

個人自営業者の契約条件をめぐる 国家的規制の可能性と限界

——近時の欧州司法裁判所判決を1つの契機として——

Möglichkeit und Grenze der staatlichen Regelung zu Vertragsbedingungen
Solo-Selbständiger: Am Beispiel eines jüngsten Urteils des EuGH

後 藤 究*

I. はじめに

1. 本稿の問題意識

a) 個人自営業者の契約条件規制をめぐる近時の議論動向

雇用契約ないし労働契約以外の役務提供契約に基づいて就労する、いわゆる「個人自営業者¹⁾」の契約条件規制をめぐる議論が熱を帯びている。我が国の近時の議論を垣間見るだけでも、例えば、「『曖昧な雇用関係』の実態と課題に関する調査研究²⁾」であるとか、「雇用類似の働き方に関する

* 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

- 1) 以下、本稿では、従業員を雇用するなどして他人の労働力を利用するのではなく、契約の相手方に対して、雇用契約ないし労働契約以外の役務提供契約に基づいて自ら役務・仕事を提供する者を総称して「個人自営業者」という用語を用いることとする。本稿では、この「個人自営業者」との対比で「労働者」という用語を用いることがあるが、この用語については、雇用契約ないし労働契約を締結し、いわゆる人的（使用）従属性が認められる労務提供者を指している。
- 2) 連合総研編（主査：浜村彰）『働き方の多様化と法的保護のあり方～個人請負就業者とクラウドワーカーの就業実態から～：「曖昧な雇用関係」の実態と

る検討会³⁾], 「人材と競争政策に関する検討会⁴⁾」あるいは「フリーランスとして安心して働ける環境を整備するためのガイドライン⁵⁾」といったように、至るところでかかるテーマが論じられている。また、諸外国の動向を見ても⁶⁾、かかるテーマに対する高い関心を窺い知ることができる。ドイツを一例に挙げれば、2010年のドイツ法曹会議(Deutscher Juristentag)労働法・社会法部会の中で、*Waltermann*教授が「標準的労働関係との訣別か?」とのテーマの下で個人自営業者の問題についても言及し⁷⁾、最近でも多くの論者が集中的にこの問題に取り組んでいる⁸⁾。

課題に関する調査研究報告書』(2017年)。

- 3) 厚生労働省委託研究(座長:鎌田耕一)『「雇用類似の働き方に関する検討会」報告書』(2018年)。
- 4) 公正取引委員会競争政策研究センター『人材と競争政策に関する検討会報告書』(2018年)。
- 5) 内閣官房=公正取引委員会=中小企業庁=厚生労働省『フリーランスとして安心して働ける環境を整備するためのガイドライン』(2021年)。
- 6) 諸外国の議論状況については、連合総研編(主査:毛塚勝利)『非正規労働者問題の今後の課題を探る:非正規労働者の現状と労働組合の対応に関する国際比較調査報告書』(2017年)、労働政策研究・研修機構『雇用類似の働き方に関する諸外国の労働政策の動向—独・仏・英・米調査から—』(2021年)や浜村彰=石田眞=毛塚勝利編『クラウドワークの進展と社会法の近未来』(労働開発研究会, 2021年)所収の各論稿を参照されたい。
- 7) *Waltermann*, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Bd. I Gutachten, 2010 Beck. ドイツ法曹会議における*Waltermann*教授の鑑定意見書については、和田肇「標準的労働関係との訣別か」荒木尚志=岩村正彦=山川隆一編『労働法学の展望:菅野和夫先生古稀記念論集』(有斐閣, 2013年)1頁以下、小西啓文「標準的労働関係からの転向と社会保障法制の将来」法律論叢86巻4・5号(山本孝夫教授古稀記念論文集)(2014年)65頁以下、ライムント・ヴァルターマン(緒方桂子訳)「標準的労働関係との訣別?」労働法律旬報1817号(2014年)6頁以下を参照されたい。
- 8) 例えば、2016年のドイツ法曹会議労働法・社会法部会のテーマは「労働世界のデジタル化」であり、その鑑定意見を作成した*Krause*教授は、デジタル化によって生まれる新たな個人自営業者(すなわち、いわゆる「クラウドワーカー」)の保護のあり方についても検討を加えている(*Krause*, in: Verhandlungen

フォーカスを我が国の議論状況に戻すと、上述した近時の議論は、そのアプローチの方法や程度の濃淡に違いはあるものの、個人自営業者の契約条件を契約自由の原則に全て委ねるべきではなく、何らかの国家的な規制が必要になるという視点を共有している。その中でも、とりわけ、「契約終了」に関する規制や「報酬」に関する規制の必要性が強く認識されていることを一つの特徴として指摘できよう。

b) 本稿での課題設定

ところで、これらの個人自営業者の契約条件規制をめぐる政策論議はいったい何を目的としているのであろうか。自明のことかもしれないが、極論すれば、次の2点をその目的として指摘することができるのではなからうか。

すなわち、第一に、かかる政策論議は対等な立場で取引を行うことができない「弱者」たる個人自営業者の保護を目指しているものといえるだろう。例えば、契約の解除に対する制限や最低報酬ないし適正報酬に関する規制を設けることを志向する政策提言には、かかる施策によって、取引上のリスク・コストが弱者たる個人自営業者に不当に転嫁されることを防ごうとする意図が含まれているものといえるだろう。

他方で、第二に、かかる政策論議は常に個人自営業者それ自体の保護を目指したものというわけではなく、そこには、市場における公正な競争を維持・増進するという目的も含意されているのかもしれない。例えば、個人自営業者が市場での生存や利潤確保のために、より低価格の役務・仕事

des 71. Deutschen Juristentages, Bd. I Gutachten, Beck 2016)。Krause 教授のこの鑑定意見書については、山本陽大『“労働4.0”とドイツ労働法—Krause 鑑定意見を中心に—』JILPT Discussion Paper (2019年)を参照されたい。また、2018年には、連邦労働社会省 (BMAS) の委託研究の一環として、Bayreuther 教授が『(個人) 自営業者、クラウドワーカー及びその他のプラットフォーム就労者の適切な社会的保護の確保と公正な報酬の保障 (Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten)』と題する研究報告書を公表している。

を武器に複数の事業者が競い合う市場に参入したとする。一見して、当該役務・仕事を需要する者にしてみれば、このようにして低価格で役務・仕事を購入できることは自らの利益に資する望ましいことのようにも思われる。しかし、個人自営業者が品質を犠牲として(つまり、低品質・粗悪な役務・仕事をもとに)、低価格だけを売りに市場に参入する場合、それは却って需要者に害悪をもたらすことになる。個人自営業者の契約条件の最低基準を設けることは、こうした有害なダンピング競争や低品質な市場参加者の排除・抑制にも資するといえるのではないだろうか。

「弱者たる個人自営業者の保護」あるいは「低パフォーマンス・低品質の個人自営業者が市場にもたらす弊害の排除」という近時の政策論議に含意されうるこれらの目的自体はいずれも正当に見える。もっとも、ここで敢えて揚げ足を取るようなことを指摘するならば、あらゆる立法は上位規範としての憲法に拘束されることになる。個人自営業者の契約条件規制も同じで、それはそもそも憲法的な基礎づけを要するはずである。つまり、先述した「弱者たる個人自営業者の保護」あるいは「低パフォーマンス・低品質の個人自営業者が市場にもたらす弊害の排除」という目的はいかなる憲法規定によって根拠づけられうるのであろうか。かかる根拠が第一に問われるべきであろう。また、何らかの憲法規定によって立法措置の必要性が根拠づけられるとしても、その立法措置を講ずることによって、人権の制約・侵害が生ずる場合にはその制約・侵害を憲法的に正当化する作業も求められるはずである。個人自営業者の契約条件規制についても、それが個人自営業者自身あるいはその取引相手の取引の自由や職業(ないし営業)の自由を制約することが予想されよう。

大袈裟な言い方かもしれないが、ここで問題としている個人自営業者の契約条件規制を含むあらゆる立法は、このようにして憲法規範への適合性を常に問われうる状況に置かれているはずである。そうであるにもかかわらず、近時の政策論議においては、かかる緊張感を踏まえた憲法論的な基礎づけの視点が希薄であるかのような印象を受ける。果たして、近時の政策論議が見据えている個人自営業者の契約条件規制は憲法に適合するもの

なのであろうか。本稿は、かかる課題を検討するための序論的考察を行おうとするものである⁹⁾。

2. 課題へのアプローチの方法

もっとも、労働立法に対する違憲審査が行われることが皆無な我が国において、「個人自営業者の契約条件規制は違憲立法審査と常に隣り合わせである」といったところで、それは多くの論者にしてみればリアリティーに欠ける指摘に聞こえるのかもしれない。しかし、諸外国の動向に目を向けてみたとき、かかる指摘が的外れなものであるとは必ずしも言い切れないのではなからうか。とりわけ——その詳細については後述するが、ドイツ法の下でも個人自営業者の契約条件規制（特に、最低報酬規制）をめぐる議論が積極的に展開されているところ、近時の欧州司法裁判所判決を契機として、かかる規制のEU法適合性（基本的自由（特にサービス提供の自由や開業の自由）を保障したEU運営条約の規定、あるいはそれらの第一次法の下で制定された第二次法であるサービス指令への適合性）を憂慮する見解が少なからず登場しているように思われる。

9) 個人自営業者の契約条件規制について憲法論を踏まえた検討を加えるという課題を設定するにあたり、労働政策における憲法論・基本権論の重要性を説く先行研究から着想を得ることができた。特に、以下の研究が筆者にとっては非常に示唆的であったことを付言しておきたい。和田肇『人権保障と労働法』（日本評論社、2008年）207頁以下、唐津博「労働法パラダイム論の現状と労働法規制の多元性」労働法律旬報1709号（2009年）6頁以下、同「労働契約試論—『労働契約』の法モデルと労働契約法」労働法律旬報1798号（2013年）27頁以下、同「日本における労働法の規制緩和と政策」労働法律旬報1865号（2016年）7頁以下、深谷信夫「自由な企業活動と日本国憲法の原理」労働法律旬報1807=08号（2014年）37頁以下、毛塚勝利「ポスト戦後労働法学の表象と象形（中央大学最終講義録）」白門67巻4号（2015年）20頁以下（特に、37頁）、同「労働法における基本権の深化と進化を」労働法律旬報1865号（2016年）4-5頁、2016年10月の日本労働法学会第132回大会大シンポジウム（テーマ：「労働法における立法政策と人権・基本権論」）における浜村彰、有田謙司、川田知子、細川良、沼田雅之による報告などである。

そこで、本稿ではまず、ドイツ法・EU法の議論動向を確認することを通じて、個人自営業者の契約条件を法律で強制的に規制しようとする際には、その規制と上位規範との間に緊張関係が生じる可能性が存することを指摘してみたい。そのうえで——別稿の中での作業となるが、かかる外国法の議論動向を一つの足がかりとして、日本法においても法律による個人自営業者の契約条件規制と憲法規範との関係性を試論してみようと考えている。

もっとも、結論先取的なことをいえば、外国法を鵜呑みにして日本法についても同じように考えるべきである、といったような主張をここで展開するつもりは一切ない。本稿において外国法の議論動向に触れるのは、個人自営業者の契約条件規制と上位規範との間に生じる緊張関係を読者と共有するのに好適と考えたからに過ぎない。日本法の下でそうした緊張関係を仮定し、またその解決方法を検討する際には、日本国憲法の規定する人権規定の意義を踏まえた検討が不可欠であろうし、筆者自身、そうした検討を加えてみたいと考えていることをはじめに付言しておきたい。

II. ドイツにおける議論状況：個人自営業者のための報酬規制を例に

1. 個人自営業者の報酬規制をめぐる政策論の現在

前述の通り、近時の諸外国（とりわけドイツ）においても、個人自営業者の契約条件規制のあり方については盛んに議論が展開されている。その中でも、個人自営業者をめぐる中心的な問題の一つとして指摘されてきたのは、大部分の個人自営業者の収入が低額であり、また安定していないことであった。

例えば、2010年のドイツ法曹会議労働法・社会法部会における *Waltermann* 教授の報告では、次のような問題意識の下で個人自営業者に対する社会保障法上の保護のあり方をめぐる検討が行われている。曰く、「多様な形態を含む自営業の中でも、『小規模な自営業 (Kleine Selbständigkeit)』はその収益に鑑みると、法定の被用者保険がカバーする生活リス

クから自ら身を守るために継続的に生計を維持すること（特に、自立的な老齢期の保障）がまったくできないか、あるいは、ほとんどできないものである。そして、起業を促進しようとする労働市場政策のシステムも手伝って、こうした小規模な自営業者の中でも、いわゆる『個人自営業（Solo-Selbständigkeit）』はますます重要な位置づけを占めてきている」と¹⁰⁾。

その後の2016年のドイツ法曹会議労働法・社会法部会における *Krause* 教授の鑑定意見書の中でも、インターネットプラットフォームを介して就労するクラウドワーカーの一部については、極めて低い報酬しか得られないことが問題視されている¹¹⁾。

