

労働法における解雇システム — 一日独法比較 —

ロルフ・ヴァンク
緒方桂子 (訳)

I 法システムのなかの解雇

1. フレクスキュリティ

通常の解約を行う権利は、契約法に内在するものである。契約を締結しているからといって、一生涯それに拘束されるということはない。この権利に制限をかけることはできるが、一般には、解約告知期間が問題になるのみで、解約理由を問題にすることはない。しかし、賃貸借契約と労働契約の場合は別である¹⁾。借家人及び労働者は、住居ないし就業場所に依存する度合いが高いために、これらの法的関係においては、解約理由もまた特別な制限の下に置かれている²⁾。しかし他方、保護が強すぎれば正反対の結果を引き起こす³⁾。すなわち、借家を建てたり、住まいを貸すことにメリットがなければ、投資が行われなくなり、現在の状態は発展せず、衰退していくことになる。この現象は、旧東ドイツで見られた。そこでは、賃貸にメリットがなく、それゆえ借家は朽ちていった。同じことはオーストリアでも生じた。そこでは、強すぎる解約保護が同じ結果を導いたのである。

労働法における同様の結果は、同じように、旧東ドイツで見られた。

1) 労働関係の解約について概観するものとして、*Wank, Nihon Rodo Kenkyu Zasshi* Heft 6, 2001, S. 1.

2) *Preis in Ascheid/Preis/Schmidt (APS), Kündigungsrecht*, 4. Aufl. 2012, Grundlagen B; *Jürgen Griebeling*, in *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz (KR)*, 9. Aufl. 2009, § 1 KSchG Rn. 18 f.; *von Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, 14. Aufl. 2007, Einl. Rn. 3 ff.

3) *Wank, Das Recht auf Arbeit*, 1980, S. 82 ff.

事業所は、ほとんど例外なく国有であったが、イデオロギー上の理由から、ほとんど解雇は行われなかった。すべての職場が定員オーバーであった理由はまさにこれである——ドイツ再統一後、同じ仕事は3分の1の労働力で行うことができた。国民総生産高はそれに相応して低く、それゆえ、再統一によってのみ、この破産状態に陥った国は国家破産（Staatsinsolvenz）を免れえたのである⁴⁾。

要するに、労働法においては、労働者の雇用確保の利益と企業としての使用者の柔軟性の利益とを慎重に考慮することが重要である。これは「フレクスキュリティ」（flexicurity）という言葉で表現される。すなわち、柔軟性と安定性の調和がとれていなければならないということである⁵⁾。

ここでは、解雇法制を、他の解決手段と関連づけながら検討していくことにする。

2. 他の解決手段

まず第1に、使用者はどの範囲で労働条件を一方的に変更することが許されるかということが問われる。この場合には、解雇は不要である。次に、「標準的労働関係」（Nomalarbeitsverhältnis）⁶⁾が提供するそれよりも一層の柔軟性を達成することのできる、解雇に類似した手段となる。そこには、有期労働契約関係、パートタイム労働関係、アウトソーシングによって行われうる業務の外注化、すなわち役務提供契約（Dienstvertrag）や請負契約とくに下請け企業への業務委託によって業務を他の企業に移していくこと、そして、派遣労働の投入といった非典型的労働関係の導入が含まれる⁷⁾。

4) イタリアにおける現状について述べるものとして、FAZ Nr. 218 v. 18.9.2012, S. 12. 参照。

5) この点に関して、Wank, AuR 2007, 244; Ebert, Flexicurity auf dem Prüfstand, Nov. 2012刊行予定; Araki, Enactment of the Labour Contract Act and its Significance for Japanese Labor Law, 2009, p. 97, 115.

6) 標準的労働関係に関して Waltermann, Gutachten für den 68. DJT, 2010（要約版として NJW 2010, 81）; Wank, RdA 2010, 193.

7) 派遣労働及びその他の契約の限界について Wank in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2012, § 1 AÜG Rn. 8 ff.; Dietrich in Reufels, Personaldienstleistungen, 2012, A Rn. 28 ff.

また、解雇制限法2条に基づく変更解約告知も手段として挙げられる。ここでは、労働関係の終了が問題となっているのではない。使用者は、労働関係を継続したいと考えているのである。他の労働条件の下で、ではあるが。当該労働条件変更は重大なものであり、それゆえ指揮命令権の行使によって行うことはできない。この場合、使用者は、一方的に労働条件を変更することができるが、そのために、使用者は労働関係全体を解約しなければならない——それは使用者の望むことではないが、この構造を理解している労働者はいない。実務において、この手段は、役に立っておらず、ほとんど用いられることもない⁸⁾。また、いずれにせよ、賃金引き下げに関して、この手段は適当ではない。なぜなら、裁判例によれば、それは事業所の存続が危機にさらされているときに初めて許されるものだからである⁹⁾。

上述したこれらの手段は、解雇法制とともに、相互に関連する連通管システムを形成している。すなわち、ひとつの権利が厳格にすぎる場合、使用者は他の手段に切り替える、ということである。

解雇に関していえば、厳格すぎる、あるいは、予測可能性の低い解雇法制や、実行不可能な解雇法制の下では、使用者は、リスクを伴う解雇に頼らなくて良いように、採用を控えるようになる。

労働法が解雇に規制を課す場合には、さまざまな可能性が考えられる。以下では、解雇予告期間と解雇期日 (II)、解雇理由 (IIIからX)、及び手続 (XI) について順に検討を進めていくことにする。

3. 日本

日本においては、解雇法制は、近年までそれほど大きな意味を持たなかった。なぜなら、終身雇用の原則が通用していたからである¹⁰⁾。しかしながら、この原則は次第に通用しなくなってきており、それに伴って、ますます解雇法制の重要性が高まっている。

8) *Ballering*, Die einseitige Änderung von Arbeitsbedingungen, 2003.

9) BAG AP KSchG 1969 § 2 Nr. 81, 82, 138.

10) *Araki*, Labor and Employment Law in Japan, 2002, p. 18; *Nishitani*, Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht, 2003, S. 3.

