

ドイツにおけるストライキの際の 派遣労働者による代替労働の禁止

——団結の自由の内容形成の一断面——

倉 田 原 志*

目 次

はじめに

第1章 労働者派遣法によるストライキの際の派遣労働者の使用禁止

第1節 2017年労働者派遣法改正

第2節 学説等による評価

第2章 連邦憲法裁判所2020年6月19日決定をめぐって

第1節 連邦憲法裁判所2020年6月19日決定

第2節 評 価

おわりに

はじめに

ドイツ基本法9条3項1文・2文は、「労働条件および経済的条件を維持し促進するために団体を結成する権利は、何人にも、かついかなる職業に対しても保障されている。この権利を制限し、又は妨害することを企図する協定は無効であり、これを目的とする措置は違法である。」¹⁾と定め、団結の自由 *Koalitionsfreiheit* を保障する。この基本法9条3項は、集団的団結の自由としてストライキなどの争議行為、使用者の側の一定の争議

* くらた・もとゆき 立命館大学法学部教授

1) 訳は、高田敏=初宿正典編訳『ドイツ憲法集〔第8版〕』（信山社、2020年）216頁による。

行為も保障し、私人間に直接的効力を有するものとされている²⁾が、この団結の自由は、規範化を必要とする normgeprägt 基本権と性格づけられ³⁾、法律による内容形成 Ausgestaltung が必要であり⁴⁾、労働協約制度や労働争議に関する規律についても、この内容形成として位置づけられている⁵⁾。

労働協約に関しては労働協約法が制定され立法者により内容形成がかなりの程度されているといえるが、争議行為については立法者によっては必要な内容形成はなされず、それは主として判例法理に委ねられてきた⁶⁾。しかし、近年、争議行為についても、立法がなされ、他の労働法の制定・改正とあいまって、立法者がめざめたという評価もみられる⁷⁾。2017年には、労働者派遣法が改正され、ストライキがなされている事業所において派遣労働者をストライキ参加者の代わりとなる仕事に就労させることが禁

2) Vgl., Kingreen/Poscher, Grundrechte Staatsrecht II, 38 Aufl., 2022, Rn.981,1000f. 争議行為の基本法上の根拠についての基本法の制定過程からの議論については、西谷敏『ドイツ労働法思想史論』（日本評論社、1987年）627頁以下参照。

3) Poscher, Die Koalitionsfreiheit als ausgestaltungsbefähigtes und ausgestaltungsfähiges Grundrechte, RdA 2017, S.235.

4) Vgl., ebenda; Kingreen/Poscher, aa.O. (注2), Rn.168; Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl., 2022, Vorb. vor Art 1 Rn 13, Art.9 Rn.47. 内容形成のとりえ方・類型についてもこれまで議論がなされてきたが、ここではさしあたり、内容形成を、規範化が必要な基本権について、その基本権の内容を法律の規範で構成することととらえ、内容形成の際には当該基本権に固有の基準に配慮されなければならないということを前提とする（Vgl., ebenda; Kingreen/Poscher, aa.O. (注2), Rn.168）。内容形成についての詳細は、小山剛『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』（尚学社、2004年）、篠原永明『秩序形成の基本権論』（成文堂、2021年）98頁以下、Gellermann, Grundrechte in einfachegesetzlichen Gewande, 2000; Lenz, Vorbehaltlose Freiheitsrechte, 2006; Cornils, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005; Bumke, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009 参照。

5) Kingreen/Poscher, aa.O. (注2), Rn.1005, 1019.

6) Vgl., Poscher, aa.O. (注3), S.236. ハナウ＝アドマイト〔手塚和彰＝阿久澤利明（訳）〕『ドイツ労働法〔新版〕』（信山社、2015年）119頁は、「ドイツには、確かにその法律はないが、実務または学説や判例の展開にもとづく争議法がある」とする。

7) Vgl., Buhl u. a., Der erwachte Gesetzgeber - Regulierung und Deregulierung im Arbeitsrecht, 2017, S.5.

止されたので、この法改正に対して、基本法9条3項に違反する等を理由とした憲法訴願が提起され、連邦憲法裁判所の判断が2021年に示され、論争となっている。

そこで、本稿では、この改正とそれに対して提起された憲法訴願に対する連邦憲法裁判所の判断をめぐる議論を追うことで、ドイツの団結の自由の内容形成に関する議論の一端を垣間見ることとしたい。

以下では、まず、この2017年の労働者派遣法の改正の背景・内容を概観して(第1章)、その後、このストライキの際の派遣労働者の使用禁止をめぐる連邦憲法裁判所決定とそれをめぐる議論をみでみることにしたい(第2章)。

第1章 労働者派遣法によるストライキの際の 派遣労働者の使用禁止

第1節 2017年労働者派遣法改正

2017年の労働者派遣法改正では、従来から焦点となっていた派遣期間規制につき、最長派遣期間が18か月に制限されるという重大な改正がなされ、さらに、均等原則、派遣先での派遣労働者との擬制的労働関係を成立させる事由の拡張、偽装請負の防止規定の挿入などが行われたが、派遣先でのストライキの場合にストライキ参加者の労働を派遣労働者によって代替させることの禁止も定められた⁸⁾。

この法改正は、2013年12月にキリスト教民主同盟・社会同盟と社会民主党による大連立政権(第3次メルケル政権)の連立協定のなかで、労働者派遣の再規制および請負契約の濫用規制を行うことが提案されていたので、それを法律で具体化したものであるとされる⁹⁾。その背景には、数度にわ

