

ドイツ労働法における平等取扱原則 (一)

蜷 原 典 子

目 次

はじめに

第一章 平等取扱原則の歴史的展開

- 一、萌芽—一九三三年以前
- 二、積極的利用—「ドイツ第三帝国」時代
- 三、新たな展開—一九四五年以後
- 四、平等取扱原則の今日的意義 (以上本号)

第二章 平等取扱原則の適用領域

第一節 平等取扱原則が完全に適用される領域

- 一、賞与・特別手当
 - 二、経営における高齢者扶助
 - 三、事業所変更にもなう補償
- ##### 第二節 平等取扱原則が部分的に適用される領域
- 一、指揮命令権の行使

二、賃金支払

三、損害の賠償

四、解雇

第三節 平等取扱原則が適用されない領域

一、採用

二、再雇用

第三章 平等取扱原則の基本的論点

第一節 平等取扱原則の法的根拠

- 一、制定法に根拠を求める見解
 - 二、労働法上の法思想に根拠を求める見解
 - 三、実態の構造に根拠を求める見解
 - 四、配分的正義に根拠を求める見解
- ##### 第二節 平等取扱原則を適用する前提条件
- 一、「比較しうる状況」の有無
 - 二、集団的・個別的合意の有無
 - 三、差別的取扱に関する客観的理由の有無
 - 四、その他の条件

第三節 平等取扱原則の法的効果

- 一、給付請求権
- 二、損害賠償請求権
- 三、差別停止請求権
- 四、労務給付拒否権

おわりに

はじめに

一、本稿の課題と分析視角

今日、さまざまな雇用上の差別問題に関する訴訟が提起されている。少し以前に目を向けると、たとえば試用期間中にある労働者の本採用拒否をめぐる思想・信条に基づく差別的取扱が問題となった三菱樹脂事件⁽¹⁾や、男女別定年制にみられるような雇用の終了段階における男女差別に関する一連の判決が存在した。さらに最近では、男女差別に關しても、賃金に関するもの⁽³⁾や昇格・昇進に関するものが提起されている。また男女差別以外にも、正社員と臨時職員という雇用形態の相違に基づく差別⁽⁵⁾、年齢に基づく差別など、さまざまな形態の差別的取扱が問題となっている。

このように、雇用上の差別問題が頻繁に発生する理由として、労働者と使用者の關係にみられるつぎのような二つの特徴、すなわち、①労働条件に関する使用者の一方的決定、②労使關係の集団性、をあげることができると思われる。まず①の特徴についてみてみよう。労働契約は、法的には対等な地位にある使用者と労働者の自由な意思に基づいて締結されるものと考えられている。しかし現実には、労働者が経済的に不利な地位にあるため、労働契約の締結において、労働者は使用者の意思に従わざるをえない⁽⁷⁾。職務内容や勤務場所など労働者にとってきわめて重要な労働条件も、大部分の場合、その決定は使用者に委ねられる。また、労働契約期間が長期にわたる結果、労働条件の変更が必要となるが、わが国の判例法理によれば、就業規則における使用者の包括的な権限付与規定と、それに対する労働者の契約締結時における包括的同意の存在を根拠に、使用者による労働条件の一方的変更が可能となる。さらに、たとえば配転命令に関する議論にみられるように、労務給付の内容や労働条件を限定する合意が労使間で存在しない限り、包括的合意説、労働契約説⁽⁸⁾のどちらかに依拠しても使用者に広範な裁量が認められることになり、結果として使

用者は労働者の労務給付の内容や労働条件につき一方的に決定することが可能となる。

つぎに②の特徴についてみてみよう。使用者は通常、多数の労働者と労働契約を締結し、それによって多くの労働力を買入れ、それらを自己の経営目的に合わせて組織する。この場合、使用者は生産活動の合理化、人事管理の効率化を追求して、多数の労働者の労働条件を画一的に処理しようとする。この労働条件の画一的処理は、労働条件自体が労働者の個人的な特質を考慮して決定されるものではなく、労働者が配属された一定の職場によって決定されているということから、実務上も適しているとされる。そして、この労働条件の画一的処理の結果、同一の労務を提供し同一の労働条件で働く労働者集団が必然的に形成される。このような意味で、労働者と使用者の関係は集団性をもなうといえる。

以上のような二つの特徴がともに存在する結果として、画一的処理によれば同じ労働条件にあるべき労働者が、何らかの理由により他の労働者と異なった労働条件で雇用されるという事態が生じうる。たしかに人間はすべて異なる存在であり、各人が自己の特性をもっている以上、むしろ異なった処遇を受けるのが適切である場合も存在する。しかし、①の特徴が存在する限り、画一的処理の下で等しい処遇を受けるべき労働者が、客観的理由がないにもかかわらず、使用者の恣意的な判断によって異なった処遇を受ける可能性を否定することはできないのである。

この使用者による恣意的な差別的取扱は、職場においてつぎのような弊害をもたらす。すなわち、「差別待遇は労働条件の低下を招き、労働者生活を圧迫するし、さらには差別的取扱が労働者間に分断と格差を持ちこみ、結果的に差別を受けた者の低賃金、低生活水準が他の労働者の相対的な高水準の労働・生活環境を脅かすことになる¹⁰⁾」のである。さらに、労働契約上労働者が負う労務給付義務が、現実には労働者の人格と不可分の関係にある以上、恣意的な差別的取扱の弊害は、本来使用者の支配力から無関係であるべき労働者の人格にまで及ぶ。まさにこの点において、

労働者と使用者の関係において発生する差別問題の深刻さが見いだされるのである。⁽¹¹⁾ このことは、国際条約や文書が、⁽¹²⁾ いずれも差別待遇を人格の尊厳に反するものとして、その撤廃を条約の批准国に対して要請している点からも明らかである。このような労働者にとって重大な弊害を除去するために、使用者による差別的取扱を適切に規制し、職場における公正な処遇を実現する必要があるといえよう。

さらに今日では、つぎにあげる三つの理由から、職場における公正な処遇を実現する必要性が高まっていると思われる。まず第一に、雇用・就業形態の多様化が進行している点である。すなわち、これまで典型的とされてきた正規雇用の労働者以外に、⁽¹³⁾ 臨時（短期雇用）労働者、パートタイム労働者、アルバイト、派遣労働者、契約社員などと呼ばれる非正規雇用労働者が急速に増加し、その結果、ひとつの職場に雇用形態や就業形態の異なる労働者が混在して就労するという状況が一般的となっている。このなかには、他の労働者と同じ労働内容であるのに賃金など労働条件の点で異なった取扱を受ける労働者も存在する。⁽¹⁴⁾ そのような差別的取扱が正当な理由に基づくものであるのが、個別に検証されなければならない。第二に、個人を中心にした労務管理の進行があげられる。すなわち、従来いわゆる日本的雇用慣行の下で主流とされてきた、年功による賃金や人事処遇の平等主義的一括管理に代わって、最近では職務や能力との対応を重視した職能別労務管理が導入されてきている。このことは、賃金管理や人事処遇面における「平等主義」から「区別主義」への移行を意味すると同時に、これまで年功制の下で不明確であった賃金と職務の対応関係を明確化する。その結果、同じ職務に就いているにもかかわらず、賃金の面で格差を設けられた労働者が、その賃金決定の不当性を争うという事態の発生することが予想される。⁽¹⁵⁾ しかし能力主義的人事管理への移行がみられる一方で、人事考課制度によって使用者の広範な裁量判断を賃金決定に反映させることが、裁判例および学説上許容されてきた。⁽¹⁶⁾ 賃金や人事処遇の区別主義への移行が進み、公正な処遇の実現が一層求められる状況において、なお労働

条件の決定に関して使用者に包括的な決定権限が認められる以上、使用者による恣意的な取扱を規制し公正な処遇を実現する新たな法理が必要となってくるのである。そして第三に、労働組合の弱体化があげられる。わが国の企業別労働組合については組織率、活動力の低下が問題とされ、さらに労使関係の協調度を強める傾向については、「社会的公正と労働者の権利擁護という労働組合本来の任務の放棄」につながる事態であると指摘されている。⁽¹⁷⁾このような事態は集団的労働条件規制の後退を意味し、その結果、労働者は個別に使用者と対峙しなければならぬことになる。とくに正規従業員で組織される企業別労働組合は、近年増えつつある非正規雇用労働者の組織化に消極的なため、⁽¹⁸⁾集団的労働条件規制の枠外におかれる労働者はますます増加することになる。このような事態においては、労働組合による集団的労働条件規制を維持しつつ、さらに個別的労働条件規制も駆使して職場における公正な処遇を実現する必要があるといえよう。

