

雇用保険法における給付制限規定の検討―「自己都合」退職とは何か

上 田 真 理

目次

はじめに

I 問題の所在

II 「就業の喪失」とは

III 積極的行為による自己都合退職

IV 自己都合退職の「重大な理由」

V 給付制限の効果の制約

おわりに

はじめに

労働者は、労働契約に期間の定めがない限り、いつでも退職の申し入れができ、退職の自由は保障される。しかし、雇用保険法では、被保険者が正当な理由がなく自己の都合によって退職した場合には、自己の責めに帰すべき

「重大な理由」によって解雇された場合と同様に、三カ月の給付制限がなされる（雇用保険法三三条一項）。また、失業した被保険者の退職事由によって基本手当の給付日数が区別され、自発的退職については給付日数が短縮された。本稿では、「自発的退職」に対する給付が過剰に制約されていないのかを批判的に検討したい。

ILOのレポート（二〇〇八年）によれば、雇用保険を受給していない失業者の割合はわが国では七七%であり、雇用保険が所得保障として多くの失業者に機能していないことが改めて突き付けられた。⁽¹⁾雇用保険が機能を縮小しているのは、受給者比率の低下、とくに短すぎる受給期間に加えて、事業主の適用手続の懈怠、保険加入期間が短い等の多くの原因がある。⁽²⁾本稿は、その原因の一つである、自己都合退職による給付制限に対象を限定し、わが国の雇用保険法三三条に匹敵する、ドイツ雇用保険法（社会法典三編）「以下、社会法典三編」の解釈を検討する。検討対象を限定するのは、わが国では、雇用保険の受給資格があるのに給付制限にかかる人が多く、しかも受給権への制約が大きいからである。厚生労働省「雇用保険事業年報」（平成二三年度）によれば、初回受給者数が一六四万人に対し、給付制限八〇・九万人であり、ほぼ半数が給付制限にかかっている。⁽³⁾社会法典三編の給付制限を検討することで、わが国に重要な示唆を得ることにしたい。

注

(1) ILO, The Financial and Economic Crisis: A Decent Work Response?, 2008, 16.

(2) 失業者に占める受給者割合の低下要因の経済的分析として、酒井正「雇用保険の受給者割合はなぜ低下してきたのか」PSS Discussion Paper Series (No.2011-102) (二〇一一年)があげられる。

(3) 雇用保険改革の課題を検討するものとして、さしあたり、布川日佐史「失業時生活保障のセーフティネット…雇用保険制度改革の課題」『静岡大学経済研究』四巻三号(二〇〇〇年)一九頁以下。

I 問題の所在

1 積極的行為による退職か

わが国の失業保険法(一九四七年)が、自己都合退職に対する給付制限として一カ月以上二カ月以内に給付をしない期間を設けたのは、惰眠要請の危険を防ぐ意図からであり、同法は、「失業者を職に就かしめることを第一義とし、給付を第二義としている」ものであった。⁽¹⁾雇用保険法(一九七五年)も、同様の給付制限規定を定め、自発的に失業状態をつくり出した者を「当面一応労働の意思を欠くと推定することが妥当な者」とし、労働の意思及び能力は時の経過とともに変化するので、「当初は任意的失業が一定の期間の経過により非任意的失業に転化した」⁽²⁾と捉えられている。一九八四年改正は、停止期間を一カ月から原則として三カ月間に延長し、安易な離職を防止しようとした。現在も行政の運用では、正当な理由のない自己都合退職であれば、基本手当は原則として三カ月間停止される。しかし、失業後に劣悪な雇用につかないように、労働者に失業時の所得を保障し、求職を支援するには、給付制限の要件と効果を批判的に検討することが必要である。数カ月間再就職できない者だけが雇用保険を必要とする失業者であるという考え方をとることはできない。

また、二〇〇〇年の雇用保険法改正により、離職理由による区分が導入され、予見可能な失業とそうでない失業

に依りて、所定給付日数が異なっている。そもそも解雇・倒産等による離職の特定受給資格者に該当しないと、多くが自発的退職として給付制限の対象になる。自発的退職者は再就職の準備が可能であると強調され、給付制限や給付日数の短縮が正当化されている。行政の運用によれば、有期雇用の期間満了による終了までもが自発的退職に含まれている。しかも、給付制限規定が適用されると、失業後に三カ月間は基本手当がなくても生活が可能な労働者しか、雇用保険を実際には利用できない⁽³⁾。

給付制限を対象にするのは、次の二点からである。一つは、わが国では自己都合退職による雇用終了が多いが、そもそも「自己都合退職」の判断基準が明確ではないことである。期間満了による終了と使用者の圧力に耐えかねて退職したという二つの離職事由を例にしよう。まず、わが国の行政の運用では、期間の満了をもって雇用契約が終了すれば、雇用保険法の自己都合退職であり、給付制限がかかる。二〇一三年四月施行の労働契約法により有期雇用の期間満了による失職が増加することが見込まれる。しかも、契約の更新回数を設定する有期労働契約を締結しておく、それを超えた雇用への期待が生じないため、特定受給資格者に該当しないケースが多くなるであろう。さらに、原則半年のクーリング期間を設ければそれ以前の契約期間は計算しないので、労働者は五年未満の有期雇用と、クーリング期間の失業を繰り返すことになる。労働契約法がもたらす影響に雇用保険法はどのように対応するべきであるのか、解決が求められる⁽⁴⁾。そもそも、期間満了による終了は「正当な理由のない自己都合退職」なのだろうか。

他方、使用者の圧力に耐えかねて退職届をだした場合には、形式的には労働者の意に反する退職であるのに、「自己都合退職」となり、雇用保険法上は給付制限にかかる。雇用保険法における給付制限過程において労働者の行為・態度が適切に評価されていない。これらの二つの「自己都合退職」に対するわが国の運用を検討する上で、

類似の規定を定める社会法典三編の「重大な理由のない自己都合退職」の基準は重要な示唆を与える(Ⅲ・Ⅳ章参照)。とくに注目されるのは、自己都合退職と認定されるのは、労働者が離職に「積極的な行為」により関与していることが必要とされる点である。時間の経過をもって雇用が終了する場合に、労働者の「積極的な行為」が介在しているといえるのだろうか。本稿では、雇用保険の給付制限手続過程においても被保険者・要保障者の行為・態度を評価することが重要であることを解明したい。

二つに、自己都合退職に正当な理由がない場合には、給付制限により原則三カ月停止する。しかも、二〇〇〇年雇用保険法改正の「特定受給資格者」の導入により、「非特定受給資格者」にとつて、実質的には給付日数が短縮する結果になる。わが国ではそれほどの不利な結果を甘受しなければならない状況で多くの労働者が退職しているのだろうか。安定した雇用がみつからず期間満了により終了する、又は過密労働に耐えられない、いじめ等を受ける、さらに使用者に退職をするように圧力をかけるといった状況におかれ、退職届を書くとすれば、それはまさにデーセント・ワークではない状況からの脱却である。そうした局面も雇用保険法は「失業」として捉え、求職時の所得保障を基本手当が担うと考えられる。給付制限の適用対象は、少なくとも、そうしたイン・デーセント・ワークから脱却する労働者・被保険者ではない。受給権への制約を比例原則に照らして検討する必要がある(後述)。

2 給付制限の意義

(1) 社会法典三編における給付制限規定

わが国の雇用保険法は基本手当の受給要件を、被保険者が「失業した場合」に、離職の二年間に被保険者期間が

通算して十二箇月以上であるときと定めているだけであり（雇用保険法十三条）、受給要件としての「失業」を定めておらず、議論の蓄積もほぼない。ドイツでは、社会法典三編によると、わが国の雇用保険の基本手当に匹敵する失業手当Ⅰの要件は、「失業」している者が、労働行政に失業を届け出て、資格取得期間を充足することである（二二七条、一三八条）。資格取得期間は、原則として、失業前の二年の枠期間（二四三条）のうち保険加入義務期間が少なくとも十二ヵ月必要である（一四二条）⁵⁾。失業手当の要件を充足すれば、被保険者の保険加入期間に応じた受給期間が定められている（一四七条）。

もつとも、社会法典三編一五九条は、給付制限が認められる、保険に違反する行為に対し「重大な理由」がない場合には、失業手当は給付制限の期間、停止する旨を定めている（一項一文）。停止の始期は、給付制限を生じさせた事柄の翌日であり（一五九条二項一文）、自己都合退職の停止期間は、原則として一二週間であるが（三項一文）、給付制限を生じさせた事柄から六週間経過後に、給付制限が生じなければ労働関係が終了したであろう場合には、三週間に短縮される（三項二文一号）。受給期間は支給停止期間の日数分、短くなるが、給付停止期間が一二週間に及ぶ場合には請求できる日数の四分の一が短縮される（一四八条一項四号）。

社会法典三編 一三八条 失業

（一） 労働者である者が次の各号を充足する場合には、失業である。

- 一号 就業関係がない（就業の喪失）
- 二号 自己の就業喪失を終了させる努力をしていること（自己努力）
- 三号 連邦労働エージェンシーの紹介努力を受け入れることができること（紹介を受ける能力）

(以下、省略)

一五九条 給付制限期間 (Sperrzeit) の停止

(1) 労働者が、保険に違反する行為を「重大な理由」がないのにとつた場合には、請求権は給付制限の期間につき停止する。保険に違反する行為は以下の各号に定める場合をいう。

- 一 号 失業者が就業関係を解消し又は労働契約に違反する行為態度を通じて就業関係の解消のきつかけを与え又はそれを通じて故意又は重大な過失により失業を惹起した場合 (退職の給付制限)
- 二 号 ないし七号 (省略)

保険に違反する行為をとつた者は、「重大な理由」を判断する基準となる事実が自己の領域又はその責任領域にある場合には、それらの事実を説明し (darlegen)、そして証明しなければならぬ。

(2) 給付制限の期間は、給付制限を理由づける事柄 (Ereignis) の生じた翌日をもって開始し、又は当該発生日が給付制限期間に含まれている場合には、進行している給付制限期間の終了をもって開始する。複数の給付制限期間が同一の事柄により生じる場合には、一項二文一号ないし七号の順による。

(3) 離職についての給付制限の期間は、一二週間とする。給付制限の期間は、次の各号に定めた場合には、短縮する。

- 一 号 給付制限を生じさせる事柄から六週間以内に、労働関係が、それがなければ終了した場合には、三週間に短縮する。

二 号 次の各号に該当する場合には、六週間

(a) 給付制限を理由づける事柄が生じた後一二週間以内に、労働関係が、給付制限が生じなくても終了したであろう場合 又は

(b) 給付制限の発生の基準となる事実から判断すれば失業者にとり一二週間の給付制限が特別に過酷である場合

(4) から (6) 省略

確かに、日本に限らず、任意失業に対する制裁を規定する国は少なくない。ある研究は、OECD又はEUの三六カ国の雇用保険制度を、資格取得の条件、求職活動への要求、求職活動の証明、職業紹介の拒否に対する制裁の四グループを九項目に分け、五段階のスコア（三が「標準」とされ、厳しいほどスコアが大きくなる）をつけている。給付制限は、「受給に必要な雇用期間（項目一）」と並んで「任意失業の制裁（項目二）」として資格取得の条件のグループに含まれる事柄であり、わが国は「標準」である。その研究によれば、日本は、保険加入要件は厳しくはなく（スコア二）、給付制限の要件・効果も標準（スコア三）とされている。ドイツの給付制限もわが国と同じ評価をうけている。給付制限の項目は労働者に失業を生じさせた責め、過失がある場合に適用される制裁を示すが、「正当な理由」の定義は国により多様である、という。定義の多様さだけでなく、争訟を通じた事後審査のあり方が、少なくとも日独の給付制限規定による失業者の受給権の制約に大きな相違をもたらしているのではないだろうか。わが国では給付制限に対する争訟が少なく、事後審査を通じたルールが形成されていない。^⑦

(2) 給付制限の検討の視点

(i) 比例原則及び過剰介入の禁止

自己退職に対する給付制限規定の適用にあたっては、失業者の受給権を過度に制約することは法治国家原理に抵触しないのが基準になる。ドイツでは、給付制限規定要件及び効果の審査でも強調されているのが、法治国家原理（基本法二〇条三項）に基づく比例原則と過剰介入の禁止（Übermaßverbot）である。⁽⁸⁾ 詳細は二章以下で紹介することにし、ここでは比例原則について簡潔に言及しておきたい。比例原則とは、一般的には、「適合性原則」「必要性原則」「狭義の比例原則」を含むものである。とりわけ社会保障法で争点になるのは狭義の比例原則で、総合的に評価をするさいに適切で（angemessen）、それゆえに当事者に過度の負担ではなく、期待可能な（zumutbar）ものであるのか否かである。比例原則は、警察権限の制約のために用いられてきたが、しだいに公法のみならず、民法、労働法など個別領域にも適用されている。自由の制約は、正当な（legitim）目的の達成に適合した手段であり（geeinget）、目的達成に必要なもの（erforderlich）、措置による侵害が目的である利益と均衡（Proportionalität）を失わないものでなければならぬ。つまり、立法者が意図した目的を達成する介入は、適性があり、かつ必要なのでなければならぬ。それは、当該目的が、個人にほぼ負担を与えない他の方法では達成することができないこと、かつ個人に生じる負担は、本人及び公共に生じる利益と合理的な関係が保たれていることを意味する。過剰介入の禁止により、介入は、その対象になる当該基本権の重要性及び意義と適切な関係にあることが必要になる。⁽⁹⁾

(ii) 給付制限の意義

給付制限規定は、その目的と、憲法上の過剰介入の禁止を考慮しなければならない⁽¹⁰⁾。連邦社会裁判所は、自己都合退職に給付制限を設けている目的は、失業の発生に対する責任を被保険者自身が負っている、又は失業を克服する協力を、被保険者自身が理由なく行わないといったリスクから、被保険者集団（被保険者共同体とよばれる）をま

もることにあるという。それゆえ、給付が制限されるのは、あらゆる個別事情を考慮に入れ、被保険者自らの利益と被保険者共同体の利益を衡量すれば、別の行動をとることが被保険者である労働者に期待できる場合である、と判示している。たとえば、使用者の圧力をうけ、解雇に瀕していた労働者が、解雇される前に自ら退職した場合に、自己都合退職となることがある。そうした場合でも、連邦社会裁判所は、連帯による被保険者共同体にとって使用者による解雇に利益があることが明白でないとすれば、労働者が有している利益、とくに労働関係の終了を自己に有利に形成することへの固有の利益を考慮しないのであれば、過剰介入の禁止に抵触する疑いが生じると判示している。

本稿は、給付制限の前提となる「失業している」状況の判断を次章で検討し、そして、給付制限の「自己都合」退職の基準を明確にした上で、「自己都合」退職であるとしても個別事例ごとに「重大な理由」の有無がなお審査されることを確認する。それには個別の決定についての「適切性 (Angemessenheit)」が審査される意義がある。⁽¹³⁾最後に、「重大な理由」がない「自己都合」退職でも、とくに失業者の行為に照らして給付制限の効果も「適切」であるといえるのかが問題になる。