8) 高橋賢司「2017年におけるドイツ労働者派遣法の改正」WORK & LIFE 世界の労働2017年5号(2017年)2頁、8頁参照。

9) 山本陽大=山本志郎「ドイツにおける労働者派遣法および請負契約の濫用規制をめぐる新たな動向」労旬1872号(2016年)36頁。

たる労働者派遣法の規制緩和（特に派遣期間の上限規制の緩和）によって、派遣労働者の雇用機会を拡大した結果、派遣の濫用的利用や派遣労働者の処遇問題をもたらしたことが指摘されている¹⁰⁾。

では、労働者派遣法によるストライキの際の派遣労働者の使用禁止 Einsatzverbot として、どのような改正がなされたのであろうか。

(1) 改正内容

2017年2月21日に可決された、労働者派遣法とその他の法律を改正する法律（BGBl. I S.258）（2017年4月1日施行）によって、労働者派遣法11条5項は、第1文と第2文が付け加えられ、以下のとおりとなった。「¹ 派遣先は、その事業所が直接に労働争議の影響を受けている場合には、派遣労働者を就労させてはならない。² 第1文は、派遣先が、以下のいずれかに該当する労働者により従前行われていた職務を派遣労働者が引き受けないことを保障する場合には、適用されない：

1. 労働争議に参加している者である場合、又は、2. 労働争議に参加している労働者の職務を引き受けたものである場合。

³ 派遣労働者は、派遣先が労働争議により直接影響を受けている限りにおいて、当該派遣先において就労する義務を負わない。⁴ 労働争議の場合には、派遣元は派遣労働者に対して、労務提供を拒否する権利があることを指摘しなければならない。」¹¹⁾。

さらに、同法16条1項8a号が付け加えられ、この11条5項に反して故意あるいは過失で、派遣労働者を就労させた場合には、秩序違反 ordnungswidrig となり、同法16条2項によれば、50万ユーロまでの過料が科される¹²⁾。

10) 川田知子「ドイツにおける『Gute Arbeit』と派遣労働——再規制にむけた動き」法學新報123巻7号（2017年）774頁。

11) 訳は、山本陽大編著『現代ドイツ労働法令集』（労働政策研究・研究機構、2022年）304頁〔井川志郎〕による。

12) なお、日本の労働者派遣法24条は、職業安定法20条を準用し、派遣元は、同盟罷業又

つまり、従来の、労働争議が行われている場合の派遣労働者の労務提供拒否権と派遣元に対するその権利通知義務に加えて、新たに、派遣先が労働争議の直接的な影響を受けている場合には、一定の例外はあるものの、派遣労働者を就労させてはならないことを規定したものである¹³⁾。

(2) 改正理由と法律の説明

この改正の理由としては、連邦政府の説明によれば、同法11条で、1972年以来、労務提供拒否権を定めているにもかかわらず、近年では、とくに小売業、医療機関、郵便、電気通信、金属の分野において、派遣労働者がスト破り *Streikbrecher* の手段として実際に用いられているという実態があり、その際、派遣労働者は、スト破りとして就労する強い圧力のもとに置かれており、派遣労働者は雇用上の身分が不安定であり、派遣先による直接雇用を希望するのが通常であることに鑑みて、派遣労働者に労務提供拒否を認めるのみでは問題の解決にとり不十分であり、労働協約上の派遣労働者の就労の禁止も、実際には有効ではないことが示されていることが述べられている¹⁴⁾。ただ、同法1条3項2号のコンツェルンの特権は影響を受けないままであり¹⁵⁾、派遣先は、11条5項2文によれば、例外的に、派遣労働者を就労させてよい場合があり、それは、この派遣先の事業所における労働争議の開始前にすでに就労している派遣労働者が労働争議の間にもこれまでの仕事を継続する場合、または、労働争議の開始後はじめて入ってきた派遣労働者で、その仕事をもっぱら労働争議から遠く離れて行

↘は作業所閉鎖の行われている事業所に関し、労働派遣をしてはならない、と派遣元に関する禁止規定となっている(同上294頁注7参照)。

13) 日本の労働者派遣法が派遣元に対するだけのものに対して、ドイツの労働者派遣法は派遣先と派遣元に対する定めをおいているので、全方位の規定になっている点が特徴的であるとされる(同上、山本=山本・前掲注9)40頁参照)。

14) BTDrucks. 18/9232, S.27f.

15) 同法1条3項2号は、株式会社法18条にいうコンツェルン企業間で、当該労働者が派遣を目的として雇い入れられ就労するのでないときは、労働者派遣法は一定の条項を除き適用されないとしている(山本編著・前掲注11)296頁参照)。

われる場合である¹⁶⁾。なお、派遣先を禁止の名宛人としていることには、最近では海外にある派遣元からスト破りのために派遣労働者を受け入れる現象が生じているという、ドイツ固有の事情が作用しているという指摘もみられる¹⁷⁾。

この法改正をめぐることは、さまざまな評価が出された。そこで、次節では、多数の、この改正は憲法違反であるとする指摘を中心にみてみることにしたい。

第2節 学説等による評価

クライン／ライストは、労働者派遣法11条5項1文によってあらたに規定されたストライキの際の派遣労働者の使用禁止について、当時、学説等において出された憲法上の疑念は、本質的には以下のような4つの議論であると整理している¹⁸⁾。

① この使用禁止は、基本法9条3項にもとづいて、労働争議手段の選択の自由も保障する、留保なく保障されている派遣先の団結の自由に直接介入する。

② この使用禁止は、労働争議法の対等性に、一面的に使用者側に負担となるように影響を与え、不対等にいたる。というのは、使用者側は、ロックアウト権の制限と、労働組合側に支援ストライキ・協約の社会計画をめぐるストライキならびにフラッシュモブが承認されていることによって、そうでなくてもすでに弱くなっているからである。使用者には、事業所の再編成と外部人材の使用によって、事業所を維持することが残るだけである。

③ この使用禁止によって、労働争議における国家の中立義務が侵害さ

16) BTDrucks. 18/9232, S.27f.