では、使用者による恣意的な差別的取扱を排除し、職場における公正な処遇を実現する必要性は、どのような手段によって充足しうるであろうか。まず第一に考えられるのは、現行法における差別的取扱禁止規定の援用である。わが国の労働法は、憲法一四一条一項が定める「法の下での平等」を具体化する趣旨のもとに、労働基準法三条、同法四条、労働組合法五条二項、職業安定法三条、国家公務員法二七条、地方公務員法一三条において、さまざまな状況における差別的取扱禁止規定を定めている。⁽¹⁹⁾しかしながら、労基法三条は、賃金や労働時間、その他の労働条件に関して使用者による差別的取扱を罰則をもって禁止するものであり、罪刑法定主義の観点から厳格な解釈が要請されるため、そこで禁じられる差別的取扱は、労働者の国籍、信条、社会的身分を理由とするものに限定される。⁽²⁰⁾労基法四条は、賃金に関する男女差別を罰則をもって禁止するものであり、賃金以外の雇用における男女差別をも罰則をもって禁止するものではない。⁽²¹⁾労働組合法五条二項は、労働組合内部における組合員相互間の平等を実現しようとするものであり、

使用者による労働者の平等取扱を定めるものではない。職業安定法三条は、国家机关に対して求職者の平等権を保障するものであり、使用者に対する求職者の平等権を保障するものではない。⁽²²⁾ 国家公務員法や地方公務員法は、主に非現業の公務員の身分保障を定めた法律であり、法律の適用対象が限定されている。以上のような検討の結果、現行法における差別的取扱禁止規定の下では、問題となる差別的取扱が法の定める差別対象や差別理由と一致する限り適切な解決が図られるが、そうでない差別的取扱の規制はきわめて不十分といわざるをえないのである。

ここで、差別的取扱を適切に規制しようとする場合に、これまで現行法における差別的取扱禁止規定がとってきた手法、すなわち労基法三条や四条にみられるような差別理由を限定列挙したかたちでの規制は、はたして妥当であるのかという疑問が生ずる。なぜなら、差別問題は時代の流れや社会の変化にもなつて、次々とさまざまなかたちで発生するものだからである。それを事前に列挙するというのは不可能であるし、そのような規制の方法は必ず限界をともなう。むしろ差別理由を限定せず、使用者は恣意的に労働者を差別的に取り扱ってはならないという一般的な原則を立て、そのうえで許容される差別的取扱であるか否かを判断することの方が、より柔軟に差別的取扱の正当性を検証しうるのである。⁽²³⁾ 職場における公正な処遇を実現するためには、新たな差別的取扱禁止法理の構築が不可欠の課題になっているといえる。

この課題を達成するために、まず一般的な差別的取扱禁止の原則を現行法に盛り込む方法、すなわち立法による解決が考えられる。しかしながら、とくに一九八〇年以降、労働立法は、労働者を平等に取り扱うという原則をたて使用者の裁量に規制を加える動きとは逆の方向に向かっている。すなわち、労働立法自体が雇用形態に基づく労働者概念の分断を進め、雇用形態による労働条件の格差を公認する政策を採ってきているのである。⁽²⁴⁾ そもそもすべての労働者を、資本に対して従属した地位にある点、賃金によって生活している点において同質のものにとらえ、共通の最低

基準を設定することは、すべての労働者に対する平等の思想の反映であつた。⁽²⁵⁾しかし最近の労働立法においては、たとえば短時間労働者といった新たな労働者概念が生み出され、それに基づき制定された法律によって、最低の法定労働条件をも下回る労働条件の適用が容認されているのである。⁽²⁶⁾また、労働立法においては、労使協定制度の導入にみられるように、労使自治を強調するうえで労働条件に対する法規制の排除が進められている。しかし、この労使協定制度に関して、労働者代表の選出方法や関係労働者に対する意向確認手続などに関する法規定は設けられておらず、したがって労働者代表が使用者と対等な地位にたつて交渉し、労働者の真意を反映する労使協定が締結される条件は整えられていない。このように、真の意味での労使自治が機能しうる前提条件が存在しない現状では、結果として労働立法は使用者の裁量を広く認める状況を作り出しているといわざるをえないのである。

では、解釈論における解決は可能であろうか。労働法学においては、先に述べたような労働組合の活動力の低下や、労働者の個別的労務管理の強化にともなう労働条件の個別的規制の必要性などを理由に、労働契約重視の動向が強まっている。⁽²⁷⁾これは、労働契約によって労働者と使用者の権利・義務関係を明確化し、それによって強大化する使用者の支配から労働者を守ろうという動きである。⁽²⁸⁾さらにこのなかで、平等の実現や労働者の人格の保護を重視する見解が主張されている。⁽²⁹⁾新たな差別的取扱禁止法理の構築は、まず以上のような労働契約解釈論の動きのなかで実現されなければならない課題であるといえよう。⁽³⁰⁾

本稿は、以上のような課題を実現するための前提作業として、ドイツ労働法における平等取扱原則を研究の対象とするものである。⁽³¹⁾この原則は、客観的な理由なく同等の地位にある労働者の一部を不利に取り扱うことを使用者に対して禁止する法理として、主に判例において展開されてきた。この原則の研究がわが国の問題の考察に際して示唆に富むと考えられる理由は、以下のような点にある。まず第一に、この原則が、使用者による平等な取扱を受ける権利

を労働者に対して認め、労働者を平等に取り扱う義務を使用者に対して課すという点を指摘することができる。このことから、労働契約の解釈論における新たな差別的取扱禁止法理の構築を目指す場合、ドイツ労働法における平等取扱原則はいわばその先例といえることができる。したがってこの原則を詳細に分析することによって、わが国の問題に関する多くの有益な示唆が得られると思われる。第二に、わが国とドイツの平等取扱に関する法規定の構造が類似しているという点を指摘することができる。³²⁾両者は、たしかに列举される差別理由に若干の違いがあり、またわが国における労基法の性格は、ドイツにおいて使用者による個々の労働者の差別的取扱を禁止する規定を有する事業所組織法の性格と異なっている。しかし、基本的な差別禁止が憲法あるいは基本法によって宣言され、それを受けて労働条件に関する差別が禁止されるという規制の構造は、両国において類似しており、さらに、使用者による労働者の差別的取扱を禁止する法規定は、両国とも他に存在しない。したがって、ドイツ労働法が平等取扱原則をどのように位置づけているかは、類似の法状況にあるわが国にとって興味深い点である。第三に、この原則が差別理由を限定せず、一般的に、使用者による差別的取扱を禁止する点を指摘することができる。この一般条項的性格ゆえに、平等取扱原則は、労働条件のあらゆる領域における多様な差別問題に対して適用されてきたのである。したがってこの原則の研究により、さまざまな差別問題に関して非客観的な差別的取扱か否かを判断する手法や、この原則が一般性を有するがゆえに生じる他の法原則との衝突など、一般的な差別的取扱禁止の法理を構築するうえで問題となるさまざまな論点が明らかになる。また、一般条項的性格を有する原則だけに、その適用領域や要件、効果が問題となるが、この点に関するドイツの議論状況をみることもまた、わが国の問題を検討する際に参考になるとと思われる。

さらに、労働契約の解釈論のなかで新たな差別的取扱禁止法理を構築しようとする場合、ドイツ労働法における平等取扱原則が、使用者の意思とは切り離された、労働関係に当然内在する原則と解されている点が重要と思われる。

そもそもドイツ労働法においては、労働契約論とは相対的に別個の労働関係という独自の概念が打ち立てられ、その概念の下に実際の労働過程を含めた労使関係の研究が行われてきた。⁽³³⁾ここでは、労働関係自体が一個の法律関係として捉えられ、その法的性格を根拠に労働者と使用者のさまざまな権利義務の存在が認められてきたのである。⁽³⁴⁾そして平等取扱原則は、労働関係の組織的性格との関連で要請される原則であると解されている。⁽³⁵⁾他方、わが国の労働法学説は、ドイツ労働法における伝統的学説のように、労働関係を労働契約とは全く別個の概念として観念し、これを人格法的共同関係⁽³⁶⁾と把握することに対して批判的であった。⁽³⁷⁾また、わが国の労働法学においては、労使の関係において生じる諸問題の解決を、もっぱら労働組合による集団的規制と労働保護法に期待する傾向が強かった。⁽³⁸⁾最近では、わが国においても労働契約論による労働者の権利擁護の必要性が唱えられているが、そこでの労使の権利義務を両当事者の意思から導出するだけでは、問題の解決にとって十分でない。むしろ、両当事者の合理的意思の探求を中心におきつつ、さらに労働契約によって創設される法律関係の特質からも労使の権利義務を導出することによって、より実態に則した問題の解決が可能となるのである。このような意味で、わが国における労働契約も、その実態的特質を踏まえた労使の権利義務の体系として捉えられる必要があり、⁽³⁹⁾この点においてドイツ労働法における平等取扱原則を研究する意義があると考えられる。

二、本稿の構成

本稿は、以下のような構成をとる。まず、第一章では、ドイツ労働法における平等取扱原則について、その歴史的な展開過程を概観する。ここでは、平等取扱原則が判例によって援用されてきた背景やこの原則に関する学説・判例の動向を、三つの時期区分にそって検討する。さらにこの原則とナチス労働法思想との関連、そしてこの原則の今日

