

ドイツの整理解雇における人選基準

藤 内 和 公

はじめに

一 概要

二 事業運営上の必要性との調整

三 福祉的観点の内容と優先度

四 解雇選考指針の効力
むすびに

はじめに

イ、現在、困難な雇用状況のなかで雇用調整策のひとつとして、少なくとも企業で人員整理解雇が実施されている。日本では整理解雇に対し労働組合は組合員の雇用を守る立場から多くの場合に解雇実施に反対してきた。しかし、企業の経営困難度がかなりの程度に達しているときには、その解雇実施を受け入れざるをえない実情がある。いざ解雇を実施するときには、誰を解雇するかという被解雇者人選の作業が必要となる。ここでは従業員からみ

て納得のいく公平な基準で被解雇者を選んずることが重要である。手続的には使用者と労働組合の協議によって人選基準が策定されるが、それはいずれにせよ企業ごとに行われ、したがって企業ごとに判断した「公平さ」「合理性」基準に従って実施されることになる。この人選基準に関して、従来、学説・判例ともに、企業レベルで合意した被解雇者人選基準が強行法規または公序良俗に反する等の事情がない限りそれを承認してきて、何が合理的であるかについてさほど議論されてこなかった。その結果、実際には労働者の勤務成績等の労働力評価を主たる基準として被解雇者を選択されている。しかし、労働者に帰責事由のない解雇でそのような基準で人選することが果たして妥当であろうかという疑問が生じる。

ロ、本稿は、このテーマに関するドイツの法的な取扱い状況を紹介するものである。ドイツでは長年の議論を通じて、被解雇者人選基準に関する大方の合意が成立している。その内容は日本における状況とはいくらか異なるものである。ドイツにおける取扱いを紹介することによって、その特徴を明らかにし、それによって逆に日本の特徴とそれが生み出されてきた背景が自ずと明らかになってこよう。

本稿テーマに関する邦語の先行研究は、すでにいくつか存在する。それによって、取扱基準の概要を知ることができる。本稿は、それらに比べて、一九八三年以後の判例の変化、被解雇者人選にあたり考慮される具体的な事項をより立ち入って紹介し、あわせて考慮すべき事項ごとの優先度に関する議論を紹介している。それらの点でいくらか新しい情報提供を含んでいる。

一、概要

1、序論

ドイツでは個別解雇および整理解雇に対し、解雇保護法(Kündigungsschutzgesetz)、解雇制限法の訳もある)が明文の定めで詳しく規制している。さらに従業員代表に関する事業所組織法が交錯して、従業員代表による規制を定めている。

法律は労働者の人格、態容および経済的理由による解雇に対して、直ちにそれを承認するのではなく、その労働者を、例えば、別の職場に配置転換する、職業訓練をして継続雇用する、変更解約告知を申し入れるという形で当該企業で引き続き雇用できるか否かの検討を使用者に求め、それが可能であるときには解雇を認めないという、労働者へのしわ寄せを緩和する措置を定めている。さらに使用者と事業所委員会が合意した選考指針に反する解雇を認めない。

これらの手続きに抵触すれば経済的理由の解雇のみならず労働者の人格および態容を理由とする解雇でも、当該解雇予定に対して事業所委員会が適時に異議表明するならば、いわゆる絶対的社会的不公平事由(absoluter Grund für die Sozialwidrigkeit der Kündigung)とされ、何らの利益衡量を必要とすることなしに解雇が無効となる。それに対し、事業所委員会が異議表明しない、またはそもそも事業所に事業所委員会が存在しないときには、相対的な社会的不公平事由とされ、労働者は解雇訴訟を起こすことができる。ただし、その場合には事業所利益との比較衡量が行われる。

解雇保護法一条三項によれば、急迫した経済的理由にもとづく解雇は、被解雇者の人選が福祉的観点(soziale Gesichtspunkte、社会的視点とも訳される)にしたがって行われなければならない(一文)。すなわち、労働者に帰責事由のない整理解雇では勤務成績等の労働力評価の観点によらず、解雇による不利益の小さい者をまず解雇することにより、社会的要保護者をより厚く保護する観点で被解雇者の人選が行われる。ただし、操業技術的、経済的またはそのほかの正当な事業運営上の必要(betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige berechnete betriebli-

che Bedürfnisse)があれば、それが福祉的観点にもとづく選考、すなわち福祉的選考(soziale Auswahl)に反しても企業が必要とする労働者を解雇対象から除外し企業に残すことが許される(一文)。このようにして労働者側の利益と企業側利益を調整している。

2、選考対象となる労働者の範囲⁵⁾

まず労働者の職務との関係では、余剰人員とされる職種の労働者に限定される。これはドイツでは職種ごとに労働者が採用されるという雇用慣行に由来する。人事選考は事業所内の比較しうる労働者の間で行われる。「比較しうる」労働者とはその者と代替可能な労働能力を有する労働者を指す。代替可能か否かの判断基準は、まず現業労働者か職員かを区別して、労働者が従事する職務に必要な知識、技能の範囲および程度が同じ労働者グループを指す。その場合に従事する職務の協同上の格付けが参考になる。

現時点では直ちにその労働者を配置できなくても簡単な訓練・研修によって新しい職場に配置できれば、彼も代替可能な労働者に含まれる。

つぎに、労働者が所属する事業所の範囲との関係では、解雇保護法一条の二項と三項の関係が問題になる。すなわち、二項では経済的解雇が正当とされる要件のひとつとして、その労働者を企業内の別の事業所で引き続いて雇用する可能性がないことが規定されている。三項では経済的解雇が必要であると判断されて被解雇者の人選を行うときに、人選対象とされる労働者の範囲につき二項のような企業単位の人選を規定していない。したがって人選はそれぞれの事業所単位で行われる。この点が重要である。

これを解説するために設例をすれば、事業所Aで電気職長一〇名のうち五名が合理化により削減されることになったとする。他方で、事業所Bには同様に電気職長一〇名がいたとする。事業所Aで経済的解雇を行うには、解雇

される者が別事業所で雇用される可能性の有無を検討しなければならない。その可能性がないときに、予定通りの人数を解雇することが正当化される。つぎに解雇される五名の人選は事業所Aの同種労働者である一〇名のなかだけで行われることになる。

3、事業運営上の必要性との調整

被解雇者の人選を以上のように解雇によって被る不利益の大きい労働者を解雇から保護するという基準で行うと、整理解雇を実施しなければならないという経済的苦境にある企業にとっては負担が大きい。そこで立法者は福祉的選考と同時に事業所利益も考慮する措置を講じている。それによって事業運営上の必要性（事業所利益）との調整を図っている。それは一条三項二文で、ある労働者を企業に残すことがどうしても必要な場合には福祉的選考と対立するとして、福祉的選考の対象から当該労働者を除外する。逆に福祉的選考にあたってはこのような事業運営上の必要性は考慮されない。

この点で八〇年以後の連邦労働裁判所判決が変更されている。

4、福祉的観点の考慮

福祉的選考の必要性は現行法に明記される以前から、立法および解釈を通じて承認されてきた。まず一九二〇年二月一二日動員解除令(Demobilmachungsverordnung)一二三条にそれが定められ、当時は当該条項にもとづいて説明された。ワイマル期にはそれを明記する法令はなかったが、解釈に変更は生じなかった。戦後、一九五一年解雇保護法に再び明記され、六九年改正を経て現行法に至る。

この規定の立法趣旨は、労働者の責めに帰すべき事由のない解雇では解雇による不利益の大きな労働者の解雇を

できるだけ避け、就労により弱く依存している労働者を優先的に解雇することにある。立法者はそれを今日の社会的正義として理解した。

福祉的観点の具体的内容は法律に明記されていない。すべて解釈に委ねられている。この内容を具体化しようと試みた見解によれば、解雇対象労働者の福祉的状况にかかわるすべての事情を考慮することであると理解する。かつての判例は労働者の勤続年数、年齢および扶養義務を重視した。現在ではさらに幅広く労働者および家族の健康状態、再就職の可能性ならびに重度障害等も考慮されている。

福祉的観点の諸要素をいかなる順位で重視するかに関する一般的な評価基準はない。ただし、解雇保護法一〇条で、立法者は勤続年数および年齢に優越的地位を与えている。⁶

福祉的選考の対象となる労働者集団中で、個々人の事情を無視してそれぞれの福祉的観点要素を評価したような体系化、点数表は許されない。かつてハム州労働裁判所は統一的な点数表を確立する努力を行ったが、そのような点数表は事案の個別的事情を考慮していないとして連邦労働裁判所 (BAG) から拒否された。

5、裁判所による事後審査の限界⁷

使用者が行った福祉的観点にもとづく人事選考は後にどの程度労働裁判所による審査に服するか、逆にいえば、どの程度、使用者に自由な判断の余地が認められるであろうか。この点につき学説・判例の対立は大きい。

一方では、選考結果は全面的に司法審査に服するとの見解がある。⁸他方では、使用者には一定の判断裁量の余地が認められ、その結果として司法審査は、使用者が重要な観点を考慮したか否か、もしくはその決定が客観的な考量にもとづくか否かに限定されるという見解がある。⁹

BAG一九八三年三月二四日判決は使用者に制限付きながら一定の裁量の余地を認めた。この判決の原審ではハ

ム州労働裁判所自身によって点数表が作成された。それは裁判所の名前にちなんでハム点数表と呼ばれる。その内容自体は標準的なものであり、その後多くの使用者から利用されている。裁判所は自らが作成した点数表にもとづいて、当該事案の福祉的選考を行ない、使用者による選考を審査した。しかしBAGの判断によれば、労働裁判所には自ら抽象的な選考指標を定め、それにもとづいて使用者が行った福祉的選考を審査する権限はない。また、裁判所はそのような選考指標によって個別具体的な事例の事情を十分に考慮することができないとした。

さらに一九八三年一〇月二〇日判決が詳しく述べる。「使用者および事業所委員会には一定の判断評価の余地が与えられる。それは、事業所当事者の判断が主張可能である(vertretbar)と見られる限り、裁判所は自らの判断をその判断に置き換えてはならないことを意味する。要は、選考指標が解雇保護法一条三項の価値を尊重していることである。」

6、選考指針

福祉的選考のために事業所組織法九五条にもとづいて、または社会計画策定ⁱⁱおよび利益調整の場合には同法一二条にもとづいて使用者および事業所委員会は選考指針を合意することができる。そこでは勤続年数、年齢および扶養義務という重要な三つの要素がバランスよく考慮されていなければならない(BAG v. 15. 6. 1989)。選考指針はさらに個々人の重要な個別事情を考慮する余地を含んでいなければならない(BAG v. 20. 10. 1983)。この選考指針に違反する解雇は事業所組織法一〇二条三項二号により事業所委員会から異議表明され、解雇保護法一条二項二文にもとづいて無効となる。福祉的観点という重要な基準をまったく考慮していない選考指針は問題外である。点数表をとまなう選考指針は福祉的観点の客観化に役立ち、予備選考に適する。この点は後述する。

選考指針がないときには、使用者が単独で福祉的選考のために福祉的観点にウェイト配分する一定の余地が認め

られる(BAG v. 15.6.1989)。なお、使用者は選考にあたり福祉的観点を完全ではなく「それなりに(ausreichend)」考慮することが求められているにすぎない。

二 事業運営上の必要性との調整

1、序論¹²⁾

イ、概念要件

操業技術上、経済的またはそれ以外の正当な事業運営上の必要性から特定の労働者を引き続いて雇用することが必要であり、それが福祉的観点にもとづく選考と対立するときには、使用者は前述した福祉的観点にもとづく選考を行わなくてもよい(解雇保護法一条三項二文)。そのためには「正当な事業運営上の必要性」が要件として課されている。

操業技術的必要性は、例えば生産部門における操業維持のために必要な専門的技術者を残すことを指す。したがって貴重な技術を有していたり、高度な技術を有する技術者が対象となりやすい。

経済的必要性として、事業所の収益状態をかなり改善するための通常は作業業績水準(Leistung)の高い、または低賃金ですむ労働者の継続雇用を指す。その判断では当該企業の経営状況と密接にかかわる。すなわち、経営状態が特に困難なときには、緩やかに判断されてより広く該当するが、反対に経営困難度がさほどないときには、それは狭く判断される。労働者の病欠欠勤の少なさが経済的必要性に該当するか否かは微妙である。

それ以外の事業運営上の必要性としては、正常な業務の運営を維持するために必要な労働者の継続雇用も挙げられている。これに該当する事例として、チーム作業で中核をなすまとめ役の人物や、多面的能力を有する労働者が

ある。特定の重要な顧客や部品供給業者との個人的結び付きを有する者も場合によっては含まれることがある。単にその労働者が重宝である(nützlich)というだけでは不十分である。これは個別事例ごとで初めて判断できる。そのほかの例として、バランスのとれた従業員の年齢構成、将来の幹部候補、会話能力等の特別な資格保有などである。

この要件内容として、かつて連邦労働裁判所(BAG)はその労働者がいなくなれば操業が「一定の行き詰まり(gewisse Zwangslage)」状態に達することが必要と解釈していた。しかし、近年の判例によって基準を緩めて、特定労働者の継続雇用が必要であれば(erforderlich)足りるとして、より広い場合にこの必要性を認めるようになった(BAG v. 25. 4. 1985, 20. 10. 83, 24. 3. 83)。もっとも、通常の事業運営のためには能力ある労働者を手放すことができないと言えるくらいに、当該労働者の労務給付は高い水準でなければならぬ(BAG v. 24. 3. 1983)。それによって労務給付水準の低い労働者の間で選別がある程度容易になる。この点で、福祉的選考もほかの解雇の分野と同様に重要な事業所利益にその限界を見る。また、集団解雇でいくつもの部門が廃止されるときに、労働者を頻繁に異動させると、資格を有する労働者でも軌道に乗らないことが生じ得る。そこで正常な業務運営に支障をきたすような大規模な異動は、この点で「事業運営上の必要性」による制約を受ける。

事業運営上の必要性は企業単位ではじめて判断できる。したがって、ここにおける議論でかかる必要性の有無の判断は事業所単位ではなく企業単位で行われる。

ロ、体系的な分類

一条三項における文章構成を見ると、福祉的選考に対する例外として、これが書かれている。したがって、今日の通説・判例によれば、事業運営上の必要性は福祉的選考では考慮されない。

学説・判例は、福祉的選考(一文)と事業運営上の必要性(二文)の相互関連をめぐり見解が対立している。そのうち、一条三項二文に定められている、事業所利益考慮の規定の適用事例をめぐり学説・判例に対立がある。こ

れを分類すれば、つぎのようになる。便宜上、筆者がネーミングした。

〈峻別説〉 事業所利益の考慮をもっぱら二文に関して行う。この中にも強調点の違いがあり、二文が“bedingen”（条件づける、規定する）という表現であることから、厳格な基準を求める見解もあれば、今日のBAG判決のように緩やかに解する見解もある。労働者の勤務成績上の違いは、それが企業の収益性にかなり重要である場合にのみ考慮される。

〈相関係説〉 “bedingen”の表現は福祉的選考と事業所利益の相関係の意味で理解される。その結果、事業所利益がより広い場合に考慮される。ベッカーや初期の判例に見られる。

〈混合説〉 事業所利益の考慮が三項一文にもとづく福祉的選考にも入ってくる。すなわち人選にあたり福祉的観点と事業所利益の両者が同時に考慮される。マイゼルや七〇年代末のBAG判決に見られる。

