

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(3・完)

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 卷第 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 - (以上, 第 42 卷第 2 号)
- III 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蓄積と精緻化
- 2010 年頃から最近に至るまでの判例を中心に -
 - 1 労務給付の量的な不足を理由とする解雇に関する判例
 - (1) 比較可能な同僚労働者の平均的な労務給付の算定手法あるいは調査期間全体の長期性や調査期間毎の比較集団の同一性について厳格に審査する裁判例
 - ① 比較可能な同僚労働者の平均的な労務給付を個々の抜き取りデータから (推定的に) 算出する手法を不適切であるとみなす裁判例
 - ② 同僚労働者の平均的な労務給付との比較が長期の調査期間から一定の期間を除外して行われるとか, 調査期間毎に異なる同僚労働者と比較する手法を疑問視する裁判例
 - (2) 一身上の理由による解雇を回避する手段として職業教育や注意喚起を使用者に要求する裁判例
 - (3) 変更解約告知の理由として労務給付の重大な不足が認められるか否か

を慎重に判断する裁判例

①使用者に対して職務に関する要求プロフィールおよび労働者がそれほどの程度充足しないのかを具体的な根拠をもって証明することを要求する裁判例

②労働者が複数の主要な業務のうち一つを履行できない場合において些細な程度を超える労務給付の不足が認められるか否かを慎重に審査する裁判例

(4) 変更解約告知の理由として労務給付の重大な不足と消極的な将来予測について具体的な証明を使用者に求め、変更解約告知の回避手段として労務給付の不足への注意を喚起することを使用者に要求する裁判例

2 労務給付の質的な不足を理由とする解雇に関する判例

(1) 労働者の誤りの割合・頻度や比較可能な同僚労働者の平均的な誤りの割合・頻度あるいは労務給付不足の長期継続性などの証明の有無について厳格に審査する裁判例

(2) 比較可能な同僚労働者がいない場合に仮定的に労務給付を比較する可能性を認める裁判例

(3) 単発の過失による義務違反が生じた際の危険を内包する状況を詳細に考慮する裁判例

(4) 単発の事故を理由とする変更解約告知を回避する手段として是正警告が実施されていたか否かを重視する裁判例

IV 総括—ドイツにおける解雇法理の概要と日本の解雇法理の再構築に与える示唆—

Ⅲ 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蓄積と精緻化—2010年頃から最近に至るまでの判例を中心に—

これまで、本論文(1)においては、主として、戦後から近年に至るまでのドイツの学説が、勤務成績不良等を理由とする解雇の制限法理を構成する最も重要な論点である労働義務の性質をめぐるいかなる議論を展開してきたのか(「主観説」と「客観説」の対立にくわえ「折衷説」の登場)、そしてそれぞれの立場から解雇の効力を審査するための具体的な基準をどのように導き出してきたのかを分析・検討してきた(香川法学第42巻第1号1頁以下参照)。

これに続く本論文(2)においては、主に1950年代以降、勤務成績不良等を理由とする解雇の基本ルール⁽¹⁾の定立にあたり主導的な役割を果たした連邦労働裁判所(以下、BAGとする)の2003年12月11日判決および2008年1月17日判決⁽²⁾までを含めて、判例法理がどのように展開し形成されてきたのかを整理・検討してきた(香川法学第42巻第2号29頁以下参照)。

BAGは2003年12月11日判決において、それまで主観説と客観説の間で揺れ動いていた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立場を表明した。そのうえでBAGは、労働者の労働給付が「量的に」不足している本事案において、労働者の労働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労働給付と比べて明白に3分の1を超えて下回る〔平均的な労働給付の3分の2を明白に下回る〕場合、労働給付能力が発揮されていないか、または使用者にとって給付と反対給付の等価値性の期待を下回るとみなし、このような場合には解雇回避手段が採られたか否かにくわえ、両当事者間での利益衡量の審査をクリアすれば、解雇が考慮され得るとの判断枠組みを定立した。また、もう一方のリーディングケースであるBAG 2008年1月17日判決は、労働給付の「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再び支持したうえで、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重要な役割を果たすことを明らかにした。このように、BAGは、具体的な合意等がないかぎり、労働者が負う労働給付義務は基本的に主観的ないし個人的に規定されるとの考え方に依拠しながらも、使用者にとって労働者の主観的な給付能力を把握し主張・立証することがしばしば困難であるという実際上の観点から同僚労働者の平均的な労働給付

(1) BAG 2003年12月11日判決(AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung)の主要な判旨とその分析・検討については、本論文(2) 46頁以下参照。

(2) BAG 2008年1月17日判決(AP Nr. 85 zu § 1 KSchG 1969)の主要な判旨とその分析・検討については、本論文(2) 60頁以下参照。

との比較による主張・立証で代替することで実用的な解雇の審査枠組みを提示したのである。こうした判例法理は、学説上、労務給付の性格について主観説を主張する学説が伝統的に支配的な地位を占めてきたが、他方で客観的な労務給付の基準を支持する学説も根強く主張されるという対立的な議論状況を背景として形成されてきたわけである。

さて、本論文(3)では、主に近年の下級審裁判例が、上述した BAG による 2003 年および 2008 年の両判決を通じて定立された勤務成績不良・労務給付の不足を理由とする解雇に関する基本的な審査の枠組みに依拠しながら、その後、個別の紛争解決を図る過程において、どのように司法審査の枠組みや基準を具体化ないし精緻化し、新たな判例法理を形成・蓄積してきたのかを紹介・検討することにした。

なお、本稿では、これまで主として取り扱ってきた終了解雇 (Beendigungskündigung) に位置づけられる通常解雇 (ordentliche Kündigung) のケースにくわえて、変更解約告知 (Änderungskündigung) のケースも取り上げることとしている。その理由としては、とくに近年において勤務成績不良等を理由とする変更解約告知のケースが増加傾向にあることが挙げられる。また、変更解約告知は、通常解雇より一段階緩やかな手段ではあるが、労働者が契約内容の変更の提案に応じない場合には、通常解雇と同様に労働関係を終了させる機能を有する⁽³⁾。それゆえ、いかなる勤務成績不良や労務給付の不足であれば変更解約告知を正当化しうるか、変更解約告知を回避するためにどのような緩やかな手段が採られるべきであるかなどを審査するための基準は、より不利益の大きい通常解雇 (終了解雇) の有

(3) 変更解約告知は、一方で、労働条件の変更を伴う労働関係の継続の提案と結び付いているという意味で、終了解雇とは区別される。つまり、終了解雇は、労働条件変更の提案を欠くという点で、変更解約告知とは異なる。他方で、労働者が労働条件変更の提案を拒否したり、期限に従い受け入れない場合、通常の変更解約告知は機能的に終了解雇となる (Vgl. Rachor, in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 13. Aufl., 2022, S. 47 und 49)。

効性を考える際にも基本的に妥当すると考えられる。⁽⁴⁾

これに付言すると、解雇制限法(Kündigungsschutzgesetz) 2条1文によれば、使用者は解雇と関連して労働条件の変更を提案する場合、労働者はこの提案を労働条件の変更が社会的に正当化されるものであるという留保付きで承諾することができる。こうして、労働者は、裁判所により変更解約告知の無効が法的な拘束力をもって確定されるまでは、変更された労働条件⁽⁵⁾で仕事をすることを義務づけられることになる。

1 労務給付の量的な不足を理由とする解雇に関する判例

(1) 比較可能な同僚労働者の平均的な労務給付の算定手法あるいは調査期間全体の長期性や調査期間毎の比較集団の同一性について厳格に審査する裁判例

①比較可能な同僚労働者の平均的な労務給付を個々の抜き取りデータから(推定的に)算出する手法を不適切であるとみなす裁判例

シュレーズヴィヒ・ホルシュタイン州労働裁判所2008年5月27日判決⁽⁶⁾は、専門教育を受けた機械工(Maschinenschlosser)(X)が1998年にフライス加工などを事業とするY社に雇用され、2007年まではプログラムの作成やCNCフライス盤(CNC-Fräser)の調整と操作の仕事に就いたが、同年以降は、旋盤(Drehbank)で空気パイプ(Luftrohr)を製作するよう

(4) 変更解約告知の審査基準は、終了解雇に関する解雇制限法1条2項および同条3項である。なぜならば、変更解約告知に関する同法2条1文は、終了解雇に関する1条2項1文から3文、同条3項1文および2文を引き合いに出しているからである。これによれば、変更解約告知は、その変更が一身上の理由または行為・態度に存する理由あるいは当該事業所における労働条件を変更しないままでの継続雇用と矛盾するような差し迫った経営上の必要性により根拠づけられなければ、社会的に正当化されない。こうした法の文言に沿った基準は、同法1条をめぐり展開されてきた諸原則に従いより精密に規定することができるのである(Vgl. Krefz, in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 13. Aufl., 2022, S. 358)。

(5) Vgl. Krefz, a. a. O. (Fn. 4), S. 397.

(6) NZA-RR 2008, 573.

になったものの、Xの労務給付が平均的な1日当たりの労務給付（Yの主張によれば、8時間半で170個のパイプを製作するものとされる）の30%または50%にしか到達してないことなどを理由に、Yから二度の是正警告（Abmahnung）を受けた後、通常解雇されたという事案に関するものである。

本判決は、まず、前掲・BAG 2008年1月17日判決を参照して、次のような一般論を展開した。すなわち、不十分な労務給付の形態として有責の不完全給付が存在するのは、労働者がその個人的な給付能力を適切に発揮しないことにより比較可能な労働者の平均的給付を長期間著しく下回る場合である。労働者は、労働契約に基づき労働または「仕事」をする義務を負うが、「成果」または客観的に確定できる標準的給付をもたらす義務を負うわけではない。しかし、使用者にとって労働者の主観的給付を確定するのは困難であるので、使用者は、当該労働者の労務給付が比較可能な労働者の労務給付を明白に下回る、すなわち平均的給付を著しく下回ることを明らかにする事実を説明すれば、重大な労務給付の不足についての証明義務を果たす、と。

そのうえで、判決は、以下の理由から、Yは、旋盤で仕事をするXと比較可能な同僚労働者が1日平均170個の空気パイプを製作できることを十分に説明できておらず、それゆえXの労務給付の不足が重大なものであるか否かを判定するための比較の基準を全く援用することができなかつたと指摘し、こうして本件解雇が解雇制限法1条2項によれば社会的に正当であるとはいえないと結論づけた。つまり、Yは、旋盤での製作テストを30分程かけて行い、同僚労働者らによるパイプの製作時間をストップウォッチで測定した結果、パイプ1本当たり3分という製作時間を大まかに見積もった。しかし、こうした種類のテストは、1日の平均的給付を算出しておらず、1本のパイプ当たりの製作時間から全体の数値を算出したにすぎないことから、上述の意味における平均的給付の算出には適さない。また、仕事の単調さや何時間も遂行される労働の一方向的な負担のゆえに、就業時

間が経過するにつれて通常の労務給付が全く低下したり、給付能力がある程度変動したりすることがあり、それゆえ平均的給付に消極的な影響が及びうることを考慮すると、こうした算出方法は平均的給付を確定するための適切な基礎とはなり得ない。その上さらに、Yによって全体の数値が算出された（実際には確定されていない）平均値は、Xが労働契約上、旋盤工（Dreher）としてではなく、それとは仕事内容が根本的に異なるCNCフライス工として雇用されたことを考慮していない、というのである。

要するに、本判決がYの主張する比較の基準について問題があるとみなした理由は、個々の時点に限定した抜き取り検査（Stichproben）では、業務と結びついた労務給付の変動や通常の日ごとの労務給付の低下が考慮されないことから、平均的な労務給付に関する全体の数値を算出することはできないという点にある。⁽⁷⁾

②同僚労働者の平均的な労務給付との比較が長期の調査期間から一定の期間を除外して行われるとか、調査期間毎に異なる同僚労働者と比較する手法を疑問視する裁判例

また、ライント・プファルツ州労働裁判所2009年1月22日判決は、⁽⁸⁾ 保険会社（Y）に外勤のいわゆるパートナー販売員（Partnerverkäufer）として雇用され、代理店の主任（Agenturleiter）となったXの労務給付の評価指標である Netto-Wert-Einheiten（「実質価値単位」として、販売された保険商品がYにとって有する実質的な経済的価値にしたがい算出されるものであり、以下NWEとする）が他の代理店のパートナー販売員の平均的労務給付を明白に下回ったとしてなされた通常解雇の有効性について判断した。

なお、Yの主張によると、2005年4月1日から2006年3月31日まで

(7) Vgl. Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, Bd. 3, 2016, S. 282.

(8) 10 Sa 535/08, juris.