的意義についても考察する。

第二章では、平等取扱原則が適用される領域について、各領域ごとの具体的事例の紹介を含めて検討を行う。ここでは、平等取扱原則の一般条項的性格ゆえに適用領域をあらかじめ特定することができないため、判例および学説においてこれまで問題とされてきた事例を類型化し、それをさらにこの原則の適用の有無やその程度に従って三つの領域に分け、それぞれの領域における判例・学説の議論を考察する。

第三章では、この原則が法解釈上どのように根拠づけられるか（法的根拠の問題）、この原則を適用するにあたって前提となる条件は何か（適用のための前提条件の問題）、そしてこの原則が適用され労働者の平等取扱請求権が認められる場合、それはどのような内容のものか（法的効果の問題）、以上の三点を平等取扱原則に関する基本的な論点として取り上げ、それぞれについて検討を行う。

(1) 三菱樹脂事件・最大判昭四八・一二・二二判例時報（以下、判時）七二四号一八頁。最近においても、思想・信条を理由とする賃金差別が問題とされた東京電力事件の一連の判決があげられる。

(2) 女子結婚退職制に関して、住友セメント事件・東京地判昭四一・一二・二〇労働関係民事裁判例集（以下、労民集）一七卷六号一四〇七頁。女子若年定年制に関して、東急機関工業事件・東京地判昭四四・七・一労民集二〇卷四号七一五頁。年齢差が比較的小さい男女差別定年制に関して、日産自動車事件・最三小判昭五六・三・二四最高裁判所民事判例集三五卷二号三〇〇頁。女子を対象とする整理解雇基準に関して、コバル事件・東京地決昭五〇・九・二二労働判例（以下、労判）二三三号一八頁。

(3) 基本給における男女格差を問題にしたものとして、日ソ図書事件・東京地判平四・八・二判時一四三三三三頁、三陽物産事件・東京地判平六・六・一六判六五一号一五頁。家族手当における男女格差を問題にしたものとして、岩手銀行事件・仙台高判平四・一・一〇判時一四一〇号三六頁。

(4) 芝信用金庫事件・東京地判平八・一一・二七労働法律旬報（以下、労旬）一三九八号九頁等。

(5) 丸子警報器事件・長野地上田支判平八・三・一五労旬一三八二号三九頁。

ドイツ労働法における平等取扱原則（二）（嵯原）

- (6) みちのく銀行事件・青森地判平五・三・三〇労判六三一号四九頁。ただし二審(仙台高判平八・四・二四労判六九三号三頁)においては、年齢に基^く差別に対する判断は示されていない。
- (7) たとえば、通常、労働契約の内容とされる就業規則は、事実上使用者が自由に作成できるものである(労働基準法九〇条)。そして労働者は、採用されるにあたり、その就業規則の内容に対する諾否の可能性しか有していない。
- (8) 労働契約説のなかには、就労場所や業務内容は労働契約の要素であるから、使用者がこれを変更する場合には労働者のその都度の合意を得なければならぬとする主張がある。これは特約説ないし特定の合意説とよばれるが、通説にはなっていない。渡辺章「労働法理論における法的構成と契約的構成」日本労働法学会誌七号二八頁、金子征史「配転・出向をめぐる判例法理の課題」法学志林九四巻三号四八頁参照。
- (9) この点については、村中孝史「労働契約と労働条件」(一)民商法雑誌九七巻六号四〇頁以下参照。
- (10) 浅倉むつ子「均等待遇」現代労働法講座九 労働保護法論(一九八二年・総合労働研究所)一八〇頁。また、使用者側からみても、恣意的な差別的取扱を行うことによって、職場の平和と良好な雰囲気は阻害され、労働の質や生産性が後退するという弊害が認められる。Hans-Bernd Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, 1993, S. 55.
- (11) 「日本の労使関係においては使用者の事実上の支配が労働者の私生活の範囲、全人格的領域におよんでおり、その使用者の絶大な支配力を通じて、労働者個人の自由・平等を侵害する差別待遇が広範、かつ日常的に行われてきた」として、とくに日本の労使関係における差別待遇の深刻さを指摘する見解が存在する。坂本重雄「平等取扱義務」『本多淳亮先生還暦記念 労働契約の研究』(一九八六年・法律文化社)一八六頁。
- (12) 「世界人権宣言」(一九四八年国連により採択)、「国際人権規約」(一九六六年国連により採択)、男女同一価値労働同一賃金に関するILO一〇〇号条約(日本は一九六七年に批准)、「女子差別撤廃条約」(日本は一九八五年に批准)、家族責任に関するILO一五五号条約(日本は一九九五年に批准)、パートタイム労働に関するILO一七五号条約、雇用および職業についての差別待遇に関するILO一一二号条約があげられる。
- (13) もっとも実態をみると、終身雇用慣行が存在するとみられるのは、雇用が比較的安定している民間大企業と公務部門における正規従業員(職員)に関してだけであるとされる。本多淳亮「企業社会と労働者」(一九九六年・大阪経済法科大学出版部)六頁参照。
- (14) 典型的なものとして疑似パート問題があげられる。疑似パート労働者とは、実際の労働時間や労働内容は正規雇用従業員とほとんどかわりがないのに、身分上はパート労働者として取り扱われている者のことをさし、主に賃金など労働条件の面での不利益取扱が問題となっている。この問題について、とくに山田省三「パートタイマーに対する均等待遇原則」日本労働法学会誌九〇号一頁以下参照。
- (15) このような紛争が発生する可能性について、土田道夫「日本の雇用慣行と労働契約」日本労働法学会誌七三号五四頁参照。

(16) 土田・前掲論文三六頁、石井保雄「最近の賃金処遇の動向と人事考課をめぐる法的問題」日本労働法学会誌八十九号八七頁以下参照。なお最近では、人事考課を行ううえで労働者各人に職務についての具体的な目標を設定させ、その達成度合いを評価する「目標管理制度」を設置する企業が増加していることを背景に、このような労働者と使用者の交渉を前提とする人事考課制度に関して、使用者による成果評価に対する法的コントロールの可能性が検討されている。石井・前掲論文九一頁以下、唐津博「使用者の成果評価権をめぐる法的問題」季刊労働法（以下、季労）一八五号三八頁以下参照。

(17) 西谷敏「労働法における個人と集団」（一九九二年・有斐閣）四三頁。

(18) 労働組合による企業別交渉は、当該企業・事業所に所属する正規従業員（組合員）のみをカバーする交渉であり、したがって企業別協約も当該企業・事業所の正規従業員（組合員）のみを適用対象とし、いわゆる非正規労働者には適用されないのが一般的であるとされる。林和彦「日本の雇用慣行の変容と集団的労使関係」日本労働法学会誌七三九六頁参照。

(19) その他、労働者の組合活動あるいは労働委員会における労働者の言動を理由とする差別的取扱を不当労働行為として禁止する労働組合法七条一項および四項が存在する。これらは、憲法二八条が規定する労働者の団結権を保護するために設けられた法制度であり、別個の検討が必要になるため、本稿の検討対象には含まない。

(20) このような通説・判例が採用している労基法の一元的解釈の問題点を指摘したうえで、労基法の各条項を、刑罰規定としての側面で解釈する場合と私法的効力との関係で解釈する場合とで区別する。二元的解釈を提案するものとして、西谷敏「労働基準法の二面性と解釈の方法」伊藤博義・保原喜志夫・山口浩一郎編「外尾健一先生古稀記念 労働保護法の研究」（一九九四年・有斐閣）一頁以下参照。

(21) これを受けて、判例や学説は、憲法一四条や民法九〇条の公序良俗規定に基づき賃金以外の雇用上の性差別を禁止する法理を形成してきた。そしてその法理は、一九八五年に制定された男女雇用機会均等法に明記された。均等法はその後の改正により、労働者の募集・採用、配置・昇進、教育訓練、福利厚生、定年・退職・解雇に関する性差別を禁止するに至っている（一九九九年四月一日施行）。しかしこれらの禁止規定に対する違反があった場合の制裁措置は、法改正後もいまだ十分でない。浅倉むつ子「セカンド・ステージを迎える男女雇用平等法制」ジュリスト一一一六号五二頁以下参照。

(22) 職業紹介業務を担当する行政機関は、本条に反する求人募集条件に固執する使用者に対して、本条に基づき求職者の雇用を勧奨することができる。さらに法令違反、または著しく不適当な労働条件を提示する企業の求人申込の受理を拒否することができる。しかし使用者の求人募集が、必ずしも公的行政機関を通して行う必要がない以上、本条によって使用者と求職者間における差別的取扱を完全に規制することはできないとさ

れる。浅倉・前掲「均等待遇」一九一頁以下参照。

(23) 道幸教授は、職場における公正な処遇こそが必要であり、その際には、既存の差別パターン(労基法三条、均等法、労組法七条等)だけではなく、たとえばパート、高齢者などといった、より多様な差別形態を対象として、職場において構築されてきた合理性のない身分秩序や排除構造を打破する必要がある、と述べられている。道幸哲也「労使関係のルール」(一九九五年・労働旬報社)一八頁参照。

