

〈共同研究〉

「持続可能社会への転換と労働・社会保障法—ケイパビリティ構築の制度的保障による職業能力形成を中心に」

ドイツの解雇における障害を理由とする不利益取り扱い禁止法理

— 2013年12月19日連邦労働裁判所判決（BAG vom 19.12.2013 – 6 AZR 90/12）の検討

木 下 秀 雄*

（1）はじめに

日本では2014年の国連障害者権利条約批准を契機に、2016年4月1日から障害者差別解消法が施行された。また障害者雇用促進法による、雇用の分野における障害を理由とする差別的取扱いの禁止と、事業主に対する、障害者が職場で働くに当たっての支障を改善するための措置の義務付けが施行されている。しかし障害を理由とする不利益取り扱い禁止と解雇との関係について十分な議論が行われていないように見える。

本稿では、ドイツの連邦労働裁判所（以下、BAG、という）の判決を紹介し簡単な検討を加えることで、日本での、障害を理由とする不利益取り扱い禁止の法理と解雇の関係を考える手がかりを得ようとするものである。

判決を紹介する前に簡単にドイツの制度を確認しておく。

まず基本法3条3項2文に「何人も、障害を理由とする不利益取扱いをうけてはならない。」と定められている。そしてそれを具体化する制度としてドイツの障害者に対する解雇保護制度として日本でよく紹介されるのが、社会法典9編（以下、SGB9、という）の第3部（Teil 3。2018年1月1日以前は第2部（Teil 2）。SGB9は2016年の連邦参加法（Bundesteilhabegesetz）により条文編成が2018年から大幅に変わっている。ただ内容の施

行は2020年以降のものが多く。裁判例は改正前の条文が対象となっているので、以下では改正前の条文で表示する。SGB9の第3部の現行条文は改正前の68条以下については、その条文数に83を足すとほぼ対応する。）である。例えばこの85条以下に定められている、障害者の解雇について統合事務所（Integrationsamt）の同意が必要であるという制度がある。つまり、重度障害者（ドイツではSGB9の障害認定手続きにおいて障害程度区分GdBが50以上と認定された障害者）及びそれと同等であると認定された障害者（以下両者をあわせて、重度障害者等、という）を解雇する場合には、統合事務所の事前同意がなければ、当該解雇は無効となることになっている。SGB9の旧第2部に定められている障害者に対する雇用保障制度は、こうした解雇の有効性を行政庁の事前同意にかかわらせることで障害者に対する解雇を保護するという制度をはじめ、割り当て雇用や解雇を予防する各種制度を含んでいる。しかし、注意する必要があるのは、SGB9の制度は原則として重度障害者等に適用されることになっており、重度障害者等に該当しないとされた障害者に対する解雇保護はSGB9には規定されていない点である。そしてSGB9は、使用者の重度障害者等に対する障害を理由とする不利益取り扱いを禁止する規定を81条2項第1文に置いているが、2006年以後は、この一般的な禁止規定のあとの同条同項第2文は「詳細はこれに関しては一般平等取扱い法の規定が適用される。」と定めるだけになっている。こ

* 龍谷大学法学部 教授

のため重度障害者等に対する差別取り扱い禁止についての詳細は一般平等取り扱い法（以下、AGG、という。2006年8月18日施行）にゆだねられており、結果として、重度障害者等に対する雇用にかかわる差別禁止とともに、重度障害者等に該当しないが障害を有する人に対する雇用に関する差別禁止については、いわば AGG に丸投げされる構造になっている。

