

労働者の過誤行為を理由とする解雇制限法理

—— ドイツ法の紹介・検討を中心として ——

細谷越史

一 はじめに

労働者が労働過程での過失により使用者に損害を与えた場合、それは企業活動に通常ともなうリスクとして、本来労働者に対して直接的な不利益を負担させるべきではないともいえる。労働者の雇用を通じて自己の活動範囲を拡張し、利益を追求する使用者は、そうしたリスクを事業の費用として計上するか、保険によってリスクの分散をはかるべきだからである。しかし、こうした事故に対して過酷な労働者管理を行う企業や、保険に加入する責務を果たさない企業が現に存在する。そこでは、使用者は本来こうした事故にどのように対処するべきなのかが問題となる。

日本では、労働者の過失の程度や使用者に生じた損害がそれほど重大でない場合、譴責、減給などの比較的軽度の懲戒処分によって対処されることがある。しかし、労働者の過失の程度や損害が重大であるような場合、普通解雇や退職金の減額・剥奪をとまなう懲戒解雇¹あるいは損害賠償請求により対処するケースが少なくない。また、懲戒解雇や普通解雇に加えて損害賠償請求がなされるケースや、こうした解雇と損害賠償請求が同時に問題とされる裁判例もある³。

ところが、このような場合になされた解雇の効力をどのように考えるべきかについて、これまで必ずしも十分な検討がなされてきたとは言い難い。日本の裁判例は、普通解雇の効力を、諸般の事情の総合考慮から判断しており、いずれの考慮要素がいかなる理由でどの程度重要であるのかが判然としない。こうした判断の不明確さは、新設された解雇制限に関する労働基準法一八条の二⁽³⁾に言う「客観的に合理的で社会通念上相当」である解雇をどのように理解するのかという問題にも影響を及ぼす。

ところで、労働者が過失行為等により損害を発生させた場合の損害賠償責任問題について膨大な判例と学説の蓄積をもつドイツ⁽⁵⁾の状況に目を向けると、同様のケースで、通常解雇 (*ordentliche Kündigung*) や即時解雇 (*außerordentliche Kündigung*) の効力が争われた裁判例は比較的少ない。とくに労働者の過失の程度や生じた損害額がそれ程重大でないケースが裁判例に登場するケースは稀である。また、解雇と損害賠償請求が同時に問題となる裁判例も散見されるにすぎない⁽⁶⁾。

このようにドイツでは、労働者の過誤行為により損害が生じたことを理由とする解雇に関する裁判例の数は比較的少ないのだが、それはかならずしも労働者の過誤行為を理由とする解雇の分野での法的議論が進展していないことを意味しない。むしろ、学説・判例はこの分野における原理・原則を確立すべく積極的に議論を展開してきたといえる。そこで、本稿では、日本における労働者の過誤行為を理由とする解雇問題を検討するに際しての示唆を得るために、同種の解雇に関して法的明確性や安定性を志向した解雇制限論を展開してきたドイツの判例および学説の整理・検討を行うこととする。

一 行為・態度を理由とする解雇制限の基本構造

1 労働者の過誤行為の位置づけ

解雇制限法 (Kindigungsschutzgesetz) 一条によれば、労働者に対する労働関係の解約は、社会的に正当でなければ無効である。さらに、同法一条二項一文によれば、解雇は、それが労働者の一身上の事由または行為・態度 (Verhalten) に存する事由、あるいは差し迫った経営上の事由によるのでなければ社会的に不当である、とされる。

行為・態度を理由とする解雇としてどのようなものが理解されるかは、解雇制限法には規定されていないが、判例・学説は、労働者が過誤行為により使用者に対して損害を引き起こすといったケースを、労働者の行為・態度にかかわる解雇事由の一つと理解している。これまで多数の判例および学説は、行為・態度に関わる解雇事由を以下の事例グループに分類して理解してきた。すなわち、給付領域の侵害 (不完全履行など)、事業所領域の侵害 (禁煙に対する違反、飲酒など)、信頼領域の侵害 (権限の濫用、賄賂の受取など)、企業領域の侵害 (企業秘密の漏洩など) である。

なお、不十分な労務給付が過誤行為の場合のように労働者の注意や緊張の欠缺に起因するのではなくて、労働者の能力や適性の欠如にもとづく場合には、一身上の事由による解雇が考慮される。ただし、解雇理由としての行為・態度と一身上の理由との区別がかならずしも明白ではない場合がある点には注意を要する。⁷⁾

2 予測原則

右のように判例、学説は、労働者の行為・態度によって給付領域、信頼領域などに対して具体的な侵害や影響が及

ぶことを要求するのであるが、そこでは解雇事由と将来の労働関係との関連性が考慮されている。こうした考え方は解雇制限にかかわる中心的な観点である予測原則を意味する。予測原則によれば、過去の行為が契約に違反することそれ自体が解雇事由を基礎づけるわけではなく、むしろ重要なのは労働関係に対する将来の侵害ないし影響である。⁸⁾

最初に予測原則の確立を主張したのは、解雇制限法の創設に助力したヴェイルヘルム・ヘルシエルだとされる。ヘルシエルによると、労働者の非常に深刻な行為が過去になされたというだけでは、なお解雇の正当性を根拠づけない。むしろ、決定的に重要なのは、そのような行為を繰り返す危険性が存在するかどうか、あるいは、労働関係の有益な継続が不可能であると思われるほど過去の事件が将来的な影響力をもつかどうか、である。このように解雇の目的が将来に向けられているのは、行為・態度を理由とする解雇によってその後の契約違反のリスクが排除されるからである。

こうしたことから、行為・態度を理由とする解雇の制裁機能は、厳格に否定されなければならない。解雇を見せしめに使おうとするとか、一般的な予防目的を追求することは、正当化されない。一般予防はすでに刑法において争いがあり、個別労働法上の解雇制限においてそれを認める余地はない。⁹⁾

さて、このような解雇事由と将来の労働関係との関連性は、労働関係の継続的債務関係としての本質から生じると解されている。労働契約当事者は、契約上、不特定の期間——期間の定めのある労働契約は別として——相互に拘束される。したがって、このような契約的拘束を事前に終了させることは、契約関係の継続と矛盾する事由が存在する場合のみ、問題となる。労働関係の内容は労務給付と賃金の交換関係であるがゆえに、このような交換関係を終了させるための事由が存するのは次のような場合にかぎられる。すなわち、労働者の行為・態度に存する事由などにより、使用者にとつて、労働関係を継続することが期待できない場合である。このことは、解雇制限法一条二項の文言

においても明らかとなる。すなわち、そこであげられる解雇事由は継続雇用と矛盾するものとされる。同様に、民法 (Bürgerliches Gesetzbuch) 六二六条一項は、即時解雇に関して、雇用関係の継続が使用者にとって期待不可能であることを要求している。⁽⁹⁾

もつとも、右に述べたことは、労働者の過去の行為が将来の予測にとって重要性をもたないことを意味するわけではない。義務違反行為の程度によっては、将来の労働関係の信頼に満ちた継続を不可能ならしめることもある。また、労働者の契約違反の態様によっては、その後の義務違反のリスクを推測させることもある。⁽¹¹⁾

3 比例原則

右に見た予測原則と次に述べる比例原則 (最後の手段の原則) は、ドイツにおいて、経営上の理由による解雇、一身上の理由による解雇、行為・態度を理由とする解雇のそれぞれの類型について具体化されてきた。その中で、行為・態度を理由とする解雇には、職務懈怠や業務命令違反などの主要義務違反から規律違反や付随義務違反、違法争議の参加など、様々な事案が含まれるため、この解雇類型の理論化はもつとも遅れたとされており、ようやく一九八〇年代に入り、予測原則、比例原則の適用が認められるに至った。⁽¹²⁾

比例原則は、連邦労働裁判所の一九七八年五月三〇日の基本的な判断⁽¹³⁾以来、解雇法を支配している。連邦労働裁判所が定立する法的命題は以下のとおりである。すなわち、いかなる理由にもとづく解雇であれ、通常解雇であれ即時解雇であれ、解雇は最後の手段として、他の方法による雇用、事情によつてはより低い労働条件のもとでの雇用の可能性が存在しない場合には、はじめて考慮される。たとえば即時解約が告知される前には、個別事情に即して、可能で適切な、より緩やかな措置 (是正警告、配置転換、合意に基づく契約変更、変更解約告知、通常解雇など) が追求さ

れなければならぬ、と。ここでは、一方的な形成権の行使に際しては私法においても比例性という法思想が解釈論上正当化されうるということが確認される。なお、解雇制限法一条および民法六二六条の妥当領域においては、より緩やかな手段の優先が法律上具体化されており、このことは一般原則へと立ち戻ることが不要にする。⁽¹⁴⁾

さて、右の解雇回避措置が使用者に対して要求されるのはいかなる場合であろうか。⁽¹⁵⁾

まず、配置転換について見ていこう。ここでは、他の職場への配転によっても、行為・態度を理由とする解雇によつて追求される目的が到達されるか否かが、問題となる。もとより、実際に空き職場が存在しないとか、法的な理由からして不可能である場合、配転は問題にならない。不可能な手段は、同時に不適切な手段でもある。

