

ドイツにおける変更解約告知の法理（一）

金井 幸子

序

一 問題の所在

二 本稿の課題および構成

第一章 変更解約告知の概念と機能

はじめに

一 ドイツにおける労働条件変更システムと変更解約告知

二 変更解約告知制度の概要

三 有期労働契約への移行を内容とする変更解約告知の可否

四 変更申込と解雇の前後関係

五 小括（以上、本号）

第二章 変更解約告知の司法審査基準

第三章 留保付承諾

第四章 事業所委員会の関与

第五章 総括——日本法への示唆——

序

一 問題の所在

(1) 本稿は、ドイツの変更解約告知制度を解明することを目的としている。

変更解約告知(Anderungskündigung)とは、ドイツ法に由来するもので、労働契約を解約するとともに、新たな労働条件による労働関係の継続を申し込むことをいう。変更解約告知の特徴は、労働者が変更申込を承諾すれば、労働契約は継続することになり、この点で、通常解雇との差異が認められること、一方、労働者が変更申込を拒絶すれば、労働契約は解約されることになり、解雇の問題が生じてくるという点にある。つまり、変更解約告知は、解雇という要素と労働条件変更という要素の二つから構成されるという特質をもつ。

日本では変更解約告知の制度は確立していない。それは、わが国においては、変更解約告知を認める実定法上の根拠がなく、また、労働条件の変更については、これまで、就業規則法理⁽¹⁾や使用者による広範な指揮命令権⁽²⁾などを用いた柔軟な労働条件変更法理が定着しており、さらに、解雇を厳格に規制する解雇権濫用法理が形成されているからである。

変更解約告知をわが国の労働判例上はじめて肯定したのは、スカンジナビア航空事件決定⁽³⁾である。スカンジナビア航空事件は、契約上、職務内容・勤務地が特定されている労働者の労働条件変更をめぐる事件であった。ここでは、就業規則の変更により集团的に労働条件を変更することができず、また、労働条件変更に関する合意が成立しない場合には労働条件の変更は不可能という状況があった。変更解約告知はこのような場面に対応すべく登場した新たな労働条件変更法理であるといえる。しかし、ここでの変更解約告知が解雇か労働条件変更かの二者択一を労働者に迫るものであったために、学説においては変更解約告知を認めることに消極的な見解が多く、また、その後の裁判例においても、変更解約告知が認められた例は少ない⁽⁵⁾。

今日、わが国では、雇用の流動化、雇用形態の個別化、労働者の就業意識の変化など、雇用を取り巻く環境変化が著しい。雇用システムの変化に伴って、今後、個人の選択が重視され、雇用管理が個別化し、労働条件が契約上具体的に合意されるようになると、個別的な労働条件変更を要する場面が増大してくるといえる。このような場面において、変更解約告知は労働条件変更手段として必要とされ、その需要は今後増大するであろうとの指摘もある⁽⁶⁾。

また、近時、労働法においては、労働者の意思を重視して、労働契約上の問題を考える傾向が強まっている⁽⁷⁾。労働条件変更問題はそうした考えが妥当する、いわば意思主義の典型的な適用例ともいえるケースである。変更解約告知は、労働者による変更申込の可否の判断に依拠して労働条件の変更がなされることになるために、契約内容の変更に関する労働者の同意の自由、つまり自己決定の理念を十分に尊重した法理であるとされている⁽⁸⁾。しかし、他方では、変更解約告知は、労働者が解雇の脅威の下で変更の同意を迫られることになり、労働者の真意による自己決定とはかけ離れたものになる⁽⁹⁾との評価もある。

(2) ドイツでは、以上に述べたと同様の労働条件変更問題に対して、いち早く変更解約告知の立法化を

もって対応してきた。解雇制限法二条は、「使用者が労働関係を解約告知し、かつ、当該解雇に関連して新たな労働条件による労働関係の継続を申し込むときは、労働者は、労働条件の変更が社会的に不当でないという条件で留保をして、その申込を承諾することができる」と定める。これによれば、使用者による変更解約告知に対して、労働者は労働条件変更の正当性を争うことを留保しつつ、変更申込を承諾することができる。そして、裁判所で労働条件変更が不当と判断されれば変更前の労働条件が適用され、変更の正当性が認められても、労働者は新労働条件下で雇用を継続しうることになる。つまり、ドイツの変更解約告知は、解雇ではなく労働条件変更を目的とした制度と理解できるのである。

(3) このように、留保付承諾の制度を有し、雇用関係の解消に至らないかたちで労働条件を変更しうるドイツの変更解約告知は、わが国にとって参考になる点が多い。そこで、変更解約告知の日本法への導入の可否を検討する前提として、ドイツの変更解約告知制度を解明することが必要となる。⁽⁴⁾

ドイツの変更解約告知制度についての研究には、すでに十分な蓄積があるといえる。⁽⁵⁾ これまでの研究により、変更解約告知にあつては、その司法審査基準および留保付承諾がドイツにおける主な論点として抽出されている。そして、変更解約告知の審査に際しては、変更申込を考慮するのが通説・判例であることが明らかにされ、また、留保付承諾を立法で認める点で日本法との決定的な違いがあると理解されている。このように、従来の研究を振り返ると、日本法との比較において、通常解雇より緩和された要件を用いる変更解約告知は、留保付承諾の制度がない限り日本では適用できないというのが共通した認識となっている。こうして、わが国では、労働条件変更問題を解雇の場面に持ち込むことに対する拒否反応があり、スカンジナビア航空事件決定のように、変更申込を拒絶した場合には解雇に至るような変更解約告知は、わが国の労働条件変更手段には適さないという考えのもと、ドイツの変

変更解約告知制度を積極的に論じる機会を逸してきたと考えられる。

しかし、ドイツでは、変更解約告知を解雇の一類型と捉える、いわゆる「解雇型」とは理解されていない。ドイツにおいて変更解約告知は、労働条件変更手段としての側面を重視し、解雇に至ることなく労働条件変更問題を処理する制度として把握されている⁽¹³⁾。このように雇用の継続が保障される「労働条件変更型」の視点から変更解約告知を考察することが、これまでの研究では欠けていた。従来は、変更解約告知の解雇としての側面に目を奪われてきたが、労働条件変更手段としての側面を重視して変更解約告知制度の全体を捉える必要がある。とりわけ、雇用継続につながる留保付承諾については十分な考察が必要であるが、従来の研究では、ドイツにおける制度が概括的に紹介されたりその導入過程が論じられるにすぎなかった。わが国でも、変更を加えた承諾を新たな契約の申込とみなす民法五二八条との関係が問題となるが、これと同様の規定であるドイツ民法典一五〇条二項との関係についてのドイツの議論の検討は不十分である。また、司法審査基準についても、従来の議論では、日本法との比較の中で、わが国では留保付承諾の制度がないゆえに変更解約告知を否定するという立場から、これが整理解雇としての有効性を判断するかたちで処理されるものと考えられてきたため、労働条件変更手段としての側面を重視した上でのドイツ法の考察は十分ではないといえる。この点でも、労働条件変更型としての視点から、ドイツにおいて、雇用継続の可能性を有する変更解約告知の審査基準はいかに設定されているかを探る必要がある。最近ではやや進んで、審査に際して解雇と同様の判断をするのか、変更を考慮するのかをめぐってなされた議論を詳細に検討するものもあるが、労働条件変更型にひきつけ、さらに検討の余地があると思われる。

二 本稿の課題および構成

(1) 本稿は、変更解約告知を労働条件変更手段として重視する労働条件変更型の視点から、ドイツの変更解約告知制度を解明することを目的とする。ここでは、労働条件変更型の理解がドイツの変更解約告知の具体的解釈論にどのように反映されているかを研究することが課題となる。より具体的には、審査基準について、通常解雇の審査基準との相違を明確にし、労働条件変更型の変更解約告知の場合の審査基準がいかなるものかを解明し、留保付承諾については、ドイツ民法典一五〇条二項との関係を明らかにする。

なお、検討の対象についてあらかじめ限定を加えておく必要がある。本稿では、集団的変更解約告知 (Massen kündigungs) を検討の対象にはしない。ドイツでも、集団的変更解約告知は確立されていない。⁽⁶⁾ 日本でも集団的変更解約告知については否定的な見解が大多数であることから、これについて論じる時期には至っていないといえる。したがって、本稿では個別的变化解約告知に限定して、ドイツの制度を解明することを目的としたい。

(2) 本稿の構成は以下のとおりである。

まず、第一章では、変更解約告知の概念および機能を検討する。また、他の労働条件変更手段との関係、有期労働契約への移行を内容とする変更解約告知の可否、変更申込と解雇の前後関係についての議論を分析する中で、変更解約告知の位置づけを明らかにする。

第二章では、変更解約告知の社会的正当性の審査基準に関する議論を探る。ドイツでは、審査基準を「解雇」の社会的正当性とみるべきか、「変更」の社会的正当性とみるべきかをめぐる議論が古くから展開されている。この議論は、変更解約告知を労働条件変更手段としての側面を重視することと密接な関係をもつものである。

