

第1章 ドイツ

第1節 法律上の定義

1. ドイツ法では、雇用契約 (Dienstvertrag, contract of service) と労働契約 (Arbeitsvertrag, employment contract) とは区別されている。もっとも、より広義において両者はともに雇用に関する契約である。両契約類型に対し適用可能なルールもあるものの、法律の大多数は労働者に対してのみ適用され得る。民法典611ないし630条の規定の多くは両契約類型に向けられたものである。しかし、民法典621条 (解約告知期間) が雇用契約に対してのみ適用可能であるのに対し、民法典622条は同じ問題を労働者のため特別に規定している。民法典611 a条, 611 b条, 612条3項, 612 a条, 613 a条, 615条3文, 619 a条, 622条, 623条といった、労働者のみに向けられた条項も存在する。

2. (1) 制定法の中に労働者の定義が存する例もある。例えば事業所組織法5条である。しかし、その規定には「この法律による労働者の意義とは」とある。それが意味するところでは、当該条文の概念には普く他の法律においても有効なものもあろうが、しかし、それ以外の概念はあくまで事業所組織法についてのみ有効であるに過ぎない、ということになる。

(2) 商法典84条では、一般に自らの業務活動と労働時間を自由に決定できる (1項2文) 独立した代理商 (1項) と非独立の代理商とが区別されている。ある法律で与えられた定義は当該法律にとってのみ有効である、とのことは法理論上共通の認識である。そのことが事業所組織法5条については受け入れられているのに対し、連邦労働裁判所 (Bundesarbeitsgericht. 以下, BAG) 及び多くの研究者は、商法典84条を一般的な類推の基礎とみなしている¹。

しかし、立法者自身でさえ、商法典84条が一般的定義であるとはみていなかった。加えて、同条文は労働法で通常用いられる一般的定義とは一致していない。この条文には一般的定義とは異なる二つの条項しか含まれていないのである。

実際のところ、BAGと複数の研究者は商法典84条を類推適用していると主張するが、にも拘わらず、彼らはこの条文をまともに適用するのではなく、彼ら独自の定義に従っている。

(3) 法律上の定義は社会法典4編7条に存在する。同条文1項2文では以下のように規定されている。「就労とは、非独立の労働、とりわけ労働関係における労働である。就労の根

¹ Martinek/Semler/Habermeiner, Handbuch des Vertriebsrecht, 2. ed. 2003, §8における Wank の記述を参照。

扱は、指揮命令下の労働、及び、指揮命令を行う者の労働組織への編入である」。この定義は、労働法で一般に用いられる定義と一致している（下記第3節参照）。

1996年から1998年まで、社会法典4編7条4項には、より詳細な定義が含まれていた。7条1項2文が労働者の定義に関する通説に従っているのに対し、4項はWankによって行われた定義に従っていた。新しい定義が使用者及び研究者、政治家によって拒絶されたため、4項は1998年に削除され、社会法典4編7条の1項2文のみが残ることとなった。この定義は労働契約にも関連があるものの、一般には社会保障法のみに関わるものとされている²。

(4) ドイツでは、労働法と社会保障法は二つの異なる要素であるとみなされている。労働法は民法の一部、社会保障法は行政法の一部である。労働法と社会保障法とで、管轄裁判所が異なる。この区別に従い、労働法と社会保障法は異なる二つの労働者定義を発展させてきた。両者の関係に関しては、二つの異なる説がある。

一つの説は、両要素には二つの純粋に固有の定義があるとする。この説によれば、二つの定義は近似しているかもしれないが、それぞれが別々の要素と関連しているとされる³。

他方、もう一つのより説得的な説では、社会保障法が労働法に従っているものとされる。この説によれば、労働法とほぼ同じ人々を名宛人とすることが社会保障法の目的である。故に、内なる中核部分で労働者の定義は社会保障法と労働法とで同じである。相違があるのは周縁部分に過ぎず、それは私法と行政法の異なる論理に従ったものである⁴。そこで、社会法典4編7条は次のように解される。「社会保障法における労働者とは、二つの要素の違いによる相違が必要とされない限りで、労働法における労働者である」。

