

ドイツ労働者派遣法における 擬制労働関係論の再検討 (2) (完)

大 橋 範 雄

- 一. は じ め に
- 二. 立法目的および発生史
- 三. 9条1号による無効の法的効果
- 四. 擬制労働関係成立の意味
 - (1) 10条1項の射程範囲
 - (2) 擬制労働関係の例外
 - (3) 擬制労働関係の開始
 - (4) 契約締結に際しての許可の欠如
 - (5) 契約締結後の許可喪失 (以上67巻2号)
- 五. 擬制労働関係の内容
 - (1) 関連規定
 - (2) 労働時間
 - (3) 労働報酬
 - (4) その他の労働条件
 - (5) 擬制労働関係の期間
 1. 有期擬制労働関係
 - (i) シンクロ禁止規定の廃止と有期擬制労働関係
 - (ii) コンツェルン内での派遣と有期擬制労働関係
 - (iii) 有期擬制労働関係成立のための客観的理由
 2. 擬制労働関係の終了
 3. 擬制労働関係に期限を付するための客観的正当理由
 4. 無期擬制労働関係の終了
 - (i) 普通解雇
 - (ii) 特別解雇
- 六. ま と め
 - (1) 法的擬制
 - (2) 擬制労働関係の適用対象 (以上本号) (完)

五. 擬制労働関係の内容

(1) 関連規定

次にドイツ派遣法独自の制度である10条1項により成立した擬制労働関係の内容とはい

かなるものかについて考察してみよう。擬制労働関係の内容については10条1項の規定が適用されることになるのであるが、当該規定による労働時間（3文）および報酬（5文）については個々の擬制労働関係の事例ごとに適用されるものであり、決して10条1項の規定が最終規定となることを意味するものではないとされている⁷³⁾。加えて4文は、その他の労働条件については派遣先事業所または比較可能な事業所において適用されている諸規定を参照するよう指示しているのみである。そこで、学説上擬制労働関係の内容については10条1項において規定されている事項を除けば、労働法、税法および社会保険法を含めた派遣先労働者に適用あるすべての法規定が適用されるとの見解が広く支持されているのである⁷⁴⁾。

そのような中で、新たに成立した擬制労働関係を派遣先および派遣労働者は、一般論としてはBGB 623条により書面による解約告知または解消契約により終了させ、擬制労働関係とは内容的に異なった新たな労働関係を将来のために創設することは可能であることから、契約当事者である派遣労働者と派遣先の自己決定により法規定において定められた労働時間や報酬に代えて新たな内容を決定し得ると考えられている⁷⁵⁾。これは、派遣労働者は、解消契約の内容から発生し得る不利益については認識し得るので、それ以上の保護を与えられる必要性に乏しくかつ事業変更に際しての権利および義務について規定しているBGB 613a条1項4文に規定された変更禁止規定の反対解釈として立法者は、擬制労働関係に対して類似の変更禁止が必要とは全く考えていないとの結論を導き出し得ると考えているとの理由から、BGB 623条による文書の方式以上に労働契約の変更について保護される必要性は認められないと考えられているからである⁷⁶⁾。しかし、逆に遡及的解消は許されないとされている⁷⁷⁾。他方、遡及的解消が許されないとされるのに対し遡及的内容変更は労働報酬放棄に対応し労働協約法4条4項1文および経営組織法77条4項2文の反対解釈として放棄禁止の欠如を理由に許されるとされているのである⁷⁸⁾。このように10条1項により成立した擬制労働関係の内容については、同規定が最終規定となるわけではないことから、契約当事者間で内容を最終的に決定することが可能となるのである。ただし「契約の自由」の名の下に新たな労働条件を当事者間で自由に決定できると解するならば、擬制労働関係創設の立法目的である派遣労働者の保護に抵触する可能性も生じることになるので、このような事態の発生回避が立法目的との関係で要請されることになるのである。

そこで、以下において擬制労働関係によって形成される労働条件について具体的に検討

73) Thüsing/Mengel, § 10Rn. 16.

74) Vgl. Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10Rn. 17., Boemke/Lembke, § 10Rn. 8, 50ff, 64ff., Sandmann/Marschall/Schneider, Art. 1 § 10Rn. 13ff.

75) BAG vom 19.12.1979, APNr. 1 zu § 10 AÜG, Bl. 1-2f., Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10Rn. 17a., Boemke/Lembke, § 10Rn. 22., ErfK/Wank, § 10Rn. 9., Sandmann/Marschall/Schneider, Art. 1 § 10Rn. 21., Schüren/Hamann, § 10Rn. 42., Ulber, § 10Rn. 12, 56., Urban-Crell/Hurst, § 10Rn. 815.

76) Schüren/Hamann, § 10Rn. 42 は、確かに新しい労働条件の厳格な監督を要求している。

77) Vgl. Ulber, § 10Rn. 12, 56.

78) 結論的には同旨 Boemke/Lembke, § 10Rn. 22.

してみよう。

(2) 労働時間 (3 文)

労働時間について立法者は、派遣元と派遣先との間で約定された労働時間の長さや状態を、派遣先と派遣労働者との間の擬制労働関係において約定された労働時間とみなしている⁷⁹⁾。したがって、派遣先が派遣本来の目的で臨時労働として派遣労働者を利用した場合には、擬制労働関係は、単なるパートタイム労働関係にすぎなくなってしまう危険性がある⁸⁰⁾。これは、擬制労働関係創設の立法目的は、派遣労働者の保護にあり、派遣労働者の契約上の使用者は、派遣元であるから、派遣労働者の労働時間をも含めた労働条件は派遣元との間の労働契約によって約定されているが、無許可派遣に際しては派遣元が契約上の使用者としての使用者責任を負う実態にないもので、派遣元に代わって派遣先に使用者責任を代替させることによって立法目的を達成しようとする点にあることから、派遣元との間で約定された労働条件を派遣先が引き受けるということは、立法目的にもかなっていることになるといえよう。すなわち、擬制労働関係は、派遣先が新たに派遣労働者と労働契約を締結した結果発生する労働関係ではなく、派遣労働者の労働契約上の使用者である派遣元に代わって、派遣元と派遣労働者との間の労働契約が派遣先に移転するという法的効果を発生させるものであるということにその本質があることから導き出される結論であり、派遣労働者の保護という視点からは一定の限界が存在する法制度であることを確認する必要がある。

さて、擬制労働関係創設の立法目的を以上のように考えれば、擬制労働関係における労働時間の確定に際しての基準として派遣労働契約上の労働時間規定が労働時間の長さのみならず、労働時間帯にも及ぶといえよう⁸¹⁾。このような解釈は、擬制労働関係における労働時間について考える際には、派遣労働者の個人的事情により派遣元との間で約定された労働契約上の約定労働時間の変更から派遣労働者が保護されるべきことは、法の予定する擬制労働関係制度の当然の要請であるとの確信から導き出されたものであるといえよう⁸²⁾。

他方、派遣元と派遣先が労働者派遣契約において労働時間について全く取り決めを行っていなかった場合には、擬制労働関係における労働時間はどのように決定されるのであろうか。その際には、労働報酬についてと同様 4 文により派遣先事業所に適用されているか

79) BT-Drucks. VI/2303, s. 13f.

80) Vgl. Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10Rn. 19., Boemke/Lembke, § 10Rn. 48., ErfK/Wank, § 10Rn. 10., Sandmann/Marschall/Schneider, Art. 1 § 10Rn. 17., Ulber, § 10Rn. 58ff., Urban-Crell/Hurst, § 10Rn. 15f.

81) この点については大橋『弾力化』53頁以下参照。Vgl. ErfK/Wank, § 10Rn. 10., Boemke/Lembke, § 10Rn. 86ff., Motz, Beck'scher Online-Kommentar, Arbeitsrecht, 39. Edition, AÜG, § 10Rn. 14. この他有期労働関係と無期労働関係とでは結論は異なるとする見解として, Schüren/Hamann, § 10Rn. 86ff., Ulber, § 10Rn. 62ff., Urban-Crell/Hurst, § 10Rn. 15f. がある。不明確ではあるが、労働時間の長さのみについて言及したものとして BT-Drucks. 6/2303, s. 13f. がある。

82) Vgl. Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10Rn. 20., Urban-Crell/Hurst, § 10Rn. 16. Ulber, § 10Rn. 59.

または補充的に比較し得る事業所に適用されている規定が基準となるとされている⁸³⁾。したがって、派遣先事業所に労働協約が存在し、派遣先も派遣労働者も共に協約適用下にあるときは、協約上の労働時間が当該労働関係に対して規範的な効力を有することになり、擬制労働関係の成立によって個々のケースごとに契約上約定されるわけではないのである⁸⁴⁾。すなわち、10条1項により擬制労働関係が成立した場合に派遣先と派遣労働者が共に労働協約の適用下にあるときには、労働協約上の諸規定の方が派遣労働者にとって有利である限りにおいて派遣労働者の新たな労働条件は、擬制労働関係という枠組みにおいて決定されるのではなく、派遣先に適用されている労働協約によって決定されるということになるのである。この原則は、派遣先の事業所協定における労働時間規定にも準用されると考えられている⁸⁵⁾。派遣労働者に対する労働時間義務に関する一連の規定についての補足として、労働時間ならびに例えば若年労働者保護法のようなさらなる立法による労働時間の上限規制に関する公法上の規制もまた適用されることになるのである。

ところで、擬制労働関係における派遣労働者の労働時間について論じる際にその出発点とすべき前提は、派遣先における所定労働時間は、派遣元が派遣労働者との約定労働条件に従って定めた労働時間より劣悪になることは許されないという命題である。派遣法は、擬制労働関係においては労働条件が派遣先と派遣労働者との間で新たに決定されるのではなく、派遣元と派遣労働者との間で約定された従前の労働条件が派遣先との関係においても引き継がれることにより、派遣労働者が従来と同様の労働環境において働き続けることができるということを前提とした制度設計を行っているのである。けだし、擬制労働関係の成立により、派遣労働者が働き続けることができなくなるということは、専ら派遣労働者の保護を目的として派遣法により創設された当該制度の立法趣旨に反する結果となり、許されないからである。換言すれば、派遣先は擬制労働関係においても派遣労働者が従前と同様に働き続けることができる労働条件を確保することを義務付けられているといえよう。したがって、派遣先は、労働協約上および事業所協定上ならびに契約上の規定によって定められた範囲内で、使用者として指揮命令権に基づき、営業法106条およびBGB 315条による正当な裁量により、労働時間を決定し得るにすぎないとの考えが学説においては支配的であることも理解できるところである⁸⁶⁾。

そもそも一般的有利原則により派遣先および派遣労働者が他の約定により擬制労働関係によって法律上確定された労働時間に代置することは許され则认为られている⁸⁷⁾。というのも10条1項による労働関係の法的擬制の意味するところは、単にそれまでの派遣労働

83) Becker/Wulfram, Art. 1 § 10Rn. 21., Boemke/Lembke, § 10Rn. 49., Urban-Crell/Hurst, § 10Rn. 20.

