

ドイツにおける賃金規制と 企業内福利厚生（下）

柳 屋 孝 安

目 次

- I はじめに
- II ドイツにおける賃金の概念と企業内福利厚生
- III ドイツにおける賃金に対する立法規制と企業内福利厚生
（以上、64巻4号）
- IV ドイツにおける賃金に対する労働契約関係法上の取扱いと
企業内福利厚生（以下、本号）
 - 1 労働契約における双務関係の法的取扱いと企業内福利厚
生
 - 2 労働契約に含まれる賃金給付条件についての労働契約関
係法上の取扱いと企業内福利厚生
 - (1) 約款規制（BGB 305条～310条）と労働契約関係
 - (2) 労働契約に含まれる賃金給付条件についての労働契約
上の取扱い
 - (a) 労働者の勤続確保のための給付条件
 - (i) 所定日在籍条項（Stichtagsklausel）
 - (ii) 返還条項（Rückzahlungsklausel）
 - (b) 賃金調整のための給付条件（労働契約の一方的変更
の手法）
 - (i) 取消権条項（Widerrufsklausel）
 - (ii) 任意性留保（Freiwilligkeitsvorbehalt）条項
- V 結びに代えて

Ⅳ ドイツにおける賃金に対する労働契約関係法上の 取扱いと企業内福利厚生⁽¹⁾

1 労働契約における双務関係の法的取扱いと企業内福利厚生

ドイツにおいて、使用者による給付が狭義か広義のいずれの賃金に属するかの違いは、先にみた賃金に対する立法規制においてだけではなく、労働契約関係法上の取扱いにおいても生じ得る。

ドイツにおける狭義と広義の賃金の労働契約上の位置づけにみられる差異については、本稿前編において述べたとおりである。すなわち、狭義の賃金は、労働者による労務給付と双務関係に立ち、労務給付に対する直接の反対給付とされる。これに対して、広義の賃金は、労務給付との間では双務関係にはないが、それでも労働関係より生じる反対給付としての対償性を有すると捉えられてきた。このような性格づけによって、広義の賃金は単なる贈与と区別されている。そして、企業内福利厚生給付は、狭義の賃金ではなく、この広義の賃金に含められてきた。

狭義と広義の賃金の労働契約上の位置づけにみられるこうした相違は、まず、ドイツ民法典（Bürgerliches Gesetzbuch, BGB）が定める双務契約に関する諸規定（BGB 320条以下）の適用関係における相違として現れる。BGBの双務契約に関する規定は、労働給付義務と双務関係を構成する賃金支払義務に基づき支払われる狭義の賃金にはそのまま適用される。他方、これに基づかない広義の賃金には当然には適用されないことになる。なかでも、このことが端的に現れるのは、双務契約における給付と反対給付の牽連関係（Synallagma）に根ざす法律関係につき定めた規定の適用の有無においてである。

例えば、履行上の牽連関係に基づく同時履行の抗弁権（同法320条～322条⁽²⁾）や、存続上の牽連関係に関わる危険負担（同法323条～327条⁽³⁾）、ある

いは、BGB 自体に規定化はされていないが、成立上の牽連関係に基づく法的処理である。これらの牽連関係に関わる規定の適用や法的処理が、労務給付請求債権との間に牽連関係が肯定される狭義の賃金債権には基本的に適用となるが、企業内福利厚生給付を含め、広義の賃金債権においては、別段の合意等がない限りは適用がないことになる。

その最も基本的な例は、現実の労務給付がなされない場合の賃金債権の有無について挙げられる。狭義の賃金の場合、現実の労務給付がなければ、労務給付のない期間について、労務給付請求権と存続上の牽連関係に立つ狭義の賃金債権は消滅することになる。⁽⁴⁾これに対して、広義の賃金としての性質を持つ賃金については、労務不提供によって当然に賃金債権が失われるわけではないと解されるところとなる。⁽⁵⁾

さらには、双務関係にあるかないかの違いは、例えば、賃金の支払時期の点についても生じ得る。BGB は、別段の合意のない限り、「報酬 (Vergütung)」は、労務給付後に支払われなければならないと定めている (同法614条)。この規定は、労務給付と双務関係にある狭義の賃金には適用になるが、広義の賃金には当然には適用されないと解されている。したがって、労務給付がなされない場合には、特段の合意のない限り狭義の賃金の支払義務は生じない。他方、広義の賃金については、給付すべきか否か、どの範囲で給付すべきか否かは、基本的には、合意内容および給付目的に従って決まり、労務給付後でなければ支払義務が生じないとは当然にはいえないとする理解が生じ得る。⁽⁶⁾

他方、雇用契約 (Dienstvertrag) 関係に関し定める BGB 611条以下の規定では、BGB 320条以下の双務関係につき定めた諸規定を修正する規定が含まれている。その修正規定の中には、適用対象となる賃金に広義の賃金も含むと解されているものがある。したがって、BGB 611条以下の雇用契約に関する規定については、規定ごとの解釈により賃金の範囲を画定する

必要がある。⁽⁷⁾例えば、労務受領者（使用者）の受領遅滞により労務給付者が労務の給付ができなかった場合には、改めて事後に労務給付の必要はないが、「報酬（Vergütung）」の請求は可能である旨が定められている（同法615条）。⁽⁸⁾この場合の報酬には、別段の合意のない限り、広義の賃金も含まれると解されている等である。⁽⁹⁾

2 労働契約に含まれる賃金給付条件についての労働契約関係法上の取扱いと企業内福利厚生

ところで、ドイツにおいては、賃金の給付につき一定の条件を付すことがなされてきた。本稿前編で述べたとおり、給付条件の内容から判断される給付目的によって、狭義の賃金か広義の賃金かの区別がなされてもいる。とりわけ、基本給以外の特別給付については、その給付条件が労働者の勤続や忠誠心の確保のような、労務給付に対する反対給付としての給付目的以外の給付目的を含む場合には、少なくとも広義の賃金の性格を持つと判断される傾向にある。こうした給付条件として付されることが多く、またその法的効果をめぐって法的紛争の多い給付条件については、BAG判例の蓄積を通じて、その法的処理のあり方について一定の判断基準が示されてきている。とはいえ、学説上では、法的処理のあり方について議論の残る給付条件も少なくない。

そうした給付条件を付す主たる条項として、①支給日在籍条項、②返還条項、③取消権留保条項、④任意性留保条項を挙げることができる。これらの条項の法的効果については、BAG判例、学説において長年、議論されてきたところである。それらの条項の法的効果をめぐる議論においては、狭義の賃金と企業内福利厚生給付を含む広義の賃金とで結論が異なり得るとされてきた。そこで以下において、BAG判例、学説によるこの点についての判断動向を整理・分析していこう。⁽¹⁰⁾なお、これら①～④の給付条件
42(1078) 法と政治 65巻4号 (2015年2月)

のうち、①と②は、労働者の勤続や忠誠心の確保を目的とし、③と④は、賃金調整（使用者による労働条件の一方的変更）の目的を有していると考えられ、ひとまず給付条件を目的別に分けて以下では分析を試みよう。

なお、こうした労働契約上の条項の効力の判断基準の分析に際しては、2002年にBGBの中に約款規制のための規定を盛り込むための改正がなされたことを忘れてはならない。約款規制を目的とする諸規定がBGBに組み込まれる前と後で、こうした条項の有効性の判断基準や規制の法的根拠等に差異が生じているといえる。そこで、賃金の給付条件についての法的処理の状況を明らかにする前に、まず、BGBに組み込まれた約款規制について、その概略をみておこう。

(1) 約款規制（BGB 305条～310条）と労働契約関係

ドイツでは、2002年1月に、BGBの債権法部分が大幅に改正のうえ施行された（このときの改正を以下、「2002年改正」という⁽¹¹⁾）。その主要な改正点のひとつとして、1976年制定の普通取引約款法（以下、「1976年約款法」という。）（Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeine Geschäftsbedingungen, AGB-Gesetz）が廃止され、BGBの債権法部分に取り込まれたことが挙げられる。この改正においても、普通契約約款（約款）の概念はそのまま承継されている。すなわち、約款は、当事者間で個別に契約内容の交渉が持たれることなく、一方当事者である約款利用者が事前に作成した契約ひな型の内容のままに契約が成立する場合が想定されている（1976年約款法1条、BGB 305条1項3文）。そして、BGB 305条から310条にわたって、約款の解釈原理が集約され、新たな解釈原理としてBGBの中に明文化されたのである⁽¹²⁾。これらの規定は、信義則を約款処理について具体化したものと評価されている⁽¹³⁾。

ところで、1976年約款法は、相続法、家族法および会社法と並んで、

労働法分野での約款への約款規制の適用を明文で除外していた⁽¹⁴⁾（同法23条1項）。この点について2002年改正後のBGBの約款規制もそのままであれば、広義の賃金としての企業内福利厚生の問題につき、BGBの約款規制を取り上げる必要はそもそもない。しかし、この点については、2002年改正によって、労働法の領域では、労働契約に限ってであるが、BGBの約款規制の適用対象とすることに改められたのである⁽¹⁵⁾。ただし、労働協約、事業所協定、公務員版の事業所協定である職務協定（Dienstvereinbarung）のような集团的労働条件約款については、適用除外のままとされた。これは、集团的労働条件約款については、明文の規定で強行的直律的効力が認められていて、労働者保護が十分に保障されているため、約款規制の対象とする必要はなく、むしろ約款規制の対象とすることで、こうした協約自治等の集团的自治の体系が崩れるからであると説明されている⁽¹⁶⁾。約款法の適用除外の取扱いが1976年約款法同様にそのまま維持されたのである（BGB 310条4項1文）。なお、BGBによる約款規制は、労働契約や労働協約とは異なり文書化されていないような労使慣行にも適用があるとされている⁽¹⁷⁾。また、約款規制の適用にあたっては、労働法に妥当する特殊性が適切に考慮されなければならないとも定められている（BGB 310条4項2文）。

では、こうした2002年改正は、それまでの労働契約法理にどのような影響を与えているのであろうか。この点については、影響はむしろわずかで、2002年改正以前のドイツ連邦労働裁判所（BAG）判例により提示されてきた労働契約の解釈原理に大きな変更はないとの評価がある⁽¹⁸⁾。2002年改正前において、BAG判例は、1976年約款法の適用除外もあって、同法9条（現行BGB 307条1項、2項に相当する）による労働契約約款の内容へのコントロールには否定的であったとされている。しかし、他方で、BAG判例は、労働契約の当事者の交渉力の非対称性から生じる、労働契
44(1080) 法と政治 65巻4号 (2015年2月)

約関係における契約自由の機能不全を前提としつつ、「相当性コントロール (Angemessenheitskontrolle)」による契約内容のチェックを、約款かそれ以外かを問わず行ってきたとされる。⁽¹⁹⁾ BAG 判例におけるこうした処理は、BGB 242条 (信義則) ないし BGB 315条 (当事者の一方による給付の確定における「公平な裁量」原則) に基づいていたとされる。⁽²⁰⁾ しかし、2002年改正以降、BAG 判例は、約款規制の適用のある事例だけでなく、個別の契約交渉による契約締結がなされ約款によらない事例についても、この「相当性コントロール」が適用されない旨の判示をしている。⁽²¹⁾ これは、2002年改正により追加された BGB 305条以下において、「相当性コントロール」の根拠とされる信義則が明文規定で承継されたからとされる (ただし、これでは、個別契約に対する法的コントロールが失われることになりかねないが、大部分の労働契約は約款タイプであり、個別契約が問題となるのは限定的で、2002年改正の影響は小さいと評価されている。⁽²²⁾)。

とはいえ、2002年改正以降も、BGB 134条 (強行規定違反)、138条 (公序良俗) による合意内容に対する法的規制や、BGB 242条 (信義則) による内容規制に代わる運用規制 (Ausübungskontrolle) はなされている。したがって、労働契約約款について、BGB の約款規制が、これらの規定と競合して適用になる場合がある。その場合、適用の効果について、約款規制の場合は、無効な約款条項の限定解釈による有効化の禁止が適用になる点で、これらの規定とは異なる効果を持つと説明されている。⁽²³⁾

ところで、BGB の約款規制においては、約款としての労働契約に、以下の3つの規制が適用となるとされている。これらの規制の概略についてみておこう。

- ① 不明確性のルール (Unklarheitenregel) (BGB 305条 c 第2項)
- ② 内容コントロール (Inhaltskontrolle) (BGB 307条 1項 1文, 2項)
- ③ 透明性のルール (Transparenzgebot) (BGB 307条 3項 2文の意味で

の同条1項2文)

(i) 不明確性のルール

まず、第1のルールである不明確性のルールについては、BGB 305条c第2項が、約款の解釈における疑義は、約款利用者（労働契約約款の場合、使用者側）の不利に帰する旨を定めるところに由来する。考えられる解釈方法を尽くしても、いろいろな解釈の可能性が残るあいまいな約款条項につき適用となるルールで、第3のルールである「透明性のルール」を、「多義性」を払拭できない約款条項に適用するルールとされている。

「多義性」のある約款条項に該当するかどうかの解釈にあたり、その解釈の前提となる約款の解釈原則がBAG判例により確立されている。その解釈原則とは、約款解釈として、その客観的内容と文言上の意味に従って、理性的で誠実な（*verständigen und redlichen*）双方当事者が、労使の利害を考慮しつつ理解可能な内容であるかどうか、というものである。この理解可能性の有無は、当該約款の現実の締結労働者ではなく、平均的な契約相手方としての労働者の理解可能性が基準となるとされる。その場合は、契約締結に伴う個別の事情は考慮されない。そうした事情の考慮は、第2のルールである「内容コントロール」による契約内容の有効性チェックの段階においてなされている。こうした解釈原理による解釈によって、「多義性」を払拭できない場合には、この「不明確性のルール」が適用になるとされている。⁽²⁴⁾

「不明確性のルール」が適用になると、当該約款条項は、約款利用者
に不利な解釈でその効果を生じると定められている。具体的には、条項を
できる限り労働者に不利に解釈して無効が根拠づけられないかを検討し、
それが否定されれば、できるだけ労働者に有利に適用するとされている。⁽²⁵⁾
このルールは、1976年約款法の5条を引き継いでいる。1976年約款法が
46(1082) 法と政治 65巻4号 (2015年2月)

労働法領域への適用を除外していたにも拘らず、1976年約款法制定前から既に判例上ではその適用が認められていたことが指摘されている⁽²⁶⁾。このルールは、第3のルールである「透明性のルール」と同様に、後述するBGB 307条3項1文により「内容コントロール」の対象から除外されるすべての約款（後述のとおり、法律の内容をそのまま反映する約款等が挙げられる。）に適用になると解されている⁽²⁷⁾。また、既述のとおり、BGB 310条4項1文において、労働協約や事業所協定等の集团的労働条件約款には、BGBの約款規制は適用にならない旨定められているが、「労働協約による」と定める労働契約約款にはこのルールは適用されると解されている⁽²⁸⁾。

(ii) 内容コントロール

BGB 307条は、その1項1文で、約款に含まれる条項は当該条項が、信義誠実の原則に反して約款利用者の契約相手方を不当に不利益に取り扱うときは、無効とする旨を定める。2002年改正以前にBAG判例が用いていた「相当性コントロール」基準を約款内容について承継したものである。そして、同条2項では、約款規定が一定の事由に該当するときは、不当に不利益な取扱いにあたると定める。この一定の事由として、具体的には、法規定の趣旨に反する場合（同条1項）と、契約の性質から生じる本質的な権利義務を著しく制限し、契約目的の達成を困難にする場合（同条2項）とが挙げられている⁽²⁹⁾。

そして、実態として、内容コントロールの対象となる頻度の高い条項で、内容コントロールにより無効となるケースが、具体的にBGB 308条とBGB 309条に列挙されている。BGB 308条では、評価次第では無効となる事例、BGB 309条では、評価の余地なく、当然に無効となる事例がそれぞれ挙げられている⁽³⁰⁾。

以上が、内容コントロールに関わるBGBの約款規制の枠組みである。

BGB 307条3項1文では、こうした内容コントロールは、約款において、法律の規定と異なる条項、あるいはこれを補充する規律を合意した条項についてのみ適用となる旨が定められている。すなわち、「法律」の規定をそのまま内容とする条項には適用がないという当然のことを定める⁽³¹⁾。ただし、約款において定められていても給付内容の具体化や対価の設定についての合意は、その性質上、「法律」の規律によってではなく、当事者によって確定させるべき事項であるとして、内容コントロールによるチェックの対象とはならないと解するのが通説とされている⁽³²⁾。むしろ、BGB 138条2項(公序良俗)による規制の対象となるとされる。したがって、例えば、労務給付に対して適正な対価(賃金)が支払われているかどうかの内容コントロールはできないとされる⁽³³⁾。その限りで、企業内福利厚生給付等の約款規定で、直接にその給付額を定める部分は、内容コントロールに服さないことになる⁽³⁴⁾。

