

## 第3部

### 比較法研究を踏まえた政策の方向性



# 第1章 比較法分析

## 第1節 各国の法制度の概観

第2部における比較法的検討の結果、各国における労働者性を巡る法状況は、次のようなものであることがわかった。

ドイツでは、統一的な労働者概念を基礎としたうえで、各法律の趣旨に応じて、その適用対象範囲を拡張するなどの措置が取られてきた。労働者性の判断基準は、人的従属性をベースとする総合判断によるものであり、経済的従属性は判断基準に含まれていない。また、労働者（労働契約）に該当するかどうかの判断は、当事者の意思に委ねられず、契約形式は客観的に定まるものとされている。人的従属性の判断基準は、「労務の提供者が、自由な業務活動の形成及び労働時間の決定を不可能ならしめる状態に置かれること」（指揮命令拘束性）である（自営的就業者である「独立代理商」の定義を行う商法典84条1項2文の影響を受けている。）。ドイツでは、人的従属性がない（あるいは軽度である）が、経済的従属性のある者について、「労働者類似の者（*arbeitnehmerähnliche Person*）」という「受け皿」が法定されており、これらの者には、労働協約法、連邦年次休暇法、労働保護法（労働安全衛生法）、労働裁判所法の適用が労働者と並んで認められている。このほか、家内労働者は「労働者」ではないが、家内労働法により一定の保護が認められている。労災保険については、自営的就業者にも適用の拡張が認められている。

フランスは、労働者概念ではなく、労働契約概念を基礎として、労働法の適用範囲を論じる場所にドイツとの違いがあるが、その具体的な内容を見ると、実質的には、ドイツと大きな違いはない。すなわち、労働契約性の判断基準は、法的従属性（ドイツ流に言うると人的従属性）の有無によっており、経済的従属性は判断基準に含まれていないし、契約の形式や当事者意思からではなく、労務遂行の実態から客観的に法的従属性の判断が行われている。法的従属性の判断要素は、時間的拘束性、場所的拘束性、労務提供の一身専属性、機材・材料の負担関係、具体的な作業における指示などである。業務組織（*service organisé*）への統合を中心的な判断要素として、労働者概念が広げられた時代もあったが、最近では、具体的な指揮命令の有無を基本とする厳格な判断基準が採用されるに至っている。ただし、フランスでは、法的従属性が認められない就業者に対しても、要保護性のあるとされるカテゴリーの職種については、法律により、一定の要件の下において、当該契約を労働契約と推定したり（アーティスト、外交員〔VRP〕など）、又は労働者とみなして、労働法典の規定の適用を拡張する（ジャーナリスト、零細事業主、家内労働者など）という手法が取られてきている。

イタリアでは、「労働者」概念については民法典に定義があり、その意味で統一的な労働者概念が採用されている。その判断基準は、他国と同様に、人的従属性をベースとするもので、

従属的拘束（労務指揮権や懲戒権に服すること）の有無が中心的な判断要素となっており、判例は（一部の例外的な判決を除き）経済的従属性を労働者性の判断基準に含めていない。イタリアでも、当該契約が労働契約に該当するかどうかは、当事者の採用した法形式によらずに、裁判官が客観的に判断するものと考えられている（ただし、これと異なる裁判例もある）。イタリアでは人的従属性に欠ける場合でも、一定の経済的従属性がある者については、「継続的連携協働（*collaborazione coordinata e continuativa*）」という「受け皿」があり、このような就業形態で労務に従事する者（準従属的労働者 [*lavoratore parasubordinato*] と呼ばれる。）については、社会保険や税法上、労働者と同様に扱われたり、労働裁判手続や強制的な労災保険制度の適用が認められたりしている。最近の立法で、継続的連携協働の一種である「プロジェクト労働」という法制度が設けられ、その枠組みの中で労務を提供する自営的就業には、一定の保護が認められている。なお、イタリアでは最近、当該労務提供契約の性質決定を巡る紛争を回避するために、事前に行政機関などにおける認証手続を利用することができることとなった。これは、実質的には労働者性の判断基準を巡る不明確性を事前の手続的手法により解決しようとする試みである。

イギリスは、労働者概念を巡る問題は、雇用契約（*contract of employment*）性の判断の問題としてとらえられている。そこでの雇用契約性の判断基準は、賃金その他の報酬と労務提供者自身の労務との交換の合意、労務供給者が使用者の指揮命令に服すること、これら以外の契約条項が、当該契約が雇用契約であることと矛盾しないこと、である。そこでは、従属性を基礎とする労働者性の判断が行われているわけではなく、基本的には、コモン・ロー上の代位責任に関する法理（日本の民法 715 条にほぼ相当）における労働者性の判断基準を受け継いだものとなっている。しかし、その労働者性の具体的な判断内容をみると、大陸法系諸国における人的従属性基準に類似の指揮命令テスト（*control test*）を中心とする判断が行われている。もっとも、近年では、事業者性の有無という要素をかなり大幅に取り入れた判断基準が採用されている。