こうした問題提起を受け、近時、個人自営業者のための報酬規制を政策論として積極的に提言しようとする動きがみられる。その一つとして、労働組合系シンクタンクであるフーゴ・ジンツハイマー研究所（Hugo Sinzheimer Institut）が2018年に公表した「労働者を雇用しない自営業者（個人自営業者）のための最低報酬条件に関する法律草案（Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgeltbedingungen für Selbstständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbstständige)」（HSI-Working Paper Nr. 12, 2018）（以下、「草案」と表記）がある。加えて、同じく2018年に連邦労働社会省（BMAS）の委託研究の一環として、*Bayreuther* 教授が作成した研究報告書『（個人）自営業者、クラウドワーカー及びその他のプラットフォーム就労者の適切な社会的保護の確保と公正な報酬の保障（Sicherung einer fairen Vergütung und eines angemessenen sozialen Schutzes von (Solo-) Selbständigen, Crowdworkern und anderen Plattformbeschäftigten）』（BMAS Forschungsbericht 508, 2018）（以下、「報告書」と表記）の中でも個人自営業者のための報酬規制に関する政策論上の具体的な課題・論点が検討されている。

10) *Waltermann*, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Bd. I Gutachten, 2010 Beck, B12 f. また、小西・前掲注7）80-81頁やヴァルターマン（緒方桂子訳）・前掲注7）10頁なども併せて参照されたい。

11) *Krause*, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Bd. I Gutachten, Beck 2016, B. 102. この点については、山本・前掲注8）44頁も参照されたい。

現状として個人自営業者の報酬規制が立法化されているわけではなく、また、議会の中で立法化に向けた議論が進んでいるわけでもなさそうであるか¹²⁾、いまここで挙げた2つの研究文書は来たるべき立法論議を下支えするものであろう。そこで、以下ではまず、これら2つの研究の概要を簡単に確認してみたい。

a) フーゴ・ジンツハイマー研究所による草案

aa) 草案の問題意識・目的

本草案はまず、その冒頭（草案3頁）において、個人自営業者のための最低報酬規制が求められる背景事情を説明している。かかる背景事情として指摘されているのは、第一に、ドイツにおいては4分の1の個人自営業者が法律上の最低賃金を下回る額の報酬しか得られていないという現状である。第二に、これらの個人自営業者の多くは、労働者と同様に、その契約相手に対して経済的に従属した状況に置かれている、あるいは、構造的に劣位した状況に置かれていることを草案は指摘する。さらには、第三に、こうした事情の下で、多くの個人自営業者は生計の不安定性という問題を抱えているものの、十分な保護を受けることができていないことも指摘されている。本草案はこれらの背景事情を踏まえて、個人自営業者のための最低報酬規制に関する提案を記し、それによって、個人自営業者の適切な水準での生計の確保を目指すとしている。

12) 直近の動きでいえば、例えば、2021年3月3日に同盟90/緑の党（Bündnis 90/Die Grünen）が連邦議会において「ギグワーカー・クリックワーカー・クラウドワーカーのための社会的最低保障の実現と強化（Soziale Mindestsicherung für Gig-, Click- und Crowdworker ermöglichen und stärken）」と題する提案書を提出しており（BT-Drucks. 19/27212）、そこでは、個人自営的プラットフォーム就労者の社会的保護の欠缺、特に、その報酬が不公正・不十分なものであることが指摘されているとともに、これらの就労者を保護し、報酬のダンピングを阻止するために最低報酬規制の導入を検討すべきとされている。注目すべき提案書ではあるが、かかる提案が実際に立法として実現されるのかは未だ不透明である。

bb) 草案の提言する内容

本草案は、上記目的を実現するための具体的な立法提言として、現行の最低賃金法を「一般的最低賃金及び個人自営業者のための最低報酬規制に関する法律 (Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns und eines Mindestentgelts für Solo-Selbstständige)」に改正することを提案している (草案1条1項)。これは労働者のみを適用対象者とする現行の最低賃金法をベースにしつつ、さらに、労働者には該当しない個人自営業者をも同法の適用範囲に新たに包摂することを提言するものである。

もっとも、草案は現行の最低賃金法が規定する「労働者のための一般的最低賃金規制」と草案が新たに提起する「個人自営業者のための最低報酬規制」とでは規制の中身が異なるとの認識を有しており、これら2つを分けた形での立法提案を行っている (草案1条2項ないし5項)。そのうえで、草案の1条5項は「個人自営業者のための最低報酬規制」の具体的な制度設計にかかわる試論を示している。以下、この試論から読み取れる特徴的な提言をいくつか紹介してみたい。

(1) 最低報酬規制の請求権者

草案の制度設計の中でまず示されているのが、この最低報酬規制の適用対象者 (=最低報酬を請求できる者) となる個人自営業者の定義である。草案によれば、「請負契約又は役務提供契約 (Dienstvertrag) あるいはこれらに相当する契約類型に基づいて他人のために活動し、義務づけられた給付を自らかつ基本的に労働者を使用することなく遂行する事業者 (Unternehmer)」がこの適用対象者とされている。草案はさらに、この定義にいう「事業者」とは民法典14条の意味での事業者を指し、したがって、民法典13条の規定する「消費者」としての労務提供者は最低報酬規制の適用対象者には含まれないとしている。

(2) 最低報酬の支払義務を負う者

第二の特徴的な提言として、草案は最低報酬の支払義務の名宛人を「委託者 (Auftraggeber)」として規定している。この「委託者」という概念については、「特に」民法典14条の「事業者」が含まれるとしている。他

方で、かかる規定との関連で気になるのは、個人自営業者が民法典13条の定める「消費者」に対して仕事・役務を提供する際に、当該消費者が最低報酬の支払義務を負うのか、ということである¹³⁾。本草案はこの点についての明示的な解答を用意していない。もっとも、前述したように、委託者という概念には「特に」事業者が含まれると例示的に説明していることからすれば、消費者もまた義務の名宛人になる可能性を排除していないのかもしれない。

(3) 最低報酬規制の強行性

第三の特徴的な提言として、草案は個人自営業者のための最低報酬規制についても強行性(Unabdingbarkeit)を認めている。つまり、契約当事者が最低報酬を下回る額の合意を交わしても、当該合意の効力は認められないことになる。

(4) 「時間」単位での最低報酬

草案の第四の特徴として——恐らく、これが最大の特徴であるが、個人自営業者のための最低報酬は、①その労務提供の時間数に応じたものとし、②そして、その額は労働者に対して支払われる法定の最低賃金の額に25%の上乗せを加えた金額とすること、③役務・仕事の委託者が受託者たる個人自営業者に対して行うべき費用弁済(Erstattungen)の支払いをもって最低報酬の支払いがあったとは認めないこと等が提言されている。このうち、②の「25%の上乗せ」は、労働者とは違い、個人自営業者の場合、保険料等の自ら負担しなければならないコストが存することを考慮したものとされている。また、前述の①の点については、個人自営業者は労働者とは異なり、定義上、指揮命令を受けない(すなわち、時間的な拘束を受けない)者として理解されているために、その労務提供時間をいかに認定すべきかがときに問題になるが、草案は、その時間認定について争いがある場合には、最低報酬の支払いを請求する個人自営業者が立証し、か

13) なお、後述II 1b)のBayreuther教授による調査報告書では、かかる論点についての検討が加えられている。

つ、客観的な供述に基づく時間数をもって労務提供に要した時間として推定することを提言している。

b) *Bayreuther* 教授の報告書における論点整理

Bayreuther 教授もまた、報告書の冒頭において、自営業者のための適切な社会的保護をめぐる問題のうち、本報告書の中では「適切な額の報酬を保障すること」を検討の中心に据えると述べている（報告書要約を参照）。同教授のかかる問題提起の背景に存するのも、現代においては、不十分な額の報酬しか得られない不安定な条件の下で就労する自営業者が増加しつつあるという認識である（報告書10頁）。

かかる問題意識の下で、*Bayreuther* 教授は個人自営業者のための報酬規制として考えうるアプローチをいくつか挙げながら、その論点整理を行っている。以下、同教授のここでの検討作業を少し概観してみたい。

aa) 時間単位の最低報酬規制？

第一に、*Bayreuther* 教授もまた、フーゴ・ジンツハイマー研究所の上記草案と同様に、現行の最低賃金法の規定に依拠しながら時間単位で自営業者の最低賃金を規定するアプローチに触れ、これが「一見すると、最もシンプルなアプローチである」と指摘する（報告書25頁）。

しかし、*Bayreuther* 教授は続けて、「より詳細に検討を行ってみると、そのようなアプローチは恐らく容易には実行しえないことが分かる」と述べたうえで、時間単位の最低報酬規制を定立するうえで克服すべき課題をいくつか指摘している。その中ではまず、フーゴ・ジンツハイマー研究所の草案と同じく、自営業者のための最低賃金を規定するにあたっては、その者が当該活動に関連して負担する費用や租税・保険料等の額を考慮しなければならないことを指摘している（報告書25-26頁）¹⁴⁾。

加えて、——これもフーゴ・ジンツハイマー研究所の草案の中で検討されていることではあるが、そもそも、時間的な指揮命令を受けていない自

14) 教授の近時の別稿（*Bayreuther*, ZESAR 2020, S. 101）においても同じ問題が指摘されている。

営業者について、時間単位で最低報酬を規定するという手法をとることが妥当なのかという課題が指摘されている(報告書25頁)¹⁵⁾。

bb) 作業内容に基づく最低報酬規制?

次なるアプローチとして、*Bayreuther* 教授は時間単位ではなく、作業内容を基準として最低報酬を規定するアプローチについて検討を加えている。このアプローチは既に現行法の下でも取り入れられているとして、同教授は家内労働法上の報酬決定システム(同法19条)について言及している。この19条によれば、家内労働委員会が家内労働者の作業内容に応じてその報酬額を決定することになる。一例を挙げれば、家内労働者が筆やブラシを製造する場合、その作業工程に応じていくらの報酬を支払うべきかを家内労働委員会が決定し、当該決定は法律による拘束力の付与を受け、家内労働者とその委託者との間の契約内容に影響を及ぼすこととなる。

そのうえで、*Bayreuther* 教授は同じようなアプローチを自営業者一般にまで広げることが可能か否かを検討しているが、これについても現実的ではないとの立場をとるようである(報告書25-26頁)。すなわち、同教授は、あくまで家内労働という小規模・限定的な領域だからこそ、作業内容に応じた報酬規制が機能しうることを指摘している(報告書26頁)。他方で、仮に自営業者一般について同じアプローチをとろうとする場合、自営業者が属する職業領域ごとにその利益を代表する者からなる委員会を設置し、当該委員会に自営業者の報酬を決定させ、その決定に対して法的拘束力を与えるという仕組みをとることになるが、そもそも、産業横断的あるいは独立的就業の大部分をカバーしうるような形でこうした委員会を設置することはほとんど不可能であることを *Bayreuther* 教授は指摘している

15) 前述した近時の別稿(*Bayreuther*, ZESAR 2020, S. 101)の中でも、個人自営業者は時間的な拘束や指揮命令を受ける者ではなく、自らの裁量の下である特定の仕事を遂行するためにどのぐらいの時間が必要なのかを決定する立場にあり、また、個人自営業者が特定の仕事を遂行するために実際に要した時間をどのようにして算定するのか、誰がその立証をするのかは明らかではない、との指摘がある。

(報告書15頁)。さらに、仮にそうした委員会を設置できたとしても、家内労働者の場合とは違い、自営業者一般の場合、より多様な役務・仕事を扱うことになるため、当該委員会がその役務・仕事の一つ一つについて報酬を規定することは難しいということも併せて指摘されている(報告書15, 26頁)¹⁶⁾。

cc) 「適正な (angemessen)」報酬請求権

時間単位あるいは作業内容に応じた最低報酬規制には上述したような課題があることを踏まえつつ、*Bayreuther* 教授はもう1つの考える選択肢として、自営業者に対して「適正な」報酬請求権を認める趣旨の一般条項の規定を設けることを提言している(報告書27頁)。

そして、このような自営業者一般のための「適正報酬請求権」を規定する際の模範となりうる現行法の規定として、商法典89b条、同90a条の規定と著作権法32条を挙げている(報告書27頁)。このうち、前者の商法典の規定は、代理商が依頼者との契約終了後に競業避止義務に服すること等の代償として、代理商が従前の依頼者に対して適正な補償 (*angemessener Ausgleich/ angemessene Entschädigung*) を請求することができると規定している。また、著作権法32条は、著作者が著作物の使用権を許与ないし著作物の使用について許諾した場合に、適正な報酬 (*angemessene Vergütung*) を請求することができるとしている。

Bayreuther 教授は、商法典や著作権法のこれらの規定については履行確保等の面で実際の運用上いくつかの課題があることを認識しつつ(報告書28-29頁)、他方で、「適正報酬請求権」という抽象的な権利を認めることの意義を積極的に認めている。特に、その額が法律の中で具体的に規定されていないとしても、「適正報酬」とは少なくとも模範的機能 (*Leitbildfunktion*) を有するものであり (= 適正報酬という模範像に従って契約当事者間で報酬決定が行われるようになり)、それは著しく不安定な条件の下で活動する自営業者にとっての重要かつ基本的な保障になる、と同教授

