



労働政策研究報告書 No. 18

2005

JILPT : The Japan Institute for Labour Policy and Training

---

---

---

---

「労働者」の法的概念：  
7ヶ国の比較法的考察

# 「労働者」の法的概念： 7ヶ国の比較法的考察

独立行政法人**労働政策研究・研修機構**  
The Japan Institute for Labour Policy and Training

## まえがき

本報告書は、当機構が現在進めている調査研究プロジェクトのうちの一つ、「就業形態の多様化とセーフティ・ネット」に関連した法的問題を検討するための準備的作業として行われた、比較法的考察の成果をとりまとめたものである。

具体的には、平成16年3月9日、10日の2日間にわたり、当機構が開催した比較労働法セミナーに提出され、議論の素材とされた、ドイツ、フランス、イタリア、スウェーデン、イギリス、オーストラリア、アメリカの7カ国の雇用労働法研究者の論稿（セミナーにおける議論も踏まえて加筆・修正されたもの）を翻訳し、日本における法的問題意識に即した解題（各国の法的状況を解説するのみならず論点の提示や問題提起を含むもの）を付し、かつ、比較法的考察を通じて導出されうる政策的含意としてどのようなことが考えられるか、をまとめたものである。

上記セミナー及び本報告書における法的問題意識とは、次のようなものである。労働者保護を念頭に置く労働基準法および関連法規（以下、労基法等）においては、人的適用範囲である「労働者」を「使用される者」、すなわち使用従属関係にある者とし、この関係にある者に対して労基法等を適用し、法が規定する保護ないし利益（以下、保護等）を享受させることとしている。ところで、就業形態が多様化する中で観察される、例えば、請負等契約就業者、自営業者（自ら就労する自営業者や労働者に類似した状況にある自営業者の双方を含む）、テレワーク、ボランティア、インターンシップなどで働く者は、おそらく現行労基法等が要件とする使用従属関係にはないと考えられるが、すると、それらの者に対しては労基法等の保護等が一切否定されてしまう可能性が高い法的状況が現在ある。しかし、例えば上に挙げた就業者についても、その労務提供の形態から見て、一定程度の保護等を及ぼすべき場合があると思われるが、現行の「労働者」の判断基準によれば、与えられるのが妥当と考えられる保護等でさえ否定されかねないことになる。そこで、多様な働き方各々に適切な保護等、つまりセーフティ・ネットのあり方を考える前提である現行労基法等における「労働者」の法的判断基準を考えるに当たり、諸外国における「労働者」など人的適用範囲の法的メカニズムなどを比較法的に考察し、日本における法政策について何らかの手掛かりを得ようとしたのが、上記セミナーの趣旨であり、また、本報告書の目的である。本報告書における考察が、今後のさらなる議論に資することができれば幸いである。

最後に、多くのご協力を頂いた7ヶ国の雇用労働法研究者の方々、大内伸哉・神戸大学大学院教授、さらに、比較労働法セミナーにおいて議論に参加しつつ、各国論稿を翻訳し、解題を執筆下さった日本側研究者の方々に、心より感謝を申し上げます。なお、本報告書のとりまとめは、当機構副主任研究員・池添弘邦が行った。

平成17年2月

独立行政法人 労働政策研究・研修機構  
理事長 小野 旭

英文原文・翻訳・解題等執筆担当者（初出順）

氏名	所属	担当
<small>おおうち しんや</small> 大内 伸哉	労働政策研究・研修機構特別研究員、 神戸大学大学院法学研究科教授	はじめに，まとめ
ロルフ・ヴァンク	ボッフム大学教授	第1章英文原文
<small>みながわ ひろゆき</small> 皆川 宏之	千葉大学法経学部助教授	第1章翻訳・解題
パスカル・ロキェック	パリ第10ナンテール大学助教授	第2章英文原文
<small>せきね ゆき</small> 関根 由紀	神戸大学大学院法学研究科助教授	第2章翻訳・解題
ミケーレ・ティラボスキ	モデナ・レッジョ・エミーリア大学教授	第3章英文原文
マウリツィオ・デルコンテ	ボッコニーニ大学教授	第3章英文原文
<small>ながの ひとみ</small> 永野 仁美	東京大学大学院	第3章翻訳・解題
ミア・レンマー	ルンド大学大学院	第4章英文原文
<small>なかの たえこ</small> 中野 妙子	名古屋大学法学部助教授	第4章翻訳・解題
キャサリン・バーナード	ケンブリッジ大学トリニティカレッジ講師	第5章英文原文
<small>さくらば りょうこ</small> 櫻庭 涼子	神戸大学大学院法学研究科助教授	第5章翻訳・解題
ジューチョン・タン	ラ・トロープ大学講師	第6章英文原文
<small>おくの ひさし</small> 奥野 寿	立教大学法学部専任講師	第6章翻訳・解題
ケネス・G・ダウシュミット	インディアナ大学教授	第7章英文原文
ミッチェル・D・レイ	インディアナ大学大学院	第7章英文原文
<small>いけぞえ ひろくに</small> 池添 弘邦	労働政策研究・研修機構副主任研究員	第7章翻訳・解題

\* 本報告書に掲載している各翻訳文は、本プロジェクト研究事務局の判断により、体裁を整えるために適宜、英文原文に掲げられている参考文献、裁判例掲載誌等を注釈にし、整理されている。

# も く じ

まえがき

はじめに	1
<b>第1章 ドイツ</b>	6
第1節 法律上の定義	6
第2節 法律上の適用範囲	7
第3節 労働者定義の基準	8
第4節 定義を巡る論争	10
第5節 定義の問題を回避するにはどうすればよいか？	11
第6節 「労働者類似の者」	12
第7節 非営利組織での就業者，及びアンペイドワーカー	14
<第1章（ドイツ）解題>	16
<b>第2章 フランス</b>	20
序	20
第1節 全体的背景：企業内での権力関係の変化	20
第2節 労働法と社会保障法	21
1. 前提	21
2. 社会保障制度の概要	22
第3節 労働者概念	23
第4節 労働法の適用範囲の拡大	25
1. 法定雇用契約関係	25
2. 労働者と同等視される者	26
<第2章（フランス）解題>	28
<b>第3章 イタリア</b>	31
第1節 労働法の範囲	31
第2節 労働者概念	32
第3節 定義に関する議論	33
第4節 定義問題を回避する手段	34
第5節 自営業者の保護	35
第6節 社会保障法・税法における労働者概念	36

第7節 非営利組織で働く者の保護 .....	37
<第3章 (イタリア) 解題> .....	38
<b>第4章 スウェーデン</b> .....	41
序 .....	41
第1節 労働法における労働者概念 .....	41
第2節 他の法分野における労働者概念 .....	44
第3節 「準労働者」と労働法の人的適用範囲の拡大 .....	45
第4節 労働法の人的適用範囲の再定義? .....	46
<第4章 (スウェーデン) 解題> .....	51
<b>第5章 イギリス</b> .....	55
序 .....	55
第1節 労働者 .....	56
1. 労働者の定義 .....	56
2. 労働者はどのような権利を享受するのか? .....	59
第2節 就労者 .....	59
1. 就労者の定義 .....	59
2. 就労者はどのような権利を享受するのか? .....	61
第3節 自営業者 .....	61
第4節 税および社会保障 .....	61
第5節 結論 .....	62
<第5章 (イギリス) 解題> .....	65
<b>第6章 オーストラリア</b> .....	69
序 .....	69
第1節 労働者に基礎をおく労働立法 .....	69
第2節 包括的な労働立法 .....	71
第3節 就業者が「労働者」か否かを判断する方法 .....	72
第4節 自営業者がもたらす課題 .....	73
第5節 臨時労働者がもたらす課題 .....	74
第6節 結論 .....	76
<第6章 (オーストラリア) 解題> .....	77

<b>第7章 アメリカ</b> .....	80
序 .....	80
第1節 法目的を達成するための「労働者」の定義 .....	81
1. 不法行為－「管理権」基準 .....	81
2. 公正労働基準法－「経済的実態」基準 .....	82
3. 労災補償法 .....	84
4. 事前の予測可能性と定義の統一性に関する問題 .....	85
第2節 全国労働関係法における「労働者」の定義 .....	86
1. Hearst 事件 .....	86
2. 請負人の適用除外—Hearst 事件に対する連邦議会の反応 .....	86
3. 経営的労働者と監督的労働者の適用除外 .....	87
4. 適用除外にかかる問題 .....	88
第3節 結論 .....	90
<b>&lt;第7章（アメリカ）解題&gt;</b> .....	91
まとめ .....	95
第1節 各国法制度の概観 .....	95
第2節 分析 .....	99
第3節 労働者概念を巡る課題と展望－比較法的考察から示唆されること－ .....	101

## はじめに

日本では、労働法の適用範囲を画する上で重要な役割を果たしているのが労働者概念である。例えば、労働保護法上の保護は、その中心的な法律である労働基準法の定義する「労働者」を対象に及ぼされることとなっている。

労働基準法は、「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」と定義しており（9条）、学説は、この規定に基づき、「使用従属関係」の存在（使用従属性）を労働者概念の重要なメルクマールと捉えてきた。前述のように、労働者概念は労働基準法（その他の労働保護法全般）の適用範囲を画するという機能を有しているので、労働保護法は「使用従属性」があり「労働者」と認められた者にのみ適用されることになり、逆に「使用従属性」がなく「労働者」でないとされた者には適用されないこととなる。

労働法上のもう一つの主要立法である労働組合法においても、同様のことが当てはまる。すなわち、労働組合法においても、「労働者」が団結して労働組合を結成し、団体交渉を行ったり、争議行為などの団体行動を行うことに対して法的な保護や助成が行われている（特に、不当労働行為の救済制度が重要である）。労働組合法上の「労働者」は、「職業の種類を問わず、賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者」と定義されている（3条）。この定義は、労働基準法上の「労働者」の定義と似ているが、労働者概念は法律の趣旨や目的に応じた相対的であるものと考えられており、労働組合法上の「労働者」の方がより広義に解されている<sup>1</sup>。

労働者概念は、法律上は抽象的にしか定義されていないため、その具体的な判断は判例に委ねられることになる。ここでは、労働法の適用範囲を巡り最も問題となる労働保護法について見ていくこととしよう。

裁判例上、労働基準法上の「労働者」性は、①「業務遂行上の指揮監督関係の存否・内容」、②「支払われる報酬の性格・額」、③「使用者とされる者と労働者とされる者との間における具体的な仕事の依頼、業務指示等に対する諾否の自由の有無」、④「時間的及び場所的拘束性の有無・程度」、⑤「労務提供の代替性の有無」、⑥「業務用機材等機械・器具の負担関係」、⑦「専属性の程度」、⑧「使用者の服務規律の適用の有無」、⑨「公租などの公的負担関係」という9つの要素により判断されるものとされている<sup>2</sup>。しかも、「『労働者』に当たるか否かは、雇用、請負等の法形式にかかわらず、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どうかによって判断すべきもの」と解されており、当事者がどのような契約形式を採用したかは、裁判所の判断を左右しない<sup>3</sup>。

以上のように、労働者性の判断において考慮されるべき要素は明確にされてきているもの

---

<sup>1</sup> 例えば、失業者は、労働基準法上の「労働者」ではないが、労働組合法上の「労働者」には含まれると解されている。プロ野球選手も同様である。

の、最終的には、裁判所が、諸要素を総合的に考慮して、客観的に労働者性の判断を行うことになる。このような判断方法は、具体的に妥当な判断を行うことを可能にするという点ではメリットがあるが、契約当事者にとって、事前に当該労務提供者が労働者に該当するかどうか（それゆえに、当該労務提供契約に労働法の保護規制が及ぶかどうか）がはっきりしないという問題点がある。もちろん、労働保護法がそもそも対象としていた工場労働者（ブルーカラー）や、事務所で働く事務系ないし管理系の労働者（ホワイトカラー）が労働者に該当することには原則として異論はなかった。他方、個人で働く場合でも、企業との間で、独立して請負契約、委任契約、あるいはそれに類似する契約に基づき取引をする者は労働者に該当しないことも、これまた明白であった。

ところが近年、就労形態が多様化する中で、伝統的な労働者の働き方とは異なる新たなタイプの就労をする者が増えてきている。伝統的な労働者の働き方とは、事業場において、上長の指揮命令下で、時間的拘束を受けながら働くというものであるが、最近では、働き方にも様々なバリエーションが現れてきている。つまり、事業場（工場や事務所）以外のところで働く者、時間的拘束を受けずに働く者、業務の遂行方法について裁量を持ちながら働く者というような新たなタイプの就労形態が増えつつあるのである。

このような新たな就労形態においては、法的には、「労働者」性の判断が容易でないことが少なくない。新たな就労形態の中には、労働者性の判断要素（上記の裁判例上の9つの判断要素）のうちの一部が欠けている場合が多く（特に、場所的拘束性や時間的拘束性の欠如、具体的な業務指示等の欠如）、「使用従属性」が認められるかどうかの判断が困難となってきたからである。これに加えて、「使用従属性」という基準が、そもそも労働保護法の適用対象を画する基準として適切であるのかも問題となってきた。たとえば、「使用従属性」があるとされても、成果・業績連動型の給与を支払われて、本人の能力や努力いかんでその額が多額になりうるという場合がある。このような労働者にとっては、業務の遂

---

<sup>2</sup> 新宿労基署長（映画撮影技師）事件・東京高判平成14年7月11日労判832号13頁。なお、最高裁レベルでは、「労働者」性の判断についての一般的な判断基準を明示した判例はないものの、幾つかの注目すべき判決がある（山崎証券事件・最1小判昭和36年5月25日民集15巻5号1322頁〔証券会社の外交員のケースで労働者性を否定〕、大平製紙事件・最2小判昭和37年5月18日民集16巻5号1108頁〔塗料製法の指導、塗料の研究に従事する者の労働者性を肯定〕、横浜南労基署長事件・最1小判平成8年11月28日労判714号14頁〔備車運転手のケースで労働者性を否定〕）。

また、1985年に出された労働基準法研究会報告（労働基準法の「労働者」の判断基準）では、労働者性の判断基準について、①「使用従属性」に関する判断基準と②「労働者性」の判断を補強する要素とに区分し、①については、さらに、①(a)「指揮監督下の労働」に関する判断基準と、(b)報酬の労務対償性に関する判断基準とに分けて、前者（①(a)）については、仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由、業務遂行上の指揮監督の有無、拘束性の有無、代替性の有無が判断要素とする。②については、②(a)事業者性の有無、②(b)専属性の程度、②(c)その他に分けて、②(a)については、機械・器具の負担関係、報酬の額が判断要素となり、②(b)については、他社の業務への従事に対する制約や報酬における固定給部分の有無が判断要素となり、②(c)では、採用や委託の際の選考過程、報酬から給与所得としての源泉徴収が行われているかどうか、労働保険の適用対象となっているかどうか、服務規律、退職金、福利厚生が適用されているかが判断要素となっている（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頁以下）。

<sup>3</sup> 裁判例として、新宿労基署長（映画撮影技師）事件・東京高判平成14年7月11日労判832号13頁。学説上も通説である。

行方法における自由度こそが重要なのであり、労働時間に関する法規制などはかえって不要ということになるかもしれない。他方、「使用従属性」が認められない場合であっても、経済的リスクが大きく、特にそれがハイ・リスク／ロー・リターンとなっている場合には、これらの者（例えば、フランチャイズ加盟店のオーナー）を労働法上の保護から全く排除してよいのか、という点が問題となる。

以上のことから、労働保護法上の労働者概念には、大きく二つの問題があることを指摘することができる。第一に、労働者概念の明確性の問題である。労働者性の判断は、前述のように様々な要素の総合的な考慮により行われるものなので、本来的に明確性という点に問題があった。ただ、これまでは、典型的な労働者像は比較的明確であったのであり、この点が理論的にも実務的にも深刻な問題にはなっていない<sup>4</sup>。しかし、就労形態の多様化が進む中で、労働者性をめぐる紛争は増加する傾向をみせており、労働者概念の不明確性が、理論的にも実務的にも問題として強く意識されるようになってきたのである。

第二の問題は、第一の問題とも関連するが、労働法上の保護を労働者に独占的に認めることの問題性である。これまで労働法上の保護を享受するためには、当該労務提供者が労働者に該当することが必要であったが、就労形態の多様化、あるいは労働者自身の多様化から、労働者と非労働者との間の境界線がますます不鮮明となり、労働者に労働法上の保護を与え、非労働者（自営業者など）には労働法上の保護を一切付与しないというオール・オア・ナッシングの取扱いの限界（あるいは、不当性）が問われるようになってきたのである<sup>5</sup>。

こうした就労形態の多様化を背景とした労働者性についての問題は、他の先進諸国でも共通して起こっている。特にヨーロッパでは、労働法や社会保障法が労働者の雇用について使用者側に重い労働コストを課していることから、その負担を軽減するために、使用者側が労働契約という形式を回避して、これまで労働契約関係にあった者との間で役務提供契約といった自営的な労務提供形態を採用する例が増えてきた。もちろん、自営的な労務提供形態が、労働法や社会保障法上の規制を潜脱することだけを目的としている場合には、実態に即した規制を行うということで対処することができるし、実際にそのような対応をしている国も少なくない。ただ、このように契約形式にとらわれずに実態に即した規制を行うとしても、そもそも労働者性の判断基準は不明確であり、必ずしも適切な法の適用は保障されてはいなかった。そこで、さらに踏み込んで、仮に自営業者であるとしても、労働法の規制が全く及ばな

---

<sup>4</sup> もっとも、このことが、労働者性をめぐる紛争がこれまで少なかったということの意味するものではない。備車運転手、外交員、芸能関係者、零細事業主等、特定のタイプの仕事に従事する者の労働者性については、これまでも訴訟において頻繁に争われてきた。この他、訴訟問題となるケースはほとんどないが、自営業主・家族従業員、契約労働、家内労働、テレワーク、NPO・有償ボランティア、ワーカーズ・コレクティブ（労働者協同組合）、シルバー人材センター、ベンチャー企業、インターンシップなどが、新たな労務供給形態として注目されるようになってきている。

<sup>5</sup> もちろん、非労働者にも例外的に労働者と類似の保護が認められている場合がある。例えば、家内労働者は労働基準法上の「労働者」に該当しないとされているものの、家内労働法上、一定の保護規制（最低工賃、委託契約の条件の明示、安全衛生など）が及ばされている。また、労災保険法においては、一人親方など一定の自営業者にも労災保険制度への特別加入が認められている。

いではなく、労働者に留保されてきた一部の保護は、非労働者である自営業者にも適用されうるのではないか、という考えが広がってきている。こうした考えは、単に労働者と自営業者との間の公平性や正義の要請だけを根拠とするのではなく、不正競争の防止という意味もある。

以上のような問題意識をもって、本報告書では、次のような事項について調査し分析することとした。すなわち、対象国としてドイツ、フランス、イタリア、スウェーデン、イギリス、オーストラリア、アメリカを取り上げたうえで、各国において、まず、①労働法の適用範囲の画定をいかにして行っているのか、②労働者概念は、どのような方法で定義されているのか（労働法全体に共通の労働者概念か、個別法ごとに定義されるのか、法律の明文で定義されているのか、判例に委ねられているのかなど）、③労働者性の判断基準はどのようなものか、を確認した上で、就労形態の多様化が進む中で、④「労働者」性の判断について、法律あるいは学説上、どのような対応や議論が行われているのか、特に欧州大陸法系の諸国で伝統的に労働法の中核にあった「従属労働（者）」概念に、どのような変容が生じているのか、⑤労働者性の判断基準が諸要素の総合判断となっている場合に、それに伴う不明確性の問題は生じていないか、生じているとすれば、それについてどのような対策が講じられているか、⑥自営業者（非従属労働者）であっても経済的に従属する者について、法はどのような保護を与えているか（あるいは、与えていないのか）、⑦労働法の保護規制や社会保障法上の負担を回避するためだけに形式的に非労働者とされている仮装的自営業者に対して、どのような対処が行われているのか、等の点について明らかにし、日本の法状況との比較を行うこととしたい。

なお、本報告書のキーとなる労働者概念は、言うまでもなく、各国において必ずしも同じ内容を持つものではない。とはいえ、比較法的検討をする以上、統一的な用語法を作っておく必要がある。そこで、本報告書では、各国の英文ペーパーで用いられた労働者に相当する言葉（employee, worker など）のうち、日本の労働基準法に相当するような伝統的な労働保護法上の保護の対象者を指す場合には「労働者」、経済的な従属性を考慮して「労働者」よりも拡大された範囲の者を指す場合には「就労者」という訳語をあてている<sup>6</sup>。また、労働者概念を議論する際には、自営業者も含めた、あらゆるタイプの労働に従事する者を指す概念も必要であるため、これには「就業者」という用語をあてている<sup>7</sup>。

また、本報告書では、労働者概念を広く視野に入れているものの、最終的に分析の中心とするのは、労働保護法上の労働者概念とする。以下に見るように、国によっては、労働者概

---

<sup>6</sup> 英文ペーパーの多くで用いられている“employee”には「労働者」という訳語をあてている。イギリスの“worker”は、法律上“employee”と区別されていることから、原語に忠実な「労働者」ではなく、「就労者」という訳語をあてている。これは、イギリスの“employee”の方が、日本法の「労働者」に近いとの理解に基づいている。

<sup>7</sup> 本報告書で用いる以上のような用語法の適切さには議論があるところであろう。より適切な用語法の選択は、今後の検討課題としたい。

念の議論の中心は、労働保護法上のものではなく、労働団体法上のものであるところもある<sup>8</sup>。また、労働保護法上の労働者概念を検討する上では、労働団体法上の労働者概念の議論も考慮に入れる必要があることは言うまでもない<sup>9</sup>。こうした労働団体法に関する論点は労働法全体にかかわる大きな問題であり、本報告書の射程を超えるものとなるので、今後の本格的な検討に委ねることとしたい。

---

<sup>8</sup> これは、各国において、労働法の発展の仕方に違いがあることなどに起因するものと推測され、そのような違い自体、検討に値するものといえるであろう。

<sup>9</sup> 例えば、人的従属性を欠くが経済的従属性はあるというタイプの就業者には、団体交渉や労働協約の締結などの労働団体法上の制度のみを適用すれば十分で、労働保護法上の適用対象に含める必要はないという議論も理論的には成り立ちうる。

# 第1章 ドイツ

## 第1節 法律上の定義

1. ドイツ法では、雇用契約 (Dienstvertrag, contract of service) と労働契約 (Arbeitsvertrag, employment contract) とは区別されている。もっとも、より広義において両者はともに雇用に関する契約である。両契約類型に対し適用可能なルールもあるものの、法律の大多数は労働者に対してのみ適用され得る。民法典611ないし630条の規定の多くは両契約類型に向けられたものである。しかし、民法典621条 (解約告知期間) が雇用契約に対してのみ適用可能であるのに対し、民法典622条は同じ問題を労働者のため特別に規定している。民法典611 a条, 611 b条, 612条3項, 612 a条, 613 a条, 615条3文, 619 a条, 622条, 623条といった、労働者のみに向けられた条項も存在する。

2. (1) 制定法の中に労働者の定義が存する例もある。例えば事業所組織法5条である。しかし、その規定には「この法律による労働者の意義とは」とある。それが意味するところでは、当該条文の概念には普く他の法律においても有効なものもあろうが、しかし、それ以外の概念はあくまで事業所組織法についてのみ有効であるに過ぎない、ということになる。

(2) 商法典84条では、一般に自らの業務活動と労働時間を自由に決定できる (1項2文) 独立した代理商 (1項) と非独立の代理商とが区別されている。ある法律で与えられた定義は当該法律にとってのみ有効である、とのことは法理論上共通の認識である。そのことが事業所組織法5条については受け入れられているのに対し、連邦労働裁判所 (Bundesarbeitsgericht. 以下, BAG) 及び多くの研究者は、商法典84条を一般的な類推の基礎とみなしている<sup>1</sup>。

しかし、立法者自身でさえ、商法典84条が一般的定義であるとはみていなかった。加えて、同条文は労働法で通常用いられる一般的定義とは一致していない。この条文には一般的定義とは異なる二つの条項しか含まれていないのである。

実際のところ、BAGと複数の研究者は商法典84条を類推適用していると主張するが、にも拘わらず、彼らはこの条文をまともに適用するのではなく、彼ら独自の定義に従っている。

(3) 法律上の定義は社会法典4編7条に存在する。同条文1項2文では以下のように規定されている。「就労とは、非独立の労働、とりわけ労働関係における労働である。就労の根

---

<sup>1</sup> Martinek/Semler/Habermeiner, Handbuch des Vertriebsrecht, 2. ed. 2003, §8における Wank の記述を参照。

扱は、指揮命令下の労働、及び、指揮命令を行う者の労働組織への編入である」。この定義は、労働法で一般に用いられる定義と一致している（下記第3節参照）。

1996年から1998年まで、社会法典4編7条4項には、より詳細な定義が含まれていた。7条1項2文が労働者の定義に関する通説に従っているのに対し、4項はWankによって行われた定義に従っていた。新しい定義が使用者及び研究者、政治家によって拒絶されたため、4項は1998年に削除され、社会法典4編7条の1項2文のみが残ることとなった。この定義は労働契約にも関連があるものの、一般には社会保障法のみに関わるものとされている<sup>2</sup>。

(4) ドイツでは、労働法と社会保障法は二つの異なる要素であるとみなされている。労働法は民法の一部、社会保障法は行政法の一部である。労働法と社会保障法とで、管轄裁判所が異なる。この区別に従い、労働法と社会保障法は異なる二つの労働者定義を発展させてきた。両者の関係に関しては、二つの異なる説がある。

一つの説は、両要素には二つの純粋に固有の定義があるとする。この説によれば、二つの定義は近似しているかもしれないが、それぞれが別々の要素と関連しているとされる<sup>3</sup>。

他方、もう一つのより説得的な説では、社会保障法が労働法に従っているものとされる。この説によれば、労働法とほぼ同じ人々を名宛人とすることが社会保障法の目的である。故に、内なる中核部分で労働者の定義は社会保障法と労働法とで同じである。相違があるのは周縁部分に過ぎず、それは私法と行政法の異なる論理に従ったものである<sup>4</sup>。そこで、社会法典4編7条は次のように解される。「社会保障法における労働者とは、二つの要素の違いによる相違が必要とされない限りで、労働法における労働者である」。

(5) 税法に関しても、自営業者（収入税）と労働者（賃金税）の相違が存在する。法律上の定義は存在しない。もっとも、連邦税務裁判所による定義は労働法における定義に非常に近似している。ここでの問題は、労働法と社会保障法との間のそれと同じである。税法は労働法に従っており、定義が異ならなければならない理由はない。しかし、労働法における労働者と、税法における労働者には純粋に異なる二つの定義が存在し、それらは偶然に近似しているのだ、とする有力な見解がある。

## 第2節 法律上の適用範囲

1. こうした法律上の定義が労働法の多数の法律に存することに加え、実際には定義とは呼び得ず、むしろ適用範囲規定とでもいうべき規定が存在する。そこでは、労働者は諸々の

<sup>2</sup> 青森法政論集2002年、118-138頁所収のWank論文（邦訳）を参照。

<sup>3</sup> Rolfs, Erfurter Kommentar (ErfK), 4th ed. 2004, SGB IV, sec. 7 note 2 et seq.

<sup>4</sup> Wank, Arbeit und Recht, 2001, 291, 297 et seq.

特徴によってではなく、列挙によって定義されているのである。例えば、賃金継続支払法1条2項がそうである。

「この法律による労働者とは、労働者、職員及び職業訓練中の者を意味する」。ドイツ法では、長きに亘り、ブルーカラー労働、ホワイトカラー労働を意味する現業労働者と職員の区別が存在してきた。この区別は今日では殆ど意味を持たないが、「定義」においてはなお維持されている。職業訓練中の者に関しては、職業訓練ないし職業訓練法の特殊性から区別が必要とされない限り、一般的に労働法が適用され得ることが職業訓練法3条2項によって規定されている。故に、賃金継続支払法1条2項における定義は、誰が労働者であるかの情報を実際には何ら与えていない。他の法律にも、こうした適用範囲規定が非常に多く見られる。

列挙による定義が存在するにせよ、事業所組織法5条におけるように、法律には常にその定義が個別の当該法律にとってのみ有効であることが書かれている。他の例には労働保護法2条がある。このように、労働者について言及する法律は多数あれども、それによって何ら定義は与えられていないのである（解雇制限法1条等）。

こうしたケースのすべてで「定義」が言及するのは、誰が〔適用対象者から〕除かれ、誰が含まれるかについてのみであり、労働者の基準が何であるかについての実質的な定義はなされていない。

2. この問題を考えるに当り、異なった方法論上の道筋がある。一つは、労働法に一貫した労働者の同一の定義を用いる方法である<sup>5</sup>。もう一つの方法は、全ての法律に固有の目的があることから、各法律について異なる定義があり得るとするものである。

一般的には、労働法の全部分について、同一の労働者の定義が存在している。しかし、法律によっては、その特別の目的により、些か異なる定義が必要となる可能性もある。

### 第3節 労働者定義の基準

1. BAGと研究者の多数派が用いる定義は、「労働者とは、民法上の契約を根拠として、他人に雇用されて労働する義務を負う者」とする<sup>6</sup>。BAGにより一般に用いられる定義はこれに類似している<sup>7</sup>。こうした定義からは、自営業者としての他人のため行う労働と、労働者としてのそれとの違いが明らかではない。

---

<sup>5</sup> Preis, ErfK, sec. 611 note 45.

<sup>6</sup> Preis, ErfK, sec. 611 BGB, note 45.

<sup>7</sup> 最近の判決に、2003年8月20日, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2004, 398参照。NZA 2000, 385, NZA 2002, 1412も参照のこと。

2. 実際に重要なのは、どのような下位基準が用いられるかである。BAG 自体が今日まで、定義を与えることは不可能で、全ては個別事例の事情による、と述べてきていることは注目に値する。その結果、36 (!) にも上る下位基準が、何ら優先順位や論理的序列なく考慮されねばならないこととなった。判例をまともに解すると、そこには利用可能な定義は存在せず、ただ整序されていない多数の下位基準があるのみとなる。

他方で、そのような判例を、BAG 自体の意図よりも優れて理解しようとするならば、こうなるだろう。「労働者とは、人的に従属した状態にある者である」。「指揮命令に拘束される者は、人的に従属している」。

(1) 「指揮命令への拘束」のみが重要な基準なのか、それとも、「指揮命令への従属」と「編入」の二つの基準が存するのか。この点について判例は明言していない<sup>8</sup>。

指揮命令への拘束に関し、BAG は体系的なアプローチを採ることなく、多数の下位基準をあれこれと引用している。定義の下位基準に体系を与えようとするのであれば、第二の次元で、時間、労働場所、労働内容の観点から指揮命令の間に区別がなされて然るべきである<sup>9</sup>。

ア. 体系的なアプローチをさらに進めると、例えば時間の面で、週当たりの時間、日当たりの時間、一般的な労働時間選択の自由、労働時間に関する自由の程度、といった第三の次元の存在が明らかとなる。

イ. また、労働の性質から生ずる強制（学校が8時に始まる場合、教師も8時に出勤する必要がある）と、単に使用者の組織的命令を理由とする強制との間にも区別はない。端的に言えば、労働時間に関してすら体系的アプローチは存在しないのであって、他の下位基準については言わずもがなである。労働の種類・性質については、BAG が複数の事例で、この主要な基準が重要でないとして述べていることが注目される。また、指揮命令は、いかなる道具を使うか、といった詳細のみならず、学校でいかなるカリキュラムが組まれるか、といった命令にも言及可能である。

(2) 指揮命令従属の下位基準を補完するのが、「編入」の下位基準であり、契約相手の他の労働者と協働する必要性、及び、契約相手の部屋及び機材を使用する必要性の二つに分かれる。例として、テレビプロデューサーが自営業者である場合と、労働者である場合とがあり、後者の例では、プロデューサーがテレビスタジオの組織の利用を強いられている。

---

<sup>8</sup> 両者を取り混ぜたものに BAG, NZA 2004, 398.

<sup>9</sup> BAG, NZA 2004, 398は、労働の内容、道具の準備、時間、期間、場所に言及している。

(3) この労働者定義が任意法ではないことは周知されている。契約の履行実態が状況証拠である<sup>10</sup>。

#### 第4節 定義を巡る論争

第3節で見た定義は、BAGと大多数の研究者によって一般的に用いられており、細部に違いはあるものの、一般には合意が存在している。この定義は、幾つかの州労働裁判所(Landesarbeitsgericht. 以下、LAG)や複数の研究者<sup>11</sup>によって批判されてきた。批判者達はその批判の大部分で一致しているが、オルターナティブの提案には違いが見られる。

1. 通説的定義の基本的な根拠は、それが長期に亘って用いられてきたということにある。しかし、このことですら正確ではない。過去にライヒ労働裁判所(Reichsarbeitsgericht. 以下、RAG)は人的及び経済的従属性に言及していたが、二番目の基準を、理由を明らかにすることなく放棄したのである。

2. 真剣に検討するに足る法的定義とは、「目的論的 (teleological)」でなければならない。もちろん、定義が恣意により作り出されることはあり得ない。しかしそれだけではなく、定義とは、「構成要件及び法的帰結」により構成される法的ルールの中で役割を果たすものである。ある定義は、それが法的帰結の適用のため正当化される場合に正しいと言える。例えば、最も重い刑罰である終身刑は、最も重い罪である殺人について正当化される。しかし、「指揮命令への従属」という構成要件と、「労働法が適用されるべき」との法的帰結との間に関連性を見出そうとしても、そのような関連性が明らかになることはまずないのである。ある道具を使えという命令は、その命令を受ける者が疾病時の賃金継続支払を受けるという帰結と如何に関連するのか。通説の擁護者は、これまでのところ、この重大な問題にまったく答えることができないでいる。

(1) 指揮命令への従属と、労働者を恣意的な命令から保護するという法的帰結、例えば、指揮命令は労働者の人格に配慮しなければならない、あるいは、事業所委員会との協議が必要である、といった帰結には関連性がある。労働法が職業における保護を必要とする限りで、人的従属性の下位基準は正しい。

(2) 労働者個人の生計に関する限り(疾病のリスク、老齢、労働災害、母性を考慮した規定)、労働法は人的従属性にではなく、経済的従属性と関連付けられる必要がある。故に、

<sup>10</sup> BAG, NZA 1998, 873; NZA 2000, 447; NZA 2001, 210.

