

ドイツにおける労働者の行動を理由とする解雇と事前警告の法理

著者	藤原 稔弘
雑誌名	関西大学法学論集
巻	56
号	5-6
ページ	1255-1291
発行年	2007-02-28
その他のタイトル	Die verhaltensbedingte Kündigung und die Abmahnung in Deutschland
URL	http://hdl.handle.net/10112/5264

ドイツにおける労働者の行態を理由とする
解雇と事前警告の法理

藤原稔弘

目次

- 一 序——本稿の課題——
- 二 労働者の行態を理由とする解雇の有効要件と事前警告の必要性の法的根拠
- 三 警告の法的性質および形式
- 四 警告の必要性の有無の判断
- 五 警告の内容
- 六 解雇と警告との関係
- 七 結 び

勤務態度の不良を理由とする解雇に関して、わが国の判例では、使用者の指導・教育による改善矯正の努力にもかかわらず、労働者の態度が改まらなかった場合に初めて、それが矯正不可能な持続性を有する素質、性格に起因するものとして解雇を正当化すると解されている⁽¹⁾。勤務態度不良に対する指導教育措置の内容について、判例をみると、面接や口頭による注意・指導によっても、長期欠勤、常習的遅刻および頻繁な無断離籍等が改善されなかったことを理由に、損害保険会社総合職の解雇に客観的に合理的な理由があり解雇権の濫用に当たらないとしたもの⁽²⁾や、上司による口頭での注意によっても勤務表への虚偽記載や記載懈怠、および勤務時間中に新聞を読む等の常識に欠ける行動等が改まらなかったこと等を理由にコンピューターシステムの設計・運用管理ならびに監査業務等を行う会社の外国人従業員の解雇を合理的で有効であるとしたもの⁽³⁾がある。さらに、協調性の欠如（上司、同僚、部下への穏当を欠く言動、職務遂行における独善的態度）や顧客・取引先への不適切な対応（接客態度の不良等）を理由とする解雇に関しても、解雇の前に教育・指導措置を行うことが必要であり、この措置には、注意や話し合いだけではなく、解雇と比べると軽微な懲戒処分を行うことにより、労働者に警告を発し反省を促すことも含まれる⁽⁴⁾。

これらの判例によると、勤務態度の不良を矯正し解雇を回避する措置として、口頭による注意・指導や、解雇（懲戒解雇を含む）に至るまでの軽い懲戒処分による事前の警告等が示されている⁽⁵⁾。しかし、わが国の判例・学説においては、こうした事前の注意、指導、警告に関し、理論的に突き詰めた考察がなされてきたとはいえない。たとえば、事前の警告等が、どのような場合に、いかなる根拠にもとづいて必要となるか、事前の警告等が有効であるためには、

どのような内容が要求されるか、警告等の対象となった事実と解雇理由となった事実との関係は、いかにあるべきかなどの点につき、必ずしも十分な解明がなされていない。

周知のように、ドイツの解雇制限法においては、解雇の社会的正当化事由の一つとして、労働者の行態に存する事由 (verhaltensbedingte Gründe) がある (同法一条二項)。労働者の行態を理由とする解雇が有効であるためには、事前に労働者に対して警告をし、義務違反の行態を是正する機会を与えなければならない。有効な事前の警告が欠けるとき、解雇法を支配する比例原則に従い、解雇は違法無効となる。そして、ドイツの学説・判例においては、事前の警告の法的根拠、法的性質や形式、警告の必要性やその有すべき内容、解雇と警告との関係について、詳しい考察が加えられている。以下、わが国の労働者の勤務態度を理由とする解雇に関して事前警告の法理を理論的に精緻にする示唆を得るために、ドイツの法理について包括的に考察を行うこととしたい。

二 労働者の行態を理由とする解雇の有効要件と事前警告の必要性の法的根拠

1 労働者の行態を理由とする解雇の有効要件

ドイツ連邦労働裁判所 (以下、「BAG」という) の判例によると、一般に、労働者の行態を理由とする解雇に関して、次のような有効要件が課されている。⁽⁶⁾ まず第一に、労働者の行態を理由とする解雇が有効であるためには、労働者の労働契約違反の行態が存しなくてはならない (労働契約上の義務に違反する労働者の行態)。第二に、予測原
理にもとづき、義務違反の行態の反復の危険が存在する必要がある (否定的な将来予測)。すなわち、労働者が将来において同種の義務違反を犯す恐れがあるか、あるいは過去の行態が義務違反の重大性の故に将来においても使用者

に負担を課し続けるものでなければならぬ。

第三に、労働者の行態を理由とする解雇が有効であるためには、契約違反の行態によって労働関係に具体的な支障（業務の遂行等に）が生じなければならない（労働関係に支障を生ぜしめること）。また第四に、他の職務での継続雇用可能性が存しないことが必要である。すなわち、比例原則にもとづき、使用者は、すべての終了解約告知（解雇）の前に、他の職務での継続雇用が可能かつ期待可能であるかどうか検討しなくてはならず、このことは、故意過失にもとづく、非難可能な労働者の行態を理由とする解雇にも妥当する。第五に、労使間の、綿密かつ包括的な利益衡量が必要である。この場合、事前に計画されたあるいは契約により前もって定められた労働関係の終了時点まで職場を維持する労働者の利益と、労働関係を解消することにより得られる使用者の利益が比較考量される。契約当事者および事業所の利益を衡量し、合理的に判断した場合、解雇が相当かつ是認に値すると考えられるとき、それは社会的に正当化される。

これらの要件以外に、労働者の行態を理由とする解雇が有効に行われるためには、事前の警告が必要となる。次に、事前の警告が必要となる法的根拠につき検討したい。

2 事前警告が必要となる法的根拠

(1) BAGの判例の動向

BAGの判例は、使用者による事前の警告の必要性を、給付領域（Leistungsbereich）における労働者の義務違反については、主にドイツ民法（以下「BGB」という）の旧三三六条（以下、債務法改正Ⅱ二〇〇二年一月一日施行

以前のBGBの規定を旧〇条と記載する) から導き出していた。後述のように、給付領域には、労働給付と関係する義務違反が属し、とりわけ、主たる労働給付義務に対する違反、たとえば、無断欠勤、遅刻、労働拒否 (Arbeitsverweigerung)、無断の年休の延長、労働給付の不足 (Minderleistung) 等がこれに入る。しかし、付随的義務 (Nebenpflichten) の侵害であっても、それが労働給付に係る場合 (たとえば、疾病を理由として欠勤する際の通知義務違反等)、給付領域に分類される。

まず、給付領域に関して警告の必要性を、BGB旧三二六条の規定により法的に基礎づけている判例に、BAG一九六七年六月一九日判決 (AP Nr. 1 zu § 124 GewO) がある。この判決によると、BGB旧三二六条の基本思想 (Grundgedanken) に従えば、債権者は、一方的な契約の破棄のような痛切な措置 (einschneidende Maßnahmen) を行う前に、今一度改めて債務の履行遅滞を債務者に認識させなければならぬ。このことは、本法規定により原則として、すべての債権者に要求される。そして、この基本思想を重大な事由に基づく解雇に当てはめて表現すると、「この種の解雇がもつばら契約の給付面の障害を理由に行われる場合、一般に事前の警告が要求されなければならないことを意味する」とされる。同様に、BAG一九八四年八月九日判決 (AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung) でも、「債権者は、契約の一方的破棄のような痛切な措置の実行や法的効果を発生させる前に今一度その期限に遅れた債務の履行の結果を債務者に認識させなければならないというBGB旧三二六条一項に含まれている一般的な法的思想にもとづき、警告の必要性が正当化される」と判示されている。

これに対し、義務違反が、信頼領域や事業所領域に存在する場合には、BAGの判例は、事前の警告の必要性を、比例原則 (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) によって基礎づけている。後述のように、信頼領域には、労働関係の人