(5) 税法に関しても、自営業者（収入税）と労働者（賃金税）の相違が存在する。法律上の定義は存在しない。もっとも、連邦税務裁判所による定義は労働法における定義に非常に近似している。ここでの問題は、労働法と社会保障法との間のそれと同じである。税法は労働法に従っており、定義が異ならなければならない理由はない。しかし、労働法における労働者と、税法における労働者には純粋に異なる二つの定義が存在し、それらは偶然に近似しているのだ、とする有力な見解がある。

第2節 法律上の適用範囲

1. こうした法律上の定義が労働法の多数の法律に存することに加え、実際には定義とは呼び得ず、むしろ適用範囲規定とでもいうべき規定が存在する。ここでは、労働者は諸々の

² 青森法政論集2002年、118-138頁所収のWank論文（邦訳）を参照。

³ Rolfs, Erfurter Kommentar (ErfK), 4th ed. 2004, SGB IV, sec. 7 note 2 et seq.

⁴ Wank, Arbeit und Recht, 2001, 291, 297 et seq.

特徴によってではなく、列挙によって定義されているのである。例えば、賃金継続支払法1条2項がそうである。

「この法律による労働者とは、労働者、職員及び職業訓練中の者を意味する」。ドイツ法では、長きに亘り、ブルーカラー労働、ホワイトカラー労働を意味する現業労働者と職員の区別が存在してきた。この区別は今日では殆ど意味を持たないが、「定義」においてはなお維持されている。職業訓練中の者に関しては、職業訓練ないし職業訓練法の特殊性から区別が必要とされない限り、一般的に労働法が適用され得ることが職業訓練法3条2項によって規定されている。故に、賃金継続支払法1条2項における定義は、誰が労働者であるかの情報を実際には何ら与えていない。他の法律にも、こうした適用範囲規定が非常に多く見られる。

列挙による定義が存在するにせよ、事業所組織法5条におけるように、法律には常にその定義が個別の当該法律にとってのみ有効であることが書かれている。他の例には労働保護法2条がある。このように、労働者について言及する法律は多数あれども、それによって何ら定義は与えられていないのである（解雇制限法1条等）。

こうしたケースのすべてで「定義」が言及するのは、誰が〔適用対象者から〕除かれ、誰が含まれるかについてのみであり、労働者の基準が何であるかについての実質的な定義はなされていない。

2. この問題を考えるに当り、異なった方法論上の道筋がある。一つは、労働法に一貫した労働者の同一の定義を用いる方法である⁵。もう一つの方法は、全ての法律に固有の目的があることから、各法律について異なる定義があり得るとするものである。

一般的には、労働法の全部分について、同一の労働者の定義が存在している。しかし、法律によっては、その特別の目的により、些か異なる定義が必要となる可能性もある。

第3節 労働者定義の基準

1. BAGと研究者の多数派が用いる定義は、「労働者とは、民法上の契約を根拠として、他人に雇用されて労働する義務を負う者」とする⁶。BAGにより一般に用いられる定義はこれに類似している⁷。こうした定義からは、自営業者としての他人のため行う労働と、労働者としてのそれとの違いが明らかではない。

⁵ Preis, ErfK, sec. 611 note 45.

⁶ Preis, ErfK, sec. 611 BGB, note 45.

⁷ 最近の判決に、2003年8月20日, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2004, 398参照。NZA 2000, 385, NZA 2002, 1412も参照のこと。

2. 実際に重要なのは、どのような下位基準が用いられるかである。BAG 自体が今日まで、定義を与えることは不可能で、全ては個別事例の事情による、と述べてきていることは注目に値する。その結果、36 (!) にも上る下位基準が、何ら優先順位や論理的序列なく考慮されねばならないこととなった。判例をまともに解すると、そこには利用可能な定義は存在せず、ただ整序されていない多数の下位基準があるのみとなる。

他方で、そのような判例を、BAG 自体の意図よりも優れて理解しようとするならば、こうなるだろう。「労働者とは、人的に従属した状態にある者である」。「指揮命令に拘束される者は、人的に従属している」。

