

ドイツ労働法の適用対象者の検討

—独立就業者(Selbständige)の保護の必要性・範囲・内容に注目して

桑 村 裕 美 子

I 本稿の目的

2015 年、ドイツ政府はインターネットや AI, IoT 等の情報技術革新に基づく産業の新たなステージを第 4 次産業革命 (Industrie 4.0) と呼び、その労働関係への影響をまとめたペーパーを公表した。これにより、第 4 次産業革命が雇用・労働関係に与える影響について世界中で議論が喚起された⁽¹⁾。この技術革新による大きな変化は、就業の場所や時間に拘束されず、業務上の指揮命令も受けない働き方が極めて容易になったことであり、オンライン・プラットフォームを介して就業する、いわゆるクラウドワーカーの処遇が各国で問題となっている。

こうした中、日本では 2017 年 10 月に、厚生労働省に「雇用類似の働き方に関する検討会」が設置され、その最終報告書 (2018 年 3 月 30 日) に基づき、現在「雇用類似の働き方に係る論点整理等に関する検討会」が開催されている。そこでの主要な論点は、労働基準法上の労働者性を示す基準である使用従属性 (指揮監督下の労働および報酬の労務対償性) がない非雇用型就業に

(1) 諸外国の議論状況は、季刊労働法の集中連載「クラウドワークの進展と労働法の課題」(季労 259 号 77 頁以下, 260 号 100 頁以下, 261 号 62 頁以下, 262 号 116 頁以下), 労働問題リサーチセンター報告書『第 4 次産業革命と労働法の課題』(2018 年) 所収の論稿を参照。

において、労働者に準じた保護が必要か、必要とすればいかなる範囲の者に対し、いかなる保護を行うべきか、である。これはすなわち、法律で最低基準を定めて刑罰や行政監督で履行を確保するという労働法的小アプローチがどこまで妥当するかという問いであり、こうした議論の素材とすべく、諸外国の労働法の適用対象者について検討が進められている⁽²⁾。

本稿はそうした外国法研究の一環として、ドイツ法の検討を行う。ドイツでは、委託者に人的に従属していない（指揮命令を受けない）独立就業者（Selbständige）は、日本と同様に労働法の外に置かれるのが基本であるが、「労働者類似の者」という概念により、一定の要件を満たす場合には労働法が拡張適用され、家内労働者の特別立法もある。そこで本稿では、ドイツにおける独立就業者の法的地位に着目し、労働法上のいかなる保護が、いかなる理由で、どの範囲の独立就業者に適用されるか、そしてその働き方の特性が保護内容にどのように反映されているかを検討する。なお、本稿で労働法という場合、最低基準規制を中心とする個別的労働関係法を意味するものとし、集团的労働関係法（ドイツでは労働協約法および事業所組織法）の適用関係については、必要な限りで言及するにとどめる⁽³⁾。

以下ではまず、ドイツ労働法がいかなる者を適用対象として発展してきたかを振り返り、独立就業者の位置づけとその要保護性についての基本的考え方を整理する（Ⅱ）。その後、一定範囲の独立就業者に労働者と同等の、ないしこれに準ずる保護を付与している法律を詳しく分析し、労働法の適用対象者とその保護のあり方に関するドイツの特徴を明らかにする（Ⅲ）。最後に全体をまとめ、若干の考察を行う（Ⅳ）。

(2) 例えば英米仏の状況について、JILPT 資料シリーズ No. 214『労働法の人的適用対象の比較法的考察』（労働政策研究・研修機構、2019年）。

(3) ドイツの労働協約制度の適用対象については、桑村裕美子「第4次産業革命とドイツ労働組合法制の行方—労働協約制度における非労働者の位置づけに着目した基礎的検討」労働問題リサーチセンター・前掲注1）44頁以下を参照。

II 労働法の沿革と適用対象者

1 労働者の保護

(1) 立法の展開⁽⁴⁾

ドイツにおける労働法 (Arbeitsrecht) は、使用者と労働者の間の法律関係を規律する法の総称である。今日労働法に分類される法規制は、1839年3月9日法による工場労働者の保護規定が最初であり、19世紀後半の複数の営業法により、工場労働者 (Fabrikarbeiter)、職人 (Gesellen) および使用人 (Gehilfen) について健康保護規制や現物給付禁止等の原則が導入された。そして1891年営業法で、それまで現業労働者 (Arbeiter) と明確に区別されてきた職員 (Angestellte) の一部にも部分的保護が付与され、現業労働者 (いわゆるブルーカラー) と職員 (ホワイトカラー) の双方を適用対象とする労働法の萌芽となった。そして20世紀初頭に、ジンツハイマーの従属労働論により、他者に従属して働く者は職業に関わらず労働法が統一的に適用されるべきことが示され、第一次世界大戦後、現業労働者と職員の双方を同じ労働者 (Arbeitnehmer) として保護する労働立法が整備されていく。

ワイマル期 (1919-1933年) には、1日8時間労働制を定める労働時間命令や大量解雇を制限する休業令等が制定され、司法制度においても労働裁判所制度が創設された。その後ナチス期 (1933-1945年) には、週48時間労働制を定める労働時間法や年少者保護法等が制定され、第二次大戦後に、解雇制限法、母性保護法、年少労働者保護法、連邦休暇法、賃金継続支払法等の重要な立法が続いた。また、1960年代以降は民法典にも労働に関する強行規定が挿入され、解約告知期間、営業譲渡に伴う労働関係の承継、労働者の差別的・不利益取扱い禁止等の原則が定められた。1990年代以降は、EU指令を国内法化する労働安全衛生法や一般平等取扱法などが制定されている。

(4) *Richardi* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 1, 3. Aufl. 2009, § 2 Rn. 8 ff.

最近では、長らく労働協約の規律にゆだねられてきた賃金分野でも、協約自治の弱体化を受けて 2014 年に最低賃金法が制定され、2015 年から法定最低賃金が適用されている。

こうして整備されてきたドイツの個別的労働関係法は、労働保護法 (Arbeitsschutzrecht) と労働契約法 (Arbeitsvertragsrecht) に大きく分けられる。労働保護法は、最低基準としての労働条件を定め、その履行を行政上の監督と罰則によって確保する諸法規の総体であり、労働時間法、閉店法、労働安全衛生法、母性保護法、年少労働保護法、最低賃金法等が該当する。これに対して労働契約法は、公法上の履行確保手段をもたず、法の遵守を最終的に当事者の訴訟提起によって確保する諸法規の総体であり、民法典、商法典、賃金継続支払法、連邦休暇法、解雇制限法等が該当する。

(2) 適用対象者としての労働者

ドイツ労働法の個別立法は、その多くが人的適用対象を「労働者 (Arbeitnehmer)」としている。法律の中には、この「労働者」に現業労働者 (Arbeiter) と職員 (Angestellte) が含まれると定めるものが少なくないが、これはドイツが当初両者を区別していたことの名残にすぎず、各法の適用の有無はあくまで労働者性の有無で決まる⁽⁵⁾。

このドイツの労働者概念は、個別法・集団法を問わず統一的な基準で把握され、判例・通説により、①私法上の契約によって、②従属的な③役務提供 (Dienstleistung) を義務づけられた者と定義されている⁽⁶⁾。①により、公法

(5) *Richardi* in: Münchener Handbuch (Fn.4), § 16 Rn.4. なお、1990 年代以降の比較的新しい法律では、人的適用対象を就業者 (Beschäftigte) としている場合があり (労働安全衛生法、一般平等取扱法)、そこでは労働者以外に労働者類似の者も適用対象に含まれる (詳細は後述)。

(6) *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2019, Rn.91. 以下は同書の Rn.92 ff. による。なお、職業訓練生は契約の目的が賃金と労働の交換にないため労働者ではなく、特別法の職業訓練法 (Berufsbildungsgesetz) の規律を受ける。

上の法律関係にある公務員および受刑者、法律上の義務に基づき扶助等を行う親族は労働者ではない。そして、③は他人のために有償で役務を提供することを意味し、ドイツでは仕事の完成それ自体を目的とする請負契約がここで除外される。

上記のうち最も議論があるのが②である。判例・通説によれば、ここでいう従属性は人的従属性を意味し、(a)労働給付の内容、場所、時間に関する指揮命令拘束性、および(b)他人組織への編入が判断基準となる⁽⁷⁾。これにより、仕事の内容や場所、時間を自ら決定する者は人的従属性がなく、独立就業者 (Selbständige) として労働法の適用対象外となる。

ところで、労働法が最初の保護対象とした工場労働者は事業主から得られる収入に依存しており、それ以外の労働者も大部分が十分な資力がないために働かざるを得ない者であったことからすると、経済的従属性が労働者性のメルクマールとなるようにも思われる。しかし、労働法は個々の就業者の経済状態ではなく就業関係における従属状態（就業条件の他人決定性）に着目して保護を及ぼすものであり、経済的従属性ゆえに労働関係が成立するのではないとされる⁽⁸⁾。経済的従属性については、既にワイマール期の判例で、労働者性の判断において必要条件でも十分条件でもないという考え方が示され⁽⁹⁾、現在まで一般的に受け入れられている⁽¹⁰⁾。

こうして、人的従属性がない独立就業者は労働法が適用されないのが原則であるが、一定の要件を満たす場合には労働法上の保護が及ぶ場合がある。

(7) *Richardi* in: Münchener Handbuch (Fn. 4), § 16 Rn. 17 ff. 邦語文献として、橋本陽子「労働法・社会保険法の適用対象者 (3)」法学協会雑誌 120 巻 10 号 (2003 年) 1893 頁以下、労働政策研究・研修機構『労働者の「法的概念」に関する比較法研究』(2006 年) 121 頁以下〔皆川宏之〕等。

(8) *Richardi* in: Münchener Handbuch (Fn. 4), § 16 Rn. 19.