84) Becker/Wulfram, Art. 1 § 10Rn. 21., ErfK/Wank, § 10Rn. 11., Ulber, § 10Rn. 64., Boemke/Lembke, § 10Rn. 49.

85) Ulber, § 10Rn. 64., Thüsing/Mengel, § 10Rn. 19., Schüren/Hamann, § 10Rn. 88.

86) Boemke/Lembke, § 10Rn. 48., Urban-Crell/Hurst, § 10Rn. 17.

87) Thüsing/Mengel, § 10Rn. 31., Becker/Wulfram, Art. 1 § 10Rn. 23., ErfK/Wank, § 10Rn. 11., Urban-Crell/Hurst, § 10Rn. 19., Boemke/Lembke, § 10Rn. 48.

者の労働条件の一方的な変更を阻止すべきであるということにすぎないというのがその理由である。したがって、擬制労働関係における派遣労働者の労働時間帯を派遣先が変更するためには、法律、労働協約および事業所協定により定められた範囲内で、契約当事者の合意により可能であるとされている⁸⁸⁾。しかし、このように新たな「合意」により10条1項による擬制労働関係において確定された労働時間の内容が変更可能であるとするならば、以下のような問題が発生することが考えられる。

このような「合意」が真の意味での契約の自由の結果だといえるのかという疑問である。換言すれば、派遣労働者が新たな使用者である派遣先と労働時間を含めた労働条件について対等に交渉できる立場にあるのかが問題となってくるのである。そもそも10条1項が擬制労働関係において派遣元と派遣先との間の約定労働時間がその内容となる旨規定しているのは、立法者が派遣労働者の事情を尊重し、擬制労働関係成立後も従来通り働き続けることができるように配慮した結果であると考えられていることについては既述の通りである。すなわち、派遣労働者の事情で派遣労働契約における約定労働時間帯にしか労働できない場合も考えられるが、そのような事情のある派遣労働者にとっては、派遣先がもし自己の正規雇用労働者と同様の労働時間での就労を要求した場合には就労断念という事態に追い込まれることも十分予測できることである。したがって、擬制労働関係成立後の労働時間を新たな「合意」によって変更可能といえるためには、派遣労働者に「真」の意味での「契約の自由」が保障されている必要がある。すなわち、派遣労働者が派遣先の新たな約定の申し出を拒否しても何ら不利益を受けないことが保障される必要がある。さもなければ、新たな「合意」による労働時間の変更は、派遣労働者の社会的保護を目的として創設された擬制労働関係の立法目的に反することになるので、「契約の自由」の名の下に両者の「合意」による労働時間の変更は許されないといえよう。

そもそも10条1項は、派遣労働者の保護という立法目的から無許可派遣元による派遣に際して、9条1号により労働者派遣契約および派遣労働契約の両契約を無効とし、代わって派遣先と派遣労働者との間に擬制労働関係の創設を認めて派遣労働者の社会的保護をめざしたのであるから、当該規定が存在しなければ派遣法上擬制労働関係成立の余地はなく、しかも当該労働関係は、派遣先、派遣元および派遣労働者の意思から独立して成立するのであるから、成立した擬制労働関係の内容である労働時間について、派遣先と派遣労働者との間の「合意」により自由に変更できるとの解釈は、10条1項の立法目的に反し、許されないのではとの疑問が生じてくる。なぜならば派遣労働者の保護を目的として創設された擬制労働関係において派遣労働者が新しい労働条件下では個人的事情を理由に派遣先での就労が不可能となれば、立法目的に反する結果が発生することになるからである。

したがって、10条1項の立法目的から、労働時間については以下のことが言えよう。

派遣法10条1項3文によれば派遣元と派遣先との間で予定されていた労働時間が擬制労働

88) Mottz, Beck'scher Online-Kommentar, Arbeitsrecht, 39. Edition, AÜG §10Rn. 14. 「契約の自由」の名の下に新たな合意による労働時間の変更は可能であるとの見解はドイツにおいては一貫して主張されている。この点については大橋『弾力化』54頁参照。

働関係における約定労働時間として適用されることになる。派遣労働者がフルタイムではなくパートタイムとして派遣されていたときは、派遣労働者と派遣先との間でパート労働関係のみが発生するのであって、派遣先との間にフルタイムとしての労働関係が創設されるわけではないのである。そもそも擬制労働関係は、派遣労働者の保護のために派遣法によって創設された法制度であるから、その立法目的から派遣先は、労働時間については労働時間の長さのみではなく、派遣元と派遣労働者との間で約定された労働時間帯にも拘束されると考えられている。とはいえ、派遣先は、それまでの契約上の使用者である派遣元同様、法律、労働協約および事業所協定の枠内で合理的な裁量権により（営業法106条）、労働時間帯を別途変更する可能性を有しているのであるから、擬制労働関係においても派遣元が派遣労働関係において派遣労働契約を顧慮して労働時間帯に拘束された以上に使用者としての裁量権は拘束されないとされているのである⁸⁹⁾。それ故に派遣元事業所において適用されている労働時間が約定された派遣労働契約によって擬制労働関係における派遣先の労働時間帯変更権は制限を受けないと考えられている⁹⁰⁾。

派遣契約において労働時間規制についての取り決めを欠くときは、10条1項4文により派遣先事業所に適用されている諸規定およびその他の諸規定が適用されることになるのである。労働時間の長さと同時間帯が派遣先事業所においては労働協約によってもさらに事業所協定によっても規定されておらず、しかも事業所での通常の労働時間といわれるものも存在しないときは、比較可能な事業所の通常の労働時間が参照されなければならないのである。派遣先と派遣労働者が1項3文の規定に反した約定を締結したときは、当該約定が基準となると考えられているのである。しかし、当該約定が真に派遣労働者の自由意思によるものか否かが明白でなければ、約定が脱法的手段として利用される危険性が極めて高くなり、10条1項で派遣労働者の保護目的で創設された擬制労働関係制度の意義を否定することにもなりかねないのである。したがって、約定が派遣労働者にとって客観的に有利な場合にだけ、真の合意の存在を認め、約定を有効と解すべきであるとの解釈が擬制労働関係創設の立法目的に合致した解釈というべきであろう。

（3）労働報酬（4文および5文）

10条1項4文は、基本的に労働報酬および労働時間についての例外を除いて、擬制労働関係におけるその他のすべての内容と同様、派遣先事業所に適用ある規定の適用を受ける旨規定している。加えて5文は、派遣先の労働報酬水準が派遣元との約定労働報酬以下である場合には、少なくとも派遣元との約定労働報酬を派遣労働者に保障している。だが当該規定は、労働協約法上規範的効力を有する諸規定、とりわけ、派遣先および派遣先の労働者双方が適用下にありならびに一般的拘束力宣言がなされている場合には、優先的効力を有する労働協約に対して補充的な法的請求権を保障しているに過ぎないのである。

89) Vgl. Boemke/Lembke, § 10Rn. 48., Urban-Crell/Hurst, § 10Rn. 17., Thüsing/Mengel, § 10Rn. 20.

90) Vgl. Boemke/Lembke § 10Rn. 48., ErfK/Wank § 10Rn11., Thüsing/Mengel § 10Rn. 20.

4 文の規定は、派遣先の労働報酬水準が派遣元の労働報酬水準を下回るという実際上は非典型事例に対して適用されるのである。しかし、同規定により、必ずしも派遣労働者は、例外的に生じ得る派遣先の労働報酬額より高い派遣元との約定労働報酬と派遣先の労働報酬との差額に対する請求権を有するというわけではないとされている。すなわち、10条1項5文が規定しているところは、決して広範な有利原則を問題としているのではなく、派遣労働者に少なくとも派遣元との間の約定労働報酬を保障するというもののみなのである。たとえ派遣先事業所において多様な社会給付と派遣元との間の約定労働報酬より若干低い労働報酬が支払われていたとしても、派遣労働者は擬制労働関係においてこれらの多様な社会給付より高い労働報酬または派遣元が約束していたより高い個々の社会給付に対する請求権を有するとされているのである⁹¹⁾。というのも確かに当該規定は、派遣労働者は少なくとも派遣元との約定労働報酬を派遣先に請求する権利を有する旨規定しているので、仮に派遣元との約定労働報酬が派遣先における労働報酬より高い場合には、派遣先はその差額を派遣労働者に支払わなければならないのであるが、これを否定する見解によれば、格差解消のために派遣先は、労働者と将来的に賃金引き下げの変更合意を成立させることが可能であるから、派遣労働者は、報酬差額受け取り請求権を必ずしも保障されるわけではないとの結論に達するのである⁹²⁾。しかし、このような見解に立ったとしても過去の賃金差額についての請求権は否定できないのであるが、過去の差額分については実際上著しい後払いということになるのが常であるとされている⁹³⁾。だが、このような見解に立てば過去の差額分についてだけしか請求権は発生しなくなり、将来に対する賃金請求権は、契約締結の自由の名の下に否定される恐れが強いといわざるを得ないであろう。そもそも擬制労働関係により、派遣労働者が派遣先のいわゆる正規雇用労働者となり、彼らと同様、期間の定めのない労働関係に入るのであれば、同種の労働に従事している派遣先の正規雇用労働者との均等待遇原則を考慮して将来に対する新たな契約によって新たな報酬額について両者間に合意が成立したと考えることは可能であるが、擬制労働関係によって成立する労働関係は、派遣元と派遣先との間の労働者派遣契約において予定されていた派遣期間に限定されるのであるから、有期である可能性が高いのである。またそれ故に派遣先が真に臨時的な労働力需要を理由として派遣労働者の導入をはかったのであれば派遣先は通常の労働者に支払う以上の報酬を派遣元に支払うことも考えられ、その結果派遣労働者と派遣元との間の約定報酬が派遣先の同種の労働に従事する正規雇用労働者の報酬より高いことがあり得るので、法は、擬制労働関係において派遣労働者保護の目的から、派遣労働者に少なくとも派遣元との約定報酬を保障したのであるから、その立法趣旨に反する解釈と

91) BAG vom 21.7.1993 APNr. 10 zu § 10 AÜG, Bl. 2/2ff., Boemke/Lembke, § 10Rn. 60., Sandmann/Marschall/Schneider, Art. 1 § 10Rn. 16., Urban-Crell/Hurst, § 10Rn. 26., Schüren-Hamann, § 10Rn. 94f.