(1) 「指揮命令への拘束」のみが重要な基準なのか、それとも、「指揮命令への従属」と「編入」の二つの基準が存するのか。この点について判例は明言していない⁸。

指揮命令への拘束に関し、BAG は体系的なアプローチを採ることなく、多数の下位基準をあれこれと引用している。定義の下位基準に体系を与えようとするのであれば、第二の次元で、時間、労働場所、労働内容の観点から指揮命令の間に区別がなされて然るべきである⁹。

ア. 体系的なアプローチをさらに進めると、例えば時間の面で、週当たりの時間、日当たりの時間、一般的な労働時間選択の自由、労働時間に関する自由の程度、といった第三の次元の存在が明らかとなる。

イ. また、労働の性質から生ずる強制（学校が8時に始まる場合、教師も8時に出勤する必要がある）と、単に使用者の組織的命を理由とする強制との間にも区別はない。端的に言えば、労働時間に関してすら体系的アプローチは存在しないのであって、他の下位基準については言わずもがなである。労働の種類・性質については、BAG が複数の事例で、この主要な基準が重要でないとして述べていることが注目される。また、指揮命令は、いかなる道具を使うか、といった詳細のみならず、学校でいかなるカリキュラムが組まれるか、といった命令にも言及可能である。

(2) 指揮命令従属の下位基準を補完するのが、「編入」の下位基準であり、契約相手の他の労働者と協働する必要性、及び、契約相手の部屋及び機材を使用する必要性の二つに分かれる。例として、テレビプロデューサーが自営業者である場合と、労働者である場合とがあり、後者の例では、プロデューサーがテレビスタジオの組織の利用を強いられている。

⁸ 両者を取り混ぜたものに BAG, NZA 2004, 398.

⁹ BAG, NZA 2004, 398は、労働の内容、道具の準備、時間、期間、場所に言及している。

(3) この労働者定義が任意法ではないことは周知されている。契約の履行実態が状況証拠である¹⁰。

第4節 定義を巡る論争

第3節で見た定義は、BAGと大多数の研究者によって一般的に用いられており、細部に違いはあるものの、一般には合意が存在している。この定義は、幾つかの州労働裁判所(Landesarbeitsgericht. 以下、LAG)や複数の研究者¹¹によって批判されてきた。批判者達はその批判の大部分で一致しているが、オルターナティブの提案には違いが見られる。

1. 通説的定義の基本的な根拠は、それが長期に亘って用いられてきたということにある。しかし、このことですら正確ではない。過去にライヒ労働裁判所(Reichsarbeitsgericht. 以下、RAG)は人的及び経済的従属性に言及していたが、二番目の基準を、理由を明らかにすることなく放棄したのである。

2. 真剣に検討するに足る法的定義とは、「目的論的 (teleological)」でなければならない。もちろん、定義が恣意により作り出されることはあり得ない。しかしそれだけではなく、定義とは、「構成要件及び法的帰結」により構成される法的ルールの中で役割を果たすものである。ある定義は、それが法的帰結の適用のため正当化される場合に正しいと言える。例えば、最も重い刑罰である終身刑は、最も重い罪である殺人について正当化される。しかし、「指揮命令への従属」という構成要件と、「労働法が適用されるべき」との法的帰結との間に関連性を見出そうとしても、そのような関連性が明らかになることはまずないのである。ある道具を使えという命令は、その命令を受ける者が疾病時の賃金継続支払を受けるという帰結と如何に関連するのか。通説の擁護者は、これまでのところ、この重大な問題にまったく答えることができないでいる。

(1) 指揮命令への従属と、労働者を恣意的な命令から保護するという法的帰結、例えば、指揮命令は労働者の人格に配慮しなければならない、あるいは、事業所委員会との協議が必要である、といった帰結には関連性がある。労働法が職業における保護を必要とする限りで、人的従属性の下位基準は正しい。

(2) 労働者個人の生計に関する限り(疾病のリスク、老齢、労働災害、母性を考慮した規定)、労働法は人的従属性にではなく、経済的従属性と関連付けられる必要がある。故に、

¹⁰ BAG, NZA 1998, 873; NZA 2000, 447; NZA 2001, 210.

