

労働者派遣契約と請負契約

—西ドイツにおける区別標識論議—

今野 順 夫

一. はじめに

職業安定法44条は、「何人も、第45条に規定する場合を除く外、労働者供給事業を行い、又はその労働者供給事業を行う者から供給される労働者を使用してはならない」として、原則として労働者供給事業を罰則付(64条)で、禁止している。例外的に認めた45条は、労働組合に対してであり(「労働組合法による労働組合が、労働大臣の許可を受けた場合は、無料の労働者供給事業を行うことができる。'), それ故、営利のための労働者供給会社(企業)は、全面的に禁止されていると見てよい。これは、労働者供給事業が、「ややもすれば労働の中間搾取を行い、且つ強制労働の弊害を伴い易い」(昭23・8・28職発1024)ものであるからであるが、それとともに、労働契約にもとづく就労義務の内容が、契約当事者以外の者の指揮命令下で働くことのもつ非人間性の克服を目的にしていたものといえよう。

ところが、最近、企業から仕事を請け負い、スタッフを派遣する「人材派遣業」が急成長している⁽¹⁾。これらの場合、派遣される労働者は、派遣会社と雇用契約を締結していることが多く、実態は「労働者供給」であるが、形式上、業務請負契約にもとづく履行補助者とされているケースが多い。請負契約自体は、民法632条以降に定められる典型契約でもあり、これを否定すべき法的根拠もない。したがって、人材派遣が、労働者供給契約にもとづくものなのか、請負契約にもとづくものなのか——労働者供給契約と請負契約の区別——は、労働者供給事業を禁止した時点からすでに、大きな問題として存在していたといえる。

職業安定法施行規則4条は、契約形式が請負契約であっても、次の各号のすべてに該当しなければ、それを労働者供給の事業を行う者とした(第1項)。

① 作業の完成について事業主としての財政上及び法律上のすべての責任を負うものであること。

② 作業に従事する労働者を、指揮監督するものであること。

③ 作業に従事する労働者に対し、使用者として法律に規定されたすべての義務を負うものであること。

④ 自ら提供する機械、設備、器材(業務上必要な簡易な工具を除く。)若しくはその作業に必要な材料、資材を使用し又は企画若しくは専門的な技術若しくは専門的な経験を必要とする作業を行うものであって、単に肉体的な労働力を提供するものでないこと。(昭和27年改正。改正以前は、傍点部分が「専門的な企画、技術」であった。)

但し、上記の各号にすべて該当しても、それが、法潜脱のためであり、真の目的が労働力供給である場合には、労働者供給事業とされた(第2項)。

これらの基準でさえ、昭和27年改正のように、労働供給業者の多くを下請業者として認めるものであったが、実態はさらに進み、労働者供給事業の全面的禁止は、空洞化している。労働行政当局は、職安法44条を厳格に遵守する方向ではなく、現状追認の方向で、労働者供給事業の法認化の道を歩んでいる。昭和53年の民営職業紹介事業に関する行官庁の勧告や、昭和55年の労働力需給システム研究会の提言をうけて、労働省は、「労働者派遣事業問題調査会」を設け、行官庁勧告から指摘をうけた業務処理請負事業の実態調査をおこなって現状を把握するとともに、「労働者派遣事業」の制度化問題について検討をすすめているのである。しかし、こうした法認化が、公的規制を伴って、「労働の中間搾取」・「強制労働」の弊害を除去することになるかということについては、疑問がある。一定の労働者供給事業が法認化されることは、それによって人材派遣が促進され、他方、請負契約その他の法形式によって、公的規制を潜脱しようとする動きの強化も予測される。そこでは、新たな形態で、労働者供給契約と請負契約等との区別の問題が生ずるであろう。

1972年の労働者派遣事業法(Arbeitnehmerüber-

lassungsgesetz—AÜG)によって、一定の規制(許可制)下に法認化された西ドイツの労働者派遣事業においても、違法な労働者派遣が後を絶たず、それが、請負契約等の他契約類型を偽装しているため、とくに、請負契約と労働者派遣契約とが、いかなる基準で区別されうるかが、問題となっている。

本稿では、西ドイツAÜGの成立展開を背景に、とくに、西ドイツにおける労働者派遣契約と請負契約との区別標識についての論議を紹介し、わが国における区別標識論および立法論検討への一つの手がかりにしたい。

二. 西ドイツ労働者派遣事業法制の展開

1. 1967年連邦憲法裁判所判決

西ドイツAÜGの成立は、1972年であるが、その契機となったのは、1967年4月4日の連邦憲法裁判所(Bundesverfassungsgericht)の判決である。

本判決に至るまで、労働者派遣事業は、労働行政が独占すべき職業紹介とみなされて、私企業においては禁止されている。つまり、「職業紹介と失業保険に関する法律」(Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung—AVAVG)37条3項は、「派遣者が、自ら労働力を自己の計算にもとづいて行使させるのではなく、かつ派遣された労働力に必要な道具の装備を自ら引受けることなく、常時、第三者に、就労のために、その労働力を用立てるといふ労働者の派遣も、職業紹介とみなされる」としている。この段階では、労働者派遣と認定されるかぎりは、職業紹介になり、禁止されているのであり、その根拠づけは異なりつつも、わが国の現在の法状態に類似する。したがって、それを潜脱する方途は、請負契約等によって、労働者派遣と認定されないことの模索であり、それに対抗する理論作業は、労働者派遣契約と請負契約等との区別標識を明らかにすることである。