17) 山本 = 山本・前掲注 9) 40頁。

18) Klein/Leist, Leiharbeitnehmereinsatz im Arbeitskampf - § 11 V AÜV als angemessener Ausgleich ?, in: Buhl u.a., a.a.O. (注 7), S.176.

れる、というのは、立法者は労働争議に労働組合に一方的に有利に、当事者に介入するからである。

④ この使用禁止は、派遣労働者の「連帯の強制」ないしは「行為能力の剥奪」にいたり、このことによって、派遣労働者の基本法12条1項にもとづく職業の自由ならびに基本法9条3項にもとづく団結の自由を侵害する。

これらの違憲論に対して、労働者派遣法11条5項1文は合憲であるとする立場から、それぞれに対して、クライン／ライストは次のような反論を行っている¹⁹⁾。

①に対しては、この批判においては、基本法9条3項の保護領域への直接的な介入が具体的にどこにあるかが、詳細には明らかにされておらず、言及されている限りにおいては、連邦憲法裁判所によって承認されている争議手段の選択の自由の侵害が一括して非難されているだけである。もっとも、就労形態としての労働者派遣は、対応する法的な枠組みの準備によってはじめて可能になるので、立法者は派遣先の自然的自由を導入するのではなく、労働争議手段として派遣労働の制度を派遣先が利用することを禁止しただけである。したがって、労働者派遣法11条5項をめぐる議論の際には、現在ある権利への介入が問題となるのではなく、派遣先が労働争議手段として派遣労働の制度を利用することを立法者が基本法9条3項によって義務づけられるかどうかの問題となり、団結の自由の内容形成の問題であり、基本法9条3項の防御機能が問題ではない。立法者は——連邦憲法裁判所が他の関連で通常強調しているように——同様に基本法9条3項の保護を享受する、お互いに関連する協約当事者の基本権の地位に、調整する規律によって、その対立にもかかわらず、お互いに共存できるように適切な調整をもたらすことを義務づけられているので、労働者派遣法11条5項は、そのような立法者の内容形成を目的としている、とする。

19) Klein/Leist, a.a.O. (注18), S.176ff.

②に対しては、これまでの労働争議法の領域での法律規定に関する連邦憲法裁判所による判断基準を検討すると、憲法裁判所による審査の際には、重要な要素の把握と評価に関する政治的責任を担う立法者の評価から出発し、憲法違反の内容形成となるのは、ただ、a)選ばれた手がかりが、おおよその *ungefähr* 力のバランスを保障するために、はじめから明白に不適合な *ungeeignet* 場合、あるいは、b)立法者による決定的な事実の把握と評価が、明白に誤っていると証明される場合だけであるという限定された憲法裁判所の審査がなされるとする。

この基準を労働者派遣法11条5項にあてはめると、b)については、上述（本章第1節(2)）の事実の評価は、さまざまな報道や法学の文献でも確認され、異議を唱えられない。a)についても、この法律の目的が明白に誤っているとはいえないし、おおよその力のバランスを確立するために明白に不適合であるとはいえない。なお、このおおよその力のバランスは、連邦憲法裁判所によれば、両協約当事者間に近似の *annähernd* 交渉のバランスが存在していれば達成されているといえ、争議の対等という概念は、その核心においては、もっぱら交渉の対等の確立が問題であり、この確立のためには、労働者の構造的な劣位に照らして、まず、労働組合が争議手段の使用を必要とし、これに対して、使用者側には、対等の視点のもとでは、労働争議の手段の投入は、交渉のバランスが、労働組合による争議手段によって過度に労働組合に有利に移動する場合だけ必要となるので、使用者がストライキを防御できる状態にあることは、交渉の対等の確立には不要である。また、現実にも、労働争議中の職場に派遣労働者の短期の投入が可能なのは、いくつかの領域にすぎず、現実の力関係からすれば、労働者派遣法11条5項の使用禁止は、労働組合の交渉における優位には至らず、労働組合に負担となっている非対等性を調整するために、憲法上要請されていたものである、としている。

③に対しては、基本法9条3項から生じる、協約交渉および労働争議における国家の中立義務は、具体的な交渉に関連があり、国家は、たとえ

ば、労働協約当事者の一方を国家的手段で支持する(たとえば、労働争議の禁止)ことで、積極的に介入してはならないことを意味するので、労働争議法の内容形成は、国家の中立義務には反せず、むしろ、基本法9条3項は、国家による労働争議秩序を前提としている、とする。

④のうち、基本法12条に関する批判に対しては、特定の派遣先で働く権利が基本法12条から導かれうるのか疑問であるが、たとえ、この使用禁止が基本法12条1項の保護領域への介入とみなされるとしても、派遣労働者保護とおおよその交渉バランスの保障によって正当化される職業遂行規制が問題となる。また、基本法9条3項に関しては、派遣労働者の消極的団結の自由が問題とされていると考えられるが、派遣労働者は、「連帯」もストライキも強制されるわけではなく、行為能力が剥奪されるわけでもない。労働者派遣法によってはじめて可能になる、派遣労働という就労形態がただ制限されるだけである、と反論している。

学説等においては、基本的にはこのような対立がみられたが、この法律規定について、憲法訴訟が提起されたことで、連邦憲法裁判所は判断を示す機会をもった。そこで、連邦憲法裁判所はどのような判断を示したかを次章でみていきたい。

第2章 連邦憲法裁判所2020年6月19日決定をめぐって

第1節 連邦憲法裁判所2020年6月19日決定²⁰⁾

(1) 事案

すでに見たように、改正された労働者派遣法11条5項は、派遣労働者の労務提供拒否権(同法11条5項3文・4文)を超えて、派遣先企業が直接労働争議に関係している場合に、すでに当該労働争議に参加している労働者によって担当されている仕事を派遣労働者に委ねることを罰則付きで禁止

20) 1 BvR 842/17. NZA 2020, S.1186-1189.