<sup>11</sup> Wank, NZA 1999, 216, note 18を参照。

正しい定義とは、労働者は人的且つ経済的に従属する者である、としかかなり得ない。

3. ドイツでは、過去10年間、労働者の正しい定義を巡って激しい議論が行われてきた。それは通説の擁護者たちの勝利に終わった。しかし、方法論的な観点から言えば、そうした擁護者たちは説得的な論拠を示すことができなかつたのである。

通説擁護者の多くは、目的論的な定義を行う彼らの責任を否定している。この問題を検討した者は、批判者達は堂々巡りの議論をしていると非難している。しかし、目的論的思考を誤った思考と取り違えることは、基本的な法的論理の欠如を示すものである。

## 第5節 定義の問題を回避するにはどうすればよいか？

1. 通説の批判者、そして以前の社会法典4編7条の目的の一つは、目的論的アプローチに加えて、「操作的定義 (operational definition)」を与えることにあつた。労働者の定義を巡る論争で示されたように、通説擁護者達は、彼らがこの10年の間、何ら効果的な基準を生み出し得なかつたことを恥じるどころか、定義の実用性を何ら顧慮していないことを誇りにすらしているのである。

2. 操作的な定義を得ようとするならば、人的従属性に加え、経済的従属性にも言及し、基準、下位基準、下位・下位基準と進んでいく必要がある。批判者によって作り出された新しい定義は、経済的な従属性に言及する。経済的に従属している者とは、

- ・他人の助けなしに、
- ・自らの資本、若しくは自らの組織なしに、
- ・一人の契約相手のためにのみ働く者である。

こうした基準は、かつて社会法典4編7条にも挙げられていたのだが、現在は削除されてしまっている。

これらは形式的な基準であるため、労働法の考えによっては意図されていない結果に至る可能性がある。故にこの基準は、

- ・チャンスとリスクの組合せ、

という目的論的思考によって制御され得るのである。

その意味は、労働者が経営者的決定を行い得るとすれば、その者はより多くを稼ぐチャンス有するが、一方で稼ぎが減るリスクも負う、ということである。故に、もう一つの基準が加えられなければならない。それは、

- ・その者が自らの計算で働いている、

ということである。

目的論的、操作的という定義への二つの要求に関する限り、論争によって以下のことが明

らかとなった。

- ・これまでのところ、通説の擁護者達は、指揮命令への従属と労働者の生計を保護する法との目的論的結合を証明することができなかった。
- ・彼らが言及する「指揮命令」は、如何なる性質の命令をも含む。目的論的思考は、少なくとも生計の保護に関わる限り、経営者的な指揮命令のみを問題とする。
- ・通説の定義は、諸々の基準の重点や数に関していえば何ら助けにはならず、操作的定義を全くもたらししていない。
- ・「経営者的リスク」の基準は、不確定に過ぎるといわれる。しかし、通説は如何なる性質の命令であれ受け入れている。新しい定義は、経営者的リスクと結合する経営者的自由の対照として、経営者的指揮命令を問題としているのである。それは眼が向けられるべき方向を指し示すものであり、それ故、通説よりも確実性において劣ることはない。
- ・「経済的従属性」と「経営者的リスクとチャンス」は、契約外の事情に言及しているとする非難がある。この非難は、意図的な誤りのある引用に基づく。経営者的リスク及びチャンスとは、契約自体によって与えられた事柄であることが、これまで常に論じられてきている。
- ・最後に、新しい定義は労働者類似の者という第三のカテゴリーを省いていることから、労働法の法体系に反するとの非難があるが、こうした非難こそが、論理及び正確な引用の基本に反するものである。もちろん、新しい定義によっても労働者類似の者は存在する。ただし、新しい定義によれば、誤って自営業者とされている者が労働者に含まれることから、単に労働者の数が通説による場合よりも増えるというだけのことである。結論として、労働者類似の者の数は減ることになる。

## 第6節 「労働者類似の者」

ドイツ労働法には、自営業者と労働者との基本的な区別が存在する。多数の保護法が労働者のために存するのに対し、自営業者は、一般的な考えによると自分で自分に配慮しなければならない。しかし、自営業者のカテゴリーについて「労働者類似の者」とその他の自営業者の区別がある<sup>12</sup>。

1. 労働者類似の者は、労働協約法12 a 条、労働裁判所法 5 条 1 項 2 文、連邦年次休暇法 2 条 2 文、労働保護法 2 条 2 項 3 号、就労者保護法 1 条 2 項 1 号といった少数の法律で言及されているに過ぎない。

これらの法律は、労働者を名宛人とする際、そこに労働者類似の者を含めている。それら

---

<sup>12</sup> Frantziach, Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht, 2000; Neuvians, Die arbeitnehmerähnliche Person, 2002; Schubert, Schutz der arbeitnehmerähnliche Person, 2004参照。

が定義として用いるのは「経済的従属性」である。

2. 上記に加えて、労働者類似の者の特別のカテゴリーが特別法に存在する。

(1) 家内労働者についての特別法がある。注意が必要なのは、同法の適用可能な者が殆ど存在しないことである。例えば、テレワーカーは同法によってカバーされていない。

(2) 一つの企業のためにのみ低収入で働く代理商について商法典92 a 条が存在し、また、労働裁判所法5条3項により労働裁判所に訴えを提起することができる。

(3) 問題は、上掲の例に加え他の法律において、労働者類似の者が如何に定義され得るかである。

ア. 操作的な定義を含意する実際の（唯一の）定義が労働協約法12 a 条に存する。同条は、労働者類似の者が自営業者であるにも拘わらず、労働協約の締結を彼らに認めている。実際には、この規定は、放送局、新聞社及び芸術分野で働く者に向けられたもので、この分野にしか労働協約は存在しない。

ここで労働者類似の者は以下のように定義されている。

- ・雇用契約を基礎として、
- ・一人の他人のために働く、もしくは一人の者から収入の半分以上を得ており、
- ・自分自身で、他人の助け無しに働く者。

労働協約法12 a 条から明らかとなるのは、経済的従属性が操作的定義に変換可能ということである。しかし、この定義は特別に労働協約法に向けられたもので、他の法律のために用いることはできないことも周知である。

イ. 故に、労働者類似の者を一般的に如何に定義するか、という問題は残されている。仮に通説の擁護者が定義を与えるならば、それは次のようになる。

- ・労働者とは、人的に従属し、経済的に従属していない者である。
- ・「労働者類似の者」は経済的に従属している者である。

これは明らかにおかしい。この説によると、「労働者類似の者」には労働者と共通した何らかの基準があるが故に、同じ法律で労働者として規制されるのだが、定義によれば、労働者は経済的に従属していないため、経済的従属はそうした共通の基準となり得ないのである。

人的従属もまた、比較可能な基準ではあり得ない。労働者類似の者は、一般に受け入れられているように自営業者であり、人的に独立しているからである。つまり、以下のようなおかしいことになる。「労働者類似の者」は労働者に似ている。その理由は、その者が労働者

自体にはない特別の基準を有するため、また、その者が労働者の有する基準を欠くため、である。

体系的な図式を描くためのオルターナティブは、以下の通りである。

「労働者」：人的に従属し、経済的に従属している。

「労働者類似の者」：人的に独立しているが、経済的に従属している。

「その他の自営業者」：人的及び経済的に独立している。

これはおおまかな図式に過ぎない。実際に問題となるのは、従属しているか、独立しているかではなく、従属性が高いか低いかである。

3. 上で言及した法律以外に、労働者類似の者のために存在する特別法はないため、類推によって適用され得る法規もあり、そのことはBAG及び研究者によって受け入れられている。

## 第7節 非営利組織での就業者，及びアンペイドワーカー

非営利組織のための特別の労働法は存在しない。使用者は、少なくとも一人の労働者を雇う者と定義されている。そのため、この問題へのアプローチは、労働者の定義から始める必要がある。

労働者の定義で、その者に金銭を得る意思のあることが不可欠の基準であるか否かについては議論がある。私見では以下の三点の問題がある。

- ・どの程度まで労働法の適用範囲が及ぶか。それは、労働者に報酬を稼ぐ意思がないとの事実を拠るのか。例えば、億万長者の女性が、企業で働くことを知りたいと考え、給料を要求しない場合、彼女は健康と安全に関わる労働保護法を不要とすることが可能であろうか。育児休暇はどうだろうか。あるいは解雇からの保護は。労働法が強行法であり、雇用されている者の個別的な事情には、客観的方法であれ（その者が別の収入を得ているかどうか）、主観的方法であれ（その者に報酬を稼ぐ意思があるかどうか）関与しないことについて、ほぼ全ての研究者が同意している。
- ・第二の問題があり、この二つは混在されてはならない。雇用されている者が金銭を得ていない分野で、労働法から除外されている分野はあるか。これは特に宗教的組織で働く者の問題である。例えば、赤十字の看護師は、僅かな給料のため、あるいは全く給料を得ずに自らの信仰を理由に働いている。果たして労働法が干渉すべきだろうか。これまで、赤十字看護師について四例がBAGによって扱われてきた。それぞれの事件で論拠は異なっている。このことから、BAGはこの問題に関するコンセプトを持たないことが分かる。これは法の二つの分野が同時に作用する問題である。
- ・アンペイドワークは、雇用された者が金銭を稼ぐのとは別の目的のために働くという特

殊な状況で受け入れられる可能性がある。典型的な状況は職業訓練である。その者達は、労働者と比べ相当僅少ではあるが金銭を稼いでいる。労働法の大部分の分野で、彼らは労働者と等しく扱われる（職業訓練法等を参照）。別の種類には、社会保障法、社会法典5編74条におけるいわゆる「編入関係」、あるいは実習生がある。

#### 【参考文献】

通説を支持する研究者の見解については、労働法の一般的教科書を参照のこと。

Wank によって展開された別の定義については、Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988; Freie Mitarbeiter und selbständige Einzelunternehmer mit persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit, Hrsg. Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, 1997; Wank in Blanke u. a., Handbuch Neue Beschäftigungsformen, 2002, p. 1 et seq.; Die “neue Selbständigkeit”, Der Betrieb 1992, 90; Telearbeit, NZA 1999, 225; Ridefinire la nozione di subordinazione?, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali 86 (2000), 334; § 7 Abs. 1 und 4 SGB IV, AuR 2001, 291; 327 (ロルフ・ヴァンク「社会法典第4編第7条第1項および第4項の改正と社会法および労働法上の残された問題点（下）：新规定の個別問題」『青森法政論集』, 2002年, 118-138頁も参照）。

## <第1章（ドイツ）解題>

### 1. 問題の所在

雇用形態の多様化に伴い、労働法の役割は如何にあるべきか。現代の労働法学、労働法政策が抱える重要な問題である。近時、日本でも議論の対象となっている契約労働<sup>1</sup>の問題もまた雇用形態多様化の一つの現れであり、そこでは、自営業者と労働者の間のグレー・ゾーンに位置する就業者に対し、労働法を適用すべきか否か、乃至、どの程度まで適用すべきかが議論の対象となっている。この点で、歴史上早期から近代的な労働・社会保障法制を発展させてきたドイツでは、労働法の適用対象者たる「労働者」の定義を巡る議論が絶えず行われてきており、近年も、「契約労働」者のドイツ版とも言える、いわゆる「新自営業者」の増加を受け<sup>2</sup>、かかる就業者に対する法的な保護の有り方を巡って活発な議論が行われている<sup>3</sup>。

Wank 教授は、近年のドイツにおける労働者概念論の中心的役割を担ってきた研究者であり、この問題に関して多数の論考を発表してこられた。Wank 教授による本論文もまた、労働者の定義に関わるドイツの法制、判例、学説を検討し、問題の在処を指し示すものとなっている。

### 2. ドイツにおける「労働者」概念

Wank 論文で述べられるように、ドイツでは、労働法の適用対象者である「労働者」(Arbeitnehmer) に関し、制定法上、明確な定義は存在せず、ある就業者が労働者に該当するか否かの判断は、司法に委ねられてきた。労働者の法的な概念については、労働法確立期のワイマール時代より議論の対象となっており、その主な争点は、労働者とは、労務の提供に当たって特定の契約相手との経済的な従属関係にある者か、それとも人格的な従属関係にある者かにあった。この時、労働者に労働法上の保護が必要とされる根拠が「労働者の人格に関わる従属性」にあるとし、経済的従属性は労働者の定義にとって不可欠ではないとする見解が通説的立場を占め<sup>4</sup>、ライヒ労働裁判所もまた、労働関係の存否に関し経済的従属性は決定的ではないとの判断を示すに至った<sup>5</sup>。このように、労働者性の判断基準を人的従属

<sup>1</sup> 例えば、鎌田耕一編『契約労働の研究』（多賀出版、2001）を参照。

<sup>2</sup> Vgl. P. Frantziach, *Abhängige Selbständigkeit im Arbeitsrecht*, 2000.

<sup>3</sup> ドイツの労働者概念に関する包括的な研究文献として、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)」『法学協会雑誌』119巻4号～120巻11号を参照されたい。

<sup>4</sup> A. Hueck/H. C. Nipperdey, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 1. Aufl. 1927, S. 25.

<sup>5</sup> RAG 15. 2. 1930, ARS 8, S. 452.

性に置く見解は、第二次大戦後の労働法学説及び連邦労働裁判所（BAG）判例によっても継続的に発展させられてきた。

#### （１）制定法上の手がかかり

1953年8月6日のドイツ商法典改正の際、同法84条1項2文に、代理商の独立性の定義が「本質的に自由に自らの業務を行い自らの労働時間を決定し得る」と定められた。同条2項で、独立せずに契約の代理業務を行う者が「(ホワイトカラー)労働者 (Angestellter)」であると定義されていることから、同条1項2文に示された「独立性」が認められない者は、法的には労働者である商業使用人となる。この条文は「自営業者 (Selbständige)」一般に関する規定ではないが、BAGはこの条文を労働者性の判断事例において一般的に引用している。とはいえ、この条文の定義で十分というわけではなく、BAGは判例の中で種々のメルクマールを示している。

#### （２）指揮命令拘束性

「人的従属性」の存在を肯定するメルクマールとして判例が挙げるのは、「労務提供における指揮命令への被拘束性」である。判例及び通説によると、労務の提供者が、労務提供の「時間」、「期間」、「場所」、「内容」、「実施方法」等に関して労務受領者の指揮命令権に服していることにより人的従属性が示される。

#### （３）事業所への編入

加えて、判例では、ある者が他人の事業所組織に組み込まれた状態で労働を提供すること、すなわち「事業所への編入」もまた、労働者性を肯定するメルクマールとされている。

#### （４）労働者概念の適用

以上のような判例法上の労働者概念は、各労働法規に共通の統一的概念として用いられている。社会保険法上の労働者概念も基本的に労働法上の労働者概念と一致している。また、裁判所における労働者性の判断において重要なのは、現実の就業実態如何であり、当事者が選択した契約の形式は決定的ではない<sup>6</sup>。

### 3. 通説判例の問題点と新定義の提唱

上述のような判例・通説上の労働者の定義に対し、問題点の指摘も行われてきた。Wank論文にもあるように、その要点は以下の二点にまとめられよう。第一に、判例が示すところ

---

<sup>6</sup> 柳屋孝安「ドイツ労働法における被用者概念と当事者意思」『同志社法学』54巻3号448頁以下参照。

では、労働者性が肯定されるために如何なる事実・徴表が認められればよいのかが明確ではない。第二に、労働法の中で、労働者の経済的保護を目的とする法律<sup>7</sup>については、それがもたらす帰結と、適用の前提、すなわち労働者の「人的従属性」、乃至、人的従属性から生ずる労働者の要保護性との間に関連性が見出されない。

こうした問題点を解消するため、Wank 教授は、労働法の役割を、労働者の使用者に対する経済的従属関係から生ずるリスクの保護に求め、その上で、経済的に従属した「労働者」の定義を、①他人の助けなく、②自らの資本ないし組織なしに、③一人の契約相手のためにのみ働く者で、④経営者的な自由が行使できない者、とした<sup>8</sup>。

Wank 教授による新定義はドイツで大きな反響を呼ぶこととなったが、積極的な評価を受けた要因の一つには、いわゆる「新自営業者 (Neue Selbständige)」の問題があったといえる。ドイツで増加している貨物運転手、デパートの販促員、保険外交員といった新自営業者の特徴は、就業実態において特定の契約相手に対し経済的に依存する関係が見られ、稼得の面でも労働者と類似した状況にあるにも拘わらず、指揮命令拘束性の存在が確定し難い点にあり、従来の判例通説の定義では労働者性が必ずしも認められるとは限らないが、しかし上記の新しい定義によるならば、より多くが「労働者」とされ、労働法・社会保険法の保護を享受し得るものと予想されている。その一方で、現行法制との整合性や論理一貫性の観点から、新定義に対する批判も見られる。下級審には新定義の提示するメルクマールに従い労働者性判断を行った裁判例も存するが、BAG は従来の判断基準を原則として変更していない。また、社会保険法の分野で、被保険者確定のための「就労」概念を規定する社会法典第 4 編 7 条の 4 項<sup>9</sup>に、Wank 教授流の新定義に基づくメルクマールが立法化されるに至ったが、その後の法改正により、その内容は削除されている。

#### 4. 労働者類似の者

ドイツの労働法では、制定法の上で「労働者類似の者 (Arbeitnehmerähnliche)」のカテゴリーが設けられ、一部の労働法規の適用が認められている。人的従属性を決定的要素とする労働者概念の成立と相俟って、1926年制定の労働裁判所法 5 条 1 項 2 文には、「家内工業従事者およびその他の労働者類似の者」を労働者と同視する規定が設けられた。現行の1953年労働裁判所法の同条同項によれば、労働者類似の者のメルクマールは「経済的非独立性」とされている。この他、労働者類似の者に対する適用がある労働法規には、1963年連邦年次

<sup>7</sup> 例えば、労働者が疾病等を理由に労務を提供できない場合でも、一定期間、使用者に賃金支払を義務付ける賃金継続支払法や民法典616条などの他、労働関係であれば保険料の使用者負担が義務付けられる各種社会保険法も労働者の経済的保護を目的とするものと考えられている。

<sup>8</sup> Vgl. R. Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988; ders., Die "neue Selbständigkeit", DB 1992, S. 92ff.

<sup>9</sup> 事業主が労務の提供を受ける者を「就労者」として社会保険主体に届け出なかった場合であっても、当該就業者が同項に挙げられた五つのメルクマールのうち三つに該当すれば、「就労者」と推定されることが定められていた。

休暇法、および1974年労働協約法、1994年就労者保護法（セクハラ防止法）、1996年労働保護法がある。労働協約法12 a 条では、労働者類似の者について「経済的従属性があり、労働者と比肩しうる程度に社会的要保護性のある者」との定義がなされている。

その一方で、こうした第三の категория が存在するにも拘わらず、かかる就業者に対する保護が十分ではないとの指摘もある<sup>10</sup>。労働者類似の者に適用され得る実体法は、休暇法、協約法、セクハラ防止法、労働保護法のみであり、労働協約法に関しては、労働組合が組織化されている職種であれば実質的な保護を享受しうるが、そうした社会的基盤がない場合には現実的効果に乏しい。先述の「新自営業者」について、まさにそうした未組織化の問題が指摘されている。Wank 教授による新定義のように、経済的従属性のある自営業者に労働法・社会保険法一般の保護を広げる労働者定義のあり方が期待される背景もそのあたりに求められよう。

## 5. まとめ

以上、Wank 論文を踏まえ、ドイツでの労働者概念を巡る状況を概観し、日本における労働者概念のあり方と比較すると、その特徴は、①労働法一般（実質的に社会保険法も）に統一的な労働者概念が用いられていること、②労働者性は人的従属性の存在に基づき、経済的従属性は不可欠ではないこと、③労働者と自営業者の中間に労働者類似の者の categoria が存すること、にある。すでに見たように、ドイツでも雇用形態の多様化に伴い、人的従属性が確定し難い就業者に対する保護のあり方が議論されているが、これまでのところ、統一的な労働者概念を維持しつつ、個別法規の規制目的に応じ労働者類似の者への適用を個々に規定することで対応が図られており、判例における（特に経済的従属性ないし経済面での要保護性を加味した）労働者概念の柔軟化には慎重な姿勢が見られる。そのため、労働法の労働者類似の者への適用が現状で十分であるかどうかについては検討の余地があり、かかる「自営業者」に対し、安定した収入、職場の確保や、疾病、災害等のリスクからの保護を如何に行うか、立法による労働者定義の見直しを含め、議論されている状況にある。

---

<sup>10</sup> Frantziach, op. cit., S. 97ff.

## 第2章 フランス

### 序

フランスの労働法は「労働者」という法的地位を定め、労働契約の存在によりこれを決定している。「労働者」という地位には非常に手厚い法的保護が与えられ、労働契約の存否は労働法上、中核的な問題となって、法廷でも頻繁に争われている。

労働法の適用範囲の問題が近年フランスで盛んに議論されてきたことには、少なくとも二つの理由が考えられる。第一に、労働法の適用の基準、すなわち労働契約の存在の基準がこの十年で大きく発展してきていること。第二に、伝統的な「支配従属関係」の基準が的確かどうかの議論と共に「準従属関係 (para-subordination)」という概念が議論されていることである。この議論は、労働法と密接に結びついている社会保障の適用範囲の観点からも、とても重要と言える。

以下では、次の事柄を論じていく<sup>1</sup>。

1. 全体的背景：企業内での権力関係の変化
2. 労働法と社会保障法
3. 労働者概念
4. 労働法の適用範囲の拡大

### 第1節 全体的背景：企業内での権力関係の変化<sup>2</sup>

労働法の適用範囲は「従属関係」に基づく。しかし、この基準は既に数十年来、雇用関係における全ての支配関係を表すのに十分ではない、との指摘を受けている。従属関係が意味する、いわゆる「垂直的な (vertical)」支配関係そのものが強く疑問視されているのである。ネットワークの発達も、企業間の法的独立性から見て、こういった流れのひとつの現れである (例えばフランチャイズ契約の当事者間の独立性)。フランチャイズ加盟店主が労働法の適用を受ける可能性はあるか。このような場合、実質的な支配従属関係というよりは、経済的な従属に基づいている。もう一つの変化は、企業内での権限の配分である。労働者が組織に完全に支配され、意思決定が殆どできないような伝統的な企業モデルは今日では見直されつつある。現在では、組織内でも個人意思により重みを持たせる企業モデルが発達してきて

---

<sup>1</sup> 以下で引用する殆どの事件は、Legifrance のサイトで参照できる。www.legifrance.com/.

<sup>2</sup> 以下の点はアラン・シュピオ教授によって指摘されていることである。A. Supiot, *Les nouveaux visages de la subordination*, Droit Social, 2000, p. 131; same author, *Au-delà de l'emploi, transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, 1999参照。

おり、その点では今日の企業は人的資源と個々人の能力により強く依存しているのである。

労働者により自主性を持たせるということは、企業内の権力がより分散されることになり、伝統的な従属関係を崩すこととなる。このことは、「従属労働」と「非従属労働」の境界線が定めにくくなっていることをも示すものである<sup>3</sup>。一方では、労働者はもはや、垂直的な経営組織の中で支配される、自主性のかけらもない構成員では必ずしもなくなる。また一方では、「非従属（独立）」の労働者は必ずしも全て自由に決定できる労働者ではなくなっている。つまり、従属労働者と非従属労働者の双方に適用できる法律に関する議論が生まれてきている。

特にシュピオ（A. Supiot）教授も指摘する大きな問題として、保護規定、少なくとも社会保護に関する規定を自営業者にも適用する必要性がある。自営業そのものが一様ではないため、この問題は複雑だが、全ての自営業者の持つ共通点として、業務活動のリスクを自分自身で負っているということがある。このことはまた、長い間、自営業者達が社会保障を適用されてこなかった理由かもしれない。社会保障はいわば従属の見返りとして捉えられてきたのである。

しかし、このような社会保障の捉え方は、制度が一般化する動きと共に薄れてきている。イギリスのように社会保障が普遍的な制度であるところでは、これも当然のこのように思えるであろうが、フランスのように社会保障が雇用関係に基づいて築かれているような国では、これはそんなに簡単なことではない。しかしこのような国でも、ある特定のリスク（疾病、老齢等）に関する保障は一般化されているのである。このことは、ある種の「非従属」労働者のために新たな制度を作るか、或いは既にある制度を「非従属労働者」にも適用を拡げることによって実現された。

一つ注意しておかなければならないのは、欧州共同体レベルでの社会保障上の「労働者」概念は支配従属関係に基づいていないということである。すなわち、自己の労働によって生活し、自国において保険に加盟している者を指す<sup>4</sup>。

次に、「労働者」概念について、労働法と社会保障法の間を見たい。

## 第2節 労働法と社会保障法

ここでは、前提となる注意を二つ述べた後、社会保障制度の全体的枠組みを示す。

### 1. 前提

フランスの社会保障制度は雇用に基づいており、従って歴史的に社会保障の適用も雇用契約の存在によって決定されてきた。このことは、社会保障法の規定に特に明示されていない

<sup>3</sup> 前掲注2，シュピオ書参照。

<sup>4</sup> G. Lyon-Caen, *Le droit du travail non salarié*, Paris, Sirey, 1990参照。

が<sup>5</sup>、従属関係に関する議論は労働法にとって重要であると同様に社会保障法にとっても重要だということを意味する。

従属関係の定義は労働法でも社会保障法でも同じであり、破毀院<sup>6</sup>もこの問題に関し、頻繁に、労働法及び社会保障法の規定に言及している。

しかし、雇用契約に基づかない例外的な社会保障制度が二つ存在する。

第一に、労働者が受けられる保護は、その家族も受けることができる（フランス法でいう「被扶養者（ayant-droits）」であり、厳密には家族とは別の概念）。「被扶養者」は、息子、娘、配偶者、又はパートナー協定<sup>7</sup>を結んだ相手を指す。

第二に、上で述べた全体的背景により、社会保護の範囲を労働以外の基準に広げることとなり、「疾病に対する住民皆保険（couverture maladie universelle- CMU）」という一つの重要な制度が誕生した。これはフランスに安定的に居住する全ての者に適用される疾病保険である。雇用状況に関係なく、フランスに住む全ての者に適用し、フランス社会から社会的排除をなくす努力の一環である。

## 2. 社会保障制度の概要

フランスの社会保障制度は二つのタイプに分類できる：一般制度と部門別制度である。

### (1) 一般制度

一般制度は圧倒的に適用範囲が広く、四つの制度から成る。

- ① 疾病、母性、障害、死亡
- ② 老齢
- ③ 労働災害と職業病
- ④ 家族

原則として、一般制度の適用には雇用契約の存在が条件となるが、これには二つの例外がある。

第一に、家族給付は雇用契約がなくても受給できる。

第二に、疾病皆保険（上記 CMU）は保護の範囲を拡張し、フランス国内での居住のみを適用の基準としている。滞在が違法であることのみがこの例外となる<sup>8</sup>。ここで注意しなければならないのは、この保険の場合、給付は治療にかかった費用のみに限定される（現物給

---

<sup>5</sup> 社会保障法典 L 311-2 条「以下の者は、その年齢に関わらず、老齢年金を受給している場合でも、また国籍、性別、雇用労働者であるか否かに関わらず、一人の、又は複数の雇用主のために労働する場合、また、報酬の額、性質に関わらず、そして契約の形態、性質、効力に関わらず、強制的に社会保険に加入するものとする。」

<sup>6</sup> 民事事件に関する最高裁判所。

<sup>7</sup> これはフランス家族法における一種の「革命」である。二人の未婚の個人同士（同性であってもよい）の契約により、社会保障法、租税法等における幾つかの権利を付与する。

<sup>8</sup> CMU は、それ以外の制度（一般制度、ないし特別制度）による保護を受けられない人に、フランスでの居住のみを要件に適用される。

付) ことである。つまり、治療期間中の賃金損失を補填するための給付は、CMU の場合支給されない。これは、これらの給付が労働者（つまり雇用労働者）を対象として策定されたからである。

## (2) 部門別制度

幾つかの職業（例えば農業）は、その職業特有のいわば「部門別」の制度を設けている。これらの制度に関して興味深いのは、雇用契約と関係なく適用されるということである。もともと、職業組合に基づいた制度（「コーポラティスト」）であったため、部門に属しているかどうかは基準となるのである。

これらの例外を除き、社会保障法及び労働法の適用範囲は労働者概念に基づいている。

## 第3節 労働者概念

これらの例外を除き、労働法及び社会保障法の適用範囲は労働者概念によって決定される。もっとも、これは労働者そのものの定義というよりは、雇用契約の定義として論じられる問題である（この違いは専ら形式的なものであるが）。

まず、前提として三つのことを指摘しておこう。

第一に、雇用契約の形式上の効力に関し、書面が必要かどうかという議論がされている。原則的に、契約法により、契約が有効であるためには書面は必要ではない（フランス法において、書面は労働法以外の幾つかの限定的な例外を除き、専ら証拠に関する要素である）。労働法もこれに従い、EU 法では要件<sup>9</sup>となる書面は、フランス法では効力に関わる要件にならない。特定の契約に関する多数の例外があるにはあるが、これらも契約の無効にはつながらない。例えば、有期雇用契約は、書面を正しく交わしていない場合、無期契約とされるが、無効にはならない。

第二に、雇用契約の定義は制定法で定められていない。判例法によって発展した経緯により、多様な雇用関係に柔軟に対応できる定義となっている。しかし、この柔軟性は逆に、「法の安定性」の面から批判の対象となっている。1994年2月11日の法律<sup>10</sup>が、「自営業者」として商業登録している者は自営業者であり労働者ではないとの推定<sup>11</sup>を導入したことは、そういった批判の一つの現われである。最近、労働法改正の具体案を出すために形成された専門家グループが、従属関係を含めた労働契約の定義を労働法典に加えることを提案した<sup>12</sup>。この提案の主たる目的は法的安定性であることは間違いない。

<sup>9</sup> EU 指令91/533/CE, 1991年10月14日採択。

<sup>10</sup> 労働法典L120-3条。

<sup>11</sup> 幾つかの登記簿がある（商業企業登記簿、職業登記簿,等々...）。

<sup>12</sup> Rapport de Virville, proposal n°21参照。www.travail.gouv.fr/pdf/rapdeVirville.pdf。

第三に、契約の名称は当事者の意思によって決定されるのではない。雇用関係の存在は、当事者が表明した意思、または契約の名称によって決定されるのではなく、労務が提供される具体的条件によって決定されるのである<sup>13</sup>。これは、法的地位そのものがフランス労働法において大いに発見的であるからである。法的地位は、契約とは違い当事者の意思によらない。この法的地位の考え方が、労働法と社会保障法において労働者概念が同一であることを説明する要素でもある。それは、この定義にそれぞれが寄与しているからである。

雇用契約とは、ある者が他の者に労働を提供し、報酬を得て、自らをその者の支配下に置くことと定義される。

つまり三つの要素を含む。労働の提供、賃金の支払い（無報酬で労働を提供している者は労働者ではない）、そして最も重要な基準は支配従属関係であり、特別な注意を要する。

フランス労働法を理解する上で鍵となるのは、20世紀初頭に盛んであった、従属関係が経済的従属なのか、それとも法的従属関係（契約上の従属関係）なのか、という議論である。今でも純粋な経済的従属関係に移行してはいないものの、判例の分析により、裁判所は契約条件のみでは労務提供の実態を必ずしも示すことはできないと判断し、この分析だけに留まっていなかったことが判る。従属関係の分析は事実に基づいており、雇用関係の実態の分析を行っている。裁判所は、使用者が労働者の労務提供に及ぼす支配統制に関わる複数の要素を考慮している。このような具体的なアプローチが確立されたのは、1996年の社会保障に関わる破毀院判決以降である。1996年11月16日の判決<sup>14</sup>で、フランスの最高裁判所は初めて、従属関係を定義付ける要素を列挙したのである。従属関係とは、「使用者の下での労務の提供であり、使用者は命令・指示を出す支配権を持ち、労務の遂行を管理し、部下の規則違反を制裁する」状況を指す。

フランス労働法は経済的従属を認めたわけではないが、20世紀の傾向は、従属関係を拡張的に解釈するものであった。特に70年代は、他国で使用されている「統合テスト（integration test）」に対応する新しいアプローチが採り入れられた<sup>15</sup>。ある労務提供者を労働者と判断するには、その会社の組織に統合されていること、つまり、労働時間、場所、労働に使用する道具、といった全ての労働条件が組織内で決定されていることが必要となる。この基準により、医師、家事使用人、プロのスポーツ選手、弁護士といった職種の人達にも時には労働法の適用が認められるケースが出てきた。

しかしこの拡張的傾向は、1994年に労働法典にL120-3条が追加され、ある推定が導入されたことによって緩和された。それは、商業登記に登録<sup>16</sup>されている者は労働者ではないとの推定である。この推定は、労働者が使用者の恒常的従属下にいることを証明することによ

<sup>13</sup> 破毀院1983年3月4日判決、www.Legifrance.com/参照。

<sup>14</sup> 破毀院1996年11月16日判決、www.Legifrance.com/参照。

<sup>15</sup> 本報告書、第5章イギリスを参照。

<sup>16</sup> 及びその他の登記も含む。

て覆せる。破毀院による従属関係の定義は、このような展開の下で構築されたのである。破毀院は、従属関係に関する基準を定めるに留まらず、統合テストの適用も労働条件が一方的に使用者によって決定されている場合に限っている<sup>17</sup>。

判例法によって定義された従属関係の概念は、純粋な経済的従属性を労働法の範囲の外に置いていたが、立法によって経済的従属性が部分的に採り入れられた。

#### 第4節 労働法の適用範囲の拡大

労働法典はその適用範囲、或いは一部の規定の適用範囲を、労働契約の条件を満たさない労働者にも拡張する規定を設けている。

具体的には二つの手法が用いられている<sup>18</sup>。

第一の手法は、契約自体を法によって労働契約と定める方法である。第二は、ある特定の職種の者を労働者に準じて扱うという手法である。最初の方法では、法により労働者と認定される。第二の方法では、「労働者」ではないが労働法の保護を部分的に享受できる。いずれの場合でも、目的は従属関係の条件を満たさない者に労働者として享受できる保護を拡張適用することである。

##### 1. 法定雇用契約関係

法の介入なしには、記者、アーティスト等は従属関係下にあっても、本来、自営業者として扱われる。しかし、完全な従属関係がないにも関わらず（これはこの職種の全員に当てはまることではないが）、労働法は、この者達の使用者への従属度を考慮することとしている。これは保護する意味だけではなく、不安定な状況の改善をも目的とした介入である。これらの労働者は「法定労働者」とも呼ばれる。フランス法は、総合的なアプローチから第三の労働者のカテゴリーを作るということをせずに、それぞれの対象となっている職種に関する個別の規定を設ける方法を採用したのである。

###### (1) 営業販売員 (Sales representatives)

営業販売員に関しては、労働者と推定される要件は伝統的な労働契約とあまり変わらない。

労働法典 L 751-1 条により、営業販売員（フリーの営業販売員）と「使用者」との間で交わされた、営業活動を対象とした契約は、幾つかの要件を満たす場合、雇用契約と推定され（専属的で恒常的な営業活動、自己の利益のために営業を行っていないこと、地域の特定、...）、これは覆せない。

---

<sup>17</sup> 上記破毀院1996年11月16日判決。

<sup>18</sup> このアプローチの違いに関しては、A. Jeammaud, *L'assimilation de franchisés aux salariés*, Droit Social, 2002 p. 158.参照。

## (2) 記者 (journalists)

記者に関する要件は、より特有である。労働法典L 761-2条により、(記者活動が)「主たる、日常的な、有給の」職業活動であり、その者の「収入の大部分」を占める場合と規定している。本規定は更に、「一つの、又は複数の日刊紙、或いは週刊誌において定期的に提供される労務」としており、突発的な記者活動の場合は排除される。

記者が自己の決定に基づき自由に記事の題材を選択し、上司からの指示、指令、命令を受けない場合、裁判所はこの推定を覆すことができ、その場合、通常の従属関係に関する要件が適用される<sup>19</sup>。

## (3) アーティスト、モデル (Artists and models. 労働法典 Art. L 762-1 条)

アーティスト、及びモデルに関する推定は、従属関係の概念からは大分違ってくる。報酬の額、条件、当事者間の契約に関わらずその推定は適用され、また本人が自由にその芸を表現し、使用する道具の全部又は一部を所有し、一人又は複数のアシスタントを使用しているも、本人がその演技又は演奏に参加してさえいれば、推定は適用される。

モデルは、モデルとしてのパフォーマンスにおいて完全に自由であっても推定は適用される。

## 2. 労働者と同等視される者

経済的従属関係に基づき、労働者にはならないが労働者と同等視される者もいる。経済的従属性を従属関係の代替基準とすることに裁判所は抵抗しているが、限定的でも経済的従属性を認める労働法典のこれらの規定によってこのような裁判所の姿勢は制限されることとなる。しかしここでは(上記1.とは違い)、対象者を労働者として扱うのではなく、契約も雇用契約にはならない。

### (1) 労働法典L 781-1 条以下

労働法典のL 781-1 条以降の規定により、一部の経営者に労働法典が適用される。その基準は主に経済的側面であり、ある特定の支配的企業との専属的、或いはそれに近い業務提供、そして支配的企業による強制的価格設定である。これらの規定により、純粋な従属関係が存在しなくても労働法典が適用される。適用される事業は、例えばガソリンスタンド事業者、ライセンス保持者、独占的販売代理店、そして最近ではフランチャイズ加盟店等である<sup>20</sup>。

ここで注意しなければならないのは、上述の法定労働者とは違い、ここでは対象者を労働者と同等視するだけで労働者としての法的地位を与えるのではないため、労働法典全部が適用されるのではないということである。この点に関して、これらの対象者は、通常の判例法

<sup>19</sup> 破毀院判決1989年2月9日, [www.legifrance.com](http://www.legifrance.com).