注

- (1) 労務行政研究所『逐条解説 失業保険法の詳解』（労務行政研究所、一九四八年）八三頁。
- (2) 加藤孝『改正雇用保険の理論』（財形福祉協会、一九八五年）二八六頁。
- (3) 木下秀雄『失業労働者の生活保障と雇用保険法』（労働法律旬報）一六九七号（二〇〇九年）五六頁。

- (4) この論点について、丸谷浩介「失業労働法の今日的意義―求職者法試論―」良永彌太郎、柳澤旭編『労働関係と社会保障法』荒木誠之先生米寿祝賀論文集』（法律文化社、二〇一三年）二二二頁以下。
- (5) なお、短期就業者については、例外として保険加入期間を六カ月としているが、なお十分ではないとする研究もある（Elke/GesineLeistungsansprüche bei kurzen Beschäftigungszeiten: Arbeitslosengeld - wie lange man dafür arbeiten muss,IAB-Kurzbericht, 19/2012）。
- (6) Venn, Eligibility Criteria for Unemployment Benefits: Quantitative Indicators for OECD and EU Countries', OECD Social Employment and Migration Working Papers, No. 131,2012,15,36.
- (7) 平成二四年三月三一日現在の労働保険再審査関係統計表によれば、雇用保険全体の再審査の請求数は平成二二年度で五七件、一三年度三八件であり、区分別にみれば「給付制限」は二二年度二件、一三年度七件である。特定受給資格該当性については「その他」の区分に含まれるが、再審査裁決一覧をみれば、有期雇用労働者の期間満了による離職が特定受給資格に該当するか等も争点になりうる。
- (8) BSG Urt.v.09/02.1995 E 76.12.15.Auch BSG Urt.v.15.11.1995 E 77.61.64;BSG Urt.v.25.04.2002 E 89.243.248.
- (9) Vgl. BVerfG Urt.v.20.6.1984 E 67.157.173.
- (10) BSG Urt.v.09/02.1995 E 76. 12. 15;BSG Urt.v.05.08.1999 E 84.225;BSG Urt.v.25.04.2002 E 89, 243;Bieback,Sperrzeiten im SGB III und ihre Verhältnismäßigkeit, Soziales Recht 2011,21ff.
- (11) BSG Urt.v.26.10.2004 SozR 443008144 Nr.9.
- (12) BSG Urt.v.25.04.2002 E 89.243.248.
- (13) Schluz, Die Sperrzeit beim Bezug von Arbeitslosengeld,SGb 2005,S.89,97.

Ⅱ 「就業の喪失」とは

1 事実上の失業

(1) 「失業」を捉える視点

まず、就業の喪失＝失業の捉え方の特徴を確認したい。日本では、雇用関係が解雇によらなくとも、使用者の「圧力」や過酷な労働条件により、労働者が退職を余儀なくされる場合に、退職届をだし、雇用関係が「自発的」に終了する形式が容易にとられる。労働法では雇用終了をいかに制限し、雇用存続をはかるのが重要な課題になるのに対し、雇用終了＝失業を前提に、失業労働者の所得をいかに保障するのが社会保障法では生存権の観点から、確かに重要になる。換言すれば、労働者の意に反する雇用終了をいかに制限するのか、という労働法の課題と、雇用終了を前提にいかに失業時に失業手当を保障するのかという社会保障法の課題は、一見両立しない。しかし、これを同時に解決する解釈論を連邦社会裁判所が展開してきた。ドイツでは、雇用関係が容易に終了せず、存続する。社会保険でも事業主に対する被用者保険の保険料徴収関係が存続する。それゆえに、「失業」は容易には生じないことになる。雇用終了を制限するルールが確立しているからこそ、少なくとも形式上は失業ではない一方で、しかし現実には、たとえば使用者による受領拒否がなされると、労働者が就労していない場合に、使用者と賃金を支払う合意に至らない限り、賃金も雇用保険も当然に請求できるわけではない。だからこそ、ドイツでは、雇用保険の基本手当に該当する失業手当の受給権により、労務不提供のため事実上は失業している労働者にいかに所得を保障するのか、が争われてきた。具体的には、就業関係が事実上終了している、いわば「事実上の失業」状態

の労働者が、労働行政に失業手当の申請をした場合に、当初は、行政はこれを認容しなかったため、多くの訴訟が提起された。雇用関係の存続中に現実には労務の提供をしていない状態に対して（受領拒否を含む解雇、私傷病労働者の休職期間満了後、退職前の労務の停止等）だれが所得を保障するのが争いになってきた。ドイツ連邦社会裁判所は、雇用関係及び保険料徴収にかかる保険関係存続中でも、事実上仕事をしていない状態を、失業Ⅱ「就業の喪失」と評価してきた。

(2) 事実上の失業Ⅱ「給付法上の就業関係の不存在」の意義

一九九七年まで施行されていた雇用促進法 (Arbeitsförderungsgesetz) [AFG] は一〇一条に失業概念を定め、その一項一文に「この法律で失業とは、一時的に (vorübergehend) 就業関係 (Beschäftigungsverhältnis) がない又は些少の (一九七六年二月三日法による変更 (BGBl. I S. 3845) 一九七七年から「短時間の」就業に変更された) 就業にしかついでない労働者である」としていた。社会法典三編一三八条 (二〇一二年三月三日まで「一九九条」は失業手当の支給要件である失業を一項二文に定義している。そこでは、労働者が次に掲げる状態にある場合に、失業であるとし、一号に就業関係がないこと (「就業の喪失 (Beschäftigungslosigkeit)」)、二号に就業の喪失を終了させる努力をしていること (自「努力」 [Eigenbemühungen]、三号に労働エージェンシーの紹介の努力に対応できること (紹介を受ける能力があること) [Verfügbarkeit] を定めている。一三八条一項二文一号の「就業関係」にないことⅡ就業の喪失とはどのような状態をいうのだろうか。その具体的判断をみる前に、雇用保険法の受給に関する就業関係についての裁判所の判示を確認しておこう。「就業関係」は、「就業関係にないこと」のとらえ方に加えて、給付制限が行われる労働者による「就業関係の解消 (Lösung der Beschäftigungsverhältnis)」の要件 (三編

一五九条一項一号）及び効果（二五九条二項・三項）を理解する上で、かかる就業関係の解釈を確認しておくことが有意義である。

失業手当受給権の要件の一つである「就業関係にない」も、給付制限の要件である「就業の解消」も、「就業していない」状態を捉えるものであり、労働関係が存続していたとしても、それとは別に実際に就業しておらず、賃金も受け取っていない場合を対象にしている。一般的な概念としては、労働関係と区別し、「就業関係」が用いられる。^{〔1〕}

保険料に関する法的関係はいつたん成立すると、雇用関係が短期的に断続的に中断する場合にも、保険の保護機能を發揮するために存続が認められている。そうであれば、失業時の生活保障機能を果たす失業手当の受給権は成立しない、ということになるのではないか。というのも、就業関係が存続しているならばそれは失業していないからである。そこで、裁判所は、「就業」という同一の文言（二五九条一項、一三八条一項一号）を機能に応じて区別する立場をとり、一方で保険料支払い期間・加入期間にかかわる法的関係（これは労働関係に類似する）を「保険料法上の就業関係」とよび、他方で、受給にかかわる法的関係を「給付法上の就業関係」とよんでいる（後述）。

労働関係はまだ終了していないが、事実上、労務提供をしていない場合に（例えば、使用者の受領拒否）、労働関係も「保険料法上の就業関係」も存続しているが、失業している^{〔2〕}「給付法上の就業関係」はない、という考え方である。この考え方により労働者が失業手当を受給する要件の「失業」を充足することにもなる。この受給権を生じさせる「失業」を、雇用関係が形式的に存するのではなく、事実上労務提供をしていたのか、賃金が支払われていたのかを実際の機能から判断することで、賃金も失業手当も何ら提供されていない状態を回避できるわけである。

2 就業関係の二面性

(1) 二つの就業関係

連邦社会裁判所は、就業関係を二つの概念に分けている。すなわち、「給付法上の就業関係」(三編一三八条一項二文一号)と「保険料法上の就業関係」(三編二五条)である。本稿では、「給付法上の就業関係」を中心にとりあげるが、「保険料法上の就業関係」について簡単に確認しておきたい。

「保険料法上の就業関係」は、労働関係とはば一致し、被用者保険が、就業者に保険加入義務を課すことにより、保険による保障機能を果たす⁽²⁾。就業者は原則としてその職業生活の全体の期間の間、稼得能力の減少のリスクや失業に中断なく保護されるべきである⁽³⁾。その必要性は、労務を実際に提供しない間に小さくなるわけではない。したがって、就労しない期間が一定続くとしても、そのつど労働関係を終了させないのと同様に、保険関係も存続させる。労働関係と、失業手当の受給に必要な加入期間を規定する「保険料法上の就業関係」が、原則として一致するのは、使用者が労働関係の終了前に一方的に「保険料法上の就業関係」から解消することができないことを、明らかにするものである。労働者の意思に基づき就業関係を終了させることは自由であるのに対し、使用者の恣意により社会保険の保護が奪われないように、労働関係が存続する限り、労務提供がなくなるとも、就業関係は存続する⁽⁴⁾。

(2) 雇用保険の機能と「事実主義」

雇用保険では「事実主義」を貫徹して、労働者の失業に適切にかつ適時に保障する法理が蓄積されている。ドイツ被用者保険法では、被保険者資格の取得時を判断する際には、保険者と事業主間での保険料上の法的関係が主た

る問題になるので、それを「保険料法上の就業関係」と呼んでいるわけである。連邦社会裁判所一九八一年九月二五日判決⁵⁾が「保険料法上の就業関係」の存続を示したように、労働者が要保障事故である失業、障害、傷病、老齢が生じた場合に、立法者は被保険者に所得保障を予定しているが、その保障機能を可能にするには被保険者の資格取得期間を充足することが条件になる。その点をさして被用者の社会保険加入義務には「保護機能」があると表現されている。他方で、雇用保険法ではそうした解釈だけでは、むしろ労働者の受給権からみれば不利に機能することがある。それは、保険関係が存続する＝失業していない、と解されるならば、雇用保険の対象になる「失業」の要保障事故は、まだ生じていないことになり、三編一三八条一項二文一号の「就業関係にない」（就業の喪失）という要件を充足していないことになる。そこで、連邦社会裁判所は、保険者の事業主に対する保険料の徴収にかかる適用とは別に、保険者の被保険者との受給にかかる関係を「給付法上の就業関係」とよび、就業関係を二元的に捉える解釈を示してきた。雇用保険法では事実上の「就業の喪失」（傍点筆者）を認めることにより、「給付法上の就業関係」はない、と帰結される⁶⁾。連邦社会裁判所は就業関係をこのように解釈することは「機能的に区別された解釈（funktionsdifferente Auslegung）」であり、必要である、と強調している。

連邦社会裁判所一九七九年九月四日事件⁷⁾では、使用者の受領遅滞が生じているが、失業手当の支給要件である「失業」が当該労働者に生じていないのかが争点になっている。そこで、連邦社会裁判所は、社会保険加入関係として保険料支払い関係とは別に、受給する局面を「給付法上の就業関係」という概念を用いて、事実上「給付法上の就業関係」が不存在＝事実上の失業である、という判断を示した。本件では、事実上の就業の喪失は、使用者が指揮命令権の行使する意思を有しておらず、被用者の労働力が事実上求められない場合にすでに認められる、としている。

最近も雇用保険に関して、連邦社会裁判所二〇一二年七月四日判決⁽⁸⁾は、雇用保険法では「給付法上の就業関係」概念と保険料法上の概念を区別しており、給付法上の「就業の喪失」は、労働関係の存続とは別に、実際にその労務給付をもちや提供していない者に認められている、という。使用者が指揮命令権を放棄している又は労働者のそれ以降の労務の受領を拒否している場合には「就業の喪失」である。「保険料法上の就業関係」は、契約又は法律上は賃金の継続支払い請求権が存する限り、労働関係の法的終了にいたるまで存続しうる。他方で、「給付法上の就業関係」は、雇用関係とは別に判断され、労務提供と賃金が実際に提供されていなければ終了していると判断される。前者の「保険料法上の就業関係」は保険加入義務及び個々の社会保険の加入者 (Mitgliedschaft) の基準になるのに対し、給付法上の就業関係は「就業の喪失」(三編一三八条一項二文一号)の問題にかかわり、雇用保険によりカバーする「失業」を規定する。

このような就業関係の二面性の把握は、一方で、保険者が被保険者に対して保障する機能を、雇用保険法での失業を「事実主義」に基づき、雇用関係とは別に認定することにより果たす意味がある。他方で、だからといって、使用者が恣意的に雇用関係を終了することは許されるわけではなく、むしろ容易に終了させて失業を惹起させる使用者は、雇用関係の存続と一致させた、保険料にかかわる、保険者との保険関係を切断することは許されない。それを裁判所は、「保険料法上の就業関係」は存続すると判示してきた。具体的には、例えば、事業主は、たとえ労働者が労務不提供でも、雇用関係の存続に基づき契約又は協約により、あるいは法令により賃金支払義務を負うことがあり(例えば、BGB 六一五条、六一六条、有給休暇法一条、一一一条、賃金継続支払法三条一項一文による私傷病労働者に対する賃金継続支払い義務)、そうであれば、賃金支払いに基づき当該被保険者に対して雇用保険法の保険料支払い義務から事業主は免れない。というのも、賃金支払い義務を基本として、当該被保険者は、雇用保険法上の関

係が強制保険として成立しているのであり（三編二五条一文）、「保険料法上の就業関係」は終了していないからである。⁽⁹⁾

社会保険のなかでも雇用保険法での「給付法上の就業関係」は失業の要件の認定が問題になるので、労働者の保障のために、「保険料法上の就業関係」の有無についての判断から独立しておこなう、という⁽¹⁰⁾。すなわち、失業手当請求権の要件の失業の判断は、連邦社会裁判所は事実上の関係を基準とすることを強調してきた。⁽¹¹⁾ その点を「事実主義ドグマ」と批判的によぶ立場もある⁽¹²⁾。しかし、一貫して連邦社会裁判所は、「機能に応じた解釈」が必要であると強調し、雇用保険法上の受給の局面について展開してきたわけである。これは社会保険の中でも雇用保険では重要な意味をもっている。というのも、被保険者が失業手当を受給するには資格期間を充足する必要があるのだ、被保険者を社会的に保障するためには、そのような保険法上の加入資格期間の面では使用関係の存続の思考が極めて重要になる。他方で、雇用保険の保険事故である失業は使用関係の終了を意味するため、使用関係が存続しているならば保険事故は生じていない、と解されるからである。そこで、連邦社会裁判所は、「就業関係」という概念を機能に応じて解釈するべきであるとの立場を明確にとり、労働者の「保護の必要性」から雇用保険法において「給付法上の就業関係」概念を示した。⁽¹³⁾

(3) 「就業の喪失」の一時的性⁽¹⁴⁾

(i) 就業と不就業の反復

雇用保険の守備範囲の「就業の喪失」＝失業は、一時的なものでなければならぬ。失業が予測されている、又は繰り返される場合、失業は一時的ではなく、雇用保険の保障に適していないのだろうか。わが国では「予定され

