

## 第 2 部

### 比較法研究



# 第1章 ドイツ

## 第1節 概説<sup>1</sup>

### 1. 労働者概念の形成

ドイツにおける近代的な労働法発展は、19世紀の工業化とともに始まる。もともと、19世紀の労働法制は、工業、商業、鉱業、海運業、農業等の職業分野ごとに分かれた職業的な法規制が存在する状態にあり、各法令ごとに当該法令が規制する事業及び就業者の範囲が決められていた。

その一方で、一般的な「労働者」概念は、社会保険法の分野で先行して形成された。1880年代以降の一連の社会保険立法において強制保険が導入されたことを受け、その適用範囲の画定が必要となった。強制被保険者か否かの裁決を最終的に行ったのは、社会保険の管轄官庁であるライヒ保険庁（Reichsversicherungsamt）であり、そこでの裁決実務において示された判断基準によって、強制保険の適用対象者、すなわち賃労働者（Lohnarbeiter）の特性が明らかにされていった。賃労働者の判断基準は、①他人の事業所・世帯への編入、労働場所の独立性の無さ、労務遂行上の指揮監督の存在といった労務給付への拘束性、②契約内容が労務の給付であり、物の供給・保管といった請負ではないこと、契約関係が時間的に固定されていること、事業の主体性がないこと、補助労働力の利用・経営手段の所有がないこと、といった非事業者性に加え、③就業者の生活状況、経済状況も考慮された<sup>2</sup>。

このとき、強制保険の適用対象者である賃労働者と、そうではない独立事業者の境界的就業形態として主に問題となったのは家内労働従事者である。家内労働従事者は、他の事業者の委託を受け、かつその計算で工業製品の製造・加工を行う者で、いわゆる経済的従属関係にありつつも、自己の作業場を有し独立して作業を行う者であった。かかる家内労働従事者は、いわば人的に独立しつつ、特定の委託者に経済的に従属した関係にある事業者として、疾病保険など一定の社会保険の適用対象者となり、加えて、工業分野の労働者に適用される営業法上の労働者保護規定の一部適用、営業裁判所の管轄が認められるなど、一部、賃労働者と同様の保護を受けていた。

労働法分野における統一的な労働者概念はワイマール時代に形成された。つとに知られるように、ワイマール憲法 157 条 2 項は、「ライヒは統一的労働法を創出する」と定め、労働協約令、経営協議会法をはじめとする集団的労働法、労働時間令、労働者の疾病時の賃金継

---

<sup>1</sup> ドイツにおける労働者概念について、Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2000 (MünchArbR), R. Richardi, § 24. 日本での代表的研究文献として、柳屋孝安『現代労働法と労働者概念』（信山社、2005年）、橋本陽子「労働法・社会保険法の適用対象者—ドイツ法における労働契約と労働者概念」（一）～（四・完）法学協会雑誌 119 巻 4 号 612 頁, 120 巻 8 号 1477 頁, 120 巻 10 号 1893 頁, 120 巻 11 号 2177 頁（2002～2003年）を参照。

<sup>2</sup> 柳屋・前掲注 1 書 9 頁以下。

続支払法などの個別的労働法が成立した。また、1926年の労働裁判所法により、労働裁判所が設置されたことで、それまで実体法の適用の相違により、営業裁判所、商人裁判所、普通裁判所に分かれていた労働関係事件の管轄が統一された。

諸々の職業分野を統一する労働法の適用対象者は、現業労働者（Arbeiter）及び職員（Angestellte）であり、両者を包摂する上位概念として労働者（Arbeitnehmer）の用語が使用されることとなった。この労働者の特質を、従属労働（abhängige Arbeit）、あるいは非独立労働（unselbständige Arbeit）を行う者とする見解が通説となったが、従属性の内容については見解が分かれ、人的従属性を決定的基準とする説と、人的従属性に加え、経済的従属性のある就業者を労働法の適用対象に含める説とが見られた。人的従属性が認められる労働者は、使用者に対し経済的な従属関係にあることが通例であるため、問題は、人的従属性がなく、すなわち人的に独立しつつも、特定の相手との経済的な従属関係において労務を給付する就業者に統一労働法を適用するか否かであった。ここでの具体的な境界事例は、家内工業従事者、及び、特定の企業に専属する代理商などであった。

1926年の労働裁判所法は、労働者に加え、家内工業従事者及び「労働者類似の者（arbeitnehmerähnliche Person）」もまた労働者と同視することを規定した。1934年に改正された労働裁判所法5条1項2文では、「家内労働に関する法律2条に従い、報酬の保護を受ける者、及び工業的家内労働に従事していないその他の者で、特定の契約相手の委託を受け、且つ、その計算で労務を給付し、経済的非独立性のため労働者類似の者とみられる者は、これを労働者とみなす」として、「経済的非独立性」をメルクマールとする表現が用いられている。労働者類似の者が労働者とは区別された独立のカテゴリーとして法律上で規定されたということは、同時に、労働法の適用対象者たる「労働者」の決定的な判断基準が、経済的従属性ではなく、人的従属性とされたことを意味した。

1927年に公刊されたA・フーク／C・ニッパードイの労働法教科書第1版において、「労働者（Arbeitnehmer）とは、私法上の契約を根拠とし、契約相手に雇用された状態での労働の義務を負う者である」<sup>3</sup>と定義されている。この定義は通説的見解となり、戦後の西ドイツの連邦労働裁判所（Bundesarbeitsgericht. 以下、“BAG”という。）もこの定義を引用している<sup>4</sup>。

この定義は以下の3つのメルクマールを提示する<sup>5</sup>。

- ① 労働者は「労働の義務を負う」。すなわち、労働の成果を債務とするのではない。
- ② 労働者の労働義務は、「私法上の契約を根拠」とする。すなわち、労働法は私的自治によって根拠付けられる法関係を対象とする。官吏などの公勤務関係にある者には、原則として労働法の適用はない。

<sup>3</sup> Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. Aufl. 1927, S. 33.

<sup>4</sup> BAG v. 15. 3. 1978, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>5</sup> MünchArbR/Richardi, § 24 Rn. 13ff.

③ 労働者は、「契約相手に雇用された」状態での労働を給付する。労働関係を根拠付ける契約類型は、民法上の体系では 611 条以下の雇用契約に分類されるが、雇用契約に基づき労働を提供する者がすべて労働者なのではなく、「契約相手に雇用された」状態での労働を義務付けられる者のみが労働者である。自由雇用契約と労働契約を区分するメルクマールは、判例・通説によれば人的従属性に求められている。

## 2. 労働法制と労働者概念

第二次世界大戦後のドイツ連邦共和国（西ドイツ）では、1951 年の解雇制限法をはじめ、多数の重要な労働立法が行われた。各法律には、それぞれ適用範囲に関する規定が設けられているが、各労働法令は基本的に「労働者（Arbeitnehmer）」を適用対象とする。この「労働者」概念は、労働法の分野で統一的に用いられており、集団的労働法と個別的労働法で、適用対象画定のための概念としての「労働者」に相違はない。

幾つかの法律で、この「労働者」とは「現業労働者」及び「職員」、並びに「職業訓練のための就労者」を含めるとの定義がなされている（賃金継続支払法 1 条 2 項、企業年金改善法 17 条 1 項 1 文、労働時間法 2 条 2 項、事業所組織法 5 条 1 項 1 文）。法律によっては、この「労働者」に加えて、「労働者類似の者」（連邦年次休暇法 2 条 2 文、セクシュアル・ハラスメント防止法 1 条 2 項 1 号、労働保護法 2 条 2 項 3 号、労働裁判所法 5 条 1 項 2 文）、あるいは公勤務に就く官吏・裁判官・兵士（セクシュアル・ハラスメント防止法 1 条 2 項 2 号、3 号、4 号、労働保護法 2 条 2 号 4 号、5 号、6 号）を適用対象に含めるものがある。

他方で、小規模事業所で就労する労働者に適用がない法律（解雇制限法、事業所組織法）、管理職員を適用除外とする法律（解雇制限法、労働時間法、事業所組織法）、特定の属性を有する労働者のみに適用される法律（母性保護法、年少者労働保護法）がある。

このように、ドイツの労働法令は、原則として労働者を適用対象としつつ、各法律の目的・趣旨に応じて、その適用対象を拡大ないし縮小している。

労働法令の上で、「労働者」に関する特段の詳細な定義は行われていない。ただし、法的な労働者概念に関する制定法上の手掛かりとして、独立代理商の定義を行う商法典 84 条 1 項 2 文がある。当該条項では、「本質的に自由に、自らの業務を形成し労働時間を決定しうる者」が独立した代理商であると定義されている。商法典 84 条 2 項は、独立することなく代理業務を行う者を「職員」であるとしているため、84 条 1 項 2 文及び同 2 項を併せて解釈すると、本質的に自由に自らの業務を形成できず、労働時間を決定できない者が「職員」＝「労働者」であることになる。

代理商と商業使用人の区分基準となる商法典 84 条 1 項 2 文の規定を、BAG は一般的な自営業者／労働者の区分を判断する際にも引用してきている。労働者概念に関する、さらに詳細なメルクマールは BAG の判例において形成されてきた。

## 第2節 判例

### 1. 概要

#### (1) 人的従属性

戦前のライヒ労働裁判所（Reichsarbeitsgericht. 以下、“RAG”という。）の裁判例には、労働者性の基準を経済的従属性（wirtschaftliche Abhängigkeit）とするものも存在したが<sup>6</sup>、経済的従属性は労働者性にとり、必要でも十分でもない、とする学説の定着とともに、RAGもまた、決定的な基準は人的な独立性／従属性であり、経済的従属性のメルクマールは人的従属性をより強める点でのみ考慮されうるとする立場を取るようになった<sup>7</sup>。

戦後の BAG の判例は、「労働者」性の判断基準を労務提供者の人的従属性（persönliche Abhängigkeit）にあるとする立場を一貫して取っている。BAG がこれまでに人的従属性の徴表として挙げてきたメルクマールには、①専門的な指揮命令への拘束性、②時間に関する指揮命令への拘束性、③場所に関する指揮命令への拘束性、④他人の事業組織への編入などがある。これらの一ないし複数のメルクマールの存在が人的従属性の程度が大きいことの根拠となり、その結果として労働者性が肯定される。換言すれば、これらのメルクマールが全く存在しない場合には労働者性が否定される。実際のところ、労働者性の有無は、個々の事例の事情を総合的に検討した上で、人的従属性の程度によって判断されている。このため、人的従属性の基準は、法的判断のための基準として不明確、不十分であるとの批判が学説により行われてきた。

#### ア. 専門的な指揮命令への拘束

BAG は、労働者が「他人決定的な労働（fremdbestimmte Arbeit）」を給付しなければならない点に人的従属性があるとする<sup>8</sup>。労務の受領者による、労働の内容や遂行方法に関する専門的な指揮命令に労務の給付者が拘束されている場合に、労働は他人決定的であるといいうる<sup>9</sup>。ただし、専門的な指揮命令が欠ける場合でも、そのことのみで労働者性が否定されるわけではない。後述のように、医師長のような専門的職種の場合には労務の受領者による専門的指揮命令が欠けるにもかかわらず、他の点で労務提供者が拘束を受けている場合には労働者性が肯定されている<sup>10</sup>。

#### イ. 労働の時間・場所に関する指揮命令への拘束

商法典 84 条 1 項 2 文は、「本質的に自由に、自らの業務を形成し自らの労働時間を決定しうる者」を「独立」した代理商と定義している。BAG は、この条文に示された基準を他の職

<sup>6</sup> RAG Benschl. 4 143.

<sup>7</sup> RAG Benschl. 8 451.

<sup>8</sup> BAG v. 15. 3. 1978, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>9</sup> BAG v. 20. 7. 1994, AP Nr. 73 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>10</sup> BAG v. 10. 11. 1955, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; BAG v. 27. 7. 1961, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Gehaltsansprüche.

種のケースにも一般化して適用できるとし<sup>11</sup>、労働者性の判断基準として一般的に利用している。

このため、労務提供者が労務の遂行にあたって、一定の時間的・場所的拘束を労務の受領者から受ける場合には、労働者性が肯定される<sup>12</sup>。反対に、労務提供者が労働時間を任意に決定できる場合には、労働者性が否定されうる<sup>13</sup>。もっとも、労務提供の時間・場所に関する拘束が契約上、特に定められていない場合でも、実際の労務遂行に当たり、労務提供者が恒常的な労務準備状態にあると認められる場合には、強度の人的従属性が認められ、労働者性が肯定されうる<sup>14</sup>。労働場所に関する拘束は、外勤労働者が存在するように、それが欠ける場合であっても、そのことのみでは労働者性は否定されない。

#### ウ．事業組織への編入

BAG 判決には、労働者性のメルクマールとして、事業所への編入を挙げる例も見られる<sup>15</sup>。特に、放送事業における自由協働者の労働者性が争われた事例で、BAG は、協働者が労務の遂行に当たり、放送局の施設及び他の協働者とのチーム労働に依存していることから、人的従属性を認め労働者性を肯定した<sup>16</sup>。しかし、後に BAG は、そうした判断基準の変更を明示し、施設やチーム労働への依存は必ずしも人的従属性の根拠とならず、放送局が一方的に作成する作業計画に従い、恒常的な労務準備状態に置かれることが人的従属性の徴表であるとしている<sup>17</sup>。

## 2. 職種による判例の分類

### (1) 専門的職種

専門的職種の特徴は、提供される労務の専門性の高さを理由として、労務の内容、遂行手順・方法に関する使用者（委託者）からの指揮命令拘束性が希薄な点にある。労働者性が争われた具体的な職種として医師、セラピスト等の医療関連就業者、学校講師、ジムナジウム教員等の教育・研究関連業務就業者、放送事業における協働者（外国語学の専門能力を有するアナウンサーやジャーナリスト、番組制作のプロデューサー、ディレクター、音楽家等）等がある。

<sup>11</sup> Vgl. BAG v. 21. 9. 1977, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>12</sup> Vgl. BAG v. 19. 11. 1997, AP Nr. 90 zu § 611 BGB Aghängigkeit.

<sup>13</sup> Vgl. BAG v. 28. 2. 1962, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Abhängigkeit (気象予報のための気象計測作業員) ; BAG v. 15. 3. 1978, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Abhängigkeit (音楽家) ; BAG v. 26. 1. 1977, AP Nr. 13 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten (市民学校講師) ; BAG v. 9. 9. 1981, AP Nr. 38 zu § 611 BGB Abhängigkeit (セラピスト) ; BAG v. 27. 3. 1991, AP Nr. 53 zu § 611 BGB Abhängigkeit (書籍編集者) ; BAG v. 16. 7. 1997, AP Nr. 4 zu § 611 BGB Zeitungsausträger (新聞配達員) usw.

<sup>14</sup> Vgl. BAG v. 9. 3. 1977, AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG v. 30. 11. 1994, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>15</sup> BAG v. 13. 8. 1980, AP Nr. 37 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>16</sup> BAG v. 9. 3. 1977, AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG v. 15. 3. 1978, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG v. 23. 4. 1980, AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>17</sup> BAG v. 30. 11. 1994, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

## ア. 医師長

病院の医師長（Chefarzt）については、労務の内容、遂行手順等に関する専門的指揮命令の拘束を受けず、一部、直接に患者から報酬を受け取る自由診療を行っている点などで労働者性を否定する要素があるものの、病院の患者の受診義務や、担当する部門の管理責任を負うなどの点で使用者の指揮命令下にあると判断される場合に、労働者性が肯定されている。

## イ. セラピスト

セラピーを行う時間を患者と相談して決定することができた点、提供される労務について委託者から拘束を受けない点から、労働者性が否定されたケースがある。独立代理商を定義した商法典 84 条 1 項 2 文が引用され、「本質的に自らの業務を自由に形成し、労働時間を自由に決定しうる」ことが独立性の判断基準とされる。

## ウ. 教員・講師

公教育の卒業資格取得のためのコースで授業を担当する教員の事例では、提供する労務の内容、場所、時間に対する学校側からの指揮命令への拘束が高い程度で認められ、労働者性が肯定されている。具体的には、労務を提供する時間、場所が学校側により決定されること、授業内容が公的に決定された教育内容による拘束を受けること、担当する学級の教育計画への拘束といった事情が人的従属性を強めること、加えて、授業の準備、試験の実施、生徒の管理、教員共同のミーティングへの出席などの付随的義務を負担することなどを理由に強度の人的従属性が存するとされ、労働者性が肯定された例がある。この点は、教員が副業としてパートタイムで授業を担当している場合でも変わらない。BAG 第 5 小法廷は授業の内容、時間、場所への拘束、及び付随的義務の負担から労働者性を肯定する傾向がある一方で、BAG 第 7 小法廷は、単に授業内容への拘束があるだけでは人的従属性の肯定には不十分であり、教員が付随的義務を負うことで授業時間以外の時間にも拘束を受ける事実によって高度の人的従属性及び労働者性が肯定される、として、時間的拘束に着目した判決を行っている<sup>18</sup>。

一方、公教育の課程には拘束されない市民学校（成人学校）の講師の例で、授業時間及び講義内容について自由な決定を行いうるとされ、労働者性が否定されたケースがある。

## エ. 放送事業自由協働者<sup>19</sup>

放送局で就労する自由協働者の契約は、一定の期間の労務提供、ないし、提供する労務ごとの対価として報酬（Honorar）を約する報酬契約の形式が採られていた。例えば番組の制作にかかわるディレクターであれば制作期間の満了とともに報酬が支払われ、楽団員やアナウンサー、通訳等の場合は番組出演ごとに報酬が支払われるなど、提供する労務の種類によって契約内容は様々であった。

初期の BAG 判決では、1 年間を超える期間、放送局から個々の委託を恒常的に受けていた自由協働者について、労働関係の成立は否定しつつ、労働者類似の継続的契約関係が成立

<sup>18</sup> 橋本・前掲注 1 論文（三）22 頁。

<sup>19</sup> 放送事業自由協働者については、柳屋・前掲注 1 書 109 頁以下、橋本・前掲注 1 論文（三）5 頁以下。

していたとして、家内労働法 29 条の解約告知期間規定を類推適用し、2 週間の解約告知期間が認められたものがある<sup>20</sup>。

その後、BAG の判決において、放送局で就労する自由協働者について労働者を肯定するものが現れ、その理由として、放送局の番組制作及び放送計画に従い恒常的な労務準備状態に置かれていること、業務の委託を拒否することが事実上不可能であることなどから人的従属性が肯定され、他の協働者との密接で恒常的な協働を行うこと、放送事業に組み込まれていることによってそうした人的従属性が強化されることが挙げられた<sup>21</sup>。

さらに、その後の BAG 判決では、協働者が、放送局の作成した番組制作及び放送の計画に従い、放送局施設の機器を利用し他の協働者とのチーム作業に従事して労務を提供していたことが協働者の労働の他人決定性及び他人利用性（Fremdnützigkeit）の徴表であり、かかる協働者に社会的な要保護性があるとして、労働法（解雇制限法）の適用を認めた判決<sup>22</sup>、及び、労働組織に編入された協働者が、自らの労働力を自ら設定した目的に従って市場で自己の責任において利用することができず、放送施設の番組制作のために用いている場合に従属労働ないし非独立の労働が特徴づけられるとした判決<sup>23</sup>が現れた。こうした一連の判決は、労働の他人利用性への着目により、協働者の経済面での従属性（自己の生存のため自己責任での備えができないこと）を労働者性の判断要素に加えたものとも評価され、また、他の協働者とのチーム労働の必要性ないし放送局の設備への依存という徴表の重視は、協働者の組織的従属性を重視したものと評価された。

一連の自由協働者訴訟で協働者側の勝訴が相次いだことを受け、放送局側は、ドイツ基本法 5 条 1 項 2 文で保障される放送の自由に基づき、放送局が提供すべき番組内容の多様性を確保するため、協働者の選択、雇入れ、及び労務提供に関する契約形式の選択を自由に行うるのであり、BAG の一連の「正規雇用判決」は、そうした放送局の放送の自由を侵害するとして連邦憲法裁判所に違憲抗告を提起した。連邦憲法裁判所（BVerfG）の決定は、協働者の選択、雇入れ及び雇用に関する決定を自由に行う放送局の権利が、憲法上の放送の自由の保障に含まれるとしつつ、放送人事に関する放送局の自由な決定の保護はテレビ、ラジオ放送の「内容の形成に関与する協働者」（例：ディレクター、コメンテーター、芸術家など）に限られるとした<sup>24</sup>。

BAG は、連邦憲法裁判所の決定を受け、放送の自由は、協働者の労働者性を確認することと矛盾しないとし、放送の自由が影響を及ぼすのは、番組を形成する協働者との期間の定めのある労働契約を許容しうるか否かの判断においてである、としている<sup>25</sup>。

現在 BAG は、以前の BAG 判決が人的従属性の徴表として挙げた「協働者チーム及び放送

<sup>20</sup> BAG v. 8. 6. 1967, AP Nr. 6 § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>21</sup> BAG v. 9. 3. 1977, AP Nr. 21 § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>22</sup> BAG v. 15. 3. 1978, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>23</sup> BAG v. 23. 4. 1980, AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>24</sup> BVerfG v. 13. 1. 1982, AP Nr. 1 Art. 5. Abs. 1 GG Rundfunkfreiheit.

<sup>25</sup> BAG v. 13. 1. 1983, AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

局の設備への依存」を破棄し<sup>26</sup>、放送局が作成する勤務スケジュールに協働者が拘束され、恒常的な労務準備状態にあることを重視している。

## (2) 備車運転手

自ら自動車を所有し、貨物運送契約に基づき運送業務に従事する運転手につき、労働者性が肯定された事例と否定された事例とがある。労働者性が肯定された事例では、トラック運転手が、運送の開始及び終了につき時間的・場所的拘束を受けていたこと、他人に運送を代行させることが事実的に不可能であったことなどから人的従属性の存在が認められている。これに対し、労働者性が否定された事例では、始終業及び休憩時間、運送量につき運転手が決定する自由があったことから、自由に業務を形成し、労働時間を自由に決定できたとされ（商法典 84 条 1 項 2 文）、自営業者であることが認められている。

## (3) 外交員等職種

外交員については、商法典 84 条 1 項 2 文の規定に基づき、業務の形成（具体化）及び労働時間について指揮命令拘束を受けず自由であれば自営業者と判断される。休憩時間、休暇等の決定につき自由であることは、自営業者性の肯定要素となる。近時の BAG 判決の示すところでは、委任者からの一般的な命令への拘束、例えば、秘密保持義務、競業避止義務、委任者への報告義務、他の取引先との協力義務、定期的な会合への参加義務などが存在しても、そのことをもって自営業者性は否定されない。

後掲の判例が示すように、ドイツにおいても外交員の労働者性が肯定されるケースは少ない。業務の性質上、場所的拘束が希薄なため、それに加えて労働時間、休憩、休暇等を自由に決定できた場合には自営業者性が認められている。保険代理人などのケースでは、代理人が行う保険代理業務の専門的内容や契約上代理人が遵守すべき義務等につき、保険会社の一般的指示・命令による拘束が存する場合であっても、そのことをもって「業務を自由に形成できない」ことにはならない、として自営業者性が肯定されている。

## (4) 在宅就業者

在宅就業者の労働者性が問題となった特段の裁判例は未だ現れていない。他の職種における裁判所の判断を参照すると、在宅就業者の場合にも、やはり商法典 84 条 1 項 2 文の基準が適用されると考えられ、業務の場所的拘束が基本的に希薄な在宅就業者の場合、労働時間、休憩、休暇の決定を自由に行いうるとすれば自営業者性が肯定されるものと思われる。仮に労働者性が肯定されるとすれば、業務の時間的拘束が強いこと、委託者の作成した業務計画に従って恒常的な労務準備状態に置かれていること、単に委託された業務の遂行のみならず、

---

<sup>26</sup> BAG v. 30. 11. 1994, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

他の付随的行為を行うため時間的拘束を受けていたことなどが認められた場合であろう。

### (5) 零細事業者

零細事業者の場合も、商法典 84 条 1 項 2 文に従い、業務の形成及び労働時間の決定の自由が重要な判断基準となる。フランチャイジーの労働者性が争われた事例では、当該フランチャイジーが、商品の品揃えや価格、宣伝方法、独自の従業員の雇用等について、いわば事業者としての決定の自由を有していたかが、事業者性＝非労働者性の判断要素として挙げられている。もっとも、フランチャイザーにより商品の種類、価格、販売方法が決定されることでフランチャイジーの事業者的自由が大幅に制限され、また、販売成績等に関する報告義務、競業避止義務、帳簿等書類の閲覧・検査を受ける義務等がフランチャイジーに課される場合でも、そのことで必ずしも労働者性が肯定されるわけではない。やはりここでも、フランチャイジー自身が労務の提供に際し、時間的拘束を受ける、休暇の条件が定められているなどの要素が重視されているものと考えられる。

### (6) 見習い者

ドイツでは、公的な職業訓練を受けるため、企業との職業訓練関係において就労する者に対し、職業訓練法（Berufsbildungsgesetz）による特別の規制が行われている。職業訓練法によると、同法の特別の規制がない限り、労働契約に適用される法令と法原則が職業訓練契約にも適用される（3 条 2 項）。また、個々の法律においても、適用対象となる「労働者」に職業訓練のための就労者が含まれることを明示するものがある。

以上の理由から、職業訓練のための就労者の労働者性が争われた裁判例はドイツでは例外的な事例のみにとどまる。

## 3. 判例リスト

### (1) 専門的職種

#### ア. 医師長

BAG 2. Senat, Urteil v. 10. 11. 1955, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

BAG 2. Senat, Urteil v. 27. 7. 1961, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Gehaltsansprüche.

#### イ. セラピスト

BAG 5. Senat, Urteil v. 9. 9. 1981, AP Nr. 38 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

#### ウ. 教員・講師

BAG 5. Senat, Urteil v. 16. 3. 1972, AP Nr. 10 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.

BAG 5. Senat, Urteil v. 26. 1. 1977, AP Nr. 13 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.

BAG 7. Senat, Urteil v. 13. 11. 1991, AP Nr. 60 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

BAG 5. Senat, Urteil v. 24. 6. 1992, AP Nr. 61 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

BAG 5. Senat, Urteil v. 26. 7. 1995, AP Nr. 79 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

エ. 放送事業自由協働者

BAG 5. Senat, Urteil v. 8. 6. 1967, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

BAG 5. Senat, Urteil v. 14. 2. 1974, AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

BAG 5. Senat, Urteil v. 26. 11. 1975, AP Nr. 19 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

BAG 5. Senat, Urteil v. 9. 3. 1977, AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

BAG 5. Senat, Urteil v. 21. 9. 1977, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

BAG 5. Senat, Urteil v. 15. 3. 1978, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

BAG 5. Senat, Urteil v. 23. 4. 1980, AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

BVerfG Beschluß v. 13. 1. 1982, AP Nr. 1 Art. 5. Abs. 1 GG Rundfunkfreiheit.

BAG 5. Senat, Urteil v. 13. 1. 1983, AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

BAG 5. Senat, Urteil v. 30. 11. 1994, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

(2) 備車運転手

BAG 5. Senat, Urteil v. 19. 11. 1997, AP Nr. 90 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

BAG 5. Senat, Urteil v. 30. 9. 1998, AP Nr. 103 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

(3) 外交員等職種

BAG 3. Senat, Urteil v. 21. 1. 1966, AP Nr. 2 zu § 92 HGB.

BSG 12. Senat, Urteil v. 29. 1. 1981, AP Nr. 4 zu § 92 HGB.

LAG Köln 4. Kammer, Urteil v. 30. 6. 1995, AP Nr. 80 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

LSG Berlin 15. Senat, Urteil v. 14. 8. 1995, AP Nr. 83 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

BAG 5. Senat, Urteil v. 15. 12. 1999, AP Nr. 5 zu § 92 HGB.

BAG 5. Senat, Urteil v. 15. 12. 1999, AP Nr. 6 zu § 92 HGB.

(4) 在宅就業者

特になし。

(5) 零細事業者（フランチャイジーを含む。）

BAG 4. Senat, Urteil v. 13. 8. 1980, AP Nr. 37 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

LAG Düsseldorf 16. Kammer, Beschluß v. 20. 10. 1987.

BAG 5. Senat, Urteil v. 21. 2. 1990, AP Nr. 57 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

BAG 5. Senat, Urteil v. 16. 7. 1997, AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG 1979.

## (6) 見習い者

BAG 7. Senat, Urteil v. 18. 11. 1986, AP Nr. 1 zu § 2 BBiG.

### 4. 判例の検討

#### (1) 専門的職種

##### ア. 医師長

BAG 2. Senat, Urteil v. 10. 11. 1955, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

【事実の概要】病院のレントゲン部門の医師長に対し、使用者が新しく設立されるレントゲン研究所所長への配置換えの命令を行ったところ、当該医師長が命令に従わなかったため、使用者が命令拒否を理由に解雇した。この解雇の効力が争われた事件。

【判旨】裁判所は、労働者の業務領域は、業務の性質及び労働場所によって決定されることから、他の業務、及び、他の労働場所での就労の命令は労働契約の変更にあたり、原則として使用者が一方的に決定することはできないとし、解雇に正当理由がなく無効とした。また、労働者は労働関係の存続中、基本法 1 条 2 項の人格権保護を考慮して就労させられるべきことから、原告医師の就労請求権に基づく就労が認められている。

本件では医師長の労働者性の検討は主な争点とはなっていないものの、治療方法など業務の内容について専門的な指揮命令を病院から受けない医師長であっても労働者性が肯定されることを示した先例と評価されている<sup>27</sup>。

BAG 2. Senat, Urteil v. 27. 7. 1961, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Gehaltsanspruch.

【事実の概要】病院の内科医師長の解雇の効力が争われた事件。被告病院は、医師長自身が直接、報酬を請求できる患者の診察を行い、その治療を行うにあたり病院の指揮命令を受けず自己の責任で行うことを理由に、医師長は労働者ではないと主張した。

【判旨】裁判所は、病院の医師長として、自らの責任において、病院の命令を受けずに患者への診察を行うという純然たる医療業務を行うことは、労働関係を否定するものではなく、医師長がその他の点で本質的に指揮命令に拘束され、病院経営者に人的に従属している場合には労働関係が存在すると一般的に判示し、本件では、医師長が自由診察を行うことを認められつつも、病院の勤務時間を守り、病院を訪れる一般患者を診察する義務、内科部門を管理統括する責任を負っていたことから、病院と従属的な労働関係にあったとし、労働者性が肯定されている。

##### イ. セラピスト

BAG 5. Senat, Urteil v. 9. 9. 1981, AP Nr. 38 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

---

<sup>27</sup> MünchArbR/Richardi, § 24, Rn. 27.

【事実の概要】 公的社会扶助機関との契約で、障害児童のためのセラピーを行っていたカウンセラーの労働者性が争われた事件。

【判旨】 裁判所は、独立代理商に関する商法典 84 条 1 項 2 文の規定を類推適用し、本質的に自由に自らの業務を形成し、自由に労働時間を決定できる者が自営業者であると一般的に判示。本件では、原告カウンセラーが、障害児童の親とセラピーの時刻について合意により決定できたことから、自らの業務の時間を自由に決定できたとして、労働者性が否定されている。

#### ウ. 教員・講師

##### BAG 5. Senat, Urteil v. 16. 3. 1972, AP Nr. 10 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.

【事実の概要】 ギムナジウムで 1 週 6 時間の授業を行っていた教員の労働者性が争われた事件。

【判旨】 裁判所は、労務給付の場所及び時間に関して教員が完全に使用者の指揮命令に拘束されていたことから人的従属性が存在し、また、学級の教育計画に拘束されていたことが人的従属性を強めるとして労働者性を肯定した。学校における教育業務の場合の労働者性判断は、事情を総合的に判断して指揮命令拘束性の程度が労働関係に不可欠の人的従属性に十分であるか否かによるとされ、このことは副業としてパートタイムで就労している場合にも妥当すると判示されている。

##### BAG 5. Senat, Urteil v. 26. 1. 1977, AP Nr. 13 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten.

【事実の概要】 市民学校で 1 週 8 時間、絵画やデザイン等の授業を行っていた講師の労働者性が争われた事件。

【判旨】 本件では、授業時間の決定が学校と講師との合意によって取り決められていたこと、授業内容につき講師が自由に決定できたことを理由に、人的従属性が否定され、労働者性が認められなかった。

##### BAG 7. Senat, Urteil v. 13. 11. 1991, AP Nr. 60 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

【事実の概要】 市民学校において開講されている、義務学校ないし専門学校修了のための補習コースで生物及び英語の授業を合計 1 週 14 時間程度担当していた講師に対する解約の効力が争われた事件。

【判旨】 裁判所は、講師が労働者であるか、あるいは自由協働者であるかは、契約関係の具体的形成と、市民学校の労働組織によって判断されるとし、具体的な判断基準として以下の点を指摘した。①学校法上の規則及び授業計画への拘束は労働者性にとって重要ではなく、授業を具体的に行うにあたり、市民学校から教育の方法に関する指示があれば人的従属性が肯定される可能性がある。②労働関係を肯定する徴表として、授業時間以外にも講師の労働

力を利用できるとすれば、時間の量的な面で仕事が追加されることから、労働関係の存在が推測されうる。③反対に、自由雇用関係を肯定する徴表として、労務の内容と授業時間が個々に契約によって規制されており、それによって市民学校の指揮命令権が排除されているのであれば、自由雇用関係の肯定にとって重要な証拠になる。

BAG(第7小法廷)は、原審が上記の点を十分に認定していないとして差し戻しを行った。

#### BAG 5. Senat, Urteil v. 24. 6. 1992, AP Nr. 61 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

【事実の概要】郡が設置する音楽学校で授業を行っていた講師が、期間の定めのない労働関係にあること、及び、契約内容の変更が無効であることの確認を請求した事件。

【判旨】BAG(第5小法廷)は、原告講師が授業を行っていた一般教養学校において、教育内容が公に厳格に定められ、教員にとって授業のための準備、授業の進行、試験の実施と評価、生徒の監督などの負担が大きいことを理由に人的従属性が強められるとし、労働者性を肯定した。

#### BAG 5. Senat, Urteil v. 26. 7. 1995, AP Nr. 79 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

【事実の概要】市民学校における、外国人のための義務学校及び実業学校卒業資格取得コースで授業を担当していた講師が、期間の定めのない労働関係にあることの確認を請求した事件。

【判旨】上記 AP Nr. 61 と同様、教員が市民学校のコース運営に組み入れられ、授業の種類、場所、時間の拘束を受け、加えて、チームミーティングへの参加、試験の実施、コース受講者の世話等の付随的義務を負うことから労働者性が肯定され、労働契約の期間の定めに必要な理由がないとされた。

### エ. 放送事業自由協働者

#### BAG 5. Senat, Urteil v. 8. 6. 1967, AP Nr. 6 § 611 BGB Abhängigkeit.

【事実の概要】放送事業自由協働者の労働者性が争われた事件。

【判旨】労働者性否定。一人の業務委託者(放送局)に対し完全に経済的に依存していることから成立するのは、労働者類似の継続的契約関係であって、必ずしも労働関係ではないとされた。本件事案では当該就業者につき、労働者類似の者としての性格が認められ、家内労働法 29 条の解約告知期間規定が類推適用され、1 年間以上の契約関係の継続を理由に 2 週間の解約告知期間が認められた。

#### BAG 5. Senat, Urteil v. 26. 11. 1975, AP Nr. 19 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

【事実の概要】放送局のために演奏を行うオーケストラ会社と労働関係にあるオーケストラ構成員が、放送局がオーケストラ会社に対し、経済的・技術的に強い影響力を有することを

理由に、放送局と直接の労働関係にあることの確認を求めた事件。オーケストラ会社は、放送局と業務委託契約を締結し、実際には放送局の計画に従い、その指示を受け、原告を初めとする楽団員は演奏を行っていた。

【判旨】労働者性否定。BAGは、①放送局がオーケストラ会社に対し経済的・技術的に強い影響力を有していたとしても、そのことは原告が放送局との労働関係にあることの理由とはならないとし、②放送局が音楽演奏家を雇用せず、演奏家と労働契約を締結したオーケストラ会社を中間に入れていた場合に、放送局と労働関係にある者に適用される労働協約が、オーケストラ会社に雇用されている演奏家には適用されないという理由のみからでは、契約形成の濫用とはいえない、としている。

#### BAG 5. Senat, Urteil v. 9. 3. 1977, AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

【事実の概要】テレビ放送にレポーター、司会として出演し、番組制作に従事していたジャーナリストの労働者性が争われ事件。原告のジャーナリストは、月に4, 5本の報道映像にレポーターとして出演し、また、月に2, 3回、番組「Abendjournal」で司会を行い、自ら作成したテキストを使って話していた。「Abendjournal」の制作にあたっては、番組編集会議が行われ、すべての協働者に出席が求められていた。

【判旨】BAGは、①放送局が放送事業所を計画的に運営するため、協働者を恒常的に労務準備状態におくという組織的な措置をとる必要がある場合には、協働者を人的に従属した状態においているとした上で、②協働者が他の協働者と恒常的に密接な協働を行う必要があり、放送事業所に事実的に編入されている場合には協働者は強い人的従属状態にあるとし、本件では原告ジャーナリストの労働者性を肯定した。本判決では、併せて、③放送局が疾病時の証明書発行や休暇の付与を行わないこと、税法上・社会保険法上、協働者を労働者として扱っていないこと、協働者に副業を許可していたことなどの事実は、協働者の労働者性の判断において重要ではない、とされている。④特にメディアの分野では、協働者の就労に当たっての見かけ（例えば、協働者自身の机、郵便私書箱、社内電話番号、人事資料の管理等の事情の有無）もまた、労働者性判断において重要ではない。かかる外観は、労務権利者がその組織権限によって任意に変更できるため、協働者が自営業者であることをうかがわせる外観を作り出すことができる、というのがその理由である。

#### BAG 5. Senat, Urteil v. 21. 9. 1977, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

【事実の概要】放送局との契約で、楽曲のアレンジ、オーケストラとの協働などを行っていた音楽家の労働者性が争われた事件。

【判旨】労働者性否定。BAGは、原告の音楽家が労働時間を自由に決定できたことは、労働者性を否定する強い徴表であるとしている。また、この問題の検討に当たっては、比較可能な協働者の扱いが考慮されうるが、被告の放送局で音楽のアレンジを行っている協働者は他

に1人で、労働関係にはなかった点も考慮されている。

#### BAG 5. Senat, Urteil v. 15. 3. 1978, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

【事実の概要】放送局でレポーター兼ディレクターとして番組制作に従事していた協働者が、放送局との間で期間の定めのない労働関係にあることの確認を求めた事件。原告協働者は、1972年から1975年の間、放送局からの委託を受け、3ないし4ヶ月の期間で1つの番組の企画、調査、撮影案の作成、実際の撮影、フィルム編集を行っていた。こうした番組制作に当たっては番組編集者を初めとする他の者との協働が必要であり、就労時間は放送局に雇用されている労働者の労働時間に合わせて行われていた。

【判旨】本件判決でBAGは、①労働者性を肯定する人的従属性とは、労働者が他人決定の労働を給付する場合に存するとし、②協働者の労務が、放送局施設の機器、及び、協働者によるチーム労働に依存している場合には人的従属性が存在するとした。さらにBAGは、③協働者が、自らの労働力を自己のリスクで市場において利用するのではなく、放送局の番組制作のため他人に利用させている状態もまた、人的従属性のメルクマールとなり、④他人決定及び他人利用の労働を給付する放送事業協働者には社会的な要保護性があり、労働法による保護が必要であるとしている。本件では、原告協働者の労働者性が肯定されている。

#### BAG 5. Senat, Urteil v. 23. 4. 1980, AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

【事実の概要】脚本家兼ディレクターとして、『科学と教育』分野で番組制作に従事していた自由協働者が、放送局と期間の定めのない労働関係にあることの確認を求めた事件。

【判旨】BAGは、①自由協働者と労働者の区分のためには、複数のメルクマールから人的従属性を判断せざるを得ず、法的な判断基準の有用性及び法的安定性を得るためには非独立の労働を典型的に区別する必要があるとした上で、②放送事業における協働者については、労働組織に編入された協働者が自らの労働力を、自ら設定した目的のため市場で利用することができず、放送局の番組制作のために利用させている場合には、従属労働ないし非独立労働が特徴付けられるとした。本件では、原告協働者の労働者性が肯定されている。

#### BVerfG Beschluß v. 13. 1. 1982, AP Nr. 1 Art. 5. Abs. 1 GG Rundfunkfreiheit.

【事実の概要】BAG及び州裁判所(Landesarbeitsgericht. 以下、“LAG”という。)において放送事業協働者の労働者性が肯定された事件に対し、労働裁判所の判決が基本法5条1項に定められる放送自由の基本権、並びにそこから導かれる放送局の人事の自由を侵害しているとし、訴訟当事者である西ドイツ放送が連邦憲法裁判所に違憲抗告を行った事例。

【判旨】本件で連邦憲法裁は、BAG及びLAGの判決が基本権たる放送自由を考慮していない点で憲法異議を認め、放送局には契約類型の選択権限があるとしつつも、同時に労働法の解釈適用は労働裁判所に委ねられると判示した。

BAG 5. Senat, Urteil v. 13. 1. 1983, AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

上記の連邦憲法裁決定を受け、基本権としての放送の自由（ひいては放送局の人事の自由）の考慮は労働者性の判断には影響を及ぼさず、労働契約の期間設定が許容されるか否かの審査にのみ影響を及ぼすことを BAG が確認した事件。

BAG 5. Senat, Urteil v. 30. 11. 1994, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

【事実の概要】放送局でチェコ・スロバキア語のアナウンス及び通訳を行っていた協働者の労働者性が争われた事件。

【判旨】労働者性肯定。本判決で BAG は、番組制作に従事する協働者が、放送局の施設及びチーム労働に依存していることのみからでは労働者性が肯定されないとして、前述の BAG 判決（AP Nr. 26 § 611 BGB Abhängigkeit）の示した労働者性判断基準を明示的に破棄した。本件では、放送局が作成した勤務計画に従って業務に従事していた協働者について、個々の労務を拒否できる権限があったとしても労働者性は肯定されることが述べられている。

**(2) 傭車運転手**

BAG 5. Senat, Urteil v. 19. 11. 1997, AP Nr. 90 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

【事実の概要】自営業者として就労していた貨物運転手の労働者性が争われた事件（解約の効力）。

【判旨】BAG は、原告運転手が、①原則として自分で労働を行う義務があったこと、②契約上は、他人に運送を代行させることが可能ではあったものの、実際には不可能であったこと、③被告運送会社は、月曜から金曜まで、6：00 から 16：00 ないし 17：00 まで原告の労働力を利用できたこと（原告は遅くとも午前 6：00 までに被告の倉庫に行く必要があり、遅れた場合には、警告と違約罰による罰が科せられた。また、原告は 16：00 ないし 17：00 まで、運送委託を受け取るため、被告に報告をする必要があった。）、④原告は無線による指示に従うなど、常に被告会社の指示通りに運転を行う必要があったことから、労働者性を肯定した。

BAG 5. Senat, Urteil v. 30. 9. 1998, AP Nr. 103 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

【事実の概要】自営業者として就労していた貨物運転手の労働者性が争われた事件（解約の効力）。

【判旨】原告運転手は、被告会社との間で貨物運送契約を締結し、自ら自動車を用意する他、自動車の色、運転手の服装、自動車に用意する備品、運送方法、運送に当たっての注意事項等が定められた指針（Lichtlinie）に従うことに合意し運送を行っていた。BAG は、運送すべき貨物量、始業と終業の時刻、休憩時間等について定めがなく、運転手には自らの計算で他の顧客のために業務を行うことができたことを理由に労働者性を否定した。

### (3) 外交員等職種

#### BAG 3. Senat, Urteil v. 21. 1. 1966, AP Nr. 2 zu § 92 HGB.

【事実の概要】自動車保険の保険代理人の労働者性が争われた事件。保険代理人の契約条件を規制する法規命令により、本業として自動車保険代理業に従事する外交員の手数料割合が10%と法定されたため、保険会社との間で10%を超える手数料を得ていた原告が、労働者であることを理由に上記法規命令の適用がないことの確認を請求した。

【判旨】労働者性否定。BAGは、商法典84条1項2文に規定される独立性の実質的メルクマールとして、①指揮命令からの自由、②自己の労働力利用における本質的な自由、③自己の経営組織の保持、④事業者としてのリスクの引き受けを挙げている。本件では、原告の労働時間が規制されていなかったこと、業務を本質的に自由に行っていたこと、被告会社に対し一定の報告義務を負っていたものの、これは代理商の本質的任務であることから原告は被告の指揮命令から自由であり、また、自己の労働者として外勤の職員を自らの負担で雇用していたこと、及び自らの自動車を保有していたことから自己の経営組織を有し、最低収入の保障のない報酬を得ていたことから事業者としてリスクを引き受けていたとして、原告が独立の代理商であるとされている。

#### BSG 12. Senat, Urteil v. 29. 1. 1981, AP Nr. 4 zu § 92 HGB.

【事実の概要】建設貯蓄金庫のため、専属代理商契約により建設貯蓄契約の仲介を行っていた地区主任の失業保険及び老齢年金保険の強制被保険者資格が争われた事件。原告は、地区主任と契約を結んでいた建設貯蓄金庫、被告は州保険庁。地区主任と建設貯蓄金庫との代理商契約では、専属であること、地区主任が競業禁止義務及び秘密保持義務、業務に関する詳細な報告義務を負うこと、建設貯蓄金庫の地域統括者と協働を行うことなどが定められていた。一審、二審とも原告の請求を破棄。

【判旨】連邦社会裁判所（*Bundessozialgericht*. 以下、“BSG”という。）は以下のように判示し、結論として代理商の労働者性を否定、原告の上告を認容した。

①取引の仲立を恒常的に委任されている者が、その業務の全体像に従い、自らの業務を本質的に自由に形成し自らの労働時間を自由に決定することができ、また、それに対応して経営者としてのリスクを負担している場合には、その者は商法典84条1項の代理商である。逆に、そうでなければ雇用された職員（労働者）となる。

②委任者の命令及び指針に代理商が拘束されるとしても、そうした委任者による制限が、受任者の業務の本質的に自由な形成の余地を残し、また、そのことを通じて、契約に定められた義務を超える新たな義務を一方的に課されるのでなければ、代理商の人的な独立性に影響を及ぼすことはない。

本件についてBSGは、地区主任と建設貯蓄金庫との間に経済的従属関係があることを認めつつ、上記②のように判示し、建設貯蓄金庫が地区主任に対し契約上、業務に必要な命令

を行ったとしても人的独立性は否定されず、商法典 84 条 1 項の規定に従い、地区主任が業務の時間を自由に決定できたこと、休暇の取得につき原告の許可が必要とされていないこと、相談所の営業に当たって協働者を利用できたことから自由な業務の時間に制限がなかったこと等を理由として、地区主任の労働者性を否定し、建設貯蓄金庫に失業保険及び老齢年金保険にかかる保険料負担義務がないとした。

#### LAG Köln 4. Kammer, Urteil v. 30. 6. 1995, AP Nr. 80 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

【事実の概要】デパートで商品の宣伝販促を行い手数料収入を得ていた者（宣伝販促員）の労働者性が争われた事件（年金受給資格）。

【判旨】労働者性肯定。ケルン州労働裁判所は、本章第 3 節で後述する R・ヴァンク教授によって示された労働法・社会保険法適用者のメルクマール（①継続的な労働を、②一人の委託者相手に、③自ら協働者なく、④基本的に自らの資本、及び⑤自らの組織なしに提供する者）を判断基準とし、宣伝販促員とデパートの労働関係の存在を肯定した。

#### LSG Berlin 15. Senat, Urteil v. 14. 8. 1995, AP Nr. 83 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

【事実の概要】デパートで独立の宣伝販促員として就業していた者の労働者性が争われた事件（疾病保険及び老齢年金保険の強制被保険者資格の有無）。

【判旨】労働者性肯定。ベルリン州社会裁判所は、自営業の特徴を、①自らの経営者的リスクの引き受け、②自らの労働力処分の可能性を有し、また、③本質的に自由に業務を行い労働時間を決めることであるとした。本件では、原告の宣伝販促員が業務委託者の契約仕事を大量に行っていたこと、商品の宣伝、販売に際し商品の選択、価格設定などについて原告の自由はなかったこと、労働の時間、場所について拘束があったこと、などの事情から、社会法典 4 編 7 条の従属的就労に該当するとされている。

#### BAG 5. Senat, Urteil v. 15. 12. 1999, AP Nr. 5 zu § 92 HGB.

【事実の概要】保険会社と専属代理契約を締結していた保険代理人が労働関係にあったことの確認を請求した事件。一審、二審は原告の請求を棄却。BAG も一審原告の上告を棄却。原被告間の契約では、代理人の競業禁止義務、取引における秘密保持義務のほか、被告保険会社と協力関係にある副業会社・団体（副業的に保険を取り扱う銀行等）との取引関係を促進及び配慮することの義務が、保険代理人である原告に課されていた。

【判旨】BAG は、代理人が委任者に対し競業禁止義務、秘密保持義務等の義務を負うことは、商法典上の規定に根拠を持ち、そのことをもって、「代理人が本質的に自由に業務を形成できない」ことには当たらない、とした。また、契約によって顧客開拓のための地域が限定されていること、及び、顧客層の指定がなされていることについても同様に代理人の独立性を否定するものではないと解している。結論として、原告である代理商が、契約上、労働時間な

いし労働場所、労働の遂行方法に関する拘束を受けず、また、事実的な契約の遂行にあっても、かかる拘束を受けた事実の立証はないとして、原告の労働者性が否定されている。

**BAG 5. Senat, Urteil v. 15. 12. 1999 AP Nr. 6 zu § 92 HGB.**

【事実の概要】建設貯蓄契約もしくは生命保険契約の仲介をなす契約に基づき代理業を行っていた代理人（原告）が、契約相手の委任者（被告）と労働関係にあることの確認、及び、解雇無効の確認を求めた事件。一審は労働者性を肯定したのに対し、二審は否定した。

【判旨】BAGは、①原告である代理人と被告との契約において、労働時間に関する拘束が定められておらず、週に1度程度、経験の少ない代理人のための研修プランやミーティングに参加する義務があったことも労働時間に関する拘束があったことを根拠付ける事実とはならないとし、原告は労働時間を自由に決定できたと判断した。また、②業務について代理人が被告から商品に関する専門的な命令に従う義務を契約上負っていたことは、業務の自由な形成を否定する事実とはならず、商品に関する専門的な命令に従うことは、代理人の独立性の否定を意味せず、代理人が委任者に報告義務を負っていることも同様に代理人の独立性にとって重要ではないとし、以上より、代理人の労働者性が否定されている。

**(4) 零細事業者**

**BAG 4. Senat, Urteil v. 13. 8. 1980, AP Nr. 37 zu § 611 BGB Abhängigkeit.**

【事実の概要】連邦軍の施設で食堂を家族経営していた事業者の労働者性が争われた事件（営業契約解約の効力）。

【判旨】BAGは、事業者の商品の選択、価格の決定など食堂経営に関する事業者的自由が存在したこと、労働時間等に関する拘束が存在しなかったこと、連邦軍施設に編入されていたとは認められないこと等の理由から、労働者性を否定した。

**LAG Düsseldorf 16. Kammer, Beschluß v. 20. 10. 1987.**

【事実の概要】「ジャックのワイン倉」の事業展開を行う会社と「パートナー契約」に基づき、「ワイン倉」でワイン販売を行っていた者（パートナー）の労働者性が争われた事件（事業所組織法上の労働者への該当性の有無）。

【判旨】デュッセルドルフ州労働裁判所は、パートナーが契約上、決められた開店時間にワイン倉で販売を行うことが要求されていたこと、会社が帳簿閲覧権を有すること、業務に関する詳細な報告義務がパートナーに課されていたこと、パートナーの休暇取得の条件が定められていたこと等を理由として、パートナーの労働者性を肯定した。

**BAG 5. Senat, Urteil v. 21. 2. 1990, AP Nr. 57 zu § 611 BGB Abhängigkeit.**

【事実の概要】「ワイン倉」の事業を行う会社（フランチャイザー）と、代理店契約を締結し

たフランチャイジーに雇用されていた労働者が、フランチャイザーと間接的労働関係にあることの確認等を請求した事件。

【判旨】BAGは、フランチャイジーが自らの費用で労働者を雇用していたこと、フランチャイザーの提供するリストからワインの種類を選択できたこと、宣伝を自由に行うことができたこと、開店時間を自由に決定できたことなどから、フランチャイザーとフランチャイジーとの間に労働関係は存在しないとして、間接的労働関係を否定した。

#### BAG 5. Senat, Beschluß v. 16. 7. 1997, AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG 1979.

【事実の概要】フランチャイズ契約に基づき、冷凍食品の個別販売を行っていたフランチャイジー（原告）が、契約解約後、業務に要した費用の償還、顧客開拓の補償、競業避止義務の補償を請求した事件。労働裁判所法5条による労働裁判所の管轄権の有無が争われた。

【判旨】原審が、詳細なハンドブックにより商品の種類、価格、販売方法、フランチャイジーの義務等が詳細に定められていた事実をフランチャイズ契約の本質であるとして労働者性の理由とはならないと判示したのに対し、BAGは、そうしたフランチャイズ契約の本質の存在は必ずしも原告の労働者性を否定することにはならず、業務の内容により労働者性を判断する必要があると判示し、本件では、原告は労働者ではないにせよ、原告が専ら被告フランチャイザーの商品販売に拘束されていたこと、フランチャイザーとの契約による業務の規制により、市場における他の稼得機会がなかったことから、労働者類似性が認められるとして労働裁判所の管轄権を肯定した。

### (5) 見習い者

#### BAG 7. Senat, Urteil v. 18. 11. 1986, AP Nr. 1 zu § 2 BBiG.

処罰のため就労していた受刑者に対する職業訓練法の適用の有無が争われた事件。受刑者の就労関係は、職業訓練関係には当たらないとされている。

## 第3節 学説

### 1. 学説の展開

ドイツにおいて「労働契約」の用語を定着させ、労働法学の礎を築いたのは、20世紀初頭に大著『ドイツ帝国私法における労働契約』<sup>28</sup>を公刊したP・ロトマルである。彼によると「労働（Arbeit）」とは、「他者の要求を満たすために、経験的にいえば専ら対価が支払われる人間の労働すべて」であると定義された。こうした見地から、ロトマルは「労働契約」として雇用契約（Dienstvertrag）、商業使用人の雇用契約（Anstellungsvertrag）、請負契約

<sup>28</sup> P. Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, Bd. 1 1902, Bd. 2 1908.

(Werkvertrag) を初め、仲立契約、代理商契約、弁護士契約等、人により提供される労務に関する多種多様な契約を網羅的に取り上げ、それら契約に対する法規制を詳細に記述した。そのため、ロトマールのこうした立場は、労働法の統一的な原理を不明確にするものとの批判を受けることとなった。

20世紀初頭、新興の労働法学における関心は、社会階層として明確に分かれていた「職員 (Angestellte)」及び「現業労働者 (gewerbliche Arbeiter)」を統一する労働法分野の確立に置かれ、両者を包摂する概念として「労働者 (Arbeitnehmer)」が用いられるようになる。その方向性を、H・ジンツハイマーの議論に特徴的に見出すことができる<sup>29</sup>。ジンツハイマーは、職員と現業労働者を区別する根拠とされていた報酬の多寡や形態ではなく、彼らが提供する労働の態様による法的保護の必要性を説いた。そこから抽出されたメルクマールが「労働の従属性」であった。

本章第1節で触れたように、労働法による保護を必要とする労働者の「従属性」を巡っては、第一次世界大戦期及びワイマール期にも、なお見解の相違が見られた。労働者を経済的に非独立の労働を行う者と定義したのはE・メルスバッハである<sup>30</sup>。H・ポットホフもまた、芸術家や著述家といった専門的技術・知識を有する自由業者が組織的な産業発展の中で労働者と変わらぬ経済条件の下に置かれていることを指摘し、彼らへの労働法の適用を主張した<sup>31</sup>。

これに対しE・モリトールは、労働契約の特性をなす「従属性」を考察するに当たり、労務給付者と使用者の間の経済的関係と支配従属関係を区別すべきことを説いた<sup>32</sup>。モリトールによれば、確かに、他人のために労働する者は通常、生活の糧を使用者の賃金に求め、多くは使用者に対して経済的に不利な状況に置かれている。しかし、そうした労働者の不利な立場を規定するのは労働市場の状況であり、有能な能力を持つ者であれば労働市場で直ちに別のよりよい条件の職場を探し出すことができるため、必ずしも一人の使用者に経済的に依存する状況とはならない<sup>33</sup>。モリトールは、労働者の特性、及び、労働者に対する要保護性の根拠を、使用者に対する「従属 (Unterordnung)」に見た。彼はかかる従属を、単なる契約上の義務として生ずるものではなく、労働者が労働を給付する事実的な状態から生ずるものと捉え、ある者が、その「人格 (Person)」をもって他人のために労働を提供する場合に発生する、労働の「本質」に関わるものと解した<sup>34</sup>。E・ヤコービもまた、経済的従属性が大多数の事例で労働者に存在し、相当程度に典型的であるとはいえ、本質的ではない、と

<sup>29</sup> H. Sinzheimer, Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrecht für Deutschland, 1914, 47ff.

<sup>30</sup> E. Melsbach, Deutsches Arbeitsrecht, 1923, 18ff.

<sup>31</sup> H. Potthoff, Anwendbarkeit des Arbeitsrechts auf freie Berufe, in: Arbeitsrecht 1921, 34. ポットホフの主張については、柳屋・前掲注1書25頁以下を参照。

<sup>32</sup> E. Molitor, Wesen des Arbeitsvertrags, 1925, S. 73ff.

<sup>33</sup> Molitor, Wesen, S. 78.

<sup>34</sup> Molitor, Wesen, S. 84.

している<sup>35</sup>。

労働者の特性の決定的な要素を人的従属性に求める見解は、その徴表を事業所や世帯への編入に見るA・ニキッシュ<sup>36</sup>と、労働の他人決定性に見るA・フーク<sup>37</sup>によって発展させられるところとなり、いずれにしても、労働者性の判断基準として、経済的従属性ではなく人的従属性を決定的基準とする見解が通説となった。上述のように、BAGの判例は、人的従属性の徴表として、労働の内容、遂行、時間、場所に関する指揮命令への拘束性、ないし、事業組織への編入を挙げている。

## 2. 放送事業自由協働者訴訟とオルターナティブ学説

本章第2節で見たように、ドイツで労働者性が争われた訴訟の多くを、放送事業にかかわる自由協働者によって提起された訴訟が占めている。自由協働者の特色は、放送局における番組制作部門において、一定の労務や成果を提供し報酬を受け取るという報酬契約を締結し、放送にかかわる多様な業務に従事していた点にある。彼らの提供する労務には一般に、語学、芸術、自然・社会科学等の知識と教養に基づく高い専門性が必要とされ、放送局からの専門的な指揮命令を欠く場合が多く、取引観からも「自由業」と目される傾向があった。しかし他方で、自由協働者は収入を主として特定の放送局に依存し、特に1970年代以降にその傾向が強まり、とりわけ職場の存続保護の必要が強く求められるようになった。自由協働者の置かれた社会的・経済的状況は社会問題の一つとなり、その対応として、1974年10月、労働協約法の一部が改正され、同法の適用対象者に「労働者類似の者」を含めることが新設の12a条に明定された。この条項に基づき、放送局、新聞社、劇場等の使用者団体が自由協働者の加入する労働組合との間で労働協約を締結し、自由協働者の報酬、休暇等の労働条件の向上が実現された。しかしその一方で、自由協働者の職場確保の不安定な状況は変わらず、放送局等、業務の委託者に対し常雇用を求めるための労働者性確認訴訟が提起され続けることとなった<sup>38</sup>。

自由協働者訴訟と連動する形で、労働法学説においても、従来の判例・通説とは異なる労働者概念を提唱する展開が現れた。これに連なる一連の「オルターナティブ」学説は、労働法及び社会保障法の適用対象者を画定するにあたり、経済学や社会学等、他の社会科学の説明概念を用いる点に特徴があった。

H・ヴィーデマンは、労働者は社会的に保護が必要であるが故に、労働法・社会法における保護を受けるのだとする<sup>39</sup>。ヴィーデマンによると、労働者は、自らの労働力を他人の利益のために利用させ、そのことで自己の労働力を自己の判断の下に市場で利用し利潤を得る

<sup>35</sup> E. Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927, S. 53.

<sup>36</sup> A. Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrags und der Anstellungsvertrag, 1926, bes. S. 94ff.

<sup>37</sup> Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. Aufl. 1927, S. 41ff.

<sup>38</sup> 柳屋・前掲注1書115頁以下。

<sup>39</sup> H. Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966.

可能性を失っており、故に自己の計算の下で自己の生存のために備えることができない。ここから労働者を社会的に保護する必要が生じ、解雇制限による職場の存続保護、及び、法律上保障された社会的給付（賃金継続支払、老齢企業年金、有給休暇等）が正当化されるとする。M・リープもまた同様に、労働の他人利用性（Fremdnützigkeit）を労働者性の判断要素とすべきことを主張している<sup>40</sup>。

V・ボイティエン/T・ヴェーラーは、人的従属性を労働者性の判断基準とする BAG 判例及び通説の労働者概念を批判し、上記ヴィーデマンの学説を引用して、とりわけ自由協働者の労働者性確認訴訟において、労働の他人利用性ないし労働力処分可能性の喪失の観点から労働者性を判断すべきことを主張した<sup>41</sup>。

放送事業における自由協働者の契約内容からは、提供する労務の内容、労働時間、場所等に関する指揮命令への拘束性が希薄ないし不明確であり、指揮命令拘束性の観点からは労働者性の肯定が困難なケースが少なくない。こうした事例に対し BAG は、例えばニュースのレポーターが放送局のスケジュールに従い恒常的に労務準備状態にあったことから人的従属性を認め労働者性を肯定するなど、新たな判断基準を用いるようになった<sup>42</sup>。かかる判例の傾向を受け、ボイティエンらは、人的従属性ないし指揮命令拘束性の基準によるのではなく、労働力の他人利用から導かれる社会的要保護性を労働者性の基準とすべきことを説いた。

本章第 2 節でも取り上げた 1978 年 3 月 15 日の判決において、BAG もまた、ボイティエンらの学説を引用し、番組編集者の労務提供が、他の協働者とのグループワークや放送局の施設利用に依存していることから「他人決定的」であり、且つ、「経営者のように、自ら設定した目的に従い自己の労働力を自己責任の下、市場におけるリスクとともに利用できない」という「他人利用性」があるとして、労働者性を肯定した<sup>43</sup>。

### 3. R・ヴァンクによる新たな労働者概念

労働法の適用根拠を労働の「他人利用性」や労働者の「社会的要保護性」に求める学説を引き継ぎ、新たなパースペクティブの下、包括的な再構成を行ったのが R・ヴァンクである。ヴァンクは 1988 年のモノグラフィ『労働者と自営業者』において、次のような理論構成の下に新しい労働者性判断のメルクマールを提示した<sup>44</sup>。

ヴァンクの議論は以下の前提から出発する。

- ① 解雇制限、賃金継続支払、有給休暇といった労働法がもたらす法律効果は、労働者の収入の確保、すなわち、労働者の経済的な生計保護を目的とする。
- ② ドイツでの判例・通説によると、労働法の適用は、人的従属性の基準に基づき判断さ

<sup>40</sup> M. Lieb, Arbeitsrecht, 8., neu bearb. Aufl. S. 3ff.

<sup>41</sup> Beuthien/Wehler, Stellung und Schutz der freien Mitarbeiter im Arbeitsrecht, RdA 1978.

<sup>42</sup> BAG v. 9. 3. 1977, AP Nr. 21 § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>43</sup> BAG v. 15. 3. 1978, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

<sup>44</sup> R. Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988.

れる。しかし、使用者に対する人的従属労働という構成要件と、上述の労働者の生計保護を目的とする法律効果との間には、合目的な意味連関が欠けている。

- ③ 故に、構成要件と法律効果との間に合目的な意味連関を成立させるような労働者概念が求められる。つまり、労働法により経済的な生計保護を与えることが合目的であるよう、労働者の経済的要保護性に着目した労働者概念の構成要件を新たに構成する必要がある。

ヴァンクによると、合目的な労働者概念は、「労働者」と「自営業者」に適用されるそれぞれの「法」の機能を等価とするような基準によって求められるべきこととなる。

- ① 「労働者」に生計保護を与える労働法・社会法の機能とは何か。労働者は自らの労働力を使用者に利用させ、その労働力の成果によって市場で得られる利潤を使用者が獲得する一方、労働者は自己の労働力を自己のリスク引き受けにより自己の判断で市場において利用し利潤を得るといふ、労働力処分の可能性を制限されており、自己の生計維持のため自己で備えることができない。そこで、解雇制限、賃金継続支払、有給休暇、企業年金、疾病保険、老齢年金保険など使用者の負担により労働者に収入を保証する労働法・社会法は、「労働者」の生計保護のために機能している。
- ② 「自営業者」の特徴とは、市場において自らの労働力を自己のリスク引き受けの下で処分し、それによって得られる利潤を自らが得るチャンスをもっていることにある。自営業者は自己の責任に基づく自由な判断により自己の生計維持のために備えることができる。
- ③ 上記①の「労働者」は、②の「自営業者」として自己の生計維持に備えるための条件を欠くため、労働法・社会法の適用を受け一定の生計保護を受ける。このとき、「労働者」の置かれる法状態＝「労働者法」と、自営業者の置かれる法状態（すなわち、労働法・社会法の適用がないという法状態）＝「自営業者法」の機能は等価であると評価される。
- ④ しかし、②の本来的な「自営業者」の条件を満たさないにもかかわらず「自営業者」とされる就業者が存在する。すなわち、(a)市場に参加し複数の相手と取引する、(b)市場において経営者のリスクを引き受けると同時にチャンスを活かした利得可能性がある、という条件を満たすことなく、特定の契約相手との間で経済的従属関係にある「自営業者」である。こうした「自営業者」は、自らの生計維持のため自己で備える条件を欠くため、生計保護の必要がある。
- ⑤ 故に、④の経済的従属状態にある「自営業者」に対し労働法・社会法を適用することで、「労働者法」と「自営業者法」との機能的等価性が得られる。
- ⑥ 具体的には、②の「自営業者」たる条件を欠く者、すなわち、(a)継続的に、(b)専ら一人の業務委託者に対してのみ、(c)協働者を用いることなく、自分自身で、(d)実質的に自らの経営資本なく、(e)実質的に自らの経営組織なしに労務の提供を行う者を「労働者」

として労働法・社会法の適用を行うならば、生計保護を必要とする者に生計保護を与える法律効果をもたらすという、「労働者」の構成要件と労働法・社会法の法律効果の合目的な意味連関が得られる。

以上のようなヴァンクによる労働者概念論を概観すると、基本的な問題意識をH・ヴィーデマンらの学説から引き継ぎ、1980年代にN・ルーマンらが提唱した法の機能分析、機能的等価性などの社会学的概念を用いて再構成したものと理解できる。ヴァンクによって提示された労働者のメルクマールは判例・通説に対するオルターナティブ・モデルとして少なからぬ反響を呼び、その後の法解釈や立法政策に影響を及ぼした。その理由の一つは、後述の「新自営業者」問題にあったと考えられる。

#### 4. 労働者概念論の展開

「新自営業者」問題の発生、及び、ヴァンクによる包括的な新労働者概念の提唱を受け、1990年代に学説の上で労働者概念論は活況を呈することとなった。

従来判例・通説の立場を整理し、オルターナティブ学説を批判した代表として、W・ロマードゥカ及びB・ボエムケの論文を挙げるができる<sup>45</sup>。ロマードゥカは、19世紀のライヒ保険庁の裁決に遡り、労働者性判断基準の形成過程を跡づけた上で、ドイツでは、労働者と自営業者の区分が人的従属性を基準に行われてきたこと、人的従属性がなく経済的従属性のある自営業者につき労働者類似の者のカテゴリーが設けられていることを前提として、ドイツにおける現行の労働法体系においては、人的従属性、なかんずく使用者の指揮命令への拘束性に基づく労働者性判断基準が妥当であるとする。

ボエムケは、基本法 20 条 3 項により司法権が制定法に拘束されることが、裁判所における法解釈の前提とされることを踏まえ、労働者性の判断に関しても制定法上の基準に従う必要のあることを主張する。ボエムケによれば、ドイツにおける制定法上の基準は、まずもって商法典 84 条 1 項 2 文に求められるのであって、制定法の基準を前提とすることなく裁判所がヴァンク等によって提唱される新たな労働者性判断基準を用いることはできない、とされる。

### 第4節 分析

#### 1. 新自営業者問題と労働者概念

##### (1) 新自営業者問題

本章第 3 節で見たように、1990 年代のドイツでは、R・ヴァンクによって新たな労働者概念モデル(通説の概念に替わるべく構想された「オルターナティブ・モデル」)が提唱され、

---

<sup>45</sup> W. Hromadka, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht, NZA 1997, 570ff.; ders. Zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers, DB 1998, 196ff.; B. Boemke, Neue Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis, ZfA 1998, 290ff.

司法及び立法の分野に一定の反響を呼び起こした。その背景にあったと考えられるのが、いわゆる「新自営業」問題である。

「新自営業者 (neue Selbständige)」とは、労働契約以外の契約形式を取りつつ、労働者と類似した就業実態にある者、もしくは、労働者と個人自営業者の中間的性格を有し両者の区分のグレーゾーンにある就業者を指す。(西)ドイツでは、20世紀初頭の労働法草創期以来、労働法適用の有無を巡って議論される境界的な職業類型、例えば家内労働従事者、代理商、病院の医師長、学校の講師、芸術家・音楽家、放送事業自由協働者などが常に存在してきた。新自営業者の「新しさ」とは、そうした従来の自営業ないし自由業の類型に必ずしも当てはまらない職業類型が登場してきたことをも含意している。

具体例としてはフランチャイズ契約に基づき商品の運送販売を行う貨物運転手(備車運転手)、保険会社の保険契約代理人、デパートで化粧品等の販売を行う宣伝販促員などが挙げられるが、これらは氷山の一角に過ぎず、同様の「自営業者」は幅広い産業分野に亘って存在するといわれている。

こうした「自営業者」について、西ドイツでは以前から実態調査の取り組みが行われており、最近ではドイツ統一後の1996年に、連邦政府の委託を受けて労働市場職業調査研究所により調査が行われ、結果が公刊されている<sup>46</sup>。この報告書は『「仮装自営業 (Scheinselbständigkeit)」の実証調査』と銘打たれており、その用語法からは、同報告書の主眼が「仮装自営業者」の実態解明、すなわち実質的には労働法・社会法の適用を受ける労働者であることが窺われるにもかかわらず、労働法・社会法の適用を潜脱する意図から形式上「自営業者」とされている就業者の実態を明らかにすることにあつたと推察される。同報告書によると「自営業者」として就業しながら労働者とのグレーゾーンに位置すると考えられる就業者は、本業として従事している者の数で93万8千人、ドイツの総就業者の約3%に相当するとされている。

この報告書の結果で注目されるのは、グレーゾーンにある就業者の就業実態に基づき、労働者性判断の際の法的基準を当てはめた場合、当該就業者が①「労働者」、②「自営業者」、そのどちらとも決定しがたい③「中間形態」のいずれに分類されるかを検討している点である。その判断基準として2つのモデル、すなわち、BAG判例に基づく人的従属性モデルと、ヴァンクによって提唱されたオルターナティブ・モデルが用いられ、双方の結果が比較されている。それによると、オルターナティブ・モデルを用いた場合、就業実態から法的には労働者と判断されるであろう「仮装自営業者」に分類される者の割合が、BAGモデルを用いた場合との比較で倍増するとの結果が出ている。

こうした結果は、ヴァンクのモデル構築の意図からして当然の帰結ともいえる。オルターナティブ・モデルによるのであれば、ある就業者が特定の契約相手との間で継続的に自ら労

---

<sup>46</sup> Dietrich, BMA Band 262, Empirische Befunde zur Scheinselbständigkeit, 1996.