第三章では、留保付承諾について検討する。ドイツでは、一九六九年の解雇制限法改正により留保付承諾制度が導入されている。しかし、それ以前には、留保付承諾を認める規定は存在しておらず、日本民法五二八条にあたるドイツ民法典一五〇条二項の規定があった。それゆえ、一九六九年以前のドイツの状況は、現在の日本に酷似しているものであり、一九六九年以前のドイツにおける議論を検討することは重要である。さらに、留保付承諾を立法化した現在でも、ドイツにおいては、留保付承諾の性質について多くの議論があり、これは、留保付承諾と日本民法五二八条を検討する上で極めて示唆的であるといえる。

第四章は、事業所委員会の関与についての検討を行う。ドイツでは、労働条件決定システムにおいて、事業所委員会が非常に大きな役割を果たしている。変更解約告知の場合にも事業所委員会は関与権限をもつ。そこでこのような変更解約告知に対する事業所委員会の関与について、労働条件変更型の観点から検討する。

そして、第五章「総括」において、ドイツの変更解約告知法理全体のまとめを行うと同時に、以上のドイツ法の考察から得られた成果をうけて、日本法への示唆を論じることとする。

注

- (1) 秋北バス事件・最大判昭和四三・一二・二五民集二二卷一三三三四五九号、三國ハイヤー事件・最二小判昭和五八・七・一五労働判例四二五号七五頁、タケダシステム事件・最二小判昭和五八・一一・二五労働判例四一八号二一頁、大曲市農協事件・最三小判六三・二・一六民集四二卷二二六号六〇頁、第一小型ハイヤー事件・最二小判平成四・七・一三労働判例六三〇号六頁、朝日火災海上保険事件・最三小判平成八・三・二六労働判例六九一号一六頁、第四銀行事件・最二小判平成九・二・二八民集五一卷二七〇五頁、みちのく銀行事件・最一小判平成二二・九・七労働判例七八七号六頁、羽後銀行（北都銀行）事件・

- 最三小判平成二・九・一二労働判例七八八号二三頁、函館信用金庫事件・最二小判平成二・九・二二労働判例七八八号一七頁。
- (2) 東亜ペイント事件・最二小判昭和六一・七・一四判例時報一一九八号一四九頁。
- (3) 東京地決平成七・四・一三労働判例六七五号一三頁。
- (4) 上条貞夫「変更解約告知のイデオロギ」労働法律旬報一三六五号（一九九五年）一二頁、西谷敏「労働条件保障と雇用保障」労働法律旬報一三六四号（一九九五年）四頁、塚原英治他「変更解約告知は認められるか」労働法律旬報一三五九号（一九九五年）一〇頁等。
- (5) 大阪労働衛生センター第一病院事件・大阪地判平成一〇・八・三一労働判例七五一号三八頁では、変更解約告知が否定され、整理解雇の問題として処理されている。また、日本ヒルトンホテル（本訴）事件一番・東京地判平成一四・三・一一労働判例八二五号一三頁では、労働条件変更の合理性を肯定しつつも、労働者が労働条件に同意しなかったこと、留保付承諾の結果、労働条件変更が否定されれば、労働条件変更に変異が生じること、という二点から雇止めを無効とした。しかし、控訴審・東京高判平成一四・一一・二六労働判例八四三号二〇頁では、変更解約告知という語こそ使用しなかったものの、労働条件変更に同意しない日々雇用労働者の雇止めを有効としている。
- (6) 荒木尚志「雇用システムと労働条件変更法理」（二〇〇二年・有斐閣）三三四頁以下。
- (7) 西谷敏「労働法における個人と集団」（一九九二年・有斐閣）、同「労働法における自己決定の理念」法律時報六六卷九号（一九九四年）二六頁、同「規制を支える自己決定——労働法的規制システムの再構築」（二〇〇四年・法律文化社）、道幸哲也「職場における自立とプライバシー」（一九九五年・日本評論社）、土田道夫「変更解約告知と労働者の自己決定（上）（下）」法律時報六八卷二号（一九九六年）三九頁、六八卷三号（同年）五五頁等参照。
- (8) 土田・前掲論文（注7）（下）五六頁以下。

- (9) 西谷・前掲論文（注4）四頁。
- (10) 変更解約告知あるいはそれに類似のものはドイツのほかフランスなどの諸外国でも用いられる手段である。そして、ほとんどの国々では変更解約告知は解雇として処理される。例えば、アメリカでは労働条件変更を目的とした解雇も、緩やかな解雇規制のもと、通常の解雇と同様に処理される（荒木・前掲書〔注6〕三三頁）。また、フランスでは、かつては労働者による労働条件変更の拒否は解雇とみなされてきたが、現在の判例法理では、労働者が変更を拒否しつつ就労を継続している場合、使用者が改めて解雇を通告しなければ従前の労働条件で契約が存続することになる（野田進「変更解約告知の意義——フランス法研究の視点から——」日本労働法学会誌八八号（一九九六年）一四一頁）。ただ、この判例法理によっても、黙示の就労継続は変更の拒否とされるゆえに、使用者は改めて労働者を解雇することになるにすぎず、解雇として処理されているといえる（荒木・前掲書〔注6〕三〇〇頁）。さらに、イギリスでは、異議付承諾が認められ、解雇のリスクから労働者を保護する枠組みが確立している（イギリスについては、藤川久昭「変更解約告知をめぐる法的状況——その現状と課題——」日本労働法学会誌八八号（一九九六年）一九一頁）。これに関連して、わが国でも配転や出向については、労働者がこれに応じつつも、配転や出向命令の無効確認等を請求する訴訟方法が認められていることから、これを類推することには、理論的困難はないとも解されている（野田進「変更解約告知と整理解雇」ジュリスト一〇八四号（一九九六年）一一五頁）。しかし、変更解約告知の場合には、労働者は、条件を付しているとはいえず、変更申込に承諾していることに変わりはないゆえに、もはや変更の効力については争えないことになるのではないかという問題が生じうる（土田道夫『労務指揮権の現代的展開』（信山社・一九九九年）四六二頁注〔9〕）。この点、ドイツの変更解約告知の制度は、留保付承諾を認め、労働者の雇用継続の可能性が開かれており、雇用保障の要請に 대응するという点で長期雇用制度を中心とした日本型雇用システムにふさわしいものといえることから、比較法の対象としてドイツを取り上げることの意義がある。
- (11) 主なものとして、後藤清「労働関係解約にかんする西ドイツの新制度（二・完）判例時報六三八号（一九七一年）一二頁、高

- 高良一「契約条件の変更に關する解約(上)(下)」判例タイムス六九三号(一九八四年)四頁、上条・前掲論文(注4)、土田・前掲論文(注7)、根本到「ドイツにおける変更解約告知制度の構造(一)(二)」季刊労働法一八五号(一九九八年)一二八頁、一八七号(同年)九五頁、野川忍「ドイツ変更解約告知制度の構造——制度を有する国の処理——」日本労働法学会誌八八号(一九九六年)一六一頁、大内伸哉「労働条件変更法理の再構成」(有斐閣・一九九九年)、荒木・前掲書(注6)など。
- (12) 荒木・前掲書(注6)二九八頁以下。
- (13) 野田進「変更解約告知と整理解雇法理——判例における準変更解約告知法理の展開——」法政研究六六卷二号(一九九九年)四四五頁は、整理解雇の手法を用いて労働条件変更問題を解決することが変更解約告知の日本的ヴァリアントであるとす。
- (14) 例えば、前掲(注5)大阪労働衛生センター第一病院事件。
- (15) 荒木・前掲書(注6)一四三頁以下、根本・前掲論文(注11)(二)八一頁以下。
- (16) ドイツで、変更解約告知が集団的労働条件変更手段には適していないと解される理由としては、特定の労働者グループ(事業所委員会の委員等)には、特別の解雇制限があり、統一的な変更の実現が困難であること、解雇訴訟は個別に提起されるものであること、判決の効果が不統一になること、本来、労使間で解決されるべき問題を裁判所に持ち込むことになるということ、の四点が挙げられる(大内・前掲書(注10)二二五頁以下)。なお、ドイツにおける集団的変更解約告知に関する文献として、Christian Hilbrandt, *Massenänderungskündigung und Arbeitskampf*, 1997がある。

第一章 変更解約告知の概念と機能

はじめに

ドイツにおいて、「変更解約告知」は、労働条件変更に対する労働者の合意が存在しない場合、あるいは労務指揮権によっては変更しえない場合に、労働条件を変更することのできる手段として利用される。労働契約上、労働条件が限定されていることの多いドイツにおいては、こうした労働条件を変更する手段として、変更解約告知はその役割を果たしている。変更解約告知は、これに関する規定が一九六九年の解雇制限法改正により新設された。このように明文規定を有する点でわが国との大きな違いがある。そこで本章では、まずドイツにおける労働条件変更システムを概観した上で、ドイツの変更解約告知の概念を労働条件変更型の視点から整理し、考察する。

一 ドイツにおける労働条件変更システムと変更解約告知

1 多様な労働条件変更手段

変更解約告知は、既存の労働関係の終了という手段を用いて、労働条件変更を達成しようとするものである。つまり、変更解約告知は、解雇と労働条件変更という二つの要素から成り立つものであり、解雇が労働条件変更の圧力となりうるという点からすれば、解雇は変更解約告知の重要な要素であるといえる。

