

ドイツ障害者雇用にかかるスケッチ 第4回

第4章 ドイツおよびEU法における非社員業務執行役員の労働者性の議論状況

小西啓文*)

はじめに

本稿は、前号に引き続き、ドイツの障害者雇用にかかるスケッチを短く執筆する。

労働問題研究所は今般「うつ病に罹患した従業員に対する処遇と復職をめぐる問題～三重県内における小規模事業所の対応と課題～実務に焦点を当てた研究部会中間報告」を QUARTERLY REVIEW IWHR WINTER DECEMBER 2022 NO.1 において公表した。大変興味深い内容であるが、ドイツの職場復帰の手続については前号のスケッチで紹介したので、本号では、中央大学法学部教授であった唐津博教授の法学新報での古稀論文集に掲載した（耳慣れない言葉ではあるが）非社員業務執行役員の労働者性を検討し、重度障害者としての保護の可能性を論じるハーゼ論文¹を紹介した拙稿²を要約しつつ、非社員業務執行役員の労働者性の議論状況について

簡単に紹介したい。

II カーステン・ハーゼ「EU 司法裁判所、連邦通常裁判所そして連邦労働裁判所の裁判の観点における一般平等取扱法及び社会法典第9編に基づく有限責任会社の（重度）障害のあるまたは同等の業務執行者に対する差別法的な解雇保護」

1 同論文の紹介³

さて、同論文の「1 導入」から、この論文がなにをどのように議論するものか簡単に確認しておきたい。ハーゼによれば、業務執行者の法的地位をめぐるは裁判と学説において、国内法と EU 法において長年議論がなされている。この議論は、業務執行者が労働者保護規定上で訴えうるかどうかという問題である。これと関係するのが（重度）障害のある業務執行者が（重度）障害のある労働者の差別保護的な解雇

*)執筆者は明治大学法学部教授、第1章及び第2章はIWHR研究年報創刊号1-16頁に、第3章は同誌4号22-28頁に掲載されている。

¹ Karsten Haase, Der diskriminierungsrechtliche Kündigungsschutz des (schwer-)behinderten oder einem solchen gleichgestellten Geschäftsführers einer GmbH nach dem AGG und dem SGB IX im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, des BGH und des BAG. このハーゼ論文が所収されている本はフランツ・ヨゼフ・デュベル教授の75歳祝賀の本であり (Nora Düwell, Inken Gallner, Karsten Haase, Martin Wolmerath (Hrsg.), Auf dem Weg zu einem sozialen und inklusiven Rechtsstaat - Covid-19 als Herausforderung, Nomos, 2021)、筆者も翻訳された論文を掲載して頂いたが、このデュベル先生は独

日労働法協会の会長でもある。既報の通り、筆者は2019年春から2020年夏にかけて約1年半にわたり家族でドイツはミュンヘンに留学した。その際、独日労働法協会の事務局を担っていたのがこのハーゼ弁護士であり、とりわけコロナ禍で行政手続がストップし窮地に立たされた我々家族は、大変お世話になった。改めてお礼申し上げたい。

² 小西啓文「ドイツおよびEU法における非社員業務執行役員の労働者性の議論状況からみた障害者雇用の課題—ハーゼ論文を導きの糸として」法学新報129巻8・9号(2023年)323頁。なお、拙稿執筆にあたり、橋本陽子『労働者の基本概念—労働者性の判断要素と判断方法』(弘文堂、2021年)256頁以下を参照したため、本スケッチでもその旨を記載することにする。

³ Haase, a.a.O., S.327f.

保護を請求できるかどうか、できるとしてどこまでできるかである。

重度障害のある業務執行者または重度障害と同等の業務執行者が解雇保護を請求できるかどうか、2017年のEU司法裁判所のミルコバ Milkova 判決に至るまで、裁判と学説においては、おおかた否定されてきた。EU司法裁判所は、ブルガリアの女性公務員が、ドイツ法と比較可能なブルガリアの労働者特別解雇保護を、国連障害者権利条約 27 条 1 項を委任する EU 憲章 20 条、21 条、51 条 1 項 1 文に基づく同権原則に基づき、請求することができることを、このミルコバ判決で肯定した。同判決以降、(ドイツの)学説においては、この者が有限責任会社にかかる命令に拘束される従属関係にある EU 法上の労働者である限り、ドイツ法にいう重度障害のある又はそれと同等の業務執行者にもあてはまるに違いないとの声が増えた。国内裁判所または EU 司法裁判所の判決はこれに関して——明白には——長い間下されてこなかったが、この判決は、(重度) 障害のある業務遂行者が重度障害を理由とした任用 Anstellung 関係の解約のケースについての検討のきっかけを与えることになった⁴。

議論のための出発点は非社員業務執行役員 Fremdgeschäftsführer の差別的な解雇保護にかかる連邦通常裁判所 BGH の 2019 年に下された非常に注目すべき判決である。この判決は年齢を理由とする差別に基づく任用関係の解約告知を含むものであった。連邦通常裁判所はこの判決でこれまでの裁判例から部分的に転向し、非社員業務執行役員を、いずれにせよその使用関係の解約告知に際して、EU 法の

