

ドイツ解雇法における再雇用請求権の法理

著者	藤原 稔弘
雑誌名	関西大学法学論集
巻	62
号	4-5
ページ	1707-1761
発行年	2013-01-30
その他のタイトル	Die Rechtstheorie des Wiedereinstellungsanspruch in dem deutschen Kündigungrecht
URL	http://hdl.handle.net/10112/7719

ドイツ解雇法における再雇用請求権の法理

藤 原 稔 弘

目 次

1. はじめに
2. 解雇理由の種類と再雇用請求権
3. 再雇用請求権の法的根拠
4. 再雇用請求権の内容
5. 再雇用請求権の限界
6. 終わりに

1. はじめに

(1) 解雇の意思表示の効力の発生と解雇理由の消滅

解雇とは、契約法上は、使用者が労働契約を将来に向けて一方的に解約することである。すなわち、使用者の一方的意思表示により労働契約を終了させる形成権の行使が解雇に他ならない。この使用者の一方的意思表示は、労働者に到達しても直ちに効力を発生しない。民法627条1項後段によると、「解約の申し入れ」の2週間の経過後に、意思表示の効果が発生し雇用契約が終了する。優先適用される特別法の労働基準法20条では、30日の解雇予告期間の経過後に、解雇の意思表示の効果が発生し労働関係が終了するとともに、労働者は離職する¹⁾。即時解雇を例外として、解雇の意思表示の相手方（労働者）への到達時点と、効力の発生時点に時間的な間隔が存在する。

このように、解雇の意思表示の相手方への到達時点と効力の発生時点の間に時間的な間隔が存在することにより、解雇の意思表示の効力の有無の判断の時点が何時かが問題となる。通常法律行為（単独行為）と同様だとすると、意思表示の相手方への到達の時点がその効力の有無の判断の時点となる²⁾。この場合、解雇の意思表示の効力の発生以前に、解雇理由が消滅したならば解雇の効力の有無の判断にどのような影響が生じるのであろうか。また、解雇の意思表示の効力の発生後に解雇理由が消失した場合には、解雇の効力判断に影響を及ぼさないと考えられるが、その場合、どのような法的処理がなされるべきであらうか。前者については、わが国の場合、解雇予告期間が一律に30日間と短く、實際上その間に解雇理由が消滅するという事態は考えにくい。しかし、後者の場合には、解雇理由の消失という事態が生じ得る。たとえば、疾病による欠勤者が回復の見込みがないことを理由に解雇されたのに、予測に反して健康を回復した場合、濃厚な犯罪嫌疑を理由に解雇された労働者が、その後無罪判決を受けた場合あるいは事業の縮小を理由に整理解雇が行われたが、その後急速に受注が回復し再び事業規模を元に戻すことになった場合等が考えられる。

同様に、ドイツにおいても、解雇の意思表示の労働者への到達時点（解雇の

意思表示の効力の有無の判断の時点)と効力の発生時点の間に時間的間隔が存在する。しかも、わが国と比べると、この期間、すなわち解約告知期間(Kündigungsfrist)は著しく長い。BGB622条2項をみると、使用者による解約告知については、労働関係が継続した期間に応じて解約告知期間が異なり、2年間で1ヶ月、5年間で2ヶ月、8年間で3ヶ月、10年間で4ヶ月、12年間で5ヶ月、15年間で6ヶ月、20年間で7ヶ月である。このように、解約告知期間が長いため、解雇の意思表示の労働者への到達後解雇の効力の発生までの間に解雇理由の消滅という事態が生じる可能性は、わが国と比べてはるかに高い。しかし、解雇の有効性は解雇の意思表示の到達の時点で判断されるため、この場合、解雇を無効とすることはできない。このためドイツでは、再雇用請求権を認めて、労働者の救済が図られている。また、例外的に、解約告知期間経過後であっても、労働者に再雇用請求権が認められる場合がある。

(2) ドイツの再雇用請求権をめぐる問題状況

ドイツの解雇法制において、労働者の再雇用請求権が問題となる背景には、次のような事情が存在する。まず、解雇法(Kündigungsgesetz)においては、予測原理(Prognoseprinzip)が支配し、解雇理由は、予測的要素を含むこと³⁾に注目しなくてはならない。通常解雇(ordentliche Kündigung)が社会的に正当化されるための要件は、労働関係という法的関係(=権利・義務関係)に対する将来に及ぶ継続的な侵害以外にはない。使用者による経営上のあるいは経済的な目的の追求が、労働者自身の事情やその行為によりあるいは緊急の経営上の必要性によって、受忍することが期待不可能な程度に侵害された場合にはじめて、使用者の解約告知による労働関係の終了が合法化される。使用者にとり、労働関係の継続(労働者の継続雇用)が期待可能である(zumutbar)かどうかは、将来も労働関係が引き続いて侵害されるかどうかにより判断される。そして将来の労働関係の侵害の有無は、予測に基づいてのみ確定することができる⁴⁾。

問題は、前記の予測が適切でなかったことが明らかになった場合、どのよう

な法的処理がなされるべきかである。こうしたケースとして実際の判例では、頻繁な疾病による欠勤の結果、解雇された労働者が予期に反して健康になった事例、業務の外注の結果一度閉鎖されることに決まった事業部門が、新たな収益性の判断にもとづき維持されることになった事例、または企業が特定の業務領域を廃止しその業務が行われている事業部門の閉鎖を決定した後に、予測に反して、事業所の設備を入手し生産を続行したいという希望者が現れた事例等が存在する⁵⁾。支配的見解によると、解雇の意思表示の到達後にはじめて生じた変更は、解雇の効力の判断に際して考慮すべきではない⁶⁾。解雇制限法1条2項にもとづく解雇の反社会性の審査の基準となる時点は、解雇の意思表示の到達の時点であり、労働関係の終了の時点ではない。したがって、当初解雇を正当化していた事由が事後に消滅した場合、このことは、一度申し渡された解雇の効力に、いかなる影響も及ぼさない。労働者が解雇制限訴訟を提起しても棄却される。

しかしながら、ドイツの学説・判例では、解雇の理由となった使用者の予測が正当でないことが明らかになった場合、解雇の有効性に変わりはないものの労働者に再雇用請求権が認められる⁷⁾。

(3) 本稿の課題

ドイツの学説・判例において、一般に、再雇用請求権は、従来の勤続年数の長さにもとづくすべての権利・利益（たとえば、待機期間、既得の受給権）を備えた労働関係を新たに創設すること（Neubegründung）を求める請求権であると解されている⁸⁾。労働者の再雇用請求権は、裁判上、意思表示の交付（Abgabe）を目的とする、民事訴訟法894条の意味の給付の訴え（Leistungsklage）により行使すべきとされている⁹⁾。同条によると、債務者（使用者）が意思表示を交付するように判決により命じられた場合、その判決が既判力を得ると直ちに、意思表示が交付されたものとみなされる。そして、このような再雇用請求権は、労働関係が有効に解約告知され、かつ解約告知（解雇）の意思表示の到達後解雇理由が消失した場合に成立する¹⁰⁾。

以下においては、わが国における問題状況との比較検討を通じて、問題解決に有益な視点を得るために、ドイツの再雇用請求権をめぐる法的問題を考察することとする。まず第1に、解雇理由の種類ごとに再雇用請求権が問題となる状況について説明した後、再雇用請求権の法的基礎、いかなる法的根拠にもとづいてこの権利が認められるのかが、考察される。再雇用請求権の要件、内容、限界について精確な考察を行おうとすれば、法的基礎のしっかりとした解明が不可欠である。第2に、再雇用請求権がどのような内容を持ち、どの時点で成立するのか、再雇用請求権にもとづく労働関係の契約上の新設がいかなる法的効果を持つのか（特に再雇用義務の履行請求の可否）、および再雇用請求権は訴訟上、どのように取り扱われるのかが検討される。第3に、解雇理由の消滅が解約告知期間の経過以後であっても再雇用請求権が成立するのかどうか、つまり再雇用請求権の成立の時間的限界について考察がなされる。第4に、再雇用請求権の限界として、使用者の保護に値する利益（解雇の有効性を信頼して人事上の措置を行った場合等に生じる）による再雇用請求権の制約が問題とされる。

- 1) 契約法上の意思表示としての解雇と、意思表示の効力発生に伴う離職という事実としての解雇との概念的区別については、東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法上巻』（有斐閣，2003年）318頁以下（野田進執筆）および小西國友「労働法における行為の二面性——労基法一九条の「解雇」を中心にして——」立教法学35号（1991年3月）9頁以下。
- 2) 四宮和夫・能見善久『民法総則（第8版）』（弘文堂，2010年）252頁以下，山本敬三『民法講義1 総則（第3版）』（有斐閣，2010年）127頁以下他参照。
- 3) W. Berkowsky, Die betriebsbedingte Kündigung, 6. Aufl., 2008, S. 169f.
- 4) Vgl. G. v. Hoyningen-Huene/R. Linck, Kündigungsschutzgesetz Kommentar, 14. Aufl., 2007 Rn. 189 zu§1; T. Raab, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bei Wegfall des Kündigungsgrundes, RdA 2000, S. 148.
- 5) Raab, a.a.O., S. 148.
- 6) Vgl. E. Stahlhacke/U. Preis/R. Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl., 2010, Rn. 894; G. Etzel u.a., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften 9. Aufl., 2009（以下，KR と略す），Rn. 235 zu §1 KSchG; Raab, a.a.O., S. 148, Fn. 4.

- 7) Vgl. Raab, a.a.O., S. 148, Fn. 5, 6, 7, 8.
- 8) H. Oberhofer, Der Wiedereinstellungsanspruch, RdA2006, S. 97. 再雇用請求権に伴う契約締結強制に関して、私的自治や契約の自由についての憲法論（基本権論）の観点から詳しく検討を加えている文献に、A. Krüll, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, 2003, S. 27ff. がある。
- 9) D. Boewer, Der Wiedereinstellungsanspruch—Teil 2, NZA1999, S. 1182; R. Ascheid/U. Preis/I. Schmidt (hrsg.), Kündigungsrecht Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 3. Aufl. 2007（以下、APSと略する）, Rn. 828 zu § 1KSchG [H. Kiel].
- 10) Vgl. Oberhofer, a.a.O., S. 92-93.

2. 解雇理由の種類と再雇用請求権

最初に簡単に言及したが、次に再雇用請求権が、どのような状況において問題とされ、法的な制度として必要となってくるかを、やや詳しく、解雇理由の種類に即して明らかにしておきたい。この点の考察は、続いて以下において、再雇用請求権をめぐる様々な法的問題を論じるときに有益である。

(1) 労働者の行為・態度に存する理由にもとづく解雇

解雇が労働者の行為・態度に存する理由にもとづく場合、再雇用請求権は、ほとんど成り立たない。労働者の行為・態度に存する理由にもとづく解雇（*verhaltensbedingte Kündigung*）は、通常（*regelmäßig*）、労働者の故意・過失による義務違反を前提としている。この場合、解雇の理由の消失は、解雇の意思表示の到達後の労働者の適法な行為・態度（*ordnungsgemäßes Verhalten*）により、労働関係を終了せることを通じて使用者が得るであろう利益が消滅し解雇の必要性がなくなる場合に限り、問題となり得る。しかし、このようなことは、ほとんど考えられない。まず、労働者の行為・態度にもとづく解雇は、過去の義務違反により使用者に労働関係の継続がもはや期待可能でないということにより正当化されるという立場では、過去の義務違反が解雇理由であるからその事後的消失が問題とならないことは自明である。また、労働者の行為・態度にもとづく解雇は、過去における義務違反から、将来そのような義務違反の反復の

危険性が存在することが帰結される場合に限り正当化されるという立場でも、解雇の意思表示の到達時点において正当であった消極的予測が、労働関係の残存の存続期間（解約告知期間）における労働者の立派な振る舞い（Wohlverhalten）によって否定することができるとは考えにくい¹⁾。

(2) 労働者個人に存する事由にもとづく解雇

労働者個人に存する事由にもとづく解雇（personbedingte Kündigung）の場合には、解雇理由は、時として事後的に消失し得る。たとえば、労働許可が取り消されたという理由で外国人労働者が解雇されたが、予想に反して解約告知期間の経過以前に、労働許可が再び与えられた場合等が考えられる。この場合、多数学説によると、労働者に再雇用請求権が認められる²⁾。同じことは、疾病を理由とする解雇にも当てはまる。疾病を理由とする解雇には、予測原理が非常に明白に支配し、解雇は、決して疾病による過去の欠勤に対する制裁を意味しない。むしろ、将来どの程度疾病により事業所の利益が侵害される虞があるかが基準となる。そして、疾病を理由として、労働者の個人的事由にもとづく解雇が行われた場合も、解雇理由が事後的に消失するという可能性は存在する³⁾。

BAG の判例においては、労働者の個人的事由にもとづく解雇に関しても再雇用請求権が認めなければならないかどうかについて、明確な見解が示されていない⁴⁾。ただ、労働者の個人的事由にもとづく解雇に関しては、経営上の理由による解雇と比較して、再雇用請求権の実際上の重要性は、はるかに小さいと考えられている。偽の医師の診断書が提出されたり、病気が奇跡的に快復するのは希な例外であるからである⁵⁾。BAG 第2小法廷1999年6月17日判決（AP Nr. 37 zu § 1KSchG 1969 Krankheit）も、労働者の個人的事由にもとづく解雇、特に疾病を理由とする解雇に関して再雇用請求権が認められるかどうかについて判断を留保し、仮に認められるとしても、それは、厳しい要件の下であることを明らかにしている。

本件は、およそ2000人の労働者を雇用するコーヒーロースター業者（被告）

ドイツ解雇法における再雇用請求権の法理

で1990年9月19日以来、自動包装機の運転係等として雇用されてきた原告が、疾病により欠勤を頻繁に繰り返したことを理由に通常解雇されたという事案である。原告は、数年来アルコール依存症で、1993年に疾病を理由として42労働日欠勤し、1994年には、38日間、1995年には43日間、1996年には15日間欠勤したところ、1996年4月24日通常解雇を申し渡された。原告は、解雇の意思表示の到達後ほぼ3週間の間（1996年6月7日から6月27日まで）実施された禁断療法によりアルコール中毒状態が軽快し解雇の意思表示の到達時点での、将来の給付についての消極的予測が否定されたことを理由に、主位的に通常解雇の無効と、予備的に、従来条件での労働契約の再締結の申し込みを被告が承諾すること（再雇用）を請求した。BAGは、主位的請求につき、解雇の意思表示の到達時点での消極的予測が事後の出来事により疑問視されることになっても、そのことにより疾病を理由とする解雇が社会的に不当なものとなり、無効となるわけではないとしている。