<sup>20</sup> 前掲注18, ジャモー論文参照。

による従属関係の基準を満たしていると証明できれば労働者として扱われることを求めることができる。また、この規定をオプト・アウトし、契約に基づいた法的地位を維持することもできる。このことは、労働法典のこの規定の強行性、そして労働法典全体の強行性と矛盾するため、強く批判されている。

(2) 労働法典 L 782-1 条以下

L 782-1 条以下により、労働法典の一部の規定（最低賃金に関する規定等）を「非労働者」の経営者に適用できる。

(3) 労働法典 L 721-1 条以下

労働法典 L 721-1 条以下は、労働法典が適用される家内労働者に適用される（労働法典 L 721-6 条）。

(4) 労働法典 L 784-1 条以下<sup>21</sup>

1982年、配偶者に雇用される者に関する規定が導入された。当初は「支配」要件が設けられていたが、最近の破毀院判決によりこの要件はなくなった。この判決の理由は、家族法にある。従属関係を要件とすることは、夫と妻は平等の立場にあるという家族法の基本的原則に反するからである。従って、妻・夫が企業活動に実質的に携わっており、最低賃金以上の賃金を支払われていれば要件は満たされることとなった。

準従属関係（para-subordination. これは労働者と自営業者の中間の者達を指しており、イタリア法に由来する概念である）に関する総合的なアプローチの欠如は、批判の対象となっている。「就労者（worker）」という包括的で「労働者（employee）」よりも広範囲なカテゴリーを設ける<sup>22</sup>代わりに、フランス法は個別規定を設けるに留まっている。しかし問題は非常に複雑であり、このような広範な概念を作ることは、従属関係に基づいた労働法の基礎そのものを揺るがしかねない。この問題はなお、比較法的観点から検討の余地を残す。

---

<sup>21</sup> 「労働法典の規定は、会社経営者に雇用されるその夫または妻で、その統制の下で働き、実質的且つ恒常的に企業の業務、又は配偶者の活動に携わり、最低賃金以上の報酬を受けている者に適用される。」

<sup>22</sup> この点、イギリス法とは異なる。第5章イギリス参照。

## <第2章（フランス） 解題>

1. フランスでは労働法、社会保障法ともに「労働者」概念に強く依存し、「労働者」概念そのものは「労働契約（contrat de travail）」概念に基づいている。そのため、労働法、及び社会保障法の適用範囲に関する議論では労働契約の基準が重要な部分を占めている。

以下では、ロキエック報告で紹介されたフランスの状況を、本件テーマにかかる国際セミナーでの議論に沿って整理し、日本との比較で特徴的な点を幾つか挙げて若干の検討を加えることとする。

2. フランスでは、「労働者（salarié）」という法的地位（statut）に基づいて、労働法および社会保障法による手厚い保護が与えられている。しかし、「労働者」の概念は制定法で定義されておらず、専ら判例法で幾つかの基準が示されるに留まっている。具体的には、「労働契約」を構成する要素が判例によって示されているが、裁判所は、労働法、社会保障法のどの法を適用する場合でも区別することなく同じ基準を用いており、労働者概念が独自に形成されている。これは、社会保障法が労働法と同じくらい密接に労働契約に基づいていることの一つの表れかもしれない。

3. こうした制定法ではなく判例法による労働者の定義は、雇用関係や雇用形態の変化に柔軟に対応できるという利点がある一方で、法的安定性の面からは問題があり、専門家からは労働法典改正の検討の中で労働者の定義を明文化することが強く推奨されている。フランスでは、法律の専門家ではない一般の個人でも正しく権利主張ができるように、特に法的明確性、安定性が重視される傾向が一般的に見られる。

4. 労働契約を構成する主な要素は、労務の提供、報酬（賃金）、そして「支配従属関係（lien de subordination）」の三つである。最も議論の対象となっているのが、この「支配従属関係」であり、裁判所は従来から実質的な指揮命令権を必要として、専ら経済的な従属関係では労働契約を認めるのに足りないという立場を採ってきた。1996年には、初めて破毀院が使用者による従属関係の具体的な要素を示し、使用者が労働者に対し指揮命令権を有し、労務の遂行を管理し、規則違反を制裁する権利を有する場合、従属関係が成り立つとされた。また、「労働者」性すなわち労働契約の存否を判断する際、裁判所は労務の提供に関する具体的な状況も重視し、70年代にイギリスなどで用いられていた「統合テスト（integration test）」に対応する「組織への統合（service organisé）」テストを採用し、労務がどの程度組織に統合されているかによって労働者性を判断してきた。「組織への統合」とは、労務提供の条件が深く組織に統合された形で定められている場合で、労働時間と労務提供の場所が組織内で決定されていること、使用する道具が組織の所有であること等が考慮される。この

ようなアプローチから裁判所は、名称に関わらず、組織への統合の度合いが強い労務提供者を労働者とみなし、医師、弁護士、プロのスポーツ選手といった、従来では労働者の概念に当てはまらないような職種の人たちにも労働法の適用を認めてきた。

5. 逆に立法の動きは、このように裁判所が労働者概念を拡張的に解釈することを制限する傾向があり、例えば1994年に、商業登記している者は労働者ではないという推測を導入する一方で、裁判所が認めなかった純粋な経済的従属関係と思われる契約関係に対して労働法を部分的に適用する規定を労働法典に加えることで、やはり労働法の適用を拡張している(フランチャイズ、ライセンス契約等)。

更に、営業販売員、記者、アーティスト、モデルなどといった通常では自営業に属する職種に関して独自の具体的基準を設け、それを満たせば法の定める「労働者」と認める規定を労働法典に加えた。

6. 上でも述べたように、労働者、すなわち労働契約の定義が判例によって形成されていることは、法的安定性の面から問題視されている。そして、労働法典改正の検討の中で、労働契約が専門家ではない一般の個人(「法の利用者 (les usagers)」)にも正しく理解でき、的確に利用できるように、法の中でより安定的に、明確に定義する必要があることが指摘されている。

また、労働法の適用に関する現在の立法が適用の対象集団となる労働者を包括的に定めずに、個々の職種に関して単発的に適用の可否と要件を定めており、ある職種に関しては(フランチャイズ、ライセンス契約者等) オプト・アウトも規定していることは労働法の強行規定的性格に反し、問題であると批判されている。

7. このように、フランスでも少なくとも70年代から従属(dépendance)の対価として保護を与えられる労働者と、独立(indépendance)の代償として保護を与えられない自営業者とを二分化した従来の考え方は妥当しなくなっており、労働者と自営業者の中間に位置する労働者に対する保護をどの程度保障し、立法化するべきか、判例法に委ねるべきかという検討が継続的に行われてきており、未だ大きな課題となっている。

8. 雇用関係上の保護を、それを必要とする全ての労務提供者に広く保障するという共通した課題に対し、フランスでは、立法と裁判所それぞれが独自のアプローチで応えている。以前から包括的に労働者を定義していなかった立法は、法的安定性の面でその必要性を認識しつつ、当面は、特定の契約に関し単発的に労働契約と同様の保護を(時には部分的に)与えることにより、「みなし労働者(salariés définis par la loi)」や「準労働者(assimilés aux salariés)」のカテゴリーを作り出し、それらに保護を拡張することで対応してきた。裁判所

は、労働契約の要件である「支配従属関係」を、「組織への統合」という概念を用いて広く解釈することで、保護の範囲を広める手段を用いてきた。雇用形態が多様化し、なおも変化し続ける中で、誰にどのような保護を与える必要があるかという判断は難しい。現時点では、「利用者 (usager)」自身が自らの立場と権利を正確に把握できるよう、基準を明確にすることが重要視されている。法的安定性に関する議論、労働法が強行規定であることの議論もこのような考え方に基づいている。

社会保障に関しては、日本では憲法に基づいた国民の権利としての位置付けが強いのに対し（そのため、外国人に適用するかどうか議論されたりするが）、フランスにおいては労働者（雇用される労働者）のための制度として始まり、その後徐々に国民全体を対象とするよう一般化されてきた経緯から、「労働者」概念との関連がより密接であることが特徴的である。

## 第3章 イタリア

### 第1節 労働法の範囲

法律の規定や支配的な判例では、就労活動には、従属的な（すなわち賃金が支払われる）労働と自営とがあるとされている。このうち、労働法の規定—個々の労働者の使用者に対する権利と義務とを規定する法システムの一部—が適用されるのは、厳密には、就労活動が「従属性」という法的要素により特徴付けられる場合のみである。これは、労働者が、労務の提供を行うに際し、使用者の経営方針と指揮監督とに服するという事実を反映している。

「従属」労働の法的定義規定は、民法典2094条にあり、同条は、「従属労働者とは、報酬と引き替えに企業内で協働して働くことに同意し、使用者の指揮命令のもと知的・肉体的労働を行う者のことである」と規定している。

民法典におけるこの従属労働に関する定義は、数多くの形態の雇用契約がありうることを考慮すると非常に曖昧な表現であり、雇用関係の明確な定義について、かなりの判断の余地を裁判所に残している。

そのため、従属労働と自営との間の分類は問題の多い論点となっている。しかし、この分類の問題は、個々のケースで適用される法律を確定するための重要な論点でもある。

また、二つのタイプの契約（従属労働あるいは自営）の境界線は不明瞭で、非常に広い範囲のグレー・ゾーンが存在していることを指摘しておかなければならない。こうしたグレー・ゾーンの存在により、多くのケースで、雇用関係の法的性格を厳密に確定することが非常に困難となっており、それゆえ、適用される法規定の決定も困難となっている。

さらに、近年、伝統的な法規定や判例法が定義してきた従属労働の概念が、大きく変化してきている。

この変化は、過去30年間にわたるフォード・テイラーモデルによる生産方式に変化が生じたことを反映している。この変化は、第3セクターの不断の拡大を伴うものであるが、より最近では、この拡大する第3セクターが、従属労働と自営との間のグレー・ゾーンを大幅に拡大することとなっている。

法学者においては、雇用の基本的カテゴリーに関する立法的介入のために論文を発表したり立法論を提言したりする者がますます増えてきている。

このような中で、ある論者は、従属労働の一般的抽象的定義を除去することで、雇用契約の分類に関する問題を克服するという提案を行っている。この提案は、プラグマティックな方法で労働権の保護を目指すもので、様々なケースごとに、労働者のための保護措置が適用される範囲を確定するとしている。

そして、特に、従属労働と自営とをはっきりと区別する伝統的法的アプローチは、時代遅

れであるとの観点に基づいて、すべての就労者に一連の基本的権利を認め、個人のレベルでも集団のレベルでも保護を行うということが提案されている。その提案によると、現代的な労働憲章の基盤となる放棄できない基本的権利を基礎として、労働者の経済的な依存の程度を反映した様々の追加的な権利がありうることになる。そうした追加的な権利に関しては、団体交渉によって決定される一連の半強行的な権利を確定するという方法もあろう。

この点に関しては、第三者（使用者、公的主体、委託者等）のために生産活動に従事するすべての就労者にこうした基本的権利を承認するのは、ただ単に、社会的正義を考慮して、就労者の契約上の地位や人格を守る必要性に応えたのではないということを指摘しておかねばならない。むしろ、今日、以前にもましてすべての就労者に最低限の保護を受ける権利を承認する必要が高まっているのは、「ソーシャル・ダンピング」（その形態は、闇労働や児童労働の搾取など様々である）に立ち向かい、経済活動を行う者の間の公正な競争を守るためである。

このように、法的権利は、労働法の目的に沿いながら発展してきたといえる。法が抽象的に定義した従属労働者の伝統的な保護のあり方とは対照的に、こうしたアプローチは、すべての形態の労働を保護する方向へのワン・ステップといえる。

## 第2節 労働者概念

すでに記したことだが、労働者概念は、民法典2094条に規定されており、そこでは、「従属労働者とは、報酬と引き替えに企業内で協働して働くことに同意し、使用者の指揮命令のもと知的・肉体的労働を行う者のことである」と規定されている。

他方、自営については、民法典2222条が自営業者を定義して、「自営業者とは、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關係を結ぶことなく、作業または役務を行うことを承諾した者である」としている。自営は、基本的に、従属した関係を持たずして行われるという事実によって特徴付けられる。

しかし、従属労働と自営という二つの異なる働き方は、ある一定の性格を共有している。まず、どちらの働き方でなされた仕事にも報酬が支払われなければならない。支払いがなされる労働はすべて、知的労働であっても肉体的労働であっても、自営または従属労働の形態をとるということを前提とすれば、契約で定められる就業内容は、おそらく似通ったものとなるだろう。それゆえ、最近の判例でも確認されたように、従属労働と自営とを区別するための本質的要素は、行われる仕事のタイプではなく、仕事が行われる方法にあるといえる。

協働に関しては、これは、単に、もう一方の契約当事者との協力を意味しているに過ぎない。そして、その協力は、支払いを行う方の契約当事者のニーズを満たすために、契約の定める債務の性質によって要求される標準的な勤勉さをもって行われればよい。結局、協働が行われていることは、ある特定の活動を従属労働か自営か区別するうえで何の関係もないこ

とになる。

実際には、判例が、具体的なケースにおいて、従属労働の分類において特に重要と思われるいくつかの事情を参照することで、一連の従属労働の特徴を明確にしてきた。これら事情は、通常、「従属労働指標」として参照されている。同指標は、生産過程の変化に対応して変更されるうるオープン・リストである。

判例により示された様々な指標の中で、特に、以下のものを挙げておくべきであろう。

- 使用者の生産・組織構造への労働者の技術的機能的統合。これは、従属労働者がおかれている典型的な状況である。他方で、自らの組織を利用している自営業者には、こうした特徴は見られない。
- 管理運営権限や懲戒権の行使。これは、厳密に言うと、従属労働にのみ見られるものである。特に、懲戒権に関しては、雇用契約において契約当事者の一方が他方に対し優越的地位を有することを前提とする構造的特徴がある。それゆえ、懲戒権は、契約の不遵守に対する処罰規定、契約の不遵守に関する規定、契約の不遵守を理由とした契約の解除等の自営の場合に適用されうる制裁とは区別される。
- 契約で具体化された生産活動に関連する営業上のリスク。自営業者は、契約のもとで行うべき仕事について完成しなかった場合のリスクを負うが、従属労働者は、最終的な結果よりもむしろ職務そのものに関連する義務に服する。そして、職務の遂行が適切か否かは、労働者の側にみられる勤勉さ次第である。
- 原材料や装置・道具の所有権。利用する原材料や装置・道具は、通常、従属労働の場合には企業が、自営の場合にはその自営業者が所有する。
- 仕事が行われる場所。従属労働者は、通常、使用者が用意した場所で働く。他方、自営業者は、自身が用意した場所で仕事を行う。
- 労働時間。従属労働者は、通常、使用者が定めた労働時間に従うことを要求される。他方、自営業者は、働く時間について自由に決めることができる。
- 支払い方法。従属労働者については、報酬は固定され、一定の期間ごとに定期的に支払われる傾向がある。他方、自営業者の場合、報酬は変動的であり、結果の達成や仕事の完成締切りいかんによって変わる。

### 第3節 定義に関する議論

労働のタイプを厳密に分類する際の問題は、特に、自営と従属労働との間の境界線やグレー・ゾーンで生じる。そして、この分類を巡っては、絶えず、非常に多くの訴訟が起きてきた。

その数は、非常に大きいため、ここで十分な報告をすることは不可能である。しかし、労働の分類に関する紛争や訴訟が最も多い雇用契約のタイプについて例示しておく。すなわち、都市において郵便物の受け渡しを行うバイク便、電気やガスの検針係、税金の徴収人、コン

サルタント、訪問販売員、販売代理人や業務代行者、フリーの新聞記者、医薬品の販売代理人、日曜クラブの催しスタッフ、大学のパートタイム語学チューター、電話交換手、電話相談サービスのスタッフ、ナイトクラブのダンサー、そして、テレビの占星術師である。判例にみられる具体的事例は非常に幅広いものであるが、雇用関係の分類において最も問題が生じやすいのは、特に、新たな職務や伝統的な企業の組織モデルや労働の分類に容易には当てはまらない職務と関連のあるものであることが分かっている。

契約を従属労働か自営かに分類する権限を持っているのは、裁判官は法を知る（*iura novit curia*）原則に基づく、裁判所だけである。そのため、契約交渉中に契約当事者がなした記述や契約に与えた名称は、決定的ではない。しかしながら、判例の態度が、著しく変化してきたことについて言及しておかなければならない。つまり、判例は、契約当事者が選択した契約の名称に対し注意を払わないという態度から、言葉にされた意思に対しより注意を払うという態度へと態度を変更したのである。また、契約の名称を無効とする十分な証拠が提示されなかった場合には、契約の名称の正当性を認めるという傾向も、最近では見られている。

しかし、契約当事者の選択した契約の名称は、契約締結後の合意により変更されうる。それゆえ、雇用契約の性格を分類する際には、裁判所は、どんなケースにおいても、契約が実際にどのように履行されてきたかを判断する傾向にある。契約途中の変更により、もともとの合意の内容が修正されることもあるからである。

#### 第4節 定義問題を回避する手段

雇用契約の分類に関する数多くの訴訟を減少させる観点から、イタリアの立法府は、2003年、Biagi法（2003年委任立法276号）により、雇用契約の「認証」手続を導入した。この手続は、雇用契約の分類についての契約当事者の意思が法規定を遵守したものであるか否かの確認を意図するものである。まず、新法は、十分な能力と権能を有する組織に認証権限を与えた。すなわち、

- ① 労使代表からなる団体、
- ② 州の労働局および州当局、
- ③ この目的で登録された公立・私立大学（大学法人を含む）、

である。

これらの認証主体は、助言の権限を有しており、契約当事者を積極的に援助する。雇用条件決定の第一段階においては、交渉すべき権利について査定が行われ、雇用契約の示す仕事のタイプにとって法的に見て最も適切な契約上の取決めについて有益な情報が提供される。雇用契約の認証は、特に、労働者側の情報へのアクセスが制限されていることの是正に役立っている。

雇用契約の認証手続は任意であるが、雇用契約の両当事者の間で書面による合意がなされなければならない。

認証の裁判上の適用と信頼性に関しては、手続の効果について規定が定められており、契約当事者の一方または第三者（保険会社や社会保険機関、財務省等）が開始した訴訟において、裁判所が最終的な決定を下すまで、第三者に対しても、認証が効果を持ちうる関係において有効とされている。

実際には、契約当事者のどちらも、認証された雇用契約とその履行との間の相違を理由として雇用契約の再分類を要求することにより、裁判において認証に異議を唱えることが可能である。

認証手続は、イタリアにおける重要な新制度である。そして、これは、雇用契約の分類に関する非常に数の多い訴訟を減少させる効果を有しているはずである。しかしながら、その有効性は、一定期間以上実行されて初めてきちんと評価されうるものであろう。

## 第5節 自営業者の保護

自営のカテゴリーは、準従属として知られる雇用関係、すなわち、従属的性格のない個人役務において、継続的な連携をしながら協働を行う関係を含むものとして捉えられなければならない。

こうした雇用関係は、自営と分類されてはいるが、委託者組織との連携や雇用の時間的継続性といった特徴を持っている。そして、これらの要素は、自営業者をかなりの程度で従属労働に近づけている。特に最近では、準従属契約が、大きな拡大を見せているが、それは、多くのケースで、賃金労働者となるべき者との関係で使用者としての責任を回避することを目的としている。しかし、こうした位置にいる準従属労働者は、自営と分類されるので、労働法の主要な規定の適用を受けないこととなる。

こうした状況が、労働法の分野において、準従属労働者にも実質的な保護を導入すべきであるとの議論を引き起こした。この議論は、以下のような多くの経験的研究プロジェクトの報告結果を反映してもいる。すなわち、250万人いる準従属労働者の約90%は、実際には、唯一の「委託者」のために働いており、その約66%は、委託者の用意した場所で働き、しばしば、彼らのすぐ隣で働いているその委託者の従業員と同じ労働時間・労働条件で働いているという結果である。

最近の年金改革法では、医療保険や労災保険だけでなく、障害・老齢・遺族給付のための一般強制保険を準従属労働者にも拡張する規定が設けられた。

また、2003年のBiagi改革でも、立法者は、従属労働と準従属労働とを明確に線引きすることとしたが、後者にも固有の保護を提供することとした。

立法者が採った選択は、従属労働者に与えられた保護を準従属労働者にも拡張するという

ものではなかった。しかし、一方で、継続的に連携する契約に使用者・委託者から自律した空間をもたらしつつ、他方で、使用者と労働者との間の契約上の力の不均衡を考慮した特別の規定を定めたのである。

結果として、準従属労働契約は、今後、ある特定のプロジェクトやプログラム、あるいは生産工程を目的としてのみ締結されることとなった。そのため、従来の継続的に連携する協働契約は、直ちに、「プロジェクト・ワーク (project work)」に置き換えられる。

プロジェクト・ワーク雇用契約では、報酬がはっきりと明記されなければならない。プロジェクト・ワークへの支払いは、遂行された仕事の量と質に比例したものでなければならない。そして、仕事が行われた地域で通常自営業者に支払われる相場を考慮にいれなければならない。

プロジェクト・ワーク従事者は、使用者の用意した場所で仕事を行う場合、労災や職業病に関する規定だけでなく、労働安全衛生規定による保護を受ける。

プロジェクト・ワーク従事者にとって妊娠・病気・負傷は、契約の終了を意味しない。契約は、従属労働者と同じように、一時中断される。ただし、こうした理由での休職に報酬は支払われない。また、プロジェクト・ワーク従事者は、契約の途中で新たに開発したものの発明者として承認される権限も有している。

協働関係は、契約の対象であったプロジェクトが終わると終了する。契約満了前の契約の終了は、個別の雇用契約の中で両当事者の間で決められた正当な理由がある場合、あるいは予告を含む定められた手続に基づいて行われる場合にのみ認められる。

## 第6節 社会保障法・税法における労働者概念

社会保障法および税法に関しては、従属労働の概念は、労働法の場合よりも広い。実際、2000年予算法律「税付則」の基準（2000年11月21日法律342号第34条）では、継続的に連携する協働契約（いわゆる準従属労働）による収入は、賃金雇用による収入と同等に扱われている。

明文の法規定によるこの2種類の収入の同一視は、税の目的からのみ正当とされる。準従属労働からの収入を賃金労働と同じカテゴリーに含めても（1986年法律917号第47条）、労働法の適用を検討するに際して、雇用関係の分類に何の効果も持たないし、また、持ち得ない。こうした観点から見れば、労働法の区分とは部分的に一致しない税法上の区分が準従属労働について存在していても（2000年法律342号第34(1)条）、何か特別の解釈上の問題が生じることはない。この2つの法律は、異なる目的のために制定されているからである。それゆえ、留意すべきことは、税法上の規定が2つの雇用タイプを同一視する一方で、労働法は、その2つを異なるものとして扱い続けているということである。

社会保険立法における従属労働概念に関しては、EU法が、イタリアの制度で見られる概

念よりも広い概念を採用したことに留意しなければならない。実際、EU法では、欧州裁判所の判例およびEC規則（1408/1971）の効力によって、社会保険については、従属労働者と従属労働者とみなされた労働者とが、加盟国内の強制保険あるいは任意保険の適用対象となるとされている。ただし、これは、その保険制度が、従属労働者の利益のために作られた社会保険制度、あるいは当該個人が従属労働者としてその支払い能力の範囲内で保険料を負担することが義務付けられた社会保険制度とリンクしている場合についてである。

他方で、イタリアの社会保険制度では、従属労働者の概念は、労働法で採用されている概念と一致している。ただし、一定の場合に、社会保険の規定が、自営業者と失業者に拡大されることがある。

## 第7節 非営利組織で働く者の保護

ボランティア部門、すなわち非営利組織のための無償労働が拡大し、その社会的重要性も増大していることから、ボランティア労働の社会的価値と職務機能を守るために、立法府により、最低基準を定める法的保護の枠組みが制定されている。

ボランティア労働は、個人が自発的に金銭を受け取らずに連帯のために行うあらゆる活動と見なされており、非営利組織を通じて行われる。そのため、法がボランティア労働とする活動には、報酬の支払われる活動は含まれず、また、当該組織との関係で階層的機能的性格を有する従属的地位に基づいて行われるものも含まれない。

ボランティア労働の枠組法律（1991年8月11日法律266号）は、地域レベルで承認されたボランティア組織のためのボランティア労働に対して、かなりの税法上の特権と様々な種類の経済的インセンティブを導入している。さらに、立法者は、非営利組織規則に従って設立される補足的年金基金や補足的医療保険基金に関する規定も設けている。

## <第3章（イタリア） 解題>

### 1. イタリアにおける労働者概念

イタリアにおける労働者概念を検討する上で重要なのは、「従属労働 (lavoro subordinato)」, 「自営 (lavoro autonomo)」, そして「準従属労働 (lavoro parasubordinato)」という概念である。このうち、労働法<sup>1</sup>の規定が適用されるのは、「従属労働」とされている。

従属労働の法的定義は、民法典2094条にあり、「従属労働者 (lavoratore subordinato) とは、報酬と引き替えに企業内で協働して働くことに同意し、使用者の指揮命令のもと知的・肉体的労働を行う者のことである」と規定されている。また、自営業者については、民法典2222条が、「自営業者とは、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關係を結ぶことなく、作業または役務を行うことを承諾した者である」と定義している。他方、準従属労働に関する法的定義規定はない。しかし、民事訴訟法典409条3号が、個別労働紛争処理手続の適用を「従属的性質はないが、継続的に連携して協働を行う事業」にも認めていることから、「従属労働」と「自営」との中間に位置付けられる「準従属労働」というカテゴリーが観念されるに至っている<sup>2</sup>。この「準従属労働」は、正確には、「自営」に含まれる概念であり、労働法の適用はない。

### 2. 就業形態の多様化への対応

イタリアでは、伝統的に、上記の「従属労働」と「自営」とをはっきりと区分してきた。しかし、近年の就業形態の多様化等により、両者の間には非常に大きなグレー・ゾーンが生じる事態となっている。こうした状況は、日本とも共通するものであるが、こうした事態に対して、イタリアでは、すべての就労者に一連の基本的権利を認め、個人のレベルでも集団のレベルでも保護を与えるという提案がなされている。これは、「労働憲章」構想として知られるものであり、労働のタイプが何であれ、第三者のための労働に従事する者には、共通の最低限の権利を保障し<sup>3</sup>、それ以上の追加的な権利については、労働者の経済的な依存の程度等を反映して様々に定めようとするものである。

2003年のBiagi改革では、従属労働と準従属労働との間の明確な線引きを維持した上で、

---

<sup>1</sup> イタリアではフランスのような労働法典があるわけではなく、また日本のような労働基準法、労働組合法といった体系的な労働立法があるわけでもない。大内伸哉『イタリアの労働と法』（日本労働研究機構、2003年）9頁。

<sup>2</sup> 1973年8月11日法律533号による民事訴訟法典改正による。中益陽子「非従属的就業者への労災保険制度の拡張－最近のイタリアの動向－」日本労働研究雑誌496号（2001年）57頁。

<sup>3</sup> 最低限の保障には、安全衛生、自由・尊厳の保護、年少労働の禁止、労働へのアクセスにおける差別の禁止、公正な報酬、個人情報の保護、組合の自由といったものがある。前掲注1大内書21頁。

後者にも労働安全衛生規定による保護や、妊娠、病気、負傷の際の契約の一時中断等固有の保護が提供されることとなった。こうした準従属労働者への保護の拡大は、上記の動きの中の一環と位置付けられよう。

また、近年のイタリアでは、社会保険制度全体について準従属労働者への拡張傾向が現れており<sup>4</sup>、年金保険<sup>5</sup>や労災保険<sup>6</sup>の適用が準従属労働者にも拡張されている。

### 3. 分類の問題

他方、従属労働と自営との間の分類に関する争いも、両者の間のグレー・ゾーンが拡大するにつれて大きな問題となっている。

従属労働を特徴付ける従属性の有無の判断については、決定的な基準はなく、事案ごとに幾つかの要素を組み合わせてその有無を判断するという考え方がイタリアでは支配的である<sup>7</sup>。具体的には、判例は、①使用者の生産・組織構造への労働者の技術的機能的統合、②管理運営権限や懲戒権の行使、③契約で具体化された生産活動に関連する営業上のリスク、④原材料や装置・道具の所有権、⑤仕事が行われる場所、⑥労働時間、⑦支払い方法等を参照することで、両者の分類を行ってきた。

従属労働と自営との間の境界線やグレー・ゾーンで生じる訴訟では、近年、裁判所が契約の名称をより重要視するようになったという重要な変化が見られる。また、契約の名称を無効とする十分な証拠が提示されなかった場合には、契約の名称の正当性を認めるという傾向も、最近では見られている。ただ、契約の内容は、契約締結後の合意により変更されうるので、裁判所は、結局、契約が実際にどのように履行されていたかを判断するようである。

他方で、従来、こうした分類を行う権限を有しているのは裁判所と考えられてきたが、2003年 Biagi 法により、雇用契約の分類に関する訴訟数を減少させる観点から、雇用契約の「認証」手続が導入された。この手続は、雇用契約の分類についての契約当事者の意思が法規定を遵守したものであるか否かを確認するものである。認証手続は任意であるが、認証手続をとる場合には、雇用契約の当事者間で書面による合意がなされなければならないとされている。ただ、現段階でその効果を判断するのは、時期尚早と考えられている。

### 4. 日本への示唆

以上が、イタリアにおける労働者概念の概要とそれが就労形態の多様化にいかに対応した

---

<sup>4</sup> 前掲注2 中益論文56頁。

<sup>5</sup> 1993年12月24日法律537号、1995年8月8日法律335号。

<sup>6</sup> 1999年5月17日法律144号55条1項、2000年2月23日委任立法38号。

<sup>7</sup> 前掲注2 中益論文60頁。

かである。

これに対して、日本では、就労形態の多様化に対応するために、①労働者と自営業者の中間に第3のカテゴリーを構想し、それにふさわしい法規制を提言する学説、②労働法上の制度・理論ごとに適用の可否を判断しようとする学説、③契約当事者の意思を判断の中に取り入れようとする学説等が提唱されている<sup>8</sup>。

イタリアで準従属労働として観念されているものは、①の学説が提唱する第3のカテゴリーに近い。また、「労働憲章」において、すべての働く者に共通の最低限の権利を保障した上で、それ以上の追加的な権利について労働者の経済的な依存度等を反映して様々に定めようとしている態度は、②の学説が採る態度に近い。さらに、近年、裁判所において、契約類型の分類に際し契約の名称を重視する傾向が見られているのは、③の学説が採る考え方に近い。

以上のように、イタリアで見られる動きは、就労形態の多様化への対応として日本の労働法学説で提唱されているものと多くの部分で重なっている。中でも特に、従属労働者と自営業者との中間に位置付けられる就労者を労働者や自営業者と並ぶ一つのカテゴリー（準従属労働）として構成し、各種の保護の適用を試みるというイタリアの特徴は、就業形態の多様化に対応するための一つのモデルとして注目に値する。こうしたモデルのもとでは、就業者の特性に応じて段階的に異なる制度を提供することが容易であり、その分、それぞれの就労者カテゴリーに対する規制の格差を相対的に小さくすることができるというメリットがあり<sup>9</sup>、示唆に富んでいる。

---

<sup>8</sup> 以上の分類は、吉田美喜夫「『労働者』とは誰のことか」日本労働研究雑誌525号（2004年）67-68頁による。

<sup>9</sup> 前掲注2 中益論文60頁。

## 第4章 スウェーデン

### 序

スウェーデン労働法の人的適用範囲は、労働者概念の使用によって決定される。労働者が労働法およびその提供する保護の適用を受け一方で、請負人および自営業者は、原則として一般的な私法の条項（のみ）の適用を受ける<sup>1</sup>。要するに、労働者とは、契約に基づいて、他者のために、その者の指揮下で、報酬の見返りとして、自分自身で労務を遂行する者と言うことができる。

本稿の概要は以下の通りである。第1節では、スウェーデン労働法における労働者概念、およびその内容と限界について説明する。第2節では、その他の法分野における労働者概念を取り扱う。第3節では、スウェーデン労働法の人的適用範囲を拡大する方法の一つとして、「準労働者」というカテゴリーの存在について論じる。最後に、第4節において、とりわけ労働生活のフレキシビリティ化に鑑みて、労働法の人的適用範囲を再定義する必要性に関する今日の議論に言及する。

### 第1節 労働法における労働者概念

労働者概念の機能は、スウェーデン労働法の人的適用範囲を境界付けることである。いわゆる私法上の労働者概念は、一般私法においてと同じ意味を、労働法の全分野で持つ<sup>2</sup>。労働者概念は、法文上は定義されていない。代わりに、判例法を通して裁判所によって、また立法準備作業を通して立法者によって、その内容と意義は叙述、展開されてきた<sup>3</sup>。20世紀の間、等質的かつ広範囲な労働者概念へという方向へ発展してきた。スウェーデン労働法は、一般的に、その均質かつ広範な人的適用範囲、および、異なるカテゴリーの労働者（例えばブルーカラー労働者とホワイトカラー労働者、民間労働者と公務員など）に対する伝統的に高度な平等取り扱いによって特徴付けられる。20世紀の間、労働法および労働法規が付与する「セイフティ・ネット」をより多くのカテゴリーの就業者に提供することを目指して、労働者概念は継続的に拡大した<sup>4</sup>。

<sup>1</sup> このペーパーの主たる焦点である労働者概念は、非常によく知られた、かつ比較的統一された法的概念である。これに対し、自営業者という言葉は、より広く、多面的で、かつ元来は法的概念ではない。この言葉は、労働者となることなく、その生活のために働く者を指す。請負人とは、官民の使用者に自身の労働を売ることによって生計を立てる者と述べることができ、一方、就業者とは報酬のある労働を自分自身で遂行する者全てを指す。このペーパーでは、自営業者という言葉を中心に、労働者以外の労務遂行者を論じる際に用いる。Cf. Engblom 2003, p. 13 and Ds 2002:56, pp. 80 ff.