峻別説はかつての連邦労働裁判所判決にも広くみられる。一九五六年一月二三日判決および一九六一年一月二〇日判決に示される。後者の判決いわく、「ある労働者を引き続いて雇用することが大きな利益をもたらすときでも福祉的観点にもとづく選考の対象となる。継続雇用は収益性のある正常な(geordnet)操業にかなりの意義を持たねばならず、正常な操業または事業所・企業の収益性とその労働者に何らかの形で依存していなければならない。」

それに対して、相関係説は一九五五年七月六日判決および一九五七年三月二八日判決に見られる。一九六四年六月二六日判決によれば、「被解雇予定者が別の比較される労働者よりも福祉的事情がわずかに異なっても、事業所利益の存在が決定的でありうる。」

2、要件に関する判例の変遷

キーワードである「事業運営上の必要性」の理解は判例上、大きく変化してきた。そこでその変遷を整理する。

イ、初期

五一年に解雇保護法が制定されてまもなくの間は、裁判所は一条三項における福祉的観点と事業運営上の必要性の観点を対立させて考慮した。

このような理解は、法律制定時に議会で立法者から説明された立法趣旨にもとづく。すなわち、解雇保護法に関する議会提案理由¹³によれば、一条三項は被解雇者選考にあたり福祉的観点を考慮すべきことを述べる。それは既に従来の法律にも妥当していたことである。その際に労働者の福祉的観点を考慮すべきとの要請は、正当な事業運営上の必要性に限界を見いだす。それを述べる二文は、社会的パートナーの交渉結果に対応する。使用者が熟練労働者の前に補助的労働者を、熟練労働者のなかではまず生産過程にとって必要度の低い者を、かなりの労務給付水準の違いがある労働者の中ではまずその水準の低い者を解雇することは事業運営上の必要性によって正当化される。

ロ、「一定の行き詰まり」論の登場

一九六一年一月二〇日判決によってBAGは、ある労働者を解雇すれば操業に「一定の行き詰まり」が生じる場合に限って、事業運営上の必要性があると認定し、限定して解するように変更した。ここで裁判所は、“bedingen”¹⁴という言葉を用いて、当該労働者を企業が放棄し難い場合にだけ該当すると解した。それは、正常な操業の維持、または企業の利潤性(Rentabilität)確保がある労働者の継続雇用¹⁵に依存しているときに生じる。

条文を狭く解釈することにもなう不都合を避けるために、福祉的選考にあたり、同時にさほど重大ではない事業運営上の必要性も考慮することとした。

この判例の立場変更に対し、反応はさまざまであった。幾人かの研究者が支持を表明したが、学説では批判の方が多かった。というのも、企業、とくに大企業の採算性が特定の労働者の継続雇用¹⁶に依存していることは稀だからである。

さらに七〇年代¹⁴になって、連邦労働裁判所判決に亜種の立場が登場してくる。それは一九七七年一月二七日、一九七七年三月一日および一九七八年四月二〇日の三判決である。それらによれば、ある労働者の継続雇用が不可欠な場合に、つまり継続雇用が正常な (seordnet) 操業にかなりの意義を持ち、その者を失えば企業が一定の行き詰まりに陥るときには、その者は福祉的選考の対象にならない。ここまでは従来¹⁵の判決と同じである。さらに「たとえある別の労働者が企業にとって必要というほどでなくても、事業所利益が福祉的選考にあたり考慮され得ないことにはならない。ある別の労働者を引き続いて雇用することが事業所にとって被解雇者が引き続いて働くよりも利益になるだけでも、事業所利益と被解雇者の福祉的利益は相互に考慮されなければならない。」これらの判決も以前の判決をベースにしている。しかし、「共通点是一条三項二文の厳格な解釈と解雇保護法を支配する利益衡量の要請に関するだけである。」

この見解はすでにマイゼルから一九六三年に主張されていた。彼は、一条三項一文のなかで事業所利益を考慮したうえで比較衡量することを求めた。ただし、事業所利益がわずかであり、かつ、被解雇者の福祉的利益と関係ないときにだけ無視してもよいとした。事業所利益を同時に考慮することの意義は、年齢構成や労務給付水準からして将来の業績見込みが乏しいような従業員が人員削減の後に残ることを防ぐことにある。¹⁵

ハ、BAG判決の再度の変更¹⁶

一九六一年判決は一九八三年三月二四日判決によって変更された。その結果、今日まで、一方で一条三項で一文と二文は切り離されて一文の福祉的選考には事業運営上の必要性は考慮されず、他方で、その代わりに二文は、前記のように緩く解釈され、より広い事例が該当するようになった。その結果、福祉的選考の対象となる範囲が狭まった。これは重要な変更である。

一九八三年三月二四日判決いわく、「一文にもとづく選考では法律上は福祉的観点が必要である。作業業績の違い

はここでは考慮されない。病気による欠勤は、それが当該労働者の特別な保護必要性を生じさせる場合にだけ考慮される。事業所利益は二文に関してのみ考慮される。判決は規定文言、立法資料および法律の体系を手がかりにして二文の要件を緩和して解釈した。すなわち、成績の違いは、事業運営が行き詰まり状態になるときのみならず、保護必要度の低い労働者を引き続いて雇用することが必要である、または不可欠である場合にも、福祉的観点にもとづく選考に對立する。この緩和された基準は病気による欠勤には当てはまらない。

これを確認すれば、福祉的選考と事業運営上の必要性との間の緊張関係はつぎの原則にもとづいて取り扱われる。

(a) 二文にもとづいて、正当な事業運営上の必要性が社会的にみて最も強い労働者の福祉的選考と對立するか否か、すなわちその者を継続して雇用することが正当な事業運営上の必要性に照らして必要であるか否かが判断される。判例がこれを広い事例で該当すると解釈するようになった結果、これが選考過程でより重要になってきた。別の見方をすれば、労働力評価中心の日本での人選取扱いと共通点が増えた。

(b) 残った労働者のなかで、一文にもとづいて、比較対象となる労働者間における福祉的選考はもっぱら福祉的観点にしたがって行われる。

社会的に強い、すなわち保護必要度の低い労働者の離職によって事業所が「一定の行き詰まり状態」に陥るという要件はBAGにとってもはや必要ではない。むしろ一文にもとづく社会的により弱い労働者の保護必要度が、社会的により強い労働者を継続雇用する事業運営上の必要性に對して衡量される。これが実際に持つ意味はつぎのようになる。すなわち、両者の労働者の社会的な保護必要度の相違が小さければ、それと對立するために必要な事業運営上の必要度もそれだけ低い程度で足りる。それとは逆に、ある労働者の社会的な保護必要度が高ければ、福祉的選考に對して優位を獲得できるには對立する事業運営上の必要性もそれだけ重大でなければならない。

ここでは事業運営上の必要性とある労働者の継続雇用の間に因果関係(Ursachenzusammenhang)があれば足りる。

福祉的選考と対立するためには、事業運営上の必要性がどれほどの重要性を持たねばならないかは、“bedingen”という言葉からは導き出せない。新しい判決の理解によれば、労働者の成績水準は、福祉的選考では考慮されず、せいぜいそれが高いときに事業運営上の必要性としてその労働者を継続雇用することがあるという取扱いになる。

3、連邦労働裁判所の新しい立場に関する評価¹⁷

この新しい判例の立場は多くの学説の賛同を得ている。ローフィング、レービツシュおよびドーデンボステルは、成績の違いもしくは成績の低さは福祉的選考を妨げるかを検討して、成績の高い労働者を継続雇用することを正常な(geordnet)操業の利益に照らして断念できない程に高い必要性があるときにだけ成績の違いは考慮されると主張する。以前の判例が、“bedingen”を「行き詰まり状態」が生じるように狭く解釈したことには無理があったと主張する。ベルコウスキーも判決に全面的に賛同する。それは立法者意思にも法律条文の構造にも合致するという。福祉的選考はともすれば従業員の年齢構成を引き上げることになるので、それを是正するためにバランスのとれた年齢構成を配慮することも事業運営上の必要性に該当すると説く。

ベッカー¹⁸はつぎのように述べて新しい判決を支持する。すなわち、この判決で主張されていることは規定が定められてきた歴史とも合致する。その議論によれば、例外規定は「福祉的選考は、事業運営上の必要性が存在することにその限界を持つ」という原則にもとづく。立法資料によれば、一条三項二文の規定は社会的パートナーの交渉結果と一致する。労組および使用者団体という社会的パートナーは、この規定を定めるさいに、使用者が生産活動にとって重要ではない労働者、および労務給付に違いがあるときに労務給付水準の低い労働者をまず解雇することは事業所利益によって正当化されると考えた。一条三項二文の例外規定では労務給付観点のみが、それに対して同一文では福祉的観点のみが考慮されるという解釈は法律の体系から十分な根拠がある。一条の構造からは、急迫し

た事業運営上の必要性がある労働者を継続雇用することを許容しないか否かという問題につき事業所利害の有無が審査される(一条二項一文)。それに対して使用者が行う選考決定では、法律は福祉的観点に関してのみ言及する(一条三項一文)。操業技術的および事業所の必要性ならびに使用者の経済的利害は、そのなかには選考対象労働者中かなりの労務給付の違いも含まれるが、法律の体系によれば、この事情がある労働者の継続雇用をどうしても必要とする(bedingen)ときのみ、重要である。法律規定の意義・目的は福祉的選考の枠内で事業所利益(とくに成績観点)を考慮することと矛盾する。被解雇者の確定にあたり法律は比較できる労働者の福祉的観点のみ、すなわち福祉的な保護必要性の程度を考慮しているということは、原則として福祉的観点から保護を必要とする労働者が事業所利益的観点に優先することにつながる。事業所利益はすでに一条三項二文で十分に考慮されている。

さらにいわく、従来の判決と異なつて、一条二項一文は、無条件の必要性(unbedingte Notwendigkeit)といういわゆる「行き詰まり」を求めているのではない。そのようなかつての判決の解釈は、文言にも規定の趣旨にも合致しない。条文はすでに正当な事業運営上の必要性があれば福祉的選考を排除することを認めているのであるから、一条二項一文の「急迫した事業所の必要性」よりも緩やかに解釈されてよい。このことは、福祉的選考と対立しうる事情として、立法者は操業技術的、経済的必要性を挙げていることによつても裏付けられる。“bedingen”という言葉の使用からも、従来の判例とは反対に、操業技術的、経済的および事業所の必要性の程度に関しては何も導き出せない。ただ、かかる事情とある労働者の継続雇用の必要性との間の因果関係の必要が出てくるだけである。しかしそれは個別事例で利益衡量されれば足りる。事業所の、操業技術的および経済的必要性は個別事例で福祉的な保護性の程度に応じて比較衡量される。

なお、ブッフナーおよびリンクはこの判決を批判する。この基準にいう、当該労働者が事業の正常な運営に必要であることを証明することは困難であるとして、判決にくみしない。同様に、従来の判例の立場を支持する学説が

その後も見られる。

このように判決に対する支持が多い。しかし、この判決は懸案の論点をすべて解決したわけではない。この事業運営上の必要性は、ある労働者の継続雇用が事業の正常な運営・操業または企業の採算性という判断基準といいかかわるのか、まだはっきりしない。もし密接にかかわると理解すれば、そのような労働者が退職する度に企業は事業の正常な運営が危ぶまれる状態に陥ることになり、そのような事態は容易に生じるわけではない。その意味でこの判断基準もまだ解明すべき論点を残している。

4、福祉的選考で作業業績水準の違いおよび病欠欠勤を考慮すること¹⁹⁾

イ、労務給付水準の違い

労働者の労務給付観点はこの要件に該当するか否かを判断するうえで重要である。ここでは労働者が特に高い労務給付をしめす、または特別な専門的資格を持っていることで足りる。現時点でその者を必要とするとはいえないが、将来その労働者を必要とするようになるかもしれないので残しておきたいというときには、将来その労働者が必要となる見込みが証明されれば足りる。単にその労働者が利用価値があるというだけでは要件を充足しない。

BAG判決によれば、業務の正常な運営のためにはある労働者を放棄できないほどに労務給付水準が高いときには、二文にもとづいてそれが考慮される。さらに、比較される労働者のなかで福祉的事情が乏しければ、労務給付水準のわずかな違いであっても勝る労働者が解雇対象者から外され得る。労務給付の違いが大きければ、それだけこのように優遇することが正当化される。この労務給付の違いに、仕事意欲、仕事の勤勉さを置き換えることも説明がつく。

ロ、病欠による欠勤の考慮

病欠欠勤は労働者の保護必要性と事業運営上の必要性の境界線にある。すなわち一方でそのような労働者は保護の必要がありつつも、他方ではその欠勤のゆえに使用者側にとっては厄介な存在である。BAGは、労働者の病欠による欠勤を、労働者の特別な保護必要度が生じている場合には、労働者の社会的側面を重視して、その労働者に有利に考慮しようとしている。もともと、その病欠欠勤の程度が、労務提供できずに解雇を正当化するような事態では別である。

三 福祉的観点の内容と優先度

1、歴史的展開²⁰

福祉的選考は第二次大戦後に始まったものではなく、ドイツでは取扱いの長い歴史を持っている。

イ、第一次大戦まで

一八世紀および一九世紀のドイツでは経済的自由主義の考えが時代を支配していた。そこでは契約自由の原則から、契約当事者双方には理由を告げることなしに労働契約関係を自由に解約することが許されていた。当時の解約に関する制約は、解約予告期間の義務づけだけであった。それはいくつかの都市に適用されていた。一九世紀末に至りいくつかの労働協約で使用者による労働契約解約、すなわち解雇に対する実質的な制限が定められた。一九〇二年以後、ハルバーシュタット地区の壁塗り・大工部門労働協約で仕事不足による解雇にあたっての被解雇者選考に関する定めがはじめておかれた。それによれば、当該地域に住んでいた従業員よりも外部から流入してきた従業員がまず解雇されるべきと定められていた。

第一次大戦中に一九一六年の祖国勤労奉仕法により解雇の取扱いが影響を受けた。この法律は弾薬工場における

採用および解雇の人選基準に言及していた。

ロ、一九四五年まで

a、動員解除令

一九一八年の終戦以後、一連の動員解除令が登場した。それによって戦争復員者の再雇用が促進された。この命令は本稿のテーマにとって重要な意義をもつ。そこには事業所側の都合(Betriebsverhältnisse)による解雇にあたり、被解雇者選考基準が示されていた。一九一九年四月一日の動員解除令は現業労働者に、一九一九年一月二四日のそれは職員に適用された。後に整理・統合された二〇年の同令一三条には、「労働者が人員削減のために解雇されるべきには、その選考ではまず事業所の都合が、特に事業所の経済性(Wirtschaftlichkeit)との関係で個別労働者の代替可能性が審査される。その後、勤続年数および家族状態が考慮されて、年配で技術水準の高い労働者および扶養義務を負っている労働者ができるだけ事業所に残されるようにすべきである。」と定められた。

動員解除令一三条は現行解雇保護法一条三項の先駆けであると理解されている。その法律ではすでに福祉的観点の具体的な内容が年齢、勤続年数および扶養義務として明記されていた。もっとも福祉的観点にもとづく選考が行われるのは、それに先行して企業の経済的観点にもとづいて労働者の代替可能性に関する選考が行われた後である。その点では経済的観点が優先されている。この点も現行法と同じ枠組みである。

