

## 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 ——

クリストファー・クラウス

細 谷 越 史 (訳)

労働世界のデジタル化は、労働者の給付行為を断固として追跡し、場合によってはローパフォーマンス (Low Performance) による解雇を通告するための多くの可能性をもたらす。この場合、情報自己決定権により画される限界および事業所委員会 (Betriebsrat) の共同決定権に注意が払われなければならない。この他には、解雇制限訴訟における証明上の利用の禁止が問題となる。

#### I. はじめに

労働の世界は、一層進展する技術の進歩により変革に導かれている。仕事の進行はより効率的に形成され、個々の労働速度と生産速度は相互にネットワークで結合される。ネットワークによる結合および最大限の効率化は、しばしば個人に関連するデータの処理と保存を前提条件としている。

その結果として、労働者の給付行為が帰納的に推論されうるのは稀ではない。ネッ

トワークによる結合あるいは投入された分析ツール（例えばマイクロソフト・オフィス 365 Workplace Analytics）の強度や範囲に応じて、個々の事例において、関係する労働者の給付行為をほとんど完全に監視することが可能である。ネットワークで結合された工場<sup>(1)</sup>あるいは運送業者のロジスティクスセンター<sup>(2)</sup>においては、個々の労働の速度や必要とされた時間が決然と把握されている。

このように労働者の給付行為を広範に記録する可能性のゆえに、いわゆる「ローパーフォーマー」<sup>(3)</sup>（Low Performer）が狙いを定めて選別されることが危惧される。本稿は、こうした危惧が当たっているかどうか、少なくとも証明利用の禁止（Beweisverwertungsverbote）は解雇制限訴訟における利用可能性と矛盾するかを検討する。

## II. ローパーフォーマーと解雇

### 1. 基本的な前提条件としての労務給付の証拠

ローパーフォーマーの解雇は、実務上いつも重大な困難をもたらす。なぜならば、判例<sup>(4)</sup>は、適切な解雇理由とみなされうるローパフォーマンスの存在について厳しい要求を課すからである。それによれば、推定上のローパーフォーマーおよび比較可能な同僚労働者<sup>(5)</sup>に関する、包括的で、継続的であり、かつ正確な労務給付の証拠が必要である。まさに、解雇制限訴訟において存在する証明の困難さは、データの収集と処理による記録可能性が増えることにより基本的に存在しなくなり、それゆえ、判例<sup>(6)</sup>の諸要求は満たされうる。

---

(1) Hofmann, ZD 2016 S. 12 (13) 参照。

(2) Kooroshy, ndr. de vom 12. 12. 2017, s. u. <http://hbfm.link/3141> (情報は 2018 年 2 月 7 日に取得された)。

(3) Schahinian, Personalpraxis 24. de vom 04. 08. 2017, s. u. <http://hbfm.link/3142>; Freudenthaler, AfA-anwalt. de vom 27. 07. 2017, s. u. <http://hbfm.link/3143>; DGB vom 24. 07. 2017, s. u. <http://hbfm.link/3144>; Sharepoint 360 vom 26. 07. 2017, s. u. <http://hbfm.link/3145>; 全ての情報は 2018 年 3 月 7 日に取得されたものである。

(4) BAG vom 11. 12. 2003-2 AZR 667/02, DB 2004 S. 1506=NZA 2004 S. 784; BAG vom 17. 01. 2008-2 AZR 536/06, DB 2008 S. 1274=NZA 2008 S. 693 参照。

(5) BAG vom 17. 01. 2008, a. a. O. (Fn. 4), NZA 2008 S. 693 (694 f.).

(6) Fn. 4 参照。

## 2. ローパフォーマンスとは何を意味するか？

### a) 定義

ローパーフォーマーという概念のもとでは、契約上義務を負うなすべき給付（Sollleistung）を質的または量的な観点で下回る給付能力の低い労働者が理解される<sup>(7)</sup>。基本的に、行為・態度に関する理由や一身上の理由とならび、また経営に関する理由が勤務成績不良の原因となりうる<sup>(8)</sup>。すなわち、

－一身上の理由（*personenbedingte Gründe*）の場合、勤務成績不良は、労働者の人身それ自体に根拠づけられる事情に基づいて生じ、意思により制御できず、労働者は責任を負わされない。

－これに対して、労働者が、本来可能であるよりも不完全にまたはより少なく仕事をし、したがって有責に不完全給付をもたらす場合には、行為・態度を理由とする（*verhaltensbedingte*）勤務成績不良が問題となりうる<sup>(9)</sup>。

