

# 労働保護法の「労働者」概念をめぐる解釈論と立法論

——労働法学に突きつけられている重い課題

池添 弘邦

(労働政策研究・研修機構副主任研究員)

労働保護法における「労働者」概念は、「指揮監督」性に重点を置いて厳格かつ客観的に定まる。すると、自営的業者や請負業者は、その就業実態から、指揮監督性を欠くがゆえに、労働保護法の人的適用範囲である「労働者」とされず、労働保護法による一切の保護を享受し得なくなる。しかし、そのような業者にも適切な保護を及ぼしていく必要性があるとの認識から、さまざまな解釈論と立法論が展開されている。解釈論として、経済的従属性、事業組織的従属性、当事者意思の尊重との考え方があがるが、いずれも、法文の解釈を超えており、あるいは最高裁判例の採るところではなく、限界がある。そこで立法論が展開されている。雇用と自営の中間的就業形態を第三のカテゴリーと枠付けて法的保護を及ぼしていこうとする説、すべての就業形態を包括的にとらえ、さまざまな社会的諸権利をリスクや従属の程度に応じて保障しようとする説、中間的就業形態が量的に拡大しない現状においては、個別の立法や法規定により対応することで足りるとする説、などがある。しかし、いずれの説もメリットとデメリットを有し、また、検討課題が多く残されている。今後は、蓄積されてきた多くの先行研究を基に、また、比較法研究等にも目を向けながら、立法論議をさらに展開していく必要がある。

## 目次

- I はじめに
- II 「労働者」の解釈
- III 学説
- IV まとめ

## I はじめに

「労働者」。雇用・職業にかかわる各法制度の人的適用範囲を画するこの概念をめぐるのは、久しく論争が行われてきた。また、労働契約を締結する一方当事者が「労働者」であることから、「労働者」概念は、「労働契約」概念とも結びつき、現在に至るまで、これら概念の基底にある「(使用)従属性」概念とは何を意味し、また、どのような要素によって構成されるものであるのかという、「労働法」の存立基盤という際限のない深淵

に横たわる問題を従えながら、議論されてきた。折しも、経済社会の変容とともに就業形態が多様なものとなり、従属性が認められる伝統的工場労働者よりもむしろ、契約形式上あるいは実態としてそれが認められないか又は希薄な業者、例えば自営的業者や専属請負業者が多くみられるようになる<sup>1)</sup>とともに、そのような業者の「労働者」性をめぐる裁判事案が多くみられることから、「労働者」概念は依然として、解釈論及び立法論上のホットイシューであり続けている。

本稿は、「労働者」概念をめぐる判例及び学説における解釈論、そして、学説における立法論を概観して、就業形態が多様化する現状の下での現行労働保護法の「労働者」概念に係る問題を析出し、今後の議論において何をどのように考えるべきか、その方向性の一端を示そうと試みるものである。

なお本稿では、基本的に、労働契約に基づき労務を提供する者を「労働者」と、それ以外の契約に基づき労務を提供する者を「就業者」とする。

## II 「労働者」の解釈

### 1 「労働者」の判断基準・要素

まず、法律は「労働者」をどのように定義しているのか<sup>2)</sup>をみてみよう。労働関連各法は、各々独自の趣旨・目的を有するが、特に法的紛争として多く発現している労働保護法における「労働者」の定義は、いずれの法律についても同一である<sup>3)</sup>。具体的には、労働保護法の中心法規である労働基準法（以下、「労基法」という）9条が「労働者」を定義している。労基法9条は、「労働者」を、「職業の種類を問わず、事業又は事務所に使用される者で、賃金を支払われる者をいう。」と定めている。すると、「労働者」であることの要件は、「使用される」こと（以下、「使用要件」という）と「賃金を支払われる」こと（以下、「賃金支払要件」という）の2つであることが読み取れる。ここで、「賃金」とは、「賃金、給料、手当、賞与その他名称の如何を問わず、労働の対償として使用者が労働者に支払うすべてのものをいう。」（労基法11条）とされており、報酬に労務対償性が認められる限り、報酬には「賃金」性があることになるので、賃金支払要件の相対的重要性は低いと考えられる。より重要な要件は、「使用される」ことである。これは、多くの学説、裁判例、行政解釈において、「使用従属性」又は「人的従属性」と呼ばれ、その中核は、使用者の「指揮命令下での労働」である<sup>4)</sup>。

では、従属性や指揮命令という言葉で表現される「使用される」こととは、具体的にどういうことをいうのだろうか。1985年の「労働基準法研究会第1部会報告（労働契約関係）」<sup>5)</sup>（以下、「労基研報告」という）は、「労働者」であるか否かの基準を、「『使用従属性』に関する判断基準」と「『労働者性』の判断を補強する要素」とに分け、さらに、これらそれぞれについて、以下のとおり具体的な判断要素を示している。

### ◎「使用従属性」に関する判断基準

#### ○「指揮監督下の労働」に関する判断基準

- ・仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の有無
- ・業務遂行上の指揮監督の有無
  - ・業務の内容及び遂行方法に対する指揮命令の有無
  - ・その他（使用者の命令・依頼等により通常予定されている業務以外の業務に従事することがある場合）
- ・（時間的場所的）拘束性の有無
- ・代替性の有無——指揮監督関係の判断を補強する要素

#### ○報酬の労務対償性に関する判断基準

- ・報酬の性格が使用者の指揮監督の下に一定時間労務を提供していることに対する対価と判断される場合には、「使用従属性」を補強する。

### ◎「労働者性」の判断を補強する要素

#### ○事業者性の有無

- ・機械、器具の負担関係
- ・報酬の額
- ・その他（業務遂行上の損害に対する責任を負う。独自の商号使用が認められている）

#### ○専属性の程度

- ・他社の業務に従事することが制度上制約されるか事実上困難である場合
- ・報酬に生活保障的な要素が強いと認められる場合

#### ○その他

- ・採用・委託等の選考過程が正規従業員の採用の場合とほとんど同様であること
- ・報酬について給与所得としての源泉徴収を行っていること
- ・労働保険の適用対象としていること
- ・服務規律を適用していること
- ・退職金制度、福利厚生を適用していること

以上の判断基準・要素は、いずれもが重要なものであるということではない。あくまで、使用要件と賃金支払要件により「労働者」性を判断するのが困難な限界的な事例について、「労働者」性の有無を総合判断するために、考慮すべき他の諸

要素も含めて掲げられているのである。

では、以上の要素のうち、重視されている基準ないし要素は何か。労基研報告における各基準・要素に付されている解説によれば、それは、『指揮監督下の労働』に関する判断基準のうち、「諾否の自由の有無」「指揮命令の有無」「拘束性の有無」であり、いずれも、使用者の労働者に対する指揮監督関係に係る「基本的な」又は「重要な」要素とされている。反対に、これら3つ以外の基準ないし要素は、労働者性を「補強する」あるいは「弱める」要素と位置づけられている。

すると、「使用される」との要件は、「指揮監督下の労働」を意味し、具体的には、業務の依頼や指示に対して「諾否の自由」がなく、業務を遂行する上で使用者から「指揮命令」を受け、時間的・場所的に「拘束性」がある労働を行っている者が「労働者」であると解されることになる。

では、判例は、労働保護法上の「労働者」をどのように判断しているのであろうか。そこで次に、判例の検討をとおして、裁判所の考え方をみていくことにする。

## 2 判例による「労働者」の解釈

現在までに、数多くの判例・裁判例が出されている<sup>6)</sup>が、先の労基研報告以降に出され、労働保護法上の「労働者」性が争点となった最高裁判決に限って言えば、日田労基署長事件（最一小判平元・10・17 労判 556 号 88 頁）、横浜南労基署長（旭紙業）事件（最一小判平 8・11・28 訟月 44 卷 2 号 211 頁）、関西医科大学研修医（未払賃金）事件（最二小判平 17・6・3 民集 59 卷 5 号 938 頁）、藤沢労基署長（大工負傷）事件（最一小判平 19・6・28 判例集未登載<sup>7)</sup>の 4 件がある。このうち、検討の材料を多く提供してくれるのは、横浜南労基署長（旭紙業）事件であろう。というのも、この事件は、他の 3 つの事件が全審級で同じ判断を下したのとは異なり（日田労基署長事件と藤沢労基署長（大工負傷）事件では労働者性を否定、関西医科大学研修医（未払賃金）事件では労働者性を肯定）、一審と控訴審・上告審で結論が分かれ、かつ、認定事実の法的評価が異なる限界的事例<sup>8)</sup>であると考えられるからであり、また、この事件の最高裁判決