ところが、連邦憲法裁判所は、1967年4月4日に下した二判決のなかで、一方(Führungskräfte-判決)で、労働行政による職業紹介独占を合憲としつつも⁽²⁾、他方(adia-判決)では、労働者派遣を職業紹介とみなして禁止することは、職業選択の自由(基本法12条1項)の許されざる制限とし、AVAVG37条3項の規定自体を無効とした⁽³⁾。

違憲判断を下した adia-判決の事案は、次のようなものであった。申立人は、商業登記簿上は、商

人的特別注文および記帳労働をおこなう有限会社を営んでいることになっているが、実際、自ら事務および記帳労働をすることなく、広告や郵便によって、様々の種類の事務労働に適しているが、長期的就労を望まない婦人を、「自由な協働者」として募集し、相応する事務職員を捜している企業の下で就労させている。申立人は、かかる派遣労働者をいつでも召還することができ、また、臨時労働の必要性がなくなる場合、協働者は申立人の元に戻る。受入企業が、この協働者を最終的に雇用することは、5,000マルクの契約罰を課するという形で禁止し、報酬は、申立人に対して支払われる(時給5.20マルク~6.00マルク)が、協働者には、より少ない賃金(時給3.5マルク)が支払われていた。ところが、「連邦労働施設」(Bundesanstalt)は、申立人の活動がAVAVG37条3項により職業紹介とみなされるとして、活動中止を求めた。申立人は、AVAVGの規定に反していないとして争ったが、社会裁判所およびラント社会裁判所によって却けられ、そのため、AVAVG37条3項自体が、基本法12条1項(職業選択の自由)に抵触するとして、違憲訴訟を提起したものである。

連邦憲法裁判所判決は、一般的な職業紹介の独占も、独立の職業紹介業者の職業選択に対する客観的妨害ではあるが、上位の共同善(Gemeinschaftsgüts)の保護のために不可欠であるため基本法12条1項に違反しないが、それを、労働者派遣契約に拡大することは、上位の共同善の保護からは必要性がないとした。つまり、労働者派遣契約は、労働行政の職業紹介独占を、挙げるに値する範囲で潜脱するにふさわしいものではないというのである。職業紹介の経済的機能を代替しうる余地は、極めて限られているとする。こうした判断は、ドイツ商工業会議(Deutsche Industrie- und Handelstag)の包括的調査にもとづく、次のような結論に添うものであった。

「1. AVAVG37条3項の労働者派遣は、稀にしか生じない。その範囲からみて、職業紹介独占を潜脱するには全く適切でない。さらに、一般に、通常、臨時工の派遣のためだけであって、継続的労働力については考慮されていない。

2. アンケートは、労働者派遣契約が、他の事業に派遣されている労働者の搾取へと導いた、あるいは導きうるといういかなる手がかりももたらさなかった。事業所が、自己の労働力以上に、派

遣されてくる他人の労働力に多くを支払わなければならぬということは明白である。そうでなければ、派遣業者に、いかなる利潤も残らないからである。しかし、このことが、労働報酬の本質的高値へと導いたということについての詳細に根拠づけられた苦情は掛けにされなかった。そのことは、他方、通常、補助力だけであって、いかなる継続的労働力も派遣されていないということに関連しているのであろう。

かかる違憲判断は、労働者派遣業が許されることのあることを認めることになり、禁止されている私的職業紹介と職業紹介には該当しない（許される）労働者派遣業の境界を、どこに引くかという問題を生じさせる。つまり、労働者派遣であることが、直ちには、AVAVGの禁ずるところではなく、それが、職業紹介と認定されないかぎり、違法ではない。したがって、労働者派遣の形をとりながら、私的職業紹介を追求する脱法行為の摘発が、労働行政の課題となる。それ故、理論的には、職業紹介と労働者派遣の区別の標識をどこに求めるかが、課題となる。この点、連邦憲法裁判所は、「第三者の事業所に派遣された者が、その労働者として編入されず、ただ、派遣業者との労働法的関係にある」場合には、許される営業的労働者派遣とし、「派遣されている労働者が第三者の事業所に、相互関係を全体的にみれば——たとえ短期間のみでも——その労働者になるように編入されている」場合には、職業紹介とされる。後者の場合、労働者が、派遣業者と何らかの契約関係にあったとしても、本質的なことではない。しかし、連邦憲法裁判所のとった、区別標識としての「編入理論(Einordnungstheorie)」に対しては、その内容の不明確さ故の批判を受けることになる。つまり、受入事業所への純粹に事実的編入で十分なのか、あるいは、受入業者と派遣労働者との合意が必要なのかということである。

以上のように、AVAVG 37条3項を違憲とした連邦憲法裁判所の判決によって、直ちに、立法上の変化を生じさせたわけではないが、営業的労働者派遣の問題を、37条3項によって、直ちに、職業紹介として禁止する方法から、職業紹介を限定するAVAVG 37条1項の「職業紹介」に該当するか否かの解釈問題に依存させたかぎりでは、法的問題の転移をもたらしたといえる。

