

## 第2部 第3章 ドイツにおける在宅テレワーカーの法的保護

### はじめに

テレワークの概念は、①一定の定期で、かつ②電子サービス・ネットとコンピュータを活用して、③使用者の事業場の外で行われる活動について用いられる。(1) テレワークは、①専属型テレワーク、②交互型テレワーク、③モバイル型テレワークそして、④サテライトオフィス型テレワークに分類されている。このうち①の専属型は、就業者が自己の住居に在宅してまたは自己の裁量に従い選定された職場のみで業務に従事しており、使用者の事業所に職場が存在しない形式である。そこでドイツでは、「テレ家内労働 Teleheimarbeit」と表現される。しかし1997年当時のドイツには、この類型は2万2千ほどの就業者数でテレワーカー全体の2、5%程度にすぎない。(2) そのため、テレワーカーの法的論議もその被用者性を前提とするものが中心となる。専属型ないし在宅型のテレワーカーに対する特別の保護法制は存在しない。とはいえ、この類型のテレワーカーに対し現代化された家内労働法の適用によって、応分の保護が可能とも考えられる。

そこで本稿は、この専属・在宅型テレワークに対する家内労働法を中心とするドイツの保護法制を紹介することによって、わが国法制の検討の参考に供したいと考える。

### 1. 専属的テレワーカーの被用者性

ドイツの判例・学説によって形成されてきた被用者 (Arbeitnehmer) 概念は、私法上の契約に基づいて他人のために人的従属関係において他人決定された労働の給付を義務付けられる者である。人的従属関係における他人決定された労働の基準としては、①指揮命令への拘束、②事業所組織への編入、③労働時間・労働場所の他人決定、④固定的使用者への拘束が挙げられる。いずれにせよ、あらゆる事情の総合的考慮によって判定されるべきとされる。(3) そこで、専属的テレワーカーについては、いかなる点がどのように判断されるかを、Wedde の見解 (Wedde in Handbuch, S. 270-S. 276.) を中心に、みてみよう。

#### (1) (専門的・内容的) 指揮命令への拘束

指示は電子形態をとりうるから、企業から指定されたハードウェアとソフトウェアを通じて就業者にその作業間隔 (労働の速度) が前もって規定される場合には、通常指揮命令への拘束は認められる。(Joerg, Kernfragen, S.574) この点について、Wedde によれば、指揮命令への拘束は、使用者が就業者に対して内容的・時間的な基準を設定し、就業者の固有のイニシアティブと個人的な形成の余地を許さない方法で労働の目標を決定する点に認められる。テレワークにおいてもそれは、情報技術の不可避の活用とそのことから生ずる特殊な技術的な基準や要求への拘束から生ずる。例えば、労働の内容が、利用されているプログラムにお

けるメニューの歩調（作業間隔）によって構造を与えられ、しかもそのプログラムは使用者の前もっての基準に整合されている場合である。就業者によって利用されるプログラムは自由に選択されうるが、その構成にあたってはしかし使用者が作成したフォーマットと接続器の基準に拘束される場合にも、同様であろう。決定的なことは就業者固有の決定の領域が欠如することである。

これに反し、就業者が利用している情報技術の方式を広範囲に自由に決定できる場合は、指揮命令への拘束は認められない。例えば、いかなるテキスト処理システムを用いて設計（構想）を作成しかつ、いかなる方式（E-mail, フロッピーディスクまたはインターネット）によって労働生産物を使用者に伝達するかについての決定が、就業者に任されている場合である。またソフトウェアが合意された給付の供与にとって単なる補助手段に過ぎない場合もそうである。また就業者と使用者とで、デザインデータの伝達のために一定のデータフォーマットについては合意しながら、これに関してソフトウェアまたは作業の展開の形式を確定していない場合もそうである。ただこの場合、テレワーカーに広い時間的自由がその給付の提供にあたって与えられていることが条件である。

なお、委託者のITシステムへのオンラインまたはオフラインによる連絡に着目することは指揮命令への拘束の確認についての精密な基準ではない。テレワークに関する議論の初期には比較的重要であったこの問題提起は、時代と共に技術の発展に基づきもはや決定的ではない。指揮命令への拘束を確認するにあたって、電子結合の形式と強度はもはや重要ではなく、利用されているソフトウェアによるかもしくはITのインフラストラクチャーの具体的な形成による労働の事前構築の強度が重要である。(Wedde in Handbuch, S.270-272)これに対して、バンク(4)は、就業者がオンラインで働いている場合すなわち、委託者との恒常的なテレコミュニケーションによる連絡（結合）している場合には、事業所への編入は存在する、としている。

## (2) 時間的並びに場所的指揮命令への拘束

Weddeによれば、テレワーカーが使用者の定めた基準に従って（固定的または柔軟な）労働時間を遵守しなければならない場合には（特定の柔軟な労働時間モデルの強制的指定、一定の時間帯での呼出待機）、重要な時間的拘束が存在する。また一定の時間にのみ事業所のITシステムへのアクセスが可能であるとか、平均的な週・1日の労働時間を考慮すると固定的な時間的拘束が生ずるように納入・処理期限が設定されている場合にも、時間的拘束が生ずる。さらに、一定の時点でまたは定期的に使用者のITシステムへログインする（E-mailを呼び出すためや、労働生産物の伝達・受領のためなど）義務や、固定的労働時間を結果させる時間基準の契約上の合意も、時間的拘束を示唆するとされる。これに反し、場所的指揮命令への拘束のメルクマールはテレワークの特殊な条件のもとでは、意義は後退する。事業所への編入は場所的な意味では問題とならず、事業所組織への編入が重要となる。

(Wedde in Handbuch, S.273-274.)

### (3) 事業組織への編入

就業者が事業所の施設の利用あるいは事業所内従業員の協力があつて始めて活動給付できる場合に、事業所組織への編入が認められる。在宅型のテレワーカーでも、事業所に投入された EDV 装置との還元（フィードバック）なしには労働が事務的にも経済的にも可能でない場合には、事業所組織への編入は肯定される。(Wedde in Handbuch, S.274-275.) 事業所への編入は、通例委託者が就業者にハード・ソフトウェアを提供することによって行われる。逆言すれば、編入が認められないのは就業者が固有の手段によって、事業所のデータ処理によってさらに精選される必要のない労働生産物を生み出す場合である。(Wank, NZA 1999, S.225ff, Wedde in Handbuch, S. 275.)

事業組織への編入は、例えば使用者が、従業員に一定のバックアップの措置を指図する場合、または彼らに一定の場所で、ノート型パソコンで仕事をすることを禁止する場合（例えば、公衆又はホテルの部屋で）、認められる。データ保護のために中央の会社のシステムとの接続が特定の電話接続を通じてのみ構築され得る場合も同様である。アクセスとコミュニケーションがどんな任意の地点からでも可能なように利用される IT システムが形成されている場合であつて、かつ一定の労働場所への労働者の指示（規定）がない場合には、場所的な指揮命令への拘束はない。(Wedde in Handbuch, S.275.)

### (4) 固定的使用者への拘束

人的従属性の存在に対する更なる状況証拠は、固定的な使用者との結びつきである。ある使用者とのしっかりとした結び付きが認められるのは、就業者が全体のコンセプトのなかに織り込まれている場合である。それは呼出の待機であるにせよ、また長い間ある企業のために専属的に就労する場合にせよ、ということである。同様の結び付きは、例えば、テレワーカーによって行われる任務の高度の繊細さのために使用者が自分以外の者への更なる活動又は副業的活動を排除してしまう場合も認められる。これに対して、ある委託を引き受けなかったとしても、将来の委託を除外されるおそれのない場合には、その企業からの独立性が肯定される。(Wedde in Handbuch, S.276, Joerg/Kernfragen, S.574.)