(9) RAG v. 15.2.1930, ARS 8, 451.

(10) BAG v. 22.6.1977 und v. 15.3.1978, AP Nr. 22 und Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

以下ではそのような独立就業者を取り上げ、これらが労働法の適用対象に含まれていく過程を整理する。

2 家内労働者の保護

(1) 立法の展開

独立就業者のうち最初に労働法の適用対象に含まれたのは家内労働者(Heimarbeiter)である。

①法律による保護の拡大⁽¹¹⁾

家内労働者は、後にみる通り就業場所を自由に決定することができ、委託者の組織にも編入されていないので、人的従属性がなく労働者性が否定される。しかし、工場の外で工業製品等の製造に従事する家内労働者は、工場で就労する労働者と同等の保護の必要があると早くから認識された。1869年北ドイツ営業法は、現物給付禁止原則が適用される労働者(Arbeiter)の概念に家内労働従事者を含め(136条)、家内労働者に初めて労働者と同様の保護を及ぼした(134条)。

しかし、それだけでは家内労働者に対する保護は不十分であった。家内労働者は過重労働と低報酬が一般的であり、仕事量が景気に左右され経済的苦境に陥りやすいという特徴もあったため⁽¹²⁾、より一層の保護が必要と考えられた。そこで、1911年に家内労働法(Hausarbeitsgesetz)が制定され、同法の数回の改正により家内労働者に対する保護が拡充された。

現在の家内労働法(Heimarbeitsgesetz)は1951年3月14日の法律を基礎

-
- (11) Hromadka, Arbeitnehmerähnliche Personen, NZA 1997, 1249 ff. 家内労働法の立法経緯については橋本陽子「ドイツ労働法における就労者(Beschäftigte)および「労働者類似の者」の概念について」『毛塚勝利先生古稀記念 労働法理論変革への模索』(信山社, 2015年) 307頁以下も参照。
- (12) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher, Heimarbeitsgesetz, 4. Aufl. 1998, Einl. Rn. 2; Neuvians, Die Arbeitnehmerähnliche Personen (2002), S. 24.

としており、安全衛生上の保護（12条以下）、契約の一方的解約の制限（29条以下）、就業時間関連の保護（発注や引き取り時の不必要な時間の無駄の排除、労働能力を考慮した委託量の配分等。10条以下）を定めるほか、家内労働の委託者等に対し、報酬一覧表の交付や給与手帳の交付の義務（8条以下）を課している⁽¹³⁾。家内労働法の違反は刑罰や行政監督制度の対象となる。

また、家内労働者は家内労働法以外でも、1934年労働裁判所法改正で労働裁判所制度の下に置かれた。その後、1963年の連邦休暇法で年次有給休暇権が付与され、さらに疾病リスクに備えた報酬割増規制（賃金継続支払法10条）、母性保護や年少労働にかかる特別な就業制限などで、労働者と同等の保護が定められた。家内労働者は集团的労働条件決定の場面でも優遇されており、本来は及ばない労働協約の規範的効力が肯定されている（家内労働法17条1項参照）ほか、主として委託を受けている事業所との関係で事業所組織法上の労働者とみなされ（事業所組織法5条1項2文）、事業所委員会の選挙権・被選挙権が付与される。

②特別な最低基準設定の仕組み

以上は法律で直接労働者と同等の保護を定めるものであるが、家内労働法はこれとは別に、所轄の労働官庁が家内労働の業種ごとに設置する家内労働委員会に、必要に応じて最低契約条件を定める権限を付与している。

家内労働法の19条によると、労働組合または委託者団体が家内労働委員会の管轄内に存在しないか、委託者または就業者（家内労働者）を少数しかカバーしていない場合に、家内労働委員会が報酬その他の契約条件が不十分であると認めるときは、関係する委託者および就業者の意見を聴いた上で、管轄内の全ての委託者・就業者について拘束力のある契約条件を設定するこ

(13) ドイツ家内労働法の詳細はJILPT資料シリーズNo.117『諸外国における在宅形態の就業に関する調査』（労働政策・研修機構、2013年）39頁以下〔飯田恵子執筆〕参照。

とができる（1項1文）。「不十分（unzulänglich）」とは、特に報酬その他の契約条件が、家内労働の経済的・社会的特性を考慮して、同一または同価値の事業所労働についての協約賃金またはその他の協約上の労働条件を下回るときを意味する（同2文）。

委員会が設定した拘束力のある契約条件は、所轄の労働官庁の同意を得て、その公表時に一般的拘束力のある労働協約の効力（規範的効力）が生じる（19条2項、3項1文）。これにより、委員会が設定した契約条件は強行的な法規制と同等の性格を獲得し、家内労働者に対して最低契約条件が保障される。委員会による拘束力のある契約条件は、家内労働従事者にのみ有利に変更できる（3項2文）。

以上の手法は、家内労働が主流の事業部門では組合組織率が極めて低く、労働協約制度が機能しないおそれが高いために用意されたものであり⁽¹⁴⁾、実際にこの手続は利用されてきた。例えば、宛名書きや録音テープの文字起こし等の家内労働については、最低報酬（時給6.41€など）や仕事の完成までの最低作業時間の保障があり、有給休暇など法律上労働者と同等の権利が保障されている事項でも、法律より有利な基準が設定されることがある⁽¹⁵⁾。

（2）家内労働者の要件

労働法上の保護が及ぶ家内労働者の概念については、家内労働法上の定義が用いられ（母性保護法1条2項6号、賃金継続支払法10条1項）、その旨明記されていない場合も同様に解されている。家内労働者は法体系上、後述の「労働者類似の者」の一類型と位置づけられる⁽¹⁶⁾が、家内労働法ではその要

(14) Entwurf eines Heimarbeitsgesetzes, Drucksache Nr. 1357 v. 15. 9. 1950, S. 26.

(15) Bekanntmachung einer bindenden Festsetzung von Entgelten und sonstigen Vertragsbedingungen für Adressenschreiben, Abschreibearbeiten und ähnliche Arbeiten in Heimarbeit vom 17. April 2002 (BA nz. Nr. 175, S. 22087).

件が以下のように具体的に定められている。

家内労働法にいう家内労働者 (Heimarbeiter) は、①自ら選んだ労働場所 (自宅または事業場) で、②一人でまたは同居の親族とともに、③営業主体またはその仲介者から委託を受けて、④生業として就労し、⑤その成果物の利用を、直接的または間接的に委託者たる営業主体にゆだねる者、である (2条1項)。家内労働者が原料や補助用具を自ら調達しているとしても、家内労働者性には影響しない (同)。

まず①は、就業場所を自由に決定できることを意味する。家内労働者は就業場所を自由に決定でき、他人組織に編入されていない点で通常の労働者と区別される⁽¹⁷⁾。

次に②は、原則として自ら労務提供することを要求するものである。同居の親族の協力が認められるのは、当該就業者が親族に対して使用者の地位に立つわけではないからである⁽¹⁸⁾。ただし、成果物の完成に対して責任を負うのは当該就業者でなければならず、他者に労務を完全に代行させることができない点で、家内労働者の要保護性が肯定される⁽¹⁹⁾。

③は委託者の数は問題とならず、複数人から委託を受けていてもよい⁽²⁰⁾。

④の「生業として (erwerbsmäßig)」とは、一定期間継続し、その収入を生活費に充てていることを意味する。この活動には、物品の製造・加工だけでなく文章の入力などの事務作業も含まれ、その作業にかかる就業時間の長短や報酬額は関係しない⁽²¹⁾。ただし、継続的な活動であっても、家内労働法は第1に物の製造・加工等を念頭に置いているため (2条2項・4項参照) 、

(16) Neuvians (Fn. 12), S. 83.

(17) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher (Fn. 12), § 2 Rn. 7.