た失業」に対して保障は消極的である。

短期間の雇用と失業を繰り返している状態は、確かに、安定した雇用関係にあった労働者に予測不可能に失業が生じたのとは異なる。失業手当が「一時的な (vorübergehend)」失業に対応する (二〇一二年三月まで三編一八条一項一号) という規定からすれば、不安定な断続的な雇用労働者にとって失業は、「一時的」とはいえず、予測されうるならば、失業手当受給権の要件を満たさないのだろうか。二〇〇四年二月三日まで社会法典三編は、就業の喪失は「一時的」(三編一八条一項一号) である場合に限定する旨の規定をおいていた。その後、三編一三八条から、就業の喪失が「一時的」であることは削除されている。しかし、「就業の喪失」の定義を変更しているわけではない。¹⁵⁾したがって、従来の判決を踏まえて、就業の喪失の「一時性」についての判断を確認しておきたい。わが国の「予定される失業」に対する保障を排除しようとする考えを見直すことにもなる。

一方で、「一時的な」就業の喪失か否かは、個々の事情により判断されるが、重要なのは、退職の理由が労働者個人の事情によるものではないならば、就業の喪失の一時的性格も否定されない。労働市場の状況によって労働者が長期にわたり、しかも仕事に就くまでの期間が不確定で予測できない場合に、だからといって失業ではない、とはいえない(傍点、筆者)。¹⁶⁾相対的に長期の、予測できない失業というリスクも、それを保障するのは雇用保険の目的であるからである、と。他方で、労働が一時的で、有期の就業関係しか成立していない場合でも、短期就業の間に生じる就業の喪失も、失業として捉えられる。¹⁷⁾連邦社会裁判所の判示によれば、失業は、労働者の業務が、将来に対して、期間が限定されていない又は一定の意味ある期間に達成されることは必ずしも前提にされない。予定された就業の喪失は、保障されるべき失業ではない(「予定された失業」は失業ではない)、とはいえない。¹⁸⁾

(ii) 争訟事例

「給付法上の就業関係」の解消について、連邦社会裁判所一九九八年九月一〇日事件では、原告の労働者は大学食堂で働いていたが、春休みの一九九六年二月八日から三月一二日は労働関係が停止していたため、失業手当の申請をしたところ、被告の労働行政は、原告の業務は停止 (Aussetzung) しているが、期間の定めのない就業関係がなお存続中であり、失業しているわけではないという理由で、失業手当の支給拒否処分を行った。これに対して、連邦社会裁判所第七小法廷は、被告の上告を棄却している。本件では労働者に就業の準備 (diensbereich) がなく、使用者の事実上の指揮命令権に従っていない場合である。労働関係がなお存続していても、就業が実際に終了していると判断されれば、「給付法上の就業関係」は終了している。⁽²⁰⁾ 一九九八年判決では、労働関係は存続しているが、就業が事実上終了している場合、つまり就業者の就業関係を形成する人的従属性、それは使用者の実際の指揮命令権と労働者の就労の準備に現れているが、人的従属性がない場合には雇用促進法一〇一条の就業関係はない、としている。その際に重要な意味があるのは、個別事例におけるあらゆる事実上の諸事情の総合的判断である、と一九九三年九月九日判決⁽²¹⁾を確認している。そして、本件の原審の事実認定によれば、原告の労働義務及び使用者の賃金支払い義務は当該争われている期間につき停止している点で一致している。原審は、そして、原告の労働義務も使用者の賃金支払い義務もなく、そして就業関係は(一時的に)実際に終了していると評価した。当該期間について使用者の処分の可能性 (Zugriffsmöglichkeit) はないという。さらに本判決は、雇用促進法一〇一条一項一文のいう「就業の喪失」は一時的なものである、とし、そのことは、労働契約上の停止期間であり、失業の予見される (voraussichtlich) 期間が約五週間に限定されていることと矛盾しない、というのも失業は予見される就業の喪失が単に僅かな期間だけではない場合にはじめて存するわけではない。一時的というのは、従属労働者としての職業生

活から永久に排除される人と区別するものであると、と判示する。

こうした連邦社会裁判所の判断は、例えばバイエルン州社会裁判所二〇一〇年五月五日判決⁽²²⁾でも確認されている。本件事件では、長期の私傷病の労働者と使用者は雇用関係を存続させる意思をもってしたが、従来の労務を提供できない労働者に別の職場を提供したところ、これを労働者が拒否し、失業手当を申請している。本件では、労務の提供されていない期間中も使用者はさらに別の職場を探す努力をしていたが、労働者は就労していないし、使用者も賃金を支払っていないかつ期間を「就業の喪失」といえるのか否かが争点になり、失業手当を拒否した労働行政を相手に支払いを求めた。バイエルン州社会裁判所は行政の控訴を棄却し、上告を却下している。

労働者が負傷・疾病で一時的に働くことができない場合に、そのつど就業関係（わが国の使用関係）も存続しないならば、雇用保険はもとより被用者保険による保障はきわめてその機能が脆弱になる。同様に、労働する能力があるのに、使用者が受領を拒否する、あるいは短期の雇用期間と不就労期間を反復するような関係でしか働くことができないとすれば、労働力に依拠して生活している労働者とその家族に対して被用者の社会保険として機能するはずの失業や傷病等の保障は実現しにくい。その典型例が、細切れ雇用と呼ばれる、定期的に安定して就労できずに、就労と不就労の期間を繰り返す働き方であり、労働者が不就労の期間につき失業手当を求めている。行政の運用では、就労期間の終了と同時にそのつど保険関係が終了していると評価され、失業手当の請求は資格期間不充足を理由に認められなかった。それに対して、連邦社会裁判所一九九八年一月三日判決⁽²³⁾は、労働者が就労した後、賃金が支払われない不就労の期間が続く、その後また同様に就労・不就労を繰り返す、継続的な労務の提供がない場合に、それぞれの短期の就労ごとに保険料法上の就業関係を切斷することを否定している。

そうした考え方を示した前掲連邦社会裁判所一九九八年一月三日判決を基に、州社会裁判所も失業手当の請求

権を認めたものがある。ザクセンアンハルト州社会裁判所二〇一二年二月一六日判決²⁴は、失業手当の申請を拒否した被告側の控訴を棄却している。本件は労働者の原告が失業手当を約一年間受給した後に、数日間の就労と不就労を反復していた事例である。原告はマスメディアのプロデューサーとして翌月の業務を事業者から申し入れがあれば個別の合意によりはじめて契約が具体的に成立するものであり、月の三分の一から半分程度の日数を就業していた。争点は原告の不就労を失業と評価できるのか、そうした短期の不就労を予定した就労であるのかであり、労働行政は後者の立場から就労の開始を理由に支給処分を取消した。それに対して、原告は、就労を開始したのではなく、むしろ不就労期間につき失業手当を支給する義務が行政にあると主張している。州裁判所は、原審と同様に、不就労を「失業」と評価し、支給拒否処分の取消しと支給の義務づけを認容している。本件では、月のかかりの日数を業務に従事している場合に、不就労期間も含む継続的な労働関係の成立を認めるには、その期間が六カ月以上継続する場合であること、さらに不就労期間も支払いの対象であることが月収から評価できること、具体的には月収が二〇〇〇から八〇〇〇ユーロに至ることである、とし、本件原告の月収からすれば不就労期間を予定した額は一度もない、と（八月は六三九、七六ユーロ、九月は一三六五、九四ユーロ等）。つまり、全体として当該就業につくこととが生計を確保できる就業関係ではない、と（強調、筆者）。結論として三編一九条の「就業の喪失」であり、失業手当の要件を充足するとしている。

以上のように、労働者が老齢又は傷病・障害により年金生活に入らない限り、一時的な雇用喪失は雇用保険法上の要保障事故であること、また細切れ雇用は不就労を含む働き方ではなく、一定の収入が確保されていない限り、就業していない期間は「失業」であることが確認できた。

本章で取り上げた「給付法上の就業関係」の解釈は、給付制限規定の自己都合退職の要件である「『就業関係』

の解消 (Lösung des Beschäftigungsverhältnis)」にも継承されている。そこで、次章では労働者の行為・態度に注目して給付制限を検討した。

注

- (1) BSG Urt.v.28.9.1993 E 73, 126. Auch vgl. Schweiger, Die Auswirkungen des § 623 BGB auf das Recht der Lohnersatzleistungen im SGB III, NZS 2001, 519, 521; Wilke, Das Verhältnis des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses zum zivilrechtlichen Arbeitsverhältnis, 2009, S.266. なお、上田真理「被用者保険法における保険関係の成立及び存続に関する法的課題」『東洋法学』五十六巻一号(二〇一二年)一二七頁以下を参照。
- (2) Gagel, Probleme mit Anfang und Ende des Beschäftigungsverhältnisses, der Mitgliedschaft und der Beitragspflicht, SGB 1985, 268ff. Auch BSG aaO., E 73, 126, 128; BSG Urt. v. 05. 02. 1998, SGB 1999, 85ff.; BSG Urt. v. 03. 06. 2004, SozR 44300 § 123 Nr. 2; BSG Urt. v. 24. 09. 2008 SozR 42400 § 7Nr.9, LSG Niedersachsen Urt. v. 13. 12.2001 L 8AL 368/00.
- (3) BSG Urt. v. 25. 09. 1981 E 52, 152, 156.
- (4) Wilke, a. a. O., S. 432 u. S. 433.
- (5) BSGE 52, 152.
- (6) BSG Urt. v. 18. 09. 1973 SozR Nr 73zu § 165 RVO; BSG Urt. v. 25. 09. 1981 E 52, 152; BSG Urt. v. 26. 11. 1985 E 59, 183, 185; BSG Urt. v. 15. 06. 1976 E 42, 76, 81f.
- (7) USK 79268.
- (8) SozR 44300 § 123 Nr. 6. 本件では早期に老齢年金を受給した被保険者が失業手当の資格取得期間 (Anwartschaftszeit) を充足してゐるのかが争点になり、当該期間は充足してゐないと、原告側の請求を棄却している。なお、本件の原審である LSG N R

W 二〇一一年六月三〇日 (L 16 (1) AL 33/09) は、使用者は一方的に提供された労務の受領を拒否して社会保険保護の存続 (Bestand) を「恣意的に使う (disponieren)」ことは許されなく。典型的には非自立的業務の遂行と結びついた労働者の保護の必要性 (Schutzbedürfnis) は、使用者が労働関係存続中に労働力を求めることを拒否することによって「小さくなるわけではない」と強調して⁵²⁹。

(6) BSG Urt.v.24.09.2008 SozR 42400 §7 Nr. 9.

(10) 二〇〇〇就業関係について Ockenga. Das Arbeitsverhältnis- Wechselwirkungen von SGB III und Arbeitsrecht. in: Mitzig/Ockenga/Schierle/Vorbau/Wischnath (Hrsg.), Die Sicherung von Arbeitnehmerrechten, 2008, 56, 60ff. 56-60. Auch vgl. Geiger, Die Beschäftigungslosigkeit als Anspruchsvoraussetzung für den Bezug von Arbeitslosengeldinfo also 2009, H. 6, S. 243ff.; Rolfs Anmerkung zu BSG Urt. v. 21. 07. 2009 SGB 2010, 307, 308.

(11) BSG Urt. v. 09. 09. 1993E 73, 90, 94; BSG Urt. v. 28. 09. 1993E 73, 126, 128; BSG Urt. 17. 10. 2002 SozR 44300 § 144 Nr. 12.

(12) Hanau/Greiner, Fortsetzung des Beschäftigungsverhältnisses bei Unterbrechung der Beschäftigung. in: Bieback/Fuchsloch/Kohle, Arbeitsmarktpolitik und Sozialrecht. Zu Ehren von Gagel 2011, 103, 116ff. 117. 二〇〇九年七月二二日判決をあげて「従来」の判決を変更し、給付制限の期間を法的に終了する時点から起算させるとしている。

(13) BSGE 59, 183, 185; 学説でも特に雇用保険では機能により区別された解釈がおこなわれるべきであると解かれている (Wilke, a.O.S.338ff.)。

(14) 本稿では検討できないが、労働者の「失業」の認定に、「障害」年金との継続性が視野に入れられている点にドイツ法の特徴がある。「失業」に対する雇用保険は、継続的に長期にわたり労務が提供できない場合には適用されないため、そこに本来は「障害」年金との画定問題が生じる、ということである。雇用保険の対象の「失業」は、被用者保険の対象である高齢、障害、傷病とちがって、労働能力を有することが前提になっている。わが国の雇用保険法四条三項に失業の定義が「意思及び能力を有している」とされているが、「労働能力を有する」という要素に関連する論点である。わが国では労働能力が十分にあるとは言えない失業者に関心が小さいことから、あまり争点になっていないが、わが国では老齢年金の開始にはまだ早い世代の非労働力人口の増加

に関連しているのではないだろうか。労働能力は、健康状態によるだけではなく、健康状態が良くないためにフルタイムで仕事ができない場合に、労働市場の状況により職場数が十分に提供されないという事情にも影響を受ける。そこで、労働能力の有無を判断する際には、健康状態から能力があるといえるだけではなく、労働者に提供される職場があるのかも勘案することが、重要なポイントになる。

- (15) BT-Drucks.15/1515 Nr.62 § 119.
- (16) Steinmeyer, in: Gagel (Hrsg.), SGB II/SGB III 2013, § 119 Rn. 60.
- (17) Steinmeyer, in: Gagel (Hrsg.) a. a. O., SGB III § 119Rn. 61.
- (18) BSG Urt. v. 03. 06. 1975, 7RrAr 81/74,juris; BSG Urt. v. 15. 06. 1976, E 42, 76, 7RrAr 50/75, SozR 4100 § 101 Nr. 2; BSG Urt. v. 20. 03. 1984, 7RrAr 7/83, Juris.
- (19) BSG Urt. v. 10. 09. 1998 SozR 3-4100 § 101 Nr. 9. Auch vgl. BSG Urt. v. 05. 02. 1998 Sgb 1999, 85ff.
- (20) BSG Urt. v. 09. 09. 1993 E 73, 90, 93; BSG Urt. v. 28. 09. 1993 E73, 126, 128, BSG Urt. v. 10. 09. 1998 SozR 3-4100 § 101 Nr. 9.
- (21) BSG a. a. O., E 73, 90, 94.
- (22) L 9AL 303/07. Auch vgl. Sächsisches LSG v. 19. 11.2009. 本件では同一の使用者に、停止、中断を挟んで雇用されている場合に、停止期間を「就業の喪失」＝失業とみるべきである。
- (23) BSG Urtv. 03. 12. 1998 SozR 3-4100 § 104 Nr. 16. Auch vgl. BSG Urt. v. 10. 09. 1998 SozR 3-4100 § 101 Nr. 9.
- (24) L 2AL 42/08. 本件原告の不就労の期間（二〇〇四年一〇月五日から七日、一〇日から一四日等）を失業として認定し、行政の支給義務を認めよう。 Auch vgl. LSG Urt. des Sächsischen v. 21. 02. 2005.

