

講演会

2013年11月7日木曜日 / 18時30分

ドイツ法及び日本法における 労働者派遣法

講演者:

高橋賢司 准教授

立正大学（東京、日本）

ミュンヘン大学労使関係労働法研究所客員教授

労働者派遣法の日独比較

立正大学 高橋賢司

I. フレキシビリティとフレキシキュリティ

80年代以来、フレキシビリティの概念が、ドイツと日本の労働法へもたらされて来た。OECDのレポート¹では、労働の分野のフレキシビリティとは、次のように定義されていた。

- i) 経済の広いレベルでの実労働コストのフレキシビリティ
- ii) 職業と企業を超えた相対的労働コストの順応性
- iii) 労働の移動性
- iv) 労働時間のフレキシビリティ

経済学者は、常に、失業の撲滅を目的として、労働市場の機能不全を問題としてきた。EU派遣労働指令2008/ 104は、特に、雇用の安定と労働市場の分化減少と結びついて、フレキシビリティの促進を強調した。Von van Burgは、雇用と社会的事項に関するEU内の委員会において、フレキシブルな労働組織を新たな契約の枠組みで導入し、「規整された柔軟性の新たな形態」も導入するべきだとし、当該労働者に対し相当な安定性とより高い職業上の地位を保障し、これによって、同時に、企業の需要に調和させることが大切だと述べた。2007年12月には、ヨーロッパ委員会は、共通のフレキシキュリティの原則に同意しているが、これは、労働市場においてフレキシビリティと安定性との間に均衡の取れた関係を考慮するもので、労働者のみならず、グローバル化によって要請されるチャンスを活用する使用者にも、助力するものである。EU派遣労働指令2008/ 104は、このコンセプトに連なっている。こうした理念自体は、日本でも学説においてよく紹介されているが、少なくとも、フレキシビリティと規制緩和は、依然、日本の立法においては、経済成長を目的として追求され、雇用の安定性は部分的にしか考慮されない。失業の撲滅を目的とした労働市場の機能不全について論じられる場合には、日本のマクロ経済学者からも、フレキシビリティの効果については疑問がもたれている。不景気の時期には、労働需要の不足が問題の重点であり、そのため、雇用を生み出す、より多くのイノベーションにより新たな産業が（日本やアメリカではグリーン・エネルギー）、見つけ出される必要がある。この限りでは、景気の悪い時期には、フレキシビリティが機能する余地はあまりない。好景気の時期のみ、フレキシビリティ

¹ OECD, Labour Market Flexibility, Report by a high-level group of experts to the Secretary-General, Paris 1986.

イーが成長と雇用に役立つのである²。しかし、それでも、次のような労働関係のフレキシビリティは以前保障されなければならない。

-常に変化する経済的な諸条件によりよくまたより簡易に調和する目的での企業の自己決定

- 労働者にとっての自己決定のチャンスの増加
- 労働者派遣によポストへのよりスムーズなアクセス

日本の厚生労働省によれば、2011年に5977万人の就業者数のうち、137万人の派遣労働者がいるとされる。全体の就業者数に比して、2011年で、期間の定めのある労働者は35.1%となっている。

II.労働者派遣法の歴史的な経過と概観

1. 歴史的な経過

所轄の官庁での業としての職業紹介の独占が、戦後は、ドイツと同様、日本においても、維持されてきた。業としての職業紹介は、戦前は、港湾、鉱業、建設の領域で行われていた。しかし、それは、あんせん業者が、特に、過度に高いあっせん料により、また、強制労働、使用者の責任の不在により、搾取される結果をもたらしてきた。

80年代までには、請負契約が、警備、情報関連、事務操作関連業等によって、広まり、その結果、請負契約に代わる労働者派遣法の制定の声が高まっていった。学説では、パートタイム就労や派遣労働の領域での労働関係のフレキシビリティが論じられ、これは、ヨーロッパ諸国の傾向に習ったものであった。

1985年に労働者派遣法は、業としての職業紹介に関する制定法によって許容された例外的な形態として、制定された。

労働者派遣とは、使用者（派遣元）が自ら雇用する労働者が、第三者（派遣先）の命令のもとで、業務を行うことと理解されている。立法の目的は、長期に労働者を派遣することによって、基幹労働者のポストの常用代替を防止することにある。この目的から、当時の労働者派遣は、13の専門業種（通訳、ソフトウェア、事務等）に制限された。派遣労働者法は、同一の根拠から、派遣可能期間を1年に制限した。

日本の労働者派遣法は、二つの形態によって特徴付けられている。

いわゆる特定労働者派遣業には、ドイツと同様に派遣労働許可を要する。使用者（派遣元）が第三者（派遣先）へ労働者を使用させる、労働契約が、派遣元と労働者との間で締結される。期間の定めのない労働契約のみならず、期間の定めのある労働契約が、労働者派遣を目的として締結される。

これに対して、もう一つ労働者派遣の形態、いわゆる、一般労働者派遣業が存在し、業としての労働者派遣には官庁への派遣元企業による届け出のみで十分とされる。私たちは、これを登録型派遣と呼ぶが、ドイツにはみられない形態である。一般労働者派遣

² ドイツでも、ハルツ法の労働市場への効果も、研究結果によってまちまちである。

業の場合、まず労働者は、使用者（派遣元）のもとで登録を行う。派遣元が派遣先との間で、労働者派遣のための契約を締結する限りで、派遣元は、そのつど、労働者派遣目的で、労働者と労働契約を締結する。登録型の長所は、登録の手続きが比較的簡単であるため、主婦、学生、失業者らは、職業生活を営むために、異なった派遣企業のもとで登録が可能であることである。就労へのアクセスがかなり容易であり、これによって労働のフレキシビリティがかなりの程度で達成されることになる。登録型の短所は、派遣元が、ドイツ法と異なり、派遣されない期間について、賃金を支払う義務を負わないことであり、これによって、派遣元が派遣先を見つけられないリスクによって、労働者は、生活の基盤が揺るがされることになる。