その AGG は、人種、出身地、性別、宗教及び世界観、障害、年齢、性的アイデンティティを理由とする不利益取り扱いを排除することを目的としている。つまり、AGG は SGB9 と比較すると、不利益取り扱いを禁じるメルクマールとして障害以外のものを幅広く提示している点、さらに障害を理由とする差別禁止についても、重度障害者等に限定されない点、また、不利益取り扱いを禁じる対象領域が雇用だけでなく、社会給付や教育など広範囲に及ぶ点に特徴がある。また、不利益取り扱い禁止違反に対しては、使用者に補償金支払い義務を課している点もこの法律の特徴である（同法15条1項）。またそうした差別取り扱い禁止違反を問う場合の立証責任についても、差別を訴える側の証明の程度を軽減する規定を置いている（同法22条）。ただ、AGG は、8条1項で、障害だけでなくすべての差別禁止理由に関して、それを理由とする異別取り扱いを、それが、職業上の重要かつ決定的な要件にかかわる場合には、その目的が適法で要件が適切である限り、許される、としている。それだけでなく、同法2条4項は、解雇について、「もっぱら一般解雇保護と特別解雇保護に関する規定が適用される。」と定めている。

この AGG 2 条 4 項の規定の趣旨は、ドイツの場合、1951 年以来解雇保護法（以下、KSchG、という）が制定されおり、長年にわたって蓄積されてきた法理と裁判例があることから、基本的に同法を中心とする解雇保護法制の適用に委ねる、ということであったと思われる。しかし、他方で、特に、ドイツの KSchG が、雇用当初 6 か月間（いわゆる試用期間）の労働者について同法の適用を除外している（同法1条1項）ことや零細企業への適用がない（23条1項）ことから、AGG の要請である広く障害を理由とする不利益取り扱い

い一般を禁止することと、あるいは2000年11月27日「雇用及び職業における平等取り扱い実現のための一般枠組み設定に関する EC 指令」（2000/78/EG vom 27. November 2000）（以下、EC 指令、という）が EC 加盟各国に要請している一般的な差別取り扱いの禁止を実施するという点から見て、KSchG の規制対象との間に隙間ができる、という問題が存在している。

以下紹介検討する2013年12月19日連邦労働裁判所判決（以下、本判決、という）の原告は、事案の紹介で詳しく触れるが、重度障害者等には該当しない GdB10 の HIV 感染者で、SGB9 の解雇保護の対象ではなく、また、労働契約締結後 6 か月を経過していないことから KSchG の適用対象外の労働者である。本判決を取り上げるのは、こうしたいわばドイツ障害者雇用保障制度の隙間にはまりこむ障害を有する労働者について、障害を理由とする差別禁止法理がどのようにして解雇保護の場面で展開されているかを確認するためである。

（2） 2013年12月19日連邦労働裁判所判決の内容

（ア） 事 案

①この事案は、原告 X が被告 Y に就労して 6 か月たない時点での通常解雇、つまり KSchG が適用されない時点での解雇の有効性が争われたものである。

X は Y に 2010 年 12 月 1 日付労働契約で化学技術助手として雇い入れられた。Y は、がん治療の薬品を製造している。X は、いわゆる無菌室部門に配置されることになっていた。労働関係は 2011 年 9 月 5 日までの期間付きであった。そして最初の 6 か月間については解約告知期間が 2 週間とされており、いわゆる試用期間とされていた。

2010 年 12 月 8 日の雇い入れ健診の際に、X は産業医に対して、自分は発症はしていないが HIV に感染している（symptomlose HIV-Infektion）旨を告げた。X は GdB10 であるとの認定を受けていた。Y は、無菌室作業について標準作業手順を定めており、これは、連邦健

康省の「良質の製造実務手引き」（これは EU 基準に沿ったものであった）を実施するためのものであった。その手引きでは、「腕、下肢、手、顔の慢性的な皮膚炎」、「慢性的 B 型および C 型肝炎」、「HIV」に感染しているものは無菌室での仕事をさせてはならないことになっていた。

X と産業医と Y の執行役員が参加した 2011 年 1 月 4 日の会合で、産業医は、X が HIV に感染していることを Y の執行役員に告知した。これをうけて Y としては無菌室部門以外での X の雇用の可能性はないとして、2011 年 1 月 4 日の書面で、2011 年 1 月 24 日をもって X の労働関係を解消する旨の解約告知（本件解雇）をした。