Ⅲ 積極的行為による自己都合退職

1 給付制限の要件としての「自己都合」退職

(1) 給付制限の運用

わが国の雇用保険法三三条による給付制限の趣旨は、「離職した被保険者が基本手当の支給を受けることができないためには、失業が非任意的なものであると社会的に是認され、それに対する保護の必要性が社会的に要求されるべきものでなければならぬ」とされている⁽¹⁾。わが国では「自発的」退職と認定される割合が高いが、「任意」で、保護の必要性が求められない失業に果たして給付制限が限定されているのか、改めて検討が必要である。

ドイツでは二〇一一年の統計によれば、約八割の労働者が雇用保険の失業手当請求権を有している⁽³⁾。しかし、二〇一一年の失業者総数二九七・六万人のうち失業手当Ⅰ受給者は七二万八〇〇〇人であり、それに加えて一九九万二〇〇〇人の失業者が失業手当Ⅱという租税による給付を受給している⁽⁴⁾。なお、後者の失業手当Ⅱは雇用保険の受給資格を充たさない又は所定給付日数を過ぎた場合に最低生活を保障するが、失業手当Ⅱ受給者の四三・二％が失業者である。失業者全体で見れば、約九割の失業者が失業手当ⅠかⅡを受けている⁽⁵⁾。雇用保険の基本手当に該当する失業手当Ⅰの受給資格者に対する給付制限が適用された失業者のうち(二〇一一年、七二万八二三三人)、自己都合退職を理由とするのは失業者のうち二五・七％であり、届け出の懈怠が三三・九％、求職の遅滞が三二・九％である⁽⁶⁾。三編では届け出の懈怠は二〇〇五年から、求職の届け出が二〇〇六年からの統計であり、それまで給付制限規定の大半を一号の離職が占めていた。とくに二〇〇〇年までは給付制限の約八割が自

己都合退職によるものであったが、二〇〇三年に五六・二％に、二〇〇五年に四三・九％と、減少し、二〇〇八年以降はほぼ二五％である。

連邦議会の資料からも最近の給付制限規定の適用に関する動向をみれば、二〇一〇年に給付制限にかかったのは総数七六万五四九七件であり、そのうち離職又は契約違反の行為によるものが一九万四九四三件、労働拒否を理由とする給付制限が二万四一六四件、自己努力の不十分さによるもの一万四三八九件、統合措置の拒否は一万二五八五件、統合措置の中断六二九四件、求職の届け出の遅滞によるものが二五万三八一〇件、届け出の懈怠によるものが二五万九三〇九件である。⁽⁷⁾二〇〇五年までは、多くは自己の都合による退職であった。給付制限規定が適用されるなかで自己都合を理由とするものは一九九〇年に八三％、二〇〇四年に五七％を占めている。近年、届出の懈怠や求職の遅滞を理由とする給付制限規定の適用が総数の約三分の二以上を占めているという変化があるが、自己都合退職によるものも少なくはない。しかし、ドイツでは、争訟が多く提起され、しかも二〇〇七年から受給者の請求の認容率が高くなっているのも特徴である。たとえば、二〇一〇年に給付制限をめぐる提訴は、給付制限全体で五二・一三件あったが、そのうち二二・六〇件は原告側の主張が認容されており、ほぼ四三・三五％の認容率になっている。⁽⁸⁾

(2) 「自己都合」退職に対する給付制限の要件

給付制限は、労働者が自ら失業又は重過失により惹起した場合に適用されるが、その性格について、連邦社会裁判所は次のように判示している。雇用保険法の資格を取得している労働者は、被保険者として、保険関係の成立により同一の被保険者共同体の仲間に故意又は重過失により「損害」を生じさせることを回避する義務を負っ

ている。そのような保険関係から生じる一般的な義務 (Obiegenheit)⁽⁹⁾ を負っているにもかかわらず、「重大な理由」なく退職する場合に、義務違反に対する制裁的效果が認められる。要件と効果を概観しておこう。

雇用保険の失業手当は、一方で、労働者又は労使の双方がその合意により公的な社会保険を濫用して事業所のみストラをする危険を内在し、それをコントロールすることが課題になる。他方で、失業者が新たに雇用を探す際に、失業者が不本意な職業に就くことを事実上強制されないことが求められる。

雇用関係を終了する際に、日本とちがって、雇用関係の終了についての契約を締結し、文書で条件について取りまとめることが課されている (BGB 六三三条)。他方で、雇用保険法の給付請求権にかかわる「失業」は、雇用関係 (労働契約) の解消とは独立して判断されるため、三編は「就業関係の解消」という文言を用いている (二三八条、一五九条一項一号)。したがって、雇用関係の終了の条件を満たしていないため、形式的には雇用関係は存続しているにもかかわらず、就業関係は「解消」している、つまり失業していると判断されることがある。

連邦社会裁判所は、二〇〇二年一〇月一七日判決で、事実上の「就業の喪失」と認められる場合には、失業手当の請求権が成立する、としているが、本件は、雇用関係を法的に終了する前に労務の停止・免除 (Freistellung) について合意し、事実上就業していない事案であり、その時点で失業が発生しているとしている。一一小法廷は、すでに事実上の「就業の喪失」について、雇用促進法一一九条一項一号も三編一四四条一項一号 (二〇一二年四月から一五九条一項一号) も客観的事実に結び付けて判断する、としている⁽¹⁰⁾。それは同時に、社会法典三編が自己都合退職による給付制限規定の失業者とはだれかを規定する際にも依拠すべき考え方である、という。つまり、給付制限による効果が生じるのは、客観的に判断して、事実上の失業がいつ生じているのか (就業関係の喪失) が基準になる。

社会法典三編一五九条は、わが国の雇用保険法三三条による自己都合退職に類似の規定を定めている(一項一号)。それによると、「保険に違反する行為」の一つに、自己都合退職があり、すなわち、失業者が就業関係を解消し(Jösen)又は労働契約に違反する行為により就業関係の解消のきっかけを作り、それを通じて故意又は重過失により失業を惹起した場合に、退職に際する給付制限(Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe)が生じる。その要件は、まず、「就業関係の解消」(i)、その結果としての失業の発生、つまり離職と失業の因果関係(Kausalfit)があること(ii)、失業が故意又は重過失によること(iii)である。その上で、自己都合退職に「重大な理由」があれば、給付制限は生じないため、「重大な理由」の有無が審査に加わる。なお、三編一五九条は、保険に違反する行為をした者は「重大な理由」の判断の基準となるべき事実が自らの領域(Sphäre)又は自らの責任領域(Verantwortungsbereich)にある場合には、それらの事実を主張し(darlegen)、かつ立証(nachweisen)しなければならず、とする(一項三文)。以下では、失業者の積極的な行為に基づく就業関係の解消(i)、因果関係の存在(ii)、重大な過失があること(iii)、についての判断を、順に検討し、「重大な理由」の有無については次章で扱う。

2 「自己都合退職」概念の捉え直し

(1) 「就業関係の解消」

(i) 契約期間の満了による終了は自己都合か

社会法典三編は、自己都合退職についての詳細な基準を明文化しているわけではなく、連邦社会裁判所が判例を蓄積することによりルールが形成されてきた。退職が「自己都合」か否かについて、最初のメルクマールは、被保険者が「『就業関係』を『解消』している」のか否かである。ここでは、失業者の「就業関係」が終了し、それが

失業者の「積極的な行為・態度 (Verhalten)」によるのか否かが争点になっている。「就業関係」の解消」という場合には、「就業関係」は労働関係と区別され、事実主義に基づく判断であることは上で確認した通りである。「就業関係の『解消』」という文言を用いられていることから、「解消」とされるような積極的な行為により、労働者が失業に強く関与しているのか、が争われることになる。ここでは、「解消」について争いになった事例をみていく。

まず、被保険者による「解消」と評価される行為が必要であるとしても、どのような事態をもって「積極的な関与」といえるのが問題になる。最初にとりあげたいのは、わが国に重要な示唆を与える、有期労働契約の期間満了による退職である。有期労働契約が締結されると、期間満了により雇用関係が終了する。わが国では、定年退職も有期労働契約も、将来の一定の時期に雇用関係の終了が予定されていることを捉え、「予定された失業」については保障の必要性が大きい、とされている。また、それは雇用保険法三三三条が適用される自己都合退職であることに疑いもたれていない。しかしながら、一定の時間の経過により雇用関係が終了するならば、被保険者の「積極的な行為・態度」があるといえるのであろうか。むしろ、労働者は失業の惹起に積極的に関与していない、と評価されるべきであり、自己都合による「離職」ではない、と捉え直すことが必要である。ドイツでは、有期労働契約の期間満了による退職は、雇用保険法(社会法典三編)の給付制限が生じる「自己都合」の要件を満たさないという点に何ら争いがない。有期労働契約の期間の満了は、雇用関係の終了についての「合意」が存していないため、合意退職ではない。

見解が一致していないのは、契約更新の可能性があった場合に労働者がそれを利用しないで雇用関係を終了したとすれば、契約更新をしなかったのは「解消」と認められるとする立場がある一方で、有力説は、有期労働契約の

期間の満了自体が解消でないので、給付制限の要件をそもそも充足しない、という⁽¹³⁾。

有期労働契約の場合には、期間の満了をもって雇用関係が自動的に終了するため、積極的な行為は存在せず、したがって、期間の満了は社会法典三編（雇用保険）一五九条二文一号の「解消」に該当しない⁽¹⁴⁾、ということである。

有期労働契約ではないが、一定の期間業務が中断する場合にも類似の論点がある。前掲連邦社会裁判所一九九八年九月一〇日事件⁽¹⁵⁾では大学の学生食堂で働いていた原告が、春休みの約一カ月の労働関係の停止期間に失業手当の申請をしたが、失業であるとしても、休業について合意していたのであれば、給付制限にかかるかがな争点になる。裁判所は、給付制限というのは、被保険者が自らの一般的な義務に違反して失業を惹起したことに責めがある場合に生じるのであり、契約当事者が就業関係を一時的に終了させ、停止期間（*Aussetzzeiten*）を設ける合意をすることにより、失業を生じさせているのは雇用促進法（一一九条）の意味での「失業の惹起」とはいえない、という。確かに、給付制限は就業関係の合意による解消（*einvernehmliche Aufösung*）、とくに合意退職により終了する場合にも適用されるが、就業関係の特定された又は特定可能な期間に向けられた労働契約を締結したとしても、それは同時に就業関係の終了について合意したとはいえない。その点では期間の定めがある労働関係の締結に際しても同じである（強調、筆者）。失業の惹起は、原告が停止期間のない就業関係を、それを含む就業関係に変更した場合にだけ生じることになる。本件ではそのような手掛かりは存しない。したがって、雇用促進法一一九条（給付制限）の構成要件を充足していない。

(ii) 変更解約告知の拒否は「解消」か

変更解約告知の方法で（解雇制限法二条一文）、変更された労働条件での継続雇用の申し出を、労働者が拒否した

場合でも、「解消」ではない、という点で学説で一致している。⁽¹⁶⁾ というのも、そもそも労働関係を問題にしているのは使用者であり、労働者が積極的に関与しているのではないからである。

フルダ社会裁判所⁽¹⁷⁾は使用者の変更の申し出を、労働者が拒否したことに、社会法典三編制定前の雇用促進法に関する給付制限規定（一一九条）の適用が争いになった。裁判所は、給付制限の規定があるからといって、合意していない労働条件での契約を締結する義務が労働者に生じるのではないことを判示している。給付制限規定は、いったん受け入れ、そして契約締結時に受け入れた仕事を簡単にやめないように被保険者に義務づけているのである。職場や就業の方法を選択する自由は給付制限規定（雇用促進法一一九条一文一号）によっても狭められていないとされている。

社会法典三編（雇用保険）の「自己都合」退職に該当するのは、「自己都合」といえる程度に離職が労働者の積極的な行為によるものか否かにより、退職過程を踏まえて実質的に判断される。裁判所では、使用者の解雇を労働者が消極的にただ受け入れた場合もこれに該当するのかなど、失業を労働者が積極的に惹起したのが「就業関係の解消」概念をめぐる争われてきた。しかし、連邦社会裁判所は、「就業関係の解消」概念をこれ以上拡大して解釈する必要は無い、とする立場を明確にした。⁽¹⁸⁾ これを契機に、「自己都合」による解消といえるとしても、わが国の雇用保険法三三条の「正当な理由」にはほ該当する、「重大な理由」があるのかが争いになっている（IV章で後述）。

(iii) 「合意解約」の締結か、解雇の受忍・甘受か

わが国では退職を偽装した解雇が行われても、雇用保険の自己都合退職該当性を否定することは容易ではない。

たとえば、経営悪化を背景とした実質的解雇としての退職への圧力を受けて、労働者が自ら退職の意思を表明してしまった場合に、とくに退職届が存在すれば、容易にそれを有効と認め、雇用保険法では給付制限が行われる。労働者の一方的解約を別にして、使用者による解約を受け入れ、退職届をだすようにという指示に従った場合には、「合意」解約とはいえず、雇用保険法の就業関係の「解消」と評価されないと解されるべきではないだろうか。

社会法典三編の自己都合に該当するのかを判断するのに、労働者の行為・態度が単に「受動的な」場合には、「解消」ではない、とされる。というのも、「解消」という文言を用いているのは、そもそも「積極的な行為・態度」を前提にするからである。⁽¹⁹⁾ それでは、「解消」と評価されない、労働者の「受動的な行為・態度」には、どのようなものがあるのだろうか。典型例としては、労働者が使用者の解約にただ黙っていた場合であり、そこには、何ら「積極的な行為・態度」がないので、給付制限の要件を満たさない。⁽²⁰⁾ あるいは、解約告知に対して、労働者が訴訟を提起して争うことをしない旨を使用者に約したとしても、それだけでは「積極的な行為・態度」ではない。⁽²¹⁾ 不本意ながら退職するに至ったにもかかわらず、労働者が訴訟を提起しない場合に、それでも労働者の「自己都合」による離職といえるのかについては、解雇に対し訴訟を提起しないことに労働者の関与を認めるのが争点になる。⁽²²⁾ 確かに、提訴しないという行為・態度が解約の合意なのかについての判断は容易ではない。しかし、参考になるのは、「合意解約」に関する次の連邦社会裁判所の判断である。社会法典三編の自己都合退職（二五九条一項二文一号）の要件である「解消」について、使用者の解約を甘受し、そして解雇に対し提訴しない場合でも、それは「合意」解約ではないことが明確になって点である。⁽²³⁾ 労働者の「受動的な行為・態度」は就業関係の「解消」としては評価されないからである。何度も繰り返して裁判所が強調しているように、給付制限が行われるような就業関係の「解消」と評価されるのは、常に被保険者の「積極的な行為」と結びつかなければならない。⁽²⁴⁾