することを含んでおり、したがって、スト破りとして派遣労働者を使用することが禁止される。

訴願人は、レクリエーション産業の使用者であり、連邦全域で映画館を経営している。訴願人は、2012年に、はじめて一般労働協約と報酬企業別協約を締結したが、2016年末に労働組合によって解約された。2017年に締結された報酬協約は、労働組合側から、期限どおり2019年2月28日に解約された。2012年と2017年の労働争議の間、訴願人は、ストライキがなされている事業所で派遣労働者を使用した。

訴願人は、この法改正に対し憲法訴願を提起し、これをさらに、連邦憲法裁判所法32条の定める、この規定に対する仮命令の発出を求める提起とむすびつけたが、この仮命令の発出は、連邦憲法裁判所第1法廷第3部会によって拒否された（2019年2月5日²¹⁾。

この憲法訴願において、訴願人は、基本法9条3項、12条1項、14条1項および19条4項の侵害を非難した。従業員のストライキ行為に派遣労働者の使用で対応することを禁止することは、争議手段の選択と9条3項、19条3項で保障されている団結としての活動の自由を、比例性をみたさず侵害すると主張した。

(2) 決定要旨

この憲法訴願の提起に対して、連邦憲法裁判所第1法廷第3部会は、2020年6月19日に、この憲法訴願は、連邦憲法裁判所法93a条2項a号の意味における原則的な憲法上の意義をもたないとして（Rn.10²²⁾、不受理の決定をした。さらに、この憲法訴願は、訴願人が基本法12条1項から導かれる派遣労働者の権利ではなく、自分の権利の侵害を主張する限りにおいて、許される（Rn.13）として、訴願人の基本法9条3項の団結の自由に関する主張に対して判断を示している。その決定内容の概略は以下のとおり。

21) NZA 2019, S.415-416.

22) 連邦憲法裁判所の本決定につけられている欄外番号を示す（以下同じ）。

① 基本法9条3項について

本決定は、まず、「訴願人がいわゆるアウトサイダー *Außenseiter* の使用者として、基本法9条3項の人的保護領域に含まれるかどうか、および、スト破りとしての派遣労働者の使用が、労働争議における手段として保護されるかどうかは、未決定なままでありうるが、保護領域に含まれるとしても、そのことから生じる要請に適合するであろう」(Rn.17)とし、その後、連邦憲法裁判所のこれまでの判決をあげながら、留保なく保障されているが制限は可能であること、対立する利益の担い手の間の関係を対象とする限り、法秩序による内容形成を必要とすること (Rn.18)、協約自治の内容形成の際には、立法者は、広範な行動の余地をもつこと、立法者は、公共の福祉の理由からであれ、破壊された対等性を再確立するためであれ、協約自治の枠組み条件を変更することを妨げられないこと (Rn.19)、そのとき、立法者のこの内容形成の余地は、その限界を基本法9条3項の客観的内容に見いだし、協約当事者の機能能力は、危険にさらされてはならず、このことは、協約当事者におおよその力の均衡—対等性—が存在する限りにおいて妥当すること (Rn.20)、基本法9条3項は、争議条件の最適化を要求するのではなく、国家にその限りでも中立性を義務づけること (Rn.21) などを出発点として確認し²³⁾、「このことから出発すると、攻撃されている規定は、基本法9条3項にもとづく団結の自由を侵害しない」(Rn.22)とした。

23) これらは、雇用促進法116条に関する連邦憲法裁判所の判決 (BVerfGE 92, 365 (393ff)) で展開され、最近では協約統一法に関する判決 (BVerfGE 146,71) で確認されたものであるとされる。Klein, Neue Akzente in der Verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Streikrecht, NJW 2020, S.3069. 前者の判決については、拙稿「労働争議中の失業給付と基本法——ドイツ雇用促進法116条の合憲性——」大阪教育大学紀要第Ⅱ部門45巻2号(1997年)27頁以下、後者の判決については、たとえば、名古屋功『ドイツ労働法の変容』(日本評論社、2018年)314頁以下、菅沼博子「協約単一法判決」自治研究96巻12号(2020年)146頁以下参照。

② 本規定の性格，判断枠組み，目的の正当性

「労働者派遣法11条5項1文および2文の規定は，団結の自由を内容形成する。労働争議における派遣労働者の使用は，派遣労働者の使用の禁止と同様に，協約当事者の力関係に不可避の影響を有する。その禁止によって，使用者側は，ストライキの結果をくい止めることが困難になる。この禁止がなければ，ストライキは貫徹能力を失う，というのは，ストライキの結果は，外部人材の使用によってほとんど効果なくくい止められうるからである（Rn.23）。……

ここで問題となっている稼得労働の内容形成は，立法者の判断の余地によってカバーされている。立法者は，総じて期待可能であるとも思われる，はじめから不適合 ungeeignet ではない手段によって，正当な目的を追求した（Rn.25）。……