さらに、連邦社会裁判所(Bundessozialgericht)の

判決(1970年7月29日)は、差戻されていた adia-事件について、申立人の活動が職業紹介に該当し、国家的職業紹介独占に反するとした⁽⁴⁾。その中で、職業紹介と労働者派遣の区別について、本判決は、連邦憲法裁判所の「編入理論」を「重心理論(Schwerpunktstheorie)」に修正した。つまり、労働者の労働法上の関係の重心が、派遣業者との関係にあるのか、受入業者との関係にあるのかによって判断される。かかる理論に従うならば、「労働場所を提供する使用者と労働者との間に、労働法的関係が基礎づけられうるとしても、並列して、この関係よりも長く継続し、それとは独自の、派遣業者と労働者との労働関係が存在し、この関係に労働法関係の重心がある」場合に、労働者派遣が許されることになる。

AVAVG 37条3項を違憲無効と表明し、労働者派遣事業の合法化の道を拓いた1976年連邦憲法裁判所判決は、ラムの指摘するように⁽⁵⁾、「保護されたダムを決壊させる」ものであった。この時点までの営業的労働者派遣の少なさは、以前の法状態の予防的効果に依拠していたものとみられる⁽⁶⁾。本判決を境に、派遣業者は増大し、その弊害の防止は、ただ前述の「編入理論」「重心理論」による脱法行為の禁圧に期待されなければならなかった。

2. AÜG の 成 立

1970年の連邦社会裁判所の判決が、臨時労働力規制の法律的發展を促したとはいえないが、立法者に対する社会政策的アピールとなったことは否めない。営業的労働者派遣業を法律上規定することにより、派遣労働者の社会的保護を保障し、かつ拡大すべきだというアピールである。

立法上の準備作業として、まず、1970年12月10日に公表された、連邦労働省の「貸借労働者の保護に関する法律草案(Entwurf eines Gesetzes zum Schutze der Leiharbeitnehmer)」が出され、1971年4月23日には、若干修正した「営業的労働者派遣業の規制に関する法律草案(Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung)」を、連邦政府は、連邦参議院に提出している。これは、連邦参議院の基本的な賛成を受けた後、さらに1971年6月15日に、連邦議会に提出され、労働社会秩序委員会(Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung)の審議に持ち込まれることになった。

法律案は、連邦社会裁判所判決に依拠しつつ、基本的には、次の目標を追求する。つまり、

① 連邦憲法裁判所判決と連邦社会裁判所判決にもとづいて許された労働者派遣と職業紹介との区別。

② 派遣労働者のための労働法、社会保険法上の保護の拡大。

③ 認可強制並びに報告義務・監督措置の確立による営業的労働者派遣の国家的監視、である。

この草案のなかでは、第三者(受入業者)に労働者を、労働給付のため営業上派遣しようとする使用者は、「連邦労働施設」の許可を必要とし(Art.1 § 1)、その許可は、申請者が必要な信用性を有していないかぎり、拒否されるものとされた(§ 3)。

この草案に関して、委員会は、各方面から意見を聴取したが、大略、以下の通りであった⁷⁾。

(イ) 連邦ドイツ使用者団体連合(Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände)は、その構成員の見解は非常に異なり、営業的労働者派遣の禁止すら求めるものもある(造船関係)が、次のものに疑念を向ける。3ヶ月という余りにも短い投入期間、10条にもとづく労働関係の法律的擬制の場合における派遣業者と請負業者との間の不平等な危険分担、労働争議の際の派遣労働者投入に関する条項の余りにも広い形式、指令事務としての連邦労働施設による法律の実施に対してである。

(ロ) ドイツ労働組合連合(DGB)は、立法作業にあたって、とくに労働市場政策の危険(例、資格ある常備労働者の排除)を指摘する。さらに、緊張した労働市場の状態にあって、営業的労働者派遣は、労働力の流動化に寄与することは疑問であること、労働争議の際の派遣労働者の投入禁止が、不十分にしか表現されていない点に疑問を投げかけている。

(ハ) ドイツ職員組合(DAG)の要求は、協約除外条項(Tariföffnungsklausel)を受入れること、3ヶ月の再雇用禁止期間を6週間に減らすこと、官庁の例外認可の可能性と結びつけられた目的制限形態を採用することによる投入期限の大きな柔軟性の実現にあった。

(ニ) 臨時労働のための企業連合(Unternehmensverband für Zeitarbeit—UZA)は、法律上規定される派遣企業の許可義務に対しては歓迎したが、臨時労働者との期間の定めある労働契約締結の可能性の制限、並びに3ヶ月という厳格な投入期限

に対しては疑念をもった。UZAは、6ヶ月という最高期限をもった目的限定的形式の採用を提案する。

(ホ) 「貸借労働連合」(Verbands Leiharbeit、その後名称をBundesverband Personal-Leasingに変更)は、同様に、派遣業者の許可義務導入を歓迎したが、以下のものには、疑念を表明した。つまり、3ヶ月の再雇用禁止、3ヶ月に限定される投入期限、理由ある場合に、派遣業者の地所および営業施設に立入る許可官庁の権限、派遣業者の統計的申告義務、3ヶ月以内の再雇用の場合の派遣業者の解約告知の無効性、社会保険料に対する受入業者の補助的責任である。

