

ドイツ労働契約における使用者の協力行為と契約調整義務：健康上の理由による給付能力制限における受領遅滞の判例の展開

岡本，舞子
九州大学大学院法学府：博士後期課程

<https://doi.org/10.15017/2348556>

出版情報：九大法学. 117, pp.1-53, 2018-09-28. Kyudai Hogakkai
バージョン：
権利関係：

ドイツ労働契約における使用者の 協力行為と契約調整義務

—— 健康上の理由による給付能力制限における受領遅滞の判例の展開 ——

岡 本 舞 子

目次

I 問題の所在

- 1 労働者の健康状態の変化による労務給付障害と使用者の義務
 - (1) 問題関心
 - (2) 本稿の検討対象と目的
- 2 本稿の構成

II 予備的考察

- 1 労務給付義務の決定構造と用語の定義
 - (1) 労務給付義務の決定と指揮命令権による具体化
 - (2) 労務給付義務の履行と労働者の給付能力との関係
 - (3) 労働者の健康状態と給付能力との関係
 - (4) 小括
- 2 問題の法的位置づけ
 - (1) 一時的な労務給付障害の場合の労務給付義務からの解放
 - (2) 一時的な労務給付障害の場合の報酬請求権の維持
 - (3) 疾病による労働無能力の場合の6週間の報酬継続支払
 - (4) 労務給付義務の履行に関する問題としての位置づけ

III 使用者の受領遅滞に起因する報酬請求権

- 1 受領遅滞の法規範の概要
 - (1) 使用者の受領遅滞の要件
 - (i) はじめに
 - (ii) 本旨に従った給付
 - (iii) 労働者の給付能力と給付意思 —— 受領遅滞と不能の関係
 - (iv) 使用者への提供
 - (v) 使用者の不受領

2 ドイツ労働契約における使用者の協力行為と契約調整義務（岡本舞子）

(2) 使用者の受領遅滞の効果

(3) 主張・立証責任

(4) 小括

2 健康上の理由による給付能力制限の場合の使用者の受領遅滞

(1) 労働者の給付能力の制限と使用者の受領遅滞の関係

(2) 労働者が提供すべき労務給付

(i) 「契約通りの労働」と使用者の指揮命令権の行使

(ii) 使用者の指示の一時的な拘束力

(iii) 指揮命令権の行使を侵害しない労働の提供

(3) 小括

(i) 判例の判断 — 実現すべき労務給付と使用者の協力行為

(ii) 使用者の指揮命令権の行使の2つの側面

IV 使用者の契約調整義務と損害賠償請求権

1 労働契約における契約調整義務

(1) 具体的事案における契約調整義務の創出

(2) 重度障害者の障害に適した就労請求権との類似

2 契約調整義務違反による損害賠償請求権の要件

(1) 契約調整義務の範囲

(2) 契約調整義務と解雇制限法の法理との関係

(3) 契約調整義務の要件

3 契約調整義務の具体的効果

4 契約調整義務の根拠

V むすびにかえて

1 考察結果

(1) 使用者の受領遅滞に起因する報酬請求権

(2) 契約調整義務違反による損害賠償請求権

(3) 労働者の労務給付義務と使用者の契約調整義務

2 判例の展開 — 就労請求権と支援義務

I 問題の所在

1 労働者の健康状態の変化による労務給付障害と使用者の義務

(1) 問題関心

労働契約は、継続的な債務関係を基礎づけるものであり、労働契約の存続過程では、債務を負う主体である労働者および使用者に、様々な事情の変化が生じうる。とりわけ、労働者は生身の人間であり、その健康状態は時の経過とともに変化するのが通常である。労働者の健康状態の変化は、場合によっては、労働契約で負担した労務給付の履行に影響を及ぼす。そして、実際に、労働者の健康状態の変化によって、従前行っていた業務ができなくなり、他の業務を行うことを労働者が使用者に対して申し出るといふ事案が存在する（代表的な事例として、片山組事件・最小判平10・4・9判736号15頁参照）。では、そのような場合に、使用者は、労働者が申し出た他の業務への従事を可能にする義務を負うのだろうか。また、負うとする場合、どのような範囲で、使用者はその義務を負うのかという問いが生じる。

これに関して、賃金請求権に対応する労働義務の履行とは何かを論じた前掲片山組事件判決は、次のように述べる。労働契約で職種や業務内容が特定されていない労働者が、「現に就業を命じられた特定の業務について労務の提供が十全にはできないとしても、その能力、経験、地位、当該企業の規模、業種、当該企業における労働者の配置・異動の実情及び難易等に照らして当該労働者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務の提供をすることができ、かつ、その提供を申し出ているならば、なお債務の本旨に従った履行の提供があると解するのが相当である」。このように解することで、同判決は、私傷病により従前の業務が履行できなくなった労働者に他の業務を提供するといった一定の配慮を、使用者に要請する⁽¹⁾。しかし、同判決は、その根拠ない

し理由づけを必ずしも明確に示していない⁽²⁾。また、その配慮の範囲についても、学説上見解が分かれている⁽³⁾。

さらに、「労働者の労務給付義務の履行を可能にするために、使用者はどのような義務を負うのか」という問いに関して、理論的にどのような観点からアプローチするかも多様でありうる。例えば、土田教授は、この問題を、「労務指揮権を行使する使用者の義務」という観点で論じておられる⁽⁴⁾。また、唐津教授は、従来、就労請求権や労働受領義務として論じられてきた問題を、使用者の「労働付与義務」（労働者の「就労」価値・利益を尊重し、配慮すべき義務）として論じられる中で、上記の問いについても検討されている⁽⁵⁾。加えて、上記の問いに関連する問題として、労働者が申し出た労働への従事を使用者が可能にすることが、労働条件の決定に当たるか、労働条件の変更を意味するのか、という区分についても問題となる⁽⁶⁾。このように、上記の問いに対する法的アプローチの方法は、様々にある。したがって、この問いに対して、どのようなアプローチをとるのか、すなわち、労働者の労務給付義務の履行を可能にする使用者の義務について、いかなる法的根拠に依拠し、どのような法的構成の方法を採用し、整序するかということ自体が議論の対象となりうる。

しかしながら、上記の、労働者の健康状態の変化によって、従前の業務ができなくなり、他の業務を行うことを労働者が使用者に対して申し出た場合に、そもそもそれによって労働者は労務給付義務を履行したことになるとされるべきかが最初に問題になる。したがって、上記のような場合に、何をもって労働契約上の労務給付の履行とするか、およびそれを可能にするために使用者はどのような義務を負うのか、ということがまず解明されるべき問題であると考えられる。そして、これは、労働契約の履行に関する基礎的な問いに関わるものであり、普遍性を有する法的課題である。

（2）本稿の検討対象と目的

他方で、ドイツ法においては、近時、労働者が健康上の理由から従前どおりに労働を行うことができなくなり、従前の労働の一部の提供または他の労働（Andere Arbeiten）の提供を申し出たが、使用者がそれを受領せず、不就業となった事案において、使用者が受領遅滞に陥ったか否かが裁判上争われている。従前の労働の一部の提供とは、例えば、従前の労働を労働時間帯を限定して提供する（従前、日勤と夜勤を行ってきた看護師が、夜勤以外での労働への従事を申し出る）ような場合がそれにあたる。また、ここでいう「他の労働」とは、例えば、従前とは異なる業務内容・職務での労働や、従前とは異なる勤務地での労働などを含むものである。後述のとおり、使用者が受領遅滞にある場合には、労働者は不就業期間中も報酬請求権を失わない（民法615条）。そこで、どのような場合に使用者が受領遅滞となるかが問題となるが、その要件としてとりわけ、労働者がどのような労働を提供していなければならないか、および労働者がそれを提供する能力を有していたかが争点となる。つまり、ここでは、「労働者が提供すべき労務給付の内容とは何か」が議論されている。さらに、受領遅滞が生じうるのは、履行に債権者の協力行為（Mitwirkungshandlung）を要するすべての給付義務であるとされており⁽⁷⁾、労働契約の労務給付義務に関して使用者の協力行為とは何か、使用者はどのような協力行為を行わなければならないかも問題となる。

加えて、こうした事案においては、使用者の受領遅滞が争われるにとどまらず、それに関連して使用者の労働契約上の付随義務違反による損害賠償請求権の有無も争われている。すなわち、使用者が、労働者の申出に応じて他の労働での就業を可能にしなかったことが使用者の付随義務違反にあたり、労働者に損害賠償請求権が発生すると裁判上主張される。ここでは、労働者が従前行っていた労働ができなくなり、他の労働を申し出た場合に、使用者は他の労働での雇用を可能にするために、どのような義務を負うのか、およびその根拠は何か議論されている。

つまり、ドイツ法においては、使用者の受領遅滞およびそれに関連する損害賠償請求に関する判例において、労働者が行うべき約束した労務給付の提供とは何か、および労働者の労務給付を可能にするために使用者はどのような義務を負うかが議論されている。ただし、この問題に関する議論は、判例上、法理が確立した状況にあるとはなおいえず、むしろ判例の展開によって、この問題をどう整序するべきか、学説上も議論が生じているという状況にある⁽⁸⁾。

しかしながら、この問題に関するドイツ法における議論は、特定の労働者（例えば、障害者）を対象とした特別法に基づく議論ではなく、民法を基礎として展開されている議論であり、その点で一定の普遍性を有している。また、それは、労働契約の履行に関する契約当事者の義務の構造という労働契約における基礎的問題に触れるものである。そのため、日本法を検討するうえでも参照する意義があると考えられる。とはいえ、ドイツ法の議論を直ちに日本法の解釈論に妥当させることはできない。まず、そもそも日本法においては、「労働者が健康上の理由から従前の労働を行うことができなくなり、従前の労働の一部または他の労働の提供を申し出たが、使用者がそれを受領せず、不就業となった事案」が、判例上、受領遅滞の問題として正面から検討されているわけではない。この点でまず、ドイツ法の議論と日本法の議論とは直ちに比較可能な状況にはない。そのため、日本法における解釈論上の示唆を導くためには、法体系全体からの議論の位置づけの検討など、広範囲な検討を要することとなる。

したがって、まずは、本稿の検討対象と目的を以下のとおりとしたい。まず、本稿は、「労働者が健康上の理由から従前の労働を行うことができなくなり、従前の労働の一部または他の労働の提供を申し出たが、使用者がそれを受領せず、不就業となった事案」における受領遅滞および損害賠償請求権に関するドイツの判例を中心的な検討対象とする⁽⁹⁾。そして、本稿の目的は、それらの判例の展開を考察することにより、労働者が行

うべき約束した労務給付の提供とは何か、および労働者の労務給付を可能にするために使用者はどのような義務を負うかについてドイツ法の議論を整理し、検討することにとどまる。ただ、本稿は、その考察を通じて、労働契約の履行に関する契約当事者の義務の基礎的な構造をとらえようと試みるものである。

2 本稿の構成

本稿では、まず検討対象とする問題の性質をとらえるために、予備的考察において、労働契約における労務給付義務がどのように決定されるのかについての基本的な原則を確認し、労働者の健康状態と給付能力の関係、そして労務給付義務との関係について整理する（Ⅱ 1）。そのうえで、本稿が検討対象とする「健康上の理由から給付能力が制限された労働者が、他の労働の提供を申し出るという状況」が、関連する法規範との関係でどのような位置にあるのかを考察し、なぜ受領遅滞の問題として訴訟上争われているのかについて確認する（Ⅱ 2）。

そして、Ⅲ 1で、はじめに、使用者の受領遅滞の基本的な要件、効果を概観する。そのうえで、とりわけ労働者の給付能力の制限の場合に論点となる労働者の提供すべき労務給付の内容は何かという点について、受領遅滞の判例上どのように判断されているかを考察する（Ⅲ 2）。その際、使用者の協力的行為の範囲についても確認する。

さらに、近時の判例においては、受領遅滞の領域ではなく、損害賠償請求権の領域で問題解決を図るものが見られる。そこで、Ⅳでは、判例がどのような根拠づけにより、使用者に労働者の健康状態に適したポストへの配置を義務づけているのかを考察する。

最後に、Ⅴでは、考察結果をまとめるとともに、本論で検討できなかった労働者の健康状態に適した労働での雇用を求める就労請求権に関する論点にも触れ、今後の検討課題を示したい。

II 予備的考察

1 労務給付義務の決定構造と用語の定義

本稿が検討対象とする「労働者が健康上の理由から従前の労働を行うことができなくなり、従前の労働の一部や他の労働の提供を申し出たが、使用者がそれを受領せず、不就労となった」という状況は、第1に、労働者が健康上の理由から労働できなくなったという点をとらえて、「労働者の健康上の理由による労務給付障害の状況」ととらえる。そこで、その状況が、労働契約上の労務給付義務とどのような関係にある問題なのかを検討するために、最初にドイツ法における労務給付義務の決定の基本的な構造を概観する。その中で、いくつかの基本的用語の定義についても確認する。