なお、内容コントロールに関する以上のルール適用にあたり、BGB 310条3項が、次の取扱い基準を定めている。すなわち、約款は、消費者側の意思で組み込まれた部分以外は、事業者が作成したものとみなすこと(1号)、これらのルールは、約款が一時的な適用しかない場合でも、消費者が予め定式化された契約条件の内容に影響を及ぼすことができなかった場合には適用になること(2号)、「内容コントロール」ルールの適用にあたり、BGB 307条1項1文にいう「不相当に不利益に取り扱う」ことになるか否かの判断に際して、当該契約の締結に伴う諸事情も考慮すること(3号)とされている。そして、労働者を「消費者」、使用者を「事業者」と読み換えて、これらの取扱い基準が約款としての労働契約にも適用されることになる。

(iii) 透明性のルール

BGB 307条 1項 2文によると、「不相当に不利益に取り扱う」ことは、規定が明確かつ平易でないことから既に生じ得る旨を定める⁽³⁵⁾。これが第3のルールとしての「透明性のルール」である。「明確性の要請 (Bestimmtheitsgebot)」といわれる。このルールは、「相当性コントロール」の一形態として明文化された。このルールは、約款の条項について、法的にも事実的にも予測可能性の確保のために、契約当事者の権利義務を可能な限り明確かつ正確に記述することを求めるルールとされる⁽³⁶⁾。この「透明性ルール」も、第1のルールとして挙げた「不明確性のルール」と同様に、BGB 307条 3項 2文により同項 1文の適用がないとされる約款についても、その適用は否定されない。

(2) 労働契約に含まれる賃金給付条件についての労働契約上の取扱い

以上のような BGB による約款規制のルールの下での賃金の給付条件の法的効果の判断については、個別交渉により締結される労働契約における判断とは異なる余地がある。こうした点を意識しつつ、先に述べた①～④の賃金の給付条件の有効性に関する具体的な処理の状況について、BAG 判例、学説の動向を整理していこう⁽³⁷⁾。

なお、2002年以前の「相当性コントロール」基準や2002年改正後の約款規制の主な対象となってきたのは、①～④のように主たる給付 (Hauptleistung) (主たる債務) についての合意の変更を可能にする条件の付された、いわゆる「報酬に付帯する取り決め (Preisnebenabreden)」といわれる特別給付を定める約款条項についてであったとされている⁽³⁸⁾。

(a) 労働者の勤続確保のための給付条件

(i) 所定日在籍条項 (Stichtagsklausel)⁽³⁹⁾

(1) ドイツにおいては、使用者が特別手当を給付するにあたって、追加条件として所定日在籍条項を定めることがしばしば行われている。⁽⁴⁰⁾

まず、所定日在籍条項は、特別手当の支給日に使用者との労働契約関係が存続し会社に在籍していること、あるいは支給日までに労使いずれからも解約告知がなされていないことを、特別手当の給付条件（請求権発生の要件）とする労働契約や労働協約等の条項である。実態として、所定日を特別手当の支給対象期間内に設定している条項と支給対象期間外に設定している条項とがあるとされる。⁽⁴¹⁾

所定日在籍条項は、特別手当の給付条件を充たさない労働者を支給対象から除く効果を伴うという意味で、除外条項 (Ausschlussklausel) とも呼ばれる。あるいは、所定日までの勤続を促す効果（吸引効果 (Sogwirkung)⁽⁴²⁾）を持つという別の点に着目して、後述する「返還条項」とともに、拘束条項 (Bindungsklausel) とも呼ばれている。⁽⁴³⁾ BAG 判例は、これまでそうした条項の有効性を一般に認めてきた。

こうした条項が定める給付条件を充たさない場合の効果について、特別手当が狭義の賃金か広義の賃金かで取扱いが異なると解されている。⁽⁴⁴⁾ これによると、特別手当が狭義の賃金である場合には、使用者は、全額不支給扱いはできず、少なくとも現実の労務給付がなされた期間に対応した按分給付の必要があるとされる。⁽⁴⁵⁾ 本稿前編において述べたとおり、特別手当が広義の賃金とされる場合には、その給付につき、所定日在籍条項の給付条件が付されていても、純粋に労務給付に対する反対給付としての性格のみを有すると解される事情のあることが必要と解されている。⁽⁴⁶⁾

他方、特別手当が広義の賃金である場合には、狭義の賃金性と広義の賃金性を併せ持つ混合タイプも含めて、所定日在籍条項は有効とされる。⁽⁴⁷⁾ 混

合タイプについては、労務給付がなされていても、履行された労務給付に
対応する部分の請求は、別段の合意のない限りできないとされる。⁽⁴⁸⁾ 労務給
付の履行と勤続という2つの条件を充足して初めて、手当全体の請求権が
発生すると解されるからとされている。⁽⁴⁹⁾ 広義の賃金や混合タイプの賃金で
は、所定日前に退職していたり、所定日前に解約告知がなされている場合
には、明示による別段の合意がない限り、手当全額の請求権が消滅すると
されている。狭義と広義の賃金のこうした取扱いの相違についての考え方は、
2002年改正後も維持されているものと解される。

なお、取扱いの相違につき肯定的立場に立つ場合でも、2002年改正以
降の近時の BAG 判例には、後述する返還約款の効力に関する BAG 判例
に倣って、約款規定に定めのある特別手当が、当該労働者の全報酬の25
%を超える場合には、手当は勤続を促す目的が後退し、労働の対償として
の狭義の賃金の性格を持つに至ったとみるべきであり、狭義の賃金として
の処理がなされるべきであると判断するものが生まれている。⁽⁵⁰⁾

ところで、所定日在籍条項については、使用者側からの解約告知による
解雇が、労働者側の理由ではなく、会社側の経営状況を理由によりなされ
る場合 (betriebsbedingte Kündigung) にも、同条項が有効に適用され、労
働者の特別手当請求権が失われるか否かの問題の存在が指摘されている。
この問題については、学説、⁽⁵¹⁾ BAG 判例に議論がある。わが国でも、同様
の問題が賞与の支給日在籍条項をめぐる議論されている。

以下では、この問題について肯定した判例 (イ) と否定した判例 (ロ)
とを取り上げて、それぞれの判断の論拠等を明らかにして行こう。

(イ) 経営状況を理由とする使用者による解約告知の場合に所定日在籍条
項の適用を否定した事例—BAG v. 13.9.1974 判決⁽⁵²⁾

〔事実の概要〕

Xは、1970年11月17日から1972年の12月31日までパートタイムの部門監督者としてYにて就労した。Yは、経営上の理由で、Xとの労働関係を1972年12月31日付で解消する旨の解約告知をした。Xは、1972年2月に締結された事業所協定に基づいて、1972年対象の年次報奨（Jahresprämie）の支払を請求した。これに対して、Yは、Xの支払請求の棄却を求めた（ただし、X Yの主張のうち、Yの抗弁の詳細は判決が認定した事実からは不明である）。

同事業所協定の2条は、年次報奨は支給対象年（1月1日～12月31日）の月例固定給相当額とする旨を定め、3条で、翌年5月分給与と一緒に支払うこととされ、5条には、年次報奨の支給対象年の翌年5月31日以前に会社を離れたり、この日までに労働関係が解約告知されていたりした場合には、その請求権を失うこと、そして、（使用者の裁量で）場合により既払いとなった年次報奨は、前払給与としてYに弁済するか、給与清算の際に支払いを留保する旨が定められていた。また、同協定の6条では、支給対象年の途中でYを離れた労働者は、年次報奨の12分割のうえ在籍月数分を支払うことになっていた。

（なお、本件は、支給対象期間経過後の所定日（5月31日）までの在籍を「年次報奨」の給付条件としており、所定日在籍条項の所定日が支給対象期間外に設定されるタイプである。したがって、本件の条項（本判決は「除外条項」「拘束条項」と複数名称を用いている）は、後述する返還条項と同様に、条件の成就が確定する前にひとまず給付がなされ、条件不成就の場合、例外的に給付手当の返還を定める条項の体裁を取っている。）。

〔判旨〕 Xの請求認容

原審は、正当にも、本件事業所協定の除外条項を限定し、経営上の理由
52(1088) 法と政治 65巻4号 (2015年2月)

による解約告知により所定日前に職場から除外されたり、所定日にはすでに労働関係が解約告知されている労働者に対して、年次報奨を給付しないことは許されない旨を判示した。

こうした事例では、XはYにより、会社に忠誠を示すことが妨げられたのである。労働者が当該支給対象年に使用者のために労働し、この支給対象年を越えて会社に残留することに対する対償として年次報奨を給付しつつ、しかし同時に、そうした労働者が所定の全支給対象期間を労働することですでにこの報奨を獲得し、さらにその後も会社に所属する用意をしている場合でも、所定の年次報奨の支払いを拒否することは矛盾する行為であり、そのため権利の濫用である。労働者は、期待された労務給付を完全に履行しているものであり、使用者が反対給付を拒絶することは許されない。

本法廷は、先例において、経営上の理由による解約告知の場合に報奨の返還を合意する場合には、その旨が明示される必要があるとしていた（APNr72, 73 zu § 611BGB Gratifikation）。

本法廷は、さらに一歩すすんで、本件拘束条項は、濫用的な契約形成であり、無効と判断する。使用者が、こうした解約告知の事例につき、除外条項に依拠することは、権利の濫用であるといえる。

本件解約告知に除外条項を適用することは、給与が労働者の預かり知らぬ外的事情および使用者の意思に依拠した事情に左右されることになる。このことは、解約告知によって不利益を被る労働者が、報奨からの除外によって、追加的に制裁を受けることになって妥当とはいえない。

(ロ) 経営状況を理由とする使用者による解約告知の場合にも所定日⁽⁵³⁾在籍条項の適用を肯定した事例—BAG v. 27.10.1978 判決

〔事実の概要〕

Xは、1968年以来、Yにより月額給与2200マルクで電気技師として雇用されていたが、1975年10月9日に、Yより同年11月30日付で解雇する旨の解約告知を受けた。

Yに適用のある労働協約には、手取額1200マルクの特別手当（年度末報酬）の給付が定められていた。その給付条件として、手当支給確定日に労働関係にあること、手当支給確定日までに継続して6ヶ月の雇用があること、およびこの日までに労働関係が解約告知されていないこと（2条）、さらに、手当支給確定日は、事業所協定が定める日とするが、事業所協定に定めがなければ12月1日とすること、ただし、使用者がそれより前に手当を給付することも許されること（3条）が定められていた。

そして、Yの1975年11月の事業所協定は、協約上の手当支給が確定する日を1975年12月1日とすること、1974年度対象の特別手当につき、その70%分を10月分給与と一緒に支払い（11月14日）、残りの支払を、11月分給与にて行うことを定めていた。

YはXに1974年度対象の特別手当を支払わない取り扱いとした。

Xは、10月の分割支払の時点にはまだ労働関係は存在しており、特別手当の70%分が請求可能であるとしてその請求を行った。これに対してYは、特別手当の支給確定日である12月1日には、XはYの労働者ではなかったのであり、特別手当の請求は一切できないとの抗弁を行った。

〔判旨〕 Xの請求を棄却。

（本件のように）過去の労務給付の対償として特別手当が給付される場合には、手当請求権は、労働者が全対象期間で労働関係にあるか、対象期間中の一定期間のみ労働関係にあるかどうかに係らしめられている。本件では、協約とこれを受けた事業所協定による。そこでは、1975年12月1日
54(1090) 法と政治 65巻4号 (2015年2月)

の所定日に労働関係がまだあること、およびこの日まで継続して6ヶ月間、Yに雇用されていることが条件とされている。12月1日を所定日に選ぶことで、労働関係は、11月を超えて年末までの継続が確保されることになる。

労働者は、特別手当請求権の支給条件として労働者によって果たされるべき（労務）給付を、理由はどうであれ履行できない場合には、当該請求権を有しない。

本件では、Xの労働関係は、1975年11月30日、したがって（12月1日である）所定期日前に終了しており、手当の請求はできない。なるほど、労働関係は経営上の理由による解約告知によって終了している。しかし、この点は、労働関係が対象期間途中で終了し、したがって、労務給付が完全に履行されていないのであるから、重要ではない。少なくともこうした経営上の理由による解約告知の場合には、労働者は、期間分割による請求権（12分割）を強行的に得るとの結論を導く判断も考えられる。しかし、こうした判断に現行法上の根拠はない。

同様に経営上の理由による解約告知に関して、特別手当の不支給を無効とした先例があるが、先例の事例は、所定の期日まで完全に労務の提供をしたが、使用者により解約告知がなされた結果、拘束条項によって労働者に課された将来の勤続ができなかったことのみが問題となった事例である。本件とは事件の区別が必要である。本件協約には、（将来の勤続への）拘束条項は含まれていない。

ただし、使用者が、手当請求権の発生を妨害することを、唯一ないし基本的に目的として解約告知をする場合には、使用者は、請求権を否定する主張はできない。

(2) 以上、結論を異にする BAG 判例を取り上げた。このうち、判例

(ロ) が経営上の理由による解約告知につき、特別手当の不支給を無効とした先例としてあげたのが判例 (イ) である。判例 (ロ) は、所定日在籍条項のような除外条項の効力を、経営上の理由による解雇の場合にも肯定した。そして、これを否定した判例 (イ) の事例と事件の区別している。すなわち、判例 (イ) の事例では、手当の支給対象年につき労働を完全にこなしつつも、手当対象年終了後で期待されていた将来の勤続が果たせなかった事例であり、所定期日までの労働のみ期待した判例 (ロ) の事例とは除外条項の趣旨が異なる、としている。そして、所定期日まで所定の労働をこなすことなく解雇された判例 (ロ) の事例につき、除外条項の適用を有効と判断している。⁽⁵⁴⁾

学説には、判例 (ロ) と同様に、こうした事件の区別を前提に、経営上の理由による解雇につき、支給対象期間内に設定された所定日在籍要件の事例 (判例 (ロ) の事例) と支給対象期間外に設定された所定日在籍要件 (判例 (イ) の事例) とを区別して考えるべきであるとの見解がみられる。⁽⁵⁵⁾ そして、支給対象期間内に設定された所定日の事例でのみ、経営上の理由による解雇にも除外条項の適用を肯定できるとする。この場合、勤続要件だけでなく、すでに支給対象期間を通して労働関係の存続 (労務給付) が実現されないことが理由とされる。

しかし、ドイツにおいては、判例 (ロ) 以後は、BAG 判例においては、所定日在籍要件が手当の支給対象期間の内外のいずれに設定されている場合でも、所定日在籍条項の適用を有効とするようになっている。⁽⁵⁶⁾ その理由として、BGB 162条 (条件成就に対する信義則違反の妨害・推進の効果) の適用はなく、労働者は労働関係の存続に関するリスクを負担しなければならないからであるといった判示がなされている。⁽⁵⁷⁾ ただし、BAG 判例も、特別手当の支給対象から特定労働者を除外するといった悪意を持って労働協約ないし法所定の告知期間より前に告知したりすることは、信義則違反 56(1092) 法と政治 65巻4号 (2015年2月)

の条件成就の妨害（BGB 162条）として許されないことは肯定する。⁽⁵⁸⁾

なお、2002年改正までは、この処理方法は、事業所協定に置かれた所
定日
在籍要件にも妥当するとされて⁽⁵⁹⁾いた。また、個別契約による場合も、
BGB 315条（当事者一方による給付の確定）による相当性コントロールの
対象外とはならない。他方、労働協約上の所定日
在籍条項については、個
別合意の条項についての上述のような適用上の制約は一切ないとされてい
⁽⁶⁰⁾る。実質的に対等な労使により交渉がなされ、ドイツ基本法（GG）9条
3項による制度的保障があることから、広く契約の自由が認められると判
示されている。

(3) 2002年改正以降は、それ以前に締結された約款も含めて、所定日
在籍条項をはじめ、除外条項として付された約款条項が定められている場
合には、BGB 305条以下の約款規制の適用を受けるとされている。そして、
約款に含まれる除外条項も無効とされる場合が生まれている。

こうした条項の有効性は、まず、BGB 307条1項1文の内容コントロール
のレベルで判断される。例えば、特別手当につき、支給対象年度の翌年
度4月1日の在籍を支給条件とする条項が含まれている場合、BGB 307条
1項1文が定める「不相当の不利益」を労働者に及ぼすとして無効とされ
ている。翌年度3月31日までの労働者の拘束を正当化できる額の特別手
当の給付が予定されているかどうかで条項の効力の有無を区別する必要が
あるとされる。⁽⁶¹⁾この考え方は、後述する「返還条項」の有効性につき
BAG 判例上案出された判断基準が準用されていると評されている。⁽⁶²⁾

学説レベルでは、BGBによる約款規制の観点から、約款に対する厳し
い規制が必要であるとして、BAG判例の処理に批判的見解を示すものが
生まれている。例えば、まず、狭義と広義の混合タイプの賃金性を持つ特
別手当について、内容コントロールの観点から、狭義の賃金部分には所定
日
在籍条項の効力は及ばないというべきであるとして、当該条項の効力を

肯定した BAG 判例⁽⁶³⁾を批判する見解が挙げられる。⁽⁶⁴⁾

また、約款において、特別手当という名称表示のみから、所定日在籍条項と同様の効果を導くことは、BGB 307条1項2文の透明性のルールに反する⁽⁶⁵⁾とする見解もある。