92) Boemke/Lembke, § 10Rn. 22, Schüren/Hamann, § 10Rn. 96., なお, Ulber, § 10Rn. 73. によれば, 当事者間で変更合意契約の不成立により報酬契約を変更できないときは, 使用者は, 窮迫した事業上の必要がある場合にのみ正規の変更解約告知を行う権限を有するとされている。

93) Thüsing/Mengel, § 10Rn. 22.

なりうる可能性があるといえよう。

次に10条1項5文にいう「労働報酬」概念について検討してみよう。

派遣法10条1項は擬制労働関係について規定しており、その中で「労働報酬」(Arbeitsentgelt)という概念を用いているが、これについて具体的な概念規定をしていないので、本稿においてもこれまで、何ら定義することなく「労働報酬」という言葉を使用してきた。

「労働報酬」概念についてはこれを広義に解し、派遣労働者の労働に対する反対給付がこれに該当するとの理解が一般的である⁹⁴⁾。具体的には、「労働報酬」には通常の俸給・賃金・手当、休暇手当、クリスマス手当のような年間特別給付等、いわゆる歩合等の手数料(Provision)や場合によってはボーナス等もこれに該当すると解されている。すなわち、成果と結びついた報酬、財産的効果を有した給付や農林業や鉱業にみられる Deputate と呼ばれる現物給付等が含まれると解されているのである⁹⁵⁾。

ところで、上記のような内容を有した「労働報酬」に対する派遣労働者の請求権は何によって根拠づけられるのかといえ、基本的には4文における法規定によってなのであるが、しかし、当該規定のみならず、規範的効力を有した労働協約によってもまた優先的に根拠づけられ、それ故に、派遣先および派遣労働者双方が協約拘束下にある場合には、一連の労働協約が一般的拘束力宣言により一般的拘束力を有している際と同様に直接規範的効力を有して適用されると考えられているのである⁹⁶⁾。さらに派遣先事業所の事業所協定もまた擬制労働関係においては4文に優先して準用され、派遣労働者に派遣先の正規雇用労働者と同様の請求権を保障しているのである。

したがって、派遣先がすべての正規雇用労働者または派遣労働者と比較し得るグループに労働協約の基準以上の労働報酬を支払う場合には派遣労働者は、4文または派遣労働者の協約拘束性とは無関係に一般的な均等待遇原則からも同額労働報酬請求権を有すると考えられている⁹⁷⁾。一般論としても均等待遇原則は優先的に準用されるので、派遣労働者の労働報酬請求権は、協約上報酬要件についての規定が存在しているか、個々人についての労働報酬規定が全く存在しない限り、一般規定により根拠づけられることになるのである⁹⁸⁾。ただし、派遣先の協約賃金の適用に際して、事業所帰属期間が問題となるときには、派遣先事業所における派遣労働者の全就労期間ではなく、擬制労働関係成立期間のみが算入されるとされている点は注意する必要がある⁹⁹⁾。これは、擬制労働関係成立以前は、派

94) Becker/Wulfgramm, Art. 1 §10Rn. 25., Boemke/Lembke, §10Rn. 56., ErfK/Wank, §10Rn. 13., Ulber, §10Rn. 70., Urban-Crell/Hurst, §3 Rn. 100.

95) Becker/Wulfgramm, Art. §10Rn. 25., Boemke/Lembke, §10Rn. 56f., ErfK/Wank, §10Rn. 13., Schüren/Hamann, §10Rn. 79, 94., Urban-Crell/Hurst, §3Rn. 100., Motz, Beck'scher Online-Kommentar, Arbeitsrecht, 39. Edition, AÜG §10Rn. 18.

96) Becker/Wulfgramm, Art. 1 §10Rn. 26., ErfK/Wank, §10Rn. 13., Ulber, §10Rn. 64.

97) Becker/Wulfgramm, Art. 1 §10Rn. 26., ErfK/Wank, §10Rn. 13.

98) ErfK/Wank, §10Rn. 9, 13., Schüren/Hamann, §10Rn. 74ff, 79, 100., Urban-Crell/Hurst, §10Rn. 22. 結論において同旨 Vgl. Becker/Wulfgramm, Art. 1 §10Rn. 31., Ulber, §10Rn. 65.

99) ArbG Bochum vom 14.1.1082, DB1982, s. 1623f., Boemke/Lembke, §10Rn. 52., ErfK/Wank, §10Rn. 9,

遣元と派遣労働者との間にのみ労働関係が成立していたという派遣法の原則から自明の結論といえるが、派遣労働者の保護という点からみれば、擬制労働関係が成立しているにもかかわらず、派遣労働者は、派遣先事業所への事業所帰属期間の問題で、派遣先事業所の正規雇用労働者が受け取ることができる労働報酬が受け取れない場合が生じることによる不利益を甘受しなければならないが、このような不利益の甘受は、派遣労働関係の本質からくる限界であるともいえよう。

派遣先事業所において労働協約や事業所協定等の派遣法規定より優位性を有した規範または一般的な均等待遇原則から派生する請求権が全く存在しないときは、派遣労働者の報酬請求権は、10条1項4文に基づき、当該条文中に規定された均等待遇要請から派遣先事業所における比較し得る労働者の労働報酬規定に従うことになるのである¹⁰⁰⁾。派遣法の制定当時と違い、今日においては派遣法上均等待遇原則が規定されるようになったことの持つ意義は極めて大きいといえよう。このような理由から、派遣労働者の労働報酬請求権は、一般規定であるBGB 612条2項にその根拠を求める見解を採用することはできないとの見解が有力に主張されることになるのである¹⁰¹⁾。

次に、労働報酬を考える際に避けて通ることができない問題に派遣先事業所における協約上の除籍期間がある。これについては従来から、派遣先が擬制労働関係における使用者であることを派遣労働者が認識した時点から初めて派遣労働者に適用されると考えられており、今日においてもこの見解が踏襲されている¹⁰²⁾。いずれにせよ、除籍期間は重要な労働条件には含まれないのであるから、4文に基づく報酬請求権を主張する派遣労働者は、除籍期間を遵守する必要はないと考えられている¹⁰³⁾。

ところで、派遣先事業所に派遣労働者と比較し得る労働者の労働報酬規定が存在しないときには、派遣法は、当該派遣先事業所と比較し得る事業所の労働報酬規定を適用するよう求めている(10条1項4文)。その際に比較し得る事業所とは何かが問題となるが、これには擬制労働関係が成立した派遣先事業所が所属する同じ企業の他の事業所や他企業の事業所も含まれるのであるが、実際の適用基準は、事業所の比較を考えた場合、同じ場所の同じ部門に属している場合でさえ比較困難で、しかも経済状態の顕著な違いが生じる可能性があることから、まさに難しい問題が発生することになるのである。そこで、基本的には、事業所規模および地域的条件を考慮して、さらに事業部門や場合によっては労働協約上の諸条件において派遣先事業所に照応する事業所が比較し得る事業所に該当すると考えられており¹⁰⁴⁾、現実的判断基準といえよう。

Sachüren/Hamann, § 10Rn. 79.

100) Vgl. BAG vom 15.6.1983, NJW1984s. 2912., BAG vom 21.7.1993, PNr. 10 zu § 10 AÜG, Bl. 2/2., ErfK/Wank, § 10Rn. 13.

101) 異なる見解として, Vgl. Becker/Wulfgramm, Art. § 10Rn. 27

102) Vgl. BAG vom 27.7.1983, EzAÜG Bd. 2 Nr. 132. なお, この判決については大橋『弾力化』56頁以下参照。Schüren/Hamann, § 10Rn. 99., Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10Rn. 29a

103) BAG vom 23.3.2011, NZA2011, s. 850.

しかし、このような解釈は、均等待遇原則を定めた3条1項3号1文の不可変性との関係で問題となる可能性はあるが、同規定が、派遣労働者が派遣期間中派遣先事業所において比較し得る労働者に適用ある賃金を含めた重要な労働条件を派遣元によって保障されていないときには許可が拒否される旨の法規定であって、派遣元との有効な労働関係にのみ関連する規定であるので、擬制労働関係に適用されるわけではないから、矛盾しないと解されている¹⁰⁵⁾。

そもそも擬制労働関係における派遣労働者の労働報酬額は、派遣先での通常の報酬によって決定されるのである。したがって、擬制労働関係における労働報酬は、事業所において、例えば労働協約または事業所協定に基づき比較可能な労働に従事している派遣先の正規雇用労働者が受領する労働報酬ということになる。そこで、派遣先が労働協約を上回る報酬を自己の労働者に支払うときは、派遣労働者もまた均等待遇原則により労働協約を上回る報酬請求権を有することになるのである。この点は、派遣法中に均等待遇原則が導入されたことによるところが大きいといえよう。ところで、派遣先事業所において労働協約または事業所協定等の集団規定を欠くときは、派遣労働者の労働報酬は、派遣先事業所または比較し得る事業所における正規雇用労働者が受領する労働報酬に従って決定されることになる¹⁰⁶⁾。それでは一体比較し得る事業所とはどのように決定できるのかがここでも問題となってくるのである。事業所が比較し得るか否かは、事業所規模、地域的事情、業務部門および場合によっては派遣先事業所に適用ある労働協約に従って決定されるとされている¹⁰⁷⁾。

労働報酬額については以上のように基本的には派遣先事業所の正規雇用労働者や該当する労働者がいない場合には、派遣先事業所と比較し得る事業所の正規雇用労働者との均等待遇原則に基づいて決定されることについては明らかとなったが、次に、それでは一体労働報酬に何が含まれるのかということが重要になってくるのである。一般に労働報酬については、派遣労働者の労働に対する反対給付を表す報酬すべてがこれに含まれると広く解されている¹⁰⁸⁾。さらに労働報酬の額は、10条1項5文により、少なくとも派遣元との約定労働報酬が確保されなければならない旨規定されている。このことから派遣労働者に対しては少なくとも彼が9条1号により派遣労働契約が無効となったことによりもはや派遣元に対して請求し得ない過去の労働報酬が保障されなければならない。しかし、そのことから決して派遣先の報酬水準と比較して派遣労働者にとって有利な報酬額との差額に対する請求権が派遣労働者に発生するというわけではないことが強調されているのである¹⁰⁹⁾。

104) これについては、大橋『弾力化』執筆当時から同様の基準であった。近年においても同様の基準によっている。Vgl. Boemke/Lembke, § 10Rn. 54., Sandmann/Marschall/Schneider, Art. 1 § 10Rn. 20., Schüren/Hamann, § 10Rn. 101., Ulber, § 10Rn. 66.

