解雇争訟中における被解雇労働者の継続就労請求権（1）

——西ドイツ解雇制限法研究——

今　野　順　夫

目　次

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．就労請求権
Ⅲ．経営組織法102条5項にもとづく継続就労請求権
　A．継続就労請求権の要件
　B．継続就労関係の法的性格
　C．継続就労義務の免除
（以上本号）
Ⅳ．経営組織法102条5項の適用のない一般的継続就労請求権
（以下次号）
Ⅴ．むすびにかえて——日本法との比較

Ⅰ　は　じ　め　に

自己の労働力を売ることによってのみ生存を支えうる賃労働者にとって，労働契約関係を使用者のイニシアティブによって解消する「解約告知」(Kündigung) は，生存も否定しうる重大性を有するものである。とくに，現在のように，経済的困難によってもたらされている失業者の増大，再就職の困難化の下においては，なおさら深刻である。個別的労働関係法理の一大論争点が，解雇の法理をめぐってであったことは，以上のことの反映であろう。

そのため西ドイツにおいては，1951年の解雇制限法（Kündigungsschutzgesetz）の制定により，「社会的に不当」な解雇は無効とされ，心身（persönlichbedingte），行動（verhaltensbedingte），経営状態（betriebsbedingte）に根拠を有する解雇のみが許されているが，わが国においても，かかる解雇制限のための特別法は存在していないものの，判例の蓄積によって，主として解雇権濫用の法理により，使用者の解雇の自由は，かなりの制約をうけてきたと云ってよい。その点では，不当な解雇について，裁判上，最終的に無効とされ，再び職場に復帰しうる可能性が存在しているといえる。

しかし，解雇無効を訴える訴訟の終結は，西ドイツの労働裁判制度においても，約4年を必要とするのが通例といわれ，わが国においては，最高裁によって確定されるまで，10年間を越えることも稀ではない。その間，西ドイツの被解雇労働者は，手取り報償（Nettoentgelt）の68%の失業手当を一定期間（156日～312日）のみ支給され，かつ勝訴（解雇無効）の場合には，バックペイ，現職復帰が可能となるものの，訴訟期間中の生活および労働能力維持は困難となり，結局，可能であれば他企業に再就職し，あるいは，そうでなくとも，職場復帰が極めて困難である。このような法技術的困難さは，訴訟への躊躇を生み出し，不当な解雇に対しても，結局，訴訟も提起せず容認するという結果ともなる。したがって，解雇争訟中の継続就労請求権（Weiterbeschäftigungsanspruch）は，被解雇労働者にとって，切実なものとして登場する。

本稿では，西ドイツにおける解雇争訟手続中の継続就労請求権をめぐる法理を検討し，実質的には，はるかに必要性の高いわが国での採用の可能性を検討する一助としたい。

Ⅱ．就　労　請　求　権

継続就労請求権を検討するためには，まず一般的な就労請求権の検討が必要であろう。

就労請求権は，多くの憲法で確認されている労働権（Recht auf Arbeit）が国家に対して向けられているのに対して，使用者に向けられた権利であり，現実の就労を求める権利である。

こうした一般的な就労請求権に関する西ドイツの基本的な判決は，すでに1955年11月10日，連邦労働裁判所（ＢＡＧ）において下されている[1]。判決によれば，契約関係のある間，労働者は，報酬請求権（Vergütungsanspruch）のみならず，実際の就労の請求権（Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung）をも有しており，労働からの解放は，一時的にのみ，たとえば，解約告知から契約の満了に至るまで，または，使用者に特別に保護に値する利益が存在する場合にのみ許される。

この就労請求権の根拠を，BAGは，以下のように，基本法１条，２条で保障されている「人間の尊厳」（Menschenwürde）の保護に求める。

「労働関係は，自立した活動の雇傭契約または，その他の債権関係のように，ただ単に，個別的に特定された給付にかかわっているだけでなく，その妥当領域において，労働者の全人格にかかわり，それ故に，本質的に彼の生活を形成し，人格を規定づける人格法的共同体関係（ein personrechtliches Gemeinschaftsverhältnis）である。労働者を人間（Mensch）として尊重し承認することは，単に彼の給付の経済的価値（報酬額）にだけ依存するだけでなく，広汎に，いかに，彼に課されている課題を履行するかということのなかにある。まさに，そのことが，労働生活の領域で，彼に決定的に人間としての尊厳を与えることである。それ故に，使用者は，単に忠実義務（Treupflicht）にもとづいているだけでなく，特に，基本法１条，２条からすべての者に義務づけられている義務（BGHZ, 13, 338; Nipperdey bei Neumann-Nipperdey-Scheuner, Grundrechte Ⅱ, 15, 37）にもとづいて，労働者の尊厳と人格の自由な発展を侵害しうるすべてのことをやめなければならない。このような二つの基本権的立場の侵害を意味する場合として，次の場合が挙げられる。つまり，労働者にとって，単に一時的ではなく，出来るだけ長い間，従来の職業に就労しうることなく，報酬を受け取ることが要求される場合である。このことは，……不作為（Nichtstun）への強制に帰することになり，当該労働者をもはや，職業的共同社会および利益社会の完全に価値のある分肢としては，そもそも生じさせないことになろう。一般公衆のみならず，その職能および給付を意識している大部分の労働者も，相応する給付によって得るのではない賃金を受けとることを軽蔑する。さらに，労働関係が存続している間，労働力を他の者に提供することを許されない労働者も，職業上，継続的に就労，職業上の能力を維持し継続発展させることが妨害されることになろう。つまり彼は，その人格の発展を妨害されることになる。」