労働者と評価した⁵。

(重度) 障害のある業務執行役員に、(重度障害者法的な解雇保護も同様だが) 差別的な解雇保護があるかどうかは、その法的地位にかかる問題に左右される。

2 業務執行役員の法的地位

(1) 国内法に基づく業務執行役員の法的地位⁶

ハーゼによれば、なにが業務執行役員の法的地位と、その任用関係の法的性質に関係するかは国内法と EU 法とで区別される。有限会社の任用関係が民法 611a 条の意味における労働関係として、または民法 611 条、675 条の意味における営業の管理 Geschäftsbesorgung の性質を伴う役務契約として評価されるべきかの争いは、ドイツ法においては数十年来裁判と学説において議論のある論争対象であり、連邦通常裁判所は、業務執行役員の任用関係は例外なく、民法 611 条、675 条の意味における経営管理の自由な役務関係と性格づけてきたのに対し、連邦労働裁判所は原則として業務執行役員の指揮関係は労働関係ではなく、業務執行役員は有限会社の労働者ではないものの、業務執行役員に営業法 GewO106 条の意味における強い指揮拘束性とそれに基づく個人的な従属が認められる極めて例外的なケースにおいて、労働者の地位を帰属させた、という。

(2) EU 法に基づく業務執行役員の法的地位⁷
つぎにハーゼは EU 法の議論を紹介している。「有限会社の業務執行役員の法的地位をめぐる議論はダ

⁴ ミルコバ判決で問題になった公務員の解雇における特別の事前の保護は、カーステン・ハーゼ[橋本陽子訳]「有限会社の業務執行役員の法的地位：使用者、使用者類似の者または労働者？—ドイツ法および EU 法の観点からの検討」橋本陽子編『EU・ドイツの労働者概念と労働時間法』(信山社、2020 年) 99 頁によると、障害者である労働者にのみ保

護を定める規制であり、ポジティブ・アクションと評価されている。

⁵ 橋本・前掲注 2・258 頁によると同判決は 2019 年 3 月 26 日のものと考えられる。

⁶ Haase, a.a.O., S.329ff.

⁷ Haase, a.a.O., S.332ff.

ノザ Danosa、バルカヤ Balkaya、そしてホルターマン Holterman 判決以来、新しい、そしてそれまで思いもよらなかった力学を含むものであった。EU 司法裁判所はこれらの決定で、業務執行役員に EU 法上、有限会社の労働者としての資格がありうることを確認した⁸。

①EU 運営条約 AEUV45 条の意味における第一次法の労働者概念⁸

労働者の EU 法上の概念は EU の第一次法でも第二次法でも定義されていない。業務執行役員が有限会社の労働者でありうるかどうかという問題の答えに対して、EU 司法裁判所は通常、EU 運営条約 AEUV45 条に基づく労働者の移動の自由の権利における労働者概念を引き合いに出し、それを同裁判所は、その後の議論の方向を指し示したローリーブリューム Lawrie-Blum 判決以来、どの裁判にも常に刻印した。この労働者概念については、労働者の移動の自由とともにあらわれるすべての規範領域に対して、統一的な EU 法の解釈の土台になる、EU 法の自主的な概念が問題になる。それは広く解釈され、労働関係を当該の人の権利および義務の観点において特徴づける客観的基準に基づいて定義される。

労働関係の本質的なメルクマールは『誰かある者が一定の期間、他の者に対して、その指示に基づき、反対給付を報酬として受け取るために給付を提供すること』である⁹。

②業務執行役員の EU 法上の地位に関する EU 司法裁判所の裁判⁹

EU 司法裁判所はダノザ判決において、EU の指令 92/85 の自主的に決定された労働者概念に関して判断を下し、妊娠した業務執行役員が同指令の意味における労働者であり、向自的に請求できる、とし

た¹⁰。そして、EU 司法裁判所はバルカヤ判決において 1998/59/EC 指令の一定の労働者概念に自主的に zum autonom 判断したこと、つづいて EU 司法裁判所はホルターマン判決において、ブリュッセル第 1 規則 44/2001 に関して、少数派社員兼業務執行役員 Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer が会社の会議へ支配的影響がないならば EU 法上の労働者でありうることを紹介している。

以上に基づき、ハーゼは、EU 司法裁判所の確立した裁判によると、「有限会社への関与を欠き、従って EU 運営条約 45 条の意味において会社の会議とその意思形成へ一定の影響を欠く非社員業務執行役員は、有限会社にかかる指揮に拘束された従属関係において EU 法上の労働者である。会社の会議とその意思形成に一定の影響のない少数派社員兼業務執行役員もそれにほかならない。というのも、有限会社への影響可能性は相当程度ではなく、この者もまた、EU 司法裁判所の裁判の意味において EU 運営条約 45 条に基づき、有限会社にかかる指揮に拘束された従属関係において労働者であるからである」という。