しかしながら、労働条件変更という要素に重点が置かれると、変更解約告知と労働契約上の労働条件を変更する

他の労働条件変更手段との関係が問題となる。ドイツではさまざまな労働条件変更手段が用いられているが、これらの労働条件変更手段を分析し、変更解約告知との相違を検討する。その場合、第一に、変更解約告知の概念を明確化すること、第二に、変更解約告知が労働条件変更手段として機能していることの確認という点を意識して検討したい。

2 労務指揮権

労務指揮権 (Direktionsrecht oder Weisungsrecht) とは、契約上概括的にしか定められていない労働者の労働給付の内容 (特に、労働の場所、種類、時間等) やその方法、範囲を、より詳細に決定する使用者の権利である。⁽¹⁾ 労務指揮権は、労働契約に当然に内在する権利であるとされるため、その行使の範囲は、契約の範囲内すなわち合意の範囲内に限定される。つまり、労務指揮権によつて労働契約そのものが変更されることはない。このように、「使用者の一般的労務指揮権は、労働契約に含まれている労働条件を具体化する機能のみを有する」⁽²⁾ ものと特徴づけられることになる。

その限界であるが、労使双方の主たる給付義務 (報酬支払義務および労働義務) の範囲の決定は、一般的労務指揮権に服するものではないと解される。すなわち、「労使双方の主たる給付義務の規定は、労働契約の核心領域に属する。このような労働条件は、法律、集団的労働契約、個別的労働契約によつて形成される」⁽³⁾。

それでは、実際にどのような労働条件が労務指揮権によつて確定されるのか。まず、賃金・労働時間の長さ等は、労務指揮権の対象となりえない。同一職種内での職務内容の変更については、一方的変更が可能であるが、職種 (技術職、販売職など) については、労働契約による合意が認められ、使用者の労務指揮権による配転が否定さ

れることがある。もつとも、賃金の減額を伴う配転は労務指揮権の対象にはあたらないとされる。さらに、労働者が長期にわたって特定の業務に配置され続ける場合、その業務に対する労働義務が具体化することになる。したがって、この場合、労務指揮権による労働条件の変更は不可能となる。また、勤務地の変更については、ドイツでは、労働者は特定の事業所を単位に雇用され、労働契約上、勤務地が特定されていることが多い。そのため、使用者は、同一事業所内の配転は一方的に命令することができるが、他の事業所への配転は特約がない限り一方的に命ずることができないとされる。⁽⁴⁾

以上のように、ドイツの労働条件決定・変更システムにおいては、労務指揮権は、労働契約が予定する範囲内でのみ労働条件を一方的に決定・変更する機能を有するものである。要するに、労務指揮権は、事後的に労働契約を変更する機能を有するものではなく、労働契約締結時に特定されておらず抽象的であった労働義務の内容を決定、変更する機能を有する使用者の権利という意味での労働条件変更手段であるということになる。

3 労務指揮権の拡張と変更解約告知

労務指揮権は、使用者による労働義務の一方的な確定・変更を可能とするものであるが、労働契約によってかなりの規制がなされている。とりわけ、使用者の労務指揮権に基づく配転命令権については、同一事業所内の配転命令は認められるが、他の事業所への配転は認められないとされていたり、賃金の減額を伴う配転等は、労務指揮権の対象たりえないとされるように、厳格な規制がなされている。

しかし、実際には、労働契約、労働協約、事業所協定に基づいて、労務指揮権を拡張することが認められ、配転が可能とされている。労務指揮権の拡張 (Erweiterung des Direktionsrechts) とは、契約変更の申込や変更解約告知の

手続上の煩雑さを回避するために、使用者が労働契約や労働協約で一方的変更権の合意をとりつけておくことであり、具体的には、配転・降格・時間外労働などがこれにあたる。裁判例においては、労務指揮権の拡張条項によって、次のような配転命令権が認められている。まず、労働協約による労務指揮権の拡張条項によって、使用者は、より賃金の低いグループの職務への配転を一方的に命令することができる。ただし、このことは、別の職務への配転が必要不可欠であり、その職務が、労働者の能力、訓練、適性に鑑みて、労働者に受忍可能である場合にのみ認められるものである。⁽⁶⁾そしてまた、他の事業所への配転命令も可能とされる。⁽⁷⁾その他、配転以外でも、労働時間を一方的に短縮したり、あるいは延長するような変更が可能となる。⁽⁸⁾このように、協約等による労務指揮権の拡張条項は、労務指揮権では本来カバーしえない労働条件の変更を可能としているのであり、これにより使用者の人事権は拡大するといえる。

しかしながら、労働契約・協約等による労務指揮権の拡張は、本来であれば、変更解約告知によつてのみ変更が可能である労働条件を、それによらず一方的に変更する権限を使用者に付与するものであるゆえに、一定の規制が課されることになる。拡張条項が、労働契約の一方的変更からの保護を定める解雇制限法二条の変更解約告知を回避する目的で約定された場合には、強行法規違反(民法典一三四条)として無効とされるのである(強行的解雇制限回避の法理)。

判例は、この強行的解雇制限回避の法理について、「給付と反対給付の均衡」を著しく損なうような労務指揮権の拡張条項は、解雇制限法を回避する目的の合意にあたるゆえに無効であり、このような労働条件の変更に關しては、変更解約告知に委ねるべきであるとしている。⁽⁹⁾ただし、この法理を適用した裁判例は数少なく、その適用は慎重に判断されているといえる。例えば、配転に関する労働協約上の拡張条項の場合に、協約自治を尊重し、強行的

解雇制限回避とはならないとした裁判例がある。⁽⁴⁰⁾ また、付加給付の撤回権の留保についても裁判例は「給付と反対給付の均衡」を損なうものとはしない。⁽⁴¹⁾

以上のように、労務指揮権は、労働協約等によって拡張され、人事権は拡大することになる。しかしながら、たとえ一方的な労務指揮権が、協約等により拡張されている場合であっても、「給付と反対給付の均衡」を著しく損なうようなものは、強行的解雇制限法の回避に該当し、無効とされ、その場合には、やはり変更解約告知によらなければならぬと考えられている。実際の判例においては、強行的解雇制限回避の法理により労務指揮権の拡張条項を無効としたものは少なく、この法理の適用に慎重であることは否めないが、これを考慮することについては判例上確立しているといえる。この法理は、連邦労働裁判所が、変更解約告知の労働条件変更機能を認識し、労務指揮権およびその拡張によっても変更しえない労働条件を変更する役割を変更解約告知に期待しているところから生じるものと考えられる。

4 撤回留保

すでに述べたように、労務指揮権は、労働契約に本質的に内在する使用者の権利である。これに対して、使用者が、労働者との合意によって、労働条件の変更の権限をあらかじめ留保することが可能となる場合がある。これが撤回留保 (Widerrufsvorbehalt) である。⁽⁴²⁾ 撤回留保は、変更解約告知とは異なり、労働関係の終了に至ることはない。そして、このような撤回留保の合意は、原則として許容されている。

いかなる場合に撤回留保が活用されるのかについて、学説および判例は次のように理解している。すなわち、撤回留保は、実際には、使用者によって任意になされた給付、例えば、協約外給与などを一方的に撤回する場合等

に活用されると解する学説が存する。また、連邦労働裁判所一九八四年二月二二日判決⁽¹³⁾においては、労働時間の範囲の一方的決定は労働義務の範囲の確定であり、これが撤回留保の合意としては認められないとされ、撤回留保として扱われるのは、労働者に与えられる特定給付の引下げあるいは廃止の合意であると解されている。つまり、撤回留保は、使用者によって任意になされる付加的給付の支給を削減・廃止しうる使用者の権利を中心とし、特に、労働時間の長さ等の労働義務の変更を可能とする労務指揮権の拡張条項とは対象を異にしている。

撤回留保は無制限に認められているわけではない。その制限の根拠として、連邦労働裁判所の判例は、強行的解雇制限回避の法理を用いる。たとえば、前掲連邦労働裁判所一九八四年二月二二日判決は、公立音楽学校においてパートタイムで雇用されている音楽教師について、労働時間が削減され、それに応じて報酬額も引き下げられた事案において、「労働時間の一方的削減によって、労働関係がいわば全体として変更され、新たな労働関係が基礎づけられる」場合には、撤回権が制限されるものとし、本件のような、最初に確定された労働時間を必要に応じて事後的に引き下げる権限を使用者に与える労働契約上の特約については、「強行的解雇制限の回避を意味し、民法典一三四条により無効である」として、撤回留保の合意を違法としている⁽¹⁴⁾。

他方で、航空会社でチェックパーサーとして任用されていた（任用の際、チェックパーサー任用期間に限って協約外手当が支払われること、および配転の留保を伴った労働契約を締結していた）労働者が、その職を解かれ、協約外給付を打ち切られた事例⁽¹⁵⁾においては、次のような理由から撤回留保を有効と認めている。すなわち、「労働関係の核心領域への不当な干渉、たとえば労働時間に応じて支払われる賃金のもとで、労働時間を必要に応じて、事後的に一方的に削減する権限を使用者に与える変更留保の合意」に限って、労働関係の内容保護（解雇制限法二条）を回避することを意図する個別契約上の合意とみなし、これを無効とする。しかし、本件の場合、チェックパーサー