(12 か月) における (38 人のパートナー販売員の) NWE の平均値は 2,307.17 であるのと比較して, X の NWE は 1,301.00 (平均値の約 56%) であり, 2007 年 1 月 1 日から同年 6 月 30 日まで (6 か月) における (32 人のパートナー販売員の) NWE の平均値は 1,300.20 であるのに対して, X の NWE は 697.25 (平均値の約 53%) であり, 2007 年 9 月 1 日から 2008 年 1 月 31 日までにおける (32 人のパートナー販売員の) NEW の平均値は 1,349.41 であるのに比べて, X の NEW は 201.90 (平均値の約 22%) にとどまるとされている。

本判決は, X の量的に不十分な労務給付にもとづく本件解雇は, 以下に示すように, 比較対象となる労働者の平均的な労務給付の算出に大きな問題があることなどから, 行為・態度 (Verhalten) および一身上 (Person) の理由のいずれによっても社会的に正当化されないとの結論を導いた。すなわち, ① BAG は労務給付が不十分である労働者に対する解雇について, 「長期にわたり」平均的給付を明白に下回ることを要求するが, その基底には, 長期の調査期間が基礎として用いられてこそ事実 zu 適合した平均的な結果が得られるとの考え方があつた。Y は, 理由もなく全体で 34 か月の期間から合計 11 か月を除外したが, そのようなことが許容されるならば, Y は極端な場合には一方で X の最高の売上高の月と, 他方で比較可能なパートナー販売員の最低の売上高の月を平均の算定から除外して, 結果を歪曲することができるであろう。それゆえ, 「取り繕うように算定された」比較の数値は, 労働者の不十分な労務給付が長期間にわたり平均を下回ることを確定するための条件を十分には満足させることができない。要するに, 途中の期間は除外されるべきではなかつたのである。また, 2006 年 5 月 2 日と翌年 7 月 19 日の是正警告 (Abmahnung) は, Y が比較の計算から除外した期間に与えられたものであるが, 本来, 使用者は労働者に「遅滞なく」平均的な収益を上げるよう是正警告を与えた後に, 労働者が獲得した NWE を平均値と比較してとくに注意深く審査しなければならなかつたはずである。②また, Y による平均値の算出には, 比較対象の集団がど

のように形成されたのかを跡付けることができないという問題もある。比較された人物の名前が一部分しか一致しないから、比較集団の構成はそれぞれ異なっている。また、Yは、なぜXの労務給付をその販売部門における70人の比較可能なパートナー販売員のうち、第1の期間においてただ54%の販売員との間で、またそれ以外の両期間においてただ46%の販売員との間でしか比較しなかったのかについて説得力のある主張をしなかった。③さらに、副業労働者(Mitarbeiter im Zweitberuf)が達成したNWEは、副業労働者が割り当てられたパートナー販売員に組み入れられる。代理店で達成されたNWEの高さは、副業労働者の総数と個人的な労務給付にも依存する。副業労働者の総数は、副業労働者を全く擁しないパートナー販売員と多くの副業労働者を率いるパートナー販売員の労務給付の比較が問題となる場合、重要な要素となりうる。それゆえに、NWEの平均値を算出する際に、副業労働者の総数が全く考慮されないというわけにはいかない、と。

(2) 一身上の理由による解雇を回避する手段として職業教育や注意喚起 を使用者に要求する裁判例

ハム州労働裁判所2012年9月25日判決⁽⁹⁾は、2008年以降、クラッチ、マフラー(消音器)、ベアリング(軸受け)、原動機の構成部品を製造する会社(Y)に、工業製図工(technischer Zeichner)として雇用された労働者(X)が一身上の理由による不十分な労務給付のゆえに通常解雇されたという事案に関して、次のように述べて、本件解雇を解雇制限法1条2項にしたがい社会的に正当なものであると判断した。

まず、本判決が展開した一般論は以下のとおりである。つまり、労働者の一身上の理由による不十分な労務給付にもとづく解雇が正当化されうるようなケースでは、重大で継続的な労働関係の障害が存在するのが通常で

(9) LAGE § 1 KschG Personenbedingte Kündigung Nr. 26.

あるが、労働者に対して契約違反の非難はなされないであろう。労働に関する具体的な契約上の義務は、個人的に (individual) 規定されることになる。労働者が相応に努力しても標準的な労務給付を下回るという場合、契約に違反するというわけではないが、給付と反対給付は均衡するべきであるという使用者の正当な期待を下回ることになる。こうして、実際の給付関係がその期待を大きく外れるならば、その期待を裏切られた当事者には取り消しを行う権利が認められる、と。

つぎに判決は、この一般論を本件に適用して次のように判示した。すなわち、Xの主要な業務は、異形・変形的设计・開発 (Variantenkonstruktion)、すなわちコンピュータプログラムを用いて現存する構造群 (Baugruppen) や型・仕様 (Ausführungen) を新たな技術準則に基づき変更 (改良) し、これについて完全な製品書類を作成することなどであるが、Xはまさにこのような労務を給付できないだけでなく、Xには、Yが開発する一連の製品構造に関する必要不可欠な技術上の基本理解が欠如していることなどから、Xの労務給付はYの正当な等価性の期待を重大に下回った。また、将来においても、給付と反対給付の等価性の回復を考慮することはできない。なぜならば、Yは労働関係が存続する期間の全体において、対話 (Gesprächen) と職業教育 (Schulungen) を通じてXに専門性の欠如を埋め合わせる機会を与えてきたが、これらの全ての手段によっても、Xは実際にその専門性の欠如を補うことはできなかったからである、と。

さらに、本判決は、一身上の理由による解雇の場合、原則として、事前の是正警告 (Abmahnung) は必要でないとしながらも、使用者は、比例原則 (Verhältnismäßigkeitsprinzip) に基づき、是正警告の形式で行われる必要はないが、労働者に向けてその不十分な労務給付への注意喚起を行うことを要求されるであろうと判示する。そのうえで、YはXとの間で多様な人事上の対話 (Personalgespräche) を行い、Xに対して特に製造分野における他の業務の検討や合意による退職を提案することにより、Yにとって現状のままで労働関係を継続することは不十分な労務給付のゆえに期待不

可能であることを明らかにしていたことに鑑みると、是正警告の形式に拘泥するのは無意味であっただろうと論じた。

本判決において特に注目されるのは、一身上の理由による重大に不十分な労務給付（とその将来の継続）が認められるケースにおいて、一身上の理由は労働者の意思で改善することができないから是正警告は不必要であるとする従来の判例法理を維持しつつも、使用者に対して、解雇より緩やかな手段として、労働者に向けて不十分な労務給付への注意を喚起することを要求する立場を明らかにしているという点である。これと同様の判断は、近年において、後掲・ラインラント・プファルツ州労働裁判所 2014 年 3 月 25 日判決や同じく後掲・ミュンヘン州労働裁判所 2016 年 4 月 13 日判決でも看取することができる。

(3) 変更解約告知の理由として労務給付の重大な不足が認められるか否かを慎重に判断する裁判例

①使用者に対して職務に関する要求プロフィールおよび労働者がそれをどの程度充足しないのかを具体的な根拠をもって証明することを要求する裁判例

バーデン・ヴュルテンベルク州労働裁判所 2015 年 3 月 17 日判決⁽¹⁰⁾は、使用者（Y）が 2011 年 4 月 1 日に戦略プロジェクトディレクター（Director Strategic Projects）として税込み月収 1 万 1,500 ユーロで雇用した労働者（X）の労務給付の不足を理由として一身上の理由にもとづき 2014 年 4 月 30 日に与えた変更解約告知の効力が争われた事案に関するものである。

本判決は、前掲・ハム州労働裁判所 2012 年 9 月 25 日判決と同様に、次のように一般論を展開した。すなわち、適切な努力にもかかわらず標準的な給付（Normalleistung）に達しない労働者は、契約に違反するというわけではなく、給付と反対給付の関係が釣り合うべきであるという、契約上

(10) 16 Sa 35/14, juris.

の条件にまでは高められていない使用者の正当な期待を下回ることになる。使用者にとっては、そのような給付の障害にもとづき、主に一身上の理由による変更解約告知および終了解雇に関する諸規定が考慮される。したがって、労務給付の不足による一身上の理由による解約告知は、労働者がその主観的に規定される給付義務に違反するということを前提とはしない。重要なことは、労務給付が使用者の正当な等価性の期待 (Gleichwertigkeitserwartung) を使用者にとって労働条件を変更せずに保持することが期待不可能であるほど下回るかどうかである。さらに、一身上の理由による解約告知は、将来においても給付と反対給付の関係の回復を考慮することができず、かつ契約上の均衡を回復するためのより緩やかな手段を利用できないということをつねに前提条件として、行いうる (前掲・BAG 2003 年 12 月 11 日判決参照)、と。

そのうえで、本判決は、Xの業務領域において問題となるのは、たとえば 1 時間で製造できる製品の一定の個数と比較されるような容易に測定可能な事象ではないし、同様に、労働者の地位が高くなればなるほど、仕事の成果が不十分であることを証明できる事実を説明することは困難になると指摘して、本件における X の業務や地位の特殊性を確認する。

しかし、判決は、Y は X が戦略的および遂行に関する個人的な特性の存在についての Y の理念を満たさないと主張するが、Y の証明責任として、かかる理念を言葉で表明することが重要であり、また X がこのような理念をどの程度逸脱したのかが説明されなければならない、と判断する。要するに、一方で使用者の要求プロフィール (Anforderungsprofil) に関して、他方で労働者がこうした要求プロフィールを充足するの可否に関する説明がなされなくては、裁判所にとって、給付と反対給付の関係が使用者にとって期待不可能なほど損なわれているか否かを判定することは不可能だというのである。これに加えて、本判決は、Y が X の能力についての一般的、抽象的な諸要求を定式化するだけでは十分でないし、目標の合意 (Vereinbaren von Zielen) をめぐり、「はっきりとした」数字によっては測

定することのできない目標が設定されている場合であっても、その輪郭を明確化したり例示したりすることにより、Yが使用者としてどのような目標を観念していたのかが明らかにされなければならない、と指摘する。

また、本判決は、職務記述書(ジョブ・ディスクリプション)(Aufgabenbeschreibung)に記されたXの課題領域に、一般的に、指導を任された仕事仲間(従業員)のために「野心的でかつ実際的な目標を定義すること」が含まれるならば、Xは目標を全く定義しなかったのか、Xにより定義された目標は十分に野心的または実際的でなかったのかを説明することが可能でなければならず、Yはジョブ・ディスクリプションにおいて用いる「野心的」や「实际的」といった概念を遅くとも訴訟手続きにおいて具体的に説明しなければならない、と判断する。

続いて、本判決は、Yが地位の高い従業員に期待する能力をシーメンス・リーダーシップ・フレームワーク(Siemens Leadership Framework)にしたがい7つの給付等級に分類しており、そこでの「成果志向」(Ergebnis-Orientierung)、「優位」(Führung)、「価値志向」(Werteorientierung)といった能力評価が独立した評価に対応するならば、必ずしも詳細には記されていない職場の要求を説明し、Xがいかなる事情や結果に基づきその要求に適わなかったのかを根拠づけ得るのは明白であると判示する。判決によれば、それぞれの評価はまた主観的な色彩を帯びているが、しかし、そのように従業員の能力を発揮させるための手段の目的は、また追体験して理解する可能性(Nachvollziehbarkeit)をもたらすことでもある。つまり、評価者は自身の考えを根拠づけることができなければならない、それが可能であるのは、評価者が事実を説明できる場合に限られる、というのである。こうして、判決は、Yが主張する要求プロフィールを描写することの困難さは、異例のことでもなく、そこに越えがたい障害があるというわけではないとして、Yの主張を退けた。

さらに、判決は、Yが個々の業務の不履行について説明することを受けて(Xは独自のアイデアや解決案をわずかにしか持たず、その業務処理に

において必要な展望する能力を欠いており、仕事仲間を成長させ、チームに影響を与え、同時に指導的な文化を定立する能力が全く平均を下回るとされる)、その説明は十分に具体的なものではなく、Xがどの程度Yの等価性の期待 (Gleichwertigkeitserwartung) から外れるのかを認識させるものではない、と判断した。

以上の理由から、本判決は、YはXがいかなる個人的な専門的能力をどの程度 (一身上の理由により労働関係を変更せずに継続することがもはや期待できないほど) 保有しないとみなしているのかを確認することができないことから、本件変更解約告知を無効であると結論づけた。

このように、本判決がとくに注目されるのは、解雇された労働者が高い地位を有する専門職や管理職であるケースでは、たとえば製品の製造業務とは異なり、使用者にとって労働者の仕事の不十分さを証明するのは難しくなるとしつつ、それでもなお使用者は - 主観的な色彩を帯びる人事評価を用いる場合を含めて - 労働者に対してどのような労務給付能力の発揮を要求するのかを明確で具体的に示したうえで、いかなる理由からそのような具体的に示された労務給付能力をどの程度下回るのかを説明しなければならぬ旨を判示した点においてである。

**②労働者が複数の主要な業務のうち一つを履行できない場合において
些細な程度を超える労務給付の不足が認められるか否かを慎重に審査する裁判例**

BAG 第 2 小法廷 2015 年 10 月 22 日判決⁽¹¹⁾は、賭博場を経営する会社 (Y) に 1980 年 8 月から賭博台の胴元 (クルピエ) として雇用されていた労働者 (X) に対して 2011 年 12 月 20 日に与えられた変更解約告知の効力が争われた事案についての判断である。なお、本件の変更解約告知は、X の健康に関わる一身上の理由により業務範囲を変更し、それに伴い賃金を引

(11) AP Nr. 167 zu § 2 KSchG 1969.