そして、BAGは、予備的請求について、再雇用請求権が認められるためには、解雇理由の消滅、つまり、将来の給付について、肯定的予測への変更が必要であるが、頻繁な短期的疾病の反復を理由とする解雇の場合、解雇理由の消滅は、将来の短期的疾病の反復の不安が完全に除去された場合に限り認めることができるとしている。BAGによると、州労働裁判所は、確かに解約告知期間中に実施された禁断療法により当初存在した消極的予測が動揺させられたが、原告のアルコール中毒症状が今後決して現れずそれにより欠勤することもないという将来の給付についての肯定的評価が根拠づけられる訳ではないと適切に判断している。最初は成果を上げた禁断療法後にアルコール中毒の再発率が高いことは、一般に知られているし、裁判所にも周知のことであるとされている。

(3) 経営上の理由にもとづく解雇

再雇用請求権の法理の主たる適用のケースは、経営上の理由にもとづく解雇の場合である⁶⁾。経営上の理由にもとづく解雇については、以下のような場合に、状況の変化にもとづき当初の想定よりも人員需要が高まったことにより、

労働関係を終了させる使用者利益が消失し、解雇の必要性（解雇理由）がなくなる。たとえば、計画された合理化措置が実施されなかったり、事業所の一部を閉鎖するとか、業務を外注化する計画が中止された場合、受注状況が顕著に改善した場合等に、解雇の必要性が消滅する⁷⁾。

具体的な BAG の判例を見ると、BAG 第 2 小法廷1997年 2 月27日判決（AP Nr. 1 zu § 1KSchG 1969 Wiedereinstellung）では、以下のような事案において、再雇用雇用請求権の成否が問題となっている。工具製造の（主にパイプレンチを製造する）D 有限合資会社が破産し、破産管財人（被告）が選任された。被告は、1994年10月31日、事業所委員会との利益調整および社会計画の合意にもとづき、R 工場等の事業所を閉鎖することを決定し、同年10月26日計画された事業所閉鎖を理由に、事業所委員会の同意を得て期間を遵守して（fristgerecht, 1995年 3 月31日に解約告知期間が経過し労働関係が終了する）、R 工場で働いていた原告に解雇を申し渡した（同時に同じ理由でDのその他の労働者も解雇された）。ところが、1997年12月 7 日の契約により、DA 合資会社が、破産したDの設備や在庫品、事業所の土地を買い取った。そして、R 工場における生産は、譲受人の DA 合資会社により続行されることとなった。このような状況を踏まえて、原告は、被告には配慮義務の観点から、解雇を撤回するか、あるいは解約告知期間の経過後労働関係を従来の条件で継続する義務があると主張し、訴訟を提起した。

また、BAG 第 2 小法廷1997年12月 4 日判決（AP Nr. 4 zu § 1KSchG 1969 Wiedereinstellung）では、以下のような事実関係の下で、解雇された労働者の再雇用が問題となった。原告は、1977年以来、機械工業部門の企業である被告の工場労働者として職務に従事し、最後は鐘型ナイフ（Glockenmesser）の製造に携わっていた。被告は、1995年 6 月、鐘型ナイフの製造に収益性が乏しいことを理由として、その中止を決定し、鐘型ナイフの生産は、イタリアで他の企業により続行されることとなった。その後、被告は、ナイフの生産工程において研磨時間を大幅に縮減することに成功し、製造コストを相当に低下させた。この時点以後計算されたナイフの価格は、イタリアの供給業者の想定価格より

も下回ったため、1995年11月、イタリアの企業との協力協働（Zusammenarbeit）関係は終了させられた。被告は、1996年に計画されたナイフの生産個数を基に、鐘型ナイフの生産に5名の人員需要を算出し、同年11月27日、5つの労働ポストを持つ鐘型ナイフの製造工程をその事業所に残すことを決定した。この結果、被告は、解雇を申し渡され解約告知期間の経過中であつた4名の解雇を撤回し、既に解雇の効力が生じていた1名を再雇用した（合計5名）。原告は、社会的観点に従い継続雇用あるいは再雇用されるべき労働者が選考されなければならないところ、扶養義務の点で鐘型ナイフ製造部門に止まることができた前記5人の労働者よりも自分の方が社会的により保護に値するから、彼らよりも優先して再雇用されなければならないと主張した。

(4) 嫌疑解雇

嫌疑解雇（Verdachtskündigung）に関しても、再雇用請求権は、問題となり得る⁸⁾。解雇理由が解約告知期間の経過後に消滅した場合、再雇用請求権は、成立する余地はないという後述の原則からすると、嫌疑解雇に関しては、再雇用請求権が成立することが非常に希なはずである。なぜなら、多くの場合、嫌疑解雇は特別解雇（außerordentliche Kündigung）として行われ、即時に労働関係が終了し、一定期間（解約告知期間）の経過中に解雇理由（つまり濃厚な嫌疑）が消失するということが観念し得ないからである。また、通常解雇の場合も、当初は理由のあつた濃厚な嫌疑が解約告知期間の経過中に消去されてしまうということは、ごく希にしかないであろう。しかし、このような理由から、嫌疑解雇については、即時的解雇として行われる場合、再雇用請求権が成立しないとするのは、正当ではない。嫌疑解雇が行われるきっかけは、労働者の推定された非違行為の存在であり、非違行為は、立証されたわけではないが、行為の嫌疑の故に、信頼関係を喪失させる。しかし、事後的に、非難の対象となった義務違反を犯していないことが明らかになった場合、解雇の理由となった嫌疑は、最初から正当ではなかったことが確定する。この場合、一方において、嫌疑の法的効果を維持する使用者の正当な利益がもはや存在しないのに対し、他

方、労働者の正当な名誉回復の利益 (Rehabilitationsinteresse) は存在する。それゆえ、労働者が解雇の効果の発生後によく無実の証明をしたことを理由として、再雇用請求権の成立を否定するのは適切ではない。

BAG の判例も、即時解雇である嫌疑解雇に関して、再雇用請求権の成立を認めている。BAG 第1小法廷1956年12月14日判決 (AP Nr. 3 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht) が、その代表的な判例である。本件の事実関係は、以下の通りである。原告は、1933年10月に被告の職員として勤務したが、同年5月1日以後、ナチス党の一員として1934年から1937年までの間、区域監視 (Bockwart) の職務に従事していた。戦争中は、兵役に就いている。1945年秋、原告は、被告のところで、再び勤務に就こうとした。しかし、イギリスの軍事占領政府は、1945年12月13日の文書で、原告を名指しでナチスへの加担を理由に被告にその解雇を要求した。このような軍事占領政府の指令にもとづき被告は、同年12月20日の文書で原告に、軍事占領政府の命令により即時解雇するという文書を送付した。

原告が Niedersachsen 州へ転居した後、そこで実行中の非ナチ化手続が市の非ナチ化局の1949年3月9日の決定により中止された。理由は、原告のナチスへの加担があまり重要なものではないと考えられ、それゆえ非ナチ化手続で審査し、償いをさせるべき個人の範囲に入らないということであった。つまり、ナチスに加担したという嫌疑が根拠のないことであり、即時解雇理由が消失したといえる。これを受けて、原告は再び被告で勤務することを申し出たが、被告は原告の再雇用を拒否した。原告は、解雇の無効や再雇用を訴訟で求めたわけではなく、解雇されていた期間を勤続年数に含めて計算された年金の支払いを被告に求めた。このような年金請求権の成否との関係で、被告は、1949年の非ナチ化手続の既判力を伴う終結後原告を再雇用することを義務づけられるかあるいはどのような状況の下で義務づけられるかが検討されている。本件に関しBAGは、労働者が状況により、名誉回復の観点から、かつての使用者に対して再雇用を求める請求権を持ちうることを明らかにした⁹⁾ 後、このような原理が、本件にも適用されなければならないとしている。

ドイツ解雇法における再雇用請求権の法理

- 1) Raab, a.a.O., S. 153. 同旨, KR, Rn. 740. zu § 1KSchG [J. Griebeling]; Krüll, a.a.O., S. 112f.; Boewer, a.a.O., S. 1130.
- 2) Vgl. KR, Rn. 740. zu § 1KSchG [J. Griebeling]; Raab, a.a.O., S. 153; S. Strathmann, Wiedereinstellungsanspruch eines wirksam gekündigten Arbeitnehmers: Tendenzen der praktischen Ausgestaltung, DB 2003, S. 2438. 反対説として, G. Meinel/T. Bauer, Der Wiedereinstellungsanspruch NZA 1999, S. 575 がある。
- 3) Vgl. KR, Rn. 740. zu § 1KSchG [J. Griebeling]; Raab, a.a.O., S. 153; Strathmann, a.a.O., S. 2438. 疾病を理由とする解雇に関して, 再雇用請求権の成立を否定する見解に, B. Zwanziger, Neue Tatsachen nach Zugang einer Kündigung Rückwirkung auf Kündigung oder Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, BB 1997, S. 42f. がある。
- 4) Vgl. Strathmann, a.a.O., S. 2438f; Krüll, a.a.O., S. 113.
- 5) Strathmann, a.a.O., S. 2439.
- 6) Vgl. Raab, a.a.O., S. 153f.; KR, Rn. 736f. zu § 1KSchG [J. Griebeling].
- 7) Raab, a.a.O., S. 153.
- 8) Vgl. KR, Rn. 741. zu § 1KSchG [J. Griebeling].
- 9) 同旨, BGH1956年7月13日判決 (NJW1956 S. 1513f.)

3. 再雇用請求権の法的根拠

続いて, 以上のような再雇用請求権が, いかなる法的根拠にもとづいて認めらるかについて, 検討をしておきたい。BAG の判例の動向と, これに対する学説の対応が, 考察の中心となる。

(1) BAG の判例の動向

再雇用請求権の法的根拠に関する BAG の代表的な判例は, 前掲の BAG 第 2 小法廷1997年2月27日判決であるが, この判決以前にも, 再雇用請求権の法的根拠に言及した判例は存する。そのような判例としては, まず, BAG 第 2 小法廷1984年3月15日判決 (AP Nr. 2 zu § 1KSchG 1969 Soziale Auswahl) がある。本件の事実関係は, 次の通りである。原告は, 建築機械の運転者 (基幹労働者) として被告会社 (建築会社) に雇用されていたが, 過去毎年, 年末から次の年のイースターまでの冬期の休止期間中解雇され, この期間中は失業手当を受給し, 翌年のイースターに再雇用されていた。ところが, 1980年12月末

日をもって解雇された後、1981年のイースターに、受注の減少による要員の縮小を理由に Weiden 地区で再雇用されず、Frnkfurt 地区での再雇用を提案された。原告は、この提案を拒否したため、再雇用されなかった。なお、1964年採用の原告よりも勤続年数の短い（4年か5年しか経っていない）建設機械の運転者が Weiden 地区で再雇用されている。原告は、同地区で1981年5月12日以後建設機械の運転者として時間給13.99マルクで再雇用するよう被告に申し渡すことを求めて提訴した。BAG は、結論的に原判決を支持し、原告により主張された再雇用請求が法的根拠を欠くとしたが、再雇用請求権の法的根拠について、次のような判示を行っている。

BAG によると、冬期中断期間終了後の原告の継続雇用については、契約上の合意が存在しないので、a) 信頼責任 (Vertrauenshaftung) の原則、b) 余後効的配慮義務 (nachwirkende Fürsorgepflicht) の原則が充足される場合、あるいは c) 被告会社の継続雇用拒否が平等原則に反する場合に限り、再雇用請求権が肯定される。しかし、本件では、a) から c) のいずれの要件も、充足されていない。まず、a) について、使用者により惹起されたかあるいは容認された、将来において契約締結（再雇用）がなされる予定であるとの労働者の期待は、自己の行動に反して振る舞うこと (venire contra factum proprium) の禁止という視点の下では、保護に値し得るしかつ使用者に労働者の改めての採用を義務づける信頼要件 (Vertrauenstatbestand) を創設する。しかし、本件では、こうした信頼要件を構成する事実は、存在しない。使用者の信頼責任は、事後の再雇用に向けられた労働者の正当な期待を前提とするが、景気の不安定な状況とそれにより再雇用が不確実であることの指摘によって、再雇用の正当な期待の認定は困難になるとされている。2) については、被告は、原告に Frankfurt での再雇用を申し出たことにより余後効的配慮義務にもとづく措置をとったから、この義務への違反はないこと、3) については、本件では、平等取り扱い原則の違反ではなく、社会的選択が問題となることが指摘されている。

また、BAG 第2小法廷1987年1月29日判決 (AP Nr. 1 zu § 620 BGB Sai-

ドイツ解雇法における再雇用請求権の法理

sonarbeit) も、再雇用請求権の法的根拠として、信頼保護 (Vertrauensschutz) の視点を強調している。本件の事実関係は、次の通りである。原告は、アイスクリーム製造の労働者として季節により期間を設定された労働契約にもとづき、1974年以来被告会社で雇用されてきたが、1984年2月1日に、雇用期間を同日から季節の終了までとする最後の労働契約を締結した。1985年2月の初めに、被告は、同年の季節労働者の採用を開始し、原告も2月11日に再雇用の申し出をしたが、再雇用をしない旨通知された(1985年、被告会社は106名の労働者をシーズンの初めに採用している)。これに対し原告は、主位的に、1984年2月1日の労働契約で合意された期間が無効であることの確認を、予備的に、1985年2月11日以後アイスクリーム製造の労働者として採用するよう被告に申し渡すことを求めて訴えを起こした。BAG は、主位的請求について、州労働裁判所の判決を支持したうえ棄却し、予備的請求については、どのような法規の侵害があるかという上告理由が示されていないことを理由に不適法として却下したが、傍論で、再雇用請求権についての原審の判決理由に関して検討を行っている。

BAG によると、原告が10年間連続で季節労働者として次の年に再雇用されてきたことおよび1984年のクリスマス賞与の添付文書には、来年も良好かつ好ましい労使としての協働が可能であるようにとの被告会社の期待とともに賞与が支給された旨の記載があること等にもとづき、原告の再雇用請求権を根拠づける、被告により定立された信頼要件 (Vertrauenstatbestand) が発生する。このような信頼要件にもとづく請求権は、直接 BGB242条 (信義則) を根拠として生じる。また、事業所慣行 (同様の行為の規則正しい反復により形成される) の中に、信頼の思考 (Vertrauensgedanken) の個別的形成が存在し、そこから再雇用請求権が導き出される。それゆえ、既に以前事業所で雇用されていた労働者のみが、(信義則や慣行にもとづく) 保護に値する信頼を獲得することができ、このような個別的な信頼の保護が、原告は再雇用されるべきであり、従来事業所で就労していなかった労働者は、新たに雇用され得ないということの法的根拠となるとされている。

それでは、再雇用請求権に関する BAG の代表的な判例である前掲第 2 小法廷1997年 2 月27日判決が、再雇用請求権の法的根拠について、どのような判示をしているか、検討したい。本件の事案を、もう一度確認しておく、次の通りである。1947年生まれの原告は、1980年 8 月11日以後、D 工具製造有限合資会社（破産会社）の R 工場で、組立・機械工として職務に従事していた。破産管財人に選任された被告は、1994年10月26日に、事業所委員会の同意を得て、計画された事業所閉鎖を理由として、解約告知期間を遵守して解雇（1995年 3 月31日に労働関係が終了）を申し渡した（同時に同じ理由で破産会社 D のその他の労働者も解雇された）。1994年12月 7 日、DA 合資会社は、D の施設・設備、在庫および土地を取得し、R 工場における生産は、DA により中断することなく行われた。こうした状況を踏まえて原告は、被告には、DA 合資会社による事業の引受の時点で、1995年 3 月31日以後も従来の労働条件で原告を継続雇用する義務が存在したことの確認等を求めて提訴した。

