において、プレミア算定のための「標準的給付」とは独立して、労働者の労働義務は個人的または主観的に規定されるとの見方をすでに明らかにしていた。

その後、BAG 第 1 小法廷 1986 年 1 月 14 日判決は、使用者が事業所におけるラジオ聴取を禁止しようとする際に、事業所委員会 (Betriebsrat) が共同決定を行わなければならないかが争われた事案に関するものであるが、その傍論の中で、労働者の義務の内容について次のように判示した。<sup>(9)</sup> すなわち、労働者は労働契約に基づき、任された仕事を自身にとって可能な能力を発揮して適切に遂行すること、すなわち、集中して、注意深く仕事を行い、私的な利益のために仕事を中断しないことを義務づけられる。労働者は集中して、迅速に、誤りなく仕事を行うかぎり、たとえラジオを傍らで聞いているとしても、その労働義務を充足させる。労働者が、必要とされる集中力を欠き、それゆえ不完全に仕事をするならば、労働契約上の義務に違反する、と。

(9) AP Nr. 10 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes.

(10) 本判決はこの点につき、労働者が、ラジオを聴くにもかかわらず労務給付を適切に行うならば、その契約上の義務に違反しないが、ラジオ聴取は、同時に他の同僚労働者の妨げとなりうることから、工作中的ラジオ聴取の問題は、労働者の事業所における共同生活や共同作業およびそれゆえ事業所秩序 (betriebliche Ordnung) に関係するとし、事業所秩序の形成には事業所組織法 (Betriebsverfassungsgesetz) 87 条 1 項 1 文による共同決定権が及ぶと判断した。

さらに、BAG 第2小法廷 1988年3月17日判決も、<sup>(11)</sup>労働者の頻繁な遅刻を理由とする非常解雇の効力が争われた事案をめぐり、原審であるバーデン・ヴュルテンベルク州労働裁判所の判断を差戻しする際に、労働者が労働時間の中で責任を負う労務給付の質と量は、BGB 243条1項の客観的な基準によるのではなくて、個々の労働者の個人的な給付能力にしたがい規定され得ると判示した。なお、この判旨は、原審が、仕事が時間厳守で開始されるかそれとも数分ほど遅れて開始されるかが重要ではない数多くの労働関係を想定することができ、また、これにより中等の種類と質(BGB 243条)に従う責任を負わされた履行は損なわれず、労働開始の際の遅刻は労働義務の違反を意味しないと論じるのに対して、労働者にとって特徴的である労働義務の時間的な確定を疎かにしていると批判を加える文脈においての判断である。

上述のように、1950年代以降の下級審判決においては、労働義務の性質について明確には論じられないまま、主に解雇された労働者の労務給付が標準的ないし平均的な労務給付と比較してどの程度下回るのか、あるいは事前には是正警告や戒告など解雇より緩やかな手段が採られたかを考慮して解雇の効力を判定するという傾向が認められる。

このような状況の中で、BAGは、1960年代から80年代にかけての一連の判決により、労働者の給付義務を主観的に決定する立場を蓄積してきたと評価することができる。前述したように、学説においては、伝統的に主観説が支配的である一方で、客観説は少なからず支持されていたものの必ずしも十分な説得力をもつ論拠を展開し得ていなかったとみられ(本論文(1)参照)、こうした学説の議論状況が判例法理にも影響を及ぼしたと考えられる。

---

(11) AP Nr. 99 zu § 626 BGB.

### (3) 解雇回避手段に関する判断

ハム州労働裁判所 1983 年 3 月 15 日判決は、労働者 (X) の不十分な労務給付が繰り返されたこと (これは適性・能力の欠如に基づくものではないから、一身上の理由による解雇は考慮されないとされている) を理由に使用者 (Y) が行った通常解雇 (ordentliche Kündigung) の効力が争われたケースに関するものである。

本判決は、まず解雇の一般的な判断枠組みについて次のように論じる。すなわち、労働者の行為・態度 (Verhalten) に存する解雇理由としては、とりわけ労働関係に関連して労働者が負うあらゆる義務に対する違反が考慮され、とくに労働義務に対する違反がそれに含まれる。労働者の側で不十分な労務給付が繰り返し行われたことも労働義務に対する違反を意味するが、しかし、その場合、通常、使用者から事前に与えられた是正警告 (Abmahnung) に業務を改善する効果がなかったということが必要である。すなわち、使用者は不十分な労務給付を行う労働者にその行為・態度を改め、その仕事のやり方を諸要求に適合させるための機会を事前に十分に与えなければならない。使用者は、不十分な労務給付を是認しないという意思の表明と労働法上の結果の通告とならび、労働者に非があるとされた行為・態度を改善して不十分な労務給付を解消するための十分な機会と時間を与えなければならない、というのである。

そのうえで、本判決は、次のように、是正警告をめぐる本件の具体的な事情を考慮して通常解雇は無効であると結論づけた。すなわち、たとえ Y が 1982 年 1 月 25 日にその事業所の主任を通じて、X に短期間での労務給付の向上を期待しており、さもなければ労働関係の存続が危険にさらされることを明白に認識させたとしても、Y は労務給付の改善を実証すべき期間を短く見積もりすぎており、Y は X に改善のために 9 労働日のみを付与したにすぎない。当法廷にとって、この期間は、X のように特定のタイプ

---

(12) DB 1983, S. 1930.

の機器の機能検査において難点がある労働者に、その労務給付を期待される(生産される製品の)個数まで引き上げるための機会を与えるためには短く見積もられすぎていたのである、と。

また、<sup>(13)</sup> ハム州労働裁判所 1983 年 4 月 13 日判決は、労働者(X)の獲得した仕事の成果が標準的給付(Normalleistung)として期待され得た給付を重大に下回ったことにより有責に不十分な労務給付をもたらしたことを理由に使用者から通常解雇されたというケースについての判断である。

本判決は、まずは正警告が有効に与えられるための要件について次のように判示した。つまり、使用者が労働者にとって十分に明白に認識できる方法で労務給付の不十分さを非難し、それにくわえ、不十分な労務給付が繰り返された場合には労働関係の内容や存続が危険にさらされると指摘する場合に、有効な是正警告が存在する。また、誰が是正警告を有効に与えることができるのかについては、是正警告を与える者が解雇の権限を持っていることは必要でなく、労務給付の場所、時間ならびに方法について拘束力のある指示を与える権限を持つすべての労働者が考慮される、と。

判決は、この判断枠組みにしたがい、Xの上司であるWが、Xにその不十分な労務給付に警告を与えたうえで、会社はXをもはや必要とせず、Xのポストを経営責任者の任意に処理させるであろうと説明したことから、Xの不十分な労務給付の非難は、必要な警告機能と同様に、WからXに対する発言において十分明白であったし、Xのポストが経営責任者の任意に処理されるとすれば、それはXが解雇または少なくとも異なる職場への配転を考慮しなければならないのと同じことを意味したと判断し、本件は正警告が有効に与えられていることを確認した。

最終的に、労使間での利益衡量においては、とくに非難された行為・態度が一度限りの違反ではなく、Xが、複数の是正警告を受けたにもかかわらず、その行為・態度を解雇されるまでの間継続したという事実が考慮さ

---

(13) DB 1983, S. 1930 f.

れた。さらに、YがXの行為・態度を－工場で雇用される他の労働者や製造過程に対して経営上の障害が生じることをも考慮して－長くは甘受することができなかったことから、結論的にXに対する通常解雇は社会的に正当なものであると認められた。

上述の裁判例は、問題となった不十分な労務給付を基本的に労働者の行為・態度に存在する解雇理由とみなした上で、このように基本的に有責性があり、労働者の意思により制御される行為は将来改めることが可能であることから、是正警告を受ける理由があるとの考え方を前提にしている。その上で、使用者は、比例原則や予測原則にしたがい、不十分な労務給付を理由に解雇に訴える前に、原則として是正警告を与える必要があると解<sup>(14)</sup>されている。なお、この点について、勤務成績不良等は行為・態度に存在する理由か一身上の理由のいずれに起因するのかが判然としないケースも考えられるので、そのようなグレーな事案で是正警告を与える必要性をどう考えるべきかという課題が残るであろう。

また、上記裁判例において、是正警告が解雇回避手段として有効に機能するためには、特に使用者は、是正警告を与えた後、労働者に非があるとされた行為・態度を改善して不十分な労務給付を解消するための十分な機会と時間を与えなければならない、とのルールが示された点が重要である。

## 2 1990年代から2000年代初頭までの判例

### (1) 解雇理由に値する不十分な労務給付の程度に関する判断

ケルン州労働裁判所 1997 年 11 月 25 日判決は、1947 年 8 月 27 日生まれの労働者 (X) が 1989 年 4 月 1 日から使用者 (Y) にソーシャルワ－

---

(14) 労働者の過誤 (非違) 行為や行為・態度を理由とする解雇のケースにおける是正警告の法理については、細谷越史「労働者の過誤行為を理由とする解雇制限法理－ドイツ法の紹介・検討を中心として－」大阪経済法科大学法学論集 59 号 (2004 年) 62 頁以下、同「ドイツにおける労働者の行為・態度に関する解雇法理の展開と日本法への示唆」大阪市立大学法学雑誌 64 卷 1・2 号 (2018 年) 134 頁以下参照。

(15) EzBAT § 53 BAT Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 46.