オーストラリアも、イギリスと同様に、「労働者」概念は、コモン・ロー上の雇用契約に該当するかどうかという問題とされており、指揮命令テスト（*control test*）が用いられてきた。具体的な判断基準を見ると、指揮命令の程度を重要な判断要素としつつ、報酬支払いの形態、器具の負担関係、労務提供の時間や休日についての定め、租税の負担、労務の第3者への委託の可否等の諸般の事情を総合的に考慮して労働者性を判断するものとなっている。

アメリカも、コモン・ローの影響を受け、労働者性の判断基準は、代位責任の法理における労働者性の判断基準、すなわち指揮命令テスト（*control test*）が適用されるのが原則である。ただし、制定法において、独自の適用対象範囲を定めた場合には、それによることになる。例えば、公正労働基準法では、産業政策的な観点から、広い範囲の就業者を人的適用対象に含めようとする立法者意思が明らかであり、そのため経済的実態を考慮に入れた労働者性の判断基準が採用されている。

## 第2節 分析

第1節でみた各国の法状況を分析すると、どの国でも、労働者性の判断は様々な要素の総合判断にあり、しかも主たる判断要素は、(その具体的な判断内容については各国で多少のバリエーションはあるが) 使用者による指揮命令の有無であった。日本においても、判例は、労働基準法(以下、「労基法」という。)9条の労働者性の判断において「使用従属関係」の有無を基準としており、そこでは様々な要素に基づく総合判断が行われることとなっているが、実際上は「指揮監督の有無」が中心的な判断要素となっている(第1部第4章を参照)ので、他国とほぼ同様の状況にあるといつてよい。

しかしながら、大陸法系諸国とアングロ・サクソン諸国とでは、同じように指揮命令の有無を中心とする判断基準が採用されているとはいえ、その背景が異なることに注意する必要がある。すなわち、大陸法系諸国において、指揮命令の有無が労働者性の判断基準となっているのは、ドイツに典型的に現れているように、労働保護法の存在理由が「労働の従属性」に求められており、その従属性とは、労働者が使用者の指揮監督の下にあること、すなわち人的に従属的な状況にあることとされているからである。また、大陸法系諸国では、労働保護法が刑罰法規と結びついていることが多く、経済的従属性といった基準では、その人的適用対象範囲が不明確となり適切でないという事情もある。日本でも、労働契約・雇用契約の特徴は、労働者が指揮命令下で労務を提供すること(人的に従属的であること)にあるとされて、それが労働者性の判断基準にも影響を及ぼしてきたこと、また労働保護法が刑罰法規と結びついて、その適用対象範囲の明確性が求められることなど、大陸法系諸国と同様の背景から、「使用従属関係」の有無という人的従属性に着目した判断基準が採用されてきた。

他方、アングロ・サクソン諸国では、指揮監督の有無が労働者性の判断基準とされているのは、コモン・ロー上の代位責任法理によるもので、労働契約において労働者が使用者との間で人的に従属的な関係にあるということとは直接的な関係をもたないものである(したがって、少なくとも、労基法上の「労働者」概念の画定において、アメリカ法と同様の発想に基づき、民法715条、716条を援用して議論をする見解<sup>1</sup>は適切でないと考えられる。)

こうした大陸法系諸国とアングロ・サクソン諸国との間の違いは、結局、個別的労働関係に対する法規制の趣旨・目的の違いによるものと考えられる。すなわち、大陸法系諸国では、個別的労働関係における当事者である使用者と労働者との間において実質的に対等性が欠如していることを前提に、そのことに着目して、労働契約の内容に規制を加えるということを法(労働保護法)の目的としている。これは、言い換えると、大陸法系諸国では、労働者と使用者は、労働市場における対等なプレイヤーとしてとらえられていないので、労働市場の機能に全面的に委ねることとせず、法が市場に対して規制的な介入を行う必要があり、それ

<sup>1</sup> 永野秀雄『「使用従属関係論」の法的根拠—民法715条・716条における被用者概念と『請負人』概念の日米比較法的検討』金子正史編著『労働条件をめぐる現代的課題』(法政大学出版局、1997年)159頁以下。

がまさに法（労働保護法）の存在理由であるとするものである。したがって、そうした法の適用対象となるのは、従属的な状況で労務を提供する者ということになるのである。これに対して、アングロ・サクソン諸国は、使用者と労働者との間の実質的な対等性の欠如を否定するものではないが、大陸法系諸国のような従属労働というコンセプトを基本的にはもたず、むしろ労働市場を市場として効率的に機能させるということを重視しており、個別的労働関係における法の目的も、市場に対する規制的介入を行うことではなく、主として市場の環境整備のためのルールを設定することとなる。したがって、労働保護法の適用対象も、コモン・ロー上の概念に原則として依拠して画定されており、労働法独自にその適用範囲の対象となる基準を定立しようとする動きが、(まったくないとはいえないものの) 相対的に弱いということができる。