II 解雇予告期間、解雇期日、形式

仮に、法秩序が、解雇理由について高度のものを求めている場合であっても、解雇予告期間及び解雇期日による保護は、いずれにせよ、予定されている。

あらゆる法秩序は、2種類の解雇を念頭においている。すなわち、即時解雇と解雇予告期間を伴う解雇である。いずれにせよ、即時解雇（特別な解雇）の場合には、特別な理由が必要とされる（IX参照）。

普通解雇（解雇予告期間を伴う解雇）は、一定の期間及び期日に拘束される。ドイツには、いわゆる解雇制限法という法律はあるが、解雇法制はさまざまな制定法のなかに分断されている。完全なる解雇制限法というのは、関連するすべての規定を含むものでなければならない。

ドイツでは、まず、ドイツ民法130条に定める一般条項が出発点となる。これは、労働関係に関する特別な規定ではない¹¹⁾。形式、期間、期日については、ドイツ民法125条、126条、そして622条が規定している。普通解雇の解雇理由に関しては、中規模及び大規模の事業所を対象とする解雇制限法のなかに規定がある。小規模の事業所における解雇の場合には、ドイツ民法242条が規定する信義則が考慮される。さらに、一定の人的グループのための特別な解雇制限があり、それらは、さまざまな制定法のなかに規定されている（XI参照）。

1. 基本予告期間

ドイツ民法622条は、予告期間と期日に関して、第1項に定める基本予告期間と、2項に定める延長期間とを区別している。

労働関係における基本予告期間は、使用者及び労働者の双方について4週間である。解雇期日は、15日あるいは当該暦月の末日である¹²⁾。

11) APS-Preis, Grundlagen D Rn. 36 ff.; KR-Friedrich, § 4 KSchG Rn. 102 ff.; Wank in Münchener Handbuch des Arbeitsrechts (MünchArbR) Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 96 Rn. 24 ff.; von Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG Rn. 133 ff.

12) 概観するものとして Wank in MünchArbR § 97 Rn. 9 ff.; KR-Spilger, § 622 BGB; Stahlhacke/Preis/Vossen (SPV), Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl. 2010, Rn. 420 ff.

この規制を逸脱することは可能である。まず、基本予告期間に関して、通常、4週間の期間を短縮する方向で逸脱される。法は、以下の3つの理由がある場合に、逸脱を許している。

- 試用労働関係の場合
- 労働協約に定めがある場合
- 個別契約に定めがある場合

パート及び有期労働契約法14条1項5号によれば、有期労働契約の締結は、試用の場合であれば許される。しかしながら、試用期間の取り決めは、試用労働関係の締結を強制することを意味するものではない。試用期間経過後、労働関係が継続しない場合には、ドイツ民法622条にいう意味での試用期間の問題ではない。使用者が未だ継続を決めておらず、試用期間経過後に自由に決める場合には別である。このような場合には、使用者は、ドイツ民法622条1項の規定に関わらず、解雇予告期間を、4週間ではなく、2週間（あるいは、2週間から4週間の間での期間）とすることを取り決めることができる¹³⁾。

ドイツ民法622条4項によれば、労働協約によって、同2項もしくは3項を逸脱することができる¹⁴⁾。すなわち、標準的労働関係であろうと試用労働関係であろうと、制定法上の解雇予告期間よりも短く取り決めることができる。

さらに、解雇予告期間は、ドイツ民法622条5項に基づき、個別契約によっても短縮することができる¹⁵⁾。これに該当するのは次の2つの場合である。すなわち、ひとつは、一時的な臨時雇いとして採用している場合である。この場合には、使用者は、通常、有期労働契約を締結している。

基本予告期間を逸脱するもうひとつの場合は、使用者が20人未満の労働者を使用していることを要件とする。この場合、解雇予告期間は、最低4週間としなければならない。制定法上の規定と異なるのは、4週間の期間ではなく、特定の解雇期日を放棄するという点にある。

ドイツ民法622条5項3文によれば、制定法上の期間よりも長い期間

13) SPV-Preis Rn. 486 ff.; KR-Spilger, § 622 BGB Rn. 152 ff.

14) SPV-Preis Rn. 460 ff.; KR-Spilger, § 622 BGB Rn. 211 f., 216 ff.

15) SPV-Preis Rn. 452 ff.; KR-Spilger, § 622 BGB Rn. 141 ff.

〈228〉 労働法における解雇システム（ヴァンク [和田、緒方]）

を、個別契約によって取り決めることができる。しかしながら、6項に留意しなければならない。当該規定によれば、労働者からの解約の場合の予告期間を、使用者の側からの解雇におけるそれよりも長い期間で取り決めることは許されない。

2. より長い解雇予告期間

ドイツ民法622条2項は、労働関係の継続期間に応じて段階づけられた、より長い解雇予告期間を予定している。解雇予告期間は、歴月の最終日までの1ヶ月間から、7ヶ月までに達する。ドイツ民法622条4項によれば、労働協約によってのみ、当該規定を逸脱することが可能である。

同法2項2文は、25歳に達する前の就業期間は考慮しないとしていた。ヨーロッパ裁判所は、Küçükdeveci事件において、それは無効であると判断した¹⁶⁾。

3. 形式

ドイツ民法623条によれば、解雇は文書で行わなければならない。

4. 日本

日本の労働法は、解雇予告期間を長くすることを認めていない。それは、長期間勤務している者もまた、一般的な解雇予告期間を享受する権利を有するにすぎないということの意味する。労働基準法20条1項によれば、その期間は30日である。また、日本の労働法は、普通解雇と特別解雇とで扱いを異にしている。同項2文によれば、以下の場合である。

——天災事変を理由とする解雇の場合

——労働者の側に起因する解雇の場合

この場合、同条3項及び同法19条2項に基づき、労働基準監督署の許可を得なければならない。

労基法21条は、ドイツ民法622条と同様に、解雇予告期間に関する

16) EuGH NZA 2010, 85–Küçükdeveci.