は、事例判断ではあるものの<sup>9)</sup>、最高裁としてはじめて実質的に理由を付して原審の判断を検討しているからである。

### (1) 横浜南労基署長（旭紙業）事件

#### A. 事実の概要

この事件は、自己所有のトラックを持ち込んで訴外会社の指示にしたがって物品を運送する作業に従事していた運転手（原告・被控訴人・上告人）が、物品の積み込み作業中に転倒、骨折したため、労災保法上の療養・休業補償給付を請求したところ、所轄労働基準監督署長（被告・控訴人・被上告人）が不支給処分としたため、その取消を求めた行政訴訟である。

#### B. 一審判決

一審判決（横浜地判平 5・6・17 労判 643 号 71 頁）は、まず、労基法 9 条の「労働者」とは、「使用者との使用従属関係の下に労務を提供し、その対価として使用者から賃金の支払を受ける者をいうものであり、その使用従属関係の有無は、雇用、請負といった形式のいかん（注：筆者補正）にかかわらず、使用者とされる者と労働者とされる者との間における、業務遂行上の指揮監督関係の存否・内容、時間的及び場所的拘束性の有無・程度、労務提供の代替性の有無、業務用機材の負担関係、使用者の服務規律の適用の有無、報酬の性格、公租などの公的負担関係、その他諸般の事情を総合的に考慮して、その実態が使用従属関係の下における労務の提供と評価するにふさわしいものであるか否かによって判断すべきものである。」との一般的判断基準を示す。

そして、次のように認定事実をまとめる。原告は、契約形式上、会社の従業員として扱われておらず、自らも会社の従業員であるとは認識していなかったが、業務実態を見ると、①訴外会社は車持ち込み運転手を営業組織の中に組み入れていたこと、②始業終業時刻は運送係からの指示によって自ずから定まり、また、自己都合で休む場合には事前にその旨を届け出るよう指示されており、時間的な拘束の程度は一般の従業員とさほど異ならないものであったこと、③運送業務の内容は運送係の指示によって一方的に決まっていたこと、④車持ち込み運転手はトラック 1 台を所有してい

るだけで、現実には1人で訴外会社の運送業務を専属的に行うほかに、また、他社の業務に就いたり第三者に運送業務を代替させたりすることは不可能であったこと、⑤報酬は訴外会社が一方的に設定した報酬基準である運賃表に拘束され、また、運転手の労働時間の要素を加味したものとみることができること、⑥運賃表により受ける毎月の報酬額は、トラック協会の定める運賃表によるよりも1割5分も低いものであり、車持ち込み運転手の就労時間が比較的長時間であることを考慮すると、報酬額が一般の運転手の賃金と比較して特に高額であるともいえないこと、⑦従業員である一般の運転手については退職金や福利厚生事業等による経済的利益もあるのに、車持ち込み運転手にはそれが無いこと。

そして裁判所は、この認定事実を先の判断基準に照らして、「旭紙業（訴外会社：筆者注。以下同じ）の原告に対する業務遂行に関する指示や時間的場所的拘束は、請負契約に基づく発注者の請負人に対する指図やその契約の性質から生ずる拘束の範疇を超えるものであって、これらの事情の下で行われる原告の業務の実態は、旭紙業の使用従属関係の下における労務の提供と評価すべきものであり、その報酬は労務の対価の要素を多分に含むものである」として、原告の「労働者」性を肯定した。

#### C. 控訴審判決

控訴審判決（東京高判平6・11・24訟月41巻7号1770頁）は、まず一審判決と同様の一般的判断基準を示した上で、認定事実を次のようにまとめる。「車持ち込み運転手は、旭紙業の企業組織に組み込まれ、旭紙業から一定の指示を受け、場所的・時間的にもある程度拘束があり、報酬も、業務の履行に対し払われ、毎月さほど大きな差のない額が支払われていたことなどから、労働者としての側面を有するといえるが、他面、車持ち込み運転手に対する旭紙業の指示等は一般の従業員に対する指揮監督に較べて範囲は狭く、内容的にも弱いものとみられるし、場所的・時間的拘束も一般の従業員よりは弱く、また報酬も出来高払いであって、これに、業務用器材を所有して業務の遂行につき危険を負担し、自らも、従業員ではないとの認識

をするなどといった、いわゆる専属的下請業者に近いとみられる側面があることも否定できないのであって、労基法上の典型的な労働者と異なることは明らかで」、車持ち込み運転手は、「労働者と事業主との中間形態にあると認めざるを得ない」。この場合、「裁判所……は、……それが法令に違反していたり、一方ないしは双方の当事者（殊に、働く側の者）の真意に沿うと認められない事情がある場合……でない限り、……できるだけ当事者の意図を尊重する方向で判断するのが相当であるというべきである」。そして、本件「のような就労形態は、……法令に反するものでも、脱法的なものでもなく、……双方に利益があると考えられており、旭紙業の側のみに利益があるとはいえないし、当事者双方の真意、殊に車持ち込み運転手の側の真意に沿うものであるから、……裁判所としては、そのまま一つの就労形態として認めることとするのが相当」であり、「労基法上の労働者のそれとみることは困難であるから」、「労働者」とはいえない、と判断した。

#### D. 最高裁判決

最高裁判決は、控訴審判決が確定した事実関係に基づき、「上告人は、業務用機材であるトラックを所有し、自己の危険と計算の下に運送業務に従事していたものである上、旭紙業は、運送という業務の性質上当然に必要とされる運送物品、運送先及び納入時刻の指示をしていた以外には、上告人の業務の遂行に関し、特段の指揮監督を行っていたとはいえず、時間的、場所的な拘束の程度も、一般の従業員と比較してはるかに緩やかであり、上告人が旭紙業の指揮監督の下で労務を提供していたと評価するには足りないものといわざるを得ない。そして、報酬の支払方法、公租公課の負担等についてみても、上告人が労働基準法上の労働者に該当すると解するのを相当とする事情はない。そうであれば、上告人は、専属的に旭紙業の製品の運送業務に携わっており、同社の運送係の指示を拒否する自由はなかったこと、毎日の始業時刻及び終業時刻は、右運送係の指示内容のいかんによって事実上決定されることになること、右運賃表に定められた運賃は、トラック協会が定める運賃表による運送料よりも1割5分低い額と

されていたことなど原審が適法に確定したその余の事実関係を考慮しても、上告人は、労働基準法上の労働者ということはでき」として、原告の「労働者」性を否定した。

## (2) 何が問題か

では、この事件の一連の判決において、特に何が問題なのか<sup>10)</sup>。

一審判決は、訴外会社の原告に対する指示や拘束が請負契約の性質から生じる範疇を超えるものであり、原告には「労働者」性があると評価したのに対し、控訴審及び上告審判決では、原告の就業実態に「労働者」としての要素が見られるもの、なお事業者的要素が強くみられることから、「労働者」性はないと評価した。

確かに、労基研報告が、諾否の自由の有無に関して、「契約によっては、……包括的な仕事の一部である個々具体的な仕事の依頼について拒否する自由が当然制約される場合があり、また、専属下請のように事実上、仕事の依頼を拒否することができないという場合は、「直ちに指揮監督関係を肯定することはできず、……契約内容等も勘案する必要がある」と述べ、また、拘束性の有無に関して、「業務の性質上……から必然的に勤務場所及び勤務時間が指定される場合があり、当該指定が業務の性質等によるものか、業務の遂行を指揮命令する必要があるものかを見極める必要がある。」と述べていることからすれば、控訴審及び上告審の各判決が、原告の就業実態を、その契約関係の観点から、一般従業員との比較において緩やかなものであると評価したことは、解釈として妥当なものであるとも考えられる。

