

## ドイツにおける労働者概念の意義と機能

はしもと ようこ  
橋本陽子

## 目次

一 伝統的な労働者概念の確定—判例の検討—	243
1 総論	243
(1) 労働契約と他の役務供給契約との区別	243
(2) 本質的メルクマールとしての人的従属性	243
2 放送局の自由協働者判決	244
(1) 判断の出発点	246
(2) 放送局の自由協働者の労働者性のメルクマール	247
(3) BVerfG1982年1月13日決定	248
(4) BVerfGの決定以降のBAGの判例	250
3 労働者概念の統一性	251
(1) その他の職業類型	251
(2) 労働者概念の個々の規範を越えた統一性	252
二 Wankによる新しい労働者概念確定の試み	253
1 Wankの議論の出発点	254
(1) 労働者と独立者	254
(2) 判例の労働者概念に対する批判	254
2 労働者概念の統一性	254
3 「事業者のリスクの引き受け」	255
(1) 経済的従属性	255
(2) 労働者の法と独立者の法が機能的に等価値でないこと	255
(3) 事業者のリスク (Unternehmerrisiko)	256
(4) 「事業者のリスクの自発的な引き受け」のメルクマール	256
4 パートタイム契約及び有期契約	257
三 労働者概念と労働契約	257
1 私的自治 (契約自由の原則) と法形式の強制 (Rechtsformzwang)	257
(1) 法形式の強制	257
(2) 法形式の誤り (Rechtsformverfehlung) の法律効果	258
(3) 契約の内容審査との違い	258

(4) BAG1996年12月11日判決	259
2 労働者概念の統一性	259
四 「従属的独立者」の労働法上の保護	261
1 労働者類似の者	261
(1) 定義	261
(2) 労働法の類推適用の可否	262
(3) 労働者類似の者の概念の有用性	263
2 「見せかけの独立性 (Scheinselbständigkeit)」	264
(1) 柔軟化の手段としての労働者の独立化	264
(2) 「見せかけの独立性」との取り組み	265
五 結論と課題	266
1 労働法上の労働者概念の意義と機能	266
(1) 労働者性の決め手としての人的従属性	266
(2) Wankによる新しい労働者概念の試み	267
(3) 労働者概念の統一性	268
2 社会保険法上の就業者概念との関係	269

本稿の目的は、ドイツ労働法における労働者概念の意義と機能を明らかにすることである。具体的な検討課題は、①連邦労働裁判所(BAG)の判例による労働者と独立者(Selbständige)の境界画定メルクマールの検討、及び、②多数の個別法規から成るドイツ労働法において、労働者概念は統一的に捉えられているのか、あるいは、個々の法律ごとの相対的な概念なのかを解明すること、である。なお、ドイツでは、近年、労働法及び社会保険法の適用を免れるための「見せかけの独立性」が社会問題となっているので、この問題についても、できる限り言及したい。

## 一 伝統的な労働者概念の確定—判例の検討—

### 1 総論

#### (1) 労働契約と他の役務供給契約との区別

労働者(Arbeitnehmer)の概念は、法律上定義されていない。唯一、商法典84条1項2文が、誰が独立であるか、という法的定義を定めており、それによれば、「本質的に自由に自己の職務を形成し、自由に労働時間を決定できる者が独立的である」。したがって、労働者の定義は、判例及び学説によって展開された。伝統的な理解によると、次の3つのメルクマールを満たすことが要求される<sup>1</sup>。

① 労働の成果ではなく、労働を義務づけられていること。前者の場合には、請負契約が存在する。しかし、請負人は労働者ではなく、労働者類似の者という集団に属し得るにすぎない。報酬が労働の成果に応じて定められていることは、境界画定の基準とはならない。

② 労働給付に対する義務が、私法上の契約に基礎づけられていること。労働関係を基礎づける契約類型は、民法典の体系においては民法典611条以下の雇用契約(Dienstvertrag)である<sup>2</sup>。

③ 雇用契約に基づいて労働給付を提供しなければならない者が、労働者ではなく、独立でありうるので<sup>3</sup>、概念確定のためには、とりわけ労働が他人に使用される形で(im Dienst eines anderen)

提供されなければならないということが本質的である。このメルクマールは、労働契約を自由な雇用契約から区別する基準であり、人的従属性(persönlich Abhängigkeit)と呼ばれてきた。

#### (2) 本質的メルクマールとしての人的従属性

##### (i) 経済的従属性との峻別

労働法の出発点は、工場における賃労働であり、現業労働者は無資力であったので、労働者性の基準を経済的な非独立性に見ることは自然なことであった。そのため、ワイマール時代のライヒ労働裁判所も、まず境界画定のメルクマールを経済的従属性に見いだしたが、やがて、経済的従属性は人的従属性に含まれるものとして、人的従属性のみが重要であると認めるに至った<sup>4</sup>。

##### (ii) 編入説による「編入」メルクマールとの関係

Potthoff及びとくにNikischは、労働関係は、労働契約ではなく、事業所あるいはその他の使用者の労働領域に編入されることによつてのみ成立する、と主張した。この見解によれば、「事業所への編入」が、主要な労働者性のメルクマールとなるが、あまりにも不明確であり、現在、編入説を主張する者はいない<sup>5</sup>。

##### (iii) 人的従属性の下位のメルクマール

###### (a) 具体的(fachlich)な指示への拘束

BAGの見解によれば、人的従属性は労働者が他人決定の労働を給付しなければならない点に存在するとされている。したがって、人的従属性のメルクマールは、いわゆる指揮命令拘束性(Weisungsgebundenheit)としてしばしば具体化されている。しかし、1961年に医師長の労働者性が肯定されて以来<sup>6</sup>、労働者が自己の労働給付に関して使用者の具体的な指揮命令に服することは、労働関係の確認にとって特に重要な徴表ではあっても、一つの徴表にすぎない、と繰り返し述べられている。

###### (b) 労働給付の時間的な拘束

BAGは、このメルクマールを非常に重視している。初期の判例では、商法典84条1項2文には言及されていないが、この規定にいう自由な時間配分と自由な活動の形成が検討されていた<sup>7</sup>。しか

し、やがて、明示的に商法典84条1項2文が、援用されるようになった。援用される事例は、当初は、「事業所の外で就労する協働者」に限定される傾向にあったが<sup>8</sup>、その後、BAGは、事業所内で活動する協働者についても、直接の適用領域を越えて「この規定は、雇用契約と労働契約の境界画定の際に、検討されるべき一般的な立法者の評価を含むものである」と述べ<sup>9</sup>、それ以降、代理商と商業使用人の区別を越えた、独立者と労働者を区別する一般的メルクマールの一つとなっている。

(c) 税・社会保険法上の取り扱い

初期の判例では、給与所得税の源泉徴収及び社会保険料の使用者拠出の有無は、その他のメルクマールと並んで、労働者性の徴表とされていたが<sup>10</sup>、その後、これらの扱いは、就労者の法的地位に関する両当事者あるいは一方当事者の主観的な見解を示すに過ぎず、徴表としての意義は弱いものである、と判断され<sup>11</sup>、以後、確立した見解となっている。

報酬の支払方法、人事資料の作成、休暇の付与等についても、同様である。

(d) 正規雇用の労働者との比較

就労者が、正規雇用の労働者と同じように画一的に扱われている場合には、これは、労働者性を肯定する要素となる。例えば、自由協働者としてのアナウンサー<sup>12</sup>、楽団員<sup>13</sup>が、正規雇用のアナウンサー、楽団員と共に勤務割に組み込まれ、事業所に編入されていた場合、舞台装置家<sup>14</sup>の活動が、「協働契約」によって就労する者と正規雇用の労働者とで本質的に異なる場合、労働者性が肯定されている。

(e) 副業としての活動

副業であることが労働者性の妨げにはならないことは、繰り返し、述べられている<sup>15</sup>。

(f) 兼業の許容性（専属の義務づけ）

このメルクマールは、当初は、労働者性にとって意義を認められていたが<sup>16</sup>、後に留保が付された<sup>17</sup>。

以上の人的従属性を構成するメルクマールは、当該事案のあらゆる事情を考慮した上で、労働者

性判断において、いかなる重要性を持つのが判断される。事案によっては、全く、重視されないメルクマールも存在する。したがって、決め手となるメルクマールが何であるのか一般化することはできず、必ず存在しなければならないメルクマールもない<sup>18</sup>。また、総合判断であるので、当該事案で、何が決め手であるのか明確に認識できないことも多い。このような労働者概念は、類型概念 (Typusbegriff)<sup>19</sup>であると理解されている。

しかし、人的従属性=労働者、とし、概念の統一性を強く志向するBAGではあるが、それぞれの活動の特質を考慮すべきであるとも述べている<sup>20</sup>。これは、職業毎に異なる基準が用いられることを承認していると評価しうる。

そこで、以下、労働者概念が、具体的ケースにおいて、いかなるメルクマールによって判断されてきたのかを、見ていくことにする。これについては、放送局のいわゆる自由協働者訴訟が、労働者概念をめぐる議論をリードしてきてきたことはよく知られている<sup>21</sup>。そこで、この協働者訴訟の展開については、特別に取り上げることにし、2で検討を加える。その他の職業類型については、3の冒頭で紹介する。

## 2 放送局の自由協働者判決

ここで、検討の対象とする判例は、以下の、主にAP §611 BGB Abhängigkeit掲載の放送局の自由協働者判決である (LAGの判断も若干含まれている)。ほとんどすべての事案が、自由協働者が、期限の定めのない労働関係の存在の確認を求めたというものである。(例外：17, 21, 22)

1. LAG Saarbrücken 1967年11月8日判決 (Nr. 7)

ディレクターの労働者性を否定。

2. BAG第5小法廷1973年6月28日判決 (Nr. 10)

アナウンサーの労働者性を肯定したLAGの判断を維持。

3. BAG第5小法廷1974年2月14日判決 (Nr. 12)

- コントラバス奏者の労働者性を否定したLAGの判断を破棄差戻。
4. BAG第5小法廷1975年10月3日判決 (Nr. 15)  
通訳の労働者性を否定したLAGの判断を破棄し、一審の判断を支持。
5. BAG第5小法廷1975年10月3日判決 (Nr. 17)  
舞台装置家の労働者性を否定したLAGの判断を破棄し、労働者性を肯定。
6. BAG第5小法廷1975年10月8日判決 (Nr. 18)  
番組制作者兼レポーターの労働者性を肯定したLAGの判断を破棄差戻。
7. BAG第5小法廷1976年6月2日判決 (Nr. 20)  
小道具係の労働者性を肯定したLAGの判断を一部破棄差戻 (放送局の自己制作における就労については労働者性を肯定)。
8. BAG第5小法廷1977年3月9日判決 (Nr. 21)  
番組制作者兼自分で原稿を執筆するレポーターの労働者性を肯定したLAGの判断を維持。
9. BAG第5小法廷1977年6月22日判決 (Nr. 22)  
自分で原稿を執筆するキャスターの労働者性を肯定したLAGの判断を維持。
10. BAG第5小法廷1977年9月21日判決 (Nr. 24)  
アレンジャーの労働者性を否定したLAGの判断を維持。
11. BAG第5小法廷1978年3月15日判決 (Nr. 25)  
番組制作者の労働者性を否定したLAGの判断を破棄差戻。
12. BAG第5小法廷1978年3月15日判決 (Nr. 26)  
レポーター兼ディレクターの労働者性を否定したLAGの判断を破棄し、労働関係を肯定。
13. BAG第5小法廷1979年2月14日判決 (Nr. 32)  
カメラマンとしての労働関係存在の確認を求めた訴えを却下。
14. BAG第5小法廷1980年4月23日判決 (Nr. 34)  
脚本家兼ディレクターの労働者性を否定したLAGの判断を破棄し、労働者性を肯定。
15. BAG第5小法廷1980年5月7日判決 (Nr. 35)  
放送記者の労働者性を否定したLAGの判断を破棄し、労働者性を肯定。
16. BAG第5小法廷1980年5月7日判決 (Nr. 36)  
バイオリニストの労働者性を否定したLAGの判断を破棄し、労働者性を肯定。
17. BVerfG第1小法廷1982年1月13日決定 (AP Nr. 1 zu Art. 5 Abs. 1 GG Rundfunkfreiheit)
18. BAG第5小法廷1983年1月13日判決 (Nr. 42)  
9事件の第2次上告審判決 (17の決定を経て、再び、労働者性を肯定)
19. BAG第5小法廷1983年1月13日判決 (Nr. 43)  
ディレクターの労働者性を肯定したBAGの判決が、17の決定を経て、労働者性を判断せずに、期限設定を許容した。
20. LAG Berlin1983年8月16日判決 (Nr. 44)  
舞台装置家の労働者性が肯定されるとしても、期限設定は、有効と判断。
21. BAG第7小法廷1991年12月11日判決 (AP Nr. 144 zu §620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag)  
ディレクターの有期労働契約の許容性が肯定された事例。
22. BVerfG第1小法廷第3部1992年12月3日決定 (AP Nr. 5 zu Art. 5 Abs. 1 GG Rundfunkfreiheit)  
アナウンサーの番組の内容形成への関与を否定し、違憲抗告を棄却。
23. BAG第5小法廷1993年6月9日判決 (Nr.

66)

ディレクターの労働者性を肯定したLAGの判断を破棄差戻。

24. BAG第5小法廷1994年2月16日判決 (AP Nr. 15 zu §611 BGB Rundfunk)

デンマーク語の放送部門で活動していた協働者について、アナウンサー、撮影主任、通訳及び編集者としての活動については労働者性を肯定したが、執筆者としての活動については労働者性を否定したLAGの判断を維持。

25. BAG第5小法廷1994年7月20日判決 (Nr. 73)

ニュース番組の責任者である編集者の労働者性を否定したLAGの判断を破棄し、労働関係を肯定。

26. BAG第5小法廷1994年11月30日判決 (Nr. 74)

アナウンサー兼通訳の労働者性を肯定したLAGの判断を維持。

以上、26件の判例のうち、放送局と自由協働者の期限の定めのない労働関係を肯定したもの（あるいは肯定する方向へLAGへ差戻したもの）は、2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12, 14, 15, 16, 18, 24, 25, 26の16件である。

自由協働者訴訟が展開される前は、放送局の自由協働者は、「労働者類似の者」(四1)になりうるだけで、労働者であるとは考えられていなかった。その例として、放送局ではほぼ毎日就労していた自由協働者であるカメラマンについて、労働者類似性を肯定し、家内労働法29条の解約告知期間の規定が類推適用された事例が存在する (AP Nr. 6 und 8 zu §611 BGB Abhängigkeit)。

#### (1) 判断の出発点

これらの判例を検討すると、BAGの判断の出発点が、変化していることに気づく。放送局の自由協働者の就労の特殊性は、契約が、期限の定めのない契約でもなければ、明確な有期契約でもない就労である点にある。すなわち、①長ければ数ヶ

月におよぶ番組の制作 (編集者、ディレクター等)、あるいは、②一日ごと (アナウンサー、通訳、楽団員等) に、「謝礼契約 (Honorarvertrag)」を締結するのである。就労の終了は、委託が来なくなったときである。明示的に、これ以上の委託は与えられない、と放送局の正規従業員から、口頭で伝えられる場合が多い。

このような就労の特殊性から、期限の定めのない労働関係の有無について審査するために、まず、BAGは、明確な期限の定められていない就労関係について継続的法律関係を認めることから出発した<sup>22</sup>。継続的法律関係は、就労期間が長期にわたっていたことから肯定されているようである<sup>23</sup>。継続的法律関係が存在すれば、それが、労働関係であるか、自由な雇用関係であるか審査されることになる。

しかし、他方、BAGは、「継続することをめざす法律関係 (eine auf Dauer angelegtes Rechtsverhältnis)」という表現も用いている<sup>24</sup>。8事件では、委託を事実上拒否できなかったこと、11事件では、毎週月曜日への編集会議への出席が義務づけられていたことから、これを肯定している。注意すべきは、このような委託の諾否の自由の有無、あるいは、編集会議への出席義務は、人的従属性の徴表でもあることである。これらの判決では、結局、原告の協働者の労働者性が肯定されたわけであるが、その結果、BAGは、継続的法律関係＝労働関係と考えている、という批判を生むことになった<sup>25</sup>。この批判に対し、BAGは、12事件において、「継続的關係というだけで、労働関係が肯定されるわけではない。このような見解を当法廷がとったことは一度もない。むしろ、当法廷は、継続的關係が肯定される場合に、それとは別に、労働関係に該当するかを特に解明してきた。」と反論した。

BAGも、*Beuthien/Wehler*も、長期間の就労から肯定される「継続的法律関係」と「継続することをめざす法律関係」とを明確に区別していないようである。

その後、BAGは、「継続することをめざす法律関

係」という枠組みを用いなくなる。その最初の判決が、上記12事件であった。ここでは、制作期間ごとの期限の定めのある労働関係を認定した（決め手は、局の協働者及び設備への依存）後、そのような期限設定は許容されないとして、結果において、期限の定めのない労働関係の存在を認めた。判旨は、これまでの事案との違いを強調している。それによると、これまでの事案は、個々の期限の定められた契約であっても、個々の委託を越えた統一的な任務（アナウンサー、通訳、舞台装置家、レポーター）が存在し、全体として継続的關係と判断されたが、本件では、原告は、強く、個々の制作に関連付けられていたと述べる（理由B I 2）。

12事件により、「継続することをめざす法律関係」ではなくても、期限の定めのない労働関係が認められることになった。これは、むしろ、自由協働者に有利に作用した。

そして、さらに、BAGが、「長期間の就労により肯定される継続的法律関係」を放棄したのが、18事件である。判旨は、次のように述べる（B I 2 b）。

「個別的な制作における協働のためにのみ原告を必要とするという、当事者の意思表示及び事情に表れている意思を、1977年6月22日の第一次上告審（9事件）において、当法廷は、十分に考慮しなかった。当事者の間では、原告の協働が、フィルム制作のためにその都度合意されることは、争われていない。したがって、原告は、後半の期間、ほとんど欠けることなく就労していたという事情から、プロジェクト毎にではなく、継続的に就労していたという結論を導いてはならない」。