16) *Bayreuther*, ZESAR 2020, S. 101も同じ趣旨の指摘を加えている。

は指摘している(報告書29-30頁)。

かかるアプローチをとる場合、何をもって報酬の「適正さ」を評価するのが問題となるが、*Bayreuther* 教授は、基本的には、当該取引に関する全ての事情(特に自営業者が負担する費用等)を考慮して、当該取引関係において通常の、また誠実なものとして(üblicher- und redlicherweise)期待されうる額の報酬といえるのか否かという観点から、その「適正」さが評価されることになるとしながら、あるいは、著作権法上の適正報酬規制がそうであるように、職業団体が指標としての報酬規則を定めることによって、その指標に基づいて「適正」さを評価するアプローチもありうると述べている(報告書30頁)。

dd) 報酬規制の請求権者の範囲

以上紹介してきたありうる制度設計の検討に加えて、*Bayreuther* 教授は、かかる報酬についての請求権を有すべき自営業者の範囲や請求権者に対して最低(適正)報酬の支払義務を負うことになる委託者の範囲がさらに問題になるとしている(報告書35頁)。

このうち、請求権者たるべき自営業者の範囲については、次のような問題提起を行っている。曰く、

—全ての自営業者がその適用範囲に包摂されることになるのか、あるいは、当該自営業者が社会的要保護性を有する場合に限って、その規制の適用は認められることになるのか？

—仮に社会的要保護性を有する自営業者のみが報酬規制の保護を受けるべきであるとして、その要保護性を有する自営業者の範囲は具体的にどのようなようにして画定されるべきであるのか？ すなわち、自営業者がある特定の委託者に対して経済的に従属していることや一人の委託者のためだけに活動していることを要件とすべきか？あるいは、自営業者が得ている収入や従業員を雇用しているのか否かを基準としてその要保護性を判断すべきか？ と。

(1) 要件としての経済的従属性？

Bayreuther 教授はいま確認したいいくつかの論点のうち、まず、報酬規制

の対象としての自営業者の範囲を委託者に経済的に従属した者、特に、労働協約法12a条が規定する労働者類似の者の定義規定を参考しつつ、「主として一人の委託者のために役務・仕事を提供している者」に限定すべきかを検討している。

(a) 肯定的意見

Bayreuther 教授は、こうした形での報酬規制の適用範囲の限定化は、労働者類似の者のための既存の法規制や同じくいわゆる専属的代理商を保護しようとする商法典上の規定（92a条）と整合的であるとして、ひとまずは肯定的な評価を加えている（報告書36頁）。加えて、*Bayreuther* 教授は、このようにして、役務提供者が一人の特定の委託者に依存している状況の下では、力関係の不均衡が生じ、あるいは、自らの労働力を他の目的ないし市場において利用し、更なる収益機会をえる可能性が妨げられることになり、よって自営業者の要保護性が極めて高いことも指摘している（報告書36頁）。さらに、同教授は、連邦憲法裁判所判例の中で¹⁷⁾、家内労働者や代理商に生ずるこうした意味での構造的な力関係の不均衡の是正が支持されてきたことにも言及している（報告書36-37頁）。

(b) 否定的意見

しかし、*Bayreuther* 教授はかかるアプローチに対して次のような疑問を同時に提起している。すなわち、いかなる役務提供者であっても不適切な条件の下で役務を提供する必要はないのであって、このことは、役務提供者がある一時点においてのみ一人の委託者のために活動するに過ぎないような場合であっても変わりはないのではないか、というのがその疑問である（報告書37頁）。加えて、同教授は、「一人の委託者への従属」という限定的な条件を付すことによって、例えば、クラウドワーカーのように複数の者に対して労務提供を行う就労者がその保護の埒外に置かれてしまうという懸念についても指摘する（報告書37頁）。

また、上述した連邦憲法裁判所判例についても、その解釈の仕方とし

17) BverfG, 27. 2. 1973 - 2 BvL 27/69, BVerfGE 34, 307 = NJW 1973, 1320; BverfG, 7. 2. 1990 - 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NZA 1990, 389.

て、「自営業者が自らの給付を専ら又は主として一人の委託者のために提供する場合には、特に契約規制が正当化されることになるということを示したに過ぎず、他方で、それ以外の場合には、法による修正を要するような力関係の不均衡は存しないであろうということまでを示しているわけではない」との指摘を加えている(報告書37頁)。

さらに、適正な報酬の支払いを要請している著作権法上の報酬規制(同32条)を引き合いに出しつつ、この規制は「あらゆる著作者に対して適正報酬請求権を認めており、その著作者が継続的に一人の委託者のために活動しているのか否かということは問題とされていない」との指摘も加えられている(報告書38頁)。

(c) 結論

こうした検討作業を踏まえたうえで、*Bayreuther* 教授は結論として、考慮されるべきは具体的にいかなる給付が提供されているのかであって、どのような文脈において給付が提供されているのか(すなわち、一人の委託者に依存した状態の下で給付が提供されているのか)は重要ではない、したがって、自営業者のための報酬請求権はその者が委託者に対して、上述した意味で経済的に従属しているのか否かにかかわらず保障されるべきであろうと指摘している(報告書38頁)¹⁸⁾。

(2) 一定基準を下回る収入を有する者に規制の適用範囲を限定すべきか?

Bayreuther 教授は、次に、一部の学説においては¹⁹⁾、ある一定基準を下回る収入しか得られないような個人自営業者に対して最低報酬規制を適用

18) もっとも、*Bayreuther* 教授は、例えば、自営業者のための解約制限等の契約保護を検討する際には、異なる理解が妥当しうることを指摘している(報告書38頁)。すなわち、契約存続を保護するうえで、その契約関係が少なくともある程度の継続性を有していることや自営業者が自らの活動時間のうちの大部分を一人の委託者のために費やし、その結果として、市場に自由に参加する可能性を著しく損なわれ、自らの生計を維持するうえで当該契約関係に依存していること等が求められる、としている。

19) *Deinert, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Nomos 2015, S. 91 ff. = Rn. 147.*

すべきとの提言がなされていることを踏まえつつ、報酬規制の適用要件として収入上限を規定すべきか否かを検討している（報告書39頁）。

(a) 肯定的意見

Bayreuther 教授は、かかる収入要件を肯定的に解しうる一つの論拠として、労働者類似の者の該当性をめぐる議論に目を向けている（報告書39頁）。すなわち、その議論の中では、労働者類似性が問題となる者が高額報酬を得ている場合、あるいはその他の十分な生計維持手段を有する場合には要保護性が認められないとの見解もあり²⁰⁾、これをもとに、自営業者のための最低報酬規制についても収入額を要件として規定する可能性がありうるとしている。

(b) 否定的意見

しかし、*Bayreuther* 教授は結論的にはかかる収入上限を設けるべきではないとの立場をとる（報告書39-41頁）。特に *Bayreuther* 教授が指摘するのは、収入の額や他の生計維持手段の有無とは、「契約外の要素」ないし自営業者の契約相手方が影響力を行使しえず、また、把握しえないものであり、基準として適切ではない（法的安定性・予見可能性に欠ける）ということである（報告書40頁）。また、同教授は、特に自営業者が「他に十分な収入を有する場合、そのことだけを理由として、なぜ、その者は許容されない条件（＝著しく低い報酬）の下で活動しなければならないのか。その根拠は容易に理解しえない」との指摘も加えている（報告書40頁）。

(3) 従業員を雇用する自営業者も適用対象とされるべきか？

報酬規制における保護対象範囲をめぐる最後の検討課題として *Bayreuther* 教授が言及しているのが、その保護の対象者を「従業員を雇用していない個人自営業者に限定すべきか、それとも、それ以外の全ての自営業者をも対象とすべきか」という問題である（報告書42頁）。

前述した経済的従属性の要否をめぐる議論の中での *Bayreuther* 教授の

20) *Bayreuther* 教授は、その例として、連邦労働裁判所の判例（BAG, 2. 10. 1990 – 4 AZR 106/90, BAGE 66, 95 = NZA 1991, 239）を挙げている。

見解は、「考慮されるべきは具体的にいかなる給付が提供されているのかであって、どのような文脈において給付が提供されているのかは重要ではない」というものであった。このような考え方からすれば、従業員を雇用しているか否かという文脈の相違にかかわらず、自営業者が提供する給付が同じものであるならば等しく最低報酬規制を適用すべきということがいえそうである。実際、*Bayreuther* 教授も一面では、交換的正義の実現は、「当該役務提供者が単独で役務を提供するのか、人を雇用して役務を提供するのか」という違いに左右されうるわけではない、としている（報告書42頁）。

しかし他方で、同教授は、従業員を雇用する自営業者にまで最低報酬規制の適用範囲を広げる場合、それは広範なまでに市場規制としての性格を有することになり、結果、その規制の憲法的正当化が極めて困難になると指摘する（報告書42頁）。

このような懸念の下で、*Bayreuther* 教授は、基本的には報酬規制の適用対象者は従業員を雇用していない自営業者に限定されるとの立場をとりつつ、「せいぜい検討する余地があるとすれば、限定的な程度において（in untergeordnetem Umfang）²¹⁾ 自営業者が補助労働力を利用することを許容するか否かぐらいであろう」としている（報告書42頁）。

ee) 報酬規制の義務の名宛人の範囲

Bayreuther 教授の研究報告書では、さらに、報酬規制の義務の名宛人が誰なのか、すなわち、最低報酬ないし適正報酬を支払うことになる者の範囲についても検討が加えられている。特に *Bayreuther* 教授がここで意識しているのは、「民法典14条が規定する事業者としての契約相手だけが自営業者に対して最低報酬・適正報酬を支払うことになるのか、それとも、

21) この点については、現行の労働協約法12a条が労働者類似の者を定義づける際に、「基本的に労働者を使用していない」ことを基準の1つとして規定していることなどが参考になりうるとしている（報告書42-43頁）。

事業者のみならず、民法典13条の規定する消費者についてもかかる支払い義務が生ずるのか」という問題である（報告書35頁）。

ここでもまた、「考慮されるべきは具体的にいかなる給付が提供されているのかであって、どのような文脈において給付が提供されているのかは重要ではない」との *Bayreuther* 教授の基本認識を前提にすれば、自営業者の契約相手が民法典14条の定める事業者であるのか、それとも同13条の定める消費者であるのかという問題は重要ではないといえそうである。

しかし、*Bayreuther* 教授がとる結論は、消費者に対して最低報酬の支払いを求めることには限界があるというものである（報告書41-42頁）²²⁾。*Bayreuther* 教授はその最たる根拠を契約当事者間の力関係の不均衡に求める。すなわち、契約当事者間の力関係の不均衡の是正という点に報酬規制をはじめとする契約条件規制の契機が見出されるところ、個人自営業者が消費者に対して役務・仕事を提供する際には、そのような力関係の不均衡という事情が常に認められるわけではない、と同教授は指摘する（報告書42頁）。

c) 小括

以上、フーゴ・ジンツハイマー研究所の「労働者を雇用しない自営業者（個人自営業者）のための最低報酬条件に関する法律草案」と連邦労働社会省の委託研究の下での *Bayreuther* 教授の報告書を参考に、ドイツにおける個人自営業者のための報酬規制の議論動向の一端を概観してきた。

とりわけ、*Bayreuther* 教授の研究報告書が示すように、個人自営業者のための報酬規制だけを切り出していても検討すべき論点は多岐にわたる。また、例えば、フーゴ・ジンツハイマー研究所の上記草案が活動時間数をベースに自営業者の最低報酬を規制しようとするアプローチをとるのに対して、*Bayreuther* 教授がかかるアプローチの課題を指摘しているように、個人自営業者のための最低報酬をめぐる論点に対する見解の相違も少なからず存するといえる。

22) *Bayreuther*, ZESAR 2020, S. 100においても同様の結論がとられている。

しかしながら、フーゴ・ジンツハイマー研究所の上記草案と *Bayreuther* 教授のいずれも、何らかの要保護性あるいは弱者としての側面を持つ自営業者のために強行性を持った形で報酬規制を目指そうとする点では²³⁾、基本認識の一致を認めることができるのではないだろうか。

2. 個人自営業者の報酬規制の第一の障壁としてのドイツ基本法？

他方で、個人自営業者の契約条件規制、特に報酬規制を支持するこれらの論者は、かかる規制を立法化する際の一つの課題として、ドイツ基本法における基本権保障との間での抵触問題を認識している。例えば、*Bayreuther* 教授は次のように語る。

「自営業者のための最低賃金規制は、委託者の職業の自由及び契約の自由を侵害することになろう。しかしながら、かかる規制は同時に、受託者たる自営業者のそれらの自由に対する侵害をも意味することになろう。……最低賃金規制は自らの給付の価格を自由に決定し、また、より安価な価格を設定することによって、市場における競争上の利益を得ようとする可能性を自営業者から奪うものである。」（報告書19頁）

フーゴ・ジンツハイマー研究所の草案も同じ認識を持ちつつ、それを最低報酬規制による職業の自由（ドイツ基本法12条1項）及び一般的行為の自由（ドイツ基本法2条1項）の侵害の問題として表現している（同草案5-6頁）。

a) フーゴ・ジンツハイマー研究所の草案の見解

もっとも、個人自営業者のための報酬規制を支持するこれらの論者は、

23) フーゴ・ジンツハイマー研究所の草案が強行的な最低報酬規制を支持していることは前述の通りであるが、*Bayreuther* 教授もまた、前述した報酬規制のアプローチのいずれをとるにかかわらず、その規制は強行的なものでなければならぬとの立場をとるようである（報告書80頁を参照）。