ところで、特に最高裁判決については、原告運転手には専属性があること、運送係の指示を拒否する自由がないこと、始業終業時刻は運送係の指示により事実上決定されること、運賃（報酬）がトラック協会が定める運賃表による運送料よりも1割5分低いこと、といった事情が見られるにもかかわらず、（トラックを自ら所有して自己の危険と計算の下に運送業務に従事していたことを加味しつつ）厳格、かつ、（控訴審判決が述べる当事者意思の尊重には触れていないことから）客観的な指揮監督関係の有無に重点を置いた判断をしていると

考えられることから、「労働者」性の有無に係る裁判所の解釈としては、「指揮監督」性こそが「労働者」性判断の中核であることが見て取れる<sup>11) 12)</sup>。

また同時に、「指揮監督」性に係る事実が複数見られるとしても、それを法的にどのように評価するのかについて、価値判断が明確に分かれうる。つまり、指揮監督性を厳格かつ客観的に判断するとしても、一審では、訴外会社の原告に対する指示や拘束は、会社の請負人に対する指示や請負契約における拘束を超えていると評価したゆえに「労働者」性を肯定したのに対して、控訴審と上告審では、訴外会社の原告に対する指示や拘束は、会社の請負人に対する指示や請負契約における拘束を超えるものではなく、一般の従業員と比較して相当程度緩やかであったことから、原告の「労働者」性を否定しているのであって、認定事実、特に、請負等労働契約以外の契約に由来する指示や拘束の法的評価が分かれうるのである<sup>13)</sup>。しかも、一般従業員との比較をとおして指示や拘束の程度を測り、法的評価をすれば、労働契約以外の契約に基づく指示や拘束は、おそらく、ほぼ例外なく、指揮監督を表す徴表とはされないこととなる。

かくして、多様な就業形態がみられる労働市場にあって、伝統的な指揮命令下での労働を行うのとは異なり、使用者の指揮監督がない場合はもちろん、指揮監督が希薄な態様で就業する者、特に自営的あるいは請負として就業する者には、真に労働保護法による保護を与える必要があると考えられたとしても、現行法の解釈としては、そのような業者は「労働者」とされず、法律による一切の保護を享受し得ないこととなる。一言で言うならば、現行労働保護法の「労働者」の法的概念は、多様化する就業形態という現象には適合的なものではないということになる。

## (3) 他に考えられる問題は何か

現行労働保護法における「労働者」概念について、他にどのような問題があると考えられるだろうか<sup>14)</sup>。先の横浜南労基署長（旭紙業）事件の一連の判決をみて、労働関係法上の問題に加え、労働市場や経済市場における問題にまで考えをめぐ

らせてみると、以下のことを問題として指摘しうるであろう。

①ある者が「労働者」か否かが労働関係当事者にとって明確ではなく、法的判断結果の予見が不可能であるということ。横浜南労基署長（旭紙業）事件の一審と控訴審・上告審で判断が異なっていることをみれば容易に理解しうる。

②法的安定性に欠けるということ。上記①と同じ理由が当てはまる。

③労働保護法による保護をすべて享受するかすべて享受しないかという極端な結論をもたらしうること。労働保護法上の「労働者」概念が同一であるとされていることを考えると、容易に指摘しうる。

④法的判断によりある者が「労働者」とされる一方で、同じ就業状況にあるものの法的判断を求めている就業者は依然として「労働者」と扱われず、両者で法的保護に差異が生じうること。法の適用関係について差異が生じることは適切ではないであろう。

⑤法的判断によってある者が「労働者」とされることにより、使用者に多くの事後的負担をもたらしうること。労働関係法令の適用や未払賃金の支払い、さらに労働関係保険料負担が生じることとなり、人事管理コストの観点から、事業運営に支障を来す場合も考えられるであろう。

⑥法的判断により就業者を「労働者」と扱うことになったか、あるいは、契約当初より当該者を「労働者」と扱うことにより、法的義務、負担、責任を果たしている使用者と、そうではない使用者との間に、人事管理コストの点で格差をもたらし、ひいては、市場における企業間の公正な競争が確保されなくなる可能性があるということ。労働保護法は労働（者）保護を本旨とするが、法の義務履行主体は基本的に使用者（事業主、企業）であるから、使用者にとって労働保護法の適用があるということは必然的に人事管理コストの増加を意味するところ、このような観点から見れば、労働保護法は、事業活動規制あるいは経済的規制という意味合いも持つものであると考えることもできよう。

### Ⅲ 学 説

では、以上のような「労働者」概念をめぐる裁判所の解釈や判断基準・要素について、学説はどのように応答してきたのであろうか。また、「指揮監督」性にウェイトを置いて画される「労働者」概念の限界を、学説はどのように克服しようと試みているのだろうか。そこで次に、学説の議論を概観する<sup>15)</sup>。なお、以下では、解釈論と立法論とに分けて述べることにする。

#### 1 解釈論

「労働者」概念に係る判断基準・要素に関する学説の解釈論は、使用従属性ないし指揮監督性によっては就業者に対する適切な保護を与えることができないとの認識の下、「労働者」概念の再構成を試みようとしている。解釈論は、大きく、経済的従属性説、事業組織的従属性説、当事者意思尊重説の3つに分けることができる。

##### (1) 経済的従属性説

###### A. 西谷説<sup>16)</sup>

西谷教授は、労基法上の「労働者」の判断基準を「労働の従属性」とした上で、労基法の解釈例規や裁判例にいう「使用従属関係」は「人的従属性」と同義であるが、学説の多数説的見解によれば、「使用従属関係」においては「経済的従属性」も考慮され、「経済的従属性」とは、「労働者の経済的地位に起因する契約締結時の不利な地位」であるとする。また、典型的な「労働者」以外の労務供給従事者のいずれを「労働者」とみるかは、労働法の中心的理念である生存権理念に照らし、いかなる範囲の者に対して典型的「労働者」と同様の保護を及ぼすべきかという目的論的観点から決せられるべきであると述べる。その上で、労基法には、生存権の擁護・配慮として、①労働関係の存在を前提として現実の使用従属関係における労働者の人間らしい生活を配慮するための狭義の労働条件保護規定と、②労働関係の存続そのものを保障することによって失業による生活困難から労働者を保護する解雇制限規定あるいは解雇権濫用法理が存在するが、①の狭義の労働条件保護規

定は主として人的従属性の存在を考慮したものであり、②の解雇からの保護は主として経済的従属性を考慮したものであるとする。そこで西谷教授は、ある者が人的従属性を欠き、「労働者」ではないとされる場合であっても、相手方との間に経済的従属性が認められる限り、解雇制限規定・解雇権濫用法理の適用については「労働者」と同様に扱われるべきであるとする。

#### B. 川口説<sup>17)</sup>

川口教授は、まず、労働法の目的は、労働力を売り、他人の下で働く以外に生活することができず、また、労働力の買い手と対等な立場で交渉できないという人間、すなわち経済的に従属している人間の生存権保障を、雇用・労働条件を含む労働権保障という観点から実現することであるとする。そして、この目的を実現するためには、実際の生活のために労働力を売る必要性の有無や具体的交渉能力にかかわらず、労働市場に参入する者すべてを労働法の対象とし、労務給付者間と事業者間の公正競争を確保して、労務給付者全体の労働権を保障する必要があることから、労働法が対象とする「労働者」とは、「自ら労務を給付しその対償としての報酬を支払われる者で、独立事業者でない者」と定義付ける。そしてこの場合、具体的法規範の適用対象となるか否かについては、労務給付の相手方が「個人」であるか「事業主」であるかにより異なるとする。相手方が「個人」の場合は、労組法、民法上の先取特権、信義則に基づく安全配慮義務などの適用対象とすることを認めるが、「事業」のために労働力が利用されていないことから、労働基準法等個別的労働関係法及び社会保険の適用対象となる「労働者」ではないとする。他方、相手方が「事業主」の場合は、相手方が「個人」の場合に適用対象となる法令や法原則に加えて、労働力が「事業」のために利用されていることから、労働基準法等個別的労働関係法及び社会保険の適用対象となる「労働者」となるとする。