- ② X は、本件解雇は、彼が HIV に感染しているということが唯一の解雇理由であるから、HIV 感染を理由とする差別的解雇だ、と主張した。つまり、症状が発症していない HIV 感染は障害である。また原告は、HIV ウイルスが Y の製造する薬品に感染することはありえない、と主張しそれを証明するものとして、X は、専門鑑定意見書を提出した。

そして、X は (a) 2011 年 1 月 4 日の解約告知によって労働関係は終了していないことの確認と、(b) Y に対して、X に 3 か月分の報酬（6600 ユーロ）と適切な補償金を支払うよう義務付ける判決を求めた。

- ③ Y は、訴え棄却を求めて、次のように主張した。つまり、X は、Y が作成した安全基準により無菌室で作業できないと定めている HIV に感染している。本件解雇は、安全基準により無菌室部門で就労できないとされた事由に X が該当したことが理由であり、HIV 感染そのものが解雇理由ではない。Y は、X が専門医による治療を受けているのかどうか、そしてその厳密な監督の下にあるのかどうかを点検することができない。かてて加えて、X はいつでも、Y に知らせることなく、治療を中断することもできる。Y の最終的な顧客は重症のがん患者である。そのため、Y はこれらの患者が気にすることについて考慮しなければならない。Y が、薬品製造過程における安全基準を守らないで、客観的に見て適切とは思わない労働者を雇い続けること

は、損害賠償を請求されるリスク、薬品製造のライセンス喪失の危険、過料を科される危険に身をさらすことになる。そうしたことを Y に要求することはできない。また、X が HIV ウイルスを薬品生産工程に持ち込んだ場合、それは甘受し難い風評被害を呼ぶことになるだろう。それゆえ本件解雇は障害を理由とする解雇ではない、というのが Y の主張であった。

1 審も、控訴審も、原告の請求を棄却した。

控訴審判決は、HIV 感染が障害であるかどうかの判断をせず、Y による本件解雇は、HIV 感染を理由としたものではなく、Y は別の継続的ないし長期にわたる感染症にかかっている労働者であっても、解雇したであろうと考えられる。つまり Y は、たんに Y の標準作業手順規定を適用したに過ぎない。また HIV 感染を理由とする異別取り扱いであるとしても、AGG 8 条 1 項により許容されるものであったと判断した。

上告審で X の当初の請求が争われることになった。

（イ） 判決の内容

① 結 論

民法（以下、BGB、という）134 条を介して AGG を適用して、原告の訴えを退けた原審判決を取り消している。ただ、最終的判断を行うには、さらに具体的事実認定が必要となるとして、ラント労働裁判所に事案を差し戻す、というのが本判決の結論である。

② 障害を理由とする不利益取り扱い禁止法理の解雇への適用

本判決は、KSchG が適用されない試用期間中の労働者に対する差別禁止法理の適用について、次のように解している。まず AGG 2 条 4 項の、解雇保護については解雇保護法の諸規定がもっぱら適用される、という規定は、KSchG や母性保護法上の解雇保護法規や BGB 613a 条、622 条、626 条などが適用される場合には、適用される。しかし、試用期間のように KSchG が適用されない場合には、BGB 134 条等民法の一般条項を介して AGG の規定が適用されると解すべきである、としている。つまり、AGG 2 条 4 項により AGG

の適用が排除され、もっぱら解雇保護法規が適用される範囲を「目的論的に縮小するという方法で(im Wege der teleologischen Reduktion)」限定し、KSchGなどが適用されない場合にはBGB 134条という民法の一般条項が適用されるとした。そしてこの条文を通してAGGが適用されるとするのである。

その結果、当該解雇が、AGGのいう障害を理由とする不利益取り扱いにあたる場合には、AGG 7条1項の不利益取り扱い禁止規定違反となり、無効となるだけでなく、AGG 15条1項の補償金支払い請求権も認められる。さらに、AGG 22条の証明責任の転換も認められることになる、としている。