3 小括

「Milkova 事件先決裁定をドイツ法に適切に取り入れるならば、EU 運営条約 45 条にいう EU 法上の労働者であると認められ、指揮命令に拘束された従属関係において就労する、重度障害を有する業務遂行役員は……特別の解雇制限を主張することができることになる¹¹。残念ながら、唐津先生古稀に掲載した拙稿では、筆者の能力的限界からハーゼ論文をすべて紹介することはできなかつたため、橋本訳から暫定的な結論を紹介したが、本スケッチでも同様に、この一文を紹介することにした。

すぎず、労働関係を隠蔽しているにすぎない場合には、ある者が指令 92/85 号にいう労働者であると評価されることが妨げられることにはならない」としたものと紹介している。

¹¹ ハーゼ[橋本訳]・前掲注 4・101 頁。

⁸ Haase, a.a.O., S.332f.

⁹ Haase, a.a.O., S.333ff.

¹⁰ ハーゼ[橋本訳]・前掲注 4・83 頁はダノザ判決を「形式的に、国内法上、独立自営業者に分類されていることによって、その独立性が単に見せかけに

筆者は、この間、「働く者」のあいだで、社会保障に格差があることの問題性を論じる機会に何度となく恵まれてきた。ただし、その論じ方は、労働者ではないが、従来の自営業者とも違う、「新しい自営」をどのように保護すべきか、というものであった¹²。

それが今回、ドイツの非社員業務遂行役員を紹介する中で、使用者側の者の中にも労働者性が認められる者がおり、ドイツにおいてはこの者に対して障害者雇用の考え方をどのように拡張するか議論があることを知ったわけである。このような者もやはり「働く者」であると考えれば、分け隔てなく保護がされるべきである、ということになるのかもしれない。このように「労働者」の範囲を広めていくことで障害者雇用の考え方を拡張していくことが日本法においても望ましい方向性なのかどうか。

かつて、筆者はドイツの法定雇用率制度を紹介したことがある¹³。そして、思い返せばそのなかで、今回取り上げたような非社員業務執行役員の取り扱いについても若干取り上げていたのであった。もっとも、その論文のなかでも指摘したが、雇用率制度は福祉国家的な使用者間の調整の仕組みであり、その割合(「率」)に入れなかった者が入れなかったことについて仮に企業を訴えても、企業の側に雇用義務があるものではない¹⁴。裏を返せば、求職者側がその「率」に入ることを争うことは難しい。

他方、日本法においても導入された合理的配慮は、これまでのスケッチでも取り上げてきたが、もともとそれを実施しないことを「差別」と構成するものであり、本来的に「権利性」が高いツールである。日本

の障害者雇用促進法では、採用の際には申し出により、そして、採用後は申し出なく認められる。

ところで、アメリカ法の合理的配慮を詳論する長谷川珠子『障害者雇用と合理的配慮—日米の比較法研究』(日本評論社、2018年)はイギリスについても若干紹介しており、「イギリスでは、1944年に制定された『障害者(雇用)法』により、被用者数20人以上の使用者について、雇用率を3%とする雇用率制度が実施されていたが、1995年障害者差別禁止法(Disability Discrimination Act1995,以下、「DDA」という)の施行(1996年12月)に伴い、廃止された」というが、雇用率制度を廃止する背景には合理的配慮の導入があったと聞く。その結果、障害者の雇用の促進に資したか、という問いもあろうが、「量」の拡大ばかり考えると「雇用の質」とでもいうべきであろうか、今回取り上げたような望まない雇用終了という結果が頻繁に起きることにもなる。それでは、ハローワークへの届出制度と紛争解決援助制度がある程度である日本法へ今回取り上げたようなドイツ法の特別な解雇制限手続を導入すべきなのか、あるいは、イギリス法のように、合理的配慮があれば、雇用率制度は不要である、という道を進むべきか。かつて日本法においても高齢者雇用の領域に雇用率制度があり、それが定年の延長などを実施していくなかで廃止したという歴史があったことを簡単にではあるが指摘¹⁵して、今後の検討課題を提示しつつ本稿を閉じたい。[2023年7月17日脱稿] [未完]

¹² 小西啓文「労災保険の特別加入制度と『労災保険の社会保障化』再論」社会保障法 38号(2022年)148頁。

¹³ 小西啓文「法定雇用率制度の比較法的考察—ドイツ法を参考として」日本労働研究雑誌 685号(2017年)33頁。

¹⁴ 厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部

編『障害者雇用促進法の逐条解説』(日刊労働通信社、2003年)161頁。

¹⁵ 小西康之「中高年齢層における就労・生活と法政策」野川忍・山川隆一・荒木尚志・渡邊絹子[編]『変貌する雇用・就労モデルと労働法の課題』(商事法務、2015年)417頁。