規定が適用されない場合を規定している。すなわち、労働者に関して、

- 日々雇用の場合
- 2月を超えない期間を定めて雇用されている場合
- 4月を超えない期間での季節的業務の場合
- 試用期間の場合

なお、日本において、解雇は、文書で行われることを要しない¹⁷⁾。

Ⅲ 一般的な解雇制限に基づく通常解雇の際の解雇理由

1. ドイツ

解雇に解雇理由を求めるという特別な要請にあたっては、そもそも、範囲の明確化が不可欠である。

まず第1に、解雇予告期間を伴った普通解雇（ⅢからⅧ参照）と、通常、解雇予告期間を伴わない特別な解雇（Ⅸ参照）との区別である。

次に、小事業所における解雇と、それ以外の事業所における解雇（Ⅷ参照）とを区別しなければならない。解雇制限法23条によれば、10名未満の労働者を使用する事業所には、同法は適用されない。

さらに、一般的な解雇制限と、特別な人的グループに対する解雇制限とを区別する必要がある（Ⅹ参照）。

小事業所以外の事業所における一般的な解雇制限については、解雇制限法1条2項及び3項に解雇理由に関する規定がある。解雇制限法の適用要件は、第1に、小事業所でないこと、第2に、当該事業所に6月を超えて雇用されている労働者であることである。

他の法システムと同様に、ここでも、使用者側の領域における理由による場合と、労働者側の領域におけるその場合とは区別される。後者の場合、さらに、人的理由の場合と、行為に関する理由の場合とに分けられる。具体的にこの3つの理由のうちのどれに区分されるかは、重要である。なぜなら、それぞれ異なる要件が適用されるからである。たとえば、経営上の理由による解雇の場合には社会的選択が行われ（Ⅳ3参照）、また、行為を理由とする解雇の場合には、原則として、事前の警

17) Nishitani S. 325 ff.

〈230〉 労働法における解雇システム（ヴァンク [和田、緒方]）

告が必要とされる（V1b参照）。

制定法の法文とは別に、判例は、多くの諸原則に基づいて判断を行っている。すなわち、相当性原則¹⁸⁾、予測原則¹⁹⁾、そして、利益衡量²⁰⁾である。

2. 日本

2003年まで、日本における制定法による解雇制限は解雇予告期間のみであり、合理的理由を必要条件としていなかった。しかし、判例は、権利濫用の禁止原則に基づいて、合理的理由の観点から、解雇をコントロールの下に置いていた²¹⁾。

しかしいまや、労契法16条——同条の制定に伴い、労基法18条の2は削除——が、客観的に合理的な理由がなく、社会通念上の相当性がない場合には、解雇は無効であると規定している²²⁾。しかしながら、この新たな条文は、詳細を規定してはいない。もっとも、同条の適用にあたっては、従来の裁判例を引き合いに出すことが可能である。

IV 解雇制限法に基づく経営上の理由による解雇

解雇制限法1条2項によれば、差し迫った経営上の理由から行われる解雇は許される。

18) APS-Preis, Grundlagen H Rn. 55 ff.; ErfK-Oetker, § 1 KSchG, Rn. 74 ff.; KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 214 ff.; von Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG Rn. 348 ff., 392 f.

19) APS-Preis, Grundlagen H Rn. 74 ff.; ErfK-Oetker, § 1 KSchG Rn. 78 ff., 105; KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 325 ff., 366.

20) APS-Preis, Grundlagen H Rn. 42 ff.; ErfK-Oetker, § 1 KSchG Rn. 82 ff., 108 f.; KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 273 ff., 347 ff., 547 ff., 703 ff.; von Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG Rn. 199 ff.

21) Nishitani S. 324; Sugeno, Japanese Labor Law, 1992, p. 401.

22) この点は、ドイツの解雇制限法1条1項と同一であるように思われる（「社会的に正当性を欠く」）；同項の内容に批判的なものとしてWank, RdA 1987, 129, 135; 別の見解としてErfK-Oetker, § 1 KSchG Rn. 63. 同法1条2項及び3項に相当する規定が欠けていることを考慮すれば、日本法の表現は独自の意味を有する。

1. 経営上の必要性

経営上の理由に関し、判例及び学説においては、事業所内の理由と事業所外の理由とが区別されている²³⁾。しかし、それは不要である²⁴⁾。意図されているのは、ひとつには、流行の変化や、売り上げの減少、景気の暴落などの事業所外の圧力を考慮するということであるが、しかし、合理化を行うという使用者の決定といった事業所内の理由で十分である。

これに関する法文に現れていないメルクマールは、事象と解雇の意思表示との間に存在する「企業的判断」²⁵⁾である。たとえば、売り上げが減少している場合、使用者は、現在の従業員とともに、良い時期が来るのを待つこともできるし、短縮労働を実施したり、あるいは、従業員を解雇したりすることもできる。すなわち、売り上げの減少という事態は、当然のように一定の解雇を導くものではなく、企業的判断を行わせるにすぎない。

同じことは事業所内の理由についてもあてはまる。使用者が合理化を決定した場合、使用者は、たとえば、組織のヒエラルヒーを平らにし、一定の管理職ポストをなくすこともできるし、10人に1人を解雇することもできる。あるいは、自然の変動に委ねることもできる。

労働裁判所は、それが明白に濫用である場合を除いて、企業的判断自体をコントロールすることはできない。企業的判断の濫用は、いわゆる「交換のための解雇」(Austauschkündigung)²⁶⁾の場合に認められる。つまり、仕事は存在するが、使用者にとってコスト高であると思われる従来雇用してきた従業員を別の労働者に置き換える場合には濫用にあたる。

裁判官によるコントロールを制限することは正当である²⁷⁾。労働裁判官は、より優れた企業家ではない。また、ひょっとして経済的な観点か

23) BAG AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138.

24) *Wank*, RdA 1987, 129, 135.

25) APS-Kiel, § 1 KSchG Rn. 461 ff.; ErfK-Oetker, § 1 KSchG Rn. 239 ff.; KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 521 ff.; SPV-Preis Rn. 904 ff.

26) BAG AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 133; *Hasler-Hagedorn*, Die “Austauschkündigung” und die “Freikündigung” im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung, 2012; KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 517, 523; SPV-Preis Rn. 946 ff.

27) 謙抑的な見解を述べるものとして *Däubler*, Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht, 2012; *ders.*, DB 2012, 2100.

らは意味のない企業の判断であっても、ドイツ基本法12条が規定する企業の営業の自由によって保護される。

しかし、労働裁判所は以下の点については審査を行う。

- 実質性²⁸⁾
- 納得性²⁹⁾
- 因果関係の存在³⁰⁾

すなわち、使用者による企業の判断には、たとえば、売り上げの減少といった、その判断の基礎となるものがなければならない。そして、企業の判断とその結果とは納得のいくものでなければならず、また、原因と企業の判断との間の因果関係、及び、企業の判断と解雇との間の因果関係が立証されなければならない。

常に前提条件となるのは、当該業務の廃止である³¹⁾。仮に、解雇後もなお、同じ量の業務が残っている場合には、当該解雇は無効である。

2. 相当性

a) 制定法の規定

上述した要請のいくつかは、直接に制定法から導かれるのではなく、判例によって展開してきたものである。しかしながら、「相当性」というメルクマールは、制定法上の文言である「緊急の」と「必要な」に拠っている。経営上の理由が相当性審査の下に置かれることについて争いはない³²⁾。しかし、そのことから具体的に何が要請されるのか³³⁾、とりわけ労働条件の変更に関して、多いに議論の余地がある。

ここでは、制定法自身が、相当性原則をいくつかの点で具体化しているということを強調しておきたい。その限りで——時として裁判におい

28) KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 534 ff.

29) KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 553 ff.

30) KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 527.

31) 最新の事例として BAG, NJW 2012, 2747; von Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG Rn. 708 ff.

32) KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 214 f.; SPV-Preis Rn. 886 ff., 984 ff.; von Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG Rn. 723 ff.

33) 例えば、APS-Kiel, § 1 KSchG Rn. 567 ff.; KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 217 ff.; SPV-Preis Rn. 1003 ff. を参照。

て行われるのであるが——、制定法上の規定を離れて、相当性の原則から一般的に推論を行うことは誤りである³⁴⁾。

制定法は、3つの適用の場合を規定している。すなわち、

——配転可能性³⁵⁾

——変更された労働条件³⁶⁾

——再教育あるいは研修³⁷⁾

解雇に先立って、ある労働者が再教育あるいは研修後に継続して雇用されうるかどうか審査されなければならないという点について、私は以下では言及しない。以下では、それ以外の2つの場合について言及する。

解雇制限法1条2項第2文bによれば、次の場合には、解雇は無効である。すなわち、「労働者が、同事業所ないし企業内の別の事業所にある他の職場で継続して雇用される可能性がある場合」であって、事業所委員会が、その解雇につき、当該理由に基づいて、「文書で異議を申し立てた場合」である。

同項3文は、次の場合にも解雇は無効としている。すなわち、「変更された労働条件の下で、労働者を継続して雇用することが可能であり、当該労働者がそれについて同意の意思表示をした場合」である。

体系的にみれば、法は、指揮命令権に基づく配転と契約の変更による配転の2つの場合を区別していると解釈される。

もし、使用者が労働条件を変更したいと思うのであれば、法的には2つの方法がある。まずひとつは、労働契約に基づいて当該変更を行うことができる場合である。たとえば、労働者が、労働契約上、スポーツ担当編集部でも、ローカル担当編集部でも配転される可能性があるならば、使用者は、当該編集者を指揮命令権に基づき、一方的に、つまり、本人の同意なく、スポーツ担当編集部から、ローカル担当編集部へ配置転換することができる³⁸⁾。同項2文bは、この場合を想定している。すなわち、労働者が、他の業務を受け持っている場合である。もっとも、その異動

34) 批判的な見解を述べるものとして *Wank*, RdA 1987, 129, 148; *ders.*, RdA 2012, 139, 143 f.

35) *KR-Griebeling*, § 1 KSchG Rn. 217 ff.

36) *KR-Griebeling*, § 1 KSchG Rn. 224 ff.

37) *KR-Griebeling*, § 1 KSchG Rn. 231.

38) 配転及び転動に関して *Wank*, RdA 2012, 139, 140 f.; *ders.*, NZA Sonderheft 2/2012, 41 ff.

は、当該労働者が労働契約上義務づけられている範囲で行われる。

労働条件の変更が指揮命令権の行使によって行うことができない場合、契約更改（日本の労働契約法8条参照）か、変更解約告知が必要となる。

しかし、法によれば、単なる配転可能性の事実だけでは十分ではない。その場合には、解雇は無効となる。加えて、事業所委員会が、当該理由に基づいて、解雇に異議を申し立てたことが必要である。しかしながら、この要件は、この間、法の展開によって削除されたとみるべきであろう³⁹⁾。それゆえ、使用者は、自ら、指揮命令権の行使による配置転換が可能かどうかを検討しなければならない。その場合に当たるならば、使用者は労働者を配転しなければならない、そうでなければ解雇は無効となる。

これに対して、同項3文の場合は別である。契約を変更しなければ、使用者は労働者に、解雇を回避するような仕事を割り当てることはできない。指揮命令権によって、他の就業場所へ配置することはできない。労働者が当該契約更改に同意した場合、使用者は、労働契約を変更し、労働者を別の就業場所に配置しなければならない。逆のことは制定法から明らかである。すなわち、使用者による労働条件の一方的な変更は、考慮されない。

b) 判例による不当な変更解約告知

変更解約告知については、制定法上、明確な規定がある。それにもかかわらず、連邦労働裁判所は制定法から離れた解釈を展開してきた。すなわち、解雇制限法1条2項が相当性原則を具体化しているにもかかわらず、連邦労働裁判所は、自由な法創造により、企業内のどこかに何らかの就業場所がある限り、使用者に対して、解雇ではなく変更解約告知を行うことが義務だとした⁴⁰⁾。そのために、解雇制限法2条に基づく変更解約告知の制度は、逆転したものとなった⁴¹⁾。すなわち、制定法は、使用者が自己の利益のために労働条件を変更しようとする場合において、この制度が使用者に利することを予定している。それを、連邦労

39) BAG AP KSchG 1969 § 1 Nr. 2.

40) BAG NZA 2005, 1289, 1294.

41) 批判的な見解として、*Jüttner, der Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung*, 2011; *Wank, RdA* 2012, 139.

働裁判所は、労働者のための、すなわち労働者を解雇から守るための法制度としている。さらに、連邦労働裁判所は、変更解約告知の手段を矛盾するように適用している。すなわち、変更解約告知の法制度に則すると、別の就業場所を選択する権限は使用者にある。それにもかかわらず、連邦労働裁判所は、使用者に選択可能性を認めず、使用者が、労働者に対して、侮辱とならない範囲で、企業内にあるすべての就業場所、すなわち、より低い給与が支払われる賃金ランクにある就業場所及びドイツ国内のすべての就業場所（世界各地にない限り）を提供しなければならない、とした。

この判例は、制定法からかけ離れたものであり、そのような展開は、まったく実務的でもない。企業は、利益調整と補償金の手段で自衛策を講じるか、あるいは、労働者が訴え出ないことを望んでいる。