## 2. 在宅テレワーカーへの家内労働法の適用問題

家内労働法（Heimarbeitgesetz 以下原則として「HAG」という）は、2条1項の家内労働者（Heimarbeiter）と、2項の家内工業経営者（Hausgewerbetreibender）及び若干限定的範囲で同法1条2項に基づく同格指定者（Gleichgestellte）に対して適用される。HAGによる就業者は人的従属性の欠如によって被用者から区分される。彼らは、テレワークにおいて

も委託者の指示から独立してその活動の場所と経過を確定しかつ形成できるものでなければならぬ。委託者の指揮権は労働法上の意味において存在してはならない。他方、雇用（有償委任）契約や請負契約によって活動する他の（自営）就業者と、家内労働者や家内工業経営者とは、後者が固有の商人的リスクを負担せず、主に販売市場に対して活動しないことによって区別される。（Wedde, Aktulle, S.527ff.）

#### (1) 家内労働者としてのテレワーカー

HAG 2 条 1 項の家内労働者とは、自己の選定する作業場所（自己の住居または自己の選定する事業場）において 1 人でまたは家族と共に委託者または仲介人の委託により生業として労働する者であって、ただ労働生産物の換価は直接または間接的に委託する工業経営者に委ねる者である。委託者とその作業場所のコスト（賃料、電気代、水道代など）を負担する場合のみならず事業場を提供する場合でさえも、家内労働者の「自己の選定する」に含まれる。決定的なのは、家内労働者が委託者の所在地から場所的に分離して委託者の経営手段を使わずに就労すること、家内労働者がなんら労働のコントロールを受けずかつ労務提供の時間、態様そして場所に関する指揮（権）に服する者でないことである。（Wedde, Aktuelle, S.527ff.）

「生業として」の概念は、活動の範囲や期間ではなくその性質について述べる。報酬の額、生計維持のための意義が家内労働者概念に重要なのではない。ただ、「生業」によって、生計維持のための可能な貢献としての収入獲得を最初から問題にしない場合、慈善目標での活動のような事例が除かれるだけである。その確認には取引観念が重要となる。(5)

以前には HAG が単純労働のみに適用されるか、が争われた。しかし今日では、支配的見解によれば、同法 2 条 1 項は資格づけられた職員（Angestellte）の活動をも含む。HAG 2 条 1 項および SGB（社会法典）4 編 12 条 2 項によって、いわゆる事務家内労働者（速記タイピスト、オーディオタイピスト、会計係、植字工など）は、家内労働者の範疇に属する（Fenski, S.11, Rdn.22.）。

しかし、比較的高度に資格付けられた職員の活動一従ってテレワークのすべて一への HAG の適用可能性に関しては、議論がある。一方において、その種の活動は、個々の場合において自宅で事務労働に従事（就業）する者が特に保護を要するとみなすべき『取引の観念』が形成されている場合にはじめて、HAG の保護領域に含まれるとする見解がある。これによれば法律効果の範囲は制約される。しかし HAG 1 条 1 項によれば、家内労働の諸条件が存在すれば、具体的な要保護性の証明は必要とされていないことと矛盾するであろう。そこで、他方において、HAG 2 条 1 項の改正によって同法の適用範囲は、家内労働の条件に基づいてなされるすべての職員の活動に拡大されたとの見解が主張されている。Wedde によれば、この解釈のみが、HAG 2 条 1 項の改正によって判例にも現れてきた取引観念の変更へ配慮しようとした立法者の意図に合致するものである。(6)

ところで、家内労働者は営業（工業）経営者または仲介者から委託を受け取る。この概念は営業法にあったし、また商法典にも類似のものがある。営業（工業）経営者とは、自営業者として長期間に指定された私的活動を、計画的にかつそれを恒常的な収入源として活用しようとの、すなわちその活動から利益を得ようとの意図で営む者である(7)。商法典(HGB) 1条2項によれば、それが手工業方式で営まれるのでなければ、他人のために商品の加工を引き受ける営業（経営）は商業とみなされる。営業（経営）者とみられるのは、法形式の如何にかかわらず、商業、製造・加工業、手工業、サービス業の企業並びに HAG 2条2項の意味の家内工業（経営）者である。これに反し、営業（経営）者に含まれないのは、原始産業（農林漁業・炭坑等）や自由業（科学・芸術・出版または著述等の種類）である。自由業には、医師、弁護士、税理士、経営監査士（公認会計士）、公証人、建築家、小説家、科学的な目標を持った研究所などが含まれる。それゆえある会計係はなるほどトランジスタラジオの製造業者に対しては家内労働において活動しうるが、税理士に対してはそうでない。しかし彼は HAG 1条2項a号による同格指定を受けることができる。(8)

## (2) 家内工業経営者としてのテレワーカー

HAG 2条2項の家内工業経営者は、自己の選定する作業場所（自己の住居または自己の選定する事業場）において2人を超えない他者である補助者または家内労働者と共に、工業経営者または仲介者の委託により商品を製造し、加工しまたは包装する者であって、ただ労働生産物の換価を直接または間接に委託する工業経営者に委ねる者である。法律上の要件事実はしたがって工業的活動に関連するのであって、それは事業所における現業労働者の活動であったものである。テレワーカーとして職員の活動に従事する就業者は、したがって家内工業経営者たり得ない。(Wank, NZA1999, S.225ff.)

立法者が、変転する取引観念の結果として1974年10月29日の HAG の改正の範囲内において HAG 2条1項（家内労働者）には職員の活動を認めたのに反し同条2項にはこれを認めなかったのは、この時期には、まだ家内工業経営者が職員の活動を行おうとの取引の観念に関する実務上の事例が存在しなかったことによる、と説明される。これに対し、Wedde は、現在では家内工業経営者も家内労働者と同程度において社会的保護を必要とするのに、前者には職員の活動が排除されることによって、客観的に支持され得る理由なくして後者より不利に扱われるものであって、平等取扱原則に反するとする。(Wedde, Aktuelle, S.528-S.529.)

## 3. HAG 1条2項による同格指定を受ける者としてのテレワーカー

### (1) 同格指定の対象者

在宅のテレワーカーが、自営であっても HAG の家内労働者とは認められない場合でも、

同格指定の方式（同法1条2項乃至4項）により同法の保護を受ける場合がある。通常単独でまたは家族と一緒に、固有の住居または自己の選定する事業場において定期的な作業経過において反覆される労働を他者の委託により有償で実施する者が、その活動が営業（工業）的と認められないか、または委託者が工業経営者または仲介者ではない場合には、その者は同法1条2項a号により同格指定（家内労働者類似の者）を受ける。工業経営者や仲介者以外例えば自由業者を委託者とする場合でもよいので範囲は広がる。しかし、自営のテレワーカーがその種の委託者に対して労働を提供する場合、同格指定は定期的な作業経過において反覆される労働であることを前提とする。その種の活動はテレワークにおいてはさほど多くは遭遇しない。例えば税理士のためのデータバンクへのアドレスの入力などでは考えられなくもない。（Wank, S.234., Fenski, S.15, Rdn.40.）

また、2人の他人である補助者または家内労働者を使用する（大規模）家内工業経営者も同格指定を受ける（b号）。さらに、その経済的従属性の結果として家内工業経営者と類似の地位を占める、その他の賃金委託により就業する工業経営者（賃金工業経営者）も同格指定を受ける（c号）。c号の同格指定では、職員の活動に関しても広く把握されるので、テレワークのような職員の活動のためにa号に該当しない人々も家内労働法の保護の範疇に含まれる。したがって、テレワーカーにHAGが適用されるのは、1条2項のa号とc号による同格指定の方式においてのみである。（Wank, NZA1999, S.234-S.235.）

c号の賃金工業経営者として理解されるのは、家内工業経営者のすべてのメルクマールを満たすとはいえないが経済的に彼らは家内工業経営者と区別しえない程委託事業所に従属している者である。充足される必要のないメルクマールとして例えば、「固有の事業場所」または「作品への共同作業」が考慮される。（Fenski, S.15, Rdn.42, 43.）

## （2）同格指定の手続と効果

同格指定は、上記の者（①家内労働者類似の者、②大規模家内工業経営者、③賃金工業経営者、④同格指定を受けた仲介者）の要保護性に基づき正当化される場合になされるのであり、その要保護性の確認には経済的従属性の程度が基準となる。その際特に考慮されるべきなのは、他人である補助労働者の数、委託者への従属性が1人に対してかまたは複数に対してか、販売市場への直接のアクセス可能性、固有の投資の額と種類及び売上高である。（HAG 1条2項）

同格指定は、権限ある家内労働委員会が関係当事者の意見を聴取した後、撤回可能な決定によってなされる。同格指定は、委員長による署名、権限ある労働官庁の同意そして権限ある労働官庁の指定する場所での文言による公示を必要とし、その公示の翌日から発効する。（HAG 1条4項）法は手続について特別な方式を予定していないが、Fenskiによれば、この手続の開始は関係者の申請に基づく場合のみならず、家内労働委員会などの職権に基づく場合もあるとするのが実務に合致する。したがって、公訴手続として家内労働委員会などが自

ら事実関係を究明することもあるのであって、必ずしも申請者の申告のみに拘束されない。同格指定は、特定の人的グループ、業種または就業態様についてのグループ同格指定と、特定の個々の人物についての個別同格指定の形をとる。(Fenski, S.23, Rdn.71-73.)

