

〔資料〕

ドイツにおける労働時間法に関する最近の判例（2）

－時間外労働・労働契約上の労働時間について－

Neuere Rechtsprechungen über das Arbeitszeitrecht in der Bundesrepublik Deutschland (2)
-Über Überstunden・arbeitsvertragliche Arbeitszeit-

小俣 勝治
OMATA Katsuji

青森中央学院大学経営法学部

アブストラクト

ドイツにおける労働契約上の労働時間とりわけ所定時間を超えて労働する場合の超過時間（＝時間外労働）の報酬請求権の成否について、労働時間口座制と信頼労働時間制などを扱った BAG（連邦労働裁判所）の判例を材料に、どのような法的（司法的）規制が及んでいるかを探求する。先ず、最近のこの問題に関する重要判決を「対象判決」として選んで紹介する。次に、当該判決が引用する重要判決を「引用判決」として簡略に紹介する。さらに、引用判決が引用する重要判決を「関連判決」として紹介する。最後に、それらの判断枠組を抽出する。これらによって、ドイツの超過時間＝時間外労働に対する報酬請求権の成否に関する基本枠組を呈示する。

一 はじめに

労働関係では被用者(労働者)の債務とされる給付は周期的に（私生活の自由時間との交代を繰り返して）のみ活性化される。被用者の給付義務は「時間単位」に基づいて測定されると同時に、給付義務の存在する時間を給付義務の存在しない時間から分離する。したがって労働時間は第一に、給付関連機能を有する。労働時間は無限に存在する被用者の給付義務を限定する機能を有する。労働時間法上許容される最長（限度）時間が定められる場合もそうである¹。この部分の規制をするのが保護法（公法）としての労働時間法上の労働時間である。他方で、「合意された労働時間」によって被用者は具体的労働関係における自己の労働力の価値を知る。労働給付の価値は、同じ月例給与の額であっても所定労働時間が週 35 時間であるか週 48 時間であるかによって、大幅に異なる。したがって、労働給付の価値を測

¹ Martin Franzen, Entkoppelung der Arbeitszeit vom Arbeitsentgelt. RdA. 2014, S. 1

定するには、構造上必然的にそれに応じた時間単位を必要とする²。これがいわゆる労働契約上の労働時間と言えよう。

個別労働者の労働時間は日本では就業規則の絶対的必要記載事項であるため就業規則の定めを基準に判断できるのに対し、ドイツでは一般的労働条件（約款）に依拠するケースは多いものの、個別契約（書）を交わすのが通例である。契約で明示する場合はそれによっても、明示しない場合や口頭契約などではっきりしない場合は、事業所の通常の労働時間が約定されたとみなされる。時間外労働の報酬を請求する場合でも、先ず当該労働者の所定労働時間＝原則労働時間に対する月例給与としての原則的報酬が確定される。これを超える労働としての時間外労働に対する報酬は別途判断される。

この意味での時間外労働についてはドイツ語では *Überstunden*（超過時間）が用いられる。これは、契約で合意した労働時間又は協約法上の通常の労働時間を超える労働時間であって上司によって指令または甘受されたものが対象となる。超過時間は、契約上の労働時間を超える労働時間の報酬に関する協約上または事業所の諸規定に関係する。これに対し、日々の最長労働時間の 8 時間を超えかつ 24 週間以内に調整されねばならないところの *Mehrarbeit*（過剰労働）は労働時間法上の概念である。過剰労働は労働時間法上の問題にのみ関連し報酬には関係しない。（ただし、実務や判決でも厳密な使い分けをしていないケースもあるが、本稿では文言通りにそのまま訳している。）公法としての労働時間法上は深夜労働を除くと、日本のような時間外に対する割増手当の規定も存在しない。本稿では超過時間の報酬に関する問題を取り扱う。

先ず、対象判決³を紹介する。そして、判決理由において引用されている判決（引用判決と呼ぶ。）を検討する。場合によってはさらに引用判決が引用する判決（ここでは、関連判決と呼ぶ。）を参考にした。このようにして、対象判決の全体像を明らかにしつつ、概ねドイツの時間外労働に対する報酬（賃金ないし割増手当）に関する状況を知ることにした。

なお、ドイツ労働法の諸法規についての翻訳は、最近刊行された法令集⁴を参照して頂くこととして、本稿では原則的には法規のタイトルのみを記すこととした。

² Franzen.a.a.O（注 1）.S.2

³ BAG Urteil vom 26.6.2019,5 AZR 452/18,NZA 2019,S.1361（Pressemitteilung Nr.27/19 vom 26.6.2019）その選択に当たっては、Erwin Salamon/Greta Grffy,Die Vergütung von Überstunden im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des BAG,NZA 2020,S.159ff.を参考にした。

⁴ 独立行政法人 労働政策研究・研修機構 JILPT 資料シリーズ No.225（2020 年 3 月）（山本陽大他）『現代ドイツ労働法令集 I・II』

二 対象判決

【事実】

当事者の労働関係には中央事業所協定（GB=Gesamtbetriebsvereinbarung）の形式で締結されたサービス産業労働組合の就労者のための一般的労働条件（AAB=Allgemeine Arbeitsbedingungen—以下では「本件 AAB」と記す。）が流動的に適用される。本件 AAB10 条（超過時間と時間手当）の 3 項では、5 項の労働組合役員を除いて、就労者には超過時間、土曜日・日曜日労働、祝日労働及び深夜労働には 30%の割増率が規定されている。同 4 項でその調整は自由時間（職務免除）方式がとられると規定されている。そして同 5 項において労働組合役員については、3 項の原則から除外され「通常の過剰労働」等について暦年で 9 労働日の調整日が規定され、それ以外の超過時間が発生しても賃金面には反映しない仕組みがとられていた。（その意味では定額報酬）

2003 年 1 月から労働組合の役員（Gewerkschaftssekretär）として通常の（所定）週労働時間が 35 時間（5.542 ユーロの月例給与）で働いている原告が、2015 年 10 月からの数か月間別の職務も担当させられた結果（タイムカードには日々の労働時間、月の目標時間、実施された労働時間及びその差額分が計上されて、取締役等の署名がなされる。）、多数の超過時間が発生した。しかし、上記の規定通りの対応であったため、この分の超過時間（255, 77 時間）に対する報酬（9.345,84 ユーロ）を請求した事件である。

【判旨】

II 原告の理解によれば本件 AAB10 条 5 項は本件 AAB10 条 3 項 a 号の超過時間手当のみに関わる。要求されている 9 日の調整日の時間価値（63 時間－筆者）を超える 255, 77 の超過時間については、計算上 30%の、つまり 76, 73 時間の（時間－）手当が発生する。原告はその法的見解に対応して一貫して彼によって主張された超過時間の給付に対する（基本）報酬のみを要求しているのであって、本件 AAB10 条 3 項において規定されている（時間－）手当【加給】を請求しているのではない。（第 14 段）

III 1. a) 1. しかしながら、原告が超過時間の報酬に対する請求権を本件 AAB10 条 4 項に依拠することができないことは、州労働裁判所が正しくも承認している。このことは本件 AAB10 条 3 項ないし 5 項の解釈から生ずる⁵。（16 段）

超過時間の報酬に関する基本規範は、就労者が指令（anordnen）されて給付した超過時間に対して、一定の仕方で（「プラス 30%」）記録（請求書）が作成されるべきとの規定を有する本件 AAB10 条 3 項である。したがって、各超過時間について 1 時間と 18 分の自由時間の調整となる。（第 17 段）

c)この「原則事例」からは、本件 AAB10 条 5 項の諸前提（条件）を充足する労働組合役員は除外される。彼らは証明に基づいて清算された（Spitzabrechnen）自由時間調整（または相

⁵ 事業所協定の解釈原則について、BAG 23.10.2018 – 1ABR 10/17-Rn.26（openJur 2019, 453）（引用判決①）

当の金額)に代わって、超過時間について暦年で9日の調整日の形式での定額の(包括的)報酬(pauschale Vergütung)を受け取る。(19段)

2. しかし本件 AAB10 条 5 項は無効である。(21 段)

a) 本件 AAB においては ver.di-連邦の理事会と ver.di の中央事業所委員会との間の中央事業所協定が問題となる⁶。そこに含まれた規範(事業所組織法 77 条 4 項 1 文=直接的・強行的効力)は確定性と規範明確性の要請を満足させなければならない⁷。そうでなければこれらは無効である⁸。本件 AAB10 条 5 項に列举された人的範囲は 4 項の適用範囲から除外されかつこの人的範囲では超過時間の報酬にあたって証明に基づく清算が妨げられるので、5 項の適用範囲は事業所組織法上の規範から明確に生じるものでなければならない。当該規範の下にある被用者は自分らが実際の給付に基づいて算定された 3 項に基づく超過時間の報酬に対する請求権を有するか又は 5 項に基づき定額の報酬に対する請求が示唆されるか否かを困難なく認識できなければならない。(22 段)

b) 本件 AAB10 条 5 項はこれらの要求を充足しない。(23 段)

aa) 事業所当事者の規律権能(資格)は内部的な制約に服している。BGB310 条 4 項 1 文(=適用除外)によれば、なるほど事業所協定には BGB305 条以下の基準での内容コントロール(規制)はなされない⁹。しかしながら、事業所の当事者はその事業所協定の締結に当たっては事業所組織法 75 条 1 項、2 項 1 文に基づき「法と衡平の原則」に拘束されており¹⁰、かつ基本法 3 条 1 項に起源を有する事業所組織法上のこの「平等取り扱い原則」を尊重しなければならない¹¹。この原則は、比較可能な事態にある人の平等取り扱いを確かなものとしかつ平等に反するグループの形成を排除することを目標にしている。ある規範名宛人のグループが他の規範名宛人[のグループ]との比較において異なっており扱われる場合であつ

⁶ 中央事業所協定の合法性について BAG 10.12.2013-1ABR39/12—Rn.44 (lexetius.com/2013, 5966) (引用判決②)

⁷ BAG 26.5.2009 – 1ABR 12/08 – Rn.17 (lexetius.com/209, 2568) (引用判決③), BAG 11.12.2018 – 1ABR 12/17-Rn.18 (openJur 2020, 82582) (引用判決④), 労働協約の規範明白性の要請には BAG 12.3.2019 – 1AZR 307/17- Rn.38 (openJur 2019, 42191) (引用判決⑤)。

⁸ BAG 30.1.2019 – 5AZR 450/17 – Rn.85 (lexetius.com/2011, 4686) (引用判決⑥)

⁹ 約款による超過時間の定額報酬について、BAG 16.5.2012 – 5 AZR 331/11 – Rn.20ff. (lexetius.com/2012, 2983) (引用判決⑦)

¹⁰ BAG 12.4.2011 – 1 AZR412/09-Rn.20. (lexetius.com/2011, 3683) (引用判決⑧), BAG 7.7.2011 – 1AZR 807/09-Rn.36. (lexetius.com/ 2011, 4686) (引用判決⑨) 基本法によって保障された自由権の維持については、BAG 30.1.2019-5AZR 450/17- Rn.71. (openJur 2020, 82540) (引用判決⑩)

¹¹ BAG 15.5.2018 – 1AZR 20/17-Rn.10mwN (openJur 2019, 395) (引用判決⑪)