務提供を行っていれば、業務委託者からの指揮命令拘束の有無を問わずして労働者に分類されることになる。例えば「自営業者」として化粧品の宣伝・販売を行う宣伝販促員は、通常、商品を販売する毎に手数料を得る内容の契約を企業と契約している。契約上は労務提供の場所、時間等の定めはないが、実質的にはデパートのブースで開店時間中に業務を行わなければならない。このようなケースで当該就業者が法的に労働者であることを主張する場合、実際の労務遂行における業務委託者の指揮命令への拘束性を証明するよりは、特定の委託者に対し、自身の事業組織・資本を持たずに自分自身で労務を継続的に提供している、というオルターナティブ・モデルのメルクマールを証明することの方が容易であるといえよう。このように、新自営業者に対する法的な保護を労働法の適用拡張をもって行おうとする立場からすると、オルターナティブ・モデルに利点があることになる。

## (2) 社会法典の改正

そもそも、ドイツにおける「新自営業者」、あるいは「仮装自営業者」の増加は、企業側の利益改善のための人件費圧縮と、そのための社会法上のコスト削減の必要性から生じたものと解されている。ある就業者が自営業者である場合、労働者には適用される疾病時及び休日の賃金継続支払法、解雇制限法の適用がない。社会法の領域では、疾病保険（社会法典第5編）及び老齢年金保険（社会法典第6編）の強制被保険者資格が原則としてなくなり、使用者は保険料負担を免れることになる。こうしたコストを回避することは使用者にとって人件費圧縮につながるため、労働契約以外の契約形式を取ることで労働法・社会法の適用を潜脱することの誘因となる。この点は、日本を含め世界的に共通する問題といえる。

このような「仮装自営業」による法の潜脱に対処するため、ドイツでは1999年1月1日施行の法律（仮装自営業防止法）により、「就労」概念について定義を設ける社会法典第4編7条の規定が改正され、以下の規定が同条4項として設けられた<sup>47</sup>。

「稼得のために働く者で、

- 1 その業務との関連で、家族を除いて、保険義務〔社会法典に定められた強制社会保険における保険義務：筆者注〕のある労働者を就労させない、もしくは、
  - 2 通常、かつ本質的に一人の委託者のために働く、
  - 3 就労者に典型的な労務給付、特に委託者の指揮命令の下、委託者の組織に編入されて労働給付を行う、
  - 4 経営者的活動に基づき市場に参加しない者は、
- 少なくとも上記のメルクマールの二が存する場合、賃金を対価として就労しているものと推定される」。

この規定は、4つのメルクマールのうち、2つを満たす就業者について、業務の委託者が

---

<sup>47</sup> 柳屋・前掲注1書171頁以下参照。

反証に成功しない限り、社会法典上の就労者（Beschäftigte）とされる、とした。社会法典上の「就労」概念は、労働法上の労働者概念にほぼ相当するもので、これに該当する場合には社会保険法上の強制被保険者となり、使用者に保険料負担の義務が発生する。新しい就労規定がヴァンク流のオルターナティブ・モデルに基づくものであり、使用者の社会保険義務潜脱を防止し、「仮装自営業者」を社会保険法上の就労者として捕捉することが法改正の目的であった。

この新しい社会法典上の就労概念規定に対しては強い批判が相次ぎ、ドイツ連邦政府は、専門家委員会（仮装自営業者委員会）の報告を受け、新たに改正法案を提出し、1999年12月20日に成立した「自営業促進法」が1999年1月1日に遡って発効することとなった。

新法により、社会法典4編7条4項の就労者推定メルクマールは、次のように改められた。

「稼得のために働く者で、

- 1 その業務との関連で、保険加入義務のある、その業務からの月収が630マルクを超える労働者を通常雇用していない、もしくは、
- 2 通常、かつ本質的に一人の委託者のために働く、
- 3 委託者又はこの者と比較可能な委託者が、当該業務を通常、その雇用する労働者に行わせている、
- 4 その業務において、事業者的業務に典型的なメルクマールが認められない、
- 5 その業務が、従前は就労関係において同一の委託者のために行われていた業務に外観上該当する」。

新規定では、上記5つの中の3つのメルクマールを充たして労務を提供する者について、業務の委託者が社会保険の担当機関に対する協力義務を果たさない場合に、就労関係の推定がなされる、とされた（7条4項1文）。

このように、特に社会保険法の領域で、仮装自営業者対策のための就労関係推定基準として、オルターナティブ・モデルが立法により用いられるところとなったが、その後、さらに法改正が行われ、現在では社会法典4編7条4項の規定が改められ、就労関係の推定に関する条項は削除されている。

### (3) 判例

労働裁判所における裁判例では、本章第2節4(3)でも取り上げたように、オルターナティブ・モデルの判断基準に従い、「自営業者」の労働者性を認めた例が下級審で現れた。対象となった職種は宣伝販促員、保険代理人であり、BAG判例及び通説による人的従属性基準によると、労働者とは認められ難い就業形態であった点に特徴がある。

もっとも、BAGは、オルターナティブ・モデルの判断基準を採用するには至っておらず、本章第2節で挙げた備車運転手、外務員等職種の判断例を検討する限り、人的従属性基準を維持し、商法典84条1項2文に従い、業務の形成と労働時間の決定に関する労務提供者の

裁量の有無を中心に労働者性判断を行っているものといえる。

#### (4) ドイツにおける労働者概念論からの示唆

以上の概観の通り、R・ヴァンクによるオルターナティブ・モデルの提唱を受け、ドイツでは、立法及び司法の実務を含め、「労働者」概念についての検討が幅広く行われてきた。ドイツでの議論から得られる示唆について、以下で概略をまとめてみよう。

ヴァンクは法の機能分析の観点から、労働法の保護目的を労働者の生存リスク（収入面での保護）と労働リスク（労働者の安全・健康・人格等に対する保護）に区分して捉えようとする。前者の生存リスクへの配慮は、労働者の使用者に対する経済的従属性に着目した法規制によってもたらされるとされ、類似の経済的状况にある「自営業者」に対しても、同様の保護をもたらすべきとの主張へと繋がる。このように、個々の法律の目的を明確にすることで、その目的に応じて個々の法律の適用対象を画定するとのアプローチが想定されることになる。

現在のドイツの労働法令は、「労働者」への適用を原則としており、この「労働者」の概念は労働法全体で統一的に用いられ、その上で個々の法律毎に「労働者類似の者」や「官吏」などの適用対象者を追加する、あるいは、「労働者」の中でも一定の条件により適用を限定する方法が用いられている。いわゆる相対的な労働者概念は用いられていない。

問題は、各法律で定められる適用範囲の設定が、その規制目的・趣旨に照らして妥当であるか否かである。ドイツの場合には、例えば、解雇制限法、賃金継続支払法、企業年金改善法といった法律は、労働者類似の者に対して適用がない。これら法律の規制目的を、専ら労働者の経済的な生計保護に見るのであれば、目的論的なアプローチにより、労働者と類似の経済的状况にあるとされる者への適用が想定されてよいことになる。特にドイツでは、労働者性が争われる事例の多くが、解雇制限法の適用の有無を対象とするものであることに鑑みると、労働者類似の自営業者に対する解雇制限の適用が大きな論点となりうる。

## 2. 労働条件と法規制

上述のように、ドイツでは、労働法令の適用に当たり、統一的な「労働者」概念を用いて、その労働者を原則的な適用対象者としつつ、各法律毎に適用範囲を定める方法が採られている。もっとも、民法等の一般法、ないし、自営業者のための特別法の適用・類推適用により、労働条件によっては、労働法令と同様ないし類似した保護が自営業者にもたらされる場合がある。以下では、労働条件ごとに区分して、労働法ないし一般法上の規制により、いかなる保護が労働者及び自営業者に可能となるかについて概観する。

### (1) 最低賃金

ドイツでは、原則として法律による最低賃金規制が行われておらず、実際には、産業別の

レベルで労働組合と使用者団体が締結する労働協約において定められた賃金はその産業分野の最低賃金となっている。

労働協約法は、「経済的に従属し、労働者に比肩しうる社会的に要保護性のある」（12a 条 1 項 1 号）労働者類似の者に適用を認めており（12a 条 1 項、2 項、3 項）<sup>48</sup>、労働協約の適用によって経済的従属性のある就業者の保護を図っている。

家内労働従事者については、家内労働法により、労働協約の適用が認められている（家内労働法 17 条）。家内労働従事者に適用される労働協約が存在しない場合には、州の労働官庁により設置される家内労働委員会が強行的効力を有する賃金規制を行いうる（同 19 条）。

商法典 84 条に規定される代理商には、労働協約法の適用が明文で除外されている（12a 条 4 項）。その一方で、商法典 92a 条では、契約により他の企業との業務が禁じられる、あるいは、実質的に行えない代理商に関して、企業による契約上の給付の最低条件を規制する法規命令を連邦司法省が定め得ることが規定されている。

上記のように、経済的従属性のある就業者については、労働協約の適用による労働条件保護がなされうる他、家内労働従事者や専属代理商については、公の官庁の権限により、最低労働条件の保障がなされうる。

ただし、現在問題となっている新自営業者（傭車運転手、フランチャイジー等）については、上記の保護が十分にもたらされない点が指摘されている。ドイツの場合、労働協約の規範的効力が認められるためには、協約締結能力があると判断される労働組合と、使用者団体による協約の締結が前提となる。この協約締結能力は厳格に審査されるため、現実的には既存の産業別組合が、管轄する産業分野で就労する労働者類似の自営業者にも適用のある条項を定めた労働協約を締結していなければ、労働協約の規範的効力は及ばないことになる。新しいタイプの自営業者にとって、こうした条件が必ずしも存在しないことが指摘されている。

また、家内労働法、及び、商法典による最低労働条件保障は、やはり同法の適用対象者である家内労働従事者ないし代理商にしか適用されない。この条項の、他の職種の自営業者への類推適用は否定的に解されている。そのため、学説では、経済的従属性のある自営業者一般に対する賃金規制を行う必要性が主張されている<sup>49</sup>。

## (2) 労働時間

労働者性が争われた裁判例において、労働時間規制の適用が問題とされた事例は見当たらない。ドイツにおける労働者概念は人的従属性を決定的基準とする。労働者ではなく、自営業者ないし労働者類似の者と判断される就業者は、事実的に労働時間を自由に決定できるこ

<sup>48</sup> テレビの受信料の集金等を行う者が、「労働者類似の者」であるとして労働協約の適用があることの確認等を請求した事例で、BAG は、当該集金人が 6 ヶ月に 42 日ほど、集金のため就労していたことをもって、労働者類似性及び労働者と比肩しうる社会的要保護性は認められず、労働協約の適用がないとしている。BAG 4. Senat, Urteil v. 2. 10. 1990, AP Nr. 1 zu § 12a TVG.

<sup>49</sup> Vgl. P. Frantziöch, Abhängige Selbstständigkeit im Arbeitsrecht, 2000; C. Schubert, Der Schutz der arbeitnehmerähnlichen Personen, 2004.

とが前提となっているため、労働時間法、又は労働時間を規制・具体化する労働協約ないし事業所協定を適用する必要性に欠ける者と解される。

### (3) 休暇

ドイツでは、連邦年次休暇法が明文で労働者類似の者に適用を認めているため（同法 2 条）<sup>50</sup>、労働者類似の者も年次有給休暇を取得できる。

BAG の判例では、パートタイム労働者として就労している者が、他の委任者との間で自由協働関係にある場合にも、経済的な非独立性を理由として労働者類似の者と認められるならば、連邦年次休暇法による有給休暇請求権が成立し、それに基づき、休暇中の報酬請求権が認められるとした例がある<sup>51</sup>。

### (4) 安全衛生

1996 年 8 月 7 日の労働保護法は、「労働保護の措置により、労働の際の就労者の安全と健康保護の確保及び改善に寄与する」（1 条）ことを目的とする。ここでの「就労者」（Beschäftigte）とは、「1. 労働者、2. 職業訓練のための就労者、3. 労働裁判所法 5 条 1 項にいう労働者類似の者、ただし、家内労働における就労者及びそれと同等の者を除く、4. 官吏、5. 裁判官、6. 兵士、7. 障害者のための作業所における就労者」（2 条 2 項）と定められており、私企業における労働者と並び、公勤務における就労者、労働者類似の者が、安全と健康保護の確保・改善の対象とされている。

この法律は、法 1 条の目的を達成するため、罰則を伴って使用者に必要な措置を義務づける公法であり、使用者と労働者ないしその他の就労者の契約関係を規制する法律（労働契約法）ではない。もっとも、「国家労働保護法及び災害予防規則の定めは、民法典 618 条…に基づき使用者に課される配慮義務の内容を具体化する」とした BAG 判例がある<sup>52</sup>。

他方、連邦普通裁判所の判決には、請負契約に基づき請負人が債務の履行のため、注文者の場所に立ち入る必要があり、そこでの事故のため死亡災害に見舞われた事例で、雇用契約に関して定められた使用者の労務義務者に対する保護措置規定（民法典 618 条<sup>53</sup>）が請負契

<sup>50</sup> 連邦年次休暇法（Bundesurlaubsgesetz）2 条〔適用範囲〕

この法律における労働者は、現業労働者及び職員、並びに職業訓練のため就労する者である。経済的な非独立性を理由に労働者類似の者とみられる者もまた労働者とみなす。家内労働の分野については 12 条〔筆者注・家内労働法の適用される家内労働者等について特別に定めた規定〕が適用される。

<sup>51</sup> BAG v. 13. 2. 1979, AP Nr. 3 zu § 2 BurlG. 大学のチューターとして雇用され、1 ヶ月につき 80 時間就労していた学生（原告）が、州の家族・家庭介護局で「自由協働者」として 1 週計 27 時間、児童介護を行う家庭の相談、世話等のサービスを行っていたことから、州に対し、有給休暇分の報酬を含めた報酬を請求した事例。BAG は、原告が労働者類似の者であったことを認めて請求を認容した原審の判断を維持している。

<sup>52</sup> BAG v. 10. 3. 1976, AP Nr. 17 zu § 618 BGB.

<sup>53</sup> 民法典第 618 条〔保護措置義務〕

(1) 労務権利者は、労務給付の性質上許容される限りで、義務者が生命及び健康に対する危険から保護されるよう、労務遂行のため労務権利者が調達しなければならない空間、設備又は器具を設置、維持し、且つ、労務権利者の規則又は指示によって遂行されるべき労務給付を規制しなければならない。

(2) 労務給付の義務者が家庭共同体に引き受けられるときは、労務権利者は、居室及び寝室、食事並びに労働

約に対しても類推適用され、注文者が民法典 618 条 3 項に定められた損害賠償義務を負うとしたものがある<sup>54</sup>。この判決の射程は労働者類似の者に限定されず、雇用契約と類似した状況（請負人が債務を履行するために、注文者の提供する空間に立ち入り、そこでの設備を利用して労務を給付する必要があるといった事情）で請負契約に基づく労務提供に対し一般的に、使用者が必要とされる措置を講ずる義務が存することを認めたものと評価されている。

### (5) 災害補償

ドイツの社会法典第 7 編は労災保険に関する規定を置いている。社会法典第 7 編 2 条では、法律による被保険者として、「就労者」（社会法典第 4 編 7 条に定められた就労概念による）等が挙げられ、さらに同 3 条において、災害保険組合の定款による被保険者の拡張が定められ、定款により「1. 事業主及びその事業で共に働く配偶者若しくは人生パートナー、2. 事業場に滞在する者」に保険を拡張する旨、及びその条件を定めることができる、と規定されている。また、同 6 条では、「事業主及びその事業で共に働く配偶者」、あるいは「物的会社及び人的会社で通常、事業主と同様に独立して就労する者」の任意加入が認められている。このように、ドイツでの労災保険による災害補償の適用範囲は、「労働者」に限定されず、独立した就労者にも拡張されている。

### (6) 解雇

ドイツの解雇制限法は、労働者に適用される。この「労働者」は、判例によって形成された統一的な「労働者」と同じである。労働者類似の者への適用は法定されていない。

ドイツにおいて労働者性の有無が争われた事例において、解雇制限法の適用が問題とされた例は多数を占める。自由協働者として業務を委託する報酬契約、音楽家の出演契約等、労働契約以外の形式を取る契約に基づき、特定の契約相手に対して継続的に労務を提供してきた就業者が、契約の打ち切りを通告されたことを受けて、契約相手と自身との法関係が期間の定めのない労働関係にあったことの確認を請求して労働裁判所に訴訟を提起するケースが典型である。労働者性の判断基準は、実際の労務遂行過程における人的従属性の有無である。

労働者類似の者への解雇制限法の規定の類推適用は認められていない。BAG の判例では、1 年を超えて特定の放送局から業務の委託を受けていた放送事業協働者（カメラマン）を労働者類似の者と判断しつつ、解雇制限法の類推適用を否定し、2 週間の解約告知期間を定めた家内労働法 29 条の 2 の類推適用を認めた事例がある<sup>55</sup>。下級審の裁判例にも、労働者類似

---

時間及び休憩時間について、労務給付義務者の健康、道徳及び宗教を考慮したうえで、必要な設備と秩序を整えなければならない。

(3) 労務給付の権利者が、労務給付の義務者の生命及び健康について課される義務を履行しないときは、損害賠償に対する義務について、第 842 条ないし第 846 条の不法行為について規制された規定が準用される。

<sup>54</sup> BGH Großer Senat für Zivilsachen, Beschluß v. 5. 2. 1952, BGHZ Bd. 5, 62.

<sup>55</sup> BAG v. 8. 6. 1967, AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

の者への解雇制限法類推適用を否定したものがある<sup>56</sup>。

他方、ドイツの解雇制限法は、6ヶ月を超えて継続した労働関係にある労働者に適用される。1条で規定された解雇制限等は、労働者が5人以下の事業所（2003年12月31日以降に開始された労働関係については10人以下の事業所）には適用がない。このように解雇制限法はすべての労働者に適用されるわけではなく、小規模事業所は適用が除外され、且つ、労働関係が一定期間、中断なく継続したことを要件とする。

労働契約以外の雇用契約については民法典621条に解約告知期間の定めがある<sup>57</sup>。この規定は自由雇用契約を対象とするものであり、労働関係における解約告知期間<sup>58</sup>とは内容を異にし、解約を受ける労務提供者に対する経済的保護は乏しい。これに対し、家内労働従事者に対して家内労働法（29条）<sup>59</sup>に、代理商に対して商法典（89条）<sup>60</sup>に特別の解約告知期間

---

<sup>56</sup> LAG Bremen v. 16. 4. 1952; LAG Mannheim v. 16. 4. 1952.

<sup>57</sup> 第621条〔雇用関係における解約告知期間〕

第622条にいう労働関係ではない雇用関係において、以下の時点で解約告知が許容される。

1. 日を以て報酬を定めたときは、次の日に対し毎日。
2. 週を以て報酬を定めたときは、一暦週日の末日に対し遅くともその週の初日。
3. 月を以て報酬を定めたときは、一暦月の末日に対して遅くともその月の15日。
4. 四分の一年又はこれよりも長い期間を以て報酬を定めたときは、四分の一暦年の末日に対して6週間の解約告知期間を遵守した後。
5. 時期に基づいて報酬を定めていない場合には、常時；但し、就労活動において完全又はほぼ完全な専属義務を要求する雇用関係においては、2週間の解約告知期間を遵守した後。

<sup>58</sup> 第622条〔労働関係における解約告知期間〕

(1) 現業労働者又は職員（労働者）の労働関係は、15日に向けて、又は、一暦月末に向けて、4週間前に解約告知することができる。

(2) 使用者による解約告知については、同一事業所又は同一企業における労働関係が継続した年数に応じて、解約告知期間は各々以下の月数になる。

1. 2年間存続した場合には、一暦月末に向けて1ヶ月、
2. 5年間存続した場合には、一暦月末に向けて2ヶ月、
3. 8年間存続した場合には、一暦月末に向けて3ヶ月、
4. 10年間存続した場合には、一暦月末に向けて4ヶ月、
5. 12年間存続した場合には、一暦月末に向けて5ヶ月、
6. 15年間存続した場合には、一暦月末に向けて6ヶ月、
7. 20年間存続した場合には、一暦月末に向けて7ヶ月。

就労期間の算定においては、労働者の満25歳到達前の期間は考慮されない。

(3) 最長6ヶ月間について合意された試用期間中は、労働関係は2週間の期間で解約告知できる。

(4) 労働協約によって、第1項ないし第3項とは異なる規制を合意することができる。かかる労働協約の適用範囲においては、当事者間の合意があるときは、協約に拘束されない使用者と労働者との間にも異なる協約の定めが適用される。

(5) 第1項に挙げられた期間よりも短い解約告知期間は、個別契約によって、以下の場合にのみ合意することができる。

1. 労働者が、一時的な補助のために雇い入れられた場合；労働関係が3ヶ月を超えて継続した場合には、これに当たらない。
2. 使用者が、通常、職業訓練のために就労する者を除き、20人以下の労働者を雇用し、かつ、解約告知期間が4週間を下回らない場合。

雇用労働者の数の認定においては、通常の週労働時間が20時間以下のパートタイム労働者は0.5人、30時間以下のパートタイム労働者は0.75人として考慮されなければならない。第1項ないし第3項に挙げられた期間よりも長い解約告知期間を個別契約によって合意することは妨げられない。

(6) 労働者による労働関係の解約告知には、使用者による解約告知よりも長い期間を個別契約によって合意することはできない。

<sup>59</sup> 第29条 (1)家内労働従事者の就労関係は、1日の経過につき毎日、両当事者により解約しうる。

(2)家内労働従事者が一人の委託者もしくは中間親方に対し4週間を超えて就労しているとき、就労関係は2

が定められている。このように、家内労働従事者及び代理商という歴史的に古くから存する社会的要保護性の認められた自営業者に対しては、契約期間の継続期間に応じた比較的長期の解約告知期間が法定され、収入保証に関する一定の保護がなされている。

もっとも、最低賃金の項でも言及したように、現在、家内労働法の適用を受ける就業者はわずかとなっており、現在問題となっている新自営業者はこの適用を受けない。しかし、上述の BAG 判例では、放送事業における自由協働者に対し、家内労働法 29 条の類推適用は認められている。商法典 89 条の規定は代理商を対象とするもので、同様の契約代理業務を行う自営業者には適用できるものの、やはり広範な職業類型をカバーできるものではない。

解雇制限法の適用を受けない労働関係、あるいは、それ以外の請負契約等に基づく契約関係であっても、私法上の一般条項（民法典 138 条 1 項：良俗違反行為の無効<sup>61</sup>、民法典 242 条：信義誠実の原則<sup>62</sup>）に基づき、契約相手による解約が無効と判断されうる場合がある。もっとも、良俗違反ないし信義誠実の原則違反を理由とする解約の無効確認を請求する場合、解約が無効であることを主張立証する責任は解約された者にある。解雇制限法では、解雇を正当化する理由の立証を使用者が負担することが法定されており<sup>63</sup>、この点が無効確認判決を得るための難易度に大きな差異をもたらしている。

## (7) 差別

労働関係における性差別の禁止は、民法典 611a 条に規定されている<sup>64</sup>。また、611b 条で

---

週間の期間をもって解約することができる。

(3) 家内労働従事者が専ら一人の委託者もしくは中間親方に対し就労しているとき、就労関係は暦月の 15 日若しくは末日に向けて 4 週間の期間をもって解約することができる。試用期間を設定したとき、解約告知期間は 2 週間である。但しその設定は最長 3 ヶ月である。

(4) 3 項 1 文の条件で、委託者もしくは中間親方による解約告知の期間は、就労期間が

1. 2 年間存続したとき、暦月の末日に向けて 1 ヶ月
2. 5 年間存続したとき、暦月の末日に向けて 2 ヶ月
3. 8 年間存続したとき、暦月の末日に向けて 3 ヶ月
4. 10 年間存続したとき、暦月の末日に向けて 4 ヶ月
5. 12 年間存続したとき、暦月の末日に向けて 5 ヶ月
6. 15 年間存続したとき、暦月の末日に向けて 6 ヶ月
7. 20 年間存続したとき、暦月の末日に向けて 7 ヶ月となる。

就労期間の算定に当たり、従事者が 25 歳未満の期間は考慮されない。

(以下略)

<sup>60</sup> 第 89 条 (1) 契約関係に期間が設定されていないとき、契約期間の最初の 1 年において 1 ヶ月、2 年目において 2 ヶ月、3 ないし 5 年目において 3 ヶ月の期間をもって解約告知をなしうる。契約期間が 5 年を経過した後は、6 ヶ月の解約告知期間をもって解約告知をなしうる。解約告知は暦月の終了に対してのみ許される。但し異なる合意がなされていればその限りではない。

(2) 1 項 1 文及び 2 文による解約告知期間は合意により延長され得る。但し、企業のための期間が商業代理人のための期間より短期であってはならない。企業について短縮された期間は、商業代理人についての期間についても適用される。

(3) 期間の定めが設定された契約関係が、合意された期間以降、両当事者により継続されたときは、期間の定めのない契約関係に延長される。1 項 1 文及び 2 文の解約告知期間は、契約関係の期間全体により決定される。

<sup>61</sup> 民法典 138 条 (1) 良俗に違反する法律行為は無効である。

<sup>62</sup> 民法典 242 条 債務者は、取引上の慣習を考慮し信義誠実に従い、給付をなすべき義務を負う。

<sup>63</sup> 解雇制限法 1 条 2 項 4 文 「使用者は、解雇の理由となる事実を証明しなければならない。」

<sup>64</sup> 第 611 a 条 [性別に関連する不利益取扱]

は、労働ポストの募集に際し、理由なく特定の性別に条件を限定することが禁止されている。これらの規定は、労働関係以外の雇用契約及びその他の契約には適用がない。

これに関連して、612a 条では、労働者が許容された方法で自らの権利を行使したことを理由とする不利益取扱いが使用者に禁じられている（報復禁止）。この規定も労働関係にのみ適用がある。

職場におけるセクシュアル・ハラスメント防止法（就労者保護法）は、セクシュアル・ハラスメントからの就労者の保護を目的とする。この「就労者」には、労働者類似の者、及び、家内労働における就労者が含まれる（同法 1 条 2 項）<sup>65</sup>。

上記の法状況からすると、自営業者については、労働者類似の者ないし家内労働法の適用対象者についてセクシュアル・ハラスメント防止法の適用があるのみで、その他には、特別な差別禁止規定の適用はない。

しかし、例えば性別を理由とする解約などについては、民法 138 条の良俗違反を理由として無効となる可能性がある。労働者類似の者、あるいは、それ以外の自営業者の契約についても、この一般原則が適用されうる。良俗違反に当たる理由としては、就業者の性別、婚姻、妊娠、あるいは、例えば、ホモセクシュアルであること、法的な婚姻によらないパートナー関係といった性に関する態度などが考えられる。思想信条、就業者が行った意見表明を理由とする解約も、同様に良俗違反に該当すると解される。ただし、以上の見解は学説のレベルにとどまっており、労働者類似の者について、上記のような理由による解約が争われた事例は、管見の限りでは発見できていない。勤続期間をみたまないといった解雇制限法の適用されない労働関係においては、良俗違反により解雇無効とされた例が存在する。この場合の立

- 
- (1) 使用者は、とりわけ、労働関係の基礎付けといった合意又は措置において、昇進、指揮命令又は解約告知において、労働者をその性別を理由に不利に取り扱ってはならない。ただし、性別を理由とした異なる取扱は、かかる合意又は措置が、労働者によって行われる活動の種類を対象とし、かつ、特定の性が当該活動にとって放棄し得ない要件であるときは、許容される。争いある場合において、不利益取扱が性別を理由とするものであることが推定されることを労働者が疎明したときは、使用者が、性別ではない、客観的な事由が異なる取扱を正当化すること、又は、性別が行われる活動の放棄し得ない要件であることの立証責任を負う。
  - (2) 使用者が、第 1 項に規制される、労働関係の基礎付けにおける不利益取扱の禁止に違反するときは、これによって不利益を被った応募者は、相当な金銭による補償を請求できる。労働関係の基礎付けに対する請求権は認められない。
  - (3) 応募者が、不利益取扱のない選抜がなされた場合であっても採用されなかったであろうときは、使用者は、最大で 3 ヶ月分の月収に相当する補償を支払わなければならない。応募者が、労働関係が基礎付けられていたであろう月に、所定労働時間について、金銭又は現物で支給されたであろうものが月収とみなされる。
  - (4) 第 2 項及び第 3 項に基づく請求権は、応募の拒否の到達によって開始する期限内に、書面によって主張されなければならない。期限の長さは、応募がなされた労働関係において、損害賠償請求権の主張について定められた除斥期間に従い、少なくとも 2 ヶ月間である。応募がなされた労働関係について、かかる期限が定められていないときは、期限は 6 ヶ月間である。
  - (5) 第 2 項ないし第 4 項は、昇進に対する請求権が認められないときは、昇進においても準用される。

<sup>65</sup> 就労者保護法 1 条 2 項 この法律にいう就労者とは以下の者である。1. 私法上若しくは公法上の事業所及び行政における労働者（現業労働者、職員、職業訓練のための就労者）、加えて、経済的な非独立性のため労働者類似の者とみられる者。後者には家内労働における就労者及びそれと同視される者も含まれ、これらの者については、使用者の代わりに委託者若しくは中間親方となる。2. 連邦、州、市町村、市町村団体、その他連邦若しくは州の監督を受ける公法上の団体及び営造物、財団の官吏、3. 連邦及び州の裁判官、4. 男性及び女性の兵士。

証責任については、上記(6)解雇の箇所での記述が当てはまる。

## 第2章 フランス

### はじめに

フランス労働法学においても、労働者・労働契約概念は、常に大きな論点の一つである。労働法典、社会保障法典、その他各種の労働立法・社会保障立法には、適用範囲が労働契約の存否によって決定されるものが少なくない<sup>1</sup>。そのため、「労働者 (salarié)」、「労働契約 (contrat de travail)」当事者であるか否か、つまり合意の法的性質の決定の問題は、早い時期から、就業者に対する法的保護の範囲を決するために重要な論点であった。

これらの概念には、行政解釈上は早くから定義が与えられてきた<sup>2</sup>が、法律上は明確な定義がなされていない。フランス民法典は、対価を得て労務を提供する契約を賃貸借契約として位置づけてきたが、今日の労働契約に相当する役務賃貸借契約 (contrat de louage de service) についてはわずか2か条しか規定がない。また、労働法典も労働契約そのものの定義はおいておらず、後述のように特定の職種について特別規定を設けるにとどまっている<sup>3</sup>。そのため、フランスにおける労働契約の概念は、学説及び判例における解釈によって、労務提供の合意の法的性質、そして労働立法の適用範囲の確定という観点から発展してきた。近年では、情報技術の発達や企業の組織形態の変容により、労働者・独立自営業者という二元論的な区別自体が曖昧になってきた<sup>4</sup>ことから、労働契約概念、及び労働法規の適用のあり方

<sup>1</sup> 初期の社会立法では、その適用範囲の定義として労働者の概念を頻繁に用いていた。最初の労働立法の一つである労働災害の補償 (使用者の無過失責任) に関する1898年4月9日の法律の「労働者 (ouvrier) 及び被用者 (employé)」, 退職老齢年金に関する1910年4月5日の法律、社会保険 (対象リスクは、疾病、出産、労働不能、老齢、死亡) に関する1928年11月5日の法律 (以下1928年の法律) 及び1930年7月1日の法律における「労働者 (salarié)」がそれである。なお、1898年の法律による労災補償はあくまで使用者の民事責任の問題であり、労災・職業病の補償が社会保険に取り込まれるのは第2次世界大戦後である。また、1928年及び1930年の法律によって創設された社会保険は広範なリスクを対象とするものであったが、失業保険給付が含まれず、失業保険は1958年の労働協約まで制度化されなかった。

<sup>2</sup> Circulaire du ministre du Travail du 30 avril 1930, DP 1931.4.97.

<sup>3</sup> 労働法典第7巻に特定の職種・産業 (鉱山、海運、ガス、運輸等) に関する特別規定がおかれ、それらに、一定の要件の下で労働契約の推定や労働法典の適用を認める規定がある。具体的規定としては、家内労働者 (労働契約の推定・L.721-1条以下)、外交員 (労働契約の推定・L.751-1条以下)、ジャーナリスト (労働法典の適用・L.761-1条以下)、アーティスト (労働契約の推定・L.762-1条以下)、マヌカン (労働契約の推定・L.763-1条以下)、不動産の管理人 (労働法典の一部適用・同L.771-1条以下)、家事使用人 (employés de maison・労働法典の一部適用・L.772-1条以下)、認定保育ママ (assistante maternelle・労働法典の一部適用・L.773-1条以下)、一定の独立事業主 (労働法典の適用・L.781-1条以降) がある。

<sup>4</sup> Alain Supiot, Nouveau visage de subordination, Dr.soc.2000 ; Patrick Chaumette, Quel avenir pour la distinction travail dépendant/indépendant ?, in Travail en perspectives,1998. なお、労働者と非労働者 (独立事業主・使用者) の人数の比率はほぼ10:1で安定しており、数値に目を転じると非労働者の数はわずかながら減少している (INSEE, Estimation d'emploi salarié et non-salarié au lieu de travail)。このことから、フランスでの労働者性の議論は、労働市場の量的変化というよりも、質的な変化、すなわち労働者 (salarié) と非労働者 (non-salarié) の就業実態の接近、及び労働契約の下で働く「純粋な労働者」と「純粋な独立自営業者」の中間的就労形態の出現と多様化に動機付けられているのではないと思われる。Yves Dupuy と Françoise Larréによると、労務提供のあり方は、リスクを個人と企業がどう分担しているか、就労形態は個別的吗組織的かという二つの基準により、被用労働者と独立自営業者、その混合的形態として7つのタイプの就業者が存在する (Y. Dupuy et F. Larré, Entre salariat et travail indépendant : Les formes hybrides de mobilisation du travail, Travail et emploi n° 77, p.1 et suiv.)。なお、雇用外部化により法的には独立事業主で

の再検討が喫緊の課題となっている。

以下では、まず破毀院（フランスの民刑事事件の最高裁判所）の判例における法的従属関係の概念の展開、そして労働者性が問題となる就労形態ごとの判断の傾向を分析する（第1節）。次に、学説上の労働契約概念に関する議論の展開を概観する（第2節）。

## 第1節 判例の展開

【判例リスト】（括弧内は争点）

### 1. 労働契約概念の展開

－法的従属性概念の誕生

破毀院民事部 1931年7月6日判決（支店責任者・被用者対象の社会保険への加入の可否）

－概念の拡張と限定

破毀院社会部 1996年11月13日判決（社外講師・報酬の賃金性）

－判断枠組

破毀院大法廷 1983年3月4日判決（教員・契約関係の解消）

破毀院社会部 2000年12月19日判決（タクシー運転手・タクシー車賃貸借契約の性質）

### 2. 労働者性が問題となる職種に関する裁判例

(1) 専門的職種

－医師（研修医を含む。）

破毀院社会部 1978年10月27日判決（契約の性質決定）

破毀院社会部 1994年3月29日判決（契約の性質決定）

破毀院社会部 1997年7月1日判決（研修医・解雇）

－弁護士

破毀院社会部 1999年2月12日判決

－プロスポーツ選手

破毀院社会部 1997年1月23日判決（失業保険の適用の可否）

破毀院社会部 1974年10月23日判決（加入すべき社会保険の決定）

－通訳

破毀院社会部 1982年1月14日判決（契約の性質決定）

(2) 傭車契約

破毀院社会部 1991年12月5日判決（加入すべき社会保険の決定）

---

あっても、その独立性が虚構にすぎない形態が生じることについては既に1990年代初頭には指摘されていた。  
v.Gérard Lyon-Caen, Le droit du travail non salarié, Sirey, 1990,p.14.

(3) 外交員等職種

特に掲げていない。

(4) 在宅就業者

破毀院社会部 1988 年 7 月 19 日判決（訴訟管轄）

(5) 零細事業者

破毀院社会部 1972 年 1 月 13 日判決（フランチャイジーの契約解消の性質）

破毀院社会部 1987 年 3 月 12 日判決（フランチャイジー・社会保険制度の決定）

破毀院社会部 2001 年 12 月 4 日判決（フランチャイジー・契約不更新の性質）

## 1. 労働契約概念の展開

### (1) 法的従属性概念の誕生

20 世紀初頭、フランスの労働法学説においては、労働契約の存否を経済的依存（*dépendance économique*）<sup>5</sup>と法的依存（*dépendance juridique*）<sup>6</sup>のいずれに依拠して判断すべきかを巡って、激しい意見の対立があった（第 2 節 1.(2)参照）。前者は経済学・経済社会学の影響を受け、労働契約—この用語自体、経済学者が用いていた用語を法学に導入したものであるが—は、労働法規の適用の最善の基準である経済的依存に重きを置くべきであるという見解である<sup>7</sup>。他方、後者は、労務受領者による指示など、就業者に対する何らかの拘束性がなければ労働契約とはいえないとするものであった。

学説で労働契約の基準に関する議論が続く中、破毀院は、1931 年のいわゆるバルドゥ（*Bardou*）判決において、現在の判例法理の基礎となる労働契約概念を示した。

### 破毀院民事部 1931 年 7 月 6 日判決<sup>8</sup>

支店責任者について労働者性を否定

【事実の概要】 トゥールーズで E 社の一支店の責任者であった X は自らを社会保険<sup>9</sup>に加入すべき労働者であるとして、オート・ガロンヌ県を相手に訴えを提起した。原審は「労働者性（*qualité de salarié*）は、弱い立場にあり経済的に雇用者に依存している就業者（*travailleur*）に認められるべきものである」として、X の請求を棄却した。

<sup>5</sup> Paul Cuhe, Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail, rev. crit. 1913, 412; La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique, DH 1932, chron. p. 101 ; René Savatier, notes DP 1923.1.5 ; DP 1924.2.73 ; André Rouast, La notion de contrat de travail et la loi sur les Assurances sociales, JCP 1929, I, p. 329.

<sup>6</sup> Paul Pic, note sous l'arrêt de Civ. 6 juill. 1931, DP 1931.1.131 ; Pic, notes sous les arrêts de chambre civil rendus au 22 juin 1932.

<sup>7</sup> Cuhe, Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail, rev. crit. 1913, 412; La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique, DH 1932, chron. p. 101 ; R. Savatier, notes DP 1923.1.5 ; DP 1924.2.73.

<sup>8</sup> 1 Civ. 6 juillet 1931, DP 1931.1.131, note Pic.

<sup>9</sup> 1928 年の法律（1930 年の法律により改正）による労働者を対象とする社会保険を指す。なお、フランスでは商工業部門の独立自営業主対象の社会保険の導入は遅く、老齢年金保険は 1946 年、健康保険は 1966 年に設立されている。

【判旨】上告棄却。「ある者が他者の下で働く時、後者との関係における労働者性の法的要件は、当該労働者の経済的脆弱性あるいは依存性によって決定されるのではなく、当事者の間に結ばれた契約によってのみ生じる。労働者性は、その者を雇用するものに対する法的従属関係（*lien juridique de subordination*）の存在を必然的に前提とする。」「原審の認定事実によれば、本件契約は X を会社の指揮（*direction*）、監視（*surveillance*）、権限（*autorité*）の下におくような効果を有せず、経営において自由を有し、時間を自由にでき、自らの負担と責任において経営に必要な従業員を雇用していたのであり、売上に応じて報酬を得ていた。…こうした条件の下では…原審は法令を正確に適用している。」

この判決により、破毀院の労働契約の判断基準は「経済的従属性」ではなく、「法的従属関係」であることが明確になった。破毀院は、この判決からまもなく<sup>10</sup>具体的判断の一要素として経済的従属性を考慮するようになるが、理論的にはあくまで一要素であって判断基準ではない。経済的従属性は、当事者意思の枠外にあり<sup>11</sup>、またその法的意味が曖昧であることから、破毀院の判例法理の展開においては、一般的な判断基準となることはなかった。バルドゥ判決以降、破毀院が経済的依存を労働契約の存否の基準として言及するのは、労働法典上に特別規定がある業種に関してのみである<sup>12</sup>。そして、労働契約の存否の判断基準として発展したのは、「法的従属関係（*lien de subordination juridique*）」という概念である。

また、この判決が示した法的従属性の判断における考慮要素、すなわち活動における自由の有無、労務に服する時間決定の自由の有無、報酬の実態及び性質は、その後の判例にも継承されることとなる。

## (2) 法的従属性の概念の展開

### ア. 概念の拡張と限定

法的従属性の概念は、バルドゥ判決が採用して以来、現在も判例上の労働契約の存否の判断基準として維持されている。ただし、この概念が具体的に意味するものは、判例の展開過程で多少のゆらぎをもつようになる。概念の核となる「従属性」はラテン語の *subordinatio*、すなわち「*ordre* (*ordo*) の下に (*sub*) おく」に由来する語であるが、この *ordre* の意味に呼応する形で従属性にも二つの側面があるからである。

一つは、指示命令としての *ordre* に服するという意味での従属である。かかる認識の下では、法的従属性は、労務提供過程において具体的指揮命令を受ける者にのみ認められることになる。つまり、医師やアーティストのように、専ら自らの判断に基づいて業務を遂行する

<sup>10</sup> Civ. 22 juin 1932 (3 arrêts), Civ. 30 juin 1932 (5 arrêts), DP 1933,1,145, note Pic.

<sup>11</sup> Paul Durant et André Vittu, *Traité de droit du travail*, tome II, Dalloz, 1950 ; François Gaudu et Raymonde Vatinet, *Traité des contrats : Les contrats du travail contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, 2001.

<sup>12</sup> F. Gaudu et R. Vatinet, *op.cit.*, p.28.

者は、たとえ他者が経営する企業体で就業していたとしても従属性は認められず、したがって労働者性も否定されることになる。

もう一つは、秩序づけられ体系化された組織としての *ordre* に属するという意味での「従属」である。より具体的には、労働時間、就業の場所等が労務受領者から指定されることにより、業務組織 (*service organisé*) に統合され、自己の労務遂行方法を自由に決定できない状態を指す。このような理解に立てば、法的従属性の概念はより広いものとなり、具体的な業務遂行過程では独立性を有する労務提供者であっても、労務遂行方法を自由に決定できない場合には、労働者性を認めることが可能となる。

破毀院判例の展開を方向付けたのは、この「組織としての *ordre*」への従属の発想である。さらに破毀院は、労務提供方法決定の自由の有無についても緩やかに判断するようになり、労務提供が「業務組織の枠組の中で」行なわれたのであれば一争点が契約の法的性質の決定であれ、加入すべき社会保険制度が被用者を対象とする一般制度 (*régime général*)<sup>13</sup>であるか否かであれ一法的従属関係が存在すると認める傾向を示すようになった。例えば管理上の規律 (*ordre administratif*) に拘束されていることや、労働時間・勤務割に従う義務 (*obligation d'horaire*) があること、あるいは服務規律 (*note de service*) が存在することなどで足りる。そうなると、法的従属性と両立しない職業はほとんどなく<sup>14</sup>、「労働者とは、自らは組織しない企業の構成員、ある企業に所属している者であるとさえいいうる」<sup>15</sup>状態となっていた。

こうして、破毀院判例における法的従属性の概念は、あたかも「業務組織への統合 (*intégration au service organisé*)」という概念によって代替されたかのような様相を呈していた。こうした傾向に終止符を打ったのが、1996年11月13日のソシエテ・ジェネラル (*Société Générale*) 銀行事件判決である。

#### 破毀院社会部 1996年11月13日判決<sup>16</sup>

社外講師の法的従属性なし

【事実の概要】原告 X 銀行は、自社で行なう講演について社外の講師 (*conférencier*,

<sup>13</sup> 今日のフランスの社会保障システムは、法律に根拠を有する法定制度と労働協約等に根拠を有する法定外制度とで構成される。法定制度は並存する複数の制度 (*régime*) によって成り立っており、商工業分野私企業の被用者は一般制度 (*régime général*)、農業部門の被用者は農業被用者制度 (*régime agricole*)、鉱山、船員、国鉄職員など特定分野の被用者は、それぞれ各特別制度 (*régimes spéciaux*)、独立自営業者は独立制度 (*régime autonome*) である非農業非被用者制度 (*régime des travailleurs non salariés non agricoles*) における社会保険に加入する。保険事故・給付水準は制度によって異なり、一般制度その他被用者を対象とする制度では私傷病、出産、労働不能、死亡、老齢に加え、労働災害・職業病が保険リスクに含まれるのに対し、非農業非被用者制度には職業活動に起因する疾病・負傷を固有のリスクとしていない。以下本稿では、法定制度としての社会保険全体を指す場合は「社会保険制度」、被用者を対象とする法定制度については「一般制度上の社会保険」と記述する。なお失業保険は、1958年の労働協約に基づいて創設された法定外制度であり、一般制度には含まれない。

<sup>14</sup> Gérard Couturier, *Traité de droit du travail- Les relations individuelles de travail*, 2<sup>e</sup> éd.

<sup>15</sup> Hubert Groutel, *Le critère du contrat de travail*, Mélanges Camerlynck, 1978, p.57-58.

<sup>16</sup> Soc.13 nov. 1996, Bull.civ.V.,n°386.

intervenant)と講演契約を締結し、講演の内容、報酬等は銀行が一方的に決定するのではなく、双方の交渉により定めていた。また、社外講師はその業務遂行にあたり、銀行から干渉されることはなかった。被告オート・ガロンヌ県社会保障・家族手当拠出金徴収連合会(Unions de Recouvrement de Cotisations de Sécurité Sociale et d'Allocations Familiales. 以下、“URSSAF”という。) <sup>17</sup> (以下本件では Y) が監査を行い、社外講師に対して謝礼として支払われた報酬を社会保険料、家族手当拠出金の算定基礎、すなわち労働者に支払われる賃金と評価したことを不服として、X 銀行が訴えを提起した。原審が Y の判断を支持したため、X 銀行が上告。

【判旨】原判決一部破棄。「社会保険料、労働災害保険料及び家族手当拠出金の計算においては、従属関係の下でなされた労働の対価としてあるいは当該労働の際に労働者に支払われる全額が報酬とみなされる。」「従属関係は、指揮命令を行う権限を有し、遂行を監督し、従わなかった場合に懲戒をなしうる使用者の影響力の下での労務の遂行によって特徴付けられる。業務組織 (service organisé) の中で就労していることは、労働の履行条件が一方的に使用者によって決定されている場合に、従属関係の一表象 (indice) となりうる。」原審は、外部講師の[労務]提供が業務組織の枠組内で行なわれたことを指摘するのみである。「講演テーマ・報酬額は銀行と社外講師の交渉で決せられ、講師はその業務遂行過程において、いかなる命令 (ordre)、指図 (directive)、監督 (contrôle) にも服していない」という原審の認定事実から帰結するのは、「社外講師が X 銀行との関係において従属関係におかれていたのではないということ」である。

この判決は、業務組織への統合は労働契約の存否の基準ではなく、法的従属性の基準の代替にもならないことを再確認したものである。本件では、社外講師は銀行という業務組織の場の内部で労務を提供していたのであり、当時の拡張的な判例の流れからすれば、法的従属関係の存在が認められうる事例であった。しかし破毀院は、外部講師が労務遂行過程で具体的指揮命令を受けず、かつ労務提供の態様も労務の受領者の一方的決定によるものでもなかったことから、法的従属性を否定した。このことは、法的従属性が存在するためには、労務提供者の自由を現実的に制約する何らかの指示(具体的な労務指揮または労務遂行条件の指定)が要求される、換言すると法的従属性は権限の行使から生じる (あるいは発現する) <sup>18</sup>ことを示唆するものともとれる。

---

<sup>17</sup> 社会保険料・家族手当拠出金の徴収を担当する機関。フランスの社会保障制度では、保険料・拠出金の徴収業務と各種給付業務は別々の機関が行っており、URSSAF が一般制度上の社会保険にかかる保険料等の徴収を一括して行っている。なお給付業務は、健康保険、労災保険、出産手当等の給付は初級健康保険金庫 (Caisse primaire d'assurance maladie ; CPAM)、各種家族給付・RMI 給付業務は家族手当金庫 (Caisse d'allocations familiales ; CAF)、老齢年金・寡婦年金の給付は地方健康保険金庫 (Caisse régionale d'assurance maladie ; CRAM) がそれぞれ担当している。

<sup>18</sup> Antoine Jeammaud, L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail : A propos de l'arrêt Labbane, Dr.soc.2001.

ただしこの判決は、法的従属性に「組織への従属」という側面があることまで否定したものの、あるいは労働契約のカテゴリーを大幅に縮小するものとははいえない。判決自身、法的従属関係の存否の判断にあたり、業務組織の枠内での就労が考慮の対象となりうることは認めており、さらに、この判決の定式を用いて、「組織への従属」としての法的従属性を認めたと解される判断が複数存在するからである。

## イ. 判断枠組

法的従属性の有無は、当事者が合意に与えた名称や書面の内容ではなく、当該契約の履行における当事者の行動、すなわち当該事案における客観的な諸事情に基づいて判断される。この原則を明示した判決として著名なのが次に挙げるバラ (Barrat) 判決である。

破毀院大法廷 1983 年 3 月 4 日判決<sup>19</sup>

「協力契約」の下にある教員の法的従属性を認める

【事実の概要】 X は 1969 年に Y 学校と歴史、地理、経済の授業を担当する教師として労働契約を締結した。1970 年、X の労働契約は「全く自由な類型での協力契約」へと更改 (novation) された。1977 年、Y での職務を終了させられたため、X は濫用的解雇であるとしてエヴリュ小審裁判所に訴えた。請求が認められなかったため上告したところ、破毀院は原判決を破棄移送した。しかし、差戻審においても本件契約は労働契約ではないとして、X の請求が棄却されたため、再度上告。

【判旨】 原判決破棄・移送。「1970 年以降 X が外部協力者の地位にあり、謝金の形で報酬を受けていたとしても、Y 学校の経営と責任のもとで機能する組織の中で、従前と同一の職務に従事していたのであり、また、勤務時間も X の都合が考慮され、その結果当該業務の性質が自由とはいえないとしても、X の労務遂行の条件から必然的に帰結する社会的地位 (statut social) は、当事者の意思のみによって剥奪されるものではない。」

このような当事者の意思といった主観的要素に依存しないアプローチは、その後破毀院が部を越えて共有するようになる<sup>20</sup>判断枠組である。したがって、具体的事案において契約の性質を判断するには、活動を遂行する実際の条件である事実全体—労務の受領者による指揮命令の有無、報酬の形態、具体的な指揮命令がない場合は労務提供の場所・時間等の拘束性の有無、当事者の振舞い、原料・資材の所有関係などが検討、分析される。この手法は、様々な客観的事実の分析を積み重ねて当事者の真意を引き出す (faisceau d'indices と呼ばれる) ものである。法的従属関係の存在を示唆する要素が十分な数揃えばよく、一つの要素が欠けても労働契約としての性質は排除されない。

<sup>19</sup> Ass. Plén. 4 mars 1983, Bull. civ. V, n°3.

<sup>20</sup> 大法廷判決後、同一の文言を用いた、あるいは同旨の一般論を明示した社会部・刑事部判決としては以下のものが代表的である。Crim. 29 oct. 1985, Bull. Crim., n°335 ; Soc. 11 oct. 1990, Bull. Civ. V, n°473.

こうした判断枠組は、1934年の判決<sup>21</sup>に起源を有するとされるが、破毀院が法的従属性の概念を採用した1931年のバルドゥ判決にもすでに見出せると思われる。1931年判決は、労働契約を、労務の提供者をその契約の相手方の権威の下におく効果（目的ではなく）を持つものにとらえ、労務遂行過程における自由の有無・程度、報酬の実態及び性質など複数の要素を考慮の対象としているからである。

この手法に関して注目を浴びることとなったのは、2000年のいわゆるラバンヌ (Labbane) 事件判決である。

#### 破毀院社会部 2000年12月19日判決<sup>22</sup>

車両賃貸借契約によるタクシー運転手の法的従属性を認める

【事実の概要】運転手 X は Y タクシー会社（以下 Y 社）と「タクシー車賃貸契約」の名称で、1ヶ月の期間の定めのある契約を締結した。同契約は黙示の更新が予定され、更新拒否の予告期間はきわめて短く設定されていた。Y 社が契約を解除したため、X は当該契約は労働契約であるとして、契約解消に関する種々の補償金の支払を求めて労働審判所に訴えを提起した。これに対し Y 社は、本件紛争は労働審判所の管轄外であると主張した。原審（パリ控訴院）は、X は契約遂行において引き受けるべき顧客、巡回すべき地区、時間帯について賃貸人の指示を受けていたかどうか明らかでないとして、本件契約は労働契約ではなく労働審判所の管轄外であると判断した。X が上告。

【判旨】原判決一部破棄・移送。「本件契約は一ヶ月の期間を定めて締結され、毎月短い予告期間で解消しうるものであり...、『賃借人』が支払うロイヤリティには URSSAF に『支払い直される』拠出金が含まれ、ロイヤリティ自体はタクシー料金に応じて改定されうるとされていた。『賃借人』には、車の使用及び手入れについて...多くの厳しい義務が課せられている。」

「契約の名称及び性格付けとは無関係に、本件契約において予定された条件及び付帯条項での条件における労務の遂行は、『賃借人』を『賃貸人』との関係において従属状態におくものであったのであり、したがって『タクシー車』賃貸契約という外見の下に、労働契約の存在が隠されて」いた。

この事件の原審は、法的従属性の存否の判断にあたり、ソシエテ・ジェネラル銀行事件以来の判断枠組を忠実に用いている。本判決は、そのような下級審判断を破毀院が破棄し、かつソシエテ・ジェネラル銀行事件及びそれ以降の多数の判決が用いた「使用者の権威の下での労働」、「指揮命令を与え、監督を行い、それに従わない場合は制裁を行なう権限」という表現を用いていない。ある評者によれば、本件契約が労働契約ではないかのように装うため

<sup>21</sup> Civ.19 nov.1934, DH1935.50.

<sup>22</sup> Soc. 19 déc. 2000, Bull.civ.V., n°200 ; Dr.soc. 2001,p.237, note Antoine Jeammaud ; Jean Pélissier, Antoine Lyon-Caen, Antoine Jeammaud, Emmanuel Dockès, Les grands arrêts du droit du travail 3<sup>e</sup> éd.,Dalloz,2004, n°3.

に、当事者が契約の文言に指揮命令等に当たる文言を用いることを避けていたならば、「労務受領者の権限を見出せるのは些細な契約の文言の中だけ」<sup>23</sup>である。それゆえ、契約上の文言で定められた当事者の具体的活動の枠組の中にのみ、「賃貸人」の権限の存在を見出すことができる。本判決は、契約によって枠付けられた従属状態の存否を探求するものといえる。

なお、本判決が「労働契約の存在が隠されている」という主観的要素に言及したともとれる文言を用いており、そこから破毀院の判断枠組が主観的要素をも考慮するものへと変更されたと解する余地もあった。仮にこのように解釈すると、本件では当事者の意思として強行法回避の意図があるとまでは断言できず、妥当な結論とはいえないという問題が生じる。しかし、本判決は、判断枠組の変更を意味しているのではない。本件契約関係においては当事者が当該関係の本質から当然導かれるべき契約の性質決定を避けるために法的な外形を演出しているにすぎないこと、すなわち強行法回避に当たる当事者の「過度な権能」に対する破毀院の姿勢である<sup>24</sup>。また、本判決は、契約自体に含まれていた条項（賃借人に義務を課す条項）と契約遂行方法に依拠して従属性を認めており、このことに着目すると 1931 年判決以来の判断枠組に変更はなく、大きく判例の流れに逆行するものではないとされている。

## 2. 労働者性が問題となる職種—判例による解決と立法による解決

破毀院が解釈により「法的従属性」の概念を発展させ、労働契約—したがって厳密な意味での労働者—の判断枠組の確立に取り組む一方、立法者は、特定の職種に従事する者について特別規定を置いて当該職種に固有の保護を与え、あるいは一定の要件の下に労働契約の推定（*présomption*）や法令の適用を定めることで、非労働者にも労働者同様の保護を保障しようとしてきた<sup>25</sup>。

これらの立法による解決が及ばない領域に属する労働者については、個別事案ごとに法的従属性の基準を用いて労働契約性が判断される。

### (1) 専門的職種

専門的職種のうち、ジャーナリストやアーティスト等の特定の職種については、法律で労働契約の推定や労働法典の拡張適用が定められている（以下の、ア）。一方、医師・弁護士等の自由業は特別な立法措置が講じられておらず、判例上の法的従属性概念の展開において主要な問題の一つとなってきた。というのは、専門的職種に属する者は、契約の相手方から具体的な指示や命令を受けることなく職務を遂行する者が多い。そのため、法的従属性の存否

<sup>23</sup> Jeammaud, *op.cit.*, note (16).

<sup>24</sup> この「過度な権能」に対する反応としては、同年の破毀院判決、例えば企業移転（*transfert d'entreprise*）に関する *Périer Vittel* 事件 2 判決（*Soc.18 juill.2000, 2arrêts, Dr.soc.2000,845, note Couturier*）等との共通性が指摘されている。すなわち、それらの判決に共通するのは、法的技術を駆使した企業活動の外部化の結果、強行法の適用が阻害されることへの危惧である。

<sup>25</sup> 非労働者に対する労働法上の保護の適用について、François Gaudu, *L'application du droit du travail à des travailleurs non salariés*, in *Les frontières du salariat*, Dalloz, 1996, p.163 et suiv.

を具体的指揮命令に依拠して判断した場合、勤務医や弁護士事務所に所属する弁護士等は労働者とは認められない。判例上の法的従属性概念が、具体的指揮命令から労務提供の条件（設定）における「従属」へと拡張した背景には、こうした独立性の高い専門的職種の就業者に対する法適用の可否の問題が存在していた（以下の、イ）。

## ア．特別な立法措置が講じられている職務

### (ア) ジャーナリスト

ジャーナリストは、職業組合による働きかけの下<sup>26</sup>、最も早く特別規定による手当がなされた<sup>27</sup>職種の一つである。ジャーナリストと報道機関の契約は、一定の要件を満たした場合に労働契約と推定される（労働法典 L.761-2 条 4 項）。すなわち、あるジャーナリストが、主たる職業として、一または複数の日刊刊行物または定期刊行物の出版社、あるいは一または複数の報道機関においてジャーナリスト業務を行い、それを主たる収入源としている者（L.761-2 条 1 項）、フランス国内外の通信員（correspondant）も報酬が固定給で、上記の条件で就労している者は職業ジャーナリストであり、当該ジャーナリストと報道機関との間の契約は労働契約との推定を受ける。また、一定の編集協力者も職業ジャーナリストと同じ取扱いとされている（L.761-2 条 3 項）。

そして、これらのジャーナリスト業の者は、L.761-1 条以下の特別規定（契約解消時の諸手続、社の方針変更時の特別規定、報酬、休暇等）と競合するものを除き、労働法典 1 巻から 4 巻の諸規定（労働契約・労働条件・安全衛生・従業員代表制等）が適用される（L.761-1 条）。

### (イ) アーティスト<sup>28</sup>

アーティスト、特に音楽家や俳優などの興行芸術家（*artiste du spectacle*）については、19 世紀末から個別法により様々な手当がなされてきた<sup>29</sup>。現行労働法典 L.762-1 条以降の諸規定は、これらが 1969 年の法律<sup>30</sup>により労働法典に統合されたものである。

労働法典 L.762-1 条は、「自然人又は法人が、報酬を支払うことにより、芸術家の協力を

<sup>26</sup> 1918 年結成の全国ジャーナリスト組合（Syndicat National des Journalistes）が第二次世界大戦前からジャーナリストの地位の安定化、職業的良心条項（*clause de conscience*）の創設等を求める活動を行っていた。

<sup>27</sup> Loi du 29 mars 1935.

<sup>28</sup> 舞台芸術家の問題については、Yves Saint-Jour, *Le statut juridique des artistes du spectacle et des mannequins*, D.1970, Chron, 17 ; Rolande Debonne-Penet, *Le statut juridique des artistes du spectacle*, D.1980, Chron. 17 ; Pierre-Michel Menger, *Etre artiste par intermittence-La flexibilité du travail et le risque professionnel dans les arts du spectacle*, Travail et Emploi, n°60, p.4 et suiv. 邦語文献としては、野間賢「フランスにおける芸能実演家の労働契約と社会保障」労働法律旬報 1362 号（1995 年）46 頁がある。

<sup>29</sup> 女性労働者・児童労働者の保護規定（13 歳未満の児童の就労禁止）の劇場産業への拡張（1892 年 11 月 2 日の法律）、演劇業芸術家の高等労働委員会委員選挙権の付与（1903 年 3 月 14 日のデクレ）、パリ及びリヨンにおける特定分野の芸術家への労働審判所管轄拡張（前者につき 1908 年 3 月 24 日のデクレ、後者につき 1910 年 3 月 21 日のデクレ）、破産時の報酬につき先取特権の拡張（1919 年 6 月 17 日の法律）、演劇・舞踊家紹介業の改正（1919 年 3 月 16 日の法律）、劇場業への社会保険の拡張（1928 年 4 月 5 日の法律）、アーティストの社会保険強制加入（1961 年 12 月 22 日の法律）。

<sup>30</sup> Loi n°69-1186 du 26 décembre 1969, D. 1970.22.

確保する契約は労働契約の推定を受ける。ただし、芸術家が商業登記簿（registre du commerce）に登録して当該活動を行なっている場合はその限りではない」（第1項）としている。この推定は、舞台に参加している以上、表現の自由を保持していることや、道具の一部または全部を自己所有していること、興行芸術家が補助者として第三者を雇用していることが証明されても覆らない（第2項）。こうした規定は、1969年当時、すでに確立していた破毀院判例を取り入れたものである<sup>31</sup>とされる。これにより、興行芸術家は、パフォーマンスの独創性や独自性という職業的特性にかかわらず、また興行主に対して従属的とはいえない場合であっても<sup>32</sup>、労働者として労働法典上の諸規定の適用を受けることができる。

そこで問題になるのは、L.762-1 条のいう「興行芸術家」の範囲である。同条はオペラ芸術家、俳優、振付家、バラエティ芸能家、音楽家、歌手、控え芸術家、指揮者、オーケストラ編曲者、演出家を列挙（第3項）しているが、これは例示列挙であり、判例ではテレビの演出家等も興行芸術家に含まれると解されている。

## イ．職業倫理上独立性が要求される職種

### (7) 医師（研修医を含む。）

大学病院の勤務医等、医療機関で従事する医師の労働者性は古典的な論点であった。医師の診療においては、その技術・知識の専門性ゆえに使用者から具体的指揮命令を受けることがなく、さらに職業倫理上も一定の独立性・自立性が要求される。こうした業務遂行過程における自立性・独立性という面ゆえに、勤務医は当初は典型的な非従属的労務提供形態と解されていた<sup>33</sup>。

今日では、勤務医の労働者性判断は主に「組織への従属」の有無を中心に検討される。具体的要素としては、以下の2判決が示すように、勤務時間を自己決定できるか否か、病院側が課す職務遂行上の制約の存否が主たる考慮対象となっており、これらの面で拘束性がある場合、当該医師と医療機関との契約は労働契約と判断されることが多い。

### 破毀院社会部 1978年10月27日判決<sup>34</sup>

勤務医の法的従属性を認める

【事実の概要】精神科医 X は Y 医師と契約（本件契約）を結び、Y が所有する診療所において、同診療所の他のスタッフと共に精神科の診療を行っていた。X は個人のオフィスを持

<sup>31</sup> かつては、アーティストと興行主の契約は商事契約であると解釈されていた(Req.7 dec.1909, D.P.1910.1.28.) が、破毀院は1922年に労働者性を認める判断を示した(29 juin 1922, D.P.1922.1.125)。この判決により、アーティストは興行主との関係において完全には自由ではないことが明確にされ、以後の裁判例では、表現の自由、自己所有の用具を使って就業していること、アーティスト自ら補助者を雇用していることなどは、労働者性と相容れないものではないと認められるようになった。

<sup>32</sup> Soc.8 juill. 1999, RJS1999, p.801. n° 1310.

<sup>33</sup> Gérard Couturier, Droit du travail 1 /les relations individuelles de travail, 1<sup>er</sup> éd.,1990.

<sup>34</sup> Soc. 27 oct. 1978, Bull.civ.IV., n° 725.

つ権利を有し、一般制度上の社会保険には加入していなかったが、Yの診療所では診療時間や患者を選ぶことはできず、また報酬は年によって異なるが請負額で支払われていた。原審（パリ控訴院）が、本件契約を労働契約であるとして労働審判所の管轄権限を認めたためYが上告。

【判旨】上告棄却。「医師の業務遂行における独立性は、病院の経営側との関係における従属関係と両立不可能ではない。」「X医師は、診療する患者を選んだり、自分で労働時間を決定することはできなかった。」「X医師は、自らが活動を行う業務組織の中で、Y医師が指揮する診療所と従属関係、そして労働契約により結ばれていた」。

#### 破毀院社会部 1994年3月29日判決<sup>35</sup>

勤務医の法的従属性を認める

【事実の概要】Xは麻酔医・救急医として1978年よりY基金が運営する医療機関で勤務していた。診療代金はY基金に入金された後、Xに支払われ、Xは勤務できない日は職務を代替する者を探し、その者に報酬を支払っていた。Xはクリニックで職業活動を止めざるを得なくされたとして労働審判所に訴えた。Yは管轄違いを主張したが棄却されたため、控訴院に不服申立を行なった。しかし原審（ヴェルサイユ控訴院）は労働審判所の管轄権を認めた。

【判旨】上告棄却。「Xは専らY基金の運営する医療機関において就労していたのであり、医療機関が一方的に定めた組織の規範、特に看護の交番表から生じる従属の下で職業活動を行っていた。こうした状況から、当事者は労働契約を特徴付ける従属関係の下にあったとした原審の判断は正当である。」

なお、研修医等のインターンについては若干の注意を要する。フランス労働法典は、16歳から25歳の若年者の職業訓練制度として、見習い（*apprentissage*）と研修（*stage*）の二種類の制度を予定している。前者は、若年労働者と企業が見習い契約（*contrat d'apprentissage*）を結び、労働者は職業訓練を受け、使用者は賃金を支払う特殊な労働契約と位置づけられている（労働法典 L.117-1条）。あくまで労働契約であるので、労働立法、社会保障立法、労働協約の適用を受ける。見習いを採用する使用者は申告を行い、それにより見習いに必要な措置を講じる義務を負い、以降は県知事の監督下におかれる。後者では、職業教育機関、企業、国の間で契約が結ばれ、国家が研修に必要な費用、研修生の報酬を負担する。企業は職業教育の場であり、研修生は使用者の指揮下で就労するが、労働者としての性格を有さず（労働法典 L.980-1条以下）、国の負担で支払われる報酬も賃金として扱われない。

研修生の労働者性が争われるのは、これらの制度の枠外で行われる職業教育・実務研修に

<sup>35</sup> Soc. 29 mars 1994, Bull.civ.V., n°108.

ついてである。この場合、契約の目的は労務提供にとどまらず、研修生の教育・実技能力向上を目的としているため、労働契約ではないという主張も成り立ちうる。しかし破毀院は、次の判決に見られるように法的従属性の概念と判断基準を原則どおりに適用し、また効果として法的従属性が生じているか否かを判断している。

#### 破毀院社会部 1997年7月1日判決<sup>36</sup>

研修医についても法的従属性の判断を要する

【事実の概要】 Xは1982年にインターンとしてY病院に受け入れられ、同病院でインターンとして活動した。[文書としての]契約はなされていない。Xは解雇の損害賠償と補償手当請求を、労働契約の存在に基づいて労働審判所に提訴した。原審（ディジョン控訴院）は、Xの活動は組織化された労働の中でなされたものではあるが、本件契約の目的は大学で得た知識を補完する実務研修をXに与えることであり、Xに支払われた報酬も賃金とはいえないとした。

【判旨】 原判決破棄・移送。「控訴院は、Xが受けた実務研修とは無関係に、従属関係の存在を特徴付ける要素が本件において揃っていたか否か、特にXが配属されていた業務組織の中で、同氏がY病院によって一方的に決定された労働条件の下に置かれていたかどうかを検討しておらず、判断の法的基礎を欠いている。」

#### (イ) 弁護士

弁護士も医師と同様、職務遂行の態様、また職業倫理上要求される独立性ゆえに、かつては法的従属性は認めがたいと考えられていた。しかし、学説では次第にこうした労務遂行上の独立性と法的従属性は両立しうるとの見解が主流となり、裁判例にも弁護士の労働者性を認めるものも現れた<sup>37</sup>。ところが、1977年、法律専門職改革に関する法律<sup>38</sup>により、「協力弁護士 (avocat collaborateur) として、又は弁護士事務所の構成員として職務を遂行する弁護士は、労働者性を有しない」と規定したため、弁護士事務所とそこで勤務する弁護士との契約を労働契約と解釈する余地はなくなっていた。こうした取扱いには批判も多く<sup>39</sup>、1990年の法改正<sup>40</sup>により、他の弁護士と労働契約を締結して活動する被用弁護士 (avocat salarié) という形態が認められた。

法律上、被用弁護士と協力弁護士は、固有の顧客を有することができるか否かを基準として区別される。協力弁護士が自ら固有の顧客を有しつつ、平行して他の弁護士の事務所でも

<sup>36</sup> Soc.1 juill.1997, Bull.civ. V., n° 242.

<sup>37</sup> Tribunal d'instance de Paris, 8 avril 1977.

<sup>38</sup> Loi n° 77-685 du 30 juin 1977 modifiant les articles 7, 11, 12, 17 et 54 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, Journal Officiel 1<sup>er</sup> juill. 1977.

<sup>39</sup> Yves Chaput, La loi du 30 juin 1977 ou fragments de la réforme de la profession d'avocat, JCP.1977,éd.G., 2870.

<sup>40</sup> Loi n°90-1259 du 31 décembre 1990,Journal Officiel 5 janvier 1990.

活動するのに対し、被用弁護士は固有の顧客を有さず、契約の相手方である他の弁護士の下で活動する。したがって、弁護士の労働者性の判断においては、自己の顧客開拓（あるいは従前からの顧客への対応）の可能性が決定的な影響力を有している。この区別の基準に照らし、裁判で固有の顧客を有しないと判断された場合は、1990年の法改正の発効以前に締結された協力契約であっても労働契約性が認められる。そのため、法改正以降、弁護士事務所に所属する弁護士の労働者性が争われる事件が複数みられるようになった。

論点は、「固有の顧客を持ちうる」という基準の解釈である。すなわち、協力弁護士と解釈されるには、単に固有の顧客の保持・開拓を認める条項が契約上であれば足りるのか、それとも弁護士事務所は当該協力弁護士が現実的に固有の顧客を有しうる状態におかなければならないのかが争われた。

#### 破毀院社会部 1999年2月12日判決<sup>41</sup>

協力弁護士として契約締結した弁護士の労働者性を認める

【事実の概要】 弁護士 X は、Y 弁護士事務所と 1993 年 1 月 1 日付で協力契約（*contrat de collaboration*）を締結、フルタイムの協力弁護士として活動した。1994 年 5 月、当事者で本件契約を解約する文書に署名した。

【判旨】 1990 年の法律により改正された 1971 年の法律によれば、弁護士は労働者としてであれ、非労働者である協力者としてであれ職業活動を行うことができる。被用弁護士は労働契約により他の弁護士と結ばれ、特にその顧客を開拓することができないことで従属関係が特徴付けられる。協力契約の文言が何であれ、弁護士は顧客をもつことができなかつたのであり、当事者は労働契約で結ばれていたとした控訴院の判断は正当である。

この判決において破毀院は、「協力契約の文言が何であれ」と述べており、現実的に協力弁護士が固有の顧客を有しうる状態におかれる必要があるという立場に立っているのは明らかである。弁護士の契約関係は労働法典とは別の法律で規律されてはいるが、この法律自体、法的従属性の概念を視野に入れたものといわれており<sup>42</sup>、かつ破毀院が判断において重視しているのは、契約書面の文言ではなく実態である点からすると、通常の労働契約の存否の判断との共通性が見出せるといえよう。

#### ウ．労務受領者の指揮命令が困難な職種

医師や弁護士のように職業倫理上特に独立性・自立性が求められる職種ではないが、業務遂行にあたり、全く労務受領者の指示を受けない職種として、スポーツ選手、通訳等が挙げられる。これらの職種も、次の判決に見られるように、法的従属性の存否の判断枠組によっ

<sup>41</sup> Soc.12 fév. 1999, Bull.civ.V., n°1.

