

第Ⅱ部 本論

第7章 セーフティ・ネットと法 —契約就業者とボランティアへの社会法の適用—

本章は、前章までに検討されてきた各論問題を受けて、巨視的政策観から、業務委託契約従事者（以下、本章では「契約就業者」という）とボランティア活動従事者（以下、単に「ボランティア」という）に対するセーフティ・ネットの問題、すなわち、それらの者に対する労働関係法規等社会法（以下、単に「社会法」という）の適用の限界と、限界を克服するための政策的視点を提示することを目的とする。

1. 検討すべき問題の設定

(1) “セーフティ・ネット”という文言を法の適用の有無というフィルターを通して法律学的問題として理解する場合、“ある法律が適用され、その規定内容（特に法による保護）を享受しうるか”ということに集約できると考えられる。社会法に即せば、社会法が定めている働く者に対する様々な利益（保護）を働く人々は享受しうるのか、と解しうると考えられる¹。

本章にいう“社会法”とは、

- ・ 契約自由の原則などを基本原理とする市民法を修正し、労働者など社会的経済的弱者の地位や生活の向上を目的とする、市民法に対置される法分野に属する各法令の総称²、として用い、また、“利益”とは、
 - ・ 労働基準法（以下、単に「労基法という」）に代表される労働者保護法規における労働者個々人の保護を目的とした規定及びその内容、
 - ・ 労働組合法（以下、単に「労組法という」）に代表される労使関係法規における組合活動等を行う者の保護を目的とした規定及びその内容
 - ・ “働くこと”と直接的又は間接的に関連づけられた労働保険法規（雇用保険法、労働者災害補償保険法）又は社会保険法規（厚生年金保険法、健康保険法）における受給内容及びその前提としての受給資格、
- を指すものとする。

これら、“社会法”において定められた働く者にとっての“利益”は非常に多義的である。しかし、これら諸種の利益を享受しうるためには、何よりもまず重要な要件である各法令の

¹ 諏訪康雄『雇用と法』（放送大学教育振興会、1999年）24頁では、“セーフティ・ネット”を、「市場の失敗や市場メカニズムの欠陥を補正」するものと理解し、また、菅野和夫『新・雇用社会の法』（有斐閣、2002年）44頁、416頁では、「労働生活の経済的保障システム」と解している。筆者も同様に解するが、本章は、社会法の人的適用範囲の問題について論じているため、“セーフティ・ネット”を先のように定義して検討を進める。

² この定義文は、金子宏・新堂幸司・平井宜雄編『法律学小辞典〔第4版〕』（有斐閣、2004年）534頁「社会法」並びに536頁「社会立法」を参照しつつ、筆者が再構成したものである。

人的適用範囲として、基本的に、“労働者”であること、すなわち、「使用される³⁾」又は「雇用される⁴⁾」（以下、単に「使用される」という）者であることが要求されている。この「使用される」との文言は、対使用者との関係で“従属的地位にあり”“指揮命令を受ける”ことを意味すると解されている⁵⁾。これら意味の根拠は、法律学的には、労基法にいう“労働契約”が締結されていること⁶⁾であるから、「使用される」との人的適用範囲の要件を充足するためには、労働契約の締結が必要ということになる。したがって、社会法によって定められている働く者に対する諸種の利益（保護）を享受するためには、“労働契約”を締結している一方当事者でなければならない。

では、契約就業者とボランティアは、果たして“労働契約”を締結しているのだろうか。

(2) 本プロジェクトにおいて、契約就業者については、「委託契約」就業者を念頭に置いている。“委託”という言葉は、「一定の行為を他人に依頼すること⁷⁾」と非常に多義的に定義されている。法律学的には、他人に依頼した一定の行為が“法律行為”であれば「委任（民法 643 条）」であり、法律行為で“なければ”「準委任（民法 656 条）」となる。また、一定の行為であっても、当該行為それ自体ではなく、行為の“結果”に対して報酬を支払うことを約する“委託”の形態は、「請負（民法 632 条）」とされる。これらに限る必然性はないとも思われるが、一般に、契約就業者が一方当事者に対して労務を供給することを目的とする民法上の代表的な契約形態は以上の二つであると考えられる⁸⁾。

なお、労働契約も、一方当事者に対して労務を供給することを目的とする契約の一形態であるが、請負・委任契約と労働契約では、その性質はまったく異なるものと理解されている。つまり、請負と委任は民法上の契約であり、対等な私人間の契約であることが想定されており⁹⁾、反対に、労働契約は、現行法に則せば、労基法すなわち労働者保護法の適用がある契約概念¹⁰⁾であり、働く側と雇い主側（多くの場合、事業主または企業法人）という対等ではない関係における契約であるということ、そのため、労働契約には関係性における不平等を克服するという意義と機能が付与されている¹¹⁾。したがって、法が想定する当事者関係が平等か否かという点で、請負・委任契約と労働契約とは、その性質を大きく異にしていると言

³⁾ 労働基準法 9 条、労働安全衛生法 2 条 2 号、労働者災害補償保険法 3 条 1 項、賃金支払確保法 2 条 2 項、最低賃金法 2 条 1 号、健康保険法 3 条 1 項本文、厚生年金保険法 9 条参照。

⁴⁾ 労働契約承継法 2 条 1 項 1 号 2 号、雇用保険法 4 条 1 号参照。

⁵⁾ 前掲注 2 書、1239 頁「労働者」参照。

⁶⁾ 中窪裕也「労働契約の意義と構造」日本労働法学会編『講座 21 世紀の労働法 第 4 巻 労働契約』（有斐閣、2000 年）3 頁参照。

⁷⁾ 前掲注 2 書、20 頁「委託」参照。

⁸⁾ なお、「雇傭（民法 623 条以下）」契約も、民法上、労務供給を目的とする代表的な契約形態であるが、「雇傭」はここでいう“委託”には含まれないため、本稿では、特に契約就業者が締結していると推測される請負・委任の契約形態に限って言及し、雇傭契約は意識的に除いて議論している。

⁹⁾ 広中俊雄『債権各論講義〔第 6 版〕』（有斐閣、1994 年）4 頁以下参照。

¹⁰⁾ 菅野和夫『労働法〔第 6 版〕』（弘文堂、2003 年）74 頁参照。

¹¹⁾ 労働契約について鳥瞰する論稿としては、前掲注 6、中窪論文を参照。

える。

このように考えてくると、契約就業者が締結する契約は労働契約ではなく、請負か委任であって、契約就業者には社会法上に定められた諸種の利益が与えられないということになる（なお、後述するように、請負・委任契約関係が実質的にみて「使用される」という要素を含む場合、当該契約は労働契約であるとみなされる場合もありうる）。

(3) では、ボランティアはどうか。

本プロジェクトでは、ボランティアとして、“有償”ボランティアと“無償”ボランティアという二つの形態を想定している。そもそも、一般に“働くこと”の意味を、“社会において生活を維持するための賃金等対価を得るための活動”であると仮定すると、無償ボランティアは、ここにいう“働くこと”の範疇から外れる。一方、有償ボランティアは、「給与ではないが、必要経費、謝金などの支給を受けている者」と本プロジェクトで定義されているが、これも、ここにいう“働くこと”から大きくはみ出していると考えられる。これらの理由は、一般に“働くこと”の意味とは異なる主観的動機付けや客観的意義に由来するのではないかと思われる。つまり、自己の利益としての賃金等対価を得るための活動としてではなく、むしろ、ボランティアの社会全体を含め他者に対して利益を与えるという主観的内発的な動機付けによって行われ、この活動の結果は、社会全体にとって重要な価値があるものであるとの客観的意義が付与されることによって成立している活動ではないかと思われるからである。また、法律学的に見ると、ボランティアの形態が、福祉、国際協力・貢献、街作りなど極めて多様であるため一概には言えないものの、労務供給の成果に対する報酬支払いを約する“請負”に当てはまるとは即座に判断できず、また、一定の法律行為をなすことを約する“委任”または事実行為をなすことを約する“準委任”とも断定しがたい面があろう。さらに、ボランティアであるがゆえに、例えばその元締めとしてのNPO法人との関係で、“従属的地位”に置かれ“指揮命令”を受けて活動しているともいえないとも俄には判断しがたいと思われる。ただ少なくとも、ボランティア活動が賃金等対価を得ることを目的とした活動ではないと仮定するならば、ボランティアが締結している契約は、“請負”契約でも“労働”契約でもなく、一定の行為をなすことを約する“委任”又は“準委任”に近いのではないかと考えられる。

いずれにしても、このように考えてくると、ボランティアが締結する契約は、労働契約ではないと推測され、したがって、契約就業者と同様に、社会法上に定められた諸種の利益が与えられないことになると思われる。

(4) 以上を前提に、就業形態の多様化とセーフティ・ネットという観点から契約就業者とボランティアを法的に検討する場合、

第一に、社会法における人的適用範囲の要件である「使用される」との文言の法的意味を検証する必要があることとなる。この文言は、法令上の「労働者」であることの定義に係わ

る要件であることから、同時に、「労働者」の概念およびその範囲について検討しなければならないことをも意味している。

以上については、具体的に、

- ・社会法各法における「労働者」の定義を検証すること、
- ・「使用される」との文言の法的解釈＝裁判例と学説の検討を通じて明らかにされる。

そして、本報告書が、契約就業者とボランティアに対する現状を前提として何らかの政策的提言を行うことを目的としていることを考慮すると、

第二に、政策の規範的根拠、すなわち、憲法規範における法理論的根拠を考える必要があり、さらに、

第三に、可能な限り具体的な政策提言をしなければならない。

以上の検討課題を秩序立てると、

- ① 憲法規範における政策の法理論的根拠の検討、
- ② 社会法各法における「労働者」の定義の検証、
- ③ 「使用される」との文言の法的解釈＝裁判例と学説の検討
- ④ 具体的な政策提言の試み、

となる。その理由は、憲法規範を頂点とする社会法の体系性、規範序列を考慮しているからであり、具体的な政策提言が最後に述べられるのは、現行社会法の規定内容を超えて、将来における法改正又は立法における課題を提示しているからである。以下、この順を追って検討を進めることにする。

2. 憲法規範における政策の法理論的根拠

ここでは、憲法を対象に、契約就業者とボランティアに対する政策の法理論的根拠を検討する。具体的な検討の手順は以下のように設定する。

労働関係法令の根拠法たる憲法 27 条と 28 条から説き起こしていく。もちろん、具体的な憲法上の根拠規定がなくとも、社会的経済的実情から生ずる要請に応じて立法政策を行うことは妨げられないと解することはできる。しかし、先の憲法規定を頂点とする社会法の体系的整合性を考慮するとき、具体的な立法政策（法改正を含む）、特に、仮に契約就業者とボランティアに対する新たな立法措置が必要ではないかと考えられる場合、新たな立法の根拠となる憲法規範上の要請ないし正当性が法的に確認される必要があると考える。したがって、ここでは、まず、先の憲法各規定から説き起こすことから始めることにする。

次に、先述したように、「使用される」との文言は、社会法における「労働者」であることの要件とされている。「労働者」との文言は、憲法規定上は「勤労者」と表現されているが、この文言に契約就業者とボランティアが含まれると解されるならば、社会法としてそれらに何らかの立法的手当を行うことが憲法規定から直接的に導出されうる。しかし反対に、

「勤労者」との文言に、契約就業者とボランティアが含まれないと解されるならば、それらの者に対する立法的手当に際しては、何らかの憲法規範上の論拠を創出することが求められるのではないかと考える。

すると、具体的作業としては、憲法規定上の「勤労者」の法的概念を検証する必要性が生じてくることとなる。

以上の憲法規定の検証を通じて、「使用される」との法的意味ならびにこれを要件とする社会法における「労働者」の法的概念の検討に当たり、有益な手掛かりに接近することができるのではないかと考える。なぜなら、契約就業者もボランティアも、上述したように法的意味において「労働者」ではないと解されていると思われるが、それらの者が、最高法規たる憲法において想定されているかを検証することにより、憲法に基づく個別法規において想定されている存在であるか否かを明らかにすることができるのではないかと考えるからである。また同時に、特にボランティアに関しては、先述したように、そのような活動は、通常の労働に想定されている“社会において生活を維持するための賃金等対価を得るための活動”とは異なる性質を有する活動であると推測されることから、現代的意味における「働くこと」の法的意味にも接近することができるのではないかとと思われる。

(1) 憲法 27 条

27 条 1 項は、「すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ。」と規定する。本条項には、「勤労者」という文言は含まれていない。

では、「勤労」という文言から何が分かるか。法文を一読しても、「勤労」つまり「働くこと」の法的意味は明らかではない。

では、「勤労の権利」という文言から何が分かるか。この権利が社会権であることを考えると、27 条 1 項の規定は、「働く意思と能力を持つが就労の機会を得られない国民に対し、国は、一定の配慮をすべきことを命じている¹²⁾ 条文であると解釈される。そして、これを受けて国は、労働市場法制や労働保険制度を整備している¹³⁾と理解できる。

さらに、「勤労の義務」という文言からは何が分かるか。この意味するところは、強制的な勤労活動が義務付けられたり、勤労義務違反者に対して制裁が課されたりするわけではないが、国民に向けられた精神的指示という範囲を超えて、働く能力のある者は自己の勤労によって社会で生活を維持し、そうでなければ生存権や労働権の保障が及ばないということを明らかにした条文であると解釈されている¹⁴⁾。したがって、資本主義経済社会において「社会生活の維持」を図るということは、賃金等対価を得る目的での活動を意味するものと理解し

¹²⁾ 伊藤正巳『憲法〔第 3 版〕』（弘文堂、1995 年）390 頁。

¹³⁾ 前掲書、同頁。

¹⁴⁾ 樋口陽一、佐藤幸治、中村睦男、浦部法穂『注解 法律学全集② 憲法Ⅱ〔第 21 条～第 40 条〕』（青林書院、1997 年）195 頁（中村睦男執筆部分）。

うる。

次に、27条2項は、「賃金、就業時間、休息その他の勤労条件に関する基準は、法律でこれを定める。」とする。ここでも「勤労」との文言が用いられているが、その意味は文理上明らかではない。この規定は、言うまでもなく、「労働者の生存を確保するために、国が最低限度の基準を設定しなければならないといういわゆる社会国家の要請に応える¹⁵⁾」という意味が与えられている。労働基準関係法制がその具体化である。すると、「勤労」とは、労基法等における「労働」という文言と互換性を有すると考えられることになるが、これに先の「社会生活の維持」という考えを加味すると、賃金等対価を得る目的での活動を「勤労」と言うことと解されることになる。

(2) 憲法 28 条

では、憲法 28 条には何か手がかりがあるか。同条は、「勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する。」と定め、本条においては「勤労者」との文言が用いられている。憲法が勤労者にこれら労働三権を与えているのは、勤労者が資本家＝使用者に比して経済的に劣位な立場におかれていることを考慮してのことであるが¹⁶⁾、ゆえに憲法は、集団的な圧力や交渉力を背景に使用者と対等な立場で労働条件について交渉することを認め、これを受けて労組法が制定されている。すると、憲法 28 条において想定される「勤労者」とは労組法が想定する「労働者¹⁷⁾」と同じであると解しうる¹⁸⁾。労組法における「労働者」の解釈としては、現に雇用関係がなくとも、賃金などにより生活する者（例えば失業者）であればその適用が及ぶ¹⁹⁾とされている。また、後述するように、労組法における「労働者」概念は、「使用される」こと、すなわち“使用従属関係”に基づいて法的に判断されている²⁰⁾。憲法上の「勤労者」と労組法上の「労働者」が同義であるならば、憲法上の「勤労者」も、「使用される」ことを想定しているのではないかと推測されうる。また、このことから、憲法 28 条における「勤労」も、賃金等対価を得る目的による活動を指すものと理解しうる。

(3) 労働法学からの憲法解釈

以上は、憲法学および労働法学において一般的に理解がなされている解釈である。

では、本章において以後検証する「従属性」という観点から労働法ないし労働を把握する

¹⁵⁾ 前掲注 12 伊藤、391 頁。

¹⁶⁾ 前掲注 12 伊藤、390 頁。

¹⁷⁾ 労組法 3 条は、「労働者」を、「職業の種類を問わず、賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者をいう。」と定めている。

¹⁸⁾ 下井隆史『労使関係法』（有斐閣、1995 年）10 頁。憲法上の「勤労者」には公務員も含まれるが、労組法において公務員は大幅な適用除外がなされている。

¹⁹⁾ 前掲注 10 菅野、486 頁参照。

²⁰⁾ 前掲注 10 菅野、486 頁参照。

諸家の考え方はどうか。このことを問題にするのは、憲法解釈について労働法的観点から独自の憲法解釈を行っているのか、それがあれば、労働法学において共通の理解となっているのかを確認するという意味があると思われるからであり、特に、憲法上の「勤労者」概念に、契約就業者とボランティアが含まれる余地があるのかを確認する意味があるからである。しかし、以下に述べるように、憲法における勤労者ないしは勤労について明確に検証を加えている者はほとんどいない²¹。

沼田は、27条の勤労権については、28条の勤労者の検討にあたってこれとの対比で27条の勤労概念について言及する中で、27条の勤労の意味を、「特に雇用労働・・・について意識せられてい」と述べている²²。したがって、沼田は、27条にいう勤労の主体を、労働関係において資本＝使用者と対立する階級における存在として従属性を有する者すなわち労働契約を締結し労基法の適用が想定されている勤労者（この場合公務員も含む）であると想定し、その結果、27条にいう勤労は、雇用労働関係にある従属性を有する活動を指している、と考えられる。

他方、28条の勤労者概念については、具体的な適用対象主体として労組法3条に掲げられている「労働者」の定義規定を引用しつつ、「賃金等の収入が生活の基礎であり、その労働が従属労働であり、したがって資本所有者の指揮下においてなされ・・・る限り、対立階級を予想する勤労者たるもの」が、28条における勤労者であるとする²³。（なお、沼田は、従来は「農民や小商人といった勤労が最大の収入源であるような人民層を含」めて勤労者を考えていたようだが、憲法28条に即せば、「対抗関係をもった労働者、即ち勤労関係が階級対立の直接的な基盤となっている勤労者を念頭に置いて」おり、また、「かかる階級的人間をとらえるところにこの規定（憲法28条：筆者注）が生きて来るわけであるから、自作農や小商人は含まないとするのが正しい理解」であるとしている）

また、山中は、27条の勤労の権利について、社会政策の実施によって労働契約を締結し公正な賃金を得る（生活の資を稼ぐ）機会を保障される権利である、という趣旨のことを述べている²⁴。したがって結論としては、沼田が述べているように、労働契約に基づいた労働関係を取り結んでいる一方当事者である者を労働者であると理解しているものと思われる。

さらに、蓼沼は、労働にかかる基本的な権利としての労働基本権は、「他人に雇用されて従

²¹ 従来学会では、従属労働または労働者の従属性という観念論的議論（沼田稲次郎『日本労働法論（上）』（日本科学社、1948年）、同『労働法論序説』（勁草書房、1950年））や、労働法概念の統一的把握の過程において従属性を考慮するか否かという議論（石崎政一郎『労働法講義（I）』（青林書院、1958年）1頁以下、石井照久『労働法総論〔増補版〕』（有斐閣、1979年）177頁以下）が主であったように見受けられる。また、従来、憲法規定に則した労働法学からの法律学的問題意識として、憲法27条における勤労権（労働権）には具体的権利性があるのかそれともプログラム性のみ有するのかといった論争（川口實「労働権」日本労働法学会編『現代労働法講座 第1巻 労働法の基礎理論』（総合労働研究所、1981年）166頁以下）、28条における労働三権にかかる制限の是非にかかる論争（蓼沼謙一「労働基本権の性格」日本労働法学会編『新労働法講座 第1巻』（有斐閣、1966年）105頁以下）がなされていた。

²² 沼田稲次郎『団結権擁護論』（勁草書房、1954年）133頁。

²³ 前掲書、同頁。

属労働を給付しその対価をもって生活の資としなければならぬ経済的・社会的地位におかれている者をいい、現にどこかに雇用されているか否かを問わない。」とする。法律学的には、「労働基本権を、「国民」の「労働」一般—自営業者としての独立労働と他人に雇用されての従属労働との両者を含む—に関する基本権と解すると、憲法 22 条に定める居住移転・職業選択の自由も「労働基本権」の中に含まれることになってしまう」が、「労働基本権」の観念は、・・・「労働者の生存権」という原理を担うものとして登場したものであり、・・・(憲法 22 条が有する性格としての：筆者注)「労働の自由」と「労働基本権」とは、理念的基礎と性格とを歴史的に異にするものと解し、よって、憲法上の「勤労者」は、「国民」のうちの「労働者」という労働契約によって使用者との関係を取り結び従属的な地位に位置付けられる者をいう者であると解している、と思われる。

(4) 小括

以上見たように、憲法規定を見る限り、「勤労者」ないし「勤労」の法的意味は必ずしも明らかではない。また、憲法学上明確な一般的理解もない。

しかし、憲法解釈や憲法の規定を具体化する関連労働法制を参照した場合、少なくとも手がかりは得ることができた。つまり、「勤労」とは“社会において自己の生活を維持ないし向上させていくために賃金等対価を得る目的の活動”であり、「勤労者」とは、“それを具体化実現する活動主体”であると推測できるということである。