### b) 義務づけられる労務給付の確定

義務づけられる労務給付は、労働契約において民法（BGB）611 a 条 1 項によりただ枠組み的に画定され、営業法（GewO）106 条 1 文による指揮命令権の行使を通じて具体化される<sup>(10)</sup>。どのような労務給付が具体的に義務づけられるのかを確定する際に、義務づけられる給付内容を決定し（何であるか？）、満たされるべき仕事の強度を質と量に関して決定する（いかなるものか？）場面において、困難さが存在しうる<sup>(11)</sup>。

連邦労働裁判所（以下、BAG とする）は、義務づけられる給付を質と量の観点から決定するために客観的・主観的基準（*objektiv-subjektiver Maßstab*）を基礎に置いた<sup>(12)</sup>。これによれば、労働者はなすべきことを、しかも可能な限り行わなければならない。

### c) 比較可能な労働者を手がかりとする義務づけられた通常の給付の確定

使用者は、かかる動的な給付概念（*dynamischer Leistungsbegriff*）にもかかわらず、すべての推測された給付を必ずしも甘受する必要がないということは、両当事者が労働契

---

(7) また、Hunold, AuA 2016 S. 400 (400) 参照。

(8) Hergentröder, in: MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2016, § 1 KSchG Rn. 178; Hunold, NZA-RR 2014 S. 169 (169); Schul/Wichert, DB 2005 S. 1906 (1906).

(9) Hunold, AuA 2016 S. 400 (400).

(10) BAG vom 18. 10. 2017 – 10 AZR 330/16, DB 2017 S. 2869 = NZA 2017, S. 1452 (1460).

(11) Weber, DB 2015 S. 1899 (1899).

(12) BAG vom 11. 12. 2003, a. a. O. (Fn. 4), NZA 2004 S. 784 (786); 異なる見解として Linck, in: v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 14. Aufl. 2007, § 1 Rn. 653; Hunold, BB 2003 S. 2345 (2346) がある。

約の締結を通じて入る双務の交換関係から導出される<sup>(13)</sup>。使用者によって支払われるべき賃金に、等価値の反対給付が相互に対応することが前提とされるであろう。

とくに、労働者が本来は可能であるにもかかわらず、その労働能力を完全には発揮しない場合、使用者は労務給付を受け入れる必要がない。使用者は、こうしたケースに当たるか否か、どのような場合にこうしたケースに当たるかを、ローパフォーマーの労務給付と比較可能な他の労働者の労務給付との比較を通じて確定することができる。もしかすると確定される重大な勤務成績の不良がローパフォーマンスを理由とする解雇を根拠づけうるためには、同僚が従業員として比較可能であり、比較可能な業務を遂行するという事に注意が払われなければならない<sup>(14)</sup>。したがって、正確な比較グループを形成する際には、最大の注意が必要である。これに対して、「義務づけられた通常の給付」(geschuldete Normalleistung) は、取り決められた目標合意や成果に依拠したそれ以外の報酬合意からの逆推論(帰納的推論)によっては導き出され得ない。なぜならば、そこではただ抽象的な算定要素だけが問題となっているからである<sup>(15)</sup>。

#### d) 従業員に関する比較可能性

従業員に関する比較可能性という必要条件が満たされるのは、比較される集団が全従業員の縮図を意味する場合である。これを前提とすることができるのは、選択された比較集団において、若年労働者、高齢の労働者、ハイパフォーマーそしてローパフォーマーが働いている場合である<sup>(16)</sup>。

こうして、ローパフォーマンスは、適切な比較集団において明白でなければならない。ローパフォーマンスが何らかの比較集団において明白であるということでは十分でない。なぜならば、もっぱら勤務成績が良い従業員から成る非常に成績の良い集団も考えられるからである。そこでは、平均的な労働者の労働であっても平均を下回るように見えるのである<sup>(17)</sup>。

#### e) 比較可能な業務

比較集団の労働者が同一または比較可能な業務を比較可能な労働条件の下で行うとい

---

(13) BAG vom 11. 12. 2003, a. a. O. (Fn. 4), NZA 2004 S. 784 (786) 参照。

(14) Hunold, NZA-RR 2014 S. 169 (170 f.) 参照。

(15) Weber, DB 2015 S. 1899 (1899) は, BAG vom 20. 03. 1969-2 AZR 283/68, DB 1969 S. 1154 (1154) を指示しながら論じる。