動員解除令の規定が法律として整備されることも議論されたが、それは達成されなかった。一九二三年秋の経済恐慌は福祉的選考よりも、経済的自由を優先させる雰囲気醸成した。ついには一九二三年一〇月二三日の停止令により動員解除令一三条は失効した。

b、事業所委員会法

この論点に関して、一九二〇年代（正確には二〇年から二三年まで）には動員解除令と並んで最初の従業員代表

立法である一九二〇年事業所委員会法が存在していた。双方の法律規定は交錯しており、それぞれの要件を充足するときには、労働者はいずれかを選択して適用を求めることができた。

事業所委員会法によれば、労働者は一定要件のもとに解雇に対して異議申立することができた。ただし、その権利行使にはグループ別の従業員代表である現業労働者委員会または職員委員会の同意を必要としており、事業所委員会の意思に反して異議申立することはできなかった。

この法律で重要なのは、八四条の規定である。すなわち、「労働者は使用者からの解雇通知にあたり、以下の場合に、現業労働者委員会または職員委員会に仲介を依頼して、解雇通知から五日以内に異議申立することができる。

一：四、解雇が不公平であり、労働者の態容もしくは事業所の事情に照らしどうしても必要な(Bedingen)不利益(Härte)に該当しないとき。」

ここでは動員解除令と異なり人選基準は法律に明記されてはいない。しかし、実際にはこのような一般条項で事足りた。ここでは解雇が労働者の態容または事業所の都合により正当化されないならば許されないことが十分に明確である。

動員解除令の効力停止後にも被解雇者選考の取扱基準は引き続いて従来の基準にもとづいて行われた。そして経済的理由の解雇、すなわち会社都合解雇では事業運営上の必要性により一定の労働者は被解雇者対象から除外された。すなわち、人選にあたり事業所の必要性が優先された。福祉的観点としては、年齢、勤続年数および扶養義務に加えて、さらに家賃の高さ、貯金、そのほかの資産、ならびに労働市場における再就職の見通しもこの時期に考慮されるようになった。この選考原則に違反する選考には事業所委員会法八四条により労働者に異議申立の道があった。

c、国民労働秩序法

事業所委員会法は一九三四年のナチス政權下に国民労働秩序法にとって代わられた。ナチスの指導者原理に従い、労使の利害対立を否定するこの法律でも、解雇の取扱いに関しては多くの点で事業所委員会法の内容が踏襲されていた。ただし、従業員代表の関与は単なる協議権に限定されていた。

解雇規制にとって重要な五六条一項は、「常時一〇人以上の者が雇用されている事業所で、同じ事業所または企業に一年以上雇用された現業労働者または職員が解雇されたときには、解雇が不公平に過酷であり、かつ、事業所の事情によりどうしても必要とはいえないときには、その者は解雇通知後二週間以内に労働裁判所に解雇の取消しを求めて提訴することができる。」と定める。

ここでは経済的理由による解雇にあつての被解雇者選考基準に関しては、従来の取扱基準が依然として適用されていることがわかる。解雇が労働者にとって不公平に過酷であるか否かの判断では二〇年の動員解除令一三条に依拠して判断された。ただし、この時期の法律運用では、「事業所の事情によりどうしても必要な」は「民族にとって」どうしても必要な、という意味に実際には解釈されたと指摘されている。

労働者の保護必要性の判断では、事業所委員会法八四条と同様に、労働者の個人的経済的条件全体が考慮された。それによれば、年齢、勤続年数および扶養義務のみならず、さらに財産状態、労働災害による健康障害、解雇後に再就職できる可能性なども考慮された。ここでも動員解除令における三つの指標は拡充されている。

ハ、一九四五年以後

a、四五年から五一年まで

終戦後に直ちに国民労働秩序法が廃止されたのではない。それは一九四七年の管理委員会法四〇号制定までなお効力を維持した。しかし、この管理委員会法は詳しいものではなく、法律の欠缺は州法によってカバーされた。例えばイギリス占領地区では、民法一三八条および二四二条によって解雇が処理されたのに対し、アメリカおよびフ

ランス占領地区ではそれぞれ独自の州解雇保護法が制定された。

このように州ごとの取扱いに任された結果、解雇の法的取扱いは不安定でバラバラなものになった。基本的な諸問題でも、多くの細かい点で州ごとに異なった。そこで解雇に関して統一的な取扱基準を定める努力が着手された。労組および使用者団体もその取り組みに協力した。そこで一九五〇年一月三〇日に、いわゆるハッテンマイヤー草案にもとづいて統一的な解雇保護法の原案が合意された。これが五一年八月一三日の新しい解雇保護法の基礎となった。

b、一九五一年解雇保護法

五一年に制定された解雇保護法は二〇年事業所委員会法や国民労働秩序法における解雇規制をさらに発展させたものである。ここでは詳しく定められている。かつてのように「不公平な過酷さ」という一般条項に依拠するのではなく、前述のように基準自体が明記され、そのうえで解雇が有効か否かの具体的な解釈・運用が司法当局に委ねられている。

経済的理由にもとづく解雇に関しては、被解雇者選考で福祉的観点が考慮されなければならない旨が明記された。立法資料では、このような基準は従来 of 法律にもとづく取扱基準に依拠していると記されている。

2、具体的な選考基準²¹

福祉的観点の内容をいかに理解するかはこれまで活発に議論されてきた。その結果、判例法理を中心にしてかなりの合意が成立しつつある。ここでは勤続年数、年齢および労働者の家族的扶養責任が三つの基本的な骨格を構成し、さらにそれ以外の指標も追加される。

それらの指標では、一方で、労働関係とのかかわりが考慮され、他方では、解雇による不利益から労働者を保護

するという、労働者の生存への配慮が行われている。指標はつぎのものである。

イ、勤続年数 (Betriebszugehörigkeit)

すでにこの指標は二〇年の動員解除令に含まれていた。五一年法制定にあたり、立法者も、「法案は、労働者の職場および勤続年数に法的価値を認めている」と説明している。それゆえに法律では勤続年数が六カ月未満でない労働者には解雇保護法の適用がないとされている。また民法六二二条二項では、勤続年数の長さに対応して解雇予告期間に長短がある。

実際の労働協約でも解雇保護の上乗せ取扱いで勤続年数が重視されている。連邦職員に適用される労働協約 (B A T) 五二条では、四〇才以上で、かつ、勤続一五年以上の職員は解雇されないと定められている。これは雇用関係に直接に関係する基準である。勤続年数は労働者本人からは一種の財産のように受け止められ、より新しく採用された者より先に解雇されることは不公平であると理解されている。また生産効率性という観点からは、企業に特有な作業方式を習得しているのでその向上に寄与する。

なお、勤続年数算定で、同じ企業であればかつての勤続も算定される。ただし、比較的最近の勤務に限られているが。

それでは勤続年数が考慮される理由は何か。この説明を多くの学説・判例が試みてきた。例えば、長期の勤続によって企業の存続・繁栄にそれだけ貢献してきた、企業との結び付きが強まる、解雇保護法は雇用関係の存続をめざしている、勤続年数の長い者はど新任者に比べて保護される等々。その説明根拠は同じではないが、勤続年数の長い労働者を短い労働者よりも解雇から保護する点では一致している。

このように勤続年数が福祉的観点の中で重要な地位を占めることは明らかである。²¹しかし、それが最も重要な指標であるか否かの評価で学説は対立する。多くの学説は、最も重要な指標と見ている。²²しかし、他方で別の指標にも

同程度の重要さを認める学説もある。⁽²³⁾

連邦労働裁判所判決はこの点で明確ではない。勤続年数はそれだけで価値があるのではなく、実際には年齢とリンクして高く評価されているようである。

企業および事業所委員会に対するヒアリングによれば、⁽²⁴⁾たいていの関係者はこの基準は時代遅れであるという。人々の教育水準も向上し、可動性は高まった。それでも勤続年数という指標は補償金算定にあたっては依然として重要な意義を持つであろう。

ロ、年齢

これも動員解除令に明記されていた福祉的観点の一つである。年齢は労働関係と直接の関係はない。しかし、若い労働者ほど再就職のチャンスが大きい。

高齢者は通常、若者に比べて職場や生活する地域が変わることの苦勞が大きい。新しい職場で同僚や上司にとけ込むにも苦勞する。これは年齢が勤続年数とリンクするときには特に妥当する。もともと、このような理由は正確には高齢者に妥当するだけであって、二〇―四〇才で他の同僚よりも年配であるというだけで生じるわけではない。また、年齢でも具体的に何才であるかによって意味が異なることがある。例えば、二〇才と三〇才とは再就職チャンスは僅かな違いであるが、四五才と五五才とは大きく異なる。

年齢を考慮することは多くの協約規定に見られる。例えば一九八八年に締結された金属産業基本協約では、五三才以上で、かつ、勤続三年以上の労働者は解雇されない旨定められている。年齢だけでは重要性は高くないが、勤続年数とセットにされて重要性を持つ。

なお、論者によっては、高齢者よりも若者に雇用機会を優先的に提供することと合理的であると見る見解もある。例えば、使用者と事業所委員会が選考指針で高齢者を優先的に解雇する基準を定めることを許されたと見る。これ

は好況期と異なり、石油危機以後は若者も就職難を抱えているという事情が反映しているのかもしれない。

ハ、扶養義務の程度（被扶養者数）

これには子供の人数、家族状態（独身、既婚または離婚）、既婚者ではさらに配偶者が働いているか否かが含まれる。さらに子供の年齢も考慮すべきであるという意見がある。それは子供が幼いか、一〇才代であるかによって子供に費やす支出額が異なるからである。

この指標も労務提供とは関係ないことである。しかし、解雇保護法は労働者の労働関係継続を保護するのみならず、労働者の経済的および社会的生存も保護する。そこに家族扶養が考慮される理由がある。また、基本法六条一項の「婚姻および家族は、国家秩序の特別の保護を受ける。」という憲法上の価値基準にも由来する。

扶養義務も無制限に考慮の対象となるわけではない。労働者が法的に義務を負う者に対してのみ問題となる。年少の子供でも義務教育終了後にすでに働いているときには親として金銭的な扶養義務は生じなくなる。別居生活中の夫婦では実情に応じて扶養義務の有無を判断することになる。正式の婚姻関係ではない実質的な共同生活を行っていること（内縁関係）は選考で考慮される必要はない。

配偶者が病気であるときには、その事情は特別な支出および要介護者の存在として考慮される。

なお、使用者側も効率性の理由から従業員の家族関係に関心を払う。それは被扶養家族がいる方がその責任感から概して真面目に仕事をするからである。

ニ、二重所得（配偶者の所得）

これは同一人物が二カ所から収入を得ているのではなく、配偶者も働いていることを指す。

二重所得は当該労働契約関係とは別人物の収入であり、当該労働関係と直接には関係ない。それでも扶養義務と同様に、解雇保護法は労働者の経済的および社会的生存を確保することを考慮する。配偶者に収入があるときには、

たとえ失業しても配偶者に扶養してもらえる可能性があることによる。

この基準は、配偶者が雇用されていて夫婦共働きであるか否かという基準を含むことから、間接差別との関係で問題がないわけではない。もしこの指標を重視するならば、これは共働き夫婦に、とくに経済的解雇でも企業に優先的に残されることのない、知識や技能で平凡な女性に不利に作用するからである。この指標を考慮するようになつて、なかには配偶者の不利を避けるために一方の配偶者（多くは妻）が働くことをやめたケースも伝えられる。したがって、考慮すること自体は正当であるが、重視することは問題である(BAG v. 8. 8. 1985)。同様に、「それは副次的な指標としてその家族構成員に対して扶養義務を負わないとして取り扱えば足りる。」という意見もある。欧州裁判所判決によれば、ある取扱いが差別禁止に違反するのは、まず法的にも事実上も男女ともに適用される規制であり、しかし実際には男性よりも女性に不利に作用し、それに合理的理由がないときである。この指標の当否もそのような観点から評価される。

ヒアリングによれば、ある事業所委員会いわく、「共働きを基準に含めることは適切ではない。彼らの多くは片方の収入だけでは生活費が不十分なので働いている場合が多い。この基準にかかわって夫婦合計収入を調べることはプライバシーとの関係で望ましくない。この基準を除くべきである。」

同じヒアリング調査によれば、何人かの人事部長は家族収入を調べることは個人情報保護の理由からできないと述べ、別の人事担当者は所得税等級にもとづいて当該従業員が主たる生計維持者であるか否かを調べることでできると語る。ある企業では解雇対象労働者に対して質問表が配布され、その質問事項のなかに配偶者が働いているか否か、働いているときにその収入額を記入させ、その証明書提出を求めている。この点で、日本のように企業が労働者に関する情報を本人に開示することなく所有していることは、今日世界的にみて通常のことではない。

ホ、労働市場における再就職の可能性

これは再就職の可能性の高い労働者は解雇によって被る不利益の小さい者として取り扱うことを指す。福祉的選考ではそれ自体当然のことである。しかし、この指標はすでに年齢という指標によって部分的に考慮されており、二重にカウントする可能性がある。それでも職種の違い、健康状態等の事情による再就職難易度の違いは年齢によってカバーできない。

それは労働関係とは関係がないとして、それを指標に加えることに反対する見解もある。

へ、資産関係（財産、借金）

福祉的選考において労働者の資産状態を考慮すべきことが通説により認められている。²⁵ 詳しい理由づけはない。学説中には異論もある。²⁶ 判例でこれを明確に判断するものはない。

労働者の資産状態如何は労働契約関係とは無縁である。ここで資産状態を語るときに、その資産がいかなる方法で獲得されたかは問われていない。ある労働者が節約して資産を形成しようと、別の労働者が野放図な生活をして資産が少なからうと、それらの形成原因は問われていない。

労働者の経済的生存の保護は、節約して生活した結果として裕福な状態にある労働者よりも、野放図な生活をした結果として貧しい労働者を優遇することにはなるまい。

もしこの指標を人選で考慮するとすれば、実際にはこれを把握することが容易ではない。論者のなかには、自分の資産状態のみならず、親族のそれも考慮すべきことを主張するが、とてもではない。また、この論者は支出の内訳につき、贅沢な支出と必要な支出を区別するがそれも難点を持つ。

ヒアリングによれば、多くの労使はこの指標を例外的に考慮している。いくつかの企業では扶養義務の内容の一つとして「社会的状態」の項目で考慮している。考慮するにしても、借金の理由・内容が問題とされている。多いのは持家ローン(Kreditaufnahme)である。これは通常考慮すべき借金に含まれている。それは家族に対する投資と

して見られている。子供の手術に伴う借金も考慮されている。労働者がその収入に不相当に高価な家具を購入したことによる借金は考慮の対象外とされることが多い。他方で、住宅ローンの借金を考慮外とする人事担当者もいる。いわく、「住宅ローンの契約時に、失業したらそれを手放すものと割り切るべきだ。」

ある人事担当者は事例を出してこの事項を考慮すべきか否かの困難さを語る。「ここに四五才の二人の労働者がいるとする。一方は借家に住み、他方は自分でも日曜大工をして安上がりに並び住宅(Reihenhaus)の持家をもった。それでも月二〇〇マルクのローンが残っているとすると、この場合に被解雇者のなかでいかにランキングすべきものか。」