## 第2章 「労働者」概念の拡張

### 第1節 経済的に従属的な就業者の取扱い

第1章でみたように、日本も大陸法系諸国もともに、労働者性の判断は、指揮命令関係の有無（人的従属性）を主たる基準とするものであった。アングロ・サクソン諸国でも、主として指揮命令テストが用いられており、実質的に、人的従属性と同様の基準で労働者性の判断が行われてきた。

とはいえ、これらの国でも、労働者性は、様々な要素に基づく総合的な判断であるので、指揮命令の有無が主たる判断要素であるとしても、それ以外の要素、とりわけ経済的に従属的な状況で労務を提供しているかどうかというように、労働者の要保護性と直結する事情が労働者性の判断において考慮に入れられている可能性もある。

しかしながら、この点に特に着目して各国の法状況を見ると、少なくとも一般的な判断枠組みのレベルでは、経済的従属性を考慮に入れると明示している国は少ない。

例えばドイツとフランスでは、経済的従属性を労働者性の判断に組み入れることは明確に否定されていたし、イタリアでも、多くの判例では、人的従属性のみが判断要素とされていた。アングロ・サクソン諸国でも、オーストラリアとアメリカは指揮命令の有無が判断の中心であった。

これに対して、イギリスでは、当該就業者に事業者性があるかどうか、指揮監督の有無の判断と同程度の重みをもって考慮に入れられている。しかし、イギリスで、このような傾向がみられるのは、イギリスでは、労働者性が、社会保険法や税法に関して問題となるケースが多いということと関連していると思われる。社会保険法や税法上、労働者と扱われるかどうかについては、当該就業者が指揮命令下にあるかどうかは必ずしも重要ではなく、むしろ事業者としての性格を有しているかどうかの問題となるからであろう<sup>1 2 3</sup>。

<sup>1</sup> 日本でも、税法上の労働者性の問題については、当該就業者が得ている報酬が「給与取得」（所得税法 28 条）か「事業所得」（所得税法 27 条）のいずれに該当するかという点が問題となるケースがほとんどである。「給与所得」に該当するかどうかの判断においては、実際には「事業所得」でないかどうかの問題となっており、そのため事業者性の有無が考慮されている可能性がある（税理士の幡野利通氏からのヒアリングにより示唆を受けた。）。

<sup>2</sup> なお、イギリスでは、税法上、労働者とされることが、必ずしも就業者側に有利であるわけではないことにも注意をする必要がある（オーストラリアも同様のようである。）。日本においても、「給与所得」とされることが必ずしも有利となるわけではない（経費についての所得控除が認められにくいという事情があるからである。幡野利通氏からのヒアリングによる。）。また著作権法上も、著作者が労働者であるとされると、職務著作（15 条）として著作権が会社に帰属することになるので、労働者に不利となる。

<sup>3</sup> なお、アングロ・サクソン諸国でも、「労働者」概念の拡張に類するような議論はあるが、それは日本や大陸法系諸国の議論とやや趣旨が異なる。すなわち、日本や大陸法系諸国のように、人的従属性がないが、経済的従属性のある就業者を保護しようという問題関心によるものではなく、例えばアメリカのように産業政策的な発想から保護されるべき主体を拡張しようとされたり、イギリスのように、狭すぎる雇用契約概念の修正（労働市場における公正さ）という観点から、労働者性の範囲の実質的な拡張（「就労者（worker）」概念の創設）が行われていたりしているのである。

日本では、経済的従属性は労働者性の主たる判断要素と考えられていない（前章第2節を参照）。1985年の労働基準法研究会の報告<sup>4</sup>では、事業者性の有無は判断要素として指摘されているが、あくまでも労働者性の判断を補強する要素としての位置づけである。また、判例を見ても、事業者性の有無に言及するものがあるが、それが重要な判断要素となっている例はきわめて少ない<sup>5</sup>。

以上から、少なくとも労働保護法上の労働者性の判断において、経済的従属性を考慮に入れるということは、かなり異例なことであるといえるであろう。しかしながら、他国（特に大陸法系諸国）において、労働法の保護の人的適用範囲という点に関して、経済的従属性がまったく考慮の対象にされていないというわけではない。大陸法系諸国では、労働者性の判断自体については、人的従属性のみを判断基準とする立場を取りながらも、立法により、人的従属性を欠くが、経済的従属性のある者の一部に労働法上の保護の適用を拡大している。例えば、ドイツでは、人的従属性はないが経済的従属性のある「労働者類似の者」というカテゴリーがあり、幾つかの労働法規においては、その適用対象範囲に労働者と並んで「労働者類似の者」が含まれている。また「労働者類似の者」の代表例である家内労働者については、特別法に基づき保護が認められている。フランスでは、一定の職種に就く者の労務供給契約を労働契約と推定して、労働法上の保護を拡張したり、あるいは一定の就業者を労働者とみなして労働法典の規定の適用を認めている。さらに、人的従属性が中心的な判断要素となっているイタリアでも、「準従属労働者」という概念があり、労働法上の保護の一部が拡張されている。これらの国の法状況を見ると、労働者性の判断において人的従属性が中心となっているのは、人的従属性を欠く者の保護は個別立法により対処されているからとみることができる。逆に、こうした立法的対処がなされているために、労働者性の判断自体は、経済的従属性を考慮せず、人的従属性の有無を基準として厳格に行われてきたとみることができる<sup>6</sup>。

