

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(1)

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－
 - 1 労働義務を主観的に理解する学説の論拠と課題
 - (1) 主要な論拠
 - ①労働関係の人的性格ないし労務給付と人格の密接な関連性
 - ② BGB 613 条 1 文
 - ③労働契約に関する瑕疵担保規定の欠如
 - (2) 客観説から主観説に対する批判
 - ①交換的正義または等価性の正義に反するのではないか
 - ②労働義務の主観的理解は客観的な注意義務を軽減するのではないか
 - ③ BGB 613 条 1 文は労務給付の基準に直接的な影響を及ぼさないのではないか
 - ④瑕疵担保規定の欠如は主観説を正当化しうるか
 - 2 労働義務を客観的に理解する学説の論拠と課題
 - (1) 主要な論拠
 - ①交換的正義または等価性の正義
 - ② BGB 243 条 1 項
 - (2) 主観説から客観説に対する批判
 - ①交換的正義または等価性の正義には具体的な規範性が欠如するのではないか

- ②中等の物の給付を要求する BGB 243 条 1 項は労働関係の人的性格や労働義務の個別性と整合するのか
 - ③種類債務の履行を前提とする BGB 243 条 1 項を労働債務に適用することは可能であるか
 - ④種類債務と結びつく瑕疵担保責任は労働債務の性質と整合するか
 - ⑤労働者に対する労務給付の要求が過大になるのではないか
- 3 労働義務の性質を折衷的に理解する学説の論拠と課題
- 4 小括 (以上, 本号)

はじめに

日本では近年、企業における能力・成果主義的な人事管理の強化を背景として、労働者の勤務成績不良や能力不足を理由とする解雇をめぐる紛争が増加傾向にある。多くの裁判例は、解雇権濫用法理を規定する労働契約法（以下、労契法とする）16条にしたがい、解雇に客観的に合理的な理由と社会通念上の相当性が認められるか否かについて、事案の諸事情を総合的に考慮して判断してきたが、例えば整理解雇の4要素（要件）と比較して、勤務成績不良等による解雇の効力を判定するための明確な基準はいまだ確立されていない。また、とくに1990年代の整理解雇に関するいくつかの裁判例の判断に見られたように、解雇権濫用法理は必ずしも具体的に確固たる原則や原理に依拠するわけではないので、安易に緩和される可能性もある。このような意味において、日本の解雇規制には十分な法的安定性や予測可能性を欠く状態が続いている。

学説の多くは、こうした課題を克服するため、従来から見られた生存権理念（憲法 25 条）による解雇制限の根拠づけにくわえ、個人の尊重や自己決定の理念（憲法 13 条）⁽¹⁾あるいは就労の人格的価値・利益をも考慮す

(1) 村中孝史「日本的雇用慣行の変容と解雇制限法理」民商法雑誌 119 卷 4・5 号（1999 年）605 頁以下、土田道夫「解雇権濫用法理の正当性－『解雇には合理的理由が必要』に合理的理由はあるか？」大竹文雄：大内仲裁・山川隆一編『解雇規制を考える－法学と経済学の視点〔増補版〕』（2004 年、勁草書房）110 頁以下、西谷敏『規制が支える自己決定－労働法的規制システムの再構築－』（2004 年、法律文化社）398 頁参照。

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(1) (細谷)

る労働権（憲法 27 条）⁽²⁾からも解雇制限を実質的に根拠づけるべきだと主張するようになってきた。そのうえで一連の有力な学説は、ドイツ法に由来する比例原則（Verhältnismäßigkeitsprinzip）および予測原則（Prognoseprinzip）の日本法における適用を通じて、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法理に再構築しようと試みてきた。⁽³⁾

筆者も、このように比例原則や予測原則に基づき解雇規制を見直そうとする説得的な議論と同様に、解雇権という形成権の行使により労働者の根本的な権利領域が侵害されるがゆえに、日本法においても比例原則の適用が正当化され、また、継続的契約関係における解雇の目的は、労働関係の障害を遡及的に清算するのではなく、将来の契約への拘束から離脱することにあるから予測原則が導入されると解する。⁽⁴⁾

学説においては、近年ようやく、勤務成績不良や能力不足のケースを正面から取り上げて、かかる労働者側に存在する事情を理由とする解雇に対する規制のあり方について本格的に議論するようになってきている。しかし筆者は、こうした学説の議論は、勤務成績不良等による解雇の具体的な審査

(2) 長谷川聡「『就労』価値の法理論－労働契約アプローチによる『就労価値』保障に関する一試論－」日本労働法学会誌 124 号（2014 年）125 頁以下、唐津博『労働契約と就業規則の法理論』（2010 年、日本評論社）99 頁以下、有田謙司「『就労価値』論の意義と課題」日本労働法学会誌 124 号（2014 年）114 頁以下参照。

(3) 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、米津孝司「解雇法理に関する基礎的考察」西谷敏・根本到編『労働契約と法』（2011 年、旬報社）276 頁以下及び 283 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 頁以下参照。

(4) 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 巻 1・2 号（2018 年）110 頁参照。

(5) 山下昇「低成果労働者の解雇に関する最近の裁判例の動向」季労 255 号（2016 年）15 頁以下、龔敏「労働者の能力・適性評価と雇用終了法理－AI 時代の到来に際して－」日本労働法学会誌 131 号（2018 年）36 頁以下、所浩代「解雇過程における使用者の説明・協議義務－労使対話を重視した手続規制に関する試論－」日本労働法学会誌 131 号（同年）68 頁以下参照。

基準がいかなる法原則に基づきどのように導出されるのかをなお十分に
は解明し得ていないという問題意識を抱いている。

そこで本稿は、まず、社会的に正当でない解雇は無効であると規定する
ドイツの解雇制限法 (Kündigungsschutzgesetz) 1 条の解釈やその基底にあ
る比例原則や予測原則をめくり展開されてきた主として戦後の学説・判例
による解雇法理を時系列的に紹介・検討することを通じて、主に次の論点
を考察し解明することを目的とする。すなわち、①労働契約等に労働義務
の質や量の水準に関する明確な規定が置かれていないという通常想定され
るケースにおいて、労働者はどの程度の質や量の労働義務を負うと解すべ
きであるか、②の論点を前提として、③いかなる程度の成績不良等あるい
はどのような態様の成績不良等であれば解雇を正当化する理由となりうる
か、④労働者の成績不良等に不利な影響を与えうる使用者側の事情は解雇
の効力審査の際にいかに考慮されるべきか、⑤使用者は労働者の成績不良
等をどのようにして証明すべきであるか、⑥使用者は解雇法上いかなる解
雇回避手段を尽くすことを要求されるかなどである。また、本稿では、ド
イツ解雇法の議論展開から一定の示唆を得て、日本の解雇法理 (とくに労
契法 16 条) を検討し直し、再構築するための解釈論を提示するよう試み
ることとする。

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—

ドイツにおける勤務成績不良を理由とする解雇の問題は、労働者は労働
契約上いかなる内容の労働義務を負うかという本質的な論点をめぐる議論
から出発している。ドイツでは、實際上、労働契約において労働者の職種
や業務内容が特定されるのが一般的であるが、それでも労務給付の質や量
が規定されていることはほとんどないことから⁽⁶⁾、学説は、このように労務
給付の質や量に関する具体的な規定がない場合に労働者はいかなる労働義

務を負うと理解すべきかをめぐり、以下に分析・整理するように活発な論争を展開してきた。

1 労働義務を主観的に理解する学説の論拠と課題

(1) 主要な論拠

①労働関係の人的性格ないし労働給付と人格の密接な関連性

支配的な学説は近年に至るまで、労働者の労働給付の内容について次のように主観的ないし個人的に規定されるものとして理解する。すなわち、労働者は原則として、その個人的な給付能力を適切に発揮して労働しなければならない。労働給付が、労働契約において－多くの場合そうであるように－その量と質について（詳細に）規定されていない場合、給付義務の内容は、一方で、使用者の指揮命令権（Direktionsrecht）の行使によって確定されうる労働の内容、他方で、労働者の個人的ないし主観的な給付能力にしたがう。もっとも、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わけではない、⁽⁷⁾と。

このように多くの学説が、労働契約等に詳細な定めがないかぎり、労働義務を主観的に把握すべきであると解する理由については、以下に紹介するように様々な観点から主張が展開されてきた。

当初、1960年代において、たとえばニキシュは次のように論じていた。すなわち、労働者には、その仕事を自身の肉体的および精神的な能力を完全に投入して遂行することが要求されるのでなければならない。それゆえ、労働者は、有責にとりわけ緩慢に仕事を行う場合や、その仕事の結果が正当に課された諸要求を下回る場合に、その労働義務に違反することになる。不十分な労働給付は、労働者が自身に委ねられた取引をいい加減に

(6) Vgl. Maschmann/Sieg/Göpfert, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2016, S. 96 ff.

(7) Vgl. Quecke, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrechts Kommentar, 5. Aufl., 2012, S. 2447.

遂行するとか、任意に処理することを認められた原料、機械、器具類に損害を与える場合にも認められうる。全ての使用者はその労働者のそれぞれ異なる労務給付能力を考慮に入れておかなければならず、それゆえに、使用者は評価する際に主観的な基準だけを設定することが許され、労働者に対してその能力の範囲以上のものを要求することはできない、と。⁽⁸⁾

これとほぼ同じ時期に、フークは、労働者が、社会生活においてまさに当該労働契約上約束されている業務の際に必要なとみなされる基準を順守するにもかかわらず、平均的な能力を持たないがゆえに、その労務給付が不十分な結果となるケースを取り上げて次のように説いた。すなわち、ここで考えうる、過失を確定する際に、主観的な要素 (subjektive Momente) を考慮するかという問題は、ただ労働法のみならず一般的な民事法に属しているから、ここで詳細に取り扱うことはできない。まさに労働法においては、意思とは独立したそのような労働者の特性 (solche nicht vom Willen abhängige Eigenschaft des Arbeitnehmers) を考慮することが強く支持される。労働者は契約締結の際に、社会生活に通常範囲において必要な個人的な特性を保有していたが、事後的に給付能力の低下が生じ、それゆえ労務給付が不十分な結果となる場合、労働者は給付能力の低下が自身の過失などにより引き起こされる限りで責任を負う。たとえば、労働者は、飲酒により事故を招来するが、それにもかかわらずその仕事を続行しようとし、今や不完全にしか仕事をし得ないという場合に責任を負うことになる、というのである。⁽⁹⁾このように、フークは、主観的な要素ないし労働者の個人的な特性を考慮することを主張するがゆえに、主観的ないし個人的な給付基準を支持する代表的な論者の一人に数えられている。⁽¹⁰⁾

これらの学説は要するに、労働関係の核心が、労働者はその個人的な特

(8) Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl., 1961, S. 301.

(9) Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl., 1963, S. 228 f.

(10) Vgl. Sedlmeier, Unzureichende Arbeitsleistung – Voraussetzungen und Rechtsfolgen, 2009, S. 47.