(1) 労務給付義務の決定と指揮命令権による具体化

労働者は、使用者に対して、民法611条1項⁽¹⁰⁾に基づき、「約束した労務給付」⁽¹¹⁾の義務を負う。労務給付についての債務法的な義務は、一般に、適切な債務者が、適切な債権者に、適切な給付を、適切な場所で、適時に、提供する場合に、履行される⁽¹²⁾。

労働契約においては、通常、労働の方法（Art）と範囲（Umfang）だけが合意されるため、労働者が提供すべき給付の詳細までは、労働契約から明らかにならない⁽¹³⁾。そのため、労働者のその都度の義務の具体化のために、使用者は、労務給付の実行（労働の内容、場所、時間等）に関して指揮命令権を有している⁽¹⁴⁾。その法的根拠は、営業法106条⁽¹⁵⁾、および民法315条を参照して労働契約である⁽¹⁶⁾。ただし、指揮命令権は、常に法律、労働協約、事業所協定、および労働契約の範囲内で行使されなければならない⁽¹⁷⁾。この範囲において、使用者は、公正な裁量に基づく指揮命令権の行使によって、労働者が提供すべき労務給付の内容を具体化することが

できることになる（営業法106条1文）。

以上より、労働者が使用者に対して義務を負う「約束した労務給付」は、まず第1に、労働契約に依拠するものだが、その詳細については、使用者の指揮命令権の行使によって具体化されるといえる。したがって、労務給付義務というのは、労働契約で概括的に合意された抽象的な労務給付義務（労働契約で負担した労務給付義務）と、使用者の指揮命令権の行使によって決定された具体的な労務給付義務という2つのレベルで存在することになる。⁽¹⁸⁾

（2）労務給付義務の履行と労働者の給付能力との関係

労働者は、労働を自身で行わなければならない（民法613条1文）、このことから通常、労働者は、一身専属的な労働義務を負うとされる。⁽¹⁹⁾そして、労務給付は、一身専属的義務であるため、労務給付義務の履行は、その義務を負う労働者の給付能力（Leistungsfähigkeit）に依存する面がある。使用者の受領遅滞が問題となる場面においては、「給付能力がある」とは、「法的におよび事実上、労働者が労務給付を提供することができる状態にある」ことを指す。⁽²⁰⁾例えば、労働者が疾病や健康状態の変化により、事実上労務給付ができない状態にある場合には、給付無能力の状態となる。そして、その場合には、労務給付が履行されないという帰結もたらされる。このように、労働者の給付能力は、労務給付義務の履行のための前提条件となる。給付能力に関して、より詳細には、後述の受領遅滞に関する部分（Ⅲ）で言及したい。

（3）労働者の健康状態と給付能力との関係

本稿では、労働者の健康上の理由による労務給付障害の場合を検討対象とするが、「健康上の理由」の中心的な位置を占めるのが、「疾病（Krankheit）」である。疾病は、法律条文上、定義されていない。⁽²¹⁾疾病は、医学的な意味としては、「通常と異なる身体状態または精神状態」とされ

ており、報酬継続支払法（Entgeltfortzahlungsgesetz）⁽²²⁾に関する判例においては、この定義が参照されている⁽²³⁾。疾病は、健康上の理由の重要な位置を占めるが、本稿は、疾病に限らず、疾病に関連した労働者の健康上の理由による労務給付障害の状況も考察対象に含めている。というのも、第1に、裁判例においては、労働者が医学的に疾病であると認定されていない例もあるうえ、本稿の検討対象とする受領遅滞および損害賠償請求の裁判例においては、そもそも判断の中で疾病であるか否かが厳密に追及されていないからである。また、第2に、労働者が疾病に罹患していても、その労務給付義務への影響は事案に応じて多様であることも理由として挙げられる。業務に全く障害のない疾病は、労務給付義務の履行に対して何の影響も与えない。疾病と労務給付義務との関係は多様であり、労務給付義務に障害をもたらすという点で、疾病は問題にすべきなのであって、逆に疾病であることが医学的に証明されていない健康上の理由であっても労務給付義務の履行に障害となる場合には、考慮に入れられるべきであろう。したがって、本稿は、疾病を中心としつつもそれに関連する健康上の理由も含め、広く労働者の健康上の理由からの労務給付障害の状況を対象としている。また、その原因が、業務上のものか、業務外のものであるかも問題としていない。

ただし、本稿においては、「健康上の理由」から重度障害を除くこととする。まず、ドイツ法においては、障害者（Menschen mit Behinderung）は、次のように定義される。障害者とは、「身体的、知的、精神的、または感覚の損傷（Sinnesbeeinträchtigungen）を有し、同権であるところの社会参加を、考え方（Einstellungs-）および環境による障壁との相互作用において、高い蓋然性で、6か月を超えて妨げられる者である」（社会法典第9編2条1項1文）。同1文に基づく損傷（Beeinträchtigung）は、「身体的状態および健康状態が、その年齢に典型的な状態と異なる場合」に、存在する（同2文）。同1文に基づく損傷が見込まれうる場合、障害のおそれがあるという（同3文）。

そして、障害等級は、10を単位として所轄官庁によって認定され、障害等級が20以上の場合に障害認定が行われる（社会法典第9編152条1項）。障害等級が50以上の場合には、重度障害者となる（社会法典第9編2条2項）。障害等級が30以上50未満で、重度障害者との同等扱いがなければ、適切な職場を得ることや保持することができない場合には、障害者の申請に基づき連邦労働省によって、重度障害者との同等扱いが認められる（社会法典第9編2条3項、同151条2項）。

本稿で、重度障害を検討対象から除く理由は、次のとおりである。社会法典第9編の第3部は、重度障害者の参加のための特別規定を定める部分であり、その中でとりわけ同164条は、重度障害者および同等取扱いの障害者の就労を可能にするための使用者の義務と重度障害者の権利を規定する。それゆえ、重度障害者の場合には、そうした特別の配慮に基づく規定を根拠として、使用者に対して、障害に適したポスト（Arbeitsplätze）への配置や労働時間の短縮等を請求することができる。そのような特別の配慮がなされている重度障害者については、その他の労働者と区別して、検討する必要があると考え、本稿の検討対象とする健康上の理由から、重度障害は除くこととした。

（4）小括

ここでは、労働者の健康状態が、労働者が履行すべき労務給付義務とその履行の前提となる労働者の給付能力との関係において、まず問題になるということを確認した。それとともに、労働者の健康状態の変化が、労務給付義務の履行に及ぼす影響は一様ではないという点も指摘できる。

2 問題の法的位置づけ

次に、本稿の検討対象となる「労働者が健康上の理由から従前の労働を行うことができなくなり、従前の労働の一部や他の労働の提供を申し出たが、使用者がそれを受領せず、不就労となった事案」が、なぜ受領

遅滞の問題として争われるのかを検討したい。そのために、健康上の理由の中心的内容である「疾病」による労務給付障害の場合に関連する主要な法規を概観する。ここでは、疾病による労務給付障害が発生し、それが継続するという時間的経過にしたがってどのような法規が関係するかを確認する。その際に、とりわけ、労働者の労務給付義務とその反対給付である使用者の報酬支払義務がいかなる帰結となるかに着目している。そのうえで、最終的に、ドイツ法における、本稿の検討対象とする事案状況の法的位置づけを明らかにしたい。

（1）一時的な労務給付障害の場合の労務給付義務からの解放

労働者が、疾病によって、労務給付の履行が不能または困難になる場合には、まず民法275条以下の給付障害法（Leistungsstörungsrecht）の規定の適用領域となる。

労働者が、疾病により、労務給付が履行できない、すなわち、民法275条1項⁽²⁴⁾にいうところの不能（Unmöglichkeit）である場合、使用者の給付請求権は排除され⁽²⁵⁾、その結果、労働者は、労務給付義務から解放される。

一方で、労働者の疾病により、一時的に労務給付が妨げられ、労働者の給付に対する障害と使用者の給付利益を衡量して、労務給付が期待不可能（Unzumutbarkeit）である場合に、労働者は、労務給付を拒絶することができる（民法275条3項⁽²⁷⁾に基づく給付拒絶権）。民法275条1項の場合と異なり、同3項⁽²⁷⁾に基づく給付拒絶権は、債権者の給付請求権を自動的に排除するものではなく、給付拒絶権のみを基礎づけるものである⁽²⁸⁾。したがって、労働者の給付拒絶権の行使によって、使用者が給付を請求できない⁽²⁹⁾という帰結を生じる。

疾病による労務給付障害が、民法275条1項の適用範囲か、同3項の適用範囲かについては、議論がある⁽³⁰⁾。従来、連邦労働裁判所は、疾病による労働不能が同1項に属すると解釈していたが、労働者が疾病にり患していても労働するという可能性を考慮して、同3項の適用範囲ともなり

うると解する見解がある。⁽³¹⁾

いずれにせよ、民法275条1項または3項にしたがって、労働者が、疾病により、労務給付が不能または期待不可能な場合には、使用者は労務給付を請求できないことになる。ただし、このことは、それを超えてさらに、労働者に、他の内容での労務給付の提供を可能にするものでも、労働者の希望に応じた労働条件の変更を実現しうるものでもない。労働者は、その場合に、労務給付をする必要がないというにすぎない。

また、労働者が民法275条に基づき労務給付を行わなかったことにより、損害賠償を請求される余地も残されている。⁽³²⁾

したがって、まず、労働者が、疾病や健康上の理由により、現に命じられた労務給付や労働契約で負担した労務給付の一部を履行できない状況が、民法275条1項の給付の不能あるいは同3項の給付の期待不可能な場合のいずれかに該当するものなのか否かは、必ずしも明らかではない。さらに、給付障害法の規定によっても、労働者は、該当する場合に労務給付を行う必要がないという帰結しか生じないため、「従前の労働の一部や他の労務給付の提供の申出」がどのような効果を生じさせるか、それがどのように可能にされうるかは、明らかにならない。つまり、労務給付の履行が不能または困難な場合、それが短期間であれば、労働者は、たしかに労務給付義務から解放されうるが、労務給付の一部が履行困難で、労働者が他の方法での労務給付の提供を申し出る場合に、そのような労務給付を使用者が受領する義務を負うのかは、民法275条から直接に明らかにならないのである。

(2) 一時的な労務給付障害の場合の報酬請求権の維持

労働者は、民法275条に基づいて労務給付を行わなかった範囲において、原則として、反対給付である報酬請求権を失う（民法326条1項⁽³³⁾）。しかし、労働契約の場合には、民法616条によって上記の民法326条1項のノーワーク・ノーペイ（Ohne Arbeit kein Lohn）の原則が修正されている。⁽³⁴⁾

すなわち、民法616条に基づき、労働者は、自己の過失によらない一身上の理由 (einen in seiner Person liegenden Grund) により、比較的僅少な期間、労務に従事することができなかつた場合に、報酬請求権を失わないとされている。民法616条は、「一身上の理由による給付障害」の場合についての規定であるが、ここには労務給付の実質的不能の場合だけでなく、期待不可能な場合（民法275条3項）⁽³⁵⁾ も含まれる。また、民法616条に基づく労働者の報酬請求権の維持は、「比較的僅少な期間」に限られるものである。「僅少な期間」かどうかは、給付障害の期間と労働関係の期間との関係や個々の状況を考慮して判断される。⁽³⁶⁾ このように、一身上の理由による比較的僅少な期間の給付障害の場合には、労働者は労務給付を行わないにもかかわらず、報酬請求権を保持することができる。しかし、民法616条は任意規定であり、労働協約当事者や労働契約当事者の合意によって異なる定めをすることができる。⁽³⁷⁾

労働者が疾病により労務給付を行えなかつたという状況は、かつて、民法616条の主要な適用事例であつた。⁽³⁸⁾ しかし、労働者の疾病による労働無能力 (Arbeitsunfähigkeit) の場合、現在では、特別法として、1994年に現行の報酬継続支払法が制定されており、主として報酬継続支払法上の問題となつてい⁽³⁹⁾ る。⁽⁴⁰⁾

（3）疾病による労働無能力の場合の6週間の報酬継続支払

疾病により労働無能力となり、労務給付義務から解放される労働者に対して、使用者は、疾病金庫 (Krankenkassen) の代わりに、6週間までは、労働者の生計維持を保障するため、報酬を継続して支払わなければならない（報酬継続支払法3条1項1文）⁽⁴¹⁾。その要件の一つが、「疾病」による「労働無能力」である。もっとも、すべての疾病が、労働無能力をもた⁽⁴²⁾ らすというわけではない。

報酬継続支払期間において、労働者が、契約で負担した労務給付を質的に提供できない場合には、労働者は、一部給付の義務を負わず、使用

者は、一部給付を受領する必要はない。⁽⁴³⁾ それに対して、報酬継続支払期間の6週間を超えた場合に、使用者が、労務給付の一部や他の内容での労務給付の提供を受領する義務を負うのかについては、明らかではない。