カーとして雇用されたが、1996年8月28日にはYから、処理を任されたケースについて最終報告書を提出するのが遅く、それらは質的に不十分なものであるという理由で是正警告を受けた後、同年9月26日に、Xはあまりに緩慢に仕事を行い、その仕事の結果は要求される質的な水準に適合しないという理由で解雇されるに至ったという事案に関するものである。

まず本判決は、Xが1996年1月30日から同年5月までの期間において自身に委ねられた75のケースについて8つの報告しか提出しなかったことから、Xが自身で基礎として用いる処理時間である1ケース毎に11.5時間を前提とすれば、Xは自身の見積もり（見込み）によれば可能であったはずの労務給付の5分の1を履行したにとどまる、と判断する。

また判決は、Xが是正警告から解雇までの10.5労働日において2つのケースしか処理しなかったという事実から、Yは解雇を告知した際に、Xがその労務給付を量および質に関して向上させるであろうと期待することができなかったという前提から出発するのは正当であるとしたうえで、これはまさに、Xが期待された労務給付を履行できる状況にはなかったか、あるいはXは自身に要求されるやり方でその労務給付をする意志がなかったことを指し示していると判示する。こうして、本判決は、原審と同様に、Xに与えられた是正警告は正当なものであり、本件通常解雇は解雇制限法（Kündigungsschutzgesetz）1条にしたがい社会的に正当化されるという結論に到達した。

本判決の特徴は、労働者の労務給付が標準的な労務給付を80%も下回るというように、労務給付の低下が明白に重大な程度に至っているケースについて、是正警告を経ても業務の改善が予測されなかったことから解雇は十分に正当化されるとみなしたという点に見出すことができる。

従来、どの程度の不十分な労務給付であれば解雇理由に値するかについて直接的に判断するBAGの判例はほとんど見られなかったが、BAG第2小法廷1991年9月26日判決は、この論点について後継の判例をリードす<sup>16)</sup>

る重要な判断を示したものとして注目される。本判決は、重度障害者である労働者（X）が1969年5月から鉄鋼業を営む企業（Y）で働いてきたが、尿路感染症とリウマチという疾病を原因として給付能力が低下したという一身（Person）上の理由により通常解雇されたという事案に関するものである。なお、Xは以前、出来高給（Leistungslohn）を支払われていたが、健康状態に配慮して1978年11月以降は時間給を支払われるようになっていた。

本判決は、次のような理由から、本件解雇の無効を訴えたXの上告を棄却した。すなわち、Xは1987年において、配置転換を通じ、複数の職場において出勤日数に関して50から60%の労務給付をもたらし、同年の末から解雇の時点までその最後の職場では、標準的給付（Normalleistung）のころうじて66%の平均的給付を提供した。給付低下の原因に関するX自身の主張から、こうした給付の不均衡が是正されることは将来においても期待することができない（健康に関する消極的な予測）。また、標準的給付の3分の2の労務給付（Yが完全な時間給を支払うとすれば、3分の1については反対給付を得られないことになる）でさえ、給付の均衡およびYの経済的利益に対する重大な侵害を意味する。そこでは、重大性の審査（Erheblichkeitsprüfung）が行われる、というわけである。

こうして、BAGは、病気を原因とする量的に測定可能な給付能力の低下（一身上の理由）による解雇の事案について、労働者が比較可能な労働者の平均的給付を少なくとも3分の1下回る場合には重大な給付の低下（erhebliche Leistungsminderung）とみなす立場を明らかにするに至った。先述のように、従来の下級審裁判例においては、どの程度の給付の低下ないし成績不良であれば、重大なものともみなされ、それゆえ解雇を正当化しうるか否かの判断が個別事案ごとにそれぞれ異なっていたが（例えば10ないし20%、25%、50%、80%など）、このBAG判決は、その後の主要

---

(16) AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

な判例が給付低下の重大性を判定する際の3分の1ないし約33%という重要な指針を形成する役割を担うこととなった。かかる判断の基底には、軽微な給付の低下では経営上の利益の重大な侵害をもたらすというには不十分であり、むしろ、客観的に測定できる給付能力の重大な低減のみが解雇を正当化し得るほど使用者にとって期待不可能な経済的負担を意味するとの考え方があろう。<sup>(17)</sup>これにより、BAGは、一身上の理由による解雇を正当化するために、これまで時に支持されることのあった50%の限界を下回る重大性の限界(約33%)でもって十分であるとみなしたのである。<sup>(18)</sup>

## (2) 労働義務の性質に関する判断

先に述べたように、1950年代以降の下級審裁判例においては、労働義務の性質について明確に論じるものは少なかったが、その一方で、BAGは、1960年代から80年代にかけて、基本的に労働者の給付義務を主観的ないし個人的に決定すべきであるとの立場を採用するようになった。

それではBAGは1990年代以降、労働義務の性質をどのように理解してきたであろうか。たとえばBAG第2小法廷1992年5月21日判決は、<sup>(19)</sup>1984年10月1日から保険診査医として医学的判定(Gutachten)を行ってきたXに対して、その使用者(Y)が量的な労務給付(quantitative Leistung)が不十分であることを理由に1988年と1989年には正警告(Abmahnung)を与えた後、1990年6月15日に行った通常解雇の効力が争われたという事案に関するものである。BAGは、次のような理由から本件解雇は解雇制限法1条2項により社会的に正当なものであると判断した。①Xの労務給付は、同僚の量的な労務給付を著しく下回り、それは取り扱われた医学的判定の特別な困難さや特別に丹念な仕事の仕方によってはもはや正当

(17) Vgl. Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, Bd. 3, 2016, S. 236.

(18) Vgl. Zaumseil, Die Minderleistung als Kündigungsgrund – Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung der Arbeitspflicht, 2009, S. 107.

(19) AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

化することのできない程度のものである。Xの労務給付の不足は、平均的に、平均の下位部分に位置する同僚のおよそ半分に当たるものであった。こうした給付障害は行為・態度を理由とする解雇につながる。また、原則として労働者の個人的な労務給付の基準を前提として出発することができるが（前掲・BAG 1969年3月20日判決、同BAG 1986年1月14日判決など参照）、それでもこれらの判例によれば、労働者は任された仕事を自身にとって可能な能力を発揮して適切に行わなければならないということが正当にも要求されている。Xは1988年の上半期から1989年の半期までその労務給付を低下させただけでなく、1990年の上半期もなおそのような状況にあったのである。同様の消極的な傾向は、1988年の上半期の給付をはるかに下回る1988年と1989年の両下半期における業務についても際立っている。②給付領域の障害については、解雇の前には是正警告を与えておくことが基本的に必要である。警告機能を伴う是正警告の必要性は、連邦職員労働協約（Bundes-Angestellentarifvertrag）13条2項〔職員は、自身に不利益となりうる手段の異議や主張を通じて、人事書類に記録される前に意見を聴取されなければならない旨を定める…筆者注〕によるXへの意見聴取が行われていないとしても、満たされた。さらに、Xは、適切な形式の是正警告がなされたとしても、その行為・態度を変更する意思がないという印象を抱かせたことから、是正警告は不必要でもあった、と。

ここで、本判決は、従来のBAG判例の立場を維持し、個人的ないし主観的な給付基準を採用する立場を明らかにした。また判決は同時に、同僚の平均的な労務給付との比較から、Xの量的な労務給付の不十分さが継続的に平均的な同僚のおよそ半分に相当するとし、さらに、そのように重大な不完全給付を変更する意思がないように思わせたXについては、労務給付を改善させる効果を見込めないことから是正警告は不必要でもあったとして、本件解雇を有効であると結論づけた。

さて、1990年代以降、下級審裁判例においても、労働義務の性質について具体的に論じるものが登場するようになった。たとえば、ベルリン労

労働裁判所 1996年2月29日判決は、記録書類の覚書 (Akttenotiz)<sup>(20)</sup> における差別の有無が問題となった事案について、BAGとは異なり、労働者は中等の種類と質の業務 (Tätigkeit von mittlerer Art und Güte) を行う義務を負うにとどまる、と判示した。また、本判決は、これはまた責任を負わされた業務の遂行に関する準則としても使用者によって遵守されなければならないことから、使用者は、本件における機械操縦者 (労働者) に対してつねに「最高の作動速度」を保持することを要求することはできない、とも付言している。

また、ツェレ労働裁判所 2001年5月14日判決は、病院 (Y) に家政婦 (Hauswirtschaftsgehilfin) として雇用された労働者 (X) が、週30時間勤務で看護師用住宅および管理部の清掃を担当してきたが、清掃業務の提供が不十分であることを理由に通常解雇されたという事案に関わるものである。

本判決は、まず、労働者は「継続的に最高の給付」を行う責任を負うわけではなく、その個人的な能力を適切に発揮してもたらしうる労務給付 - それには中等の種類と質の業務 (Tätigkeit von mittlerer Art und Güte) を行えば十分である - を提供する責任を負うということが行為・態度 (Verhalten) を理由とする解雇の領域において妥当するとしたうえで、従来判例は一身上の理由による労務給付の不足を理由とする解雇の領域において、「経営上の利益が重大に侵害される」ことを必要とし、労務給付が30%低いことを解雇にとって重要であるとみなしてきたと説明する。

また、判決は次のような理由から本件解雇を社会的に不当である (解雇制限法1条2項) と結論づけた。すなわち、Xが意識的に労務給付を抑制したのか、それとも個人的な能力から、より良く清掃業務を行うことができなかったのかは判然としない。Xは個人的な能力にしたがい業務を行うが、しかし結果的に不十分な清掃を行ったのだから、一身上の理由による

---

(20) AiB 1997, 358.

(21) NZA-RR 2001, 478; AuR 2002, 72.