配転を考慮することができるかどうかについて重要なことは、解雇事由が職場に関係するものであるかどうかである。解雇事由が職場に関係する場合にかぎり、他の空き職場が存在し、かつそこで要求される業務を労働者が行いうるといふ見込みが存在するならば、当該空き職場への配転が考慮される。たとえば、特定の職場での不完全給付、特定のポストで職責を果たすことができない場合、ある労働者が特定の同僚と対立関係にある場合などがこれに該当する。⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾

他方で、たとえば、継続的な遅刻、禁酒に対する違反、虚偽の労働不能証明の提出などの義務違反が繰り返されるリスクは、労働者を配転することによっては排除し得ない。そうした義務違反は、職場に関係するものとはいえず、この場合、基本的に配転は考慮されない。

つぎに、変更解約告知ないし労働条件の合意による変更は、行為・態度を理由とする解雇を回避するための適切で緩やかな措置たりうるかどうかの問題となる。変更解約告知は、行為・態度を理由に労働条件を低下させることによる労働者に制裁を加えることになるがゆえに、原則として適切な措置とはいえない。

例外的に労働条件の変更が解雇を回避するための適切な措置たりうるのは、たとえば、労働者が不十分な労務給付しか提供しないにもかかわらず、労働協約水準を超えた賃金の支払いを受けている場合である。労働者の給付がより低い賃金グループの基準を満たすにすぎず、賃金と労務給付の対応だけが問題となり、使用者がより低い賃金グループの仕事を利用することができるのであれば、労働条件の変更は優先的な措置たりうる。

さらに、労働者を職業教育または再訓練の後に継続して雇用することは、労働者の不十分な労務給付が職業教育・訓練の欠缺にもとづく場合にのみ、使用者にとって期待可能である。労働者が必要な教育を受けたが、それでも不完全にしか働かない場合、解雇制限法一条二項三文に言う職業教育や再訓練は適切で緩やかな手段とはいえない。

右のように、行為・態度を理由とする解雇についても、比例原則（最後の手段の原則）にもとづき、配転や教育・訓練などにより解雇が回避されるか否かを審査するのが、判例および多数の学説の立場といえる。⁽¹⁸⁾

4 行為・態度を理由とする解雇の社会的正当性審査

さて、ここでは、解雇法理を構成する主な原理・原則をふまえて、行為・態度を理由とする解雇の社会的正当性は全体としてどのようにして審査されるのかを整理・概観しておく。⁽¹⁹⁾

さしあたり、労働者の過誤行為が確認されなければならない（詳細については後述の三を参照）。これは、将来においても懸念される労働関係の具体的な侵害に至るものでなければならない。すなわち、予測原則によれば、同種の過誤行為がくり返される危険性が存在するかどうか、あるいは過去の契約違反が——たとえそれがくり返されることがなくとも——将来も引き続き労働者に不利な影響を及ぼすか否かが審査されなければならない。

つぎに審査されるのは、労働関係の侵害が解雇よりも不利益の少ない是正警告や配置転換などによって回避され得

ないかどうかである。また、是正警告の後に同様の契約違反が行われた場合、そのことは将来の消極的な予測を根拠づける（是正警告の詳細については後述五を参照）。

そのうえで、利益衡量が行われなければならない。ここでは、解雇がなされなければならない労働関係が継続するであろう時点までの職場の保持にかかわる労働者の利益が、労働関係を解消する使用者の利益と衡量されることになる（利益衡量の詳細については後述六を参照）。

三 解雇理由としての労務の不完全履行

先述のように、判例および学説は、給付領域、事業所領域、信賴領域などにおいて具体的な侵害が存在する場合に解雇理由を認める。

これに対して、近年の有力説は、右の考え方によれば労働者の賃金が第三者により差し押さえられたことや労働者の債務超過といった私的領域にある事情などを広く解雇理由とみなすこととなる可能性があるといった問題点を指摘して、むしろ、行為・態度を理由とする解雇は、労働者が通常有責に契約上の主たる義務あるいは付随義務に違反する場合に考慮されるにとどまると説く。⁽²¹⁾

本稿の主な検討対象としての、能力があるにもかかわらず労働契約上甘受されうる限度を超える労働者の不完全履行（Schlechtleistung）⁽²²⁾は、個々の事例の諸事情により、そして通常は事前の是正警告の後に労働関係の解約を正当化する労働契約上の義務違反を意味しうる。ここでは、労働契約における不完全履行をどのように理解すべきか、そのような不完全履行が解雇を正当化しうるのかどうか、そうだとすればどの程度の不完全履行であれば解雇事由たりう

るのかといった論点についてドイツの判例・学説の動向を見ることとする。

1 労働契約における不完全履行の特質

労働者の不完全履行と解雇の関係について、労働者は中等の種類及び質の労務を給付しなければならぬという民法二四三条一項の趣旨を引き合いに出して次のように説く見解がある。すなわち、中等の種類及び質の労務とは、誤りが無いことを意味しない。継続して誤りをおかさず⁽²³⁾に労働する者はいないし、誤りをおかさないとするればそれは何も行わない者だけだからである。それゆえ、労働者の平均的な過誤は全く解雇には関連せず、過誤が著しく平均を上回る場合にはじめて解雇状況をもたらさう、と。⁽²³⁾

このように、注意深い労働者にも一定の誤りが生じうる⁽²⁴⁾ことが考慮されなければならないがゆえに、使用者が労働者の不完全履行を理由に解雇しようとするならば、解雇を正当化しうる不完全履行は一定の重大な限界を超えるものでなければならぬ、という考え方が学説・判例に共通して見られる。また、労働者の過失により金庫や倉庫において欠損や在庫の不足が生じたケースで解雇が認められるためには、欠損が事業所ないし部門の平均値を著しく上回っている必要があるとしつつ、このような場合とりわけ、必然的に誤りを招く仕事の圧力の高さが労働者の有利となるように考慮されるとの指摘も重要である。⁽²⁵⁾

要するに、労働契約関係において、ある程度の不完全履行や軽過失行為を偶々引き起こしたという程度では、中等の種類及び質の労務を逸脱するものとはいえず、それは業務に内包される事故であり、使用者が甘受すべきものとして、これに対する通常解雇であっても判例・学説はその正当性を認めない傾向にある。

そこには、労働契約における労務給付が、一定の能力差やミス⁽²⁶⁾を必然的にもなう人間としての労働者によって、

使用者の指揮命令やノルマのもとで行われるものであるがゆえに、使用者は労働者の一定の過誤行為の発生を想定して、受け入れるべきであるとの考え方が前提にあると解される。たとえば軽過失行為を偶々引き起こしたことを理由とする解雇の効力が争われた裁判例がほとんど見られないのは、右のような判例・学説の立場が確立していることによるものと考えられる。

2 証明責任

ところで、解雇制限法一条二項四文によれば、使用者は行為・態度を理由とする解雇の前提条件が存することについて証明責任を負う。すなわち、使用者は労働者の有責の契約違反の存在、ならびに労働者の主張する過誤行為の正当化理由ないし免責理由の不存在を証明しなければならない。また、使用者は具体的な是正警告の存在をも証明しなければならない。⁽²⁶⁾

前述した労働契約における不完全履行の特質などにかんがみて、使用者は、単に誤りのある労務給付を一般的に証明するだけでは十分でない。つまり、使用者は、比較可能な労働者に対してどのような給付が一般に期待されるか、解雇された労働者がいかなる給付を長期間にわたり提供したかを具体的に立証しなければならない。そのうえで、使用者は、非常に給付能力の高い労働者のグループの中では給付能力の高い労働者でさえもその給付は平均以下にとどまることなども考慮して、解雇された労働者の給付が通常値とみなされる給付を著しく下回ることを具体的に証明しなければならない。⁽²⁷⁾

四 労働者の不完全履行を理由とする即時解雇——通常解雇との比較

1 解雇予告期間

まず、通常解雇の場合、民法六二二条一項、二項によれば、勤続期間とそれに対応する解雇予告期間はそれぞれ、二年未満で四週間、二年以上で一ヶ月、五年以上で二ヶ月、八年以上で三ヶ月、一〇年以上で四ヶ月、一二年以上で五ヶ月、一五年以上で六ヶ月、二〇年以上で七ヶ月と定められている。また、同条四項によれば、労働協約でこれと異なる合意をすることが認められている。

これに対して、即時解雇について、民法六二六条一項は次のように定める。すなわち、雇用関係は、個々の事例の全ての事情を考慮し、かつ、両契約当事者の利益を衡量して、雇用関係の継続を解雇予告期間の経過するまでまたは雇用関係の合意による終了まで解約者に期待することができない事実が存在する場合に、各当事者は重大な事由にもとづき予告期間を保持せずに解約することができる、と。

このように、通常解雇と即時解雇とは、勤続期間の長さに対応する解雇予告期間を遵守しなければならないのかどうかの点で差異が認められる。労働者にとっては、一定の賃金保障の有無、再就職の準備などにあてる期間の有無、精神的な不利益の程度などの観点からして、即時解雇によって受ける不利益の方が重大であるといえる。また、労働者が使用者に損害を与えるなどしたケースでは、使用者は即時解雇を選択して相当期間の賃金の継続払いを回避することにより、損害賠償請求的な効果を狙うことも考えられる。