この判決は，従来，就労請求権が，「特別の就労利益」ある場合にのみ認められていた状況に比すると画期的なものであった。つまり，従来の判例では，芸術家，徒弟，医師，職業的パイロット，プロの運動選手のように，その創作能力の維持，知識・技能の継続的発展のために，実際の就労が，是非必要である労働者にのみ認められていた。これらの労働者にとっては，通常の職業活動なくしては，知識・能力が急速におとろえることになるからである。こうした例外的就労請求権の根拠は，明示的・黙示的合意に見出されていたのである[2]。つまり民法(BGB)は，使用者に労働者の労働力についての自由な処分を認め，したがって，一般に使用者に就労させる義務（Beschäftigungspflicht）は存在していないとするのが一般的見解であったのである。この点では，売買契約や請負契約での受領義務（Abnahmenverpflichtung）とは異なり，「合意」が必要とされ，上記の例外的事例においてのみ（黙示的合意として），その存在が認められていたといえる。

しかし，画期を成した1955年11月10日の上記ＢＡＧ判決の論理においても――それは，1962年５月４日，1972年６月15日の判決等において再確認されてきたが――，特定の場合においての就労の拒否が自由とされてきた。つまり，一方において，解雇予告期間中の不就労が容認され，他方において，使用者に特に保護に値する利益のある場合においては，就労が拒否されえた[3]。

1976年８月19日のBAG判決は[4]，上記1955年判決を転換させるものであった。判決は，労働者の就労請求権が，解約告知後，解雇予告期間中も存続することを，以下のように認めた。

「労働者の就労請求権は，一般的人格保護の一部である。それ故，労働者は，その権利の点で，使用者の優越的かつ保護に値する利益に対立している場合にのみ退かなければならない。その場合，綿密な審査が必要である。……しかし，この判決（1955年判決……注：今野）のなか

では，典型的な例外事例として，通常解雇の告知後の状況が挙げられているが，そのことは，ここにおいて利益衡量（Interessenabwägung）が不必要であろうことは意味しない。解雇予告期間の経過中は，しばしば，労働者の挙げるに値する就労利益は存しないという事実だけが言及されてきた。非常に多く，当該労働者は，この時期における解放を有利なものと考えている。というのは，彼にとっては，それによって，職場の転換が根本的に容易になされうるからである。使用者も同様に，全く異った理由から，すでに解雇予告期間中に，空いたポストを処分しうることに関心をもちうる。しかしながら，労働者が，労働関係の終了まで継続して労働することを望むならば，両者の利益が互いに衡量されなければならない。」

注目すべきことは，BAGが，以上の一般論の上に，労働者の就労の利益を，報酬の性格（手数料Provisionen）の故に肯定したということである[5]。休んでいることは，必然的に清算困難（Abrechnungsschwierigkeit）に導くことにならざるをえない。労働者の，このような「通例の」就労利益に，不就労に対する使用者の保護に値する利益を対置しうるとする1976年のBAG判決の確認は，根本的には，契約両当事者の利益衡量（Interessenabwägung）の必要性以外のものを意味するものではなかった。したがって，現存する労働契約関係に直面するならば，原則として，労働者の就労請求権から出発しなければならないことになる。使用者の側に，就労に対する労働者の通例の利益に優越する理由があれば，就労を拒否しうることになるが，それは，極めて稀であろう。

ところで，以上の議論は，労働契約が，性質上，就労請求権を伴うものであるか否かという，労働契約関係の存在を前提とした議論である。それに対して，労働契約関係の存否自体が争われている場合――使用者から解約告知され，かつ被解雇者がその効力を訴訟で争っているような場合――において，なおも継続就労請求をなしうるか否かの問題は，労働契約自体の性質の問題というより，労働者の職場保持の権利をいかに構成するか，使用者の解雇権をいかに制限するかという，解雇制限の問題として位置づけられよう。