<sup>42</sup> Jacques Balthélémy, observation de l'arrêt de soc. 8 mars 2000, Dr.soc.2000,p.548 et suiv.

て労働契約の存否が決される。

### (7) プロスポーツ選手

プロスポーツ選手は、2004年に新設されたチーム写真の商用利用にかかる報酬の取扱に関する規定（労働法典 L.785-1 条以下）及び労働法典の一部規定の適用除外<sup>43</sup>を除き、労働法典上特別規定はない。そのため、プロスポーツ選手と所属先チームとの契約が労働契約に該当するか否かは、原則どおり法的従属性の有無を基準として判断される。

#### 破毀院社会部 1997 年 1 月 23 日判決<sup>44</sup>

プロスポーツ選手の法的従属性を認める

【事実の概要】 Y<sub>1</sub>アイスホッケークラブと原告 X 選手は、1990 年 4 月に、1990-1991 年シーズン（90 年 9 月－91 年 4 月）につき役務提供者（prestataire de service）契約という名称で契約を締結した。90 年 7 月になり、Y<sub>1</sub>は X に対し、選手と契約する資格がなかったとして契約無効を通告した。X は Y<sub>1</sub>及び Y<sub>2</sub>商工業雇用協会（Association pour l'emploi dans l'industrie et le commerce ; ASSEDIC）<sup>45</sup>に対し有期契約の中途解約の損害賠償支払請求を行なった。原審（シャンベリー控訴院）は X と Y<sub>1</sub>の関係は労働契約であったとして請求を認めたため、Y<sub>2</sub>が上告。

【判旨】上告棄却。「X はアイスホッケー選手として活動するために採用され、日常的に身体を良い状態を保つ、トレーニングに参加する、試合、親善試合に参加するという、Y<sub>1</sub>に排他的に利益をもたらす義務を負い、それを遵守しない場合の制裁も予定されていたのであるから、Y<sub>1</sub>に対し従属関係の下で活動に従事していた。したがって、[本件契約を労働契約であるとした]原審の判断は正当である。」

なお、被用者を対象とする一般制度上の社会保険への加入の可否については、後述の「興行芸術家（artiste de spectacle）」に関する社会保障法典上の規定を用いた判決がある。

#### 破毀院社会部 1974 年 10 月 23 日判決<sup>46</sup>

興行芸術家の労働者性を推定する法規定をプロスポーツ選手に適用

【事実の概要】 X は、1958 年から 1969 年までプロボクシング選手として活動した。Y 初級医療保険金庫（Caisse Primaire de l'Assurance Maladie、以下 CPAM という。）<sup>47</sup>に一般制

<sup>43</sup> Loi n° 2004-1366 du 15 décembre 2004.

<sup>44</sup> Soc.23 jan.1997, inédit.

<sup>45</sup> ASSEDIC は、失業保険を制度化する全国職際協定に基づき設立された機関であり、商工業雇用全国連合（Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce ; UNEDIC）による統括の下、地方レベルでの保険料徴収業務、求職者登録業務、給付業務を担当する。

<sup>46</sup> Soc.23 oct.1974, Bull.civ. V, n° 497; JCP 1974, IV,p.57. こうした手法を支持するものとして、Yves Saint-Jour, Le sport au regard du droit du travail et de la sécurité sociale, JCP1977, éd.G,I,2848.

<sup>47</sup> 被用者を対象とする医療保険、労災保険への登録、給付業務を担当する機関。

度上の社会保険への加入を申請したが、Yがこれを拒否する決定を行なったため、Xが訴えを起こした。原審は、Xが所属するフランスプロボクシング連盟は興行を行なう企業主とはいえ、X自身も社会保障法典 241 条、242-1 条が定める制度加入の要件を充足していないとして、Yの決定を支持した。

【判旨】原判決破棄・移送。「社会保障法典 242-1 条は、興行芸術家の一般制度への強制加入を規定しているが、一般的文言を用いており、興行が文化的側面を有することや興行主と芸術家との間に従属関係が存在することを要求していない。この規定は、スポーツ興行を排除していないので、興行主催者とプロボクサーにも適用される。」

#### (1) 通訳

破毀院社会部 1982 年 1 月 14 日判決<sup>48</sup>

通訳の法的従属性を認めず

【事実の概要】X<sub>1</sub>とX<sub>2</sub>は、運輸担当大臣補佐局 (Secrétariat d'Etat aux transports) が開催する会議の同時通訳として、貸し出された機材を用いてX<sub>1</sub>は1回、X<sub>2</sub>は5回勤務した。両者は当該行政機関との関係は労働契約であると主張して労働審判所に訴えた。なお、CPAMはXらを当該行政機関に雇用される労働者として登録する旨の決定を行っていた。原審(パリ控訴院)が労働契約ではないとして、労働審判所の訴訟管轄を否定したため、上告。

【判旨】上告棄却。「通訳契約が行なわれた状況では業務組織に統合されていたとはいえ、通訳の対象である会議の場所と時間の指定は、その業務の性質上要求されるものである」「本件においては、行政機関は[Xら]両婦人の顧客の一人にすぎない。そうである以上、同時通訳に必要な機材が貸与されていたとしても業務組織を特徴付けるには足りず、両婦人は独立事業主でなくなったことはない。」

#### (2) 備車契約 (備車運転手)

タクシー、トラック等の運転手の契約形態には、主として①労働契約、②請負契約 (就業者は車両を自己所有する独立事業者)、そして③運転手が会社から業務に必要な車両を借り受ける車両賃貸借契約の3つがある。労働契約概念の問題で最も注目された破毀院判決は、③の類型に属するラバンヌ事件<sup>49</sup>である。日本の備車契約に近いのは、②の形態であるが、契約の目的が物品輸送、旅客輸送等の役務提供である点で異なる。この契約形態では、事業に使用する車輛購入・維持費用が運転手の負担と責任の下にあることから、労働者性が否定される傾向がある<sup>50</sup>が、一般制度上の社会保険への加入については、次に示すように労働者性が認められた事例もある。

<sup>48</sup> Soc. 14 jan.1982, Bull.civ.V, n°19; D.1983, p.201, note Jeammaud.

<sup>49</sup> Soc. 19 déc. 2000, précité.

<sup>50</sup> Soc. 25 fév.1960, Bull.civ., 175; Civ. 2, 25 fév.1965, Bull.civ. II, 142.

## 破毀院社会部 1991 年 12 月 5 日判決<sup>51</sup>

傭車契約関係について法的従属性を認める

【事実の概要】W氏は独立のタクシー運転手であり、X社と小荷物運搬を目的とする下請業者として契約していた。Y（CPAM）が、W氏は一般制度上の社会保険に加入すべき地位にある旨の決定を行なったため、X社がこれを不服として提訴した。原審（リヨン控訴院）がYの決定を維持したため、上告。

【判旨】上告棄却。「原審の認定によれば、下請業者が発注者との関係において独立性を保持しているとしても、W氏は、賃金は走行距離に応じて支払われ、勤務時間帯や地図だけでなく、車両の外見やその管理について会社の規則に従わなければならない、また契約には専属条項が含まれていた。」「こうした事実から、契約上の規定がいかなるものであれ、当事者が従属性の下で会社による業務組織に統合されており、X社は社会保障法典 L.311-2 条の意味における使用者とした原審の判断は正当である。」

上記の判決からは、傭車契約においても一般的な労働契約の基準が適用されること、主として企業間の下請契約というにはあまりにも運転手の義務が多いこと、さらに報酬が定額ではなく走行距離に応じて算定されるなどという実態が考慮要素となっていることが指摘できる。

### (3) 外交員等職種

フランスでは、外交員は VRP (voyageurs, représentants, placiers<sup>52</sup>) と呼ばれ、労働法典上に特別規定があり、法が定める要件、すなわち①一または複数の使用者のために労働していること、②販売代理業を専門的かつ継続的に行っていること、③自己のために商業的活動を一切行っていないこと、④販売すべき商品、活動地域または訪問すべき顧客層、報酬率につき定めがあることの4つの要件を全て満たす場合、当該外交員の契約は労働契約の推定を受ける（労働法典 L.751-1 条）。また契約解約の際には、外交員独自の制度として顧客開拓補償手当が支払われる。

法律の構造上、外交員は上記の要件を満たせば自動的に労働法典上の規定の適用を受けるはずであるが、最低賃金の適用に関しては、「特定の時間帯への拘束がなく、活動を自分で計画できる」外交員について、要件を充足しているか否か判断しないで最低賃金の主張を退け<sup>53</sup>、

<sup>51</sup> Soc. 5 déc. 1991, RJS1/92, n° 88, p.70.

<sup>52</sup> いずれも販売外交員と翻訳できるが、voyageur は顧客を訪問する目的で旅行する者、représentant は顧客を巡回し契約を提案する者、placier は特定の場所の顧客を巡回し商品を提案する者（Le Petit Robert I, 2004）とそれぞれ本来はニュアンスが異なる。

<sup>53</sup> Soc. 10 nov. 1993, Bull.civ.V n° 266, p. 182.

特定の時間帯への拘束があった場合には最低賃金に基づく賃金額の支払を認めた<sup>54</sup>ものがある。

#### (4) 在宅就業者

いわゆるテレワーカー<sup>55</sup>を含めて在宅就業者が属する産業は多様であるが、労働者全体に占める割合は極端には多くない<sup>56</sup>。

労働法典上は、家内労働者 (travailleur à domicile) について L.721-1 条以下に特別規定があり、同条が規定する要件を充足する場合は労働法典の適用を受ける。すなわち、①請負額による報酬を受けて、一または複数の事業所のために、直接または仲介により労務を提供しており、②本人のみ、あるいは配偶者または社会保障法典 L.313-3 条の意味における扶養する子と共に労働している者は、家内労働者として労働法典の適用を受ける。なお、労働法典 L.120-3 条により非労働契約の推定を受ける者<sup>57</sup>以外は、法的従属関係の存否、発注者の恒常的な監督の下で働いているか否かを証明する必要はない。

他方、テレワーカーについては特に定めはなく、その法的地位は個々の事案の契約解釈によって決せられる。具体的には、被用者、家内労働者、独立自営業者 (travailleur indépendant) が想定される<sup>58</sup>。テレワーカーの問題が正面から争われた事例は少ないが、家内労働者に関する規定を用いて在宅校正者への労働法の適用が認められた事案<sup>59</sup>として、次の事件を挙げることができる。

#### 破毀院社会部 1988 年 7 月 19 日判決<sup>60</sup>

家内労働者の労働契約性を推定する法規定を在宅就業者に適用

<sup>54</sup> Soc.22 mai1996, Bull.civ.V n° 195 p. 138.

<sup>55</sup> テレワークに関するヨーロッパ枠組協約 (2002 年 7 月) では、テレワークを「契約または雇用関係の枠組、労働が使用者の事業所でも行なわれうるものであるが、同事業所の外で行なわれる枠組の中で、情報技術を用いた業務組織かつ・又は労働の実現」と定義している。なお、国立経済統計研究所 (Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques ;以下、“INSEE”という。)の調査では、テレワーカーを、専ら自宅で就労する者、企業と自宅両方で就労する者、特定の就労場所をもたない (顧客訪問などの特殊業務) 者の 3 つに分類して調査を行なっているが、在宅テレワーカーには職業格付が高い傾向にあるとしている。Forum de droit d'internet, la Documentation Française, 2004, p.240.

<sup>56</sup> INSEE の調査では、労働者全体に対して家内労働者の占める割合は 2%、固定の就労場所をもたない (nomade) テレワーカーが 5%を占めている。INSEE, Enquête permanent sur les conditions de vie des ménages 1999-2003, calcul DARES, citée dans Forum de droit d'internet, la Documentation Française, 2004, p.242.

<sup>57</sup> L.120-3 条は 1994 年のいわゆるマドゥラン (Madelin) 法により導入された規定であり、商業・会社登記簿 (registre du commerce et des sociétés)、手工業者名簿 (répertoire des métiers)、商業代理人登記簿 (registre des agents commerciaux)、又は URSAFF に家族手当拠出金の登録をしている者等、一定の就業者が労務を提供する契約を非労働契約と推定する。なお、同条第 2 項は就業者が「恒常的な従属 (subordination permanente)」を証明することにより、この推定を覆すことを認めている。Madelin 法及び L120-3 条については以下の論文を参照。Michel Laroque, Présentation introductive de la loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, Dr.soc. 1995,p.631 et suiv. ; Marc Vericel, Le rétablissement de la présomption de non-salariat, Dr.soc.,2004, p.297 et suiv.

<sup>58</sup> Jean-Emmanuel Ray, Le droit du travail à l'épreuve du télétravail : le statut du télétravailleur, Dr.soc.1996, p.121 et suiv.

<sup>59</sup> Sur cette question, Gérard Lyon-Caen, Le droit du travail non salarié, Sirey,1990,p.46.

<sup>60</sup> Soc.19 juill.1988, Bull.civ., V n°478.

【事実の概要】Xは出版業Y社で校正担当者(lecteur - correcteur)として1972年から1981年までその業務に従事した。Xは年休補償手当を求めたが、当該紛争につき労働審判所が訴訟管轄を有するかがY社との間で問題となった。原審(パリ控訴院)は「家内労働の諸規定は、知的作業に従事する独立労働者については当該労働者がそれを望んだ場合に適用され、自らの意思で独立労働者としての地位を選んだ者は遡及的に適用を主張できない」とし、労働審判所の訴訟管轄を否定した。

【判旨】原判決破棄・移送。「家内労働の規定は法的従属関係を要求するものではなく、当事者の意思のみで、その労務履行の条件から必然的に帰結する地位を奪うことはできない」。

また、在宅就業者が独立自営業者であり、かつ契約解釈としても労働者性を認めがたい場合であっても、労働法典L.781-1条第2項が定める要件を満たす者については、労働法典上の労働者を適用対象とする規定が適用される。同条により労働法典の適用を受けるのは、①商工業企業において、企業の建物・付属建物において顧客の滞在中その使用に服することを企業主に任じられ又は承認を受けた者、②主として、あらゆる性質の商品、本、出版物、あらゆる種類のチケットを、一の企業により専属的またはほぼ専属的に販売すること、あるいは唯一の商工業会社のために荷受、荷扱い、輸送を行うことを業とする者で、企業の建物または企業が指定した場所で、企業が課した条件と価格で従事する者である。

#### (5) 零細事業者

フランチャイジーなど形式上も労働契約関係になく、かつ契約解釈としても労働者性を認めがたい場合であっても、前述の労働法典L.781-1条第2項所定の要件を満たす者に対しては労働法典の規定が適用される。したがって、フランチャイズ契約による小売店主(「あらゆる性質の商品、本、出版物、あらゆる種類のチケットを、一の企業により専属的またはほぼ専属的に販売すること」に該当)、一会社と専属契約を結んでいるトラック運転手など(「唯一の商工業会社のために荷受、荷扱い、輸送を行うことを業とする者で、企業の建物または企業が指定した場所で、企業が課した条件と価格で従事する者」に該当)も、労働法典の諸規定による保護を受けることができる。

#### 破毀院社会部 1972年1月13日判決<sup>61</sup>

営業財産賃貸契約による小売店主に労働法典の規定(解雇)適用を認める

【事実の概要】1968年8月、原告X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>夫妻はY社と1年の期間を定めてガソリンスタンド経営契約(営業財産賃貸契約)を締結した。この契約は黙示の更新が予定されている。X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>は従業員を雇用することはできたが、契約上、Y社製品と競合するものを販売できず、ま

<sup>61</sup> Soc. 13 jan. 1972, Bull.civ.V, n° 28.

た同社の製品でも販売する商品選択や価格設定を自由に行なうことはできなかつたし、開店・閉店時刻も指定されていた。Y社は1969年7月をもって更新しない旨通告したため、X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>は商事裁判所に濫用的解雇の損害賠償の支払を求めて提訴。

【判旨】「1941年の法律[現行労働法典 L. 781-1 条]は1956年の法律[営業賃貸借の当事者は商人であると規定]によって改正されておらず、夫妻が商業人であるという事実は、その使用者との関係において要求される要件を充足する場合には、労働法規の適用を妨げるものではない。夫妻は、[事実の概要にあるような状況に鑑みれば]従業員を雇用する自由があったとしても、1941年の法律が定める要件を満たしている。」

#### 破毀院社会部 1987年3月12日判決<sup>62</sup>

賃貸経営者に労働法典の規定（労働時間等）の適用を認める

【事実の概要】原告X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>夫妻はY社のガソリンスタンドの賃貸経営者(locataires-gérants)であった。X<sub>1</sub>、X<sub>2</sub>は労働法典 L.781-1 条 2 項に依拠して、時間外労働手当及び年休補償手当の支払、一般制度上の社会保険への不加入による損害賠償を求めて提訴した。原審（ドゥエ控訴院）が夫妻の請求を棄却したため、上告。

【判旨】原判決一部破棄。「たとえ商業計画において、賃貸経営者が一定の義務、特に賃貸の対象である営業財産を慣行にしたがって運営する義務を負っていたとしてもなお、従業員を雇うことも可能であり、自己の労働を特に勤務時間や休憩時間について自由に計画することができた」。「ガソリンスタンドの経営者は、本件のように労働法典 L.781-1 条が予定する領域に入れば、一般制度上の社会保険に義務的に加入しなければならないのであり、使用者は当事者のイニシアチブに依拠して過失を免れることはできない」。

これらの判決は、一定の独立自営業者の契約は非労働契約と推定する規定（労働法典 L.120-3 条）が労働法典に導入される以前のものであるが、同法以降もこれらの判決と類似の判断がなされている。

#### 破毀院社会部 2001年12月4日判決<sup>63</sup>

フランチャイズ契約による荷物集配業者に労働法典適用を認める

【事実の概要】Xは前のフランチャイズ主からの譲渡契約により、1993年にY社の集荷・配達業務のフランチャイズ契約の当事者となった。1996年、Y社はフランチャイズ契約の更新をしないことを通知したため、Xは労働裁判所に本関係は労働契約であり、更新拒否は真実かつ重大な理由のない解雇であること、種々の解雇補償金の支払を求める訴えを起こした。原審（モンペリエ控訴院）は年休補償手当と解雇手当の支払請求は理由があるとして認容し

<sup>62</sup> Soc.12 mars 1987, Bull.civ.V.,n°158.

<sup>63</sup> Soc. 12 déc. 2001, Bull.civ.V.,n°373.

たため、会社側が上告。

【判旨】上告棄却。「労働法典 L.781-1 条 2 項の文言によれば、見習（*apparenti*）、労働者（*ouvrier*）、労働者（*salarié*）を対象とする労働法典上の規定は、専ら一の会社のために注文を受け又は扱う物を受領することを職業とする者が、その職業を当該会社が指定した場所、指定した条件・価格で行っている場合にも適用される。この規定から帰結するのは、同項の条件が充足されれば、契約上の文言が何であれ、労働法典の規定が適用されることであり、従属関係の存在が確立することを要しない。」

## 第 2 節 学説

### 1. 労働契約の基準

#### (1) 初期学説<sup>64</sup>

ローマ法の伝統を引継ぎ、かつ 1789 年の革命の理念を具現する形で編纂された民法典の体系を背景に、役務賃貸借契約（*contrat de louage de service, locatio operarum*；現在の労働契約）と仕事の賃貸借契約（*contrat de louage d'ouvrage, locatio operis*；請負に相当）の相違が学説上も論点となっていた。

初期の労働法学説では、労働契約と請負契約とを報酬の支払形式<sup>65</sup>を基準に区別しようとしていた。時間単位で報酬が支払われる場合は労働契約であり、出来高払や一括支払など仕事に対して支払われる場合は請負契約と解する見解である。確かに請負契約は仕事の完成に対して報酬が支払われるが、だからといって逆に報酬の支払形式が契約の法的性質を決定するという事はできない。また、実務上、時間払と出来高払を組み合わせた賃金体系を有する企業もあったため、現実に適合した基準とはいえない。報酬基準は、こうした批判を受けようになり、放棄されることになった。

これに代わり、20 世紀初頭には労働者の人的側面に着目した労働契約の基準が提唱されるようになる。最初に一特に立法作業のなかで一検討されたのが労務提供者の募集のあり方、そして労務提供者と労務受領者の関係の継続性である。しかし、これらの基準もほどなくして、やはり請負契約との関係において基準としての妥当性に疑問が呈されるようになった。

#### (2) 法的従属と経済的従属

こうした試行錯誤の後、1920～30 年代になされたのが P・キューシュ、R・サヴァティエ、

<sup>64</sup> 初期学説における労働契約概念の論争に関する邦語文献としては、矢部恒夫「フランスにおける労働契約概念について」法学雑誌 28 巻 1 号（1981 年）、三井正信「フランスにおける労働契約概念の形成とその展開（上）」季刊労働法 144 号 177 頁（1987 年）、本久洋一「フランスにおける『労働契約』の誕生・準備的諸考察」早稲田法学会誌 43 巻 385 頁（1993 年）、同「フランスにおける初期『労働契約』論争の研究ーパテルナリストとコントラクチュアリスト」早稲田法学 72 巻 2 号（1997 年）がある。

<sup>65</sup> Marcel Planiol, *Traité élémentaire* 11<sup>e</sup> éd., tome II, n<sup>os</sup> 1899.

A・ルアストラの経済的依存（*dépendance économique*）<sup>66</sup>と P・ピックによる法的依存（*dépendance juridique*）<sup>67</sup>の論争である。経済的従属を労働契約の基準とする主張は、労働契約関係を次のようにとらえる。労働者とは労務を提供する契約当事者であり、使用者とは労務に対して報酬を支払い、労働から利益を引き出す契約当事者である。このような見解に立てば、就業者の報酬の水準と出所が労働者性の主たる基準であり、労働を享受する者に対して準専属的であった場合は、労働契約の存在を認めるべきである、ということになる<sup>68</sup>。経済的依存の概念は、法的依存の概念よりも広く労働契約の範囲を拡張しようという利点をもつものの、学説上多数の支持を得ることなく、判例法理上も、1931年のバルドゥ判決以降、労働契約の一般的基準になることはなかった。

しかしながら、経済的依存の概念は、「経済的に脆弱な非労働者」に労働者同様の保護を及ぼす諸規定に見られるように、立法レベル、特に社会保障立法の領域においては大きな影響を残している。また、こうした立法措置が講じられたことで、破毀院は労働契約性判断の理論的枠組を、労働者性が不明瞭な就業者を保護するために変更する必要性がそれほどなかったということもできよう。経済的従属の理念に基づく立法は、間接的に法的従属性の概念を堅牢なものにしているのである<sup>69</sup>。

## 2. 法的従属性概念と社会法のありかた

今日の学説でも、破毀院の解釈・運用に対する批判<sup>70</sup>はあれ、法的従属性という基準自体については、これを疑問視したり、経済的従属への回帰を唱える学説はほとんどない<sup>71</sup>。ただし、権限委譲や目的条項（*clause de résultat*）の普及によって労働契約の下にある労働者がより「自立的」になる一方、企業経営の合理化において業務委託が多用され、かつ情報技術の発達により、形式上は独立事業主（*travailleur indépendant*）である委託先（下請・在宅テレワーカーなど）の監督が容易になり、独立事業主と労働者の境界が一層曖昧になってきた。これらの事情を背景に、労働契約の概念、そしてその機能の再検討が行なわれるようになってきている。ここでは、独立自営業者と企業との関係として一般的な下請（*sous-traitance*）の問題に関する見解、及び社会法一般の適用のありかたに関する見解を

<sup>66</sup> Cuhe, Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail, rev.crit.1913,412; La définition du salarié et le critérium de la dépendance économique, DH 1932, chron.p.101 ;R.Savatier, notes DP 1923.1.5 ; DP 1924.2.73 ; Andre Rouast, La notion de contrat de travail et la loi sur les Assurances sociales, JCP1929, I,p.329.

<sup>67</sup> Paul Pic, note sous l'arrêt de Civ. 6 juill. 1931,DP1931.1.131 ; Pic, notes sous les arrêts de chambre civil rendus au 22 juin 1932.

<sup>68</sup> A.Supiot, Critique du droit du travail, Quadrige PUF, 2002, p.112.

<sup>69</sup> Durant et Vittu, op.cit., p.242.

<sup>70</sup> なお、Hubert Groutel は、1978年の論文（H.Groutel, op.cit.）において従属関係があまりに広義に解釈されていることから、労働契約の基準を他人の企業への所属に求めることを提案している。また、労働法判例における法的従属概念と社会保障法判例における法的従属概念の関係については、Paul Pigassou（Pigassou, L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la Sécurité sociale, Dr.soc.1982, p.578 et suiv.）を参照。

<sup>71</sup> Muriel Fabre-Magnan, Le contrat de travail défini par son objet, in Le travail en perspectives, LGDJ,1998.

紹介する。

### (1) 事業の外部化と労使関係

業務委託は、フランスでも経営リスクの分散や雇用コストの軽減を目的として、多くの業種で用いられている。経済的・社会的実態としては、発注元による厳格な納期設定や品質管理により、発注元と委託先はひとつの統合された生産プロセスを構成している。しかし形式的には、業務委託契約関係は、委託先が個人事業主であれ会社組織であれ、独立の法人格間の請負契約であり、契約両当事者の活動は区別される。そして、労働法の適用という問題では、個人事業主で一定の法定の要件（本章第1節2参照）を満たさない者は、社会法上の保護を受けることができない。また、委託先が会社組織であっても、発注元から下請会社への指示は労働者の労働条件にも影響し、特に小規模の下請会社では、解雇時には解雇回避措置を講じる余地は少ないなど、労働者保護の水準は大企業（発注元）に比べて低くなる。すなわち、同一の生産プロセスに属する就業者でも、その法的地位によって保護の程度が異なる。

M.-L.・モラン教授は、こうした格差を調整するには労働契約と請負契約という伝統的な二元論では限界があるとし、現行法の規定に依拠しつつ3つの解決の方向性を示している<sup>72</sup>。

第1は、外部企業が工事を行なう際の安全衛生責任に関するデクレ（現行労働法典 R.237-1条）から、複数企業が共同活動（coactivité）を行なう場合に使用者としての責任を共有させる手法である。

第2は、やはり発注元と委託先の共同活動という面から、同一の活動に参入している企業の労働者には共通の利益を見出し、共通の労使関係の構築を試みるものである。具体的手法としては、企業間協定（convention inter-entreprise, 労働法典 L.132-2条）、同一施設で活動する中小企業共通の協定（同 L.132-30条）による労働条件の統一、企業内従業員代表制度の拡張などが想定されている。

第3は、権利同等（équivalence des droits）の原則によって、労働者と下請業就業者との間の格差を是正するというものである。フランス労働法典は、休暇取得により欠勤中の労働者の代替要員として雇用された有期契約労働者及び派遣労働者に対し、欠勤中の労働者と同等の処遇を保障している。モラン教授は、この規定は「同一の労務ないし任務を遂行する者には等しい法規の適用を保障する」ものであるとし、「この精神は下請に移入することが可能ではないか」とする<sup>73</sup>。

また、T・オベール・モンペサン教授も、企業が様々な種類の就業者を利用して活動する場合に企業の義務を調和させるという観点から、被用労働者を原則的な適用対象とする労働法から「職業活動の法（droit de l'activité professionnelle）」への転換を試みている<sup>74</sup>。この

<sup>72</sup> Marie-Laure Morin, *Sous-traitance et relations salariales aspects de droit du travail*, Travail et Emploi, 1994, n°60, p.23, notamm.p.39 et suiv.

<sup>73</sup> Morin, op.cit., p.43.

<sup>74</sup> Thérèse Aubert-Monpeyssen, *Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force*

見解も、現行法の規定及びその趣旨に根拠が求められる。すなわち、現行労働法典にも直接の労働契約関係の存在を要求しないもの、あるいは下請の経済的側面を考慮した立法措置<sup>75</sup>など、「就業者全体を包括するために労働契約の枠組を大幅に逸脱する[法律上の]義務は多数ある」<sup>76</sup>。こうした規定からは、決定権限や経済的権限を有する者に社会的責任を帰属させるという発想<sup>77</sup>が導かれる。これらを基礎として、労働法上の諸法理を狭義の労働者以外にも適用する<sup>78</sup>、あるいは労働力の提供を目的とする商業契約を、一般的な商業契約とは異なる規律をするという解決法の可能性を指摘している。

## (2) 社会法の保護利益と適用範囲

冒頭で述べたように、多くの労働立法・社会保障立法の適用の有無は、当該労務提供関係が労働契約であるか否かによって決せられる。破毀院が労働契約の基準である法的従属性の概念をやや緩やかに解釈するようになったことで社会法による保護の範囲は拡大し、また労働者とはいえない就業者についても、立法により一定の範囲で社会法の適用が認められてきた。A・シュピオ教授の見解<sup>79</sup>では、こうした既存の社会法体系からも明らかなように、労働法はすべての労働関係に適用されるべき「労働の一般法 (droit commun du travail)」である。ただし、これは単純な労働法の適用拡張や、労働者と独立自営業者の中間的労働に関する法の設定という意味ではない。シュピオ教授が想定するのは、「労働の一般法」によって全ての就業者に労働における基本的権利・原則<sup>80</sup>が保障され、その一方で様々な就業形態に応じて、人の労働の多様性を考慮した「特別法」が補完する体系である。こうした見解にたつ場合、まず一般法の内容が問題となる。イタリア労働総同盟 (Confederazione General Italiana del Lavoro ; CGIL) の労働憲章 (社会保障、職業訓練、労働の目的決定への参加、労務提供条件決定への参加の4つの権利を定める) の提案などを支持しつつ、こうした原則は、現に契約関係にあるか否かという就業者の労働市場における地位とは無関係に適用されるべきと主張する。

---

de travail, Dr.soc.,1997, p.616.

<sup>75</sup> 1992年12月31日の運輸産業における下請に関する法律では下請業者が負担する経費を下回る報酬を設定した場合について罰則規定が設けられた。

<sup>76</sup> Aubert-Monpeyssen, op.cit., p.624.

<sup>77</sup> 同教授の分析では、実質的な権限保持者と責任帰属を結びつける考え方は、民法、環境法、原子力関連法にも見られるものであり、労働法だけに見られるものではない。

<sup>78</sup> ただし、論者自身も、労働法全体を移入できるわけではなく、こうした発想を実行するには困難が伴うことは認めている。

<sup>79</sup> Alain Supiot, Les nouveaux visages de la subordination, Dr.soc.2000,p.131notamm.p.143 et suiv.

<sup>80</sup> 社会法規範を、就業者全体に適用される法規範と就業形態に応じて適用される法規範に分ける考え方は、欧州委員会への報告書のなかにもすでに見られる。同報告書では、雇用(被用労働)と広義の労働を区別したうえで、社会法を4分類、すなわちすべての就業者に適用される普遍的法、非職業的労働(ボランティア等)に基づく法、職業活動(被用者・自営業者)に基づく法、雇用労働に基づく法に分け、これらを同心円的な関係としてとらえている。Au-delà de l'emploi(Dir. A. Supiot), Frammarion,1998.

## おわりに

最後にフランスの労働契約概念に関する議論の特徴を簡潔に指摘し、本章のまとめとした。

労働者、労働契約の概念をめぐる議論は、当初は労働契約の基準を何に求めるかから始まった。破毀院は、1931年判決以来一貫して法的従属性の基準を採用しており、様々な客観的事実を要素として判断している。法的従属性の概念は、当初は労務受領者による具体的指示・命令の存在を想定したものであったのが、次第に組織への従属をも含む概念へと拡大していった。これを最もよく表すのが、「業務組織への統合」という判断要素であるが、それ自体は他の要素と同様に判断要素の一つでしかないことは破毀院自身が確認したところである。

破毀院が経済的従属性ではなく法的従属性を選択したことについては、学説でも広く支持されてきた。その理由の一つとして挙げられたのは、経済的従属性は労働者の置かれた事実的な環境に過ぎず、当事者の意思と直接には関係がないことである。確かに、法的従属性が契約の性質を決定するものである以上、当事者の意思と無関係な基準を設定することは必ずしも適切ではない。

とはいえ、労務受領者に対する法的従属性が小さくとも、経済的・社会的観点から見て要保護性のある就業者の存在は否定できない。こうした就業者の問題は、法律で労働契約の推定や労働立法・社会保障立法の適用を認める方法によって対処がなされてきた。その多くは、伝統的に労働法典上の業種別（家内労働者、ジャーナリスト、芸術家、外交員など）に特別規定を導入する手法が用いられている。こうした立法措置の存在、そして独立自営業者を対象とする社会保険制度の整備・充実は、破毀院判例における法的従属関係の概念拡張が一定範囲にとどまったことと無関係ではない。

以上の法的従属性の概念は、本来、労働法規の適用対象である労働者の範囲の確定という目的を持っていたのであり、労働保護法規を全て享受できる労働者と、自らの経済活動のリスクをすべて負い、法による保護を受けない独立事業者という二元論的な考え方が根底にある。今日の重要な論点の一つは、この二元論自体の妥当性である。フランスでも、企業の組織形態の変化によって労働者と独立事業者の境界線上に属する就業者の問題が浮上している。この問題に対し、学説では、特別な就業者カテゴリーを新たに設定するのではなく、既存の労働法体系を前提に、その根底にある理念を導き、それを独立事業者の就業形態に適用する、あるいは労働法規自体を分類し、その一部を全ての就業者に適用するという解決策が検討されている。これらの手法は、就業形態の多様化に起因する問題を労働法規の適用の問題として位置づけるものといえるのであり、その限りでは、伝統的な労働契約の基準は保持したまま、法による解決を図るという従来手法との連関が見出される。

## 第3章 イタリア

### 第1節 概説

#### 1. 問題状況

イタリアにおいては、民法典第5編（労働）第2章（企業内労働）において、「従属労働の提供者（*prestatore di lavoro subordinato*）」という概念を設けている。「従属労働の提供者」とは、「報酬と引き換えに、自己の知的又は肉体的労働を、企業長に従属して、その指揮下で提供することにより、企業内で協働することを義務付けられている者」をいう（民法典2094条）。これらはイタリアで一般に、「従属労働者（*lavoratore subordinato*）」といわれる概念であり、日本でいうところの「労働者」に相当する。

これに対してイタリアの民法典においては、「独立労働（*lavoro autonomo*）」という概念も存する。そして、「対価を受けて、主として自らの労働をもって、委託者に対して従属的な拘束なしに、作業又は役務を遂行することを義務付けられている者」（民法典2222条）は、イタリアでは一般に「独立労働者」とされるが、これは日本でいうところの「自営業者」に相当する概念である<sup>1</sup>。

そこでイタリアにおいては、労働法の適用対象を画する「労働者」に該当するか否かの判断は、「従属労働(者)」と「独立労働(者)」とを区別する基準として問題となる。

また、イタリアにおいても、社会・経済状況が進展するなかで、さまざまな形態で就業が行われるようになり、それが、自営業としての活動である独立労働か、労働法上の保護を受ける従属労働かを判別することが困難な状況が多くなった。その際特に、経済的には従属状態にあるものの独立労働者として扱われることの多い準従属労働者（*lavoratori parasubordinati*）に対して、いかなる法的保護を与えるべきか<sup>2</sup>、が問題とされている。

イタリアにおいては、継続的かつ連携的な事業を協働者が主として自ら遂行するという協働労働関係（いわゆる「継続的・連携的協働関係」（*collaborazione coordinata e continuativa*、イタリアでは“Co. Co. Co.”と言われている。）に関する紛争については、従属労働関係と同様に、個別的労働紛争の規定が適用される（民事訴訟法典409条3号）。また、準従属労働者も労災保険制度の適用を受ける。このように個々の分野においては、準従属労働者を念頭に置いた制度設計がなされているが、準従属労働者は、一般的な労働法上の保護の対象とはなっていなかった。そのため、労働法上の保護に基づく負担を回避するために、労務の提供を受ける際に準従属労働者を利用する事業主が非常に多くみられた。

<sup>1</sup> したがって、イタリアの判例等において、「労働者（*lavoratore*）」と表現される場合、従属労働者を意味する場合のほか、従属労働者と独立労働者を包摂した概念として使用される場合があることに注意すべきである。

<sup>2</sup> 大内伸哉『イタリアの労働と法』（日本労働研究機構、2003年）21頁。

## 2. イタリアにおける準従属労働者の現状

イタリアにおける準従属労働者数については以下のとおりである。

連携的・継続的協働者数（四半期別、2004年）

	数（単位：千人）				%（対全協働者）			
	I	II	III	IV	I	II	III	IV
計	397	381	380	407	100.0	100.0	100.0	100.0
北部	224	192	190	227	56.3	50.4	50.0	55.6
北西部	133	108	113	137	33.4	28.4	29.9	33.6
北東部	91	84	76	89	22.9	22.0	20.1	22.0
中部	104	122	127	110	26.2	32.1	33.4	27.1
南部	70	67	63	70	17.5	17.5	16.6	17.3
男性	164	165	164	159	41.3	43.4	43.3	39.0
女性	233	216	215	248	58.7	56.6	56.7	61.0
15歳～34歳	217	205	208	210	54.6	53.7	54.9	51.4
35歳～54歳	126	127	127	151	31.7	33.4	33.4	37.2
55歳～	55	49	44	46	13.7	12.9	11.7	11.4

出所： Istat, Collaborazioni coordinate e continuative nella rilevazione sulle forze di lavoro I, II, III, e IV trimestre 2004, 2005, p.4.

なお、全協働者数の約5分の4が第3次産業に従事し、半分強が高卒レベルで3分の1弱が大卒レベルである。

## 第2節 判例

以下では職種別に裁判例を検証することとする。

### 【判例リスト】

#### 1. 専門的職種

##### (1) 演奏家

破毀院労働部 2003年5月17日 7740号判決

## (2) 映画制作

破毀院労働部 2003 年 9 月 11 日 13375 号

## (3) ラジオ放送制作

破毀院労働部 1992 年 4 月 7 日 4220 号

## (4) ジャーナリスト

破毀院労働部 2001 年 7 月 6 日 9152 号

## (5) 教員

ア. 破毀院労働部 1997 年 8 月 22 日 7886 号

イ. 破毀院統一部 1999 年 6 月 30 日 379 号

ウ. 破毀院労働部 2004 年 3 月 29 日 6224 号

## (6) 医師

ア. 破毀院労働部 1994 年 10 月 26 日 8804 号

イ. 破毀院労働部 2003 年 3 月 7 日 3471 号

## (7) コンサルタント

Brescia 法務裁判官 1997 年 9 月 24 日

## (8) 情報関連インストラクター

Milano 法務裁判官 1995 年 4 月 24 日

## 2. 備車運転手等

(1) Milano 法務裁判官 1986 年 6 月 20 日

(2) Milano 地方裁判所 1987 年 10 月 10 日

(3) 破毀院労働部 2002 年 5 月 20 日 7310 号

## 3. 外交員等職種

### (1) 検針員

破毀院労働部 1987 年 5 月 13 日 4407 号

### (2) セールスマン等

ア. 破毀院労働部 1987 年 3 月 18 日 2736 号

イ. Monza 法務裁判官 1994 年 12 月 6 日

## 4. 在宅就業者

なし。

## 5. 零細事業者

破毀院 2004 年 5 月 5 日 8569 号

## 1. 専門的職種

### (1) 演奏家

破毀院労働部 2003 年 5 月 17 日 7740 号<sup>3</sup>

【事実の概要】Xは、オーケストラ財団であるYとの間で、1980年10月から、6ヶ月間を超えない短期間の契約を何度か締結していた。これらの契約においては、Xは第2バイオリンとして活動することとされていた。1996年12月以降、XはYの下で活動を行うことが要求されなくなったため、Xは、Yの下で期間の定めのない従属労働関係が存在していたと主張して、従属労働関係の存在確認と未払賃金等の支払を請求した。

1審ではXの請求が認容されたが、2審ではYによる控訴請求が認容された。そこでXが上告。

【判旨】従属性なし。

破毀院は、以下の控訴審の判断を正当なものであるとした。

従属労働と独立労働とを区別する要素は、一方当事者が他方当事者の指揮権限に服していることと、企業組織に組み込まれていることであり、これらの要素は、労務提供者の職務の特殊性に応じて具体的に評価されなければならない。これら以外の要素（リスクの免除、給付の継続性、時間的拘束性、報酬の形態）は、補助的性格を有する。

本件においては、①オーケストラ財団と音楽家との関係においては、期間の定めのない労働関係、期間の定めのある従属労働関係、専門職独立労働契約関係の3種類が存していたこと、②専門職独立労働契約関係にある者は、他の団体の従業員（dipendenti）であり、Xもそうであったこと、③専門職契約を締結した者については、他所で芸術活動を行うことが認められていたこと、④これらの者は、実際に、専属的拘束に服しておらず、懲戒権限にも服しておらず、本件においては、従属性を特徴付ける指標を認めることができない。

### (2) 映画制作

破毀院労働部 2003 年 9 月 11 日 13375 号<sup>4</sup>

【事実の概要】Xは、映画制作会社であるYにおいて、1991年2月1日から映画作品のプロモーションのための出版物の編集を行っていたが、1995年1月31日に当該契約関係は終了した。そこでXは、解雇無効を主張し、従属労働の確認等を求めた。

1審はXの主張を棄却したが、2審はXの1995年1月31日の解雇は無効であるとし、従属労働関係の存在を認容した。

【判旨】従属性あり。

とりわけ、強行規定を適用するに当たっては、労働関係の実際の遂行方法から導き出され

<sup>3</sup> [http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Cassazione\\_7740.2003\\_Criteri.suss.Qualificazione.pdf](http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Cassazione_7740.2003_Criteri.suss.Qualificazione.pdf)。以下、脚注におけるインターネットのホームページアドレスについてはすべて、2006年1月10日現在のものである。

<sup>4</sup> [http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Cassazione\\_13375.2003\\_Criteri.sussid.Qualificazione.pdf](http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Cassazione_13375.2003_Criteri.sussid.Qualificazione.pdf)。

る性質決定は、両当事者によって付与された性質決定に優越することは疑いをいれない。

従属労働と独立労働を区別する要素は、労働者が使用者の労務指揮権限・組織的権限・懲戒権限に服することであり、この場合には、独立性が制限され、事業組織への組み込みが認められる。これに対して、リスクの欠如、給付の継続性、時間的拘束性等は、補充的性質を有するのであって決定的性質を有するのではない。

管理職・知的職業・専門職類型の労務給付に関しては、判例においては、これらの労働者の企業組織における特別な役割や、事業者との関係における専門的能力や職務の特別な信頼性にかんがみて、一方当事者の他方当事者への服従という要素が特別な態様で現れることが考慮されている。そして、職務の種類や職務内容が高度であることに独立的な側面も認められるときには、従属性の判断においては、企業組織における継続的な組み込みが特別な重要性を有し、それを特徴付けるような従属性の要素を把握する必要がある。そこでは、当該関係の具体的態様につき全体的な評価がなされ、給付の継続性、時間的拘束性、報酬の定期性や事前決定性といったいわゆる補充的・補足的基準も考慮される。

本件においては、Xには継続的・安定的方法で映画作品のプロモーションのための出版物の編集という職務が与えられているとの事実のほか、オフィスが割り当てられていることなどから事業組織への労働者の組み込みが認められること、上位のヒエラルキーと持続的かつ密接な関連性があることなどから、当該労働関係を従属労働関係と判断した原審の判断は正当である。

### (3) ラジオ放送制作

破毀院労働部 1992年4月7日 4220号<sup>5</sup>

【事実の概要】Xは、国営放送局であるYにおいて、ラジオ司会のための原稿作成や非継続的な職務に基づく出演者に対するインタビュー番組のための準備を行うなど、ラジオ放送制作関連の業務に従事していた。Yは、Xの業務活動の成果についてのみ管理し、業務の遂行方法については管理していなかった。また、XY間においては、いわゆる「ギャラ (cachet)」契約が締結されていた。

本件は、従属労働関係存続確認及び解除無効を求めた事件である。

【判旨】従属性なし。

過去の破毀院判例は、従属性の拘束が著しく弱いといったケースについて、①給付対象が労務提供者による活動の成果か、他方当事者の指揮、監視、コントロールにしたがってなされる労務給付か、②労務提供者に事業者性が認められるか、③リスクの負担、を考慮している。

独立労働と従属労働の区別については、実際上の労務遂行の状態が検討されるべきである

---

<sup>5</sup> Rivista Italiana di diritto del lavoro, 1993, II, p.258.

ことが原則ではあるが、両当事者による性質決定を労務給付の実態によって検証する必要性がある場合を除いては、両当事者の意思表示は基本的・優先的性格を有する。

#### (4) ジャーナリスト

破毀院労働部 2001 年 7 月 6 日 9152 号<sup>6</sup>

【事実の概要】 ジャーナリストにより、従属労働関係確認と協約に定める休日手当が請求された事案である。

##### 【判旨】

従属労働は、労働者の生産組織への組み込みとその結果としての階層権限（懲戒権限と結びつく）への服従によって特徴付けられる。

事業を組織する権限は、労働者によってなされる給付の内容と方法を確定し、労務給付を行うについての継続的なコントロールにおいて認められる。このため、通常、従属労働は労務提供先においてなされ、労働者は経済的リスクを負わない。

これらの要素が認められる場合には、労働時間が非常に制限されていることは重要でなく、他の者との間に従属関係を有することは可能であり、1日にわずかな時間しか労働に従事していないという事実のみをもって、従属性を示す特徴はその価値を失わない。

憲法 36 条 1 項の十分性・比例性の原則<sup>7</sup>に基づく報酬の算定においては、裁判所に一定の留保が認められ、協約適用労働者と完全に取扱いを一致させる必要はない。

#### (5) 教員

ア. 破毀院労働部 1997 年 8 月 22 日 7886 号<sup>8</sup>

【事実の概要】 Xらは、法的効力を有する修了証書を発行することのできる会社 Y の語学教師として勤務していた。Xは、「知的かつ連携的協働であって従属的協働ではない」と印刷された書面に署名していた。Xらの授業の時間割は学校側の指示に合わせなければならなかった。また教師は、教育日誌を付けなければならず、会議にも参加しなければならなかった。教材の配布等教育支援については学校側が用意していた。

Xらは、契約を解除されたことに対して、賃金差額等を請求した。

1 審は請求を認容し、原審も、時間的拘束性があったこと、報酬が事前に定められていたこと、Xらは事業組織を自ら有しておらず、企業組織に労務給付が継続的に組み込まれていたとして従属性を認め、これらの要素が認められる場合には、書面による両当事者の反対の意思が明示されている場合であっても、従属性は否定されないと判断した。さらに原審では、Xらに解雇予告手当が認められるとも判示した。

<sup>6</sup> Rivista Italiana di diritto del lavoro, 2002, II, p.272.

<sup>7</sup> 憲法 36 条 1 項は、「労働者は自己の労働の量及び質に比例し、いかなる場合でも自己及び家族に自由かつ尊厳ある生存を確保できるだけの賃金を請求する権利を有する」と定める。

<sup>8</sup> <http://www.eryx.it/Cass788597.htm>.

これに対して Y が上告したのが本件である。

【判旨】 従属性あり。

民法典（第 5 編第 2 章）は、労働「関係」を保護の対象としており、労働「契約」を保護の対象としておらず、労働者の利益の保護を、契約に優先して、法律や労働協約といった他律的・優越的規範に委ねている。とりわけ経済的取扱いに関しては、給付の質及び量、実際に行われた方法に相当する一定の最低レベルを下回るものであってはならない。

破毀院においては従属労働か否かの判断において両当事者によって付与された法的名称（*nomen iuris*）は、場合によっては重要性を有するとする判決が存するが、両当事者の意思表示を評価するに当たっては、契約の文言だけでなく、実際に行われた態様も考慮しなければならないし、両当事者が当初表示していた意思とは異なって労務給付がなされるに至った場合には、契約締結時の両当事者の態度ではなく、変更された時点の両当事者の態度が法的に重要である。

【事実の概要】 に示された事実から、本件においては、X の Y への組み込みや、Y の指揮権限への服従が認められる。両当事者が当初表明していた動機は重要性を有しない。

#### イ. 破毀院統一部 1999 年 6 月 30 日 379 号<sup>9</sup>

【事実の概要】 X は Y 大学において、教育活動（教員の講義の補助、会議への出席、生徒の作品の添削、ゼミナール活動、授業計画の作成、等）に従事していた。

【判旨】 従属性あり。

独立労働と従属労働とを区別するに際しては、従属性（一方当事者の指揮権限への他方当事者の服従という人的拘束性）の存否が決定的に重要であるが、教員のケースのように、職務の特殊性（特に知的・専門職）のため指揮権限への服従が容易に認められない場合には、従属労働を判断するための補足的・補充的な基準（協働性、給付の継続性、定められた労働時間の遵守、予め定められた報酬の定期的な支払、労働活動の労務受領者の組織との連携性、企業構造を有しないこと）が認められる必要がある。それらは決定的な価値を有しないものの、給付の従属的性格を推定する基礎として評価される。

X の労務給付についての時間的配分や量的配分については、X の自律的決定は認められない。X の業務は、実際には常勤教員や研究員の業務と重なっており、【事実の概要】記載のとおり、X の業務は広範にわたっていることから、X は完全に Y の組織に組み込まれている。

#### ウ. 破毀院労働部 2004 年 3 月 29 日 6224 号<sup>10</sup>

【事実の概要】 教員のケース。

<sup>9</sup> <http://www.inps.it/ac/Sentenze/cortcass/sezunite/s99379.htm>.

<sup>10</sup> *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 2004, II, p.748. 本件においては事実関係についての十分な記載がない。

【判旨】 従属性あり。

独立労働と従属労働とを区別するに際しては、教員のケースのように、職務の特殊性（特に知的・専門職）のため指揮権限への服従が容易に認められない場合には、従属労働を判断するための補足的・補足的な基準（協働性、給付の継続性、定められた労働時間の遵守、予め定められた報酬の定期的な支払、労働活動の労務受領者の組織との連携性、事業構造を有しないこと）が認められる必要がある。それらは決定的な価値を有しないものの、給付の従属的性格を推定する基礎として評価される（Cass. 30/6/1999 S.U. n.379 の引用）。

契約締結時に両当事者によってなされた性質決定は重要ではあるが決定的ではなく、従属性の有無は、職務の特殊性や具体的な労務遂行状況を考慮して判断される。

本件においては、①授業だけでなく、成績判定会議、他の教員との会議等について、時間割を定める自由はなく、強制的に定められ、それに遵守するしかなかったこと、②通達によって上部機関によって発せられた指示や規律に従わなければならなかったこと、③労務提供者はリスクを負わず、労務提供者本人が必要となる機材を獲得することもなかった。

## (6) 医師

ア. 破毀院労働部 1994年10月26日 8804号<sup>11</sup>

【事実の概要】 Xは救急診療所の当直医として、Yにおいて医療を行っていた。Xは月ごとに固定給を受領していた。また、当直医には、医師長によって定められた担当割を遵守することが強く求められていた。

【判旨】 従属性あり。

両当事者による当該関係の性質決定は、決定的かつ拘束的な効力は有しないものの、適切に考慮・評価される必要がある。ただし、契約の性質に関する客観的証拠がなく、両者の主張が食い違うといった場合には、具体的にどのように労務提供がなされたかを模索することが適切である。

破毀院の過去の判例においては、従属労働が認められる基本的要件は、他方当事者の労務指揮・懲戒権限に服しているという事実である。ただし、労働者の他方当事者の指揮への服従が、労務提供の実態から容易に評価し得ない場合には、他の補足的基準（協働性、継続性、時間的拘束性、報酬の支払方式、連携性、事業組織性、リスク負担）を考慮することになる。

本件においては、①Xらは緊急のケースを除き、定められた療法を行っていた、②予め定められた時間帯に業務を行った、③勤務時間に応じて予め定められた報酬を受領していた、④いかなるリスクも負っていないことから、結果債務性は認められず、従属労働関係に典型的な手段債務性が認められる。

当直医には、医師長によって定められた担当割を遵守することを強く求める医師長作成の

---

<sup>11</sup> Rivista Italiana di diritto del lavoro, 1995, II, p.496.

通知も従属性を推定させる。

イ. 破毀院労働部 2003年3月7日 3471号

【事実の概要】救急診療所の当直医が契約解除の無効と社会保険法上の地位を争った。

【判旨】従属性なし。

本件においては、報酬は謝礼として支払われおり、また、他の医師との代替性が認められる。

(7) コンサルタント

Brescia 法務裁判官 1997年9月24日<sup>12</sup>

職務を完全に自由に組織でき、いかなる排他的拘束を有しない（高級）コンサルタント業務は、従属労働と性質決定することはできない。企業家の活動と連携しなければならないということは独立労働と性質決定する妨げにはならない。給付の継続性や報酬の支払方式は補充的指標でしかない。

(8) 情報関連インストラクター

Milano 法務裁判官 1995年4月24日<sup>13</sup>

【事実の概要】情報関連インストラクターは、新たな情報プログラムの使用に関して、会社の従業員に教授していた。そして当該インストラクターには、業務の時間や業務遂行の時間については完全な裁量が認められていた。また、最初の数ヶ月間については専属的に勤務していたが、その後は同様のプログラムを利用する他の会社においても同様の勤務を行っていた。このような状況において、当該情報関連インストラクターの社会保険関係（労災保険を含む。）について争われたのが本件である。

【判旨】従属性なし。

【事実の概要】記載の事実関係のほか、当該関係を独立労働関係とする契約締結時の両当事者の意思の存在についても指摘したうえで、当該関係は独立労働関係であると判示した。

2. 備車運転手

(1) Milano 法務裁判官 1986年6月20日<sup>14</sup>

【事実の概要】Xは1984年11月20日から、バイク便事業を営むYとの関係において、バイク便ライダーとして業務に従事した。Xは、契約上の文言と異なり、予め定められた時間割にしたがって労務を提供しなければならない状態にあり、Yの業務遂行の指示にも従う必

<sup>12</sup> [http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Massima.Sentenza\\_Pretura.Brescia\\_24.09.1997\\_Qualificazione\\_consulente.pdf](http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Massima.Sentenza_Pretura.Brescia_24.09.1997_Qualificazione_consulente.pdf). (要旨のみ記載)

<sup>13</sup> Rivista Italiana di diritto del lavoro, 1996, II, p.509.

<sup>14</sup> Rivista Italiana di diritto del lavoro, 1987, II, 70.

要があった。業務に必要な機材（センターと連絡するための無線機器、社名入り作業着、かばん、書類）は Y の負担で用意されたが、バイクについては X 所有のものを使用していた。また、X には Y の持続的なコントロールが及び、懲戒権の行使も予定されていた。

1984 年 11 月 22 日に X は配達中に交通事故に遭い、骨折したため、休業補償等を求めた。その後、Y は X との契約を解約した。そこで X は従属労働関係の存在確認と解雇無効を求めた。

【判旨】従属性あり。

従属労働関係と独立労働関係を具体的に画定するに当たっては、実質上、問題となっている現象の経済的・社会的現実を参照することとなる。伝統的な基準に従うことは当然に重要であるが、それが厳格な基準にならないように、経済的事実に適合した法システムを確保できるようなものであることが重要である。

契約の規定において両当事者が形式的に従属労働とは異なる性質決定を行っていたとしても、センターと無線でつながり、その都度指示が与えられる労働者が従事する配達作業は、従属労働給付と性質決定されなければならない。労務提供者が自らのバイクを利用して業務を行っているという状況や、労務提供者がその日ごとに労務を提供するか否か、無線によるセンターからの呼び出しに応答するか否かについての完全な自由を有しているとする契約上の定めは、独立労働を認める方向での決定的価値を有しない。

バイク便ライダーの業務遂行が Y の生産活動にしっかりと内在化されていることは、従属性により、Y の生産組織への組み込みを示唆する基本的な要素を構成する。

性質決定を行うに際してもっとも重要なのは、時間的要素、場所的要素と遂行方法である。これらに関してはバイク便ライダーの絶対的な従属性が認められる。確かに Y による指示は命令的性格を有するものではなく、労務提供を勧めるものでしかないが、バイク便ライダー間の業務獲得の競争意識を醸成するなど、経済的強者による圧力の構造が認められる。

時間的側面について、バイク便ライダーが継続的に労務給付を行う義務はなかったとの Y の主張は、バイク便ライダーが無線による呼び出しを受け取ることができるように常時無線に接続しなければならないこと等からすると、現実的ではない。呼び出しへの応答は、報酬支払の方法が出来高払い制であり、ライダーが多くを稼ごうと思えば呼び出しに応答せざるをえないことによっても確保されている。

ライダーの所在についてもいったんセンターから指示を受ければその後追跡可能となる。

## (2) Milano 地方裁判所 1987 年 10 月 10 日<sup>15</sup> ((1) の控訴審)

【事実の概要】(1) と同じ。

---

<sup>15</sup> Rivista Italiana di diritto del lavoro, 1987, II, 688.

【判旨】 従属性なし。

「バイク便ライダーの業務遂行が Y の生産活動にしっかりと内在化されていることは、従属性により、Y の生産組織への組み込みを示唆する基本的な要素を構成する」との原審の判断は検討の余地がある。

労務給付が生産活動に内在化されていることは、直ちに、当該給付が従属性により企業組織に組み入れられていることを導き出せるわけではない。

X は、従属労働関係の存在についての立証を行っていない。

配送作業を目的とする給付は、日々の労務提供や、他方当事者を処分可能な状態におくことを義務づけておらず、他方で、就業者は自らのバイクを利用し、それに要する全ての費用（ガソリン、保険、領収書等）やリスクを負担しており、また、実際の労務遂行の方法は両当事者の当初の意図と矛盾していない本件のケースにおいては、独立労働給付と性質決定されなければならない。

本件事案においては、会社は個々の協働者を利用可能な状態におくことを強要せず、当該協働者は、労務給付を行うか否か、またその時期について自由に決定することができることなどの事情が認められる。したがって、懲戒権への服従とともに従属労働関係を認めるための必要不可欠な要素を構成する、継続性を認めることができない。

### (3) 破毀院労働部 2002 年 5 月 20 日 7310 号<sup>16</sup>

【事実の概要】トラックドライバーである X は、医薬品の卸業を営む Y の倉庫から製品を取り出し、梱包し、引渡す作業等を行っていた。X は Y によってあらかじめ定められていた時間割や行程に基づいて毎日 2 度配送を行っていた。XY 間においては、1973 年以降、独立労働契約の存在が前提とされ、その内容について何度か修正が行われた。

X は、差額賃金、解雇予告手当、違法解雇のための損害賠償を請求した。

【判旨】 従属性あり。

両当事者によって表示された意思は、従属性の評価において必要な要素であるものの、それに拘束されるわけではない。

従属労働関係の区別的な要素は、労働者が労務受領者の指揮・懲戒権限に服して、その結果、労働者の独立性は制限され、事業組織に組み込まれることである。リスクの欠如、給付の継続性、時間的拘束、報酬の形式は、補充的性質を有するにすぎず、決定的な性質を有するものではない。

1973 年以降も、X は毎日 Y が定める地域を訪問し、顧客に直接注文された商品を配送し、注文を受ける義務を有しており、顧客を選択する余地はなかったことからすると、従属労働関係は依然として存続している。

<sup>16</sup> [http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Sentenza\\_Cass\\_7310.20.05.02\\_Qualificazione.procacciatore.d.affari.pdf](http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Sentenza_Cass_7310.20.05.02_Qualificazione.procacciatore.d.affari.pdf).

Xは自家用トラックを使用していたが、労務の遂行における裁量の余地は小さい。

### 3. 外交員等職種

#### (1) 検針員

破毀院労働部 1987年5月13日 4407号<sup>17</sup>

【事実の概要】 Xは1961年からY（イタリア電力会社）のために業務を行っていた。Xの業務は、被害報告、電柱の電球の取り替え、電気メーターの検針であった。Xは従属労働関係の存在の確認等を求めた。1審、原審ともに従属性を否定した。

【判旨】 従属性あり。

従属労働関係が存在するためには、特に、労務給付が他の者の生産活動に組み込まれて実施され、当該企業の指揮・組織的権限に服することによって企業へのこの有機的な組み入れが認められることが必要であるところ、XのYへの従属的組み込みは認められない。

#### (2) セールスマン

ア. 破毀院労働部 1987年3月18日 2736号<sup>18</sup>

【事実の概要】 Xは医療製品宣伝員としてYの職務に従事していた。Xは、2月に一度、作業プログラムを提出しなければならなかった。またXは、会議に参加しなければならず、毎日報告書を作成しそれを週に1度提出しなければならなかった。休日の取得については、会社休業日に取得することが求められ、欠勤する際にはその理由を報告することが義務づけられており、報告書を作成しなかった場合経済的制裁と警告がなされることとなっていた。報酬は地域全体の売上高に対応して決定されていた。

XはYに対し、勤続手当（*indennità di anzianità*）<sup>19</sup>等を請求したのが本件である。

1審は当該関係の従属的性質を認め、2審においても従属的性質が認められた。

【判旨】 従属性あり。

原審において、①プログラムやその変更、その他に訪問の方法や結果など、従事する活動について、いかなる場合においても報告しなければならず、②訪問しなかった日には訪問しなかった理由を述べなければならず、③労務に従事している間コントロールを受けていた、ことが認定されており、Yの指揮命令にXが服していることが認められているが、これらの事情は本件において従属労働関係を認めるのに十分である。

<sup>17</sup> [http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Sent.Cassazione\\_n.4407.1987\\_Qualificazione.esattore.pdf](http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Sent.Cassazione_n.4407.1987_Qualificazione.esattore.pdf).

<sup>18</sup> [http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Sentenza\\_Cass.\\_n.2736.1987\\_Qualificazione.propagandista.pdf](http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Sentenza_Cass._n.2736.1987_Qualificazione.propagandista.pdf).

<sup>19</sup> 民法典旧 2120 条に規定されている手当であり、その額は最終賃金（*ultima retribuzione*）に勤続年数を乗じて算定されることとなっていた。

イ. Monza 法務裁判官 1994 年 12 月 6 日<sup>20</sup>

【事実の概要】車のセールスマンが、勤続手当、解雇予告手当、賞与等の支払を請求した事案である。

【判旨】従属性なし。

破毀院判例によると、従属労働関係が認められるためには、従属性が認められる必要がある。具体的には、人的拘束性が認められることであり、労務提供者が労務受領者の指揮・階層的・組織的権限に服することである。これに対して、リスク等の負担、報酬の形式、時間的拘束性、労務提供の場所、給付の目的は、補足的・補充的価値を有するにすぎない。

本件においては、XはY構内で勤務しており、YはXに対して一般的な指示等を行っていたが、①Yの指示は販売価格の設定にとどまり、労務遂行方法を規制するものではないこと、②毎日の出勤及びその時間帯について拘束はないこと、③欠席・休暇について自律的決定に委ねられていたこと、④報酬は出来高払いとされていたこと、等の事情により、従属性の存在は排除される。

ウ. 破毀院労働部 2004 年 5 月 13 日 9151 号<sup>21</sup>

【事実の概要】レンタカー事業を営むYに勤務していたXは、従属労働関係の存在確認、賃金支払等の給付を求める訴えをYに提起した。

1 審は従属労働関係の存在確認請求を認容したが、原審では当該労働関係は独立的であると判断され、1 審での判断が覆された。そこでXは上告した。

【判旨】<sup>22</sup>

従属労働関係と独立労働関係を区別する基準のうち決定的な意義を有するのは、労務提供者が労務受領者の労務指揮（及び懲戒）権限、換言すれば、労務給付の内容を特定し、その遂行をコントロールする権限に服することである。

労務遂行をコントロールする権限が認められるには、独立労働においても認められる一般的な指示ではなく、特定の指示がなされている必要があり、この場合、労務提供者の生産組織に組み込まれていることとなる。

両当事者によって付与された当該契約の性質決定や、手工業者リストへの登録や、本件のような社会保障制度における別異取扱いといった形式的な要素は、当該労働関係が実際に行われてきた状況に対して優先的に考慮されることはない。

原審は、①当該労働者によって遂行された任務は詳細にはいかなるものであったか、②当該労働者はいかなる時間的拘束に服していたか（事業所外であっても携帯電話による対応が義務づけられているという事実は、時間的拘束を排除するには十分でない。）等について検討

<sup>20</sup> Rivista Italiana di diritto del lavoro, 1995, II, p.812.

<sup>21</sup> [http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Cass\\_13\\_5\\_2004\\_n.9151.pdf](http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Cass_13_5_2004_n.9151.pdf).

<sup>22</sup> 本判決は破棄差戻しとなったため、従属性の判断については不明である。

していない。

#### 4. 在宅就業者

在宅就業者に関する判例は見つけ出すことができなかった。

#### 5. 零細事業者

破毀院 2004 年 5 月 5 日 8569 号<sup>23</sup>

【事実の概要】20年間建物の清掃に従事していた者が、協約及び憲法36条に定める報酬、解雇予告手当等（社会保険料の拠出）を請求した事案である。

【判旨】<sup>24</sup>

破毀院判例によると、従属労働と独立労働の区別は従属性（労務受領者による労務提供者の処分可能性、労務提供者が労務受領者の組織的権限・労務指揮権・懲戒権に服すること、労務提供者の労務受領者の企業組織への組み込み）の有無にある。

従属性の存在については、職務の特殊性を具体的に評価しなければならない。前述の基準によっては従属性の有無が判断できないケースについては、補充的基準（企業組織の存在、経済的リスクの負担、労働時間の遵守、給付の継続性等）によって判断すべきである。

知的・創造的職務に関する判例において指揮・懲戒権限の希薄化が認められるが、同様の裁量的構造が、それらとは反対の、きわめて基本的かつ反復される職務についても認められる。これらのケースにおいては、一般的には、労務給付を企業の場所的・時間的要請に合わせることをその都度要求することや労務給付の方法についてコントロールすることに現れる階層的権限が要求されない。したがって、労務提供者の労務指揮権への服従が認められないからといって、従属労働と認定できないわけではない。

当該労働関係の継続性、報酬の支払い方法、清掃器具の負担、労働時間規制、副業の有無等を十分に検討していない。

### 第3節 学説

民法典2094条は、「従属労働の提供者」を、「報酬と引き換えに、自己の知的又は肉体的労働を、企業長に従属して、その指揮下で提供することにより、企業内で協働することを義務付けられている者」としている。知的労働も肉体的労働も従属労働関係の対象となることができることから、これらの要素は、従属労働か否かの判断に影響を及ぼさない。したがって、協働性と従属性が問題となりうる。

<sup>23</sup> [http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Sentenza\\_Cassazione\\_8569.2004\\_Criteri.sussidiari.qualificazione.pdf](http://www.csmb.unimo.it/index/GiurisIta/Sentenza_Cassazione_8569.2004_Criteri.sussidiari.qualificazione.pdf).

<sup>24</sup> 本判決は破棄差戻しとなったため、従属性の判断については不明である。

## 1. 協働性

協働性については、従属性概念とは対照的に、従属労働か否かを判断するに際して意義を有しないとする見解がある<sup>25</sup>。それに対して、協働性を、企業家の役務のために労務提供者の労働力を継続的に使用可能にするという意味に解するなどして<sup>26</sup>、協働性に特別な意義を見出す見解も存する。

## 2. 従属性

従属性に関しては、労務提供者の協働が企業長の利益になるように（機能的従属性）、企業長が労務の遂行方法について一方的に決定することができることをいうとする見解がある<sup>27</sup>。これに対して、企業長の指揮権限への従属という伝統的な見解とは異なって、従属労働関係の主たる性格を、労務給付者の行う活動が労務受領者に帰することに求め、労務受領者は、労働活動によって得られる利益とリスクを負うとする見解がある<sup>28</sup>。

### 第4節 分析<sup>29</sup>

#### 1. 判例の一般的枠組

イタリアの裁判例においては、従属労働と独立労働を区別するためには日本における労働者性における判断基準と同様に、さまざまな要素が総合的に考慮されているが、従属労働が認められるための要素については、①労務受領者の指揮命令権限・階層権限・懲戒権限への服従、②事業組織への組み込み、③その他の補充的要素、とに分類することが可能である。

①（人的）従属的拘束（指揮命令権限・階層権限・懲戒権限に服すること）の有無が、まさに従属労働と独立労働とを区別する決定的基準として位置づけられており、この意味において、もっとも重要な要素であるといえる。このことは、ほぼ全ての裁判例において認められるところである。なかでも指揮命令権限への服従という要素がもっとも重視されている。

しかし、いかなる場合に、これらの要素が認められるかについては必ずしも明確でなく、区別基準としてはなお抽象的である。

②組織への組み込みの要素は、①の要素と強い関連性を有している（①の要素が存する場合には②の要素が存する、②の要素が存する場合には①の要素が認められるなど）とする裁判例が少なくない。従属労働と独立労働とを区別する基準として、②の要素を①の要素と同様の位置づけを与えることによって、両者を区別する基準がより明確になるともいえる。

<sup>25</sup> Massimo Roccella, *Manuale di Diritto del Lavoro*, 2005, p.36.

<sup>26</sup> Edoardo Ghera, *Diritto del Lavoro*, 2003, p.66.

<sup>27</sup> Giuseppe Santoro-Passarelli, *Diritto dei lavori*, 2004, p.30.

<sup>28</sup> Luisa Galantino, *Diritto del lavoro*, 2005, p.18.