同格指定は直接かつ強行的な効力を有しそして現存の契約関係をも把握する（対外的効果）。同格指定により HAG の一般保護規定（6条～9条）及び報酬（賃金）規制（17条～22条）、報酬保護並びに（23条～27条）報酬に関する情報義務（28条）に関する諸規定が自動的に適用される。

HAG 以外の次の法律も同格指定を受けた者に適用される。

- ・ 報酬継続支払法(10, 11条)
- ・ 連邦休暇法(12条)
- ・ 重度身体障害者法(49条)
- ・ 母性保護法(1, 24条)
- ・ 連邦育児休暇法(20条2項)
- ・ 労働保護法(1条2項2号)
- ・ 職場保護法(7条)
- ・ 労働裁判所法(5条1項2文)

#### 4. 家内労働法の保護内容

##### (1) 一般保護規定

##### ①リスト作成義務(6条)

家内労働を発注する者(委託者)または転注する者(仲介者)は、自分の使用する家内労働就業者や仲介者をリストで証明しなければならない。リストは発注場所の内部でよく見える箇所に掲示しなければならない。(6条1項1・2文)州の最上級の労働官庁はこのリスト用のモデルを作成する。リストには、通し番号付の各就業者について、氏名、就業する者の属性(家内労働者、同格指定者、仲介者)、性、生年月日、労働場所(郵便番号、地区、道路、家の番号を付したその場所の厳密な表示)、就業の態様、最初に就業した時点並びに最終的に離職した時点が示されねばならない。(同施行規則9条)

##### ②最初の家内労働発注にあたっての報告義務(7条)

初めて家内労働で就業させようとする者は、各州の最上級の労働官庁またはその指定する機関にこのことを文書で(3通)報告しなければならない。この場合、就業者の氏名等の記載は必要ない。

##### ③情報提供義務(7a条)

家内労働を発注する者または転注する者は、これを受領する者に対して就業の開始前に、実施される労働の種類と態様について、就業にあたって曝されている災害及び健康の危険並びにこれらの危険の防止のための措置と装置について書面により報告しなければならない。委託者がこれを怠れば受注者は BGB273 条に基づき給付拒絶権を有する。(Fenski, S.37, Rdn.131.)

#### ④報酬目録閲覧義務(8条)

家内労働を発注する者または引き取る者（発注者が製品の受領者とは限らない）は、発注及び引き取りの場所において報酬目録並びにその他の契約条件に関する証明を公の閲覧に供しなければならない。報酬目録には、各個の作業製品についての報酬が含まれていなければならない。特に一緒に納入されねばならない原料及び補助材料についての価格は明らかにされねばならない。もし個々の作業製品についての報酬が列挙されていない場合には、信頼できる明確な算定基礎が記入されていなければならない。(同条1項・3項)

従って委託者が家内労働に対する報酬の計算を改定して以前に定められていた基準時間を短縮しようとしても、HAG 8 条に規定された方式においてそれを閲覧に供した場合に初めて、彼はそれを根拠とすることができる。また、HAG19条の拘束的確定が最低時間報酬を定めている場合、就業者は基準となる報酬目録に従い給付した基準時間の各1時間に対する時間額請求権を有する。委託者がそれより少ない金額を報酬とするならば、就業者の追加払い請求に対抗できない。(Fenski, S.38, Rdn.134.) (9)

#### ⑤報酬証書(9条)

家内労働を発注する者または転注する者は、その労働を受領する者に対し自己の費用ですべての就業者についての報酬(賃金)帳簿を手交しなければならない。これには、労働の発注と(製品の)引取にあたって労働の種類とその範囲、報酬、発注と納入の日付が記入されていなければならない。

### (2) 労働時間保護

HAG は、労働時間法のような労働時間の量的規制方式をとらず、次の二つの方式により時間保護を図る。

#### ①時間の無駄に対する保護(10条)

家内労働を発注する者または引き取る者は、発注または引き取りにあたって不必要な時間の無駄が生じないように配慮しなければならない。州の最上級労働官庁またはその指定する機関は、家内労働委員会と協議して、完成にいたるまでの不必要な時間の無駄を回避するために必要な措置を指定することができる。個別の委託者に対する指定にあたっては、家内労働委員会の参加がなくてもよい。

## ②家内労働の分配(11条)

家内労働を複数の家内労働（就業）従事者に発注する者は、就業者並びにその協働者の給付能力を考慮して就業者に労働量を均等に分配しなければならない。家内労働の不均等な分配によって発生した不都合な状態を排除するために家内労働委員会は、個々の業種または家内労働の種類について、一定の期間報酬の証書に示されうる労働量を確定することができる。この労働量は、補助者の付かない完全な労働力によって比較可能な事業所の労働者にとって通常の労働時間によって克服されうるように、定められねばならない。

## (3) 危険保護

### ①危険保護の諸原則

就業者並びにその協働者の生命、健康及び風紀並びに14条の意味における公的健康にとって何らの危険も発生しないように、機械、工作機械及び諸器具を含めて、家内労働就業者の作業場は、整備され維持されねばならず、また家内労働自体もそのように実施されねばならない。(12条1項)

危険保護は上位概念として労働保護と公的健康保護を含む。労働保護には社会的労働保護と技術的労働保護がある。それは労働安全と健康保護の領域を含む。利用されている技術や原料の諸結果に対して就業者を保護するためにとらざるを得ない労働保護の諸措置が明らかにされる。それは、労働災害、職業病その他の労働に起因する疾病の発生防止のみならず、衛生保護及び職場や作業方法の構造・技術上の形成にも関連する。(Otten, S.95.)

### ②労働保護(13条)

連邦政府は、連邦参議院の同意を得て個々の業種または一定の就業または作業場の態様について、家内労働就業者及びその委託者による労働保護の実施をさせるため法規命令を発することができる。連邦政府は連邦参議院の同意を得て就業者の生命、健康または道徳に対して重大な危険に結びつく家内労働を禁止することができる。

### ③公的健康の保護(14条)

連邦政府は連邦参議院の同意を得て、個々の業種または就業または作業場の特定の態様について、公共にとって危険なそして伝染性のある疾病に対して、また薬剤、治療剤、麻醉剤、毒物、食品及び嗜好品並びに必需品等の取引にあたって発生しうる諸危険に対して公共性の保護のため法規命令を発することができる。(1項)

警察署は営業監督署並びに保険所と協議して個々の作業場について第1項の意味における公的健康保護実施のための処分をなすことができる。とりわけ、食料品及び嗜好品の製造、加工または包装にあたって生じる公共の健康にとっての危険を防止するために、処分をなすことができる。(2項)

## 5. 報酬(賃金)規制

### ①労働協約などによる報酬規制(17条)

HAGの報酬規制は、労働協約、賃金その他の契約条件の拘束力ある確定(19条)及び他人である補助労働力についての最低労働条件の拘束力ある決定(22条)である。そこで先ず、労働組合と委託者または委託者団体との間の書面による、家内労働就業者または同格指定者のその委託者との契約関係の内容、締結または終了に関する合意は、労働協約とみなされる。(17条1項)

家内労働者と委託者の契約関係は労働契約関係でないので本来労働協約による規律は許されないが、17条によってその合法性が認められる。しかし、労働協約は比較的少なく、その他の契約条件に関する約定も重要性はないため、19条の拘束力ある確定が報酬規制の中核をなしている。(Otten, S.118)

### ②家内労働委員会の任務(18条)

家内労働委員会には、①労働協約の成立の促進、②当事者間の紛争回避・紛争解決のために当事者の一方の申請に基づく労働協約締結の提案をなすこと、③19条の拘束力ある確定を行うこと、という3つの任務が課せられる。

### ③拘束力のある確定(19条)

家内労働委員会の管轄領域について労働組合または委託者団体が存在しない場合または、これらが委託者または就業者の少数のみを含む場合であって、不十分な報酬が支払われるかまたはその他の契約条件が不十分である場合には、その報酬またはその他の契約条件を、その管轄領域の委託者と就業者のすべてに対する拘束的な効果をもって確定することができる。そこで「不十分」とは、家内労働の社会的並びに経済的特殊性を考慮して同一もしくは同価値の事業所労働に対する協約上の賃金または労働協約によって確定されたその他契約条件を下回る場合である。(1項1文・2文)