この点，西ドイツにおいては経営組織法（Betriebsverfassungsgesetz）102条5項にもとづく継続就労請求権が認められているが，判例・学説の論争の焦点は，本条項の適用しえない場合における，「一般的継続就労請求権」の存否に向っているといえよう。

以下においては，経営組織法102条5項にもとづく継続就労請求権と，「一般的継続就労請求権」を区分して，法的検討をする。

Ⅲ．経営組織法102条5項にもとづく継続就労請求権について

経営組織法（BetrVG）102条5項は，経営協議会（Betriebsrat）の人事問題での共同決定の一環として，通常解約告知の場合の継続就労請求権について，以下のように定める。

「経営協議会が，通常解約告知（ordentlichen Kündigung）に対して，期間に従い，合法的に異議を述べ，労働者が解雇制限法にもとづいて労働関係は解消されていない旨の確認の訴えを提起した場合，使用者は，労働者の求めにもとづいて，解雇予告期間経過後，法的争訟の既判力を有する終結に至るまで，労働者を同一の条件の下で継続就労させなければならない。使用者の申立にもとづき，裁判所は，以下の場合に，仮処分によって，第一文にもとづく継続就労への義務から使用者を免除することができる。

1．労働者の訴えが，勝訴への十分な見通しを与えるものでないか，いわれのないもの（mutwillig）のように思われる場合，
2．労働者の継続就労が，使用者に期待しがたい経済的負担をもたらす場合，または，
3．経営協議会の異議が明らかに根拠のない場合。」

A．継続就労請求権の要件

継続就労請求権の成立をめぐって，以下の点が，検討されるべきであろう。

(1)　通常解約告知後の継続就労

BetrVG 102条5項によれば，労働者の継続就労要求は，通常解約告知（ordentlichen Kündigung）の場合にのみ限定されており，特別解約告知（außerordentlichen Kündigung）の場合には，排除されている。この点に関して，変更的解約告知（Änderungskündigung）の場合と，特別解約告知と予備的に表明されている通常解約告知とが結合されている場合が問題となる。

（a）解雇制限法２条によれば，使用者が労働関係を解約告知し，解約告知と一緒に変更された労働条件の下での労働関係の継続を申し出る場合，労働者は，この申出を，労働条件の変更が社会的に不当（sozial ungerechtfertigt）でないという留保つきで受け入れることができる。労働者は，労働条件の変更が社会的に不当であることの確認を求める訴えを労働裁判所に提起しうる（解雇制限法４条)。こうした変更的解約告知の場合にも，BetrVG 102条5項にもとづく継続就労請求が可能なもであろうか。

通説は否定的である[6]。それは，変更的解約告知の場合には，固有の意味での解約告知が問題とされていないことを理由とし，さらに，一方で変更申入を受け入れ，かつ留保つきとはいえ変更された条件での労働関係を継続しようとしていることと，変更されていない労働条件での継続就労を要求することとは矛盾しているという。しかし，変更的解約告知も，解約告知，つまり，労働者が契約条件の合意的変更の準備なくても適用されるという一方的形成手段を意味している。したがって，BetrVG 102条5項の目的たる労働関係の存続保護（Bestandschutz）から肯定する見解も示されている[7]。それは，条文上，明確に排除されているものでなく，解雇に比して，使用者に不当な経済的負担をかけるものでもないとするが，肯定説の積極性は，労働者に対して，変更的解約告知を拒否して解雇され，かつBetrVG 102条5項の継続就労の道を歩むか，または，留保つきで変更された労働条件を引き受けるかの困難な選択を労働者に強いないことにある。

（b）学説の一部には[8]，使用者が特別解約告知に追加して，補助的に，通常解約告知を表明する場合には，継続就労義務は生じないという主張がある。

確かに，継続就労請求権を法的効果としてもたらす解約告知が問題となるのは，通常解約告知の場合であり，特別解約告知の場合ではない。しかし，二つの種類の解約告知が一緒におこなわれる場合には，そのことのみによって，通常解約告知の際の継続就労請求権が，当然に否定されるのであろうか。以上のことを承認するならば，特別解約告知を予備的に結合することによって，継続就労請求権の排除が常に可能となる。

ところで，特別解約告知に限定するのか，通常解約告知も予備的に主張するかどうかを決定するのは，使用者自身であり，もし，継続就労請求の排除を望むものであれば，特別解約告知選択の道は存在している。したがって，この決定に参画していない労働者に，予備的に付加したために生じた負担を課すことは，正当とはいえないとする疑問が出てくる。また，もし解雇へと導く重大な理由が存在するならば，通例，労働者側に十分な勝訴への見通しのない場合に該り，後述の継続就労義務の免除の可能性もあり，使用者の十分な保護を欠くものともいえないであろう。したがって，特別・通常の二種の解約告知の併合を理由に，通常解約告知の継続就労請求権を一般的に否定する根拠は，十分とはいえないであろう[9]。