業務が付加的業務であり、その廃止が協約上の格付けに何の影響も及ぼさないこと、そしてまた、当該協約外手当が、協約賃金の約一五％というわずかな割合であることから、解雇制限の回避にはあたらず、本件撤回権留保の合意を有効とする。

これらの裁判例からいえることは、協約外賃金のような付加的給付の撤回留保は、労働関係の核心領域に影響を及ぼすものではないために有効であり、他方、賃金、労働時間の変更という労働関係の核心領域に触れる撤回留保は、解雇制限の回避にあたるために許容されないということである。ここに撤回留保の限界がある。

以上のことから、「労働関係の核心領域」にあたる労働条件を変更する場合には、労働条件変更を目的とする撤回権ではなく、変更解約告知を行わなければならないということが明らかとなる。このような議論は、変更解約告知が労働条件変更手段と認識されたゆえに生ずるものである。

5 一部解約告知

一部解約告知 (Teil kündigung) とは、労働契約の一部分を一方的に解約することによる労働条件の変更手段である。⁽⁷⁷⁾したがって、一方的な労働条件の変更である点⁽⁷⁸⁾、さらに、労働関係の完全な解消に至ることがないという点で、変更解約告知と区別される。そして、労働関係の解消に至らないという点から、一部解約告知には、解雇制限法が適用されない。

このような一部解約告知は、原則として許容されない。それは、一部解約告知が契約内容への一方的介入を意味するものであり、契約自治の原則に反すること⁽⁷⁹⁾、また、労働関係は、一体として考慮されるべきであり、全体的な解約のみが可能であるということ等が理由とされている。つまり、労働契約を存続しつつ一部の給付等を廃止する

ために、使用者が一方的に部分的な労働契約の解約を行うことはできないということになる。ただし、事前の特約によって、一部解約告知は可能となる。しかし、これは、事前の合意により、使用者の付加給付の廃止を認める限りで、撤回留保の場合と何ら異ならない。このような一部解約告知は、解雇制限法に服し、同時に公正な裁量が要求される。

とはいえ、特約がない限り、一部解約告知は原則として許容されないものであるから、使用者が労働契約の部分的な解約・変更を望み、かつこれが特約で許容されていない限りは、変更解約告知によるということになろう。

6 その他

(1) 行為基礎の喪失

行為基礎の喪失 (Wegfall der Geschäftsgrundlage) の法理もまた労働条件変更手段のひとつである。行為基礎の喪失の法理は、事情変更に応じて契約条件を一方的に変更することができるという効果を有するものである。それゆえ、同法理は、労働関係の終了に至らずに、労働条件の一方的変更を可能とする点において、変更解約告知とは異なるのである。使用者は、原則として、変更解約告知等の手段を用いるべきであり、それゆえ、行為基礎の喪失の法理が用いられるべきは、変更解約告知等によってカバーできない場合のみであるということになる。⁽²⁾ その意味で、行為基礎の喪失は、労働条件変更の場面で補充的に用いられるにすぎない。

(2) 変更契約

変更や撤回等の留保がなされていない場合に、労働条件を変更する手段として、合意による変更が考えられる。

これが変更契約（Änderungsvertrag）である。民法典三〇五条は、「法律行為による債務関係の成立ならびに債務関係の内容の変更は、法律に特別の規定がない限り、当事者間の契約を要する」として、変更契約について定める。それゆえ、労働条件の変更に関しても、労使の合意により達成することができるのは当然である。

しかしながら、変更契約の場合、使用者の申し込んだ労働条件の変更に対して、労働者が明確に異議を唱えた場合には、労働条件の変更は達成されないことになる。したがって、労働者の合意がない限り、労働条件変更は不可能となるのでは、労働条件変更手段として不十分である。

7 まとめ

以上の検討から多様な労働条件変更手段と変更解約告知の相違は、次のように要約することができる。

労務指揮権は、その特質から、以下のような変更解約告知との相違点が浮かび上がってくる。まず、労務指揮権は、最終的に解雇に至ることはなく、使用者による労働義務の一方的な確定・変更を可能とする権限であるものの、特約による労務指揮権の拡張がない限り、契約上の合意の範囲内（しかもそれは限定されている）でのみ行使できるにすぎないものである。それに対して、変更解約告知は、労働条件の解約告知を要素とするものであり、変更に対する労働者の同意が必要であるために、使用者による一方的な労働条件変更手段ではなく、労働契約の範囲外の労働条件を変更することが可能である。

以上から、使用者が労働条件変更のために労務指揮権を行使しうる場合には、変更解約告知を用いることができないうこととなる。その逆に、変更解約告知は、労務指揮権によつてはカバーすることのできない労働条件について、その変更を達成する役割を委ねられているということがいえよう。

撤回留保は、労務指揮権の行使によつて変更できない労働条件を、労使のあらかじめの合意によつて変更権の留保を可能とするものである。しかしながら、この撤回留保が「労働関係の核心領域」を侵害するものである場合には解雇制限法を回避するものとして無効とされる。この場合には、変更解約告知によらなければならない。

一部解約告知は、労働契約の一部分を解約するという労働条件変更手段であるが、これは特約がない限り許されないため、労働条件の部分的な変更のためには変更解約告知が利用されることになる。

行為基礎の喪失は、契約の行為基礎が失われた場合に契約を一方的に変更しうるものであるが、これによる労働条件変更が用いられることはほとんどなく、変更解約告知の補充的な手段であるといえる。

変更契約は、合意により労働条件の変更を達成するものである。しかし、撤回・変更の留保がなされておらず、変更の同意が得られないような場合には変更解約告知によることになる。

二 変更解約告知制度の概要

1 変更解約告知の歴史的展開

「変更された労働条件での労働関係継続を申し込むことを目的とした解雇」という概念をもった変更解約告知制度は、ドイツにおいて古くから認識されてきた。²²³ この変更解約告知をはじめて認めたのが、ライヒ労働裁判所一九二八年五月一九日判決である。²²⁴ この事件は、鉱山で鉱区監督官として働いていた労働者が鉱山監督官への勤務を命じられたものである。ライヒ労働裁判所は、本件のような契約変更を労務指揮権の対象ではないとした上で、これを、労働条件変更を目的とした解雇として、この場合にも解雇規制が適用されるとした。その後のライヒ労働裁判

所は、労働関係の終了目的の解雇であろうと、契約条件変更目的の解雇であろうと、同様に、この当時の解雇規制であった事業所委員会法（Betriebsratgesetz）の適用を認めるといふ見解を示すこととなり、学説もこれに従った。²⁰このことから、当時の判例および学説は、通常の解雇と、使用者が提案した契約変更により労働者が応じない場合の解雇とを区別してはいなかったことがうかがえる。

第二次世界大戦終了後、西ドイツにおける労働者の解雇制限は大きな発展を遂げた。その最大の要因が、一九五一年八月一〇日の解雇制限法の成立である。²¹解雇制限法は、解雇事由を規制し、社会的正当性を欠く解雇を無効であるとする。すなわち、解雇制限法一条一項は、労働関係が六ヶ月以上存続している労働者に対する解雇について、社会的正当性を要求するものである。具体的には、労働者の心身上の事由、行動上の事由、緊急の経営上の必要性という三つの事由を列挙する（一条二項一文）。このような正当事由が存在しても、さらに、事業所組織法九五条（一九七二年改正法）の基準に違反した場合（一条二項二文一a）、継続雇用が可能な場合（一条二項二文一b）、緊急の経営上の必要性があっても社会的考慮を欠いた人選を行った場合（一条三項一文）²²には、社会的正当性が否定される。このように、解雇制限法は、労働者の解雇を厳格に制限する法として成立した。しかし、当時の解雇制限法に変更解約告知の規定は含まれていなかった。こうした状況下においては、労働者が、変更解約告知について争おうとする場合、解雇の効力を争うほかなかった。これにより、裁判所が、解雇は社会的に正当であると判断したときには、労働者は失職というリスクを負うことになった。²³そこで、労働者をこのような不利益から解放する新たな規定を設ける必要性が主張されるようになった。²⁴それを受けて、一九六九年の解雇制限法改正に際して、変更解約告知に関する規定の創設に至ったのである。

変更解約告知に関する解雇制限法二条は、一九六九年八月一四日の第一次労働立法整理法（Erstes Arbeitsrechts-

berainigungsgesetz) によつて新設され、同年九月一日に施行されている。同時に新たに創設された四条二文(当該労働条件変更が社会的に正当でないことの確認訴訟の訴え)、七条後段(解雇の有効化)、八条(労働者勝訴の場合の遡及効)も二条に結び付けられて、変更解約告知に関して規定している。

2 概念規定

解雇制限法二条によれば、変更解約告知とは「使用者が労働関係を解約告知し、かつ、当該解雇に関連して新たな労働条件による労働関係の継続を申し込む」ことであると定義され、労働条件変更を目的とした解雇であるとして理解される。したがつて、労働者が、使用者による労働条件変更の申込を承諾すれば、労働関係が継続するという点において、通常の解雇(終局的解雇)と区別することができる。また、この文言によれば、変更解約告知を言い渡さうる者は使用者のみである。したがつて、解雇制限法の枠組みにおいては、労働者による変更解約告知は考慮されていないことになる。⁶³⁾