これ以降、BAGは、もはや、「継続的法律関係」に言及しない<sup>26</sup>。

23事件では、「継続することをめざす法律関係」が合意されていたというLAGの出発点を否定し、差戻している。

24、25、26事件では、23事件と異なり、制作毎の就労ではなく、一日毎の就労のケースであるが、もはや、「継続することをめざす法律関係」とはい

わず、勤務割に従った恒常的な役務待機を決め手として、労働者性を肯定している。

## (2) 放送局の自由協働者の労働者性のメルクマール

BAGによる労働者性のメルクマールは、17の連邦憲法裁判所（BVerfG）決定以降変化したことが認められる。そこで、ここでは、まず、17の決定以前について、叙述したい。

(i) 当初は、正規雇用の協働者と同じ活動をしているか否か（2、5、7事件は肯定、10事件は否定）、恒常的な役務待機が要求されていたか（2、8、9事件は肯定）等が、メルクマールとしてあげられていた。指示への拘束は重視されていなかった。

(ii) BAGが、新しいメルクマールを立てた判決が、12事件である。判旨を引用する<sup>27</sup>。

「…ラジオ及びテレビ局の協働者に特有の人的従属性は、設備とチームへの依存に存する。このような従属性は、確かに、工場労働者あるいは事務労働者といった伝統的な労働者の従属性とは性格が異なる。しかし、その従属性の激しさにおいて、劣るものではない。

これに関連して、ラジオ及びテレビの協働者は、一事業者と異なり自ら定めた目標に従い、自己の責任及び自己のリスクで、労働力を市場で利用するのではなく、自己の労働給付を、他人の利益のために（fremdnützig）、番組計画に基づく局の利用に委ねられることに依存しているのである。これも、人的に従属した労働のメルクマールである。

技術的、精神的及び芸術的部門におけるラジオ及びテレビの協働者は、人的従属性において、他人決定の、他人の利益のための労働を給付しているので、彼らは、典型的に、社会的保護の必要性がある。

このような考察方法によって、労働者性が、許容されない形で、拡大されたのではない。…新しい、技術の発展によって生じた職業類型を適切に検討し、その法律関係を我々の法体系に適切に分

類したのである」。

「放送局の設備と協働者チームへの依存」<sup>28</sup>「他人の利益のための労働給付」<sup>29</sup>「社会的保護の必要性」<sup>30</sup>は、学説の新しい労働者概念の試みを取り入れたものである。また、「自ら定めた目標に従い、自己の責任及び自己のリスクで、労働力を市場で利用するのではないこと」という文言は、14事件の判旨でも用いられているが、Wankは、これを「市場への方向づけ (Marktorientierung)」と呼び、BAGの判例の注目すべき新しい方向を示すものと指摘した<sup>31</sup>。

しかし、このような、いわば、協働者の経済的従属性を重視するBAGの判決に対して、放送局側は、違憲抗告を提起した。その主張は、自由な協働者の就労は、放送局が提供すべき番組の多様性を確保するために、不可欠のものであり、これは、基本法5条2項の放送の自由によって、保障された権利である。しかし、BAGの「正規雇用判決」は、この憲法上の自由を侵害する、というものである。

### (3) BVerfG1982年1月13日決定

#### (i) 決定以前のBAGの放送の自由に対する見解

放送の自由については、既に、BAGも、一定の見解を示しており、放送の自由によって要請される意見の多様性と交代の必要性ゆえに、放送局が、正規雇用のレポーター以外に、その都度番組制作に従事する多くの協働者集団を起用することも許容される、とする見解（6事件）と、これとは逆に、労働ポストが保障されてはじめて、協働者は自由に意見を表明できるという理由で、放送の自由は自由協働者の起用を正当化するものではない、という見解（12事件）<sup>32</sup>が存在した。

#### (ii) BVerfG決定の内容

被告WDR（西ドイツ放送）は、BAGあるいはLAGによって期限の定めのない労働関係が肯定された以下の12人について、違憲抗告を提起した。

- ①ディレクター、②番組制作者、③自分で主題を提案し、原稿を書くキャスター（9事件の原告）、④番組制作者(11事件の原告)、⑤司会者、⑥番組

制作者、⑦番組制作者、⑧脚本家兼ディレクター（14事件の原告）、⑨バイオリニスト(16事件の原告)、⑩ディレクター、⑪ディレクター、⑫原稿を自分で執筆するキャスター、である<sup>33</sup>。

決定は、基本法5条1項2文によって保障される放送の自由は、個人及び公の自由な意見形成のためのものであり、そのために、放送局には、広範で完全な情報を伝達する任務が課せられていると述べる。このような任務は、ニュース、政治番組等にかぎられず、ドラマ、音楽等の娯楽番組にも課せられている(C II 1a)。そして、このような多様な番組を提供するという任務の履行のためには、人事の柔軟性が不可欠である、と述べる。協働者の選択、雇い入れ及び雇用に関する決定を自由に行うという放送局の権利は、憲法上の放送の自由の保障に含まれる(C II 1b)。

しかし、このような人事の自由は、無制限に認められるわけではない。

「…このような放送人事に関する決定の原則的な保護は、ラジオ、テレビ放送の内容の形成に関与する放送局の協働者の集団に限定される。これに該当するのは、とりわけ、協働者が、典型的な方法で、自己の政治的、経済的、芸術的な事項あるいは他の専門事項に関する見解、専門知識及び情報、人的及び芸術的な能力及び表現力を放送にもたらし場合である。例えば、ディレクター、司会者、コメンテーター、研究者及び芸術家が、これにあたる。その限りで、放送の自由の保護は、協働者の選択以外の限界は未だ説明されていないことを留保して、協働者が正規に雇用されるのか、あるいは、その就労は、番組計画の理由から、一定の期間、あるいは、特定の制作に限定されるべきなのか、及び、どのくらい頻繁に協働者が必要とされるのかに関する決定を含むものである。これは、協働関係の基礎付けの際に、その都度、特定の契約類型を選択する権限も含む」(C II 1b)。

すなわち、決定は、「番組の内容形成に関与する協働者」の選択、雇い入れ及び雇用に関してのみ、放送局の自由な決定が認められることを明らかにした。



しかし、この放送の自由の基本権は、「番組の内容形成に関与する協働者」についても、全く制約を受けずに貫徹されるわけではない。

放送の自由を制約する他の基本権は存在しないが<sup>34</sup>、放送の自由を制約しうる基本法5条2項にいう「一般的法律」には、雇用契約に関する民法上の規定並びに労働法の規定、例えば、解雇制限法が属する（C II 2b）。

「このような憲法上の状況は、まず、もう一つの法益の保護のために、ある法益の保護を犠牲にするというような無差別的な解決を排除する。番組制作に従事する放送局の協働者に対して、労働法上の存続保護が、およそ拒絶されるべきではないし、このような保護に関する決定において、労働法上の規定と基準が、憲法によって保護されている局の、このような協働者の選択、雇い入れ及び就労に関して、他の影響から自由に決定するという権利が考慮されないような方法で、これらの協働者の使用関係に適用されるべきでもない」（C II 3a）。

「…憲法は、期限の定めのない継続的雇用（Daueranstellung）の完全なあらゆる保護とそのような社会的保護を一切放棄することとの選択を要求しているのではない。憲法は、放送局からその番組の委託の履行に必要な自由と柔軟性を奪うような労働法上の規制と判例に異議を唱えるだけである。このことは、一この場合明らかであるが一期限の定めのない労働関係が司法上確定される場合にのみ、妥当するのであって、有期労働契約の可能性が排除されるわけではない」（C II 3c）。

以上のような見解を展開して、決定は、①～⑧⑩～⑫に関する判決は、放送の自由という基本権の影響を看過しており、違憲であるという判断を下した（⑨の楽団のバイオリニストについては、番組の内容形成に関与する協働者には当たらないため、BAGの判決は維持された）。

なお、決定は、放送の自由は、解雇制限法1条2項に基づく経営上の理由による解雇及び民法典626条1項に基づく即時解雇について要請される

利益衡量の枠内で考慮すれば足りるという学説<sup>35</sup>を次のような理由を述べて否定する。

「放送の自由の影響を解雇の場合に限定することは、憲法上許容されない。他の影響から自由に、協働者の選択、雇い入れ及び就労に関して決定する放送局の権利は、解雇制限によって初めて損なわれるのではなく、既に、原告たる協働者が、当事者間で締結された契約にもかかわらず、局と期限の定めのない労働関係にあることが確認されることによって、損なわれているのである」（C III 1）。

### (iii) BVerfG決定の意義

この決定は、これまでも主張されていたが、BAGには受け入れられなかった放送局の人事の柔軟性の必要性を、放送の自由という観点から肯定した。もっとも、放送の自由が肯定されるのは、「番組の内容形成に関与する協働者」に関する人事上の決定だけである。彼等に関する人事上の決定の自由は、「協働関係の基礎付けの際に、その都度、特定の契約類型を選択する権限も含む」と明確に述べる（C II 1b）。ここからは、「番組の内容形成に関与する協働者」については、労働者としての契約を締結するのか、あるいは、自由な協働者としての契約を締結するのかは、放送局の完全な自由委ねられることを認めたように読める。

しかし、他方で、決定は、「番組の内容形成に関与する協働者」であっても、労働法上の存続保護が、およそ拒絶されるべきではない、という（C II 3a）。さらに、BVerfGが異議を唱えるのは、期限の定めのない労働関係が司法上確定される場合だけであり、有期労働契約の可能性が排除されるわけではない（C II 3c）、と述べる。

以上から、番組を制作する協働者について、(ア)放送の自由が既に労働者性の確定において意味を持つのか、それとも、(イ)単に有期労働契約を許容するにすぎないのか、という二通りの解釈をめぐって、学説の見解が分かれた。(ア)説を主張するRüthersは、番組を制作する協働者は、通常、局の意思に反して、正規雇用の労働者とは認められないと述べた<sup>36</sup>。

これに対し、*Konzen/Rupp*は、確かに、BVerfGは、その都度適切な契約類型を選択する放送局の権限を肯定し（C II 1b）、さらに、放送の自由は、労働者の地位の判断にあたって何の役割も果たさないというBAGの見解を否定している（C III 1）。しかし、前者は、その文脈から、正規雇用か、あるいは、一定期間の就労かの判断に関するものであり、後者は、放送の自由は解雇において初めて意義を獲得するというBAGの見解に抵抗するためであった。つまり、BVerfGは、限定的な修正を施しただけであり、自由な協働者の労働者の地位に関する判例実務を否定したのでは全くなく、有期労働契約の許容性の緩和を要請したにすぎない、と述べて<sup>37</sup>、(i)説を主張した<sup>38</sup>。

この疑問にBAGが答えたのが、決定で違憲と判断された③について、BAGが改めて判示した18事件である。

#### (4) BVerfGの決定以降のBAGの判例

##### (i) 18・19事件の判旨の検討

BVerfGの決定の丁度一年後に、学説の議論を踏まえた上で、BAGが、BVerfGの決定に対する労働裁判所の理解を明らかにした。

最大の問題点であった放送の自由が労働者性の判断に影響を及ぼすのか、という点について、BAGは、明確に(i)説を否定し、(ii)説を支持した。「放送の自由は、既に、労働者性の判断において、影響を及ぼすはずである、という被告の見解は、適切ではない。…

放送の自由は、自由な協働者が、実際には労働者であるという確定とは、矛盾しない。放送の自由は、いかなる要件の下で、番組を形成する協働者の期限の定めのある労働関係が許容されるか、の審査においてのみ、影響を及ぼす」(18事件、II 2a)。

そして、原告（キャスター）の個々の番組制作毎の労働者性を肯定した後<sup>39</sup>、期限設定の許容性の審査を行っている。

ここでは、原告の番組内容の形成に及ぼす影響の程度、及び、原告の存続保護の利益<sup>40</sup>が比較衡量

される。本件では、前者について、確かに、原告は、番組内容の形成に関与する協働者であったが、特別の資質を有する専門的な制作者であるとは認められないと述べ、その影響を少ないものとみなす。後者について、原審が1970年から74年の就労しか認定の対象としていないこと（実際には1961年から被告で就労）を、判断にとっては不十分であるから、それ以前の就労が実質的に70～74年の就労と等しいといえるかどうかを審査させるために差戻した。

その他の第二次上告審判決の結果から、*Rüthers*は、就労期間が9～10年を越えれば、人員交替の必要性は認められず、期限設定は正当性を否定される、と推定している<sup>41</sup>。

この例外が、⑩に関する19事件である。19事件は、就労期間が20年を越えるにもかかわらず、原告の得ていた高額報酬（18事件の原告である③の約3～6倍、①②の約2倍）は、原告の創造性の程度の高さを示すものであり、他方、存続リスクの補償でもあると述べ、期限設定を許容した<sup>42</sup>。

##### (ii) 労働者性のメルクマールの変化

BVerfG決定後、BAGの労働者性判断のメルクマールも、変化した。

まず、既に、2(1)で指摘したとおり、就労の継続性には、もはや、着目しなくなった。

そして、「放送局の設備と協働者チームへの依存」という放送局に特有とされたメルクマールは破棄されるに至った。すなわち、23事件において、判旨は、「LAGは、原告の局の器具及び協働者への依存を過大に評価している」と述べ、「放送局の設備と協働者チームへの依存」に対して、否定的な見解を示した。そして、26事件において、とうとう、「放送局の設備と協働者チームへの依存」は、明示的に破棄されるに至った。(II 2(2))

「当法廷は、とくに、1978年3月15日判決（12事件）で述べられたような、人的従属性は、ラジオ、テレビの協働者が、自己の労働において、局の設備と協働者チームに依存している点に示されている、という見解を、実質的には、もはや維持していない。当法廷は、今や、この判例を明示的

に破棄する」。

その理由としては、設備と協働者チームの依存を強調すれば、番組の内容形成に関与する協働者は、常に労働者とされるが、この結論は、BVerfGの決定以降は、もはや維持されないという学説<sup>43</sup>を考慮したためではないか、と考えられる。

現在、重視されている要素は、再三述べているが、勤務割への拘束による恒常的な勤務待機である<sup>44</sup>。この要素は、既に以前から労働者性の徴表として確立していたものではあるが、最近の判例が、放送局の設備及びチームへの依存という要素を放棄したために、より前面に出されるようになった。

### 3 労働者概念の統一性

#### (1) その他の職業類型

2では、放送局の自由協働者に関する判例を検討の対象としたが、ここでは、その他の判例で争われた主な職業類型である教師と代理商について概観してみたい。判決の一般論であげられているメルクマールは、職業類型にかかわらず、同じである(1参照)。しかし、BAGが、重視されるメルクマールは個々の活動の特質を考慮しなければならない、と述べているとおり、典型的に労働者性が争われるこれらの類型を検討すると、職業類型による労働者性の判断の違いを見て取ることができる。

##### (i) 教師

市民大学(Volkshochschule)の講師の労働者性が争われる事案が多いが、判例によると、市民大学の講師の労働者性はほぼ否定される傾向にある<sup>45</sup>。その根拠は、BAG第5小法廷1992年6月24日判決<sup>46</sup>によれば、一般教育学校と国家に承認された学校終了資格取得のためのコースにおける授業については、法律、命令、行政規則及び個別命令の詳細な規制が存在し、このような拘束に、教師の授業機関へのより強い人的従属性が対応しているといえるが、市民大学や音楽学校にはこれは妥当しない、という認識である。

その他、若年者余暇施設<sup>47</sup>、連邦雇用庁の委託を受けた教育施設<sup>48</sup>の非正規の教師も、労働者性を

否定されている。

##### (ii) 代理商／商業使用人

代理商と商業使用人との境界画定に関しては、商法典84条1項2文に直接の独立の代理商の定義規定が存在することは既述した通りである。ここでは、比較的詳細に自動車保険の外交員の労働者性について判断した1966年1月21日のBAG第3小法廷判決<sup>49</sup>の判旨を紹介する。

まず、判旨は、商法典84条1項2文に基づき、原告が、被告との関係において、本質的な点において、人的独立性を維持しているならば、代理商関係が肯定される、と述べる(II 1)。その際、税、社会保険の取り扱い、営業法上の届出及び商業登録の有無は、形式的メルクマールとして重視すべきではなく、契約の実際の実行が決め手であるが、本件では、LAGの認定によれば、実際の実行が契約内容に合致していたこと、さらに、原告は保険業務に精通していたことから、契約の名称と内容が意義を持ちうると述べている。そして、実質的メルクマールの判断を契約内容の検討によって行っている。判旨のいう実質的メルクマールとは、①指揮命令からの自由、②本質的に自由な自己の労働力の利用、③自己の企業及び④事業者のリスク(Unternehmerrisiko)の四つである。①について、(ア)原告の労働時間は何ら規制されていなかったこと、(イ)活動を本質的に自由に形成していたこと、(ウ)自己の雇用する従業員の過失の責任を負わなければならなかったこと、(エ)一定の報告義務を負っていたが、これは、代理商の本質的な任務であること、から、被告の指揮命令から自由であったと判断する。しかし、以下の3つのメルクマールについては、BAGの判断は説得的ではない。例えば、②の本質的に自由な自己の労働力の利用を肯定する要素として、テリトリー制限のないこと<sup>50</sup>をあげるだけであり、③の自己の企業については、(ア)自己の経営資本の有無の詳細は不明であり、(イ)オフィスは原告所有ではなく、被告が提供したものであった。(ウ)自己の従業員についても、原告が自ら負担しなければならないのは、外勤の職員のみで、内勤の事務職員は、被告が負

担していた。しかし、判旨は、息子に代理店を譲る際の規定の存在及び営業に不可欠な自家用車の所有を独立性の徴表としてあげる。④の事業者のリスクについては、(ア)最低収入の保障のない成果次第の報酬を独立性の重要な徴表とし、(イ)被告の原告への一定の費用補償及びオフィス、内勤の職員の負担は、原告に転嫁しうるものであった、と述べる。そして、以上を総合的に判断すると、独立の代理商関係が肯定される、と結論づけた。