格的要素に関係しかつ共同作業に必要な信頼の基礎を労働関係から奪う行為が含まれる。これに該当するのは、刑罰の対象となりかつ使用者の利益を侵害する労働者の行為（たとえば、窃盗、労働不能証明書の偽造、労働時間記録カードの犯罪的な変造、上司や同僚に対する重大な侮辱や暴力行為等）である。事業所領域における契約違反としては、事業所における労働者の共同作業の基礎を確保するのに必要な義務に対する違反（たとえば、同僚労働者に対する暴力や、事業所内秩序あるいは事業所内平和の侵害等）が考えられる。信頼領域と事業所領域は、重複部分を持つ。まず、BAG一九八四年七月一二日判決（AP Nr. 32 zu § 102 BetrVG 1972）は、給付領域においてはBGB旧三二六条一項に含まれた一般的な法思想により、効果のなかった警告の先行が解雇には必要であったが、事業所領域の義務違反に属する侮辱行為や暴力行為（この場合、付随的義務の侵害が問題となり、本件では、同僚労働者への侮辱的言動や暴力行為が通常解雇の理由となっている）については、信頼領域における義務違反の場合と同様に、比例原則を根拠に例外的に（義務違反による労働関係の侵害が未だそれほど重大ではない場合等に）、事前の警告を要すると判示している。同様に、BAG一九八八年一月一〇日判決（AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung）も、信頼領域に属する義務違反（航空機会社の機長が、会社の禁止に違反して、少なくとも四度貨物専用便に故意かつ不当に乗客を搭乗させたこと等）を理由とする解雇（即時解雇、予備的に期間を遵守した通常解雇）に関して、事前の警告の必要性を比例原則により法的に基礎づけている。すなわち、この判決によると、労働契約違反の行態に対する制裁としては、解雇はもっとも厳しい個別法上の措置であり、これに対し警告は、より穏当な手段である。それゆえ、比例原則に従い、解雇に先行して警告が行われなければならない。なぜならば、他の手段により目的の実現が十分にできない場合に限り、解雇が必要となるからであるとされている。

近時のBAG判例は、以下に述べるような学説の批判を受けて、給付領域に属する義務違反についても、事前警告の必要性を、解雇法を支配する比例原則から導き出している。すなわち、まず、BAG一九九一年一月一七日判決(AP Nr. 25 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung)によると、労働者の行態に存する給付障害(本件では無断欠勤の反復で、労働給付義務の違反行為)は、それが将来も予測される限りで、解雇理由として重要な意味を持ち得るにすぎない。こうした将来の反復可能性の有無を明確にすることが、解雇法を支配する比例原則のもとでは、警告の要件の、とりわけ重要な意義である。つまり将来、警告に従い労働者がその瑕疵ある行態を是正することが予期できる限り、解雇は、基本的に最後の手段ではなく、比例原則の部分原則である必要性の原則(Erforderlichkeitsgrundsatz、最後の手段の原則と同義)により解雇は正当化されない。また、BAG二〇〇一年二月二一日判決(AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abmahnung)でも、効果のなかった警告(原告が自己の行態により労働関係の存続を危険にさらすことになるとの指摘を含むそれ)の解雇への先行の要件が、BGB二四二条の信義・誠実の原則にもとづくものでなく、どのような分野の義務違反であれ、一般に、「効果なく終わった警告の先行」という要件は、解雇制限法の適用範囲内では比例原則に由来するものであり、かつ解雇理由の構成要素である」とされている。

(2) 学説の動向

学説は、給付領域に属する義務違反であれ、信頼領域や事業所領域に属する義務違反であれ、解雇の前に警告を行う必要性を、比例原則ないしはその部分原則である最後の手段の原則によって基礎づけてきた⁽⁷⁾。そして、給付領域に属する義務違反を理由とする解雇に関しBGB旧三二六条一項に依拠して事前の警告の必要性を根拠づけるBAGの判例を批判した。まず第一に、BAG判例が前提とするような「債権者が解約のような痛切な措置をとる以前にも

う一度自己の怠惰な行態の効果を債務者に認識させるべき」という法的思考が、BGB旧三二六条一項に含まれていることに疑問が示された。⁽⁸⁾ すなわち、BGB旧三二六条一項の猶与期限の設定(Nachfristsetzung)は、主として、契約の今後の運命についての不安定性から債権者を解放することに役立つ。このような期間は、期間の経過後債権者が給付の受領を拒否できるという意味を有した。それゆえ、旧三二六条一項は、債務者の利益ではなく、もっぱら債権者の利益に貢献する規定であるとされた。第二に、BGB旧三二六条一項(確かに、原理的にはすべての双務契約に妥当し、それゆえ労働契約にも当てはまる)が任意規定であることが問題とされた。⁽⁹⁾ つまり、契約当事者は、期限の設定(Fristsetzung)や給付の受領拒否の威嚇(Ablehnungsandrohung)の要件を、合意により廃止することができた。このような任意規定的性格を有するBGB旧三二六条一項は、労働関係において、労働者の労働契約上の義務違反を理由として解雇が行われる場合の事前の警告の要件の法的根拠としては適格性に欠ける。なぜならば、事前の警告の要件は、強行的性格を持つものであるからであるとされた。⁽¹⁰⁾

次に、比例原則の部分原則のうち、どの原則により、事前警告の要件が基礎づけられるかも、学説・判例上問題となっている。⁽¹¹⁾ 本来、比例原則は、公法における法治国家原理の現れとして、国家の行為に制約を課すものに他ならない。保護された法的な地位への国家による干渉は、それが適合的(geeignet)かつ必要で(erforderlich)あり、用いられた手段が実現された目的と均衡を失しない場合に限り適法である。このように広い意味の比例原則は、①適合性(Geeignetheit)、②必要性(Erforderlichkeit)、③狭義の比例原則(過剰規制の禁止=Übermaßverbot)の原則と同義)の三つの部分原則に分かれる。第二の必要性の原則は、複数の適合的な手段の中から、もっとも個人の利益を侵害することが少ない手段をたえず選択することを要求し、最後の手段の原則と同義である。第三の過剰規制の禁

止の原則は、目的と手段とが適切な均衡を保つことを要求し、目的と手段とが相互に比較衡量され、ある手段の利用から生じる不利益が目的の実現による利益と比べて優勢である場合、その手段の利用が許されなくなる。比例原則は、契約の一方当事者に、法律によってであれ、契約によってであれ、他の契約当事者の既存の法的地位に対し一方的な影響を及ぼす法的可能性が与えられる場合、私法関係においても適用される⁽¹²⁾。

学説・判例の支配的立場では、事前警告の要件は、比例原則の部分原則である必要性の原則から導き出されているが、過剰規制の禁止の原則から基礎づける立場もある⁽¹³⁾。すなわち、v. Hoyningen-Huene によると、警告は、解雇との関係では、より穏当な手段 (milderes Mittel) ではなく、他の手段 (anderes Mittel) である。解雇の目標は契約関係の解消である。これに対し警告は、たしかに契約の解消 (解雇) の準備段階であるが、第一義的には、将来契約に従った行動を取るような機会を労働者に与えるために行われる。それゆえ、解雇は契約関係の終了を志向するものであるのに対し、警告は労働関係の存続を志向するものである。目的志向が異なるが故に、警告は、解雇により追求された目的の実現には適さず、警告は解雇に対してより穏当な手段 (「本質的には同じものの縮小 (wesensgleiches Minus) 」) とは考えられない。そして、こうした立場からは、義務違反が重大である場合には、行態を理由とする解雇の前に警告を行う必要がなくなると一般的に解されていること (後述) が、説明可能になるとされる。この点、最後の手段の原則から警告の必要性を導出する立場では、説明が難しい。なぜならば、義務違反がいかに重大であっても、将来労働者が契約に適合した行態をとることが期待可能である場合には、解雇は最後の手段とはならず、契約適合的な行態をとるかどうかの確認のために警告を行う必要があるからである。しかし、過剰規制の禁止の原則に従えば、義務違反が重大であれば、解雇という重大な手段を取ること当然に許容されるから、警告の必要もなくなる。

三 警告の法的性質および形式

1 警告の法的性質

一般に、使用者による警告には、ほぼ共通して次のような三つの機能があると解されている。⁽¹⁴⁾ まず第一は、催告機能 (Rügefunktion) ないしは指示機能 (Hinweisfunktion) である。警告を通じて、使用者は債権者として、労働者に、精確に表示された契約違反の行態を認識させることができる。つまり、警告により、労働者は、自己の労働契約上の義務を想起させられ、同時に将来的に今後、このような義務に従うように諭される。第二は、威嚇機能 (Warnfunktion) である。警告により、労働者は、今後契約違反の行態を取った場合労働関係の存続や内容への深刻な影響を覚悟しなければならないことを告知される。第三は、証拠確保機能 (Beweissicherungsfunktion) である。使用者は、警告文書 (人事記録の中に保存される) により、労働者の契約上の義務違反に関する証拠を確保できる。⁽¹⁵⁾ これら三つの機能の中で、解雇の正当化との関係でもっとも重要なのは威嚇機能である。