このような解雇制限法二条の規定から、変更解約告知は、労働関係の解約および変更された条件での労働関係継続の申込という二つの意思表示から構成される法律行為であるということが明らかになる。これらの意思表示は、明確になされることが要求される。⁶⁴⁾ 変更申込を拒絶した場合には、労働関係が終了する旨を労働者に明確に示していなければ、使用者の行つた意思表示は変更解約告知とはみなされない。それは、単なる労働条件変更の申込にすぎない。⁶⁵⁾

変更解約告知には、労働関係の解約という要素に加えて、変更された条件での労働関係継続の申込という要素が必要である。このような労働関係の解約と変更申込との結びつきの態様により、変更解約告知には具体的に次のよ

うな二つの形態が存在することになる。すなわち、①無条件解雇の言い渡しとともに、変更された条件のもとで労働関係を継続するという申込がなされるタイプ、②労働者が提案された労働条件の変更を拒絶することを停止条件として使用者が解雇を行うタイプ、である。解雇制限法二条一文の文言は、①の形態について述べているものと考えられる。しかし、この文言は、②のような形態を排除したものではないし、立法者がこのような変更解約告知を排除したとも考えられない。確かに、形成行為に条件を付すことは原則として許されてはいない。このことは、契約の相手方を不安定な立場に置くことを懸念すること起因するものである。しかし、条件の発生が労働者の意思に依存する場合（いわゆる随意条件）には、相手方の立場の不安定性は存在しないといえる。⁶³したがって、②のような条件付解雇の場合も許容されるといえよう。いずれにしても、労働条件変更の申込は、解雇と同時にあるいは解雇に先行して行われるべきものと解される。これについては、後に詳しく述べる。

一九六九年に新設された解雇制限法二条は、「使用者が労働関係を解約し、労働者に対し当該解雇に関連して新たな労働条件による労働関係の継続を申し込む場合、労働者は、労働条件の変更が社会的に正当でないとの留保をして、その申込を受け入れることができる」と規定する。これにより、留保付承諾が認められることになり、変更解約告知を言い渡された労働者は、次の三つの対応が可能となった。第一に、労働条件変更の申込を、留保せずに承諾することである。第二に、変更申込を拒絶することである。この場合、解雇には正当性がないとして、労働関係が継続することの確認を訴える解雇保護訴訟（Kündigungsschutzklage）を行うことが可能である。もちろん、訴えを提起せずに解雇が有効となることもある。第三に、解約告知到達後三週間以内に留保付承諾の意思表示を行い、変更保護訴訟（Änderungsschutzklage）を提起することである。⁶⁴この場合、労働者は、訴訟期間中、一時的に変更された労働条件で就労しなければならない。

3 解雇制限法二条の意義および目的

解雇制限法二条の規定は、とりわけ契約内容保護を目的とするものであるといえることができる。つまり、前述のように解雇制限法一条が労働関係の存続を保護するのに対して、二条は、労働条件の一方的変更からの保護を中心とする規定であるとされる。⁶⁴⁾

変更解約告知の意義および目的は次のようなものであると考えられる。すなわち、同法二条のもとでは、労働者に、変更された条件が社会的に正当ではないという留保の下で、変更された条件での労働関係継続の申込を承諾する可能性が開かれている。この場合、労働者が勝訴すれば、当然、変更前の労働条件が継続することになる。一方、労働者が敗訴することになっても、労働条件は変更されることになるものの、雇用が失われることはない。つまり、留保付承諾により、解雇を問題とすることなく、労働条件変更そのものの正当性を争うことが可能となったのである。その意味で、同法二条の目的の重点は、解雇（雇用の終了）ではなく、契約内容の保護にあるといえることができる。したがって、変更解約告知の本来の意義および目的も、労働条件の変更を志向することにあると考えられる。これが労働条件変更型の変更解約告知という理解である。

4 変更解約告知の種類

変更解約告知には、以下の三種類のものがある。

第一は、通常変更解約告知 (ordentliche Änderungskündigung) である。解雇制限法二条は、通常の解雇に関する規制として捉えられる。したがって、通常変更解約告知の場合も、解雇制限法一条の通常解雇の場合と同様に、解約告知期間（民法典六二二条）を遵守しなければならないことになる。⁶⁵⁾

第二は、即時変更解約告知（außerordentliche Änderungskündigung）である。ドイツにおいては、民法典六二六条一項にいう重大な事由が存すれば、解約告知期間を遵守せずに、即時解雇が可能となる非常解雇（außerordentliche Kündigung）の制度が認められている。この制度は、変更解約告知においても解約告知期間を遵守せずに労働関係の解約がなされる即時変更解約告知として存在する。しかし、解雇制限法二条は、通常の変更解約告知に適用されるにすぎないため、即時変更解約告知を予定していないことになる。つまりそれは、即時変更解約告知の場合には、留保付承諾が認められないことを意味するとも考えられる。しかし、果たしてそうなのであるうか。

この問題について、学説は、「二条の規定からして、立法者の明確な意思は、労働者があらゆる労働関係を危険にさらされることなく、労働条件の解約告知と結びついた変更に対して適切に対応できるようにすること」であり、「立法者は即時変更解約告知の問題を見落としている」から、二条の類推適用によって解決すべきであるという。⁽⁸⁹⁾ また、裁判例においても同様に、即時変更解約告知は許容されるとし、解雇制限法二条を類推適用すると判示されている。ただし、この場合、労働者は使用者に遅滞なく留保付承諾（あるいは申込の承諾、または拒絶）を意思表示しなければならぬ。⁽⁹⁰⁾

以上のような学説および裁判例から、即時変更解約告知も変更解約告知として認められ、解雇制限法二条の類推適用を受けるのであり、したがって留保付承諾も可能であるということになる。つまり、解約告知期間を遵守せず、民法典六二六条一項の重大な事由をもって即時の変更解約告知を行う場合であっても、労働者は留保付承諾が可能であり、雇用関係を継続しつつ即時変更解約告知の正当性を裁判所において争うことができるのである。

即時変更解約告知に「重大な事由」が認められる要件、つまり、即時変更解約告知の審査基準については、裁判例は、⁽⁹¹⁾①使用者にとって、従前の労働条件での労働関係の継続がまったく期待できないこと、すなわち即時の変更

が絶対不可避であること、および、②新たな労働条件が被解雇者に受忍可能であることを要求している。

第三に、集団的変更解約告知 (Massenänderungskündigung) がある。使用者が、複数の労働者に対して労働条件の変更目的で、同時期、同内容で解雇を行う場合、これは集団的変更解約告知とされ、許容されている。これは、労働者から使用者に対してもなされる。ただし、解雇制限法二五条において、労使間の紛争に対して行われた解約については適用がないとされる。したがって、労使紛争に対する定義が問題となる。「序」で述べたとおり、ドイツでは、集団的変更解約告知は労働条件変更手段として確立していないため、本稿ではこれを扱わないこととする。

三 有期労働契約への移行を内容とする変更解約告知の可否

(1) 変更解約告知に関しては、有期労働契約への移行を内容とすることが可能かどうかという問題がある。⁴²⁾ 有期労働契約は、契約期間が終了すれば当然に契約が終了するという性格をもつ労働契約である。そもそも期間の定めのない労働契約が締結されていた労働者に対して、このような有期労働契約への移行を内容とする変更解約告知がなされると、労働条件の不利益変更が問題となるのみならず、労働者の雇用形態も大きな変動を被ることになる。これにより、労働契約の存続に影響が及ぼされることとなり、労働者が置かれる雇用契約上の地位は非常に不安定なものとなる。そこで、有期労働契約への移行を内容とする変更解約告知の可否が問題となる。

(2) この問題について、判例および学説は以下のように変遷していった。

連邦労働裁判所一九八四年五月一七日判決は、体育教師である原告が、被告ラントのギムナジウムから解約告知され、期間の定めのある契約により雇用を継続された事案である。

連邦労働裁判所は、有期労働契約への移行を内容とする変更解約告知は、変更解約告知の対象とはなりえないと判断した。それは、変更解約告知にあつては、労働条件の変更が社会的に正当化され、回避することができないかどうか、そして新たな条件が期待可能であり、当然に受忍できるかどうかを審査されるものであるが、期間を設定して継続雇用を申し込んだ場合には、解雇制限法一条により解約告知の社会的正当性も審査されねばならないからであるという。⁽⁴³⁾つまり、本判決は、有期雇用契約への移行を内容とする変更解約告知が、期間の終了によつていずれば契約の終了となる点を捉え、あくまでもそれを終局的解雇であると理解し、変更解約告知とはみなさない立場といえよう。

(3) ローストは、以上のような判例の立場に賛成し、「有期労働契約の締結の申込を伴つた解約告知は、純然たる終了解雇を意味するものであり、解雇制限法四条一文により解雇保護訴訟を提起することができる」として、有期労働契約への移行を伴つた解約告知は、変更解約告知の対象とはなりえないとする。

これに対して、フークは、「期間設定は、労働契約に基づいて労使双方の権利および義務の時間的制限を定めるとともに、労働関係の法的形成の本質部分であるゆえに、労働条件の概念に包含される」として、判例に反対の立場をとる。