て、しかも両グループ間には、不平等な取扱いを正当化しうるほどのその種類及び重要度の差異が存在しない場合には、平等取扱い原則は人格関連の (personenbezogen) 不平等取扱いの故に侵害されている¹²。(27 段)

bb) 上記の基準で判定すると、「通常」超過時間を給付する被用者にあつては定額の報酬、そして「非通常 (不規則に)」超過時間を給付する被用者にあつては「証拠に基づく算定」という超過時間の相異なる報酬(の決定の仕方)—は、使用者が、本件 AAB10 条 5 項におけるように上限 [規程] が存在しないがゆえに、一時的に異常に高い超過時間数にもかかわらず明らかに具体的に算定された超過時間報酬を下回る定額の額の支払いのみをその被用者に対して債務として負い、かつ被用者が異常に高い超過時間数の大部分を自由時間の支給によって調整する可能性を実際上有しない場合には、事業所組織法上の平等取扱い原則に反する。超過時間給付の通常 (規則)性は一どのような場合に具体的に「通常」(規則的に)発生する超過時間から出発するかにかかわらず—有用な区別基準ではない。なぜなら、超過時間の異常に高い発生はいずれにしても通常 (規則) 性の枠外のことであるからである。(28 段)

cc)被告においては労働組合の秘書は一原告のように一原則としてその労働時間を自由に配分できることはこのことを何ら変更するものではない。(29 段)

30 (1) 原告は日々の労働時間の開始と終了をコントロールを受けずに原則として自ら決定することができかつ信頼労働時間において就労している¹³。(30 段)

(2) にもかかわらず、信頼労働時間は、被用者の過剰労働から生ずる時間預金の弁済を排除するものでもないしまた超過時間の報酬に対する請求権が一般的に存在しないであろうことを意味するものでもない。もし被用者が使用者によって割り当てられた労働の範囲 (量) によっては、もはや「超過時間」を日々の労働時間の開始と終了の自己決定による「調整」が容易にはできないとするならば、これらの超過時間は一労働時間の口座に貸方記入されない限り—BGB611 条 1 項、611a 条 2 項により、または一明示的な報酬の協定が存在しない場合には—BGB612 条 1 項により報酬を受けなければならない。(31 段)

(3) したがって信頼労働時間は、「通常の」超過時間を給付する労働組合の役員における場合と超過時間を「通常は」給付しない労働組合の役員における場合とでの超過時間の不平等な報酬を、前者の場合の超過時間が信頼労働時間を通じて、「異常な」超過時間の発生を阻止することができるであろう場合には、正当化することができる。しかしそのために被告は、一まさに過度の負担の時期に一原告のような労働組合役員がいうに値するほどの超過時間

¹² BAG 26.4.2016 – 1AZR 435/14 – Rn.21 mwN (lexetius.com/2016, 2506) (引用判決⑫)

¹³ 信頼労働時間の概念については、例えば、BAG 23.9.2015 – 5AZR 767/13 – Rn.31, (lexetius.com/2015, 4428) (引用判決⑬) BAG 15.5.2013 – 10AZR 325/12-Rn.26 (lexetius.com/2013, 2953) (引用判決⑭)

を支払われた自由時間によって「回避すること」ができることそしてそれはどのようにしてか、および、そのためにいかなる規定がそこに存在するかを記載してはいない。そのような申述は被告にはすでに以下の理由により可能ではない、すなわち、被告は原告のような労働組合の役員にあっては、労働時間法 16 条 2 項（労働時間記録義務）に反して、同法 3 条 1 項（1 日 8 時間）を超える労働時間を記載していないからである¹⁴。したがって被告は、訴訟物の超過時間が完全に又は一部今後原告によってその労働の配分を通じて調整されるであろうことまたは調整されうることに依拠しない。（32 段）

IV 訴えがいかなる額において理由づけられているかは当部が終局的に判断することはできない。（36 段）

1・・・原告が信頼労働時間で就労したことは、超過時間報酬に対する請求権を排除しない。客観的な報酬の期待の存在は、被告の見解に反して問題とならない。BGB612 条（報酬）1 項は、そのような労働契約上もポジティブにもまたネガティブにも規律していない場合のみ、引き合いに出されうる。本件ではそれにもかかわらず、事業所組織法 77 条 4 項 1 文による本件 AAB の直律的・強行的効力を害することなく一労働契約において本件 AAB に対する流動的な関連付けによって、超過時間の報酬がポジティブに規律されている。（37 段）

2. 原告は要求された超過時間の給付を十分に説明している。（38 段）

a)超過時間訴訟では、一通常の労働時間における実際に給付された労働の報酬に対する訴訟におけるとは異なり、二段階の（abgestufte）説明・証明責任〔第一段階では状況証拠による証明も許されるが、第二段階ではこれに対する厳格な反証が要求される。〕が適用される¹⁵。その際被用者は説明の第一段階では、いかなる日に原告が何時から何時まで労働を提供しまたは使用者の指示に基づいて労働の準備したことを申し述べることによってその申述責任を果たしている。この申述に対して〔第二段階として〕使用者は実証的に反証しなければならずかつ個別の場合において使用者はいかなる労働を被用者に割り当てかついかなる日に被用者が何時から何時までこの指示に従った一従わなかったことを申述しなければならない。使用者が申述しないかまたは実証的に反論しない場合には、被用者によって申述された労働時間が承認されたとみなされる。（39 段）

b)本件事案では、原告は、争いのある期間において被告の指示に基づいてかつ被告によって設置された（電子）時間記録シートにおいてなされ、しかも地区の取締役またはその代理人によって記録されたその労働時間証明に基礎をおいている。このような種類の時間把握にあっては使用者はその記録に署名することでそこから生ずる超過時間の給付をまずもって

¹⁴ 記録義務に関して BAG 6.5.2003 – 1ABR 13/02 (lexetius.com/2003, 2171) (引用判決⑮),最近では EuGH 14.5.2019 – C-55/18- [CCOO] Rn.40ff. (ECLI:EU:C:2019:402) (引用判決⑯)

¹⁵ 二段階の説明および証明責任については BAG18. 4.2012 – 5AZR 248/11 (引用判決⑰),BAG 16.5.2012-5AZR 347/11 (lexetius.com/2012, 2486) (引用判決⑱)

争いのないものとする。使用者によって記録された労働時間が被用者によって実際には書き留められていたようには給付されなかったとの証明をなすほど超過時間の訴訟において通常使用者は妨げられるものではない。しかるに被用者はそのような事例においては、彼が訴答書面で使用者によって記録された労働時間並びにそこから生ずる差額を例証することによってすでに、彼に超過時間訴訟において課された超過時間の給付に対する説明（証明）責任を十分に果たしている。この申述に対して使用者は第２段階の（加重された）説明責任の枠内で、いかなる理由に基づいてかついかなる範囲において、使用者によってまたは使用者のために行動する当該被用者の上司によって記録された労働時間が給付されていなかったことまたは主張されている差額が具体的に説明されるべき自由時間の調整によって減殺されていることを反証しなければならない。（40 段）

三 引用判決並びに関連判決

1. 規範確定性及び規範明確性の要請

1) (引用判決③) (注 7 参照) 中央事業所協定の合法性について

【事実】

複数の事業（所）を有する被告が赤字経営の関係事業所の一部譲渡後、残余部門も休業となり社会計画の策定に至ったが中央事業所委員会との妥結に至らず仲裁委員会の裁定による処理となった。これに反対する事業所委員会がその裁定の無効を求めた事案である。

【判旨】

a) 本件社会計画は、事業所組織法 112 条(事業所変更に関する利益調整、社会計画)1 項 2 文に基づき、被用者にある計画されたまたは既に実施された事業所変更の結果として発生する【であろう】、および、【既に】発生している経済的不利益の調整（補整）又は緩和に関する事業所当事者の合意である。これは事業所組織法 112 条 1 項 3 文に基づき同法 77 条 4 項の意味の事業所協定の効力を有する。それに応じて事業所の仲裁委員会は社会計画の策定に関して、事業所組織法 112 条 4 項 1, 2 文に基づき、それが被用者の経済的不利益の調整または緩和を同法 77 条 4 項で確定する諸規律を行った場合に初めて、決定したことになる。（19 段）

このことは、決定された不利益の調整又は緩和がいかなる厳密な範囲を有するかが、本件仲裁委員会の裁定から（そして相応の解釈に従い）一義的に推定されることが前提になっている。規範的な規定は法治国家の確定性の要請に服している。規範的規定が被用者の経済的不利益を事業所組織法 112 条 1 項 2 文に基づき調整ないし緩和しようとするならば、その基礎において調整ないし緩和の額を解釈によって厳格に確定することが可能とならなければならない。この関連においては、諸規定がいかなる範囲を画定するのか、それがしたがって少なくとも不利益の緩和を予定しているかまたはそれに代わって使用者の給付義務から完全に免れるかは、問題とならない。諸規定はその限りにおいて主に一義的な規定をなすことのみを行わなければならない。当該の規定が明確な内容確定を許さない場合はそれはそ

の目標を失いかつ規範的には無効となる。事業所組織法 112 条 1 項 2, 3 文、4 項 1 文の意味における社会計画は、そうならば策定されない。(20 段)

2)引用判決⑤（注 7 参照）協約規範における規範明確性の要請について

【事実】

（協約）本件 MTV アカデミカー

「第 5 条 労働時間

4. 57 歳の年齢を満了した職員は事業所の必要性を考慮して支給される（有給の）高齢者自由（職務免除）時間を請求できる。その付与に当たっては使用者によって事業所における一般規定が有意義に職員の職務配置（Aufgabenstellung）の考慮の下に適用されるべきである。
- 5・・・4 号による高齢者自由時間に関する規定は「高齢者パートタイム労働関係の合意（協定）がある場合には適用されない。」（3 文）

GBV（中央事業所協定）

「6. 高齢者における負担軽減・高齢者自由時間

高齢者自由時間の利用には化学産業における大学教育を受けた職員のためのその時々妥当する起草（文言）が適用される。5 条 4 項の当時妥当する起草によれば、57 歳を満了した監督的職員は有給の高齢者自由時間の請求権を有する。監督的職員はこれを事業所の必要を顧慮して請求することができる。このことは「パートタイム合意」がなされていなかった限りにおいて、適用される。」

これらの規定により高齢者自由（職務免除）時間の適用を除外された原告は、労働協約上適用除外されているのは「法律に基づく」高齢者パートタイム就労者だけであって、原告のように「合意に基づく」パートタイム就労者は時間比率に従った高齢者自由時間を付与されるべきと主張した事案である。

【判旨】

II. 1. 本件 MTV アカデミカー 5 条 4 号 1 文【原則規定】に基づき原告は 2016 年以降は高齢者自由時間の付与を請求することができる。(20 段)

- a) 本件 MTV アカデミカーは労働契約上の引照に基づき原告の労働関係に適用される。

(21 段)

b) 本件 MTV アカデミカー 5 条 4 号 1 文は、「満 57 歳を満了した諸君は事業所の必要を考慮して有給の高齢者自由時間を請求できる。」と規定する。この請求の要件を原告は満たしている。原告は 2015 年 12 月に、満 57 歳を満了した。(22 段)

c) 本件 MTV アカデミカー 5 条 4 号 1 文は基本的に（dem Grunde nach）高齢者自由時間の請求権を付与する。

2. 原告のパートタイム就労は高齢者自由時間の請求権に何ら対立するものではない。(27 段)