（4）労務給付義務の履行に関する問題としての位置づけ

以上より、労働者が従前の労働を行うことができず、従前の労働の一部や他の労務給付の提供を申し出る場合の法的帰結、特にその場合の使用上の義務というのは、給付義務からの解放を規定する民法275条、報酬継続支払法の規定から直接に明らかにならないといえる。そのため、労働者の労務給付の履行困難時に、他の労務給付の提供を可能にし、それを受領する使用者の義務が存在するか否かという問題は、独自に検討されなければならない。それは、まず第1に、労務給付義務の履行そのもの問題および労働契約の存続中の労務給付義務の決定・変更の問題として捉えられなければならないことになろう。こうした背景のもとで、上記の場合に、使用者が受領遅滞になるか、他の労務給付を可能にするという付随義務を使用者が負い、それを怠った場合に、損害賠償義務を負うのか、他の労務給付を可能にするための配転等を労働者は請求できるのか、といったことが問題となっているのである。

Ⅲ 使用者の受領遅滞に起因する報酬請求権

以下では、労働者が健康上の理由から従前の労働を行うことができなくなり、他の労働の提供を申し出たが、使用者がそれを受領せず、不就業となった事案において、使用者の受領遅滞がいかに争われるのかを考察する。はじめに、受領遅滞に関する法規範を概観し、基本的な要件とその立証責任、および使用者の受領遅滞の効果を確認する（1）。その後、疾病などの健康上の理由による給付能力制限の際の使用上の受領遅滞が

争われた判例を参照し、本稿の問題関心にしたがって、より詳細に、労働者が提供すべき労務給付とは何か、それを可能にするために使用者が負う義務の有無および内容を中心に検討したい（2）。

1 受領遅滞の法規範の概要

(1) 使用者の受領遅滞の要件

(i) はじめに

民法293条は、「債権者が、提供された給付を受領しないときは、遅滞になる。」と規定し、受領遅滞の基本的規則を定めている。民法293条～304条の受領遅滞に関する規定は、履行に債権者の協力行為を必要とするすべての給付義務に、原則として適用される⁽⁴⁴⁾。労働契約における労務給付義務も、その履行に使用者の協力行為を必要とするものであり、上記の規定は、労務給付義務にも妥当することになる（協力行為について後記(iv)参照）。民法293条における遅滞は、債権者が本旨に従って提供された給付を受領しないことや履行に必要な協力行為を怠ったことにより債務者の給付が遅滞した場合に認められる⁽⁴⁵⁾。そのため、労働契約においては、使用者が、本旨に従って提供された労務給付を受領しないか、または労務給付の履行に必要な協力行為を行わない場合に、使用者は受領遅滞となることになる。

以下では、債権者の受領遅滞の基本的な要件を確認し、労働契約にあてはめた場合に、使用者の受領遅滞のために、原則としてどのような要件が必要とされるのかを確認する。⁽⁴⁶⁾

(ii) 本旨に従った給付

受領遅滞の第1の要件は、本旨に従った給付 (ordnungsgemäße Leistung) である。すなわち、債務者が提供した方法で給付することが許されている場合にのみ、債権者の受領遅滞が生じる⁽⁴⁷⁾。給付は、実現されるべき態様で提供されなければならないため（民法294条参照）、労働者は、適時、

適切な場所、適切な方法で給付を提供しなければならない。⁽⁴⁸⁾

そこで、労働契約において、使用者の受領遅滞を発生させる労働者の「本旨に従った給付」とは何かが問題となりうる。特に、本旨に従った給付とは、使用者の指揮命令権の行使によって具体的に現に命じられた労務給付でなければならないのか、あるいは労働契約で負担した労務給付の範囲内であればよいのが問題となる。というのは、それが、疾病や健康上の理由により現に命じられた労務給付や労働契約で負担した労務給付の一部が履行できないときに、他の内容・方法の労務給付の提供をした場合をどのように評価するのかという問いにつながるからである。これについては、後記2で検討する。

(iii) 労働者の給付能力と給付意思 — 受領遅滞と不能の関係

受領遅滞の第2の要件は、債務者が、提供時に、給付を提供することができる⁽⁴⁹⁾ということ、すなわち、給付能力を有することである（民法297⁽⁵⁰⁾条）。逆に言えば、債務者が給付能力を欠く場合には、債権者の受領遅滞は生じない。

ここで、給付障害法との関係を整理しておく（前記II（1）参照）。提供時に、民法275条1項の給付不能の状態、事後的に給付することもできない場合には、債務者はもはや給付義務を負っておらず、民法293条以下の受領遅滞の規定は適用されない⁽⁵¹⁾。それに対して、債務者が民法275条3項の給付拒絶権を行使せず、給付障害を取り除こうとする場合には、債権者の受領遅滞が生じうる⁽⁵²⁾。しかし、この区別によって受領遅滞が排斥されるというよりも、不能の場合には、受領遅滞における給付の提供ができないという意味で、不能が受領遅滞を排斥するにすぎない⁽⁵³⁾。

労働契約の場合には、労働者が提供時に労務給付を履行する能力を有していることが要件となる。それとともに、民法297条には明記されていないが、労働者の給付意思も必要であるとされる⁽⁵⁴⁾。労働者が契約通りの労働を提供したとしても、提供時に労働者が当該労働を実際に履行する

能力および意思を有していなければ、労働者の提供は中身の無い外形にすぎないからである。

では、労働契約における使用者の受領遅滞に関して、労働者の給付能力の有無がどのように判断されるのかが問題となる。とりわけ、労働者が疾病や健康上の理由により給付能力が低下し、制限的にしか給付能力を有していない場合がどのように扱われるのかという問いが生じる。これについても、後記2で検討する。

（iv）使用者への提供

受領遅滞の第3の要件は、債務者が、債権者に対して負担した給付を「提供」することである。債務者の提供は、現実の提供が必要な場合、言語上の提供でよいとされる場合、提供が不要な場合という3つの場合がある（民法294条～296条）。

第1に、原則として、労働者は、労務給付を、実現すべき態様で「現実」に提供しなければならない（民法294条⁽⁵⁵⁾）。

第2に、以下のような場合には、言語上の提供でよいとされる（民法295条）。労働契約においては、当事者が労働関係の終了に関して争い、訴訟を提起している場合には、言語上の提供で十分である⁽⁵⁶⁾。また、使用者が、労働者に対して給付を受け取らないことを表明している場合にも、口頭や文書で言葉による労務給付の提供を行ったということで「提供」の要件を満たすことになる⁽⁵⁷⁾。

第3に、使用者によりなされた解雇が無効な場合には、労働者の提供は不要である（民法296条⁽⁵⁸⁾）。また、民法296条に基づき、債権者によって履行前に行われる行為に関して、暦によって時期が決められている場合には、債権者がその協力行為を適時に行ったときのみ、債務者の提供が必要となる。労働関係においては、使用者による労働の割り当てが、使用者の協力行為にあたる⁽⁵⁹⁾。また、判例によれば、使用者が、およそ労働可能性を労働者に提供すること、作業の流れを計画し、労働の道具を

準備することなどが、使用者の協力行為であるとされる。⁽⁶⁰⁾ 民法293条以下の受領遅滞の規定においては、債権者の協力行為を必要とする給付義務が対象となっており、債権者が協力行為を行わなかったことにより、債務者が給付を行えなかったときにも、受領遅滞が発生しうる。そのため、使用者の受領遅滞の成否の判断の際に、使用者による労働の割り当てが問題となりうる。

（v）使用者の不受領

受領遅滞の第4の要件は、債権者が提供された給付を受領しないことである。⁽⁶¹⁾ これは、債権者の明白な拒絶までは求められず、債権者が提供された給付を単に受領しなかったということでも十分である。⁽⁶²⁾

債権者の受領遅滞においては、債権者の過失は要件とされていない。⁽⁶³⁾ 給付の受領は、債権者の義務（Pflicht）ではなく、オプリーゲンハイト（Obliegenheit）⁽⁶⁴⁾ であって、受領遅滞は、債権者の義務違反ではなく、単なるオプリーゲンハイトの不履行にすぎない。そのため、債権者の受領遅滞⁽⁶⁵⁾ というのは、原則として、債務者の損害賠償義務を根拠づけるものでもない。⁽⁶⁶⁾ しかしながら、労働契約においては、次の（2）で述べるように、使用者の受領遅滞の場合に独自の効果が認められている。

（2）使用者の受領遅滞の効果

受領遅滞の主たる法的効果は、債務不履行責任の回避と危険の移転であるが、労働契約の場合には、民法615条1文に基づき、使用者が受領遅滞⁽⁶⁷⁾ であるとき、労働者は報酬請求権を保持することができる⁽⁶⁸⁾ ということが定められている点に特徴がある。民法615条は、ノーワーク・ノーペイの原則（民法326条）を修正するものであり、使用者が受領遅滞の間、労働者の報酬請求権は維持されたままとなる。⁽⁶⁹⁾ すなわち、民法615条は、独自に請求権を発生させる性質のものではなく、労働者は、あくまで、使用者の受領遅滞の場合に、同条によって、労働契約に基づく報酬請求権

を主張できるという性質のものである。そのため、後述の2で見る裁判例では、使用者の受領遅滞に起因する労働者の報酬請求権の有無が争われているのである。

（3）主張・立証責任

使用者の受領遅滞の要件の主張、立証責任は、労働者が負⁽⁷⁰⁾う。その際、労働者は、特に、民法294条～296条に相応して給付を提供し、使用者が給付を受領しなかったということを立証しなければならない。使用者は、債務者が提供時に給付の準備をしていないか、または、給付をする能力がなかった（民法297条）という抗弁や受領遅滞の終了についての主張、立証責任を負⁽⁷²⁾う。

（4）小括

以上より、使用者の受領遅滞の要件・効果と立証責任の原則をまとめると、次のようになる。労働者が、契約通りの労働を使用者に提供し、提供時に労働者が給付能力と給付意思を有していたにもかかわらず、使用者がそれを受領しなかった場合には、使用者は受領遅滞に陥る。使用者が受領遅滞となった場合、民法615条に基づき、労働者は、不就業にもかかわらず、報酬請求権を保持する。そのため、労働者は、受領遅滞の期間について、労働契約で約した報酬を請求することができる。訴訟において、労働者は、契約通りの労働を提供したこと、および提供した労働を使用者が受領しなかったことを主張立証しなければならない。使用者は、それに対する抗弁として、労働者が提供時に給付能力または給付意思を有していなかったことを主張立証することになる。

2 健康上の理由による給付能力制限の場合の使用者の受領遅滞

上記の使用者の受領遅滞の基本的な要件・効果を前提として、以下では、労働者が健康上の理由から従前の労働を行うことができなくなり、

従前の労働の一部や他の労働の提供を申し出たが、使用者がそれを受領せず、不就労となった事案において、使用者の受領遅滞が裁判上どのように判断されているかを考察する。ここでは、近時の代表的な連邦労働裁判所の判決を参照しながら、判例の展開を跡付けたい。そこから、労働者が行うべき労務給付とは何か、それを可能にするために使用者はどのような義務を負うのかを検討したい。

（1）労働者の給付能力の制限と使用者の受領遅滞の関係

労働者が、健康上の理由から従前どおりに労働を行うことができない場合に、他の労働の提供を申し出たとしても、そもそもその場合に労働者は給付能力を有しているといえるのだろうか。労働者の給付無能力は、使用者の受領遅滞を排斥するため、この点がまず問題となる。

かつての判例においては、運転手の運転免許証の一時的停止の事案において、使用者は配慮義務（Fürsorgepflicht）に基づき一時的に当該労働者を他の仕事に従事させる義務を負うとして、労働者が運転手として給付能力を欠く場合にも、使用者が受領遅滞となりうるとした判決があった。⁽⁷³⁾しかしながら、同事案においては、労働者の給付無能力は免許停止の期間に限られ、それが予見できる短期間にとどまるというもので、労働者が疾病により従前の労働ができない場合とは状況が異なる。⁽⁷⁴⁾そのため、上記の判決は、労働者の疾病の事案に適用できなかった。⁽⁷⁵⁾

そこで、連邦労働裁判所第5部2008年8月27日判決および同第6部2009年8月13日判決は、「労働者が、心身上の理由から（aus Gründen in seiner Person）、契約で合意した作業に属する仕事の全部は行うことができなかったとしても、それでも当該労働者は必ずしも常に民法297条にいうところの給付能力がないわけではない」と解する。⁽⁷⁶⁾つまり、これらの判決は、労働者が従前行っていた労働を行うことができないとしても、契約で合意した労働の範囲内に属する他の仕事を行うことができるならば、労働者は給付無能力ではなく、制限的な給付能力を有するものと解して

いる。

そして、これらの判決は、労働者の制限的な給付能力と使用者の受領遅滞との関係について、次のように判示する。「使用者が、疾病により制限的にのみ給付能力を有する労働者に、疾病に適した、かつ、契約に適した仕事を与えることが可能かつ期待可能であり、使用者がこれを怠った場合、労働者の給付能力の制限は、使用者の受領遅滞⁽⁷⁷⁾を妨げない」。つまり、これらの判決によれば、労働者が心身上の理由から、従前行っていた労働を行うことができないとしても、なお契約で合意した労働の一部を履行できる場合には、労働者の給付能力の制限にもかかわらず、使用者の受領遅滞が発生する可能性が残されることになる。