これらの警告の機能から、その法的性格が導き出される。まず警告により、労働関係の法的内容あるいは法的な存立に直接的な効果が及ぼされるわけではない。したがって、警告は、意思表示ではなく、またそれゆえ一方的な法律行為でもない。しかし他方、警告は、個別法上の基礎の上の純粹に事実的な表示行為 (rein tatsächliche Erklärung) ではない。警告は、B G B 旧二八四条の催告 (Mahnung)、B G B 旧三二六条の拒否の威迫を伴った期限の設定 (Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung) 並びに B G B 旧四七八条の瑕疵の通知 (Mängelanzeige) と比較可能である。以上により、学説上一般に、労働法における警告は、準法律行為 (rechtsgeschäftsähnliche Handlung) である

と解されている。⁽¹⁶⁾ 同様に、BAGの判例でも、警告の法的性質は、準法律行為であるとされている。すなわち、前掲のBAG一九八四年八月九日判決によると、「警告は、その法的効果が民法にもとづく催告と同様に表示者の意思によってではなく、法律によって定まるので、意思表示ではなく、法律行為類似の意思の表明にほかならない」とされているし、BAG一九九二年五月二一日判決 (AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung) も、使用者による警告には形成権の行使も、公式の意思表示も存在せず、それは単に準法律行為にすぎないと判示している。

また、学説・判例の一致した立場によると、意思表示に関する民法 (BGB) の規定は、準法律行為である使用者の警告に類推適用される。⁽¹⁷⁾ 警告にも、BGB一三〇条一項一文が類推適用される結果、その到達 (Zugang) によって有効となる。そして、民法学説および連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof) の判例によると、到達という語は、表示内容の現実的認知 (Kenntnisnahme der Erklärung) を意味しない。むしろ、表示の受領者が通常の諸事情のもとで、表示の内容を認識することが可能となれば、十分であると解されている。⁽¹⁸⁾

しかし、前掲のBAG一九八四年八月九日判決は、使用者の警告の「到達」に関して、こうした立場とは異なる見解を示している。⁽¹⁹⁾ すなわち、この判決によると、警告が有効であるためには、上記の意味の「到達」では足りず、それを超えて原則として、警告の内容について受領者 (労働者) が現実を知ることが必要である。そして、こうした原則は、警告の有する指示機能および威嚇機能から導き出される。つまり、警告は、これら二つの機能を、①使用者が労働者に対して精確に表示された瑕疵ある給付 (義務違反の行態) につき苦情を申し立て、かつ②苦情を申し立てられた瑕疵ある給付が反復されたなら労働関係の内容あるいは存続に重大な結果を生じることの明確な指摘が行わ

れる場合に限り、果たすことが可能となる。そして①および②の要件の充足のためには、原則として、苦情を申し立てられた瑕疵ある行態を労働者が現実に認識することが不可欠であり、BGB一三〇条の「到達概念」の意味の、多かれ少なかれ客観的指標に左右される単なる認識可能性（瑕疵ある行態の）では不十分である。

しかしながら、同一九八四年八月九日判決では、以上の原則に例外が設けられており、BGB一三〇条の適用領域内においては、警告の表示の受領者（労働者）が、信義誠実の原則にもとづき、警告の表示の不到達あるいは到達の遅滞を主張することが禁じられる場合があり得るとされている。たとえば、警告の表示の不到達あるいは到達の遅滞が労働者の責に帰すべき事由によるものであり、かつ使用者がそのことを予期する義務がなかった場合等がそうである。⁽²⁰⁾

2 警告の形式

学説・判例の支配的見解によると、警告には、特定の形式は必要ではなく、それは口頭でも行うことができる。⁽²¹⁾しかし、使用者は、警告の事実およびその内容について立証義務を負うので、文書形式をとることが望ましいとされている。また、支配的見解によると、「警告」という言葉・表現の使用も、警告の有効性の要件ではなく、使用者の表示行為から、解釈を通じ、それに適した内容（義務違反の行態の精確な記述と、今後それが反復された場合の結果として労働関係の内容および存続が危険にさらされること）を読み取ることができればよく、逆に、使用者の意思の表示に、警告にとり必要不可欠な内容（後述）が含まれていなかった場合、「警告」と表示されていても、法的に有効な警告とはみなされない。⁽²²⁾

四 警告の必要性の有無の判断

労働者の行態を理由とする解雇のすべてについて、事前の警告が必要となるわけではない。事前の警告なしに、解雇が行われても、適法かつ有効である場合がある。問題は、警告が必要な場合とそうでない場合をどのような基準で分けるかである。

1 以前のBAGの判例の動向

(1) 障害領域の区分による警告の必要性判断(原則)

労働者の行態を理由とする解雇が有効であるために、使用者が事前に警告を行いかつそれが効果を生じなかったことが必要かどうか(効果のなかった事前の警告の有無)に関して、以前のBAGの判例は、次のような障害領域(Störbereiche)の区別にもとづき判断していた。すなわち、労働者の義務違反が給付領域(Leistungsbereich)に存在する場合には、解雇が有効であるために警告が原則として必要である。⁽²³⁾これに対して、信頼領域(Vertrauensbereich)および事業所領域(betrieblicher Bereich)にある義務違反に関して、BAGは、原則として警告を解雇が有効であるための要件としていなかった。⁽²⁴⁾

給付領域には、労働給付と関係する義務違反が属する。とりわけ、主たる労働給付義務に対する違反、たとえば、無断欠勤、遅刻、労働拒否(Arbeitsverweigerung)、無断の年休の延長、労働給付の不足(Minderleistung)等がこれに入る。⁽²⁵⁾BAGの判例では、付随的義務の侵害でも、労働給付に密接に関係する場合給付領域に属すると解されて

いる。たとえば、まず、BAG一九九三年八月二六日判決 (AP Nr. 112 zu § 626 BGB) は、機械工の職務を行っていた労働者が医師の診断書により証明された労働不能 (病欠) の期間中、他の使用者の下で交代制勤務の清掃作業 (夜間に七時間も) を行ったことが、健康を回復・促進する行態をとる義務に違反するとしてなされた即時解雇につき、右義務違反が給付領域に属するとしている。また、BAG一九九一年八月一六日判決 (AP Nr. 27 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung) も、疾病にもとづく欠勤およびその予想される期間につき遅滞なく通知する義務の違反を理由としてなされた通常解雇に関し、かかる通知義務違反が労働契約上の付随的義務の違反にすぎないとしつつも、それが労働関係に直接支障を生じさせるから、原則として給付領域に属する義務違反であると判示した。

信頼領域には、次のような労働者の行為が分類される。すなわち、それは、労働関係の人格的要素 (Personenbezogene Elemente) に関係しかつ共同作業に必要な信頼の基礎を労働関係から奪う行為である。⁽²⁶⁾ これには、⁽²⁷⁾ 対象となりかつ使用者の利益を侵害する労働者の行為が含まれる。たとえば、使用者の所有物の窃盗や横領、労働不能証明書 (医師の診断書) の偽造、⁽²⁷⁾ 労働時間記録カードの犯罪的な変造、私生活での飲酒運転による交通事故等がその例である。また、労働関係の期間中存続する競業禁止への違反も原則として事前の警告を要しない信頼領域の義務違反である。⁽²⁸⁾ 事業所領域の契約違反としては、事業所における労働者の共同作業の基礎を確保するのに必要な義務に対する違反、たとえば、上司や同僚に対する重大な侮辱や暴力行為等が考えられる。⁽²⁹⁾ 信頼領域と事業所領域には、重なる部分がある。

(2) 障害領域の区分による警告の必要性判断基準 (原則) に対する例外

ドイツにおける労働者の行態を理由とする解雇と事前警告の法理

(イ) 給付領域において警告が不要とされる場合

上述の領域区分によると、義務違反が給付領域に属する場合、原則として解雇の前に事前の警告が必要となる。しかし、次のような場合には、例外的に警告は不要となる。まず第一は、警告が効果を発揮する見込みがないと考えられる特別の事情が個々の事例において存在する場合である。こうしたケースとして、労働者の頑迷さ (Uneh-sichtigkeit) あるいは無思慮さ (Rücksichtslosigkeit) の故に、たとえ警告を行ったとしても労働契約上の義務に従った行態を取る意思が労働者に全くないかあるいはそもそも不可能な場合等が考えられる⁽³⁰⁾。たとえば、前掲 BAG 一九九一年一月一七日判決によると、一年半の間に四回全日無断欠勤し、これに対し三度の警告 (無断欠勤は労働契約上の義務に違反しそれにより業務に支障が生じていることを指摘) が行われ三度目の警告では解雇が示唆されたにもかかわらず、新たに三週間の間に二度も無断欠勤をしたとき等には、改めて事前の警告を行わずとも、有効に解雇できる。これに対し、BAG 一九九四年二月一七日判決 (AP Nr. 116 zu § 626 BGB) は、養子縁組のために、急遽必要となった新生児の引き取り・養育を理由に、法律上の予告期間 (四週間・連邦育児休暇法一六条一項) を守らず育児休暇を請求し欠勤した労働者を事前の警告なしに即時解雇した事案に関し、労働者に法律上の期間を守って休暇を請求し直す余地がなくはないとして、警告が最初から不必要であるとはいえないと判示している。