<sup>29</sup> 労務給付の法的性質決定に関する問題としては、例えば法律による法的性質決定の是非等の問題もあるが、本報告書においてはさしあたり、労務給付の実態から抽出される要素のうち、どのような要素が従属労働と独立労働を区別する基準となるかという点を中心に考察することとする。

①、②の要素に対して、協働性、継続性、時間的拘束性、報酬の支払方式、連携性、事業組織性、リスク負担といった要素は、③補充的要素として位置づけられており、多くの裁判例においてこのことが繰り返し述べられている。すなわち、これらの要素は、いずれも従属労働と独立労働とを区別する決定的基準とはなりえず、労務提供の実態から①又は②の要素が明確にできない場合に、補充的・補足的にのみこれらの要素が考慮される。しかし、①②の要素の存否は必ずしも明確ではないので、具体的事例判断においては③の要素も重要な判断基準を構成しているといえる。また裁判例のなかには、その内容は必ずしも明確ではないが、事業者性に関する事項を一般的判断基準として挙げているものもある<sup>30</sup>。

## 2. 人的従属性と保護基準

以上のとおり、イタリアにおいては、人的従属性の有無が、従属労働と独立労働の区別する基準である。補充的要素として、リスク負担、事業組織性といった経済的事実も考慮される場合があるが、それらはいくまで、人的従属性を徴表する要素として位置づけられているのであって、経済的事実が従属労働と独立労働を区別する基準として扱われているわけではない。

ただし、経済的従属性の有無を、両者の区別基準として利用した裁判例はないわけではない<sup>31</sup>。とはいえ、その数は決して多くなく、多数の裁判例が、経済的従属性の有無を両者の区別基準としては採用していない。

またイタリアにおいては、問題となる具体的なケースに応じて、従属労働と独立労働とを区別する要素に変化が生じる（例えば、解雇事案のケースにおいては、経済的な要素が考慮される傾向にある等）といった傾向は必ずしも認めることができないようである<sup>32</sup>。

## 3. 両当事者の契約意思

従属労働か独立労働かを判断するに際しては、従来は、両当事者の意図とは関係なく、労務給付が実際に行われた方法のみが検討の対象とされていた。現在においても、労務給付の実態を検討することによって、従属労働か否かが判断されるという基本的な姿勢には変化はない。ただし、最近の裁判例の中には、両当事者の契約意思 (*volontà contrattuale*) についても考慮するものがある。例えば、契約締結時になされた性質決定は、決定的でないが重要であるとするものがある<sup>33</sup>。とはいえ、両当事者が契約締結時に選択した契約形式と、その後の就労実態とが明らかに異なる場合においても、当初選択した契約形式を優先的基準とし

<sup>30</sup> 例えば、前掲破毀院労働部 1992 年 4 月 7 日 4220 号、破毀院労働部 2001 年 7 月 6 日 9152 号。

<sup>31</sup> 例えば、前掲 Milano 法務裁判官 1986 年 6 月 20 日。当該判断は、その意味において、注目すべきもの（ただし、例外的な位置づけ）として教科書等においても引用されることが多い。

<sup>32</sup> 2005 年 11 月、モデナ・レッジョ・エミーリア大学教授 Michele Tiraboschi 氏、同年 12 月、ボッコーニ大学教授 Maurizio Del Conte 氏らへのインタビューによる。

<sup>33</sup> 前掲破毀院労働部 2003 年 5 月 17 日 7740 号など。

て従属性判断をする裁判例は存しない。

#### 4. 職種別検討

##### (1) 専門的職種

専門的職種においては、職務内容が高度であることから、職務内容については、労務受領者による指揮命令権限の行使の対象とならない場合があることから問題となる。これらのケースにおいては、概して、前述の一連の補足的・補足的基準が大きな役割を果たす<sup>34</sup>。

ジャーナリストについては、時間的拘束性の欠如や場所的拘束性の欠如は、必ずしも従属性を否定する決定的な要素とはならない。それに対して、階層権限に服していることにより事業組織に組み込まれていることや給付が継続的になされていることが従属性の有無を判断するに際して意義を有するといえる。また、事業者性についても考慮する裁判例も存する<sup>35</sup>。

教員については、予め担当時間が設定されていることや、会議等への出席が義務付けられている場合（時間的拘束が認められる場合）には従属性が認められやすいといえる。また、時間的側面以外についても広範に指揮監督下に服していることや、常勤教員との業務の類似性<sup>36</sup>も従属性を判断するうえにおいて考慮すべき要素となりうるようである。

医師についても、教員のケースと同様に、予め定められた担当時間を遵守すべき場合（時間的拘束が認められる場合）には従属性が認められやすいといえる。

##### (2) 備車運転手

当該職種においては、就業者が自らの機材を用いて就労することが多い。また、注文主から納入場所と納入時刻が指定されるにとどまり、移動経路等については指定されないことが多く、必ずしも注文主・就業者間の指揮命令関係が明確でないことが多いことから、労働者性に関する判断が問題となりうる。

バイク便については、労務提供者の経済的従属性が重要な要素とする裁判例がある（前掲Milano 法務裁判官 1986年6月20日判決参照。ただし、当該裁判例は、イタリアの裁判例の傾向のなかでも、例外的なものとして位置づけられる。）。また、本章で取り上げた2件の裁判例はいずれも、労務給付の継続性（ただし、その具体的評価は異なっている。）を、重要な判断要素として位置づけている。

トラックなどのドライバーについては、時間的拘束があること、定められて行程を移動すること（場所的拘束性）が労働者性判断の要素となりうる。これらの事情は、バイク便のケースにおいても言及されており、備車運転手等類型の就業者の労働者性判断においては、実際上は、重要な判断要素となるように思われる。

<sup>34</sup> 例えば、前掲破毀院統一部 1999年6月30日 379号（教員のケース）、破毀院労働部 1994年10月26日 8804号。

<sup>35</sup> 例えば、前掲破毀院労働部 1992年4月7日 4220号、破毀院労働部 2001年7月6日 9152号。

<sup>36</sup> 例えば、前掲破毀院統一部 1999年6月30日 379号。

他方、これらのケースにおいては、運送手段を所有していることはそれ自体、決定的な要素とはなっていない。

### (3) 外交員等職種

当該職種においては、時間的・場所的拘束が必ずしも高くないことから、それに従事する者の労働者性判断が問題となりうる。

セールスマンや訪問販売員については、報告書の作成や提出（具体的な労務遂行の内容）や出勤に対する関与（時間的拘束に関する事情）が重要な要素とする裁判例がある。

また、前掲破産院労働部 2004 年 5 月 13 日 9151 号は、「労務遂行をコントロールする権限が認められるには、独立労働においても認められる一般的な指示ではなく、特定の指示がなされている必要」があると判示しているが、この点は、他の職種との関係においても、注目に値するといえよう。

### (4) 在宅就業者

在宅就業者の法的地位については、①企業者（民法典 2082 条参照）、②独立労働者（民法典 2222 条参照）、③準従属労働者、④家内労働者（1973 年 12 月 18 日法律 877 号参照）、⑤従属労働者（民法典 2094 条参照）に分類することができる<sup>37</sup>。ただし、在宅就業者がどの法的類型に妥当するかを判断することは困難である。

### (5) 零細事業者

労働関係の継続性、報酬の支払方法、器具の負担等を考慮要素とする裁判例がある。

## 第 5 節 立法的対応等

### 1. プロジェクト労働

イタリアにおいては、従属労働によるコスト負担を回避するために利用されてきた連携的・継続的協働労働についての対策が求められていた。そのような状況のなかで、2003 年 9 月 10 日委任立法 276 号により、連携的・継続的協働労働について「プロジェクト労働」概念が指定され、プロジェクト労働者に対して一定の保護が与えられることとなった<sup>38</sup>。

協働者が主として自らにより、そして、従属的な拘束を受けずに労務を遂行する連携的・継続的協働関係は、注文主が決定し協働者が自律的に管理する、特定のプロジェクト、作業プログラム、作業工程と結びつくものでなければならない（61 条 1 項）。プロジェクト労働者と注文主は、書面によりプロジェクト労働契約を締結しなければならない、そこには、期間、

<sup>37</sup> 大内・前掲注 2 書 94 頁参照。

<sup>38</sup> 以下の条項は、2003 年 9 月 10 日委任立法 276 号のものである。

作業プロジェクト等の内容、報酬支払の基準・方法、連携の方法、及び、場合によってはプロジェクト労働者に対する安全衛生上の保護措置が記載される必要がある（62条）。プロジェクト労働は、独立労働の一種であり、従属労働と独立労働との間に位置づけられる第三の類型を形成するものではない<sup>39</sup>。

報酬は、類似の労務について通常支給される報酬を考慮したうえで、遂行される労働の量・質に応じて支給される（63条）。

疾病・妊娠・災害の場合には、労働関係は消滅せず、単に停止するにとどまる。ただし、疾病又は災害による労働関係の停止が、契約で定める期間の6分の1を超える場合や、30日を超える場合には、注文主は契約を解消することができる。妊娠の場合には、より有利な定めがない場合には、労働関係が180日延長される。

プロジェクト労働者には、このほかに、連携的・継続的協働労働者に関する既存の保護規定も適用される（66条4項）。

プロジェクト労働契約関係は、作業プロジェクト等の完成時に消滅する。ただし両当事者は、正当事由又は個別契約で定めるところにより、期限前に解消することができる（67条）。

両当事者は、プロジェクト労働に関して、すでに発生している権利については、認証機関（後述）において、放棄又は和解を行うことができる（68条）。

具体的な作業プロジェクト等を明確にせずに成立した連携的・継続的協働労働関係は、当該関係の成立時から、期間の定めのない従属労働関係とみなされる（69条1項）。また、裁判官により、当事者間の関係が実際には従属労働関係であると判断される場合には、当該関係は、実際の就労のタイプに応じた従属労働関係に転換される（69条2項）。この場合、裁判による審査は、作業プロジェクト等の存否の判断に限定され、注文主に属する技術・組織・生産に関する評価や選択には及ばない（69条3項）。

## 2. 認証手続

認証手続についても、2001年の労働市場白書で提言され、2003年9月10日委任立法276号ピアジ改革によって導入された。この制度は、あらゆる労働契約の法的性格付け<sup>40</sup>や、労働者派遣と請負との差異などに関する紛争を減少させようとの観点<sup>41</sup>から、導入されるに至

<sup>39</sup> 2001年10月に公表されたイタリア労働市場白書においては、「労働憲章」構想（後述）を打ち出し、すべての労働をその対象として単一的な規制枠組を提示しているのに対し、連携的・継続的協働関係を「プロジェクト労働」として新たに法規制の対象とすることについては、ヤミ労働を表出させそれを法的に再構築することが喫緊の課題であり、そのためにはまずは契約類型を多様化することが有益である、そしてこれを実現することにより、「労働憲章」構想をより容易に実現することができる、との説明がなされている。M. Tiraboschi, *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, 21.

<sup>40</sup> 2003年委任立法276号制定時には、認証手続の利用は、間歇労働契約、パートタイム労働契約、プロジェクト労働契約等に限定されていたが、2004年10月6日委任立法251号により、その対象範囲が労働契約全般に拡大された。

<sup>41</sup> ただし、このような見通しを疑問視する学説も存する。この考えは、認証の法的効力が限定的であり、訴訟リスクを回避することはできないとする。V. Speciale, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge sul*

った（75条以下）。

委任立法によると、労働契約の認証を行うことができるのは、①当該地域（国レベルで認証委員会が設立される場合は国）において設立される労使機構(enti bilaterali)<sup>42</sup> 43、②県の労働局及び県<sup>44</sup>、③もっぱら専任の労働法の教員が協働し助言を与える場合に、この目的で登録された大学（大学基金を含む）<sup>45</sup> 46、④労働社会政策省労働条件保護総局（広域の場合）における認証委員会である（76条1項）。

認証手続を利用するか否かは両当事者に委ねられている。この認証手続制度は、少なくとも現段階においては、契約当事者の意思に基づく *derogation* を進めるものではなく、認証委員会は、過去の裁判例において形成されてきた基準に依拠して認証する<sup>47</sup>。

認証委員会による認証は、当事者が訴えを提起し、裁判所が当該認証の結果を否定しない限り、第三者に対しても効力を有する（79条）。また、当事者の要求に応じて、認証には、民事・行政・社会保障・租税上の効果が明らかにされる必要がある（78条2項）。

この他、認証委員会は、労働契約の作成や作業プログラムの修正に際し、契約当事者から、特に労働契約の法的性格付け等について問い合わせがある場合には、助言等を行うことができる（81条）<sup>48</sup>。

なお、2005年9月までの県労働局に設置された認証委員会に関する統計資料<sup>49</sup>によると、契約類型ごとの認証手続の申請比率は、プロジェクト労働に関する申請が81.2パーセントと

---

mercato del lavoro, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2003, n.2, 299-301.

<sup>42</sup> 労使機構とは、比較的代表的な使用者・労働者団体の発議により構成される団体であり（2条1項h）、労働力仲介事業や見習労働などの訓練事業を行うことができる（6条3項、48条4項c）ほか、就業に関しての認証機関としての役割も果たす。

<sup>43</sup> 2005年11月現在までには、労使機構において認証委員会は設立されていない。イタリアにおける最大労組であるCGIL（Confederazione Generale Italiana del Lavoro:イタリア総同盟）が2003年の改革に賛成していないことが原因である（2005年12月、ボッコーニ大学教授Maurizio Del Conte氏へのインタビューによる。）。

<sup>44</sup> 県及び県労働局に設置される認証委員会においては、INPS（Istituto Nazionale Previdenza Sociale：全国社会保険公社）及びINAIL（Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro：全国労働災害保険公社）の代表者が委員として参加する（2004年7月21日労働社会政策省令1条2項、3項）。このように認証手続に社会保障機関が参加することについては、就業の実態が社会保障機関に把握されることを懸念して、当事者が認証手続を利用しない可能性があることが指摘されている（2005年12月、ボッコーニ大学教授Maurizio Del Conte氏へのインタビューによる。）。

<sup>45</sup> 大学は、労働社会政策省が教育大学研究省と一致して当該目的のために発せられる命令に基づき、労働社会政策省のもとで定められる名簿に登録される必要がある。登録を受けるには、大学は、労働社会政策省の支持する類型の労働契約の性質決定に関して、裁判例から抽出される指標や基準についての課題を、登録時及びその後6ヶ月ごとに、クリアする必要がある（76条2項）。

<sup>46</sup> 2005年11月現在、認証委員会を設置している大学は、モデナ・レッジョ・エミーリア大学だけである。そのほか、ジェノヴァ大学、ヴェネツィア大学が認証委員会の設置を申請している（2005年11月、モデナ・レッジョ・エミーリア大学認証委員会事務局Flavia Pasquini氏へのインタビューによる。）。なお、モデナ・レッジョ・エミーリア大学においては、認証委員会に前置される機関として、事前調査委員会（commissione istruttoria）が設置され、そこで、認証手続に必要な情報が収集されたり、助言等が行われている。

<sup>47</sup> 2005年11月、モデナ・レッジョ・エミーリア大学教授Michele Tiraboschi氏へのインタビューによる。

<sup>48</sup> 認証委員会による助言及び補助の意義は高く評価されているが、モデナ・レッジョ・エミーリア大学の認証委員会においては、認証手続とは切り離されて助言及び補助が行われることは現在までのところないようである（2005年12月、ボッコーニ大学教授Maurizio Del Conte氏へのインタビューによる。）。

<sup>49</sup> Vincenzo Cevaro, “La certificazione dei contratti di lavoro: le commissioni istituite presso le direzioni provinciali del lavoro”, 2005.

圧倒的に多い。

各県労働局における申請件数、認証数、認証率は以下のとおりである。

県労働局	申請数	認証数	認証率(%)	Forli'			
Rimini	1	1	100	Cremona	4	1	25
Ascoli	32	8	25	Caserta	3	0	0
Venezia	12	9	75	Bologna	14	9	64.3
Siena	17	0	0	Bergamo	23	15	65.2
Sondrio	2	1	50	Bari	7	2	28.6
Terni	2	1	50	Belluno	1	0	0
Rieti	7	7	100	Avellino	1	0	0
Reggio Emilia	22	1	4.5	Chieti	12	0	0
Reggio Calabria	6	6	100	Cosenza	7	4	57.1
Potenza	2	0	0	Latina	6	4	66.7
Pisa	2	0	0	Napoli	21	7	33.3
Padova	5	3	60	Roma	75	23	30.7
Parma	3	0	0	Piacenza	3	2	66.7
Pavia	1	0	0	Trieste	3	1	33.3
Pesaro-Urbino	4	0	0	Macerata	25	9	36
Rovigo	3	1	33.3	Cagliari	1	0	0
Novara	1	0	0	Campobasso	3	2	66.7
Lecce	3	0	0	Sassari	8	6	75
Livorno	1	0	0	Varese	1	0	0
Milano	49	6	12.2	Torino	4	0	0
Modena	1	1	100	計	402	131	32.6

出所：Vincenzo Cevaro, “La certificazione dei contratti di lavoro: le commissioni istituite presso le direzioni provinciali del lavoro”, 2005, 第8章、表2.

### 3. 「労働憲章 (Statuto dei lavori)」構想

2001年10月に公表された労働白書は以下のように述べている。

独立労働と従属労働とを明確に区別することは非常に困難である。市場は柔軟性、簡潔なルール、法的な明確さを求めているが、独立労働と従属労働の間に協働労働という新たな契約類型を設けることは、市場の要求を完全に満足させるものではない。社会・経済の変化に対応して、様々なタイプの契約が生じうるのであり、新たな契約類型を設けても、将来にわたって十分機能するとは思われない。さらに、独立労働と従属労働とは別に、新たに「第三の (tertium genus)」契約類型を設けることは、結果として、地下経済のさらなる進行の原因になると考えられる。

この問題の解決には根本的な対応、すなわち、労働に関する諸制度を全面的に現代化する作業が必要である。具体的には、小規模事業主も多大な法的・経済的負担を被らずに利用できる規範システムを構築することが必要である。さらに、簡潔かつ確実な規制は、ヤミ労働の合法的労働への転換を容易ならしめるとともに、適切な企業間競争を実現することから、

かかる方向に従った現行規制の再編と統一法典化が必要である、とする。

白書は以上のように述べ、政府が「労働憲章」構想<sup>50</sup>を進めることの必要性を説いている。

すなわち白書は、第三の類型を設けるなど、概念の定立に着目するのではなく、急速かつ継続的に変化する労働契約上の現実を認識したうえで、独立労働契約、従属労働契約の分なくすべての労働契約関係に共通するモデルを設定することを提案している。具体的には、すべての労働者に保障される不可欠な権利として、安全衛生の保護、労働者の自由と尊厳の保護、児童労働の排除、労働へのアクセスにおけるあらゆる形態の差別の除去、正当な報酬、センシティブ情報の保護、組合の自由の権利を挙げ、これらが、労働憲章の核になると考える<sup>51</sup>。

そして、このように全ての労働者に不可侵の権利を認めることは、労働者の契約上の地位の保護や人格保護の要請にのみ対応するものではなく、ヤミ労働や児童労働に基づく搾取などによるソーシャル・ダンピングを抑制し、競争の枠組をも保護することになるとする。

このように労働市場白書における「労働憲章」構想は、すべての労働者に不可侵の権利を認めた上で、それを超える部分については、権利のタイプにしたがって、集団的自治（労働協約）、又は個別的自治（個別契約）に委ねることが適当であるとする。すなわち、「労働憲章」構想では、あらゆる形態の労働活動に基本的な権利を認める規範を中心とする、同心円のシステムを構築することを提起し<sup>52</sup>、契約類型によってではなく、問題となる内容に応じて、適当な保護の段階化・多様化を進めることをその主眼としている<sup>53</sup>。

このような構想を実現すべく、政府内に委員会が設置されたが、現在（2005年12月現在）ではその開催は中断しており、「労働憲章」構想が実現する可能性は決して高くない状況にある<sup>54</sup>。

<sup>50</sup> 「労働憲章」構想は、トレウ教授とピアジ教授によって、作成されたものである。M. Tiraboschi, “Progettare per modernizzare”: il contributo di Marco Biagi alla riforma del mercato del lavoro italiano, in *Agens Quaderni*, n. 1, 15. この「労働憲章」構想は、従属労働者に対する保護立法である「労働者憲章法（Statuto dei Lavoratori）」（1970年5月20日法律300号）との対比で考察する必要がある。

<sup>51</sup> 白書では、労働憲章を策定する前提として、国際組織における2つの重要な文書の検討を行っている。

第1には、1998年6月にILOで承認された「労働における基本的原則及び基本権に関するILO宣言」である。ここでは、結社の自由と団体交渉権、あらゆる形態の強制労働の禁止、児童労働の実効的な廃止、労働及び職業へのアクセスにおけるいかなる差別の禁止、という4つの基本権を認めている。第2には、2000年12月にニースで発表された「EU基本憲章」である。そこでは、これらの基本権と並んで、詳細に一連の権利を定めている。この中には、労働権、自由に選択し受け入れた職業を遂行する権利、企業における情報権・協議権、無償の職業紹介サービスを受ける権利、健康で安全かつ適正な労働条件に対する権利、社会保障給付や社会サービスへのアクセス権、個人情報保護の権利が含まれる。

そして白書は、イタリア憲法によって認められた基本的原則や基本権（イタリア憲法には、労働に関する規定が多く含まれている。）が扱われていることを指摘する。

<sup>52</sup> 具体的な内容は異なるものの、労働にかかる権利を同心円状に配置する試みを提示したものとして、A. Supiot (sous la direction de), *Au-delà de l'emploi*, 1999, pp.88 et s. がある。この点については、A. Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2003, n.2, 258も参照。

<sup>53</sup> 労働市場白書はさらに、「労働憲章」システムを実効たらしめるには、就業に関する契約の法的性質に関する紛争を予防することが必要であることから、認証システムによりそれを実現することが必要であるとしている。

<sup>54</sup> 2005年12月、ボッコーニ大学教授 Maurizio Del Conte 氏へのインタビューによる。

## 第4章 イギリス

### はじめに

イギリスの労働法の大半の適用対象は、労働者(employee)である。労働者に当たらない就業者は、自営業者(self-employed, independent contractor)と呼ばれ、一部の労働法の適用対象にしかならず、失業手当(job seekers allowance)などの一部の社会保障法上の制度の対象からも除外される。就業者が、法による保護の適用対象にならずとも自ら備えができる内実を備えているならば、その法的地位を自営業者に分類されることは、それほど問題ないだろう。しかし、最近の調査によれば、就業者のうち約30%は、その法的地位が不明確であり、悪くすると誤って自営業者に分類されているという<sup>1</sup>。このような状況下にあって、近年になって新たにできた制定法（法律、規則）の幾つかでは、より適用対象の広い概念が採用されている。また、既存の制定法の適用対象の見直しも、予定されている<sup>2</sup>。

こうしたイギリスの動向の背景に先進諸国に共通して見られる就業形態の多様化があることは、間違いない。もっとも、就業形態の多様化が労働法の適用対象の議論に対してもつ意味は、当該国がいかなる者を労働法の適用対象としていたかにより、各国で大きく異なる。イギリスにおいて、労働者ではないが労働法の適用対象とすべきと考えられている者は、他国のそれとは、実は随分異なるのである。また、このことと関連して、労働法の適用対象を拡張する目的には、当該就業者の保護のみならず、他の政策目的も絡んでいることも注目される場所である。

以下では、このようなイギリスの特殊性を明らかにすることを念頭に置きつつ、イギリスの労働法の適用対象について個別的労働関係を規制する法を中心に検討を行う。

### 第1節 労働者概念

#### 1. 労働者概念の形成

##### (1) 序

イギリスの個別的労働関係を規制する制定法の大半は、現在でも、その適用対象を、労働者(employee)としている<sup>3</sup>。この労働者概念は、制定法上、雇用契約(contract of employment)

<sup>1</sup> B Burchell S Deakin and S Honey 'The Employment Status of Individual in Non-Standard Employment' (Employment Relations Research Series No. 6 URN/99/770EMAR paper no. 6 DTI 1999).

<sup>2</sup> Employment Relation Act 1999 s 23. もっとも、政府は、現在のところ、法改正等に着手する予定はないとしている（2005年9月20日、経済産業省（Department of Trade and Industry）、Assitant Director K・ウィルショー（Karen Wilshaw）氏へのインタビューに基づく。）。

<sup>3</sup> 本章末尾の別表参照。

の当事者と定義されている<sup>4</sup>。しかし、制定法は、雇用契約とはいかなる契約であるかを定めていない。それゆえ、制定法からは、ある就業者が労働者に当たるかどうかの判断が、当該就業者の契約が雇用契約であるかどうかという契約の性質決定を行うことと同義であるということしか明らかではない<sup>5</sup>。結局、労働者概念の内容は、労働者性の判断を行う裁判所に委ねられているのである。

それでは、裁判所は、労働者概念の内容をいかなるものとしてきたのであろうか。前述のように、労働者概念は雇用契約概念を基礎としていることから、裁判所は、労働者性の判断を行うに当たり、雇用契約性の判断（＝労務供給契約の性質決定）に関する裁判例を先例としている。労働者概念は、雇用契約性の判断として積み重ねられた裁判例によって形成されてきたのである。そして、ここで重要なことは、労働者概念が問題となるのは、イギリスにおいて個別的労働関係を規制する制定法が本格的に登場する 1960 年代になってからのことにすぎないが、雇用契約性に関する裁判例は、使用者の代位責任の有無や国民保険法の保険料の徴収など他の法領域において 1960 年代以前から積み重ねられていたという点である。つまり、労働者概念は、個別的労働関係法を規制する制定法の適用の有無の文脈においてのみ形成されたものではなく、それ以前の他の法領域で形成されたものを引き継いだものなのである<sup>6</sup>。それゆえ、イギリスの労働者概念を理解するには、個別的労働関係を規制する制定法に先行する他の法領域の裁判例も視野に入れて裁判例の展開を見なければならない<sup>7</sup>。

## (2) 使用者による指揮命令への着目

雇用契約性の判断は、19 世紀の労働者の不法行為(negligence)に対する使用者の代位責任(vicarious liability)を巡る裁判例において展開をみた。代位責任とは、他人の行った不法行為について何ら自己の帰責原因なくして課せられる責任のことであり、使用者の代位責任は、使用者と就業者ととの間の雇用契約関係の存在を前提とする<sup>8</sup>。そのために、使用者の代位責任

<sup>4</sup> 労働者とは、「雇用契約(contract of employment)を締結した者、又は雇用契約に基づき労働する者（又は、雇用が終了している場合は、雇用契約に基づいて労働していた者）」である（1996 年雇用権利法(Employment Rights Act 1996)230 条 1 項）。雇用契約(contract of employment)とは、「(コモンロー上の)雇用契約(contract of service)ないし徒弟契約」である(同法同条 2 項)。

<sup>5</sup> このため、イギリスでは、制定法の適用対象の問題は、「労働者」概念の問題としてではなく、(どちらかといえば)「雇用契約」概念の問題として論じられることが多い。本章では、「雇用契約」概念の問題として論じられていることも、可能な限り「労働者」概念の問題として言い換えて論じることとする。

<sup>6</sup> 労働法、国民保険法、代位責任法、税法などそれぞれの領域で異なる雇用契約概念が用いられたのではないかという疑問があるかと思われるが、裁判例は、異なる法領域の裁判例を先例として引用しており、各分野共通の概念と考えているといつてよいだろう。もっとも、裁判所は、具体的な判断にあたっては、当該事案の文脈を考慮に入れている（つまり、同じ事実関係であっても、問題となる文脈によって判断が異なることがある）という指摘をする論者もいる。eg N Selwyn *Law of Employment* (13<sup>th</sup> ed Butterworths London 2004)46, 48-50.

<sup>7</sup> イギリスにおける労働者概念の形成、判断基準の変遷に関する研究として、林和彦「労働契約の概念」秋田成就編『労働契約の法理論』（総合労働研究所、1993 年）77 頁以下がある。

<sup>8</sup> 使用者の代位責任論については、片岡昇「The Law of Master and Servant に関する一考察—代位責任論を中心として—」法学論叢 59 巻 3 号 (1953 年) 29 頁以下、田上富信「代位責任(vicarious liability)の基礎理論(1)(2 完)—英米法における使用者責任の一側面—」鹿児島大学法学論集 5 巻 2 号 53 頁以下、6 巻 1 号 139 頁以下(1970 年) 参照。

が裁判上争われる場合には、当該労務供給契約が労働者との雇用契約(contract of service)に当たるのか、それとも自営業者との請負契約(contract for services)に当たるのかという労務供給契約の性質決定が問題となったのである。

当初、裁判所は、労務供給契約の性質決定のための判断基準を、使用者が当該就業者を指揮命令 (control)しているかどうかという点に求めた<sup>9</sup>。この判断基準は、1880年の *Yewens v. Noakes* においてブラムウェル判事(Bramwell LJ)によって「労働者とは、労務の遂行方法について、使用者の指揮命令に服従する者である。」と定式化され、指揮命令基準(control test)と呼ばれた<sup>10 11</sup>。この段階での裁判例の判断基準の特徴は、使用者の労務の「遂行方法」について指揮命令しているかどうかに着目する点にあった。この点について、著名な労働法学者の一人であるカーン・フロイント(O Kahn-Freund)は、このブラムウェル判事の定式は、比較的小規模な生産組織において、「生産手段の所有が技術的な知識や能力の保有と一致し」、「(生産手段の所有者である)使用者が、就業者に対して、仕事を行う際に用いるべき技術的方法について指揮・命令することができた」当時の社会状況を背景にして定式化されたものであると分析している<sup>12</sup>。

もっとも、使用者が就業者の労務の遂行方法について指揮命令できるかどうかを労働者性の判断基準とするブラムウェル判事の定式は、背景としていた社会的経済的状况の変化とともにその妥当性が疑問視されることとなる。

技術革新が進行し、労務遂行に必要となる知識・技能が専門化・高度化し、生産手段を所有する使用者が、労務の遂行方法について具体的に指揮命令するという想定が非現実的なものとなった。また、大規模な企業組織の発展、組織の複雑化とともに、専門的知識・技術を有する者(技師・医者・研究員等)が、企業組織の中で働くという状況が生まれた<sup>13</sup>。こうした状況の中で、裁判所は、従来想定していた典型的な関係からは離れ、使用者が労務の遂行方法について指揮命令するという事情がないにもかかわらず、当該関係は、雇用契約以外の何ものでもないという感じられる事案に直面し、その対応に迫られることとなるのである。例えば、ブラムウェル判事の定式を忠実に適用し、病院が、手術を行う医師や看護師に対し

<sup>9</sup> P Atiyah *Vicarious Liability in the Law of Torts* (Butterworths London 1967) 40.

<sup>10</sup> (1880) 6 QBD 530 (CA) 532, 533.ブラムウェル判事はすでに、*R. v. Walker*(1858) 27 LJMC 207, 208 において「使用者(master)・労働者(servant)の関係と本人(principal)・代理人(agent)の関係の違いは、以下の点にあるように思われる。本人は代理人が何をなすべきかを指示する権利を有する。これに対し、使用者は、こうした権限のみならず、どのようになすべきかについての権利を有する。」と述べていた。なお、同判決の代理人(agent)という表現は、現在でいうところの自営業者(independent contractor)である。see Atiyah (n 9) 40.

<sup>11</sup> この定式が忠実に適用された著名な裁判例として、ダンスホールのバンドメンバーとダンスホールの経営者との間の契約の性質が争われた *Performing Right Society v Mitchell and Boller(Palais de Danse)Ltd*[1924] 1 KB 762 がある。同事件においてマクキャディ判事(McCardie)は、ダンスホールの経営者が、バンドメンバーに対して、演奏される音楽の性格を含めて全ての点について継続的、支配的かつ詳細な指揮命令権を有しているとして、この契約が雇用契約であることを肯定した。

<sup>12</sup> O Kahn-Freund 'Servants and Independent Contractor'(1951) 14 *Modern Law Review* 504, 505.

<sup>13</sup> *Ibid* 506.

て、個々の具体的な労務の遂行方法について指揮命令をすることは現実的に不可能であるとして、病院と医師や看護師との間の雇用契約の存在を否定し、医療事故につき病院の代位責任を否定することに、当時の裁判所は懐疑的であった<sup>14</sup>。つまり、ブラムウェル判事の定式は、同定式に当てはめれば労働者ではないにもかかわらず、労働者とされるべき就業者が存在するという意味で過少包摂(under-inclusive)であり、判断基準として疑問視されることとなったのである<sup>15 16</sup>。

こうした事態に対し、裁判所は、新しい判断基準を示して対応していくこととなる。

一方では、*Cassidy v Ministry of Health*においてサマベル判事(Sumervell LJ)が、「通常人(ordinary person)が、雇用契約という言葉に与える意味において、当該契約が雇用契約といえるか」という基準により判断することを提示した<sup>17</sup>。サマベル判事は、この基準によりつつ医師や看護師と病院との間に雇用契約が存在することを認めた<sup>18</sup>。もともと、このいわば「常識(common sense)に基づいて判断する<sup>19</sup>」という基準に対して、学説は、判断の明確性という観点から批判的であった。例えば、カーン・フロイントは、こうした基準は、「限界事例において破綻し、原理なき詭弁の迷路へと導くものである」と述べた<sup>20</sup>。また、アティア(P Atiyah)も、カーン・フロイントの見解に同意を示し、こうした判断は裁判官の「直感(hunch)」に基づくものといえ、もしそうではなく、合理的な判断であるというならば、なぜ「通常人」が当該契約を雇用契約と見なすのか、そして、判断の際にどのような要素を考慮に入れるのかが明らかにされなければならないとして、この基準に反対していた<sup>21</sup>。

他方で、指揮命令基準を受け継ぎつつ、再定式化を行う裁判例も現れた。

<sup>14</sup> *Hillyer v Governors of St Bartholomews Hospital* [1909] 2 KB 820(CA)において、手術に関わった看護婦の労働者性が否定され、病院の使用者としての代位責任が否定された。その後、多くの裁判例が同判決に疑問を呈してきた。eg *Lindsey County Council v Marshall* [1937] AC 97 (HL)。医療事故訴訟における病院の代位責任をめぐる裁判例の展開については、see Kahn-Freund(n 12)504-505; P Atiyah (n 9)87。

<sup>15</sup> Atiyah(n 9)46。ブラムウェル判事の定式が過少包摂であるとして挙げられる他の事例として、例えば、クレーンの運転手の労働者性が争われた、*Mersey Docks and Harbour Board v Coggins & Griffiths* [1947] AC 1 (HL)がある。

<sup>16</sup> この点について、サンカートン貴族院判事(Lord Thankerton)は、次のように述べている。「現代の産業の状況は、(労務の遂行方法について指揮命令する)使用者の自由に大きな影響を及ぼしてきたが、それによって労働者が自営業者に転換されたとは、誰も合理的に示すことができなかつた。それゆえ、(労務の遂行方法についての指揮命令の権利という)徴表を再考し、再定式化することが、当院の責務となるであろう。」See *Short v J.&W.Henderson, Ltd.* (1946) 62 TLR 427(HL)429。

<sup>17</sup> [1951] 2 KB 343(CA)。同事件は、手術の失敗により手の機能を喪失した原告が、病院の医師及び看護婦に過失があったとして病院に損害賠償の訴えを起こしたという事案であり、裁判所として、労働者性の判断基準について新たな方向性を打ち出し、病院の責任を認めたリーディングケースといえるものである。同事件の評釈としてKahn-Freund(n 12)がある。また、同事件については、田上富信「代位責任(vicarious liability)の基礎理論(2完) - 英米法における使用者責任の一側面 -」鹿児島大学法学論集六 6巻 1号 (1970年) 149頁以下において詳しい紹介・検討がなされている。

<sup>18</sup> このような見解は、すでに *Simmons v Health Laundry Co.* [1910] 1 KB 543, 553(Buckley LJ)において見られていた。ただし、同事件は、労働者災害補償法の適用を巡って労働者性が争われたものであり、しかも労働者性判断は事実問題とされており、一裁判官の見解として当該事案の結論に影響を及ぼすことなく示されていたにすぎない。

<sup>19</sup> Atiyah(n 9) 37。

<sup>20</sup> Kahn-Freund(n 12)507。

<sup>21</sup> Atiyah(n 9) 37。

一つは、使用者が就業者に指揮命令を行っていることを労働者性の判断にとって唯一の決定的な(decisive)基準であるとしつつ、労務の遂行方法(how)を指揮命令する権限というよりも、労働時間(when)、労働場所(when)などの当該雇用に附随する特徴(incidental features)について就業者を指揮命令する権限があるかどうかに着目して、労働者性を判断するものである<sup>22</sup>。例えば、先に挙げた *Cassidy v. Ministry of Health* においてシングルトン判事(Singleton LJ)は、手術後の患者の措置、情報や苦情の申し送り、外科医が不在の際の対応等のルールの作成など、医師の仕事に付随する特徴について一定程度の指揮命令をする権限を病院は保持しているとして医師と病院との間に雇用契約が存在することを認めた<sup>23</sup>。

もう一つは、使用者による指揮命令というよりも、当該就業者が使用者（企業）に組み込まれているかどうかに着目するデニング判事(Denning LJ)による、組織性基準(organisation test)ないし統合基準(integration test)と呼ばれる基準である。デニング判事は、*Stevenson Jordan & Harrison Ltd v MacDonald & Evans* において次のように述べた<sup>24</sup>。

「多くの場合、当該契約が雇用契約であることは、見れば簡単にわかる。しかし、雇用契約と請負契約の違いを述べることは困難である。例えば、お抱え運転手、新聞社に勤務する記者は雇用契約に基づいて雇われているが、タクシー運転手や新聞の寄稿家は、請負契約に基づいて雇われている。こうした具体例に共通しているように思われる特徴は、雇用契約に基づく場合には、当該人は事業の一部として雇用されており、その仕事は事業の不可欠な一部として遂行されているのに対し、請負契約に基づく場合には、その仕事は事業のために行われているが、事業に組み込まれているのではなく、事業に付随しているにすぎない点にある。」

また、デニング判事は、*Bank voor Handel en Scheepvaart N.V. v Slatford* においては、次のように述べた<sup>25</sup>。

「... 今日では、労働者の基準は、命令に対する服従には依拠していない。それは、当該人が組織の重要部分(part and parcel)となっているか否かに依拠している。」

しかしながら、組織性（統合）基準は、就業者が、「事業に組み込まれているか否か」「組織の重要な部分となっているか」という基準の意味が不明確であるとの批判を受け<sup>26</sup>、労働者性判断の唯一の決定的な基準として定着するには到らなかった<sup>27</sup>。

<sup>22</sup> Atiyah(n 9) 47. こうした対応は、*Walker v Cristal Palace Football Club Ltd*[1910]1 KB 87(CA)に遡る。同事件では、プロのフットボール選手が、練習の時間・場所等についてコーチの指示に従わなければならないことから、仕事に付随する特徴について使用者の指揮命令に服しているとして、雇用契約に基づいて働く者であると判断されている。

<sup>23</sup> [1951] 2 KB 343(CA)354-355.

<sup>24</sup> [1952]1 TLR 101(CA) 111.

<sup>25</sup> [1953]1 QB 248(CA) 295.

<sup>26</sup> 裁判例における批判として、eg *Ready Mixed Concrete (South East)Ltd. v. Minister of Pensions and National Insurance* [1967]2 QB 497, 524.学説における批判として eg Atiyah(n 9)38.

<sup>27</sup> *Lee Ting Sang v Chung Chi-Keung*[1990]2 AC 374(PC)386-388(Griffiths LJ)において、組織性（統合）基準が、労働者性の判断の唯一の決定的な基準として先例拘束性を持っているわけではないことが、明言されている。その理由は、次の通りである。第一に、*Bank voor Handel en Scheepvaart N.V. v Slatford* は、上訴され、貴族院で覆されていることである(*Bank voor Handel en Scheepvaart N.V. v Administrator of Hungarian Property* [1954] AC 584(HL))。第二に、同貴族院判決において、五人の判事がいずれも、組織性（統合）基準

この段階で注目すべきは、裁判所が、専門的職種の就業者についても、労務の遂行方法について使用者が指揮命令できないからといって直ちに労働者ではないとするのではなく、労務の遂行方法以外の点について指揮命令を行っているといえるかどうかや使用者に組み込まれているかどうかに着目して、労働者性の判断を行おうとした点である。

### (3) 総合的判断—経済的側面への着目

1960年代に入り、労働者性の判断基準は、国民保険法の保険料拠出を巡る裁判例において新たな展開を見せる<sup>28</sup> <sup>29</sup>。それは、前述の指揮命令基準を受け継ぎつつも、それを唯一の決定的な基準とすることはできないとして、当該契約関係の他の側面も考慮して総合的に労働者性を判断しようとするものである。そのリーディングケースとなったのが、1968年の *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd. v Minister of Pensions and National Insurance* である<sup>30</sup>。

この事件は、コンクリートを運搬するために会社に雇われたトラック運転手の国民保険法上の労働者性が争われたものである。会社とトラック運転手との間の書面契約は、運転手が、使用者のあらゆる命令を遂行しなければならない、契約期間中は排他的に使用者のためにその車両を使えるようにしておかねばならないこと、運転手が、会社の制服を着用し、車両を、会社のカラーに塗装し、車両に会社名を記載しなければならないこと、運転手が、使用者の指示により費用を自己負担して車両の維持・修繕を行わなければならないこと、仕事に必要な車両は、運転手が、使用者の関連会社でローンを組んで購入すること、報酬は出来高払いであり、運転手が自分で運転できないときには、会社の同意を得て代替運転手を手配しなければならないこと等を内容としていた。

この事件においてマッケナ判事(Mackenna J)は、雇用契約が存在するための要件(condition)として、「①就業者が、賃金もしくはその他の報酬を対価として、使用者に対する労務の履行において自己の労働や能力を提供することに合意すること、②就業者が、その労務の履行において、相手方を使用者とするに十分なほどに相手方の指揮命令に服すること

---

に言及せずに、判決を下していることである。第三に、*Stevenson Jordan & Harrison Ltd v MacDonald & Evans* は、著作権を巡る紛争であったが、争点となったのは、当該就業者が労働者か否かということではなく、就業者の契約上の義務はいかなるものであったか、そして、著作権紛争の対象となっている著作物が、この義務の一部として行われたか否かという点であった。その意味で、デニング判事が組織性(統合)基準を述べた部分は、当該事件の解決にとって必要ではない傍論にすぎなかったのである。

<sup>28</sup> 就業者が雇用契約に基づいて有給で雇用される国民保険法上の「労働者(employed earner)」に該当する場合には、当該就業者を雇用する使用者は、保険料の拠出義務を負うことから、この保険料の拠出義務を巡って、使用者と行政庁との間で、使用者と就業者との間の契約関係が、雇用契約に当たるか否かが争われた。

<sup>29</sup> イギリスの著名な労働法学者の一人であるディーキン(S Deakin)は、現在の労働者概念・雇用契約概念は、とりわけ1940年代以降の労働者災害補償法や国民保険法などの社会立法の影響を受けて経済的側面を考慮するようになって形成されたものであると主張している。See S Deakin and F Wilkinson *The Law of the Labour Market* (Oxford University Press Oxford 2005)41-109.

<sup>30</sup> [1968]2 QB 497. この判決には、以下の評釈がある。B Hepple 'Servants and Independent Contractors' (1968) Cambridge Law Journal 227; G Clark 'Labour-Only Again' (1968) 31 Modern Law Review 450; C Drake 'Wage-Slave or Entrepreneur?' (1968)31 Modern Law Review 408.

を、明示又は黙示に合意すること、③その他の契約条項が、当該契約が雇用契約であることと矛盾しないこと」という三点を挙げた<sup>31</sup>。そのうえで、同判事は、会社による運転手に対する指揮命令を認定しつつも、運転手が仕事に使用するトラックを所有する点や、報酬が高額になりうる点からトラック運転手は小業主であるとして、当該トラック運転手の労働者性を否定した。

ここで注目すべきは、マッケンナ判事が労働者性（雇用契約性）判断のための基準を三つの要件として定式化している点である。

まず、「①就業者が、賃金もしくはその他の報酬を対価として、使用者に対する労務の履行において自己の労働や能力を提供することに合意すること」という要件は、賃金と労務の提供がなければ約因が存在せず、契約が存在しないという契約一般の成立要件を述べたものにすぎないが、「自己の」労働や能力を提供せず、他人によって労務を遂行させてもよい場合には雇用契約ではないという含意があることに注意が必要である。この点は、後に、控訴院判決において、就業者が「自己の労務を提供することを義務づけられていないならば、法律問題として当該就業者と相手方との関係は、労働者と使用者の関係ではない」として明確にルール化されるに到る<sup>32</sup>。

次に、「②就業者が、その労務の履行において、相手方を使用者とするに十分なほどに、相手方の指揮命令に服することを、明示又は黙示に、合意すること」という要件は、従前に裁判例において展開されてきた指揮命令基準を改めて確認するものである。この指揮命令は、労務の内容、労務遂行の方法・手段、労務遂行の場所、労務遂行の時間のそれぞれの要素に対する指揮命令を考慮して判断される<sup>33</sup>。

それまでの裁判例と異なるのは、最後の「③その他の契約条項が、当該契約が雇用契約であることと矛盾しないこと」という要件が、労務供給契約の性質決定のための基準として付け加えられたことである。マッケンナ判事は、コモン・ロー諸国（アメリカ合衆国、カナダ）の裁判例を引用して、コモン・ロー上の雇用契約の性質決定においては、労務遂行に対する指揮命令の権限だけに着目するのではなく、経営手段の所有関係や損益のリスクも考慮に入れていることを発見し、相手方の指揮命令に服して仕事を行う義務の存在だけでは当該労務

<sup>31</sup> [1968] 2 QB 497, 515.

<sup>32</sup> *Express and Echo Publications Ltd v Tanton* [1999] IRLR 367 (CA). 裁判例における労働者性判断の動向をまとめた J Antell *Employment Status: A Guide to Taxation and Workers' Rights* (Tolley London 2002) 2.12-2.13 によれば、「自己の労務を提供する」ことは、契約上、義務づけられていなければならない。従って、そうした契約上の明示条項がない場合には、当該就業者が、実際には自分で労務の提供を行ったという事実から、そうした義務が解釈によって補充できなければならない。また、契約上、就業者が、補助者を雇うことや代わりの者に労務を行わせることが認められている場合には、裁判所では、そうした就業者の代替者を用いる権限が、「限定的で例外的なもの」であるか否かが争われる。

<sup>33</sup> [1968] 2 QB 497, 515. 指揮命令は、契約上明確に表明されていない場合でも、実態から黙示的に読み込まれることもある (see [1968] 2 QB 497, 516). 指揮命令が存在しないと、当該就業者の労働者性は否定される。他方で、指揮命令が、わずかなものであったとしても、そのことが直ちに当該就業者が自営業者であるという結論を導くわけではない。また、指揮命令権の水準が高くなれば高くなるほど、当該就業者が労働者であると判断される可能性は高いとはいえ、必ず労働者と判断されるわけではない (see J Antell (n 32) 2.16).

供給契約を雇用契約と性質決定するには十分ではないとして、この要件を付け加えた<sup>34</sup>。この要件が新たに付け加えられたことは、労働者概念の形成過程にとって特に重要なものであったと考えられる。というのも、指揮命令基準が、労務の遂行方法に対する指揮命令から、次第に、場所、時間に対する指揮命令へと、次第に内容を拡散させ、判断基準としては機能不全に陥っていく中で、それまでの裁判所が実質的には判断要素としていたと考えられる指揮命令以外の要素を、法的ルールとして正式に労働者性（雇用契約性）の判断の基準に取り入れたものと評価することができるからである。

もっとも、「指揮命令以外の契約条項が、雇用契約であることと矛盾しないか」という要件は、「雇用契約」とは何か明らかにされなければ、同語反復で意味をなさない。この点について一定の方向性を示したのが、市場調査会社に、市場調査が行われるごとにその都度、短期間雇われる調査員の国民保険法上の労働者性が争われた 1969 年の *Market Investigations Ltd. v. Minister of Social Security* であった<sup>35</sup>。この事件でクーク判事(Cooke J)は、「適用されるべき基本的な基準は、労務を遂行することを約束した者が、自己の計算で事業を行う者として、その労務を遂行しているかどうかである。この質問に対する答えがイエスならば、その契約は請負契約である。答えがノーならば、その契約は雇用契約である。」と述べた<sup>36</sup>。そのうえで、同判事は、設備・機材の提供関係、リスクの引き受け・投資や経営の責任の有無、仕事の成果により損益が左右されるか、といった点を考慮要素とし、仕事に必要な道具を自分で用意せず、固定給であり仕事の成果から利益を得る機会を持たないことなどから市場調査員は「自己の計算に基づいて事業を行う者」ではなく、労働者であると判断した。

このクーク判事の定式は、労務供給契約が、労働者による雇用契約と自営業者による請負契約という相反する二種類の契約関係しかないことを前提に、当該就業者が、「自己の計算に基づいて事業を行う者(*be in business on one's own account*)」である場合には、自営業者であり、労働者ではないとして、労働者性を、「非自営業者性」の観点から判断するものと評価することができる。

以上のように国民保険法を巡る裁判例を通じて、裁判所は、労働者性を、使用者による指揮命令以外の要素も考慮して総合的に判断するというアプローチを確立するに至った。そして、判断に当たっては、経済的に独立した自営業者ではないかどうかという観点から検討を行うという手法も取るようになったのである。このような判断枠組は、その後繰り返し裁判例において引用され、労働者性（雇用契約性）の判断基準として定着していき、個別的な労働関係を規制する制定法の適用をめぐって労働者性が争われた裁判例においても、そのまま

---

<sup>34</sup> [1968] 2 QB 497, 517.

<sup>35</sup> [1969] 2 QB 173, 184.

<sup>36</sup> [1969] 2 QB 173, 185.

引き継がれている。

## 2. 裁判例における労働者性の具体的な判断

### (1) 労働者性の判断基準

ここでは、裁判例における労働者性の判断について紹介・検討するが、その前に、まず、これまでの労働者概念の形成に関する叙述を踏まえつつ、現在のイギリスの労働者性の判断基準についてまとめておこう。

多くの裁判例は、次の三点を基本的枠組みとして労働者性の判断を行っている。

- ① 賃金その他の報酬と就業者自身の労務とを交換する契約であること、
- ② 就業者が使用者の指揮命令(control)に服すること、
- ③ 上記以外の契約条項が、当該契約が雇用契約であることと矛盾しないこと。

そして、裁判所は、上記の基本的枠組みに従いつつ、次の要素を総合的に考慮して労働者性の判断を行っている<sup>37</sup>。判断の際には、当該就業者が事業主とはいえないかという観点からも検討が加えられている。

- ① 使用者によって行使される指揮命令の程度（労働時間、労働場所、仕事の遂行方法等について）<sup>38</sup>
- ② 就業者が自分で労務を提供する義務があるか<sup>39</sup>
- ③ 賃金の支払方法<sup>40</sup>
- ④ 道具、設備、器具の供与<sup>41</sup>
- ⑤ 税、社会保険の取扱い<sup>42</sup>
- ⑥ 他の使用者の元でも働くことができるか（専属性）<sup>43</sup>
- ⑦ 休日手当、疾病手当等その他の契約条項の定め<sup>44</sup>
- ⑧ 経済的負担(financial risk)の程度、投資や経営に関する責任の程度<sup>45</sup>

### (2) 労働者性判断における当事者意思の位置づけ

以上の労働者性において考慮される要素以外に、当事者意思が労働者性判断においてどの

---

<sup>37</sup> 筆者が、代表的な教科書である J Bower *Employment Law*(6<sup>th</sup> ed Oxford University Oxford 2002), Selwyn *Law of employment* (13<sup>th</sup> ed Butterworths London 2004)を元にまとめたものである。雇用控訴審判所のマクマラン判事(Judge McMullen)も概ね同様の要素を判断において考慮していると述べている(2005年9月22日のインタビューに基づく。)

<sup>38</sup> eg *Global Plant Ltd v. Secretary of State for Health and Social Security* [1972] QB 139.

<sup>39</sup> eg *Express and Echo Publications Ltd v Tanton* [1999] IRLR 367 (CA).

<sup>40</sup> eg *Global Plant Ltd v. Secretary of State for Health and Social Security* [1972] QB 139.

<sup>41</sup> eg *Willy Scheiddgger Swiss Typewriting School (London) Ltd v. Minister of Social Security* (1968) 5 KIR 65.

<sup>42</sup> eg *Davis v. New England College of Arundel* [1977] ICR 6 (EAT).

<sup>43</sup> eg *WHPT Housing Association Ltd v. Secretary of State for Social Services* [1981] ICR 737.

<sup>44</sup> eg *Tyne and Clyde Warehouses Ltd v. Hamerton* [1978] ICR 661(EAT).

<sup>45</sup> eg *Market Investigation Ltd v. Minister of Social Security* [1968] 2 QB 497.

ように考慮されるべきかという問題が存在する。この点は、これまで労働者とされていた就業者との雇用契約をいったん解消して、新たな契約を取り交わし、就労の実態を変えることなく就業者を自営業者として取り扱う、あるいは就労実態が、労働者として取り扱われている同僚とほとんど変わらないものであるにもかかわらず、自営業者であることを明示する契約をはじめから締結し就業者を自営業者として扱うなど、当事者の合意により当該就業者を労働者から自営業者へと転換し、使用者が、労働法、社会保障法の適用を回避する事例が多く見られるようになって問題となっている。

ここでの問題点は、労働者性判断において、当該就業者を自営業者とする明示の当事者意思を尊重すべきかという点にある。言い換えると、そうした明示条項以外の契約条項から労働者性を判断すれば当該就業者は労働者であるにもかかわらず、契約当事者が、明示の契約条項により就業者の法的地位を決定・変更することができるかという問題である。

この点については、すでに国民保険法上の労働者性が争われた裁判例である *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd. v. Minister of Pensions and National Insurance* において、「契約当事者間の関係が使用者・労働者の関係か否かは、当該契約に基づいた権利・義務に依拠して法的に決せられる。権利・義務が、使用者・労働者のそれならば、当事者が、当該関係は使用者・労働者の関係以外のものであると表明したことは、意味をもたない(irrelevant)。もっとも、この種の表明が、いつも必ず無効というわけではない。当事者がいかなる権利義務を定めようとしていたのか曖昧な場合には、この種の表明は、曖昧さを解消するのに役立つ。」とする解釈ルールが明らかにされていた<sup>46</sup>。しかしながら、1970年代半ば以降に労働法の適用を巡る裁判例においても、この点が改めて問題となった<sup>47</sup>。というのも、労働法においてもこのような解釈ルールを取ることは、当該就業者が、一方では、自営業者として取り扱われることによって税法や社会保障法上利益を受けながら、他方で後になって労働者として労働法の適用による利益を主張することを認めることになり、同一人が法的地位の異なる者として二重の利益を得ることになり、正義、公正に反すると考えられたからである<sup>48</sup>。そして、控訴院判事の中には、就業者が、一度自分でその法的地位を選択して利益を享受した以上、自らの選択を撤回することはできないとして、明示の当事者意思を労働者性の判断において結論を左右する要素と考える者もいた<sup>49</sup>。

<sup>46</sup> [1968]2 QB 497, 512-513. 同判決においてこうした解釈ルールを取る理由付けは特に書かれていない。もっとも、こうした解釈ルールは何も労務供給契約の性質決定に限られていなかったようである。例えば、契約当事者が licensor と licensee の関係か landlord と tenant の関係かが争われた *Addiscombe Garden Estates Ltd. v Crabbe* [1958] 1 QB 513 (CA) 参照。

<sup>47</sup> *Ferguson v John Dawson & Partners (Contractors) Ltd.* [1976]1 WLR 1213 (CA); *Massey v Crown Life Insurance Co.* [1978] ICR 590 (CA); *Young & Woods Ltd v West* [1980] IRLR 201 (CA).

<sup>48</sup> 例えば、ロートン判事(Lawton LJ)は、問題点を、「正義の執行において、公正、常識、及び法の合致が、非常に望ましい目標である。もし、税法上の利益を得るために自営業者であることを主張し、他方で、補償を請求できるように自営業者であることを否定することを法が認めるならば、公正さ、常識、及び法の合致が、ほとんど限界まで曲げられてしまう。」と述べる。see *Massey v Crown Life Insurance Co.* [1978] ICR 590 (CA) 596.

<sup>49</sup> *Ferguson v John Dawson & Partners (Contractors) Ltd.* [1976]1 WLR 1213(CA)1227 (Lawton LJ);

しかし、この問題を取り扱った 1970 年代末からの一連の控訴院判決は、これまでの国民保険法上の労働者性判断における解釈ルールと同じ立場を取ることを明らかにしている。すなわち、①就業者の法的地位を定める契約上の明示条項以外の契約条項全体から当該就業者が労働者であると判断できる場合には、就業者の法的地位を定める契約上の明示条項契約は、労働者性判断において重要ではなく<sup>50</sup>、②就業者の法的地位を定める契約上の明示条項以外の契約条項全体からは当該就業者の法的地位を判断することが困難である場合に限って、就業者の法的地位を定める契約上の明示条項が労働者性判断において重要な意味を持つというものである<sup>51</sup>。こうした立場を取る理由として挙げられているのは、次の二点である。一つは、当事者による就業者の法的地位の決定を労働者性の判断において結論を左右する決定的なもののみならず、使用者が契約条項の操作を通じて労働法の適用を排除し、雇用上の責任を回避する動向を助長することになるという点である<sup>52</sup>。もう一つは、税務当局が、自営業者とされていた就業者について、さかのぼって労働者としての法的地位に基づいて課税するならば、就業者は、労働者と判断されても、必ずしも二重の利益を享受するわけではないという点である<sup>53</sup>。

### (3) 職種別の裁判例

以下では、現在の労働者性の判断基準を踏まえて、職種別に労働者性の判断に関する裁判例のうち代表的なものを紹介する。

#### 【裁判例リスト】

専門的職種

*Cassidy v Ministry of Health* [1951] 2 KB 343(CA).

*Addison v London Philharmonic Orchestra Ltd* [1981] ICR 261(EAT).

傭車運転手

*Ready Mixed Concrete (South East)Ltd. v Minister of Pensions and National Insurance* [1968]2 QB 497.

*Express and Echo Publication Ltd v Tanton* [1999] IRLR 367 (CA)

---

*Massey v Crown Life Insurance Co.* [1978] ICR 590 (CA) 597 (Lawton LJ).

<sup>50</sup> *Ferguson v John Dawson & Partners(Contractors) Ltd.* [1976]1 WLR 1213 (CA); *Young & Woods Ltd v West* [1980]IRLR 201(CA).

<sup>51</sup> *Massey v Crown Life Insurance Co.* [1978] ICR 590 (CA).同事件においてデニング判事(Lord Denning MR)は、「当事者の関係が、あいまいなものであり、どちらの関係であるとも考えうる場合は、当事者は、まさしく相互に結ぶ合意によってこのあいまいさを取り除くことができる。この合意自体が、当事者間の真の法的関係を推測する最良の資料である。」と述べる。

<sup>52</sup> *Ferguson v John Dawson & Partners (Contractors) Ltd.* [1976]1 WLR 1213(CA)1222-1223(Megaw LJ); *Young & Woods Ltd v West* [1980]IRLR 201(CA) 207 (Stephenson LJ).

<sup>53</sup> *Young & Woods Ltd v West* [1980]IRLR 201(CA) 207 (Stephenson LJ).

外交員等職種

*Market Investigations Ltd. v. Minister of Social Security* [1969] 2 QB 173.

*Massey v Crown Life Insurance Co.* [1978] ICR 590 (CA).

在宅就業者

*Airfix Footwear Ltd v Cope* [1978] ICR 1210 (EAT).

*Nethermere (St Neots) Ltd v Taverna* [1984] IRLR 240 (CA).

零細事業者（大工・職人）

*Lee Ting Sang v. Chung Chi-Keung* [1990] ICR 409 (PC).

*Lane v Shire Roofing Company (Oxford) Ltd* [1995] IRLR 493 (CA)

#### ア．専門的職種

当初のイギリスの労働者性の判断基準によれば、使用者が仕事の「遂行方法」について指揮命令を及ぼすことのできない専門的職種につく就業者の労働者性は否定されることになる。しかし、すでにみたように、裁判所は、「遂行方法」だけではなく、「労働時間」「労働場所」など多様な要素を考慮することにより、専門的職種の就業者に対する使用者による指揮命令の存在を否定していない。もっとも、指揮命令の存在だけで労働者性が肯定されるわけではなく、フリーランスの音楽家の事案では、事業主性の観点から労働者性が否定されたものが存在する。

*Cassidy v Ministry of Health* [1951] 2 KB 343(CA).

【事実の概要】手術の失敗により手の機能を喪失した原告が、病院の医師に過失があったとして代位責任により病院に損害賠償の訴えを起こした。医師と病院との契約の雇用契約性(労働者性)が争点の一つである。

【判旨】労働者性を肯定。

手術後の患者の措置、情報や苦情の申し送り、外科医が不在の際の対応等のルールの作成など、医師の仕事に付随する特徴について一定程度の指揮命令をする権限を病院は保持しているとして医師と病院との間に雇用契約が存在することを認めた。

*Addison v London Philharmonic Orchestra Ltd* [1981] ICR 261(EAT).

【事実の概要】演奏会があるたびにオーケストラで演奏を行っていたオーケストラのパートタイムメンバーが、オーケストラに対して、労働条件明細書の交付の申立を行った。

【判旨】労働者性を否定。

①器具の提供関係、税や国民保険での取扱い、当事者の意思、慣行が、自営業者であることを示していること、また、②指揮命令については、彼らに課された義務は、確実に仕事を行うことを目的とするごく最小限のものであり、リハーサルへの参加と自己鍛錬は、コンサートに出演する演奏家の仕事の前提条件にすぎないし、実際に演奏しているときには指揮者の指揮命令を受けるがこれは、仕事の性質上必要とされる以上のものではないこと、③フリーランスであって、演奏家としての自身の専門性や名声を追求し、自己の計算において事業を行う者といえること、④常任ではない本件パートタイムの音楽家は、個別の演奏会の際にはオーケストラの一部となっはいるが、オーケストラの本質的部分とはいえないこと、以上のことから本件就業者は労働者とはいえない。

### イ. 備車運転手

紹介する代表的な裁判例では、いずれも労働者性が否定されている。

指揮命令の存否・程度の検討がなされた上で、さらに、事業主性（当該就業者が自己の計算で事業を行う者といえるかどうか）についての検討がなされている。また、「就業者自身が労務提供を行うこととなっていたか」どうかの問題となることもある。

#### *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd. v Minister of Pensions and National Insurance* [1968]2 QB 497.

【事実の概要】コンクリートを運搬するために会社に雇われた備車運転手の国民保険法上の労働者性が争われた。

【判旨】労働者性を否定。

①指揮命令は認められるが、他方で、②就業者が運搬用のトラックを所有していること、運送事業における損益のリスクが就業者側（車両維持などの経費負担、出来高払い）にあること、他人を雇用できること、同じ会社で労働者として扱われている人と比べると収益が違うことから、当該就業者は小業主であって、労働者ではない。

#### *Express and Echo Publication Ltd v Tanton* [1999] IRLR 367 (CA)

【事実の概要】雑誌の運搬を行うトラック運転手が、自らの地位を確認するために労働条件明細書の交付を申し立てた。

【判旨】労働者性を否定。

①雇用審判所は、時間、ルート、ユニフォームに関する会社の要求が厳格であることから、会社による指揮命令は十分なものであると認定して、当該就業者は労働者であると判断し、雇用控訴審判所もこの判断を支持した。

②これに対し、控訴院は、指揮命令については雇用審判所の判断を支持しつつ、就業者が「自己の労務を提供することを義務づけられていないならば、法律問題として当該就業者と

相手方との関係は、労働者と使用者の関係ではない」というルールを提示した上で、自己負担で代替ドライバーを手配することができるとする契約条項の存在を理由に当該就業者の労働者性を否定した<sup>54</sup>。

#### ウ．外交員等職種

労働者性を肯定する裁判例と否定する裁判例がある。

外交員は、使用者の事業所外で働く仕事の性格ため、その時間的・場所的拘束がないか、小さいといえる。もっとも、裁判所は、そのことをもって、使用者による指揮命令がないとして労働者性を否定しているわけではない。指揮命令については、多様な要素を考慮してこれを肯定し、さらに、事業主性の観点から労働者性の判断を行っている。

#### Market Investigations Ltd. v. Minister of Social Security [1969] 2 QB 173.

【事実の概要】調査が行われる都度、短期間雇われる市場調査員が、国民保険法上の労働者に該当するかどうか争われた。

【判旨】労働者性を肯定。

①インタビューの方法等が詳細に指示されていたこと、上司の指示を受けるために会社に出社することが求められていたこと、いつ仕事を行ってもよいが、一定期間内に仕事を完成させることが求められていたことから、使用者による指揮命令は存在するし、仕事の性質上仕事の遂行中は使用者が指示できないこと、兼業が可能であること、仕事を命じる地域が契約で限定されていることは、指揮命令の存在と矛盾するものではない。②固定給で特定の仕事を完成することが契約の目的であること、タイム・オフ、疾病手当、休日に関する定めがないことも、雇用契約であることとは矛盾しない。③調査員として他社でも就業可能であるが、実際にはそうした事実はないこと、自己の能力や個性を發揮できるとはいえ、会社の指示による制約を受けていること、自分の道具を提供せず、自己の資産も危険にさらすことなく、仕事の遂行方法によって得る利益が左右されるわけでもないことから、自己の計算で事業を行う者とはいえない。以上のことから当該就業者は、労働者である。

#### Massey v Crown Life Insurance Co. [1978] ICR 590 (CA).

【事実の概要】保険代理店契約を結び、支店のマネージャーの肩書を有していた者が、会社から契約を一方的に打ち切られたため不公正解雇の申立を行った。

【判旨】労働者性を否定。

他の仕事を引き受けることが可能であり、実際、この就業者は他の保険会社のブローカーでもあったこと、報酬が手数料(commission)であること、もともと労働者であるかどうか

---

<sup>54</sup> *Staffordshire Sentinel Newspapers Ltd v Potter* [2004] IRLR 752 (EAT)も同様の判断をしている。

が疑わしいところに、当事者間で法的地位を自営業者と定めたことから、当該就業者は、労働者とはいえない。

## エ. 在宅就業者

在宅就業者 (homeworker) の労働者性が争われた代表的な二つの裁判例では、いずれも労働者性が肯定されている。もっとも、在宅就業者の就業形態の特徴には、労働者性を否定する方向に働くものがあり、その労働者性の判断は、明確ではないと考えられている<sup>55</sup>。第1に、就業者は、家族等他者を雇うことを認められることがある。このことは、労働者性の必要条件である就業者が自分で労務を提供することという点に抵触する。第2に、就業場所が使用者の事業場ではないために、使用者の指揮命令が及ばないと解されることがある<sup>56</sup>。第3に、この就業形態では、使用者側が仕事を与える義務を負わない、就業者側も仕事を引き受ける義務を負わないとする定めがあらかじめ当事者間でなされることがある。このことにより、当事者間には継続的な権利義務関係がなく、当事者間には雇用契約が存在しないとして、就業者の労働者性が否定されることがある<sup>57</sup>。

なお、一部の制定法は、後述のようにその適用対象を労働者よりも広い概念である就労者 (worker) としているが、そのうえで、さらに在宅就業者のために特別の措置を行っている。すなわち、一部の制定法は、ある者の事業のために、その指揮命令又は管理の下にない場所において労務を遂行するために、その者と契約する者と定義される在宅就業者を、自分で労務を提供するか否かにかかわらず就労者に該当するとして、法の適用対象としている<sup>58</sup>。

### *Airfix Footwear Ltd v Cope* [1978] ICR 1210 (EAT).

【事実の概要】靴のヒールを自宅で作る作業に従事していた在宅就業者が、会社に一方的に契約を打ち切られたため、不公正解雇の申立を行った。

【判旨】労働者性を肯定。

①当該就業者は、使用者と継続的な関係にあり、その結果、實際上、自己の計算で事業を行うことを妨げられていること、及び高度なスキルを有する技術者とは異なり公開市場で提供するスキルを持たず、その技術は、もっぱら使用者のために働いた経験から習得したものであることから、自己の計算で事業を行う者とはいえない。②また、当該就業者が、必要なときには使用者の指揮命令に服するというに黙示的に同意したこと、使用者の命令に従わないと仕事を失う可能性があること、使用者が、仕事の内容、方法、そして實際上時間・

<sup>55</sup> DTI Discussion document on employment status in relation to statutory employment rights (July 2002) 19.

<sup>56</sup> もっとも、就業場所が事業場外であることだけをもって、使用者の指揮命令が及んでいない（ひいては、労働者性が否定される）わけではない。

<sup>57</sup> 後述 casual worker の労働者性の項を参照。

<sup>58</sup> 1998年最低賃金法(National Minimum Wage Act 1998)35条、並びに1998年公益情報開示法(Public Interest Act 1998)による情報を行った労働者の保護の適用対象に関する1996年雇用権利法43K条1項(b)参照。

場所も決定していることから、指揮命令も存在する。以上のことから、当該就業者は、労働者である。

*Nethermere (St Neots) Ltd v Taverna* [1984] IRLR 240 (CA).

【事実の概要】ズボンにポケットを縫いつける作業に従事していた在宅就業者が、会社に契約を一方的に打ち切られたとして、不公正解雇の申立を行った。

【判旨】労働者性を肯定。

就業者が、自らの労働時間を決定でき、好きなときに休暇やタイム・オフを取ることができ、日々の引き受ける仕事の量を自分で決定できたという事実は、労働者性判断において考慮すべき要素であるが、これらの事実だけで労働者性は否定されない。就業者には適切な量の仕事を引き受けなければならない義務があったといえ、労働者性を肯定する原審の結論を支持する実態は存在する。

オ．零細事業者（大工・職人）

紹介する裁判例は、労働者性を肯定するものである。ただし、これらの裁判例は、就業者が、職務遂行中に怪我をし、使用者に対してその補償を求めたという事案であり、就労者を保護すべきと解すべきであるとの裁判官の政策的考慮が結論に影響を与えたとも考えられることに注意する必要がある。

*Lee Ting Sang v. Chung Chi-Keung* [1990] ICR 409 (PC).

【事実の概要】建築現場で働いていた石工が、職務遂行中に怪我をしたとして、損害賠償を求めた。

【判旨】労働者性を肯定<sup>59</sup>。

道具は使用者側から提供されていたこと、使用者から常に監督を受けるわけではないものの、仕事の計画を使用者から示され、進捗状況をチェックされていたこと、行っていた仕事に応じて、出来高払いのこともあれば、日給のこともあったこと、自分の仕事が早く終われば他の者を手伝っていたこと、他の使用者のもとでも働いていたが、本件使用者の仕事を優先していたことという認定事実からすると、当該就業者は、自己の計算で事業を行う事業主とはいえ、労働者である。

*Lane v Shire Roofing Company (Oxford) Ltd* [1995] IRLR 493 (CA)

【事実の概要】以前は、自営業として建築業を営んでいた大工が、仕事がないため、他の業者に雇われて仕事を行っていたところ、はしごから転落し負傷したため、使用者に対して損

---

<sup>59</sup> 原審は、労働者性を否定していた。

害賠償を請求した。

【判旨】労働者性を肯定<sup>60</sup>。

①「職場の安全の問題については、労働者／使用者の関係が存在する場合には、それを肯定する肯定する実際上の公益(real public interest)がある。というのも、コモン・ローや制定法が使用者側に責任を課しているからである。」「職場の安全の領域では、法が労働者と自営業者を適切に分類する十分な政策的理由が存在する。」

②労働者性を判断するに際しては、使用者による就業者への指揮命令だけではなく、当該就業者が事業主といえるかどうか（自分の事業を遂行しているのか、使用者の事業を遂行しているのか）も検討されるべきである。そして、本件では、就業者が当該仕事を遂行するうえでの全般的な安全の責任を誰が負っていたのかという観点から、それらの点が検討されるべきである

③本件就業者は、労働者と自営業者との中間に位置する者であり、使用者の指揮命令は、その必要性に応じた程度のものにすぎないが、他方、当該職務遂行が誰の事業のためであったかといえ、本件は、使用者側の事業であったということができ実質的には労働者により近い者といえることができる。

#### カ．見習い者

制定法は、雇用契約は、徒弟契約(apprenticeship)を含むと定義している。そのため、徒弟は(apprentice)は、労働者であり、制定法の保護の対象となる。

1970年代末以降、政府が関与して行われている職業訓練プログラムの受講者は、訓練生(trainee)と呼ばれ、裁判例上、労働者でも徒弟でもないとされている<sup>61</sup>。このため、訓練生は、大半の制定法の保護の対象とはならないが、安全・衛生、労働時間、差別禁止については、保護の対象とされている<sup>62</sup>。

## 第2節 労働者以外の者に対する労働法の適用可能性

大半の制定法は、以上に説明した労働者をその適用対象とする。しかし、一部の制定法は、労働者以外の就業者もその適用対象としている。ここでは、そうした制定法について説明しよう。

<sup>60</sup> 原審は、就業者が、かつて開業していた大工（屋根職人）のスペシャリストであったこと、使用者による指揮命令なく働くことができる者であったこと、継続的に仕事を与えられる保障がなかったこと、解雇に関する規定もなかったことを理由に労働者性を否定していた。

<sup>61</sup> *Daley v Allied Suppliers Ltd*[1983] IRLR 14 (EAT).