解雇の原則の適用が排除されないとすれば、本件の解雇審査に際して、Xの業務が中等の種類と質 (mittlerer Art und Güte) に当たるか否かも考慮されなければならなかった。清掃に従事する 20 人の労働者の労務給付が多様であり、労務給付の平均値を 100 と設定するとして、80 から 120 の間を上下する場合、労働者が 80 という清掃の労務給付を示すだけで解雇がなされうることを簡単には意味しない。むしろ、評価や比較を可能とする給付能力の立証が必要であるが、Yはその立証を行わなかった。つまり、Yの主張は、Xが 1,000 平方メートルを超える清掃フロアという相当な広さの区域を担当することに鑑みて、Xの労務給付が平均を下回り、中等の種類と質に達しないということを確認させるものではなかった。看護師用住宅の清掃のために利用できるのが毎日 2 時間 52 分であり、それとは別の衛生設備とその領域における床を含む清掃時間が衛生設備毎に 4.78 分であることが明らかである。Yの詳細な立証がなければ、Xの少なくとも平均的な範囲の清掃給付を前提として出発することはできない、と。

本判決は、労働者の労務給付を個人的に規定する立場から出発しながら、BGB 243 条を想起させるように、その業務が中等の種類と質に当たるか否かも考慮されると判示しており、そこには労務給付水準の決定をめぐる主観的基準と客観的基準の混同を看取することができる。<sup>(22)</sup> また、本判決のもう一つの特徴は、Yに対して、Xの給付能力がどの程度平均値を下回るのかを具体的に厳密に立証することを要求し、とくにYと比較可能な同僚がどの程度の清掃対象をいかなる時間で清掃していたのかを立証できなかったことなどから、解雇の有効性を否定した点にある。

さらに、<sup>(23)</sup> ヘッセン州労働裁判所 2003 年 8 月 29 日判決は、まず、株式取引会社 (Y) に 2001 年 4 月 1 日から税込みの月収約 6,650 ユーロで会計事務 (Rechnungswesen) の主任として雇用された労働者が、いくつかの形態の労働契約の不完全履行を理由に 2002 年 12 月 31 日に通常解雇された

(22) Vgl. Zaumseil, a. a. O. (Fn. 18), S. 23.

(23) 17/10 Sa 728/03 in Juris.

ことの効力が争われたケースに関するものである。本判決は本件解雇を無効と結論づけたが、その判断過程において、労働義務の性質をめぐり以下のように判示した。すなわち、労働者が、労働契約にもとづきおよそ労働者の責任負担を期待することが許されるところの中等の種類と質の労務給付を履行しないならば、使用者は通常、是正警告が行われた後に労働関係を解約することができる。また、たとえ労働関係において原則的に個人的な給付の基準が構想されうるとしても、労働者は自身に委ねられた仕事を自身にとって可能な能力を発揮して取り決め通りに遂行しなければならない(前掲・BAG 1992年5月21日判決参照)、と。

このように、1990年代から2000年代初頭におけるBAGの判例においては、以前からBAGが主張してきた主観説を基本的に踏襲しながらも、-客観説により重視されてきた-同僚労働者の平均的な給付との比較をもふまえて解雇の効力を判定するようになっている。また、同時期の下級審裁判例においては、労働義務を客観的に理解する立場が登場したり、労働義務の主観的理解と客観的理解が混在するような判断が見られたりするようになった。

さて、ここで同時期における主観的な給付基準を支持する学説に目を向けると、それでは労働者の主観的・個人的な労務給付が何と比較してどの程度低下した場合であれば解雇が考慮されうるのであるかを必ずしも十分に論じてはいなかった(本論文(1)のI 1(1)参照)。その一方で、学説上、客観的な給付基準を支持する立場が根強く支持されており、かかる客観説の論者は比較可能な同僚労働者の平均的な労務給付との比較から解雇の効力を判定する立場を明らかにしていた(本論文(1)のI 2(1)参照)。このような議論状況の下で、勤務成績不良等を理由とする解雇をめぐり具体的な紛争解決を求められるBAGは、主観説に依拠しながらも、学説における主観説に先駆けて、同僚労働者の平均的な労務給付との比較をも用いることで実用性を志向した解雇の審査枠組みを提示しようと試みていたと評価することができよう。しかし、こうしたBAGの判断枠組みにおいては、労務給

付の主観的な理解との関係で同僚の平均的な労務給付との比較をいかなる意味で位置づけ、両者の関係をどのように整序すべきかがいまだ解明されていないという課題が残されることとなった。

### 3 2003 年から 2008 年までの判例

これまで見てきたように、BAG は従来から主観説に依拠する立場を一貫して採ってきたが、比較的新しい BAG 判例においては、主観説によりながらも、解雇された労働者の労務給付と同僚の平均的な労務給付の比較を用いて解雇の効力を判断するものが現れている。また、主に 1990 年代以降の下級審裁判例においては、BAG と比べて、労働義務をより客観的に理解する傾向が看取されるようになってきている。このように判例法理が主観説と客観説の間で動揺し、解雇の審査枠組みなどの整合性に疑義が生ずる状況の中で、BAG はついに 2003 年 12 月 11 日判決において、勤務成績不良等を理由とする解雇に対する審査基準をめぐるこれまでの論争に終止符を打ち、判例法理の統一を図るべく、その基本的な判断枠組みを明らかにした。また、BAG は、本判決および後述の 2008 年 1 月 17 日判決の両者の基本判決によって、不十分な労務給付ないし労務給付の不足を理由とする解雇の事案について、数十年にわたり主観的な給付基準を採用してきた判例理論を踏襲し再確認したうえで、量的または質的な労務給付の低下のケースを区別して、それぞれのケースに対応した解雇の審査基準を定立するに至ったのである。<sup>(24)</sup>

#### (1) BAG による労務給付の量的な不足を理由とする解雇の審査基準の定立

##### ① 事実の概要および判旨

<sup>(25)</sup> BAG 2003 年 12 月 11 日判決は、小売業を営む会社 (Y) の中央倉庫の

<sup>(24)</sup> Vgl. Zaumseil, a. a. O. (Fn. 18), S. 17 f.

<sup>(25)</sup> AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; BB 2004, S. 1682 ff.

生鮮品センターにおいて、運搬用車両を用いて商品の束 (Kolli) を商品棚から運び出して容器に積み込むという作業を行う労働者 (X) の不完全履行について、二度の是正警告にもかかわらず改善が見られないことを理由としてなされた通常解雇の効力が争われた事案に関するものである。本件では、Xの賃金は基本給およびプレミア (Prämie) から構成され、プレミアの算定に関する事業所協定 (Betriebsvereinbarung) によれば、労働者が1.0という数値で予定されるいわゆる標準的給付 (Normalleistung) を超える場合に、プレミアが支払われる。また、Xの労務給付の値はプレミアの制度によれば、1999年に0.57と0.62の間であり、2000年(7月まで)は0.52と0.61の間であった。

労働裁判所はXの解雇無効の訴えを認め、州労働裁判所はYの控訴を退けた。BAGは、Yの上告には理由があるとして、原判決を破棄し、事案を原審に差戻した。その判旨を以下に詳細に紹介することとする。

#### (a) 労働義務の性質

「行為・態度 (Verhalten) に関する理由には、とくに労働関係に由来する違法な (契約に反する) 義務違反が該当し、その際には通常、故意・過失 (Verschulden) が必要である。つまり、給付の障害は労働者に対して非難可能なものでなければならない」。

「義務違反に基づく不完全給付 (Schlechtleistung) は通常解雇を社会的に正当化しうる。ある労務の履行が不完全履行とみなされるか否かは、当事者の契約上の合意にしたがい判断される。労務給付が-契約において大抵の場合そうであるように-量や質に関して規定されていないか、あるいは詳細には規定されていない場合、給付に関する約束の内容は、一方で使用者の指揮命令権の行使によって確定される労務内容、他方で労働者の個人的、主観的な給付能力にしたがい規定される。労働者は、自身がなすべきことをなさねばならず、しかもなしうるかぎりではせよ。労務給付義務は固定的なものではなく、動的なものであり、労働者の給付能力に

したがう。客観的な基準を設定することはできない。……当法廷は、労働者は BGB 243 条を根拠に「客観的な通常の給付」について責任を負うとする対立する見解には従わない。こうした見解は、労働契約が雇用契約として決して労働者の『結果責任』を認めるものではないということを十分に考慮していない」。

### (b) 解雇に値する労務給付の不足の態様

もつとも、「前述のことから、労働者はその給付義務を自身で恣意的に決定することができるという結論は導かれぬ。労働者は、給付と反対給付の関係を一方的に自由な意向により決定することを許されない。労働者はむしろ適切に個人的な給付能力を活用して労働しなければならない。労働者がこうした義務を果たすかどうかは、使用者にとって客観化する諸基準によってかならずしも認識できるというわけではない。労働者が平均を下回る給付をもたらすという事実だけでは、必ずしも労働者がその個人的な給付能力を発揮していないことを意味するわけではない。……他方で、比較可能な労働者によって到達される中間値を明白かつ長期にわたり下回ることは、わずかな結果しか達成しない労働者は期待可能な努力によって利用可能であるはずの余力を活用していないことを示すしばしば使用者にとって認識可能な指標である」。

### (c) 段階的証明責任

「対立する観点の衝突は、段階的（段階付け）証明責任規制（Regeln der abgestuften Darlegungslast）にしたがい適切に解消することができる。つまり、さしあたり不十分な労務給付について知りうることを主張するのは使用者である。本件のように、使用者が、単に客観的に測定可能な労働の結果だけを認識する場合、当該労働者の労務給付が比較可能な労働者より明白に劣り、それゆえ平均的な給付を重大に下回ることを明らかにする事実を使用者が提示するならば、使用者は解雇制限訴訟においてその証明責任