比較の基準がない場合には家内労働委員会並びに労働官庁は、現在適用されている当該条件が不十分かどうかを判定するため、当該地域において通常のそして平均的な賃金を規準としなければならない。(Fenski, S.46, Rdn.169) 家内労働委員会の会議録には、比較の基準が定められねばならず、比較可能な労働協約があればそれが表示されねばならず、また比較の基礎がない場合にはその他の比較の基準(比較可能な労働給付のための平均賃金、その地域に通常の賃金等)が定められねばならない。(施行規則5条5項3文・4文)

比較にあたっては、家内労働委員会は明示された限界内で「家内労働の特殊性」を考慮しなければならない。その特殊性は一方で値引き(就業者にとって利点:通勤時間の不要、僅かな通勤費、労働時間の自由な割り振り)に、また他方で値上げ(就業者にとっての不利益:産業基盤の弱いところに家内労働が成立するため他の選択肢がない点、障害のある人や

介護を必要とする家族を世話しなければならないことから他の選択の余地がない点) に作用する。(Fenski, S.46, Rdn.170)

拘束力ある確定は、権限ある労働官庁の同意並びにその指定する機関への公示を必要とする。権限ある労働官庁が賃金またはその他の契約条件の不十分さに基づいてその同意を拒む意図であれば、このことを家内労働委員会に理由を表示して伝えなければならない、かつ同意に関するその決定の前に拘束力ある確定を変更する機会を与えなければならない。(19条2項) 拘束力ある確定は一般的拘束力宣言された労働協約の効果を有する。(19条3項1文)

#### ④仲介者に対する報酬規制・委託者の共同責任(21条)

家内労働就業者並びに同格指定された仲介者については、その委託者との関係においては17条から19条までの報酬規制によって付加手当が確定されうる。(1項) 報酬規制において確定された報酬の就業者への支払いのためには十分でないことを知りまたは事情により知らなければならない報酬を、委託者が仲介者に支払う場合、またはその者が信用できないことを知りまたは知らなければならないその仲介者に支払う場合には、委託者は仲介者とともにこの報酬について責任を負う。(2項)

付加手当の形式(パーセンテージまたは絶対額)、その額及び基準点は家内労働委員会の自由裁量による。2項は、仲介者が介在することによって家内労働就業者に財政的な不利益が生じないようにする。その法的手段はそれなしには法的関係にない(間接的)委託者の透視責任である。すなわち委託者は仲介者とともに、報酬規制において確定された就業者の報酬(21条2項)に対して責を負う。その法的基礎を報酬規制(17条2項)にもつ仲介者に対する金銭給付請求権すべてが含まれる。更に法的指示に基づいて追加的に疾病の場合における経済安定のための手当、祭日手当、育児手当及び年休手当に対する法定の請求権も含まれる。(Otten, S.138-139.)

## 6. 報酬保護

### ①報酬検査(23条)

州の最上級労働官庁は、報酬及びその他の契約条件の報酬検査官による効果的な監視を通じた配慮をしなければならない。報酬検査官は、第3節の規定(6条~9条の一般保護規定)及び17条~19条、21・22条に基づき規定された報酬及びその他の契約条件の遵守を監視し、そして出来高給の算定にあたっては申請に基づき算定の援助をしなければならない。更に州の最上級労働官庁は、報酬検査官の任務を他の機関に委ねることができる。とりわけ家内労働が僅かな範囲においてのみ給付される区域についてはそうである。

### ②不足額の追加払い請求(24条)

委託者または仲介者が家内労働就業者または同格者に対して、17条ないし19条に従い報酬規制において確定されたもの、または29条5項または6項において決定されているものよりも少ない額の報酬を支払う場合には、州の最上級労働官庁またはその指定する機関は、当該要求において決められた期限の範囲内で不足額を追加払いしかつ支払いの証明を提示することを要求することができる。その他の契約条件が、17条から19条において確定される場合や金銭給付を内容とする場合には、第1文が準用される。

## 7. 解雇保護

### ① 一般的な解雇保護(29条)

①家内労働就業者の就業関係は双方からいつでも翌日の終了に向けて解約できる。②家内労働就業者が委託者または仲介人によって4週間を超えて就業せしめられた場合には、就業関係は双方から2週間の期限を付してのみ解約され得る。③家内労働就業者が主として1人の委託者または仲介人によって就業せしめられる場合には、その就業関係は暦月の15日またはその末日に向けて4週間の期限を附してのみ解約され得る。最長6ヶ月の、合意された使用期間中については、解約の期限は2週間となる。④第3項第1文に列挙された諸条件のもとでは、委託者または仲介人による解約に関する期限は、就業関係が、

1. 2年存在した場合には、暦月の末日に向けて1ヶ月、
2. 5年存在した場合には、暦月の末日に向けて2ヶ月、
3. 8年存在した場合には、暦月の末日に向けて3ヶ月、
4. 10年存在した場合には、暦月の末日に向けて4ヶ月、
5. 12年存在した場合には、暦月の末日に向けて5ヶ月、
6. 15年存在した場合には、暦月の末日に向けて6ヶ月、
7. 20年存在した場合には、暦月の末日に向けて7か月、となる。

就業期間の算定に当たっては当該就業者の25歳満了前に存在した期間は考慮されない。

第2項ないし第5項による解約予告期間の期間中において（従来より）少ない労働量が配布される場合であっても、就業者は、解約告知の到達より以前の24週において報酬として受け取った総額を基準として、

- 2週間の解約予告期間の場合にはその12分の1
- 4週間の解約予告期間の場合にはその12分の2
- 1か月の解約予告期間の場合にはその12分の3
- 2ヶ月の解約予告期間の場合にはその12分の4
- 3ヶ月の解約予告期間の場合にはその12分の6
- 4ヵ月の解約予告期間の場合にはその12分の8
- 5ヵ月の解約予告期間の場合にはその12分の10

6ヶ月の解約予告期間の場合にはその12分の12

7か月の解約予告期間の場合にはその12分の14

の額の労働報酬請求権を有する。

委託者または仲介者が、第2、第3、第4及び第5項の諸条件が該当する就業者に通常少なくとも1年配布してきた作業量を、少なくとも4分の1削減する場合には、第7項が準用される。ただし、その削減が本法11条2項による確定に依拠する場合はこの限りではない。第2項の場合における就業関係が1年に達しない場合は、当該就業関係の期間中に配布された作業量を基準とすべきである。作業量削減が有効に導入された操短労働に依拠する場合には、第1文及び第2文は適用されない。委託者は、主としてその委託者のために労働を転注(仲介)する仲介者に対して通常配分されるべき作業量の将来的な削減を適時に報告しない場合には、解約予告期間中委託者の行為にもとづく当該就業が不可能となった限りにおいては、仲介者は委託者に対し解約予告期間の遵守によって発生した費用の賠償を請求することができる。

以上にもみるように、被用者が解雇制限法1条(社会的に正当性のない解雇の無効)、23条(適用範囲)の諸条件を満たせば真の解雇保護を受けられるのとは異なり、家内労働で就業する者の解雇保護は、被用者のためのBGB622条(労働関係における解約予告期間)に倣った解約予告期間の規制と特殊な報酬規制に限定される。従って真の意味の解雇保護は存在しない。しかも同格指定者には指定が29条に及ぶ旨の明示がなければ本条は適用されない。2項との関係で1項が適用されるのは4週間に満たない就業関係についてである。家内労働を副業の域から脱してこれを「主として」行うようになると、予告期間は2週間から4週間に延長される。ここに「主として」とは、「半分を超える」ぐらいの意味であるので、「専業」であることまで要求されない。4項では就業関係が何年存在したかが重要であって、暦年を基準とはしない。家内労働関係の中断については、比較的短期の中断の場合で就業と就業との間に密接な客観的関連がある場合には、以前の就業期間も考慮される。7項の立法趣旨は、以下のとおりである。原則的には家内労働就業者は注文を引き受ける義務があるわけではないと同様、委託者・仲介者も発注を義務付けられるわけではない。しかし家内労働関係の実際の実施は家内労働就業者にとっての財政的基礎を作り出すのであって、これは移行期間なしに喪失されてはならないものである。それゆえ7項は解約告知にあたっての報酬保護を提供するのである。これは解約予告期間中提供された労働の如何を問わず、予告期間の全期間についての報酬保証である。7項の解雇にあたっての報酬保護が発注量の削減を通じて回避されてはならないのであって、8項は、最低1年の間発注されてきた作業量が4分の1ほど削減される場合に発動する報酬保護を定める。(Otten, S.170-185.)