(16) Maschmann, NZA-Beil. 2006 S. 13 (19); また Hunold, AuA 2016 S. 400 (400) も参照。

(17) Schul/Wichert, DB 2005 S. 1906 (1907)。

うことも、適切な比較集団の形成に資する。<sup>(18)</sup>業務の絶対的な同一性は要求され得ない。<sup>(19)</sup>種類、量、範囲、質の観点から比較可能であれば十分である。

#### f) 長期間にわたりかつ重大な消極的成績不良

適切な比較集団が形成されるならば、さらに、推定されるローパフォーマーが比較可能な労働者によって到達された平均値を長期間かつ重大に下回ることが必要である。<sup>(20)</sup>

BAG は、解雇にとって重要な意味をもつ長期間にわたる重大な成績不良について、3分の1の相違（低下）で足りるとする。<sup>(21)</sup>もつとも、この数値は単におおよその説明のための要点とみなされるにすぎない。なぜならば、経済的及びそれ以外の影響（事後的損害）も考慮されうるからである。<sup>(22)</sup>

注意すべきは、このように重大な成績不良は、数回にわたり実際に立証されなければならないということである。抜き取り検査のような測定にもとづき全体的な数値を予想的に算出することは許容されない。成績不良の程度がよりわずかであるとしても、第三者に影響を及ぼす質的な不完全給付がとくに問題となる場合、それは（解雇にとって）<sup>(24)</sup>十分となりうる。

#### g) 固有の労働能力の懈怠

主観的な給付概念によれば、自身に固有の能力を怠ることも不完全給付として評価されうる。<sup>(25)</sup>たしかに、ここでも長期間に及ぶ不完全給付が必要であるが、解雇にとって重大といえる成績不良の範囲は、平均的な比較集団を下回る場合と比べて、よりわずかなものでなければならないであろう。ここでの基準は、労働者の具体的な給付それ自体で<sup>(26)</sup>ある。

---

(18) Langanke, Kündigung wegen Minder- und Schlechtleistung, S. 54 f.; vgl. BAG vom 11. 12. 2003, a. a. O. (Fn. 4), NJW 2004 S. 2545 (2548); Römermann/Haase, MDR 2006 S. 853 (854); Wellhöner/Barthel, AuA 2005 S. 400 (401).

(19) Langanke, a. a. O. (Fn. 18), S. 54.

(20) BAG vom 11. 12. 2003, a. a. O. (Fn. 4), NZA 2004 S. 784 (786) 参照。

(21) BAG vom 11. 12. 2003, a. a. O. (Fn. 4), NZA 2004 S. 784 (786); Hunold, NZA-RR 2014 S. 169 (171) 参照。

(22) Hunold, AuA 2016 400 (401).

(23) Langanke, a. a. O. (Fn. 18), S. 56.

(24) Winzer, BB 2007 S. 1228 (1232), Anm. zu LAG Baden-Württemberg vom 06. 09. 2006 – 13 Sa 84/05, RS 0849927.

(25) Schul/Wichert, DB 2005 S. 1906 (1908); Hunold, BB 2003 S. 2345 (2347).

(26) Schul/Wichert, DB 2005 S. 1906 (1908).

労働者が、なぜ以前の給付水準をもはや到達することができないのか（たとえば病気や年齢を理由とする）を説明する可能性をもつのは当然である。たとえ労働者がその成績不良について納得のゆく説明をすることができないとしても、これにもとづく解雇と使用者の従前の行為・態度は矛盾することがある。こうしたことは、労働者に、今日まで一目下の不完全な労務給付に関わりなく、給付の良好さが認証されていた場合に問題となりうる。こうしたケースでは、実際上の給付の低下は存在せず、異なる評価だけが存在する場合、背反行為の禁止が適用される。<sup>(27)</sup> たとえばそのような矛盾は、上司が交代する際にしばしばあらわになる。

#### h) 緩やかな手段／是正警告

最後の手段の原則（*Ultima Ratio-Grundsatz*）によれば、使用者は不完全な給付を理由に行為・態度に基づく解雇を告知する前に、一度または複数の是正警告（*Abmahnung*）を言い渡すことが必要である。<sup>(28)</sup>

それにくわえて、解雇を告知する前には、労働者の労務給付を向上させることを目的とする使用者のそれ以外の手段が必要たり得る。それゆえ、使用者は行為・態度を理由とする解雇を告知する前に、ローパフォーマーの労働行為がたとえば補充的な継続訓練（*Nachschulungen*）を通じて改善され得ないか、どのように改善されるかを具体的に考えることを求められる。<sup>(29)</sup> そのうえ、すでに提案され実施された補充的な継続訓練を記録することが推奨される。