また、従来の労働法学説における勤労者ないし勤労の法的概念の検討からは、上述の理解の仕方に加え、労働契約を締結して法的関係性を築き、使用者に対して「従属的」な立場におかれている者を「勤労者（＝労働者）」であると理解していると考えられる。

したがって、本プロジェクトが特に念頭においている、契約就業者とボランティアについて、前者は、その活動の目的が自己の生活を営む、すなわち賃金等対価を得るためであると考えられるが、労働契約を締結せずしたがって対価に賃金性はなく、就業の一方当事者に対して従属的な地位に置かれていないがゆえに、憲法における「勤労者」ではないと解され、かつ、その活動は憲法にいう「勤労」ではないということになる。後者については、その活動の目的が自己の生活を営む、すなわち賃金等対価を得るためではないことから、端的に憲法における「勤労者」ではないと解され、かつ、その活動は憲法にいう「勤労」ではないということになる。すると、契約就業者とボランティアについて、国が憲法規範を根拠として積極的に政策を立案・適用していくということは、法的根拠のないものであるということになる。

契約就業者にかかる問題は、この就業者が雇用労働者ではないがゆえに（法形式上労働契約を締結するのではないがゆえに）憲法規範に根拠付けられた社会法の適用がないことにな

²⁴ 山中康雄「労働権」日本労働法学会編『労働法講座 第1巻 総論』（有斐閣、1956年）155頁。

るが、①そうであるならば、根拠規範たる憲法上も、契約就業者による賃金等対価を得るための活動を「勤労」の概念に含め、彼らを「勤労者」の概念の範疇にあると理解すべきか、②反対に、就業の性質すなわち雇用労働者に近似する就業状況が客観的にあるにもかかわらず社会法の適用を現実を受けていないかあるいは裁判所判決によって社会法の適用が否定されたが、法政策として契約就業者にも社会法の適用を及ぼしていくとすればどのような方法があるのか、という二つの問題があると思われる。

また、ボランティアについては、その諸活動が憲法の「勤労」概念において想定されており、ひいては憲法に根拠をおく社会法各法がまったく適用されないという事態が生じ、果たしてそれでよいのかという問題に行き着くが、個別の立法政策の検討をする前提として、ボランティアを憲法上どのように位置づけるのか、という問題が生じる。

以下では、これらの問題について憲法との関係で検討する。

(5) 検討

まず契約就業者について検討する。ここでは憲法上の問題を検討するので、まず、上記①の問題について考える。

契約就業者は、法律学的には、「請負」または「委任」契約を締結し、ゆえに、市民法上もう一方の当事者と対等な当事者であることが想定され、自己の計算とそれに基づく危険を負担することによって業をなしていると一応考えられる。したがって、契約就業者は、自営業者として位置付けられると理解される。しかし、その実質的な就業状況（特に、契約関係の継続性）から考えると、場合によっては、契約の一方当事者たる企業法人または事業者主側との関係において、経済力ならびに交渉力の格差および情報の非対称性が見受けられるのではないかとと思われる。このことは、営利活動一般に広く見られるものであろうと推測されるが、こと労働法的観点から見た場合、従前の学説が述べていたような一方当事者との間に就業を通じた「従属的」関係が形成されるのではないかと考えられる。したがって、契約就業者は、従来の学説が想定するような“労働契約関係に基づき”労務を提供するわけではなく、また、“労務の提供それ自体”を契約の目的とするものではないが、契約を通じた就業過程において従属的地位に立たされることは、労働契約に基づき就業する者がおかれる従属的地位と異なるところはないと思われる。このことから、契約就業者も、憲法上の「勤労者」概念に含まれ、同時に、その就業は「勤労」概念の範疇に入るのではないかと考える。

以上のことが、仮に法理論的に正当なものであるとされる場合、次に問題となるのは、上述②の問題と関連して、憲法規定を根拠とした社会労働政策において、契約就業者が法政策的にどのように扱われるのかということとなる。この点については、「7. 具体的な政策提言の試み」において検討を行う。

次に、ボランティアについて検討する。

NPO 法人数の増加、社会貢献・市民活動機運の高まり、社会連帯の重要性を考えると、

社会全体におけるボランティア活動の有用性を法的に無視できるのだろうかという問題がある。ここでは、無視できないという前提で、個別具体的な法政策の根拠規範としての憲法解釈に即して考える。

国が社会労働政策としてボランティアにかかる施策すなわち法令等の整備を考えると、筆者は、その根拠付けとなる憲法上の理由が必要なのではないかと考えるが、私見では、その理由付けには二つの選択肢があるように思われる。

一つは、ストレートに憲法上の「勤労者」にボランティアを含めるという考え方である。この場合には、社会生活を維持するつまり“賃金等対価を得ることを目的とする活動を行う者”という共通解釈としての基本的前提を放棄しなければならない。これが可能かという、おそらく難しいだろう。なぜなら、雇用労働にかかる現行社会法体系は、かなり成熟した状態で確立し、長年月が経過していることから、「勤労者」概念にかかる共通解釈を覆すことは不可能と思われるからである。

では、二つ目の選択肢とは何か。憲法における「勤労者」概念が有する限界を克服すべく、ボランティアに対しても法的規整を及ぼしていく憲法上の根拠を与えるために、次のように「勤労者」概念を拡張してはどうかと筆者は考える。きわめて擬制的だが、特に憲法 27 条における「勤労者」概念を、憲法 13 条の「個人の尊重」、14 条 1 項の「法の下での平等」、19 条の「思想・良心の自由」、22 条 1 項の「職業選択の自由」、25 条 1 項の「生存権」を根拠に、“個人の考えが社会生活において十分に尊重され、その考えにしたがって社会生活に参画する諸活動を行う場合、その諸活動それ自体が社会に対する貢献として社会全体によって認識され、異なる性質を有する他の諸活動と異なる取り扱いを受けないことを私的および公的に約束された諸活動を行う者”と定義するのである²⁵。

そして、この定義を基礎とした社会法におけるボランティアにかかる法政策の具体的検討は、「7. 具体的な政策提言の試み」において行う。

以上の憲法規定の検討から派生して、就業形態の多様化という問題の延長線上にボランテ

²⁵ しかしその反面で、例えば強行的直律的効力を有する労働基準法（13 条参照）がボランティアにも適用されるかという問題を想定してみると、問題が生じる可能性もある。つまり、特に有償ボランティアは、事業主体である NPO の組織的性格上営利を迫及しない事業に組み込まれており、かつ、自らも賃金等対価を目的としない認識していたとしても、強行法規である労基法等関係法の解釈として、使用従属関係など諸要素から「勤労者」であることは現行解釈上客観的に定まるので、NPO 法人と就業者本人が意図していないとしても労基法が適用される余地があり得る（もっとも、現時点までにおいて、社会市民活動団体所属者の勤労者性を判断したおそらく唯一である判決においては、社団組織の専従事務局員ないし事務局長であった原告の勤労者性が否定されている（HIV 訴訟を支える会事件・東京地判平 12.9.11 労判 801 号 86 頁））。NPO は実質的に多くのボランティアに支えられて運営されていること、資金繰りが困難であることが一般的な理解であろう。そう考えると、ボランティアが「勤労者」であるとして、賃金支払いや人事管理コストの負担が法人に課せられるとすれば、予期せぬ出来事として、ますます盛んになりかつ社会経済的に重要な地位を占めていくであろう NPO 法人の存立基盤にもかかわる問題に発展しかねない。以上のように考えていくと、特に賃金等対価を得ることを目的としない活動に対して法的保護を及ぼすべきか否かは、NPO 法人という事業体をその就業関係を視野に置かず育成していくことを中心に政策を実行するのか、その問題とは全く別個の次元の問題として NPO 法人の育成にあまり関心を払わずにそこでの就業関係に介入していくのか、あるいはそれらを取り混ぜてバランスを取りつつ部分的に育成したり介入したりするのかという政策的価値判断を国は迫られることになる。

ィアという働き方を捉えるとき、「働くこと」の意味および「労働者」であることを、法律解釈や法政策の次元において、現在の社会的価値観を取り込みながら画定する作業が必要となってきたと思われる。このことは、「使用される」ことならびに「労働者」であるということとは法的に何を意味するのか、また、どうあるべきかということを検証し、再構成する必要性にも繋がってくる。そこで、以下では、社会法各法における「使用される」こと等を要件とする「労働者」の概念を検討することにする。

3. 社会法各法における「労働者」の定義の検証

(1) 個別的労働関係法²⁶

まず、個別的労働関係法について見る。個別的労働関係法とは、主に労働契約に基づく使用者と労働者との法的関係を規整する法分野の総称であるが、適用や制度枠組みの対象が労働者ないし勤労者である法律についても、この範疇において分類している。この分野における第一に主要な法律は労働基準法である。

ア. 労働基準法

(ア) 労基法 9 条の法的意味

労基法 9 条は「労働者」を、「職業の種類を問わず」事業に「使用され」「賃金を支払われる」者であると定めている。「職業の種類を問わない」ということは要件ではなく、また、契約形式が労働契約ではなく請負（民法 632 条）や委任（民法 643 条）といった民法上の典型契約でもその他の無名契約でも構わないので²⁷、「労働者」であることを画定するためには、「使用され」「賃金を支払われ」ているかどうかが重要な要素となる。このうち、「賃金」は、「名称の如何を問わず、労働の対償として使用者が労働者に支払うすべてのものをいう」（労基法 11 条）ので、「賃金」と「労働者」は相関的な関係にあるものの、労務提供に対価性があれば「賃金」性は認められるので、「労働者」性判断にとってさして重要な要素ではない²⁸ことになる。より重要なのは、「使用される」との文言である。

従来、「使用される」ことは、「使用従属関係」ないしは「人的従属性」と呼ばれ（これら文言は互換性を有すると理解されている）、現在では、「指揮監督性」や「指揮命令性」といった呼称²⁹もあるが、要するに「使用される」とは、「使用者の指揮監督下における」労働を

²⁶ 筆者のように、個別法ごとに「労働者」の概念を検討し、分類した文献として、稲垣正昭「労働者」日本労働法学会編『新労働法講座 第 1 巻』（有斐閣、1966 年）173 頁以下、山本吉人「労働者・労働組合」日本労働法学会編『現代労働法講座 第 1 巻 労働法の基礎理論』（総合労働研究所、1981 年）210 頁以下がある。

²⁷ 山川隆一『雇用関係法 第 3 版』（新世社、2003 年）20 頁。

²⁸ 安枝英神・西村健一郎『労働基準法（労働法Ⅱ）』（青林書院、1996 年）28 頁。

²⁹ 青木宗也・片岡昇編『注解法律学全集 44 労働基準法Ⅰ〔序説・第 1 条～第 41 条〕』（第 9 条・安枝英神執筆部分）（青林書院、1994 年）112 頁。土田道夫『労働法概説Ⅰ 雇用関係法』（弘文堂、2004 年）19 頁。なお、労基法 9 条における「労働者」をその歴史を含めて概観した文献として、東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法 上巻』（第 9 条、橋本陽子執筆部分）（有斐閣、2003 年）137 頁以下がある。

意味する。しかし、沿革的に工場労働者を念頭に構成されているこのような判断基準は、工場労働者以外の労働者に対して適用する場合には非常に難しい問題を生じさせる。就業形態の多様化・複雑化に伴って生じる限界的事例をどのように判断するのかという問題である。そこで、第一次的に法解釈を行う行政機関は、蓄積された裁判事例を参考に、「使用従属関係」の有無を判断するための考慮要素を策定している。考慮要素を示すと、以下の通りである（なお、公表された時系列順で掲げている）。

・労働基準法研究会報告（労働契約・就業規則関係）昭和 54 年 9 月 5 日

- ① 諾否の自由又は時間的拘束の有無
- ② 業務遂行の具体的な指揮監督の有無、業務遂行補助者使用の可能性等裁量の有無
- ③ 報酬決定方法基準の一般的賃金決定基準との類似性の有無

・労働基準法研究会第 1 部会報告（労働契約関係）昭和 60 年 12 月 19 日（労働省労働基準局編『労働基準法の問題点と対策の方向』日本労働協会、1986 年）

1. 「使用従属性」の判断基準

- ① 「指揮監督下の労働」に関する判断基準
 - a. 仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の有無
 - b. 業務遂行上の指揮監督の有無
 - c. 拘束性の有無
 - d. 代替性の有無
- ② 報酬の労務対象性に関する判断基準（報酬の指揮監督下労務対償性）

2. 「労働者性」判断の補強要素

- ① 事業者性の有無
 - a. 機械・器具の負担関係
 - b. 報酬の額（当該企業で同様の業務に従事する正規従業員との比較で）
 - c. その他（業務遂行上の損害賠償責任、独自の商号使用など）
- ② 専属性の程度
 - a. 他社業務への従事の制約及び経済的従属性
 - b. 報酬に固定給部分があり、かつ報酬自体に生活保障的要素が強い場合
- ③ その他（使用者がその就業者を自らの労働者と認識していると推認される点）
 - a. 選考過程
 - b. 源泉徴収
 - c. 労働保険の適用対象
 - d. 服務規律の適用
 - e. 退職金制度、福利厚生適用

*なお、具体的事例として、傭者運転手と在宅勤務者を取上げて検討している。

・労働基準法研究会報告（労働契約等法制関係）平成 5 年 5 月 10 日（労働省労働基準局監督課編『今後の労働契約等法制のあり方について』日本労働研究機構、1993 年）（筆者による要約）

結論として昭和 60 年の労基法研究会報告による判断基準を用いるべきとしているが、労働者性の広がりとして、具体的指揮命令の程度が小さい「スタッフ職」「専門職」、時間的拘束度が小さい「フレックスタイム制」「裁量労働制」、場所的拘束度が小さい「在宅勤務者」「サテライトオフィス制」、労働者類似の就業態様として、「自営的事業」「共同経営的事業」（「一人親方」「有償ボランティア」「フランチャイズシステム」）が意識的に挙げられており、「使用される」という概念をメルクマールとして用いることに問題がないわけではないと認識されている。

そして、a. 民法上の「労務に服する」「労務の提供を行う」を用いること、b. 別途法制により対応すること、が代替案として示されているが、a. については、適用範囲の不明確さ、指揮命令関係を前提とした労働時間法制の存在から、現行の労働者の定義を変更することには慎重であるべきとの見解が示され、b. については、家内労働法や労災保険の特別加入制度があるものの、実態に即してその必要性を検討すべきとの慎重な態度が示されている。その背景には、やはり「労働者性」判断の一義的基準の定立は困難で、個別事案に即した総合判断にならざるを得ないとの考えがある。ゆえに、当面は、昭和 60 年の労働基準法研究会報告における基準（前掲）よることが適当との結論に至っている。

- ・労働基準法研究会労働契約等法制部会労働者性検討専門部会報告－建設業手間請け従事者及び芸能関係者に関する労働基準法の「労働者」の判断基準について－（労働省 1996 年 3 月）（労働法律旬報 1381 号 56 頁掲載。以下、「判断基準」のポイントのみで、筆者による要約）

[建設業手間請け従事者について]

1. 使用従属性に関する判断基準

(1) 指揮監督下の労働

イ. 仕事の依頼、業務に従事すべき旨の指示等に対する諾否の自由の有無

- ・ 断ると次から仕事が来なくなる場合、作業が他の職種との有機的関連性を持って行われるため業務従事の指示を拒否することが業務の性質上そもそもできない場合 ⇒ 直ちに指揮監督関係を肯定する要素にならず、契約内容や諾否の自由が制限される程度を勘案する必要。

ロ. 業務遂行上の指揮監督の有無

(イ) 業務の内容及び遂行方法に対する指揮命令の有無

- ・ 当該指示が通常注文者が行う程度の指示等にとどまる場合 ⇒ 指揮監督関係を肯定する要素にならない。
- ・ 工程について他の職種との調整を行っていることは業務の性格上当然であるので、このことは業務遂行上の指揮監督関係の存否に関係しない。

(ロ) その他

- ・ 通常予定されている業務以外の業務に従事することがある場合 ⇒ 使用者の一般的な指揮監督を受けているとの判断を補強する重要な要素となる。

ハ. 拘束性の有無

- ・ 勤務場所が建築現場、刻み作業場等に指定されていることは、業務の性格上当然であるので、このことは直ちに指揮監督関係を肯定する要素とはならない。
- ・ 他職種との工程の調整の必要がある場合、近隣に対する騒音等の配慮の必要がある場合に勤務時間の指定がなされたというだけでは、指揮監督関係を肯定する要素とはならない。
- ・ 労務提供の量・配分を自ら決定、契約に定められた量の労務を提供すれば契約上予定された工期の終了前でも契約が履行されたことになり、他の仕事に従事できる場合 ⇒ 指揮監督関係を弱める要素となる。

ニ. 代替性の有無

- ・ 補助者使用に関する本人の権限の程度、本人と補助者との作業の分担状況を勘案する必要。

(2) 報酬の労務対償性に関する判断基準

- ・ 時間単位の報酬計算は使用従属性を補強する重要な要素。
- ・ 出来高計算や、請求書を提出させる場合でも、このことのみでは使用従属性を否定する要素にはならない。

2. 労働者性の判断を補強する要素

(1) 事業者性の有無

イ. 機械、器具等の負担関係

- ・ 高価な器具の所有と使用は事業者性を強め、労働者性を弱める（所有していても実際に使用していなければ労働者性を弱めない）。

ロ. 報酬の額

- ・ 同種業務に従事する正規従業員よりも高額な場合は労働者性を弱める（額の高さが長時間労働の結果であり、時間単位では同種業務従事の正規従業員と異なる場合は、労働者性を弱めない）。

ハ. その他

- ・ 業務遂行過程等の損失・損害の責任を負う場合は事業者性を補強する要素となる。第三者に対する損害賠償責任についても同じ。
- ・ 独自の商号の使用は事業者性を補強する。

(2) 専属性の程度

- ・ 専属性がないことは労働者性を弱めないが、判断に際しての補強要素の一つとなる（例えば、長期間継続して特定企業の仕事のみを請けている場合）。

(3) その他

イ. 給与所得として源泉徴収を行っている場合は労働者性を補強する一要素となる。

ロ. 発注書・仕様書等の交付により契約を行っていることは事業者性を推認する。但し、これら書面の交付のみならず、内容が事業者性を推認させるものかを検討する必要がある。

ハ. 他の日に事業主として請負を行っていることは手間請け日の労働者性判断に影響しない。

ニ. 手間貸し・手間返しの場合には労働者性の問題は生じない。

[芸能関係者について]

1. 使用従属性に関する判断基準

(1) 指揮監督下の労働

イ. 仕事の依頼、業務に従事すべき旨の指示等に対する諾否の自由の有無

- ・ 包括的な仕事の内容である個々具体的な仕事の依頼について拒否する自由が制限されている場合、専

属下請的に事実上仕事の依頼を拒否できない場合 ⇒ これら場合の諾否の自由は、直ちに指揮監督関係を肯定する要素とはならず、拒否する自由が制限される程度を勘案。

ロ. 業務遂行上の指揮監督の有無

(イ) 業務の内容及び遂行方法に対する指揮命令の有無

- ・俳優やスタッフなど芸術的創造的な業務に従事する者については、業務の性質上、大まかな支持にとどまる場合があるが、このことは直ちに指揮監督関係を否定する要素にはならない。

(ロ) その他

- ・通常予定されている以外の業務に従事することを拒否できない場合は指揮監督を受けているとの判断を補強する重要な要素となる。

ハ. 拘束性の有無

- ・勤務場所がスタジオ、ロケ現場に指定されていることは業務の性格上当然なので、このことは直ちに指揮監督関係を肯定する要素にはならない。
- ・勤務時間の指定・管理が場面設定との関係上特定の時間にしか撮影できないなどの事業の特殊性によるものである場合には、指揮監督関係を肯定する要素とはいえない。
- ・反対に、業務の遂行を指揮命令する必要によるもの（撮影時間、休憩、移動）は、指揮監督関係を肯定する一要素となる。

ニ. 代替性の有無

- ・労務提供の代替性があることは、指揮監督関係を否定する要素の一つとなる。

(2) 報酬の労務対償性に関する判断基準

- ・拘束時間や日数が当初の予定よりも延びた場合に報酬がそれに応じて増える場合には、使用従属性を補強する要素となる。

2. 労働者性の判断を補強する要素

(1) 事業者性の有無

イ. 機械、器具等の負担関係

- ・使用する衣装・機材が著しく高価な場合には事業者性を強め、労働者性を弱める。

ロ. 報酬の額

- ・当該企業で同「様」の業務に従事している正規従業員に比して著しく高額である場合、これは事業者に対する代金支払いで、労働者性を弱める要素となる。その場合は同「種」業務に比して高額である場合が基準となる。

ハ. その他

- ・第三者に対する損害賠償責任を負うことは事業者性を補強する要素となる。

(2) 専属性の程度

- ・専属性がないことは労働者性を弱めることにはならないが、その判断を補強する一要素となる（他者業務への就業制限、時間的余裕がない等事実上の困難性＝経済的従属性＝労働者性を補強する一要素）。

