

ドイツにおける労働契約の期間設定の 許容性

Zulässigkeit der Befristung von Arbeitsverträgen
in Deutschland

ヴァインフリート・ベッケン*
訳 山 本 志 郎**

目 次

- I. 基礎的考察
 - 1. 有期労働契約の法的基礎
 - 2. 契約の自由と有期法
 - 3. 労働関係存続保護の潜脱 (Durchbrechung) としての有期法
 - 4. 有期の実際上の重要性——統計
- II. 労働契約の期間設定の重要な基礎としてのパートタイム・有期法14条
 - 1. 期間設定の許容されるシステム
 - 2. パートタイム・有期法14条1項の客観的理由に基づく期間設定
 - 3. パートタイム・有期法14条2項の客観的理由を欠く期間設定
 - 4. パートタイム・有期法14条2 a 項及び3項の客観的理由を欠く期間設定
 - 5. パートタイム・有期法14条4項に従った書式による期間設定
- III. 期間設定に対する司法審査
 - 1. いわゆる期間設定無効確認訴訟 (Entfristungsklage) の提起による労働裁判所への訴え
 - 2. 司法審査の対象

* コンスタンツ大学教授

Winfried BOECKEN

Professor der Universität Konstanz

** 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

IV. 結 び
訳 者 解 説

I. 基礎的考察

1. 有期労働契約の法的基礎

ドイツ法において労働契約の期間設定が可能なのは、それが法律上許容されている場合に限られる。2001年以降、この点につき最も重要なのが、パートタイム労働及び有期労働契約に関する法律（TzBfG [パートタイム・有期法]）¹⁾14条による規整である。本規定は、労働契約の期間設定が許容されるために一般的に要請されることを定めている。こうした規整を行うことは、一方では、EU 法上の基準、とりわけ有期労働契約に関する枠組み協定に関する1999年6月28日 EC 指令1990/70の5条1項に従ったところのそれを、国内法に置換えるものであった。パートタイム・有期法14条はさらに、連邦労働裁判所（BAG）の判例によって発展させられてきた期間設定についての諸原則（Befristungsgrundsätze）を受け継ぐものであった。

パートタイム・有期法14条という中心的規整に加えて、特定分野における有期労働契約の許容性に関して、特別規定が存する。例として挙げるとすれば、学術領域有期労働契約法（Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft）²⁾や、特に親時間（Elternzeit）中または母性保護法による就労禁止期間中の代理のための有期採用に関する、連邦親手当・親時間法³⁾（BEEG）21条、そして、介護休業取得中の代理のための有期採用の許容性に関する、介護時間法⁴⁾（PflegeZG）6条がある。

1) Vom 21. 12. 2000, BGBl 2000 I, 1966.

2) Vom 12. 4. 2007, BGBl 2007 I, 506.

3) Vom 5. 12. 2006, BGBl 2006 I, 2748.

4) Vom 28. 5. 2008, BGBl 2008 I, 874.

2. 契約の自由と有期法

私法は私的自治思想に基づいており、この思想の本質的な支柱をなすのが契約自由とそれに含まれるところの契約内容形成の自由である。契約内容形成の自由は、原則的には、労働関係の期間を限定する自由が契約当事者にある、ということにも結びつく。それ故に、期間設定の許容性に制限を加える、すなわち労働契約の期間設定が法律上規定されている場合にしか可能でないということは、契約自由に対する介入である。

契約自由及び契約内容形成の自由が基本法2条1項によって憲法上保護されているものであることに鑑みれば、労働契約の期間設定可能性を法律上制限するということには、正当化が必要である。労働契約の期間設定への制限の正当性としては、根本的には、労働者の安定した労働関係のもとでの職業遂行可能性を保障する、ということが指摘される。この限りでいえば、法律による有期規整によって契約自由に制限を加えるということは、労働者の職業の自由の維持に関する国家の保護義務を表出したものであって、これは社会的国家原則との関係で基本法12条1項により導かれるものである。

3. 労働関係存続保護の潜脱 (Durchbrechung) としての有期法

既に説明した通り、期間設定可能性を法律上規制することは契約内容形成の自由への制限を意味する。他方で同時に、有期法は、ドイツに非常に特徴的なものである労働関係の存続保護を潜脱するものとして理解される。この点強調されるべきは、解雇制限法 (KSchG) によって、使用者は期間の定めのない労働関係については、一定の解雇事由 (個人, 行為, あるいは経営上の理由) が存する場合の解雇によってしか終了させることができないことである⁵⁾。加えて、一定の人についてはいわゆる特別解雇制限が存し、普通解雇が禁じられるか、少なくとも官庁の許可を必要とすることとなる。例えば、母性保護法⁶⁾ (MuSchG) 9条に基づいて妊娠中

5) 解雇制限法1条1項及び2項参照。

及び出産後4カ月の女性に、また、社会法典第9編⁷⁾（SGB IX）85条以下により重度障害者に、特別解雇制限が適用される。期間の定めのない労働関係において解雇制限がなされる局面としてさらに強調されなければならないのは、民法典622条に従って、法律上規定された解約予告期間が遵守されなければならないということである。

法律上期間設定が可能であることを規定するということは、重要な要件を満たせば期間の定めのない労働関係の代わりに有期の労働関係を取り結ぶうということによって、労働関係の存続保護を相対化するものである。その限りでは、既述の解雇法上の存続保護は何らの効力も発揮し得ない。このことから明らかになるのは、以下のことである。すなわち、有期法は一方では、たしかに契約内容形成の自由に対する法律による制限である。しかし他方で、通常使用者の契約自由を制限するものである解雇法上の存続保護規整が、それにより相対化されているということである。

4. 有期の実際上の重要性——統計

連邦統計局の2010年抽出国勢調査によれば、2008年には270万人の労働者が有期労働契約であった。2008年の全体の労働者数である3070万人に照らせば、有期労働契約の数は8.9%の割合ということになる。

男女の有期雇用に関していえば、重大な差異は存しない。2008年の女性労働者の全体数と比べて有期労働契約の女性の割合は9.5%であったのに対して、有期労働契約の男性の無期の労働関係にある男性に対するそれは、8.4%であった。

外国人と内国民との関係でいうと、次のことが確認できる。外国人は13.6%というドイツ人労働者よりもかなり高い割合で期間を限定された労働関係にて就労しているが、ドイツ人労働者においてはその割合は全体の8.5%である。

6) Vom 20. 6. 2002, BGBl 2002 I, 2318.