<sup>62</sup> 安全衛生については SI 1983/1919 参照。労働時間については 1998 年労働時間規則(Working Time Regulations 1998)42 条参照。差別禁止については、1975 年性差別禁止法(Sex Discrimination Act 1975)14 条、人種差別禁止法(Race Relations Act 1976)13 条、障害差別禁止法(Disability Discrimination Act 1995)4 条、68 条 1 項、2003 年雇用平等（宗教・信仰）規則(Employment Equality (Religion or Belief) Regulations)17 条、2003 年雇用平等（性的指向）規則(Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations)17 条参照。

## 1. 就労者概念

### (1) 序

最近の制定法の中には、適用対象を労働者ではなく、就労者(worker)とするものがある<sup>63</sup>。

就労者とは、①雇用契約、又は②当該個人が、専門職 (profession)や事業(business undertaking)の顧客(client or customer)とはいえない契約の相手方に対して、自分で、労働やサービスを提供する契約の当事者である<sup>64</sup>。この定義から分かるように、就労者概念は、労働者概念を含んだうえで、さらに労働者概念よりも適用対象の広い概念であり、自営業者、労働者に次ぐ第三の概念として、ドイツ法の「労働者類似の者」やイタリア法の「準従属労働者」に準える向きもある<sup>65</sup>。確かに、就労者概念は、ドイツ法やイタリア法の概念と同様に、労働者ではないが、法の適用対象として保護すべき者を適用対象とするための意義をもつ概念である。しかし、就労者概念が必要とされた背景には、ドイツ法やイタリア法とは異なるイギリス法独特のものがああり、この概念の位置づけもそうした背景を考慮した上でなされる必要がある。イギリス法の文脈において第三の概念と位置づけられる就労者概念が、イタリア法やドイツ法（ひいては日本法）から見て、同じ位置づけとなるわけではないのである。ここでは、まず、この点について説明しよう。

### (2) 就労者概念登場の背景

#### ア. 就業形態の多様化—casual worker の増加

イギリスでも、先進各国と同様に就業形態の多様化が進んでいる。そうした中であって、労働者性が問題となった就業者は、やや大雑把なスケッチではあるが、次の二つにまとめることができる<sup>66</sup>。

一つは、建築、IT、メディア、運輸・交通、保険、金融など様々な職種において、従前の典型的な就労形態と同様に特定の使用者の下で常用・フルタイムで働いているが、高度の自律性・裁量性をもった就業者である。すでに労働者概念の項で見てきたことをまとめると、このような就業形態の労働者性の判断は、次のように行われている。裁判所は、使用者が、当該就業者を指揮命令しているかどうかを検討するが、その際には、多様な要素を考慮しており、指揮命令が全く存在しないとして、労働者性を否定することはまれである。むしろ、裁判所は、事

---

<sup>63</sup> 1996年雇用権利法(Employment Rights Act 1996)、1998年最低賃金法(National Minimum Wage Act 1998)、1998年労働時間規則(Working Time Regulations 1998)、1999年雇用関係法(Employment Relations Act 1999)、2000年パートタイム就労者(不利益取扱禁止)規則(Part-Time Workers(Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations)2000。

<sup>64</sup> 1996年雇用権利法230条3項、1998年最低賃金法54条、1998年労働時間規則2条等。

<sup>65</sup> eg P Davies and M Freedland 'Employees, Workers and the Autonomy of Labour Law' in H Collins P Davies and R Rideout (eds) *Legal Regulation of the Employment Relation* (Kluwer London 2000) 267.

<sup>66</sup> TUC Extending Rights to All, TUC response to DTI Consultation on employment status (December 2002)及びレイトン教授(P Leighton)の2002年イギリス労働法学会(Industrial Law Society Annual Conference, 2002, Oxford)のペーパーを参考している。

業リスクの負担、取引の機会の有無などの経済的要素を含めた当該関係の諸要素を総合して、当該就業者が事業主であるかどうかという観点から、労働者性の判断を行っている。それゆえ、現在のイギリスの裁判例の傾向からすると、高度の自律性・裁量性を持つことが労働者性の否定に直結するわけではない。こうした就業者は、労働者と自営業者のグレーゾーンに位置する場合にはその法的地位が不明確であることは否めないだろうが、労働者ではないが労働法の適用対象とすべき者であるとして、労働法の適用対象を拡張する議論の俎上に載ることはこれまでのところあまりなかったといっていよう。

もう一つは、1980年代以降、保守党政権が行った規制緩和にも後押しされて、**casual worker** と呼ばれる当事者間の関係性の緩く断続的に仕事に従事する就業者である<sup>67 68 69</sup>。**casual worker** と使用者との間では、使用者側は、就業者側に仕事を与える義務を負わず、労働力が必要な場合にだけ就業者側に仕事の申し込みを行い、他方で、**casual worker** 側は、この仕事の申込を承諾するか拒絶するかを選択肢を与えられる、といった内容の契約上の取り決めが行われている。そして、**casual worker** には、使用者に求められて労務を遂行した場合にだけ、実際に就労した労働時間に応じて報酬が支払われる。こうした就業形態は、就業者にとっては、仕事がないあるいはフルタイム・長期の契約よりも労働時間が短いというリスクがある反面、家庭責任などを理由にフルタイム・長期の仕事につけない場合には有用である。他方で、使用者側にとっては、こうした就業形態は、フルタイム・長期の契約を結ばないことにより、必要なときに労働力が得られないというリスクを負う反面、労働力が必要でないときの余剰人員のコストがかからないため有用である。論を先取りすることになるが、イギリスでは、この **casual worker** の労働者性が否定されており、そのことが、就労者概念の登場の一つの要因となっている。この点については、項を改めて説明することにしよう。

## イ. **casual worker** の労働者性

**casual worker** の労働者性に関するリーディングケースは、*O'Kelly v. Trust House Plc* である<sup>70</sup>。

【事実の概要】 就業者は、会社に登録し、ホテルのバンケット部門でウェイトの仕事をし

<sup>67</sup> **casual worker** については、H Collins 'Employment Rights of Casual Workers' (2000) 29 *Industrial Law Journal* 73 参照。

<sup>68</sup> 保守党政権下での労働法の規制緩和及び労働市場の柔軟化については、さしあたり、S Deakin 'Labour Law and the Developing Employment Relationship in the UK' (1986) 10 *Cambridge Journal of Economics* 225-246; S Deakin and F Wilkinson 'Labour Law, Social Security, and Economic Inequality' (1991) 15 *Cambridge Journal of Economics* 125-148; S Fredman 'Labour Law in Flux: The Changing Composition of the Workforce' (1997) 26 *Industrial Law Journal* 337 参照。

<sup>69</sup> 本文後述のようにこうした断続的な働き方をする **casual worker** は労働者性が否定されるとする裁判例が出るまでは **casual worker** が就業者の独自の類型として把握されてこなかった。そのため、イギリスにおいてこうした就業者がどの程度いるかを把握する統計データはないようである。

<sup>70</sup> [1983] IRLR 371 (CA). 同事件の評釈として、P Leighton 'Employment Status and the "Casual" Workers' (1984) 13 *Industrial Law Journal* 62 がある。

ていた。会社は、必要があるときに就業者に仕事を与え、就業者は、与えられた仕事を断るのは自由であるとされていたが、就業者は、仕事を断れば、次から仕事を与えられることはないので、実際には、反復継続して仕事を引き受け、各週の労働時間は変動していたもののおおむね正社員よりも長時間であった。このような状況の下で、会社は、労働組合活動に参加した就業者を登録から削除し、仕事を与えなくなった。このため、就業者は、不公正解雇の申立を行った。

- 【判旨】① 労使審判所は、当該契約関係の特徴を、雇用契約と合致するもの、中立的なもの、矛盾するものに分けたうえで、「使用者が、就業者に仕事を与える義務を負い、就業者は、与えられた仕事を引き受ける義務を負う」という当事者相互の義務が当該関係に存在しないことが、雇用契約とは矛盾するとして、当該就業者の労働者性を否定した。
- ② 雇用控訴審判所は、労使審判所の判断は、就業者が反復継続して仕事を引き受けた当該関係全体を包摂する雇用契約が成立しているか否かに関するものであり、その限りでは正しいが、他方で、労使審判所は、引き受けた仕事についてその都度個別に成立する契約が雇用契約であるか否かの判断を行っていないと判断した。
- ③ 控訴院は、労使審判所は、当該関係全体を包摂する契約及び個別の引き受けた仕事について成立する契約の双方について検討したうえで、当該就業者は自営業者であると判断したものであるとして、労使審判所の判断を支持した。

この *O'Kelly v. Trust House Plc* 控訴院判決以降、casual worker は、「使用者が、就業者に仕事を与える義務を負い、就業者は、与えられた仕事を引き受ける」という当事者相互の義務が認められない場合にはその契約が雇用契約とはいえず、労働者ではないとされることとなった。つまり、この判決は、継続性のない一回的・単発的な労務供給契約による就業者は、労働者性が否定されるという意味において、労働者性に、継続性・相互性／一回性・単発性という新たな基準を付け加えたものと評価することができる。

それでは、裁判所は、なぜこのような判断を行ったのであろうか。この控訴院判決に影響を与えたと考えられるのは、労働者概念が基礎とする雇用契約概念に関するフリードランド(M. Freedland)の理解である。フリードランドは、1976年のモノグラフにおいて、コモン・ロー上の違法解雇の法理（予告なき使用者の一方的解雇に対する被用者の損害賠償請求を認める法理）の形成過程からコモン・ローの雇用契約観を明らかにした<sup>71</sup>。イギリスの裁判所は、当初、使用者には賃金を支払う義務以上に雇用を継続するという義務がないので、労働者が予告なき一方的な解雇を違法解雇として損害賠償を請求することはできないとしていた<sup>72</sup>。これは、当時の裁判官が雇用契約を単なる「労務と報酬」の交換という関係以上の

<sup>71</sup> M Freedland *The Contract of Employment* (Clarendon Press Oxford 1976).なお、ここでの違法解雇法理の形成に関する記述は、石田真『近代雇用契約法の形成』（日本評論社、1994年）167頁以下に多くを負っている。

<sup>72</sup> *Aspdin v Austin* (1844) 5 QB 671; *Dunn v Sayles* (1844) 5 QB 685.

継続的な関係とは見ていなかったからである<sup>73</sup>。使用者の一方的な解雇を契約違反とみなされるためには、雇用契約の中に、労働者を雇用する義務が存在することが認められなければならなかった。つまり、違法解雇の訴えは、雇用契約関係を単なる「労務と報酬」の関係としてではなく、それに加えて雇用関係を維持するという相互の義務を含んだ継続的關係と見ることによって承認されたのである<sup>74</sup>。フリードランドは、このような違法解雇法理の形成過程から、雇用契約とは、①労務と賃金の交換関係と②一定期間相互に契約を維持するという相互の義務を含んだ安定性、継続性のある関係との二重構造を本質的要素として含む契約であることを明らかにしたのである<sup>75</sup>。

労働者概念は、このように理解される雇用契約を基礎としているので、casual worker は、将来にわたって継続的に仕事を引き受ける義務を負わず、他方で、使用者も、将来にわたって就業者に仕事を与える義務を負わず、雇用契約の本質的要素である継続的關係を欠いている場合には、その契約は雇用契約とはいえないとして、その労働者性が否定されるのである。

#### ウ．労働党政権の労働政策

イギリスにおいて、労働者ではないが法の適用対象とすべき者として適用対象の拡張の議論において具体的に念頭に置かれていたのは、このような casual worker である。①casual worker は、ほとんど労働組合に加入せず、組合を通じて使用者と交渉することもできないため、概して低賃金で、劣悪な労働環境で働いている。②casual worker は、使用者と将来にわたる継続的な関係がないがゆえに労働者性を否定される。③それにもかかわらず、使用者による指揮命令を受けるし、自己の計算において事業を行う自営業者ということもできない点では労働者と異ならない。④casual worker は、法の適用対象とされるべきであり、その適用対象から外す労働者概念は不適切である。これこそが、イギリスにおける労働法の適用対象に関する議論の核心をなしていたのである。

もっとも、1980年代、90年代を通じて、保守党政権は、労働市場における規制緩和を推し進めるといふ基本姿勢から、労働法の適用対象を拡張することに対しては冷淡であり、具体的な措置を講じることはなかった。これに対し、1997年に労働党が政権につくと、その政権下で作られた新しい制定法では、労働者よりも広い適用対象概念である就労者概念が採用

<sup>73</sup> 石田・前掲注71書 168頁及び M Freedland(n71) 20 参照。

<sup>74</sup> *Emmens v Elderton* 13 CB 495 (HL).

<sup>75</sup> M Freedland (n 71) 21 は次のように述べる。「雇用契約の場合、労務と報酬が交換される。この契約には、こうした単純な交換以上のものが存在する。というのも、労働者は、労務を遂行できるように準備しておく義務を負っているし、他方で、使用者は、労働者が報酬を得ることができるようにする義務を負っているからである。しかしながら、これらの約束のそれぞれが、相手方が対となる約束をする用意や意思を条件としている。それゆえ、この契約は、二重構造である。第一のレベルにおいて、労務と報酬との交換が存在する。第二のレベルにおいて、将来の履行という相互の約束の交換が存在する。第二のレベル—雇用する約束と雇用される約束—は、当該取り決めに、契約としての安定性と継続性を与える。この雇用する約束及び雇用される約束は、短期間の約束ということもありうるし、短期間の予告で終了することもある。しかし、これらの約束は、なお、当該契約に不可欠で、最も重要な部分を構成する。これらの約束は、いかなるいわゆる雇用契約にも備わっている雇用関係を維持するという相互の引受 (undertaking) である。」

され、casual worker は、新たに制定された最低賃金や労働時間に関する法の適用対象とされ、法による最低条件の保護を与えられることとなる。

ところで、就労者概念が採用されたのは、保護すべき者に保護を与えるという理由だけによるものではない。イギリスでは、労働法が、就業者を保護することを目的とするものと捉えるのではなく、競争力強化に取り組むための手段と捉えられている。この点は、白書『職場における公正』の次の一節に垣間見ることができる<sup>76</sup>。

「個別的な労働法上の権利は、政府が、競争力強化(competitiveness)及び労働市場に取り組むうえで重要である。各人を公正に処遇することは、参加(commitment)や競争力を高める。競争力強化にとって極めて重要な柔軟性(flexibility)や適応性(adaptability)は、基本的な最低基準によって下支えされる必要がある。しかし、現行の個別的な労働法上の権利は、現代の職場の世界を全て反映しているわけではない。それゆえ、政府は、個別的な労働法上の権利について、再検討を行ってきたし、一部については、すでに措置を講じてきた。」

casual worker は、使用者にとって労働力の量的柔軟性を与え、企業の競争力を高める有益な就労形態である。他方で、長期・フルタイムの仕事に就けない事情のある就業者にとっても、このような就業形態には、メリットがある。しかし、このような就業形態の労働条件、労働環境が悪ければ、こうした就業者は、casual worker となって労働市場に参入することはない。就業者が、casual worker となることを促すためには、就業者が公正に処遇されるよう労働市場の基盤を整備することが必要である。就業者概念を採用し、casual worker を法の適用対象とすることは、このような論理の下に、競争力強化を実現するためにも必要なことであった。このような理解は、現在でも、政府が、「完全雇用、及び生産性が高く、業績のよい職場を目指して努力し」、「現在の労働法上の権利の適用範囲に関する枠組みが、労働市場への参加、とりわけ柔軟な(flexible)就業形態への参加を促進するものであるか、広範で多様な就業の機会を促進するものであるか」という点から、労働法の適用対象に関する法的枠組みの再検討を行う文書を公表していることから確認できる<sup>77</sup>。

### (3) 就労者概念の意義

政府は、就労者概念が、労働者概念との関係で二つの意義をもつものと考えていた<sup>78</sup>。

一つは、対象範囲を、雇用契約に基づいて働く労働者に加えて、雇用契約でなくとも自分で労務を供給することを内容とする契約に基づいて働く就業者にまで拡張することである。ただし、就労者概念は、自分で労務を供給することを内容とする契約に基づいて働く就業者が、自己の計算に基づいて事業を行う真正自営業者(genuine self-employment)である場合を含

<sup>76</sup> DTI *Fairness at Work* (Cm 3968, 1998), para 3.1.

<sup>77</sup> DTI Discussion document on employment status in relation to statutory employment rights (July 2002), 5.

<sup>78</sup> 1998年最低賃金法の制定時における下院委員会での審議における担当大臣の答弁を参照した。See Ian McCartney, The Minister of State, Department of Trade and Industry, Hansard HC Standing Committee E, 12 February 1998.

まない。このような理解は、就労者概念に関するリーディングケースである *Byrne Brothers (Formwork) Ltd v Baird* においても確認することができる<sup>79</sup>。

【事実の概要】労働時間規則（休暇手当の請求）の適用を巡り、casual worker の形式を取っていた建築現場の作業従事者の就労者性が争われた。

【判旨】就労者性を肯定。

- ① 就労者概念は、自分で仕事や労務を遂行する契約の当事者である就業者にまで適用対象を拡張するものである。ただし、契約の相手方が、個人によって遂行される事業(profession or business undertaking)の顧客(customer or client)の場合には除外される。
- ② 事業(business undertaking)を行う者とはいかなる者かについて条文上解釈の手がかりがない。労働者に法の保護が必要な理由は、使用者の命令に服従し、経済的に従属した立場にあるからである。そして、就業者概念の目的は、実質的に、経済的に見て労働者と同じ立場にある就業者に同様の保護を拡張し、労働者と事業(business)を行う者との間に第三のカテゴリー(intermediate class)を作ることにある。
- ③ 就労者概念の判断の際に適用される基準は、労働者性判断の際に適用される基準と基本的には同じであり、契約条項に基づいて判断されるのも同じである。例えば、コントロールの程度、従事の専属性、期間、報酬の算定方法、器具の所有関係、危険負担の程度などである。違いは、就労者概念の判断の場合の方が、労働者性判断の場合よりも法の適用対象者になるように判断されることである。
- ④ 本件就業者は、ひとつの現場で専属的に、会社の指示に従って、時間に基づいて働いており、就労者と判断した原審の判断に誤りはない。

もう一つは、立証責任の転換である。労働者概念については、制定法の適用を求める就業者側が、自己が労働者に該当することを立証せねばならなかった。これに対し、就労者概念では、①就業者が、自ら労働を提供することを内容とする契約の当事者であることを立証すると、就労者に当たることが一応推定され、②使用者側が、当該就業者は真正の自営業者であることを立証して、推定を覆さないかぎり、当該就業者は制定法の適用対象となる。政府は、このように使用者側に立証責任を課すことにより、使用者側が、就業者を自営業者に偽装し、法の適用を回避することを防ごうとしたのである。

## 2. その他の概念

安全衛生、差別禁止に関する法の適用対象は、それが人権にかかわるものであるだけに、広く設定されている<sup>80</sup>。

差別禁止法は、「雇用 (employment)」に適用されるが、ここでの雇用とは、雇用契約又

<sup>79</sup> [2002] IRLR 96 (EAT) (Mr Recorder Underhill QC) .

<sup>80</sup> 2005年9月22日ロンドン大学 H. Collins 教授へのインタビューでの、同教授の発言による。

は自分で労務を遂行する契約に基づく雇用とされている<sup>81</sup>。つまり、自分で労務を提供する者は、差別禁止法の対象となる。

また、1974年労働安全衛生法は、使用者が、合理的に実行可能な範囲でその全ての労働者の職場での健康、安全、福利を保証する義務を負うことを定めるが<sup>82</sup>、これとは、別に、合理的に実行可能な範囲で、その事業によって影響を受ける雇用関係にない者(persons not in his employment)の健康・安全に危険が及ばないように、その事業を遂行する義務も負うことを定めている<sup>83</sup>。

### 第3節 分析

以上、イギリスの労働法の適用対象について見てきた。最後に、その概要についてまとめるとともに、その特徴について分析を行う。

#### 1. 労働者概念について

##### (1) 概念の内容と判断基準

イギリスの大半の制定法がその適用対象として用いる労働者概念は、①賃金その他の報酬と引き換えに自分自身の労務を提供することに合意していること、②使用者の指揮命令に服していること、③①②以外の契約条項が、雇用契約であることと矛盾しないものであること、という三点を内容としている。

裁判所は、上記三点を念頭におき、①使用者によって行使される指揮命令の程度（労働時間、労働場所、仕事の遂行方法等について）、②就業者が自分で労務を提供する義務があるか、③賃金の支払方法、④道具、設備、器具の供与、⑤税、社会保険の取扱い、⑥他の使用者の元でも働くことができるか（専属性）、⑦休日手当、疾病手当等その他の契約条項の定め、⑧経済的負担(financial risk)の程度、投資や経営に関する責任の程度などを総合的に考慮しつつ、使用者による指揮命令の有無・程度の観点、当該就業者が自己の計算において事業を行う者といえるかという事業主性の観点から、労働者性の判断を行っている。

裁判例の判断を見る限り、労働者性を「肯定」することとなる決定的な要素を確認することはできない。他方で、自分で労務を提供しないこと、使用者の指揮命令の不存在、就業者の事業主性の肯定、といった評価は、労働者性の「否定」につながる。

<sup>81</sup> 1970年平等賃金法(Equal Pay Act 1970)1条6項(a)、1975年性差別禁止法82条、1976年人種差別禁止法78条、1995年障害差別禁止法68条1項、2003年雇用平等（宗教・信仰）規則2条、2003年雇用平等（性的指向）規則2条。

<sup>82</sup> 1974年労働安全衛生法(Health and Safety at Work etc Act 1974)2条1項。

<sup>83</sup> 1974年労働安全衛生法3条。

## (2) イギリス法の特徴

### ア. 概念形成の経路依存性

上記の労働者性判断における考慮要素は、日本法や大陸法とさほど変わらないようにも見える。しかし、イギリス法と日本法や大陸法とでは、概念形成の背景が異なるといわざるをえない。イギリスの労働者概念は、労働法以外の法領域で形成されたものを引き継いだものであり、その形成過程においては、「(人的)従属性」という考え方が影響を及ぼしていたとは考えにくい。使用者による指揮命令という観点から労働者性の判断を行うという発想は、代位責任法の文脈において現れたものであり、当該就業者が自己の計算で事業を行うという観点から労働者性の判断を行うという発想は、社会保障法、税法の文脈において現れたものとみることができる。

### イ. 労働者性判断における経済的要素の位置づけ—イギリス・モデル

イギリス法の労働者性判断の特徴は、以上の概念形成の経緯もあり、経済的要素(事業主性)を考慮するウェイトが高いという点にあると考えられる。大陸法、例えばドイツ法では、人的従属性(時間・場所・内容に対する指揮命令拘束性)を労働者性判断の決定的メルクマールとしていた。また、日本法では、労働基準法研究会報告を例にとれば、事業者性といった経済的要素は、あくまで、労働者性判断が困難な場合に考慮に入れられる「従たる」要素にすぎないといえることができる。これらに対し、イギリス法では、労働者性の判断において、経済的要素に使用者に対する指揮命令と同程度のウェイトが置かれていると見ることができる。すなわち、裁判所は、就業者が使用者の指揮命令を受けているかという観点から労働者性の検討を行うとともに、当該就業者が経済的に独立した事業主といえるかという観点からも労働者性の検討を行っている。これをやや図式的に説明するならば、イギリス法からは、指揮命令性 100%、事業主(経済的独立性)性 0%の「労働者」と指揮命令性 0%、事業主性 100%の「自営業者(事業主)」を対置させ、当該就業者がどちらに近いかを諸要素から総合的に判断するという、労働者性判断のモデル(イギリス・モデル)を抽出することができよう。

### ウ. イギリス・モデルの評価

それでは、以上の特徴をもつイギリスの労働者概念、労働者性判断は、判断の明確性や対象範囲の適切性という観点からみて、どのように評価することができるであろうか。

#### (ア) 判断の明確性について

イギリスの労働者性判断は、多様な要素の総合的な判断という性格上、その判断の明確性、予測可能性が確保されていると評価することはできない。学説においても、従前の裁判例において考慮されてきた労働者性判断の諸要素を裁判例とともに列挙するという程度でしか、労働者性判断の明確性に資する作業は行われていない。これには、労働者性の判断は、原則として事実問題であり、第1審である雇用審判所の判断が尊重されるため、上訴審が法的ルールに基づいて判断の統一を図る機会が限られているという事情も関係していると考えられる。

もっとも、裁判例が当該関係の客観的事実からは労働者性判断が困難な限界事例において

は、就業者の法的地位を定める当事者意思が重要な意味をもつとしていることは、当事者意思が限界事例において労働者性判断の明確化に寄与する可能性を示唆する点において、注目される。

#### (イ) 対象範囲の適切性について

イギリスでも、現行の労働者概念には当てはまらないが、労働法の適用を及ぼすべきであるとして議論の対象となっている就業者が存在する。もっとも、イギリスの労働者概念が、「人的従属性」を中核とする概念ではないこともあり、イギリスにおいて議論の対象となっている就業者は、大陸法におけるそれとは合致していない。

イギリスにおいて議論の対象になっているのは、使用者による指揮命令を受けており、自己の計算において事業を行う事業主ともいえないが、労働者ではないとされる *casual worker* である。イギリスの労働者概念は、大陸法のそれが含むと考えられるこのような就業者を含まない点においては、明らかに大陸法のそれよりも狭いものと評価することができる。

他方で、イギリスの裁判例を見ると、大陸法の労働者概念から外れる就業者は、イギリス法の労働者概念にも当てはまらないという結論になることも多いように思われる。しかし、イギリスでは、このような就業者については、自分の計算で事業を行う事業主か否かという観点から労働者性が否定されているだけに、経済的に独立した者に対して労働法の適用対象とすべきであるという議論はなされにくいように思われる。

## 2. 労働者以外の就業者への労働法の適用

### (1) 概念の拡張

一部の制定法は、労働者以外の就業者も適用対象としている。

第1に、差別禁止については、労働者でなくとも、自分で労務提供を行う契約をした就業者を適用対象とする。

第2に、安全衛生法については、使用者が、労働者ではない就業者に対しても、一定の健康・安全上の義務を負うこととなっている。

第3に、労働時間（休暇を含む。）、最低賃金については、労働者に加えて一定の就業者を適用対象とする就業者概念を採用する。

他方で、労働者性に関する裁判例でも、零細事業主が、労務遂行過程において負傷し、使用者に対して損害賠償を請求するという事案では、労働者概念を実質的に拡張していると思われるものが存在する。

### (2) 就業者概念の評価

#### ア. 就業者概念の位置づけ

イギリスでは、使用者が将来にわたって就業者に仕事を与える義務を負わず、就業者も仕事を引き受ける義務のない、といった関係にある *casual worker* は、使用者による指揮命令を受

けていて、自己の計算において事業を行う事業主ともいえないにもかかわらず、労働者ではないとされている。労働者概念が基礎とする雇用契約概念が、雇用関係を維持するという相互の義務を含んだ継続的關係であると理解されているがゆえに、そうした関係にない **casual worker** は、労働者ではないとされるのである。こうした、**casual worker** は、他の多くの国では、本来的な労働法の適用対象である労働者概念に含まれると考えられる。つまり、イギリスの労働者概念は、**casual worker** を含まない点において、他国の労働者概念よりも狭いといえることができる。そして、労働時間、最低賃金をはじめとする近年になって作られた制定法が、適用対象として労働者概念ではなく、就労者概念を採用した目的は、主として、このような、**casual worker** を法の適用対象をすることにあつた。

以上を踏まえると、確かに、就労者概念は、イギリス法の文脈においては、本来的適用対象である労働者概念よりも法の適用対象を拡張する概念と位置づけることができる。しかし、この動向を他の国との比較の観点からみると、就労者概念は、もともと他国と比較して狭い概念であつた労働者概念から、他国の本来的労働法の適用対象概念に相当する範囲へと法の適用対象を拡張したにすぎないということになる。

#### イ. 就労者概念の可能性

以上のように、比較法の観点からは、イギリスの就労者概念を、労働法の適用対象を拡張するものと位置づけ、参考にするのは適切ではない。それでも、次の二点において、就労者概念には、なお、参考になるべき点があると考えられる。

##### (ア) 適用対象の不明確性に対する対処の可能性－立証責任の転換

前述のように労働者性の判断は、その判断の明確性、予測可能性が確保されているとはいえない。これに対して、立法過程において、就労者概念の意義の一つとして、立証責任の転換があると説明されていた。就労者概念では、①就業者側が、自ら労務を提供することを内容とする契約の当事者であることを立証すると、②使用者側が、当該就業者は真正の自営業者であることを立証しない限り、当該就業者は制定法の適用対象となるのである。これは、法の適用対象者の画定が困難であることを前提に、その困難による不利益を就業者側ではなく、使用者側に負わせるものと位置づけることができる。労働法の適用対象者の判断の明確性を確保する解決策とまではいえないが、一つの対処法として参考にはなるだろう。

##### (イ) 適用対象の拡張に対する新たな論拠の提供可能性

前述のように、就労者概念による労働法の適用対象の拡張は、イギリスの文脈特有の拡張である。もっとも、拡張を正当化する論拠、その論理は、比較法的観点から見ても、労働法の適用対象の拡張を議論する上で参考になるものである。

大陸法や日本法では、労働法の役割は、「従属労働」に対して「保護」を与えることと考えられている。そのため、適用対象の拡張は、①人的従属性を中核とする労働者概念から外れる一定の就業者に対して、②労働者との何らかの類似性を認め、③労働者に認められる保護を拡張するという論理をたどる。

イギリスの就労者概念の採用の動向も、同じような論理で、説明することはできる。もっとも、他方で、立法過程での議論やイギリス政府の政府文書からは、異なる視点からの労働法の適用対象の拡張の説明を抽出することができる。イギリスでは、労働法の役割を、必ずしも、就業者を保護することのみと捉えるのではなく、企業の競争力を高めるとともに、労働市場メカニズムを機能させるものとしても捉えている。このことと関連して、適用対象の拡張は、従来労働法の適用対象とされてきた労働者概念に含まれないが企業の競争力を高める就業形態を有用なものと評価し、その就業形態に就業者を呼び込むために公正な条件整備を行うことを目的としているととらえることができる。つまり、労働法の適用対象の拡張は、有用な就業形態に多くの者が参入し、企業の競争力を高めるために、労働市場に参入しやすく基盤を整備するための手段の一つとして、労働政策の観点から正当化が図られているのである。このように労働法の役割に対する見方を一変させた労働法の適用対象の議論は、従属性にとらわれた議論とは異なる新たな観点からの議論の可能性を示すものと言うことができるだろう。

\* 本章第1節労働者概念、1. 労働者概念の形成における記述は、岩永昌晃「イギリスにおける労働法の適用対象者（一）」法学論叢 157 卷 5 号（2005 年）59 頁～67 頁を加筆・修正したものである。

別表 労働者と就労者が享受する制定法上の権利

制定法上の権利	労働者	就労者
労働条件記述書	○	
賃金明細書	○	
違法な賃金控除からの保護		○
保障手当	○	
日曜営業及び日曜の賭博業務に関する保護	○	
保護対象となる情報開示への保護		○
権利行使を理由とする不利益取扱いからの保護—安全衛生事項；日曜労働；職域年金制度の受託者；労働者代表；勉学及び訓練のためのタイム・オフ；家族及び家庭の理由による休暇；労働組合への加入；欧州従業員代表	○	
権利行使を理由とする不利益取扱いからの保護—労働時間事項；保護される情報開示；全国最低賃金；パートタイム労働；同伴者を求める権利		○
公務遂行のためのタイム・オフ	○	
剰員整理の場合の求職又は訓練の準備のためのタイム・オフ	○	
産前ケアのためのタイム・オフ	○	
被扶養者のためのタイム・オフ	○	
年金受託者のためのタイム・オフ	○	
労働者代表のためのタイム・オフ	○	
若年者の勉学又は訓練のためのタイム・オフ	○	
欧州従業員代表の委員のためのタイム・オフ	○	
傷病休職手当	○	
母性に関する理由による休職	○	
通常母性休暇	○	
付加的母性休暇	○	
育児休暇	○	
予告の権利	○	
解雇理由を記載した書面	○	
不公正に解雇されない(剰員整理の対象に選択されない)権利	○	
剰員整理手当の権利	○	
支払不能手当の権利	○	
企業譲渡の際の既得権保護	○	
同伴者を求める権利		○
集団的解雇に関して代表を通じて情報を提供され諮問を受ける権利	○	
全国最低賃金の権利		○
休憩時間、年次有給休暇及び週労働時間の上限に関する権利		○
パートタイムの就労者が比較可能なフルタイムの就労者よりも不利に取扱われない権利		○
労働組合に加入し、又は加入しない権利	○	
労働組合の義務の遂行のためのタイム・オフ	○	
労働組合の活動のためのタイム・オフ	○	
不当な組合費のチェック・オフをされない権利		○
父性休暇の権利	○	
養子休暇の権利	○	
追加的な母性休暇の権利	○	
紛争処理手続に関する権利	○	
労働組合役員の訓練のためのタイム・オフ	○	
有期契約の労働者が無期雇用の比較可能な労働者よりも不利に取扱われない権利	○	
幼児を養育する親が柔軟な労働を請求する権利	○	

※ ○は制定法上の権利の享受を意味する。

出所：労働政策研究・研修機構『「労働者」の法的概念：7ヶ国の比較法的考察（労働政策研究報告書 No. 18）』（2005年）、63-64頁。

原出所：DTI Discussion document on employment status in relation to statutory employment rights (July 2002) 15-16.

## 第5章 オーストラリア

### はじめに

オーストラリアにおいても、他の国々におけるのと同様、労働者の概念をどのように定義するかは重要な法的問題である。このことは、現在の判例における労働者か否かを判断する基準が必ずしも明確なものではないことによることももちろんであるが、現在の基準の下では、相当程度の就業者が各種の保護を享受できない可能性があることへの懸念によるところが大きい<sup>2</sup>。このような規制の回避は、雇用契約と判断されないように契約内容を操作することなどにより行われている<sup>3</sup>。

更に、オーストラリアにおいては、近年、経済・産業構造が変化する中で、従来労働者に行われてきた業務を独立契約者（independent contractor）に担わせる（外注化する）傾向が顕著になっており、各種の保護から抜け落ちてしまうという上記の懸念はより一層強いものとなっている<sup>4</sup>。すなわち、ある調査<sup>5</sup>によれば、過去20年間に、自営業者（self-employed contractor）は約15%増加し、1998年時点で、自営業者が全就業者に占める割合は10%を超えている（10.1%、約84万人）ことが明らかにされている。更に、これらの自営業者のうち、約4分の1（約21万5000人）は、その実態が労働者に類似する従属的自営業者であるとされており、全就業者の2.6%に相当するとされている。

以下、まず、オーストラリアにおいて、労働者に該当する（ある2当事者間に存在する契約が雇用契約である）と判断されることにより生じる権利及び義務について紹介する。次いで、判例における労働者性の判断基準について検討するとともに、判例の労働者性の判断基準を巡る学説の議論について触れる。その上で、職業類型別・労働条件別の判断傾向について分析する。最後に、労働者には当たらない独立契約者等に対して（も）適用される制定法上の保護について紹介し、オーストラリアにおける、労働者性が明確ではない就業者に対する法的アプローチについて検討することとする。

---

<sup>1</sup> なお、オーストラリアでは、労働者性の有無は、ある2当事者間に雇用契約関係が存在するか否かという問題（これには、2当事者間にそもそも契約関係が存在するか等の問題も含まれる）の一つとして議論がなされている。それゆえ、以下の記述においても、労働者性の有無という表現のほか、（2当事者間の契約が）雇用契約に該当するか否かという表現を用いることがある。

<sup>2</sup> Andrew Stewart, 'Redefining Employment? Meeting the Challenge of Contract and Agency Labour' (2002) 15 *Australian Journal of Labour Law* 1, 8-15. なお、この点については、本章第4節も参照。

<sup>3</sup> この点については、更に、本章第2節4を参照。このほか、本報告書で検討対象としている労働者概念の問題とは異なる問題であるが、業務の発注者と当該業務の遂行を約する者との間に、別の法人（業務を遂行する者が形式的に設立する会社など）を介在させることにより、業務の発注者が規制を免れるといったことなどが問題視されている。Andrew Stewart, above n 2, 45-70.（オーストラリアでは、注1で指摘したとおり、2当事者間に雇用契約が存在するか否かという問題の一類型として労働者性の問題が論じられていることとの関係で、このような問題も労働者概念の問題と併せて論じられている。）

<sup>4</sup> Andrew Stewart, above n 2, 8-9; Karen Wheelwright, *Labour Law* (2<sup>nd</sup> ed, 2003) 33.

<sup>5</sup> Matthew Waite and Lou Will, *Self-employed contractors in Australia: Incidence and Characteristics* (2001).

## 第1節 労働者に生じる権利及び義務

コモン・ロー上、ある2当事者間の契約関係が雇用契約である（一方当事者が労働者である）と判断された場合には、第1に、雇用契約上の黙示の義務が生じることとなる。例えば、労働者の側では、使用者の合法かつ合理的な命令に従う義務、忠実義務、秘密保持義務などが、使用者の側では、労働者の健康・安全に配慮する義務などが生じる<sup>6</sup> 7。

第2に、各種の制定法は、その権利・義務の対象を雇用契約の当事者に限定しており、雇用契約の当事者たる使用者・労働者にのみ、それらの制定法が定める権利・義務が生じることとなる。例えば、連邦の制定法である1996年職場関係法（Workplace Relations Act 1996 (Cth)）に基づく裁定制度を利用することができるのは労働者のみであり、また、同法の不公正解雇に関する規定の保護を受けうるのも、労働者のみである。各州の制定法で定められている長期勤続休暇、年次有給休暇、病気休暇などの休暇についての権利も、一般的には労働者のみが享受しうるものとされている。更に、各種の租税・老齢年金の保険料の源泉徴収が義務づけられるのも、雇用契約の当事者たる労働者に限られる。

制定法の中には、労働者の定義を定めた規定を有するものもあるが、そのような場合でも（当該制定法が独自にその適用対象を拡張する部分を別として）、その実質的な定義は、コモン・ロー上のそれであるとされている。例えば、1996年職場関係法5条1項は、労働者（employee）を、「.....使用者に雇用され又は通常雇用されている個人（an individual so far as he or she is employed, or usually employed, ..... by an employer）」と循環論法的に定義するにすぎず、実質的判断は、コモン・ロー上の雇用契約の一方当事者に該当するか否かにより決定されるべきとされている。制定法上定義を欠く場合も、同様にコモン・ロー上の定義に立ち戻って判断がなされるというのが判例の立場である。それゆえ、オーストラリアにおいてはコモン・ロー上労働者に該当するか否かの判断が重要となる。このように、オーストラリアでは、制定法が独自に拡張した定義に該当する場合を別として、労働者に該当するか否かの判断は、コモン・ロー及び各種の制定法を通じて統一的に行われている状況にある。

## 第2節 判例における労働者性の判断基準

### 1. コントロール・テスト（control test）

コモン・ロー上の雇用契約に該当するか否かを判断する方法として、裁判所がまず採用したのは、契約の一方当事者の労務遂行について、他方当事者が有する、指揮命令の性質・程

<sup>6</sup> Karen Wheelwright, above n 4, 65, 66-95; James J. Macken et al, *The law of employment* (5<sup>th</sup> ed, 2002) 101-156.

<sup>7</sup> もっとも、コモン・ローは、雇用契約の存否に依拠することなく、これらの義務の有無を判断していると指摘する文献もある。Adrian Brooks, 'Myth and Muddle – An Examination of Contracts for the Performance of Work' (1988) 11 University of New South Wales Law Journal 48.

度という要素に着目するという判断方法（コントロール・テスト（control test））である。代表的裁判例である *Performing Right Society Ltd v Mitchell & Booker (Palais de Danse) Ltd* 事件<sup>8</sup>は、ダンスホール占有者及び当該占有者と契約を締結して音楽を演奏していたバンド演奏者と間に雇用契約関係が存在するか否かが争われた裁判例である。裁判所は、労働者と主張する者に対する「詳細な指揮命令の性質・程度（nature and degree of detailed control）」が、（考慮されるべき諸要素の一つではあるが）非常に重要な（vital importance）要素である、と判示している。指揮命令を及ぼす具体的対象事項としては、いつ（when）、どこで（where）、いかなる（what）労務を、どのように（how）なすべきか、といったことが挙げられるが、裁判例において最も注目されるのは、労務の遂行方法（the manner of performance of work）についての指揮命令である<sup>9</sup>。

このような指揮命令の性質・程度を重要な判断要素とする判断方法は、単純労働に従事する家事使用人と雇主（master and servant）との雇用関係を主として想定していた状況の下ではよく機能した。しかし、時代が進み、労働者がより専門的な技能に基づいて労務を遂行するようになると、使用者としては労務遂行について労働者の広範な裁量を認めざるを得なくなり、どのような場合に指揮命令が及んでいるといえるかが問題とされるようになった。

このような状況に直面してオーストラリアの判例が採用したのは、現実の指揮命令の程度に着目するのではなく、法的な権利として、一方当事者が他方当事者の労務遂行について指揮命令を行うことができるかとされているか否かに着目するという判断手法である。この立場を明らかにした重要な裁判例が、*Zuijs v Wirth Brothers Pty Ltd* 事件<sup>10</sup>である。

*Zuijs* 事件は、空中ブランコ芸に従事していたサーカス団員が、上演の途中空中ブランコから墜落し負傷したことについて、New South Wales 州の労災補償法に基づき、サーカスの経営者から救済を受けることができるか否かの前提として、同法に定める労働者に該当するか否か（すなわち、コモン・ロー上の雇用契約の下にある者か否か）が争われた事案である。オーストラリア連邦最高裁判所は、指揮命令の有無について検討するに当たり、以下のように判示した。

「遂行されるべき義務は特殊な技能・知識に依存しているかもしれないし、非常に明確に特定されているかもしれないし、あるいは、労働者が自らの責任で行為を行う必要性が非常に明らかであって、詳細な指示・命令を行う余地がないかもしれない。しかし、それは重要な

<sup>8</sup> (1924) 1 KB 762. ダンスホールの占有者（occupier）に対して、当該占有者と契約を締結して音楽を演奏していたバンドが著作権者の許諾を得ず行った演奏について、損害賠償及び差止めを求めた事案。占有者の責任の有無の判断の前提として占有者とバンドの間に雇用契約が存在するか否かが争われた。本件はイギリスの判例であるが、同国の法を継受したオーストラリアにおいても先例として引用されているものである（以下、都度触れないが、本章で参照されているイギリスの判例は、オーストラリアでも先例として位置づけられてきたものである。）。

<sup>9</sup> 例えば、*Yewens v Noakes* (1880) 6 QBD 530, 532-533（イギリスの判例）では、「労働者（servant）とは、労務遂行の方法について使用者（master）の指示に服する者をいう」と判示されている。

<sup>10</sup> (1955) 93 CLR 561.

ことではない。重要なのは、指揮命令を行う余地がある限り、それを行う法的な権利があるか否かということである（What matters is lawful authority to command so far as there is scope for it.）。そして、副次的または付随的な事項であっても、常にそのような余地はあるはずである。」<sup>11</sup>

この判示によりオーストラリア連邦最高裁判所は、労務遂行に関して現実にかなる程度の指揮命令を行っているかではなく、法的な権利としてどのような指揮命令をなしうることとされていたかが重要であるとの立場に立つことを明らかにした。事案の判断としても、具体的な労務遂行の方法（サーカスの演技）については指揮命令しえないとしても、演技を行う場所、安全確保のため遵守すべき行動、練習の回数・時間・方法、演技時のコスチューム、更衣の場所、観客の面前あるいはその他の場所での振舞いといった事項については指揮命令が必要であることを指摘して、労働者ではないと判断した New South Wales 州労災補償委員会の判断及び同州最高裁判所の判断を取り消し、労災補償委員会に対して事実を更に審理して判断をやり直すよう命じている。

## 2. マルチファクター・テスト (multi-factor test)

Zuijs 事件以降、オーストラリアでは、労働者性の判断において、現実的な指揮命令の程度ではなく、法的な権利としてどの程度指揮命令をなしうるかを重要な判断要素として取扱う立場が取られてきた。そして、今日の判例は、この指揮命令の程度を重要な判断要素としつつ、更に、他の諸要素をも含めて、「当該関係の全体」(the totality of the relationship of the parties) を考慮して判断するという判断方法（マルチファクター・テスト (multi-factor test) と呼ばれることがある。）を採用するに至っている。この判断手法を取ることを明らかにした判例が、Stevens v Brodribb Sawmilling Co Pty Ltd 事件<sup>12</sup>である。

Stevens 事件は、製材業を営む会社の下で木材の収集・運搬に従事していた収集人（自己のトラクターを用いて業務に従事していた。）が、トラックに木材を積み込む際、過失によりトラック運転手（自己のトラックを用いて木材運搬業務に従事していた。）に怪我を負わせたことについて、トラック運転手が、収集人及び製材会社に対し損害賠償を請求した事案である。

Victoria 州最高裁判所は、①収集人は製材会社の労働者ではないので、会社は収集人による不法行為の代位責任 (vicarious liability) を負わない、②トラック運転手も製材会社の労働者ではなく、会社は、使用者が労働者に対して負う配慮義務 (duty of care) 違反に基づく直接責任も負わない、と判断していた。

この判断に対して上訴がなされたが、オーストラリア連邦最高裁判所は、Victoria 州最高

---

<sup>11</sup> (1955) 93 CLR 561, 571.

<sup>12</sup> (1986) 160 CLR 16.

裁判所の判断を支持して上訴を棄却した。この判断に当たり、連邦最高裁判所は *Zuijs* 事件判決を引用して、法的な権利としての指揮命令の程度が重要な判断要素であることを指摘した上で以下のとおり判示した。

「しかしながら、指揮命令の程度は、重要ではあるが、当該関係が雇用関係であるか否かを判断する唯一の判断要素ではない。当裁判所のアプローチは、指揮命令の程度を、当該問題について判断を下すために考慮されなければならない種々の要素の一つとして取扱うというものである……。他の関係する要素としては、必ずしも網羅的なものではないが、報酬の形態、器具の提供・維持、労務を提供する義務の有無、労務提供の時間、休日の定め、所得税の控除、労務の委託の可否などが挙げられる。」<sup>13</sup>

「指揮命令の程度は、唯一の関連する要素とされるべきではない。考慮されなければならないのはむしろ、当該当事者の関係の全体 (*the totality of the relationship of the parties*) である。」<sup>14</sup>

以上のように、指揮命令の程度を重要な要素とすること自体は維持しつつも、それを唯一の要素とはせず、上記のような他の諸要素についても考慮して、すなわち総合的に検討した上で判断を下すとの立場を明らかにしている。その上で事案の判断として、本件における収集人・トラック運転手はそれぞれ労務の遂行に必要な器具（トラクター・トラック）を所有・維持していたこと、自ら業務を行なう時間を設定し、一定額の給与・賃金の形態ではなく、トラクター・トラックを用いて製材所に運搬した木材の量に従って決定される額で報酬の支払いを受けていたこと、会社の現場監督の権限は、木材の集積場所を決定したり、伐採すべき木材を選別したり、生産される木材の量・質を監視したり、天候が悪い場合に作業を行うか否かを決定するなどの、森林内における活動を組織化する点に限られていた点に照らして、当該区画の長は、収集人・トラック運転手がトラクター・トラックを用いて木材を製材所に運搬するという労務について指揮命令する権利を有していたとはいえないこと、労務遂行を他人に委ねることも可能とされていたこと、の諸点に照らして、収集人・トラック運転手は、いずれも労働者には該当しないと判断した。

その後の裁判例においては、種々の要素を考慮する中において、指揮命令の程度を、必ずしも重要な判断要素とは位置づけない（他の要素と同じ程度の重要性を有することとどまる）とする裁判例<sup>15</sup>も存在している。もっとも、現在、連邦最高裁はこのような見解を否定し、*Stevens* 事件判決が示しているように、指揮命令の程度を重要な判断要素と位置づけた上で、

---

<sup>13</sup> (1986) 160 CLR 16, 24.

<sup>14</sup> (1986) 160 CLR 16, 29.

<sup>15</sup> *Vabu v Federal Commissioner of Taxation* (1996) 33 ATR 537.

他の諸要素をも含めて総合的に勘案して判断するという立場を示している（*Horris v Vabu Pty Limited* 事件<sup>16</sup>）。

### 3. 組織的編入・経済的実態の位置づけ

上記2. で述べたように、(法的な権利としての) 指揮命令の程度を重要な要素としつつ、他の諸要素を総合的に勘案するというのがオーストラリアにおける労働者性の判断方法である。これに対して、下級審レベルでは、使用者の組織への統合の程度（使用者のために業務を遂行しているか、あるいは、自らのために業務を遂行しているか）に着目する裁判例や、労働者と主張する者の経済的実態（経済的に従属的な状態に置かれているか否か）に着目して判断を行う裁判例も存在する。

例えば、*Australian Timber Workers Union v Monaro Sawmills Pty Ltd* 事件<sup>17</sup>は、林業（伐採）従事者が、裁定の定める年次有給休暇に代わる給付を受けることができるか否かについての判断の前提として、当該裁定が適用される対象者である労働者に該当するか否かが争われた事案であるが、連邦裁判所は、現実の指揮命令及び指揮命令する権利があると指摘しつつも、他に請負契約とうかがわせる事情がある下では、決定的な判断要素ではないと述べた上で、本件においては林業従事者が自らの事業を遂行していたとはいえず、会社組織の一部分（*part and parcel*）として業務を遂行していたことを指摘して、労働者であると判断している。

また、法廷通訳が法廷に入る際に背中を負傷したことについて、労災補償法に基づき休業補償等を求めうるか否かが争われた *Sgobino v State of South Australia* 事件<sup>18</sup>では、使用者に、(一方の当事者に偏った通訳をするなど) 通訳者が不適切な態様で業務を行い、そのことについて法廷のスタッフから苦情が申し立てられたような場合には、それを正す権利が留保されており、また、いつ、どこで通訳業務を行うかについても、指揮命令する権利が存したとして労働者性を肯定した。このことに加え、通訳者が自らの業務を遂行していた（使用者の組織の一部分ではない）とは認められないとの判示もなされている。

もっとも、これらの裁判例からもうかがわれるとおり、使用者の組織への統合という要素は、指揮命令の程度という要素について検討した上で判断されているにすぎず、指揮命令の程度の要素に代替する要素として考慮されているわけではない。更に、連邦最高裁は、前述した *Stevens* 事件において、組織への統合の程度は、法的に指揮命令する権限があるか否かを推認するための付加的な要素にとどまるにすぎないと判示していることにも注意しなければならない<sup>19</sup>。

---

<sup>16</sup> (2001) 207 CLR 21.

<sup>17</sup> (1980) 29 ALR 322. (オーストラリア連邦裁判所 (Federal Court of Australia) の判決)

<sup>18</sup> (1987) 46 SASR 292. (South Australia 州最高裁判所 (Supreme Court of South Australia) の判決 (合議体による判断))

<sup>19</sup> *Stevens v Brodribb Sawmilling Co Pty Ltd*, (1986) 160 CLR 16, 27.

経済的実態に注目する裁判例としては、**Re Porter** 事件<sup>20</sup>を挙げることができる。同事件は、組合の役員選挙に関連して立候補資格として労働者であることが規定されており、この関係でトラック運転手が労働者であるか否かが問題となったという特殊な事案である。判決は、（相当額を支出した）器具を負担していることをもって、自らの権利に基づき事業を遂行していると理解すべきではなく、トラック運転手が置かれている経済的な実態（使用者に対する経済的従属性の程度）を考慮して、労働者性を判断すべきであると判示し、結論としても、労働者性を肯定した。

もっとも、このような経済的実態に注目する判断は、極めて例外的（上述した **Re Porter** 事件が、ほぼ唯一の例外）とされており、連邦最高裁を初めとするほとんどの裁判例は、そのような経済的実態（現実的な経済的従属性の程度）に着目して判断を行ってはいない。例えば、**Vabu v Federal Commissioner of Taxation** 事件<sup>21</sup>では、小包等の配達業務に従事する者の労働者性が争われたが、判決は、自動車・オートバイ・自転車などを自ら所有して業務を遂行していることを主たる理由として、労働者性を否定している<sup>22</sup>。

#### 4. 契約上の定めに注目するアプローチ

オーストラリアでは、上記3. で指摘したように、経済的実態に注目するアプローチはごく稀な例外を除き採用されていない。この点と関連するが、オーストラリアでは、上記の指揮命令の程度を中心とした総合判断を行うに当たり、契約上の定めに注目する傾向がある<sup>23</sup>。

このことは、第一に、既に指摘したとおり、現実に行われる指揮命令の程度ではなく、権利として指揮命令をなしうるとされているか否かに注目するという点に表れている。また、備車運転手の事例について特に妥当する点であるが、契約上、労務遂行に必要な器具（トラックなど）を自ら提供することとされている場合には労働者性が否定される傾向にある<sup>24</sup>。更に、労務遂行を第三者に委ねることが契約上認められている場合にも、労働者性が否定される傾向がある<sup>25</sup>。

裁判所の取るこのような形式的な判断方法は、契約内容を巧妙に作成することにより、雇用契約と評価されることを回避することを可能にするものであり、学説上は強い批判がなされている<sup>26 27</sup>。

<sup>20</sup> (1989) 34 IR 179. (オーストラリア連邦裁判所の判決)

<sup>21</sup> (1996) 81 IR 150. (New South Wales 州最高裁判所の判決（合議体による判断）) この判決についての連邦最高裁判所への特別上告は認められなかった。

<sup>22</sup> なお、前述した **Horris v Vabu Pty Ltd** (2001) 207 CLR 21 は、これらの者のうち自転車を用いて業務に従事していた者について労働者に該当すると判断した事例であるが、この判断においても、本文で掲げた **New South Wales** 州最高裁判所の判断は否定されていない。

<sup>23</sup> 契約上の定めに注目するという場合、契約書の文言に注目することがまず想起されるが、口頭の契約がなされている場合には、当該契約の内容が検討の対象となる。

<sup>24</sup> 例えば、3. で指摘した、**Vabu v Federal Commissioner of Taxation** (1996) 81 IR 150 を参照。

<sup>25</sup> 例えば、**Stevens v Brodribb Sawmilling Co Pty Ltd**, (1986) 160 CLR 16, **Australian Mutual Provident Society Ltd v Chaplin** (1978) 18 ALR 385 を参照。

<sup>26</sup> 以上について、**Andrew Stewart**, above n 2, 21-45 参照。本章第3節も参照。

## 5. 小括

以上のように、オーストラリアでは、労働者性の判断基準として、一方当事者による他方当事者に対する指揮命令の程度を重視する判断を伝統的に行ってきたおり、労働の内容が複雑化・専門化し、労務遂行について具体的な指揮命令を行う余地が現実的には少なくなる中においても、法的権利として指揮命令をなしうることとされていたか否かという点に判断の中心を移しつつ、なお指揮命令の程度を重視する判断基準を維持している。そして、この指揮命令の程度を重要な判断要素としつつ、報酬支払いの形態、器具の負担関係、労務提供の時間や休日についての定め、租税の負担、労務の第三者への委託の可否等、諸般の事情を総合的に考慮して労働者性を判断するというのが現在の判例の判断基準である。使用者への組織への統合の程度という要素については、総合判断の一要素であることは否定されていないが、指揮命令の程度を重視する判断基準に代替する判断基準としての位置づけが与えられているわけではない。また、経済的実態（経済的従属性の程度）に照らして判断するという手法は、オーストラリアではごく例外的であり、連邦最高裁判所を初めとして、裁判所は一般に、契約上の定めがどのように取り決められているかに注目する、形式的なアプローチを採用している。

## 第3節 学説

労働者性の判断に関する判例の立場について、学説からは、以下の点において批判がなされている。

第1に、本章第2節4で既に言及し、また、本章第4節でも言及するが、判例は、指揮命令の程度の要素に関する検討において、あるいはこれと並ぶ判断要素として、業務を遂行するために必要な器具（トラック等）の負担関係がどのようになっているか、あるいは、当該業務を更に他人に請け負わせることができるか否かの点を吟味し、しばしば、器具を自己負担すべきとされていた場合や、業務を他人に請け負わせることが認められていた場合には、労働者ではなく、独立契約者であると判断する傾向にある。この点について、このような事情は当事者（特に、使用者の側）が、契約内容を操作することにより容易に作出することが可能であり、雇用契約に対して行われている規制を容易に潜脱することを可能にするものであるとの批判がなされている<sup>28</sup>。Re Porter 事件判決（後掲の裁判例リスト(2) 4.）は、経済

<sup>27</sup> なお、契約上、当該契約は請負契約である旨の規定を置いたとしても、それにより当然に、当該契約が請負契約と評価される（雇用契約ではないとされる）わけではなく、第一義的には、器具の負担関係や第三者への再委託など、本文で述べたような点についてどのような定めがなされていたかにより決定される。その意味で、契約の性質に関する契約当事者の主観は、当該契約の性質を変更させるものではない。もっとも、そのような契約上の定めを総合的に検討した結果、雇用契約とも請負契約とも判断がつかかねる場合には、そのように契約上明らかにされた契約当事者の主観にそって判断がなされる。Australian Mutual Provident Society Ltd v Chaplin (1978) 18 ALR 385.

<sup>28</sup> L. Bennett, *Making Labour Law in Australia: Industrial Relations, Politics and Law* (1994), 171-177; Andrew Stewart, above n 2, 21-45.

的な実態に着目することによりこのような批判に答えようとした裁判例であるが、既に述べたとおり、このような判断は判例の主要な流れではない。学説ではこのような問題点に対応するべく、雇用契約と判断されることを回避するために取られている手段を検討した上で、組織的統合の程度、経済的従属の程度、その他規制の潜脱を防止する観点からの考慮要素を加味した労働者性の判断基準を提唱している<sup>29</sup>。

第2に、本章第1節で既に指摘したとおり、オーストラリアにおける労働関係立法はその適用対象たる労働者の概念について、いずれも、コモン・ロー上の労働者概念を取り入れている。そして判例もこのような見解に立った上で労働者性を判断しており、労働者概念については各種の制定法を通じて基本的に統一的に判断がなされているが、この点について、統一的に判断するのではなく、それぞれの制定法の目的に沿って労働者性を判断すべきであるとの批判がなされている<sup>30</sup>。

#### 第4節 職業類型別にみた判断の傾向

次に、主要な裁判例における労働者性についての判断傾向について、職業類型別に分析することとする。オーストラリアの主要な裁判例では、本報告書において職業類型別の分析対象としている①専門的職種、②備車運転手、③外交員等職種、④在宅就業者、⑤零細事業者、⑥見習い者（インターンシップ）のうち、④及び⑥についての裁判例は見当たらなかった。そこで、以下では、①・②・③・⑤の職業類型についてのみ取り上げることとしたい。職業類型別に分類した主要な裁判例の事案の概要・判旨については、後掲のリストを参照されたい（各項で掲げられている数字は、一覧に掲げた裁判例に付された数字に対応している。）。

##### 1. 職業類型別にみた裁判例の判断傾向

###### (1) 専門的職種（医師、楽団員、芸能人）

主要な裁判例のうち、専門的職種に関する事案は5件存在するが、これらの裁判例ではいずれも労働者性が肯定されている。これらの裁判例では、業務の遂行方法あるいは業務を遂行する日時・場所など、業務の遂行に関して指揮命令する権利を契約の一方当事者が他方当事者に対して有していたことが労働者性を肯定する決め手となっている（1、2、3、4の裁判例）。2の裁判例（Zuijs事件）に代表されるように、独立性が比較的高いと考えられる専門的職種についても、（法的権利としての）指揮命令の程度に注目するという点に特徴がある。州の裁判所では指揮命令の程度の要素に加えて、当該就業者が独立して自己の事業を行っているか否か（裏からいえば、使用者の組織に組み込まれているか否か）の点にも注目す

<sup>29</sup> Andrew Stewart, above n 2, 98-115.

<sup>30</sup> Adrian Brooks, 'Myth and Muddle – An Examination of Contracts for the Performance of Work' (1988) 11 University of New South Wales Law Journal 48, 90-101; B Creighton, 'Employment Security and Atypical Work in Australia' (1995) 16 Comparative Labour Law Journal 285.

る形で判断がなされている（4、5の裁判例）。

## （2）備車運転手

労働者性が争われた裁判例に関する統計等が存在するわけではないので、実態を正確に反映しているとまでは断定できないが、オーストラリアにおいて労働者性が最も争われるのは、運輸関係の職業についている就業者であるとのことである<sup>31</sup>。

備車運転手に関する裁判例の特徴としては、指揮命令の程度について判断する際の事情として、あるいは、指揮命令の程度とは区別される判断要素として、器具（車両など）の負担関係が労働者性の判断に際して重視されている。特に、車両などが業務を遂行する者の自己負担とされている場合、当該人物の労働者性を否定する重要な要素として位置づけられているという点を指摘することができる。

すなわち、1の裁判例は、最終的に、指揮命令する権利の有無に言及して労働者性を否定しているが、その判断の過程では、労務の提供がトラックによる輸送という形で行われているところ、トラックを所有・維持しているのは運転手であり、使用者に労務提供の手段たるトラックについて指揮命令する権利はないとしており、指揮命令する権利の有無をトラックの所有・維持に帰着させて判断を行っている<sup>32</sup>。3の裁判例も同様である。2及び5の裁判例では指揮命令の程度とは区別される判断要素として、労働者性を否定する際の重要な決め手とされている。

7の裁判例は、5の裁判例において労働者性が否定された配達人のうち、自転車を用いて業務に従事していた者について労働者性を肯定した裁判例であるが、同判決では、オートバイ・自動車については相当程度の支出が必要とされるのに対して、自転車については取得や維持のための支出がそれほど高額にはならないとして、5の判決と区別されるべきことが強調されている（7の判決は、5の判決の判断を否定しているわけではない）。その意味では、7の裁判例は備車運転手に関する事例としては例外と位置づけて差し支えないと思われる。また、4の裁判例はトラックを自己所有する運転手について労働者性を肯定したものであるが、同事件（*Re Porter* 事件）は、連邦裁判所の一判断であり、かつ、判断枠組において経済的実態を重視するという、判例の枠組とは異なる例外的な立場に立った上で判断を下した事例である。このように、4、7の裁判例を例外と位置づけると、基本的に、車両を自己負担している場合には、労働者性が否定される可能性が高い傾向にあるということが出来る。

## （3）外交員等職種

不動産・保険などの外交員は、オーストラリアにおいて、運輸関係の業務に従事する就業

---

<sup>31</sup> 筆者が2005年10月18日に行ったJoo-Cheong Tham氏（メルボルン大学ロースクール上級講師）へのインタビューによる。

<sup>32</sup> 類似の判断として、*Marshall v Whittaker's Building Supply Company* (1963) 109 CLR 210 参照。

者に次いで労働者性が争われる職業類型であるとされる<sup>33</sup>。

この類型については、専門的職種の類型と基本的に同じく、使用者とされる側に指揮命令する権利があるか否か（業務報告を義務づけているか否かなど）に注目して判断がなされている。

#### (4) その他

オーストラリアにおける労働者性に関する主要な裁判例では、その他の（零細事業者など）に関する裁判例として、牛追い人、タイル職人、木材伐採人などに関するものがある。連邦最高裁判所判決である 1、2 の事例では、それぞれ、業務遂行に必要な人員等を自ら確保することが求められ、あるいは、業務遂行を他人に委ねてもよいとされており、当該人物が労務を提供することは求められていないという点が決め手となっている。4 の裁判例は農業従事者と農機具提供者との関係が雇用契約か組合契約かが争われたという特殊な事案であるが、そこでは農機具の負担関係が決め手となっている。これらの判断に照らすと、他の事例に比べて（もちろん指揮命令の有無・程度も検討対象であるが、）事業者としての特徴を有しているといえるか否かという観点からの検討に判断の力点が置かれていることがうかがわれる（3 は指揮命令の有無に加え、組織的統合の観点から検討しているが、これも上記のような判断の傾向に沿うものといえる。）。

#### (5) 小括

いずれの職業類型においても、オーストラリアでは、指揮命令の程度が重要な判断要素とされているが、その中で、備車運転手の類型については、（指揮命令の程度についての判断に関してであれ、それとは区別される考慮要素としてであれ）、運送手段となる車両の負担関係が判断の重要な決め手となっているという特徴を見出すことができる。他の類型についてはこのような顕著な判断の特徴は見られないが、零細事業者の類型については、指揮命令の有無・程度と並んで事業者としての特徴をより強く有しているか否かの観点からの検討を行う傾向が見られることを指摘できる。

## 2. 裁判例リスト

職業類型別に、各事件で具体的に労働者性が争われた者の職種、及び労働者性が争われた労働条件について列挙した。各自案の事実の概要・判旨については、各類型ごとに時系列で列挙した。事件名の冒頭に○が付されているものは労働者性が肯定された事案、×が付されているのは労働者性が否定された事案である。

---

<sup>33</sup> 筆者が 2005 年 10 月 18 日に行った Joo-Cheong Tham 氏へのインタビューによる。

(1) 専門的職種（医師、楽団員、芸能人）

1. ○Federal Commissioner for Taxation v J Walter Thompson (Australia) Pty Ltd (1944) 69 CLR 227

[ラジオ番組出演者（声優）] [租税法（労働保険税）]

2. ○Zuijs v Wirth Brothers Pty. Ltd (1955) 93 CLR 561

[サーカス団員] [New South Wales 州労災補償法]

3. ○Narich Pty Ltd v Commissioner of Pay-Roll Tax (1983) 50 ALR 417

[減量教室の講師] [租税法（労働保険税）]

4. ○Sgobino v State of South Australia (1987) 46 SASR 292

[法廷通訳] [South Australia 州労災補償法]

5. ○RedRock v Hinkley (2001) 50 IPR 565

[プログラマー] [プログラムの職務著作性]

(2) 傭車運転手（車、バイク、自転車等も含む。）

1. ×Humberstone v Northern Timber Mills (1949) 79 CLR 389

[トラック運転手] [Victoria 州労災補償法]

2. ×Marshall v Whittaker's Building Supply Company (1963) 109 CLR 210

[林業従事者（伐採・運搬）] [Western Australia 州労災補償法]

3. ×Stevens v Brodribb Sawmilling Co Pty Ltd (1986) 160 CLR 16

[木材収集人・運搬人] [代位責任・注意義務]

4. ○Re Porter (1989) 34 IR 179

[トラック運転手] [労働組合の内部規定]

5. ×Vabu Pty Ltd v Federal Commissioner of Taxation (1996) 33 ATR 537

[小包等の配達業務従事者] [租税法（年金保険税）]

6. ○Sammartino v Mayne Nickless (The Commission) (2000) 98 IR 168

[配達業務従事者] [雇用終了に関する調停・仲裁の申し立て]

7. ○Horris v Vabu Pty Ltd、 (2001) 207 CLR 21

[小包等の配達業務従事者] [代位責任]

**(3) 外交員等職種**

1. ○Federal Commissioner of Taxation v. Barrett (1973) 129 CLR 395

[不動産販売人] [租税法 (労働保険税)]

2. ○R v Allan; Ex parte Australian Mutual Provident Society Ltd (1977) 16 SASR 237

[保険販売代理人] [South Australia 州長期勤続休暇法]

3. ×Australian Mutual Provident Society Ltd v Chaplin (1978) 18 ALR 385

[保険販売代理人] [South Australia 州長期勤続休暇法]

4. ○Roy Morgan Research Centre Pty Ltd v Commissioner of State Revenue (1997) 97 ATC 5070

[面接調査の調査員] [租税法 (労働保険税)]

**(4) 在宅就業者**

なし。

**(5) 零細事業者 (大工・職人)**

1. ×Queensland Stations Pty Ltd v. the Federal Commissioner of Taxation (1945) 70 CLR 539

[牛追い人] [租税法 (労働保険税)]

2. ×Neale v Atlas Products (Vic) Pty Ltd (1955) 94 CLR 419

[タイル職人] [租税法 (労働保険税)]

3. ○Australian Timber Workers Union v Monaro Sawmills Pty Ltd (1980) 29 ALR 322

[林業従事者 (伐採)] [裁定の定める年次有給休暇に代わる給付]

4. ○Connelly v Wells (1994) 55 IR 73

[農業従事者] [New South Wales 州労災補償法]

## (6) 見習い者（インターンシップ）

なし。

### 3. 事実の概要と判旨

#### (1) 専門的職種（医師、楽団員、芸能人）

##### 1. Federal Commissioner for Taxation v J Walter Thompson (Australia) Pty Ltd (1944) 69 CLR 227

【事実の概要】ラジオ演劇番組を制作する会社と、番組に出演する出演者（声優）との契約が雇用契約か否かが、当該声優に支払われた報酬が、労働保険税査定法（Pay-roll Tax Assessment Act 1941-1942）にいう「賃金（wage）」に該当する（この場合、労働保険税の課税対象となる）か否かの問題に関して争われた事案。

【判旨】ラジオ演劇番組にとって、番組のリハーサル及び本番放送の双方におけるプロデューサーによる、詳細な指揮命令が必要不可欠とされていることを指摘して、雇用契約に該当すると判断。

##### 2. Zuijs v Wirth Brothers Pty Ltd (1955) 93 CLR 561

【事実の概要】空中ブランコ芸に従事していたサーカス団員が、上演の途中空中ブランコから墜落し負傷したことについて、New South Wales 州労災補償法に基づきサーカスの経営者から救済を受けることができるか否かの前提として、同法に定める労働者に該当するか否か（雇用契約の下にある者か否か）が争われた事案。

【判旨】指揮命令の程度についての判断に当たり、遂行されるべき義務について詳細な指揮命令を行う余地がないかもしれないということは重要ではなく、指揮命令を行う余地がある限り、それを行う法的な権利があるか否かということこそが重要であるとの判断手法を示した上で、本件においては、具体的な労務遂行の方法（サーカスの演技）については指揮命令しえないとしても、演技を行う場所、安全確保のため遵守すべき行動、練習の回数・時間・方法、演技時のコスチューム、更衣の場所、観客の面前あるいはその他の場所での振舞いといった事項については指揮命令が必要であることを指摘して、労働者に該当しないと判断した New South Wales 州労災補償委員会の判断及び同州最高裁判所の判断を取り消し、労災補償委員会に判断のやり直しを命じた。

##### 3. Narich Pty Ltd v Comm of Pay-Roll Tax (1983) 50 ALR 417

（英国枢密院に上訴された事件についての判決）

【事実の概要】減量教室の講師が、New South Wales 州労働保険税法（Pay-roll Tax Act）に定める、賃金を支払われる労働者であるか否かが争われた事案。

【判旨】同じく枢密院の判断である Australian Mutual Provident Society Ltd v Chaplin 事

件判決（(3)の3.の判決）に依拠して判断した。講師用のハンドブックでは、雇用契約ではなく請負契約である旨明定する条項がある一方で、講習方法等について詳細に指揮命令・指示がなされており、契約全体として雇用契約であると判断した（請負契約であるとの条項は、契約全体的な内容と矛盾するとして重視されなかった。）。

#### 4. Sgobino v State of South Australia (1987) 46 SASR 292

（South Australia 州最高裁判所の判決（合議体（In Banco）による判断））

【事実の概要】法廷通訳が法廷に入る際に背中を負傷したことについて、労災補償法に基づき、休業補償及び療養費を求めうるか否かが争われた事案。

【判旨】実際に通訳を行っている際にその通訳に対して指揮命令を及ぼす余地はほとんどないものの、そのような事情は（明確に雇用契約の下で従事する）通訳者についても該当することであり重視すべきではなく、かえって、（一方の当事者に偏った通訳をするなど）通訳者が不適切な態様で業務を行い、そのことについて法廷のスタッフから苦情が申し立てられたような場合には、それを正す権利が留保されており、また、いつ、どこで通訳業務を行うかについても、指揮命令する権利が使用者に存したとして労働者性を肯定した。このことに加え、通訳者が自らの業務を遂行していた（使用者の組織の一部ではない）とは認められないとの判示もなされている。

#### 5. RedRock v Hinkley (2001) 50 IPR 565

（Victoria 州最高裁判所の判決（単独裁判官による判断））

【事実の概要】プログラムの著作権の所在（職務著作か否か）を巡る争いに関して、労働者性が争われた事案。

【判旨】高度の技術を有するプログラマーに関して、指揮命令の程度のみを重視して判断するのは適切ではなく、諸要素を総合考慮すべきであるとした上で、プログラム作成業務が会社の事業に統合されていた（当該業務が同社の中心的事業の一つであった。）、定額の給与が支給され、税金の源泉徴収もなされていた、休暇等が付与されていた、必要な器具等は会社が負担した、との点を指摘して雇用契約と判断した。

### **(2) 備車運転手（車、バイク、自転車等も含む。）**

#### 1. Humberstone v Northern Timber Mills (1949) 79 CLR 389

【事実の概要】自己のトラックを用いて木材の運送業務に従事していた者が、パンクしたタイヤをホイールから取り外す作業を行った翌日に、脳炎・脳出血で死亡したことについて、Victoria 州の労災補償法に基づいて使用者に賠償を請求しうるか否かの前提として同法に定める労働者（雇用契約上の労働者）に該当するか否かが争われた事例（州最高裁判所は労働者性を否定）。

【判旨】 運送業務遂行方法に対する運輸会社の指揮命令権が行使されておらず、また行使することも予定されていなかったとして、労働者に該当しないと判断された（同意意見では業務遂行についての究極的な指揮命令の権利が運輸会社の側にあるか否かが重要であるとした上で、本件契約上は、会社側にそのような権利が予定されていないとの判断が示されている。）。

## 2. Marshall v Whittaker's Building Supply Company (1963) 109 CLR 210

【事実の概要】 木材の伐採・運搬に従事する者が、Western Australia 州労災補償法上の労働者に該当するか否かが争われた事案。

【判旨】会社と木材の伐採・運搬をした者が、(自身で作業を行うことが要求されてはいたが、) 必要な助手を雇用すること、及び必要な器具等を用意することとされていたことから、両者の間の契約は雇用契約ではないと判断された。

## 3. Stevens v Brodribb Sawmilling Co Pty Ltd (1986) 160 CLR 16

【事実の概要】 製材業を営む会社と契約して木材の収集・運搬に従事していた収集人（自己のトラクターを用いて業務に従事していた。）が、トラックに木材を積み込む際、過失によりトラック運転手（自己のトラックを用いて木材運搬業務に従事していた。）に怪我を負わせたことについて、トラック運転手が収集人及び製材会社に対して損害賠償を請求した事案。製材会社に対する請求は、収集人の不法行為についての代位責任（vicarious liability）（この請求に関しては、収集人が製材会社の労働者か否かが問題となりうる。）ないし雇用関係に基づく労働者に対する配慮義務違反に基づいてなされた（この関係では、トラック運転手が製材会社の労働者か否かが問題となる。）。

【判旨】 判旨は、収集人、トラック運転手いずれも製材会社の労働者ではないことを理由として、本件製材業者は収集人による不法行為の代位責任を負わず、また、使用者が労働者に対して負う配慮義務違反に基づく直接責任も負わないと判断したビクトリア州最高裁判所（合議体による判断）の判断を支持した<sup>34</sup>。

労働者に該当するか否かの判断における主要な要素は、指揮命令の程度（degree of control）であり、かつ、その要素の重要性は、それは現実の行使の程度ではなく、契約上の権利として予定される程度の点にあると判示。その上で、指揮命令の程度は唯一の判断要素ではなく、報酬の形態、器具の提供・維持、労務を提供する義務の有無、労務提供の時間、休日の定め、所得税の控除、労務の委託の可否などの要素に照らして、総合的に判断すべきであるとの判断枠組を示した（組織的編入に注目することについては、法的権利としての指揮命令を推認する付加的な要素にとどまると判断した（但し、同判決は、総合考慮する中で、

---

<sup>34</sup> 雇用契約に基づく配慮義務違反に加えて、過失責任法理の一般原則に基づく配慮義務違反も主張されたが、この主張も認められなかった。

当該要素を考慮することを必ずしも否定していない。))。

本件事案の判断としては、①労務遂行に必要な器具（トラクター・トラック）を自己所有しており、②収集人・トラック運転手が自ら働く時間を決定しており、③会社の現場監督には、収集人・トラック運転手がどのような方法で労務を遂行するかについて指図する権利がないとされていた、等の事実から、製材会社は、収集人・トラック運転手の労務遂行について指揮命令を行う権利を有していなかったとされ、加えて、本件のトラック運転手は息子を運転手として雇用しており、労務遂行を他人に委ねることも可能とされていたことに照らして、労働者ではなく独立契約者であると判断された。

#### 4. Re Porter (1989) 34 IR 179

(連邦裁判所 (Federal Court of Australia) の判断)

【事実の概要】 組合の役員選挙への立候補資格として労働者であることが規定されており、トラック運転手（トラックを自己所有）が労働者であるか否かが問題となった事案。

【判旨】 *Humberstone v Northern Timber Mills* 事件 (1.参照) が、器具（トラック）による労務提供について指揮命令が行われていないことを理由に労働者性を否定したことを批判し、(相当額の支出による) 器具の負担をもって自らの権利に基づき事業を遂行していると理解すべきではなく、トラック運転手が置かれている経済的な実態（使用者に対する経済的な従属の程度）を考慮して労働者性を判断すべきであると判示。事案の判断としても、労働者性を肯定した。

#### 5. Vabu Pty Ltd v Federal Commissioner of Taxation (1996) 33 ATR 537

(New South Wales 州最高裁判所の判決 (合議体による判断) <sup>35</sup>)

【事実の概要】 小包等の配達業務を行う会社 (Vabu 社) が、自己所有の自転車・オートバイ・自動車等を用いて配達業務に従事する者との関係で、老齢年金の保証金に関する制定法の適用を受ける (その場合、保証金を FCT に預ける義務を課される。) か否かが争われた事案。

【判旨】 会社が配達人に対して、会社の支給する制服の着用を義務付け、また、業務に従事すべき時間を定めるなど、相当程度の指揮命令を行っているが、他方で配達人は配達に必要な自転車・オートバイ・自動車等を自ら所有・提供し、その維持費用も負担しており、自らの事業を遂行しているということができるとして、配達人たちは労働者には該当しないではない (それゆえ、会社は制定法の適用を受けない。) と判断した。

---

<sup>35</sup> この判決についての連邦最高裁判所への特別上告 (special leave to appeal) は認められなかった。(1997) 35 ATR 340.