- a) 本件 MTV アカデミカー 5 条 4 号 1 文は本件 MTV アカデミカーに該当する職員のすべて

に高齢者自由時間の請求権を付与する。本件のように、パートタイムで就労している職員であって何ら高齢者パートタイム労働関係を締結していない者は、有給の高齢者自由時間の請求権から除外されない。(28 段)

bb) 体系性がこの理解を支持する。本件 MTV アカデミカー5 条 5 号第 3 文【例外規定】によれば、高齢者パートタイム法の諸規定に基づいて高齢者パートタイム労働関係を締結する職員は、(本件労働協約による) 高齢者自由時間の付与から明らかに除外されている。高齢者パートタイム法の諸規定に基づいて締結された高齢者パートタイム労働関係は、被用者がそれに基づいて高齢者年金の利用の可能性に至るまで従来の週労働時間が「均等に―筆者」半分に短縮される協定を使用者と結ぶことを要求している。(高齢者パートタイム法 2 条 1 項 2 号参照) 本件 MTV アカデミカー5 条 5 号 3 文【例外規定】が高齢者パートタイム労働関係の合意にのみ結びついているので、その削減された労働時間は高齢者パートタイムの全期間中において相異なっており(特にブロックモデルにおいて)ではなく、均等に(gleichmäßig)に配分される被用者もまたこれによって把握される。パートタイム就労の職員が本件 MTV アカデミカー5 条 4 号 1 文【原則規定】に該当しないはずであるならば、その種の規律(5 条 5 号 3 文)は必要なかったであろう。そこに存在する、パートタイム被用者の様々なグループの相異なる取扱いが高齢者パートタイム関係の特殊性を直視すると正当化されるか否かは、本件では判断する必要はない。(30 段)

b) 本件 GBV 6 号後項 4 文からは何の反論も生じない。その規定は事業所組織法 77 条 3 項 1 文に対する違反を理由に無効である。(31 段)

dd) 本件 MTV アカデミカー5 条 4 号 2 文(事業所における一般的規定の適用)が事業所の当事者に、高齢者自由時間を規律対象とする補完的事業所協定を締結する権能を容認するか否かは、そのままにしてよい。当該規定が事業所組織法 77 条 3 項 2 文の意味の協約開放条項を内包すると仮定する場合でさえ、本件 GBV 6 号後項 4 文において内包されている高齢者自由時間の請求権からのパートタイム就労者の排除はこの条項によって把握されない。本件 MTV アカデミカー5 条 4 号 2 文は、高齢者自由時間の形成についてより詳細な規定を可能とするだけであって、基本的に請求権の資格のある人的範囲を協約の基準から逸脱して確定することを可能にするものではない。(35 段)

(3) 本件 MTV アカデミカー5 条 4 号 2 文において事業所の当事者に更なる規律の権能の認容に対して規範明確性の要請が反対する。労働協約の当事者が事業所組織法 77 条 3 項 2 文に基づき事業所の当事者に単に協約上の事項を補完するだけでなく、さらにこれから逸脱する規律権能を容認しようと欲するならば、これは要請された明確性によってなされなければならない。事業所の当事者がその法定立の枠内において労働協約において確定した条件を変更することが許されることが協約規範から十分に明確に生じる必要がある。(38 段)

ee) 業所組織法 87 条 1 項は高齢者自由時間について請求の資格を有する職員の範囲について逸脱する規定に対する事業所組織法 77 条 3 項 1 文から生ずる遮断効に対立していない。被告は本件 MTV アカデミカーに拘束されているので、事業所組織法 87 条 1 項導入文の意

味における強行的協約上の規律（協約が存在しない限りでの共同決定）が存在する。（39 段）

2 事業所協定に対する「法と衡平の原則」によるコントロール

1）（引用判決⑧）（注 10 参照）支払期日[在籍]条項と「法と衡平の原則」

【事実】

可變的報酬〔Variable Erfolgsvergütung〕に関する事業所協定（BV VE）8 条【例外】には、「可變的成功報酬は、従業員が 1 年以内に解雇によって離職した場合又は支給日までに労働関係が解約された場合には、支給されない。定年到達又は早期退職による退職の場合並びに母性保護・育児休暇及び生業不能の場合の退職ではそれは期間に応じて支給される。」と定められている(11 段)

【判旨】

bb)事業所組織法 88 条（任意の事業所協定）から生ずる事業所当事者の規律権能は内部的制約のもとにある。BGB310 条（適用範囲）4 項によれば、なるほど事業所協定には BGB305 条以下の基準による内容コントロールは行われない。しかるに事業所の当事者はその協定の締結に当たり事業所組織法 75 条（事業所所属者の取り扱い原則）1 項、2 項 1 文に基づき「法と衡平の原則」に拘束され、同時に基本法によって保護される自由権の行使を義務付けられている。これには基本法 12 条 1 項により保護される被用者の「職業の自由」が含まれる。（25 段）

cc)BGB611 条（雇用契約における契約に典型的な義務）1 項に基づき、先履行の義務のある（vorleistungsverpflichtet）被用者が自分の側において義務となっている労働給付を提供した限りにおいて、使用者は合意された反対給付の提供を義務付けられている。したがって既に稼いだ賃金の支払いはそれ以外の目的の履行に係らしめられない。この法律上の評価は事業所の当事者をも拘束する。（26 段）

(2)個人の目標達成と企業の成功に依存する報酬の構成要素は、使用者の動機又は期日に関連付けられた特別手当（Sonderzuwendungen）ではなく、被用者が合意された期間について労働報酬として受け取る場所の、その被用者によって提供されるべき給付に対する直接的な反対給付である。……（30 段）

(3) 本件 BV VE による可變的な成功報酬に対する請求権は月々の給付（業績）期間（Leistungszeitraum）の経過とともに成立する。それは個々の月において持ち分に応じて報酬を受ける（anteilig verdient）が、しかし貯めておきそして合意された満期期日に支払われる。このことは可變的成功報酬を契約上の双務契約へ取り込むこと並びに本件 BV 8 条 1 項、3 項における早期退職及び年次途中の入社の特定の事例についての規定から、生ずる。これらの事例においては事業所の当事者は明示的に「時間に応じて pro rata temporis」請求権の成立を確定している。（31 段）

(4) 既に提供された労働給付に対して成立した労働報酬請求権は、事業所の当事者によって業績関連期間経過後のある期日に解約されていない労働関係の存在を解除条件の下に

置くことはできない。(32 段)

・BGB611 条 1 項によれば使用者は役務付与者として合意された報酬の供与を義務付けられている。被用者は自分の側において債務となっている給付を完全に提供した場合には、使用者によって約束された反対給付について処分しその生活形成をそれに合わせるができるというべきである。この原則は単に元来の基本報酬についてのみ妥当するのではなく、同程度に双務契約に取り込まれた諸給付を呈示する特別の報酬要素についても妥当する。これに関しては、報酬請求権が月々発生するか、より長い算定期間に結びつくかまたは労働給付が一定の業績の成功に依存しているかも重要ではない。被用者がその労働によって稼いだ (verdienst) 反対給付を、彼がその労働報酬を就労によって稼いできたその期間を超えて当該企業に所属している場合にのみ保持することが許されると規定する法律上の例外要件 [事実] は存在しない。事業所の当事者は、被用者の労働給付に依存せしめられている報酬の構成要素についての規定をなす場合には、法の定立に当たって事業所組織法 75 条 1 項、2 項に基づきこの価値評価を尊重しなければならない。本件 BVVE8 条 1 項 1 文後段の期日規定はこのことを正しく評価していない。この規定は、これによって、先履行義務者の原告が当該業務年の経過後ではあるがしかし、可變的成功報酬の支払い期日前にその労働関係を自ら解約した場合はその原告は反対給付請求権を遡及的に奪われるとされる解除条件にその効果において相当する。(33 段)

2)引用判決⑩ (注 11 参照) 社会計画の補償金と平等取り扱い原則

【事実】

休業に基づく本件社会計画での補償金の算定が [勤続年数×税込み基本給] で行われるところ、たまたま親時間【育児期間一ただし、週 30 時間以内のパート就労は可能】に当たっていたため、フルタイム時の基本給 (6.050, 00 ユーロ) ではなく親時間パート就労に対する月例給与 (1.636, 27 ユーロ) を算定基礎として計算された 39.792, 98 ユーロのみが支払われた。これに対して原告がフルタイム時の基本給で算定すべきとして、その残額 73.742, 02 ユーロを請求した事案である。

【判旨】

・社会計画は当部の恒常的判例によれば、将来に関連付けられた調整機能及び架橋機能を有している。社会計画において予定されている給付は過去において提供された役務に対する追加的な賃金ではなく、事業所変更によって被用者に発生しうる将来の不利益を調整すべきものである。それは裁判所による適法性コントロールに服する、そしてそれらが「事業所組織法上の平等取り扱い原則」のようなより高次の法に合致しうるかどうかについて審査を受けなければならない。(10 段)

・本件基本社会計画は補償金の基礎として「2015 年 2 月分の税込月例基本給与 (固定給)」と定めており (それ) 以外の報酬要素を考慮外においている。この規定は評価基準月 (Referenzmonat) において実際に給付された報酬に着目せず労働契約上の約定に着目する。

「税込み月例基本給与」の概念は当該月に被用者に契約上帰属すべき報酬を意味する。事業所の当事者は、評価基準月の具体的な労働関係の遂行に依存する個々の報酬要素（「諸手当、特別賃金、プレミアム、可変的割当分及びボーナスを除く」として）を社会計画から除外している。このようにして、補償金の額は給付されるべき賃金に関する評価基準月の「偶然」によって決定されることが防止される。事業所の当事者が本件基本社会計画において契約上合意された税込み月例基本給与に着目するのは、この目標設定に合致している。…(16段)

・自動的にその後に引き続く元来の労働義務の「復活 (Aufleben)」を伴いつつも、親時間の期間中にパートタイム就労が行われる場合には、BEEG (親時間法) 15 条 5 項 2 文に基づくパートタイム就労を基礎として合意された評価基準月の税込み月例基本給与が基本補償金算定のための基準となる、というような本件基本社会計画の規定の理解は、法律に合致した解釈をもたらさない。それは、請求された親時間中当該の使用の下で生業活動しないことから労働契約上合意された税込み月例基本給与が補償金算定のための基準となる被用者と、親時間中パートタイムに従事するために BEEG 15 条 5 項 2 文により合意に基づくパートタイム賃金とその基準となる被用者との間に客観的に正当化されない差別を生み出すからである。(19 段)

3 超過時間規定と約款規制—内容コントロール

1) 引用判決⑦ (注 9 参照)