## 8. 家内労働法による規制の限界と問題点

### ①テレワークに対する家内労働法による規制の困難性

Ottenによると、コンピュータ労働は「職員の活動」であるのに対し、家内労働は「反復的な商業的活動」が可能であるにとどまる。委託者は工業経営者、仲介者などであって、自由業者によるもの（事務労働）は含まれない。また家内工業経営者へのコンピュータ労働の委託もできない。彼らは商業的労働もまた事務労働も引き受けられないからである。さらに、家内労働者自身も商業的活動を引き受けられない。「家内労働に典型的な労働」でなければならない。それは、反復継続する作業歩調を伴う労働である。製品（出来高）給で処理されるようにその活動が形成されねばならない。例えば、帳簿の記入の数による記入労働、調査の報告、し終えた頁の数による記述労働等、である。また、個々の製品・作品・建物についての設計図の作成は家内労働に典型的な労働である。その他将来的にはあるが、その時々（スタンダードな）ソフトウェアや同種類の適用の頻度のあるものもそうなるであろう。

このような家内労働の古典的な理解（同格指定者の制度をあまり考慮していない点など）を前提にすれば、コンピュータ労働であるテレワークが家内労働法によって包摂される範囲はきわめて狭くなる。これに対しては、Weddeの前記の批判が当てはまるであろう。

次にOttenは、家内労働者の労働時間の主権性からHAGの在宅テレワークへの適用を制限しようとする。家内労働による複雑なソフトウェアの開発は個別作業方式ではありえないし、チーム作業への暫定的な包摂によってのみ可能であるとしても、それはもはや家内労働に本質的な「時間に対する主権性」を喪失するゆえに、無理である。ただし、チーム労働でも相互作用が少なく、同一内容の小さな単位について長い製造期限が付される場合は可能である。たとえば複雑なソフトウェアの任務の範囲内における多数に分割された多数の入力・カバーマスクなどである。さらに、Ottenは、家内労働者の労働が「自ら選定した労働場所」及び「自己の住居または自己の選定した事業場」で給付されることに注目する。これに対しては、適切な費用補償（部屋代、光熱費や掃除代などが掛からないことに対する手当）が家内労働者に与えられるべきである。これに加えて、家内労働には委託者が例えば秘密保持の観点から家族の協力を禁止する場合、家内労働者の身分を失う。

これに対しテレワークの特性は、TK-ネットを通じたコミュニケーションが主要計算機との共同作業において行われる場合には、コンピュータ労働はテレワークとなる点にある。投入の可能性は現在ではなお限定されている。反復継続する労働の歩調で必要な分割可能性を別にしても、被用者または他の家内労働者との時間的共同作業でなく実施されねばならない労働のみが対象となる。この場合には家内労働について身分の喪失の結果を伴う時間の主権性が失われる。テレワークにおける労働任務が、労働実施における自由が全くないように構成されている場合、労働歩調がソフトウェアに拘束されそして委託者・仲介者の設定基準のために一定の方式でしか実施できないかが問題である。(Otten, S. 335-337.)

しかしこのように、家内労働者の自主性を前提とする場合、委託者のコントロールの強い

ものをその規制から排除することになるかもしれないが、他方で、むしろ在宅テレワーカーを被用者として労働法適用を結果する可能性を強めるかもしれない。

## ②テレワークに対する家内労働法による規制の実効性

Wedde (Wedde・Telearbeit 2002, S.160~162.)によれば、テレワークがHAGによる契約関係の基礎に基づき提供される場合にも、委託者・就業者の関係における規範的要素は自由協働者による場合とさほど変わらずに弱い。まず、HAGが適用されると、労働保護法の一般原則が適用されない。(労働保護法2条2項3号後段)次に、労働保護・健康保護に関するHAGの内包する緒規制は、限られた保護の枠組を設定する。例えば、HAG12条1項は、就業者並びにその協働者の生命・健康・道徳、そして公的な健康にとってなんらの危険も発生し得ないように、家内労働が実施されねばならないとする原則を定める。しかし、この12条1項の保護規範の実際の実施には問題がある。なぜなら、その義務の実施はHAG16条2項により就業者自身に任されている。家内労働者はその責任の範囲内において、法定基準の遵守のために配慮しなければならない。これに反して委託者には、彼が提供した施設や器具に付いて危険保護の実施に関する固有の義務のみをHAG16条1項により引き受ける。HAGの領域では、危険保護措置の遵守の監視に関しては営業監督署も管轄権を有している。(HAG3条2項2文—営業法139条b)。しかし労働の場所が住居の中にある場合、家内労働者の意思に反して立ち入るのは、公共安全と秩序にとって差し迫った危険を防止するためのみである。同様のことは、労働時間保護の領域についてもいえる。

総体としてみれば、HAGが提供する法定の規制の枠は、労働関係について適用される保護基準を大幅に下回る。委託者の責任または共同責任は、必要なIT=器具を提供した場合に限られる。その場合には、たとえば、危険源の回避または除去のために、並びに適切な規範(スクリーン)について権限がありかつ責任がある。この義務はしかしやはり一家内労働が典型的には住居内で行われている—実務上の実施問題に直面する。これに反して就業者固有の器具で就労する場合には、彼らは自ら労働保護の遵守に対して自ら責任を負う。これは多くの事例においては個人の能力を超えている。労働の課題を遅滞なく克服しうようするには、個々の場合における(欠如した器具の交換などの)必要な措置がとられないようになる危険が迫っている。そうなると、損害と違反が生ずる危険が増大する。

類似の不十分な状況はHAGにより最低限の労働時間保護の一瞥とともに生ずる。HAG10条に従い、委託者は家内労働の発注または引受けにあたっての不必要な時間の無駄が回避されるように配慮しなければならない。この保護はテレワークの諸条件のもとでは実際上効果がない。たとえば、発注に関する法定の規制、それはその労働を委託者のもとまでとりに行くという古典的な家内労働から出発している。IT—技術の投入の下では遅滞することなく発注されうる場合には、この規制は、意味がない。自由な時間配分がこの就業関係の特質を表す基本条件のひとつであるから、HAG10条、11条における最低限規制によっても効果的

な労働時間保護は創設されない。最長限労働時間(母性保護法8条)の遵守でさえ就業者の責任領域において設定されている。

かくて、もともと工業製品(部品等)の製造に主眼が置かれて制定された法制度上の枠組による、情報・データ処理による作業を中心とするテレワークの規制の妥当性が問題となろう。

## 9. 家内労働法以外の家内労働者保護規制

### ①疾病保護(疾病にあたっての経済的安定)(賃金継続支払法10条)

家内労働就業者並びにその同格指定者は、委託者または仲介者によって就業せしめられている場合にはその委託者に対して、賃金に対する付加手当の支給請求権を有する。付加手当の額は、①家内労働者、他者である補助力を使用しない家内工業経営者及び家内労働者と同格の者については税込み賃金の3,4パーセント、②2人を超えない他者の補助労働力を使用する家内工業経営者、その同格指定者については税込み賃金の6,4パーセントとなる。(1項1文・2文)

家内労働就業者は連続的な賃金請求権を有しない。従って疾病による労働不能の場合の賃金継続支払請求権も有しない。実際の労働不能の如何を問わず、賃金に対する付加手当が彼らの経済的安定に資する。疾病保険義務のある就業の場合には、原則として付加的に労働不能の最初の日から疾病給付金の請求権も成立する。(Otten, S.208~209.)