(18) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher (Fn. 12), § 2 Rn. 15.

(19) Neuvians (Fn. 12), S. 84.

(20) Neuvians (Fn. 12), S. 84.

(21) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher (Fn. 12), § 2 Rn. 11 ff.

物やページ数などで作業量が計れない活動（芸術，研究，教育・助言活動等）は対象外とされる⁽²²⁾。

⑤は，成果物の販売等の営業上のリスクを負わないことを意味し，一部でも販売の責任を負っている場合は家内労働者性が否定される⁽²³⁾。また，家内労働者は営業利益も享受しないので，この点で営業活動を行っている他の独立就業者と区別される⁽²⁴⁾。

家内労働者を特別に保護する理由としては，委託者に対する経済的従属性が指摘されることが多い⁽²⁵⁾が，上記のように家内労働法はこの要件を明示していない。しかし，連邦労働裁判所は，家内労働者はその経済的従属性ゆえに特別な保護を要するという前提に立ち，家内労働者に該当するためには特定の委託者に対して経済的に従属していることが必要としている⁽²⁶⁾。

3 労働者類似の者の保護

家内労働法で家内労働者に特別な保護が付与されていく過程で，家内労働以外の就業形態・職業を広く含む概念として新たに「労働者類似の者」が提唱され，この者にも労働法上の保護が適用されるようになる。

(1) 立法の展開⁽²⁷⁾

「労働者類似の者」は，労働者と同程度に社会的保護が必要な者の総称としてメルスバッハが1923年に提唱した概念であり⁽²⁸⁾，1926年労働裁判所

(22) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher (Fn. 12), § 2 Rn. 11.

(23) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher (Fn. 12), § 2 Rn. 6.

(24) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher (Fn. 12), § 2 Rn. 7.

(25) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher (Fn. 12), § 2 Rn. 5; *Heenen* in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht Band 2, 3. Aufl. 2009, § 315 Rn. 3.

(26) BAG v. 3.4.1990, AP Nr. 11 zu § 2 HAG.

(27) 橋本・前掲注 11) 論文 314 頁以下も参照。

法によって初めて法律で採用された。労働裁判所法は、労働紛争について排他的管轄権を有する労働裁判所を創設し、労働者の利益に配慮した特別な制度（労働組合による代理の許容、裁判費用の軽減など）を導入した。そしてこの1926年法は、同法の適用を受ける労働者と同列に扱われる者として「労働者類似の者」を挙げ（当時の5条1項）、この者に労働者と同様の手続的権利を付与した。その後1963年連邦休暇法で、実体面でも労働者類似の者に労働者と同様の権利が付与され、1994年就業者保護法（2006年に一般平等取扱法に統合）、1996年労働安全衛生法、2017年母性保護法でその権利保護が強化された。1974年には、労働協約法の改正により、労働協約の規範的効力が労働者類似の者（代理商を除く）との関係でも肯定された（12a条）。

このように、労働者類似の者についても労働法上の保護が及ぶようになったが、家内労働者と比較するとその保護の程度は弱い。すなわち、家内労働者には適用される疾病リスクに備えた特別な報酬規制（賃金継続支払法10条）や最低報酬を設定しうる特別な仕組み（家内労働法19条）は存在せず、委託者からの一方的解約を制限する特別規制（家内労働法29条以下）も、労働者類似の者一般には及ばない。報酬と契約存続に関する保護は労働法の中心に位置するため、この点での家内労働者との違いは大きいとされる⁽²⁹⁾。

（2）労働者類似の者の要件⁽³⁰⁾

①経済的従属性

労働者類似の者に労働者と同等の保護を与える法律では、ほとんどの場合に労働者類似の者を「経済的従属性ゆえに労働者類似の者とみなすべき者」

(28) Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht, 1923, S. 24.

(29) Neuvians (Fn. 12), S. 27.

(30) 柳屋孝安『現代労働法と労働者概念』（2005年）42頁以下、橋本陽子「労働法・社会保険法の適用対象者（4・巻）」法学協会雑誌120巻11号（2003年）2156頁以下も参照。

と定義し、経済的従属性を不可欠の要件としている⁽³¹⁾。この定義は労働裁判所法に由来する。

労働者類似の者の概念を初めて法律上採用した1926年労働裁判所法は、経済的従属性を要件としておらず、「労働関係になく、特定の他者から委託を受け、その者の計算の下で役務を提供する者」と定義していた（当時の5条1項）。しかし、これでは労働者と同等の権利を認める者の定義としては広すぎると考えられ⁽³²⁾、1934年改正で経済的従属性の要件が加えられた。同改正により、労働者類似の者の定義は、「労働関係になく、特定の他者から委託を受け、その者の計算の下で役務を提供する者であって、経済的な従属性（Unselbständigkeit）ゆえに労働者類似の者とみなすべき者」（下線部が改正部分。下線は筆者追加）とされた。

その後、1953年に労働者類似の者の要件が簡素化され、1934年改正時に追加された上記文言のみ残ったのが現在の規定である（5条1項2文）。そして、経済的従属性を不可欠とするこの言い回しが、その他の法律でも「労働者類似の者」の定義としてそのまま利用されたのであった⁽³³⁾。

ここでいう経済的従属性は、委託者から得られる報酬が生計維持のために決定的に重要である場合に肯定される⁽³⁴⁾。委託者は複数でもよいが、そのうち一人からの仕事が大部分を占め、そこから得られる収入が生計維持に不可欠であることを意味する⁽³⁵⁾。その報酬がなくとも他の収入や財産が十分

(31) 唯一この例外として、年少労働保護法は「労働者または家内労働者の役務提供に類似するその他の役務提供者」と定義している（詳細は後述）。

(32) Neuvians (Fn. 12), S. 25.

(33) Neuvians (Fn. 12), S. 25; Kretzschmar, Die Rolle der Koalitionsfreiheit für Beschäftigungsverhältnisse jenseits des Arbeitnehmerbegriffs (2003), S. 95 f.

(34) BAG v. 23.12.1961, BAGE 25, 248; Koch in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 19. Aufl. 2019, ArbGG § 5 Rn. 5.

(35) BAG v. 17.6.1999, NZA 1999, 1175.

あって生活できる場合は、労働者類似の者とはみなされない⁽³⁶⁾。

この点に関連し、労働協約法 12a 条 1 項は、「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がある者（労働者類似の者）」に労働協約法を準用すると定めており、そこで満たすべき具体的要件の 1 つとして、a) 主として一人のために活動している場合、又は、b) 一人の者から平均して、生業活動から得られる全収入の半額以上⁽³⁷⁾を得ている場合、を挙げている。この a) b) は経済的従属性の判断基準を具体化した規定と理解されており⁽³⁸⁾、労働協約法以外の法律においても、「労働者類似の者」にかかる経済的従属性の判断基準として参照されている⁽³⁹⁾。

②社会的保護の必要性

ただし、労働者類似の者とされるためには経済的従属性だけでは足りず、「労働者と同程度の社会的保護の必要性」が要求される点に注意が必要である。「社会的保護の必要性」は、労働協約法 12a 条を除いて条文上明記されていないが、労働者類似の者の概念を使って保護を拡張する法律のすべてで、この 2 つの要件充足が必要と解されている⁽⁴⁰⁾。

この「社会的保護の必要性」の意味について、連邦労働裁判所は、「その従属性の程度が一般に労働関係にしか妥当しないレベルに至っており、提供する役務が社会的にみて労働者の提供する役務と同等である場合に肯定される」⁽⁴¹⁾と述べている。この一般的な定式化の下で、裁判所は報酬額の多

(36) BAG v. 23.12.1961, BAGE 25, 248; BAG v. 2.10.1990, NZA 1991, 239.

(37) 芸術家、作家、ジャーナリストの場合は全収入の 3 分の 1 である（労働協約法 12a 条 3 項）。

(38) *Franzen* in: *ErfK* (Fn. 34), § 12a TVG Rn. 4.

(39) BAG v. 17.10.1990, AP Nr. 9 zu § 5 ArbGG 1979.

(40) *Neumann/Fenski/Kühn*, Bundesurlaubsgesetz, 11. Aufl. 2016, § 2 Rn. 70; *Kohte* in: *Kollmer/Klindt/Schucht* (Hrsg.), Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG), 3. Aufl. 2016, § 2 ArbSchG Rn. 77; *Schlachter* in: *ErfK* (Fn. 34), § 1 MuSchG Rn. 10; *dies.* in: *ErfK* (Fn. 34), § 6 AGG Rn. 2.

(41) BAG v. 2.10.1990, AP Nr. 1 zu § 12a TVG.