さらに、経営上の理由による解約告知のように労働者の側に責任のない解雇にも手当を不支給とする条項につき、約款条項については、個別契約上の所定日在籍条項の根拠とみられる「契約の自由」の点から有効とすることは許されないとする見解もみられる。⁽⁶⁶⁾

なお、労働協約や事業所協定に定められた除外条項については、既述のとおり、BGB 310条4項1文により、BGB 305条以下の約款規制から除かれている。

(ii) 返還条項 (Rückzahlungsklausel)⁽⁶⁷⁾

労働者が、特別手当の支給後の所定の時点以前に労働関係から退いた場合には、当該労働者に特別手当の返還義務が生じるとする条件を付す場合が少なくない。わが国においては、賞与につき給付対象期間の途中で支給日が設定されている事例に類する取扱いといえよう。また、使用者が労働者に提供した留学費用や研修費用等の返還の是非が類似の問題として議論されている。こうした条件付の特別手当は、過去の労務給付に対してだけでなく、将来の労務給付に対する報奨としての意義を持たせることによって、手当受領後の退職を防ぎ、将来の労務給付の継続も確保するとの趣旨を含んでいる。第二次世界大戦後に生じた労働市場の需給逼迫下で、労働者の転職防止のために使用者側が案出した給付条件であるとされている。特別手当としてのクリスマス手当の支給後、翌年の3月31日までは労働関係を終了させないように設定する事例が多いとされる。⁽⁶⁸⁾

ただし、労働関係から退く場合として、どのような場合を予定するかは、58(1094) 法と政治 65巻4号 (2015年2月)

当事者の合意によるとされている。⁽⁶⁹⁾ 解約告知の場合のみか、これに合意解約やその効力につき労使に争いのある場合の解約告知まで含むのかどうかは、返還留保につき定めた条項の文言や条件設定の趣旨等から判断される合意内容によることになる。こうした条件を定めた契約条項は、使用者が特別手当の返還請求権を留保する法的性質を有する点から、「返還条項」と呼ばれる。労働者の在籍を促し拘束する効果をねらいとする点から、既述のとおり、所定日在籍条項と同様に、拘束条項 (Bindungsklausel) とも称される。

(1) こうした条項の設定も、所定日在籍条項と同様に、2002年改正前から、BAG 判例・学説上、個別の事例で別段の判断が必要な場合以外は、法的には原則として許されると解されてきた。⁽⁷⁰⁾ 経営状況を理由の解雇の場合であっても有効とされた。⁽⁷¹⁾ ただし、返還留保の旨を個別契約にて合意する場合は、明確で誤解のない合意であることが求められるとされた。また、返還留保の効果は、「報奨」や「クリスマス手当」といった表示や手当給付の目的、あるいは、後述する ((b) (ii)) 任意性留保条項だけから生まれないとされた。そして、手当の返還請求権留保の旨の合意、返還事由や労働者の拘束期間等が明示されている必要があると解された。⁽⁷²⁾ さらに、特別手当の給付を合意して後に、使用者が返還条項を労働者に新たに一方的に追加することは許されないともされた。

ところで、返還条項については、2002年改正前から、労働者の将来の労務給付の継続をどこまで求め得るかどうかの点で議論がなされてきた。

返還条項は、労使の合意に基づき設定されるが、既述のとおり、使用者側には、この条項の設定によって、過去および将来の勤続に報奨を与えて労働者の勤続や忠誠心を引き出す利益の確保が期待されている。しかし、返還条項は、他方で、将来の一定期間まで労務給付 (労働契約関係) が継続することを給付の条件としていることから、労働者の退職の自由を制約

する効果を持つ。そのため、返還条項の効果には、労働者にドイツ基本法(GG)が保障する職業選択の自由(12条1項)を侵害する違約罰としての側面があることが指摘されてきた。⁽⁷³⁾ 返還条項の有効性判断においては、労使双方のこうした利害の調整が求められることになるのである。⁽⁷⁴⁾

BAG判例は、かなり早い時期にすでにこの点の調整を、返還条項の維持が労働者にどこまで期待可能かどうかで行うべきであるとしている。そのうえで、クリスマス手当の返還が問題となった事例において、この期待可能性を手当の額に結びつけつつ、手当の額が労働者の月額給与を超えない額に留まる一般的事例について、一般的なルールを提示している。こうした事例についてのBAG判例をひとつ取り上げて、その事実関係と判示内容の概略を以下に挙げておこう。

(ハ) 返還条項に基づくクリスマス手当の返還請求が否定された事例——
BAG v. 10.5.1962 判決⁽⁷⁵⁾

〔事実の概要〕

原告 X_1 は1958年5月より溶接工として、原告 X_2 は1954年7月より検査係として、Yに雇用された。 X_1 は、Yにより、1961年3月18日までで労働契約関係を終了する旨の解約告知をされ、 X_2 は、同年1月7日以降、労働不能となったため、同年1月22日にYとの労働契約関係を合意解約した。そして、Yは、 X_1 につき79マルク、 X_2 につき87マルクの額で、1960年(支払月日は不明)中に既払いされていたクリスマス手当を未払賃金からそれぞれ控除する方法で返還させた。

クリスマス手当の給付は、1960年12月5日の使用者からのお知らせに基づくものであった。このお知らせでは、手当の給付条件として、1961年3月31日以前に、自己都合で退職した労働者や労働者個人の事情で即
60(1096) 法と政治 65巻4号 (2015年2月)

時解雇されねばならなかった労働者には支払済み手当の返還義務があること、返還義務のある手当は、未払給与請求権と相殺すること等が定められていた。

〔Xの主張〕

本件返還条項は、X₁らの退職の自由に対する、許されないしたがって無効となる制限を含んでおり、手当の請求は可能である。

〔Yの抗弁〕

本件返還の合意は有効である。

〔判旨〕 X₁らの主張を認容。

使用者が任意に給付するクリスマス手当について、翌年の所定の期間前に労働者が退職する事例について、一定の限度で返還義務と結びつけることは、原則として許される。……使用者は、クリスマス手当を給付する義務を当然に負うものではないが、これを任意に労働者に給付する場合に、契約自由の原則に従って、給付に際して本件のような返還留保を合意することも可能である。……ただし、使用者は、そうした返還留保の合意に際して、BGB 134条、138条およびその負っている配慮義務から導かれる限界だけは遵守しなければならない。学説は、この点につきほぼ一致して支持している。

本法廷はすでに、その種の返還条項は、手当受領者を、退職の事例につき、不特定で不当な長さの期間、返還義務の下に置く可能性を開くものではないとしており、この原則を維持すべきである。

〔使用者の〕財政的負担によって、返還留保の下で給付される任意のクリスマス手当によって、労働者を会社に相当強く拘束する使用者の法的利益は、返還留保の遵守を労働者にもはや期待すべきでない場合には、讓歩

しなければならない。使用者は、その負う配慮義務によって労働者に過剰な要求をしてはならないのである。……

この意味で労働者に期待できる期間がどのくらいかは、特に手当の額によって決まると解される。手当額が高くなれば、拘束の期間も長く期待できる。本法廷は、〔法的処理の〕不統一性および現実の労働生活の不確実性に対処するために、返還条項の有効性の有無についての見解を提示しよう。その際、手当額が月額給与額（税込み）を超える事例は例外的であり、これを超えない額を前提に検討する。

まず、手当額が月額給与1ヶ月相当額で、労働者が翌年の3月31日までに1種類の解約告知の可能性を持つ場合、労働者にその可能性を放棄することを期待できる。次に、労働者が月額給与1ヶ月相当額の手当を得つつ、翌年3月31日までに複数の解約告知の可能性を有する場合、翌年3月31日経過後の最初に許される解約告知期間経過まで退職を延ばすことを期待できる。⁽⁷⁶⁾

さらに、手当額が（支払時の）月額給与1ヶ月分を超えないが、100マルクは超えている場合には、契約上の誠実義務の点から、3月31日までの条項の拘束力に問題ない。したがって、事前の解約告知に基づけば、〔労働者は〕3月31日の経過後に手当の返還義務を負うことなく退職できる。

そして、手当額が100マルクを超えない場合で、税法上で給与所得として所定の非課税限度額に留まる場合には、返還条項に拘束力はない。

(2) 以上で取り上げた BAG 判例（ハ）は、手当額と手当支給時の月額給与額（税込）との対比によって、拘束期間（勤続期間）の相当性を判断する基準を提示して、返還条項の有効性を明確に判断できる手法を採用している。BAG 判例のこうした手法は、特に法律上の根拠規定に拠らずに 62(1098) 法と政治 65 卷 4 号（2015 年 2 月）

基準設定を行っていることから、法創造的手法と評されている⁽⁷⁷⁾。また、その後の BAG 判例において、手当支給対象年の翌年の 6 月 30 日（6 か月間）を超えて拘束できるのは、月額給与を相当超える場合に限られるとされた⁽⁷⁸⁾。

さらに、その後、給付される手当額の実態に増額傾向が生まれたことから、判断基準に手当額の新たな分類が追加されている。まず、特別手当の額が月額給与 1 ヶ月を超え 2 ヶ月相当額未満の場合、翌年の 6 月 30 日まで（6 ヶ月間）、また、月額給与の 2 倍かこれを超える場合には、翌年の 9 月 30 日まで（9 ヶ月間）拘束することができるとする判断が示されている⁽⁷⁹⁾。

そして、その後も、この判断基準は、BAG 判例において、基準となる手当額を修正しつつ踏襲されている。具体的には、まず、手当の支給対象期間が前年の 12 月 31 日で終了する事例で、対象期間終了後 3 ヶ月間の拘束を可能とする基準となる特別手当の額が 100 マルクから 200 マルクに引き上げられている⁽⁸⁰⁾。さらに、2002 年に EU（欧州連合）において通貨統合が実現して以降は、100 ユーロに置き換えられ⁽⁸¹⁾、さらに物価上昇を考慮して、150 ユーロに引き上げられるべきであるとの学説がある⁽⁸²⁾。

BAG 判例（ハ）では、手当の返還を免除される拘束期間の設定は、以上のように労働者に期待可能であること、特に予測可能な（überschaubar）⁽⁸³⁾ 期間でなければならぬともされている。労働者にとって予測可能性を欠く拘束期間を設定することは、使用者がその負う配慮義務に違反するとか、拘束期間を長く定めることで BGB 622 条が定める告知期間の適用回避の実質を有する等として無効とする BAG 判例、学説が 1960 年代においては多数とされた⁽⁸⁵⁾。ただし、他方で、こうした場合でも直ちに無効となるのではなく、拘束期間の短縮によって有効な内容に修正されるとの BAG 判例、学説も少なくない⁽⁸⁶⁾。

以上の利害調整も、手当額が労働者の持つ転職の機会やその可能性に対する不釣り合いな代償かどうかの視点からなされているとの分析がある。⁽⁸⁷⁾

なお、手当の一部の給付につき翌年までの労働関係の存続を条件としたら、貸付の形式で給付した金銭につき特定の時期より前に退職した場合にのみ返還すべきこととする方法によって、返還留保に関する以上のルール⁽⁸⁸⁾の適用を回避することはできないとされている。また、以上のルールは、個別の労働契約上の合意や事業所協定には妥当するが、労働者利益の代表を前提とする労働協約上の返還条項には適用がないとの BAG 判例がある。⁽⁸⁹⁾

ところで、以上のルールは、あくまで広義の賃金としての特別手当に関するルールとされる。それは、広義の賃金の持つ勤続報奨の目的と返還留保の目的とが合致するからと説明される。⁽⁹⁰⁾企業内福利厚生給付等の特別給付の給付条件を、労使の合意によって設定するものである。これに対して、以上のルールは、過去の労務給付に対して得られる狭義の賃金としての特別手当には適用にならない。⁽⁹¹⁾そもそも返還留保を伴う手当は、勤続に対する報奨としての追加的目的を持つことになるのであり、この場合、特別手当は、もはや狭義の賃金ではなくなるからと説明される。⁽⁹²⁾また、混合タイプの賃金についても返還条項の設定は許されると解されている。このタイプの賃金については、労働の対価としての部分と勤続報奨の部分と分けて考えることはできないからとされている。⁽⁹³⁾

ただし、学説には、BAG 判例は、狭義の賃金にあたる特別手当かどうかについては、全報酬の25%以上を占めていれば、これに当たると判断する傾向にあると分析するものもある。それは、全報酬に占める割合が高ければ、将来の勤続への報奨や積極的な労務給付の動機づけといった目的設定が後退するからであると説明されている。⁽⁹⁴⁾

ところで、特別手当の返還留保についても、経営上の理由による解約告

知の場合にも適用が許されるかどうかが問題となる。この点について、先にみた支給日 в籍条項とは異なり、BAG 判例は明確に判断を示していない⁽⁹⁵⁾。学説には、2002年改正までは、支給日 в籍条項についての BAG 判例の考え方がそのまま返還留保についても当てはまるとする見解が複数みられた。これに対して、2002年改正後は、BAG 判例の考え方に⁽⁹⁶⁾変遷がみられるとして、これを否定する学説が⁽⁹⁷⁾生まれている。

(2) ところで、返還条項が約款として設定された場合に、2002年改正後は、BGB 305条以下の約款規制の下でどのように規制を受けることになっているのであろうか。それまでのルールとの間に違いがあるのであろうか。

2002年改正後の BAG 判例⁽⁹⁸⁾においては、返還約款は、BGB 307条～309条に定められている内容コントロールを受けるとされている。この内容コントロールの下では、労働者に不相当な不利益を与える約款は、BGB 307条1項1文により許されない⁽⁹⁹⁾。この場合、労働者の不利益は、職業選択の自由 (GG 12条1項) の点から量られる。そこでは2002年改正以前の BAG 判例により確立された判断基準 (拘束期間と特別手当額の対応関係基準) が、BGB 307条の「内容コントロール」にそのまま取り込まれており、改正による影響はさほど大きくないと評価する学説⁽¹⁰⁰⁾がある。

ところで、不相当に長期の拘束を定める返還条項について、相当といえる期間まで短縮することで、当該返還条項の効力自体を有効とみなし得るかどうかについて、2002年改正後においても議論がある。

BAG 判例においては、無効となった返還約款は、既述した2002年改正前の BAG 判例の判断とは異なり、有効な内容に修正されるのではなく、原則として無効となるとされている。約款の持つ違約罰としての性格から修正が許されない、との BAG 判例が多数である⁽¹⁰¹⁾。学説には、無効説の立場から、相当といえる拘束期間まで短縮することが、BGB 306条2項に違反する⁽¹⁰²⁾とする見解もある。

ところで、以上のように、内容的に不相当な約款の効力が否定されること
の他に、「不明確性のルール」(BGB 305条c第2項)や「透明性のルール」(BGB 307条1項2文)によって、不明確な内容の約款の効力も否定される。つまり、返還約款は、明確な内容で設定され、その透明性が確保されていなければならない。この場合、返還義務の生じる条件が十分に具体的に提示されていなければならないことを意味する。したがって、例えば、後述する単なる任意性留保しか定めていない約款からは、返還留保の
効果は生じないとされるのである。⁽¹⁰³⁾

また、既述のとおり、特別手当の返還留保は、手当が狭義の賃金にあたる場合には、許されない。この点は、2002年改正後も異論はないとみられる。BAG判例によると、狭義の賃金には、そもそも手当の給付につき返還留保といった条件が付されていないことが必要である。このことは、BAG判例が狭義と広義の賃金の混合タイプの賃金の本質的な徴表が、所定の期間前に労働関係が終了することで生じる返還義務であるとしていることから導くことができる。⁽¹⁰⁴⁾したがって、返還約款の場合、「不明確性のルール」に従って、労働契約全体から、返還留保を伴い給付される手当がもつばら労務給付に対する対償に留まらないことが、一義的な明確性をもって導き出せて初めて有効とされることになる。

(b) 賃金調整のための給付条件（労働契約の一方的変更の手法）

賃金の給付条件として労働者の勤続確保を目的とする以上に述べた支給日
在籍条項と返還条項とは別に、賃金調整のために付される給付条件があることは既に述べた。

ドイツにおいて使用者が賃金調整（賃金規制の柔軟性確保）のために特別
手当について用いてきた主要な給付条件として、取消権留保（Widerrufsvorbehalt）と任意性留保（Freiwilligkeitsvorbehalt）を挙げることができ
66(1102) 法と政治 65巻4号（2015年2月）

⁽¹⁰⁵⁾る。個別の合意によってこれらが定められる場合には、それらの有効性の判断は、2002年以前の BAG 判例においては、解雇制限法 (KschG) やパートタイム有期労働法 (TzBfG) の適用回避の防止の点からチェックされ⁽¹⁰⁶⁾た。2002年改正後は、これらの給付条件が約款の形式で定められた場合には、やはり BGB 307条以下の内容コントロールによるチェックを受ける。それまでは、約款についても、適用回避の観点からの検討が必要とされたが、2002年改正後は、BGB 308条4号による労働者への期待可能性チェックと BGB 307条1項1号における利益衡量により、その有効性がチェックされている。ただし、BAG 判例による判断の結論については、改正前と改正後のチェック基準の変遷によっても違いは生まれていないとの分析がある。⁽¹⁰⁷⁾