なお、本報告書では具体的に検討をしないが、EUレベルでは、いかなる就業形態にも共通する権利の最低限の保障を認めようとして、与えられる保護を段階づけていくという考え方

<sup>4</sup> 「労働基準法の『労働者』の判断基準について」労働省労働基準局監督課編『今後の労働契約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>5</sup> なお、横浜南労基署長（旭紙業）事件の最高裁判決には、「X〔筆者注：原告労働者〕は、業務用機材であるトラックを所有し、自己の危険と計算の下に運送業務に従事していたものである上、A会社は、運送という業務の性質上当然に必要とされる運送物品、運送先及び納入時刻の指示をしていた以外には、Xの業務の遂行に関し、特段の指揮監督を行っていたとはいえず、時間的、場所的な拘束の程度も、一般の従業員と比較してはるかに緩やかであり、XがA会社の指揮監督の下で労務を提供していたと評価するには足りないものといわざるを得ない。」という判示部分がある（最1小判平成8年11月28日労判714号14頁）。特に、「自己の危険と計算の下に運送業務に従事していた」という判示部分は、事業者性の有無という判断要素を、指揮監督の有無の判断と並列するものとして挙げたものか、事業者性の有無も、指揮監督の有無の判断をするうえでの一判断要素として挙げたものかは判然としない。

<sup>6</sup> ドイツでは、1926年の労働裁判所法により就業者の経済的従属性に着目した「労働者類似の者」という概念が法定されたことから、労働者性の判断基準は人的従属性によるという考え方が確立していった（第2部第1章参照）。



も有力に提起されている<sup>7</sup>。これは、経済的に従属的な関係にある自営的就業者にも従属労働者と共通の保護を一定範囲で認めようとする試みとみることができる。

## 第2節 職種ごとの分析

第1節でみたように、比較法的には、経済的に従属的な就業者の保護については、その一部は立法により対処がなされている国があるものの、判例上は、労働者性の判断枠組みにおいて経済的従属性を考慮要素としないとする国がほとんどであった。

しかし、どの国でも、労働者性の有無は、裁判所による総合的な判断により行われるので、労働者かどうか判然としないグレーゾーンにある就業者の労働者性が問題となった事案において、判断内容を子細にみると、実質的に労働者性を拡張しているとみられるケースがある可能性もある。

そこで本報告書では、このような観点から、グレーゾーンにある就業者を、實際上、その労働者性が問題となる6つの類型の職種（専門的職種、備車運転手、外交員等職種、在宅就業者、零細事業主、見習い者）に分けて、細かく検討していった。その結果、明らかになったことは次の点である。

### 1. 専門的職種

専門的職種に従事する就業者は、労務の遂行において、他人から指揮命令を受ける程度が小さく、むしろ就業者本人の自由な裁量による部分が大きという特徴がある。その意味で、これらの者は、人的従属性の程度が小さいといえることができる。

こうした特徴をもつ「専門的職種」の就業者について、諸外国で、どのように労働者性の判断がなされているかをみると、まずドイツでは、時間的拘束性がある場合に労働者性を肯定する傾向にある。特に多数の紛争が生じた「放送事業自由協働者」問題において、判例は、恒常的な労務準備状態にあるかどうかを中心的な判断要素としたうえで、労働者性を肯定する傾向にある。これは時間的拘束性を実質的に緩やかに判断したものであるといえる。フランスでは「組織への従属」（時間的拘束性、職務遂行上の制約など）が中心的な判断要素となっている（医師など）。イタリアでは、従属的拘束が中心的な判断要素となるが、教員のように職務の特殊性から指揮命令下にあるかどうか容易に認められない場合には、他の判断要素（協働性、給付の継続性、時間的拘束性など）を補充的に考慮して労働者性を認めようとする傾向にある。オーストラリアでは、あくまで指揮命令をする権利の有無という観点から労働者性の判断が行われ、イギリスでも指揮命令の有無という観点から労働者性の判断が行われている。

<sup>7</sup> これを紹介した邦語文献として、柳屋孝安『現代労働法と労働者概念』（信山社、2004年）251頁以下など。

日本では、専門的職種について、労基法などの法律上の規定の適用可能性が争われた裁判例はそれほど多くないが、傾向としては、時間的拘束性、場所的拘束性、仕事の諾否の自由などの要素に着目して、労働者性が広く肯定されている。