(3) その他

- ・給与所得として源泉徴収を行っている場合は労働者性を補強する要素の一つとなる。

しかし、以上の判断基準を具体的事案にどのように適用するのかということは、実際には極めて困難な作業であり、後述するように、裁判例における論理と結論は一様ではない³⁰。

(イ) 「労働者」概念の相対性

また、労基法9条における「労働者」をめぐっては、その人的適用範囲としての「使用従属関係」の画定に際して考慮される要素として、「法の目的」がある。各法律は、その具体的内容を実現するために一定の目的を有しているが、労基法も例外ではない。労基法は、私的

³⁰ (社)全国労働基準関係団体連合会『労働法上の「労働者」性の判断に関する裁判例の傾向と分析』（1995年）をみると、同じ職種でも「労働者」であることが肯定された例と否定された例があることがまとめられている。したがって、判断基準の適用は難しく、明確な一般的傾向は見出しがたいと考えられる。また最近では、労基法と同じ「労働者」概念が用いられている労災保険法における「労働者」性が争われた、一連の横浜南労基署長（旭紙業）事件諸判決においても、一審（横浜地判平5.6.17 労判643号71頁）、控訴審（東京高判平6.11.24 労判714号16頁）、上告審（平8.11.28 労判714号14頁）で、それぞれ結論と理由付けが異なり、判断基準の適用による具体的事案処理の難しさが伺われる。

な労働契約関係に対して国家が刑事罰と労働基準監督制度を背景として介入する、労働契約における労働条件の最低基準を確保するという最低労働条件基準保護法、端的には労働者保護法である。この意味を具体的に規定したのが、労基法 1 条 1 項にいう、「労働条件は、労働者が人たるに値する生活を営むための必要を充たすべきものでなければならない」との規定である（なお、憲法 25 条、27 条を参照）。したがって、労基法における「労働者」の概念ないし範囲を画定する具体的作業においては、誰が労基法の保護を及ぼされるべき労働者であるか³¹という法目的をも加味して行われる必要があるということになる。この結果、各法律が想定する人的適用範囲たる「労働者」は、各法が有する法目的が異なればそれぞれ異なるということになる。このことは、「労働者」概念の相対性³²と呼ばれる。

しかし、法目的が異なるがゆえに、人的適用範囲たる「労働者」の範囲が異なるといってよいことに果たしてなるのだろうか。法理論的観点から見れば妥当とも言えようが³³、実務的観点からすれば、事前の予測可能性を欠き、また、適用法規によって「労働者」であったり、そうではなかったりする、という問題が生じる。つまり、「労働者」概念に統一性がないゆえに、ある者を「労働者」として扱うべきか否か、法による保護を当初から与えなければならないのか、あるいは、公租公課において「労働者」として扱わねばならないのかという問題が生じようし、そういった問題が労働関係の展開中や終了後に紛争として発現した場合には、労使当事者に多大な訴訟コストを負担させてしまうといった問題をもたらしてしまうことになる。このように考えると、本章における問題を検討する上では「労働者」概念の相対性³⁴という点も加味しなければならないと言えよう。

³¹ 前掲注 10 菅野、96 頁、486 頁。

³² 有泉亨「労働者概念の相対性」中央労働時報 486 号 2 頁（1969 年）、下井隆史『労働基準法〔第 3 版〕』24 頁（2001 年）。

³³ 伝統的な学説では、従属労働から説き起こして理論上の概念として「労働者」概念を統一的に把握していたが（例えば、前掲注 21 沼田）、近年では、各法令の目的にしたがった相対的な把握方法を支持する学説が多いように思われる。筆者自身は、理論上、現代においてあまりに労働者の従属性を強調しこれを媒介とした「労働者」概念の把握方法は意味がないように思う。反面、本文において述べたように、実務上の問題から、各法令における「労働者」の概念は統一された方がよいように考えている。

³⁴ 本章では特に検討対象としていないが、さらに、労基法の「労働者」に該当する者は、法的には使用者と労働契約を結んでいるものとして取り扱われるため、労基法が規整の対象としていない諸問題にかかる「労働契約法理」が適用されることになる（特に従来は、請負等契約就業者に対する契約打ち切りに対して労働契約法理の一つである解雇権濫用法理が適用されるかが大きな問題であったと思われる。しかし今後は、平成 15 年改正労基法 18 条の 2 において同法理が明文化されたことから、請負契約が労働契約とみなされるかどうかではなく、端的に請負等契約就業者が「労働者」に該当するかを検討すればよいように思われる。なお、前掲注 10、菅野 74 頁 96 頁参照）。裏返せば、労働契約を結んでいる者は、労基法における「労働者」として扱われるということの意味する。しかし、労働契約法理の適用対象者が労基法上の「労働者」と同一であると考える論理的必然性はまったくない（前掲注 29、東京大学労働法研究会編 139 頁）。しかし、数多くの裁判例や学説が、「労働契約性・雇用契約性」を判断する指標として、「労働者」概念を画定するための「使用従属関係」を用いていることから、根本は同じ「従属性」概念で結び付けられている。筆者はこのような状況に疑問を持っている。それは、労基法に定められた最低労働基準として労働条件が問題となっている限り、現行法解釈として、端的に労基法にいう「労働者」概念が問題とされ、ストレートにかつ客観的に「労働者」であることが画定されるのに対して、労基法に定められていない労働条件が問題となり、「労働契約性・雇用契約性」が問題にされる場合には、「契約性」が問題とされるという意味において「当事者意思」すなわち主観が、客観的状況と互いに補完し合いながら事実認定に入り込む余地が多分にあるため、同じ「使用従属関係」という指標を用いて従属性を判定するにもかかわらず、指標の考慮要素に齟齬が生じてしまうのではないかと考えるからである（「黙示の労働契約の成立」という言葉

以下では、個別的労働関係法分野に属する労働基準法以外の法律について、その適用範囲を各法文を参照しながら見ていくことにする。

イ. その他の法律

労働基準法上の「労働者」と一致する労働者を想定し規定した法律としては、**最低賃金法**（2条1号）、**賃金支払確保法**（2条2項）、**労働安全衛生法**³⁵（2条2号）、**じん肺法**（2条4号）がある。

雇用機会均等法に定義規定はない。しかし、第1条をはじめ多くの条文に「女性「労働者」」との文言が使用されていることから、労基法上の「労働者」と同一と解しうる³⁶。

育児介護休業法にも定義規定はない。2条1号「育児休業」に、「労働者（日々雇用される者及び期間を定めて雇用される者を除く）」とあることから、基本的には労基法における「労働者」と同じだが、就労の形態によって一部の者を適用除外していると考えられる³⁷。

短時間労働者雇用管理改善法（パート労働法）は、2条において、労働時間に関する適用対象資格を定めているが、通常、パート労働者は雇用契約を締結して就労すると考えられるので、本法の適用がある者は、労基法における「労働者」と同一であると解しうる。

労働契約承継法には定義規定はないが、契約承継の通知対象者として、2条1項1号2号に「雇用する労働者」と規定されている。したがって、本法の適用がある者は、労基法上の「労働者」と同一と解しうる。

家内労働法 2条2項によれば、本法にいう「家内労働者」とは、「物品の製造、加工等若しくは販売又はこれらの請負を業とする者これらの行為に類似する行為を業とする者であつて厚生労働省令で定めるものから、主として労働の対償を得るために、その業務の目的物たる物品（物品の半製品、部品、附属品又は原材料を含む。）について委託を受けて、物品の製造又は加工等に従事する者であつて、その業務について同居の親族以外の者を使用しないこ

に端的に表れているように、「契約性」の問題は、「労働者」概念という画一的客観的に定まる問題とは次元が異なる。裁判例としては、例えば、安田病院事件・最三小判平 10.9.8 労判 745 号 7 頁参照。横浜南労基署長（旭紙業）事件控訴審判決（東京高判平 6.11.24 労判 714 号 16 頁）では、労基法の労働者と同一である労災保険法上の労働者性、すなわち客観的に定まるはずの労働者性が問題とされたにもかかわらず、「できるだけ当事者の意図を尊重する方向で判断するのが相当である」と述べられており、「使用従属関係」を判断する指標をめぐっては、混乱を超えて破綻を来していると言っても過言ではない状況にまでなっている。したがって、「使用従属関係」という文言をキーワードにして「労働者」の法的概念を検討する場合、労働契約ないしは雇用契約における「使用従属関係」をも検討の対象としなければならなくなる。しかし、それでは本稿の目的を超えるので、ここではあくまでも、「労働者」概念にかかわる限定的な範囲において「使用従属関係」を検討することとする。なお、「労働契約」における「使用従属関係」を検討した先行研究は、末尾に掲げた各文献を参照。

³⁵ なお、労働安全衛生法には、「請負人」とその「労働者」に対しても、「特定元方事業者」や「注文者」は一定の措置を取ることを義務付けている（労働安全衛生法 29 条以下参照）。したがって、人的適用範囲は、実は労働基準法上の「労働者」よりも広いと思われる。

³⁶ なお、セクシュアルハラスメントに関しては、派遣先は派遣労働者がその被害を受けないように就業環境を維持する努力義務を課している（平 11.11.17 労告 138 号）。派遣先とは指揮命令関係のみがあり、労働契約は締結されていないのだから、その意味では、均等法上の「労働者」の概念を特別な政策的意味において拡張した取り扱いを行っているものと解することができる。

³⁷ なお、今通常国会に提出されている改正育児介護休業法案によれば、期間を定めて雇用される労働者であつても、休業期間終了後に1年を超えて継続して雇用されることが予定されている労働者は休業を取得することができる、と適用対象労働者の範囲が拡張される方向で改められる予定である。

とを常態とするもの」をいう。したがって、家内労働法の適用対象は、労働の対償を得ることが目的であって労働者の性格が強いにもかかわらず、就労根拠の形式は「委託」であるため、使用従属性を有する労働者であるとはみなされていない³⁸。

個別労働関係紛争解決促進法に定義規定はないが、1条の目的規定において、「労働者」ないし「求職者」とその事業主との間の紛争を解決する旨が述べられているので、ここにいう「労働者」は、基本的には労基法上の「労働者」であると考えられ、その範疇には、「求職者」も含まれるという政策目的に従った拡大が図られているものと思われる。また、紛争解決という観点から考えた場合、解雇紛争の解決にあたり、解雇された「労働者」は「労働者」性を喪失していることになるが、行政は、解雇の時点で「労働者」性を満たしていれば本法の適用対象となると解している³⁹。以上の反面、本法は、「請負」「委任」等の「契約就業者」を対象として想定していないと考えられるが、実態によって判断することとされている⁴⁰。以上のことから考えると、労基法上の「労働者」というよりは労組法上のそれに近いもののように思われる。

勤労者財産形成促進法 2 条 1 号には定義規定があり、「勤労者」と表現されている。これは、「職業の種類を問わず、事業主に雇用される者をいう」とされる。行政解釈⁴¹によれば、「勤労者」とは公務員も含むが、自営業者や家内労働者は含まれず、労基法上労働者として扱われていない者はおおむね勤労者ではない。したがって、本法における勤労者は、労基法上の「労働者」とほぼ同じと解しうる。

中小企業退職金共済法には定義はなく、1条や3条で「従業員」との文言が用いられている。そして、3条3項、28条、施行規則2条によれば、期間雇用、季節雇用、試用労働者、短時間労働者、休職者、雇用関係終了予定者を除いて対象となる退職金共済契約制度⁴²を想定しているので、使用従属性ある労基法上の「労働者」であっても、法目的を考慮して、一

³⁸ にもかかわらず、平成12年6月14日に「在宅ワークの適正な実施のためのガイドライン」（労働省女性局女性労働課）が策定され、そういった就業者に対する一定の保護的措置が及ぼされている（契約条件の文書明示、契約条件の適正化として、報酬の支払期日、報酬の額、納期、継続的な注文の打ち切りの場合における事前予告、個人情報保護、健康確保措置、能力開発機会の付与。もっとも、家内労働法においても、就業時間、委託打ち切りの予告、工賃の支払、最低工賃額、安全衛生に係る規定が置かれ、家内労働者に対する一定程度の保護が策定されている）。なお、パソコンなどを利用した入力等作業は、文理解釈上「家内労働」の範疇には含まれないはずだが、行政解釈（平2.3.31基発184、婦発57）によれば、入力作業等は「家内労働」であり、これを行う在宅就業者は「家内労働者」とであると解されている（森戸英幸「我が家が一番？」日本労働研究雑誌467号（1999年）51頁）。しかし、Eメールによるデータ送信は適用外であり、時代遅れとの批判がある（前掲注28、東京大学労働法研究会編、153頁）。

³⁹ 厚生労働省大臣官房地方課労働紛争処理業務室編『個別労働紛争解決促進法』（労務行政研究所、2001年）101頁。

⁴⁰ 前掲書、同頁。

⁴¹ 昭47.1.22基発38。

⁴² なお、本法に基づく退職金共済制度には、建設業を対象としたもの、林業を対象としたもの、清酒製造業を対象としたものがあるが、このうち、建設業のそれは、一人親方でも任意組合を作れば被共済者になることができ、また、林業のそれは、日々雇用や季節的就業といった就業期間や継続性にかかわらず制度を利用することができる（厚生労働省HP中の「主な制度紹介」参照）。したがって、制度の基本目的とは別に、産業特殊性を考慮して法・制度目的を細分化することによって適用対象を決している立法であると考えられることができるだろう。

部の「労働者」を適用除外しているものと解しうる。

労働金庫法では、2条に労組法と同じ定義規定がある。すなわち、「職業の種類を問わず、賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者」である。したがって、労基法上の「労働者」よりも範囲が広く、例えば失業中の者をも含み、かつ、憲法28条における「勤労者」と同一であると解される。

勤労青少年福祉法に定義規定はないが、4条「関係者の責務」に、「雇用する」勤労青少年の福祉を増進するようとの努力義務が定められていることから、使用従属性を有する「労働者」を想定しているものと推測される。

その他：なお、雇用労働法分野に属しないが、厳密には「労働者」といえない就業者に対して一定程度の保護を及ぼしている法律がある。

一つは、1956年制定の下請代金支払遅延防止法である。この法律は、元受企業の圧力により、下請企業が受ける不利益を除去・防止することを目的としており、下請け代金の支払い遅延をはじめ、親事業者に対して、下請業者の給付内容、下請代金の額・支払い期日・支払い方法を記載した書面の交付などを義務付け（3条、5条）、また、不当な受領拒否、代金減額、返品買い叩き、製品・原材料等の強制購入を禁止している（4条1項）⁴³。

もう一つは、民法306条2号、308条であり、給与に対する一般先取特権を認める規定である。この規定は、特に会社が倒産した場合の賃金債権の確保に関して重要である。従来は「最後の6ヶ月間」の「雇人の給料」と定められていたが、平成14年の法改正により、期間の限定が撤廃され、かつ、「雇用関係」から生じた給与とされた。この「雇用関係」の意味は、国会答弁によれば、実質的に雇用関係があると考えられる請負や委任による労務提供の場合をも含むということなので、従来よりも適用対象範囲が拡大されたことになる。但し、雇用関係の“実質性”を巡る紛争が生じる可能性は多分にある。

(2) 集团的労働関係法

次に、集团的労働関係法を見る。

労働組合法では、3条が、「労働者」を「職業の種類を問わず、賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者をいう」と定めている。この規定には、「賃金、給料その他これに準ずる収入」との表現があり、また、本法が憲法28条の要請を受けて制定されていることからしても、本法における「労働者」は労基法上の「労働者」よりも広い概念である⁴⁴。

ところが、労組法における労働者を判断する基準が本法中に定められていないため、代替する基準として「使用従属関係」が用いられている⁴⁵。ここでいう「使用従属関係」は、労組法の目的に従えば、当然、それにしただった適切な（比較的緩やかな）基準ないし要素が

⁴³ 前掲注29、東京大学労働法研究会編140頁。

⁴⁴ 具体的には、失業者、プロ野球選手、家内労働者が含まれる（前掲注29、東京大学労働法研究会編142頁）。

⁴⁵ 前掲注10、菅野484頁。

考慮されてよいはずである。しかし裁判例では、労基法と労組法の双方の「労働者」概念と「使用従属関係」が明確に区別されて論じられているわけではない。すなわち、労組法上の「労働者」概念画定のために用いられる考慮要素は、労基法上のそれを確定するために用いられるものと同じであるのが現状である⁴⁶。

労働関係調整法は、その適用対象を「労働関係の当事者」（2条）としている。そして、対象事項を労働争議など集団的労使紛争に限定している。したがって、本法の適用対象は、基本的に使用者と労働組合である。つまり、「労働者」性は問題とならない。

(3) 労働市場法⁴⁷

次に、労働市場法分野の法律を見ておく。労働市場法は、雇用対策法を頂点（通則法）とする、労働市場における需給調整を円滑にするための法分野である。つまり、この法分野に属する法律は、基本的に、使用者と労働者の雇用労働関係や労働条件を規整するという性質のものではなく、労働市場施策推進のために行政事業を行うための枠組法である。したがって、「労働者」の概念をめぐる法的紛争の生じる可能性が低い法分野であると考えられる。

しかし、労働市場を規整する各法律にも当然適用範囲はあり、また、行政施策の適用を受けるか受けないかは、「労働者」ではなく“就業者”“活動者”にとっても重要な問題を有する可能性があるため、以下、検討する。

雇用対策法には定義規定はない。しかし、3条の基本理念において、「労働者」は職業の安定が図られるように配慮される、であるとか、あるいは、4条の国の施策において、職業安定事業の実施が想定されていることから、憲法上の「勤労者」と同じく、働く意欲と能力のある「労働者」を対象とし、そこには、「求職者」ないしは「離職者・失業者」も含まれると解される。

職業安定法に定義規定はないが、求職者の職業の安定を図るという法律の目的から考えて、基本的には「求職者」を対象としていると解する（法文上は、「人」「求職者」「労働者」が用いられている）。また、職安法上の「雇用関係」は同法独自の概念であり、判例曰く、職安法にいう雇用関係とは「必ずしも厳格に民法623条の意義に解すべきものではなく、広く社会通念上被用者が有形無形の経済的利益を得て一定の条件の下に使用者に対し肉体的、精神的労務を供給する関係にあれば足りるもの」である⁴⁸。したがって、職安法の人的適用範囲ならびに雇用にかかる関係性は、労基法上の「労働者」ならびに労働契約関係と必ずしも一致するものではない⁴⁹。

労働者派遣法2条2号によれば、「派遣「労働者」」とは、派遣元事業主が「雇用する労働

⁴⁶ 前掲注29、東京大学労働法研究会編142頁。

⁴⁷ 自然人を制度枠組みの対象としていない法律は除外している。

⁴⁸ 最一小判昭29.3.11刑集8巻3号240頁。

⁴⁹ 前掲注29、東京大学労働法研究会編143頁。

者」である。したがって、派遣元との関係では「使用従属関係」にある「労働者」と解しうる。他方、本法の制度枠組みにはのらないが、事実上派遣（正確には「派出」）されている場合には、受入先企業との関係で実質的な使用従属関係があれば、受入先企業と当該就業者との間で「労働者」性や「労働契約性」が認められる場合がある⁵⁰。

高齢者雇用安定法に定義規定はない。2条によれば、一定年齢以上であることが求められ、求職者、失業者をも含む高年齢者が適用対象とされている。

障害者雇用促進法は、43条1項に定義規定がある。ここでは、「常時雇用する労働者」とされている。したがって、本法における労働者は、基本的に労基法にいう「労働者」と同じであると考えられる。さらに本法は、障害を有する者の雇用の促進を図るという目的を有していることから、求職以前の段階における者をも対象としていると解される。このことに関連して、本法では、障害を有する者が行政施策として享受しうる職業リハビリテーション（職業指導、職業訓練、職業紹介）が定められている。

建設労働者雇用改善法2条2項によれば、「建設労働者」とは、「建設事業に従事する労働者」と定義されている。この場合、「従事する」との文言が、雇用関係ないしは使用従属関係を意味するのかが問題となる。この点、2条3項において、「事業主」とは、「建設労働者を雇用して建設事業を行う者」とされていることから、本法における「労働者」とは、使用従属関係を基礎とした労基法における「労働者」と同一であると解される。但し、建設事業の特殊性を理由として、請負人に対する事業主の手続的義務が罰則付きで定められている（8条1項、12条2号）。

港湾労働法2条4号によれば、「港湾労働者」とは、「港湾運送の業務に従事する労働者」と定義されている。港湾労働における需給調整システムは特殊複雑であり、港湾労働者派遣事業も認められているが、日々の波動性に応じた日雇労働者の場合は雇い入れられることになるので、その都度ではあるが「労働者」性ないし「使用従属関係」が認められるであろうし（もっとも、日雇ゆえに雇用の継続は法的期待権として認められないであろう）、港湾労働者派遣事業にあつては、派遣元との間に雇用関係があるので、その範囲では「労働者」性ないし「使用従属関係」が認められるということになる。