具体的な判断にはやや疑問が残るものの、本判決が、境界画定のメルクマールとして、直接商法典84条1項2文にあげられている時間的な自由、活動の自由な形成だけでなく、③自己の企業、④事業者のリスクを考慮している点が興味深い。他の判決でも、③④の要素は、考慮されている<sup>51</sup>。(iii) 本稿では、判例も多く、職業類型のはっきりしている教師、代理商(もっとも、この場合、実際には、フランチャイジー<sup>52</sup>、保険外交員、デパートでの販売員と多様な活動が問題となっており、一概に同じ職業類型とはいえない)を、個別に取り上げて、労働者性のメルクマールを探った。

ここでは、まず、教師の類型では、判旨は明言していないものの、判断の背後にある社会通念の存在(学校の種類によって、労働者あるいは独立者に分類されるというのは、論理的に説得力があるとはいえないであろう<sup>53</sup>)を指摘できる。そして、代理商の類型では、直接の定義規定(商法典84条1項2文)の存在にもかかわらず、その定義には規定されていない自己の企業組織及び事業者のリスク<sup>54</sup>というメルクマールが重視されている。

## (2) 労働者概念の個々の規範を越えた統一性

2で検討した放送局の自由協働者訴訟は、すべて期限の定めのない労働関係の確認を求める訴えであり、有期労働契約に関する一件も、期限設定の許容性に関する訴えであった。教師の類型でも、契約関係の存続を求める訴えが、ほとんどである。ここでは、まず、以上のような存続保護以外の訴訟を概観した上で、規範毎に労働者概念が異なり得る余地をBAGが認めているかについて検討し

てみたい。

数としては、労働者の訴えに対し、使用者が、労働裁判所の管轄権がないことを抗弁として持ち出すことにより、労働裁判所法上の労働者性が問題となるケースが多い<sup>55</sup>。その他、連邦休暇法上の労働者性<sup>56</sup>、協約賃金の支払い請求<sup>57</sup>、事業所年金規定の待機期間に算入される労働関係に当たるかが争われたケース<sup>58</sup>、労働者に対する教育訓練費用の償還請求が問題になったケース<sup>59</sup>、をあげることができるが、いずれも、一般的に労働者性が肯定されるかを問題にし、既に述べた人的従属性の様々なメルクマールの有無を検討している。ここでは、適用されるべき規範あるいは法理に照らして、労働者性を柔軟に判断するという労働裁判所の認識をうかがうことはできない。その根拠として、BAGが、規範毎の労働者性を明確に否定した判決を指摘したい。

連邦雇用庁から委託された教育措置を行う施設で、週に2時間ないし6時間就労する23人の謝礼教師(これに対し、正規従業員は150人)には、事業所委員会選挙の選挙権はなかったことを根拠に、事業所委員会選挙の効力が争われた、BAG第7小法廷1991年10月30日判決(AP Nr. 59 zu §611 BGB Abhängigkeit)は、「事業所委員会における謝礼教師の選挙権も、事業所組織法7条、5条に基づき、一般的な労働法上の基準に基づいて判断される労働者性にかからしめられる」と述べる<sup>60</sup>。

そして、労働法上の規範及び法理を、厳格に、労働者性に結び付けることにより、不当な結論に至った判決として、論議を呼んだ、連邦通常裁判所(BGH)1963年2月1日判決(AP Nr. 28 zu §611 BGB Haftung des Arbeitnehmers)を紹介したい。

事案は、原告の工場で生産された新車をDüsseldorfから原告のNürnberg支社まで運送するアルバイトを週末に時々行っていた、21歳の学生である被告が、運送途上で事故を起こし、車を破損させたため、原告が被告にその損害賠償を請求したというものである。被告が、危険を伴う傾向のある労働の法理(軽過失ならば、労働者は免責され

るという使用者の配慮義務を根拠とする法理)が適用される労働者に当たるかが争点となった。

原審は、被告の労働者性は否定したが、経済的に弱い立場にある被告が、原告の労働者よりも不利な状況におかれるべきではないという理由で、独立の役務に対しても危険を伴う傾向のある労働の法理は適用され得る、と判断した。しかし、BGHは、危険を伴う傾向にある労働は、労働関係の特殊性に由来する法理であるから、労働関係に限定されるべきであり、独立的活動においては、使用者の配慮義務を強める原因となる事業所への拘束及び指揮監督によって損害を防ぐ可能性が存在しないことを根拠に(II1及び2)、原審を否定した。被告の労働者性は、時々の活動に過ぎないことから、事業所に編入されているとは言えず、労働者ほど労働力を委ね、指揮命令に服しているとは言えないことを理由に否定する(I2)<sup>61</sup>。

しかし、この判決と同じように、危険を伴う労働の法理を労働者にのみ適用するという立場を取り、かつ、統一的労働者概念を前提としたとしても、人的従属性はかなり曖昧で広範な概念であり、かつ、事実の評価に左右される概念であるので、同じ基準及び同じ判断手法を取りながら、当該事案に即して、妥当で柔軟な結論を引き出すことは十分に可能であろう<sup>62</sup>。その一例として、連邦社会裁判所(BSG)1990年12月20日判決(NZA 1991, S. 907)をあげたい。事案は、写真のモデルの斡旋をしていた原告を、被告たる連邦雇用庁が雇用促進法4条にいう職業紹介に該当し、同法23条の許可を得ていないため、原告の職務を停止する決定をしたところ、原告は、これを不服として裁判所に訴えを提起したという事件である。職業紹介の定義は、雇用促進法13条1項によれば、労働関係成立のために求職者を使用者に斡旋することとされている。判旨は、まず、「この場合、紹介活動によって、まさに、労働法上の法律効果が生じるのであるから、労働関係の概念は、労働法上の意味において、確定されなければならない」と述べる。したがって、モデルと個々の依頼人(写真家)との間に労働関係が成立するかが問題となった。

判決は、結論として、その都度わずか一日の就労を労働関係と認めた。その理由として、依頼人のイメージを実現するため、その指示に従って、動作していたこと、写真家のスタジオに依存し、技術的組織的に写真家の事業所に編入されていたこと、さらに、社会的保護の必要性をあげる。衣装、アクセサリ等は、モデルが自ら用意しなければならなかったが、判決は、この要素を重視しなかった。

この判決は、一般的な労働者概念から出発しているものの、モデルの労働者性の肯定は、原告のモデル斡旋活動の違法性が問題となった本件だからこそ、妥当したと言えよう<sup>63</sup>。

ここでの検討の結論をまとめると、まず、裁判所が、労働者概念は個々の規範毎に異なるという立場に立っているのではないことは明らかにされた。しかし、逆に、統一的労働者概念が貫徹されているのかについては、断言できない。判決は、事例判断にとどまり、同一の就労者が、複数の異なる規範の適用を争った訴訟を見つけることはできなかったからである。事業所委員会の選挙権を有する者は、一般労働法にいう労働者であると述べた判決があるが、統一的労働者概念に立ちつつ、事案に即した柔軟な労働者性の結論を得ることは可能である。その結果、ある紛争では労働者とされた同一の就労者が、別の紛争では、独立者と判断される可能性が全くないとは言い切れない。そのような事案において、裁判所が、以前の裁判の判決を援用し、その結論に従う場合に、裁判所が統一的労働者概念に基づいていると明言することが許されよう。

## 二 Wankによる新しい労働者概念確定の試み

放送局の自由協働者判決の展開と並行して、学説でも、労働者概念をめぐる議論が盛んになり、多くの新しい労働者概念の境界画定の試みが提起された<sup>64</sup>。それらの学説の集大成ともいえるモノグラフが、Rolf Wankの“Arbeitnehmer und Selbständige”(ケルン大学の教授資格論文であり、1988年に公刊された)である<sup>65</sup>。そこで、本稿

では、Wankの主張を紹介し、ドイツの労働者概念をめぐる議論の到達点を提示したい。

## 1 Wankの議論の出発点

### (1) 労働者と独立者

Wankは、まず、これまでは、労働者と自由な協働者、すなわち、労働契約と雇用契約の区分が重視されていたが、そうではなく、労働者と独立者（雇用契約あるいは請負契約に基づいて就労する者）を区別することを強調する。

その理由として、伝統的な雇用契約と労働契約の区分では、成果を債務とする労働者は存在しないことになるが、労働契約の中にも、雇用契約的な類型と請負契約的な類型が存在し、他方、独立者の契約の中では、雇用契約と請負契約が区別されるからであるという<sup>66</sup>。したがって、成果を債務とするかどうかによって、労働者か独立者かは区分されない、と主張する<sup>67</sup>。

### (2) 判例の労働者概念に対する批判

判例の労働者概念に対しては、何よりも、構成要件（人的従属性）と法律効果（労働法の適用）との間の意味的な連関が欠如している、つまり、なぜ、指揮命令に拘束されていれば、労働法が適用されるのかが明らかではない、と批判する。BAGは、一部、目的論的な試みとして、他人利用性、社会的保護の必要性、事業者のリスク及び市場への方向づけという表現を用いてはいるが、これらが、人的従属性を構成するメルクマールとどのような意味の連関があるのか—どの程度の場所的及び時間的拘束、指揮命令拘束性及び組織への編入が認められれば、労働法による保護が正当化される保護の必要性に至るのか—は、不明である、という<sup>68</sup>。

また、個々のメルクマールにいかなる重要性が与えられるのか、そして、それらが、互いにどのような関係にあるのかも明らかにされておらず、具体的事案におけるメルクマールの組み合わせとその評価は、恣意的に見え、このような方法は、類型的な概念形成の名においても正当化されない、

と批判する<sup>69</sup>。

そして、類型の個々のメルクマールの順位、重要度は、目的論的な概念形成によって、明らかになるはずである、と述べて、目的論的な概念形成の必要性を強調する<sup>70</sup>。

## 2 労働者概念の統一性

構成要件と法律効果との間の意味の連関を示す労働者概念、ということになれば、労働法の法律それぞれで労働者概念が異なることが考えられ、一般的に拘束力のある労働者の定義が、法律上存在しないため、すべての法律に統一的な労働者概念が存在すると仮定することはできない、とWankは述べつつも、判例・学説が、法律毎の狭い労働者概念に基づいているようには見えないのは、法秩序の統一性の要請に暗黙のうちに従っているからである、という<sup>71</sup>。さらに、次のように述べる<sup>72</sup>。

「同じ就労者が、法律毎に、あるときは労働者、あるときには独立者になることは、不都合であり、実際的でもないであろう。統一的な定義を用いる要請は、労働者概念が身分概念(Statutsbegriff)<sup>73</sup>であることによって、非常に強いものとなる」。

そして、個々の労働法の法律について独自の労働者概念を確立するのではなく、すべての法律に統一的な労働者概念を確立する場合には、そのような統一的な概念は、あらゆる法律の意義と目的を反映するものでなければならないが、そのためには、労働者保護の考慮というだけでは不十分で、具体的にいかなる法律によって、いかなる保護が達成されるべきなのか、また、個々の法律が体系とどのような関連で存在しているのかが明らかにされなければならない、という<sup>74</sup>。そうしなければ、保護の考慮ということで、労働者概念は、果てしなく広がりうる。ここで確固とした地盤を得るためには、存在する規範状況の目的論的、体系的な分析が不可欠である、と主張する<sup>75</sup>。

さらに、規範との関連だけではなく、労働者概念によって、生活実態が適切に規制されなければならないので、就労者集団ごとであれ、就労の種

類ごとであれ、現実の差異が考慮されなければならない、と述べ、生活実態に見られる事実の類型も、概念形成の観点になる、と指摘する<sup>76</sup>。したがって、労働法の全ての規制は、確かに、典型的な労働者（継続的にフルタイムで働く者）には適用されるが、典型像から外れる労働者集団については、労働法の規制のどれが適用可能かが、代理商あるいは地区支配人（Bezirksleiter）等の個々の職業集団、また、フルタイムあるいはパートタイム就労者、継続的あるいは短期間の就労者、本業あるいは副業等の個々の就労の種類について、それぞれ、判断されなければならない<sup>77</sup>。

このように、*Wank*は、すべての労働法が適用される典型的な労働者像を、まず念頭において、考察を進めていくことを明らかにする<sup>78</sup>。

### 3 「事業者のリスクの引き受け」

#### (1) 経済的従属性

*Wank*は、労働者の従属性を再検討し、使用者の優越（生産手段の所有、組織への編入及び雇入れの際の優越）、労働市場の一般的な経済状況及び生存基盤としての労働ポスト、という労働者の従属性を示す事項が、すべて、経済的な要因であることを指摘する。そして、「使用者の組織的支配、労働提供のための市場との関係及び生存確保を理由として、委託者に経済的に従属する者が、独立者と対比されるべき労働者なのである」と、述べる<sup>79</sup>。

経済的従属性は、「社会的保護の必要性」という新しい名前で、こっそりと再び取り入れられているが、単なる「社会的保護の必要性」というだけでは、保護の必要性の種類は様々であり、法は、各々の必要性に、異なって対応すべきであり、かつ、対応していることが明らかにされず、さらに、労働者と独立者を境界づけることはできない、と批判する<sup>80</sup>。

「すなわち、保護の必要性という構成要件は、現行法の具体的な法律効果に関連づけられなければならない、労働者の状況は、独立者の状況と比較されなければならない」<sup>81</sup>。

#### (2) 労働者の法と独立者の法が機能的に等価値でないこと

*Wank*は、現行労働法による保護を職業保護と生存保護の二つに大別する。前者は、さらに、労働に関連する職業保護<sup>82</sup>、人格の保護<sup>83</sup>、組織的リスクからの保護<sup>84</sup>とに区分される<sup>85</sup>。

後者の生存保護には、まず、市場のリスクとしての雇用リスクから、労働者は、解雇制限法による保護を享受することがあげられる（解雇制限法1条2項1文）。そして、個人に内在するリスクとしての雇用リスクからも、労働者は、広範に保護されている。例えば、兵役等で職場を離れる期間、労働者は労働ポストを失わない（職場確保法）。また、疾病時に、賃金請求権を失わず（賃金継続支給法）、疾病保険による療養給付を受け、その保険料は、労使折半である。労働災害の場合には、労災保険による保護があり、その保険料は、使用者のみが負担する。さらに、老齢のリスクは、年金保険（保険料は労使折半）及び事業所年金、失業のリスクは、失業保険（保険料は労使折半）、妊娠・出産のリスクは、母性保護法によって保護される<sup>86</sup>。

次に、*Wank*は、これらの保護について、独立者の法では、どのような規制が存在するのか、について検討する。

まず、労働に関連する職業保護と人格保護については、独立者は委託者の組織に編入されていないので、ほとんど問題にならない。組織的リスクの保護のうち、前者の危険を伴う労働における労働者の責任減少の法理について、独立者には適用されないことを判断した著名な判決が存在する<sup>87</sup>。後者の責を負わない労働不能については、独立者も、反対請求権を失わない。

また、職業保護を実現する手段として、労働者には、協約自治、事業所の共同決定が存在するが、独立者にはこれらに匹敵する手段は存在しない。

生存保護に関しては、独立者にも法定社会保険への加入が広く開かれているが、保険料は、自ら負担しなければならない。独立者の純所得が、少なくとも、比較しうる労働者の純所得よりも多く、

そこから、適切な保険と準備金が経済的に可能である場合にのみ、適切な生存保障が肯定されるが、そのような事実は、一般的に認められない、と *Wank* はいう。

したがって、現行法上、労働者の法と独立者の法が、機能的に等価値ではない、つまり、経済的に従属した独立者（労働者類似の者）には、十分な保護が与えられない、ことが明らかになった、と *Wank* は結論づける。したがって、労働者と独立者の境界画定は、当事者の意思に委ねられるのではなく、強行的に行われなければならない、と主張する<sup>88</sup>。

### (3) 事業者のリスク (Unternehmerrisiko)

職業保護と生存保護という法律効果のレベルの二つの要素と意味的な連関を有する構成要件として、*Wank* が、「人的従属性」に代えて、労働者と独立者を区別する基準として提唱するのが「事業者のリスク」である。つまり、労働者が享受する職業保護と生存保護を享受せず、そのリスクを自ら負うのが独立者であるが、この「事業者のリスク」は、押し付けられたものであってはならず、自発的に選択したものでなければならない<sup>89</sup>。

自発的に引き受けたと認められるためには、事業者のリスクだけでなく、利益の可能性をもたらす事業者の決定の自由が存在していなければならない<sup>90</sup>。

*Wank* の「事業者のリスクの自発的な引き受け」と人的従属性の最大の違いは、生存保護と目的論的関連を有する経済的従属性を重視することである。経済的従属性を重視することに対し予想される反論として、①独立者も経済的に従属している場合があり得、そのような者を指す「労働者類似の者」との境界画定の問題、②経済的従属性の判断において、個人の財産をも考慮に入れなければならないとすると、これは、正当でもなく、技術的にも実行し得ない、が考えられるが、これに対して、*Wank* は、次のように答える。

①に対して、経済的従属性は比較による概念であり、労働者は、労働者類似の者よりも、より経

済的に従属していることによって区別される<sup>91</sup>。

②に対しては、経済的従属性とは、事業者の経済的リスクの契約上の配分を指すものであって、個人の財産を指すものではない<sup>92</sup>。

### (4) 「事業者のリスクの自発的な引き受け」のメルクマール

*Wank* は、以上のように、目的論的に形成された「事業者のリスクの自発的な引き受け」は、存在論的な「人的従属性」と異なり、下位のメルクマールの重要性を明らかにすることができる、という<sup>93</sup>。

*Wank* によれば、「事業者のリスクの自発的な引き受け」は、①事業者の決定の余地及び②決定に対する経済的帰責、を包摂する概念である<sup>94</sup>。②は、管理的職員と区別するための要件である<sup>95</sup>。

①の事業者の決定の余地は、(ア)指揮命令拘束性（場所、時間的配分の拘束、指示への拘束）及び(イ)組織的編入（委託者の人的・物的設備への依存）が認められる場合、縮減される。このように、上位のメルクマールである「事業者のリスクの自発的な引き受け」と目的論的に考察すれば、指揮命令拘束性及び組織的編入は、十分有用なメルクマールたりうる、という<sup>96</sup>。