以上から、専門的職種については、具体的な仕事の遂行に裁量性があっても、時間的拘束性など、広い意味で使用者の指揮命令下にあるといえる場合には、どの国でも労働者性が肯定される傾向にある。特に日本では、専門業務型裁量労働制のように、その職務の専門性ゆえに、労務の具体的な遂行について本人に裁量が認められている者であっても、(労働時間についてはみなし制が適用されるとはいえ)労働者であることが法文上明らかであるので、専門的職種の類型の就業者に対して労働者性を広く肯定する判断をすることに、それほど大きな困難はないと考えられる。

## 2. 備車運転手

備車運転手については、就業者が労務遂行に必要不可欠な高価なトラック等を所有していることから、事業者性があると判断されることが多い。その一方、場所的な拘束性は小さいものの、労務の遂行における裁量は、雇用関係にある社員運転手と変わりがない場合も多く、その意味で、広い意味での指揮命令下にあるとみるのが可能な事案も少なくないと考えられる。

諸外国を見ると、ドイツでは、労働者性を肯定した例と否定した例とがあるが、事業者性の有無という観点からではなく、時間的拘束性などを中心とした人的従属性の有無という観点から労働者性の判断が行われている。フランスでは、社会保険に関する事例で、事業組織に統合されていることを理由に労働者性(正確には、保険に加入すべき地位にあること)を肯定した例がある。イタリアでも、判例上、労働者性が肯定されている。

イギリスでは、指揮命令の存否・程度に加えて、事業者性の有無という観点から判断がなされ、結論として労働者性が否定される傾向にある。オーストラリアでは、労災補償の事例において、労働者性が否定される傾向にある。

日本の判例は、備車運転手の事業者性を重視して、多くのケースで労働者性を否定している。ただし、他の従業員と同程度の詳細な指示・拘束下であれば労働者性が肯定される余地があり、実際に労働者性を肯定した裁判例もある。なお、少なくとも労災の事案では、労働者に該当しない場合でも特別加入をすることが制度上可能であるので、労災保険法上の労働者性を備車運転手に否定することは、制度上は大きな問題はないかもしれない<sup>8</sup>。

以上から、備車運転手は事業者性が高いものの、その勤務の実態に応じて一般の従業員と同様に指揮命令下にあると判断できる場合があり、こうした場合には、これらの者に対する

---

<sup>8</sup> 判例も、そのような事情を考慮して、労災の事案では、労働者性の判断を厳格に行っている可能性がある。ただし、実務上は、備車運転手の特別加入は困難であるという事情があるようであり(社会保険労務士の林智子氏からのヒアリング結果による。)、特別加入制度の存在と労働者性の判断とを関連づけていくことは必ずしも妥当ではないともいえる。

労働法上の保護が認められている。

### 3. 外交員等職種

このタイプの就業者には、時間的・場所的拘束性が小さいという特徴がある。また、賃金も、外交員等は、一般の労働者と異なり、歩合給が中心であることが多い。

諸外国を見ると、ドイツでは、場所的拘束性や時間的拘束性が小さいことから、労働者性を否定する判例が多い。ただし、代理商などは、「労働者類似の者」に該当するので、一定の労働法上の保護は及ぶことになる。フランスでは、立法により、一定の要件の下で労働契約の推定を受けることができるし、さらに判例上、時間的拘束性がある場合に最低賃金の適用を認めたものがある。イタリアでは、判例上、労働者性を肯定する傾向にある。また、これらの就業者は労働者性が否定されても、「準従属労働者」として、一定の労働法上の保護を受ける可能性がある。

イギリスでは、指揮命令の有無を多様な要素に基づき判断し、さらに事業者性の有無という観点からの判断も行われている。オーストラリアでは、指揮命令をする権利の有無という観点から判断して、労働者性を肯定したケースが多い。

日本では、指揮監督や時間的拘束性の有無という観点から労働者性の判断が行われている。最近のNHKの集金員に関する事例は、業務遂行に具体的な指揮監督があるとみることでもできそうな事案であったが、時間的拘束性の欠如や労務提供の代替性（再委託が可能）などの要素を重視して労働者性が否定されている。

以上から、外交員等の職種類型は、まさに指揮命令下にあるかどうかが重要な判断要素となっており、それに応じて労働者性の判断が行われている。賃金の支払い形態は、労働者性の判断において重視されていない。大陸法系諸国では、立法により部分的な法的保護を認めようとする傾向にある。

### 4. 在宅就業者

このタイプの就業者にも、時間的・場所的拘束性が小さいという特徴がある。しかも、自己の生活空間内での仕事であるので、発注者・使用者からの拘束性は非常に小さいと考えられる。

諸外国を見ると、ドイツでは判例はないが、外交員等の類型と同様、場所的拘束性や時間的拘束性が小さいので、労働者性は認められにくいと予想される。フランスでは、立法により、一定の要件の下で、家内労働者として法的な保護を受けることが認められている。イギリスでは、労働者性を肯定した裁判例もあるが、一般には、労働者性の判断基準をそのまま適用すると、労働者性が否定されるケースが多いと考えられている。そのため、最低賃金法や公益情報開示法においては、「就労者 (worker)」として特別にこれらの法律の適用対象に含まれている。