¹¹ Wank, NZA 1999, 216, note 18を参照。

正しい定義とは、労働者は人的且つ経済的に従属する者である、としかかなり得ない。

3. ドイツでは、過去10年間、労働者の正しい定義を巡って激しい議論が行われてきた。それは通説の擁護者たちの勝利に終わった。しかし、方法論的な観点から言えば、そうした擁護者たちは説得的な論拠を示すことができなかつたのである。

通説擁護者の多くは、目的論的な定義を行う彼らの責任を否定している。この問題を検討した者は、批判者達は堂々巡りの議論をしていると非難している。しかし、目的論的思考を誤った思考と取り違えることは、基本的な法的論理の欠如を示すものである。

第5節 定義の問題を回避するにはどうすればよいか？

1. 通説の批判者、そして以前の社会法典4編7条の目的の一つは、目的論的アプローチに加えて、「操作的定義 (operational definition)」を与えることにあつた。労働者の定義を巡る論争で示されたように、通説擁護者達は、彼らがこの10年の間、何ら効果的な基準を生み出し得なかつたことを恥じるどころか、定義の実用性を何ら顧慮していないことを誇りにすらしているのである。

2. 操作的な定義を得ようとするならば、人的従属性に加え、経済的従属性にも言及し、基準、下位基準、下位・下位基準と進んでいく必要がある。批判者によって作り出された新しい定義は、経済的な従属性に言及する。経済的に従属している者とは、

- ・他人の助けなしに、
- ・自らの資本、若しくは自らの組織なしに、
- ・一人の契約相手のためにのみ働く者である。

こうした基準は、かつて社会法典4編7条にも挙げられていたのだが、現在は削除されてしまっている。

これらは形式的な基準であるため、労働法の考えによっては意図されていない結果に至る可能性がある。故にこの基準は、

- ・チャンスとリスクの組合せ、

という目的論的思考によって制御され得るのである。

その意味は、労働者が経営者的決定を行い得るとすれば、その者はより多くを稼ぐチャンス有するが、一方で稼ぎが減るリスクも負う、ということである。故に、もう一つの基準が加えられなければならない。それは、

- ・その者が自らの計算で働いている、

ということである。

目的論的、操作的という定義への二つの要求に関する限り、論争によって以下のことが明

らかとなった。

- ・これまでのところ、通説の擁護者達は、指揮命令への従属と労働者の生計を保護する法との目的論的結合を証明することができなかった。
- ・彼らが言及する「指揮命令」は、如何なる性質の命令をも含む。目的論的思考は、少なくとも生計の保護に関わる限り、経営者的な指揮命令のみを問題とする。
- ・通説の定義は、諸々の基準の重点や数に関していえば何ら助けにはならず、操作的定義を全くもたしていない。
- ・「経営者的リスク」の基準は、不確定に過ぎるといわれる。しかし、通説は如何なる性質の命令であれ受け入れている。新しい定義は、経営者的リスクと結合する経営者的自由の対照として、経営者的指揮命令を問題としているのである。それは眼が向けられるべき方向を指し示すものであり、それ故、通説よりも確実性において劣ることはない。
- ・「経済的従属性」と「経営者的リスクとチャンス」は、契約外の事情に言及しているとする非難がある。この非難は、意図的な誤りのある引用に基づく。経営者的リスク及びチャンスとは、契約自体によって与えられた事柄であることが、これまで常に論じられてきている。
- ・最後に、新しい定義は労働者類似の者という第三のカテゴリーを省いていることから、労働法の法体系に反するとの非難があるが、こうした非難こそが、論理及び正確な引用の基本に反するものである。もちろん、新しい定義によっても労働者類似の者は存在する。ただし、新しい定義によれば、誤って自営業者とされている者が労働者に含まれることから、単に労働者の数が通説による場合よりも増えるというだけのことである。結論として、労働者類似の者の数は減ることになる。

第6節 「労働者類似の者」

ドイツ労働法には、自営業者と労働者との基本的な区別が存在する。多数の保護法が労働者のために存するのに対し、自営業者は、一般的な考えによると自分で自分に配慮しなければならない。しかし、自営業者のカテゴリーについて「労働者類似の者」とその他の自営業者の区別がある¹²。