寡⁽⁴²⁾や個人の財産状況⁽⁴³⁾などで労働者との同等性を判断しており、その考慮要素には一貫性がないとの指摘もある⁽⁴⁴⁾。ただし少なくとも、労務を主として個人で提供していることを労働者と同程度の保護の必要性を肯定する前提条件とする点では一致しているようである⁽⁴⁵⁾。労働協約法が「本質部分で労働者の協力なく自ら労務を提供していること」を労働者類似の者の要件としている（12a 条 1 項）のも、同様の発想に立つものとされている⁽⁴⁶⁾。主として個人で役務を提供するのではなく他人を雇って分業している者は、真の事業者とみなされ、社会的保護の必要性が否定されて労働者類似に該当しないと判断されるのである⁽⁴⁷⁾。

4 専属代理商の法的地位

最後に、労働法上の特別な保護は受けていないが、商法典で国家による最低契約基準を設定しうる枠組みが導入されている職業類型に、代理商（Handelsvertreter）がある。代理商は、「独立の営業主として、常時、他の事業主のためにその取引を媒介し、又はその事業主の名前で契約を締結する権限を有する者」と定義されている（商法典 84 条 1 項 1 文）。「独立の」とは、その活動と就業時間の決定が本質部分で自由であることを意味する（同 2 文）。

この定義に該当する代理商は、独立して活動するため人的従属性がなく、労働者性が否定されて労働法は適用されないが、契約で他の事業主（委託

(42) BAG v. 17.6.1999, NZA 1999, 1175; BAG v. 2.10.1990, AP Nr.1 zu § 12a TVG.

(43) BAG v. 2.10.1990, AP Nr.1 zu § 12a TVG.

(44) Kretzschmar (Fn.33), S.99.

(45) BAG v. 17.6.1999, NZA 1999, 1175; *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2017, § 12a Rn.31.

(46) *Reinecke/Rachor* in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 4. Aufl. 2016, § 12a Rn.3.

(47) BGH v. 27.1.2000, NZA 2000, 390; Wiedemann./Oetker/Thüsing/*Wank* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz (TVG), 8. Aufl. 2019, § 12a Rn.114.

者)のために活動することが許されていないか、取引活動の種類及び範囲からそれができない専属代理商(Einfirmenvertreter)については、法規命令で最低契約条件を設定することが認められている。すなわち、商法典 92a 条 1 項によると、連邦司法・消費者保護省は、上記の専属代理商について、連邦経済エネルギー省と協力し、代理商団体及び委託者団体の意見聴取を経た上で、連邦参議院の同意なしに、委託者が契約上給付すべき最低限度を確定し、これらの代理商や特定の代理商のグループにとって社会的・経済的に必要な物資が確保されるように、法規命令をもって整備することができる⁽⁴⁸⁾。

もっとも、92a 条に基づき最低契約条件が設定されたことは一度もなく、今後その予定もないことから、同規定は死文に等しいとされている⁽⁴⁹⁾。かつて連邦議会でその可否が問われた際に担当大臣は、本業が代理商である者で契約条件が生存最低限を下回るケースはごくわずかであり、この一部の者のために最低基準を設定すると契約解除につながる可能性が高いため、法規命令を発令しないことが妥当と回答していた⁽⁵⁰⁾。

以上により代理商は、実質的には家内労働者のような特定の就業形態・職業に着目した保護は受けておらず、個別のケースで労働者類似の者の要件に該当する場合に、労働者類似の者として一定の権利が付与されるにとどまる。

5 ドイツ労働法の特徴

ここまで、ドイツ労働法がいかなる者を適用対象とし、保護を及ぼしてきたかを概観してきた。

(48) この枠組みは保険代行人(Versicherungsvertreter)にも準用されている(商法典 92a 条 2 項)。

(49) Wank in: TVG (Fn. 47), § 12a Rn. 23.

(50) BT-Drs. 10/2954, S. 3 f.

(1) 労働法上の独立就業者の位置づけ

ドイツ労働法は工場労働者のための保護から出発し、現業労働者、職員一般へと適用対象を拡大してきた。この過程で、現業労働者（ブルーカラー）と職員（ホワイトカラー）が同じ労働者（Arbeitnehmer）として整理され、「労働者」が労働法上の人的適用範囲を確定する概念となった。そして、ここでいう「労働者」は、個別法・集団法を問わず、使用者への人的従属性を基礎に統一的に把握される概念であり、①仕事の内容・場所・時間に関する指揮命令拘束性と②他人組織への編入で判断される。この基準によると、①就業の場所や時間等を自ら決定し、②他人組織への編入もない独立就業者は労働者ではなく、労働法は適用されないことになる。

しかし、一部の独立就業者は、法律で労働者に対する保護が個別に拡張されてきた。労働法の生成期からそのような特別扱いを受けてきたのが家内労働者である。家内労働者は委託者に人的に従属しておらず、労働法は適用されないのが原則であるが、低報酬や地位の不安定さが問題視され、事業場で就業する労働者と同等の社会的保護が必要と考えられた。そこで、19世紀後半に労働者と同様に現物給付禁止原則が適用され、20世紀初頭には特別立法（家内労働法）で報酬の明確化や健康保護が図られた。その後同法は数回の改正を経て、安全衛生、報酬、一方的解約等に関して様々な保護を定めている。また、家内労働者は多くの事項で労働者保護立法の適用対象に含められ、労働者に準じた保護を受けている。

次に、労働者と同等の社会的保護が必要な者をより広くカバーするために考案されたのが「労働者類似の者」の概念である。同概念は1926年労働裁判所法で初めて法律上採用され、1960年代以降は年次有給休暇や母性保護、安全衛生などについて労働者と同等の保護が定められた。もっとも、家内労働者と比較すると労働者類似の者は保護規定が少なく、ドイツ労働法で最も保護が厚い独立就業者は家内労働者であった。

(2) 独立就業者の要保護性

ドイツにおいて労働法上の保護が適用される独立就業者は、まずは経済的従属性が要保護性を基礎づける視点とされてきた。労働者類似の者の定義については、労働裁判所 1934 年改正で経済的従属性の要件が加えられて以降、他の法律でその文言がほぼそのまま用いられた。また、家内労働者についても委託者への経済的従属性が特徴とされ、判例は家内労働者性の判断において経済的従属性を要求している（2 (2) 参照）。そして、ここでの経済的従属性は、ある特定の委託者との関係で肯定される必要があり、当該委託者からの報酬がなければ生活できなくなるという高度の経済的依存が必要とされていること（全収入の半分以上を得ていることが1つの基準）が重要である。

もっとも、ドイツでは経済的従属性だけで労働法上の保護を拡張しているわけではなく、さらに社会的意味での労働者との同等性が必要とされていた。ドイツでは、労働法の本来的な適用対象である労働者性の判断においても経済的従属性は決め手とならず（1 (2) 参照）、同様の考え方が労働法上の保護を拡張する場面でも採用されていると考えられる。そして、労働者と同等の社会的保護の必要性の意味については、少なくとも本質部分で個人として労務を提供していることが要求されており、特定の取引先に経済的に従属していても、自ら他人を雇用して分業している者は、典型的な事業者として保護の対象外とされる。

以上からドイツでは、特定の取引先からの報酬が収入の大半を占め、主として個人で役務を提供している独立就業者について、労働者と同等の保護の必要性を認め、問題となる事項ごとに労働立法の適用対象に含めるというのが基本的発想であると要約できる。

Ⅲ 独立就業者の保護規制

ドイツでは、一定範囲の独立就業者について、手続法上は労働裁判所制度

の対象とし、実体法上は年次有給休暇や報酬・安全衛生などで特別な保護を付与している。以下では後者の実体的権利保護のあり方に注目し、独立就業者に労働法上の保護を及ぼす際の制度設計を詳しくみていく。

1 年次有給休暇

まず、年次有給休暇については連邦休暇法（Bundesurlaubsgesetz）が規律している。

(1) 連邦休暇法の概要

連邦休暇法は、それ以前に有給休暇の権利を定めていた州法や労働協約上の規律を連邦レベルで統一するために1963年に制定された法律であり、公法上の履行確保手段のない労働契約法に分類される。連邦休暇法は、暦年ごとの有給休暇の保障（1条）、最低限の年次有給休暇日数（3条。現在は24週日）、年休の成立要件（6か月の労働関係の継続。4条）、この要件を満たさない場合の部分的年休権（5条）、年休二重取得の排除（6条）、年休の時期指定方法および繰越・買い上げ制限（7条）、年休中の就業禁止（8条）、疾病期間の年休日への不算入（9条）、療養・治療期間の年休日への不算入（10条）、休暇手当の算定方法（11条）などを定めている。

(2) 労働者類似の者への適用

連邦休暇法の適用対象者は「労働者」であるが、この「労働者」には「経済的従属性ゆえに労働者類似の者とみなすべき者」も含まれる（2条2文）。この理由については、労働者類似の者は経済的従属性ゆえに労働者と同様に休養期間を保障する必要があると説明するもの⁽⁵¹⁾と、同法以前の州法上の

(51) *Neumann/Fenski/Kühn* (Fn.40), § 2 Rn. 68.