2 即時解雇の位置づけとその対象事例

民法六二六条一項の文言からすると、規範の適用者には、ほとんど何も手がかりが提供されていない。つまり、あ

る事由が重大であるかどうか、いかなる基準によって諸事情が衡量されるのか、どのようにして解約者にとつての期待不可能性が判定されるのか、などをこの規定から読み取ることができない。このように明白な判断枠組みが欠如しているということは、相当な法的不安定性につながる可能性があり、とりわけ類似の行為方法に対する即時解雇の効力が、それぞれの労働裁判所により異なつて判断されるということも起こりうる。

こうしたことから、判例および学説は、民法六二六条によるきわめて一般的な枠組みにもとづいて、法の適用を容易にさせることができる指針を展開するという課題を抱えている。また、前述のように、即時解雇と通常解雇とは労働者に及ぼす影響が相当異なるがゆえに、両者の区別が重要となる。こうした課題への取り組みがこれまで完全な範囲で成功してきたというわけではないのだが、少なくとも次のような原則が一致して認められている。⁽²⁸⁾

まず、即時解雇が認められうるのは、さもなければ使用者の権利状況への侵害が許し難いがゆえに、労働者の行為態度に即時解雇が相応する場合のみである。このように期待不可能な状況を取り除く解約者の利益が重要となる。目的を達成するために、相手方に対してより影響が少なく、より負担の少ない手段が存在するかどうかが問われる。即時解雇は回避できない最後の手段でなければならぬ。最終的に即時解雇がその原因と不均衡であつてはならないという要請は、利益衡量の枠内で考慮される。

また、法律行為によつて創設された拘束を破り、予告期間なしに契約を解消しうる権利は例外を意味する。そして、その例外は狭く解されなければならない。

さらに、即時解雇の事由は、労働関係の一般的な継続のみならず、解雇予告期間の経過するまでの労働関係の継続でさえも使用者に期待できないほど著しいものでなければならぬ。このため、即時解雇の事由は、通常解雇のそれよりも重大なものでなければならず、きわめて著しい義務違反が必要である。⁽²⁹⁾これはまた次のことを意味する。つま

り、問題となる事実が通常解雇を正当化し得ないであろう場合には即時解雇が無効になるということである。反対に、即時解雇の前提条件が存在する場合にはつねに、通常解雇が正当化される。

たとえば、ケルン州労働裁判所一九八七年七月二日判決³⁰では、トレーラー・トラックの運転手(X)が、運転に就く際に適切に門がけ装置を操作せず、トレーラーの分離事故を引き起こしたケースでなされた使用者(Y)の即時解雇の効力が争われた。本判決は次のように述べて、即時解雇の効力を否定して通常解雇の効力のみを肯定した。すなわち、本件のトレーラー・トラックのような大型自動車³¹が一般道路交通においてすべての走行規則および安全規則の遵守のもとでのみ運行されるべきことを考慮すると、Xの行為は、かなり重大な契約違反を意味する。特にこのことに付け加えられるのは、門がけ装置の適切な操作だけがトラックとトレーラーが分離するのを防止するということである。少なくとも、Xは、道路交通上安全なトレーラー・トラックを運転して交通に参加するという義務に対して過失により違反した。このような有責の義務違反を考慮すれば、他のすべての思慮深い使用者も、Xの行為によってYと他の交通参加者にさしせまる非常に重大な損害リスクにかんがみて、Xをこのような車両運転の仕事から外させたであろう。しかしながら、Yには少なくとも通常解雇の予告期間中、Xを雇用することを期待することができた、と。

また、連邦労働裁判所一九九一年七月四日判決³¹は、特別な責任を引き受けた地位の高い従業員(X)が過失により重大な損害を使用者(Y)に与えたことに対する即時解雇の効力が争われた事案において、先のケルン州労働裁判所一九八七年七月二日判決を引き合いに出して次のように述べる。すなわち、労働者の不完全履行および不十分な労務給付は通例、即時解雇を正当化するものではない。こうしたケースでは、一般的に使用者と事業所の諸利益が、先行する是正警告の後の通常解雇によって十分に保護される。そのことはまた、労働者が過失により重大な損害を引き起こす場合にも当てはまる。なぜならば、労働者を適切に選択することのリスクは基本的に使用者側にあるからである、と。

もつとも、本判決はこうした原則を立てつつ、以下のように述べて本件を例外的なケースとみなした。つまり、Xが非難されるのは一度の重過失行為ではなくて継続的な重過失行為である。Yの主張によれば、Xは約五ヶ月の間に約三〇回にわたり、いくつかの点で軽率な行動をし、それにより四万一〇〇〇マルクの損害を引き起こした。過失による不完全履行の強度は、是正警告を経ない労働関係の即時解約を正当化しうるであろう。自身の業務領域において財政面で相当な責任を引き受けた従業員は、不完全履行から全体として重大な損害を惹起した場合、繰り返された過失行為によって労働関係の継続について必要な信頼を回復できないほど損ないうる。こうした要件も本件では満たされている、と。

以上のところから、学説・判例は即時解雇をその性格や労働者に及ぼす影響からしてあくまで最後の例外的手段として位置づけていることを見て取ることができる。したがって、即時解雇が認められるのは、重過失行為を何度も繰り返すことよって重大な損害を惹起するといったきわめて深刻なケースに限られ、そうした程度には至らないケースにおいては基本的に即時解雇は正当化されない、つまり解雇予告期間中労働関係を継続することは使用者にとつて期待可能である、という判断が確立されてきているといえよう。

五 是正警告

これまで、労働契約における労働者の不完全履行が解雇法上いかに評価されるのか、またそのような不完全履行と予測原則および比例原則の関係はどうか、不完全履行と通常解雇および即時解雇の関係いかんといった論点を中心に検討を進めてきた。そこで次に、労働者の過誤行為を理由とする解雇の効力を判断する際の主要な基準である是正警

告とはいかなるものか、また不完全履行の態様と是正警告とはどのように関係するのか、是正警告と解雇はいかなる関係にあるかなどの点を検討することとする。

1 概念および機能

まず、即時解雇あるいは通常解雇について、是正警告 (Abmahnung) の正当性ならびに必要性はとくに、解雇法を支配する比例原則 (最後の手段の原則) および予測原則から導かれうる。

是正警告とは、使用者が、労働者にとって十分明白に認識できる方法で、不完全履行または不適当な行為を非難し、あわせて、以後くり返した場合には労働関係の存続が危険にさらされることを明確に指摘することであると定義づけられる。なお、是正警告について直接定める法律上の規定はない。

また、このような是正警告の主な機能としては一般に次のものをあげることができる。³²⁾ 第一に叱責機能である。債権者としての使用者は、契約違反行為を詳細に示して労働者に指摘する。労働者はこれによって自身の労働契約上の義務に対する注意を喚起され、同時に将来この義務を遵守するように勧告される。第二に警告機能である。つまり、労働者に対して、後にさらに契約違反の行為をした場合には労働関係の内容または存続に関する結果を考慮しなければならぬということが予告される。第三は、予測機能である。是正警告は、これに続く解雇の正当性の判断に際して確実な予測の根拠をもたらすことに資する。つまり、是正警告の後に契約違反が行われた場合、このことは消極的予測を根拠づけるのに適している。第四に記録機能である。使用者は人事記録に取り込まれる是正警告によって、労働者の契約違反に関する立証を確実なものとすることができる。

右に述べたことの裏返しとして、使用者は、是正警告を与えることによって、その理由となる事実にもとづいて解

雇する権利を放棄する。是正警告を与えることによつて解雇権は尽きるわけである。したがつて、是正警告の後の解雇は、もはや是正警告を受けた理由のみに依拠することはできず、新たな他の理由にもとづくものでなければならぬ。なお、是正警告がなされた後、解約をする前に、給付を改めるための十分な時間が労働者に与えられなければならない場合も認められる。

2 方法と証明

是正警告は、口頭でも文書でも行うことができる。是正警告は——労働契約や労働協約で異なる合意がなされていないかぎり——その方法を問われない。もつとも、文書による警告は、証明の観点からして目的に適っている。⁽³³⁾

先述のように、使用者は秩序に即した是正警告がなされたことについて証明責任を負う。使用者が、特定の不完全履行のゆえに労働関係の存続または内容が危険にさらされるとの指摘により労働者が是正警告を受けたということを示すならば、さしあたりその証明責任を満足させる。労働者がこれを争う場合、使用者は、内容、場所、時期、関係当事者の点からして適切に是正警告が行われたということ、あるいは労働者は当該事案において使用者が契約違反の行為を甘受するであろうと推測できなかったがゆえに例外的に是正警告が必要でなかったということ(是正警告が不必要なケースについては、後述7を参照)、主張・立証しなければならぬ。⁽³⁴⁾

3 従業員代表委員会の関与⁽³⁵⁾

また、使用者が労働者に対して過誤行為を理由として是正警告を行おうとする場合、使用者は従業員代表委員会(Betriebsrat)を関与させる必要はない。是正警告は個別契約上の叱責権(Rügerecht)の現れであり、経営組織法八七

条一項一号にいう「集団秩序の制裁手段ではないがゆえに、従業員代表委員会は、意見聴取権、協議権、共同決定権のいずれも有しない。」⁽³⁶⁾

4 事故との間隔および有効期間

是正警告が事故の後かなり期間が経ってから発せられる場合、その警告効果は低下する。なぜならば、労働者が契約に即して労務を提供する期間が経過するうちに、労働者のかつての過誤行為はもはや重要な効果を持たなくなるからである。