性や固有の労務給付能力にもとづき労務を提供しなければならないということにあることから、労務給付の基準は個人的ないし主観的なものであるべきであると主張する点で、一定の説得力を持つ考え方であると評価できる。

もっとも、そこで主観的理解を正当化する明確な法的根拠が十分に提示されていたかについては疑問が抱かれる。この点については、ニキシウの挙げる、使用者は労働者がそれぞれ異なる給付能力を有することを考慮しなければならず、労働者の能力の範囲以上のものを要求することはできないという論拠は説得力がなく、それはむしろ循環論法 (*petitio principii*) 同然である、との批判がある⁽¹¹⁾。また、ニキシウによれば、労働者の能力により本人がどのような労務給付をもたらすことができるかが決定され、それ以上のことを正当に労働者に対して要求することができないことになるから、使用者だけが、労働者は自身に課された諸要求を解決できる能力がないというリスクを負担することになる、との疑問も呈されている⁽¹²⁾。これと同様に、フークによれば、過失などによらずに引き起こされた労務給付低下のリスクは、詳細な根拠がないまま、広範に一方的に使用者に背負わされているという点が問題視されている⁽¹³⁾。

さて、上述した主観説の嚆矢と位置づけられる論者がその立場を正当化する具体的な根拠を必ずしも明らかにし得ていないといった問題意識を背景として、たとえばバラーステットは、人格法的な要素 (*personenrechtliche Elemente*) (誠実義務) と財産法的な要素 (賃金と労務給付の交換) の重なり合いから生じ、労働契約に内在し、これまで解釈論上克服されなかった緊張の観点の存在を指摘したうえで、次のように主張した。すなわち、財産法上、労務給付は評価 (査定) 可能な対象とみなされなければならない、賃金労働関係において、その評価の基底には平均に向けられた典型的な基

(11) Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 47.

(12) Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 46.

(13) Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 47.

準が設定されうる。これに対して、少なくとも一人格法的な要素に鑑みれば—労務給付の基準は、平均的なものではあり得ず、個人的なものではなければならない。なぜならば、人はその人間としての領域 (personale Sphäre) において類型的な基準を強要され得ないからである、と。⁽¹⁴⁾

1970 年代後半には、ゼルナーもまた、個々の労働者の労務給付の程度は多様であり、とりわけ労働契約の人格法的な要素は、人間による労務給付を型通りで類型的に処遇することと矛盾すると指摘したうえで、労働契約は、財産上の目的物の交換を指向する契約とは異なり、労働者自身を包括し、すなわち労働は人間特有の活動 (menschliches Handeln) であり、仕事をする人間と切り離すことができず、また、労働者はその業務を本人自身で行う責任があるがゆえに、労務給付の基準は個人的なものである、と説いた。⁽¹⁵⁾

しかしながら、ゼルナーらの議論の背景にある「人格法的共同体関係」(personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis) という法概念については、それは最終的に (忠実義務という目的に向かい) 解釈・説明されうるためのものであり、そこでは、予め法律学上の「概念の創作」(Begriffsdichtung) が行われている、との批判が加えられた。⁽¹⁶⁾ 同様に、近年の学説によっても、主観的な労務給付基準を根拠づけるために、法律を超えた労働者の忠実義務ないし雇用契約のドイツ法上の起源をめぐる議論から知られる概念、たとえば労働関係の人格法的な性格が浮かび上がる限りで、そのような標語を適用するかは慎重に判断されなければならない、と指摘されている。また、その理由については次のように論じられている。すなわち、その背景には實際上、まさに「人格法的共同体関係」の像が存在し、かかる伝統的言い回し (トポス) はとくに、「労働関係はその本質からして純粋な法的

(14) Ballerstedt, JZ 1963, S. 191.

(15) Söllner, Der Umfang der Arbeitspflicht beim Zeitlohn, in: Tomandl, Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht, 1979, S. 96 f.

(16) Motzer, Die positive Vertragsverletzung des Arbeitnehmers, 1982, S. 38.

交換関係ではなく、第一義的に労働者と使用者の間的人格法的な関係であり、労働者自身全体を包括し、それゆえ實際上労働者の生活を形成し、その人格を規定する」という命題を根拠づけることに資するとされる。しかし、「人格法的共同体関係」の法的根拠は全く証明されておらず、それゆえ労働契約の「人格法的な」要素に依拠する理解もその根拠づけの深刻な脆弱性に悩まされる、というのである。⁽¹⁷⁾さらに、労働契約の人格法的な要素を強調する学説は、労務給付と賃金という財産法上の交換を超える労働関係の諸観点の総体を把握するのに資すると考えるようであるが、しかしながら、そのような不明確な法概念はそれ自体として、それに依拠して労働契約上の合意から主たる給付義務に関する具体的な法的効果を導き出す⁽¹⁸⁾には適当でない、との批判が加えられている。

このようにして、労働関係の人格法的な性質に重心を置き、そこから労働義務の主観的な把握を理由づけようとする議論は、その背後にある人格法的共同体関係概念の不明確さや包括性、根拠の脆弱性といった問題点が強い批判を受けるに至ったため、⁽¹⁹⁾当時、一部の主観説における支持を得るにとどまった。

以上のように、学説上、労働義務の主観的な理解が広がりつつあったが、主観説に立つ学説ははまだ必ずしも十分に説得力のある論拠を提示できていたわけではなかった。そこで、こうした課題を克服すべく、次第に学説の多くはより具体的に規範性の高い論拠からその立場を根拠づけようと試みるようになってきた。

たとえば、ブロマイヤーは、まず労働関係の人的な性格 (*personaler Charakter*) を強調して、労働者は、原則として特定の労働成果をもたらす責任を負うのではなくて、労働時間中、契約または法律上の限界の枠内で、

(17) Schiffer, *Der Leistungsmaßstab im Arbeitsverhältnis*, 2014, S. 67 f.

(18) Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 48 f.

(19) 人格法的共同体思想とその課題については、例えば、西谷敏『ドイツ労働法思想史論』(1987年、日本評論社) 205頁以下および444頁以下、和田肇『労働契約の理論』(1990年、有斐閣) 9頁以下が詳しい。

「約束された労務」の給付をするために全ての能力と可能性を用いて、固有の労働能力 (eigene Arbeitskraft) を完全に投入する義務を負う、と論じた。すなわち、労務給付は労働者の人格 (Persönlichkeit) と不可分に結びついているがゆえに、労働義務の範囲は、もっぱら主観的に、すなわち労働者の個人的な給付能力にしたがい規定することができる、というのである。これをふまえて、プロマイヤーは次のように場合を分けて労務給付の基準について詳論する。つまり、①労働の量が例外的に労働契約、業界の習慣、事業所の慣習により客観的に定められていない場合、労働の量は労働関係の人的な性格 (民法典 (以下、BGB とする) 613 条 1 文) に応じて、労働者の個人的な給付能力により規定される。労働者は定められた労働時間の中で自身の能力を適切に発揮して恒常的に働かねばならず、すなわち契約上引き受けた労働課題を満たさなければならない。その際、労働者はもちろん身体と健康を損なってはならない。それゆえ、労務給付の量的な範囲は、体質 (素質) にもとづき、また例えば年齢や病気により一定の通常の変動幅の中で変動しうる。②労務給付の質に関しては、労働者は割り当てられた仕事を自身にとって可能な能力を發揮して秩序に則して遂行し、すなわち注意深く、集中して働かなければならない。完全に具体的な労務給付の質に関する義務は、明白にまたは結論を定めて契約上規制することができる。最低限の労働の質が具体的に規定されていない場合、労働の質は主観的に決定される。その場合、労働者は、健康と身体を損なうことなく、自身の能力をしかるべく投入して責任を負う仕事を専門性に適合して遂行することを義務づけられる、と。

また、リヒャルディは、労務給付義務者 (der zur Deinstleistung Verpflichtete) は疑わしい場合、その労務を自ら給付しなければならないということが (BGB 613 条 1 文)、労務給付義務の内容に関して本質を形成するという考え方から出発し、労働関係の核心は労働者がその業務を「自身で」提供

⁽²⁰⁾ Blomeyer, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 1992, S. 761 ff.; Blomeyer, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., 2000, S. 949 ff.

しなければならないという点にあり、それゆえ、約束される労務給付は、労働者という人間と不可分に結びついていると論じる。これに続けて、リヒャルディは、「通常の給付」(Normalleistung)という概念は、給付に関連した賃金、とりわけ出来高払い賃金が支払われる場合に、賃金査定のために役割を果たすとしたうえで、約束される労務給付は、労働者という人間(Person)から離れて抽象化された「通常の給付」ではないと述べる。こうしたことから、労働義務の範囲はむしろ、それぞれの労働者の個人的な給付能力により決定される、と結論づけられている。⁽²¹⁾

以上のように、プロマイヤーやリヒャルディは、伝統的に援用されてきた労働者個人の特徴、労務給付(能力)の固有性といった論拠を継受しつつ、それとの関連において、労働関係の人的性格とそれを前提とする BGB 613 条 1 文(労務給付の一身専属性)を新たに援用し、労働義務が主観的に理解されるべき論拠をより具体的に示すことにより、その規範的な説得力を高めようと試みる点に特色があるといえよう。

② BGB 613 条 1 文

近年の主観説に共通する特徴は、従来の学説が重視してきた労働関係の人的性格の議論を継承しつつ、主たる論拠を BGB 613 条 1 文に見出すようになったことである。

たとえば、プライスは、労働者は BGB 613 条にしたがい本人自身が労務給付を提供しなければならないのだから、労働者とその精神的および肉体的な能力を適切に發揮して、その健康を損なうことなく継続的にも

(21) Richardi, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 611-615, 2005, S. 485.

(22) なお、Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 48 f. は、労働関係の人的性格(personeller Charakter)は法律上根拠づけられる誠実および保護義務に表現され、こうした義務は労働者の主たる給付義務を解釈する際に他の諸要素とならび考慮されうるとしつつ、その存在だけでは、給付義務を個人的な給付能力により量ることを要求しないとも指摘する。

たらしうる給付が、労働者に対して期待されうるにとどまる（主観的な給付概念）、と論じている。また、この論者によれば、労働者の給付がその個人的な給付能力にしたがい規定されること（主観的な給付概念）は、平均を超える給付能力を有する者は平均を超える給付をもたらす義務を負い、反対に平均を下回る給付能力しか持たない者は平均を下回る給付でもってその労働義務を果たすというように、動的な給付義務（*dynamische Leistungspflicht*）を認めることにつながる、とされる。なお、プライスは、以上の主たる給付義務に関わる給付の基準を労働関係における責任または注意基準と混同してはならないと指摘したうえで、労働者は原則として BGB 276 条の意味での過失について責任を負い、この過失とは、労働関係においても、社会生活において必要とされる客観的な注意を怠ることを意味する、と説明している。⁽²³⁾

このように、主観的な給付基準を支持する従来の学説によれば、労働者は主観的にもたрасることが可能な労務給付を提供する責任を負うと解されてきたが、それではこうした主観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かといった点については、なお必ずしも明確に論じられてこなかった。

こうした議論状況の中で、労働者の勤務成績不良等を理由とする解雇についてのリーディングケースとして連邦労働裁判所（以下、BAG とする）第 2 小法廷 2003 年 12 月 11 日判決⁽²⁴⁾（詳細については本論文(2)参照）が登場するに至った。そこで BAG は、労働契約等において詳細な規定が置かれていなければ、労働義務は主観的に規定されるべきであるとの基本的な立場から出発して、労働者の労務給付が長期間にわたり明らかに同僚労働者の平均的な給付の 3 分の 2 を下回る場合、当該労働者はその主観的ないし個人的な給付能力を発揮していないとみなし、こうしたケースにおいて

(23) Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl., 2012, S. 1527; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., 2019, S. 1507.