### ②祭日賃金(賃金継続支払法11条)

家内労働就業者(1条1項)は、委託者または仲介者に対して2項ないし5項の基準に従い祭日賃金請求権を有する。HAG1条2項の家内労働就業者の同格指定者が、祭日賃金に関して同格指定される場合には、同一の請求権を有する。(1項1文・2文)祭日賃金の額は、2条1項(法定祭日)の意味の各祭日について、6ヶ月の期間に支払われた費用手当抜きの純粋の賃金の0.72%である。(2項1文)祭日手当は賃金支払のその都度祭日の前に支払うべきものとする。就業が祭日の前に中断している場合には、祭日手当は遅くとも祭日の3日前には支払われねばならない。(3項1文・2文)

この規定は、文言上は祭日賃金支払法の2条と同一である祭日手当の額は、1994年6月以降基準となる収入の0.666%から0.72%へ引き上げられた。法改正にあたっては、年休日数、労働不能日数及び法定祭日の日数を除いて、1年287日の有効な週日の半年として、139日が出発点となる(1:139=0.72%)。ここでは10条の疾病保護とは異なり賃金に対する「継続的な手当」ではなく、欠勤原則に方向付けられた祭日手当請求権が問題になっている。(Otten, S.213~S.214)

### ③家内労働の領域における休暇（連邦休暇法12条）

家内労働就業者並びにその同格指定者（HAG 1 条 2 項 a ～ c 号による同格指定者であって指定において休暇が排除されていない場合）には連邦休暇法は適用される。ただし、同法 4 条から 6 条（待機期間、一部休暇及び二重の休暇の排除）、7 条 3 項・4 項（繰越・清算）及び 11 条（休暇手当）に関する規定を除き、かつ以下の基準による。すなわち、

①家内労働者（HAG 1 条 1 項 a 号）及び家内労働類似の者としての同格指定者（HAG 1 条 2 項 a 号）は、委託者からまたは仲介者によって就業せしめられている場合はその仲介者から、24 週日の請求権ある場合において 5 月 1 日から翌年の 4 月 30 日までの期間または就業関係が終了するまでに得た賃金（手当抜き・税込み）の 100 分の 9, 1 の休暇手当を取得する。②年休権を有する者が算定期間中常態的に就業させられていない場合には、1 号による休暇手当請求権を損なうことなく、彼が通常取得していた平均の日収が 1 号による休暇手当の中に含まれている程度の休暇日数が付与されるようにすればよい。1 号に列挙された人の年休手当は年休開始前の直近の賃金支払にあたってはじめて支払われるべきである。④家内工業経営者（HAG 1 条 1 項 b 号）及びその同格指定者（HAG 1 条 2 項 b 号・c 号）は、固有の休暇手当としてそしてまた自己の就業者の休暇権確保のために支給された賃金（税込み）の 100 分の 9, 1 の額を取得する。（連邦休暇法 12 条 1 項 1 号～4 号）

家内労働の通例である複数の委託者または仲介者に対する個別委託活動という特性から休暇法上も特別な扱い＝若干の規定の適用除外がなされる。「自由時間と金銭」からなる年休権を有するのは家内労働者とその同格指定者（1 号）にすぎず、それ以外は比例計算された年休手当請求権のみを有する。休暇手当は純粹の賃金すなわち、諸手当抜きのそして税込みの賃金を基準にして計算される。1 号の「5 月 1 日から翌年の 4 月 30 日までの期間に得た賃金」の規定から、年休手当の算定にあたって 1 年といういわば「待機期間」を経た過去のものを基準にすべきかそれとも今年のを基準にすべきかで争われている。実務上は協約上も拘束力ある決定においても、修正または具体化（例えば、今年の暦年をベースに）による調整がなされる。（Otten, S. 221～S. 225.）

### ④母性保護・育児休暇

#### a. 母性保護（母性保護法）

女性の家内労働就業者並びにその同格指定者（HAG 1 条 1 項・2 項）は、製品作成に共同従事する限りでは、この法律の適用がある。（母性保護法 1 条 2 項、24 条に適用条文が明示）委託者または仲介者は、家内労働就業者並びにその同格指定者に授乳時間について平均時間収入の 75% の賃金、少なくとも各週日について、0, 38 ユーロを支払わなければならない。女性が複数の委託者または仲介者のために活動している場合には、これらは授乳時間に関する報酬を均等に供与しなければならない。報酬保護に関する HAG 23 条から 25 条までの規定は本条の報酬に適用される。（7 条 4 項）家内労働就業者並びにその同格指定者が妊婦

または授乳中の母親である場合には、彼らへの家内労働の発注は以下の規模においてかつ以下の製造を期限付でのみ許される。すなわち、妊婦が1日の労働時間である8時間の中で、授乳中の母親が1日の労働時間である7と1/4時間の中で実施されうるものであることである。監督官庁は個々の事例において労働量について詳細な規定を作成することができる。家内労働委員会が存在する場合には、その意見を聴取しなければならない。(8条5項) 妊娠中の女性並びに出産後4ヶ月を経過するまでの女性に対する解雇は、その解雇の時点において使用者が妊娠または出産を知っていたかまたは、解雇の到達後2週間以内に知らされた場合には、違法である。この第1文の規定は、家内労働就業者に同格指定された女性については、その指定がHAGの第9章解雇に及ぶ場合には適用される。家内労働就業者並びにその同格指定者は妊娠中及び出産後4ヶ月まではその意に反して家内労働の発注にあたって排除されてはならない。(9条1項・4項)

母性保護法適用の条件は家内労働就業(従事)者が製品の製造に自ら関与していることである。家内労働は(すべてを)自ら給付しなければならないものではない。その作業を家族に委ねることも許される。ただ母性保護法適用のためには委託の範囲内において積極的関与しなければならないのである。授乳手当は平均時間賃金の75%の額になるが、その平均賃金算定基礎は明文にはない。賃金規制の最低時間賃金が直接その基礎にはなりうる。また平均収入は、(1個の)製品賃金の基礎になっている標準的給付に基づいてのみ客観的に導出することができる。授乳中の母親の個人的な突然の不能は問題とならない。

妊娠中並びに授乳中の母親に対する母性保護は、家内労働に対する労働時間法の適用がないことから、家内労働の量の限定の形をとる。母性保護法8条5項の規定は、週6日の週日、妊婦については8時間という1日の労働時間、そして授乳中の母親については7と1/4時間の1日労働時間を基礎としている。すべての許される労働時間について、最低時間賃金に即応する家内労働量が発注されることができる。

法は就業関係と事実上の就業の可能性を9条1項の4ヶ月の解雇禁止期間の経過まで維持しようとする。妊婦並びに授乳中の母親は従来の収入を継続して就業によって得ようとするればできる。それゆえこの者は妊娠中並びに産後4ヶ月まではその意に反して家内労働の発注から排除されてはならないとされる。この保護は労働量の削減と同じく発注の部分的排除にも及ぶ。(Otten, S.231~234)

## b. 育児休暇

家内労働就業者並びにその同格指定者も、製品製造と一緒に関与する限り、育児休暇請求権を有する。これらの者については使用者に代わって委託者または仲介者が、そして労働関係に代わって就業関係が登場する。(連邦休暇法20条2項)

家内労働における育児休暇は、現行の委託(注文)の処理義務からの解放並びに報告すべき期間中育児休暇利用の報告後、新規の委託の処理を拒否する権利を意味する。複数の事業

に従事していることは珍しくはない。週30（以前は19）時間の労働時間を超えない家内労働は育児休暇中であっても原則的には許されている。（15条4項1文）旧委託者・仲介者の同意があれば新委託者・仲介者の下で労働することも許される。（15条4項2・3文）（Otten, S.238～239.）

## ⑤破産（支払不能）

### a. 1998年12月31日までの法律状況

委託者の破産においては家内労働就業者並びにその同格指定者の請求権は被用者の請求権と同様に扱われていた。財団債務は、破産法59条1項3a号によれば、手続開始前または破産債務者の拒否の前最近6ヶ月についての未払いに基づき、家内労働就業者並びにその同格者の、破産債務者との就業関係から生ずる諸請求権である。

手続の開始前または破産債務者の拒否の前の最後の年について、家内労働関係一同格者も含めて一から生ずる未払い収入に基づいて、破産債権は破産法61条1項1a号により優先的に扱われた。

家内労働者は、しかし家内工業経営者はそうではないが、最終的には就業促進法（AFG）141a条（不足する賃金の補償請求権）以下に従い破産不足金請求権を有する。なぜなら彼らは、AFG101条2項（家内労働者を被用者に含める規定）によりAFG第4節の諸規定の意味における被用者として参入されているのである。

### b. 1999年1月1日以降の法律状況

1999年1月1日以降1994年10月5日の破産法は完全に適用される。これにより就業関係に基づく再建の優先的取り扱いは無効とされた。就業関係に基づく債権は従って通常の破産債権となり、就業者は破産法38条の破産債権者に算入される。残存債務の免除は破産法186条により自然人としての家内労働者及びその同格指定者にも及ぶ。残存債務の手続は破産法304条により家内工業経営者にも適用される。たとえ彼らが僅少の自立的経済活動を実施するだけであるとしても。