BAG は、原告の訴の目的が再雇用請求であるという、州労働裁判所による請求内容の解釈を支持し、本件の解雇を有効としたうえ、解約告知期間中に行われた事業の引受けを考慮すると、主たる給付義務の再創設を求める請求権（再雇用請求権）を原告に認めるべきと判示し、その論拠について論じている。

まず第一に、BAG によると、経営に存する解雇理由が解約告知期間中に消失した場合、使用者が解雇理由を消失させた諸事情の変更を考慮せず、かつ解約告知期間の終了時点を超えて労働関係の継続を申し出るかあるいは再雇用の訴の中に通常存在する、従来通りの労働契約の締結の申し込みに承諾の意思表示をしないとき、権利の濫用（BGB242条）と評価できる。この場合、BGB242条の適用は、例外的に（再雇用）請求権を創設する効果を持ち得る。解約を行う者や取消をする者等が、事後の事情の変更（相手方=Gegner が影響を及ぼしていない）があっても、以前の事実関係を前提としてのみ正当化される解約や取消の法的効果を以前の法律関係が気に入らないという理由で放置するならば、それは権利の濫用といえる。同じように、解約告知期間中に経営上の解雇理由が消失し、解雇の緊急の経営上の必要性がなくなり、それゆえ労働関係の

継続が期待可能である場合、労働者との労働関係の継続を拒否したならば、使用者は、権利の濫用（BGB242条）の非難を受ける。

BAG は、このような権利濫用による根拠づけを補強するために、次のような指摘をしている。すなわち、判例により、法的安定性、確実性、明確性を理由として解雇理由の存否の判断の基準時が解雇の申し渡し時点とされ、労働者の職場の喪失（解雇制限法1条により防止されるべきもの）が解約告知期間の経過により初めて生じるにもかかわらず、予測判断（Prognoseentscheidung、たとえば、事業所閉鎖の計画等）にもとづき解雇を許容することに対しての必要不可欠な矯正策（Korrektiv）が、再雇用請求権である。本来の解雇理由の消失後も解雇された労働者を再雇用するかどうかが使用者の裁量に委ねられ、解雇の効果（労働関係による拘束からの解放）が放置されるならば、結果的に、使用者に任意の（正当な理由を要しない）恣意的な解約権（Reurecht）を認めるのと同様であり、このような結果は、解雇制限法の枠組みの中では、完全に制度上無縁な（systemfremd）ことである。

第二に、再雇用請求権の根拠として、信義誠実の原則（Grundsatz von Treu und Glauben）およびそれにもとづく（労働者の）信頼の保護が示されている。労働関係において使用者は、信義および誠実にもとづき正当に要求される場所に従い、権利を行使し、義務を履行し、労働者の利益を擁護しなければならず、BGB242条（信義則）に反する権利行使あるいは法状態の利用（Ausnutzung）は、権利の逸脱（Rechtsüberschreitung）を理由として違法となる。そして、労働者の信頼の保護は、この信義則により要求される。事業所を一定の時点で閉鎖する企業家的決定を通常労働者には、詳しく検討することが不可能であり、使用者の説明を信頼して、解雇制限訴訟を取り下げたり、そもそも最初から訴訟を提起しなかったりする。解約告知期間の経過時点で使用者が解雇理由として主張する経営上の理由がなお存在する場合に限り、労働関係が終了に至るといふ労働者の信頼は、保護に値するものであり、解約告知期間中に解雇理由が消失した場合、使用者は、解約告知期間経過後も労働関係を継続させるための労働契約の再締結の申し込み（これは、再雇用を求める労働者の訴訟の

提起に黙示的に含まれている)に承諾することを信義則により義務づけられる。

第三に、解約告知期間中に解雇理由が消滅しているにもかかわらず、前述の信義則にもとづく使用者の承諾義務(つまり、労働者の再雇用請求権)を認めなければ、解雇が有効である以上労働関係は終了したままであるから、結果的に使用者は、正当な理由無く労働関係を終了させ得ることになる。このことは、究極的には基本法12条により保障された、自己の職場及びそれと関連する社会的資産を正当な理由なしに喪失することがないという労働者の権利の耐え難い侵害を生ぜしめるとされている。

第四に、労使間の利益状況の比較の観点が重視されている。すなわち、(経営上の)解雇理由が解約告知期間中に消失している場合、新たな措置(代わりの労働者の採用等)を行っていないなら、通常使用者には、労働関係の終了状態を維持する(放置したままにする)いかなる保護に値する利益も認められない。なぜなら、予測的判断にもとづき解雇を行う権利が認められるのは、解雇理由が解約告知期間の経過時点でも存在するであろうという使用者利益を配慮してのことであるからである(このような使用者利益が失われた場合、正当な理由なく職場を喪失することはないという労働者利益が圧倒的に優勢になる)。法的に保護に値する利益がないにもかかわらず解雇理由の消失後も解雇に固執する使用者は、権利濫用を犯すことになる。

1997年2月27日判決(第2小法廷)以後のBAGの判例で、再雇用請求権の法的根拠に関して、重要な判示をしているものに、BAG第2小法廷2002年2月21日判決(NZA2002, S. 1416f.)がある。本件は、オフセット印刷工(Offset-Montierer)である原告が、雇用されていた会社の破産を受けて、破産手続き開始後破産管財人(被告1)により営業活動の完全な中止を理由に解雇されたのに対し、この経営上の理由による解雇の無効の確認と、破産会社の100%株主である被告2会社に対し被告1との間で結ばれていた労働契約と同じ条件での受け入れ契約(Übernahmevertrag)の締結(再雇用)等を求めて提訴したという事件である。原告は、被告2会社からその推奨により破産会社に移籍したが、移籍後も主として被告2の印刷の注文をその事業所で処理する職務に従事して

いた（つまり、主として被告2に労務の提供を行っていた）。BAGは、州労働裁判所の判決と異なり、被告1による解雇は、反社会的（sozialwidrig）ではなく有効としたが、州労働裁判所を結果的に支持して、被告2に対して原告の再雇用（つまり、将来に向けて破産会社と合意したと同じ条件で労働契約を締結すること）を義務づけた。そして、後者の再雇用請求権（使用者から見れば、再雇用の義務）が認められる法的根拠について次のように論じている。

すなわちBAGによると、たしかに、労働関係の終了とともに、その当事者の権利および義務は、将来に向かって原則として終了し余後的効力（Nachwirkung）は、限定された範囲でしか問題とならない。しかし、「労働関係から生じる持続的な事後契約的（nachvertraglich）（配慮）義務は、例外的に再雇用請求権を創設し得る」ことは、承認されている。そして本件において、再雇用義務を生じる、被告2の事後契約的義務（nachvertragliche Pflichten）は、存在するとされる。原告は、被告2の推奨により破産会社（買収した会社の企業年金の費用を引き受けたことにより破産）に移籍した。つまり、被告2との労働契約を合意解約し、破産会社と新たに労働契約を締結した。本件において、被告2は、信義誠実の原則にもとづき、労働契約上の副次義務として、破産会社への移籍（契約の置き換え）のリスクを指摘する義務を負っていたとするならば、なおのこと、被告2は、その業務執行者が、このようなリスクの検討に関連して行った意思表示（これによって、原告は破産会社への移籍を動機づけられたと考えられる）に対し、信義則上責任を負わなければならない。このように、使用者が移籍のリスクに関する労働者側の明確な要望に応じて、あり得べきリスクについて労働者に情報を提供する義務を負う場合、通常経済的諸関連を認識し得ない労働者の、経済的諸関連について行われた表示への信頼は、高度に保護する必要がある。従来 of 使用者（被告2）の再雇用義務は、彼が移籍を示唆した子会社が破産した場合労働者（原告）の継続雇用に配慮する旨の外観を作り出したことから生じる。「この種の場合、信頼責任は、自身の行動に反して振る舞うこと（venire contra factum proprium）の禁止という観点から生じ」、移籍に伴う合意解約のときに、被告2の業務執行者の行った意思表示（移籍先

の会社が破産した場合被告2での再雇用の配慮をする旨のもの)により、信義則上被告2は、原告の再雇用に義務づけられるとされる。

(2) 学 説

次に、再雇用請求権の法的根拠について、学説の動向を検討したい。学説には、BAGの判例を批判的に捉える立場と、逆にそれを肯定的に評価し詳細に展開する立場がある。

(a) 使用者の配慮義務に根拠を求める説

まず第一に、再雇用請求権を使用者の一般的な配慮義務から導き出す説がある。たとえば、F. Mathernによると、解雇の申し渡し後に解雇理由となった健康についての消極的予測が事後の展開によって覆された場合、「労働者は、信義誠実の原則(BGB242条)にもとづく配慮義務の労働法的具体化として導き出された使用者に対する請求権を持ち」、この請求権は、使用者が有効な解雇の存在およびその法的効果としての労働関係の終了の主張を放棄し、それに代えて従来と変わらない労働条件で労働関係を継続することを内容とする¹⁾。

また、J. v. Steinも、配慮義務という表現は用いていないが、同じような性質の義務から再雇用請求権を根拠づけている²⁾。v. Steinによると、BGB242条にもとづき契約当事者の副次義務として、相互援助の義務および契約目標の実現のために契約の相手方に協力する義務が生じる。労働関係という継続的債権関係においては、相互援助の義務がとりわけ強固である。労働者が解雇理由の消失を理由に労働関係の継続を申し出た場合、これを拒否することは、使用者に課される援助義務や協力義務に違反し、信義に反する行動をとることになる。使用者が特別の理由なく、このような援助義務に違反すると、労働者には、副次義務違反を理由として損害賠償請求が可能であるばかりでなく、BGB249条1文により契約継続への承諾を求める請求権が認められることになる。

これに対しT. Raabは、再雇用請求権の法的根拠を、使用者の一般的な配慮義務に求める見解を次のように批判している³⁾。すなわちRaabによると、BGB242条は、契約的誠実さ(Vertragstreue)の原則の表現であり、同条により、契

約当事者は、自らが行った給付の約束に関して論理的に一貫した (konsequent) 行為を行うように義務づけられる。したがって BGB242条にもとづき副次義務が生じる限りで、それは、債務として負担された給付の実現の確保や給付の履行に際しての他の契約当事者の法益の保護に役立つにすぎない。再雇用請求権は、契約的誠実義務の具体化として構成されない。再雇用請求権、すなわち、「労働関係が有効に終了したにもかかわらず、契約を新たに締結することにより労働者の継続雇用を可能にする」権利は、一度使用者によって引き受けられた契約の拘束の論理的帰結 (Konsequenz) と考えることは難しい。以上述べたことは、このような BGB242条にもとづく副次義務が労働関係の終了後の期間について問題となる場合に、一層肯定できる。

Raab によると、再雇用請求権は、解約告知期間の経過後に解雇理由が消失した場合にも、問題となり得るが、このような再雇用請求権は、信義誠実の原則にもとづく契約上の副次義務としての余後効的配慮義務によって根拠づけることはできない。労働関係の終了後も、他の債権債務関係と同様に、余後効的副次義務の存在は肯定できる。しかし、この場合、単に、終了した労働関係において履行された給付 (過去の労務提供と賃金支払い) に関連して使用者に課される補足的義務が問題となり、この余後効的副次義務から、労働契約の再締結により再び主たる給付義務 (労務提供義務と賃金支払い義務) を復活させる使用者の義務 (再雇用義務) を導き出すことはできない。

(b) 信託の保護や、矛盾する行為・態度の禁止に根拠を求める説

次に、BAG の判例 (とりわけ、BAG 第 2 小法廷 1997 年 2 月 27 日判決) に倣い、信託の保護の原則 (Grundsatz des Vertrauensschutzes) や矛盾する行為・態度の禁止 (Verbot des venire contra factum proprium) に依拠して、再雇用請求権を根拠づける説がある。まず、v. Hoyningen-Huene/Linck によると、信託保護の原則 (BGB242条) または解約告知期間の終了まで存続する労働関係から生じる契約上の副次義務が、再雇用請求権の法的基礎となり得る⁴⁾。再雇用請求権は、解約告知期間の経過後いかなる継続雇用可能性も存在しないという予測を解雇の申し渡し時点で正当化する事情のみが法的安定性を理由に解雇の効

力の判断に当たり考慮されることに対する必要不可欠な矯正策である。なぜなら、労働者は、通常、使用者により示された解雇理由が解約告知期間の経過の時点でなお存在している場合に限り、労働関係が終了するということを信頼してもよいからである。「否定的予測の根拠、つまり解雇の理由となる諸事情が事後的に消失し、かつこれらの事情が使用者の領域に存在する場合、労働者に再雇用請求権を与えることは正当化可能である」とされている⁵⁾。

また、D. Boewer も、労働者の信頼保護や矛盾行動の禁止に、再雇用請求権の法的根拠を求めている⁶⁾。すなわち Boewer によると、解雇理由として解雇の申し渡し時点の客観的状态が問題となるとしても、このことにより、信頼を創出した行為・態度から解雇に対する使用者の責任が導き出されることは、否定できない。解雇の申し渡しの時点で客観的に存在した解雇理由（労働者の存続保護の利益を打ち消す事実）が労働関係の存続中（解約告知期間内）に消失した場合、労働者の再雇用の拒否は、使用者の矛盾した行動と評価される。なお、当初訴訟を提起したりして解雇に抵抗せずこれを甘受した労働者も、BAG 判例により承認された信頼保護（解雇理由が解約告知期間経過時点まで存続する場合に限り、雇用の喪失が正当かつ適法であることへの信頼の保護）を失うことはないとされている。

次に、以上の説に対する批判を見ておきたい。最初に、矛盾する行為・態度の禁止に、再雇用請求権の法的根拠を求める見解に対しては、次のような批判が展開されている。まず、T. Raab によると、使用者が再雇用に応じないことが、自己の行為・態度（意思表示の内容）と矛盾するという批判は成り立たない⁷⁾。すなわち、使用者は、解雇の意思表示により、労働関係を終了させたいという意欲を表現するにすぎない。それゆえ、使用者が再雇用を拒否しても、彼は、矛盾した行動をしたのではなく、むしろ一貫した行動をしたといえる。使用者が労働者に対して、解雇理由を示した場合でさえ、そのような理由が存在する場合に限り労働関係を終了させたいという意思が表示されているとは考えられない。さもないならば、使用者が、必要ではないにもかかわらず解雇に関して特定の理由を示しかつそれが事後に消失した限りで、解雇制限法の適用対