個々の労働者に対する解雇ではなく、大量解雇が問題となっている場合、連邦労働裁判所が示した基本原則に基づく手続は、まったく採りえない。使用者と事業所委員会が、利益調整を行った場合、すなわち、事業所組織法112条に基づく解雇とその他の手段に関する事業所協定を締結した場合には別である。この場合、解雇制限法1項5項1文によれば、「2項にいう差し迫った経営上の必要性によって行われた解雇であると推認される」ことになる。つまり、個別的解雇の場合には、裁判所は、実務的でない前提を課して厳格なコントロールを及ぼしているのに対し、利益調整の方は濫用禁止コントロールの下におかれているにすぎない。

事業所委員会が解雇計画に積極的に関与することは、一見したところ、意外に思われよう。しかしながら、制定法の規定は、労働者に受け入れられている。というのは、事業所委員会は解雇の代償措置あるいは高額の補償金、そして適正な被解雇者選定のための点数制を提案するなどして、「事業の変更」がすでに必要となっている場合には、労働者のために最善の策を講じることができるからである。

3. 社会的選択

a) 基本原則

人的あるいは行為を理由とする解雇ではなく、経営上の理由による解

雇の場合についてのみ、解雇制限法1条3項に基づき、解雇に先立って、社会的選択が行われなければならない。要件は、企業の判断に基づき行われる解雇のための基準に従って、実際に必要とされる数よりも多い数の労働者が対象となっていることである。たとえば、1人分の秘書業務の需要がなくなり、当該事業所に10人の秘書がいる場合、どの秘書がそれにあたるかということが問題となる。

選択の目的は、解雇に伴う困難をもっとも早く克服できる者、すなわち、「社会的にもっとも強い者」を解雇することにある。比較を行うために、まず、誰が「比較対象となる労働者」かを明らかにしなければならない⁴²⁾。これは条文に現れていない構成要件であり、その解釈に関しては、まったく異なる諸見解がある。連邦労働裁判所は、同じ労働をしている者、あるいは、その能力に照らして同じ労働をなしうる者が比較対象であるとするが、それは認めるべきではない。比較対象となるのは、その労働契約に照らして企業の判断によって考慮される者、すなわち、潜在的に当該判断によって解雇対象者となる者である。

制定法は、解雇制限法1条3項に、社会的選択の際に検討すべき4つの基準を挙げている。これは限定列举である⁴³⁾。その他の観点は考慮の対象とすることは許されない。しかしながら、この4つの基準はすべて検討されなければならない。使用者——あるいは、事業所協定の当事者や労働協約当事者——は、自由にランク付けをすることができる⁴⁴⁾。4つの基準とは、以下である。

——年齢⁴⁵⁾

——勤続年数⁴⁶⁾

——扶養義務⁴⁷⁾

42) BAG NZA 2008, 1120.

43) BAG NZA 2008, 39.

44) BAG NZA 2008, 1120.

45) KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 673 ff.; von Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG Rn. 935 ff.; 労働契約の規定期間における年齢の意味について、欧州裁判所の判断をまとめたものとして Wank, Festschrift für Bepler, 2012, S. 585 ff.

46) ErfK-Oetker, § 1 KSchG Rn. 331; KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 671 f.; von Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG Rn. 932 ff.

47) ErfK-Oetker, § 1 KSchG Rn. 333 f.; KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 675 ff.; von Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG Rn. 941 ff.

——重度障害⁴⁸⁾

実務においては、使用者、事業協定の当事者あるいは労働協約当事者は、それぞれの基準に点数を設定して評価を行う点数制を採っている。たとえば、1歳毎に0.5点を与えるといったことである。それによってもっとも低い社会的点数を取った者が、解雇される。

b) 年齢

年齢基準に関しては、直接的な不利益取扱いが問題となるがゆえに、EU法と矛盾しないか、疑問がある。年齢に関しては、2000/78/EGによれば、労働市場政策を理由とする場合には許される。それはまた一般平等取扱法10条1項及び2項においても、読み取ることができる。この基準の正当性に関しては、労働者が高齢であればあるほど就業場所を見つけるのが難しくなるということが指摘される⁴⁹⁾。それは正しい。しかし、この考慮が、すべての年齢層について根拠づけられるかは疑わしい。また、従業員が高齢化するなかで、常に若い労働者が解雇されなければならぬかも知れない。これは疑問である。

解雇制限法1条3項2文に基づいて、常識的な修正を行うことができる。すなわち、使用者は、「事業所のバランスのとれた従業員構成を維持するために」、この原則から逸脱することは可能である⁵⁰⁾。実務においては、使用者が従業員を年齢層に区分する、たとえば10歳毎の区分を設けるといった方法がとられている。そして、その年齢層のなかで、選択が行われ、結果的に、高齢の労働者と若年の労働者が混在することになる。私は、EU裁判所が、3項1文の硬直した規定を相当性に反すると見なし、強制的に、2文に基づく行為を命ずることは可能であると考えている。

48) ErfK-*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 334; KR-*Griebeling*, § 1 KSchG Rn. 678a; von *Hoyningen-Huene/Linck*, § 1 KSchG Rn. 946 ff.

49) BAG NZA 2009, 361.

50) BAG AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 21 m. Anm. *Lingemann/E. M. Willemssen*; Anm. *Wank* EWiR § 1 KSchG 1/12, 535; ErfK-*Oetker*, § 1 KSchG Rn. 342 ff., 347 ff.; *Thüsing/Wege*, RdA 2005, 12.

c) 勤続年数

年齢基準及び労働市場政策という適法性理由は、EU指令のなかに挙げられているが、勤続年数は適法性理由として指令のなかに挙げられていない。年齢と勤続年数との間に、必然的な関係はないというのは確かである。たとえば、60歳の労働者が2年前に事業所に雇用されたということはある。その場合、彼は確かに年齢は高いが、勤続年数は短い。しかし、典型的には一定の関係があり、この基準を用いることは間接的な年齢差別を意味すると主張される。判例や学説において挙げられている正当化理由の「信頼保護」は説得的ではない。むしろ、労働者が、その労働力を当該事業所に特別に投入したということが合理的な理由となる。

d) 扶養義務

勤続年数を用いる考え方は、アメリカなどの他の国では、「先任権原則」として知られているが、当該労働者が他の者に対して扶養義務を負わなければならないという事実を考慮することは、ドイツ法の特徴である。

e) 重度障害

EU指令によれば、重度障害を理由とする差別は許されない。これは一般平等取扱法及び社会法典IXからも導かれる。さらに、社会的選択の場合には、彼らは優遇される。

4 日本

日本の裁判例においては、先述した労働基準法及び労働契約法に新たに規定されるまで、先に解雇制限法1条に関連して述べたような諸原則の多くが考慮されていた。

とくに日本においては、権利濫用の禁止に基づき、判例によって4原則が適用されてきた⁵¹⁾。すなわち、

——解雇の不可避性——これは相当性の原則に相応する。

——解雇回避の試み——これもまた相当性の原則に相応する。

51) OGH 25.4.1975 Minshu 29-4-456; Araki p. 26; Nishitani S. 331, 340 ff.