③「障害を理由とする不利益取り扱い」認定と「適切な措置 angemessene Vorkehrungen」

(a) ラント労働裁判所が原告の訴えを棄却した理由である、「原告は、HIN感染を理由として労働関係を解約告知されたのではない。被告は原告のHIV感染そのものを理由としてではなく、そこから生じた、雇用を継続するための職場への配置可能性がないという理由から解雇したのである。」という点について本判決は次のように述べている。

「解約告知の表明そのものは、形成的意思表示として、AGG 1条の差別メルクマールにはつながらない。解約告知の基礎にある考慮が解約告知表明とAGG 1条のメルクマールとの関連の手がかりとなりうる。この両者の関係は、解約告知の理由付け又はその他の事情から明らかになりうる。ただしそこでは、不利益取り扱い意図という意味での主観的要素は必要ない。解雇と差別メルクマールのつながりが少なくとも想定しうる場合には、それで十分である。これは本件の場合、被告がHIV感染を無菌室配置から排除するメルクマールと考えていることから、存在すると言える。不当な類型化措置(unberechtigte Stereotypisierungen)も、(意図しない(unabsichtliche))差別につながることもある。それゆえ、被告の主張とは異なり、被告が、自らに適用される法規が解雇を求めているのだと信じていたのかどうかは重要ではな

い。」「実際に原告を無菌室に配置することが継続的にできないのかどうか、そしてそれゆえ解雇が有効であるのかどうかは、適切な措置(angemessene Vorkehrungen)をとる可能性を考慮したうえで正当化できるのかどうかというレベルで決定されるべき問題なのである。この問題を論じる場合、障害を理由とする不利益取扱いであるかもしれないという想定をあらかじめ排除することができない。」

(b) AGG 8条1項が認めている、異なる取り扱いが、職業上の重要かつ決定的な要件にかかわるがゆえに正当と見なされる、という要件に本件が該当するかどうか、つまりHIVに感染していない、ということが職業上の重要かつ決定的な要件であるといえるのかどうかについて、本判決は次のように述べている。「AGG 8条1項の異なる取り扱いを正当化する理由に依拠できるのは、2006年12月13日国連障害者差別禁止条約27条1項2文、2条4項と結びついたEC指令5条がいうところの適切な措置(angemessene Vorkehrungen)をとっても配置可能にならない場合にのみである。使用者がこれによって要請される措置をとらず、その結果当該労働者を配置できない場合には、そうした状況は通例は、労働者の障害に起因するのではなく、使用者の不作为に起因するのである。この場合には解雇は正当化できなくなる。」

④障害概念について

本判決は、HIV感染を、AGGにいう障害に当たると判断している。

まず、AGG 1条の障害概念は、SGB9の2条1項などの条文と連動しており、法改正の中で、WTOのICF(International Classification of Functioning, Disability and Health)に対応した現代的定義を採用しているとする。そして、「この障害概念では、個人の機能障害によって障害を定義するのではなくて、(社会)参加の侵害状況によって定義するものである」ことを確認する。その上で、まず、EC指令や国連の障害者権利条約における障害概念と、ドイツ国内法における障害概念を比較して、「国内法がEU法上の概念より広範囲な障害概念から出発する場合には、AGG

の障害概念が、基準となる。そのほかでは、EU 法上の障害概念が基礎に置かれることになる。」とする。そして、「ICF は、個々人の障害を分類する際、環境要素を個人のレベルでも社会のレベルでも考慮に入れるのである。」