このように見ると、少なくとも借金に大きなウェイトをかけて考慮すべきではないようである。

ト、副収入

副次的収入というときに、いずれが労働者の主たる生計であるかが重要である。例えば、労働者がA社とB社で勤務しているときに、主たる収入がA社からの収入であるときには、その主たる収入を失うことになるような解雇では、別収入だけで労働者は生計を維持できるわけではないので、別収入があることは被解雇者とされることを正当化しない。しかし、副次的に働いている企業で被解雇対象者とされることは、その収入を失っても別に主たる収入があるから、正当である。したがって、副次的に働いている企業における解雇のみ、別収入があることは被解雇者候補となることを正当化する。

労働者が半日就労というパートを同時に二つの企業で行っていて、かつ、両方の収入を併せて初めて生計を維持できるといふときに、取扱いの判断は容易ではない。この労働者にとって一方の企業における収入を失うことは、通常の生活維持を困難にする。このような時には、その労働者に別収入があるからという理由で、被解雇者候補に含めることは適切ではない。ただし、全く考慮しないということではなくて、限定的に考慮すべきである。

このようにパートタイマーにつき特別扱いすることが、就業促進法(BeschFG)二条一項にいう差別的取扱禁止原則に抵触しないか否か、問題となる。しかし、その原則は合理的理由を欠く差別的取扱いを禁止しており、問題はパートタイマーに対するかかる取扱いが合理性を有するか否かである。前述の取扱理由に照らせば、合理的であり、問題は無い。

なお、このような労働者の副収入という個人情報を使用者が収集することにつき、ここでも情報に関する自己決定との関係で疑問が生じ得る。しかし、これを収集する目的に鑑み、合理性がある。

要するに、労働者の主要な労働関係が解約されときの福祉的選考には、副次的収入の存否は重要ではない。逆に、副次的就労の労働契約の解約が問題となるときには、それは労働者に不利に考慮されて支障ない。

チ、健康状態

整理解雇は企業の経営状態が困難な中で行われるので、ドイツでも使用者は被解雇者選考で労務給付水準の劣る労働者を優先的に排除したがる²⁷。それは経営危機が深刻なほど、使用者のその要望は強まる。それは病気を理由とする解雇紛争に現れる。

健康面でハンディを持つ労働者は、整理解雇で一般に厚い保護にあずかれる。使用者は経営困難な状況下では、仕事のできる労働者を企業に残したいと考えるが、それは解雇保護法一条三項二文でいう、事業運営上の必要性がある場合に限り許される。

健康障害もその理由によって考慮されるか否か、異なる。それが私的生活の領域で生じたものであるならば、使用者はそれに対して何の責任もない。しかし、それが労働契約上の労務提供に起因すれば、使用者にも責任が生じる。この違いは重要であり、健康障害という指標では後者のみが考慮の対象となる²⁸。それに対して、私的生活領域で発生した健康障害は、その者を別の労働者よりも優遇することを正当化しない。もっとも、「再就転の可能性」の

指標で考慮されうる。

ただし、重度障害者に関しては例外である。重度障害者法により、彼は解雇から保護されている。その趣旨は、重度障害者を職業生活に参加させることによって心理面でのリハビリに役立つからである。重度障害者はその障害が職業生活に由来するか、それとも私的生活領域に由来するかは問われない。これは特別法にもとづく取扱いである。

この指標は、前述の三基本指標に比べて重要度ではつきりと劣る。三基本指標の重要度は特別な歴史的背景を持っている。また、労働者の副収入の存否は、それによって労働者の経済的生活基盤を測定する重要な物差しであり、その意味で考慮される。それらに比べれば、健康障害という指標の意義は低い。

り、六三才および六五才の定年制

この取扱いがしばしば労働協約および事業所協定に見受けられる。福祉的選考でも、労働者がこの基準に該当し、かつ、公的年金受給資格を有するときには、その者は解雇されても経済的には年金によって生活を維持できるという意味で、この指標は当該労働者に不利に作用する。

3、判例における福祉的観点の優先度

前述した福祉的観点のそれぞれの具体的指標は、いかなる優先序列、すなわち重要度を有するであろうか。まず、判例における取扱いを見よう。

イ、六〇年代²⁹⁾

連邦労働裁判所は一九六一年一月二〇日判決および一九六四年六月二六日判決で年齢に決定的な重要性を与えていた。後者の事案は、対象労働者五名のなかから一名が解雇されることになった。候補者五名の条件は表1の通り

表 1 BAG 1964年 6 月26日判決の事案

指標 対象者	年 令	児 童 数	既 婚 か	勤続年数
S	60歳	1	はい	12年
R	45歳	1	"	6 年
C	35歳	0	"	6 年
B	35歳	4	"	3 年
K	43歳	3	"	3 年

出所：Der Betrieb 1983, S. 2416

である。本件で使用者はKを解雇した。しかし、裁判所はそれを不適切であるとして、Cを解雇すべきであると判示した。KとCを比較すると、Kは年齢が八才年長で子供を三人抱えている。それに対してCはKよりも勤続年数が三年上回る。解雇保護との関係でこのような両者の条件の違いの評価に使用者と裁判所で違いがでてきた。ヴェッツラ―労働裁判所も支持する。「失業率の高い時期には高齢者が新しい職場を捜すことは容易ではなく、それゆえに特別に解雇から保護されるべきである。」

ロ、七〇年代³⁰⁾

ここではヴァイスレーダーの分析をもとに、一九七五年から七七年までに、シュレスヴィツヒ・ホルシュタイン州内の労働裁判所で下され、かつ、本稿テーマが争いになった裁判事例二八六件（うち判決が下されたもの九一件）を分析対象として、判例上の運用実態を見る。

分析方法として、著者は福祉的観点の優先度に関していくつかの仮説を設定し、それが判例の運用基準に妥当するか否かという方法で検討・叙述している。ここでは重要な判例の特定には裁判所名と整理番号を付して判決を区別することにする。そこでやむをえず

なお、分析対象とした判決が考慮した指標とその登場頻度を一覧表にすると表2のようになる。

a、仮説「勤続年数三年以上の労働者は福祉的選考で優遇される。」

(aa) 仮説を支持する判決

多くの判決では福祉的観点にもとづく被解雇者の選考で、労働者の勤続年数の長さが労働者を解雇から保護する

表2 判例にあらわれた福祉的観点

福祉的観点	訴訟件数総数 (286件)		終結訴訟件数 (91件)	
	数	%	数	%
勤続年数	286	100	91	100
家族状態	255	89	81	89
年齢	252	88	81	89
被扶養家族数	209	73	62	68
配偶者の収入有無	108	38	28	31
作業業績の低さ	98	34	31	34
借金 (Verbindlichkeit)	38	13	13	14
欠勤	26	9	11	12
別収入の有無	25	9	10	11
重度障害	22	8	7	8
将来の退職意思 (Abkehr wille)	18	6	8	9
再就職の可能性	9	3	5	5
子供の病気・障害による特別支出	6	2	2	3
妻の妊娠	5	2	2	2
配偶者の失業	5	2	2	2
健康上の障害	4	1	1	1
親を扶養する義務	4	1	2	2
非協力的なふるまい	3	1	2	2
解雇時の年金受給権の有無	3	1	3	3
専門をいかした職務の喪失	3	1	3	3
労働災害	2	1	0	0
以前の事業所委員会委員経験	2	1	2	2
専門単科大学通学に必要な準備活動	2	1	1	1
かつての失業経験	2	1	1	1
婦責事由なき交通事故経験	1	0	1	1
独身者の妊娠	1	0	1	1
旧ドイツ領からの強制移住者	1	0	1	1
事業所保育所の入所請求権	1	0	1	1
夫の扶養料支払がないこと	1	0	1	1
親が農地を所有していること	1	0	1	1
別居生活中	1	0	1	1
言語障害 (Sprachfehler)	1	0	1	1
近々年金受給権を取得	1	0	1	1
労働組合職場委員である	1	0	0	0
他社転職見込み	1	0	0	0
有名な大酒飲み	1	0	0	0

出所：Wolfgang Weissleder, Soziale Auswahl bei betriebsbedingter Kündigung in der Gerichtspraxis, S. 124-126.

必要性の尺度として重視されている。判例の中には、この指標のみにもとづいて被解雇者を選定することを支持するものもある。

ノイミュンスタ―労働裁判所判決二は比較対象労働者の間で一〇年間の勤続年数の違いがあることを被解雇者確定の決め手にした。バード・オルデルスローエ労働裁判所判決四はわずか二年半の勤続年数の違いにもとづいて要保護性の違いを導いた。ノイミュンスタ―労働裁判所判決五は勤続年数が三年間長いだけで保護の程度に違いを持

たせるのに決定的であると評価した。

二つの事件では、半日就労パートの解雇が問題となった。ノイミュンスター労働裁判所判決六では、半日就労パートも勤続年数が長ければフルタイムに比べても解雇からの保護が強まると判断した。リユーベック労働裁判所判決は、運送業会社がフルタイムを新規に採用した後に従来からいた半日就労パートタイムが企業が必要であれば自分はフルタイムに転換してもいい旨を表明したにもかかわらず、経済的理由にもとづきパートが解雇されたという事案である。判決は、パートタイムがフルタイムへの転換が可能である旨を表明したのが新規採用後であったとしても、判断に影響を与えないとして、同じ条件にある者のなかで勤続年数の長い労働者を解雇から保護すべきであるとして、パートを解雇したことを妥当ではないと判示した。

つぎに勤続年数が単独で保護価値を認められたのではなく、他の事情と総合勘案された事例を紹介する。例えば、労働者がいずれ将来この企業を辞めるつもりである旨(Möckewille)を表明することは、労働者に解雇の準備があることにより解雇による不利益がそうでない労働者よりも小さいと評価されて解雇にあたり不利に作用することがよくある。ここで紹介する判決は、労働者の将来の退職意思を考慮せずに勤続年数を主たる指標として判断した事例である。ノイミュンスター労働裁判所判決八いわく、「特に外国人労働者が、自分は将来母国に帰国するつもりであると語ることはよくあることである。しかし、それによってまだ解雇に應じる準備ができていないので、将来の退職意思の表明によって直ちに解雇が問題となる時点ですでにそのような態勢にあると判断するのは妥当ではない。外国人労働者は就労ビザを定期的に更新しなければならず、その分だけいつまで確定的に働けるか不安定であるという事情も考慮すべきである。」

概して多くの判決で福祉的観点のなかで勤続年数の長さが重視されている。キール労働裁判所判決一三は年齢でかなり若くても勤続年数が二三年長い労働者の方に厚い保護を認めた。レンドスブルク労働裁判所判決一五は、比

較対象労働者が二人の子供持ちであつたにもかかわらず、四年間勤続の長い労働者により厚い保護を認めた。

(bb) 仮説を否定する判決

多くの判決は仮説を支持するにもかかわらず、それと反対傾向の判決もある。これを明示するのは、ノイミュンスター労働裁判所判決である。「被解雇対象者候補のなかで勤続年数だけを考慮して、解雇者を確定するのは適切ではない。年齢、家族的状态、扶養義務など他の福祉的観点も考慮すべきである。」と述べて、勤続年数のみにもとづいて被解雇者を決定した企業内の取扱いを妥当でないとした。

キール労働裁判所判決は詳しくその理由を述べている。この事例は、比較された労働者の間で年齢的には一四才の違いがあり、逆に勤続年数では七年間の違いがあつた。「原告も比較された労働者Bも結婚している。子供はともに二人で、その年齢は原告では五才と一二才、Bでは一才と一五才である。両者の妻はいずれも働いていない。大学を卒業した技術者であり、ほぼ同額の収入を得ている。しかし、勤続年数および年齢では両者に違いがあり、原告は八年近い勤続であるのに対してBは五カ月間で、七年間の相違があり、他方では年齢ではBは原告よりも一四才年長で五〇才近い。あらゆる福祉的観点を当部が考慮するとBは原告よりも恵まれているとは評価されない。労働者の社会的地位は何よりも年齢によって左右される。不況期には高齢労働者は労働能力の低下のゆえにより若い労働者よりも再就職が困難である。年齢上昇とともに職場を失う恐れから労働者を保護する必要性も高まる。このことは本件で問題となっている、不況期の建設業ではとくにあてはまる。Bにとって再就職の見込みは少ない。この点ではBは雇用期間が未だ半年も経たないので解雇保護法の適用を受けないことは重要ではない。ここでは誰にとつて解雇がより酷であるかが判断基準とされるべきである。この点では原告がBよりも勤続年数ではるかに勝るということは決定的に重要というほどではない。たしかに原告は長年この事業所で働き人間関係も深まり、この雇用困難な時期にこの企業にとどまる期待を強く持つであろうことは推測できる。しかし、勤続年数による労働者

の社会的地位は、その者におよそ一五才年長の同僚に対してよりも優先的地位が与えられるほどに決定的ではない。前述の原告のわずかながら不利な立場にもかかわらず、原告を解雇したという被告企業による福祉的選考は結局のところ、非難されることはない。被解雇者が比較される別の労働者よりも僅かながらでも福祉的観点で不利であれば、福祉的観点はそれなりに考慮されたと評価される。³¹⁾

同様に、シュレスヴィツヒ・ホルシュタイン州労働裁判所はある労働者の高齢およびかつての失業を考慮して、かなり長期の勤続年数を有する労働者に不利に判断した。「原告は自分に代わって解雇されるべき労働者としてC、Dを挙げる。Dは五五才で、結婚しており、前に働いていた企業が破産したために失業した。Cは六二才で、同じく結婚しており、原告よりも一年間長く勤続している。原告が四七才で片親で子供を養育しているとはいえ、使用者がこの状況でCの高齢とかつての失業経験を考慮して原告を解雇することは、必ずしも非難されることではない。また、Cは年金支給開始年齢直前であるから解雇による不利も小さいと原告は主張するが、六二才の労働者にとつての失業は、晩年になお必要な金銭を別としても、再就職の可能性の低さからして、長年の職業生活に照らし大きな心理的影響を及ぼすであろう。」なお、六二才という年齢は、早期引退制により六五才よりも早い年齢で公的年金を支給される現在では、異なつて評価されよう。

別の判決では、長期勤続が別労働者の扶養義務によつて相殺された。「別労働者AもBも結婚していて、それぞれ子供を一人持っている。被告企業が勤続年数の点で有利な原告よりも別労働者のこの点の福祉的観点を重視しても、それは非難されるに足りない。被告企業はここで原告を独身者として取り扱った。しかし、使用者が原告の婚姻状態を知らなかったことに過失はなく、原告の家庭状態の認識に食い違いがあつてもやむを得ない。知らせなかったことはリスクは労働者が負うべきである。³²⁾」

判例の中には、労働者の勤務ぶりの否定的評価によつて、勤続年数はかなりあつたにもかかわらず、勤続年数の

有利さが相殺されて被解雇者のなかに含められた事例で、その取扱いを妥当とする事例もある（リューベック労働裁判所判決）。ここで問題とされた労働者の勤務ぶりとは、警告にもかかわらず繰り返し返して自分勝手に休憩時間を超過したことを指す。ただし、経済的理由による解雇で労働者の卓越した能力を理由に解雇対象から外すのではなく、労働者の劣る仕事を理由に福祉的選考で不利に取り扱うことが現行法上適切であるか否か、おそらく批判の予想されるところであろう。