#### C. 鎌田説<sup>18)</sup>

鎌田教授は、裁判例における使用従属性による「労働者」性の判断は結論の予測が困難であることから、その判断の明確化を図るために、また、

労使関係において一方当事者に不利な状況が出現するのは、労働者の使用者に対する経済的従属性（労働者は実質的に労働力以外に売る物がない経済的弱者）にあることから、今一度、判断要素として相対的に比重の低いとされる「報酬の労務対償性」に着目する必要があるとして、経済的従属性要素の比重をより高めた解釈を展開する。このとき、労基法 27 条の出来高払制の保障給に係る規定の解釈を手掛かりに、その保護が及ぼされるのは、「自己の計算と危険負担の下で労務を供給していない者」であり、これが「労働者」である一方、法的保護の必要がない「計算予測可能性に基づき企業リスクを引き受けた者」を「事業者」として、労基法上の「労働者」を、「指揮監督関係の下で労働に従事し、かつ非事業者である者」と定義する。そして、「労働者」性の判断手法は、①使用従属関係下での労務の提供と、②非事業者性（他人の計算と危険において労務を提供しているか）の 2 つの要件から構成されるとみて、「事業者」性を、「労働者」性判断における「補強要素」ではなく「基本的要件」と位置づける。その際、一方に「労働者」を、他方に「事業者」を置いて、問題となる労務供給者がいずれにより近いかを、「労働者」を示す要素と「事業者」を示す要素を比較衡量して判断するという解釈を提案する<sup>19)</sup>。

また、以上の解釈論によっても、「労働者」性を示す諸要素と「事業者」性を示す諸要素が同時に存在し、決め手に欠ける場合には、当事者が労働契約以外の契約形式を選択したことに合理性が存在しない限り、当該契約を労働契約として解釈すべきとする。

#### (2) 事業組織的従属性説

##### A. 吉田説<sup>20)</sup>

吉田教授は、指揮命令の希薄化という状況の変化に対応して、「労務提供者に大幅な裁量を許容しつつも、全体としてその労働力を事業運営の中に構造的に組み入れている事態」を重視して、「事業組織的従属」性、すなわち、「他人の労働力を利用するにあたって、たとえ労働そのものに対する指示はなく、業務の性質上、当然の指示を及ぼしているにすぎなくとも、その労働力が事業運営上、不可欠である場合に認められる従属性」を

提案する。そして、事業組織の従属性に経済的従属性も加えて総合判断することにより、「労働者」性を判断することになるとする。

#### B. 柳屋説<sup>21)</sup>

柳屋教授は、労働時間管理や業務遂行について労働者の自律性や自主性が委ねられる事例（裁量労働や在宅労働）が増加する中において、従来から挙げられてきた「労働者」性判断における指揮監督性や時間的・場所的拘束性に依拠していたのでは、このような事情が希薄な労働者については「労働者」性が否定されてしまう可能性があり、現実と法的評価との乖離が生まれつつあると認識する。そして、労働法による保護の根拠を、労働者が自己の労働力の具体的処分を委託者（使用者）に委ねていること、また、労働者が労働力の処分につき自己責任を負えない点に求め、労働力処分に関して使用者の責任分担を根拠づける事情として、「業務命令性」や「拘束性」以外にも、「委託者（使用者：筆者注）の組織への組み込み」や、「他人利用性」といった指標が示す事情が検討されてよいとする。

#### (3) 当事者意思尊重説

この説は、「労働者」概念に係る解釈を提示するというよりもむしろ、労働保護法の適用を真に望まない自営的業者や請負業者が存在する場合に、それらの者が「労働者」か否かを議論するのではなく、一定の要件の下に「労働者」であるという取扱いをしない、つまり、労働保護法の適用を除外ないし排除しようという試みであり、そうしたアプローチから「労働者」概念を検討するものと評価できよう。

#### A. 柳屋説<sup>22)</sup>

柳屋教授は、保護の適切性の観点から、就業実態から見て客観的に「労働者」性が肯定されたとしても、労働法による保護がその者にとって現実に必要な場合には、当事者意思を尊重して、パターンリスティックな法的介入を回避すること、すなわち適用対象から外す場合があってもよいとする。ただし、このような当事者意思は、就業者の真意を反映しない可能性があることから、労働法の適用を回避する当事者意思が形成されるに至ったことに合理的理由が認められる等、一定の客観

的条件が満たされなければならないとする。その上で、柳屋教授は、満たすべき条件として、「①自由意思（真意）が、特定の法規定の適用のみに関わるものではなく、雇用関係法の適用全般に関わるものであることを客観的に示す事情があること（自営業的就業を希望していることを示す事情）、②自由意思（真意）に基づいてされたものであると認めるに足る合理的理由が客観的に存在していること（労働法の適用を外れることが就業者側に利益をもたらす事情や、就業者側が労務給付とは異なる活動目的（ボランティア等）を持っていることを示す事情）、③自由意思に基づく取扱いが法令違反や法の趣旨に反する脱法的効果を持たないこと（労働法の適用から外れることで他の立法や法規定の適用を免れる効果を持たないこと）」という、3点を挙げる<sup>23)</sup>。

なお、柳屋教授は、以上の見解について、「合理的理由の存在を、労働法を主として構成する強行規定の任意規定化の要件とみる」ことから、当事者意思を完全に尊重するところまでは踏み出すものではないとしている。

#### B. 大内説<sup>24)</sup>

大内教授は、まず、現行労働保護法を、①労働者の同意によっても放棄することのできない完全な強行性（公序良俗性）を持つ強行規定群、②適用除外が認められたり、労使協定による例外が認められたりして、法律上、完全な強行性が認められているわけではない、いわば半強行的規定群、③「契約の自由」を制限するというデメリットの方が大きいと考えられる規定群で、立法論として任意規定と位置づけるべき任意規定群の3つに区分する。そして、②③の規定群については、労働者意思の尊重の観点から、法規定からの逸脱を認め、特に②の規定群については、労働者の真意による同意があることを前提に、逸脱を認めるのが妥当であるとする。なお、②の規定群については、労働者の真意によるかどうかの認定を厳格に行うことが求められる点で、③の規定群とは取扱いが異なるとする。そして、②の規定群に係る逸脱をどのように認めるのかについて、労働者の「真意」を裁判官による事後的な客観的に合理的な理由の有無の判断に委ねるのでは、かえって労

働者の自己決定を侵害する危険性があるとともに、事前には労働保護規定の適用の有無が明確でない事態を生じさせることとなるため、問題があるとする。そこで、大内教授は、労働者の真意に基づく法規定の逸脱可能性は、事前の手続的規制によって行うことが妥当であり<sup>25)</sup>、具体的には、①当該個人が任意に加入した労働組合、もしくは当該個人が任意に代理権を付与した労働組合の立ち会いの下において、又は、②所轄の労働基準監督署などの労働行政機関の関与の下において、当該個人が書面による同意を行うという手続が踏まれた場合には、真意による同意があったと解すべきであるとしている。

#### (4) 小括

学説における解釈論は、論者によって拠って立つ労働（保護）法に対する理解の仕方が異なり、また、このため、アプローチの仕方もバラエティに富み、一様ではない。学説上の解釈論を詳細に比較検討することは筆者の能力を大きく超えるものであるし、また、それは本稿の趣旨を大きく超えてしまうであろう。そこでここでは、さしあたって以下のことを指摘するにとどめる。