(24) AP, Nr 48 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

は解雇回避手段を尽くした上で最終的に解雇が考慮され得るとの考え方を明らかにした。

こうした BAG 判例の影響を受けて、最近の主観説においては、解雇の効力を判定するための具体的な審査基準を解明することに議論の重心が移動してきている。たとえば、デベル＝ライフは、まず先述した BAG の判断を支持しながら、この判例法理の正当性は、立法者が労働者は要求に適応した給付を提供するために自分自身に備わる能力を発揮しなければならないことを期待することを示す BGB 613 条 1 文により確認されると評価する。デベル＝ライフはこのように主観説の立場から出発しつつ、さらに解雇の審査基準をより具体的に解明しようと試みて、労働者が実際にもたらした労務給付が、契約上責任を負う労務給付に長期間にわたり達しない場合、労働契約上の等価的交換関係は妨げられることとなり、使用者は等価的な反対給付を得られないならば、使用者に労働契約から生じる義務をさらに履行することを期待することはもはや不可能となることから、甘受しうる許容性の限界 (Toleranzgrenze) を下回る労務給付は、使用者が労働関係を解約することを可能にするであろうと論じる。また、その反面において、たとえ労働者の提供した労務給付が責任を負わされた労働の質に客観的に到達しないとしても、労働者が自身の持つ能力を十分に発揮したのであれば、こうした事情は労働者に対して非難可能ではないのだから、労働者による労務提供が平均よりも低いという事情だけでは行為・態度を理由とする解雇を十分に根拠づけるわけではないということが考慮されなければならない、とも述べられている。そのうえで、この論者は、使用者が行為・態度を理由とする解雇を言い渡す前には、通例、是正警告 (Abmahnung) を与えることが必要であることを強調し、さしあたり是正警告という手段により、労務給付が契約に適合しなければ労働関係を終了させようということを労働者に明白に認識させることが必要である、と指摘する。⁽²⁵⁾

また、ベンゲルスドルフも、支配的な見解や BAG と同様に、労働者の

労働義務をその個人的な給付能力にしたがい評価するべきであり、また、労働者はその能力を適切に発揮して提供することのできる給付の量と質について責任を負う、と論じる。これに続けて、論者は、解雇という手段に訴えた使用者側の証明責任に関して、使用者は、あるべき給付と現実の給付を相互に関係づけなければならず、両者の比較から労働者の給付の不足を導き出さなければならないとする。そして、使用者が給付の不足を証明する方法としては、まず、過去にもたらされた労働者の平均的な給付をその非難されている現実の労務給付と比較することが考えられるとし、つぎに、平均的な能力値をもつ比較可能な労働者の給付を比較の対象とすることも許される、と説明されている点が注目される。さらに、ベンゲルストルフによれば、およそ全ての労働者が給付の変動を免れないのは当然であり、その結果として、問題とされる給付の不足が当該労働者の従来の給付水準あるいは平均値を伴う比較可能な同僚の給付水準から重大に際立って見える場合に限り、解雇法上有意義な給付の不足が認められる、と主張されている。なお、解雇制限法におけるいわゆる個々のケースでの正義の支配のもとでは、許容性の限界 (Toleranzgrenze) を特定の数値をあげることにより具体化することは可能でなく、むしろ、個々の事案の諸事情を衡量することが、労働裁判官の個人的な納得と評価にとっては重要なのである、と付言²⁶⁾されている。

さらに、クヴェッケも、労働者が責任を負う労働能力は、BGB 613 条および労働契約についての瑕疵担保規制の欠如を考慮して、個人的な給付能力により規定されるとの立場から出発し、労働者は、合意された労働時間の中で自身の能力を通常通りに適合させれば継続的に健康を損なわずに遂行できる労務給付をもたらす義務を負う、と論じる。この論者によれば、有責の労務給付の低下を理由とする解雇は、労働者がその個人的な通常の

²⁵⁾ Depel/Raif, Anm. zu BAG Urt. v. 11. 12. 2003, SAE 2005, S. 88.

²⁶⁾ Bengelsdorf, Anm. zu BAG Urt. v. 11. 12. 2003, EzA § 1 Kündigungsschutzgesetz Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 62, S. 25 ff.

給付 (individuelle Normalleistung) を下回ることを前提条件とすると解されているが、また、その労務給付が長期にわたり事業所の平均的な給付を重大に下回ったままであるならば、そこに契約に違反する労務給付の低下⁽²⁷⁾ についての間接的な証拠が存在する、とも述べられている。

この点で、クヴェッケの立場は、前掲・BAG 2003年12月11日判決が原則として主観説に依拠しながら、実際には解雇の対象となる労働者の労務給付の水準が比較可能な同僚の平均的な給付水準を重大に下回るか否かを考慮して、当該労働者の主観的ないし個人的な給付が発揮されているか否かを推断しようとするのと類似するものと評価することができよう。

こうした立場と同様の学説として、ダイネルトも、労働義務は個人的なものであり、そのことから、労働者は単純に仕事をする義務を負うが、しかし特定の成果を達成する義務を負わないことが明らかであるから、契約上の定めがない限り、主観的な給付能力が重要になるとの立場から出発する。また、ダイネルトによれば、このように労働者がその主観的な給付能力を尽くしているか、それとも仕事を懈怠しているのかを確定するためには、同僚の給付水準との比較が必要となりうる、と指摘されている。この点について、論者は、労務給付の低下が解雇法において重要となるのは、それが給付と反対給付の関係に関する使用者の正当な等価性⁽²⁸⁾ の見込み (Gleichwertigkeitserwartungen) から期待不可能なほど外れる場合に限り、と見做し、そのことは、労働者の給付能力が、たしかに平均より低いがおお十分に給付能力のある同僚の給付水準を重大に下回ることを前提条件とする、と論じている。

③労働契約に関する瑕疵担保規定の欠如

ケルヴェアも、上述の多数説と同様に、労働契約において－通常はそうであるように－要求される労務給付の量と質が詳細には規定されていない

(27) Quecke, a. a. O. (Fn. 7), S. 2447.

(28) Deinert, in: Däubler/Deinert/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 10. Aufl., 2017, S. 280.

場合、労働者に義務づけられる労務給付は、一方で使用者が指揮命令権の行使を通じて確定しうる労働の内容にしたいが、他方で、労働者の個人的、主観的な労務給付能力にしたいが規定される、と述べる。また論者は、こうした主観的な給付概念によれば、給付義務は、固定的ではなく動的なものであり、労働者の給付能力に従うことから、労働者は「個人的な通常の給付」(individuelle Normalleistung)を行う義務を負う、と続ける。この立場からすると、BGB 243 条に依拠して労働者は客観的に通常の給付を行う義務を負うと解する対立する学説(後述参照)は、雇用契約としての労働契約の人的な性格(BGB 613 条 1 文参照)に適合せず、義務づけられる給付が労働者の人格・個性(Persönlichkeit)と不可分に結びついているということと矛盾するとみなされるのである。これにくわえて、ケルヴェアは次のような論拠をも強調する。すなわち、雇用契約としての労働契約は労働者の「結果に対する責任」を関知しない。労務給付義務者は「働くこと」(Wirken)について義務を負うが、「物の完成」(Werk)については義務を負わない。そのため、労働者はまた中等の種類および質の給付を行う義務を負わず、約束された労務を給付する義務を負うにとどまる。雇用契約においてはまた瑕疵担保(Mängelgewährleistung)に関する規定が欠如している⁽²⁹⁾ということが、このことと首尾一貫している、というのである。

同様に、ライヒオルトも、まず、法律は - BGB 243 条 1 項による種類債務の場合とは異なり - 労働者に「中等の種類と質の」給付あるいは「客観的な通常の給付」を義務づけておらず、ただ「約束された労務」の給付を義務づけるにとどまるがゆえに、雇用契約法においては瑕疵担保に関する諸規定が欠如するということを重視して、そのことから、労働義務の質と範囲は主観的にすなわち個人的な給付能力にしたいが規定されると理解する。それにくわえて、この論者は、BGB 611 a 条および 613 条による労働

(29) Kerwer, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, *Gesamtes Arbeitsrecht*, Bd. 3, 2016, S. 281 f. ほぼ同旨を説くものとして, Quecke, a. a. O. (Fn. 7), S. 2447.; Blomeyer: in *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 1, 2. Aufl., 2000, S. 951.

関係の人的な性格からして、労働者は、一定の労働成果について責任を負うのではなく、合意された労働時間中「約束された労務」を給付するために自身の能力と可能性を尽くして固有の労働力を投入しなければならない⁽³⁰⁾、と説く。

(2) 客観説から主観説に対する批判

以上のように、主観説に立つ学説は、より具体的で規範的な諸論拠に基づき主観的な給付基準を正当化したうえで、解雇の明確な審査基準を導き出そうとする方向で議論を展開し積み重ねてきたように見受けられる。しかし、これに対しては、労働者の労働義務を客観的に平均的な水準のものとして規定しようとする学説(客観説)から、次のような解釈論上の課題が指摘されてきた。

① 交換的正義または等価性の正義に反するのではないか

まず、シッファーは、かりに主観的な給付義務の基準が設定されることにより、給付義務として、すべての労働者に最終的につねに個人的な能力の発揮を求めることが想定されるならば、それは、使用者が平均的な賃金を支払いながら、その反対給付として様々な異なる「パフォーマンス」を受領するという不満足な結果につながりうることに疑問を呈する。そうではなくて、企業の成果は、少なからぬ業務において、何千人という労働者が統一的な標準(規格)を守ることに(たとえば、マクドナルドにおける組織的な調理法のように)強く依存している、というのである。また、シッファーはこのように考える根拠として、「同一労働のための同一賃金」という命題においては、様々な労働者集団にとって同一の労働条件が要求されるだけでなく、給付と反対給付の等価性(Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung)という正義の思想が表現されており、特定の労務給付には

(30) Reichold, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 5. Aufl., 2021, S. 915.