1. 労働者類似の者は、労働協約法12 a 条、労働裁判所法 5 条 1 項 2 文、連邦年次休暇法 2 条 2 文、労働保護法 2 条 2 項 3 号、就労者保護法 1 条 2 項 1 号といった少数の法律で言及されているに過ぎない。

これらの法律は、労働者を名宛人とする際、そこに労働者類似の者を含めている。それら

¹² Frantziach, Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht, 2000; Neuvians, Die arbeitnehmerähnliche Person, 2002; Schubert, Schutz der arbeitnehmerähnliche Person, 2004参照。

が定義として用いるのは「経済的従属性」である。

2. 上記に加えて、労働者類似の者の特別のカテゴリーが特別法に存在する。

(1) 家内労働者についての特別法がある。注意が必要なのは、同法の適用可能な者が殆ど存在しないことである。例えば、テレワーカーは同法によってカバーされていない。

(2) 一つの企業のためにのみ低収入で働く代理商について商法典92 a 条が存在し、また、労働裁判所法5条3項により労働裁判所に訴えを提起することができる。

(3) 問題は、上掲の例に加え他の法律において、労働者類似の者が如何に定義され得るかである。

ア. 操作的な定義を含意する実際の（唯一の）定義が労働協約法12 a 条に存する。同条は、労働者類似の者が自営業者であるにも拘わらず、労働協約の締結を彼らに認めている。実際には、この規定は、放送局、新聞社及び芸術分野で働く者に向けられたもので、この分野にしか労働協約は存在しない。

ここで労働者類似の者は以下のように定義されている。

- ・雇用契約を基礎として、
- ・一人の他人のために働く、もしくは一人の者から収入の半分以上を得ており、
- ・自分自身で、他人の助け無しに働く者。

労働協約法12 a 条から明らかとなるのは、経済的従属性が操作的定義に変換可能ということである。しかし、この定義は特別に労働協約法に向けられたもので、他の法律のために用いることはできないことも周知である。

イ. 故に、労働者類似の者を一般的に如何に定義するか、という問題は残されている。仮に通説の擁護者が定義を与えるならば、それは次のようになる。

- ・労働者とは、人的に従属し、経済的に従属していない者である。
- ・「労働者類似の者」は経済的に従属している者である。

これは明らかにおかしい。この説によると、「労働者類似の者」には労働者と共通した何らかの基準があるが故に、同じ法律で労働者として規制されるのだが、定義によれば、労働者は経済的に従属していないため、経済的従属はそうした共通の基準となり得ないのである。

人的従属もまた、比較可能な基準ではあり得ない。労働者類似の者は、一般に受け入れられているように自営業者であり、人的に独立しているからである。つまり、以下のようなおかしいことになる。「労働者類似の者」は労働者に似ている。その理由は、その者が労働者

自体にはない特別の基準を有するため、また、その者が労働者の有する基準を欠くため、である。

体系的な図式を描くためのオルターナティブは、以下の通りである。

「労働者」：人的に従属し、経済的に従属している。

「労働者類似の者」：人的に独立しているが、経済的に従属している。

「その他の自営業者」：人的及び経済的に独立している。

これはおおまかな図式に過ぎない。実際に問題となるのは、従属しているか、独立しているかではなく、従属性が高いか低いかである。

3. 上で言及した法律以外に、労働者類似の者のために存在する特別法はないため、類推によって適用され得る法規もあり、そのことはBAG及び研究者によって受け入れられている。

第7節 非営利組織での就業者、及びアンペイドワーカー

非営利組織のための特別の労働法は存在しない。使用者は、少なくとも一人の労働者を雇う者と定義されている。そのため、この問題へのアプローチは、労働者の定義から始める必要がある。