(24) 労働立法における労働者概念の分断については、脇田滋「労働法の規制緩和と公正雇用保障」(一九九五年・法律文化社)一三頁以下参照。

(25) 西谷敏「雇用・就業形態の多様化と労働者保護法体系」日本労働法学会誌六八号二頁参照。

(26) 脇田・前掲書一五頁参照。

(27) 西谷教授によれば、「労働契約(論)のルネッサンス」の時代であるとされる。西谷敏「労働契約論と労働法の再構築」法律時報六六巻二号二頁参照。また、西谷教授は、「労働法全体が、生存権理念に基礎を置く集団的労働法優位の体系から、人間の尊厳理念の一要素としての自己決定を出発点とし、自立にもとづく結合を基底に据えた体系へと転換されるべきである」と主張され、その自立に基づく結合のひとつに、使用者との結合としての労働契約をあげられる。西谷・前掲「労働契約と労働法の再構築」五頁参照。

(28) たとえば石田教授は、「労働者の権利という観点から労働契約の解釈論や立法論をどのように構築するのかは、まさにこれからの労働法学に課せられた重要な課題である」と述べられている。石田真「労働法の戦後五〇年と新しい課題」日本労働弁護団「季刊・労働者の権利」二二三号三頁。また土田教授も、労働契約論にとって重要なものは、労働者の各種利益や権利を確保し、強化化する雇用に適正な法規制を加えることであると述べられている。土田・前掲論文五八頁参照。

(29) たとえば西谷教授によれば、従来の労働契約論の見直しが必要であり、そのなかで、労働法の基本的理念を労働者の自由・平等の実現におき、そのうえで労働法体系における労働契約の位置づけを問い直すべきとされる。西谷敏「現代市民法と労働法」前田達男・萬井隆令・西谷敏編「片岡昇先生還暦記念、労働法学の理論と課題」(一九八八年・有斐閣)六七頁以下参照。また、石田教授によれば、これまでのように労働契約を日本的雇用慣行によって基礎づけるのではなく、平等原則、労使対等決定原則、人格保護原則など、より普遍的な原理に基礎づけるべきであるとされる。石田・前掲論文二三頁参照。

(30) 差別的取扱の問題を各労働者の平等の権利という観点から捉えなおしてみる必要がある、その際に、「合理的な措置による平等のための条件整備を使用者に義務づけるところまで法理を徹底させる可能性も検討されねばならない」とする見解がある。中窪裕也・野田進・和田肇著「労働法の世界(第二版)」(一九九六年・有斐閣)七八頁。また、道幸教授はその著書のなかで、「労働契約上の信義則上の義務として、相当な理由

なく労働条件につき差別をしないという公平取扱義務があると考え」と述べられている。道幸哲也「職場における自立とプライバシー」(一九九五年・日本評論社)一三七頁。また、「使用者は労働者に比し強力な権限を有するのが通常であり(一般的に社会的権力といってもよい)、かかる権限行使にあたっては信義則上その適正な行使が当然に要請されるというべき」として、先の道幸教授らの主張に賛意を唱える見解も主張されている。三井正信「使用者の裁量的賃金決定にもとづく男女間の賃金格差と労働基準法四条」労旬一三九四号二〇頁以下。

(31) ドイツ労働法における平等取扱原則に関する先行研究として、西谷敏「ゆとり社会の条件」(一九九二年・労働旬報社)一三六頁以下、村中孝史「西ドイツにおける職場の男女平等と立法的規制」労旬一〇七七号五〇頁、同「一九三八年一月一九日ライヒ労働裁判所判決に関する一考察」法学論叢二三八巻一・二・三号一九九一頁以下、和田肇「労働契約の法理」(一九九〇年・有斐閣)九三頁以下、水町勇一郎「パートタイム労働の法律政策」(一九九七年・有斐閣)一三三頁以下があげられる。

(32) 西谷・前掲「ゆとり社会の条件」一三五頁以下参照。すなわち、まずわが国では、「法の下の平等」を宣言したうえで「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」による差別を禁止する日本国憲法一四条一項があり、その具体化として労基法三条、四条が労働条件差別を禁止している。これに対してドイツでは、法の前の平等を宣言した基本法三条一項があり、男女同権を規定する二項、「性別、血統、人種、言語、故郷および出自、信仰、宗教的・政治的見解」を理由とする差別の禁止を規定する三項が続く。そして、この基本法の規定を受けて事業所組織法七五条一項が、「血統、信条、国籍、出自、政治的・労働組合上の活動および立場、性別、一定の年齢をこえたこと」に基づく差別的取扱が行われないよう監視する義務を、使用者と従業員代表委員会に課している。

(33) ドイツ労働法において用いられる労働関係とは、実際の労働過程を含めた労働者と使用者の法的関係として捉えられるものである。ドイツ労働法においては古くから、労働契約当事者の権利義務の淵源すべてを労働契約、あるいは当事者の意思に還元することができないという認識があり、そのような当事者の意思に還元することはできないが認められるべき権利義務の法的根拠として、労働関係なる法律関係が想定された。ドイツ労働法における労働関係概念については、片岡昇「団結と労働契約の研究」(一九五九年・有斐閣)二四〇頁以下、片岡・他著「新労働基準法論」(一九八二年・法律文化社)九九頁以下、和田・前掲「労働契約の法理」一六八頁以下参照。

(34) 労働関係の法的性格については、和田・前掲書一七〇頁参照。労働関係に基づき認められてきた労使の権利義務のうち、使用者の義務については同書八一頁以下、労働者の義務については同書一一九頁以下参照。

(35) 今日経営における労働関係は、その一方当事者である労働者が事業所へ組織的に組み入れられ、そこで行われる労働が多くの労働者との

協働 (Zusammenarbeit) といふかたちを取るのが一般的であり、したがって労働関係は組織的性格を有しているとされる。和田・前掲書一七七頁以下参照。そしてドイツ労働法においては、この労働関係の組織的性格からの要請として、使用者の平等取扱義務が労働関係の内容をなすと解されてきた。和田・前掲書三三八頁参照。

(36) ドイツ労働法における伝統的学説は、労働関係の法的性格を人格法的共同体関係として説明してきた。すなわち、労働契約の対象となる労務給付は、単なる財産的な物の給付とは異なり労働者の人格と不可分であるため、労働契約は「人格法的契約」と捉えられる。そしてその人格法的契約によって成立する法律関係は、債権法的な関係とは完全に異なる特殊なものであり、そこでは債権法上の倫理規範である「信義誠実の原則」とは異なる「忠実義務」が当事者に課される。つまり労働関係は、当事者の忠実義務をともなう共同体関係として理解される。もっとも今日では、労働関係をこのような人格法的共同体関係として捉える見方に対して、批判的な見解が有力に主張されている。和田・前掲書二二三頁、五八頁以下参照。

(37) 片岡・前掲「団結と労働契約の研究」二九〇頁、和田・前掲書四頁参照。

(38) 西谷・前掲「労働契約論と労働法の再構築」二頁参照。

(39) 石田教授は、たとえば継続的・流動的性格、集团的・組織的性格、包括的・複合的性格といった現代労働契約の実態的特質を踏まえた労働契約の制度と理論を構成することが、労働契約の立法論と解釈論において重要であると述べられている。石田・前掲論文一三頁以下参照。

第一章 平等取扱原則の歴史的展開

ドイツ労働法における平等取扱原則は、一九〇〇年代のはじめに判例によって取り上げられ、それ以後今日に至るまで引き続き判例によって援用されてきており、さらに学説においても重要な労働法上の原理として認識されている⁽¹⁾。もっとも、はじめから平等取扱原則という用語が用いられてきたわけではなく、むしろ判例上は、「使用者による客観的な理由のない差別的取扱の禁止」として述べられていた。「労働法における平等取扱原則 (arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz)」という項目が初めて教科書に登場したのは、第二次世界大戦が終結して以後のこと

である。⁽²⁾ 本章の目的は、この平等取扱原則が歴史的にどのようなようにして展開してきたかを考察することにある。

ところで、ドイツ労働法における平等取扱原則（以下、平等取扱原則という）の歴史的展開を考察する際に必ず問題とされるのが、平等取扱原則とナチス労働法思想との関連である。とくに支配的見解によれば、労働法における平等取扱原則に関する基本的な判決として、一九三八年一月一九日ライヒ労働裁判所判決⁽⁴⁾があげられ、また実際にこの原則がドイツ第三帝国時代に大きな展開をみせたことから、平等取扱原則は国家社会主義（ナチズム）の法思想に基づき、それを今日においてもなお維持するものではないかとの疑いが主張されたようである。しかし、たいいていの論者は、そのような平等取扱原則のとらえ方に対して批判的であった。たとえばG・フーク（Götz Hueck）はこの点について、つぎのように述べている。

「事業所におけるすべての労働者の平等な取扱に関する最近の学説（第二次世界大戦後の学説をさす―引用者注）は、折にふれて主張されているように、典型的に国家社会主義の思想を基礎として発生したものではありません、労働関係の人格法的性格や、個別労働者の事業所共同体への組み入れ（Einordnung）という認識に基づくものであった。正義の思想と平等取扱とが密接に結びついている以上、平等取扱に関する最近の学説は、真の社会的（social）な進歩の現実に寄与したのである。したがって、一九四五年以降、平等取扱原則の存在が受け継がれうるということに対し、憂慮の念を抱く必要はない。⁽⁵⁾」