——被解雇者選定の正当性——これは社会的選択に相応する。

——正当な手続——これは、ドイツにおいては、部分的に、事業所委員会に対する意見聴取の義務のなかで行われている (XI 参照)。

V 行為を理由とする解雇

1. ドイツ

a) 行為及び人的理由に基づく解雇

労働者に起因する解雇について、ドイツ法は、行為を理由とする解雇と、人的理由に基づくそれとは区別している。行為を理由とする解雇とは、労働者がコントロールしうる行為に起因する解雇を指す。

要件は、労働契約上の義務に反する行為を行ったことである。それは労務提供という主たる義務の場合もあれば、付随義務の場合もありうる⁵²⁾。業務外の行為は、原則として、ここでいう義務には含まれない。もっとも、それが労働関係にネガティブな影響を及ぼす場合には別である⁵³⁾。

b) 警告

行為を理由とする解雇に関して、条文に現れていない構成要件は、警告が失敗に終わったことである⁵⁴⁾。この要請は、即時解雇に関してはドイツ民法314条から、普通解雇に関しては相当性の原則から生じる。

警告は、非難及び注意機能を有するが、それは、

——義務違反を具体的に摘示し、

——態度を改めることを当該労働者に要求し、

——繰り返した場合に処罰が行われると威嚇するものでなければならない。

警告は、それが失敗に終わることが確実である場合、あるいは、義務

52) BAG NZA 2010, 220; APS-Dörner/Vossen, § 1 KSchG Rn. 275 ff.; KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 432 ff.; SPV-Preis Rn. 1196 ff.; von Hoyningen-Huene/Linck, § 1 KSchG Rn. 462 ff.

53) BAG NZA 2011, 112; zuletzt BAG 6.9.2012-2 AZR 372/11.

54) BAG NZA 2009, 589; APS § 1 KSchG Rn. 343 ff.

〈240〉 労働法における解雇システム（ヴァンク [和田、緒方]）

違反が当該労働者に容易に認識可能な場合には、不要である⁵⁵⁾。

裁判所は、多くの普通解雇事案について、使用者が事前に警告を行わなかった、あるいは、警告を置くことができていない場合には、解雇有効と認めていない。

c) 契約違反の程度

契約違反の程度に関しては次のように区別されなければならない。すなわち、契約違反が重大でない場合や、使用者が次の解雇期日まで継続して雇用することを甘受できる場合には、普通解雇のみ許される。その他の場合には、即時解雇が検討される（Ⅸ参照）。

d) 基本的人権

労働者が適法に行為しているか否かの審査にあたっては、労働者の基本的人権、とりわけ、基本法4条に定める思想信条の自由、そして、基本法5条が定める意見表明の自由について留意しなければならない⁵⁶⁾。その限りにおいて、秩序立った契約遂行についての使用者の利益と、労働者の権利は比較衡量されることになる。

e) 差別禁止

今日的な問題となっているのは、解雇権における差別禁止の意味である。実際のところ、法的状況は明らかである。すなわち、現行のEU指令によれば、労働者に対し、そこで挙げられている性別、年齢といった8つの事項を理由に差別することは許されない。当該禁止は、使用者の行うすべての措置に及ぶものであるから、当然ながら、解雇にも及ぶ。それに反して、一般平等取扱法2条4項は、解雇に関しては、解雇制限法だけが適用されると規定している。EU指令の適切な国内法化が問題なのではない。判例及び学説においては、この規範の矛盾を解決するた

55) BAG NZA 1995, 65; NZA 2009, 1168.

56) APS-Preis Grundlagen J Rn. 63 ff.; KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 314 ff.; SPV-Preis Rn. 198 ff.

めに、まさにさまざまな解釈が試みられた⁵⁷⁾。連邦労働裁判所の見解⁵⁸⁾は以下のとおりである。

——差別禁止は、解雇制限法の枠内で考慮されなければならない。

——差別的な解雇に対する制裁として、解雇制限法のほかに、一般平等取扱法15条2項が考慮され、労働者は慰謝料請求権を有する⁵⁹⁾。

たとえば、ある解雇が、不当にも性別を理由として行われた場合、当該女性労働者は、解雇無効の確認に加えて、慰謝料を請求することができる。

f) 利益衡量

行為を理由とする解雇の場合（人的理由による解雇も同様であるが、経営上の理由による解雇の場合は別である）、条文に書かれていない構成要件として、使用者の利益と労働者の利益との比較衡量がある⁶⁰⁾。

2 日本

日本法は、普通解雇に関して、一般的に客観的な理由を求めるにとどまり（即時解雇に関してはIX参照）、3つの解雇理由を区別していないために、分類には意味がないように思われる。しかしながら、日本法においても分類は行われている。すなわち、労働基準法20条1項によれば、当該解雇理由が労働者の側にある場合には、客観的理由の要請の観点に立った保護は行われていない。

しかし、行為を理由とする解雇と人的理由による解雇とは区別されていない。また、契約違反の重大性に関する要請もない。

つまり、相当性原則は、明確に挙げられてはいない。しかしながら、一般的な社会的相当性が要請されていることから、その際に判決は相当性原則にも留意していると思われる。

57) *Stenslik*, Diskriminierende Arbeitgeberkündigungen und der europäische Diskriminierungsschutz, 2009; *KR-Griebeling*, § 1 KSchG Rn. 26a.

58) BAG NZA 2009, 361.

59) 物的損害に対する賠償請求権はない。*Lingemann*, Kündigungsschutz, 2011, Rn. 39.

60) BAG NZA 2008, 693.