き下げをすることを目的とするものであった。

本判決は、変更解約告知による労働条件変更が無効であることの確認を求めたXの訴えを退けた原審の判断を覆して、変更解約告知は社会的に正当化されないという結論を以下のような理由から導いた。

まず、本判決が定立した一般的な判断枠組みは次のようなものである。つまり、契約条件の変更は病気を理由とする給付の不足の場合にも行われ得る。そのようなケースにおいて、変更解約告知の社会的正当性は、短期間の病気が度重なること、または病気が長期間継続することを理由とする終了解雇の場合と同様に、3段階で審査されなければならない。つまり、①健康状態に関する蓋然性の高い消極的な予測が必要である。②従来のそして予測にしたがい想像される制約された労務給付能力の影響が経営上の利益の重大な侵害(erhebliche Beeinträchtigung)に及ぶのでなければならない。こうした影響が経済的な領域にあるならば、重要なことは、労働者の労務給付が、双方の給付の等価値性をめぐる使用者の正当な期待を、使用者にとって従来の労働契約を保持することが期待できないほど下回るか否かである。それゆえ、単に些細な(geringfügige) - 質的または量的な - 労務給付の不足では十分でない。③最終的な利益衡量の枠内では、重大な利益の侵害がもはや当然には甘受し得ない使用者の負担につながるか否かが審査されなければならない。そこでは、とくに労働者の病気が経営上の原因に基づくのかどうか、労働者の年齢、労働関係が支障なく継続してきた期間が考慮されなければならない、と。

そのうえで、判決は、主として上述②の審査基準にしたがい本件変更解約告知の効力を判定した。まず判決は、一般的に、労働者がその残存する労務給付能力により、解雇の後におそらく継続的にまたは少なくとも24ヶ月間概して労働協約上の地位に記載された特徴的な(特有の)業務の一つを制約なしに遂行できる状態にないのであれば、それは使用者の経済的な利益が重大に侵害されていることを理由づける大いに有利な証拠になる(前掲・BAG 2003年12月11日判決、BAG 1991年9月26日判決⁽¹²⁾など参

照)と論じる。しかし、判決によれば、次のような理由から、本件においてこのようなことは妥当しないと判断されている。すなわち、Xの不十分な労務給付は、労働協約5条1項7号に記載された幾つもの「主要な業務」(この他に労働協約5条2項では最終的に記載されることさえない)の一つについて生じているにすぎない。Xはその残された労務給付能力により、提供されるゲームの多くについてさらに引き続き業務を行うことができた。(立ったまま仕事をするができなかった)アメリカン・ルーレットにおいてさえ、Xはただ特定の姿勢によって仕事に就くことがもはやできなかつたにとどまる。Yは、Xが制約なしに仕事に就くことのできる胴元(クルピエ)の「標準的な給付」(normale Leistung)を些細な程度を超えて下回つたであろうことを証明しなかつたのである。こうした労務給付の重大な不足は、提供されるゲームが多数に及ぶことや、労働協約5条によれば他の労務に使用することが可能であることに照らしても客観的に明白とはいえない、と。

(4) 変更解約告知の理由として労務給付の重大な不足と消極的な将来予測について具体的な証明を使用者に求め、変更解約告知の回避手段として労務給付の不足への注意を喚起することを使用者に要求する裁判例

ラインラント・プファルツ州労働裁判所 2014 年 3 月 25 日判決は、⁽¹³⁾ 1972 年 3 月生まれで結婚して二人の子供を扶養する義務を負う X (ギリシャ国籍を有する) が、Y の経営する耳鼻咽喉科クリニックにて 1998 年 11 月 1 日から 2005 年 9 月 14 日までは一般医師 (Assistenzarzt) として働き、また専門教育の終了を経て 2005 年 9 月 15 日からは専門医 (Facharzt) として勤務した後、他の大学病院での勤務を経験して、2011 年 11 月 15 日以降は再び Y のもとでコンピュータ・アシスト外科 (computer-assistierte

(12) BAG 1991 年 9 月 26 日判決の紹介と分析については本論文(2) 39 頁以下参照。

(13) LAGE § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 27.

Chirurgie) に従事する主任医師 (Oberarzt) として雇用されたが、その後 2013 年 6 月 30 日に、Y は X との労働関係を通常解約告知し、同時に 2013 年 7 月 1 日から専門医として雇用するという提案を X に対して行ったという事案に関する判断である。なお、Y は、本件変更解約告知の理由として、X の主任医師として仕事をするのに適任でない根本的で専門的な能力の欠如を指摘した。

これを受けて、本判決は、主に以下のような理由から、本件変更解約告知を無効であると判定した。

①まず、Y が、X にはその能力不足のゆえに、中程度に困難な手術または困難な手術の際に、X を監督・指導しミスを修正するために、基本的に計画を超えて主任医師が付き添わなければならないという主張をする点について、本判決は、X には主任医師としての個人的かつ専門的な能力が欠如するという Y の包括的な主張を支え得る十分な事実を認識することができなかつた、と指摘する。すなわち、判決は、X は手術者 1 または 2 (OP 1/OP 2) として仕事を行うことがあれば、補助者 1 (Ass. 1) として率いられることもあり、Y によって計画を超えて付き添うものとされた主任医師も同様に、手術者 1 または 2 として従事したり、補助者 1 または 2 として率いられたりしているとしたうえで、とくにどれ位の頻度でいかなる理由から他の主任医師の補助がやむを得ず必要となったのかが分かる手術の経過に関するそれ以上の主張がなければ、X の重大な労務給付の不足を立証することはできない、と論じている。要するに、Y は計画を超える主任医師の監督下における個々の手術の経過を詳細に証明できなかったがゆえに、裁判所としては、X の重大な労務給付の不足を前提とすることができるか否かを判定できなかったということである。むしろ、Y が、X の手術は専ら他の主任医師の付き添いにより実施され、その主任医師は「場合によっては」手術を引き受け完了させたと主張することは、X が明白に第三者の援助を一貫して必要としたわけではないことを少なくとも示しているとみなされている。

②また本判決は、かりにYがXとの労働契約を保持することが期待できないほど重大な労務給付の不足を主張したとしても、労働条件変更を社会的に正当化することは、予測原則（Prognoseprinzip）に照らして、将来においても給付と反対給付の等価性の回復が考慮されないことが明白でないことから困難である、と論じる。Xの主張によれば、自身の主任医師としての業務領域における偶発的な誤りや不確実さは若い主任医師であるがゆえの経験の乏しさに起因するものであり、Yにより申し立てられた労務給付の不足は、主任医師の業務を一層習得することが可能であるがゆえに改善することができるが、判決は、このように消極的な将来予測（negative Zukunftsprognose）は認められないとのXからの主張に対してYは十分に反論しなかったとみなした。また、YはXに対して手術を実行する際にスピードが不十分であると非難するが、判決によれば、Xの習熟が進んでもなぜ業務の改善につながり得ないとされるのかが明白でないとされている。これに加えて判決は、YがXに対して2006年1月26日の証明書において、「注意深いが手際の良い執刀医」であると認証していたのに、なぜXは継続的に再びこうした手際の良い医師に復帰することができないといえるのかが分からない、と指摘した。

③最後に判決は、解雇回避手段をめぐり、たとえ原則として一身上の理由による解雇の場合には事前の是正警告（Abmahnung）は必要でないとしても、使用者は比例原則（Verhältnismäßigkeitsprinzip）にもとづき少なくとも労働者に労務給付の不足への注意を十分に喚起することを要求されると論じた上で、かかる原則によれば、Yは本件変更解約告知を与える前に、Xに対して、Yの主張によれば重大な労務給付の不足への注意を喚起する（hinweisen）ことが要求された、と判示した。そのうえで、本判決は、Xが主任医師として仕事を開始してから約6週間後、Yの施設長であるM教授は、Xに対して同日に2件の手術を専ら「監督の下で」実施したにもかかわらず、平均を相当上回る労務給付を証明する評価を与えており、YはXの主任医師としての約4か月の業務の後に試用労働関係を2012年3月

8日に終了させて期間の定めから解放した（Yはこの時点においてXの成長能力の存在を前提としていた）ことなどから、Xは少なくともYがその労務給付に満足していなかったと考える必要はなかったと判断して、YからXに対して注意喚起も与えられていなかったとみなし、本件変更解約告知は無効であると結論づけた。

2 労務給付の質的な不足を理由とする解雇に関する判例

(1) 労働者の誤りの割合・頻度や比較可能な同僚労働者の平均的な誤りの割合・頻度あるいは労務給付不足の長期継続性などの証明の有無について厳格に審査する裁判例

バーデン・ヴュルテンベルク州労働裁判所 2006年9月6日判決⁽¹⁴⁾は、小売店チェーンを経営する会社（Y）において、1972年9月1日から販売員兼レジ係として働く労働者（X）が労務給付の不十分さを理由に通常解雇されたという事案に関するものである。

本判決は、まず、労働者の給付能力に関して、その個人的ないし主観的な基準により規定されるとの立場を明らかにしたうえで、Xが採用から1995年までの23年以上の間、会社から非難されることなく労働義務を履行してきたという状況の下では、その能力および行為の制御可能性があることを前提とすることができ、それゆえ審査の対象を行為・態度（Verhalten）を理由とする解雇に設定することができると判示する。また、判決は、－Yにより実施されたテスト購入（Testkauf）を通じて明らかとなった－買い物かごに入れられた商品の計算・記録の懈怠あるいは所有者と提出者が異なるEC（=electronic cash）（電子マネー）カードが提示されたのを見落としたことは、直接的にXの労働義務の質的な構成要素（qualitative Komponente）に関係するとみなす。

本判決は、前掲・BAG 2003年12月11日判決が採用した段階的主張＝

(14) LAGE § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 93 a.

証明責任 (abgestufte Darlegungs- und Beweislast) を適用し、さしあたり使用者は労働者の労務給付の不足を主張する責任を負うが、Yの主張は次のような理由でその第一段階の証明責任に適合しないことなどから、本件解雇には正当性が認められないと結論づけた。すなわち、Xに向けて実施されたテスト購入の回数をXに生じた不完全さを理由とする異議の数と対比するだけでは十分でない。むしろ、すべてのテスト購入の約20%は不完全さを理由とする異議を受けるという結果に至るという明白な事実を鑑みると、レジで費やされた異なる労働時間が百分率 (パーセント計算) で考慮されるならば、Xの不完全給付と他のレジ係の不完全給付との関係を確定することができる。それゆえ、Yは、Xに対して2014年1月から8月までに行われたテスト購入のおよその回数が約15回であると述べ、Xの労務給付が他のレジ係と比べて劣るということを数値で明示せずに、訴外Kの証言により証明するだけでは十分でなかった。むしろ、Xの記録された義務違反がテスト購入の際に生じる不完全さを理由とする異議の標準値を上回ったか否か、そうだとすればどの程度上回ったのかが重要である。いずれにせよ、平均的に生じる誤りを明白に3分の1を超えて上回ることにより平均的な労務給付を長期間下回することは、解雇法上重大であるとみなされる。当法廷にとって、Yが詳論していない主張にもとづきそのような算定を行うことは不可能である、と。

本判決によれば、解雇を言い渡された労働者の労務給付能力をその同僚との間で質的に比較するためには、それぞれの労働者が実際にレジで勤務した労働時間の長さとの関係においてどの程度の割合で不完全さを理由とする異議を受けることとなったのかが重要であり、そのような意味において、統計的に公平に実施された労務給付の量定が解雇法上必要不可欠であることが明らかにされている。⁽¹⁵⁾

また、シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州労働裁判所2010年2月24

(15) Vgl. Kerwer, a. a. O. (Fn. 7), S. 282.

⁽¹⁶⁾
日判決は、2002年以來、会社(Y)に現金の出納を含めた業務を行う販売員として雇われた労働者(X)が、2007年以降、レジにおいて不足額が生じたことを理由に是正警告(Abmahnung)を複数回受けた後、2009年に通常解雇されたという事案に関するものである。判決は、本件をXが複数の是正警告にもかかわらず、繰り返す、金銭の出納の際に必要とされる集中力と注意を欠いたことによる質的な労務給付の不足のケースと位置づけ、それゆえ前掲・BAG 2008年1月17日判決の枠組みに依拠して問題解決を図った。

本判決は、まず、レジ帳簿によれば、實際上、まったく金庫の金銭不足が生じていないというわけではないこと、そしてYは、レジにおける5ユーロ以上の金銭不足を重要であるとみなして、それらを是正警告および解雇の理由としていることを確認する。そのうえで、判決は、Xだけでなく、レジ業務に従事する他の従業員もこうした金額のレジの不足額を生じさせているが、しかし、Yの主張から、Xと比較可能な労働者がどのような頻度で5ユーロ以上のレジの不足額を生じさせたのかを看取することはできず、つまりレジで生じた不足額の頻度を比較するための証拠資料は収集されておらず、また、それを超えた場合にマーケットの店長が報告をしなければならぬレジでの不足額に関する拘束力を持つ限度が定められていない、と判示する。こうして、Yは、Xが長期にわたり比較可能な仕事に就くすべての労働者の平均的な誤りの頻度を重大に上回ったということを証明することができなかったという理由から、Xが控訴により訴えた本件解雇は無効であるとの主張は容認された。

⁽¹⁷⁾
ミュンヘン州労働裁判所 2011年3月3日判決は、パートタイムで働くデータ収集職員(Datenerfasserin)として、1,041ユーロの税込み月収という労働条件で会社(Y)に雇用された労働者(X)に対する質的な労務給

(16) NZA-RR 2010, 466.