「事業者の決定の余地」を構成するその他のメルクマールが、(ウ)自己の企業組織と(エ)市場への方向づけ、である。自己の企業組織は、自己の経営資本を意味しない。資本といえるほどのものをもたない独立者も存在するからである。自己の従業員を雇用していることは、重要な要素といえる<sup>97</sup>。市場への方向づけとは、直接市場で多数の契約の相手方と取引をしていることを意味し、一人の委託者に専属している場合は否定される<sup>98</sup>。ただし、専属している場合であっても、例えば、販売店のように、指揮命令に服さず、利益の可能性が存在する場合には、独立者とされる場合がある<sup>99</sup>。

さらに、*Wank* は、(オ)自己認識と(カ)社会通念もメルクマールとしてあげ、特に、自己認識は、事業者のリスクの引き受けの自発性を判断するにあたって、重要である、という<sup>100</sup>。



#### 4 パートタイム契約及び有期契約

これまで見てきた *Wank* による労働者と独立者の境界画定は、フルタイムで就労する労働者と独立者を念頭に置いたものであった。*Wank* は、従来学説・判例では重視されてこなかった就労の期間及び就労の時間的範囲<sup>101</sup>という要素を構成要件の差違として重視し、「事業者のリスクの自発的な引き受け」という基準の判断も修正される、という<sup>102</sup>。

*Wank* は、これらの類型の特徴として、活動の両義性を指摘する。つまり、フルタイムで継続的に就労していないことから、保護の必要性が存在しない（他の生計基盤が存在する）とも取れるし、逆に、他の生計基盤が存在しない場合には、不安定な就労形態により保護の必要性は増大することである<sup>103</sup>。しかし、労働者性の判断は、当該就労について考慮しなければならない。そのため、*Wank* は、同一の委託者に対する週に20時間の就労か否かを追加的基準とする<sup>104</sup>。一日の半分以上就労している場合、その就労は、就労者の生存基盤を構成すると推定される、という。さらに、独立的活動という職業像が存在するかどうかを追加的基準として援用する<sup>105</sup>。例えば、開業医がその独立的活動の一部として、事業所医師として活動する場合<sup>106</sup>、典型的な副業という職業像の存在する市民大学の講師<sup>107</sup>を例にあげる。

### 三 労働者概念と労働契約

「労働者」は、労働法の適用対象者であると同時に、労働契約の一方当事者でもある。労働契約の当事者であることは、労働者概念の持つ、もう一つの意義であり、機能である。ここでは、労働契約の当事者たる労働者に焦点を当てて、労働者概念を検討してみたい。そして、最後に、これを踏まえた上で、本稿の主要な関心である労働者概念の統一性について、ドイツにおける議論の整理を行いたい。

#### 1 私的自治（契約自由の原則）と法形式の強制（Rechtsformzwang）

##### (1) 法形式の強制

(i) これまで述べてきたとおり、労働者性は、当事者の意思によるのではなく、就労の実態から客観的メルクマールに照らして判断される。とりわけ、放送局の協働者の場合には、明示の「(労働契約ではなく) 自由な協働者としての契約」が合意されていたにもかかわらず、BAGは、就労の実態から、労働者性を肯定してきた。このような中で、学説では、当事者の明示の意思に反するこのような判断は、契約自由の原則を侵害するものではないか、という問題提起がなされるようになった。

これに対して、BAG自身は、次のように述べている。

BAG第5小法廷1978年3月15日判決（前記12事件）は、当事者が、法律関係をどのように名づけたかは重要ではなく、実際の実行が決め手であるという考察方法は、

「契約自由に違反しない。労働者保護のために、契約自由を制限する多くの労働法上の保護規範が存在する。…これらの労働法上の保護は、当事者が実際に存在する労働関係を異なって呼び、これにより、労働関係の存在に結び付けられる法律効果を意識的に、あるいは、無意識的に失わしめることによって、回避され得ない。…それゆえ、契約の真実の内容は、当事者による法的評価とは独立に、追求されなければならない」（理由II4a）と、述べた。さらに、14事件及び18事件でも、この判旨は引用されている。

(ii) 上記の判旨に表れている見解は、「法形式の強制（Rechtsformzwang）」と呼ばれている。これは、会社法において、商業営業の登録を行っていない民法上の組合が、実際には商業営業を行っていた場合、あるいは、逆に、商業営業の登録を行っていない合資会社が、商業営業を行っていない場合における法的処理をめぐって展開された概念であるが、それが労働法における労働者概念をめぐる法的処理にも妥当するとして、導入されたものである。いわば、当事者の明示した意思によらずに、

実態に合致した法形式を与えることが正当化される場合を指す概念といえよう<sup>108</sup>。

法形式の強制は、私的自治を制約するものとして認識されており<sup>109</sup>、それゆえ、その正当化が学説において試みられてきた。

その結論は、労働法は労働者保護のための強行法であり、その適用・不適用は当事者の自由には委ねられ得ない。そして、労働法による保護を実現するために労働契約という契約類型が用意されているのであるから、当事者は、労働法が適用されるべき活動には労働契約を締結しなければならず、その限りで、私的自治は制約を受けるということであった<sup>110</sup>。

## (2) 法形式の誤り (Rechtsformverfehlung) の法律効果

客観的には、例えば、労働契約に分類されるべき契約が、当事者により、雇用契約と資格付けられる場合を法形式の誤り (Rechtsformverfehlung) という。この場合、判例及び学説は、いわば自動的に、適切な法律効果を伴う適切な法形式、すなわち、労働契約と資格付け、労働法を適用してきた。しかし、これに異を唱えたのが *Lieb* である。*Lieb* は、過去について、当事者の意図した契約は、法形式の誤りを理由に無効であり (民法典134条)、かつ、実際に存続した労働関係は、当事者の意思に反するがゆえに無効である (二重の無効) と主張した。さらに、将来については、当事者の意図していなかった契約であることを理由に、即時解雇が許容される、という主張を展開した<sup>111</sup>。

この主張は、法形式の誤りのリスクを労働者のみが負い、かえって、独立者である場合よりも不利になることは、労働法の規範目的に反すると批判された<sup>112</sup>。したがって、瑕疵のない労働関係が将来にわたって存続するというのが通説の見解である。

しかし、他方、BAGが当事者の意思をあまりにも考慮していない、という *Lieb* と同様の問題意識に立脚しつつ、*Lieb* の見解の不当性を回避するも

のとして、*Stolterfoht* の見解があげられる。*Stolterfoht* は、1953年商法典改正によって導入された商法典89b条 (契約解約時における獲得した顧客に関わる代理商の補償金請求権) によって、代理商の法と労働者の法は、等価値になったため<sup>113</sup>、両者の契約類型の選択は、当事者の自由に委ねられる、と主張した<sup>114</sup>。ただし、*Stolterfoht* は、自由な選択を代理商の契約と職員 (商業使用人) の契約との間の選択に限定し、放送局の自由協働者については、法的等価性の欠如を理由に否定する<sup>115</sup>。

しかし、*Stolterfoht* の見解に対しても、果たして、代理商の契約と職員の契約が等価値といえるかどうかを疑問視する見解が多い<sup>116</sup>。

もっとも、「法形式の強制」説の論者が、いかなる場合にも、当事者の契約形式の選択の余地を認めないわけではない。BAGは、客観的に、労働契約とも、自由な雇用契約であるとも認められる場合には、最後に、当事者の選択が決め手であると述べ<sup>117</sup>、「法形式の強制」説の論者も、これを容認するようである<sup>118</sup>。ただし、*Jahnke* は、BAGの判断の方法論に否定的である。*Jahnke* は、当事者の明示された意思も、考慮されるあらゆる事情の一要素として、その他の事情と共に検討され、法律関係は、最終的に分類されるべきである、と述べる<sup>119</sup>。

## (3) 契約の内容審査との違い

通説となった「法形式の強制」説に対して、最近、*Preis* は、労働者概念に関する判断が、法形式の強制であるのか、それとも、契約の内容審査にすぎないのか、という根本的な考察を行った<sup>120</sup>。*Preis* は、「法形式の強制」説をとる判例が、最後に、当事者の意思を考慮する余地を開いているのは、方法論的に基礎づけられない、という<sup>121</sup>。

*Preis* は、契約の内容審査 (相当性審査) を行った判例として、BAG第5小法廷1974年2月14日判決 (前記3事件) をあげる。この判決は、客観的に労働契約を肯定も否定もできる場合には、当事者の選択が認められるという判決を進めて、次の

ような議論を展開した〔理由3a〕。

「自由協働者としてのオーケストラの楽団員の就労それ自体は、許容される。…しかし、自由協働者は、労働者の社会的保護、とくに、解雇制限を享受しないことに注目しなければならない。したがって、そのような契約は、解雇制限の回避に資する場合がある。その限りで、有期労働契約の場合と同じ原則が妥当する。すなわち、客観的事由、例えば、番組形成の考慮が、このような契約形式の選択を正当化しなければならない。…

客観的な事由が欠如している場合には、この契約形式の選択は、一社会的保護の回避に資するがゆえに一契約自由の濫用である。したがって、役務権利者は、労働契約を締結したのと同様に、取り扱われねばならない。

本判決は、客観的事由の有無の審査のために、LAGに差戻された。

この判決に対して、「法形式の強制」説からは、濫用審査という回り道は不要であり、労働関係が存在すると判断すれば足りる、との批判がなされている<sup>122</sup>。

Preisは、契約が無効とされる場合の効果を、「法形式の強制」説と同様、労働法上の法律及び原則の欠缺のない適用であるという。したがって、契約の内容審査か、法形式の強制か、という理論上の問題は、実際の効果に影響を及ぼすものではない。しかし、労働者性の判断が契約の内容審査と捉えられることで、個別的に交渉された対等な契約が存在しうる余地が認められる利点があると主張する<sup>123</sup>。実際に、弁護士事務所の弁護士は、「職員契約」と「独立の（自由な）雇用契約」を、等価値なものとして選択しており、その他の分野でも、労働関係からの「離脱」は、経済的に魅力のある選択であるという<sup>124</sup>。

#### (4) BAG1996年12月11日判決

労働者性の判断は、当事者の意思ではなく、実際の契約の実行に基づいて行う、という原則に従わない二つの判決が、最近BAG第5小法廷によって出された。

1事件（NZA 1997, S. 818）では、その都度書面による契約を締結して、自由な協働者として就労していた秘書の、期限の定めのない労働関係存在確認の訴えが、被告である会社の労働契約締結の申し出を再三断っていたことを根拠に、権利濫用（民法典242条）であるとして退けられた。

2事件（NZA 1997, S. 817）では、放送局で自由協働者としてアラビア語のアナウンサー、翻訳家の活動を行っていた原告が、1983年9月28日に、ケルン労働裁判所による期限の定めのない労働関係存在の確認を得たが、労働者としての協約賃金によると、収入が低下することになることから、裁判上確認された労働関係を終了させる旨の「終了契約（Aufhebungsvertrag）」を締結し、その後、約10年間、再び、自由協働者として高額報酬を得ていた、という事情から、原告の労働関係存続確認の訴えは権利濫用であるとして退けられた。

いずれも、就労の実態を判断することなく<sup>125</sup>、自由協働者としての就労を原告自らが望み、それに対する被告の信頼は保護されるべきである、と述べている点だが、従来判例に見られない特色である。しかし、就労者側の自由協働者としての就労の意思の強調は、労働者性の判断原則の変更を意味するものではなく、この二判決の特殊な事情によるものと評価すべきであろう。

## 2 労働者概念の統一性

1では、当事者が、なぜ、労働契約あるいはそれ以外の役務供給契約を自由に選択しえないのかについて検討した。結論をいうと、その根拠は、やや自明にすぎるかもしれないが、強行法である労働法の適用は、当事者の処分委ねられ得ない、ということに尽きる。しかし、ドイツでは、契約自由の原則との関係で、このことが議論されてきたのである。そして、契約自由の原則の前提である当事者の対等性が損なわれていないならば、契約類型の選択は、当事者に委ねられうる、というPreisの主張も提起されるようになった。

本稿では、以上のような労働契約の一方当事者

としての労働者をめぐる議論が、労働者概念の統一性を前提として、展開されてきたことを指摘したい。つまり、強行法である労働法の適用を当事者の処分に委ねることは許されない、と主張する「法形式の強制」説の論者は、労働法全体が適用される契約として、労働契約を想定していた。そのように解する根拠は、もし、労働法全体が適用されなくとも、労働契約に該当するとすると、「解雇制限法は適用されないが、その他の労働法は適用される期限の定めのない契約」を当事者が合意し、これを「労働契約」と呼ぶことが可能になるのか、という問題が生じるからである。しかし、強行法たる解雇制限法の適用を当事者に委ねられ得ないのは自明である。その結果、いずれの論者も、労働契約＝労働法全体が適用される契約、と暗黙のうちに定義しているといえる。

しかし、労働契約の定義と労働法の適用対象者である労働者概念は、実は、別個の問題たりうる。このような方向を示唆するのが、相対的労働者概念を主張するRichardiである。Richardiは、労働契約概念とは別に、個々の労働法の適用対象者である労働者を観念する。Richardiは、前記BVerfG1982年1月13日決定が、期限の定めのない労働関係を肯定するという点でのみ、憲法上の放送の自由の観点から放送局の自由協働者の労働者性は否定される、と述べたことを根拠に、労働者概念の相対性を主張する<sup>126</sup>。

Richardiは、次のようにいう<sup>127</sup>。

「こうした憲法上の知見は、全ての労働法規の適用は労働者概念の適切な定義にかかっているという、伝統的な考察方法の修正を余儀なくする。BAGが、放送の自由という概念によって、労働法の一般原則とは異なる労働者概念の展開が要請されるわけではない、とBVerfGの決定を理解していることは適切である。放送の自由は、協働労働関係の基礎付けにおいて、労働契約と自由協働者としての契約とを自由に選択する特権を付与するものでもない。契約関係の労働法上の存続保護に関する結論だけが明らかになる。労働法上の規範の適用の要請は、放送の自由を考慮するために、

別々に決定されなければならない」。

そして、「労働法が無制限に適用される契約関係のために労働者概念が取っておかれているという解釈」だけでなく、「ある側面においては労働法の適用の要請によっては包摂されない契約関係であっても、あらゆる契約関係に労働者概念が関係しているというように広く労働者概念を捉える解釈」が可能であり、憲法上要請される例外が考慮されなければならないことから、労働者性の肯定は、全ての労働法規が当該労働関係に適用されることを意味するのではない、という後者の解釈が妥当であることが導かれる、と主張する<sup>128</sup>。

M. Reuterも、統一的な労働契約（それによって基礎付けられる労働関係）概念を想定するが、その後、個々の労働法の適用対象者であるか別個に判断すると主張する<sup>129</sup>。

もつとも、RichardiやM. Reuterのように考えると、労働契約の定義がかなり曖昧になる。すなわち、問題となる労働法上の規範の目的毎に労働者概念を確定するならば、当該契約関係の法的性質を直接問題にしなくともよいからである。労働契約概念は、何らかの労働法の適用される当事者間の契約関係を指すにすぎなくなる。

この点に関し、Richardiは、「前もって特定されている限定的な個別的給付ではなく、種類（Art）のみに基づいて定められる活動を約束する契約」と労働契約を定義する<sup>130</sup>。基準となる契約類型は、雇用契約であって、請負契約ではない。このように、雇用契約の特別な類型が労働契約であるというドイツの伝統的な理解を前提としつつ、従来は、労働契約の当事者たる労働者＝労働法すべてが適用される労働者、といわば当然視されていたのを、Richardiは、労働契約の当事者であっても、すべての労働法が適用されるとは限らない、という見解を主張したわけである。

しかし、現行法も、このことを十分承知しており、例えば、管理的職員は、労働契約の当事者たる労働者であるが、労働時間法、事業所組織法の適用対象者ではないとし、適用を除外する明示の規定を置いている。Richardiは、いわば、明示の

規定なくして、同様の処理を行おうとしているといえるが、現行法の立場を前提とすると、このような解釈は、やや困難に感じられる。しかし、労働契約の当事者たる労働者を定義することが困難である現状において、いわば、労働法が一つでも適用されれば労働契約に該当するというような広い枠組みを念頭に置き、それとは別個に、個々の法律の適用対象者たる労働者を目的論的に確定するという試みは、十分に注目に値するであろう<sup>131</sup>。

最後に、相対的労働者概念の長所として、*M. Reuter* は、「労働者類似の者」という法律像 (Rechtsfigur) が、不要になることを挙げている<sup>132</sup>。「労働者類似の者」は、端的に、彼等に適用される労働法の法律の適用対象者たる労働者であるといえよからである。この見解は、逆に、「労働者類似の者」の存在が、現行の統一的労働者概念の証左になることを示している。

#### 四 「従属的独立者」の労働法上の保護

##### 1 労働者類似の者

「労働者類似の者」とは、人的には独立しているが、経済的に従属している者と一般に定義され、部分的に労働法の適用が認められている者である<sup>133</sup>。現在までに、1926年の労働裁判所法（現行法は、1974年法）、1963年の連邦休暇法、1974年の労働協約法、1994年の女子雇用促進法及び1996年の労働保護法の適用対象者に含まれてきた。そのほか、労働者類似の者に該当するとされている特定の職業類型についての特別法も存在する。家内労働者のための家内労働法、専属代理商のための商法典92a条である。家内労働者は、家内労働法以外にも、多くの労働法規の適用範囲に含まれている。

##### (1) 定義

###### (i) 労働協約法12a条の定義

労働裁判所法及び連邦休暇法の簡単な定義に代えて、より詳細な一般的な労働者類似の者の定義を定めたのが、1974年に新設された労働協約法12

a条である。労働協約法12a条は、メディア、特に放送局の自由協働者を念頭に置いて、彼らに協約締結権を付与する目的で制定された規定であるが<sup>134</sup>、法律の文言は、一般的な定義規定となっている。この定義が、労働協約法を越えた労働裁判所法及び連邦休暇法を含む労働者類似の者の統一的な定義であるのかどうかについては留保が付されつつも<sup>135</sup>、この概念規定は、連邦休暇法及び労働裁判所法に関しても有用である、という見解があり<sup>136</sup>、おそらく判例も、この立場を取っているものと解される<sup>137</sup>。