VI 人的理由による解雇

従来の厳格な区別によれば、行為を理由とする解雇のみが、コントロール可能な行為に関係しており、その場合には警告が必要であった。それに対して、人的理由による解雇は、コントロール可能な行為には関係していない。つまり、疾病の影響を理由とする解雇や、適性の欠如を理由とする解雇がここでは問題となる。しかし、最近の裁判例によれば、この場合にも警告が必要とされうる。たとえば、疾病の多くについて、労働者が影響を与えることができないのは明らかである。しかし、アルコール依存症は、労働者が禁断治療に服することによって克服できる疾病である。この場合、使用者には、労働者に対して、禁断治療のための猶予を与え、それが拒絶された場合に初めて、当該労働者を解雇するということが求められている⁶¹⁾。

1. 疾病を理由とする解雇

たしかに、疾病を理由とする解雇についてはごく簡単に言及されるにすぎない。しかし、裁判例においては、労働者の疾病のみを理由とする解雇は許されない。裁判例は、不文の追加的なメルクマールとして、事業の妨害を要件としている⁶²⁾。事業の妨害は、組織的な観点——たとえば、労働者の欠勤が原因となって、秩序立った業務遂行の計画が不可能になった——からのみならず、経済的な観点からも生じうる。なぜなら、疾病の際の賃金継続支払いのコストは、その金額の高さゆえ、使用者にとって耐え難いものとなりうるからである。

判例は、疾病を理由とする解雇をいくつかのグループに分けている。すなわち、

——短期の疾病を繰り返す場合⁶³⁾

——長期にわたる疾病の場合⁶⁴⁾

61) BAG AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 9.

62) APS-Dörner/Vossen § 1 KSchG Rn. 154 ff.; KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 337 ff.; SPV-Preis Rn. 1245 ff.

63) KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 325 ff.

64) KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 366 ff.

——労働能力が永続的に失われた場合⁶⁵⁾

——疾病が理由となって労働能力が減退した場合⁶⁶⁾

それぞれ前提条件はさまざまではあるが、しかし、常に、2つの条件がある。すなわち、疾病と事業の妨害である。ここに、さらに、将来的な就業に関わる、消極的な予測があることが加わる⁶⁷⁾。

日本法においては、労働基準法19条が、業務上の疾病による欠勤の間及びその後の30日間については解雇は無効であると規定している⁶⁸⁾。

2. 適性の欠如を理由とする解雇

労働者が、当初から、労働契約上の労務に不適任であるということは、ほとんどありえない。なぜならここでは、解雇予告期間の観点から試用期間が、また、解雇理由の観点から半年間の待機期間が助けとなるからであり（解雇制限法1条1項）、さらに、パートタイム及び有期労働制限法14条2項が規定する2年間の新規採用について合理的な理由を付さない期間の定めの可能性が助けとなるからである。

適性の欠如は、しばしば、労働関係が開始されて初めて生じる⁶⁹⁾。ここでは、いくつかの場合が区別されなければならない。まず、どの労働者についても、年齢を理由とする業績の低下は生じうる。たとえば、当該労働者が、従前と同様の労務をゆっくりしか行えないといった場合である。その場合、裁判例は、使用者に対して、一定の許容期間の間、労務の免除を甘受することを強制する⁷⁰⁾。

しかし、適性の欠如は、労働が要求するものの変化によっても生じる。たとえば、タイプライターと紙形式での労働が、コンピューターとデジタル化された通信に変更される場合である。原則として、労働者には、新しい技術に適応することが求められる。それは、職業において生じる一般的な変化である。

65) KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 375 ff.

66) KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 379 ff.

67) KR-Griebeling, § 1 KSchG Rn. 323.

68) Nishitani S. 327.

69) APS-Dörner/Vossen § 1 KSchG Rn. 245 ff.; SPV-Preis Rn. 1240 ff.; *Wisskirchen/Bissels/Schmidt*, NZA 2008, 1386.

70) Vgl. BAG AP KSchG 1969 § 1 Nr. 85.

〈244〉 労働法における解雇システム（ヴァンク [和田、緒方]）

しかし、変更が、企業そのものに生じる場合もありうる。たとえば、当該企業がフランス企業に買収され、フランス語での対応が求められる場合である。

さらに、人的理由として、良心に基づく理由あるいは信仰上の理由から、契約上——原則として、労働者にとって甘受すべきあるいは適法な——労働を行えない場合というのも考慮される。

VII 法的効果

法的効果の側面は、解雇保護規範の構成要件と並んで重要である。

1. 継続雇用及び再雇用

a) ドイツ

原則として、労働裁判所は、解雇が有効であり、したがって労働関係は終了していることを確認するか、解雇が無効であり、労働関係が継続していることを確認する。

差別禁止法においては、採用希望者が差別的に拒否された場合にも採用を求める請求権は認められないが（一般平等取扱法15条6項）、それとは異なり、不当に解雇された労働者には履行請求権が認められる。

しかしながら、労働者が、解雇制限訴訟で勝訴した場合であっても、当該事業所に継続して働きたいと思うことはきわめて稀である。もちろん、大きな企業や官庁の場合には、場合によっては、そう思うことはあるだろう。しかし、ドイツの実務においては、解雇制限訴訟の多くは、和解あるいは労働者に補償金を支払い、当該労働者が、事業所には戻らず、他の就業場所を探すということで終了する。

b) 日本

日本においても、解雇無効の場合、再採用請求権がある。また、日本の労働者も、同じ事業所に継続して雇用されることをほとんど望まない⁷¹⁾。

71) Araki p. 27; Nishitani S. 334; Sugeno p. 404.

2. 受領遅滞

a) ドイツ

裁判所は、解雇が無効であることを確認した場合、使用者は、解雇予告期間経過後から判決の効力が発効する期間の全期間について、受領遅滞に陥ることになる。つまり、使用者は、この全期間について、たとえ、労働者がこの間就業していないとしても、賃金を支払わなければならない⁷²⁾。

b) 日本

日本でも、民法536条2項が同様の適用を置いている。

3. 解雇と補償金

a) ドイツ

法システム上、解雇と補償金の関係について、さまざまなモデルが考えられる。

すなわち、解雇が、行為を理由として行われた場合、通常、補償金は支払われないが、経営上の理由による解雇の場合、常に、補償金を支払うべきであると予定する法制度も考えられる。

しかし、解雇が有効か否かによって区別することもできる。つまり、解雇が有効である場合、補償金は支払われなし、解雇が無効であれば、補償金が支払われる。

この点について、ドイツ法は体系立っていない。制定法上、個別的な解雇の場合には（解雇制限法1条a⁷³⁾及び9条⁷⁴⁾は別である）、補償金はない。解雇が無効であった場合、労働者は、継続雇用についての請求権を有する。他方、解雇が有効であった場合、補償金を支払う理由はない。それゆえ、両当事者にとって、裁判上の和解は非常に重要である。労働者は、いずれの場合でも補償金を受けとり、使用者は、いずれの場

72) SPV Rn. 1868 ff.