(17) 3 Sa 764/10, juris.

付の不足を理由とする解雇についての判断である。

本判決はまず、YはXの労務給付の不足について述べるだけでなく－これについては十分に実質的に説明された－、さらにXの労務給付が比較可能な労働者の平均的な労務給付を明らかに重大にしかも長期にわたり下回ったことを明確にする事実を説明すべきだったのであり、そのようにしてはじめて、Xが契約上の義務に有責に違反したことの証拠が認められたであろうとの一般的な判断枠組みから出発した。

そのうえで、判決によれば、Yは、比較可能な労働者の労務給付に関して－Yの主張によれば、Xはその仕事を3名の同僚労働者と同じグループで処理していた－特定の期間について具体的に説明しておらず、それゆえ、平均的な給付ないし誤りの割合は跡付けることができるようには説明されていないということが問題視されている。こうして、判決は、YがリストにまとめたXの2009年6月と7月における誤りは、それ自体印象的であるが、しかし、Yは、こうした誤りが比較可能な労働者の誤りの水準をどの程度明白に上回ったのか、そして、とくにこうしたXの消極的な労務給付の不足が長期にわたり続いたということを認識させないことから、本件解雇は無効であると結論づけた。このように、本判決においては、とりわけ「比較集団」との長期的な比較可能性が欠如していることから解雇の効力が否定されたのである。

ライラント・プファルツ州労働裁判所 2015年4月16日判決⁽¹⁸⁾は、会社(Y)にコールセンター主任(Call-Dispatcher)として雇用された労働者(X)の質的な労務給付の不足を理由とする通常解雇の効力を審査したものである。

まず、本判決は、Yが、不完全給付を理由とする解雇について、労働者の一連の客観的な不完全給付を示すだけでは不十分であり、平均的な誤りの割合を長期間明白に上回ることを説明することに成功しなかったと述

(18) 5 Sa 638/14, juris.

べ、そこでは、Xの誤りの割合を説明することとならび「比較集団」との比較可能性が欠如していると指摘する。

また、本判決は、具体的に次のように論じて、本件解雇は無効であるとの結論を導いた。すなわち、①Yが主張したのは、Xが2014年4月1日から訴外顧客f.に従事して以来2014年5月30日の解雇の告知までに全体として31の誤りを生じさせたという内容にとどまる。この時期に、Xはいくつもの件数の通話を(誤りなく)処理していた。Yは、Xがこの40労働日において処理した通話の全体数を挙げておらず、Yの主張からは、Xの平均的な誤りの割合を算出することができない。②Yは同様に、コールセンターにおける他の主任の平均的な誤りの割合との比較を行わなかった。また、Yの主張は、訴外顧客f.も担当したXと比較可能な(一部の)労働者がこの期間において誤りを犯さなかったという点に限られており、特定の期間におけるコールセンターのすべての比較可能な主任の平均的な労務給付ないし誤りの割合は説明されていない。それゆえ、Xがどの程度平均的な誤りの割合を長期間にわたり明白に上回ったのかを確認することもできない。③これに付け加えられるのは、YがXを新たに訴外顧客f.に従事させて以後、不完全給付を理由に解雇を与えるためにただ40労働日が過ぎるのを待ったという事実である。新たな仕事を与えられた後の40労働日における平均値は、すでに「長期間」平均的な誤りの割合を上回るような労務給付の不足がもたらされたことを認めるにはほとんど適切でない、と。

また、ジークブルク労働裁判所2017年8月25日判決⁽¹⁹⁾は、1964年生まれで結婚して3人の子供を扶養する義務のある労働者(X)が、1991年8月1日に自動車機械工(KFZ-Mechaniker)として税込み2,645ユーロの月収で会社(Y)に雇用されたが、その後、業務が規則通りに遂行されていないことを理由に複数の是正警告を与えられた後に、行為・態度を理由

(19) 3 Ca 1305/17, juris.

として通常解雇されたという事案に関するものである。

本判決は、前掲・BAG 2008 年 1 月 17 日判決の判断枠組みを踏襲して、使用者は、質的な労務給付の不足を非難する際に、労働者の実際上の誤りの数、不十分な労務給付の種類、その重大さや結果を手掛かりにして、平均的な誤りの割合を長期間明白に上回ることが、全体の諸事情からして、労働者が有責にその契約上の義務に違反することを示しているということの詳細に説明しなければならない、との基本的な判断枠組みを定立する。また、判決は、この判断枠組みについて次のように詳論する。つまり、使用者は比較集団を明瞭にすなわち跡付けできるように説明しなければならない、その際に引き合いに出される労働者は、その資格(格付け)、職業経験、労務を提供する諸条件に関して比較可能でなければならない。最終的に、平均的な誤りの割合を長期間にわたり上回ることを認めることができるのは、使用者がその主張の基礎として長期の調査期間(Referenzzeitraum)を設定する場合に限られる、と。

本判決は、こうした判断枠組みにしたがい、たしかに Y は、X に対して非難される不完全な労務給付として、2016 年 11 月における 2 件のいまだ是正警告が与えられていない不完全な労務給付を具体的に申し述べたが、しかし、Y は長期間にわたる X の労務給付について説明しなかったし、比較可能な労働者の誤りの割合についても主張しておらず、単に他の労働者も比較可能な誤りを犯しそれを理由に警告を受けたということを含括的に述べたにすぎない、と判示した。こうして、判決は、Y が、平均的な誤りの割合に関して、X と比較可能な労働者の事柄を具体的に説明しておらず、また X がこの平均的な誤りの割合を長期間明白に上回るということも証明できていないことなどから、本件解雇は X の行為・態度における理由により社会的に正当化されるものではないと結論づけた。

(2) 比較可能な同僚労働者がいない場合に仮定的に労務給付を比較する
可能性を認める裁判例

デュッセルドルフ労働裁判所 2017年1月13日判決⁽²⁰⁾は、1971年6月3日生まれの労働者(X)が2013年7月1日以降、老人ホームの運営や外来の看護サービスなどを営む有限会社Bの関連企業(Y)のもとで、財政及び会計の部門長(Abteilungsleiter Finanz- und Rechnungswesen)として税込み月収約8,974ユーロという労働条件で雇用されていたが、労働契約上の義務に対する違反を理由に2016年6月22日に非常解雇および補足的に通常解雇されたという事案に関するものである。本件においてYが解雇理由として主張した主な義務違反の内容は、Xが様々なセールスの予定期日の決算(Stichtagsbilanz)を行わなかったことや、Xは財務会計課の人事計画として16名の新しい従業員を雇い入れると人事計画主任に伝えたのに、実際には5名の従業員しか雇用されなかったため、財務会計課は十分な生産能力を欠くことになったことなどである。

なお、Y自体に雇用されていたのは6人の労働者のみである。つまり、Xの他に、M&A主任、管理主任、IT主任、人事計画主任、施設マネジメント主任が雇用されていた。また、Xは、その部門に属して有限会社Bに雇われている28人の労働者に指揮命令を与える権限を有しており、B社は全体として少なくとも70人の労働者を雇用していた。

本判決はまず、本件においては比較できる業務を担う比較可能な労働者が存在しないがゆえに、使用者は水平的な給付の比較(horizontaler Leistungsvergleich)を行うことができないという状況において、推測される不完全な労務給付を甘受するというわけにはいかず、使用者には、そのような状況においても非難可能な不完全給付を証明できる可能性が開かれていなければならない、との判断から出発する。

また、判決は、たしかに是正警告(Abmahnung)は通常、不完全な労務

(20) 14 Ca 3558/16, juris.

給付を理由とする解雇の前提条件であるとしつつ、是正警告のみでは、労働者とその労務給付を実際上有責に怠り、概してより良い結果をもたらすことができたであろうということは証明されないことから、他の労働者およびその労務給付との比較を通じてはじめて、使用者の労務給付に対する期待が客観化され、同時に平均的な労働者の少なくとも満足できる労務給付の基準が設定され、こうした手法により、どのような労務給付が客観的に実際上到達可能であり、使用者を満足させるのかが証明される、と論じる。

さらに、本判決は、本件のように使用者にとって比較可能な労働者がおらず水平的な給付の比較が遮断されているケースでは、仮定的で水平的な給付の比較 (fiktiver horizontaler Leistungsvergleich) が行われうるとの注目すべき判断を示した。この特別な比較の枠組みによれば、使用者の主張から、平均的な労働者であれば具体的な業務やその都度の業務命令を背景としていかなる労務給付を提供するであろうか、あるいは思慮のある使用者の視点からして、平均的な労働者であれば具体的にどのような労務給付を提供しうるのであるか、また—当該労働者の他の業務をも背景として—実際に給付可能な労務給付が問題となっており、解雇された労働者はかかる給付をもたらさず、それにより給付と反対給付の関係が重大に損なわれたということが、さしあたり認識できるのでなければならない。また、判決は、労働者が労務給付を低下させた場合、すなわち、過去にはより良く働いていた場合、使用者にとって証明の軽減が考慮されうる (年代順の給付比較) としつつ、もっとも、この点で、労働者がかつて平均を超える労務給付を提供することができたであろうことを看過してはならない、と判示する。

結論的に、本判決は、上述した仮定的な労務給付比較の枠組みを適用しても、本件解雇を社会的に正当であるとみなさなかつた。その主たる理由は以下のとおりである。すなわち、①Yは、Xの義務違反をさしあたりセールスの予定期日の決算との関連において証明しなかつた。主張された

予定期日に関して、Xにより合意された予定期日が問題となっていたとは具体的に主張されておらず、Xはそのような合意の存否についても争っている。それゆえ、合意にもとづき、Xが予定期日を遵守することができたはずであるということ为前提として出発することはできない。一方的に申立てられた予定期日をめぐり、Xがそれ以外の数多くの責任事項を抱えながら予定期日を概して遵守することができたこと、どのような業務が予定期日と結びついて行われていたのか、いかなる労働の投入が期待されており、過去にどの程度の労働時間がそのような業務のために費やされたのかに関するYの主張が欠如している。Yは、Xの業務課題および仮定的に比較可能な労働者に期待することが許された労務給付について全く主張をしなかった。したがって、Xがその労務給付を非難可能な方法で怠ったということを前提として出発することはできない。また、②従業員が雇用されなかった原因をXに帰することができるであろうと認めることはできない。Yの主張によっても、Xは求人広告を公表していた。さらに、Xがまた内部的に2名の従業員を獲得しようと努力したことは明白である。くわえて、Yは、Xの代わりに仮定的な比較可能な労働者であればどのような労務給付を行ったであろうか、それゆえXはどのような努力をなすべきであったのかを主張しなかった。いずれにしても、こうした比較が不足しているがゆえに、Xがその労務給付を非難可能な態様で怠ったということは明白でない、と。こうしたことから、判決は、Yが、Xの財政及び会計部門の主任としての業務における非難可能で質的な不完全給付に関して証明責任を果たしておらず、Xが非難可能な労務給付の低下ないし不完全給付をもたらしたであろうことを確定することができないことから、本件解雇は無効であると結論づけた。

このように一部の裁判例は、ある企業または事業所に比較可能な同僚労働者がいない場合に、仮定的な労務給付の比較を許容して、その証明を使用者に要求しているのであるが、⁽²¹⁾こうした仮定的で水平的な労務給付の比較が適用されるケースは、基本的に、本件のように老人ホームの運営など

を行う中規模の会社とは別に管理職を 6 人のみ雇用する関連会社が存在し、その小規模の関連会社が管理職のうち 1 人を解雇したという特殊な事例などに限定されることになろう。また、仮定的で水平的な労務給付の比較が適用される場合でも、使用者側は、思慮のある使用者の視点から、平均的な労働者であれば具体的にいかなる労務給付を提供しうるのであるかを主張することを要求される。しかし、具体的にいかなる根拠や基準にもとづき平均的な労務給付を仮定的に設定し主張しうるのは必ずしも明らかではなく、その解明は今後の課題として残されることになる。

(3) 単発の過失による義務違反が生じた際の危険を内包する状況を詳細に考慮する裁判例

ラインラント・プファルツ州労働裁判所 2014 年 3 月 12 日判決は、当時⁽²¹⁾ 4 機の飛行機を所有してヨーロッパやアフリカなどでビジネスフライトやプライベートフライトを提供していた民間の航空会社 (Y) に、2009 年 3 月 23 日付けの労働契約により機長として雇用された労働者 (X) の 2012 年 3 月 23 日における点検飛行 (Checkflug) の際の過失による義務違反を理由とする同年 4 月 5 日付けの通常解雇の効力などが争われたという事案に関するものである (Y は本件解雇を行う前に、X に対して是正警告を与えていなかった)。

なお、裁判所が認定した本件事故が発生した経緯は次のとおりである。すなわち、X とその同僚である D は、セスナ機の点検飛行の際に、左右のアクセルレバーを操作する際の重さが不均衡である (右のアクセルレバーの操作が重い) という技術的な障害を確認したことから、点検飛行の中断を決断し、空港に戻ろうとした。その際、X らは飛行機の着陸装置 (着陸脚) が出ていないことに気付かないまま、一旦滑走路に胴体で着地したが、

(21) Vgl. Preis, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 620-630, 2019, S. 500.