労働協約法12a条は、次のような規定である。

「第1項 本法の規定は、以下の者に準用される。

1号 経済的に従属し、かつ、労働者と同程度に社会的保護の必要性のある者(労働者類似の者)が、雇用契約あるいは請負契約に基づいて、他人のために活動し、債務たる人的な給付を、本質的に労働者の協働なしに、履行する場合。かつ、

a) 主として、一人のために活動するか、あるいは、

b) 自己の生業活動全体から得られる全収入の平均して半分以上を、一人から得ること。このことを予測し得ない場合には、協約で別段の合意がない限り、過去六カ月間、これより短期の活動の場合には、その活動期間が、算定の基準となる。

2号 1号であげられている労働者類似の者のために活動する者、並びに、彼らと労働者類似の者との間に雇用契約あるいは請負契約によって基礎づけられる法律関係。

第2項 略

第3項 1項及び2項は、芸術的、文学的あるいはジャーナリスティックな給付を履行する者、並びに、そのような給付の履行、特に、その技術的な制作に直接関与する者については、1項1号b前段と異なり、生業活動全体から得られる収入の、平均して少なくとも三分の一を一人の者から得る場合にも、適用される。

第4項 この規定は、商法典84条にいう代理商には適用されない」。

以上の規定1項1号によれば、労働者類似の者の要件は、

- ① 自己の労働力を投入し、本質的に労働者を  
使用しないこと
- ② 経済的従属性
- ③ 労働者と同程度の社会的保護の必要性
- ④ 雇用契約か請負契約に基づいていること、  
である<sup>138</sup>。

①は、その他の独立者と区別するためのメルクマールである。②の経済的従属性については、1項1号a及びbが、その要件を定めているものと解されている<sup>139</sup>。これによって、従来、専属性が経済的従属性の要件とされていたのが、生業からの全収入の半分あるいはメディアにおいては3分の1を一人の者から得れば足りる、とされ、大幅に緩和された<sup>140</sup>。

これまでの法文に表れていなかったのが、③の労働者と同程度の社会的保護の必要性である。これは、既に、一部の判決において、経済的従属性の枠内で考慮されていた要素を独立の要件にしたものである<sup>141</sup>。

#### (ii) 最近の判例による労働者類似性の判断

最近の判例では、経済的従属性ではなく、むしろ、労働者と同程度の社会的保護の必要性のメルクマールが重視されている。ラジオの聴取料金の徴収を委託された集金人が、放送局と労働者類似の者との間の協約の適用を求めた事案について、BAG第4小法廷1990年10月2日判決（BAG AP Nr. 1 zu §12a TVG）は、経済的従属性の有無を明らかにせず、社会的保護の必要性が欠如しているという理由で、原告の訴えを認めなかった。しかし、本件では、判決が何を社会的保護の必要性の有無を要素と考えているのかは明らかではない。判決は、「社会的保護の必要性という不確定な概念は、個々の事例のあらゆる事情の判断を必要とする。これには、必然的に労働者類似の者の地位を基礎づける法律関係から生じる収入額のほかに、他の手段による収入の検討も含まれる」と述べつ

つも、「社会的保護の必要性は、原告が以前の官吏関係からの年金、民間の職業不能年金からの年金、及び、職員年金保険からの年金を受給し、経済的生存を確保し得る月に約2000マルクの総収入を得ていたことによって、直ちに、失われるわけではない」とも述べている<sup>142</sup>。結局、「当事者間に存在する法律関係の類型が、労働者の法律関係の類型と同等ではなかった」。

弁護士事務所のジュニアパートナーの労働者類似性を否定したBAG第2小法廷1993年4月15日判決（AP Nr. 12 zu §5 ArbGG 1979）も、事務所に専属し、最初の3年間は固定給（ただし、月額12500マルクという高給）であったことから、経済的従属性は肯定したが、「経済的従属性の存在は、労働者類似の者の確定のための唯一の基準ではあり得ず、さらに、類型によれば、経済的非独立性という点で、労働者に類似しているがゆえの社会的保護の必要性の存在が付け加えられなければならない」と述べ、基礎としていた契約が組合契約であったこと、弁護士相互の対等性と協働、月収の額、事務所の口座を自由に使ってよいこと、独特の休暇規制及び疾病時の利益の継続支給といった事情の総合判断から、労働者と同程度の社会的保護の必要性を否定した<sup>143</sup>。

以上から、労働者と同程度の社会的保護の必要性というメルクマールは、かなり不明確な概念であり、その有無はむしろ社会通念の考慮によって判断される傾向にある、といえよう<sup>144</sup>。

#### (2) 労働法の類推適用の可否

##### (i) 労働者類似の者への労働法の類推適用

通説によれば、原則として労働法は適用されない。社会的保護の必要性だけでは、類推適用の根拠にならない<sup>145</sup>。類推適用が問題になったBAGの判例は、いずれも、家内労働者の事案であるが<sup>146</sup>、一般論では、類推適用が認められる余地を残しつつも、結論は消極的である。

BAG第2小法廷1957年6月19日判決（AP Nr. 12 zu §242 BGB Gleichbehandlung）は、使用者が、家内労働者と同じ仕事（ハンカチの縁飾り）

に従事する事業所労働者も雇用しており、事業所労働者にのみ協約賃金を支給していたという事案である。家内労働者である原告の平等原則違反との主張に対して、BAGは次のように述べた。

「この原則の適用は、等しいものが異なって取り扱われる場合にのみ、考慮の対象になる。しかし、家内労働者と事業所労働者の間には、少なくとも報酬の分野においては、非常に差があるので、平等原則の適用は排除される。事業所労働者は、活動の場所、部屋、時間及び方法について、使用者の指揮命令権に服するが、家内労働者は、労働の場所並びに活動の時間及び長さを自由に決定することができる。家内労働者は、補助労働力を求めることができ、作業用具、道具及び労働の方法を自分で選択することが許容される。

…まさに、報酬額においては、上述の事業所労働に関する家内労働の特殊性が意味を持ち、この分野においては、平等取扱い原則を適用するための前提が欠如しているのである」。

また、BAG第3小法廷1980年7月3日判決(AP Nr. 23 zu §613a BGB)は、上記判決に言及し、家内労働関係と労働関係の構造的な差違は、BGB613a条の家内労働関係への準用を禁ずる、と述べた。構造的な差違とは、具体的には、BGB613a条の立法目的たる①労働関係の存続保護、②事業所委員会の継続保護、③新旧使用者の責任規制は、いずれも家内労働関係にはそもそも存在しないからである、という。

そのほか、使用者の受領遅滞に関する民法典615条の類推適用を否定したBAG第3小法廷1983年9月13日判決(AP Nr. 1 zu §29 HAG)が存在する。判決は、HAG29条5項及び6項は、BGB615条の考え方を基礎として家内労働関係の特殊性を考慮して定められた規定であるから、BGB615条の一般規定は排除される、と述べ、さらに、「家内労働者の社会的保障は、労働者のそれよりも本質的に弱いものである」とも述べている。

以上見たように、家内労働者に対する労働法上の規制の適用について、判例は「構造的な差違」に反しなければ、家内労働者は事業所労働者と対

等に扱われる、という原則を立てながらも、結論は消極的である。

(ii) 家内労働者のための特別規制のその他の労働者類似の者への準用の可否

まず、解約告知期間の規制については、その他の労働者類似の者への準用を肯定した判例が存在する(BAG AP Nr. 6 und 8 zu §611 BGB Abhängigkeit)。

事業所組織法の類推適用の可否については、家内労働者以外の労働者類似の者への準用を否定する見解の方が優勢である<sup>147</sup>。しかし、事業所への関連性が強ければ、事業所組織法上の従業員集団とみなすべきであるという見解も存在する<sup>148</sup>。

(3) 労働者類似の者の概念の有用性

(i) 労働者類似の者という概念を展開する契機となった家内労働者については、詳細な特別規制が存在し、家内労働者には及ばないが、専属代理商にも商法典における特別規制が存在し、労働協約法12a条もメディアの芸術家、ジャーナリストのために創設された規定であった。このように、特定の職業類型の保護のためには、それぞれの類型に応じた特別の立法という手段が取られている。そのため、労働者類似の者への労働法の類推適用が原則として否定され、家内労働者のための規制の準用さえも、必ずしも肯定されていない現状では、一般的な労働者類似の者の概念が、果たして必要か、という疑問が生じる。

*Wank*は、次のように述べている。

「単なる休暇請求権と不自然な体系法上の調和のみを理由として、労働者類似の者というカテゴリーを生きながらえさせる必要性は存在しない。労働法と同様の法律効果をもたない労働者類似の者という構成要件は、インチキなレッテルを意味する」<sup>149</sup>。

(ii) しかし、これに対して、*Hromadka*は、現行法の体系が、労働者と独立者の対比ではなく、労働者、労働者類似の者及び独立者の三者を前提としていることから、*Wank*の基準では、労働者類似の者と労働者とを区別できなくなってしまう点で問

題があり、人的従属性が、労働者性の決め手として維持される、と主張している<sup>150</sup>。主体として、経済市場で取引する者は、自発的であろうとなかろうと、労働者ではあり得ず、労働者類似の者になりうるにすぎず、彼等への労働法の適用は、それぞれの法律の規範目的に応じて、検討されなければならない、と述べる。その際、さらに立法論としては、現行法の社会的・存続保護の規定(疾病時、休暇、祝日の賃金継続支給、社会保険料の使用者拋出及び解雇制限)の労働関係への連結は、必然的なものではなく、歴史的な理由に基づくものである。労働関係においてもはたして必要かどうかを検討されるべきである、と述べている<sup>151</sup>。

## 2 「見せかけの独立性(Scheinselbständigkeit)」

### (1) 柔軟化の手段としての労働者の独立化

近年、企業経営の合理化の一環として、労働時間及び雇用形態の柔軟化が進展しているのは周知のとおりである。正規雇用の従業員ではなく、パートタイム労働者、有期労働者、あるいは派遣労働者の活用の増加は、いずれの先進国でも、共通に見られる現象である。そして、この雇用形態の柔軟化のいわばもっとも極端な形態として位置づけられるのが、「労働者の独立化」、つまり、これまで自社の従業員によって遂行されていた活動を独立の自営業者に委託することである。使用者の狙いは、労働法上の保護及び社会保険の使用者拋出を回避することによるコスト削減である。労働者側にも、名目所得の上昇、税法上の有利、といった利点は存在するが、中長期的に見れば、労働法、特に解雇制限法理の不適用、老後の保障という点では、不安定な立場に置かれることは否定できない。ドイツでは、このような独立化は、90年代に入る頃から「見せかけの(新しい)独立性」と呼ばれ、注目されるようになった<sup>152</sup>。

「見せかけの独立性」の実態については、Mayer/Paaschによる、事業所委員会、地区一般疾病金庫<sup>153</sup>へのアンケート及び当事者へのインタビューに基づく調査“Ein Schein von Selbstän-

digkeit—Ein-Personen-Unternehmen als neuen Form der Abhängigkeit—(1990)”が存在するほか、最近、労働市場・職業研究所(IAB)による、約2万1千人への電話インタビューに基づく調査が明らかにされた(Die BMA-Forschungsbericht Nr. 262 “Empirische Befunde zur Scheinselbständigkeit”)。後者の見積もりによると、実際には労働者であると評価できる者とどちらとも判断し得ないグレーゾーンにある者(いずれも本業として活動する者)とを合わせた数は、約60万人である<sup>154</sup>。

「新しい」従属的就業者は、ほとんどすべての経済部門に拡大しているが<sup>155</sup>、その中でも、独立化の顕著な職業類型は、保険外交員、トラック運転手、デパートの販売員(propagandistinnen)、建設業の「下請業者」<sup>156</sup>、写植技術者である。

人件費抑制のためには、派遣、パートタイム労働、呼び出し労働あるいは期限の定めのある労働、といった一連の柔軟化の手段が存在する<sup>157</sup>。その中で、まず、①もともと労働時間等に関する使用者の指揮命令のない固定した事業所の存在しない活動が、独立化の容易な活動としてあげられる。その典型が、保険外交員である。しかも、外勤の職場では、事業所委員会の設置されていないところも多く、組合の組織率も低いため、集团的抵抗力が弱い。貨物輸送業、さらに、建築現場の変動する建設業もこのタイプに該当する。②デパートは、①には当たらないが、小売業は、常に「柔軟な」就労形態の先鞭者であった(その他、フランチャイズシステム)。③印刷・出版業に見られる写植は、新しい技術、とくにコンピュータの発展の帰結である。

近年の高失業率が、労働者が独立化を容認せざるを得ない原因となっており<sup>158</sup>、これに関連し、失業の圧力を受けやすい高度な資格を必要としない「誰でも参加できる」労働市場であることも、従属的独立者の市場の特徴である。従属的独立者の経済的・社会的状況は、ほぼ例外なく、実質所得、将来の老齢保障の点で、労働者よりも悪化している。



## (2) 「見せかけの独立性」との取り組み

(i) 「新しい従属的独立者」の労働者性に関する公刊された裁判例として、フランチャイジーの労働者性について判断した著名な OLG Schleswig 1986年8月27日判決 (NJW-RR 1987, S. 220) “Eismann”事件<sup>159</sup>と LAG Düsseldorf 1987年10月20日決定 (NJW 1988, S. 725) “Jacque’s Wein Depot”事件<sup>160</sup>がある。前者では、労働者性は否定、後者では、肯定された。両判決とも、自己の名前と計算で商品あるいはサービスの販売を行うのがフランチャイジーであることを前提としたうえで、“Eismann”事件は、具体的な指揮命令及びフランチャイザーの組織への拘束、品揃えの決定をフランチャイザーが行っていたことは、フランチャイズ契約の本質であり、労働者性の基準である人的従属性を示すものではない、と判断した。また、フランチャイジーはフランチャイザーから商品を買ひ、それを自己の計算で販売していたというべきであるという理由から、労働者類似性も否定した<sup>161</sup>。

これに対して、“Jacque’s Wein Depot”事件は、そもそも、本件契約は、フランチャイズ契約ではない、と判断した上で<sup>162</sup>、営業時間と休暇が定められていたこと、広範な指針に服する義務及び書類閲覧権等から、人的従属性を肯定した<sup>163</sup>。

“Jacque’s Wein-Depot”事件では、本件契約がフランチャイズ契約ではないと判断されたわけであるが、まず、これに対して、本件契約がフランチャイズ契約であるという主張がなされている<sup>164</sup>。フランチャイザーによる一括した決算システムは、確かに、珍しいが<sup>165</sup>、その後分配される報酬は、賃金ではなく、独立の事業者として得た利益である<sup>166</sup>。したがって、労働者類似の者でもない<sup>167</sup>。逆に、これによって、帳簿の作成等に関するフランチャイジーの負担は軽減される<sup>168</sup>。

フランチャイズ契約である以上、フランチャイジーは、独立者である。労働法の適用される労働者にはならない。その代わりに、フランチャイズ契約には、契約法(約款規制法9条、民法典138条)及びカルテル法による制約が課され、それは、む

しろ「労働法よりも厳格である」<sup>169</sup>。

これに対して、Wankは、フランチャイジーも労働者になり得ることを主張する。事業者のリスクだけでなく、対応するチャンスも付与されていなければ、独立者とは認められない。フランチャイズシステムの場合、通常、フランチャイジーがフランチャイザーにライセンスフィーを支払うという点を考慮すると、労働者性とは相容れないように感じられるが(“Eismann”事件は、このことからフランチャイジーの労働者類似性も否定した)、この点に関し、Wankは、労働者性の判断にあたっては、報酬形態にメルクマールとしての意義は認められていないことを援用する(売上の分配に預かる公営の賭博場のクルーピエは、労働者である<sup>170</sup>)。むしろ、フランチャイザーは、最大限に市場のリスクをフランチャイジーに転嫁している、という<sup>171</sup>。Wankは、事業者のリスクのみが押し付けられていることの徴表として、①継続することをめざす契約関係であること、②専属していること、③本質的に、協働者なして、自分自身で役務を提供すること、④本質的に自己資本のないこと、⑤本質的に自己の組織のないこと、を指摘している<sup>172</sup>。

最近では、デパートの販売員の労働者性が争われたLAG Köln 1995年6月30日判決 (AP Nr. 80 zu §611 BGB Abhängigkeit) は、BAGの判例の伝統的な労働関係の定義には従わないことを明言し(とくに時間的拘束性というメルクマールを疑問視している)、上記のWankのたてたメルクマールに従って判断し、原告の労働者性を肯定した。これに対し、保険外交員の労働者性を肯定したArbG Nürnberg 1996年7月31日判決 (EzA Nr. 57 zu §611 BGB Arbeitnehmerbegriffに判旨の後半のみ掲載) は、伝統的な人的従属性という判例の基準に従いつつも、時間的拘束性は重要ではない、と述べ、Wankのいうように、リスクにチャンスが対応していなければならないことを強調している。その際、裁判所は、前掲BAG 1966年1月21日判決に言及し、Wankの展開した労働者と独立者の境界面定に関する理論が、BAGの判例と調和

するのかを検討する必要はなく、事業者のリスクという基準が、既に、判例において考慮されていたことを指摘している。

確かに、事業者のリスクという基準は、*Wank*が人的従属性に代わる労働者性の基準として主張する以前に、判例でも考慮されていたが、前掲BAG1966年判決では、リスクのみが考慮され、労働者性が否定された。しかし、*Wank*の見解は、リスクに対応するチャンスが保障されていなければならないことを主張した点で、それ以前の判例とは異なることに留意しなければならない。

(ii) 「見せかけの独立性」は、社会保険財政を危機に陥れるものであるという認識から、1996年10月22日に「見せかけの独立性に対抗するための法律草案」(BR-Drucks. 793/96)が連邦議会に提出された<sup>173</sup>。これによれば、まず、社会法典第4編7条1項の後に以下の条項が2項として、挿入される。

「(2)非独立的労働は、生業として活動する、特に以下の者についても認められる。

1. 自己の活動に関して、労働者を雇用していない者（家族の構成員は除く）、
2. 通常、一人の委託者のためにのみ活動する者、
3. 就業者に典型的な労働給付を行う者、かつ、
4. 事業者としての活動に基づき、市場で取引をするのではない者。