周知のように、とりわけ一九五〇年代以降のドイツ労働法においては、ナチス労働法思想、そしてそれを色濃く反映する人格法的共同体関係理論に対する批判論が激しく展開された。⁽⁶⁾ したがって平等取扱原則とナチス労働法思想の関連、とりわけ平等取扱原則がナチス労働法のもとで展開された人格法的共同体関係理論に基づくものであることを肯定すれば、平等取扱原則それ自体の存在が否定されることにもつながりかねなかったであろう。それゆえ、平等取

扱原則の現代的意義を認識する論者は、ナチス労働法思想と平等取扱原則の関連を強固に否定したものと思われる。とりわけマイヤー・マリイ(Theo Mayer-Maly)は、平等取扱原則の誕生が時期的にドイツ第三帝国時代と重なっているにもかかわらず、それでもなお平等取扱原則はその時代の所産ではなく、それゆえナチス労働法思想に基づくものではないということを明らかにしようとした。⁽⁷⁾

以上のような学説における議論にかんがみ、本章においては、一九三三年以前、「ドイツ第三帝国」の時代(一九三三年〜一九四五年)、そして一九四五年以後という時期的区分にそって、平等取扱原則の歴史的展開に関する検討を行う。そして最後に、平等取扱原則とナチス労働法思想の関連、ならびに今日における平等取扱原則の意義について私見を述べることにする。

一、萌芽——一九三三年以前

「ドイツ第三帝国」以前においても、「平等取扱原則」⁽⁸⁾は若干の下級審判決において援用されていた。たとえば、一九〇六年一月二二日のベルリン商人裁判所判決⁽⁹⁾では、棚卸しを早く進めるために使用者によって特別に支払われた報酬に関して、原告である商業使用人(Handlungsgehilfe)は、「当然に、自分が他の職員よりも不利に取り扱われたことを出発点としてよい」のであり、したがって使用者は、「その商業使用人を一般的に支払われた反対給付から恣意的に排除してはならない」という判断が示された。また、一九二八年八月二七日ベルリン州労働裁判所判決⁽¹⁰⁾では、法的義務がないにもかかわらず、少なくとも使用者である被告が自己の雇用する職員に対して決算期の賞与を支払ったという事実から、「承諾したことによって(mit der Bewilligung)、賞与をすべての職員に支払う義務が被告に対して発生し、そして信義誠実の原則によって、被告は個別事例において例外的な取扱をすることを禁じられる」という

判断が示された。

これらの判決にもみられるように、「平等取扱原則」は、たとえば賞与や付加的手当といった、労働契約や労働協約上の義務がないにもかかわらず使用者が行う給付——このような給付を任意的社会給付 (freiwillige Sozialleistung) という——に対する労働者の法的請求権を根拠づけるものとして登場した。しかしながら、「平等取扱原則」について述べるこれらの判決に対して、学説からは批判的な見解が示された。当時の学説においても、明示的な合意がないにもかかわらず支給される任意的社会給付につき、労働者に法的請求権が認められるかという問題については、すでに議論がなされていた。そして、労働者と使用者の間に明示の個別的な合意が存在しない場合であっても、賞与の支払が慣例に (Üblich) なっており、そのために黙示的な合意 (stillschweigende Vereinbarung) の存在が認められる場合には、当該賞与の支払に対する労働者の法的請求権が発生すると考えられていた。⁽¹¹⁾ これに対して、上記の判決は、ただ使用者が他の労働者に賞与を支払ったという事実だけを根拠に、当該賞与に対する請求権を個々の労働者に対して認めるものであり、学説において黙示的な合意の存在を認める根拠とされていた「慣例となった支払の事実」が存在しないケースであった。したがって学説からは、明示あるいは黙示的な合意が存在せず、それゆえ使用者が支払の義務を負わない賞与に関しては、それをどの労働者に個別に給付するかは完全に使用者の決定の自由によらなければならない、という見解が示された。⁽¹²⁾

ところで、任意的社会給付に対する法的請求権の根拠として当時の判決が援用したものは、「平等取扱原則」の他に、経営慣行 (betriebliche Übung) をあげることができる。「平等取扱原則」は、使用者によるひとつの措置のなかで個々の労働者が他の労働者と比較して不利な取扱を受けた場合に、他の労働者と同様の取扱を請求する根拠となるものであり、他方経営慣行は、数年にわたって継続された同一の取扱が、ある時点で使用者より一方的に打ち切

られた場合に、これまでと同様の取扱を請求する根拠となるものである。このうち、後者については、学説において早くから議論がなされていたが、ライヒ労働裁判所もまた、その一九二九年六月一五日の判決¹³⁾において、経営慣行に基づき任意的社会給付の法的請求権を根拠づける判断を示している。本判決の事案は、労働協約上の規定などによる明示的な合意がないにもかかわらず毎年支給されてきたクリスマス賞与が、使用者が清算手続に入った年度につき支払われなかったため、職員らがその支払を求めて提訴したというものであり、ここでも任意的社会給付であるクリスマス賞与に対する労働者の法的請求権の有無が争点となった。ライヒ労働裁判所はこの問題に関して、任意的な給付であるという指摘なしに数年にわたり継続的、規則的かつ無条件に賞与が支払われる場合には、職員はその使用者の態度を、雇用契約が継続する限り賞与も継続して支払われるという使用者の意思表示とみなしてよいとし、雇用契約の内容につきこのような解釈をみずから惹起した使用者は、それを承認しなければならぬと述べた。さらに新規採用職員について、すべての職員に対して例外なく最初の年から賞与が与えられるという慣行が存在するとき、使用者はこの慣行に拘束されるとし、「他のすべての職員が賞与を受け取り、かつ新たに採用された職員に対して採用の段階で留保がつけられていない場合、その職員は当然に、自分に対しても黙示的に通常の賞与が約束され、それが自分に与えられるべき給与の一部分を形成するということを出発点としてよい」と述べ、そのような留保をしなかった使用者には当然に賞与を支払う義務があると結論づけた¹⁴⁾。

本件においては、長年にわたって継続されてきた賞与の支給の使用者による打ち切りが問題となっており、個々の労働者の差別的取扱は問題となっていなかった。そのため、任意的社会給付に対する法的請求権の根拠につき、「平等取扱原則」は問題となりえなかつたのである。本判決を「平等取扱原則」に関して述べたものと捉える見方もある¹⁵⁾が、厳密にみると「平等取扱原則」を認めたものではなかつた。

しかし、同様に使用者による任意的給付に対する法的請求権の有無が問題となるのに、その給付が数年にわたる継続的なものでないために、慣行が問題となりえないケースもまた存在しうる。たとえば一九三二年七月一九日ライヒ労働裁判所判決⁽¹⁶⁾では、一九二九年四月にすべての官吏に対して一般的に行われた一度きりの昇給から唯一排除された官吏の、他の官吏と同様の昇給に対する法的請求権の有無が争われた。この問題につき、本件の控訴審裁判所であるベルリン州労働裁判所は、「使用者が個々の職員を一般的な昇給から排除してはならない」という法原則 (Rechtssatz) は存在しない」と述べ、「平等取扱原則」の存在を否定した。これに対して、ライヒ労働裁判所は、使用者による任意的昇給が問題であるとき、「少なくとも被告 (使用者をさす一引用者注) の側に、個々の職員を任意の昇給から排除することについて納得できる理由が存在し、個々の職員を任意の昇給から排除することが完全に被告に委ねられていたという場合にのみ」控訴審裁判所の見解に賛同できると述べた。これは、消極的な表現ではあるが、任意的な昇給という使用者の措置に関しても「平等取扱原則」が適用される可能性を認めたものと解することができる。

他方、一九三二年八月二四日ライヒ労働裁判所判決⁽¹⁸⁾では、事後的な給与の支払における差別的取扱が問題となった。すなわち、解雇により退職した職員に対して、短縮労働による賃金の削減を考慮せず、完全な月給分の給与が事後的に支払われた事件において、同じ状況にある他のすべての職員が対象となったのに、ただひとりその対象から排除された原告が、そのような差別的取扱は信義誠実の原則に違反するとして、自己に対する平等な取扱を請求したのである。これに対してライヒ労働裁判所は、他の退職した職員に対する事後的な給与の支払をとおして被告会社に慣行が生じる場合には、賞与について有効な法原則に従い任意的な給与の支払に対する法的請求権が発生するが、本件ではそのような慣行が認められないとして原告の訴えを退けた。

以上のように、当時から懸案であった任意的社会給付に対する労働者の法的請求権の根拠として、使用者は特別

な理由なく個々の労働者を不利に取り扱ってはならないという「平等取扱原則」が、若干の裁判例において提起された。これは、当時すでに任意的社会给付の法的請求権として学説および判例上認められていた、慣行の存在↓黙示的合意の成立↓法的請求権の発生という論理では包括しきれない事案を処理するために提起されたのであるが、当時の判決において両者の相違が判然と区別されたくえて援用されていたかは明らかでない。また、昇給や賃金支払といった任意的社会给付以外の領域では、裁判所の判断はかなり流動的であった。他方、学説は、明示的合意が存在せず慣行も存在しないケースにおいて、任意的给付に対する労働者の法的請求権を認めることについて批判的であり、そのような場合の给付の配分は完全に使用者の裁量に委ねられると考えられていた。当時の学説において、「平等取扱原則」は支持を得なかったのである。