7) Vom 19. 6. 2001, BGBl 2001 I, 1046.

職業別にみると、2008年における有期の割合は以下のようになる：

- ・ 農業専門労働者 (Fachkräfte in der Landwirtschaft) : 14.2%
- ・ 補助的労働者 (Hilfsarbeitskräfte) : 13.8%
- ・ 研究者 (Wissenschaftler) : 11.1%
- ・ サービス職従事者 (Dienstleistungsberufe) : 10.4%
- ・ 手工業者 (Handwerksberufe) : 6.9%
- ・ 商業職員 (kaufmännische Angestellte) : 6.9%
- ・ 管理層職員 (Führungskräfte) : 4.7%

II. 労働契約の期間設定の重要な基礎としての パートタイム・有期法14条

1. 期間設定の許容されるシステム

- a) 原則：パートタイム・有期法14条1項の客観的理由 (Sachgrund) 要件によって期間設定を正当化することの必要性

パートタイム・有期法14条1項には、基本原則が定められている。これによれば、労働契約の期間設定が有効であるためには客観的理由の存在が必要とされる。この要件の背景には、立法者の次のような考えがある。すなわち、無期労働契約が原則であって、有期労働契約は例外であるべきである、という考えである。言い換えれば、無期労働契約が標準的な労働関係と捉えられたのである。このことが意味するのは、正当化事由として客観的理由が要求されることによって、労働契約の期間設定は法律上例外的状態に分類されたということである。

- b) 例外：客観的理由を欠く (sachgrundlos) 期間設定のパートタイム・有期法14条2項・2a項・3項による許容性

労働契約の期間設定が有効であるために客観的理由の要件を満たすことが原則的に求められるのとは別に、法律は、かなり限定的な場合に、限られた期間内であればいわゆる客観的理由を欠く期間設定を行うことも容認している。最大2年間の期間設定 (パートタイム・有期法14条2項)、企

業設立直後4年以内における期間設定（同14条2 a項）、そして満52歳以上の労働者についての最大5年間の期間設定（同14条3項）である。その法律効果によれば、客観的理由を欠く期間設定という法律上規定された例外事案であれば、労働契約に期間を設定することに正当化の必要性はなくなる。使用者は労働契約を無期で締結するか有期で締結するかの選択が可能であり、期間設定それ自体には客観的正当化が必要とされない。

c) 客観的理由に基づく期間設定と客観的理由を欠く期間設定との関係

ある労働契約の期間設定の有効性が問題となる場合には、使用者は、客観的理由の存在と客観的理由を欠く期間設定が認められる例外事案にあたることの双方を、同時に主張することができる。労働契約上客観的理由が指定されているということによって、当該客観的理由を欠く場合に、使用者が客観的理由を欠く期間設定の事案にあてはまることを主張できなくなるわけではない。連邦労働裁判所の判例によれば、使用者はあらゆる観点から期間設定を正当化しようとするものである、ということが出発点とされる⁸⁾。こうしたことによれば、期間設定の許容性に関しては、客観的理由に基づく期間設定あるいは客観的理由を欠く期間設定いずれかの要件が、客観的に（objektiv）満たされているかどうかということだけが重要となる。

2. パートタイム・有期法14条1項の客観的理由に基づく期間設定

a) 期間設定の客観的理由要件の適用範囲

期間設定が許容されるために客観的理由が要求されるのは、労働契約に関してだけである。自由雇用契約（freie Dienstverträge）や請負契約は対象とされない。また、公法上の勤務関係（Dienstverhältnisse）は対象とされない。

客観的理由要件は、あらゆる種類の有期労働契約に適用される。したがって、暦に従って期間設定された労働契約も、目的により期間設定された

8) BAG, 29. 6. 2011, 7 AZR 774/09, NZA 2011, 1151 ff. (1152 f.).

労働契約も、その許容性に関しては、原則的に客観的理由の存在を留保される。パートタイム・有期法3条1項第2文によれば、暦による有期労働契約とは、労働契約の期間が暦に従って決められている場合を指し、目的による有期労働契約とは、期間設定が労務給付の種類、目的、あるいは性質によりもたらされるものである。

客観的理由の要件は、最初から期間設定がなされる場合と同じく、事後的になされる場合にも適用される。それ故、当初期間の定めのない労働契約であったものが有期労働契約に転換される場合にも、客観的理由が必要とされる。

パートタイム・有期法21条を介して、客観的理由要件は労働契約が解除条件を付して締結された場合にも適用される。これがあてはまるのは例えば、法定の年金保険上の稼得能力減退年金（Erwerbsminderungsrente）の受給によって労働契約が終了するものとされている場合である。