一般労働者派遣業と特定労働者派遣業の場合は、派遣元が、派遣可能期間については、労働契約に基づいて、賃金支払い義務を負う（特定労働者派遣業の場合、通常は、派遣可能でない期間も賃金が支払われる）。

1997年に労働者派遣は26業種に拡大された。1990年代後半に労働者派遣の26業種への制限が廃止され、1年への最長可能期間の制限が廃止されるべきであると使用者団体は主張したが、派遣可能期間に関するこの提案は1999年の改正法では実現しなかった。

1999年には、それでも、5業種を除いて、労働者派遣が可能となり、労働者派遣法は、フレキシビリティの目的のもとに、著しく規制緩和された。

2003年に日本の労働者派遣法は同一の目的のためにさらに改革された。製造業での派遣先への労働者派遣が、以前には許されず、請負契約が用いられていたのに対して、労働者派遣が、改正法により製造業においても可能となった。

この結果、2003年以来、現行労働者派遣法は次のようになっている。

-派遣可能期間は、一定の要件のもとに最長3年となっている。

-26の専門業種のみは（例えば、通訳、ソフトウェア、放送、広告、旅行、受付、研究、貿易、秘書など）、労働者派遣が時間的に無制約に可能である。この場合、派遣元は、原則的に派遣労働者と期限の定めのない労働契約を締結する。日本法では、EU指令のように、期限の定めのある労働契約と期限の定めのない労働契約とを区別している。派遣企業と期限の定めのない契約を締結する労働者の場合、EUの場合には、これによって特別な保護があるため、派遣企業に適用されるルールからの逸脱・適用除外が可能になっている。日本法の場合、かかる専門業種では、常用代替が起こらず、安定的な雇用が可能になることが考慮されている。

-現行法では、医療、港湾、警備、建設業での労働者派遣は違法となっている。

規制緩和の結果、派遣労働者の数は、急速に増えていった。

Anzahl der Leiharbeitnehmer insg. Etwa 1.37Mio. (im Jahr 2011)

„allgemeine“ Leih-AN

„besondere“ Leih-AN

AÜ durch die Nicht- Eintragung	554,372	302,837
AÜ durch die Eintragung	512,602	-
Verleiher	19,832 Betriebe (mit Erlaubnissen)	53,039 Betriebe (nur mit Meldungen)

2. 派遣労働者の社会的な状況と2012年の改革法

すでに述べたように、日本の労働者派遣法は、登録型によって特徴付けられる。登録型では、派遣元は、派遣できない期間については、賃金支払い義務を負わない。その結果、毎日は労働者派遣が行われなくてもよく、派遣労働者は、リーマンショックの前後、月10万円前後で生活せざるをえなかった状況に陥っていた。

2007年、有名な派遣会社が、データ処理費の名目で、賃金から控除している事実が、マスメディアによって報道された。派遣労働者は、この企業に対し不払い賃金を請求していった。労働基準法24条では、賃金全額支払い原則が規定されている。この企業では、二重派遣が明るみになったが、日本では、違法な労働者派遣として禁止されている。派遣元が、使用者としての責任を負っていないからである。この派遣会社については、労働局が、請負労働者が、港湾業の下請け先で、労働災害にあったという他の事実を明らかにしたが、この派遣先には、請負契約により、多くの労働者が派遣され、請負企業が、労働に関わる命令を出していた。港湾業企業への労働者派遣は、すでに述べたとおり、禁止されている。

この事件を発端に、日雇い派遣とネットカフェ難民がメディアによって報道された。

厚生労働省の研究会報告書では、日雇い派遣、登録型の見直し、労働条件の改善、マージン率の公開義務の法律化が提案された。同省の別の報告書（2007年）によると、日雇い派遣労働者の70%は、34歳未満の若い労働者で、その平均派遣期間は、約14日であった。さらに、これによると、1ヶ月の平均賃金は、¥133,000であった。派遣労働者は、現在、低賃金セクターに属する。

さらに、人生への望むを失った25歳の若者が、秋葉原で、無差別に、見知らぬ7人をレンタルのトラックにより殺傷した、刑法上の殺人事件が行った。彼は、派遣労働者であり、ブログのネットの世界でも若者から排除され、職場でも孤立していた。この後、若者の不安定雇用と派遣労働のあり方が社会において問われた。派遣労働の議論は、日雇い派遣の禁止と登録型の禁止へ発展していった。

リーマン危機に直面し、2008年と2009年に、多くの派遣労働契約が終了し、又は、解約された。2008年冬には、多くの若いホームレスが生じ、彼らは、派遣労働者として、職を失うだけではなく、同時に住居も失っていた。派遣労働者は、時折、派遣元企業によって住居を提供されていたからである。弁護士や社会福祉の専門家は、東京の大きな公園で、大晦日の前後、テントを建て、暖と食を与えた。労働者派遣の再規制化が、労働法の重点

となり、特に、マージン率の公開、日雇い派遣の禁止、登録型の派遣がその争点となった。

2012年に、マージン率の公開と30日以下の労働者派遣の禁止の規定が、労働者派遣法に盛り込まれた。また、違法な労働者派遣の場合の擬制的な労働関係の規定が挿入された。新法によれば、使用者は、派遣労働者の賃金等の決定にあたり、同種の業務に従事する派遣先の労働者との均衡を考慮すべき義務が規定された。登録型は、禁止されないままとなった。

II. 「一時的な労働」の概念と派遣可能期間

ドイツでは、一時的な労働という概念が、派遣労働に関する2008年11月19日のヨーロッパ議会及び理事会EU2008/104指令にならって導入された。ドイツ改正労働者派遣法1条によれば、「(1) 派遣元として第三者(派遣先)に労働者(派遣労働者)を労働の提供のためその経済的な活動の範囲内で派遣しようとする、使用者は、許可を必要とする。派遣先への派遣労働者の派遣は、一時的に行われる。(…)」と定められた。