特定の賃金が支払われるべきであるが、その逆もまた妥当すると論じている。くわえて論者は、使用者は契約締結の際に、同一の賃金を支払われる労働者から全く様々に異なる労務が給付されるという想定は、実生活に馴染みのないフィクションであり、かえって使用者は、労働者が一定の職業上ないし経営上の水準を遵守する義務を負うという考え方を経営学的な計算⁽³¹⁾および契約上の拘束意思の基礎に置くであろう、と付言している。

②労働義務の主観的理解は客観的な注意義務を軽減するのではないか

また、主観説に対しては、労働義務と注意義務の関係をめぐり、同じくシッファーから次のような課題が指摘されている。すなわち、もし主観説を採用するならば、たとえばトラック運転手として会社のトラックで酒に酔った状態で立木に衝突する事故を起こした労働者は、自身にとってなお可能である運転能力と集中力を発揮して、それ以上に安全に運転して労務を給付することが全くできなかったという場合に、労働義務に違反しなかったことになるであろう、と。つまり、労働者はたしかに荷物を運送できず、事故を引き起こし、使用者に損害を与えたが、しかし、その主たる給付義務に違反するか否かの点で、自身の精神的および肉体的な能力を発揮したことにより免責されうるであろうことが疑問視されている。こうして、労働義務の主観的理解には、飲酒状態での業務遂行に存在する附随義務の違反が考慮されないとすれば、結果として、行為・態度を理由とする解雇ないし損害賠償請求の審査において、義務違反という構成要件を満たさないであろうし、それゆえもはや故意・過失の問題に全く行きつかないであろう、との疑問が投げかけられている。要するに、ここでの客観説から主観説に対する批判のポイントは、客観的な注意の基準は、その正当性

(31) Schiffer, a. a. O. (Fn. 17), S. 77 f. また, Schiemann, in: Staundingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch §§ 241-243, 2019, S. 784 も、労働義務の履行を個々の労働者の人身(Person)および個人的な給付能力により形成される義務とみなす支配的学説の考え方は、使用者の反対給付である賃金は通例まさに労働者の個人的な給付にしたがい査定されるわけではないということと矛盾する、と指摘する。

を債務法上の信頼原則に見出すものであり、法的な取引関係におけるすべての参加者は、他の当事者が一定の最低水準を遵守することを当てにすることができるのでなければならないがゆえに、労働関係においても、故意・過失の枠内で客観的な水準が妥当するのは明らかであるにもかかわらず、主観説によるならば、労働関係における注意基準は、客観的ではなく、主観的に規定されることとなるであろうが、その理由は定かでない、という点にある。³²⁾

しかし、こうした批判に対しては、主観説を支持する前掲・ゼルナーがすでに次のように明確に反論をくわえている。すなわち、労務給付の（主観的な）基準は、責任の基準と同一ではない。周知のように、BGB 276 条 1 項 2 文〔旧〕は社会生活において必要とされる注意の遵守を求めていることから、責任に関して問題となるのは、その債務者にとって可能である主観的な注意ではない、と。このように、主観説の立場からすると、給付の基準と注意義務は混同されるべきではなく、二つのカテゴリーに區別して把握すべきであると理解されているのである。³³⁾

③ BGB 613 条 1 文は労務給付の基準に直接的な影響を及ぼさないのではないか

さらに、客観説の立場からは、－主観的理解の主要な根拠としての－BGB 613 条 1 文によれば、労働者は本人自身で労務を給付しなければならないことから、個人的ないし主観的な給付基準が適用され、それゆえ義

32) Schiffer, a. a. O. (Fn. 17), S. 76. また、ほぼ同旨の批判を加える見解として、Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 58 f. 参照。

33) Söllner, a. a. O. (Fn. 15), S. 99 : auch Preis, in : Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl., 2012, S. 1527. なお、客観説に立つヴロットケによっても、注意義務は、労務給付の基準とは區別されると指摘されている。ここでは、労務給付は、質的および量的なメルクマールの複合体である一方で、認識される規制に対する違反を回避することを意味する注意義務は給付の一要素にとどまる、と説明されている (Wlotzke, Leistungspflicht und Person des Arbeitnehmers in der Dogmatik des Arbeitsvertrages, RdA 1965, S. 188)。

務づけられる給付は労働者の個人的な給付能力により規定されるという論拠について、次のような疑問が示されている。

たとえば、客観説に立つクラウゼは、労働関係の人的性格 (personaler Charakter) および BGB 613 条 1 文から導かれる義務は、労務給付の質と量は労働者の個人的な能力の基準によってのみ決定されなければならないという結論を許容しない、と疑念を呈する。⁽³⁴⁾

これと同様に、次のような疑問も見受けられる。すなわち、BGB 613 条は明白でないケースにのみ適用されるのであり、労働者が補助人を利用することが許されるか否かという事柄自体が、なぜその労務給付の範囲に影響を及ぼすとされるのかは不明確である。たしかに、人間特有の活動としての労働は、その人間自身と切り離せないというのは当然であるが、しかし、労働者は明白でない場合にその業務を本人自身が給付しなければならないという事柄は—それ自体を考慮すると—労働者がどのように行為を実行しなければならないかについて言及しておらず、それゆえ、合意され義務づけられる労務給付の基準が個人的な給付能力または客観的な基準のいずれにより規定されるのかという問題について決定的な影響を及ぼすわけではない、というのである。⁽³⁵⁾

もっとも、これらの学説は、BGB 613 条 1 文が給付基準の解釈に与える効果を根本的に否定しているわけではなく、同規定に向けられた疑問は部分的ないし形式的なものにとどまるといえよう。

(34) Krause, in: Hoyningen-Huene/Linck/Krause, Kündigungsschutzgesetz Kommentar, 15. Aufl., 2013, S. 208. また, Schiemann, a. a. O. (Fn. 31), S. 784 も, BGB 613 条は給付を行う者の人身 (Person) それ自体にのみ適用され, その給付の内容には適用されないことから, 賃金が個人的な給付に従い審査されることを強いるわけではないと論じる。

(35) Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 49 f. なお, ゼドルマイアーは, 給付義務の一身専属性 (Höchstpersönlichkeit) を, いわゆる人に関する本質の部分的な観点として考慮することができ, その限りで, 契約上の給付に関する合意を解釈する際に他の要素とならび考慮される必要がある, と述べている。

④瑕疵担保規定の欠如は主観説を正当化しうるか

先述のように、主観説を支持する論者は、雇用契約に関する BGB 611 条以下における瑕疵担保規定の欠如からも、労働者は特定の労務給付についても規範的に定められた労働の量や質についても責任を負わないことを導き、そのことから主観的または個人的な給付基準を正当化しようとする。

これに対して、客観説の立場から、瑕疵担保規定の欠缺ゆえに純粋な個人的給付基準を導くのは説得力がないとの指摘がなされている。その理由は、次のように説明されている。すなわち、雇用契約と請負契約を区別する決定的な基準は、補償リスクの分配、つまり仕事により追求される目的が達成されない場合、給付合意の内容からして、いずれの当事者が反対給付のリスクを負担するのかが、しかし、労働者はその活動により目的とされる（さらなる）成果が達成されない場合に補償リスクを負担しないという事実から、労働者は給付可能な状態にあることについてのみ責任を負うとする考え方は説得力があると思われたい、というのである。また、雇用契約に関して特別な担保規定が存在しない理由は、債務者は契約上合意されまたは前提条件とされた特定の状況を作り出すべきであるという担保法の機能から説明されるが、しかし、その帰結として、労働者は原則として不完全または不十分な労務給付について全く責任を引き受けないという⁽³⁶⁾ことにはならない、といった疑念も示されている。

2 労働義務を客観的に理解する学説の論拠と課題

(1) 主要な論拠

上述したように、これまで主観説が多数説を形成してきたが、これと対立する客観説も少なからぬ学説において今日まで根強く支持されている。

⁽³⁶⁾ Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 51 ff. この論者はさらに、一般に労働者は仕事についてのみ責任を負い、請負契約におけるように成果については責任を負わないといわれるが、しかし、明確でないケースでは、成果と仕事の区別を確実に行うことはできず、成果との関連性という基準は、両契約タイプの区別につねに適合するわけではない、と指摘する。

それでは、客観的な給付基準を主張する学説は、いかなる論拠を挙げてその立場を正当化しようと試みてきたのであろうか。以下では、まずこの点について学説の整理・分析を行うことにする。

①交換的正義または等価性の正義

すでに 1960 年代に、ヴロットケは、労働契約の財産法上の核心および賃金の機能は、主観的な給付基準の想定を不相当であるように思わせると指摘し、その理由を次のように説明していた。すなわち、労働契約は財産法上、賃金と労務給付の交換を目的とする。これによれば、労働者の給付もまた評価することが可能な目的物とみなされなければならない。賃金が労働の成果に依拠せず、また個別の出来高賃金 (Leistungslohn) も支払われないのであれば、それぞれの労働者の個人的な労務給付は、事業所または労働協約上の賃金査定的基础とならず、平均値に対応する典型的な給付が賃金算定の基礎となる。もし労働者が責任を負う労務給付を主観的に理解するとすれば、とりわけ、それぞれの労働者はその個人的な能力にしたがう義務を負うことになるのだから、労働者は同じ賃金を支払われながら異なる労務給付について責任を負うという不相当な結果が生じる、と。⁽³⁷⁾

このように、客観説を支持する学説の多くは、まず、主観説の考え方によれば給付と反対給付の交換的正義 (Austauschgerechtigkeit) ないし等価性の正義を妨げることに繋がるということを問題視する。すなわち、個人的な給付基準を基礎に置くならば、複数の労働者は、同じ賃金を得ながら、その様々な個人的給付水準にもとづき、異なる労務給付について責任を負うという結果に繋がり、そのため、労働者は特に給付能力が低い場合でも、通常の給付を行う労働者や、さらに特に優れた給付を行う同僚と同じ賃金を獲得することになる。これとは反対に、平均を超える給付能力を持つ労働者については、賃金はより低い水準の給付に対応しているがゆ

⁽³⁷⁾ Wlotzke, a. a. O. (Fn. 33), S. 188.

えに、その労働の一部には賃金が支払われないことになる。その結果、労働契約は多くのケースにおいて、目指されるべき交換的正義から遠く隔たったままとなるというのである。こうして、客観説の論者は、交換的正義を考慮するためには、給付義務を確定するために客観的な基準が適用されなければならない、それゆえ労働者は量的および質的な観点において客観的に量定される通常ないし平均的な労務給付について責任を負う、と解すべきであると主張するのである。⁽³⁸⁾

② BGB 243 条 1 項

また、客観説を支持する学説は、使用者が労働契約を締結する際に個々の労働者が実際に保有する労務給付能力を突き止めることは—少なくとも大企業においては—實際上ほとんど不可能であるとの実態に関わる認識からしばしば出発して、労働義務を客観的に把握する自説の正当性を主張しようと試みてきた。こうした認識からすると、一般的に比較可能な労働者に対して期待され得ることが重要であるとされ、そのような客観的な給付義務の法的な根拠については、債務者は、種類債務 (Gattungsschuld) として、中等の種類と質 (mittlere Art und Güte) の給付を負うと規定する BGB 243 条 1 項がしばしば挙げられている。

なお、種類債務のメルクマールとは、個々の給付目的物の特定性 (Bestimmtheit) が欠けることである。その一方で、この目的物の目印である、その自然的、技術的、経済的な性質は、量や重さとならび確定される。また、種類債務の場合、債務者に具体的な給付全体の選択および給付目的物の調達に関する処理の自由が与えられている。⁽³⁹⁾

たとえばヴォツケは、まず、種類債務の債務者は中等の種類と質の物を給付することを許され (BGB 243 条 1 項, HGB (商法典) 360 条)、たとえば請負事業主 (Werkunternehmer) は可能な限り最高の質を保証する必

⁽³⁸⁾ Vgl. Motzer, a. a. O. (Fn. 16), S. 119 f.

⁽³⁹⁾ Vgl. Schiemann, a. a. O. (Fn. 31), S. 768.