<sup>2</sup> 労働者概念の古典的かつ包括的研究については Adlercreutz 1964を参照。

<sup>3</sup> See Adlercreutz 1964, Schmidt *et al.* 1994, pp. 59 ff., Källström 1999 and SOU 1975:1, pp. 721 ff.

<sup>4</sup> See Ds 2002:56, p. 82 and Engblom 2003, pp. 141 ff.

労働者概念は、強制的な内容である。契約当事者が労働法規を潜脱して、労働者から保護を奪うのを防ぐため、裁判所は、例えば契約書などにおいて契約当事者間によって与えられた当該関係の名称または定義に拘束されない。裁判所は、実際の状況に基づいて、当該関係の法的性質を独自に評価する。しかし、契約当事者は、原則として、その関係および労務の提供方法を、実務上の用語を用いて自由に構成することができる。その場合、裁判所が、このような実務上の契約を、そして当該就業者の総合的な状況を、通常の自営業者の定義に最もよく当てはまると判断することもありうる<sup>5</sup>。

ある特定の個人が労働者であるか否かを判断するために、裁判所は、ある個別事例の全ての関連要素を考慮に入れて、その状況を総合的に判断する。裁判所による多数の要素の審査は、問題となっている当該個人、および、この特定個人の総合的な状況が通常の労働者に近いのか、それとも通常の自営業者に近いか、判断の焦点を置いている。雇用関係は、契約に基づいていなければならない、自然人のみが労働者となることができる。但し、注文者または使用者が法人と契約を締結している場合、裁判所が、この契約を「看破」し、労務を実際に遂行しているのは個人であると判断することもありうる。スウェーデン法によれば、雇用契約は自由に締結することができ、形式的要件はない。そのため、口頭または当事者の行動を通して締結された雇用契約は、書面による雇用契約と同じように有効である<sup>6 7</sup>。

裁判所は、この総合的判断を行う際に、以下の事項を考慮に入れている。①指揮の下で労働を遂行する個人の責務、②実際の労働の就業者自身による遂行、③労働の内容が予定されていないこと、④当事者間の継続的な関係、⑤就業者が、第三者のために、いかなる類似の労働も遂行することが禁じられていること、⑥労働の内容、時間および場所について、就業者が、注文者・使用者の指揮命令の対象となること、⑦就業者が、注文者・使用者が提供する機械、器具および原材料を使用することが前提とされていること、⑧就業者が、その出費を保障されること、⑨報酬が、少なくとも一部は、保障された給料として支払われること<sup>8</sup>、⑩当該就業者の経済的・社会的状況が通常の労働者の状況と同じであること<sup>9</sup>、である。

上述した要素は、全て、問題となっている個人が労働者であることを示す。但し、いずれの要素も単独では、雇用契約の存在にとって必要または十分とはみなされない<sup>10</sup>。裁判所が個人の経済的・社会的状況、すなわち「社会的要件」を明白に考慮に入れることによって、

<sup>5</sup> See Ds 2002:56, pp. 112 f., Lunning and Toijer 2002, pp. 22 f. and Labour Court judgement AD 1990 No. 116.

<sup>6</sup> Cf. Ds 2002:56, pp. 110 ff., Engblom 2003, p. 149 and Källström 1999.

<sup>7</sup> ただし、いわゆる「シンデレラ」指令 (91/533/EEC) によって、使用者は、労働者に契約または雇用関係の重要事項を通知する義務を負っている。1982年雇用保護法 6 a 条参照。

<sup>8</sup> 報酬の支払いは、雇用関係が存在するための形式的要件または必要要件ではない。しかし、当該労働が無報酬であるという事実は、問題となっている関係が雇用関係ではないということを強く示す。Cf. Ds 2002:56, p. 111. このことを背景として、非営利組織のために働く者または無報酬の就業者に関しては、格別な議論は存在しない。

<sup>9</sup> Cf. SOU 1975:1, pp. 721 ff., SOU 1993:32, pp. 216 ff., SOU 1994:141, pp. 74 ff. and Källström 1999, p. 167.

<sup>10</sup> Cf. Engblom 2003, p. 149. Cf. also Labour Court judgements AD 1978 No. 7, AD 1982 No. 134, AD 1990 No. 116, AD 1998 No. 138 and AD 2002 No. 40.

就業者の従属性かつ不安定な立場が、その者に労働者としての地位を与えうる。美容業界においては一般的なことであるが、ある美容師が別の美容師が所有する美容院において就労場所を借りているという、賃貸借契約に関する三つの類似した事例において、労働裁判所は「社会的要件」を適用した。労働裁判所は、美容師が若くかつ未熟で、当該美容院の所有者の見習いとして働いていたときに解雇されたという経緯がある一つの事例では、雇用関係を肯定した。そして、美容師が熟練しており、自身の顧客を抱え、かつ評判も高かったという二つの事例では、自営業者性を認めた<sup>11</sup>。

特定の産業部門における確立した慣習または労働協約による規律の結果として生じた、「一般的な」労働者概念の修正が、労働裁判所によって尊重されている。そして、この修正が、しばしば、個人の地位の総合的判断にとって決定的であることが、判明している<sup>12</sup>。このことは、高度の労使自治、ならびに労働条件および雇用関係を規律する主たる手段としての団体交渉によって特徴付けられる、労使関係の「スウェーデン・モデル」を考慮すれば、理解できる。

労働裁判所は、労働法規を潜脱しようとする試みに対して敏感である。労働裁判所は、問題となる個人が当該使用者の労働者から「自称」自営業者になった場合には、幾度でも雇用関係の存在を肯定するだろう<sup>13</sup>。

スウェーデン、イギリス、フランスおよびアメリカの近年の比較法的研究において、Engblom は、スウェーデンの労働者概念はもっとも範囲が広いと結論付けている。さらに、スウェーデンでは、伝統的には雇用関係の存在のための基本的要件である、就業者の従属性に対する重点の置き方が小さい<sup>14</sup>。スウェーデン労働法の広範な労働者概念、および裁判所が適用する多数要素の審査が、労働市場の条件の変化および組織的变化に関して順応性および柔軟性を提供してきたことが判明してきたところである<sup>15</sup>。

今日では、労働者概念および労働者と自営業者の違いに関する問題を含む労働裁判所の判例は、ほんの数件しかない<sup>16</sup>。そのため、そのような紛争を避けるための特別なメカニズムの必要性はない。しかし、このことは、この問題がまったく争われていないということの意味するのではない。問題は存在しうるが、法廷に持ち込まれる前に解決されるのである。スウェーデンの労働裁判所（Arbetsdomstolen）は、1928年に設置され、元来は団体交渉制度に関わる紛争の解決と労使平和の促進を目的としていた。今日では、労働裁判所の管轄は、可能な限り広くなっており、労働法規または労働協約の適用に関する全ての種類の労使紛争を包括している。労働裁判所は、法律家である判事、および労使双方の代表者からなる三者

<sup>11</sup> Cf. Labour Court judgements AD 1978 No. 7, AD 1979 No. 12 and AD 1982:134 and Källström 1999, pp. 181 f.

<sup>12</sup> Cf. Engblom 2003, pp. 154 f. and Ds 2002:56, pp. 120 ff.

<sup>13</sup> Cf. Ds 2002:56, pp. 118 ff.

<sup>14</sup> Cf. Engblom 2003, pp. 206 ff.

<sup>15</sup> Cf. Ds 2002:56, p. 131.

<sup>16</sup> 1998年以降、原則として、労働者概念の問題に関係するのは、4件の判例のみである。

構成体である。労使の代表者が、法廷の大多数を構成している。労働裁判所は、労使紛争における最高裁判所として活動する。労働裁判所は、使用者団体または労働組合によって提起された全ての訴訟手続において、第一審でもある。すなわち、紛争の絶対的 majority において、労働裁判所は第一審かつ唯一の審級として機能し、控訴の余地がないのである<sup>17</sup> <sup>18</sup>。労働裁判所は、毎年約200件しか審理しない。これは、スウェーデンの全ての労使紛争のうち、訴訟にまで至るのはほんの一部分に過ぎないからである。この主たる理由は、労働裁判所に提訴するためには、交渉による紛争解決の全ての可能性が尽くされなければならないということである。すなわち、ある事件が労働裁判所に係属するためには、地域レベルおよび全国レベルの双方における交渉が行われ、かつ失敗しなければならない。この結果、多くの紛争が——おそらく労働者および自営業者の間の区別に関する幾つかの紛争も——、法廷の外で解決されているのである。

## 第2節 他の法分野における労働者概念

伝統的に、裁判所は、私法と社会法のそれぞれにおいて、明確に異なる二つの労働者概念を適用してきた。私法上の労働者概念が狭く、かつ契約に基づいている一方で、社会法上の労働者概念は広範で、かつ社会的要素を包含していた。1949年の画期的な判決において、最高裁判所は、就業者の経済的・社会的状況により重点を置いて（上述第1節参照）、私法上の労働者概念の内容を再構築した<sup>19</sup>。その後、立法者は、労働者概念を全ての法分野において等質的かつ一貫したものにすることを目指してきた。しかし、これにもかかわらず、一方で私法および労働法において、他方で社会保障法および租税法において、異なる労働者概念が発達してきている<sup>20</sup>。

今日では、労働法、社会保障法および租税法において（少なくとも幾らか）異なる労働者概念が存在することは、一般的に承認されている<sup>21</sup>。但し、Källström は、近年の判例法が、労働者概念に関して、労働法、社会保障法および租税法の間のより一層の調和を目指している、と指摘する<sup>22</sup>。

社会保障法および租税法では、労働者概念は、主として、ある特定個人が労働者か自営業者か、ならびに、租税および社会保険料を支払う責任を負うのが使用者か自営業者自身か、を決定するために用いられる。この結果として、行政当局は、かなり標準化された査定を用

<sup>17</sup> 原告が労働組合の組合員ではない場合、または、当該労働者の組合がその組合員を代理しないことを選択した場合には、当該紛争は、第一審として、他の民事事件と同様に通常の判事によって一般の地方裁判所において審理される。その場合、労働裁判所は、控訴に対する最終審としての役割を負う。労働協約に拘束されない使用者に対しても、同じ原則が当てはまる。

<sup>18</sup> 労使紛争における手続は、1974年の労働訴訟法によって規定されている。

<sup>19</sup> Supreme Court judgement NJA 1949 p. 768. Cf. Adlercreutz 1964.

<sup>20</sup> Cf. Källström 1999, pp. 161 ff.

<sup>21</sup> Cf. Ds 2002:56, p. 124.

<sup>22</sup> Cf. Källström 1999, p. 163.

いる。但し、労働者概念の重要性は、これらの法分野では低下している。今日では、労働者と自営業者の間の区別は、しばしば、いわゆる事業課税証明書（F-skattsedel）を所持していること（または所持していないこと）に言及することで行われる。事業課税証明書は、その前提として、問題となっている個人が事業家として事業を行うための要件を充たしていること、言い換えれば自営業者であることを示している<sup>23</sup>。

EU法は、独立かつ自律的な労働者概念を有する。この労働者概念（EU条約39条の「就労者」）は、就業者の移動の自由を促進および確保する目的のために発達してきた。EU法の労働者概念は、広範である。欧州裁判所（ECJ）は、この概念がEU独自の意味を持ち、広く解釈されなければならないと述べてきた。この概念は、各加盟国の国内法に従って、ばらばらに、かつ厳格に、解釈されてはならない<sup>24</sup>。Lawrie-Blum判決<sup>25</sup>において、欧州裁判所は次のように述べた。「労働者概念は、当該個人の権利と義務に照らして雇用関係を識別する、客観的要件に従って定義されなければならない。但し、雇用関係の必須の要素は、ある特定の期間に、個人が他者のために、かつその他者の指揮下で労働を遂行し、見返りとして報酬を受けることである」。欧州裁判所は、例えば、問題となった国内法による労働者概念を無視して、オンコール・ワーカー（on-call-worker）や研修生に労働者性を認めたことがある<sup>26</sup>。

差別禁止および安全衛生の領域のEC法も、就業者全般に広く適用される。差別禁止法は、原則として、労働者と自営業者の双方に適用され、一方で、安全衛生法はしばしば労働者よりも広い範囲で適用される。EU労働法のその他の領域、例えば情報提供と協議、整理解雇、および企業譲渡の領域では、国によって異なる労働者概念の解釈が前提となっている<sup>27</sup>。

### 第3節 「準労働者」と労働法の人的適用範囲の拡大

労働法の人的適用範囲は、様々なカテゴリーの「準労働者」にも拡大されうる<sup>28</sup>。スウェーデン労働法における唯一のそのようなカテゴリーは、いわゆる従属請負人（jämställda/beroende uppdragstagare）である。この「準労働者」のカテゴリーは、1940年代に集团的労働法において導入された。今日では、1976年の共同決定法1条2段が、次のように定めている。すなわち、「この法律で用いる『労働者』の文言は、他者のために労働を遂行し、そ

<sup>23</sup> Cf. Källström 1999, p. 163, Ds 2002:56, pp. 78 ff. and pp. 124 f. and Engblom 2003, p. 156.

<sup>24</sup> Cf. Nyström 2002, pp. 151 ff., Ds 2002:56, pp. 107 ff. and C-53/81 Levin v. Secretary of State for Justice [1982] ECR 1035.

<sup>25</sup> C-66/85 Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg [1986] ECR 2121.

<sup>26</sup> Cf. Nielsen 2000, pp. 251 ff., Nyström 2002, pp. 151 ff. and Ds 2002:56, pp. 107 ff.

<sup>27</sup> Cf. Ds 2002:56, pp. 108 f. and Nyström 2002, pp. 151 ff.

<sup>28</sup> 例えば、イギリスの「就労者」（worker）およびドイツの「労働者類似の者」（arbeitnehmerähnliche Personen）の概念と比較せよ。Engblom 2003, pp. 226 ff., Ds 2002:56, pp. 95 ff., および第5章イギリス、第1章ドイツを参照。労働法の人的適用範囲を拡大する様々な技術についての一般的議論に関しては、Engblom 2003も参照せよ。

の際に当該他者によって雇用されていない者で、しかし本質的に労働者と同じ性質の立場にある者をも含む。そのような状況下では、自身の利益のために労務を遂行される者が、使用者とみなされなければならない」。1976年の共同決定法は、スウェーデンの集团的労働法の中核をなす法律であり、特に団結の自由、労働協約、情報提供、交渉および共同決定の権利、ならびに争議行為に関する規定を含む。そして、これらの全ての点に関して、従属請負人は労働者と同じ権利（と義務）を付与されている<sup>29</sup>。

しかし、労働者概念の限界が拡大されるに伴って、従属請負人のカテゴリーの重要性は低下してきた。立法者が当初保護の対象にしようとした就業者の多くが、今日では労働者概念に包括され、労働法一般の適用を受ける。そのため、従属請負人のカテゴリーは実際上の意味を欠いている、またはもはや廃れた、という議論も多い。他に、集团的労働法の人的適用範囲を、保護を必要とする新しい就業者に、例えばフランチャイジング事業で働く者などに拡大するため、従属請負人のカテゴリーを新しいかつ拡大した方法で解釈しようという提案も存在する<sup>30</sup>。

スウェーデン労働法の人的適用範囲は、その他の幾つかの点において、自営業者にも拡大されている。1977年の労働安全衛生法は労働者の健康と安全を守っているが、その人的適用範囲は広範であり、実際に上述した従属請負人を包括し、一定の場合にはその他の自営業者をも包括する<sup>31</sup>。さらに、自営業者が労働組合に加入することが増えている。例えば歯科医師、建築家などを組織する複数の専門職組合では、その組合員に自営業者が占める割合が高い。また、例えばエンジニアリング部門などの、複数のホワイトカラー組合では、自営業者の組合員の数が急激に増加している<sup>32</sup>。

スウェーデンの社会保障制度は、（労働法制度と同様に）非常に均質的かつ等質的な性格を有しており、全てのカテゴリーの労働者のみでなく、自営業者も包括している。そのため、自営業者は、労災補償給付を受給できるのと同様に、失業給付の受給者にもなれる（1976年労災保険法および1997年失業給付法を参照）<sup>33</sup>。

#### 第4節 労働法の人的適用範囲の再定義？

進行する労働生活のフレキシビリティ化は、しばしば、順応性と配置の柔軟性の増進として、また伝統的雇用から非典型的雇用への移行として述べられる<sup>34</sup>。このフレキシビリティ

---

<sup>29</sup> Cf. Edström 2002.

<sup>30</sup> Cf. Bergqvist, Lunning and Toijer 1997, pp. 45 ff., Engblom 2003, p. 143 and Schmidt *et al.*, 1994, p. 70.

<sup>31</sup> Cf. Engblom 2003, pp. 265 ff.

<sup>32</sup> Cf. Engblom 2003, p. 32.

<sup>33</sup> Cf. Christensen 2000.

<sup>34</sup> 伝統的雇用は、一人の使用の下での安定したフルタイムの永続的雇用の中での、当該使用者が所有する事業所における、かつ一定の法的枠組み内で集团的に決定された労働条件の下での、賃金労働と行うことができる。Numhauser-Henning 1993, pp. 255fを参照。

化過程の重要な背景要因として、経済と流通のグローバル化の進行、新しい技術、国際競争、および情報化社会の到来が、頻繁に挙げられる<sup>35</sup>。この文脈では Atkinson の柔軟な企業のモデルが、数的、機能的および財政的柔軟性の概念と同様に、しばしば言及される。数的柔軟性は、雇用契約の形成および維持、ならびに労働時間の決定の、双方に関わる。そしてこれは、主として、雇用されている就業者の数におけるより一層の柔軟性を達成するという目的に寄与する。焦点となるのは、例えば、自営業、有期雇用、パートタイム労働である。Atkinson によれば、使用者は、外部の就業者グループに関しては「外部化戦略」を用いる。伝統的に労働者によって遂行されてきた労働が、自営業者または派遣労働者による労働に置き換えられる<sup>36</sup>。機能的柔軟性は永続的な関係における順応性および融通性に関わり、主として、就業者のいわゆる中心的グループに影響を与える。機能的柔軟性の目的は、製造物に対する需要の変化に応じて労働の内容を変えることである。機能的柔軟性を達成するために、使用者は、職務の種類および一般的な労務遂行義務を拡大し、教育訓練に投資することができる。最後に、財政的柔軟性は、例えば事業利益、または労働者の知識および効率性などの条件に対して、賃金をより適合可能にすることに關わる<sup>37</sup>。

1990年代以降、スウェーデンの労働市場では、非典型的な雇用や労働形態の増加と、数的柔軟性が見られてきた。有期雇用労働者の数は、おおよそ1989年の30万人から1999年の50万人へと増加した。派遣労働は、1990年代に5倍に増加した（しかし、1999年に全労働人口の約1%を占めるに過ぎない）。2001年には、自営業者が全労働人口の約6%を占めている。但し、ヨーロッパの一般的傾向と同じく、自営業者数の増加はなかった。代わりに、自営業者が農業セクターで減少し、サービスセクターで増加するという、質的变化が進んだ<sup>38 39</sup>。

これらの展開は、労働法の人的適用範囲を再定義する必要性について、議論を提起した。自営業の重要性が増加した結果、自分自身で労働を遂行し、一人の注文者・使用者に多かれ少なかれ経済的に依存しているような自営業者にも、労働法の人的適用範囲が拡大されるべきだと、多くの者が主張している<sup>40</sup>。

スウェーデンでは、発生した問題はさしあたり解決されてきた。国家労働生活研究機構は、とりわけ進行する労働生活のフレキシビリティ化および自営業の重要性の増大を背景として、今日の私法上の労働者概念および労働法の人的適用範囲の適当性の調査を、政府から委任された。調査は、関係する法規定および原則の予測可能性および透明性、裁判所がその総合的判断において用いる要件の適当性、ならびに、保護を必要とする特定の就業者グループが労

<sup>35</sup> See Numhauser-Henning 1993 and van den Berg, Furåker and Johansson 1997.

<sup>36</sup> Collin は、この製造の垂直的分解が、どのようにして多くの就業者を労働法の人的適用範囲の外に置くかを述べる。Collin は、使用者の組織形態の選択による影響をできる限り減らし、社会的および経済的要件への言及によって雇用の権利を強制的に課すことが必要であると結論付けている。Collins 1990を参照。

<sup>37</sup> See Atkinson 1984, Atkinson and Meager 1986 and Numhauser-Henning 1993.

<sup>38</sup> Cf. Ds 2002:56, pp. 202 ff., Supiot *et al.* 2001, pp. 4 f. and Storrie 2002, pp. 27 ff.

<sup>39</sup> スウェーデンにおけるパートタイム労働の割合の高さをも考慮に入れると、伝統的雇用の「優位」および典型的性格に対して疑念までも抱くであろう。

<sup>40</sup> Cf. Supiot *et al.* 2001, Davies and Freedland 2000, Engblom 2003 and Deakin 2001.

働法の適用範囲から外れているかどうか重点が置かれた。2002年秋に提出された最終報告書（Ds 2002:56『堅固な労働法——変化する労働生活のために』）において、研究機構は、全ての点について現状の維持を是認した。研究機構は、労働者概念を法的に定義する（そしてそれによっておそらく労働者概念の意味を変更する）必要性を見出さなかった。代わりに、裁判所が、その総合的判断および個別事例における多数要素審査の適用において、進行する労働市場および労働力の変化に労働者概念を適合させることができなければならない、と研究機構は述べる。しかし、裁判所は、就業者の経済的従属性により大きな重点を置くよう勧告された。さらに、報告書は、新しい「準労働者」のカテゴリーに労働法の人的適用範囲を拡大する必要性は存在しない、と述べた<sup>41 42</sup>。

しかし、柔軟な雇用および労働形態の増大は、伝統的労働者概念と必然的に衝突する。EU法の動きは、これらの点において、スウェーデン労働法の将来的な再構成に寄与しう。EU法において異なるカテゴリーの労働者の差別禁止および平等取り扱いに重点が置かれていること（パートタイムおよび有期雇用指令を参照）は、伝統的な雇用関係の特徴が、雇用関係が現実に存在するか否かに関する裁判所の総合的判断においてもはや決定的要素ではありえず、またそうあるべきではないということを示す。さらに、EU法における労働者概念の広範な拡大、並びに、全ての者（就業者）の基本的権利および差別禁止の強調が、結果的に、労働法の人的適用範囲の定義付けとしての労働者概念の侵食という結果をもたらしうる<sup>43</sup>。

#### 【参考文献】

- Adlercreutz, A., *Arbetstagarbegreppet. Om arbetstagarförhållandet och därtill hörande gränsdragningsfrågor i svensk civil- och socialrätt*, P.A. Norstedts & Söners Förlag, Stockholm 1964.
- Atkinson, J., *Manpower Strategies for Flexible Organisations*, *Personnel Management*, August 1984, pp. 28-31.
- Atkinson, J. and Meager, N., *Changing Working Patterns - How Companies Achieve Flexibility to Meet New Needs*, National Economic Development Office, London 1986.
- Barnard, C., *The Personal Scope of the Employment Relationship, Paper for the JILPT Comparative Labor Law Seminar*, 2004.
- Bergqvist, O., Lunning, L. and Toijer, G., *Medbestämmandelagen*, 2nd ed., Norstedts Juridik, Stockholm 1997.

---

<sup>41</sup> Cf. Ds 2002:56, pp. 75 ff.

<sup>41</sup> 政府の報告書に対する反応において、労使団体およびその他の労働法アクターは、原則としてこの結論に同意した。

<sup>41</sup> See Nielsen 2002.

- Christensen, A., Social Security Law, In: M. Bogdan (ed.), *Swedish Law in the New Millennium*, Norstedts juridik, Stockholm 2000, pp. 134-154.
- Collins, H., Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 10, No. 3, pp. 353-380.
- Davies, P. and Freedland, M., Employees, workers, and the autonomy of labour law, In: H. Collins, P. Davies and R. Rideout (eds.), *Legal Regulation of the Employment Relation*, W.G. Hart Legal Workshop Series, Kluwer Law International, London 2000, pp. 267-286.
- Deakin, S., Equal Treatment of Employees and Self-Employed Workers. Comments on Samuel Engblom's article, In: A. Numhauser-Henning (ed.), *Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination*, Kluwer Law International, The Hague 2001, pp. 317-322.
- Ds 2002:56 *Hållfast arbetsrätt - för ett föränderligt arbetsliv*.
- Edström, Ö., Co-determination in Private Enterprises in Four Nordic Countries, *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 43, 2002, pp. 159-188.
- Engblom, S., *Self-employed and the Personal Scope of Labour Law*, Doctoral thesis, European University Institute, Florence 2003.
- Källström, K., Employment and Contract Work, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 21, 1999, pp. 157-185.
- Lunning, L. and Toijer, G., *Anställningsskydd*, 8th ed., Norstedts Juridik, Stockholm 2002.
- Nielsen, R., *European Labour Law*, DJØF, Copenhagen 2000.
- Nielsen, R., Arbejdstagerbegrebet i et arbejdsmarked under forandring - et komparativt perspektiv, *Arbejdsretligt tidsskrift*, 2002, pp. 152-175.
- Numhauser-Henning, A., Arbetets flexibilisering, In: R. Eklund et al. (eds.), *Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman*, Iustus, Uppsala 1993, pp. 255-296.
- Nyström, B., *EU och arbetsrätten*, 3rd ed., Norstedts Juridik, Stockholm 2002.
- Schmidt, F. et al., *Löntagarrätt*, rev. ed. 1994, Juristförlaget, Stockholm 1994.
- SOU 1975:1 *Demokrati på arbetsplatsen*.
- SOU 1993:32 *Ny anställningsskyddslag*.
- SOU 1994:141 *Arbetsrättsliga utredningar*.
- Storrie, D., *Temporary agency work in the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin 2002.
- Supiot, A. et al., *Beyond Employment. Changes in Work and the Future of Labour Law*

*in Europe*, Oxford University Press, Oxford 2001.

van den Berg, A., Furåker, B. and Johansson, L., *Labour Market Regimes and Patterns of Flexibility. A Sweden - Canada Comparison*, Arkiv förlag, Lund 1997.

Wank, R., JILPT Comparative Labor Law Seminar, *Ouchi Project, National Paper for Germany*, 2004.

## <第4章（スウェーデン） 解題>

### 1. 労働者概念の特徴

Rönmar 論文によれば、スウェーデン労働法の人的適用範囲は、「労働者」の概念によって画定される。そして、この労働者概念は、20世紀の間に、より多くの就業者を労働法の保護範囲に包括するべく、継続的に拡大してきた。今日では、比較法的に見ても広い労働者概念となっている。以下、スウェーデン労働法の労働者概念の特徴を、日本法との比較法的観点から検討する。

#### (1) 制定法上の定義の有無

スウェーデンには、労働法の適用範囲としての「労働者 (arbetstagar)」を定義する法規定は存在しない。日本の労働基準法に相当するような、個別労働法分野における基本法が、スウェーデンには存在しないことにも留意する必要がある。スウェーデンでは、「労働者」概念の定義およびそれに伴う労働立法の適用範囲の画定が、裁判所による判例法理と立法者意思に委ねられている。

これに対し、日本では、労働基準法9条が「労働者」の範囲を定めている。同法による定義は、その他の多くの労働保護法においても、法の適用範囲を画定する「労働者」概念として用いられる<sup>1</sup>。したがって、制定法による一般的な労働法上の「労働者」の定義があるか否かが、両国間の相違点の一つであると言えよう。

#### (2) 労働者性の具体的な判断基準

次いで、具体的な労働者性の判断方法およびその基準について検討する。スウェーデンでは、当事者間の契約の形式にとらわれず、労働裁判所が実際の状況を考慮して労働者性を判断する。これに対し、日本の裁判例も、契約形式の如何に関わらず、実質的に見て使用関係が認められれば労働者性を認めている<sup>2</sup>。制定法上の「労働者」の定義の有無に関わらず、実際の具体的事例においては当事者の関係の実態に基づいて労働者性を判断するという方法が、両国に共通していると言えるだろう。

また、労働者性の判断で用いられる具体的考慮要素について見ると、スウェーデンの労働裁判所が用いる基準は、日本の1985年の労働基準法研究会報告（以下「労基研報告」という）

---

<sup>1</sup> 例えば、最低賃金法2条1号、労働安全衛生法2条2号が、各法律上の「労働者」の定義として労働基準法9条の規定を援用する。

<sup>2</sup> 東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法上巻』（有斐閣、2003年）148頁（橋本陽子執筆部分）によれば、学説も、このような判例の手法をほぼ支持している。

と共通する要素を多く持つ。Rönmar 論文よれば、スウェーデンの労働裁判所は、①指揮の下で労働を遂行する個人の責務、②実際の労働の自身による遂行、③労働の内容が予定されていないこと、④当事者間の継続的な関係、⑤就業者 (den arbetspresterande person)<sup>3</sup>が、第三者のためにどのような意味においても類似の労働を遂行することが禁じられていること、⑥労働の内容、時間および場所について、就業者が、注文者・使用者の指揮命令の対象となること、⑦就業者が、注文者・使用者が提供する機械、器具および原材料を使用することが前提とされていること、⑧就業者が、その出費を保障されること、⑨報酬が、少なくとも一部は、保障された給料として支払われること、⑩当該就業者の経済的・社会的状況が通常の労働者の状況と同じであること、といった事項を考慮して労働者性を判断する。

労働者性の判断が困難な境界線上の事例では、これらの要素の中でも、労働者の社会的・経済的に不安定な状況、すなわち⑩が判断の決め手となることがあるようである。この「社会的要件」として、特に、「就業者が、自身が注文者・使用者に対して不安定な関係にあると認識し、それゆえに注文者・使用者に依存していること」が考慮される<sup>4</sup>。具体的にどのような事項が考慮要素として含まれるのかは、Rönmar 論文だけからは必ずしも明らかではない<sup>5</sup>。しかし、Rönmar 論文が例として挙げた裁判例を見る限り、当該就業者の熟練度、顧客の保持具合など、非常に広範かつ多様な事情がこの要件の中に含まれうるようである。この要件は、日本の労基研報告が挙げる使用従属性を補強する要素（事業者性の有無、専属性の程度および使用者による認識）によっても考慮されない事項を含んでいると言えよう。

## 2. 労働者以外の者への適用範囲の拡大

### (1) 労働災害保険・労働安全衛生

日本では、労働基準法による労働者の定義が、労働災害保険法、労働安全衛生法その他多くの労働立法の適用対象を画定する。しかし、今日では、就労形態の多様化を背景として、労災保険制度の適用を契約労働者、シルバー人材センターを介して働く高齢者、およびボランティアなどにも拡大すべきだという議論が存在する。このような議論に対しては、労災保険制度をこれらの者に拡大する場合の保険料負担の問題が指摘されている<sup>6</sup>。

スウェーデンでは、労災保険法および安全衛生法は、自営業者 (egenföretagare) にも適

---

<sup>3</sup> Rönmar 論文では、労働者か自営業者かを区別せずに働く者全体を指すために、“worker”の語を用いる。ただし、スウェーデン労働法には、イギリス労働法の“worker”に相当する、労働者 (employee) よりも広い人的範囲を指す概念はない。本稿では、Rönmar 論文における“worker”，すなわち労働者と自営業者の双方を含みうる、他者に対して労務を提供する個人を指す言葉として、「就業者」という言葉を用いる。ここで示したスウェーデン語も、本稿で用いる「就業者」をスウェーデン語に試みに訳したものであることに注意されたい。

<sup>4</sup> Ds2002:56, s 117.

<sup>5</sup> 「社会的要件」があまりに不明確すぎる、と指摘する学説もある。Folke Schmidt, ombesörjd av Tore Sigeman, m. m., Löntagarrätt, 1994, s 65.

<sup>6</sup> 議論の状況および問題点については、岩村正彦「労災保険と労働者性」日本労働研究機構・国際労働法フォーラム (財団法人日本ILO協会)『労働者』概念をめぐる諸問題について (2001年) 3-4頁。

用される。すなわち、これらの法律の人的適用範囲は、雇用関係を規律するための労働法制の労働者概念からは切り離されている。特に労災保険法は、労働法制ではなく、社会保障法制と位置付けられる。

スウェーデンの労災保険制度の人的適用範囲は、上述した日本の議論状況に一定の示唆を与えるように思われる。スウェーデンでは、労災保険料は、労働者については使用者が、自営業者については自営業者自身が負担する<sup>7</sup>。ただし、労災保険制度は「有償で働く者」にのみ適用されるため<sup>8</sup>、無償で活動するボランティアには適用されない。したがって、スウェーデンのように労災保険法を一般の労働法から切り離すにしても、ボランティア活動に伴う危険に対しては、労災保険制度とは別の枠組みでの対応が必要となる。

## (2) 集团的労働法

スウェーデンの集团的労働法制の中核をなす共同決定法は、明文の規定をもって、「準労働者 (arbetstagarliknande person)」<sup>9</sup> として従属請負人 (jämställda/beroende uppdragstagare) をその適用範囲に包括する (MBL 1 条 2 段)。これは、小規模事業主と注文者の関係にはその他の労働法規制は適用しないが、小規模事業主が集团的に交渉し、注文者と団体協約を締結することができるべきである、という考えに基づく<sup>10</sup>。日本でも、とりわけ労働組合法については、規制の趣旨目的が労働基準法とは異なることから、労働者概念も労働基準法のそれとは必ずしも一致しない<sup>11</sup>。団体交渉による保護を及ぼすべきかという観点から集团的労働法の適用範囲を画する点は、日本とスウェーデンに共通していると言える。

ただし、Rönmar 報告によれば、従属請負人のカテゴリーは、今日ではその重要性が低下している。スウェーデンでは、立法者意思および裁判例によって労働者概念が広範に拡大したことにより、従属請負人として立法当初に念頭に置かれていた就業者の多くが、今日では労働者概念に包括される。すなわち、個別的労働法および集团的労働法を通して一般的かつ統一的に、かつての従属請負人が労働者概念に含まれるようになっている。

---

<sup>7</sup> この際の労働者および自営業者の区別は、事業所得課税証明書を持つかどうかという、租税制度上の区分に基づき行われる。

<sup>8</sup> 労災保険法 (SFS1976:380) 1 条 2 段、社会保険法 (SFS1999:799) 1 章 7 条 1 段および 3 章 5 条参照。

<sup>9</sup> スウェーデン労働法には、イギリス労働法における“quasi-employee”やドイツ労働法における“arbeitnehmerähnliche Personen”のような、労働者類似の者を包括する概念は存在しない。Rönmar 論文では、比較法的観点から論じるために、「疑似労働者」の言葉を用いている。ここでは、イギリス労働法やドイツ労働法における「疑似労働者」をスウェーデン語に訳す場合に用いられる言葉を示した。

<sup>10</sup> F. Schmidt, supra note5, s 70.