これに対して、上記の2008/104/EG指令3条1項(e)においては、「派遣先企業の監督と指揮のもとで一時的に働くための、派遣労働者が派遣先企業に使用される期間の派遣」と定めている。労働者の派遣は、一時的にのみ行なわれることとなった。

この概念の解釈については争われている。特に、「一時的な労働」の概念が長期の派遣を含むかが問題になっている。

ドイツ使用者連盟は、EU2008/104指令によっては、長期の派遣の可能性は、排除されていないと主張する。長期の派遣について特に指令上禁止されてはいない³。「同指令による『一時的』というメルクマールにもかかわらず、長期間の投入は、時間的な終了が予定される限りでは、排除されていない⁴」と。

これに対して、時間的な最長期間があり、それ以降は、一時的な労働ではないとする見解も説かれている。最長期間は、ウルバーによれば、2年⁵、ツィーマーマンによれば、6ヶ月⁶とされている。期間設定に関するパートタイム労働法14条1項が適用されるという見解もある⁷。これによっては、基幹労働者の派遣労働者への常用代替を回避するという、目的が達せられなければならないということが考慮されている⁸。

リーブレ/フィールマイヤーが指摘するように、一時的な労働ではない派遣かどうかの基準も、これを超えた場合の効果も規定されていない⁹。

連邦労働裁判所は、2013年7月19日決定において、事業所委員会が派遣労働者の無期限の

³ Ausschussdrucksache 17(11) 431, S. 15(17).

⁴ So Giessen, FA 2012, S. 66 (67f.).

⁵ Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4.Aufl., Frankfurt.a.M., 2011, § 1, Rn. 230z.

⁶ Zimmermann, ArbRAktuell 2011, S. 62.

⁷ Düwell, Ausschussdrucksache 17(11) 447ff., S. 56, 57.

⁸ Düwell, a.a.O., S. 57.

⁹ Rielbe/ Vielmeier, EuZA 2011, S. 474 (489).

派遣について同意を拒んだ事件につき、「この規定は、拘束力のない単なるプログラム規定ではなく、一時的ではない労働者派遣を禁止したものである。これは、派遣労働者の保護に役立つものである」と説示し、無期限の派遣に関する事業所委員会の同意拒否を適法とした¹⁰。この判決は、「一時的な労働」の概念を制限的に解釈し、期間無制限の派遣が「一時的な労働」ではないと判断した点が重要である。

比較法的に考察するために、日本法について簡単に論じる。日本法は、1985年以来、ヨーロッパの法律とILO 117号条約を考慮してきた。日本の立法者は、一時的な労働という概念から出発し、法技術的には、派遣可能期間を1年に制限した。その意味では、日本とドイツの立法者の出発点は同一であった。その手段が異なるに過ぎない。フレキシビリティを労働者派遣の領域で確保するために、派遣可能期間を専門的な26業種を除いて、1年から3年に延長した。専門26業種については、派遣可能期間を撤廃している。この26業種においては常用代替が起こりにくいという点が考慮されている。厚生労働省の調査（2010年）によれば、派遣可能期間が6ヶ月以下のものは43.6%、6ヶ月から1年のものは13.8%、期間の定めのない派遣は、19.4%とされている。

改正法のため、連邦議会に提出された立法の草案では、「1条1項の挿入は、ドイツの労働者派遣のモデルが、ヨーロッパ法の準則に沿うのを、明確にするのに資する。労働者派遣法は、その都度の派遣先に対する派遣が、(…)一時的な派遣を指向した労働者派遣のモデルを規定している¹¹」ということを明らかにしている。かつての法律のような最長期間を定めるのは、放棄されている¹²。BT-Ds. 17/4804によれば、連邦議会の「その際、派遣労働指令の意味における『一時的』という概念は、柔軟な時間的要素として理解され、特に、厳密に定められる最長派遣期間を放棄することになる」と述べられている。

EU指令の制定過程をここで厳密に掘り下げてみることにする。

雇用と社会的事項に関する委員会は、2002年4月23日の会議において、*leke van den Burg*女史を報告者として任命した。彼女は、労働者派遣の新たな定義をここで明らかにしている。

「派遣労働者とは、一時的に (*zeitweilig*)、派遣企業に利用され、その指揮と監督のもとで業務を行なうため、派遣企業と雇用契約を締結し、あるいは、期限の定めのない又

¹⁰ BAG Beschluss v. 10. 7. 2013 - 7 ABR 91/11, Pressemitteilung des BAG. 現在の時点では、判決が公開されていないので、このような形で紹介をお許しいただきたい。

¹¹ BT-Ds. 17/4804.

¹² BT-Ds. 17/4804; Hamann, NZA 2011, S. 72. これは、派遣可能期間が無制約のままであるという意味ではなく、派遣可能期間を最長期間として時間的要素で定めるのを放棄したということである。

は期限の定めのある期間の雇用関係に入る者である。」¹³

「期限の定めを定めて (befristet)」という語が、ついで、2002年11月28日の指令の変更提案において現れ¹⁴、派遣とは、「派遣先企業の監督と指揮のもとで期間を定めて (befristet) 働くための、派遣労働者が派遣先企業に使用される期間の派遣」と定義される。

本指令では、その後、「期限の定めを定めて (befristet)」という語が「一時的な (vorübergehend)」という語に置き換えられる。

こうした制定過程からは、確かに、おそらく、派遣可能期間を時間的に明確にすることは (例えば、半年、2年など)、放棄されてはいる。しかし、派遣可能期間を無制限にする趣旨ではなく、むしろ、一貫して、「一時的な」労働へ派遣可能期間の時間的な量と程度を制限しようとする趣旨であったことは読み取れる¹⁵。

それゆえ、長期の派遣は、EU指令の制定過程から推断される立法者の意思とドイツ語の語義¹⁶から、大きく外れることになる可能性がある。

私は、ドイツの代表的な派遣会社に最近インタビューを行ったが、80の支社に6千人の派遣労働者を抱えるネプトゥーン社では、2012年及び2013年、35日、約5週間の平均派遣日数であった。

¹³ Berichterstattein Ieke van den Burg, Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheit, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern (KOM (2002) 149- C5- 0140/ 2002- 2002/ 0072 (COD)), A5- 0356/ 2002.