要はなく、有用性（適格性）を欠かないことや確保される特性の存在を保証すれば足りる、と述べる。そのうえで、この論者は、こうした客観的な給付の基準は労働契約に転用されることから、労働者は、契約において特別な能力を保証しない限り、量的および質的な観点において、典型的な（通常ないし平均的な）給付を提供しなければならない、と論じていた。⁽⁴⁰⁾

また、1980年代に入り公表されたモツァーの理論は、労働契約が締結される際に、通常、労働者の個人的な給付能力は問題にならず、個人的な給付能力は使用者にとって多くの場合まだ全く認識されておらず、また労働者の任務はただおおまかに画定されるにとどまるがゆえに（例えば、壁造り職人、機械工、会計係など）、種類債務（BGB 243条1項）との比較がまさに想起されるとの見方から出発する。そのうえで、たしかに BGB 243条はその文言からして物の種類債務にのみ適用可能であるように見えるが、それにもかかわらず、たいていの場合、行為への準用（entsprechende Anwendung）が可能であると主張される。この点について、モツァーは、債権者が契約締結前に、その後に給付される物の品質を審査する可能性をもたないという取引関係を保護するという BGB 243条1項の目的を指摘したうえで、これは使用者にとって事前に全く知られていない労働者との間での労働関係の場合（とりわけ恒常的に新たな採用を行う必要がある大企業は、個々の労働者の個性を強く考慮することは全くできず、全ての個々の労働者の平均的な労務給付をその計算の基礎に置く）と利益状況が非常に類似していることから、同条項の準用の必要性を強調している。⁽⁴¹⁾

このように従来客観説は、交換的正義という論拠にくわえて、BGB 243条1項をその主要な根拠として援用してきた。もっとも、従来、同条項にいう中等の種類及び質の労務給付とは具体的にいかなるものを指すのか、あるいはその中等の労務給付を（どの程度）下回れば解雇が正当化されるのかは必ずしも十分に議論されてこなかった。しかし、前掲・BAG

(40) Wlotzke, a. a. O. (Fn. 33), S. 188.

(41) Motzer, a. a. O. (Fn. 16), S. 121.

2003年12月11日判決が登場した時期の前後において、この点を具体的に明しようとする議論動向が学説において看取されるようになった。

たとえば、ベアコウスキーは、労働者の不完全履行と解雇の関係についてであるが、労働者は中等の種類と質の労務を給付しなければならないというBGB 243条1項の趣旨を引き合いに出して次のように論じていた。すなわち、中等の種類および質の労働とは、誤りが無いことを意味しない。継続して誤りをおかさずに労働する者はいないし、もし誤りをおかさないとすればそれは何も行わない者だけである。それゆえ、労働者の平均的な過誤は解雇には全く関連せず、過誤が著しく平均を上回る場合にはじめて解雇が正当化される、と。⁽⁴²⁾

最近の代表的な客観説として、クラウゼは、まず、労働者が客観的な標準的給付(BGB 243条の基本理念)を提供する場合に労働契約上の給付義務が適切に履行されるとし、このことは通常、契約上の合意の内容であるとみなしたうえで、使用者は、労働契約上異なる合意がない限り、BGB 157条〔信義則〕による労働契約の合理的な解釈(*verständige Auslegung*)により、労働者の客観的な標準的給付の請求権を有する、との理解から出発する。なお、ここで、標準的給付として理解される労務給付とは、平均的な労働者が、実習の実施後に人間にふさわしい労働条件のもとで、性別、年齢、労務給付の日々の変動を考慮せず、極度に力を働かせることなく提供しうるものであるとされている。⁽⁴³⁾

次にクラウゼは、不十分な労務給付を理由とする解雇は、労働者がより良い労務給付を提供できる状況にあるにもかかわらず平均を下回る労務給付しか提供していないという使用者側の主張をつねに前提とするが、この点で、平均的な労務給付を詳細に規定することがさしあたり重要である、と述べる。さらに、クラウゼは、成績の良い労働者でさえ、非常に成績の優れた労働者集団の中では、こうした非常に優れた成績と比べて、平均を

(42) Berkowsky, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 3. Aufl., 1997, S. 145 f.

(43) Krause, a. a. O. (Fn. 34), S. 208.

下回る労務給付しか提供し得ないということを考慮するならば、使用者には、いかなる労務給付が比較可能な労働者に対して平均的に期待されるのか、解雇された労働者が實際上どのような給付を長期間もたらしてきたのかを確認することのできる事実を主張することが要求されると論じる。こうして、解雇された労働者の実際上の労務給付が、平均的なものとして正当に要求される労務給付を著しく下回るならば、解雇は、他の職場における継続雇用の可能性が存在しない限りで、また事前の是正警告が与えられたという条件の下で、社会的に正当なものとみなされうる、との判断基準⁽⁴⁴⁾が導出されている。

さて、近年においても、BGB 243 条の準用などを支持する学説が根強く主張されている。たとえば、シーマンによれば、BGB 243 条 1 項の準用は、種類の規定される役務給付 (Dienstleistung) や仕事の給付 (Werkleistung) についても考えられるとされる (例えば、旅行サービス (Reiseleistung) や賃借人が美観のために修理を行う義務)。さらに、雇用契約 (Dienstvertrag) の枠内において、BGB 243 条 1 項をとくに労働関係に準用することが考慮に値するのであり、特別な合意がない場合には、労働者の労務給付を

(44) Krause, a. a. O. (Fn. 34), S. 285. これに類似する学説として、ゼドルマイアーは、労働契約上の合意の内容を詳細に探求することが肝要であるとの立場から出発し、契約締結時に示された意思表示の内容は、個々の事例のすべての知りうる事情を認識する客観的な観察者 (objektiver Beobachter) の視点から規定されうると説く。こうして、給付の確定は、主観的ではなく、客観的に行われることになることとされる (Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 80)。また、こうした労働契約上の給付合意の解釈は、規範的に詳解する解釈 (normative erläuternde Auslegung) により次のような事情を考慮して行われるとされている。つまり、使用者は、求人広告や求人説明書で要点が述べられた特定の諸要求が満たされることにより欠員の職責が果たされることを望む。労働者は、輪郭が描かれた諸課題を一定の範囲でそのポストにおいて充たすべきことを知り、労働契約の締結により、こうした一定の諸要求を満たす一定程度の給付を提供することを表明する、といった事情である (Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 42)。なお、論者は、労働者は客観的に合意された給付能力を適切に投入する責任を負うから、契約上合意された給付水準を下回るすべての給付は客観的な義務違反を意味するとし、また給付が義務づけられる内容を下回る場合、許容範囲 (Toleranzbereichen) を考慮する必要がなく、給付の欠如が長期間に及ぶ必要もない、と論じている (Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 154)。

「中等の種類と質」にしたがい規定し、それゆえ労働契約を種類行為債務 (Gattungshandlungsschuld) に関する契約として BGB 243 条 1 項の原則に従わせることがより良く支持される、と論じられている。⁽⁴⁵⁾ また、フンオルトのように、より直截に BGB 243 条 1 項の労働関係への適用を肯定する立場もある。この論者は、労働契約は通常、種類債務 (Gattungsschuld) を基礎づけるがゆえに、労働関係においても、労働者は「中等の種類と質の」給付を提供する義務を負う (「種類」は量的に、「質」は質的に理解される) という原則が適用されるとしたうえで、労働者が個々の事例においてその契約上義務を負う給付を提供しているか否かを確定するための基準は客観的なものであるべきだ、と結論づけている。⁽⁴⁶⁾

(2) 主観説から客観説に対する批判

① 交換的正義または等価性の正義には具体的な規範性が欠如するのではないか

先述のように、客観的な労務給付概念を主張する学説は、労働関係については経済的な交換関係が重要であるがゆえに、給付と反対給付は等価値でなければならないとしばしば主張してきた。

しかし、主観説に立つランガンケによれば、かかる論拠は具体的な法的根拠ではなく、むしろ一般的な正義 (公平) の考え方 (allgemeine Gerechtigkeitserwägung) であるにとどまる、との問題点が指摘されている。すなわち、多元的な社会の中に存在する多様な正義の期待を評価して法律に定めるのは、基本的に立法者の課題であるがゆえに、個人や判例がかかる準則に拘束され、個人的な正義感をその判断の基礎に置くことは許されない、⁽⁴⁷⁾ というのである。

(45) Schieman, a. a. O. (Fn. 31), S. 783 f.

(46) Hunold, in : Hunold/Wetzling, Umgang mit leistungsschwachen Mitarbeitern, 3. Aufl., 2015, S. 51 f.

(47) Langanke, Kündigung wegen Minder- und Schlechtleistung, 2013, S. 22.

また、ランガンケは、給付と反対給付の交換的正義(Austauschgerechtigkeit von Leistung und Gegenleistung) という論拠の正当性について、使用者が労働者を自身の労働組織に編入するという関係性の観点からも疑問を呈する。つまり、使用者は、自身の利益となり、また自身のリスク領域にもある労働者の労務の遂行を利用するのであるが、もし使用者が自身ですべての仕事を行うならば、労務給付の量的および質的な変動を同様に考慮に入れなければならないであろう。それゆえ、使用者は、かかるリスクを労働者に転嫁することはできず、使用者自身が継続的にもたрасすることができないであろう変動のない通常の給付を労働者に要求することはできない、と。⁽⁴⁸⁾

この他に、ケルヴェアは、客観説が給付と反対給付の交換的正義ないし等価値性を重視する立場を採ることから、平均を超える給付能力を持つ労働者であっても「客観的な標準的給付」について義務を負うにとどまるという結論につながるであろうと述べ、使用者側が被る可能性のある不利益についても指摘する。むしろ、ケルヴェアのような主観説の立場からすると、平均を超える給付能力を持つ労働者にも、その給付能力を完全に発揮し、こうして他の労働者よりも優れた労務給付を提供することを要求することができる、と解されることになる。⁽⁴⁹⁾

②中等の物の給付を要求する BGB 243 条 1 項は労働関係の人的性格や労働義務の個別性と整合するのか

客観説の主要な論拠は、労働義務もまた BGB 243 条 1 項の意味における中等の種類と質にしたがい客観的で抽象的に決定されるべきであるという点にあるが、これに対しては、主観説に立つ学説から、労働者が負担すべき労務給付は労働者の人格(Persönlichkeit)と不可分に結びついており、その点に存在する労働関係の人的な本質(実質)(personaler Gehalt)を否定することはできないというように、強い疑念が示されている。また、こ

(48) Langanke, a. a. O. (Fn. 47), S. 23.

(49) Kerwer, a. a. O. (Fn. 29), S. 282.