以上を踏まえると、わが国のように使用者に求められて、形式的に退職届をだした場合でも、退職届に用いられた言葉に拘束され、表示された言葉や形式を重視するのではなく、就業関係の喪失にいたるまでの実際の経過についての確認が不可欠になる。ドイツでは、給付制限をもたらす合意解約を、それをもたらさない「受動的な行為・態度」と区別するには、意図されている法的効果に向けられた有効な意思を探求しなければならない、と指摘されている。⁽²⁵⁾一九九五年一月九日事件は、協約により解雇はしないことが約されていたが、使用者は労働関係を経営上の理由により終了した。争点は、本件の離職は、労働者が合意解約にいたったのか、それとも解雇を単に甘受しただけなのかである。前者の場合には就業関係の「解消」であるが、後者であれば積極的な行為ではないので「解消」ではない。本件は、表示された言葉や形式が重要なのではなく(BGH 33条)、事実の経過についての確認が重要である。個別事例の諸般の事情は、契約当事者の行為態度を信義則によれば取引慣行(Verkehrssitte)を考慮に入れると合意解約の締結として解釈されるのか否かに基づき、調査されなければならない、と。⁽²⁶⁾

解約の合意がなされた後に条件についての取決めがなされたのか、それともすでに退職条件について取り決めた後に雇用が終了したのかは、争点になっている。連邦社会裁判所二〇〇三年二月一八日判決⁽²⁷⁾では被保険者の「積極的な関与」が必要であり、雇用の終了及びその条件についての合意がなされている場合に認められ、使用者の解約告知を単に労働者が受け入れるだけでは「解消」と認定されないとしている。労働者が明らかに違法な解雇であるのに訴訟を提起していない場合でも、そこには「積極的な関与」をみることはできない、と。本件では、証明書^(Zeugniserteilung)の発行(Zeugniserteilung)を合意していたが、契約書に記載されない付帯的取り決めをしただけでは、給付制限が生じる積極的関与ではない、という。

さらに、二〇〇四年一月一日から解雇制限法一a条により、差し迫った経営上の理由による使用者の解約告知に

より労働者が労働関係を解消しないことの確認の訴えを提起しない場合には、解約告知期間の経過により補償金の請求権を労働者は有することになる。このように使用者の解約告知を受け入れ、解雇制限法一a条二項により雇用の喪失に対する包括的な調整をする補償金 (Abfindung) を得る場合でも、単に使用者の解約告知を労働者が受け入れただけでは失業手当の給付制限の要件を満たさない⁽²⁸⁾。

給付制限は、日本のように退職届をだした⁽²⁹⁾こと、その文言だけを根拠として判断するのではなく、事実の経過を踏まえて法的な評価が必要である。ヘッセン州社会裁判所二〇〇六年一月二七日事件⁽³⁰⁾では、使用者の解約と同日に協約に基づき補償金 (本件では毎月架橋手当 (Überbrückungsgeld) の支払い) の確約がなされ、雇用関係が終了した。これを労働行政は合意解約と評価して給付制限を適用した。そこで、被保険者が行政の処分に対して争った結果、州社会裁判所は行政の控訴を棄却した。本来は、協約では解約の合意後に補償金の交渉をし、労働者の申し出により補償金を支払うことが定められていたが、本件では解約の申し出と同時に補償金も確約されたなかで、労働者が合意したのか、それとも使用者の申し出を甘受したにすぎないのか、が問題になる。裁判所は、解約と同日に協約に基づき補償金の確約をして、使用者の解約の申し出を労働者が甘受しているとし、その場合には、被保険者の「積極的行為」は認定されない、と判示している。本件の被保険者の行為は、給付制限規定の「解消」(一号)ではない。というのも、解約を最初に申し出たのは原告ではなく、その使用者であり、違法な解雇であっても、甘受しただけでは、労働関係の「解消」(Auflösung) とみることはできないからである。

ここでも基本になっている考え方は、事実主義に基づいて「給付法上の就業関係」か解消しているのか否かを判断する、という点である。前掲判決によれば、「解消」の概念にとって適切な手掛かりをなすのは、労働関係の存続とは原則として独立して判断される、「就業関係の給付法上の概念」である。たとえば、労働者が就業関係を解

消したのか否かという問題に答える基準となるのは、労働関係を終了させる意思表示の合法性だけでなく、むしろ実際の出来事の経過 (Geschensablauf) なのである。そうした判断は労働関係の終了及びそれと結びついた労働契約当事者の意思表示の様式 (Modalitäten) の評価ではなく、就業関係の終了を認めるための事実上の理由によれば (nach dem tatsächlichen Grund) 就業関係の解消とは何かを問題にしなければならない。⁽³¹⁾ それは、給付制限規定の目的である、労働者に就業関係の終了に自ら積極的に関与することを妨げる (abhalten) ことに応じたものである。実態としては、本件は使用者が解雇し、補償金を支払う旨の確約をしているのであり、そこには労働者の積極的関与をみることはできない、と帰結する。

(iv) 小括

日本法への示唆としては次の点が重要である。確かに、雇用関係の終了についてもドイツの慣行とちがうが、使用者の申し出を「積極的に受け入れた」といえるのか否かを基準に判断することは、雇用保険法の「自己都合」退職による制限の趣旨にも合致しているのではないか。たとえば、退職の条件について協議し、合意にいたっている場合には、被保険者も雇用関係の終了に積極的に関与したといえるが、そうでない場合に、例えば、労働者にその意思がないのに退職届を書くように圧力を加える、早期退職制度に応募するように圧力を加える、退職勧奨に応じるように圧力を加えるなど、解雇を単に受け入れた、拒否していない、訴訟を提起していない等では、退職届が提出されているとしても雇用保険の給付が制限される自己都合退職とは認められない。

自己都合退職と判断されれば、雇用保険法では基本手当が給付制限にかかる、また特定資格受給者ではないと給付日数も短縮されるなど、労働者に不利益が生じる。そのような重大な不利益を与える意思表示は、労働者が熟慮

に基づいてなした行為であると認めるに足りる「積極的な行為」が存在する場合に限り、自己都合退職としての要件を充足すると解すべきではないだろうか。

(2) 因果関係

三編一五九条一項二文一号によると、労働者が自ら離職する場合に、それが「原因となって(dadurch)」失業を生じさせた場合に、それは保険に違反する行為になる。したがって、二番目の要件として、離職と失業に因果関係があることがあげられる。⁽³²⁾

期間の定めのない雇用を終了し、その後有期雇用に転職した場合に、有期雇用の期間満了をもって失業が生じたとすれば、期間の定めがない雇用が終了したと失業に因果関係があるので、給付制限が生じる。後述するよう
に、たとえ、期間の定めがない雇用を終了する時点ではまだ受給資格期間(Anwartschaftszeit)をみたしていなくても、給付制限は生じるというのが連邦社会裁判所の判断である。有期労働契約の期間満了による離職は、確かに積極的な行為による「解消」ではないため、給付制限の要件を満たすものではないが、被保険者が期間満了による終了日より早く退職した場合には、退職を早めたことと、失業には因果関係が認められる。⁽³³⁾ とはいえ、給付制限の効果についても、過剰介入の禁止から審理の対象になり、停止期間の短縮が生じることがあるため、労働者にとっての不利は緩和されることになる(一五九条三項二文一号)⁽³⁴⁾(V章で後述)。

(3) 故意又は重過失

失業が過失によると評価されるのは、被保険者が転職後の職場(Anschlussarbeitsplatz)を得るために当然に考え

られうる努力 (nabe liegende Anstrengungen) をしなかった場合であり、退職後の職場への具体的な見込みがないのに退職する場合である。⁽³⁶⁾ 失業が「故意又は重過失」によるというのは、もともと単純に考えうることを念頭におかない、必要な注意を重大な程度に違反しているものをいう。⁽³⁶⁾ 予測可能な展開を無視したことへの批判をうけなければならぬとされる。このような失業者に典型的に帰責される、次の職場をみつける努力をすることは法律上個別に定められていない義務についても認められうるとしたが、二〇〇三年から求職の努力をする責務は明文化されている（二条五項二号）。いずれにしても、失業者が「重大な過失又は故意」によりその義務に違反した場合だけ、帰責される。⁽³⁸⁾ たとえば、次の雇用が開始するまでの一定の期間が休業することが予定されている場合に、「予定された失業」を生じさせた重過失は認容されるのだろうか。裁判所は、停止期間を理由に、その間に失業することを予測しなければならぬ場合には (Rechnungen)、重大な過失によると評価できない、としている。⁽³⁹⁾ ということも、過失審査に際しては、自らがイニシアティブをとって離職した労働者が、職場の自由な選択を求める基本的権利（基本法二二条一項一文）を行使していることを考慮しなければならぬからである。

給付制限として、失業者の基本的権利を過剰に制約することは許容されないことは、確認されなければならない。⁽⁴⁰⁾

ハンブルグ州社会裁判所は、⁽⁴⁰⁾ 本件原告は期間の定めのない雇用契約をS社と締結したが、試用期間として半年程度別の会社に派遣され、就業していたが、期間の満了に基づき終了した。行政は給付制限規定を適用したが、原告は給付制限規定の要件を充足しないこと、仮に充足するとしても離職に「重大な理由」がある旨を主張している。州裁判所は、給付制限決定の処分が違法であり、原告の権利を侵害しているとし、原告側の請求を認容している。本件は、確かに、原告はS社を離職しているが、その後の職場を退職したことにより生じた失業は「故意又は重過

失」により惹起されたものではない、としている。州裁判所は、離職時に、転職する新しい職場への見込みが確約されている必要はないにしても、見込みがたたないと、重過失によるものとなる、としつつ、本件原告は、試用期間満了後はS社との安定した就業関係に入らざるを得ない、もしそうでないならば、試用された会社との契約が期間の定めのない契約になるという前提があると主観的には感じていた、と認定されている。裁判所は、本件原告に失業を発生させた過失はないとする。州裁判所は、行政も原審も審査の時点で客観的な基準を基に原告の行為を評価しているが、そうではなく主観的な基準が基礎に置かれるべきであるという立場をとっている⁽⁴¹⁾。

注

- (1) 労務行政研究所「新版雇用保険法(コンメンタール)」(労務行政、二〇〇四年) 五四五頁以下。
- (2) 厚生労働省「雇用保険事業年報」(平成二三年度)によれば平成二三年度は四九・三%(初回受給者数一六四万人に対し、給付制限八〇・九万人)である。
- (3) Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, 2012, S. 997.
- (4) Amtliche Nachrichten der Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarkt 2011, S. 21.
- (5) 失業者は二六五万四〇〇〇人であり、そのうち受給率は八九%となっている。失業手当Iだけならば二五%である。
- (6) Amtliche Nachrichten der Bundesagentur für Arbeit, a. a. O., S. 110.
- (7) BT-Drucks. 17/5583, Winkler, in: Gagel (Hrsg.), SGB II/SGB III, 2012, § 159 Rn. 13ff.
- (8) BT-Drucks. 17/6722, S. 56. 認容率が二〇〇五年・二〇〇六年では約六%であったが、二〇〇七年に五〇%を超えていると報告されたことに、連邦政府は数字に誤りがあるのではないかと指摘している(BT-Drucks. a. a. O., S. 1)。

- (6) BSG Urt. v. 26. 03. 1998 SozR 34100 § 119 Nr. 14; BSG Urt. v. 25. 04. 2002 E 89, 243, 246; BSG Urt. v. 27. 05. 2003 E 91, 90, 92.
- (10) SozR 3-4300 § 144 N. 12.
- (11) BSG Urt. v. 25. 04. 2002 B 11AL 65/01 R.
- (12) Mutschler, in: ders./Schmidt-De Caluwe/Coresriu, SGB III5, Aufl., 2013 § 159 Rn. 21.
- (13) Niesel, in: Brand (Hrsg.), SGB III, § 159, 6. Aufl., 2012, Rn. 17; Winkler, in: Gagel (Hrsg.) a. a. O., § 159 Rn. 61.
- (14) Niesel, in: Brand (Hrsg.), SGB III a. a. O., § 159 Rn. 17; Rolfs, Die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses als Voraussetzung der Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe, in: Oetker, Preis, Lieble (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, S. 445, 457.
- (15) BSG Urt. v. 10. 09. 1998 juris.
- (16) Voelzke; in: Spellbrink/Eicher/Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 21 Rn. 279; Benkel, in: PK-SGB III, § 144 Rn. 36; Rolfs, a. a. O., in: Oetker, Preis, Lieble (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 2004, 446, 450; Kühl, a. a. O., S. 100.
- (17) SG Fulda Beschluß v. 23. 01. 1992 info also 1993, S. 172ff.
- (18) BSG Urt. v. 25. 04. 2002 E 89, 250; BSG Urt. v. 18. 12. 2003 E 92, 74. Auch vgl. Gaul/Niklas, Neue Grundsätze zur Sperrzeit bei Aufhebungsvertrag, Abwicklungsvereinbarung und gerichtlichem Vergleich, NZA 2008, S. 136, 138, 140f.
- (19) Niesel, in: Brand (Hrsg.), SGB III, § 159 Rn. 13.
- (20) BSG Urt. v. 25. 04. 2002 a. a. O., E 89, 250.
- (21) Steinmeyer, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 4. Aufl., 2012 SGB III § 144 Rn. 11.
- (22) BSG Urt. v. 13. 08. 1986 SozR 4100 § 119 Nr. 28; BSG Urt. v. 20. 04. 1977, juris; Urt. v. 12. 04. 1984 juris.
- (23) 4-20-243' BSG Urt. v. 25. 04. 2002 E 89, 243. Auch BSG Urt. v. 20. 04. 1977 DEIR § 117 AFG Nr. 2226a; BSG Urt. v. 02. 04. 1984 Soziale Sicherheit 1984, 388.
- (24) BSG a. a. O., E 89, 243.
- (25) Niesel, in: Brand (Hrsg.), SGB III, a. a. O., § 159 Rn. 32.

- (26) BSG Urt. v. 09. 11. 1995 E 77, 48.
- (27) BSGE 92, 74. Auch vgl. Gaul/Niklas, a. a. O., S. 137.
- (28) BSG Urt. v. 12. 07. 2006 E 97, 1.
- (29) Ascheid, Kündigungsrecht, SGB III, § 144 Rn. 8.
- (30) info also 2007, 107.
- (31) BSG Urt. v. 25. 04. 2002 E 89, 243; BSG Urt. v. 09. 11. 1995 E 77, 48.
- (32) BSG Urt. v. 25. 04. 1990 E 67, 26.
- (33) BSG Urt. v. 12. 12. 1984 SozR 4100 § 119 Nr. 24.
- (34) Niesel, in: Brand (Hrsg.), SGB IIIa. a. O., § 159, Rn. 23.
- (35) BSG Urt. v. 25. 10. 1988 SozR 4100 § 119 Nr. 33; BSG Urt. v. 13. 8. 1996 SozR 4100 § 119 Nr. 28; BSG Urt. v. 27. 05. 2003 E 91, 90.
- (36) 重過失は、社会法典一〇編(行政手続)四五条二項三文三号の定義によれば、必要な注意が特別に重大な程度に違反している場合である。
- (37) BSG, a. a. O., SozR 34100 § 119 Nr. 14.
- (38) Auch vgl. BSG Urt. v. 11. 05. 2000 E 86, 147, 150.
- (39) BSG a. a. O., SozR 34100 § 119 Nr. 14.
- (40) LSG Hamburg Urt. v. 01. 02. 2012, L 2AL 49/09.
- (41) Auch Niesel, in: Brand (Hrsg.), SGB III, a. a. O., § 159, Rn. 27.