(22) 7 Sa 179/13, juris.

直前にこれに気付いた航空管制官が（着陸中止と）再上昇命令を与えたため、Xらは再度ランディングをやり直して今度は安全に着陸するに至った。

まず本判決は、一般論として、仕事の質、量、テンポについて労働契約によれば甘受されうる許容性の限界（Toleranzgrenze）を超える労働者の不完全履行または不十分な労務給付は、それが一度限りの誰にでも起こり得る事故にとどまらないのであれば、事情によっては、事前に是正警告が与えられている場合にのみ労働契約の解約を正当化する可能性があり、これは、労働者が過失により重大な損害を引き起こす場合にも妥当する、と判示する。

そのうえで判決は、Xの不完全履行は、機長として飛行機の着陸装置（着陸脚）を出し忘れたという点にあり、また、Xは同僚Dと一緒に着陸の前に最終点検策を尽くさず、かかる懈怠のゆえに、着陸装置（着陸脚）が出ていなかったことに気付かなかったと認定したうえで、一方で、Xの過誤行為は、X自身と同僚の危険および航空機における重大な損害の危険と現実化に至ったこと、6つの乗客席を備えるセスナ機の操縦は、乗務員や乗客の健康および生命についての危険と結び付いた責任の重い業務であり、不注意に基づくただ一回の誤りでさえも重大な結果あるいは航空機に重大な物的損害をもたらし得ることを確認した。他方で、判決によれば、Xのパイロットとしての適格性に関する使用者からの（主観的な）評価が決定的に重要であるというわけではなく、客観的な基準が基礎に置かれなければならないと指摘される。つまり、冷静で思慮深く判断する使用者に解雇の実施を決定させるような事情が存在するか否かが審査されなければならないというのである。判決は、こうした文脈において、連邦航空庁（Luftfahrtbundesamt）は2012年3月23日の事故を理由としてXに対していかなるサンクションも科しておらず、またXは本件事故後もなお適切な免許を保有しているといった客観的な事情をふまえると、Xはなおパイロットとして適任である、と論じる。

さらに、本判決によれば、次のように本件事故が複数の危険要素が同時に発生するきわめて異例の状況下で生じたことが重視されている。すなわち、Xと同僚Dはいわゆる点検飛行を行っており、そこでは特に危険でありパイロットおよび副パイロットにとりわけ負荷をかける飛行演習が実施されていた（駆動装置の停止がシミュレーションされていた）。また、本件セスナ機は修理工場から戻ってきたところであり、点検飛行中、Xは一方のアクセルレバーの操作が重すぎ、左右のアクセルレバーの間で重さが非常に大きく異なると感じ、實際上、XとDは飛行中に予定より早く点検飛行を中断しようと決断した。最終的に、ベテランの同僚たるDもまた、点検操縦士（Check-Captain）としての義務に反して（点検策を最後まで尽くさなかった）、Xが着陸装置を出し忘れていたことに気付かなかったことから本件事故に至ったのである、と。こうして判決は、本件の日常とは異なった異例の状況下におけるXの一度限りの過失による義務違反により労働契約当事者間に不可欠の信頼関係が修復できないほど破壊されたといえるのかは疑問である、と判断した。

この点に関連して、前掲・BAG 2008年1月17日判決が労務給付の質的な不足を理由とする解雇の効力を審査する際に、単に誤りの頻度を考慮するにとどまらず、業務の性質、誤りの性質や重みにくわえ、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即した考察方法を提示していたことが想起される。これと同様に、本ラインラント・プファルツ州労働裁判所判決は、誤りの頻度（パイロットの一度の過失による義務違反が問題

²³⁾ 本判決や後述するミュンヘン州労働裁判所 2016年4月13日判決で取り扱われたのは、労働者の単発的な義務違反のケースであるから、本論文の主な検討対象である継続的な労務給付の不足のケースというよりも、むしろ非違行為や不完全給付のケースとしても位置付けることができよう。主としてこのタイプの解雇理由と解雇規制のあり方を整理・検討する文献として、細谷越史「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）108頁以下も参照。

となること)、業務の性質(セスナ機の操縦は乗務員や乗客の健康や生命の危険と結び付いた責任の重い業務である)、誤りの性質や重み(不注意に基づく一度の誤りでさえ重大な結果や物的損害をもたらし得る)、職場の具体的な異例の危険要素を含む実情(パイロットに特に大きな負荷のかかる飛行演習が実施されていたこと、セスナ機の左右のアクセルレバーの重さの違いから点検飛行の中断を余儀なくされたこと、同乗した同僚のパイロットもXの誤りに気付かなかったこと)などを慎重に考量したうえで、契約当事者間の信頼関係を重大に損なうような義務違反とまではいえない、つまり解雇は本件の誤りと均衡を欠くであろうという基本的な判断に至ったものと考えられる。

本判決は、最終的な利益衡量の枠内で、以下の事情を考慮して、Xの労働関係継続における利益は、Yの労働関係終了の利益よりも優位にあることから、本件通常解雇の効力を否定した。つまり、とくにYはXの将来のフライトの安全、乗客の安全、副パイロットの安全について責任を負っており、また、飛行機が墜落する事故が起きれば、世間におけるYの航空会社としての評判が低下し、責任リスクのゆえにその財政的な基盤が危険に晒されるといったことがYにとって有利に考慮され得る。これに対して、Xの年齢が2014年には労働契約上の定年年齢(65歳)に到達すること、労働関係はこれまで全く支障なく2009年3月の再雇用以来経過してきたこと(それ以前、Xはすでに2005年8月から2008年までYに雇用されていた)、YはこれまでXを技術および安全上の地位を保有する者(Postholder Technik und Safety)に任命していたことなどがXにとって有利となるように考慮され得る、というわけである。

以上を要するに、本件で問題となったのは、たしかに乗客らの健康や生命を預かるという責任の重たいパイロットによるミスであり、セスナ機に損害も生じている一方で、ミスは一度限りのものにとどまり、異例の危険を内包する状況下で誘発された側面もあることから、当事者の信頼関係が修復できないほど破壊されたといえるか明白ではなく、また、使用者から

事前に是正警告が与えられていなかったことなどを主な理由として本件解雇は無効とみなされたのである。

(4) 単発の事故を理由とする変更解約告知を回避する手段として是正警告が実施されていたか否かを重視する裁判例

ミュンヘン州労働裁判所 2016 年 4 月 13 日判決は、労働者 (X) が⁽²⁴⁾2010 年 9 月 1 日に介護施設を運営する企業 (Y) に施設長 (Heimleiterin) として雇用され、その後、介護業務主任 (Pflegedienstleiterin) となったが、2015 年 3 月 23 日に当該介護施設で発生した火災事故の際の不適切な対応などを理由に与えられた変更解約告知 (通常解雇が与えられると同時に、異なる施設における介護専門職 (Pflegefachkraft) として労働関係を継続することが提案された) の有効性が争われたというケースに関わるものである。なお、本件訴訟において、Y は、X に対して、その立場からして、事故の状況の全体像を即座に把握し、適切な緊急措置を採ることが要求されていたのに、火災の際に少なくとも部分的に誤って行動の優先順位を定め、見通しを失い、それにより施設の入居者による消火の試みや入居者のパニックを引き起こした、と非難した。これにくわえて、Y は、X が高齢者及び部分的に認知症を患う入居者が居住している階での火災を監視されないままの状態にしたことは、管理的業務を担う介護職員としての重大な義務違反を意味する、と主張した。

本判決は、以下の理由から本件変更解約告知は社会的に正当化されないとの結論に到達した。

まず本判決は、変更解約告知が社会的に正当化されるのは、従来の労働条件を維持したままで労働関係を継続することが解雇制限法 1 条 2 項の意味での一身上の理由、行為・態度に関する理由、差し迫った経営上の理由と矛盾し、提案された労働条件の変更が比例原則 (Verhältnismäßigkeitsprinzip)

(24) 5 Sa 990/15, juris.

に適合する場合であることから、変更解約告知の場合にも、比例原則にもとづく個々の事例に関連する利益衡量が基本的に必要であり、また終了解雇（Beendigungskündigung）の場合と同様に、本件のように行為・態度（Verhalten）を理由とする変更解約告知の場合にも原則として是正警告が必要である、と論じてその一般的な判断枠組みを明らかにする。

また、判決はこうした枠組みに依拠して、次のように詳細に判断した。

①本件で問題となるのは、Xが雇用関係において長年にわたり異議を受けることがなかった中で生じた初めての事件であり、Xの行為・態度は頑固で教導し得ないものとはみなされないこと、是正警告は、YにとってXの義務違反が客観的な基準によれば甘受することさえも期待不可能であるほど重大なものであったという理由から例外的に不必要であるというわけでもなかったが、しかしXはこれまで是正警告を受けることはなかった。

②Xは誤って本件火災を防火訓練であると考えたと述べており、火災事故の際に決して損害を与える意図を示しておらず、故意によって行動したわけではない。また、Yの非常時計画は拘束力のある枠組みを有しておらず、Yにはこのところ確固たる火災計画が存在しなかった。こうした事情の下では、Xの契約違反の行為・態度はより多めに見られるであろう。

③最終的な利益衡量の枠内において、一方でYの労働条件変更にとって有利となる事情は、管理職がまさに火災の際に誤った行動をすれば、施設入居者の身体および生命に重大な損害が発生しうることや、管理職員にはつねに一定の模範的役割が帰属するということである。他方でXにとって有利となる事情は、Xが母親として、職業専門高等学校（Fachoberschule）に通う子供を一人で育てていること、Xは将来の職場（が変更されること）により経済面で相当な条件の低下を被ること、Xの年齢は57歳であるがゆえに従来の職場の存続は保護に値すること、Xの行為・態度は過失によるものであり故意に義務に違反しようとしたものではなく、本件事故の際に損害は発生しなかったということである。

さらに、判決は傍論においてであるが、一身上の解雇理由と行為・態度

に関する解雇理由の区別は時折困難なことがあるから、これらの双方の解雇理由は司法審査の枠組みにおいて最初から両立しないというわけではないとしたうえで、労務給付の不足を理由とする一身上の理由による解雇のケースにおいても、是正警告の必要性は初めから排除されているわけではない、とも判示している。

このケースでは、介護施設で火災が発生した際の管理職による単発的なミスが問題となったのであるが、それはあくまで過失によるものであるにとどまり、施設側により確固たる火災時の行動計画が策定されていなかったこと、具体的な損害も発生しておらず、とりわけ施設の運営者から事前には正警告が与えられていなかったことなどを理由に、本件変更解約告知は無効と判断されている。

IV 総括—ドイツにおける解雇法理の概要と日本の解雇法理の再構築に与える示唆—

最後に本論文全体を締め括るに際して、これまで縷々紹介・検討してきたドイツ解雇法を形成する学説・判例により展開および蓄積されてきた理論や判断を概観し、あわせてドイツ法の議論から示唆を得て、日本の解雇法理を検討し直し、再構築するための解釈論のあり方を考察し提案することにした。

①まず、労働義務の性質をめぐり、ドイツの学説は、一方でドイツ民法(以下、BGBとする)613条1文等を根拠に労働義務を主観的(個人的)に規定されるものと理解する立場(主観説)、他方でBGB243条等を根拠に労働義務を客観的(平均的)に規定されるものと理解する立場(客観説)、その後、主観説と客観説を組み合わせる労働義務のあり方を理解する立場(折衷説)に分かれて論争を展開してきた。こうした学説の議論状況を受けて、BAGは2003年12月11日と2008年1月17日の両判決において、基本的に主観説を採用する立場を明確にすることで判例法理の統一を図

り、その後の判例はこうした BAG の主導的な判断を踏襲してきた。

翻って日本の議論状況に目を向けると、まず学説上、本論文における考察の出発点となるこの論点についてはこれまでほとんど議論が見られない。判例においてもこの論点を明確に論じるものはきわめて稀である。いくつかの裁判例においては、特に中途採用の専門職労働者は平均的ないし一般的な労働義務を負うと理解されているように見受けられるにとどま⁽²⁵⁾る。そこで、ドイツ法の活発な議論展開を参考にして、正社員や管理職なども含め、その労働義務の解釈のあり方を考察し提示するよう試みる。