例えば一時的な労働時間の引き上げのような、個別労働条件の期間設定は、パートタイム・有期法14条1項の対象とされない。本規定は労働契約の期間設定についてのみ客観的理由を要求するものであって、個別労働条件の期間設定に関してのものではない。個別労働条件の期間設定が定型に取り決められた場合、その限りでは民法典305条以下の普通取引約款規制が加えられる。

b) 典型的な客観的理由を非限定的に列挙する法律規整

パートタイム・有期法14条1項は、典型的な客観的理由を列挙している。このパートタイム・有期法14条1項の第2文に挙げられている客観的理由は、2001年1月1日の同法施行前に、既に連邦労働裁判所の判例によって発展、承認されてきたものである。パートタイム・有期法14条1項第2文のカatalogは、限定的なものではない。この点、連邦労働裁判所の判例においては、労働契約の期間設定の許容性が認められるための客観的理由として明文で掲げられていない、他の理由も承認されている。

原則的に労働契約の期間設定の客観的理由となりうるものとして、パートタイム・有期法14条1項第2文には以下のような事由が列挙されてい

る：

- ・ 労務給付の必要性が一時的なものに過ぎない場合（1号）；
- ・ 職業訓練あるいは大学課程に引き続く期間設定（2号）；
- ・ 代理のための期間設定（3号）；
- ・ 労務給付の特性に基づくもの（4号）；
- ・ 労働者の試用のためのもの（5号）；
- ・ 労働者の個人的事由に基づくもの（6号）；
- ・ 財政法上の期間設定（7号）；
- ・ 裁判上の和解に基づくもの（8号）。

その他、パートタイム・有期法14条1項第2文に明文で掲げられていない客観的理由として連邦労働裁判所に承認されているものとしては、例えば以下のような事由がある：

- ・ 既に以前雇用されていた労働者の労働の再開までに、架橋的にある労働者を有期採用する場合⁹⁾；
- ・ 法定の年金保険の標準受給開始年齢（Regelaltersgrenze）の到来期に関連付けられた定年（Höchstaltersgrenze）としての期間設定¹⁰⁾；
- ・ 稼得能力減退年金の受給開始によって労働関係が終了するものとする解除条件¹¹⁾。

c) 客観的理由が存するための一般的要件

客観的理由が存するかどうかという問題については、期間設定の約定がなされた時点が重要である¹²⁾。したがって客観的理由の種類に応じて、契約上予定されている契約の終期以降は労働者の労務提供が必要なくなるという、使用者の予測が必要である¹³⁾。予測要件が重要なのは、特に、パー

9) BAG, 9. 12. 2009, 7 AZR 399/08, NZA 2010, 495 ff. (496) 参照。

10) 差し当たり BAG, 8. 12. 2010, 7 AZR 438/09, NZA 2011, 586 ff. (589) 参照。

11) BAG, 1. 12. 2004, 7 AZR 135/04, NZA 2006, 211 ff. (213) 参照。

12) 差し当たり BAG 6. 12. 2000, 7 AZR 262/99, NZA 2001, 721 ff. (723) 参照。

13) この点につき詳細は、判例による証明も含めて、HK-TzBfG/Boecken, 3. Aufl., § 14 Rn. 15 を参照。

パートタイム・有期法14条1項第2文第1号の労務給付の必要性が一時的なものに過ぎない場合の期間設定と、同3号の代理のための期間設定の場合である。

期間設定の長さそれ自体には客観的な正当化が必要でない。このことが重要性を有するのは、例えば、病気欠勤中の労働者のためにパートタイム・有期法14条1項第2文第3号に基づいて他の労働者を代理として採用する場合である。こうした代理のための期間設定が許容されるためには、労働契約の期間設定が欠勤中の労働者が病気により労務提供不能な期間に対応しているということは必要とされない。[すなわち、予測要件は単に将来に代理の必要性がなくなるということの予測で足り、被代理労働者の復職時期の予測までには及ばないということである。ErfK/Müller-Glöge, 13. Aufl. (beck-online), 2013, TzBfG § 14 Rn. 35—訳者注]

期間設定を正当化する客観的理由は、期間設定が約定された時点で客観的に (objektiv) 存在しなければならない。客観的理由それ自体が合意内容、言い換えれば期間設定の約定の内容となっていなければならないというわけではない。しかしながら、目的による有期労働契約の場合には話は別である。というのもこの場合には、期間設定の許容性と期間の長さは、期間設定の約定において示された目的によってのみもたらされるからである。

d) 近時特に争いのある客観的理由：代理のための期間設定，定年としての期間設定，財政法上の期間設定

近時の議論において特に争われているのが、代理のための期間設定，定年としての期間設定，そして財政法上の期間設定に関するいくつかの問題である。

パートタイム・有期法14条1項第2文第3号によれば、ある他の労働者の代理のために労働者が就労する場合、労働契約の期間設定には客観的な理由が存する。この期間設定事由に関して連邦労働裁判所の判例は、パートタイム・有期法の施行以降、基幹労働者の不在と代理労働者の雇い入れとの間の因果関係 (Kausalität) の要件を、相当程度引き下げてきた。この点連邦労働裁判所は、いわゆる直接的代理と間接的代理に加えて、いわ

ゆる配属代理（Zuordnungsvertretung）を容認している¹⁴。配属代理の場合、使用者が基幹労働者の不在の際に代理労働者を雇い入れ、当該使用者が当該欠勤中の労働者を事実上また法的に配属することができた労務のうち任意の労務に従事させる場合にも、因果関係が認められる¹⁵。この点問題となるのは、一時的に雇い入れられている代理労働者がもはや欠勤中の労働者の職務を引き継がなければならない（直接的代理）のではないこと、あるいは少なくとも、職務の再分配によって、結局のところ基幹労働者の一時的な欠勤を背景として行われた再編成によって欠員となった職に従事する（間接的代理）のではないことである¹⁶。