IV 自己都合退職の「重大な理由」

1 「重大な理由」

Ⅲ章でみたように積極的な行為による離職は自己都合退職に該当することがあるが、失業を惹起させたことに「重大な理由」がないのがさらに争点になる。裁判所は、給付制限の目的にそった解釈を、過剰介入の禁止を論拠に蓄積している。わが国では自己都合退職の「正当な理由」についての認定は、厚生労働大臣の定める基準に従うことになっているが（雇用保険法三三条二項）、ドイツでは「重大な理由」については、連邦社会裁判所の柔軟な判断が蓄積されている。なお、ドイツでも、かつては、わが国の雇用保険法と同様に「正当な理由」という文言を用いていた。現在の給付停止規定は、自己都合退職の「重大な理由」という文言を用いるが、かつて職業紹介及び失業保険についての法律（Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung）[AVAVG]（七八条二項）では、職業領域に応じたものを自己都合退職の「正当な理由（berechtigige Gründe）」と規定していた。それと並んで、同法八〇条一文に「重大な理由」を労働法の諸規定に依拠して審査する旨が定められていた。^①雇用促進法（二一九条）では、「正当な理由」と「重大な理由」の相違はなく、一般条項に代替した。^②その後、雇用促進法改正法（Arbeitsförderungs-Reformgesetz [AFRG]）により社会法典三編一四四条に、内容を本質的に変更しないで、雇用促進法二一九条を継承した、という経緯がある。雇用促進法の施行後、労働者の職業上の理由に限定しないで、個人的な理由を含め、「重大な理由」と捉えている。

労働者の退職理由の「重大な理由」の具体化に際しては、裁判所は、給付制限の目的と、憲法上の過剰介入の禁

止を考慮しなければならない、と繰り返し判示している。⁽³⁾ 判決によると、自己都合退職に給付制限を設けている目的は、失業の発生に対する責任を被保険者自身が負っている、又は失業を克服する協力を、理由がなく、被保険者自身が行わないといったリスクから、被保険者共同体をまもることにあるという。それゆえ、給付が制限されるのは、あらゆる個別事情を考慮に入れ、被保険者自らの利益と被保険者共同体の利益を衡量すれば、別の行動をとることが被保険者である労働者に期待できる場合だけである、と判示している。たとえば、使用者の圧力をうけ、解雇に瀕している場合に、労働者が自ら退職したならば、実際に解雇されるまで離職しない、という別の行動をとるように当該労働者に受忍させるのか否かという問題である。連邦社会裁判所は、連帯による被保険者共同体にとって、使用者による解雇に利益のあることが明白でない場合に、労働者が有している利益、とくに労働関係の終了を自己に有利に形成することへの固有の利益を考慮しないのであれば、過剰介入の禁止に抵触する疑いが生じると判示している。

裁判所は、給付制限規定の「重大な理由」は、失業者の主観的な思い (subjektive Vorstellungen) で判断するのではなく、客観的に認められなければならない、という。⁽⁶⁾

2 「重大な理由」をめぐる柔軟な判断

(1) 有期雇用への転職後の雇用終了

それでは、「重大な理由」の認否が問題になった争訟例のうち、まず、有期雇用に関するものを取りあげたい。確かに、期間満了による退職は、被保険者の「積極的行為」によるものではないので、給付制限の要件を充足しない(Ⅲ章参照)。しかし、問題になるのは、期間の定めのない雇用の終了後にすぐに有期雇用に転職した場合に、

有期雇用の期間満了により失業が生じると、その失業はそもそも期間の定めのない就労をやめて有期雇用就いたことと因果関係がある、と解される（Ⅲ章参照）。つまり、期間の定めのない就労から有期雇用に変更したことに ついて「重大な理由」がなければ、有期雇用について失業者が失業を惹起したとされ、給付制限規定が適用される。 それでは、有期雇用に変更する「重大な理由」は、何なのだろうか。

連邦社会裁判所二〇〇四年一〇月二六日事件の原告は、本屋の販売員であったが、別の職場に移ったところ、新しい雇用関係は、かつてのそれと比べると、労働時間が週六時間短縮されるが、報酬は増額する（約一四〇マルク）面では好条件といえるものであった。しかし、三カ月程度の有期雇用であった。有期労働契約は一度だけ更新されたが（約四カ月）、期間満了により終了したため、原告は失業手当を申請したものの、社会法典三編の給付制限により失業手当の受給期間が九〇日間短縮された。本件では、新たな職場が有期雇用であったが、かつての条件と比べると当該被保険者にとって有利な労働条件であったことは「重大な理由」である。そして続けて、基本法一二条一項（職業遂行の自由）からむしろ導かれうるのは、労働者が、原則として、魅力的に見える有期労働契約を、期間の定めのない労働契約に有利になるように（zu Gunsten）受け入れることは労働者の自由である。本件ではさらに、新たに成立した有期契約が期間の定めのない契約に転換する見込みがあることに「重大な理由」があると判断している。同様に、判決では、九カ月の有期雇用が終了した後次に次の仕事の見込みがあり、期間の満了の一カ月前に終了した場合でも、職業上より良い可能性があることが「重大な理由」に該当するとされている。

前掲二〇〇四年一〇月二六日判決を確認しながら「重大な理由」について州社会裁判所は、興味深い判断をしている。ハンブルグ州社会裁判所は、給付制限規定の目的を考慮にいたした上で、個別事例にあらゆる事情を考慮に入れて労働者の利益と共同体の利益を衡量することが期待される、と連邦社会裁判所の従来の見解を確認した上で、

次のように判示している。その衡量には、労働社会の生活関係において生じている変化もまた考慮に入れることができるとしつつ、しかし、労働世界の法的現実においては、短期の有期労働契約を締結する傾向にあるが、たとえ政策的に望まれていようと、期間の定めのない就業関係から期間の定めのある関係に変わることは一般的には「重大な理由」とみなされない、とする。そして続けて、前掲二〇〇四年一〇月二六日判決を確認して、本法二二条一項（職業遂行の自由）からむしろ導かれるのは、労働者が、原則として、魅力的に見える有期労働契約を、期間の定めのない労働契約に有利になるように受け入れることは労働者の自由である。原審は、新しい事業所の従業員の証言から、最初は有期労働契約を締結しているが、それが無期に転化するような具体的な見込みがあった、という結論はひきだせないという。しかし、十分に証明がなされていないので、本法廷では次の職場への転職の具体的な見込みが原告にはあったということ、それゆえに前職を退職した「重大な理由」があったということを前提にしている。さらに、その際には、労働者は、有期雇用を中断なく (*hantios*) 受け入れることが別の職業領域に変わることと結びつき、そしてそれと結びついてさらに技能 (*Fertigkeiten*) を得られることと結びついているならば、いずれも「重大な理由」があるといえる。⁽¹⁰⁾ さらに、連邦社会裁判所二〇〇六年七月一二日判決は、「重大な理由」を柔軟に解釈する立場を明確にし、これを使用者の解雇が労働者の職務の継続に不利益が生じるおそれがある場合に限定するのではなく、過剰介入の禁止の観点から解釈するべきである、という。

(2) 積極的な行為による退職

(i) 職場での「圧力」による退職（過密労働や職場でのいじめ）

退職強要の圧力だけではなく、過密労働を強いることもまた、退職届をだすことを正当化するような「圧力」と

みることができ。下級審も含め、興味深い判断が示されている。

使用者が労働者に過剰な労働を求めていた場合に、労働者の解約による退職には「重大な理由」がある⁽¹²⁾。ヘッセン州社会裁判所二〇〇九年六月一八日判決は、本件被保険者が次の職場への具体的な見込みがないのに退職した場合に、確かに「重過失」による自己都合退職であるとした上で、本件では具体的な業務の状況をみれば業務が過剰な要求であるなら、自己都合退職の「重大な理由」である、と。本件はバスの運転手であるが、本件原告に突き付けられた要求はもはや正当とは評価できないし、退職届をだすのが正当である (Berechtigungsweise) ほどに圧力をうけていた (強調筆者)、と判示している。本件で考慮されているのは、原告が翌日に勤務しなければならぬのか、それとも休めるのかを知ることができるのは夕方か夜 (二〇時から二三時) になってはじめてわかるため、休日も予定されなかったことである。週末にも同様であった。また、乗車時間もゆとりがない程タイトに計画されていた。そのような条件では原告の集中力も乗務の安全性も、損なわれることも考慮しなければならぬ、と州裁判所は判示している。つまり、退職届をだして労働者の都合により退職する場合でも、それまでの労働条件が退職届をだすのも当然だと考えられる程に過密であるならば、それは退職の「重大な理由」になる。

連邦社会裁判所二〇〇三年一〇月二一日判決⁽¹⁴⁾では、労働者が退職したが、本件で職場でのいじめ、健康侵害及び精神的圧力 (Druck) をうけたという「重大な理由」があったのか否かが審査され、審査の程度 (Prüfliche) が問題になっている。連邦社会裁判所が退職の「重大な理由」としての「いじめ」について詳細な基準をはじめて定立した事案であり、紹介しておきたい。給付制限が生じるのは、失業者が就業関係を解消し、そしてそれを通じて故意又は重大な過失により失業を惹起したが、それに対する「重大な理由」がない場合である。個別の諸般の事情を考慮に入れて、そして自己の利益と保険共同体の利益を衡量すれば、別の行為・態度が被保険者に期待できる場合

には、「重大な理由」は認定されない。本件では、被保険者に胃痛、鬱、睡眠障害があったと原審で認定され、それが「重大な理由」であるとみることとはできるものの、その不調がどの程度に達しているのかが確認されていない、と原告側の請求を一部認容しつつ、差し戻した。問題は、精神的圧力による健康侵害を「重大な理由」と認定するには、どの程度の審査が必要か、という点にある。本件では、病気であると判断するのに、医師の診察をうけているか否かまでは必要ではないこと、精神状態の障害や健康問題が本件原告の上司との緊張関係に起因することが確認されている。そうであれば、自己の健康を犠牲にしてまで仕事をすることは原則として労働者が受忍すべきことではない。しかし、職場の緊張関係がある場合でも、病気が短期間で治療できるとか、発症を回避できるならば、継続雇用が期待されうる、と原審は判示している。そこで、連邦社会裁判所は、精神的圧力(いじめ)のために原告に就労が期待不可能なのか否かは上司の警告が合法か否かによるが、原審の事実認定では不十分であり判断ができない、という。適法でない又は社会的に不適切な上司の言動だけが労働者の退職の「重大な理由」になる、と判示する。上司の批判が適切であれば、退職の「重大な理由」にはならないが、上司の不適切な言動には、個々の労働者を職場集団から排除する、過小評価する、コミュニケーションから排除する、差別することがすでに含まれている、と判示している。そして、上司の個々の言動が法的限界をたとえ超えていないとしても、ちくちくと嫌みを言う場合には、適切な範囲を超えると評価でき、そしてその事を通じて労働者はもはや受忍できない状況におかれている。原審は、その観点にたつて全体の諸事情を詳細に評価しなければならぬのであり、原告の人格権が長期にわたって侵害されていなかっただのか否かを審理しなければならぬ、(強調、筆者)と判示するにいたつた。そして、本件では他の同僚と比べると、原告は、上司の正当でない強いコントロール下におかれ、しばしば長期にわたり叱責をうけ、精神的圧力をうけたことがもはや継続雇用を受忍できない、と判断される。あるいはこれ

からも共に働くために必要な期待可能な信頼関係が基盤にもはや存していない、と判断できる、という。以上のように、医師の診断書がない場合でも、退職の「重大な理由」の有無について、人格権の侵害可能性がないのかを詳細に事実に基づき事後審査することが必要になる。被保険者に対する給付制限の判断をする過程において、上司による精神的圧力を含む事実について立証する責任を負うのは行政である（三編二五九条一項四文）。

(ii) 解雇による職業生活への不利な影響

労働者にとって基本手当の給付制限にかかる自己都合退職は解雇より不利であるが、労働者が解雇よりも退職扱いを望むという面もある。解雇扱いにより再就職が困難になると考えるからである。この点を、解雇扱いによる職業生活への不利を避けることも、自ら退職する「重大な理由」になるとした判決もある。ある事件では、労働者が解雇に瀕したため、使用者と合意解約を締結したが、雇用終了前の三カ月間に労働者は労務を提供していなかったが、賃金を受けとっていたため、本件に「重大な理由」があるかが主たる争点になった。本件は、「重大な理由」は「職業上の進歩 (berufliche Fortkommen)」に不利なることに限定されるのではない、とより柔軟に解釈している。本件では、使用者と合意解約を締結していても、労働者が経営上の理由により使用者から解雇される危機があり、解雇に典型的に伴う不利益を回避したいと考えて、退職の合意をした場合には「重大な理由」が認定されている。本件判決は、使用者から補償金を受けていてもそれが「重大な理由」を否定することにはならない、ともいう。そして、合意退職による自己都合の「重大な理由」を、連邦社会裁判所はこれまでも使用者による解雇を待たずに、自らの職業上の進歩に不利なることを危惧して退職していることに限定しているのではない、という。それは理由の一つにすぎないとし、憲法上の過剰介入の禁止の観点から、その他の理由も認められている、と判示し

ている。当該被保険者が使用者の解雇を待つことを、被保険者共同体は期待することができない以上、当該被保険者が自己の正当な利益を受けるのを妨げる利益は被保険者共同体に存しない、という。

(iii) 労働者の家族生活・子の福祉

連邦社会裁判所一九七七年四月二〇日判決⁽¹⁶⁾によると、次の職場への見込みがないまま退職した場合には給付制限が生じるが、婚約中の労働者が、遠距離にいる婚約者（配偶者）との共同生活のために退職することは「重大な理由」になる。ただし、本件判決は、退職から四カ月後に結婚している場合には、結婚が就業関係の解消の「重大な理由」としては認容されないと判示している。というのも、「重大な理由」は、単に雇用の終了にかかわっていればよいのではなく、雇用の終了の時点に存していなければならぬからである、と。本件原告は、次の就業への転職の具体的見込みがなかったのに失業を重過失により生じさせた、という。これらの判決を継承しつつ、新たに連邦社会裁判所二〇〇五年一月一七日判決⁽¹⁸⁾は、子のいる労働者が家族との生活を理由に自己都合退職する「重大な理由」を、基本法六条二項一文に基づく、子の養育についての両親の権利及び義務を根拠に認めている。本件判決によれば、原告は次の職場への具体的な見込みがないまま就業関係を解消し、重過失に基づき失業を惹起している、とした上で、失業者が結婚のため共同生活をするのに転居することは連邦社会裁判所がすでに「重大な理由」として認容してきた、という。しかし、本件では、「重大な理由」が離職する時点に存在しないこと、つまり、本件では転居から結婚まで数カ月間の期間があり、退職時にまだ結婚していないのに「重大な理由」があるといえるのが争点になる、と。これについては、本件では従来の仕事を結婚時点まで継続することは、原告の一三歳になる子の転校の時期を考えると、授業がすでに開始するために期待困難である。子が原告の配偶者との共同生活のた