まず、経済的従属性説について。使用従属性を人的従属性と経済的従属性に分離し、経済的従属性を重視する考え方は、学説において従来からみられた考え方であるし、今なお、「労働者」概念議論に大きな貢献をしていると評することができよう。しかしその一方で、厳格かつ客観的に指揮監督性によって定まるとされる「労働者」概念において、経済的従属性なる要素を加味して「労働者」を解釈することは、現実的に困難であると思われる。実際、経済的従属性は、NHK 盛岡放送局（受信料集金等受託者）事件（仙台高判平 16・9・29 労判 881 号 15 頁，28 頁左段下方）において、括弧書きながら「経済的従属性を重視する考え方は直ちに採用できない」として否定的に解されている状況にある。また、学説上、柳屋教授は、中間形態の就業者への労働法の適用の有無を決する判断基準は、本来の「労働者」性判断基準とは別個に検討されるべき問題であることから、「労働者」性判断において経済的従属性要素や非事業者性要素の比重を増やし、人的適用対象を実質的に拡大

する手法は必ずしも妥当ではないとしている<sup>26)</sup>。なお、本稿で経済的従属性説の一つとして位置づけた、鎌田教授による、「労働者」性と「事業者」性との比較衡量を行うとの説については、近時の藤沢労基署長（大工負傷）事件最高裁判決<sup>27)</sup>において、横浜南労基署長（旭紙業）事件最高裁判決とは異なり、「労働者」性を「事業者」性との対比において判断するという手法は採られていないことから、必ずしも判例が採用した解釈手法であるとはいえないと考えられる。

次に、事業組織的従属性説について。この説も経済的従属性説と同様に、指揮監督が希薄な就業実態を直視し、指揮監督とは異なる視点からの議論を喚起するという意味で、解釈論議に大いに貢献したと考えられよう。しかしながら、やはり経済的従属性説と同様に、法文解釈として見出し得ない指揮監督性以外の要素を考慮することは、解釈論としては現実には困難であろうと思われる。確かに、例えば裁判例では、北浜土木碎石事件（金沢地判昭 62・11・27 労判 520 号 75 頁）や横浜南労基署長（旭紙業）事件一審判決において、事業組織への組み込みという点を判断要素としているとみられるが、先の横浜南労基署長（旭紙業）事件及び藤沢労基署長（大工負傷）事件の各最高裁判決は、この点に触れていないことから、「労働者」性の考慮要素と解することは難しいように思われる。また、学説上も、「それ自体使用従属性を示す要素ではない」<sup>28)</sup>などといった否定的見解が示されている。

次に、当事者意思尊重説について。この説は、客観的な「労働者」概念の法的構成あるいは「労働者」性判断基準・要素に係る解釈論を提示するというよりもむしろ、当事者、特に就業者にとって、その主観的意思を尊重して、適切な保護を適切な方法により与えようという新たな視点を提供するという意味で、とても示唆的である。また、今後の雇用労働立法政策を検討する上でも貴重な素材を提供してくれるであろう。しかし、強行法規であり刑事罰法規でもある現行労働保護法の適用除外可能性を認めるこの説については、なお慎重な検討を要するのではないかということ<sup>29)</sup>、そして、自営的・請負就業者といった中間的な就業

形態が今後さらに増加してきた場合には、当事者意思が尊重されるべき就業者層が量的に拡大してしまい、そのような結果に至ることが果たして当事者意思尊重説が意図した適切な帰結であるのか、ということが問題となるのではないだろうか<sup>30)</sup>。

いずれにしても、使用従属性や指揮監督性を基軸とする「労働者」概念が確立されている現在、よりプラクティカルなのは、今後の立法政策において「労働者」概念をどのように構成し、また、非「労働者」に対してどのような保護をどのように与えていくかを検討することであろう。そこで次に、「労働者」概念をめぐる立法論をみていくことにする。

## 2 立法論

学説における立法論は、おおむね、労働関係法の一部を非「労働者」に適用していこうと考えるものであるが、非「労働者」の範囲をどのように画し、どのような手法によって、どのような事項について適用を認めていこうと考えているのかという点が、論者により異なっている。

### A. 鎌田説<sup>31)</sup>

鎌田教授は、非「労働者」にも必要な範囲で労働法上の保護の一部を及ぼすべきであるとし、その理由として、「労働者に類似した就業者間の比較均衡の原則」と「企業間の不公正競争の抑止」の2つを挙げる。前者の理由については、「労働市場において機能的に等価な就業形態の間で保護に格差を設けることは、最も保護の薄い就業形態のリスクを極大化することになる」ことから、「労働者に類似した就業実態にある者を労働者と「機能的に等価にある者」ととらえ、労働法上の保護規範の趣旨・目的に照らして必要な範囲で平等に取り扱われるべき」と述べる。また、後者の理由については、就業関係に常に伴うコスト（例示されているのは、労災、安全衛生、報酬確保である）は社会的コストであって、これについては、「できるだけ社会に広く分散する方策を政策的にとるべきである」。商品の価格は社会的コストを含めて決定されるべきであり、「そのためには、その事業目的を達成するために他人の労働を利用するユーザーがこれを負担し、生産物の価格に転嫁し

たり、あるいは保険制度を利用したりして、社会に広く分散できるようにすべきである」と述べる。そして鎌田教授は、立法論として、伝統的な労働者と自営業者の中間に位置する「契約労働者」という第三の κατηγοリーを設けて、必要な範囲で労働法上の保護の一部を適用していくことを主張する。鎌田教授が定義する「契約労働者」とは、「使用従属性はないが自己の計算と危険負担の下に活動しているともいえない者」、つまり「ユーザーに経済的に従属している者（経済的従属就業者）」をいうとされ、これは、「ユーザーと労働契約以外の契約を締結している点で形式的には自営業者だが、①かれらはその収入を主としてユーザーに依存しているか、または、②ユーザーの企業組織に組み入れられるか、もしくはユーザーの従業員が行っている業務と同種の業務を行う者をいう」とされる。そして、「契約労働者」に与えられる保護として、「最低限、労災補償、安全衛生、報酬支払確保、男女差別禁止」を挙げ、検討課題として、「解約規制、団体交渉、社会保険など」を挙げている。

### B. 島田説<sup>32)</sup>

島田教授は、労働者の要素と自営業者的要素を併せ持つ就業者が増加していることへの対応として、従来の単純な二分法的解決を前提とした「労働者」概念の拡大という手法だけに頼るのではなく、労働法の部分的な適用という柔軟な措置の必要性が高まっていると認識する。そこでその手掛かりとして、A.Supiot教授が構想する「社会法の4つの同心円」<sup>33)</sup>を参照する。この構想は、有償無償にかかわらず、あらゆる就業形態を包括的にとらえ、さまざまな社会的諸権利を、対象としているリスク及び労働関係における従属の程度に応じて、①就業状態にあるか否かにかかわらず普遍的に保障される権利の領域（医療保障、家族手当、職業訓練資格といった最低生活保障）、②無償労働においても保障される権利の領域（労災補償など）、③有償労働（雇用労働及び自営業）を対象とする権利の領域（安全衛生など）、そして、④従属労働固有の権利の領域の4つに区分する。なお、男女平等はすべての領域に適用される。島田教授は、この考え方を基に、人的・経済的従属性の程

度に応じた保護を検討する。具体的には、a) 有償無償を問わず労務供給者に共通する課題として、生命・身体の安全の確保、人格的な自由及び平等原則の確保、教育訓練・能力開発があり、b) 自営業者に関する課題として、集団的な権利、特に団体交渉制度の確立、個別的契約紛争に係る解決制度、契約締結に関し十分な情報を得ることができるような支援措置があり、さらに、c) 自営業者と労働者との中間領域に属する従属的就業者に固有の課題として、契約の解除に関する規制、報酬の支払いの確保に関する措置、社会保険の取扱いがあると整理する。このc)の課題を検討する際には、立法の趣旨・目的に照らして立法ごとにその適用範囲を定めるという手法を採用するのが当面妥当であると考えられるとし、また、このように考えたとしても、従属的業者と自営業者とを区別する判断指標が必要となるが、この点、簡易な推定規定をおき、かつ、その判定を簡易迅速に行う行政機構を整備することが求められると述べる。