第二に、特別重大な義務違反が存在する場合、給付領域における義務違反であっても、事前に警告を行う必要はない。このような例外を設ける理由について、BAG の判例では特別重大な義務違反を犯したとき、労働者は、自己の義務違反を当然に認識可能で、かつ最初から自己の行態が使用者に容認される見込みを持ち得ないこと、それゆえ、そのような場合、労働者は自らの職を賭していることを当然に認識しなければならぬことが指摘されている⁽³¹⁾。なお

学説では、前記の場合警告が不要となる根拠として、特別重大な義務違反により引き起こされる信頼の基礎の破壊は、将来の契約の履行に対する継続的な障害の要因として効果を及ぼす点等が重視されている。⁽³²⁾ 警告が不必要になる給付領域における特別重大な義務違反の例としては、BAGの判例により、医師によって労働不能を証明され病欠欠勤している労働者（賃金は継続支給されている）が、他の使用者のところへ夜間の勤務時間帯（午後一〇時から午前五時）に七時間清掃作業に従事したことにより、病気が治癒しない危険性を増大させた場合や、⁽³³⁾ 警察署に勤務する労働者（重障害者）が一九八六年九月八日から一九八七年八月二四日までの約一年間にわたって、複写係が欠勤したときその業務への代理就労の命令を、代理就労命令の適法性がすでに確定判決により確認されているにもかかわらず執拗に拒否し続けた場合等⁽³⁴⁾が示されている。

(ロ) 信頼領域または事業所領域において警告が必要となる場合

信頼領域や事業所領域においては、契約違反に対して警告が不要であるという原則についても、BAGは、例外を認めている。すなわちまず第一に、労働者が、是認し得る（vertretbar）合理的な理由にもとづき、自己の行態が契約に適合している（契約に違反するものではない）と、あるいは使用者により少なくとも労働関係の存続を危殆に瀕させる程重大な非行とはみなされないであろうと認定していた場合には、警告が必要となる。⁽³⁵⁾ このようなケースには、BAG一九八三年六月三〇日判決（AP Nr. 15 zu Art 140 GG）によると、プロテスタント教会の社会奉仕活動の部門で、家庭内のトラブルの相談、麻薬中毒患者の支援、妊娠中絶の相談等の仕事をしてきた同性愛者である心理学士が、勤務外で同性愛行為をしたことがキリスト教の原理や教会の使命と相容れないとして特別解雇（予備的に通常解雇）された事例が該当する。第二に例外的に警告が不要となるのは、労働関係が未だ契約違反によってあまり強度な

負担を受けておらず、かつ警告により労働者が契約に従った行態を将来取るようになることと使用者が期待可能である場合である。⁽³⁶⁾

以上のように警告の必要性を領域を区分して考察するBAGの判例の従来の立場には、学説は一樣に批判的であった。学説の支配的立場によると、BAG判例の領域区分は、實際上不明確であるし、理論的にも確固たる根拠がなく、適切ではない。⁽³⁷⁾ この点、v. Hoyningen-Hueneによると、事前の警告の必要性は、比例原則によって基礎づけられる(前述)から、警告の要否は、労働者の義務違反によって将来の共同作業の基礎が破壊されてしまっているかどうかによって定まる(破壊されてしまっていれば、警告は不要)。そして、こうした将来の共同作業の基礎の破壊の有無は、労働者の義務違反が給付領域に関わるかそれとも信頼領域に関わるかによって判断すべき問題ではない。義務違反の種類とその重大性からして、労働者が将来契約に適合した行態を取ったとしても労働関係を継続することが使用者に期待可能かどうかにより判断すべきである。すなわち、期待可能であれば比例原則に従い警告が必要であり、期待可能でなければ事前の警告なしに使用者は解雇を行うことができる。以上により、給付領域と信頼領域あるいは事業所領域に分けて、警告の要否を判断するのは、根拠がないとされている。⁽³⁸⁾

2 BAGの判例変更および多数学説の立場

学説による批判を受けて、BAG自身も、障害領域の区別により警告の必要性を定める方法を修正し、領域の区分を相対化していった。すなわち、給付領域において警告が例外的に不必要となる場合を従来よりも一層拡大し、逆に信頼領域において警告を要する場合を多頻度で承認するようになった。⁽³⁹⁾

一般論としても、従来の判例と異なる判示をする判決が現れる。まず、前掲BAG一九九四年二月一七日判決は、「契約違反の行態を理由として解雇が予定されている労働者に対しては、原則としてまず最初に警告が行われなければならない」、このことは、特に行態領域 (Verhaltensbereich) および給付領域における障害 (Störungen) に当てはまる」と判示している。この事件では、給付領域に属する義務違反 (前述のように予告期間を遵守しない育児休暇取得による無断欠勤) が問題となっている。また複写係の職務への代理就労命令を執拗に拒否し続けたこと (給付領域の義務違反) が解雇理由として問題となったBAG一九九四年五月一八日判決 (AP Nr. 3 zu § 108 BPersVG) にも、同様の判示が見られる。これらの判例は、最初、原則として契約違反の行態を理由とする解雇に關し事前に警告を行わなければならないことを判示しているが、それに続く判示で、この原則が、特に (insbesondere)、給付領域における義務違反に当てはまることを明らかにしている。したがって、明確に判例変更が行われたとは解しにくかった。

明確に判例変更を行ったのは、BAG一九九七年六月四日判決 (AP Nr. 137 zu § 626 BGB) である。本件では、かなりの程度の酩酊状態での飲酒運転事故 (私的な運転での) を理由に公的な旅客近郊輸送で勤務させるために必要な信頼性に疑問が生じたとして、地下鉄運転士に対してなされた特別解雇 (予備的に通常解雇) の効力が争われた。なお、本件解雇に先立ち事前の警告はなされていない。本件では、信頼領域における障害が問題となっており、かつ解雇の対象となった労働者との信頼関係が修復不可能なほど破壊され、もはや将来の共同作業に対する基礎が存在しないことが強調されている。右判決によると、従来の判例は、当初、信頼領域における義務違反については、事前の警告が原則として不要であるとしていた。しかし、その後BAGの判例は、信頼領域の義務違反に關して、労働者が行態を契約に違反しないかあるいは使用者により少なくとも労働関係の存続を危険にさらす重大な失態

(Fehlverhalten) とみなされ得ないだろうと認定してもよい場合、警告が必要となる（無しで済ますことはできない）という方向で修正を行った。かくて、当裁判所は、「信頼領域における障害についても、いずれにせよ警告の必要性が審査されるべきである」ことを前提としなくてはならず、「警告の必要性は、制御可能な労働者の行態あるいはその制御可能な行態により除去できる労働者の人格に存する事由に基づき申し渡されたすべての解雇に関して（つまり信頼の回復が期待可能である場合には）審査されなくてはならない」とされている。最後に判決は、領域を区分して警告の要否を判断する従来の判例が維持できないことを明確にしている。この一九九七年六月四日判決は、信頼領域に関する判例であるが、同じことは事業所領域に関しても妥当すると考えられる。

学説の支配的な立場によると、どの障害領域に分類されるかにかかわらず、警告は、その要否を含めて、常に比例性と将来関連性 (Zukunftsbezogenheit) という解雇制限法上の基本的視点に従い評価されなければならない。こうした解雇制限法上の基本的視点によると、次のような状況が存在する場合には、警告は不必要である。まず第一には、警告が功を奏する見込みがない場合である。⁽⁴⁰⁾ 労働者が警告に従いその行態を変更することが不可能であるかあるいはその意思がまったくなく、使用者は警告を行わずに済ませることができる。たとえば、明示的にあるいは誤解のない形できっぱりと、労働者がその義務違反の行態を改めないと表明している場合、⁽⁴¹⁾ あるいは義務違反の行態が執拗にかつ頑迷に行われ、契約内容および法律に従った労働契約の履行が期待され得ない場合等が例として指摘されている。⁽⁴²⁾

第二に、労働者の義務違反の性質、重大さあるいはその効果から労働関係のこれ以上の継続がもはや使用者に期待可能でない場合も、警告は不必要であると考えられる。⁽⁴³⁾ 特別重大な義務違反のケースについては、その義務違反が労