¹⁴ Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmer, KOM(2002) 701.

¹⁵ 一時的な労働でない労働者派遣をさせた場合の法律効果には、争いがある。デュッセルドルフ・ラント労働裁判所は、2012年11月22日判決において、本条の違反により、派遣先への擬制的な労働関係が成立すると判断している (LAG Baden-Württemberg Urt.v.22.11.2012 in Juris)。これに対し、有力な学説は、これによつては、法律上の効果は生じないとしている (Boemke/Lempke, AÜG, Frankfurt a.M., 2013, § 1 Rn. 115)。この学説は、上述の判例とは異なり、同規定が、法律上の拘束力のないプログラム規定であるとしている。本条にいう一時的な労働の違反の場合には、労働関係は擬制されないというものである。かつて、2002年以前の旧13条は、「労働関係が、就業促進法4条に反して行なわれた労働のあつせんによるときは、かかる労働関係の使用者に対する労働者の労働法上の請求権は、合意によつては、排除されない」と規定されていた。これにより、違法派遣の場合に、労働者の保護のため、派遣先との労働関係が擬制された。この規定の削除の結果、一時的な労働でない派遣によつては、この労働契約上の法律効果は、もはや基礎づけられないと解している。

¹⁶ ドイツ語 (デューデンによる) の語彙としては、「一時的な労働」とは、一定の期間だけのもの (nur eine gewisse)、長期で継続的ではないもの (nicht lange dauernd)、短期間 (kurze Zeit) とさす。

- 派遣の約 30 % が 1 週間の派遣期間
- 派遣の約 30 % が 1 週から 1 ヶ月の派遣期間
- 派遣の約 25 % が 1 ヶ月から 3 ヶ月の派遣期間
- 派遣の約 15 % が 3 ヶ月の派遣期間

最も長い派遣は1年以上で、エンジニアでは3年のプロジェクトもあったとされる。派遣は、疾病の労働者や休暇取得者の代理を理由として行われる。また、例えば、ロジスティックや自動車登録の分野では、季節に依存した注文のピークというのがある。代表のエンゲル女史によれば、派遣労働というのは、季節に依存した業務であるという。この会社では、一時的な労働という概念との関係で問題はほぼ存在しない。

よい人事の実例からは、一時的な労働というのがいかに解すべきなのかがよくわかる。**一時的な労働の存否は、派遣期間、派遣労働契約の期間、及び、労働の内容、派遣の理由などの総合的な考慮から、判断される。**半年のような短い期間の派遣期間からは、派遣が、一時的な労働の性格を有することが推測できるが、反対に、例えば、2年のように比較的長い期間の派遣期間からは、一時的な労働であることをただちに否定することはできない¹⁷。2年あるいは半年の派遣期間が一時的な労働と評価しうるかどうかを学説では説いているが、派遣期間のみから一時的な労働かどうかを判断するのは、限界を見出しにくいのは当然であると思われる。しかし、派遣期間のみならず、労働内容、派遣の理由等、その他の要素を考慮されれば、派遣が一時的な労働であったかどうか、より明らかになる。したがって、派遣可能期間が2年に設定されるとか、それが半年であるという見解には、賛成できない。

Exkurs 派遣労働契約の更新

派遣労働契約の更新は、最近では、ドイツでは問題になっていない。ハルツ法改革以来最長期間の定めが保持されているため、ドイツにおいて、派遣労働契約の更新が表面化しないのは、不思議なことではない。使用者は、派遣労働者を長く保持したいと思うならば、派遣元と長い派遣契約を締結することができるのであろう。しかし、一時的な労働という概念が 2011 年より導入されているため、近い将来実務では問題になっていくであろう。

これに対して、日本では、繰り返し述べたように、派遣先への派遣期間が、原則として 3 年まで認められている、日本の実務では、派遣労働契約の更新は、よく用いられている。厚生労働省によれば、更新を含めて、派遣先への全期間は、5 年から 10 年まで(26.9%)、3 年から 5 年まで (17.7%)、50 年以上が 14.5%に達している。全体的には、3 年以上派遣先に派遣された派遣労働者は、全体の派遣労働者の約 60%に達している。これについては、有名な事例がある。

X は、派遣労働者であった。X は、1987 年以来、6 ヶ月の労働契約を伊予銀行 Y1 の子会

¹⁷例えば、派遣労働者が、疾病にある労働者の代理を理由として、2 年半派遣先に派遣された場合に、かかる代理の業務は、一時的な労働をいい得るように思われる。

社（派遣元）Y2 との間で締結してきた。Y2 は、Y1 への派遣の目的で設立された。X は、Y2（派遣元）から Y1（派遣先）へ事務用機器操作の目的で派遣された。Y2 と X との間の派遣契約は、2000 年 5 月まで更新され、X が上司 D のいじめで異議を申し立てるまで続いた。D は Y2 に対して、いじめについてのかかる異議申し立ての後、労働者派遣契約が、2000 年 5 月 31 日で終了すると通告し、これによって、Y2 と X との労働契約も更新されなかった。

確定した判例によれば、期間の定めのある労働契約の終了に当たって何度も更新された場合の終了にあたっては、更新された労働契約が、期間の定めのない契約とみなしうる場合には、解雇が類推適用される。

高松高裁は、かかる派遣労働契約の終了を適法であると判断した¹⁸。かかる事業所への同一の派遣労働者の継続的な派遣を、法律は、基幹労働者との常用代替禁止にふれないとした。派遣契約が終了したという事情は、当該労働契約の終了を正当化する理由となりうると判断した。