基本権保障との間でのかかる緊張関係を認識しつつ、当該規制による基本権の制限は正当化されるとの見解に立つ。

まずフーゴ・ジンツハイマー研究所の草案を見てみると、連邦憲法裁判所の判例法理がその正当化根拠として参照されている（草案5-6頁）。同草案がここで参照している判例は2つある²⁴⁾。その1つは、代理商が契約終了後に負うことになる競業避止義務に対して支払われるべき代償金（Karenzenschädigung）に関する争いを扱ったものである。この事案によれば、当事者間の力関係の対等性が欠けており、適切な利益調整をもちや行いえない状況においては、立法者は当該関係において劣位する当事者の基本権を保護するために十分な程度に介入を行わなければならない、また、かかる介入の際に立法者には広範な評価裁量・立法裁量が認められることになる、とされている。もう1つの判例は、著作権法32条（著作者に対して適正報酬請求権を認めている規定）についての事案であり、そこでも、連邦憲法裁判所は上述の先行判例の立場を引き継ぎながら、「立法者は、社会的又は経済的不均衡に対処するために、個別の契約によって職業的給付に対する賃金を合意するという自由を強行的な法規制によって制限することが許されるのであり、また、かかる制限を設けなければならない」との見解が示されている。

これらの連邦憲法裁判所の判例法理を基礎に、フーゴ・ジンツハイマー研究所の上記草案起草者は、この草案に含まれる諸目的、すなわち、個人自営業者のための最低報酬規制は①最低限度の生計基盤の確保と②生活保護等の国家給付に依存することなく個人自営業者が自立的に生計を維持することによって、かかる国家給付の財源を支える租税負担者の負担軽減と社会保障システムの安定化を目指しており、③また、ソーシャルダンピングや下降競争から個人自営業者を保護し、④その他の公益上の目的にも資すること等に鑑みて、草案が提起する最低報酬規制は上述した連邦憲法裁

24) BVerfG, 7.2.1990 - 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 = NZA 1990, S. 389; BVerfG, 23. 10. 2013 - 1 BvR 1842/11, BVerfGE 134, 204 = NJW 2014, S. 46.

判所判例が示すような「社会的又は経済的な不均衡(契約の非対等性)」に対応しようとするものであると指摘している。

更に、この草案の提言内容が比例原則に適合すること、つまり、あくまで個人自営業者の「最低報酬」を規定したものであって、それ以上に過度に、その支払い義務を負うことになる委託者の職業の自由を侵害するものではないことも同じく指摘されている(草案6頁)。こうした事情を踏まえ、フーゴ・ジンツハイマー研究所は、基本法12条1項の職業の自由及び同2条1項の一般の行為の自由保障との関係において、自らの提起する個人自営業者のための最低報酬規制草案は違憲とはいえないと結論づけている。

b) *Bayreuther* 教授の見解

Bayreuther 教授もまた、フーゴ・ジンツハイマー研究所の上記草案と同じく、個人自営業者のための最低賃金規制に含まれる、契約当事者の職業の自由や契約の自由への侵害を正当化するうえでの根拠として連邦憲法裁判所判例を参照している²⁵⁾(報告書19-20頁)。

これらの判決を踏まえつつ、*Bayreuther* 教授もフーゴ・ジンツハイマー研究所の草案と同じく、自営業者のための法律による最低賃金規制が職業ないし契約の自由の侵害をもたらしうとしても、その基本権侵害が正当化されると評価している(報告書19頁)。

25) *Bayreuther* 教授は、フーゴ・ジンツハイマー研究所の草案が参照する2つの連邦憲法裁判所判例のほかに、家内労働法19条が規定する賃金規制に関する判例(BVerfG, 27. 2. 1973 - 2 BvL 27/69, BVerfGE 34, 307 = NJW 1973, S. 1320)も参照している。そして、同教授は、この事案の中でも、家内労働者の経済的・社会的地位や要保護性に鑑みて、連邦憲法裁判所が自営業者たる家内労働者に対する国家的規制を承認してきたことを指摘している。

III. もう1つの（より大きな）障壁としてのEU法？

ちょうどいま確認したように、個人自営業者の契約条件規制を支持する論者にしてみれば、少なくとも、ドイツ基本法を最上位規範とするドイツ法の枠組みの中では、こうした規制を現実に立法化するうえでの障壁（基本権保障との間での抵触問題）は比較的容易に克服できるものとして認識されているようである。

もっとも、問題はそれだけにとどまらない。ドイツの論者は「仮にかかる規制を立法化できたとして、果たして、それがEU法に適合するものであるのか？」というジレンマも同時に抱えている。より具体的にいえば、そうした規制を設けることによって、EU法が第一次法において保障している基本的自由（特に、EU運営条約49条が規定する開業の自由や同56条が規定するサービス提供の自由）を不当に侵害してしまうのではないかと、あるいは、かかる規制がEUの第一次法の下で制定された第二次法（サービス指令（2006/123/EG））に抵触するのではないかと、との懸念が生まれているのである。つまり、ドイツにおける個人自営業者の契約条件規制は、ドイツ国外の個人自営業者がドイツで開業する、あるいは、一時的にサービスを提供するチャンスを制限するものであり、EU法に適合しないとの評価を下される恐れがあることが懸念として指摘されているわけである。

ドイツの論者にかかる懸念を植え付けたのは、2019年の欧州司法裁判所判決であった。同判決は、建設業界において建築家及びエンジニアが行う設計（Planung）作業について、設計を依頼した顧客が支払うべき最低報酬とまた反対にその報酬の上限額（最高報酬）を強行的に規定していたドイツの規制：「建築家・エンジニアのための報酬規則（Honorarordnung für Architekten und Ingenieure）」（以下、HOAI）がEUのサービス指令に違反するとの評価を下したものである。この判決は建設業界における料金規制のEU法違反性を扱ったものであり、一見すると、本稿が関心を寄せ

る個人自営業者の契約条件規制との関連性が乏しいようにも思われる。そこで、この判決が個人自営業者の法政策に対して与えているインパクトを知るために²⁶⁾、以下では、この事件のあらましと欧州司法裁判所による判決を受けたあとのドイツの論者の議論動向を見ていくことにしたい。

1. 旧 HOAI による報酬規制の概要

ドイツの建設業界においては、長きにわたり、建築家及びエンジニア等が設計作業を行う際の報酬の枠組み（下限及び上限）が強行法規によって規定されており²⁷⁾、以下でみる2019年の欧州司法裁判所判決当時においては、旧 HOAI²⁸⁾がその報酬の枠組みを規定していた。

具体的には、旧 HOAI の7条1項によれば、契約当事者は建築物の設計作業について旧 HOAI が定める最低報酬以上の額でまた最高報酬以下の額で報酬を支払う旨の合意を交わすこととされていた。つまり、設計の仕事に依頼する者は、原則として、旧 HOAI の定める最低報酬以上の額で設計の仕事に依頼しなければならず、また、設計を行う者は、原則として、旧 HOAI が定める最高報酬を限度額として仕事を引き受けなければならないとされていた。旧 HOAI は、その7条3項と同4項の中で最低報酬ないし最高報酬からの逸脱が認められる事由についても規定していた

26) 例えば、*Bayreuther*, ZESAR 2020, S. 99は本判決について次のように指摘する。曰く、「本判決は、一見すると、労働法や社会法とはあまり関係のない判決といえるのかもしれない。しかし、より仔細にみると、本判決は、従属的労働と自営業との限界領域にいるものの、既存の両者の区別の基準に照らした際に自営業者として評価されることになるサービス提供者の法的な保護のあり方という今日集中的に議論されているテーマに対して重大な影響を与えうるものである」と。

27) Vgl. *Kretschmer*, jM 2020, S. 270.

28) 詳細については後述するが、2019年の欧州司法裁判所判決を受け、ドイツの立法者はHOAIの改正を迫られることになり、2021年1月1日から改正後のHOAIが発効するに至っている。以下、本稿では、この2021年改正前のHOAIを「旧HOAI」と呼び、2021年改正後のHOAIを「新HOAI」と呼ぶことにする。

ものの、それはあくまで例外的な取扱いとされていた²⁹⁾。

旧 HOAI がなぜ強行的な最低報酬・最高報酬規定を有していたのか。第一に、最低報酬規定は、建築家・エンジニア等の設計作業を行う者がダンピング競争に陥り、低価格で劣悪な設計サービスを消費者に提供することがないように、価格に最低水準を設けることによって設計サービスの品質を一定程度確保することを主たる目的としたものであった。さらには、そうした品質保証によって消費者の保護や建築物の安全確保、建築文化財の維持、環境に優しい建設計画の促進等も狙いとしたものであった。他方で、旧 HOAI における最高報酬規定は、情報の非対称性を基礎として、設計サービスを必要とする消費者が必要以上に高額報酬の支払いを強いられることを阻止することを目的としていた³⁰⁾。

2. 旧 HOAI に対する欧州委員会からの批判

a) 欧州委員会からの批判

2015年頃から、欧州委員会は、旧 HOAI が EU における開業の自由を侵害するものであること、あるいは、EU の第二次法であるサービス指令に違反するものであることを批判し、旧 HOAI の改正を要求してきた。欧州委員会による批判は、要するに、旧 HOAI のうち、設計サービスに対する最低報酬を強行的に定めた部分については、それによって、より低価格でありながらも高品質の設計給付を提供できる他の EU 加盟国のサービス提供者の市場参入やドイツでの開業が妨げられていること、また、最高報酬を強行的に定めた部分については、より高品質の設計サービスを提供

29) 例えば、*Tschäpe*, ZfBR 2020, S. 12は、特別な事由がある場合にのみその逸脱が認められており、特に最低報酬規制を下回る形での逸脱が認められるためのハードルは極めて高いと指摘している。

30) これらの目的については、以下で確認する旧 HOAI の EU 法適合性が争われた欧州司法裁判所判決 (EuGH, 4. 7. 2019 – C-377/17 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland), EuZW 2019, S. 660) (以下、便宜上、同判決を「HOAI 判決」と呼ぶ) におけるドイツ政府の主張の中で確認することができる (同判決の第69段を参照)。

でき、したがって旧 HOAI が規定する最高報酬を上回る額の報酬を得たいと考える他の EU 加盟国のサービス提供者の市場参入やドイツでの開業を妨げていることに対して向けられたものであった³¹⁾。

ドイツだけではなく、その他の EU 加盟国においても同様に、いわゆる「自由業 (freier Beruf)」に対する職業規制や料金規制が存しており、それらについても EU の上記経済的規制への適合性が疑問視されていたところ、欧州委員会による旧 HOAI への上記批判に端を発する訴訟手続は、それらの規制の EU 法適合性を占ううえでのいわば「パイロット判決手続 (Pilotverfahren)³²⁾」として位置づけられるものであった。

欧州委員会は、このようにして、ドイツの旧 HOAI をはじめとして、EU 域内における自由なサービス提供・開業の妨げとなる加盟国法の規制に対して懐疑的な視線を向けてきたわけであるが、このような姿勢は、例えば、欧州委員会のスポークスマン *Reinhard Hönighaus* 氏の当時の言動からも窺い知ることができる³³⁾。やや長めの引用になるが、*Hönighaus* 氏は次のように語る。

「EU の域内市場はヨーロッパが獲得してきた最大の功績の 1 つであり、過去 50 年において、EU の企業に対してより巨大な市場と新たなチャンスをもたらしてきた。また、域内市場は新たな雇用の場を生み出し、より多くの選択肢や低価格を実現することによって消費者に対して利益をもたらしてきた。……EU と域内市場はさらに発展しなければならぬ。EU はいま大きな経済的・社会的課題に直面してい

31) かかる批判については、欧州司法裁判所の HOAI 判決の判決文第 19 段における欧州委員会の主張を参照。

32) 欧州司法裁判所の HOAI 判決の *Szpunar* 法務官意見第 13 段及び判決文第 13 段を参照。また、*Streinz*, JuS 2019, S. 1127 は、本件での評価が他の自由業における職業規制に対しても影響力を有しうることから、旧 HOAI が最低報酬・最高報酬を定めていたことを理由とする欧州委員会による本件訴訟は当初から緊張感をもってその行方が期待されていたところである、と指摘している。

33) *Hönighaus*, DB 2016, S. 5 f.