めに転校し、子を新たな配偶者と世話し、養育するために離職しているので、その点では被保険者共同体の利益は、子の福祉を理由に後退するのである、という。そして、この価値観は基本法六条二項一文から明らかである、というのもこの基本権は親の責任を子の福祉のために果たすことを保障するものであるから、という。また加えて、原告はすでに失業前に求職活動を何度か行っている。こうした原告の行為・態度を評価する際に、当法廷は、次の職場を中断なく見つけることで失業を回避する努力を過剰に要求することは禁じられている、ということから出発しなければならぬ。それは、給付制限の目的からも、そしてそのことから導かれる、「重大な理由」の要件が給付制限の構成要件の枠内で担う機能からも明らかである。以上から判断すれば、個別事例のあらゆる諸事情を考慮に入れ、かつ当該被保険者の利益と被保険者共同体の利益を衡量して、当該失業労働者に別の行為・態度が期待できる場合にだけ、給付制限の効果が生じるべきなのである。

(iv) 小括

自己都合退職の「重大な理由」は個々の事例ごとの判断であり、類型化されるものではないが、上で紹介したように、労働者の職業選択の自由、人格権、子の養育権等の基本権を尊重し、柔軟に判断している。わが国の自己都合退職の「正当な理由」を拡充する、重要な示唆を得られる。

注

(1) Kühl, Die Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe, 2007, S. 124 ff. Voelzke in Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003, §

- 21 Rdnr 337 ff. 東洋の法律家雑誌に於ての「ドイツの労働法 BSG Urt. v. 14. 09. 2010 SozR 44300 § 144 Nr. 15 参照」。
- (2) Kuhl. aa. O., S. 126.
- (3) BSG Urt. v. 05. 08. 1999 E 84, 225; BSG Urt. v. 25. 04. 2002 E 89, 243; BSG Urt. v. 27. 05. 2003 E 91, 90.
- (4) 法律雑誌に於ての Voelzke, Aktuelle Entwicklungen im Sperrzeitrecht, NZS 2005, 281 ff.
- (5) BSG Urt. v. 25. 04. 2002 E 89, 243, 248.
- (6) BSG Urt. v. 27. 05. 2003 E 91, 90; BSG Urt. v. 14. 09. 2010, SozR 44300 § 144 Nr. 21; BSG Urt. v. 17. 10. 2007 E 99, 154.
- (7) SozR 44300 § 144 Nr. 9.
- (8) BSG Urt. v. 05. 02. 2004 SozR 44300 § 144 Nr. 7.
- (9) Landessozialgericht Hamburg 01. 02. 2012, L 2AL 49/09juris.
- (10) BSG Urt. v. 12. 07. 2006, B 11a AL 47/05 R.
- (11) BSG Urt. v. 12. 07. 2006 SozR 44300 § 144 Nr. 14; BSG Urt. v. 12. 07. 2006 B 11a AL 73/05 R, AP Nr. 9zu § 144 SGB III.
- (12) Winkler, in: Gagel (rsg.), SGB II/SGB III § 144 Rn. 76.
- (13) info also 2010, 11.
- (14) SozR 44300 § 144 Nr. 4.
- (15) BSG Urt. v. 17. 11. 2005 SozR 34300 § 144 Nr. 11. 西の法律雑誌に於ての「ドイツの労働法 BSG Urt. v. 12. 04. 1984, RAR 28/83; BSG Urt. v. 25. 04. 2002, B 11AL 100/01 R 44 9°」。
- (16) BSG Urt. v. 20. 04. 1977 E 43, 269.
- (17) Auch BSG Urt. v. 17. 10. 2002 SozR 34300 § 144 Nr. 12.
- (18) BSG Urt. v. 17. 11. 2005, SozR 44300 § 144 Nr. 10.

V 給付制限の効果の制約

1 給付制限の起算点（三編一五九条二項）

（1）給付制限の開始時点

「重大な理由」のない自己都合退職又は合意解約による給付制限はいつから開始するのか、がドイツでは問題になってきた。この論点は、ドイツでは、わが国と実務の運用がちがうことに端を発している。わが国では労働関係の終了後に失業を届出て、さらに決められた出頭日においてはじめて失業の認定をうける手続になっている（初回認定日）。そして、初回認定日に給付制限に該当するかが判断され、行政の運用では、わが国の給付制限の期間は「待機の満了の日」の翌日から起算する⁽¹⁾。他方、社会法典三編は給付制限の開始について、「給付制限の期間は、給付制限を理由づける事柄の生じた翌日をもって開始」する旨を定めている（一五九条二項）。ここでの「給付制限を理由づける事柄の生じた日」とはいつなのか、が問題になる。「給付制限を理由づける事柄」は、たとえば労働者の一方的解約、又は合意解約の締結又は労働契約に違反した行為などをいい、支給停止はその事柄が生じた翌日に開始する⁽²⁾。つまり、労働契約による雇用関係が終了していない場合でも、退職する意思表示をした日の翌日から停止が開始する。失業手当の受給権の成立とは別に進行するので、失業手当の要件である失業、「紹介を受ける能力がある」⁽³⁾、「就業を求めること」（三編一三八条）は充足していなくてもよい。なお、給付制限が続く期間は通常一二週間であるが、過酷な場合には六週間に短縮される（一五九条三項二文二b号）。

起算点について事実上の失業を基準にするという考え方は、「給付法上の就業関係」の理解によっている。重複するが、「給付法上の就業関係の解消」の意義を確認しておきたい。自己都合退職は社会法典三編一五九条一号の給付制限を生じさせる要件として定められているが、それは給付法上の意味での「就業の喪失」⁽⁴⁾が認められることとあり、連邦社会裁判所は、労務の免除を合意している場合には、雇用関係があっても、免除の日から給付制限が生じるとい⁽⁵⁾う。すなわち、労働者の退職に際してドイツでは終了についての文書が必要とされ(BGB六二三条)、労働者は業務にいつまで従事する義務があり、使用者の賃金支払い義務もいつまでなのか定められる。それに基づき労働者は労務提供義務の免除も請求できる。従来から、継続的な雇用を終了した使用者は、労働者に次の職場を探すための「自由な時間」を確保しなければならないとされているが(BGB六二九条)、社会法典三編二条二項三号により二〇〇三年一月一日から、使用者は形式的に雇用関係が終了に至る前に早期に労務を免除・停止する責任を負い、それにより労働者に求職の自由な時間を確保し、失業を回避することが目指されている。したがって、継続的な雇用関係が終了する場合には、その前に、労働者は使用者に労務免除を請求できるのに応じて、使用者には労務停止の義務が社会法典三編二条により生じる。そして社会法典三編の失業手当を受給しようとする場合に、労務免除の期間は「就業の喪失」⁽⁶⁾ Ⅱ 「事実上の失業」であり、すでに給付停止が進行し、場合により雇用関係終了時には停止期間も満了することがある。それゆえに、給付制限は、雇用関係が存続していようと、事実上の失業状態ですでに開始しているので、実務上の影響はあまりない、と指摘されている。⁽⁶⁾ 「労働者が失業手当を申請すれば、その他の要件を満たしていれば失業手当は支給されるが、通常は、失業手当は給付制限の発生のため、又は仕事が免除されていても労働者は使用者から賃金を受け取っているために失業手当が停止するので(三編

一五七条一項)、支払われない。失業手当の申請を労働者は免除された時点以降ではなく、たとえば一二週間の給付制限期間の満了後に申請すれば、給付制限期間は実務上もはや影響を与えない。給付制限は労働関係の存続中だが停止している期間に、すでに「満了している」のである、と指摘している。つまり、ドイツの事実上の失業の捉え方は、失業手当の支払いと使用者による時間と金銭の提供を分担することにもなっている。というのも、事实上は失業している期間は、使用者に雇用関係の存続と保険料の支払い義務を求め、自由な時間も確保させる一方で、停止期間が進行し、その満了後に社会法典三編による失業手当を職安行政(雇用保険)が引き受ける結果になる。

(2) 起算点をめぐる裁判所の判断の変更

現在の事実主義に基づき、実際に失業した時点から支給停止期間が開始する、という考え方を裁判所は当初からとっていたわけではない。第七小法廷一九八四年一月二二日判決⁽⁷⁾は、労働者が有期労働契約により終了する時点よりも約一週間早く退職した事案である。そもそも労働者が退職日を早めることに「重大な理由」があれば、給付制限規定は適用されないが、裁判所は、「重大な理由」を認めるには、失業者の労働市場の統合可能性を考えると、退職日が月末のほうが、月の中旬よりもより良い機会があるので、具体的に翌月の初めから新しい就業の可能性が前提になる、という。「重大な理由」がない自己都合退職の場合に、本件判決は、給付制限の目的から考えると、起算点は労働契約により定められた時点である、と判示した。それは、労働者が有期労働関係を早く終了し、期間満了の前の期間についても失業を理由とする給付を請求できるならば、給付の条件をみずから引き起こしていることになる。このような操作を立法者はまさに給付制限規定をもっておこなせないようにすることを意図してい

るのである、という。

しかし、一九八四年判決の起算点の考え方は、第七小法廷一九九九年八月五日判決⁽⁸⁾により変更された。一九九九年判決は給付制限の起算点を「給付法上の就業関係の終了」＝事実上の失業である、と明確に判示した。本件では原告の労働者に使用者は解約を申し入れ、原告も合意したが、合意した退職日より原告は自ら四カ月退職日を早めた。原告は失業手当を使用者の解約の申し出にあつた退職日の翌日に申請したところ、被告の行政は通常の三カ月の給付制限により失業手当を、原告が申し出た実際の早期の退職日の翌日から停止した。第七小法廷は、被告側の請求を認容し、事実認定のために差し戻している。第七小法廷は、たとえ原告が失業手当や職業紹介をまだ請求していない期間であつても、給付制限は原告の早期退職日の翌日から生じる。給付制限規定は、具体的損害を審査するのを意図的に放棄しているものであり、失業者が失業を理由とした給付を受給しているのか、受給できているのか否か、そして受給している又は受給可能である場合にいつから、どのくらいの期間なのかを考慮することなく、統一的に暦に依じて進行するのである、とした。

そして、第一小法廷は二〇〇二年四月二五日及び第七小法廷が二〇〇二年一月一七日判決をもつて一九九九年判決を確認するにいたっている。連邦社会裁判所二〇〇二年四月二五日事件⁽⁹⁾では、一九九八年九月一日に、経営上の理由から一五名を解雇し、そのうちの一人が原告である。一九九八年九月一日に使用者と原告は解雇訴訟を提起しないことを含めた合意解約を締結している。使用者は賃金を九九年三月三一日まで支払う義務を負うことも約定している。労働行政は失業者の原告に自己の都合による解消であるとし、九九年四月一日から一二週間の給付制限を決定したため、原告が訴訟を提起している。第一小法廷は、停止期間についての連邦労働エージェンシーの上告を認容していないが、解雇の合法性等についての事実認定が必要であるとしている。そして、四月一日から

の停止期間については行政の主張を認容していない。それは三編一五九条二項によると、給付制限期間の開始時点は、「給付制限を生じさせる事柄」が生じた時点であり、給付制限期間は給付制限を生じさせる事柄の翌日をもって開始すること、被保険者が就業の喪失を惹起したこと、本件では九八年九月一日に合意解約を締結したこと、翌日（九月二日）に就業の喪失を惹起したことである。就業の喪失は労働法でいう労働関係の存在とは独立して被保険者の事実上の不就業を特徴としている。¹⁰⁾

二〇〇二年一〇月一七日判決は、三編一四四条一項一号（現一五九条）の失業者は雇用促進法一一九条一項一号と同様に、就業関係の解消時にはまさにまだ労働者であり、給付制限期間は、失業手当請求権が成立しているのかを考慮に入れることなく暦に応じて進行するという観点が重要である、と確認している。したがって、本件では労働者が使用者との合意により労務を停止した日から、原告である労働者は、労働関係は存続しているにも関わらず、就業していないので、労務を停止した時点から給付制限期間が開始する、と前掲二〇〇二年四月二五日判決を確認している。労務の停止は有給休暇として免除されている場合にも同様であり、使用者は免除を通じて自己の指揮命令権の行使を放棄したのである、とし、失業手当請求権は成立していない場合でも、給付制限による停止は労働関係存続中にも進行している旨を判示している。¹¹⁾

連邦社会裁判所二〇〇五年一月一七日事件では、労働者が解雇に瀕したため、二〇〇〇年三月三十一日までの合意解約を一九九九年八月三〇日に締結し、二〇〇〇年四月一日に失業を届け出たところ、四月一日からの給付停止が決定された。そこで、実際にはすでに労務が免除されていたため（二〇〇〇年一月から三月）、「重大な理由」があり、失業手当の給付制限規定が適用されないのか否かが争点になっている。結論としては、「重大な理由」が認定され、給付制限規定は適用されないため、雇用関係の終了後の四月一日から支給されている。裁判所は、給付制

限はそれを生じさせる事柄である就業していない状況の発生時に開始し、それは就業関係の給付法上の概念が基準になると確認し、もし仮に何らかの停止が生じるならば、労務が免除されていた二〇〇〇年一月に開始することになるが、そうであれば同年四月には停止期間が満了していることになる、と。給付制限規定は、労働契約関係の存続中でも、事実上の指揮命令関係がなく、賃金の支払いがなされていない状態の時点から、適用される、ということになる。

連邦社会裁判所が確認しているように、労働関係の継続中に、給付制限の停止期間が終了し、失業後に中断なく失業手当を受けることが原則として認められている。その例外について、連邦社会裁判所二〇〇九年七月二一日判決によれば、⁽¹⁴⁾高年齢労働者パート法により労働者が労働時間の合意形成により雇用を終了する場合に、高年齢者パートの開始後は従来の労働時間で就労した後にもはやそのような長い時間の就労はしないことが可能になっている(ブロックモデル)。しかし、その場合でも、パートに従事する時間を、就業関係がないほどに短縮することは認められていない(高年齢者パート法二条二項一号)。したがって、事実上の就業の喪失状態が、かつての労働時間の範囲に就労した後に生じることが予定されていないので、事実上の就業の喪失が基準にならないことは、同法の意義及び目的からも明らかである、という。その点で、就業の喪失の給付法上の概念の従来の理解から離れて、機能ごとに違った解釈が必要となる、と判示している。

2 過剰介入の禁止と停止期間の短縮

(1) 「適切な」停止期間

自己都合退職の給付制限は、三編一五九条三項によれば、一二週間停止するが(一文)、次の二つの類型につい

ては、比例原則及び過剰介入の禁止により、停止期間が短縮される。一つは、給付停止の発生後六週間以内に雇用関係が終了する場合には、それを三週間に短縮する（二文一号）。それは比例原則および過剰介入の禁止によるものである。¹⁵二つは、給付停止が「特別に過酷な場合」には、六週間に短縮する（一五九条三項二文二b号）。雇用促進法の制定時から、給付制限の効果が過酷な場合について、裁判所は過剰介入の禁止の観点から審理をつくすことが明らかにされてきた。¹⁶