象でない労働者にも基本的に再雇用請求権を認めなくてはならない。しかし、正当にも、このような見解は、誰によっても主張されていないとされる。

また、より明確に、解雇理由と解雇の意思表示の間の因果関係の不存在という観点から、信頼の保護や矛盾する行為・態度の禁止を根拠に再雇用請求権を肯定する説に疑問を示す立場もある⁸⁾。つまり、上述のように、使用者がその矛盾した行為・態度を理由として再雇用の拒否を非難されるのは、彼が特定の解雇理由を認識し、それに動機づけられ、導かれて解雇の意思表示を行ったことが前提となる。しかし、このような意味で、解雇理由と解雇の意思表示の間に因果関係が存在することは、解雇制限法の範囲内では、必要ではない。解雇の有効性（その法的効果の発生）にとっては、解雇の意思表示の到達の時点で「客観的な法状態」として法律上承認された解雇理由を形成する諸事情が存在しているということのみが重要である。この点に関する使用者の認識とその認識にもとづき解雇が行われたという因果性は必要ではない。このような解雇の意思表示と解雇理由との間の結び付きが、解雇制限法制にとり無縁のものであることは、解雇理由の追加の可能性についての通説・判例の立場とも整合的である。すなわち、通説・判例によると、解雇の申し渡し以前に発生した解雇理由はその後使用者に知られた場合でも、解雇制限訴訟で事後的に解雇理由として自由に追加することが可能である。そうすると、先行する解雇の意思表示と解雇理由との主観的な因果性は問題とならなくなる。同様に、法律上使用者が自ら進んで解雇対象者に解雇の申し渡し時点で解雇理由を通知することを義務づけられず、不通知であっても解雇の効力には影響しないこと（これも通説・判例）と、解雇の意思表示と解雇理由との主観的因果性の否定とは整合的である⁹⁾。

このような立場からは、信頼の保護の原則に依拠して再雇用請求権を根拠づける見解に対して、以下の二つの観点からの批判がなされている¹⁰⁾。まず第一に、労働者の信頼が保護されるためには、使用者によって創出され、彼に帰責可能な信頼の要件（Vertrauenstatbestand）の存在が必要である。しかし、上述のように解雇の意思表示と解雇理由の間に主観的因果性が要求されない（使用

者は、解雇の時点で解雇理由を示す義務もなければ、認識している必要もない) 場合、使用者の解雇の意思表示により、解雇の意思表示の時点での解雇理由が解約告知期間の経過時点でなお存在している場合に限り労働関係が確定的に終了するという内容の使用者に帰責可能な信頼の要件は決して創出されない。第二に、實際上この種の信頼の要件は、解雇された労働者が、解雇に対して解雇制限訴訟を提起し争っている場合、特にそれを認定することは困難である。なぜなら、労働者は、解雇制限訴訟を提起することにより、解雇の意思表示の到達時点で法律上承認された解雇理由を構成する諸事実が決して存在していなかったと確信していたと表明することになり、適法な解雇理由の存在に対する信頼を自ら否定しているといえるからである。

(c) 解雇制限法の制度内在的な法の継続形成に根拠を求める説

T. Raab によると、再雇用請求権を、一般私法上の、とりわけ契約法上のカテゴリーにより把握しようとするすべての試みは、あまり成功する見込みがない。労働関係の存続保護のために再雇用請求権を承認することにより、解雇をめぐる事実関係の事後的な変更が法的に重要視されることになる。再雇用請求権に依拠せざるを得ないことの原因は、もっぱら、解雇制限法において、解雇の効力の判定の時点として解雇の意思表示の到達時点が問題となることにある。しかし、原因が法律に求められるとすれば、問題の解決を契約の次元に移行させると、うまく行かないのは当たり前である。むしろ、問題の解決は、再び法律自体にもとづき、かつ法律の制度適合的な継続的形成を通じて、図られるべきである¹¹⁾。

Raab の説では、解雇制限法において解雇の効力が解雇の意思表示の到達時点を基準として判断され、事実関係の事後の変更が問題とされないのは、法的安定性の要請に基づくと考えられる¹²⁾。しかしながら、このような法的安定性の要請は、他の解雇制限法に内在する原理と対立的関係に立つ。それは、労働者の存続保護の利益 (Bestandsschutzinteresse) の尊重の原理である。労働者個人、その勤務態度あるいは経営上の必要性に労働関係を終結させる正当な使用者利益が存在する場合に限り、解雇が社会的に正当化され、労働者が職場を喪

失することになるという原理である。解約告知期間の経過の時点でも解雇理由が存在しているという予測が外れ、解約告知期間の経過中に解雇理由を消失させる事態の変更が生じた場合、二つの原理に矛盾が生じることになる。この場合、法的安定性の原則は、変更を完全に考慮しないことを求める。他方、このことにより、解雇の正当理由が消失し使用者利益の擁護という観点から要求されないにもかかわらず、解雇により労働者がその職場を喪失するという状況が生じ得る。解雇制限法の理念からすれば、このような状況では、職場を維持する労働者の利益を保護すべきことは、疑いをいれないことである。しかし、解雇の効力の判断の時点を解約告知期間の終了時点に移すことは、法的安定性の要請に反するし、解雇制限訴訟を提起できる期間が解雇の意思表示の到達時点から始まるという解雇制限法4条1文の規定とも相容れない。

以上により、Raabは、特別の理由が労働関係の終了を正当化しない限り労働者に職場を確保するという法律の目的が法律に定められた手段により達成され得ない場合が解雇制限法の規定枠組みの中に存在し、この点で隠された法規定の欠缺が認められるとする。そして、再雇用請求権を認めることは、このような欠缺の充足を可能にする。つまり、法的安定性の要請に応えつつ、労働者の存続利益の確保も可能になる。それゆえ、事後的に解雇理由が消失した場合に再雇用請求権を認めることは、「労働関係の存続を求める法律上保護された労働者の利益の実現のための制度内在的な法の継続形成を意味する」とされている¹³⁾。

(d) 労働契約上の独自の副次義務に根拠を求める説

BAGや多数学説が再雇用請求権の法的根拠とする使用者の配慮義務も労働契約上の副次義務(Nebenpflicht)であるが、配慮義務ではない労働者の雇用利益擁護義務とでもいえるべき独自の労働契約上の副次義務に再雇用請求権の法的根拠を求める説がある。A. Krüllによると、BGB241条2項にもとづき、債権関係においてはその内容上すべての当事者は他の当事者の権利、法益および利益を擁護することを義務づけられる¹⁴⁾。解雇制限法の労働関係の存続保護の規定(同法1条2項)に従うと、労働者により一度獲得された職場(職務)は、使

用者が任意に奪いうるものではなく、一定の要件が存在しなければ失うことはないという限りで、法律上確固たる存在であり、このような労働関係の存続利益は、使用者の利益擁護義務の内容となる。労働者の雇用維持利益が法的保護を享受し、使用者の利益擁護義務の内容になることは、究極的には、解雇制限法の存続保護が国家に課される基本権の保護義務の具体化と評価され得ることにより基礎づけられる。基本法12条1項から導き出された保護義務は、職場の理由のない喪失から労働者を保護し、それとともに労働者の社会的な資産 (sozialer Besitzstand) を保護することを要請する¹⁴⁾。

以上のような、再雇用請求権を、解雇制限法の目的に適合し、かつ基本法12条1項の基本権の保護義務を考慮した労働契約上の副次義務から基礎づける見解に対しては、この種の副次義務が、有効に解約された労働契約の新たな創設を求める労働者の申し込みを承諾する義務を使用者に負わせるほどに、内容的に広範囲のものではないとの観点から批判がなされている。すなわち、副次義務は、主たる給付義務の内容を超える内容を有することはできない。なぜならそれは、欠陥を補充し (lückenausfüllend)、契約の履行を確保する副次義務の機能と矛盾することになるからである。それゆえ、契約関係の創設 (労働契約の場合、再雇用)、契約の終了あるいは主たる給付義務の継続といった基本的な事柄は、副次義務の内容となり得ないとされている¹⁵⁾。

このような批判に対し、Krüll は、次のように反論をしている¹⁶⁾。すなわち、上述の批判は、契約上の副次義務の内容が最初から確定可能でないということを考えていない。副次義務の強度や濃密さは、一方において、どの程度の長さで債権関係が設定されているかおよびどの程度両当事者の協働 (Zusammenwirken) が必要となるかにより左右され、他方で義務の強度や濃密さは、具体的な個別的義務の内容についてのそれぞれの状況を考慮して判断されなければならない。つまり、契約上の副次義務は、いわば内容的に開かれた (inhaltsoffen) ものとして存在し、その詳しい内容は、具体的な債権関係の内容およびそれぞれの状況を考慮してはじめて確定できる。最初からすべての場合について、副次義務には、欠陥を補充し契約の履行を確保する機能のみが与え

られるにすぎないという考え方は、その内容的に開かれた性格と相容れない。

以上により、Krüllによると、通常長期の期間が設定されかつ両当事者の緊密な協働が必要となる労働関係においては、契約上の副次義務の内容の濃密さ(Dichte)と充実度(Intensität)は、とりわけ顕著に現れる。したがって、労働者の雇用維持の利益を擁護する使用者の利益擁護義務は、個々の事例において基本法上の価値判断を考慮すれば、有効に解約された労働契約の新たな締結に向けられた労働者の申し込みを承諾する使用者の義務へと濃密化可能である。ただ、Krüllによると、一般的な利益擁護義務が再雇用義務に濃密化されることにより、直接的に副次義務から主たる給付義務が生じ、かつ履行されるということは断じてない。副次義務は、単に労働契約の再締結を求める請求権を基礎づけるにすぎず、使用者が利益擁護義務に従い意思表示を行うか、それに代わる既判力のある判決(ドイツ民訴法894条1項1文参照)が下されて初めて、主たる給付義務が創設される¹⁷⁾。

(3) ま と め

以上のように、再雇用請求権の法的根拠として、BAGの判例では、労働者の信頼の保護、矛盾する行為・態度の禁止の原則、労使間の利益考量にもとづく権利濫用の禁止、使用者の配慮義務および基本法12条の基本権の保護義務等が指摘されている。また、学説には、BAGの判例を肯定的に評価しそれを詳細に展開する立場と逆に批判する立場がある。批判的な立場としては、再雇用請求権を契約法上のカテゴリーにより把握するのではなく、労働関係の存続保護を目的とする解雇制限法という特別の法律の制度適合的な継続的形成にその根拠を求める説や、配慮義務ではない独自の労働契約上の副次義務である労働者の雇用利益擁護義務に再雇用請求権の法的根拠を求める説がある。

再雇用請求権の法的根拠に関する議論に関して、留意しておきたいことは、まず第一に、指摘されている法的根拠が必ずしも相互排斥的ではなく、それらのいくつかを同時に法的根拠として考えてもよいことである。また第二に、指摘されている法的根拠は、解約告知期間の経過以前の労働関係が存続している

期間中に解雇理由が消失した場合再雇用請求権を基礎づけるには問題ないかも知れない。しかし解約告知期間が経過し、労働関係が終了した後解雇理由が消失した場合に再雇用請求権を基礎づけることは難しい。上述の学説・判例で指摘されたものとは、異なる法的根拠が必要になる。この点は、後述するが、ある種の解雇が持つ特有の性格や特別の法律上の規定等が重要となろう。

- 1) F. W. Mathern, Die krankheitsbedingte Kündigung (Un) wirksame Kündigung, Wiedereinstellungsanspruch oder Fortsetzungsanspruch?, NJW1996, S. 820.
- 2) J. v. Stein, Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bei Fehlprognose des Arbeitgebers?, RdA1991, S. 87f.
- 3) Vgl. Raab, a.a.O., S. 149.
- 4) v. Hoyningen-Huene/Linck, a.a.O., Rn. 230 zu§ 1.
- 5) このような結論は、BGB573条2項2号にもとづく自己使用による解約に関しての賃貸借法における法的処理（解約理由の事後的消失の場合の）と同じであるとされる（Vgl. v. Hoyningen-Huene/Linck, a.a.O., Rn. 230 zu§ 1）。
- 6) Vgl. Boewer, a.a.O., S. 1128.
- 7) Vgl. Raab, a.a.O., S. 151.
- 8) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 91f.
- 9) また、民法626条2項3文によると、特別解雇の理由づけは、単に「求めに応じて」行われなければならないにすぎず、このような求めに応じて生じる通知義務を使用者が履行しなかったとしても、解雇は無効とならない（場合により損害賠償請求権を発生させるにすぎない）。つまり、重大な事由を必要とする特別解雇についても理由を通知する義務はないのであるから、通常解雇については、なおさら必要はないとされている（Vgl. Krüll, a.a.O., S. 92）。
- 10) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 93f.
- 11) Vgl. Raab, a.a.O., S. 151.
- 12) Vgl. Raab, a.a.O., S. 152.
- 13) Vgl. ebenda.
- 14) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 106ff. 同旨, H. Oetker, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bei nachträglichem Wegfall des Kündigungsgrundes, ZIP 2000, S. 646 および APS, Rn. 828f. zu § 1KSchG [H. Kiel].
- 15) D. Kaiser, Wegfall des Kündigungsgrundes—Weder Unwirksamkeit der Kündigung noch Wiedereinstellungsanspruch, ZfA 2000, S. 220.
- 16) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 115f.
- 17) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 117.