る。EU 経済の生産性や競争力は投資活動の停滞や商品・サービス市場における制限の下に苦しんでいる。企業はしばしば時代遅れでかつ扱いにくい法規定に操られている……。2006年に制定されたサービス指令は、多くのセクターにおいて歓迎されるべき経済の現代化の火付け役となってきた。以降、各加盟国は、企業や自由業者が日々の活動を遂行する際に格闘してきた不当な障壁を撤廃するために数多くの措置をとってきたといえる。もっとも……なお多くの障壁が存在する。……とりわけ問題視されている市場参入制限に対抗する措置をとることは、企業家精神や就労を増進させることになるであろう。さらに、そのような措置をとることによって、価格は引き下げられ、また、EU における資源は効率的に分配されることになろう。

特に、EU 域内における自由業者のサービス提供が有する意義に鑑みれば、「自由業者がより競争力を高め、より効率的に労働するのであれば、それは産業全体の競争力や経済全体にとっても有益と言えよう。……自由業へのアクセスとその遂行に関する規定は、公益やサービス受領者保護に資するものとされている。しかしながら、それらの規定の多くは比例的なものとはいえず、むしろ、自由業者のポータビリティ（自由な移動・自由なサービス提供）にとっての不要な障壁であり、それは生産性に対して消極的な影響を与えている」。

かかる状況の下で、新たな雇用の場を生み出すとともに、消費者に対してより安価な価格を提供することを目指し、「欧州委員会は、2015年以降に、ドイツ政府に対して、旧 HOAI の定める最低報酬・最高報酬規定が EU 法に反すると指摘し……規制されている職業へのアクセスやその遂行を容易にするための具体的な措置を提言してきた。」

b) ドイツ政府による反論

しかし、上記経緯の下で旧 HOAI に対して批判を浴びたドイツ政府は、これに対して、欧州委員会の見解を否定する旨の文書を提示した。大要、

「旧 HOAI の規定は EU の開業の自由を制限するものではなく、また、仮にかかる制限が認められるとしても、それは、公益上の強行的理由 (zwingende Gründe des Allgemeininteresses) によって正当化されるものである」というのが、ここでのドイツ政府の立場であった。

同じ時期、ドイツ自由業連盟 (Bundesverband der Freien Berufe e. V.) 会長 *Horst Vinken* 氏もまた、次のように、欧州委員会に対する反論を提起している³⁴⁾。曰く、「欧州委員会はドイツの自由業に敵対的であり、そして、それは不当かつ理由のない敵対的な態度である。……自由業のためのシステムは『純粹市場的な目的』以上に、品質保証や消費者保護、そして独立性に資するものである。……このような調和のとれたシステムを撤廃しようとする欧州委員会のアプローチは誤りである。……自由業は、その性質上、その他の経済領域とは異なる存在であり、それら他の存在以上に社会の中で特別な役割を担う。自由業は、例えば、健康・安全・芸術・文化といったような基本的価値や市民としての権利を守るものである。また、個々の消費者のみならず公益に資するものである……。こうした事情があるからこそ、当該職業へのアクセスや遂行について高度な要求を課す形での自由業におけるセルフコントロールの必要性が認められているのである」。

「依頼者と自由業者との間には情報の非対称性が存するため、規制のない価格競争に任せていたのでは高品質のサービス提供は保障されえない。……各国の背景事情の下で、自由業における職業規制や職業遂行に関する規制が持つ消費者保護や依頼者保護という目的が、経済的な政策目的の実現のために不利な状況に追いやられてはいけないというのが我々の考えである。……EU が品質競争や持続的な形での成長を望むのであれば、自由業の領域において、それは規制なくしては実現しえない。……欧州委員会は、自由業者のサービス提供に関する規制がコスト上昇の原因であり、また、効率性や生産性にとってはネガティブな影響を持つものであると指摘

34) *Vinken*, DB 2016, S. 7 f.

しているが、かかる指摘の基礎に存するのは、各国ばらばらの職業規制を最も規制の緩い国の基準に統一することによって、顕著なまでにマクロ経済的な利益や長期的な国内総生産の成長がもたらされうるのであろうという考え方である。かかる経済的想定の下で規制緩和を進めることが極めてリスクであることは、自由業の規制構造にメスを入れた他の EU 加盟国を例にすれば明らかである。例えば、オランダでは歯科医師の報酬規制がこの間に撤廃され、また、ノルウェーでは薬局の開業制限や複数経営の禁止規制が撤廃されている。前者のオランダの例をみると、その後の報酬の額は爆発的に増加している。また、後者のノルウェーの例をみると、ごく少数の巨大な薬局チェーンによる寡占状態が生じ、それによって、横断的な形でのサービス提供が犠牲になっている。これらを踏まえたときに、規制緩和がドイツの目指すべき方向といえるのであろうか？」と。

c) 欧州委員会による再反論と欧州司法裁判所への訴訟の提起

ドイツ政府がいま述べたような頑なな反対姿勢を示したのに対して、欧州委員会は、2016年2月25日に再度文書を公表し、そこでもやはり、旧 HOAI における強行的な報酬規制がサービス指令ないし開業の自由（EU 運営条約49条）に反する旨の指摘を繰り返した。さらに、ドイツ政府に対して、2か月以内に欧州委員会の見解に従って必要な是正措置を講ずるよう要求した。しかし、ドイツ政府がかかる要求に従うことはなかった。

そのため、欧州委員会は、ドイツ政府が旧 HOAI における強行的な最低報酬・最高報酬規制を維持し続けたことによって EU 運営条約49条ないしサービス指令15条が規定する加盟国の義務に違反したことの確認を求めて、欧州司法裁判所に対して訴えを提起した。

3. 欧州司法裁判所における HOAI 判決の概要³⁵⁾

欧州委員会による上記提訴を受け、欧州司法裁判所は旧 HOAI の EU 法

35) EuGH, 4. 7. 2019 – C-377/17 (Kommission/Bundesrepublik Deutschland), EuZW 2019, S. 660.

適合性を判断することとなった。同裁判所はまず、判断の前提として、サービス指令15条の規定に照らして、旧 HOAI の定める最低報酬・最高報酬規制による開業の自由の侵害が認められるのか否かを評価すべきであると述べている(判決文第56～58段)。

この指令15条2項g)によれば、「サービス提供者に対して、サービスの提供開始又はその遂行に際して、加盟国の法規定又は行政規則が定める最低報酬と最高報酬の両方又はそのどちらか一方を遵守させること」が加盟国による開業の自由に対する制限に該当するとされている。そのうえで、同条3項は、かかる制限が正当化されるための要件として次の3つの要件を規定している。すなわち、①当該法規定ないし行政規則が差別的なものではないこと、②公益上の強行的理由(独: *zwingender Grund des Allgemeininteresses* / 英: *overriding reason relating to the public interest*) に基づくものであること、③そして、比例的(独: *verhältnismäßig* / 英: *proportional*) であること、すなわち、開業の自由に対する制限が目的の実現に適したものであり(独: *geeignet* / 英: *suitable*)、その目的達成のために必要とされる程度を超えず、また、同一の効果をもたらす、より制限的でない措置によって代替されえないことの3つである。

欧州司法裁判所は旧 HOAI による強行的な報酬規制がもたらす開業の自由に対する制限がサービス指令に適合するものであるのか否かを判断する場合にも、この指令15条3項が定める正当化事由としての3つの要件の充足が重要になるとして(判決文第67段)、以下のような判示を展開した。

a) 第一要件：旧 HOAI の規定が差別的であるか

まず、サービス指令15条3項が定めるうちの第一要件(当該法規定ないし行政規則が差別的なものではないこと)についてであるが、欧州司法裁判所は、旧 HOAI が定める建築業界における設計サービスについての最低報酬及び最高報酬規定は、サービス提供者の国籍、あるいは、サービス提供者が法人である場合には、その法人の定款上の所在地を理由として、直接的又は間接的にサービス提供者を差別するものとはいえないとして、その要件充足を認めている(判決文第68段)。

b) 第二要件：旧 HOAI による開業の自由の制限が公益上の強行的理由に基づくものであるか

次に、第二要件について、欧州司法裁判所は旧 HOAI の報酬規制に含意された目的が、開業の自由に対する制限を正当化する公益上の強行的理由に該当するの否かを判断している。上述したように、旧 HOAI の最低報酬規定は設計給付の品質保証を主たる目的としたものであり、かかる目的を通じて、さらに、消費者保護や建築物の安全確保、建築文化財の維持や環境に優しい建築の促進といったその他の目的の実現をも目指したものとされていた。また最高報酬規定については、設計給付に対して支払われるべき報酬の透明性を確保し、サービス提供者が消費者に対して過剰な報酬を要求することを防ぐことによる消費者保護を目指したものとされていた。

欧州司法裁判所は、ドイツ政府の主張に沿って、旧 HOAI がこれらの目的を有していたことを確認したうえで（判決文第69段）、そのいずれについても、公益上の強行的理由として認められると評価している。その際に、欧州司法裁判所は、第一に、従前の判例³⁶⁾の中でも、給付内容の品質保証や消費者保護という目的が公益上の強行的理由として承認されてきたことを指摘している（判決文第70段）。第二に、欧州司法裁判所は、文化財・歴史財の維持や環境保護という目的についても、従前の判例³⁷⁾において、公共的目的として同じく公益上の強行的理由として認められていることや（判決文第71段）、サービス指令自体が、その立法理由（Erwägungsgrund）の中で、サービス需要者の保護や環境保護、文化政策的目的を公

36) 欧州司法裁判所は、特に以下の判例を挙げている：EuGH, ECLI:EU:C:2000:527 = NVwZ 2001, 182 Rn. 38 – Corsten [C-58/98]; EuGH, ECLI:EU:C:2010:504 = NVwZ 2010, 1409 Rn. 74 = EuZW 2010, 760 Ls – Stoß u.a. [C-316/07 u.a.]; EuGH, ECLI:EU:C:2015:685 = NVwZ 2016, 218 Rn. 74 – Grupo Itevelesa u.a. [C-168/14].

37) 欧州司法裁判所は、特に以下の判例を挙げている：EuGH, ECLI:EU:C:1991:76 = EuZW 1991, 352 Rn. 17 – Kommission/Frankreich [C-154/89]; EuGH, ECLI:EU:C:2004:797 = EuZW 2005, 49 Rn. 75 – Kommission/Deutschland [C-463/01].

益上の強行的理由として認めていることについても言及している(判決文第72段)。

c) 第三要件：旧 HOAI による制限が比例的であるか

このように、指令15条3項が定める上記2つの要件について、欧州司法裁判所は旧 HOAI における最低報酬・最高報酬規制を維持しようとするドイツ政府の主張を基本的には是認する立場をとっている。しかし、結論を先取りすると、第三要件である比例原則への適合性について、欧州司法裁判所は旧 HOAI の規定がこの要件を充足していないと判断した。

欧州司法裁判所は、前述の通り、サービス指令15条3項が比例原則の審査内容として、さらに3つの審査項目、すなわち、①当該制限がその追求する目的の実現に適したものであること、②目的達成のために必要とされる程度を超えていないこと、③同一の効果をもたらす、より制限的でない措置によって代替されえないことの3つの項目を規定していることを確認したうえで(判決文第73段)、旧 HOAI の最低報酬と最高報酬のそれぞれについて、これら3つの審査項目の下で次のような検討を加えている。

aa) 旧 HOAI における最低報酬規制についての比例原則審査

(1) 適性(Geeignetheit) 審査：最低報酬規制は旧 HOAI が追求する目的の実現に適したものであるか

欧州司法裁判所はまず、旧 HOAI の最低報酬規制が目的の達成に適したものであるのか否かを検討している。この適性(Geeignetheit)の審査は、大別すれば、①当該規制が目的の実現に資するの否かの判断と、②当該規制がその目的を整合的かつ体系的な方法で追求するものであるの否かの判断の2つから成り立っている。ここではまず、前者(①)についての欧州司法裁判所の判示を見てみよう。欧州司法裁判所は、その適性を肯定しようとするドイツ政府とそれを否定しようとする欧州委員会の見解をそれぞれ踏まえつつ、以下のように検討を加えている(以下、判決を引用する)。

【判決文第76～77段】

旧 HOAI が目的達成のために適したものであるかについていえば、ドイツ政府は、サービスの価格とサービスの品質との間には関連性が存するため、最低価格を規定することは高品質のサービスを保証しようとする目的の達成に適したものと見える、と主張している。

さらに、ドイツ政府は、最低報酬を規定することによって、建築家・エンジニアと消費者間の情報の非対称性に起因する影響、すなわち、価格のみを指標として競争が行われ、消費者がサービスの価格だけをもってサービス提供者を選択することに起因する影響が緩和されるため、最低報酬は消費者保護という目的を達成するのに適したものと見える、と主張している。

【判決文第78～82段】

この点に関連して、欧州司法裁判所の判例は既に次のような判断を示してきた。すなわち、判例によれば、極めて多くのサービス提供者が存することが特徴として認められる市場において展開される競合者同士の競争 (Konkurrenzkampf) の中での低価格のサービス提供とそれに伴うサービスの質の低下を防ぐという目的の実現のために、最低報酬規定が貢献する可能性は完全には排除されていない (EuGH, ECLI:EU:C:2006:758 = EuZW 2007, 18 Rn. 67 - Cipolla u.a. [C-94/04, C-202/04])。

本件において、ドイツ政府は、ドイツの建築業界の中での設計給付についての市場では極めて多数の市場参加者が活動していることを主張し、この点についての当事者間の争いはない。また、ドイツ政府の次のような主張、すなわち、「かかる市場では、サービス提供者が専門知識を有する一方で、その顧客の大多数はそうした知識を有しないため、当該市場は顕著なまでに情報の非対称性によって特徴づけられており、その結果、サービス提供者が提供する設計給付の品質を評価することは顧客にとっては困難である」との主張に対して、欧州委員