これに対して、ドイツの連邦労働裁判所は、派遣労働契約の更新について、1988 年 11 月 23 日の判決において¹⁹、派遣元が、派遣先に対して、同一の労働者を 3 ヶ月以上派遣した場合について、違法であるとした。

かかる場合には、私の見解によれば、その都度労働関係の期間設定を行う客観的な理由を欠いている。また、連鎖派遣労働契約の適法性は、立法の目的の解釈に関わる。ドイツの労働者派遣法の立法目的には、長期に派遣される派遣労働者との常用代替を禁止することにあった。ドイツの学説では、派遣可能期間の定めが撤廃されたことから、この立法目的は失われたと唱えられていた。「一時的な労働」という概念が、派遣法に導入された以

¹⁸ 高松高判平成 18 年 5 月 18 日労働判例 921 号 33 頁。

¹⁹ BAG *Urt.v. 23.11.1988, NZA 1989, S.812*. この点に関して、連邦労働裁判所は、3 ヶ月の派遣をそのつど 1 ヶ月の中断期間をおいて繰り返していたケースについて、連邦憲法裁判所が、1. ある事業所が、たとえば、常用の従業員の一時的な欠落を理由として、または一時的であるが差し迫った労働を理由として、自らの労働力では処理することができない場合、それゆえ、派遣労働者が補助的な労働力に投入される場合、労働者派遣契約が、意味のある経済的な機能を果たするという点と、2. 労働者派遣契約も、さまざまな理由から長期のポストを受け入れずまた受け入れようとしないうる労働者の労働力を動員しうるため、より特別な経済的な必要性に対処するという点を指摘した。連邦労働裁判所は、この連邦憲法裁判所の判例を引用しつつ、続けて、「労働者派遣法の制定時には、このことが考慮に入れられ、これにより、同一派遣先への同一の労働者の派遣は、個々の場合には、3 ヶ月という限定された期間（訳者・注 当時の法律）許容し、これを超えた派遣は禁止していた。時間的な制限によって、—政府草案の根拠にあるように—、長期の労働者派遣の労働市場ないし社会政策的な影響に対処するものである（BT- Dr VI / 2303, S. 12）。この制定上の動員の制限は、長期を予定するポストは、長期派遣される労働者によって占められるのを妨げるものである」と判示している。

上、ドイツにおいて、立法目的が失われたとは解しがたい。この限りで、連鎖的な派遣は、長期に派遣されると労働者との常用代替を禁止した、双方の国の立法目的に反している。また、何年にもわたって、派遣労働を繰り返す場合、こうした扱いは一時的な労働の概念を超えていると思われる。こうした考えは、日独の派遣労働契約にも、適用可能なものであるはずである。

IV. 請負契約と労働者派遣

労働者派遣は、ドイツ労働者派遣法 1 条 1 項 1 文、2 項によれば、派遣先に労働力を利用させ、その労働自体が、派遣先の命令とその利益において遂行される場合に、ありうる²⁰。もともと連邦労働裁判所は、業務委託契約（Dienstvertrag）ないし請負契約にもとづいて、職務が事業所に委託されたときで、もともと、連邦労働裁判所は、委託を受けた企業でなく、事業所の所有者が、労働関係に特有の命令権を内在させ、ある時間と場所による派遣についての決定をなす場合には、事業所における編入が、第三の企業において必要であるとしている²¹。これには、判例によれば、委託を受けた企業に対してゆだねられた職務の詳細が、契約において、双方の労働者のある場所における緊密な労働的な協働、他企業によってもたらされた事業所の経過、等の補助的な役割の不可欠性、事業所の所有者の職員による他企業（注文人）での誘導とコーディネーション（Koordination）があれば十分である。自らの労働者に対する他企業の人員による使用者の特有の命令権が認められ、当該職務が、長く、就労される事業所の労働者によって実施され、一定期間さらに実施されるという事情があれば、十分である。

最近の判例では、連邦労働裁判所は、派遣労働者は、派遣先事業所において編入され、その命令権に服するかどうかを審査している²²。委託者が、他企業に動員される労働

²⁰ BAG Ur.t.v. 6.8.2003 -7AZR 180/03, AP AÜG § 9 Nr.6 = EzA AÜG § 1 Nr.13; BAG Ur.t. 13.8.2008 -7 AZR 269/07- Rn.14 mwN, EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr.121.

²¹ BAG Ur.t.v.11.9.2001 -1 ABR 14/01- EzA BetrVG 1972 § 99 Einstellung Nr.10; BAG Ur.t.v. 13.5.1992, NZA 1993,S.357.

²² BAG Ur.t.v. 13.8.2008,in juris.

Die Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung (FKS) kann im Rahmen einer Prüfung nach § 2 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG) auch Werkverträge prüfen. Bei der Abgrenzung von Werkverträgen zur illegalen Arbeitnehmerüberlassung werden durch die FKS folgende Kriterien angelegt (Drucksache 17/ 6714, S. 3):

- Vereinbarung und Erstellung eines qualitativ individualisierbaren und dem Werkunternehmer zurechenbaren Werkergebnisses,
- unternehmerische Dispositionsfreiheit des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller,
- Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber seinen im Betrieb des Bestellers tätigen Arbeitnehmern, wenn das Werk dort zu erstellen ist,

についての典型的な決定と、時間と場所についての決定を行っており、これによって、人員に関する権限を有していることのなかにみている。

日本法では、派遣労働と請負契約に関する類似の基準が行政上の基準と裁判所の判決において立てられている。

「労働者派遣事業と請負により行われる事業との区分に関する基準」(昭和 61 年労働省告示第 37 号、最終改正 平成 24 年厚生労働省告示第 518 号)によれば、次のように定められている。