れと同様に、客観説は、雇用契約（BGB 613 条 1 文）としての労働契約の人的性格に適合しておらず、義務づけられる通常の給付が客観的に規定されるとすれば、それは労働者の労働給付がその人格と不可分に結びついていることと矛盾する、との批判がくわえられている。⁽⁵¹⁾

また、BGB 243 条 1 項により中等の種類と質の給付を要求する考え方には、次のような批判もある。すなわち、労働契約は労働者の個性によって大いに特徴づけられる。それは、BGB 613 条の立法者の評価にも表れており、同条によれば、労働給付は、疑わしい場合に、委譲したり交代したりすることのできない一身専属的な（höchstpersönlich）契約上の義務を意味する。こうして、労働契約は、経済的に評価可能な財産上の目的物の交換にのみ向けられた契約とは異なり、労働者という個人としての人間を把握する。使用者は労働契約の締結により、個人的な人間に対して労働給付を義務づけるのであり、抽象的に評価可能な機械などに対して給付を義務づけるわけではない、と。⁽⁵²⁾

さらに、クラウゼに代表される客観説に分類されるいくつかの学説が BGB 243 条の基本理念や信義則による労働契約の解釈を通じて客観的な給付義務が合意されていると主張するのに対しては、主観説に立つ学説から次のような反論がなされている。すなわち、思慮深い契約当事者は、自身の個人的な能力により給付できる内容のみを約束するであろう。このように、労働者の意思表示も、BGB 133 条〔意思表示の解釈〕、同 157 条〔信義則〕にしたがい、意思表示の受領者によって理解されなければならない。それゆえに、BGB 611 条 1 項による給付義務にとって重要である労働者の給付に関する合意は、合意する労働者の主観的な能力にのみ従うことができる、と。⁽⁵³⁾

(50) Bengelsdorf, a. a. O. (Fn. 26), S. 23.

(51) Kerwer, a. a. O. (Fn. 29), S. 281 f.

(52) Langanke, a. a. O. (Fn. 47), S. 22 f.

(53) Langanke, a. a. O. (Fn. 47), S. 28.

このように人的な労働義務の個別性 (Individualität der persönlichen Arbeitspflicht) を重視する主観説の問題意識は、次に整理するように、労働契約は、客観的に規定することのできる物の給付を対象とする BGB 243 条に言う種類債務 (Gattungsschuld) を認めることと相容れない、との批判⁵⁴にもつながっていく。

③種類債務の履行を前提とする BGB 243 条 1 項を労働債務に適用することは可能であるか

先述のように、客観説に立つ論者は、BGB 243 条 1 項にしたがい労働者に種類債務またはこれに類似するものとして「標準的給付」の履行を要求することができる⁵⁴と主張する。

しかし、この点について、ランガンケは種類債務 (Gattungsschuld) の法律上の前提条件は、労働契約の内容と比較して、本質的な構想において相違があるがゆえに、BGB 243 条の労働債務への適用を支持することはできない、と批判をくわえている。すなわち、種類債務の関係の中では、債務者の責任において契約上の給付を選択するのに対して、労働関係の枠内においては、使用者すなわち給付の債権者が契約上の給付を具体化する責任を負うという構造的な違いがある、というのである。これにくわえて、かりに労働義務が種類債務とみなされるならば、労働者に良い給付と不完全な給付を選択する可能性が容認されることになるであろう、と客観説の考え方⁵⁵に内在する矛盾が指摘されている。

また、リヒャルディ＝フィシinger は、労働契約は労働者の一身 (Person)

⁵⁴ Blomeyer, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., 2000, S. 950.

⁵⁵ Langanke, a. a. O. (Fn. 47), S. 24. 同様にマシュマンは、労務給付を種類行為債務 (Gattungshandlungsschuld) とみなして BGB 243 条による中等の種類と質の給付という客観的な基準を適用しようとする試みは、使用者が、給付の債権者として、労働契約において枠組的にのみ合意された諸給付の中から選択を行うことと構造的に矛盾する、と指摘する (Maschmann, Die mangelhafte Arbeitsleistung, NZA · Beilage 1/2006, S. 15)。また、Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 62 も労務給付に種類債務としての性格が与えられるかは疑わしい、と論じる。

を包括するがゆえに労務給付義務は決して種類債務ではなく（労働者は種類という特徴に従って決定される労務給付を行う責任を負うわけではない）、労働義務は通常の場合において枠組みとして範囲が画定されているにとどまり使用者の指揮命令権を通じてはじめて具体化されるということから、やはり労務給付義務は種類債務たりえず、また、労務給付義務は雇用契約法において、むしろ特定物債務（Speziesschuld（＝Stückschuld））として構想されるという理由から、BGB 243 条は労働契約に適用されないと主張する。⁵⁶⁾

なお、種類債務とは異なり、特定物債務においては、債務者には選択の可能性が全くないというように、債務の目的物が詳細に特定されている。これはとくに、ある在庫品ではなくて、完全な在庫品（例えば、汽船の当該魚油（鯨油）産物全体というように完全な船の積み荷）が約束される場合に当てはまる。また、製造品の一部の販売も、当事者が契約締結の際に契約の目的物となる物を具体的な物として想定した場合に、特定物債務を根拠づける。なお、この基準はそれほど明確でないため、種類債務と区別するために、債務者は選択することができなかったという事柄が決定的に重要であろうとされている（例えば、特定の鉱山施設で生産されるであろう次の 35 トンの鉱石が販売される場合⁵⁷⁾）。

このように労働契約上の給付義務を種類債務または特定物債務のいずれとして位置づけるかはなお争いがあるところ、かかる識別を認識する価値は疑わしいとしたうえで、BGB 243 条 1 項の直接適用は、すでに当該規定がその文言から BGB 90 条〔物の概念〕の意味における物の給付にのみ

⁵⁶⁾ Richardi/Fischinger, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 611-613, 2016, S. 424.

⁵⁷⁾ Vgl. Schiemann, a. a. O. (Fn. 31), S. 771. なお、ツァウムザイルのように、労働債務を種類債務ではなく、先行せる特定物債務（antezipierte Stückschuld）とみなしたうえで、労働者の給付に関する合意の BGB 157 条〔信義則〕による補充的契約解釈、等価性原則の法律上の表出、BGB 243 条の法思想などを根拠として、客観的な給付基準を導出する立場も見られる（Zaumseil, Die Minderleistung als Kündigungsgrund – Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung der Arbeitspflicht, 2009, S. 53 ff.）。

適用可能であることからして問題にならず、せいぜいのところ当該規定の類推適用が考慮されるにとどまる、との見方もある。⁽⁵⁸⁾

これに対して、法律の欠缺が存在するかは疑わしいこと、また労務を給付する義務を「種類債務」と同等に扱うことはできないがゆえに構成要件上の比較可能性が欠如することから、BGB 243 条 1 項の類推適用でさえ否定されなければならないとの理解も見られる。⁽⁵⁹⁾

こうして、客観説を支持する学説の大半が、BGB 243 条 1 項が前提とする物の給付としての種類債務と労働債務の性質上や構造上の差異などを考慮して、同条項の労働債務への直接適用を躊躇して、せいぜい準用や類推適用を主張するにとどまっているという事実は、同条項を主たる論拠として客観説を導出しようとする解釈に十分な説得力が欠けていることの証左であるといえよう。

④種類債務と結びつく瑕疵担保責任は労働債務の性質と整合するか

また、客観説の考え方によれば、－種類債務と通常結びついた－労務給付の調達に関するリスクを労働者に負担させることになるであろう。しかし、この点については、そのようにリスク責任を拡大した担保責任は雇用契約には適さないことから不相当である、と論じられている。⁽⁶⁰⁾ すなわち、労働義務に種類債務としての性質を認めるとすれば、労務給付が平均的な給付を下回るケースにおいて、労働者に担保責任を負わせることにつながるが、それは労働関係と全く相容れない、というのである。⁽⁶¹⁾

こうして主観説に立つ論者からは、そもそも雇用契約としての労働契約

(58) Vgl. Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 62. また, Grüneberg in: Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl., 2018, S. 276 は, BGB 243 条 1 項はその文言によればたしかに物の給付にのみ適用されるが, しかし職務の遂行や仕事の給付などにも準用されうると述べている。

(59) Tillmanns, Kündigung wegen Minderleistung – Besprechung des Urteils BAG v. 17. 1. 2008 – 2 AZR 536/06, RdA 2009, S. 393.

(60) Maschmann, a. a. O. (Fn. 55), S. 15.

(61) Zaumseil, a. a. O. (Fn. 57), S. 46.

は労働者の「結果責任」を予定しておらず、それゆえ雇用契約法には瑕疵担保規定が存在しないことが指摘される。⁽⁶²⁾ この点について、瑕疵担保規定の目的は、債権者保護およびその一次的な履行請求の保護に置かれているが、しかし、売買契約や請負契約とは異なり、労務給付義務はつねに労働者自身の人身 (Person) と結びついており、また労働者は債務者として使用者の労働組織に組み込まれてその影響下に置かれていることから、BGB 611 条以下の適用が予定される雇用契約法の枠内においては、物の瑕疵に関する担保規定が存在しないのである、と説明がなされている。⁽⁶³⁾

⑤労働者に対する労務給付の要求が過大になるのではないか

以上の諸課題にくわえ、主観説に依拠するランガンケからは、客観的な労務給付概念を一貫して適用すれば、労働者はその個人的な素質によっては要求される客観的な通常の給付 (Normalleistung) を提供することができない場合、労働契約上の給付義務に違反することになるから、それを回避するために、労働者は、たとえ肉体や健康が損なわれるとしても、客観的な通常の給付をもたらず義務を負うことになるであろう、との懸念が示されている。また、この論者によれば、こうした結果は望ましくないだけでなく、それは使用者が労働者を過労から保護するという労働契約上の義務と重大に矛盾するという側面も指摘されている。⁽⁶⁴⁾

また、純粋な客観説の課題として、労働者は通常、募集されたポストでの採用を目指して応募書類に記載したその個人的な資格や能力でもって応募すること、また、-労働市場の具体的な状況からして-労働者にとって利用可能な選択肢が通常は不足しているがゆえに、使用者が具体的な労働者の雇用を必要とするよりも、労働者は強度に具体的な職場の募集に依存

(62) Vgl. Kerwer, a. a. O. (Fn. 29), S. 281.

(63) Weber, Zum (richtigen) Umgang mit Low-Performern - Die Kündigung wegen Minderleistung und das Recht des Arbeitnehmers auf eine fähigkeitsgerechte Beschäftigung -, DB 2015, S. 1900 f.

(64) Langanke, a. a. O. (Fn. 47), S. 27.

せざるを得ないということが考慮されていないとの指摘もなされている。ここでは、もし合意された給付内容が使用者によって一方的に決められた諸要求にしたがい決定されるならば、労働者の正当な利益が不当に後退させられることになることが問題視されているのである。

3 労働義務の性質を折衷的に理解する学説の論拠と課題

これまで、ドイツの多数説は一貫して、労働義務の性質について主観的に理解する立場を採用する一方で、労働義務を客観的に理解する学説が有力に主張されてきている。その活発な論争において、主観説および客観説の論者らは相互に批判と反論を繰り返してきた。

かかる論争を背景に、多くの裁判例が蓄積されてきており、また判例法理の展開が学説の議論に影響を及ぼしてきたともいえる。前述したように、BAG 判例は 2000 年代に入り、労働契約等において詳細な規定がなければ、労働義務は主観的に規定されるべきであるとの基本的な理解から出発して、労働者の労務給付が長期にわたり明らかに同僚労働者の平均的な給付の 3 分の 2 を下回る場合、当該労働者はその主観的・個人的な給付能力を發揮していないとみなし、こうしたケースでは最後の手段としての解雇が考慮され得るとの考え方を定立した（詳細については本論文(2)参照）。

このような学説および判例の展開を受けて、最近の学説においては、労働者の給付義務の内容を規定するために、主観説と客観説のいずれも原則論としては採用しないか、または、いずれかの説を基礎に置きながら、結論的には両説を組み合わせた枠組みでもって労働義務の性質を解明しようとする折衷的な理論が提唱されるようになってきた。

たとえば、マシュマンは、まず主観説によれば、労働者本人がその労務の量と質の決定を掌握することになり、それは必然的に労務給付の手抜き（不正操作）（Manipulationen）につながるおそれがあるし、秩序に即した

(65) Vgl. Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 58.