を果たす。そのように言うことができるのは、比較可能な労働者の平均的な給付と比べて、給付と反対給付の関係が重大に損なわれる場合である。これは、長期間にわたり平均的な給付と比較して明らかに3分の1を越えて下回る〔平均的な給付の3分の2を明らかに下回る……筆者注〕本件の場合に明白に妥当する。……使用者が、労働者の給付は上述の意味で長期間にわたり平均を下回ったことを主張した場合、労働者は、場合によっては数値全体やその訴える力について詳細に争い、給付が明白に平均を下回るにもかかわらずなぜその個人的な給付能力を発揮しているのかを証明するなどしてこれに反論すべきことになる。本件では、年齢に起因する労務給付の不足、疾病による給付の減退、経営上の諸事情が役割を果たしうる。労働者がそのような諸事情を主張するならば、それに反論するのは使用者の事柄である。これとは異なり、労働者がそのような諸事情を提示しなければ、使用者の論理的な主張は理由があるものとして妥当する（ZPO（民事訴訟法）138条3項）。その場合、労働者はその給付能力を発揮していないということを前提として出発することができる」。

「Yはプレミア規則において定められる『1.0という標準的給付』だけを引き合いに出したのではなくて、同時に、Xが1999年と2000年において解雇に至るまでに著しく平均を下回る給付しかもたらさなかったことを主張した。Yは比較可能な労働者のリストとそれぞれの労務給付の程度を提示し、Xの労務給付と平均を下回る程度に関するその他の数値を陳述した。Xの労務給付は、Yによって算出される平均をほとんど40%以上、部分的に約50%を超えて下回っている。……たしかに、プレミア制度における『1.0』とか『100%』という数値から、客観的に要求される標準的給付（Normalleistung）が自動的に明らかになるわけではないというのは正しい（前掲・BAG 1969年3月20日判決参照）。……しかし、そのことから、プレミア制度にしたがい算出される給付等級の数値において現れる個々の労働者の給付とすべての労働者の平均の関係が不適切に描写されているとの推論を根拠づける事情は何ら導き出されない。Yによって陳述さ

れた給付等級の算出方法は、個々の労働者を不利に扱うという誤りを示したり、給付等級の割合的な関係を相互に歪めたりするものではない。むしろ、個々の仕事の進展はそれを実行する個人とは独立して遂行されるがゆえ、月毎の労務給付と月毎の労働時間の関係は、遂行された仕事量に関する客観的な命題をもたらし、比較を可能にする」。

#### (d) 解雇回避手段および最終的な利益衡量

「一身上の理由による解雇 (personenbedingte Kündigung) が社会的に正当化されうるのは、労働者が、自身の領域にあるが責任を負う必要のない理由から、契約により前提とされた労務給付を全くまたは一部行うことができない場合である。こうしたケースにおいては、通常、重大でかつ継続的な交換関係の障害が存在するが、労働者に契約違反を非難することはできないであろう。すなわち、労務給付に関する具体的な契約上の義務は、前述のように、個人的に決定されなければならない。適切な努力にもかかわらず標準的な給付を下回るか、または履行し得ない労働者は、契約に違反するのではなく、契約条件までは高められていない均衡のとれた給付と反対給付の関係についての使用者の正当な期待を下回ることになる」。

「労務給付の低下を理由とする一身上の理由による解雇は、労働者が主観的に規定される給付義務に違反することを前提とはしない。使用者にとって労働契約を(変更することなく)維持することが期待不可能なほど、労務給付が使用者の正当な等価値性の期待 (Gleichwertigkeitserwartung) を下回るのが否かが重要である。……さらに一身上の理由による解雇は、将来においても給付と反対給付の均衡の回復を考慮することができず、契約の均衡を回復するためのより緩やかな手段を用いることができないことをつねに前提とする。こうしたより緩やかな手段となりうるのは、契約条件の変更を伴う期待可能な雇用あるいは、事情によっては賃金減額もまたそうである。最終的に利益衡量が行われなければならない。とりわけ、年配の労働者、長期間勤務する労働者、一場合によっては経営上の理由によ

り－責めに帰すべきでない病気に罹患した労働者の保護が考慮されなければならない」。

## ②分析と検討

このように BAG が 2003 年に定立した基本的な判断枠組みは、労務給付が「量的に」不十分であることを理由とする解雇を対象として、この問題に正面から取り組むリーディングケースとして、多くの学説や実務家からの注目を集めた。そこで、以下では、本判決の判例評釈等に見られる分析や評価を参考にしながら、本判決が示した重要な原則や審査基準ならびにその課題について整理・検討することにした。

### (a) 労働義務の主観的理解の採用

BAG は、これまで多くの判例・学説が支持してきたのと同様に、原則として主観的・個人的な労務給付の基準を採用することを明らかにし、それにより一部の下級審裁判例や学説によって主張されてきた客観的な労務給付の基準を明白に否定することとなった。BAG によれば、当事者間の労働契約において労務給付の基準が確定されていない場合、基本的に労働者の主観的な給付能力が重要となるのであり、それゆえ、企業の平均を目標とすることも「平均的な」労働者を目標とすることも許容されないとされるが、労働者がその主観的な給付能力を發揮しているのか怠っているのかを判定するためには、同僚の給付水準との比較は必要たりうると考えられている。このように、まず BAG はその基本的な立場としての主観説と同僚の平均的な給付との比較との関係性を整序した<sup>(26)</sup>。

また、BAG によると、労働者の給付能力が發揮されていない場合、これは行為・態度を理由とする解雇を正当化しうるが、そうでない場合は、一身上の理由による解雇だけが考慮されることになる<sup>(27)</sup>。なお、このような解雇理由の区別について参考になる具体例として、BAG 第 2 小法廷 2004 年 6 月 3 日判決は、労働者 (X) がほとんど仕事の成果を上げられなかつ

たことなどを理由に解雇されたというケースについて、Xは数多くの顧客訪問を通じて取引を締結しようと十分に努力をしたことから、本件では仕事の成果が上がらなかったことについて行為・態度に関する理由は存在せず、むしろ本件解雇は一身上の理由から正当化されると判断している。

このように、BAG判例および多数説によれば、労働契約、業種の慣例あるいは事業所の慣例により固定的な労務給付の量が規定されていないのであれば、労働者が責任を負う労務給付の量は、基本的に労働者の個人的な給付能力に依拠すると解されている。すなわち、労働者は、所定の労働時間において、自身の能力を適切に発揮して契約上引き受けた業務課題を完全に遂行しなければならない（なお、それにより労働者が肉体と健康を損なうべきではないのは当然のことである）。したがって、給付の量（Leistungsumfang）は構造的に条件づけられて一定の通常範囲内で揺れ動くことになる。

なお、こうした諸原則は、出来高労働（Akkordarbeit）およびその他の成果に依拠して賃金が支払われる労務給付についても妥当するとされている。ここで、労働者は労務給付の量が少ない場合に賃金が減るが、そのことは通例、労務給付を向上させるモチベーションを高める。出来高給の基底に置かれるいわゆる最低給付（Mindestleistung）は、ただ報酬支払の基準を形成するにとどまり、それはなお使用者が「完全な」労務給付を放棄することを意味するわけではない。<sup>(29)</sup>

<sup>(26)</sup> Vgl. Kittner/Deinert in: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl., S. 1480 f. なお、客観説に分類される Zaumseil, a. a. O. (Fn. 18), S. 61 は、労働義務の性質について客観的な基準を認めることは、個々の労働者の個人的な特性が考慮されないということの意味するわけではなく、むしろ、およそ労働者は労務給付がある程度変動することを免れず、それゆえ他の労働者と比較することが難しいということは争いがないと説明する。また、ツァウムザイルによれば、客観的な基準は、その他の比較可能な労働者の個人的な給付から形成されることから、そのようにして発見された平均的な労務給付の要求は個々の労働者によって達成されうるといふ推測を許容する、と論じられている。

<sup>(27)</sup> Vgl. Kittner/Deinert, a. a. O. (Fn. 26), S. 1480 f.

<sup>(28)</sup> AP Nr. 33 zu § 23 KSchG 1969.

(b) 同僚労働者の平均的な労務給付を継続的に3分の1下回るとい  
う判断基準の意義

労務給付の不足は、解雇法上、給付と反対給付の関係をめぐる使用者の正当な等価性の期待を受け入れ難いほど下回る場合にはじめて重要な意味をもつ。そのことは、労働者の給付能力が、平均的で十分な給付能力を有する同僚労働者の給付水準から、著しく逸脱することを前提とする。

BAGは、こうしたケースは労働者の労務給付が平均値をおよそ3分の1下回る場合に考えることができるとみなす。この点について、BAGは2003年12月11日の給付能力の低い労働者の解雇をめぐるその基本的判断において、前掲・BAG 1991年9月26日判決が明示した3分の1の限界を明確に引き合いに出したものと評価することができる。また、このように解雇理由となり得る労務給付の不足の重大性の程度について、使用者に判断の裁量の余地を与えることはできないのは、解雇に値する「等価性の障害」は、裁判官が専ら判断することのできる解雇制限法1条に含まれる法的状況だからであると解される。

さらに、不十分な労務給付や個々の不完全履行があれば、直ちに解雇という結果につながるわけではない。BAGによれば、解雇に値するような重大な程度の給付障害が問題となるためには、一定の継続性という要件が存在しなければならないとされている。この点に関して、BAG第2小法廷2004年6月3日判決<sup>(31)</sup>は、労働者(X)がほとんど仕事の成果を上げられなかったことなどを理由に解雇されたというケースについて、Xは何らかの取引の締結に到達しようと努力したが成果が上がらないということに基づいて、使用者(Y)は解雇の時点において、Xの成果が出ないという状態は持続するであろうことを前提とすることができたに違いないとした

---

(29) Vgl. Reichold, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 5. Aufl., 2021, S. 916. 同旨の学説として, Blomeyer, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., 2000, S. 951 参照.