【判旨】

2. 本件超過時間の報酬に関する定額 (包括) 協定 (Pauschalabrede) = 「月に発生する最初の 20 超過時間は『それ [合意された報酬] に含まれている』」は、口頭労働契約の有効な構成要素になった。この条項は BGB305c 条 1 項の「不意打ち的」ではなく、かつ十分に「透明性」のあるものである (BGB307 条 3 項 2 文)。それは広範囲の内容コントロールに服さない (BGB307 条 3 項 1 文)。(11 段)

a) 被告は職員部門 (Angestelltenbereich) ではすべての常に口頭のみで締結された労働契約において、その時々合意された月々の給与の中には月の最初の 20 超過時間は「そこに含まれて」いることを約定している。ここには約款 (BGB305 条 1 項 1 文) が存在する。当該条項は被告によって労働契約の多数について事前に方式化されており、被用者には口頭の労働契約の締結にあたって一方的に提示される。(12 段) この条項が BGB305 条 1 項 3 文の「商議 (aushandelt)」されているとの拠点は存在しない。被告は、原告に訴訟物の条項に対する影響付けの可能性が容認されていることを申し述べなかった。(13 段) 書面による労働契約の欠如は約款承認を排除しない (BGB305 条 1 項 2 文)。口頭によるもの又は事業所慣行により創設された契約条件であって使用者が多数の労働関係のために利用するものもまた、約款である。(14 段)

b) 本件条項は BGB305c 条 1 項の意味で不意打ち的ではなくかつ契約の要素となる。(15 段)

aa) BGB305c 条 1 項によれば、約款における規定であって、諸事情に従い特に契約の外観

的な現象に従い、約款利用者の契約の相手方がその諸規定を計算に入れる必要のないほどに異常なものは、契約要素にはならない。これは異常な条項であってそれを被用者は主観的に決して考慮に入れる必要がないものを客観的に前提にしている。(16 段)

bb)これらの要件により判定すると、それに基づき月例(基本)給与が月の最初の 20 超過時間は「それに含まれて」いるとの条項は、BGB305c 条の意味における不意打ち的ではない。

(17 段) 本件条項は異常ではない。使用者が超過時間を包括的に支弁するよう試みることは労働契約では広く普及している。それを証明するのは多数の裁判所の判決だけでなく、文献における契約形成に関する多くの提案および書式例がある。契約交渉にあたって又は採用面接において、本件条項が被告によって予期せぬ箇所に収められたと、例えば、「報酬(賃金)」のテーマと何らの関連もなくそうされたことを原告は主張しなかった。(18 段) 原告は、諸事情からこの種の条項を合理的な仕方では考慮に入れる必要のないものとするその事情を何ら提示しなかった。重要な契約内容が「ついでに」という風にのみ聞き知る、原告によって恐れられた危険だけでは、不意打ち効果又は騙し効果には十分ではない。そうでなければ口頭の約款は常に不意打ち的でありかつ決して契約の要素とはなりえない。そのことは BGB305 条(約款の契約への採用) 1 項 2 文に違反する。同条は、約款は口頭の契約において含まれうることから出発する。(19 段)

c)訴訟物の条項は十分な透明性の欠如により無効ではない (BGB307 条 3 項 2 文)。(20 段)

aa)連邦労働裁判所の恒常的判例によれば、超過時間の定額報酬を規定する条項は、労働契約自体から、いかなる労働給付がいかなる時間的範囲において被告によって把握されるべきかが明らかになる場合にのみ明確でありかつ理解されやすい。被用者は契約締結の段階において、場合によっては「それが問題となる」ことそしていかなる給付を彼が合意された報酬について最大限提供しなければならないかを知っていなければならない。(21 段)

d)訴訟物である本件条項はこれ以上の内容コントロールのもとに置かれていない (BGB307 条 3 項 1 文)。(24 段)

aa)この規定によれば、約款の規定が法律の規定 (Rechtsvorschriften) から逸脱しまたはこれを補充する諸規律が合意された場合にのみ、約款における規定は無制限の内容コントロールに服している。これには、当事者によって債務とされた契約の給付の範囲を画定する諸条項は含まれない。労働関係においてはそれは特に労働給付と労働報酬である。BGB305 条以下を通じて「正当な」価格を確定することは裁判所の任務ではない。(25 段)

bb)合意された月例報酬において最初の 20 超過時間が「そこに含まれている」との条項は、この超過時間の給付(の履行)のための使用者の指令権能を同時に規律するのではなく、この超過時間の(一緒に)報酬のみにかかわる。この条項は、被用者によって提供された労働給付に対する使用者の反対給付のみにかかわる主要給付の合意である。連邦労働裁判所によって従来未解決のままにされている問題、超過時間の定額報酬を超過時間の指令に関する使用者の権能に関する合意と結びつける条項がコントロールできる価格協定であるかどうかは、本件では何らの決定をも必要としない。(26 段)

2) 引用判決⑦－関連判決①¹⁶ 約款規制、超過時間定額賃金条項
(Überstundenpauschalierungsabrede)

【事実】

本件労働契約 2 条 5 項には「超過時間は、これが関連する『業務（職務）記述書 Tätigkeitsbeschreibung』に基づき契約上債務とされる給付の履行のために必要である限り、給付しなければならない。」と定められていた。本件労働契約 3 条 2 項には、「被用者はその業務について、3000,00 ユーロの月例税込給与を受け取る。この税込給与は週 45 労働時間に関連する。そのうち 38 標準時間と 7 過剰時間がある。過剰労働時間は経営〔事業〕上の必要があるときはいつでも全部または一部分削減されかつ清算されうる。3 条 3 項には上述の報酬で必要な被用者の超過時間は一緒に支弁されている。…」と定められていた。

【判旨】

本件労働契約 3 条 3 項において規律されている超過時間の定額（包括的）弁済は十分な透明性の欠如ゆえに無効である。(15 段)

aa) 本件で争われているような規定が当事者の主要義務に関係することから出発するならば、その規定は BGB307 条 3 項 2 文に基づき BGB307 条 1 項 2 文による透明性(Transparenz)のコントロールに服している。これによれば、条件が不明確で理解できないものであることから、約款の無効を導く不相当な不利益取扱いが生じ得る。この透明性の要請は確定性(Bestimmtheit)の要請を含む。これによれば構成要件的な条件(要件)と法律効果は、利用者のためにいかなる不相当な(ungerechtfertigt)判断領域も成立することがないほどに厳格に記述されなければならない。透明性の要請は、条項の利用者の契約の相手方が現存の諸権利の貫徹を思いとどまらせられる危険を防止することである。〔約款の〕条項は当該条項の利用者の契約相手方の権利及び義務を法的並びに事実上の期待可能性の範囲においてできる限り明確かつ厳密に範囲確定しなければならない。それが回避可能な不明確性と活動領域を内含するときは、その確定性の要請を侵害する。(16 段)

bb) 過剰労働の定額報酬を規定する条項は、いかなる労働給付がそれによって把握されるべきかが労働契約から自ずと生ずる場合においてのみ、明確かつ理解可能である。そうでなければ、いつから追加的な報酬に対する請求権が存在するか認識されえない。給付義務の範囲は、それほどに確定的でなければならず、または少なくとも給付されるべき超過時間の範囲に関しての指令権能の具体的な限定(制約)を通じて、被用者が契約締結の段階ですでに何の場合によってはなさねばならないのか、そして、最大限いかなる給付を彼は合意された報酬のために提供しなければならないのかを認識し得るほどに確定的であらねばならない。不明確に起草された定額条項に基づいて、被用者が特別の超過時間の報酬に対するいかなる法的請求権も有しないと理解で、その請求権を主張しないという危険が存在する。

¹⁶ BAG,Urteil vom 1.9.2010-5AZR 517/09(lexetius.com/2010,4052)

(17 段)

cc)本件労働契約 3 条 3 項は明確でもなく理解しやすいものでもない。この条項は合意された週 45 時間を超える労働時間のすべてを把握すべきである。その範囲は労働契約には規定されていない。特にこの条項自体からもまた労働契約上の他の規定からも労働時間法 3 条に基づき許容される最長労働時間への限定(制限)が推定されえない。「必要となる超過時間」との本件労働契約 3 条 3 項の文言からはその種の制約はいずれにせよ生じない。(18 段)

本件労働契約の 2 条 5 (最終) 項によれば、重要な業務の記載に基づき超過時間が債務となっている給付の履行にとって必要な限り、それは給付されねばならない。この契約はむしろ、法律上許容された最長労働時間の超過となるであろうことに対する拠点を提供する。この労働契約が基礎になっているシフト計画は週 5 日の枠組みで週平均 45 時間から出発している。平均的な 1 日の労働時間はこれに従えば 9 時間になる。土曜労働は必要により給付されねばならなかった。この職務記述(書)は原告に、24 時間一経営(Betrieb)ですべての施設の技術的な処分可能性を確保する範囲内で、自己の労働時間以外でも電話により、緊急の場合は障害除去に当たっては個人として在社し続けることによってまで自己の協働者(従業員)を支援することを義務付けるものである。したがって公法上規律された労働時間の超過(Überschreitung)は遠いものではなかった。さらに本件労働契約 3 条 3 項の規定の同条 2 項との不明確な関係が表れる。(19 段)

3) 引用判決⑦の関連判決②¹⁷ —超過時間の包括的支弁—報酬の期待

【事実】

本件労働契約 3 条(報酬)の 3 項には、「支給されるべき税込報酬によって、場合によっては必要となる超過労働または過剰労働は支弁されている。」との定めがある。

【判旨】

I. 2. 本件労働契約 3 条 3 項において規律されている超過時間の定額(包括)支給は十分な透明性の欠如のゆえに無効である。(15 段)

II. したがって労働契約は超過時間の報酬に関してポジティブにもまたネガティブにも規律したものを有していない。それゆえ原告の要求のための請求の基礎は、BGB612 条 1 項のみでありうる。その条件はしかし存在しない。(20 段)

1. BGB612 条 1 項によれば、役務給付が諸事情により報酬に対してのみ期待されうる場合には、その報酬が黙示的に合意されているものとみなされる。(21 段)・・・訴訟物の超過時間の給付が事情に基づいて報酬に対してのみ期待されうるという BGB612 条 1 項の他の条件[要件]が欠如しているからである。(22 段)

a)BGB612 条 1 項により要求される(客観的な)報酬の期待はなるほど労働生活の広い部

¹⁷ BAG 17.8.2011—AZR 406/10 (lexetius.com/2011,5161)

分において存在するであろう。ただし、合意された労働時間を超えてのすべての過剰労働時間または役務に関するすべての在社時間が報酬を受けるべきとする一般的な法原則は、「高次の種類の役務」には存在しない。それゆえ報酬の期待は常に取引慣行、当該役務給付の種類、範囲及び期間並びに関係者の地位を相互に（総合的に）考慮して、客観的基準によって確認されるべきであって、関係者の個人的な意見は重要ではない。それが生ずるのは、関係する経済分野において労働協約が適用されていてそれが比較可能な労働に対して超過時間の報酬を予定する場合である。報酬の期待の存在について説明・証明責任があるのは、一般原則に従えば、報酬を欲する者である。（23 段）

b) 原告の事実の申述からは報酬の期待の存在は理由づけられない。原告は勤務弁護士（*angestellte Anwälte*）の超過時間に対する報酬義務を規定する労働協約に依拠していない。原告はまた、使用者の潜在的なパートナーに比較可能【同様】な地位においてかつ比較可能な、明らかに突出した報酬をもって、追加的な報酬に対してのみ超過時間を給付するであろうとの又は超過時間は常に報酬を受けて得られるであろうとの主張のための事実を全く申し立てていない。同じく当部は相応の取引慣行に対する拠点を有しない。この帰結は原告の主観的な態度を確認する、なぜなら原告はその申述に基づき超過時間については金銭の支給の意味におけるいかなる報酬をも期待していなかった。原告はむしろパートナーとしての採用とそのことで超過時間は「支払われた」ものとすることを期待したのである。（24 段）

2. 本件原告によって給付された超過時間に対する被告の報酬義務は、BGB612 条 1 項の準用で、判例によって展開された、失敗に終わった（主観的な）報酬期待の法的像の諸原則に基づき発生しない。……（25 段）