105) Thüsing/Mengel, § 10Rn. 31.

106) BAG26, 7, 1993, APAÜG § 10Nr. 10.

107) この基準についても大橋『弾力化』執筆当時と変更はない。

108) Mottz, Beck'scher Online-Kommentar, Arbeitsrecht, 39. Edition AÜG § 10Rn. 18.

確かにこのような事例は、まれではあるが、派遣労働者のこれまでの約定労働報酬が派遣先事業所の下での通常の労働報酬より高額である事例が発生する場合には、派遣先と派遣労働者との間で派遣労働者の賃金水準を派遣先事業所における賃金水準に適合させるために労働報酬の引き下げを約定し得るとの見解もある¹¹⁰⁾。

他方、通常、労働報酬引き下げのための変更解約告知は、「均等待遇」という目標だけではできないとの判決がある¹¹¹⁾。擬制労働関係が派遣労働者の保護という立法目的によって派遣法により創設された特殊な労働関係であり、労働契約により成立する通常の労働関係とはその本質において異なっていることを考慮すれば、「均等待遇」を理由とする変更解約告知による報酬引き下げを安易に認めるべきではないという BAG 判決は尊重されるべきであるといえよう。

(4) その他の労働条件(4文)

10条1項4文は、労働時間や労働報酬を除くその他の労働条件についても派遣先事業所に適用ある諸規定が適用される旨規定しているが、具体的には、労働時間や労働報酬と同様に派遣先事業所の正規雇用労働者に適用ある労働諸法規およびその他の諸規定や労働協約、事業所協定、さらに事業所慣行等が含まれるとされている¹¹²⁾。なお、この種の規定が存在しないときには、比較し得る事業所の労働条件が適用される旨規定している。したがって、当該規定が労働法上およびその他のすべての労働関係に適用される連邦およびラント憲法、連邦およびラント法ならびに判例法、たとえば事業所慣行、労働者責任および労働争議に関する判例法を含めた法令における諸規定に該当すると捉えられる限りで、当該諸規定は、事実上の労働関係に対しても直接適用可能であるゆえに宣言的効力を有するにすぎないと考えられている¹¹³⁾。当該諸規定は、10条1項4文とは無関係に擬制労働関係が10条1項1文により完全な労働関係であることから、擬制労働関係にも適用されると考えられているのである¹¹⁴⁾。

労働報酬協定の特例においても同様に派遣先と派遣労働者は、経営組織法77条4項2文や労働協約法4条4項1文により集団協定により定められた諸権利の個人による放棄の禁止を条件として擬制労働関係の労働条件を同意により変更し得ると考えられている¹¹⁵⁾。確かに派遣先は、厳格な諸前提の下ではあるが、派遣労働者に対する労働条件を基本的に解

109) Motz, Beck'scher Online-Kommentar, Arbeitsrecht, 39. Edition AÜG, Rn. 19., BAG21. 7. 1993, AP AÜG § 10 Nr. 10.

110) Vgl. Schüren/Hamann § 10 Rn. 96., Thüsing, AÜG § 10 Rn. 22 34., Urban-Crell/Hurst, § 10 Rn. 27.

111) Vgl. BAG 12, 1, 2006, NZA, S. 586.

112) Vgl. Motz, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 39. Edition AÜG § 10 Rn. 21 f.

113) Vgl. BAG vom 1. 6. 1994, AP Nr. 11 zu § 10 AÜG, Bl. 4-2., Becker-Wulfgramm, Art. 1 § 10 Rn. 31., Boemke/Lembke, § 10 Rn. 50 ff., ErfK/Wank, § 10 Rn. 15.

114) Vgl. Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10 Rn. 32., ErfK/Wamk, § 10 Rn. 15., Urban-Crell/Hurst, § 10 Rn. 14 ff., Boemke/Lembke, § 10 Rn. 8.

115) Vgl. BAG vom 19. 2. 1979, AP Nr. 1 zu § 10 AÜG, Bl. 1/2 f. Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10 Rn. 33.

雇保護法2条による変更告知により一方的に不利益変更することは可能であるが、しかし、これは、均等待遇という点からは許されず、労働報酬引き下げのために変更解約告知基準が適用されるとの見解¹¹⁶⁾も存在することからみても、このような一方的な不利益変更は擬制労働関係創設の意義を没却するものであるといえよう。

(5) 擬制労働関係の期間

成立した擬制労働関係の内容については上記のように派遣労働者の保護という視点から基本的には派遣先の比較し得る労働者に適用される諸条件が適用されるのであるが、それでは擬制労働関係の存続期間についてはどのように考えるべきであろうか。この点について10条1項2文は、派遣先との労働関係の法的擬制により、派遣先での派遣労働者の就労も有期としてのみ予定されており、かつそれに加えて有期とすることにつき客観的理由が存するときには労働関係は有期とみなす旨規定している。これは、有期労働契約法14条1項が有期労働契約を認める際にそれを正当化する理由の存在を要件としていることとも一致する内容である。それ以外の場合には、10条1項4文による擬制労働関係の期間は、派遣先事業所に適用ある諸規定および一般法規定に従うことになるとされている¹¹⁷⁾。

1. 有期擬制労働関係

(i) シンクロ禁止規定の廃止と有期擬制労働関係

ところで、有期擬制労働関係が成立するための第一の前提である派遣先への派遣労働者の派遣が有期としてのみ予定されていた場合という要件は、実際には無許可派遣もまた典型的には有期として約定される故に、比較的容易に充足されるが、しかし、しばしば偽装請負に代表されるような違法派遣が無期限で予定されているかまたは実際に無期限で行われているケースも決して稀有のことではないとされている¹¹⁸⁾。このような場合には第一の前提を充足できないことになる。いずれにせよ第一の前提を充足できるか否かによって派遣元と派遣先との間の約定が重要となってくるのである。というのも擬制労働関係創設の立法目的は、派遣元と派遣先との間の労働者派遣契約に基づき派遣元によって派遣先に派遣された派遣労働者の保護にあるから、そこにおける保護対象期間は、派遣期間ということになる。したがって、擬制労働関係においては派遣元と派遣労働者との間の労働関係が有期であったか否かは、問題とはならないのである¹¹⁹⁾。その限りにおいては法規定の文言により、派遣労働者の個別具体的な派遣についての派遣元と派遣先との間の約定が基準となるのであって、労働者派遣に関する基本契約が基準となるのではないのである¹²⁰⁾。した

116) Vgl. Schüren/Hamann, § 10Rn. 97., BAG vom 12.1.2006, NZA2006, s. 587.

117) Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10Rn. 34., ErfK/Wank, § 10Rn. 16., Sandmann/Marschall/Schneider, Art. 1 § 10Rn. 18f.

118) Vgl. Schüren/Hamann, § 10Rn. 56., 67., 70.

119) Becker/Wulfgramm, Art. 1 § 10Rn. 35., Ulber, § 10Rn. 28ff., Urban-Crell/Hurst, § 10Rn. 36.

120) Boemke/Lembke, § 10Rn. 36.

がって派遣元との間で期間の定めのない労働契約を締結している派遣労働者であっても擬制労働関係は、必ずしも無期となるわけではないということである。これは、擬制労働関係は、派遣先と派遣労働者との間に労働契約が成立することによって発生する労働関係ではなく、あくまでも派遣労働者保護という立法目的によって派遣法10条1項によって強行的に成立する法律関係であるということに由来する限界といえよう。

しかし、2002年12月23日付労働市場近代化法¹²¹⁾ (BGBl. I S. 4607) による派遣法旧3条1項3号および旧9条2号における有期に関する特別規定の削除により有期擬制労働関係成立のための第二の前提である客観的に正当化される理由が実際に生じうるか否かは明白ではない。そもそも派遣法は、その出発点においては派遣元と派遣労働者との間の派遣労働契約を有期とすることの禁止を本質的には予定していたが、その後の法改正によって一般的有期法制の適用を広範に排除した派遣法中の有期規制に関する特別規定の削除以降¹²²⁾、すなわち、2004年1月1日以降、有期労働契約法が派遣法にも適用されるようになったのである¹²³⁾。そこで、派遣法改正により有期労働契約に関する規定が削除されたことにより、一般法である有期労働契約法が2004年1月1日以降派遣法にも適用されることになり、有期擬制労働関係に対する客観的理由の審査は、有期労働契約法14条1項2文2号に従ってなされることになったのである¹²⁴⁾。

その上旧3条1項5号によるいわゆる「シンクロ禁止」規定が廃止されたことにより、派遣元と派遣労働者との間の派遣労働契約は、全体として一般規定により有期とされ得るし、場合によっては派遣労働契約における契約期間と派遣期間の一致ということも可能となるのである。

その意味で「シンクロ禁止」規定が廃止されたことの持つ理論的影響は極めて大きなものがあり、派遣労働関係の本質を考えるうえで看過することができないのである。そもそも、派遣労働関係承認の前提は、派遣元が唯一の雇い主として全面的な使用者責任を負うということである。したがって、派遣元と派遣労働者との間の契約期間と派遣先への派遣期間とは本来、何ら関係がなく、もし、両者が同一（＝シンクロ）であれば、派遣元は雇い主としての雇用確保責任（＝使用者リスク）を果たしていないことになるので、実際には労働者派遣の定義に該当せず、私的職業紹介を営んだことになると考えられよう。この意味において「シンクロ禁止」規定は、両者を区別するための判断基準として決定的に重要な規定であった。それ故に、派遣法改正により当該禁止規定が削除されたことは、派遣労働の存立要件を否定したことを意味し、「雇用」と「使用」の分離した労働関係である派遣労働関係を派遣法自身が否定し、派遣法制定以前の認識である派遣＝私的職業紹介と

121) BGI. I S. 4607, 大橋『尊厳』72頁以下参照。

122) ErfK/Wank, Einl. Rn. 4.