日本では、在宅就業者の労働者性を巡る判例はないが、労働者性のない在宅就業者について、その契約内容の適正化などを目的としたガイドライン（「在宅ワークの適正な実施のためのガイドライン」）が行政により作成されており、その経済的従属性に着目した保護が講じられている。

## 5. 零細事業者

この類型は、文字通り事業者に該当するものである以上、労働者性を肯定するのは原則として困難と考えられる。

諸外国を見ると、ドイツでは、フランチャイジーなどの例では、時間的拘束性の有無を重要な判断要素として労働者性の判断が行われている。フランスでは、立法により、フランチャイジーについては、一定の要件の下で、労働法典の適用を認めている。

イギリスでは、事業者性の有無という観点から、労働者性の判断が行われている。判例には、要保護性を重視して労働者性を肯定したものがある。オーストラリアでは、労働者性を肯定したものが比較的多い。

日本では、機械・器具の負担関係や他社業務の従事の可能性などが、実際上は、労働者性の判断に大きく影響しているとみられる。

以上から、零細事業者は、形式的には、まさに事業者であり、非労働者にほかならないものの、その経済的従属性ないし要保護性に着目した（法律ないし判例による）保護が講じられることがあるといえることができる。

## 6. 見習い者

ドイツでは、職業訓練のための就業者は、労働者であることが法律で定められている。フランスでは、病院のインターンについて、それが研修であるかどうかに関係なく、法的従属性の有無により労働者性の判断がなされるべきとした裁判例がある。

イギリスでは、法律上、労働契約は徒弟契約を含むとされている。職業訓練プログラムの受講者である訓練生は労働者でも徒弟でもないとされているが、安全・衛生、労働時間、差別禁止については保護の対象とされている。

日本でも研修医について、労働者性を肯定した最高裁判例がある<sup>9</sup>。

見習い労働者の場合には、経済的従属性の有無ということが正面から問題となるわけではなく、むしろ労務の従事といえるかどうかの問題となるが、多くの国で、法律上あるいは判例上、労働者性が肯定されている。

以上の比較法的検討によると、人的従属性が一部欠けているとみられる類型の就業者であ

---

<sup>9</sup> 関西医科大研修医（未払賃金）事件・最2小判平成17年6月3日労判893号14頁。

っても、人的従属性の有無の判断を弾力化させたり、あるいは端的に要保護性に着目したりすることにより、労働者性を広く認めている例がある（場合によっては、立法により保護の拡張が行われている。）。具体的には、専門的職種については、指揮命令の存在を広くとらえて、労働者性を緩やかに認める例が多いこと、傭車運転手や外交員等職種については、一般従業員と同様の具体的な指揮命令関係があれば労働者性が認められる傾向にあること、外交員等職種や在宅就業者については、事業者性が認められる場合であっても、一定の要保護性に応じて保護を認める立法例があること、零細事業主においても個人で労務を提供している場合には、一定の要保護性があるため、判例や立法により保護が認められている例があることが明らかになった。

## 第3章 「労働者」概念を巡る法政策

### 第1節 前提的考察

「労働者」概念は、労働法の適用対象範囲を画するという機能をもつものである（第1部第1章「問題の所在」を参照）。労働者に該当しないと判断されると、労働法による保護が否定されるが、前章で見たように、実際の判例は、労働者性の判断が微妙な類型の就業者について、その就業者の勤務実態や要保護性を考慮に入れて、かなり弾力的に労働者性の判断を行っていることが明らかになった。このような弾力的な判断の根底にあるのは、労働保護法の趣旨に応じて、労働者性の判断をしていこうとするアプローチ（目的論的アプローチ）であると推察できる<sup>1</sup>。前述のように、こうした目的論的アプローチは、本報告書でも基本的には妥当なものであると評価している。しかし、こうした弾力的な取扱いが可能であるのは、そもそも労働者性が様々な要素の総合的な判断によるもので、明確な基準によってはいないことと関係している。すなわち、判例をとおした弾力的な「労働者」概念の画定は、労働者性の判断基準の不明確性という犠牲を払って初めて実現可能となっているといえるのである。

労働者性の判断基準を明確化することを考える場合、判断基準の単純化という手法も考えられるが、実際にはこれを行うのは容易でない。諸外国をみても、そのような単純化を達成しているところはないといってよい。むしろ、諸外国では、判断基準の単純化自体を行うのではなく、例えばフランスのように、一定の要件を満たす労務提供者の契約を労働契約と推定するという手法、イタリアのように、労務提供契約の性質決定を事前の行政的な手続で行うという手法、イギリスのように、「就労者（worker）」に該当するかどうかの決定において、立証責任を転換するという手法などが、判断基準の不明確性がもたらす弊害に対処するために導入されている。こうした様々な手法は、日本法における今後の政策を考えていく際にも参考となる。