取扱いに合わせたという歴史的意義を強調するもの⁽⁵²⁾がある。

なお、連邦休暇法の立法過程では、一部の州法が代理商について一定の収入以下であることを「労働者類似」に該当するための要件としていたことが問題となったが、特定の収入要件を設定すると個別の事例で不当な帰結をもたらすとして、最終的に労働裁判所法 5 条の定義に倣った一般的定め方にされた⁽⁵³⁾。

労働者類似の者は、（次にみる家内労働者に該当する場合を除き）法律上労働者と全く同じ規定が及ぶ。しかし、労働者と異なり個別に委託を受けて就業する労働者類似の者に、6 か月の就業関係の継続要件（4 条）、休暇の買い上げ（7 条）、休暇手当の算定（11 条）、年休中の就業禁止（8 条）などの規定がどのように適用されるか明らかでなく、実務上の運用が極めて困難である。このような状況では、労働者類似の者を適用対象に含めても實際上意味はないと指摘されている⁽⁵⁴⁾。

（3）家内労働者への適用

「労働者類似の者」として主に想定されているのは家内労働者であり、当初は家内労働者を明示的に同法上の「労働者」に含めて通常の労働者と同じ規定を及ぼす案もあった。しかし家内労働者は、自ら選択した就業場所で、委託者から指揮命令を受けず、また就業時間の決定も自由という特徴があるため、特別な規定が必要と考えられ、家内労働者についての独立した条文が設けられた（12 条）。同条の内容は、連邦休暇法の制定前に家内労働委員会が設定していた拘束的な最低基準（Ⅱ2（1）②参照）を考慮したものだとい

(52) Pfarr, Die arbeitnehmerähnliche Person, in: Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für Karl Kehrman zum 65. Geburtstag (1997), S. 75 (78); Neuvians (Fn. 12), S. 25.

(53) Schriftlicher Bericht des Ausschusses, BT-Drs. IV/785, S. 2.

(54) Neuvians (Fn. 12), S. 90 ff.; Kretzschmar (Fn. 33), S. 104.

う⁽⁵⁵⁾。

①そのまま適用される規定

連邦休暇法 12 条は、まず、家内労働法にいう家内労働者には一部の例外を除いて連邦休暇法の規定がそのまま適用される旨を定める。これにより、家内労働者には年間 24 週日の有給休暇が保障され（12 条 1 号）、休暇中は労務提供義務から解放される。本来家内労働者は、通常の労働者と異なり時間的拘束を受けないため、いつ休暇をとるかは自分で決められるはずであるが、委託者が一定の期日までに物品の完成を要求する場合などは家内労働者の時間配分の自由が事実上制約されるため、労働者と同様に仕事から解放される時間を保障したものとされている⁽⁵⁶⁾。そして休暇中は、家内労働者は通常の労働者と同じく、他の委託者のための就業が禁止される（8 条）。

②修正して適用される規定

次に、以下の規定は家内労働の特性を踏まえて修正して適用される。

第 1 に、年休手当は、通常の労働者の場合は年休の開始直前の 13 週間に受給した平均労働稼得によって算出される（11 条）が、家内労働者の場合は「5 月 1 日から翌年の 4 月 30 日まで又は就業関係の終了まで」に得た報酬（税込み総額）の 9.1%⁽⁵⁷⁾が年休手当（の総額）とされている（12 条 1 号）。

第 2 に、家内労働者が上記の算定期間中に常時就労していなかった場合は、年休手当の総額を当該期間の 1 日の平均報酬で除した日数が、年休日数として保障される⁽⁵⁸⁾（12 条 2 号）。ここでは年休の比例的付与の考え方が採

(55) *Neumann/Fenski/Kühn* (Fn. 40), § 12 Rn. 2.

(56) *Neumann/Fenski/Kühn* (Fn. 40), § 12 Rn. 13.

(57) この「9.1%」という数字は、通常の労働者の年間推定労働日数（年 365 日－（日曜 52 日＋祝日 12 日＋年休 24 日＋推定病欠 14 日）＝263 日）に占める年休日数（24 日）の割合に合わせたものである。なお、算定期間の「翌年の 4 月 30 日まで」とは、休暇より前の時期（休暇が 2015 年 7 月であれば 2014 年 5 月～2015 年 4 月）と解すべきとされる。*Gallner* in: *ErFK* (Fn. 34), § 12 BUrLG Rn. 11 f.

用されており、そのため労働者の部分的年休権（5条）の枠組みが実質的に修正して適用されている⁽⁵⁹⁾。

第3に、休暇手当は、通常の労働者の場合は休暇開始前に全額支払う義務がある（11条2項）が、家内労働者の場合は「休暇開始前の最後の報酬支払時」に「全額支払うべき（soll）」との表現が用いられている（12条3号）。この「べき」規定は、実務上頻繁にみられる家内労働者への休暇手当の概算払いを違法としないためであるという⁽⁶⁰⁾。

③一切適用されない規定

最後に、年休の二重取得の排除（労働者が別の使用者と労働関係に入っても、同じ暦年中は完全休養としての年休の付与は一度に限るという原則。6条）と、一定の場合の年休の繰越や買い上げの許容（7条3項、4項）は、家内労働者には適用されない。これらは、同時期に複数の委託者のために就労する家内労働者になじまないためと説明されている⁽⁶¹⁾。

2 報酬規制

(1) 疾病時・法定祝日の報酬支払い

次に、賃金継続支払法（Entgeltfortzahlungsgesetz）は、労働者および家内労働者に対し、疾病時および法定祝日の賃金保障を定めている。賃金継続支払法の条文構造は、初めに労働者についての賃金保障を定め、その後で家内労働者について2つの条文を設けて特別な保護を及ぼすという方式をとっている。

(58) 例えば、算定期間内に家内労働に従事した日数が90日で報酬総額が4000€の場合は、年休手当の総額（4000€の9.1%）364€を1日の平均報酬44.4€で除した8.19日が年休として保障される。*Gallner* in: *ErfK* (Fn.34), §12 BUrlG Rn.9.

(59) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher (Fn.12), Anh. §19 Rn.108.

(60) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher (Fn.12), Anh. §19 Rn.118.

(61) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher (Fn.12), Anh. §19 Rn.108.

まず、通常の労働者は疾病で労働不能に陥った場合でも最大6週間賃金が保障され(3条1項)、ここで使用者が支払うべき額は通常の労働時間に対応する賃金である(4条1項)。しかし、家内労働者は就業が不定期であるため疾病による労働不能の証明が難しく、また報酬額が変動しやすく支払額の計算が困難である。そこで、家内労働者については、委託者またはその仲介者に対し、家内労働報酬に毎回3.4%上乗せした支払いを義務づけている(10条1項1号)。ここでは、家内労働者がこの上乗せ分を積み立てておくか保険に回し、自ら疾病に備えておくことが期待されている⁽⁶²⁾。

次に、使用者は労働者に対して、労働が禁止されている法定祝日(労働時間法9条1項)の喪失賃金の支払が義務づけられる(賃金継続支払法2条1項)が、家内労働者については、祝日ごとに、法所定の6か月間⁽⁶³⁾に支払われた労働報酬の0.72%の請求権が付与されている(賃金継続支払法11条2項)。家内労働者は就業時間の拘束がなく祝日でも就労することが多いが、事業所で就労する労働者に原則として支払うべきとされている祝日手当は家内労働者にも原則として保障すべきと考えられたのだという⁽⁶⁴⁾。ただし、家内労働者の場合は特定日の喪失賃金の計算が不可能であり、また算定期間が短いと報酬額の変動幅が大きく不利であるため、6か月という比較的長い期間での労働報酬の総額を基礎に手当の額を計算することとした⁽⁶⁵⁾。

(2) 最低報酬

法定最低賃金(2019年は時給9.19€, 2020年1月から9.35€)を定める最低

(62) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher (Fn.12), § 19 Anh. Rn.47; *Reinhard* in: ErfK (Fn. 34), § 10 EFZG Rn. 1.

(63) 祝日が5月~10月の場合はその前の11月~4月の6か月間、祝日が11月~4月の場合はその前の5月~10月の6か月間である(11条2項2文)。

(64) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher (Fn.12), Anh. § 19 Rn.79.

(65) Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher (Fn.12), Anh. § 19 Rn.74 ff.