労働者の定義で、その者に金銭を得る意思のあることが不可欠の基準であるか否かについては議論がある。私見では以下の三点の問題がある。

- ・どの程度まで労働法の適用範囲が及ぶか。それは、労働者に報酬を稼ぐ意思がないとの事実を拠るのか。例えば、億万長者の女性が、企業で働くことを知りたいと考え、給料を要求しない場合、彼女は健康と安全に関わる労働保護法を不要とすることが可能であろうか。育児休暇はどうだろうか。あるいは解雇からの保護は。労働法が強行法であり、雇用されている者の個別的な事情には、客観的方法であれ（その者が別の収入を得ているかどうか）、主観的方法であれ（その者に報酬を稼ぐ意思があるかどうか）関与しないことについて、ほぼ全ての研究者が同意している。
- ・第二の問題があり、この二つは混在されてはならない。雇用されている者が金銭を得ていない分野で、労働法から除外されている分野はあるか。これは特に宗教的組織で働く者の問題である。例えば、赤十字の看護師は、僅かな給料のため、あるいは全く給料を得ずに自らの信仰を理由に働いている。果たして労働法が干渉すべきだろうか。これまで、赤十字看護師について四例がBAGによって扱われてきた。それぞれの事件で論拠は異なっている。このことから、BAGはこの問題に関するコンセプトを持たないことが分かる。これは法の二つの分野が同時に作用する問題である。
- ・アンペイドワークは、雇用された者が金銭を稼ぐのとは別の目的のために働くという特

殊な状況で受け入れられる可能性がある。典型的な状況は職業訓練である。その者達は、労働者と比べ相当僅少ではあるが金銭を稼いでいる。労働法の大部分の分野で、彼らは労働者と等しく扱われる（職業訓練法等を参照）。別の種類には、社会保障法、社会法典5編74条におけるいわゆる「編入関係」、あるいは実習生がある。

【参考文献】

通説を支持する研究者の見解については、労働法の一般的教科書を参照のこと。

Wank によって展開された別の定義については、Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988; Freie Mitarbeiter und selbständige Einzelunternehmer mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit, Hrsg. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, 1997; Wank in Blanke u. a., Handbuch Neue Beschäftigungsformen, 2002, p. 1 et seq.; Die “neue Selbständigkeit”, Der Betrieb 1992, 90; Telearbeit, NZA 1999, 225; Ridefinire la nozione di subordinazione?, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali 86 (2000), 334; § 7 Abs. 1 und 4 SGB IV, AuR 2001, 291; 327 (ロルフ・ヴァンク「社会法典第4編第7条第1項および第4項の改正と社会法および労働法上の残された問題点（下）：新规定の個別問題」『青森法政論集』, 2002年, 118-138頁も参照)。

<第1章（ドイツ）解題>

1. 問題の所在

雇用形態の多様化に伴い、労働法の役割は如何にあるべきか。現代の労働法学、労働法政策が抱える重要な問題である。近時、日本でも議論の対象となっている契約労働¹の問題もまた雇用形態多様化の一つの現れであり、そこでは、自営業者と労働者の間のグレー・ゾーンに位置する就業者に対し、労働法を適用すべきか否か、乃至、どの程度まで適用すべきかが議論の対象となっている。この点で、歴史上早期から近代的な労働・社会保障法制を発展させてきたドイツでは、労働法の適用対象者たる「労働者」の定義を巡る議論が絶えず行われてきており、近年も、「契約労働」者のドイツ版とも言える、いわゆる「新自営業者」の増加を受け²、かかる就業者に対する法的な保護の有り方を巡って活発な議論が行われている³。

Wank 教授は、近年のドイツにおける労働者概念論の中心的役割を担ってきた研究者であり、この問題に関して多数の論考を発表してこられた。Wank 教授による本論文もまた、労働者の定義に関わるドイツの法制、判例、学説を検討し、問題の在処を指し示すものとなっている。

2. ドイツにおける「労働者」概念

Wank 論文で述べられるように、ドイツでは、労働法の適用対象者である「労働者」(Arbeitnehmer) に関し、制定法上、明確な定義は存在せず、ある就業者が労働者に該当するか否かの判断は、司法に委ねられてきた。労働者の法的な概念については、労働法確立期のワイマール時代より議論の対象となっており、その主な争点は、労働者とは、労務の提供に当たって特定の契約相手との経済的な従属関係にある者か、それとも人格的な従属関係にある者かにあった。この時、労働者に労働法上の保護が必要とされる根拠が「労働者の人格に関わる従属性」にあるとし、経済的従属性は労働者の定義にとって不可欠ではないとする見解が通説的立場を占め⁴、ライヒ労働裁判所もまた、労働関係の存否に関し経済的従属性は決定的ではないとの判断を示すに至った⁵。このように、労働者性の判断基準を人的従属

¹ 例えば、鎌田耕一編『契約労働の研究』（多賀出版、2001）を参照。

² Vgl. P. Frantziach, *Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht*, 2000.