これに対して、使用者が労働者の勤続年数を他の福祉的観点で相殺する、または他の観点を優先させ、そのような取扱いが妥当であると判断した判例もある。例えば、エルスボルン労働裁判所に係属した事例では、原告は十四年間そこで働いていた。しかし、使用者は勤続年数では二十五年間であるという不利な別の労働者を、子供を抱えているという扶養義務を重視して解雇しなかった。それを妥当と判示した。

また別の判決では、原告は三三才の既婚男性であった。一一年間そこで働き一人の子供を持っていた。比較された同僚の勤続年数は二十五年間であった。しかし彼らがポーランドからの強制移住者であったことを使用者は福祉的観点として重視した。かかる取扱いは妥当であると判示された。

エルスボルン労働裁判所に係属した別の事件も注目される。原告は七年半の勤続で、比較された労働者よりもその点では福祉的選考に有利であったが、幾らか年配の別の労働者に解雇からの保護の必要を認めた。

ノイミュンスター労働裁判所判決三三では、勤続年数の長さだけでは決定的でないことがはっきりと強調される。ここでは原告は三六才の独身で、すでに一五年間勤続している。彼女が自分に代わって解雇されるに値するとして挙げた三名の労働者の条件とは、Aは四二才、勤続一二年、結婚して子供が二人いる。Bは四九才、八年勤続、結婚し八人の子供がいる。Cは四六才、九年勤続で結婚し二人の子供がいる。裁判所はここで原告が解雇されたのは適切であると判示した。「経済的理由による解雇にあたって考慮する福祉的選考に関して、被告がそれなりに（ausreichend）

chend)考慮しなかったという根拠(Anhaltspunkt)はない。原告の保護必要度を他の労働者のそれと比較すると、使用者が原告を解雇したことは、福祉的観点をそれなりに考慮しなかったとはいえない。」この判決では、司法審査はかなり自己抑制され、福祉的観点の内容をいかに理解するかにつき使用者の判断に広い余地を認めているという印象を持つ。

さらにエルムスホルン労働裁判所判決三四では、原告に比べて比較対象の同僚女性は、六年の勤続で、それだけでも原告よりも五年分長い勤続であった。同僚は共働きであった。それにもかかわらず判決は、離婚して幼い子供を養育しなければならない原告を解雇したことを不適切であると判示した。

配偶者が働いていること、およびそれによる経済生活の安定はリユーベック労働裁判所判決三五でも決定的な観点であった。ここでは勤続年数が四年上回る労働者よりも幼い子供を養育する、または夫が失業している女性の方が保護必要度が高いと判断された。

キール労働裁判所判決三六でも、判決は勤続年数よりも別の福祉的観点を優先させた。そこで比較された労働者の事情は、原告は四〇才で一三年の勤続、独身。労働者Pは五四才で一二年の勤続、結婚している。Tは六四才で三年勤続、結婚している。Kは四九才で勤続八年、結婚し四人の子供がいて、重度障害者である。判決は、原告に比べて他三名の事情を使用者が優先させたことは妥当であるとした。他の労働者が結婚し家族を扶養していたことが、原告には不利に作用した。

(CC) 結論

判例を分析した結果、仮説の傾向を確認できるが、しかし常に妥当するわけではない。それが考慮されていない判決もある。それでもたいいていの判決はそれを重視しているといえる。それ以外の福祉的観点的具体的事項に関しては、前記の表2を参照のこと。

b、 仮説「福祉的観点として重要な指標は、勤続年数、年齢および扶養義務である。」

(aa) 概観

分析対象とした判決のうち五四％に当たる四九例が福祉的観点に言及する。四九判決中四五で前記の三つの指標が取りあげられている。この三つの指標のいずれも採用されていないのは例外的である。

その例外的な四つの判決では、原告が勤続年数の長さ等に照らして使用者の被解雇者選択基準が福祉的観点に合致していないと主張するのに対して、判決は原告の主張する指標だけが絶対的ではなく、しかも比較対象となつた労働者の別指標に関する条件が述べられていないので裁判所としては使用者の被解雇者選択の是非を判断できないとして原告の請求を退けた事案である。したがって裁判所が妥当と考える福祉的観点の具体的な指標は示されていない。

(bb) 三つの指標の重要度

(i) 勤続年数を単独で決定的に重要な指標であると見る判決

四五判決のうち一六判決がこれに該当する。そこでは例えば年齢で不利な労働者でも勤続年数が長いゆえに解雇からより厚く保護されている。三つの指標のなかでも特に重視されているといえる。これに分類される判決はすでに紹介した。

(ii) 年齢を単独で決定的に重要な指標であると見る判決

これには三つの判決が当たる。キール労働裁判所判決二六では、一四才年長の労働者と勤続年数が七年半上回る労働者の比較で、年齢の上回る労働者により厚い保護を認めた。キール労働裁判所判決四五では、解雇対象となつた二人の労働者のなかで年齢が一三才上回る方を解雇から保護した。エルムスホルン労働裁判所判決四六では、四一才と四六才の労働者の間で比較されて、年齢を決定的基準にして被解雇者が選択された。

(iii) 扶養義務を単独で決定的に重要な指標であると見る判決

二つの判決が該当する。エルムスホルン労働裁判所判決三〇は、比較対象となった八名の労働者のなかから、被扶養児童数、その年齢という基準にもとづいて被解雇者を選択した。また、キール労働裁判所判決四七も同様にこの指標を重視して判断した。

(iv) 一方で勤続年数と、他方で年齢および扶養義務が比較衡量された事例

単独で決定的基準として有力なのは勤続年数である。しかしこの設例で、後者の年齢と扶養義務が同時に問題となることは少ない。ただし、その時には直ちに勤続年数で有利な労働者が解雇から強く保護されるとは限らない。それは決定的な意義を持つ指標ではなくなる。オルデスローエ労働裁判所判決四八は、原告よりも勤続年数が一年間短い別の労働者を解雇対象から外したことを直ちに不公平ではなく、家族的条件も考慮すべきことを指摘する。

また、キール労働裁判所判決四九いわく、「原告と比較される二人の同僚D、Gはおよそ二〇才年長で、かつ結婚しており、原告よりも社会的にかなり弱い立場にある。そのうちDは子供を一人もち、Gは三人の子供を抱える。同僚二人はたしかに原告よりも遅くこの企業に採用された。しかし、労働者の社会的地位はまずその年齢および家族の状態によって左右される。彼らには勤続期間の短さゆえに解雇保護法の適用されない。しかしそのことはここでは重要ではない。いずれの労働者が解雇されるべきかの判断では総合的評価が行われる。社会的に強い原告はいずれにせよ解雇保護から不利な地位に置かれる。」

同様の判断をノイミュンスター労働裁判所判決五〇は示す。「被解雇者の選考では、誰が解雇による不利益が最も小さいかを使用者は判断しなければならない。その際に使用者は勤続年数、家族の状態およびそれに由来する扶養義務、年齢、一般的な健康状態、業務に起因する疾病の有無、労働市場における再就職の見通しおよび個別労働者の類似の事情を相互に考慮しなければならない。原告および比較対象となる労働者の事情によれば、労働者Mおよ

びBに対する解雇は原告に対してよりも不利益が小さいと部は確信する。兩人とも原告よりも若いのみならず、独身でもある。それに対して原告は妻と二人の子供を養うべき立場にある。子供のなかには障害児を含み、その金銭的および精神的負担は軽くないであろう。原告がそのような扶養義務を履行するために職場を保持する必要性は高い。確かに同僚MおよびBは原告よりも一ヶ月だけ長く勤続している。しかし、いずれも三年を超える勤続であり、わずか一カ月の勤続期間の違いは、原告には同僚MおよびBよりも家族的理由から解雇がより重いものであるという事情を帳消しにしないであろう。」(ここでは勤続期間の違いの程度も問題になっている。

さらに連邦労働裁判所判決二八いわく、「組立工AおよびBは結婚しており、配偶者は働いておらず、しかも子供を抱えている。使用者がこの事情を原告の勤続期間の長さよりも重視してもおかしくない。その場合に原告が目下のところ独身であるとして解雇で取り扱わねばならない。原告は婚姻していることを後で通知したが、その主張は時期が遅かった。それゆえに被解雇者選択の時点で原告を独身者として取り扱ったことは誤りではない。」

最後に、ノイミュンスター労働裁判所判決三三は述べる。ここでは原告の勤続年数一五年半に対して、別労働者のそれは、それぞれ一一、一〇および九年間であった。「原告は確かに勤続期間は別労働者よりも長いが、しかし解雇からの保護必要度は低い。まず原告はほかの者よりも六、一〇、および一三才だけ若い。原告は独身であるのに対して、ほかの者は結婚し、かつ、子供を二名ないし八名抱えている。原告の勤続期間の長さはほかの労働者の年齢、家族的状态によって相殺される。」

このように見えてくると、判例の傾向として、勤続年数の長さだけでは、年齢および家族的状态という指標に優越するほどの保護価値を与えていないといえる。

(cc) 別の指標を併せて考慮した事例

前記の重要な三つの指標のいずれかと並んで、さらに別の指標を併せて考慮して判断した判例を紹介する。エル

ムスホルン労働裁判所判決二三では、より長い勤続年数が技術学校に通うという企業実務の必要性和セットになって、より大きな扶養義務と高齢である労働者に対して解雇からのより厚い保護が認められた。キール労働裁判所判決五五では、長い勤続年数と離婚状態が考慮された。すなわち、「原告女性は離婚しており、比較対象となった同僚女性では配偶者が働いているのと異なり自ら生活の糧を稼がなければならない立場にある。原告は年齢的にはほかの比較対象同僚よりも若い、勤続年数の長さを考慮して、その経済的状态は厚い保護を必要としている。」

ノイミュンスター労働裁判所判決五六は、原告が一三才年長であること、および若い同僚女性の配偶者がまだ働いて稼いでいるのに比べて、原告女性の配偶者はすでに年金生活者であり、その収入額で劣ることを考慮して、解雇からの保護必要性を認めた。

(dd) 要約

以上の判例分析から、判例が理解する福祉的観点は三つの指標のいずれかに関係するということではなく、厳密には仮説は妥当しないことが示された。しかし、分析した判決の優に九〇%はいずれにかかわっており、いずれにせよこの三つが主要な指標であることは否定できない。

なかでも単独で決定的な意義を持つ指標として、勤続年数という指標はほか二つの基本指標とは異なる重要性を持つている。もつとも勤続年数という指標もほかの基本指標がさらにはかの福祉的観点と結合するときには、それをなお上回るほどの決定的な意義を持つわけではない。

いずれにせよ以上の判決から、この三つの指標以外に単独で意義を有する指標はないことが明らかになり、それ以外の指標はせいぜい補充的意義を持つにとどまる。

裁判所は、「福祉的観点」という概念の一般的理解に対応する僅かな指標にもとづいて、自分に与えられた判断の余地および選択肢を狭めるように努めているといえる。多くの事例で当事者から主張される別の指標は結局無視さ

れている。それでも裁判所が判断にあたり、主張された別の事情も、それが三つの基本指標とリンクすれば判断の基礎とされる可能性はある。

ハ、八〇年代以後³²⁾

七〇年代の判例の基準に対して、八三年以後のそれは、特定の指標を重視することなく、三つの基本指標をバランスよく考慮したうえで、争われている当該事案・個人のあらゆる個別的事情を考慮に入れて判断することを求める点に特徴がある。その基準を定式化することは困難である。

4、学説における福祉的観点の優先度³³⁾

福祉的観点の内容の理解に関する判例の態度が変化するも、使用者は自己のリスクで人選を判断しなければならぬ。そのような不安定な状況を解消すべく学説が判例動向を強く意識しつつ福祉的観点の内容をなす各指標の重要度を議論している。

イ、点数表制度の提案

福祉的選考を安定化させる試みとして、一九六七年にフォクトは点数表を導入することによって福祉的観点として考慮すべき事項とそのウェイト配分の客観化を図ることを提案した。これをめぐり、賛否の意見が表明された。³⁴⁾そこで、この点数表制の長所・短所を確認しておく。

a、点数表制度の長所

(i) 法的安定性

点数表示されることによって誰からも分かりやすく、透明な制度運用となる。裁判所が事後審査するときにも使用者による決定基準が明瞭である。

(ii) 客観的な選考手続き

使用者の主観的評価から解放され、操作される可能性のない制度になる。表によって、その者が解雇された理由が明らかになる。

(iii) 結果がより細分化されること

指標ごとに点数化されるので、労働者ごとに一点ごとの違いを伴ってランキングができあがる。それによって解雇から保護される順位が明確になる。

(iv) コンピュータ処理に便利であること

項目と点数による表示なので、コンピュータ処理によって新しい情報も容易に入力できる。

b、この制度の欠点

批判として、それぞれの指標に対するウェートの置き方次第で結果が絶対的なものとして出てくることを指摘する。また、「表は法律が求める個別的事情を近似值的に示すにすぎない」との批判もある。事例に応じた個別的事情を反映させることが困難であるという、表が持つ硬直性への指摘に要約される。

ロ、さまざまな点数表の提案

フォクトの提案以来、いくつかの点数表が具体的に提案された。ここでは、いかなる指標をいかなる点数配分に入れるか、事業所利益の指標を含めるか否かにより、さまざまな表が登場している。表3に発表順に示した。

これらの点数表を分類すると、まず事業運営上の必要性を点数に加えるか否かで異なる。一方で、フィリップ、ミューラー、ベルコウスキーはそれを含めないのに対し、他方で、フォクト(欠勤の項目)、ノイゼス、ブライシュタインは含めている。つぎに、いずれの福祉的観点を重視するかを見ると、年齢を重視するのは、フォクト、ミューラーであり、勤続年数を重視するのは、フィリップ、ブライシュタインであり、さらにノイゼスは両者を対等に重視

している。いずれも被扶養者数のウェイトは前記二つの指標よりも劣る。三基本指標以外の指標はブライシュタイン、ノイゼスに見られるが、一般的に見られるわけではない。なお、一九八三年以後に発表されたブライシュタイン以降の点数表は、それ以前のものに比べてチェック項目が顕著に増えており、一九八三年以後のBAG判決の変化の影響を窺わせる。

ハ、ノイゼスの提案

ここでいくらか詳しい主張をしているノイゼスの提案を紹介する。彼はまず年齢と勤続年数を重視し、その理由として解雇保護法一〇条二項を挙げる。

つぎに、家族扶養義務をそれに準じて重要な指標と見る。彼はそこで連邦労働裁判所一九八三年三月二四日判決が述べるように、年齢を決定的に重視することに反対する。したがって、この三要素をバランスよく点数評価すべきである。それはとくに昨今のように失業率が高く若者にも就職の可能性が低いものではとくにあてはまる。

なるほど年配者も解雇から保護される必要がある。しかし例えば五九才の労働者はあと一年で公的年金支給開始年齢に到達し、解雇されてもそれまでの一年間を失業手当で、最低限の生活を繋いでいける。確かに金額は賃金の六八%にとどまり、雇用期間が一年短くなった分だけ年金受給額も減額されるが、その点で五九才の労働者は年配者のなかでも解雇からの保護が弱められても合理的である。

扶養義務の関係では、独身者、配偶者が働いている既婚者、配偶者が働いていない既婚者ではそれぞれに事情はまったく異なるのであり、それを点数評価に反映させることは当然の要請である。この点で彼は近時の連邦労働裁判所判決を支持する。

ちなみに、BAG一九八三年三月二四日判決の考えを扶養義務に関して具体化し確認すれば、つぎのようになる。すなわち、扶養義務対象者の年齢および本人の収入、扶養から離れて経済的に自立できる時期の見通し、被扶養者

例 3. ミュラー案

(Wigo Müller, Die betriebsbedingte Kündigung in Kündigungsschutzprozeß, in : Der Betrieb 1975, S. 2130ff.)