連邦労働裁判所は、労働者の過誤行為の後でいつまでに是正警告を行う必要があるというように一定の期間を定めることを否定した。これに対して、しばしば学説は、是正警告が事故の後二週間から三ヶ月の間に行われなければならないと説く。いずれにしても重要であるのは個別事例であり、そこでの義務違反の重大さとその後の労働者の態度や使用者の対応が考慮されなければならぬ。⁽³⁷⁾

また、是正警告は、それが発せられた後の期間の経過により効力を失いうる。一方で、是正警告は、軽度の契約違反については二年後、重度の契約違反については三年後にその効力を失うとの見解が主張されている。

ここでも連邦労働裁判所は、特定の期間によつてではなく、個別事例のすべての事情にもとづいて判断する。つまり、是正警告の有効期間はとくに、警告を受けた契約違反の程度に依拠する。使用者は、重大な契約違反がなされ、繰り返されたケースでは、軽度の契約違反の場合よりも長い期間の後にも、新たに是正警告を行うことなく、労働契約の解約をなすことができる⁽³⁸⁾とされる。

5 是正警告の対象となる行為の程度

判例・学説によれば、使用者は是正警告によって労働関係の存続を危険にさらし、それによって労働者の現存する法的地位に介入するがゆえに、是正警告は、一定の強度の誤った行為・態度を前提とする。たとえば、ただ数分休憩時間を超過するといった一度限りの取るに足りない義務違反は、原則として是正警告を発するには十分でない。これに対して、たとえば休憩時間を何度も超過するというように、僅少な義務違反がくり返される場合は、全体として僅少性の限度を超えるがゆえに、是正警告を行うことは可能である。⁽³⁹⁾

6 是正警告と解雇の関係

是正警告がその後の解雇に関して警告機能を果たしうるのは、かつて是正警告を受けた過誤行為が、解雇の原因となる過誤行為と同一の領域にある場合に限られる。つまり、時間に遅れるという行為に対する警告は、その後の過大な粗悪品の製造を理由とする解雇を正当化しない。

もつとも、このような観点からする要求は過度に厳格に解されるべきではない。労働者が朝の遅刻を繰り返したことに對して是正警告がなされた場合、これは帰宅が早すぎるとか、休暇後仕事を開始するのが遅いことを理由とする後の解雇との関係で警告機能を満たす。これらの行為については、「時間を守らない」という要件を、共通して見る⁽⁴⁰⁾ことができるからである。

右のような義務違反の同種性の判断が困難な場合があるとしても、義務違反の同種性は是正警告の警告機能ゆえに欠くことができない。使用者が過誤行為を詳細に示して警告することから、労働者が将来の契約に即した行為・態度を導き出すことができるのでなければならないからである。⁽⁴¹⁾

ところで、解雇を行う前に必要な是正警告の回数、各事例の事情によって異なる。とりわけ軽度の義務違反に対して解雇を行う場合、一度のみならず、二ないし三回の是正警告を行うことが事前に必要となる。もつとも、使用者が頻繁に是正警告を行いすぎて、使用者に合理性が認められないということが、真剣さの欠如や是正警告を有意義に利用していないことを証明するような場合もある⁽¹²⁾。

7 是正警告の要否

(1) 侵害領域による区別

かねてより連邦労働裁判所は、前述の行為・態度にかかわる解雇事由の分類を前提として、是正警告の要否をいかなる領域が侵害されたのかによって判断してきた。つまり、信頼領域や事業所領域が侵害された場合には、是正警告を原則として不要とする一方で、給付領域が侵害された場合には是正警告を必要とする。

このように判例が信頼領域の侵害ケースで原則として是正警告を必要でないとするのは、損なわれた信頼を是正警告によって取り戻すことはできないと考えるからである。たとえば、アメリカ人の教師(X)がある州(Y)のギムナジウムでの英語の授業中に、授業と直接的な関連なしに、「ピザとユダヤ人の違いは何か? ピザを焼き窯に入れても、ピザは叫んだりしない。」と発言したことを理由とする通常解雇の効力が争われた事例について、連邦労働裁判所一九九二年一月五日判決は、次のように判断する。すなわち、再び繰り返された失言によって、YのXに対する信頼が中心部分において損なわれている。Xは以前に別のクラスで失言を行い、生徒の憤慨を引き起こしたにもかかわらず、それを改めることなく、その後、そのような失言を授業中にしてしまったのである。このことは是正警告が必要とされないほどの分別のない考え方を裏付けている、と⁽¹⁴⁾。

そのうえで、本判決は利益衡量の枠内で以下のように判断し、当該解雇の効力を認める。つまり、経営上の影響（学校での議論、学校管理の調査、生徒からの相談や問い合わせ、生徒の親からの非難の手紙）がXにとって不利になるように評価されることを考慮すると、一〇年前後の事業所勤続にかかわるXの生活保護利益の重要性は、明確な教育上の企図もなしにこのように重大な方法で教育に関する絶対的な考え方に対する疑念を生ぜしめた教師からその教育内容および教育目的に対する信頼を切り離すというYの利益の重要性には及ばない。Xは解雇がなされた当時四四歳であった。Xは心理学の教育を受けている。とりわけXの外国語の知識を考慮すると、Xにとって他の仕事を見つけることは可能であろう。Xの扶養義務は、これが解雇事由と関連がないため、利益衡量の枠内でXの有利となるようには考慮され得ない、と。

(2) 是正警告を要するケースの拡大

しかし、右の判例のように是正警告の要否を侵害された領域により区別する考え方に対しては、いくつかの観点から疑問が投げかけられている。すなわち、なぜ使用者は信頼領域が妨げられた場合には緩やかな条件のもとで労働者を解雇しうるとされるのか、理解できない。むしろ、信頼領域が妨げられた場合、それは第一義的な給付の交換には関係しないのだから、労働者に対して前もって行為・態度の改善の機会を与えることが使用者に要請されなければならない、と。⁽⁴⁶⁾

同様の観点から、たとえば、労働者が財産上の軽微な犯罪行為を行い、それにより使用者がささいな損害を被る場合でさえも、是正警告が常に不必要であるとは限らない、との指摘がなされる。⁽⁴⁶⁾ また、本稿の主な検討対象である労働者の過失行為などについても、たとえば私的領域において過失などにより企業秘密を漏洩してしまったケースがい

わゆる給付領域侵害の事例には当たらないとされて、是正警告が不要であると判断される可能性もある。この場合、労働過程での過失などにより企業秘密を漏洩したケースよりも緩やかな要件のもとで解雇が認められるとすれば、両ケースの差異を合理的に説明することはやはり困難であると思われる。

また、より根本的な問題点も指摘されている。すなわち、そもそもそのような領域間の区別は実際に重要でもなければ、また体系的に正確に行うことも不可能である。むしろ、制御可能な行為が問題となり、信頼が取り戻され得るかぎりでは、是正警告はその警告機能を満足させることができる。こうした論拠は、いわゆる事業所領域などについても妥当する。是正警告は、侵害される領域の区分とは関係なく、つねに比例原則および予測原則という一般的な解雇制限法上の観点のもとで評価されなければならない、と⁽⁴⁷⁾。

このように是正警告の要否に関して、労働者の意思によって規定されるあらゆる行為は、将来修正可能であり、それゆえ是正警告を行う必要がある、との原則を前提とすべきであるとすれば、従来の判例の立場とは異なり、信頼領域や事業所領域に対する侵害の場合にも、解雇をなす前にはさしあたり原則として是正警告が必要であると解される⁽⁴⁸⁾。こうした指摘を受けて、この間、連邦労働裁判所一九九七年六月四日判決は、信頼領域の侵害の場合に、労働者の制御可能な行為が問題となり、信頼を取り戻すことが期待できる場合には、解雇の前には是正警告が必要であると判断するに至った⁽⁵⁰⁾。

(3) 是正警告が不要とされる例外事例

右に述べたように、使用者は、行為・態度を理由とする解雇をなす前に、侵害領域のいかんを問わず原則として是正警告を行わなければならない、という理解が確立しつつある。ただし、解雇制限法上の観点からして、是正警告が

不必要な場合も認められる⁽⁵¹⁾。

第一に、是正警告の効果を見込めない場合である。すなわち、労働者が是正警告にもとづいて自身の行為を改めることができず、あるいは改めようとしていない場合、使用者は是正警告を放棄することができる。

第二に、期待不可能な場合である。つまり、是正警告は、労働者の義務違反の性質、程度、結果を考慮して、労働関係の継続を使用者にもはや期待し得ない場合に、不必要とみなされる。とくに重大な義務違反のケースで、労働者が自身の義務違反を容易に認識でき、労働者が自身の行為を使用者が是認することを考慮できなかった場合に、使用者は是正警告を放棄することが可能となる。

たとえば、労働者が同僚にセクシャル・ハラスメントを行ったケース、上司や同僚を口汚く罵倒しあるいはつかみ合いをするケース、労働裁判所が適法性を確定した使用者の指示にしたがうことをほぼ一年間にわたり労働者が頑なに拒否するケースなどで、解約告知前の是正警告が不必要とされることがある。