思うに、労働契約の本質は労働者本人の労働力の売買にあり(民法 625 条 2 項(労働の一身専属性)参照)、それゆえ労働力はその主体たる人間と完全には切り離すことができない⁽²⁶⁾。また、人によって労働の給付はしばしば異なるものであるから、通常、労働者は自身に固有の労働能力ないし労働給付を提供することが予定されている⁽²⁷⁾。こうした労働の一身専属性や労働給付の固有性に鑑みると、労働義務の内容が労働契約等において明確に規定されていない場合、労働者は自身に固有の個人的または主観的な職務遂行能力ないし労働義務を負うと解すべきである。このことは、正社員、専門職労働者、管理職などいずれについても基本的に妥当すると解される。そうすると、解雇を正当化しうる程の重大な債務の不履行が認められるためには、労働者の現在の低下した労働給付が当該労働者本人の従来⁽²⁵⁾の平均的な労働給付を重大に下回ることが必要となる。また、使用者が労働者の主観的な労働給付を把握し得ていない場合には、労働者がその主観的な能力を発揮しているか否かを推断するために、当該労働者の現在の労働給付が比較可能な同僚労働者の平均的な労働給付を重大に下回るか否かの審査が代替的に行われることになる。

(25) プラウドフットジャパン事件・東京地判平 12・4・26 (労判 789 号 21 頁)、ブルームバーグ・エル・ピー事件・東京高判平 25・4・24 (労判 1074 号 75 頁) など。

(26) 幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法(16)債権(7) §§ 623~666』(1989 年、有斐閣) 60 頁(幾代通) 参照。

(27) 星野英一『民法概論Ⅳ(契約)』(1986 年、良書普及会) 246 頁参照。

これに対して、労働者は、労働義務の内容が労働契約等において明確に規定されていない場合、平均的な労働義務を負うと解する立場の論拠となり得るのは、種類債権の場合に債務者は「中等の品質」を有する物を給付しなければならないと定める民法 401 条 1 項であろう。しかし、この規定を「物」ではなく「役務」の提供契約たる労働契約に直接的に適用しうることについては疑問が抱かれる。なぜならば、物の取引と比較して、役務提供契約としての労働契約には、役務取引の人手依存性、自然人（労働者）により提供される役務の質の可変性、役務の無形性（視認困難性）などの特徴があるからである。たしかに、客観説を支持する立場からは、主観説に抛りながら場合によっては同僚労働者の平均的な労務給付との比較を認めるのは自己矛盾しているのではないかといった疑問が示されるかもしれない。しかし、それは、客観的な（補助的）事実を介さずに主観的な事情の証明を行うことがしばしば困難であるという実際上の問題に起因する。同僚労働者の平均的な給付との比較を認めるとしても、そのことは主観説という原則的で理論的な立場を放棄することを意味しない。また、主観説によれば勤務成績が相当低い労働者であっても使用者は解雇できないといった批判も予想される。しかし、客観説によっても、一般的に、解雇は最後の手段とみなされることからして、労働者の勤務成績が同僚労働者の平均値を少しでも下回れば直ちに解雇できるとは主張されないであろうから、主観説と客観説の差異は結論的にそれほど大きくないはずである。主観説によっても、労働者の主観的な労務給付の平均値または同僚労働者の平均的な労務給付を重大に下回る場合には解雇の可能性は認められているのである。さらに、主観説によれば、個人的な能力の高い労働者には同僚労働者の平均的な給付を超える能力を発揮することを要求することができるという、客観説にはない使用者側のメリットもある。

(28) 中田裕康「契約解消としての解雇」新堂幸司・内田貴編『継続的契約と商事法務』（2006年、商事法務）232頁及び237頁、中田裕康『契約法〔新版〕』（2021年、有斐閣）490頁参照。

②解雇を正当化しうるほどの労務給付不足の程度や態様を判定する際には、基本的に、主観説によれば、当該労働者の現在の労務給付が同人の過去の平均的な労務給付をどの程度下回るのか、客観説によれば、当該労働者の労務給付が比較可能な同僚労働者の平均的な労務給付をどの程度下回るのかが問題となる。

前掲・BAG 2003年12月11日判決の特徴は、主観説に立ちつつも、使用者は労働者がいかなる個人的な能力を保有するのかを認識し証明するのがしばしば困難であることに鑑み、作業等の数量が問題となる「量的な労務給付の低下」(quantitative Minderleistung)のケースにおいて、段階的証明責任規制(Regelung der abgestuften Darlegungslast)を用いて、使用者が、労働者は比較可能な同僚の平均的な労務給付を長期にわたり明白に3分の1以上下回る〔平均的な労務給付の3分の2を明白に下回る〕ことを主張すれば、比例原則(Verhältnismäßigkeitsprinzip)⁽²⁹⁾に従い、解雇の重要な前提条件の一つである労務給付の重大な低下が認められるという判断枠組みを定立した点にある。また、BAG 2003年12月11日判決によれば、労働者がこうした自身の労務給付の低下は年齢や疾病などに起因するものであり、個人的な給付能力を発揮していると主張できる場合には一身上(Person)の理由による解雇が考慮されるが、使用者がこれに論理的に反論することができれば、労働者は主観的な給付能力を発揮していないとみなされ、行為・態度(Verhalten)を理由とする解雇が考慮されることになる。これに加えて、予測原則(Prognoseprinzip)⁽³⁰⁾および比例原則にもとづき、従来の成績不良の継続性や将来の成績改善の見込みはどうか、労働者の成績不良により使用者の業務にいかなる影響が生じているかといったことが審査される。こうしたドイツの判例・学説の議論は、日本法においても比例原則や予測原則を導入したうえで⁽³¹⁾、かかる諸原則にもとづき、いか

(29) 比例原則の理念や根拠などについては、細谷・前掲(注23)114頁以下参照。

(30) 予測原則の理念や根拠などについては、細谷・前掲(注23)121頁以下参照。

なる程度や態様の重大な成績不良であれば解雇理由となりうるか、また正社員と専門職や管理職との間で解雇を有効ならしめる成績不良の程度に(いかなる)差異を設けることが正当化されるのかを再検討する際に有用な示唆をもたらさう。

上述のように、主観説に依拠して労働義務を理解する筆者の立場によれば、解雇を正当化し得るほどの債務の重大な不履行が認められるためには、労働者の現在の低下した労務給付が当該労働者の従来の平均的な労務給付を重大に下回ることが必要となる。また、使用者が、労働者の個人的・主観的な職務遂行能力を把握し得ていない場合には、労働者がその個人的・主観的な能力を適切に発揮しているか否かを推断するために、比較可能な(同僚)労働者の平均的な能力や給付を重大に下回るかどうかの審査が重要な役割を担うことになる。

この点について、BAG 2003 年 12 月 11 日判決は、たとえば一方で平均的な労務給付よりも 20%程度低いという比較的軽微な労務給付の低下では使用者の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、他方で平均的な労務給付を 50%程度下回るならば経営上の利益の重大な侵害とみなさうといった従来の裁判例の諸判断のおよそ中間値を採り、「平均的な労務給付を明白に 3 分の 1 (約 33%) を越えて下回る場合」に給付と反対給付の関係が重大に損なわれるとみなす判断基準を採用するに至った。こうした基準は、日本の解雇法上においても重要な論点となる、平均的な労務給付を重大に下回るか否かを判定するためのより明確な基準を設定しようとする際に一定の有用な示唆をもたらすであろう。なお、

(31) 主要な学説として、金子征史・西谷敏編『基本法コンメンタール労働基準法〔第 4 版〕』(1999 年、日本評論社) 88 頁(藤原稔弘)、根本到「解雇事由の類型化と解雇権濫用の判断基準—普通解雇法理の検討を中心として—」日本労働法学会誌 99 号(2002 年) 58 頁以下、西谷敏『労働法〔第 3 版〕』(2020 年、日本評論社) 459 頁、土田道夫『労働契約法〔第 2 版〕』(2016 年、有斐閣) 663 頁以下などを挙げることができる。また、裁判実務として、クレディ・スイス証券(休職命令)事件・東京地判平 24・1・23(判例 1047 号 74 頁)、伊良原恵吾「普通解雇と解雇権濫用法理」白石哲編著『裁判実務シリーズ 1 労働関係訴訟の実務』(2012 年、商事法務) 270 頁以下参照。

BAGによれば、平均的な労務給付を33%程度下回るという基準が適用されるのは、主に量的な労務給付の不足(quantitative Minderleistung)が一身上(Person)の理由に起因するものであるケースに限られる。

また、解雇法理の実質的根拠たる生存権(憲法25条)、個人の尊重理念(憲法13条)、労働権(憲法27条)および解雇権に内在する制約法理たる比例原則や予測原則に立ち戻って考えるならば、特定の職種や能力を前提として雇用された専門職や管理職などのケースでも、基本的に正社員のケースと同様に、職務能力の低下が重大なものであるか否か、将来の職務能力の改善可能性の有無、また使用者が是正警告・改善指導、教育的措置、配転等を通じて解雇回避努力義務を尽くしたか、といった観点から解雇の効力を厳格に審査するべきであると解される。なお、専門職や管理職については、その職務内容や立場に応じて、一般的により高度の職務遂行能力が求められることからして、成績評価の基準がより厳格であるため、労働者は個人的な労務給付を重大に低下させ、あるいは比較可能な同僚労働者の平均的な給付水準を著しく下回ると評価されやすく、また労働者の意向や会社の組織・規模などにより配転等を実施する可能性が制限されることがあるため、結果として、正社員の場合より解雇の効力が認められやすくなる可能性がある。

③ときに使用者側の事情が労働者の勤務成績不良等に不利な影響を与える場合が考えられる。こうしたことが問題となるのは、主として前掲・BAG 2008年1月17日判決が対象とした「質的な労務給付の低下」(qualitative Minderleistung)が生じたケースである。ここでは基本的に行為・態度(Verhalten)を理由とする解雇が問題となる。この種のケースにおいては、労働者が繰り返す誤りの頻度や割合が重要な判断基準となる。BAG 2008年1月17日判決によれば、使用者が労働者は長期間にわたり比較可能な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になるとされる。また、これに続けてBAG

は、業務の性質からして一度の誤りでも重大な結果を伴う業務がある一方で（たとえば、パイロットや鉄道運転士の業務）、業務の性質によっては労働者にとって誤りを回避し得ないことを考慮するならば（たとえば、選別・発送のような反復的な業務）、単なる誤りの頻度のみならず、誤りの性質、重大さ、結果ならびに、具体的な仕事上の要求や職場の具体的な所与の実情が個別に考慮されなければならないと判示する。

そこで、その後の裁判例が具体的にどのような事情を考慮してきたのかを分析してみるならば、たとえば前掲・ラインラント・プファルツ州労働裁判所 2014 年 3 月 12 日判決は、本件ではパイロットの一度の過失による義務違反が問題となることにくわえ、とくに職場の具体的な異例の危険要素を含む実情（特に負荷の大きい飛行演習が実施されていたこと、パイロットはセスナ機のアクセルレバーの不調ゆえに点検飛行の中断を余儀なくされたこと、同乗した副パイロットも誤りに気付かなかったこと）などを考慮したうえで、契約当事者間の信頼関係が重大に損なわれたとはいえず、本件解雇は無効であると結論づけている。また、前掲・ミュンヘン州労働裁判所 2016 年 4 月 13 日判決も、介護施設で働く管理職の火災事故の際の不適切な対応などが問題となったケースについて、施設の非常時計画は拘束力のある枠組みを有しておらず、施設では確固たる火災時の行動計画が定められていなかったという事情なども考慮した結果として、本件変更解約告知を無効と判断している。

このように、ドイツの判例は、主に質的な能力低下のケースの中でも、労働者に単発的に誤りが生じたケースを中心として、そのような誤りに間接的な原因を与えた使用者側の事情を適切に考慮したうえで、労働者の契約上の義務違反の程度あるいは給付と反対給付の関係がどの程度侵害されているのかを慎重に判定しようとする点に特徴がある。このような審査は、ドイツおよび日本における労働者の非違行為⁽³²⁾を理由とする解雇をめぐる判例・学説においても同様に実施されている。また、日本の裁判例においても、労働者の勤務成績不良に影響を与える外在的要因として、たとえば、

使用者側の経営上の領域にある要因、同僚労働者の誤り、業務内容の事後的な高度化ないし専門化などが考慮されているが⁽³²⁾、このように間接的な原因を使用者側がもたらしたとみなされるならば、労働者の勤務成績不良や労働義務違反の程度を精確に判定するためにかかる原因を考慮することは不可欠の重要性をもつと考えられる。