以下では、賃金調整のために使用者が利用してきた2つの給付条件の有効性判断の変遷と現状についてみておこう。

(i) 取消権留保 (Widerrufsvorbehalt) ⁽¹⁰⁸⁾ 条項

まず、取消権留保条項とは、労働契約上に根拠のある労働者の請求権を、将来に向かって取り消す権利を使用者に与える条項である。取消権留保は、継続的な労働関係において、経済情勢等による労働関係の不確実な展開に対応するために使用者に予定された対応手段である等と説明されている。⁽¹⁰⁹⁾ 賃金調整の手段としても用いられてきた。わが国において、使用者による就業規則における労働条件の一方的不利益変更の効力が問題となっているが、この点とも関連しているといえる。同じ賃金調整の手法として後述する「任意性留保条項」との違いは、取消権留保では、使用者により取消権が行使されない限り、労働者の請求権が発生、存続する点にある。任意性留保条項では、その都度の使用者の意思表示があって初めて、労働者の請求権の発生、不発生が決まるのである。したがって、ある特別手当につき

両者を併せて規定する約款等は矛盾を含むものとして無効と解されている。⁽¹¹⁰⁾

取消権留保は、実態としては、手数料 (Provision) や月ぎめ手当 (Zulage) のように、労働協約所定の賃金に上乗せしたり、労働協約所定外の継続性のある賃金を給付する際に特に利用があるとされている。⁽¹¹¹⁾ 労働者の活動領域の変更 (配置換え等) に関する条項に盛られる場合も稀にあるとされる。そして、取消権の行使があっても遡及効はないとされてきた。⁽¹¹²⁾

(1) それではまず、2002年改正以前は、取消権留保条項の有効性については、どのように判断されてきたのであろうか。これまで、その有効性判断の対象については、合意内容と行使の2つの視点が考えられてきているが、これらの視点からどのように処理されていたのであろうか。

個別交渉により合意された契約条項や約款について、合意内容の観点からは、BGB 134条の強行規定違反の有無や BGB 138条の公序良俗違反の有無の点でチェックを受ける程度に留まっていた。⁽¹¹³⁾ 約款については、条項が有効に合意されているかどうかに関わる合意内容の視点よりも、取消権の行使の視点から、BGB 315条 (公平な裁量 (billiges Ermessen) の原則)⁽¹¹⁴⁾ によるコントロールに多くの BAG 判例は重点を置いていたと分析されている。⁽¹¹⁵⁾ その後、2002年改正によって、約款規定については、BGB 307条以下による「内容コントロール」に比重が移ったとされる。⁽¹¹⁶⁾

2002年以前において重視された取消権留保の行使の視点からの判断においては、労使の利益考量がなされてきた。この点について、BAG 判例は、解雇制限法 (KSchG) 2条 (変更解約告知制度) に基づく契約内容保護に関する従前の判例法理に基づいていたと評価されている。⁽¹¹⁷⁾ 早い時期の BAG 判例は、この条項が解雇規制の回避の効果を持つ場合には、BGB 134条違反として無効と判断していたのである。⁽¹¹⁸⁾ これに対して、学説には、こうした判例法理は、解雇規制が使用者による解雇という一方的な介入から

68(1104) 法と政治 65巻4号 (2015年2月)

の保護を目的としており、この法理を取消権留保という合意からの保護に適用することに批判があった。⁽¹¹⁹⁾

ただしその後は、BAG 判例は、賃金領域における取消権留保の有効性をかなり緩やかに判断するようになっていく。例えば、取消権留保は、協約賃金に上乘せされる給付については許されるとしている。⁽¹²⁰⁾ また、BAG 判例は、取消権留保条項の有効性は、取消権留保が労働関係の中核部分に関わるものかどうかで決まるとしてきた。⁽¹²¹⁾ 具体的には、労働契約の本質的要素である、給付と反対給付のバランスを崩す変更を、取消権行使がもたらすかどうかである。⁽¹²²⁾ この点について BAG 判例は、賃金領域においてかなり進行してきている、取消権留保による賃金決定の柔軟化を労働関係の中核部分への浸潤とはみていない。⁽¹²³⁾ これまで、労働関係の中核部分への「不相当な不利益」を肯定した例は稀である。あるいはまた、BAG 判例は、協約賃金の20%に及ぶ額の成果手当請求権の取消等も有効としたりしている。⁽¹²⁴⁾

なお、この時期の BAG 判例においてすでに、取消権留保は、契約上で明示に留保されなければならない、特別手当が、月例賃金の追加的給付という給付形態であることそれ自体から導かれることはないとして、契約内容の明確性が求められていた。⁽¹²⁵⁾

(2) 2002年改正以降においてはどうか。取消権留保条項が約款として設定されていれば、それらの有効性は、BGB 305条以下の約款規制の観点からチェックを受けることとなる。取消権留保約款の適用は、労働契約上に根拠のある請求権を取り消すことになることとされ、「契約は遵守されなければならない」という一般原則から逸脱することになる。したがって、BGB 307条3項により、「法律の規定を逸脱した規律」として、取消権留保約款は、同条1項、2項、さらには、307条の特別規定である BGB 308条、309条の適用を受けることとなる。具体的には、同約款は、307条の

「内容コントロール」の適用を受ける。そして、この「内容コントロール」について307条を具体化している BGB 308条4号の「約束した給付を変更したり、これを怠る権利を付与する合意」にあたるものとして、労働者にとって取消権の行使が期待可能かどうかチェックされることになる。さらには、「透明性のルール」の適用も受ける。これらについて、有効な合意内容と有効な行使の2点からチェックがなされることが指摘されている。⁽¹²⁶⁾

そこで、2002年以降における BAG 判例の判断傾向について、(a)有効な合意内容と、(b)有効な行使とに分けて、その判断の手法を明らかにしよう。そして2つの視点からの取消権留保約款の有効性判断の概略を明らかにしたうえで、その有効性が問題となった事例をひとつ取り上げて、2002年改正以降の BAG 判例の具体的な判断枠組みをみておこう。

(イ) 有効な合意内容かどうかの具体的判断

合意内容へのチェックは、既述のとおり、(i)内容コントロールと、(ii)透明性ルールによりなされている。まず、(i)のルールについては、取消権留保約款の内容が有効な合意内容として定められているかどうかであり、この点については、労使の利害の視点からチェックされるとされている。⁽¹²⁷⁾ 使用者の利害としては、取消権留保が、労働関係の不確定な展開に対応するための手段として必要でなければならないことである。この点の判断が可能であるためには、できるだけ具体的な取消理由が約款の中で明らかにされていなければならない。他方、労働者の利害の点からは、条項の内容が相当で労働者にとり期待可能性が認められることである。これらの視点からの労使の利害調整は、具体的には、取消される給付の種類と額、取消後の報酬額、労働者の会社での地位等から、労使の利益考量によって判断される。

(ii)の点では、取消権留保は、特別手当の約定それ自体や「金銭贈与」といった契約表示によって自動的に根拠づけられることはない。有効な取消権留保であるためには、あくまで、その旨の明示の合意のあることが必要であるとされる。⁽¹²⁸⁾

(ロ) 有効な行使かどうかの具体的判断

取消権留保が内容の点で問題がない場合でも、取消権の行使にあたって、「公平な裁量 (billiges Ermessen)」(BGB 315条1項)⁽¹²⁹⁾に合致するもので、かつ取消権留保条項に定められた理由に基づいている必要がある。⁽¹³⁰⁾取消権の行使は、これらの視点による行使チェック (Ausübungskontrolle) の下に置かれる。行使チェックについては、2002年以前の BAG 判例の手法が引き継がれていると評価されている。

具体的判断においては、個別事例ごとにすべての事情を考慮すべきで、確定的な判断類型はないとされる。⁽¹³¹⁾しかし他方で、「公平な裁量」に合致していると認められるのは、取消権留保条項の適用にあたり、事例の本質的事情が考慮され、労使双方の利益が適切に考量されている必要があるとする学説もある。⁽¹³²⁾あるいは、労働者に変更を覚悟させるに十分な取消権行使の時期であったかが決定的とする学説もある。⁽¹³³⁾さらに、取消権の行使は、広義の賃金から狭義の賃金の順でなされるべきとする学説もある。⁽¹³⁴⁾

また、使用者に取消権行使の自由裁量を認める合意等のように、有効な取消権留保条項の内容とは異なる当事者合意は、取り消しによる相当に深刻な影響を労働者に与えることとなり、許されないと解する学説もある。⁽¹³⁵⁾

なお、取消権の行使の点から無効になる主要な事例は、平等原則違反であるとされている。⁽¹³⁶⁾

(3) 以上に述べた(イ)(ロ)の観点からの判断手法について、2002年改正後に出されたBAG判例で、先例を挙げつつ比較的詳細に判示している判例を、判旨引用が少々長くなるが、以下にひとつ取り上げておこう。

(二) 労働協約所定の賃金に上乗せ支給される賃金および手当を定める労働契約約款の取消権留保条項の効力を否定した事例—BAG. v. 11.10.2006⁽¹³⁷⁾ 判決

[事実の概要]

Xは、2000年1月よりエネルギー施設技術者としてAに雇用されたが、Aは、経営難を理由に2005年3月に破産手続に入り、Yが破産管財人となった。Yは、1999年10月策定の労働契約約款に従って、2003年4月11日に経営悪化を理由に労働協約外の手当(Zulage)と2003年5月1日までの通勤手当の支払いを取りやめる旨の文書を全従業員に配布し、これらを取りやめた。

労働契約約款2条では、協約賃金を超える賃金部分その他の手当につき、いつでも無制限に取り消し得ること、手当には法的請求権が発生しないこと等を定めていた。

Xは、破産管財人Yに対して、2003年5月1日から同年12月31日までの128労働日に対応する通勤手当の支払い等を求めたのに対して、Yは経営損失を理由とする通勤手当の不払いは有効である旨を主張した。1審、2審はXが敗訴し、Xが上告した。

[判旨] Xの請求棄却

I. 合意された取消権留保は、BGB 308条4号による内容コントロールに耐え得ず無効である。しかし、実行された取消は無効とはならない。 契

約上の欠陥は、補完的契約解釈によって埋められる。当事者は、本件の経済上の損失事例につき取消権を合意していたとみるのが常識的である。
.....

1d) 実態面では、取消につき経済的理由が存在する場合には、争いとなっている賃金構成部分につき取り消し得るようにすることを法律は禁止していない。

aa) 取消権留保は、BGB 307条3項1文により法規定とは異なる規制にあたる。この規定よれば、約款によって法規定とは異なるか、これを補完する規制を合意する場合には、その約款は、無制限の内容コントロール下に置かれる。同条の意味の法規定とは、立法規定だけでなく、正義の要請に対応する一般的な法原則、すなわち、すべての不文の法原則、あるいは、BGB 157条や BGB 242条による補完的解釈に基づくか、その都度の債権債務関係の性質から引き出される権利義務も含む。

約款利用者にその主たる債務を限定し、変更し、形成し、修正する権利を与える一方的な給付決定権〔取消権留保〕は、内容コントロールの適用を受ける。契約は守られなければならないとの一般原則から外れるからである。契約とそこから発生する義務は当事者双方に拘束力があるのである。一方当事者は、法所定の要件を充たして初めて、原則として契約の拘束から解放される。

bb) 取消権の有効性〔に関する内容コントロール〕は、BGB 307条の特別規定である BGB 308条4号による。同条は、BGB 307条を具体化するものであり、307条の評価も引き継いでいる。その他、BGB 310条4項2文により、労働法に妥当する特殊性が適切に考慮されなければならない。

cc) 取消権合意は、BGB 308条4号により、取消権が根拠なく行使されるのではなく、契約関係の不確定な展開を理由にこれへの対応手段として必要である。

(1) [BGB 308条4号によれば,] 労働関係においても, この意味で, 取消理由が生じなければならない。その理由が現実であり, 十分に重大ないし主要であるかどうかに関わりなく, 労働者にとって条項が期待可能であるために必要な利益衡量がなされねばならない。BGB 307条に倣って, 特に, 取り消される給付の種類と額, 取消後に残る給付の額, 労働者の事業上の地位が勘案されなければならない。すべての視点を考慮して, 取消理由が取消を類型的に正当化しなければならない。

(2) 原則として, 使用者は, 事後の経済的展開や労働関係の一般的な展開の不確実性のために, 特定の給付, 特に「付加給付」を柔軟に設定する点に利益を有する。このことによって, 事業者の経済リスクが労働者に転化されることが許される。[しかしながら,] 労働契約の中心領域への介入は, BGB 307条2項〔2号〕により許されない。その点で, 取消権の許容性についてのこれまでの〔先例の〕判断は維持されなければならない。解雇制限法2条による契約内容の保護は, その際の尺度として使える。もちろん, 変更解約告知からの保護の具体的な回避は問題とならない。

(3) したがって, 取消権留保合意は, 全報酬のうち対価関係に立つ取消部分が25%未満で, 協約賃金を下回らない限りで許される。他方, 労務給付に対する直接の対価ではなく, 労働者が本来, 負担すべき費用の補填についての取消権留保は, 取消部分が30%まで許される。この場合は, 労働者には, その利益になるように, 通常の賃金に追加して給付されているのである。使用者には, 自由意思の限度まで, 請求権の要件を自由に設定し, これに合わせて, 取消権を設定する自由を有するのである。……

dd) 本件はその要請を充たしている。……

e) 当事者の契約規制は, BGB 308条4号, 307条の形式要件も充足しなければならない。

aa) 契約内容が問題だけでなく, 契約規定が明確で理解できるものでな

なければならない。規定には、相当性と期待可能性が認められなければならない。……

bb) 留保される変更の要件と範囲は、可能な限り具体化されなければならない。取消される給付の種類と額が明示されることである。この要請は、労働法の特殊性にかんがみて充足されなければならない。取消理由については、少なくとも、取消が可能となる方向 (Richtung) が示されることである。経済的諸理由、労働者の成績ないし態度である。使用者がこれに依拠しようとしているが、変更留保の範囲や契約規定に従って、経済的展開や労働者の成績や態度に関わる理由が十分でない場合には、障害の程度 (事業の経済的緊急状況、事業部門の業績不振、利益不振、期待された経済的展開の後退や不達成、労働者の成績不振、重大な義務違反) が具体化されなければならない。……

II [以上の] 内容コントロールと並んで、さらに BGB 315 条による行使コントロールが存在する。取消の意思表示は、BGB 315 条 1 項に従った、使用者による給付の決定である。取消は、個別に公正な裁量に対応しなければならない。取消権の範囲は、客観的な判断基準で尽くされるわけではない。この点も本件においては問題ない旨、1 審は判断している。

(4) BAG 判例 (二) に示されているとおり、取消権留保が約款化された場合の規制においても、2002 年改正以前の BAG 判例のゆるやかな判断傾向がそのまま承継されているとの評価が一般的である。⁽¹³⁸⁾

例えば、BAG 判例 (二) (判旨 I . 1d) cc) (3) が判示するように、取消対象となる手当部分が狭義の賃金であれば、全報酬の 25% を超えず、取消権行使後の基本給部分が協約賃金を下回らなければ、労働者に対して期待可能であるとして、取消留保条項は有効としている。⁽¹³⁹⁾さらに、BAG 判例は、狭義の賃金にあたらぬ特別給付で、本来は労働者が負担すべき費

用（例えば、交通費）の補填であるような事例では、先の割合を30%まで引き上げることができる、⁽¹⁴⁰⁾ともしている。

また、取消後の基本給部分を協約賃金を基準とする判断について、取消権行使による賃金変更の下限を画するとされる協約賃金の適用がない事例には、一般的な報酬（BGB 612条2項）が最低の固定給として保証されているかどうかが決定的となると説明する学説もある。⁽¹⁴¹⁾

また、取消による変更の開始とその範囲の決定にあたり、労働者がこの決定に影響力を持つ場合や、変更が経営上の理由による解約告知を正当化できる事情による場合には、変更の範囲も柔軟に考えられるとの学説がある。⁽¹⁴²⁾

ただし、有効性を厳格に判断した BAG 判例も存在する。例えば、労務給付に対する反対給付として社用車の私的使用が許されていた事例が挙げられる。社用車の私的使用は金銭的利益であり、賃金の一部を構成すると考えられている。この場合、社用車の私的使用権を、相当な理由なくいつでも取消せるとの合意は、使用者の主たる義務（労務提供義務と双務関係にある義務）への介入として、労働者に BGB 308条4号の「不相当な不利益」⁽¹⁴³⁾を与え、許されないとする BAG 判例である。

(5) ところで、2002年改正後は、有効な合意内容かどうかについて、内容コントロールに加えて、いうまでもなく「透明性ルール」の適用の有無も問題とされる。BGB 307条1項2文は、この「透明性ルール」は、約款条項の内容が明確かつ平易であることを求めている。BAG 判例では、取消権留保約款の適用によって「労働者に何が起こるのか」を、当該条項から労働者が認識できなければならないとされている。このルールの下では、実態として単に期待可能な変更内容であるということでは足りず、取消権留保約款の中に、取消に関わる給付であること、取消条件、その理由が明示されている必要がある。