しかしながらここでも、期間の満了によつて新たな解約告知を要することなく労働関係が終了することから、有期労働契約への移行は労働関係の存続に影響を及ぼすものであることを考慮に入れてゐる。そして、「有期労働関係への移行を伴つた変更解約告知により、労働契約の変更に關しては、労働契約の存続も問題となりうるのである、変更解約告知の社会的正当性には、厳格な要件が設定されるべきである」とする。より具体的には、「労働条件の変更に対する差し迫つた経営上の必要性が存するかどうか、さらに何人かの比較対照となりうる労働者につい

て、一条三項による社会的選択が正当に行われたかどうかを審査すべき」であり、「労働条件の変更が社会的に正当になされ、かつ変更申込が受忍可能である場合であっても、期間設定の正当な根拠がなければならぬ」と解する。

以下に述べるその後の裁判例は、この批判を受けて展開されることとなる。

(4) 連邦労働裁判所一九九六年四月二五日判決は、私立学校の助手であった原告が、その専門領域がなくなつたことを理由に、解約を告知されるとともに、期間の定めのある労働契約による継続雇用を申込みられた事案である。連邦労働裁判所は、労働者に留保付承諾の選択という可能性を与えるべきであるということから、「有期契約での再雇用の申込を伴う解約告知も変更解約告知である」と解する。本判決は、連邦労働裁判所の従来の裁判例に対するフークの批判を考慮した上でなされた判断であるといえる。本判決による判例変更は、①有期契約の締結申込を伴う解約告知を終了解雇ではなく、変更解約告知と解することにより、有期契約への移行を労働条件変更と理解する。②そこから、労働者の留保付承諾を認めるといふ二点において意義を有している。このことは、変更解約告知の労働条件変更型の理解を示すものである。つまり判例は、有期契約への移行に関して、留保付承諾による雇用の保護を前提に、労働条件変更の側面を重視して解釈する立場に転じたのである。この点、労働条件変更型としての理解の第一の意義は、変更解約告知の労働条件変更手段としての側面を重視するとともに、留保付承諾により、労働者が雇用を継続したまま労働条件変更の合理性を争いうること（雇用保障の要請）を重視することにある。このような労働条件変更型の意義に照らして考えると、連邦労働裁判所一九九六年判決が、有期雇用契約への移行を内容とする解約告知を変更解約告知として承認したことは、労働条件変更型の理解に整合的な判断であったといえる。⁴⁶⁸この点からも、変更解約告知が労働条件変更手段としての側面を重視して解釈されていることがわかる。そ

の結果、変更に同意しない労働者を失う危険から免れつつも、使用者の望む労働条件変更が達成される一方、雇用を継続したまま変更の合理性を争いうるゆえに労働者の雇用保障をもたらすというメリットが生ずる。

また、一九九六年判決によれば、有期労働契約の申込を伴った解約告知の社会的正当性は、申し込まれた期間の設定が正当な根拠を有しているか否か、それが認められても、さらに社会的選択の有無の審査に服することになる。こういった二段階の審査を受けることにより、有期労働契約の申込を伴った変更解約告知の要件は、非常に厳しいものとなる。この判断も、有期労働契約への移行を労働条件変更と理解しつつ、労働者の不利益の大きさに即した要件の加重を行う点で、労働条件変更型の変更解約告知の理解に整合的な判断といえることができる。

四 変更申込と解雇の前後関係

1 学説

(1) シャウプの所説

解雇制限法二条は、解雇と労働条件の変更申込の関連性を要求するにすぎない。したがって、解雇と労働条件変更申込の前後関係については、その文言からは何ら明らかにされないために、解雇と労働条件変更の申込の前後関係については議論がある。

シャウプ (Günter Schaub) は、「解雇と変更申込の関連性は、変更申込と解雇が同時に意思表示される場合に認められる。この場合、通常、解雇者の意思は労働関係の終了に向けられているというよりも、むしろその変更に向けられているといえる」とする。⁽⁴⁹⁾

また、「まず契約の変更だけを申し込み、交渉のちに解雇が意思表示される場合も認められる」とするが、労働条件の変更に対して、事前に労働者の同意を得るよう努力をしたものの、その交渉が決裂した場合にのみ、「最後の手段原則 (ultima ratio-Prinzip)」により、解雇の意思表示を行うことが許容されると解する。

さらに、契約申込を解雇の後に行うことができるかどうかについては議論があるとして、二つの場合に分けて検討を行っている。第一に、条件付解雇がなされるのであれば、変更申込がはつきりと示されない限り、先行する解雇は無効となると考える。これに対して、第二に、無条件解雇とともに変更申込の意思表示がなされる場合には、例外的に、契約申込は解雇の後に行うことができるかと解する。ただし、それは、契約申込が解約告知期間の開始までに通知されることが前提とされる。

(2) フークの所説

フークは、まず、「変更申込は解雇の意思表示の後に行うことはできない」とする。その理由をシャウプとは別の視点から次のように述べる。解雇を変更申込に先行して意思表示すれば、三週間の考慮期間(二条一項)の最後まで変更申込を先延ばしにすることによって、労働者に与えられた考慮期間を使用者が恣意的に操作し、考慮期間を不当に短縮するという結果がもたらされることになる。また、このように変更申込に先行して解雇がなされた場合は、終了解雇とみなされ、司法審査に際しては、変更の正当性を重視した審査を行うのではなく、解雇制限法一条二項および三項を適用して、解雇の社会的正当性の審査が行われることになり、解雇が先行する変更解約告知は、実質的にも、審査基準という側面から見ても、終了解雇と等しいことになる。⁶⁴⁾とする。

フークは、これとは逆に変更申込が先行する場合については、当然可能であるとし、このとき使用者は変更申込

を行うことを明確に示さなければならぬとする。ただし、このような変更申込の先行は義務ではないので、変更申込の直後に解雇を行うことも例外的に可能である、と解する。⁶³⁾

（3）ローストの所説

以上のシャープおよびフークの見解を統合したのがローストの見解である。

まず、解雇と変更申込が同時になされる場合について、当然、許容されるものであると解し、解雇と変更申込の同時性は労働者保護に役立つと述べる。⁶⁴⁾ また、変更申込が解雇に先行する場合についても、シャープと同様の理由から、条件付解雇の場合であっても、無条件解雇の場合であっても、変更申込の先行を認めることができるとする。その上で、解雇が変更申込に先行する場合については、条件付解雇と無条件解雇とに分けながら、詳細な解説を加えている。まず、条件付解雇については、「随意条件を備えた解雇は、解雇の意思表示の受領者としての被解雇者が、解雇の言い渡しの際に、労働条件の終了に至るか否かはつきり見通せるのだから許容される。条件自体がまだ不確定であると、労働関係の終了にとって必要な確実性に欠ける。したがって、条件付解雇の場合、原則として、遅くとも解雇の言い渡しとともに変更申込を行うべきである」とする。ただし、これには例外があり、「すでに言い渡された解雇との明確な関連性のもとで、変更申込が後から行われても、解約告知期間の開始前に労働者に変更申込が到達する場合に限り、例外として考えることができる」ということになる。⁶⁵⁾

ついで、無条件解雇の場合に関しては、フークも述べたような、使用者による考慮期間の任意の操作を理由に、原則としてこれが認められないと述べ、さらに無条件解雇の場合に、変更申込に解雇が先行すると、次のような事態が起こりうるという。解雇が先行する場合、この解雇が無条件解雇か、後に変更申込が行われるのか（変更解約

告知となるのか)判断しなければならないことになり、これが通常解雇とされれば、審査基準に影響がある、という。これは、もし先行する解雇が労働条件変更のための解雇であったのなら、変更解約告知でありながら、通常解雇の基準でその正当性が審査されることになるということの意味すると思われる。後述するように、変更解約告知の審査基準にあつては、変更解約告知を言い渡された労働者が、労働条件の変更申込を拒絶して解雇保護訴訟を提起する場合であつても、変更を重視した基準を用いるのが通説の見解である。それゆえ、解雇が先行したために終了解雇の審査基準により、解雇の正当性が審査されることになれば、変更解約告知を拒絶して、解雇制限法を提起した場合の社会的正当性に関する通説の見解とは相容れない状況に陥ることになるのである。このことが、変更申込への解雇の先行を否定する論拠とされている。ここでは、ドイツの労働条件変更型の理解が大きく影響しているといえよう(詳細は3参照)。

(4) キュンツルの所説

以上三説と同様、キュンツルも、解雇と変更申込の同時性を認め、さらに、変更申込が解雇に先行する場合についても可能であると主張する⁶⁵⁾。

そして、解雇が変更申込に先行する場合についても、まず、条件付解雇に関しては、解雇が先行した場合、被解雇者が、変更申込の承諾が受忍可能であるかどうか、まったくうかがい知れない状況に置かれることを理由に、認められないと解する。また、無条件解雇についても、解雇の意思表示の後に通達された変更申込は、考慮期間の短縮になりうるものであり、これは制度上、認められるべきではないとする。