4. 再雇用請求権の内容

続いて、再雇用請求権の内容に関係する問題として、権利の内容の明確化（労働契約の新たな締結による従来と同じ内容の労働関係の創設を求める請求権としてのみ再雇用請求権を捉え得ること）、再雇用請求権の成立時点と再雇用義務の履行請求の可否および再雇用請求権をめぐる訴訟上の問題について検討することとする。

(1) 再雇用請求権と労働契約の締結強制

再雇用請求権の内容として特徴的な点を指摘すると、まず、解雇理由の消失を成立要件とする再雇用請求権は、たえず、労働関係の新たな創設を目的とするものである¹⁾。解雇の効力は、もっぱら解雇の意思表示の到達の時点の客観的な諸事情により判断されるべきであり、解雇理由に関して事後に生じる変更は解雇の効力に影響を及ぼさない。解雇の意思表示の到達の時点で解雇理由に基礎づけられた法的に有効な解雇は、解雇理由の事後の消失にかかわらず、いずれにせよ従来の労働関係の終了をもたらす。それゆえ、再雇用請求権は、新たに労働関係を創設することを内容とするものとならざるを得ない。また、新たに創設されるべき労働関係は、契約的基礎を必要とするので、結果的に、労働者の再雇用請求権は、契約の締結に向けられた使用者の意思表示の交付を内容とするものと解される。したがって、労働者の再雇用請求権には、使用者への契約の締結強制 (Kontrahierungszwang) が対応している。

この点に関して、特に重要なことは、言葉の正しい意味での再雇用 (Wiedereinstellung) と労働関係の継続 (Fortsetzung) とを明確に区別することである。しかし、BAG の判例では、この区別が曖昧である。再雇用請求権問題に関する指導的判決である、前掲の BAG 第 2 小法廷 1997 年 2 月 27 日判決は、「労働関係の継続を求める請求権」を問題としているし、他の BAG 判例も、その存否が争われている労働者の法的権利を、労働関係の継続を求める請求権と表現している²⁾。もともと、これらの、継続請求権を問題とする判例においても、他の箇

所では、新たな労働契約の締結による新たな労働関係の創設の必要性が強調されている³⁾。これら BAG 判例は、「継続」という言葉を用いることによって、解雇理由の消滅後労働者に帰属する請求権が同一内容の新たな労働関係の創設を通じて有効な解雇の終了効果を事実上排除するものであることを表現しようとしている⁴⁾。しかしこれは、誤った理解であり、こうした理解を否定し、新たな労働契約の締結による新たな労働関係の創設という観念を明確にするためには、「継続雇用請求権」あるいは「労働関係の継続を求める請求権」という語を使用すべきではなく、もっぱら再雇用請求権 (Wiedereinstellungsanspruch) と表現されるべきである⁵⁾。

このように、労働者の再雇用請求権は、常に、労働契約の新たな締結による新たな労働関係の創設を目的とするものと考えられる場合、次に、新たに創設されるべき労働関係の内容を、どのように特定すべきかが問題となる。この点に関しては、まず、他のあらゆる契約の締結強制と同様に、労働者の再雇用請求権も、契約の内容形成を拘束するものでなくてはならない。なぜなら、再雇用請求権が単なる交渉の局面において締結の自由を拘束するにすぎず、使用者に単に契約の締結を義務づけるだけだとすれば、使用者は契約の内容を自己に有利に形成するため労働者に内容的に過大な要求をすることにより契約の締結義務を容易に免れ得るからである⁶⁾。

このような考え方からすると、再雇用請求権により新たに創設されるべき労働関係の内容は、決して当事者間において自由に交渉されるべきものではない。むしろ、新たに締結される契約の内容は、原則として、従来の労働関係の内容となっていた契約条件に準拠すべきである。したがって、再雇用請求権は、通常、従来の契約条件での新たな労働契約の締結を目的としたものと解すべきである⁷⁾。

(2) 再雇用請求権の成立時点と再雇用義務の履行請求の可否

再雇用請求権の内容との関係で、その成立時点、すなわち、どのような時点で再雇用請求権が成立するかも、検討を要する問題である。以前、一部の学説

により、再雇用請求権は、労働関係の終了後に初めて成立し得るという立場が主張された。U. M. Hambitzerによると、再雇用請求権は、「概念的に労働関係の終了後に初めて成立し得る」とされている⁸⁾。この説に対しては、請求権の内容と成立に関して、正確な区別がなされていないという批判がある⁹⁾。内容的には、再雇用請求権は論理必然的に、有効な解雇により引き起こされた労働関係の終了後の時間的範囲 (Zeitraum) に関わると考えられる。さもなければ、労働契約当事者は、同時並行的に存在する二つの労働関係にもとづく義務を負担することになるからである。しかし、再雇用請求権の内容に関わる事柄と、その成立の問題は、厳格に区別されるべきであり、解雇理由が解約告知期間の経過以前に消失した場合、再雇用請求権の成立を労働関係の終了によって初めて肯定しうると考えなければならない論理的かつ実定法上の根拠は乏しいとされている。

今日の学説は、一般に、解雇理由の消滅の時点で、再雇用請求権が成立すると解している¹⁰⁾。解雇の意思表示の到達の時点で有効な解雇の効力は、解雇理由の事後の消失により、影響を受けないという前提からすると、解約告知期間の終了以前に解雇理由が消失したという場合、解雇理由の消失と同時に、労働契約上の義務の新設を認め、かつそれに対応する請求権の成立を認めることに、原則として障害は存しない。

また、再雇用請求権の内容との関連で論じられるもっとも重要な問題に、再雇用義務の履行請求の可否の問題がある。再雇用義務に濃密化された利益擁護義務の法的効果として、使用者が直接にこのような義務を履行する債務を負担することになるか、つまり、裁判上直接的に訴求可能な (klagbar) 請求権が労働者に帰属するかどうかの問題となる。否定説によると、再雇用請求権を基礎づける労働契約上の副次義務としての援助義務 (Unterstützungspflicht) にもとづき、使用者は、変更された状況を考慮すること、すなわち労働関係を継続させることに協力する義務を負うが、使用者が正当な理由なく、この義務に違反した場合、労働者には、故意・過失による副次義務侵害を理由に積極的契約侵害にもとづく損害賠償請求権が帰属するにすぎない¹¹⁾。

これに対し、肯定説は、次のような論理構成をとっている¹²⁾。すなわち、およそ債権者が義務に対応する行為の実行を直接要求することができるか、あるいは義務の侵害の場合に損害賠償請求権を有するにすぎないかは、主として、問題となる副次義務が、副次的給付義務 (Nebenleistungspflicht) と評価できるか、それとも新たな行為義務 (weitere Verhaltenspflicht) と解し得るかによって定まる。原則として、副次的給付義務のみが、直接的な履行義務およびそれに対応する訴求可能な給付請求権を創設できるにすぎない。これに対し、新たな行為義務は、その内容が状況に依存するので、最初から特定可能でない。このような新たな行為義務の故意過失による侵害は、独立して請求可能な二次的な給付義務としての損害賠償義務を生ぜしめるにすぎない。副次的給付義務の共通の特徴 (Devise) は、主たる給付が有意味に履行されるために、目的に応じて必要なことおよび状況に応じて必要なことを、債務者に要求することである。K. Larenz によると、法律上の副次的給付義務のみならず、債務関係の両当事者により合意された副次的給付義務も問題となり、両当事者は、特定の行為を詳細に特徴づけ、債務の内容として確定することにより、任意の義務を、独立して訴求可能である副次的給付義務に高め上げることができるとされている¹³⁾。再雇用請求権の基礎となる使用者の利益擁護義務には、その具体的な形姿において、この副次的給付義務の性質が認められ、労働者に直接的に訴求可能な請求権が生じる。

(3) 再雇用請求権と訴訟上の問題

再雇用請求権の内容との関連では、訴訟上の問題も重要である。まず請求の趣旨 (Klageantrag) との関連で、労働者の再雇用請求権は、民事訴訟法894条の意味の意思表示の交付を内容とする使用者に対する給付の訴えにより行使されるべきという点で、広く一致を見ている¹⁴⁾。この場合も、請求の趣旨は、民事訴訟法253条2項1号の特定性の要請に従わなければならない。既判力の及ぶ範囲を十分に特定できなくてはならない。BAG の判例は、継続雇用ないしは再雇用という訴えの内容に、新たな契約の締結の申し込みという趣旨が含まれ

ていると解釈している¹⁵⁾が、前記の特定性の要請の観点から問題である¹⁶⁾。この場合の請求の趣旨を定式化すると、従前の労働契約にもとづく従前の労働条件で、以前の雇用期間を算入した上で新たな労働契約の締結を求める労働者の申込みに使用者が承諾するように判決で申し渡すことと表現できる¹⁷⁾。このような訴訟では、判決が既判力を獲得すると直ちに、労働者の承諾の意思表示は、与えられたものとみなされる。法律上の擬制 (Fiktion) により、再雇用を求める労働者の契約の申し込みへの使用者の承諾の意思表示が判決と置き換えられる。

また、請求の趣旨の内容に関して、次の点の検討も必要である。すなわち、労働者は常に、まず最初に、使用者の承諾の意思表示を求める訴を提起しなければならず、それを認容する判決の既判力が確定した場合に初めて、民事訴訟法894条1項の法律上の擬制により成立した契約にもとづく義務の履行を使用者に（場合により再び訴訟を通じて）請求できるにすぎないかどうかという問題が解明されなくてはならない。この点に関して、前掲の BAG 第2小法廷1997年2月27日判決は、同時に、創設されるべき労働関係にもとづく主たる給付義務の履行、つまり継続的就業を訴求できる可能性を使用者に与えている。これにより、使用者には、承諾の意思表示の交付を求める訴を認容する判決の既判力が確定する前でも、すなわち新たな労働契約が創設される以前でも、それにもとづく雇用義務 (Verpflichtung zur Beschäftigung) は存在しないという理由を指摘して、労働者の事実上の就業を求める訴の棄却を請求することが不可能になる。

しかし、このような BAG 判決により示された解決方法は、学説によって批判されている¹⁸⁾。その理由は、意思表示の交付を求める訴と事実上の就業を求める訴では、訴訟物が異なることである。この立場だと、再雇用を要求する労働者は、最初から直接事実上の就業を訴求することはできない。労働者には単に、使用者が再雇用請求権をめぐる訴訟の弁論中に、それを認容する判決の既判力が確定しても法律上の擬制により成立した労働契約にもとづく義務を実行する意思がないと明らかにしている場合に、使用者の承諾の意思表示の交付を

求める訴訟を、成立した労働契約にもとづく継続雇用（就労）請求権を含む内容に拡大する可能性が残されているにすぎない。

さらに、民事訴訟法894条1項にもとづく法律上の擬制により交付された意思表示の法的効力が過去に遡及して生じるかどうかが問題となっている。以前、このような効力遡及を認めることは、BGBの旧306条の規定により可能ではなかった。以前のBAGの判例によると、労働者は、過去に向かっていかなる労働給付をなすこともできないので、過去に遡っての適用を予定し締結された契約は、不可能な給付を内容とするものである¹⁹⁾。それゆえ、旧BGB306条（原始的に不能な給付を目的とする債務は無効であると規定していた）により、無効であるとされた。

ところが、債務法現代化法の311条aの1項が2002年1月1日に発効したことにより、法状態が変更された。旧306条に対応する条項は、存在しなくなり、新たに設けられたBGB311条aによると、BGB275条1項から3項の規定に従い債務者が給付をする必要がないことや給付障害が既に契約の締結に際して存在することは、契約を無効としない。このような変更にもとづき、BAG第2小法廷2006年11月9日判決（AP Nr. 1 zu § 311a BGB）は、労働契約の過去に遡及して効力を有する締結を被告（使用者）に判決で申し渡すことを、請求の趣旨とすることが適法であるとした。

- 1) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 225f.; M. Kittner/W. Däubler/B. Zwanziger, KSchR Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl., 2004, Einl. Rn. 390a.; v. Stein, a.a.O., S. 88.; Raab, a.a.O., S. 157.
- 2) BAG第2小法廷1997年12月4日判決（AP Nr. 4 zu § 1KSchG 1969 Wiedereinstellung）, BAG第8小法廷1997年11月13日判決（AP Nr. 169 zu § 613a BGB）およびBAG第8小法廷1998年11月12日判決（AP Nr. 5 zu § 1KSchG 1969 Wiedereinstellung）等を参照。
- 3) 前掲BAG第2小法廷1997年12月4日判決及び前掲BAG第8小法廷1997年11月13日判決を参照。
- 4) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 228. この点, Boewer, a.a.O., S. 1178は, BAGの判例において雇用請求権（Einstellungsanspruch）と継続請求権（Fortsetzungsanspruch）との間で, 用語法上の区別はなされていないと指摘している。
- 5) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 228. なお, 一部に, 再雇用請求権の内容を, 使用者が解雇

ドイツ解雇法における再雇用請求権の法理

の有効性およびその法的効果としての労働関係の終了の主張を放棄することと捉える見解もある (Krüll, a.a.O., S. 226 Fn. 883.)。

- 6) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 229.
- 7) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 229ff; Boewer, a.a.O., S. 1181; Oetker, a.a.O., S. 650; M. Beckschulze, Der Wiedereinstellungsanspruch nach betriebsbedingter Kündigung DB1998, S. 419; v. Stein, a.a.O., S. 88; R. Bram/W. Rühl, Praktische Probleme des Wiedereinstellungsanspruchs nach wirksamer Kündigung, NZA1990, S. 753; Kittner/Däubler/Zwanziger, a.a.O., Einl. Rn. 390.
- 8) U. M. Hambitzer, Wiedereinstellungsanspruch nach wirksamer betriebsbedingter Kündigung?, NJW1985, S. 2242. 同旨, Raab, a.a.O., S. 157.
- 9) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 221.
- 10) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 222f.; Oetker, a.a.O., S. 650.
- 11) Vgl. v. Stein, a.a.O., S. 88. この損害賠償請求権は, BGB 249条1項に根拠を有する原状回復の原則に従い, 内容的には, 契約存続への同意を志向するものとされる (Vgl. ebenda.)。
- 12) Krüll, a.a.O., S. 117f. および Oetker, a.a.O., S. 648 を参照。
- 13) Vgl. K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 14. Aufl., 1987, S. 8 und 12.
- 14) Vgl. APS, Rn. 845 zu § 1KSchG [H. Kiel]; Boewer, a.a.O., S. 1182; Oberhofer, a.a.O., S. 97.
- 15) BAG 第2小法廷1997年2月27日判決 (AP Nr. 1 zu § 1KSchG 1969 Wiedereinstellung) 等参照。
- 16) この点を, 特に強調するのは, Krüll, a.a.O., S. 308 である。
- 17) 具体的な判例としては, 前掲 BAG 第2小法廷1997年12月4日判決および BAG 第2小法廷1999年12月2日判決 (AP Nr. 45 zu § 1KSchG 1969 Soziale Auswahl) を参照。
- 18) Vgl. Boewer, a.a.O., S. 1182; Krüll, a.a.O., S. 310.
- 19) BAG 第7小法廷2000年6月28日判決 (AP Nr. 6 zu § 1KSchG 1969 Wiedereinstellung) 等。

5. 再雇用請求権の限界

再雇用請求権の限界としては, 解約告知期間経過後に解雇理由を消滅させる事情の変更が生じた場合にも, なお再雇用請求権が成立するかという時間的限界と, 解雇の申し渡し後, 解雇の有効性を信じて代わりの労働者の採用等の措置を講じた場合等のように, 労働者の雇用維持の利益と対立する, 使用者の保護に値する利益が生じたときに, それが再雇用請求権の成立を阻むかという労

使間の利益調整の問題が、主として論じられている。

(1) 再雇用請求権の時間的限界

再雇用請求権の法的根拠と考えられる契約上の副次義務は、労働契約の存続期間中にその効力が限定されるので、解約告知期間が経過し労働関係が終了した後、解雇理由の基礎となる諸事実に変更が生じ、解雇理由が消失した場合、労働者の再雇用請求が認められるかどうか問題となる。

(a) BAG の判例の動向

再雇用請求権の時間的限界に関しては、BAG の小法廷の間に判断の相違が見られ、BAG の判例の間で一致した判断が示されているわけではない。まず、BAG 第7小法廷1997年8月6日判決（AP Nr. 2 zu § 1KSchG 1969 Wiedereinstellung）は、新車・中古車の販売修理を行う被告会社のL事業所に勤務していた原告がL事業所の閉鎖を理由に解雇されたが、その解約告知期間の経過後被告のS事業所で運転手が自主退職しその後任に新しい労働者が採用された事実を知り、Sの運転手には自分が採用されるべきであったとして再雇用を請求した事案である。BAG は、「経営上の理由による解雇が法的に有効でありかつ新たな雇用可能性が解約告知期間の経過後初めて生じた場合には、労働者の再雇用請求権の法的基礎が欠如している」ことを理由に、州労働裁判所の判断を支持し、原告の請求を棄却している。判決の論拠は、解約告知期間が経過し解雇が法的に有効である場合、労働者と使用者間の契約関係は終局的に解消され、「その後に発生する事実状況の変更は、労働契約上の主たる義務を新たに創設する使用者のいかなる義務も生じさせない」ことである。