「第二条 請負の形式による契約により行う業務に自己の雇用する労働者を従事させることを業として行う事業主であつても、当該事業主が当該業務の処理に関し次の各号のいずれにも該当する場合を除き、労働者派遣事業を行う事業主とする。

一 次のイ、ロ及びハのいずれにも該当することにより自己の雇用する労働者の労働力を自ら直接利用するものであること。

イ 次のいずれにも該当することにより業務の遂行に関する指示その他の管理を自ら行うものであること。

(1) 労働者に対する業務の遂行方法に関する指示その他の管理を自ら行うこと。

(2) 労働者の業務の遂行に関する評価等に係る指示その他の管理を自ら行うこと。

ロ 次のいずれにも該当することにより労働時間等に関する指示その他の管理を自ら行うものであること。

(1) 労働者の始業及び終業の時刻、休憩時間、休日、休暇等に関する指示その他の管理(これらの単なる把握を除く。)を自ら行うこと。

(2) 労働者の労働時間を延長する場合又は労働者を休日に労働させる場合における指示その他の管理(これらの場合における労働時間等の単なる把握を除く。)を自ら行うこと。

ハ 次のいずれにも該当することにより企業における秩序の維持、確保等のための指示その他の管理を自ら行うものであること。

(1) 労働者の服務上の規律に関する事項についての指示その他の管理を自ら行うこと。

(2) 労働者の配置等の決定及び変更を自ら行うこと。

二 次のイ、ロ及びハのいずれにも該当することにより請負契約により請け負った業務を自己の業務として当該契約の相手方から独立して処理するものであること。

イ 業務の処理に要する資金につき、すべて自らの責任の下に調達し、かつ、支弁すること。

ロ 業務の処理について、民法、商法その他の法律に規定された事業主としてのすべての責任を負うこと。

ハ 次のいずれかに該当するものであつて、単に肉体的な労働力を提供するものでないこと。

(1) 自己の責任と負担で準備し、調達する機械、設備若しくは器材(業務上必要な簡易な工具を除く。)

又は材料若しくは資材により、業務を処理すること。

(2) 自ら行う企画又は自己の有する専門的な技術若しくは経験に基づいて、業務を処理すること」

- Tragen des Unternehmerrisikos, insbesondere der Gewährleistung, durch den
Werkunternehmer,

- erfolgsorientierte Abrechnung der Werkleistung

行政上、重要なのは、労働者が、請負企業の命令権に服しているかどうかであり、請負企業が、請負契約によって行われる業務が、当該契約当事者から独立して行われているかどうかである。特に、事業主としての仕事の完成まですべての責任を負うこと、自己の責任と負担で準備し、調達する機械、設備若しくは器材(業務上必要な簡易な工具を除く。)又は材料若しくは資材により、業務を処理することが重要である²³。

請負契約と派遣労働契約との限界に関する基準の法律上の類似の解決策は、オーストリアの労働力派遣法にも認められる²⁴。日本とオーストリアでは、1.命令権を注文人が負わないこと、2. 請負契約により請け負った業務を自己の業務として当該契約の相手方から独立して処理するものであること。特に、請負企業が事業主としての仕事の完成まですべての責任を負う点が共通して、求められている。2は、ドイツ法の判例にはみられない要件であるが、いずれも請負契約の特質から要求されているもので、重要である。

また、日本の裁判例でも、労働者が請負企業の命令権ではなく、第三の企業の命令権に服する場合には、判例では、取締規定上、違法とされる。NTTの子会社は、下請け企業Aに委託し、Aは、さらにBに再委託し、Bは、Cへ再々委託した(つまり、三重の偽装請負)。この事件で、裁判所は、違法派遣と判断し、それゆえ、違法な職業紹介である判断した²⁵。福島第一原発での工事のため、多重請負がかなり頻繁に行われ、違法に

²³例えば、省の解釈によれば、発注者が、請負業務の作業工程に関して、仕事の順序・方法等の指示を行ったり、請負労働者の配置、請負労働者一人ひとりへの仕事の割付等を決定することは、請負事業主が自ら業務の遂行に関する指示その他の管理を行っていないので、偽装請負と判断される。これに対して、発注者が、借り手としての立場にある請負事業主に対して、当該設備の方法等について説明を行う際に、請負事業主の監督の下で労働者に当該説明を受けさせる場合は、偽装請負とはならない。発注者が、安全衛生上緊急に対処する必要のある事項について、労働者に対して指示を行う場合にも、適法と判断される。

²⁴ § 4 II AÜG lautet:

(2) Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmers zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder
2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder
3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder
4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

²⁵ 大阪高判平成 23 年 2 月 17 日 (掲載誌なし)。

も注文人の命令に従っていることもメディアによって報道されている²⁶。新たな日本法²⁷では、偽装請負契約は、上述の基準によって認められる場合には、派遣先が労働者に対して労働契約の申込みがあったものとみなされる。

ドイツでは、労働者派遣法旧13 a条の廃止によって、2条による違法な職業紹介があったとしても、派遣先と労働者との間の擬制的な労働関係は成立しないこととなった。10条は、9条1項による派遣労働契約が無効の場合の1項ないし3項による特別な労働法ないし民法上の効果を定めている。有力な見解によれば、請負企業が、派遣労働許可を有している場合には（そういう場合も多い）、たとえ、裁判例で立てられた請負契約と派遣労働契約との間の基準を超えたとしても、擬制的な労働関係は成立しない²⁸。これに対して、裁判例で立てられた請負契約と派遣労働契約との間の基準を超えた場合、擬制的な労働関係は成立する見解もある²⁹。

これに対して、日本法では、より明確な基準により、派遣先による労働者への労働契約の申込みの擬制（ドイツ法でいうところの擬制的な労働関係）が生じるとする。

- 禁止された業務への労働者の派遣の場合
- 許可のない労働者派遣の場合
- 上に挙げた基準による偽装請負の場合
- 法律上の派遣可能期間の制限を越えた労働者派遣の場合