(ヘ) 「連邦労働施設」(Bundesanstalt für Arbeit)が、くりかえし指摘したのは、特定の職業または職業部門の労働力を、個別派遣業者に独占化されることの危険である。労働力プール形成の危険は、新しい法律によって有効に防止されないという。さらに、国家的職業紹介が制限され、かつ、派遣労働市場が従来の法状態以上に開かれることを惹起する3条に対して疑念をもつ。それに反し、3ヶ月の投入期間の導入に対しては、効果の観点から賛意を示している。

以上の6団体の見解のなかで、使用者三団体(イ・ニ・ホ)が共通して疑念を表明しているのは、3ヶ月に限定された投入期限である。これは、AÜGの3条1項で、「申請人が、受入企業に、同一の派遣労働者を、継続して3ヶ月以上派遣している場合」(Nr. 6)には、許可又は延長が拒否され、AÜG1条2項では、「派遣期間が、個別的に、3ヶ月を越えている場合には、派遣業者は職業紹介を行っている」と推定される」という形式で採用されたものである。後に、許可を受けず労働者派遣を行い、それを請負契約で偽装している事例——労働者派遣契約と請負契約の区別標識が問題になる事例——の多くは、3ヶ月の投入期限を忌避して許可申請を怠る例であることが報告されているが⁸⁾、そのことは、立法作業過程の使用者団体の見解のなかに、すでに先触れが存在していたといえよう。

以上の各団体の見解をふまえつつ、労働社会秩序委員会は、政府草案の構想を本質的に支持したが、若干の変更・補充決議を一致して行った。つまり、派遣業者の違法行為の防止を、「連邦労働施設」に可能とさせること、国家的職業紹介独占の空

洞化を避けること、派遣労働者の労働法、社会保険法的保護を強化することである。2年毎に、法適用の際に得られた経験を報告するという決議も含めて、AÜGは、1972年6月21日に連邦議会で承認され、1972年7月7日に連邦参議院でも可決され、8月11日に公布された。かくて、「営業的労働者派遣業の規制に関する法律」(Gesetz zur Regelung der gewerbsmässigen Arbeitnehmerüberlassung)は、公布後2ヶ月を経過した、1972年10月12日に施行された。

三. 労働者派遣契約と請負契約の区別

AÜGの成立により、派遣業者(Verleiher)と受入企業(Entleiher)との間に締結される労働者派遣契約の枠内での労働者の営業的派遣のみが、法的に規制をうけることになったので、この労働者派遣契約とAÜGの適用されない「人材派遣」的契約の区別を明らかにすることが、実践的にも、大きな関心を払われざるをえなくなる。「連邦労働施設」の確認によると、AÜGの施行後、請負契約(Werkvertrag)にもとずく人材派遣がかなり増大しているといわれる⁽⁹⁾。しかし、こうした請負契約形式の一部のみが、真の請負契約として評価されるのであって、他は、不真正な請負契約の形をとった、違法な労働者派遣と推定されている。

契約自治は、契約当事者が、給付内容、給付方式を個別的に交渉し確定するものであるが、成立した契約の法的性格までを決定しうるものではない。当事者によって、「請負契約」として表示された契約関係は、それが、法的性格上も「請負契約」であるかどうかを、当事者の呼称によってではなく、給付対象、契約実施の状況によって、判断されなければならない。「請負契約」と称されていても、給付対象が、労働給付の目的のための労働者派遣であるならば、それは、「労働者派遣契約」と評価されなければならないであろう。

したがって、AÜG適用を回避しようとする業者の増大という問題に直面し、労働者派遣契約が、いかなる基準にもとずいて、他の「人材派遣」的契約(Werkvertrag, Dienstvertrag, Dienstverschaffungsvertrag)と区別されるべきかという問題の検討を必要とする。ここでは、主として、請負契約との区別標識に関する西ドイツにおける論議の展開を、労働行政当局のAÜG改正案ならびに学説を通じて、概観する。

1. 労働者派遣契約

労働者派遣契約に対するAÜGの規制は、12条による文書形式の確立と、派遣業者の受入業者に対する通知・論及・届出義務に限定されている。ただし、本契約の特別の有効要件として、AÜG1条にもとずく許可を必要とする。労働者派遣契約も、双務契約であり、派遣業者には、その労働者を労働給付の目的で派遣することが義務づけられ、受入業者は、労働給付を受領し、協定される派遣報酬を派遣業者に支払う義務を負う。問題は、「労働給付のための派遣」の内容である。これは、特定の職務給付、または特定の給付効果をもたらすことの義務ではない。派遣業者が負担しているのは、派遣労働者の具体的労働給付ではなく、労働給付のために、労働者を派遣することである。

2. 請負契約

他方、請負契約は、典型契約として、ドイツ民法(BGB)631条以降の定めるものであるが、請負業者は、注文主に対して、特定の労働成果をもたらすこと、すなわち、何らかの効果をもたらすことを義務づけられる。その対象は、有形的な製造(例、機械設備の組立)のみならず、無形の労働成果(例、専門的鑑定報告)でもありうる。請負契約の下にあっては、投入される労働者への指揮命令権は、請負業者が有する。ただし、第一次的には請負業者に向けられる注文主の指図権(Anweisungsrecht)は、請負業者がその労働者を投入する場合には、直接当該労働者に対する指図となってあらわれる。この指図権と指揮命令権が、いかに区別されるかも、労働者派遣契約と請負契約との区別標識論議に、大きな関りをもつ。