さらに、労働者性の判断基準の不明確性を抜本的に解決する手法としては、当事者に労働者性の有無についての決定をさせるという方法もある。すなわち、労働保護法（及び、それを補充する判例法理）の適用を受ける契約であるかどうかを、当事者が契約で決めるという方法である。これは、労働者性判断における当事者意思重視のアプローチと呼ぶことができる。こうした手法に対しては、契約における当事者間の実質的非対等性を前提とすると、結局、使用者に有利な契約形式を就業者に強制することになるのではないかという懸念もあろうところである。

確かに、このような懸念は十分に理由のあるものである。従来の労働保護法が、その適用

---

<sup>1</sup> もちろん、各国で裁判所が、意識的にこうした目的論的アプローチを採用しているかどうかははっきりしない。

について（労働者性の判断において）、当事者の意思に関係なく、裁判所により客観的に決定するものとされてきたのは、当事者の意思を重視すると、強行法規としての労働保護法の適用が容易に回避されてしまうということを考慮したものといえることができるからである。しかし、労働保護法や判例法理にも、実は様々な法的な性格のものが混在しているのであり、果たして、そのすべてを強行法規と解す必要があるのかどうかは十分に考慮に値するところである。確かに、労働保護法の中には、当事者の意思に関係なく適用されるべき強行的なものが含まれているが、法規制の趣旨・目的から判断して、当事者の意思に委ねてよいものがあると解される。また、当事者の意思に委ねるとしても、全面的に当事者の意思に委ねてよい任意的な規制もあれば、強行的な規制と任意的な規制の間として、原則として強行的な規制であるが、一定の要件を満たせば別段の合意をすることが可能な半強行的な規制もあると考えられる。前者の例としては、判例の労働契約法理の中には、契約の解釈準則のようなものがあり<sup>2</sup>、そうしたものは任意的な規制と考えてよいであろう。後者の例としては、例えば、現行労基法は、強行規定であると解されている<sup>3</sup>が、時間外労働に関する労基法 36 条や賃金全額払いの原則を定める労基法 24 条のように、過半数代表と使用者との間の労使協定があれば特例を許容しているものがあり、こうした規制は半強行的な規制と呼んでよいと思われる。このように、法規制には、強行的な規制、半強行的な規制、任意的な規制があるのであり、法規制の趣旨・目的に応じて適切に分類することにより、当事者意思に委ねてよい規制を適切に限定することができ、当事者意思を重視することに伴う弊害を回避することができると考えられる。

## 第 2 節 いかなる法規制を、いかなる者に及ぼすべきか

前章で見たように、労働法の適用対象を、人的従属性のある労働者あるいは指揮命令下にある労働者に限定して及ぼすという原則は、法律・判例を子細に見ると、必ずしも厳密に維持されているわけではない。すなわち、人的従属性を欠く就業者にも、実際上は、一定範囲では、労働法上の保護が及ぼされているのである。さらに、目的論的アプローチからは、こうした「労働者」概念の拡張の仕方は、各法規制の趣旨に応じて異なってしかるべきであるといえることができる。

すでに「問題の所在」（第 1 部第 1 章）で見たように、労働保護法の規定は、就業者の人的従属性に着目した規定であるのか、経済的従属性に着目した規定であるのか（あるいは、その双方か）という観点からの分類が可能であり、それに応じて、その対象となる労働者の

<sup>2</sup> 例えば、採用内定の法的性格、有期契約と試用期間との関係に関する判例法理がこれに当たるであろう（それぞれ、大日本印刷事件・最 2 小判昭和 54 年 7 月 20 日労判 323 号 19 頁、神戸弘陵学園事件・最 3 小判平成 2 年 6 月 5 日労判 564 号 7 頁）。

<sup>3</sup> 立法論としては、労基法の規定の中には、任意規定化したり、（労基法 18 条の 2 のように）強行法規性を維持しても脱刑罰化を図るなど、弾力的な取扱いをしてもよいものがあるといえよう。

範囲も異なったものとする（人的従属性のある就業者、経済的従属性のある就業者、その双方）という考え方もありうるところである。

外国では、ドイツのヴァンク教授のように、「労働者」概念を目的論的に画定すべきであるという有力な学説もある（第 2 部第 1 章を参照）が、その場合でも、「労働者」概念の統一性は維持しようとしてされており、法規制の趣旨・目的に応じて相対的に「労働者」概念を画定するという徹底した目的論的アプローチを主張する見解は見当たらない。日本でも、「労働者」概念の相対性を主張する萌芽的なアイデアは幾つか見られる（第 1 部第 3 章を参照）が、本格的な議論の展開はまだみられない。