(2)　経営協議会の異議

BetrVG 102条5項１文によれば，継続就労請求権の前提として，経営協議会が，期間を遵守し、(fristgemäß)，かつ合法的に（ordnungsgemäß)，異議を申立てなければならない。

こうした経営協議会の異議は，継続就労請求権を根拠づけるものであるとともに，解雇制限法１条２項により，解約告知を社会的に不当とし，無効とする法的効果をもたらす前提要件でもある。

とくに，継続就労請求権の前提である経営協議会の異議が「合法的」（ordnungsgemäß）であるのは，支配的見解によれば，BetrVG 102条3項に挙げられている事由の存在を主張する場合だけである。つまり，経営協議会は，この規定に挙げられている以外の事由からも，異議を申立てうることは自明であるが，これは継続就労請求の効果をもたらすものではないことになる。

しかし，経営協議会の疑念が，解約告知の社会的不当性自体に向けられている場合はどうであろうか。とくに，継続就労請求権が，たとえば，BetrVG 102条3項１号に規定されている「被解雇労働者の選択の際における社会的観点顧慮の欠如または不十分性」の故に，異議を申立てたときは存在すべきであって，他方，異議が経営上の緊急な必要性のないことを根拠としている場合には，存在しないというのは理解しがたいことである[10]。ライネ労働裁判所（ArbG Rheine）[11]も，規定の意味および生成史から，経営協議会の疑念が，解約告知の社会的不当性自体に向けられている場合にも，継続就労をもたらしうる「合法的な」異議が存在していると判断した。

なお，BetrVG 102条3項の定める経営協議会の異議申立の事由は，以下の5項目である。

(a)第1号によれば，経営協議会は，使用者が被解雇労働者の選択にあたって，社会的観点（soziale Gesichtspunkte）を顧慮しなかったか，十分には顧慮しなかった場合に，異議を申立てうる。当該労働者にとって解約告知が社会的に苛酷であるとするだけでなく，むしろ，相互互換性のある労働者に関して，使用者によってなされず，または十分にはなされなかった社会的選択を否認しなければならない。

社会的選択の観点は，特に，事業所所属期間，年令，家族状態とその他の経済状態（法律的要扶者，同一家計内の稼動家族員，配偶者の十分な収入による生活保障），副業その他の収入，資産，労働によって蒙った健康障害などである。

(b)第2号によれば，経営協議会は，解約告知が95条にもとづく選択基準（Auswahlrichtlinien）に反する場合に，異議を申立てうる。つまり，BetrVG 95条によって，雇入れ，配転，再編成，解約告知の場合の人的選択に関する基準は，経営協議会の同意を必要とされているが，このような経営協議会と同意した基準が，使用者によって守られることが保障されているのである。こうした選択基準のなかには，経営条件的，心身条件的，行動条件的事由であれ，解約告知の際に顧慮されるべき全ての客観的な観点が定められうるが，解雇制限法の労働者のための強行的性格の故に，法律によって正当化しえない解雇理由を定めることは許されないであろう。他方，使用者の解雇権限を制限することは可能であり，それ自体解雇にとって十分な一定の事由が，解約告知に導かないことも定めうる。

(c)第3号の規定は，解雇されるべき労働者が，同一事業所の他の労働場所で，または同一企業の他の事業所の労働場所で継続就労しうる場合に，経営協議会に異議申立の権利を与えている。このことによって，行動条件的解約事由がなくなる場合には，行動条件的解約告知にも，適用される。

(d)第4号の規定は，労働者の継続就労が，期待しうる職業再教育措置（Umschulungsmaßnahmen）または補習教育措置（Fortbildungsmaßnahmen）の後，可能である場合には，解約告知に対する異議申立の権利を，経営協議会に与えている。

第3号と第4号の異議申立事由は，労働者の継続就労が期待しうる職業再教育または補習教育措置の後に確かに可能ではあるものの，それは従来の労働場所ではなく，同一事業所または同一企業内の他事業所の他の労働場所で可能である場合にも，存在しうることになる。

(e)第5号の規定は，労働者の継続就労が変更された契約条件の下で可能であり，かつ労働者がこれに同意している場合に，経営協議会に異議申立の権利を与えている。本号で経営協議会の異議申立が明確に労働者の同意を前提としているという事情は，3または4号で挙げられている前提が存在する場合には，労働者の予めの同意なくても，経営協議会は，解約告知に対して異議申立をなしうることを意味している。