立法者は，労働者派遣法11条5項1文および2文によって，派遣労働者の地位を強め，かつ，派遣労働の濫用を妨げることを意図した（Rn.26）。」

③ 適合性

「このことで，攻撃されている規定は，特に，派遣労働者の地位を改善するのに役立つ，かくして，派遣労働者の職業の自由（基本法12条1項）の保護に役立つ。そのために，この規定は，憲法上の意味において適合的 geeignet でもある。この憲法訴願が，派遣労働者の使用の禁止がそもそも，その保護に役立つことができるかどうかという疑いを提起する限りにおいて，これは説得力がない。労働法の強行規定は，まず，その中で，多くの点で従属している労働者がその基本権を適切な条件のもとで実現することができるような枠組みをつくりだす。労働法の強行規定は，個別の労働契約が，社会的に適切な労働関係を根拠づけるために，幾重にも不十分であることから，正当化される（Rn.26）。

しかも，この規定は，労働争議への濫用的な影響を妨げるというもう1つの目的の達成のために，適合的である。派遣労働者の使用は，相当な力

の移動に至る。その使用の禁止によって、使用者には少なくとも、労働争議の結果をほとんど効果なくくい止めることが困難となる (Rn.27)。」

④ 必要性

「攻撃されている規定は、憲法上の意味において、この目的を達成するために、必要 erforderlich でもある。このことは、特に、継続している、労働者派遣法11条5項3文にもとづく自ら労務の提供を拒否する派遣労働者の権利を考慮すれば、認められる。まず、直接作用する禁止は、その行使を第三者の意思に依存する権利よりも広範な効果を展開する。さらに、派遣労働者によるこの労務提供拒否権は、ほとんど行使されないことが引き出され、そのきっかけもほとんどないことが認識される。むしろ、派遣労働者は、そのとき、報酬の損失だけではなく、困難な雇用上の地位から安定した雇用上の地位に移る機会も危険にさらすのである (Rn.28)。」

⑤ 狭義の比例性

「攻撃されている規定は、狭義の意味において比例的である、というのは、この規定は、訴願人にとっても総じて期待可能に思えるからである。このことは、この規定に伴う負担の重大性を考慮して、その限りで要請されるすべての利益を衡量したことを示す (Rn.29)。

この攻撃されている規定に伴う団結の自由の侵害は重大である。使用者は、ストライキに対抗するために、派遣労働者を使用するという判断において制限される。もっとも、攻撃されている規定は、事業所において派遣労働者の使用を禁じるものではない。この規定は、スト破りとして派遣労働者の直接的あるいは間接的使用だけを禁じる。同様にまた、ストライキを受けている事業所には、訴願人の見解に反して、派遣労働者の使用なしでも、ストライキに対抗する可能性がさらに残っている。」たとえば、ロックアウトという労働争議手段であり、「使用者側は、いずれにしても、いつも、ストライキに『耐え抜く』可能性をもったままである (Rn.30)。」

「もっとも、立法者によって、攻撃されている規定で追求された目的は、とても重要なので、それは原則として、重大な基本権制限も正当化するのに適切な *geeignet* であろう。このことはまず、派遣労働者にも社会的に適切な労働関係を保障するという目的に妥当する (Rn.31)。

労働者派遣は、ますます労働争議において使用されており、これは労働組合に不利な相当な力の移動に至っているので、労働争議においては基本権として保障された協約自治の機能能力を保護するという、その他の立法者の目的も、重要である。このことで、この規定は、団結の自由にとって基本的な協約当事者の対等を目的とする、つまり、『関連する利益、特に労働争議当事者の利益の間の適切な調整』を目的としている。……立法者は、労働協約制度の内容形成を通じてはじめて協約当事者の必要な対等性を確立する。その際、配慮されなければならないことは、特に労働組合は労働争議における均衡のとれた力関係に頼らざるをえないことである。労働組合は、他の契約当事者に変わることができるのではなく、自らの地位を目の高さで交渉することができるために、労働争議手段の使用によって使用者側に十分な圧力を発生させることができなければならない。使用者側は、このことに同様の程度頼らざるを得ないわけではない。使用者側は、生産手段、投資、立地についての処理権をもち、それゆえ通常は、相当な潜在的圧力をもっている (Rn.32)。」

⑥ 中立義務について

「このことで、攻撃されている規定は、国家の中立義務も侵害するものではない、というのは、壊れた対等性を再確立するために、協約法における枠組み条件を変更することも立法者にはまさに禁じられていないからである。いずれにせよ、協約自治の機能能力あるいは関与者の原則的な対等性が、審査されている規定によって期待不可能なように侵害されているということの十分な根拠はない (Rn.33)。」

第2節 評 価

この決定を、第1章第2節でみたライン／リストの整理にそってみると、①については、団結の自由への介入ではなく、内容形成であるとし、②については、使用者に不平等をもたらすものではなく、対等性の確立のためであるとし、③については、本規定は、壊れた対等性を再確立するために、協約法における枠組み条件を変更することも立法者にはまさに禁じられていないので、国家の中立義務も侵害するものではないとし、④この憲法訴願は、訴願人が基本法12条1項から導かれる派遣労働者の権利ではなく、自分の権利の侵害を主張する限りにおいて許される、として派遣労働者の基本権侵害については、言及していない、ということになる。

この連邦憲法裁判所決定についても、評価がわかれており、以下では多くの論者から問題点として指摘されていることを、①本規定の性格とそれから導かれる判断枠組み、②比例原則にもとづく判断にわけて、みていくこととしたい。