1999年1月1日には家内労働者は破産不足金に代わって社会保険法3編の関連における183条以下による支払不能金を受け取る。家内労働者が報酬請求権を有する限り（同法183条1項）、支払不能金請求権は支払不能（破産）の出来事に先行する3ヶ月の就業関係について成立する。支払不能の出来事は、社会法典3編183条1項に従い、使用者の財産に関する支払不能手続の開始であり、支払不能の開始申請がなされずそして支払不能手続が明らかに財団不足のため考慮されない場合には、それは財団不足による支払不能手続の開始申請の拒否または国内における事業活動の完全な終了である。家内労働者が支払不能を知らずに継続して就労するかまたは労働を受け入れる場合には、知った日に先行する労働関係の3ヶ月について請求権が社会法典183条2項により存在する。185条1項により税抜き報酬は支払

不能金として支払われる。

労働局が支払不能金の立替金を請求できるのは、使用者の財産に関する支払不能手続の開始が申請され、労働関係が終了しておりかつ十分な蓋然性をもって支払不能金請求権への諸条件が充足される場合である。支払不能金請求権を基礎付ける家内労働報酬請求権は、申請によって社会法典第3編の13条に関連して187条により連邦雇用庁への支払不能金と移行する。(以上、Fenski, S.79-80)

## ⑥社会（保障）法・税法上の取扱い

### a. 社会保障法

社会法の意味における家内労働者は、自ら原料ないし補助材料を調達する場合であっても、固有の労働場所において工業経営者、共同利用の企業または公法上の団体の委託によりかつその計算において生業として就業する者である。(社会法典第4編12条2項)

家内労働者並びにその同格指定者は、社会保険法上の就業者（社会法典4編12条2項、）とみなされるため、社会法典第5編5条1項1号に基づく法定の疾病保険の保険義務に無制限に服する。ただし、彼らが、社会法典5編6条1項1号による保険料算定限度額の75%の超過に基づき、または社会法典5編7条による僅少就業に基づき、保険を免除される。これに反して家内工業経営者ならびに仲介（業）者は、保険義務はない。また、介護保険は疾病保険に従うので、家内労働者およびその同格指定者も保険義務を負う。(社会法典11編20条)年金保険についても、家内労働者は当然就業者として保険義務があるが、これに関しては家内工業経営者も保険義務を負う。(社会法典6編2条2号)災害保険においても家内労働者は就業者として保険によって保護されている(社会法典7編2条1文1号)失業保険に関しては、社会法典3編13条によれば家内労働者も被用者である(社会法典4編12条2項)が、家内労働者の同格指定者は同法における被用者とはみなされない。なぜなら、社会法典3編13条は同格指定者を関与させる社会法典4編12条を援用していない。その点では、1998年1月1日からの社会法典第3編に規定された就業促進の法は、1997年12月31日まで効力を有した就業促進法の法とは区別される。保険料は通常家内労働者と委託者の双方が半々で負担する(社会法典3編346条1項)。(Fenski, S.26-33.)

### b. 税法上の扱い

所得税法1条によれば家内労働者、家内工業経営者、仲介人並びに彼らの同格指定者は自然人として所得税〔納入〕義務を負担する。特に家内労働者並びにその同格指定者は自然人であるので税法上、被用者と同じように扱われる。

賃金税の準則の46節は家内労働者並びにその同格者に対してのみ（適用される）特別規定を内包している。給付された労働に対する報酬の他に費用を補償するために支給される賃金手当は、それが基本賃金の10%を超えない限りにおいて、無税である。もしこの所得税

控除額が、工具の利用または経費補償のための支払によって〔10%を〕超えた場合には、余剰の金額は納税義務があり、同時に社会保険料支払義務がある。(Fenski, S.33-34.)

## ⑦自営業者としてのテレワーカーへの法的保護

### a. 被用者類似の者としての保護

被用者または家内労働者には性格付けられない在宅テレワーカーは、被用者類似の者である自由協働者かまたは独立自営の事業主の活動のどちらかになる。被用者類似の者とは、人的には従属していない（従って被用者足りえない）が、経済的に従属する者で基本的に被用者を使用せず活動し、かつ被用者に比較可能なほど社会的保護の必要性のある者である。経済的従属性は、自由協働者が「主として1人の人のために活動」するかまたはその者の収入のすべてをなす賃金の半分を超えるものが1人の人から得られる場合である（TVG12a 条1項参照）。その意味では時間の要因と賃金の要因が選択的である。

時間の要因（「主として1人の人のために活動する」）は、その限りで労働力は別な仕方では利用されえないのであるから、経済的従属性を基礎付ける。多くの委託者の中で1人の委託者のために労働すると、総体としては残余の委託者のために活動する時間は費消し尽くされてしまう。そうはならず、しかも家内労働の要件も満たさないのであれば、独立自営の活動ということになる。収入の要因（「賃金の半分を超えて」）は財政的な従属性を直接明らかにしている。また、被用者との比較可能なほど社会的要保護性が存在するとは、自己の生計を確保するためにその労働力を投入せざるを得ない必要性のことである。(Otten, S. 338-339.)

## 被用者類似の者に対して適用される労働法規

- ①労働裁判所法5条1項（訴訟費用上被用者に有利な労働裁判所への出訴の途を開く）
- ②連邦休暇法2, 3条（1年に24日の年休請求権を付与）
- ③就業者保護法1条2項1号（職場における性的嫌がらせに対する保護）
- ④労働協約法12a条（被用者類似の者のための労働協約の締結の可能性）
- ⑤(若干の州の)教育休暇法（被用者と同様に有給の休暇保障）
- ⑥労働保護法2条2項3号（同法における就業者に被用者類似の者が含まれる旨）

### b. 労働安全・健康保護規制

自由協働者または自営の事業主としての活動には、労働法上の保護規定の適用可能性はほとんどない。しかし、就業者が委託者に対して経済的従属性に基づき被用者類似の者として性格付けられれば、労働保護法2条2項3号により同法の適用範囲に無制限に組み込まれる。このことから、被用者類似の就業者がたとえば事業所の職場で活動する場合や自己固有の職場で事業所所有のIT-器具を利用する場合などには、委託者の関連する諸義務が導き出さ

れる。(Otten, S.162, Rdn.695.)

経済的に独立した自由な協働者や事業主には直接の保護は存在しない。ただ、使用者が器具や場所を提供する場合は、少し異なる。この場合にはBGB618条1項に基づき労働災害や危険保護に関する法規定の間接的な適用がなされる。すなわち、勤務の権利者(雇主)は自ら勤務(役務)の遂行のために調達しなければならない場所、装置または器具については、当該勤務の提供の性質が許す限りにおいて、勤務義務者(被用者)が生命及び健康にとっての危険に対して保護されているように、設置されかつ維持されるように、そして彼の指令と指揮に基づき行われねばならない勤務提供を規律しなければならない。(Wedde, Telearbeit 2002, S.157, Rdn, 671.)

BGB618条1項の規定内容が雇用(有償委任)契約に限定されるのでなく、請負契約にも類推適用できるとしても、この規定から生ずる危険保護請求権は関連する諸法規の直接適用を結果しない。なぜなら、この私法の規定は公法上の労働保護の構成要素ではない。しかし、Weddeによれば、事業所の職場または委託者の諸器具で活動している自由協働者や事業主は、BGB618条1項に基づき直接の一裁判によって貫徹しうる一危険保護の確保の請求権を委託者に対して有する。この見解では、委託者が保証しなければならない保護は、適切な公法上の規定が直接適用にはならないとしても、これらにも装備されねばならないものである。(Wedde, Telearbeit 2002, S.163.)

### c. 人に関連するデータの処理

就業者による労働がIT-システムを通じておこなわれる場合、労働時間の開始と終了、休憩、職場不在の頻度、訂正キーの利用、一定の労働歩調に固執することなど個人の労働の態様への逆推がなされうるそのような情報の数が自動的に増える。

IT-システムの中に存在するデータ及び情報を通じてのこの種の監視の形態は従来の事業所においても伝統的な人事のコントロールに対して就業者の人格権についての新たな危険を内包するものであった。IT-システムに労働の提供が集中することによって刻印されるテレワークの特殊な条件に移されると、コントロールの潜在性がここでは増大することが予測されうる。(Wedde, Telearbeit 2002, S.134-135.)