不完全給付が単に職場にのみ関連し、不完全給付が新しい職場で継続することを予想することができない場合、事業所または企業における従前と異なる空き職場で雇用することも（解雇制限法（*KSchG*）1条2項2文・3文による）、行為・態度を理由とする解雇を告知する前より緩やかな手段として考慮されうる。<sup>(30)</sup>

#### i) 段階的証明責任

上述の考察の基準によると、使用者は労務給付を証明する際および比較可能な労働者を確定する際にしばしば困難を抱える。段階的証明責任（*abgestufte Darlegungs- und Beweislast*）の原則によれば、さしあたり使用者は、当該労働者が比較可能な同僚労働者の労働結果を明白に下回ることを明らかにする客観的に測定可能な労働結果を説明、

<sup>(27)</sup> Maschmann, NZA-Beil. 2006 S. 13 (19).

<sup>(28)</sup> Rolf, in: BeckOK ArbR, § 1 KSchG Rn. 278.

<sup>(29)</sup> Stück, ArbRAktuell 2011 S. 468, Anm. zu LAG München vom 03.03.2011 – 3 Sa 764/10, RS0863462.

<sup>(30)</sup> Vossen, in: A/P/S, 5. Aufl. 2017, § 1 KSchG Rn. 273; Langanke, a. a. O. (Fn. 18), S. 90 参照。

証明すべきである。

使用者がこの要求を満たすならば、労働者はこれに反論し、説明された数値およびその説得力を具体的に争うべきであり、あるいは、なぜ労働者は給付が平均を下回るにもかかわらず、なおその個人的な給付能力を発揮しているのか（たとえば、年齢に基づく能力不足、病気による能力の減退、事業所の諸事情）を説明すべきことになる。<sup>(31)</sup>

### 3. 量的な成績不良の実際上の把握

ベルトコンベアー上の商品など個数を取り扱う労務給付の把握、販売に従事する労働者の契約締結数<sup>(32)</sup>、あるいは清掃労働者の清掃面積は、相対的に良く測定することができる一方で、こうしたことは他の領域においてはより困難であることが明白である。実感として理解することのできる記録と収集は、新たなプログラムや分析ツールにより可能である（たとえばマイクロソフト・オフィス 365 Workplace Analytics）。

マイクロソフト・オフィス 365 の場合、とくに調査することができるのは、誰がどれくらいの時間一つの文書について仕事をしたか、あるいはどのような連絡のためにいかなる件名でどのような時間帯に E-Mail が書かれたかといったことである。<sup>(33)</sup> “Workplace Analytics”<sup>(34)</sup> というツールによれば、そのような生産性に関するデータが、オフィス 365 によるメタデータないしコラボレーションデータを用いることにより効果的に評価され、描き出される。<sup>(35)</sup>

しかも、ネットワークで結合された工場というものが考えられる。そこでは、労働者にその労働日に成し遂げるべき課題がそのタブレットに示され、また労働者は様々な仕事場において一個々の仕事の速度を時間的に把握されながら－誘導されるということが考えられる。<sup>(36)</sup> 解雇にとって重要なデータが包括的に把握された場合、決定的に問題となるのは、十分に記録され把握された成績不良を解雇制限訴訟において利用することが許されるかどうかである。

---

(31) BAG vom 11. 12. 2003, a. a. O. (Fn. 4), NZA 2004 S. 784 (786) 参照。

(32) ただし、命じられた課題量が同程度であるがゆえに、契約締結数が比較可能な場合である。

(33) Wittenhorst, heise.de vom 06. 07. 2017, s. u. <http://hbfn.link/3146> (2018 年 2 月 7 日に情報取得); DGB vom 24. 07. 2017, a. a. O. (Fn. 3).

(34) これについては Marwan, silicon.de vom 06. 07. 2017, s. u. <http://hbfn.link/3147> (2018 年 3 月 7 日に情報取得) 参照。

(35) マイクロソフト社の製品説明については、<http://hbfn.link/3148> (2018 年 2 月 7 日に情報取得) 参照。

(36) 簡略化された例については、Hofmann, ZD 2016 S. 12 (13) 参照。

### Ⅲ. 証明上の利用は禁止されるか？

使用者が労働者を恣意的に監視してはならないことは、とくに基本法 1 条 1 項に関連する同法 2 条 1 項による情報に関する自己決定権の保護に資する特別法上の諸規制から導かれる。使用者がこれに違反する場合、そのことから証明利用の禁止 (Beweisverwertungsverbot) が帰結されるかが問題となる。<sup>(37)</sup>