#### C. 柳屋説<sup>34)</sup>

柳屋教授は、労働者と自営業者の中間に位置する就業員に対して労働法等の適用拡大を肯定するに当たって、以下のことを理由として述べる。①適用対象者と規制事項の2つのことから、労働法等による保護を適切に実現すること、②労働者と中間形態の就業員の就業実態が相対化してきたことに伴い、就業員間の保護のバランスを考慮すること、③中間形態の就業を良好な雇用の選択肢とするための法的対応が望まれているという雇用政策上の観点、④事業者間の公正な取引の確保。なお、その実現に当たっては、実務的な法適用の明確性や実効性の点から考えて、解釈論ではなく立法的対応によるべきとする。そして柳屋教授は、私見として、労働者と自営業者の中間に位置する就業員の就業が、特定の業種や職業に限らず一般化し、量的に増大する状況に至らなければ、立法的対応としては、職業ごとに、また立法や法規定ごとに対応する現行の手法（家内労働法や労災保険法の特別加入制度）を維持することで問題ないとする<sup>35)</sup>。その一方、中間形態の就業員が特定の職種・職域を超えて一般化する状況が生まれた場合

には、第三の κατηγοリーを創出するのがより適切であるとも述べる。ただしその場合にも、法適用の明確性や実効性という実務上の問題に配慮して、第三の κατηγοリーの定義は、可能な限り適用を拡大する立法や法規定に統一的なものとすべきであるという。そして、第三の κατηγοリーをどの範囲で統一するかは立法政策上の問題であるところ、素案として、中間形態の就業員の最大公約数的な特徴とされるもののうちから、それぞれの法規定の適用要件となる特徴を法定するといった手法が考えられてよいとする。最大公約数的な特徴として、具体的には、「①特定された労務給付ないし委託を自らの手で履行していること、②家族従業者以外に、常態として労働者を雇用していないこと、③一人の委託者に対して、排他的にか主として労務を提供していること、④自己資本がないか、あっても取るに足りないこと、⑤同種の業務に従事する労働者に比し、相当高額な収入のないこと」を挙げる<sup>36)</sup>。また、第三の κατηγοリーを設けた場合に規制を及ぼすかを検討すべき事項として、「就業員の健康・安全、平等取扱い、契約解消の予告、労働保険、職業訓練その他の積極的雇用政策、労働組合としての諸権利」を挙げている。

#### D. 私見<sup>37)</sup>

ところで、以前に筆者は、就業形態の多様化について解釈論によって対応することには限界があると考えることから、立法論を構想した。非「労働者」に対して保護的規制を及ぼすべく、適用される保護的規制の一つのパッケージとした「契約就業員法」を構想したのである。そして、相対的な「労働者」概念を設定することから生じうるさまざまなリスクとコストを考慮して、統一的な概念として「経済的依存」性を判断基準とすると述べた。経済的依存性の有無は、まず当事者意思（特に就業員側の真意）によって決せられるが、その確認手続を行ったり、当事者意思が合致しない場合にその紛争を処理するシステムの創設も検討した。当事者意思が合致しない場合、経済的依存性は、①労務提供（契約）期間の長短等、②報酬の額・決定方法等、③代替者による労務提供の可能性の有無、④労務提供過程をコントロールする権限はどちらにあるか、⑤労務提供に必要な不可欠

な機材・資材の用意及び技能・知識、情報獲得の責任はどちらにあるか、⑥労務提供過程及び結果から生じるリスクはどちらが負うのか、という点を要素として判断されるとし、これら諸要素が5割未満であれば依存性なし、5割以上であれば依存性ありとした。経済的依存性のある非「労働者」が保護を受けることを正当化する根拠として、筆者は、契約の相手方である企業との間に、経済力格差、交渉力格差、情報の非対称性が存在することを挙げた。その上で、具体的な保護の内容としては、契約締結過程における保護（情報提供、不公正な契約内容に対する規制）、契約展開過程における保護（支払遅延防止、報酬支払基準の適正さの確保）、契約終了から生じる保護について検討した。

#### E. 小括

立法論も解釈論と違わずバラエティがあり、（私見はともかく、）いずれの論者の見解も示唆的である<sup>38)</sup>。その一方で、デメリットも考えられる。例えば、第三の Kategorii の創設を述べる鎌田説については、Kategorii を設けた以上、他の Kategorii との境界、すなわち限界を法的にどのように判定するのかという、新たな解釈論を生み出すことになりかねない<sup>39)</sup>。また、4つの同心円構想に基づき立法論を検討する島田説については、さしあたっては個々の立法の趣旨・目的に応じて適用対象範囲を決するとのことであるが、その場合、法の適用が煩雑になり、また、法遵守の実効性を損なう可能性がある指摘しうであろう<sup>40)</sup>。もっとも、島田説においては、併せて、簡易な推定規定の創設と、迅速に紛争を解決するシステムの整備について言及していることから、その運用方法次第では、批判は杞憂に終わる可能性もある。

いずれにしても、新たな立法的構想においては、どのような者を対象とするのか、どのような事項を適用するのか、どのような手法により適用するのか、法の実効性はどのように確保するのかが問題となろう。また他に、既存の労働保護関係法令の再編成やそれとの棲み分け、保険財政による制約がある制度の適用に係る費用負担などの実務的問題、関連する他の制度との整合性（例えば、自営的就業者の団結活動は独占禁止法に抵触する可能

性もある）などといった検討課題をクリアにする必要があろう。しかし、より重要なのは、非「労働者」とされる者が、真に保護を必要としているのかどうかであろう。すると、非「労働者」として就業する者らの就業実態とニーズの綿密な把握こそが、立法論議における前提として考慮される必要があろう<sup>41)</sup>。

## IV ま と め

本稿をまとめると次のようになる。労働保護法における「労働者」概念は、その定義規定である労基法9条の解釈として、「指揮監督」性に重点を置いて判断され、このことは判例においても同様である。しかも、判例においては、「労働者」であるかは厳格かつ客観的に定まると解される。すると、就業形態が多様化した現状において多くみられ、また、法的紛争として発現している自営的就業者や請負就業者は、指揮監督性を欠くがゆえに「労働者」とはされず、労働保護法による一切の保護を享受し得なくなる。しかし、そのような就業者も、労働者と同様に適切な保護を及ぼしていく必要があるのではないかの認識から、学説において、解釈論、そして立法論がさまざまに展開されている。解釈論については、いずれも判例の採るところではなく、また、学説上批判もあるため、実質的に「労働者」概念を拡張するなどして自営的就業者などに労働者と同様の（あるいは部分的な）保護を及ぼしていくことには限界がある。そこで、立法論が展開されているが、いずれの説もメリットとデメリットを有しており、また、検討すべき課題が多く残されているため、定まった説はみられないと考えられる。

しかし、先に掲げたように（あるいは本稿で掲げることのできなかつたものも含めて）、「労働者」概念に関しては、これまでに多くの議論の蓄積がある。今後は、それら先行研究を基に、立法論議にさらに力を注ぎ、並行して、立法政策において考えうる解釈論を展開していく必要があろう。またその際、比較法研究や国際的動向<sup>42)</sup>にも目を向けながら、さらに手掛かりを得ていく必要があろう。ただし、得られた手掛かりは、日本の労働法

議論に適合的な形で工夫・加工される必要があることに留意すべきであろう<sup>43)</sup>。さらに、近い将来において具体化される可能性の高い労働契約法及びその適用対象範囲との関連で、民法上の雇用契約と労働契約との関係についても、特に「従属性」概念の観点から、改めて議論していく必要がある<sup>44)</sup>。

最後に、私見を1点述べる。学説・裁判例が「労働者」性について述べるときに用いる「従属性」概念は、過去の議論における貢献はともかく、今現在、果たして必要な概念であろうか。従属性を、「労働者」性あるいは「労働契約」性を判断する際の道具概念とした場合、むしろそれに代えて、ストレートに「指揮監督」性を用いる方が適切なのではないだろうか<sup>45)</sup>。このことの証左として、先の横浜南労基署長（旭紙業）事件及び藤沢労基署長（大工負傷）事件の各最高裁判決も、「（使用）従属」との文言を用いていないのである。「従属性」概念を用いて議論されてきたからこそ、特に解釈論議において、さまざまに有益な議論が生み出される一方で、さまざまに議論が拡散してしまい、かえって混乱をもたらしたように思えてならない。「従属性」概念の維持か放棄かは、今後の「労働者」概念、あるいは「労働契約」概念に係る議論において検討されるべき重要な論点の1つであると筆者は考えるが、どうであろうか。