会の反論は成功していない。

以上によれば、ドイツ政府は、本件で問題となる市場やサービスの特殊性に鑑みて、ドイツの建設業界の中で設計給付を提供する者が競合者同士の競争関係に立つことによって安価なサービスが提供され、延いては、いわゆる『逆選択 (adverse Selektion)』によって、高品質のサービスを提供する市場参加者が排除されるような事態が生じる危険が存することを十分に立証したものと見える。よって、最低報酬を規定することは、長期的にみて、サービスの品質を保証しえないほどの低価格でサービスが提供されてしまう事態を防ぎ、上述したような危険を減少させることに資するものといえる。

【判決文第85段】

他方、欧州委員会はドイツ政府に対して「最低報酬規定を撤廃することがサービスの品質低下をもたらす」ことを証明していないと非難しているものの、ドイツ政府が立証すべき事項は、旧 HOAI が設計給付の品質の低下に起因する危険を減少させることによって、その追求する目的に著しく資する適性を持っていることだけで足りる。

【判決文第88段】

以上によれば、市場の上記特性からみて、設計給付について最低報酬を規定することは、高品質の設計給付を保証するというドイツ政府が追求する目的に原則的に資するものといえる。

(2) 整合的かつ体系的な方法での目的の追求

上述したように、欧州司法裁判所は旧 HOAI の最低報酬規制に対する適性 (Geeignetheit) 審査のうちの第一審査については、ドイツ政府の主張を肯定したものと見える。しかし、次の第二審査 (旧 HOAI の最低報酬規制が整合的かつ体系的な方法で目的を追求しているものといえるのか否かの審査) において、欧州司法裁判所は一転して、欧州委員会の主張を認めつつ、旧 HOAI の規制に対して以下のように異議を唱えた。

【判決文第89段】

しかしながら、ここで回顧されるべきであるのは、次のような欧州司法裁判所の判例である。すなわち、判例によれば、ある加盟国の規制がその追求する目的の達成を実現するに適したものとして評価されるのは、当該規制が実際に整合的かつ体系的な方法の下で（独：in kohärenter und systematischer Weise／英：in a consistent and systematic manner）目的を達成しようとする場合に限られる（EuGH, ECLI:EU:C:2009:141 = BeckRS 2009, 70276 Rn. 55 – Hartlauer [C-169/07]; und EuGH, ECLI:EU:C:2015:685 = NVwZ 2016, 218 Rn. 76 – Grupo Itevelesa u.a. [C-168/149]; EuGH, ECLI:EU:C:2016:510 = BeckRS 2016, 81460 Rn. 27 – Sokoll-Seebacher u. Naderhirn [C-634/15]）。

【判決文第90～92段】

この点について、欧州委員会は大意、「旧 HOAI による規制が高品質の設計給付を保証しようとする目的を整合的かつ体系的な方法の下で追求していない」ことを主張しており、その理由として、ドイツにおいては、旧 HOAI の対象となる設計給付は法によってその遂行が許された者のみがなしうることにはなっておらず、そのため、相当な専門性を有するであろうサービス提供者が設計給付を提供することの確証が一切ないことが指摘されている。

ドイツ政府もまた、「職業規制あるいは職業団体の監督に服する特定の職業グループのみが設計給付を提供することができるとはされておらず、建築家やエンジニア以外にも、職業規制や職業団体規制には服しないその他のサービス提供者も設計給付を行うことができる」と述べている。

しかし、このように相当な専門性を有しない者も設計給付を提供しうることと、他方で最低報酬規制によって高品質の設計給付を確保しようとする旧 HOAI との間には整合性がないといえる。したがって、前述した第88段での評価の如何にかかわりなく、旧 HOAI が対象と

する設計給付について、その給付の品質についての最低限度の保証がない場合には、旧 HOAI の定める最低報酬規制はサービスの品質保証という目的を追求するに適していないということが確認されるべきである。

bb) 旧 HOAI における最高報酬規制についての比例原則審査

上述したように、欧州司法裁判所は、旧 HOAI の規定のうち、最低報酬規制については、それが品質保証や消費者保護という目的を整合的かつ体系的な方法によって追求するものではなく、したがって、サービス指令15条3項が規定する比例原則審査のうちの適性審査を満たさないことを理由として、同指令に反する規制であるとの評価を加えている。

他方で、旧 HOAI が規定していた最高報酬規制に関していえば、欧州司法裁判所は、以下でみるように、その適性審査についてはドイツ政府の主張（＝最高報酬規制がその目的の達成に適したものであること）を認めつつ、比例原則審査の別の審査基準に照らして、サービス指令15条3項違反を認めている。

【判決文第94段】

ドイツ政府が主張するように、設計給付に対する報酬の上限額を規制することによって、サービス提供者が示すべき価格の透明性が向上し、そして、消費者が過剰な報酬を要求される事態が防がれることになり、これらは消費者保護に資するものといえる。

【判決文第95段】

しかし、ドイツ政府は、欧州委員会が提案した、より制限的ではない措置（すなわち、顧客に対して、旧 HOAI が対象とする設計給付の種類に応じて価格の指針（独：Preisorientierungen／英：guidance as to prices）を示すという措置）では、なぜ適切にその目的を達成することができないのか、についての根拠を示していない。したがっ

て、最高報酬を規制することもまた比例的であるとはいえない。

4. 上記 HOAI 判決のドイツ法への影響

a) 旧 HOAI の改正：「強行的な」報酬規制の撤廃

上記欧州司法裁判所判決によって、旧 HOAI が定めていた設計給付についての強行的な形での最低報酬及び最高報酬規制は、そのいずれもが EU のサービス指令に反することが確認された。この判決を受け、ドイツは EU 法に違反する法状況の是正を義務づけられることになり、旧 HOAI の規定を改正することとなった。

かかる経緯の下で、2021年1月1日以降、改正後の HOAI（新 HOAI）が発効することになったのであるが、この改正によって、HOAI は長きにわたり有していた強行的な形での報酬規制を失うことになった。新 HOAI においては、旧 HOAI と同様に、設計給付に関する報酬の算定方法とその額が依然として規定されているものの、それはあくまで当事者が合意する際の目安となる「価格の指針 (Preisorientierungen)」としての機能を有するにとどまり、契約当事者を拘束する強行性は認められていない（新 HOAI の 1 条, 2a 条, 7 条 1 項を参照³⁸⁾）。つまり、新 HOAI の下では、契約当事者はこの価格決定の指針に従って設計給付に対する報酬額を決定することができるものの、それに従うことは義務づけられておらず、自由な合意の下で、この指針からの逸脱（＝下限を下回ることやあるいは上限を上回ること）が認められるようになった。さらに、こうした形で契約自由の原則を強調することの一つの帰結として、新 HOAI においては、設

38) なお、拘束力を有しない形での加盟国法上の報酬規制が EU の経済的規制に抵触しうるのかについて、欧州司法裁判所は、イタリアにおける弁護士業に対する報酬上限規制について判断する中で、その報酬システムにおいてなおも十分な柔軟性が存し、また、それが拘束力を有しない提言としての性格を有するに過ぎない場合には、かかる規制はサービス提供の自由には反しない、としている (EuGH, 29. 3. 2011 – C-565/08 (Kommission/ Italienische Republik), NJW 2011, S. 1575 Rn. 53)。

計給付を提供しようとする者が契約締結の際に、当事者の合意によって、新 HOAI の定める報酬の上限・下限の枠組みから逸脱することができることを相手方に周知する義務が規定されることとなった(新 HOAI の7条2項)。

さて、このような新 HOAI の改正をいかに評価すべきであろうか。一面では、それは、欧州委員会が望んでいたような、障壁のない域内市場の実現に資するものとして³⁹⁾、あるいは、報酬(価格)の決定に関する契約当事者の裁量の幅をより広く認めるものとして肯定的に捉えうるのかもしれない⁴⁰⁾。しかし、その反面で、旧 HOAI の定める強行的な報酬規制が目指していた設計給付の品質確保及び消費者保護という目的は果たして新 HOAI の下で実現されるのであろうか。むしろ、強行的な報酬規制を撤廃したことによって、ドイツ政府やドイツ自由業連盟が再三にわたり懸念を表明してきた「逆選択」ないし粗悪・低品質な設計給付の提供者によるダンピング競争が展開されうる余地が増したような印象も受ける。

もっとも、欧州司法裁判所は、特に強行的な最低報酬規制という手段を通じた品質保証や消費者保護という目的の追求をおよそ否定したわけではない。上記 HOAI 判決を前提にすると、「整合的かつ体系的な方法」によるものであれば、そのような目的の追求がなおも許容される余地があると

39) 例えば、新 HOAI の立法草案理由書(BT-Drucks. 19/21982)の11頁においては、旧 HOAI の定めていた強行的な報酬規制を撤廃したことによって、新 HOAI は「EU の域内市場の貫徹に資するものである」と評価されている。

40) なお、上記 HOAI 判決における *Szpunar* 法務官意見においても、こうした自由な価格決定の仕組みが積極的に評価されている。例えば、*Szpunar* 法務官は次のように述べている。曰く、「基本的には、競争は価格を通じて行われるものである。したがって、市場参加者から、ある特定の価格を下回る可能性を奪う場合、それは、その市場参加者から競争力の一部分を奪うものともいえる」(法務官意見第42段)。「サービス提供に関する競争、特に、その価格に関する競争は、一般的には、市場経済の中での必要不可欠、有効かつ望ましいメカニズムといえる」(法務官意見第102段)と。

いえるのかもしれない⁴¹⁾。

しかし、ドイツ政府が実際にかかる「整合的かつ体系的な方法」に着手しようとする場合、そこには更なるジレンマが生ずることになる。つまり、欧州司法裁判所判決は、最低報酬規制のみならず、併せてある種の職業規制（すなわち、適正な能力・資格を有する者のみが建築業界における設計給付を行えるようにする規制）を講ずることを目的追求のための「整合的かつ体系的な方法」として示唆しているように読めるが、こうした形で職業への参入規制を設けた場合には、再びそれはEU法の規定するサービス提供の自由や開業の自由、あるいは、サービス指令による審査の俎上に乗せられることになる。そして、かかる参入規制が報酬規制以上に強い制限的効果を持つことからすれば、それが再びEU法違反と評価される可能性も否定できない⁴²⁾。こうしてみると、ドイツの立法者は「整合的かつ

41) *Bayreuther*, ZESAR 2020, S. 103もまた、「もし仮に、ドイツの設計給付の市場が実際に建築家にのみ開かれたものであったとすれば、欧州司法裁判所は旧HOAIの規制に合格を与えたであろう」と述べる。

42) この点は、欧州司法裁判所のHOAI判決においてドイツ政府が既に主張していたことでもある。すなわち、ドイツ政府は「当該職業に対する参入自体を規制すること（＝必要とされる資格・能力を有する者だけが当該職業活動を遂行できる仕組みを設けること）は、旧HOAIが規定するよりも強固に開業の自由を制限するものといえる」と主張していた（第50段）。同じく *Ehlers*, JZ 2019, S. 891もまた、「職業団体等の監督に服しない者に設計給付を認めない、あるいは、設計給付を行う者に対してその専門性を証明する義務を負わせるなどの対応を仮にとれるのであれば、依然として、全てのサービス提供者に対して最低報酬を規定する措置を維持しても、それはEU法に適合するものといえるのであろう。もっとも、これらの2つの措置のいずれも、更なる法的な問題を孕むものであり、EU法が基本的に規制緩和的な傾向を有することからすれば、それらは職業の許可制に関する規制の中で矛盾を抱えることになるであろう。そうした職業能力・資格を要求することは、最低報酬を定めるよりも強固に開業の自由を制限するものといえる」と指摘している（同趣旨の指摘として、*Scholl*, EWiR 2019, S. 658も参照）。他方で、HOAI事件における *Szpunar* 法官意見は、これらとは正反対の立場を明確に示しており、『「当該職業に対する許可制などの規制を導入することは、旧HOAIが規定するよりもはるかに強い

体系的な方法」による品質保証及び消費者保護という欧州司法裁判所の判示をいわば「無理難題」として理解し、今回のHOAIの改正に際しては、意図的にその点には踏み込もうとはしなかったのかもしれない。いずれにしても、新HOAIは発効したばかりであり、その新規則が旧HOAIの目指していた目的を実現できる有効な代替手段たりうるのかの評価が待たれよう。

b) その他の報酬規制への影響

本判決は、建築家、エンジニアにとって重要な意味を有するだけでなく、国家的な報酬規制一般、特に、その他の自由業者の報酬規制にとっても重要な意味を持つものとして理解されている⁴³⁾。その中でも特に、HOAI判決による影響を受けうる報酬規制として、ドイツの連邦弁護士法(BRAO)が定める報酬規制(49b条1項)が挙げられている⁴⁴⁾。この報酬規制は、司法制度の保護やダンピング競争を認めることによる品質の低下の阻止といったような公益上の強行的理由を目的としたものとされているが、他方で、この規制についても旧HOAIと同様に、「整合的かつ体系的な方法」による目的の追求がなされているのか否かが問題になるようである。すなわち、ドイツの弁護士法によれば、弁護士だけが訴訟代理権限を有するわけではないため⁴⁵⁾、そのような弁護士以外の者による訴訟代理を認めていることと、報酬規制によって司法制度の保護や品質の保証を追求することとが整合的とはいえないのであれば、この料金規制もまた、EUのサービス指令ないし基本的自由⁴⁶⁾に抵触しうることになる。

開業の自由に対する制約といえる』とのドイツ政府の主張は証拠に基づかないものである」と一蹴している(法務官意見第106段)。

43) Ehlers, JZ 2019, S. 889.