3. 区別標識をめぐる諸見解

以上のように、労働者派遣契約と請負契約の区別は、抽象的には画定されうるとしても、実態的に同一効果を果しているが故に、具体的に画定することは容易ではない。したがって、請負契約の形式をとりつつ、実態は、労働者派遣を行い、AÜG諸規定を潜脱する危険性は大きい。それ故にこそ、形式はともかく、実態的判断により、いかなる場合に、労働者派遣契約が存在していると認められるか——請負契約と労働者派遣契約の区別——の標識確定の努力が、労働行政当局、学説によってなされてきたといえる。

A. 「AÜG改正に関する第一法律」の報告草案

本草案は、関係団体・機関に対し、意見聴取のために提出されたものであるが、その中心的部分は、営業的労働者派遣推定要件を立法化することであった。

労働社会秩序大臣の紹介によれば、AÜG 1条2項に、次のものが挿入されるべきこととされる¹⁰⁾。

「使用者の活動が、根本的に、他の事業所への労働者の派遣に限定されている場合^(a)、または、使用者が、他の使用者の事業所に、労働者を派遣し、かつ、労働者が、以下のことを為す場合には^(b)、営業的労働者派遣が存在していると推定される。

- ①他の使用者の指揮命令に基く労働、または、
- ②他の使用者の労働者と同一の労働、または、
- ③根本的に、他の使用者の材料と道具でもっての労働、または、
- ④派遣業者が労働の成果に対して責任を負担することのない労働、または、
- ⑤派遣業者に対して、時間単位の原理にもとづいて償われる労働。」^{(a), (b)は筆者の注)}

このような反駁されうるものとしての法律上の推定は、監督官庁に有利に立証責任を転換するものであり、法律回避の立証を容易にするものである。しかし、この草案に対しては、たとえば、ベッカー (Becker) によって¹¹⁾、鋭い批判がなされる。つまり、AÜGは、営業法的、職業紹介法的、私法 (特に労働法) 的、社会保険法的規範領域を含み、かつ、刑事・秩序罰の構成要件を含んでいる。しかし、法律上の推定要件が、AÜGのすべての規範領域において、効力を有するかということについては、草案は明らかにしていない。刑事・秩序罰手続の場合であれば、推定的構成要件は、すでに憲法上の理由から、しかも基本法20条3項の法律国家原則の故に、適用できないであろう。

こうした、推定要件の確定による、AÜG回避問題の立法的解決は、多くの批判のなかで、実現していない。

B. ゲーベルの見解

ゲーベル (Göbel) は、労働者派遣契約と請負契約との区別にあたって、機能関係の側面を重視する¹²⁾。つまり、個々の当事者間 (請負業者—注文主—履行補助者/派遣業者—受入企業—派遣労働者) にあって、給付対象にかかわって、いかなる機能的関係が存在しているのか、いかなる方法で、給付成果が当事者に反映するのか、したがって、

その給付が帰属されることになっているのか、換言すれば、請負業者として活動しうるためには、いかなる前提が充たされていなければならないのか、真の請負契約関係から出発しうるためには、給付成果、履行補助者、注文主との関係が、いかなる要素を形成していなければならないか、工事製作に向けての活動をそもそも可能にするために、いかなる機能関係が存在しなければならないかということである。

このような観点に立脚して、ゲーベルは、労働者派遣契約と区別されるための請負契約の決定的標識として、次の点を挙げる。

- ①注文主に対する請負業者の、企業上の独自責任と、そこから導き出される処分可能性。
- ②性質上個別化され得、請負業者に計算可能な仕事の成果の協定と製造。
- ③履行補助者に対する請負業者の排他的指揮命令権。
- ④注文主の事業所に、請負業者の履行補助者を編入していないこと。
- ⑤請負業者によって、企業危険 (特に保証) が負担されていること。
- ⑥生産に関連する報酬規定。

その他、従来、請負契約の指標として挙げられてきたものは、せいぜい間接証拠でしかないという。つまり、独自の労働手段の投入の場合も、注文主側の労働手段が、(黙示的にせよ) 賃貸借契約で請負業者に使用されることになり、報酬決定の際、その分少く計算されている場合であれば、請負契約としての法的性質決定が否定されないからである。さらに、経済的独立性の指標は、①の指標で代替されており、「特定の成果」という指標も、②の指標で、より厳格に表現されているとする。

C. ヘンペルの見解

ヘンペル (Hempel) は¹³⁾、まず、ゲーベルの区別標識の提案を、BGBの債権法上の規定のみから出発しているとして批判する。つまり、債権法は、法律行為に携わる人格間の相互の財産法上の利益を調整することを課題としており、この目的のために、BGBは、企業者危険、不完全履行または不履行の場合の責任、事物消滅の際の危険負担に関する規定を有しているのである。請負契約規定 (BGB631条以降) は特に、注文主と請負業者との間の法関係のみにかかわっている。したがって、