請負契約では、請負企業は、契約で合意された方法で、適時、義務づけられた仕事の完成を行うことが義務づけられる。その際、通例、請負企業は、自らの企業のリスク（請負特有の、その部門通例のリスク）を引き受ける。請負契約の場合には、1.命令権を注文人が負わないこと、2. 請負契約により請け負った業務を自己の業務として当該契約の相手方から独立して処理するものであること、特に、請負企業が事業主としての仕事の完成まですべての責任を負うことが求められる。そうでなければ、請負契約と民法上認めることは困難である（違法な派遣）。ドイツの裁判所では、第一の要件（命令権）以外は、いずれの他の（重要ではない）付随的な要素が、請負契約と労働者派遣との限界づけのために、必要かをめぐって、判断が分かれており、これらの議論は、決して意味

²⁶朝日新聞 3月12日

²⁷ この法律の施行は平成28年（予定）である。施行前では、原告は、直接雇用の請求権を請求する。原告によれば、第三者（注文人）が、法律上の意味における使用者であるからであるとする。使用者概念によれば、労働者が、労働の対価を得て、企業による指揮命令に服することが要求される。最高裁は、第三者（注文人）が法律上の意味での使用者ではないとする。なぜなら、労働者が、請負人から労働の対価を受けているからである（注文人からではない）。

²⁸ Boemke/ Lempke, AÜG, § 10 Rn. 22; Thüsing, AÜG, § 10, Rn.6.

²⁹ Ulber, AÜG, § 10, Rn.13.

のある議論とは思われない³⁰。労働法の領域で、実務でよく用いられる請負契約は、民法上の請負契約というひとつの契約類型として捉えられるものでなければならない。この解釈上の問題は私法における契約解釈の課題である。

ドイツでは、請負と労働者派遣の区別の基準については、立法がなく、裁判所の判断にゆだねられているが、判例によるブレがあり、明確とはいえない。近い将来請負契約と偽装請負に関して法律が制定されるのだとすれば、ドイツは、どのような場合に違法な偽装請負となるのか、かかる違法な偽装請負の場合にどのような効果が生じるのか、熟慮を要すると思われる。その際、外国の立法例はいささか参考になるとと思われる。

V. 最低賃金

1959年に、業者間の協定方式による最低賃金が導入された。使用者団体は、最低賃金法の制定に抵抗を強く示したため、最低賃金は、妥協の形で制定されたのであった。この制度では、初任給が共同で決定されるだけであり、最低賃金審議会の審査の後、これが最低賃金として認められるというものであった。

1968年に、企業間の協定による最低賃金制度は、廃止され、二つの異なる最低賃金の制度が生み出された。これが、地域別の最低賃金と業種別最低賃金である。

派遣元はさらに、賃金を支払うことになるが、派遣先には、その地域の最低賃金が適用される（最低賃金法 13 条）。

1. 地域別最低賃金

すべての県は、最低賃金を定める。これは県の地域の時間当たりで定められる。法律上は、最低賃金審議会への聴聞の後、厚生労働大臣又は、各都道府県の労働局長が最低賃金について定める（最低賃金法 10 条）。最低賃金審議会は、省の中央最低賃金審議会と各都道府県の最低賃金審議会とがある。すべての最低賃金審議会は、労働者代表、使用者代表、公益委員（学者、弁護士等）からなる。地域の最低賃金は、労働者の生計、労働者の賃金、企業の支払い能力を考慮して、定められる。

まず、中央最低賃金審議会の前に、小委員会が設置される（労働者代表、使用者代表、及び、公益委員）。小委員会では、労働者代表と使用者代表との間で、見解の相違が大きいのが通常である。労働者代表は、さまざまな理由から、最低賃金のアップを主張する。これに対して、使用者代表は、最低賃金がアップすると、海外へ移転する企業が生じるとよく述べる。興味深いのは、労働者代表は、最低賃金がアップする場合に、事業所が閉鎖された例を示せと要求するが、使用者代表は、示せないのが通常であることである。公益委員は、その年の最低賃金額を提案することがよくあるが、労働者代表及び使用者代表は、公式的ないし非公式的な場で妥協に達する。公益委員は、その提案に際

³⁰ シューレンは、請負契約と労働者派遣の区別のために、請負人による瑕疵担保責任の有無を強調する(Schüren, *Wirtschaft und Verwaltung*, 2001, S. 173 (189)). 請負企業が瑕疵担保責任を引き受けるかどうかは、同企業が企業のリスクを自ら負うかどうかのひとつの兆候でしかない。

して、使用者代表の同意を当初から取り付けることに努力する。

この結果は、中央最低賃金審議会に提出される。

中央最低賃金審議会が、その年、何円の最低賃金がアップするのかの地域の最低賃金の目安が策定される。目安では、四つのランクにすべての都道府県が振り分けられる。A ランクには、東京、大阪、横浜、千葉、並びに、愛知のような大きな県が属する。A ランクの最低賃金の上昇額は、目安によれば、+5 円 (2012)、+19 円 (2013)。D ランクには、例えば、青森、沖縄、福島が入る。D ランクでは、最低賃金の上昇額は、4 円 (2012)、+10 円 (2013)。B ランクは、+4 円 (2012)、+12 円(2013)。C ランクは +4 Yen (2012)、 2013 +10 Yen (2013)。国が、慎重に労働市場に介入しているのがわかる。

民主党が野党であったときの 1000 円という最低賃金に関する提案は、政権交代の後、実現しなかった。この提案は、フランスなどの他国の最低賃金の額を考慮したものであった。

地域の最低賃金審議会は、中央最低賃金審議会の目安に事実上影響を受ける。都道府県では、地域最低賃金に関する目安を考慮して、議論し、基本調査、予想される経済的影響、団体交渉の結果、都道府県の経済的状況、都道府県内の地域間差異、最低賃金法の遵守状況、他の都道府県の最低賃金が検討される。目安からの逸脱は、地域の最低賃金審議会では可能であり、約 1 円から 5 円の幅でなされる。