とはいえ、使用者にとって何年も先に起こり得る取消理由を予想して契約に盛るのはなかなか困難ではある。そこで、BAG判例(二)(判旨I.e) bb))のように、取り消しを可能とする観点(Richtung)(経済的理由、労働者個々の成績や態度)および取消を要する支障の程度(経済的苦境、企業の部課のマイナスの成果、不十分な利益、期待された経済発展の後退ないし未達成、労働者の平均以下の成績、重大な義務違反等)をできるだけ具体的に定めることを求めるものがある⁽¹⁴⁵⁾。これらに手当の支給目的の消滅を追加する学説もある⁽¹⁴⁶⁾。

求められる透明性の程度は、給付の種類により異なり得る。特別手当が労務給付と対償の関係にある給付(狭義の賃金)である場合については、厳格な要件の下で詳細な具体化が求められると解されている⁽¹⁴⁷⁾。厳格な要件については、解雇理由ないし変更解約告知を正当化する理由となり得る程度の理由が必要となる⁽¹⁴⁸⁾とする学説と、そこまでの必要はないとする学説⁽¹⁴⁹⁾が対立している。

これに対して、特別手当が広義の賃金であれば、厳格な事実チェックはなく、具体的で恣意性のない理由で足りるとされる⁽¹⁵⁰⁾。さらには、特別手当の約束が単年度に限られ労使慣行の発生の余地がない事例等、約束が明らかに限定的であれば、明示の取消留保は不要ですらあるとの学説もある⁽¹⁵¹⁾。求められる取消理由の軽重は、そもそも取消が許されない賃金の中核領域かどうか、また、中核領域ではなく、その周辺領域の賃金の場合も、狭義の賃金と広義の賃金とで異なるべきとの学説もあり⁽¹⁵²⁾、必ずしも見解の一致をみていないようである。

取消理由につき以上の要件を充たさない取消条項は、BGB 307条の内容コントロールにより失効するとされる。そのような取消条項は、労働契約上の基本的な権利義務を契約目的を侵害する態様で制限することになり、BGB 307条2項2文により労働者に不相当な不利益を与えることになるか

らとされる。

ところで、要件を充たさない取消権留保条項について、効力維持のための限定解釈が可能かどうかについては、BAG 判例（二）（判旨 I.）のように肯定する見解と、BGB 306条 2 項から許されないとする学説がある。⁽¹⁵³⁾

（ii）任意性留保（Freiwilligkeitsvorbehalt）⁽¹⁵⁴⁾ 条項

ところで、賃金調整のために付される主たる給付条件として、取消権留保の他に、さらに任意性留保を挙げておく必要がある。任意性留保条項とは、文字どおり、労使双方の自由意思（任意性）を留保するという広い意味を有する条項ではなく、現実には、使用者による労働契約上の給付について、使用者が給付を義務化する意思を持たず、将来にわたる労働者の給付請求権を否定することを明示する労働契約等の条項を特に指すとされている。

ドイツにおいては、使用者は、任意性留保条項によって、将来に向けての給付義務が根拠づけられることなく、1 回的にのみ特別手当を給付できるとされている。当初は、クリスマス手当のような特別手当について、その反復支給の事実を根拠に労使慣行上の特別手当請求権を認める判例法理に対応する手法として案出されたといわれている。⁽¹⁵⁵⁾ その後は、広く賃金調整（賃金制度の柔軟化）の手段として用いられるようになったといわれている。任意性留保条項はこの点にのみ存在意義があるとの指摘すらある。⁽¹⁵⁶⁾ わが国においても任意的、恩恵的給付につき問題となり得よう。

（1）BAG 判例は、2002年改正前においては、例えば、クリスマス手当や休暇手当のような特別手当についての請求権は、手当の個別の承認により初めて根拠づけられるとして、任意性留保条項を繰り返し有効としてきた。⁽¹⁵⁷⁾ クリスマス手当のように、個別のケースで付与されることで請求権が生じるタイプの広義の賃金としての特別手当に限って有効な給付条件とな

るとの BAG 判例もこの立場に立つ⁽¹⁵⁸⁾。

他方、狭義の賃金に対する任意性留保については、BAG 判例には、継続的給付に対する任意性留保を取消権留保と解釈したり⁽¹⁵⁹⁾、業績手当について、使用者が明示に任意に取消権を留保しても、公平な裁量 (BGB 315 条 1 項) に従ってのみ、取消を認めるものがみられた⁽¹⁶⁰⁾。

任意性留保は、特別手当の給付の都度に繰り返し請求権の除外を明示する必要はなく、最初の合意時に定められていれば足りるとされる⁽¹⁶¹⁾。

任意性留保が労働契約においてか特別手当の給付時に明示されるかを問わず、クリスマス手当や休暇手当、ボーナス支給のように、具体的な表示のされた給付であって、法的義務の合意なしに給付され、将来的に請求権が根拠づけられていないものであり、反復して給付されていても、それ以降の請求に対する抗弁が可能となる。したがって、任意性留保条項に基づいて、使用者は、毎年新たに、特別手当を給付するかどうか、どのような条件によるかを決定できる。そして、任意性留保条項は、給付が反復して労使慣行となり得る場合でも、これを否定する効果を持つと理解されているのである⁽¹⁶²⁾。

2002年改正前においては、任意性留保を給付条件とすることが、労働協約、事業所協定、さらには、公序良俗原則 (BGB 138 条)、強行法規への違反 (BGB 134 条) となる場合には、その設定は許されないとされた⁽¹⁶³⁾。強行法規違反の例として、賃金の一方的調整を可能にすることで強行的な解雇制限法理 (変更解約告知) を回避する目的を持つ場合を特に BAG 判例は挙げている。あるいはまた、労働契約の本質的要素が一方的変更の対象とされ、給付と反対給付のバランスを基本的に崩す場合がこれに当たるとされる⁽¹⁶⁴⁾。

また、条項の明確性もこの時期すでに求められていた。例えば、判例では、労働契約の中で「任意の社会的給付」といった表現を用いただけでは、

法的請求権は失われまいとするものがあつた。⁽¹⁶⁵⁾あるいは、単に「留保」の語を含む条項も任意性留保とまではみなされまいとされた。⁽¹⁶⁶⁾「任意で法的義務の付与なく」とか「法的請求権なしに」という規定形式であつて初めて明確といえろとされてい⁽¹⁶⁷⁾た。

ところで、任意性留保については、取消権留保とは異なり、使用者が特別手当等給付の意思表示をするまでは給付請求権が確定的に発生しないので、給付請求権の確定的存在を前提に適用される BGB 315 条 1 項による「公平な裁量性」原則による制限の適用がないと解されている。したがつて、この規定に基づいて、無効の任意性留保条項を有効な取消権留保条項に読み替へることは許されまいとする学説がある。⁽¹⁶⁸⁾この点について、他の学説には、任意性留保と取消権留意とのこうした異なる取扱いには、部分的に評価矛盾（Wertungswiderspruch）があるとして、留保つきで認めた手当の給付を中止するには合理的理由が必要であるとしたり、⁽¹⁶⁹⁾任意性留保条項が無効でも、取消権留保の合法性の要件を緩和する方向で、使用者が任意性留保条項を利用しなくて済むように対応すべきであると批判する見解⁽¹⁷⁰⁾等もあつた。これに対しては、両者の違いは任意性の有無にあり、任意性による法的取扱いの違いはやむを得ないとしつつ、使用者が、任意性留保を 1 回の給付に限定せず、継続的給付の条件とする場合には、より厳格なチェックが求められるとする学説もあ⁽¹⁷¹⁾る。

(2) 他方、2002 年改正以後においては、BGB 305 条以下が、任意性留保約款にどのように適用になるかが問題となる。等しく賃金調整機能を期待される取消権留保約款への適用との間に相違があるのかも問題である。任意性留保約款の効力判断は具体的にどのように行われているのであろうか。

2002 年改正以降においては、任意性留保約款が BGB 305 条以下の約款規制の適用を受けるかどうかについては、取消権留保約款とは異なり、

BAG 判例，学説に対立があり，確定的な判断が確立されているとまではいえない状況のようである。

ただし，2002年改正後の BAG 判例には，BGB 305条以下の約款規制の基準を発展させて，任意性留保の可能性をより明確に制限する事例が見られるとの分析がある。⁽¹⁷²⁾ そのひとつに位置づけられている BAG 判例を取り上げて，任意性留保条項の有効性判断の手法をみておこう。

(ホ) 年次特別手当を定める労働契約約款の任意性留保条項を無効とした事例—BAG v. 25.4.2007⁽¹⁷³⁾

〔事実の概要〕

Xは，1997年2月1日から2005年3月31日まで，Yの団体で勤務した。2002年以降，Yは，社内掲示のうえXにも業績手当を給付していた。掲示には，月給と一緒に毎月，業績手当を給付するが，任意の給付であり，その給付には法的義務はなく，将来にも請求権はない旨が書かれていた。Yは，2004年7月に何の理由もなく，その給付を停止した。Xは，任意性留保は無効として，その支払を請求した。Yは，請求権は当初より発生していないとして，Yには，手当の取消の権利があると抗弁した。また，Yは，手当は特別給付を根拠に認められてきたが，Xの成績が2002年と2003年には上がらなかったため，手当の給付理由も2004年には消滅しているとした。

1 審はXの請求を認容し，2 審はYの控訴を棄却したため，Yが上告した。

〔判旨〕 Yの上告を棄却。

3 事前作成の労働契約で，毎月の業績手当を，請求権すべてを排除しつ

つ約定する場合、契約のこの部分は無効である。この条項は、一般取引約款として、BGB 307条1項および2項による内容コントロールに耐えられない。

(a) 基本給とともに毎月支払われ得る業績手当につき、すべての法的請求権を排除することは、法律規定から逸脱するのであるから、BGB 307条3項1文により、BGB 307条1項および2項による内容コントロールを受ける。BGB 307条3項1文の意味での法律規定とは、立法規定だけでなく、正義の要請(Gerechtigkeitsgebot)に対応するものとして、不文の法原則すべて、あるいはBGB 157条、242条による補完的解釈に基づいたり、その都度の債権債務関係の性質から導かれる権利義務といった一般的に認められる法原則である。

(b) 約款利用者に権利を与え、主要な給付義務を制限し、変更し、形成し、あるいは修正する一方的給付決定権は、BGB 305条以下によって、裁判上のコントロールを受ける。……そうした条項は、契約とそこから生じる義務は両当事者を拘束する、との一般原則に反する〔からである〕。……労働関係は、BGB 611条1項に基づき、通例、当事者双方に主たる給付義務を生む。しかし、使用者に手当の給付について毎月繰り返される決定を委ねる契約上の留保は、本件とは異なる。BGB 611条の下で使用者は、合意された報酬の支払い義務を負う。労働者は、継続的債権関係として形成される労働関係においては、特別の条件が付されていない、月々に約束された報酬支払を信用することができる。労働者は、これに基づいて、労務を給付し、その生活もこれに委ねる。使用者が、月々に新たに報酬を決定できることを留保することは、BGB 611条に示された労働契約の本質からは外れる。このことは、基本給だけでなく、労働報酬の一部として、従って、労働者による労務給付への直接的対償として合意された追加的な定期的手当にも妥当する。

.....

(d) 賃金に関する「任意性留保」は、客観的に確認できる労働法の特例性に照らして、正当化されない。BAGは、過去に、「任意性留保」の効力を、(クリスマス手当のような)特別報酬に関して肯定してきた。……継続給付の賃金に関しては、請求権の契約上の排除を取消権留保と解釈した。……BGB 305条以下の導入以前にすでに、当法廷は、たとえ使用者が明示に留保していたとしても、業績手当の取消は、自由裁量ではなく、合理的裁量に従ってのみ許されるとしてきた。……2002年1月1日以降、任意給付を「いつでも無制限に」取り消され得るとする労働契約上の取消権留保は、BGB 308条4号により、無効なのである。

本件で約束された業績手当は、継続給付の賃金である。Xは、その労務給付に対応した業績手当を月給に追加して得ることを求めることができるのである。

(3) BGB 305条以下の適用を肯定する BAG 判例 (ホ) (判旨 3(b)) は、BGB 307条1項1文が、同条3項1文により、法律規定を逸脱した規律やこれを補充する規律を合意した約款規定のみに適用する旨定めている点について、任意性留保条項は、BGB 611条ないし「契約は守られなければならない」との一般原則に反する点で法律規定を逸脱しているとする。判例 (ホ) によるこうした判断については、任意性留保では、守るべき契約 (規律) 自体がそもそも存在しておらず、BGB 307条1項1文がそのまま任意性留保に適用されるか否かについて議論があり、BAG 判例も確定していない。⁽¹⁷⁴⁾ すなわち、判例 (ホ) のように肯定説に立つ BAG 判例では、労働契約締結時に生じた法律行為上の拘束に反して給付の双務関係性を失わせ、労働者に不適切な不利益を与えることになる⁽¹⁷⁵⁾ と解することになる。そのため、BGB 307条の内容コントロールを受けるのである。そして、こ

の立場では、BGB 307条1項1文の内容コントロールによって、「継続給付の賃金」(狭義の賃金を意味すると解される)の請求権の除外を含む約款は、信義則に反して労働者に不相当な不利益を与え、無効となる。特に、⁽¹⁷⁶⁾狭義の賃金であれば、基本給のように毎月支払いの賃金であれ、手当という形式で継続的に支払われる追加的賃金であれ、BGB 307条2項1号により任意性留保は合意できないと解されている。⁽¹⁷⁷⁾また、BGB 310条4項2文の労働法の特異性の点からも、狭義の賃金につき任意性留保約款の効力を肯定することはできないとされている。⁽¹⁷⁸⁾さらに、取消権留保への読み替えも許されないとされる。⁽¹⁷⁹⁾

ただし、取消権留保条項とは異なり、任意性留保条項には、使用者の利益を考慮して合意された給付の変更や異なる給付の合意が、労働者に期待不可能である場合に、内容コントロールによりこれを無効と定めるBGB 308条4号の適用はない。⁽¹⁸⁰⁾同号は、当初に約束された給付の変更権の有無に関する規定であるが、任意性留保条項では、そもそも契約上の給付義務に欠けるからとされている。

ところで、BAG判例には、狭義の賃金としての特別手当を任意性留保の条件付で給付することも、労働者の不適切な不利益を与えるものではないとして、約款規制を否定するものが複数生まれている。⁽¹⁸¹⁾

この否定説に立つBAG判例は、任意性留保約款では、使用者はそもそも手当の給付につき法律上の拘束を意図していないのであり、守るべき契約(拘束力ある契約)がそもそも存在しないと理解する。この理解に立ちつつ、否定説は、任意性留保約款には、BGB 305条にいう拘束力ある契約条件に当たらず、同条の適用はないし、307条3項1文のいう「法規定」と異なる規制もそもそも存在しないと解する。したがって、約款規制の対象とすべき拘束力ある約款がないとみるのである。この否定説を支持する学説もみられる。⁽¹⁸²⁾

しかし、この否定説に立つ BAG 判例については学説の批判が強く、否定説に立つ BAG 判例もこの条項を一般的に有効と認めたものではないと理解されている。否定説に立つ BAG 判例が、判示の中で、一方では特別手当の給付の旨を定めつつ、他方で任意性留保を条件として定めることは矛盾しており、約款の内容が不明確で BGB 307条 1項 2文の「透明性ルール」に反すると判断しているからである。そこで、否定説に立つ判例によるこうした判示の解釈として、学説には、使用者が給付につき約束をせずに労使慣行上給付してきた事例で、将来にわたる請求権はない旨を明確にしている場合に限定して約款規制を否定していると理解するものがある⁽¹⁸³⁾。あるいは、狭義の賃金にあたる給付についての任意性留保を有効とするには、当該給付を中断する具体的理由が定められ、その理由が十分に重大なもので留保を正当化するものである必要があるとする学説もある⁽¹⁸⁴⁾。

判例（ホ）（判旨 3 (b)）は、労務給付と反対給付関係に立つ狭義の賃金については、この任意性留保の対象となることはない旨を判示している。この点についても、BAG 判例においてこれまで対立があるとされている⁽¹⁸⁵⁾。とはいえ、広義の賃金および混合タイプについては、任意性留保約款は有効と解される。任意性留保約款の有効性判断では、BAG 判例は、特別手当が総収入に占める割合の上限を定める手法を、先に述べた取消権留保約款の場合とは異なり用いていない。これは、取消権留保とは異なり、1度発生した請求権が取消権行使の場合のように継続的に除外されないこと
がないからであると説明されている。

(4) ところで、任意性留保条項が労働契約約款に定められる場合、さらに、不明確性ルール（305条 c 第 2項）から明確な内容で、かつ透明性のルール（307条 1項 2文）から理解可能に定められることが有効要件とされる⁽¹⁸⁶⁾。すなわち、労働者が約款内容を適正に判断でき、将来の給付について法的請求権を持たないことを認識できるように定められている必要があ