ここで問題とする、請負業者が注文主の事業所内で、履行補助者によって給付をなすという特殊性は考慮されていない。さらに、請負契約と労働者派遣契約の比較を困難にしているのは、AÜGが、全く別の目的をもっているということである。つまり、第三者に派遣されている労働者の保護のための法律である。BGBとAÜGは、相違している考え方から出発している。BGBの法理念は、当事者が経済的に同等の強さを持ち、法関係上の利益を自ら顧慮しうることを前提とする。他方、AÜGは、派遣労働者が、派遣業者・受入企業との関係で弱い立場にあり、保護されなければならないということから出発する。従来との区別標識追求の失敗は、相異なる目的を追求する法形態を、公約数のないまま比較することのためである。相互に関係づける以前に、双方は、共通の分母の上におかれなければならない。

以上の基本的観点に立ち、ヘンペルは、区別標識として、以下の3点を提示する。

① 注文主に対する請負業者補助者の人格的従属性の存在。

AÜGの保護機能から、他人の事業所に派遣されている労働者は、派遣業者とも、受入業者とも、労働法的関係にあることによって、不利益に取扱われるべきではない。請負契約の締結によってAÜGの適用が回避されうるかどうかの問題は、請負業者の労働者が、注文主の事業所における労働の際に、注文主との人格的従属(persönliche Abhängigkeit)に入るが故に、派遣労働者同様に、保護の必要があるかどうかということである。

② 請負契約と労働者派遣契約との経済的代替性(特に、請負契約上の給付義務と注文主の事業目的の一致)。

この標識は、労働市場ならびに国民経済に対する労働者派遣の否定的効果を防ぐという、AÜGの目的にかかわる。同一の危険をもたらす請負契約は、労働者派遣と同じく、AÜGの下におかれるべきである。経済総体に対して、労働者派遣契約の場合と同一の否定的効果が、請負契約から生じているかどうかにかかわる。受入事業の経営目的の枠内での、完成されるべき仕事の役割である。

③ 広汎な責任排除

請負契約は、請負業者の責任を広汎に制限することによって、経済的には、労働者派遣と同化される。その限りでは、労働者派遣の2つの現象

形態は代替性を有する。そのため、広汎な、または、完全な責任排除は、AÜG回避を認定する指標となる。

以上の三標識は、AÜGの保護目的の多様性を理由に、選択的ではなく、重疊的に適用されるべきであるとしている。

ところで、この三標識に関して、さらに詳細な指標が検討される。とくに、「注文主に対する請負業者補助者の人格的従属性」は、いかなる場合に認められるとするのか。まず、人格的従属は、労働者の指揮命令服従(Weisungsunterwerfung)において宣言される。ここでの問題に即応すると、注文主の指図権(Anordnungsrecht—BGB § 645 Abs. 1 S. 1, 2. Alternativeは明白に、注文主の請負業者に対するAnordnungsrechtについて言及しており、またBGB § 278によって、履行補助者の行為が、請負業者に見込まれているので、注文主のAnordnungsrechtは、履行補助者に向けられる)が、注文主事業所内で働く請負業者補助者の人格的従属性へと導きうるのか、いかなる場合においてなのかということである。モリトール(Mollitor)は、AnordnungsrechtとWeisungsrechtとの区別を追求するが、履行補助者に対する請負業者のWeisungsrechtは、労働契約にもとづき、注文主のAnordnungsrechtは、請負業者と締結した請負契約にもとづくということから出発する⁴⁴。したがって、労働契約上のWeisungsrechtは、労働者の労働・行動に向けられるが、請負契約上のAnweisungsrechtは、労働成果に、したがって給付されるべき結果に向けられる。しかし、ヘンペルは、かかる概念的区別は、不相当として拒否する。労働者の活動が、労働成果をもたらすことに向けられるので、多くの労働契約における指揮命令は、請負契約上の指図と同様、労働結果に関連している。したがって、請負業者の指図権と使用者の指揮権の性質上の区別はなしえないので、注文主の指図権も、履行補助者の注文主への人格的従属へと導きうる。その点において決定的なのは、ただ、指図権の範囲(Umfang des Anweisungsrecht)である。注文主の指図権が、請負業者の指揮権を排除する場合、あるいは、優勢である場合には、請負契約の形式をとっていても、AÜGの適用下におかれざるをえず、他の2つの標識をも充足することにより、AÜGの回避と認定されることになる。

指揮命令的拘束以外で、人格的従属性を暗示す

るものとして、さらに、次のものがある。

- (イ)注文主が労働時間を定めていること。
- (ロ)請負業者の履行補助者が、注文主企業の就業規則の下におかれていること。
- (ハ)注文主事業所に派遣された労働者が、注文主の高価な機械・道具を利用していること。こうした場合、注文主は、しばしば条件指図をし、労働者に対する監督をおこなうであろう。
- (ニ)派遣された労働者が、注文主の労働者と協力しあっていること。このことによって、派遣された労働者は、受入企業の組織に統合される。共同作業は、注文主が派遣労働者を監督し、指揮権を行使していることを前提とする。

D. ベッカーの見解

ベッカー(Becker)は、報告草案と比較して、ゲーベルおよびヘンペルの提案が優越しているとして、とくに、ヘンペルの区別標識を基本にして、AÜG回避の標識を提示している⁹⁹。