44) Ehlers, JZ 2019, S. 892; Streinz, JuS 2019, S. 1129; Schäfer, EuZW 2019, S. 664; Hlava/Höller/Klengel, NZA 2019, S. 969などを参照。

45) 例えば、労働裁判所における訴訟手続についていえば、労働組合による訴訟代理が認められている(労働裁判所法11条2項)。

c) もう1つの論点：「弱者」としての個人自営業者保護の正当性

ここで本稿の関心事に立ち戻って検討を加えたいのは、個人自営業者の契約条件（とりわけ、最低報酬）を法律で強行的に規定しようとする場合に、それが上記欧州司法裁判所における HOAI 判決に照らして EU 法に反すると評価されることになるのかである。

個人自営業者の契約条件規制が個人自営業者本人の保護ではなく、個人自営業者が提供するサービス・仕事の品質保証やそれを通じた取引相手である消費者保護を目的とする場合、HOAI 判決が述べるように、「整合的かつ体系的な方法」の下でこれらの目的が追求されているのか否かの検討が加えられることになる。その結果、個人自営業者の契約条件規制についても EU 法に反するとの評価が下される可能性があることも否定できない⁴⁶⁾。

aa) 弱者保護・社会的保護という目的による正当化の可能性？

他方で、上記 HOAI 判決は、「弱者」であるサービス提供者自身の保護のために契約条件規制（報酬規制）を講じようとする場合に、当該規制がその保護目的との関係で EU 法に適合するものであるのか否かについては触れていない。本件訴訟における当事者（ドイツ政府及び欧州委員会）は、かかる保護目的を有する規制として旧 HOAI が正当化されうるのか否かをめぐって主張を交わしていたものの⁴⁷⁾、欧州司法裁判所がこれらの主張に対応した検討を加えることはなかった。

とりわけ、個人自営業者のための契約条件（報酬）規制を支持する労働

46) 同趣旨の指摘として、フォルカー・リーブレ（訳：後藤究）「事業者としての地位と労働者保護との狭間に位置する個人自営業者」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）68-69頁。

47) ドイツ政府が、ドイツの市場の構造上、中小規模の企業が多く存在し、旧 HOAI の報酬規制はかかる中小企業の存続に資することを指摘したのに対して（HOAI 判決の第44段におけるドイツ政府の主張を参照）、欧州委員会は「役務提供者の事業の維持及び継続」あるいは「役務提供者の個人としての生計の維持」という目的は、単なる経済的な目的に過ぎず、公益上の強行的理由には当たらないとしている（HOAI 判決の第30段における欧州委員会の主張を参照）。

法学者は、欧州司法裁判所が「弱者」たるサービス提供者自身の保護という目的については一切検討を加えなかったことに注目を寄せ、そのような保護目的を有する契約条件規制はEU法の下でなおも許容されうると指摘する。例えば、弱者たる個人自営業者のための契約条件規制を支持するフーゴ・ジンツハイマー研究所の *Hlava* 博士らは、市場におけるサービスの品質保証を目的とした報酬規制とサービス提供者自身の社会的保護を目的とした規制とでは規制の性格が異なること、そして、リスボン条約発効以降、EU法の下ではこうした社会的側面の意義がより強化されていること⁴⁸⁾を指摘したうえで、「個人自営業者の労働条件を改善し、ソーシャルダンピングを防ぎ、あるいは、加盟国の社会的保護の仕組みを守る規制」はEU法上なおも許容されうると主張している⁴⁹⁾。

Bayreuther 教授もまた、「HOAI 判決で注目されるべきは、欧州司法裁判所が自営業規制による開業の自由の制限を正当化するうえで、当該職業に従事する者の経済的地位の強化を手がかりとしているのではなく、専ら、当該規制の公益的重要性を論拠とみているということである」と指摘する⁵⁰⁾。そのうえで *Bayreuther* 教授が主張するのは、労働法の文脈においては、加盟国法の規制が社会政策上の保護目的を有する場合には、これらの目的を公益上の強行的理由の一つとして欧州司法裁判所が理解し、また当該規制によるサービス提供の自由や開業の自由の侵害を正当化してきたということである⁵¹⁾。

このように、*Bayreuther* 教授も個人自営業者の契約条件規制の目的を社会政策的目的ないし弱者としての個人自営業者保護という点に見出す場合、当該規制がEU法上許容されうる余地があるとの前提認識に立ってい

48) リスボン条約が労働政策を含む社会政策において持つ意義については、井川志郎『EU 経済統合における労働法の課題～国際的経済活動の自由との相克とその調整』(旬報社、2019年)159頁以下を参照されたい。

49) *Hlava/Höller/Klengel*, NZA 2019, S. 969; *dieselben*, NZA 2019, S. 1691.

50) *Bayreuther*, ZESAR 2020, S. 103 f.

51) *Bayreuther*, ZESAR 2020, S. 104.

る。しかし、*Bayreuther* 教授は続けて次のような留保も付している。曰く、かかる社会政策的目的として「欧州司法裁判所が第一義的に念頭に置いていたのは従属的就労者、すなわち、労働者の保護だけである。労働者保護についての議論を無制限に自営業者についても転用できるわけではない。欧州司法裁判所はむしろ、労働者送り出し法に関する判例（EuGH, 25. 10. 2001, - C-49/98 (Finalarte), ECLI:EU:C:2001:564=NZA 2001, 1377, Rn. 39)の中で『事業者を保護するという規制の目的を指摘するだけでは自由なサービス提供の制限は正当化されえない』ということを強調している」と⁵²⁾。

加えて、*Bayreuther* 教授は、近時の欧州司法裁判所判決⁵³⁾が、個人自営業者の社会的保護を一つの目的として、オランダの労働組合が個人自営業者のための最低報酬規定を含む労働協約を締結したことについて、当該協約がEU 運営条約101条1項のカルテル禁止規制に反しうると示唆したこと⁵⁴⁾を引き合いに出しながら、「EU カルテル法と基本的自由は、同じコ

52) *Bayreuther*, ZESAR 2020, S. 104.

53) EuGH, 4. 12. 2014 - C-413/13 (FNV Kunsten Informatie en Media), EuZW 2015, S. 313. 同判決については、和久井理子「EU 競争法と労働者・労働協約」公正取引783号（2016年）61頁以下、後藤究「独立自営業者に関する労働協約とEU 競争法」労働法律旬報1874号（2016年）26頁以下、フォルカー・リーブレ（訳：後藤究）「事業者としての地位と労働者保護との狭間に位置する個人自営業者」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）66-67頁、橋本陽子『労働者の基本概念』（弘文堂、2021年）308頁以下、濱口桂一郎「フリーランスと団体交渉」季刊労働法272号（2021年）22-24頁を参照されたい。

54) 欧州司法裁判所は、一方で、労働協約の対象となる個人自営業者がEUのカルテル禁止規制の名宛人である事業者に該当する場合には、当該協約はカルテル禁止規制の対象となる事業者間の協定としてEUのカルテル禁止規制による違法性審査に服することになると指摘している（前掲 FNV Kunsten Informatie en Media 事件の判決文第30段）。他方で、欧州司法裁判所は続けて、上記協約の対象となる個人自営業者が「偽装自営業者」といえる場合には、当該協約はカルテル禁止規制の適用対象には当たらないとしており、偽装自営業者と評価されうる限りにおいて、個人自営業者のための労働協約がEU 法上許容される

インの表と裏のような存在である。自営業者自身の集团的協定による最低報酬規制がEU法上認められないとするならば、ますますもって、加盟国が法規定において彼らの最低報酬を規定することはできないのかもしれない」とも述べている⁵⁵⁾。

しかし、*Bayreuther* 教授は個人自営業者保護のための契約条件規制にとつての障壁となりうる、EUのこれらの経済的規制（EUカルテル法や基本的自由に関する規制）の法目的に立ち返り、それらは「小規模であり、経済的弱者であるサービス提供者が十分な報酬を得ようとするところまでをも妨げるために存するのではない」として、こうした経済的弱者たる自営業者のための契約条件規制はEUの経済的規制には抵触しえないとの結論をとっている⁵⁶⁾。この点にかかわることとして、個人自営業者の集团的協定に対するEUカルテル法の適用可能性を検討する中で、*Bayreuther* 教授は次のように述べている。曰く、「EUカルテル法が目的とするのは、大企業やコンツェルンによる市場にとって有害なカルテルからの保護である。他方で、小規模かつ経済的に弱い役務提供者による、さほど重要とは言えないような契約条件規制について、それを上位規範であるEUカルテル法に服せしめるということは念頭に置かれていないのである。果たして、ヨーロッパのカルテル法は、例えば、フリーランスとして働き、また、恐らくは、最低限度の生計を維持しうるか否かの瀬戸際にある臨時楽団員が、臨時的に音楽に関する給付を行う際に、ある程度それに見合った報酬を得ることができるような保障を自ら講じようとするところについてまで対処しなければならないのであろうか？また、域内市場は、かかる音楽家が相互に競争を行う場合に利益を得ることになるのだろうか？」と⁵⁷⁾。

余地を認めている（同判決文第31段）。

55) *Bayreuther*, ZESAR 2020, S. 104.

56) *Bayreuther*, ZESAR 2020, S. 104.

57) *Bayreuther*, SR 2019 Sonderausgabe, S. 9. 同趣旨として、*derselbe*, RdA 2020, S. 245も参照。EUカルテル法と個人自営業者のための労働協約（集团的協定）との関係について同様の結論を支持するその他の見解として、*Grillberger*,

bb) 弱者保護・社会的保護という目的による正当化の限界

なるほど、個人自営業者の契約条件規制の目的を消費者保護や品質保証という観点から捉えるのではなく、上記論者が主張するように、弱者たる個人自営業者の保護という社会政策的観点から捉えたときには、かかる契約条件規制はなおもEU法の下で許容される余地があるといえそうである。

しかし、*Bayreuther*教授が留保を付したように、サービス提供の自由や開業の自由の制限を正当化しうる公益上の強行的理由に位置づけられるEUの社会政策的目的とは、個人自営業者の保護までも含むものなのであろうか。これはつまり、弱者たる個人自営業者がEUの第一次法における社会政策目的を促進する規定（EU運営条約151条以下）の適用範囲に含まれるのかという問いでもある⁵⁸⁾。

EUにおけるこれらの社会政策規定が適用対象としているのは、「労働者（Arbeitnehmer/worker）」である。この「労働者」の概念は、近時においては、例えば有限会社の業務執行役員等をも包摂するものとして理解

DRdA 2015, S. 167; *Fuchs*, ZESAR 2016, S. 306; *Schubert*, in: Deinert/ Heuschmid/ Kittner/ Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Thomas Klebe zum 70. Geburtstag, Bund Verlag 2018, S. 356; *Waltermann*, RdA 2019, S. 100; *derselbe*, in: Gallner/ Henssler/ Eckhoff/ Reufels, Festschrift für Wilhelm Moll zum 70. Geburtstag, Beck 2019, S. 736; *derselbe*, ZfA 2020, S. 237などがある。このうち、例えば *Grillberger*教授と *Fuchs*教授は、*Bayreuther*教授が指摘するような法目的を前提に、EU運営条約101条1項のカルテル禁止規制の適用範囲を目的論的に限定化（teleologische Reduktion）することによってかかる立論を展開するものである。また、*Schubert*教授は、EU基本権憲章20条が定める平等原則に照らして、労働者として評価される者と同程度の要保護性を有する個人自営業者自身による集团的規制に対してもカルテル禁止規制の適用除外が認められるべきと主張する。

58) *Holler*, in: Dobрева/ Hack-Leoni/ Holenstein/ Koller/ Aina Nedi (Hrsg.), Neue Arbeitsformen und ihre Herausforderungen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Nomos 2018, S. 206 ff. も同趣旨の指摘を加えている。

されているように⁵⁹⁾、一面では、ドイツ法が規定する「労働者」(すなわち、労働契約を締結して労務提供を行う者)よりも広いようにも解される。

しかし他方で、欧州司法裁判所判決がこの「労働者」の概念を定義づける際に長年用いている定式(いわゆる「ローリー・ブルームの定式」⁶⁰⁾)

59) EuGH, 11. 11. 2010 - C-232/09 (Danosa), Slg. 2010 I-11405; EuGH, 9. 7. 2015 - C-428/09 (Balkaya), NZA 2015, S. 861. カーステン・ハーゼ(訳:橋本陽子)「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?」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)73頁以下, ロルフ・ヴァンク(訳:桑村裕美子)「労働者か自営業者か—方法論と比較法—」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)21頁以下, 橋本陽子『労働者の基本概念』(弘文堂, 2021年)256頁以下等を参照されたい。