<sup>11</sup> 特に、労働基準法の適用対象者とはならない失業者、賃加工者なども、労組法上の労働者と認められている。菅野・前掲注 1 書 484-486 頁。学説も、労働組合法上の「労働者」は、「労基法の適用対象となる雇用関係よりは広く理解される可能性がある」と指摘する。山川隆一「労働者概念をめぐる問題処理の状況——労基法上の労働者概念を中心に」日本労働研究機構・国際労働法フォーラム・前掲注 5 書 2 頁。

### 3. 労働生活の変化への対応

スウェーデンにおいても、労働生活のフレキシビリティ化と産業構造の変化を背景に、労働者概念の見直しを求める声は存在する。特に自営業の重要性の増加<sup>12</sup>から、実質として労働者に近いような状態にある自営業者に対して、労働法の適用の拡大が求められている。また、学説には、新たな「準労働者」として、フランチャイジーに集団的労働法の適用を拡大すべきだという議論もある。

しかし、国家労働生活研究機構の報告書に基づけば、今日のスウェーデンでは、労働法の人的適用範囲の見直しは不要であるとの議論が大勢のようである。従来通り、法文上に「労働者」を定義せず、代わりに労働裁判所が労働者概念を労働生活の変化に適合させていくことが求められている。また、同報告書は、新たな「準労働者」のカテゴリーは不要と述べると同時に、裁判所が労働者性判断に際して経済的従属性をより重視するよう勧告する。

この報告書は、立法者意思および判例法によって発達した広範な労働者概念が、労働生活の変化に柔軟に対応しうると評価していると言えよう。報告書は、特に、就業者の経済的従属性の重視によって、労働者と自営業者の間のグレーゾーンに位置する者をより積極的に労働者概念の内へ取り込むことを目指していると考えられる。上述したフランチャイジーについても、社会的・経済的な立場が労働法制による保護を要するような不安定なものだと認められれば、集団的労働法に限らず労働法一般において、労働者性が肯定されることとなろう。

労働法全体に共通する労働者概念を統一的に拡大するというスウェーデンの手法は、労働法制の中で労働者概念が異なるという問題の発生を回避し、また、社会経済の変化に柔軟に対応ができるというメリットを有すると言えよう。Rönmar 論文も、「スウェーデン労働法の広範な被用者概念、および裁判所が適用する多数要素の審査が、労働市場の条件の変化および組織的变化に関して順応性および柔軟性を提供してきた」と述べる。さらに、Rönmar 論文は、EU 法の影響によって労働者概念がいっそう拡大する可能性をも示唆している。

---

<sup>12</sup> 正社員に代わる労働力の提供者としての自営業者の重要性の増大については、日本でも同様の状況が指摘されている。柳屋孝安「非労働者と労働者概念」日本労働法学会編『講座21世紀の労働法第1巻 21世紀労働法の展望』（有斐閣、2000年）131頁。

## 第5章 イギリス

### 序

雇用関係の人的範囲は、イギリス法において非常に重要であり、今日では従前よりもますます盛んに議論される問題となっている。異なる三つの地位が存在する。すなわち、

- ・労働者 (Employee),
- ・就労者 (Worker), および,
- ・自営業者 (Self-employed),

である。はじめの二つは制定法によって定義されている。1996年雇用権法 (ERA) 230条1項は、「労働者 (employee)」について以下のように定める。すなわち、「労働契約 (contract of employment) を締結するか、または労働契約の下で労働する (雇用が終了している場合には労働契約の下で労働していた) 者」である。「労働契約 (contract of employment)」は、雇用権法230条2項によって、「明示黙示を問わず、(明示の場合には) 口頭によるか書面によるかを問わず、雇用契約 (contract of service) または徒弟 (apprenticeship) 契約」と定義されている。230条3項では、「就労者 (workers)」が定義されている。就労者という文言は、労働者 (すなわち、労働契約の下で労働する者) を含むが、以下の契約を締結するか、または以下の契約の下で労働する (雇用が終了している場合には以下の契約の下で労働していた) 者にも適用される。

雇用権法230条(3)(b)：明示黙示を問わず、また (明示の場合には) 口頭によるか書面によるかを問わず、個人が、当該個人が遂行する職業的または商業的事業の顧客としての地位を契約上有しない、契約の他方当事者に、個人的に労働またはサービスをなし、または遂行することを約するその他の契約。

労働者は雇用契約 (contract of service) の下で雇用されているという事実に着目して定義されるのに対し、自営業者は、労務供給契約 (contract for service) を締結するのである。

雇用に関わる保護については、労働者が最も手厚い保護を享受し、自営業者の保護が最も薄い。税法上は逆のことが妥当する。自営業者が最も有利な税制上の取扱を受け、労働者が最も不利である。しかし、このような説明は過度に単純化されたものであり、近年では変化している。とりわけ、税制上の新たなルールにより、自営業者としての税制上の地位を享受することがより困難になっている一方で、就労者はだんだん多くの権利を享受するようになってきている。これは、労働党政府の政策的選択とも関連しているし、EU法の帰結でもある。そこで、重要な問題は、これらの異なる地位をどのように区別するかである。これは、Franks v. Reuters 事件<sup>1</sup>において Mummery 卿判事が言及したように、容易な課題ではない。

「労働者である (したがって雇用に関わる制定法上の権利を有する) 者と、

雇用に関わる制定法上の保護の権利を有しない者との境界線を引くことは、職場における、そして職場から離れたところでの労働関係の複雑化・多様化が進むにつれて、容易になるどころか、ますます困難になっている。」

## 第1節 労働者

### 1. 労働者の定義

Express and Echo 事件<sup>2</sup>において、控訴院（Peter Gibson 卿判事）は、ある者が労働者であるかどうかを判断するために四点の問いを行う必要があると判示した。すなわち、

- ① 契約が存在するかどうか<sup>3</sup>、
  - ② 条件（terms）は何か、
  - ③ 労働契約（contract of employment）であることと矛盾する条件があるかどうか、
  - ④ 雇用契約（contract of service）なのか労務供給契約（contract for service）なのか、
- である。第三と第四の問いが、我々のなす探求に最も大きく関連する。第三の問いは、委託（delegation）の問題を提起する。もし Express and Echo 事件の事案のように、個人が当該サービスの遂行を第三者に委ねる（delegate）ことができるならば、その契約は労働契約ではないだろう<sup>4</sup>。

第四の問いは、当該契約が労働契約かどうかを探求する際の核心である。何年にもわたって、この問いへの答えを出すために、裁判所によって多くのテストが発展してきた。これらのテストは1951年に既に、「こじつけの迷路に陥っていた」<sup>5</sup>。一つのテストは指揮命令（control）に関わるものである。つまり、使用人（servant）は、サービスの遂行において、他方当事者を主人（master）とするのに十分な程度にその他方当事者の指揮命令に服することに合意するというものである<sup>6</sup>。この公式は時代錯誤のように聞こえるし、一定程度の修正に服してきた（指揮命令の性質の変化を反映して、「どのように」から「何を」へ<sup>7</sup>）が、指揮命令テストが利用されなくなったわけではない。最近でも、控訴院は1995年に、Lane v. Shire Roofing 事件<sup>8</sup>において、ある者が労働者かどうかを判断するテストは、「何をなすべ

<sup>1</sup> [2003] IRLR 423, para. 18.

<sup>2</sup> [1999] IRLR 367.

<sup>3</sup> ここでは通常の要件が妥当する。すなわち、法的に拘束されるという意味、申込と承諾のプロセスにより到達した合意、使用者が労務の対償として就業者に提供する、何らかの形態の対価（「約因」）がなければならない。このことの重要性については、Hewlett Packard v. O'Murphy 事件判決（[2002] IRLR 4）を参照。

<sup>4</sup> もっとも、MacFarlane v. Glasgow City Council 事件判決（[2001] IRLR 7）と比較されたい。この事件では、委託をする限定的な権限があったことは、当該契約が労働契約であることを妨げなかった。

<sup>5</sup> B. Hepple, 'Restructuring Employment Rights' (1986) 15 ILJ 69で検討の対象となった、Kahn-Freund, 'Servants and Independent Contractors' (1951) 14 MLR 504では、ひとたび管理的な機能と技術的な機能が分けられると、指揮命令テストは不自然なものになると指摘されている。

<sup>6</sup> Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v. Minister of Pensions and National Insurance [1968] 2 QB 497, MacKenna J at p.515; Nethermere (St. Neots) Ltd v. Gardiner [1984] ICR 612, Stephenson LJ, p.623.

<sup>7</sup> See Viscount Simmonds in Mersey Docks & Harbour Board v. Coggins & Griffiths Ltd [1947] AC 1, 12.

<sup>8</sup> [1995] IRLR 493, 495 (Henry LJ).

きか、それをどのような方法で、どのような手段を用いて、そしていつなすべきか、ということ、誰が決定しているのか」である、と提唱している。

幾つかの事件では、裁判所は、当該個人が使用者の事業にどの程度編入されているかに着目している。例えば、Stevenson, Jordan & Harrison Ltd v. Macdonald & Evans 事件<sup>9</sup>において、Denning 卿判事は、雇用契約では、「人は事業の一部として使用され、その労働は事業の不可欠の一部としてなされる。これに対し、労務供給契約では、その労働は、事業のためになされるが、事業に編入されるのではなく、事業にとって付随的なものに過ぎない」と述べた。編入テストは、労働者の人的「従属性」よりも労働の組織化の態様を強調する。しかし、このテストは、下請や派遣労働の場合のように、組織の境界線が不明確な状況ではあまり有用でないかもしれない<sup>10</sup>。

裁判所は、その状況の経済的実態 (economic reality) も吟味して<sup>11</sup>、その労務の提供が雇用契約であることと一貫するのかどうかを検討している (例えば、使用者は選考と解約の権利を有しているか、就業者は賃金を支払われているのか定額 (a lump sum. 成果等に対する対価としての一定の金額：訳者注) を支払われているのか、就業者は当該使用者にのみ労務を提供しなければならないのかどうか、あるいは就業者は使用者の職場で就労しなければならないのかどうか；使用者が道具と材料を所有しているのかどうか；主に使用者が利潤を得る機会をもち損失のリスクを負うのかどうか；当該労働が事業の不可欠な一部であるかどうか)<sup>12</sup>。このアプローチは、裁判所が単に一つの要素に着目するのではなく、複数基準の、あるいは「实际的」アプローチを採り、労働契約であることを支持する要素およびそれを否定する要素を総合考慮した上で、天秤がどちらの側に落ち着くのかを判断する<sup>13</sup>、ということを示している。このことから、当該契約が労働契約であるかという問いへの判断には、「象のテスト」が用いられる<sup>14</sup>——すなわち、裁判官は、労働契約を見たならばそれと知ることになる<sup>15</sup>——と言う者もいる。

労働契約の存否を判断するために多くのテストが発展してきたが、現在の法では、ある一つのテストがその他のテストに優先されているように見受けられる。それは特に、家内労働者 (homeworker)<sup>16</sup>、派遣労働者 (agency worker)<sup>17</sup>、ゼロ時間契約の就業者 (zero-hours

<sup>9</sup> [1952] 1 TLR 101, 111.

<sup>10</sup> B. Burchell, S. Deakin, S. Honey, 'The Employment Status of Individuals in Non-Standard Employment', DTI, Employment Relations Research Series No. 6, 1999, 5.

<sup>11</sup> これは、当事者が契約締結時および契約締結後の双方において、述べたことおよび行ったことを、文書に「優先するものとして、そして劣後するものとして」検討することを含んでいる。当事者が当該関係をどのように理解していたかに関する証拠は、これに含まれる。Raymond Franks v. Reuters Limited [2003] IRLR 423, para. 12 (Per Mummery LJ).

<sup>12</sup> Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v. Minister of Pensions and National Insurance [1968] 2 QB 497; Market Investigations v. Minister of Social Security [1969] 2 QB 173; Lee v. Cheung and Shun Shing Construction & Engineering [1990] IRLR 236.

<sup>13</sup> I. Smith, Industrial Law, (London, Butterworths, 2003) .

<sup>14</sup> B. Wedderburn, The Worker and the Law (3<sup>rd</sup> ed, Harmondsworth, Penguin, 1986) , 116.

<sup>15</sup> See, e. g. Cassidy v. Ministry of Health [1951] 2 KB 343, Somervell LJ.

contract worker)<sup>18</sup>、随時的な就業者 (casual worker) など、非典型の労働者について、である。それは義務の相互性 (mutuality of obligation) テストである。この相互性が存在する場合にのみ、当該個人は労働者となる。このテストの重要性は、Carmichael 事件<sup>19</sup>において貴族院が強調している。Carmichael は発電所においてツアーガイドとして雇用されており、「要請があるたびに随時的に」労働していた。Carmichael は、1996年雇用権法に基づいて契約条件を記載した書面を求めた。使用者は、Carmichael は労働者ではないという理由によりこの要請を受け入れなかった。貴族院は、Carmichael が労働していた時とそうでない時の双方にわたる包括的な契約 (global contract) を締結していたのかどうかを判断しなければならなかった。雇用審判所は、包括的契約は存在しなかったと判示した。すなわち、Carmichael は、その時限りの連続した雇用契約ないし労務供給契約により使用されており、ガイドとして労働をしていない時は、発電所に対して何の契約上の義務も負っていないとした。貴族院はこれを認めた。Irvine of Lairg 卿は (当時の大法官)、発電所には随時的な労働を提供する義務はなかったし、Carmichael にもそれを引き受ける義務はなかったとした。それゆえ、「雇用契約を生み出すために必要な最低限の相互的義務が欠如していた」。

少し前の事件である O'Kelly 事件<sup>20</sup>で、雇用審判所は同様の理由により、ホテルの「常用的で随時的な (regular casual)」ウェイターは労働者ではないから、組合員であることを理由とする解雇からの保護を主張できないと判示した。雇用審判所は、常用的な随時的就業者が労働契約の下で使用されていたことと一貫する九つの要素を列挙した (例えば、実際に遂行した労働に対する報酬の対価として労務を提供していたこと、自分自身の資本を投資していなかった、もしくは事業の取引上の成功から利得を得る、あるいは損失を被る地位にはなかったこと、使用者の裁量と指揮命令下で労働していたこと、使用者が提供する衣服を着用していたこと、税金と保険料が源泉徴収されていたこと)。次いで、労働契約であることと矛盾するわけではない四つの要素を列挙して (例えば、条件を記載した書面を渡されなかったこと、所定労働時間が0時間であったことなど)、使用者／労働者の関係であることと矛盾する五つの要素を列挙した (例えば、いずれの側からも予告することなく契約を終了すること、それらの個人は労働を引き受ける義務を負わず、使用者は労働を提供する義務を負わず、随時的な就業者は労務供給契約の下で雇われるというのが当該産業の慣行であったこと)。数の上では労働契約と認定することを支持する要素がそれを否定する要素よりも多く、そして、O'Kelly は仮に十分な理由もなく労働を拒否したら常用的な随時的就業者としての地位を失っていたという事実もあったのだが、審判所は、義務の相互性の欠如を重視し、労

<sup>16</sup> Nethermere (St. Neots) Ltd v. Taverna and Gardiner [1984] IRLR 240.

<sup>17</sup> Wickens v. Champion Employment Agency [1984] ICR 365.

<sup>18</sup> Clark v. Oxfordshire Health Authority [1998] IRLR 125.

<sup>19</sup> Carmichael v. National Power [2000] IRLR 43.

<sup>20</sup> O'Kelly v. Trust House Forte Plc [1983] IRLR 369. See also Clark v. Oxfordshire Health Authority [1998] IRLR 125; Stevedoring & Haulage Services Ltd v. Fuller [2001] IRLR 627. この事件では、就業者は常用的な雇用への権利を有さないものとする、使用者が契約に定めていた。

働者ではないと認定した。

Carmichael 事件や O'Kelly 事件のような判断は、随時的な就業者を不当な地位に置くものである。彼らには適当な資産がないので、自己の計算で事業を展開しているとは実際には言えず、それゆえ、自営業者であることに結びついた税制上の利益を享受することはできない。他方で、雇用に関わる保護や社会保障給付の恩恵を享受する労働者でもない。彼らは就労者とみなされて一定の利益を享受するかもしれないが（以下参照）、就労者のテストすら通らないかもしれないのである。

どのようなテスト、あるいはどのようなテストの組み合わせが用いられるにせよ、審判所は、ある個人が労働者であるかどうかを判断するために複数の要素を吟味しなくてはならない。しかし、ある個人が雇用契約を締結しているかどうかの判断は、法的問題と事実問題が複合しているといわれている<sup>21</sup>。このことが意味するのは、雇用控訴審判所への上訴は、雇用審判所が法について誤りを犯したとき（例えば、誤った法的テストを用いた）または事実に関する判断が歪んだものであるとき（例えば、合理的な審判所であれば到達しないような判断）にのみ可能である、ということである<sup>22</sup>。

## 2. 労働者はどのような権利を享受するのか？

既述のように、労働者は最も手厚い保護を受ける。とりわけ労働者は不公正解雇から保護され、母性に関する政策と家族に優しい政策（例えば、柔軟な労働を求める権利など）についての権利を有する。包括的なリストは別表として本稿末に掲げている。

## 第2節 就労者

### 1. 就労者の定義

就労者はより多くの個別的権利を享受するようになっているが（下記参照）、就労者の定義は最初、ストライキへの集団的な権利（例えば、ストライキの組織者の民事免責）を定義する際に関心の対象となった。それゆえ、1992年労働組合労働関係（統合）法296条は、「就労者」を雇用権法230条3項とほぼ同様に定義しており、同様の定義は、1998年労働時間規則と1998年全国最低賃金法にみられる<sup>23</sup>。

既に検討したように、就労者の概念は労働者を含むが、使用者に対し、その労働を供給することを個人的に契約する、一定の独立的な契約者を含む<sup>24</sup>。そのような個人は、それゆえ、

<sup>21</sup> Express and Echo, above n.2, para. 23.

<sup>22</sup> Edwards v. Bairstow [1956] AC 14.

<sup>23</sup> 労働時間規則の指針で説明されているところによると、就労者は、労働契約を締結する者か、または、「定期的な給与または賃金を支払われて、ある組織、事業もしくは個人のために労働する者である。そのような者の使用者は通常、就労者に労働を与え、その労働をいつ、どのようになすかを命令し、道具その他の設備を提供し、そして税金と国民保険の保険料を支払う」。これは、自己の事業を営み、数多くの異なる顧客のために自由に労働し、自己の事業の健全な経営から利益を得ることができる者とは区別される。

使用者と従属関係に立つが、労働者としての地位の要件を満たしてはいない。これらの個人は「従属的な自営業者 (dependent self-employed)」と称されてきた者で、フリーランスの就業者、個人事業主、家内労働者および随時的な就業者を含む類型である<sup>25</sup>。

「就労者」の定義は、最近では、Byrne v. Baird 事件<sup>26</sup>で検討された。この事件は、建設産業の下請業者が、1998年労働時間規則により休暇手当を請求できるかどうかに関して、就労者であるかどうかという問題を引き起こした。Recorder Underhill QC (勅選弁護士=栄誉の称号を与えられた弁護士)は、この規則が就労者に権利を付与した意図は、「一方で労働者ではないが、他方で、狭い意味では事業を営んでいるとみなすことができない、保護される就労者という中間的な層」を創出することにあつたとした<sup>27</sup>。Recorder Underhill QCは、就労者は使用者との関係で従属的な地位に立つがゆえに保護を享受しているのであるから就労者のテストは指揮命令テスト、義務の相互性テストなど労働者のテストと共通するが、「合格点」はより低く、労働者としての保護の資格を備えるに十分な点数に至らない事例でも、就労者としての保護に必要な点数に至る可能性がある、とした<sup>28</sup>。

派遣会社で労働する就業者の地位は特に不安定なものである。そうした就業者は、義務の相互性が欠如しているから派遣会社の労働者とはみなされない<sup>29</sup>が、立法により、税法・国民保険法に関しては労働者とみなされる。法はまた、最低賃金、差別禁止、安全衛生、労働時間などの一定の分野では派遣労働者にも保護を拡張している<sup>30</sup>。そのような弱い就業者を保護する必要があると考えたため、1999年雇用関係法は、政府に対し、雇用に関わる権利の保護を二次的な立法によってこれらの者に拡大する権限を付与している<sup>31</sup>。Berkley 判事は、派遣労働者の事件である Montgomery v. Johnson Underwood 事件<sup>32</sup>で、通産省にこの権限

<sup>24</sup> もっとも、1981年企業譲渡（雇用保護）規則と比較されたい。同規則は、「労働者」とは、「雇用契約の下であるのか、もしくは徒弟契約の下であるのか、またはその他の契約の下であるのか、のいかなを問わず、他方当事者のために労働する個人」であると規定するが、続いて、「労務供給契約の下でサービスを提供する者を含まない」と明確に規定している。この独特の適用範囲は、1996年法の「労働者」の定義より広いが、同法の「就労者」の定義ほど広くない。

<sup>25</sup> B. Burchell, S. Deakin, S. Honey, 'The Employment Status of Individuals in Non-Standard Employment', DTI, Employment relations Research Series No.6, 1999, 12.

<sup>26</sup> [2002] IRLR 96.

<sup>27</sup> Para. 17.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> もっとも、当該個人とユーザーとの間の労働契約が黙示されているとすると、最終的にはユーザー企業の労働者となる可能性がある。Franks v. Reuters [2003] IRLR 423, para. 33. 後述する、Montgomery v. Johnson Underwood 事件判決 ([2001] IRLR 269) と比較せよ。

<sup>30</sup> これらの権利のほとんどのものが、当該個人に支払いをする者に対して、実施される。

<sup>31</sup> 23条4項は、同条に基づく命令が、次に掲げる事項を行うことができるとする。

- a. 個人が、就労者の契約または労働契約の当事者であると取扱うべきことを定めること
- b. 誰が個人の使用者としてみなされるべきかに関する規定を設けること
- c. 当該命令により個人に付与される権利の機能を修正する効果をもつ規定を設けること
- d. 派生的、付随的または補足的な規定で、大臣が適切であると考えるものを含めること

23条の権限は、以下に掲げる立法に基づいて個人に与えられる権利に用いることができる。

- ・1992年労働組合労働関係（統合）法；
- ・1996年雇用権法
- ・1999年雇用関係法
- ・1972年欧州共同体法2条2項に基づいてなされる全法令
- ・2002年雇用法

を用いるよう求めた。この事件で控訴院は、(主張によれば使用者であるところの) 派遣会社による派遣労働者への指揮命令が十分ではない<sup>33</sup>ので、当該派遣労働者は派遣会社に使用されていないと認定した(他方で、ユーザー企業が使用者である、あるいは派遣労働者とユーザー企業との間に何らかの契約が存在すると認定するのに十分な程度には、義務の相互性が存在しなかった)。政府はまだこの権限を用いていないが、この問題を協議に付している<sup>34</sup>。

## 2. 就労者はどのような権利を享受するのか？

就労者が享受する主要な権利は、全国最低賃金法、労働時間規則、公益情報開示法およびパートタイム労働規則に基づく権利である(別表1を参照)。

### 第3節 自営業者

一部の立法は、当該労働の遂行を個人的に契約する限りにおいて、自営業者ないし独立的契約者にも及ぶ。たとえば、1975年性差別禁止法82条は、「雇用」を次のように定義する<sup>35</sup>。

「雇用契約もしくは徒弟契約の下で、または労働の遂行を個人的に遂行する契約の下での雇用」

差別禁止立法は雇用への応募者だけでなく「契約労働者(contract worker)」にも一定の権利を付与している。

安全衛生立法(1974年職場安全衛生法53条1項)は、基本的に「労働者」の保護に関わるものである(労働者という文言について控訴院は、Lane v. Shire Roofing 事件<sup>36</sup>において、就労者を含むほど広範に解釈している)。もっとも、使用者の一定の義務は自営業者についても課されており、性差別禁止法よりも広範に、「他者を使用しているかどうかを問わず、労働契約以外の契約の下で、利得または報酬のために労働する個人」としている。

### 第4節 税および社会保障

税法と社会保障法では、労働者の概念は(部分的には)、どの就業者がクラス1の国民保険の保険料を拠出し(社会保障保険料法2条)、スケジュールEの所得税を支払う責任を負うのかを決定する。これは、労働者保護と課税とで、労働者の定義のために同一のテストが

---

<sup>32</sup> [2001] IRLR 269, para. 43.

<sup>33</sup> もっとも、ユーザー企業による十分な指揮命令が存在する可能性がある。Motorola Ltd v. Davidson [2001] IRLR 4.

<sup>34</sup> DTI, Discussion Document on Employment Status in relation to Statutory Employment Rights, URN 02/1058.

<sup>35</sup> 1976年人種関係法78条1項ならびに1995年障害者差別禁止法68条1項および1970年平等賃金法1条6項(a)も参照されたい。

<sup>36</sup> [1995] IRLR 493.

適用されるべきかどうかという問題を提起する。これについてノーという者もいる。課税との関係では、労働者という文言をできるだけ広く定義することが公益に資するのに対し、雇用に関わる保護については、第三者に影響を及ぼさないので、裁判所は、当事者による地位の定義を尊重すべきであるとするのである。このことを理由として、社会保障法と税法の潜脱を防ぐために「労働者」の定義を立法により拡張することが行われており<sup>37</sup>、一般的に、労働契約の存在に関するテストは、税と国民保険に関してはより容易に満たされる。これは、税との関係では労働者として分類され税制上の利益を享受しないのに、雇用関連の立法では労働者として分類されず、雇用に関わる保護を受けないという帰結をもたらす可能性がある。

## 第5節 結論

これまで検討したように、今日では、雇用上の地位の決定は、基本的に、ある個人が雇用に関わる保護を受ける程度、一定の社会福祉給付を受給する程度および税制上適用される枠組みを決定する。これは使用者にも影響を及ぼす。裁判所がある個人について労働者であると判断すると、これは使用者が一定の法的責任を負うことを意味する。Burchellらが指摘するように、これは、労働者よりも使用者の方が、当該リスクを食い止める、あるいは抑制するための措置を取ることによってそのリスクを回避することができる立場にあり（最小費用の回避者という正当化）、あるいは、おそらく国が行う社会保険や税制を通じた措置とともに、そのリスクを保険または価格設定のポリシーにより分散化できる立場にある（最良の保険者という正当化）、という見解に基づいている。換言すれば、審判所が特定の個人の雇用上の地位について判断するとき、実際には、一定種類の損失のリスクに備えて予防措置を取る責任をどこに配分するかを決定しているのである<sup>38</sup>。

---

<sup>37</sup> 例えば、派遣労働者については、社会保障（給与所得者分類）規則（SI 1978/1689）；1975年財政法（第2）38条。建設業の下請業者については、1971年財政法29条ないし31条、1975年財政法（第2）68条ないし71条；1980年財政法8条。

<sup>38</sup> B. Burchell, S. Deakin, S. Honey, 'The Employment Status of Individuals in Non-Standard Employment', DTI, Employment relations Research Series No.6, 1999, 6.

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 (employee)	就労者 (worker)
・労働条件記述書	X	
・賃金明細書	X	
・違法な賃金控除からの保護		X
・保障手当	X	
・日曜営業および日曜の賭博業務に関する保護	X	
・保護対象となる情報開示への保護		X
・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；勉学および訓練のためのタイム・オフ； 家族およ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	X	
・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		X
・公務遂行のためのタイムオフ	X	
・剰員整理の場合の求職または訓練の準備のための タイム・オフ	X	
・産前ケアのためのタイム・オフ	X	
・被扶養者のためのタイム・オフ	X	
・年金受託者のためのタイム・オフ	X	
・労働者代表のためのタイム・オフ	X	
・若年者の勉学または訓練のためのタイム・オフ	X	
・欧州従業員代表の委員のためのタイム・オフ	X	
・傷病休職手当	X	
・母性に関する理由による休職	X	
・通常母性休暇	X	
・付加的母性休暇	X	
・育児休暇	X	
・予告の権利	X	
・解雇理由を記載した書面	X	
・不公正に解雇されない（剰員整理の対象とし て選択されない）権利	X	
・剰員整理手当の権利	X	
・支払不能手当の権利	X	
・企業譲渡の際の既得権保護	X	
・同伴者を求める権利		X

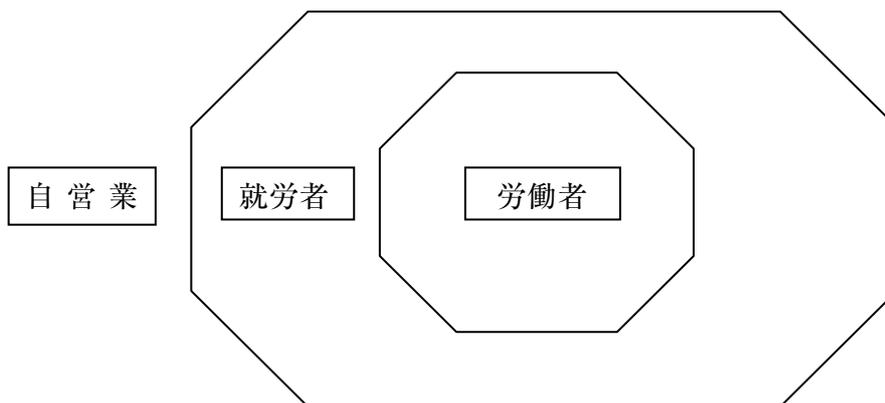
＜制定法上の権利＞	労働者 (employee)	就労者 (worker)
・ 集団的解雇に関し代表を通じて情報を提供され諮問を受ける権利	X	
・ 全国最低賃金の権利		X
・ 休憩時間・年次有給休暇および週労働時間の上限に関する権利		X
・ パートタイム就労者が比較可能なフルタイムの就労者よりも不利に取扱われない権利		X
・ 労働組合に加入し又は加入しない権利	X	
・ 労働組合の義務の遂行のためのタイム・オフ	X	
・ 労働組合の活動のためのタイム・オフ	X	
・ 不当な組合費のチェック・オフをされない権利		X
・ 父性休暇の権利	X	
・ 養子休暇の権利	X	
・ 追加的な母性休暇の権利	X	
・ 紛争処理手続に関する権利	X	
・ 労働組合役員の訓練のためのタイム・オフ	X	
・ 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	X	
・ 幼児を養育する親が柔軟な労働を請求する権利	X	

\* “X” は制定法上の権利の享受を意味する。

## <第5章 (イギリス) 解題>

### 概要

イギリスの労働法は従来、「労働者 (employee)」に適用されてきた。しかし、近年になって、一部の立法が「就労者 (worker)」にも及ぶようになり、適用範囲を拡大している。そしてさらに、「労働者」にも「就労者」にも該当しない「自営業者 (self-employed)」に適用される立法も存在する。つまり、イギリスには、労働法の適用範囲を画する概念として、労働者、就労者、自営業者という三つのものが存在する。労働法による保護は労働者に対するものが最も手厚く、自営業者の保護は弱い。就労者はその中間に位置する。図にすると次のようになる。



### 1. 労働者

#### (1) 定義

「労働者」は、労働契約 (contract of employment) を締結して労働する者のことであると定義される (1996年雇用権法 (ERA) 230条1項)。そして、労働契約は、雇用契約 (contract of service) または徒弟契約のことであるとされる (同法230条2項)。したがって、労働者として労働法の保護を受けるためには、通常は雇用契約であるといえることが必要である。この点に関しては、以下で述べるように、裁判所において多くのテストが発展してきている。どのテストを用いるかについては決着をみていない。そして、それらのテストは、労働者性を肯定する要素と否定する要素を総合考慮するものであるために、ある個人が労働者かどうかは裁判所の判断が出されてはじめて明らかになる、といった状況が生じている。つまり、イギリスでも日本と同様、労働者概念に関しては、予測可能性の欠如という問題があるといえる。

#### ア. 指揮命令 (control) テスト

指揮命令テストは、なすべきことと、それを遂行する方法、手段および日時を誰が決定しているのか、に着目するものである (Lane v. Shire Roofing 事件判決)。このテストはそもそも、当該関係が使用人 (servant) と主人 (master) の関係に当たるかを判断するために発展した。労働者該当性を判断するテストとして近年でも用いられているが、働き方の変化に応じて、どのように労働をなすかに関する指揮命令の有無よりも、何をなすべきかについて指揮命令があったかどうかを重視するというように、修正を受けている。

#### イ. 編入 (integration) テスト

労働の組織化の態様に着目し、当該個人が使用者の事業にどの程度編入されているかをみるのが編入テストである。例えば、Denning 判事は、雇用契約では、「人は事業の一部として使用され、その労働は事業の不可欠の一部としてなされる。これに対し、労務供給契約では、その労働は、事業のためになされるが、事業に編入されるのではなく、事業にとって付随的なものに過ぎない」と述べている。このテストは、下請や派遣労働のように組織の境界線が不明確な状況ではあまり有用でないと指摘されている。

#### ウ. 経済的実態 (economic reality) テスト

経済的実態テストは、次のような要素を考慮するものである。すなわち、使用者は選考と解雇の権利を有しているか、賃金を支払われているのか定額 (a lump sum. 成果等に対する対価としての一定の金額) を支払われているのか、当該使用者にのみ労務を提供しているかどうか、使用者の職場で就労しているかどうか、使用者が道具と材料を所有しているかどうか、主に使用者が利潤を得て損失のリスクを負うかどうか、などである。

#### エ. 義務の相互性 (mutuality of obligation) テスト

義務の相互性テストは、使用者はその就業者に労働を与える義務を負っているのか、就業者は使用者に勤務を要請されたときにそれを引き受ける義務を負っているのかをみるテストである。このテストにより、家内労働者、派遣労働者、ゼロ時間契約就労者、随時的な就労者 (casual worker) などは労働者性を否定される可能性が高くなっている。例えば、Carmichael 事件では、当該個人は発電所のツアーガイドとして、要請があるたびに随時的に労働していた。裁判所は、その個人と発電所との契約はその都度の独立したものであって長期にわたるものではない、それゆえ、発電所にはガイドの勤務を当該個人に割り当てる義務はないし、個人の側も、勤務を要請されたときでも常に引き受ける義務を負っていないとし、それゆえ雇用契約であるというために必要な相互的義務が欠如していると判示している。

## (2) 労働者が享受する権利

上記のようなテストに従い労働者に該当すると判断されると、労働法については最も手厚い保護を受けることができる。不公正解雇から保護され、母性に関する政策と家族に優しい政策（例えば、柔軟な労働を求める権利など）による権利を有することが特に重要である。

## 2. 就労者

「労働者」として労働法の保護を受けることができない者の中にも、経済的には従属して法保護が必要な者が存在する。こうした要請に応えるため、イギリスの労働立法は一部、適用範囲を拡大している。EU法の影響の増大と労働党政府の政策的選択がこの動きの背景をなしているという。

### (1) 定義

「就労者」には、「労働者」のみならず、「個人が、当該個人が遂行する職業的または商業的事業の顧客としての地位を契約上有しない、契約の他方当事者に、個人的に労働またはサービスをなし、または遂行することを約するその他の契約」を締結して労働する個人が含まれる（雇用権法230条3項）。これにより、従属的な自営業者と称される人々が労働法の一部の適用範囲に含まれるに至っている。具体的には、フリーランスの就業者、個人事業主、家内労働者および随時的な就業者などにも労働法の一部が適用されることになる。

「就労者」の定義に関する判例はまだ蓄積がない。最近の事件では、就労者のテストは労働者のテストと共通するが、「合格点」はより低く、労働者としての保護の資格を備えるに十分でない事例でも、就労者としての保護に必要な点数には至っている可能性がある、としたものがある（Byrne v. Baird 事件判決）。

### (2) 就労者が享受する権利

就労者が享受するのは、1998年全国最低賃金法、1998年労働時間規則、1998年公益情報開示法および2000年パートタイム労働規則に基づく権利などである。1992年労働組合労働関係（統合）法により、ストライキの民事免責などの権利も与えられる。

## 3. 自営業者

一部の立法は、自営業者ないし独立的契約者にも及んでいる。例えば、1975年性差別禁止法では、「雇用」には、雇用契約による雇用だけでなく、「労働の遂行を個人的に遂行する契約の下での雇用」も含まれる。安全衛生立法は、他者を使用しているかどうかを問わず、「利得または報酬のために労働する個人」を対象範囲に含めている。この適用範囲は性差別

禁止法よりも広範なものである。

#### 4. まとめ

イギリスでは、労働法の適用範囲を画する概念として、伝統的に、「労働者」という概念が用いられてきた。労働者に該当するかどうかを判断するテストとして最初に用いられたのは、人的従属性に着目する「指揮命令テスト」であった。しかし、働き方が変化し、労働者への指揮命令が抽象化する中で、指揮命令のみに着目するテストは、保護の必要性のある人々とそうでない人々を区別する基準として不十分なものとなった。そこで、裁判所は、労働の組織化の態様に着目する「統合テスト」、経済的従属性の程度をみる「経済的実態テスト」、仕事の諾否の自由があるかどうかなどを基準とする「義務の相互性テスト」など、他のテストを発展させてきている。これらのテストのいずれが裁判所で採用されるかは明らかでなく、また、いずれのテストでも労働者該当性を肯定する根拠と否定する根拠を総合考慮することになるために、ある者が労働者に該当するかどうかは裁判所の判断を待たないと分からないといった状況が生じている。イギリスでも、この点に関して、法的安定性の確保という課題があるといえる。

イギリスでは一部の労働法が労働者以外にも適用されるに至っている。その中でも安全衛生立法と差別禁止法の人的適用範囲は最も広い。安全衛生規制と差別禁止法の適用範囲が広範になるのは、各国に共通する傾向であるといつてよい。

イギリス法の特徴は、労働者と自営業者の中間に位置付けられる、「就労者」という概念を創出している点にある。これにより、フリーランスの就業者、個人事業主、家内労働者など、従属的な自営業者に一部立法の適用が及んでいる。最低賃金、労働時間、パートタイム労働の規制がその例である。このようなアプローチによる、労働法の適用範囲の拡大は、日本の問題を解決するための選択肢を示すものとして参照することができよう。

#### 【参考文献】

- ・ 鎌田耕一編著『契約労働の研究—アウトソーシングの労働問題—』（多賀出版，2001年）。
- ・ 小宮文人『イギリス労働法』（信山社，2001年）。

## 第6章 オーストラリア

### 序

オーストラリア労働法<sup>1</sup>は、役務提供契約ないし雇用契約の下で働く就業者、すなわち労働者 (employee) と、請負契約の下で働く者、すなわち独立契約者 (independent contractor) との間に、重要な区別を設けている。この区別は、多くの労働立法が前者をその対象としているという事実から生じるものである。このような労働立法は非常に多数に及ぶため、雇用契約は、オーストラリア労働法の「礎石」<sup>2</sup> である、といわれている。しかしながら、包括的な労働立法、すなわち、労働者と独立契約者の双方に等しく適用される労働立法による、雇用契約の優位に対する侵食が進行している。

本稿の最初の2つの部分はそれぞれ、労働者のみを対象とするオーストラリアの労働立法（「労働者に基礎を置く労働立法」）、包括的な労働立法を分析する。ついで、ある就業者が労働者か否かを決定するにあたり一般に採られている方法について簡単に論ずる。最後の2つの部分は、オーストラリアにおける2つの重要な非典型的な労働の形態、すなわち自営業及び臨時雇用をもたらす規制上の課題について考察する。

### 第1節 労働者に基礎をおく労働立法

雇用契約が中核たる位置を占めているのは、主として、雇用契約が制度を発動させるという事実由来している<sup>3</sup>。このことは、連邦裁定 (federal awards) 及び制定法上の協定 (statutory agreements) が適用される範囲を考えてみた場合、明らかである<sup>4</sup>。連邦裁定は、「労働争議 (industrial dispute)」<sup>5</sup> の予防・解決に目的が限定されている。そして、労働争議は、「使用者と労働者との関係に関する事項についての」<sup>6</sup> 一州を超える労働争議に限定されている。主要な労働立法である、1996年職場関係法 (Workplace Relations Act 1996

<sup>1</sup> 紙幅の都合により、この論文では検討対象を連邦レベル及びオーストラリアで最も人口が多い2つの州 (New South Wales 州及び Victoria 州) の労働法に限定することとする。

<sup>2</sup> Breen Creighton and Richard Mitchell, 'The Contract of Employment in Australian Labour Law' in Lammy Betten (ed), *The Employment Contract in Transforming Labour Relations* (1995) 129, 136.