そして、キュンツルは前三説のように、事後的な変更申込の場合であつても、解雇の言い渡し直後であれば可能

であるとして、一定の例外を認める。ただし、これに関して、次のように加えている。すなわち、解雇が先行する場合、後になされる変更申込を労働者が同意しない限り、最初になされた解雇の意思表示は撤回されない。したがってこの場合は、変更解約告知にはあたらず、終了解雇とみなされ、解雇の正当性に関する司法審査が行われることになる⁽⁶⁰⁾、というものである。このことは、ローストも述べていた、審査基準の矛盾という問題を示唆するものでもある。

2 裁判例

(1) 連邦労働裁判所一九七五年一月一〇日判決⁽⁶¹⁾

ラントの公立図書館で就労する原告が、被告ラントから、既存の労働関係を解約するとともに、賃金等級を変更し、新たな労働契約を締結することを申込みされた事案において、解雇と変更申込との関係が次のように述べられた。「解雇制限法」二条一項における変更解約告知の概念の法的定義によれば、使用者による労働関係の解約と同時に、労働関係を何らかの方法で変更された労働条件で継続するための申込を行うことも、概念上必然的に、変更解約告知に含まれる。」

本判決は、解約告知とともに労働条件変更の申込がなされるという形態も、解雇制限法二条一項にいう変更解約告知の概念に当然に含まれるということを確認した点に意義がある。

(2) 連邦労働裁判所一九八四年九月二七日判決⁽⁶¹⁾

事案は、建築作業員が、不景気による受注の著しい減少を理由に、会社から雇用関係の解約を言い渡されたが、

その後の交渉において、会社は賃金を引き下げた上で継続雇用することを申し込んだというものである。なお、本件控訴に際して、原告は、次のような理由を述べている。すなわち、本件手続において、会社は最初に当該申込を提案していなかったが、もし仮に解雇の言い渡し時に申込が提案されていたのであれば、原告は低下した労働条件を承諾していたであろう、と。

判決はまず、解雇と変更申込の関連性は労働者の保護を目的としていることに言及する。解雇制限法二条二文により、留保付承諾に際して労働者には考慮期間が与えられ、この期間により、労働者は性急な判断を求められることなく、熟慮の上で判断を下しうることを保障される。したがって、労働者の判断のために、使用者の変更申込の提案は明確かつ完全に示されなければならない。

本件のように、使用者が解雇の前の変更申込を怠った場合には、解雇の効力の判断に際して、解雇の前に変更申込があったと仮定して、労働者がその変更申込に少なくとも留保付承諾の意思表示を行ったかどうか推定して審査するべきであるとする。このことから、連邦労働裁判所は、変更申込が解雇に先行してなされることを前提としているといえるよう。

3 検討

(1) 変更の先行および変更と解雇の同時性

以上のように、解雇と変更申込の前後関係については、学説および裁判例（特に学説）においては、変更申込と解雇が同時になされるか、あるいは変更申込が解雇に先行することが原則とされている。これに対して、変更申込に先行して解雇がなされる場合については、例外として限定的に認められるにすぎない。それでは、なぜ、学説お

よび裁判例は、解雇と変更申込の前後関係について、同時あるいは変更申込の先行を原則とし、解雇の先行を認めないのであるか。このことに関する学説・裁判例の述べる根拠づけは、次のように整理することができる。

第一に、条件付解雇の場合に、解雇が変更申込に先行するのであれば、解雇の意思表示の時点で、変更内容は明らかにならなければならないのであり、条件が不明確となる点である。変更内容が明確でなければ、変更を無条件で承諾するか、留保付承諾をするのか、あるいは拒絶するのに関する労働者の適正な判断の障害となりうる。

第二に、変更申込に先行して解雇がなされることにより、使用者によって考慮期間が任意に操作されるおそれが生ずる。考慮期間は、留保付承諾を意思表示するために、解雇制限法二条により労働者に付与された重要な選択のための期間である。そのような考慮期間が使用者の恣意により短縮されることは許されるべきではない。

第三に、解雇が先行した場合、後の変更申込を承諾しない限り、先行的解雇は撤回されることはなく、この場合は終了解雇とみなされることになるという点である。そもそも労働条件の変更を意図してなされた最初の解雇の意思表示が、最終的に終了解雇となるのでは、労働者の保護に欠けるし、使用者の当初の目的も達成しえない。

そして、第四に、以上の三点を総合すれば、変更申込の先行および解雇と変更申込の同時性こそ、労働者の保護に資することになる。変更内容の明確性および考慮期間は、変更解約告知を言い渡された場合に、労働者がどのような対応をとるのか判断するために必要不可欠な要素なのである。つまり、解雇と変更申込に明確な時間的関連性があれば、労働者には、考慮すべき変更内容が明確に示され、さらに考慮の期間も十分に保障されることにより、適切な判断へと導かれるであろう。また、解雇が先行することによって増大する終了解雇の危険性は、変更申込の先行あるいは同時性により低下することにもなる。したがって、変更申込の先行あるいは解雇と変更申込の同時性は、労働者の利益にかなうといえる。

(2) 労働条件変更との関係

このような学説および裁判例の根拠づけは、変更解約告知を労働条件変更法理として理解することと整合的であるといえる。

まず、第一の解雇の先行による条件の不明確性は、労働者の決定に際しての決め手を失わせるだけでなく、変更内容が不明確であるにもかかわらず、労働者が、変更内容が社会的に正当ではないという留保のもとで変更を承諾することを不可能とする。このようにして労働者の留保付承諾の可能性が奪われるとすれば、結局、労働者は、解雇と変更の無条件承諾という二者択一を迫られる状況に置かれるのと等しくなり、労働者にとっては著しく不利な結果となるのである。労働条件変更型の観点からすれば、留保付承諾の可能性が奪われ、労働条件変更問題が解雇の場面に持ち込まれることは、適切ではない。

第二に、使用者による考慮期間の操作は、労働者が適切な対応を選択のための期間を奪うこととなる。考慮期間の短縮により、労働者が適切な判断を下す機会を奪われ、仮に、労働者の意に反して、結果として解雇に至ることになったとすれば、労働条件変更に関する労働者の判断を喪失させ、労働条件変更型の変更解約告知とは相容れないものとなる。

また、第三の点から、先行する解雇が有効と認められた場合には、終了解雇とみなされることになるが、労働条件変更型の理解からすると、変更解約告知は、あくまでも労働条件の変更手段であるのだから、容易に終了解雇という結果に至るべきではない。さらに、解雇が先行し、後の変更申込を承諾しない場合には、終了解雇とみなされるゆえに、審査基準は解雇を重視したものとなりうるが、労働者が変更申込を拒絶して解雇保護訴訟を提起する場合の審査基準は、変更を重視したものとするのが通説の立場である。⁶²したがって審査基準の側面からしても、審査

基準が解雇を重視したものになりうる解雇の先行は妥当ではない。後述するように、変更を重視した審査基準を用いることは、労働条件変更型と非常に密接な関係を有しているのである。

以上のような理由から、変更解約告知を労働条件変更法理と捉えるとき、解雇と変更申込の前後関係については、解雇と変更申込が同時になされるか、あるいは変更申込が解雇に先行するべきであると解することが整合的である。それゆえ、解雇と変更申込の同時性あるいは変更申込の先行は、労働条件変更型の変更解約告知とは密接な関係にあるといえる。

五 小括

本章では、ドイツの変更解約告知の概念について、労働条件変更型の視点から整理・考察してきた。最後に、本章のまとめを行うとともに、ドイツにおける変更解約告知の位置づけを明らかにしたい。

まず、他の労働条件変更手段を検討することによって、ドイツの労働条件変更システムにおける変更解約告知の意義を探った。これによると、労務指揮権は、契約上の合意の範囲内でのみ行使しうるものであり、労働協約等によつて拡張することが可能であるが、給付と反対給付の均衡を著しく損なう場合には認められない点に限界がある。撤回留保についても、労働関係の核心領域に触れるものは許されず、この点で撤回留保には制約がある。変更契約も、労働者の合意がないと労働条件変更には至らない。こうして、変更解約告知はこれらの労働条件変更手段の隙間を埋めるものであるということがわかる。このことは、変更解約告知が労働条件変更手段として機能していることを明らかとする。

また、変更解約告知とは、使用者が労働関係を解約するとともに、新たな労働条件による労働関係の継続を申し込むことであるという解雇制限法二条の規定から、解変更解約告知の目的は解雇ではなく労働条件変更にあることが明らかとなる。

有期雇用契約への移行を内容とする変更解約告知については、変更解約告知として認められ、この場合にも労働者には雇用継続を可能とする留保付承諾の可能性が開かれることとなる。

そして、変更申込と解雇の関係は、変更内容の明示、適正な考慮期間の付与、解雇の確定の回避という労働者の保護のために、変更申込が先になされるか解雇と変更とが同時でなければならぬ。

これらのことは、ドイツでは、変更解約告知が、解雇に至ることなく労働条件を変更する手段と捉える労働条件変更型と理解されていることを明らかにするものである。

以上を要すると、ドイツにおいて変更解約告知は次のように位置づけられる。変更解約告知は、労働条件の変更を目的とし、労務指揮権、撤回留保、一部解約告知、変更契約等による労働条件変更が不可能な場面で用いられ、有期雇用契約への移行を内容とする変更解約告知も認められる。そして、変更解約告知を行う際には、変更申込が先行するか、解雇と変更申込が同時になされなければならない。このような変更解約告知の特徴は、いずれも変更解約告知を労働条件変更手段と捉えたものといえることができる。すなわち、ドイツでは、変更解約告知は労働条件変更型として確立しているといえることができる。