とりわけ、連邦労働裁判所第6部2009年8月13日判決は、「疾病により制限的にのみ給付能力を有する労働者が、労務給付を提供する場合には、……それが、労働者がその知識および経験に基づいても、その健康上の給付能力に基づいても、実際に実行できる仕事で、かつ、使用者が当該労働者に指揮命令権の範囲でこの仕事を割り当てることのできる仕事である場合にのみ受領遅滞が生じる」と述べた⁽⁷⁸⁾。

しかしながら、同判決の考え方に対しては、批判があった⁽⁷⁹⁾。同判決の判示によれば、労働者が申し出た上記のような仕事を、使用者が指揮命令権の行使によって割り当てなければ、使用者は受領遅滞に陥ることになる。けれども、本来、労働者の労務給付義務の内容は、労働契約によって定まり、その内容をさらに具体化する権利を有するのは使用者である（前記Ⅱ1（1）参照）。労働者が申し出た仕事を、使用者が指揮命令権の行使によって割り当てなければならないとするならば、実質的に、労働者が指揮命令権の行使を指示することができることになり、本来の指揮命令権の構造と矛盾する⁽⁸⁰⁾。また、労働者が従前行ってきた労働の代わりに他の労働の提供を申し出た時点では、すでに当該労働者は使用者の指揮命令権の行使によって具体化された労務給付を履行する義務を負っているはずである⁽⁸¹⁾。そして、労働者は、それを提供しなければならないと

考えられる。そこで、使用者を受領遅滞に陥らせるために労働者が提供すべき労務給付と使用者の指揮命令権の行使との関係、および労働者が提供すべき労務給付とは何かという問題が先鋭化する。

（2）労働者が提供すべき労務給付

（i）「契約通りの労働」と使用者の指揮命令権の行使

使用者を受領遅滞に陥らせるために必要な労働者が提供すべき「本旨に従った労務給付」とは何かに関して、連邦労働裁判所第5部2008年8月27日判決は、次のような一般論を示していた。「民法293条に基づき、債権者は、提供された給付を受領しないときに遅滞になる。労働者の提供は、契約通りの労働（die vertragsgemäße Arbeit）に該当しなければならない。契約通りの労働でない他の労働の提供は、受領遅滞を基礎づけない。というのも、給付は、言語上の提供（民法295条）で十分であるかどうかにかかわらず、その方法に関して、給付が実現されるべき態様で提供されなければならないからである（民法294条）。」⁽⁸²⁾

では、労働者が提供すべき「契約通りの労働」とは何かさらに問題になるが、これについてより詳細な回答を示したのが、次の連邦労働裁判所の判決（判決①）である。まずは、事案の概要と判旨を参照したい。

〔判決①〕連邦労働裁判所第5部2010年5月19日判決⁽⁸³⁾

【事案の概要】 — 異なる業務での労働の提供

被告Yは、ドイツ鉄道株式会社コンツェルン内のサービスを提供する会社であり、原告Xは営業職員としてYに採用された。労働契約書では、労働者は上司の指示に基づいて関連する労働に従事し、Yは労働者をいつでも配転（versetzen）できることが合意されていた。採用後、Xは、保全員、保全監督員として従事したが、薬物依存により入院し、2005年1月24日まで労働無能力の疾病と診断された（この間に、3日間だけXは鉄道踏切員として従事した）。その後、XはYに何度も労務給付を提供し、植生の仕事への従事は可能であると申し出たが、Yは鉄道勤務の適性が欠

けていることを理由にXの就労を拒否した。そこで、Xは2005年1月25日以降の報酬を、Yの受領遅滞および損害賠償に基づき請求した。第1審はXの請求を棄却。原審はXの控訴を棄却。Xが上告。

【判旨】 上告一部棄却、一部認容（原判決一部破棄差戻し）

Yは、争われている期間において、受領遅滞に陥らなかった。

1. 「Xは心身上の理由から保全員、保全監督員、または鉄道踏切員としての仕事を行うことができなかった。」

2. 「植生における労働の提供は、実現すべき労務給付に当たらないので、Yを受領遅滞に陥らせない（民法294条。）」

a) 「労働者の仕事が労働契約において具体的に定まっている場合のみ、民法294条にいうところの実現すべき労務給付は、労働契約において合意された労務給付と一致する。それに対して、本件のように、労働者によって履行されるべき仕事が、労働契約で範囲に関してのみ限定されている場合には、営業法106条1文に基づいて、履行すべき労働の内容を詳細に決定することは、使用者のなすべきことである」。「第1に、指揮命令権の有効な行使により詳細に決定された仕事が、民法294条にいうところの実現すべき労務給付である。」

争われている期間の前に、Yは、保全員、保全監督員、鉄道踏切員の仕事の割り当てによって、営業法106条1文に基づき、労務給付の内容を詳細に決定した。それゆえ、植生における労働の提供は、実現すべき労務給付に該当しなかった。

b) 「労働契約でその仕事が範囲に関してのみ限定されている労働者が、使用者により、営業法106条1文に基づき指揮命令権によって有効に詳細に決定された仕事を、心身上の理由からもはや行うことができないものの、しかし、労働契約の範囲内にある他の仕事を行うことができる場合に、『疾病に適した労働 (leidensgerechten Arbeit)』の提供は、使用者が指揮命令権の新たな行使によって、疾病に適した労働を民法294条にいうところの実現すべき労務給付に指定しなかった限りで、重要ではない。」 「指

揮命令権の行使によって契約で負担した仕事が詳細に定められると、この時点から有効な新たな指揮命令権の行使がなされるまで具体的に負担された給付となる」。

「民法296条からも異なる結果は生じない。使用者の協力的行為は、労働者におよそ労働可能性を提供すること、作業の流れを計画すること、および作業の道具を準備することにある」。「しかし、民法296条から、使用者によって有効に具体化された労働義務を、労働者の希望に応じて新たに決定するという使用者の義務は、導かれない。」（下線は筆者）

判決①は、従前、保全員、保全監督員、および一時的に鉄道踏切員として従事していた労働者が、疾病に罹患した後に、それらの業務に従事できなかったが、植生の仕事であれば従事できるとして、植生の仕事での労働を提供したという事案である。判決①は、保全員、保全監督員、鉄道踏切員の労働についてのXの給付能力の欠如、および、植生における労働の提供が実現すべき労務給付に当たらないことを理由に、Yの受領遅滞の発生を否定した。なお、判決①では、受領遅滞とともに損害賠償請求も争われたが、損害賠償に関しては、Xの請求を棄却した原判決を破棄差し戻しており、損害賠償請求権が認められる余地は残されている（この点につき、詳細は、後記Ⅳで検討）。

判決①の上記判旨について、本稿の問題関心からは、以下の2点が注目される。

第1に、判決①は、労働者の仕事に関して、労働契約で労働者の仕事の範囲だけが限定されている場合には、指揮命令権の行使により詳細に決定された仕事が、使用者を受領遅滞に陥らせるために必要な労働者の実現すべき労務給付であると述べる（判旨2.a）。すなわち、この場合に、労働者が提供すべき契約通りの労働とは、指揮命令権の行使により具体化された労働なのである。

加えて、判決①は、指揮命令権の行使により労働が具体化された場合、

新たに指揮命令権が行使されるまで、その労働が、労働者が具体的に負担した給付であると解する⁽⁸⁴⁾。そして、新たに指揮命令権による具体化がなされるまでは、労働者がその他の労働の提供を申し出たとしても、それは問題にならないと断じている（判旨2.b）前段参照）。つまり、判決①においては、労務給付義務が、まずもって労働契約によって定まり、労働契約の範囲内で、使用者の指揮命令権の行使によってその内容が具体化されるという労務給付義務の決定構造が堅持されているといえる。判決①によれば、労働者が自身の健康状態に適した他の労働の提供を申し出たとしても、それが労務給付義務の決定構造を揺らがすことはない⁽⁸⁵⁾のである。

第2に、判決①が、民法296条からは、労働者の希望に応じて労働義務を新たに決定するという使用者の義務は生じないとしたことも注目すべき点である（判旨2.b）後段参照）。つまり、判決①は、民法296条にいうところの使用者がなすべき協力行為に、指揮命令権を新たに行使し、労働者の希望する他の労働に就けることは含まれないと解している。

ただし、判決①は、「使用者が、疾病に適した、かつ、契約に適した労働を怠ったことが、労働者の損害賠償請求権を根拠づけるかどうか」は、別途検討すべき問題であるとしており、これについては、後記IVで検討する。

（ii）使用者の指示の一時的な拘束力

判決①で示されるように、労働者は、使用者によって指揮命令権に基づき労働の内容が具体化されている場合には、具体化された労働を提供しなければならない。しかし、労働者が、そもそも使用者の指揮命令権の行使の有効性を争っている場合にも、労働者は使用者の指揮命令権の行使に従う義務を負うのだろうか。言い換えれば、その場合にも、使用者を受領遅滞に陥らせるために、労働者は、使用者の指揮命令権の行使によって具体化された労働を給付しなければならないのだろうか。判決

①の補足的論点として、この問題に関して、次の連邦労働裁判所の判決（判決②）を参照したい。

〔判決②〕 連邦労働裁判所第5部2012年2月22日判決⁽⁸⁶⁾

【事案の概要】 — 異なる勤務場所での労働の提供

原告Xは、被告である州（Y）において、教師として従事していた。YはXをA職業訓練学校からB職業訓練学校へ配転（umsetzen⁽⁸⁷⁾）した。XはBへの配転が恣意的なものと主張し、Yに労働無能力の疾病届を出し、Bに出勤しなかった。Yは、労働拒否を理由としてXを解雇した。解雇期日の直後に、Xは労働能力を回復したと主張し、それ以降の期間の報酬を、使用者の受領遅滞を理由として請求した。Yは、Xには解雇前にすでにBで仕事を行う意思がなかったため、Yは受領遅滞に陥らなかったと主張した。第1審はXの請求を一部認容。原審はXの請求をすべて棄却し、Xが上告。（なお、別訴で解雇無効が確定し、その後Xは労働を再開した。）

【判旨】 破棄差戻し

1. 「Xの提供の欠如は、受領遅滞に起因する報酬請求権の妨げにならない。使用者による無効な解雇の後、労働者の提供によって受領遅滞を理由づける必要はない」。

2. しかし、「Xに給付能力または給付意思がなかった場合には、Yは受領遅滞に陥らなかった（民法297条）。」「Xが受領遅滞の期間中に給付意思を有していたかどうかは、Xがどの学校にその労務を（解雇はないものと考えて）提供しなければならなかったかに依存する。」「受領遅滞のために、契約で負担した仕事（Tätigkeit）に向けられた給付意思が必要である。」「[指揮命令権の有効な行使によって詳細に決定された仕事]に、労働者の給付意思が向けられていなければならない。」

「配転が無効と認められた場合には、Xの給付意思は、その前に割り当てられたAでの仕事に（のみ）向けられなければならない。」「給付意思の問題にとって、Bでの仕事の割り当てが公正な裁量に即したものであ

るか否かは重要ではない。不公正な給付決定は、無効ではなく、拘束力を持たないだけである（民法315条3項1文）。」「確定力を持った判決によって……給付決定に拘束力がないことが確定するまで、労働関係を形成する指示の拘束力（Weisungsgebundenheit）によって、労働者は、指揮命令権の行使によって行われた労務給付の内容等の具体化に一時的に拘束される」。州労働裁判所が、「Bでの仕事の割り当てについてXが拘束されることを確認した場合には、Xの給付意思は、Bでの仕事に向けられていなければならない。」

判決②は、使用者の受領遅滞のために、労働者の給付が不要な場合にも、別途独立の要件である給付能力と給付意思が存在していなければならないとする。そして、労働者の給付意思に関して、労働者が実現すべき労務給付に対する給付意思が必要であるとする。つまり、給付意思の要件についても、労働者が実現すべき労務給付とは何か重要な問題となるのである。

判決②の事案では、労働者はAからBに配転されたものの、配転が恣意によるものであると主張し、Aでの就労に固執していた。判決②によれば、使用者の受領遅滞のためには、配転が無効であれば、労働者がAでの労働について給付意思を有している必要があり、配転が有効であれば、Bでの労働について給付意思が存在しなければならないということになる。そして、判決②は、公正な裁量によるものではない配転は、無効ではなく拘束力を持たないにすぎないため、配転が不公正な給付決定であることが判決によって確定するまでは、労働者はそれに拘束されると述べた。これによれば、不公正な給付決定であることが確定するまでは、Xの給付意思はBでの労働に向けられていなければならないということになる。このように、判決②は、使用者の指示の一時的な拘束力を堅持している。

しかしながら、上記のような判決②の判断は、労働者が不公正な給付

決定に従う必要がないにもかかわらず、不公正な指示のリスクを労働者に負担させているとして強く批判されている⁽⁸⁸⁾。

(iii) 指揮命令権の行使を侵害しない労働の提供

上述のとおり、使用者の受領遅滞の要件として、労働者は、本旨に従った、実現すべき労務給付を提供しなければならず、実現すべき労務給付に対して給付能力と給付意思を有していなければならない。実現すべき労務給付とは、契約通りの労働である。そして、労働契約で、労働が範囲に関してのみ限定されている場合には、使用者の指揮命令権の行使によって具体化された労働が、労働者が実現すべき労務給付である。