こうしたことを前提として、本件の HIV 感染については、「原告は発症していない HIV 感染により、慢性的疾患による疾病にかかっている。それによるダメージ（Beeinträchtigung）は、社会生活参加と、職業生活参加に影響を与えている。それ故原告は AGG 1 条にいう障害者である。これは、現在こうした感染に起因する社会的回避的態度及びそれに基づくスティグマが継続している限り、妥当する。」「障害の理由や性質が問題ではない。慢性的疾患も、AGG 1 条の趣旨での障害概念理解の対象となる。ただしそれは、参加障害が存在することが前提である。」「原告は自らの HIB 感染によって生活参加が相当程度侵害されている。その際、彼の能力が制限されている必要はない。原告が人間関係と労働においてスティグマにさらされる可能性があるだけで十分なのである。原告の周りの世界のこうした偏見とスティグマが彼を AGG 1 条にいう障害者にしているのである。」

ドイツの障害概念理解の一つの到達点を示している、と思われる。

⑤本判決は、原審判決では、原告によって薬品生産が HIV ウイルスによる汚染の危険が具体的にどのように存在するのかについての検討が十分なされていない点を問題としている。つまり、例えば特別な手袋をすることで汚染リスクを排除できるのかどうか、どの程度排除できるのか、あるいは、無菌室でのある特定の仕事が、他の仕事より危険が高いのかどうか、そうした特別に危険を伴う仕事以外の無菌室で原告が従事することのできる仕事はないのか、などを改めて判断するようにラント労働裁判所に差し戻す、というのが本判決の結論である。

（3） 検 討

（ア） 解雇における差別禁止法理

AGG 2 条 4 項で、解雇に関しては、一般的解雇保護と個別的解雇保護に関する条文がもっぱら適用されることになっている。ドイツでは、この条文の解釈を一つに軸に、KSchG と差別禁止法理との関係が議論されてきている。

本判決は KSchG が適用されない障害労働者における、解雇保護と差別禁止法理の結合が論点であったが、KSchG 適用対象労働者に対する差別禁止法理を論じた BAG の裁判例（BAG vom 06.11.2008 – 2 AZR 523/07）は以下のように解している。

この裁判例の事案では、障害を理由とする差別ではなく、企業の整理解雇における年齢差別が論点となった。原告の労働者は解雇通知を受けた当時50歳であった。労働者は、整理解雇の必要性がないなどの主張と合わせて、解雇対象選定基準に年齢の要素が含まれている点を取り上げて、年齢差別であると主張し、自らの労働関係存続を求めて訴えを提起した。

判決は、AGG 2 条 4 項は、解雇保護法適用の際に、AGG の差別禁止の法理を全面的に排除することを意図するものではない、と解するところから出発する。「この条文は（AGG 以外の — 引用者注）他の分野の条文との『かみ合わせ（Verzahnung）』を作り出そうとすることを目指している。つまり、一方での反差別法と、他方で — AGG と同じ法階層にある — 解雇保護法との間の統一性を作り出すのに資することを目指すものである。一般解雇保護法も個別解雇保護法も、物事の性質上差別禁止とみなされる数多くの法律上及び裁判官法上の規定を含んでいたし、含んでいる。そして立法者はそれらが引き続き適用されることを、わざわざ説明しているのである。」

ただそうした差別禁止法理については、解雇保護法理の中に組み入れられる必要がある、とも解している。

「むしろ目的は、AGG の差別禁止が、これまでの解雇保護法の制度の中にどのようにして組み込まれるのか、という方法を述べることである。AGG は、差別禁止を解雇保護法と一致させるこ

とを目指している。」つまり、「違法な解雇は無効となり、無効であるか否かは解雇保護法の基準によって判断されるという原則が、そのまま適用される。解雇保護訴訟と並んで『差別禁止訴訟』が登場するものではない。あるいは、AGG による特別な不服申し立て権が、解雇保護法解釈論に修正を加えるものでもない。むしろ、AGG の差別禁止に対する違反は、解雇保護法上の基準によって評価されるものであり、それゆえ、解雇が社会的に正当でない (sozial ungerechtfertigt) ののではないかという問題との関連で解雇保護法の分野で論じられるべきものである。逆に、差別禁止は独自の無効規範として適用されるわけではないのである。」