注

- (1) 労務指揮権に関しては、土田清夫『労務指揮権の現代的展開——労働契約における一方的決定と合意決定との相克』（信山社・一九九九年）五〇頁以下に依拠する。その他、Friedhelm Rost, Becker/Etzel/Fischermeier/Friedrich/Lipke/Pfeiffer/Rost/Spieler/Weigend/Wolff, *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, 7 Aufl., Luchterhand, 2004 (以下「KR-Rost」) § 2, Rn. 36ff.; Hueck/v. Hoyningen-Huene, *Kündigungsschutzgesetz*, 12. Aufl., C. H. Beck, 1997 (以下「Hueck/v. Hoyningen-Huene」) § 2, Rn. 13ff.; Reinhard Künzel, Reiner Ascheid, Ulrich Preis und Ingrid Schmidt, *Großkommentar zum Kündigungsgesetz*, C. H. Beck, 2004 (以下「Künzel」) § 2 Rn. 50ff. 参照。
- (2) BAG Urt. v. 12. 12. 1984 (BAGE Bd. 47, S. 314).
- (3) BAG Urt. v. 12. 12. 1984 (BAGE Bd. 47, S. 314).
- (4) KR-Rost, § 2 Rn. 39ff.; Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 2 Rn. 14ff.; Künzel, § 2 Rn. 51ff.; BAG v. 12. 12. 1984, BAGE Bd. 47, S. 314. 土田・龍徳書(社一)一七七頁以下。
- (5) 土田・龍徳書(社一)一七六頁以下。
- (6) BAG Urt. v. 22. 5. 1985 (BAGE Bd. 48, S. 351).
- (7) BAG v. 29. 10. 1997 (AP Nr. 3 zu § 1 TVG Tarifverträge: Textilindustrie).
- (8) KR-Rost, § 2 Rn. 54c ff.
- (9) BAG Urt. v. 28. 5. 1997 (AP Nr. 36 zu § 611 BGB Arzt- Krankenhaus- Vertrag).
- (10) BAG Urt. v. 22. 5. 1985 (AP Nr. 6 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bundesbahn).
- (11) BAG Urt. v. 15. 11. 1995 (AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftansa).
- (12) 撤回留保に関しては、藤原稔弘「メーソンのにおける労働条件の決定・変更—個別的労働法上の変更手段を中心として—」講座二

ドイツにおける変更解約告知の法理 (一) (金井)

一世紀の労働法第三卷『労働条件の決定と変更』（二〇〇〇年・有斐閣）二六九頁、KR-Rost, § 2 Rn. 47ff. を参照。

- (3) Künzl, § 2 Rn. 108.
- (4) BAG Urt. v. 12. 12. 1984 (BAGE Bd. 47, S. 322ff.).
- (5) BAG Urt. v. 12. 12. 1984 (BAGE Bd. 47, S. 314).
- (6) BAG Urt. v. 15. 11. 1995 (AP Nr. 20 zu § 1TVG Tarifverträge: Luftansa).
- (7) KR-Rost, § 2 Rn. 51.
- (8) Hueck/ v. Hoyningen-Huene, § 2 Rn. 29.
- (9) KR-Rost, § 2 Rn. 51.
- (10) ユーニベルシテット・ウィンドシェイド (Bernhard Windscheid) の前提論 (Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, 1847) の標題「*Veränderter Umstände*」(近年のカーラレンツ) による行為基礎論 (Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: Die Bedeutung "veränderter Umstände" im Zivilrecht, 3. Aufl., 1963 本書の日本語訳として、K・ラーレンツ著、勝本正晃校閲・神田博司ほか訳『行為基礎と契約の履行』一九六九年・中央大学出版部) まで多くの議論が展開されてきた。わが国の行為基礎論については主要なものとして、五十嵐清『事情変更の原則』（一九六九年・有斐閣）が挙げられる。
- (11) KR-Rost, § 2 Rn. 54; Künzl, § 2 Rn. 86.
- (12) Thomas Katajczak, *Änderungskündigung des Arbeitgebers*, 1984, S. 3ff.
以下については、根本到「ドイツにおける変更解約告知制度の構造（一）」季刊労働法一八五号（一九九八年）一四六頁以下を参照。
- (13) RAG ARS Bd. 3 S. 24. などを、この事件については、根本・前掲論文（注22）一四六頁以下も参照。
- (14) Flanow/Kahn-Freund, Betriebsrätegesetz 13. Aufl. 1931 S. 419ff.

ドイツにおける変更解約告知の法理 (一) (金井)

- (25) BGBI. I, S. 499.
- (26) 一九五一年の解雇制限法においては、労働者が、人選が社会的に正当でないことを理由に解雇の効力を争う場合には、労働者に拳証責任が負わされていた。しかし、一九六九年の改正により、「使用者は、労働者の請求により、その選択が社会的であることの理由を示さなければならぬ」とされ、労働者の拳証責任は軽減されている。
- (27) この当時、労働者が雇用を維持したまま変更解約告知の効力を争うことのできる制度の必要性を述べたものとして、Eduard Böttcher, Bestandsschutz und Vertragsinhaltsschutz im Lichte der Änderungskündigung, in Nipperdey (Hrsg.) *Festschrift für Erich Mohr*, 1962, S. 123; Alfred Hueck, *Kindigungsschutzgesetz*, 4. Aufl., 1961 § 1 Rn. 30c などを参照。この点については第三章を参照せよ。
- (28) BGGI, I S. 1106.
- (29) 労働者による変更解約告知は、非常にまれではあるが可能である。ただし、これは争議手段として行われるものである (KR-Rost, § 2 Rn. 8)。この点は、使用者からの変更解約告知のみを考察する。
- (30) Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 2 Rn. 3.
- (31) Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 2 Rn. 4ff.
- (32) KR-Rost, § 2 Rn. 11.
- (33) KR-Rost, § 2 Rn. 14, 15.
- (34) 準備期間 (Überlegungsfrist) については期間による。
- (35) この点については第二章を参照せよ。
- (36) Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 2 Rn. 2; KR-Rost, § 2 Rn. 7.
- (37) Kinzl, § 2 Rn. 40; KR-Rost, § 2 Rn. 29.
- (38) Hueck/v. Hoyningen-Huene, § 2 Rn. 6.

- (39) BAG UrL. v. 7. 6. 1973 (AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung).
- (40) KR-Rost, § 2 Rn. 33.
- (41) BAG Beschl. v. 6. 3. 1986 (AP Nr. 19 zu § 15 KSchG 1969).
- (42) 日本でも、スカンジナビア航空事件・東京地決平成七・四・一三労働判例六七五号一三頁において、労働条件変更の内容に一年間の有期雇用契約への移行が含まれており、この問題と同様の状況にあったといえる。
- (43) BAG UrL. v. 17. 5. 1984 (AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).
- (44) KR-Rost, § 2 Rn. 10a.
- (45) Gerrick v. Hoyningen-Huene, Anmerkung zum BAG UrL. v. 17. 5. 1984.
Vgl. Hueck/ v. Hoyningen-Huene, § 2 Rn. 9.
- (46) Gerrick v. Hoyningen-Huene, Anmerkung zum BAG UrL. v. 17. 5. 1984.
- (47) BAG UrL. v. 25. 4. 1996 (BAGH Bd. 83, S. 82).
- (48) 八四年判決は、有期労働契約への移行を内容とする変更解約告知が労働条件変更の問題というよりも最終的には契約の終了に至ることを理由として、これを許容していなかった。確かに、労働条件の変更によって最終的に労働関係が解約に至るのであれば、労働条件変更型の観点からして、不自然であるといえる。したがってその限りでは、八四年判決も労働条件変更型と整合的に見なされるべきである。
- (49) Günter Schaub, Die Änderungskündigung, in Wolfgang Hromadka, *Änderung von Arbeitsbedingungen*, 1990, S. 75.
- (50) Schaub, a. a. O., S. 75.
- (51) Schaub, a. a. O., S. 75.
- (52) Hueck/ v. Hoyningen-Huene, § 2 Rn. 11.

ドイツにおける変更解約告知の法理 (一) (金井)

- ④ Hueck/ v. Hoyningen-Huene, § 2 Rn. 12.
- ⑤ KR-Rost, § 2 Rn. 19.
- ⑥ KR-Rost, § 2 Rn. 25.
- ⑦ KR-Rost, § 2 Rn. 21, 22.
- ⑧ KR-Rost, § 2 Rn. 24.
- ⑨ Künzl, § 2 Rn. 23ff.
- ⑩ Künzl, § 2 Rn. 29.
- ⑪ BAG Urt. v. 10. 12. 1975(AP Nr. 90 zu § 22, 23 BAT).
- ⑫ BAG Urt. v. 27. 9. 1984(AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969). このほか、地方裁判所レベルでも、同様に「数日遅れて、変更解約告知に
関連して新たな賃金等級が通知される場合、それは変更することができない。と、この場合は、変更申込は解雇と同時に提案される
べきである。」という裁判例がある (LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 6. 2. 1987, DB 1987, S. 1098)。
- ⑬ この点については、第二章で詳しく述べておく。