外観上は、独立的活動であるが、少なくとも一文にあげた要件の二つが存在する場合には、就業が行われているという反証可能な推定が存在する」。

従来は2項は、3項になり、3項の後に以下の4項が挿入される。

「(4)2項に基づく非独立的活動については、委託者が、使用者とみなされる。委託者とは、委託あるいはその他の方法で、自己のためにあつせんすること、あるいは、自己の特定の組織・マーケット理念に基づく製品のマーケティングあるいは販売活動を他人に委ねる、すべての自然人、法人あるいは人的集合である」。

そして、28e条には、2項の後に以下の条項が挿入される。

「(2a)事業者として、雇用・請負給付あるいは類似の給付を、下請事業者に遂行させるすべての委託者は、これらの下請事業者とならんで、独立の債務保証人と同様に、彼等が自己の労働者について、その労働給付の期間責任を負っている、全社会保険料の納入に責任を負う。2項2文は、準用される」。

この改正によって、就業関係の定義を明確化すること、推定規定によって社会保険機関の立証を容易にすること、及び、28e条2a項によって、保険料支払の確保（元請の二次的責任）が目指されている。

## 五 結論と課題

最後に、本稿のまとめとして、日本法を念頭に置きながら、ドイツ法における労働者概念の意義と機能を明らかにしたい。

### 1 労働法上の労働者概念の意義と機能

#### (1) 労働者性の決め手としての人的従属性

(i) 「労働者」は、まず、労働法の法律の適用対象者を確定するという機能を持つ。「労働者」を定義する法律上の規定はドイツには存在せず、その定義は、判例・学説に委ねられてきた。判例・通説によれば、労働者性の決め手は、人的従属性の有無である。経済的に従属している零細な事業者が存在することから、経済的従属性だけでは労働者性の承認には不十分であり、かつ、個々人の財産状況を審査することは、可能でも妥当でもないことから、経済的従属性は労働者性にとって必要ではない、と理解された。そして、経済的に従属した独立者は、保護の必要性が認められる限りにおいて、「労働者類似の者」として、労働法の適用対象者に含められることになった。この「労働者類似の者」の概念の存在は、ドイツ法独自のものである。

労働者性の決め手である人的従属性の判断にあたっては、契約の文言よりも、実際の実行が重視

されている。そして、人的従属性を構成するメルクマールとして、様々な要素が検討されてきた。その検討は、詳細で、日本よりも議論は蓄積されている。労働者性に関する判例の議論を深化させたのが、70年代から始まった放送局の自由協働者訴訟であった。それまでは、労働者類似の者にはなり得るが、労働者ではない、と認識されていた自由協働者が、実際には、放送局の正規雇用の協働者と同じ活動を行っており、実態は労働者に他ならないことを主張し、解雇制限の妥当する、期限の定めのない労働関係の確認訴訟を提起したのである。その結果、1974年以来1980年代初頭までに、ARD加盟の放送局に対して提起された550の訴訟のうち450が自由協働者の勝利に終わった<sup>174</sup>。事実上専属化していたものの、明確な有期契約も締結されずに、その都度起用されていた自由協働者の労働者性をBAG第5小法廷は、どのような理由で肯定したのであろうか。まず、BAGは、事実上専属化していたという実態に着目し、当事者間には、継続的法律関係が存在した、という点から出発した。しかし、そのうち、恒常的な役務待機が期待されていたということで、実際の就労年数の長さにかかわらず、継続的法律関係を肯定するようになる。そのうえで、「放送局の設備及び協働者チームへの依存」という編入説を思い起こさせる要素、あるいは、「他人利用性」「社会的保護の必要性」という経済的従属性に属する要素から、労働者性を肯定した。BAGは、自由協働者の存続保護を実現するために、労働者概念を拡大した、といえる。その結果、伝統的には、人的従属性は指揮命令拘束性と同義であったはずにもかかわらず、経済的従属性の要素も含む概念へと変容したといえよう。

しかし、他方、経済的従属性を基準とする労働者類似の者には、労働者の経済的従属性に由来する解雇制限は適用されない。その他、労働者類似の者の判断は、労働者性判断以上に不明確であることが指摘できる。労働協約法12a条の制定後、必ずしも、専属性が要件とされなくなったため、ますます、社会通念を重視して、労働者類似性が判

断される傾向にある。

(ii) 自由協働者訴訟を通じて、判例による労働者性のメルクマールの検討が深化された結果、当初は、労働者性の徴表たりうる要素を列挙していた判例（日本の判例は、まだこの段階であるといえよう）は、形式的メルクマールと実質的メルクマールを区別するようになった。すなわち、税法及び社会保険法上の扱い、報酬の支払方法、人事資料の作成、休暇の付与、内線リストへの掲載等は、就労者の法的地位に関する両当事者あるいは一方当事者の主観的な見解を示すに過ぎず、徴表としての意義をほとんど否定されるようになった。

実質的メルクマールとして重視されているのが、具体的な指示への拘束、時間的拘束、そして、代理商か外勤の職員かが争われる場合には、さらに、自己の企業組織及び事業者のリスクの有無である。しかし、このうち、そもそも労働者性が問題になるのは、具体的な指示への拘束が認められない事案がほとんどであることから、現在、大まかに言えば、時間的拘束あるいは事業者性の欠如が、労働者性を肯定する最大の要素であるといえる。放送局の自由協働者の場合には、BVerfG1982年判決以降、伝統的な指揮命令拘束性（とくに時間的拘束）の基準を重視する方向に帰着していることから、経済的従属性は、労働者性の基準として放棄されたかのように思われるが、他方、代理商の類型では、事業者性の判断が重視されている点は看過できない。放送局の自由協働者の場合に事業者性の判断がなされないのは、資本もなく、企業組織も持たない自由協働者について、事業者性は明らかに問題にならないからである<sup>175</sup>。

## (2) Wankによる新しい労働者概念の試み

Wankは、既に、判例で考慮されていた事業者性の要素を前面に出し、労働者と独立者という二つの対立する生業活動モデルの境界画定を行うことを試みた。Wankのいう「事業者のリスクの自発的な引き受け」という人的従属性に代わる境界画定の基準は、確かに、労働者と独立者の対比を前提とすると、「目的論的な概念形成」を志向する基準

として、説得力のあるものである<sup>176</sup>。「目的論的な概念形成」は、*Wank*のモノグラフの最大のキーワードである。「人的従属性、すなわち、指揮命令拘束性と労働法の適用、例えば、解雇制限法、賃金継続支給法の適用の間には、何ら、意味の連関は存在しない。法律学の概念は、法律効果と構成要件との間に意味の連関を持つものでなければならぬ」という *Wank*の主張は、これまでの、現象的（存在論的）な考察方法を覆すものであった。確かに、一見存在論的な考察方法の背後には、労働法の保護を及ぼすべき者を労働者に数えいれよう、という目的論的な意図が既に存在していた。しかし、*Wank*は、背後に隠れていた、このような目的論的な考察方法を指導理念として明らかにした。これは、まさに「コロンブスの卵」のようではあるが、見事な発見であり、*Wank*の最大の業績と評価できる<sup>177</sup>。そして、*Wank*の「事業者のリスクの自発的な引き受け」という基準は、「見せかけの独立性」の問題を扱った最近の下級審裁判例に取り入れられてきている。

### (3) 労働者概念の統一性

(i) ドイツでは、規範ごとに個々の労働法規が存在するにもかかわらず、労働者概念は統一的に考えられている。つまり、労働者とされれば、全ての労働法規が適用される。このことは、ドイツでは、いわば、自明視されているために（なぜ、統一的でなければならないのか、本格的に論じた論者はいない）<sup>178</sup>、逆に、本当にドイツでは労働者概念が統一なのかを立証することも困難であった。本稿では、①判例の判断手法、②労働契約が労働法すべてが適用される契約と暗黙のうちに定義されていること、③労働者類似の者という概念の存在、を労働者概念の統一性の証左、としてあげたにとどまる。

ドイツにおいて、統一労働者概念が前提とされているのは、おそらく、労働法の法律が規範ごとに多数存在するために、そして、それらが全く相互に無関係に存在するのではなく、関連性を有するために（例えば、事業所委員会の関与を認める

解雇制限法）、統一化が要請されるのではないかと推測される。例えば、ドイツにおいて、最も積極的に相対的労働者概念を主張する *Richardi* に対して、*Zöllner* は、「*Richardi* は、労働法の適用範囲を、適用されるべき法律の規範目的から確定しようというが、残念ながら、そもそも現実的でない」と述べている<sup>179</sup>。

日本と比較して、興味深いと思われるのは、個別的労働法と集団的労働法を通じて、労働者概念が統一的に解されている点である。この点については、ドイツには、労働組合法が存在しないということは忘れずに指摘しなければならないだろう。つまり、ドイツでは、団体交渉は、国家によって助成されるものではなく、あくまで、社会的パートナーの自治に委ねられており、法の保護を受ける資格を審査するための組合資格認定の手続きもない。

しかし、団体交渉の結果締結された労働協約が、個々の組合員の契約内容となるためには、労働関係が存在しなければならない（労働協約法1条）。したがって、たとえ、労働者でない者が組合に加入して（実際には、組合員の資格は、規約により労働者に限定されている場合がほとんどであるため、組合加入もままならないが）、団体交渉を行い、労働協約が締結されたとしても、その協約は、その者の契約関係を規律するものではない。やはり、自己の就労条件を規制するために協約を締結するためには、労働協約法上の労働者として認められなければならない。この点に関し、既に、家内労働者には、協約締結の可能性が開かれていたが（家内労働法17条）、1974年の労働協約法12a条の新設によって、労働者類似の者一般（しかし、事実上、放送局の自由協働者のみ）に協約締結の可能性が開かれることになった。

我国の企業別労使関係を念頭に置くと、ドイツの事業所組織法上の労働者概念にも着目される。事業所組織法上の労働者には、主としてその事業所のために活動する家内労働者も含まれるが、この規定（事業所組織法6条1項）は、その他の労働者類似の者には拡大されない、という見解が、

現在のところ優勢である。この点は、我国と問題状況が異なる。というのは、我国では、ドイツにおける事業所組織法上の労働者と労働協約法上の労働者の区別はなく、労組法上の労働者の問題に帰着されるからである。もっとも、我国でも、労組法上の労働者概念を労基法（労働契約）上の労働者概念よりも広く解する根拠として、団交の必要性があげられている点に鑑みれば、事業所組織での「使用者」の労働者との共通の利益代表という側面が考慮されているわけではない、といえよう。実際、我国で、労基法上の労働者ではないが、労組法上の労働者であることが承認されている職業類型は、家内労働者、管弦楽団員、プロ野球選手にとどまる。

(ii) ちなみに、労働者派遣法にいう派遣労働者については、事業所組織法81条（使用者の説明義務）、82条1項（労働者の質問権）、84条ないし86条の適用（苦情申立権）が認められているほか（しかし、労働者派遣法14条2項により、派遣先の事業所委員会の選挙権は否定されている）、事業所委員会には、派遣労働者の利用について、事業所組織法99条の雇い入れの共同決定権が認められている。これらは、労働者概念の問題ではなく、使用者概念の分割に属する問題であり、若干、問題の次元は異なると思われるが、独立者の事業所組織における問題は、このような社外労働者に関する使用者の機能の分割の問題とも密接に関連している。本稿では、扱いきれなかったが、社外労働者とパラレルに検討する必要がある。今後の課題としたい。

## 2 社会保険法上の就業者概念との関係

(i) ドイツでは、社会保険で強制被保険者となる者は、「就業者」とされ（社会法典第4編2条）、社会法典第4編7条に「就業とは、非独立的活動であり、とくに労働関係のそれをいう」という定義規定が存在する<sup>180</sup>。「就業」は、保険義務の人的範囲と時間的範囲の二つを画定するという機能を持ち、いずれの機能についても、労働者あるいは労働関係の概念との強い関連性が認められる。

歴史的経緯によれば、そもそも社会保険独自の就業概念が登場した理由は、労働法が本格的に展開していなかった当時の状況の下で、就労の基礎となる契約が無効と判明した場合であっても、実際に労働が提供された場合に保険による保護を付与するためであった<sup>181</sup>。しかし、その後、労働法でも、契約説と編入説の争い<sup>182</sup>を経て、契約に瑕疵が存在する場合にも労働関係は存在することが認められるようになったため、もはや、社会保険法独自の就業概念を維持する必要性は失われた<sup>183</sup>。それにもかかわらず、社会法典の立法にあたって、社会保険法独自の就業概念は継承された。

そもそも独自の就業概念を要請した無効な労働契約の問題が、就業概念の時間的範囲に属する問題であったように、就業概念をめぐる議論は、もっぱら時間的範囲確定の機能に関するものであった。この意味での就業概念は、保険の目的・趣旨に応じて、相対的であることが判例上確立している（BSG1973年12月11日大法廷決定・BSGE 37, S. 10）。

これに対して、就業概念の人的範囲については、労働法上の労働者との一致は、当初は、むしろ、当然のように考えられていたようである。それどころか、社会保険の強制被保険者が、労働法上の労働者概念を形成した、という指摘も存在する<sup>184</sup>。これは、前記の通り、ドイツでは、労働法よりも早く、社会保険法が展開したという歴史に由来するものと思われる。周知の通り、ビスマルクは、1878年の社会主義者鎮圧法で労働運動を弾圧する一方（これにより、多くの労働組合が解散に追い込まれた）、労働者の生業可能性を維持するための手段として、1881年の皇帝の詔勅を経た後、1883年の疾病保険法によって、世界で初めての社会保険制度を実現した。ビスマルクは、労働保護法の制定ではなく（日曜・深夜労働の禁止及び女性・児童労働の制限を規制することを拒否した）、社会保険制度の設置によって、労働力を維持し、外国との競争力をつける、という社会政策を選択したのである<sup>185</sup>。

これに対して、労働法が、本格的に展開したの

は、ワイマール期に入ってからであった。すなわち、1918年12月23日の労働協約・現業労働者及び職員委員会、争議行為調整に関する命令(「労働協約令」)、1920年の事業所委員会法の制定によってである<sup>186</sup>。その他、1919年の労働時間令、1923年の重度身体障害者法、家内労働法、1926年の労働裁判所法、1927年の母性保護法をあげることができる。

労働法の展開は、他方で、社会保険法からの労働法の区別を促し、両者の区別は、第二次世界大戦後の裁判所組織の分立によって、決定的になった<sup>187</sup>。

(ii) 社会保険法上の就業関係概念が、労働法上の労働関係概念とほぼ同義であるといえるような密接な関連をもちながら、独自性を維持している理由は、最終的には、以上概観した労働法と社会保険法の展開の歴史的経緯に帰着するように思われる。また、伝統的な公法、私法の二元論によれば、社会保険法が完全に公法に分類されるのに対し、労働法のほとんどは、私法に属するという法体系上の差違も看過し得ないであろう。しかし、このように、現在、労働法と社会保険法は、別個の法分野として確立しているものの、両者は、社会政策の法として、等価値あるいは代替可能な機能を有している。そこから、「特に、労働者概念の画定という問題については、共通点が生じることはないわば自然なことである」<sup>188</sup>のかもしれない。

\* \* \* \* \*

労働法の適用対象者を画するための労働者概念の検討は、必然的に、労働契約及び労働関係の法的性質という労働法学発生以来の理論上の根本問題につながる。それと同時に、「見せかけの独立性」が示すように、経済・就業構造の変化によって生じた社会問題に対して、労働法がいかに対処すべきか、というきわめて政策的な問題にもつながる。

本稿は、これらの問題に取り組むための準備作業の一応の成果にすぎない。今後は、ドイツ労働法の歴史に対する理解を深めるとともに、他国の法及び隣接する他の法分野にも視野を広げ、最終的には、我国における労働者概念のメルクマール

の提案を志したい。

略語表

AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
AR-Blattei	Abeitsrecht-Blattei, Handbuch für die Praxis
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BlStSozArbR	Blätter für Steurrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
EzA	Entscheidungen zum Arbeitsrecht, hrsg. von Stahlhacke
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 1992
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report, Zivilrecht (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
SGb	Sozialgerichtbarkeit
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZHR	Zeitschrift für gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (früher Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht)
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform

- 注
- 1 MünchArbR-*Richardi*, I/§23, RdNr. 9; *Hueck/Nipperdey*の定式化によれば、「労働者とは、私法上の契約、あるいは、それと同視できる法律関係に基づいて、他人に使用される形で、労働を義務づけられている者である」(*Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., 1963, Bd. I S. 34~35)。
  - 2 しかし、沿革的には、民法典が労働契約を規制するとは考えられていなかった(*M. Becker*, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland -vom Beginn der Industrialisierung bis zum Ende des Kaiserreichs-, 1995)。
  - 3 周知の通り、BGB611条の雇用契約は、労働契約よりも広義の概念(有償委任等も含む)であり、雇用契約に基づいて役務を提供する独立者は、「自由協働者(freie Mitarbeiter)」(その契約は、「自由な雇用契約」と呼ばれている。自由協働者は、あらゆる職業類型に存在する、と言われている)。
  - 4 MünchArbR-*Richardi*, I/§23, RdNr. 13~15
  - 5 MünchArbR-*Richardi*, I/§23, RdNr. 16~18
  - 6 AP Nr. 24 zu §611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche
  - 7 AP Nr. 1, 3 und 23 zu §611 BGB Abhängigkeit
  - 8 AP Nr. 24, 28, 35 und 38 zu §611 BGB Abhängigkeit
  - 9 AP Nr. 42 zu §611 BGB Abhängigkeit
  - 10 AP Nr. 3, 4, 6 und 7 zu §611 BGB Abhängigkeit
  - 11 AP Nr. 10 und 12 zu §611 BGB Abhängigkeit等
  - 12 AP Nr. 10 zu §611 BGB Abhängigkeit
  - 13 AP Nr. 16 zu §611 BGB Abhängigkeit
  - 14 AP Nr. 17 zu §611 BGB Abhängigkeit
  - 15 AP Nr. 10, 18, 59 und 73 zu §611 BGB Abhängigkeit
  - 16 AP Nr. 6 zu §611 BGB Abhängigkeit
  - 17 「確かに、兼業が許容されているか、そして、どの程度、就労者が、委託者に自己の労働力の処分を委ねることが義務づけられているかは、境界画定において役割を果たし得る。しかし、起用の頻度には、従属的あるいは独立的地位の存在によって、弱い徴表しか、認められない」(AP Nr. 12 zu §611 BGB Abhängigkeit)。
  - 18 AP Nr. 1 zu §611 BGB Abhängigkeitは、とくに労働時間に関する使用者の指揮命令が、本質的である、としつつ(そして、実際に、労働時間の配分が自由であったことを理由に、山小屋に居住し、連邦郵政のために宇宙線の記録に従事する者の労働者性を否定した)、「その存在あるいは欠如によって、人的従属性の問題に容易に答えられるような、普遍的な境界画定のメルクマールは存在しない」と述べている。
  - 19 *Herschel*, Die typologische Methode und das Arbeitsrecht, Festgabe für Kunze, 1969, S. 225 ff.
  - 20 AP Nr. 26 zu §611 BGB Abhängigkeit以降の判例。
  - 21 既に、BVerfG決定以前の自由協働者訴訟の展開については、柳家助教授による詳細な研究がなされている(柳家孝安「西ドイツ労働法における被用者概念の変化(上)(下)―放送事業の自由協働者をめぐる最近の動き―」労働協会雑誌317号42頁, 318号67頁〔1985〕)。
  - 22 3, 7, 8, 9, 10, 11事件。これに対し、4事件では、1年間の有期契約が締結されていた。
  - 23 3, 7, 9, 10事件。例えば、9事件は、「原告は、1972年以来、ほぼ欠けることなく、被告のために労働してきた。そこから、原告が継続的に就労するはずであることが推定される。」と述べている(II 1a)。さらに、7事件は、「原告の被告の自己制作での就労が、継ぎ目なく連続したのではないことは、継続的法律関係に矛盾しない。…個々の就労期間のみを個々に検討することは、実態を捉えていない(lebensfremd)」という(II 2a)。
  - 24 8, 11事件。
  - 25 *Beuthien/Wehler*, Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter, RdA 1978, S. 2, 7
  - 26 *Löwisch*, Die befristeten Vertragsverhältnisse der Rundfunkmitarbeiter zwischen Bundesverfassungsgericht und Bundesarbeitsgericht, Arbeitsrecht der Gegenwart 21 (1983), S. 19, 21f.
  - 27 以下、判旨の訳出に際しては、引用を省略する。

なお、波線は、筆者による。

- 28 *Zeuner*, Überlegungen zum Begriff des Arbeitnehmers und zum Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Regeln, RdA 1975, S. 84, 85. これに対して, *Richardi*は, *Zeuner*の試みは, 実質的に編入理論をよみがえらせるものである, と批判している (MünchArbR-RichardiI/§23 RdNr. 24)。
- 29 *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S. 14 ff.; *Lieb*, Beschäftigung auf Produktionsdauer—selbständige und unselbständige Tätigkeit?—, RdA 1977, S. 210ff.しかし, *Lieb*は, 制作期間毎に就労する協働者は, 自己の労働力に関する処分可能性を喪失していないとして, 労働者性を否定するという逆の結論を導いている。なお, 他人の利益のための労働給付については, 既に7事件も言及している。(理由II1c参照)
- 30 *Beuthien/Wehler*, aaO (注25), S. 5. *Beuthien/Wehler*は, 社会的保護の必要性は, 人的従属性を補完するメルクマールであるとする。工場, 鉱山労働者の社会的保護の必要性こそが, まさに労働法の発生した根拠であったのであるから, 労働法を新しいタイプの労働者に適用するにあたっては, 社会的保護の必要性が判断の決め手である, という (S. 4)。
- 31 *Wank*, Anm. zu AP Nr. 34~36 zu §611 BGB Abhängigkeit (I)
- 32 12事件の判旨は, 次のように言う。「放送の自由と社会国家原理の対立は, 『オール・オア・ノッシング』を意味しない。むしろ, 両憲法上の原則は, お互いに, 調和されなければならない。…存続保護は, 放送局が, 当該協働者に継続的に拘束されることを意味しない。期限の定めなく雇い入れられる協働者は, 番組形成上の理由による解消—配転, 必要ならば, 解雇という形式でも—によって, 他の労働者と同様に, 労働ポストを失うに至る, 企業家の決定を甘受しなければならない。番組形成上の事由から, 場合によっては, 期限の定めのある労働契約の締結が正当化されることもあろう」。
- 33 ③④⑧⑨を除き, 原判決は未掲載である。
- 34 放送の自由からまさに協働者の存続保護が要請されると述べたBAGの見解(上記12事件)を, 自由な協働者としてではなく, 正規雇用の協働者としての就労を請求する権利は, 基本法5条1項からは, 導かれ得ない, と否定する(C II2 a) aa)。また, このような正規雇用の権利は, 基本法12条1項(職業の自由)からも, 基本法20条1項及び28条1項(社会国家原理)からも直接導かれるものではない, と述べる(C II2 a) aa及びbb)。
- 35 *Hilger*, Rundfunkfreiheit und “freie Mitarbeiter”, RdA 1981, S. 265, 267. *Hilger*は, 1974年から1980年まで, BAG第5小法廷の裁判長を勤め, 自由協働者訴訟に大きな影響を及ぼした。
- 36 *Rüthers*, Programmfreiheit der Rundfunkanstalten und Arbeitsrechtsschutz der freien Mitarbeiter—Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Januar 1982—, DB 1982, S. 1869, 1877; 同旨の見解を述べるものとして, *Bietmann*, Rundfunkfreiheit und Arbeitnehmerbegriff—der Beschluß des BVerfG und seine Auswirkungen auf die Rechtsprechung des BAG—, NJW 1983, S. 200, 201. その他(ア)説に立つ論者として, *Wank* (Die freien Mitarbeiter bei den Rundfunkanstalten und das Bundesverfassungsgericht, RdA 1982, S. 363)は, この決定は, 放送局の番組を制作する協働者についての特別労働法の展開を要請すると述べる (S. 370)。
- 37 *Konzen/Rupp*, Anm. zu BVerfG EzA Nr. 9 zu Art. 5 GG (1983年1月28日)
- 38 その他, (イ)説を主張する見解として, *Lieb*, Zur Befristung von Beschäftigungsverhältnissen im Bereich der Rundfunkfreiheit—Anmerkungen zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Januar 1982—, FS für Hilger/Stumpf, 1983, S. 409, 412~413; *Plander*, Rundfunkfreiheit und Arbeitnehmerstatus—Eine kritische Würdigung der “Festanstellungs-Entscheidung” des BVerfG—, BStSozArbR 1982, S. 225, 230; *Otto*, Rundfunkspezifischer Arbeitnehmerstatus?, AuR 1983, S. 1, 4.
- 39 事業所への編入, 被告の正規雇用のディレクターの指揮監督に服していたこと, を根拠とする (II



- 4)。
- 40 BVerfGも、長期間の就労が、放送局側に人員交替の必要性は存在しないこと、他方で、協働者の社会的保護の必要性が増大することを認めていた (C III 2)。
- 41 *Rüthers, Rundfunkfreiheit und Arbeitsrechtsschutz—Zur neueren Rechtsprechung des 5. Senats beim Bundesarbeitsgericht—*, RdA 1985, S. 129, 144.
- 42 そもそも、このような場合、原告が労働者なのか問題になるが、BAGは、仮に労働者であるにしても、期限設定は許容される、という理由で、原告の労働者性について判断しなかった (II)。
- 43 *Bietmann, aaO* (注36), S. 202.
- 44 24, 25, 26事件を参照。原則としてBAGを支持しつつも、事実上の時間的拘束では足りず、協働者が個々の委託を拒否しうる可能性が存在する場合には、労働者性を否定すべきである、と述べた見解として、*Bezani, Der arbeitsrechtliche Status von Rundfunk- und Fernsehmitarbeitern*, NZA 1997, 856, 861.
- 45 AP Nr. 13, 22 und 32 zu §611 BGB Lehrer, Dozenten; AP Nr. 60 zu §611 BGB Abhängigkeit. いずれも、期限の定めのない労働関係の存在の確認を求めた事例。
- 46 AP Nr. 61 zu §611 BGB Abhängigkeit (もっとも、本件は、市民大学ではなく、公立の音楽学校の教師の労働者性が争われた事案である)。
- 47 BAG1984年5月9日第5小法廷判決 (AP Nr. 45 zu §611 BGB Abhängigkeit)
- 48 BAG1991年10月30日第7小法廷判決 (AP Nr. 59 zu §611 BGB Abhängigkeit)
- 49 AP Nr. 2 zu §92 HGB。事案は、かなり特殊である。原告は、被告保険会社から10%を越える手数料を得ていたが、1960年8月25日の法規命令が自動車保険の本業としての外交員の手数料を10%と定めたために、逆に10%にまで引き下げられてしまった。そこで、原告が、労働者であることを理由に、独立者を念頭に置いている法規命令は適用されない旨主張したという事件である。
- 50 BSGの判例であるが、テリトリー制限は代理商を拘束するだけでなく、その保護にもなることを理由に、人的独立性を妨げないと述べるものがある (BSG1981年1月29日判決AP Nr. 4 zu §92 HGB (Bl. 272))。
- 51 BGH1981年12月4日判決 (AP Nr. 2 zu §84 HGB; 不動産仲介人の労働者性を肯定した事例), BGH1982年3月11日判決 (AP Nr. 3 zu §84 HGB; デパートの販売員の独立性性を肯定した事例)。
- 52 BAG1980年4月24日判決 (AP Nr. 1 zu §84 HGB; 人材派遣業を営む被告会社から独立して新たにフランチャイズ契約を締結した元Köln支店長の労働者性を否定した事例)
- 53 ところが、最近、市民大学の講師であっても、国家による正規の学校終了資格取得のためのコースで教えている場合、労働者性が肯定される余地があることが明らかにされたので、この点は留保する必要があるであろう (BAG1995年7月26日判決AP Nr. 79 zu §611 BGB Abhängigkeitは、授業の対象が重要である、と述べつつも、これだけが唯一の基準ではなく、本件では、時間的拘束も事業所への編入も人的従属性を認めるのに十分であるとして、市民大学の講師の労働者性を肯定した)。
- 54 「事業者のリスク」は、二で検討する *Wank* のキーワードであるが、その意味内容は判例と必ずしも同義ではない (後記二3(3)及び四2(2)参照)。
- 55 この場合、労働者類似性についても判断される (最近の判決として、BAG1993年4月15日判決AP Nr. 12 zu §5 ArbGG 1979他多数)。
- 56 これも、労働者類似の者であるかが主要な争点となったケースであるが、BAG1973年6月28日判決 (AP Nr. 2 zu §2 BUrtG) がある。
- 57 BAG1962年2月28日判決 (AP Nr. 1 zu §611 BGB Abhängigkeit)
- 58 BAG1970年6月19日判決 (AP Nr. 144 zu §242 BGB Ruhegehalt)
- 59 1年5カ月間勤務し、契約を解約したパイロットに対し、航空会社が、訓練費用51,407マルク等の償還を請求したが、BAGは、労働者の拘束は通常1年間に限定されると述べて、航空会社の訴えを棄却した (BAG第5小法廷1994年3月16日判決AP Nr. 68

- zu §611 BGB Abhängigkeit)。
- 60 結論は、謝礼教師の役務給付の内容、労働時間が契約で詳細に規定され、使用者の指揮命令権は奪われていること、授業活動以外の雑用義務もなかったことを理由に労働者性は否定され、そのため、本件では、選挙の結果は異なり得たことを理由に、選挙は無効とされた。
- 61 この法理を基礎づけたA. Hueckは、本件の評釈(APに掲載)において判旨を全面的に支持したが、Canarisは、配慮義務に代えて、他人の利益のためになされる職務における危険責任から責任制限を導き、労働者以外にも適用されることを主張した(Canaris, Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremdem Interesse, RdA 1966, S. 41, 48)。
- 62 社会の変化に伴う新しい展開を考慮しうる伸縮性に富んだメルクマールとして人的従属性を評価する見解として、G. Hueck, Einige Gedanken zum Begriff des Arbeitnehmers, RdA 1969, S. 216, 217; ders, Anm. zu AP Nr. 10 zu §611 BGB Abhängigkeit
- 63 なお、判旨は、税法上は、モデルが独立者と判断されていることに触れ、税法上の労働者概念は、限界領域では、労働法上の労働者概念と異なり得ると述べている(S. 909)。
- 64 主要な文献として、以下のものがあげられる(雑誌論文は割愛)。Buhl, Zur Problematik des Arbeitnehmerbegriffs, Diss. Göttingen, 1978; Herschel, Freier Beruf und Arbeitsverhältniss, 1974; Heuberger, Sachliche Abhängigkeit als Kriterium des Arbeitsverhältnisses, 1982; Mayer-Maly, Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbegriff, 1965; Rancke, Die freien Berufe zwischen Arbeits- und Wirtschaftsrecht, 1978; M. Reuter, Die Arbeitsaufgabe und der Arbeitnehmerbegriff, 1985; Rosenfelder, Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters, 1982; Söhnen, Die Selbständigkeit der freien Mitarbeiter, Diss. Konstanz, 1975; Stolterfoht, Die Selbständigkeit des Handelsvertreters, 1973; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, 1971; Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966. Wiedemannについては、和田肇『労働契約の法理』(有斐閣・1990年)63頁67頁を参照。
- 65 Wankの見解を紹介する文献として、高島良一『労働法律関係の当事者』(信山社・1996年)がある。
- 66 Wank, Arbeitnehmer, S. 151
- 67 Wank, Arbeitnehmer, S. 153
- 68 Wank, Arbeitnehmer, S. 25
- 69 Wank, Arbeitnehmer, S. 25
- 70 目的論的な概念形成の必要性については、既に、多くの論者の指摘するところであるが(例えば、Wiedemann, aaO (注64), S. 15; Lieb, Beschäftigung auf Produktionsdauer—selbständige oder unselbständige Tätigkeit?—, RdA 1977, S. 210, 212; Beuthien/Wehler, RdA 1978, S. 2, 4), これらの試みをより深化させることをWankは目的とする、という(Wank, Arbeitnehmer, S. 35)。
- 71 Wank, Arbeitnehmer, S. 37
- 72 Wank, Arbeitnehmer, S. 37
- 73 身分概念とは、同時に多くの法律効果を決定する概念である(Wankは、例として、労働者/労働者類似の者/独立者のほかに、嫡出子/非嫡出子、商人/非商人、官吏/職員あるいは組合をあげる。Wank, Die juristische Begriffsbildung, 1985, S. 47)。
- 74 Wank, Arbeitnehmer, S. 41
- 75 Wank, Arbeitnehmer, S. 41
- 76 Wank, Arbeitnehmer, S. 42
- 77 Wank, Arbeitnehmer, S. 43
- 78 最終章で、Wankは、法秩序の統一の原則(基本法3条1項の法の前の平等を根拠とする)により、労働法内部のみならず、他の法領域(憲法、社会保険法、税法及び会社法)も合わせた統一的な労働者概念を主張する。
- 「同じ人物が、憲法上は独立者であり、労働法上は労働者であり、社会保険法上は独立者であり、税法上は再び労働者であるということもあるかもしれない。
- しかし、このような恣意的な分割は、法秩序の統一の原則に反する。たとえ、個々の法律が、その独

- 自の目的を追求し、様々な原則に基づく個々の法分野を形成しているとしても、それらは、たいてい、同じ生活実態に結びついている。上述の全ての法律分野は、独立的活動と従属的労働という二つの基本的な実態を認識している。それぞれの法律効果全体の束が、労働者と独立者、労働者と使用者という身分概念に結びついている」(S. 381)。
- 79 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 51
- 80 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 52
- 81 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 55
- 82 労働条件の適切な形成に配慮する使用者の義務であり、民法典618条、商法典62条1項が法的根拠である。これに基づき、使用者は、労働者の生命及び健康に対する危険を回避しなければならない。さらに、休暇法、労働時間法に定められた労働力の維持のための義務、公法的な労働保護法も含まれる。
- 83 雇い入れの際に使用者に課される制約、使用者の指揮命令権の限界、上司及び同僚による不当な取り扱いからの保護、並びに、特別な情報保護。
- 84 リスクの分配であり、すなわち、危険を伴いやすい労働における労働者の責任の減少、使用者に責めのない事由によって労務提供が不能に陥った場合に、労働者が反対給付請求権を失わないこと、である。
- 85 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 56~59
- 86 しかし、これらの生存保護の中で、労災リスクと経済的理由による解雇以外は、労働関係との関連は、必然的ではないことを *Wank* は指摘している (*Wank*, Arbeitnehmer, S. 79)。
- 87 *Wank* は「自動車輸送事件」と呼ぶ AP Nr. 28 zu §611 BGB Haftung des Arbeitnehmers (— 3 (2))。
- 88 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 91
- 89 独立者のリスクではなく、事業者のリスクと呼ぶ理由は、既に、「事業者のリスク」という用語が定着しているからである (*Wank*, Arbeitnehmer, S. 122)。
- 90 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 132
- 91 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 126
- 92 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 127
- 93 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 133
- 94 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 150
- 95 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 148, 168
- 96 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 155
- 97 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 163
- 98 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 165
- 99 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 168
- 100 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 170
- 101 例えば、副業であることは、労働者性の承認を妨げない、というのが、BAGの確立した見解である(— 1 (2)参照)。
- 102 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 188
- 103 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 216
- 104 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 221ff.
- 105 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 199
- 106 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 214
- 107 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 224
- 108 法形式の強制は、任意に行われた法律行為を、法律行為の行為者の資格付けの意思とは無関係に客観的に資格付けることである、と定義される (*Streicher*, Rechtsformzwang und mittelbares Arbeitsverhältnis, 1994, S. 233)。
- 109 *Fenn*, Arbeitsverhältnisse und sonstige Beschäftigungsverhältnisse—Eine Skizze zur Freiheit der Rechtsformwahl und zum Rechtsformzwang im Arbeitsrecht—, FS für Bosch, 1976, S. 171, 177.これに対して、*Beuthien*は、当事者の意思表示は、契約の法的資格付け、すなわち、労働契約への分類に及ぶものではなく、契約自由との抵触は問題にならない、と主張した (*Beuthien*, Arbeitsrecht und Vereinsfreiheit—Gedanken zum Verhältnis im Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht—, 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 1; *Beuthien/Wehler*, Anm. zu AP Nr. 15 21 zu §611 BGB Abhängigkeit)。
- 110 *Jahnke*, Rechtsformzwang und Rechtsformfehlung bei der Gestaltung Privater Rechtsverhältnisse, ZHR 145 (1982), S. 595, 623; *Konzen*, Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen, ZfA 1982, S. 259, 293
- 111 *Lieb*, Rechtsformzwang und Rechtsformfehlung im Arbeitsrecht, RdA 1975, S. 49, 53.
- 112 *Fenn*, aaO, S. 180; *Konzen*, aaO, S. 294; *Jahnke*, aaO, S. 617