123) Vgl. BT-Drucks. 15/25, s. 39., Bauer/KretsNJW2003, s. 537, 540., Bayreuther, NZA2004, Sonderbeilage 1, 3, 6., Boemke/Lembke, § 10Rn. 200., ErfK/Wank, Einl. Rn. 6.

124) KokemoorNZA, 2003, s. 238, 241., Ulber, AuA2003, s. 7, 9., Bauer/Krets, NJW2003 s. 537, 540., Lembke, BB2003, s. 98, 104., Schüren/Hammer, § 3Rn. 90, 128, 130, 133f.

いう認識に戻ったことを意味するものである。これは、派遣労働関係の本質をどう理解するかという視点からは重大な法改正であったといえよう。

しかし、実際に有期契約法14条による諸前提は、一般的にそうであるように労働者派遣に適用しなければならない場合には直ちに充足されるわけではないと指摘されている¹²⁵⁾。すなわち、派遣労働者と派遣元との間の派遣労働契約が、有期であることの客観的理由が認められるのはそう簡単なことではないということである。ドイツ法は、有期労働契約法により有期労働契約締結に際していわゆる入り口規制を行っている点で、擬制労働関係の期間を決定する際にも入り口規制のないわが国の「みなし」雇用により成立する派遣先との間の労働関係の期間決定とは理論上根本的な相違が存するのである（有期労働契約法14条1項）¹²⁶⁾。

確かに今日派遣元は、有期労働契約法14条2項により有期の合法的派遣労働関係が基本的に客観的な理由なしに許されるし、もはや「シンクロ」禁止は存在せず、いずれの場合においても2年を上限とする有期労働契約の締結が可能となっているのである¹²⁷⁾。現に臨時労働部門の一部の労働協約は有期労働契約法14条2項3文および4文における開放条項を利用しており、そして長期の有期労働契約並びに有期労働契約の反復更新を高い割合で予定しているとの指摘が多くみられる¹²⁸⁾。しかも有期労働契約法14条2項2文にいう反復更新禁止は、とりわけ、生徒および学生の労働関係の多数および一般的に臨時労働部門における高い変動を理由に客観的理由のない有期労働契約の主張が困難とされるものにも適用されるのである¹²⁹⁾。すなわち、学生等のアルバイトや臨時労働部門においては一般的には一時的・臨時的労働であることから、これを有期とするには客観的理由が存するとの理由で、擬制労働関係も有期となることに合理的理由があると考えられている。このような見解には一見合理性があるようにも思えるが、学生等のアルバイトに関しては本来の学業のない長期休暇のときに一時的に働くという意味では彼らの個人的理由から労働契約が有期となることに対しては客観的理由がありその限りでは合理性があるといえるが、それ以外の労働者で臨時的労働部門に就労している者に学生と同じ例外的事情が存すると考えることには合理的理由を見いだすことはできない。派遣労働関係においては唯一の労働契約上の使用者は派遣元なのであるから、派遣労働者の雇用保障に対しては派遣元が全面的に責任を負っていることになる。したがって、派遣先と派遣元との間の派遣契約において約定される派遣期間と派遣労働者と派遣元との間の労働契約である派遣労働契約において約定された派遣労働契約期間は連動するものではなく、別次元でとらえる必要がある。さも

125) Vgl. Thüsing/Mengel, § 10Rn. 37.

126) Meine/Heyn/Herm, TzBfG, Kommentar2012, 4. Aufl. § 14Rn. 15. 同旨 和田肇『労働法の復権』（2016年 日本評論社）141頁および281頁。

127) Vgl. Bauer/Krets, NJW2003, s. 537, 540., Boemke/Lembke, § 9Rn. 205., Lembke, BB2003, s. 98, 104., Schüren/Behrend, NZA2003, s. 521, 523f., Wank, NZA2003, s. 14, 20.

128) Vgl. Düwell/Dahl, NZA2007, s. 889, 891., Werthebach, NZA2005, s. 1044. Boemke/Lembk, § 9Rn. 209.

129) Vgl. Böhm, RdA2005, s. 360f.

なければ、派遣元は雇い主としての雇用責任を負わず、派遣先が労働力を必要とするときにだけ労働者を派遣先が利用できるように派遣先に派遣するにすぎず、これでは派遣ではなく、私的職業紹介を営んだことになる可以考虑ができる。そこで、派遣先における労働の臨時性を理由に擬制労働関係を有期とすることに合理性を認めるのであれば、本来、派遣は臨時労働（1条1項2文）なのであるから、擬制労働関係は原則すべて有期ということになり、擬制労働関係創設の立法目的である派遣労働者の保護と相容れない結果に導くことになることから、このような見解には大いに疑問が残るところである。

(ii) コンツェルン内での派遣と有期擬制労働関係

連邦労働裁判所は、最近の裁判例¹³⁰⁾において連続派遣の禁止を一般的に制限する判断を下した。すなわち、直前の労働関係が3年以上前のことである場合には、「先の」就労はもはや問題とはならないとの判断を示したのである。連邦労働裁判所は、別の判決¹³¹⁾において客観的理由なく締結された2年の有期労働契約と連続して他の使用者とさらに2年間の客観的理由のない有期労働契約を締結することは、たとえ労働者の就労が直前の労働契約上の使用者である派遣元の下で派遣という方法でなされることになっていても認められとし、さらにそのことが有期労働契約法14条2項2文の意味における使用者が労働契約上の使用者であるということを理由づけたと判断したのである。またこのような状況下ではその都度一回限りの客観的理由のない有期労働契約および4年におよぶ全期間に対して未だBGB 242条により禁止されている権利濫用には当たらないと考えられている。しかし、このような見解は、別の使用者との引き続く客観的理由を欠く有期労働契約の締結による同一の使用者のための4年を超える就労に際しては別の評価が下され得るであろう。同判決により連邦労働裁判所は、コンツェルン内企業を交代で変更することによる客観的理由を欠く恒久的な期限付き採用の可能性を否定していると考えられたのであるが、同裁判所は後にこの見解を維持することはしなかったのである。確かに、最近の裁判例において連邦労働裁判所は、さらに複数の法律上および事実上結びついた労働契約上の使用者が意識的かつ故意に共同して労働者と連続して有期労働契約を専ら有期労働契約法14条2項にいう有期労働契約の可能性を超えて客観的理由を欠く有期労働契約を反復して締結し得る余地を与えるものであるから、権利濫用であるとの異議を検討したのであった¹³²⁾。その中で、連邦労働裁判所は、このような行為を有期労働契約法14条2項にいう有期労働契約に関する例外規定の濫用に当たると批判し、コンツェルン内企業での労働契約上の使用者を法形式上変更することによって、一人の労働者を有期労働契約の締結という方法で、永続的に雇用する行為を立法趣旨に反するとの理由で否定したのであり、連邦労働裁判所の有期雇用の脱法的利用に対する見識を示した判断であると評価できよう。

ところで、連邦労働裁判所の有期労働契約の脱法的利用に対する見解は、わが国の有期

130) BAG vom 6.4.2011, NZA2011, s. 905., Vgl. Meine/Heyn/Herm, TzBfG, § 14Rn. 195.

131) BAG vom 18.10.2006, NZA2007 s. 443f., BAG vom 9.3.2011, NZA2011, s. 11471149.

132) Vgl. BAG vom 9.3.2011 NZA2011, s. 1147, 1149.

労働契約を考える際にも重要な示唆を与えるものであるといえよう。換言すれば、わが国においても有期労働契約の適法性判断に当たっては、契約形式の違いによる形式的判断ではなく、実態から判断する必要があるということである。それにもかかわらず連邦労働裁判所は、4年という期間および第三者である労働契約上の使用者を加えることを繰り返すことはしなかったのである¹³³⁾。すなわち、具体的事例において裁判所は、労働者が新しい労働契約上の使用者から元の使用者に派遣され、自分の従前の職場に配属されるにもかかわらず、権利濫用を否定するのである。したがって、確かにこの種の事例における権利濫用は、なお理論的可能性のみが残されているにすぎず、実際上有期労働契約法14条2項が潜脱されているという事実を労働者が立証することは困難であるといえよう¹³⁴⁾。

臨時的必要性のみを理由とする有期労働契約法14条1項2文1号による客観的理由ある有期労働契約は、今日でも同様に排除されておらず、したがって、有期労働契約締結のためには同規定による客観的理由が必要とされることについて変更はなく、派遣労働契約期間と労働者派遣契約期間とが一致する「シンクロ」にも該当しないとされている。なぜならば、元々派遣元は、兼業派遣でない限り、労働者派遣契約に基づく派遣労働者の派遣可能性が存する期間のみ実際には派遣労働者の労働力を必要とするからであり、換言すれば、派遣元にとって派遣労働者の労働力需要が生ずるのは派遣先への派遣期間中だけであるから、必然的に派遣の場合には派遣元が兼業派遣でない限り、派遣期間と派遣元との労働契約期間との「シンクロ」が本来の姿であることから、これが有期労働契約の客観的理由となるとの考えである¹³⁵⁾。

確かに派遣労働関係において兼業派遣元以外の派遣元は、現実には労働者派遣契約に基づく労働者の派遣可能性が存続する期間、場合によっては派遣先から派遣の依頼を受けた期間のみ、派遣労働者に対する需要を有しているので、派遣労働者との間の労働契約を有期とすることに対する臨時的必要が存在しているということになる。実際に派遣元はこのような理由から派遣労働者との労働契約に期限を付し、これが労働裁判所によって承認されるか否かの判断を待つことになる。基本的に派遣元は、派遣労働者を幾度も無期で雇用し、それでも解雇保護法1条1項による6か月の待機期間到達以前に、すなわち、一般的解雇保護の適用前に解雇することも可能である。例えばこの種の短期の有期労働契約の反復更新行為は、解雇保護法で6か月経過後の解雇制限および有期労働契約法14条による有期労働契約の規制による労働者の社会的保護を定めた立法趣旨に反し、脱法的手段を使って有期労働契約の更新を反復継続する行為に該当し、公序違反として無効と解することが立法趣旨に合致した解釈であるといえよう。しかし、この種の行為は、派遣法旧3条1項4号および9条1項3号が削除され3か月の再雇用禁止期間が廃止されたことで、今日では必ずしも決して許されない再雇用ということはできなくなっているが¹³⁶⁾、2011年改正派

133) Thüsing/Mengel, § 10Rn. 38.