① 本規定の性格とそれから導かれる判断枠組み

まず、本決定は、「スト破りとしての派遣労働者の使用が、労働争議における手段として保護されるかどうかは、未決定なままでありうる。」(Rn.17)としたが、この労働争議の自由の保護領域に関する答えは、以降の憲法裁判所による審査における重要さの程度を判定するポイントであるから、これを未決定のままにしたことは重大な怠慢である、また、労働争議の自由の保護領域の具体化のための出発点は、協約自治への機能的な関連であり、この関連は、労働争議の自由が私的自治を意味すべきことを条件とするので、派遣労働者にスト破りとして依拠することは、労働争議の自由の保護領域に入ると指摘し、さらに、この使用禁止の位置づけは、介入かあるいは内容形成かが問題となる²⁴⁾が、この使用禁止は労働争議の自由への介入であるから、本決定は、たしかに、団結の自由の内容形成であ

ることから出発しているものの、基本権の介入の正当化に関して認められている、古典的な三段階の比例性審査をしているので、賛同できるとする見解が出されている²⁵⁾。

この見解について、どのように考えるべきであろうか。本決定は、スト破りとしての派遣労働者の使用が労働争議の自由の保護領域に含まれるかについて、たしかに態度表明はしていないものの、保護領域に含まれるとしてもそのことから生じる要請には適合するであろうと述べてはいる(Rn.17)が、介入ではなく内容形成と位置づけたことから、論争のある事柄につき、以下の判断には必要がないものと判断したものと思われる²⁶⁾。本決定が内容形成であるとしたのは、労働争議中の派遣労働者の使用は、使用禁止と同様に労働協約当事者の力関係に不可避の影響を与えると判断したからであることが指摘されている²⁷⁾。

ただ、これまでは、介入については比例原則にもとづく審査を行うが、内容形成は比例原則による正当化の強制に服しないとされてきたので²⁸⁾、

24) この介入からの防御と内容形成との関係は、一般的な基本権ドクマティークの最も難しい問題の1つを投げかけるものであるとされ (Poscher, a.a.O. (注3), S.237), 後述のとおり、介入と内容形成では正当化のための判断枠組みが異なるということが前提にあるといえる。

25) Krois, (Nichts) Neues zum Arbeitskämpfrecht aus Karlsruhe, NZA 2020, S.1231. さらに、クロイスは、個人の契約の自由・協約自治と異なり、労働争議の自由は、団結の自由の部分領域として、規範化が必要な自由ではなく、その行使には、広範に、直接の法形成が必ずしも必要というわけではない、ということも理由としてあげている (同上1232頁)。

26) Blume, Erneute Stärkung der Arbeitnehmerseite im Streik verfassungsmäßig, BB 2020, S.2548 は、本決定が、派遣労働者をストライキ代替労働として就労させることが基本法9条3項の保護領域に含まれるとしても、本規定は、基本法9条3項の比例的な内容形成であるから憲法適合的であるとして未決定としうることを指摘する。

27) Klein, a.a.O. (注23), S.3069f.

28) 小山・前掲注4) 303頁参照。ブムケとレンツの判断枠組みに関する議論については、篠原・前掲注4) 167頁以下参照。比例原則は、原則として、国家による介入の正当化のために使われ、連邦憲法裁判所はいつも、この基準で基本権の保護領域の法律による内容形成を審査しているとし、これは基本権の保護領域のレベルと正当化のレベルを混同しているという批判があることを指摘するものとして、Blume, a.a.O. (注26), S.2552 Fn.7.

このことを前提にすると、本決定が比例原則を用いたことをどのように説明するかが問題となる。たしかに、連邦憲法裁判所の協約統一法判決(BVerfGE 146, 71)は、比例原則を用いたが、そこでは協約統一法が内容形成と介入の両方の性格をもつものと位置づけられているという評価が見られる²⁹⁾ことからすると、本決定が内容形成という位置づけだけで比例原則を使ったものとなれば、これまでの連邦憲法裁判所の立場に照らしても説明が問われることになる。

本決定は、この憲法訴訟には原則的な憲法上の意味がないとして不受理としたものであるが、それは基本法9条3項を手がかりにした労働争議の判断基準は、連邦憲法裁判所第1法廷の複数の指導的判決で展開してきており、その出発点は、協約目的のための労働争議の手段であり、中心的な基準は、比例原則である(Rn.11)と述べているので、労働争議に関する憲法問題の判断基準は、比例原則であるとして、ここで用いたとも考えられるが、内容形成と介入の区別は、基本権内在的目的か外在的目的かで区別し、判例もこの区別に明示的にはつなげていないとしても、この区別で処理し、内容形成の基準は、比例原則であるとする最近の見解³⁰⁾が一つの答えを示すものと思われる。さらに、この見解では、内容形成の場合には、立法者の評価の余地は、介入の場合より大きいことも指摘されている³¹⁾。この見解からすれば、本決定では、内容形成と介入の区別の基準は示されていないものの、本決定が本規定を基本権内在的目的によるものとして内容形成と位置づけ、比例原則を使ったものとして説明できることになろう。

29) Vgl., Hromadka, Eingriff in die Koalitionsfreiheit oder Ausgestaltung der Betätigungsfreiheit?, NZA 2018, S.961.

30) Kingreen/Poscher, aa.O. (注2), Rn.459ff. なお、プムケも基本権の内容形成の合憲性も比例原則による審査が可能であるとすることについては、篠原・前掲注4)168頁以下参照。

31) Kingreen/Poscher, aa.O. (注2), Rn.464.