<sup>3</sup> Breen Creighton, 'Reforming the Contract of Employment' in Andrew Frazer, Ron McCallum and Paul Ronfeldt (eds), *Individual Contracts and Workplace Relations* (1998) 77, 81.

<sup>4</sup> 連邦裁定及び制定法上の協定の詳細については、Joo-Cheong Tham, *The Framework of Australian Labour Law and Recent Trends in Regulation* (日本労働政策研究・研修機構, 比較労働法セミナー (2004年3月9・10日開催) に提出された拙稿) を参照。

<sup>5</sup> *Workplace Relations Act* ss 88B-89A 参照。89A条は更に、「裁定を下すことが認められる事項」 (allowable award matters) を限定列挙することで、オーストラリア労使関係委員会 (Australian Industrial Relations Commission (AIRC)) の裁定権限を制限している。

<sup>6</sup> *Workplace Relations Act* s 4.

(Cth) (以下、職場関係法 (Workplace Relations Act) という。)) は、コモン・ロー上の「労働者」概念を制定法上の労働者概念に取り込んでいる。従って、連邦裁定の内容は、基本的にはコモン・ロー上の労働者に該当する就業者にのみ適用されるのである<sup>7</sup>。

同じことが「『労働争議』にかかる企業協定 ('industrial dispute' enterprise agreement)」にも妥当する<sup>8</sup>。同様に、職場関係法のもとにおける制定法上の個別合意、すなわち「オーストラリア職場協定 (Australian Workplace Agreements [訳注：以下、AWAs という。])」は使用者と労働者との間でのみ、締結が認められている。更に、このような協定に認められているのは、当該当事者間の雇用関係に関する事項を取扱うことのみである<sup>9</sup>。「法人 (corporation)」企業協定はこれよりも若干柔軟である。すなわち、この協定は使用者とその労働者との間で直接に、または労働者団体との間でのみ締結することができるとされているが、協定できる事項は、当該雇用関係に関する事項に限定されないとされている<sup>10</sup>。

主要な制定法上の権利の享受もまた、労働者に限定されている。就業者が連邦不公正解雇制度を利用するためには、労働者である必要がある<sup>11</sup>。また、概して、そのような就業者のみが労働者<sup>12</sup>の賃金の9%を老齢年金基金に拠出するという使用者の義務から利益を受けることができる<sup>13</sup>。とはいえ、この義務は完全にまたは主として当該就業者の労働力を目的とする契約の下で働く就業者を包摂するように拡張されている<sup>14</sup>。

標準的な有給休暇権は通常労働者にのみ付与されている。例えば、New South Wales州<sup>15</sup>及びVictoria州<sup>16</sup>における年次有給休暇及び病欠休暇の最低付与日数に関する制定法の規定は、そのような文言で規定されている。同じことは職場関係法の下における無給の育児休暇

<sup>7</sup> *R v Foster; Ex parte Commonwealth Life (Amalgamated) Assurances Ltd* (1952) 85 CLR 138.

<sup>8</sup> *Workplace Relations Act* s 170LO.

<sup>9</sup> *Ibid* s 170VF(1).

<sup>10</sup> *Ibid* ss 170LK.連邦裁定、「労働争議」にかかる認証された (certified) 協定及び AWAs が雇用関係に関する事項に制限されるということは、独立契約者に関する条項をおくことができないうことを意味するものではない。例えば、独立契約者の利用が雇用契約に関する場合、十分に雇用関係に関する事項であると言いうる。Breen Creighton and Andrew Stewart, *Labour Law: An Introduction* (2000) 80-1 参照。更なる詳細については、Tham, 前掲注 4 を参照。

<sup>11</sup> *Workplace Relations Act* s 170CB.従前における主要な労使関係立法である1988年労使関係法 (*Industrial Relations Act 1988* (Cth)) においては、「労働者」 (employee) は、コモン・ロー上の「労働者」よりも広い文言であると解釈されてきた。*Konrad v Victoria Police* (1999) 165 ALR 23. しかしながら、職場関係法の対応する文言についてはこのような解釈は行われていない。*Williams v Commonwealth of Australia* (2000) 48 AILR ¶ 4-353参照。

<sup>12</sup> 1992年老齢年金保障 (管理) 法 (*Superannuation Guarantee (Administration) Act 1992* (Cth)) の12(1)条は、「労働者」を通常の意味におけるそれと定義している。

<sup>13</sup> *Ibid* s 12(3).この義務は、基本的には1992年老齢年金保障 (管理) 法から生じるが、同時に、立法によりカバーされていない事項、例えば、使用者が拠出すべきとされている老齢年金 (この例については、例えば、サービス業・宿泊施設・ホテル・リゾート及び賭博業に関する1995年の裁定 [AW783479] cl 25を参照) を取扱う裁定により、補充されている。連邦裁定も使用者に対して老齢年金に拠出するべきことを規定している。これらの拠出は、1992年老齢年金保障 (管理) 法の下で、使用者が拠出するよう求められている拠出額を減少させている。

<sup>14</sup> *Ibid* s 12(3).

<sup>15</sup> *Annual Holidays Act 1944* (NSW) s 3. 従前の制定法における文言は、「就業者 (worker)」である。これはコモン・ロー上の労働者概念よりも若干広範な文言である。New South Wales 州では、全ての州裁定は少なくとも1年当たり1週間の病欠休暇を認めなければならないとすることにより、事実上の最低病欠休暇付与日数が定められている。*Industrial Relations Act 1996* (NSW).

<sup>16</sup> *Workplace Relations Act* Schedule 1A cl 1.

(parental leave) 権にも当てはまる<sup>17</sup>。

最後に、コモン・ロー上の「労働者」概念が中核的位置を占めているということは、若干の労災補償制度にも反映している。連邦政府に従事する就業者のみをカバーする連邦の労災補償制度は、労災補償を受ける権利を「労働者」に限定している。ここにいう「労働者」は、暗黙のうちにコモン・ロー上の「労働者」概念を取り入れている<sup>18</sup>。

## 第2節 包括的な労働立法

オーストラリアでは、労働者及び独立契約者の双方に等しく適用されるという意味で包括的な、幾つかの重要な労働立法が存在する。

双方のグループの就業者とも、差別禁止立法の下で、職場における差別からの制定法上の保護を受ける。例えば、労働者及び独立契約者の双方について、仕事の提供及び当該仕事が提供される条件に関して性を理由とする差別が禁止されている<sup>19</sup>。職場関係法における団結の自由 (freedom of association) の規定も、同様の適用範囲を有しており、例えば、労働力を利用する者は、当該就業者が組合員であることを理由としてその地位を不利に変更してはならないと定めている<sup>20</sup>。

同様に、労働安全衛生法により労働力の利用者に課される義務も、大抵、就業者が労働者であるか、独立契約者であるかには依存しない。その理由は2つある。幾つかの法域では、「労働者」という制定法上の文言が、独立契約者を包含するものとして定義されてきている。例えば、連邦及びビクトリア州の制定法の下では、実現可能な限り安全な職場環境をその「労働者」に提供するという使用者の一般的義務は、使用者に従事する独立契約者に対する義務を含むとされている<sup>21</sup>。更に、労働安全衛生法は、使用者に対して、いかなる者も使用者の事業遂行により安全及び衛生に対するリスクにさらされることのないよう合理的に実現可能な全ての処置を採るよう一般的に要求している<sup>22</sup>。この義務は、使用者が影響を受ける独立契約者に関して、必要な処置をとることを義務付けるものである<sup>23</sup>。

ある者が従前労働者であったか、独立契約者であったかも、その者がオーストラリアの納税者が拠出する社会保障制度の下における失業所得支援 (unemployment income support)

<sup>17</sup> *Workplace Relations Act* Schedule 14.

<sup>18</sup> *Safety, Rehabilitation and Compensation Act 1988* (Cth) s 5.

<sup>19</sup> *Sex Discrimination Act 1984* (Cth) ss 14(1) and 16; *Anti-Discrimination Act 1977* (NSW) s 8 and *Equal Opportunity Act 1995* (Vic) ss 13-4.

<sup>20</sup> *Workplace Relations Act* s 298K.

<sup>21</sup> *Occupational Health and Safety (Commonwealth Employees) Act 1991* (Cth) s 16(4) and *Occupational Health and Safety Act 1985* (Vic) s 21(3).

<sup>22</sup> *Occupational Health and Safety (Commonwealth Employees) Act 1991* (Cth) s 17; *Occupational Health and Safety Act (NSW)* s 16 and *Occupational Health and Safety Act 1985* (Vic) s 22.

<sup>23</sup> これらの問題を詳細に論じた文献として、Richard Johnstone, 'Paradigm Crossed? The Statutory Occupational Health and Safety Obligations of the Business Undertaking' (1999), 12 *Australian Journal of Labour Law* 73-112参照。

を請求することができるか否かの問題には無関係である。この支援を受けることができる資格は、基本的に、その者が資産審査の条件を満たしているか否か、及び現に職を探しているか否かにかかっている<sup>24</sup>。

更に、労働者と独立契約者の区別は、オーストラリアの所得税制度からみても、概して重要ではない。最近に至るまで、税負担額を抑制するために個人がますます労務を自営の契約形態で提供しているとの懸念が存在した<sup>25</sup>。現在、この点は2000年人的サービス所得の移転に関する法律（Alienation of Personal Services Income Act 2000 (Cth)）の成立により、税負担抑制・回避の抜け道がほとんどふさがれる形で、立法的な手当がなされている。この法律は、中でも、80%以上の所得を特定の顧客から得ている就業者について、労働者と同様に課税されるべきことを規定している。

最後に、かなりの割合の独立契約者をカバーしているという意味でほとんど包括的である労災補償制度が存在する。New South Wales州の制度の下では、10オーストラリアドルを超える労務であって、当該就業者が遂行する取引ないし事業に通常伴うものではない労務を遂行する契約を締結した就業者が、その契約を下請けに出したり、他の就業者を雇用したりしない場合には、他方当事者の「労働者」とであるとされる<sup>26</sup>。Victoria州の制度も類似の規定<sup>27</sup>を有しているが、他の多くの独立労働者にその適用範囲を広げている点でより広範である<sup>28</sup>。

### 第3節 就業者が「労働者」か否かを判断する方法

就業者が労働者か否かを決定にあたり一般に採られている方法は、使用者と指摘された者が当該就業者の活動に対して有する支配の程度（degree of control）を中心に、幾つかの要素を考慮するというものである。他の要素として、以下に掲げるものが含まれる。

- ・ 自己の道具・器具を提供するか否か
- ・ 労務遂行に伴う財政面での危険を負担しているか否か
- ・ 他人のために労務を行う自由が認められているか否か
- ・ 労務の遂行を他人に委ねる自由が認められているか否か
- ・ 賃金（wage）を支払われているか

<sup>24</sup> 諸々の求職要件は、「活動度審査」（activity test）に含まれている。Social Security Act 1991 (Cth) ss 541 and 601.

<sup>25</sup> 自営の契約形態において税負担額を抑制するための抜け道としては、2つの方法がよく知られていた。第一に、役務を中間の主体を通じて提供することが可能とされていた。これは税金との関係で所得を分割することを可能とするものである。第二に、このような状況にある就業者は、より大幅な課税控除を主張する傾向にあった。Review of Business Taxation, *A Tax System Redesigned: More certain, equitable and durable: Overview, Recommendations and Estimated Impacts* (1999) 286-94.2000年の法改正以前の状況については、John Buchanan and Cameron Allan, 'The Growth of Contractors in the Construction Industry: Implications for Tax Reform' in John Buchanan (ed), *Taxation and the Labour Market* (1999) 参照。

<sup>26</sup> *Workplace Injury Management and Workers Compensation Act 1998* (NSW) Schedule 1, cl 2(2).

<sup>27</sup> 10オーストラリアドルの最低限度額は適用されない。*Accident Compensation Act 1985* (Vic) s 8.

<sup>28</sup> *Ibid* s 9.

・使用者と指摘される者が行う事業への統合の程度<sup>29</sup>

最後の2つの要素を除く全ての要素が肯定される場合、当該就業者は独立契約者と判断される。他方で、就業者が賃金を支払われており、かつ使用者と指摘される者が行う事業に高度に統合されている場合、労働者と判断される可能性が高くなる。

上記の方法に関しては言及すべき点が2点存在する。第一に、労務の供給者及び利用者の間における経済的実態は重要ではない。例えば、労務の提供者が経済的に労務の利用者に依存しているという事実は、明示的には雇用契約であることを示す要素ではない<sup>30</sup>。第二に、裁判所は特定の要素が認められるか否かの判断において形式的なアプローチを採用する傾向がある。このアプローチは、例えば、就業者が他人のために労務を行う自由が認められているか否か、または、労務の遂行を他人に委ねる自由が認められているか否かの判断において、契約の文言が決め手となることを意味している。裁判所は、契約上付与されている形式的な自由が実質を欠く状況においても、この形式的なアプローチに固執している<sup>31</sup>。

#### 第4節 自営業者がもたらす課題

最近のある研究では、1998年時点で、自営業者、すなわち労働者を雇うことなく自らの事業を通じて労務を提供する者が、オーストラリアで雇われている全ての者（all employed persons）のうち10.1%を構成しているの見積もられており、1978年時点における見積もりである7.3%に比較して上昇している<sup>32</sup>。

この増加により投げかけられている主な課題は、「従属的な（dependent）」自営業者の割合である。従属的な自営業者とは、ある特定の労働力利用者に経済的に依存している点で労働者の属性を有するものの、法的には「労働者」の地位を有しない者である。上記の研究は、1998年時点において、雇われている者の2.6%から4.2%が「従属的」な自営業者であるとしている<sup>33</sup>。

「従属的」な自営業者の増加が、雇用関係の特徴としての従属的な労働関係を侵食する広く知られている方法によりたきつけられていることは、疑いようがない。就業者と労働力の利用者との間に法主体を介在させることは、その手法の一つである。例えば、労働力を会社を通じて他の者に供給する就業者は労働力の利用者と雇用関係にあるわけではない。労働者は自然人に限られると考えられているので<sup>34</sup>、当該会社が雇用関係に立つわけでもない。こ

<sup>29</sup> *Stevens v Brodribb Sawmilling Co Pty Ltd* (1986) 160 CLR 16 and *Hollis v Vabu Pty Ltd* (2001) 75 ALJR 1356.

<sup>30</sup> 唯一の例外は、*Re Porter* (1989) 34 IR 179, 184-5においてGray裁判官が採用したアプローチである。

<sup>31</sup> 注35の文献を参照。

<sup>32</sup> Matthew Waite and Lou Will, *Self-Employed Contractors in Australia: Incidence and Characteristics* (2001) 23, 32.

<sup>33</sup> *Ibid* 35-6.

<sup>34</sup> *Australian Mutual Provident Society Ltd v Chaplin* (1978) 18 ALR 385, 389-90参照。

のことは、就業者の労働力の供給媒体として機能することが当該会社の唯一の目的であっても同様である。

この方法以外に、労働関係はそれが雇用の様々な指標を満たさない方法で形作ることが可能である。例えば、より強い交渉力を有する当事者は、就業者を、自ら器具を提供し、また、形式的に当該就業者に労務の遂行を他人に委ねる自由を認める契約の下で、労務に従事させることができる。しかしながら、労働力の利用者に経済的に従属している就業者は、所得の確保が必要であるため、他人に委ねるといふこの形式的な自由を利用することはできない。そのような状況においては、労働力の利用者は従属的な労働関係を通じて、かつ、そのような関係が雇用関係であると判断されることを回避しつつ、労働力の供給を確保することができる。雇用契約がオーストラリア労働による規制の要であることに鑑みると、上記のような回避策は労働立法及びそれに伴う租税の侵食を可能とするものである<sup>35</sup>。

従属的な自営業者がもたらす課題に対しては主に2つの方法で対応が行われている。第一に、裁判所及び審判所は不公正な契約を修正する救済権限を付与されている<sup>36</sup>。第二に、一定の制定法は、特定のグループの独立契約者を労働者とみなす規定を有している<sup>37</sup>。もっとも、これらの対応は、就業者が労働者であるか否かを判断する一般的な基準の再構成を行っていないとの理由で不十分であると批判されている<sup>38</sup>。

## 第5節 臨時労働者がもたらす課題

オーストラリアでは、統計上、年次有給休暇・病気休暇の権利を付与されていない者が臨時労働者 (casual employee) と定義されている。裁定制度の下では臨時労働者と考えられる就業者は臨時手当 (casual loading) と呼ばれるプレミアム賃金を支払われる<sup>39</sup>一方で休暇の権利を否定されており、上記の定義はおおむねこの裁定制度に従ったものである。オーストラリアにおける臨時労働者は、必ずしも短い期間を定めた契約により労務に従事しているわけではない点に注意する必要がある<sup>40</sup>。

過去30年間に於いて、上記のように定義される臨時労働者は驚異的に増大した<sup>41</sup>。そのような労働者の雇用に占める割合は、1982年における13.3%から1989年には20%に増加してい

<sup>35</sup> Andrew Stewart, 'Redefining Employment? Meeting the Challenge of Contract and Agency Labour' (2002) 15(3) *Australian Journal of Labour Law* 235参照。

<sup>36</sup> WR Act s 127A and Part 9 of the *Industrial Relations Act 1996* (NSW).

<sup>37</sup> 一般的には、Alan Clayton and Richard Mitchell, *Study on Employment Situations and Worker Protection in Australia: A Report to the International Labour Office* (1999) 52-8を参照。

<sup>38</sup> Stewart, 前掲注35, 268-70頁を参照。

<sup>39</sup> ABS, *Labour Statistics: Concepts, Sources and Methods* (2001) para 4.38.

<sup>40</sup> Joo-Cheong Tham, 'Employment Security of Casual Employees: A Legal Perspective' in Michael Barry and Peter Brosnan (eds), *New Economies: New Industrial Relations: Proceedings of the 18th AIRAANZ Conference: Volume 1: Refereed Papers* (2004) 516-24参照。

<sup>41</sup> オーストラリアにおける臨時労働者は、必ずしも不安定な雇用状態にあるわけではないことには注意が必要である。

る<sup>42</sup>。この急激な成長は過去10年間の間も継続し、2000年には全労働者の27.3%を構成するに至っている<sup>43</sup>。この増加は、雇用全体の成長が低調であることを考慮すると、新たに生み出された仕事において臨時労働の増加が相対的に重要な位置を占めていることをも意味している。例えば、1990年には臨時労働の成長が雇用全体の純増分の70%強を説明していた<sup>44</sup>。更に、オーストラリアの臨時労働は女性が担う割合が高いものの、大部分の労働部門に浸透を続けている<sup>45</sup>。

臨時労働がオーストラリア労働法に投げかけている課題は、それが多くの場合、低級な(degraded)労働形態である、という点である。これは主として臨時労働者に否定されている利益及び保障について適切に補償がなされていないという事実によるものである。この不十分な保障あるいは「公的に是認された保護の違い」<sup>46</sup>は、部分的には、臨時手当が不十分であることに起因している。

臨時手当が不十分であるのは様々な理由による。臨時労働者がある裁定の対象とされていないという理由で、あるいは関係する裁定が適切に履行されていないために、臨時手当は時には支払われないことすらある。臨時手当が支払われる場合であっても、当該手当は裁定から得られる過去の分の利益を補償することを主たる目的としているため<sup>47</sup>、適切な補償額には不足している。補償の範囲は一定の臨時労働者に否定されている制定法上の権利、例えば、不公正解雇からの保護には及んでいない。

この保護の違いは、臨時労働者ではない労働者に比べて、臨時労働者がより低いコストで使用者に労務を提供することが可能であることを意味している。規制の上でのリスクは二重に存在する。すなわち第一に、臨時労働者の労働が低級なものとなることであり、第二に、特定の雇用形態による労働力の利用により標準的な保護を掘り崩す可能性があることである。

学説では、臨時労働がもたらす課題への対応として3つの方法が主張されている。すなわち、

- ・ 臨時労働を制限すること、
- ・ 臨時労働者に対して、快適でない雇用であることの補償を臨時手当などにより行うこと、及び
- ・ 臨時労働とそうではない雇用との差異を縮めるために臨時労働に条件を設けること、

---

<sup>42</sup> Peter Dawkins and Keith Norris, 'Casual Employment in Australia' (1990), 16 *Australian Bulletin of Labour* 156, 164. オーストラリア統計局 (ABS) により臨時労働者に分類される労働者は、以下では ABS 臨時労働者と呼ぶこととする。ABS による臨時労働者の定義については、注39及び40の文献を参照。

<sup>43</sup> Alison Preston, 'The changing Australian labour market: Developments during the last decade' (2001), 27 *Australian Bulletin of Labour* 153, 160.

<sup>44</sup> Iain Campbell and John Burgess, 'Casual Employment in Australia and Temporary Employment in Europe: Developing a Cross-National Comparison' (2001), 15 *Work, Employment & Society* 171, 175.

<sup>45</sup> Iain Campbell, 'The Spreading Net: Age and Gender in the Process of Casualisation in Australia' (2000), 45 *Journal of Australian Political Economy* 68参照。

<sup>46</sup> Iain Campbell, 'The Growth of Casual Employment in Australia: Towards an Explanation' in Julian Teicher (ed), *Non-Standard Employment in Australia and New Zealand* (1996) 43, 49.

<sup>47</sup> *Re Metal, Engineering and Associated Industries Award, 1998 - Part 1* (2002) 110 IR 247.

である<sup>48</sup>。

これら3つのいずれもが労働組合により採用されている。第一の方法を追求することは、オーストラリア労使関係委員会（AIRC）が、特定の雇用類型における労働者の割合または数を限定する条項を含む裁定を下すことを禁じられている<sup>49</sup>ために限界があるので、組合は転換（conversion）条項を通じて臨時労働を制限しようとしている。例えば、オーストラリア製造業労働組合は、ある使用者の下で常時6ヶ月間雇用された臨時労働者に「常用」の地位に転換する請求権を付与する規定により、臨時労働を制限することに成功している。もっとも、この権利について使用者は合理的な理由がある場合拒否することが認められているというように厳しい条件が付されている。また、この組合は臨時手当の20%から25%への引き上げを獲得することにより、補償を行わせるアプローチにも成功している<sup>50</sup>。更に、オーストラリア労働組合協議会（Australian Council of Trade Union）のAIRCに対する申請、とりわけ、ある使用者の下で継続して12ヶ月以上勤務する臨時労働者に離職手当の保護を拡張することを目的とした申請では、条件を付するというアプローチが採られていることが明白である<sup>51</sup>。

## 第6節 結論

以上の検討から、オーストラリア労働法の適用範囲は労働者たる就業者と、独立契約者たる就業者との区別に大きく依拠していることが明らかである。他方で同時に、幾つかの重要な労働立法は両者を区別することなく、双方のグループの就業者を包摂している。

雇用契約が中核的位置を占めているという状況において、従属的な自営業者はオーストラリア労働法の適切さに重大な課題を投げかけている。また、オーストラリア労働法が、補償が不十分な非典型的な労働形態である臨時労働を是認していることからまた、別個の課題が生じている。

---

<sup>48</sup> Barbara Pocock, John Buchanan and Iain Campbell, ‘“New” Industrial Relations: Meeting the Challenge of Casual Work in Australia’ in Michael Barry and Peter Brosnan (eds), *New Economies: New Industrial Relations: Proceedings of the 18th AIRAANZ Conference: Volume 2: Un-refereed Abstracts & Papers* (2004) 208, 213-4.

<sup>49</sup> *Workplace Relations Act* s 89A (4).

<sup>50</sup> *Re Metal, Engineering and Associated Industries Award, 1998 - Part 1* (2002) 110 IR 247.

<sup>51</sup> <http://www.e-airc.gov.au/redundancycase/>参照。

2つの特定の事例における補償アプローチ及び条件を付するアプローチに関する議論については、Gillian Whitehouse and Tricia Rooney, ‘Employment Entitlements and Casual Status: Lessons from Two Queensland Cases’ (2003), 29(1) *Australian Bulletin of Labour* 62参照。

## <第6章（オーストラリア）解題>

1. ジューチョン・タン論文は、オーストラリア労働法において、労働者（employee）<sup>1</sup>のみを対象とする立法が存在すると共に、請負契約の下で働く独立契約者（independent contractor）をも保護の対象とする包括的な立法が存在することを指摘する。また、オーストラリアにおける自営業者（self-employed）の増加、とりわけある特定の顧客に経済的に従属している従属的な（dependent）自営業者の増加、及び、臨時労働者（casual worker）と呼称される労働者の増加がもたらす、労働法の保護立法としての役割の低下の指摘とそれへの対応が紹介されている。これらのうち、前者の点、すなわち、ある労働立法が労働者のみをその適用対象とするか、独立契約者を対象とするかという点、ならびに、後者の点のうち従属的な自営業者の増加は、いかなる者に対して労働法の保護を及ぼすべきかという、日本における労働者概念の問題に対応するものと捉えることができる。以下では、この独立契約者・従属的な自営業者を巡るオーストラリア労働法の特徴を、日本の労働法と対比させつつ述べることにする。

2. オーストラリア労働法では、雇用契約の下で労務に従事する労働者のみならず、請負契約の下で働く独立労働者をも対象とする労働立法が存在する。日本においては、労働基準法をはじめとする労働立法は、「労働者」をその適用対象としており、法形式上請負契約で働く者（例えば、傭車運転手など）に労働法の保護を及ぼすべきか否かについて、労働者概念をどのように定義するか、また、労働者概念に該当するか否かの判断基準をどのように構成するか、という形で議論がなされている。そして、労働基準法から派生した立法（最低賃金法、労働安全衛生法）をはじめとして、他の多くの労働保護立法についても、明文の規定により（例えば、労働安全衛生法2条2号）、あるいは、明文の規定はないものの（例えば、労災保険法<sup>2</sup>）、労働基準法上の労働者を適用対象としている<sup>3</sup>。それゆえ、労働基準法上の労働者概念に該当するか否かが労働法の保護を受けうるか否かの重要なメルクマールとなっている。

3. オーストラリア労働法では、労働者概念の再構成により図る上記のアプローチと共に、独立契約者等の労務提供形態に対する適切な保護を及ぼすに当たり、それぞれの法律において適用対象を労働者に限定せず端的に独立契約者をもその適用対象に含めるというアプロー

<sup>1</sup> タン論文では、日本でいうところの労働者及び自営業者の双方を包含する概念として worker（就業者）という用語が用いられており、日本でいうところの労働者を指す概念としては、employee が用いられている。そこで、以下では、employee を「労働者」と表記している。

<sup>2</sup> 横浜南労基署長事件・最一小判平成8・11・28労判714号14頁参照。

<sup>3</sup> 東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法上巻』（有斐閣、2003年）138-139頁〔橋本陽子執筆〕。

ちも採用されている。このアプローチの具体的方法としては、労働者以外の者（独立契約者）に関する明文の規定においてその保護の対象を拡張する方法、「労働者」を適用対象としつつ当該「労働者」概念に独立契約者（あるいは、自営業者）が含まれる旨定める方法の双方の方式が採られている。例えば、前者の例として、1984年連邦性差別禁止立法（Sex Discrimination Act 1984 (Cth)）では、労働者及び独立契約者の雇用条件（労務遂行条件）について性を理由とする差別を禁止する規定がそれぞれ別個に存在している<sup>4</sup>。また、後者の例として、ビクトリア州1985年労働安全衛生法（Occupational Health and Safety Act 1985 (Vic)）21条は、「労働者」に対して安全かつ健康への危険がない労働環境を提供するよう使用者に義務付けると共に、「労働者」という文言には、独立契約者（及び独立契約者が雇用する労働者）が含まれる旨明文で規定している。日本においても、例えば、労災保険法33条以下では特別加入制度について規定されており、自動車運送の個人業者、いわゆる一人親方など、労災保険法上（すなわち、労働基準法上）の労働者には該当しない者でも、任意に労災保険に加入できることとされている。任意加入により適用対象となるか、当然に適用対象となるかの違いはあるが、日本においても、労働者ではない者を端的に適用対象とするアプローチ（特に、労働者以外の者に関する明文の規定を備えるアプローチ）が採られているわけであるが、オーストラリア労働法との対比からは、独立契約者に保護を及ぼす手法として、労働者概念の再構成と共に、このようなアプローチをより積極的に採用するという選択肢がありうる、という示唆を得ることができよう。

4. このように個々の立法において労働者ではない者を適用対象と定める（または、当該立法における「労働者」に独立契約者等を含める）アプローチを採る場合、いかなる立法では独立契約者等を適用対象とし、いかなる立法では適用対象には含めないかという点が重要となる。タン論文によればオーストラリアにおいて独立契約者にも及ぼされる労働法上の保護は、性差別の禁止、団結の自由の保障、安全衛生、失業保険及び労災補償に関する保護である。これに対し、独立契約者は、オーストラリアにおいて労働条件決定手段として重要な裁定制度（award system）の適用対象とはなっておらず、また、不公正な解雇からの保護、有給休暇の付与の対象からも除外されている。直ちに一般化することは困難ではあるが、契約内容及び契約の終了に関する保護は労働者に限定され、差別禁止・団結の自由といった基本的権利、生命や身体の安全に関わる事項については労働者のみならず独立契約者にも保護が及ぶというという傾向があると考えられる。

5. 以上のように、各事項ごとに労働者のみを保護の対象とするか、独立契約者等労働者以外の者をも保護の対象とするかを決定するアプローチが、労働法の適用範囲に関するオー

---

<sup>4</sup> 1984年連邦性差別禁止法14条及び16条。

ストラリア労働法の特徴のひとつであるといえよう。

6. 労働法の適用範囲の問題に関しては、もちろん、労働者ではない者を端的に適用対象と定めるアプローチと共に、労働者概念の定義についても議論がなされている。最後にこの点についても触れておこう。オーストラリアにおける労働者概念は、一方当事者の他方当事者に対する支配の程度（degree of control）を中心として、自己の道具を提供するか否か、労務遂行に伴う危険を負担しているか、他方当事者以外の者に労務を提供する自由が認められているか、当該労務遂行を他人に委ねる自由があるか、報酬の形態、他方当事者の業務への統合の程度といった要素を考慮して判断がなされている。これらの考慮要素については、日本における労働者性の判断と類似しているといえる。しかし、オーストラリアでは、具体的な判断手法において、両当事者間の関係を実質的に判断するのではなく、契約の文言を決め手とする形式的なアプローチを採用する傾向にある点において違いがみられる。このことは、一方では、労働者に該当するか否かの判断がより予見可能であることを意味しているが、他方で、契約の文言を操作することにより労働者性を否定する（使用者としての義務を免れる）ことが可能になることを意味している。実際、タン論文では特定の者に経済的に従属する自営業者の増加が指摘されている。この問題への対応の一つとして、幾つかの制定法において、特定の自営業者を被用者とみなす規定を置いていることが指摘されているが、見方を変えれば、労働者性の判断において予測可能性の高い判断基準を採用する場合には、当該基準を回避することを防ぐために、このように制定法において労働者に該当しない者をも適用対象に含むという法的手当が必要なことを示唆していると理解することも可能と思われる。

## 第7章 アメリカ

### 序

立法上、適用除外される例はあるが、アメリカでは一般に、制定法や法理が有する目的に従って、誰が雇用労働法や法理の適用対象である「労働者 (employee)」であるかを定義している。例えば、使用者責任 (respondeat superior) にかかるコモン・ローの原則では、「労働者」とは、与えられた業務の遂行について権限を有する者により「指揮または支配 (direct and control)」される者であるとされており、したがって、「指揮または支配」権限を有する者がその労働者の不法行為について使用者としての法的責任を有するのが妥当であると考えられるのである<sup>1</sup>。同様に、例えば公正労働基準法 (Fair Labor Standards Act. 以下、FLSA)<sup>2</sup> といった連邦労働者保護立法において労働者の定義がなされていない場合には、ある者が法において「労働者」であることによって法がその目的を達成するための「経済的現実の状況」の下で、第三者と上記のような関係があるかを裁判所が検証するためのツールとして、「経済的実態基準 (economic realities test)」が用いられる<sup>3</sup>。また、ほとんどの州労働者災害補償法について、「労働者」の定義は制定法において明確に規定されている。しかし、救済という法目的を達成するため、拡大解釈されている<sup>4</sup>。

「労働者」の定義を個々の立法の目的に適合させるように構成するこのような方法は、裁判所をして、問題となっている法の制定における議会や立法府の意図に、ほぼ完全に従うことを可能にしていることから、ある程度は妥当である。しかし、このような手法はまた、制定法の目的が当事者にとって明確でない場合や、ある制定法においては労働者である者が、別の制定法においてはその目的から労働者ではないとされる場合、法の適用の有無を巡って、労働者であることの事前の予測可能性と制定法間における労働者の定義の統一性の問題を惹起する<sup>5</sup>。

アメリカの雇用労働法が法の目的に従って労働者を定義するというこの基本的なあり方については、少なくとも一つの重要な例外がある。連邦議会は、全国労働関係法 (National Labor Relations Act. 以下、NLRA) における「労働者」の定義を、不法行為法上の「労働者」の定義に明確に限定したのである<sup>6</sup>。さらに、連邦議会は、連邦最高裁判所が「経営的 (managerial)」および「機密保持 (confidential)」労働者を NLRA の適用除外に加えたの

---

<sup>1</sup> 後掲第1節1参照。

<sup>2</sup> 29 U.S.C. §§ 201-219 (1994).