るとされている。

多義性のある約款の効力を否定する不明確性ルール（305条c第2項）の下では、例えば、「任意に」の語の付加だけでは、任意性留保約款としては足りない⁽¹⁸⁷⁾とされる。それは、これだけでは、給付は使用者の任意によるもので、労働契約や労働協約、法律等、給付義務の法的根拠がない点のみを示すものとしてしか解釈されないからとされる⁽¹⁸⁸⁾。2002年改正前のBAG判例と同様に、使用者は、将来に向けて何らの契約上の拘束力も生じないことを併せて明示する必要があるとされている⁽¹⁸⁹⁾。例えば、特別手当はすべて法的請求権の生じない任意の手当であると定めつつ、但書きで、クリスマス手当は労働協約の規定に従う、と定めた約款は不明確性があるとするBAG判例等がある⁽¹⁹⁰⁾。

さらに、「労働者はクリスマス手当を受領する。しかし、その法的請求権はない。」との規定は、矛盾を含んでおり、透明性ルールの点で問題があるとされる。あるいは、すべての将来的給付を対象とする包括的任意性留保約款は、通例、労働者に不相当な不利益を与えるものであり、BGB 305条bの定める「個別合意の優位」に反する等として、無効であるとするBAG判例もある⁽¹⁹¹⁾。

ところで、契約実務上は、任意性留保と取消権留保とを同じ約款に定める事例がたびたびみられる。両者は、その効果から同時には両立しない。そのため、BGB 305条cにいう多義的であるだけでなく矛盾があり、近時は、不透明であり全体として無効であると解されている⁽¹⁹²⁾。

2002年改正前のBAG判例には、特別手当の任意給付と並んで、具体的請求条件と支給額が定められた約款について、請求権の発生が除外されることを認めるものがあつた⁽¹⁹³⁾。しかし、2002年改正後は、文書ないし口頭で特別手当が合意されていれば、この合意と並存する任意性留保約款の適用は否定されることになる⁽¹⁹⁴⁾。2002年改正による転換といえる。このこと

によって、結局は、労使慣行に基づく場合のような手当のみにこの条項の適用は限られるとする評価がなされている。⁽¹⁹⁵⁾

そして、内容コントロールの下で、任意性留保条項が無効と判断されると、BGB 306条1項により、任意性留保の部分のみ無効と判断されることになる。⁽¹⁹⁶⁾したがって、手当の給付義務は残ることになる。

以上のことから、結論的には、任意性留保約款は、①明らかに労務給付の対価としての狭義の賃金に該当しない給付についての給付条件で、②給付内容を明示に約定していない事例についてのみ許されると理解されている。⁽¹⁹⁷⁾

なお、任意性留保条項の有効性判断について、以上のように、取消権留保条項の有効性判断の基準とは別の判断基準を提示する BAG 判例の考え方に対しては、同じ基準で判断すべきであると批判する学説が近時においても主張されている。⁽¹⁹⁸⁾

V 結びに代えて

以上において、ドイツにおける企業内福利厚生給付を含む賃金に関し設定されてきた主要な給付条件をめぐる労働契約関係法上の取り扱いの変遷と現状の分析を主として試みた。分析の概略は以下のようにまとめることができよう。

(1) 狭義の賃金と企業内福利厚生給付を含む広義の賃金との差異は、労働契約関係法上の取扱いにおいても生じる。それは、まず、ドイツ民法典(BGB)が定める双務契約関係に関する諸規定(BGB 320条以下)の適用において現れる。双務契約関係に関する規定は、労務給付と対償性のある給付を前提としており、広義の賃金には当然には適用にならない。ただし、BGB 611条以下の雇用契約につき労働法的視点から定めた規定については、適用の余地があるとされている(BGB 615条等)。

(2) ドイツにおいては、労働契約において、賃金の給付につき一定の給付条件を定める手法が行われてきた。主たる給付条件には、①労働者の勤続や忠誠心の確保を目的とする支給日在籍条項や返還条項と、②賃金調整を目的とする取消権留保条項や任意性留保条項を挙げることができる。

(3) これらの給付条件の有効性等に関する BAG 判例の判断においては、2002年に追加された BGB 305条以下の約款規制の適用の前後で差異がみられる。BGB 305条以下の約款規制では、「不明確性のルール」「内容コントロール」「透明性のルール」の3つのルールが労働契約約款としての給付条件にも適用となる。

(4) 所定日の在籍を手当の給付条件とする所定日在籍条項は、BAG判例においては一般に有効とされてきた。ただし、経営上の理由で解約告知されたために、所定日に在籍できなかった事例については、BAG判例に変遷があったが、近時はこれを有効とする BAG判例が支配的となっている。

(5) 手当支給後の所定日までに労働者が退職等した場合に使用者が手当返還を請求できる旨定める返還条項も一般に有効とされてきた。わが国での留学費用等の返還請求の可否をめぐる問題とも関連している。労働者の職業選択の自由との関係で、BAG判例は、早い時期から2002年改正以降も、労働者への「期待可能性」の点から、拘束期間と手当額のバランスに配慮しつつ、その有効性を判断している。

(6) 賃金調整を目的として、使用者に手当給付（請求権）の取消権を与える取消権留保条項について、BAG判例は、その有効性を緩やかに判断する傾向にある。わが国における労働条件の不利益変更の問題とも関連する。2002年改正以降は、取消権留保約款の有効性は、合意内容と行使の2つの視点から吟味されている。

(7) 賃金調整を目的として、使用者の給付の意思表示があつて初めて給

付請求権が労働者に生じるとする任意性留保条項については、一般的に有効とされてきた。わが国においても、任意的、恩恵的給付の法的処理のあり方につき問題となり得る。2002年改正以後の任意性留保約款の有効性については、BGB 305条以下の約款規制自体の適用を含めて、BAG 判例、学説に対立がある。

(8) 4つの給付条件のうち、労働者の勤続確保目的の給付条件の効力は、狭義の賃金については、そうした条件を付すこと自体が狭義の賃金性を失わせる等として、無効ないし限定的に有効とされるが、広義の賃金については、BAG 判例が創造的に設定した有効基準を充たせば有効とされている。他方、賃金調整目的の給付条件の効力は、広義の賃金については有効となり得るが、狭義の賃金については、BGB の約款規制の適用後は無効とするのが BAG 判例の処理方法であるが、学説上は議論がある。

以上のとおり、本稿前後編において、ドイツにおける賃金規制と企業内福利厚生の法的取扱いをテーマに分析を試みた。この分析を通じて明らかにした、ドイツにおける賃金概念の捉え方、労働契約約款への規制を含めた労働法的規制の状況、賃金の給付条件の法的効力をめぐる BAG 判例、学説における議論等は、就業規則等への約款規制のあり方を含めて、わが国における賃金規制に関わる諸問題の処理のあり方を検討するうえで重要な示唆を与えるということができると筆者は考えている。

注

- (1) 以下に掲げる引用頻度の特に高い文献は、頭書の番号をもって引用する（本稿前編にて番号を付した文献と同一の文献には、本稿でも同一の番号を付している）。また、注において引用している BAG 判例は、決定等と特記しない限り、判決 (Urteil) の形式による判断である。

①R. Richardi u. a. (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., 2009.

- ②G. Schaub u. a., Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Aufl., 2011.
- ③G. Annuß u. a, Staudinger Praxis Edition Arbeitsrecht Kommentar, 2011-2012.
- ④R. Müller-Glöge, U. Preis, I. Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl., 2012.
- ⑤M. Henssler, H. J. Willemsen, H. J. Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl., 2012.
- ⑥W. Däubler, B. Bonin, O. Deinert, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 3. Aufl., 2010.
- ⑦U. Preis u. a., Arbeitsvertrag, 4. Aufl., 2011.
- ⑧D. Rindone, Arbeitsrechtliche Sonderzahlungen, Dissertation, 2011.
- ⑨G. Dornbusch, E. Fischermeier, M. Löwisch (Hrsg.), Fachanwalts- Kommentar Arbeitsrecht, 6. Aufl., 2014.
- (2) BGB 320条は同時履行の抗弁権, BGB 321条は不安の抗弁権, BGB 322条は引換給付判決につきそれぞれ定めている。
- (3) BGB 323条～325条は後発的不能の効果につき定め, BGB 326条は履行遅滞の効果, BGB 327条は, BGB 325条および BGB 326条の法定解除権につき, 約定解除権の規定 (BGB 346条～356条) の準用の旨を定めている。
- (4) ②S. 768 Rn50; ④S. 1510Rn547; BAG v. 13.9.1974, AP Nr. 164 u. 27.7.1994, AP Nr. 164 zu § 611BGB Gratifikation; BAG v. 19.4.1995, AP Nr. 173 zu § 611BGB Gratifikation; BAG v. 10.5.1995, AP Nr. 174 zu § 611BGB Gratifikation; ストライキによる就労不能の場合の賃金の扱いについては, ドイツでは, 正当なストライキへの参加は, 労働関係の停止 (Ruhen) と解されており, その間の狭義の賃金請求権は失われ, 協約上の特別手当については, 協約上の請求要件や手当控除の取扱いに関する個別事情に従って減額することも可能と解する BAG 判例がある。BAG v. 13.2.2007, AP Nr. 18 zu § 1 TVG Tarifverträge: Presse. vgl. ②S. 771f. Rn57 u.S. 2214 Rn7ff.
- (5) BAG v. 5.8.1992, AP Nr. 143 zu § 611BGB Gratifikation; BAG v. 9.8.1995, AP Nr. 181 zu § 611BGB Gratifikation. vgl. ③S. 602f. Rn869.
- (6) ②S. 768 Rn50; ③S. 613 Rn907.
- (7) ただし, BGB 611条以下の雇用契約 (Dienstvertrag) に関する規定は, わが国における雇用契約や労働契約より広い概念内容として捉えられており, 有償委任や準委任契約も含むものと理解されている点に注意を要する。

また、わが国民法と異なって、労働者保護の視点から、本来、労働法に分類され得る規定をも含んでいることを前提とする必要がある。

- (8) BGB 326条 1項が労働契約関係でいえばノーワークノーペイの原則について定めているが、BGB 615条（受領遅滞）がこの原則を修正して、ノーワークの場合でも賃金請求権を認めている。
- (9) ③S. 938 Rn136; ⑤S. 1720 Rn79ff. u. S. 1731 Rn121.
- (10) この項の記述は、主として以下の文献を参考に行っている。①S. 938ff. Rn1ff.; ②S. 755ff. Rn1ff.; ③S. 602ff. RN867ff.; ④S. 1508ff. Rn538ff.; ⑧S. 86ff.
- (11) 改正規定は、2002年1月1日の施行後に締結された契約に適用となるが、改正法に置かれた経過規定によって、それ以前に締結された契約にも、1年の猶予期間を置いて、2003年1月1日から適用となる取り扱いとされた（EGBGBG 229条）。
- (12) BGB 305条は、1976年約款法 1条 1項、2項に定められた約款の定義をそのまま受け継いでいる。すなわち、「約款とは、契約の一方当事者（約款利用者）が、契約の締結にあたり、他方当事者に提示するもので、多数の契約の事前に定式化された契約条件すべてをいう。規定が外見上は契約から分離されて規定される契約書の中に定められるか、契約書のどの範囲でか、どのような字体でか、またどのような契約形式でかを問わない。約款は、契約条件が契約当事者間で個別に交渉される限りで存在しない。」と定めている。BGB 305条以下310条までの約款規制に関する規定の邦訳として、高橋弘「約款規制に関するドイツ民法の規定」広島法学28巻1号（2004）73頁以下等が参考になる。ドイツの債権法改正について労働法の視点から解説したものに、根本到「ドイツ民法典の改正と労働契約法理」労旬1529号（2002）12頁以下、高橋賢司「ドイツ法における普通取引約款規制と労働法」季労231号（2010）154頁以下ほか。
- (13) Vgl. BAG v. 25.5.2005, AP Nr. 1 zu § 310BGB.
- (14) その理由として、除外される法領域では、既に保護等のための規定が置かれていることが挙げられている。vgl. BT-Drs. 7/3919（1975）S. 14.
- (15) その理由については、①1976年約款法下の BAG 判例では、労働契約約款について1976年約款法の基本的考え方を受け入れつつ内容コントロールを行い、適用除外扱いに従わない実態が先行していたこと、②労働法における BAG 判例によるそれまでの内容コントロールが民法のそれより後退したものになることを立法者が相当とみななかったこと、が指摘されている。vgl. ⑤S. 1372 Rn11ff. 14/6857, S. 53f.; 14/7052, S. 189. ただし、

- BGB の約款規制のうち、約款が労働契約の内容となるための要件（明示及び認識可能性の原則）を定めた305条2項、3項の適用が否定されている（BGB 310条1項）。この点については、労働契約約款について、文書明示義務の適用が既にあるからとの立法理由が示されている。Bt-Drs. 7/1657, S 54. こうした除外には学説による批判が強い。Richardi, *Geltung der Arbeitsverträge durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nach den Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, NZA 2002, S.1058f.; ③S.466f. Rn383 u. a.
- (16) Bt-Dr. 7/3919, S. 41. しかし、その後、労働組合や事業所従業員会が、約款の一般的な対象となる法的領域において、相当といえる利益衡量を保証する状況になく、保証のメカニズムが十分機能していない実情が生まれているとの批判がある。vgl. ⑥S. 5 Rn5 u. S. 12 Rn24ff.
- (17) Vgl. ④S. 1360 Rn22. BAG v. 27.8.2008, AP Nr. 36 zu § 307BGB.
- (18) ③S. 468 Rn386; A. Junker, *Grundlegende Weichenstellung der AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen*, in *Festschrift zu H. Buchner*, 2009, S. 371f.
- (19) 個別契約に適用した事例として、BAG v. 16.3.1994, APNr. 18 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe u. a.
- (20) ⑥S. 11 Rn22f. なお、BGB 315条1項については後掲注(114)を参照のこと。
- (21) BAG v. 25.5.2005, AP Nr. 1 zu § 310 BGB.
- (22) Vgl. ③S. 468Rn386.
- (23) ⑥S. 196ff. Rn39ff.
- (24) BAG v. 24.10.2007, AP Nr. 32 zu § 307BGB; v 6.9.2006, NZA2007, S. 352. vgl. ⑥S. 132 Rn29; ⑧S. 88.
- (25) ③S. 473Rn406. vgl. BAG v. 17.1.2006, AP Nr. 40 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.
- (26) BGH v. 12.12.1952, BGHZ Bd. 5, S. 111 u. S. 115. vgl. ⑥S. 130 Rn24.
- (27) BAG v. 18.8.1998, NZA1999, S. 659 u. S. 661; v. 17.11.1998, APNr. 10 zu § 1TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag u. a. vgl. ⑥S. 131Rn25.
- (28) ⑥S. 131Rn26.
- (29) 詳細は、V. Lindemann, *Flexible Gestaltung von Arbeitsbedingungen nach der Schuldrechtsreform*, 2003, S. 165ff. vgl. ⑧S. 96.
- (30) BGB 308条は、無効かどうかの評価の余地のある場合を1号から8号で列挙し、BGB 309条は、評価するまでもなく無効となる場合を1号から13号において列挙している。特に、本稿とのかかわりで問題となるのはBGB 308条4号であり、約款利用者（使用者）の利益を考慮して当初の合

意内容を変更したり、当初の合意内容と異なる給付を予定する権利関係を合意することが、契約相手方（労働者）に期待可能でない場合には無効となる旨を定めている。

- (31) なお、本文後掲の BAG 判例(二)(ホ)の判旨の中でも指摘されているように、この「法律」には、立法のほか不文の原則、判例、BGB 157条・242条による補充的解釈やその都度の債権関係の性質から導かれる権利義務といった公正性の要請に対応する一般的に認められてきた法原則が含まれると解されていて、かなりの広がりのある概念として予定されている。vgl. BAG v. 11.10.2006, AP Nr. 6 zu § 308BGB; 24.10.2007, AP Nr. 32 zu § 307BGB.
- (32) ③S. 472Rn401.
- (33) BAG v. 31.8.2005, AP Nr. 8. zu § 6ArbZG. vgl. ③S. 472 Rn401. ただし、賃金の額について法定されている場合（業種ごとの最低賃金等）については、内容コントロールの対象となると説明されている。vgl. ⑧S. 92.
- (34) ⑧93f.
- (35) ③S. 472 Rn402.; ⑧S. 98f., 139ff., 243ff. このルールが独立したチェック基準として使用されたのは、1976年約款法においてではなく、1980年代中頃以降の BAG 判例においてであるとされている。vgl. BGH v. 22.1.1986, BGHZ Bd. 297, S. 74. 法文上の明文化は、2002年改正によってである。
- (36) ③S. 473Rn405ff.
- (37) 約款上の条件については、賃金に関わるもの以外にも種々問題となっている。例えば、協約所定の賃金を超える賃金を定める算入留保（Anrechnungsvorbehalt）、除籍期間、協約所定の条項を労働契約に取り込む旨の受容条項、労働契約の変更につき一定の形式を要件と定める要式条項、配転条項等が挙げられている。
- (38) ⑧S. 100; ①S. 944Rn15.
- (39) 以下で別段の引用をしない限り、本文での記述は以下の文献に主として拠っている。①S. 990ff. Rn16ff.; ②S. 768f. Rn50ff.; ③S. 602f. Rn867ff.; ④S. 1508f. Rn538ff.; ⑤S. 1467f. Rn110; ⑥S. 162f. Rn50ff.; ⑧S. 162ff.
- (40) ⑦S. 1270 Rn39.
- (41) ⑧S. 170ff.
- (42) ⑧S. 170.
- (43) ⑧S. 160f.
- (44) ③S. 602Rn868; ⑤S. 1467Rn110; ⑧S. 167; ⑩S. 1508Rn540. vgl. BAG v.