② 比例原則にもとづく判断

次に、比例原則を基準として使って判断することを前提とした場合、その具体的判断については、以下のような批判が出されている。

まず、本規定の目的については、本決定では、政府の説明を引用し、派遣労働者の地位の改善と労働争議への濫用的な影響を妨げることとしている（Rn.26）。この目的の正当性に対する疑問ではないが、これに関する判示は、明らかに短すぎる³²⁾とする批判、また、スト破りの使用自体は基本権として保護され権利濫用的ではないのにもかかわらず、権利濫用的であるという立法者の判断をそのまま受け入れていることが問題であるという批判がある³³⁾。さらに、本決定は、派遣労働者の使用禁止がなければ、労働組合のストライキは貫徹能力を失うとしているが、これは、改正案の理由づけ、あるいはこの禁止の支持者によっても一度も言われたことのない評価であり、労働者派遣が許されてから50年たつが、使用禁止はされたことはなかったし、それでもドイツにおいては労働争議は効果的になされてきており、現実にはスト破りは、企業の従業員からリクルートされ、派遣労働者ではなかった、また、「労働組合に不利な相当な力の移動に至っている」（Rn.32）というのも経験的にたしかではない、という指摘がなされている³⁴⁾。

適合性については、まず、「この規定は、派遣労働者の保護としてではなく、基幹労働者の保護として役立つ。この規定の目的全体は、労働争議において派遣労働者に依拠してはいけないということであり、これと派遣労働者の保護とは関係がない。……この規定は、派遣労働者に仕事をすることを禁止するのであり、その限りでは、ストライキへの参加を法律で強制するものとして作用し、その意思なしにあるいはその意思に反して連帯義務として作用する。派遣労働者が憲法訴願を提起すれば、このストライ

32) Krois, a.a.O. (注25), S.1231.

33) Ebenda.

34) Giesen/Kersten, Die Beschlüsse des BVerfG zum Leiharbeitsverbot und zur Eigentumsnutzung im Arbeitskampf, ZFA 2021, S.131.

キの強制は、職業の遂行の自由と消極的団結権を侵害するものとして位置づけられるであろう」、という批判がある³⁵⁾。また、ストライキ代替労働としての使用禁止は、派遣労働者を、ストライキの呼びかけに従ってもよい(しかし、従う必要のない)基幹労働者に比べて悪い立場におくことになること、労働争議への濫用的な影響を妨げる目的との関係では、基本法9条3項については、自由権として、構造的な対等性の障害の防止に役立つ場合のみ正当化される労働組合の交渉の地位の強化が問題であるのに、そのような事例ではなく、私的自治の保障ではなく、他律的な社会政策を追求しているものであることが指摘される³⁶⁾。

狭義の意味での比例性については、本決定が、憲法上、「労働争議において特に労働組合が均衡のとれた力関係に頼らざるを得ない」(Rn.32)とするが、使用者側は、労働協約交渉において、同様に均衡のとれた力関係に頼らざるをえないのではないか、「使用者側は、生産手段、投資、立地についての処理権をもち」(Rn.32)というのは、「抽象的なレベルでは正しいが、連邦憲法裁判所は、資本と労働との間の紛争において、生産手段についての処理権は、たしかに、使用者の個々の労働者に対する構造的優位を意味するが、労働組合に対する構造的優位を必然的に意味するものではないことを過少評価しており、この違いから、労働世界の具体的な紛争は、抽象的には評価するのではなく、憲法上具体的に解決されることが必要である。その限りでは、憲法上保障された協約自治の枠内で、労働争議をする場合には、労働者も使用者も、構造的に均衡のとれた力関係に頼らざるをえない。換言すれば、団結の自由の保障は、国家と裁判所によって、協約自治と労働争議をみて、労働者と使用者の抽象的な優遇や不利益扱いを知らないのである」、という批判がある³⁷⁾。

35) Giesen/Kersten, aa.O. (注34), S.129.

36) Krois, aa.O. (注25), S.1231. なお、必要性については、クロイスは、この使用禁止は、単なる労務提供拒否権では、派遣労働者の判断の自由を保護し、労働組合側の交渉の地位を強化するには、同様には適格的ではないので、必要であるとする (ebenda)。

37) Giesen/Kersten, aa.O. (注34), S.128.

また、使用者側の交渉の地位への介入の重大性を過少評価しており、このことは特に、使用者側の選択肢として、ロックアウトに言及することで明らかになる、というのは、ロックアウトは作業休止を防ぐのではなく、拡大するからであること、また、労働者派遣法11条5項1文は、異なった労務提供の代替可能性を標準化し、このことによって労働争議の市場に関連した交渉機能を持続的に損なう、つまり、労働者の労働が習熟の必要なもので、容易に代替可能でなければ、使用者が派遣労働者を使用して容易には代替できないのであるから、労働争議の効果は高まるが、一律の禁止によって、職務によっては、労働争議の効果を阻害する結果となり、これは労働争議の交渉機能の重大な損害となる、さらに、このことから、代替可能性に応じた必要な区別がなされていない点も批判される³⁸⁾。

さらに、前提となることとして、裁判官は、使用者側と労働者側の力関係がどのようなものかを法的にも事實的にも正確には確認していないという指摘もある³⁹⁾。

これらの批判・指摘をどう考えるべきだろうか。たしかに、本決定における、目的の正当性に関する説明は必ずしも長いとは言えないといえよう。本決定は、比例原則にもとづく審査においても、労働争議における派遣労働者の使用が労働組合の負担になるように相当な力のバランスを移動させるという、立法者の評価を明らかに前提としているが、これは、労働協約当事者の力のバランスに関する複雑な問題の評価は、公共の福祉を確保する政治的責任を有する立法者に委ねたものであるという評価がある⁴⁰⁾。あるいは、内容形成と位置づけたことから、比例原則が立法者の評価の余地を尊重するように行使されたものとして性格づけることができる

38) Krois, a.a.O. (注25), S.1232.