報告草案は、法的安定性の理由から、つまり、反駁されうる法律上の推定という形での規定形成にかかわり、原則的疑念を生み出す。回避標識を立法上確認するということは、それからAÜGの回避が疑いなく引き出されうる場合のみ意味がある。法律によって推定される法律回避は、回避の問題を——ある事態がAÜGの回避として評価されるか否かを、立証状況次第であるという形で——立証次元の問題におしやってしまう。とくに、使用者の活動が、本質的に、労働者を他の事業所に派遣することに限定されている場合には、営業上の労働者派遣がなされていると法律上推定する第一の選択肢(基準)^(a)は、余りにも広汎すぎる。その労働者を主として、第三者の会社に派遣している多数の手工業企業および職務遂行企業(例、建築職人、清掃企業、企業コンサルタント会社)も該当することになるが、かかる経済的活動形態をAÜGの適用下におくことは、職業紹介法上、社会政策上も必要ない。他方、企業目的が、専ら労働者の営業的派遣であるならば、AÜG回避のための間接証拠(強行的メルクマールでなく)でありうるとする。

報告草案の第2の選択肢^(b)のなかに含まれている回避標識については、限定的ではあるが有用とする。しかし、③「他の使用者の材料と道具でもっての労働」および⑤「時間単位の原理にもとづい

て償われる労働」は、いずれも、請負契約関係否定にとっての本質的メルクマールではない。したがって、それは、回避標識の規範に含まれるべきではないが、他の3つの標識は、区別のための出発点として使用しうる。ただし、法的安定性の理由から、詳細化が必要である。①「他の使用者の指揮命令に基く労働」という標識は、BGB 645条1項にもとづく注文主の指図権に抵触してはならず、典型的には、使用者の指揮命令権と結合したような権限の行使のみが、労働者派遣業の存在に対する間接証拠として評価されるべきである。また、②「他の使用者の労働者と同一の労働」に代えて、ヘンペルのように、請負契約上の給付義務と注文主の経営目的の一致とする方が、合目的である。さらに、④「派遣業者が労働の成果に対して責任を負担することのない労働」は、責任排除だけでなく、BGBの規制構造に反する労働給付の実施に関する責任制限も、AÜGの回避として評価されるよう、精密化されるべきである。

結局、ベッカーは、AÜG規定の回避とされる指標として、以下の指標を提示する。

- ①投入された労働者が、第三者会社の所有者に人格的に従属していること。それは、特に、使用者の指揮命令権の典型的な領域が、第三者会社の所有者に把握されていることに、表明されている。
- ②人材投入でもってもたらされる給付目的と、第三者会社の経営目的との一致。
- ③その他の契約タイプに結合している責任危険の排除または制限。

四. 小括—使用者の指揮命令権と

注文主の指図権—

西ドイツにおける労働者派遣契約と請負契約の区別標識論議の紹介は、その対象を、主に、労働行政当局(報告草案)と学説(ゲーベル、ヘンペル、ベッカー)に限定せざるをえなかったが、ヘンペルとベッカーによって提示される、回避標識が到達点と解される。勿論、裁判所——連邦レベルの裁判所に限っても——が、かかる区別標識論議から無関係であることはありえない。マーシャルの要約に従うと¹⁰⁰、①労働給付の機構、②指揮命令権限、③危険負担、④報酬の計算の観点から、労働者派遣契約と請負契約の区別の判断をおこなっている。しかし、抽象的には、従前の議論——

労働行政当局の報告草案に含まれる推定要件すら——を、凌ぐものではない¹⁰⁾。ただ、明示的でなくとも、具体的事案の解決のなかで、裁判所によって、いかなる区別標識が形成・確認されてきているかについては、広汎な判例研究が必要であり、この点での検討は、後日に期したいと思う。

こうした、西ドイツにおける区別標識論議を、それ自体、わが国の問題解決の資料とはできない。法制度のなかでの位置づけの違いを無視して、抽象的に、かつ結論的に、法理を導入することは正当とはいえない。ただ、かかる前提をふまえつつ、西ドイツにおける問題接近の方法をめぐる展開を、わが国の問題解決にあたって参照することは、有意義なことであろう。

たとえば、わが国の職安法施行規則(4条1項)の区別標識において、請負契約を否定する標識として挙げられている「作業に従事する労働者を、指揮監督するものであること」(2号)の検討に際して、西ドイツでの論議の展開を参考にすることは、有益であろう。

わが国の上記標識についての行政当局の解釈は、以下のようである。

注文主が発注した作業に介入する範囲には限度があり、①請負業者又はその代理者に対する注文上の限られた要求又は指示の程度を越えるものではないこと、②請負業者側の監督者が有する労働者に対する指揮監督権に実質上の制限を加えるものでないこと、③作業に従事する労働者に対して直接指揮監督を加えるものでないことを求めている。以上の限度を越えて、注文主が干渉する場合には、請負業者が「自ら指揮監督するもの」とは解しがたいという(昭27・7・23職発502の2)。