## 6. Sammartino v Mayne Nickless (The Commission) (2000) 98 IR 168

(オーストラリア労使関係委員会 (Australian Industrial Relations Commission) の判断)

【事実の概要】 自己のトラックを用いて配達業務に従事していた者が、契約の打ち切りは不当解雇ないし違法解雇に当たるとして、1996年連邦職場関係法に定める調停・仲裁を申し立てたところ、調停・仲裁を受ける前提として、労働者性が争われた事案。

【判旨】 業務遂行に関する指示が通常の労働者に対するものと変わらず、かつ、報酬の決定方法も、裁定の適用を受ける労働者のそれに沿って集合的に定められており、業務遂行を他人に委ねることは認められておらず、労働時間及び休暇に関する定めも裁定の適用を受ける労働者のそれと同様に定められていること、等に照らして労働者であると判断。契約上独立契約者とされていること、及び、車両等が自己負担とされている点については、当該車両及びそれを用いた労務提供が、相当程度会社の業務に組み込まれている（会社のユニホームを着用しての労務提供、車両に会社のロゴマークを貼り付けるなど）ことを指摘し、総合的に判断して労働者に該当するとした。

## 7. Horris v Vabu Pty Limited (2001) 207 CLR 21

【事実の概要】 小包等の配達業務を行う会社 (Vabu 社) と契約して、自転車を用いて当該業務に従事していた集配人の不当行為 (当該集配人が集配の途中、通行人に怪我をさせたこと) の代位責任に基づき、通行人から会社に損害賠償請求がなされた事案 (怪我をさせた集配人が特定できなかったため、会社に損害賠償を求めた事案である。)

【判旨】 契約の文言にのみとらわれるのではなく、その契約のもとで運用されていた制度、会社の採用していた業務遂行方法などの、「当該関係の総体」を考慮すべきと判示 (契約の文言ではなく実態に着目すべきである、という立場ではない。)。また、会社による「指揮命令 (control)」 (の程度) は労働者か否かを判断する一要素であるが、そのみに限定されないとも判示。

事案の判断としては、業務に必要な自転車の購入・維持負担は集配人の負担とされていたが、オートバイ・自動車と比較してその負担は相当なものであるとはいえず、他方、集配人には業務遂行方法の管理の余地はほとんどなく、業務に対する諾否の自由もなく、業務の(再)委託も可能であったと認めることができず、また、業務中会社のロゴが入った制服の着用を義務づけられていた等の点から労働者性を肯定 (本判決は *Vabu Pty Ltd. v Federal Commissioner of Taxation* (5.の事件) とは、オートバイ・自動車を用いる配達人が含まれているか否かの点で異なると指摘している。)

### (3) 外交員等職種

#### 1. Federal Commissioner of Taxation v. Barrett (1973) 129 CLR 395

【事実の概要】 不動産会社と契約して土地の売買を行っていた者に、当該会社から支払われ

た手数料が、連邦労働保険税査定法（Pay-roll Tax Assessment Act 1941-1969 (Cth)）にいう賃金（wages）に該当するか否かが争われた事案。

【判旨】上記の手数料が賃金か否かは、上記の人物が労働者に該当するか否かであるとした上で、販売について現実に指揮命令が及んでいないとしてもそれは使用者に指揮命令する権利がないことによるものではない、と指摘して労働者性を肯定。

## 2. R v Allan; Ex parte Australian Mutual Provident Society Ltd (1977) 16 SASR 237

（South Australia 州最高裁判所の判決（合議体による判断））

【事実の概要】契約を解除された保険販売代理人が、長期勤続休暇法（Long Service Leave Act）に定める長期勤続休暇を取得する権利がある（にもかかわらず、付与されなかった。）か否かを争った事案。

【判旨】Zuijs 事件の判断等に従い、指揮命令の権利の有無を重要な判断要素として検討。本件では使用者にそのような権利があり、かつ現実にも行使されていたとして労働者性を肯定（代理人が更に代理人を専任しうるとされていたが、使用者の許可が必要であるということに照らして、重視すべき要素ではないと判断した。）。

## 3. Australian Mutual Provident Society Ltd v Chaplin (1978) 18 ALR 385

（英国枢密院に上訴された事件についての判決）

【事実の概要】2の R v Allan 事件について、枢密院になされた上訴事件。

【判旨】契約の文言上請負契約と定められていることと、共済組合の定めに従って業務を遂行する等の条項とは必ずしも矛盾せず、競業を禁止する条項も、同様に請負契約であることと矛盾しないことを指摘すると共に、かえって、組合と提携することが可能とされていること、（組合の許可が必要ではあるが、）第三者に業務を委任できることとされていたこと、販売代理人は法人化をなしうると定められていたこと等に照らして、請負契約であると判断された（これらの事情は必ずしも雇用契約とも矛盾しないが、雇用契約においては通常認められない事柄であると指摘。）。

契約の実態がいずれか判然としない場合に、当事者が（請負契約であると）契約上明確化する条項をおいている場合には、それを手掛かりとして両当事者の関係を探求することが許されると判示した上で、本件における業務遂行に関する指示は、代理人に対して行う範囲のものと解釈すべき、と判断した。

## 4. Roy Morgan Research Centre Pty Ltd v Commissioner of State Revenue (1997) 97 ATC 5070（Victoria 州最高裁判所の判決（合議体による判断））

【事実の概要】世論調査等を行う会社が、調査ごとに契約していた面接調査の調査員との関係で、Victoria 州の労働保険税法の適用を受けるか否かが争われ、その前提として上記のよ

うな形態にある調査員の労働者性が争われた事案。

【判旨】個々のインタビュー業務については引き受けるか否かの諾否の自由はあるが、引き受けた業務については詳細な指揮命令がなされ、また、下請けに出すことは許されず、器具・交通費等も業者から支給されており、インタビュー業務に従事している間は他の業務に就いてはならないとされていたことに照らして、労働者性を肯定した。

#### (4) 零細事業者（大工・職人）

##### 1. Queensland Stations Pty Ltd v the Federal Commissioner of Taxation (1945) 70 CLR 539

【事実の概要】牛を所有し放牧業を営む会社が牛追い人に対してなした支払が、労働保険税査定法（Pay-roll Tax Assessment Act 1941-1942）にいう「賃金（wage）」に該当する（したがって、課税対象となる。）か否かが争われた事案。

【判旨】牛追い人と牛を所有する会社との契約上、牛追い人には会社に折に触れて報告する義務があり、会社はいつでも契約を終了させうるとあったが、他方で家畜の追いたてに必要な人員・馬などは牛追い人が調達すべきとされており、この点に照らして両者の関係は雇用関係ではなく、したがって支払われたものも「賃金」ではないと判断された。

##### 2. Neale v Atlas Products (Vic) Pty Ltd (1955) 94 CLR 419

【事実の概要】タイル職人と契約し、労務提供及び（又は）必要な資材等の供給を受けていた会社が、所得税及び社会サービス保険料徴収法（Income Tax and Social Service Contribution Assessment Act 1936-1952）の、「賃金又は給与（salary or wages）」の源泉徴収を定めた規定に違反し源泉徴収を行わなかったことが、同法違反に当あたるか否かが争われた事案。この前提として、タイル職人の労働者性が争われた。

【判旨】契約書の定めにおいてタイル職人は労務遂行を他人に委ねることも認められており、したがって、支払われている対価は、完全にまたは全て、当該人物の労務に対する支払いとしてなされているものとは言えず、「賃金又は給与」に当たらないと判断。

##### 3. Australian Timber Workers Union v Monaro Sawmills Pty Ltd (1980) 29 ALR 322

（連邦裁判所の判決）

【事実の概要】製材所が、林業（伐採）従事者に対して、裁定の定める年次有給休暇に代わる給付を支払わなかったことが裁定に違反する行為に該当するとして、労働組合が製材所に対し違約金を支払うよう求めた事案。前提として、上記林業従事者が裁定の適用対象たる労働者か否かが争われた。

【判旨】伐採すべき木材の形状などについて、現実の指揮命令及び指揮命令する権利があると指摘しつつも、請負契約とうかがわせる事情（本件では、伐採業務に従事する日時を伐採

者が決定しうるとされており、チェーンソーは自己負担とされていた。)がある下では、決定的な判断要素ではないと述べた上で、本件においては、林業従事者が自らの事業を遂行していたとはいえ、会社組織の一部分 (part and parcel) として業務を遂行していた (伐採者の遂行する業務が、伐採・運搬・製材を行う会社業務の不可欠な一部分である。) ことを指摘して、労働者であると判断した。

#### 4. Connelly v Wells (1994) 55 IR 73

(New South Wales 州最高裁判所の判決 (合議体による判断))

【事実の概要】 農業従事者 (収穫等) を行っていた者の労働者性が争われた事案。農機具提供者との組合契約か、雇用契約かが争われた事案。

【判旨】 農機具 (価格は 20 万オーストラリアドルとされている。) 及びその維持費等の負担は器具提供者とされており、上記農業従事者は器具を用いて収穫をする労務提供をしていたにすぎないとして、組合契約ではなく雇用契約であると判断。

### 第 5 節 労働条件別に見た判断の傾向

第 4 節では職業類型別の判断の傾向について分析したが、ここでは、労働条件の類型ごとに、労働者性の判断傾向について分析する。

オーストラリアの裁判例で労働者性が非常に多く争われるのは、労働条件に関する事例ではなく、各種の税法 (所得税、労働保険税など) に関する事例である。すなわち、ある就業者に支払う金銭について、それが課税対象となる「賃金」に該当するか否かに関して、会社と税務当局が争うという事例が非常に多く存在する<sup>36</sup>。税法に次いで裁判例で多く争われるのは、各州の労災補償法の適用の有無に関する事例である。そして、コモン・ロー上の代位責任、裁定の定める労働条件 (休暇など)、不当解雇等に関する事案がこれに続く規模で争われている<sup>37</sup>。

以下では、本報告書で労働条件別の分析の対象事項となっている①最低賃金、②労働時間、③休暇、④安全衛生、⑤労災補償、⑥解雇のうち、裁判例を見つけることができた①、③、⑤、⑥について分析を行うこととする (分析にあたり、②を含め、オーストラリアにおける各労働条件の規制の概略についても触れておくこととする。④については第 6 節で触れる。)

#### 1. 最低賃金

オーストラリアでは従来、制定法で最低賃金を定めることはせず、連邦ないし州の労使関

<sup>36</sup> Natalie van der Waarden, *Employment Law: An Outline* (2004), 27.

<sup>37</sup> 以上については、筆者が 2005 年 10 月 18 日に行った Joo-Cheong Tham 氏へのインタビューによる。

係委員会の裁定においてこれを定めていた<sup>38</sup>。したがって、最低賃金規制（の保護）を受けるか否かは、裁定の対象者<sup>39</sup>たる労働者（employee）であるか否かにより決定されていた。2005年における1996年連邦職場関係法改正によって、連邦の制定法により最低賃金制度が定められるに至ったが、その対象もやはり同法の適用対象たる労働者（employee）である。

裁判例としては、個々の長距離運送業務ごとに契約を結び業務に従事していたバス運転手に対して裁定に定める賃金を支払わなかったことが裁定に違反する行為であることを理由に、労働組合が、裁定に定める賃金額との差額を当該バス運転手に支払うよう請求すると共に、会社に対して裁定違反の違約金の支払を請求した事案である、TWU v Glynburn Contractors (Salisbury) Pty Ltd 事件<sup>40</sup>がある。

判決は、バス運転手が、当該バス運転手に手渡されたマニュアルやバス会社の運行スケジュールに従った労務提供が求められており、自らの裁量で運行する余地はなく、また、緊急時の修理などのための道具について自己負担することとされていたことは重視されるべきではないとして、労働者であると判断している（なお、契約の文言上は独立契約者と定められていたが、上記実態に照らして労働者であると判断される以上、これを覆すものではないとされた。）。労働者性が比較的明瞭であると思われる事案であり、必ずしも参考とするに適しているわけではなく、また、1件の裁判例のみでは断定できないのはもちろんであるが、この裁判例を見る限り、争われている労働条件が最低賃金であるということが判断に影響していることは特段うかがえない。

## 2. 労働時間

オーストラリアでは従来、基本的に、労働時間の長さを規制する制定法は存在せず（Queensland 州法、及び Victoria 州の労働者を対象とする連邦の規制が存在するのみである。）、労働時間についても連邦ないし州の労使関係委員会の裁定の対象事項として、その中で規定されていた。2005年における1996年連邦職場関係法改正では、労働者に付与される最低限度の権利の一つとして、一週当たりの標準労働時間の上限が定められるに至っている。労働時間については、登録された協定（企業協定、AWA など）により、労使間で定めることも可能とされている<sup>41</sup>。いずれの規制方法にせよ、その対象は労働者である。

労働時間に関して労働者性が争われた裁判例は、検討の限りでは見られなかった。

<sup>38</sup> 裁定の適用を現に受けていない労働者については、州の労使関係委員会が最賃を定めようとする州（South Australia, Tasmania）と、定めなければならないとする州（Queensland, Western Australia）がある。連邦と New South Wales 州は、登録された協定（企業協定、AWA など）の適用を受ける労働者の最低賃金については定めていない（それらの協定について、不利益性のテスト（裁定と比較する）によるスクリーニングを受けることが予定されているためである。また、連邦は、Victoria 州の、裁定・認証された協定・AWA の適用を受けない労働者について、最低賃金を定める権限を有している。）。以上について、Breen Creighton and Andrew Stewart, *Labour Law: An Introduction* (4<sup>th</sup> ed, 2005) 327-8 参照。

<sup>39</sup> Ibid 273.

<sup>40</sup> (1990) 34 IR 138. (連邦裁判所の判決（単独裁判官による判断）)

<sup>41</sup> 標準的な週あたりの労働時間は38時間である（38時間を超える労働については割増賃金の支払が定められていることが多い。）。Breen Creighton and Andrew Stewart, above n 38, 338.

### 3. 休暇

オーストラリアでは、休暇は、裁定の規制の対象となっているほか、各州による制定法の規制の対象ともなっており、労働時間とは異なり立法的な規制も存在する<sup>42</sup>。また、2005年における1996年連邦職場関係法改正により、労働者に付与される最低限度の権利の一つとして各種休暇についての権利が規定されるに至っている。

連邦職場関係法及び裁定に定められている休暇については、最低賃金・労働時間と同じく、その適用対象者は労働者である。また、各州で定められている休暇に関する制定法においても、その適用対象者は基本的に労働者に限定されている<sup>43</sup>。

裁判例としては、South Australia 州の制定法に関する事例として、①R v Allan 事件（前掲の裁判例リスト(3)の2、労働者性を肯定）及び②Australian Mutual Provident Society Ltd v Chaplin 事件（前掲の裁判例リスト(3)の3、上記事件の英国控訴院への上告事件、労働者性を否定）があり、また、裁定に定める年次有給休暇に代わる給付を支払わなかったことが裁定違反に該当するとして、違約金を求めた裁判例として、③Australian Timber Workers Union v Monaro Sawmills Pty Ltd 事件（前掲の裁判例リスト(5)の3、労働者性を肯定）の3件を挙げることができる。それぞれ、判断の決め手として重視されている事情（①では指揮命令の権利の有無、②では第三者に業務を委託できるとされていたこと、③では指揮命令の権利の有無と共に、組織的統合がなされていたこと）が異なっており、結論を含め特に特徴は見られない。なお、休暇の保障という権利の内容を考慮すると、時間的拘束の有無・程度が関係するとも考えられるが（拘束されていれば休暇保障の必要性がより高く、拘束をされていなければ休暇保障の必要性はそれほど高くはない。）、①は時間的拘束の緩やかな保険販売代理人について労働者性を肯定しており、また、③も、働く日時を自ら決定しうるとされていた木材伐採人について労働者性を肯定しており、時間的拘束の有無との関係は特に認められない。

### 4. 労災補償

労災補償については、各州における労災補償立法により規制がなされている。労災補償法の適用対象者は、いずれの州法においても、基本的には労働者であるが、独立契約者のうち、

---

<sup>42</sup> 休暇の例とそれに対する規制の概要は、以下のとおりである。

①年次有給休暇 Tasmania 州を除く全ての州及び準州で、制定法において1年につき最低4週間の年次有給休暇を付与すべきことが定められている（Tasmania 州の制定法では、裁定の適用を受けていない労働者については、裁定に定める日数のうち、最も少ない日数が付与される旨規定）。連邦の裁定も同水準の内容を定めている。

②長期勤続休暇 全ての州及び準州で制定法あり。連邦では裁定または登録された協定により規制される。通常、勤続10年または15年につき、それぞれ2ヶ月または3ヶ月の休暇の付与を定めている。

③病欠休暇 多くの連邦・州の裁定において規定されているほか、ほとんどの州で最低日数に関する制定法がある。

④育児休暇 連邦の裁定の対象事項であると共に、職場関係法に規定がある。連邦の規制水準と同様の規制が州の制定法においても定められている。

<sup>43</sup> Breen Creighton and Andrew Stewart, above n 38, 273.

一定の要件を満たす者については、適用の対象に含まれている<sup>44</sup>。

検討対象の裁判例のうち、労災補償法の適用を受けるか否かが争われたものとして、① Humberstone v Northern Timber Mills 事件 (Vic、労働者性否定。前掲裁判例リストの(2)の 1)、②Zuijs v Wirth Brothers Pty Ltd 事件 (NSW、労働者性肯定。前掲裁判例リストの(1)の 2)、③Marshall v Whittaker's Building Supply Company 事件 (WA、労働者性否定。前掲裁判例リストの(2)の 2)、④Sgobino v State of South Australia 事件 (SA、労働者性肯定。前掲裁判例リストの(1)の 4)、⑤Connelly v Wells 事件 (NSW、労働者性肯定。前掲裁判例リストの(5)の 4) の 5 件が存在する (括弧内のアルファベットは、いずれの州の労災補償法の適用が争われたかを示している)。

①、②、④はいずれも労務遂行に関して指揮命令する権利を有していたか否かについて判断を下している。この要素を重視する判例の一般的な判断方法に沿ったものである。③及び⑤は、器具を自己負担しているか否かの点に注目して判断を下している。これらの裁判例に関する限り、結論も肯定例と否定例に分かれており、特に肯定する傾向が強いといった結論の面での特徴も特に見られない。

## 5. 解雇

解雇に関しては、連邦の制定法である 1996 年職場関係法において不公正解雇及び違法解雇に関する規定がある<sup>45</sup>が、これらの規定の対象者は、労働者 (employee) に限定されている。

解雇に関して、不公正解雇ないし違法解雇に関する規定の適用があるか否かが争われた裁判例としては、Sammartino v Mayne Nickless (The Commission) 事件 (前掲の裁判例リスト(2)の 6) があるが、解雇 (契約打ち切り) に関する事例であることが労働者性の判断において影響を与えているとは特にうかがわれない。

---

<sup>44</sup> 詳細については、第 6 節 2 を参照。

<sup>45</sup> 不公正解雇の申立は、オーストラリア労使関係委員会 (Australian Industrial Relations Commission; AIRC) に対して行う。AIRC が調停を行っても解決しない場合は、更に仲裁のための手続に移行するよう申し立てることとなる。連邦裁判所は申し立てについての管轄権を有しておらず、AIRC の判断についての再審査のみを行う。救済としては、再雇用 (原職もしくは他の職) (勤続期間の通算・バックペイを伴う。) またはこれに代わる補償金の支払がある。AIRC には、不公正解雇と判断した場合には、救済を与えるか否かについて裁量権がある。不公正解雇とは、「過酷な (harsh)、不正な (unjust)、または合理性を欠く (unreasonable)」解雇を指す。これに該当するか否かは、正当な理由の有無、手続の公正さ、その他解雇に係る諸事情から判断がなされる。正当な理由とされるのは、労働者の行為 (業務命令違反など)、労働者の能力欠如、経営上の理由、である。

違法解雇は、労働組合の組合員であることを理由とする解雇、差別的な解雇など、職場関係法で禁止されている理由に基づいてなされた解雇のことである。違法解雇もまずは AIRC に申し立て、調停による解決が試みられるが、調停が不調に終わった場合、その後の手続は連邦裁判所もしくは州の裁判所において行われることとなる (AIRC は違法解雇についての仲裁権限を有していない)。違法と判断した場合、裁判所は使用者に罰金を課しうるほか、再雇用またはこれに代わる補償金の支払いを命じる。

## 6. 小括

検討の対象とした 21 件（前掲の裁判例リストで紹介していない *TWU v Glynburn Contractors (Salisbury) Pty Ltd* 事件を含む。）を、争われた権利義務等により分類すると、7 件は租税法に関する事案、5 件が労災補償法に関する事案（また、会社の注意義務違反を理由とする損害賠償請求の事案が 1 件ある。）、長期勤続休暇に関する事案が 2 件、裁定に定める休暇に関する事案が 1 件、最低賃金に関する事案が 1 件、解雇に関する事案が 1 件、その他 3 件となっている。

労働条件類型ごとの判断傾向については、事例の数が限られていることもあるが、特に他の類型と異なる判断がなされていると思われるものは見られない<sup>46</sup>。第 1 節でも述べたが、各種の制定法における労働者の定義は、いずれもコモン・ロー上の労働者概念に依拠していることが、このような傾向をもたらしているものと考えられる。

## 第 6 節 制定法における「労働者」の定義の拡張

既に見たとおり、雇用契約上の黙示の権利義務は、（その定義上、）雇用契約の当事者である労働者（及び使用者）に発生する。また、裁定の適用対象者及び多くの制定法の適用対象者も、労働者に限定されている。しかしながら、幾つかの制定法では、労働者（employee）の定義（又は、“worker”の定義）において、コモン・ロー上労働者には該当しない者を、その対象に包含する形の拡張ないし修正が行われている。以下では、そのような拡張の例として、労働安全衛生法、労災補償法、そして差別禁止法について見ていくこととする<sup>47</sup>。

### 1. 労働安全衛生法

安全衛生に関する制定法は、各州・準州において定められている（このほか、連邦の公務員及び州際海上貿易に従事する者などを対象とする連邦の制定法がある。）。

これら各州・準州の制定法では、合理的に実行可能な限り、安全で衛生的な就労環境を提供するという一般的義務（general duty）が規定されている。そして、この義務の下で、業務に関連する傷害・疾病、重大な事故（dangerous occurrence）が発生した場合に検査官（inspector）に報告する義務などが課されている。これらの一般的義務ないしは具体的に安全・衛生を確保するための義務を定めた規定の下で、事業者に対して必要ある場合には検査官が改善命令・禁止命令を発して危険の除去・緩和、防止を図ることとされており、また、

<sup>46</sup> なお、本文では言及しなかったが、租税法関連の事例も、7 件中労働者性を肯定したのが 4 件、否定したのが 3 件となっており、この類型についても特に特徴は見られない。

<sup>47</sup> なお、本文で紹介する以外の拡張例として、1996 年連邦職場関係法が、団結の自由（freedom of association）に関する規定について、独立契約者（independent contractor）にも適用されるとしていることを挙げるができる。Colvin, J et al eds, *The Workplace Relations Handbook* (2<sup>nd</sup> ed, 2004) 385.

事業者が義務違反があった場合には刑罰が科されることとなっている<sup>48</sup>。

上記の、業務に関連する傷害・疾病、重大な事故についての報告義務は、Western Australia 州を除いて、労働者に限らず、広く人一般（法文上、“person”との文言が用いられている。）について課されている<sup>49</sup>。この「人」には、労働者はもちろん、独立契約者も含まれる。更に、この義務は、契約関係にない者との関係でも課される義務である。

安全で衛生的な就労環境を提供するという一般的義務についても、雇用関係に限定されておらず、「使用者」は労働者との関係でのみならず、それ以外の者との関係においても、一般的義務を負うとされている。例えば Victoria 州の 2004 年労働安全衛生法（Occupational Health and Safety Act 2004）は、第 21 条で、使用者に対して、「合理的に実行可能な限り、その雇用する労働者（employee）に安全で健康に対する危険のない職場環境を提供しなければならない」と規定しているが、ここにいう「労働者」については、同条 3 項が、独立契約者をも含むこととしている<sup>50</sup>。このように「労働者」の定義を拡張して独立契約者を含むとする規定は、Victoria 州のほか、Western Australia、South Australia、Northern Territory、Tasmania の各州・準州における労働安全衛生立法においても存在する<sup>51</sup>。

労働安全衛生法において労働者の定義を拡張して独立契約者を含むとしていること、あるいは労働者以外の「人」との関係でも義務が課せられているのは、職場における安全・衛生の確保が重要な関心事であるところ、労働安全衛生法が、（労災補償法が事後的な救済責任の有無を問う法であるのと異なり、）業務を遂行する過程において生じうる危険を予防するための法であり、そもそも義務を負う相手方を広く捉えるべき性質のものであること、そして、これに加えて、合理的に考えてその危険を適切に予防することができる立場にいるのはいかなる者か（一般的には業務が行われる施設・場所を管理する者であると考えられる。）という観点から義務主体を決定していることによるものと思われる<sup>52</sup>。

<sup>48</sup> Breen Creighton and Andrew Stewart, above n 38, 591-8.

<sup>49</sup> 例えば、New South Wales 州では、業務遂行過程に関連する疾病及び職場での暴力事件については「労働者」（employee）に関する義務として規定されているが、その他の報告すべき事項については「人」（person）に関する義務として規定されている。Victoria 州、Tasmania 州では、報告義務は「人」との関係でのみ規定されている。Queensland 州では、報告義務が“employee”ないし“worker”との関係に限定しない形で規定されている。連邦の制定法では、「人」（person）の死亡及び重大な人身事故について報告義務が課されている。Northern Territory 及び Australian Capital Territory では、明示的な形で、“employee”ないし“worker”でない者との関係で報告義務が規定されている。South Australia 州では、報告義務が課される業務に関連する傷害は従業員のそれに限定されているが、報告義務が課される重大な事故は、「労働者」にとって危険性を有するものに限定されていない。Western Australia 州は唯一、報告義務を「労働者」に関するものに限定している。Alan Clayton, Richard Jonhstone and Sonya Sceats, ‘The Legal Concept of Work-Related Injury and Disease in Australian OHS and Workers’ Compensation Systems’ (2002) 15 Australian Journal of Labour law 1, 94-96.

<sup>50</sup> Victoria 州労働安全衛生法における「労働者」（employee）は、原則的には、コモン・ロー上の労働者であると定義されているが（同法 5 条 1 項）、一般的義務との関係では、「……労働者には、使用者（employer）と契約している独立契約者（independent contractor）を含む……」として、定義を拡張している。

<sup>51</sup> Alan Clayton, Richard Jonhstone, Sonya Sceats, above n 49, 117-118.

<sup>52</sup> （事業が遂行される場である）職場の安全・衛生の確保に関する一般的義務は、当該場所を管理する者（占有者（occupier））にも課されているが、これも本文で述べた考え方があることを示唆するものといえる。See, Alan Clayton, Richard Jonhstone, Sonya Sceats, above n 49, 112-113.

## 2. 労災補償法

オーストラリアでは、労災補償について、連邦及び各州・準州ごとに制定法が存在する。

これらの制定法のうち、連邦の制定法は公共部門及び外国貿易・州際貿易に従事する者を対象としており、それ以外の者については州・準州の制定法が規制している。これらの制定法の適用対象者は、連邦の制定法では“employee”、州・準州の制定法では“worker”であり、基本的にはいずれもコモン・ロー上の労働者であるとされている<sup>53</sup>。その点では、一般的には、独立契約者は労災補償法の適用対象者とはされていないのであるが、他方で、多くの州の制定法において、特定の職業類型ごとに、一定の要件を満たす独立契約者を“employee”ないし“worker”とみなす旨の規定を置いている。一つの典型的なみなしの例は、契約者（contractor）について、「契約者自らの名によって通常行われる取引または事業に付随するものではない」業務を、契約者が当該業務を再委託したり、他人を雇用したりして行わない場合には、その業務を行う当該契約者は、当該業務を発注した者に雇用されたものとみなすという規定である<sup>54</sup>。このような規定は、New South Wales 州のほか、Victoria、Queensland、Tasmania、Australian Capital Territory の各州・準州の労災補償立法においても存在する<sup>55 56</sup>。

これらの規定は、特定の状況の下で又は特定の産業で業務に従事する者に保護を及ぼすこと、あるいはより一般的に、使用者による規制の潜脱を防止するという意図の下に設けられているとされる<sup>57</sup>。安全衛生に関する制定法と比較すると、労災補償における適用対象の拡張は独立契約者のうちでも一定の要件を満たす者について行うという、個別的・限定的な性格のものであり<sup>58</sup>、より一般的に適用対象を拡張すべきであるとの批判もなされているが<sup>59</sup>、要保護性のある一定の職種ないし就労形態について労災補償制度に取り込んでいるという立法的対応は比較法的には注目すべきであると思われる。

<sup>53</sup> 例えば、New South Wales 州の労災補償立法のひとつである、Workplace Injury Management and Workers' Compensation Act 1998 (NSW(WIMWCA))4 条は、“worker”は、「使用者と雇用契約 (contract of service) を締結した者又はその下で働く者……を意味する。」と規定している。

<sup>54</sup> NSW(WIMWCA)5 条及び別表 1、2 条。そこでは、賃加工労働者 (outworker)、その他の契約者 (本文で言及)、農業従事者、外務員などの職業類型ごとに、“worker”とみなされる場合について規定している。

<sup>55</sup> 判例によれば、この拡張部分は、注文主のために仕事を行うが独自の取引又は事業を行っていない者、あるいは、独自の取引または事業を行ってはいるが、当該取引又は事業とは別個に契約して業務を引き受ける者に適用されると解されている。Alan Clayton, Richard Jonhstone, Sonya Sceats, above n 49, 32 (citing *Humberstone v. Northern Timber Mills* (1949) 79 CLR 389 at 401. この判例については第 4 節に掲げた裁判例リスト(2)の 1 を参照。なお、同事件では、労働者性が否定されると共に、この拡張の対象にも該当しないと判断されている。)

<sup>56</sup> このほか、Victoria 州 1985 年労災補償法 (Accident Compensation Act 1985) は、幾つかの例外を定めた上で、専属的 (captive) な態様で業務を遂行する契約の当事者を適用対象者とする規定が置かれている。Alan Clayton, Richard Jonhstone, Sonya Sceats, above n 49, at 33-34.

<sup>57</sup> Alan Clayton, Richard Jonhstone, Sonya Sceats, above n 49, 31.

<sup>58</sup> Ibid 118, fn 227.

<sup>59</sup> Ibid 48.

### 3. 差別禁止法

オーストラリアにおける差別禁止立法としては、連邦の制定法として、1975年人種差別禁止法、1984年性差別禁止法、1992年障害者差別禁止法、2004年年齢差別禁止法がある。これらの連邦の立法と共に、各州でも差別禁止を定めた制定法が存在する。

オーストラリアの差別禁止立法の最大の特徴は、その適用対象者が雇用関係の当事者たる労働者には限定されていないという点である。すなわち、労働者のみならず、独立契約者、パートナー（パートナーシップの当事者）に対する差別なども禁止されていると共に、そもそも、雇用関係以外の場面でも差別が禁止されている。これは、上に掲げた連邦の差別禁止立法が、経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約などの国連の条約、雇用及び職業についての差別待遇に関する条約などのILO条約等、複数の国際条約を背景として制定されており、元来、雇用の場面に限らずそれ以外の場面をも含めて、差別されないことを「人権」として普遍的に保障することを念頭に置いていることによる<sup>60 61</sup>。

## 第7節 独立契約者を適用対象とする規定 - 不公正契約に関する規定

オーストラリア労働法においては、独立契約者等の契約が、不公正（unfair）である場合について規制する規定も存在する。連邦1996年職場関係法、New South Wales州1996年労使関係法、Queensland州1999年労使関係法がこのような規定を有しており、裁判所（連邦）又は労使関係委員会（州法）に、契約の全部又は一部を無効としたり、その内容を変更したりする権限を付与している。ここでは、これらの規制のうち、連邦の規制についてみることにする<sup>62</sup>。

連邦1996年職場関係法832条～834条では、オーストラリア連邦裁判所に対して、独立契約者の労務提供に関係する契約<sup>63</sup>又はそのような契約に関係する条件又は付帯する合意（condition and collateral agreement）について審査する権限を付与している。この規定は（主要な労働関係立法である職場関係法の規定であるが、）労働者には適用されず、独立契約者のみに適用される規定である。具体的には、請負契約の下で労務を遂行する者、パートナーシップ契約を締結している者、チェーン店のフランチャイジーなどについて適用される。

裁判所は、契約が「不公正（unfair）または過酷（harsh）」であると判断する場合、契約の全部又は一部を無効としたり、その内容を変更したりすることができる<sup>64</sup>。不公正な契約

<sup>60</sup> 筆者が2005年10月18日に行ったJoo-Cheong Tham氏へのインタビューによる。

<sup>61</sup> なお、James J. Macken et al, above n 6, 594では、雇用における差別に関する申し立て件数が他の領域における差別に関する申し立て件数に比べて、割合的に最も大きいことが指摘されている（人種差別では37%、性差別では79%、障害者差別では44%）。

<sup>62</sup> New South Wales州の制度は、「あらゆる産業における、労務を遂行する契約」を対象としており、雇用契約を含めて、請負契約、フランチャイズ契約等をも対象としており、連邦の制度に比較してより対象が広範である。Queensland州の制度は連邦の制度とほぼ同様の制度であり、雇用契約には適用されない制度となっている。

<sup>63</sup> ただし、私的な家内労働を目的とするものは除外されている。

<sup>64</sup> なお、この不公正契約に関する規定は職場関係法の前身である1988年労使関係法の1992年改正により挿入

等に該当するか否かの審査は手続面と内容面の双方について行われる。契約が不公正又は過酷であるか否かは、当該契約が締結された時点の状況に照らして判断される（契約の不遵守等、その履行時点における契約当事者の行為は本条項における審査の対象とはされていない。）<sup>65</sup>。

裁判所は、契約当事者間に存在する相対的な交渉力の格差、一方当事者が他方当事者へ不合理な影響力を行使したか否か、不公正な交渉手段が用いられたか否か、独立契約者が受ける報酬総額が同様の労務に従事する労働者が受ける報酬に比べて低いか否か、及びその他裁判所が関係すると考える事情を考慮して、契約が不公正又は過酷か否かを判断する<sup>66</sup>。

この規定に基づき契約が不公正と判断された裁判例としては、以下のものが挙げられる。

#### ①Re Transport Workers Union 事件<sup>67</sup>（AIRC の判断<sup>68</sup>）

同事件は、製材業を営む会社のためにパルプ・挽材等を運送することを請け負った者（請負人）と、同人から当該運送業務を下請した者（下請人）との間で、製材業界全体の不振に端を発する割当運送量の減少を巡って不和が生じ、最終的に下請契約を打ち切られたことに関して、当該下請契約は、解約予告期間に関する規定が存在しない、請負人が随意に（at will）解約をなしうることにされている、等の点で不公正ないし過酷なものであると主張された事案である。AIRC は、下請契約が、運送量減少の場合の収入の減少を緩和する規定や、請負人による契約の解約に関する規定を有していない点で、不公正ないし過酷であると判断し、解約をなしうる場合に関する定め（即時解雇自由がある場合、解雇予告を行った場合、トラック等運送業務を担うために要した経済的投資についての合理的な処理を伴う場合）を付加すると共に、（即時解雇の場合を除き、18ヶ月の期間に限り）解約予告期間を18ヶ月とする等の契約内容の修正を行った。

#### ②Buchmueller v Allied Express Transport Pty Ltd 事件<sup>69</sup>

同事件は、配送業務に従事する備車運転手が、報酬額に関する定めが不公正ないし過酷であると主張した事案である。判決は、裁定の適用を受ける雇用契約の下で同様の業務に従事する労働者の賃金額と比較して、当該備車運転手の報酬額が相当程度低額である（労働者の3分の2程度）ことを指摘した上で、雇用されるのではなく独立契約者として業務に従事することを選択する理由（短期的には不利であるが長期的には有利である、労働時間等を柔軟

---

されたものであり、挿入当時は、裁判所による審査が行われる場合として、不公正又は過酷であること以外に、公益（public interest）に関わる場合が掲げられていたが、この文言は、1994年の改正により削除されている。

J Colvin et al eds, above n 47, 396.

<sup>65</sup> Breen Creighton and Andrew Stewart, above n 38, 385.

<sup>66</sup> Ibid.

<sup>67</sup> (1993) 50 IR 171.

<sup>68</sup> 1988年労使関係法が1994年に改正される以前は、AIRCに審査権限が付与されていた。

<sup>69</sup> 1999 FCA 319.

に決定しうるなど)がある場合には、単に報酬の額に差異が存するだけでは不公正とはいえないが、本件ではそのように積極的に独立契約者を選択する理由に基づいて契約がなされたとは認められず、不公正であると判断した。その上で、契約自体は既に終了していることを踏まえ、同様の業務に従事し、裁定の適用を受ける労働者に支払われる報酬額との差額を基礎に計算した一定額の金銭の支払を命じた。

### ③Harding v EIG Ansvar Ltd 事件<sup>70</sup>

同事件は、保険の代理店契約について、30日前の予告により契約を終了させることができるとされていたことが、不公正ないし過酷であると主張された事案である。裁判所は、30日という予告期間は、その間に代理店が(他の保険会社と代理店契約を結んだ上で)顧客に保険の乗り換えを働きかけたり、あるいは現在契約している保険会社の他の代理店に顧客名簿を売却したりする(それにより、それまでに販売した保険について更新等がなされた場合に代理店に支払われる報酬等についての実質的な補償を得る)ためにはあまりに短い期間であり、不公正ないし過酷な規定であると判断し、一定の額の補償金の支払を命じている。

連邦の不公正契約に関する規定に基づく申し立てはかなり少なく、この規定が独立契約者の保護にとってどの程度有効であるかは未知数であるとの指摘もあるが<sup>71</sup>、報酬額や契約の解約に関して一定の保護が及ぼされている点は興味深い。特に、①の判断例は、労務遂行のために要した投資について、一定程度回収できるような定めがなされるべきことを示すものであり、その限度(投下資本回収の機会を与える限度)で、請負契約についても存続の保護(ないしはこれに代わる金銭の支払)が及ぼされるべきとの考え方を示すものといえる<sup>72</sup>。③の裁判例は、①の判断例のように事前に相当程度の投資をしているという事案ではないが、業務遂行に対する報酬が一定の期間にわたって支払われる場合に突然の解約によりその一部が得られなくなることを防ぎ、適切な利益確保の機会を与えるという点で同様の考え方を示すものであるといえる。また、②の裁判例は、既に終了した契約の処理に関する、個別的な判断ではあるが、裁定の定める賃金(最低賃金)額を基礎として支払われるべき金銭の額を計算しており、裁定による最低賃金規制を独立契約者にも及ぼすことに近似した結果を導いており、やはり注目される。

---

<sup>70</sup> 2000 FCA 46.

<sup>71</sup> Breen Creighton and Andrew Stewart, above n 38 at 385.

<sup>72</sup> なお、筆者が2005年10月18日に行ったJoo-Cheong Tham氏へのインタビューにおいても、契約に関し相当程度の投資を行っている場合には、即時またはわずかな予告期間のみで解約をなしうる契約は不公正であると判断される傾向があるとの指摘を受けた。

## まとめ

本章では、オーストラリアの判例における労働者性の判断方法、及び制定法における労働者の定義の拡張・独立契約者を対象とする保護について検討した。

判例は、労働者性の判断基準について、現実の指揮命令の程度に注目する立場から、法的権利として指揮命令をなしうるか否かに注目する立場へ、そして、そのような法的権利としての指揮命令の要素を中心としつつ諸般の事情を総合的に考慮するという立場へと、変化を経てきたが、基本的に指揮命令の程度を重視するという立場を維持し続けている。最終的に諸般の事情を総合考慮する以上、判断の予測可能性は高いとはいえない。一方で、器具を自ら提供・維持することを義務づけられている場合、業務を第三者に委託することが許容されている場合には、労働者性を否定するという傾向があり、契約内容を「操作」することにより、雇用契約と評価されることを回避し規制を潜脱することを容易に可能としているとの批判がなされている。学説上は、組織的統合の程度、経済的実態等をも考慮要素に加えて判断すべきであるといった批判がなされているが、州裁判所において指揮命令の程度の要素と共に使用者の組織への統合の程度の点を考慮する裁判例が若干存在することを別とすれば、判例の判断基準を変えるには至っていない。また、判例は、各種の制定法における労働者の定義について、（制定法で特に明示的に拡張がなされている場合を別として、）コモン・ロー上の労働者と同一であるとした上で、各種の制定法を通じて統一的な概念として判断を行っている。この点についても、そのような統一的な判断では、それぞれの制定法の目的を適切に実現することができないとの批判がなされており、それぞれの制定法の目的に照らして労働者性を判断すべきであるとの批判がなされている。

オーストラリアにおいても就業形態の多様化が進展し、全就業者に占める自営業者の割合が近年急速に高まっており、労働者か否かの判断が微妙かつ困難である場合が増加しているが、判例が、労働者性の判断基準を見直すことによりこのような状況に適切に対応できているとはいえない状況にある。

制定法に目を転じると、制定法には、労働者の定義を拡張し、独立契約者を適用対象に含めるもの、独立契約者を(も)対象とする保護規定を設けるものがある。

独立契約者を適用対象に含める制定法としては、労働安全衛生法、労災補償法、差別禁止法を挙げることができる。

ほとんどの州・準州の労働安全衛生法では、労働者との関係でのみならず、独立契約者を含めて、労働者以外の者との関係において、安全で衛生的な就労環境を提供するという一般的義務、及び、業務に関連する傷害・疾病、重大な事故についての報告義務が課されている。労働安全衛生法における保護対象者の拡張は、同法が職場の安全・衛生の確保のために事故の予防を目的とするものであり、危険を適切に予防することができる者（職場施設等の管理者）に義務を課すとの発想に立つことによると考えられる。

各州・準州の労災補償法は、基本的に労働者を適用対象者としているが、州・準州によっては、安全衛生法に比べると個別的な形ではあるが、特定の職業類型ごとに、一定の要件を満たす独立契約者を同法の適用対象者たる労働者とみなす旨の規定を置いている。このようなみなし規定は、(使用者が) 契約関係を仮装して規制を潜脱することを防止することを目的としている。

オーストラリアでは、差別禁止法は、そもそも雇用の場面に限定して制定されたわけではなく、人権に関する様々な国際条約の批准を背景として、雇用以外の場面も含めて、人権の一つとして保護が定められており、独立契約者も当然適用対象に含まれている。

保護の対象者が拡張されている（あるいはそもそも適用対象者に限定がない）背景はそれぞれの制定法ごとに異なるものの、これらの労働条件に関して独立契約者との関係でも規制が及ぶこととされている点は注目に値する。

独立契約者を（も）対象とする保護規定としては、不公正契約に関する規制があり、裁判所は、独立契約者の契約が「不公正または過酷」であると判断した場合、当該契約条項に変更を加え、又は無効とし、あるいはその他適切な救済を命じることができる。不公正な契約と判断された事例としては、契約の解約・報酬に関するものがある。前者に関しては、突然の打ち切りにより投資の回収が不能となったり、長期的な利益の獲得が妨げられたりした場合について、不公正と判断されており、適切な利益確保ができるよう、一定の解約予告期間等を契約に追加する、あるいは一定額の金銭を支払う形の救済を命じており、解雇に相当する場面についての保護のあり方を示すものとして興味深い。後者の報酬については、裁定の定める賃金（最低賃金）額との差額を念頭において不公正な契約の下に置かれた独立契約者への支払額を算定する裁判例があり、最低賃金制度を及ぼすのに近似した結果を導いている。このような不公正契約に関する判断例は、独立契約者に対して、解約・報酬（最低賃金）についての保護を及ぼすか否か、及ぼすとしてどのような保護を及ぼすかについての、可能性を示唆しているといえる。

制定法を通じてみると、オーストラリアでは、安全衛生、労災補償、差別禁止、解約、報酬（最低賃金）について、独立契約者にも一定の保護が及ぼされていることが分かる。このような保護が拡張される理由はそれぞれの制度により異なっており一貫した理由に基づくものではないが、就業形態が多様化する中でますます増加する独立契約者に対し、どのような内容の保護が与えられるべきか示唆する一つの例として非常に参考になるといえる。

## 参考文献

### Books

- ・ CCH, *Australian Labour Law Reporter* (Last Filed 19 September 2005) ¶70-100 to ¶70-320
- ・ Creighton, Breen and Stewart, Andrew, *Labour Law : An Introduction* (4th ed, 2005)

- Carvan, John, *Understanding the Australian Legal System* (5<sup>th</sup> ed, 2005)
- van der Waarden, Natalie, *Employment Law: An Outline* (2004)
- Colvin, John, Watson, Graeme and Burns, Paul eds, *The Workplace Relations Handbook* (2<sup>nd</sup> ed, 2004)
- Pittard, Marilyn, J. and Naughton, Richard, B. *Australian Labour Law: Cases and Materials* (4<sup>th</sup> ed, 2003)
- Wheelwright, Karen, *Labour Law* (2<sup>nd</sup> ed, 2003)
- Macken, James, J. et al, *The Law of Employment* (5<sup>th</sup> ed, 2002)
- Price, Rohan, *Employment Law in Principle* (2002)
- Waite, Matthew and Will, Lou, *Self-employed Contractors in Australia: Incidence and Characteristics* (Productivity Commission Staff Research Paper, 2001)
- Bennett, L, *Making Labour Law in Australia: Industrial Relations, Politics and Law* (1994)

#### Articles

- Clayton, Alan, Jonhstone, Richard, and Sceats, Sonya, 'The Legal Concept of Work-Related Injury and Disease in Australian OHS and Workers' Compensation Systems' (2002) 15 Australian Journal of Labour Law
- Stewart, Andrew, 'Redefining Employment? Meeting the Challenge of Contract and Agency Labour' (2002) 15 Australian Journal of Labour Law 1
- Creighton, Breen, 'Employment Security and Atypical Work in Australia' (1995) 16 Comparative Labour Law Journal 285
- Adrian Brooks, 'Myth and Muddle – An Examination of Contracts for the Performance of Work' (1988) 11 University of New South Wales Law Journal 48

## 第6章 アメリカ

### 概観

アメリカ合衆国（以下、「アメリカ」という。）において、「労働者（employee）」の法的概念は、個々の法律の立法目的を反映して、法律ごとに異なっていると理解されている。しかし、立法ごとに、あるいは一の立法について幾つもの判断基準が存在するわけではなく、基本的に二つの判断基準によって「労働者」であるか否かが画定される。

判断基準の一つは、コモン・ロー（州の判例法）に由来する「コントロール・テスト（control test）」であり、もう一つは、基本的に公正労働基準法において用いられている「経済的実態テスト（economic realities test）」である。

コントロール・テストは、就業者の労務遂行に対して使用者がコントロール（指揮命令）を行っているか又は行う権限を有するか否かを中心に、10の要素が用いられ、総合判断により、「労働者」か、そうではなく「独立契約者（independent contractor）」かが決せられる。

経済的実態テストは、労働者が使用者に経済的に依存（economically dependent）しているか否かを、使用者の就業者に対するコントロールを含め5ないし6の要素の総合判断により「労働者」であるか「独立契約者」かが決せられるものである。

これら二つの判断基準をみると、一見して、経済的実態テストの方がコントロール・テストよりも広く多くの就業者を法律の適用下に収める、したがってその分、多くの就業者が法律の利益を享受しうる判断基準であり、確かに実際もそのように考えられる。しかし、経済的実態テストが用いられる根拠法令は、現在では基本的に公正労働基準法のみであり、大多数の立法においては、コントロール・テストにより「労働者」か否かが決せられているのが現状である（なお、これら二つのテストの判断要素を織り交ぜた「ハイブリッド・テスト（hybrid test）」という判断基準も存在する。）。

したがって、労働保護法における「労働者」の概念という視角からそのための判断基準をみると、アメリカでは「労働者」を決して幅広く捉えているのではないと言える。

ただし、「労働者」であるかは立法目的によって画されていることから、特に州制定法である労災補償法においては、「労働者」を相対的に狭く解するコントロール・テストを用いながらも、労災補償制度が使用者のコモン・ロー上の不法行為責任を労働者が立証する困難さを克服すべく制定法として定められた経緯から、むしろ他の立法において用いられるよりもある程度緩やかに「労働者」を画するように運用されている。また、労災補償法については、当該就業者の業務が使用者の通常の事業の一部として行われているか否かという判断要素を中心に「労働者」か否かを決する、「業務相関性テスト（relative nature of work test）」という判断基準も用いられている。

このように、「労働者」とは誰かを考える上では、そのための判断基準が発展してきている

が、この背景には、他国と同様に就業形態が多様化しているという実態的側面<sup>1</sup>があると共に、使用者としては、雇用関係にある労働者を雇用するよりも人件費を抑えることができる雇用形態を活用することで<sup>2</sup>、企業競争力を高めて利潤をより追求しようとの考え方があるものと考えられる<sup>3</sup>。

## 第1節 法令上の「労働者」の定義と判断基準

### 1. 法令上の「労働者」の定義

#### (1) 雇用関係の基礎としてのコモン・ローにおける代理法上の労働者

アメリカの労働者概念は、基本的にコモン・ローにおける代理法に基礎を置いている。それは本来、労働者が雇用の範囲において（within the scope of employment）第三者に与えた損害の責任を当該労働者を雇用している使用者が負うという代位責任（vicarious liability, respondeat superior）を画するために用いられてきた。しかし現在では、これが労働関係法令における「労働者」を画定する基準として広く用いられている。

コモン・ローをまとめたリステイトメントのうち、代理法によれば、労働者であるか、労働者ではなく独立契約者であるかは、使用者の労働者に対する指揮命令権限を中心に、これを含めて10の判断要素により決せられるとし<sup>4</sup>、それら要素による判断基準は、「コントロール・テスト」又は「コモン・ロー・テスト」と呼ばれる<sup>5</sup>。

<sup>1</sup> いわゆる非典型雇用について調査した、Department of Labor, Bureau of Labor Statistics, *Contingent and Alternative Employment Arrangements, February 2005* (July 27, 2005 released, <http://www.bls.gov/news.release/pdf/conemp.pdf>) によれば、例えば、法的判断において「労働者」と対置される「独立契約者（independent contractor）」の割合は雇用労働者の7.4%、数にして約1,034万人に上ると推計されている（*Id.*, table 5）。なお、過去における非典型雇用の実態と法的問題については、日本労働研究機構『アメリカの非典型雇用』（2001年）を参照。ところで、多様化する就業形態は、例えば、在宅勤務やボランティアも含みうるが、アメリカにおけるこれら就業形態・実態に関しては、*Work At Home in 2004* (<http://www.bls.gov/news.release/homey.toc.htm>, Sept.22,2005 released. 2004年時点で約2,070万人、非農業労働者の約15%が主たる仕事の一部を在宅で行っている。）及び *Volunteering in the United States, 2004* (<http://www.bls.gov/news.release/pdf/volun.pdf>, Dec.16,2004 released. 2003年9月から2004年9月の1年間に6,450万人、人口の28.8%がボランティア活動を行っている。）を参照。

<sup>2</sup> Stephen F. Befort, *Labor and Employment Law at the Millennium: A Historical Review and Critical Assessment*, 43 B.C.L.REV. 351, at 369 with accompanying text (2002). なお、アメリカにおける人件費コストについて調査した、Department of Labor, Bureau of Labor Statistics, *Employer Costs for Employee Compensation, March 2005* (June 16, 2005 released, <http://www.bls.gov/news.release/pdf/ecec.pdf>) によれば、調査対象民間企業全産業平均における労働者1人1時間当たりの人件費コストは、合計24.17 USドル、うち、賃金が17.15 USドル（71%）、その他諸給付等（様々な、休暇、上乗せ賃金等、保険給付、年金、社会保障・保険等労働関係税）が7.02 USドル（29%）となっている（*Id.*, table 5）。なお、非組合員よりも組合員の方が人件費コストがかなり高くなっている点も、使用者が雇用関係のある労働者ではなく、それが無い独立契約者を活用するインセンティブになっているものと思われる（組合員33.17 USドルに対して非組合員23.09 USドル。*Id.*）。

<sup>3</sup> Gwen Thayer Handelman, *On Our Own: Strategies for Securing Health and Retirement Benefits in Contingent Employment*, 52 WASH. & LEE L.REV. 815 (1995).

<sup>4</sup> RESTATEMENT SECOND OF AGENCY §220 (1958)

<sup>5</sup> コントロール・テストは、日本の労働組合法に相当する全国労働関係法（National Labor Relations Act）における労働者性判断基準としても用いられている。*NLRB v. United Insurance Co. of America*, 390 U.S. 254 (1968). コントロール・テストは、また、労働者を雇用する使用者に抛出義務が課せられている、連邦所得税

- ① 労働者 (servant) とは、一方当事者の事柄について役務を行うために雇用される者であり、かつ、当該者は役務の遂行における身体的行為 (physical conduct) に関して一方当事者のコントロールを受けるか又はコントロールする権限 (right to control) を受ける者をいう。
- ② 一方当事者のために行為する者が労働者であるか独立契約者であるかを決めるについて、とりわけ以下の事実が考慮される。
  - (a) 約定により職務遂行の詳細について使用者が行使しうるコントロールの範囲、
  - (b) 就業者は別個の職務や事業に従事しているか否か、
  - (c) 職務の種類について、当該職務は通常、使用者の指揮 (direction) の下に行われるものか、監督 (supervision) なしに技能者 (specialist) により行われるものか、
  - (d) 一定の職務について求められる技能 (skill)、
  - (e) 職務遂行に係る器具、用具、就業場所を提供するのは使用者か就業者か、
  - (f) 雇用の期間の長さ、
  - (g) 対価の支払方法 (method of payment)、時間により支払われるか仕事 (job) に対して支払われるか、
  - (h) 当該職務は使用者の通常の事業 (regular business) の一部か否か、
  - (i) 当事者は使用者－労働者の関係 (relation of master and servant) を形成していると考えているか否か、
  - (j) 使用者 (principal) は事業を行っているか。

ところで、近時、上記代理法とは別に、雇用法第三次リステイトメント案<sup>6</sup>について議論されており、同案においては労働者の定義が置かれている<sup>7</sup>。

---

法 (Federal Income Tax Act; FITA)、連邦保険税法 (Federal Insurance Contribution Act; FICA、社会保障税法)、連邦失業保険税法 (Federal Unemployment Tax Act; FUTA) 上の当該労働者に係る各税を納めるに際し、当該就業者が「労働者」か否かを判断する基準としても用いられている (連邦失業保険税法については、コントロール・テストの判断要素を利用し、より広く就業者を「労働者」としうる、三つの判断要素からなる“ABCテスト”又はこの亜種を採用する州がある。MARK A. ROTHSTEIN, CHARLES B. CRAVER, ELINOR P. SCHROEDER, ELAINE W. SHOEN, EMPLOYMENT LAW, 3<sup>rd</sup> ed., at 847-848, Thomson/West (2004).)。FICA: 26 U.S.C.A. § 3121(d)(2), FUTA: 26 U.S.C.A. § 3306(i)。なお、連邦所得税法には労働者の定義規定があるものの (26 U.S.C.A. § 3401(c))、同規定は明確にコモン・ロー・テストを用いると述べていないので、代わって、内国歳入庁 (Internal Revenue Service; IRS) の規則が、コモン・ロー・テストを用いた 20 項目の判断要素を示している。竹地潔「アメリカにおける非典型労働(2)」海外労働時報 266 号 94 頁以下 (1998 年)、98-99 頁参照。

<sup>6</sup> Restatement of the Law Third, Employment Law, Preliminary Draft No. 2, The American Law Institute, May 17, 2004. なお、リステイトメントを検討、作成するのは、研究者や法曹実務家などにより構成されるアメリカ法律協会 (American Law Institute; ALI) である。

<sup>7</sup> 前掲注 6 文献、3 頁によれば、「(a)労働者が使用者の利益のために、労務を少なくとも一部分提供しようとしており、かつ、(b)使用者が労働者の労務の提供を受けることに同意しているか同意することを明らかにしており、かつ、(c)使用者が、(i)労働者の職務遂行方法の詳細を指揮又はコントロールする権限、又は、(ii)労務の提供に対する労働者の報酬条件について決定又は交渉する権限を有している場合は、当該一方当事者たる使用者と個人たる労働者との間には雇用関係が存在する。」としている。§ 1.01 Existence of Employment Relationship.

## (2) 連邦と州の制定法における労働者

先のコントロール・テストが個別具体的な法律における「労働者」を画する基準として用いられているとしても、各法律は独自に「労働者」の定義を置いている。

検討対象とされるべき労働保護制定法としては、1938年公正労働基準法、1993年家族・医療休暇法、1970年職業安全衛生法、1964年公民権法第七編等差別禁止法、そして州の労災補償法がある。

なお、労働保護法以外にも、日本の労働組合法に相当する全国労働関係法、社会保障法、労働関係税・租税等の税法にも「労働者」の定義規定がある。これら法令における「労働者」概念も議論されており、判例の蓄積も見られるが、これら諸法は本研究の検討対象からは外れるので、以下の法令及び判例の検討においては特に取り上げないこととする。

### ア. 公正労働基準法

最低賃金、週40時間を超える労働に対する時間外手当の支払い、年少労働を規制する公正労働基準法（Fair Labor Standards Act of 1938; FLSA）<sup>8</sup>は、「使用者に雇用される個人」を「労働者」とする<sup>9</sup>。

### イ. 家族・医療休暇法

一定要件を満たす労働者に一定事由を理由とする無給の休暇取得を認める家族・医療休暇法（Family and Medical Leave Act of 1993; FMLA）<sup>10</sup>は、公正労働基準法における定義と同じである<sup>11</sup>。

### ウ. 職業安全衛生法

職場における安全衛生を規制する職業安全衛生法（Occupational Safety and Health Act of 1970; OSHA）<sup>12</sup>は、「労働者」を、「使用者の事業に雇用される者」と規定している<sup>13</sup>。

職業安全衛生法における一般的義務条項（general duty clause、5条(a)）のうち、雇用関係がある労働者との関係で使用者に課せられた災害のない雇用や職場の整備に係る規定（5条(a)(1)）についてはこの定義が当てはまるが<sup>14</sup>、一方で、一般的義務条項のうち、必ずしも雇用関係を前提としない本法に基づく安全衛生基準に従う使用者の義務（5条(a)(2)）については、義務履行の対象は、使用者の労働者に限定されているわけではないと考えられている<sup>15</sup>。

また、安全衛生に係る問題は実際に働く場所で生じうる問題であることから、むしろ派遣先に法的責任が帰属することとされており<sup>16</sup>、さらに、労働者の範囲についても、解釈例規

<sup>8</sup> 29 U.S.C.A. § 201 et seq.

<sup>9</sup> 公正労働基準法 3条(e)(1) : the term "employee" means any individual employed by an employer.

<sup>10</sup> 29 U.S.C.A. § 2601 et seq.

<sup>11</sup> 家族医療・休暇法 101条(3): The terms "employ", "employee", and "State" have the same meanings given such terms in subsections (c), (e), and (g) of section 3 of the Fair Labor Standards Act of 1938 (29 U.S.C. 203(c), (e), and (g)).

<sup>12</sup> 29 U.S.C.A. § 651 et seq.

<sup>13</sup> 職業安全衛生法 3条(6) : an employee of an employer who is employed in a business of his employer.

<sup>14</sup> See *Anthony Crane Rental Inc. v. Reich*, 70 F.3d 1298, 1305 (D.C.Cir. 1995).

<sup>15</sup> RANDY S. RABINOWITZ (ed.-in-chief), *OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH LAW*, 2<sup>nd</sup> ed., at 84, BNA (2002).

<sup>16</sup> 藤川恵子「労働者派遣の現状と展望」季刊労働法 186号 152頁以下(1998年)、156頁が引用する, Department

では、派遣労働者も含むとされている<sup>17</sup>。

## エ. 差別禁止法

差別禁止については、人種、皮膚の色、宗教、性（妊娠を含む。）、出身国を理由とする差別を禁じた 1964 年公民権法第七編（Title VII of the Civil Rights Act of 1964）<sup>18</sup>、障害を理由とする差別を禁じた 1990 年障害を持つアメリカ人法（Americans with Disabilities Act of 1990）<sup>19</sup>、年齢を理由とする差別を禁じた 1967 年雇用における年齢差別禁止法（Age Discrimination in Employment Act of 1967）<sup>20</sup>は、いずれも、「使用者に雇用される個人」を「労働者」としている<sup>21</sup>。

1963 年同一賃金法（Equal Pay Act of 1963）<sup>22</sup>は、公正労働基準法の改正により設けられたことから、先に述べた同法の定義規定が用いられている<sup>23</sup>。

なお、人種を理由とする契約の締結及び履行（make and enforce contracts）に係る差別を禁じた 1866 年公民権法 1981 条（Civil Rights Act of 1866, § 1981）<sup>24</sup>は、雇用の場面に限らず広く契約全般を規制対象としているため、「労働者」の定義規定はない<sup>25</sup>。

## オ. 労働者災害補償法

州労働者災害補償法においては、「労働者」の基本定義規定を置きつつ、一定の職種・職務に就いている者を個別に適用に収める又は適用を除外する規定を置いて、適用範囲を画している。

基本的な定義規定については、例えば、カリフォルニア州労災補償法では、「労働者とは、任命（appointment）又は雇用契約（contract of hire）又は徒弟制（apprenticeship）の下で、明示又は黙示の口頭又は書面により、合法的又は非合法的に雇用されているかを問わず、

---

of Labor, Memorandum to Regional Administrators from Richard P. Wilson, Deputy Director, Federal Compliance and State Programs OSHA(1977).

<sup>17</sup> 61 F.R.23, 4058. なお、法違反の申告やその旨の証言をした労働者に対する解雇等不利益取扱い禁止規定に関しては、幅広く救済を与えるという本立法の性質（broad remedial nature of this legislation）から、求職者（applicant）、元労働者（former employee）、監督者（supervisor）も、この規定における労働者に含まれるとされている。RABINOWITZ, *supra* note 15, at 588-589.

<sup>18</sup> 42 U.S.C.A. § 2000e et seq.

<sup>19</sup> 42 U.S.C.A. § 12101 et seq.

<sup>20</sup> 29 U.S.C.A. § 621 et seq.

<sup>21</sup> 1964 年公民権法第七編 701 条(f)、1990 年障害を持つアメリカ人法 101 条(4): The term “employee” means an individual employed by an employer. 年齢差別禁止法 11 条(f): The term “employee” means an individual employed by any employer. なお、公民権法第七編については、元労働者（former employee）も適用対象たる「労働者」に含まれるとの判例が確立されている。Robinson v. Shell Oil Co., 519 U.S. 337 (1997).

<sup>22</sup> 29 U.S.C.A. § 206(d).

<sup>23</sup> 同一賃金法 13 条(a): When the terms "employer," "employee," and "wage" are used in this chapter in relation to the Fair Labor Standards Act of 1938, as amended, they shall have the same meaning as when used in such Act of 1938.

<sup>24</sup> 42 U.S.C.A. § 1981.

<sup>25</sup> なお、1981 条(b)は、「契約の締結及び履行」とは、「契約の締結（making）、履行（performance）、改訂（modification）、終了（termination）、及び、契約関係上のあらゆる利益（benefits）、権利（privileges）、条件（terms, and conditions）の享受を含む」と規定していることから、雇用関係のあらゆる段階における人種差別が禁止されることになる。なお、General Building Contractors Association v. Pennsylvania, 458 U.S. 375 (1982)によれば、本条は「意図的な（intentional）」人種差別にしか適用されない。

使用者の役務（service）を行うあらゆる者であり、かつ、(a)外国人及び年少者、(b)選出（elected）及び任命（appointed）された給与を支払われる公務従事者（paid public officer）、(c)準公的又は私的事業体の取締役役員、(d)住み込みで作業に従事する者、(e)州刑務所又は矯正施設に収監されている者で、労務に就いている者、(f)賃金の支払を受ける、パートナーシップ又は有限会社の、現に就労している者、等「を含む」などと定められている<sup>26</sup>。

また、ニュー・ヨーク州労災補償法では、「労働者とは、……使用者の主たる事業（principal business）が、使用者の敷地内又は工場又は工場から離れて雇用の過程において危険な労務（hazardous employment）を行うことであって、これを遂行する（in the service）者をいう」と定義している<sup>27</sup>。

### カ. 小括

以上の制定法における労働者の定義規定を見ると、アメリカの制定法では、基本的に雇用されている者を「労働者」とし、法の目的によっては「労働者」の範囲を広げていると言える。そこで、一見して雇用されていない者が実は「労働者」に当たるか否かを判断するために、次に見るような判断基準が発達してきている。

## 2. 「労働者」の判断基準

労働者性を判断する基準は大きく分けて二つあること、そして、そのうちの一つである「コントロール・テスト」とその判断要素は上述したとおりである。

もう一つの判断基準は「経済的実態テスト」というものである。これは、特に公正労働基準法における労働者性判断に用いられるもので、同法の立法史に基づいた連邦最高裁判決により認知されているものである<sup>28</sup>。判断要素は以下に掲げるとおりである<sup>29</sup>。

- ①使用者が行使するコントロールの程度、
- ②就業者と使用者の相対的な投資（investment）の範囲、
- ③就業者の経済的得失機会（opportunity for profit or loss）が使用者により決定される程度、
- ④職務の遂行において求められる技能（skill）とイニシアティブ、
- ⑤関係の永続性（permanency）。

なお、

<sup>26</sup> CALIFORNIA LABOR CODE § § 3350-3371. なお、本文中に掲げた労働者の具体例には、それぞれ条件が付されている。また、その他にも具体的に、「労働者」に含まれる者と含まれない者が、条文中で詳細に列挙されている。

<sup>27</sup> NEW YORK CONSOLIDATED LAWS, Chapter 67, Article 1, § 2, 4.

<sup>28</sup> *Rutherford Food Corp. v. McComb*, 331 U.S. 722 (1947).

<sup>29</sup> 例えば、*Robicheaux v. Radcliff Material, Inc.*, 697 F.2d 662 (1983). Charles J. Muhl, *What is an employee? The Answer depends on the Federal Law*, MONTHLY LABOR REVIEW, Vol.125, No.1 (January, 2002) at 8, Exhibit 3.