しかし、次の連邦労働裁判所の判決（判決③）は、本来、夜勤にも日勤にも配置される看護師が、夜勤以外のシフトでの労働の提供を申し出た場合に、実現すべき労務給付の提供をしたと認め、使用者の受領遅滞を認めた。これは、指揮命令権の行使と実現すべき労務給付との関係を検討するうえで、注目される。特に、使用者の受領遅滞を否定した判決①と対比して、判決③の特徴を明らかにしたい。

〔判決③〕⁽⁸⁹⁾ 連邦労働裁判所第10部2014年4月9日判決

【事案の概要】 — 労働時間帯の限定

原告Xは、被告Yに看護師として勤務していた。Yは約2000人の労働者を雇用する総合病院である。労働協約に基づき、Yの従業員はシフト勤務の義務を負うとされ、勤務計画を月ごとに作成することが事業所協定で規定されていた。Xは健康上、服薬しなければならなくなり、薬の作用で眠ってしまうため夜勤ができなくなった。Yは、Xが夜勤に従事できないため労働無能力であると判断し、Xを就労させなかった。Xは夜勤以外のシフトには従事できるとして、文書で労務給付を提供した。医学的にはXの労働無能力は証明されていない。

Xは、Yに対して、夜勤を行わない看護師としてXを雇用すること、およびYの受領遅滞に起因する報酬を請求した。第1審はXの請求を認

容。原審はYの控訴棄却。Yが上告。

【判旨】 上告棄却

給付は「実現されるべき態様で提供されなければならない。上告の主張に反して、Xは、まさにこれを行ったのである。つまり、Xは労働無能力ではなかった。Xは、夜勤が割り当てられない看護師としての就労請求権を有していた。それを、Xは」「文書で主張し、この根拠に基づき労働を提供した。およそ決まった、もしかすると契約通りのものであるが、しかしYの側で割り当てていなかったゆえに、負担していない仕事をXが提供したということによって、Xは、Yの指揮命令権を侵害しなかった」。「Xは……労務給付の内容を自身で具体化したのではなく、Yの指揮命令権に……委ねていたのである。Yは……Xがそのような提供によって認めたように、給付決定するほかなかった。契約通りの労働を公正な裁量に基づき割り当てることは、その場合、Yのなすべきことである。」

「Yは連邦労働裁判所2010年5月19日判決〔判決①〕を不当に援用する。これによれば、使用者が営業法106条に基づき別の仕事を有効に決定した場合、それ以外の『疾病に適した労働』の提供は問題にならない。「しかし、Yは別の労務給付を有効に決定していなかった。むしろYは、Xが……夜勤不適格であるため労働無能力であると考えており、これを理由に労務給付の受領をそもそも拒絶した。そこには、決まった労務給付の具体化もなく、およそ有効な決定もない。指示による「一時的な拘束」（連邦労働裁判所2012年2月22日判決〔判決②〕参照）は、夜勤についてのXの無能力が明らかであり、……そのような割り当ては最初から除外されていたので、問題にならない。」（下線は筆者）

判決③の事案は、看護師としての業務は行うことができるが、シフト勤務において夜勤に従事できない労働者が、夜勤以外のシフトでの労働を提供したという事案であった。判決③は、健康上の理由から夜勤を行

うことができない労働者Xが、夜勤以外のシフトでの労働を書面で提供した場合に、それを実現されるべき態様での提供であると認めた点が注目される。判決③によれば、この事案においては、使用者が指揮命令権により労働を具体化しておらず、前述の判決①が述べた、指揮命令権により具体化された労働がある場合には、新たな指揮命令権の行使までの間は、それが実現すべき労務給付であるという判断と矛盾しないとされている。

しかしながら、Xが不就労となった時点やYに対して夜勤以外の労働の提供を行った時点では、Yにより具体化された労働が存在していたと思われ、指揮命令権の行使によって具体化された労働が実現すべき労務給付であり、労働者はそれを給付しなければならないとする判決①の判断と矛盾するよう⁽⁹⁰⁾に見える。この点については、次の（3）で検討を試みたい。

（3）小括

（i）判例の判断 — 実現すべき労務給付と使用者の協力行為

2では、使用者の受領遅滞が問題となる場面において、労働者が実現すべき労務給付とは何かを中心的に検討した。労働者が提供すべき労務給付と使用者の義務について、判例の判断をまとめると次のようになる。

使用者の受領遅滞の要件として、労働者は、実現すべき労務給付の提供をしなければならず、実現すべき労務給付に対して給付能力と給付意思を有していなければならない。実現すべき労務給付とは、契約通りの労働に該当しなければならない。そして、判決①によれば、労働契約で、労働が範囲に関してのみ限定されている場合には、使用者の指揮命令権の行使によって具体化された労働が、労働者が実現すべき労務給付である。労働者は、それを提供しなければならない。労働者が、健康上の理由により、指揮命令権の行使によって具体化された労働とは異なる他の労働を申し出た場合にも、労働者の申出に応じて他の労働に配置すると

いった形で新たに指揮命令権を行使する使用者の義務は、民法296条からは生じない。つまり、それは、使用者の協力行為に含まれないと解されている。労働者の申し出た健康状態に適した労働へ労働者を配置する義務を使用者が負うかという問題は、受領遅滞の領域では捉えきれず、労働者の損害賠償請求権の領域における問題とされる。

それに対して、判決③においては、シフト勤務の義務を負う労働者が、夜勤以外のシフトでの労働を申し出た場合に、実現すべき労務給付の提供があったと認めた。そこでは、指揮命令権の行使による労働の具体化はなかったとして、そのような労働の提供が使用者の指揮命令権を侵害しないと判断している。そして、指揮命令権の行使により具体化された労務給付が何かという点は問題にならなかった。

（ii）使用者の指揮命令権の行使の2つの側面

ここで、上記の連邦労働裁判所の判断の違いを、どのように考えるかについて、使用者の指揮命令権の行使の2つの側面に着目して、若干の検討を試みたい。

労働契約の場合、労務給付義務の内容は、まず労働契約に基づいて決まり、使用者の指揮命令権の行使によって具体化されるという構造にある。他方で、使用者の受領遅滞の判断においては、使用者の指揮命令権の行使による労働の割り当ては、使用者の協力行為にあたり、使用者がそれを行わない場合にも、受領遅滞が生じるとされている。

そのため、使用者の指揮命令権の行使による労働の割り当てを、どのような位置づけで理解するかによって、判断が分かれうることになる。第1に、指揮命令権の行使による労務給付義務の具体化が、実現すべき労務給付の特定として捉えられるとき、それは、実現すべき労務給付の判断基準となる。第2に、指揮命令権の行使による労務給付義務の具体化を、使用者の協力行為と捉えるとき、使用者がそれを怠ったことは、使用者の受領遅滞に導くものとなる。

そこで、指揮命令権の行使による具体化の対象となる労務給付義務の具体的内容が問題になる。まず、判決①の場合には、労働の内容としての業務が問題となっていたが、判決③の場合には、シフト制における労働時間の位置が問題となっていたという違いがある。

判決③においては、労働者はシフト制勤務における夜勤のシフトへの割り当てを行わないことを請求しており、勤務シフトは、使用者が労働者の希望も考慮して作成することになっていた。つまり、そこでは、労務給付を提供すべき時（「適時」）に関して、勤務シフト作成の都度、使用者によって決定されることになっていた。つまり、労務給付の適時に関して、定期的に指揮命令権の行使による労務給付内容の具体化が予定されていたといえる。そのため、使用者の指揮命令権の行使の一態様としての労働時間の位置の決定を、使用者の協力的行為として捉えることができ、それを行わなかったことで、受領遅滞が認められることができたように思われる。

それに対して、判決①で問題になったような業務の決定の場合、決定された業務があり、給付障害が生じた場合に、別の業務を新たに割り当てることが、当然に予定されているとはいえ、新たな業務の割り当てを使用者の協力的行為と解することが困難であったと考えられる。

IV 使用者の契約調整義務と損害賠償請求権

労働者の健康上の理由により労務給付障害が生じ、労働者が他の方法での労務給付の提供を申し出る場合に、使用者の受領遅滞が認められないとしても、使用者の付随義務違反を理由として労働者に損害賠償請求権が発生する場合がある。以下では、そのような損害賠償請求権が問題となった代表的な連邦労働裁判所の判決を参照し、労働者の他の方法での労働を可能にするために、使用者はどのような義務を負うのか、そし

てその根拠は何かという問題を中心的に検討したい。

1 労働契約における契約調整義務

(1) 具体的事案における契約調整義務の創出

近時の連邦労働裁判所の判例では、労働者が健康上の理由から従前の労働ができなくなり、他の労働を申し出たという事案において、使用者の受領遅滞が認められない場合にも、使用者が損害賠償義務を負う可能性を示す判決が見られる。⁽⁹¹⁾ すなわち、判例によれば、使用者が受領遅滞ではなかったとしても、さらに、民法241条2項の考慮義務⁽⁹²⁾（Rücksichtnahmepflicht）を介して、労働者に損害賠償請求権（民法280条⁽⁹³⁾）が生じる場合がある。⁽⁹⁴⁾ では、判例がどのようにして民法241条2項の考慮義務から契約調整義務（Vertragsanpassungspflicht）を導き出し、使用者の契約調整義務違反による損害賠償請求の可能性を示したかを確認するため、それを最初に判示した連邦労働裁判所の判決を参照したい。⁽⁹⁵⁾

〔判決④〕連邦労働裁判所第6部2009年8月13日判決⁽⁹⁶⁾

【事案の概要】

原告X（障害等級20）は、被告Yで消防隊員として従事していた。労働関係に適用される労働協約には、消防隊員が消防隊勤務に適さなくなると配転されたときに、従前よりも報酬が下がる場合には、差額相当額が支給される旨の規定があった。Xは疾病により労働無能力となり、約半年後、医師の診断書によると、労働能力を回復したが消防隊勤務に従事できなかった。Xは約2年後に保守の部署に就けられるまで不就労となった。Xは、労働能力回復後に、YがXを消防隊以外の職場に配転しなければならなかったと主張して、労働能力回復後の不就労期間の報酬を請求した。第1審はXの請求を一部認容。原審はXの請求をすべて棄却し、Xが上告。

【判旨】破棄差戻し

1. Xが「消防隊勤務での作業に最終的に適さなくなった場合に」「契約

外の仕事のポストが空いており、そのポストについてXがその知識と給付能力に照らして適しており、Xがその提供を準備していることを知らせていたときには」労働協約の規定を参照して「民法241条2項の考慮義務違反を理由とする民法280条1項に基づく損害賠償請求権がXにある」。

2. 「労働関係において」「労働関係に基づく義務を履行し、権利を行使し、労働関係に関連して存在する契約の相手方の利益を守るという契約の両当事者の義務が、考慮義務から生じる」。「それゆえ、契約当事者は、給付利益を実現するために、給付を確実にする措置をお互いに義務づけられる。そうした義務の中に、契約の相手方と協力し、契約の実行のための前提条件を作り出す義務、履行障害を起ささないようにし、またはその障害を取り除く義務、および他方当事者をして追及された給付結果を実現させるようにする義務も含まれる」。「協力義務 (Mitwirkungspflicht) の範囲において、特に、さもなければ、継続的債務関係において債務者の給付無能力が差し迫る場合、現実の関係の予期せぬ変化への対応として、契約調整の希望に応じるということも命ぜられる」。「このような契約調整義務は、いずれにせよ、契約変更が債権者の利益を侵害せず、他方でしかし契約変更がなければ債務者に相当な損害が差し迫る場合、考慮されなければならない」。(下線は筆者)

判決④は、労働協約において消防隊勤務に適さなくなった労働者の配転後の報酬低下に対する手当が規定されていたことから、民法241条2項の考慮義務の具体化として、労働関係の積極的な継続を可能にする契約変更に協力する義務がYにあると解された事案であり、やや特殊な事案であった。しかし、判決④は、民法241条2項の考慮義務の一内容である、契約の両当事者が負う協力義務を挙げ、協力義務の範囲において、契約調整がなければ労働者が給付無能力となるおそれがある場合の使用人の契約調整義務をはじめて導き出したという点で、重要な意義を有する。⁽⁹⁷⁾

判決④によれば、使用者が考慮義務（契約調整義務）違反となる要件として、労働者が、負担した労務給付の範囲外の仕事も行う準備があることを知らせておくこと、労働者が給付能力と業務に関する資格を使用者に通知することが必要とされる。そして、労働者の知識および給付能力にふさわしいポストが空いていたにもかかわらず、そのポストに労働者を配属しなかったときに、使用者は考慮義務違反となる。つまり、労働者は、契約調整義務を使用者に負わせるために、契約変更についてイニシアチブを取ることが求められている。