介護労働者雇用管理改善法は、2条2項において、「介護労働者」とは、「専ら介護関係業務に従事する労働者」と定義している。「専ら」「従事する」の意味が不明確だが、同条4項において、「事業主」とは「介護労働者を「雇用して」介護事業を行う者」とあるので、「介護労働者」は、労基法上の「労働者」と同一であると解される。

林業労働力確保促進法は、2条1項において、「林業労働者」とは、「森林における施業に従事する労働者」としている。同条2項においては、「事業主」を、「林業労働者を「雇

⁵⁰ 安田病院事件最高裁判決（最三小判平10.9.8 労判745号7頁）参照。また、有期契約の雇止めの法理が登録型派遣の場合にも適用されるとの一般論を述べた事案である、伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件（松山地判平15.5.22 労判856号45頁）も参照。

用して」森林施業を行う者」と定義していることから、「林業労働者」は、労基法にいう「労働者」と同一であると解される。

職業能力開発促進法 2 条 1 項によれば、「労働者」とは、「事業主に雇用される者および求職者をいう」。能力開発施策が労働関係の内外両方において必要であることから考えても、本法における「労働者」に「求職者」が含まれるのは当然であると解される。したがって、雇用される者は労基法にいう「労働者」と一致するが、求職者については「労働者」と異なると解される。

(4) 労働・社会保険法

最後に、労働保険および社会保険関連法における「使用される」または「労働者」の定義を見ることにする。

ア. 労働保険

労災保険法には「労働者」の定義規定はないが、労基法上の災害補償事由が生じた場合に保険給付を行い（労災保険法 12 条の 2、2 項）、また、労基法に定められている災害補償の裏付けを行う責任保険制度として制定されたことを理由として、本法にいう「労働者」は、労基法上の「労働者」概念と同一であると解されている⁵¹ ⁵²。したがって、労基法について検討した部分で指摘した問題点がここでも妥当することになる。

雇用保険法は、4 条 1 号の「被保険者」にかかる規定において、「適用事業に雇用される労働者」との定義規定がある（雇用される労働者であっても、保険制度であることを理由とする適用除外が 6 条において定められている）。したがって、使用従属関係を基礎とする「労働者」として、労基法上におけるそれと同一ではないかとの推測が成り立つ。裁判例を見る限り、考慮要素とその用い方は、労基法上の「労働者」性を画定するものと同じである⁵³。

イ. 社会保険

健康保険法では、3 条において、「適用事業所に使用される者」を「被保険者」として定めている。

厚生年金保険法では、9 条において、「適用事業所に使用される 70 歳未満の者」を「被保険者」として定めている。

両法ともに、「使用される」という文言をもって定義を行っており、このことは、「使用従属関係」に基づくものであろうとの一応の推測を可能にする。裁判例は、実際には、労基法上の「労働者」性判断を活用しているようである⁵⁴。しかし、必ずしも同一の考慮要素を用

⁵¹ 日本労働研究機構『就業形態の多様化と法政策』（2003 年）75 頁（上田達子執筆部分）。

⁵² なお、労災保険法は、本来的適用範囲たる「労働者」に含まれない者の特別加入制度を設けている。この制度に加入できるのは、中小事業主とその家族従業者、一人親方とその家族従業者、家内労働者や介護作業従事者など特定事業従事者、海外派遣者である（労災保険法 33 条）。

⁵³ 経営コンサルタントの被保険者資格につき、所沢職安署長事件・東京高判昭 59.2.29 労民集 35 卷 1 号 15 頁。

⁵⁴ 洋服の仕立屋の被保険者資格につき、静岡地判昭 35.11.11 行裁集 11 卷 11 号 3208 頁。

いているわけではなく、結論についても判断が分かれている。

この点、事実上の「使用関係」が判断の分かれ目であるので、両法にいう「使用関係」は社会保険法上独自の概念であるとの主張がなされているが、これに対し、両法の人的適用範囲の沿革は工場法に遡るがゆえに、労働法とは異なる独自の概念であるのかは議論の余地があるとの見解もあり、定まっていないようである⁵⁵。

なお、健康保険法では、法人代表者や業務執行権を有する者をもその適用対象としている⁵⁶が、先に述べた労災保険法はこのような者を適用対象としていない⁵⁷。

ウ. 企業年金

確定給付企業年金法は、25 条において、「実施事業所に使用される被用者年金被保険者等」は加入者とする」と定め、2 条 3 項を見ると、「被用者年金被保険者等」とは、「厚生年金保険の被保険者」である。従って、本法の「被用者」の定義は、厚生年金保険と同一である。

確定拠出年金法では、9 条 1 項において、「実施事業所に使用される被用者年金保険被保険者等は加入者とする」と定められ、2 条 6 項で、「被用者年金被保険者等」とは、60 歳未満の「厚生年金保険の被保険者」であるとされている。したがって、本法における「被用者」の定義は、厚生年金保険と同一である。

(5) 小括

以上見てきたように、社会法各法における「勤労」「労働」とは、基本的に賃金等対価を得ることを目的とした活動であること、そして、「勤労者」ないし「労働者」とは、それら活動を行う者であって、労務の提供を行い、その対償として賃金の支払いを受ける者であることが確認された⁵⁸。「求職者」も、未だ労務の提供もしていなければ賃金の支払いも受けていないが、それらの意思を有する者として同列に位置付けることができよう。

また、労務の提供を意味する「使用される」との表現は、基本的には、「使用者の指揮命令の下に労務を提供する」という「使用従属関係」の言い換えを意味するということも理解しえた。

さらに、「労働者」概念が法目的によって相対的であることの表れとして、特に労働市場法の領域に属する各法の適用対象として、「求職者」「離職者」「失業者」などといった、「使用

⁵⁵ 前掲注 29、東京大学労働法研究会編、143 頁。

⁵⁶ 昭和 24 年 7 月 28 日保発 74 号。

⁵⁷ 昭和 61 年 3 月 14 日基発 141。有限会社取締役の被保険者資格について判断した事案として、広島高岡山支判昭 38.9.23 行裁集 14 卷 9 号 1684 頁がある。なお、健康保険法は業務外の理由による傷病を対象としているが、他方、労災保険法は業務上の疾病を対象としているが、小零細規模法人の代表者は労基法上の「労働者」ではないため、業務上災害について、健康保険法上の給付はもちろん、労災保険法上の給付も受けることができなかった。このため、そのような事業主法人代表者の労働実態が一般従業員と著しく異ならない場合には、特別に健康保険による給付を行うこととされ、同時に、労災保険が適用される場合には健康保険給付は行われないこととされている（保発 0701002 号平 15.7.1）。

⁵⁸ 前掲注 26、稲垣 181 頁も、「賃金によって生活する者」という意味で「労働者」なる名称が使われている」と述べる。

される」状態にない者についても、法ないし政策の目的から、「労働者」の概念に含まれていることが明らかとなった。換言すると、法の（政策）目的に従った定義がなされていると言える。

ここでの検討を、契約就業者とボランティアの就業・活動関係に即すると、前者については、「使用される」＝「使用従属関係」になく、後者についても、その活動がそもそも、法的な「勤労」「労働」に該当しないことから、両者とも、社会法各法における「労働者」には該当しないということになり、よって、社会法各法に定める利益や保護を享受し得ない、ということになると考えられる。もっとも、労働市場法に関しては、両者は少なくとも、「求職者」などといった、これから労働契約関係を取り結ぼうとする意思を有し、かつ能力を保持している者である限り、「労働者」とみなしうる場合もあると考えられることから、部分的には社会法の適用を受けることがあるものと思われる。

続いて、先の検討において若干触れたが、社会法各法、特に労基法、労組法、労災保険法、雇用保険法、健康保険法、厚生年金法など主な個別法規における「労働者」概念に関し、裁判所はどのように判断しているのかを、以下に簡潔に概観する。

4. 「使用される」との文言の法的解釈－裁判例の検討⁵⁹

(1) 「労働者」性

筆者が整理・作成し、本報告書の末尾に掲げた裁判例リストを見ると、労基法違反や労災保険給付が争点になっている場合、すなわち「労働者」性が直接的に問題になっている場合、裁判所はまさに当該就業者が労基法上の「労働者」であるか否か＝「使用される」者であるか否かについて検討し、判断を下している。その際の判断基準は、端的には、先述労基法研究会報告が述べる「労働者」性の判断基準であり、各事案においては、その判断基準を用いて総合判断を行っている。

時系列で見ると、大平製紙事件最高裁判決⁶⁰、さらに、大塚印刷事件東京地裁判決⁶¹が判決理由において示した判断基準が、現在の「労働者」性判断基準にとって決定的な影響を及ぼしたと考えられる。それ以前の裁判例では、就業実態から、労働者性を画定させるための道具概念として使用従属関係を用い、具体的には、報酬の労務対償性、時間的場所的拘束性等指揮命令関係を中心に、さらに公租公課の源泉徴収にかかる取扱の他の従業員との差異を考慮して、労働者性を判断していた。

しかし、「労働者」性有無の判断は、その判断基準における考慮要素を用いての“総合判断”

⁵⁹ 本報告書末尾の裁判例リストを参照。但し、最高裁判所判決を除き、判決要旨までは掲載していない。なお、裁判例を網羅的に分析した文献としては、橋本陽子「労働法・社会保険法の適用対象者(1)」法学協会雑誌 119 巻 4 号(2002 年)があり、本稿は同論文を参考とした。

⁶⁰ 最二小判昭 37.5.18 民集 16 巻 5 号 1108 頁。

⁶¹ 東京地判昭 48.2.6 労判 179 号 74 頁。

であることから、裁判官の心証に依存した不安定な判断基準⁶²であると言うこともできよう。その証左としてあげることができるのが、一連の横浜南労基署長（旭紙業）事件各判決である⁶³。この事件では、同じ認定事実にもかかわらず、一審と控訴審・上告審で法的判断が分かれ、かつ、控訴審判決においては、法的判断の手法としての総合判断のみならず、“当事者意思の尊重”についてまで述べるに至っている⁶⁴。

また、「労働者性」の判断基準について一般論を立てている最高裁判決⁶⁵はない。だとすると、「労働者」性にかかる統一的な判断基準が必要なのではないかと考えられるが、同じ職種であっても実態があまりに多様であるために一般論は立てにくく、ゆえに最高裁としては、事例判断として事件を処理せざるを得ないと理解しているものと推測できよう。

なお、「労働契約」ないし「雇用契約」性が争点とされる場合も、「労働者」概念におけるのと同じ「使用従属関係」が問題とされている⁶⁶。この点、共通する「使用従属関係」という法的概念の意義と機能の相違という検討課題が浮かび上がるが、これについては今後の検討課題としたい⁶⁷。

⁶² 横浜南労基署長（旭紙業）事件最高裁判決（最一小判平 8.11.28 労判 71414 頁）では、同事件控訴審判決（東京高判平 6.11.24 労判 714 号 16 頁）において述べられていた契約解釈による当事者意思を尊重すべしとの考え方は受け容れられていない。したがって、強行法規ないしは保険関係の適用関係に関する事案である限り、労働者概念は当事者意思を排して客観的に定まるとする考え方に抗することは難しいだろう。他方、新宿労基署長（映画撮影技師）事件東京高裁判決（東京高判平 14.7.11 労判 832 号 13 頁）では、同事件一審判決（東京地判平 13.1.25 労判 802 号 10 頁）で考慮されていた労働省のガイドラインに基づく判断を排して、職務遂行に裁量性の高い撮影技師といえども監督との関係では従属的な立場に置かれていたと解することができる余地が残されていることが明らかにされている。これらの裁判例の存在を考えると、結局は、労働者概念について法的に安定した解釈を行うことはまったく困難とってよい状況になっている。なお、後に掲げるように、職種特質的な労働者概念なるものがあるのかを検討した文献（前掲注 30、（社）全国労働基準関係団体連合会）があるが、それを抽出することは極めて難しく、あくまでも過去の事例に基づいた範囲での傾向を示すにとどまっている。したがって、職種一般の傾向を示すことさえも困難と言える。

⁶³ 本報告書末尾の裁判例リスト中、最高裁判決一覧を参照。

⁶⁴ この点につき、注 34 を参照。

⁶⁵ 本報告書末尾の裁判例リスト中、最高裁判決一覧を参照。

⁶⁶ 前掲注 59、橋本 106 頁参照。

⁶⁷ 若干付言すると、「労働契約」性が争点である場合、法令上の問題ではなく優れて労働契約上の問題となり、例えば当該契約の解約に対して解雇権濫用法理が適用されるか否かであるとか、契約更新拒絶による雇止めにも同法理が適用されるか、さらに、労働契約上の債務不履行ないし信義則違反として安全配慮義務が事業者側に課せられているのかなどが争点とされている（不払い状態にある報酬の賃金該当性に関しては、契約上の問題と併せて、労基法 24 条が問題とされるという意味で、「労働者」性の問題とも重複することになる）。この場合、争点が労働契約ないしは雇用契約上の問題であるにもかかわらず、労働契約が市民法上の契約一般とは質的に異なっており、使用従属関係に基礎を置きつつ市民法上の契約が一定程度修正されているのだという考え方に基づいているため、結局は、労働者性概念を確定させるための基礎的道具概念である使用従属関係に着目せざるを得ないのだと思われる。したがって、労働者性判断における使用従属関係との異同はほとんど判別が不可能な状況となっている。また、労働者性と労働契約性における使用従属関係の差異に着目した場合、この点を検討した学説は皆無であるように見受けられる。反面、労働者性と労働契約性とは無意識のうちに区別されて論じられているようにも思われる。労働者性の場合には法令の適用に関する問題であるため、横浜南労基署長（旭紙業）最高裁判決（最一小判平 8.11.28 労判 714 号 14 頁）のように厳格な客観説を採り、学説ではこれを補強すべく当事者の契約意思をも考慮した労働者概念確定のための試みがなされているからである（例えば、同判決にかかる評釈である鎌田耕一「いわゆる傭車運転手の労災保険法上の労働者性が否定された事例」労働法律旬報 1422 号 21 頁（1997 年）、柳屋孝安「雇用関係法における労働者性判断と当事者意思」西村健一郎・小嶋典明・加藤智章・柳屋孝安編『新時代の労働契約法理論—下井隆史先生古希記念—』（信山社、2003 年）を参照）。これに対して、労働契約性が問題となっている場合、厳格な判断を避けて当事者意思を考慮に入れつつ、就業実態等諸般の事情から柔軟かつ客観的に労働契約性を判断していこうという態度（通説たる黙示の契約説）が安田病院事件最高裁判決（最

(2) 契約就業者の「労働者」性（対置概念としての「事業者」性）

「使用従属」性を判断するに際しては、その対置概念としての「事業者」性が検討されている。「事業者」性を考えるに当たっては、それに該当するような職種⁶⁸である備者運転手、撮影技師、山船頭、潜水夫、石工などの業態の事案で見られるような、業務に必要とされる機材の所有の有無が、「使用される」ことと並んで重要な考慮要素とされていると見受けられる（この点は、前掲労基研報告において補強的要素として挙げられている）。私見ではさらに、使用機材の観点のみならず、当該業務に対する不可欠性という意味では、業務遂行に必要な技能や知識といった点も重要であろうと思われる。企業または事業主が、契約就業者に対し、その業務遂行に不可欠な知識や技能を企業等の側の負担で修得させている場合には、使用従属関係や労働者性、特に事業者性を判断するに重要な考慮要素となりうるのではないかと考える。

(3) ボランティアの「労働者」性

契約就業者の「労働者」性については、本報告書末尾の裁判例リストにあるように、数多くの事案がある。他方、ボランティアについては、もともと、「労働者」性を争う余地は少ないと考えられるところ、1件の事案⁶⁹があるのみである。以下では、その事案を手がかりに、社会法におけるボランティアの「労働者」性について考えることにする。

ア．裁判例

三小判平 10.9.8 労判 745 号 7 頁）に見て取れる。また学説でも、契約上の問題であるためか、客観説的アプローチではなく、むしろ黙示の契約説の深化に努めているように思われる（土田道夫「紹介所から派遣された付添婦と病院との間の労働契約の成否」労働法律旬報 1467 号 36 頁（1999 年）、萬井隆令「紹介所から派遣された付添婦と病院の間の黙示の労働契約の成立」法律時報 71 卷 8 号 123 頁（1999 年）参照）。

⁶⁸ 職種ごとに「労働者」性判断の特性を析出するのは難しい。前掲注 30、（社）全国労働基準関係団体連合会を参照。以下は、同文献からの抜粋であるが、判断の難しさをよく表していると思われる。

【外勤労働者】

- ・「契約の実態から判断して、一般的な指揮監督が存在していることを重視しているものが多いようである。
- ・他方で、報酬要素における固定給部分の存否、程度は必ずしも重視されていないようである。」

【備者運転手】

- ・「仕事の諾否の自由が実質的には制限されており、仕事の遂行において一般的な指揮命令を受けていたという点が、「労働者」性の肯定の決め手となっているようである。
- ・その背景には、いわゆる従業員運転手との処遇の際は、会社側の経営政策上創出されたものにすぎず、その実態は従業員に他ならないとの考慮もあるようである。」

【職工】

- ・「注文主からの一般的な指揮監督がどこまで及んでいたかが重要な判断要素となっている。
- ・また、注文主との関係が、ある程度継続的なものとなり、専属性が強まってきている場合には、「労働者」性が肯定されやすくなる。
- ・このような事情は、「注文主からの報酬のみによって生計を営んでいる」かどうかという判断基準においても考慮される。
- ・源泉徴収がなされていないことは、「労働者」性を否定する決定的要素となっていない。」

⁶⁹ HIV 訴訟を支える会事件・東京地判平 12.9.11 労判 801 号 86 頁。なお、近時、家事援助支援ボランティア活動が、法人税法上の課税対象となる請負業に該当するか否かについて判断した事案（NPO 法人流山ユー・アイ・ネット法人税課税訴訟。平成 16 年 4 月 2 日千葉地方裁判所判決）がある（この事案については、さわやか福祉財団 HP、http://www.sawayakazaidan.or.jp/i_index.htm を参照）。

当該事案は、退職金請求にかかる民事訴訟であった。裁判所は、

- ① 月々定額の支給を受けていた金員は原告の唯一の収入源であったが、支給された金員の名称は、「活動保証費」「人件費」であって、「賃金」「給与」ではなかったため、この金員の性格は、労務提供の対価としての賃金であるとは必ずしも認識されていなかったこと、
- ② 原告の業務内容は被告の活動方針に基づいて決せられていたが、活動方針に基づいてあらゆる業務が遂行されることになるのは当然であって、これによって使用従属関係があったと認めるには足りないこと、
- ③ 事務所に必ずしも定時にいたわけではないこと、
- ④ 時間外手当、休日手当あるいはこれに相当する金員を受給したことがないこと、
- ⑤ 明示的な雇用契約を締結したことはないこと、
- ⑥ 専従事務局員となった後にも雇用保険を受給していた、

などの認定事実から、「労働者（判決理由では一部「被用者」との文言も用いられている）」性を否定している。

私見では、①については、労基法上「賃金」は「名称に如何にかかわりないこと、ならびに、当事者の主観的認識を考慮している点で疑問がある。②については、民間企業でも同じことが考えられることから、これにより使用従属関係が直ちに否定される理由はないと考える。③については、他の企業・組織においても事業所外で活動する者は多く存在するのであり、否定的要素として機能しないのではないかとの疑問がある。④については、組織側が支払っていないという事実があるのみで、かえって（「労働者」であることが客観的に認められる場合には）賃金不払い等の法違反である可能性さえある。⑤については、通常の労働契約も、労基法上労働条件明示義務（15条）があるものの、契約それ自体は明示的である必要はない、と考えることから、疑問の多い判決であると考えている。しかし、⑥の専従事務局員となった後も雇用保険を受給していたという事実は、現行法制下において適用対象とされる「労働者」であることについて否定的に強く作用するのではないかと思われる。その前提として、原告は、専従職員となった後も職業安定機関に対して就職の事実を意図的に告げていなかったとも推測されるが、ここでは善意に解釈しておく。前職が、賃金等対価を得ることを目的とした活動（＝労働）である場合に、原告は、この労働の機会を喪失して国から失業手当を受給しているのであり、この事実の背景には、労働契約に基づいた労働の従属性こそすらないが、社会において生活を維持するために賃金・給与またはこれに準ずるものとして失業手当を受給しているものと推測される。そして、このことゆえに、当該 NPO 組織における活動が生活を維持するための賃金等対価を得る目的での活動ではない、すなわち労働契約関係に基づいた有償労働ではない、と判断されたのではないかと筆者は考える。本件判決全文を仔細に検証したわけではなく、また、参照し得た限りの判決要旨には先に述べたように多くの疑問があり、最終的な態度は決めかねるが、失業手当の受給とこれと平行した活

動との関係から考えて、一応、結論的には妥当な事案であるとしておく。

イ. NPO 法

唯一の事案においてはボランティアの「労働者」性は否定されている。それでは、NPO の活動枠組みを定める特定非営利法人活動促進法（以下、単に「NPO 法」という）には何か手掛かりがあるのだろうか。