60) 欧州司法裁判所は、「EU労働法上の労働者概念の生みの親」(かかる表現については, *Junker*, EuZA 2016, S. 188を参照)と称されているローリー・ブルーム事件において、労働者の自由移動を保障した規定(現行のEU運営条約45条)の労働者概念を「一定の期間において、他人のために、当該他人の指揮命令に従い、労務を給付し、その労務提供の対価として報酬を受領している者」と定義した(EuGH, 3. 7. 1986 - C-66/85 (Lawrie-Blum / Land Baden-Württemberg), Slg. 1986 02121, Rn. 17)。その後、この定義は現行EU運営条約45条の適用対象者を判断する場面以外にも労働法規定の適用が問題となる多くの場面(例えば、①現行EU運営条約157条(男女の同一(価値)労働・同一賃金原則)や②母性保護指令(92/85/EWG)、③整理解雇指令(98/59/EG)等の解釈の場面)で多用されている。これが、上記定義が「ローリー・ブルームの定式」と呼ばれる所以である。この点については, *Schneider*, in: *Kiel/ Lunk/ Oetker* (Hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 1: *Individualarbeitsrecht I*, 4. Aufl. 2018, § 18 Rn. 52 ff. やカーステン・ハーゼ(訳:橋本陽子)「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?」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)81-82頁, ロルフ・ヴァンク(訳:桑村裕美子)「労働者か自営業者か—方法論と比較法—」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)34-35頁, 橋本陽子『労働者の基本概念』(弘文堂, 2021年)297頁以下等を参照されたい。

をみると、結局のところ、そこでもまた、ドイツ法上の労働者の概念と同様に「指揮命令」が重要なメルクマールとされている。これを踏まえると、果たして、EUの社会政策規定が対象とする「労働者」とはドイツ労働法が対象とする「労働者」よりもどの程度の広い射程を持つ概念であるのか⁶¹⁾、とりわけ、*Hlava* 博士や *Bayreuther* 教授らが示唆するように、経済的弱者たる個人自営業者をも対象に含みうるものであるのかには疑問が残る⁶²⁾。

もっとも、解釈論上、EUの社会政策規定の適用対象者である「労働者」の概念を広く解する余地がもはや一切残されていないというわけでもなさそうである。例えば、*Heuschmid* 博士と *Ziegler* 博士は⁶³⁾、EUにおける集団的労働法に関する規定（EU基本権憲章28条とEU運営条約153条1項f号）について、個々の労働者の交渉力の非対称性を補填するというこれらの規定の趣旨目的に鑑みれば、かかる交渉力の非対称性や一人の委託者への依存性が認められる個人自営業者もまた、これらの規定の適用対象者となりうると指摘する。さらに、*Rebhahn* 教授らと *Franzen* 教授は⁶⁴⁾、例え

61) この点については、*Bayreuther* 教授も留保を付している（*Bayreuther*, RdA 2020, S. 245を参照）。曰く、欧州司法裁判所の判決を注視すると、「それはドイツ民法典611a条1項（＝労働契約の定義規定）が規定する従属概念とほとんど変わらないことをいっているに過ぎない。欧州司法裁判所の諸判決は単に、従前以上に、当該業務執行役員が労働者であるのか否かをより注意深く検討し、また、業務執行役員であるからということだけで一概にその労働者性を否定することのないよう、ドイツの裁判所に要請しているに過ぎない」と。同趣旨の見解として、*Schubert*, in: *Deinert/ Heuschmid/ Kittner/ Schmidt* (Hrsg.), *Festschrift für Thomas Klebe zum 70. Geburtstag*, Bund Verlag 2018, S. 354.

62) Vgl. auch *Latzel/Serr*, EuZW 2014, S. 413; *Rieble*, *ZweR* 2016, S. 170 ff.; *Mohr*, in: *Hanau/Matiaske* (Hrsg.), *Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen: arbeitsrechtliche und sozialwissenschaftliche Perspektiven*, *Nomos* 2019, S. 115 f.; *Bourazeri*, *NZA* 2019, S. 744 f.

63) *Heuschmid*, in: *Däubler* (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 4 Aufl. 2018, § 11 Rn. 34; *Ziegler*, *Arbeitnehmerbegriffe im europäischen Arbeitsrecht*, Beck 2011, S. 188 f.

64) *Rebhahn/Reiner*, in: *Becker/ Hatje/ Schoo/ Schwarze* (Hrsg.), *EU-Kommentar*,

ば、EUの社会政策規定の英語版の規定の中で、その適用対象者が *employee* ではなく *worker* とされていることに着目した議論を展開している。すなわち、イギリス法の文脈において、この *worker* という概念は一定の個人自営業者をも包摂するものとして理解されているため、*Rebhahn* 教授らと *Franzen* 教授は、同じくEU法の下でも、この *worker* という概念の射程を広く捉えるべきであると主張している。*Rebhahn* 教授らと *Franzen* 教授が提起するような文言解釈によるアプローチは特殊EU法的な事情の下で制約を受けそうであるが⁶⁵⁾、*Heuschmid* 博士と *Ziegler* 博士が指摘するような目的論的解釈アプローチの可能性はなおも開かれていそうである。というのも、一般に、EU法の下では、文理解釈や歴史的解釈の意義は限定的であり、したがって、ある法文の意味内容を明らかにするうえで

4. Aufl. 2019, Art. 153 AEUV Rn. 13; *Franzen*, in: derselbe/ Gallner/ Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, AEUV Art. 153 Rn. 8.

65) すなわち、EUの法規定はEU加盟各国の言語で執筆され、そして、各言語版の規定は等しく拘束力を有するものとされている (*Wichard*, in: Calliess/ Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 342 Rn. 17; *Kokott*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, EUV Art. 55 Rn. 3)。また、各国語への翻訳の結果として、その規定内容が厳密に一致することはほとんどないとされている (*Bleckmann*, NJW 1982, S. 1180; *Kokott*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, EUV Art. 55 Rn. 3)。したがって、仮に、ある加盟国の言語版の規定の中で、EU法と加盟国法が同一の概念を使用しているとしても、それらの意味内容は異なりうると理解されている (*Groeben*, von der/Schwarze/ *Charlotte Gaitanides*, 7. Aufl. 2015, EUV Art. 19 Rn. 43; *Mayer*, in: Grabitz/ Hilf/ Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, EUV Art. 19. Rn. 53)。これはEUの社会政策規定についても当てはまることであり、仮にその適用対象者が「*worker*」と規定されているとしても、この概念については、イギリス法の文脈から離れてEU法独自の意味づけがなされなければならない (*Schubert*, in: Franzen/ Gallner/ Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020, GRC Art. 28 Rn. 18; vgl. auch *Ziegler*, Arbeitnehmerbegriffe im europäischen Arbeitsrecht, Beck 2011, S. 177)。

は、体系的・目的論的解釈が重要視されることが指摘されており⁶⁶⁾、かかる理解はEU労働法における労働者概念についても妥当しうると解されるからである⁶⁷⁾。

また、*Bayreuther* 教授の上記議論は、個人自営業者がEUの社会政策規定の適用対象者である「労働者」に含まれるのか否かにかかわらず、EUの経済的規制（EUカルテル法や基本的自由）の趣旨目的に照らして、それらは経済的弱者たる個人自営業者の保護のための仕組みを妨げるものではないとの価値判断を含んでいるが、かかる主張に対しても学説上の異論がありうるだろう。例えば、欧州司法裁判所は、自営業者である開業医の団体による集团的協定がEUカルテル法上許容されるか否かを判断する際に、「EU法は、自営業者の契約条件の改善を目的として集团的協定を締結することを促進するような規定を有していない」と指摘しており⁶⁸⁾、また、上記HOAI事件における*Szpunar* 法務官意見においても、ドイツ政府が旧HOAIには中小企業に依拠したドイツの市場構造を維持するという目的が含まれると主張したのに対して、そのように「既存の企業を保護することは経済的な目的であるものの、当該目的によって、開業

66) *Franzen*, *Privatrechtangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, 1999, S. 445; *Kokott*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, EUV Art. 55 Rn. 4; *Mayer*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, EUV Art. 19 Rn. 53.

67) この点について、例えば、*Juncker*, *EuZA* 2016, S. 203は、「EU法上の労働者概念はそれぞれの規制の関連性やその文脈を考慮して解釈されなければならず、また、同じ法律であったとしても、その規制の文脈によって複数の労働者概念が存しうる」と述べており、上述した「ローリー・ブルームの定式」をEU法上の労働者概念が問題となるあらゆる場面に転用することに否定的な立場をとる。同趣旨として、*Benecke*, *EuZA* 2018, S. 8 f.; *Wank*, *EuZW* 2018, S. 29; *derselbe*, *EuZA* 2018, S. 332, 340 f.; *ErfK/Wißmann/Schlachter*, 20. Aufl. 2020, *AEUV Art.* 45 Rn. 9; *Risak/Dullinger*, *DRdA*, 2018, S. 209 ff. も参照。

68) *EuGH*, 12. 9. 2000 - C-180/98 bis C-184/98 (Pavlov u.a.), *ECLI:EU:C:2000:428*, *Slg.* 2000, 1-6451, Rn. 69. 同事件については、濱口桂一郎「フリーランスと団体交渉」季刊労働法272号（2021年）22頁も参照されたい。

の自由に対する制限が正当化されうるとはいえない」との見解が示されている（法務官意見第84段）。これらを前提してみると、現状として、EUの経済的規制は *Bayreuther* 教授が指摘するほどに経済的弱者にとって寛容なものとは言い難いのではないだろうか⁶⁹⁾。

IV. 小括と別稿に向けた課題

近時の政策論議が提起しようとする個人自営業者の契約条件規制は憲法に適合するものであるのか。これが本稿の元々の関心事であった。そして、かかる問題意識をリアリティーをもって読者と共有するべく参照してきたのが、ドイツ法とEU法の下での議論動向であった。この外国法研究の中で得られた知見を最後に簡単に整理しておきたい。

第一に、ドイツ法の下でも、個人自営業者の契約条件規制（特に、報酬規制）が一つの重要な論点として近時盛んに議論され、その中では、フーゴ・ジンツハイマー研究所や *Bayreuther* 教授の研究が示すように、個人自営業者のための最低報酬規制の具体的な政策設計にかかわる検討作業が積極的に進められていることが明らかとなった。

第二に、かかる立法政策を検討するうえで、ドイツの論者は、当該立法論が上位規範との間で緊張関係に立つことを意識していることが明らかとなった。もっとも、ドイツ基本法が保障する基本権（職業の自由ないし一

69) もっとも、他方で、欧州委員会の近時の議論からはEUの経済的規制の見直しが進められているような印象も受ける。すなわち、同委員会では、特にプラットフォーム就労者を念頭に置きつつ、自営業者の団体交渉と労働協約に対して、EUカルテル法の適用除外を認めるべきか否かが論議されているという（濱口桂一郎「フリーランスと団体交渉」季刊労働法272号（2021年）25-27頁、井川志郎「プラットフォーム就労に関するEUの政策動向～パッチワーク的規律から特化型の保護へ～」浜村彰＝石田眞＝毛塚勝利編『クラウドワークの進展と社会法の近未来』（労働開発研究会、2021年）236-237頁を参照）。かかる議論の行方次第では、*Bayreuther* 教授の指摘がより説得力を増すことになるだろう。いずれにしても、今後の議論動向を見守る必要がある。

般的行為の自由)と個人自営業者のための立法政策との関係についていえば、長らく、連邦憲法裁判所が「社会的弱者ないし構造的に劣後する当事者の保護」を立法者に要請してきたことを重要な論拠として、当該立法政策によって生じうる基本権侵害もまた基本的には正当化されると理解されているようである。

第三に、他方で、ドイツの論者が頭を悩ませているのは、当該立法政策とEUの経済的規制(第一次法が保障する基本的自由や第二次法であるサービス指令)との抵触関係である。

特に、近時の欧州司法裁判所のHOAI判決によれば、個人自営業者の契約条件(報酬)規制が「品質保証」や「消費者保護」を目的とする場合、当該規制が「整合的かつ体系的な方法」によってその目的を追求しているのか否かが厳格に問われることになる。すなわち、一定の能力・資格を有する者だけに当該職業の遂行を認めるような職業制限をかけることなく、個人自営業者の報酬規制が「品質保証」や「消費者保護」という目的の達成を目指そうとしても、かかる立法対応が欧州司法裁判所によって「整合性に欠ける」と評価される可能性が存するのである。他方で、かかる「整合性」の追求のために前述したような職業制限を講じようとする場合には、かかる職業制限規制は報酬規制以上にドイツ基本法が保障する基本権やEUの経済的規制との間で強い摩擦をもたらすものであるために、その職業制限がこれら上位規範に反すると評価される可能性も存する。

そこで、目線の置き所を変えて、個人自営業者の契約条件規制の目的を「弱者」たる個人自営業者の保護と捉え直す場合には、当該規制はなおもEU法に適合しうることが一部の学説では指摘されている。しかし、かかるアプローチをとる際に直面するのは、そもそも、社会的弱者を保護しようというEUの社会政策規定の射程の中に個人自営業者までもが含まれるのか、あるいは、EUの経済的規制がそうした弱者保護に親和的であるのかという問題である。異論はありうるとしても、現在の多数説や欧州司法裁判所の判例を前提に考えると、こうした「弱者保護」としての規制の正当化アプローチに関しても高いハードルがあると言わざるをえないので

はないだろうか。

これらが本稿の外国法研究によってえられた知見である。かかる外国法の議論動向を一つの足がかりとして、別稿の中では日本法を対象として検討を加えていきたい。