- 1) 浅尾裕「業務請負として労務を提供する個人自営業主」労働政策研究・研修機構『多様な働き方の実態と課題（プロジェクト研究シリーズNo.4）』（2007年）131-135頁によれば、このような就業層は、景気変動に左右されうるとはいえ、緩やかに増加してきていると分析されている。
- 2) 労働関係法規における人的適用範囲については、労働政策研究・研修機構『就業形態の多様化と社会労働政策（労働政策研究報告書No.12）』（2004年）206-218頁〔池添弘邦執筆部分〕参照。
- 3) 労働基準法9条、最低賃金法2条1号、賃金支払確保法2条2項、労働安全衛生法2条2号。労働者災害補償保険法（以下、「労災保法」という）には「労働者」の定義規定は見られないが、同法が労働基準法における災害補償制度を基礎に構築されていることから、学説、判例（横浜南労基署長（旭紙業）事件・最一小判平8・11・28訟月44巻2号211頁）、行政解釈（厚生労働省労働基準局労災補償部労災管理課編『労働者災害補償保険法5訂新版』（労務行政研究所、2001年）18頁、79頁）は、同法における「労働者」の定義は労働基準法の「労働者」の定義と同一であると解している。
- 4) ところで、労働組合法における「労働者」とは、「職業の種類を問わず、賃金、給料その他これに準じる収入によって

生活する者をいう。」（2条）とされ、「使用される」ことは要件ではないが、判例（CBC管弦楽団労組事件・最一小判昭51・5・6民集30巻4号437頁）を見る限り、必ずしも労働組合法上の「労働者」性判断が労基法上の「労働者」性判断と明確に区別されているわけではないようである。

- 5) 労働省労働基準局監督課編『今後の労働契約等法制のあり方について』（日本労働研究機構、1993年）50-68頁。なお、労働基準法研究会第1部会報告（労働契約関係）では、使用要件と賃金支払要件とを合わせて、「使用従属性」と呼称している。
- 6) 平成15年までの判例、裁判例の一覧は、労働政策研究・研修機構『就業形態の多様化と社会労働政策（労働政策研究報告書No.12）』（2004年）261頁以下を参照。また、労働者性や労働者性に係る裁判例を検討するもっとも最近の論稿として、皆川宏之「労働者性をめぐる裁判例の動向と検討課題」季刊労働法215号（2006年）35頁以下、同「労働者性について 労働法学の立場から」ジュリスト1320号138頁以下を参照。なお、職種別、労働条件別にみた「労働者」・「労働契約」概念に係る（裁）判例の詳細な分析については、労働政策研究・研修機構『「労働者」の法的概念に関する比較法研究（労働政策研究報告書No.67）』（2006年）47-119頁〔奥野寿・池添弘邦執筆部分〕を参照。
- 7) 判決文は、<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070628130249.pdf>を参照。
- 8) 限界的事例と考えられるものとして、他に、新宿労基署長（映画撮影技師）事件・東京地判平13・1・25労判802号10頁、同事件・東京高判平14・7・11労判832号13頁がある。この事件は、フリーカメラマンであった亡Aが映画の撮影に従事しているさなか、宿泊中の旅館で脳梗塞を発生して死亡したため、原告（控訴人）である亡Aの子が、労災保法の遺族補償給付等を申請したところ、被告（被控訴人）である所轄労働基準監督署長が不支給決定したことから、その取消を求めた行政訴訟である。一審、控訴審、ともに、「労働者」性判断に当たっては、契約形式にかかわらず実態として使用従属関係の認められることを要するとし、使用従属関係の判断基準・要素として、労基研報告が掲げる詳細かつ具体的な基準・要素を列挙している。
- 9) なお、これまでのところ、「労働者」性に係る一般的判断基準を示す最高裁判決は、ない。
- 10) 横浜南労基署長（旭紙業）事件、特に最高裁判決に係る評釈としては、次のものを参照。本件最高裁判決の詳細な検討はこれらに譲る。遠藤隆久・法律時報70巻4号119頁（1998年）、鎌田耕一・労働法旬報1422号21頁（1997年）、水町勇一郎・社会保障判例百選（第3版）別冊ジュリスト153号94頁（2000年）、西村健一郎・判例評論463号59頁（判例時報1606号221頁）（1997年）、青野寛・季刊労働法184号177頁（1997年）、藤原稔弘・日本労働法学会誌91号138頁（1998年）、柳屋孝安・労働判例百選（第7版）別冊ジュリスト165号4頁（2002年）。
- 11) この点、前掲注6）・労働政策研究・研修機構（2006年）54-55頁〔奥野寿執筆部分〕は、横浜南労基署長（旭紙業）事件高裁判決以降の備車運転手の事案について、「一定の指示・拘束については、業務の性質に伴うものとして、指揮監督関係を示す要素として位置づけて」いないと分析し、また、労働条件別にみた労働者性判断要素について（裁）判例を検討しまとめた、同文献69頁〔池添弘邦執筆部分〕は、「労働者性……の性質決定において最も重要なのは、「指揮監督」……である」と述べている。