134) Boemke/Lembke, § 9Rn. 212f.

135) Vgl. Thüsing/Mengel, § 10Rn. 39.

136) Vgl. Tilmann, AuA2004, s. 21., BT-Drucks. 15/25 s. 39.

遣法により1条1項において新たに派遣は「臨時的」との文言が挿入されたことにより、たとえ派遣法中には「臨時的」に関する具体的定義規定が存在しなくとも、有期雇用、とりわけ、合理的理由を欠く有期労働契約の反復更新は立法趣旨に反し認められないといえよう。

それでは次に合理的理由を欠く反復派遣とは何かが問題となってくる。その際に参考になると思われるのが旧規定の下で派遣期間の上限規制が存在しており、かつ連続派遣禁止規定が存在していた当時「中断」期間が問題となったときに当時の連邦雇用庁が実務処理上の必要から採用した基準である「25%」条項をめぐる議論である¹³⁷⁾。

連続再雇用禁止が存在していた旧規定の下、先の「25%」条項の適用を回避して、「中断」期間を置くことなく派遣期間の上限規制に抵触することなしに派遣労働者を使用し続けることができるようにするための選択肢として、コンツェルン自身による派遣元会社の設立が考えられるとの見解もある¹³⁸⁾。すなわち、「ハルツ改革」による一連の法改正により「シンクロ」禁止および合法派遣の派遣期間の上限規制撤廃と引き換えに13か月目以降の均等待遇規定の導入（旧10条5項）により、基本的にはコンツェルン関連企業間の派遣も派遣期間の上限規制なしに無制限に許されるようになったのである¹³⁹⁾。労働協約開放条項は、臨時労働部門に対する労働協約上の労働条件で労働者の就労を可能とする。換言すれば協約自治の名の下で、労働組合が真に団結権を背景に獲得した高い労働条件ではなく、労働組合が労使協調路線に沿って活動し、労働組合としての実態を有していなかった場合には、容易に労働条件の引き下げのための手段として利用される危険性を伴っているのである。事実、DGBとは別のキリスト教民主同盟系の労働組合は、この種の労働協約を締結し均等待遇規定の適用の潜脱を図ったのであるが、2010年連邦労働裁判所は、この種の労働協約の効力を、当該労働組合が協約当事者能力を欠いているとの理由で、否定する判断を下したのである¹⁴⁰⁾。

確かに労働者は、事業所目的が労働者派遣に変更され、そしてそれ故に事業所の経済的統一体としてのアイデンティティーが保持できないことを理由に、事業移転に際して人材会社へ転籍されることはないのである。新設された人材会社への移籍目的の解約告知もまた新たに採用された労働者のみが当該人材会社において就労が可能なのであるから、無効である。しかし、この種の枠組みは、たとえダミーであったとしてもそのことをもって直ちに無効とはならないことについては看過すべきではない。さらに派遣元が使用者責任を

137) 大橋『弾力化』249頁以下参照。

138) Vgl. Melms/Lipinski, BB2004, s. 2409., Willemsen/Annuß, BB2005, s. 437. このような見解に対し批判的見解も存する。Vgl. Schüren/Brors, BB2004s. 2745., BB2005, s. 494., Schüren, BB2007, 2346.

139) Thüsing/Mengel, § 10Rn. 40.

140) BAG v. 14.12.2010-1ABR19/10, NZA2011, s. 289f., Vgl. Brors, RdA2014, s. 182f., Lembke, NZA-Beil. 2016, s. 66f. この決定については、緒方桂子「派遣労働における均等待遇原則と労働組合の協約締結能力の有無——2010年12月14日連邦労働裁判所決定について」日独労働法協会会報第12号（2011年）21頁以下参照。

負わなかった時や3条1項1号ないし3号にいう使用者リスクを負わなかった時には派遣元は派遣ではなく職業紹介を営んだと推定する旨規定する1条2項を前提にして形成された分類に対する疑念は、派遣会社との間の労働関係の創設が、明確な当事者意思として確立されている故に存在しないのである。コンツェルン内の人材派遣会社もまた独立の派遣会社と通常、まったく区別できない使用者としての危険負担（＝使用者リスク）を負うことが付け加わることになるから、紹介者が使用者リスクを負うことのない職業紹介ではなく派遣である。したがって、たとえ人材派遣会社がコンツェルン内のみで活動しており、しかも市場に登場しなくとも、当該派遣会社は、人材紹介者ではないのである。コンツェルン内の派遣会社による派遣が職業紹介ではなく派遣と判断されるためには、当該派遣会社が派遣労働者を市場で募集し、労働者を専ら派遣ではなく、様々な企業に派遣し場所的に親会社から離れており、しかも決して親会社の100%子会社ではなく、役員も決して親会社の役員と同一人物ではないことが求められるのである。

（iii）有期擬制労働関係成立のための客観的理由

ところで、10条1項2文による派遣労働者と派遣先との間の擬制労働関係の期間に関する規定については別途考察する必要がある。同規定によれば、この期間の客観的正当性は、派遣元と派遣労働者との間の関係からも派遣先との間の関係からもまたは派遣元の事情からも派遣先の事情からも明白となるのである。合法的派遣労働関係の期間については、派遣元の事情が考慮されなければならないとされている。確かに10条1項2文と関連した労働関係は、むしろ正に派遣先との10条1項1文による擬制労働関係であり、その結果、有期であることの客観的理由は、当該労働関係が成立する時点ですでに存在していなければならないことは確かである。

派遣先の事情が有期擬制労働関係の成立理由にとって決定的である限り同様に有期労働契約法14条1項2文1号による労働力の臨時的不足という客観的理由並びに同法14条1項2文3号による代理を理由とする有期が優先的に考慮されることになる。この種の事情は、派遣労働に際して既に基本的に派遣先が擬制労働関係において労働者を有期で直接雇用することを許可し、その結果、派遣先は、労働者派遣に基づいて派遣労働者の就労を強制されることはないであろうとの見解が存在する。このように10条1項2文は、決して現実の有効な有期労働関係の合意を求めているのではなく、単に客観的理由の存在のみを要求しているにすぎないのであるから、一つの有期労働契約を正当化するための客観的理由が存在する限り、これは有期擬制労働関係の成立を正当化するための第二の前提として十分であるという結論に達するのである。したがって、決して法的な書式が必要とされるわけではないとされている¹⁴¹⁾。

10条1項2文は、明確に「客観的正当理由」を要求しているので、有期労働契約法14条2項による客観的理由なしに擬制労働関係に期限を付すことは正当化できないことになる

141) Schüren/Hamann, § 10Rn. 55.

のである。

それでは一体、いかなる条件下において擬制労働関係が有期となることが許されるのか、換言すれば10条1項2文が適用されるのかということが問題となるのである。全体として現行派遣法による有期労働関係がその際に有意義に機能するか否かがはっきりするまでには一定の時間が必要であろう。たとえ立法者が労働者派遣の臨時的性格を考慮して重要な弾力化という自らが定めた目標を達成しなかったとしても、有期擬制労働関係は排除されないと考えられている。10条1項2文による有期擬制労働関係が開始されると擬制労働関係は、一般規定である有期労働契約法15条1項2文および2項により、期間満了をもって、すなわち、個々の事例においては派遣元と派遣先との間で予定されていた派遣労働者の派遣就労をもって終了することになるのである。したがって、原則としてそれ以前には擬制労働関係は正式には解消しえないのであるが（有期労働契約法15条3項）、しかし、解消契約または特別解雇により終了予定期日以前に終了可能なのである。部分的には派遣労働者を使用する機会を与えるために期間の終了について派遣労働者への派遣先による通知が必要とされるのである。解消契約または特別解雇による擬制労働関係の終了予定日前の終了と派遣先による派遣労働者への事前の通知はセットで法律上要求されているわけではないとの理由で、このような見解に反対する見解も存在するのである。

労働者は、彼が最初から派遣先の下での恒常的労働を前提としておらず、さらに恒常的労働を前提とすることが許されない時には、その限りでまた原則として保護を必要としないのである。有期労働契約法15条2項により、目的達成のための期間の終了に関する情報の前提が充足されるときにのみ、例外として若干異なることが適用されるのである。いずれにせよ、派遣先の任意の通知は、決して解雇を意味しないのである。すなわち、原則として立法上期限を付すことを正当化する規定に基づいてのみ有期の擬制労働関係が許されるということなのである。換言すれば、有期の擬制労働関係が成立するためには、客観的理由という法的根拠が必要ということである。

派遣先と派遣労働者との間に有期の擬制に基づいて有期労働関係のみが存在する場合には、当該擬制労働関係は、有期労働契約法15条5項に基づき異議なく継続することにより新たな擬制が開始される場合には、一般規定により期間の定めのない労働関係に転化し得ると考えられているのである。これは派遣労働者の雇用の安定という意味からは重要な意味を持つといえよう。

2. 擬制労働関係の終了

擬制労働関係の終了に対しては基本的に一般規定が適用される¹⁴²⁾。それ故に擬制労働関係は、それが一般的な労働法規定により終了されるまで存続するのである。労働関係は、解消契約の締結によってまたは普通解約告知または特別解約告知によって終了し得るのである。使用者による解約告知の場合には、労働者は6か月経過後初めて解雇保護法上の解

142) Motz, Beck'scher Online-Kommentar, Arbeitsrecht, 39. Edition AÜG., § 10Rn. 8.