賃金法は独立就業者を対象外としている（22条1項1文）が、家内労働者については、上述の通り、家内労働委員会が最低報酬を定めうることになっており（家内労働法19条）、実際にいくつかの家内労働部門で最低報酬が設定されている⁽⁶⁶⁾。なお、専属代理商も法制度上は最低報酬の設定が可能である（商法典92a条）が、こちらは一度も利用されていない。

3 安全衛生

(1) 労働安全衛生法の概要

①使用者の義務

安全衛生については、EUの安全衛生指令（89/391/EEG）を国内法化した1996年労働安全衛生法（Arbeitsschutzgesetz 以下「安衛法」という）が重要である。安衛法は就業者の安全と健康の確保を目的とし（1条）、使用者に対し、就業上の事故の防止と適正な就業条件の確保を義務づけている。役務提供を受ける者は民法上安全配慮義務がある（民法典618条）が、安衛法が適用される場合は使用者に所定の措置義務が生じ、行政指導や刑罰などの公法上の手段でその履行が担保される。

安衛法によると、使用者は就業者の安全と健康に影響を与える事情を考慮して安全衛生上必要な措置を講じ、その措置の実効性を審査し、必要に応じてその内容を見直さなければならない（3条1項）。その措置の計画と実施に際しては、就業者の活動の種類と就業者数を考慮し、適切な組織の整備や必要な用具の調達などが義務づけられる（同2項）。

安全衛生上の措置に関する一般原則としては、使用者が就業者の命と健康への危険を可能な限り回避すること、労働医学等の発展状況を考慮すること、特に保護が必要な就業者グループへの特別な危険を考慮すること、就業

(66) 例えば、宛名書きの家内労働については時給 6.41 ユーロなど。前掲注 15) の基準を参照。

者に適切な指導を行うことなどが定められている（4条）。使用者が講じるべき具体的措置は法規命令⁽⁶⁷⁾が詳細に規律しており、就業設備や就業環境、車両の安全装置、防音対策、衛生上の措置などが最低条件として定められている。また、使用者は施設や仕事用具などに起因する物理的な危険だけでなく、就業者の労務遂行や労働時間の状況、業務上の精神的負担などから生じる健康への悪影響についても調査し、必要に応じて措置を見直す義務がある（5条）。

②適用対象者

安衛法は、その適用対象者を労働者（Arbeitnehmer）ではなく就業者（Beschäftigte）とし、労働者以外に労働者類似の者、公務員、裁判官、軍人、障害者のための職場の就業者が含まれると定めている（2条2項）。安衛法が1996年に制定される以前は、安全衛生を規律する法律は公務員を適用対象外としていたが、EUの安全衛生指令が公務部門を含むあらゆる活動部門を適用対象としていること（指令2条1項）から、ドイツ国内で適用対象者を拡大する必要が生じた。そしてこの時に、労働者以外に公務員を含む概念として「就業者」が選択されたのだという⁽⁶⁸⁾。ただし、家内労働者については家内労働法に特別規制があるので、安衛法上の「就業者」の概念からは明文で除外されている（2条2項3号）。

なお、安衛法上の使用者（Arbeitgeber）は同法上の就業者を使用する自然人または法人であり（2条3項）、労働契約上の使用者よりも広い概念である。

(67) Verordnung über Arbeitsstätten v. 12.8.2004, BGBl. I, S.2179.

(68) BT-Drs. 13/3540, S.15.

(2) 労働者類似の者

①経済的従属性の要否

安衛法上の「労働者類似の者」は労働裁判所法 5 条 1 項の定義に依拠しており（安衛法 2 条 2 項）、「経済的従属性ゆえに労働者類似とみなすべき者」である。既にみたように、この経済的従属性は特定の委託者からの収入がなければ生計が維持できないという厳格な基準であり（Ⅱ3 (2) ①）、独立就業者に他に十分な収入や財産がある場合には労働者類似の者への該当性が否定され、安衛法は適用されない。

しかし、適用対象者についての以上のような解釈には批判がある。安衛法は就業者の安全と健康の確保を目的としており、その適用対象者の基準として、就業者の収入額や経済状態を考慮するのは妥当でないからである。この論者によれば、「労働者類似の者」の概念は安衛法の目的に照らして合理的に解釈すべきであり、同法が他人の組織内にある者への危険の排除を目的としていることから、当該他人の組織に一定程度編入されている就業者は、経済的従属性の有無に関わらず「労働者類似の者」に当たると解すべきとしている⁽⁶⁹⁾。

②労働者類似の者への適用のあり方

労働者類似の者に該当する場合でも、労働者類似の者は就業場所と時間を自ら決定し、委託者の組織にも編入されていないことが多いので、安衛法上の規定の適用のあり方が問題となる。安衛法はこの点を具体的に定めていないが、学説では、労働者類似の者が独立就業者であることを踏まえて、安衛

(69) Deinert, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht (2015), S. 52; *Kohte* in: ArbSchG (Fn. 40), § 2 ArbSchG Rn. 78, 85. ただし、安衛法が危険を分析して計画的にこれを回避する措置を義務づけていること（3 条 2 項参照）から、同法はある程度の就業の継続を前提としており、臨時の補助的就業者は適用対象に含まれないとする。

法上の規定は修正して適用されると指摘されている⁽⁷⁰⁾。例えば、事業所施設の整備義務は、労働者類似の者が委託者の事業所内で就業する場合に限定され、労働者類似の者の自宅の仕事部屋などの危険に対しては責任を負わない。同様に、仕事用具の安全対策等の義務は委託者が貸与した用具についてのみ妥当し、労働者類似の者自身が調達した用具は対象外であるとする。

(3) 家内労働者

職場の安全衛生について、家内労働者には安衛法が適用されず、家内労働法上の規定のみが適用される。

家内労働法はまず、家内労働にかかる危険防止の基本原則として、家内労働者の就業場所、仕事用具および就業過程において就業者（家内労働補助者を含む）の生命と健康、安全が害されないようにし、かつその他の一般人にも危険が及ばないようにしなければならないと定める（12条1項）。ここでは、家内労働の委託者ではなく、家内労働者自身が就業場所と器具の適正な管理責任を負うことが前提となっている。

他方で、委託者が家内労働者の使用に供した仕事用具や原材料については、委託者が家内労働者の生命や健康に危害が及ばないようにしなければならない（16条1項）。また、仕事部屋や事業所施設に関する危険防止措置を講じるのは、その部屋等の管理者であると定められている（同2項）。

以上のほか、家内労働の委託者には、家内労働者に従事させる労務の種類と方法、事故や健康被害の危険性およびこれらの危険防止措置について、家内労働者に事前に説明する義務がある（7a条）。

(70) Neuvians (Fn. 12), S. 96 f.

4 特別な就業制限

(1) 母性保護

①沿革と概要

母性保護法 (Mutterschutzgesetz) は、産前産後の女性に対する特別な就業制限や使用者が配慮すべき事項を定めており、EU 指令の国内法化のために 2017 年に大きく改編された。

2017 年改革後の母性保護法によると、まず、産前 6 週間と産後 8 週間は就業が禁止される (3 条 1 項, 2 項)。また、使用者は、労働条件決定に際して妊娠中・授乳中の女性に対する危険性を考慮し (9 条 1 項)、それを可能な限り排除し (2 項)、仕事の中断を認め (3 項)、医学的知見を踏まえた措置を講じなければならない (4 項)、場合によって専門家に対応をゆだねることが認められる (5 項)。妊娠中の検査や授乳のための時間は労働から解放される (7 条)。さらに、産前および産後の一定期間は解雇が禁止される (17 条)。

母性保護法は従属的に就業する女性を適用対象とする (1 条 2 項 1 文, 社会法典第 4 編 7 条 1 項) が、家内労働者 (母性保護法 1 条 2 項 2 文 6 号) と「経済的従属性ゆえに労働者類似の者とみなすべき者」 (同 7 号) も、一定の条件付きで同法が適用される。2017 年改革前は、母性保護法の対象は労働者、家内労働者および家内労働法上これと同等の者に限定されていたが、EU 一般平等取扱指令 (2006/54/EG) が母性保護に関して一定の独立就業者を適用範囲に含めることを義務づけた (6 条) ことを受けて、2017 年改革で労働者類似の者も適用対象に含められたという経緯がある⁽⁷¹⁾。

②家内労働者への適用

まず家内労働者は、10 条 (妊娠中の女性等への危険性を評価した上での労働条件の見直し) と 14 条 (その危険性の評価結果の文書化) は不適用とされている

(71) Schlachter in: ErfK (Fn. 34), § 1 MuSchG Rn. 10.