また、自動車運転手が重過失に近い重大な責任により、六万マルクの損害をともなう交通事故を引き起こした場合に、事前の是正警告なしに通常解雇がなされうると判断したものととしてケルン州労働裁判所一九八六年八月二六日判決⁽⁵²⁾がある。本判決の事案は次のとおりである。すなわち、使用者（Ｙ）に雇用される労働者（Ｘ）が、一九八五年三月五日、高速自動車道で交通事故を引き起こした。Ｘの責任は重大であった。Ｙの所有するトラックは全損を被った。これを受けて、Ｙは是正警告を行わずに予告期間をとまなう通常解雇を行った。

これについて判決は次のように述べて、解雇の有効性を認容した。つまり、たしかに本件の解雇理由は、是正警告を要する給付領域に存するのだが、原審の判断は以下のことを十分考慮していない。是正警告は通例必要であるが、例外も存在する。是正警告は給付領域においても、重大な義務違反についてそれが許容されないことを容易に認識で

き、使用者がそれを是認することを労働者が考慮し得なかった場合は、例外的に不要となる。本件において、Xは、Yが一九八五年三月五日の運転中の過誤行為を是認し、それに満足したと考えることはできなかった。それとは反対のことが、過失の程度（重過失に近いくに重大な責任）と重大な事故損害（約六万マルク）に鑑みて誰にでも明らかであった。このような事例の特別性ゆえに、是正警告は不要であった、と。最終的に、本判決は、Xが既婚者で一人の子供がいることや労働市場の厳しい状況なども考慮する一方で、損害の重大性や労働関係が約一年と比較的短いことを重視して、当該解雇は社会性に違反しないと判断している。

しかしながら、是正警告不要のケースは、使用者がその正当性を立証しなければならない例外であるにとどまり、安易に認められるべきではない。是正警告なき解雇は、きわめて重大な契約違反の場合にのみ、したがって、労働者が労働契約にきわめて重度の犯罪的な態度によつて違反したことが認定されうる場合にのみ、認められるにすぎない。これに対して、労働者が労働契約の終了が迫ることを考慮して将来契約に忠実に行動する可能性を最初から排除することのできない他のすべての事例においては、解雇の前には是正警告がなされなければならない。⁽⁵³⁾

六 利益衡量

1 一般論

通常解雇に関する解雇制限法一条二項は、即時解雇に関する民法六二六条一項と異なり、独自の要件メルクマールとして、特別な利益衡量の必要性を含まない。それでも、判例は即時解雇の場合と同様に、すべての審査を締めくくりに際して、両契約当事者の利益を包括的に衡量することを要請する。

連邦労働裁判所は、当初の解雇判例において、すべての問題を一般的に利益衡量から判断した。しかしこの間、従前の包括的な利益衡量に由来する諸基準は、解雇の基礎理論の確定的な構成要素となつている。とくに重要なのは、比例性の原則（最後の手段の原則）および予測原則である。このように具体的な指針をもつ判断基準と比較して、個々の事例の判断における利益衡量の重要性は低下している⁽⁵⁵⁾。しかし、十分な立法上の紛争解決の基準が欠如しているがゆえに、最終的に、行為・態度を理由とする解雇については、対立する利益の衡量が不可欠となる。

2 利益衡量の基準

従来は解雇理由との直接的な関連性を欠くものまで含めて衡量の基準が用いられてきたが、近年においては、利益衡量の方法について次のことが重要であるとの指摘がなされている。すなわち、利益衡量の中心的な問題は、具体的な事例において保護に値する規範的に正当な労働者の利益を考慮して、使用者の解雇利益が勝るほど経営上の利益または契約上の利益の著しい侵害が存在するかどうか、でなければならぬ⁽⁵⁶⁾。また、同様の観点から、利益衡量は労働契約上の諸事情、および実態と関連する諸事情に限定されなければならないとの指摘もなされている⁽⁵⁷⁾。

それでは、具体的にいかなる事情が労働者または使用者の利益となるように考慮され得るのであるのか。まず、利益衡量の基準としてあげられるのは、労働者の契約違反の強度、過責の程度である。たとえば、是正警告を経ずになされた通常解雇の効力を肯定した前掲ケルン州労働裁判所一九八六年八月二六日判決は、視界の良い状況下で、前方に一〇〇メートル強の距離があつたにもかかわらず、前を走行する自動車にブレーキをかけずにトラックを追突させた運転手（労働者）について、重過失に近い重大な責任を認定する。

たしかに過責の程度は重要であるが、決して唯一の決定的な観点ではない。故意の場合でさえも、労働者が不当で

あり、それゆえ将来のいかなる共同労働も不可能であるという結論をただちに正当化するものではない。たとえば、労働者が故意に繰り返し一分間ほどの遅刻をする場合、このことは通常解雇を正当化するかもしれないが、他の諸事情を付け加えることなくして即時解雇を正当化するものではない。このような契約障害の強さは、使用者にとってもはや解雇予告期間を保持することが期待されないほど著しいものではない。⁽⁵⁸⁾

また、こうした不完全もしくは誤った行為・態度なしに労働者が事業所に勤務してきた期間も利益衡量に際して重要である。つまり、長年契約に忠実に働いてきた労働者の一度限りの——相対的に重大でない——失策は、とりわけその行為が繰り返されないであろうとの推定が存在する場合、解雇の正当性判断において労働者にとって有利な印象を与える。⁽⁵⁹⁾

たとえば即時解雇の効力が争われた事例として、ニーダーザクセン州労働裁判所一九九四年六月一四日判決をあげることができる。本件事案の概要は以下のとおりである。約二〇年間使用者（Ｙ）のもとでバスの運転手として雇用されてきた労働者（Ｘ）（四三歳、既婚で三人の子供がいる）は、一九九三年三月二九日、午前五時に仕事を開始して路線バスの運転に就くこととされていた。しかし、Ｘは午前六時四〇分によく職場に現れ、空港でのバスの運転業務を引き受けた。Ｘはこの仕事を行った後、バス運転手の休憩室に赴いた。ここでＸが酒気を帯びていることが確認された。その後実施されたアルコールテストによれば、Ｘは〇、七から〇、八パーミルの血中アルコール濃度の状態でバスの運転に就いていたとされる。Ｙは従業員代表委員会の意見聴取の後に即時解雇を告知した。Ｘからの解雇保護の訴えは労働裁判所では認められなかった。

これに対して、本判決は次のように述べて結論的に即時解雇の無効を確認する。たしかにＸは、旅客運送のために雇用されたバス運転手として、業務上の飲酒運転により、労働契約上の義務に対して重大な方法で違反した。また、

Xの義務違反は、本来すでに午前五時には業務を開始していなければならなかったということからして、さらに深刻である。Xは午前五時の時点では、飲酒により自身の業務を適切に遂行することのできる状態にはなかった。Xの重大な義務違反を考慮して、Xは重過失の責任を負わなければならない。義務違反の程度およびバス運転手が業務中冷静であることの明白な意義を考慮すると、是正警告もまた不要である。しかしながら、不可欠な利益衡量の際に、約二〇年にわたり非難を受けずに雇用されてきたということが——このことは適用可能な労働協約によれば通常解雇を排除する——、Xに有利となるように重要な効果をもつ。本件飲酒運転についてはそれが繰り返される危険性を認識することができないがゆえに、Xの継続雇用をYに期待することはなお可能である。第三者の危険や侵害が結果として発生しなかったということもまた、Xの有利となるように考慮される。本件の具体的な諸事情にもとづくと、YはXに対して是正警告を行うことが適当であり、かつそれで十分であった、と。

労働者の年齢は、それが右のような事業所勤務期間と関連をもつ場合は別として、それほど重要な衡量要素とは考えられていない。

なお、即時解雇の場合には、労働者の名声の喪失も考慮されなければならない。⁶¹⁾

また、扶養義務は、労働者の社会的立場に関して意義をもつことから、これを利益衡量に際して考慮するべきであるとの立場がある。もつとも、扶養義務は通例、行為・態度にかかわる解雇事由とはいかなる関係ももたないから原則として重要でないとする立場が有力である。⁶²⁾ こうした見解によれば、扶養義務が解雇事由と関連を有する場合にのみ、それは考慮されるにすぎない。これが認められるのは、たとえば労働者が自宅で病気の子供の面倒を見ていたがゆえに遅刻するといったケースである。他方で、労働者が使用者から窃盗し、盗んだ金でその子供にプレゼントを買うという場合には、扶養義務は利益衡量において重要性をもたない。ここでは契約違反と扶養義務との間の法的に相

当な関連が欠如しているからである。

さて、支配的な見解は、平等取り扱い原則は解雇法において適用され得ないと説く。もともと、この問題について、ケースを区別して論じる学説もある⁽⁶³⁾。いわく、解雇理由が存在するかどうかという問題は、労働者の解雇制限訴訟において、個別事例の特殊性を考慮して評価されなければならない。従前の解雇事例から、たとえば使用者の解雇行動のカタログが示されるべきではないし、使用者が他の労働者の契約違反に際して同様に対処したかどうかという観点から後の解雇を審査することは許されない。しかしながら、複数の労働者が、同時期に全く同種の契約違反の行動をとる場合には、事情が異なる。こうしたケースで使用者が一部の労働者しか解雇しない場合は、なぜ被解雇者の行為・態度を重要と考え、それ以外の者についてはそうでないのかを使用者が証明しなければならない、と。

一方、使用者側の事情としては、まず、使用者に解雇理由の発生に関する共働過責があるかどうかが考慮される。たとえば、労働者が運転中に事故を起こした車両の整備不良、企業の組織化の不十分さ、労働者の過誤行為の発生を高めるような圧力状況などの使用者の共働過責が認められる場合には、こうした事情は労働者にとって有利に考慮される。