以上の経営協議会の異議申立は，遅くとも，1週間以内に，書面にて使用者に対してなされなければならない（BetrVG 102条2項1文）。

ところで，使用者が，解約告知前に経営協議会に聴聞しなかった場合には，解約告知は無効とされるものの（BetrVG 102条1項3文），継続就労請求はなしえないのであろうか。経営協議会への法律上の聴聞義務（BetrVG 102条1項）を果さない使用者が，遵守した使用者より有利に扱われることは避けるべきであるから，聴聞がなされなかった解約告知の場合には，経営協議会の異議申立がなくとも，使用者に継続就労義務を課しうるとすべきであろう。

(3) 解雇無効確認訴訟の提起

継続就労請求を主張しうるためには，労働者は，自ら，「解雇制限法にもとづく訴え」を提起しなければならない。

「解雇制限法にもとづく訴え」として，解雇制限法13条3項により，同法の1条2項および3項（社会的に不当な解雇）または13条2項（良俗違反の解雇）の事由に支えられている訴えのみが理解される。したがって，他の事由（たとえば経営協議会の聴聞欠如）を引き合いとして提出する場合には，継続就労請求権は存在しないことになる。しかし，このような制限は，BetrVG 102条5項の基本的思想，労働関係の存続保護が，無効の他の事例の場合にも適用されるので，その意味について疑問ともされうる[12]。

勿論，解雇制限法6条によれば，労働者は，4条の3週間という訴訟提起期間内に，他の事由から解約告知の無効を主張している場合には，その

訴えを，解雇制限法所定の事由にも拡大する権限を有している。この可能性は，第一審の口頭弁論終結時まで存在する。その場合，解雇制限法にもとづく理由を持ち出した時点から，継続就労請求権が生じうることになる。

問題は，訴えの提起が「許されている」(zulässigerweise) 場合に限定されるか否かである。多数説によれば，労働者が解雇保護を有していない場合には，継続就労請求は存在しえないとされる。また，労働者が提訴期間を徒過した場合には，労働裁判所が，遅延した訴訟を，解雇制限法5条にもとづいて許した時にはじめて，継続就労請求権が蘇生する。その根拠としては，立法者が，許容された訴えから出発しているとし，または，社会的正当化の問題が，一般に実体法的に審査されうるような訴訟においてのみ考慮されていることを挙げる。

しかし，フックス (Fuchs) は，立法者が，訴えを「期間内にかつ合法的に」なさなければならないとまでは規定していないとする[13]。この点では，経営協議会の異議申立とは異なる。また，委員会報告，ならびにCDU/CSUの草案においても，労働者が訴訟を開始することのみを要求しており，訴えが許されていることまでを要求していない。解雇制限訴訟の許容性の前提が存在するかどうかは，多くの場合不明確であり，判定を下すのは，使用者ではなく労働裁判所である。許容されないことが明確であれば，使用者は，BetrVG 102条5項2文1号によって，継続就労義務が免除されうる十分な手がかりをもつのであり，単に疑わしいものである場合には，他の要件が充足するかぎり，継続就労義務が生ずることになるとされる。

(4)　継続就労の要求

さらに，労働者は，使用者に対して，継続就労を要求しなければならない (BetrVG 102条5項1文)。このための特別の形式は定められておらず，書面でも，口頭でもなされうる。

ただ，この意思表明に対しては，民法 (BGB) 615条にもとづいて，使用者を受領遅滞 (Annahmeverzug) におくために必要であるところの「労働給付の提供」に対する要件よりも高い要件が設定されるべきである。受領遅滞の前提である「労働給付の提供」のためには，労働者が解雇無効確認訴訟を提起したことのみで十分であると解されているのに対して，BetrVG 102条5項は，労働者が訴訟を提起したこととともに，さらに追加的に使用者に対して継続就労を要求していることを求めている。反面，継続就労を要求していなくても，受領遅滞となりうる。こうした継続就労要求は，当該労働者自身によってなされなければならず，経営協議会もこの権限を有しない。しかし，相応する経営協議会委員の継続就労要求の意思表明は，労働者の代理人としての行動と見られることが多いであろう。

また，労働者の継続就労要求の時点が問題となる。

まず，労働者の訴訟提起以後に継続就労要求をしなければならないのか，という問題があるが，使用者にとっては，継続就労要求によって提起された訴訟を事後的に知ったとしても不利益はない。法律も，訴状の送達までを求めず，訴訟の提起を求めている。その点での順番は問題とならない。しかし，多数説によれば，労働者は，解雇無効確認訴訟提起後，「遅滞なく」[14]ないしは「相当な期間」[15]以内に，継続就労を要求しなければならないとする。継続就労するか否かを，計画のなかに含めなければならないことを理由とする。クラフト (Kraft) またはシュタールハッケ (Stahlhacke) によっては，解雇予告期間以内での継続就労要求が求められる[16]。このような要求期間の制限は，使用者の問合せが可能であり，かつ労働者の法的知識の不十分さを考慮するならば，その妥当性には疑問がある。BAG判決 (1978年8月31日)[17]も，解雇無効訴訟提起以後4ケ月の継続就労要求を，遅延したものとみなさなかった。