- 8.11.1978 AP Nr. 100 zu § 611BGB Gratifikation.
- (45) 例えば、手数料 (Provision), 利益配当 (Tantieme), 目標達成度対応のボーナス (Bonus) 等が狭義の賃金として挙げられている。⑦S. 1272; ⑧S. 169. vgl. BAG v. 8.11.1978, AP Nr. 100 zu § 611BGB Gratifikation; BAG v. 13.6.1991, EzA Nr. 86 zu § 611BGB Gratifikation Prämien.
- (46) 「ドイツにおける賃金規制と企業内福利厚生 (上)」法と政治64巻4号 (2014) 1頁以下。
- (47) BAG v. 7.11.1991, BB1992, S. 142. 混合タイプについても肯定する BAG 判例として, BAG v. 24.10.1990, AP Nr. 2 zu § 1TVG Tarifverträge Glasindustrie; BAG v. 10.12.2008, AP Nr. 280 zu § 611BGB Gratifikation. 具体例として, 年次手当, 報奨手当, 第13月手当, ボーナス (Prämien) 等が挙げられる。
- (48) ③S. 602Rn868; ⑩S. 1508Rn540.
- (49) ⑦S. 1272 Rn43; ⑧S. 168. ただし, 学説には, 支給対象期間経過後に所定日が設定されている事例では, 混合タイプの特別手当について, 労務給付に対する対価性のある特別手当と同様に過去の労働相当分の不支給は認められないとする見解がある。⑦S. 1280 Rn61.
- (50) BAG v. 24.10.2007, AP Nr. 32 zu § 307BGB, zu 3b) aa) (2) der Gründe.
- (51) この点につき肯定説に立つ BAG 判例には, 例えば, BAG v. 27.10.1978, AP Nr. 96; v. 4.9.1985, AP Nr. 123 zu § 611BGB Gratifikation. 個別契約所定の条項については, BAG v. 19.11.1992, AP Nr. 147 zu § 611BGB Gratifikation. 2002年改正後の BAG 判例で個別契約所定の返還規定につき肯定したものに, BAG v. 28.3.2007, AP Nr. 265 zu § 611BGB Gratifikation. 学説では ②S. 768f. Rn50af; ③S. 602RN. 868f.; ⑧S. 180ff. これに対して, 否定説に立つ BAG 判例には, 例えば, BAG v. 13.9.1974, AP Nr. 84 zu § 611BGB Gratifikation; BAG v. 25.6.1975, AP Nr. 86 zu § 611BGB Gratifikation. 個別契約所定の教育訓練費用の返還につき否定説に立つものとして BAG v. 6.5.1998, AP Nr. 28; v. 24.6.2004, AP Nr. 34; 23.1.2007, AP Nr. 38 zu § 611BGB Ausbildungsbeihilfe. 学説には, ⑤S. 1467f. Rn. 110; ⑦S. 1281 Rn63 がある。①S. 999f. Rn39f. も否定的か。
- (52) AP Nr. 84 zu § 611BGB Gratifikation, zu 3a) der Gründe. 否定説に立つ BAG 判例は, 他に BAG v. 26.6.1975, AP Nr. 86 zu § 611BGB Gratifikation, zu 3 der Gründe. この事例は, 第13ヶ月給与を, 対象年の11月分給与と一緒にその半分を, 翌年の6月分給与と一緒にもう半分を支払うとする制度の下で, 対象年の12月末で解雇する旨を11月14日に告知された労働者が,

- 6月分の支払を求めた事例である。その他、BAG v. 27.10.1978, AP Nr. 98 zu § 611BGB Gratifikation.
- (53) AP Nr. 96 zu § 611BGB Gratifikation, zu 2b) c) d) der Gründe. その他、肯定説に立つ BAG 判例に、BAG v. 4.9.1985, AP Nr. 123; v. 25.4.1991, AP Nr. 137 zu § 611BGB Gratifikation.
- (54) 支給対象期間途中になされた経営上の理由による整理解雇についても、期待される将来の勤続が果たされない点で他の解雇と差異はないことを指摘する近時の BAG 判例に、BAG v. 28.3.2007, AP Nr. 265 zu § 611BGB Gratifikation. 支給日在籍条項につき同様の理解を示す近時の BAG 判例に、BAG v. 14.2.2007, AP Nr. 264; v. 10.12.2008, AP Nr. 280 zu § 611BGB Gratifikation.
- (55) ⑧S. 175f.
- (56) BAG v. 4.9.1985, AP Nr. 280; v. 25.4.1991, AP Nr. 280; v. 19.11.1992, AP Nr. 280 zu § 611BGB Gratifikation. vgl. ⑧S. 178. BAG 判例の変遷については、vgl. ⑧S. 178f.
- (57) Vgl. ⑧S. 178ff.
- (58) Vgl. ②S. 771 Rn54a.
- (59) BAG v. 25.4.1991, AP Nr. 137 zu § 611BGB Gratifikation.
- (60) BAG v. 4.9.1985, AP Nr. 123 zu § 611BGB Gratifikation. ただし、この BAG 判決までは、労働協約上の所定日在籍条項も含めて、経営上の理由による解雇につき適用がないとする BAG 判例もみられた。BAG v. 27.10.1978, AP Nr. 98 zu § 611BGB Gratifikation.
- (61) BAG v. 24.10.2007, AP Nr. 32 zu § 307BGB.
- (62) ②S. 770 Rn52.
- (63) 毎年、目標を設定しつつ報酬に連動させる目標合意につき、BAG v. 6.5.2009, AP Nr. 43 zu § 307BGB.
- (64) ②S. 770f. Rn54f.
- (65) ⑦S. 1270 Rn40.
- (66) ⑦S. 1275f. Rn51f.
- (67) 以下で別段の引用をしない限り、本文での記述は以下の文献に主として拠っている。①S. 998ff. Rn35ff.; ②S. 772ff. Rn60ff. u. 280f. Rn77; ③S. 603ff. 872ff.; ④S. 1510f. Rn547ff.; ⑤S. 1468f. Rn111ff.; ⑥S. 285f. Rn1566f. u. 357Rn66; ⑨S. 999f. Rn176 u. S. 1008 Rn219.
- (68) ⑤S. 1468 Rn111.
- (69) BAG v. 8.12.1960, AP Nr. 20, BAG v. 10.5.1962, AP Nr. 22 zu § 611BGB

Gratifikation.

- (70) BAG 判例では既に早い時期にその有効性が肯定され、その後の BAG 判例に引継がれている。BAG v. 31.5.1960, AP Nr. 15 zu § 611BGB Gratifikation. vgl. ②S. 774 Rn65; ③S. 603Rn. 872.
- (71) BAG v. 4.9.1985, AP Nr. 123; v. 4.5.1999, AP Nr. 214; v. 14.11.2001, AP Nr. 235 zu § 611BGB Gratifikation. ただし、有期雇用が期間経過で終了する場合については、返還義務は生じないと解する BAG 判例がある。BAG v. 28.3.2007, AP Nr. 265 zu § 611BGB Gratifikation.
- (72) BAG v. 14.6.1995, AP Nr. 176; v. 26.6.1976, AP Nr. 86 zu § 611BGB Gratifikation. ①S. 998Rn35.
- (73) この点について、返還条項が労働者を「金はあるがかごの鳥」に押し込める効果を持つと評する学説がある。E. Böttcher, Wesen und Arten der Vertragsstrafe sowie deren Kontrolle, ZfA1970, S. 19ff.
- (74) BAG v. 28.4.2004, AP Nr. 274 zu § 611 BGB Gratifikation.
- (75) AP Nr. 22 zu § 611 BGB Gratifikation, zu 2[~]4a)~d) der Gründe. その他、否定説に立つ判例として、BAG v. 10.15.1962, AP Nr. 23 zu § 611 BGB Gratifikation.
- (76) 参考までに解約告知期間を定める BGB 622条については、以下のような変遷がある。1993年の BGB 622条改正までは、労働者のうち職員 (Angestellte) と労務者 (Arbeiter) の類型で異なる長さの告知期間が定められていた。職員は別段の合意がない限り、労使とも 6 週間とされ、労務者については、勤続年数の長さに対応して労使とも、2 週間、1 ヶ月、2 ヶ月、3 ヶ月の複数の告知期間が定められていた。そのため、3 ヶ月の期間中に複数の告知可能性を持つ労働者と 1 回のみ労働者が生じることとなっていたと考えられる。BGB 622条の改正によって、いずれの労働者類型も労働者側からの告知期間を 4 週間とする統一が図られることで、労働者は複数の告知可能性を持つこととなった。

現行 BGB 622条の定めによると、労働契約の当事者からの労働契約の解約は、15日から月末までに、退職の 4 週間以上前に告知することで可能となるとされている (同条 1 項)。ただし、使用者側からの解約については、勤続年数が 2 年以上の労働者については、その長さに応じた告知期間が定められている (同条 2 項)。例えば、勤続 2 年で 1 ヶ月、4 年で 2 ヶ月、20 年以上は 7 ヶ月等である。そして、労働者の退職の場合の告知期間を合意によって定める場合、以上の使用者による解雇の告知期間より長い期間を定めることができないとされている (同条 6 項)。

- (77) ⑧S. 192.
- (78) BAG v. 12.12.1962, AP Nr. 25 zu § 611BGB Gratifikation.
- (79) BAG v. 13.11.1969, AP Nr. 69; v. 27.10.1978, AP Nr. 99 zu § 611BGB Gratifikation. vgl. ②S. 774 Rn66f.; ③S. 604f. Rn873; ④S. 1511Rn550; ⑧S. 192ff. なお、この判断基準については、所定日在籍条項には適用がないとされている。⑧S. 198.
- (80) BAG v. 16.3.1982, AP Nr. 110 zu § 611BGB Gratifikation.
- (81) BAG v. 21.5.2003, AP Nr. 250 zu § 611BGB Gratifikation.
- (82) ②S. 774 Rn. 66. さらに、月額給与相当額の特別手当につき、6月30日と11月30日にその半額ずつを支払うこととしつつ、翌年の3月31日までに退職した労働者は、手当全額を返還する旨の個別契約がなされる事例もある。この場合の拘束可能期間をどう考えるかである。BAG判例は、11月30日の第2支払日と手当全額を関連づけるのではなく、支払日ごとに返還請求権の発生時期を検討している。すなわち、半月分の手当で6月末から3ヶ月の拘束効果が生じ、11月末の支払で翌年3月31日までの拘束効果が生じる。それぞれの期間内に退職すれば、各手当の返還義務が生じると解している。BAG v. 21.5.2003, AP Nr. 250 zu § 611BGB Gratifikation.
- (83) Zu 3 der Gründe .
- (84) BGB 622条については、前掲注(76)を参照のこと。
- (85) この時期の学説、判例については、vgl. BAG v. 10.5.1962, AP Nr. 22 zu § 611BGB Gratifikation, zu 3 der Gründe.
- (86) BAG v. 3.10.1963, AP Nr. 1 zu § 611BGB Urlaub und Gratifikation u. a. vgl. ⑦S. 1298f. Rn111.
- (87) ③S. 605Rn. 876.
- (88) かなり早い時期の下級審であるが、ArbG Hamburg v. 24.9.1970, DB1971, S. 341; ArbG Berlin v. 3.6.1975, BB1975, S. 1304.
- (89) BAG v. 31.3.1966, AP Nr. 54 zu § 611BGB Gratifikation u. a. vgl. ③S. 605 Rn877; ⑦S. 1245; ⑧S. 206f.
- (90) ⑧S. 189f.
- (91) BAG v. 7.12.1962, AP Nr. 28 zu § 12GG; v. 13.9.1974, AP Nr. 84 zu § 611BGB Gratifikation. ①S. 999Rn37.
- (92) ⑤S. 1468Rn113.
- (93) BAG v. 19.11.1992 n. a. v., juris.
- (94) ③S. 604f. Rn. 875. vgl. BAG v. 24.10.2007, AP Nr. 32 zu § 307BGB.
- (95) こうした評価については、vgl. ⑦S. 1298 Rn109; ⑧S. 199ff.

- (96) ⑧S. 200; K. Reiserer, Ausschluß- und Rückzahlungsklauseln für Gratifikation bei betriebsbedingter Kündigung, NZA1992, S. 436f.; B. Weinrich, C. Weinrich, Gratifikation, Anwesenheit- und Treueprämien, Tantieme, Sonderzahlungen als zusätzliche Leistungen im Arbeits-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht, 4. Aufl., 1998, S. 50 u. a.
- (97) 2007年の BAG 判例 (v. 24.10.2007, AP Nr. 32zu § 307BGB) が否定的見解を示しているとする学説に ③S. 604Rn875. この BAG 判例に基づきつつ否定説を展開する学説に ⑦1298Rn109.
- (98) BAG v. 24.10.2007, AP Nr. 32zu § 307BGB.
- (99) BAG v. 24.10.2007, AP Nr. 32zu § 307BGB, zu 24 der Gründe.
- (100) G. A. Lipke, Handbuch zu Arbeitsrecht, Gratifikation/Sonderzahlung Gruppe3, Rn278/2; ⑤S. 1468 Rn113. vgl. ⑧S. 204.
- (101) BAG v. 4. 3. 2004, AP Nr. 3; v. 28.9.2005, AP Nr. 7 zu § 307BGB, zu b) der Gründe. vgl. ⑦S. 1292f. Rn92ff.
- (102) BGB 306条 2項は、無効となった約款規定は、法律の基準による旨を定める。この法律には、個別の立法規定の他に、BGB 133条、137条といった意思解釈に関する一般規定の適用もあると解されている。そのため、無効規定の補充的解釈も例外的に可能と解されている。ただし、補充的解釈が許されるのは限定的と説明されている。⑩S. 1385f. Rn104. 返還条項については、こうした補充的解釈によって、約款利用者（使用者）が、自己の利益の実現のために拘束期間をひとまず長期に設定しておいて可能な限界期間まで無効のリスクなく進めることになるのは妥当でないことが否定説の根拠とされている。④S. 1510Rn547. vgl. ②S. 774Rn. 65; ⑧S. 205.
- これに対して、肯定説には、教育訓練費用についての返還条項について、長い拘束期間を定めた場合は、無効である。この場合、返還請求権は生じない。ただし、事情によっては、適切な拘束期間の設定が使用者に難しい場合には、明らかに長すぎる場合でない限り、契約の補充的解釈によって、長い拘束期間は適切な拘束期間に短縮され得ると解する学説もある。②S. 280Rn77.
- (103) LAG Rheinland-Pfalz v. 19.4.1996, BB96, 2521.
- (104) BAG v. 28.3.2007, AP Nr. 265 zu § 611BGB Gratifikation. vgl. ②S. 757Rn 8.
- (105) この点を意識した記述を行っている文献として、特に ①S. 938ff. Rn1 ff.
- (106) その意味で、2002年改正前のこの時期の BAG 判例を「回避判例」と

- 呼ぶ学説がある。①S. 939Rn5.
- (107) ⑤S. 1568Rn502; G. Annuß, AGB-Kontrolle in Arbeitsrecht, BB2002, S. 462.
- (108) この点の本文記述については、特に注記しない限り、主として以下の文献を参照している。①S. 943ffRn14ff.; ②S. 673f. Rn26f.; ③S. 480ff. Rn437ff.; ④S. 1372f. Rn57ff. ⑤S. 1569f. Rn508ff.; ⑥S. 374ffRn21ff. 取消の効果として通常考えられている遡及効は否定されている。BAG v. 27.7.1972, AP Nr. 75 zu § 611BGB Gratifikation.
- (109) BAG v. 13.4.2010, AP Nr. 8zu § 308BGB, zu 3a) der Gründe.
- (110) BAG v. 30.7.2008, AP Nr. 274 zu § 611BGB Gratifikation.
- (111) ⑦S. 1592Rn16.
- (112) BAG v. 27.7.1972, AP Nr. 75 zu § 611BGB Gratifikation.
- (113) 2002年改正前に、取消権留保の許容性につき強行規定違反にあたるとして否定した BAG 判例は、特別手当ではないが、給付すべき音楽時間数の削減権を留保した事例で、変更解約告知における解雇制限の回避に当たり BGB 134条違反としたものが1件あるのみである。BAG v. 12.12.1984, AP Nr. 6zu § 2KschG 1969. この判断は、その後、2001年制定施行のパートタイム・有期保護法 (TzBfG) 11条に明文化されている。
- (114) BGB 315条 1項は、契約当事者の一方が給付を確定すべきときは、疑わしければ、「公平な裁量」によって確定を行うべきことを定める。そして、同条 3項は、「公平な裁量」によって給付を確定すべき場合は、確定が公平であるときに限り相手方を拘束するが、公平でなければ、判決によって約款内容を確定するとしている。ここにいう「公平な裁量」とは、客観的公平を意味し、その成否は、取引慣習のほか、諸般の事情（両当事者の関係、取引目的、給付の対価関係等）を考慮して判断されると説明されている。この規定については、ひとまず、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（昭63、日本評論社）200頁を参照のこと。
- (115) Vgl. ①S. 943Rn14. BAG v. 7.10.1982, AP Nr. 5 zu § 620BGB Teil-kündigung; v. 13.5.1987, APNr. 4zu § 305BGB Billigkeitskontrolle.
- (116) ①S. 943Rn14.
- (117) ①S. 945Rn18.
- (118) BAG v. 9.6.1965, APNr. 10 zu § 315BGB; v. 16.10.1065, AP Nr. 20 zu § 611 BGB Direktionsrecht; v. 7.10.1982, AP Nr. 5 zu § 620BGB Teil Kündigung; v. 12.12.1984, AP Nr. 6 zu § 2KschG 1969.
- (119) ①S. 945Rn18.