NPO 法は、その第 1 条で、「市民が行う自由な社会貢献活動」という文言を用いている。また、その第 2 条 1 項で、NPO 法人を、「不特定かつ多数のものの利益の増進に寄与することを目的とする」ものと定めている。その他には、法人の設立運営に関する形式的な事項や行政の関与および税法上の取扱について定めている。したがって、NPO 法人において活動する者の活動それ自体にかかわる事項は本法が想定するところではなく、かつ、ボランティアは当然に利益を追求するものではなく、有償労働者であるとの認識を有していない法律であると考えられる。

なお、NPO 法人の役員に関しては、NPO 法人における就業から「報酬」を受け取することを前提とした規定（「定義」にかかる 2 条 2 項 1 号ロならびに「設立の認証」にかかる 10 条 1 項 2 号ニ）もあるが、必ずしも役員への報酬支払を必然的なものであるとは想定しておらず、また、当然にその他 NPO 法人就業者に対する報酬の支払も予定していない法律であると理解されよう。

ウ. ボランティアの法律関係

NPO 法には何も手掛かりがないとすると、ボランティアの法律関係は一体どのように構成されるのか⁷⁰。ボランティア活動はその実態が極めて多様であるから、個々の活動実態を慎重に見た上で決せられるべきであろう。しかしここでは問題を一般化し、ボランティア活動の性質が、自発・内発性を有し、対価性を有しないものとして考えてみる。

すると、無償ボランティアの場合は（無償）準委任（民法 656 条）であろうし、有償ボランティアであっても、その対価は「ほとんど実費弁償に近い⁷¹」ゆえに、同じく（無償）準委任であるのではないかと考えられる。この（無償）準委任という関係においては、ボランティア（受任者）は、その事務処理に関して「善管注意義務」を負い（民法 644 条）、特約がなければ報酬を請求することはできず（同 648 条）、事務処理において費用を支出した場合は NPO 等ボランティア組織（委任者）に対して当該費用の償還請求ができ（同 650 条）、また前払いも請求できる（同 649 条）。さらに、民法上、いつでも委任を解除することができる（同 651 条 1 項）。

したがって、ボランティアは、労働契約上要請されるような様々な職務遂行上の義務（忠実義務、誠実義務）は課されず、賃金等にかかる厳格な規制（労基法 24 条等）の適用はなく、当事者関係の終了も何時でもスムーズに行いうるものと考えられる（民法 627、628 条

⁷⁰ この点については、水谷英夫『労働の法』（信山社、2003 年）68 頁以下を参照した。

と比較されたい)⁷²。

また、労基法 9 条の解釈に関しては、宗教関係事業に従事する者につき、「給与を受けず奉仕する者等は労働者ではないが、一般企業の労働者と同様に、労働契約に基づき労務を提供し、賃金を受ける者は、本法上の労働者である⁷³」としたり、また、「非常勤の消防団員であって火災、堤防の決壊等限られた場合のみ出勤するものは本条の労働者ではない⁷⁴」としたりする行政解釈がある。内発的意思に基づく無償の限定的な活動という点では、ボランティアと共通性を有すると思われるので、これら解釈は、ボランティアの「労働者」性を考える上で、ある程度参考になろう。

以上のことを考えると、NPO 等において賃金等対価を得ることを目的とせず限定的な活動をする者は「使用従属関係」の下にある「労働者」には当たらないということになるものと思われる。このことは同時に、先に見た憲法や社会法各法の関連規定において、内発的な社会貢献意欲の実現によって活動する者（社会において生活を維持するために行う賃金等対価を得る目的の活動ではない活動を行う者）が、法令上の「勤労者」や「労働者」には該当しないということを裏付けているとも言えよう⁷⁵。

(4) 小括

ここでは、社会法各法における「労働者」性＝「使用される」者に続いて、これに関する裁判例の傾向を検討した。そして、裁判所は、社会法各法における「労働者」＝「使用される者」であるのか否か、反面で、当該就業者は「事業者」性を有するのか否か、を総合的に検討して判断を下している。

契約就業者とボランティアの「労働者」性に即すると、前者については、裁判例リストに見られるように、「労働者」性があると判断される場合もあれば、ないと判断される場合もあるという、法的安定性を欠く判断状況となっている。ただ少なくとも、契約締結時においては、労働契約を締結し、法的に「労働者」であるということを意識している契約就業者あるいは一方当事者はほとんどいないと思われる。この点、裁判所判決は、紛争の究極的法的解決ではあるが、事後的解決に過ぎないという側面に着目すると、事前の「労働者」性あるいは「事業者」性判断の必要性という別個の問題が生じてくるように思われる。

後者については、裁判例の傾向から考えて、社会法にいう「労働者」＝「使用される者」

⁷¹ 山口浩一郎編著『法システムⅡ 市民活動と法』（放送大学教育振興会、2002年）198頁。

⁷² なお、当該ボランティア活動が労働（雇用）契約に基礎付けられた指揮命令権に基づいてなされるのであれば（つまり、会社が行う社会的活動としてのボランティア活動に義務的に参加する場合）、民法上の準委任関係ではなく、「使用従属関係」があり、当然「労働者」性も認められる。

⁷³ 昭 27・2・5 基発 49。

⁷⁴ 昭 24・1・10 基収 3306、昭 33・2・13 基発 90。

⁷⁵ ちなみに、ワーカーズコレクティブにおいて就業する者に関して、労働者協同組合が事業協同組合の形態をとる場合、企業組合の組合員であっても組合と使用従属関係が認められ、かかる使用従属関係に基づく労務の提供に対して報酬を得ている場合には、雇用保険の被保険者となるとする行政解釈が示されている（昭 27.8.20 基収 2666 号）。

であると解せられる余地はほとんどなく、実際、唯一の裁判例ではあるが、その事案においても「労働者」性が否定されている。ボランティア活動の実態は極めて多様なものとして存在するであろうことを想起すると、一概には言えないものの、先の唯一の事例を超えて、あまねくボランティアに対して社会法が定める利益や保護、つまり「使用される」＝「労働者」であることを否定してよいのか、という問題に繋がるのではないかと思われる。

では、続いて、労働法学説において、「使用される」＝「労働者」であることについて、どのように理解され、これを克服すべく、どのような見解が主張されているのかを見ていくことにする。

5. 「使用される」との文言の法的解釈—学説⁷⁶の検討

(1) 「使用される」という文言の解釈論

学説は、現行社会法各法ならびに各裁判例が堅持している伝統的な考え方である「使用される」こと＝「使用従属関係」を、基本的には支持している⁷⁷。この考え方は、「人的従属性」と互換的に用いられている。それは、個別の労働関係は、労働契約の締結によって開始され展開するからである。労働契約の本質とは、労働者が使用者の指揮命令に服して就労することであるから、使用者は労働者に対して労務指揮権を有しており、この労務指揮権の存在が、「人的従属性」の根拠とされている⁷⁸。

しかし、「使用従属関係」の法解釈に関しては、従来から大きな議論がある。特に、請負等契約就業者に対する保護の必要性は、契約打ち切りが解雇に等しいという実態に鑑み、ドイツにおける人的従属性と経済的従属性の区分を参考にしつつ、「人的従属性」に「経済的従属性」という考え方を加えることによって、「使用従属関係」の再構成を試みようとの説⁷⁹がある。この説では、生産手段・材料の所有はどちらにあるか、他人を労働力として利用することができるか、事業主（使用者）が一方的労働条件を決定できるか、を考慮要素とする⁸⁰。

また、別の説では、ある労働力が提供される事業運営にとって必要不可欠な場合に、その労働力は事業組織の中に有機的に組み込まれているものとして従属性を認めようとする⁸¹。この説によれば、組織への組み込みを判断する要素として、契約関係の継続性とその労働力が事業にとって恒常的に必要か否か、であると述べられている。

⁷⁶ 従来の学説を要領よく簡潔にまとめた論稿として、吉田美喜夫「労働者」とは誰のことか」日本労働研究雑誌 525 号 66 頁（2004 年）がある。

⁷⁷ 前掲注 29、東京大学労働法研究会編 148 頁。

⁷⁸ 前掲注 6、中窪 3 頁参照。

⁷⁹ 片岡昇「映画俳優は「労働者」か」季労 57 号 156 頁（1965 年）、国武輝久「特殊雇用形態と労働者概念」日本労働法学会編『日本労働法学会誌』42 号 99 頁（総合労働研究所、1973 年）、西谷敏「労基法上の労働者と使用者」沼田稲次郎・本多淳亮・片岡昇編『シンポジウム 労働者保護法』3 頁（青林書院、1984 年）。

⁸⁰ 前掲注 79、西谷 6 頁。

⁸¹ 吉田美喜夫「雇用・就業形態の多様化と労働者概念」日本労働法学会『日本労働法学会誌』68 号 47 頁（総合労働研究所、1986 年）。

しかし、いずれの説も、従来からある「労働者」概念 ⇒ 「使用従属関係」 ⇒ 詳細な判断要素を再構成する試みにおいて諸説を述べているのであって、結果的には事案ごとの総合判断であることに何ら変わりがないこととなるように思われる。このことを敢えて政策的観点から積極的に表現すると、“適用対象である「労働者」の概念の拡大を試みるべく、考慮すべき新たな概念を提唱した”ということになるろう。

また、「労働者」性判断において当事者意思をどれくらい重視しうるのかという問題に関しては、親和的な考え方を示す説⁸²、条件付で限定的に認めようとする説⁸³、そして、現行法の解釈としては困難であるという考え方を示す説⁸⁴がある。実際の裁判例が当事者意思を厳格な客観説において補強的要素として考慮しているに過ぎないことを考えると、前二者の説が現行法制下での裁判所における解釈において、受け入れられる余地はありそうにも思える⁸⁵。しかし厳密に考えれば、最後の説が述べるように現行法制下においては受け入れられ難い考えであろう。

なお、「労働者」概念に関するもう一つの論点である、労働者概念は統一的⁸⁶であるか、相対的⁸⁷であるかについても、未だ決着はつけられておらず⁸⁸、議論は膠着状態にある。

以上、学説の状況を考えると、もはや解釈論のレベルではいかんともしがたい状況にあると言えそうである。

(2) 解釈論を超えた立法的規整論

そこで登場したのが、契約労働者に対する立法的規整論⁸⁹である。いずれの説も、契約就業者に対して法解釈で対応することは難しいとの考えから、立法を含め法政策的対応を検討するものである。

柳屋説は、実質的に雇用と自営の間に位置するつまりグレーゾーンにあって、「労働者」であるとは認められない自営業者を、業種や業務も考慮しながら、特別の立法によって「労働

⁸² 前掲注 32、下井 26 頁。横浜南労基署長（旭紙業）事件東京高裁判決（東京高判平 6.11.24 労判 714 号 16 頁）。

⁸³ 前掲注 67、鎌田論文、柳屋論文参照。

⁸⁴ 山川隆一・荒木尚志「ディアログ 労働判例この 1 年の争点」日本労働研究雑誌 450 号 5 頁（山川発言）（1997 年）。

⁸⁵ 但し、事例判断である横浜南労基署長（旭紙業）事件最高裁判決の影響力が今後どの程度のものであるのかに依存するだろう。

⁸⁶ 前掲注 79、西谷 8 頁、矢部恒夫「雇用形態の多様化と労働者概念」西谷敏・中島正雄・奥田香子編『転換期労働法の課題』（旬報社、2003 年）318 頁。

⁸⁷ 前掲注 32、下井 23 頁。

⁸⁸ 私見では、法律の歴史的経緯、類似性、政策目的の異同によって、ことさら「統一的」か「相対的」かという論争をしなくしても、自ずと収斂されたり拡散したりすることになると思われる。したがって、論争するほど重要な問題ではないように思われる。しかし、先に述べたように、立法政策の観点から見れば、この問題は重要な課題である。

⁸⁹ 柳屋孝安「非労働者と労働者概念」日本労働法学会編『講座 21 世紀の労働法 第 1 巻 21 世紀労働法の展望』145 頁（有斐閣、2000 年）、島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」西村健一郎・小嶋典明・加藤智章・柳屋孝安編『新時代の労働契約法理論—下井隆史先生古希記念—』61 頁以下（信山社、2003 年）、鎌田耕一「契約労働者の概念と法的課題」日本労働法学会編『日本労働法学会誌』102 号 135 頁以下（法律文化社、2003 年）。

者」に準じた存在として保護を及ぼしていこうとする考え方である。

島田説は、典型的な労働者以外の従属的業者を対象として、従来の二分法的発想ではなく、人的・経済的従属性の程度に応じた立法構想を提唱する⁹⁰。

鎌田説は、柳屋教授とほぼ同じと見受けられる。つまり、グレーゾーンに位置する業者を対象に、その置かれた状況と現行の保護規範の趣旨・目的を相関的に勘案して必要な保護を享受できるようにする、というものである。

柳屋説と鎌田説を筆者なりに解釈すると、契約業者の就業状況や法的保護の必要性は、その時々々の社会経済状況によって変化しうるものであるため、現行社会法体系を維持しつつ、必要に応じて個別立法や政策によって対応していこうとの現実的な選択肢を示すものではないかと考える。

確かに、必要に応じてその時々々に契約業者の法的状況に対応していくことは必要ではある。しかし、例えば、労基法に代表される労働者保護法は、度重なる近年の改正を経ており、これは、労基法が制度疲労を起こしていることの現れであると理解することができようし、労働契約法制定に向けての具体的議論が開始されたこと（厚生労働省「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会」平成16年4月設置）をも併せて考慮すれば、もはやその時々々の対応では済まされなくなっているように思われる。また、以上のことと関連して、1990年代以降、労働法はいかにあるべきかが活発に議論されているように見受けられ、先に述べた労基法にかかわる問題は、他の労働関係法規など社会法全体にまで及んでいるのではないかと思われる⁹¹。さらに、契約業者やボランティアに限らず、今後ますます就業形態の多様化が進行していくであろうことを想起するならば、個別法規に限定せずに、セーフティ・ネットとしての社会法全体およびその人的適用範囲としての「労働者」概念の再構成が必要なのではないかと考える。

そこで筆者は、上記幾つかの学説のうち、特に島田が示唆を受けている、アラン・シュピオ教授によって提示された社会法全体を再構成する中で法の人的適用範囲を決していこうとする試み⁹²に強い親近感を覚えている。それは、

- ①「労働（就業）者」概念の把握方法として、法的安定性、当事者の事前予測可能性、訴訟コストの減少といった観点から考えて、相対的であるよりもかなりの程度統一

⁹⁰ 過去、裁判例（東京12チャンネルタイトルデザイナー解雇事件・東京地判昭43.10.25 労民集19巻5号1335頁）において、従属労働の性格を有する請負契約従事者の保護の適用について、「申請人と被申請人との契約は、請負的性格と共に、雇用的性格—従って従属労働としての性格—をも含んだ一種の混合契約とみうるものであり、その雇用的性格の範囲内において、なお労働法上の保護を受けうるものであるというべきである」と述べて、「申請人の被申請人に対する労働の従属性がどの程度のものであったか」を問題とし、雇用と非雇用（請負）との間で、段階的 gradual な保護の適用を示唆した判決が存した。この判決は、現代的文脈においてはきわめて先駆的の考え方を示したものであったといえるのではないだろうか。

⁹¹ 以上の問題について根拠となりうる論稿を示すと枚挙に暇がないが、さしあたり、菅野和夫・諏訪康雄「労働市場の変化と労働法の課題」日本労働研究雑誌418号2頁、ならびに、日本労働法学会編『21世紀の労働法』97号（総合労働研究所、2001年）所収の各論稿を参照。

⁹² Supiot, Alain, BEYOND EMPLOYMENT, Oxford University Press, 2001.

的である方が好ましいこと⁹³、

②「働く」ことの意味それ自体が多様なものとなるにつれて経済的価値を重視してきた法的意味における「労働」概念の外延が広がってきている状況で、経済的活動としての「労働」だけに社会的価値を見出すのではなく、社会参加・貢献活動も等しく社会的価値を有する⁹⁴ものとして、それらを同時に同一線上に位置付け直すことが必要であること、そして、

③上記①②における問題意識は、制定から長年経過した日本における社会労働法全体を再度設計し直す好機であるという考えに連なりうるが、そうであれば、シュピオ教授の再構成論は貴重な手掛かりになりうると思われること、

が理由である。

もちろん、シュピオが提唱する考え方の背景、特に社会法にかかる制度それ自体及び制度を受け入れている社会的基盤（法文化、欧州各国で異なると思われる多様化する就業形態の様相）は、日本のそれとは異なるであろう⁹⁵。つまり、労働者概念にかかる法的理解の仕方の相違（指揮命令権限か労働の従属性か）、各国法を超越する規範としての EU 指令や裁判例の存在、文化的歴史的背景の相違による各国の就業構造の違い（契約就業者が活動する職種・職務）である。このような相違があるからこそ、経済的統合という政策目的にしたがって社会法全体を再設計する必要性が生じているという認識があろうし、その中で、社会法が適用される者の範囲を統一的に理解する方向で今後は考えるべきであろうとの理解があるものと思われる。確かに、日本はこのような事情を有していない国であろう。

しかし、これまで検討してきたように、「勤労」や「労働」ではない働き方が従来に比べて増えており、「労働者」性判断にかかる裁判所の判断は揺らぎ続けている。また、学説も従来の方向とは異なる方向、つまり解釈論ではなくむしろ政策論を大いに視野に入れた検討を開始している。このような状況は、すでに既存の「労働者」概念の把握の仕方が立ち行かなくなったことを示しているのではないかと筆者は考えている。であれば、あくまでも今後の立法政策の手掛かりとして興味深いアイデアを否定する理由は見当たらないように思う。

では、シュピオはどのように考えているのか。簡潔にまとめると以下ようになる⁹⁶。

従来の労働法は雇用労働のみを対象としてきたが、それだと典型雇用を特権化し、雇用社会の分裂を招くので、雇用労働、自営労働、無償労働を包括的に捉えて社会法を構想すべき

⁹³ 島田教授自身は相対説を支持されているようである。前掲注 89、島田 64 頁。

⁹⁴ 大内伸哉「今後の労働保護法制のあり方についての一考察」日本労働研究機構『在宅ワーカーの労働者性と事業者性』調査研究報告書 No.159（2003 年）135 頁も同じ意識を有していると思われる。

⁹⁵ 欧州諸国の実態的法的状況については、Pedersini, Robert, 'ECONOMICALLY DEPENDENT WORKERS', EMPLOYMENT LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2002. (obtained through EIROnline Homepage)および後掲文献リスト中の Tokyo Seminar 提出ペーパーを参照。

⁹⁶ 前掲注 89、島田 61 頁以下。なお、シュピオ教授が提唱する、労働の世界の新たな規整方法全般を紹介する文献に、濱口桂一郎「EU 労働法思想の転換」季刊労働法 197 号 112 頁（2001 年）がある。

である。そして、その際のイメージを表すのが「四つの同心円 (four concentric circles)」であり (後掲イメージ図参照)、労働関係における従属と引き受けるリスクの程度に応じて四つのカテゴリーを設け、どのカテゴリーに属していても、そのカテゴリーに該当する働き方にふさわしい社会的諸権利を付与しようとする。

一番外側 (最下) のカテゴリーは「普遍的な社会的権利」で、労働の種類にかかわらず誰にでも適用されるいわば最低生活保障のための権利である。ここには、医療保障、職業訓練を受ける権利などが含まれる。

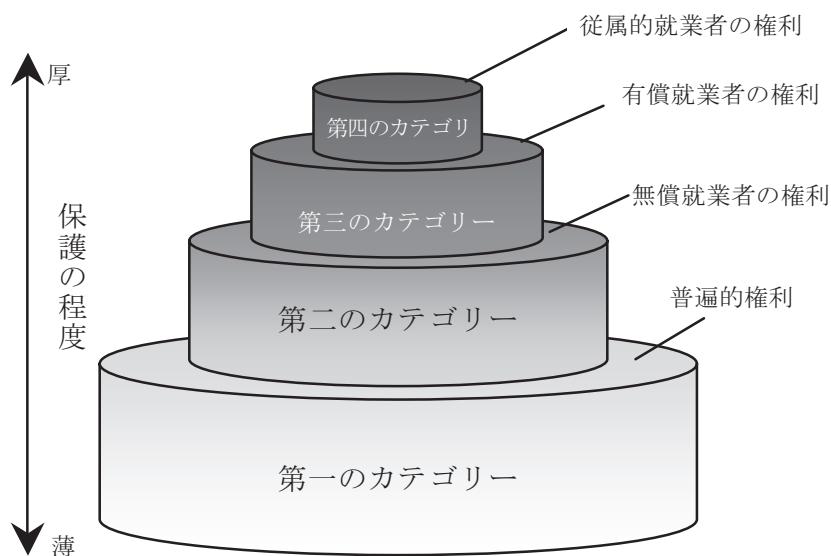
外側から二番目のカテゴリー (下から二段目) は、ボランティアなど無償労働を行う者に対して適用される諸権利で、労災補償など社会的給付が含まれる。