そのうえでこの判決は、差別禁止法理が解雇保護法に組み込まれることで差別的解雇は無効となるという解雇保護法上の効果以外に、差別された労働者に AGG 上の補償請求権などが認められるかどうかという問題が生じることを指摘する。ただこの判決は、これについての結論を保留している。そしてこの事案については、AGG に含まれている年齢差別禁止違反の審査は、解雇の有効性審査に際して排除されなかったうえで、本件の場合、整理解雇者リスト作成における年齢の取り扱いが AGG が禁じる差別に当たらないと判断し、原告の請求を棄却している。

他方 KSchG 適用外の労働者についてはすでに BAG は、2008 年 1 月 24 日の判決 (BAG vom 24.01.2008 – 6 AZR 96/07) で、次のように判示していた。「KSChG の適用外であったとしても、私法上の一般条項 (BGB 242 条、138 条) を介して、良俗に反するかあるいは信義則に反する使用者の解雇権行使から保護されなければならない。」という判断を示していた。同時に、BAG は、KSChG 外でありながら、KSChG 適用下にある場合の社会的不当 (Sozialwidrigkeit) という基準がそのまま使用者に課されることになることを否定している。ただ、KSChG 適用外であっても、「客観的に見て、恣意的な解雇あるいは客観的事情に基づかない動機による解雇から労働者を保護する、ということが重要であり、たとえば、基本法 3 条 3 項にいう差別から労働者を保護するとい

うことが求められている。」としていた。この事案では、待機期間中については KSChG 上、使用者には解雇の社会的正当化事由が求められないということを前提として、重度障害者であっても能力不足であるという評価による解雇が肯定されている。

本判決は、こうしたこれまでの判例の論理を踏まえつつ、KSChG 適用外の障害を有する労働者に対して BGB 134 条を介して AGG の適用を認める、という新しい展開を示している。そして AGG が適用されることが、結果的に重度障害者等ではない障害者であっても、解雇回避につながる適切な措置を求めることにつながったように見える。

(イ) 障害を理由とする不利益取り扱い禁止法理と病気を理由とする通常解雇

本判決で問題になった、障害を理由とする解雇なのか、障害者であるか非障害者であるかにかかわらず行われた解雇なのかが問われた BAG の二つの裁判例を比較する形で紹介する。

①一つは、本判決の原審であるラント労働裁判所が、原告の障害を理由とする差別的解雇であるとの主張を退ける際に依拠した BAG の判決である (BAG vom 28.04.2011 – 8 AZR 515/10)。

この事案は、2002 年について 25 日間、2003 年について 43 日間、2004 年について 18 日間、2005 年について 37 日間、2006 年について 37 日間、そして 2007 年について 60 日間病気欠勤したのち、2007 年 9 月 3 日から入院して病気欠勤した原告に対して、被告企業が、疾病を理由とする解雇を通知したものである。原告は、自分の病気は障害であり、被告はその障害を理由に解雇したのであるから解雇無効であると主張した。その後、被告と原告は当該解雇を撤回することで合意した。しかし、原告はさらに、この解雇は当初主張通り障害を理由とする差別的解雇であるから、被告が原告に 3 万ユーロの補償金を支払うよう求めたのがこの事案の争点である。

この判決は、まず、差別的な不利益取り扱いというには、「AGG 1 条に挙げられているメルクマールの一つを理由として不利益取り扱いがなされることが必要であるから、因果関係

（Kausalzusammenhang）が存在しなければならない。因果関係は、不利益取り扱いが AGG 1 条に挙げられているメルクマールの一つないし複数とつながっているか、それによって動機づけられている場合に認められることになる。その場合、AGG 1 条に挙げられているメルクマールが当該判断に影響を与えた動機の中の一つの構成要素であっただけで足りる。」、としている。