³ ドイツの労働者概念に関する包括的な研究文献として、橋本陽子「労働法・社会保険法の適用対象者—ドイツ法における労働契約と労働者概念(一)～(四)」『法学協会雑誌』119巻4号～120巻11号を参照されたい。

⁴ A. Hueck/H. C. Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 1. Aufl. 1927, S. 25.

⁵ RAG 15. 2. 1930, ARS 8, S. 452.

性に置く見解は、第二次大戦後の労働法学説及び連邦労働裁判所（BAG）判例によっても継続的に発展させられてきた。

（１）制定法上の手がかかり

1953年8月6日のドイツ商法典改正の際、同法84条1項2文に、代理商の独立性の定義が「本質的に自由に自らの業務を行い自らの労働時間を決定し得る」と定められた。同条2項で、独立せずに契約の代理業務を行う者が「(ホワイトカラー)労働者 (Angestellter)」であると定義されていることから、同条1項2文に示された「独立性」が認められない者は、法的には労働者である商業使用人となる。この条文は「自営業者 (Selbständige)」一般に関する規定ではないが、BAGはこの条文を労働者性の判断事例において一般的に引用している。とはいえ、この条文の定義で十分というわけではなく、BAGは判例の中で種々のメルクマールを示している。

（２）指揮命令拘束性

「人的従属性」の存在を肯定するメルクマールとして判例が挙げるのは、「労務提供における指揮命令への被拘束性」である。判例及び通説によると、労務の提供者が、労務提供の「時間」、「期間」、「場所」、「内容」、「実施方法」等に関して労務受領者の指揮命令権に服していることにより人的従属性が示される。

（３）事業所への編入

加えて、判例では、ある者が他人の事業所組織に組み込まれた状態で労働を提供すること、すなわち「事業所への編入」もまた、労働者性を肯定するメルクマールとされている。

（４）労働者概念の適用

以上のような判例法上の労働者概念は、各労働法規に共通の統一的概念として用いられている。社会保険法上の労働者概念も基本的に労働法上の労働者概念と一致している。また、裁判所における労働者性の判断において重要なのは、現実の就業実態如何であり、当事者が選択した契約の形式は決定的ではない⁶。

3. 通説判例の問題点と新定義の提唱

上述のような判例・通説上の労働者の定義に対し、問題点の指摘も行われてきた。Wank論文にもあるように、その要点は以下の二点にまとめられよう。第一に、判例が示すところ

⁶ 柳屋孝安「ドイツ労働法における被用者概念と当事者意思」『同志社法学』54巻3号448頁以下参照。

では、労働者性が肯定されるために如何なる事実・徴表が認められればよいのかが明確ではない。第二に、労働法の中で、労働者の経済的保護を目的とする法律⁷については、それがもたらす帰結と、適用の前提、すなわち労働者の「人的従属性」、乃至、人的従属性から生ずる労働者の要保護性との間に関連性が見出されない。

こうした問題点を解消するため、Wank 教授は、労働法の役割を、労働者の使用者に対する経済的従属関係から生ずるリスクの保護に求め、その上で、経済的に従属した「労働者」の定義を、①他人の助けなく、②自らの資本ないし組織なしに、③一人の契約相手のためだけにのみ働く者で、④経営者的な自由が行使できない者、とした⁸。