労働関係以外での就業者にもデータ保護法上は労働関係についての基準が適用される。たとえば連邦データ保護法(以下「BDSG」と表示)3条8項のような規定は、その適用範囲について処理者の個別契約上の立場によって差別していない。記憶装置の外で人に関係したデータの処理が行われる場合、BDSG11条による委託データ処理がなされる。データ保護法の合法性判断にとって、委託者による就業を通じての人に関連した情報の調査、処理及び活用とテレワークの範囲内における就業者による第三者を通じてのデータの調査、処理及び活用との間が区別されるにすぎない。

委託者のために就業者による人に関連したデータの処理について、二つの異なるケース郡が

存在する。ひとつは、それが委託者の事業所の中で（たとえば、サテライトオフィスなどで）、委託者が部屋に関してまたは技術上制約されたコントロールを持つ場合には、このことから処理部署の一部（内部的なデータ処理）としての性格付けが導き出される。このことから、データ保護法上規範化された場所的・組織的な基準並びに就業者の行動について、委託者の包括的責任が生ずる。

他方に、委託者の事業所の外部においてすべての就業関係において人に関係したデータの処理が、契約上の基礎に基づき委託データの処理として行われる。この場合においても委託者は BDSG11条により BDSG の諸規定並びに他のあらゆる諸法規定の遵守に対して責任を負う。その際特に、委託された期間は適切なデータ保護基準を有することが尊重されねばならない。ただし、HAG が適用される領域では限界がある。HAG 2 条 1 項によれば家内労働者は家族を労働の提供のために引っ張り出すことができる。一方で委託者と協力者である家族との間には何らの法律関係も存在しない。他方家内労働者はその家族に対して使用者としては現れないでいる、そのため必要なコントロールは貫徹し得ない。

これに反して、家内工業経営者、自由協働者及び事業主による、BDSG11条に基づく委託データ処理は問題ない。(Wedde, Telearbeit 2002, S.164~165.)

#### d. 解約保護

独立した自由なテレワーカーやテレ事業主については、特別の解約保護は存在しない。雇用（有償委任）契約に基づく場合は、BGB621条 1 項により約定した期間の経過とともに終了し、期限が付されていない場合は契約上の合意の性質または勤務（役務）の目的から期間が生じうる。期間の定めのない場合にはいつでも解約可能である。

BAG の判例 (BAG v. 8. 6. 1967 AP Nr. 6 zu §611 BGB Abhängigkeit) によるこれからの例外は、経済的に従属する被用者類似の就業者の「連鎖」－雇用契約の範囲内における何年にもわたる活動がなされる場合である。これらの場合には、1 年を経過した後では個別の関連を超えて継続的法律関係の優位が成立するのであり、これによって生存の基礎の突然の喪失に対する就業者の最低限の保護が基礎付けられる。この最低の保護は、使用者が更なる個別委託を将来行わないと思うときは、2 週間の解約予告期間を守らなければならない。経済的に独立している場合または短期の期限の就業では、しかしこれら判例により展開された最低限の保護はなくなる。この法理は請負契約についてもあてはまる。従って、雇用－または請負契約の基礎で就業する自由なテレワーカー及びテレ事業主の活動は、特別の解約保護はなく経過する。たとえば、委託者が限定的な個別委託をなし（たとえば時間的に限定された雇用契約の範囲内におけるソフトウェアのテストまたは請負契約の範囲内におけるソフトウェアの製造の場合）、しかも 1 年を超える契約の長期の関連付けを避ける場合には、就業関係の終了は期限の尊重または理由の必要を求められずに招来しうる。判例によって確定された 2 週間の解約予告期限は長期の期間設定のもとでは実際適用されない。

(Wedde, Telearbeit 2002, S.168-169.)

## まとめ

ドイツでは被用者性判断はいわゆる人的従属性の有無により客観的に判断されるため、特にテレワークでは事業組織への編入の視点が重視されて被用者と判断されるケースは多く、そのような扱いが実務の大勢を占めているようである。(10)しかし、固有の施設を有する自営業者として企業から独立した形でテレワークの仕事を行っている例もあると思われるが、独自のテレワーカー保護法制はまだ成立していない。そこで、従来の法制度から見ると、先ずこれが家内労働法の適用対象者に入るかどうか、たとえ入らない場合でも被用者類似の者として若干の労働法の適用を受けるかが問題となる。この点ドイツの家内労働法(HAG)は、元来の工場労働をモデルとしつつ1974年の改正で事務労働も含める方向へ、とりわけ同格指定者の方式を通じて大きく適用を拡大してきている。これによりテレワーカーもその適用を受ける可能性は増大しているといえよう。しかし伝統的な家内労働概念との差異は否めず、またそのこととも関連してHAGの規制方式がテレワーカーに対しては必ずしも妥当とはいえない面も指摘されている。他方で、家内労働者への各方面からの保護・規制は細部にわたり委託者からすれば、余分なコストを強いられることから同法の適用回避を志向する傾向があるものと想像される。この意味で、専属的な在宅テレワーカーの就業実態についての調査が望まれるところである。

## <注釈>

- (注1) Peter Wedde, Aktuelle Rechtsfragen der Telearbeit, NJW 1999, S. 527ff. Fussnote 1、以下「Wedde, Aktuelle」と本文中に表示。なお、ドイツにおけるテレワークの法的課題については、草創期において既に、マティアス・カップス(訳・解説小俣勝治)「コンピューター家内労働」季労137号(1985)172頁~183頁、マンフレッド・レービンダー(訳・桑原昌宏)「テレワークと西ドイツ労働法」ジュリスト898号(1987)96頁~100頁、桑原昌宏「在宅勤務・テレワークと比較労働法—ベルギー・アメリカ・西ドイツと日本」季労146号(1988)143頁~153頁などにおいて紹介されている。さらに最近では、鎌田耕一「ドイツにおける在宅ワークの実態、法的地位及びその対策」日本労働研究機構『在宅ワーカーの労働者性と事業者性』調査研究報告書 NO.159。(2003)143頁以下(144頁)が、その実態・法制度・政策論について紹介・検討を行っている。また、わが国の法律状況については、長坂俊成「テレワークの法的性質と法的保護のあり方」季労193号151頁以下参照。
- (注2) Wedde, Telearbeit, in: Thomas Blanke u. a. (Hrsg.) Handbuch Neue Beschäftigungsformen, Nomos, 2002, S.251~S.330.以下「Wedde in Handbuch」と本文中に表示)
- (注3) Joerg Peter, Kernfragen der Telearbeit, DB 1998, S.573ff (S.574) (以下「Joerg, Kernfragen」と本文中に表示)
- (注4) Roff Wank, Telearbeit, NZA 1999, S.225ff (以下「Wank, NZA 1999」と本文中に表示)
- (注5) Martin Fenski, Ausserbetriebliche Arbeitsverhaeltnisse. Heim-und Telearbeit, Luchterhand 2000. (以下

「Fenski」と本文中に表示する)

(注6) Wedde, Telearbeit, Beck, Muenchen, 2002, S.160~S. (162以下「Wedde, Telearbeit2002」と本文中に表示)

(注7) BAG, NZA 1992, S.899.

(注8) August Wilhelm Otten, Heim-und Telearbeit, Beck, 1996, S.43, § 2 Rdn.35, 36. (以下、「Otten」と本文中に表示)

(注9) BAG 05.051981 AP Nr.1 zu § 8 HAG, BAG 05.05.1992.

(注10) Boemke/Kaufmann, Der Telearbeitsvertrag, Heidelberg, 2000., Bruno Scheibaum, Telearbeit S.79ff.

#### <参考文献>

- 1) Frank Bieier, u. a., Hrsg., Organisation von Telearbeit, 2001.
- 2) W. B. Korte, u. a., Hrsg., Report Telearbeit-Wie man sie einfuehrt und als Innovationsmotor nutzt, 2000.
- 3) Rolf Wank, Telearbeit, 1997.
- 4) Franz-Ludwig Danko u. a., Telearbeitsvertraege, 2002.
- 5) Gerhard Kilz/Dirk A. reh, Einfuehrung in die Telearbeit, 1997.
- 6) Boemke/Foehr, Arbeitsformen der Zukunft, 1999.S.122ff.
- 7) Lothar Kamp, Telearbeit-Betriebs- und Dienstvereinbarungen, Nr.31, 2000.