⑥提供される労務が使用者の事業に必要不可欠な一部（integral part of employer's business）か否か、  
を考慮する裁判例もある<sup>30</sup>。

また、コントロール・テストと経済的実態テストをミックスした判断要素から成る、「ハイブリッド・テスト（hybrid test）」も存在する。このテストは、特に差別禁止法における労働者性判断に際して用いられるもので、幾つかの連邦控訴裁判所で認知されているものである<sup>31</sup>。判断要素は次のようなものである<sup>32</sup>。

- ①職種及び監督者の指揮の有無、
- ②求められる技能、
- ③機械・器具の負担及び就業場所、
- ④就労期間、
- ⑤報酬の支払い方法（時間給か成果に対する報酬か）、
- ⑥就業関係終了の方法、
- ⑦年次休暇付与の有無、
- ⑧当該職務は使用者の事業に不可欠の一部か、
- ⑨就業者は退職給付を積み立てているか、
- ⑩使用者は社会保障税を拠出しているか、
- ⑪当事者意思。

さらに、州労災補償法においては、就業者が行う職務が使用者の事業の不可欠な一部を成しているか否かによって就業者を労災補償法上の「労働者」であるかを判断する、「業務相关性テスト（relative nature of work test）」を用いる州がある。このテストは、労災補償法の目的に基づき、従来であれば「労働者」ではなく「独立契約者」として扱われうる者を適用下に収めるために（判断が非常に難しい事案において被災労働者に保護を及ぼすために）用いられる判断基準である。具体的には、先の経済的実態テストのように、使用者のコントロールを加味しつつも、就業者の使用者に対する経済的依存性や、就業者の労働の性質が使用者の事業との間に有する関連性に重点を置くという判断要素から構成される<sup>33</sup>。

---

<sup>30</sup> *Rutherford Food Corp. v. McComb*, 331 U.S. 722 (1947)（食肉解体作業員の事案）、*United States v. Silk*, 331 U.S. 704 (1947)（この事案は、トラック運転手と荷下ろし人に係る連邦社会保障法上の「労働者」性に関する事案である。）．下級審では、先例として、*Real v. Driscoll Strawberry Associates, Inc.*, 603 F.2d 748 (9th Cir. 1979)（農作物収穫労働者の事案）．

<sup>31</sup> *Spirides v. Reinhardt*, 613 F.2d 826 (D.C. Cir 1979), *aff'd after remand*, 656 F.2d 900 (D.C. Cir 1981)．しかし、連邦最高裁はこのテストの可否を判断していない。

<sup>32</sup> *Id.*

<sup>33</sup> 例えば、*S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dept. of Industrial Relations*, 48 Cal.3d 341, 769 P.2d 399, 256 Cal.Rptr. 543 (Cal.1989)（農作物収穫労働者の事案）、*Re/Max of New Jersey v. Wausau Ins. Cos.*, 304 N.J. Super. 59,

なお、アメリカでは、労働者概念を立法や解釈により拡張するのではなく、反対に使用者の概念を拡張するなどの工夫によって、法的責任主体としての当該使用者の下で就業する者に法の利益を享受させるという方法が用いられている。端的には、「共同使用者 (joint employer)」という概念の設定である<sup>34</sup>。

## 第2節 判例分析

### 1. 時系列に見た連邦最高裁判決等の概観

当初、連邦最高裁は、全国労働関係法（日本の労働組合法に相当）上の「労働者」性（新聞の売り子）に係る 1944 年 *Hearst* 事件判決<sup>35</sup>と、連邦社会保障法上の「労働者」性（石炭の荷下ろし人及びトラック運転手）に係る 1947 年 *Silk* 事件判決<sup>36</sup>の両判決において、経済的実態の考慮により労働者性判断を行っていた。しかし、連邦議会は、このような判断方法をコモン・ローにおける代理法上のコントロール・テストに置き換えるため、全国労働関係法と連邦社会保障法における「労働者」を変更しようと（具体的には、独立契約者を適用除外しようと）、1947年に法改正を行った。

ところが、公正労働基準法における労働者性判断基準としての経済的実態の考慮については、このような考え方を示した 1947 年 *Rutherford* 事件判決<sup>37</sup>を法改正によって変更することはしなかった（本件での就業者は食肉解体作業員）。このことはおそらく、立法者意思として経済的実態を含め非常に広い定義規定が想定されていることを覆すに足りる法改正（立法）事実が乏しかったためではないかと考えられる。

現在では、1974 年労働者退職所得保障法上の「労働者」性（保険代理人）に係る 1992 年 *Darden* 事件判決<sup>38</sup>及び同事件判決が引用する、1974 年連邦著作権法上の「労働者」性（彫刻家）に係る 1989 年 *Reid* 事件判決<sup>39</sup>の先例が示すように、立法者意思が明確にされていない場合の「労働者」の判断は、コモン・ローにおける代理法上のコントロール・テストによるとされている<sup>40</sup>。これら先例に追従する裁判例<sup>41</sup>は多いが、（各巡回区における現在での考

---

697 A.2d 977 (1997), *aff'd*, 316 N.J.Super. 514, 720 A.2d 658 (1998)（不動産販売代理人の事案）。

<sup>34</sup> この問題は本研究の本旨から外れるので詳説しない。詳細は、『「諸外国の労働契約法制に関する調査研究」報告書（労働政策研究報告書 No.39）』（労働政策研究・研修機構、2005年）「第4章 アメリカ」〔池添弘邦執筆部分〕259頁以下、276-278頁を参照。

<sup>35</sup> *N.L.R.B. v. Hearst Publications, Inc.*, 322 U.S. 111 (1944).

<sup>36</sup> *United States v. Silk*, 331 U.S. 704 (1947).

<sup>37</sup> *Rutherford Food Corp. v. McComb*, 331 U.S. 722 (1947).

<sup>38</sup> *Nationwide Mutual Insurance Company v. Darden*, 503 U.S. 318 (1992).

<sup>39</sup> *Community for Creative Non-Violence v. Reid*, 490 U.S. 730 (1989).

<sup>40</sup> これら二つの判決が示す判断要素は、次のとおりである。①使用者の業務遂行方法に対する具体的コントロール権限の有無、②必要な技能、③機械・器具の負担者、④就労場所、⑤当事者関係の期間、⑥使用者が予定されている業務とは別の業務の遂行を就業者に指示する権限の有無、⑦いっどれくらい就労するかの就業者の裁量の程度、⑧報酬の支払い方法、⑨就業者が自らの労働者を雇用すること及び報酬を支払う場合のその役割、⑩当該職務は使用者の通常の事業の一部であるか、⑪使用者は事業を行うものであるか、⑫福利厚生規定の適

え方はともかく、) 問題の中心は使用者の就業者に対する“コントロール”であることから、これを重要視して判断する裁判例<sup>42</sup>や、経済的実態テストによって判断する裁判例<sup>43</sup>も存在する。

他方、公正労働基準法に関しては、下級審においても、立法者意思が明確であることから、従来と同じく経済的実態テストによって労働者性が判断されている状況にある。

州労災補償法については、これがコモン・ローにおける不法行為責任による労働者への災害補償を否定するような法的障害（重たい立証責任）を覆すという法目的を有していると解されていることから、多くの裁判例は、コモン・ロー上のコントロール・テストを採用してはいるが、労働者概念を柔軟に広義に解釈して適用範囲に収めることにより、結果として被災労働者の救済を図っている。加えて、州によっては、業務相関性テストという基準を用いて、特に被災労働者の業務が使用者の事業にとって不可欠であるか否かという側面に着目して、制定法における労働者の範囲を決している状況にある<sup>44</sup>。

## 2. 裁判例リスト

### (1) 公正労働基準法（時間外手当、最低賃金）、家族・医療休暇法

#### ア. 専門的職種

*Brock v. Superior Care Inc.*, 840 F.2d 1054 (2<sup>nd</sup> Cir. 1988) [看護師]

#### イ. 備車運転手

*Tobin v. Anthony-Williams Mfg. Co.*, 196 F.2d 547 (8<sup>th</sup> Cir. 1952)

*Herman v. Express Sixty-Minutes Delivery Serv.*, 161 F.3d 299 (5<sup>th</sup> Cir. 1998)

#### ウ. 外交員等職種

なし。

#### エ. 在宅就業者

*Goldberg v. Whitaker House Cooperative, Inc.*, 366 U.S. 28 (1961)

*Donovan v. Dial-America Marketing, Inc.*, 757 F.2d 1376 (3<sup>rd</sup> Cir.), cert. denied sub nom.

*Dial-America Marketing, Inc. v. Brock*, 474 U.S. 919 (1985)

---

用の有無、㊸就業者の税の取り扱い。なお、近年の事案として、1990年障害を持つアメリカ人法における「労働者」性が問題となった、*Clackamas Gastroenterology Associates, P.C. v. Wells*, 538 U.S. 440 (2003) がある。この事案では、医療サービス提供の専門会社の医師であると同時に同社の株主でもある者らが同法上の「労働者」に当たるかが争われたことから、「労働者」か「独立契約者」かというのとは異なる軸において「労働者」性が検討されている。

<sup>41</sup> 例えば、1967年年齢差別禁止法における販売員の労働者性が問題となった *Speen v. Crown Clothing Corp.*, 102 F.3d 625 (1<sup>st</sup> Cir. 1996)、1993年家族医療・休暇法上における社内配達人の労働者性が問題となった *Holliday v. Vacationland Fed. Credit Union*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 5655 (N.D. Ohio 2004)。

<sup>42</sup> 1967年年齢差別禁止法における医師の労働者性が争われた、*Garcia v. Copenhaver, Bell & Assocs., M.D.'s, P.A.*, 104 F.3d 1256 (11<sup>th</sup> Cir. 1997)。

<sup>43</sup> 1967年年齢差別禁止法における販売員の労働者性が問題となった、*Hayden v. La-Z-Boy Chair Co.*, 9 F.3d 617 (7<sup>th</sup> Cir. 1993)、1993年家族医療・休暇法上におけるトラック運転手の労働者性が問題となった *Nichols v. All Points Transp. Corp. of Mich., Inc.*, 364 F.Supp. 2d 621 (E.D. Mich. 2005)。

<sup>44</sup> 注 33 に掲げた裁判例を参照。

オ. 零細事業者

United States v. Rosenwasser, 323 U.S. 360 (1945)

Rutherford Food Corp. v. McComb, 331 U.S. 722 (1947)

Robicheaux v. Radcliff Material, 697 F.2d 662 (5<sup>th</sup> Cir. 1983)

Carrell v. Sunland Construction, 998 F.2d 330 (5<sup>th</sup> Cir. 1993)

カ. 見習い者

Walling v. Portland Terminal Co., 330 U.S. 148 (1947)

(2) 州労災補償法

ア. 専門的職種

Industrial Commission v. Navajo County, 64 Ariz. 172, 167 P.2d 113 (1946) [医師]

State Compensation Insurance Fund v. Industrial Accident Commission, 124 Cal.App.2d 1, 268 P.2d 40 (1954) [看護師]

Egan v. New York State Joint Legislative Committee, 158 N.Y.S.2d 47 (N.Y.A.D. 3d Dept. [弁護士])

イ. 備車運転手

Glielmi v. Netherland Dairy Co., 254 N.Y. 60, 171 N.E. 906 (1930)

ウ. 外交員等職種

Gordon v. New York Life Ins. Co., 90 N.E.2d 898, *motion denied*, 92 N.E.2d 318 (1950)

Hackler v. Swisher Mower & Machine Co., 284 S.W.2d 55 (Mo.App. 1955)

エ. 在宅就業者

なし。

オ. 零細事業者

Laurel Daily Leader, Inc. v. James, 80 So.2d 770 (Miss. 1955) [販売]

Marcum v. State Accident Ins. Fund, 565 P.2d 399 (Ore. 1977) [雑務]

New Independent Tobacco Warehouse, No. 3 v. Latham, 282 S.W.2d 846 (Ky. 1955) [事務]

カ. 見習い者

Nordland v. Poor Sister of St. Francis, 4 Ill.App.2d 48, 123 N.E.2d 121 (1954)

(3) 職業安全衛生法

なし。

(4) 差別禁止法

ア. 専門的職種

Clackamas Gastroenterology Associates, P.C. v. Wells, 538 U.S. 440 (2003) [医師]

Farlow v. Wachovia Bank of N.C., 259 F.3d 309 (4<sup>th</sup> Cir. 2001) [弁護士]

イ. 備車運転手

EEOC v. North Knox Sch. Corp., 154 F.3d 744 (7<sup>th</sup> Cir. 1998)

#### ウ. 外交員等職種

Cox v. Master Lock Co., 815 F.Supp. 844 (E.D.Pa. 1993), *aff'd*, 14 F.3d 46 (3<sup>rd</sup> Cir. 1993)

#### エ. 在宅就業者

なし。

#### オ. 零細事業者

Wilde v. County of Kandiyoshi, 811 F.Supp. 446 (D.Minn. 1993), *aff'd*, 15 F.3d 103 (8<sup>th</sup> Cir. 1994) [事務系]

Spirides v. Reinhardt, 613 F.2d 826 (D.C. Cir 1979), *aff'd after remand*, 656 F.2d 900 (D.C. Cir 1981) [接客、娯楽、メディア]

#### カ. 見習い者

O'Connor v. Davis, 126 F.3d 112 (2<sup>nd</sup> Cir. 1997)

#### (5) 解雇

なし。

### 3. 制定法（労働条件）別、職種別に見た判例

アメリカでは、「労働者」の判断基準は幾つかあるものの、「労働者」概念は立法目的を反映して基本的には相対的であり、また、立法ごとに労働条件が規制されている。このため、以下では、制定法（労働条件）別に職種を分けて、代表的な裁判例を見ることにする。

なお、裁判例の数は膨大なもので、逐一掲げることはせず、確立している判例としての連邦最高裁判決か、管轄区において先例的価値を有すると考えられる合衆国控訴裁判所判決のみ掲げることとする（なお、注に掲げている裁判例も網羅的でない）。また、基本的に、使用者と就業者が直接的な関係性を有している（いた）事案のみを検討対象としている。

#### (1) 公正労働基準法（時間外手当、最低賃金）、家族・医療休暇法

#### ア. 専門的職種

[看護師]

Brock v. Superior Care Inc., 840 F.2d 1054 (2<sup>nd</sup> Cir. 1988)

【事実の概要】ヘルス・ケア・サービスのために看護師を病院等へ派遣する被告会社Yが、その擁する独立契約者として賃金台帳に記載している看護師に対して、公正労働基準法上の時間外手当を支払わなかったとして、原告労働長官Xが、未払い賃金及び付加賠償金（liquidated damages）の支払を求めて民事訴訟を提起した<sup>45</sup>。一審の連邦地方裁判所は、

<sup>45</sup> なお、公正労働基準法違反に対する救済は、①労働者本人が違反者たる使用者に対して未払い賃金の支払及び付加賠償金の支払いを求めて提起する民事訴訟、②労働者に代わって労働長官が①の救済を求めて起こす民事訴訟、③労働長官が法違反の差し止めを求めて起こす訴訟がある。③の訴訟では、付加賠償金を含まない未払い賃金の支払を併せて求めることができる。①の訴訟は、②③の訴訟が提起された時点で終了する。公正労働

独立契約者として扱われている看護師は公正労働基準法上の労働者に該当し、Yに法違反があったと認定してXの訴えを認容して、未払い賃金及び付加賠償金の支払いをYに命じた。Yが合衆国控訴裁判所に上訴。

【判旨】 経済的実態テストに従い判断（以下に掲げる判例についても同様。）。看護師はYの「労働者」。

コントロールについて、時間当たり賃金はYにより一方的に決定されていた。看護師は派遣先を断ることができるが、Yは派遣先を指定し、一度指定を受け入れたら業務報告等を行わなければならない。Yは就労先に出向き就業状況を月に1, 2回確認していた。経済的得失の機会、事業への投資は、ない。看護師の提供するサービスはYの事業に不可欠である。技能及びイニシアティブについては、確かに技能は高いが、これのみでは独立契約者の指標にはならず、イニシアティブも就労先で独立したそれを行行使するわけではない。就労期間（本件では年に数週間）については、事業に対する看護師のイニシアティブというよりも産業特性がある。技能及びイニシアティブと就労期間については、看護師をやや独立契約者と見るべき部分があるが、労働者であることを否定するには至らない。

なお、医師や弁護士に関する事案は見当たらない。これら専門的職種に就く者は、概してその報酬が高額である<sup>46</sup>ため、実態として時間外手当や最低賃金は問題とならないと同時に、法的にもホワイトカラー・イグゼンプション<sup>47</sup>が適用されるからである。

## イ. 備車運転手

*Tobin v. Anthony-Williams Mfg. Co.*, 196 F.2d 547 (8<sup>th</sup> Cir. 1952)

【事実の概要】 被告木材会社Yが、その雇用する木材運搬車運転手と木材切り出し人を独立契約者とし、時間外手当を支払わなかったとして、原告労働長官Xが連邦地方裁判所に、未払い賃金の支払と記録保存義務違反を理由に民事訴訟を提起した。一審がXの請求を棄却したためXが上訴。

【判旨】 木材運搬車運転手と木材切り出し人はYの「労働者」。

コントロールについて、Yはどこでどの木を切り出すか、また、切り出し及び運搬量を指示していた。運搬人はYから買い入れたトラックに対して実質的投資をしておらず、その所

---

基準法 16 条(b)(c), 17 条。また、刑事罰 (16 条(a))、行政による制裁金 (civil penalty) も定められている (16 条(e))。

<sup>46</sup> Fatemeh Hajiha, *Employment and Wages in Major Occupational Group and Industry*, Chart A 1, in BLS, *Occupational Employment and Wages, May 2004* (<http://www.bls.gov/oes/2004/may/major.pdf>) . 時間当たり賃金は、医師 (Healthcare Practitioner and Technical) が 27.55US\$ で 22 の職業分類中上位 5 番目、弁護士 (Legal) が 38.42US\$ で上位 2 番目である。 *Id.*

<sup>47</sup> 公正労働基準法 13 条(a)。なお、ホワイトカラー・エグゼンプションについては、「第 1 章 アメリカ、2 ホワイトカラー労働者の労働時間規制の適用除外制度等」労働政策研究・研修機構『諸外国のホワイトカラー労働者に係る労働時間法制に関する調査研究 (労働政策研究報告書 No.36)』(2005 年) 40 頁以下〔幡野利通執筆部分〕を参照。

有は名目に過ぎない。トラックは、Yで就労していない場合でさえYの事業以外に使用できない。切り出しと運搬に係る数人のチームは、切り出しのための道具をYから提供されなければならなかった。運搬人は多大な利益を得る機会をごくわずかながら有しており、また、損失を被ることはなかった。Yには運搬人らと同じ職務を遂行する労働者がいた。運搬人らはYの事業の不可欠な部分をなしている。

*Herman v. Express Sixty-Minutes Delivery Serv.*, 161 F.3d 299 (5<sup>th</sup> Cir. 1998)

【事実の概要】小包配送会社の被告Yは、そこで就業する配送人に対して、最低賃金、時間外手当を支払わず、また、記録保存義務に違反したとして、原告X労働長官が連邦地方裁判所に未払い賃金の支払を求めて民事訴訟を提起した。一審は、当該配送人を独立契約者と認定して請求を棄却したため、Xが上訴。

【判旨】配送人は独立契約者。

コントロールについて、配送人は、Yの労働者たる配送人と異なり、ごく僅かのコントロールしか受けず、働く日と時間を自身で決め、オン・コールでの配送連絡を何ら罰なく断ることができ、他で就労することができた（「独立契約者契約書」には競業避止義務は定められていない。）。投資について、配送人は配送に使用するバイクやその維持費及び関連する諸器具を購入又は借り受けているが、Yが負担している配送に係る事務所維持費、人件費、コンピュータシステムに係る費用の方が、配送人の負担する費用を上回る。経済的得失の機会について、配送人は、経験や技能、イニシアティブといった能力により利益を得る機会を有している。技能とイニシアティブについて、配送人は配送ルートを自身の判断で決めていたが、この要素の評価にとって重要なのは、リスクな事業投資に対して見返りを欲する事業に対するイニシアティブであるところ、一審はこの点について判断していない。関係の永続性について、配送人がYで就労するのはごく短期間であり、競業避止義務も約定されていなかった。配送人による配送業務がYの事業にとって不可欠なものであるかについて、5つのうち3つの要素が独立契約者であることを示しているため、判断せず。

なお、備車運転手に関連して、配送・営業助手に係る事案がある<sup>48</sup>。いずれも、当該配送・営業者が独自に雇用し賃金を支払うなどしていたため、当該助手らは一方当事者である企業の労働者でなはないと判断されている。

ところで、1993年家族・医療休暇法における労働者性が問題となった事案も見られるが、同法ではそもそも、適用対象たる「使用者」の範囲が「50人以上の労働者を雇用する者」とされているために（101条(4)(a)(i)）、公正労働基準法よりも適用範囲が狭く<sup>49</sup>、労働者が独

<sup>48</sup> *Wirtz v. Dr. Pepper Bottling Co.*, 374 F.2d 5 (5<sup>th</sup> Cir. 1967), *Dunlop v. Dr. Pepper-Pepsi Cola Bottling Co.*, 529 F.2d 298 (6<sup>th</sup> Cir. 1976).

<sup>49</sup> 公正労働基準法は、概略、州際通商に従事する企業及び個人を適用範囲としている。したがって、家族・医療休暇法よりも適用範囲が広い。公正労働基準法3条(r)(s), 6条(a)。

立契約者かが問題とされる場合が非常に少ない。このため、問題となった事案ではむしろ、当該使用者が家族・医療休暇法の適用対象たる使用者であるかが、その雇用する労働者としてカウントの対象となる就業者（訴訟の一方当事者ではない）が「労働者」であるかに関連して、問題とされている<sup>50</sup>。

#### ウ．外交員等職種

なし。公正労働基準法は、外勤セールスマン（outside salesman）を、時間外手当及び最低賃金の支払について適用除外としている<sup>51</sup>ためと考えられる。

#### エ．在宅就業者<sup>52</sup>

##### Goldberg v. Whitaker House Cooperative, Inc., 366 U.S. 28 (1961)

【事実の概要】裁縫製品の製造・販売を営む協働事業者（cooperative）の被告Yは、その参加者である在宅就業者に対して最低賃金額を支払わないなど法違反があるとして<sup>53</sup>、原告である労働長官Yは、連邦地方裁判所に対して、法違反の差し止め等を求めて民事訴訟を提起した。一審二審共にXの請求を棄却したため、Xが上訴した。

【判旨】在宅就業者は「労働者」。

<sup>50</sup> *Holliday v. Vacationland Fed. Credit Union*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 5655 (N.D. Ohio 2004) ; パートタイムの社内便配送人の労働者性が争われた事案。コントロール・テストを採用。裁判所は、概ね次のように述べて当該配送人の労働者性を肯定した。“当該配送人は、労務遂行について具体的指揮命令を受けず、自己負担で自動車を持ち込んでおり、源泉徴収も行われていなかったが、当該職務遂行に際して特別な技能は不要であること、期間の定めは特になく at-will（随意）の雇用であったこと、他の業務の指揮命令を受けることがあり、実際に過去、他業務を行ったことがあること、毎日業務報告を行わなければならなかったこと、時間管理表を提出し、従業員と同じ賃金台帳により給与を支払われていたこと、約定した時間以上の時間就労した場合でも、別途請求書を提出することなく超過時間をチェックして時間管理表を提出していたこと、当該業務は従来マネージャーが行っていたので使用者の事業の一部であることから、労働者である”。*Nichols v. All Points Transp. Corp. of Mich., Inc.*, 364 F.Supp. 2d 621 (E.D. Mich. 2005) ; トラック運転手の労働者性が争われた事案。経済的実態テストを採用。裁判所は、概ね次のように述べて、当該運転手の労働者性を否定した。“使用者と運転手との関係は、明確な契約に基づく1年ごとであったこと（一方当事者が解約しなければ更新可能）、長距離の運転には相当の技能を要すること、使用者とのリース契約で借り受けているトラックを含め関連の諸費用負担はすべて運転手側が負っていること、借り受けたトラックのマネジメントを有し、また、運搬の割り当てを拒否する裁量を有していたことから、運転手は自らの業務をコントロールしていたのであり、労働者ではない”。なお、これら二つの事案が、労働者性判断について異なるテストを用いているのは興味深い。前者は、適用範囲に係る立法者意思が明確でない場合にコントロール・テストを用いるべきとする1992年 *Darden* 事件連邦最高裁判決を引用する連邦控訴裁判所判決を根拠に判断しているのに対して、後者は、家族・医療休暇法の労働者の定義規定が公正労働基準法のものと同様であることから、「労働者」を広く解すべきことを根拠に判断している。家族・医療休暇法における「労働者」に係る判断基準はいずれなのか、連邦最高裁はまだ判断しておらず、下級審での模索が続くようである。

<sup>51</sup> 公正労働基準法 13 条(a)(1)。

<sup>52</sup> 在宅就業者に関する事案としては、本文中に掲げた事案の他に、以前に判断されたものとして、以下のものがある。*Walling v. American Needlecrafts*, 139 F.2d 60 (6th Cir. 1943), *Walling v. Twyeffort, Inc.*, 158 F.2d 944 (2nd Cir.), cert. denied, 331 U.S. 851 (1947), *McComb v. Homeworkers' Handicraft Cooperative*, 176 F.2d 633 (4th Cir.), cert. denied, 338 U.S. 900 (1949). いずれの事案も、公正労働基準法における「雇用 (employ)」は、“include to suffer or permit to work”という就労実態に着目した定義規定を採用していることから(3 条(g))、同法における「雇用されている」「労働者」を広いものと解し、労務遂行に対する具体的指揮命令の及ばない在宅労働者を同法における「労働者」と判断した。

<sup>53</sup> 現在、1949 年の法改正により、公正労働基準法は、労働長官(Administrator)が在宅勤務について明確な規制権限を有するという形で、在宅勤務者にも適用が及ぼされている。公正労働基準法 11 条(d)。

公正労働基準法は、「雇用」の定義を、「労務を享受するか又は労務を遂行することを許容することを含む」という広い概念であることを前提に、就業機会を提供し報酬を支払うのはYであったこと、在宅就業者は自ら価格設定をして市場で製品を販売するような自営業者でも独立契約者でもないこと、一つの組織に組み込まれて（regimented）当該組織が要求する製品を作成し、当該組織が定める報酬を受け取っていたこと、Yが製品一つ当たりの報酬を定めていたこと、Yは基準を下回る質の製品を作成したか規則に従わなかった者を除名できること（Yは参加者を雇い入れ又は解雇できたこと）。端的には、技術的概念ではなく経済的実態が雇用の有無の判断基準であるならば、これら在宅就業者は労働者である。

*Donovan v. Dial-America Marketing, Inc.*, 757 F.2d 1376 (3<sup>rd</sup> Cir.), cert. denied sub nom. *Dial-America Marketing, Inc. v. Brock*, 474 U.S. 919 (1985)

【事実の概要】雑誌の定期購読に関する電話マーケティング業を営む被告会社Yは、Yで就業する在宅の電話番号リサーチャー及びリサーチャーのうち他のリサーチャーへの電話番号記入カードの配布及び回収を行う者らを独立契約者として取り扱い、法定の最低賃金額を下回る額を払っていたところ、労働長官である原告Xが、Yの最低賃金規定及び記録保存義務違反を理由に、Yに対する未払い賃金の支払を求めて連邦地方裁判所に民事訴訟を提起した。一審は、リサーチャー及びカードの配布・回収者を労働者ではないとしてXの請求を棄却したことから、Xが上訴。

【判旨】在宅就業の電話番号リサーチャーはYの「労働者」、電話調査カードの配布・回収者は独立契約者。

電話番号リサーチャー；コントロールについて、在宅勤務者に対していつどれくらい働くかというコントロールが及ばないことは、*Goldberg*判決等に照らして、重要な要素ではない。期間の永続性について、在宅リサーチャーは、独立契約者のように就業先を変えているわけではなく、Yに対して労務を提供している間に他社へ労務を提供していることもない。業務の事業に対する不可欠性について、在宅リサーチャーの業務の性質からみて、これはYの事業の不可欠な一部を成している。在宅リサーチャーがYから得る収入はその生活を主として支えるものではないが、経済的実態とは労務を提供している使用者への雇用の継続性の問題であるから、継続して労務を提供している本件状況では、在宅リサーチャーにはYに対する経済的依存性がある。

電話調査カードの配布・回収者；コントロールについて、配布・回収に係るコントロールはほとんど行われておらず、配布・回収者は新たな在宅リサーチャーのリクルートをすることが許容されており、実際にそのようにしている者もいた。経済的得失の機会については、自らの配布・回収ネットワークをうまく運用しなければ損失を被ることになる。配布・回収に係る諸費用はすべて自己負担であった。在宅リサーチャーへの報酬額を自ら決めていた。投資については、主として配布・回収に係る旅費を拠出していたし、配布・回収人の1人は、

自ら広告を出して在宅リサーチャーを募集していた。技能とイニシアティブについて、収入が支出を上回るように仕事を行うこと、配布・回収カードの記録を付け、在宅リサーチャーへの支払が適切に行われるよう仕事を管理すること、新たにリサーチャーになってもらうように交渉することにおいて、職務上の技能が必要であり、また、イニシアティブもあった。期間の永続性については、皆数年の間Yに対して労務を提供していた。配布・回収者の職務はYの事業にとって必要不可欠なものではない。経済的依存性については、配布・回収者は他社での就業を禁じられていなかったが、実際にそうする者はおらず、経済的依存性はあった。したがって、判断は非常に難しいが、配布・回収者は、労働者としてではなく独立契約者としてYに労務を提供していた。特に、コントロールの程度、投資と技能に依存した経済的得失の機会、Yの事業における当該職務の不可欠性の点から、そのように結論づけられる。

なお、以上の他にも類似の事案が散見される<sup>54</sup>。

#### オ．零細事業者

##### United States v. Rosenwasser, 323 U.S. 360 (1945)

【事実の概要】出来高払いの従業員を擁する被服会社被告人Yは、その従業員に係る最低賃金、時間外手当、記録保存義務の各規定に違反したとして、合衆国連邦政府（司法省）Xは、Yを刑事訴追した。原審の合衆国地方裁判所は、出来高払いの従業員は公正労働基準法の適用対象たる「労働者」ではないとして、Yの異議申し立てを認めた。これに対して、Xが合衆国連邦最高裁判所に直接上訴（direct appeal）した。

【判旨】出来高払いで報酬を支払われる就業者は「労働者」。

公正労働基準法の政策目的及びその立法史からみて、出来高払いの従業員を法の利益の享受から排除する実質的な理由はない。法が特に適用除外を定めているのでない限り、すべての者がその適用範囲に含まれ、対価の支払い方法が時間給であるか出来高であるかを問わない。

##### Rutherford Food Corp. v. McComb, 331 U.S. 722 (1947)

---

<sup>54</sup> *Halferty v. Pulse Drug Co., Inc.*, 821 F.2d 261 (5<sup>th</sup> Cir. 1987) ; 救急車の夜間在宅受付係（at-home night operator for ambulance service）の事案。「労働者」。使用者のコントロールあり、労働者の投資なし、労働者に経済的得失機会なし、労働者の業務に特別な技能やイニシアティブ不要、労働者の雇用期間に定めなし。なお、経済的依存とは、当該使用者からの給与がなければ生活できないという意味ではなく、雇用の継続についての一定の事業又は組織への依存である旨、判示する。*Reich v. ConAgra, Inc.*, 987 F.2d 1357 (8<sup>th</sup> Cir. 1993) ; ディスプレイ・モデル・プログラム=在宅の店頭陳列用被服等制作者の事案。「労働者」ではない。就業者は職務に対するコントロールを自ら保持し、プログラムへの参加は任意であって職務上の要求ではないこと、また、労働条件への影響はないこと、プログラムからの離脱は自由であったこと、その場合は材料費を従業員割引で購入すればよいこと、当該店頭陳列被服等により使用者は売り上げ上昇という利益を得ることができるが、それは第一次的な利益ではなく、当該制作物はプログラム参加者の所有であり、雇用関係があることにはならない。

【事実の概要】原告Xである連邦労働省賃金時間部長は、被告Yの食肉解体事業者が、その擁する食肉解体作業員らについて、時間外手当の未払い及び記録保存義務違反を理由に、違反行為の差し止めを含めそれら違反行為の救済に係る民事訴訟を合衆国地方裁判所に提起した。一審は、Xの請求を棄却し、原審は一審判決を破棄したところ、Yが合衆国連邦最高裁判所に上訴した。

Yは、経験を有する食肉解体作業員Rと、Rが自ら雇用する他の作業員をまとめて作業を行うこと、解体作業量に応じた報酬を受け取ること、Rは他の作業員に対して完全なコントロールを有すること、Yがその雇用する労働者も働いている作業場所を提供すること、などを内容とする書面契約を締結した。のち、RはYでの就業をやめ、協働していたSに口頭での契約によりその職務を譲り渡し、同じような業務の譲り渡しが再度行われたところ、Yは、従前Rと結んでいたと同様の書面契約をHと締結した。この間、ごく短期間を除き、Yにより支払われた報酬は作業員らの間で平等に分配されていた。作業員らは、食肉を掴むフック、ナイフ、その研ぎ器、レザーエプロンを自身で所有していた。解体作業はそれぞれ独立してはいるが一連の作業により行われ、その工程の部分部分ではYの労働者も作業に従事していた。Yは作業員らの労働時間をコントロールしていなかったが、作業時点を含めそれ以降について、解体される食肉の数によって就業しなければならなかった。また、Yの社長及びマネジャーは、日に何度も作業場を視察し、作業員らの作業に問題がないか確認していた。

【判旨】食肉解体作業員はYの「労働者」。

公正労働基準法の人的適用範囲たる労働者の概念は広いものであり、出来高払いの就業者であっても「労働者」であることを前提に、食肉解体作業員らの職務は統合された製造工程の一部を成す性質を有しており、行われる作業がその本質において「労働者」が行う通常の行程に続いて行われる場合、独立契約者というラベルは作業員から法の保護を奪うものではない。また、雇用関係の有無の判断は、唯一の要素によるのではなく、当該諸活動全体の状況による。作業員らは製造ラインで特別な職務を行っていること、解体作業契約における責任は実質的変更なく作業員から作業員へと継がれていること、作業に必要な場所と機材はYにより提供されていること、作業員らで構成する作業グループは別の使用者へと移動していくような事業体ではないこと、作業場のマネジャーはしばしば実際の作業を視察していたこと、作業員にもたらされる利潤は彼らの作業の効率性によるが、典型的な独立契約者のように実際にその成功のために用いるイニシアティブや経営判断といった企業的なものによるのではなく出来高払いであることから、全体として、食肉解体作業員はYの「労働者」である。

**Robicheaux v. Radcliff Material, 697 F.2d 662 (5<sup>th</sup> Cir. 1983)**

【事実の概要】被告使用者Yで就労する原告溶接工Xらは、YがXらを独立契約者として取り扱い、Xらに時間外手当を支払わなかったところ、Xらは自らを公正労働基準法上の「労働者」であると主張して、Yに対して未払いの時間外手当及び付加賠償金の支払いを求めて

連邦地方裁判所に民事訴訟を提起した。一審は、Xらの主張を容れてXらを公正労働基準法にいう「労働者」と判断した。これに対してYが合衆国控訴裁判所に上訴した。

【判旨】Xら溶接工は「労働者」。

「YはXらに対して、その就業時間中や職務について、完全ではないが実質的なコントロールを及ぼし、Xらの雇用関係の期間においてXらはもっぱらYに対して労務を提供し、溶接に必要な技能は地方裁判所の認定によれば中程度（moderate）であり、かつ、就労内容のほとんどは低技能の溶接に関連しないものであった。各溶接工は自己の負担で溶接機器購入に投資していたが、地方裁判所によれば、報酬のうち相対的に少ない部分が投資に基づき支払われており、報酬の大部分が、常にオン・コールの、これら信頼できる経験ある労働者の労務に対して支払われていた。また、経済的得失の機会は、ただYのXら就労のニーズによってのみ決定されていた。」「Xら溶接工は、Yの労働者である溶接工よりも高い報酬を受けていたが、技能の高い契約溶接工に対する報酬が高ければ、その分より多くの時間に働くことになるし、より負担の多い24時間体制のオン・コール就業になる。」

なお、認定事実には、以下の事実が含まれている。Xらは独立契約者と記述された契約書に署名していること、自ら溶接器具に投資していること（5ないし7千ドル）、保険及び労災補償給付に自ら加入していること、自身のレターヘッドを使用していること、所得税還付に係るIRSの様式に独立契約者と記載していること、Yに雇用される労働者（自ら器具を所有せずYが労働者とみなしている者）よりも高額報酬を受けていること、朝7時に職場の到着し、夕方5時まで就労することが期待されていたこと、Yの担当者に日々の業務割り当てがなされていたこと、何を、どこで、どのくらいの長さ働くか告げられていたこと、Yの担当者に定期的な一日の業務の監督を受けていたこと、地方裁判所によれば、溶接業務は50%であり、残りは清掃及び準熟練の機械を扱う業務であったこと、Xらの一人によれば、溶接業務のうち、30%は自身の器具を用いるが、残りはYの器具を用いていたこと、溶接工は24時間体制のオン・コールで職務に就き、一般的に週当たり50ないし80時間就労していたこと、重大でない場合を除き、10か月から3年の契約期間中、全ての労働はYのためになされていたこと、ある溶接工の証言によれば、指定された朝の時間に出社しなければ職を失うと知っていたこと。

**Carrell v. Sunland Construction, 998 F.2d 330 (5<sup>th</sup> Cir. 1993)**

【事実の概要】天然ガスパイプラインの製造・施工を業とする被告Yは、施工作业に従事させている溶接工Xらを独立契約者として取り扱い、時間外手当を支払わなかったところ、Xらは公正労働基準法にいう「労働者」として、未払いの時間外手当の支払をYに求めて、合衆国連邦地方裁判所に民事訴訟を提起した。一審は、Xらを独立契約者と認定してその請求を棄却したところ、Xらが合衆国控訴裁判所に上訴した。

【判旨】溶接工は独立契約者。

経済的実態テストに基づいて判断するに、Yは、休憩時間を含めXらの仕事のスケジュールを決定し、特定業務に割り当て、一方的に設定した時間給で報酬を支払うといった、「労働者」としての取り扱いをしていたが、その一方で、XとYの関係は一定期間のプロジェクトごとのものであったこと、Xらは仕事や会社を移っていたこと、Xらの多くはYでの就業にごく短期間しか割いていなかったこと（3週間から16週間）、XらがYで就業している間、XはYがXらを独立契約者として扱っていたことを知っており、自らも独立契約者であると認識していたこと、Xらの職務には高度な技能を必要とすること、Yの顧客であるガス会社訴外Aはプロジェクト作業の前に各溶接工を試験し、作業に従事させる認定をしていたこと（試験、認定にはYは関与していない。）、YはXらが行う溶接作業の方法や詳細についてコントロールを及ぼしていなかったこと、XらがYでの職務に従事している間、XらはYに対して溶接業務のみを労務として提供していたこと、XらはYでの業務について自ら所有するトラックや機械・器具を用意し使用していたこと、溶接機械・器具に対する投資は1人平均1万5千ドルであることから、Xらは、経済的実態として、自ら事業を営んでいる。

以上の他、零細事業者と見られる職種形態が公正労働基準法上の労働者に当たるかが争われた事案は数多く、また、職種形態も多岐にわたる<sup>55</sup>。

---

<sup>55</sup> 【製造・加工系職種】 *McLaughlin v. Seafood, Inc.*, 861 F.2d 450 (5<sup>th</sup> Cir. 1989), *McLaughlin v. Seafood, Inc.*, 867 F.2d 875 (5<sup>th</sup> Cir. 1989); 海産物加工会社の作業員の事案。「労働者」。*Dole v. Snell*, 875 F.2d 802 (10<sup>th</sup> Cir. 1989); 作ったケーキで（報酬を）支払われるケーキ・デコレーター（ケーキ職人）の事案。「労働者」。コントロールについて、労働時間管理が柔軟であることのみでは独立契約者とはされない。また、スケジュールや休暇申請に係る使用者のコントロールは判断指標として考慮される。投資について、道具への投資は事業への投資ではない。また、ケーキ職人は自身で道具を買い、その後のメンテナンスコストも負担しているが、計800ドルで、他の用具は会社が提供している場合は雇用関係。技能について、職業上の技能の向上は、経済的な独立を示すというよりは、技能を有しているかあるいは前職で培ったものとされる。関係の永続性について、長期間の就業は永続性の反映とされる（本件では4年半）。*Henderson v. Inter-Chem Coal Co., Inc.*, 41 F.3d 567 (10<sup>th</sup> Cir. 1994); 機械工の事案。他社と取引ししていない専属的地位にある。「労働者」。*Baker v. Flint Engineering & Constructions Co.*, 137 F.3d 1436 (10<sup>th</sup> Cir.1998); 溶接工の事案。「労働者」。*Imars v. Contractors Mfg. Servs., Inc.*, 165 F.3d 27 (6<sup>th</sup> Cir. 1998); 溶接工の事案。サマリ・ジャッジメント（正式事実審理を行わない判決）により原告を「労働者」でないとした一審判決につき、審理を尽くさせるため破棄差し戻し。*Chao v. Mid-Atlantic Installation Services, Inc.*, 2001 U.S. App. Lexis 14804 (4<sup>th</sup> Cir. 2001); ケーブル配線工事人の事案。独立契約者。

【事務系職種】 *Thomas v. Brock*, 617 F. Supp. 526 (W.D.N.C. 1985), *aff'd in part, modified and remanded*, 810 F.2d 448 (4<sup>th</sup> Cir. 1987); プログラムディレクターの事案。「労働者」。*Morrison v. International Programs Consortium, Inc.*, 253 F.3d 5 (D.C.Cir. 2001); 事務サービス提供人の事案。独立契約者。

【接客・娯楽、芸能関連職種】 *Mendick v. Albert Enterprises, Inc.*, 508 F.2d 297 (5<sup>th</sup> Cir.1975); ホテルのカードルームの管理員の事案。「労働者」。*Doty v. Elias*, 733 F.2d 720 (10<sup>th</sup> Cir. 1984); ウェイター・ウェイトレスの事案。「労働者」。コントロールについて、労働時間管理が柔軟であることのみでは独立契約者とはされない。*Martin v. Tango's Restaurant, Inc.*, 1991 U.S. Dist. LEXIS 21853 (D.P.R.), *reversed by, in part, vacated by, remanded by, in part, Martin v. Tango's Restaurant, Inc.*, 969 F.2d 1319 (1<sup>st</sup> Cir. 1992); チップを受け取る給仕係の事案。「労働者」。*Reich v. Circle C. Investment, Inc.*, 998 F.2d 324 (5<sup>th</sup> Cir. 1993); ダンサーの事案。「労働者」。

【警備・監視等職種】 *Mitchell v. Strickland Transp. Co.*, 228 F.2d 124 (5<sup>th</sup> Cir. 1955); 夜間警備員の事案。「労働者」。*Mitchell v. John R. Cowley & Bros., Inc.*, 292 F.2d 105 (5<sup>th</sup> Cir. 1961); 監視員の事案。「労働者」。技能について、本来的に基本的かつ通常の事業運営の一部である業務の遂行は雇用関係の認定に有利に働く。訓練をほとんど必要としない一般的またはその他の業務の遂行は就業者を「労働者」とする証拠とされうる。*Weisel v. Singapore Joint Venture Inc.*, 602 F.2d 1185 (5<sup>th</sup> Cir. 1979); ヴァレットパーキング駐車場係員の事

## カ. 見習い者

### Walling v. Portland Terminal Co., 330 U.S. 148 (1947)

【事実の概要】 港湾鉄道事業を営むYは、構内ブレーキ係 (yard brakemen) の求職者に対して、有資格作業員としてリストに掲載する前に、約1週間の訓練を行っていた。訓練期間中、訓練者は賃金諸手当を支給されず、また、Yが産別労組の求めに応じて戦時中の遡及支払いを約したり、訓練者が報酬の受け取りを期待したこともなかった。訓練者であった原告X1は、自らは公正労働基準法にいう「労働者」であるとして、訓練期間中に支払われなかった最低賃金額の支払いをYに求めて、合衆国地方裁判所に民事訴訟を提起した。のちに、連邦労働省賃金時間部長が重ねて訴訟を提起したため、これが原告X2として、X1に代わ

---

案。ホテル従業員の制服を着て、使用者ホテルの保険が適用され、ホテル従業員である旨のIDカードを使用し、クリスマスボーナスを受領し、従業員割引でホテルで食事を取っていた。「労働者」。Shultz v. Mistletoe Express Service, Inc., 434 F.2d 1267 (10<sup>th</sup> Cir. 1970); 運送ターミナルで働く者。「労働者」。Hodgson v. Taylor, 439 F.2d 288 (8<sup>th</sup> Cir. 1971); 夜間の積み込み作業労働者。使用者＝被用者関係の黙示的承認。「労働者」。

【ガステーション、クリーニング】 Brennan v. Partida, 492 F.2d 707 (5<sup>th</sup> Cir. 1974); コインランドリーの受付係の事案。「労働者」。Usery v. Pilgrim Equipment Co., 527 F.2d 1308 (5<sup>th</sup> Cir.), cert. denied, 429 U.S. 826 (1976); クリーニング受付所の操作係の事案。「労働者」。コントロールに関し、就業者の責任や裁量については内規も関連している。価格や報酬の設定はコントロールの証左。投資について、会社はほとんどすべての必要な道具等を提供。また、クリーニング代金を買い取る投資プランは収支間の差額を精算する方法以上のものではない。得失機会について、会社が広告を通じるなどして場所や価格を一方的に決めている。また、軽微な損失について負担を一方的に強いられることは労働者性を否定される材料とはならない。技能について、事業運営のセンス、営業能力、人格、顧客との良好な関係は、効率性と同じであって、就業者が自分自身のために事業を行っていることの指標としてのイニシアティブや運営能力と同じではない。Marshall v. Truman Arnold Distrib. Co., 640 F.2d 906 (8<sup>th</sup> Cir. 1981); ガソリンステーションの運営者の事案。「労働者」。Donovan v. Tehco, Inc., 642 F.2d 141 (5<sup>th</sup> Cir. 1981); 契約就業のガステーション就業者。一審判決で労働者性が争われた42名のうち労働者性が否定された22名に関し9名について原告労働長官がさらに労働者性を争い、1名を除く8名について労働者性が認められた。Donovan v. Sureway Cleaners, 656 F.2d 1368 (9<sup>th</sup> Cir. 1981); クリーニング代理店の操作係の事案。「労働者」。コントロールについて、税の支払い、広告を出すことはその証左となる。また、他社と取引していないいわゆる専属的地位にある場合、この事実はコントロールに係る分析と関連を有する。投資について、使用者が相当多くのリスク投資を提供している場合、雇用関係があるとされやすい。また、前代理人の株を買い取ることは投資ではない。得失機会について、会社がこれを一方的に決める場合(広告を通じるなどして場所や価格を決める)、雇用関係。また、軽微な損失について負担を一方的に強いられることは労働者性を否定される材料とはならない。関係の永続性について、長期間の就業は永続性の反映とされる(本件では継続する長期間)。Donovan v. Williams Oil Co., 717 F.2d 503 (10<sup>th</sup> Cir. 1983); ガス・ステーションの操作係の事案。「労働者」。Martin v. Selker Bros., Inc., 949 F.2d 1286 (3<sup>rd</sup> Cir. 1991); 石油会社のために就業するガス・ステーションの操作係の事案。「労働者」。コントロールについて、上司への報告義務等頻繁な監督があることは就業者が雇用上の地位にあることに有利に作用する。得失機会について、会社がこれを一方的に決める場合(広告を通じるなどして場所や価格を決める)、雇用関係。技能について、本来的に基本的かつ通常の事業運営の一部である業務の遂行は、雇用関係の認定に有利に働く。関係の永続性について、長期間の就業は永続性の反映とされる(本件では数年)。就業者の職務が使用者の事業運営に必要不可欠かという要素を考慮。

【その他】 Wirtz v. San Francisco & Oakland Helicopter Airlines, Inc., 244 F.Supp. 680 (N.D.Cal.), aff'd, 370 F.2d 328 (9<sup>th</sup> Cir. 1966); ヘリコプター会社で働く者が雇う運送雑務等係。「労働者」ではない。コントロールについて、職務遂行方法・手段に係る時々の散発的な連絡は就業者は労働者でないことを示す傾向にある。労働時間を決めず、また、就業場所(使用者の敷地)からの離脱の自由があることは一般に雇用関係がないことを示す。Shultz v. Hinojosa, 432 F.2d 259 (5<sup>th</sup> Cir. 1970); と殺場の清掃人の事案。「労働者」。Karr v. Strong Detective Agency, Inc., 787 F.2d 1205 (7<sup>th</sup> Cir. 1985); 探偵の事案。「労働者」。Brock v. Mr. W. Fireworks, Inc., 814 F.2d 1042 (5<sup>th</sup> Cir.), cert. denied, 484 U.S. 924 (1987); 花火打ち上げ係員の事案。「労働者」。投資について、花火職人は僅かの用具の自己負担のみゆえ雇用関係。得失機会について、会社が広告を通じるなどして場所や価格を一方的に決める場合、雇用関係。技能について、本来的に基本的かつ通常の事業運営の一部である業務の遂行は、雇用関係の認定に有利に働く。関係の永続性について、就業関係の性質が当該産業における職種について移ろいやすいtransitoryものである場合、それによって雇用関係が否定されるわけではない。

り本件当事者となっている。一審、原審共にX2の請求を棄却したため、X2が合衆国最高裁判所に上訴した。

【判旨】職業訓練中の者は「労働者」ではない。

公正労働基準法における「労働者」及び「雇用」の定義は非常に広いものである。しかしこのことは、明示又は黙示による対価の支払いを約定していない者が他者の施設内で自己の利益のために就労するすべての者を含むということを意図していない。賃金に係る公正労働基準法の目的は、報酬を伴う雇用にあるすべての者は定められた最低賃金額よりも低い額で労務を供給することを強いられるべきではないということを確認することであり、このために「労働者」及び「雇用」の定義が広いのである。これら定義規定は、ある者の行う職務が自己の利益にしかならない場合、この者を、この者に対して助言や訓練を授ける他者の労働者であるとは解釈されない。

なお、連邦労働省賃金時間部は、公正労働基準法の施行マニュアルにおいて訓練者の労働者性判断に係る諸要素<sup>56</sup>を挙げている。そして、これまでのところ、裁判所は、先の1947年 *Portland Terminal* 事件連邦最高裁判決と、このガイダンスに基づいて判断している<sup>57</sup>。

ところで、ボランティアなどとして活動する者も、場合によっては公正労働基準法の規定が適用される。このような類型に係る労働者性の問題については、公正労働基準法の規定、連邦労働省が示す判断要素、諸判例を参照<sup>58</sup>。

<sup>56</sup> ①当該訓練は、使用者の事業の実際の運営において行われるとしても、職業訓練校で受けるものと同じか、②当該訓練は訓練者の利益のためのものか、③訓練者は綿密な監視の下で就業しているものの、通常の労働者を置き換えるものではないか、④使用者は訓練者から直接的利益を受けず、實際上訓練により業務を妨げられるか、⑤訓練者は訓練就業後必ずしも職を得るわけではないか、⑥使用者と訓練者は訓練時間に対する賃金を得ないものと理解しているか。U.S. DEPT. OF LAB., WAGE & HOUR DIV., FIELD OPERATION HANDBOOK § 10b11, WAGE & HOUR MANUAL (BNA) 91:416 (1975).

<sup>57</sup> *Donovan v. American Airlines, Inc.*, 686 F.2d 267 (5<sup>th</sup> Cir. 1982); 機内乗務員訓練生は「労働者」ではない。*Donovan v. Trans World Airlines, Inc.*, 1983 U.S. Dist. LEXIS 18806 (W.D.Mo.), *aff'd*, 726 F.2d 415 (8<sup>th</sup> Cir. 1984); 機内乗務員訓練生は「労働者」ではない。*McLaughlin v. Ensley*, 877 F.2d 1207 (4<sup>th</sup> Cir. 1989); 販売機への品物の補充及びスナック類の販売を行う“ルート・マン”の見習者は「労働者」。*Reich v. Parker Fire Protection Dist.*, 992 F.2d 1023 (10<sup>th</sup> Cir. 1993); 消防士訓練者は「労働者」ではない。

<sup>58</sup> [公正労働基準法におけるボランティアの解釈基準]

◇Sec. 3(a) of FLSA, 29 U.S.C.A. §203(e)(4)(A); 次の場合、「労働者」との文言は、州、州の政治的機関、又は州際政府機関である公的機関のために役務を行うボランティアであるあらゆる個人を含まない。(i)当該個人が補償を受けないか、又は、経費、合理的な給付又は僅かの手数料を、当該個人がボランティア活動の役務を行ったことに対して支払われる場合で、かつ、(ii)当該役務が、当該個人が当該公的機関のために行うために雇用されているところの役務と同種のものではない場合。

◇29 C.F.R. §553.101(a)-(d); (a)公的機関のために、市民的、慈善的、人道主義的な理由から、提供する役務に対する補償の約束、期待、受領なしに、数時間の役務を行う個人は、当該時間の間、ボランティアとみなされる。公的機関のために数時間の役務を行う個人は、役務を行った当該時間についてボランティアとみなされ、役務を行った数時間が、公正労働基準法3条(e)(4)(A)並びに(B)及び本解釈例規にしたがって行われる場合、公正労働基準法6条、7条、並びに11条の適用を受けない。(b)議会は、市民的、慈善的、又は人道主義的目的の下に行われるボランティア活動に対する意欲を削ぎ又は妨げる意図を有していないが、役務を「任意に行う」ことについて個人に対して強制し又は不当な圧力をかけること通じて最低賃金又は超過労働の要件の悪用又は濫用を防止しようとの意思を表明したものである。(c)個人は、その行う役務がその自由な意思の下でかつ圧力又は強制なしに、明示的又は黙示的に、使用者から申し込まれた場合にのみ、ボランティアとみなされなければならない。(d)個人は、当該個人が同じ公的機関にボランティアを行うのに有す

## (2) 州労災補償法

### ア. 専門的職種

#### [医師]

##### *Industrial Commission v. Navajo County*, 64 Ariz. 172, 167 P.2d 113 (1946)

【事実の概要】 被告Yであるアリゾナ州ナワノ郡は、生活困窮者に対する医療扶助を行わせるために医師と契約している。Yは当該医師に対して支払う報酬等を、原告Xである労働災害補償委員会（Industrial Commission）に対して通知しなかった。これに対し、Xが同州労災補償法等にしたがって報酬等を通知し、労災保険料を支払うようYに求めたのに対して、Yは、当該医師がYに対して提供する労務は専門性があり、Yにより管理又はコントロールされるものではないので、当該医師は労働者ではなく独立契約者であるとして、当該医師にかかる報酬等の通知及び保険料の支払いを拒否した。そこでXは、当該医師は独立契約者ではなく労働者であることを理由に、Yに対して当該医師に係る報酬等の報告及び保険料の支払いを求めて州裁判所に訴訟を提起した。

【判旨】 郡と契約している医師は郡の「労働者」。

生活困窮者に対する医療扶助は州等政府がその権限において行うが、実際の業務は任命又は契約した者によりなされる。この場合、州等政府の権限が委譲されるなどして行われているのではなく、州等政府は被任命者又は契約者の業務遂行に対する管理及びコントロール（supervision and control）を維持している。したがって、Yは、必然的に、契約に基づいて医師が行う業務の質、程度、及び量を管理、コントロールしているのである。

#### [看護師]

##### *State Compensation Insurance Fund v. Industrial Accident Commission*, 124 Cal.App.2d 1, 268 P.2d 40 (1954)

【事実の概要】 被告Y<sub>2</sub>は、地方政府とも病院とも関係性を持たない登録看護師であり、原告Xである州補償保険ファンド管理下の病院から、ポリオに罹患した救貧患者（自ら医療費を支払えない。）のために、個別に、当該病院から、private duty nurse（以下、“PDN”という。）としての就労を要請された。Y<sub>2</sub>は人工呼吸器の取り扱いを知らず、当該救貧患者への処置の過程で人工呼吸器の取り扱いを誤り、負傷した。Y<sub>2</sub>は、Xの病院内において負傷した

---

る目的である役務と同種の役務を行うために雇用されている場合、ボランティアとみなされてはならない。裁判事案としては、*Isaacson v. Penn Community Services, Inc.*, 450 F.2d 1306 (4<sup>th</sup> Cir. 1971)；良心的兵役拒否による慈善行為として行っているトレーニングアシスタントの事案。「労働者」ではない。*Tony & Susan Alamo Found. v. Secretary*, 471 U.S. 290 (1985)；ボランティア（非営利の宗教関係基金の協力者 associates）の事案。経済的実態テストに加え、“金銭等給付ないし補償の期待”について検討。「労働者」。*Evers v. Tart*, 48 F.3d 319 (8<sup>th</sup> Cir. 1995)；選挙投票所係員の労働者性の事案。「労働者」ではなくボランティア。*Williams v. Strickland*, 87 F.3d 1064 (9<sup>th</sup> Cir. 1996)；ボランティア（成人リハビリテーションセンター入所者）の事案。「労働者」ではない。*Benshoff v. City of Va. Beach*, 180 F.3d 136 (4<sup>th</sup> Cir. 1999)；ボランティア消防士の事案。「労働者」ではない。

ことを理由に、被告Y<sub>1</sub>である州労働災害委員会（Industrial Accident Commission）に給付を申請したところ、認められた。これを受けて、Xファンドは、Y<sub>2</sub>はXの病院の労働者ではないとして、給付の取消を求めて訴訟を提起した。Y<sub>2</sub>には、当該救貧患者に代わって基金から報酬が支払われている。

【判旨】Y<sub>2</sub>は病院の「労働者」。

PDNは、通常、患者の担当医を通じて患者に雇用される、病院はこの業務に介入せず、あるいは看護師に対してコントロールを及ぼすことはない、看護師は病院の労働者ではないが、本件の場合、Y<sub>2</sub>は看護師長に対して報告していたし、看護師長はポリオ病棟看護師及びその前看護師のところにいくように指示され、そこでは、人工呼吸器の扱い方の説明を受けていた。病院と救貧患者との関係を見ると、病院とそのスタッフは、唯一、救貧患者の看護に責任を有しているのだから、病院がY<sub>2</sub>に対して人工呼吸器の使い方について指揮監督しているとの推論は可能である。また、看護の方法はY<sub>2</sub>に委ねられていたが、病院は、Y<sub>2</sub>の職務に満足していない場合、Y<sub>2</sub>の就労を終えることができたと考えられる。さらに、病院がY<sub>2</sub>に対して実際に報酬を支払っておらず、また、PDNに対して報酬を支払う予算がないことは、誰がY<sub>2</sub>の使用者かを判断するのには決定的ではない。

#### [弁護士]

*Egan v. New York State Joint Legislative Committee*, 158 N.Y.S.2d 47 (N.Y.A.D. 3d Dept. 1956)

【事実の概要】被告Y<sub>2</sub>は弁護士であり、原告Xであるニュー・ヨーク州共同立法委員会に対して法律に関連する業務を提供していた。Y<sub>2</sub>はXの求めに応じて資料収集のために自動車を運転して移動中に事故に遭い負傷した。Y<sub>2</sub>は、被告Y<sub>1</sub>であるニュー・ヨーク州労働者災害補償委員会（N.Y. Workmen's Compensation Board）に障害補償給付を申請し認められた。そこでXは、本件支給決定の取消しを求めて州裁判所に訴訟を提起した。

【判旨】立法委員会のために就労する弁護士はその「労働者」。

Y<sub>2</sub>がXのために労務を提供していた3年間において、自身の弁護士業務を行う傍ら、X委員会やその委員長の要求、指示に応じて、いつでもその用務を行っていたし、Xの委員長も、Y<sub>2</sub>は委員会の労働者である旨証言している。したがって、Y<sub>1</sub>の認定判断を支持する証拠があるものと認められる。

## イ. 備車運転手<sup>59</sup>

### *Glelmi v. Netherland Dairy Co.*, 254 N.Y. 60, 171 N.E. 906 (1930)

【事実の概要】 被告Y<sub>2</sub>は、書面契約に基づいて、乳製品の販売業を営む原告Xのルート・セールスマンとして労務を提供していたところ、馬車の運転中にワゴンから投げ出されて負傷した。そこでY<sub>2</sub>は、被告Y<sub>1</sub>である州労働者災害補償委員会（State Industrial Board）に対して災害補償給付を申請したところ、Y<sub>1</sub>はY<sub>2</sub>をXの労働者（servant）であるとして、申請を認めた。これに対してXは、Y<sub>1</sub>の認定判断の取消を求めて州裁判所に訴訟を提起したところ、一審は、Y<sub>2</sub>はXの共同経営者か独立契約者等であるとしてY<sub>1</sub>の認定を取り消す判断を下した。そこでY<sub>2</sub>は、一審の判断を争い上訴した。

【判旨】 ルート販売員は「労働者」。

Y<sub>2</sub>は、定められたルートを通り、割り当てられた馬車を使用し、仕事の報告をし、いつでも職を解かれると認識していた。売るミルクとクリームはY<sub>2</sub>のものではなく、Xのために販売している。売れ残った商品はXに返却し、売上手数料以上に売り上げてもその超過分は自分のものではなかった。掛け売りや現金の徴収ができなかった場合、Y<sub>2</sub>はその日のうちにXに対して現金を徴収したのとして精算しなければならなかったが、信頼できる顧客の場合はXが保証してくれるか徴収を信頼していた。Y<sub>2</sub>は自由に価格設定をすることができたが、高ければ顧客は買わずに収入は不安定になり、低ければ売上手数料に響いたと思われる。したがって、決められたルートで職務を遂行する限りにおいて自由はなく、Y<sub>2</sub>の書面契約上の自由は外見上のものである。

## ウ. 外交員等職種<sup>60</sup>

### *Gordon v. New York Life Ins. Co.*, 90 N.E.2d 898, motion denied, 92 N.E.2d 318 (1950)

【事実の概要】 労災保険給付申請人訴外Aは、原告保険会社Xとの間で、独立契約者である旨の条項を含む保険代理人契約を締結し、保険外交員として就業していたところ、屋外の濡れた歩道で転倒し左足を骨折し、障害を負った。Aは、被告ニュー・ヨーク州労働者災害補償委員会Yに保険給付を申請し、認められた。Xはこれを不服として州裁判所にYの認定判断の取消を求める訴訟を提起し、原審裁判所はYの認定を取り消した（AはXの労働者ではない）。Yは原審判断を不服として上訴した。

【判旨】 保険代理人訴外AはXの「労働者」。

AはXの評判に影響を与えないよう行動することが求められていたこと、Xは30日前の

<sup>59</sup> なお、本文中以下に掲げる事案の他、次の事案も参照。*Caicco v. TOTO Brothers, Inc.*, 62 N.J. 305, 301 A.2d 143 (1973); ダンプ運転手の事案。コントロール・テストと業務相関性テストにより判断。「労働者」。*Ceradsky v. Mid-America Dairymen, Inc.*, 583 S.W.2d 193 (Mo.App. 1979); 牛乳運搬人の事案。コントロール・テストと業務相関性テストにより判断。「労働者」。

<sup>60</sup> なお、本文中以下に掲げる事案の他、次の事案も参照。*Davis v. Home Insurance Co.*, 291 So.2d 455 (La.App. 1974); 保険外交員の事案。「労働者」。特定の判断基準を用いず、雇用関係に係るあらゆる事情を総合判断。

通知により理由なくAとの契約を終了でき、また、特定の理由があれば即時に契約を終了させることができたこと、Aは保険代理人契約締結前にXから講習を受けていたこと、XはAが代理人として業務に就く権限を有するためのライセンスを確保していたこと、AはXから他者での就業を禁じられていたこと、AはXから受領する歩合給を唯一の報酬と理解していたこと、AはXの事務所で行われる会議に出席していたこと、Aはその就業場所をXの一の支所が管轄する州内の一定地域に限られていたこと、他者での就業をせず、あるいは他者の保険商品を販売しないことなどを条件に、AはXが設定する付加給付の有資格者であったことから、Aは独立契約者ではなく、Xの労働者である。

*Hackler v. Swisher Mower & Machine Co., 284 S.W.2d 55 (Mo.App. 1955)*

【事実の概要】 学生であった申請人・被告Yは、学費を捻出するために、口頭での契約により、芝刈り機の製造・販売業を営む原告Xの商品を販売する約定をした。Yは芝刈り機の販売に際して、顧客に対し芝刈り機を実演していたところ、あやまって足の親指を切断するけがを負った。そこで、Yは、州労災補償委員会（Industrial Commission）に対して保険給付の申請をしたところ、認められた。Xは、Yを一方当事者として州裁判所に委員会の認定を取り消す訴訟を提起したが、原審裁判所は委員会の認定を容れ、Xの請求を棄却した。Xが上訴。

【判旨】セールスマンは独立契約者。

労災補償法における「労働者」等の定義規定は、労働者に補償を与えるという立法者意思を実のあるものとするために、裁判所により広くかつリベラルに解釈されるべきである。

同法における労働者を判断するに際しては、労務の具体的遂行に対する使用者の管理権限（right to control）が第1の判断基準とされ、報酬の支払い方法、機械・器具の負担、解雇権限は、管理権限の有無と関連を有する。

Yは自ら車を用意し、その費用を自己負担していたこと、給料（salary）を受け取っていなかったこと、引き出し金勘定（drawing account）を有していなかったこと、自身で就労する時間を設定し、顧客を自ら捜し見つけていたこと、自身が考える方法で商品を販売していたこと、販売地域は限定されていたが、いっどこで販売するかを完全に自由に設定していたこと、就業報告をXに提出することを求められていなかったこと、下取りをしていない限りすべての商品について販売価格の35%を手数料として支払われていたこと、下取り品はYの所有であったこと、また、下取りをするか否かはY自身の判断で行っていたことから、XはYの労務遂行に対してコントロールを行使していなかった。

エ．在宅就業者

なし。

## オ．零細事業者<sup>61</sup>

### [販売]

#### *Laurel Daily Leader, Inc. v. James*, 80 So.2d 770 (Miss. 1955)

【事実の概要】夕刊紙の制作・販売を業とする被告Y<sub>1</sub>の下で販売員として就労していた原告Xは、販売ルートの途中で通行中のバイクと接触して重傷を負った。このためXは、ミズーリ州労働者災害補償委員会に対して補償給付の申請を行ったところ、申請が棄却された。そこでXは、Y<sub>1</sub>及び保険者である保険会社Y<sub>2</sub>を一方当事者として、委員会の判断の取消を求めて州裁判所に訴訟を提起した。原審裁判所は、委員会の判断を覆し、Xの補償給付申請を容れた。そこでYらは、原審判断の取消を求めて上訴した。

【判旨】新聞販売員XはY<sub>1</sub>の「労働者」。

裁判所は、労災補償法における労働者であるか、独立契約者であるかについて、コモン・ローにおける不法行為に係る以下の判断要素を序列なく示し、本件事実に当てはめる。

使用者は、その意のままに契約を終了させる権限（right）を有しているか、労務への対価額を決定する権限（power）を有しているか又は実際に支払いの方法と時期をコントロールしているか、労務遂行に係る機械・器具を用意しているか、労務遂行に係る目的物（materials）を用意し、それから成果を得ているか、又、成果に関して他の誰とも取り引きしていない契約者を擁しているか、提供されるべき労務の種類や性質の詳細を定め用意する権限を有しているか、就労中において当該労務を管理監督（supervise and inspect）する権限を有しているか、遂行される労務の具体的方法を指揮する（to direct）権限を有しているか、下請人（subemployees）を雇い入れ又は解雇及びその対価を決定する権限を有しているか、当該就

<sup>61</sup> 零細事業者に分類される事案は職種が多岐にわたる。本文中に掲げた事案の他、以下の事案が見られる。

【販売】本文中に掲げる事案の他、次の事案も参照。*Balinski v. Press Pub. Co.*, 118 Pa.Super. 89, 179 A. 897 (1935); 新聞ボーイは再販（新聞社から買った新聞の消費者への販売）との関係では独立契約者としての購入者。「労働者」ではない。コントロール・テストにより判断。*Schaefer v. North Dakota Workers Compensation Bureau*, 462 N.W.2d 179 (N.D. 1990); 清掃家電機器ディーラーの事案。「労働者」。コントロール・テストに加え業務相関性テストも考慮。

【製造】*Kirkwood v. Industrial Commission*, 416 N.E.2d 1078 (Ill. 1981); パートナーとしてプロジェクト的に仕事をしていた際の足場からの転落被災者について、業務相関性テストによっても「労働者」ではない。

【雑務】*Fisher v. J.F.G. Coffee*, 426 S.W.2d 502 (1967); 航空管制官が給与の足しにするため他者からパイロット用務を引き受けたという事案。学説上の判断基準（コントロール・テストと思われる。要素は、コントロールの権限又は行使、報酬の支払い方法、機械・器具の負担、解雇権限の4つとされる。）により判断。独立契約者。*Riden v. Kemet Electronics Corp.*, 437 S.E.2d 156 (S.C. App. 1993); 清掃員の事案。業務相関性テストにより判断。適用除外の臨時労働者ではなく「労働者」。なお、臨時労働者か否かは、業務の臨時性及び業務が使用者の事業の過程（一部）であるかにより判断。

【芸能】*Russell v. Torch Club*, 26 N.J.Super. 75, 97 A.2d 196 (1953); ナイトクラブのシンガーの事案。「労働者」。コントロール・テストにより判断。*Reyes v. Cowles Magazine, Inc.*, 5 A.D.2d 708, 168 N.Y.S.2d 660 (1957); モデルの事案。「労働者」。コントロール・テストにより判断。*Hanson v. BCB, Inc.*, 114 Idaho 131, 754 P.2d 444 (1988); ダンサーの事案。「労働者」。コントロール・テストにより判断。*Biger v. Erwin*, 261 A.2d 151 (N.J. 1970); 一回きりの競争のためのジョッキーは競馬を事業として行っている馬主の「労働者」。臨時労働者ではない。コントロール・テストにより判断。なお、諸事情の総合判断であり、経済的依存性も考慮。

【事務】*Burton v. Crawford & Co.*, 89 N.M. 436, 553 P.2d 716 (1976); 免許を受けている保険清算人の事案。独立契約者。コントロール・テスト及び業務相関性テストにより判断。*Re/Max of New Jersey v. Wausau Ins. Cos.*, 304 N.J. Super. 59, 697 A.2d 977 (1997), *aff'd*, 316 N.J.Super. 514, 720 A.2d 658 (1998); 不動産販売代理人の事案。「労働者」。コントロール・テスト及び業務相関性テストにより判断。

業者に対して賃金を支払う義務を負っているか。

Yは、その意のままにXとの契約を終了させる権限を有していたこと、新聞の販売価格を設定する権限を有していたこと、Xが就労する場所すなわち販売ルートをコントロール（指示）していたこと、販売物たる新聞を用意していたこと、Xは労務の成果について他の誰とも取引をしていないこと、Yは、就労時間を含め就労の詳細について定めていたこと（夕方6時までに新聞の配布販売を終えなければならなかった。）、Xの就労状況を管理監督していたこと（販売員に対する苦情はその都度Yにより調査されていた。）、労務遂行の方法の詳細を指示していたことから、Xは明らかにYの労働者である。

### 【雑務】

#### *Marcum v. State Accident Ins. Fund, 565 P.2d 399 (Ore. 1977)*

【事実の概要】 訴外ゴルフ場Aでゴルフコースの樹木の剪定作業をしていた原告X（logger）は、剪定作業中に負傷した。Xは自らをAの労働者であるとしてオレゴン州労災補償委員会（Workmen's Compensation Board）に補償給付の申請をしたところ、第一次的判定を行う聴聞官（hearing officer）はXをYの労働者であると判定したが、委員会はこの判定を覆し、Xを独立契約者と結論づけた。そこでXは、委員会の判定を不服として州裁判所に訴訟を提起したが、原審判断は委員会の判定を維持した。Xが上訴。

【判旨】 ゴルフクラブの木を剪定を行っている者は独立契約者。

「労働者」の判断に際してはコントロールが重要な要素であるところ、実際のコントロールよりもむしろ、コントロールの権限の有無が重要である。コントロール権限を示す要素は、コントロール権限又は実際のコントロールを示す直接証拠、報酬の支払い方法、機械・器具の負担関係、解雇権限の4つである。Aのゴルフコース維持管理責任者は、Xが示す樹木1本当たりの剪定料を受け入れ、やるべき作業を示していたが、どのようにどれくらいの時間作業をするかを具体的に指示していなかった。また、Xは助手を雇うこと、助手に対して支払う報酬額を自ら設定していた。Xは剪定した樹木1本当たり25ドルを支払われていたが、Aは税及び保険料を負担していなかった。なお、Xの助手への報酬支払いに関しては、XのAに対する求めに応じて、Aは直接Xの助手に報酬を支払っていた。Xは、剪定作業に必要な道具をすべて自ら用意していた。Aのゴルフコース維持管理責任者は、Xが首尾よく作業をしなければ契約を終える権限があると考えていた。したがって、Xは独立契約者である。

なお、業務相关性テストを本件事実について適用するに、樹木の剪定はAにとって重要なことではあるが、過去15年間一度も行われていなかったこと、また、Aの従業員と協働して業務を行っていたわけではないこと、さらに、Xは従前よりAで就労したことがなかったことから、業務相关性テストによっても、XはAの労働者ではない。

## [事務]

### *New Independent Tobacco Warehouse, No. 3 v. Latham, 282 S.W.2d 846 (Ky. 1955)*

【事実の概要】タバコ倉庫建設に係るコンサルティング等を行う訴外 A は、タバコの販売等を業として行う原告 X 社が新たに建設している倉庫等の現場で就労していたところ、足を踏み外して高所から転落し、死亡した。A の妻被告 Y は、A は X の労働者であるとして、ケンタッキー州労働者災害補償委員会（Workmen's Compensation Board）に給付を申請したところ、A は X の労働者であるとして認められた。X はこれを不服として州裁判所に訴訟を提起したが、原審裁判所は委員会の判断を容れたので、X は上訴した。

【判旨】建築コンサルタントは独立契約者。

労働者であるかを判断する基準は、使用者が当該就業者に対するコントロール権限を有しているかである。

A と X の社長は当該倉庫建設について毎日会合を持っていたが、A は X の指示を受けるといよりもむしろ A が X に助言（order）を与えていること、A は仕事の結果についてのみ X の意思を代表しており、成果に至る方法を表しているのではないこと（A は建設現場で作業員に指示を出すなどしていた。）、A は X によりいつでも解雇されえしたが、専門的職種に就く者は一定の仕事を終える前に解雇されうると一般的に認識されていることから、A の職務の性質からその地位に影響を与えない（使用者に解雇権限があっても独立契約者でありうる。）。労働者は使用者の事業と同じ事業や業務に従事するものだが、A はタバコ事業とは縁がなく、むしろ建築コンサルティングや施工管理に従事していたこと、A は専門的技能を有していることから X に雇われたこと、雇用期間は重要な要素であるところ、特定の職務に就く場合は独立契約者、継続して諸種の業務を行う場合は労働者であり、A の場合は前者であること、A は建設現場で施工管理をしていたが、このことはさして重要ではなく、むしろ A は自分で時間を設定したりコンサルティング価格を決定していたこと、A は労災補償制度の登録書（register）にサインしていなかったこと及び A に対する報酬から租税と社会保障税が天引きされていなかったことは、X が A を労働者として扱っていなかったことを示していることから、A は明らかに独立契約者である。

## カ. 見習い者<sup>62</sup>

### *Nordland v. Poor Sister of St. Francis, 4 Ill.App.2d 48, 123 N.E.2d 121 (1954)*

【事実の概要】原告 X は被告 Y 病院でインターンとして就労していたところ、外科医が行っている手術の助手として労務を遂行している最中にけがをしたため、自らは独立契約者であるとして病院に対して不法行為に基づく損害賠償請求訴訟を州裁判所に提起した。原審裁判

<sup>62</sup> 本文中に掲げたもののほか、次の事案が見られる。*Ryles v. Durham County Hospital Corporation, Inc.*, 107 N.C.App. 455, 420 S.E.2d 487 (N.C.App. 1992)；呼吸器セラピーの学生はセラピーの業務を病院内で行っている場合は労災法にいう“徒弟労働者”。結果として、労災補償による救済の排他性により病院に対する不法行為訴訟は提起し得ない。労災補償による救済の排他性については、後掲注 63 参照

所は、労働者がその労務遂行中に負った事故に対しては労災補償法に基づく排他的給付が与えられるところ、本件ではXはこれに当たるので訴権を有せず、また、裁判所の管轄権は及ばないと判断した<sup>63</sup>。これに対してXが上訴。

【判旨】インターンであるXは病院の「労働者」。

労務遂行に対する使用者のコントロール権限は労働者か否かを判断するに最も重要な要素であるところ、他にも、対価の支払い方法（時間か成果か）、解雇権限、要求される技能の程度及び使用者の通常の事業との関連での就業者の職務の性質、機会・器具の負担関係なども考慮される。

XとYとの契約に基づき、YはXに対して手当を支払い、インターンシップ中の宿泊、食事、洗濯器具等の利用を提供していたこと、YはXを解雇する権限を保持していたこと、外科医が提供する労務は必要な設備と共に病院が提供する手術室で行われていたものであり、このような外科医の労務の一部について、病院は手術中に外科医の助手を務める者として看護師とインターンを配置していたこと、Xと外科医又は患者との間には契約関係はなかったこと、インターンシップ契約は、Xの職務怠慢、不適切な行動、不十分な労務の提供、その他の理由によりXはYによって解雇されうると定められていたこと、Xは手術室の設備や器具の使い方について具体的な支持・説明は受けていなかったが、YはXの労務遂行に満足しなければXを解雇することができたことから、Xが独立契約者であることを示す要素はない。

なお、以上の分類の他に、教育・研究事業に従事する学生<sup>64</sup>、社会福祉給付を受給しながら職業訓練を受ける者<sup>65</sup>、ボランティア<sup>66</sup>、慈善事業従事者<sup>67</sup>の労働者性が争われた事案がある。

<sup>63</sup> 州労災補償制度に基づく救済（給付）は、使用者の過失の有無にかかわらず与えられるため、排他的なものであり、被災労働者が、別途、不法行為に基づく損害賠償を使用者に対して求めることはできない。JACK B. HOOD, BENJAMIN A. HARDY, Jr., HAROLD S. LEWIS, Jr., WORKERS' COMPENSATION AND EMPLOYEE PROTECTION LAWS, 4<sup>th</sup> ed., at 28, Thomson/West (2005).