イ. 年令	
20歳未満	0 点
30歳未満	1 点
40歳未満	2 点
50歳未満	3 点
50歳以上	4 点
ロ. 被扶養家族数	各 1 点
ハ. 勤続年数	
5 年未満	0 点
10年未満	1 点
10年以上	2 点

例 4. プライシュタイン案

(Franzjosef Bleistein, Betriebsbedingte Kündigung : Grundsatzfragen sozialer Auswahl und Schemata, in : Betrieb+Personal 1983, S. 6ff.)

イ. 年令	
20歳以下	0 点
21歳～50歳, 20歳を超える年令ごとに	各 1 点
51歳以上, 上記に加えて50歳を超える年令ごとに	各 2 点
ロ. 勤続年数	
1 年につき	各 4 点
ハ. 被扶養家族	
1 人につき	各15点
ニ. 資格	
すぐれている	+10点
平均より劣る	-10点
ホ. そのほか	
・配偶者が働らいている	-10点以内
・資産収入あり	-10点以内
・65歳以上で, 公的年金が完全に支給されている	-50点
・健康上の障害あり	10点以内

表 3 提案された点数表

例 1. フォクト案

(Aloys Vogt, Sozialgerechte Auswahl bei Massentlassung, in : Der Betrieb 1967, S. 380ff.)

イ. 勤続年数	
5 年以上	10点
10年以上	20点
15年以上	30点
ロ. 欠勤日数(病欠欠勤を含む。前年)	
100日	0 点
50日以上	10点
14日以上	20点
8 日以上	30点
ハ. 年令	
45歳以上	15点
50歳以上	20点
55歳以上	30点
60歳以上	45点

例 2. フィリップ案

(Gerhard Philipp, Ordentliche Kündigung und Auswahlrichtlinien, in : Betriebs-Berater 1972, S. 219)

イ. 配偶者の収入より多いとき	2 点
ロ. 扶養義務を負っている児童数	
1 人につき	各 2 点
ハ. 年令	
30—39歳	1 点
40—49歳	2 点
50—59歳	3 点
ニ. 勤続年数	
半年につき	0.5点
ホ. 労務提供に伴う災害または職業病があるとき	2 点

例6. ベルコウスキー案

(Wilfried Berkowsky, Aktuelle Probleme im Recht der betriebsbedingten Kündigung, in: Neue Juristische Wochenschrift 1983, S. 1292ff.)

イ. 年令	
20歳以下	0点
30歳以下	1点
40歳以下	3点
50歳以下	6点
57歳以下	8点
58歳以上	10点
ロ. 扶養家族	
・配偶者あり	5点
・子供 1人につき	5点
ハ. 再就職の見通し	
高い	0点
平均的である	2点
低い	4点
ニ. 勤続年数	
10年まで 1年ごとに	0.5点
11年以上 1年ごとに	1点
ホ. 労務提供に起因する健康障害	
状況により	1—3点
ヘ. そのほか	
資産あり	マイナス1—2点
財産減少	1—2点
ト. 配偶者の就労	
(配偶者の収入 vs. 本人の収入)	
4 : 1	マイナス10点
3 : 1	マイナス8点
2 : 1	マイナス7点
1 : 1	マイナス5点
1 : 2	マイナス3点
1 : 3	マイナス2点

例5. ノイゼス案

(Wilhelm Neyses, Auswahlkriterien, Auswahlschema und Auswahlrichtlinien bei betriebsbedingter Kündigung, in: Der Betrieb 1983, S. 2414ff.)

I 福祉的選考	
イ. 年令 (40点を上限とする)	
20歳未満	0点
20歳をこえるごとに1歳につき	1点
ロ. 勤続年数 (40点を上限とする)	
1年ごとに	1点
ハ. 被扶養家族 (40点を上限とする)	
既婚で配偶者は働らいている	0点
独身	5点
既婚で、配偶者は働らいていない	
またはパート就労である	10点以内
扶養義務を負う家族1人ごとに	7点以内
ニ. そのほか (40点を上限とする)	
・扶養義務を負う家族構成員が	
長期の介護を必要とする	10点以内
・本人が重度障害である	10点以内
・労働災害または職業病により20%	
以上の収入減少である	10点以内
・そのほかの特別な配慮を要する	
事由あり	10点以内
II 正当な事業運営上の必要性	
・その者を企業は手放せない	160点
・卓越した労務給付水準・技術で	
ある	10—20点
・特別な専門的資格を有する	
	10—20点
・同僚に対して模範的な振るまいで	
ある	10—20点
・特別に信頼をおける	10—20点
・病気を理由に解雇できる条件を	
備える	—160点

が親と同居しているか否か、別居の場合にその必要性如何、第三者からの援助の有無・程度、転居が困難な正当事由があるか、等の事由を考慮することである。

それ以外にも、重度障害、再就職の見通しなどを考慮することになる。

ニ、エーマンIIラスの提案⁶⁵

さまざまな点数表提案のなかで、最も詳しく主張している事例としてこの二人の見解を紹介する。これはエーマンが提案し、のちにラスが一部修正したものである。彼らの見解は点数表には示し難い。

a、概要

エーマンのモデルは、経済的理由による解雇に際して行われる福祉的選考の基準を基本的に二つの価値・利害に分ける。それは労働者が働くことの金銭的価値 (Geldwert) と人格的価値である。

彼らによる選考手続きはつぎのようになる。すなわち、

まず、使用者は選考に必要な基本的情報を労働者本人に申告させる。その情報は時の経過とともに変化するであろうが、変化内容を労働者が逐次訂正するように制度化しておく。

最初の選考では狭義の金銭的価値にもとづいて選考が行われる。その個人別調査票では支出につき項目ごとに記入される。それにもとづいて労働者の経済的状态がグループ分けされ、失業したら贅沢な暮らしをやめるにとどまらず、食糧費すら節約しなければならないような世帯の労働者がここで解雇対象者から除外される。なお、この第一次選考では指標へのウェイトのかけ方には言及されていない。

第二次選考ではその労働者にとって労働が持つ人格的価値が審査される。失業が労働者の人格にいかなる意義を持つかが調査票で本人から申告され使用者が審査する。

ここでは労働が特別な意義を持つ労働者に関してのみ、したがって例外的に解雇対象者から除外される。ここで

勤続年数も考慮される。

第三次選考として、広義の財産的・金銭的価値が審査される。しかし、ラスによれば、この資産関係によってある労働者が被解雇者対象から除外されることはなく、解雇順位に影響を与えるだけである。

第四次選考で、初めて事業所利益が考慮される。一次から三次まではすべて福祉的観点にもとづく選考であった。まず、解雇保護法一条三項二文により、事業所にとって不可欠な労働者は、福祉的観点と対立して解雇対象者から除外される。さらに、「事業所にとって不可欠」というほどではなくても、労務給付水準や欠勤状況からしてその者の継続雇用により事業所の特別な利害が存する労働者も解雇対象から除外される。

そこでなお残った解雇対象者のなかで、使用者は年齢、勤続年数などを考慮して解雇順位をつける。この時に事業所委員会との間で選考指針が合意されていれば、その基準によることになる。

労働者の解雇順位にもとづいて、必要な人数の労働者を解雇通告する前に、解雇予定者の個別的事情を再度審査する。

解雇通告前に使用者は事業所組織法一〇二条一項にもとづき事業所委員会に解雇予定者氏名と解雇理由を通知する。その後、使用者は実際に解雇通知を行うことになる。

b、狭い意味における金銭的価値と広い意味における金銭的価値の違い

〈狭義の金銭的価値〉 エーマンは金銭的価値という概念のもとに、職業活動が労働者に対して持つ金銭的意義を理解する。労働者が失業すれば賃金をもらえず、代わりに失業手当を期限付きで受給する。失業手当の金額は労働者の従前の賃金の六八%（子供を抱える労働者に対し）ないし六三%（子供を持たない労働者に対して）である。雇用されていれば得る賃金と失業手当の金額差の三二%または三七%が失業したことによって失った金銭的価値とされる。

この選考方法の利点は、多様な労働者家計に対する金銭的な影響を正確に対置・比較できることである。

狭義の金銭的価値の項目には、つぎの事項が含まれる。・家族状態、家計の規模および構成、被扶養者数、・世帯収入、・世帯支出、・借金、差し押さえ、・労働災害もしくは職業病による収入減、それによる災害年金、・場合によっては、再就職の可能性。

〈広義の金銭的価値〉 これには労働者の資産状態が含まれる。目安として、非課税世帯であるか否か、社会扶助(Socialhilfe)を受給しているか否かがある。たとえ労働者がある資産を持っていたとしても、それを入手するための努力の程度も考慮される。

狭義の金銭的価値にもとづいて一次選考が、後述の人格的価値にもとづいて二次選考が行われ、さらにここで述べる広義の金銭的価値にもとづいて三次選考が行われる。

〈狭義と広義の用語を区別する意味〉 両者には重要度の違いがあり、同じレベルで比較できないので選考段階を異にして考慮する。ここで取り扱う資産状態という広義の金銭的価値は狭義のそれに比べて重要さは低い。

説明のために例として、労働者Aは土地・家屋三〇〇、〇〇〇マルクの資産を持ち、労働者Bは同じく二〇〇、〇〇〇マルクのそれを持ち、Cは何もないとする。しかし、つぎに資産の形成・取得方法も問題になる。Aはローン返済のために長年に亘り節約した生活を過ごした。それに対して、Bは親族からの相続によって入手した。だとすれば、資産額にもかかわらずBよりもAの方が保護されるべきであろう。

〈資産価値の考慮〉 ここでは余りに多くの事柄が考慮されるので、正確なカウントは困難であろう。それぞれの資産の金額見積もりには連邦社会扶助法にもとづく算定方法が参考になろう。

算定対象には、動産、不動産、現金などが含まれる。このうち動産は換金すれば金額は低くなるのでさほど重要ではない。生命保険や企業年金も将来の価値であって、さほど重要ではない。

C、雇用の人格的価値

解雇をその金銭的影響のみで測定することは社会的正義にマッチしない。そこでエーマンはさらにこの観点を追加する。それは金銭的には測定できない、雇用がその人格に及ぼす意義である。この観点を考慮する点にエーマン・モデルの特徴がある。これはタイプとしてつぎのように分類される。すなわち、

補償的機能型——生来の性格上、人と接することを苦手とし、いつも脇にすわっている。彼にとっては職場で働くことで充実感を感じ、生きる仙薬である。

気晴らし機能型——例えば親しい親族が最近突然に死亡した等の事情により、気分的に落ち込んでいる。彼にとって職場で働くときがそのことを忘れさせてくれるチャンスである。

自己実現機能型——特別な技能・知識を備えた専門職で、それにのめり込んでその職に生きがいを感じているような労働者である。

このような人格的価値が典型的に現れている事例として、エーマンはある意味では極端な二つの事例を紹介する。事例A…犯罪歴のある三〇才の独身である。彼は三カ月間の初めての職業生活を通じて、自分が社会の役に立てることを身をもって感じている。プライベートにも安定した生活である。

事例B…妻と一〇人の子供を抱える補助労働者である。彼はその収入額が低いので社会扶助も受けている。彼は生来の控えめな美徳を備えて、長年熱心に働いてきた。彼は自分の力で家族を養っていることを誇りにしている。

これらの事例で、雇用が彼らに与えている喜び、かつての犯罪者の性格を変え社会復帰を助ける役割は金銭的には測定できない。そこで測定の客観化のためにこの要素も独立した指標として取り扱うしかない。もっともこのような働く喜びは、日本で就労請求権をめぐる議論されているように、原則としてすべての労働者に当てはまることである。ここでは選考指標として解雇対象者個人を区別するための指標として取り扱うのであれば、特別な事

情にある者に対してのみ、この点に関する考慮を行うことになる。

したがって、これは通常の労働者に関しては問題にならない。ここでは働くことが金銭的価値では測りしれない意義を持つような特別な事情のある労働者のみが考慮される。

この点で使用者に実務を聞くと、対象となる労働者にとって労働が極端な設例のように際立った意義を有することとはなく、したがってこの指標で優遇も待遇もすることは無いという。その意味では、この指標が意義を発揮することは少ないかもしれない。他の指標に比べればもとよりウエートの低い指標である。

このようなエーマンの主張は従来 of 福祉的観点の内容を客観化するように努力してきたことは別の考えに根ざすようであり、また、金銭的価値を本来の賃金と失業手当の格差から算定するならば、それはどちらかといえば高収入労働者に有利になり、さらには解雇からの要保護性の判断で、本人の主観的要素を重視する点でも、およそ学説から容易には支持されないであろう。

d、事業所利益

BAG の立場といくらか異なっており、エーマンは最後の第四段階で福祉的観点と事業所利益の観点とともに考慮することを提案する。最後の段階でそれを考慮するという形で遠慮がちに提案しているが、事業所利益を重複して考慮する点で BAG 判決とは明確に異なる。彼は、法律文言が「福祉的観点をそれなりに考慮する」ことを求めているので、別の観点を考慮することは矛盾しないと見る。

この事業所利益のなかには、作業業績的観点や欠勤も含まれる。

e、個別事情の考慮

最後の選考段階で、まだ残っている労働者のなかでこれを考慮する。そうすると、個別事情は低いウエートで扱われる。

表 4 設例の条件

比較労働者 条件事項	A	B	C
年齢	66歳	58歳	55歳
勤続年数	35年	25年	9年
被扶養家族	(独身)	妻 子供 (14歳, 16歳)	妻 子供 (12歳, 14歳)
配偶者の収入		パート勤務 月1,300マルク	—
兼業状況		週8時間	—
健康障害		片目失明。 原因は事業所内で 使用者が規程に違 反した危険な階段か ら転落したため。	—
企業年金	受給権あり	受給権あり	あと半年で受給権が 生じる。
予想される公的年金額	1,800マルク	早期引退可能	—
再就職の可能性	全くなし。	困難	低いがある。
資産状態	20,000マルク預金あ り	持ち家建設につき 10,000マルクのロー ン残あり。	スポーツカーのため に40,000マルクの借 金あり。

ホ、事例検討³⁶⁾

以上に検討してきた福祉的選考における指標を具体的事例に適用させてみよう。表 4 は三人の労働者につき考慮される事項に関する条件を示す。この三人のうちから、いずれか二人を被解雇者として選ばなければならないとすると、いかなる事項にもとづいて判断されるであろうか。

まず、A は勤続年数が長いという有利な条件を持ちながらも、年齢がすでに六六才であり、公的年金を受給しており、解雇に伴う経済的困難が小さいゆえに、まず第一に被解雇者対象とされる。