代理のための期間設定に関するさらなる問題は、いわゆる継続的代理（Dauervertretung）である。これについて生じる問題とは、ある私企業あるいは公務領域において恒常的に代理の必要性が存する場合に、それを有期雇用の労働者によって穴埋めできるかどうかということである。こうした問題が特に目立つのは、使用者が同一の労働者を複数の有期労働契約を用いて継続的代理にあてることによって、恒常的な代理の必要性を充足する場合である¹⁷。連邦労働裁判所の判例によれば、使用者において恒常的に代理の必要性が存することは、原則的に、契約の期間設定の有効性に関して何ら疑念を生じさせるものではない¹⁸。欧州司法裁判所の判例は原則的にこの立場と一致しており、連邦労働裁判所の解釈を有期労働契約に関する枠組み協定5条1項という連合法上の基準と調和的なものと判断している¹⁹。もっとも欧州司法裁判所は、継続的代理の場合において労働契約の期間設定の許容性が問題となる場合には、その判断については、有期労働

14) それぞれの代理形態の概観について、BAG, 6. 10. 2010, 7 AZR 397/09, NZA 2011, 1155 ff. (1157) を参照。

15) 差し当たり BAG, 12. 1. 2011, 7 AZR 194/09, NZA 2011, 507 ff. (508) 参照。

16) 因果関係要件の詳細と連邦労働裁判所判例への批評については、HK-TzBfG/Boecken, 3. Aufl., § 14 Rn. 59 参照。

17) これにつき詳細は、HK-TzBfG/Boecken, 3. Aufl., § 14 Rn 61 参照。

18) 差し当たり BAG, 17. 11. 2010, 7 AZR 443/09; NZA 2011, 34 ff. (36) 参照。

19) EuGH, 26. 1. 2012, C-586/10, NZA 2012, 135 ff. (insbes. 136) (Küçük) 参照。

働契約の総数と総期間が合わせて考慮されるべきであることを判示している。連邦労働裁判所は近時、期間設定の許容性の問題に関しては常に、最後の有期労働契約が代理という客観的理由によって支えられるものであったかどうかという点のみを考慮していたのである。

もう1つの争いのある問題は、いわゆる定年としての期間設定に関連するものである。ここで問題になるのは、労働者が標準老齢年金の請求権を有することになる法定の年金保険上の標準受給開始年齢に達する時点に労働契約の期間を限定することである。連邦労働裁判所の判例によれば、そのような定年としての期間設定は客観的に正当化される²⁰⁾。いかなる理由でもって使用者の利益が、年金の標準受給開始年齢以後は、労働者のいわゆる存続保護の利益、なかならずその労働関係の存続についての経済的理由に基づく利益に優位することになるのかという問題はさておいても、未だ議論の余地ある問題が生じる。すなわち、期間設定によって退職させられた時点において労働者の年金がどの程度の水準のものであるのかは、期間設定の許容性に関して何らかの意味を有するのかということである。連邦労働裁判所の判例によれば、期間設定の許容性にとっては期間設定の約定がなされた時点のみが重要であるため、そうした事情は問題とされるべきではないという²¹⁾。

使用者が公法上の組織である場合に関しては、パートタイム・有期法14条1項第2文第7号によれば特別な正当化事由が存する。同規定によれば、財政法上有期雇用のために定められている財政措置によって労働者が報酬を支払われる場合であって、労働者がそのように雇用されている場合にも、客観的理由が存する。多くの個別事項について争いの大きいこの客観的理由に関して²²⁾近時特に争いがあるのは、こうした期間設定事由を要

20) 差し当たり BAG, 8. 12. 2010, 7 AZR 438/09, NZA 2011, 586 ff. (589) 参照。

21) BAG, 8. 12. 2010, 7 AZR 438/09, NZA 2011, 586 ff. (589) 参照；定年としての期間設定の許容性について詳細は、HK-TzBfG/Bocken, 3. Aufl., § 14 Rn 112 ff. 参照。

22) 例えば、Boecken/Jacobsen, Anm. zu BAG, 17. 3. 2010, 7 AZR 649/08, AP

求しうるのが、議会により採択された財政法において報酬支払いのための恒常的な財政措置がもたらされる場合に限られるのか、それとも、公的な財政法に基づく財政計画において当該措置が予定されていることで足りるのかということである²³⁾。公法上の法人が財政計画を作成するわけであるが、議会により財政法が採択されることを求める場合、もはやいかなる公法上の法人も、財政計画に相応の基準を設けることによって、自ら労働契約の期間設定のための客観的理由を創り出すことはできないことになる²⁴⁾。

e) 客観的理由の存在についての立証責任

期間設定の正当化のために使用者が客観的理由の存在を主張する場合、使用者に主張・立証責任が生ずる。このことは、パートタイム・有期法14条1項における原則・例外関係の帰結である。

3. パートタイム・有期法14条2項の客観的理由を欠く期間設定

a) 期間の上限と許容される更新回数

パートタイム・有期法14条2項によれば、暦によって労働契約に期間を設定することは、客観的理由がない場合にも、2年間を上限として許容される。この2年という総期間を超えない限りにおいては、暦による有期労働契約を最大3回まで更新することも許容されている。連邦労働裁判所の判例によれば、更新が有効とされるのは、それが元々の設定期間の終期前に行われ、かつ内容上の変更を伴わない場合に限られる²⁵⁾。

b) 連結の禁止（Anschlussverbot）

パートタイム・有期法14条2項第2文に従えば、既に以前に同一の使用

TzBfG § 14 Nr. 70 参照。

23) この点に関しては、BAG, 9. 3. 2011, 7 AZR 728/09; NZA 2011, 911 ff. (912) 参照。

24) 詳細については、HK-TzBfG/Boecken, 3. Aufl., § 14 Rn 93 ff. 参照。

25) BAG, 12. 8. 2009, 7 AZR 270/08, Rn 19 (juris); BAG, 26. 7. 2006, 7 AZR 514/05, NZA 2006, 1502 ff. (1405) 参照。