業務進行を計画しようとする使用者はどの労働者にも一定の「最低給付」(Mindestleistung)を提供することを当てにすることが許されない、と疑問を呈する。また、客観説についても、労務給付をBGB 243条による「中等の種類と質」の給付という客観的な基準が適用される「種類行為債務」(Gattungshandlungsschuld)とみなす考え方は成功しておらず、また労働契約において枠組み的に合意された労務を選択するのは使用者(債権者)であり、それはBGB 243条が前提とするような給付の債務者ではないし、労働者に種類債務と通常結びついた労務給付の調達リスクを負わせるのは外的外れであり、そのようなリスク責任にまで拡張された担保責任は雇用契約に適さないという問題があると批判的に評価する。⁶⁶⁾

そのうえで、この論者は、次のような意味において、労務給付の質は主観的および客観的に決定されると詳論する。まず、労働者は、個人的に給付する能力がある労務を主観的に給付しなければならず、それは、仕事の速度、強度および量に妥当するとされ、また、労働者は客観的に職業上の水準(professioneller Standard)を遵守する責任をも負う、というのである。なお、ここでいう職業上の水準とは、労働者は注意深く労働しなければならないという意味での注意であり、これは—すべての民法上の注意義務と同様に—社会生活において必要な注意として理解され、どのような注意が社会生活において必要であるかは、個人的=主観的にではなく、客観的にそれぞれの業務領域の諸要求により規定される、と説明されている。⁶⁷⁾

このように、マシュマンは、給付義務の質的な要素と量的な要素を区別したうえで、仕事の量的な観点(速度、強度、量)は個人的に規定されるべきであり、それは労働者本人が給付可能なものである一方で、合意された業務の質(職業上の水準)は—医師や弁護士のような自由な雇用契約におけるのと類似して—それぞれの業界の諸要求から客観的に明らかにされるべきである、と解している。

⁶⁶⁾ Maschmann, a. a. O. (Fn. 55), S. 15.

⁶⁷⁾ Maschmann, a. a. O. (Fn. 55), S. 16.

しかし、この学説が労働の量を主観的に規定し、労働の質を客観的に規定することにより、労働の量と質を相互に切り離して評価しようとする点については、次のような批判が向けられている。すなわち、たしかに労働の量と質は異なる目的設定をもつかもしいないが、しかし、それらは一元的な全体を形成しており、両方の給付基準は互いに前提条件となっている。なぜならば、労働者は注意深く仕事をすればするほど、その業務には時間がかかるが、労務給付への質的な要求がより低く設定されるならば、より大きな仕事量処理することができるからである。それゆえ、給付の基準は、労働の量および質について、統一的な基準を手がかりに規定されなければならない、と。⁽⁶⁸⁾

また、こうした問題点と関連して、マシュマンが論じる「職業上の水準」は、業務の結果の有用性ではなく、もっぱら業務遂行に必要な注意を意味するのだから、構成要件の要素と過失の要素が混同されている、との批判も加えられている。なぜならば、労働者は何をできなければならないか（合意された給付能力）、またどの程度その能力を投入しなければならないかという問題は、基本的に、労務を給付する際にいかなる注意を払わなければならないか（故意・過失）とは独立して考察されなければならないからである、というのである。⁽⁶⁹⁾

つぎに、ティルマンズは、労働者に義務づけられる労務給付の範囲は、第一義的に契約上の合意の解釈により確定されるという前提から出発して次のように論じる。つまり、労働者は通常、自身が提供しようとする労働の量および質について、明白に申告するわけでも、推論を可能にする方法で申告するわけでもない。使用者も普通は、労働契約を締結する際にそのような要求をしない。そのため、「通常の給付」や「平均的な給付」は契約内容とはならない。それとは反対に、使用者は、その契約相手の労働力に依拠する労務給付を「購入する」ということ、また、その契約相手とそ

(68) Zaumseil, a. a. O. (Fn. 57), S. 46 ff.

(69) Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 64 f.

の者が約束した労務給付が部分的に一致するというを知っている。しかし、このことは他方で、労働者が、労働関係の期間にわたり、実際に給付可能な労務をもたらす義務を負うにとどまることを意味しない。労働者は契約締結の時点で約束したことについて義務を負う。契約締結の時点で存在する労働者の給付能力は、客観的な観察者の視点から、意思表示の規範的解釈により確定される（「客観的＝主観的給付能力」）、と。なお、この学説によれば、その判断は、内的な要素（例えば、勤務履歴証明書や自身の発言から認識できる資格証明や能力）および外的な要素（例えば、使用者から労働者に向けられた労務給付能力に関する質問や業務課題との直面）にしたがい行われるとされている。⁽⁷⁰⁾

このように、ティルマンズは、BGB 611 条 1 項に言う「約束された労務」という概念の下で、基本的に労務給付義務者の個人的な給付能力が理解されうるという考え方から出発しつつ、たとえば労働者が労働契約の締結前に労働（業務）の課題すなわち使用者の要求プロフィール（Anforderungsprofil）に直面する場合に限りそれとは異なることが妥当する、と論じている。しかし、この点については、たしかに、大企業における使用者にとって、労働者をその個人的な能力にしたがい選択することは重要でなく、労働者が業務課題の要求を標準的水準にあわせて満足させることができることが重要であるが、なぜ標準的水準が、使用者がまさに個人的な能力にもとづき労働関係を結ぼうとする専門職労働者のケースなど、労務給付義務者の職業的な優位性が存在するケースにまで、労働者が契約締結の前に業務課題に直面した場合に妥当するべきなのかは理解できない、との疑問が呈されている。⁽⁷¹⁾ その一方で、この学説は、主観的理論に

(70) Tillmanns, a. a. O. (Fn. 59), S. 393.; Tillmanns, *Strukturfragen des Dienstvertrages. Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag*, 2007, S. 162 f. 具体的に、労働者が契約締結の状況において屋内工場を案内され、当該労働者によって遂行されうる業務に就く他の労働者を見学する機会を得た場合、当該労働者はこの業務に必要な不可欠な給付能力を保有することを約束することになるといった例示がなされている。

も依拠する限りで、複数の労働者が同様に賃金を支払われながら異なる労務給付について責任を負うという基本的なディレンマを取り除くことができていない、とも指摘されている⁽⁷²⁾。こうして、ティルマンズの折衷説は、客観的な労働義務の捉え方がとくに専門職労働者の労務給付の個別性や主観性を考慮することができない点にくわえ、主観的な労働義務の理解が交換的正義を十分実現できないという両説それぞれの課題を抱えていることが明らかとなる。

さらに、「個人的＝客観的な給付水準」を提唱するテュージングは、まず個人的な給付基準を支持する理由として、労務給付履行の人格性 (Persönlichkeit) (BGB 613 条 1 文) および労働者の個性 (Individualität) がその人物を採用する際に決定的に重要であることを挙げて、労働者は労働契約上自身に委ねられた労働を自分にとって可能な能力を発揮して適切に提供する義務、すなわち注意深く集中して労働する義務を負う、と説く。これに続けて、後述する BAG 2008 年 1 月 17 日判決 (詳細については本論文(2)参照) が、労働契約上、より厳格な基準や客観的な基準を定めることにより、主観説を前提とする BAG の一般原則から外れることを当事者の自由裁量に委ねていることなどから、客観的に必要とされる給付水準 (objektiv gebotener Leistungsstandard) を読み取ることができる、とも論じられている。こうして、テュージングは、個々の労働者により提供されるべき労務給付の強度は、労働者にとって個人的に可能な能力にしたがい、かつ客観的な思慮のある第三者の観点から規定されなければならない、と結論づける⁽⁷³⁾。この折衷の見解は、労務給付の強度を決定する際に、労働者の個人的な給付能力を前提として出発しつつ、しかし必要とされる労務給付の水準は客観的に考察する第三者の観点からも規定されると解するよう

(71) Schiffer, a. a. O. (Fn. 17), S. 111 f.

(72) Schiffer, a. a. O. (Fn. 17), S. 113 f.

(73) Thüsing, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl., 2012, S. 1517 ff.

である。

しかし、チュージングの見解によっても、個人的に規定される給付水準と客観的に要求される給付水準の間に存在する理論的な緊張関係が解消されているかは不確かであるし、また、「個人的＝客観的な給付水準」が客観的な思慮のある第三者の観点からどのようにして確定されうるのかについても明確に説明されないままである。⁽⁷⁴⁾

以上のように、折衷説に分類される学説は、従前の学説における激しい論争を通じて明らかにされてきた主観説と客観説のそれぞれの課題をふまえて、両方の問題点を補完すべく、両説を拙速に結合しようとしたために深刻な理論的課題を抱えることとなった。つまり、先述のように、折衷説においては労働債務の要素と過失の要素が混同されていたり、根本的な緊張関係にある主観説（その主要な論拠としての BGB 613 条 1 文）と客観説（その主たる論拠としての BGB 243 条）の両者の考え方を、たとえ契約締結状況の違いなどがあるとしても、解雇に関する同一の審査枠組みの下で適用しようとする折衷的理論には、説明が困難な矛盾が看取される。また、主観的な給付の基準と客観的に規定される給付基準がいかにして首尾よく接合されるのかも不明確なままである。

その一方で、折衷的学説においては、労働義務の主観的な理解がとくに専門職労働者など労務提供者が職業的な優位性をもつケースで必要とされることが指摘されたり、また、BGB 243 条 1 項自体に基づく労働義務の客観的理解の限界が明らかにされたりしているのは興味深い。くわえて折衷説は全体として、勤務成績不良等を理由とする解雇の審査基準のあり方をめぐり、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という事実も浮かび上がらせることとなった。

(74) Sedlmeier, a. a. O. (Fn. 10), S. 67.