…原告は自分のパートナーへの採用を促進するとの希望をもって超過労働を給付した場合には、それはいわば自己リスクである。被告はなるほど本件労働契約 3 条 3 項の条項で、原告が必要であれば「費用なしで」超過労働を給付するであろうとの期待を表現した。被告はしかしこのことに関してパートナーへの採用を確実又は蓋然性があると思わせるようなことはしていなかった。2006 年 8 月 3 日の文書においては、一体かつ場合によっていつ原告にパートナーの見込みが生まれるかについて当事者の会話でそれが話題となったにすぎない。例えば、被告がパートナーへの採用を超過時間の給付と結び付けるようなことは、…原告の事実の申述からは推測しえない。（26 段）

4) 引用判決⑦の関連判決③¹⁸

【事実】

本件労働契約 3 条には「(3) 被用者は事業（経営）の必要あるときは過剰労働（残業）並びに日曜労働及び祝日労働についても義務を負っている。(4) 被用者は超過労働及び過剰労働

¹⁸ BAG,Urteil vom 22. 2.2012-5AZR 765/10(lexetius.com/2012,2289)

働については何らそれ以上の報酬を受け取らない。」との規定があった。

【判旨】

3. BGB612 条 1 項によれば、諸事情に従い役務給付が報酬に対してのみ期待されうる場合には、報酬が黙示的に合意されたものとみなされる。この報酬の期待は本件紛争事例では存在している。(20 段)

a) 合意された労働時間を超えるいかなる過剰労働時間も又はいかなる役務に関する在社（時間）も報酬を受けるべきである、との一般的な法原則は存在しない。この報酬の期待は取引慣行、役務給付の種類、範囲及び期間（長さ）並びに関与者の地位の考慮のもとに、常に客観的な基準により相互に確定されるべきであって、関係者の個人的な見解は重要ではない。報酬の期待はとりわけ、関係する経済分野においては、比較可能【同様】な労働について超過時間の報酬が予定されているとの労働協約が適用されることから、常に生ずる。（客観的な）報酬の期待はそれゆえに労働生活の大部分において存在している。しかしながら、労働時間に関連した労働給付と労働時間に依存しない労働給付が時間的に交差する場合には、または高次の種類の役務が債務となっている場合あるいは総体として明らかに突出した報酬が支払われている場合には、報酬の期待は存在しない。報酬が法定の年金保険における保険料算定基礎の所得最高限度額（Beitragsbemessung）を超える場合には、通常最後の事例から出発されうる。この流動的な収入の限度額をもって、これ以上の年金引き上げがもはや正当化しえないことからどのような収入がすべての社会保険義務のある就労者の連帯共同体の中で突出しているかを、立法者は毎年明らかにしている。従属的就労から獲得した賃金で法定の年金保険の所得最高限度額を超えるものは、関係する領域の視界からは義務時間の履行によってではなくその労働課題の履行に基づいて判断される高額所得者に属する。この高額所得者並びに使用者においては、通常の労働時間を超えて給付された労働に対する反対給付として、ある特別の賃金のための客観的な報酬の期待は通常存在しない。(21 段)

b) 原告は紛争事例において統一的労働条件を提供したのであって、これについては一客観的な判断基準適用のもとで—その労働契約の諸条件に従って追加的報酬を期待することが許される者である。原告は高次の種類の役務を給付するのではなく、かつ明らかに突出した報酬を受け取っているのでもない。彼の収入は 2006 年から 2008 年の年においてその時々明らかに所得最高限度額一東〔側地域〕を下回っている。(22 段)

4. 労働時間口座制・信頼労働時間と時間外労働

1) 引用判決⑬（注 13 参照）

【事実】

2007 年採用時の本件労働契約 7 条には以下の定めがなされていた。すなわち、「労働時間は柔軟でありかつ事業所に通例の時間に従う。休憩を除いて月に 163 時間が合意された。過剰時間または過少時間は時間口座を通じて決算(abrechnen)される。被用者が企業を退職する

場合その残高は平均的な時間賃金で清算 (verrechnen) される。労働の開始と終了はその時々
の職員投入の計画に従う。会社は差し迫った経営上の必要に基づいて労働時間の分配の変
更を実施する権利が与えられる。」(本件労働契約 7 条) (3 段)

当事者は、その後 2008 年 11 月の書式労働契約で当初の契約の報酬と同額で (当初 2500、
その後 2750、3000 ユーロに引き上げられたが) 7 条 1 項の月の労働時間を 173 時間に延長
することに合意した。(5 段)

2007 年 6 月 1 日から 2008 年 11 月 25 日までの期間については被告は原告に、原告の労働
時間の開始と終了、総計時間、休憩並びに支給された労働時間が記載されリストを手交して
いた。その結果、給付された時間と報酬を受けた時間との間のプラスの差異 (差額) は 414
時間であった。これに対し、2008 年 11 月 26 日から 2011 年 11 月 30 日までの期間につい
ては、被告は労働時間の把握をせずリストによる報告もしなかった一方で、原告が自ら労働時
間把握・管理を行って決算した。それによると、この期間に 643 時間 10 分のプラスの差額
が生じた。原告によるこの差額請求に対して判決は、前者は認容したが後者は認めなかった。
(9 段)

【判旨】

II. 1. a) 本件労働時間口座は、BGB611 条 1 項に従い被用者がいかなる時間的範囲にお
いてその主要給付義務を果たしたか、または賃金継続支給の要件事実に基づいて果たす必
要がなかったか、そしてそれゆえに、報酬を請求することができるか又は原告は合意された
報酬のためになおいかなる範囲において労働給付を果たす必要があるか、を確定する。もし
被用者が時間預金の清算を望むならば、先に給付された労働に対する報酬請求権を主張す
るのである。…… (20 段)

b) 原告は本件労働契約 7 条 1 項 3 文および 4 文の規定 (の存在) によって、労働時間口座制
の管理及び場合によっては労働関係の終了時に存在する預金の清算の合意を適切に申し述
べている。…原告は、労働関係終了にあたって労働時間の口座から生ずる原告に有利な 414
時間の差額 (税込みで 17, 34 ユーロの時間率) を適切に説明した。(21 段)

2. a) 労働時間口座における定期的な記入は法律行為的な表示行為ではなく、いわゆる観
念の表示 (Wissenserklärung) の意味における事実行為である。……しかるに使用者は個々の
被用者のために記録 (入) される労働時間口座における預金時間の留保なき証明で口座の差
額を争いなく提示する。これによって被用者は通常、一定の労働時間が実際にしかも使用者
の承認を得て提供されたことを表現している。もし使用者が後から被用者に有利な、労働時
間の口座から生ずる差額を大幅に否定しようとするならば、第二段階の説明責任から出発
して、個別(事例)において、いかなる事由に基づいてこの証明された差額が不適切であるか
または合意された労働時間口座の閉鎖 [ゼロ額] に至るまでそれが縮減されるかを説明しな
ければならない。それがなされて初めて被用者は、「いつ自分が労働をしたか」または「労
働なき報酬義務を規律する要件事実の一つが存在したこと」を申述しなければならなくな

る。これに反して、使用者が何ら具申しない場合または使用者が事実による証明に関わらない場合には、労働時間の口座において留保なく証明された差額が承認されたものとみなされる。(23 段)

4. a)被告が〔(BGB397 条 1 項の債務免除) 契約を原告と合意した「信頼労働時間」から導出しようとする限りにおいて、その申述は重要ではない。「信頼労働時間」は使用者が日々の労働時間の開始と終了の確定を放棄しかつ、関係被用者が時間的観点におけるその労働義務をコントロール(監督)を受けずに履行することを信頼するということを意味するにすぎない。信頼労働時間の合意は労働時間口座の管理に対立せずまた被用者の過剰労働から生ずる時間預金の清算を排除しない。(31 段)

III. その余の訴えは理由づけられていない。(39 段)

1. 使用者が使用者によって管理された労働時間の口座において時間預金を留保なく証明した場合に妥当する説明責任の諸原則は、被用者がその権利の理由づけのために自ら作成した労働時間のリストに依拠ししかも使用者がこれを受け入れない場合には、転用されえない。このような場合にはまず主張された差額を根拠づける諸事実が被用者によって個別的に説明されねばならない。これがなされて初めて使用者はこれについて意思表示しなければならない。これは使用者が労働時間の管理を契約に反して怠っている場合であっても妥当する。(40 段)

2. 本件原告はさらなる時間預金の説明のために被告によって管理された労働時間口座ではなく、原告自らによって作成された、そして被告にとっては現在の法的争いの経過の中でようやく知ることになった労働時間記録表 (Arbeitszeitaufstellung) に依拠している。(41 段)

超過時間訴訟では、被用者は、自分が標準的な労働時間を超える時間的範囲において労働を行ったこと及び給付された超過時間が使用者によって指示(誘因)されたものであるかまたは使用者に少なくとも帰責されるべきことを、説明及び(紛争事案では)証明しなければならない。というのは、使用者は超過時間の給付とその報酬を無理強いしてはならずかつ被用者は義務を超えた過剰労働によってその報酬請求権を自ら決定することはできないからである。(43 段)

それゆえに、超過時間のための貸方記入を請求する被用者は、どの日に何時から何時まで労働を給付したかまたは使用者の指示に基づいて労働する用意をしたかを申し述べた場合でも、その説明責任を十分に果たしたとは言えない。それを超えて被用者は超過時間が使用者によって指令され、承認され、甘受され又はいずれにせよ債務とされた労働の処理のために必要であったことを説明しなければならない。(44 段)

2) 引用判決⑬の関連判決①¹⁹ 祝日報酬と再生療養

【事実】

¹⁹ BAG,Urteil vom 19.3.2008-5AZR 328/07 (lexetius com/2008,1366)

原告（航空管制官）は5日間の連続的な交代制シフト（その後3日は職務免除）で働いており2002年では労働時間は週35、5時間、その労働日の平均的な労働時間は8時間と6分であった。（4段）被告は原告のために労働時間口座制を管理して、この口座制の中に日々の目標時間、日々の労働時間、欠勤時間（Ausfallzeiten）及び結果として生ずる差額を把握する。祝日に原告が就労すると2倍の労働時間が貸方記載される。原告の自由日の1個がウィークデ이의祝日に当たる場合、原告はその平均的な1日の労働時間の額における時間貸しの記載を取得する。（5段）原告は、2004年9月14日に訴えを提起して、再生療養（Regenerationskur）への参加（参加期間は3月12日から4月9日までであるが、3月29日と4月1日が祝日に当たる）したが、この二日についてはさらに連続する交代制制度においては労働時間と同じように評価されるべきことを主張した。（7段）

【判旨】

……労働時間口座制はその基礎をなしている当事者間の合意に基づいて報酬請求権を拘束力をもって決定しているので、被用者は〔使用者による〕厳格な管理を要求する権利を有する。給付された労働はBGB611条1項に基づいて口座に採用されねばならない（貸し方記載）。その際労働給付は特別の規定に基づいてその時間的投入に対応するところよりも、高く（例えば、過剰労働、祝日労働）または低く（例えば、待機労働＝Bereitschaftsdeinst）評価されねばならない。さらに被用者は、規範的または個別契約上の諸規定に基づいて追加給付（Nachleistung）の義務なくして報酬を受けられるべき非労働（Nichtarbeit）のそのような時間に対する貸方記載を請求できる。というのは、これらの場合においては労働義務は履行されているとみなされるからである。……（13段）