(5)　実際の就労の要求

以上の前提の充足によって，使用者は，正規の解雇予告期間の満了後も，労働者を就労させなければならないことになるが，少数説のなかには，実際の就労請求は，解約告知されていない労働関係においてのみ，それに限って認められるとの見解がある。たとえばレプケ (Lepke)[18]は，BetrVG 102条5項1文の規定の意義および目的が，労働者に長期間にわたりうる訴訟手続期間中の経済的生活の基礎を保持させようとするものであるとしている。したがって，通常は，使用者による賃金の継続支払とその他の「実質的労働条件」の維持を保障しているのであり，実際の就労ではない。

しかし，かかる解釈は，規定の文言，生成史，目的に反する。文言上からも，使用者は，「継続

就労」させるべきであって，賃金を継続的に支払うというだけではない。LAG Berlin (v. 6. 6. 1976)[19]は，ArbG Berlin (v. 7. 4. 1976)[20]によって主張された継続就労請求権の制限的解釈を批判して，それは，裁判官の法律への拘束（基本法20条3項）より許されないとし，裁判官は，明白な法律上の規定を無視することはできないとしている。つまり，使用者は，継続就労期間中，実際に就労させる義務を負っており，そのことは一般的労働法上の原則にもとづく就労請求権が労働者にあるかどうかにかかわらないものである。

他方，原則的に使用者の就労させる義務を肯定している学説のなかにも，使用者にとって，就労が，やむをえない経営上，心身上の理由から期待しえないかぎり，制限するものがある[21]。しかし，法律は，BetrVG 102条5項2文1号から3号までにおいて，この点について確定的に定めており，さらに，それ以上の制限をすることには批判的意見のあるところである。

(6) 変更されない労働条件

BetrVG 102条5項1文の明白な規定によれば，使用者は，「変更されない労働条件」で，継続就労させることの義務を負う。

ただし，このことは，規定上の解雇予告期間の終了時点での労働条件に凍結されなければならないことを意味するものではない。解約告知されていない労働関係にあるところの相応する就労者よりも良好であるべきともいえず，劣悪であるべきともいえない。したがって，相応する労働者に保障される協約賃金，ならびに新たに締結された事業所協定による給付規定の適用があるとともに，短縮労働のような一般的低下も，継続就労中の労働者は甘受しなければならない。

また，変更されない労働条件の中には，従来の就労場所での就労も入る。しかし，これも，使用者に，保護に値する緊急な利益が認められるかぎり，配転を許容するものでなければならない。ただし，これは指揮命令権の範囲内においてであり，労働契約上認められていない場合までは認められない。

以上の要件は，変更的解約告知がなされ，KSchG 2条の留保の下に変更に同意した労働者にも妥当するといえる。しかし，エッツェル (Etzel)[22]は，新しい労働条件を，単的に拒否して解約告知された労働者には妥当するが，変更が社会的に不当でないという条件で新しい労働条件を認めた場合には，新しい労働条件の下での継続就労を請求しうるにすぎないとしているが，それではBetrVG 102条5項の独自の意味が失われることになるのではないだろうか。

B．継続就労関係の法的性格

前述の要件の下に認められる継続就労関係の法的性格については争いがある。

(1) 労働関係の継続か，「独自の法関係」か

支配的学説は，継続就労関係を，従来の労働関係の延長を意味するものでなく，「独自の法関係」ないし「法律上の労働関係」であると主張する。ただし，その内容は，従来の労働関係に照応させる[23]。

この見解は，二様に根拠づけられる。つまり，労働者敗訴の場合に，判決主文は，労働関係が，解雇予告期間の満了とともに，法的に終了したということであり，それ故，本来的労働関係は，この時点を越えては存続しえないということである。さらに，また，立法者がCDU/CSUの対応する定式をものにしなかったという事実から，立法者は労働関係の延長を意図していなかったことを導き出している。

しかし，立法経過は，必ずしもCDU/CSU草案（「労働関係は存続しつづける」）の意図から離れようとしたのではなく，反対党が，委員会審議では，新たに導入された102条の5項に賛成したのに，102条全体の投票では保留したことを考慮すると，却って，102条5項の解釈にあたっては，CDU/CSUの意図に従うべきことにもなろう。このことから，労働関係が，通常の予告期間を越えて延長されているとの結論が対置されることになる。したがって，継続就労義務は，既判力ある判決に至るまで，解雇予告期間を法律上延長したものとされる。労働関係は，解雇予告期間――法律上延長された――の満了とともに実際に終了するという，解雇無効確認訴訟の判決主文（労働者敗訴）に関しても，問題は生じない。却って，支配的見解では，労働者が勝訴して，従来の労働関係が継続していたという確認がなされた場合に，その理論的統一性が疑問となろう。