4 小括

これまで縷々整理・検討してきたように、ドイツの学説は、勤務成績不良等を理由とする解雇の審査基準をめぐり、主に戦後から今日まで長年にわたり主観説と客観説に分かれて論争を繰り返しており、また近年に至り、両説の問題点を補完しようと両説の結合を試みる折衷説が議論に加わり、それぞれの学説が自身の主張の正当性を争ってきた。

まず、主観説は、労働関係の人的性格および BGB 613 条 1 文などを主たる根拠として、労働者の労働義務は主観的または個人的に規定されると主張してきた。これに対して、客観説は、交換的正義および BGB 243 条 1 項などを主な根拠として、労働義務は客観的ないし平均的に規定されると説いてきた。ここで両説の論争に評価を加えるならば、一方で、主観説が論拠とする労働関係の人的性格論は相当な説得力をもつし、BGB 613 条 1 文は少なくとも間接的に労働義務が主観的・個別的に規定されるべきであることを正当化するであろう。他方で、客観説が論拠とする交換的正義は特に使用者側の実務的要請に適うものであるが、具体的な規範性を欠いているし、主として援用される BGB 243 条 1 項の労働契約上の労働債務への適用ないし準用には根本的な疑問が付きまとう。

また、このように主要な両説が対立する状況の中で、折衷説は、主観説または客観説のいずれか一方の考え方のみによるのではなく、労働義務を仕事の量または質あるいは契約締結状況などに応じて主観的または客観的に規定すべきであると論じてきたが、この理論枠組みにより元来原理的な緊張関係にある主観説と客観説を矛盾なく整序できているかについては大いに疑問が残る。

ところで、日本法の下においても、労働者の労務給付が不完全履行とみなされるか否かは、さしあたり労働契約上の合意等にしがたい判断されることになる。しかし、実際には、正社員はもちろん専門職労働者についても、労務給付の内容は、その量や質に関して、労働契約や就業規則などにおいて明確に規定されていないことが多い。また、使用者の指揮命令権の

行使により労働義務の内容や水準が確定されることも稀である。

日本では最近、主に専門職、管理職、職務限定正社員などを対象としてジョブ型雇用を積極的に導入しようとする議論⁽⁷⁵⁾との関連で、ジョブ・ディスクリプション（職務記述書）を作成する必要性が指摘されており、その中で職務の名称、職務の概要、職務遂行要件（求められる知識、技術・技能、資格等）などが具体的に記載されることになっているものの⁽⁷⁶⁾、そのような記載事項から労働者が負担することになる労務給付の水準が主観的または客観的に規定されるのかを読み取ることはやはり困難である。

この点について、労働契約において職種や職務内容などを規定するのが通常であるドイツにおいても、労務給付の量や質が主観的または客観的に決定されるのかについてはほとんど規定されることがないのは本稿においてすでに前提とされた事柄⁽⁷⁷⁾である。

そこで、日本法の下でも同様に、勤務成績不良等を理由とする解雇の審査基準を考察する前提として、労働義務の内容をいかに理解すべきかが重要な論点となるであろう。

しかし、従来の日本の判例・学説においては、労働義務とは使用者の指揮命令に従って一定の注意を払いながら労務を提供することをいうとの説明を越えて、労働者がいかなる内容や水準の労働義務を負うかについてはほとんど論じられてこなかった。

ようやく最近の裁判例においては、とくに職種・職務を限定して中途採用された専門職労働者に対する勤務成績不良等を理由とする解雇のケースにおいて、求められる労働能力やそれにもとづく労働義務の内容や水準に

(75) 例えば、野川忍「正社員の法的位置－合意型正社員の可能性」野川忍編『労働法制の改革と展望』（2020年、日本評論社）174頁以下。また、森戸英幸・濱口桂一郎・田中恭代・鶴光太郎「座談会：雇用システムの変化と法政策の課題－『ジョブ型雇用社会』の到来？」ジュリスト1553号（2021年）16頁以下も参照。

(76) 日本経済団体連合会編『2021年版 経営労働政策特別委員会報告』（2021年、経団連出版）38頁以下参照。

(77) Vgl. Maschmann/Sieg/Göpfert, a. a. O. (Fn. 6), S. 96 ff.

ついて判断するものが散見されるようになっている。いくつかの裁判例によれば、中途採用の専門職労働者は、労働契約上、(客観的に規定されうる) 平均的な職務遂行能力ないし一般的な職務遂行能力またはそれに基づく労働義務を負うと理解されているようである。その他には、音楽家の演奏技能が著しく低下したといえるかを判定するための比較基準として、本人が採用された時点の個人的・主観的な技能水準あるいは客観的に明白な楽団における技能水準の両方を挙げる裁判例も見られる。⁽⁸⁰⁾

たしかに、勤務成績不良等を理由とする解雇の事案においては、解雇された労働者の労務給付と(比較可能な同僚労働者の)平均的な労務給付との比較が一定の重要な役割を果たしうる。

このように労働者は平均的ないし一般的な労働義務を負うとの解釈の根拠となりうるのは、ドイツの客観説が BGB 243 条 1 項を援用するのと同様に—とくに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。なお、種類債権とは、給付すべき目的物を種類と数量のみによって定めた場合の債権をいう(例えば、ビール 1 ケース、薄型銅板 10 トンの注文など)。⁽⁸¹⁾

しかし、この規定を「物」ではなく「役務」の提供契約としての労働契約に直接的に適用しうるかについては疑問が抱かれる。なぜならば、物の取引と比較すると、役務提供契約としての雇用契約には、役務の無形性(視認困難性)、その品質の客観的評価の困難性、役務取引の人手依存性にくわえ、自然人(労働者)により提供される役務の質の可変性(経験・研鑽等による向上、修得した技能の陳腐化・病氣・加齢等による低下)および債務の履行が供給者の行為態様や受給者の協力など可変的な要素により影響を受けるといった特徴が認められるからである。また、労働義務の客観

(78) 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。

(79) ブルームバーグ・エル・ビー事件・東京高判平 25・4・24 労判 1074 号 75 頁。

(80) 神奈川フィルハーモニー管弦楽団事件・横浜地判平 27・11・26 (LEX/DB 文献番号 25541588)。

(81) 近江幸治『民法講義Ⅳ 債権総論〔第 4 版〕』(2020 年、成文堂) 30 頁参照。

的な理解は、労働能力が平均を下回れば基本的に解雇は正当化されうるといった結論⁽⁸³⁾につながりうるとすれば、ただ労働能力が平均に達しないという能力不足に対する反応として、労働者に最も重大な不利益を与える解雇という最後の手段が比例性や均衡を欠く可能性が高い。

その一方で、ドイツの主観説がその論拠に BGB 613 条 1 文を挙げるのと同様に民法 625 条 2 項 (労務の一身専属性) によれば、労働契約は身体と人格を備えた人間の労務供給を目的とする契約であるから、労務供給の主体が誰であるかはその相手方にとって重要な意味を持つため、労働者が第三者をして本人の代わりに労務を供給させることは基本的に想定されていない⁽⁸⁴⁾。このように、労働契約の本質は労働者本人の労働力の売買にあり、労働ないし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ものである⁽⁸⁵⁾。また、労務の給付は人によって大いに異なることは言うまでもなく (雇用の際の厳重な試験が想起される)、労働者は自身の固有の労働能力ないし労務給付を提供することが通常予定されていると解される⁽⁸⁶⁾。

また、病気等を患った労働者による債務の本旨 (民法 415 条・493 条) に従った労働義務の履行の提供の有無をめぐり、判例は基本的に、従来の業務を通常程度に遂行できるかに審査を限定することなく、労働者本人に固有の (低減した) 労働能力をふまえて、債務の本旨を合理的に解釈し、

(82) 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。

(83) 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頁は、労働者の能力や適格性が平均を超えていないと判断される場合には、就業規則の解雇事由である「職務遂行に不相当」または「職務遂行に不十分又は無能」に当たると解したうえで、当該労働者の能力や適格性が平均に達していなかったことなどから、結論的に本件解雇を有効であると認めている。

(84) 山本豊編『新注釈民法(14)債権(7) §§ 623~696』(2018年、有斐閣) 70頁 (山川隆一) 参照。

(85) 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。

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

債務の本旨に従った履行の提供を緩やかに認める立場を採っていることは、上述した労働義務の主観的・個別的な理解と整合的であり、こうした理解の正当性を裏付け得るものと解される。

とくにリーディングケースである片山組事件・最1小判平10・4・9は、⁽⁸⁷⁾病気休職期間中の賃金請求権の有無が争われた事案について、労働者が職種や業務内容を特定せずに労働契約を締結した場合においては、現に就業を命じられた特定の業務について労務の提供が十全にはできないとしても、その能力、経験、当該企業における労働者の配置の実情及び難易等に照らして当該労働者が配置される可能性がある他の業務について労務の提供をすることができ、かつその提供を申し出ているならば、なお債務の本旨に従った履行の提供があると解するのが相当であるとの判断枠組みを定立した。また、同様の法理は、労働者が職種を特定して雇用されたケースでも適用されることがあるし、⁽⁸⁸⁾学説上も、職種を限定して雇用されるケースでも、職務を軽減の上で遂行可能な業務があれば、なお債務の本旨に従った履行の提供と認められると解するべきである、と論じられている。⁽⁸⁹⁾

さらに、当該労働者に固有の（低減した）労働能力を考慮して債務の本旨に従った履行の提供を広く認める考え方は、病気休職後の自動退職扱いや病気を理由とする解雇の効力が争われた裁判例でも応用されており、労働者が職種を限定せずに雇用されたケースのみならず、場合によっては職種を限定して雇用された事案でも自動退職扱いや解雇を制限する方向で機能している。⁽⁹⁰⁾学説においては、職種限定がある場合でも使用者は直ちに労働者を退職扱いにはできないと解する立場が有力である。⁽⁹¹⁾

以上のような理由から、とくに職種・職務や地位を特定されて雇用される専門職労働者や管理職についてだけでなく、職種・職務や地位を特定さ

(87) 判タ 972 号 122 頁。

(88) カントラ事件・大阪高判平 14・6・19 労判 839 号 47 頁、神奈川都市交通事件・横浜地判平 15・6・5 労判 919 号 69 頁参照。

(89) 土田・前掲（注 3）248 頁、吉田美喜夫・名古屋功・根本到編『労働法Ⅱ－個別的労働関係法〔第 3 版〕』（2018 年、法律文化社）158 頁（矢野昌浩）参照。

れずに雇用されることが多い正社員についても、労働契約上平均的ないし一般的な労働能力あるいは労働義務が(黙示的に)合意されていると解釈・認定することができるかについては慎重な判断が必要である。

むしろ、私見によれば、労働の一身専属性(民法625条2項)や労働能力ないし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担とすると解する方がより説得力を持つのではないかと解される。

上述のように、まず本稿では、勤務成績不良等を理由とする解雇の法理を論究してきたドイツの学説の展開過程を時系列的に紹介・検討したうえで、そこから示唆を得て日本の解雇法の下で労働者が負担する労働義務の内容や水準をいかに理解すべきかについて若干の考察を加えるよう試みた。

本稿で考察してきたように、ドイツ法のもとで、労働者の労働義務の性質論は従来から学説の議論を大きく二分する難問であるところ、最近では折衷説と呼びうる学説も登場するに至り、その論争は三つ巴の様相を呈している。そこで、本稿に引き続き、次号(本論文(2))においては、こうした学説における錯綜した議論状況の中で、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もとづき判定してきたのかを時系列的に整理・検討することが新たな課題となる。

(90) 職種限定のない労働者に対する自動退職扱いのケースとして、東海旅客鉄道(退職)事件・大阪地判平11・10・4 労判771号25頁、第一興商(本訴)事件・東京地判平成24・12・25 労判1068号5頁参照。また、解雇事案のうち、職種限定がない労働者の事案として中川工業事件・大阪地決平14・4・10 労経速1809号18頁を、職種限定がある労働者のケースとして全日本空輸(退職強要)事件・大阪地判平11・10・18 労判772号9頁、同事件・大阪高判平13・3・14 労判809号61頁を参照。

(91) 西谷・前掲(注3)460頁以下参照。

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)