…再生療養にあつては通常の労働時間の範囲内における実際の労働時間は問題とならない。航空管制官（Flugloste）としての原告は療養中約束された役務を給付していなかった。（16段）

BGB611条2項によれば、役務契約の対象はいかなる種類の役務でもよい。労働の概念は経済的な意味において理解されねばならない。必要なのは、他者の欲求（需要）の充足に資する活動である。単なる不作為（Unterlassen）は通常は十分ではない、疑いある時は、経済生活における取引観念が着目されねばならない。リハビリテーションの期間中は一般的には労働契約上の主要義務は休息する、すなわち、労働法の意味での労働は行われていない。（17段）

この原則を適用するにあたり原告は2002年3月12日から4月9日まで就労していない。なるほど労働契約上は療養（Kur）への参加が義務付けられている（SR-FS〔航空交通に関する特別協定〕7号）。そして同時に場所的かつ時間的に拘束されている。一定の医学的な検査、一定の療養の適用および一定の範囲においては「療養の紀律 Kurdisziplin」も場合によってはこれには属する。しかし原告は、この期間中何らの労働義務も、通常の労働時間の範囲内においてはまさに、果たしていない。むしろ療養は総体としては再生と休養（Erholung）に資するものである。被用者の健康、給付能力及び労働力の維持が全体としては前景に現れ

る。このような種類の再生時間は、SR-FS の 6 号及び 7 号の適切な協約上の規定において労働時間からは区分されている。原告に要求された行為が被告の利益にもあったその限りで、原告は労働関係から生ずる附随義務のみを履行したのであって、被告に対する労働給付を提供してはいない。……予定されている適正 (Tauglichkeit) 検査への参加でさえ SR-FS2 号によれば、労働義務の履行として規定されているのではなく、むしろ一定の範囲における有給の労働免除と結びついている。その際、再生療養は使用者が責任を持たなければならない労働保護規定の履行に資するのではなく、SR-FS7 号に基づく被用者がそれに対して請求権を有する金銭的価値のある給付である。原告の場所的及び時間的拘束でさえ、労働義務承認にとっては上告の交渉において表明された法の見解に反して十分ではない。(18 段)

3) 引用判決⑪の関連判決②²⁰ 頑な労働拒絶

【判旨】

被用者が指示された労働を意識的かつ持続的に給付しない場合には、被用者は指示された労働を頑なに拒絶する＝重大な義務違反、とみられる。(29 段)

当事者間に(債務とされる労働給付の時間的範囲に関して)労働契約の解釈上の争いがあるという事情は、重大な義務違反の承認に何らの障害にもならない。(31 段)

使用者の行動が頑なな労働拒絶及び重大な契約義務違反を意欲するかどうかの問題によって決定的であるのは、客観的な法状態である。……被用者が債務となっている労働給付を「彼が合法的に行動するという仮設において」拒絶するのであれば、原則としてその被用者は自己の法の見解が真理であると証明されるリスクを負担しなければならない。(32 段)

本件ではそのような事案(当事者が法的紛争における敗訴を考慮に入れる必要がない場合)は存在しない。……本件労働契約の 2 条 5 項 1 文に基づき原告は、その課題[業務]設定の枠内においては事業所に通例の労働時間外でも業務従事すべき義務があった。

このことは思慮ある評価にあたって事業所に通例の労働時間への拘束を前提にする。更に被告は原告に遅くとも 2010 年秋以降は、被告が契約上の申し合わせをどのように理解するのかを明確に理解させていた。被告は事業所に通例の (betriebsüblich) 週 38 時間の労働時間の遵守への要求をもって、連邦労働裁判所の従来判例にもまた文献における流布された見解にも依拠することができた。すなわち、信頼労働時間も目標合意も原告を、「自分は一定の時間の量 (Zeitmasse) への拘束から解放されていた」と真摯に確証を持つことはできなかった。「信頼労働時間」は、原則として使用者は日々の労働時間の開始と終了の確定を放棄し、関係被用者は時間的観点でのコントロールを受けずに労働義務を履行するであろうと信頼することを意味するに過ぎない。このことは原告にとっては、労働契約に基づく目標の到達がその可変的な報酬の額にとって重要であったに過ぎないという事情と同レベ

²⁰ BAG, Urteil vom 29.8.2013-2 AZR 273/12(lexetus.com/2013,5681)

ルで認識されうる。(35 段)

4) 引用判決⑬の関連判決③²¹—超過時間の報酬—超過時間の指令、承認及び甘受

【事実】

月に 167 時間の労働時間で、2.100 ユーロの月例税込報酬の契約で就労する原告が、2010 年の 1 月から 12 月までの期間における詳細に表示された作業日に発生した超過時間(498 時間)に対する報酬(時給換算で 12, 5748 ユーロ)として総額 6.262, 25 ユーロを要求した事案。

【判旨】

II. 原告の超過時間の給付に関する事実の申述がすべて詳細において一貫性と信憑性をもったものであるかどうかを、当部は決定する必要はない。州労働裁判所は結論において正しくも超過時間の報酬について他のある条件を否認している。原告は被告による超過時間給付の指示(Veranlassung)を具体的に説明していない。(12 段)

1. 使用者は BGB611 条 1 項に基づき「合意された労働給付」に対する「合意された報酬の供与」を義務付けられている。当事者が提供されるべき労働給付の特定の時間的範囲(原則労働時間または標準労働時間)を確定しているときは、その報酬義務はまず合意された標準労働時間の報酬(のみ)に関わる。被用者が労働を標準労働時間を超える時間的範囲において提供するときは、使用者が超過時間の給付を指示するかまたは超過時間給付が少なくともその使用者に帰責しうる場合のみに、使用者はその報酬を義務付けられる。というのは、使用者は超過時間の給付と報酬を押し付けられる必要はないし、被用者は義務を超えた過剰労働によって自らその報酬請求権を決定することはできない。このことは、超過時間に対する報酬が労働契約上の合意、労働協約上の使用者の義務又は BGB612 条 1 項に依拠するかは関係なく適用される。(13 段)

超過時間給付と並んで超過時間報酬に対する請求権の他の条件としての、使用者の指示と帰責について連邦労働裁判所は恒常的な判例において、「超過時間は使用者によって指令され、承認され、またはいずれにせよ債務とされた労働のために必要でなければならないと方式化している。このことに当部は、拘束される。(14 段)

2. 給付された超過時間が指令され、承認され、甘受され、またはいずれにしても債務とされる労働の処理のために必要であったことについて、説明責任および証明責任は、請求する側の被用者が負担する。その際以下の諸原則が妥当する。(15 段)

a) 超過時間の明示の指令については被用者は、だれが、いつ、どのような仕方で、どれほどの超過時間を指令したかを、申述しなければならない。その点に関する本件原告の具体

²¹ BAG, Urteil vom 10.4.2013 – 5 AZR 122/12(lexetius.com/2013,3044)

化された事実の申述が欠如する。被告の以前の業務執行者（取締役）は超過時間を指令したとの包括的でステレオタイプに繰り返される主張では十分ではない。（16 段）

b) 使用者が被用者に被用者の個人的な給付能力を尽くした状況で超過時間の給付によってのみ克服しうる範囲での労働を割り当てる場合には、使用者が推断的に超過時間を指令している。そのために被用者は、特定の指示された労働が標準労働時間の範囲内においては給付しえないことまたは被用者に委託された労働の処理のために超過時間によってのみ遵守されうる一定の時間枠を所与として与えられていることを説明しなければならない。その際事業所に被用者が在社していたことだけでは又は事業所の枠外における労働現場（Arbeitsort）での在社では、超過時間が債務とされた労働の提供のために必然的であったとするためのいかなる推定も基礎づけない。（BAG19,9,2012,BAG16.5.2012、BAG 23.12.2011）（17 段）

本件事案のように、月の労働時間が合意されている場合、被用者はさらに、個々の、指示された労働の処理のために給付された超過時間は、柔軟に操作された月の労働時間の範囲内においては調整されえないことを説明しなければならない。それにもかかわらず、原告の具体化された事実の申述が欠如している。（18 段）

c) 超過時間の承認で、使用者は同時に事後の許可によって、事前の指令のなくして既に給付された超過時間 [の指令] を代替する。超過時間の承認はそれゆえ、すでになされた一定の超過時間の給付に同意していることを使用者が悟ることを前提にしている。それは明示的になされる必要はない、かつ、使用者または使用者のために行動する被用者の上司が一定数の時間を書き写しかつ同時に超過時間の給付への了解を証明する場合には、それは特に承認しなければならない。そのためにはしかし被用者によって作成された労働時間の記録の異議のない受領では十分ではない。むしろ被用者は、だれがいついかなる仕方でもどれほどの超過時間の給付に同意したかが分かるはずであることを説明しなければならない。（19 段）本件事案ではそれが欠如する。原告によって作成されたエクセルの一覧表における在社時間の記録の転記は超過時間の承認ではない、なぜならこの一覧表は従業員には交付されなかったことは争いがなく、かつ原告はそれをもって、被告が既に給付された超過時間を許可したとする拠点を有しなかった。（20 段）

d) 超過時間の甘受は、使用者が超過時間の給付を知ってこれを受け入れかつ、超過時間の給付を今後は禁止するという予防措置を何ら取らないこと、したがって使用者は超過時間の給付に介入せず、むしろそれを今後も受け入れることを意味する。そのために被用者は、いつか給付された超過時間について使用者がどのようにして、いつ知るべきであるか、および、それに引き続いてさらなる超過時間給付に至ることを説明しなければならない。（21 段）

これらの要件を原告の事実の申述は満足していない。原告は、被告の以前の業務執行者が給付された超過時間を知りかつこれを甘受しているとの、型通りの言い回しを超えるものではない。その従業員の在社時間の記録したものの受領だけでは特定の超過時間給付を使用者が知ったことを基礎づけることはできない。被用者は労働給付に関してその記録を具

体化しかつこれを超過時間給付への示唆と結びつける場合に初めて、使用者はこれを探査しかつ場合によっては（使用者の）意欲しなかった超過時間に対し断固たる処置をとることを要請されている。（22 段）

5) 引用判決⑭（注 13 参照）

【事実】

原告は、協約外職員として採用された。その報酬は本件労働契約（2 条）以下のようになっていた。すなわち、報酬は、固定の年収（67.920,00 ユーロー月例で 5.660, 00 ユーロ）のほか、（最大 1, 56 月例給与の）可變的、個人的報酬及び（最大 0, 6 月例給与の）企業の成功に依存する報酬からなる。（2 号）本件労働契約には「貴殿は、その職務（Aufgabenstellung）の範囲内で事業所の通常の労働時間以外でも業務に従事する義務を負う。2 号による報酬をもって RE AG（使用者）に対するすべての業務従事が支弁されている。これを上回る手当や特別手当（Zulage und Zuschläge）は供与されない。」（5 号）

原告は労働契約上も事業所協定上も労働時間の範囲は確定されていないとの見解に基づいて、週 38 時間労働の労働契約上の義務を有しないことの確認と、その結果、通常の労働時間よりはるかに少ない勤務時間にもかかわらず、約定の月例給与の支払いを要求した事件である。そこでは、信頼労働時間も援用されている。