者のもとで有期若しくは無期の労働関係が存した場合には、2年以内の客観的理由を欠く期間設定は禁じられる。連邦労働裁判所の判例によれば、このいわゆる連結の禁止による制限は、同一の使用者のもとでの最後の労働関係が当該有期労働契約の締結の時点から3年より前のものである場合にはかからない²⁶⁾。法律自体からは、連結の禁止に限定を加えることには根拠を見出し得ない。連邦労働裁判所がその判例の根拠としたのは、基本的には、連結の禁止の趣旨目的、すなわちそれによって防がれるべきものはいわゆる連鎖有期契約であるということであった。連邦労働裁判所の見解によれば、この目的を達成するためには、3年の間連結の禁止がなされれば足りる。

c) 協約任意性

パートタイム・有期法14条2項第3文によれば、2年以内の客観的理由を欠く有期労働契約に関しては、更新回数についても期間設定の上限期間についても協約による別異取決めが可能である。連邦労働裁判所の判例によれば、協約当事者のこうした別異取決めの権限は全く無制約なものではない。連邦労働裁判所は、少なくとも、協約によって最大48カ月の総期間と最大4回の更新可能性を定めることは、上位法に違反するものではないことを認めている²⁷⁾。

労働者に不利な形でパートタイム・有期法14条2項第1文とは異なる取決めをすることは、労働協約によってのみ可能である。したがって、事業所協定によって労働者に不利な別異取決めを行うことは禁じられている²⁸⁾。もっともこのことは、労働者に不利な形でパートタイム・有期法14条2項第1文とは異なる協約上の取決めが、事業所協議会の関与のもとなされ得ないということの意味するものではない²⁹⁾。

26) BAG, 6. 4. 2011, 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905 ff. (906 ff.).

27) BAG, 15. 8. 2012, 7 AZR 184/11 (juris).

28) この点については、Boecken/Jacobsen, ZfA 2012, 37 ff. (41) 参照。

29) この点の詳細については、Boecken/Jacobsen, ZfA 2012, 37 ff. 参照。

4. パートタイム・有期法14条2 a 項及び3 項の客観的理由を欠く期間設定

a) 企業設立後の期間設定（パートタイム・有期法14条2 a 項）

パートタイム・有期法14条2 a 項によれば、企業設立直後4年間においては、労働契約に暦に従って客観的理由を欠く期間設定を行うことが、最大4年間までは許容される。この総期間4年以内であれば、暦による有期労働契約を複数回更新することも許容される。この客観的理由を欠く期間設定の範疇には、企業再構築（Unternehmensumstrukturierung）やそれに伴う企業の新設は含まれない（パートタイム・有期法14条2 a 項第2文）。裁判実務上はこれまでのところ、こうした客観的理由を欠く期間設定は重要な意味を有するに至っていない。

b) 年齢を理由とした期間設定（パートタイム・有期法14条3 項）

パートタイム・有期法14条3 項に従えば、労働者が当該有期労働関係の開始時に満52歳に達している場合には、5年間を限度として労働契約に暦に従って客観的理由を欠く期間設定を行うことが許容されている。このことに加え、当該労働者は、少なくとも当該有期労働関係の開始直前4カ月、失業状態にあったか、移行期操短手当を受給していた、あるいは公的に支援された雇用措置に参加していた者でなければならない。同項に規定されているこのいわゆる老齢有期は、実務上重要な意味を有していない。このことは特に、本規定が年齢差別の観点から問題ないというわけではなく、既に旧規定は、欧州司法裁判所によって、連合法に適合しない不適法な年齢差別であると判断されていることが原因である³⁰⁾。

5. パートタイム・有期法14条4 項に従った書式による期間設定

a) 保護目的と適用範囲

パートタイム・有期法14条4 項に従えば、労働契約の期間設定が有効で

30) EuGH 22, 11, 2005, C-144/04, DB 2005, 2638 ff. (Mangold) 参照；客観的理由を欠く年齢に基づいた期間設定についてさらに詳しくは、HK-TzBfG/Boecken, 3. Aufl., § 14 Rn 136 ff. 参照。

ドイツにおける労働契約の期間設定の許容性

あるためには書式が必要とされる。書式要件が基本的に目的とするのは、労働契約が有期または無期のいずれで締結されるのかにつき、労働者のために法的安定性をもたらすことである。

b) 書式要件の対象

書式要件は、期間設定の取決めにのみ関係するものである。対して労働契約それ自体は、書式を備えなければならないわけではない。同様に期間設定の理由についても原則的には書式が必要とされないが、目的による期間設定がなされる労働契約に関しては事情が異なる。というのもこの場合、定められた契約目的によってのみ、期間設定とその長さが導き出されるからである。

c) 書式が備えられるべき時点

書式は、期間設定を合意する時点で備えられなければならない。口頭でのみ行われた期間設定の合意は、有効な期間設定の取決めとはならない。事後的な書式の備え、すなわち労務の受領後に書面によって期間設定の取決めを行うことでは、十分でない。

III. 期間設定に対する司法審査

1. いわゆる期間設定無効確認訴訟 (Entfristungsklage) の提起による労働裁判所への訴え

労働者が労働契約の期間設定の無効性を主張しようとするならば、パートタイム・有期法17条に従えば当該労働者は、当該有期労働契約の合意上の終期から3週間以内に管轄労働裁判所に対して、当該労働関係が期間設定に基づいて終了していないことの確認の訴えを提起しなければならない。パートタイム・有期法17条第2文と解雇制限法7条によれば、この期間が守られない場合、当該期間設定は有効である。