39) Giesen/Kersten, a.a.O. (注34), S.128. その他、派遣労働者が派遣先で労務提供拒否権を使って、ストライキに同調できなくなることで団結の自由が行使できなくなる、派遣労働者の職業の自由や平等原則の侵害にあたるという批判も出されている（Giesen/Kersten, a.a.O. (注34), S.131）。

40) Klein, a.a.O. (注23), S.3071.

のではなからうか。目的や事実についても政府の説明をそのまま前提としていることは、そのことのあらわれとも考えられる。

また、狭義の比例性の審査では、使用者の受ける制限が検討されているが、本決定の評価をめぐる対立は、対等性の理解が異なっていることによるものように思われる。従来は使用は禁止されていなかったで、それを禁止すると使用者にとってはストライキへの対応が以前よりできなくなることは明らかであるが、それは本決定によれば、対等性を確立するためのものであるのに対し、批判者はそのことによって対等性がくずれると主張しているのである。しかし、仕事の内容によるのであろうが、従属性が高い派遣労働者をストライキ代替労働として使用することは使用者にとって容易と考えられ、その結果、労働組合側は労働争議の効果がなくなるのであって、また、派遣労働者以外の外部の労働者を使用することは禁じられていないのであるから、ストライキにおける対等性という問題を設定するとしても使用者のストライキへの対応ができなくなり対等性がくずれるとまでは言えないのではなからうか。

なお、派遣労働者の保護をめぐる批判については、本決定とは保護の内容理解に相違がみられると思われるが、本決定では派遣労働者の基本権保護について十分に言及されているわけではないので、別途検討の余地はあると思われる。

おわりに

以上、ドイツの労働者派遣法が2017年に改正され、ストライキの対象となっている事業所においては、その使用者は、ストライキに参加している労働者の仕事を、派遣労働者に割り当てることが禁止されたことと基本法9条3項が保障する団結の自由等との関係をみてきた。

この労働者派遣法の改正は、いくつかの部門において、ストライキの際に、派遣労働者が、ストライキ参加労働者の仕事を割り当てられる、いわ

ばスト破りとして使用されることが増えてきたことから、それを刑罰をもって禁止するものである。この改正以前も、派遣先がストライキの際には、派遣労働者には労務提供拒否権が保障されていたが、派遣労働者は派遣先からのスト破りとしての労働を引き受ける圧力にさらされ、この労務提供拒否権があまり行使されない実態があったので、派遣労働者の地位の改善と労働争議への濫用的な影響を避けるという目的から、法改正がなされたものである。

この法改正については、派遣先の使用者の基本法9条3項の侵害である、使用者に不利な方向で労働争議の対等性を侵害する、労働争議に対する国家の中立性が侵害される、派遣労働者の団結の自由・職業選択の自由を侵害する、として違憲説が多く出され、映画館を経営する使用者から憲法訴願が提起された。それを、連邦憲法裁判所第1法廷第3部会は、原則的な憲法上の意義をもたないとして、受理しない決定を行った。その際、この改正規定は、団結の自由を制限するものではなく、内容形成するものであると位置づけた上で、比例原則にもとづいて審査し、違憲の主張を退けたものである。これまでは比例原則は、基本権の介入の合憲性を審査する際に用いられるものと一般に考えられてきたことからすれば、労働争議に関する場合のみと解する余地もあるが、内容形成についても比例原則を用いて判断することは注目されるべきことである。比例原則を用いた判断にあたっては、目的の正当性・手段の適合性・必要性・狭義の比例性というように、介入の審査の際と同じ枠組みで審査されたが、内容形成については立法者には広範な判断の余地があるとするところからか、立法者の事実認識をそのまま認め、必ずしも詳細な検討を加えたとはいえない面がある。この決定には、主として、団結の自由への介入であるとする立場からの批判が出されているが、その立場からすれば、比例原則を使うこと自体は当然のこととなる。

本稿は、基本法9条3項の団結の自由は、規範化の必要な基本権として、法律による内容形成が必要であるが、この内容形成を、基本権に内在

する目的のための規律であるにとらえ、その憲法適合性は、比例原則で審査するという見解⁴¹⁾が注目に値するものと考え、また、この労働者派遣法の改正は、団結の自由を実現するためのものであるから内容形成にあたるという立場にたつものであり、使用者の争議手段の選択の自由を限定するものではあるが、争議行為の対等性の確保のためのものであると考えられるので、連邦憲法裁判所の本決定は、支持できると考える。

ただ、内容形成と介入との区別をはじめ、内容形成をめぐる議論は続いており、それらを踏まえた上でさらに検討する必要があると思われる。その際、比例原則を使うにしても介入の場合と同じなのか、さらに、規制緩和と位置づけられる立法についても同じように考えられるのかなども含め、これまでと今後の連邦憲法裁判所の判例の展開も詳細にみて検討する必要があるが、これらはいずれも今後の課題とさせていただきたい。

* 本稿は、JSPS 科研費 JP19K01307 の助成を受けた研究成果の一部である。

41) Kingreen/Poscher, a.a.O. (注2), Rn.173ff., 354ff.