そして補償請求権が認められる不利益取り扱い禁止違反を認定するうえで、確かに、不利益取り扱い意図のような「主観的要素（subjektive Komponente）」を必要としないが、不利益取り扱いと差別メルクマールとのつながりは少なくとも考慮されるものでなければならない、とする。そして解雇における差別的な不利益取り扱いの認定に関して、「解約告知の宣告自体は、形式的意思表示として、差別メルクマールとただちには結び付かない。しかし例えば解雇の動機ないしは解雇決定の基礎にある考慮は、意思表示とメルクマールとの関係を示す手掛かりとなりうる。そうした手掛かりは、解雇理由やその他の表面に出た事情から明らかになりうる。」とする。そして「本件の場合、被告はただ、原告の疾病を理由とする欠勤期間を理由として解雇した、ということが認められる。被告が『疾病を理由として』解雇した限りでは、疾病そのものは、EC 指針がそれを理由に不利益取り扱いをすることを禁じている理由にはあたらない。」と判断している。

- ②本判決の後に、重度障害者と同置された労働者の病欠欠勤を理由とする解雇をめぐる BAG の判決（BAG vom 20.11.2014 – 2 AZR 664/13）が出されている。

これは、原告が、2005年に9日間、2006年に21日間の病欠欠勤があったのち、2006年11月27日以後欠勤を続けていた。被告会社はその間、パート労働者を二人雇い入れている。

原告はこの間、2007年5月に GdB30 の認定を受けるとともに、重度障害者と同置されるという認定も受けた。被告は原告に対する解雇について2010年11月9日付決定で統合事務所の事

前同意を得ている。被告は事業所委員会の意見聴取の後、2010年11月25日付書面で、2011年2月28日をもって当事者間の労働関係を解約した。これに対して、原告は、この疾病の原因が事業所の中の安全措置の不備にある、と主張し、これまでの職場から別の職種ないし職場への配置転換による雇用の継続を求めた。1 審も 2 審も原告の訴えを退けたが、BAG は、以下のように述べて、2 審判決を取り消したうえで、事案をラント労働裁判所に差し戻している。

BAG の判決は、原告の疾病の原因が事業所にある点は認めていないが、「労働者が継続的な疾病により約定した労務提供を行うことができない場合であっても、解雇保護法全体を支配する比例性原理により、解雇は、それが発生している契約履行障害を除去するために必要な場合にのみ、正当化される。それゆえ解雇をもたらす事実には、今後の欠勤を回避するための適切なより穏健な手段がない（das Fehlen milderer Mittel）、ということが含まれる。この意味でのより穏健な手段は、特に、これまでの職場の改造や労働者を疾病の痛みに適合した別の職場へ配転することが含まれる。」そしてこの事案の場合、重度障害者と同置される障害者であり、「使用者が、SGB9 の84条2項の義務に反して、事業所統合マネジメント（以下、bEM、という）を実施しなかった場合、これは使用者の証明負担につながる。たしかに、bEM の実施は疾病による解雇の形式的有効要件ではないし、それ自体を取り上げると解雇より穏健な手段という訳でもない。しかし SGB9 の84条2項は、比例性原理を具体化している。bEM の助けを借りて、より穏健な手段、例えば、職場の改造や労働条件を変更し、異なる職場ないし、場合によっては『ポストを空けこと（freizumachen）』による職場での継続雇用の可能性が明らかになる」と判示している。この判決では特に、原告をパートで雇用する可能性を十分検討していないところに原審判決の不十分さを認めて、ラント労働裁判所に差し戻すとの判断を行っている。

この判決の原告は重度障害者等に該当し、

KSChG の適用も受けている労働者であるが、SGB9 の84条2項の解雇予防手続き実施義務が使用者に課せられていることを手掛かりに、解雇回避のための適切な措置が問われるものとなっている。