しかし、つぎに B と C のうち、いずれを被解雇者に選考するかは容易ではない。両者は年齢、家族扶養義務を負う点で共通するが、一方で、B は勤続年数が長く、また使用者のミスで片目を失明している。しかし、配偶者が就労し収入がある。他方で、C は勤続年数が短いのは不利な条件であるが、企業年金受給資格を得ていないのは、被解雇者から外れるのに有利である。結局のところ、これらの指標のなかでいずれの指標を重視するかということになる。判例・通説によれば、C の勤続年数の短さが保護必要性を相

対的に弱めることになろう。

これを表3で示された点数表に照らしてみると、例5のノイズ案ではBとCがきわどく争う。それは使用者に帰責事由のある健康障害を評価するか否か次第である。それ以外の点数表では争う余地なくBにより厚い保護が及ぶ。それは主に勤続年数の違いに起因する。

七八

四 解雇選考指針の効力

1、序論^註

事業所組織法九五条によれば、使用者は採用、配置転換、格付け変更および解雇にあたって人事選考に関する指針を事業所委員会の同意を得て作成できる。使用者が選考指針を作成するか否かは使用者の自由である。従業員数一〇〇〇名を上回る事業所では事業所委員会は福祉的観点をその内容とする選考指針の作成を使用者に要求することができ、他方で、解雇保護法二条二文一号によれば、選考指針に違反した通常解雇は社会的に不公正な解雇として無効である。解雇指針ではそれが九五条一項にもとづくか、それとも九五条二項にもとづくかに関係なく、いずれにせよ福祉的観点が定められる。

選考指針は使用者にもさまざまな便宜を与える。使用者は指針にもとづいて予備選考を行える。解雇実施にあたりどのような内容であれば事業所委員会が意見聴取で異議表明するかを予測できる。図式化された指針を使用すれば、選考基準が単純化される。

選考指針の内容をいかに定めるかは原則として使用者と事業所委員会の自主的な判断に委ねられる。しかし、解雇保護法が定める社会的不公平事由に反してはならない。選考指針は事業所協定のひとつとして締結される。口頭

による合意は指針としての法的効力を持たない。使用者と事業所委員会は選考指針によって個々の労働者が有する法律上の解雇保護を弱めることはできない。内容の適否に関しては裁判所による審査に服する。

BAG判決によれば、選考指針は唯一の指標にもとづくことは許されず、勤続年数、年齢および扶養義務という三つの基本的な指標をバランスよく含まなければならない。さらに被解雇予定者個々人の個別事情を適切に考慮しなければならない。それを点数表という形で定めることも許される。

これに対して、使用者が事業所委員会との合意なしに便宜のために単独で選考指針を作成し、それにもとづいて選考を行うことがある。この指針作成は単独行為であるがゆえに事業所組織法にもとづく選考指針とは関係ない。それにもとづいて使用者が人事選考することは使用者の自由であるが、選考基準が妥当であるか否かの司法審査にあたり事業所組織法上の選考指針のように尊重されない。それは使用者の内部的基準にすぎない。それでも単独で選考指針を作成することを禁じるべき理由はない。それが法的意味を持たないだけのことである。これは使用者単独作成の点数表に関しても同じことがいえる。

使用者単独作成であっても、それが福祉的観点をそれなりに考慮していればそれにもとづく解雇は有効である。

2、選考指針に関する二つの法律の関係

選考指針の法的効力に関して、事業所組織法九五条と解雇保護法一条三項という二つの法律が定めている。そこで、両者が抵触するときにそれぞれがいかなる関係に立つかは、よく争われている。

イ、事業所組織法優位説

ツェルナー²⁸⁾によれば、事業所組織法上の選考指針は解雇保護法一条三項にもとづく選考要件に優先する。その理由は、一方で事業所組織法九五条二項は解雇指針が福祉的観点にもとづくべきことを明確に認めていること、他方

でこの指針に反する解雇は解雇保護法一条二項にもとづき事業所委員会の異議表明によって解雇が無効とされることである。以上のことから、事業所内での選考指針にあたっては福祉的観点の原理は指針から委ねられている範囲内でのみ意味を持つ。事業所内の選考指針に解雇保護法一条よりも優位を認める人々は、福祉的選考の有効性如何を合意された福祉的観点に關してのみ審査することになる。

ロ、解雇保護法優位説

これに対し、通説・判例は解雇保護法の優位を主張する。その理由は、まず解雇保護法一条三項は強行法規であること、事業所当事者（使用者および事業所委員会）によって締結された選考指針は解雇保護法よりも法源として下位であることにある。事業所組織法九五条の文言、形成史および体系からも、事業所組織法レベルで合意された選考指針によって解雇保護法一条三項の解雇保護が変更されることにはならないと説く。

事業所組織法九五条および一一二条は事業所当事者に集団的次元で福祉的選考の基準を定める権限を付与した。それに対して、解雇保護法一条三項は使用者による個別的な事例の個人ごとの福祉的選考にかかわる。団体法レベルの選考指針によって解雇保護法が変更されることは個別的解雇保護と集団的解雇保護の区別という原則に反する。このように解釈すれば事業所組織法上の選考指針が無意味になる、と主張するのは適切ではない。一方で、選考指針は、事業所委員会から異議表明された解雇では使用者が選考指針に反することはその解雇を無効とすることに よって個別法上の解雇保護を厚くする。それは当該の福祉的選考が具体的に適切であったか否かに関係なく解雇は無効になるという、いわゆる解雇の絶対的な社会的不公平事由にあたる。使用者が選考指針に違反し、かつ、事業所委員会が遅滞なく異議表明すれば、労働者は事業所組織法一〇二条五項にもとづいて解雇訴訟期間中、継続して雇用されることを請求することができる。

以上のことを要約すれば、使用者と事業所委員会によって締結された選考指針は解雇保護法上の解雇保護を制約

することはできない。通説・判例によれば、解雇保護法一条三項は事業所組織法九五条にもとづく選考指針よりも優位する。

3、選考指針の許容される範囲——選考指針と事業所委員会の共同決定権³⁹⁾
 つぎに労働裁判所は事業所組織法九五条による事業所当事者への授權に関し、事業所当事者に一定の「裁量の余地(Ermessensspielraum)」を認めるべきか否かという問題が生じる。

イ、判例の流れと学説の評価

使用者と事業所委員会が合意した解雇選考指針の有効性に関し、かつてBAG一九七六年三月一日判決はつぎのように判示した。すなわち、解雇保護法は強行法規であり、解雇選考指針に対して絶対的な優位性を持つ。確かに「福祉的観点」は不明確な法律概念である。しかし、すでに福祉的選考では年齢、勤続年数および扶養義務が考慮されるという内容に関する合意が成立している。使用者はその具体的運用にあたり「裁量の余地」を有せず、この基準を考慮しないような選考指針は法律の意義を暗黙のうちに逸脱しており、それゆえに強行的な解雇保護の変更または排除を意味する。この価値評価を無視するような解雇指針は何らの拘束力を持たず、BAGからは無効として取り扱われる。したがって使用者は福祉的選考にあたりそもそも何らの「裁量の余地」を持たない。労働裁判所は福祉的利益に関する自らの価値評価と衡量にもとづき決定することができ、使用者の選考決定を無制限に審査できるとした。

しかし、その後のBAG判決は基調を少し変えた。一九八三年三月二四日判決は、使用者および事業所委員会の指針策定に関し制限付きながら裁量の余地を認め、解雇選考指針はそれが年齢、勤続年数および扶養義務という重要で不可欠な選考指標を相当程度(in gebührender MäÙe)考慮している限り無条件に有効であると判示した。さら

に、一九八三年一〇月二〇日判決は前記判決の趣旨を確認して、より具体的な事例でそれを承認した。しかし、いずれの判決も事業所当事者に認められる裁量の余地の内容と限界に関して具体的には述べていない。それは、合意された選考指針は解雇保護法一条三項の価値を考慮し、個別事例の具体的事情に責任をもった判断に余地を与えられる、と述べるだけである。

さらに、BAG一九八四年一〇月一八日判決は、使用者は福祉的選考にあたり裁量の余地を有せず、むしろ「一定の評価判断の余地 (gewisser Bewertungsspielraum)」をもつにすぎない、と判示する。それは前記二判決に比べて事業所当事者の裁量に関して消極的な印象を与える。

このような判例の流動的な態度に対して、学説の批判は強い。判例のいうように事業所当事者に一定の裁量ないしは評価する余地を認めても、裁判所による司法審査の可能性は残る。このような困難を解決するには、いつそ福祉的選考を事業所当事者に大幅に任せるべきであると主張する。裁判所は、事業所当事者が選考にあたり福祉的観点をそれなりに考慮して判断したか否かだけを審査すべきであると主張する。

福祉的選考では不確定な概念が問題になるが、さまざまな社会的条件が相互に関連するような確定的な基準はなく、かつ、解雇保護法一条三項にもとづく選考では福祉的観点がそれなりに (ausreichend) 考慮されれば足りるので、実際には多様な決定が考⁴⁰えうる。

ロ、具体的事例の検討⁴¹

BAG一九八三年三月二四日判決によれば、選考指針基準を裁判所自らが定めうるという法的根拠は存在しない。したがって選考指針は経済的解雇にあたり考慮される選考基準を含み、それはいづれにせよ解雇保護法一条三項一文の意味での福祉的選考の重要な基準をバランスを保って考慮しなければならない。

例1…ある企業では仲裁委員会裁定によりつぎの解雇指針が定められた。

(i) 勤続年数の長さが優位性を持つ。

(ii) 勤続年数が同じ場合には、年齢、被扶養家族数および場合によっては正当な事業運営上の必要性を考慮する。

この指針では、勤続年数の長さのみが重視されている。多くのケースでは年齢や被扶養家族数は考慮されることなしに終わるのである。これは個々人の法律上の解雇保護が欠落しているので福祉的選考の基本原則から重大に逸脱している。それゆえにこの解雇指針は無効である。

法律上の解雇保護の基本原則はさらに解雇事例の個別的事情を考慮することである。それゆえに労使が締結する選考指針も、それが図式化された評価を定め、個々人や個別事例の特殊事情を十分に考慮している場合にだけ有効である。

例2…ハム州労働裁判所はつぎの指針を定めた。

(i) 年齢 二〇才までは〇点、三〇才以下は一点、四〇才以下は二点、五〇才以下は三点、五一才以上は五
点

(ii) 勤続年数 満一年ごとに四点

(iii) 扶養義務を負う児童数 それぞれに五点

(iv) 重度障害を有する場合 一〇点

(v) 配偶者が働いているとき 一〇点減点

この取扱基準を連邦労働裁判所は、裁判所自ら点数制を定める法的な根拠がないとして破棄した。この解雇指針が仮に使用者と事業所委員会の合意にもとづいて定められても、なおこの内容では有効ではない。なぜならば、この図式化された点数表では個別的事情を十分に考慮できない。そこでBAGはつぎの点を指摘した。すなわち、扶

養義務を負う児童の評価につき、それぞれの児童が後だけの期間、親による扶養を必要とするかを考慮すること、重度障害者につき一律に一〇点をカウントするのではなく、各人の再就職見通しの程度を考慮してカウント点数に反映させること、共働きにつき、配偶者がパート就労か、それともフルタイム就労かを考慮すること、である。

このハム州労働裁判所の基準によれば、勤続年数が際だって重視されている。その是非を見るために事例設定すると、労働者Aは独身の二五才で、一六才のときからここで働いているとすると、持ち点は、年齢により一点、勤続年数九年×四点〇三六点、合計三七点である。それに対して、労働者Bは五五才で子供二人を抱え、妻は働いておらず、勤続年数は四年間だとすれば、持ち点は、年齢により五点、勤続年数四年×四点〇一六点、児童数二名×五点〇一〇点、合計三一点となる。その結果、BよりもAが解雇から保護されることになる。しかし、そのような取扱いが妥当であろうか。解雇によって被る不利益の程度、再就職の可能性、別の土地に移ることの支障の少なさに照らして、AとBの比較では、Bがより保護されるような点数配分が望ましいはずである。

むすびに

1、要約

本稿の重要ポイントのみ確認すればつぎのようになる。

まず、整理解雇の被解雇者人選に先立ち、事業運営上の必要性をいかに判断するかにつき、一九八三年以後の連邦労働裁判所判決の変更によって、それに該当すると判断される範囲が拡大した。その結果、福祉的選考の対象となる事例・範囲は縮小した。これは本稿のテーマにとって大きな変化である。学説が点数表の議論をしても、それはあくまでも福祉的選考の基準である。

つぎに残った労働者のなかで、誰を解雇するかに関する人選基準では福祉的観点が考慮される。それは具体的には、つぎのようになる。

イ、福祉的観点の内容

今日、BAG判決は、あらゆる事情を考慮したうえで福祉的選考を行うべきであるとし、そこには多様な指標が理解されている。そのなかで考慮すべきであるか否かに関して争いがあるのは、配偶者の所得、資産状態であり、それ以外の指標を考慮すべきことに関しては、判例・通説で見解の対立はない。

ロ、指標の優先度

年齢、勤続年数および被扶養者数が基本的な指標であることは一致した理解である。そのなかで勤続年数および年齢がより重要である。

それ以外の指標は必ず考慮しなければならないという程のことではないが、他方で前記の三基本指標だけで福祉的選考を行うことはBAGからは不十分であるとみなされている。

近時発表されている学説はおおむねBAG判決を支持しており、判例と通説は一致していると見てよい。

2、ドイツでこのような特徴が形成された背景

整理解雇の被解雇者人選が福祉的観点にもとづいて行われるようになった背景には、歴史的な沿革がある。それは使用者団体と労働組合という社会的パートナーの合意および取扱いに由来するところが大きい。そこではまず労働組合がそれを強く要求したことによる。日本では多くの労働組合は、整理解雇しなければならぬ企業の経営状況および解雇されずに残る労働者の要望を考慮して勤務成績等の労働力評価の基準にもとづく人選基準に依拠している。このような労働組合の対応姿勢の違いは、労働組合組織が企業別であるか、それとも企業横断的であるかの違

いに対応して、その企業の労働者の利益のみを考慮するのか、それとも労働者全体の利益を考慮するかという違いに由来する。日本では労働市場が企業ごとに分断され、企業別組合はそれを前提に成立しているために容易に企業間競争に巻き込まれてしまう。その結果、企業存続を優先させて、解雇される労働者への配慮は弱くなっている。本稿テーマの人選基準にもそれが反映している。ドイツで被解雇者人選基準の交渉に関与するのは労働組合ではなく、従業員代表の事業所委員会である。事業所委員会はその事業所従業員のみの代表なので企業エゴに陥る可能性を持っている。しかし、事業所委員会に対して現実には産業別労働組合が強い影響を持っていること、および従業員のなかで勤続年数の長い者が事業所委員会委員に選出される傾向があることの結果、事業所委員会が交渉で解雇対象労働者、とくに中高年者の利害を考慮した対応をしている。

他方で、使用者側の事情を考えると、使用者側としても経営困難期の人員削減を労働者の労務給付水準を考慮して労働力評価基準にもとづいて行いたいという願望を持つ。しかし、組合の要望に応じてさほどその願望に固執していない。その背景には、協約にもとづく賃金体系が、担当職務の種類および技能水準に応じているために、日本の年功序列的賃金体系と異なり、賃金水準と労働力水準のアンバランスが小さいという事情がある。