(30) Vgl. Zaumseil, a. a. O. (Fn. 18), S. 108.

(31) AP Nr. 33 zu § 23 KSchG 1969.

うえて、こうした予測 (Prognose) は、その後の動向によっても否定されることなく、むしろ強固なものとされた、と判断している。

### (c) 平均的な労務給付を 3 分の 1 下回るという判断基準の妥当範囲と限界

さて、学説は、平均的な労務給付を 3 分の 1 下回るという解雇基準をめぐり様々な角度から検討を加えている。たとえば、ベンゲルスドルフは、一方で、この判断基準が行為・態度を理由とする解雇の問題について実体法的に (materiellrechtlich) 適切であるかは不確かであると述べ、その理由として、身体と健康を損なわずに能力を発揮して契約上引き受けた労働をしなければならない労働者は、意思を制御しつつその個人的な給付能力の 95%、90%あるいは 80%しか投入しない場合にも、このような義務に違反し、こうした労働義務に対する違反は、是正警告が与えられた後に労働契約の解約を正当化するからであると指摘する。他方で、この論者は、3 分の 1 の限界の意義は、訴訟領域において重要であると主張する。すなわち、使用者は、労働裁判官に労働者が意思を制御しつつその個人的な給付能力を適切に発揮して労働していないという結論を可能にするような状況証拠を決定的に提示しなければならないが、不均衡が一定の期間 3 分の 1 の限界に達するか、あるいはそれを超える場合、生活上の経験によれば、通常、労働者の給付意思の欠缺を推論することが許される、というのである。なお、かかる 3 分の 1 の限界は、言及された思考過程にとって間接証拠による証明の枠内において固定的な最低の数値であることを意味しないとも付言されている<sup>32)</sup>。

同様に、ツァウムザイルも、たしかに解雇法において 3 分の 1 という数値を確定することをかならずしも根拠づけることはできないが、しかし、そのように数値を確定することは不特定の法概念を解釈する際にはしばし

<sup>32)</sup> Bengelsdorf, Anm. zu BAG Ur. v. 11. 12. 2003, EzA § 1 Kündigungsschutzgesetz Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 62, S. 26 f.

ば不可避であり、明白性の利益のためにも必要であることから、標準的な重大性の境界として3分の1の限界を前提として出発すべきであると論じる。もっとも、かかる限界はただ指標となる数値 (Richtwert) としてのみ理解されなければならない、絶対的な数値として把握されるべきではないとも述べられている<sup>33)</sup>。

また、マウアーは、3分の1の基準が適用される射程範囲を明確に画定しようとして以下のように議論を展開する。すなわち、労働者は客観的な行為の要請と主観的な行為の要請の両者を満足させなければならない。①まず客観的な給付の要請について、労働者が到達しうる「約3分の1」という許容性の範囲は存在しない。労働者が客観的な諸要求を満たさなければ、給付と反対給付の均衡は、不完全履行や誤った履行を原因とする行為・態度を理由とする是正警告や解雇あるいは一身上の理由による解雇につながるほど損なわれる。客観的な給付義務に属するのは、たとえば職業(資格)評価のための前提条件を維持することである。一層多くの職業は、単に業務遂行のための評価を獲得することのみならず(たとえば運転試験や国家試験の合格など)、職業遂行のための前提条件を維持し、これを定期的な再試験により証明することを要求する。たとえば、必要な検査を全く受けようとせず、それゆえ航空ライセンスを取り消されたパイロットは、客観的な従たる義務に違反する。そのパイロットは3分の1についても10分の1についても1%についてさえ許容範囲 (Toleranzbereich) を有しない。客観的な従たる義務に違反したか否かのどちらかしかない。また、

---

<sup>33)</sup> Zaumseil, a. a. O. (Fn. 18), S. 111 f. これに続けて、ツァウムザイルは以下のように論じる。すなわち、一身上の理由による解雇が正当化されるか否かは、使用者にとって交換関係の障害にもかかわらず労働関係の継続をさらに期待できるか否かという問題に依拠している。その際、場合によっては、使用者の生産コストにおける人件費の割合が考慮され、その結果、自動化された製造事業所においては、サービス事業所におけるのとは異なる基準が設定されなければならない。したがって、個々のケースにおいては、すでに客観的な平均的給付をよりわずかな割合でしか下回らない場合でも、解雇は社会的に正当化される、と。同旨、Friemel/Walk, Die Kündigung wegen Schlecht- und Minderleistung, NJW 2005, S. 3671 f.

所定労働時間を遵守する義務も客観的に定義づけられ、それゆえ許容範囲を全く認める必要のない測定可能な義務である、と。

次にマウアーは、②労務給付の量および質に関する基準は、作業速度と誤りの割合において大まかに測定可能であるとしたうえで、使用者にとってより重要なのは、労働者が継続的に－比較基準によれば－緩慢に仕事を行う場合であると論じる。マウアーによれば、このような仕事の仕方は意思の欠如または能力の欠如に由来するのかが問題となり、労働者に意思が欠如するのであれば、許容性の限界はまったく役割を果たさず、労働者が標準よりも「わずかに」ゆっくりと仕事をする場合でさえ意識的にゆっくりと仕事をしているのだから制裁を加えられることがあるとされる一方で、仕事の遅れが能力不足に由来するケースでは、BAG の 3 分の 1 という許容性の基準が一般的に役割を果たしうる、と解されている。<sup>(34)</sup>

#### (d) 労務給付の比較が可能とされる物的および人的範囲

BAG の判断枠組みに従うとすれば、使用者には、解雇された労働者の比較集団や比較基準について、事業所、企業、あるいは企業外の比較基準を選択することが認められなければならない。まず、使用者が比較集団として事業所または企業における労務給付を援用するならば、裁判所はこれを受け入れることができる。そうすると、比較集団とされる労働者達の労務給付が平均値を上回ることとその理由を証明することは労働者側が負担する事柄となる。

また、使用者が「より広範囲に」平均を援用し、したがって事業所あるいは企業の外側にいる比較集団をも選択するならば、これもまた裁判所は受け入れることができよう。このようなケースでは、労働者はもちろん比較データの正当性に疑問を呈することができるが、その場合、これを具体

---

<sup>(34)</sup> Mauer, Anm. zu BAG Urt. v. 11. 12. 2003, AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

的に行い、必要に応じて証明しなければならない。もし他の企業の比較可能な数値が欠如するのであれば、設定された基準値の到達可能性を確認するための専門的な判断（鑑定）も許容されなければならないであろう。<sup>(35)</sup>

さらに、最近の裁判例においては、使用者にとって事業所あるいは企業内に解雇された労働者と比較可能な業務を担う比較可能な労働者が存在しないというケースで、仮定的で水平的な労務給付の比較（fiktiver horizontaler Leistungsvergleich）という手法を容認するものが登場している（本論文(3)参照）。

この他、とくに高齢の労働者が労務給付の低下を理由として解雇される場合、（年齢差別の禁止ゆえに、）比較の基準として、一般的な平均的給付ではなく、その年齢に応じた典型的な平均的給付が援用されるべきである。なぜならば、使用者の等価性に関する期待は、つねに年齢により異なり得るからである。こうして、使用者は、中高年労働者の場合よりも、若年の労働者に対して高い労務給付能力を期待することが許されることになる。<sup>(36)</sup>

#### (e) 段階的（段階付け）証明責任の意義および機能

勤務成績不良等を理由とする解雇には、原則として、解雇制限法1条2

---

<sup>(35)</sup> Mauer, a. a. O. (Fn. 34).

<sup>(36)</sup> Vgl. LAG Hamm (Westfalen), Urt. v. 01.02.2005, LAG Report 2005, S. 337 ff. 本判決は、年配の労働者の労務給付を若年労働者の労務給付を含む平均値と比較するならば、年配の労働者については、甘受されない労務給付の低下を実質的により容易に説明され得るであろうし、年配の労働者は、ただ年齢による制約のゆえにより早く解雇されるという危険に晒されるであろうと指摘する。これに続けて、これは少なくとも年配の労働者にとっても適した業務に関して、年配の労働者に対する不当な差別になるであろうから、事業所の平均は、同年齢の労働者（gleichaltriger Arbeitnehmer）の標準的な労務給付を指し示す機能をもつ限りにおいて援用することができる」と論じられている。また同旨の学説として、Kerwer, a. a. O. (F. 17), S. 282; Krause, in: Hoyningen-Huene/Linck/Krause, Kündigungsschutzgesetz Kommentar, 15. Aufl., 2013, S. 206; Deinert, in: Däubler/Deinert/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 10. Aufl., 2017, S. 281 参照。

項 4 文の主張＝証明責任規制が適用される。これによれば、使用者は、解雇を理由づける事実を主張および証明しなければならない。BAG は、かかる一般的な証明責任規制とは異なり、主張＝証明責任の段階付け (Abstufung der Darlegungs- und Beweislast) を採用しており、そこでは一方で証明の軽減が、他方で訴訟法において次第に重要性を増す二次的な主張＝証明責任 (sekundäre Darlegungs- und Beweislast) が問題となる。つまり、証明責任を負う当事者は、出来事の経過の外側にいるとか、問題となる事柄が訴訟相手方の領域に属するがゆえに、重要な事実を知らない場合、二次的な主張＝証明責任にもとづき、証明責任を負わない当事者が具体的に陳述するという高度化された責任を負うことになる。<sup>37)</sup>