また、経営上の侵害たとえば経営過程の障害、財産損害、風評被害は重要であるが、不可欠な衡量の観点ではない。

まとめにかえて

これまで縷々述べてきたドイツにおける労働者の過失行為などを理由とする解雇制限法理の要点を整理しておく次のようになる。

まず、労働者の行為・態度を理由とする解雇制限の枠組みは、主として予測原則および比例原則（最後の手段の原則）にしたがって構成されることが、判例・学説においてほぼ異論なく認められている。

また、行為・態度を理由とする解雇の社会的正当性は、以下の段階を経て審査される。さしあたり、労働者の不完全履行の質・量が正確に確認されなければならない。さらに、こうした契約違反が是正警告や配置転換などによって除去され得ないかどうかを検討される。そして、最終的に労使間の利益の衡量が行われなければならない。

解雇の社会的正当性審査の最初の段階において重要であるのは、まず労働契約における不完全履行の特質の理解である。すなわち、労働契約における労務給付は、一定の能力差やミスをとまなう人間としての労働者によって、使用者の指揮命令や一定のノルマのもとで行われる。また、そうしたノルマや圧力状態が過誤行為の生じる可能性を高めることがある。

こうした理解から、ある程度の不完全履行や軽過失行為を偶々引き起こしたという程度では、それはどのような労働者にも起こる可能性があり、使用者が想定して受け入れるべきものとして、通常解雇であっても正当性を是認しないとする態度を学説・判例においてうかがうことができる。このような行為が度々繰り返される危険性は予測されず、将来の労働関係の継続に重大な影響を及ぼすものともいえず、またそうした行為と通常解雇とは比例関係にないとされるのである。

また、判例・学説は、即時解雇をその性質からして例外的手段として位置づけており、その例外が認められるのは極めて著しい義務違反ないし重大な損害惹起のケースに限定されている。

つぎに、行為・態度を理由とする解雇の効力に関する主要な判断基準である是正警告について見ておこう。ここでは、比例原則と予測原則に根拠をもち、解雇権の放棄を意味する是正警告の要否が主要な論点となる。

比例原則や予測原則を貫徹すれば、労働者が解雇を避けるために将来契約に即して行動する可能性を最初から否定することのできないすべての事例において——侵害された領域(給付領域、信頼領域、事業所領域など)を問わず——原則として解雇をなす前には是正警告がなされなければならない。ただし、行為の質・量が重大であるケースでは、使用者にとって労働関係の継続が期待不可能であるとして、是正警告を経ずになされる解雇を容認する裁判例も見られる。ここでは、比例原則および予測原則と期待可能性の観点をどのように調整するのかという困難な問題が看取される。いずれにしても、是正警告不要のケースはきわめて重大な契約違反が行われた場合にのみ認められるにすぎない例外にとどまり、そうしたケースの安易な拡大は認められるべきではない。

この間、右に見たような原則や判断基準が解雇の正当性審査において重要なウエイトを占めるに至り、それにともない利益衡量の役割は低下してきた。

このように、解雇は制裁ではなく将来の契約障害のリスクを回避するための最後の手段であるとして、労働者の過誤行為を理由とする解雇に対して、判例および学説が比較的厳格で法的明確性の高い判断を提示してきたことも、ドイツの労使関係においてこうしたケースがそれ程多くは裁判例に登場しないという動向に影響を及ぼしているように思われる。

さて、ここで、日本の状況に立ち返ることにしよう。日本にはドイツの解雇制限法のような解雇規制立法が欠如しており、判例はそれを補うべく、実質的に解雇に正当事由を要求する解雇権濫用法理を確立するという重要な役割を担ってきた。しかし、こうした判例法理には主として次のような問題点があると指摘されている。⁽⁶⁴⁾ すなわち、解雇権濫用法理は、大企業の正社員労働者をモデルとした終身雇用・年功序列を核とする日本型雇用システムの形成・展開を承認するかたちで、労働市場のありように直結して形成されてきた。その結果、規範論理的な根拠づけにおいては

十分なものではなく、解雇権に内在した制約法理は十分に発展せず、各解雇類型ごとの要件事実が明確なものとして定立されていない。また、こうした規範論理的な脆弱性は、労働市場の変化、日本型雇用システムの変容が進展するなかで、解雇要件の安易な緩和につながる可能性があるというのである。

かねてから、右のような問題を克服しうる議論を展開することが、学説にとつての重要な課題となつて⁽⁶⁵⁾いる。たとえば、近年では、解雇制限を生存権（憲法二五条一項）および労働権（憲法二七条一項）に加えて、個人の尊重理念（憲法一三条）から正当化する見解⁽⁶⁶⁾が主張されている。また、解雇制度の存在理由などにかんがみて、企業側の権限行使それ自体の制約要因としての比例原則や予測原則にも目を向ける必要性が指摘⁽⁶⁷⁾されている。さらに、正当事由説の提唱も見られる⁽⁶⁸⁾。

また、日本の裁判例においては、労働者が過失行為などにより使用者に損害を与えた場合に、普通解雇あるいは退職金の減額・剥奪をともなう懲戒解雇により対処するケースが少なくないし、重ねて損害賠償請求がなされるケースも見られ、ここから日本の実務上の過酷な労働者負担のあり方をうかがい知ることができる。さらに、労働条件が個別的に決定される方向への転換が進み、労働組合の支援を期待できないケースが増えるなかで、労働者の過失行為を理由とする解雇が効果的に制限されなければ、労働者の実質的な自己決定は不可能となるであろう。解雇が効果的に制限されないがゆえに、労働条件を使用者が事実上一方的に決定するという事態は、労働条件対等決定の原則（労働基準法二条一項）に抵触⁽⁷⁰⁾する。

こうした問題意識に立ち、判例および学説の動向やドイツの解雇制限論をふまえると、規範論理的に十分な根拠づけがなされ、かつ行為規範として明確な解雇制限論を展開することが必要であると考えられる⁽⁷¹⁾。

また、本稿では直接の検討対象とはしなかったが、懲戒解雇の法的効力をどのように解するべきか、退職金の減額・

剥奪の問題性などについて、あらためて検討を加える必要がある。さらに、労働者の過失行為などに対する（懲戒）解雇や損害賠償請求を、機能的な重複性などをふまえて、体系的にいかん規制すべきかの問題をふくめて、今後の課題としたい。

- (1) 新星タクシー事件（東京地判昭四五・一〇・三二労民集二二巻五号一四三八頁）、大洋社事件（東京高判昭五三・三・三〇）
 ○労経速九七七号二二頁）、大阪府工業協会事件（大阪地決昭五四・一〇・九労判三二九号四一頁）、山陽電気工事事件（東京地判平三・六・一一労判五九二号三五頁）、栗本産業事件（大阪地決平六・七・一一労判六五六号二三五頁）、ミリオン運輸事件（大阪地判平八・七・三二労判七〇二号三八頁）、神戸化学工業事件（大阪地判平九・二・一一労判七一四号四八頁）、光栄機設工業事件（大阪地判平一〇・一・二三労判七三二号一四頁）などを参照。
- (2) 労働者の過失行為等を理由とする損害賠償責任については、拙稿「労働者の損害賠償責任」西谷敏・中島正雄・奥田香子編『転換期労働法の課題』（二〇〇三年、旬報社）二五〇頁以下を参照。
- (3) 大隈鐵工所事件（名古屋地判昭六二・七・二七判時一二五〇号八頁）、丸水秋田中央水産事件（仙台高秋田支判平二・四・一六判時一三五五号七一頁）、蒲商事件（大阪地判平三・八・二七労経速一四四〇号三頁）、光和商事事件（大阪地判平三・一〇・一五労判五九八号六二頁）、アサヒコーポレーション事件（大阪地判平一・三・三二労判七六七号六〇頁）などを参照。
- (4) 二〇〇三年に改正された解雇規制の内容と評価については、たとえば島田陽一「解雇・有期労働契約法制の改正の意義と問題点」労旬一五五六号（二〇〇三年）四頁以下、川口美貴「二〇〇三年労基法改正と検討課題」季刊労働者の権利二五二号（二〇〇三年）二頁以下、唐津博「二〇〇三年労基法改正と解雇・有期契約規制の新たな展開」日本労働研究雑誌五二二号（二〇〇四年）四頁以下などを参照。
- (5) 拙稿「ドイツにおける労働者の損害賠償責任制限法理に関する一考察（一）（二・完）」大阪市立大学法学雑誌四七巻二号、