- 12) なお、労働保護法における「労働者」のみならず、「労働契約」性及び雇用保険法における「労働者」性についても、労基法上の「労働者」性判断基準・要素をベースに判断する(裁)判例がある。労働契約性につき、安田病院事件・最三小判平 10・9・8 労判 745 号 7 頁(原審：大阪高判平 10・2・18 労判 744 号 63 頁)、雇用保険法上の労働者性につき、池袋職安署長(アンカー工業)事件・東京地判平 16・7・15 労判 880 号 100 頁。
- 13) 前掲注 8) に掲げた新宿労基署長(映画撮影技師)事件の一審及び控訴審でも、使用従属性の法的評価は異なっている。すなわち、一審では、「諾否の自由の制約や時間的場所的拘束は、……仕事の性質ないし特殊性に伴う当然の制約であって、亡Aの撮影業務遂行上、同人には相当程度の裁量があり、使用者による指揮監督があったとは認め難いこと、……報酬は仕事の請負に対する報酬とみられ……事業所得として申告され……していること、……専属性は低く……就業規則も適用されていないこと」から、亡Aの「労働者」性を否定したのに対して、控訴審判決では、「映画に関しての最終決定権限はK監督にあったのであり、亡AとK監督との間には指揮監督関係が認められ、また、「技術が高いとの理由で職務の独立性が強いとすることはできない」として業務遂行上の裁量性を否定し、「報酬は……決まっている日当と予定撮影日数を基礎として算定した額に打ち合わせへの参加等を考慮して決められたものであるから、労働者性について疑う余地のない他の撮影助手、照明技師等について支払われていた報酬と本質的な差異があるということではできず、「出来高的な要素の強い報酬というよりは、むしろ賃金の性格の強いものであった」こと、「使用者の指揮命令は、業務の性質や特殊性を含む業務の内容による必要性を通じて実現されることの方が多いためであって、個別的な仕事の依頼に対する諾否の自由の有無という……制約も多くの業務に共通するものであり、映画製作に固有のものではない」こと、同様に、時間的場所的拘束性の高さについても、「映画製作の性質ないし特殊性のみを強調することは相当ではなく、……使用者の業務上の必要性からなされるものとみるべきであること」、その他、専属性の程度の高さ、就業規則の不適用、事業所得として税申告されていることは「労働者」性を否定する要素とはならないとして、亡Aの「労働者」性を肯定している。
- 14) この点は、後述する諸学説、特に立法論に関する諸学説に負っている。
- 15) 労働者概念・労働契約概念の学説史については、前掲注 6)・労働政策研究・研修機構(2006年)28-46頁〔皆川宏之・岩永昌見執筆部分〕を参照。以下の学説紹介に係る記述の多くは、同文献に負っている。
- 16) 西谷敏「労基法上の労働者と使用者」沼田稲次郎・本多淳亮・片岡昇編『シンポジウム労働者保護法』(青林書院、1984年)3頁以下。
- 17) 川口美貴「労働者概念の再構成」季刊労働法 209 号(2005年)133頁以下。
- 18) 鎌田耕一「労働基準法上の労働者概念について」法学新報 111 卷 7・8 号(2005年)1頁以下。
- 19) なお、鎌田教授によれば、横浜南労基署長(旭紙業)事件最高裁判決は、「労働者」性と「事業者」性とを比較衡量する手法を採用したものであると解されている(前掲注 18)・鎌田論文 51 頁)。ところで、鎌田教授の見解は、経済的従属性説に分類するよりもむしろ、教授自身が呼称する「労働者・事業者比較衡量説」として別項を設け紹介すべきであるかもしれないが、この説は実質的には、報酬の労務対償性や労働者の使用者に対する経済的依存状態を出発点に議論を展開していることから、広くは経済的従属性説の一つに位置づけられると考え、ここに掲げた。
- 20) 吉田美喜夫「雇用・就業形態の多様化と労働者概念」日本労働法学会誌 68 号(1986年)39頁以下。
- 21) 柳屋孝安『現代労働法と労働者概念』(信山社、2005年)410頁以下。
- 22) 前掲注 21)・柳屋書 423 頁以下。
- 23) 前掲注 21)・柳屋書 433 頁。
- 24) 大内伸哉「従属労働者と自営労働者の均衡を求めて」中嶋士元也先生還暦記念論集刊行委員会編『労働関係法の現代的展開——中嶋士元也先生還暦記念論集』(信山社、2004年)47頁以下。
- 25) なお、西村健一郎「専属的車持ち込み運転手の労働者性——横浜南労基署長(旭紙業)事件」判例評論 463 号 59 頁(判例時報 1606 号 221 頁)(1997年)は、「事故が発生してから労働者かどうかの問題となる本件のようなケースの存在を考えると、事前に何らかの形で労働者性が確認できるような制度が必要である」と述べている。
- 26) 前掲注 21)・柳屋書 411 頁。
- 27) インターネット上で公開されている判決文のアドレスは、前掲注 7) を参照。
- 28) 荒木尚志「備車運転手の労働者性・解雇権濫用法理の適用——北浜土木碎石事件」ジュリスト 950 号(1990年)138頁以下。
- 29) この点、前掲注 17)・川口論文 141 頁は、労働関係法の社会的公正性及び公正競争確保による労働者全体の労働権保障の観点から、当事者意思を尊重するとの説は認めることはできないとする。
- 30) 山川隆一・荒木尚志「ディアローク 労働判例この1年の争点」日本労働研究雑誌 450 号(1997年)5頁で、山川教授は、横浜南労基署長(旭紙業)事件最高裁判決に係るコメントにおいて、何が典型的労働者で何が中間的な形態かというのが明確ではないケースが増えてくると、当事者の意図を基準に判断するという考え方を採用すべきグレーゾーンが増えてしまい、あまり適切ではない、という趣旨の発言をされている。
- 31) 鎌田耕一「契約労働者の概念と法的課題」日本労働法学会誌 102 号(2003年)128頁、鎌田耕一編著『契約労働の研究』(多賀出版、2001年)107頁以下。
- 32) 島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」西村健一郎・小島典明・加藤智章・柳屋孝安編『新時代の労働契約法理論——下井隆史先生古希記念』(信山社、2003年)27頁以下。
- 33) A.Supiot, *Au delà de l'emploi*, 1999.
- 34) 前掲注 21)・柳屋書 412 頁以下。
- 35) 労災保法の適用については、学説上、特別加入制度の拡充により対応するのが最も問題が少ない、と述べるものがある。東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法 下巻』(有斐閣、2003年)856頁〔岩村正彦執筆部分〕。
- 36) 前掲注 21)・柳屋書 431 頁。
- 37) 拙稿「セーフティネットと法——契約就業者とボランティアへの社会法の適用」労働政策研究・研修機構『就業形態の多様化と社会労働政策(労働政策研究報告書 No. 12)』(2004年)196頁以下。
- 38) 以上の立法論的検討については、加えて、大内伸哉・池添弘邦「就業形態の多様化と法政策」労働政策研究・研修機構編『多様な働き方の実態と課題(プロジェクト研究シリーズ

No. 4) (2007年) 269-274頁も参照のこと。

- 39) 前掲注 21)・柳屋書 418 頁。なお、この点、私見に対しても同様の批判が当てはまるが、その分、私見は併せて紛争処理システムの構築を述べていることから、新たな解釈論の惹起という弊害は減殺しうるのではないかと考えている。
- 40) 前掲注 21)・柳屋書 417-418 頁。
- 41) この点、前掲注 31)・鎌田書は、実態を把握し、それに基づいて法的議論をしている点で、今後の立法議論においても有益な素材を提供してくれる貴重な先行研究であろう。なお、自営の就業者に係る近時の実態調査としては、前掲注 1)・浅尾論文、(社)日本労務研究会『契約就業者問題についての調査研究報告書』(1999年)、同『備車運転手に関する実態調査』(2005年)がある。
- 42) 比較法研究については、前掲注 6)・労働政策研究・研修機構(2006年)を、国際的動向については、ILOにおける契約労働ないし雇用関係に関する議論を紹介・検討する、鎌田耕一「契約労働(Contract Labour)をめぐる法的問題」日本労働法学会誌 92号(1998年) 213頁以下、橋本陽子「『契約労働』(Contract Labour)」角田邦重・毛塚勝利・浅倉むつ子編『労働法の争点(第3版)』(有斐閣, 2004年) 277頁以下、「特集/労働者概念の検討」労働法律旬報 1634号(2006年) 4頁以下、「特集/労働法の現代化と雇用関係の範囲」季刊労働法 215号(2006年) 4頁以下における関連論稿を参照。
- 43) この意味で、例えば、アメリカにおける労働者概念を手掛かりに、日本における使用従属概念は、民法 715条ないし 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実定法上の根拠とすべきであるというような議論(永野秀雄「『使用従属関係論』の法的根拠」金子征史編著『法政大学現

代法研究所叢書 16 労働条件をめぐる現代的課題』(法政大学出版局, 1997年) 159頁以下)は、日本の労働法議論において適格的であるとは思われない。

- 44) 労働契約法の適用対象(者)については、島田陽一「労働契約法制の適用対象者の範囲と労働者概念」労働法律旬報 1615号(2006年) 28頁以下、和田肇「労働契約法の適用対象の範囲」季刊労働法 212号(2006年) 28頁以下、鎌田耕一「労働契約法の適用範囲とその基本的性格」日本労働法学会誌 107号(2006年) 17頁以下を参照。また、民法上の雇用契約、及びそれと労働契約との関係については、村中孝史「労働契約概念について」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第三卷』(有斐閣, 1999年) 487頁以下、鎌田耕一「雇傭・請負・委任と労働契約」横井芳弘・篠原敏雄・辻村昌昭編『市民社会の変容と労働法』(信山社, 2005年) 151頁以下、和田肇「民法の雇用に関する規定の意義」季刊労働法 215号(2006年) 111頁以下を参照。
- 45) 中窪裕也「労働契約の意義と構造」日本労働法学会編『講座 21世紀の労働法 第4巻 労働契約』(有斐閣, 2000年) 4頁は、労働契約概念を議論する中で、「労働者が使用者の指揮命令に従って働くこと以上の『従属性』を要求すべき理由はない」と述べる。筆者も考えを同じくする。

いけぞえ・ひろくに 労働政策研究・研修機構 副主任研究員。最近の著書に、荒木尚志/山川隆一/労働政策研究・研修機構編『諸外国の労働契約法制』(共著, 労働政策研究・研修機構, 2006年)。労働法専攻。