現行の最高の時間あたりの最低賃金額は、東京の 850 円であり、最低額は、652 円 (島根と高知)。地域の最低賃金の平均額は、764 円(5.8 ユーロ)。為替が現在では円に不利に働いており、円をユーロに換える場合、最低賃金額が低くみえてしまっている。764 円は、昨年の地域の最低賃金の決定時には、8.4 ユーロに相当する。例えば、東京では、平均月、155 時間働いたとすると、月の報酬額は、13 万 2 千円である。

さらに、最低賃金が生活保護を下回ってはならないという法律上の原則がある (最低賃金法 9 条)。

中央最低賃金審議会は、段階的な最低賃金のアップによって、いくつかの都道府県において最低賃金が生活保護を下回る現象の除去に努めてきた。それでも、今年的生活保護は、6 つの都道府県、例えば、青森、埼玉、千葉、京都、兵庫各県において、最低賃金を上回っている。

東京、大阪、横浜のような大きな都市では、最低賃金はほとんど機能しない。市場賃金が最低賃金を上回っているのである。大きな都道府県の企業は、労働者を獲得するため、よりよい労働条件を市場賃金として提供している。これに対して、地方都市では、労働者の約 10%を保護するために、最低賃金が機能している。

2. 業種別最低賃金

日本では、業種別で定められるさらなる最低賃金制度がある。一定の業種に対する最

低賃金は、当該労働者の代表又は使用者によって申請し、労働大臣又は都道府県の労働局長によって、地域の最低賃金審議会の聴聞の後、定められる(最低賃金法 15 条).

2013 年 10 月 1 日より、244 業種の最低賃金が存する。業種別の最低賃金と地域別の最低賃金が重なる場合には、より有利なものが当該使用者又は労働者に適用される。

次の表では、東京の業種別最低賃金が定められている。

Tokio	Stahlindustrie	859 (Yen)
	Maschinenbau, Produktionsgerä tenindustrie	832
	Elektrogeräteind ustrie, Informationstec hnik, sowie Uhr- und Brillenindustrie usw.	829
	Automobilindust rie, Schiffbau und deren Reparaturindust rie, Flugzeugindustri e	838
	Verlagswesen	857
	Handel und Einzelhandel	792

ドイツ法では、業種別の最低賃金で足りるか、それとも、国で統一的な最低賃金が必要かが議論とされているが、法技術的には、日本法のように、その双方を構築する方法もある。

3. マクロ経済学的な考察と最低賃金の正当化の問題

ドイツでは、7.5ユーロの最低賃金の場合、100万以上のポストが予想されている。アメリカや日本では、最低賃金の廃止が、マクロ経済学者の間で主張されている。

最低賃金のアップが、双方の国において、ポストの喪失につながるかは、経済学者の間でも、争われている。90年代のアメリカの有力な説は、10%の最低賃金の上昇が、約1%の失業率上昇をもたらすと示していた。これに対して、他の見解は、使用者が労働需要の独占の状況で、最低賃金がない場合、わずかな労働者を雇用し、わずかな賃金を支払うことになるかと主張される。カード/クレーガーは、ファーストフードショップの雇用が、最低賃金の上昇の結果、ニュージャージー州では、ペンシルバニアと対比して、増大していると主張されている。

確かに、最低賃金が、貧困の撲滅へ魔力を生じさせるかは、争いなく、疑いがもたれている。私は、経済学者、犯罪学者、社会教育学者らと貧困に関する共同研究をなしてきた。貧困の原因には、次のようなものが指摘されている。失業、わずかな社会的な給付、大家族化、教育の貧困さ、部分的には、一人親家庭、年齢、疾病、障害等がある。

しかし、私は、具体的なケースにおいて、低い賃金が存する限りは、最低賃金のシステムは必要であると考え。それでも、マクロ経済学の見解で、最低賃金の上昇が失業率の上昇を招くという見解がある限りは、国家は、慎重に、労働市場に介入すべきであると考え。政治家の主張のようなドラマチックな賃金アップは、あってはならない。

私的自治又は協約自治への国の介入の正当化の問題は、日本の労働法上は問われていない。派遣労働者は時折労働組合によって組織化されている。協約賃金は、通常、最低賃金より労働者に有利なものになっている結果、最低賃金の措置の協約自治への介入は、実務では問題にならない。私的自治においては、最低賃金の設定によって干渉を受ける。転職によって、より有利な労働条件を提供される、賃金のよい派遣労働者がいる。しかし、多くの派遣労働者又はパートタイム労働者は、地域の労働市場で職務を営んでいる。彼らは、期限のある労働関係において、いくつかのオファーのなかでの自由な職業上の選択をなしているが、地域での労働条件は、多くの場合、それほど異なっているわけではない。女性は、育児休業の後復帰するためには、期間の定めのない労働契約を締結するのは困難である。たいていの派遣労働者やパートタイム労働者には、職業上の広範囲な経験や知識を欠いている。これによって、彼らは交渉能力を使用者ほどは有していない。この限りでは、労働者には組織的な従属性が存する。

経済学的な考察のみが、最低賃金の議論において、決定的に重要なわけではない。彼らが、最低賃金の廃止によって獲得しようとしているのは、完全失業と効率性に過ぎない。これに対して、最低賃金は、人間の生存の基礎、これによって、間接的には、社会的な国家原理、部分的には人間の人格的な価値という本質的な価値に関わる。最低賃金の廃止ないし否定についての経済学の議論に当たって、経済学者らは、多くの価値の喪失を顧慮しないのに対して、彼らは、完全雇用の達成に固執する。しかし、たとえ、最低賃金を廃止し（ドイツでは制定せず）、多くの法益が失われるとしても、完全雇用が

一般に達成されるかどうかは、明らかではない。その意味で、最低賃金がないほうがよいとする経済学的ないし政治学的な議論には疑問がある。