(2) 継続就労期間中の労働者の権利

継続就労関係が従来の労働契約関係の継続を意味しないものとするならば，有効に解雇された労

働者が，解約告知されていない労働関係の継続から生ずる利益を得るということが問題になり得ない。たとえば，解雇制限と労働関係の存続期間と結びつけられている休暇請求権であるが，両者は分けて検討されるべきであろう。

解雇制限については，継続就労期間中，労働関係の継続にもとづいて，拡大された解雇制限を受けないということは明らかである。というのは，労働関係がすでに解約告知されているので，事後的に生ずる解雇制限は，この解約告知に何らの効果をもつものではない。

他方，就労期間と結びつけられているその他の法律上の権利――たとえば，休暇請求権および経営組織法にもとづく能動的選挙権――については，それを否定することは，「変更されない労働条件」とも一致せず，主張されうるものではない。したがって，労働関係の存続期間と結びつく全ての法律上の権利の場合には，継続就労関係は，訴訟の結果とは関係なく算入されることが確認されている。また，協約，事業所協定または個別契約においても，個々の給付について，事業所所属期間にもとづかせられることがありうる（休暇手当，クリスマス手当，休暇期間，住宅請求権など）。これらについては，給付された対価であるかぎり，労働者は，継続就労期間中も労働を遂行しているのであるから，報酬請求権から除外される理由はない。ただし，労働者の将来的給付を期待しての特定の便益は，労働者が解約告知されていない地位にあるという条件とむすびつけられているかぎりにおいては，継続就労期間中の労働者を，この便益から除外しようとして協定を締結することは，使用者の自由とされている。

(3)　継続就労関係の終了

継続就労関係は，労働者の解雇無効確認訴訟が棄却された場合には終了する。

さらに，訴訟終結に至る以前においても，継続就労関係が終了する場合がある。

第1に，継続就労期間中の解約告知である。解約告知規定は，継続就労期間中も適用されるので，労働関係は，原則として労使いずれからも，通常並びに特別解約告知されうる。使用者は，改めて経営協議会に聴聞しなければならず，労働者が異議を述べない場合並びに経営協議会が通常解約告知に異議申立をしない場合には，解雇予告期間の満了でもって，労働関係は終了することになる。困難なのは，使用者が，継続就労期間中に，特別解約告知をした場合であるが，労働者がこの解約告知についても訴えている場合には，以前に表明された通常解約告知を撤回していないかぎり，就労関係は存続したままである。

第2に，労働者が，継続就労権を放棄した場合である。継続就労するつもりはないが，解雇制限法9条の退職手当（Auflösungsabfindung）を得ようとしていることが考えられる。また，訴訟進行が思わしくなく，他に適切な就職口があるような場合も考えうる。この場合，解約告知ではないので，労働者は，予告期間を守る必要はない。しかし，忠実義務の観点から，使用者の利益を適切な方法で顧慮することは，必要であろう。事情によっては，さらに一定期間，使用者の求めに応じて，就労を継続しなければならないことはありえよう。

第3に，訴訟の取下の場合である。労働者が訴訟を取下げる場合には，この瞬間に，継続就労請求権はその前提を欠くことになるので，終了する。この場合にも，解約告知も，予告期間の遵守も必要でない。ただ，訴訟取下の時点を決定しうるのは，労働者だけであるが故に，使用者の求めに応じて，さらに一定期間，就労の継続しなければならないこともあろう。

第4に，労使間の協定によっても，継続就労関係を終了させうる。

C　継続就労義務の免除

使用者の申立にもとづいて，労働裁判所は，仮処分によって，使用者を継続就労義務から免除することができる（BetrVG 102条5項2文）。使用者は，その申立を，BetrVG 102条5項2文の1号から3号に挙げられている事実のみを拠りどころとすることができ，他の事由によるのではない。

(1)　勝訴見通しの欠如（1号）

労働者の解雇無効確認訴訟が，勝訴への十分な見通しがなく，または，いわれがない（mutwillig）ように思われる場合，使用者は，継続就労義務から免除されるべきである（BetrVG 102条5項2文1号）。

ここでいう勝訴の見通しは，厳格な要件としては設けられていない。訴えが，明らかに勝訴見通しのないものでないならば，使用者が，継続就労義務から免除されることは許されない。社会的選

択の欠如の故に訴えた経営条件的解約告知の事件において，ArbG Hannover判決[24]は，当該事業所に1000以上のポストのあることを理由として，勝訴の見通しを否定しなかった。ArbG Rosenheim判決[25]も，被解雇労働者が，3人の子供を含む家族のめんどうを見なければならないことを理由として，同一の結論に達している。