73) この点に関して、SPV Rn. 1173 ff.

74) この点に関して、SPV Rn. 1087 ff.

〈246〉 労働法における解雇システム（ヴァンク [和田、緒方]）

合も労働関係を終了させることができる。

事業所委員会のある事業所における大量解雇の場合は異なる。一定数の労働者が解雇される場合（その割合は制定法に列挙されている）、事業所組織法112条に基づき、いわゆる社会計画が立てられる。その重要な部分が、補償金に関するプランである。

それにしたがって、被解雇労働者は各々補償金を受給する。他方、個別的な解雇であれば、解雇が無効である場合、あるいは、和解の場合にのみ、補償金を受ける。

この点に関し、学説は次のような提案をしている。すなわち、経営上の理由に基づく解雇の場合には、労働者は継続雇用請求権をもたず、いかなる場合であっても補償金を受けるというものである⁷⁵⁾。この解決は、たしかに正当であるし、実務的である。しかし、使用者にとっては現在の解決方法よりもコストの高いものとなる。

b) 日本

日本の新しい規定において、補償金の問題を制定法によって解決するという手段は採用されなかった。日本において、この問題はドイツにおけるそれほどには切迫していない。なぜなら、多くの場合、労働協約において、経営上の理由による解雇の際の補償金が規定されており、そのために、多くの労働者が、ドイツにおける改正提案のような状況にあるからである。しかし、日本において相応の制定法上の規定があれば、このような労働協約の規定が適用されない労働者をも把握することができるだろう。

VIII 小事業所における解雇

以上述べてきたことは、解雇制限法に基づく解雇についてあてはまる。しかし、同法は、当該労働者が雇用されて6ヶ月未満の場合（解雇制限法1条1項）、あるいは、当該事業所が10人未満の労働者を雇用している場合には（同23条）、適用されない。

75) *Bauer*, NZA 2005, 1046; *Rühle*, DB 1991, 1378; *Schiefer*, NZA 2002, 770; *Willemssen*, NJW 2000, 2779 ff.

そのため、解雇制限法に基づく場合のように、解雇について、厳格な審査は行われない。このことに議論の余地はない。しかし、ドイツ民法242条から⁷⁶⁾ (ドイツ基本法12条に関する連邦憲法裁判所の見解によれば)、濫用的な解雇から保護されなければならないとの要請は生じる⁷⁷⁾。この状況は、日本とよく似ている。日本では、従来は裁判例によって、そして現在は、新しい制定法上の規定に拠って解雇が制限されている。

IX 即時解雇

解雇予告期間を伴った解雇のほかに、ドイツでは、予告期間を置かない解雇、すなわち、ドイツ民法626条にいう重大な理由に基づく解雇がありうる⁷⁸⁾。しかし、重大な理由に基づく解雇は、契約終了期限と結びついているので、通常、特別解雇といわれる。

重大な理由に基づく解雇という場合、経営上の理由による解雇、行為を理由とする解雇、そして人的理由による解雇が想定されよう。しかし、実際には、経営上の理由による、解雇予告期間を置かない解雇というのは認められないので⁷⁹⁾、他の2つの理由の場合のみが考慮される。一般的に、典型的な事案は、重大な契約違反による行為を理由とする解雇である⁸⁰⁾。この場合、行為を理由とする普通解雇も正当化するあらゆる理由が考慮されるが、契約違反は重大なものでなければならない。

最近、しばしば議論されているのは、些少な物を盗んだことを理由とする、予告期間を置かない解雇が許されるか、ということである。連邦労働裁判所は、——制定法の法文が予定しているように——、いずれの場合も、使用者の利益と労働者の利益を比較衡量しなければならないとする (Emme事件⁸¹⁾)。

76) 最初のものとして *Wank*, FS für Hanau, 1999, S. 295 ff.

77) BAG NZA 2001, 839; SPV-Preis Rn. 238 ff.

78) MünchArbR-*Wank* § 98 Rn. 39 ff.; KR-*Fischermeier*, § 626 BGB; SPV-Preis Rn. 522 ff.

79) KR-*Fischermeiner*, § 626 BGB Rn. 155; SPV-Preis Rn. 715.

80) APS-*Dörner/Vossen*, § 626 BGB Rn. 180 ff.; KR-*Fischermeier*, § 626 BGB Rn. 137 ff.; SPV-Preis Rn. 565 ff.

81) BAG NZA 2010, 1227; dazu *Preis*, AuR 2010, 186 ff., 242 ff.; *Stoffels*, NJW 2011, 118; 些細な不法行為に関する最近の事案として BAG, 21.6.2012-2 AZR 153/11.

X 特別な解雇制限

解雇制限法に基づく一般的な解雇制限のほかに、ドイツ法は、特別な一連の解雇制限規定を置いている。すなわち、妊婦（母性保護法9条）、重度障害者（社会法典IX第85条）、事業所委員会委員（解雇制限法15条）、情報保護担当者などに対する解雇制限である。

規定はさまざまである。重大な理由を要求するもの、通常解雇を制限するもの、官庁の同意を必要とするものなどがある⁸²⁾。

XI 手続

1. 事業所委員会の関与

事業所委員会のある事業所においては、あらゆる解雇に先立って、事業所委員会に意見を聴かなければならないと規定した事業所組織法102条1項により、さらなる保護が図られている⁸³⁾。意見聴取が行われない場合、あるいは、それが規定通りに行われない場合、当然のことながら、解雇は無効である。事業所委員会は、単に聴聞権を持つにすぎず、拒否権は有しない。

2. 労働裁判所における手続

解雇制限法4条及び7条によれば、解雇制限訴訟は、解雇通知後3週間以内に提訴されなければならない⁸⁴⁾。

労働裁判所において訴訟手続が進行している間、誰も、原告が解雇制限訴訟で結果的に勝訴するのか否か、知りえない。労働者は、法的な解決までの間、一時的な継続就業を提訴することができる⁸⁵⁾。また、使用者も、判決までの間、手続法上の就業関係を根拠に、継続就業することを要請することもできる。了

82) MünchArbR-*Wank* § 100; SPV-*Preis* Rn. 210 ff.

83) SPV-*Preis* Rn. 277 ff.

84) SPV-*Vossen* Rn. 1908 ff.

85) MünchArbR-*Wank* § 99; SPV-*Vossen* Rn. 2216 ff.