- (120) 税込みの協約賃金の20%の割合でいつでも取り消し得る成果手当制度を有効とした BAG 判例に、BAG v. 7.1.1971, AP Nr. 12zu § 315 BGB.
- (121) BAG v. 9.10.1982, AP Nr. 5 zu § 620BGB Teilkündigung.
- (122) BAG v. 9.6.1967, AP Nr. 5 zu § 611BGB Lohnzuschläge.
- (123) BAG v. 13.5.1987, AP Nr. 4zu § 305BGB Billigkeitskontrolle; v. 15.11.1995, APNr. 12zu § 611BGB Arzt-Krankenhaus-Vertrag; v. 28.5.1997, AP Nr. 20 zu § 1TVG Tarifverträge Lufthansa.
- (124) 古くは、BAG v. 7.1.1971, AP Nr. 12zu § 315 BGB. さらに、協約所定の時間給額の25%ないし31%にあたる手当について有効とするものもある。BAG v. 13.5.1987, AP Nr. 4 zu § 305BGB Billigkeitskontrolle. こうした BAG 判例の傾向には、学説による批判がみられた。vgl. W. Hromadka, Änderung von Arbeitsbedingungen, RdA 1992, S. 240. 近時の BAG 判例では、社用自動車の私的使用につき、総収入の15%相当までであれば、取消権の行使による使用中止が正当化されるとするものがある。BAG v. 1.12.2005, AP Nr. 1zu § 308BGB; v. 19.12.2006, AP Nr. 21zu § 611BGB Sachbezüge.
- (125) BAG v. 16.7.1976, AP Nr. 7zu § 611BGB Lohnzuschläge; v. 14.6.1995, AP Nr. 1 zu § 611BGB Personalrabatt; v. 11.4.2000, AP Nr. 227 zu § 611BGB Gratifikation.
- (126) BAG v. 12.1.2005, AP Nr. 1zu § 308BGB; v. 11.10.2006, APNr. 6zu § 308BGB. vgl. ⑦S. 1593ff. Rn18ff.
- (127) BAG v. 12.1.2005, AP Nr. 1 zu § 308BGB; v. 11.10.2006, APNr. 6zu § 308BGB. vgl. ⑥S. 337ff. Rn30ff. BAG 判例の採用するこうした判断基準は、BGH 判例に由来するとされている。BGH v. 19.10.1999, NJW2000, S. 651.
- (128) BAG v. 16.7.1976, AP Nr. 7 zu § 611BGB Lohnzuschläge; v. 14.6.1995, AP Nr. 1 zu § 611BGB Personalrabatt; v. 28.4.2004, AP Nr. 274 zu § 4TVG Ausschlussfristen.
- (129) BGB 315条 1項については、前掲注(114)を参照のこと。
- (130) BAG v. 12.12.1984, AP Nr. 6 zu § 2KschG1969; BAG v. 12.1.2005, AP Nr. 1zu § 308BGB; v. 11.2.2009, NZA2009, S. 428.
- (131) BAG v. 13.5.1987, AP Nr. 4 zu § 305BGB Billigkeitskontrolle.
- (132) ⑦S. 1597f. Rn27.
- (133) ⑥S. 385 Rn46. BAG 判例は、取消権がまだ発生していないが予測可能な展開を前提にしている場合には、その種の時期の設定が必要として、有効な場合を時期的に限定している。BAG v. 12.1.2005, AP Nr. 1zu § 308BGB.

- (134) ⑦S. 1598Rn28.
- (135) ③S. 482Rn441.
- (136) BAG v. 22.8.1979, AP Nr. 11zu §4TVG Übertariflicher Lohn und Tariflohnerhöhung; v. 11.5.1988, NZA1989, S. 854. vgl. ⑤S. 1571Rn513.
- (137) AP Nr. 6zu §308BGB.
- (138) ⑦S. 1594Rn19.
- (139) BAG v. 7.12.2005, AP Nr. 4zu §12TzBfG; v. 11.10.2006, APNr. 6 zu §308BGB.
- (140) BAG v. 12.1.2005, AP Nr. 1zu §308BGB; v. 11.10.2006, APNr. 6 zu §308BGB. BAG 判例のこうした判断について、学説には、中核部分にあたる報酬額の決定にあたっては、福利厚生等を含む報酬構成部分全体の中での中核領域の意味で労働者の全収入を考慮する必要が生じるとの見解と、これを否定する見解がある。vgl. ⑤S. 1382Rn33.
- (141) Münchner Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, § 611 (Müller/Glöge) Rn443.
- (142) BAG v. 19.12.2006, AP Nr. 21zu § 611BGB Sachbezüge.
- (143) ④S. 1373Rn61; vgl. ⑥S. 165ff. Rn19ff.
- (144) BAG v. 12.1.2005, AP Nr. 1zu §308BGB; v. 11.10.2006, AP Nr. 6zu §308BGB.
- (145) 例えば、BAG v. 12.1.2005, AP Nr. 1zu §308BGB, zu der BI 5a der Gründe; v. 11.10.2006, AP Nr. 6zu §308BGB; v. 20.4.2011, AP Nr. 9zu §308BGB, zu der 10 der Gründe. 近時は、さらに、そうした事由の明示だけではなく、そうした事由は、労働者にとってどういう条件の下で取消しを覚悟しなければならないかが明確に認識できるよう具体化されなければならないとして、より厳しい要件を課す BAG 判例もみられる。BAG v. 13.4.2010, AP Nr. 8 zu §308BGB, III3 b) der Gründe. 取消を要する支障の程度について、解雇制限法 1 条、2 条に準じる取消理由として、原則として経営上の理由による解雇をも正当化する程度でなければならないとする学説がある。⑦1595Rn22.
- (146) ⑦S. 1594Rn21.
- (147) ⑥S. 382f. Rn41ff.
- (148) ⑦S. 1594Rn21. vgl. ⑥S. 383 Rn42.
- (149) この否定説においては、先の必要説が取消権留保の行使と変更解約告知との区別をほとんど無意味にするが、こうしたことは約款法の要請でもないし、労働法上の特殊性を考慮しても、取消権留保に広い制限を加える

ことになるとして、恣意性のない客観的な理由があれば足りると批判する学説がある。F. Bayreuther, *Widerrufs-, Freiwilligkeits- und Anrechnungs-vorbehalte- geklärte und ungeklärte Fragen der aktuellen Rechtsprechung des BAG zu arbeitsvertraglichen Vorbehalten*, ZIP2007, 2009, S. 211; Thüsing, *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht*, 2007, Rn. 275. vgl. ⑥S. 383 Rn42.

- (150) ⑥S. 384 Rn45; ⑦S. 1594Rn21.
- (151) ①S. 944f. Rn17.
- (152) ①S. 947f. Rn22.
- (153) ⑦S. 1597Rn26. 限定解釈の可否に関する2002年改正以前の BAG 判例として、vgl. BAG v. 12.12.1984, AP Nr. 6zu § 2KschG1969 u. a. なお、BGB 306条 2 項は、約款規定が無効の場合、限定解釈ではなく、実定法上の規定や一般条項あるいは、補充的契約解釈原則、法創造的判例、解釈例規等があれば、これらが補充的機能を果たす旨を定めている。
- (154) 以下で別段の引用をしない限り、本文の記述は以下の文献に主として拠っている。①S. 940ff. Rn6ff.; ②S. 764f. Rn35ff. u. 277ff. Rn67ff.; ③S. 476Rn419ff.; ⑤S. 1569ff. Rn508ff.; ⑦S. 1601ff. Rn41; ⑨S. 943f. 5f.; ⑩S. 1375ff. Rn68ff.; *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl., 2012, § 611 (Müller/Glöge) Rn447.
- (155) Vgl. ④S. 1375Rn68; ⑥S. 283f. Rn196. ドイツにおいては、手当の支給が慣行的に 3 回行われれば、それ以降、手当支給慣行に法的拘束力が生じ、手当請求権が発生すると判例法理が確立している。
- (156) Vgl. ④S. 1375Rn68.
- (157) BAG v. 2.9.1992, EzA § 611BGB Gratifikation, Nr. 95 Prämien; BAG v. 26.10.1994, AP Nr. 167zu § 611BGB Gratifikation u. a. 任意性留保を明示に否定したのは、事業内高齢扶助についての複数の BAG 判例で、任意性留保より要件の厳しい取消権留保に読み替えている。BAG v. 17.5.1973, 28.4.1977, 5.7.1979, AP Nr. 6, 7, 9 zu § 242BGB Ruhegeld-Unterstützungskasse u. a.
- (158) BAG v. 12.1.2000, AP Nr. 223 zu § 611BGB Gratifikation. vgl. ⑤S. 1383Rn36: ①S. 941Rn9.
- (159) BAG v. 12.10.1980, juris.
- (160) BAG v. 13.5.1987, AP Nr. 4 zu § 305BGB; v. 15.11.1995, AP Nr. 20 zu § 1TAG. vgl. ①S. 941f. Rn9ff.
- (161) BAG v. 2.9.1992, EzA § 611BGB Gratifikation, Nr. 95 Prämien.
- (162) ⑤S. 1569Rn509.

- (163) Vgl. ⑦S. 1601f. Rn41.
- (164) BAG v. 13.5.1987, APNr. 4zu § 305BGB Billigkeitskontrolle.
- (165) BAG v. 11.4.2000, AP Nr. 227 zu § 611BGB Gratifikation; v. 4.5.1999, AP Nr. 55 zu § 242BGB-Betriebliche Übung u. a.
- (166) LAG Hamm v. 5.6.1998, NZA-RR 1999, S. 318.
- (167) BAG v. 6.12.1995, APNr. 187; v. 28.2.1996, APNr. 192 zu § 611BGB Gratifikation.
- (168) ①S. 940Rn7.
- (169) U. Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 421.
- (170) ①S. 941Rn9f.
- (171) ⑤S. 1570Rn509.
- (172) ⑥S. 284f. Rn196.
- (173) AP Nr. 7 zu § 308BGB Gratifikation.
- (174) 肯定説を取る第5法廷判決には, BAG v. 25.4.2007, AP Nr.7 zu § 308BGB. 否定説を取る第10法廷判決には, BAG v. 30.7.2008, APNr. 274 zu § 611BGB Gratifikation u. a. ただし, 否定説を取る BAG 判例も BGB 307条 1項2文の透明性ルール適用は認めている。BAG v. 30.7.2008, AP Nr. 274 zu § 611BGB Gratifikation u. a.
- (175) ③S. 476Rn420; ⑤S. 1383Rn37; ⑥S. 287f. Rn199a.
- (176) BAG v. 25.4.2007, AP Nr. 32 zu § 308BGB; v. 8.12.2010, AP Nr. 91 zu § 242BGB Betriebliche Übung.
- (177) BAG v.7.12.2005, AP Nr. 4 zu § 12 TzBfG; v. 12.1.2005, AP Nr. 1 zu § 308 BGB.
- (178) ⑥S. 288 Rn199a.
- (179) ③S. 476RN420.
- (180) BAG v. 18.3.2009, AP Nr. 282 zu § 611BGB Gratifikation.
- (181) BAG v. 30.7.2008, AP Nr. 274 zu § 611BGB Gratifikation; v. 18.3.2009, AP Nr.282zu § 611BGB Gratifikation; v. 10.12.2008, AP Nr.40 zu § 307BGB.
- (182) G. Thüsing, T. Leder, Gestaltungsspielräume bei der Verwendung vorformulierter Arbeitsvertragsbedingungen, BB2005, S. 1567; P. Hanau, W. Hromadka, Richterliche Kontrolle flexibler Entgeltregelungen im Allgemeinen Arbeitsbedingungen, NZA, 2005, S. 75.
- (183) ③S. 476Rn421; U. Preis, Der langsame Tod der Freiwilligkeitsvorbehalt und Grenzen betrieblichen Übung, NZA2009, S. 281ff. 同旨の下級審に

LAG Hamm v. 24.1.2008-8Sa1805/07.

- (184) ⑥292f. Rn200bf. また、任意性留保約款が有効となる場合として、任意性留保付で提供される給付が専ら労働者の利益にあたる場合に限られるとして限定的に解する学説もある。これによれば、労働者にとり専ら利益に当たる場合として、給付につき労働者に負担を生じないとか、その給付につきそもそも信用するに値しないとイえる場合が例示されている。あるいは、結婚祝いや記念日手当のように、給付された労働に対して明らかに支給されるのではない給付が挙げられる。こうした事情は、狭義、広義の賃金に任意性留保を給付条件として有効に付し得るかどうかの判断基準となるとしている。④S. 1376f. Rn72; ⑦S. 1603f. Rn44 u. S. 1613Rn66.
- (185) ⑥S. 288 Rn199b. この分析によれば、第5法廷と第10法廷とで狭義の賃金のとらえ方につき異なる判断がなされていると評価されている。すなわち、任意性留保条項が無効とされる狭義の賃金について、第5法廷は、業績手当も含めて労務給付への直接の対価である継続的給付と捉えるのに対して、第10法廷は、直接的対価であっても、継続的給付ではない追加的特別手当は業績給付も含めてこれから除かれると解しているというものである。vgl. ⑤S. 1383Rn36f; ⑦S. 1612Rn63.
- (186) BAG v. 30.7.2008, AP Nr. 274 zu § 611BGB Gratifikation. 任意性留保は約款規制の対象とならないとの一般的説明は相当でないとの指摘が妥当する。vgl. ③S. 476Rn421; ④S. 1376Rn71; ⑦S. 1607Rn50ff.
- (187) BAG v. 23.10.2002, AP Nr. 243 zu § 611BGB Gratifikation; v. 8.12.2010, AP Nr. 91 zu § 242BGB Betriebliche Übung. vgl. ③S. 476Rn421.
- (188) BAG v. 1.3.2006, AP Nr. 3 zu § 308BGB.
- (189) この点を判示した2002年改正前のBAG判例として、BAG v. 12.1.2000, AP Nr. 223 zu § 611BGB Gratifikation.
- (190) BAG v. 20.1.2010, AP Nr. 12 zu § 305cBGB Gratifikation.
- (191) BAG v. 14.9.2011, AP Nr. 57 zu § 307BGB, zu 3.d cc) der Gründe. vgl. ⑨S. 943f. Rn5f. なお、BGB 305条bは、個別の契約上の取り決めは、約款に優先する旨を定める。
- (192) BAG v. 30.7.2008, AP Nr. 274 zu § 611BGB Gratifikation. vgl. ⑥S. 374f. Rn22. BAG判例はかつて、こうした条項を取消権留保を定めた規定と読み替えていた時期がある。
- (193) BGBの2002年改正時に近い時期のBAG判例として、BAG v. 12.1.2000, AP Nr. 223 zu § 611BGB Gratifikation.
- (194) ④S. 1375f. Rn69 u. Rn71.

- (195) BAG v. 30.7.2008, AP Nr. 274 zu § 611BGB Gratifikation.
- (196) BAG v. 24.10.2007, AP Nr. 32 zu § 307BGB. vgl. ⑥S. 165ff. 19. ff.; ⑦
S. 137ff. Rn116ff.
- (197) ⑦S. 1613Rn66.
- (198) Vgl. ⑥S. 292f. 200b u. Anm. 690.

論

説

Arbeitsentgeltregelung und betriebliche Sozialleistungen in Deutschland (2)

Takayasu YANAGIYA

Diese Abhandlung ist die zweiten Erfolge der rechtsvergleichenden Forschung über die arbeitsrechtlichen Probleme der betrieblichen Sozialleistungen in Deutschland.

Sie behandelt hauptsächlich wie die betrieblichen Sozialleistungen in das Arbeitsverhältnissesregelungen behandelt werden.

Sie analysiert die folgenden konkreten Punkten:

- 1 Die bürgerlichesrechtlichen Behandlung der betrieblichen Sozialleistungen in Gegenseitigkeitsverhältnis
- 2 Die hauptsächlichliche Leistungsvoraussetzungen als die Preisnebenabreden und die betrieblichen Sozialleistungen
 - (1) Die Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (BGB § 305～§ 310) und die Arbeitsverhältnis
 - (2) Die vier Leistungsvoraussetzungen und die betrieblichen Sozialleistungen
 - (a) Die Leistungsvoraussetzungen zur Betriebstreue; Stichtagsklausel und Rückzahlungsklausel
 - (b) Die Leistungsvoraussetzungen als die Arbeitsentgeltsflexibilisierungsinstrument; Widerrufsvorbehalts- und Freiwilligkeitsvorbehaltsklausel