働者に容易に認識可能でありかつそれを使用者が承認しないことが明白に予測され得るにもかかわらず、義務違反を行ったことを根拠に、警告の必要はなくなるとする見解が有力である。⁽⁴⁴⁾ こうした観点からすると、長期にわたり問題なく勤務してきた従業員の、反復の危険性のない一度の失態、過誤行為 (Fehlleistung) を理由として解雇が行われる場合には、警告が必要となり得るであろう。使用者は、軽微な義務違反を理由として、解雇を行うことは許されず、まず最初に警告を行わなくてはならない。

以上のように、学説の支配的立場において、かつての BAG 判例による領域分けには否定的評価がなされているが、警告の要否の判断基準として、部分的に従来の BAG の判断が生かされている。

五 警告の内容

ドイツの学説・判例上、警告が有効であるためには、それが一定の内容を有するものでなくてはならない。換言すれば、必要な内容に欠ける警告は、解雇の有効要件としては不適合であり、そうした警告が事前になされても、解雇は無効となる。それでは、警告は、どのような内容を有するものでなくてはならないのであろうか。

まず、BAG の判例によると、警告は、基本的に、次のような二つの要件を充足しなくてはならない。⁽⁴⁵⁾ すなわち、警告は、その指示機能と威嚇機能に対応した内容を持つことが必要である。前者の面からは、警告により、使用者は、労働者に対し明確かつ真摯に、契約上の義務の履行を催告し、精確に示された義務違反の行態を変更し、ないしは中止するように要求すべきである。これによってのみ、労働者は、使用者が特定の行態を契約に適合しないものと考えていて、今後はもはやそれを受忍するつもりのないことを、知ることができる。後者の面からは、警告は、非難の対

象となった義務違反の行態が反復されたとき、労働関係の内容あるいは存続自体が具体的に危険に曝されることを明確に示さなくてはならない。

BAG一九八〇年一月一八日判決 (AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhantensbedingte Kündigung) では、群病院の外科の医局員 (アメリカのシカゴ生まれ) が診断や薬剤の使用法に間違いが多く、言語上の問題もあり、口述筆記の中にしばしば英語の単語や文節が紛れ込むことがあった等の独立して医療行為を行う適格性を疑わせる行態を理由に通常解雇された事案に関し、有効な警告が事前に行われたかどうか争われた (本件では上述のような警告を不要とする事情の存在は認められていない)。原審の州労働裁判所は、外科の医長が原告に対し医学的専門分野を外科から変更した方がよいと奨めたことを、解雇の前に必要な警告であると判断した。これに対し、BAGは、この外科医長が、管理的職務の医長として、警告を行う権限を有する人の範囲 (労働給付の場所、時間並びに種類に関して拘束力のある指図をする権限を有する者) に属するとしつつも、医長の右示唆は、同僚の忠告 (kollegialer Ratschlag) に他ならず、警告と評価できないとしている。BAGによると、右の示唆には、威嚇機能を示す内容、つまり、瑕疵ある給付 (契約に適合しない行態、本件では、前記の各行態) が反復されたときの、労働関係の中身あるいはその存続自体に及ぼす影響についての指摘が含まれておらず、警告が有しなくてはならない要件の一つを欠いている。

警告の指示機能に関しては、前掲のBAG一九八四年八月九日判決によると、警告により非難の対象となった義務違反の行態は、十分に具体的に特定されなくてはならず、そうした場合に限り、労働者は、「使用者が特定の行態を契約に適合しないものと判断している」と認識し得るとされている。それゆえ、警告の対象となった行態は、具体的な事実を摘示して詳細に記載されなくてはならず、「耐え難い行動」、「契約違反の行態」、「瑕疵ある給付」、「時間

ルーズ (Unpünktlichkeit) 』のような短い概括的な (pauschal) 言葉で、労働者の義務違反行為を示すだけでは十分である。⁽⁴⁶⁾

また付言すると、威嚇機能に関して、前掲 BAG 一九九四年二月一七日判決は、警告において明示の文言 (expressis verbis) により、義務違反の行態を反復したとき労働関係の存続が危殆に瀕すると示す必要はないとしている。つまり、明示の文言によらなくとも、論理的推論により一義的に、右の威嚇の内容が読みとれる表現であればよい。さらに、BAG の判例によると、警告の威嚇機能を充足するためには、特定の解雇法上の措置 (通常のあるいは特別の終了解約告知または特別の変更解約告知) を提示する必要はなく、警告の権限を有する者が義務違反行為の繰り返しにより労働関係の既存の内容あるいは存続自体が危殆に瀕することを一義的かつ明瞭に、労働者に示せばそれで十分である。⁽⁴⁷⁾

六 解雇と警告との関係

1 義務違反の同種性

BAG の判例によると、労働者が警告の後に義務違反を犯した場合、新たな義務違反が警告の対象となった義務違反と同種である (gleichartig) あるいは比較可能である (vergleichbar) 場合に限り、解雇が有効となる。⁽⁴⁸⁾ たとえば、BAG 一九九二年一月一六日判決 (NZAI1992, S. 1023f.) では、高級料理店 (gastronomischer Betrieb) の専門販売員 (Fachverkäuferin) の解雇の適法性が争点となった。一九九〇年八月三〇日に被告により示された解雇の理由は、原告の顧客に対する友好的姿勢 (親切さ) の欠如についての異議・苦情等であった。しかし、被告が同年八月一五日

および二〇日に行った警告は、労働不能（欠勤）の証明書（医師の診断書）の提出の遅延を内容とするものであり、被告が解雇の理由として示した右の義務違反とは、異なる領域に属するものであった。本判決によると、警告の内容となった義務違反と解雇理由とは内的関連性を有し、同種の非違行為（Fehlverhalten）でなくてはならないが、本件ではそうした内的関連性や同種性は認めれない。それゆえ、八月三〇日に被告により示唆された解雇は、十分な警告がなされていないから違法・無効であるとされている。

このような義務違反の同種性の要件は、警告の目的・機能に基づき根拠づけられている。⁽⁴⁹⁾ すなわち、上述のように警告には、労働者に自己の行態が契約上の義務に違反することを示し、契約上の義務を履行すること催促する機能（指示機能あるいは催告機能）と、義務違反の行態が反復されたときには労働関係の存続が危殆に瀕すること等を労働者に認識させる機能（威嚇機能）とがある。この二つの機能は、警告されたものとは異なる種類の事後の義務違反を理由として解雇が行われた場合、意味を失う。

しかし、ドイツの判例において、従来、同種性の概念は、精確にかつ確固たるものとして規定されていないといえる。たとえば、BAGの判例によると、多数回にわたり諸々の比較可能でない（つまり同種でない）義務違反行為を理由に労働者が警告を受け、また別の同種でない義務違反を理由に解雇された場合でも、解雇理由となったものを含めこれら多数の（かつ多種の）義務違反行為に基づき労働者が将来一般的に労働契約上あるいは法律上許容されない行態をとることが確実に予測可能であるとき、解雇は正当化され得る。⁽⁵⁰⁾

学説においても、同種性の判断基準の考察がなされている。まず、v. Hoyningen-Hueneによると、義務違反の行態が同じ平面（Ebene）に存在する場合、言い換えれば、統一的観点の下で総括可能である場合に、義務違反の同種

性が肯定できる⁽⁵¹⁾。こうした上位の統一的観点としては、たとえば、労働契約上の主たる給付義務の侵害（つまり契約上義務づけられた労務の不履行）があり、この観点の下では、遅刻、早退、労働時間の不遵守およびその他の時間的な面での信頼性（zeitliche Unzuverlässigkeit）は、同じ平面にあると評価できる。労働者の建築現場からの独断による早期退去と勤務時間中のトランプ遊びとは、内的関連性があり、いずれも労働の部分的な拒否を意味する。これに対し、定められた労働時間の不遵守と勤務成績の不良（Schlechteistung）とは、同じ平面にはない。前者は、労働給付義務の範囲に関わり、後者は、その内容に関わるからである。それゆえ、労働者が遅刻や早退または欠勤をしたことについて使用者との協議時に警告を受けたにすぎない場合、その後使用者は、業務調査の報告書を期限通りに完成させ提出しなかったことを理由にその労働者を解雇できない。