(1条2項2文6号)。この2つの条文は、労働時間や労務遂行方法等に関する危険性の評価・見直しを使用者に義務づけるものであり、就業条件を自ら決定することが前提の家内労働者には適用がふさわしくないと考えられた⁽⁷²⁾。ただし、労働条件決定に際して妊娠等の事情を考慮して各種配慮を行う義務を定めた9条1項ないし5項(上記①参照)は家内労働者の就業関係に準用される(1条2項2文6号)。これは、委託者が家内労働者の就業条件の決定に影響を与えうる場合を想定した制度設計とされている⁽⁷³⁾。

家内労働者には以上の他に特別規定があり、委託者・仲介者は、妊娠中の女性に対し、週日に1日8時間以内で完成させることができる範囲で、かつそのような期限を設定する場合にのみ委託が許される(8条1項)。また、授乳中の場合は1日7時間以内で完成できる範囲で、という制約がかかる(同2項)。家内労働者は労働時間が決まっていないので、委託量での制限が選択されたものである⁽⁷⁴⁾。

③労働者類似の者への適用

次に、労働者類似の者は、18条(就業禁止中の賃金保障)、19条2項(公的医療保険に加入していない場合の母性保護給付)および20条(母性保護手当)は適用されず、産前産後の収入喪失のリスクに自身で備えておくことが求められている。

(2) 年少者の保護

次に、18歳未満の者の就業については年少労働保護法(Jugendarbeitsschutzgesetz)が特別な就業制限を行っている。同法によると、15歳未満の就業が原則禁止され(5条)、15歳以上18歳未満の年少者は所定の危険業務

(72) Schlachter in: ErfK (Fn. 34), § 1 MuSchG Rn. 9.

(73) Schlachter in: ErfK (Fn. 34), § 1 MuSchG Rn. 9.

(74) Schlachter in: ErfK (Fn. 34), § 8 MuSchG Rn. 1.

への就業が原則禁止され（22条，23条），通常の労働者よりも厳格な労働時間規制を受ける（8条以下）。

年少労働保護法は，18歳未満の労働者または家内労働者，「その他労働者または家内労働者の役務提供に類似する」役務提供者に広く適用される（1条1項2号・3号）。この適用対象者の選択について，現行の1976年法の立法過程では，年少労働保護法は年少期の実業が成長に悪影響を与えることを考慮した特別規制であるので，従属的に就業するあらゆる年少者を対象とすべきと説明されていた⁽⁷⁵⁾。

上記条文にある「（労働者と）類似する」とは従属的關係を意味し，他者の指揮命令の下で，その者の利益のために就労することが要件とされている⁽⁷⁶⁾。したがって，指揮命令を受けない独立就業者は，家内労働者に該当しない限り同法が適用されず，類推適用もないと解されている⁽⁷⁷⁾。年少労働保護法は，労働者以外に適用範囲を広げるその他の法律と異なり，労働者との類似性について経済的従属性を要件としていないが，これは年少労働保護法の目的に合致するように独自の定義を行ったものとされている⁽⁷⁸⁾。

年少労働保護法の適用対象には様々な者が含まれるが，その多様な就業形態に個々の条文がどのように適用されるか，また適用除外となる規定があるかは，法文上明らかでない。

(75) BT-Drs. 7/2305, S. 26; Zmarzlik/Anzinger, Jugendarbeitsschutzgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 1998, § 1 Rn. 17.

(76) Zmarzlik/Anzinger (Fn. 75), § 1 Rn. 20 ff.; *Schlachter* in: ErfK (Fn. 34), § 1 JArbSchG Rn. 5 ff.

(77) Zmarzlik/Anzinger (Fn. 75), § 1 Rn. 7; Neuvians (Fn. 12), S. 122 f.

(78) *Kohte* in: ArbSchG (Fn. 40), § 2 ArbSchG Rn. 83 ff. 同論者はこの点を参考に，安衛法の適用対象者についても経済的従属性を要件とすべきでないと述べている。上記 3 (2) ①参照。

5 差別・不利益取扱いの禁止

ドイツでは、2006年制定の一般平等取扱法（Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz）が、人種、民族、性別、宗教・世界観、障害、年齢または性的指向を理由とする差別的ないし不利益取扱いを包括的に禁止している。同法の8条以下は就業関係における不利益取扱いを禁止しており、使用者は不利益取扱いの防止措置義務を負い（12条）、法違反の場合は損害賠償の責任を負う（15条）。被害者側は上記の不利益取扱いについて苦情申立権がある（13条）。また、セクシャル・ハラスメント（セクハラ）に対して使用者が何の措置も講じないか措置の内容が明らかに不当な場合には、被害者に就労拒否権（賃金保障あり）が付与されている（14条）。

以上の一般平等取扱法の規定の適用を受けるのは「就業者」であり（6条）、労働者以外に「経済的従属性ゆえに労働者類似とみなすべき者」、特に家内労働者が含まれる（同1項3号）。これに対し、労働者類似に当たらない独立就業者は、就業関係における不利益取扱いを禁止した8条以下は適用されない。

一般平等取扱法の制定以前には、就業者保護法（Beschäftigtenschutzgesetz）が職場のセクハラを禁止しており、同法も「就業者」概念の下で労働者類似の者を保護対象としていた（1条2項）。セクハラについては、本来働き方に関わらず全ての者が被害者となりうるが、就業者保護法は就業関係への影響をおそれて抵抗できない者のために、使用者の措置義務や被害者側の就労拒否権等の特別な防衛手段を定めたものであり、同法の適用対象者はこの保護内容に照らして決定された。すなわち、同法が要保護性の基準とする「加害者に抵抗できない」という状態は労働者類似の者にも妥当するため、かかる者を適用対象に含め、それ以外を対象外としたのである⁽⁷⁹⁾。現行の一般平

(79) Neuvians (Fn. 12), S. 120.

等取扱法は就業者保護法の規制事項をそのまま吸収し、不利益取扱い禁止事由を EU 指令に合わせて拡大したものであるから、労働者類似まで適用対象に含めることについての上記考え方はそのまま妥当すると考えられる。

以上に対し、採用基準等の入職段階での不利益取扱いの禁止は独立就業者にも適用される（2条1項1号、6条3項）。この理由については、採用条件にかかる不利益取扱いは独立就業者であってもその他就業者と同様に生じうるため、禁止対象とされたと説明されている⁽⁸⁰⁾。

6 契約の解約制限

契約の一方的解約に関しては、民法上の役務提供契約（日本でいう委任契約および雇用契約）について報酬の算定期間に応じた解約予告規制がある（民法典 621条⁽⁸¹⁾）が、使用者による解雇の場合は、労働関係の存続期間に応じた、より保護的な予告期間と解雇日の規制がある（同 622条⁽⁸²⁾）。また、解約理由については、民法上は役務提供契約を即時解約する場合に重大な理由が求められるだけである（626条）が、労働者の解雇の場合は、解雇制限法で一般に社会的公正さが必要とされる（1条）。

以上の労働者のための一般的な解雇制限は独立就業者には及ばず⁽⁸³⁾、労働者類似の者や家内労働者への類推適用も否定するのが判例である⁽⁸⁴⁾。

(80) *Schlachter* in: ErfK (Fn. 34), § 2 AGG Rn. 6.

(81) 例えば、月給制の場合は毎月 15 日までに予告した上で、月末に解約すること（解約予告期間は約 2 週間）が許される。

(82) 解約予告期間は労使双方とも原則として 4 週間、解約日は毎月 15 日または月末である（1 項）が、使用者による解雇の場合は、労働関係の存続期間が 2 年以上で予告期間が 1 か月、5 年以上で 2 か月、8 年以上で 3 か月などに延長され、解約日はいずれも月末となる（2 項）。

(83) ただし、家内労働者やその他労働者類似の者には母性保護法が適用される（上記 4（1）参照）ので、妊娠中および出産後 4 か月間は、母性保護法に基づき委託者からの一方的解約が禁止される（母性保護法 17 条）。

(84) 詳細は *Oetker* in: ErfK (Fn. 34), § 1 KSchG Rn. 26.