（２）重度障害者の障害に適した就労請求権との類似

判決④が示したこのような契約調整義務は、社会法典第9編164条4項に基づく重度障害者の障害に適した就労請求権（Anspruch auf behinderungsgerechte Beschäftigung⁽⁹⁸⁾）に類似する内容であると指摘される⁽⁹⁹⁾。

重度障害者は、その障害の種類または重度を理由として、契約で負担した労働を行うことができない場合に、他の方法で就労することを使用者に対して請求することができる⁽¹⁰⁰⁾。そして、重度障害者の障害に適した就労請求権には、契約上の指揮命令権の範囲を超えて、契約変更の請求権も含まれると解されている⁽¹⁰¹⁾。判決④の事案では、労働者Xは障害等級20で、重度障害および重度障害者と同等取扱いの障害者にも該当しなかった。そのため、Xが社会法典第9編164条の重度障害者の障害に適した就労請求権を根拠に、他のポストへの配転を使用者に請求できる状況になく、使用者側にそのような配転を行う義務も同条に基づき直接的に課されることはなかった。

しかし、判決④は、上述のとおり、契約調整義務を導き出し、上述の要件のもとで、使用者が労働者の知識および給付能力に適した空きポストがあったにもかかわらず、そのポストに就けなかったときに民法241条2項の考慮義務に違反するとした。そして、判決④が創出した契約調整義務の範囲には、契約変更も考慮すべき対象に含まれている（判旨2参

照)。この点で、判決④が創出した使用者の契約調整義務は、重度障害者の障害に適した就労請求権、ないしそれに相応する障害に適した就労を可能にするための使用者の義務に類似する内容であった。しかも、判決④は、その事案において、契約調整義務が民法241条2項から根拠づけられうるため、社会法典第9編164条に基づく重度障害者の権利を考慮して同事案において同様の義務が生じるかは検討する必要がないと述べたのである。⁽¹⁰²⁾そのため、判決④は、重度障害ではない労働者についても、疾病に適したポストへの配置を求めた場合に、それが契約変更を必要とするものであっても、使用者が相応の配置を行う義務を負う可能性を認められたものとして注目された。⁽¹⁰³⁾

他方で、判決④は、労働協約の規定があったことを考慮しての判断であったため、その射程がどこまで及ぶのかは明らかでなく、また、契約調整義務の具体的内容と範囲についても、不明確な部分が多く残されていた。⁽¹⁰⁴⁾

2 契約調整義務違反による損害賠償請求権の要件

(1) 契約調整義務の範囲

労働者が健康上の理由により、他の方法での労務給付の提供を申し出る場合における使用者の契約調整義務に関して、判決④を引用し、より一般的に契約調整義務の範囲や内容および同義務違反による損害賠償請求権の要件を示した連邦労働裁判所の判決が、前出の判決①である。

〔判決①〕連邦労働裁判所第5部2010年5月19日判決⁽¹⁰⁵⁾

【事案の概要】（前記III 2（2）（i）参照）

【判旨】

1. 「労働者が心身上の理由により、営業法106条1文に基づく指揮命令権によって使用者により詳細に決定された給付をもはや履行できない場合、民法241条2項に基づく考慮義務は、使用者が、その指揮命令権を新たに行使し、労働者が履行すべき給付を労働契約で合意した範囲内で、

労働者に給付の履行が再び可能になるように具体化することを求めうる。それに応じて、解雇法的に、使用者は、労働者をその従来の仕事の範囲で雇用することが継続的に不可能である場合にも、労働者の個人的領域から生じる支障が、従来ポストでの継続雇用を排除するだけでなく、他のポストでの継続雇用も排除するときに、ようやく解雇が正当化される」。

2. 「労働者の仕事を新たに決定するという使用者の義務は、労働者が疾病に適したポストへの配転を要求し、発生した履行障害を取り除くような別の仕事をどのように考えているのかを使用者に知らせていたことが要件となる。他の仕事を割り当てるといふ実現すべき労務給付の新たな決定が、使用者に期待可能で、法的にも可能である場合、労働者の要求に、使用者は、通常、対応しなければならない。」（下線は筆者）

判決①は、その事案において使用者の受領遅滞は否定したもの（前記Ⅲ 2（2）（i）参照）、民法241条2項の考慮義務に基づいて、使用者に労働者の給付の履行を可能にするための契約調整義務があるということとは認めた。

ただし、判決①によれば、労働者が使用者により具体化された労務給付を履行できない場合に、民法241条2項の考慮義務に基づいて求められるのは、指揮命令権の新たな行使により労働者が履行できる他の仕事を割り当てることである。つまり、それは、労働契約の範囲内で、他の仕事に就けることにとどまり、判決④のように、そこには契約変更の義務は含まれていない。

（2）契約調整義務と解雇制限法の法理との関係

そのうえで、判決①は、解雇法における、解雇を正当化するための労働条件変更の要請についても言及している（判旨1参照）。ここで、解雇法と契約調整義務との関係を整理しておくため、解雇制限法

（Kündigungsschutzgesetz）における労働条件変更の要請について簡単に確認しておきたい。

解雇制限法においては、解雇は最後の手段であり、解雇を行う前に、他のポストでの継続雇用の可能性も検討することが要求されている（同1条2項3文）。このことは、労務給付が一部履行困難な際に労働者が他の労務給付の提供を申し出る場合の使用者の義務を検討するうえで、重要な指標となる。しかしながら、使用者が労働者を解雇していない（場合によっては、解雇を検討すらしていない）状況において、労働者を他の内容の仕事へ配置する義務を負うのかという問題は、解雇制限法の直接の適用範囲にないため、まずは別個に検討されなければならないものである⁽¹⁰⁶⁾。

（3）契約調整義務の要件

次に、判決①によって具体的に示された契約調整義務違反による損害賠償請求権が認められるための要件をまとめると、以下の3点に要約される。

第1に、労働者が、健康状態に適したポストへの配転要求や他にどのような労働であれば従事することができると考えているかを使用者に伝えていたことが、使用者の契約調整義務の具体的な発生要件である。

そのうえで、使用者の契約調整義務は、他の仕事の割り当てが、使用者に期待可能かつ法的に可能な場合に、限界づけられている。そこで、第2に、他の仕事の割り当てが、使用者に期待可能であることが要件となる。判決①によれば、他の仕事の割り当てが、「経営上の理由や他の従業員に対する考慮義務に対立しない場合に、使用者に期待可能である」とされる⁽¹⁰⁷⁾。具体的には、適切なポストが空いており、使用者にとってその仕事が必要であるならば、経営上の理由は対立しない⁽¹⁰⁸⁾。それに対して、適切なポストが空いていない場合には、他の仕事の割り当てというのは、他の労働者と交代させることによってしかポストを空けることができな

い。そして、他の労働者の配転が、他の労働者に対しても使用者が負っている民法241条2項の考慮義務に違反することになるような場合、それは使用者に期待不可能であるとされる。⁽¹⁰⁹⁾すなわち、労働者に対する考慮義務が競合するような状況では、使用者に他の仕事の割り当てが期待不可能な状況がありうる。

そして、第3に、他の仕事の割り当てが、使用者に法的に可能であることが要件となる。例えば、配転について事業所委員会（Betriebsrat）が同意しない場合⁽¹¹⁰⁾には、使用者は、考慮義務に基づいても配転の義務を負うことはない。⁽¹¹¹⁾

3 契約調整義務の具体的効果

使用者が、上述の要件のもとで、契約調整義務に違反した場合、民法241条2項の考慮義務違反による損害賠償請求権が労働者に生じる。そして、契約調整義務においては、労働契約の範囲内で、使用者に指揮命令権の行使による他の仕事への配転が求められる。指揮命令権の行使の範囲では、等価値の仕事にしか配転することができない。⁽¹¹²⁾ある仕事が等価値かどうかは、労働関係に労働協約上の報酬体系が適用されている場合には、通常、その体系を基準として判断される。⁽¹¹³⁾低い価値の仕事へ配転することはできない。それは、低い価値の仕事に配転した後に、従前の仕事に対する報酬と同額の報酬を支払う場合でも、認められない。⁽¹¹⁴⁾また、民法241条2項によっても、使用者は、高い価値の仕事へ配転することは義務付けられない。⁽¹¹⁵⁾なぜなら、労働者は、より高い価値の仕事の割り当てについて請求権を持たないからである。⁽¹¹⁶⁾

労働者が低い価値の仕事への配転に同意するならば、従来の契約の範囲外の低い価値の仕事への配転も可能となるが、その場合には、報酬が減少することになる。使用者の受領遅滞の場合には、労働者は約定の報酬を受け取るが、損害賠償請求権の場合には、配置されることができたはずのポストで受けられたはずの報酬に対する補償がなされる。すなわ

ち、その場合に、損害賠償額は、従来の契約上の報酬よりも、低い価値の仕事に対する報酬が基準とされるため、受領遅滞の場合よりも低い認容額となる可能性がある⁽¹¹⁷⁾。

4 契約調整義務の根拠

最後に、契約調整義務の根拠について検討したい。

上述のように、連邦労働裁判所の判例は、使用者の契約調整義務を民法241条2項の考慮義務を根拠として導き出している。民法241条2項は、2002年の債務法改正によって新たに挿入された条文である。これは、従来、判例が、信義誠実の原則（民法242条）を介して債務関係上の付随義務を導いていたところ、それを明文で規定し、付随義務に条文上の根拠を与えたというものである⁽¹¹⁸⁾。民法241条2項は、契約の相手方の権利、法益、利益を考慮するよう求めるが、ここには、給付の実現のために相手方に協力するという契約当事者の協力義務が含まれる。これは、契約目的の実現のために寄与するものと解されている⁽¹¹⁹⁾。

労働契約は、原則として、継続的な債務関係を根拠づけるものであり、継続的債務関係においては、一般に、契約に関係する実際の事情の変化が生じることが多い。また、労働契約の場合、労務給付と報酬支払を継続的に繰り返すことが契約目的の一部を構成しているものと解される⁽¹²⁰⁾。そのため、継続的債務関係である労働契約において、実際の事情の変化に応じて、契約内容を調整する義務が導き出されるといえる⁽¹²¹⁾。

V むすびにかえて

1 考察結果

本稿では、労働者が健康上の理由から労務給付障害となり、他の労働の提供を申し出た場合に、労働者が本旨に従った労務給付を提供したこ

とになるのか、そして、労働者の労務給付を可能にするために使用者はどのような義務を負うのかについて、ドイツの判例を中心に検討した。考察結果をまとめると、以下のようになる。

（1）使用者の受領遅滞に起因する報酬請求権

受領遅滞の場面においては、労働者が行う労務給付の提供は、一個の債務の履行の問題としてとらえられる。そのため、すでに使用者の指揮命令権の行使により労務給付の内容が具体化されていたときは、それが、労働者が実現すべき労務給付であり、労働者が健康状態に適したそれ以外の労務給付を提供したとしても、使用者の受領遅滞は生じない。もちろん、労務給付義務の履行のためには、使用者の協力行為が必要であるが、協力行為に含まれるのは、およそ労働可能性を提供することである。そこに、労働者の希望どおりに健康状態に適したポストに配置するよう、指揮命令権を新たに行使することまでは含まれないと解されている。つまり、使用者は、受領遅滞の領域において、協力行為としては新たに指揮命令権を行使する義務を負わないとされる。ただし、労務給付義務の前提となる労働の割り当ては、使用者の協力行為として行わなければならない。

また、使用者の受領遅滞が認められた場合には、労働者は、受領遅滞期間中の報酬請求権を失わず、労働契約で約した報酬を手に入れることができる（民法615条）。

（2）契約調整義務違反による損害賠償請求権

他方で、損害賠償の領域においては、民法241条2項の考慮義務に基づき、使用者は契約調整義務を負う。それにより、労働者の健康上の理由から労務給付障害が生じ、労働者が他の労働の提供を申し出る場合には、使用者は新たに指揮命令権を行使し、配転等により他の仕事を割り当てる義務を負う。ただし、それに、経営上の理由や他の労働者に対する考

慮義務が対立する場合や、配転が法的に可能でない場合には、契約調整義務違反とはならないという留保はある。

また、使用者が契約調整義務に違反し、損害賠償請求が認められる場合には、次のような効果が生じることになる。まず、労働者が使用者の指揮命令権の行使によって他の労働を割り当てられることが可能であった場合には、その場合に労働者は等価値の仕事に就くことになるため、原則として労働契約で約した報酬相当額が損害賠償として認められる⁽¹²²⁾。しかし、労働者が低い価値の仕事に就くことに同意する場合には、低い価値の仕事に従事する場合もあり、その場合には、それに伴い報酬も低下するため、その低い価値の仕事に相応する報酬相当額が損害として認められることになると解されている。

以上より、総じてみると、労働者の健康上の理由から労務給付障害が生じ、労働者が他の労働の提供を申し出る場合には、使用者は、原則として労働者の健康状態に適した他の労働に就ける義務を負っているといえる⁽¹²³⁾。