同様に BAG 第7小法廷2000年6月28日判決（AP Nr. 6 zu § 1KSchG 1969 Wiedereinstellung）も、解約告知期間経過後の再雇用請求権の成否につき否定的に解している。この事件は、旅客海上運送の企業である被告が夜間宿泊旅客輸送部門を他会社に事業譲渡したことに伴い、同部門の借り方簿記会計係である原告が事業譲渡先会社に移籍することを望まなかったために通常解雇されたが、解約告知期間経過後、同じ簿記会計係で解雇された労働者が再雇用された

ドイツ解雇法における再雇用請求権の法理

ことを知り、新たな雇用可能性が生まれ解雇理由が消失していたとして主位的に解雇の無効と予備的に再雇用を求めて提訴したというものである。BAG は、予備的請求に関し、契約上の副次義務により再雇用請求権を根拠づける立場から、いずれにせよ経営上の理由による解雇の領域に関しては、解約告知期間が経過し労働関係の終了後解雇理由の基礎となる事実に変更が生じた場合、労働者は、原則として再雇用を要求することはできないとしている。その根拠として、「労働関係の終了とともに、契約上の利益擁護義務も消滅する」ことが指摘されている。

これに対し、前掲の BAG 第 2 小法廷 1997 年 12 月 4 日判決は、前記の事実関係の下で、原告の主たる請求である従来の労働条件での継続雇用を、解雇または裁判上の和解にもとづく合意解約が有効であるとして棄却し、再雇用（従来の労働条件での新たな労働契約の締結）を求める原告の予備的請求に関しても、次のように判示して棄却した。まず、解雇の申し渡し後解約告知期間中に解雇理由となった事実関係に変更が生じた場合、再雇用請求権が認められる。しかし、解約告知期間経過後、新たな因果的経過（Kausalverlauf）が始まる時、たとえば、社会的に正当化された経営上の理由による解雇に関して解約告知期間の経過後予見不可能な形で別の方法での雇用可能性（andersweitige Beschäftigungsmöglichkeit）が生まれた場合には、再雇用請求権は、原則として認められない。ただ、本件では、原告の解約告知期間の終了以前におよび裁判上の和解による労働関係の合意解約以前に、被告がドイツの工場（事業所）に鐘型ナイフの製造工程を残すことを決定しているため、解約告知期間の経過後に（解雇の基礎となった）事業者の決定が変更されたりあるいは破棄された場合でも、再雇用請求権が認められるかあるいは場合によりどのような要件の下で認められるかは、判決を下すに当たり重要な問題ではなく、判断を留保するとされている。結論的に判決によると、被告により行われた再雇用者の選択は、BGB 242 条、同 315 条の基準のみならず、解雇制限法 1 条 3 項の厳格な要件をも充足しているから、被告は、1996 年以後実際に再雇用された労働者に代えて原告を再雇用しなければならないという主張は、失当であるとされている。つまり、

この第2小法廷の判決は、解約告知期間経過後の再雇用請求権の成否に関して、判断を留保したと解される。

(b) 学 説

次に、学説であるが、多数説は、解約告知期間経過後に、解雇理由の基礎となった事実関係に初めて変更が生じたとき、後述する事業譲渡や嫌疑解雇の場合を例外として労働者には、再雇用請求権が認められないとしている¹⁾。多数説の論拠として、以下の点が指摘されている²⁾。まず第一に、信頼の保護がある。すなわち、解雇理由は、解約告知期間の経過時点で存在していれば足り、それ以後に生じる諸事情は、労働者のいかなる保護に値する信頼をも創設するものではない。むしろ、使用者は原則として、解約告知期間経過後に生じた事情が解雇の効力にいかなる効力も及ぼさないことを信じるのが許される。第二は、契約上の副次義務の限界である。労働関係の終了後はいかなる契約的關係ももはや存在しないので、再雇用請求権の法的根拠となる契約上の副次義務も存在しない。さらに労働関係の終了後使用者の余後効的副次義務 (nachwirkende Nebenpflichten) が存在することによっても、結論は変わらない。このような義務は、単に終了した労働関係の事後処理に関わるにすぎず、基本的に離職証明書の発行、離職に関する情報提供および所有物の返却請求等にのみ関係する。こうした内容の義務を根拠として、再雇用請求権を認めることはできない。第三に、法的安定性の観点からも、再雇用請求権を時間的に限定することが要請される。

以上の多数説に対して、上記の二つの例外以外にも、再雇用請求権の時間的限界の例外を認めるべきという少数の学説が存在する。ここでは、T. Raab の見解を中心に見ておきたい³⁾。まず、Raab によると、解約告知期間が再雇用請求権に厳格な時間的限界を画するとすると、労働関係の存続は、多かれ少なかれ事実の偶然の時間的連続により左右されることになる。解約告知期間を判断基準にすれば、解約告知期間の長い労働者の場合、解雇理由の消失の時点でおお期間の経過中であるのに対し、解約告知期間の短い労働者の場合期間が経過してしまっているという状況を生む。そして、このような不平等取り扱いは、

決して正当化され得ない⁴⁾。この点、S. Nägeleによると、このような時間的限界を設けることは、三重の意味で事業所勤続年数の長い労働者を短い労働者よりも優遇することになる。まず、事業所勤続年数の長さは、解雇制限法1条3項にもとづく社会的選択の範囲内で考慮されるし、またそれは、BGB622条にもとづく解約告知期間の長さおよび解約告知期間の長さ結び付いた再雇用請求権の行使の可能性の範囲を決定する。このことにより、「勤続年数の長さには、再雇用請求権との関係で正当でない、不均衡に過大な意義が帰属すること」になり、再雇用請求権は、勤続年数の長い労働者にとっては、「クローズドショップ請求権」のような優先雇用請求権に転化するとされている⁵⁾。

また Raab は、多数説の論拠を次のように批判している⁶⁾。多数説は、解約告知期間の経過後解雇が有効に行われた場合、契約関係が終局的に解消し、使用者の義務がもはや存在し得ないことを根拠としているが、これは誤りである。なぜなら本来、配慮義務は再雇用請求権の根拠とはならないからである。再雇用請求権の法的根拠が解雇制限法自体にあるとすると、労働関係の終了の時点はその成立にとり重要な意味は持たない。この場合、法律自体の価値評価から、解雇が有効であるにもかかわらず、労働者にその職場を確保すべき状況が生じたか否かを問題にすべきとされている。しかし、このような判断基準に依拠する場合でも、解約告知期間の終了後初めて生じた事情の変更は、単に例外的な場合にしか再雇用請求権を発生させ得ない。解約告知期間経過後の事情の変更が再雇用請求権を発生させるとすると、むしろ、契約の自由の是認しがたい制約を生じさせる。次のような例が、このことを明確にする。すなわち、不況による受注減の結果経営上の理由による解雇が行われたが、労働関係の終了後、受注状態が改善し使用者が新たに従業員を採用しようとする場合、以前解雇された労働者を優先的に考慮することは強制され得ない。解約告知期間が経過し労働関係が一度完全に解消されてしまった場合、使用者の利益が労働者の雇用存続保護の利益よりも優先するので以前解雇された労働者をその他の労働者と比べて優遇し、使用者の採用者選択の裁量（自由）を制約するいかなる根拠も存在しない。つまり、解約告知期間の経過後は、使用者の措置の自由

(Dispositionsfreiheit) が復活し、再雇用請求権を認めることは、このような自由を不当に制限することとなる。

もちろん、この点に関して例外も考えられ、Raab は、次のような例外を指摘している⁷⁾。統一的な合理化措置でありながらも、労働者が時間的に段階的に解雇される場合である。この場合に、その後使用者が自己の企業家的決定を修正し、たとえば、本来の計画に反して事業所部門を閉鎖することなく、むしろ続行したとき、その解約告知期間が長くたまたま偶然に期間が経過していなかった労働者のみが再雇用され不当に利益を受けることになる。本来的には、すべての労働者の解雇を正当化すべき統一的措置が問題となっているので、解雇の対象となった全労働者の解約告知期間が経過した時点で、労働関係を終了させる使用者の正当な利益が存在するかどうかを検討されなければならない。もし、この利益が否定されると、統一的措置の結果解雇されたすべての労働者に（解約告知期間が経過し労働関係が終了しているかどうかにかかわらず）、再雇用請求権が認められなくてはならない⁸⁾。

(c) 事業譲渡の場合の例外

解約告知期間経過後に、解雇理由の基礎となった事実関係に初めて変更が生じたときには、再雇用請求権が認められないとする原則の例外が、事業譲渡のケースである。BAG の判例によると、事業譲渡の場合、解約告知期間経過後に、解雇理由が消失しても、原則として、事業の譲受人に対する再雇用請求権が認められる。この点に関する代表的な判例に、BAG 第 8 小法廷1997年11月13日判決 (AP Nr. 169 zu § 613a BGB) がある。本件の事実関係は次の通りである。原告は、ビルの清掃婦であり、1985年1月以後、S病院の清掃の委託を受けた被告を使用者としている。被告は多様な地域で活動する清掃企業で、1000人を超える従業員を雇用している。S病院が清掃契約を1993年10月1日以後P企業に移したため、清掃契約の解約を受けて被告は、S病院で就業している労働者を解雇した。1993年9月30日に効力の生じる通常解雇の意思表示（同年6月1日付）が同年6月14日に原告に到達した。Pは、S病院で働いていた被告の従業員のすべてに再雇用の申し出をした。Pは、1993年10月1日に全体

ドイツ解雇法における再雇用請求権の法理

で被告の以前の従業員の75名を採用し、すべて以前の職務で働かせることにした。原告も、P社により申し出られた労働契約を承諾している。原告は1993年6月29日、解雇が事業譲渡を理由として申し渡されたものであること等を理由として無効であると主張し、労働裁判所に提訴した。労働裁判所は、訴を棄却し、原告の控訴を受けた州労働裁判所は、当事者の労働関係は、1993年6月1日の解雇によって終了していないとした。被告が上告した。BAGは、本件解雇が解雇制限法1条2項の意味において社会的に不当なものではなく、かつ事業譲渡を理由とするものでもないからBGB613条a4項により無効でないとしている。本件において、原告は再雇用の請求をしていない（というよりPで再雇用されている）ので、以下の再雇用請求権に関する本判決の判断は傍論である。

本判決によると、解雇の意思表示の到達後に行われた事業譲渡は、一度生じた解雇の効力をもはや排除できず、むしろ、同一の条件でP社との間で労働関係の継続を求める請求権（再雇用請求権）を基礎づけ得る。解約告知期間が終了し原告の解雇の意思表示の効力が生じたのが1993年9月30日であり、P社がS病院で働いていた従業員の主要部分を採用したのが、同年10月1日であるから、解約告知期間の経過後、すなわち解雇の効力発生後に解雇理由が消滅したことになる。つまり、本判決は、解約告知期間経過後の再雇用請求権を肯定している。そして、再雇用請求権の肯定は、(EUの)指令に適合した(richtlinienkonform) BGB613条aの1項の解釈から明らかになるとされている。EuGH 1996年11月14日判決 (AP Nr. 12 zu EWG-Richtlinie Nr. 77/187) により示された原則を適用すると、このような場合でも、労働関係の事業の譲受人への移転は、法律上当然に(ipsa jure)生じるし、事業の譲受人の意思決定にかかわりない。事業者(事業の譲受人)の意思決定は、単に事業譲渡の要件自体に関係するのみで、その法的効果とは関わりない。従って、以前の受注者(被告)の従業員団の主要な部分を引き受ける決定をし、要件面で事業譲渡を生じさせたしまった事業者(P社)に、以前の受注者(被告)に雇用されている労働者の未解約の労働関係がすべて移転するのみならず、S病院の決定により以前の受

注者（被告）を解雇された労働者の再雇用請求権も発生する⁹⁾。

また前掲の BAG 第7小法廷2000年6月28日判決も、第8小法廷の判例で BGB613条 a にもとづき事業所譲渡の場合について肯定された継続雇用請求権を、労働関係の終了後（＝解約告知期間経過後）に例外的に認められる再雇用請求権として取り上げている。学説上においても、一般に、使用者がその事業閉鎖計画を中止し、事業あるいは事業の一部を第三者に移転させた場合、事業の移転の時点で労働契約関係が存続していたか（つまり解約告知期間が経過していたか）否かにかかわらず、BGB613条 a の要件が充足されさえすれば、事業の取得者に対して再雇用請求権が発生すると解されている¹⁰⁾。

ただし、破産手続においては、労働契約の終了に関する紛争を迅速かつ確実に処理する必要があるため、精算型の手続か更正・再建型の手続かにかかわらず、事業の取得者（譲受人）に対して、再雇用ないしは労働関係の継続を求めるいかなる請求権も認められない。BAG 第8小法廷2003年5月13日判決（AP Nr. 264 zu § 613a BGB）および同2004年10月28日判決（NZA 2005, S. 405f.）によると、破産管財人により有効に解雇が行われ、以前の事業主（事業譲渡人）の財産に関して破産手続が開始され事業譲渡がなされた場合、労働者の再雇用請求権は、否定される。このことは、事業譲渡が解約告知期間の経過中に行われたかあるいは経過後に行われたかにかかわりない。その理由は、破産法が、次のような一貫した考え方に基づいているからである。すなわち、破産手続において事業譲渡が行われる場合、その際に実施されるあるいはそれどころか事業譲渡のために必要な破産管財人による人員削減は、事業譲受人の負担を軽くするために、容易に行えなければならない。このために、破産法は、解雇の有効性の推定規定や短縮された解雇制限訴訟の訴訟期間を定めていた（旧ドイツ破産法113条）。この場合、再雇用請求権を認めることによって、破産法の旧113条、125条から128条¹¹⁾により追求されている法的安定性（労働関係の終了に関する）の確保が危険にさらされるし、解雇が有効になされた後も再雇用請求権の行使を受けることになれば、破産管財人が行った解雇の取消不能性（Unangreifbarkeit）の原則は、事業の譲受人にとり無益なものとなる¹²⁾。