三番目のカテゴリー (上から二段目) は、有償労働に対して適用される諸規整が含まれ、例えば安全衛生の問題はここに該当する。

そして円の中心に位置する四番目のカテゴリー (最上段) は、使用従属性ある賃金が支払われる雇用労働に対して適用される諸規整が含まれる。

付与される諸権利は従属性の度合いによって決せられる。

【シュピオが提唱する「四つの同心円」のイメージ図】



6. 「従属性」概念の再検討

現行社会法、裁判所判決は、「使用される」こと、すなわち「従属」性・「使用従属」概念あるいは「人的従属」性を大前提として、社会法の人的適用範囲を組み立て、解釈している。

学説では、従来は、法令解釈や裁判所判決の考え方を一応承認してきたところ、後に、「従属」性あるいは「使用従属」概念を、「人的従属」性と「経済的従属」性に分けて、就業形態によっては「経済的従属」性のみから、部分的に「労働者」性を肯定してきた。政策的視点を含む近時の学説も、基本的には「人的従属」性を承認しつつ、具体現実的な対応を検討しているのではないかと推測される。筆者が関心を寄せるシュピオの論も、社会法において最も手厚く保護されるべきは「従属」労働者であると認識している。

確かに、労働契約の締結によって、契約の一方当事者たる使用者は労務指揮権を取得し、もう一方の当事者である労働者はこれに服する。これが労働契約の本質であろう。また、使用者の労務指揮に服するがゆえに、実態上、権限・権力関係が生じることは、十分あり得るものと考えられる。しかし、使用者の労務指揮に服することが人的従属性とイコールであると捉える解釈は、果たして妥当であろうか。

「使用従属」関係との文言は、「人的従属」性と互換性を有するが、この点、近時の学説では、「指揮命令」性や「指揮監督」性と呼び変える説⁹⁷や、同じ趣旨で、「労働者が使用者の指揮命令に従って働くこと以上の「従属性」を要求すべき理由はない」などと述べる説⁹⁸も見受けられる。筆者も、「使用される」ことが“人的に”従属した地位を労働者に付与することは法律解釈としては困難ではないかと考えている。例えば仮に、労基法9条の解釈をするならば、「労働者」であるか否かの判断要件は、あくまでも「使用される」ことであって、使用者に対して“人的に従属した地位に置かれること”とは一切書かれていない。ゆえに、「使用される」こととは、労働契約に基づく“労務指揮”に従うことを意味する以外には理解し得ないと考えられる。したがって、「使用される」＝「使用従属」性＝「人的従属」性はもはや成り立ち得ないのであって、「使用従属」関係の判断に当たって“人的”従属性を中心に据えることはもはや適切ではないのではないかと考えている⁹⁹。

確かに、労働法は、使用者に対して直接的な人的・経済的支配服従関係に置かれていた弱き存在としての労働者を保護すべく発展してきたが、現代はもはや、保護が強く要請される時代的背景として前近代でもなければ近代ですらなく、依然として“人的”従属性のみによって判断される業種・職種は相対的に減少傾向にあると思われる。反対に、職場のホワイトカラー化や自律的判断・思考を必要とする職種・職務の広がり、“人的”従属性とは無縁とみられうるような事業所外就業の広がりを考えるとき、もはや“人的”従属性は有効に機能しないのではないかと、したがって、人的適用範囲の画定において「人的従属」性を用いることには消極的であるべきではないかと考える¹⁰⁰。

⁹⁷ 注29 青木・片岡編、112頁、土田、19頁参照。

⁹⁸ 前掲注6、中窪4頁参照。

⁹⁹ 前掲注94、大内135頁は、労働者保護と従属性を関連付ける発想そのものを見直すべきではないかと述べている。私見では、後述のように、現時点では少なくとも経済的“従属性”という発想を見直すことは難しいのではないかと考えている。

¹⁰⁰ この点、村中孝史「労働契約概念について」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学

さらに筆者は、この「従属」という文言にすら疑問を覚える。「従属」という言葉を国語事典風に表現すると、“他の者の下に付き従う”とか“他の支配を受ける”ことを意味する。労働法の歴史はまさに労働者をこれら状況から解放するための手段であった。しかし、解放という理想の状況を目指すために依然として解放されない状況を法解釈の根幹部分に据えることに矛盾を感じざるを得ない。また、現代において解放を目指すべき労働状況が社会一般に広く存在するのだろうかということを考えるとき、さらなる疑問が生じる。したがって筆者は、この“従属 (subordination)”という文言を、別の文言に置き換えるべきではないかと考える。

では、それに代わる文言あるいは概念は何か、筆者は、“依存 (dependency)”という文言を用いるべきではないかと考える。ここで言う“依存”とは、労働関係において用いられる文言であり、働く側の状態を表す言葉であるから、当然、契約の一方当事者である“使用者・事業主・企業”に対する“依存”を意味している。

では、何に対する“依存”であるのか。「勤労者」ないし「労働者」が、社会生活を維持していくために“賃金等対価を得ることを目的とした活動”を行う者であることに鑑みて、“依存”とは、“経済的依存”を意味することとすべきではないかと考える。

なお、シュピオにいう「従属的就業者」とは、日本における「使用従属関係」ある「労働者」と置き換えることができるが、筆者のこれまでの論に従えば、それは、使用者の“指揮命令”にしたがって労務を提供し、使用者との関係で“経済的依存”関係にある者ということになる。そして、現行法の適用関係については、そういった者には労基法等労働者保護法をはじめ、社会法が適用される、ということになる。

以上のエッセンスをまとめると、

① 現行社会法における「労働者」であることの判断要件である「使用される」との文言は、使用者の“労務指揮”に服することを意味するということ、

② 「使用される」＝「使用従属」性＝「人的従属」性は適切な概念ではないということ、

③ 「従属」は、“依存”に置き換えられるべきであること、

④ “依存”とは“経済的依存”であること、

となる。

では、先のシュピオの論、そして、従属性概念の再構成を前提として、契約就業者とボランティアへの社会法の適用の問題について、以下、具体的な政策の方向性を検討していくこととする。

部創立百周年記念論文集 第三巻』(有斐閣、1999年)500頁は、労働契約概念に関して、そこにおける従属性概念とは人的従属性を中心とした概念であるという趣旨のことを述べている。また、久保敬治・浜田富士郎『労働法』(ミネルヴァ書房、1993年)8頁も、「労働法の・・・適用範囲を画定するにあたっては、人的従属性という基準以外の決め手をみいだすことは不可能である」と述べる。さらに、さかのぼれば、沼田稲次郎『労働法論序説』(勁草書房、1950年)162頁は、「労働法が労働の従属性としてとらえるものは、・・・他人の命令指揮への人格的従属」と述べる。歴史的に見て妥当と思われる見解が、現代的さらには将来的意味において妥当である

7. 具体的な政策提言の試み

本節での検討の前提として、契約就業者とボランティアは、その契約の特性より、“経済的依存”性はあるが（そもそも無償ボランティアには経済的依存性すらないこと、先述した）、使用者の“指揮命令下”にない就業者であるため、シュピオにいう第四のカテゴリー（「従属的就業者」）には該当せず、現行社会法制で言うと、例えば労働基準法の適用はない。したがって、契約就業者は第三のカテゴリー（「有償就業者」）に、ボランティアはその有償・無償性にしたがって、第三または第二のカテゴリー（「無償就業者」）に位置づけられるものと理解した上で、社会法の適用関係を検討することとする。

(1) 契約就業者に対する社会法の適用

契約就業者に対する社会法の適用はどのように行うべきだろうか¹⁰¹。この領域も、ボランティアと同じく、実態を正確に把握するのは非常に難しいゆえに、具体的な法政策・規整について慎重であるべきとの見解¹⁰²もある。また、確かに、契約就業者自身が様々な法的保護規整を望まずに、自律的裁量的に働きたいとの強い意向があり、反面で、企業側も、長期継続雇用を前提とした労務コストがかかる正規従業員ではなく、労務コストがかからない契約就業者を活用したいとの考えがあることから、既存の法政策・法規整でさえも、当事者にとって無用であると考えられることもできる。

しかし、過去の裁判例を見る限り、公的規整が全く介入しなくてもよいのかというと、そうではなかろう。先に見た近時の学説¹⁰³も、何らかの形で契約就業者に対して公的規制を及ぼすべきであるとの認識の下、様々な論を展開しているのである。特に鎌田は、経済的従属就業者（鎌田使用の文言：筆者注）の保護を正当化する根拠として、労働者類似の就業者間の“比較均衡原則”と“企業間の不正競争抑止”を挙げている¹⁰⁴。鎌田説を筆者なりに解釈すると、就業者間および企業間における“ヨコ”の関係での正当化論拠を提示しているのではないかと考える。筆者はまた、それに加え、継続的債権債務関係から生じる相互信頼性・依存性、さらに、企業側と就業者側の間に生じる“経済力格差”“交渉力格差”“情報の非対称性”を、契約就業者に対する法的保護の正当性論拠として挙げたい。なぜなら、市場において対等な

とは必ずしも言えないであろうと筆者は考える。

¹⁰¹ 前掲注 89、島田 64 頁以下、鎌田耕一編著『契約労働の研究』（多賀出版、2001 年）129 頁以下は、すでに具体的検討を行っており、非常に示唆に富む。

¹⁰² 山口浩一郎「契約就業の法政策的課題」（社）日本労務研究会『契約就業者問題についての調査研究 報告書』（1999 年）168 頁、馬渡淳一郎「非直用労働と法規制」日本労働研究雑誌 505 号（2002 年）25 頁。

¹⁰³ 本章 5. 参照。また、大内伸哉「労働保護法の展望」日本労働研究雑誌 470 号 35 頁（1999 年）、前掲注 101、鎌田 137 頁も参照。

¹⁰⁴ 前掲注 101、鎌田 137 頁。筆者は今のところ鎌田説を超えるより合理的説得的な論拠を思い付かない。したがってここでは、鎌田説を含めて論を進める。

一方当事者として当該契約を締結・展開・終了させることができる者であれば、経済力も交渉力も市場における情報の獲得も極めて容易に行うことができるであろうが、社会法による保護を要する就業者は、契約形式上は民法上の請負・委任契約であっても、対企業との関係でそれら力を兼ね備えておらず、したがって、契約の締結・展開・終了においてこれら力の格差に起因する諸問題が生じていると考えられ、また、それら力の格差ゆえに、契約関係において企業に比して不利な立場に立たされる場合が多いのではないかと考えられるからである。この点、筆者なりの鎌田説の解釈との対比で言うと、就業者と企業との間における“タテ”の関係での正当化論拠である。さらに、継続的債権債務関係から生じる相互信頼性・依存性を論拠としてあげる理由は、契約就業者の契約の性質としての継続性及び実態としての継続期間の長さから生じる契約当事者間の合理的期待の保護を、労働契約法理でなく契約の一般法理からも容易に導き出すことができると考えられるからである¹⁰⁵。

以上の契約就業者保護の正当化論拠を念頭に、そのような就業者に想定される問題を幾つかの論点に分けて検討する。

端的に言えば、契約就業者が特に問題としているのは、契約打ち切りによる事実上の無就業状態と、いざという時の災害補償であり、いずれも極めて重要な問題である。また、裁判例リストにある業態は一人親方や備車運転手が多いが、在宅・SOHO・テレワークなど、契約就業の形態が、今後ますます多様な職種・形態にまで広がるであろうと考えると、例えば、契約締結にかかる問題（契約内容の書面による裏付け、情報・交渉力格差の解消）、債務の履行過程におけるトラブルの問題（納期・仕様の急な変更への対応義務の範囲、就業者側の免責事由）、報酬の支払い遅延防止、社会保険、さらには、シュピオにいう第1と第2のカテゴリーに属する権利や補償の確保に関し、保護的規制を整えておく必要があるのではないかと思われる。

以下、①筆者が提案する新たな「労働者」概念としての“経済的依存性”の判断基準、②契約締結過程、③契約展開過程、④契約の終了における個別の問題について検討する。

ア．“経済的依存”性の判断基準と紛争処理システム

今後の判断基準はどうすべきか。前述の通り、筆者は、“経済的依存”性のみを「労働者」性の判断基準にすることで十分であると考えている（なお、他方、「労働契約」の締結によって使用者から「指揮命令を受けて」就業する「経済的依存」者は、指揮命令から生じる問題に対応する諸種の保護を α として享受しうることになる）。

“経済的依存”性を判断するに際しては、まず、当事者意思によるべきであろうと考えている。就業者が、独立的自律的に自由な裁量で就業したいのか否か、その真意の確認し、対企業との関係で“経済的依存”状態におかれることを望まないのであれば、その真意を尊重するというものである。これは、もとより請負・委託といった契約は、民法上の契約、すな

¹⁰⁵ 近年では、継続的契約関係における継続性原理を重視する考え方が極めて有力に主張されているが、この点

わち対等な当事者間が締結する契約であることからの要請であると考えからである。

では、その真意を確認するシステムをどうするのか。筆者は、既存の行政紛争処理機関を活用して、新たな「労働者」概念としての“経済的依存”性に関する当事者意思を、事前（あるいは事後にも）に確認するための制度を設けてはどうかと考えている¹⁰⁶。この制度は、当該企業及び就業者の職種が属する労使団体から選任された者1名ずつと、弁護士・裁判官・学者などの中立的な第三者のうち1名の計3名からなる紛争処理制度である。おおよそ、個別労働関係紛争解決システムにおける「紛争調整委員会」を想定している。このようにすることで、「労働者」性に関する事後的な法的紛争解決コストを減少させ、また、現行法の「労働者」性解釈である客観説を超えて、当事者意思を反映させることが可能になるのではないかと考えている。

契約締結の際、契約内容及び就業者の法的地位について当事者間で疑義が生じた場合、当事者双方のからの申出に基づいて、紛争解決制度により当事者意思の確認を行う。扱う紛争は基本的に契約締結時の紛争であり、円満に契約を締結し展開させたいと考える当事者であることが必要であると考えるので、双方の申出が必要であるとする。意思の確認に際しては、契約締結過程や、就業者側および企業側が当該契約を締結する背景事情を含めて考慮され、判定が下される。当事者意思を尊重するからには、もちろん、当該意思が真意に基づき、かつ、当事者間において適正な手続によって真の意思が担保されていることが確認されなければならない。しかし、ここでは、訴訟手続法のような厳格な手続を想定しているわけではなく、あくまでも簡易迅速性を第一に考えている。ここで、当事者意思が双方とも合致することが確認されれば、紛争は解決されたものとする。

では、当事者意思の合致を見なかった場合で、就業者側が自らは契約就業者ではないと主張し、企業側が当該就業者を契約就業者であると主張した場合に、どのように事案を扱うかが問題となる（その反対の事案は多くはないように思われるが、仮にあったとしても同様に扱われることを想定している）。この場合、“経済的依存”性の判断が行われることになる。判断要素は、私見では、①労務提供（契約）期間の長短および専属性の有無、②報酬の額・決定方法・額・変動の程度、③代替者による労務提供の可能性の有無、④労務提供過程をコントロールする権限はどちらにあるか、⑤労務提供に必要な不可欠な機材・資材の用意および技能・知識、情報獲得責任の存否はどちらにあるか、⑥労務提供過程および結果から生じるリスクはどちらが負うのか、であろうと考えている¹⁰⁷。

については、内田貴『契約の時代』（岩波書店、2000年）215頁以下参照。

¹⁰⁶ 前掲注89、島田68頁、前掲注102、山口169頁参照。前掲注94、大内134頁は、私的自治を重視する立場から、コントラクト・アウト（当事者の合意に基づく適用除外）を可能とするシステムを作ることを主張する。

¹⁰⁷ Yamakawa, Ryuichi, *New Wine in Old Bottles?: Employee/Independent Contractor Distinction Under Japanese Labor Law*, 21 *COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL* 99, 125 (1999) は、適用除外規定を慎重に設計しなければ、指揮命令性とかかわりない新たな統一的概念の創設は不要な保護をもたらしかねないと述べる。しかし、筆者が提示する判断基準に加え、事前事後の紛争処理システム及び当事者意思の尊重をも考慮した制度設計をするならば、山川の懸念もある程度払拭されるのではなかろうか。

そして、これら“経済的依存”性の要素が、一応、全体として5割未満であるとされれば、“経済的依存”性はない＝「労働者」ではないとして、当該就業者は、シュピオにいう第3のカテゴリーに位置付けられることになる。しかしなお、この点についてはさらなる検討が必要である。理由は、「自営業者」の存在である。“経済的依存”性ある契約就業者は、法律上は「労働者」と位置づけられ、社会法による利益や保護を享受するが、“経済的依存”性のない契約就業者は、いわゆる「自営業者」であるが、第3のカテゴリーは、あくまでも無償ボランティアを念頭に置いた無償就業者が享受する利益と保護のカテゴリーであるため、「自営業者」に対する分類としては、保護の面においてなお不十分である。なぜなら、“経済的依存”性のない「自営業者」であっても、“賃金等対価を得ることを目的とした活動”を行っているはずであるからである。したがって、第2と第3のカテゴリーの境界線上に位置する領域を別途枠付けて、「自営業者」に対する社会法の適用関係についても検討することが必要ではないかと考えている。この点は今後の課題である¹⁰⁸。

また、先述した“経済的依存”性の判断要素は、確かに、従前の「労働者」性判断要素からの借用物ではある。しかし、(基本的に)事前の紛争処理システムと結びつけることで、すべての紛争が裁判所による事後的な処理に服するよりも、長期的な社会経済的見地から見て経済的に合理的であるように思われる。

さて、先述の判断要素によって“経済的依存”性が判定されるが、この判定結果は当事者に示され、当事者は改めて、互いの意思を確認し合う。ここで当事者意思が合致したと確認できれば、紛争は解決されたことになる。

では、当事者意思の合致が見られなかった場合はどうするか。この紛争処理制度は、基本的には契約関係展開前の事前の紛争処理制度であると想定しているので、当事者意思の合致が見られなくなれば、契約は展開されない、つまり、当初より契約は締結されていないこととなる。この点、契約の一般法理である契約自由の原則に従わざるを得ず、また、労働法的観点から見ても、企業側にはいわゆる採用の自由¹⁰⁹があるのだから、当事者意思の合致が整わなければ、互いに市場において新たな契約当事者を捜すしかないこととなる。

しかし、当事者意思の合致が見られなかった当該紛争が、契約の展開過程または終了に関して生じており、このような紛争がこの紛争処理制度によって処理され、結果、最終的に当事者意思の合致が確認されない場合は、続いて、裁判所において解決が目指されることとなる。制度上は、行政事件訴訟手続きと連結されたものは想定しておらず、民事訴訟であり、また、訴えを起こすか否かは当事者の判断に委ねられているものである。そして、裁判所においても、先述の“経済的依存”性が判断要素とされることを想定している。このような事案を裁判所において解決するに当たっては、さらに、当該契約が、「労働契約」とも、民法上の純粋な「委任・請負契約」とも異なる、“経済的依存”性を有する独自の無名契約として、

¹⁰⁸ 前掲注 89、柳屋 143 頁以下および島田 66 頁は、すでに具体的な提案を行っている。

“経済的依存”性ある契約就業者に対して一定程度の保護を及ぼすことを「推定」¹¹⁰する条文に基づき、判断を下していくべきではないかと考える。このような推定規定を、現行になぞらえると、どの法令において規定すべきかが問題となろう。この点は、後述する新たな立法において定められるのがよいのではないかと考えている。近い将来において制定されるであろう労働契約法は、「労働契約」のための法であろうから、それとは異なる性質を有する契約就業者の契約について、同法において扱うことは好ましくないと考えるからである。

続いて、以下の個別の問題を考えるに際しては前提を述べておかなければならない。というのも、先に少し触れたが、本章が検討対象としている契約就業者は、完全に自己の計算とリスク引き受けにおいて就業する自営業者ではなく、したがって、純粋な民法上の「請負・委任」契約を締結している者と扱うことはできず、他方、企業側の指揮命令を受け（「使用され」）て就業するのではなく、したがって労働契約を締結して就業している者でもない、中間的な領域に属する者であって、そのような状態に対応する契約（経済的に依存した状態の根拠である契約）を結んでいる者であるからである。したがって、契約就業者には、従来の労働法を適用して保護を与えるわけにはいかない一方、かといって、対等な私人間契約を枠付ける民法をそのまま適用するわけにもいかない。

そこで、筆者は、契約就業者が有する問題として先述した、継続的債権債務関係から生ずる問題を扱い、また、経済力・交渉力格差ならびに情報の非対称性を解消すべく制定された、二つの民事特別法である、「借地借家法¹¹¹」と「消費者契約法¹¹²」を参考にしつつ、契約就業者に対する保護的規制を考えていくこととしたい。なお、契約就業者が締結する契約は、形式上、「請負・委任」契約であることを想定しているので、民法の一般原則にも必要に応じて述べていくこととする。