(4) おわりに

最後にもう一度確認すると、ドイツの解雇における障害を理由とする不利益取り扱い禁止法理は、まず第1に、KSChG 適用の有無により、KSChG の社会的正当性解釈を介するか、あるいは民法の一般条項を介して AGG を適用するか論理構成に差異があるが、障害を理由とする不利益取り扱いとしての解雇は、無効となり、かつ、AGG 上の補償請求も認められる、ということでは一致していると思われる。

さらに第2に、そうした障害を理由とする不利益取り扱いであるかどうかの認定に際して、障害を理由として、比較可能な状況にある別の人より障害を有する人がより不利益な取り扱いを経験したか、経験するであろうという場合に認められる。そして、その不利益な扱いは、積極的行動によってもたらされるだけではなく、不作為の形で認められる、という点でも一致している (BAG vom 21.04.2016 – 8 AZR 402/14)。そしてそこで問題になる「不作為」とは、「使用者が障害労働者に対して、EC 指令5条及び国連障害者権利条約27条1項2文にいう適切な措置の実施を拒否した場合にも認められる、と解するべきである。」、ということでも判例は一致していると考えられる。

しかし、適切な措置の内容を確定する手続きについては、SGB9 が定める様々な予防手続き (Präventionsverfahren (81条から84条にかけて)) の適用対象をめぐる議論とも関連して、決着がついていないように見える。

ドイツでは SGB9 の旧第2部の重度障害者等に対する解雇予防、解雇保護規定で足りると思われる障害者保護制度について、2006年2月に、EC 裁判所は、ドイツは EC 指針を実施する上で必要とされるすべての法規定、行政規定を公布しているとは言えない、という判決を出した。これ

を受けて、BAG も、EC 指針の障害概念が、SGB9 の重度障害者等に限定されたものではないという理由で SGB9 の旧81条2項は EU 法に適合していないと判断した。そして、EC 指針の実施期日は2003年12月2日ですでに効力を有しており、AGG が2006年8月18日に施行されるまで重度障害者等に該当しない障害者を障害を理由とする不利益から守る規定が存在しないことになり、そうした規定の実施を確保する制裁規定も存在しないこととなった。このため BAG は SGB9 の旧81条2項の適用領域を強行的に EU 法適合的に拡張する解釈を「経過裁判」として出すことになった。しかし AGG 施行後は、AGG による障害者差別救済制度があることを前提に、改めて SGB9 は重度障害者等に対する制度であること、他方 KSChG はその適用対象を零細企業以外の雇用期間6か月超の労働者とするという制度であることとの関係が改めて問われることになっている。

例えば、2016年4月21日 BAG 判決は、GdB50 の重度障害者が、ラントにチーム長として雇用されたが、能力不足であるとして待機期間中に解雇された事案である。原告は、この解雇が、重度障害者代表の意見を聴取することや統合事務所を介在させて改善手段を議論するという SGB9 の84条1項の予防手続きを実施していないで行われた点をとらえて、障害を理由とする不当な解雇であると主張した。ただ、解雇無効は求めず、補償金請求を行った。これに対して、BAG は、「原告は KSChG 1条1項に定められている6か月の待機期間の終了前に被告ラントにより労働関係から排除されたものである。使用者は、KSChG 1条1項にいう待機期間中は、SGB9 の84条1項による予防手続きを実施する義務を負わず、それゆえ、当該手続きを開始する必要はない。」と判示して、解雇に至らないための適切な措置について検討することなく請求を棄却している。

この訴訟で被告ラントが主張した次のような議論が目立つ。つまり、KSChG が、使用者は試用期間の労働者に対しては「社会的正当性」基準を適用しないで解雇する権限を認めていることとの関係で、障害者 (あるいは重度障害者等) については解雇回避のための「適切な措置」を検討し

たうえでしか解雇できないとするのは、障害を有するものを、非障害者に比して優遇することになる、という主張である。

このようにドイツで SGB9、KSchG、AGG あるいは EC 指令の相互関係の中で障害者の解雇保護の法理が、「適切な措置」の内容の具体化を焦点として、どのように形成されていくか、今後の動きを注目する必要がある。