なぜこのように特別な段階的証明責任が用いられたのかを考えてみると、勤務成績不良等を理由とする解雇のケースでは、使用者は多くの場合、労働者がどのような主観的ないし個人的な給付能力を保有するのかをほとんど認識せず、それゆえ主張＝証明するのが困難であることが出発点となっている。そこで、BAG は必要に迫られてこの問題を段階付け主張＝証明責任の枠組みにより解消しようとした。この枠組みによれば、使用者には、労働者の労務給付が重大に平均を下回ることを証明することにより、労働契約上の相互関係の障害を根拠づけることが認められている。これにより、BAG は労務給付の要求を客観化するという状態に至っていると言うこともできる。すなわち、BAG は、労務給付義務を確定するために、客観的な基準の有意性を認めており、さもなければ、使用者は克服し得ない証明上の問題を突き付けられることになろう。もっとも、それは主観的な事情の証明がしばしば客観的な (補助的) 事実と無関係には行われ

---

<sup>37)</sup> Vgl. Christian Weber, Zum (richtigen) Umgang mit Low-Performern – Die Kündigung wegen Minderleistung und das Recht des Arbeitnehmers auf eine fähigkeitsgerechte Beschäftigung –, DB 2015, S. 1902. なお、本論文の翻訳として、細谷越史「ローパーフォーマーの (適切な) 処遇について – 労務給付の低下を理由とする解雇および労働者の能力に適合した就労を請求する権利 –」香川法学 42 卷 1 号 (2022 年) 99 頁以下参照。

ないという実際上の問題を理由とする。しかしながら、それは理論的な出発点を放棄することを強いるものではない。<sup>(38)</sup> なお、こうして BAG が採用した段階付け証明責任は、使用者に対して、労働者の（客観的な）不完全給付がどのような比較の基準に照らして明らかになるのかを主張する責任を負わせてきた従来の判例と矛盾するものではない。<sup>(39)</sup>

また、使用者は、労働者の労務給付の不足について、労働者が主観的な給付能力を十分に発揮していないのか、それとも給付能力の減少が生じているのか、それゆえ、解雇が行為・態度を理由としてまたは一身上の理由から社会的に正当化され得るのかを、しばしば判別し得ないであろう。BAG は、その問題をやはり段階付け証明責任によって考慮する。この証明責任によれば、使用者が、労働者の給付は平均的な給付を重大に下回ることを証明するならば、労働者は、それにもかかわらずなぜ自身が給付能力を發揮しているかを説明する必要がある。これが説得力のある方法で行われない場合、労働者は自身の給付能力を發揮していないことが前提として出発される（行為・態度を理由とする解雇が問題になる）。これに対して、労働者が、たとえば年齢や疾病を理由とする労務給付の低下または給付低下の経営上の諸要因を説明するなどして説得力のある反論をするならば（一身上の理由による解雇が問題になる）、使用者は、労働者がその給付能力を完全には発揮していないということについての証明責任を負うことになる。

なお、労務給付の質に関わる不完全給付 (Schlechtleistung) は、BAG 2003 年 12 月 11 日判決で取り扱われた給付の強度が弱まることによる労務給付の不足 (Leistungsminderung) と区別することができ、それゆえ、上述の

---

<sup>(38)</sup> Vgl. Kerwer, a. a. O. (Fn. 17), S. 282; Zaumseil, a. a. O. (Fn. 18), S. 19. Friemel/Walk, a. a. O. (Fn. 33), S. 3672 f. も、行為・態度を理由とする解雇をめぐる、労働者の給付義務は個別的に規定されるという考え方と使用者は労働者の給付を客観的に測定することが可能であるという実態の齟齬は、段階的証明責任によって解決されると指摘する。

<sup>(39)</sup> Vgl. Depel/Raif, Anm. zu BAG Ur. v. 11. 12. 2003, SAE 2005, S. 90.

諸原則は、次に取り上げる労務給付の質的な不完全履行のケースには適用され<sup>(40)</sup>ない。

## (2) BAG による労務給付の質的な不足を理由とする解雇の審査基準の 定立

さて、BAG 2008 年 1 月 17 日判決<sup>(41)</sup>は、労務給付が「量的に」不足するケースをめぐり労務義務を主観的に理解する立場を明らかにした前掲 BAG 2003 年 12 月 11 日判決の判断を踏襲したうえで、今度は労務給付が「質的に」不足することが問題となる事案について、不十分な労務給付の態様・特性に応じた新たな判断基準を定立した。

### ① 事実の概要および判旨

X は 1995 年 1 月 16 日以降、通信販売会社 (Versandkaufhaus) (Y) に雇用され、倉庫発送業務に従事する労働者として月収 1,265 ユーロ (基本給および労務給付に対応したプレミア) の対価を得て週 31 時間勤務してきた。なお、Y において商品の発送は顧客の注文に基づき行われることになっていた。Y は、X の誤りの頻度は比較可能な仕事に従事する同僚の数倍に達する (X の誤りの割合は、2003 年および 2004 年には 1,000 分の 4.01 および 5.44 であるのに対して、同僚 209 人の平均的な誤りの割合は 2004 年の第三四半期において 1,000 分の 1.34 である) と非難した。Y は、X の労務給付が 2003 年 8 月 25 日と翌年 6 月 28 日の文書による是正警告にもかかわらず改善しなかったことから、X に対して 2004 年 11 月 30 日付けで行為・態度を理由とする通常解雇を行った。これを受けて、X は解雇保護の訴えを提起し、ライプチヒ労働裁判所はその訴えを容認し、ザクセン州労働裁判所は Y の控訴を退けた。本判決は、Y の上告には理由があるとして事案を原審に差し戻した。本判決の判旨は次のとおりである。

(40) Vgl. Kittner/Deinert, a. a. O. (Fn. 26), S. 1481 ff.

(41) AP Nr. 85 zu § 1 KSchG 1969.

(a) 労務給付の質的な不足の程度を評価するための基準—誤りの頻度および業務の性質や職場の諸条件を勘案した誤りの重大性及び結果の考慮—

「義務違反に基づく不完全給付 (Schlechtleistung) は通常解雇を社会的に正当化しうる。ある労務給付が不完全給付とみなされるか否かは、当事者の契約上の合意にしたがって判定される。労務給付が契約において—多くの場合そうであるように—その量や質について (詳細に) 規定されていない場合、給付に関する約束の内容は、一方で使用者により指揮命令権の行使を通じて確定されうる労働内容にしたがって、他方で労働者の個人的、主観的な給付能力にしたがって決まる。……当法廷は 2003 年 12 月 11 日判決において、量的な給付不足 (quantitative Minderleistung) のケースで、給付の等価性が根本的に妨げられているとの推定を可能にするために援用される数値の問題に取り組んだ。その一方で、本件のように質的な給付不足 (qualitative Minderleistung) のケースについては、単なる誤りの頻度に焦点を合わせるそのような境界は、たとえそれが事実審裁判所による法的に安定的な取扱いに資するという意味で望ましい価値を持つであろうとしても、労働者に対して具体的に非難される義務違反がもつ解雇についての重要性を十分に確実に把握するには適さない。誤りの割合が 2 倍または 3 倍の場合に行為・態度に関わる解雇理由が認められるといった絶対的な関係値 (absolute Bezugsgrößen) によっては、業務の性質およびそこで場合によっては起こりうる誤りの性質に応じて、その誤りには解雇に関して非常に異なる重みが認められうるということが十分に考慮されていない。一度の誤りでさえ、契約上の義務に対する違反が他の誤りの場合と比べて重大なものともみなされうるというように、広範な結果をもたらす業務を考えることができる (たとえばパイロットの注意義務)。他方で、労働者が業務の性質からしてほとんど誤りを回避することができず、その結果が労働関係にそれほど重大に影響を及ぼさないがゆえに、使用者によって誤りが甘受されなければならない業務が存在する。したがって、そのような事例に

においては、単に誤りの頻度を考慮することを越えて、具体的な仕事上の要求 (Arbeitsanforderungen) および職場の具体的な所与の実情 (Gegebenheiten) を考慮した個々の事例に関連した考察方法が必要である。その審査は、この場合でも、給付と反対給付の関係が侵害されているか否か、そして場合によってはどの程度侵害されているかという基準により行われなければならない」。

### (b) 労務給付の質的な不足に関する証明責任のあり方

「労働者の質的な給付不足を理由とする解雇のケースでは、不十分な労務給付が生じたことに関して、労働者の不完全な労務給付の誤りの数、性質、重大さ、結果について知りうることを申し述べるのはさしあたり使用者の事柄である。使用者が、労働者は長期間にわたり比較可能な仕事に従事するすべての労働者の平均的な誤りの頻度を重大に上回ることを主張しうるならば、このことは、労働者の契約上の義務に対する違反が非難可能であるということについての手がかりとなりうる。しかし、平均的な誤りの割合（比率）との比較それ自体はなお、解雇された労働者の不完全な労働により給付と反対給付の関係が重大に損なわれているか否かについての十分な説明をもたらさないがゆえに、使用者はここではさらに他の事情を説明しなければならない。つまり、当該労働者の不完全な労務給付の実際上の誤りの数、性質、重大さ、結果に基づいて、長期間にわたり平均的な誤りの割合を明白に上回るということが、全体の諸事情によれば、労働者とその契約上の義務を非難可能な態様で違反することを示しているということが、詳細に説明されなければならない。これを使用者が訴訟において説明すれば、労働者は、その労務給付が重大に平均を下回るにもかかわらず、なぜ自身の労務給付能力を發揮しているといえるのかを明らかにしなければならない。この場合に、使用者は、具体的に詳述される誤りによってどのような経営上の障害が引き起こされるのか、問題となっているのは、一定の頻度にもかかわらず労務給付の具体的な諸事情に鑑みて使用者