<sup>64</sup> *Betts v. Ann Arbor Public Schools*, 403 Mich. 507, 271 N.W.2d 498 (1978)；教育実習生は当該学区の「労働者」。雇用関係（公務任用）の存在を認める。*School Dist. No. 60, Pueblo County v. Industrial Commission*, 43 Colo.App. 38, 601 P.2d 651 (1979)；教育実習生は大学の「労働者」。*Wright v. Wilson Memorial Hospital, Inc.*, 30 N.C.App. 91, 226 S.E.,2d 225 (1976)；徒弟生は「労働者」。したがって、労災補償法による救済の排他性を理由に、使用者に対する不法行為訴訟は提起し得ない。

<sup>65</sup> *Grant v. Blazer Coordinating Council of Youth Development*, 111 N.J.Super. 125, 267 A.2d 568 (N.J.Co. 1970), *Grant v. Blazer Coordinating Council of Youth Development*, 116 N.J.Super. 460, 282 A.2d 769,770 (1971)；職業訓練機関として設立された非営利企業のレストランで働く訓練生の事案。「労働者」。コントロール・テストにより判断。賃金の支払いは一つの要素に過ぎず、また、使用者が非営利団体であることは決定的な要素ではない。*Tommy Nobis Center v. Barfield*, 187 Ga.App. 394, 370 S.E.2d 517 (1988)；連邦のファンドによる職業訓練プログラム訓練生は「労働者」。コントロール・テストにより判断。

<sup>66</sup> *Aspen Highlands Skiing Corp. v. Apostolou*, 866 P.2d 1384 (S.Ct.Colo. 1994)；パートタイムのスキー場パトロール員の事案。パトロール員はスキー場責任者と交渉の上でスキー場利用パスを受け取っているため当該関係には相互義務性があり、適用除外のボランティアではない。「労働者」。

<sup>67</sup> *Armitage v. Trustees of Mt. Fern Methodist Episcopal Church*, 33 N.J.Super.367, 110 A.2d 154 (1954)；教会から金員（教会への出資金）の供与を受けていた者が言われた時間当たりのレートで役務を行っていた際の被災について、就労は任意なものであり、雇用関係の徴表である解雇権限が教会になく、教会は当該就業者に係る諸税を抛出していないことから、雇用関係は存在しない。

### (3) 職業安全衛生法

職業安全衛生法における労働者概念が問題となった事案は見当たらない。

### (4) 差別禁止法

#### ア. 専門的職種

#### [医師]

#### Clackamas Gastroenterology Associates, P.C. v. Wells, 538 U.S. 440 (2003)

【事実の概要】原告Xは、医療サービスを提供する専門会社である被告Yの予約係事務員として約10年勤務していたところ、解雇された。そこでXは、障害を持つアメリカ人法違反を理由に、Yに対して訴訟を提起し救済<sup>68</sup>を求めた。本件の争点は、障害を持つアメリカ人法は15人以上の労働者を雇用する使用者に対して適用される（101条(5)(A)）、15人を上回るか下回るかは、Yで就労する医師であり株主（shareholders）らが同法にいう「労働者」であるか否かである。一審、原審、共に医師兼株主らの経済的実態に着目し、一審は医師兼株主らを「労働者」ではないとして請求を棄却し、原審は「労働者」であるとした。Yが上訴。

【判旨】医師兼株主らの労働者性を否定した一審判決を覆した原審を破棄、差し戻し。

連邦最高裁は、「労働者」であるか否かは、*Reid*判決及び*Darden*判決に従い、定義に係る立法者意思が明確にされていない場合はコモン・ローにおけるコントロール・テストがその空白を埋めるとの一般論を示す。そして、使用者の就業者に対するコントロールに着目して、EEOCが出している、パートナー、理事（officer）、取締役（member of board of directors）、株主が「労働者」に当たるかに係る判断基準<sup>69</sup>を参照すべきとする。その上で、本件事実として、一審判決が示すように、医師らはYの事業運営をコントロールし、利益を共有し、医療サービス提供上の苦情について個人的に責任を負っているが、その反面で、医師らは給料を受け取り、Yが設定する準則に従わねばならず、マネジャーに対して報告していた事実が

<sup>68</sup> 主たる差別禁止法である1964年公民権法第七編に係る救済は、まず、差別是正の連邦又は州の行政機関（雇用機会均等委員会、Equal Employment Opportunity Commission）に救済を申し立て、そこでの解決が不調に終わった場合、労働者は裁判所に民事訴訟を提起できる。そして、差別的行為があったと認定された場合には、差別的行為の差止め、採用、復職、バック・ペイ（申立前2年が上限。労働者に損害軽減義務（duty of mitigation）あり）、フロント・ペイ、弁護士費用の支払い等が救済として与えられる（1964年公民権法第七編706条(g)）。また、1991年の法改正により、意図的差別行為に対しては補償的損害賠償（compensatory damages）が、さらに、法違反者に積極的悪意が認められる場合は懲罰的損害賠償（punitive damages）が救済として与えられる（1991年公民権法102条）。なお、1967年年齢差別禁止法違反に関しては、基本的には先の公民権法第七編違反に係る救済と同じだが、バック・ペイと同額の付加賠償金（liquidated damages）が与えられる一方、補償的及び懲罰的損害賠償は認められていない。

<sup>69</sup> 当該組織は当該個人を雇用または解雇できるか、あるいは当該個人の遂行職務に係るルールや規則を定めることができるか；当該組織は当該個人の職務遂行を監督（supervise）できるか、できるとすればどの程度か；当該個人は当該組織のより上位の者に対して報告をするか；当該個人は当該組織に対して影響力を行使することができるか、できるとすればどの程度か；両当事者は、書面契約に明示されているように当該個人を「労働者」とする意図を有していたか；当該個人は、当該組織の利益、損失、及び責任を共有（share）するか。Equal Employment Opportunity Commission, Compliance Manual, § 605:0009 (2000).

あることから、Yの医師兼株主らに対するコントロール及びEEOCのマニュアルに依拠せずむしろ経済的実態に着目して医師らが「労働者」であるとした原審判決を破棄差し戻した。

なお、反対意見は以下の事実を列挙し、本件医師兼株主らを、コントロール・テストの下での「労働者」であるとする。すなわち、医師らは、Yのために労務を提供していること、Yと雇用契約を締結しており、それに基づき給料 (salary) と年ごとの賞与 (yearly bonuses) を支払われていたこと、Yが所有又は賃借する診療施設で就労していたこと、労務遂行に当たってYが設定するルールを遵守しなければならなかったこと、Yは医師らをERISA (1974年労働者退職所得保障法) 上の「労働者」であると容易に認識していること、Yは医師らをオレゴン州労働者災害補償法上の「労働者」であることに同意していること、医師らの遂行職務 (practice) を会社 (corporation) の体を成すように取り上げることで医師らは自身らとは別個の又は異なる実体を作成していたのであり、この実体は医師らにYの債務に対する有限責任を負担させるものであったこと。

以上の他に、ハイブリッド・テストを採用する事案<sup>70</sup>、コントロール・テストを採用する事案<sup>71</sup>、経済的実態テストを採用する事案<sup>72</sup>と、労働者性の判断方法は分かれている。しかし、上記 *Wells* 事件連邦最高裁判決以降は、コントロール・テストにより判断される傾向が有力のようである。

なお、医師や看護師と就労先の病院との間に直接の雇用関係がない事案 (派遣就業) が見られるが<sup>73</sup>、この場合でも、差別禁止諸法は、「個人 (individual)」の雇用機会に対する不当な介入を行うことを差別として禁じている<sup>74</sup>ことから、当該個人に対するコントロール権限等の存在により「労働者」性が判断され、当該者を雇用関係に基礎を置く「労働者」である

---

<sup>70</sup> *Pardazi v. Cullman Medical Ctr.*, 838 F.2d 1155 (11<sup>th</sup> Cir. 1988); 医師の事案。ハイブリッド・テストを採用。「労働者」ではない。*Diggs v. Harris Hospital-Methodist, Inc.*, 847 F.2d 270 (5<sup>th</sup> Cir.), cert. denied, 488 U.S. 956 (1988); 内科医の事案。「労働者」ではない。*Alexander v. Rush N. Shore Medical Ctr.*, 101 F.3d 487 (7<sup>th</sup> Cir. 1996), cert. denied, 1997 U.S. LEXIS 4637; 内科医の事案。コントロール・テストを採用。コントロールが最も重要な要素。「労働者」ではない。

<sup>71</sup> *Garcia v. Copenhaver, Bell & Assocs., M.D.'s, P.A.*, 104 F.3d 1256 (11<sup>th</sup> Cir. 1997); 救急医療の内科医の事案。ハイブリッド・テストを採用。「労働者」か否かを陪審に判断させるべく一審を破棄差し戻し。*Cilecek v. Inova Health Systems Service*, 115 F.3d 256 (4<sup>th</sup> Cir.1997), cert. denied, 118 S.Ct. 694 (1998); 救急処置室で就労する医師の事案。独立契約者。*Chadha v. Hardin Mem'l Hosp.*, 2000 U.S. App. LEXIS 439 (6<sup>th</sup> Cir.); 麻酔専門医。「労働者」ではない。*Shah v. Deaconess Hosp.*, 355 F.3d 496 (6<sup>th</sup> Cir. 2004); 外科医の事案。「労働者」ではない。*Savas v. William Beaumont Hosp.*, 2004 U.S. App. LEXIS 11530 (6<sup>th</sup> Cir.); 心臓専門医の事案。コントロール・テストを採用。「労働者」ではない。

<sup>72</sup> *Mitchell v. Frank R. Howard Mem. Hosp.*, 853 F.2d 762 (9<sup>th</sup> Cir. 1988), cert. denied, 489 U.S. 1013 (1989); 放射線技師の事案。「労働者」。

<sup>73</sup> *Gomez v. Alexian Bros. Hosp.*, 698 F.2d 1019 (9<sup>th</sup> Cir. 1983); 救急救命医の事案。*Sibley Memorial Hosp. v. Wilson*, 488 F.2d 1338 (D.C. Cir.1973); プライベート・ナースの事案。*Christopher v. Stouder Mem. Hosp.*, 936 F.2d 870 (6<sup>th</sup> Cir.), cert. denied, 502 U.S. 1013 (1991); 同前。*Zinn v. McKune*, 143 F.3d 1353 (10<sup>th</sup> Cir. 1998); 看護師の事案、コントロール・テストを採用。「労働者」ではない。

<sup>74</sup> 1964年公民権法第七編703条、1967年雇用における年齢差別禁止法4条、1990年障害を持つアメリカ人法102条(a)参照。

か否かは問題とされることなく、差別禁止法違反の有無が判断される<sup>75</sup>。

## [弁護士]

### Farlow v. Wachovia Bank of N.C., 259 F.3d 309 (4<sup>th</sup> Cir. 2001)

【事実の概要】被告 Y 銀行で弁護士として破産に関する法的業務を行う原告 X は、Y での就業中、性的及び人種的嫌がらせを受けたとして苦情を申し立てた後、Y から解雇された。そこで X は、差別に係る救済を求めて X を相手方として訴訟を提起した。一審は X の訴えを棄却したところ、合衆国控訴裁判所に上訴した。なお、X は、独立契約者である旨等を記載した書面契約の締結により Y での業務に就いていた。

【判旨】契約弁護士は「労働者」ではない。

裁判所は、合衆国最高裁判所の先例に従いコントロール・テストにより「労働者」であるか否かを判断する旨述べた上で、X は Y から給料ではなく X からの請求書に応じて提供された労務に対して報酬を支払っていたこと、Y は X のために諸税を支払っていなかったこと、X は Y から福利厚生給付の提供を受けていなかったこと、X は所得税還付を自営業者として行っていたこと、X と Y は明確な書面契約により独立契約者とする意思を有していたこと、X は Y での就労期間中に Y に対してのみ労務を提供していたわけではないこと、Y は X の具体的な労務遂行に対してコントロールを及ぼしていなかったことから、X は独立契約者であるとした。なお、裁判所は、Y の X に対する Y 事務所内オフィス、サポートスタッフ、社用車、コンピュータ等の提供、Y 事務所内での管理業務に対するコントロール、Y 事務所内での就労時間に対するコントロールの存在を認めている。

## イ. 備車運転手<sup>76</sup>

### EEOC v. North Knox Sch. Corp., 154 F.3d 744 (7<sup>th</sup> Cir. 1998)

【事実の概要】被告 Y は一定範囲の学区に係る学校運営事業を行う州制定法に基づく事業体であり、児童・学生の送迎をその事業の一部として行っていた。当該送迎は、バス運転手との雇用契約等幾つかの契約に基づいて行っていたところ、Y はバス運転手の年齢を 70 歳未満とする方針を立て、いずれも 70 歳以上であった訴外 A のバス運転手ら 2 名（4 年契約を 2 回または 7 回更新していた。）との契約を拒否した。A らは、Y の雇用における年齢差別禁止法違反を主張し、EEOC に差別是正の申立をしたところ、解決は不調に終わった。原告 X である EEOC は、A らに代わって合衆国地方裁判所に民事訴訟を提起した。一審は X の主

<sup>75</sup> 詳細は、Enforcement Guidance: Application of EEO Laws to Contingent Workers Placed by Temporary Employment Agencies and Other Staffing Firms (<http://www.eeoc.gov/policy/docs/conting.html>) を参照。ガイドラインの翻訳文は、日本労働研究機構・前掲注 1 書 179 頁以下〔筆者翻訳部分〕を参照。なお、EEOC Enforcement Guidance on the Application of the ADA to Contingent Workers Placed by Temporary Agencies and Other Staffing Firms (<http://www.eeoc.gov/policy/docs/guidance-contingent.html>) も参照。

<sup>76</sup> 本文に掲げた事案の他、次の事案がある。Broussard v. Bossier, Inc., 789 F.2d 1158 (5<sup>th</sup> Cir. 1986)；トラック運転手の事案。経済的実態テストを採用。「労働者」ではない。

張を棄却したため、Xが上訴した。

【判旨】スクールバスの契約運転手は「労働者」ではない。

裁判所は、コントロール・テストを先例として尊重しながら、同テストには経済的実態テストにおける判断要素が包含されているとして、経済的実態テストを採用しているが、最も重要な要素は労務遂行に対する使用者のコントロール権限の有無であるとして、実際には、ハイブリッド・テストを採用している。

YのAらに対するコントロール（安全運行及び懲戒、契約解約、契約ルートの変更）は、制定法又は契約上定められた以上のものではないこと、Aらは諸経費を含め自らのバスを持ち込んで運送業務に当たっていること、YはAらに対して運転マイル数に応じて報酬を支払い、福利厚生を提供せず、また、諸税の支払いをしていないこと、実際の就労期間は長期にわたるが、契約の更新は約定されておらず、また、更新は最低入札額でのみ可能であったことから、Aらは独立契約者である。なお、技能については判断しがたいとされている。

#### ウ．外交員等職種<sup>77</sup>

*Cox v. Master Lock Co.*, 815 F.Supp. 844 (E.D.Pa. 1993), *aff'd*, 14 F.3d 46 (3<sup>rd</sup> Cir. 1993)

【事実の概要】製造業を営む被告Yの下でその商品を販売する契約を結んでいた原告Xは、契約に基づき書面での事前通知により契約を解約されたところ、その時点で62歳であったため、当該解約は雇用における年齢差別禁止法に違反するとして、救済を求めて訴訟を提起した。一番は以下の【判旨】のように述べて、サマリ・ジャッジメント<sup>78</sup>のみでXを独立契約者と判断した。Xはこれを不服として上訴したが、合衆国控訴裁判所は審理を行わずに一審判決を確定した。

【判旨】Xは独立契約者。

YはXの販売の具体的方法にコントロールを及ぼしていないこと、Xは自ら業を起こす独立性を有し、実際に法人を設立し事業を営んでいたこと、XはYに対して販売状況を報告していたものの、労働時間や休暇取得時期を自ら設定していたこと、Xは必要な設備等を自ら用意し、経費を支出し、また、就労場所を設定し、保険に加入していたこと、XはYから出来高で報酬を支払われていたこと、XはYから福利厚生給付を提供されていなかったこと、Xは自ら諸税を支払っていたこと、XとYは14年の関係があったが、XはYの代理人でも労働者でもないとの明確な約定があったこと、XとYはいつでもいかなる理由によっても契

<sup>77</sup> 本文に掲げた事案の他、次の事案がある。*Unger v. Consolidated Foods Corp.*, 657 F.2d 909 (7<sup>th</sup> Cir. 1981), *vacated on other grounds*, 456 U.S. 1002 (1982); 販売代理人の事案。経済的実態テストを採用。「労働者」。*Hickey v. Arkla Indus.*, 688 F.2d 1009 (5<sup>th</sup> Cir. 1982), *Hickey v. Arkla Indus.*, 699 F.2d 748 (5<sup>th</sup> Cir. 1983); 販売・サービス代理人の事案。経済的実態テストを採用。独立契約者。*EEOC v. Zippo Mfg. Co.*, 713 F.2d 32 (3<sup>rd</sup> Cir. 1983); 卸代理人の事案。ハイブリッド・テストを採用。独立契約者。

<sup>78</sup> 「正式な事実審理を経ないでなされる判決」で、「重要な事実について真正な争点がなく、法律問題だけで判決できる場合に、申立てによりなされる判決」のこと。田中英夫編『英米法辞典』（東京大学出版会、1991年）826頁。

約を解約できたことから、Xは独立契約者である。

以上の他にも、経済的実態テスト<sup>79</sup>、ハイブリッド・テスト<sup>80</sup>、コントロール・テスト<sup>81</sup>、それぞれの判断基準によって労働者性を判断した事案がある。

## エ. 在宅就業者

なし。

## オ. 零細事業者<sup>82</sup>

### [事務系]

*Wilde v. County of Kandiyoshi*, 811 F.Supp. 446 (D.Minn. 1993), *aff'd*, 15 F.3d 103 (8<sup>th</sup> Cir. 1994)

【事実の概要】州制定法に基づく郡のパートナーシップ会社、被告 Y に秘書業務等事務サービスを提供する原告 X は、Y での就労中にセクシュアル・ハラスメントを受けたとして、公

<sup>79</sup> *Kirby v. Robby Len Swimfashions*, 904 F.2d 36 (6<sup>th</sup> Cir. 1990); 販売代理人の事案。独立契約者。*Lilley v. BTM Corp.*, 958 F.2d 746 (6<sup>th</sup> Cir. 1992); 5%コミッションの専属販売員の事案。「労働者」。*Eyerman v. Mary Kay Cosmetics*, 967 F.2d 213 (6<sup>th</sup> Cir. 1992); 化粧品販売 director の事案。独立契約者。*Miller v. Lifestyle Creations, Inc.*, 1993 U.S. App. LEXIS 13453 (9<sup>th</sup> Cir.); 販売代理人の事案。「労働者」。*Hayden v. La-Z-Boy Chair Co.*, 9 F.3d 617 (7<sup>th</sup> Cir. 1993); 販売代理人の事案。独立契約者。*Aberman v. J. Abouchar & Sons, Inc.*, 160 F.3d 1148 (7<sup>th</sup> Cir. 1998); セールスマンの事案。独立契約者。*Adcock v. Chrysler Corp.*, 166 F.3d 1290 (9<sup>th</sup> Cir.), *cert. denied*, 528 U.S. 816 (1999); 自動車ディーラー応募者に対するディーラーシップ拒否の事案。独立契約者。

<sup>80</sup> *Garrett v. Phillip Mills Inc.*, 721 F.2d 979 (4<sup>th</sup> Cir. 1983); 織物販売代理人の事案。独立契約者。*Knight v. United Farm Bureau Mut. Ins. Co.*, 950 F.2d 377 (7<sup>th</sup> Cir. 1991); 保険代理人の事案。独立契約者。*Oestman v. National Farmers Union Ins. Co.*, 958 F.2d 303 (10<sup>th</sup> Cir. 1992); 保険代理人の事案。独立契約者。*Deal v. State Farm County Mut. Ins. Co.*, 5 F.3d 117 (5<sup>th</sup> Cir. 1993); 保険代理人の事案。独立契約者。

<sup>81</sup> *Frankel v. Bally Inc.*, 987 F.2d 86 (2<sup>nd</sup> Cir. 1993); 靴の販売員の事案。独立契約者。*Speen v. Crown Clothing Corp.*, 102 F.3d 625 (1<sup>st</sup> Cir. 1996); 販売員の事案。独立契約者。*Dykes v. Depuy, Inc.*, 140 F.3d 31 (1<sup>st</sup> Cir. 1998); 販売代理人の事案。独立契約者。*Barnhart v. New York Life Insurance Co.*, 141 F.3d 1310 (9<sup>th</sup> Cir. 1998); 保険代理人の事案。独立契約者。*Schwieger v. Farm Bureau Insurance Company of Nebraska*, 207 F.3d 480 (8<sup>th</sup> Cir. 2000); 販売代理人の事案。独立契約者。

<sup>82</sup> 零細事業者に関しては、その職種や職務は多岐にわたり、また、「労働者」性判断について採用されるテスト及び結論は分かれている。この点については、以下の各事案を参照。

【事務系】 *Daughtrey v. Honeywell, Inc.*, 3 F.3d 1488 (11<sup>th</sup> Cir. 1993); コンピュータ関連専門職の事案。コントロール・テストを採用。「労働者」。*West-Anderson v. Choicepoint Servs. Inc.*, 89 FEP Cases 957 (D.Kan. 2002), *affirmed*, 2003 U.S. App. LEXIS 9346 (10<sup>th</sup> Cir.); リサーチサービスの提供人の事案。独立契約者。

【雑務】 *Cobb v. Sun Papers, Inc.*, 673 F.2d 337 (11<sup>th</sup> Cir. 1982), *cert. denied*, 459 U.S. 874 (1982); 雑務員の事案。ハイブリッド・テストを採用。独立契約者。*Mares v. Marsh*, 777 F.2d 1066 (5<sup>th</sup> Cir. 1985); 食料雑貨店の袋詰め人の事案。ハイブリッド・テストを採用。独立契約者。

【接客・娯楽、メディア】 *Lutcher v. Musicians Union Local 47*, 633 F.2d 880 (9<sup>th</sup> Cir. 1980); ミュージシャンの事案。ハイブリッド・テストを採用。独立契約者。*Falls v. Sporting News Pub. Co.*, 834 F.2d 611 (6<sup>th</sup> Cir. 1987); スポーツライターの事案。経済的実態テストを支持しているが、「労働者」か否か判断していない。一審裁判所に破棄差戻し。*Alberty-Velez v. Corporacion de P.R. para la Difusion Publica*, 361 F.3d 1 (1<sup>st</sup> Cir. 2004); テレビ司会者の事案。コントロール・テストを採用。独立契約者。*Arbaugh v. Y&H Corp.*, 380 F.3d 219 (5<sup>th</sup> Cir. 2004), *cert. granted on other grounds*, 125 S. Ct. 2246 (2005); レストランの配達人、オーナーとその妻の労働者性が争われた事案。配達人についてはハイブリッド・テストを採用し、「労働者」ではないと判断。オーナー等については EEOC が出している取締役兼株主の労働者性判断基準を採用し、「労働者」ではないと判断。

民権法第七編違反を理由に救済を求めて訴訟を提起した。一審が X の請求を棄却したため X が上訴。

【判旨】秘書事務サービスを提供する者は独立契約者。(以下は控訴裁判所が容れた原審認定事実)

裁判所は、Xが主張する経済的実態テストではなくコントロールに経済的実態を加味したハイブリッド・テストにより労働者性を判断するとした原審を妥当とした上で、XY間の当初の約定は雇用関係ではなかったこと、Xは地理的に広範囲にわたって経営者として事業を行っていたこと、自身の労働時間及び自己のスタッフの労働時間を設定し、ほとんど監督されずに就労していたこと、労務の提供は自身の選択に応じて日ごと自由に行っていたこと、自己のスタッフを雇い入れ又解雇する裁量を有していたこと、約定以外の業務について報告が求められていたものの、一定又は特定の時間にYの事務所で就労することを求められていなかったこと、Xは自身で仕事のスケジュール及び報酬の支払い方法を決めていたこと、XはY以外の者に対して労務を提供する自由を有していたこと、Xは自身で事務所を構え、機器等を用意し、その費用を支払っていたこと、Xは自身が適当と思う時期に休暇を取っていたこと、Yから支払われる対価はXに対して支払われていたのではなく、Xが提供するサービスに対して一月ごとに支払われていたこと、また、YはXに対して諸税を負担していなかったこと(むしろXは自身を個人自営業者として税申告していた。)、XはYから休暇や保険といった福利厚生諸給付を提供されていなかったことから、XはYの労働者ではなく独立契約者である。

### 【接客、娯楽、メディア】

*Spirides v. Reinhardt*, 613 F.2d 826 (D.C. Cir 1979), *aff'd after remand*, 656 F.2d 900 (D.C. Cir 1981)

【事実の概要】外国語キャスターとして被告Yの一部局である会社Aで就労する原告Xは、Yの要請に応じて就労する契約(purchase order vendor contract)を締結し、労務を提供していたところ、女性の声は不要であるとの理由で契約を解約された。Xは、当該解約を性を理由とする差別であるとして公民権法第七編違反を理由に関係行政機関に申立をするなどしたところ、最終的に申立が認められなかったため、Yを相手方として救済を求めて民事訴訟を提起した。一審はXを独立契約者としてその請求を棄却したためXが上訴。

【判旨】外国語キャスターであるXは「労働者」ではない。

裁判所は、就業関係の経済的実態に着目して労働者か独立契約者かを判断すべきとしつつ、最も重要な要素は労務遂行に対する使用者の具体的コントロール権限の程度であると述べ、後にハイブリッド・テストと呼ばれる判断方法を提示した。そして、原審は契約上の文言に依拠して判断しているとして、破棄差戻した。差戻し後の一審(486 F.Supp. 685 (D.C. 1980))は以下のように事実を認定し、差戻し後の控訴審にて確定した。

XはYから休暇等福利厚生給付を提供されていないこと、YはXの報酬から諸税を天引きしていないこと、むしろXは自営業者として税申告し、職業も「契約就業者 (contractor)」と記載しており、本件労務提供にかかる移動費等諸経費を事業経費 (business expense) としていたこと、本件契約はYがXに対して1年間に一つの業務を提供することしか求めていること、報酬は割り当てられた仕事ごとに支払われることから、Xは独立契約者である。

#### カ. 見習い者<sup>83</sup>

##### *O'Connor v. Davis*, 126 F.3d 112 (2<sup>nd</sup> Cir. 1997)

【事実の概要】 大学でソーシャルワークを専攻する学生、原告Xは、フィールドワークを行うべくインターンシップとして被告Y病院に配置されたところ、Yの医師からセクシュアル・ハラスメントを受けたとして救済を求めて訴訟を提起した。一審がXの請求を棄却したところ、Xが上訴した。なお、インターンシップ中、XはYから給与を支払われていない。

【判旨】 インターンシップ中の学生XはYの「労働者」ではない。

裁判所は、労働者性の問題よりも、それ以前に、XはYにより雇用された (hired) のか否かが問題であるとした上で、雇用関係の存在の有無は、給与 (salary) 又は賃金 (wage) 及び諸給付 (benefit) といった経済的な「報酬 (remuneration)」が不可欠であるとする。そして、XはYから一切の報酬を受領していないがゆえに、「労働者」ではないとした。

なお、以上の分類の他に、教育・研究事業に従事する学生<sup>84</sup>、社会福祉給付を受給しながら職業訓練を受ける者<sup>85</sup>、ボランティア<sup>86</sup>、慈善事業従事者<sup>87</sup>の労働者性が争われた事案があ

<sup>83</sup> 本文中に掲げた事案の他、次の事案がある。*Mangram v. General Motors Corporation*, 108 F.3d 61 (4<sup>th</sup> Cir. 1997); マイノリティーのディーラープログラム参加者の事案。ハイブリッド・テストを採用。独立契約者。

<sup>84</sup> *Lambertsen v. Utah Dep't of Corrections*, 79 F.3d 1024 (10<sup>th</sup> Cir. 1996); ティーチングアシスタントの事案。ハイブリッド・テストを採用。被告は原告の使用者ではない。*Cuddeback v. Fla. Bd. of Educ.*, 381 F.3d 1230 (11<sup>th</sup> Cir. 2004); 大学院生リサーチアシスタントの事案。経済的実態テストを採用。「労働者」。

<sup>85</sup> *Daniels v. Browner*, 63 F.3d 906 (9<sup>th</sup> Cir. 1995); 行政機関が制定法に基づいて設ける高年者プログラム参加者の労働者性に関する事案。議会は当該プログラムの根拠法は年齢差別禁止法の施行についてプログラム参加者を適用除外する意図であったと認定し、原告は当該プログラムを運営する連邦行政機関の「労働者」であることを否定。*United States v. City of New York*, 359 F.3d 83 (2<sup>nd</sup> Cir. 2004); 連邦政府のファンドによる市の就労体験プログラム参加者の労働者性に関する事案。コントロール・テストを採用するも、その前提としての雇用関係の成否につき、当該参加者は、その就労について、現金、フード・スタンプ及びその他諸給付を市側から受領していることから、当該関係には対価性がある旨判示し、「労働者」であると結論づける (なお、判決は、1997年 EEOC の福祉受給者の労働者性に係るガイドラインも参照している)。

<sup>86</sup> *Haavistola v. Community Fire Co. & Rising Sun*, 6 F.3d 211 (4<sup>th</sup> Cir. 1993); ボランティア消防士の事案。ハイブリッド・テストを採用。民間消防会社の「労働者」。*Pietras v. Board of Fire Commissioners of Farmingville Fire District*, 180 F.3d 468 (2<sup>nd</sup> Cir. 1999); ボランティア消防士の事案。コントロール・テストを採用しつつも、ボランティアゆえに当該関係性に基づいて原告が対価を受領しているかを検討の上、被告から諸給付を受領していることから、原告は消防局の「労働者」と判断。*York v. Association of the Bar of the City of New York*, 286 F.3d 122 (2<sup>nd</sup> Cir.), cert. denied, 537 U.S. 1089 (2002); ボランティア弁護士の事案。「労働者」ではない。労務提供に対する対価の有無を判断し、「労働者」性 (雇用関係性) を判断。

<sup>87</sup> *McClure v. Salvation Army*, 460 F.2d 553 (5<sup>th</sup> Cir.), cert. denied, 409 U.S. 896 (1972); 聖職者の事案。労務遂行に対する具体的なコントロール及び労務に対する対価の支払い等が認められることから、「労働者」と認定 (しかし結論としては、公民権法第七編 702 条(a)が、宗教団体等を適用除外していることなどから、当該雇用関係には同法の規制が及ばない旨判示する)。

る。

### (5) 解雇

差別や法令上の権利行使等に対する不利益取り扱いとしての解雇を除く純粋な契約上の問題としての解雇に限ると、アメリカでは労働者性は問題とならない。なぜなら、アメリカにおいて違法な解雇に対する救済は原則として損害賠償であり、したがって、日本におけるように解雇が無効であるとの訴え（雇用関係存在確認訴訟）はなしえず、解雇訴訟において労働者性が問題とされる余地はないからである。したがって、解雇に係る事案はない。

なお、アメリカにおいては、ほとんどの場合、雇用関係は *at-will*（当事者の意のまま）であり、事前の告知はおろか理由さえなくして労働者は解雇されうることから、仮に当該者が「労働者」であるとしても、このことが解雇訴訟において実質的意味を持つことはない。

## 第3節 分析

### 1. 労働条件別に見た判断基準について

#### (1) 労働時間・賃金・休暇、労災補償、差別禁止

制定法、労働条件ごとに「労働者」性の判断基準は異なる場合があり、また、異なる労働条件で同じ判断基準を用いても運用が異なる場合があるが、判断基準相互の比較を行うために、ここでは上に掲げた労働条件をまとめて検討する。

各判断基準、特にコントロール・テストと経済的実態テストに注目して裁判例を見ると、経済的実態テストが理論的に考えられるような「労働者」を広く捉えるという運用をされているかという点、必ずしもそうではないようにも思われる。確かに、1947年 *Rutherford* 事件連邦最高裁判決のように、契約上当初から独立契約者であっても、正規従業員の労務遂行過程に完全に組み入れられて就業している場合は公正労働基準法における「労働者」とされることから、同判決の意義は非常に深く、また、影響は極めて大きい。

しかし、他の裁判例を見ると、経済的実態を考慮しつつも、使用者の就業者に対するコントロール権限、例えば、労務遂行に対する具体的指示、機械・器具の負担、技能やイニシアティブといった徴表から見て、使用者が労働者を支配下において労務の提供をさせたかを問題としているのであって、これら判断要素はコントロール・テストにおいても考慮されている要素だからである<sup>88</sup>。実際にも、認定事実は異なるものの、同じ職種で労働者性が問題とされた1983年 *Robicheaux* 事件判決と1993年 *Carrell* 事件判決とで、コントロールの軽重により異なる結論が出されている。

---

<sup>88</sup> Lewis L. Maltby & David C. Yamada, *Beyond "Economic Realities": The Case for Amending Federal Employment Discrimination Laws to Include Independent Contractors*, 38 B.C.L.REV. 239 (1997). 使用者のコントロールを重視することで、経済的実態テストの運用は従来よりも狭く行われ、実質的にコントロール・テストによる判断との違いがなくなってきていると分析されている。 *Id.* at 249-250.

なお、経済的実態テストは、公正労働基準法が社会政策を考慮したニュー・ディール期の産業政策的立法であることを想起すると、“労働の従属性”、特に人的従属性が見られないが法による保護を及ぼすべき者としていわゆる“経済的従属性”のある者を適用対象に収めようという意図よりもむしろ、産業平和を促進し公正な競争環境を確保しようとの法目的から、コモン・ロー上は独立契約者とされる者を公正労働基準法では「労働者」としているものと考えられる<sup>89</sup>。したがって、経済的実態テストにおける就業者の経済的実態の考慮すなわち経済的従属性は、他国におけるそれとは異なる文脈において理解される必要がある。

では、コントロール・テストについてはどうか。同テストは州労災補償法でも差別禁止法でも用いられているが、先に述べたように、労災補償法における方が差別禁止法におけるよりもリベラルに解釈、運用されているだろうか。

この点については、検討した裁判例からは必ずしも明らかではない。しかし少なくとも、例えば労災補償法と差別禁止法のそれぞれについて、特に専門職類型の事案で違いを見出せそうである。つまり、州労災補償法の事案では、労務の提供に対する具体的コントロール<sup>90</sup>がないか、あっても薄いものであるのに、関連する具体的諸事情から労務遂行に対する具体的コントロールを推論する方法を採っている<sup>91</sup>のに対して、差別禁止法の事案では、具体的コントロールを推論するものの、結論において比較的消極的な捉え方をしている。(もっとも、差別禁止法の事案については、法目的について労災補償法と比較した場合、「労働者」ではないとされざるを得ないかもしれない)。

また、差別禁止法の備車運転手の事案では、州制定法に基づいて使用者が運転手らの労務遂行をコントロールしている場合は使用者のコントロールではないと判断しているのに対して、労災補償法の専門職・医師の事案では、州制定法に基づくコントロールでも使用者が医師に対してコントロールを及ぼしているものと判断している。

このように、コントロール・テストでも、法目的の違いから、「労働者」をリベラルに解

---

<sup>89</sup> 立法事実と政策の大局を述べた公正労働基準法 2 条は、次のように記されている。「(a) 議会は、通商に従事するか又は通商のために商品を製造する産業において、労働者の健康、生産性、及び福祉一般に必要な生活の最低基準の維持にとって有害な労働条件が見られ、この存在は、(1) 複数の州の労働者について上記のような労働条件を広げかつ温存する通商及び通商の手段・手法を惹起し、(2) 通商及び通商における商品の自由な移動に負担を課し、(3) 通商における不公正な競争方法を作成し、(4) 通商及び通商における商品の自由な移動に負担を課しかつ障害となる労働争議へとつながり、そして、(5) 通商における秩序と商品の公正なマーケティングに介入するものと考え。議会はさらに、家事使用人の雇用も通商に影響を及ぼすものと考え。(b) したがってここに、複数の州間及び外国との間で行われる通商を規制する議会による権限の行使を通じて、雇用や稼働力を実質的に損なうことなく上記産業において上記労働条件を是正及び実行可能な限り迅速に除去することを、本法の目的とすることを宣言する。」(筆者訳)。

<sup>90</sup> なお、コモン・ロー(代理法)上、使用者の解雇権限は「最も重要なコントロール手段の一つ」とされている。STEPHEN M. BAINBRIDGE, *AGENCY, PARTNERSHIP & LLCs*, at 65-66, Foundation Press (2004). また、賃金、労災補償給付、諸税の取り扱いも、使用者のコントロール権限の徴表とされうる。WILLIAM A. GREGORY, *THE LAW OF AGENCY AND PARTNERSHIP*, 3<sup>rd</sup> ed., at 123, West Group (2001).

<sup>91</sup> なお、コモン・ロー(代理法)の領域においては、業務の性質上、使用者が労働者に対して具体的労務遂行(行動)に係るコントロールを及ぼしていない場合(例えば弁護士や医師)であっても、フルタイムの雇用は使用者のコントロール権限を設定していると推定しているようである。BAINBRIDGE, *supra* note 90 at 71, J. DENNIS HYNES, *AGENCY, PARTNERSHIP AND THE LLC*, at 73, West Group (2001).

するか、そうではないかという点で、(即断はしかねるものの、) 違いが見られると言えそうである。

次に、コントロール・テストの判断要素と経済的実態テストの判断要素とを織り交ぜたハイブリッド・テストについては、差別禁止法における零細事業者の事務系及び接客・娯楽・メディアに関する各事案を見ると、使用者の労働者に対するコントロールを中心に判断していることから、経済的実態を加味するとはいっても、労務遂行に対する具体的コントロールの有無又はそれが無い場合の諸事情からのコントロールの存在の推量に検討の重心が置かれているのであり、実質的に見て、コントロール・テストとハイブリッド・テストとの相違はないと考えてよさそうである<sup>92</sup>。この点、裁判例も認めるところである<sup>93</sup>。

さらに、労災補償法における業務相関性テストについて見ると、零細事業者・雑務で掲げた事案に見られるように、必ずしも被災労働者を幅広く救済しうる判断要素ではないように思われる。また、このテストの中心要素である“当該職務は使用者の事業の不可欠な一部をなしているか”は、不可欠性要素を捨象すれば、コントロール・テストにおける“当該職務は使用者の通常の事業の一部か否か”という点で共通している。反対に、不可欠性要素を捨象しなくとも、「不可欠な」と「通常の」との文言は、当該者が行う職務が使用者の事業運営にとっての必要性の程度に差があると考えられるものの、重なる部分が大きいかほぼ同一のものであると理解することも可能であろう。すると、この要素の帰結が直接的に労働者性判断に結びつくか、あるいは使用者の就業者に対するコントロールの推量に結びつくかという相違があるだけで、理論的にはコモン・ローの思想に行き着くのではないかと考えることができる。

では、ここで今一度、コントロール・テスト、経済的実態テスト、ハイブリッド・テストそれぞれの考慮要素を見比べてみよう。(なお、各判断要素のポイントを簡潔に記述している。)

まず、「使用者のコントロール」は、各テストで共通している(コントロール・テストの(a)、経済的実態テストの①、ハイブリッド・テストの①。以下、テストの名称を略すが、この順でアルファベット又は番号を列挙する。)

「求められる技能」((d)、④、②)、「器具・就労場所の提供」((e)、②、③)、「就労期間」((f)、⑤、④)、「職務の使用者の事業の(不可欠な)一部」((j)を前提に(h)、⑥、⑧)の4つの要素についても各テストで共通している。

<sup>92</sup> Maltby et al, *supra* note 88 at 253. また、前掲注 88 の Maltby & Yamada 論文 254 頁は、「裁判所が考慮する判断要素は(コントロール・テストと経済的実態テストとハイブリッド・テストで)実質的に同じであり、また、「判断基準はほとんど同じ」であると分析している。さらに、Patricia Davidson, *The Definition of "Employee" under TITLE VII: Distinguishing between Employees and Independent Contractors*, 53 U. CIN. L. REV. 203 at 225 (1984) も、各判断基準は実質的に同じように機能していると分析している。

<sup>93</sup> *Wilde v. County of Kandiyoshi*, 811 F.Supp. 446 (D.Minn. 1993), *aff'd*, 15 F.3d 103, 106 (8<sup>th</sup> Cir. 1994).

コントロール・テスト	経済的実態テスト	ハイブリッド・テスト
(a) 使用者のコントロール	① 使用者のコントロール	① 職種及び監督者の指揮
(b) 就業者の別個の職務・事業への従事	② 使用者と就業者の相対的な投資範囲	② 求められる技能
(c) 職務遂行のイニシアティブ	③ 就業者の経済的得失機会	③ 機械・器具の負担、就業場所
(d) 求められる技能	④ 求められる技能、職務遂行のイニシアティブ	④ 就労期間
(e) 器具や就業場所の提供	⑤ 関係の永続性	⑤ 報酬の支払い方法（時間か成果か）
(f) 雇用期間の長さ	⑥ 職務が使用者の通常の事業の不可欠な一部か	⑥ 就労関係終了の方法
(g) 対価の算定方法（時間か仕事か）	/	⑦ 年次休暇付与
(h) 職務は使用者の通常の事業の一部か		⑧ 職務が使用者の事業の不可欠な一部か
(i) 使用者－労働者関係形成の当事者意思		⑨ 就業者の退職給付積み立て
(j) 使用者は事業を行っているか		⑩ 使用者の社会保障税の拠出
		⑪ 使用者－労働者関係形成の当事者意思

出所：筆者作成。

「職務遂行のイニシアティブ」は、コントロール・テストと経済的実態テストで共通している（(c)、④）。

コントロール・テストの「(g) 対価の算定方法」は、ハイブリッド・テストの⑤と共通するが、労働時間ではなく仕事や成果に対して報酬が支払われるとすれば、この前提として使用者と就業者の間に対価額に係る交渉がもたれるのが通常であろうから、すると、経済的実態テストの「③ 就業者の経済的得失の機会」について、これが使用者により決定される程度は低いと考えられることから、経済的実態テストの判断要素③も同列に位置付けることができるだろう（(g)、③、⑤）。

また、経済的実態テストの③の要素に関しては、コントロール・テストの「(b) 就業者の別個の職務・事業への従事」と結びつけることができそうである。つまり、通常なら使用者から指示された職務を遂行することになるだろうが、それ以外の職務や事業に従事する自由がある（又はない）とすれば、就業者の経済的得失機会という要素に変換しうる余地があると考え

られるからである。したがって、コントロール・テストの(b)と経済的実態テストの③とは同列に位置付けることができると考えられる。

なお、当事者意思（コントロール・テストの(i)、ハイブリッド・テストの⑩）について、当事者意思の表れと考えられる書面上の取り扱いすなわち当該就業者を「労働者」ではなく「独立契約者」とするとの文言は決定的な考慮要素ではないと多くの裁判例が述べていることから、検討を要しないと思われる。また、ハイブリッド・テストの⑥⑦⑨⑩の要素は、当事者特に使用者側での当該就業者の労働者としての取り扱いを客観的に判断するための指標として機能するよう見える。しかし、これらが、使用者のコントロールに重心をおいて労働者性を判断するハイブリッド・テストにおいて用いられていることを考えると、副次的な考慮要素と位置付けることができよう。

かくして、文言の違いこそあれ、3つのテストにおける各要素はほぼ一致するであろうことがわかった。

そしてこのように見てくると、一部裁判例では経済的実態や業務相関性の重視のゆえにコモン・ローでは「労働者」と捉えられない者が「労働者」であるとされる場合があるとしても、その根本的思想あるいは発想は、コモン・ロー（代理法）であり、使用者の第三者に対する代位責任を決するための「労働者」概念なのではないかと考えられる。この仮定に基づく、したがってまた、「労働者」であるか否かは、その「使用者」の“報償責任（企業責任）”などの思想・発想に基づいて決せられているのではないかと考えることができる<sup>94</sup>。するとさらに、コモン・ロー上の代理法は“主従法（The Law of Master and Servant）”により形成されてはいるが、特に、“「労働者」であること”は“従属性概念”に基づいているのではない、ということになるとと思われる<sup>95</sup>。

---

<sup>94</sup> Kenneth G. Dau-Schmidt, Michael D. Ray, *The Definition of “Employee” in American Labor and Employment Law*, in JILPT, THE MECANISM FOR ESTABLISHING AND CHANGING TERMS AND CONDITIONS OF EMPLOYMENT / THE SCOPE OF LABOR LAW AND THE NOTION OF EMPLOYEE (JILPT Report No.1, 2004), at 118. 同論文の翻訳, ケネス G.ダウシュミット, マイケル D.レイ執筆/池添弘邦翻訳「第7章 アメリカ」, 労働政策研究・研修機構『「労働者」の法的概念: 7ヶ国の比較法的考察 (労働政策研究報告書 No.18)』(2005年) 80-90頁, 82頁参照。なお, 上記論文ではこの論拠として, DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS, VOL. 2, 909 (2001)を参照している。

ところで、コモン・ロー（代理法）において使用者責任（代位責任）を根拠づける考え方としては、本文中で言及した報償責任のみならず、他に、事故の防止（そしてそのための効率的な制度であるということ）、損害の分散、使用者の資金力による被害者保護、が挙げられる。樋口範雄『アメリカ代理法』（有斐閣、2002年）189頁参照。See also BAINBRIDGE, *supra* note 90 at 72 ; J. DENNIS HYNES, MARK J. LOEWENSTEIN, AGENCY, PARTNERSHIP AND THE LLC: UNINCORPORATED BUSINESS ENTERPRISES, 6<sup>th</sup> ed., at 140-141, LexisNexis (2003); HYNES, *supra* note 91 at 76-78 ; DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS, at 907-910, West Group (2000). そして、これら根拠付けは、論者により幾つかの理由が組み合わされる。HYNES, *supra* note 91 at 78. もっとも、各州により裁判所の理由付けは異なる。

<sup>95</sup> 特に公正労働基準法による規制については、同法の制定は1938年であって、全国的に産業復興を目指すニュー・ディール政策下で制定されたことなどから、労働の従属性に基づく規制というよりは、（重点の軽重の置き方は論者による異なると思われるが、）むしろ産業政策的規制としての色合いが濃いものと思われる。そしてこのことは、同法上の労働者性判断基準である経済的実態テストの運用が就業者の経済的実態よりもむしろ使用者の就業者に対するコントロール権限の方向へと遊離していったことと無関係ではないように思われる（労働の従属性に基づく規制でないがゆえのコントロール（コモン・ロー）への回帰）。

## (2) 安全衛生

安全衛生については労働者性が争点となった事案はないので、どういう判断基準が用いられているのかという点、また、裁判例の傾向は不明である。しかし、仮に労働者性が問題になった場合、本法は公法的行政的規制である<sup>96</sup>ことから、例えば当事者間における規制を逸脱するための「労働者」ではないとする約定は、違法と解される余地があるのではないかと思われる。

なお、法違反の申告やその旨の証言をした労働者に対する解雇等不利益取扱い禁止規定に関しては、幅広く救済を与えるという本立法の性質（*broad remedial nature of this legislation*）から、雇用関係の存否は、経済的実態テストに基づいて判断されると解釈されている<sup>97</sup>。これにより、求職者（*applicant*）、元の労働者（*former employee*）、監督者（*supervisor*）も、この規定における労働者に含まれるとされている<sup>98</sup>。

ところで、前述のとおり、本法の一般的義務条項のうち雇用関係を前提にしない義務規定を背景に、労働者性よりもむしろ、適用対象すなわち職業安全衛生法上の義務履行主体としての使用者の範囲を広げることで、適用対象範囲を拡張しているのだと考えることができる。

ただし、この点については、特に建設産業における下請けや孫請け会社及びそれらの労働者との関係では、共同使用者概念が用いられて、雇用関係がある労働者以外の関連する就業者にも保護を及ぼし、直接の雇用関係にない事業者には法違反を問責するという考え方が取られているが<sup>99</sup>、解釈例規<sup>100</sup>では、“*his employee*”とされていることから、共同使用者概念の採用により法目的が達成されるとしても、これが法解釈として正当か、疑問を呈する裁判所もある<sup>101</sup>。

## (3) 解雇

事案がないため、分析不能。

## 2. 職種別に見た傾向

### (1) 専門的職種

公正労働基準法と労災補償法では、労務遂行に対する具体的コントロールがなくとも、他の諸要素からコントロールの存在を推量し、「労働者」を相対的に広く解しているのに対して、差別禁止法では、事実状況が異なるので一概には言えないが、コントロールの存在を推量させる事実を比較的消極的に捉え、「労働者」を狭く解している点に相違が見られそうである。

<sup>96</sup> 小畑史子「安全衛生法規の法的性質(一)(二)」法学協会雑誌 112 巻 2 号 87 頁以下（1994 年）、112 巻 3 号 67 頁以下（1995 年）参照。

<sup>97</sup> 29 C.F.R. § 1977.5.

<sup>98</sup> RABINOWITZ, *supra* note 15, at 588-589.

<sup>99</sup> *US v. Pitt-Des Moines, Inc.*, 168 F.3d 976 (7<sup>th</sup> Cir. 1999).

<sup>100</sup> 29 C.F.R. § 1910.5(d).

<sup>101</sup> *IBP, Inc. v. Herman*, 144 F.3d 861 (D.C.Cir. 1998).

## (2) 傭車運転手

やはり事実状況が異なるため、俄には判断しがたいが、運搬、配送、運転について、具体的コントロールがあるか、それがなくても、他の諸要素から当該就業者を使用者のコントロール権限下に置いたと推量されるかで、結論が分かれるようである。また特に、差別禁止法に係る事案では、使用者の就業者に対するコントロールが制定法又は契約に定められた以上のものではないとされている点は、他の否定的諸事情と相俟っているとしても、使用者のコントロールがかなり狭く解釈されているように思われる。

## (3) 外交員等職種

この職種類型については、公正労働基準法に係る事案がないため、労災補償と差別禁止法に係る事案のみを見るが、すると、就業者の具体的な労務遂行について使用者の具体的なコントロールが見られないとしても、他の諸事情から就業者の労務遂行の一部をコントロール下に置いたのであれば、就業者は「労働者」とされるのに対して、コントロールが及ぼされていないことに加え、機械・器具の負担、労働時間の設定など、「労働者」とは明らかに異なる“事業者”としての状況を備えているのであれば、当該者は独立契約者とされている。

## (4) 在宅就業者

この職種類型については、労災補償法と差別禁止法に係る事案はなく、公正労働基準法に係る事案のみである。見ると、公正労働基準法が「労働者」を広く捉えるような「労働者」とは別個の規定（to suffer or permit to work. 公正労働基準法 3 条(g)）を置いていることとも関連して、在宅就業者をその適用下に収めるように判断されているが、加えて、日々の監督が及ばなくとも、経済的実態から判断するという手法により、在宅就業者を「労働者」としている。この点、在宅就業者の特有の就労状況を捨象して判断することができるという意味で、経済的実態テストの意義が大きく見出されるものと考えられる。

## (5) 零細事業者

この職種類型については、諸種の職務において事案数が非常に多くなっている。したがって、零細事業者とひとまとめにしてその傾向を見出すことは極めて難しい。

しかし、経済的実態テスト、業務相関性テスト、コントロール・テストのいずれの判断基準の下でも、各判断基準の判断要素は表記すれば異なるが、その実は、使用者の事業への組み込まれ、職務の使用者の事業との関連性、コントロール下における労務遂行であるかという、就業者と使用者との結びつきの程度によって「労働者」であるかが判断されているように思われる。具体的には、労務遂行の裁量性の有無、業務の範囲、機械・器具の負担、就労期間、諸税の取り扱いが、使用者と就業者との結びつきの強さの程度を決しているように思われる。

## (6) 見習い者

この類型については、使用者のコントロール権限の下にあるかどうかという問題も重要ではあるが、それ以前に、使用者との間で雇用関係があるのか否かが重要とされている。そしてこの判断については、雇用関係が当然の前提とする義務の相互性、すなわち、労務提供に対する報酬支払等が問題とされている。つまり、報酬等経済的利益の提供が意図されている就労であるか否かが雇用関係の存在を判断する要素であり、雇用関係の存在を前提としてはじめて、「労働者」性の有無が問題とされるということになる。この点、雇用契約を契約一般の法理論の中に位置付け、法的保護を及ぼすべき交換取引を裏付ける約因を必要とする英米法独特の法制度的背景があるものと思われる。したがって、報酬等の提供がない見習い者は、「労働者」ではない<sup>102</sup>。

### まとめ 一学説・政策の動向／日本への含意？—

1. アメリカにおける「労働者」の概念は、基本的には労働者の労務遂行に対する使用者のコントロールを含めた幾つもの判断要素から成る判断基準を適用し、当該雇用関係に係るあらゆる事実を総合的に評価することにより、「労働者」か否か（独立契約者か）を判断している。そして、コントロールの有無を判断するに際しては、関連する諸要素から推量してその存在の有無を決している。

ただし、公正労働基準法と労災補償法における「労働者」性判断については、就業者の経済的実態又は就業者の職務の使用者の事業との関連性が加味されている。

この反面、本章で検討した事案からは、必ずしもそのように言えるのか、疑問がないわけではない。そこで筆者は、先に述べたように、「労働者」であるか否かの根本的法的思想はコモン・ローなのではないかと考えるわけである。

しかし、必ずしもコントロールを中心とする「労働者」性判断に対して否定的・消極的評価を下さざるを得ないわけではない。なぜなら、新たなタイプの事業体（2003年 *Wells* 事件連邦最高裁判決において労働者性が問題とされた医師兼株主）に対して、柔軟に対処しうる

<sup>102</sup> 見習い者については、本文中に述べたように、使用者との間に対価関係がないために「労働者」とはされないというアメリカ法上の独特の理由があるが、他方で、見習いの者（インターン（シップ））に対しても何らかの規制を及ぼすべきかが、近年、以下に掲げる論文のように、次第に議論されてきている。Craig J. Ortner, *Adapting Title VII to Modern Employment Realities: The Case for the Unpaid Intern*, 66 *FORDHAM L.REV.* 2613 (1998) (裁判所はインターンについて、公民権法第七編の人的適用範囲において(その労働者性判断に)関連するすべての諸要素を考慮すべきであるとする。); David L. Gregory, *The Problematic Employment Dynamics of Student Internships*, 12 *ND J.L.ETHICS & PUB.POLY* 227 (1998) (インターンに対し彼らの有する権利を教育することや、大学、企業、行政がインターンの置かれている状況を調査し問題を改善することに加え、大学院生のティーチングアシスタントを労働者であると認識することが必要と述べる。ただし、これが法的な意味においてであるのかは判然としない。); David C. Yamada, *The Employment Law Rights of Student Interns*, 35 *CONN.L.REV.* 215 (2002) (法改正によりインターンを明確に適用対象にするのが最善の解決方法であるとする。).

余地が認められるからである<sup>103</sup>。

ただ、このような考え方はむしろ少数説にとどまっていると見るのが適切である。なぜなら、コントロール・テストに対しては、例えば、①法的結論の予測可能性が低く、このことに伴い、就業者を誤って分類した場合には事後的なコスト負担が生じる、②使用者に、雇用関係法の適用を避けるというインセンティブを与えてしまうことになるが、このことは、雇用関係法から生じるコスト負担及び事業運営の柔軟性の喪失の回避であるところ、使用者の「労働者」ではない下請就業者やリース就業者が用いられることになる、③交渉力を欠く個人労働者は保護が必要であり、そのために雇用労働立法があるのに、コントロール・テストは雇用労働立法の目的と相容れない、という批判<sup>104</sup>がなされているからである。

この背景には特に、反面での就業者の「経済的実態」という判断要素の考慮が、現代の社会経済における就業者の実態を反映し、また、社会労働立法の法目的に合致するものとして理解され、労働者保護に相対的に厚いと考えられていることがあると思われる<sup>105</sup>。

2. このような議論の流れは、法政策議論においても読みとることができる。1995年ダンロップ委員会（労働法制改革を目指した、連邦労働省・商務省による委員会）報告は、経済的実態テストを法制度において採用するべきとしている<sup>106</sup>。しかしながら、政治動向から極めて強い作用を受けやすいアメリカの雇用・労働立法政策においては、このような見解が受け入れられる見込みは今のところ、まったくない。特に、独立契約者を含むコンティンジェント労働者が法的な意味での「労働者」とされる可能性があることは、この種の労働者の活用が阻害されることへの懸念へと結びつき、労働者側・使用者側双方のニーズ及び労働市場

<sup>103</sup> Kathleen M. Nichols, *Case Comment: Labor and Employment Law – Determining Employee Status for Evolving Business Association Under the Americans with Disabilities Act - Clackamas Gastroenterology Associates, P.C. v. Wells*, 538 U.S. 440 (2003), 38 SUFFOLK U.L.REV. 239, at 244 (2004)

<sup>104</sup> Befort, *supra* note 2, at 419-420 with accompanying text (2002). Also see Marc Linder, *Dependent and Independent Contractors in Recent U.S. Labor Law: An Ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness*, 21 COMP.LAB.L. & POLY J. 187 (1999); Elizabeth Flagg, *Insurance Agents Slip through the “Good Hands” of ERISA: “Employee” Defined by Agency Principles in Nationwide Mutual Insurance Company v. Darden*, 28 WAKE FOREST L.REV. 1099, at 1135 (1993) (コントロール・テストはERISAの法目的を促進しない。). なお、Nancy E. Dowd, *The Test of Employee Status: Economic Realities and Title VII*, 26 WM. and MARY L.REV. 75, at 98-102 (1984)は、“使用者の代位責任を画するために‘労働者’というコモン・ロー上の判断基準（コントロール・テスト）があるが、代位責任の法原則は雇用関係の性質を考慮せずに発展してきたものであり、また、政策的考慮が公民権法第七編とは根本的に異なるため、コントロール・テストは公民権法第七編における労働者性判断としては不適切である”旨、述べる。

<sup>105</sup> Dowd, *supra* note 104, at 114 (公民権法第七編において経済的実態テストを用いることに賛成); Flagg, *supra* note 104, at 1128 (ERISA上の労働者性判断について経済的実態テストの適用による判断手法に賛成); Jonathan P. Hiatt, *Policy Issues Concerning the Contingent Work Force*, 52 WASH. & LEE L.REV. 739, at 750 (1995) (経済的実態テストにより労働者の範囲を広げることに賛成); Kenneth G. Dau-Schmidt, *The Labor Market Transformed: Adopting Labor and Employment Law to the Rise of the Contingent Work Force*, 52 WASH. & LEE L.REV. 879, at 884 (1995) (経済的実態テストにより労働者の範囲を広げることに賛成。なお、労災補償法に関しては、労働者の範囲が広げられたとしても、このことは使用者にとっては、賠償額が高くなりうる不法行為責任を逃れることができるという意味でメリットがないわけではないと述べる。Id at 850.); Leonard Bierman, Rafael Gely, *So, You Want To Be A Partner At Sidley & Austin?*, 40 HOUS.L.REV. 969, at 1001 (2003) (パートナーや株主の労働者性判断について経済的実態テストの適用による判断手法に賛成)。

<sup>106</sup> *Report and Recommendations, Commission on the Future of Worker-Management Relations* (U.S. Dep’t of Labor, U.S. Dep’t of Commerce, Dec. 1994).

のパフォーマンスへの悪影響へと連なっているように思われる<sup>107</sup>。

一方で、雇用労働法学者は、経済的実態テストにより「労働者」性をケース・バイ・ケースで判断していくよりも、むしろ法改正により、明確に独立契約者を「労働者」の定義に含めるべきであることを提唱したり<sup>108</sup>、「労働者」の定義を広げた上で、一定の適用除外を認める、あるいは、自営業者の含めすべての働く人に最低限度の保護を及ぼす、という2つの手法の提案<sup>109</sup>、さらに、（経済的実態テストにより「労働者」性を判断するよりも、）ドイツにおける「労働者類似の者」を例に別の適用範囲カテゴリーを設け、経済的に従属して働く契約就業者にも保護を及ぼすべきとのアイデア<sup>110</sup>を出すに至っている。

3. 「労働者」概念に関する以上のような議論の反面、アメリカでは、共同使用者概念を用いて使用者の概念を広く解することにより、直接の雇用関係にない就業者や個人について当該共同使用者との間に就業上の関係性があるものとして、それら就業者や個人を法の適用範囲に収めるという対応をしている。そして、これは筆者の推測の域を出ないが、このような対応の背後には、コモン・ロー上伝統的に認められすでに確立している、コントロールを中心に据えた労働者概念には、法律の制定をもっても抗し難いことがあるため、むしろ使用者概念を広げることにより、法の適用範囲を広げる工夫をしてきたのではないかと考えられる。

4. では、アメリカ法から導かれる日本の法政策への意義は何か。取り立ててない“ない”というのが率直な結論である。それは、アメリカと日本の法体系の相違と、従属性概念の有無を理由とする<sup>111</sup>。

しかしなお、敢えて挙げるとすれば、以下のようなことであろうか。

① 経済的実態テストに見られるように、立法者意思を明確にすること。このことはあ

---

<sup>107</sup> Maria O'Brien Hylton, *The Case Against Regulating the Market for Contingent Employment*, 52 WASH. & LEE L.REV. 849 (1995)は、コンティンジェント労働者に対して法的規制を及ぼすことについて慎重な態度を示す。

<sup>108</sup> Maltby et al *supra* note 88, at 274 (1997) (独立契約者を差別禁止法の適用対象とするには（解釈よりもむしろ）法律を改正するのが最もよい方法であると述べる。); Linder, *supra* note 104, at 230 (1999) (「労働者」の解釈は破綻を来しているので、むしろ、独立契約者に対して(法改正などにより)法的保護を及ぼす方法を考えるべきであると述べる。); なお、Richard R. Carlson, *Why The Law Still Can't Tell An Employee When It Sees One and How It Ought To Stop Trying*, 22 BERKELEY J.EMP.& LAB.L. 295, at 368 (2001)も参照（定義の境目は永久に曖昧であるから、むしろ、19世紀の古い概念（employee status）ではなく明確なルールと公平な適用範囲を設けることが求められるとする。）。

<sup>109</sup> Alan Hyde, *Classification of U.S. Working People and Its Impact on Workers Protection-a report submitted to the International Labour Office*, at 7.3.1-7.3.2 (January 6, 2000).

<sup>110</sup> Befort, *supra* note 2, at 455.

<sup>111</sup> この点に関連して、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』（法政大学出版社、1997年）159頁以下は、日本における使用従属関係の実定法上の根拠について、英米のコモン・ロー上の雇用関係の判断基準になぞらえて、日本民法715条及び716条における使用者の不法行為責任の帰属の判断方法を、日本の雇用労働法における使用従属関係の実定法上の根拠とすべきと主張する。思うに、先に検討したように、労働者概念の規範的根拠及び使用従属概念の有無において相違が見られる日米間において、かの地の手法を日本に取り入れることは困難があるように思われると共に、日本民法715条及び716条における使用従属関係の判断基準が、労働基準法及び労働組合法の使用従属関係にビルド・インされているとみるには、論者の目指す結論が、それら各法の立法史や判例研究から導かれていないので、（力が込められた主張にもかかわらず、）説得力が乏しいように思われる。

るいは、法令を施行、運用する行政による解釈を、現在よりも多くの就業形態を具体的に挙げながら明確にすることにより、可能となるかもしれない。このようにすることで、実際の裁判、法的判断ではケース・バイ・ケースの結論になるとしても、少なくとも、当事者が考える結果の予測可能性は高まるかもしれない。

② また、経済的実態テストや業務相关性テストに見られるような、労働者の行う業務が使用者の事業にとって必要不可欠であるという判断要素を、解釈や政策に反映させることを考えてもよいのではないか。この要素が存在する場合、使用者と就業者の労働を通じた関係性の結びつきの強さが存在するものと考えられ、すると、当該使用者に対して雇用労働法規制を及ぼす実態的論拠となり得るのではないかと考えられるからである。なおこの場合、当該就業者に法の利益を享受させうる可能性が広がるのではないかと考えられるものの、先に述べた“報償責任”的発想から抜け出せておらず、法的基礎にねじれが生じうるとも思われる。しかし少なくとも、政策の手掛かりにはなりうるのではないかと考える。

③ さらに、差別禁止法では「労働者」を定義しているが、禁止される差別的行為の定義においては、「個人 (individual)」の雇用機会に対して差別的に介入することを禁じている。このことを考えると、差別の禁止のような広く公共の利益のために制定された法令については、「労働者」ではなく、より広く「就業する“個人”に対して差別を行うことを禁止する」などと規定することを考えてもよいのではないだろうか（もっとも、アメリカの差別禁止法は、雇用の場面を含む社会全体における差別根絶を目指した公民権運動の流れにおいて理解される必要があるので、雇用以外の分野における差別禁止を定めるとなると、おのずと「個人」に対する差別と定めざるを得ないかも知れない。すると反面、日本の雇用労働立法において就業に限定した差別禁止を定める場合、「労働者」ではなく「個人」とすることには、困難を伴うかもしれない。）。