2. 司法審査の対象

連邦労働裁判所の確定した判例によれば、複数の有期労働契約が連続し

ている場合には、原則的に最後に合意された期間設定のみが司法審査に服する。単純にさらなる有期労働契約を締結することによって、当事者はその契約関係に新たな法的基礎を与えるのであり、それは彼らの法律関係にとっては将来に向けてのみ重要なものとなる³¹⁾。原則的に最後に合意された期間設定にのみ審査を加える連邦労働裁判所の判例には、なによりも継続的代理のための期間設定³²⁾との関係で問題がある。常に代理の需要があるにも拘わらず継続的代理のための期間設定を行うことのEU法適合性に関する欧州司法裁判所の判例³³⁾に鑑みれば、継続的代理のための期間設定による濫用を防ぐために、過去に同じ使用者との間で締結された有期労働契約の数と総期間を含め、個々の事案における全ての事情が、司法審査においては顧慮されなければならない³⁴⁾。この間連邦労働裁判所は、この欧州司法裁判所の判例を顧慮してきている。すなわちその2012年7月18日の判決において、代理のための期間設定に対する審査の際に労働裁判所は、代理という主張されているところの客観的理由の審査だけを行うのであってはならない、と判示したのである。むしろ労働裁判所は、使用者が濫用的に有期労働契約を用いることを防ぐために、個々の事案における全ての事情、とりわけ同一人物と同一労務の遂行のために連続して締結された有期契約の総期間と回数を顧慮することを、EU法上義務付けられている³⁵⁾。もっとも連邦労働裁判所の見解によれば、これはドイツ法上、民法典242条に基づく制度的権利濫用（*der institutionelle Rechtsmissbrauch*）原則によればなされるべき追加的審査であるという³⁶⁾。

31) 差し当たり BAG, 18. 6. 2008, 7 AZR 214/07, NZA 2009, 35 ff. (36) 参照。

32) 上述 II. 2. d) 参照。

33) EuGH, 26. 1. 2012, C-586/10, NZA 2012, 135 ff. (Küçük) 参照。

34) So EuGH, 26. 1. 2012, C-586/10, NZA 2012, 135 ff. (Küçük)。

35) BAG, 18. 7. 2012, 7 AZR 783/10, NZA 2012, 1359 ff. (Rn 32 ff.)。

36) BAG, 18. 7. 2012, 7 AZR 783/10, NZA 2012, 1359 ff. (Rn 33)。

IV. 結 び

労働契約の期間設定は、ドイツにおいては原則的に、客観的な理由によって期間設定が正当化される場合に限り許容される。例外的に客観的理由を欠く期間設定が可能であり、その中でも最大2年間を限度とする客観的理由を欠く期間設定が重要である。

有期法の考え方によれば、有期労働契約は例外であり、無期労働契約が法律上予定されている通常の事案である。これを出発点とすれば、原則的に存する契約内容形成の自由は、労働契約の期間設定に関しては制限されているということになる。期間設定は、それが法律上許容されている場合にのみ行いうる。他方、労働関係への期間設定が有効であるとされることによって、解雇制限という介入やそれと結びついた無期労働関係の存続保護が妨げられうるという観点からすれば、有期法には法的・実務的に大きな重要性がある。

訳 者 解 説

I. 本稿は、2013年2月19日にコンスタンツ大学の Winfried Boecken 教授³⁷⁾を招聘し行った講演（於中央大学多摩キャンパス）の報告原稿の翻訳である。本講演は、労働契約に対する期間設定が、ドイツにおいては法律上許容されている場合でなければできないことを確認したうえで、原則（客観的理由に基づく期間設定）・例外（客観的理由を欠く期間設定）、そしてその要式性や司法審査のあり方について概説的に論じながら、近時特に議論のある問題にも広く言及するものであった。

II. ドイツにおいて労働契約における期間設定に対する規制は、原則

37) 教授の経歴については <http://www.jura.uni-konstanz.de/boecken/zur-person/>（最終確認：2013年4月29日）を参照されたい。

的にその締結自体に客観的理由を求める（TzBfG14条1項）という、いわゆる入口規制という形で存する。本稿のテーマである期間設定の「許容性（Zulässigkeit）」³⁸⁾とは、まずはこうした意味で理解されるべきものである。この点我が国では、2012年の労働契約法改正にあたりこうした締結事由規制の導入が議論されたにも拘らず³⁹⁾、結局のところ盛り込まれずに終わった。同改正後の学会では、締結事由の規制に関して積極的な「法理論的」検討が行われたかどうかは別としても、これは論点の1つとして議論された⁴⁰⁾。他方、法改正時にも参照されたドイツ法の状況については、締結事由規制の「原則」としての地位を重くみない論調も見受けられる⁴¹⁾。締結事由規制の副作用として指摘されることのある労働市場の硬直化とい

38) 本翻訳においてこの語に「適法性」という訳語をあてなかったのは、ドイツ法上はあくまで無期労働契約が原則であることを確認するためである。

39) 例えば、労働政策審議会労働条件分科会「有期労働契約に関する議論の中間的な整理」（2011年8月3日、<http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r98520000011407-att/2r98520000011410.pdf>より入手可（最終確認：2013年4月29日））や、その前提となった有期労働契約研究会「有期労働契約研究会報告書」（2010年9月10日、<http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r9852000000q2tz-img/2r9852000000qaxy.pdf>より入手可（最終確認：2013年4月29日））を参照されたい。

40) 2012年10月14日に行われた日本労働法学会第124回大会（於学習院大学、統一テーマ「有期労働をめぐる法理論的課題」）の成果については、日本労働法学会誌121号（2013年5月）参照。