イ．契約締結過程における保護

契約締結にかかる問題としては、適正な内容の契約を締結できるか、また、その前提として、十全な情報を獲得できるかが問題となろう。

¹⁰⁹ 三菱樹脂事件・最大判昭 48.12.12 民集 27 卷 11 号 1536 頁参照。

¹¹⁰ この点につき、鎌田耕一「委託労働者・請負労働者の法的地位と保護」日本労働研究雑誌 526 号（2004 年）59 頁は、「当該契約を労働契約として推定すべき」と述べる。鎌田のような現行法を前提とした部分的立法論にあっては、裁判例・学説が認める労働契約締結の「黙示の成立」とも一貫するため、極めて適切である。しかし、筆者のように社会法における「労働者」概念を再構成しようとする試みにおいて、特に、契約就業者の当事者意思を尊重する立場からは、当初民法上の契約を締結する意思を有していた者の契約形式を、その実態から労働契約に転化する「推定」を行うべきとの主張には、反対する。

¹¹¹ 借地借家法については、さしあたり、山口英幸「改正借地借家法の概要」ジュリスト 1178 号 8 頁（2000 年）、稲本洋之助、澤野順彦編『コンメンタール借地借家法〔第 2 版〕』（日本評論社、2003 年）、荒木新五『実務 借地借家法』（商事法務、2003 年）を参照。

¹¹² 消費者契約法については、ジュリスト 1200 号における特集号を参照。なお、特に労働法と消費者契約法については、大内伸哉「労働法と消費者契約」ジュリスト 1200 号 90 頁（2001 年）以下を参照。また、内閣府国民生活局消費者企画課編『逐条解説 消費者契約法〔増補版〕』（商事法務、2003 年）、落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2001 年）を参照。

(7) 情報提供

借地借家法 38 条 2 項 3 項は、「貸貸人の書面による説明義務」として、定期建物賃貸借契約締結時、契約更新がない旨の説明義務を貸し主側に課している。この義務違反の法的効果は、契約更新がない旨の特約のみを無効とするものであると考えられている。また、本条項は、同時に、賃借人が意思決定をするための情報提供という意味をも有している¹¹³。

消費者契約法 3 条は、「事業者及び消費者の努力」として、事業者が消費者契約の条項を定めるに当たり、消費者の権利義務や消費者契約の内容が消費者にとって明確かつ平易なものになるよう配慮し、消費者契約の締結の勧誘に当たり、消費者の理解を深めるため、消費者の権利義務や消費者契約の内容について必要な情報を提供するよう努めなければならない、などと定めている。この規定は努力義務規定であるが、ある学説では、本義務の違反の法的効果として、事業者側に不法行為責任が発生する可能性があるとして述べている¹¹⁴。

以上を考慮すると、契約就業者に対する情報提供に関しては、企業側に義務を課すことが検討されるべきである。また、民法上の一般原則である信義則からの要請としても、情報提供義務を企業側に課すことができるのではないかと考えられる。この際に考慮されるべきは、後々の紛争発生を回避するという意味から、企業側に、書面によって情報を提供させ、契約内容を明示させることが妥当であろうと思われる。このようにすることで、情報の非対称性および交渉力格差¹¹⁵の解消が図られるのではないかと考えられる。なお、十全な情報提供を拒む企業も存在する可能性を考慮すると、できれば併せて、就業者側に、情報開示請求権を与える必要があるのではないかと考えられる。この点も、信義則から導出されうるであろう。

消費者契約法では、また、4 条において、「消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消し」として、事業者が消費者契約の締結を勧誘した際に、消費者に対して一定の行為¹¹⁶

¹¹³ 山口英幸「改正借地借家法の概要」ジュリスト 1178 号（2000 年）9-10 頁。

¹¹⁴ 落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2001 年）64 頁。

¹¹⁵ 山本吉人「労働者・労働組合」日本労働法学会編『現代労働法講座 第 1 巻 労働法の基礎理論』（総合労働研究所、1981 年）224 頁は、労働者性判断においては、「労務遂行過程の従属性判断の前提として契約締結過程における従属性も一つの指標とすべきである」と述べている。山本が言うところの「契約締結過程における従属性」を筆者なりに現代的文脈において解釈すると、交渉力格差であると推測され、この推論によれば、山本の主張は傾聴に値する極めて重要な指摘であったといえよう。

¹¹⁶ 4 条 1 項 1 号：「重要事項について事実と異なることを告げる。当該告げられた内容が事実であるとの誤認」【*ここでいう「重要事項」とは、消費者契約に係る・・・事項であって消費者の当該消費者契約を締結するか否かについての判断に通常影響を及ぼすべきもの】である（4 条 4 項）。4 条 4 項 1 号：「物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの質、用途その他の内容」。4 条 4 項 2 号：「物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの対価その他の取引条件」】 4 条 1 項 2 号：「物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものに関し、将来におけるその価額、将来において当該消費者が受け取るべき金額その他の将来における変動が不確実な事項につき断定的判断を提供すること。当該提供された断定的判断の内容が確実であるとの誤認」。4 条 2 項：「消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対してある重要事項又は当該重要事項に関連する事項について当該消費者の利益となる旨を告げ、かつ、当該重要事項について当該消費者の不利益となる事実（当該告知により当該事実が存在しないと消費者が通常考えるべきものに限る。）を故意に告げなかったことにより、当該事実が存在しないとの誤認をし、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。ただし、当該事業者が当該消費者に対し当該事実を告げようとしたにもかかわらず、当該消費者がこれを拒んだときは、この限りでない」。

をしたことで消費者側が誤認をし、消費者が誤認に基づいて契約の申込や承諾をした場合、消費者は契約申込や承諾を取り消すことができる、などと定めている。一定の事項とは、簡潔には、契約に係る重要な事項について異なる事実を消費者に告げること、将来において変動が不確実な事項について断定的判断を伝えることであり、これらにより事実を誤認して契約を申し込んだり承諾したりした場合に、消費者側に取消権を認めるというものである。そして、消費者側の利益を伝える一方で、不利益について故意に告げなかった場合に消費者側に誤認があれば、同じく取消権が認められる。

この点、端的に取消を認めるのみでは、継続的な関係性を有して就業する契約就業者にとっては（この場合、それが特定的一方当事者であるかにはかかわりなく）、結果的に不利益を被るのみであることが容易に推測されうる。そこで、契約が展開され、実際に就業を行っている場合には、契約取消しに伴って、契約期間全体の中で契約途中までの比例按分による対価額の請求が認められるべきであろうし、また、当該就業に要した現実に出費した経済的コストと、場合によっては、他の企業と契約していたら得られたであろう対価額の請求を企業に対してなしうることを明確にしておくべきであろう。

(イ) 不公正な契約内容

また、契約締結に際して、就業者側に一方的に不利益な内容の条項が定められている場合も想定できようから、この点も検討しておく必要がある。

消費者契約法では、その 8 条「事業者の損害賠償責任を免除する条項の無効」において、「次に掲げる消費者契約の条項は、無効とする」として、事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部（1 号）または一部（2 号）を免除する条項、消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の全部（3 号）または一部（4 号）を免除する条項を明示して掲げている。

また、9 条では、「消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等の無効」と題して、「次の各号に掲げる消費者契約の条項は、当該各号に定める部分について、無効とする。」として、「当該消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項であって、これらを合算した額が、当該条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者が生ずべき平均的な損害の額を超えるもの 当該超える部分」（1 号）と定める。

これら規定の存在を考慮すると、（限界的事例ではあろうが、）悪質な企業側が一方当事者となりうることを想定して、契約就業者の契約に対しても、損害賠償または違約金を定める条項を無効とする効力を有する規定を立法により設定しておくべきであろうと考える。

さらに、「消費者の利益を一方的に害する条項」も、信義則（民法 1 条 2 項）に反して無効とされている（10 条）ことから、他にも考えられる不公正な契約内容を規制する規定が設定される必要があるであろう。加えて、著しく不公正な内容の契約条項がある場合、当該規定の変

更権を就業者に与えるべきか否かが検討されてもよいように思われる。

ウ．契約展開過程における保護

契約の展開過程における保護として考えられるのは、債務の履行過程におけるトラブルの問題とし、納期・仕様の急な変更への対応、報酬の支払い、災害補償が問題となろう。

納期・仕様の急な変更への対応については、どの範囲でこれに応ずる義務があるのかという問題として現れてくるように思われる。私見では、ここで言う契約就業者は、ある程度継続する契約を締結しているものと想定している（その期間の長さは別途問題となろう）、対応義務の範囲は、継続性原理に基づく契約継続の合理的期待の裏返しとして、ある程度柔軟に、企業側からの要求に応じる義務が就業者にあるものと考えておく。但し、企業側からの変更申し入れは、事情変更に基づくなど限定的なものであることを要するものとする。なお、契約締結当初より、契約条項として、納期・急な仕様変更への対応義務について、就業者側には基本的にこれは応ずる義務がなく、応じなかったとしても、これによる企業側からの契約解約は認められないことや、就業者の損害賠償責任について免責する条項を挿入するように誘導する規定がおかれるのがよいのではないかと考える。

報酬の支払いについては、まず、支払遅延の防止が問題となろう。これについては、「下請代金支払遅延防止法」があるが、同法は、あくまで下請事業者に対する代金支払い遅延を防止する目的を有するものであるため、本章の検討対象である契約就業者には直接には適用されない場合が多くあると思われる。しかし、継続性や経済的依存性という意味からは、対企業との関係の構図が異なるものの、実質的には近似する関係性があると推察されるため、企業と契約就業者との関係においても、同法に倣った規定が定められるのがよいように思われる（下請代金支払遅延防止法については、本章、3．(1)イを参照）。

報酬については、また、その決定方法との関係で、前章において大内が適切に述べているように、契約就業の対価がハイリスク・ハイリターンであればよいが、結果としてハイリスク・ローリターンであった場合、その評価基準の適正性の確保が重要な問題となろう。

ところで、借地借家法においては、地代・借賃増減請求権（11条、32条）が定められているが、この規定は、契約後の事情の変更により、代金の増額または減額請求を、当事者とも一方当事者に対して形成権の行使として行うことができる、いうものである。契約就業者の保護に即してこの規定を考えると、形成権として契約就業代金について法令で規定することは難しいと思われる。もとより民法上は、請負代金は目的物の引き渡し時において支払われる（633条）のであるし、委任の報酬も、特約を締結した場合で（648条1項）、かつ、債務を履行した後であるから（同条2項）、契約の展開途中において、代金の増額減額を形成権として認めることは難しいように思われるのである。しかし、企業側も就業者側も、程度は異なるであろうが、自己の計算に基づいて業務を行っているものと考えられるので、最終的に業務が完遂された後、どの程度の増額または減額をすれば遂行業務の対価に見合う額であるのかを推測することができるのではないかとと思われる。したがって、結果としての契約

就業の対価の増額減額を、契約展開途中において両当事者がなすことそれ自体は妨げられないのではないかと考える。

これらの問題については、契約展開途中で問題とするよりも、やはり契約の締結時において、当事者間で詰めて交渉がなされるのが最もよいと思われる。というのも、契約の展開途中においてこれらが紛争として発現した場合、契約に継続性があり経済的に企業側に依存している就業者にとって、極めて不利な状況を生み出しかねないのではないかと考えられるからである。そこで、契約締結時の規整を行い、契約内容において、納期・急な仕様変更への対応義務の範囲とそれに従わなかった場合の不利益を抑止する条項、代金支払いや代金額の決定・評価方法、そして増額減額事由・方法¹¹⁷について定める方向で、法政策を行っていくべきではないかと考える。

災害補償については、シュピオにいう第二のカテゴリーにおいて認められる権利であることから、その論に従えば、本章にう契約就業者についても認められていくべきであろう。この点、現行労災保険制度の特別加入制度を活用していくことにより適用可能と思われる。

エ. 契約終了における保護

契約終了に係る保護については、もちろん現行労基法にあるような予告期間（20条）や理由の開示（22条）を保護として直接的に与えることは妥当でないであろう。しかし、例えば予期せぬ事情変更による解約は、継続的契約関係に係る一般法理から認められるものと思われる。但し、私見では、契約就業者の要保護性という観点から、極めて限定的に考えておくべきように思われる。

借地借家法では、賃貸借終了の通知（38条4項、6項）として、契約期間1年以上の契約が期間満了により終了する場合には、賃貸人は、期間満了の1年前から6ヶ月前までの間の通知期間に、賃借人にその旨を通知しなければならない、とされている。これは、賃借人に対して契約終了を喚起するとの意味があり、また、再契約や別契約確保のための期間を確保するという意味がある¹¹⁸。さらに、法定中途解約（38条5項6項）として、期間の定めがある賃貸借では、特約がない限り期間途中において解約することはできないが、賃借人における事情変更による中途解約を可能とする規定が定められている。これは、事情変更の的確な予測を賃借人に行わせることは困難であり、全面的なリスク負担をさせることは適切ではないことが理由とされている¹¹⁹。

以上のことを参考にすると、契約期間の半分の期間を経過した時点で、当該契約は期間満了または目的物の引き渡しによって終了する、という事前の告知を企業側に義務付ける、ま

¹¹⁷ なお、借地借家法では、借賃増減請求権を当事者の特約によって排除することができる（38条7項）。これは、定期借家では、借賃改訂に関する当事者意思を優先しているからである（前掲注111、山口10頁）。

¹¹⁸ なお、通知の懈怠は賃借人への対抗についてのみ意味があるので、賃借人が期間満了を主張しなければ従前の契約が継続していることになる。また、定期借家は期間満了により終了するので、黙示の更新（民法619条）はない。したがって、38条6項は、賃貸人の終了通知義務が片面的強行規定であることを明らかにしたものである。前掲注111、山口10頁。

たこのことを、契約締結時の契約内容に盛り込ませ、書面によって明示させることが必要なのではないかと考える。また、先述のように、事情変更などによる期間途中の中途解約についても、契約条項としてありうべきことと記載させるように企業側に義務を課す方向で検討されるべきではなかろうか。

最後に、契約終了後、新たな契約が取れない場合の保障として、雇用保険による失業手当の受給を認めるべきかが問題となろう。私見では、先述したように、契約就業者も、賃金等対価を得るための活動を行う者に含まれ、経済的依存的状況にあるがゆえに、基本的には将来的に雇用保険制度が適用されて然るべきように思われる。あるいは、それに変わる保険制度の設定と適用が課題となろう。雇用保険も保険制度である以上、保険料の拠出が問題となるので、その財源をどこから確保するのか、という問題が根本にあると思われる。二分法的な判断によって、契約就業者が、自己の計算とリスクで業をなす自営業者であるとされることなく、適切な失業補償がなされていくべきであろう。

オ. 契約就業者に対する保護法政策における留意点

すでに述べたように、形式上、契約就業者は独立した自律的な就業者であり、そのような者の中には、当然、社会法による保護は不要であると考える者が多く存在しよう。したがって、今後の政策を考えるに当たっては、前章において大内が適切に指摘するように、当事者意思の尊重を基礎とした法政策を検討し、個別具体的な規定を検討していくべきであろう。

この点、これまで述べてきた具体的な政策的論点に関しては、紛争処理制度とも相俟って、当事者意思を重視する方向で私見を提示してきた。しかし、さらに、現実の契約就業者の実態、特に当事者意思がどのようなものであるのかを適切に見究めなければならない。この点、当事者意思の問題と密接にかかわる適用除外規定の慎重な設計、または／および、経済的依存性の有無に係る推定規定をどのように設けていくかが、重要な政策的論点となるのではないかとと思われる。

カ. 小括

まだ細かな点を突き詰めていく必要は残されているし、契約就業関係に対する法的介入については慎重論もあるが、筆者は、シュピオにいう第一と第二のカテゴリーに属する権利（医療保障、職業訓練を受ける権利。労災補償）に加え、以上の各論点について明記した立法、「契約就業者法」が制定されるべきではないかと考えている（先述、「経済的依存」性ある就業者としての契約である旨「推定」する規定は、この立法において明記されるべきであると考え）。その理由は、各法規が個別ばらばらに就業関係を規整し、また、法目的にしたがって相対的に「労働者」概念を定めていることのコストとリスクを避ける必要性が高いであろうと考えるからである。また、立法措置を考える場合、先に述べたような契約就業者に想定される法的問題点に類似している問題を有すると思われる消費者契約にかかる法制、あるい

¹¹⁹ したがって本条項は片面的強行規定である。前掲注 111、山口 10-11 頁。

は、借地借家法のような継続的債権債務関係における権利義務関係を明記した法制が参考とされるべきであろう。考慮すべきは、経済的格差に起因する交渉力格差・情報の非対称性から就業者側に生じる不利益の是正であると思われる。

また、以上のように対処することで、第4の категорияに属する「従属的就業者」すなわち筆者のいう“経済的依存”性を有しつつ使用者の“指揮命令”を受けて働く者と、第3の categoriaに属する「有償就業者」すなわち契約就業者を区別し、“経済的依存”性の度合い・程度に応じた“なだらかな”規整が可能になるのではないかと考えている。この場合に重要な政策的視点は、「労働者」該当性の事前の判定、すなわち紛争の事前解決であるから、この点について併せて政策的手掛かりを提示したことを考えると、筆者が述べた構想は比較的機能するのではないと思われる。しかし、それでもなお、上記のような新たな解釈がさらなる解釈を呼ぶことは避けられないと推測される。しかし、その克服のために判断要素を細分化して定立し、これについて論争することは決して好ましいことではない。先述のような紛争処理システムを整え、当事者意思を中心に事案を処理していく中で、また、裁判所において推定規定を活用していく中で、簡易迅速に紛争が解決されていくのがよいように思われる。

(2) ボランティアに対する社会法の適用

では、ボランティアに対して社会法を適用していく場合はどのようにしていくべきか。その前提として、「労働者」の概念に関し、ボランティアについても前述の契約就業者と同様に、“経済的依存性”にしたがって適用範囲を決していくこととなる（この意味では、社会法における「労働者」概念は統一的（同一線上にそれぞれの職業者が位置づけられる）であることになる）。したがって、“経済的依存”の程度によって社会法が定める利益や保護を享受していくこととなるが、ここでは一応、有償ボランティアは“経済的依存”状態があり得る場合を想定できようが、無償ボランティアはそれが無いものとして論を進めることとする。

無償ボランティアは、シュピオの考え方に従えば、外側から二番目の categoriaに位置付けられて、社会法の適用対象として認識されることになる。この場合、普遍的な社会的権利は当然に保障され、かつ、プラスアルファが認められるということになる。基本的には、ボランティア活動自体の社会的価値は認められるものの、無償であることから、保障される権利は、有償活動・就業に比して相対的に薄い。

具体的には、活動過程における災害に対する補償制度が整備、適用される¹²⁰必要があるだろう。また、私見では、安全衛生関連法規も、無償活動とはいえ、生命・身体に係わる法規であり、社会的諸活動に対する基本的な規整と考えるので、ボランティアにも実行（効）可能性ある範囲で適用すべきと考える。さらに、活動時間にかかる規整（労基法上の労働時間規整に相当するもの）も、生命や身体の安全にかかわる規整であると考えられるため、活動時間に係

¹²⁰ 山口浩一郎「NPO 活動のための法的環境整備」日本労働研究雑誌 515 号、30 頁（2003 年）はこの点について

る何らかの制約的法令を用意しておく必要がある。この場合には、労働基準監督制度に代わる実効性確保制度が整えられる必要がある。これらの点に関する具体的アイデアは、未だ熟しておらず、引き続き慎重な検討を要する。しかし、今のところ筆者は、後述するように、大枠として、ボランティアや NPO 組織の上部団体を通じた保障・安全確保システムが構築できないだろうかと考えている。その運営には、資金や人材、規整コンテンツの整備などが必要となるが、雇用の受け皿としての期待および政府としての積極的関与が可能となる土壌をベースに、省庁横断的な、ソフト・ハードを有した機関の設置によって、ボランティア団体や NPO 組織に援助を行うシステムを構築することを考えてはどうか。

また、社会保険に関しては、雇用者と被雇用者で適用される法律が異なり、保険者も異なること、さらに、保険制度という保険料の拠出と密接に係わる制度であるゆえに、制度の適用については現状を維持するとしても、先述のカテゴリー間で就業者が自由に移動するに際し、保険手続などをスムーズに行うことができる手法を用意しておくことが必要なのではないだろうか。

既述の通り、基本的に賃金等対価を得る目的以外の目的の活動であるボランティアの就業関係に、行政手法を通じて国家が介入するには、憲法上の根拠規範（あるいは法的正当性）が必要であると筆者は考えている（この点については、本章「2. 憲法規範における政策の法理論的根拠」を参照されたい）。

また、ボランティアの法律関係は、基本的には無償準委任であると推測しうるとしても、他にも幾つかの選択肢が考えられる状況にある¹²¹。簡潔に述べると、労働者類似のものとして社会法の適用を認めていく、請負として社会法の適用を否定する、そして、好意の関係として同じく社会法の適用を否定する、という選択肢である。この点については、今後の実態の見究めに依存することとなろう。

筆者は、27 条を中心として憲法解釈を整えた上で、ボランティア活動従事者に関する基本法（「社会活動従事者法」）を制定し、ありうる基本的な法律関係を明らかにし、ボランティア活動従事者に適用される社会法の個別法規や与えられる権利・補償（保障）を列挙、明示することはできないかと考えている。その前提として、もちろん、無償就業の種類と実態を見究めた上でなくてはならない。この点は今後の課題だが、これら活者に対して社会的規整を及ぼすことにはすでに社会的正当性はあると思われ、既述のような法的根拠付けと法規・権利・補償（保障）の振り分けを行えば、ボランティア活動の下支えに資する制度になるのではないかと考えている。