- 113 *Stolterfoht*, Die Selbständigkeit des Handelsvertreter, 1973, S. 237
- 114 *Stolterfoht*, *aaO*, S. 272
- 115 *Stolterfoht*, *aaO*, S. 273
- 116 *Fenn*, *aaO*, S. 181; *Jahnke*, *aaO*, S. 617; *Wank*, Arbeitnehmer, S. 259, 261
- 117 AP Nr. 6 und 10 zu §611 BGB Abhängigkeit
- 118 *Fenn*, *aaO*, S. 177
- 119 *Jahnke*, *aaO*, S. 618f.
- 120 *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 380ff.
- 121 おそらく, *Jahnke*の批判と同じ趣旨と思われる (*Preis*, *aaO*, S. 382)。
- 122 MünchArbR-*Richardi*, I/23, RdNr. 55
- 123 *Preis*, *aaO*, S. 384
- 124 *Preis*, *aaO*, S. 385
- 125 もっとも, 1事件では, その都度書面による契約を締結していたことから, 場所及び時間に関する限り, 原告は被告の指揮命令に服していなかったという判断が付け加えられている (I 2b)。
- 126 *Richardi*, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsvertrag, FS zum 125 jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 607, 619; MünchArbR-*Richardi*, I/§23, RdNr. 40
- 127 *Richardi*, *aaO*, S. 619.
- 128 *Richardi*, *aaO*, S. 620.
- 129 *M. Reuter*, Die Arbeitsaufgabe und Arbeitnehmerbegriff, 1985, S. 120
- 130 MünchArbR-*Richardi*, I/23, RdNr. 52
- 131 そのほか, *Richardi*が, 相対的労働者概念説をより端的に示した箇所として, MünchArbR-*Richardi*, I/23, RdNr. 46及び*Richardi*, Die Rechtliche Ordnung der Arbeitswelt, JA 1986, S. 289, 295~296.を参照。
- 132 *M. Reuter*, *aaO*, S. 121.
- 133 労働者類似の者については, 柳家孝安「ドイツ・西ドイツにおける被用者類似の者の概念について (1)~(4)完」日本文理大学商経学会誌第6巻1号257頁以下287頁 (1987年), 2号87頁以下108頁 (1988年), 第7巻1号95頁以下113頁 (1988年), 2号99頁以下114頁 (1989年) 参照。
- 134 *Wiedemann/Stumpf*, §12a TVG, RdNr. 4は, このような立法の背景は, 規定の解釈と適用の際に, 考慮されなければならない, と述べ, ラジオ・テレビの脚本家の労働者類似性が争われたBAG第5小法廷1990年10月17日判決 (AP Nr. 9 zu §5 ArbGG 1979) も, この見解を引用している。
- 135 *Wiedemann/Stumpf*, §12a TVG, RdNr. 11
- 136 *Wank*, Arbeitnehmer, S. 241
- 137 AP Nr. 9 zu §5 ArbGG 1979 (前掲注134) は, 労働協約法12a条の要件が満たされるならば, 労働裁判所法にいう労働者類似性の要件も満たされる, と述べている。その理由として, ①協約上の請求権と協約外の請求権を区別し, 前者だけを労働裁判所の管轄に服せしめるという解釈は妥当でないこと, ②TVG12a条の適用されない専属代理商については, 労働裁判所法5条3項が, 特別の規制を置いていることから, TVG12a条の適用対象者に含まれるならば, 労働裁判所法にも服すると解釈すべきこと, をあげる (3d)。しかし, TVG12a条の定義が, 労働者類似の者一般の定義を定めたものある, という見解は否定する(2)。
- 138 *Wiedemann/Stumpf*, §12a TVGの整理による。なお, *Wank*は, ③の社会的保護の必要性を具体的に示すのが①の本質的に労働者を使用することのない自己の労働力の投入, であると解し, 社会的保護の必要性に独自の意義を認めない (*Wank*, Arbeitnehmer, S. 240)。
- 139 *Wiedemann/Stumpf*, §12a TVG, RdNr. 25
- 140 *Wiedemann/Stumpf*, §12a TVG, RdNr. 27. かつて, BAG第5小法廷1973年6月28日判決 (AP Nr. 2 zu §2 BUrlG) は, 被告放送局から収入の3分の2を得ていた放送局のアナウンサーの労働者類似性を否定した。
- 141 柳屋前掲第6巻2号106頁, BAG第2小法廷1962年12月13日判決 (BAG AP Nr. 3 zu §611 BGB Abhängigkeit) は, 「原告の社会的地位は労働者類似の者の類型には合致しない」と述べ, 社会通念が考慮されなければならない, という。
- 142 この点に関連して, *Wiedemann/Stumpf*, §12a TVG, RdNr. 32は, 収入額や財産からの収入の存在, あるいは, 副業であるかが社会的保護の必要性

- の枠内で考慮されると述べるが、Wankは、個人的な収入及び財産関係を考慮すべきでない、と主張する（Wank, Arbeitnehmer, S. 241）。
- 143 この判決は、労働裁判所法の労働者類似性が問題になった事案であるが、労働者と同等の社会的保護の必要性を経済的従属性とは別個の要件として確立した点でも興味深い。
- 144 AP Nr. 9 zu §5 ArbGG 1979（前掲注134）も、「既に労働協約法12a条が制定される以前から、放送局の作家と自由な協働者は、労働者類似の者に該当するとされていた（Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrecht, 7. Aufl., 1. Bd., §10 III, S. 59, 60）」と述べ、労働者と同程度の社会的保護の必要性を肯定する（3c）。
- 145 Ermann/Hanau, BGB, 611 RdNr. 143
- 146 それ以外の職業類型の場合、労働者類似の者として労働法の類推適用を主張するのではなく、労働法の適用を受ける労働者である旨を主張するのが通例であるからである。
- 147 GK-BetrVG, 5. Aufl., §5 RdNr. 7 (Kraft); Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., §5 RdNr. 62; Hanau, Analogie und Restriktion im Betriebsverfassungsrecht, FS für Müller, 1981, S. 177f.
- 148 Herschel, Die arbeitnehmerähnliche Person, DB 1977, S. 1185, 1189。「事業所との関連性」とは、編入には至らないが、職務と事業所との関連性であるという（S. 1187）。
- 149 Wank, Arbeitnehmer, S. 245. 現在では、労働者類似の者は、女子雇用促進法及び労働保護法の適用対象者に含まれているが、その意義については、今後検討したい。
- 150 Hromadka, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht-zur Diskussion um die "neue Selbständigkeit"-, NZA 1997, S. 569, 575f.
- 151 Hromadka, aaO, S. 579
- 152 Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, 8. Aufl., 8 II 3f), S. 57
- 153 疾病金庫は疾病、年金及び失業保険すべての保険料の徴収機関でもあり、保険義務の審査の管轄を有している（社会法典第4編28h条1項及び2項）。
- 154 Die BMA-Forschungsbericht Nr. 262, 1996, S. 9
- 155 Mayer/Paasch, Selbständigkeit, S. 22, S. 38~44の職業リストを参照。なお、以下の叙述は、同書148~152頁による。
- 156 建設業の「見せかけの独立性」の問題を詳しく検討した文献として、Julius, Die rechtliche und rechtstatsächliche Lage der "Neuen Selbständigen"-insbesondere in der Baubranche-, 1995.
- 157 このような柔軟化に対抗する手段として労働者側が取り組んだものの一つとして、社外労働者及び独立者の利用が事業所組織法99条にいう事業所委員会の同意を要する「雇い入れ」にあたる、という主張がある。BAGは、1974年5月14日決定（AP Nr. 2 zu §99 BetrVG 1972）において、労働者派遣法にいう派遣労働者の利用を事業所委員会の共同決定権に服する「雇い入れ」である旨を判断したのに続き、1986年4月15日決定（AP Nr. 35 zu §99 BetrVG 1972）において、独立のタクシー運転手の利用も「雇い入れ」であることを認めた。しかし、その後の判例の展開は、消極的である（BAG1994年8月30日判決AP Nr. 6 zu §99 BetrVG 1972 Einstellungは、金融商品の販売に従事する銀行の「金融アドバイザー」の利用は「雇い入れ」にあたらぬ、とした）。
- 158 1986年1月1日以降実施されている雇用促進法55a条は、失業者が独立的活動を開始する場合には移行手当（Überbrückungsgeld）を支給する旨を規定している。
- これに対して、連邦労働社会省は、前掲IABの調査によれば、本業として活動する者でグレーゾーンに分類される者の63.4%が、活動開始前に失業の危機にさらされていなかったことを理由に、失業圧力を否定し、自ら選択したものである、と述べる（Bundesarbeitblatt 5/1997, S. 5）。
- 159 アイスクリーム、冷菓等を販売するフランチャイズシステムを展開しているメーカーである原告が、フランチャイズ契約を解約した被告フランチャイジーに対して、引き渡した商品の未納代金11413マルクを請求したという事案である。LGは、被告の労働裁判所の管轄の主張を容認したのに対し、本判決は、原告の主張を認め、被告は、労働者でも労働者

類似の者でもない、という判断を下した。

- 160 本件は、フランスワインを買い付けて、販売する商事会社 (Jacque's Wein-Depot) が、その販売を代理店契約 (Ageutur-Vertrag) を締結した「パートナー」に委託していたという「フランチャイズシステム」において、事業所委員会が「パートナー」の事業所組織法上の労働者性を主張したという事案である。もっとも、この決定は、BAGによって破棄された (1989年9月13日決定 (NJW 1991, S. 520) : 理由は未掲載)。
- 161 ところが、つい最近出されたBAG第5小法廷1997年7月16日判決 (NZA 1997, S. 1126) は、同じくEismannの紛争について、フランチャイザーに対する経済的従属性ゆえに、労働者に対比しうる社会的保護の必要性がある、と述べて、フランチャイジーの労働者類似性を肯定し、労働裁判所の管轄を許容した。
- 162 真のフランチャイズ契約であるならば、フランチャイザーの独立性は当然肯定される、という認識に基づくものであろう。フランチャイズ契約は、欧州裁判所1986年1月28日判決 (Pronuptia事件) を契機に、独自の契約類型として承認されると共に、EC法による規制が進んだ (EC法の展開の詳細については、小塚荘一郎「フランチャイズ契約論(2)」法学協会雑誌113巻4号576頁以下参照)。
- 163 Jacque's Wein-Depotに関しては、そのほか、以前はJacque's Wein-Depotの販売員であったが、現在は、Jacque's Wein-Depotのパートナーと労働契約を締結している原告が、Jacque's Wein-Depotに対して解雇を争った事件が存在する。BAG1990年2月21日判決 (AP Nr. 57 zu §611 BGB Abhängigkeit) は、パートナーが①自己の費用で従業員を雇用していたこと、②Jacque's Wein-Depotの提案した品揃えから、商品とその量を選択しえたこと、③その他の商品もわずかながら販売していたこと、④営業時間を自ら決定していたこと、を根拠に、間接的労働関係の存在 (パートナーがJacque's Wein-Depotの労働者であること) を否定した。
- 164 Weltrich, Zur Abgrenzung von LAG Düsseldorf, Beschluß vom 20. 10. 1987, DB 1988, S. 806, 807; Bauder, Zur Selbsändigkeit des Fran-

chise-Nehmers, NJW 1989, S. 78

- 165 Weltrich, aaO, S. 807, Fn. 15
- 166 Weltrich, aaO, S. 808
- 167 Weltrich, aaO, S. 808
- 168 Bauder, aaO, S. 78
- 169 Weltrich, aaO, S. 808; Skaupy, Zu den Begriffen "Franchise", "Franchisevereinbarungen" und "Franchising", NJW 1992, S. 1785, 1790
- 170 BAG1966年6月30日第5小法廷判決 (AP Nr. 1 und 2 zu §611 BGB Croupier)
- 171 Wank, Die "neue Selbständigkeit", DB 1992, S. 90, 93
- 172 Wank, aaO, S. 91; ders, Franchisenehmer und Scheinselbständigkeit, ZSR 1996, S. 387, 397. その他、フランチャイジーの労働者性を検討した文献として、Nolting, Die individualarbeitsrechtliche und betriebsverfassungsrechtliche Beurteilung von Franchisesystemen, 1994; Holling, Arbeitsrechtlicher Rechtsformzwang und Franchising, Diss. Bonn, 1996がある。
- 173 社会保険法上「見せかけの独立性」を検討した文献として、主に、以下のものがあげられる。von Einem, "Abhängige Selbständigkeit" — Handlungsbedarf für den Gesetzgeber? —, BB 1994, S. 60; Kretschmer, Abhängige und Selbständige Erwerbstätigkeit in der Sozialversicherung — Bemerkungen zum Problem der "abhängigen Selbständigkeit" —, ZSR 1994, S. 462; Gitter, Die abhängigen Selbständigen — Zur Frucht aus der sozialversicherungspflicht —, SGB 1996, S. 263; Brand, Die sozialrechtlichen Abgrenzungskriterien der "Abhängigkeit/Selbständigkeit/Scheinselbständigkeit" und die Folgen der Einstufung als Selbständiger bzw. Abhängig Beschäftigter, ZSR 1996, S. 401
- 174 BVerfG1982年1月13日決定で言及されている。
- 175 Wank, Arbeitnehmer, S. 159.
- 176 しかし、最近、労働者と独立者の対比に対して、使用者のみが市場のリスクを負い、労働者は負わないというWankの前提そのものが成り立たない、と

いう批判が提起された。経営危機が労働ポストの喪失につながり、使用者の利益の拡大が賃金上昇及び労働ポストの確保につながるように、むしろ、使用者と労働者は、共通の利益によって結ばれている、という (*Rommel*, *Unternehmerrisiko*, ZfA 1997, 251)。この点に関し、確かに *Wank* は、使用者の利益 (利益の最大化、効率的な企業組織及びコストの最小化) と労働者の利益 (労働ポストの確保) は対立するという前提に立っている (ZSR 1996, S. 387)。

177 1992年第59回ドイツ法曹大会における労働契約法草案1条3項 (「事業者としての業務に基づき市場で取引する者は、労働者に該当しない」) は、*Wank* の見解にしたがっている (Gutachten D19.大沼・村中・米津訳・法律時報65巻3号66頁)。

178 *Hueck/Nipperdey* は、「…厳密に解すれば、それぞれの労働法の法律について、いかなる人的集団に、適用が要請されているのかが確定されるべきであろう。しかし、学問は、これに取り組むだけでは不十分であり、労働者の統一的な概念の構築を試みなければならない」と述べている (*Hueck/Nipperdey*, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 7. Aufl., 1963, Bd. I, S. 34)。

179 *Zöllner/Loritz*, *Arbeitsrecht*, 4. Aufl., 1992, 4 III, S. 38 Fn. 7

180 「就業」概念に関しては、最近、あまりにも不明確なため、予測不可能であり、憲法上要請される明確性の原則 (Bestimmtheitsgebot) に反するという違憲抗告が提起された。しかし、これに対して、BVerfG1996年5月20日決定 (AP Nr. 82 zu §611 BGB Abhängigkeit) は、考えられる事情の多様性を考慮すれば、要件上明確に操作される概念ではなく、類型を特徴づけるメルクマールの当該事例における結びつきを全体像から判断する類型概念とならざるをえず、まさに、このような類型概念であることによって、就業概念が、「判例及び学説による具体化によって10数年も維持され、社会構造が変化しても、その規制目的を満たし、とりわけ、従属的就業者に不利になるような保険及び拋出義務の潜脱を回避することができたのである」と述べて、違憲ではない、と判断した。しかし、*Papier/Möller* は、

本件鑑定意見において、就業概念の不明確性は、自己の労働過程に他人を取り入れるという企業家の基本法上保護される自由 (基本法12条) を不明確ならしめるものであり、後で就業関係と評価された場合に使用者が負う経済的負担 (社会法典第4編7条28e条1項により、使用者は、労働者拋出分も負担しなければならない) に鑑み、かつ、就業関係の構成要件を定めることは立法技術上も可能であることから、社会法典第4編7条は違憲である、との見解を表明している (*Papier/Möller*, 7 SGBIV in der Anwendung durch die Rechtsprechung und das grundgesetzliche Bestimmtheitsgebot, VSSR 1996, S. 243)。*Papier/Möller* は、商法典84条2項、家内労働法の定義規定に倣い、職業分野ごと (放送、運送、在宅勤務等) に定義を行うことを提案している (S. 258)。

181 *Gitter*, *Beschäftigungsverhältnis und Arbeitsverhältnis*, FS für Wannagat, 1981, S. 141, 144

182 *Hueck/Nipperdey*, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Bd. I, 1963, §21.

183 *Gitter*, *aaO*, S. 154

184 *Richardi*, JA 1986, S. 289, 295; *Hromadka* (NZA 1997, 569, 574) は、人的従属性という用語を初めて用いたのは、ライヒ保険局の判例であり、*Sinzheimer* を経て、労働裁判所に受け入れられたという。

185 *Ein Jahrhundert Sozialversicherung*, Hrsg. *Köhler/Zacher*, 1981, S. 70 (*D. Zöllner*)

186 もっとも、労働協約は、第一次大戦前に既に普及しており、第一次大戦前の立法化の動きに対しては、労使双方とも、国家の介入を懸念して反対だった (久保敬治『ドイツ労働法の展開過程』有斐閣、1960年)。

187 *Seiter*, *Sozialversicherung und Arbeitsrecht*, FS zum 25 jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, 1979, S. 515, 516.

188 *Zöllner/Loritz*, *Arbeitsrecht*, 4. Aufl., 1992, 4 II, S. 37