約告知保護を拠り所とし得るのである。この待機期間（解雇保護法1条1項）は、擬制の開始をもって初めて開始されるのである。擬制開始前の期間、例えば派遣元の労働者として派遣元に所属していた期間は、立法により派遣先との新しい労働関係が発生することになるので、待機期間の算定に際して考慮されないのである。派遣先の下での複数回の違法派遣が極めて短期間、すなわち、4週間より短い中断で実施されるときは、期間は合算されなければならないと考えられている¹⁴³⁾。この種の派遣は基本的には連続派遣であり、その際には待機期間である6か月を実質的には超え、その結果、派遣労働者に解雇保護法上の解約告知保護が適用されるのであるが、それを免れるために、脱法目的で派遣と次の派遣との間にクーリング期間を設けるという方法を用いることを許さないという観点からは、このような解釈は立法目的に合致し合理的解釈であるといえよう。

3. 擬制労働関係に期限を付すための客観的正当理由

派遣先の下での活動が有期でのみ予定されており、かつ労働関係に期限を付すことを客観的に正当化し得る理由が存するときには、擬制労働関係は、期限付きとみなされるのである。派遣労働者が派遣先事業所において期限付きで就労すべきか否かという問題は、労働者派遣契約の内容によって決まっているのである。派遣労働者の具体的な投入についての約定が基準となるのである。しかしながら、通常は、労働者派遣についての一般契約の規定は、問題とはならない。1項2文の意味における期限を付すことについての客観的理由は、有期労働契約法14条1項の意味における客観的な理由があると推定されるときには、存在するのである。有期労働契約が客観的理由ありと認められるための前提は、その他の点においては例えば書式方式要件の存在は必要とはされないのである。有期労働契約法14条は、ここで問題とされる擬制労働関係が、1項1文により法律によって創設された労働関係であり、契約により創設された労働関係ではないので、期限付きとすることについての根拠たり得ないのである。同じ有期労働契約であっても有期労働契約法14条1項にいう有期労働契約を認めるための正当理由と10条1項1文により成立する際の擬制労働関係を有期とするための客観的理由とは、前者が労働契約によって成立する労働関係であるのに対し、後者は契約ではなく、法律によって労働者保護という目的のために一定の要件の下で強行的に成立する労働関係であるという本質的な違いから、前者により成立する労働関係を有期とすることの正当理由と後者のそれとは違うから、前者を正当化するために規定された有期労働契約法14条1項に規定する要件は、後者の労働関係を有期とすることに対する客観的理由には適用されないのである。この点もドイツの擬制労働関係が契約ではなく法政策的に立法により一定の要件下で強行的に成立するものであることの表れであり、わが国の「みなし」雇用とは根本的に異なっていることを理解するうえでも重要な違いであるといえよう。

しかし、他方また有期の擬制労働関係の終期については有期労働契約法の一般規定が適

143) Ebenda., ErfK/Wank, AÜG § 10Rn. 18.

用されることになる。すなわち、有期擬制労働関係は、期間の満了により自動的に終了するのである。有期擬制労働関係が派遣先承知の上で終了時点を超えて継続したときは、派遣先が遅滞なく異議申し立てをしないときには、有期労働契約法15条5項により無期の労働関係に転化するのである。期間満了前の通常解雇は、有期労働契約法15条3項により不可能である。同条によれば労働協約や個別契約によらなければ有期労働契約は、期間満了前に通常解雇はできないのである。

有期の擬制労働関係成立のための諸前提のうち一つを欠くときは、派遣労働者と派遣先との間に、一般原則により終了可能な期間の定めのない労働関係が成立するのである。しかし、当該規定の保護目的により解約告知権は、予定された派遣期間の終了後初めて存在すると考えられている。結局、無期の擬制労働関係は、解約告知により合法的に終了できるが、派遣労働者の保護目的で当該規定が設けられたのであるから、少なくとも派遣期間が予定されている間は、終了できないようになっている点は、当該制度の労働者保護という面から重要である。

4. 無期擬制労働関係の終了

(i) 普通解雇

派遣先と派遣労働者との間の労働関係が期限付きで擬制される限り、有期労働契約法15条3項を理由とする普通解雇は排除されることになる¹⁴⁴⁾。しかし、それでも有期擬制労働関係が成立しなければ、10条1項1文による労働関係は、期間の定めのないものと擬制されることになるのである。この期間の定めのない労働関係は、契約当事者双方にとって一般規定により普通解雇が可能でありその結果場合によっては普通解雇の場合には特別解雇保護同様、一般的解雇保護および法律上または協約上の解雇予告期間が遵守されなければならないことは自明のことである。解雇保護法1条による待機期間は、そこにおいて擬制労働関係が存在している期間に限って算定され、10条1項1文による法的擬制の開始以前の派遣先の下での派遣労働者の事情によって時には起こり得る就労期間については考慮されないのである。

(ii) 特別解雇

すべての継続的債務関係同様、擬制労働関係もまた契約当事者からいつでも重要な理由により特別解約をなし得るのである¹⁴⁵⁾。予期せぬ労働関係の擬制ならびにそこから生じる義務は、派遣先にとって決して重要な解約理由とはならないのである。なぜならば、そう解さなければ10条1項の保護目的は、反対に規定されていたであろうが、実際にはそのようになっていないからである。様々な派遣先への反復された違法派遣を理由として派遣労働者が場合によっては様々な擬制労働関係に入る限りでのみ少し異なった適用がなされる

144) Thüsing/Mengel, AÜG § 10, Rn. 46.

145) Thüsing/Mengel, AÜG § 10 Rn. 47.

のである。派遣労働者はその場合には一つまたは複数の擬制された使用者の下で労務提供することは不可能であり、さらに客観的には契約違反となるであろう。確かに従前の擬制労働関係は、しばしばすでに期間満了を理由として終了している場合もある。

五. ま と め

これまでドイツ派遣法独自の擬制労働関係制度についての理論的考察と擬制労働関係の具体的内容について今日のドイツにおける理論的到達点を踏まえ、説明を試みてきた。このテーマについての最初の研究開始時点からの私の最大の関心事は、「雇用」と「使用」の分離した派遣労働関係を私的職業紹介から区別してドイツにおいては44年前に承認した派遣法がその制定当初より、違法派遣に際して派遣先と派遣労働者との間に労働関係の成立を擬制する擬制労働関係を承認する法規定を何故有しており、またそれはいかなる理論的根拠と内容を有するのかという点である。さらに本来の派遣労働関係とは異質な擬制労働関係の本質と派遣労働者保護という視点から見たその限界について解明することが本稿の目的であった。本稿における考察をとおして以下のことが明らかになった。

(1) 法的擬制

派遣元が派遣法1条による必要な許可を有することなく経済活動として労働者を派遣するかまたは派遣後に派遣元の許可が失効するときは、派遣元と派遣労働者との間の派遣労働契約および派遣元と派遣先との労働者派遣契約は、9条1号により無効となるのである。派遣元との契約が無効となることに対する代償として、派遣法は、派遣先と派遣労働者との間に労働関係の創設を擬制する(10条1項1文)。派遣法10条1項により創設された、派遣先と派遣労働者との間の擬制労働関係は、通常の労働関係と完全に同価値の労働関係であるという点に特徴がある。さらに擬制労働関係を発生させる法規定は、強行規定であり、かつ派遣労働者の保護を目的とした規定であるという点に特徴がある。しかも同規定は、派遣労働者の直接的保護という目的にとどまらず、これと並んで派遣先に派遣元の派遣許可の取得の有無や当該派遣の合法性についての入念な審査のきっかけを作るので、そのことを通して監督機能を果たすことになることとされているのである。ただし、この監督機能が立法目的に沿って機能するためには、厳格な許可制度を前提としてはじめて可能となるのであり、たとえ許可制度を導入しても弾力的運用がなされるならばその実効性は十分には担保されないことになるのである。その意味ではわが国の改正派遣法においても初めて業としての派遣すべてに対して許可制を導入し、無許可派遣に際しては派遣先と派遣労働者との間に「みなし」雇用の成立を認める法制度が導入されたのであるが、これが適正に機能するためにも厳格な許可制度の運用が求められるところである。

これまでの考察から、10条1項による派遣先と派遣労働者との間の労働関係の創設は、立法上の強行的措置により発生するものであることが確認されたのである。したがって擬制労働関係成立のためには、派遣先と派遣労働者との間に契約上の合意は不必要なのである。換言すれば、法的擬制の効力は、関係当事者の意思または承知・不承知とは無関係に

発生する点に特徴がある。この点は、わが国の現行派遣法40条の6におけるいわゆる「みなし」雇用とはその法構造が根本的に異なることがわかるのである。わが国の「みなし」雇用制度はあくまでも労働契約の存在を前提としており、そこにおいては当該「みなし」雇用は、労働契約を媒介として成立すると考えられているが、ドイツ派遣法における擬制労働関係は、労働契約を問題としておらず、あくまでも10条1項により派遣労働者の保護という立法目的によって創設された法制度であり、関係当事者の意思とは無関係に強行的に成立するという点で両者間には根本的な相違が存するのである。そこで、関係当事者がたとえ当該関係を労働者派遣ではなく雇用契約または請負契約による就労であるから派遣許可を必要としないとの理解に立っていたとしてもあるいは派遣元が派遣先に許可の存在を見せかけていたかまたは許可の喪失を通知しなかったとしても、派遣労働者と派遣先との間に労働関係が擬制されることになるのである。この点は、わが国の「みなし」雇用制度とは根本的に異なっているのである。わが国の派遣法では、派遣先が無許可であることを知らなかったことに故意がないときは、「みなし」雇用は成立しないが、ドイツ派遣法では擬制労働関係は、労働契約によってではなく、派遣労働者の保護という立法目的によって10条1項により法律上強行的に成立するので、無許可派遣という客観的事実が存在していれば9条1号により派遣労働契約および労働者派遣契約が無効となり、代わって関係当事者の意思とは無関係に成立するのである。それどころかドイツ派遣法における擬制労働関係は、関係当事者の意思に反してさえ、成立するのであり、そこにおいては労働者保護という立法目的により、「契約の自由」原則が大幅に制限されており、それ故に関係当事者は、擬制労働関係が発生しない旨約定することはできないのである。このように擬制労働関係は、意思表示によって成立するわけではないので、取り消しも問題とはならないのである。支配的見解によれば、派遣労働者には、派遣先との擬制労働関係の成立に対してBGB 613a 条6項の類推適用による異議申し立て権も帰属せず、BGB 626条による即時解約権のみが帰属するにすぎないとされている。しかも許可の新交付によっては擬制労働関係の成立を阻止できないのである。すなわち、無許可派遣を理由として9条1号により派遣労働契約および労働者派遣契約が無効となった場合には、派遣元が追加的に派遣許可を取得しても擬制労働関係は成立するのである。