が甘受できるような誤りにとどまらないということを特に説明しなければならない。しかし、原審の評価は上述の諸基準に適合しない。その評価は、さらに全体の諸事情を審査することなしに、Xの抽象的な誤りの頻度を他の労働者との関係で考慮するが、それでは十分でない。

## ②分析と検討

以上のように、BAG 2008年1月17日判決は、労務給付が「質的に」不十分であることを理由とする解雇の有効性審査の枠組みを初めて定立するものとして、学説や実務家から大いに関心を集めた。そこで、以下では、本判決の判例評釈等に見られる学説の分析や評価を参考にしながら、本判決が示した重要判旨やその課題について整理・検討する。

### (a) 労働義務の主観的理解の継承

本判決は、－すでにBAG 2003年12月11日判決が明らかにしたように－労働者の労務給付義務は主観的に規定されるという考え方が正当であることを再確認した。たしかに、こうした判例の基本的なスタンスには、客観説を支持する学説などから反論がなされる余地がある(本論文(1) I 1 (2)参照)。しかし、近い時期に判例が変更されることはおそらく予想されず、実務としてはBAGの考え方を前提としなければならないであろう。

もっとも、BAG判例が基本的に主観説を採用した影響は、使用者がその立場から解雇にとって重要な意味を持つ労務給付の低下を主張する際に、いずれにせよ客観的な数値を意味する同僚の平均的給付を援用することができることにより緩和されている<sup>(42)</sup>。また、本判決は、BAG 2003年12月11日判決と同様に、労務給付の基準に関する契約上の合意を可能にしているし、またBAG第2小法廷2004年6月3日判決は<sup>(43)</sup>、契約当事者の期待の姿勢を考慮している。このように、比較的新しい判例は、労働義務

---

(42) Vgl. Hunold, Anm. zu BAG Urt. v. 17. 01. 2008, NJW 2008, S. 3022.

の履行の有無の判定手法をある程度客観化する傾向がある。<sup>(44)</sup>

### (b) 労務給付の質的な不足のケースにおける個々の事例に関連した 考察方法の意義

本判決は、一方で量的な労務給付の低下のケース（前掲・BAG 2003 年 12 月 11 日判決，前掲・BAG 2004 年 6 月 3 日判決）では抽象的な評価基準が展開されたが，他方で本件のような質的な労務給付の低下のケースでは，抽象的な評価基準だけでは基本的に解雇基準として問題とならないと判断した。<sup>(45)</sup> すなわち，本判決は，質的な労務給付の低下の場合，単なる誤りの頻度に関わる絶対的な関係値（absolute Bezugsgrößen）によっては，業務の性質およびそこで起こりうる誤りの性質に応じて，その誤りには解雇に関して非常に異なる重みが認められうるということが十分に考慮されないことなどから，誤りの頻度や割合を単に考慮することを越えて，具体的な仕事上の要求および職場の具体的な所与の実情を勘案する個々の事例に関連した考察方法が必要である，と論じている。

本判決によれば，本件の選別・発送（Sorter-Versand）のように反復的な業務においては，長期間にわたり誤りのない作業方法を実施することはほとんど不可能であり，人間の性質からして，使用者は誤りのない作業方法を要求したり，また期待したりすることはできない，とされている。このように，絶対的な誤りの数と誤りの割合の重要性は，むしろ個々のケースにおける仕事の種類や誤りの種類に基づき評価される。たとえば，麻醉

---

(43) AP Nr. 33 zu § 23 KSchG 1969. また，本判決は，セールス会社においてほとんど全く成果が上がらない外勤労働者（X）に対して一身上の理由による解雇がなされたという事案について，X の賃金が，1 件でも取引を成立させるか否かを問題とすることなく，単に顧客との商談を行うためだけに合意されていたという主張は問題となり得ず，また，すでに相当に高額な歩合（報酬）の合意および一定の始動期間における期待された取引量の関与の程度に応じた保証歩合の合意は，当事者が契約締結の際に X の不成功ではなく成果を前提として出発したことを認識させる，と判示する。

(44) Vgl. Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl., 2012, S. 1527.

(45) Vgl. Brötzmann, Anm. zu BAG Urt. v. 17. 01. 2008, BB 2008, S. 1458.

専門医にとって1,000回の手術のうちの5回の誤りは非常に重大なものたりうるのに対して、サッカー選手が杜撰に供給した1,000分の5のパスはそれとは異なって評価されよう<sup>(46)</sup>。

さらに、本判決によれば、平均的な誤りの割合との比較それ自体は、労働者の誤りを伴う仕事によって給付と反対給付の関係が重大に侵害されているか否かについて十分に説明するものではないことから、つねに契約障害の結果もまた考慮されなければならないと指摘されている。すなわち、本件では、使用者は、誤りを伴う労務給付の具体的な結果、たとえば顧客からのクレームやクレーム処理に要する費用などを主張することが必要であるとされる<sup>(47)</sup>。

なお、本判決においては、BAG 2003年12月11日判決におけると同様に、比較可能な労働者がいないとか非常に少ない場合に、比較するための標尺 (Messlatte) をどのように導き出しうるか、あるいは使用者はどの程度の労務給付の低下を甘受しなければならないのかといった未解明の論点が残されている<sup>(48)</sup>。

### (3) 解雇回避手段

上述のようにBAG 2003年12月11日判決によれば、解雇が考慮されるのは、使用者にとって契約上の均衡を再構築するための解雇より緩やかな手段 (milderes Mittel) を利用することができない場合に限られる。

まず、労働者の個人的な労務給付能力が、最初から、契約上前提とされる給付能力に適合しない場合、労働契約を変更せずに保持することが将来においても期待不可能であるように思わせるほど、その労務給付が使用者の正当な等価性の期待を下回るのであれば、使用者にとって一身上の

---

(46) Hunold, a. a. O. (Fn. 42), S. 3023.

(47) Vgl. Hunold, a. a. O. (Fn. 1), S. 66 f.

(48) Vgl. Hunold, a. a. O. (Fn. 42), S. 3023. なお、フンオルトによれば、この問題は、個別事案毎にのみ、とりわけ職場 (ポスト) の重要性および給付低下の経済的な結果との関係で答えることができるにとどまる、とされる。

理由による解雇が考慮される。たとえば、セールス会社においてほとんど全く成果が上らない外勤労働者に対して、使用者は十分に長期間待機 (Zuwarten) をした後に、最後の手段として一身上の理由による解雇を与えることが可能である。<sup>(49)</sup>

また、労働者の労務給付が当初約束された水準を後になってから下回り、それにより契約上の双務性 (Synallagma) が重大に妨げられており、その行為・態度が制御可能であるならば (たとえば怠慢によるケース)、まずは正警告 (Abmahnung) が与えられなければならず、それでも労務給付の改善が見られない場合には行為・態度を理由とする解雇が正当化され得る。

なお、事前の是正警告は、労働者が不十分な労務給付を改めることができない場合や改める意欲を持たない場合は不必要となる。しかし、それ以外の場合、是正警告は—たとえば管理職労働者のケースであっても—つねに考慮されなければならない。また、是正警告は、場合によっては、たとえば教育的措置といった支援の提案を伴うであろう。なぜならば、使用者は通例、労務給付の不足の原因を知らないからである。また、労働者には、是正警告の後に、労務給付を向上させ、たとえば欠如する専門知識や語学の知識を習得するために十分な期間が付与されなければならない。<sup>(50)</sup>

さらに、場合によっては変更解約告知 (Änderungskündigung) に基づく配置転換 (Versetzung) が、行為・態度を理由とする解雇または一身上の理由による解雇よりも緩やかな手段として考慮され得る。また、解雇より<sup>(51)</sup>

---

(49) BAG 2. Senat Urt. v. 03. 06. 2004, AP Nr. 33 zu § 23 KSchG 1969. 本判決によれば、使用者 (Y) は、労務給付の基準値に言及する 2 通の電子メール、歩合合意および労務給付の要求の変更により、労働者 (X) がさらに全く成果を出さないままであれば労働関係の終了を考慮に入れなければならないということを十分に明確にしたが、このような成果が解雇の時点までもたらされなかったことから、X は Y に対してさらに待機 (Zuwarten) を要求することはできなかったと判断した。

(50) Racher, in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 13. Aufl., 2022, S. 114.

(51) Vgl. Reichold, a. a. O. (Fn. 29), S. 916 f.