二、積極的利用——「ドイツ第三帝国」時代

一九三三年、ナチスが政権を掌握し、ドイツ第三帝国の時代が幕を開けた。この時代のドイツ労働法は、包括的なナチス・イデオロギーの一構成部分である独自の原理や思想に立脚し、発展した。⁽¹⁹⁾そして「平等取扱原則」もまたこの時代に、判例はもとより、これまで否定的であった学説においても承認され発展するのである。

まず、従業員全員に対するクリスマス賞与の支給の対象からただひとり除外された原告が、自己に対しても他の従業員と同額のクリスマス賞与の支払を請求した事件について判示した、マクデブルク州労働裁判所一九三六年三月五日判決⁽²⁰⁾において、当裁判所は、他の従業員と同額のクリスマス賞与の支払に対する法的請求権の存在を肯定した。この事件では、過去一〇年間のうちにクリスマス賞与が支給されなかった年が四年あったため、クリスマス賞与の支払に対する法的請求権を導く根拠として判例上認められていた。「長年にわたる慣行 (mehrjährige Übung)」の存在は

肯定されなかった。しかしながら当裁判所は、問題となっている一九三五年のクリスマスのみに関して、使用者が他の従業員には賞与を支払ったにもかかわらず、原告だけをその対象から排除したという事実注目した。そして、先述の一九三一年七月一九日ライヒ労働裁判所判決において、任意に行われる昇給から個々の職員を特別な理由なく排除することに對する異議が表明された点にふれ、このことは、今日一般的な取引慣習 (allgemeine Verkehrssitte) にまで發展しているクリスマス賞与についてますます妥当するとし、使用者はクリスマス賞与の配分において、特別な理由なく個々の職員をその対象から排除することはできないと述べた。

本件においては、クリスマス賞与の支給に関する慣行の存在が否定されたうえで、信義則に基づき、原告がクリスマス賞与の支給に関して他の従業員より低い地位におかれないという黙示的合意の成立が認められ、この黙示的合意により原告の平等な取扱に對する請求権が根拠づけられており、この点で一九三三年以前と同様の判断枠組みをとるものであった。ところが、この判決に對する評釈⁽²¹⁾のなかで、A・フーク (Alfred Hueck) は、平等取扱に関する使用者の義務をつぎのような法的解釈によって根拠づけた。

「事實上、労働関係は事業所共同体 (Betriebsgemeinschaft) に組み込まれており、一般的な忠実思想 (Treuogedanken) によって支配されている。その結果、両当事者のすべての個別的な権利と義務は、このような忠実思想によって支配され、忠実思想からその詳細な内容が獲得される。特別な理由がないにもかかわらず、互いに密接に結びつけられている従属者 (Gefolgschaft)⁽²²⁾ のうちの一人が、クリスマス賞与に関して他のすべての従属者と異なって取り扱われるとき、その事態は忠実思想に矛盾する。……使用者が、今日決定的である眞の事業所共同体という原則を正当に評価しようとするならば、使用者には個々の従属者を他の従属者と異なって取り扱う権限はない。すべての従属者を平等に取り扱うという原則 (Grundsatz der Gleichen Behandlung aller Mitglieder)

が想起される。」

ナチス労働法思想を色濃く反映する、以上のような使用者の平等取扱義務に関する解釈は、この判決以後、学説において受け入れられた。⁽²³⁾そして使用者の平等取扱義務、あるいは労働者の平等取扱請求権は、もはや労働契約当事者の黙示の合意によって根拠づけられるのではなく、使用者が自己の雇用する労働者とともに構成する「事業所共同体」から生じる「配慮義務と忠実義務」から、すなわち一九三四年国民労働秩序法 (Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit: AOG) 一条、および二条二項⁽²⁴⁾から発生すると考えられた。

このような使用者の平等取扱義務に関する解釈は、他の下級審判決においても受け入れられた。すなわち、一九三七年三月八日ハンブルク州労働裁判所判決⁽²⁵⁾では、みずからの労働契約の解約により解約告知期間にある労働者が、クリスマス賞与の支給対象から排除されたことを不服とし、他の従業員と同様の賞与の支給に対する法的請求権の存在を主張した。これに対して使用者は、三年続けて行っていたクリスマス賞与の支給には、いずれも将来の法的請求権を発生させない恩恵的なものだという留保が付されてきたこと、賞与の支給対象から排除された労働者は、いずれも労働者からの労働契約の解約による解約告知期間にあり、したがって彼らには事業所に対する忠実心が欠如しており、賞与の支給対象に含めることはできなかったとして労働者の請求を拒否した。このような事案につき当裁判所は、まずクリスマス賞与の支給に際してその都度留保が付されていたことから、次に賞与を支給するか否かの決定は使用者の裁量の範囲内にあるとして、慣行に基づく黙示的合意の成立を否定した。しかしながら、当裁判所は、使用者がいったん賞与の支給を行うという決定をした以上、そのクリスマス賞与の配分において理由なく個々の労働者を他の労働者より不利な地位におくことは、真の事業所共同体の精神に矛盾するのであり、「すべての労働関係を支配すべき配慮と忠実の精神は、従業員に対してクリスマス賞与を配分する決心をした使用者が、その支給において正当に、

かつすべての従業員構成員に対する平等の原則に従い行動することを要求する」と述べたのである。さらに、労働者による労働契約の解約は、クリスマス賞与支給の対象から労働者を排除する根拠にはなりえず、最終的に、使用者が他の従業員に賞与を支給したという事実から、他の従業員と同様に賞与を受け取る法的請求権が発生すると結論づけられた。⁽²⁶⁾

他方、ライヒ労働裁判所は当初、学説や下級審判決のように「忠実義務と配慮義務」から直接に使用者の労働契約上の義務を導き出すことに対しては否定的であった。⁽²⁷⁾ それゆえ、即時解雇された原告が年金の支給を受ける権利を求めて争った、上述の一九三八年一月一九日判決⁽²⁸⁾において、ライヒ労働裁判所は、個々の経営における共同体生活から、そしてその共同体生活に根ざした経営指導者の忠実・配慮義務から「具体的秩序 (konkrete Ordnung)」が発生していることを年金請求権の法的根拠とした。そのうえで、「一定の条件の下で、従業員全員あるいはその一部が規則的に一定の給付を受けている場合、そのことから個別の従業員に対して、他の従業員と同じ要件の下で同様に取扱われる権利が生じるのであり、それは労働関係の内容となる」とし、原告の年金請求権を認めたのである。

本判決においてライヒ労働裁判所が年金請求権の法的根拠として援用した具体的秩序は、職員保険の強制被保険者でない従業員が二五年間就労を継続し、退職後、他で就労することが期待しえない場合に、年金を支給することが慣例になっていったという事実から導かれている。したがって、本判決は、本来ならば経営慣行の存在が認められ、そこから黙示的合意により年金請求権が肯定される事件であった。にもかかわらず、ライヒ労働裁判所が、具体的秩序という新たな法的根拠を導出してまで経営指導者の忠実・配慮義務に言及したという点に、労働法の根本思想の転換という当時の状況をみる事ができる。いずれにせよ、以上のような論理によって「平等取扱の要請に相当する給付に対する訴求可能な請求権」が肯定されたことから、本判決は平等取扱原則をはじめて承認したものと評価されてい

る。しかしその後、具体的秩序の要件はライヒ労働裁判所によっても主張されなくなり、「平等取扱原則」は、もっぱら事業所共同体の本質、そして使用者の配慮義務から導かれることになるのである。

以上のように、「平等取扱原則」は、ドイツ第三帝国の時代に判例はもとより学説においても承認されるに至った。その決定的な要因は、労働関係が事業所共同体における人格法的共同体関係と捉えられ、その人格法的共同体関係によって要請される使用者の配慮義務から平等取扱義務が導き出されたこと、さらに事業所共同体や使用者の配慮義務に関して、国民労働秩序法一条や二条二項という法律上の規定が法的根拠として存在したことにあった。そして「平等取扱原則」はこの時代に、使用者の判断や行為が依拠すべき基準として「規範的な(normativ)作用を有する原則」として理解され、その適用領域は、当初の賞与や年金請求権にとどまらず、特別報酬、家族扶助手当といった使用者によって任意に支払われる一般的な手当にまで拡大された。⁽²⁹⁾

三、新たな展開——一九四五年以後

ドイツ第三帝国の時代に平等取扱原則の法的根拠とされ、事業所共同体や使用者の配慮義務について規定していた国民労働秩序法は、一九四六年一月三〇日の管理委員会法第四〇号(Kontrollratsgesetz Nr. 40 vom 30. 11. 1946)によって廃止された。それによって、これまで平等取扱原則の法的根拠とされていた事業所共同体や使用者の配慮義務は、法律上の根拠規定を失うことになった。しかし、平等取扱原則はその後も引き続き判例によって援用された。すなわち、使用者による特別な理由のない労働者の差別的取扱を禁止するという原則は、戦後もまた維持されたのである。