（3）労働者の労務給付義務と使用者の契約調整義務

この考察結果から、次のことが言える。たしかに、労務給付義務という一つの債務としては、労働者は使用者の指揮命令権の行使により具体化された労務給付を履行する義務を負う。しかし、労務給付の提供と報酬支払が反復継続される労働契約においては、契約当事者は互いに給付を実現させるために協力義務を負っており、そこには、履行障害が生じた場合にそれを取り除くための契約調整義務も含まれる。そして、そのような契約調整義務は、労働契約の契約目的から裏付けられるものである。

これは、労働契約の履行に関する契約当事者の義務の基礎的な構造を示している。労働契約において、債務の履行が繰り返されるということは、労務給付義務の履行のための使用者の協力的行為も繰り返されること

を意味する。それを、期待可能な限り契約当事者がお互いに協力して実現していくことが、労働契約の目的から裏付けられるのである。このことを、労働契約の履行の最も基礎的構造として確認しておきたい。

2 判例の展開 — 就労請求権と支援義務

最後に、本論の中で検討した連邦労働裁判所第10部2014年4月9日判決（判決③）について、受領遅滞の他に、もう一つの重要な争点として、就労請求権に関する論点があった（判決③の事案について、Ⅲ 2（2）（iii）参照）。本稿は受領遅滞およびそれに関連する損害賠償請求の判例の判断に焦点を当てたため、本論の中でこの論点に触れることができなかったので、ここで紹介する。

判決③は、労働者が請求したとおり、使用者は労働者を夜勤に組み入れられない看護師として雇用する義務を負うと認めた点も、注目すべき判断であり、学説上も議論を呼んだ。判決③は、この労働者の夜勤に組み入れられない看護師としての就労請求権を認めた判示部分の後、そこでの判断を基礎としつつ、使用者の受領遅滞を認める判示をしていた。そこで、就労請求権がいかなる理由づけで認められたのかを確認しておきたい。

〔判決③〕 連邦労働裁判所第10部2014年4月9日判決

〔判旨〕 1. 「労働関係が存続中の労働者の就労請求権は、民法242条〔信義誠実の原則〕を参照して民法611条、613条から導き出される。それは、人格保護についての基本法1条および2条の憲法的価値判断を考慮して、労働者の就労に関する利益に鑑み、労働契約上の使用者の支援義務（Förderungspflicht）に依拠する。」「請求権は、契約に適した就労に向けられたものである。その具体化は、営業法106条に基づき使用者のなすべきことである。……就労請求権の履行のために、必要であれば具体化が行われなければならない。」「労務給付が不能な場合、就労請求権は存せず、むしろ労務給付の請求権が排除される（民法275条1項。）」

2. 「Xは……疾病による労働無能力ではない。」「Xは看護師として労働契約で負担した仕事を引き続き行うことができる。労働時間の配置に関して制限されたXの使用可能性は、それを妨げない。」「夜間シフトは、普通は完全に副次的な部分である。」

3. 「Xは、Xが夜勤にならないようにYが指揮命令権を行使することを要求できる。」（下線は筆者）

ただ、判決③の上記の判断に対しては、結論としては支持されるものの、その理由づけについては、学説から次のような批判がなされた⁽¹²⁴⁾。第1に、判決③の事案では、日勤も夜勤も行ってた看護師が、夜勤以外でのみ勤務することを求めており、労働時間法に基づく日中勤務のポストへの配転請求の問題として判断可能であり、就労請求権や受領遅滞の問題として判断する必要はなかったと指摘される。第2に、判決③は、夜勤シフトを労務給付の「完全に副次的な部分」とするが、それはむしろ労務給付義務の主要な内容を構成するものである。第3に、労働者は夜勤以外での雇用を求めるが、それは継続的な変更であって、使用者の指揮命令権の行使の問題ではなく、契約変更の問題である。そのため、判決③の事案において、労働者は、契約変更の申込みをしたと捉えるべきである。

以上の学説の批判からも明らかなように、健康上の理由により労働者が従前どおりの労働をできなくなった場合に、労働者が健康状態に適した他の労働への従事を請求できるか、および使用者がそれについてどのような義務を負うのかという問題は、様々な理論領域で議論が生じているところである。それらをいかなる法的位置づけの問題として整理し、労働契約論として理論的整序をなすかということは、今後の検討課題としたい。

【附記】

本稿は、JSPS 科研費 JP18J13352の助成による研究成果の一部である。

注

- (1) 青野覚「私傷病と労務受領拒否 — 片山組事件」別ジュリ197号（2009年）54頁。
- (2) 同判決では、労働者間の公平が考慮されているものの、そのみが論拠とされているかは明確でない。
- (3) 例えば、労働者が従前の業務を行うことができなくなり、他の業務での就労を申し出た場合に、就業可能にするための負担軽減措置を必要とする場合にも、労働者の債務の本旨に従った履行の提供があったとみる見解（三井正信「私傷病と労務受領拒否 — 片山組事件」別ジュリ165号（2002年）38頁）とそれを否定する見解（鎌田耕一「私傷病休職者の復職と負担軽減措置 — 復職配慮義務をめぐって」安西愈先生古稀記念『経営と労働法務の理論と課題』（中央経済社・2009年）97頁）がある。
- (4) 土田道夫「労務指揮権の現代的展開 — 労働契約における一方的決定と合意決定との相克」（信山社・1999年）498頁～505頁。
- (5) 唐津博「労働者の『就労』と労働契約上の使用者の義務 — 『就労請求権』と『労働付与義務』試論 — 」下井隆史先生古稀記念『新時代の労働契約法理論』（信山社・2003年）157頁。
- (6) 労働契約の内容の「決定」と「変更」の区別の必要性に関して、新屋敷恵美子「合意による労働契約の変更」日本労働法学会編『講座労働法の再生第2巻 労働契約の理論』（日本評論社・2017年）109頁参照。
- (7) MüKoBGB/*Ernst*, 7. Aufl. 2016, BGB § 293 Rn. 3.
- (8) 例えば、Greiner教授は、近時の受領遅滞と損害賠償に関する連邦労働裁判所の判断について、この問題は、民法の給付障害法と解雇法とが複雑に絡み合った中に位置し、そのシノプシスが必要であると述べる（*Stefan Greiner, Direktionsrecht und Direktionspflicht, Schadensersatz und Annahmeverzug bei Leistungshinderung des Arbeitnehmers, RdA 2013, S. 9*）。
- (9) ドイツ法の労働契約における受領遅滞の法理に関しては、下井隆史「雇備ないし労働契約における受領遅滞と危険負担 — いわゆる『領域説』の検討を中心に — 」商大論集18巻1号（1966年）21頁において、ドイツの領域説論理の形成・展開過程の考察からドイツ法におけるその意義が論じられ、当該論理を継承する日本法の通説的見解への批判がなされている。なお、そこでは、工場喪失、材料欠乏等やストライキの場合が具体的事案として想定されている。奥田昌道「受領遅滞と危険負担 — 雇備ないし労

働契約の場合を中心として — 」法学論叢94巻5・6号(1974年)195頁では、受領遅滞に関する民法理論の問題点が指摘され、ドイツ民法の受領遅滞の規定の趣旨を明らかにし、日本法においてドイツ法における処理方法がどの程度まで可能かが検討されている。また、高橋賢司「ドイツ労働契約における受領遅滞と不能の法理」立正大学法学論集三十周年記念論集(2012年)95頁により、労働者の労働が受領されない場合の賃金請求権の存否の根拠について、判例における経営リスク説の展開、民法615条の起草過程、その後の学説の展開が詳細に検討されている。それに対して、本稿は、労働者の健康上の理由により給付能力の制限が生じた際の受領遅滞と関連する損害賠償請求の問題に焦点を絞り、近時の判例の展開を跡付け、労働者の労務給付義務と労務給付を実現させるための使用者の義務との関係を考察するものである。

- (10) 民法611条1項は、「雇用契約により、労務に従事することを約した者は、約束した労務を給付する義務を負い、相手方は取り決めた報酬を与える義務を負う。」と定める。
- (11) *Hans Brox/Bernd Rütters/Martin Henssler*, *Arbeitsrecht* 19. Aufl., Stuttgart 2016, Rn. 192, S. 74.
- (12) *H. Brox/B. Rütters/M. Henssler*, *Arbeitsrecht* (Fn. 11), Rn. 192, S. 74.
- (13) *H. Brox/B. Rütters/M. Henssler*, *Arbeitsrecht* (Fn. 11), Rn. 139, S. 50.
- (14) *H. Brox/B. Rütters/M. Henssler*, *Arbeitsrecht* (Fn. 11), Rn. 139, S. 50. ドイツ法における指揮命令権(労務指揮権)に関して、土田・前掲注(4)・49頁以下も参照。
- (15) 営業法106条は、「使用者は、労務給付の内容、場所、時間を、この労働条件が労働契約、事業所協定の定め、適用可能な協約または法律の規定によって確定されていない限りにおいて、公正と認められる裁量に基づいて決定することができる。このことは、事業所における労働者の規則および義務に関しても適用される。裁量権の行使の際に、使用者は労働者の障害(Behinderungen)についても配慮しなければならない。」と規定する。
- (16) *H. Brox/B. Rütters/M. Henssler*, *Arbeitsrecht* (Fn. 11), Rn. 139, S. 50.
- (17) *H. Brox/B. Rütters/M. Henssler*, *Arbeitsrecht* (Fn. 11), Rn. 140, S. 51.
- (18) 「労働契約に基づく(抽象的な)義務」と「使用者の指揮命令に基づく(具体的な)義務」の区別について、*Rolf Wank*, Anm. AP GewO § 106 Nr. 29; *Wolfgang Hromadka*, Anm. AP GewO § 106 Nr. 26を参照。
- (19) *H. Brox/B. Rütters/M. Henssler*, *Arbeitsrecht* (Fn. 11), Rn. 193, S. 74.
- (20) *MüKoBGB/Henssler*, (Fn. 7), BGB § 615 Rn. 28.
- (21) *ErfK/Reinhard*, 18. Aufl. 2018, EFZG § 3 Rn. 5.
- (22) 報酬継続支払法は、同3条において、疾病により労働無能力となった労

働者に対する使用者の6週間までの報酬継続支払義務を規定しており、同3条に基づく報酬継続支払が争われる訴訟では、労働者が「疾病」に罹患しているか否かが問題となる。

- (23) BAG, Urteil v. 26.7.1989, NZA 1990, S. 140; BAG, Urteil v. 7.8.1991, NZA 1992, S. 69.
- (24) 民法275条1項は、「給付請求権は、債務者にとって、または何人にとっても、不能である限りにおいて、排除される。」と規定する。
- (25) 民法241条1項は、債務関係に基づく給付義務について定める規定であり、「債務関係に基づき、債権者は、債務者に給付を請求する権利を有する。給付は、不履行においても存在する。」と規定する。したがって、債権者は、債務関係に基づき、給付請求権を有する。これを前提として、民法275条の給付義務の排除は、本来負担した給付の請求権に係する (Staudinger/*Georg Caspers* (2014) BGB § 275, Rn. 1)。
- (26) 民法275条3項に基づく履行の不能は、一時的なものに限られる (Staudinger/*Cornelia Feldmann* (2014) BGB § 297, Rn. 89)。
- (27) 民法275条3項は、「債務者は、給付を自ら行わなければならない、かつ、自己の給付を妨げる障害と債権者の給付についての利益とを衡量した場合に給付を期待することができないときは、給付を拒絶することができる。」と規定する。
- (28) Staudinger/*Georg Caspers* (2014) BGB § 275, Rn. 79, 114ff.
- (29) Staudinger/*Georg Caspers* (2014) BGB § 275, Rn. 116.
- (30) この議論に関して、石崎由希子「疾病による労務提供不能と労働契約関係の帰趨 —— 休職・復職過程における法的規律の比較法的考察」法協132巻6号 (2015年) 937頁 (991頁～994頁参照)。
- (31) Staudinger/*Georg Caspers* (2014) BGB § 275, Rn. 66, 113.
- (32) 給付の不能または期待不可能につき、労働者に帰責性がある場合、使用者は損害賠償を請求しうる (Staudinger/*Georg Caspers* (2014) BGB § 275, Rn. 3)。
- (33) 民法326条1項1文は、「債務者が、275条1項から3項までにに基づき、履行する必要がない場合、反対給付の請求権を失う。一部給付の際は、441条3項が準用される。」と規定する。
- (34) 民法616条1文は、「労務に従事する義務を負う者は、自己の過失によらない一身上の理由により、比較的僅少な期間について労務に従事することを妨げられたことによって、報酬請求権を失わない。」と規定する。ドイツ民法第一草案理由書によると、この規定は、社会政策的配慮 (sozialpolitischen Rücksichten) および人道的理由 (Gründen der Humanität) に基づくものである (Benno Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen

Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, Berlin 1899, S. 258)。

- (35) ErfK/*Preis*, (Fn. 21), BGB § 616 Rn. 3.
- (36) ErfK/*Preis*, (Fn. 21), BGB § 616 Rn. 10, 10a.
- (37) ErfK/*Preis*, (Fn. 21), BGB § 616 Rn. 13.
- (38) ErfK/*Preis*, (Fn. 21), BGB § 616 Rn. 7.
- (39) 現行の報酬継続支払法は、1994年に制定され、その後、数度の改正を経ている。1969年制定の報酬継続支払法のもとの疾病労働者に対する報酬継続支払について、水島郁子「ドイツにおける疾病時の賃金継続支払」季労172号（1994年）150頁参照。民法616条および報酬継続支払法の立法経緯については、石崎・前掲注（30）・997頁以下に詳しい。
- (40) ErfK/*Preis*, (Fn. 21), BGB § 616 Rn. 1, 7.
- (41) ErfK/*Reinhard*, (Fn. 21), EFZG § 3 Rn. 1.
- (42) ErfK/*Reinhard*, (Fn. 21), EFZG § 3 Rn. 4, 9-13.
- (43) *R. Wank*, (Fn. 18); ErfK/*Reinhard*, (Fn. 21), EFZG § 3 Rn. 12.
- (44) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7) BGB § 293 Rn. 3.
- (45) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7) BGB § 293 Rn. 1.
- (46) 本稿では、受領遅滞または債権者遅滞の要件の基本的な分類については、MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7) BGB § 293 Rn. 7ff に依拠している。
- (47) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7) BGB § 293 Rn. 7.
- (48) 解雇されていない労働関係においては、労働者は、自身で、適時に、適切な場所で、適切な方法で、労務給付を提供しなければならないというのが、確立した判例である（BAG, Urteil v. 29.10.1992, EzA § 615 BGB Nr. 77)。
- (49) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7), BGB § 293 Rn. 8
- (50) 民法297条は、「債務者が、提供時または前条の場合には債権者の行為について決められた時期に、給付を履行することができない状態にあるときは、債権者は遅滞にならない。」と規定する。
- (51) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7), BGB § 293 Rn. 8.
- (52) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7), BGB § 293 Rn. 8.
- (53) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7), BGB § 293 Rn. 8.
- (54) BAG, Urteil v. 24.9.2003, NZA 2003, S. 1387; BAG, Urteil v. 22.2.2012, BAGE 141, S. 34.
- (55) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7), BGB § 293 Rn. 15.
- (56) BAG, Urteil v. 15.5.2013, NZA 2013, S. 1076.
- (57) BAG, Urteil v. 25.2.2015, BAGE 151, S. 35.
- (58) 確立した判例であるが、近時の裁判例として BAG, Urteil v. 15.5.2013, NZA 2013, S. 1076; BAG, Urteil v. 24.9.2014, BAGE 149, S. 144.
- (59) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7), BGB § 296 Rn. 3.

- (60) BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296; ErfK/*Preis*, (Fn. 17), BGB § 615 Rn. 40.
- (61) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7), BGB § 293 Rn. 17.
- (62) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7), BGB § 293 Rn. 19.
- (63) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7), BGB § 293 Rn. 20.
- (64) オプリーゲンハイトは、不履行が、損害賠償請求権を発生させない点で、義務（Pflicht）と区別される（Vgl. Staudinger/*Olzen* (2015) BGB § 241, Rn. 129）。
- (65) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7), BGB § 293 Rn. 20.
- (66) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7), BGB § 293 Rn. 20.
- (67) *Florian Jacoby/Michael von Hinden*, Studienkommentar BGB 16. Aufl, München 2018, S. 143, Rn. 6.
- (68) 民法615条1文は、「雇用主が、労務の受領に関し遅滞にあるときは、被用者は、遅滞により従事しなかった労務に対して、事後に従事する義務を負うことなく、約定された報酬を請求することができる。」と規定する。
- (69) ErfK/*Preis*, (Fn. 21), BGB § 615 Rn. 1.
- (70) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7), BGB § 293 Rn. 26.
- (71) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7), BGB § 293 Rn. 26.
- (72) MüKoBGB/*Ernst*, (Fn. 7), BGB § 293 Rn. 26.
- (73) BAG, Urteil v. 18.12.1986, NZA 1987, S. 377.
- (74) Vgl. BAG, Urteil v. 13.8.2009, BAGE 131, S. 325.
- (75) Vgl. BAG, Urteil v. 13.8.2009, BAGE 131, S. 325.
- (76) BAG, Urteil v. 27.8.2008, NZA 2008, S. 1410, Rn. 13; BAG 13.8.2009, BAGE 131, S. 325, Rn. 15. なお、連邦労働裁判所第6部2009年8月13日判決の事案の概要については、後記IV（1）参照。
- (77) BAG, Urteil v. 27.8.2008, NZA 2008, S. 1410, Rn. 13; BAG, Urteil v. 13.8.2009, BAGE 131, S. 325, Rn. 15.
- (78) BAG, Urteil v. 13.8.2009, BAGE 131, S. 325, Rn. 16.
- (79) *S. Greiner*, (Fn. 8), S. 10. *Bettina Schmidt*, Schwerbehindertenerbeitsrecht 2. Aufl., Baden-Baden 2014, S. 94f, Rn. 261も参照。
- (80) Vgl. BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296, Rn. 16.
- (81) Vgl. BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296, Rn. 16.
- (82) BAG, Urteil v. 27.8.2008, NZA 2008, S. 1410, Rn. 13. なお、BAG, Urteil v. 13.8.2009, BAGE 131, S. 325も同旨の判示をしている。
- (83) BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296
- (84) BAG, Urteil v. 27.4.1960, AP BGB § 615 Nr. 10において、すでに同旨の判示がある。

- (85) *S. Greiner*, (Fn. 8), S. 9ff は、このような判決①の判断を支持する。ただし、連邦労働裁判所の判決が、指揮命令権の行使による労働義務の具体化の効果ないし拘束力に関して、統一的な見解を確立しているとはいえないと思われる (*S. Greiner*, (Fn. 8), S. 12 は、連邦労働裁判所の第 2 部と第 5 部の判断の矛盾を指摘する)。例えば、連邦労働裁判所第 2 部の判決 (*BAG, Urteil v. 24.2.2011, BAGE 137, S. 164*) は、商店の飲料売り場に配置されていたイスラム教徒である労働者が、信条を理由にアルコール飲料の陳列ができなくなった場合に、使用者は労働者に別の職場を割り当てなければならなかったため、その場合に労働者は契約義務に違反していなかったと判断した。つまり、使用者の指揮命令権の行使の効力が、障害となる事情の事後的発生によって消失したということになる。これは、使用者の指揮命令権の行使による労働義務の具体化の拘束力について、判決①とは異なる見解を示している。なお、同判決に対する批判的見解として、*R. Wank*, (Fn. 18) も参照。
- (86) *BAG, Urteil v. 22.2.2012, BAGE 141, S. 34.*
- (87) 学説上は、*Versetzung*（配転）を、指揮命令権の範囲外への配転とし、*Umsetzung*（配転）を指揮命令権の範囲内での配転として区別して論じるものがある (*Rolf Wank*, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der betriebsbedingten Kündigung Insbesondere Versetzung statt Kündigung*, RdA 2012, S. 139)。しかし、本稿で取り上げる判例では、*Versetzung* と *Umsetzung* がほぼ同義で使われていることから、本稿では、いずれも、単に「配転」という訳語を用いている。
- (88) *ErfK/Preis*, (Fn. 21), *GewO* § 106 Rn. 13.
- (89) *BAG, Urteil v. 9.4.2014, BAGE 148, S. 16.*
- (90) *R. Wank*, (Fn. 18).
- (91) *BAG, Urteil v. 27.8.2008, NZA 2008, S. 1410; BAG, Urteil v. 13.8.2009, BAGE 131, S. 325; BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296; BAG, Urteil v. 28.6.2017, NZA 2017, S. 1528.*
- (92) 民法241条 2 項は、「債務関係は、その内容に従って、他方の当事者の権利、法益、および利益を考慮することを、両当事者に義務づける。」と規定する。なお、民法241条 2 項の考慮義務の内容については、後述する。
- (93) 民法280条は、債務不履行の場合の損害賠償請求権の根拠規定であり、「債務者が債務関係に基づく義務に違反する場合、債権者はこれによって生じる損害の賠償を請求することができる。ただし、債務者が義務違反について責めを負わない場合はこの限りでない。」と規定する。
- (94) *BAG, Urteil v. 13.8.2009, BAGE 131, S. 325; BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296.*

- (95) なお、判決④以前に、すでに BAG, Urteil v. 27.8.2008, NZA 2008, S. 1410 で損害賠償請求の可能性が示されていたが、そこではその根拠として民法 241条 2項が挙げられていなかった。
- (96) BAG, Urteil v. 13.8.2009, BAGE 131, S. 325.
- (97) 判決④は、給付能力が低下した労働者を従来の仕事以外で雇用するための契約調整義務の創出に重点が置かれた判決であり、この点で、給付能力が低下した労働者のための従来の判例法理をさらに発展させたものと評価される（*Sebastian Verstege*, Anm. AP BGB § 241 Nr. 4）。
- (98) 重度障害者は、「その能力と知識を可能な限り完全に活用し、さらに発展させる就労」を使用者に請求する権利を有する（社会法典第 9 編 164 条 4 項 1 文 1 号）。これは、判例および学説において、「障害に適した就労請求権」と呼ばれている（BAG, Urteil v. 3.12.2002, NZA 2003, S. 1215; BAG, Urteil v. 10.5.2005, NZA 2006, S. 155; BAG, Urteil v. 4.10.2005, NZA 2006, S. 442; BAG, Urteil v. 19.8.2010, NZA 2010, S. 1443; BAG, Urteil v. 27.7.2011, AP TzBfG § 21 Nr. 9; BAG, Urteil v. 23.9.2014, NZA 2015, S. 179; BAG, Urteil v. 20.11.2014, NZA 2015, S. 931; *Patrick Mückl/Tanja Hiebert*, Anspruch auf einen leidensgerechten Arbeitsplatz - Was ist noch “zumutbar”?, NZA 2010, S. 1259; *Michael Kossens/Dirk von der Heide/Michael Maaß*, SGB IX, 4. Aufl., München 2015, S. 342f, Rn. 67, 68, 70, 71. なお、社会法典第 9 編 164 条（2018 年改正前の 81 条）4 項を障害に適した就労請求権と呼ぶものもある（BAG, Urteil v. 28.3.2009, NZA 2009, S. 954））。
- (99) *P. Mückl/T. Hiebert*, (Fn. 98), S. 1259.
- (100) BAG, Urteil v. 13.6.2006, NZA 2007, S. 91, Rn. 25.
- (101) *M. Kossens/D. von der Heide/M. Maaß*, (Fn. 98), S. 340, Rn. 59.
- (102) BAG, Urteil v. 13.8.2009, BAGE 131, S. 325.
- (103) *P. Mückl/T. Hiebert*, (Fn. 98), S. 1259 は、判例④を一般的な契約調整義務（契約調整請求権）を認めたものと評価している。
- (104) *P. Mückl/T. Hiebert*, (Fn. 98), S. 1259.
- (105) BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296.
- (106) *S. Greiner*, (Fn. 8), S. 9.
- (107) BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296, Rn. 29.
- (108) BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296, Rn. 30.
- (109) BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296, Rn. 31.
- (110) 事業所組織法 99 条に基づき、配転には事業所委員会の同意が必要とされている。
- (111) BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296, Rn. 32.
- (112) BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296, Rn. 37

- (113) BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296, Rn. 37.
- (114) BAG, Urteil v. 13.8.2009, BAGE 131, S. 325, Rn. 26; BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296, Rn. 37.
- (115) BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296, Rn. 37.
- (116) BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296, Rn. 37; BAG, Urteil v. 16.9.2008, BAGE 127, S. 353.
- (117) BAG, Urteil v. 27.8.2008, NZA 2008, S. 1410; BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296, Rn. 23.
- (118) Vgl. BAG, Urteil v. 19.5.2010, BAGE 134, S. 296.
- (119) BAG, Urteil v. 10.9.2009, BAGE 132, S. 72, Rn. 20. BAG, Urteil v. 3.7.2003, BAGE 107, S. 36, Rn. 31; BAG, Urteil v. 10.10.2002, BAGE 103, S. 111も参照
- (120) 労働契約における「債務給付の定期行為としての特質」について、下井・前掲注(9)・47頁以下参照。
- (121) これに対して、次のように批判する学説もある (S. Greiner, (Fn. 8), S. 9; R. Wank, (Fn. 18))。判例は、一致してかつ詳細な検討をすることなく契約調整義務を、民法241条2項から根拠づける。民法241条2項は、契約の相手方の権利、利益、法益を考慮するという付随義務を契約当事者に負わせるが、判例が認めた契約調整義務は、その範囲を超えている。そのため、契約調整義務の内容は、給付義務そのものに向けられたものであって、民法241条1項を根拠とする方が適切である、と指摘する。なお、民法241条1項は、債務関係における給付義務を定める規定である (前掲注(25)参照)。
- (122) S. Greiner, (Fn. 8), S. 9.
- (123) Vgl. Dagmar Kaiser, Entgelt bei Nichtzuweisung hindernisgerechter Arbeit, RdA 2015, S. 76.
- (124) R. Wank, (Fn. 18).