しかし、労働契約が1条1項による派遣元の許可の欠如によるのではなく、他の理由によって無効となる時は10条1項による擬制労働関係は発生しないのである。これはドイツ派遣法においては擬制労働関係制度が何故に派遣法制定当初から存在していたのかという点と密接な関連があり、ドイツ派遣法が派遣労働をどのように位置付けているかを考えるうえで重要な事実である。すなわち、派遣労働関係においては、労働契約上の使用者＝雇主は唯一派遣元であるということを前提として「雇用」と「使用」が分離した派遣労働関係が成立するのであるから、派遣元が真に雇主としての使用者責任を有する主体でなければならない、この要件を担保するものとして派遣法において「許可」が位置付けられているのである。したがって、派遣法制定当初より「許可」制と擬制労働関係制度は派遣労働関係の承認にとって不可分のものとしてセットにして派遣元の雇主としての使用者責任を担

保する法制度と位置付けられており、この理念は、40年間不変のまま今日に至っているのである。換言すれば、派遣元が許可を欠くということは、派遣元は労働契約上の使用者たり得ないということを意味するのであるから、派遣労働関係それ自体の存立要件を欠くことになる。その場合には、9条1号により派遣労働契約および労働者派遣契約は無効となり、そこで派遣労働者の保護が必要となるので、10条1項により派遣労働者と派遣先との間に擬制労働関係が成立することになることを派遣法が承認したのである。通常、ドイツにおいても労働関係は契約によって成立するのであるが、10条1項による擬制労働関係は立法により創設された制度であり労働契約によって成立したのではないが、労働契約によって成立する労働関係と完全に同価値の内容を有する労働関係なのである。このような性格を有した擬制労働関係の成立のための前提は、1条1項による派遣元の許可の欠如ということになるのである。擬制労働関係制度は、わが国現行派遣法46条の6における「みなし」雇用とは異なり、違法派遣とは、無許可派遣のみを意味するのであり、派遣先が違法派遣であることを知り得たか否かにかかわらず成立する点に特徴を有しているのである。

(2) 擬制労働関係の適用対象

擬制労働関係は無許可派遣元による派遣に際してのみ成立するのであるから、例えば1条1項2文違反の臨時的派遣ではない長期の派遣と同様に偽装請負や多重派遣や1b条違反の建設業事業所への派遣に際しても派遣元が無許可派遣を理由とする違法派遣ではないので、擬制労働関係は成立しないとされている。これらの派遣はいずれも派遣法違反ではあるが、無許可派遣ではないことから、10条1項の適用はないと考えられているのである。もちろんこれらの派遣法違反の派遣の場合にも派遣元が無許可派遣を行っていた場合には10条1項が適用されることは自明のことである。

10条1項1文の法的擬制は、関係当事者が派遣を予定していた時点において労働者派遣をなお実施しようとしていることを前提として成立するのである。契約当事者は、9条1号による派遣労働契約および労働者派遣契約の無効を理由に将来に対して拘束されるものではないのである。すなわち、法的擬制は、派遣先への実際の派遣に際してのみ生じるのである。しかし、派遣労働者が自己の意思で派遣先での仕事に就かないかまたは派遣元が予定者とは別の労働者を派遣するかまたは派遣先が派遣された労働者の就労を拒否するときは、法的擬制は発生しないと理解されているのである。

その他、派遣労働者がドイツ国内ではなく、外国において就労するときは、たとえEU域内であっても労働関係の法的擬制は適用されないのである。法規定の射程範囲は属地主義原則によって限界づけられるので、外国に住所を有する派遣先には擬制労働関係は適用されないのである。この場合には、派遣労働者は、10条1項による擬制労働関係の成立を派遣先に請求することはできず、同条2項により、派遣元に対する損害賠償請求権を有するのみであると考えられている。EU域内は自国と同様、経済活動の自由が保障されているのであるから、EU域内でも国境を越え派遣が行なわれているにもかかわらず、10条1項の適用範囲がドイツ国内に限定されているので、ドイツ人派遣労働者の保護という視点か

らも擬制労働関係制度には大きな限界が存することも事実である。これは擬制労働関係という法制度は、ドイツ派遣法独自の法制度であることを意味しているのである。Thüsingによれば、派遣先が信義則に則り行為し、そして派遣労働者が労働者派遣の違法性を承知の上で就労した時には、派遣労働者は、信義則違反故に10条1項による法的効果を主張できないとされているのである。

このようにドイツ派遣法における擬制労働関係制度の適用範囲は、9条1号による派遣労働契約の無効の場合に限定されており、その他の理由による許可の喪失、すなわち、許可の取消し（4条）、撤回（5条）または許可延長の拒否（2条4項3文）を理由とする許可の喪失に際してはその適用が除外されており¹⁴⁶⁾、したがって、実際にその適用範囲はかなり限定されていることもあり、実際にはそれほど頻繁に利用されているわけではないように思える。事実、擬制労働関係の成立件数についてはこれまで、連邦政府の12次に及ぶ報告においても記載がみられず、主要文献においても具体的な統計は未だ見当たらないのである。

擬制労働関係制度は、契約当事者の意思とは無関係に不安定な労働関係にある派遣労働者の保護を目的として派遣法によって創設された法制度であり、同時に違法派遣に際して契約当事者の意思に反して派遣先と派遣労働者との間に一方的に労働関係を成立させることにより、労働者派遣が合法的に営まれるよう監督機能をも目的とした法制度であること、しかも擬制労働関係成立の前提条件である違法派遣とは、無許可派遣を意味することからもその適用および運用は限定的とならざるを得ないのはある意味当然ともいえよう。しかし、それでもドイツ派遣法によって擬制労働関係制度が創設された意味は派遣労働者の保護という点のみならず、派遣労働の本質を考える上においても理論上きわめて重要な意味を有しているといえよう。すなわち、派遣法が擬制労働関係制度を有していることの意味は、派遣労働関係は派遣元が唯一の労働契約上としての使用者責任を負い得る場合にのみ成立する「雇用」と「使用」が分離した“特殊な”労働関係であるから、厳格な許可制度によって派遣元が契約上の使用者としての実体を有していることが担保されなければならないということである。したがって、擬制労働関係制度は厳格な許可制度と一体となって存在し得る法制度であることを意味していることを確認することができたのである。

(2) 擬制労働関係と通常の労働関係

擬制労働関係は、通常の労働関係とは異なり労働契約によって成立するのではなく、10条1項により強行的に成立した労働関係であるが、通常の労働関係と完全に同価値の労働関係であるという点に特徴がある。すなわち、派遣法が特別規定の適用を受けない限り、

146) これらの理由により許可が喪失した場合には、直ちに10条1項が適用されるのではなく、まず12か月の清算期間が適用されるので、この期間中は、従来通り、派遣元と派遣労働者との間の労働契約は存続し、その後、派遣先との間に擬制労働関係が成立することになるが、派遣元との間の派遣労働契約が12か月以下の有期労働契約の場合には、擬制労働関係は成立しないことになるのである。この点については本稿（67巻2号）24頁以下参照。

労働法、税法、社会保険法等を含めた全労働法が擬制労働関係にも適用されるのである。したがって、派遣先は使用者としての一般的権利および義務を負い、かつ派遣労働者は、労働契約によって成立する通常の労働関係における労働者と同等の権利および義務を有しているのである。

労働契約によってではなく、立法によって成立するという点で通常の労働関係とは成立過程が異なっているが、完全に同価値を有する擬制労働関係の内容については、10条1項2文ないし5文において規定されており、その内容については既述のとおりである。しかしこれらの諸規定も確定的な最終規定というわけではなく、擬制労働関係のために予め基準として定められた内容は、派遣労働者と派遣先は、擬制労働関係を合意により BGB 623 条の法的要式性の遵守の下で解消契約により終了し、かつ新しい内容的に異なった労働関係を将来に向かって創設できるので、派遣労働者と派遣先により変更され得るのである。なお、労働者の事業所帰属期間が問題となるときは、擬制労働関係期間のみが決定的なのである。したがって、擬制開始前に為された労働時間は含まれないのである。

以上の考察からドイツ派遣法における擬制労働関係制度は、ドイツ派遣法独特の法制度であり、「雇用」と「使用」の分離した派遣労働関係という不安定な労働関係における派遣労働者の保護を目的とした「契約の自由」の制限の上に派遣法によって創設された法制度であり、その内容は労働契約によって成立する通常の労働関係と全く同価値を有しているのであるが、その適用範囲はかなり限定されており、実際にはあまり頻繁に適用されているとは言えないようである。しかし、擬制労働関係は、派遣労働者にとっては第三者である派遣先との間に労働関係の成立を認めることによって、直接的には派遣労働者の保護を目的としているが、それだけにとどまらず、派遣元に対する監督さらに派遣先に対する制裁機能を有した法制度であるといえよう。そのことの持つ意味は無視することができないのである。このように考えれば擬制労働関係制度は、派遣法制定当初から今日に至るまで一貫して理論上は大きな意味を有する制度であると評価できよう。