次に、E. Fischermeierによると、同種性の判断に関しては、決して厳格な形式的尺度は適用されるべきではなく、同種性の有無が争われる義務違反の行態の範囲は、あまりに狭く解されてはならない⁽⁵²⁾。むしろ、広い意味の同種性あるいは実態の類似性（Ähnlichkeit im Sachverhalt）で十分である。そして結局のところ、同種性の判断に関しては、労働者が然るべき注意深さを持っていれば、警告から、使用者が新たな義務違反行為を単純に受忍せず、場合によっては解雇によって対応すると認識し得たかどうかが決定的に重要であるとされている。さらに、M. Kinnerの見解では、警告の対象となった義務違反の行態と解雇理由となった行態とは、同じ平面に存在しなければならず、前者と後者は、ともに同一の特別の義務の範囲（derselbe spezielle Pflichtenkreis）に属さなければならない⁽⁵³⁾。そして、ここでいう、同一の特別の義務の範囲の例としては、「労働時間に関する義務」、「喫煙禁止あるいは飲酒禁止」、「疾病による欠勤の期間中健康を促進し治療を促進する労働者の義務」および「副業禁止」等が挙げられている。

学説には少数説として、こうした同種性の要件を課すことに批判的な見解もある。批判の要点は次の三つである。⁽⁵⁴⁾まず第一に、同種性の要件を課すことにより、多くの、しかし常に他の種類の義務違反を犯す労働者が、少ないが同種の義務違反を犯す労働者と比べて、解雇法上優遇されることになるという、正当化し得ない不合理な状況を招くとされている。第二に、警告の意味・目的の理解から、同種性の要件への疑問が示されている。すなわち、警告は、いかなる理由によるにせよ、労働者に対し、使用者がすべての契約上の義務の厳格な履行を期待していることを明らかにするものである。別のさらなる義務違反行為が同種のものでなくとも、これにより、労働者には契約上の義務を厳格に履行する意思がないかあるいはそれが不可能であることが示される。警告の威嚇機能は、今後さらに義務違反の行態をした場合労働関係の存続への影響等を覚悟すべきことを労働者に明確にすることを目的としており、こうした威嚇は、それが同種の義務違反に関わる限りでのみ意味を有するものではない。むしろ、警告を受けた労働者は、いかなる種類の義務違反であれ、今後はそれを犯すことができないことを前提に行動しなければならいとされる。第三に、労働者の行態を理由とする解雇の社会的正当性の判断のあり方という観点からも、問題点が指摘されている。すなわち、労働者の義務違反の行態が総じて、解雇を社会的に正当化するかどうかは、解雇制限訴訟において初めて、しかも全体的な利益衡量にもとづき決せられることであり、警告の対象となった事実と解雇理由となった事実が同種のものであるかどうかという純粹に形式的な観点により決められる問題ではないとされる。

2 警告の威嚇機能の無価値化の有無

支配的学説およびBAGの判例によると、解雇の前に必要な警告の数は、個々の事例の諸事情により判断され、特

に軽微な義務違反の場合には、一回だけではなく、二回あるいは三回の警告が解雇の前に必要となり得る。そして警告の威嚇機能 (Warnfunktion) は、絶えず新たに生じる労働者の義務違反に対して使用者が常に解雇の可能性を示唆する (威嚇する) だけで、その都度労働法的な効果を生じさせないことにより、相当程度弱体化され、無価値化され得る⁽⁵⁵⁾。

警告の威嚇機能の無価値化に関する従来の代表的判例は、BAG二〇〇一年一月一五日判決 (AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung) である。この判決によると、警告が、直後の同種の義務違反に対し解雇の可能性を示唆することで労働者を威嚇するという機能を果たし得るのは、こうした威嚇を労働者が真剣に (真摯に) 受け止める場合に限ってである。長期にわたり常に単に解雇の威嚇がなされるだけで、実行されることがないとき、事情によっては、もはや労働者は、解雇の示唆を真摯に受け止めないこともあり得る。しかし、このことは、何回かの特定の数の警告 (例えば頻繁な遅刻を理由として) の後は、同種の義務違反があっても、もはや解雇できないということを意味しない。社会的地位の高い労働者の軽微な義務違反については、解雇の前に警告を繰り返さなければ、労使間に紛争が生じるおそれ大きい。この場合使用者は、おそらくただ一回の警告では労働者に対し、さらに同種の義務違反をした場合その職を賭すことになるという意味の十分な威嚇をするには足りないことを考慮しなくてはならない。しかし他方において、何回かの複数の警告が必要であるとしても、あまり多くの警告がなされた場合には使用者が解雇権を喪失してしまう恐れがある。使用者は、労働者から、「自分はあまりに頻繁に警告された」という反論か、あるいは「自分は非常にまれにしか警告を受けなかった」という反論のいずれかを受ける危険に曝されることになる。このような矛盾・対立は、既に多数回の警告によりその威嚇機能を弱めてしまった使用者に、解雇の申し渡し前の最後の

警告を特に強く印象の残るように内容形成をするよう要求することにより解決可能である。このことが、どのような形で行われるべきか(強い印象を与える警告の対話＝*Abmahnungsgespräch*や、特別に際立たせられた文言「例「最後の警告」等」によるか)は、個々のケースの事情によって決せられる。

右判決は、被告の商品引き渡し倉庫で自動車運転手および倉庫作業員として勤務してきた原告が、度重なる遅刻を理由として解雇された事件を対象とするものであり、原告の遅刻につき警告が数多く行われた(一九八三年以後、長年にわたり遅刻を繰り返し、七回の文書による警告を受けてきた)ために、警告の威嚇機能が無価値化してしまったかどうか問題となった。BAGは、上述の判断基準を適用し、無価値化を否定、警告の有効性を肯定した。BAGによると、確かに本件では、被告は多年にわたり原告の恒常的な遅刻に対し単に警告を行って来ただけであり、かくて原告に、新たに遅刻しても被告が予告したことを実行し、解雇を行うつもりが現実にあるのかどうか疑問を生じさせたかもしれない。しかし、最後の二つの警告には、義務違反(遅刻)を反復したときには解雇が行われることを原告に認識可能となるような明確な文言が含まれている(「貴殿は解雇を覚悟しなければならない」とか、「最後の警告」とかいう文言)。また、BAGによると、解雇の前に、事業所に事業所委員会が存在しないため被告により開始された、事業所委員会の同意に代わる決定手続も警告機能を持つ。こうした決定手続を開始することにより、被告は、今後、原告の恒常的な遅刻に対し解雇の実行で対抗するつもりであることを明らかにしたといえる。にもかかわらず、原告は、最後の警告の一日後、さらにその後の決定手続の進行中にも、再度新たに、所定の始業時間よりも非常に遅く出勤(遅刻)している。

さらに、BAG二〇〇四年九月一六日判決(NZA 2005, S. 459 f.)でも警告の無価値化の有無が争点になった。こ

の判決も、基本的には、前記二〇〇一年一月一五日判決の無価値化否定の要件を踏襲していると考えられるが、要件の適用において、事案の特殊性から諸種の事情を考慮せざるを得なくなり、結果的に要件自体をかなり曖昧にしてしまった。⁽⁵⁶⁾

七 結 び

最後に、以上の考察を踏まえ、わが国の勤務態度を理由とする解雇についての事前警告の法理を理論的に深化させるために、有益であると考えられる点を総括的に取り上げ本稿の結びとしたい。

まず第一に、事前の警告が必要となる根拠についてのドイツの議論が注目できる。わが国では、警告は、教育指導措置の一環として、解雇回避のために信義則上要求されるものと位置づけられている。これに対し、ドイツの学説・判例では、労働者の行態を理由とする解雇の有効要件として、事前の警告が要求されるのは、解雇法を支配する比例原則に根拠があり、信義則（BGB二四二条）にはない。比例原則は、本来、公法の法治国家原理の現れとして、国家の行為に制約を課すものであるが、解雇権の行使のように、契約の当事者の一人に、他の当事者の既存の法的地位に一方的な影響を及ぼす法的可能性が与えられる場合、私法関係においても適用される。比例原則の部分原則のうちのどれに依拠しているのかについては、通説・判例は、必要性の原則（最後の手段の原則）により、事前の警告の要件を根拠づけている。これに対し、一部の学説は、警告の必要性の根拠として、過剰規制の禁止の原則（狭義の比例原則）を摘示している。これら二つの部分原則は、相互排斥的なものではなく、両方とも、労働者の行態を理由とする解雇に関し、事前の警告の必要性を基礎づけるものと解してもよからう。