三号(二〇〇〇年)参照。

- (6) たとえば、労働者が銀行の指示に違反したことに起因する銀行強盗被害につき、使用者から即時解雇(補足的に通常解雇)がなされ、労働者がその無効を訴え、反訴で使用者が損害賠償請求を行ったという事案で、ベルリン州労働裁判所一九八七年一月二七日判決(LAGE § 611 BGB Gefährdungseigige Arbeit Nr. 1)は、即時解雇を無効とする一方で、事前に是正警告をせずになされた通常解雇を有効として、労働者の損害賠償責任を損害額の三分の二に制限した。
- (7) 一般的に学説・判例は、効果の見込みがないがゆえに、一身上の理由による解雇の前に是正警告(詳細については後述五を参照)を行うことは不要であると解する。これについて、たとえば連邦労働裁判所一九七六年七月二九日判決(AP Nr. 9 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung)を参照。本件原審は、コンサートマスターに必要な指導能力は、主観的な意思とは関連しない持って生まれた個人の能力によるものであり、当該コンサートマスターの給付の欠如は有責の過誤によるのではなく、客観的に個人の能力にもとづくのであるから、是正警告は不必要であると考えた。これに対して、上告審としての右連邦労働裁判所判決は、指導能力の欠如が芸術家の領域においても要求や期待を誤って判断すること起因する場合があると、是正警告がなされたかどうかを審査する必要性を指摘した。この点につき、不十分な労務給付が行為・態度と適性・能力のいずれに起因するのかの確定が難しいことがあり、そうした場合は、原則として、解雇を発する前に是正警告が必要である¹⁾との指摘がなされている(Dörner, in: Großkommentar zum Kündigungsrecht, 2000, S. 287)。
- (8) Preis, Die verhaltensbedingte Kündigung(1), DB 1990, S. 634.
- (9) Vgl. Preis, a. a. O. (Fn. 8), S. 634. また、制裁的人格は即時解雇の目的となりえない旨判断するものとして、ケルン州労働裁判所一九八七年七月二日判決(LAGE § 626 BGB Nr. 32)も参照²⁾。
- (10) Hoyningen-Huene/Linck, Kündigungsschutzgesetz, 13. Aufl. 2002, S. 137.
- (11) Preis, a. a. O. (Fn. 8), S. 634. なお、将来の消極的予測の有無に重点を置かない見解もある。たとえばレーヴィッシュは次のように説く。行為・態度に基づく解雇の権利によって以後の契約違反のリスクを回避する可能性を使用者に付与するという目的を追求することから、契約違反の行為を将来繰り返す危険性が確認される場合のみ解雇が許容されるという意味での消極的予測の必要性を根拠づけることはできない。むしろ、法は、契約違反行為に対する解雇の権利によって、使用

- 者の解雇の自由を再び確立し、使用者に——契約違反の重大さが前提とされてはいるが——契約を維持するつもりか否かの判断を委ねるであろう。こうした考え方に基ついて、レーヴィッシュは、労働者の過責の程度、勤続期間の長さ、経営上の影響を基準として解雇の効力を判断する。なお、この見解によれば、行為の非難可能性が高いほど、経営上の影響が小さい場合にも、また、経営上の影響が重要であるほど、単なる軽微な過責の場合にも、解雇が考慮される (Löwisch, Kündigungsschutzgesetz, 8. Aufl. 2000, S. 98 ff.)。これに対して、右の見解は簡潔さや明確さという利点を有するところも、予測原則を重要視する立場から反論を加えるものとして、Berkowsky, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 3. Aufl. 1997, S. 134 f. 参照。
- (12) 根本到『解雇法理における『最後の手段の原則 (ultima ratio Grundsatz)』と『将来予測の原則 (Prognoseprinzip)』——ドイツにおける理論の紹介と検討——』日本労働法学会誌九四号 (一九九九年) 一九五頁以下参照。
- (13) BAG Urt. v. 30. 5. 1978, AP Nr. 70 zu § 626 BGB.
- (14) Vgl. Preis, Die verhaltensbedingte Kündigung (Teil II), DB 1990, S. 685.
- (15) Vgl. Preis, a. a. O. (Fn. 14), S. 685 f.
- (16) たとえば、労働者 (X) の不完全な労務給付、無許可の欠勤が繰り返されたこと等を理由とする解雇の効力が争われた連邦労働裁判所一九八二年七月二二日判決 (AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969) は、X が実際に他の職種たとえば運搬業務で継続雇用され得たかどうかを明確にしなければならぬと述べて、行為・態度を理由とする解雇については労働者が事業所の他の立場で雇用され得なかったかどうかを審査する必要はないとした原審判断を破棄した。
- (17) たとえば、連邦労働裁判所一九九三年三月二二日判決 (AP Nr. 32 zu § 626 BGB Ausschlussfrist) は、労働者 (X) が、同僚に暴力を振るい傷害を負わせ、これを理由になされた解雇の効力が争われた事案で、結論的に通常解雇を無効とした原審の判断を破棄差戻すに際して、次のように述べる。すなわち、X の暴力については、職場と関係する義務違反が問題となったのであるから、配転を考慮することができた。異なる職場で継続雇用することが、使用者にとって可能であり、また期待可能であったに違いない、と。
- (18) もっとも、こうした考え方に批判的な見解もある。いわく、契約違反が著しく、そのことが解雇を正当化するのであれば、

労働者を別の職場であらためて雇用してみることを使用者に期待することはできない。比例性審査は、契約は秩序に即して満足されなければならない、給付が秩序に合わない場合、契約当事者は契約への拘束から解放される権利を持たねばならないという労働関係にも妥当する原則を修正し、社会的保護を過度に拡張することになる。(Löwisch, a. a. O. (Fn.11), S. 106.)

- (6) Vgl. Dörner, a. a. O. (Fn. 7), S. 288 f.
- (20) Vgl. Preis, a. a. O. (Fn.8), S. 632 ff.
- (21) Dörner, a. a. O. (Fn.7), S. 288. なお、労働義務の違反としては一般に、不完全履行のほかに、労働の拒否、遅刻、故意の職場離脱、無断欠勤などが問題となる。また、付随義務違反のケースとしては、就業証明書・就労許可の使用者に対する不提出、侮辱行為、その他の事業所平和の侵害(政治活動、見解の表明、暴力行為)、事業所秩序(禁煙、禁酒など)に対する違反、競業禁止の違反、労働時間中の組合活動、政治活動等が問題となる。
- (22) Dörner, a. a. O. (Fn.7), S. 290.
- (23) Berkowsky, a. a. O. (Fn. 11), S. 128.
- (24) Stahlaecke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl. 2002, S. 245; また、デュッセルドルフ州労働裁判所一九五四年一月二四日判決 (BB 1955, S. 436.) も参照。本判決は、通常解雇の効力が争われたケースで次のように判断する。個々の労働者によって労務給付の水準は異なるから、他の労働者と比較して、ある労働者の給付の水準が低いことは、直ちに問題とはならず、なお事業所において甘受されうる。もっとも、労働者の不完全な給付が有責に行われ、使用者にとつて期待可能な基準を超える場合には、使用者はこのような労働者を解雇する権限を有する、と。他に、労働者が是正警告にもかかわらず解雇されるまでずっと有責の不完全な給付を続けたことが平均的な給付として当該労働者に期待されるものを著しく下回ることを認め、通常解雇の効力を肯定するものとして、ハム州労働裁判所一九八三年四月二三日判決 (DB 1983, S. 1930 f.) があげられる。
- (25) Kitter/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 5. Aufl. 2001, S. 1336.
- (26) Vgl. Kitter/Däubler/Zwanziger, a. a. O. (Fn. 25), S. 1317.

- (27) Vgl. Berkowsky, a. a. O. (Fn. 11), S. 145 f. また、労働者 (X) の不完全な労務給付、無許可の欠勤が繰り返されたこと等を理由とする解雇の効力が争われた連邦労働裁判所一九八二年七月二二日判決 (AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969.) は次のように述べて、解雇無効の訴えを退けた原判決を破棄し、事案を原審に差し戻した。すなわち、労働者が平均を下回り不完全にしか仕事をしなかったことも、それ自体では解雇を社会的に正当化し得ない。当該労働者の仕事が労働契約を満足させないわけではないとしても、複数の労働者の中の一人は、つねに最も不完全な仕事をする。非常に良いグループの中では、良い労働者の労働でさえも平均を下回る。また、臨時に雇われた学生の労務給付についてはなら認定が行われていないのだから、Xの仕事は学生と比較することも解雇を正当化し得ない」と。
- (28) Vgl. Kitter/Däubler/Zwanziger, a. a. O. (Fn. 25), S. 920 ff.
- (29) Hoyningen-Huene/Linck, a. a. O. (Fn. 10), S. 232.
- (30) LAG Köln Ur. v. 2. 7. 1987, LAGE § 626 BGB Nr. 32.
- (31) BAG Ur. v. 4. 7. 1991, RZK I 6 a Nr. 73.
- (32) Vgl. Kitter/Däubler/Zwanziger, a. a. O. (Fn. 25), S. 69 f.
- (33) Dörner, a. a. O. (Fn. 7), S. 306.
- (34) Dörner, a. a. O. (Fn. 7), S. 321.
- (35) なお、経営組織法一〇二条一項によれば、使用者はすべての解雇について、事前に従業員代表委員会の意見を聴取しなればならず、意見聴取を終了になされた解雇は無効とされる (Vgl. Berkowsky, a. a. O. (Fn. 11), S. 258 f.)。
- (36) Berkowsky, a. a. O. (Fn. 11), S. 205.; ebenso Hoyningen-Huene/Linck, a. a. O. (Fn. 10), S. 229 f.
- (37) Vgl. Kitter/Däubler/Zwanziger, a. a. O. (Fn. 25), S. 90.
- (38) Kitter/Däubler/Zwanziger, a. a. O. (Fn. 25), S. 90.
- (39) Vgl. Hoyningen-Huene/Linck, a. a. O. (Fn. 10), S. 236.
- (40) Löwisch, a. a. O. (Fn. 11), S. 104 f.
- (41) Kitter/Däubler/Zwanziger, a. a. O. (Fn. 25), S. 91.