3、日本法への示唆

イ、ドイツのこのような取扱基準を見ると、日本における整理解雇における人選基準が合理的であるか否かの検討を必要とするように思われる。日本では通常、整理解雇時には企業経営が困難であることが強調されて、企業再建に必要な人材を残すために労働力評価観点にしたがって人選が行われる。その結果、概して中高年者にしわ寄せが集中することになる⁴⁴。しかし、ドイツの議論に見られるように彼らが再就職困難で、解雇による不利益が大きい階層であるのも事実である。少なくとも、このような観点をいくらかでも考慮することが求められるのではなから

表5 労働契約の解約事由 (1985年, %)

解約の種類	平均	男性	女性
自己都合退職	16.3	12.8	21.1
使用者による解雇	56.7	64.2	46.3
合意解約	3.3	3.3	3.3
期限付き雇用の期限終了 徒弟見習い契約関係終了	23.8	19.8	29.3

※これは失業手当申請者に対して解約事由を問うたものである。

出所：BT-Drucks. 10/6441, S. 6

うか。⁴⁵すなわち、整理解雇の人選にあたり、事業運営上の必要性と解雇からの保護を必要とする者への配慮を調整することである。この点では、ドイツでは事業所組織法八〇条一項三号が企業内における高齢者雇用保護を定めるのに対し、日本の高齢者雇用安定法は定年制等につき定めをおくが、高齢者雇用保護の規範性で劣るといえるかもしれない。

ところで日本で使用者側が中高年者の解雇を強く求める一因は、年功賃金にともなう労働能力と賃金水準のアンバランスが高齢者で顕著になるという事情にある。その点で年功賃金は高齢者の雇用に厳しく作用する。他方で労働者に対するアンケート調査によれば、およそ三分の二の労働者は現在なお年功賃

金体系を望ましいと考えている。その背景は、労働者の生涯のなかで五〇才代前半あたりで最も多くの支出を必要とするという家計支出構造がある。ドイツとの比較でその原因を見ると、子供の教育費が最大の原因である。ドイツでは大学授業料は無料であるし、およそ四割の学生が、アルバイトなしでやっつけける金額の奨学金を受給している。また、日本のように親が子供に仕送りにすることは一般的ではない。それどころか要扶養児童をもつ親に対しては、かなり高額の子供手当が税金から支出されている。このような家計支出構造という社会的条件が変わらない限り、年功賃金体系への労働者の要望は変化しないであろう。

さらに、中高年者に対する解雇の不利を緩和するために、企業が新規採用にあたっての年齢による差別的取扱を是正することが求められる。企業は従業員採用にあたり、正式の文書で年齢差別を明記してはいない。しかし、筆者は寡聞にしてそれに関する調査結果を知らないが、実際の求職活動の経験によれば、巨大企業の多

くは正規従業員として新規学卒者を採用することを原則にしているという印象を抱く。それは、現在各大学に普及しつつある社会人入学者が再就職にあたって遭遇する困難さに典型的に示されている。もしそれが事実であるとすれば、企業がそのような人事政策を採る理由は、年功的賃金体系にあると推測される。その点でも年功的賃金体系とそれを支える社会的条件の見直しが求められているといえよう。

ロ、ドイツ法では解雇に関する取扱基準が法律で明記されている。関係者に対する周知と法的安定のためには、確定している法的運用基準は法定されることが望ましい。その点で、整理解雇が正当とされる四つの要件（整理解雇を必要とする重大な経営困難状態にあること、解雇を回避する努力を尽くしたこと、被解雇者人選基準が合理的・公平であること、労働組合との協議を行ったこと）は法律に明記されるべきである。

- (1) 参考までに、表5にドイツにおける労働契約解約事由比率を紹介する。
- (2) 今野順夫「被解雇者の選択」荒木還暦記念『現代の生存権』（一九八六年、法律文化社）三三五頁以下、手塚和彰「西ドイツ労働事情・判例展望3」判例時報一一二五号（一九八四年）一二頁以下、今野順夫「西ドイツにおける経済的事由に基づく解雇の法理」季刊労働法一一三三号（一九七九年）、村中孝史「西ドイツにおける解雇の現代的展開」下「季刊労働法一一三六号」（一九八五年）一八一頁以下、今野順夫「大量解雇の規制」法学五〇巻六号（一九八七年）、長淵満男「西ドイツにおける集団解雇の規制」高知大学研究報告一七巻一号参照。
- (3) Vgl. Kötter/Tritin, Kündigungsschutzrecht, 1993, S. 409ff.; Becker/Etzel/Friedrich/Greninger/Hillebrecht/Rost/Weigand/Weller/M. Wolf/I. Wolff, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 3. Aufl., 1989.
- (4) 藤原稔弘「解約告知に対する経営協議会の関与の実状とその問題点」横井芳弘編『現代労使関係と法の変容』（一九八八年、勁草書房）、藤内「ドイツの解雇に対する従業員代表の関与」岡山大学法学会雑誌四五巻二号（一九九六年）三七頁以下参照。
- (5) Vgl. Wilhelm Neyses, Auswahlkriterien, Auswahlverfahren und Auswahlrichtlinien bei betriebsbedingter Kündigung, Der Betrieb Heft 45 vom 11. 11. 1983, S. 241ff.; Kötter/Tritin, a. a. O., S. 410.
- (6) 解雇保護法一〇条によれば、解雇に対する補償金支払算定につき、通常は月給の二ヵ月分を上限とするところ、五〇才以

上で、かつ、勤続年数一五年以上の労働者には一五カ月分を上限とし、さらに五五才以上で、かつ、勤続二〇年以上の者には一八カ月分を上限とする旨定め。

(7) Vgl. Ulrich Ph. Rass, Die Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung, 1986, S. 68f.; 経営困難度は原則として司法審査の対象とならないことにつき、今野順夫「整理解雇と司法審査」外尾・広中・樋口編『人権と司法』（一九八四年、勁草書房）、西谷敏『ゆとり社会の条件』（一九九二年、労働旬報社）一八九頁参照。

(8) Vgl. Hueck, Klein, Aufahrt/Müller.

(9) Vgl. Herschel/Löwisch, König, Buchner, Zöllner, LAG Hamm v. 11. 12. 1975.

(10) Betriebsberater 1983, S. 1665.

(11) 深山明『ドイツ経営補償計画論』（一九九五年、森山書店）参照。

(12) Kötter/Trittn, a. a. O., S. 419f.; Rass, a. a. O., S. 54.; Rüdiger Linck, Die soziale Auswahl bei betriebsbedingter Kündigung, 1990, S. 115ff., S. 126.

(13) Recht der Arbeit 1951, S. 63.

(14) 参考までに、ヴァイスレーダーの分析により、七〇年代の判例につき、仮説「判例では法律がいう正当な事業運営上の利益という概念に関して不統一である。業績観点が福祉的観点にもとづく選考に対立するか否か、どの程度かという問題に関しては特にそうである。」が成立するか否かを見る。

分析対象とした判決のなかで正当な事業運営上の利益の存在が争われたのは三〇例であり、そのうち七〇%に相当する二二例ではそれに該当すると判断された。個別判決で取扱基準は大きく異なる。争いとなった当該労働者の置かれている条件がさほど異ならない限り、僅かな労働者配置の利便性(Einsatzmöglichkeit)でもその要件を充足するという解釈が広く見られ、福祉的選考は正当な事業運営上の利益の背後に退く。ここでの問題は、いかなる場合に労働者の福祉的観点の条件の違いが些細であると評価され、どれほど大きな事業運営のメリットが必要とされているかである。これは個別事例ごとに議論されるので客観的な基準を見つけたことが困難である。せいぜい類似条件の事例で判決によって異なる違いがあるかを調べることができる。

つぎの事例は判決の判断基準の違いを示している。すなわち、一方で、リューベック労働裁判所判決七は、多面的な配置可能性があることを福祉的選考と対立する正当な事業運営上の必要性であるとは見なかったのに対して、他方でノイミュンスタール労働裁判所判決七は、多面的な配置の可能性が労働者に存在するだけで足りると判断した。

判決による基準不統一を示す別の事例として、エルムスホルン労働裁判所判決のなかに類似事件を異なつて判断したものが

ある。判決五八は、保護必要度の低い労働者に多面的に配置できる可能性があることが福祉的観点のかんりの違いを相殺するに足りると判断する。原告は別労働者よりも二八才年長で三年分勤続が長い。しかし、別労働者のみが子供を扶養する義務を負っていた。それに対して、判決五二は、別労働者の高い資格や幅広く配置できることよりも福祉的観点がより重要であると判断した。ここでは原告は一四才年長で、四人の子供を抱えていたのに対し、別労働者には子供がなかった。

勤務ぶりを考慮すべきか否かに関してキール労働裁判所判決中に対立がある。判決三六はそれを考慮することを拒否するのに対して、判決九および三六はそれを承認する。同様に連邦労働裁判所判決のなかでもこの点に関しては対立がある。

労務給付業績観点を考慮することに関しては、そのような原則的な対立はない。関係する一〇の判決はいずれもそれを認めることから出発している。この点に関する判決の予測安定性に関しては、裁判所が一方で原告と別労働者の間で業績観点の違いによる企業にとってのメリットと、他方で原告の社会的保護必要度の間でいかに判断するかがある。この点で判決は未だ明確ではない。Vgl. Wolfgang Weisleder, Soziale Auswahl bei betriebsbedingter Kündigung in der Gerichtspraxis, 1982, S. 204ff.

- (15) Vgl. Peter Meisel, BB 1963, S. 1062. なお、ウェンゲは「事業所利益を無視すれば、いい仕事によって職場を維持する可能性を従業員から奪う」として、フークおよびブッフナーは一文の文意、体系的観点、一条の歴史的経過および立法政策的観点からこれを支持する。Vgl. Rudolf Weng, DB 1978, S. 886ff.; Alfred Hueck/Götz Hueck, Kündigungsschutzgesetz, 10. Aufl., 1980, §1 Rz. 117a; Herbert Buchner, DB 1983, S. 390.

- (16) 手塚・前掲論文、九頁。

- (17) Vgl. Rass, a. a. O., S. 59; Theodor Rohring/Hans-Dietrich Rewolle, Kündigungsschutzgesetz, §1, Rz. 23; Manfred Löwisch, SAE 1984, S. 50ff.; Karl Dudenpostel, Der Betrieb 1984, S. 829; H. Buchner, Der Betrieb 1984, S. 504ff.

- (18) Vgl. Becker usw., a. a. O., S. 550; なお、Becker II版は条文が“bedingen”という言葉を用いていることから、当該労働者なしには事業所に一定の行き詰まりが生じることが必要であると解釈していた。解雇保護法を使用者の利用価値に有利に解釈することは法治国家原則と両立しないと理解する。

- (19) Wilfried Berkowsky, Betriebsbedingte Kündigung und soziale Auswahl, in: Betriebs-Berater, Heft 32, 20. 11. 1983, S. 2061f.; Kittner/Tritun, a. a. O., S. 420.

- (20) Vgl. Linck, a. a. O., S. 5ff.

- (21) Vgl. Kittner/Tritun, a. a. O., S. 416; Linck, a. a. O., S. 86ff.; Rass, a. a. O., S. 35, 48f.

- (21) 勤続年数につき、事業所委員会が勤続年数の長い労働者を解雇から保護しやすい事情につき、藤内・前掲論文六〇頁参照。

- (22) Vgl. Hoyningen-Huene, Herschel, Schwerdtner, Preis, Stahlhacke.
- (23) Vgl. Rost, Becker u. a., Linck.
- (24) Vgl. Brigitte K. Hartmann, Arbeitsplätze 1994, S. 52ff. この調査報告はまた、被解雇者選考で福祉的選考のウェイトが低下している様子を伝えている。藤内「ドイツにおける人員削減手続き」岡山大学法学会雑誌四五巻四号（一九九六年）参照。
- (25) Vgl. Ehmann, Rass, Vogt, Schaub, Weng, Hoyningen-Huene, Hueck, Rost, KR-Becker Rn. 355, Herschel/Löwisch Rn. 226.
- (26) Vgl. Kitterer/Trittin, S. 416, Linck, BAG v. 24. 3. 1983.
- (27) 藤内・前掲「ドイツにおける人員削減手続き」参照。
- (28) Berkowsky, Hueck, Neyses, Preisの回答である。
- (29) Neyses, a. a. O., S. 2416.
- (30) Weissleder, a. a. O., S. 75ff.
- (31) 選考にあたり考慮すべき事情を使用者が知らなくても、労働者は使用者の手落ちを主張できることがある。例えば、労働者が負っていた扶養義務の内容につき、使用者が所得税書類によって知りえなかった事情も労働者は主張できるという見解もある。Kitterer/Trittin, a. a. O., S. 418f.
- (32) 手塚・前掲論文参照。
- (33) Rass, a. a. O., S. 61ff.; Berkowsky, a. a. O., S. 2062.
- (34) この方式に賛成する意見が、Philipp, Bleistein, Berkowsky, LAG Düsseldorf v. 3. 6. 1982から出された。逆に、反対意見が、Rohring/Rewolle, Gift, Löwisch/Schüren, Klinkhammer, LAG München v. 13. 8. 1974から表明された。折衷的意見として、予備選考に用いることに限定して支持する意見が、KR-Becker, Hueck, Müller, Ehmann, ArbG Wetzlar v. 6. 9. 1983, LAG Hamm v. 7. 7. 1981から表明された。
- それに対し、ツェルナーはいずれの基準を用いても、それぞれの基準にいかなるウェイトをかけようと、そのなかに不可欠な三つの事項が含まれていればそれで許されると見る。
- (34 2) 企業における人事選考指針の点教表の実例につき、藤内「ドイツにおける労使協定等の実例」岡山大学法学会雑誌四六巻一号（一九九六年）参照。
- (35) Rass, a. a. O., S. 72ff., S. 133ff.
- (36) Linck, a. a. O., S. 111ff.

- (37) Kritner/Trittm, a. a. O., S. 403ff.; Linek, a. a. O., S. 129ff.; 中島正雄「西ドイツにおける人事問題の共同決定」季刊労働法二二八号(一九八三年)一六一頁参照。
- (38) Wolfgang Zöllner, Auswahlrichtlinien für Personalmaßnahmen, Festschrift für Gerhard Müller, 1981, S. 665.
- (39) Rass, a. a. O., S. 138ff.
- (40) Bernhard Weller, Betriebliche und tarifliche Regelungen, die sich auf die soziale Auswahl nach §1 Abs. 3 KSchG auswirken, in: Recht der Arbeit 1986, Heft 3/4 S. 222ff.
- (41) Neyses, a. a. O., S. 2414ff.
- (42) BAG v. 11. 3. 1976, Der Betrieb 1976, S. 1387.
- (43) LAG Hamm v. 7. 7. 1981, Der Betrieb 1982, S. 2195.
- (44) 小池和男「解雇からみた現代日本の労使関係」森口・青木・佐和編『日本経済の構造分析』(一九八三年、創文社)一二二頁参照。野村正実『終身雇用』(一九九四年、岩波書店)九五頁以下には人選基準の実例が紹介されている。
- (45) 野村・前掲書一八〇頁以下参照。
- (46) 総理府の一九八七年調査によれば、年功序列制につき、「労働者にとってはよい制度だ」が回答した労働者のうち三二・四%、「双方にとってよい制度だ」が二八・七%、「双方にとってよい制度ではない」が一六・三%、「企業にとってはよい制度だ」が五・六%である。週刊労働ニュース一九八七年二月一四日号参照。

(とうない かずひろ)