事業譲渡の場合、解約告知期間が経過し労働関係が終了した後であっても、再雇用請求権が認められる法的根拠に関しては、BAGの判例に対して批判的な学説も存在する。たとえば、A. Krüllは、前掲のBAG第8小法廷1997年11月13日判決の示したEUの指令に適合的なBGB613条aの第1項の解釈により、このような場合の再雇用請求権を基礎づけることは不可能であるとしている。なぜならば、BGB613条aは、事業譲渡の時点で存在する労働関係にもとづく権利および義務の事業取得者への移転に限定された規定であるからである¹³⁾。その上で、Krüllは、法的根拠について次のように論じている。彼によると、BGB613条aの包括的な保護目的は、職場と労働契約関係との同時並行(Gleichlauf)の原則を基礎としている¹⁴⁾。この原則によれば、労働契約関係は、いわば職場に追随すべきものであり、それゆえ、対応する職場が事業の譲渡後も存続する場合、労働契約関係の存在も確保されなければならない。職場と労働契約関係の一体性は、事業譲渡にかかわらず維持されなければならず、労働契約関係の移転により本来の一体性が回復されることになる。このような、BGB613条aによって追求された目的から考えると、職場の消失を理由として解雇された労働者の労働契約関係を、その職場を基本的に同じ条件で存続させる事業譲渡が事後に行われた場合、譲渡の時点で解約告知期間が経過してしまっていることのみを理由に、新たな事業の所有者に移転させないことは、立法構想に反した欠缺(planwidrige Lücke)を意味する。なぜなら、この場合、BGB613条aで意図された職場と労働契約関係の一体性は、確保されないし、職場と労働契約関係の同事並行も保障されず、両者の一体性の回復も失敗に帰すからである。

このようなBGB613条aの保護システムにおいて立法構想に反した欠缺が生じたのは、この条項が継続的に維持可能な事業の譲渡という「通常のケース」のみを視野に入れているにすぎないことに原因がある。そのような事業の取得者は、その事業に現に組み入れられている労働者の労働関係のみを引き受けることになる。この条項により、全体的な廃止が事前に計画されかつ経営上の理由にもとづく解雇により部分的に廃止された事業の不意の譲渡という例外的な

場合は、考慮されていない。BGB613条 a の基礎となる職場と労働契約関係との同事並行という原理は、前記の立法構想に反する欠缺を再雇用請求権を与えることにより補填し、立法上意図された労働契約関係と職場との一体性を回復・維持することを要請する。

なお、Krüll は、以上のような再雇用請求権の付与の形での欠缺の充足を、方法論上、類推 (Analogie) ではなく、BGB613条 a の目的論的拡張 (teleologische Extension) と評価すべきとしている。彼によると、法律上規定されていない、再雇用請求権の付与により解決しなければならない問題のケースと、法律上既定の前記の事業譲渡の通常のケースは、類似性にもとづく推論により同一視されるのではなく、BGB613条 a の直接的な適用領域が問題のケースに拡張されることになる¹⁵⁾。事実の類似性にもとづく平等取扱いの原則ではなく、BGB613条の立法理由 (ratio legis) が、再雇用請求権の付与という形での法律の (欠缺の) 補充を要求すると解されている。

(d) 嫌疑解雇の場合の例外

また、嫌疑解雇の場合にも、再雇用請求権の成立の時間的限界の例外が認められている。上述のように、学説・判例の一般的な理解によると、労働者の証明された犯罪行為や義務違反のみならず、犯罪行為あるいは義務違反を犯したという単なる嫌疑も、特別解雇の重大な事由となり得る¹⁶⁾。前記の原則に従い、労働関係の終了 (解約告知期間の経過) により、再雇用請求権の時間的限界が画されるとすると、嫌疑解雇についてはたいていの場合、そのような請求権が成立する余地はなくなる。なぜなら、嫌疑解雇は、BGB626条 1 項の意味の重大な事由を構成する事実にもとづくものでなければ有効となり得ないとすれば、たいていの場合、それは、特別解約告知として申し渡され、労働関係は、解雇の意思表示の到達と同時に直ちに終了してしまうからである。

しかし、学説・判例の支配的な見解によれば、嫌疑解雇に関しては、労働関係の終了が再雇用請求権の成立の時間的限界とはならず、労働関係の終了後にも再雇用請求権が認められる¹⁷⁾。理由は以下の通りである。まず、嫌疑解雇には、他の種類の解雇と基本的に異なる性格がある。すなわち、有効な嫌疑解雇

は、通常重大な経済的損失を伴う職場の喪失を生じさせるばかりでなく、嫌疑にもとづき解雇された労働者は、事実上職業的および個人的な信用を大きく損なわれる。ここから、嫌疑が消失した労働者にとり、雇用存続の利益だけでなく、名誉回復 (Rehabilitierung) の利益が重要な意義を有することが明らかになる¹⁸⁾。労働関係が適法かつ有効に終了すれば雇用の存続の利益は、保護されないというのが前記の原則であるが、名誉回復の利益は、労働関係の終了後もその有効な存続の有無にかかわらず、保護されなくてはならない。したがって、嫌疑解雇の場合、再雇用請求権を認めることにより、保護すべき利益が労働関係の終了後も存在する。また、現実的な名誉回復には、謝罪文の交付や適当な内容の証明書の発行のみでは十分ではなく、労働者を再雇用し、職場の喪失に伴う精神的かつ財産的な損失を補償した上で、従来と同じ条件で雇用を継続することが求められる¹⁹⁾。

次に、嫌疑解雇が定義上本来的に不確かな事実 (すなわち嫌疑) を基礎としていることとの均衡という観点も、論拠として指摘されている。すなわち、使用者は、行為解雇 (嫌疑ではなく現実の非違行為にもとづく解雇) を行うため必要となる労働者の非行についての立証責任 (Beweislast) を回避するために嫌疑解雇を行うのであり、このこととのバランスで嫌疑が事後的に事実でないと立証されることに伴うすべてのリスクを引き受けなければならない。したがって、労働関係の終局的な終了後に嫌疑が消失した場合でも、使用者に原則として再雇用を義務づけるのが、調整的正義 (ausgleichende Gerechtigkeit) の観点から妥当である²⁰⁾。

さらに、嫌疑解雇に関しては、労働関係の終了が再雇用請求権の時間的限界にならないということは、基本法からも明らかとなる。基本法12条1項は、正当な理由なしに (客観的に証明された根拠なしに) 職場を失うことのない労働者の権利を保障しているが、労働関係の終了後は嫌疑解雇に関しても他の解雇と同じように再雇用請求権を排除することは、このような権利を根本的に侵害する。なぜならば、その場合労働者は、解雇が最初から客観的に理由づけられていない (事実として証明されていない) 嫌疑に基づいているにもかかわらず、

職場を終局的に喪失することになるからである²¹⁾。

(2) 使用者の保護に値する利益による限界

学説・判例の一般的な理解によると、利益擁護義務（BGB242条）から導き出された再雇用請求権は、使用者の保護に値する正当な利益により限界づけられる。労働者の信頼とともに、使用者の既存の法状態、すなわち解雇の有効性への信頼は、保護されなければならない。個々の事例における比較衡量が必要となるが、使用者が人事上の諸措置（personelle Dispositionen）を、すでに行っている場合、通常、使用者の信頼が優位する²²⁾。

この点に関して、まず、BAGの判例をみると、前掲のBAG第2小法廷1997年2月27日判決は、工具製造会社が破産し工場等の閉鎖を理由として解雇された労働者らが、工場の設備や土地を買い取った会社により工場での生産が継続されることになったことから、破産管財人（被告）に従来の労働条件での労働関係の継続（再雇用）を請求した事案に関し、次のような判示を行っている。すなわち、同判決によると、労働関係の従来通りの継続を求める請求権（再雇用請求権）は、個々の事例の諸事情を考慮して、労働者の保護に値する利益が、解雇の結果（つまり労働関係の終了という状態）をそのままにしておくという使用者の利益に現実に優位する場合に限り認められるにすぎない。労働関係を終了させる使用者の優勢な利益は、使用者が、解雇にもとづく労働関係の終了を踏まえてすでに一定の措置を実施している場合、たとえば疾病を理由とする解雇に関して解雇の有効性を信じて新たな代替労働者を採用した場合等に肯定可能である。また、解雇の時点で計画された事業所閉鎖に関連して実施される事業譲渡が、事前の合理化の実施や労働者の労働条件の変更を条件として可能となるという事例が考えられる。その場合、譲渡先企業（新しい使用者）には、少なくとも従来と同じ労働条件で労働者を再雇用することは、期待不可能である。なぜなら、合理化なしでは事業所の譲渡は実現しないし、それゆえ、当初計画された事業所閉鎖だけが実行されることになるからである。

結論的に、BAGは、当初被告により計画された事業所閉鎖の計画と異なり

ドイツ解雇法における再雇用請求権の法理

解約告知期間の経過中に事業の譲渡が実現しかつ被告が解雇の有効性を信じて原告との労働関係の継続を期待不可能にするいかなる措置をも行っていないとして、州労働裁判所の判断を支持し、原告の再雇用請求権を認めた。

同様の判示は、前掲の BAG2006年6月28日判決（第7小法廷）にも見られる。この事件は、上述のように、旅客海上運送の企業である被告が夜間宿泊旅客輸送部門を他会社に事業譲渡したことに伴い、同部門の借り方簿記会計係である原告が事業譲渡先会社に移籍することを望まなかったために通常解雇されたが、解約告知期間経過後、同じ簿記会計係で解雇された労働者が雇用されたことを知り、新たな雇用可能性が生まれ解雇理由が消失していたとして主位的に解雇の無効と予備的に再雇用を求めて提訴したというものである。本件に関し、BAGによると、再雇用請求権を限界づける使用者の正当な利益は、使用者が既に他の措置を行っている場合に認められ、とりわけ、これには、空席となった部署に他の労働者を配置してしまっているケース等が該当する。このことにより、既に発生した再雇用請求権が原則として消滅するが、例外的に、使用者が一度生じた雇用可能性の再度の消失（他の労働者の配置等）を信義に反する方法で惹起した場合、労働者は再雇用請求権を失わない。このような例外を認める根拠は、何人も自ら信義に反する方法で引き起こした結果から利益を得ることは許されないという BGB162条に定められた一般的な法的思想である。そして特に、使用者が労働者の再雇用の要求を知りつつ信義に反して他の労働者を問題となっている職場に配属した場合、労働者に対し適切な職場の再消失を主張することができなくなる。

結論的に BAGによると、原告の再雇用請求権は、被告が原告の再雇用の要求以前に、事業譲渡の後に生まれた職場について、同じ簿記係で解雇された労働者を採用した（つまり、他の人事措置が行われた）ことにより、認められない。被告が、このことを援用しても信義に反して行動してはいない。被告は、原告による再雇用請求権の主張を知らずに、他の簿記係と再雇用（勤務関係の継続）についての合意をした。また被告は、BGB242条にもとづき、借り方簿記係の職場を維持するという決定を原告に自ら進んで通知するという義務はな

い。

上述のように、このような措置の保護の留保 (Dispositionsschutzvorbehalt) は、多数の学説においても肯定されており、否定説は少数である。使用者の解雇の有効性に対する信頼は保護されなければならず、再雇用請求権の要件として、解雇理由の消失ないしは消失を認知する以前に、使用者が労働者の再雇用を不可能にする（ないしは再雇用を行えば経営上の困難を生じさせる）いかなる諸措置も行っておらず、かつ使用者にとり労働関係の従来と同じ内容での継続が期待可能であることが指摘されている²³⁾。

少数であるが、措置の保護の留保に否定的な学説もある。たとえば、まず、B. Zwanziger は、一般的な利益衡量の視点、すなわち使用者の利益により再雇用請求権が制約されるのは、正当ではないとしている²⁴⁾。彼によると、特に、解雇された労働者の職務に既に他の人が配置されているというのは理由にならない。このことを認めると、再雇用請求権により与えられる社会的保護が無意味になるとされている。また、M. Kittner も、使用者利益を考慮し再雇用請求権を排除する措置の保護を問題にならないとしている²⁵⁾。Kittner によると、労働関係の終了を想定して使用者が善意で (gutgläubig) 行った諸措置を保護することは、再雇用請求権が認められる場合を、使用者が措置の実施の時点でその予測判断が間違っておりそれゆえ解雇理由が既に消失していることを知っていたケースに限定することになる。しかし、このような場合、解雇自体が無効であり、その結果、再雇用の問題が生じないとされている。

以上の学説のうち、後者については、Krüll により、次のような反論が行われている。すなわち、まず、措置の保護の留保の原則的承認により、再雇用請求権が成立するのは、使用者が措置の実施の時点で既に解雇理由の消失を知っていた場合に限定されない。なぜなら、再雇用請求権は、使用者が労働者の再雇用の障害となるいかなる措置も行っていない場合には、成立するからである。また、使用者により解雇理由の消失を知って措置が行われた場合、そのことによって、解雇それ自体が無効になるという事態が生じるわけではない。解雇の効力は、もっぱらその意思表示の到達時点で存在する諸事情にもとづき判定さ

れるべきであり、解雇された労働者の職場に関する使用者の事後の諸措置（たとえ解雇理由の消失を知って行われたものでも）は、一度有効になされた解雇を事後的に無効にすることはできない²⁶⁾。

ともあれ、多数の学説および判例は、措置の保護の留保を原則的に承認すべきとしている。残された問題は、措置の保護の留保の具体的な要件である。この点に関しては、まず、どのような時点まで、他の労働者が職場に新しく配置されたにもかかわらず、解雇理由が消失した場合に、使用者は、再雇用を義務づけられることを予期しなくてはならないかという問題がある。D. W. Bellingは嫌疑解雇を念頭に、このようなりスクを使用者に負担させることが期待可能な最長限度の時点として、解雇の有効性を確認する判決の既判力が生じる時を指摘している²⁷⁾。なぜなら、この時点まで、労働裁判所が解雇を、いかなる理由であれ、無効であるとみなし、かつ労働関係の存続を理由に使用者は継続雇用を義務づけられるからである。この時点まで使用者には、契約上二重の拘束関係（一方は新しく採用された労働者との、他方は解雇された労働者との）に入る一般的なりスクが存在する²⁸⁾。

しかし、学説の多数は、このような説に批判的であり、前記の時点、原則として解約告知期間が経過し、解雇の効力が生じる時点としている。BGB130条1項1文によると、解約告知（解雇）が有効となる時点で、解約告知（解雇）を正当化する事由が存在する場合、いずれにせよ、解約告知（解雇）は、労働関係の終了を生ぜしめる。したがって使用者は、解約告知期間の経過とともに、労働関係にもとづく義務から解放されることを信賴できなくてはならない²⁹⁾。

次に、措置の保護の留保が認められるためには、使用者は、解雇理由の消失について善意 (guter Glaube) でなくてはならない。解雇された労働者の職務への新たな労働者の配置は、使用者が善意であれば、再雇用請求権の成立を妨げる。問題は、このような意味の善意性 (Gutgläubigkeit) を、どのような基準で判断するかである。この点については、民法892条を参考にすべきという説がある。この説によると、解雇理由の消失についての積極的認識 (positiver

Kenntnis) を持っている場合に限り、善意性が排除される³⁰⁾。これに対し、嫌疑解雇を念頭に、使用者の善意性に、より厳格な要件が課されるべきとする説がある³¹⁾。この説では、過失あるいは少なくとも重過失により、解雇理由の消失を知らなかった場合には、使用者の善意性が否定される。しかし、この説に対しては、使用者に積極的認識があった場合に限り信頼の保護を拒否することは、法的安定性の確保という観点から正当であることや、善意性を否定するのに過失（たとえ重過失としても）があれば十分であるとした場合、使用者に、場合によってあり得る事情の変更の有無（つまり解雇理由の存続の有無）に関して追跡調査（Nachforschung）の義務を課すことになり、この種の義務の肯定は、期待不可能な負担を使用者に負わせることになる等の批判がなされている³²⁾。