第二に、警告の機能、法的性質、形式等についての考察も注目しに値する。わが国では、これらの点につき、詳しい検討はなされていない。警告には、催告機能（あるいは指示機能）、威嚇機能および証拠確保機能の三つの機能があつる。これらの警告の機能から、警告の法的性格が準法律行為であることや意思表示に関する民法の規定の警告への類推適用が導き出される。しかし他方、警告の表示の「到達」に関しては、警告の有する前記機能から、民法理論とは異なる理解がBAGの判例により示されている。民法理論によると、BGB一三〇条一項の「到達」は、表示内容の現実的認知を意味せず、表示の受領者が通常の諸事情のもとで、表示内容の認知が可能であればよい。これに対し、BAGの判例は、警告の到達の要件として、原則として警告の内容を労働者（受領者）が現実を知ることが必要であり、こうした原則が前記の警告の機能のうちの指示機能と威嚇機能から導き出されるとしている。つまり、義務違反の行態の精確な表示とその反復により労働関係の存続自体が危険に曝されることの明確な現実的認知がなければ、警告は、前記の機能を果たしえないからである（但し、この原則には、信義則等にもとづく例外が認められている）。

またドイツの学説・判例の支配的見解によると、警告は文書形式をとる必要はなく、口頭でもよいし、「警告」という表現を用いることも、警告の有効性とは、無関係である。使用者の何らかの表示行為から、解釈を通じ、警告に適合した内容（義務違反の行態の精確な記述と、今後それが反復された場合の結果に労働関係の内容および存続が危険に曝されること）を読み取ることができれば十分である。逆に、使用者の表示行為に、警告にとり必要不可欠な内容が含まれていなかった場合、「警告」と表示されていても、法的には、有効な警告とは評価できない。わが国でも、警告機能を持つ使用者の解雇前の表示行為は、様々な名称で呼ばれる。指導、注意を初めとして、話し合い、教育措置あるいは軽微な懲戒処分等、いずれも、実質的に警告機能を持てば、勤務態度の不良を理由とする解雇の有効要件

である「警告」と評価できる。

第三に、警告の必要性の有無の判断基準についても、従来、わが国では、明確な問題意識にもとづき精緻な理論の展開がなされてきたとは言い難い。この点、ドイツの学説・判例は、詳細な考察を行っている。BAGの判例は、従来、給付領域と、信託領域または事業所領域に区分して、警告の必要性を判断していたが、学説により、領域区分が實際上不明確であり理論的にも根拠が乏しいという批判を受け、領域分けによる判断を放棄した。現在のドイツの学説の支配的立場によると、警告の要否は、比例原則と将来関連性の原則に従い決せられるべきであり、次のような場合に領域区分にかわりなく、警告は不要となる。まず第一は、警告が功を奏する見込みがない場合であり、労働者が警告に従いその行態を変更することが不可能であるかあるいはその意思がまったくないと認められるときには、使用者は警告を要しない。第二に、義務違反の性質、重大さあるいはその効果から労働関係のこれ以上の継続がもはや使用者に期待可能でない場合も警告は不要である。特別重大な義務違反は、労働者に容易に認識可能でありかつ義務違反が使用者に受忍され得る見込みのないことが明白で、このことが、解雇の前の警告を不要とする根拠である。

第四に、警告の対象となった義務違反と解雇理由である義務違反の同種性の要件も、わが国では、あまり自覚的に問題とされていない。ドイツでは、こうした同種性の要件は、警告の機能から導き出される。すなわち、警告には、労働者に自己の行態が契約上の義務に違反することを指示し、契約上の義務の履行を催促する機能（指示機能ないしは催告機能）と、義務違反が繰り返されたときに労働関係の存続が危殆に瀕することを労働者に認識させる機能（威嚇機能）があるが、これらの機能は、警告の対象となった種類のものとは異なる種類の義務違反を理由として解雇が行われた場合、無意味になる。同種性の要件を課すこと自体は、右の理由により必要であると考えられるが、問題は、

同種性の存否をどのような基準で判断するかである。BAGの判例では、同種性の概念は精確性を欠いており、多種類の義務違反であっても、それらから、将来労働者が労働契約上許容されない行態をとることが確実に予測可能である場合には、同種性が肯定されていた。学説上は、「同じ平面に存在するか」、「上位の統一的観点の下で総括可能か」、「同一の特別の義務の範囲内かどうか」等の基準が同種性の有無の判断基準として提示されていた。いずれにせよ、同種性が認められる義務違反の行態の範囲は、あまり狭く解すると、却って警告の機能を阻害する。同種性の肯定には、実態としての類似性が認められれば十分であろう。

第五に、警告の威嚇機能の無価値化の問題も、興味深い論点である。警告に内在する自己矛盾が顕在化したケースと考えられる。警告の威嚇機能は、義務違反の行態の反復により労働関係の存続が危殆に瀕することを示さなくては充足できない。しかし軽微な義務違反の場合、一度の警告で、次に義務違反を犯せばすぐに解雇というようにはなりにくい。他方、警告が度重なれば、弱化し無価値化することも否定できない。したがって、BAGの判例で示されているように、最後の警告の内容が問題となってくるが、警告の機能上最後の警告だけを特に強く印象に残る内容にすることも困難であるように思われる。結局のところ、警告の威嚇機能が無価値化し、それが有効性を失うかどうかは、最後の警告の内容を中心に諸般の事情を総合的に考慮して判断するしかないであろう。

(1) 昭和電線電纜事件Ⅱ横浜地川崎支判平一六・五・二八労判八七八号四〇頁等参照。なお、学説上も、勤務態度の不良を理由とする解雇に関して、使用者には、教育的指導を通じて勤務態度の不良行為の継続を回避する信義則上の義務があるとの主張がなされている(道幸哲也・小宮文人・島田陽一『雇用をめぐる法律問題』(旬報社、一九九八年)六四頁[道幸哲也])。

(2) 東京海上火災保険事件(東京地判平一二・七・二八労判七九七号六五頁)。

- (3) 情報システム監査事件（東京地判平六・五・一七判六六〇号五八頁）。
- (4) 三愛会事件（秋田地決平三・一二・一六判六〇三号一六頁）、富士タクシー事件（新潟地判平七・八・一五判七〇〇号九〇頁）および西浦会事件（大阪地決平一四・四・一八判経速一八一五号一三頁）等参照。
- (5) ILOの一六六号勧告（「使用者の発意による雇用の終了に関する勧告」、一九八二年六月二二日採択）の七および八でも、非行や不十分な業務遂行を理由とする解雇については、「書面による適切な警告」が要求されている。また、平成一七年九月一五日の「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会報告書」も、「労働者の軽微な非違行為の繰り返しを理由として解雇を行う場合には、事前に一定の警告が必要であるとする」と「使用者が講ずべき措置として定めることを提言している」。
- (6) Vgl. G. Etzel, u. a., *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften*, 7. Aufl., 2004, Rn. 404 ff. zu § 1 KSchG [Etzel]; G. v. Hoyningen-Huene/R. Linck, *Kündigungsschutzgesetz: Kommentar*, 13. Aufl., 2002, Rn. 271 ff. zu § 1. 労働者の行態に存する理由により解雇の有効要件に関して、総括的な判例を行っている最近のBAG判例は、BAG一〇〇四年九月一六日判決（NZA 2005, S. 459 ff.）がある。
- (7) Vgl. G. v. Hoyningen-Huene, *Die Abmahnung im Arbeitsrecht*, RdA 1990, S. 195.
- (8) M. Bock, *Rechtsprobleme der Abmahnung*, AuR 1987, S. 217.
- (9) Vgl. R. D. Falkenberg, *Die Abmahnung*, NZA 1988, S. 489.
- (10) 以上の他に、BGB旧三二六条一項が、双務契約によって生じる主たる給付義務のみを適用対象にする規定であるのに対し、労働者の行態を理由とする解雇は付随的義務の違反によって生じた問題となる（H. Oetker, *Anmerkung zu BAG*, 20.9.1984-2AZR 633/82, SAE 1985, S. 176）等が疑問点として指摘されている。
- (11) Vgl. v. Hoyningen-Huene, a. a. O., S. 195 f.
- (12) 比例原則の内容および適用の法的基礎について、詳しくは、拙稿「第一八条の二（解雇）」金子征史・西谷敏編『基本法コメントール・労働基準法【第5版】』（日本評論社、二〇〇六年）一〇〇頁以下参照。
- (13) Vgl. v. Hoyningen-Huene, a. a. O., S. 197. v. Hoyningen-Huene/Linck, a. a. O., Rn. 289 zu § 1 参照。
- (14) Vgl. v. Hoyningen-Huene, a. a. O., S. 198 f.; M. Kitzner/W. Däubler/B. Zwanziger, *KSchR: Kündigungsschutzrecht*, 6. ドイツにおける労働者の行態を理由とする解雇と事前警告の法理

Aufl. 2004, Rn. 74 zu Einleitung [Kittner]; G. Etzel, u. a., a. O., Rn. 270 ff. zu § 626 BGB [E. Fischermeier].