も緩やかな手段は、主として、契約条件の変更を伴う雇用が期待可能である場合に認められうる。たとえば、労働過程の再編成、異なる職場における雇用、ならびに場合によっては賃金の引き下げ（前掲・BAG 2003年12月11日判決参照）などが考えられる。なお、賃金の引き下げを使用者に要求することが許されるのは、労務給付の量的な不足のケースに限られ、これに対して労務給付の質的な不足のケースでは使用者に要求することができないであろう。

この他に、使用者にとっては継続教育（Weiterbildung）措置または転換教育（Umschulung）措置といった期待可能な支援が考慮されなければならない。<sup>(52)</sup> さらに、労務給付の不足を改善するための可能性が存在するか否か、存在するとすればどのような可能性が存在するかは、しばしば労働者との対話（Dialog）において突き止められなければならない。<sup>(53)</sup>

#### (4) 労使間における利益衡量

最終的に、解雇の有効性審査を締め括るために、とくに比例原則にもとづき詳細に労働者と使用者双方の利益を衡量することが必要となる。

まず、労務給付がどの程度平均を下回るのかが最終的な利益衡量の枠内で改めて考慮される。たとえば全く成果の上がらない販売員を長期間継続雇用することは、使用者にとって期待不可能である（前掲・BAG 2004年6月3日判決参照）。また、非難された行為・態度が、複数回の是正警告にもかかわらず、継続的に繰り返されたことは労働者にとって不利に考慮

---

(52) LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21. 01. 2009-7 Sa 400/08-, juris. 本判決は、営業所主任（Geschäftsstellenleiter）の一身上の理由により非常変更解約告知（außerordentliche Änderungskündigung）および通常変更解約告知（ordentliche Änderungskündigung）がなされたケースについて、より緩やかな手段として継続教育（Fort- und Weiterbildung）がなされていないことなどから、本件変更解約告知は共に無効であると判断した。

(53) Vgl. Kerwer, a. a. O. (Fn. 17), S. 283. また Rchor, a. a. O. (Fn. 50), S. 116 も、労務給付の低下の原因およびそれを取り除く可能性は、しばしば労働者との対話によってのみ究明することができると指摘する。さらに詳細については、Hunold, a. a. O. (Fn. 1), S. 176 ff. 参照。

される (前掲・ハム州労働裁判所 1983 年 4 月 13 日判決参照)。

つぎに、労務給付の不足により使用者に与えられた損害の程度も考慮され得る。<sup>54)</sup> また、非難される労働者の行為・態度が他の同僚労働者や製造過程に経営上の障害をもたらしたという事実も労働者にとって不利に考慮される (前掲・ハム州労働裁判所 1983 年 4 月 13 日判決参照)。

さらに、利益衡量の枠内では、長期間雇用されてきた年配の労働者の保護が考慮されなければならない (前掲・BAG 2003 年 12 月 11 日判決参照)。すなわち、使用者は年齢を理由とする通常の給付能力の低下を甘受しなければならない。それゆえに、年配の労働者の給付の低下が比較可能な労働者の場合よりも相当強く現れる場合に限り、解雇は考慮されるにとどまる。<sup>55)</sup>

この他、労務給付能力の低下が労働者に責任のない病気にもとづくケースの中でも、とりわけ病気が業務に起因する場合、そのことは同様に利益衡量の枠内で考慮されなければならない (前掲・BAG 2003 年 12 月 11 日判決参照)。

#### 4 小括

上述のように、勤務成績不良や能力不足を理由とする解雇の有効性審査を求められるドイツの判例は、主に 1950 年代頃からその判断を積み重ねてきた。とくに出発点としての労働義務の性質論 (主観説または客観説) や労務給付の不足がどの程度に至りいかなる態様のものであれば解雇理由となり得るかという主要な論点については、学説の活発な論争を背景に、BAG と下級審がそれぞれの立場で独自の見解を展開してきた。このように司法審査のあり方が必ずしも統一されないままの状況が長く続いてきたが、ついに BAG は 2003 年および 2008 年の両判決により、能力不足等を理由とする解雇の効力を審査する基本的な判断枠組みを定立し、爾後、こ

<sup>54)</sup> Vgl. Kerwer, a. a. O. (Fn. 17), S. 283; 116; Rachor, a. a. O. (Fn. 50), S. 116.

<sup>55)</sup> LAG Hamm (Westfalen), Urt. v. 01. 02. 2005, LAG Report 2005, S. 337 ff.

の判断枠組みは判例法理として定着するに至った。本稿では、上述の期間に含まれる代表的な判例を時系列的に紹介し、分析を加えてきたのであるが、以下では、どのような経緯で判例法理が展開し定立されるに至ったのかを概括的に要約することを通じて本稿を小括することにしたい。

まず BAG は、主に 1960 年代から 80 年代にかけての一連の判決により、労働者の労務給付義務を主観的に規定する立場を明らかにしてきた。その背景事情としては、学説上、伝統的に支配的である主観説と比較して、客観説はその論拠の説得力が不十分であるという事情が BAG の判断に影響を及ぼしたことが考えられる。

一方で、初期の下級審裁判例においては、直接的に労働義務の性質論から説き起こすものは稀であった。むしろ、下級審は、解雇された労働者の労務給付が平均的な労務給付と比較してどの程度不十分なものであれば解雇理由に値するののかについてケース毎に個別的に判定してきており、そこでは、一般的に平均的な労務給付を下回る程度が重大であればあるほど解雇は有効とみなされやすいという判断傾向が看取された。また、解雇を回避するための緩やかな手段（是正警告や戒告等）が適切に実施されていたか否かの審査も厳格に行われてきた。

その後、一般的に労働義務の性質を論じた上で解雇の有効性を審査する下級審裁判例が見られるようになったのはとくに 1990 年代以降であるが、下級審においては、BAG とは異なり、労働義務を客観的に理解する立場が登場したり、労働義務の主観的理解と客観的理解が混在したりするような判断が見受けられていた。当時は、学説における多数説は労務給付の性質をめぐる一貫して主観説を支持する一方で、有力説においては客観的な労務給付の基準が根強く主張されていたというように、学説内の対立構造が顕在化していた時期であり、こうした議論状況は、労働義務の性質理解に関する BAG と下級審の間に捩れ現象や下級審裁判例にみられる労働義務の性質論をめぐる動揺の一因を形成していたように思われる。

このように労働義務の性質をめぐる下級審裁判例の理解が定まらない状

況の下で、1990年代から2000年代初頭におけるBAGの判例においては、1950年代頃からBAGが主張してきたのと同様に、主観説を基本的に支持する立場が踏襲されてきた。なお、BAGは-客観説により重視されてきた-同僚労働者の平均的な労務給付との比較をもふまえて解雇の効力を判定するようになってきている。なぜならば、解雇をめぐる具体的な紛争解決を求められるBAGは、主観説に依拠しながらも、多数学説に先駆けて、同僚労働者の平均的な労務給付との比較をも用いることで実用性を志向した解雇の審査枠組みを提示する必要に迫られていたからであろう。

ついにBAGは2003年12月11日判決において、勤務成績不良等を理由とする解雇に関する判例法理の統一を図るべく、労働義務の性質をめぐり主観説を採用することを明らかにした。そのうえでBAGは、労務給付が「量的に」不足するケースにおいて、労働者の労務給付が長期間にわたり比較可能な同僚労働者の平均的な給付と比べて明らかに3分の1を超えて下回る場合、給付と反対給付の関係が重大に損なわれているとみなし、このようなケースでは解雇回避手段を尽くした上であれば、最後の手段としての解雇が考慮され得るとの判断枠組みを定立した。

これに続いてBAGは2008年1月17日判決により、労務給付の「質的な」不足を理由とする解雇の事案について、主観的な給付基準を踏襲し、再確認したうえで、BAG2003年12月11日判決が示した3分の1のような抽象的な評価基準のみでは基本的に解雇基準として問題にならないと判示した。そのうえで、本判決は、労務給付が「質的に」不足する場合、誤りの頻度や割合を単に考慮することを越えて、具体的な仕事上の要求および職場の具体的な所与の実情を勘案する個々の事例に関連した考察方法が必要であることを明らかにした。

このように、BAGは原則的に主観説に拠りながら、労働者がその主観的・個人的な給付能力を発揮しているか否かを推断するために比較可能な同僚労働者の客観的・平均的な給付能力との比較を用いる。この点に、理論的に主観説を採用しつつ、実用的な視点から審査基準を一定の範囲で客

観化するという BAG の判断枠組みの特徴が見出される。

さて、2000 年代初頭に BAG による 2 つのリーディングケースが登場したことなどを契機として、従来は主観説と客観説に分かれて論争を繰り返してきた学説において、労働義務の性質を折衷的に理解するという第三の立場が登場するに至った。かかる折衷説は、たしかに純粋な主観説または純粋な客観説のいずれか一方を完全に貫徹するだけでは解決することが困難な理論的ないし実務的課題があることを明らかにするものであるし、主観説と客観説が抱えるそれぞれの問題点を克服しようとする点で評価できる面があるが、しかし、両説を拙速に結合しようとしたために深刻な理論的矛盾を抱えることとなってしまった(本論文(1)の I 3 参照)。これと比較して、BAG が 2000 年代初頭に確立した判断枠組みは、主観説と客観的基準を理論的に矛盾なく整序しようとした苦心の作であると評価することができよう。こうした BAG の判断枠組みは、主観説に立つ近年の学説が、解雇された労働者の労務給付が当該労働者に固有の従来の平均的給付または同僚の平均的な給付と比べて重大に下回る場合に、最後の手段としての解雇が考慮され得ると説くのと同様に、客観説や折衷説の立場と比べて、より説得力を持つと解される。

本稿に続く本論文(3)(香川法学次号に所収予定)では、BAG による 2003 年および 2008 年の基本的な解雇の判断枠組みを前提として、それ以降最近に至るまでの新しい判例がどのように具体的な判断を蓄積し、また両判決の判断枠組みが抱える未解明の課題や論点にいかに取り組み、それをいかなる手法でもって解決しようと試みてきたかを分析・検討したうえで、最終的にドイツにおける学説の議論展開および判例法理の形成・発展過程を振り返り、そこから日本の解雇法理にいかなる示唆が得られるかを改めて考察する予定である。

(ほそたに・えつし 法学部教授)