訴訟における証明利用の禁止は、民事訴訟法 (ZPO) や労働裁判所法に規定されているのではなく、基本法 20 条 3 項による法治国家原則および基本法 103 条 1 項による法律上の審問 (rechtliches Gehör) という基本権の侵害から導かれるがゆえに、<sup>(38)</sup> 違法な証拠収集から証明利用の禁止までもが導かれるか否かがつねに審査されなければならない。この点について、使用者と労働者の対立する利益の衡量が必要となる。また、証明利用の禁止は、<sup>(39)</sup> 給付審査の事例に関する労働法上の判例および学説によれば、基本法 1 条 1 項に関連する同法 2 条 1 項による情報に関する自己決定権ならびに<sup>(40)</sup> 事業所委員会の共同決定権の侵害からも導き出され得る。<sup>(41)</sup>

#### 1. 情報に関する自己決定権

労働者が監視され、<sup>(42)</sup> 労務給付が管理されるケースでは、通例、監視される労働者の基本法 1 条 1 項に関連する 2 条 1 項による一般的な人格権ないし情報に関する自己決定権が問題となる。これによれば、労働者は基本的に、どのようなデータを明かし、どのような目的でデータが利用されるかを判断し決定する権利<sup>(43)</sup> 自体を有する。これに対して、使用者の利益は、労働者の労務給付を管理し、支払われる賃金が提供される労務給付と適切に釣り合うかどうかを突き止める点にある。

#### 2. EU 一般データ保護規則および新連邦データ保護法による考える正当性の是認

基本法 1 条 1 項と関連する同法 2 条 1 項による一般的な人格権が労務給付の管理により許容されない方法で侵害されるかどうかは、将来とりわけ、EU 一般データ保護規則 (DS-GVO = Datenschutz-Grundverordnung) および新連邦データ保護法 (BDSG-Neu =

<sup>(37)</sup> Lunk, NZA 2009 S. 457 (459).

<sup>(38)</sup> Morgenroth, NZA 2014 S. 408 (409).

<sup>(39)</sup> たとえば、Lunk, NZA 2009 S. 457 (459).

<sup>(40)</sup> Morgenroth, NZA 2014 S. 408 (409).

<sup>(41)</sup> Lunk, NZA 2009 S. 457 (459).

<sup>(42)</sup> Morgenroth, NZA 2014 S. 408 (409).

<sup>(43)</sup> LAG Hamm vom 17. 06. 2016 – 16 Sa 1711/15, RS1216965, juris-Rn. 87.

Bundesdatenschutzgesetz-Neu) の諸規定（2018年5月25日に発効）により判断される。データ収集と処理がこれらの諸規定によれば適法であるかぎり、情報に関する自己決定権が不当に侵害されるということは、通例問題にならない。

規制の体系によれば、雇用の場面における個人に関するデータの処理は将来、EU一般データ保護規則5条以下の一般的な準則を具体化する同規則88条1項と結びついた新連邦データ保護法26条により判断される。<sup>(44)</sup>これによれば、データ収集と処理の正当性は、とくに新連邦データ保護法26条1項、同法26条2項による同意(Einwilligung)、<sup>(45)</sup>またはEU一般データ保護規則88条1項と関連する6条1項cないし新連邦データ保護法26条4項1文による事業所協定(Betriebsvereinbarung)からもたらされ得る。

**a) 他の方法による是認がなければ、継続的な監視の必要性は欠如し、それによる介入は正当化されない**

新連邦データ保護法26条1項によれば、個人に関するデータの処理は、それが労働関係の設定、展開あるいは終了に関して必要であるかぎり許容され、ここでは重要である。必要性の審査の枠内では、対立する基本権の立場が相互に衡量され、実質的な調整が図られなければならない。<sup>(46)</sup>もっとも、労働者の継続的で包括的な監視は、労働関係を終了させるために必要ではない。なぜならば、他のより影響の少ない手段、たとえば、目的に適った<sup>(47)</sup>長期間の抜き取り調査（無作為抽出検査）(Stichproben)が考慮されるからである。さらに、恒常的で包括的な監視は、使用者の利益と比較して明白に重要な情報に関する自己決定権を不当に侵害することにつながる。<sup>(48)</sup>この点について、BAGはある最近の判断において次のように詳論している。すなわち、労働者の個々の労働過程およびそれに伴い本質的な労働行為を量的な基準を手がかりに労働時間全体の中で恒常的であつ継続的に把握し、記録し、評価することは、労働者の人格権に対する重大な侵害を意味し、それは使用者の保護に値する利益によって正当化されない、ということである。<sup>(49)</sup>ある人物に関する個々の情報を収集し、それを記録し、いつでも呼び出せる可能性により、当該労働者には、使用者の期待に適応しようとする精神的な圧力が発生しうる。このように適応を要求する圧力は、その行動を自身の自己決定にしたがい計画し決定す

<sup>(44)</sup> Düwell/Brink, NZA 2017 S. 1081 (1082) ; Gola, BB 2017 S. 1462 (1464).