<sup>3</sup> 後掲第1節2参照。

<sup>4</sup> 後掲第1節3参照。

<sup>5</sup> 後掲第1節4参照。

<sup>6</sup> 後掲注52-54に掲げた文献を参照。

に呼応して、「監督的労働者 (supervisory employee)」も適用除外としたのである<sup>7</sup>。NLRAの適用範囲を決するに当たって裁判所がこのような制限的な定義に従うことで、連邦議会の意図は果たされるが、この定義と適用除外は、交渉力と産業平和における労使間の勢力均衡の促進というNLRAの目的と、NLRAの適用を受ければ間違いなく利益を得るはずの弱い立場にある労働者を適用除外することによる法の適用範囲の問題との間に、緊張関係を生じ出すことになる。

## 第1節 法目的を達成するための「労働者」の定義

### 1. 不法行為—「管理権」基準

使用者責任にかかるコモン・ローの原則によると、使用者は雇用関係の範囲内においてその労働者の犯した不法行為に対し責任を負う<sup>8</sup>。その責任は衡平法上の原則 (equitable principle) に基づいており、その原則とは、「使用者は労働者の行為から生ずる利益を享受するのであるから、また、労働者の行為から生ずる責任を負う」というものである<sup>9</sup>。この原則によれば、使用者責任という目的に従って誰が労働者かを決することについて、「管理権基準 (コモン・ロー基準。direct and control test)」の適用によるということを意味する<sup>10</sup>。

管理権基準は、職務遂行の手段と方法を決する契約当事者の権限と関係している<sup>11</sup>。

仮に、契約の一方当事者が単に生産品を特定するのみで、他方が職務遂行の時間、場所、方法を自ら管理し、また、機材や資材を自ら用意する場合、当該他方当事者は請負人であるとみなされる<sup>12</sup>。同様に、もし一方当事者が職務遂行の方法を特定し、他方当事者を「指揮又は支配」し、また、機材や資材を提供するのであれば、当該他方当事者は、使用者責任の原則という目的に適った労働者であると見られ、反対に、当該一方当事者、つまり「使用者」は、当該他方当事者が職務を遂行するにつき犯した過失について法的責任を負うことになる。

<sup>7</sup> 後掲第2節3参照。

<sup>8</sup> ALVIN L. GOLDMAN, LABOR AND EMPLOYMENT LAW IN THE UNITED STATES 133 (1996).

<sup>9</sup> *Id.* なお、労働者が単独で自己利益のために、合理的に予見可能でない方法によって行動した場合、使用者は免責されうると考えられるということとも関係している。*Id.* at 134.

<sup>10</sup> 判例法上の使用者責任の定義の多くは、§2 of the Restatement (Second) of Agencyによるものである。このセクションでは、「使用者 (master)」、「労働者 (servant)」、「請負人 (independent contractor)」という文言を用いている。リステイトメントにおいて、「使用者」とは、「業務を遂行することにつき労務の供給を行う代理の者を雇う当事者であり、業務遂行に係る具体的行動を管理するかまたは管理する権限を有する者」と定義される。RESTATEMENT (SECOND) OF AGENCY §2(1) (1958)。なお、masterとの文言は、employerとしばしば互換的に用いられる。リステイトメントは、「労働者」を、「使用人の業務の遂行につき労務を供給するために使用者に雇用される者であり、業務遂行の具体的方法について使用者に管理されるか又はその管理権限の下にある者」と定義している。*Id.* at §2(2)。Servantという文言もまた、employeeと互換的に用いられる。さらに、「請負人」は、「他者のために行うことを約する者であり、この者は当該他者に管理されず、また、業務の遂行について当該他者の管理下にない者」と定義されている。*Id.* at §2(3)。

<sup>11</sup> See MARK A. ROTHSTEIN ET AL., EMPLOYMENT LAW 548 (1999).

<sup>12</sup> したがって、使用者は、請負人が起こした傷害事故については責任を問われない。

連邦最高裁判所は、管理権基準を次のように表現している。「使用者が職務が遂行されるべき手法を指示する権限を有し、同様に、職務遂行の結果として達成されるべきことについて指示する権限を有している場合、あるいは、換言すれば、何がなされるべきかのみならず、どのようになされるべきかについて指示する権限を有する場合は常に、主従関係 (the relation of master and servant) が存在するのである。<sup>13</sup>」。この法原則は、アメリカにおいて確固たるものとして打ち立てられている<sup>14</sup>。

不法行為法における管理権基準を適用することにより「労働者」を定義することの目的は、適切な当事者が違法な行為について保障することを確保するためである。この基準は、当該法目的に合致する。なぜなら、この基準は、使用者が労働者に対して職務をどのように遂行するかについて管理する権限を有するかどうか、そして、当該職務の遂行過程における事象に対して義務を引き受けているかどうかを判断して、労働者であるか否かを決するからである<sup>15</sup>。使用者に対し法的責任を課すことにより、その責務を回避しようと、使用者は労働者に対して相当程度の指示を行うことで事故を未然に防ごうと、より留意するものと思われる<sup>16</sup>。つまりは、公正さと衡平の基本概念と同様に、効率性は、使用者が各職務が遂行されることによる利益を享受することに伴う責任を負担すべきである、ということを示しているのである<sup>17</sup>。

## 2. 公正労働基準法—「経済的実態」基準

次に、公正労働基準法<sup>18</sup>によると、労働者とは、「使用者に雇用されるすべての個人<sup>19</sup>」であると定義される。同法は、さらに、「雇用とは、黙示のうちに労務の供給を受け、あるいは、労務の供給を認めた場合も含む。<sup>20</sup>」と定めている。この抽象的な定義を解釈するに当たり、連邦最高裁判所は「経済的実態基準」を採用すると述べた<sup>21</sup>。経済的実態基準は、労働者が法の目的に則った労働者であるかを決するに際し、雇用関係を取り巻く「あらゆる行為」に焦点を当てている<sup>22</sup>。この基準による労働者は、コモン・ローにおける労働者や請負人の定義でもなければ、関係性の判断に係る当事者間のいかなる約定によっても制約されるもの

<sup>13</sup> Singer Mfg. Co. v. Rahn, 132 U. S. 518, 523 (1889).

<sup>14</sup> See, e. g., National Convenience Stores, Inc. v. Fantauzzi, 584 P. 2d 689, 691 (Nev. 1978) (ネバダ州法における使用者責任法理の法政策的合理性は、指揮理論 (theory of control) に基づくものであると述べている。)

<sup>15</sup> See Kyoungseon Kim, *A Study of the Definition of "Employee" under the Federal Employment and Labor Statutes* at 11-12 (筆者が電子ファイルにて所有の文書)。

<sup>16</sup> See generally Clarence Morris, *The Torts of an Independent Contractor*, 29 ILL. L. REV. 339 (1935). 議論は、このことが危険な行為を予防する最も経済的に効果的な手段であるとの方向へと進んでいった。See also Alan O. Sykes, *The Economics of Vicarious Liability*, 93 YALE L. J. 1231 (1984).

<sup>17</sup> See generally DAN B. DOBBS, *THE LAW OF TORTS*, VOL. 2, 909 (2001).

<sup>18</sup> 29 U. S. C. § § 201-219 (1994). 公正労働基準法は、四つの主要な定めとして、最低賃金、時間外労働、年少労働の制限、同一賃金に係る規制を置いている。See ROTHSTEIN, ET AL., *supra* note 11 at 263.

<sup>19</sup> 29 U. S. C. § 203(e).

<sup>20</sup> 29 U. S. C. § 203(g).

<sup>21</sup> See, e. g., Goldberg v. Whitaker House Co-op., Inc., 366 U. S. 28 (1961).

<sup>22</sup> See, e. g., Rutherford Food Corp. v. McComb, 331 U. S. 722 (1947).

でもない<sup>23</sup>。翻って、経済的実態基準とは、問題の個々人が労務を供給する当該職務に経済的に依存しているか否かを考慮するものである<sup>24</sup>。この基準によって労働者であるかを判断することは、すぐれて当該事実依存のものであり、雇用関係全体の分析を要する<sup>25</sup>。

Rutherford Food Corp 対 McComb 事件において、連邦最高裁判所は次のように述べて、FLSA における労働者の定義を非常に広く解釈した。「本法（FLSA：訳者注）は、本法が制定される以前には、使用者－労働者の関係にはないと考えられていた多くの人々や労働関係に対して適用されるべく、非常に広義な独自の定義を有している。<sup>26</sup>」。FLSA における労働者の定義をこのような広義に解することには、非常に重要な意義がある。というのも、「本法自体が、コモン・ローにおいて知る由もなかった救済を通じて、経済的強者の弱者に対するあるべきではない行為を是正することに関心を寄せている<sup>27</sup>」からである。Rutherford 事件において、裁判所は、雇用関係における経済的実態に従い、当該労働者は FLSA における労働者であると判断した。裁判所のこの判断は以下の事実に基づくものである。①当該労働者は使用者の設備と備品を使用している。②当該労働者はある事業場から別の事業場へと移動することができる又は移動するような事業組織に属していない。③当該労働者は工場の監督者により常に管理されている。④当該労働者が享受する利益は当該労働者の労務供給に依るものである<sup>28</sup>。

したがって、当該労働者は、労務を供給する当該職務に経済的に依存しており、FLSA という労働者であるとされた。よって考えるに、FLSA は、様々な労働者に適用が及ぼされることを意図した社会立法である<sup>29</sup>。また、Mednick 対 Albert Enterprises 事件<sup>30</sup>において、第 5 巡回区連邦控訴裁判所は、「労働者」、「請負人」、「使用者」といった文言は、「これらが用いられている立法目的に照らして決せられるのである。<sup>31</sup>」と述べている。

裁判所は、さらに、「究極の判断基準は法の目的に見出されるのである。<sup>32</sup>」とも述べる。

FLSA の法目的は、裁判所によれば、「他者の経済活動における雇用にその生活を依存している者達を保護することである。<sup>33</sup>」。

---

<sup>23</sup> See ROTHSTEIN, ET AL., *supra* note 11, at 265.

<sup>24</sup> *Id.* at 265-66. この判断基準により誰が労働者であるかを決することにつき、裁判所は、例えば次のような要素を含む多くの判断要素を用いている。①使用者が権限を行使する程度、②職務遂行に際して使用する機材・資材に対する個々の費用投下の範囲、③労働者の当該職務遂行を運営する技能を通じた利益得失の機会、④職務の遂行に必要な技能とイニシアティブ、⑤当該関係の継続性、⑥供給される労務が使用者の事業運営上必要不可欠な部分であることの程度。*Id.* at 266.

<sup>25</sup> *Id.*

<sup>26</sup> 311 U. S. at 728-29.

<sup>27</sup> *Id.* at 727.

<sup>28</sup> *Id.* at 730.

<sup>29</sup> See 81 CONG. REC. 7,657 (1937) (Statement of Sen. Black) (FLSA における労働者の定義は、「かつて従来 of いかなる法においても包含されていなかったような最も広い定義」を有するとみなされると述べられている).

<sup>30</sup> 508 F.2d 297 (5th Cir. 1975).

<sup>31</sup> *Id.* at 299.

<sup>32</sup> *Id.* at 300.

<sup>33</sup> *Id.*

確かに、FLSAは、様々な労働者をその適用範囲に含めることを意図しているが、このことは、実際には、常に当てはまるわけではない<sup>34</sup>。例えば、Donovan 対 Brandel 事件<sup>35</sup>について、第6巡回区連邦控訴裁判所は、「作物収穫作業従事者 (pickle-pickers)」と呼ばれる移民農業従事者は労働者ではなく、よって法の保護が及ぶ者ではないと判断している<sup>36</sup>。裁判所は、移民農業従事者の保護を否定するのに幾つかの理由を挙げている。裁判所が依拠したのは、特に、彼らが農場と一時的な関係にあったということ<sup>37</sup>、作物の収穫作業を行うには相応の技能 (skill) が要求されること<sup>38</sup>、農場主が従事者に対して管理をしていないこと<sup>39</sup>、このような収穫作業従事者は農場の運営に必要不可欠 (an integral part) ではなかったこと<sup>40</sup>である。

政策的視点から考えると、比較的低賃金で長時間労働していると思われる収穫作業従事者のような者に法を適用しないことは、極めて不公正であると思われる。この点は、FLSAが改正されるべき重大な問題であると考えられる。加えて、Brandel 事件において用いられた「経済的実態」基準の裁判所の解釈は、法による保護を最も必要とする移民農業労働者のような立場の弱い労働者達に法を適用しない結果となっている。例えば、もし、作物の収穫が裁判所判決にいう「技能」に依るものだとすれば、「技能」を要さない職業<sup>41</sup>などというものは俄かに想像し得ない。経済的実態基準にはこのような問題があるのだが、しかし、この基準を批判する者達であっても、コモン・ロー上の管理権基準よりも経済的実態基準の方が、FLSAの法目的に合致していると認めているのである<sup>42</sup>。

### 3. 労災補償法

ほとんどの労災補償法における適用対象たる「労働者」の定義は、コモン・ロー上の主従関係概念に基づいている<sup>43</sup>。しかし、このような定義は、労災補償制度の文脈においてはまったく異なった意義を有している。労災補償法における労働者との文言は、コモン・ローにおける伝統的な定義の下では適用が及ばないはずのあらゆる労働者を包含しようと、一貫して広く解されている。労災補償法の著名な研究者であるアーサー・ラーセンは次のように述べ

---

<sup>34</sup> ある研究者によれば、この過ちの理由は、経済的実態基準が経済的従属性、つまり本質的に主観的な概念であるということであるとされる。See 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, 302-304 (2001).

<sup>35</sup> 736 F.2d 1114 (6th Cir. 1984).

<sup>36</sup> *Id.*

<sup>37</sup> しかし、労働者の40-50%は毎年戻って来るとのことである。*Id.* at 1117.

<sup>38</sup> *Id.* at 1117-18.

<sup>39</sup> *Id.* at 1119.

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> 技能の発揮とイニシアティブは、「経済的実態基準」の下でFLSAの保護から労働者を適用除外する論拠として用いられてきた理由の一つである。See ROTHSTEIN, ET AL., *supra* note 11, at 266.

<sup>42</sup> See 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, 260 (1997).

<sup>43</sup> See ROTHSTEIN, ET AL., *supra* note 11, at 548. 裁判所は、雇用関係の性質を決するに当たり、しばしば、§ 220 of the Restatement (Second) of Agencyにおいて掲げられている諸要素を考慮している。*Id.*

ている。

「労災補償法と使用者代理責任との間にある、雇用という概念の目的・機能における相違に対する認識は、「労働者」という文言をコモン・ロー上の概念を超えて制定法において拡張して捉えることに反映されており、かつ、補償を与えるのが妥当でありかつ現実的である境界線上にある人々を補償の対象に収めるべく、労働者という文言の解釈が徐々に緩和されることに反映されている。<sup>44</sup>」。

労災補償法において労働者を広く解釈するという傾向は、多くの州において確立されている<sup>45</sup>。労災補償法の目的が、災害を被った労働者に対して補償と保護を与えるものであるということから、労災補償法が一定の労働者を適用除外するというよりも、むしろ包含するということが論理的に適切だからである。

#### 4. 事前の予測可能性と定義の統一性に関する問題

「労働者」の定義について統一性を欠いているということは、肯定的に捉えられる面と否定的に捉えられる面とがある。制定法の目的によって「労働者」を定義することは、連邦議会や州立法府の意図を最もよく実現することができるが、他方で、平均的なアメリカの労働者や使用者にとっては、いつ、どのように、雇用労働法などの適用が及ぼされるのか判断するのが困難にしているがゆえに、問題を生じさせることになる。誰が労働者であるのかを判断する標になるはずの制定法の目的が立法者によって明確にされていない場合、この問題は、もちろん、増幅されてしまう。労働者の定義が制定法ごとに異なり、統一性・明確性を欠くことは、労働者に適用される制定法および法原則を熟知していない潜在的な使用者・労働者において、法の適用があるとの告知を受けていないことからの異論 (legitimate notice objections) が生じるであろうし、また、制定法等の適用の有無にかかる紛争を解決しようとする当事者に訴訟コストの負担を課すことになってしまうからである。

---

<sup>44</sup> ARTHUR LARSEN, WORKERS' COMPENSATION LAW: CASES, MATERIALS, AND TEXT 269 (1984).

<sup>45</sup> See, e.g., *Stainless Specialty Mfg. Co. v. Indus. Com'n*, 144 Ariz. 12, 15 (1985) (労災補償法は救済という法の目的を達成すべく柔軟に解釈されるべきであると判示する); *Abraham Robertson v. Workers' Compensation Appeals Bd.*, 5 Cal. Rptr. 3d 485, 488 (2003) (「我々(裁判所)は、被災労働者が法目的に適う形で最大限の給付が与えられることを確保するという目的を有するという観点から労災補償法を捉えなければならない」と述べる); *Driscoll v. General Nutrition Corp.*, 252 Conn. 215, 220-21 (2000) (「労災補償法に係る問題について、法が有する救済という目的をさらに推し進める方法によって、制定法における曖昧な部分や空白部分は解釈されなければならない」と述べる); *Griffin Pipes Products, Co. v. Griffin*, 663 N. W. 2d 862 (Iowa 2003) (「労災補償法の主たる目的は、被災労働者に給付を与えることであり、よって、裁判所は、被災労働者に有利に柔軟に法を解釈するのである」と述べる); *Robertson Gallo v. Department of Labor & Industries*, 81 P. 3d 869 (Wash. App. Div. 3, 2003) (「制定法の根本目的を堅持するに当たり、合理的に法を解釈する思考が労災補償法の規定が何を意味しているのかということと異なる場合、給付が疑わしくともその給付は被災労働者に属する」と述べる)。

## 第2節 全国労働関係法における「労働者」の定義

法目的に従って「労働者」を決するという一般の原則は、アメリカにおける組合組織化と団体交渉を統治する主たる法であるNLRAの場合、反故にされてしまっている。連邦最高裁判所は、当初、NLRB対Hearst Publications事件<sup>46</sup>において「経済的実態基準」を採用することで、上述の一般原則に従っていたが、連邦議会は、後に、コモン・ロー上の不法行為の定義に従って、「請負人」をNLRAの適用から除外する法改正を行い、また、「監督者」も適用から除外された。これらの適用除外は、アメリカの雇用労働法が抱える問題を如実に表している。

### 1. Hearst 事件

NLRB対Hearst Publications事件<sup>47</sup>において、連邦最高裁判所は、新聞スタンドの店員<sup>48</sup>はNLRAの保護に値する労働者であると判断していた。裁判所は、「労働者」の判断基準は、「請負人」と区別する伝統的コモン・ローにおける「労働者」の基準に制限される理由はない<sup>49</sup>、と述べた。その反面で、裁判所は、問題の労働者が、「経済的実態の問題として、NLRAが企図する経済的強者の影響を受けているか否か、そして、経済的強者の影響を抑えるために救済を与えること又はその置かれた状況における有害な影響を是正することが妥当であるのか<sup>50</sup>」を判断しなければならなかった。さらに、裁判所は、「労働者」との文言は、「関係性における経済的実態が、法によって達成されるべき目的に照らして、請負事業におけるよりも雇用に近いものとされる場合、NLRAにおいては広く解されるべきであり、このような考え方は、法の対象とは無関係な目的のためにある法技術的分類に勝るのであって、上記のような関係性を法の保護の下に置くのである<sup>51</sup>」、と述べている。かくして、経済的実態基準は、NLRAにおける「労働者」判断のツールとして認められるようになったのである。

### 2. 請負人の適用除外—Hearst 事件に対する連邦議会の反応

しかし、3年後、連邦議会は、Hearst 事件連邦最高裁判所判決に対する回答として、特に法の適用対象から請負人と監督者を除外する<sup>52</sup>というNLRAの法改正を以って応えたのである。

<sup>46</sup> 322 U. S. 111 (1944).

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> より正確には、裁判所は、決められた場所で新聞を売るフルタイムの売り子は、NLRAが保護を及ぼすべきとして定めた労働者であると述べる。*Id.* at 130.

<sup>49</sup> *Id.* at 126.

<sup>50</sup> *Id.* at 127.

<sup>51</sup> 322 U. S. at 128.

<sup>52</sup> See 29 U. S. C. § § 151-69 (1947). 改正法はTaft-Hartley Act (タフト・ハートレー法) と呼ばれる。See generally SAMUEL ESTREICHER & MICHAEL C. HARPER, LABOR LAW: CASES, MATERIALS, AND PROBLEMS 134 (1996).

連邦議会は、「NLRB が下した判断、そして、連邦最高裁判所が、NLRB の専門性に基づいて下した判断を認容したことには誤りがあるとして、これを修正するため、本法案は、「労働者」の定義から「請負人」を除外するものである。<sup>53</sup>」とした。このような法改正の経緯から、NLRB は、「管理権」基準（コモン・ロー基準。right to control test）を用いることによって労働者の法的地位を決し始めたのである<sup>54</sup>。

また、NLRB 対 United Insurance Co.事件<sup>55</sup>において、裁判所は、連邦議会による法改正の意図を反映し始めた。裁判所は、ある労働者が、請負人か NLRA 上の労働者であるかは、「コモン・ロー上の代理原則（agency principles）との関連」に従って決せられるべきであると判断したのである<sup>56</sup>。

### 3. 経営的労働者と監督的労働者の適用除外

以上のような監督者の適用除外は、管理職の忠誠心が分断されないようにとの使用者側の利益が確保されるために行われたのである<sup>57</sup>。NLRA における監督者とは、以下のように定義される。

「使用者の利益のために（in the interest of the employer）、他の労働者に対して、雇い入れ、配転、休職、一時帰休、呼び戻し、昇進、解雇、配置、報酬の支払および懲戒処分を行うか行う責務を有し、又は労働者の苦情を処理するか効果的に処理することを推奨する権限（authority）を有するすべての者（any individual）であって、それら権限行使が、単に事務的職務の基本的任務ではなく、独立した判断（independent judgment）を要するものであること。<sup>58</sup>」。

裁判所は、この判断基準について、NLRB 対 Health Care & Retirement Corporation of America 事件<sup>59</sup>において、以下のように詳説している。

<sup>53</sup> House of Representatives Report No. 245, 80th Cong., 1st Sess., on H. R. 3020, at 18 (1947).

<sup>54</sup> See DOUGLAS E. RAY, ET AL., UNDERSTANDING LABOR LAW 21 (1999).

<sup>55</sup> 390 U. S. 254 (1968) .

<sup>56</sup> *Id.* at 258. 裁判所は、判断に際して用いる決定的な要素として以下の項目を挙げた。①労働者の遂行する職務は使用者の通常の業務運営の本質的部分であること。②使用者の人事担当者によって訓練されること。③労働者はその職務を遂行するに当たって使用者から相当程度の援助および指導を受けていること。④労働者は収受した金員について使用者に対して責任を負い、かつ、使用者に対して報告しなければならないこと。⑤労働者は使用者が定める休暇、年金、および集団保険プランの恩恵を享受していること。⑥労働者は使用者と期間の定めのない関係にあること。*Id.* at 259. 裁判所は、また、決定的な判断要素などない、とも述べている。*Id.* at 258. Accord *Allied Chemical & Alkali Workers, Local Union No. 1 v. Pittsburgh Plate Glass Co.*, 404 U. S. 157 (1971)（退職した元労働者はもはや労働者ではないと判示した）; *NLRB v. Town & Country Electric, Inc.*, 516 U. S. 85 (1995)（連邦議会は伝統的なコモン・ロー上の代理法理に従って労働者であるか否かを決することを意図しているのと判示した）。

<sup>57</sup> See 1 NLRB, Legislative History of the Labor Management Relations Act at 305 (1947). NLRA の運用において大きな影響がある他の施策としては次のものがある。①交渉代表者の自由な選択には、交渉代表選出手続に使用者側が参加することを選出代表者をして許容させるような使用者側の不正操作からの保護が必要であること。②一定の労働者は、その雇用上の地位により既に保護を享受しているものであるから、NLRA により保護されることを要さないこと。③使用者側と労働組合側に関して許容される組合員の言論は、使用者側と組合側の相違に対し不適切に混乱を来すと考えられるので、使用者側寄りの労働者が十分にその責務を果たしてしまうことを予防すること。JULIUS G. GETMAN, ET AL., LABOR MANAGEMENT RELATIONS AND THE LAW 24 (1999).

<sup>58</sup> 29 U. S. C. A. § 152(11).

「三つの問題点に対する回答はそれぞれ以下の通りであるが、労働者が監督者であるとみなされる場合には、各々について肯定的に判断される必要がある。第一に、労働者が、(上に掲げられた：訳者注) 12ある権限のうち、1つについてでも権限を有しているか。第二に、当該有する権限には「独立した判断」が必要か。第三に、労働者は「使用者の利益のために」当該権限を保持しているか。<sup>60</sup>」。

監督者と職長 (lead employees) との相違は、しばしば程度の問題となって表れる。この問題は、しばしば、特定の事実に依拠したケース・バイ・ケースという手法により判断される<sup>61</sup>。このような裁判例における近時の傾向は、問題となっている労働者は管理職であり、NLRA が内包する政策目的の文脈において労働者の文言を分析することからより一層かけ離れていっていることを、非常に好ましいと認識する方向へと向かっているように思われる<sup>62</sup>。

また、NLRA 上では明確に掲げられていないが、経営的および機密保持労働者も、法の適用対象から除外されている<sup>63</sup>。経営的労働者は、「使用者の決定を代弁し、具体的に実施することにより、経営方針を実行し達成する者<sup>64</sup>」と定義されている。また、機密保持労働者は、「労働関係において経営的職務を行う者<sup>65</sup>」と定義されている。

#### 4. 適用除外にかかる問題

NLRA における「労働者」の定義は、近年の紛争及び論争の最も重大な論点である<sup>66</sup>。裁判所が積極的に適用除外の判断を下している「請負人」、「監督者」、「経営的労働者」は年々増加傾向にあるが、このことは、NLRA による保護を受けうるはずの多くの労働者に対して法的保護を否定しているということになる。例えば、アメリカの使用者は、NLRA の法の適用を回避するため、その労働者との法的関係性を変えていると言われている。一例として、トラック運転手を雇っている運送会社は、運転手にトラックを売り、これに際し、そのトラックと報酬を担保に取り、また将来の運送報酬からトラックの売掛代金を差し引く約定を結んで、運転手が NLRA の下で「請負人」として扱われ、法の適用を除外されるようにしているのである。

連邦最高裁判所は、経営的労働者の適用除外に関し、NLRB 対 Yeshiva University 事件<sup>67</sup>

<sup>59</sup> 511 U. S. 571 (1994). この事件は LPN 事件として知られている。

<sup>60</sup> *Id.* at 573-74.

<sup>61</sup> See GETMAN ET AL., *supra* note 57, at 24.

<sup>62</sup> *Id.*

<sup>63</sup> See RAY ET AL., *supra* note 54, at 23.

<sup>64</sup> NLRB v. Bell Aerospace Co. Div. of Textron, Inc., 416 U. S. 267, 288 (1974).

<sup>65</sup> See NLRB v. Hendricks County Rural Elec. Membership Corp., 454 U. S. 170 (1981).

<sup>66</sup> ある論者は、アメリカの労働市場における技能、教育、経験レベルの向上に係るこのような論争を批判している。See Harry G. Hutchinson, *Toward a Robust Conception of "Independent Judgment": Back to the Future?*, 36 U. S. F. L. REV. 335, 335 (2002).

<sup>67</sup> 444 U. S. 672 (1980).

において、私立大学のフルタイム教授は、教授の任命、カリキュラムの設定、卒業認定といった様々な領域において教授会の任務を遂行していることから、「経営的労働者」とであると判断した<sup>68</sup>。裁判所は、NLRBが述べた、教授陣は大学の経営方針に従っていると言うよりも、独立の判断でその職務を遂行しているのであるから経営と連携していない<sup>69</sup>、との理由付けを棄却している。裁判所は、「教授会の専門的な利益—Yeshiva大におけるような大学の統治に対し適用される考え—は、研究機関における統治とは不可分である。大学の「営利活動 (business)」とは教育である。<sup>70</sup>」と述べている。

NLRB対Health Care & Retirement Corp事件<sup>71</sup>においても、裁判所は同様に、技能が劣る労働者に対してその職務遂行について指示を行う、資格免許を有した臨床看護師 (licensed practical nurse. 以下, LPN) は、NLRAにおける監督者であると判断している<sup>72</sup>。裁判所は、患者の看護における看護師の専門的利益は、看護師を雇用するナーシング・ホームと異なるものではないとの理由を示している<sup>73</sup>。

つまり、LPNから看護助手への指示は、「使用者の利益のため」のものであると判断され、したがって、LPNはNLRAの保護の対象から除外されるとされたのである<sup>74</sup>。

Yeshiva大事件についても、LPN事件についても、研究者から批判がなされている<sup>75</sup>。Yeshiva大事件ならびにLPN事件が持つインパクトは、多くの専門的労働者に対してNLRAの適用を効果的に否定する方向へと作用するであろう<sup>76</sup>。適用除外の範囲を拡大する傾向は、「労働者が、結社という完全な自由を行使し、また、自ら組織すること、そして、雇用条件の交渉又は相互扶助ないし相互保護という目的のために、自らの選択によって代表者を選出することを保護することによって、団体交渉の実現とその手続を促進する。<sup>77</sup>」というNLRAの明確な法目的に矛盾するように思われるのである。NLRAの適用除外は、労働組合を組織するという基本的権利にかかる保護を否定するということであり、そうであるならば、個々の使用者と団体交渉を行うに有効な労働組合を結成することを不可能にしてしまうのである。

---

<sup>68</sup> *Id.*

<sup>69</sup> *Id.* at 688.

<sup>70</sup> *Id.*

<sup>71</sup> 511 U. S. 571 (1994).

<sup>72</sup> *Id.*

<sup>73</sup> *Id.*

<sup>74</sup> *Id.* at 580.

<sup>75</sup> See, e. g., Teresa R. Laidlacker, *The Classification of the Charge Nurse as a Supervisor Under the National Labor Relations Act*, 69 U. CIN. L. REV. 1315 (2001) (看護労働者の組織化は、将来におけるアメリカのヘルス・ケアシステムにとって良い影響を与えるだろうと主張する); Jennifer Myers, *A Critical Look at the Circuit Court Split After NLRB v. Hilliard Development Corporation*, 3 U. PA. J. LAB. & EMP. L. 671, 701-02 (2001) (看護労働者をNLRAにおいて監督者と分類することは、アメリカの労働運動に悪影響を与える)と述べる)。その反面で、see R. Jason Straight, Note, *Who's the Boss? Charge Nurses and "Independent Judgment" After National Labor Relations Board v. Health Care and Retirement Corporation of America*, 83 MINN. L. REV. 1927 (1999) (連邦最高裁が看護労働者を監督者と解釈したことは、NLRAの目的に合致すると主張する)。

### 第3節 結論

アメリカの雇用労働法の多くの側面において、「労働者」との文言は、制定法の目的に従って定義されている。労働者であることを判断する過程は、裁判所をして立法者意思をほぼ完全に達成することを可能にしている。しかし、立法者が制定法に明確な目的を授けていない場合には問題が生ずる。加えて、「労働者」の定義が多様であることは、自身を法の適用対象であると考えている労働者にとって重大な問題をもたらすことになる。

「労働者」の定義の多くが、制定法の立法趣旨に適合することを意図されているが、NLRA はむしろその逆である。NLRA の立法趣旨は、交渉力と産業平和の均衡を促進することである一方、近年における同法の解釈の傾向は、同法の保護を享受できるはずの労働者をますます適用除外しているのである。このことは、NLRA による保護を享受して組合を組織することができない膨大な数の労働者群を形成してしまっている。

---

<sup>76</sup> ギンズバーグ判事は、LPN 事件のこの論点について次のように反対意見を述べている。「仮に、他者に仕事を割り当てたり職務について指示したりするに際し独立の判断を用いるすべての者が監督者であるとされた場合、NLRA の適用がある使用者に雇用される専門職種労働者の僅かしか NLRA の保護を享受しないこととなる。NLRB が、専門職労働者を法の適用範囲に含めることと監督者を除外することとの調整を試みたことは、私見によれば、「合理的ではなく法と一貫しない」ものである。これは法により求められるものである。」511 U. S. at 598-99.

また、「専門的労働者」には NLRA の保護が及ぶとみなされるということも、特筆しておくべき重要な点であろう。See Jeffrey M. Smith, *The Prospects of Continued Protection of Professionals Under the NLRA: Reaction to the Kentucky River Decision and the Expanding Notion of the Supervisor*, 2003 U. ILL. L. REV. 571, 571 (2003). NLRA は、「専門的労働者」を次のように定義している。ある者の職務は、「優れて知的なものであり、かつ、その性質からして多様なもの」であって、「その者の職務遂行における裁量と判断は一貫している」が、「与えられた職務遂行期限との関係では、平準化されえない」という結果を生じるものである。さらに、「科学の学問領域又は長期にわたる専門特化された知的教育にかかる知識と高等教育機関または病院における学習」を必要とするのである。Frederick J. Woodson, *NLRB v. Retirement & Health Care Corp. of America: Signaling a Need for Revision of the NLRA*, 13 J. L. & COM. 301, 306 (1995) (citing 29 U. S. C. § 152(12)(a) (1989)).