もっとも、平等取扱原則の法的根拠に関しては、判決ごとに異なる判断が示される事態が生じた。たとえば、年金

請求権の存否が争われた一九四八年六月三日シュトゥットガルト州労働裁判所判決⁽³⁰⁾においては、被告である使用者が、平等取扱原則はナチス労働法思想の所産であるからこれに従う必要はなく、したがって原告を任意的給付である年金の支給対象から排除することは正当であり、原告は使用者の配慮義務違反を訴えの理由にすることはできないと主張した。これに対して、本判決はつぎのように述べている。

「配慮義務は、たしかにかつての国民労働秩序法二条二項のなかにその根拠を有していた。しかしそのことによつて、配慮義務が特異ナチズム的な労働関係に基づく契約上の義務となることは決してなく、国民労働秩序法の明文の規定がなくとも、配慮義務は、あらゆる債務関係を支配する信義誠実の原則（BGB一五七条、二四二条）から生じるのである。さらに労働関係は、信義誠実の原則によつてとくに強く支配されている。したがって使用者の配慮義務を規定していた国民労働秩序法二条二項は、実際には単にBGB二四二条の原則を労働関係に關して確認する一般条項の意味を有していたにすぎず、その結果国民労働秩序法が廃止され、その二条二項がなくなつたあと、平等取扱原則の法的根拠は、BGB二四二条に従い全労働関係を貫徹する一般的配慮義務である。」

本判決は、平等取扱原則の法的根拠を使用者の配慮義務に求めたが、その配慮義務の根拠を、債務関係一般に適用される法理であるBGB二四二条の信義則に求めることによつて、配慮義務、平等取扱原則とナチス労働法思想との関連を否定し、使用者の主張を退けている。

また、明示の合意も慣行に基づく黙示の合意も存在しないケースにおいてクリスマス賞与に関する法的請求権の存否が争われた、一九五〇年八月一六日シュトゥットガルト州労働裁判所判決⁽³¹⁾では、つぎにみるように、すでに法律上の根拠規定を失った忠実・配慮義務が、労働関係に内在する義務として援用されている。

「さしあたり被告は、一九四九年に原告に対してクリスマス賞与を支給するか否か、賞与の支給に必要な条件や

要件を設定するか否かにつき、自由に決定した。しかしながら、労働関係に存在する忠実・配慮義務によれば、仮にさしあたり賞与に対する法的請求権が存在しない場合であっても、使用者は事業所における賞与の支給において一定の制限の下におかれる。使用者は、とりわけ自己の雇用する労働者を平等に取り扱う原則を尊重しなければならず、同じ状況にある他の労働者に賞与を支給するときには、特別な理由なしに個々の労働者を賞与から排除してはならない。」

その他に、事業所共同体思想によって平等取扱原則を根拠づける判決も存在した。たとえば、企業年金支給額の使用者による一方的削減が問題となった、一九四九年一月五日シュトゥットガルト州労働裁判所判決⁽³²⁾では、使用者が年金受給者の年金額だけを削減し、いまだ雇用関係にある職員に対する諸手当の額は削減しなかった点につき、「それは、実際に作業共同体から引退した年金生活者をも包括する、精神的かつ経済的な事業所共同体の思想に反するものである」と述べている。また、一九五四年一月七日デュッセルドルフ州労働裁判所判決⁽³³⁾は、「経営における具体的秩序は、使用者の側から、共同体に存在する忠実関係を侵害することのないよう要請する。この忠実関係に対する侵害とは、恣意的に、すなわち客観的に正当化されない理由に基づき、すべての労働者に与えられる手当が個々の労働者に支給されないことよって行われるものである」と述べ、使用者に課される平等取扱義務を、かつてライヒ労働裁判所が援用した経営における具体的秩序によって根拠づけている。さらに、一九五三年二月二五日ハム州労働裁判所判決⁽³⁴⁾においては、「平等取扱請求権については、個々の事業所に存在する慣行が重要である」とされ、任意的給付の請求権につき、本来別個の法的根拠であった経営慣行と平等取扱原則が判然と区別されることなく援用されている。以上のように、平等取扱原則の法的根拠に関して諸説が述べられるなかで、連邦労働裁判所大法廷は、その一九五五年一月二八日判決⁽³⁵⁾においてつぎのように述べ、平等取扱原則の法的根拠の探求を断念する見解を示した。

「平等取扱原則が法秩序において、とくに労働法において重要な役割を果たしているということは正しい。そのことは、仮にこの原則の法的根拠やその適用領域が個別具体的に十分明らかにされていないなくとも、妥当するのである。

当法廷は、この問題に対して一般的な見解を示したり、あるいは平等取扱原則に関する一定の根拠づけに賛同するよう指示することはない。重要なのは、……この法原理が法的な結びつき (rechtliches Band: iuris vinculum) の存在、さらに複数人を包括する法的な共同体関係の存在を必要とすることである。」

この大法廷判決以後、今日に至るまで、判例において平等取扱原則の法的根拠に関する統一的な判断は示されていない。ただし、平等取扱原則を、基本法三条一項の一般的な平等原則によってその内容が決定され具体化される法思想として理解する点では、判例上一致した見解が存在する。⁽³⁶⁾

学説においても、平等取扱原則の存在を否定する見解はほとんど示されなかった。⁽³⁷⁾ そして現在では、平等取扱原則が四〇年以上にわたり判例によって恒常的かつ規則的に援用されてきたこと、そして学説においてもこの原則の存在について意見の一致がみられることから、平等取扱原則は慣習法 (Gewohnheitsrecht) としてその法秩序における地位を認められているとされる。⁽³⁸⁾ しかし平等取扱原則の法的根拠に関しては、後にみるように、とりわけ一九五〇年代に激しい論争が展開され、その議論はいまだ最終的に決着していない。⁽³⁹⁾

以上のように、戦後の判例および学説が平等取扱原則を積極的に支持したことから、この原則の適用領域は飛躍的に拡大した。すなわち、当初の中心的適用領域であった任意的社会給付以外にも、昇給や指揮命令権の行使といった労働条件に関するさまざまな領域に、この原則が適用されるようになったのである。そして学説においては、この原則を労働条件に関するあらゆる領域に対して有効な基準とするべく、さらなる適用領域の拡大が議論される状況にある。

四、平等取扱原則の今日的意義

平等取扱原則の歴史的展開を検討することによって、この原則が非常に長い歴史を有するものであることが明らかになる。まさに二〇世紀の初頭から現在にいたるまで、——主にこの原則を法解釈上どのように根拠づけるかという点で問題を残しつつも——この原則は判例および学説によって維持されてきたのである。

ところで、約一世紀にも及ぶ長い年月のなかで、なぜこの原則が完全に否定されることなく維持され続けてきたのか、その問いに対する答えは、平等取扱原則が結果的に労働者に対する使用者の権力的地位を抑制する機能を有している⁽⁴⁰⁾という点にあると思われる。そして、そのような平等取扱原則の機能は、今日においてもなお使用者に対する労働者の従属性が認められる以上、その存在意義を失っていない。さらに労働者の従属性が、実際には労働者の人格と不可分に結びついている以上、使用者の権力的地位を抑制するという平等取扱原則の機能は、結果的に労働者の人格の保護にも寄与する。この点においても、平等取扱原則の今日的意義が認められるのである。

ここで平等取扱原則の今日的意義を議論する際に避けて通れない問題は、本章のはじめにもふれたように、平等取扱原則とナチス労働法思想の関連である。平等取扱原則はナチス労働法思想に基づくものであるから、戦後においてはナチス労働法思想とともに放棄されるべき法理ではないかという問題は、どのように考えられるべきであろうか。まず平等取扱原則がナチス労働法の産物であるとの見方については、マイヤー・マリーが指摘するように、一九三三年以前においてもすでに若干の判決において平等取扱原則が援用されていたという事実から、否定することができるであろう。さらに、平等取扱原則がナチス労働法思想を今日においても維持するものであるとの見方についても、以下のような理由から否定してよいと思われる。すなわち、たしかに平等取扱原則は、ドイツ第三帝国の時代に学説においてナチス労働法思想によって根拠づけられ、判例において頻繁に援用され、飛躍的な拡大をみせた。しかしそれ

は、平等取扱原則の有するもう一つの機能、すなわち労働者間の争いやねたみの発生を防止し、事業所の平和と職場の良好な雰囲気⁽⁴¹⁾の維持に役立つという機能が、ナチス労働法思想において重視された共同体の維持にとつて有益であったからではないだろうか。ナチス労働法思想が追求したのは、事業所共同体の一分肢として位置づけられた従業員者を均一に取り扱うこと(Gleichmäßige Behandlung)でしかなかった。それは、共同体内部における無差別主義(Gleichmächerei)の実現にとどまるものであり、許容される差別的取扱と禁じられる差別的取扱を判別する努力を通じて達成される「平等」の実現を追求するものではなかったといえよう。結果として、平等取扱原則はナチス労働法思想をもとに誕生した法原則ではなく、その原則の有する後者の機能ゆえにナチス労働法において積極的に利用されたものと考えられるのである。

とまれ、先にあげたような平等取扱原則の有する二つの機能は、現在においても非常に大きな意義を有している。かつ、今日のドイツ労働法学説は、ドイツ第三帝国時代においては切りはなすことのできなかつた、平等取扱原則と人格法的共同体関係理論のつながりを払拭することに努め、さらにナチス労働法思想には決してみられなかつた労働者の人格保護という機能を平等取扱原則のなかに見いだしてきている⁽⁴²⁾。戦後から今日にいたる平等取扱原則の飛躍的な発展、そしてこの原則が有する今日的意義にかんがみれば、平等取扱原則とナチス労働法思想との関連を問題とすることは、もはや不要であると思われる。

(1) たとえば、ドイツ労働法の体系書として名高い Alfred Hueck/Hans Carl Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I, 7. Aufl. 1963, S. 417 におおむね、「労働者を平等に取り扱うという原則が重要な労働法上の原理 (Prinzip) である」と今日一般的に認識されているように述べられている。

(2) Hans-Bernd Maute, Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, 1993, S. 1.