また、有償ボランティアについては、以上のことに加え、その有償性ゆえに、“経済的依存”性ある場合とない場合の事前事後の区別ないし紛争処理の要請があろう。この点、従来の裁判例に見られるようなケース・バイ・ケースの判断をそのまま活用していくことも一つの選

で強く主張される。

択肢ではあろう。しかし、事後的紛争解決コストの問題を考慮すると、契約就業者と同様に、できれば裁判所に代わる何らかの事前事後の紛争処理システムを用意しておく方がよいように思われる。具体的には、NPO 組織やボランティアを束ねる組織を通じた簡易な紛争解決システムを設定し、活動条件と当事者意思、適用される法規とそこにおける権利・義務関係の確認を行うことを最低限考えてもよいのではないだろうか。

そして、仮に有償性ある活動を行うことが確認された場合、“経済的依存”性ある契約就業者との差異を問題としなければならない。なぜなら、契約就業者は、“賃金等対価を得るためにその活動を行う”のであって、そうではないと一応推定される有償ボランティアとは異なる目的を有しているからである。したがって、有償ボランティアは、社会法において契約就業者とは異なる位置付けを与えられることになる。

具体的には、無償ボランティアよりも若干厚い保護を想定し、契約就業者よりも薄い保護を与えることが考えられるが、特に、活動に対する実費補償ないしその他有償であることとの理由とされる金員の支払いの保証、そして、活動打ち切りに対する活動の場の保障であろうか。これらの点は、自発的・内発的意思の実現行為であるボランティア活動の機会を保障すること、および、契約就業者に対する法的保護を正当化するための相互信頼性・依存性の論拠に準じる形での具体策である。

しかし、以上のボランティアに対する保護法の適用については、前述したように、ボランティア活動の元締めとしての例えば NPO 組織に対して、そこで活動するボランティアとの関係について、法律という手法を以って国家が介入することが、経済的に合理性を持って妥当であるのか、また、NPO 組織を雇用の受け皿として将来的に育成すべき存在として、現在の過渡的状況下で、その労働関係については国家介入を差し控えていくべきかという政策的価値判断が必要であり、その見究めを行っていくための慎重な検討が必要であると考えられる。さらに、前章において大内が指摘するように、民間の営利事業者と競合している事業に参入している NPO 組織に対して、公正な競争を確保するためのために、そこにおけるボランティア活動関係に対して国家が介入すべきか否か、という問題も検討を要する重要な課題であろう。

いずれにしても、ボランティアからの社会法適用のニーズを見究めることも含め、実態調査に基づき、より具体的に法政策を検討していく必要があると思われる。

以上の契約就業者とボランティアへの社会法の適用問題については、シュピオにいうカテゴリー一別の社会法の再構成にしたがって論を進めた。この場合、法目的に応じて「労働者」概念は相対的になると考えられなくもない。特に、契約就業者法と社会活動従事者法を制定すべきと主張したこととの関連で、一層、「労働者」概念が相対的になっていくようにも見え

¹²¹ 前掲、山口 30 頁。

る。しかし、シュピオにいう「有償就業者」以上の者を統一的に把握すること、さらに、「有償就業」自体も“経済的依存”性によって統一的に把握するので、学説上有力に主張されている「労働者」概念相対説による現在の予測不可能不安定な状況よりは、予測可能性安定性が高まるのではないかと思われ、ひいては法的安定性も確保されるという妥当な結果をもたらすのではないだろうか考える。

8. まとめ

以上、契約就業者とボランティアの「労働者」性を中心に、「労働者」「労働」の法的な意味には、憲法、労働関係法令、裁判例、学説においてどのように考えられ、扱われ、何が問題なのかを検討してきた。

順を追って簡潔にまとめると次のようになる。

社会法各法の適用があるか否かは、各法律が定める人的適用範囲の要件を充たす必要がある。労働者保護法など社会法は、基本的に、人的適用範囲を「使用される」者としており、これは「使用従属」関係＝「人的従属」性と互換的に用いられ、「労働者」の概念として理解されている。

契約就業者とボランティアについて、これら「労働者」の概念に含まれるのか否か、社会法各法ならびに裁判例および学説を検討した。少なくとも前者については、その就業実態から「労働者」であるとされる場合もあろうが、基本的にはその契約形式である請負や委任という形式からは「労働者」であるとはされず、また、ボランティアについても、そもそもその活動自体が、法的な意味での「労働」ではないと考えられ、かつ、推測される契約形式並びに就業実態から考えて、「労働者」の概念に含まれる可能性は低いと見られる。

しかし、契約就業者についても従来からの労働法学説においては要保護性がある者であるとの認識の下、使用従属性の解釈において様々な工夫を凝らしながら「労働者」の概念に含ましめる努力が払われてきていることから、何らかの法的手当てが必要な就業者であるということ、そして、ボランティアについても、社会における雇用の場としての期待および社会における社会活動の重要性の高まりや社会連帯の高揚を想起するとき、決して無視し得ない者であると思われることから、これらの者について、一定程度社会法を適用してその就業あるいは活動を保護していくべきではないかと論じた。

そこで、これらの者について、「労働者」たることの要件である「使用される」状態になり、すなわち、社会法の適用がないことを克服すべく、現在の「労働者」概念を、社会法全体の中で再構成する中で、位置付けようと試みた。

「使用従属」性については、とくに「人的従属」性は、現代的意味においてその意義を喪失しつつあると考えられるため、これを“指揮命令”性との文言に置きかえること、そして、この文言は単に、労働契約における本質を想定したものに過ぎず、「労働者」概念には影響を

与えないということ、「労働者」の概念において重要なのは、「労働」の概念が、“賃金等生活を維持することを目的とした活動”であることから、“経済的従属”性であるが、“従属”との文言は誤解を招き好ましくないゆえ、“依存”に置き換え、“経済的依存”性のみによって、「労働者」であるか否かを決すべきであることを主張した。

個別の具体的策としては、契約就業者については、就業者間の平等原則並びに企業間の公平な競争の確保という観点、さらに、契約就業者と企業との事実上の関係における経済力・交渉力格差、情報の非対称性および契約関係における継続性原理などを論拠として、契約就業者に対して保護を及ぼしていくべきではないかと考え、特に、契約締結時、契約展開過程、契約終了時、に分けて、必要な保護を検討した。

また、ボランティアについては、有償や無償といった形態の差異、あるいは活動実態の多様性などを考えると一概には言えないものの、基本的には“経済的依存”性はない者として位置付け、災害保険や社会保障、安全衛生、平等、などといった、最低限の社会的保護が必要ではないかと述べた。しかし、有償無償の程度によって、場合によっては契約就業者に限りなく近づいていくボランティアもいるであろうことに留意が必要である。

さらに、契約就業者、ボランティアのいずれについても、適切な紛争処理システムの設定が必要であると論じた。

なお、法制策を検討するに当たり、契約就業者については、当事者意思を重視して社会法の適用を排除する仕組みを考える必要性、そして、ボランティアについては、その活動主体であるボランティア組織の民間企業との競争力および社会法の適用による発展阻害について留意する必要があるであろうと述べた。

*本章は、拙稿「社会法における「労働者」の概念」(JILPT Discussion Paper Series 04-007 (2004年))を再構成し、かつ、大幅な加筆・修正を施したものである。上記拙稿執筆時より本章執筆時までにおいて、極めて有益なコメントを下された JILPT 内外の研究者の皆様にご心より感謝申し上げます。有益な指摘にも拘わらず、本章に反映できなかった点については、今後の課題とさせて頂きたい。なお、本章に係る一切の責めはすべて筆者に帰す。

【参考文献（本件問題に関連する文献を含む）】

- 青木宗也・片岡 昇編『注解法律学全集 44 労働基準法 I [序説・第 1 条～第 41 条]』（第 9 条・安枝英伸執筆部分、第 2 章労働契約・片岡昇執筆部分）（青林書院、1994 年）。
- 浅倉むつ子「就労形態の多様化と労働者概念」飯島紀昭・島田和夫・広渡清吾編『市民法学の課題と展望—清水誠先生古希記念論集—』（日本評論社、2000 年）。
- 有泉 亨「労働者概念の相対性」中央労働時報 486 号（1969 年）。
- 安西 愈「「労働者概念」の多義性とその差異をめぐって」季刊労働法 145 号（1987 年）。
- 池添弘邦「社会法における「労働者」の概念」JILPT Discussion Paper Series 04-007（2004 年）。
- 石井照久『労働法総論 [増補版]』（有斐閣、1979 年）。
- 石川吉右衛門『労働組合法』（有斐閣、1978 年）。
- 石崎政一郎『労働法講義(I)』（青林書院、1958 年）。
- 石田 眞「労働契約論」初井常喜編『戦後労働法学説史』（旬報社、1996 年）。
- 石田 眞「企業組織の変動と雇用形態の多様化」法律時報 75 巻 5 号（2003 年）。
- 稲垣正昭「労働者」日本労働法学会編『新労働法講座 第 1 巻』（有斐閣、1966 年）。
- 井上徹二・古川景一「消費税と労働法」労働法律旬報 1500 号（2001 年）。
- 岩田克彦「雇用と自営、ボランティア—その中間領域での多様な就業実態と問題の所在」JILPT Discussion Paper Series 04-010（2004 年）。
- 内田 貴『契約の時代』（岩波書店、2000 年）。
- 大内伸哉「労働保護法の展望」日本労働研究雑誌 470 号（1999 年）。
- 大内伸哉「労働法と消費者契約」ジュリスト 1200 号（2001 年）。
- 大内伸哉「無償の労務提供契約はいかなる場合に成立するか（海外判例レポート Vol.20（イタリア）」労働判例 827 号（2002 年）。
- 大内伸哉「今後の労働保護法制のあり方についての一考察」日本労働研究機構『在宅ワーカーの労働者性と事業者性』調査研究報告書 No.159（2003 年）。
- 落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2001 年）。
- 小俣勝治「仲介型並びに下請型委託就業による契約労働者保護の課題」日本労働法学会編『日本労働法学会誌』102 号（法律文化社、2003 年）。
- 片岡 昇「映画俳優は「労働者」か」季刊労働法 57 号（1965 年）。
- 片岡 昇「雇用形態の多様化と団体交渉制度」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第三巻』（有斐閣、1999 年）。
- 加藤智章「生活保障体系における労働法」日本労働法学会編『講座 21 世紀の労働法 第 1 巻 21 世紀労働法の展望』（有斐閣、2000 年）。
- 鎌田耕一編著『契約労働の研究』（多賀出版、2001 年）。
- 鎌田耕一「新宿労基署長（撮影技師）事件・平成一三年（行コ）第四二号事件東京高等裁判所第二一民事部 鑑定意見書」労働法律旬報 1536 号（2002 年）。
- 鎌田耕一「契約労働者の概念と法的課題」日本労働法学会編『日本労働法学会誌』102 号（法律文化社、2003 年）。
- 鎌田耕一「委託労働者・請負労働者の法的地位と保護」日本労働研究雑誌 526 号（2004 年）。
- 川口 實「労働権」日本労働法学会編『現代労働法講座 第 1 巻 労働法の基礎理論』（総合労働研究所、1981 年）。
- 川口 實「労働者性の判断基準と就業規則の問題点」ジュリスト 855 号（1986 年）。
- 国武輝久「特殊雇用形態と労働者概念」日本労働法学会編『日本労働法学会誌』42 号（総合労働研究所、1973 年）。
- 久保敬治・浜田富士郎『労働法』（ミネルヴァ書房、1993 年）。
- 倉田 聡「短期・断続的雇用者の労働保険・社会保険」日本労働法学会編『講座 21 世紀の労働法 第 2 巻 労働市場の機構とルール』（有斐閣、2000 年）。
- 倉田 聡「労働形態の多様化と社会保険の将来像」法律時報 75 巻 5 号（2003 年）。
- 小寫典明「「労働者」の判断基準」季刊労働法 139 号（1986 年）。
- 小寫典明「労働組合法を超えて」日本労働研究雑誌 391 号（1992 年）。
- 小西國友「労働者とは」同『労働法の基礎』（日本評論社、1993 年）。
- 雇用以外の労働・就業に関する調査委員会「雇用以外の労働・就業に関する調査 報告書」労働省職業安定局編『雇用レポート 2000』（労務行政研究所、2000 年）。
- 島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」西村健一郎・小寫典明・加藤智章・柳屋孝安編『新時代の労働契約法理論—下井隆史先生古希記念—』（信山社、2003 年）。
- 島田陽一「労働形態の多様化と労働法」法律時報 75 巻 5 号（2003 年）。
- 下井隆史「労働契約と賃金の基礎理論」同『労働契約の法理論』（有斐閣、1985 年）。

下井隆史「労働法の適用対象」同『雇用関係法』(有斐閣、1988年)。
 下井隆史『労働基準法〔第3版〕』(有斐閣、2001年)。
 (社)全国労働基準関係団体連合会『労働法上の「労働者」性の判断に関する裁判例の傾向と分析』(1995年)。
 菅野和夫『新・雇用社会の法』(有斐閣、2002年)。
 菅野和夫『労働法〔第6版〕』(弘文堂、2003年)。
 諏訪康雄「テレワークの実現と労働法の課題」ジュリスト1117号(1997年)。
 諏訪康雄『雇用と法』(放送大学教育振興協会、1999年)。
 高島良一『労働法律関係の当事者』(信山社、1996年)。
 竹中康之「社会保険における被用者概念」修道法学第19巻第2号(1997年)。
 蓼沼謙一「労働基本権の性格」日本労働法学会編『新労働法講座 第1巻』(有斐閣、1966年)。
 蓼沼謙一「労働法の対象」日本労働法学会編『現代労働法講座 第1巻 労働法の基礎理論』(総合労働研究所、1981年)。
 土田道夫「労務指揮権の意義と機能」同『労務指揮権の現代的展開』(信山社、1999年)。
 津曲蔵之丞『労働法原理』(改造社、1932年)。
 東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法 上巻』(第9条、橋本陽子執筆部分)(有斐閣、2003年)。
 内閣府国民生活局消費者企画課編『逐条解説 消費者契約法〔増補版〕』(商事法務、2003年)。
 中窪裕也「労働契約の意義と構造」日本労働法学会編『講座 21世紀の労働法 第4巻 労働契約』(有斐閣、2000年)。
 長坂俊成「テレワークの法的性質と法的保護のあり方」季刊労働法193号(2002年)。
 永野秀雄「「使用従属関係論」の法的根拠」金子征史編著『法政大学現代法研究所叢書16 労働条件をめぐる現代的課題』(法政大学出版局、1997年)。
 永野秀雄「縁辺労働者の雇用政策」日本労働法学会編『講座 21世紀の労働法 第2巻 労働市場の機構とルール』(有斐閣、2000年)。
 永野秀雄「「契約労働者保護」の立法的課題」日本労働法学会編『日本労働法学会誌』102号(法律文化社、2003年)。
 西谷 敏「労基法上の労働者と使用者」沼田稲次郎・本多淳亮・片岡昇編『シンポジウム 労働者保護法』(青林書院、1984年)。
 西谷 敏『労働組合法』(有斐閣、1998年)。
 日本労働研究機構『就業形態の多様化と法政策』(小寫典明、上田達子・衣笠葉子、柳屋孝安、各執筆部分)(2003年)。
 (社)日本労務研究会『契約就業者問題についての調査研究 報告書』(1999年)。
 沼田稲次郎『日本労働法論(上)』(日本科学社、1948年)。
 沼田稲次郎『労働法論序説』(勁草書房、1950年)。
 沼田稲次郎『団結権擁護論』(勁草書房、1954年)。
 橋本陽子「労働法・社会保険法の適用対象者(1)(2)(3)(4・完)」法学協会雑誌119巻4号(2002年)、120巻8号(2003年)、120巻10号(2003年)、120巻11号(2003年)。
 濱口桂一郎「EU労働法思想の転換」季刊労働法197号(2001年)。
 林 和彦「労働契約の概念」秋田成就編著『労働契約の法理論』(総合労働研究所、1993年)。
 平井宜雄「いわゆる継続的契約に関する一考察」中川良延、平井宜雄、野村豊弘、加藤雅信、瀬川信久、廣瀬久和、内田貴編『日本民法学の形成と課題 下』(有斐閣、1996年)。
 馬渡淳一郎「非直用労働と法規制」日本労働研究雑誌505号(2002年)。
 村中孝史「労働契約概念について」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第三巻』(有斐閣、1999年)。
 森戸英幸「我が家が一番？」日本労働研究雑誌467号(1999年)。
 森戸英幸「テレワーク・家内労働・在宅ワークの法政策」法律時報75巻5号(2003年)。
 柳屋孝安「自営業と労働者性をめぐる問題」日本労働研究雑誌452号(1998年)。
 柳屋孝安「非労働者と労働者概念」日本労働法学会編『講座 21世紀の労働法 第1巻 21世紀労働法の展望』(有斐閣、2000年)。
 柳屋孝安「社会保険」日本労働研究機構編『就業形態の多様化と法政策』(2003年)。
 柳屋孝安「雇用・就業形態の多様化・流動化と健康サポート」法と政治54巻2号(関西学院大学法政学会)(2003年)。
 柳屋孝安「雇用関係法における労働者性判断と当事者意思」西村健一郎・小寫典明・加藤智章・柳屋孝安編『新時代の労働契約法理論—下井隆史先生古希記念—』(信山社、2003年)。
 矢部恒夫「雇用形態の多様化と労働者概念」西谷敏・中島正雄・奥田香子編『転換期労働法の課題』(旬報社、2003年)。
 山口浩一郎編著『法システムII 市民活動と法』(放送大学教育振興会、2002年)。
 山口浩一郎「NPO活動のための法的環境整備」日本労働研究雑誌515号(2003年)。
 山口英幸「改正借地借家法の概要」ジュリスト1178号(2000年)。

- 山崎文夫「ボランティア活動と労働契約（海外判例レポート Vol.28 (フランス))」労働判例 842 号 96 頁 (2003 年)。
- 山中康雄「労働権」日本労働法学会編『労働法講座 第 1 巻 総論』(有斐閣、1956 年)。
- 山本吉人「労働者・労働組合」日本労働法学会編『現代労働法講座 第 1 巻 労働法の基礎理論』(総合労働研究所、1981 年)。
- 横井芳弘「労働法における従属労働の概念」蓼沼謙一・横井芳弘・角田邦重編『ジュリスト増刊 労働法の争点(新版)』(有斐閣、1990 年)。
- 吉田美喜夫「雇用・就業形態の多様化と労働者概念」日本労働法学会『日本労働法学会誌』68 号 (総合労働研究所、1986 年)。
- 吉田美喜夫「「労働者」とは誰のことか」日本労働研究雑誌 525 号 (2004 年)。
- 萬井隆令「労働契約の概念」同『労働契約締結の法理』(有斐閣、1997 年)。
- 和田 肇「労働契約の法理」同『労働契約の法理』(有斐閣、1990 年)。
- Barnard, Catherine, *The Personal Scope of the Employment Relationship*, submitted to JILPT 6th Comparative Labor Law Seminar (Tokyo Seminar), March, 2004.
- Dau-Schmidt, Kenneth G. and Ray, Michael D., *The Definition of "Employee" in American Labor and Employment Law*, submitted to JILPT 6th Comparative Labor Law Seminar (Tokyo Seminar), March, 2004.
- Lokiec, Pascal, *The Scope of Labour Law and the Notion of Employee-Aspects of French Labour Law*, submitted to JILPT 6th Comparative Labor Law Seminar (Tokyo Seminar), March, 2004.
- Pedersini, Robert, 'ECONOMICALLY DEPENDENT WORKERS', EMPLOYMENT LAW AND INDUSTRIAL RELATIONS, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2002. (obtained through EIROnline Homepage).
- Rönnmar, Mia, *The Personal Scope of Labour Law and the Notion of Employee in Sweden*, submitted to JILPT 6th Comparative Labor Law Seminar (Tokyo Seminar), March, 2004.
- Supiot, Alain, BEYOND EMPLOYMENT, Oxford University Press, 2001.
- Tham, Joo-Cheong, *The Scope of Australian Labour Law and the Regulatory Challenges Posed by Self and Casual Employment*, submitted to JILPT 6th Comparative Labor Law Seminar (Tokyo Seminar), March, 2004.
- Tiraboschi, Michele and Del Conte, Maurizio, *Employment Contract: Disputes on Definition in the Changing Italian Labour Law*, submitted to JILPT 6th Comparative Labor Law Seminar (Tokyo Seminar), March, 2004.
- Wank, Rolf, *Diversifying Employment Patterns - the Scope of Labour Law and the Notion of Employee*, submitted to JILPT 6th Comparative Labor Law Seminar (Tokyo Seminar), March, 2004.
- Yamakawa, Ryuichi, *New Wine in Old Bottles?: Employee/Independent Contractor Distinction Under Japanese Labor Law*, 21 COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL 99 (1999).