41) 例えば本庄敦志「短期雇用法制の国際比較」日本労働研究雑誌610号（2011年5月）76頁以下は、「少なくとも雇用の開始段階で、有期雇用の利用を例外視することは、もはや困難な状況」（83頁）と評する。烏蘭格日樂「有期労働契約の法規制のあり方に関する比較法的検討」日本労働法学会誌118号（2011年10月）137頁以下は、「これまでの改正経緯からすれば、有期契約の締結自体を制限する考え方は後退し」（146頁）していると評するドイツの状況を参考にしながら、日本法における入口規制導入を適切でないとする（150頁）。他方、ドイツ法を上限規制の国のように扱う上掲注39「有期労働契約研究会報告書」に対して、上限規制の厳格さを指摘しながら締結事由規制の原則性を説くものとして、根本到「ドイツ有期労働契約法制について」季刊労働者の権利288号（2011年1月）47頁以下がある。

った現象——その真偽はさておくとしても——の懸念とも相まって、こうしたドイツ法への認識が日本の状況にある程度影響していることが察せられる。しかし、そもそも「原則」と「例外」といった区分けを行う意義があるとすれば、それは単に量的なあるいは要件の広狭の問題に止まらず、当該問題を規律するにあたってなにを原理ないし優越的価値とすべきかという視点に立つ場合であろう。こういった意味で、本稿でBoecken教授が、これまで我が国でも紹介されてきたように憲法上の根拠や解雇制限の潜脱といった視点も挙げながら⁴²⁾、あくまで客観的理由を求めること、そして無期労働契約がドイツの法体系上「原則」であることを確認していることが、十分に留意されるべきである。

Ⅲ. さて、この客観的理由について近時特に議論のある問題として、教授は代理のための期間設定、定年としての期間設定、そして財政法上の期間設定という3つの領域を挙げているが、差し当たり前2者に関し若干の補足を行う。代理のための期間設定(TzBfG14条1項第2文第3号)について挙げられている問題は、因果関係(Kausalzusammenhang)要件と継続的代理の2点である。

「代理のため」という事由が単なる口実に過ぎないものとなることのないよう、代理される基幹労働者と当該有期契約労働者の雇入れとの間には一定の因果関係が要求される⁴³⁾。ただこの因果関係要件は比較的緩く認められており、3つの場合が挙げられる：直接的代理(unmittelbare Vertretung. 欠勤している労働者が行ってきた職務そのものに代理労働者を従事させる場合)；間接的代理(mittelbare Vertretung. 欠勤している基

42) 近時(過去10年)のものとしては、上掲注41・根本論文のほか、川田知子「有期労働契約に関する一考察(3・完)」亜細亜法学42巻1号(2007年7月)35頁以下、労働政策研究・研修機構研究調整部研究調整課編『労働政策研究報告書No.L-1 ドイツ・フランスの有期労働契約法制調査研究報告』(労働政策研究・研修機構、2004年)11頁以下(橋本陽子担当)参照。

43) BAG, 25. 3. 2009, NZA 2010, 34 ff. (36); BAG, 15. 2. 2006, NZA 2006, 781 ff. (782). こうした趣旨を確認するものとして、Eisemann, Befristung und virtuelle Dauervertretung, NZA 2009, 1113 ff. (1114).

幹労働者が行ってきた職務を他の労働者に配分することで、結果として欠員が生じた職務に、代理労働者を従事させる場合）；配属代理（Zuordnungsvertretung、欠勤している基幹労働者が行っていた職務ではなくとも、当該職務に当該欠勤中の労働者を使用者が法的に、また事実上も配属することが可能であった職務に、代理労働者を従事させる場合であって、こうした法的および事実上の配属可能性に加えて、外部に分かるような被代理労働者の観念的配属（gedankliche Zuordnung）も要件として求められる⁴⁴⁾。間接的代理が判例上認められている背景には、使用者の配置転換権限は代理有期労働者の雇入れに際してもそのまま残される、という考え⁴⁵⁾があるとされ、Boecken 教授は、こうした考えからすれば配属代理はその単なるコロラリーに過ぎず、判例の示す要件（被代理労働者の法的・事実的配属可能性と観念的配属）によって因果関係は十分に担保されると考えている⁴⁶⁾。

連鎖有期労働契約（Kettenbefristung）による継続的代理という問題が生じるのは、従来ドイツでは客観的事由の存否は最後の期間設定のみが評価対象とされてきたこと、また客観的事由に基づく場合少なくとも法文上雇用期間や更新回数の上限が存しないからである。しかも、上記のように（法的・事実的配属可能性という要件はあるものの）観念的配属を行うことで足りる配属代理が認められているという事情のもとでは、同一職務に有期労働者を従事させ続けることができる⁴⁷⁾。継続的代理が不適法であるのは、労働契約締結時にすでに期間満了時を越えた就労が予定されている場合に限られるとされてきた⁴⁸⁾。しかし、本稿でも紹介のある欧州司法裁

44) これらについて詳しくは、Boecken/Joussen, Handkommentar Teilzeit- und Befristungsgesetz 3. Auflage, Baden-Baden, 2012, § 14 Rn. 59 参照。この点、Eisemann, a.a.O. (1113) は、4つの分類項目を掲げている（Organisationsvertretung が加わる）。

45) こうした考えを示したものとして例えば、BAG, 25.3.2009, NZA 2010, 34 ff. (35); BAG, 15. 2. 2006, NZA 2006, 781 ff. (781 f.)。

46) Boecken/Joussen, a.a.O. § 14 Rn. 59.