(15) しかし、警告を与えたことの証明は、それ自身単独で、労働者が警告の対象となった義務違反を実際に犯したことに對する証拠となるわけではない。つまり、警告が有するのには証拠機能 (Beweisfunktion) ではなく、証拠確保機能こそである (Vgl. Etzel, u. a., a. O., Rn. 276. zu § 626 BGB [E. Fischermeier])。

(16) Vgl. v. Hoyningen-Huene, a. a. O., S. 199; G. Schaub, Die arbeitsrechtliche Abmahnung, NJW 1990, S. 873; Kittner/Däubler/Zwanziger, a. a. O., Rn. 75 zu Einleitung [Kittner]; G. Etzel, u. a., a. O., Rn. 269 zu § 626 BGB [E. Fischermeier]; D. Dorndorf, u. a., Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 4. Aufl., 1999, Rn. 624 zu § 1 [Dorndorf].

(17) BAG一九八四年八月九日判決 (AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung) 及び Kittner/Däubler/Zwanziger, a. a. O., Rn. 75 zu Einleitung [Kittner] 等参照。

(18) Vgl. H. P. Westermann (hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., 2004, Rn. 5 f. zu § 130 [H. Palm]. BAG一九八三年二月八日判決 (NZA 1984, S. 31) 等にも同様の判示がある。

(19) 学説も多くも、この判決の立場を支持しつつも (Vgl. Kittner/Däubler/Zwanziger, a. a. O., Rn. 126 zu Einleitung [Kittner])。

(20) BAG一九八四年八月九日判決に對する詳細な批判は、v. Hoyningen-Huene, a. a. O., S. 206 f. によって行なわれている。

(21) Vgl. Kittner/Däubler/Zwanziger, a. a. O., Rn. 123 zu Einleitung [Kittner]; Dorndorf, u. a., a. O., Rn. 631 zu § 1 [Dorndorf].

(22) Vgl. Kittner/Däubler/Zwanziger, a. a. O., Rn. 124 zu Einleitung [Kittner]; v. Hoyningen-Huene, a. a. O., S. 206.

(23) 前掲注(17) BAG一九八四年八月九日判決および BAG一九八八年十一月一〇日判決 (AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung) 等参照。

(24) BAG一九八四年七月一二日判決 (AP Nr. 32 zu § 102 BetrVG 1972) 及び BAG一九八七年三月一二日判決 (AP Nr. 47 zu § 102 BetrVG 1972) 等参照。

(25) Vgl. Dorndorf, u. a., a. O., Rn. 597 zu § 1 [Dorndorf].

- (26) Vgl. Dorndorf, u. a., a. a. O., Rn. 598 zu § 1 [Dorndorf].
- (27) B A G 一九八四年一月二三日判決 (AP Nr. 81 zu § 626 BGB) / B A G 一九九七年六月四日判決 (AP Nr. 137 zu § 626 BGB) 等。
- (28) B A G 一九九一年四月二五日判決 (AP Nr. 104 zu § 626 BGB) 参照。
- (29) 前掲注(24) B A G 一九八四年七月二二日判決。
- (30) 前掲注(24) B A G 一九八四年七月二二日判決および B A G 一九九四年二月一七日判決 (AP Nr. 116 zu § 626 BGB) 等参照。
- (31) B A G 一九七八年一月三〇日判決 (AP Nr. 1 zu § 64 SeemG) および B A G 一九九三年八月二六日判決 (AP Nr. 112 zu § 626 BGB)。
- (32) Vgl. Dorndorf, u. a., a. a. O., Rn. 617 zu § 1 [Dorndorf].
- (33) 前掲注(31) B A G 一九九三年八月二六日判決。
- (34) B A G 一九九四年五月一八日判決 (AP Nr. 3 zu § 108 BPersVG)。
- (35) B A G 一九八三年六月三〇日判決 (AP Nr. 15 zu Art 140 GG) / 前掲注(27) B A G 一九八四年一月二三日判決 / B A G 一九八六年一月九日判決 (AP Nr. 20 zu § 626 BGB Ausschlussfrist)。
- (36) 前掲注(24) B A G 一九八四年七月二二日判決参照。
- (37) Vgl. Dorndorf, u. a., a. a. O., Rn. 600 zu § 1 [Dorndorf]; Kittner/Däubler/Zwanziger, a. a. O., Rn. 82 zu Einleitung [Kittner]; Falkenberg, a. a. O., S. 490 f.; Oetker, a. a. O., S. 177.
- (38) v. Hoyningen-Huene, a. a. O., S. 200' Einl' R. Richardi/O. Wlotzke (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2, 2. Aufl., 2000, § 137 Rn. 364 [W. Berkowsky].
- (39) Vgl. Dorndorf, u. a., a. a. O., Rn. 601 zu § 1 [Dorndorf].
- (40) Vgl. Kittner/Däubler/Zwanziger, a. a. O., Rn. 83 zu Einleitung [Kittner]; v. Hoyningen-Huene/Linck, a. a. O., Rn. 285 zu § 1.
- (41) R. Becker-Schaffner, Die Abmahnung im Arbeitsrecht in der Rechtsprechung, DB 1985, S. 651.

- (42) Etzel u. a., a. a. O., Rn. 266 zu § 626 BGB [E. Fischermeier]. だが、労働者が義務違反の行態をとる時点で、そうした行態を継続すれば、使用者との労働関係の存続が危険にさらされるということを労働者が明確に認識しうる状態になれば、警告による威嚇が不要にならなう (Vgl. v. Hoyningen-Huene, a. a. O., S. 201)。
- (43) Vgl. Kittner/Däubler/Zwanziger, a. a. O., Rn. 83 zu Einleitung [Kittner]; Etzel u. a., a. a. O., Rn. 268 zu § 626 BGB [E. Fischermeier].
- (44) Vgl. v. Hoyningen-Huene/Linck, a. a. O., Rn. 286 zu § 1 以下に対し、警告のない解雇が許容される根拠としては、比例原則の部分原則の一つである過剰処分の禁止 (Übermaßverbot) の原則が重要であり、義務違反が重大で労働関係のこれ以上の継続がもはや使用者に期待できない場合、右原則に照らししても警告のない解雇は均衡を失しなうとする説もある (Vgl. v. Hoyningen-Huene, a. a. O., S. 202)。
- (45) BAG一九八〇年一月一八日判決 (AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung) (前掲注(17) BAG一九八四年八月九日判決およびBAG一九九五年一月二六日判決 (AP Nr. 34 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung) 等参照)。
- (46) Vgl. Dorndorf u. a., a. a. O., Rn. 626 zu § 1 [Dorndorf].
- (47) 前掲注(45) BAG一九八〇年一月一八日判決等参照。学説でも Vgl. Kittner/Däubler/Zwanziger, a. a. O., Rn. 115 zu Einleitung [Kittner] & v. Hoyningen-Huene/Linck, a. a. O., Rn. 287a zu § 1 等と同様の指摘がある。
- (48) BAG一九八七年五月二一日判決 = DB 1987, S. 2367 BAG一九九二年一月一六日 = NZA 1992, S. 1023 f. BAG一九九二年二月一〇日 = AP Nr. 4 zu § 87 ArbGG 等参照。
- (49) Vgl. Dorndorf u. a., a. a. O., Rn. 650 zu § 1 [Dorndorf]; v. Hoyningen-Huene/Linck, a. a. O., Rn. 291 zu § 1.
- (50) LAG Rheinland-Pfalz 一九八二年十一月五日判決 = DB 1983, S. 1554 及び BAG一九八〇〇四年九月一六日判決 = AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung 等説とほぼ同様の見解を取るのち、Kittner/Däubler/Zwanziger, a. a. O., Rn. 142 zu Einleitung [Kittner] 等参照。
- (51) v. Hoyningen-Huene, a. a. O., S. 208.
- (52) Etzel u. a., a. a. O., Rn. 281 zu § 626 BGB [E. Fischermeier].

- (53) Kittner/Däubler/Zwanziger, a. a. O., Rn. 140 zu Einleitung [Kittner].
- (54) Vgl. A. Kraft, Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisse; Lohn ohne Arbeit, ZfA 1994, S. 471; W. D. Walker, Fehlentwicklungen bei der Abmahnung im Arbeitsrecht, NZA 1995, S. 606.
- (55) Vgl. Kittner/Däubler/Zwanziger, a. a. O., Rn. 145 f. zu Einleitung [Kittner].
- (56) この判決について詳しくは、拙稿「外国労働判例研究一四三・労働者の行態を理由とする解雇と事前警告の法理」労働一六二五号（二〇〇六年六月）二七頁以下。