【判旨】

1. 原告は合意された勤務地（Dienstort）において週 38 時間の範囲での労働の提供を義務付けられている。これは事業所協定から生ずるのではない。その 7 条 1 項は、協約外職員に対する通常（所定）の週労働時間が事業所協定によって確定されるものでないことを明示している。当事者はしかるに原告の相応の（所定の週労働時間）義務を労働契約において合意している。それは契約の解釈が生み出す。（16 段）

a) 本件労働契約の諸規定（条項）は、約款といえる（BGB305 項 1 項 1、2 文）。…約款は客観的な内容及び典型的な意味に従い統一的に、それらが通常関与される取引領域の利害を考慮しつつ理解されるように、解釈されねばならない。その際には具体的な契約当事者の理解力ではなく〔約款〕利用者の平均的な契約相手方の理解力が基礎に置かれねばならない。（17 段）

b) これらの諸原則による本件労働契約の解釈は、原告は被告の事業所においてフルタイム就労者のための通例の労働時間を遵守すべき義務を負う、である。（18 段）

bb) (1) 労働契約において労働時間の長さについて明示的な合意がなされないときは、当事者は「事業所の通例の労働時間」を合意しようとしていることが承認されねばならない。このことは思慮あるそして誠実な契約当事者の契約意思に沿うものである。フルタイムの労働関係についての労働契約を締結する職員は、労働時間の範囲に関する明示的な労働契約上の規律が欠如する場合には、他の拠点がない場合には、彼が使用者の他のフルタイム被用者と同一の規模において労務提供を義務付けられかつそれゆえ彼にもフルタイム被用者に

対して適用される労働時間の事業所の通常の範囲が基準となることから出発するものでなければならない。(21 段)

cc) (1) 本件契約は、自分に託された課題（職務）の履行のみを債務とし、契約上は一定の時間的範囲における労働給付の義務を負わず、むしろ場合によっては月に僅かな日（たとえば、2010 年 12 月及び 2011 年 1 月における原告によってもたらされた程度）についてのみ義務を負うとの原告の見解に対するいかなる拠点をも提供するものではない。「協約外労働契約」と表示された契約の前文によれば、これによって「労働関係」が創設された。本件被用者は個々の活動（職務）の提供または一定の成果（結果）を債務として負うのではない。成果ではなく時間が労働給付にとっての本質的な基準である。このことは協約外職員にも適用される。協約外職員もまたその労働給付を「時間において」提供すべき必要性を免れない。債務とされた労働の給付の時間関連の性格はとりわけ協約外職員について一明らかであった。本件労働契約 2 条 2 項 a 号によれば、原告は月例基本給与であって時間的範囲により測定された基本給与を取得する、そしてその基本給与はその報酬の重要部分をなしている。その他の点では同じく「時間において」のみ加工されうる目標の合意と達成は本件労働契約の 2 条 2 項 c 号による可変的報酬の額にとって重要であるにすぎない。(24 段)

(3) 被告の下では信頼労働時間の構想が適用されていたとの原告の主張は、目標達成的ではない。本件労働契約がこの主張の正当性にとって何ら拠点を内包するものでないという状況を別にしても、信頼労働時間の合意によって労働時間を時間により測定される範囲において果たすべき被用者の義務が喪失するわけではない。この義務の遵守がコントロールされないだけである。(26 段)

c)フルタイム就労者のための事業所に通例の労働時間はその時々事業所においてフルタイム就労者によって通常給付されている労働時間である。協約に拘束される使用者にあってはこれは通常協約上の労働時間である。また本件事業所協定 2 条 1 号も、被告の事業所におけるフルタイム職員の通常の週労働時間はその時々適応される労働協約に従うと規定する。本件基本労働協約 4 条 1 項 1 文によれば、フルタイム就労者のための通常の週労働時間は 38 時間になる。協約上の労働時間がそれによれば事業所通例である。したがってその職員と別の労働時間が約定されてない場合はそれが協約外職員にも適用される。(29 段)

四 解説

対象判決では本件中央事業所協定（GV）の形式でサービス産業の一般的労働条件（本件 AAG）が定められているので、事業所協定の（規範的）効力について規範明確性の要請並びに法と衡平の尊重の観点から検討されると同時に、労働時間口座制の下での超過時間紛争が問題となる。後者はさらに信頼労働時間制下における特殊性がどのように評価されるかも検討課題となる。

対象判決の原告のような労働組合（使用者）の幹部（？）従業員を暦年で 9 日（63 時間）での時間外労働の全てが調整されるとの規定（本件 AAB10 条 5 項による 3 項の適用除外に

よって、時間外労働の定額報酬化）が事業所組織法 77 条 4 項 1 文の要件である（規範）確定性と規範明確性を充足しているかの問題が論じられている。また、このような組合の役員とそれ以外の職員との異なる扱いを事業所組織法の平等取扱い原則の観点から検討される。ここには原告を例外扱いすべき理由があるかの問題が潜在している。

他方で、対象判決の原告（労働組合の秘書＝役員）は労働時間の自己コントロールともいふべき信頼労働時間制で働いているので、原告の請求は認められないとする被告側の抗弁が重要なテーマになっている。そこには一定の期間において労働時間の変動（例えば、忙しい時期に長時間労働が連続しても、その後の休業日（自由時間＝職務免除時間）によって平均では約定＝所定労働時間内に収まる方式が前提になっており、それなるがゆえに毎日の労働時間を記録して集計し一定期間ごとに決算しプラスの場合は時間貸し＝時間預金（貸方記入）、不足する場合は時間借り＝時間借金（借方記入）としてより長期の期間における平均での調整を可能にする「労働時間口座制」が多くの職場に普及していることが見てとれる。

1 規範明確性の要請

規範明確性の要請はわが国でも刑法、行政法や憲法などの公法領域における国民に対する不利益な措置を規定する場合の法に対する正当化要件のような機能を果たしているようである²²。ドイツ労働法ではこの要請が妥当する領域は事業所協定や労働協約など法律に基づく強行的・直律的効力を定める場合である。

対象判決によれば、事業所組織法 77 条 4 項 1 文の規定（直接的・強行的効力＝規範的効力）には確定性と規範明確性の原則が妥当する。超過時間報酬を請求できるものとできないものとの要件上の区分を明確化すべしとの要請が満足できないので、違法、無効となる。対象判決では労働給付に応じて超過時間の報酬請求権を有するものか定額報酬によるものかの区分がしっかりできなければ規範明確性原則に反するとされた。引用判決③においても事業所組織法の社会計画の効力は事業所協定（77 条 4 項）と同じなので、社会計画を決定する仲裁裁定にも規範確定性の要請が妥当する。不利益を調整ないし緩和するその額が解釈を通じて厳格に確定することが求められる。引用判決⑤では、アカデミカーMTV（基本労働協約）の規定とそれに基づく本件中央事業所協定（GBV）の規定において本件 MTV で保障されている高齢者自由時間の付与について、高齢者パートタイム就労者としてのパートタイマーとそれとは別の形態での合意に基づくパートタイマーがあるが、その区別をせずに適用除外とする扱いを問題とする。判決は協約の解釈によって、適用除外にされるのは法律に基づく高齢者パートタイム就労者だけであるとしたうえで、本件 GBV において合意によるパートタイム就労者も適用除外とされていることに対して、この本件 GBV の規定は本件 MTV の事業所の一般規定＝事業所協定による規律に委ねる旨の規定（5 条 4 号 2 文）によ

²² 例えば、山田哲司「続・権利ドグマティックの可能性：規律密度と比例原則（1）」『岡山大学法学会雑誌』第 69 巻第 1 号（2019 年 8 月）160 頁以下参照

って支持されるものでないことを明らかにする。しかも労働協約に要求される規範明確性の要請として、もし労働協約が事業所の当事者に事業所協定の規律権能の拡大を容認するのであれば、それには明確な規定が必要である、とされる。

規範明確性によって問題視される対象は次の平等取扱いと多く関連するように思われる。

2 事業所組織法に基づく法と衡平の原則によるコントロール

対象判決では、通常超過時間給付する被用者に定額報酬、非通常超過時間給付する被用者には具体的算定による報酬という区別は、上限規定がないゆえに一時的に異常に高い超過時間の発生があってもその大部分は自由時間調整できない場合には、平等取扱い原則違反となる、とされる。引用判決⑧では、事業所協定にはBGBの約款コントロールは及ばないが、事業所の当事者はその協定の締結に当たり事業所組織法75条（事業所所属者の取扱い原則）1項、2項1文に基づき「法と衡平の原則」に拘束される、とする。当該事件で問題となった「可変的な成功報酬に対する請求権」は月々の給付期間（Leistungszeitraum）の経過とともに成立する。したがって、被用者がその労働によって稼いだ反対給付を、彼がその労働報酬を受けていた期間を超えて当該企業に所属している場合にのみ獲得できるとするのは、事業所組織法75条1項、2項に基づきこの価値評価を尊重するものではない。効果の点からは、それは可変的成功報酬の支払い期日前にその労働関係を自ら解約した原告から反対給付請求権が遡及的に奪われる解除条件に相当するとされる。わが国の支給日在籍条項に相当する規定が無効となっているが、それは当該報酬の目的の相違に関係しているのであろう。とはいえ、極めて明快な判断枠組である。引用判決⑩は親時間【育児期間】中使用者の下でパートタイムで就労する者にはパートの賃金を前提に、他方、親時間中全く就労しない者にはフルタイム時の賃金を前提に算定された補償金を社会計画の平等取扱い原則違反としている。

3 超過時間（規定）と約款規制—内容コントロール

対象判決では事業所協定にはBGB305条以下の内容コントロールが適用除外となっているとしつつ約款による超過時間の定額報酬について引用されたのが、引用判決⑦である。引用判決⑦から見る限りドイツでは定額報酬制はかなり普及している。問題となった条項は、月の最初の20時間の超過時間の報酬は月例給与に含まれているものであった。例えば、月に160時間の原則契約で30万円の契約でも、実際には月に180時間で30万円の報酬ということになる。法定が週48時間であるので、4週間192時間まで法定内であることは確かではある。

約款規制の第一は不意打ち条項＝異常であるがゆえに考慮に入れる必要がない条項（305c条1項）は契約要素にならない。

次にBGB307条1項は、1文（信義則上不相当な不利益取扱い＝無効）及び2文（不明確・理解不能⇒不相当な不利益取扱い＝無効）から成り、同条2項は（法律の規定の重要な根本思想と相いれない条項＝1号、契約から生ずる重要な権利義務が契約目的の達成を危殆ならしめるほど制限的な条項＝2号）について、疑いあるときは不相当な不利益取扱いが承

認められる、との内容である。そして問題の3項は、同条1項及び2項は約款規定がそれによって法律規定から逸脱するかまたはそれを補充する規律が合意される約款規定についてのみ適用されること（1文）及びその他の規定は1項1文【不相当な不利益取扱い】と連携して1項2文（不明確・理解不能➡不相当な不利益取扱い）に基づいて無効となること（2文）を定めている。

引用判決⑦では、判例上、口頭の契約であってもまた慣行によっても約款による労働契約は成立する。先ず透明性の審査（307条3項2文）である。超過時間の定額報酬の規定に要求される透明性は、「労働契約自体から、いかなる労働給付がいかなる時間的範囲において使用者によって把握されるべきかが明らかになる」ことである。判決は当該の規定について透明性に問題なしとしている。次に、307条3項1文はまさに約款規定がそれによって法律規定から逸脱するかまたはそれを補充する規律が合意される約款規定についてのみ適用され、この場合には無制限の内容コントロールがなされるとする。当該の規定は当事者の債務とされる契約の給付＝労働給付と労働報酬の範囲を確定する条項であるので、これには当たらない、とされた。