<sup>77</sup> 29 U. S. C. A. § 151 (1988).

## <第7章 (アメリカ) 解題>

### 1. 概観

Dau-Schmidt らの論文 (以下, Dau-Schmidt 論文) は, 法の適用対象である「労働者 (employee)」の概念に係るアメリカ法の状況を非常に簡潔かつクリアに述べている。

Dau-Schmidt 論文によれば, アメリカでは労働者性の判断基準は二つあり, 一つはコモン・ロー (判例法) 上, 及びこれに由来する連邦制定法 (全国労働関係法; National Labor Relations Act. 以下, NLRA) 上の「管理権基準 (direct and control test, right to control test)」, もう一つが, 連邦最高裁判所判決および立法史から導出され, 公正労働基準法 (Fair Labor Standards Act; 以下, FLSA) において用いられる「経済的実態基準 (economic realities test)」である。アメリカの主要な連邦労働関係立法において, 基本的には, これら二つの基準にしたがって, 労働者と使用者の間に「使用従属関係」(日本にいう「人的従属性」というよりも, むしろ雇用関係性との意味合いが強いようである<sup>1)</sup>があるのかが判断され, 各立法における人的適用範囲としての「労働者」が画定される<sup>2)</sup>。

Dau-Schmidt 論文は, これら異なる二つの基準が存在することそれ自体は, 法が有する目的に従って適用対象=労働者が画定されるという意味において妥当であると述べ, また, 各法で適用対象が異なりうるということに起因して, 消極的な帰結 (法適用の有無に係る事前の予測可能性の欠如と紛争処理コストの増加) をもたらしうることを認識しつつも, 法の目的に従った適用対象の画定について, より優位な理解を示している。

アメリカの主要な連邦法 (FLSA, 家族医療休暇法, 差別禁止諸法)<sup>3)</sup> においては, 多くの者を適用対象に含むうる経済的実態基準が採用されている。しかし, 特にアメリカ法の枢要をなす NLRA では, 法改正により, 連邦最高裁判所判決により認められた経済的実態基準から, コモン・ローに由来する「管理権基準 (right to control test)」が採用されるに到っている。その結果, 本来であれば NLRA の適用を受けるはずの多くの者が NLRA の適用対象から除外されているとする。筆者らは特に, 労働者-使用者の法的関係性を変えるために

<sup>1</sup> 永野秀雄「「使用従属関係論」の法的根拠」金子征史編著『労働条件をめぐる現代的課題』(法政大学出版局, 1997年) 275頁注1参照。

<sup>2</sup> 厳密には, 混合テスト (hybrid test) と呼ばれる基準も認知されているが, この基準は, 以下に述べる管理権基準と経済的実態基準の判断要素を織り交ぜつつ総合的に判断するという手法を採るものである。

<sup>3</sup> この点, 英文原文並びに翻訳文中では, 家族医療休暇法と差別禁止諸法が経済的実態基準を採用しているとは述べていない。しかし, 前者について, 労働者の定義を FLSA 上の定義を準用している (29 U. S. C. A. § 2611(3)) ことから, おそらく経済的実態基準が適用されるものと考えられ (see Muhl *infra* note 6, at 6, Exhibit 1), また, 後者について, ほとんどの裁判所は経済的実態基準を用いて差別禁止法の適用対象いかんを判断している (BARBARA LINDEMANN, PAUL GROSSMAN, EMPLOYMENT DISCRIMINATION LAW, 3<sup>rd</sup> ed., BNA, 1996, at 1284-1285) ことから, 英文原文並びに翻訳文を補足する意味で敢えてここに掲げた。なお, 連邦差別禁止諸法について, 裁判所は, 前掲注2で述べた混合テストを用いる場合もある (see Muhl *infra* note 6, at 6, Exhibit 1)。

「請負人 (independent contractor)」とされているトラック運転手, また, (推測するに, 職場組織及び職務内容の変化に起因すると思われる) 増加する「監督者 (supervisor)」や「経営的被用者 (managerial employee)」が NLRA の適用範囲から除外され, かつ, それら文言は非常に広く (したがって適用除外される可能性が非常に高く) 解されていることを問題視している。つまり, Dau-Schmidt 論文は, この事実は, 労働者を法目的に従って画定するという文脈において, 団体交渉における労使間の勢力均衡と産業平和の促進等という法目的に反するのではないかとの疑問を示し, 極めて深刻な事態であるとの憂慮を示している。

以下では, Dau-Schmidt 論文が詳細に述べていなかった, アメリカにおける労働者性判断基準について補足する。

## 2. 労働者の判断基準

### (1) 管理権基準について

Dau-Schmidt 論文はまず, 不法行為法における管理権基準<sup>4</sup>を説明する。これは, 各州のコモン・ローにおいて発展してきた不法行為法において, 労働者が雇用の範囲内において使用者の代理人として行動したかを中心に, 幾つかの要素から総合的に判断される基準である (そうでなければ, 当該者は請負人であるとされる)<sup>5</sup>。判断要素を具体的に示すと以下の通りである<sup>6</sup>。

- ①管理権限 (Right to control) : 職務の管理権限は労働者と使用者のどちらにあるか。
- ②仕事の種類 (Type of business) : 労働者は使用者とは別個の事業や職業に従事するか。
- ③監督 (Supervision) : 使用者は労働者を指揮監督するか。
- ④技能水準 (Skill level) : 職務遂行に必要な技能水準は高度ないし特殊か。
- ⑤道具・機材の負担 (Tools and materials) : 使用者と労働者のどちらが用意・負担するか。
- ⑥関係の継続性 (Continuing relationship) : 長期継続的な関係か。
- ⑦対価支払方法 (Method of payment) : 就業時間・期間で計算されるか特定職務遂行後か。
- ⑧事業統合性 (Integration) : 労働者の職務は使用者の標準的事業の一部であるか。

---

<sup>4</sup> 翻訳文および本稿における「管理権基準」とは, 英文原文における direct and control test と right to control test の両方を含むものである (先に管理権基準の原語として両基準を併記したのはこのためである)。それは, いずれの基準もコモン・ローに由来する基準であるからである。詳細に見れば, もちろん, 後者の right to control test は制定法上採用されている基準であるゆえ, その運用については詳細な要素が列挙されている。前掲注1 永野論文211-213頁参照。

<sup>5</sup> この点についてアメリカ代理法の観点から要領よく説明する文献として, 樋口範雄『アメリカ代理法』(弘文堂, 2002年) 185頁以下がある。

<sup>6</sup> Charles J. Muhl, *What is an employee? The Answer depends on the Federal Law*, MONTHLY LABOR REVIEW, January 2002, p.7, Exhibit 2.

⑨当事者意思 (Intent)：使用者－労働者関係を形成する意思があるか。

⑩専属性 (Employment by more than one firm)：労働者は使用者にのみ労務を供給するか。

既に本報告書冒頭の「はじめに」において述べられている日本における労働者の判断要素との比較でこの基準について考えると<sup>7</sup>、当事者意思が判断要素の一つとされていることは注目しておくべきではないかと思われる。なぜなら、日本においては特に労働基準法（以下、労基法）およびその関係法令の適用については厳格な客観説<sup>8</sup>が採用されていることから、むしろ法の適用を回避するなどの目的などが無い場合に限って、契約自由として当事者意思を尊重する可能性を探るべきではないかという今後の法政策の方向性の胎動ともいえる見解<sup>9</sup>が示されており、また今後、労働契約法制において現行労基法における強行規定が仮に任意規定化された場合において、当該規定の適用を巡って当事者意思をどのように判断していくのかを検討していく材料の一つとなりうると思われるからである。

## （２）経済的実態基準について

Dau-Schmidt 論文では、続いて、経済的実態基準について述べられている。この基準は、本解題冒頭で述べたように、連邦最高裁判断が下した判決において採用された基準であり、また、立法過程において非常に広く労働者を適用に収めることが意図されていたとの裏付けから導出されているものである。この基準における判断要素を掲げると以下の通りである<sup>10</sup>。

①事業統合性 (Integration)：労働者は使用者の通常業務の一部である役務を提供するか。

②設備・機材の負担 (Investment in facilities)：労働者は職務に係る設備・機材を負担するか。

③管理権限 (Right to control)：使用者は職務遂行を管理する権限を有するか。

④リスクの引き受け (Risk)：労働者は職務の遂行から収益又は損失の機会を有するか。

⑤職務遂行に要する技能 (Skill)：職務遂行には特別な技能ないし判断を要するか。

⑥関係の継続性 (Continuing relationship)：長期継続的な関係か。

この基準は、以上要素の総合判断により運用されるものであり、上記判断要素には明確には表れてはこないが、Dau-Schmidt 論文が述べているように、当該雇用関係に係るあらゆる行為をすべて捉えて判断するものであって、労働者にとってはより有利に作用する（法の適用可能性が高まる）こととなる。それと同時に、この基準の文言から窺い知れるように、

<sup>7</sup> 日本における労働者判断の論拠である「使用従属関係」に関しては、アメリカのコモン・ロー上の不法行為におけるこの判断基準を参照しつつ、民法715条及び716条を法的根拠とすべきであると主張する見解がある。前掲注1 永野論文159頁以下参照。

<sup>8</sup> 横浜南労基署長（旭紙業）事件最高裁判決・最一小判平8.11.28労判714号14頁。山川隆一・荒木尚志「ディアローグ 労働判例この1年の争点」日本労働研究雑誌450号5頁（山川発言）（1997年）。

<sup>9</sup> 柳屋孝安「雇用関係法における労働者性判断と当事者意思」西村健一郎・小嶋典明・加藤智章・柳屋孝安編『新時代の労働契約法理論—下井隆史先生古希記念—』（信山社、2003年）1頁、12頁以下。横浜南労基署長（旭紙業）事件・東京高判平6.11.24労判714号16頁、19頁。

<sup>10</sup> See Muhl, *supra* note 6, at 8, Exhibit 3.

労働者が使用者との関係において有する経済的な実態及び依存状態に照らして判断するという意味で、日本あるいは欧州諸国における請負人に対する保護のために援用される経済的従属性<sup>11</sup>とも近似性を有するものであると思われる。

この点、おそらくは国を問わずに判断基準における各要素の総合的判断により結論を導き出すというその手法から、Dau-Schmidt論文が指摘するように、真に法的保護が必要であると見られる労働者に対して結果として保護が否定されるという結論を招来する可能性も否定できないし、ある文献<sup>12</sup>によれば、経済的実態の判断に際して管理権限の判断要素を重要視（つまり、コモン・ローに由来する管理権基準に近づくという意味）する裁判例もあるとのことであり、経済的実態基準がDau-Schmidt論文が述べるような法目的に合致した基準であると果たして言えるのか、疑問がないわけではない。

しかし、Dau-Schmidt論文が述べるように、経済的実態基準はコモン・ロー上の基準よりは相対的に妥当なものであると考えられ、アメリカ雇用労働法の改革案を示したダンロップ委員会報告書<sup>13</sup>も、雇用労働関係法令においては経済的実態基準に従って労働者の定義を行うべきであると述べていた<sup>14</sup>。

評者は、この基準の確たる法的根拠が明確ではない（立法者意思と連邦最高裁判所判決にのみ依拠している）ことを憂慮しつつも、日本においても経済的実態あるいは依存性に従って労働者であるか否かを決していくべきではないかと思考している<sup>15</sup>ところ、経済的実態基準は検討していくべき非常に重要な判断基準ではないかと考えている。この点、真に保護を必要とする者に対して法の適用が否定されることのないような判断要素の運用が確保される手法を含めて、比較法検討が深められるべきであろう。

#### 【その他の参考文献】

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. OF EMP. & LAB. L. 295 (2001).

Marc Linder, *Dependent and Independent Contractors in Recent U. S. Labor Law: An Ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness*, 21 COM. LAB. L. & POL'Y J. 187 (1999).

---

<sup>11</sup> 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。

<sup>12</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, 240, 249-252 (1997).

<sup>13</sup> COMMISSION ON THE FUTURE OF WORKER-MANAGEMENT RELATIONS, REPORT AND RECOMMENDATIONS (1994).

<sup>14</sup> もっとも、ダンロップ委員会の勧告内容は、当時の政治状況などから、ついに実現されることはなかった。

<sup>15</sup> 池添弘邦「セーフティ・ネットと法」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。

# まとめ

## 第1節 各国法制度の概観

はじめに、各国の法制度の特徴について概観しておきたい。

### 1. ドイツ法

まず、日本法における労働者概念に関する議論に最も大きな影響を与えているとみられるドイツ法では、日本法と同様、労働者概念は労働法の適用対象を画する概念となっている。ただ、労働者概念自体は、日本法とは異なり、制定法上明確に定義されておらず、判例により定義が行われてきた（判例において、商法典の「商業代理人」の定義が参照されることはある）。労働者の定義の中核的な要素は人的従属性であり、その具体的なメルクマールについては、「指揮命令拘束性」や「事業所への編入」が挙げられている。「経済的従属性」は、初期の判例において、労働者の定義から除外されており、現在でも、判例は、経済的な要保護性を考慮して労働者概念を弾力的にとらえることには慎重である（但し、Wank 教授は経済的従属性を採り入れた労働者の定義を提案し、一時的に立法にも採り入れられた）。労働者の定義は、労働法全体に共通のものであり、社会保障法上の労働者概念とも一致している。

ドイツ法においても、労働者性の判断は、その就労の実態に応じて客観的に判断されるものと解されており、当事者がいかなる契約形式を採用したかは関係しない。もっとも、就労形態の多様化に伴い、指揮命令拘束性の有無が明確ではない実例も増えており、労働者性の判断が困難な場合も少なくないと言われている。

経済的に従属する自営業者については、ドイツでは、「労働者類似の者」というカテゴリーが設けられており、個別の法律により、労働者に適用される法律が拡大して適用されている。このような適用の拡大が認められている法律としては、労働裁判所法、連邦休暇法、労働協約法等がある。

### 2. フランス法

ドイツ法と同様に大陸法系に属するフランス法では、労働法の適用範囲は、労働契約・労働者の概念と結びつけられてきている（社会保障法の適用範囲も、労働者概念に基づいている）。労働契約・労働者の定義は法律では行われておらず、判例に委ねられてきた。判例上、労働契約、労働者性のメルクマールとされたのは、労務提供、賃金の支払い、支配従属関係の有無である。そこでいう支配従属関係とは、基本的には人的従属性を指すものであり、経済的従属性は考慮に入れられてこなかった。但し、判例は、労働者概念について広く解釈す

る傾向を持っており、1970年代には、「組織への統合（service organisé）テスト」（労務提供の条件が深く組織に統合された形で定められている場合で、労働時間と労務提供の場所が組織内で決定されていること、使用する道具が組織の所有であること等が考慮される）を採用し、労務がどの程度組織に統合されているかによって労働者性を判断してきた。

その一方で、フランス法では、経済的に従属的な自営業者の問題は、主として立法により解決がなされてきており、あるカテゴリーの者を法律上、労働者として扱うものとされたり（営業販売員、記者、芸術家、モデル）、また、あるカテゴリーの者については非労働者としての扱いは維持したまま、労働法上の規定を適用したりしている（ガソリンスタンド事業者、ライセンス保持者、独占的販売代理店、フランチャイズ加盟店等）。

フランス法においても、労働契約かどうかの判断は、当事者が採用した労働契約の名称によって左右されるものではなく、就労の実態に即して客観的に判断するものとされている。労働契約の定義の曖昧さは、法的安定性を害するという見解もあり、部分的には、「自営業者」として商業登記に登録している者は労働者ではないと推定するという法規定を置くという形で対処が行われている。

### 3. イタリア法

イタリア法も、ドイツ法、フランス法と同様、大陸法系の系譜に属し、両国との共通点は多いが、幾つかの重要な点で違いもある。イタリアでは、「（従属）労働者」の定義が法律において行われている（「報酬と引き替えに、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」と定義されている）。この定義は民法典上の定義なので、労働法のみならず、法律全般に妥当するものである（但し、社会保障法や税法の従属労働概念はやや広い）。イタリアでの労働者性の判断基準として挙げられているのは、①使用者の生産・組織構造に技術的機能的に統合されているかどうか、②指揮監督権限や懲戒権の行使の対象となるかどうか、③営業上のリスクを負うかどうか、④材料や道具の所有権の有無、⑤場所的・時間的拘束性の有無、⑥賃金の支払方法（固定給かどうか）等である。イタリア法でも、「従属性」は基本的には人的従属性を指し、経済的従属性を意味するものではない。しかし、イタリア法では、以前から、特定の企業に経済的に従属している個人自営業者を「準従属労働者」と呼び、一定の労働法上の規定の適用を認めていた（労働訴訟手続の適用、労災保険制度の適用など）。さらに、最近の法律により、「プロジェクト労働」というカテゴリーが認められることになり、一定の自営的労働者について、仕事の量と質に比例した報酬の保障、労災保険および労働安全衛生規定の適用、妊娠・疾病・負傷の場合の休職権の保障、職務発明等の保障が認められている。

この他、イタリア法において注目されるのは、労働者の定義問題を回避するために設けられた認証手続である。イタリアでも労働者性の判断は、契約の名称に関係なく裁判官により

客観的に判断するものとされているので、労働者性（労働契約性）をめぐる紛争が数多く起こっていた。この新たな認証手続においては、労使の代表者からなる団体等一定の認証主体に対して、労働契約の分類（自営的労働か従属労働か）に関する助言を行う権限が付与され、認証された契約分類は裁判所が最終的な決定を下すまでは、労働法だけでなく社会保障法や税法などとの関係でも有効とされるものである（但し、当事者は、いつでも裁判所に異議を申し立てて、契約の分類の変更を求めることができる）。こうした手続により、労働者性ないし労働契約性をめぐる不明確性（予測可能性の欠如）をできるだけ解消し、紛争を軽減させようとしている。

#### 4. スウェーデン法

スウェーデン法でも、労働者概念は、労働法の人的適用範囲を画する役割を果たしている（但し、社会保障法や租税法上の労働者概念とは異なるものと考えられている）。しかし、労働者を定義する法規定は存在しておらず、その定義は判例に委ねられてきた。スウェーデン法でも、労働者性の判断は、契約の形式に関係なく、その実態に基づき行われるものとされている。判断基準として挙げられているのは、①指揮の下で労働を遂行する個人の責務、②実際の労働の就業者自身による遂行、③労働の内容が予定されていないこと、④当事者間の継続的な関係、⑤就業者が、第三者のために、いかなる類似の労働も遂行することが禁じられていること、⑥労働の内容、時間および場所について、就業者が使用者等の指揮命令の対象となること、⑦就業者が、使用者等が提供する機械、器具および原材料を使用することが前提とされていること、⑧就業者が、その出費を補償されること、⑨報酬が、少なくとも一部は、保障された給料として支払われること、⑩当該就業者の経済的・社会的状況が通常の労働者の状況と同じであることであり、特に⑩の「当該就業者の経済的・社会的状況」は、労働者かどうかははっきりしないグレー・ゾーンの事案において決め手となっている。

スウェーデン法では、大陸法系諸国に共通して用いられていた「従属性」という概念は重視されていないものの、労働者性の判断基準として挙げられているものの大部分は、大陸法系諸国で人的従属性と呼ばれているものに相当するといえる。ただ、スウェーデン法では、「当該就業者の経済的・社会的状況」という判断要素があり、その解釈適用のいかんによっては、「経済的従属性」を考慮に入れることが可能であるし、就労形態の多様化などを背景に、経済的従属性を重視した労働者性の判断をする方向への提言が行われている。ただ、そのための手法としては、新たな立法ではなく、判例による弾力的な対応が考えられている。

スウェーデンでは、労働者性をめぐる紛争はそれほど顕在化していない。それは、訴訟に至る前に事前に当事者間で交渉による紛争解決をすることが必要とされていることと関係している。

スウェーデン法では、労災保険法や安全衛生法などは自営業者にも適用されている。さらに団体法である共同決定法は、「準労働者」というカテゴリーを設けて、小規模事業主（従

属請負人)を、その適用範囲に含めている。ただ、労働者概念の弾力的な解釈適用により、「準労働者」は今日ではほとんど「労働者」に含めることが可能とされており、「準労働者」という概念の重要性は低下している。

## 5. イギリス法

イギリス法では、従来、労働法は「労働者 (employee)」にのみ適用されていた。そこでの労働者性 (あるいは、労働契約性) の判断は、判例に委ねられており、「指揮命令テスト」、「編入テスト」、「経済的実態テスト」、「義務の相互性テスト」(使用者が就業者に労働を与える義務を負っているか、就業者が使用者に要請された労働を引き受ける義務を負っているか)などが用いられている。イギリス法では、欧州大陸法系諸国で見られたような人的従属性だけでなく、「経済的実態テスト」のような経済的従属性も考慮した判断基準が用いられている点が注目される。

この他、最近では、「労働者」に該当しない者でも経済的な従属性により保護の必要性があると考えられる者を「就労者 (worker)」として、労働法の一部が適用されるようになっている。ここでいう「就労者」とは、「個人が、当該個人が遂行する職業的または商業的事業の顧客としての地位を契約上有しない、契約の他方当事者に、個人的に労働またはサービスを提供し、または遂行することを約するその他の契約」を締結して労働する個人を指すものとされている。具体的にはフリーランスの就業者、個人事業主、家内労働者、随時的な就業者がこれに含まれる。「就労者」には、1998年全国最低賃金法、1998年労働時間規則、1998年公益情報開示法、2000年パートタイム労働規則に基づく権利が保障され、また、1992年労働組合労働関係(統合)法により、ストライキの民事免責などの権利も与えられている。

さらに、「労働者」や「就労者」に該当しない自営業者に対しても、差別禁止法、安全衛生法の一部が適用される。

## 6. オーストラリア法

オーストラリア法では、労働者のみを対象とする法律が存在するとともに、請負契約で働く自営的な労働者を保護の対象とする法律も存在している。後者により、自営的労働者に保護が認められているのは、性差別禁止、団結の自由の保障、安全衛生、失業保険、労災補償である。

労働者性の判断において中心的に考慮されるのは、一方当事者の他方当事者に対する支配の程度であり、自己の道具を提供するか否か、労務遂行に伴う危険を負担しているか、他方当事者以外の者に労務を提供する自由が認められているか、当該労務遂行を他人に委ねる自由があるかに加え、報酬の形態、他方当事者の業務への統合の程度が考慮される。なお、オーストラリア法では、日本法とは異なり、労働者性の判断は、労働関係の実態に基づいて行うのではなく、契約の文言を決め手とする形式的なアプローチを採用する傾向にある。

## 7. アメリカ法

アメリカ法においても、一般に労働者であることが労働法の適用要件とされているが、労働者を定義する一般的な法律はなく、個別の法律で労働者の定義規定が置かれたり、定義規定がない場合には、法律の目的に基づき労働者性の判断を画定しようとするアプローチが採られてきている。労働者性の具体的な判断基準として用いられてきたのは、「管理権基準」と「経済的実態基準」であり、アメリカにおける主要な連邦法（公正労働基準法、家族医療休暇法、差別禁止法）においては、後者の「経済的実態基準」が用いられている（前者は、コモン・ロー上発展してきた不法行為法上の使用者責任に関して適用されている）。他方、団体法の分野の全国労働関係法（NLRA）においては、「管理権基準」が用いられている。

公正労働基準法上の労働者とは、「使用者に雇用されるすべての個人」であると定義され、さらに、「雇用とは、黙示のうちに労務の供給を受け、あるいは、労務の供給を認めた場合も含む。」と定められている。そして、この抽象的な定義の解釈に当たっては、判例は「経済的実態基準」を採用しており、契約当事者の合意内容に関係なく客観的に労働者性が判断される。

労災補償法については、多くの州において、労働者の範囲を広く解釈しようとする傾向にある。

### 第2節 分析

各国の法状況を概観すると、どの国においても、労働法の適用範囲はおおむね労働者概念により画されていると見てよい状況にあった。但し、労働法の一部については、労働者とされていない者にも及ぼされている国もあった（それが最も明確であるのが、「労働者」と「就労者」とを分けて、「就労者」にも一定の保護を認めているイギリス法である）。

労働者概念については、個別法、団体法にわたる統一的な定義を制定法により行っている国はなかった（但し、イタリア法では民法典に労働者の定義があるため、法律全般にまたがる包括的な定義となっている）。個別の法律により労働者の定義をしている国は幾つか存在していたが、実際上は、労働者性の具体的な判断基準の定立は判例に委ねられているというのが、各国に共通の現象であった。

このように、労働者性の判断基準の定立が判例に委ねられていることから、各国において、労働者性の判断基準における明確性について問題が生じている。この点をもう少し詳しく見ていくと、次の二つのことを指摘することができよう。

まず第一に、裁判所における労働者性の判断は、労働契約当事者が選択した契約の形式に影響されないというのが一般的な傾向である（例外は、オーストラリア法。なお、アメリカ法における「管理権基準」では当事者意思が総合判断の一要素とされているが、契約形式＝当事者意思の重視とは必ずしも言えないのではないかと思われる<sup>1)</sup>。裁判所が、当該労働契

約関係の実態に即して、事後的に労働者性の判断をする以上、労働契約当事者の予期しない判断がなされる可能性が本来的に存在している。この点は、日本でも同じである。それにもかかわらず客観的判断を行うというアプローチが採られる理由は、労働法（とりわけ、労働保護法）は、基本的に労働契約上の弱者の保護という目的があるので、労働法の適用可能性を、労働契約当事者の意思に委ねると、実際上は、強い立場にある使用者の意向のみに基づいて労働法の適用回避が行われ、労働法の保護目的が実現できなくなるという考慮があるからであろう。

労働者性の判断において指摘すべき第二の点は、労働関係の実態に着目しているほとんどの国の法制において、労働者性の判断が、様々な判断要素の総合考慮となっていることである。総合的な判断というアプローチを採ることにより、就労実態の変化に対応した弾力的な労働者性の判断ができるというメリットがある。とはいえ、多くの国において、日本における「使用従属関係」に関する判断と同様、人的従属性に着目した判断基準が採られてきており、経済的な観点からの保護のニーズに対応できるような基準にはなっていない。しかも、労働者のカテゴリーの中においても、徐々に、指揮命令関係の有無が明確でない就労関係にある者や時間的拘束性ないし場所的拘束性が弱い者などが増えており、人的従属性を労働者性の中心的な要素として機能させることにも限界が見え始めてきている。

このようなことから、最近では、労働者性の判断において、経済的従属性を何らかの形で採り入れることが必要であるということが、各国ではほぼ共通の問題意識となってきている。ただ、イギリス法やアメリカ法のように「経済的実態テスト(基準)」が実際に活用されている国もあるものの、その他の国では、労働者性の判断に経済的な判断基準を正面から採り入れる取り組みは一般的なものとなっていない。

その一方で、「労働者」に該当しないが、経済的従属性が認められるというタイプの就業者に対して、労働法上の一定の保護を拡大しようとする試みは、様々な形で行われている。ドイツにおける「労働者類似の者」、フランスの労働法典における「みなし労働者」や「非労働者」への個別的な保護の拡張、イタリアにおける「準従属労働者」ないし「プロジェクト労働」の試み、スウェーデンにおける「準労働者」、イギリスにおける「就労者 (worker)」などが、それに該当する。拡張されている保護の内容は各国で同じではないが、全般的にみると、安全衛生や性差別に関する規定が拡張される傾向にあると言えよう。

---

<sup>1</sup> 実態に即して裁判所が客観的に労働者性の判断をするということから、理論的には、いわゆる仮装的自営業者の問題については、労働者性を肯定するという形で決着が付けられることになる。ただ、こうした理論的解決だけで、実際の紛争の発生を抑止できるわけではない。労働者は、使用者との間で合意した契約形式について、実態との齟齬があることから不満を持ったとしても、裁判所に提訴して、実態に即した保護を求めようとすることは現実には困難と言えるからである（特に、時間や費用面の負担が労働者にとって重い）。他方、オーストラリア法のように契約形式から労働者性の判断を行うこととすると、第6章オーストラリアでも指摘されているように、労働法（さらには、社会保障法）の潜脱を目的として契約形式が仮装される危険性が高まることになる。

### 第3節 労働者概念を巡る課題と展望—比較法的考察から示唆されること—

「はじめに」で指摘したように、現在、労働者概念を巡っては、大きく分けて、「労働者概念の明確性」と「非労働者の要保護性」という課題が突きつけられている。これらの課題は、今回、比較法の対象とした各国でも、実質的にはほぼ共通に現れていることが明らかとなった。そこで、以下では、比較法的検討から、どのようなことが明らかとなったかを、特に労働保護法を巡る議論に焦点を当てて、検討を加えることとする<sup>2</sup>。

まず、「労働者概念の明確性」については、実質的に妥当な保護範囲を画定しようとする、どうしても実態に即した判断をせざるをえなくなり、そのために、当事者にとっての予測可能性が害されることとなる。このような状況は、ある就業者が労働者か非労働者かをめぐる紛争を引き起こし易くなり、法的安定性という点でも問題が大きい。しかしながら、比較法上、労働者概念を具体的かつ明確に定義したり、労働者性の判断基準を一義的なものとするというようなアプローチはほとんど見られない。労働法の適用対象は、普遍的なものではなく、産業構造、就業実態、ライフスタイルの変化などにより弾力的に変わるものであることから、労働者概念もできるだけ柔構造であることが望ましいと考えられているものと推測できる。

とはいえ、「労働者概念の明確性」という要請も、プライオリティの高い要請であり、多くの国で労働者性の判断における明確性の欠如は問題点として指摘されている。この問題についての決定的な解決方法は、まだどの国でも見つかっていないと言えるが、例えば、フランス法にあるような、商業登記への登録があれば自営業者（非労働者）と推定するというようなアプローチは参考になる。さらに、イタリア法での最近の取り組みとして、労使団体などにおいて労働者性の判断（労働契約か非労働契約かの分類）について当事者の申請により認証するという手続を設けて、当事者の異議に基づき裁判所が最終的な判断を下すまでは、その認証された判断を通用させるというアプローチもある。労使団体による認証判断は実際上の通用力は大きいと考えられるので、紛争の減少に結びつくことが期待される（スウェーデンでは、訴訟前手続において交渉が行われることにより、紛争数が少ないことも参考になる）。いずれにせよ、就労形態が多様化し、企業に対して労務を提供する個人の中に、労働者かどうか明瞭でない「グレー・ゾーン」の者が増えてくると、労働者性（あるいは非労働者性）についての客観的な指標を利用した推定規定を設けたり、あるいは、事前の（信頼ある）手続で労働者かどうかの判断を（暫定的であれ）行うという手法は、労働者概念の明確化を実現する手法として注目を集めていくであろう。

---

<sup>2</sup> なお、労働保護法と労働者概念の関係を考える場合には、本来は、当該労働保護法が、いかなる効力を有しているかという点も踏まえて検討する必要がある。例えば、当該労働保護法が、刑事制裁を伴う場合と、民事上の強行法規性を持つに過ぎない場合、さらには単なる任意法規にとどまる場合とでは、当該法規の適用対象となる労働者の範囲について違いが出てくる可能性がある。このような点も考慮に入れた比較法的検討は、本報告書の射程を超えるものなので、今後の課題としたい。

次に、「非労働者の要保護性」という点については、特に大陸法系諸国（ドイツ、フランス、イタリア）では、人的従属性を中心とする労働者概念では要保護性に対応した適切な人的範囲の画定ができないということが問題とされているように見える。経済的従属性を労働者性の判断において考慮に入れることがあったアメリカ法やイギリス法とは異なり、大陸法系の国（ドイツ、フランス、イタリア）では、労働者概念そのものを修正するのではなく、むしろ、労働者概念は維持しながら、一定の経済的に従属性のある非労働者のカテゴリーを抽出して、労働者と同様の保護を与えようとするアプローチが採られているとみることができる。確かに、経済的従属性を労働者概念に採り入れると、労働者性の判断基準はますます複雑で不明確なものとなるので、労働者概念そのものには変化を加えようとしない大陸法系諸国のアプローチは理解しうるところである。とはいえ、仮に限定的であるとしても、経済的従属性のある就業者に労働法上の保護を拡張する以上、経済的従属性についても、ある程度の具体的な定義は必要であり、こうした具体的かつ明確な定義がなされなければ、上述の「労働者概念の明確性」（の欠如）と同様の問題が生じることになる。フランス法のように一定の具体的なカテゴリーの就業者に限定して、労働法上の保護を拡張するという場合であれば、明確性の欠如という問題も解消できるが、より一般的に要保護性に応じて経済的従属性のある非労働者をターゲットにしようとする、基準の明確性を保持することは困難となるであろう。

もっとも、こうした基準の不明確性の問題点を多少なりとも軽減するために、一定の限定された保護規定についてのみ非労働者に拡張するという方法を採用することも考えられる。この点、各国の法制を見ると、やはり労働者と非労働者との間の格差は厳然として存在しているものの、性差別、安全衛生、労災補償（幾つかの国では社会保障法上の制度と位置付けられている）、さらには団体法上の権利などが、非労働者に保障されている例が目につく。今後は、どのような保護規定について非労働者に拡張可能かを検討していくことも必要と言えるであろう。但し、このような作業をする際も、各保護規定ごとに、どの範囲の非労働者を保護の対象に含めるかという基準を確定することが必要であり、やはり基準の明確性を巡る問題は残ることとなる。

以上の検討から判ることは、労働者概念を巡る各国の法状況には、日本法の状況と共通している部分がかかなり多いということである。本報告書での比較法的検討から、日本法の抱える問題の解決策を直ちに見出すことができるわけではないのはもちろんであるが、各国での様々な取り組みは日本法との関係でも十分参考になろう。そして、これらの比較法的考察の成果を土台として、日本法に適した解決を模索していくことが今求められていると言えるであろう。

---

労働政策研究報告書 No.18

「労働者」の法的概念：7ヶ国の比較法的考察

発行年月日 2005年2月28日

編集・発行 独立行政法人 労働政策研究・研修機構

〒177-8502 東京都練馬区上石神井 4-8-23

(編集) 研究調整部研究調整課 TEL 03-5991-5102

(販売) 広報部成果普及課 TEL 03-5903-6263

FAX 03-5903-6115

印刷・製本 ヨシダ印刷株式会社

---

© 2005

\*労働政策研究報告書全文はホームページで提供しております。(URL:<http://www.jil.go.jp/>)

---

労働政策研究報告書 No.1 8

「労働者」の法的概念：7ヶ国の比較法的考察

定価：840円（本体800円）

発行年月日 2005年2月28日

編集・発行 独立行政法人 労働政策研究・研修機構

〒177-8502 東京都練馬区上石神井 4-8-23

(編集) 研究調整部研究調整課 TEL 03-5991-5102

(販売) 広報部成果普及課 TEL 03-5903-6263

FAX 03-5903-6115

印刷・製本 ヨシダ印刷株式会社

---

© 2005 ISBN 4-538-88018-3

\*労働政策研究報告書全文はホームページで提供しております。(URL:<http://www.jil.go.jp/>)



The Japan Institute for Labour Policy and Training

定価：840円 (本体800円)

ISBN4-538-88018-3 C3336 ¥800E