④さて、使用者が労働者の勤務成績不良を主張・証明しようとするとき、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労務給付能力を有するのかをほとんど認識していないがゆえに、それを主張・証明するのが困難であるという課題に直面するであろう。そこで、BAGは、この課題を、使用者に解雇を理由づける事実の証明を要求する一般的な証明規制（解雇制限法1条2項4文）によるのとは異なり、段階的主張＝証明責任（abgestufte Darlegungs- und Beweislast）の枠組みにより解決する立場を明らかにした。この段階的証明責任規制によると、証明責任を負う使用者は、出来事の経過の外にいるとか、問題となる事柄が訴訟相手方の領域に属するがゆえに、重要な事実を把握し得ないという理由から、使用者にとっての証明責任の軽減が考慮される。つまり、この枠組みによれば、使用者には、労働者の労務給付が同僚の平均的な労務給付を重大に下回ることを証明することにより、労働者はその個人的な労務給付能力を発揮していないことを前提としうることが認められているのである⁽³⁴⁾。

それでは、日本では労働者の勤務成績不良等の主張立証責任をどのように考えるべきであろうか。労働契約法16条によると、解雇権濫用の成立範囲は相当に広いので、通常の場合、労働者側は、平素の勤務状況に特に問題がなかったことにつき主張立証責任を負うにとどまり、具体的な解雇理由については使用者側が主張立証責任を負う。また、就業規則上の解雇

(32) ドイツ法について、細谷・前掲（注23）132頁以下参照。日本法については、細谷越史「労働者の非違行為等の事例に関する普通解雇規制の再検討」『労働法と現代法の理論 西谷敏先生古稀記念論集（上）』（2013年、日本評論社）512頁以下参照。

(33) 細谷越史「労働者の勤務成績不良・能力不足をめぐる解雇法理の再検討－近年の裁判例の展開をふまえて－」香川法学40巻3・4号（2021年）56頁以下参照。

事由が限定列举とみなされる場合には、それに該当する事実の主張立証責任は使用者側が負うことになる。⁽³⁵⁾ とくに勤務成績不良等を理由とする解雇のケースでは、ドイツで議論されてきたのと同様に、使用者はしばしば労働者の主観的な労務給付能力を把握し得ないことが想定される。このように労働者の主観的な労務給付能力をめぐる事情は基本的に労働者側の領域にあるとすれば、一方で使用者にとっては、労働者が主観的な労務給付能力を発揮していないことを推測させるべく、比較可能な同僚労働者の平均的な労務給付能力を重大に下回ることを主張すれば足りるということになる。他方で、労働者は、比較可能な同僚による平均的な労務給付の数値や算出方法の正当性などを争い、それでもなぜ自身が主観的な労務給付能力を発揮しているといえるのか（年齢、病気・障害などによる労務給付の低下が考えられる）を主張するなどして、使用者に反論すべきことになる。⁽³⁶⁾ これに対して、使用者が労働者の主観的な労務給付能力を把握しているケースでは、こうした主張責任の軽減は認められず、使用者は労働者の現在の給付能力がその従来の主観的な労務給付の平均値を重大に下回ることを主張することを要求されることになる。

(34) BAG は、解雇制限法 1 条 2 項 4 文に基づく使用者にとって厳しい証明責任の分配にもかかわらず、主張責任の段階では使用者に過大な主張要求を行わず、ZPO（民事訴訟法）138 条 3 項を適用して主張責任の段階化を図っている。つまり、BAG は、証明責任を負う当事者の主張が相手方の領域で生じているため極めて困難である場合に、証明責任の対象となる事実の一部について証明責任を負わない当事者に具体的事実陳述を要求し、証明責任を負う当事者の主張負担の軽減を図っている。BAG が援用する「事物への近さ」の観点は、証明責任を負わない相手方当事者がもつばら情報を有する事実について、この者に期待可能な範囲で具体的事実陳述義務を課そうとするものであり、信義則を基礎とする主張責任の緩和という要素が濃厚である（松本博之『民事訴訟における事案の解明』（2015 年、日本加除出版株式会社）320 頁および 364 頁以下参照）。

(35) 山川隆一『雇用関係法〔第 4 版〕』（2008 年、新世社）265 頁以下参照。また、西谷・前掲（注 31）458 頁もほぼ同旨。

(36) 労働者は解雇理由に関して主張立証責任を負わないが、具体的事実陳述＝証拠提出義務を負担する場合がある。こうした証明責任を負わない当事者の具体的事実陳述＝証拠提出義務については、松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第 8 版〕』（2015 年、弘文堂）347 頁以下参照。

⑤この問題と関連するのが、使用者は労働者の勤務成績不良等をどのような手法で証明しようかという論点である。日本の状況と比較して、ドイツでは人事考課の普及度がそれほど高くなく（人事考課の対象となる労働者の割合が低い）、人事考課は昇進や成績手当支給、人材育成（研修や職業訓練）などの判断材料として実施されるにとどまるがゆえに、人事考課が解雇理由の証明に用いられることは稀である。また、評価基準や査定手続きが事業所委員会（Betriebsrat）との共同決定に服しており（事業所組織法（Betriebsverfassungsgesetz）94条2項）、査定者は査定理由を労働者本人に説明しなければならないので、常に合理的理由を提示することを求められる⁽³⁷⁾。なお、査定項目には、上司および同僚との協力関係、勤務態度などしばしば査定者の主観的評価が入り込む余地のある事項がある。しかし、人事考課制度は従業員代表との共同決定に服すること、労働者は自分の成績につき評価者に説明を求めることができ、採用にあたり担当職務が明確にされているため仕事に対する評価の基準も自ずと定まるといったことから、主観的評価が問題化することは少ないようである⁽³⁸⁾。

このような理由から、ドイツの裁判実務では、むしろ客観的な評価基準による成績不良の証明が重視されてきた。ドイツの裁判例の特徴を振り返るならば、まず労働者の労務給付が量的に不足するケースにおいて、特に

(37) 藤内和公『ドイツの従業員代表制と法』（2009年、法律文化社）393頁以下参照。

(38) この点について、ツァウムザイルは、使用者による労務給付の評価（Leistungsbeurteilungen）を独立して考慮することは、労働者の労務給付の低下を証明するには適さないと指摘する。すなわち、使用者には、労務給付の評価を作成する際に、評価の裁量の余地が一定程度認められるが、しかしそれぞれの評価は事実上依拠しなければならないとされる。そのため、使用者が、労働者は平均を下回る給付しかもたらさず—専らこうした事情が労務給付の低下を理由とする解雇について重要である—と考えるのであれば、使用者は、訴訟において労務給付の評価の正しさを通じて、そのように平均を下回る評価が正当化されることの証明責任を負うことになる、というのである（Zaumseil, Die Minderleistung als Kündigungsgrund - Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung der Arbeitspflicht -, 2010, S. 98）。

(39) 藤内・前掲（注37）399頁；Müller-Glöße, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., 2019, S. 1173 und 2012 f. 参照。

(40) 藤内・前掲（注37）397頁参照。

客観的な基準による成績不良の証明が要求され、そこでは、比較可能な同僚の平均的な労務給付が客観的で公平に算出されているかについて厳格な審査が加えられている。たとえば、使用者が解雇の対象となった労働者の同僚の平均的な労務給付を算出する際に、仕事の単調さや継続などによる一定の時間の幅における労務給付の変動や低下などが考慮されているか否か（前掲・シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州労働裁判所 2008 年 5 月 27 日判決）、比較対象とされる同僚労働者が調査期間毎に恣意的に変更されていないか、また同僚労働者の平均的な労務給付との比較が長期の調査期間から一定の期間を除外して行われていないか（前掲・ライラント・プファルツ州労働裁判所 2009 年 1 月 22 日判決）といった観点から審査が行われている。

つぎに、質的な労務給付の不足が問題となったケースでは、解雇された労働者が実際に勤務した労働時間の長さとの関係においてどの程度の割合でミスが生じたのかを量定したうえで、同様のやり方で算出された同僚のミスの割合との間で有意な比較が行われているか（前掲・バーデン・ヴュルテンベルク州労働裁判所 2006 年 9 月 6 日判決）、あるいは労務給付の比較の対象が一部の比較可能な同僚の平均的な誤りの割合に限定されることなく、すべての比較可能な同僚の平均的な誤りの割合を含んでいるか（前掲・ラインラント・プファルツ州労働裁判所 2015 年 4 月 16 日判決）といった観点から審査が加えられている。

これと比較して、日本の解雇訴訟では、使用者は労働者の勤務成績不良を一応客観的な基準（商品の売上高など）により証明しようとするのみならず、⁽⁴¹⁾多くの労働者に適用される人事考課などにより証明しようと試みることが多い。まず、客観的な評価基準による証明については、ドイツの判例も参考にするならば、それが労働者の労務給付能力をどの程度直接的に表す基準であるのか（たとえば商品の売上高は、外在的な要因の影響を受

(41) 日本オリーブ（解雇仮処分）事件・名古屋地決平 15・2・5（労判 848 号 43 頁）、エイゼットローブ事件・大阪地決平 3・11・29（労判 599 号 42 頁）など。

けることがあり、労働者の能力と単純に比例するとは言い難い)、同僚労働者との比較可能性の有無や程度、労務給付の調査の対象とされた勤務期間の長さや時期が同一または比較可能であるか、比較可能な同僚の平均的な労務給付が公平に算出されているか否かといった観点からより慎重に審査されるべきであると解される。

つぎに、人事考課は本来、基本給、ボーナスや一時金の決定や処遇(昇格、昇進、降格)に反映されるものであり、人事考課による一解雇理由としての一勤務成績不良の証明については、通常その評価は相対的に行われ、評価者の主観性が混入する余地があるといった限界に鑑みて、より厳格な審査基準が適用されるべきである⁽⁴²⁾。この点については、前掲・バーデン・ヴュルテンベルク州労働裁判所 2015 年 3 月 17 日判決が、地位の高い専門職ないし管理職の解雇事案について、製品の製造業務などとは異なり、使用者にとって労働者の仕事の不十分さを証明するのは難しくなるとしつつ、それでも使用者は(主観的な色彩を帯びる能力評価を用いる場合でも)労働者に対してどのような給付能力の発揮を要求するのかを明確かつ具体的に示したうえで、いかなる理由からそのように具体的に示された給付能力をどの程度下回るのかを説明しなければならないとの旨を判示した点が参考になろう。

こうした意味で、日本の裁判例が、とくに正社員に対する解雇のケースにおいて、人事考課による下位 10%前後の評価が続いたとしても、相対評価の限界性や勤務成績の改善可能性を考慮するなどして、直ちに解雇を正当化しうる程の重大な成績不良とは認めておらず⁽⁴³⁾、人事考課に基づく勤

(42) この点について、野田進「『低成果労働者』の雇用をめぐる法的対応」季労 255 号(2016 年) 4 頁は、労働者の労務の提供が「債務の本旨に従った履行」であるかの判断において、これを相対評価である人事考課によることにについては疑問が生じる、と指摘する。そのうえで論者は、労働契約においては、特段の理由のないかぎり、使用者の指揮命令に従って通常期待される労務を提供することで、契約上の義務としては履行されたといえるのだから、相対評価による低成果を解雇の対象者決定の理由にするときには、使用者側はその特段の必要性を明らかにすべきであると論じる。

務成績不良の証明に対して慎重な態度を示していることは結論的に支持することができる。その一方で、中途採用された専門職労働者に対する解雇については、収益目標に対する達成率の低下や人事考課の評価が大幅に下がったことなどから有効と認められることがある。しかし、裁判所は、収益目標に対する達成率は解雇された労働者の個人的な給付能力を直接的に反映するものといえるのか（収益目標に対する達成率はとくに経済状況の影響などを受け易い）、労働者は人事考課において具体的にどのような基準にしたがい当該評価を受けたのか、比較可能な同僚社員の収益目標に対する達成率や人事考課の評価をどの程度下回っていたのか、中長期的な成績の改善見込みは存在しなかったのかといった観点から、当該労働者の勤務成績不良が解雇を正当化するほど重大な程度にまで至っていたかをより厳密に審査するべきであったと考えられる。⁽⁴⁴⁾

なお、最近のドイツの学説においては、第 4 次産業革命を背景に雇用社会のデジタル化が進む状況の中で、使用者がデジタル機器、分析ツールやソフトなどを通じた労働者の労務給付に対する恒常的で包括的な監視に基づき勤務成績不良を証明することが容認されるかについて議論が活発に行われている。それによれば、このように恒常的で包括的な監視により得られたデータを解雇訴訟において勤務成績不良の証明に利用することは、基本法（Grundgesetz）1 条 1 項や同法 2 条 1 項による人格権ないし情報に関する自己決定権に基づく証明利用の禁止（Beweisverwertungsverbot）、連邦データ保護法（Bundesdatenschutzgesetz）26 条 1 項〔個人に関するデータの処理は労働関係の設定、展開、終了に関して必要である限りで許容される旨規定する〕、事業所組織法（Betriebsverfassungsgesetz）87 条 1 項 6 号〔技術上の監視装置に関する事業所委員会の共同決定〕などの規制の