- 1) Vgl. APS, Rn. 832f. zu § 1KSchG [H. Kiel]; v. Hoyningen/Huene/Linck, a.a.O., Rn. 233. zu § 1; KR, Rn. 733 zu § 1 KSchG [J. Griebeling].
- 2) Vgl. v. Hoyningen/Huene/Linck, a.a.O., Rn. 233f. zu § 1.
- 3) Vgl. Raab, a.a.O., S. 154f.
- 4) 同旨, W. D. Walker, Wiedereinstellungsanspruch im Anschluß an eine betriebsbedingte Kündigung, SAE 1998, S. 106 および Meinel/Bauer, a.a.O., S. 579.
- 5) S. Nägele, Die Renaissance des Wiedereinstellungsanspruchs, BB 1998, S. 1688.
- 6) Vgl. Raab, a.a.O., S. 155.
- 7) Vgl. ebenda.
- 8) 同様の例外を認めるべきとするものに, A. Nicolai/S. Noack, Grundlagen und Grenzen des Wiedereinstellungsanspruchs nach wirksamer Kündigung des Arbeitsverhältnisses, ZfA 2000, S. 105. 等がある。
- 9) 本判決と同様の判示をする BAG 第 8 小法廷の判例に, 1998年11月12日判決 (AP Nr. 5 zu § 1KSchG 1969 Wiedereinstellung) がある。
- 10) Vgl. APS, Rn. 833 zu § 1KSchG [H. Kiel].
- 11) 破産法125条は, 破産管財人と事業所委員会との間で成立した利益調整の合意により解雇の対象者として指名された労働者の労働関係の解約が, 緊急の経営上の必要性にもとづくものと推定されること等を定めており, 同法126条は, 事業所に事業所委員会が存在しないかあるいはその他の理由で交渉の開始後3週間以内に125条 1項の利益調整が成立しなかった場合, 破産管財人が, 申立てにより示された特定の労働者の労働関係の解約が緊急の経営上の必要性にもとづくことの確認を求める申請を労働裁判所に行うことができること等を定めている。
- 12) Vgl. APS, Rn. 838 zu § 1KSchG [H. Kiel].

ドイツ解雇法における再雇用請求権の法理

- 13) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 165.
- 14) Krüll, a.a.O., S. 167f. 同様の見解は, K. Langenbuchner, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang, ZfA 1999, S. 309. でも示されている。
- 15) Vgl. Krüll, a.a.O., 168f. このような BGB613条 a の目的論的拡張については, K. Lagenbuchner, Anmerkung zum Urteil vom 13. 11. 1997-8AZR295/95-, SAE1998, S. 147f. も参照。
- 16) 嫌疑解雇について, 詳しくは, 拙稿「ドイツにおける嫌疑解雇の法理」日独労働法協会会報第10号(2009年)15頁以下参照。
- 17) Vgl. APS, Rn. 370 zu BGB § 626 [K. Dörner].
- 18) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 130f.; O. Ricken, Grundlagen und Grenzen des Wiedereinstellungsanspruchs, NZA1998, S. 464; KR, Rn. 741 zu § 1KSchG [J. Griebeling]; Nicolai/Noack, a.a.O., S. 101f. なお, 嫌疑解雇に関する労働者の名誉回復の利益については, BAG 第1小法廷1956年12月14日判決 (AP Nr. 3 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht) が詳しい。
- 19) この点を強調するのは, C. Hoefs, Die Verdachtskündigung, 2001, S. 305 である。
- 20) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 131. 同旨, Ricken, a.a.O., S. 464 および Hoefs, a.a.O., S. 292。
- 21) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 132; Oetker, a.a.O., S. 649.
- 22) Vgl. APS, Rn. 838 zu § 1KSchG [H. Kiel].
- 23) Vgl. KR, Rn. 730 zu § 1KSchG [J. Griebeling]. 同旨, Krüll, a.a.O., S. 134f., Oetker, a.a.O., S. 647, Boewer, a.a.O., S. 1131 および Raab, a.a.O., S. 155f.。
- 24) Vgl. Zwanziger, a.a.O., S. 43.
- 25) Vgl. Kittner/Däubler/Zwanziger, a.a.O., Rn. 56c zu § 1KSchG.
- 26) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 136f.
- 27) Vgl. D. W. Belling, Die Kündigung wegen verdachtsbedingten Vertrauenswegfalls, RdA1996, S. 238.
- 28) 同旨, Hoefs, a.a.O., S. 299.
- 29) Vgl. Krüll, a.a.O., S. 138.
- 30) Vgl. Bauer, a.a.O., S. 578.; Ricken, a.a.O., S. 465.
- 31) Vgl. Hoefs, a.a.O., S. 299.
- 32) Vgl. Raab, a.a.O., S. 155; Krüll, a.a.O., S. 138f.

6. 終わりに

最後に, わが国の問題状況と比較して, ドイツの再雇用請求権をめぐる法理論の注目すべき点を指摘して, 本稿の結びとしたい。

ドイツの学説・判例において、一般に、再雇用請求権は、従来の勤続年数に対応した従来と同等の権利（待機期間や既得の受給権）を備えた労働関係を新たに創設することを求める請求権と理解されている。解雇の意思表示の到達の時点で解雇理由に基礎づけられた法的に有効な解雇は、解雇理由が事後に消失しても従来の労働関係を終了させる。それゆえ、再雇用請求権は、新たに労働関係を創設することを内容とするものとならざるを得ない。新たに創設される労働関係は、契約的基礎を必要とするので、結果的に、労働者の再雇用請求権は、労働契約の締結の申し込みに対する使用者の承諾の意思表示の交付を内容とする。そして、この請求権は、ドイツ民訴法894条1項の意思表示に代わる判決により実現される。わが国においても、労働者の再雇用請求権を導入することは、制度上可能であると考えられる。民法414条2項但書は、代替執行の一つの形態として、裁判をもって意思表示に代えることができると規定している（判決代用）¹⁾。これを受けて民事執行法174条は、意思表示を命じる判決が確定したときにはその確定の時に意思表示をしたものとみなすと定めている（意思表示の擬制）²⁾。民法414条2項但書の「法律行為を目的とする債務」³⁾には、使用者による労働契約の締結の申し込みに対して、使用者が承諾し労働契約を成立させる債務も含まれると解される⁴⁾。

ドイツと異なり、わが国では、解雇予告期間が一律30日と短いので、ドイツの再雇用請求権の法理のうち、解約告知期間の経過後に例外的に認められるケースが参考になる。ドイツにおいて例外的に解約告知期間経過後に再雇用請求権が認められるケースの第一は、嫌疑解雇の場合である。ドイツの学説・判例の一般的な理解によると、労働者の証明された犯罪行為や義務違反のみならず、犯罪行為あるいは義務違反を犯したという単なる嫌疑も、解雇理由となり得る。そして、嫌疑解雇に関しては、労働関係の終了が再雇用請求権の成立の時間的限界とはならず、労働関係の終了後にも再雇用請求権が認められる。そのもっとも重要な理由は、嫌疑解雇には、他の種類の解雇と基本的に異なる次のような性格があることである。すなわち、有効な嫌疑解雇は、通常、重大な経済的損失を伴う職場の喪失を生じさせるばかりでなく、嫌疑にもとづき解雇

ドイツ解雇法における再雇用請求権の法理

された労働者は、事実上職業的および個人的な信用を大きく損なわれる。それゆえ解雇理由である嫌疑が消失した場合労働者にとり、雇用存続の利益だけでなく、名誉回復（Rehabilitierung）の利益が非常に重要な意味を有する。したがって、嫌疑解雇の場合、再雇用請求権を認めることにより保護すべき利益が労働関係の終了後も存在するし、現実的な名誉回復には、謝罪文の交付や適当な内容の証明書の発行のみでは十分ではなく、労働者の再雇用が必要不可欠である。

わが国においても、義務違反行為、非違行為あるいは犯罪行為そのものではなく、その行為を行った嫌疑（容疑、疑惑）を理由として解雇が行われている。判例をみると、勤務外で労働者が逮捕、拘留され、起訴された場合に、犯罪行為が立証され有罪判決が下される以前に解雇（懲戒解雇あるいは普通解雇）が行われた事例がかなりある。凶器準備集合罪・公務執行妨害罪（国鉄郡山機関区事件・福島地郡山支判平元・3・30 労判538号46頁，国鉄新潟支社事件・新潟地判平元・3・2 労判535号6頁，電電公社仙台中央電報局事件・仙台地判昭54・4・23 労判320号27頁等），犯人蔵匿罪（鈴江特許事務所事件・東京地判昭55・10・1 労民集33巻1号5頁，大同メタル工業事件・名古屋高判昭56・3・26 労判426号25頁），飲酒運転（酒気帯び運転）による道交法違反（滋賀交通事件・大津地判平元・1・10 労働判例550号130頁），痴漢行為による迷惑条例違反（小田急電鉄事件・東京地判平14・11・15 労判844号38頁）等である⁵⁾。このような解雇は、起訴休職制度があっても、あるいは現に起訴休職中であっても行われる。犯罪嫌疑を理由として解雇された労働者が、後に無罪判決を受けても、犯罪嫌疑自体が労使の信頼関係を破壊し使用者の信用を毀損するものなら解雇の効力には影響しない。この場合、ドイツのように再雇用請求権が認められなければ、使用者の過失が立証されたときに限り不法行為を理由に損害賠償の請求が可能であるにすぎない。

ドイツの学説・判例において、解約告知期間の経過後に例外的に再雇用請求権が認められる第二のケースは、事業譲渡の場合である。事業の廃止の計画に伴い、経営上の理由による解雇になった労働者は、事業譲渡が行われた結果、

譲渡先で雇用の可能性が生まれた場合、事業の譲受会社に対して再雇用を請求することができる。一般に、使用者がその事業廃止計画を中止し事業あるいは事業の一部を第三者に譲渡した場合、譲渡の時点で労働契約関係が存続していたか（つまり解約告知期間が経過していたか）否かに関わりなく、BGB613条aの要件が充足されさえすれば、解雇された労働者に、事業の取得者に対する再雇用請求権が生じると解されている。わが国でも、労働法上事業譲渡をめぐる主要な紛争は、事業譲渡の以前に解雇が行われ、事業譲渡後に事業の譲受会社に対して従業員としての地位の確認を求める事例である。たとえば、まずタジマヤ事件（大阪地判平11・12・8労判777号25頁）では、事業の縮小および支店の廃止を理由に訴外会社を整理解雇された原告が、訴外会社の事業（営業）を包括的に譲渡された被告に対し、労働契約上の権利を有する地位にあることの確認を求めた。裁判所は、整理解雇が有効要件を充たさず解雇権の濫用であり無効であるとしたうえ、被告が訴外会社の全従業員を雇用していることから、譲渡の対象となった営業にはこれら従業員との雇用契約も含まれていると推認できるとして、訴外会社と原告との雇用契約が被告に承継されたとした。

また、新関西通信システムズ事件（大阪地決平6・8・5労判668号48頁）は、業績不振に陥っていた旧会社の事業を継続させるために新会社が設立され、旧会社から営業譲渡を受けた新会社（債務者）が、旧会社の解散により解雇された従業員（債権者）を新会社に採用しなかったという事案である。裁判所の決定は、実態として旧会社と債務者（新会社）に高度の実質的同一性が認められ、債務者が旧会社との法人格の別異性、事業廃止の自由、新規契約締結の自由を主張し、全く自由な契約交渉の結果としての不採用であることを根拠に債権者との雇用関係を否定することは、実質的に解雇の法理の適用を回避するための法人格の濫用であると評価せざるを得ず、債権者の不採用は、実質的に解雇に相当するものであり、解雇に関する法理を類推すべきとした。そして、不採用＝解雇は、整理解雇の有効性に関する要件を充足していないとして、無効であるとした⁶⁾。

これらの判例は、譲渡元企業による解雇を無効とし労働契約の継承を当事者

ドイツ解雇法における再雇用請求権の法理

意思の解釈を通じ確定することによりあるいは譲渡先企業による不採用を実質的に解雇とみなし無効とすることにより、譲渡先企業との労働契約の成立を導き出している。ドイツの場合は、事業譲渡（BGB613条 a の意味の）に先立つ解雇が有効であっても、事業譲渡により譲渡先企業で従来 of 事業が再開され雇用の可能性が生まれれば、譲渡先企業に対する再雇用請求が認められる。つまり、譲渡元企業による整理解雇が有効であっても、あるいは譲渡先企業による不採用を実質解雇と評価できなくとも、譲渡先企業で従来 of 事業が再開されれば譲渡先企業との労働契約が成立する。これは、BGB613条 a（事業譲渡の場合の労働契約の自動承継の規定）の法規定と被解雇労働者に再雇用請求権が認められていることによると考えられる。しかし、いずれもわが国には存在しない。

- 1) 奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992年）114頁および中田裕康『債権総論・新版』（岩波書店、2011年）85頁参照。
- 2) 中野貞一郎『民事執行法〔増補新訂6版〕』（青林書院、2010年）825頁以下、浦野雄幸編『基本法コンメンタル・民事執行法〔第5版〕』（日本評論社、2009年）454頁以下（小林昭彦執筆）参照。
- 3) 「法律行為を目的とする債務」の範囲については、中田・前掲書85頁以下、潮見佳男『債権総論 I〔第2版〕』（信山社、2003年）247頁、奥田昌道編『注釈民法（10）I 債権（1）』（有斐閣、2003年）582頁（奥田昌道・坂田宏執筆）参照。
- 4) わが国において、再雇用請求権は、定年退職者の再雇用（高齢者雇用安定法9条1項の継続雇用制度）に関して問題となっている。就業規則の規定（再雇用就業規則3条）を根拠に「再雇用契約を締結することができる雇用契約上の権利」を認めた判例に、東京大学出版会事件（東京地判平22・8・26 労判1013号15頁）がある。
- 5) 日本鋼管事件・最二小判昭49・3・15 民集28巻2号265頁も、安保条約第3条にもとづく行政協定に伴う刑事特別法違反の罪により逮捕、起訴された会社従業員が一审有罪判決の前に懲戒解雇された、犯罪嫌疑にもとづく解雇のケースである。
- 6) この他に、譲渡元による従業員の解雇の後に、事業譲渡が行われ譲渡先との労働契約関係の成立（継承）が争われた事例に、日進工機事件（横浜地決平11・1・11 労判753号15頁）、勝英自動車学校（大船自動車興業）事件（東京高判平17・5・31 労判898号16頁）、東京日新学園事件（東京高判平17・7・13 労判899号11頁）、更正会社フットワーク物流ほか事件（大阪地判平18・9・20 労働判例928号58頁）、第一交通産業ほか（佐野第一交通）事件（大阪高判平19・10・26 労判975号50頁）および南海大阪ゴルフクラブほか事件（大阪地判平21・1・15 労判985号72頁）等がある。