ただし家内労働者については、家内労働法の中で一定の場合の解約制限が定められている。すなわち、家内労働従事者の就労の大部分が特定の委託者のために行われている場合には、当該委託者からの一方的解約は労働者の解雇の場合と同様の予告期間および解約日の制約を受ける（家内労働法 29 条 3 項、4 項）。また、家内労働者が事業所委員会の委員である場合は、委託者側からの解約が原則として禁止される（29a 条）。

7 ドイツ法の特徴と評価

以上、独立就業者に労働者に匹敵する保護を及ぼしている法律を取り上げ、その具体的制度設計をみてきた。ここでその内容を本稿の問題意識に照らして整理し、それぞれドイツでどのように評価されているかを確認する。

(1) 保護を拡張する人的・物的範囲

独立就業者に労働法上の保護を及ぼすとき、ドイツでは労働者概念を一般的に拡張するのではなく、非労働者のうち労働法の適用対象に含まれる者を明文で列挙し、個別に保護を拡張する方法をとっている。そして、現行法で保護が拡張されている対象者は、①労働者類似の者一般とされている場合が多い（有給休暇、安全衛生、母性保護、年少労働保護、差別・不利益取扱い禁止）が、②一部では家内労働者に限定されている（疾病に備えた報酬規制、契約の解約制限、最低報酬⁽⁸⁵⁾）。

このうち②は、家内労働者でなければ保護を受けられないため①との区別が問題となるが、この区別に積極的理由はないとされている。②は家内労働

(85) 労働者に適用される法定最低賃金は独立就業者を一律に対象外としているが、家内労働者および代理商には必要に応じて最低報酬を定めうる制度があり、家内労働者には実際に最低報酬が設定されている。そのため、実質的観点から最低報酬を②に分類した。

者が労働者類似の者の主要類型であった時期（1960年代まで）の立法で、その他の就業者について定めがないのは家内労働以外への問題関心が低かったためであるという⁽⁸⁶⁾。その意味で、現行法は立法者がその都度政策的重要性に応じて個別に保護を積み上げてきた結果に過ぎず、人的適用範囲の決定に関して統一的概念はないとされている⁽⁸⁷⁾。

このような観点から、家内労働者に適用される保護規定は本来その他の就業形態や職業にも及ぶとして、特別な理由がない限り労働者類似の者に一般的に準用（類推適用）すべきとの学説がある⁽⁸⁸⁾。また、非労働者に拡張適用を一切認めていない法律についても、例えば労働時間法は労働者類似の者に準用すべきとの主張がある⁽⁸⁹⁾。もっとも、これらの見解に対しては、「労働者類似の者」の概念が広く知られるようになった状況で、立法者が労働者類似の者への適用を明記していないのはそれを認めない趣旨と解すべきであり⁽⁹⁰⁾、特に、就業時間の決定自由がある労働者類似の者に労働時間法の厳格な規制を適用するのは妥当でないと指摘されている⁽⁹¹⁾。そのためドイツでは、独立就業者に労働法上の保護が及ぶのは明文がある場合のみと解するのが一般的であり⁽⁹²⁾、保護の拡張は立法論として議論される⁽⁹³⁾。

（2）保護対象者の要件と要保護性

次に、保護対象者を拡大する方向で考える場合には、独立就業者のうち保

(86) Hromadka (Fn. 11), 1256.

(87) Deinert (Fn. 69), S. 86.

(88) Hromadka (Fn. 11), 1256.

(89) Frantziach, Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht (2000), S. 61 ff.

(90) Kretzschmar (Fn. 33), S. 103.

(91) Deinert (Fn. 69), S. 50. Neuvians (Fn. 12), S. 127.

(92) Deinert (Fn. 69), S. 86; Kretzschmar (Fn. 33), S. 104 f.

(93) 例えば、労働者類似の者を対象外とする最低賃金法への批判として、Däubler, Der gesetzliche Mindestlohn, NJW 2014, 1924 (1926).

護が必要な者と不要な者の線引きが必要となるが、どのように解すべきか。この点については、現在は「労働者類似の者」が労働法の保護が及ぶ外縁を画定しているので、労働者類似の者への該当性が具体的にどのように判断されているかを整理することが有益である。

労働者類似の者の概念については、法律上は経済的従属性を不可欠の要件とするものが多く、特定の取引先に経済的に従属している者は、就業条件等における自由が事実上制約されやすいことが考慮されている。もっとも、年少労働保護法だけは経済的従属性の要件がなく、これは年少者の成長に与える悪影響を排除するという法の目的から、経済的従属性は不要とされたものと理解されている（4（2）参照）。このように法の目的から保護対象者を確定する手法はその他の法律の解釈にも影響を与え、安衛法においては、法律上の定義に関わらず、他人組織への一定程度の編入があれば広く「労働者類似」とみなして保護を及ぼすべきと主張されている（3（2）①参照）。

さらに進んで、最近では、経済的従属性を要件とする「労働者類似の者」の定義を根本的に見直すべきとの学説もある。この論者によると、経済的従属性は1つの取引先から全収入の半分以上の報酬を得ているなどの要件を満たす必要がある（Ⅱ3（2）①参照）が、これでは多数の取引先をもち、その収入の全体で生活しているタイプの独立就業者は経済的従属性がなく、労働者類似の者に該当しなくなる。しかしこれでは社会的保護の必要性に十分に対応できないので、経済的従属性の代わりに、独立就業者（個人事業主）の収益が最低賃金の額を下回ることという要件を設定し、労働者類似の者の該当者を広げるべきとする⁽⁹⁴⁾。

ドイツの現行法における労働者類似の者の定義は、労働裁判所法の文言をそのまま用いたものが多く、その対象者の当否が個別の法律目的との関係で

(94) Deinert (Fn. 69), S. 90 ff.

詳細に検討されたわけではない。以上の学説の議論は、対象者の概念を統一的に理解する場合の問題点や現在の判断基準の限界を示し、独立就業者の要保護性の再検討を迫るものであり、注目される。

(3) 独立就業者の保護のあり方

最後に、一定の独立就業者に保護を及ぼす場合に、個々の規定をどのように適用するかについて、ドイツでは家内労働者についてその特性を踏まえた特別規制が存在していた。

例えば、報酬・手当については、家内労働者は仕事が不定期で報酬の額が変動しやすいことに配慮し、算定期間を長くとり、かつ所定の率で計算させている（年休手当、疾病に備えた割増報酬、法定祝日の報酬）。また、安全衛生上の危険防止措置に関しては、家内労働者が就業場所を自ら決定する点で保護内容が修正されており、就業場所の整備義務はその場所の管理者が負うこと、仕事用具や原材料についての危険防止措置は、委託者がこれを調達した場合にのみ責任を負うこと等が定められている（Ⅲ3 (3)）。就業時間については、母性保護法において、家内労働者が自ら決定するという前提に立ちつつも、委託者が就業条件の決定に影響を与える場合を想定し、労働者の場合と同程度の配慮義務を課している（4 (1) ②）。さらに年休制度では、複数の委託者のために同時に就労するのが通常の家内労働者の特性になじまない規定（年休の二重取得の排除など）が不適用とされている（1 (3) ③）。

以上に対し、労働者類似の者一般を適用対象に含めているケースでは、母性保護法を除いて個々の規定の適用関係が具体的に定められておらず、その法的効果が明らかでない。安衛法においては、委託者の事業場内でのみ危険防止等の義務が生じるという解釈が示されているが、明文がないため家内労働者よりも法的地位が不安定である。この点で、労働者類似の者については、労働法の適用対象に含められている場合でも実際上は意味がないとの指

摘があること（1（2）参照）は重要である。この問題を解消するには、労働者類似の者の特性を踏まえた個別規定を置く「労働者類似の者のための特別法」を制定することも考えられるが、独立就業者の多様性を踏まえると現実的でなく、独立就業者に必要な保護は集団的交渉の促進によって図るべきとの主張もある⁽⁹⁵⁾。

IV まとめ

本稿では、ドイツ法に注目し、個別的労働関係法上の保護を独立就業者に拡張適用している理由、人的・物的範囲、そして具体的保護のあり方を検討してきた。

ドイツでは、年次有給休暇、報酬、安全・健康（特別な就業制限を含む）、差別・不利益取扱い、契約の一方的解約について、独立就業者にも保護を拡張していた。その手法は、伝統的な労働者概念を維持しつつ、非労働者のうち保護に値する者を特別にカテゴライズし、必要に応じて保護を及ぼすというものである。そして、誰を保護対象にするかの選択においては、特定の委託者に経済的に従属しており、主として個人で役務を提供している場合に労働者と同程度の社会的保護を肯定するのが基本である。もっとも、経済的従属性を不可欠とする統一的な概念の把握は、法律によってはその趣旨・目的に反する場合がある。また、経済的従属性の基準を誰との関係でどの程度厳格に設定するかによって対象者の範囲が大きく変わり、社会的保護が必要な者を十分カバーできないとの指摘もあった。日本でもドイツで指摘されているこれらの問題点に留意し、雇用との類似性の意味や要保護性の基準を考えていく必要がある。

次に、具体的な保護のあり方に着目すると、ドイツでは歴史的に社会的保

(95) Kretzschmar (Fn. 33), S. 104 ff.

護の必要性が高かった家内労働者を中心に制度的手当が図られ、その特性に応じて保護内容が修正されていた。しかし、それ以外の就業形態・職業類型には特別規制がなく、各規定の適用のあり方が不明確であるため、實際上保護が無意味になっているとの指摘は示唆的である。今後日本で労働法の適用拡大を考える際には、保護対象者を確定するだけでなく、その働き方の特性に応じて保護内容を修正し（適用される規定と適用されない規定の選別、適用される規定の内容上の修正）、保護規定の適用関係をできるだけ明確にしておくことが必要である。そして、独立就業者の保護の具体的選択肢としては、ドイツにおける家内労働者のための手当の計算方法の特例や、最低基準を必ず定めるのではなく必要に応じて定めうとする規定（家内労働委員会の基準設定の仕組み）の運用などが参考になろう。