この点での西ドイツの論議は、とくに、請負契約によって注文主が請負業者(履行補助者)に対して有する指図権と使用者の指揮命令権との区別を問題とする。ヘンペル、ベッカーは、結局、この問題を、「人格的従属性」の問題としてとらえる。さらにヘンペルは、両者の概念的区別を不当として拒否し、注文主の指図権が、履行補助者を人格的従属へと導きうるのは、指揮命令権との関係で優勢である場合とする。他方、ベッカーは、注文主の指図権ということで、使用者の指揮命令権と結合した権限を行使している場合には、人格的従属性の存在を認める。マーシャルは、債務を負っている仕事の完成に対象上制限された指揮権を指図権

として、指揮命令権との差異を強調する¹¹⁾。ベッカーとマーシャルは、いずれも、両者の性格の異なることを前提としつつ、ベッカーは、これを使用者の指揮命令権に抵触するか否かという観点から、マーシャルは、指図権の確定から問題を処理しようとする。したがって、請負業者の指揮命令権と注文主の指図権が重畳的に併存しているような場合には、ヘンペルは、両者の比較衡量から、指図権が優勢であれば、注文主との人格的従属性を肯定することになり、ベッカーでは、指図権が指揮命令権と結合した権限を行使している場合、マーシャルでは、指図権が、仕事の完成に対象上制限されている指揮権を越えている場合に、注文主との人格的従属性が肯定されることになる。

請負業者の履行補助者に対する注文主の指図権(指示権)の存在については、わが国の民法解釈でも認められているが、それが、使用者の指揮命令権といかに区別されるかについては、未だ、抽象論議の枠を出ていないと思われる。西ドイツにおける、労働者派遣契約と請負契約の区別論議の展開を参考にしつつ、広汎な事例研究ならびに実態調査にもとづいて、とくに、注文主の指図権(指示権)の行使の実態の分析から、労働者供給契約と請負契約の区別の標識の精密化が求められているといえよう。

注

- (1) 昭和58年8月28日付「朝日新聞」は、人材派遣業者数を70社、市場規模は約300億円とする。
- (2) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Bd. 21, S. 245 (Nr. 34).
- (3) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Bd. 21, S. 261 (Nr. 35).
- (4) Entscheidungssammlung des Bundessozialgerichts Bd. 31 S. 235.
- (5) Ramm, T.; Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen, (Zeitschrift für Arbeitsrecht 1973, 279).
- (6) Möller-Lücking, N.; Gewerbmässige Arbeitnehmerüberlassung — Neuordnung oder Verbot? (Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 11/1973, S. 58.).
- (7) Becker, F.; Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) (Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht, 1972, S. 322).
- (8) Bericht der Bundesregierung über Erfahrung bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgese-

- tzes — AÜG (BT-Drucksache 7/2365, 7/5631, 8/2025, 8/4479).
- (9) 注(8)参照。
- (10) Becker, F.; Zur gesetzlichen Entwicklung auf dem Gebiet der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht, 1976, S. 225).
- (11) 注(10) S. 230—232.
- (12) Göbel, J.; Arbeitnehmerüberlassung, Werkverträge und verschobene Arbeitsgeberisiken (Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht, 1973 S. 309, S. 324).
- (13) Hempel, F.; Das Spannungsverhältnis zwischen dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer und den wirtschaftlichen Interessen der Verleiher und der Entleiher bei der Arbeitnehmerüberlassung, 1975. S. 173—183.
- (14) Molitor, E.; Geteiltes Weisungsrecht (Der Betrieb 1960, S. 28).
- (15) Becker, F.; Zur Abgrenzung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages gegenüber anderen Vertragstypen mit drittbezogenem Personaleinsatz (Zeitschrift für Arbeitsrecht 1978, S. 131).
- (16) Marschall, D.; Gelöste und ungelöste Fragen der Arbeitnehmerüberlassung (Recht der Arbeit 1983, S. 18ff.).
- (17) 1978年11月8日の連邦労働裁判所の判決も、請負契約では請負業者が、経済的成果の達成に必要な行為自身を組織し、その際、履行補助者を使用しうるのに対し、労働者派遣契約の場合は、派遣業者が契約の相手方に労働力を派遣するとする。その際決定的な区別標識は、指揮命令権のメルクマールであり、請負業者の指示に従っている場合のみ、請負業者の履行補助者といふことができ、受入企業の指示のみに従っている場合には労働者派遣であるとする (Becker, F.; Aktuelle Fragen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht, 1980, S. 372).
- (18) 注(16) S. 21.

(こんのとしお・法律学)

Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und Werkvertrag

—Zur Diskussionen über ihre Abgrenzungskriterien
in der BRD—

Toshio KONNO

In Japan wird Arbeitnehmerüberlassung gesetzlich verboten. Aber man umgeht es oft durch Schein-Werkvertrag. Es handelt daher sich hier um Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und echten Werkvertrag.

In der BRD kann man dagegen gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung unter die Erlaubnis nach AÜG treiben. Trotzdem sind illegale Arbeitnehmerüberlassungen nicht unterbrochen. Deutsche, wie Japaner, vermeiden oft die Anwendung von AÜG durch Schein-Werkvertrag.

Sowohl in der BRD als in Japan ist es eine wichtige Aufgabe der Arbeitsrechtswissenschaft, die Abgrenzungskriterien zwischen beide Vertragstypen festzustellen.

Diese Abhandlung soll Diskussionen über ihre Abgrenzungskriterien in der BRD erklären und einen Anhalt zur Diskussionen in Japan geben.