<sup>(45)</sup> これについては, Wurzbeger, ZD 2017 S. 258 (259) ; Wybitul, ZD 2016 S. 203 (207) ; Klösel/Mahnhold, NZA 2017 S. 1428 (1429) 参照。

<sup>(46)</sup> Riesenhuber, in : BeckOK Datenschutzrecht, § 32 BDSG Rn. 104. 3.

<sup>(47)</sup> Lunk, NZA 2009 S. 457 (460).

<sup>(48)</sup> たとえば Lunk, NZA 2009 S. 457 (460) もそのように解する。

<sup>(49)</sup> BAG vom 25. 04. 2017 - 1 ABR 46/15, RS1247856. これに関して Weller, DB 2017 S. 2742 参照。

るといふ労働者の自由を根本的に抑制するのにもってこいである<sup>(50)</sup>。さらに、適応を要求する圧力の結果として、労働者は、重大な成績不良を理由として人事面談や人事措置の対象とされないようにするために、すべての重要な仕事の領域において数値に関してできる限り目立たないように仕事をしようと試みることにつながる<sup>(51)</sup>。このように重大で継続的な適応圧力は、存続する仕事の圧力的な雰囲気と場合によっては起こり得る健康上の負担のゆえに、甘受することはできない。したがって、労働者の諸利益は、使用者の生産性向上の利益よりも優位にある。

#### b) 事業所協定を通じた監視の正当性

事業所協定は、EU 一般データ保護規則 88 条 1 項と関連する 6 条 1 項 c ないし新連邦データ保護法 26 条 4 項によれば、雇用関係におけるデータ処理のための根拠としても利用される。EU 一般データ保護規則 88 条 2 項は、これまで判例により事業所協定に課せられてきた要求を拡張する<sup>(52)</sup>。技術の活用を導入することを規制する事業所協定には二重の機能が帰属する。なぜならば、それはデータ保護法上の問題とならび労働法上の問題も投げかけるからである<sup>(53)</sup>。

#### aa) 共同決定を義務づけられる規制の対象

事業所協定は、労務給付の管理の領域において通例必要である。というのは、技術上の監視装置（たとえばクラウドに基づいたマイクロソフト・オフィス 365 とならび Add-on Workplace Analytics の利用）が存在する場合、事業所組織法 (BetrVG) 87 条 1 項 6 号の意味での共同決定が義務づけられた構成要件が存在するからである。たとえば、すでにニュルンベルク州労働裁判所は、Outlook Gruppenkalender を事業所組織法 87 条 1 項 6 号に言う技術的な装置と評価した<sup>(54)</sup>。同条項の共同決定の構成要件が満たされるならば、事業所の当事者は、事業所組織法 75 条 2 項の規制を十分に考慮し、労働者の諸利益と基本権を保護する事業所協定を締結することを義務づけられる<sup>(55)</sup>。

---

(50) BAG vom 25. 04. 2017, a. a. O. (Fn. 49), NZA 2017 S. 1205 (1209); BAG vom 26. 08. 2008-1 ABR 16/07, DB 2008 S. 2144=NZA 2008 S. 1187 (1189).

(51) BAG vom 25. 04. 2017, a. a. O. (Fn. 49), Rn. 32.

(52) Wurzberger, ZD 2017 S. 258 (259).

(53) Wurzberger, ZD 2017 S. 258 (260).

(54) LAG Nürnberg vom 21. 02. 2017-7 Sa 441/16, RS1247263, juris-Rn. 30.

(55) Wurzberger, ZD 2017 S. 258 (259).