(2) 期待しえない経済的負担（2号）

第2の免除事由として，就労義務が，使用者の期待しえない経済的負担に導くだろうことが挙げられている（BetrVG 102条5項2文2号）。

いかなる場合に，継続就労が使用者にとって経済的負担を期待しがたいかは，一般的に答えられるものではなく，むしろ，個別的事情，個々の経済的事情の問題であろう。このような経済的事情を，裁判所は審査しなければならない。

期待しえない経済的負担の確認にあたっては，継続就労が一般的に使用者の経済的負担になるというだけでは十分ではない。存続保護の観点からいえば，利益の減少等も使用者に期待しうるところのものである。免除請求が考慮されうるのは，労働者を有意義に就労させる可能性が存在しない場合であり，しかも，追加的な賃金リスクが，企業（法律文言上は，事業所ではなく使用者）の経済的事情に照らして，耐えがたいものと思われ，したがって存続の危険を意味するものでなければならない。このことは，大企業においては，通例否定されることが多いであろう。

以上の期待しえない経済的負担の立証にあたっては，使用者が取引の後退，仕事不足，財政事情の困難さを一般的に示すだけでは足りず，むしろ，事業所，企業の経済的・財政的状態に関する具体的・詳細な資料が必要である。とくに，利益状況，財政状態，さらに将来的見通しも提示されるべきことになろう。

(3) 異議申立が明らかに根拠のない場合（3号）

経営協議会の異議申立が明らかに根拠のない場合も，使用者は，継続就労義務から免除されうる（BetrVG 102条5項2文3号）。

明らかに根拠がないということについては，裁判所にとっては，異議申立権が存在していないということが，詳細な立証を必要とするまでもなく明らかである場合について述べられうる。こうした事実無根性は，経営協議会ないしは当該労働者の陳述後においてすら，異議申立権が存在せず，または使用者が，異議申立権の根拠づけのために提出された事実に反論することができることから導かれうる。

こうした第3号にもとづく免除理由は，第1号と密接な関係をもつ。つまり，訴えが十分な勝訴の見通しがなく，またいわれのないものと思われる場合には，多くの場合，異議申立自体が明らかに根拠のないものとされる。両者の相違は，1号では，勝訴の見通しがないことを明示するのは使用者であるのに対して，3号により，異議申立権を生じさせる事実を提出しなければならないのは，経営協議会または労働者である。（未完）

注

(1) Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts Bd. 2, S. 221.

(2) Günter Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch (5. Aufl.) S. 665.

(3) L. Wenzel, Arbeit und Recht 1980, S. 101.

(4) Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts Bd. 28, S. 173.

(5) A. Kraft, Zeitschrift für Arbeitrecht, 1979, S. 128.

(6) Fitting-Auffarth, Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung, 13. Aufl. § 102. Anm. 2a ; A. und G. Hueck, Kündigungsschutzgesetz, 10. Aufl. § 2. Anm. 13など。

(7) B. Bösche, Die Rechte des Betriebsrats bei Kündigungen, 1979, S. 143-4.

(8) G. Etzel, Betriebsverfassungsrecht (2. Aufl.) S. 245.

(9) Fitting-Auffarth, aaO. § 102. Anm. 20a.

(10) Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke, Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar für die Praxis, 2. Aufl. S. 765.

(11) Der Betriebsberater, 1982, S. 431.

(12) B. Bösche, aaO. S. 148.

(13) Arbeit und Recht 1973, S. 175.

(14) Schlochauer, Recht der Arbeit 1973, S. 163.

(15) Weber, Der Betriebsberater 1974, S. 701.

(16) B. Bösche, aaO. S. 153.

(17) AP Nr. 1 zu § 102 BetrVG 72 Weiterbeschäftigung.

(18) Der Betrieb, 1975, S. 502.

(19) Der Betriebsberater, 1976, S. 1273.
(20) Der Betriebsberater, 1976, S. 875.
(21) Fitting-Auffarth, aaO. §102. Anm. 20など。
(22) G. Etzel, aaO. S. 246.
(23) Fitting-Auffarth, aaO. § 102. Anm. 23a ; Lepke, Der Betrieb, 1975, S. 499など。
(24) Arbeit und Recht, 1972, S. 381.
(25) Arbeit und Recht, 1974, S. 218.

（こんのとしお・法律学）

Zum Weiterbeschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzprozesses (I)

Toshio KONNO

Diese Abhandlung zeigt die Wichtigkeit des Weiterbeschäftigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzprozesses und erklärt die rechtlichen Probleme über den allgemeinen Beschäftigungsanspruch und den Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 102 Abs. 5 Betriebsverfassungsgesetz in der BRD.