(3) たとえば、Hueck/Nipperdey, a. a. O., S. 417; Götz Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 60 参照。

- (4) RAG vom 19. 1. 1938, ARS Bd. 33, S. 172ff. なおこの判決については、村中孝史「一九三八年一月一九日ライヒ労働裁判所判決に関する一考察」法学論叢二三八巻一・二・三号一九一九一頁以下において詳細な検討が行われている。
- (5) G. Hueck, a. a. O., S. 60f.
- (6) この批判論の展開については、和田馨『労働契約の法理』(一九九〇年・有斐閣) 五八頁以下参照。
- (7) Theo Mayer-Maly, Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis, AR-Blatt SD, 1975, B.
- (8) 先に述べたように、平等取扱原則の存在が自覚され始めたのは戦後になってからである。したがって、いまだ平等取扱原則の存在が自覚されていなく一九四五年以前の段階については、この原則を括弧付きで表記する。
- (9) Kaufmannsgericht Berlin vom 12. 1. 1906, なるこの判決に関しは、Detrich Bickel, Über die Unmöglichkeit eines Grundsatzes der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, 1968, S. 3 参照。
- (10) LAG Berlin vom 27. 8. 1928, JW 1928, S. 2937.
- (11) Walter Kaskel, Arbeitsrecht, 3. Aufl., 1928, S. 124.
- (12) スルリン州労働裁判所一九二八年八月二七日判決(脚注10参照)に関するエルトマン (Ertmann) による評釈を参照。JW 1928, S. 2937.
- (13) RAG vom 15. 6. 1929, ARS Bd. 6, S. 203ff. なお本判決については、村中孝史「労働契約と労働条件 (一)」民商法雑誌九七巻六号四九頁以下に参照。
- (14) 本判決について、A・フックは、慣行が存在する場合に默示の合意を肯定したライヒ労働裁判所の判断に賛意を表し、「新たに入ってきた労働者は、信義誠実の原則に従って、一般的に他の労働者にとって有効なことは自分にとっても有効であるということを考慮に入れることができる」と述べている。ARS Bd. 6, S. 205f.
- (15) Bickel, a. a. O., S. 4.; Mayer-Maly, a. a. O., B.
- (16) RAG vom 19. 7. 1931, ARS Bd. 14, S. 145ff.
- (17) この判決の評釈に著する「ホルムト (Hermann Dersch) は、そもそも労働者を平等に取り扱う、あるいは少なくとも不当に不平等な取扱をしなごう使用者の法的義務は、直接的にも間接的にも存在しなごうという批判的な見解を示している。ARS Bd. 14, S. 151.
- (18) RAG vom 24. 8. 1932, SAE 1932, Nr. 325.
- (19) ナチス労働法に関しては、西谷敏『ナイツ労働法思想史論』(一九八七年・日本評論社) 四三五頁以下、和田・前掲書四五頁以下参照。

(20) LAG Magdeburg vom 5. 3. 1936, ARS Bd. 27, S. 75ff.

(21) ARS Bd. 27, S. 78f.

(22) ナチス労働法において、経営は、使用者と労働者が経営目的の推進と民族および国家の共同利益という共同の目的のために一致協力して働く一つの共同体として把握された。この経営共同体思想において、使用者 (Arbeitgeber) ・労働者 (Arbeitnehmer) という概念は、異なった利害をもって対抗しあう関係の意味するものとして退けられ、共同体内部の機能分担を示す指導者 (Führer) ・従属者 (Gefolgschaft) という言葉にとどめかえられた。西谷・前掲書「ドイツ労働法思想史論」四三七頁参照。

(23) たとえばニッバーター (Hans Carl Nipperdey) 44、平等取扱請求権は国民労働秩序法二条二項が規定する配慮義務の効果であると述べ、またハーシェル (Wilhelm Herschel) ・ニキシチ (Arthur Nikisch) ・ジーベルト (Wolfgang Siebert) は、「平等取扱原則」は使用者の配慮義務から生じると述べた。Bickel, a. a. O., S. 8.

(24) 国民労働秩序法一条は、「事業所において企業主は事業所の指導者として、職員および現業労働者は従属者として、共同して事業所目的の促進、民族および国家の共通の利益のために労働する」と規定していた。同法一条一項は、「指導者は従属者の福祉を配慮しなければならない。従属者は指導者に対し事業所共同体に基礎をおく忠誠を保持しなければならない」と規定していた。西谷・前掲書四四七頁、和田・前掲書一九頁参照。

(25) LAG Hamburg vom 8. 3. 1937, ARS Bd. 29, S. 172ff.

(26) 本判決の評釈において、A・フークは、本判決が前述のマグデブルク州労働裁判所の解釈に一致するものであるとして賛意を表している。ARS Bd. 29, S. 175f.

(27) 国民労働秩序法はそもそも経営組織に関する法律であり、個別的労働関係を規律するものではなかった。したがって、ライヒ労働裁判所は、国民労働秩序法の規定を個別的労働関係に適用するには新たな根拠づけが必要であると考えたのである。この点に関するライヒ労働裁判所の見解と、国民労働秩序法の規定を個別的労働関係に直接適用することに肯定的な学説の見解に関しては、村中・前掲「一九三八年一月一九日ライヒ労働裁判所判決に関する一考察」一九九頁以下参照。

(28) 脚注(4)参照。

(29) Bickel, a. a. O., S. 6.

(30) LAG Stuttgart vom 3. 6. 1948, RDA 1949, S. 115ff.

ドイツ労働法における平等取扱原則 (一) (総原)

- (31) LAG Stuttgart vom 16. 8. 1950, RDA 1950, S. 470f.
- (32) LAG Stuttgart vom 5. 1. 1949, Rda 1949, S. 430f.
- (33) LAG Düsseldorf vom 7. 1. 1954, RDA 1954, S. 119f.
- (34) LAG Hamm vom 25. 2. 1953, RDA 1953, S. 436f.
- (35) BAG GS vom 28. 1. 1955, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampfl.
- (36) 上の点に関する最近の判例として、BAG vom 28. 7. 1992, DB 1993, S. 169ff. があげられる。
- (37) 平等取扱原則の存在を否定する見解を唯一詳細に展開したのは、ビッケル (Dietrich Bickel) である。彼はその著書においてつぎのように述べている。「平等取扱原則はルールではない。なぜなら、その原則には、それに基づいてその法的効果が発生する構成要件のあり方も、構成要件に基づいて発生する法的効果も定まっていなければならないからである。このような明確性が欠けているために、学説や判例において主張された『平等な者は同様に取り扱うべし』とどう『原則』の『規範的な』作用が生じることはありえない。すなわち、『平等取扱原則』というものは存在しな『べき』」。Bickel, a. a. O. S. 67. ビッケルはさらに、平等取扱原則に明確性が欠如しているがゆえに、その構成要件のあり方の決定は判例に委ねられるが、それはこの原則の適用されるケースが裁判官の意向次第で決定されることを意味し、結果として裁判官の裁量による当事者の自由の侵害という事態が生じると主張した。しかし彼の主張に対しては、裁判実務に存在する労働法の具体化の機能を軽視するものであるとの反論が示された。Mayer-Maly, a. a. O., C.
- (38) Maute, a. a. O., S. 9.
- (39) 平等取扱原則の法的根拠に関する問題については、本稿第三章第一節参照。
- (40) Maute, a. a. O., S. 55.
- (41) Ebd., S. 55.
- (42) 労働者の人格権保護体系の中心に平等取扱原則を教える見解として、Wolfgang Daubler, Das Arbeitsrecht 2, 7. Aufl., 1990, S. 293ff.; Thomas Thees, Das Arbeitnehmer-Persönlichkeitsrecht als Leitidee des Arbeitsrechts, 1995, S. 93f. が挙げられる。