(43) セガ・エンタープライゼス事件・東京地決平 11・10・15（労判 770 号 34 頁）、日本アイ・ピー・エム（解雇・第 5）事件・東京地判平 29・9・14（労判 1183 号 54 頁）など。

(44) ドイツ証券事件・東京地判平 28・6・1（LEX/DB 文献番号 25543184）。

(45) この点については、細谷・前掲（注 33）63 頁参照。

下に置かれると解されている⁽⁴⁶⁾。

日本でも、使用者によるデジタル機器や分析ツールなどを利用した労働者の労務給付やパフォーマンスに対する恒常的で包括的な監視およびそれに基づく解雇訴訟における勤務成績不良の証明が人格権やプライバシー権(憲法13条)あるいは個人情報保護法の諸規定(たとえば同法17条, 18条, 21条など)に抵触しないか否かが今後の緊要な検討課題となるであろう⁽⁴⁷⁾。

⑥これまで、解雇を正当化しうる程の労務給付の不足や勤務成績不良の程度・態様を判定するための手法や基準およびその主張立証責任規制などの形成過程について回顧してきたが、以下では、それらの判断基準の基底にあり解雇を原理的に制限する諸原則に考察の重心を移してドイツ法の議論を振り返り、かかる諸原則から具体的にどのような判断基準が導出されるのかについて検討を試みる。

まず、予測原則は、解雇権に内在する制約法理として学説・判例により確立されており、この原則は解雇制限法1条2項などにおいても具体化さ

(46) Kraus, Digitalisierung der Arbeitswelt-das Ende der Low Performer? -Feststellung der Minderleistung mittels technischer Programme, datenschutzrechtliche Fragen und Beweisverwertungsproblematiken mit Blick auf die neuen Regelungen der DS-GVO und des BDSG-, DB 2018, S. 701 ff. この論文については、細谷越史(翻訳)「労働世界のデジタル化-ローパフォーマーの問題は終了するか?-EU一般データ保護規則および連邦データ保護法の新規制に鑑みた、技術的なプログラムによる低下した労務給付の確定、データ保護法上の諸問題、証明利用の諸課題-」香川法学41巻1・2号(2021年)49頁以下も参照。また、証明利用の禁止については、Wybitul, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, Individualarbeitsrecht I, 5. Aufl., 2021, S. 2187 f. も参照。

(47) 日本の学説においても、一定の要件の下で違法収集証拠の利用を禁止する見解が次第に優勢になりつつあるとされる。たとえば、憲法上保護される人格権を侵害して他人の私的生活領域を秘密裡に録音または写真撮影するような証拠の違法収集の場合、これを取り調べることで自体が人格権の侵害をもたらす、とりわけ私生活の領域・人格権の侵害がある場合には、人格権を保護する規範の保護目的は、証拠方法の利用禁止に合致するであろうと論じられている(前掲・松本=上野(注36)434頁参照)。また、労働者のプライバシー保護と個人情報保護法の関係については、西谷・前掲(注31)111頁参照。

れている。前掲・BAG 2003 年 12 月 11 日判決によれば、解雇に値するほどの重大な程度の給付障害が問題となるためには、労働者の労務給付が同僚労働者の平均値を明白に 3 分の 1 下回ることに加え、このように不十分な労務給付が長期にわたり継続するという要件が満たされなければならない。また、この不十分な労務給付の継続性という要件に関連して、BAG 第 2 小法廷 2004 年 6 月 3 日判決⁽⁴⁸⁾は、労働者が取引の締結を達成しようと努力したがほとんど成果が上がりなかったということに基づいて、使用者は X の成果が出ない状態は持続するであろうことを予測することができた、という趣旨の判断をしている。

こうした予測原則に基づく解雇理由の存否の判断は、その後の下級審裁判例にも受け継がれている。たとえば前掲・ラインラント・プファルツ州労働裁判所 2014 年 3 月 25 日判決は、変更解約告知を受けた主任医師の偶発的な誤りなどは、その若さゆえの経験の乏しさに起因するものであり、こうした労務給付の不足は主任医師の業務を一層習得することにより改善できるという意味において消極的な予測は認められないとの主張に対して、使用者側が十分に反論しなかったことなどから、本件変更解約告知を無効とみなした。また、前掲・ジークブルク労働裁判所 2017 年 8 月 25 日判決においても、労働者が平均的な誤りの割合を長期間上回ると認めることができるのは、使用者が長期の調査期間を設定する場合に限られるとしたうえで、使用者がある年度の 1 ヶ月間における 2 件の - いまだ是正警告が与えられていない - 不完全な労務給付を主張しただけでは、長期間にわたる労務給付を説明したことにはならないと判断している。

先述のように、日本においても、予測原則および次に見る比例原則に基づき解雇制限を根拠づけることで解雇規制の規範論理性を高め、より明確な判断基準を備えたルールに再構成しようとする議論が有力に唱えられている。こうして日本法の下でも、予測原則からすると、とくに勤務成績不

(48) AP Nr. 33 zu § 23 KSchG 1969.

良による解雇が正当化されるための前提条件の一つとして、重大な成績不良が長期にわたり継続してきたことにくわえ、その事実に基づきこうした成績不良が将来も継続するであろうという消極的な予測が成立することが基本的に要求されると解すべきであろう。

⑦また、比例原則は、上述の予測原則とならび、解雇権に内在するもう一方の主要な制約法理であり、その理念はやはり解雇制限法1条2項などにおいて具体化されている。こうした比例原則および予測原則からすると、使用者にはさしあたり解雇回避手段（解雇より緩やかな手段）を尽くすことが要求される。ドイツの判例は、かかる解雇回避手段のうち、勤務成績が改善されない場合の労働関係終了の可能性を明示した是正警告（Abmahnung）をとくに重要視する（前掲・ラインラント・プファルツ州労働裁判所2014年3月12日判決、前掲・ミュンヘン州労働裁判所2016年4月13日判決、前掲・デュッセルドルフ労働裁判所2017年1月13日判決、前掲・ラインラント・プファルツ州労働裁判所2009年1月22日判決参照）。これ以外にも、判例は、対話（話し合い）（前掲・ハム州労働裁判所2012年9月25日判決参照）、職業教育（前掲・ハム州労働裁判所2012年9月25日判決参照）、賃金の引き下げ（前掲・BAG2003年12月11日判決参照）、⁽⁴⁹⁾配転などを解雇回避手段として考慮している。

なかでも是正警告をめぐり、ドイツの判例・学説は、従来、解雇理由として行為・態度（Verhalten）と一身上の理由（Person）を基本的に区別して、使用者は、過失などによる契約上の義務違反の存在が前提となる行為・態度を理由とする解雇の場合にのみ、労働者の意思により行為・態度が改善される可能性があることから、原則として是正警告を与えておく必要があるとみなす一方で、一身上の理由による勤務成績不良はもはや改善される可能性がきわめて低いことから、⁽⁵⁰⁾是正警告を与える必要はないと理解してきた。

(49) 細谷・前掲（注23）118頁以下参照。

(50) 細谷・前掲（注23）136頁以下参照。

しかし、とくに勤務成績不良等が問題となるケースでは、それが行為・態度に起因するのか一身上の理由によるのかの区別が必ずしも明確でないことが少なくないため、最近の判例においては一身上の理由のケースにおいても、最後の手段である解雇に訴える前に是正警告ないしそれに類似する注意を喚起する手段を採ることを使用者に要求するものが登場するようになってきた。たとえば、前掲・ハム州労働裁判所 2012 年 9 月 25 日判決は、一身上の理由による解雇の場合、使用者は、比例原則に基づき、是正警告の形式で行われる必要はないが、労働者にその不十分な労務給付への注意喚起を行うことを要求されるであろうと指摘している。また、前掲・ミュンヘン州労働裁判所 2016 年 4 月 13 日判決も、一身上の解雇理由と行為・態度に関する解雇理由の区別は時折困難なことがあるから、これらの双方の解雇理由は審査の枠組みにおいて初めから両立しないというわけではないとしたうえで、一身上の理由による解雇のケースでも是正警告の必要性は最初から排除されているわけではないと判示した。

一方、日本での解雇回避手段をめぐる議論状況に目を向けると、日本の判例は、勤務成績不良を理由として正社員を解雇する前には例えば配転の検討ないし実施を要求する反面⁽⁵²⁾、専門職や管理職の場合は職種が限定されていることを理由に配転による解雇回避努力を不必要であるとみなす傾向があるが、こうした解雇規制のダブルスタンダードが比例原則や予測原則に照らして適切であるかは再検討を要するところである。後者のケースのように労働者の職種が特定されているとしても、配転を打診し、労働者の同意を得て契約内容を変更するよう試みるのが使用者には要求されると解すべきである⁽⁵⁴⁾。また、近年、能力・成果主義的雇用管理の下で労働者の

(51) 前掲・ラインラント・プファルツ州労働裁判所 2014 年 3 月 25 日判決も同旨。

(52) 日水コン事件・東京地判平 15・12・22 (労判 871 号 9 頁)、日本アイ・ビー・エム (解雇・第 1) 事件・東京地判平 28・3・28 (労判 1142 号 40 頁) など。

(53) フォード自動車 (日本) 事件・東京高判昭 59・3・30 (労判 437 号 41 頁)、ドイツ証券事件・東京地判平 28・6・1 (LEX/DB 文献番号 25543184) など。

(54) 細谷・前掲 (注 33) 65 頁参照。

パフォーマンスの発揮がより厳しく求められるようになったことを背景に、最近の裁判例は、労務給付の低下については正警告や改善指導などを重要な解雇回避手段とみなし、その実施を使用者に要求するようになってきた。⁵⁵⁾ 日本では、解雇が行為・態度を理由とするのか一身上の理由に基づくのかはドイツ法に見られるほど意識的に区別されていないが、ドイツでは両ケースの区別の困難さや不明確さのゆえに、いずれのケースでも是正警告やそれに類似する手段の実施を使用者に求める傾向が看取される。日本では、是正警告は、比例原則や予測原則等から根拠づけられ、使用者に与える経営上の負担もそれほど重くはないことから、職種や地位を限定して雇用されたか否か、新卒採用か中途採用かなどにかかわらず、勤務成績不良を理由とする解雇を与える前に幅広くその実施が要求されると解すべきである。⁵⁶⁾

⑧最終的に解雇の有効性審査を完了させるために、比例原則に基づく労使間における利益衡量が行われる。ドイツの裁判例においては、一方で、労務給付の不足や労働者のミスなどにより使用者がどの程度経営上の不利益や損害などを被ることになるのかに対して、労働者を保護すべき事情が衡量されることが多い。たとえば、雇用されたパイロットによる飛行機の墜落事故が起きれば航空会社の評判が低下したり、財政基盤が危険に晒されたりするといった事情が使用者にとって有利に考慮される一方で、労働者の年齢が間もなく契約上の定年年齢（65歳）に到達することや、労働関係はこれまで約7年間にわたり全く支障なく継続してきたことが労働者にとって有利な事情として考慮されている（前掲・ラインラント・プファルツ州労働裁判所2014年3月12日判決参照）。また、労働者の年齢、労働関係が支障なく継続してきた期間、労働者の病気が経営上の原因に基づくものであるのか否かに対して、使用者が労務給付の不足により被る不利

55) 三菱エンジニアリング事件・神戸地判平21・1・30（労判984号74頁）、トライコー事件・東京地判平26・1・30（労判1097号75頁）など。

56) 細谷・前掲（注33）68頁以下参照。

益が考量されている（前掲・BAG 2015 年 10 月 22 日判決参照）。この他にも、火災の際の管理職員のミスは施設入居者の身体や生命に重大な損害を引き起こし得るという事情に対して、当該管理職員は母親として子供を一人で育てており、年齢がすでに 57 歳であるがゆえにその職場の存続は保護に値すること、本件において損害は発生しなかったという事柄などが比較衡量されている（前掲・ミュンヘン州労働裁判所 2016 年 4 月 13 日判決参照）。このように、ドイツの判例は、比例原則にもとづく解雇の最終段階の審査として利益衡量を位置づけ、両当事者の利益に関わる広範な事情を総合的に考量して審査を完了させている。

日本の裁判例においては、勤務成績不良等による解雇の効力を判定するための基準として、労働者側の宥恕すべきその他の事情をそれほど重視しない傾向が看取される。しかし、比例原則によれば、従来の勤務成績や会社への貢献度、他の成績不良の労働者に対する処分との均衡性などを含め、より緻密な利益衡量を通じて解雇の効力の最終的な判定を行うことが必要であると解される。

以上、本論文 (1), (2), (3・完) にわたり縷縷として紹介してきたドイツにおける勤務成績不良・能力不足を理由とする解雇を制限する学説の理論および判例法理の概要を整理したうえで、比較法的見地から日本の解雇法理を再構築するべく一連の解釈論を提示して本稿を締め括ることにしたい。

なお、本稿は科研費（基盤研究 C）：課題番号 20K01331 の助成を受けた研究成果の一部である。

（ほそたに・えつし 法学部教授）