## bb) 証拠利用の禁止への影響

事業所協定が証拠利用の禁止の存在に及ぼす影響については、以下のように区別することができる。

入手されたデータを解雇のために活用することを許容する事業所協定は、証拠利用の禁止を妨げることはできない。たしかに、EU一般データ保護規則の保護水準が事業所協定によって効果を失わされることが許されるか否かは争われているが、ほとんど支配的な見解によれば、それは当てはまらない。<sup>56)</sup> <sup>57)</sup>そして、事業所当事者は労働者の基本権に関して処理するいかなる権限も有しない。

事業所協定に対する違反または事業所組織法 87 条 1 項 6 号による事業所委員会の関与をめぐる違反は独立した証明利用の禁止に影響を及ぼすか、また及ぼすとすればどのような条件の下であるかについては、議論がなされている。<sup>58)</sup> そのようなことは、一部において、有効性の前提条件 (Wirksamkeitsvoraussetzung) の理論から導かれ、<sup>59)</sup>あるいは共同決定権が個々の労働者の個別的な保護にも資する場合に認められている。<sup>60)</sup> BAG の判例によれば、証拠利用の禁止が考慮されるのは、共同決定権の侵害により同時に憲法上保護される立場にも過度に介入がなされる場合に限られる。<sup>61)</sup> そのことから、事業所組織法 87 条 1 項 6 号による共同決定権の侵害にもとづく証拠利用の禁止は、基本法 1 条 1 項に関連する同法 2 条 1 項にもとづく個々の労働者の情報に関する自己決定権の侵害に基づく証拠利用の禁止を越えることはできないということが同時に明らかとなる。<sup>62)</sup> 証拠利用の禁止はいずれにせよ人格権それ自体の侵害から導かれ得るのである。<sup>63)</sup>

## c) 同意による適法な労務給付の監視

個人データの収集と利用を通じた包括的な労働者の監視は、新連邦データ保護法 26 条 2 項による具体的なデータの収集についての同意 (Einwilligung) により適法と認められ得る。同法 26 条 2 項によれば、データ処理も、欠如する法的根拠を補充する当事者の同意に依拠して行いうる。<sup>64)</sup> このことは、データの収集や利用が、同法 26 条 1 項に

<sup>56)</sup> Klösel/Mahnhold, NZA 2017 S. 1428 (1430) によれば、そのように述べられている。

<sup>57)</sup> 少なくとも本質的に異なる見解はない。Gola/Pötters, Datenschutzgrundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 88 Rn. 18 ff., m. w. N.; Wurzberger, ZD 2017 S. 258 (262 f.).

<sup>58)</sup> Kania, in: ErK, 18. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 137; Lunk, NZA 2009 S. 457 (462).

<sup>59)</sup> Fischer, BB 1999 S. 154 (157).

<sup>60)</sup> Maschmann, NZA 2002 S. 13.

<sup>61)</sup> BAG vom 13. 12. 2007-2 ZAR 537/06, DB 2008 S. 1633=NJW 2008 S. 2732 (2734 f.) 参照。

<sup>62)</sup> Lunk, NZA 2009 S. 457 (463).

<sup>63)</sup> BAG vom 13. 12. 2007, a. a. O. (Fn. 61), NZA 2008 S. 1008 (1011).

よれば適法でない場合にさえ妥当する。同意は、基本的にデータ処理の最も包括的な形態<sup>(65)</sup>や最も侵害性の高い監視をも適法と認めうるがゆえに、影響力の大きい手段である。労働者をデータ処理の単なる対象たらしめるようなデータ処理は、同意の範囲から外される。これは、とくに人物プロファイリング (Persönlichkeitsprofile) が作成される場合に妥当する<sup>(66)</sup>。同意は、事業所協定により、許容された方法で集団的な利益のために統一的な許容性の限界が設けられた場合にも、もはや法的根拠として機能しない<sup>(67)</sup>。同意は、形式に適合し、内容上十分に特定され、そして自発的に与えられたものであるかぎり、包括的な監視についても基本的に適切な権限付与の根拠として考慮される。さらに、使用者は労働者に対して、同意の効果と範囲、データ処理の目的ならびに撤回権<sup>(68)</sup>について情報を与えなければならない。

#### aa) 形式と特定性

同意は、原則として、新連邦データ保護法 26 条 2 項 3 文によれば、文書の方式で行われ、内容上十分に特定されなければならない。このことは、データ処理が与えられた同意の枠内で行われること、すなわち、同意は、内容、目的、範囲が十分に具体的に指定されるほど明確でなければならない<sup>(69)</sup>ということが必要条件とする。同意は、権限付与の根拠として、データ収集の前にも存在しなければならない<sup>(70)</sup>。というのは、さもなければデータ収集は違法だからである。また、データ処理の目的および撤回権に関する説明は、新連邦データ保護法 26 条 2 項 4 文によれば、文書の形式で行われなければならない。

#### bb) 自発性

とくに労働関係における同意の効力は、そこに存在する労働者と使用者間の力の不均衡にもとづき、自発性 (Freiwilligkeit) を欠くがゆえに否定されうる。労働関係における自由な決定は、そこに存在する力の不均衡のせいで、部分的にほとんど不可能なもの<sup>(71)</sup>とみなされる<sup>(72)</sup>。BAG および学説における支配的な見解は、同意は労働関係においても<sup>(73)</sup>

<sup>(64)</sup> Schild, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 21. Ed., Stand 01.08.2017, Art. 4 DS-GVO Rn. 125.