47) Eisemann, a.a.O. 参照。

判所先決裁定⁴⁹⁾によってこの問題については実務上変化の兆しがみられる。同先決裁定に関しては、その後の連邦労働裁判所の動向も含め既に紹介があるため、詳細はそれに委ねることとしたい⁵⁰⁾。

定年としての期間設定は、本稿でも説明のある通り、法律上客観的理由として明文で掲げられていないが、連邦労働裁判所によって客観的理由として認められたものである。本稿で紹介されている判決⁵¹⁾は、労働契約上に引照 (Bezugnahme) されている労働協約上に定められた65歳定年について、年齢差別の正否が1つの争点となった事案であった。原告は、当該労働協約条項が自身の労働関係には及ばないことを主張するとともに、年齢差別に該当するなどとして国内法およびEU法違反を主張し、期間の定めのないものとしての労働関係の存続確認等を求めたものである。連邦労働裁判所は当該期間設定を適法としたが、その基本的立場は、老齢年金の受給開始時期⁵²⁾と関連づけられていることを重視して、それ以降は労働者の存続保護に対する利益よりも使用者の人事計画の必要性が優越するということを正当化理由とするものと位置づけられている⁵³⁾。

Ⅳ. 例外に該当する客観的理由を欠く期間設定に関しては、まず、企業設立後の期間設定 (TzBfG14条2 a項) と年齢を理由とした期間設定 (同3項) の両者については、実務上は重要性を有していないとの指摘が

48) 判例の情報も含め、Müller-Glöge = Preis = Schmidt (hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 13. Aufl. (beck-online), München, 2013, TzBfG § 14 Rn. 36 (Müller-Glöge) 参照。

49) EuGH, 26. 12. 2012, C-586/10, NZA 2012, 135 ff. (Küçük).

50) 川田知子「連鎖有期契約を正当化する客観的理由とEU指令適合的解釈」労働法律旬報1790号(2013年4月)31頁以下、橋本陽子「有期労働契約の更新を正当化する『代替』の意義」貿易と関税60巻8号(2012年8月)79頁以下。

51) BAG, 8. 12. 2010, NZA 2011, 586 ff. それ以前のものとしては、以下の判例がある: BAG, 18. 6. 2008, NZA 2008, 1302 ff.; BAG, 27. 7. 2005, NZA 2006, 37 ff.

52) なお、老齢年金の標準受給開始年齢 (Regelaltersgrenze) は、現在は原則67歳に引き上げられている (SGB VI § § 35, 235)。

53) Boecken/Joussen, a.a.O. § 14 Rn. 112.

なされているところ⁵⁴⁾、本稿で例外として重視されているのは、2年以内の期間設定（TzBfG14条2項）である。これに関し我が国でも紹介されていないと思われるのは、連結の禁止に限定が存在することを示した連邦労働裁判所判決⁵⁵⁾である。本件は、教員である原告が、被告である州との間での、2006年8月1日から2008年7月31日までの期間設定がなされた労働契約に関し、当該期間設定の無効確認等を求めて提訴したものである。原告は在学中の1999年11月1日から2000年1月31日までの計3カ月のあいだ、学生助手として被告州に雇用されていたところ、原告は、これをもって連結の禁止（14条2項第2文）違反を主張した。上記のような6年以上前の就労を根拠に連結の禁止が適用されるかが、1つの争点となったのである。連邦労働裁判所は、従来の同裁判所判例及び学説がほとんど一致して連結の禁止にとって空白期間が意味をなさない、すなわち連結の禁止が時間的に無限定であることを認めていたことに言及しながらも、次のように述べて原告の主張を斥けた：「以前の労働関係が3年以上前のものである場合、パートタイム・有期法14条2項第2文にいう以前の就労にはあたらない。このことは、規定の解釈から導かれるものである。……新たな検討の結果、当小法廷は、パートタイム・有期法14条2項第2文による以前の就労の禁止についての時間的にまったく無制約な理解を維持しない。……法律の文言と体系から、一定の解釈が必然とされているわけではな

54) 後者の背景とされる欧州司法裁判所先決裁定については、名古屋功「ドイツ有期労働契約法とEU指令との抵触」国際商事法務34巻12号（2006年12月）1650頁以下、橋本陽子「年齢差別の成否と平等指令への国内法の強行的適合解釈義務」貿易と関税54巻9号（2006年9月）75頁以下、川田知子「高齢者を優遇する労働市場政策とEU指令の年齢差別規制」労働判例912号（2006年6月）96頁以下参照。なお、結果として成功はしなかったものの、Mangold事件先決裁定に従って国内法を不適用とした連邦労働裁判所判決に対して行われた憲法異議であって、実質的にはこのMangold事件先決裁定への異議申し立てと位置付けることができるものとして、Honeywell事件がある：BVerfG, 6.7.2010, NZA 2010, 995 ff.

55) BAG, 6. 4. 2011, NZA 2011, 905 ff.

い。むしろ同法の歴史が、以前の就労の時間的に無限定な禁止を指向しているのである。それに対して、規定目的、実行可能性 (Praktikabilität) や法的安定性という要請、そして特に憲法上の考量によれば、当該禁止に対する時間的な限定が指向される」。本稿でも説明のある通り、この規定目的についての検討において、連鎖有期契約の防止が重視されたのである。こうした連邦労働裁判所の新たな判断の帰結は、ある程度期間を置けば客観的理由がなくとも繰り返し有期契約を締結できることに結び付きうるという意味では⁵⁶⁾、我が国の労契法上の無期転換法理に設けられた空白期間に類似する部分がある。しかし、それでも同判決のもとでは3年という、我が国の空白期間と比べれば相当長い期間が基準とされていることに留意が必要である。

56) 本件の事案の特殊性を指摘しながらも、当該判例変更がもつぱらそうした事情によるものではないことを指摘するものとして、Höpfner, Die Reform der sachgrundlosen Befristung durch das BAG, NZA 2011, 893 ff. (894).