まず、前者の給付停止から六週間以内に雇用が終了する場合には一二週間でなく三週間に停止期間を短縮するという内容をみよう。これは、労働者が、合意解約で定めた日、又は有期雇用の場合には期間満了の日より退職日を早めることに関わっている。連邦社会裁判所一九九五年二月九日事件¹⁷では、経営上の理由による解雇に瀕した労働者が提示された雇用終了日より約一カ月早く退職する旨を合意した場合の事件である。本件では、労働者が退職日を早めなくても、一カ月後には合意解約により失業が生じる。本件は、事実の認定のために、差し戻しているが、第七小法廷は給付制限規定の解釈の基準として、過剰介入の禁止を確認している。すなわち、給付制限の期間が短縮する旨の過酷条項では、立法者は、給付制限期間がその原因を作った失業の期間と適切な関係にあること、つまり、短期の労働関係を離職する又は有期雇用の拒否により給付が停止する場合には、停止期間を短縮することを考慮に入れて、と判示している。ここで労働関係が短期であるとみられるのは、四週間以内の有期雇用のみならず、失業者の行為・態度がなくても四週間以内に雇用関係が終了するであろう場合であると。雇用促進法一一九a条一号は、標準の停止期間を延長する旨を規定していたが、その場合でも解釈の際には、比例原則及び過剰介入禁止に適合するのは、全ての国家の行為の包括的な指導規律（übergreifende Leitregeln）として法治国家原理（基本法二〇条三項）から導かれる解釈だけである。そのことから、選択される手段と意図される目的には合理

的な関係がなければならぬのであり、侵害的行為は、立法者が目指した目的達成に適しており、かつ必要な範囲でしか認められない。

(2) 有期労働契約の終了日を早めた場合の停止期間

有期労働契約の期間満了による終了は給付制限にかからないことはすでに示した通りであるが、労働者が退職日を一週間早めた場合に、給付制限規定が適用されるのか、適用される場合にはいかなる効果が生じるのかを、連邦社会裁判所二〇〇四年二月五日事件⁽¹⁸⁾をもとに検討しよう。本件では、有契約労働者は、契約による終了が八月一日であったが、七月三十一日に自ら退職した。労働行政は失業手当を、実際の退職日である七月三十一日が「給付制限を理由づける事柄の生じた」日であり、その翌日の八月一日から停止した(一五九条二項)。本件では、起算点に争いはなく、給付制限により生じる給付日数の短縮が問題になっている。原告に適用された給付制限規定によれば(社会法典三編一四四条三項二文二号)、八月一日から二日間支給がなされなかった。第七小法廷は前掲二〇〇四年二月五日判決では、有期契約労働者が次の職場を探すことなく失業を惹起しているのは重過失によるため、給付制限にかかるが、その起算点は労働者が自ら一週間早めた終了日であり、失業者が失業手当を契約に定めた終了時以降に申請し、その申請日以降に失業手当請求権が成立するとしても、起算点は請求権の成否とは別に決められる、と判示している。そして、給付制限をうける期間について、社会法典三編によれば、六週間以内に雇用が終了する予定だったならば、自己都合退職による停止期間を通常の一・二週間に三週間に短縮する(一四四条三項二文一号)。本件は八月一日から三週間の停止にいたる、という。

わが国の給付制限による不利益効果を再検討すべき視点を連邦社会裁判所の判決から確認できるであろう。すな

わち、保険加入義務を負うことを通じて、一定の資格取得期間を充たしている失業者に対して、給付制限により比例原則、とくに過剰介入の禁止に違反する処分は許容されない、というものである。給付制限は刑罰ではなく、失業の惹起についての帰責の問題に止まる。そこで、本件判決は、従来も給付制限規定に標準の給付制限期間よりも短縮する旨を定めているのは比例原則及び過剰介入の禁止を論拠としている。

3 「特別な過酷さ」による停止期間の短縮

「特別な過酷さ」は、給付制限を生じさせた事実を勘案すれば、一二週間の通常の給付制限期間を生じさせることは全体の諸事情を判断し、比例していないとみなされる場合に、認められ⁽¹⁹⁾、六週間に停止期間が短縮される(二五九条三項二文二b号)。退職に「重大な理由」があるとははいえないが、失業者の行為を理解できる又は是認できる場合に、「特別な過酷さ」が認定され⁽²⁰⁾。たとえば、使用者のいじめ等の行為が退職の「重大な理由」とまで認定されないとしても、労働者が使用者の圧力にさらされ、自らの労務提供や健康状態に好ましくない影響を与えるならば、「過酷」であると認める下級審がある。本件は、いじめ等のハラスメントが自己都合退職の「重大な理由」になる基準を明示した前掲二〇〇三年一〇月二一日の原審であるが、自己都合退職に「重大な理由」はないが、「特別な過酷さ」があり、六週間に給付制限期間を短縮できる特別な事情があるとしている。すなわち、原告である労働者は同僚と比べると、上司のより強い監視下に不当にもおかれていた。ストレスが大きくなると、原告の労務提供及び健康状態に悪い影響を及ぼすであろう、と。上司の警告とはいえないような監視や、不当かつ頻繁になされる叱責により、原告労働者と上司の信頼関係は、後に影響が残るほど壊れていることが特別な事情であると認定している。

連邦社会裁判所二〇〇〇年八月一〇日事件は、ある会社の幹部だったが、使用者から突然、信頼関係を失ったとされ、解約を申し込まれ、しかも翌日には職場を離れざるを得ない状況に追い込まれた。しかも、使用者はすでに新しい幹部を採用し、会社の新たな経営方針のもとで事業を早く展開したいという意図から、解約を申し込んでいる場合に、当該失業者に補償金を渡し、元幹部も退職に合意しているとはいえず、「特別な過酷さ」があると認定している。裁判所は、本件では使用者に退職せざるをえない状況に追い込まれるだけではなく、当該失業者はいかなる理由で解約されるのかも明らかにされていないという事情も勘案し、本件の原告である失業者は使用者に追い出された、と原審の認定を基に判断している。従って、合意による就業関係の終了の問題とはいいきれない。そうであれば、停止による効果を考慮しないうままであつてはいけない。そうした効果によりまさに「特別な過酷さ」が生じるからである。そして、「特別な過酷さ」としては、一般的な個人的又は経済的な事情を考慮にすることはできない、としつつ、一二週間の通常の停止期間では比例性に合わないと思なされるのか否かという問題は個別事例において給付制限期間を生じさせる際に考慮に値する事情である、という。本件では、通常の停止期間を認めることは原告に「特別な過酷」であり、明確な理由をつけられてもいないような状況で使用者に解雇の威嚇をうけていることに加えて、合意退職のほうに当該労働者の労働市場への統合可能性に影響を及ぼすであろうし、そうであれば雇用保険の連帯共同体にも利益になる、と判示している。

上で示した判決を踏まえると、「重大な理由」のある自己都合退職として評価されなかった場合でも、実質的には解雇されている状況を勘案すれば、単に予定された通常の期間を停止することは、過剰な介入に該当することがある、といえよう。

自己都合退職の「重大な理由」ではない事情でも、個別事例において通常の停止期間を生じさせるのは「特別に

過酷」であると認容されることがある。⁽²²⁾労働者が解雇を威嚇されて退職せざるをえない圧力をうけて自ら退職した場合に、労働者が自己都合退職に「重大な理由」があると考えたことは、客観的に誤っていないようにとも、過失がないならば、連邦社会裁判所は、それに一二週間の給付制限規定を適用するのは「過酷さ」を生じさせる、という。連邦社会裁判所二〇〇二年一月十七日では、給付制限を発生させる基準となる事実から判断すれば一二週間の期間が「特別に過酷」である場合には、それを六週間に短縮する。本件では解雇が合法であり、それが自己都合退職の重大な理由になる、と考えたことが「無過失の錯誤」であったと言えるのが重要である、と。その錯誤は回避できなかつたにちがいないのか否かである。合意して就業関係を解約している場合でも、就業関係の解消の前にその事象から社会法上生じる結果を習熟し、注意深い労働者が不利に扱われてしまうことがないように、上のように評価をすることが支持できるのである。

最後に、婚姻のために転居が必要であるが、退職する時点ではまだその必要性がないために「重大な理由」が認定されなかつたとしても（IV章参照）、共同生活の基盤を形成しようとした目的は理解できる事情であり、一二週間の給付制限期間は「特別に過酷」であるため、六週間に短縮される。⁽²⁴⁾

わが国では給付要件の充足自体を再検討する必要があることはもとより、給付制限の効果（起算点及び期間）についても過剰介入禁止、つまり退職の自由への過剰な制約がないのかという視点から、吟味する必要がある。とくに連邦社会裁判所は比例原則及び過剰介入の禁止を理由として給付制限を一定の範囲を超えることを許容していない事態について、なぜわが国ではそれを許容しているのか。典型的な例としては、期間満了による雇用終了を労働者が自ら早めた場合に、自己都合退職とされるとしても、失業手当の資格取得期間を充足する被保険者に、失業手

当を契約による満了日を超えて停止することが過剰な自由の制約になぜならないのだろうか。

注

- (1) 労務行政研究所『新版雇用保険法（コメンタール）』（労務行政、二〇〇四年）五四七頁。
- (2) 給付制限規定のこころ Voelzke, Aktuelle Entwicklungen im Spenzzeitrecht, NZS 2005, 281ff.
- (3) BSG Urt. v. 05. 08. 1999 E 84, 225; BSG Urt. v. 25. 04. 2002 E 89, 243.
- (4) BSG Urt.v. 17.11. 2005 a. a. O. SozR 3-4300 § 144 Nr. 11.
- (5) BSG Urt. v. 12. 7. 2006 E 97, 1.
- (6) Schlegel in: Kütner (Hrsg.), Personalbuch, 2012, Freistellung von der Arbeit, Rn41.
- (7) BSG SozR 4100 § 119 Nr 24. 同法 BSG Urt. 12. 04. 1984 DBIR Nr. 4639a zu § 119 AFG; BSG Urt. v. 05. 02. 2004 SozR 44300 § 144 Nr. 7 同法.
- (8) BSGE 84, 225.
- (9) BSGE 73, 126, 129=SozR 3-4100 § 101 Nr. 5.
- (10) BSG Urt. v. 28. 09. 1993E 73, 126, 129.
- (11) SozR 3-4300 § 144 N. 12.
- (12) BSGE 85, 223.
- (13) SozR 3-4300 § 144 Nr. 11.
- (14) Rolfs Anmerkung von BSG Urt. v. 21. 07. 2009, SGB 2010, S. 307, 309.
- (15) Mutschler, in: Kreikebohn, Spellbrink/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 2. Aufl., 2011, § 144 Rn. 104; Rolfs, in: Müller-

Gloege, Preis, Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl., 2013, SGB III § 159, Rn. 54.

- (9) BSG a. a. O., SozR 4100 § 119 Nr. 24; BSG Urt. v. 09. 02. 1995 E 76, 12; BSG Urt. v. 15. 11. 1995 E 77, 61; BSG Urt. v. 25. 04. 2002 E 89, 243.
- (17) BSG a. a. O., E 76, 12.
- (18) BSG, a. a. O., SozR 44300 § 144 Nr. 7.
- (19) BSG Urt. v. 26. 03. 1998 SozR 34100 § 119 Nr. 14.
- (20) Kühl, a. a. O., S. 209.
- (21) DBIR Nr. 4639a zu § 119 AFG.
- (22) BSG, a. a. O., SozR 34100 § 119 Nr. 14; BSG Urt. v. 17. 10. 2002 SozR 34300 § 144 Nr. 12; BSG Urt. v. 02. 09. 2004 B 7 AL 18/04 R.
- (23) SozR 34300 § 144 Nr. 12.
- (24) BSG, a. a. O., SozR 34100 § 119 Nr. 14.

おわりに

本稿では、自己都合退職に対する給付制限の制約の法理についてドイツ法を検討した。任意の失業に対する給付制限規定の要件及び効果を、過剰介入の禁止の観点から事後審査する、という立脚点にたつか否かは日独の大きな相違点である。積極的な行為がない自己都合退職のみならず（安定した雇用ではない有期労働契約、解約の甘受等）、「正当な理由」の判断に加えて（過剰な労働、いじめ等）、原則三カ月の停止効果を及ぼすことが許容できない、退職に追い込まれた事例（V章参照）をみれば、「失業」はディーセント・ワークでない状況（いわばイン・ディーセ

ント・ワーク」からの脱却であり、失業時の生活保障はディーセント・ワークの選択自由の前提条件であろう。過剰介入の禁止の観点から、わが国の職安行政を検討することは他日を期したい。本稿の検討の結果、明らかになったことを確認してきた。

一つに、自己都合退職として給付が制約されるのは、失業の惹起に労働者の明確な関与が必要であり、それを就業関係の「解消」という概念を労働者の積極的行為を必要とする。わが国では、むしろ定年退職も有期雇用の期間満了も、「予定された失業」であり、ドイツ法で規定の適用に必要とされる積極的行為がないにもかかわらず、期間の満了による退職も労働者に負担させている。つまり、積極的行為によらないために要件を充足しない場合に、特定受給資格者の範囲が極めて狭く画定されているため、非特定受給資格者の受給権を過剰に制約している可能性が高い。また、「予定された失業」は、ドイツの給付制限規定の要件では「重過失」により惹起された失業に密接に関連しているが、これもまた容易に「重過失」が認定される傾向がある。

二つに、給付制限の効果についても、わが国の雇用保険法三三条について、行政の運用では一律に三カ月の停止にいたるが、給付制限規定の解釈に際して過剰介入の禁止の観点にたつべきであることを連邦社会裁判所は判示しており、また立法者も柔軟に短縮を定めていることを確認した。

Ⅲ章で言及したように、わが国の雇用保険法三三条による給付制限も、失業手当を受けるには「失業の非任意性」、「保護の必要性が社会的に要求される」といった点を判断するのであれば、任意か否かを「積極的な行為」として労働者の行為・態度を評価できるのかを一つの基準とするドイツ連邦社会裁判所の判断は大いに参考にできるのではないだろうか。加えて、「保護の必要性」への社会的要求を判断する基準も、「重大な理由」又は給付制限の効果の制約（「過酷さ」の考慮）で紹介した判断と大きな相違はないであろう。雇用保険法の給付制限規定は、わが

国のように「惰眠養成の防止」を意図し、「任意的失業」を「非任意的失業に転化」させる機能（I章参照）のみから考えられるべきではない。わが国の給付制限規定の立法・行政の運用は、過剰介入の禁止に抵触する可能性も否定できないのである。

ドイツ法の示唆を得て、給付制限の要件及び効果はもとより、そもそも雇用保険法の失業Ⅱ就業の喪失概念についても、検討することが急務である。

〔付記〕 本稿は、平成二五年度科学研究費補助金（基盤研究C）、課題番号 二四五三〇〇六五）の助成を受けた研究成果の一部である。