Wank 教授による新定義はドイツで大きな反響を呼ぶこととなったが、積極的な評価を受けた要因の一つには、いわゆる「新自営業者 (Neue Selbständige)」の問題があったといえる。ドイツで増加している貨物運転手、デパートの販促員、保険外交員といった新自営業者の特徴は、就業実態において特定の契約相手に対し経済的に依存する関係が見られ、稼得の面でも労働者と類似した状況にあるにも拘わらず、指揮命令拘束性の存在が確定し難い点にあり、従来の判例通説の定義では労働者性が必ずしも認められるとは限らないが、しかし上記の新しい定義によるならば、より多くが「労働者」とされ、労働法・社会保険法の保護を享受し得るものと予想されている。その一方で、現行法制との整合性や論理一貫性の観点から、新定義に対する批判も見られる。下級審には新定義の提示するメルクマールに従い労働者性判断を行った裁判例も存するが、BAG は従来の判断基準を原則として変更していない。また、社会保険法の分野で、被保険者確定のための「就労」概念を規定する社会法典第 4 編 7 条の 4 項⁹に、Wank 教授流の新定義に基づくメルクマールが立法化されるに至ったが、その後の法改正により、その内容は削除されている。

4. 労働者類似の者

ドイツの労働法では、制定法の上で「労働者類似の者 (Arbeitnehmerähnliche)」のカテゴリーが設けられ、一部の労働法規の適用が認められている。人的従属性を決定的要素とする労働者概念の成立と相俟って、1926年制定の労働裁判所法 5 条 1 項 2 文には、「家内工業従事者およびその他の労働者類似の者」を労働者と同視する規定が設けられた。現行の1953年労働裁判所法の同条同項によれば、労働者類似の者のメルクマールは「経済的非独立性」とされている。この他、労働者類似の者に対する適用がある労働法規には、1963年連邦年次

⁷ 例えば、労働者が疾病等を理由に労務を提供できない場合でも、一定期間、使用者に賃金支払を義務付ける賃金継続支払法や民法典616条などの他、労働関係であれば保険料の使用者負担が義務付けられる各種社会保険法も労働者の経済的保護を目的とするものと考えられている。

⁸ Vgl. R. Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988; ders., Die "neue Selbständigkeit", DB 1992, S. 92ff.

⁹ 事業主が労務の提供を受ける者を「就労者」として社会保険主体に届け出なかった場合であっても、当該就業者が同項に挙げられた五つのメルクマールのうち三つに該当すれば、「就労者」と推定されることが定められていた。

休暇法、および1974年労働協約法、1994年就労者保護法（セクハラ防止法）、1996年労働保護法がある。労働協約法12 a 条では、労働者類似の者について「経済的従属性があり、労働者と比肩しうる程度に社会的要保護性のある者」との定義がなされている。

その一方で、こうした第三の категория が存在するにも拘わらず、かかる就業者に対する保護が十分ではないとの指摘もある¹⁰。労働者類似の者に適用され得る実体法は、休暇法、協約法、セクハラ防止法、労働保護法のみであり、労働協約法に関しては、労働組合が組織化されている職種であれば実質的な保護を享受しうるが、そうした社会的基盤がない場合には現実的効果に乏しい。先述の「新自営業者」について、まさにそうした未組織化の問題が指摘されている。Wank 教授による新定義のように、経済的従属性のある自営業者に労働法・社会保険法一般の保護を広げる労働者定義のあり方が期待される背景もそのあたりに求められよう。

5. まとめ

以上、Wank 論文を踏まえ、ドイツでの労働者概念を巡る状況を概観し、日本における労働者概念のあり方と比較すると、その特徴は、①労働法一般（実質的に社会保険法も）に統一的な労働者概念が用いられていること、②労働者性は人的従属性の存在に基づき、経済的従属性は不可欠ではないこと、③労働者と自営業者の中間に労働者類似の者の categoria が存すること、にある。すでに見たように、ドイツでも雇用形態の多様化に伴い、人的従属性が確定し難い就業者に対する保護のあり方が議論されているが、これまでのところ、統一的な労働者概念を維持しつつ、個別法規の規制目的に応じ労働者類似の者への適用を個々に規定することで対応が図られており、判例における（特に経済的従属性ないし経済面での要保護性を加味した）労働者概念の柔軟化には慎重な姿勢が見られる。そのため、労働法の労働者類似の者への適用が現状で十分であるかどうかについては検討の余地があり、かかる「自営業者」に対し、安定した収入、職場の確保や、疾病、災害等のリスクからの保護を如何に行うか、立法による労働者定義の見直しを含め、議論されている状況にある。

¹⁰ Frantziach, op. cit., S. 97ff.