引用判決⑦の関連判決①では、「必要な超過時間は月例給与と一緒に支払われている」との規定は307条3項2文に基づき同1項2文の透明性コントロールに従う。ここでは、透明性の要請は確定性の要請を含むとして、要件と効果は厳格な記述を要求される。被用者側の権利義務の期待可能性の範囲内の明確かつ厳密な範囲画定によって被用者が権利の貫徹を思いとどまる危険を防止することが求められる。定額報酬では、被用者側がいかなる労働給付をすべきかを明確にすべきであるが、当該の規定はこれを欠くので、明確でも理解可能でもない。特にこの判決で注目されるのは、対象判決にも見られた、上限が明確でないことが問題とされた。給付義務の範囲が確定していること、少なくとも給付されるべき超過時間の範囲に関する指令権能の具体的限定を通じて、被用者が契約締結段階で最大限いかなる給付を報酬のために提供しなければならないかを確定しておかなければならない。これがないと、労働時間法3条で許容される最長労働時間を遵守するかさえはつきりしなくなる。

引用判決⑦の関連判決②では、「場合によっては必要となる」超過労働が報酬で支弁されているとの条項が透明性欠如により無効である。その場合超過時間に関する規律（ポジティブにもネガティブにも）がないので、BGB611条は適用できず、BGB612条1項の要件を満たす必要がある、とされた。「合意された労働時間を超えたすべての過剰労働時間または役務に関するすべての在社時間は報酬を受けるべしとする一般的法原則」は、「高次の種類の役務」には存在しないとして、報酬に対する役務提供とする客観的期待はないと断じている。これは勤務弁護士がパートナー弁護士としての処遇にこだわったことが影響しているように思える。

引用判決⑦の関連判決③では、BGB612条1項の適用が問題となり報酬に対してのみの役務（労働）が期待されるかが問題となる。ここでは、①労働時間関連の労働給付と労働時間に依存しない労働給付が時間的に交差する場合、②高次の種類の役務が債務となっている

場合又は③総体として明らかに突出した報酬が支払われている場合には、この規定の適用がないとする。③に関しては、年金保険の保険料算定基礎の所得最高限度額を超える場合が基準になるとしている。

4 労働時間口座制及び信託労働時間制と時間外労働

対象判決によれば、信託労働時間によっても当該事案では「上限規定」がないがゆえに生じる前述の「不平等な報酬」を、それに先行する異常な超過時間の発生を信託労働時間によって阻止することができれば、正当化できるとしている。この場合自由時間の付与による異常な超過時間発生の回避が考えられているようである。そうであるとする、そのためには定額化を前提にする限り上限規定が必要となり、上限規定がなければ定額化ではなく実労働時間に応じた口座記入を認めざるを得ないことになる。

引用判決⑫によれば、労働時間の口座は BGB611 条 1 項による被用者側の債務「約束された役務の給付の範囲（程度）」を確定する、被用者はその清算によって賃金請求する。時間口座への記入は事実行為でありながら、使用者が管理する原則的なケースでは、被用者は一定の労働時間が実際にしかも使用者の承認を得て提供されたことを表現している。したがって使用者がこれを否定しようとするれば、（第 2 段階の）説明責任として、個別的に差額が不適切であることまたは発生した差額がゼロにまで縮減していることを証明しなければならない。また、「使用者が日々の労働時間の開始と終了の確定を放棄しかつ、関係被用者が時間的観点におけるその労働義務をコントロールを受けずに履行することを信託する」という信託労働時間は労働時間口座の管理と時間預金の清算と矛盾せず両立する。

引用判決⑫によれば、労働時間口座制であっても被用者が自分で作成した労働時間の記録を使用者が受領しない場合にあっては、差額発生を根拠づける諸事実を個別的に証明しなければならない。この場合被用者は、①自分が標準的な労働時間を超える時間的範囲において労働を行ったこと、及び②給付された超過時間が使用者によって指示されたものであるかまたは使用者に帰責されるべきものであることを、説明ないし証明しなければならない。

引用判決⑬では、協約外職員の労働契約において労働時間の長さについて明示の合意がなされていないケースで、契約の諸規定は約款であるとして、「事業所の通例の労働時間」が約定されているとされた。この職員が自分にとっては委託された職務の履行だけが債務であるので時間的範囲における労働給付義務を負わない旨主張したのに対して、判決は、協約外職員も個々の職務の提供ないし一定の成果を債務として負うものではなく、「時間が労働給付の基準」である。したがって、協約外職員も労働給付を「時間において」提供すべき必要性を免れないとする。また信託労働時間制であることによって、労働(義務)を時間により測定される範囲において果たすべき被用者の義務が喪失するわけではないとする。

（関連判決）

引用判決⑬の関連判決①では、祝日に就労すると 2 倍の労働時間が貸方記載される労働時間口座の下で、職務免除日(自由日)の一つがウィークデ이의祝日に当たると、1 日の労働

時間の額の時間貸しの記載となる。再生療養を義務付けられる航空管制官がそれへの参加期間中の2日間が祝日であったことから、その分の労働時間の貸し方記載を求めた。再生治療は使用者が責任を持たなければならない労働保護規定の履行に資するのではなく、協約に基づいて被用者がそれに対して請求権を有する金銭的価値のある給付であるとして、再生療養を労働とは解しなかった。

引用判決⑬の関連判決②では、被用者が指示された労働を意識的かつ持続的に給付しない場合には重大な義務違反として解雇されるというケースで、被用者側の抗弁に信託労働時間の合意が持ち出された。この場合も客観的法状態からして事業所の週の通常の労働時間（38時間）が原告にも適用されるので、被用者側の義務は否定できない。信託労働時間であることは、事態を変えるものではなく、労働契約に基づく目標の到達がその可変的な報酬の額にとって重要であったに過ぎないという事情と同レベルで認識されうる、としている。

引用判決⑬の関連判決③では、1年に498時間が超過労働時間として発生したとしてその報酬を請求した事案であるが、判決は超過時間給付の指示がなかったとして棄却する。先ず超過時間の指示があるとするには、「誰が、いつ、どのような仕方で、どれほどの超過時間を指示したか」を述べなければならない。次に、そこまでの明示的指示はなくとも、「被用者の個人的な給付能力を尽くした状況で超過時間の給付によってのみ克服しうる範囲での労働を割り与える場合」はその指示・指令を推定できるとする。具体的には、「特定の指示された労働」が標準労働時間内には給付しきれないかまたは、「委託された労働の処理」には超過時間にならざるを得ない【過少の】「一定の時間的枠」が所与として与えられている場合である。したがって仕事場に在社していたことだけでは証明したことにはならない。この意味では滞在説は否定される。さらに、事前の指示なくして既に給付された超過時間を事後的な許可によって代替するのが承認である。ただし、被用者が作成した労働時間の記録を異議なく受領しただけでは承認にはならない。「誰が、いつ、いかなる仕方で、どれほどの超過時間給付」への「同意」があったことが必要とされる。最後に、使用者が超過時間給付を知ってこれを受け入れるだけでなく、[いわば例外として今回だけ認めるのではなく]今後もこれを禁止すなどの措置を取らないのであれば、甘受と受け取られる。

ドイツでは、労働時間法上適用除外されているのは、いまだに監督的職員のみである。それ以外は原則的に、超過時間の履行とその支払いに関する協定が労働協約や労働契約において締結される。実務では固定的な労働報酬での基本労働時間が合意され、これを超えるのが超過時間であってそれらは部分的または全部が手当【加給】の形をとって報酬義務のあるものである。この種の具体的合意がなくとも、客観的な報酬の期待があればなお報酬支払い義務が発生する。(BGB612条1項)これに対し、BAGの判例によってこの客観的な報酬の期待が成立しないケースとして、①労働時間関連の労働給付と労働時間に関連せずに報酬を受ける労働給付が時間的に交錯する場合、②高次の種類の労働が債務となっている場合、

③総体として突出した額の報酬が支払われる場合、が挙げられる。(引用判決⑦の関連判決③)²³

したがって、協約外職員の多くは、長期の調整期間付きの労働時間口座制のもとに信頼労働時間で働く場合が多いであろう。彼らはしかし法的に争うとなれば労働時間法の適用を免れることはできない。この辺が日本の高度プロフェッショナル制(新たな適用除外制度)や裁量労働制(みなし時間制)とは根本的に異なる。むしろ調整期間が3か月となったフレックスタイム制に類似するものと言えよう。ただし、一般に労働時間口座制という法律にはない制度を前提とし、かつ法律上調整期間が6か月まで可能でしかも週労働時間が48時間まで可能なドイツの労働時間法制の下における信頼労働時間制はより柔軟である点が特徴的である。

次に、労働時間口座制においては電子時間記録シートをもとに使用者(またはその代理人)がこれに署名したことによって「実際にいつ、どこで、どれほどの労働がなされたか」に関する証明がなされているので、超過時間訴訟ではこれを前提にすると、被用者側の第1の証明は簡略的なものであるのに対し、第2段階では使用者はいったん自分が署名した内容を否定することになり、かなり難しい証明となる。

更に、労働時間報酬の定額化に関する判例は透明性(BGB307条3項2文)➡確定性の要請のコントロールで展開された法理(引用判決⑦)で判断している。そこでは、被用者が合意された報酬のために最大限いかなる給付(どれほどの給付)を提供しなければならないかを認識しうるほど確定的でなければならないとする(引用判決⑦の関連判決①)点が注目される。この点からすれば最大(限度)規定なき口座制は無効である²⁴。対象判決では、これに信頼労働時間制が備わることによって、使用者としては労働時間の自己管理を被用者に委ねていることを口実に、被用者の自己責任とする主張がなされるが、判決はこれを退けている。「通常」発生する超過時間に対する定額支給と具体的に厳密に算定される超過時間報酬との間の不平等を正当化するには、信頼労働時間制によって「異常な」超過時間の発生を阻止することができなければならない、とされる。信頼労働時間であるがゆえに被用者が労働時間を自己決定で自由に処分できるとする建前を貫徹すれば、超過時間の発生を自由時間によって回避することができなければならないであろう。そのためには仕事量の調整が必要になる。多くの労働時間口座制ではその種の仕組みができています。しかし他方で、現実には対象判決の事案のように、どれほどの仕事量＝超過時間が発生しようとも、定額の自由時間しか発生しないという事案も存在すると考えられる。そうならば使用者側の労働時間管理・把握義務はほぼ有名無実化しかねない。その法律的背景は週48時間の法定労働時間と週38時間程度の協約上の労働時間のギャップ、法律的に48時間の遵守が6か月ないし24週間の範囲で調整できればその平均で達成できればよく、フレックス制も採用されう

²³ Franzen,a.a.O (Fußnote 1) S.2

²⁴ Daniel Mathias Klocke,Neue Entwicklungen im Übetstudienprozess,RdA,2014,s.223,224.

る。しかも使用者による労働時間把握義務が法定時間の超過部分のみとするドイツ法制の下では、これが行われなくなることも頷ける。しかし、信託労働時間によって使用者の労働時間管理義務が消滅するわけではないとする、従来からの BAG の判例は、さらに EU 裁判所の最近の判決（引用判決⑩）で、法定内の時間も含めたすべての労働時間の把握が義務と解されたことの影響のもとで、より強化されることになると思われる。