- (42) Kitter/Däubler/Zwanziger, a. a. O. (Fn. 25), S. 92.
- (43) RZK I 51 Nr. 81.
- (44) 特別な責任を引き受けた地位の高い従業員が、継続的な重過失行為により使用者に重大な損害を生ぜしめた事案で、信頼が損なわれたことを理由に是正警告を経ずになされた即時解雇が正当化されると判断したものと、前掲連邦労働裁判所一九九一年七月四日判決 (RZK I 6 a Nr. 73.)^{*)}を参照。
- (45) Anm. Felderhoff zu BAG Urt. v. 4. 6. 1997, AP BGB § 626 Nr. 137.
- (46) Dörner, a. a. O. (Fn. 7), S. 308.
- (47) Vgl. Kitter/Däubler/Zwanziger, a. a. O. (Fn. 25), S. 71 f.
- (48) Vgl. Berkowsky, a. a. O. (Fn. 11), S. 201 f.
- (49) BAG Urt. v. 4. 6. 1997, AP Nr. 137 zu § 626 BGB.
- (50) フェルダホフは「了した原則を明確化した点に賛同しつつ以下の疑問を呈する。つまり、連邦労働裁判所は依然として給付領域、信頼領域、事業所領域などの概念に今後も意義を認めるであろう。しかし、これは、侵害された領域が異なり、ということによる区別は限定された意義しかもたないとの連邦労働裁判所自身の見解と矛盾するように思われる。連邦労働裁判所は結論において、労働者の制御可能な行為が解雇の原因をもたらす場合、損なわれた領域による区別は是正警告の必要性の審査にとって必要でないということを意図しているにすぎない。いわゆる領域理論は、解雇理由それ自体の審査のために、やむに引かれ維持されなければならない。」(Anm. Felderhoff, a. a. O. (Fn. 45)).
- (51) Vgl. Kitter/Däubler/Zwanziger, a. a. O. (Fn. 25), S. 72 f.
- (52) LAG Köln v. 26. 8. 1986, LAGE § 611 BGB Abmahnung Nr. 4.
- (53) Kitter/Däubler/Zwanziger, a. a. O. (Fn. 25), S. 80.
- (54) Berkowsky, a. a. O. (Fn. 11), S. 202.
- (55) Preis, a. a. O. (Fn. 14), S. 688.
- (56) Preis, a. a. O. (Fn. 14), S. 688.

- (57) Stahlhacker/Preis/Vossen, a. a. O. (Fn. 24), S. 478.
- (58) Hoyningen-Huene/Linck, a. a. O. (Fn. 10), S. 135.
- (59) Preis, a. a. O. (Fn. 14), S. 688 f. また、ケルン州労働裁判所一九九五年一月二五日判決 (LAGG § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 46.) も参照。判決は使用者 (Y) のもとで約一九九一年間雇用されてきた労働者 (X) が、最近の一年半における一連の義務違反 (無断欠勤等) と是正警告を二回行ったことを理由に Y からなされた解雇の効力を争った事案について次のように判断した。つまり、X が相当な日数欠勤し、是正警告がなされたにもかかわらず、これまで X は一七年以上不都合を起さず勤続してきたことを考慮すると、解雇はなお正当とみなすことはできない。労働関係が長期間妨げられずに継続したことは、相当労働者に有利となるように評価される事情であり、使用者は労働者がもたらす障害を一定の範囲で甘受するのが適切である。X が是正警告の後約一五ヶ月の間に新たに四日間不当に欠勤したことは、悪意に基づくものではなくて、人間的な弱さや人間的な誤りおよび特別な状況に依拠するものである。と。
- (60) LAG Niedersachsen, Urt. v. 14. 6. 1994, EWIR § 626 BGB 5/94, S. 1081.
- (61) Kitzner/Daubler/Zwanziger, a. a. O. (Fn. 25), S. 926.
- (62) Hoyningen-Huene/Linck, a. a. O. (Fn. 10), S. 226 f.
- (63) Ascheid, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 1998, S. 2073.
- (64) 米津孝司「解雇権論」初井常喜編『戦後労働法學説史』(一九九六年、労働旬報社) 六八九頁以下。
- (65) 戦後の学説の史的展開を詳細に整理・分析するものとして、米津・前掲(注64)論文六五七頁以下参照。
- (66) 村中教授によれば、判例や学説において考慮されていた不利益はもっぱら経済的な不利益(収入の道を奪われる)で、それは解雇が労働者にもたらす不利益のうち最も重大なものではあるがすべてではなく、精神的不利益や人格的不利益も考慮されなければならないとされる。具体的に後者の不利益としては、解雇は労働者に無能であるとの宣告を意味する場合が多いこと、労働者の自己実現の場が奪われること、解雇の脅威が労働者の人格的従属を強め、その結果、労働者の人間としての尊厳を侵害する危険を生ずることなどが指摘されている(村中孝史「日本の雇用慣行の変容と解雇制限法理」『民商法雑誌』一九九四年・五号(一九九九年)六〇五頁以下)。また、この見解に基本的に賛成しつつ、従属性の視点をさらに

自己決定の理念と総合すべしとする吉田教授は次のように説く。すなわち、労働は、労働者の生活そのものであり、労働者の能力を形成・発展させ、人間関係をとりむすび、人格的発展をはかる行為である。解雇は、そのような場を使用者の意思により一方的に剥奪するものである。解雇を自由にできるとすれば、単に取引関係の場面だけではなく、労働者の生活関係全体に対して強い規制力をおよぼしうる。自己決定の理念は肉体と切り離せない労働力の取引が公正に行われる場面だけではなく、労働の場面をふくむ労働生活全体で尊重されねばならない、と（吉田美喜夫「解雇法制と規制緩和」萬井隆令・脇田滋・佐賀一道編『規制緩和と労働者・労働法制』（二〇〇一年、旬報社）二六〇頁以下）。

(67) 解雇権の形成権としての性格にかんがみ、労使の適正な利益調整の可能性の確保という観点から、比例原則的な思考を導入し、信義則上要請される解雇回避義務の内容を検討することは十分に意義がある旨を説くものとして、藤原稔弘「解雇制限」金子征史・西谷敏編『基本法コンメンタル労働基準法〔第四版〕』（一九九九年、日本評論社）八八頁参照。

(68) 継続的契約関係における解約告知は将来に向けてられた効力、非遡及効をもち、その行使目的が将来の拘束から離脱することに向けてられていることに予測原則の適用の根拠を求め、また解雇権という形成権を行使する際には最後の手段の原則が内在的に課されていると解する見解として、根本・前掲（注12）論文二〇六頁以下がある。また、根本到「解雇法理の理論的課題」労旬一四九五・九六号（二〇〇一年）三五頁以下も参照。

(69) たとえば、本久洋一「解雇制限の規範的根拠」日本労働法学会誌九九号（二〇〇二年）一九頁以下は、客観的合理的理由が解雇権の発生要件となることを次のように説明する。すなわち、使用者の労働契約締結目的は、事業にあるのだから、業務上の必要性によって正当化されない解雇を認める合理性はない（合理的意思解釈）。また、事業に伴う使用者の社会的責任に照らすと、たとえ解雇に業務上の必要性が認められる場合であっても、所期の目的が別の手段によって実現可能である場合には、解雇の客観的合理的理由は認められない（信義則上の義務）、と。

(70) 西谷敏「新時代の労働法の課題」西谷敏・中島正雄・奥田香子編『転換期労働法の課題』（二〇〇三年、旬報社）三二頁以下参照。

(71) 次のような指摘も示唆に富むと思われる。すなわち、労働者の行為・態度を理由とする解雇は、しばしば訴訟において感情的な論争に至る。数多くの判決を読めば、裁判所の判断が強行的な法原則の適用にもとづくとの印象を背後に押しやる。

しかし、感情が判断に影響を及ぼすならば、裁判所および法律学は頭脳を冷静に保つことを要求される。これは、明白で説得力のある法原則が個々の事例の解決を導くことができれば成功する。客観的で規範的な指針の発展がなければ、法的安定性も公正さも存在しえない、と (Preis, a. a. O. (Fn. 8), S. 630)。

- (72) 行為規範としての明示性を高めるためには立法化が望ましい。解雇規制に関する立法構想については、たとえば、島田陽一「解雇規制をめぐる立法論の課題」日本労働法学会誌九九号(二〇〇二年)七四頁以下参照。なお、解雇制限の個別具体的な性格、雇用政策変動の過渡期においては雇用政策と不即不離の関係にある解雇ルールもできるだけ弾力的であるべきことなどからして、解雇ルールの立法化は適切でないとする見解もある(大内伸哉「解雇法制の“pro veritate”」大竹文雄・大内伸哉・山川隆一編『解雇法制を考える——法学と経済学の視点』(二〇〇二年、勁草書房)二四四頁以下)。この考え方によれば、裁判所の裁量の大きい解雇権濫用法理を維持しつつ、手続的ルールを中心に据えるように組み替えることが必要とされる。つまり、解雇に関する実体的規制はなるべく行わず、裁判所が事後的に判断する主たる対象は、解雇を進めようとする使用者が協議手続きのなかで労働者を納得させるために説得をしたかどうかである、とされる。