<sup>(65)</sup> Wolff, in: Schantz/Wolff (Hrsg.), Das neue Datenschutzrecht, 1. Aufl., 2017, Rn. 535.

<sup>(66)</sup> Thüsing, in: Thüsing/Traut (Hrsg.), 2. Aufl., 2014, § 5 Rn. 24 (労働者の同意).

<sup>(67)</sup> Franzen, in: ErfK, 18. Aufl. 2018, § 4a BDSG Rn. 1.

<sup>(68)</sup> Dzida/Grau, DB 2018 S. 189 (189).

<sup>(69)</sup> Schild, a. a. O. (Fn. 64), Art. 4 DS-GVO Rn. 125.

<sup>(70)</sup> Schild, a. a. O. (Fn. 64), Art. 4 DS-GVO Rn. 126.

可能であるとみなす。たしかに、このことはEU一般データ保護規則の公布理由155および新連邦データ保護法26条2項により確認されている。

しかし、雇用関係における自発性は引き続き－とくにデータ保護グループ29について－疑われ、それゆえいかに監督官庁が判断するであろうかが待たれる<sup>(74)</sup>。同意が自発的に与えられたか否かを判断するためには、新連邦データ保護法26条2項1文によれば、一般的な諸基準とならび、存在する従属性ならびに同意が与えられた諸状況が考慮されなければならない。その際、とくに同意が契約締結の前または後に与えられたかに注意が払われなければならない<sup>(75)</sup>。

新連邦データ保護法26条2項2文の規制によれば、被用者のために法的または経済的な利益が到達され、あるいは使用者と被用者が同様の性質の諸利益を享受する場合、とくに自発性の存在を前提とすることができる。立法理由は、その例として、健康増進のための企業の健康マネジメントの導入あるいは事業所のITシステムの私的利用の許可をあげている<sup>(76)</sup>。

これらの諸基準を手がかりにして行われる、包括的な監視についての同意が自発的に与えられるか否かの判断は、個々の事例の諸事情に依存する。しかしながら、同意は、自由な撤回可能性によっても確実な法的根拠をもたらすものではない。

#### IV. 要 約

ローパフォーマーは、多くの懸念に反して、簡単に選別されたり、解雇されることはない。労務給付行為の包括的な管理の結果として生じ、ローパフォーマンスを証明するデータを、解雇制限訴訟において活用することはできない。その活用可能性は、基本法1条1項と関連する同法2条1項による当該労働者の情報に関する自己決定権から結論づけられる証明利用の禁止と矛盾する。たしかに、包括的な監視措置に同意することは基本的に可能であるが、しかし、それは労働関係において自発性の条件を満たせないこ

---

(71) Wurzbeger, ZD 2017 S. 258 (261).

(72) BAG vom 11. 12. 2014 – 8 AZR 1010/13, DB 2015 S. 1296, Rn. 23.

(73) Dzida/Grau, DB 2018 S. 189 (189) によれば、そのように述べられている。

(74) Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2017 on data protection at work, adopted on 8 June 2017, S. 6 f.; Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, adopted on 28 November 2017, S. 8.

(75) Dzida/Grau, DB 2018 S. 189 (189 f.) 参照。

(76) BT-Drucks. 18/11325 S. 97.

(77) BT-Drucks. 18/11325 S. 97.

とがある。

恒常的な労務給付の管理により得られるデータが利用可能であるか否かに関係なく、労働者は自身に向けられた期待に応えようとして圧力の下に置かれる。ローパフォーマーとの労働関係の解消は、進化する労働世界のデジタル化のゆえにより容易になるであろう。データ収集が進歩することにより、また無作為抽出検査のように許容される労務給付の管理もより容易となり、それは解雇制限訴訟におけるローパフォーマンスの証明を容易にする。

\*本稿は、ドイツのデュッセルドルフで活動する Christopher Kraus 弁護士が „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 -“ と題して雑誌 *Der Betrieb* 第 12 号 701～705 頁に公表した論文 (2018 年) を翻訳させていただいたものである。

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)