そこで、本報告書では、徹底した目的論的アプローチの可能性を探るために、法律や判例上、法規制の趣旨に応じて労働者性の範囲が実質的に異なっているのではないかと、また法規制の強行性の有無が、その規制の趣旨・目的に応じて異なってもよいのではないかとという問題意識をもって、諸外国の法律や判例を分析するという作業も試みた。ここでは、労働者性を巡って紛争となることの多い、最低賃金、労働時間、休暇、安全衛生、災害補償、解雇、差別禁止という事項を取り上げて分析を行った。その結果、次のことが明らかとなった。

## 1. 最低賃金

最低賃金規制については、労働者以外の者に対しても適用されるとしている国が多い。国によっては最低賃金法がないところもある（ドイツ、イタリアなど）が、これらの国では企業横断的に適用される労働協約により労働者の賃金は保障される。そして、ドイツでは、非労働者とされる家内労働者や専属代理商などには、法律上、最低賃金規制が及んでいる（さらに、「労働者類似の者」に該当すれば、労働協約法の適用を受け、労働協約による保護を享受することもできる。）。これら以外の自営的就業者についても、学説上、経済的従属性がある者については最低賃金規制を行う必要性があるという立法論が有力である。フランスでも、最低賃金の適用範囲は広く、また労働契約の推定などの方法により、一部の非「労働者」に対して最低賃金規制が拡張されている。イタリアでは、自営的就業者の中でも「プロジェクト労働」に従事する者については、労働の質と量に応じた報酬を支給すべきこととされている（これは憲法 36 条に基づき労働者に一般的に定められている賃金保障規制と同内容のものである。）。イギリスも「就労者（worker）」と家内労働者には最低賃金規制が拡張されている。アメリカでは、最低賃金について定める公正労働基準法において、元々、労働者概念が広く解されている。

最低賃金規制は、アメリカなどの例からもわかるように、労働市場における公正さや産業政策とも関係すると考えられるのであり、その規制は公序的な性格をもつと考えるべきであろう。なお、日本でも、最低賃金法は、第 1 条において、「この法律は、賃金の低廉な労働者について、事業若しくは職業の種類又は地域に応じ、賃金の最低額を保障することにより、労働条件の改善を図り、もつて、労働者の生活の安定、労働力の質的向上及び事業の公正な



競争の確保に資するとともに、国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする。」と規定しており、労働者の保護だけでなく、「公正な競争の確保」、「国民経済の健全な発展」が法規制の目的に加えられており、公序的な性格をもつといえるであろう。そして、こうした最賃規制は、非労働者である家内労働者にも及ぼされている（家内労働法 8 条）。

## 2. 労働時間

労働時間については、そもそも自己の労働時間を自由にコントロールできる就業者には保護規制を及ぼす必要はないはずである。ドイツでは、こうした就業者には、定義上、労働者が否定されている。他方、発注者・使用者の業務に組み込まれて時間的拘束性がある場合には、自営的就業者であっても、労働時間の規制（時間外労働手当の支払い請求など）を及ぼすことは適切であろう（アメリカの例が参考となる）。

## 3. 年次有給休暇

年次有給休暇（年休）については、ドイツやフランスでは、この権利は非「労働者」にも認められている。イギリスでも、就労者（worker）に権利が認められている。

このように、休暇権は、欧州では、一般的に労働者のきわめて重要な権利と位置づけられており（イタリアでは、非「労働者」への拡張は認められていないが、年休権は憲法上「放棄できない権利」として保障されている（36 条 3 項）。）、非労働者への拡張もなされている。年休権は一般に公序性が高い権利として位置づけられているということができよう。

## 4. 安全衛生

ドイツでは、「労働者類似の者」が労働保護法（ドイツの労働安全衛生法）の適用対象となっている。フランスでも、労働契約性の推定などにより、非「労働者」にも安全衛生関連の規定は適用される。イタリアでは、自営的就業者でも「プロジェクト労働」に従事する者は、労働者と同様に安全衛生規定の適用を受ける。また、業務請負の場合にも、注文主は一定の義務を請負人に対して負う。イギリスでは、労働者以外の者に対しても、健康・安全に配慮する一般的な義務などが課されている。オーストラリアでも、イギリスと同様に、安全衛生関連規定の適用範囲は「労働者」に限定されず、自営的就業者にも及ぼされている。

しかも、多くの国で、こうした安全衛生に関する責務は公序性をもつものと解されている。

## 5. 災害補償

災害補償については、自営的就業者を対象に含める国が多い。ドイツでは、労災保険は、災害保険組合の定款により、事業主にも拡張することが可能とされているし、事業主と同様に独立して就労する者（自営的就業者）にも任意加入が認められている。イタリアでは、準従属労働者にも労災保険制度の適用が義務づけられている。

他方、オーストラリアでは「労働者」を対象とするが、立法により、部分的に自営的就業者にも拡張されている。アメリカでは、法制度上は、「労働者」に限定されているが、運用上は、自営的就業者も含まれることがある。

## 6. 解雇

解雇については、解雇の規制を重視する大陸法系諸国においても、その取扱いはさまざまである。例えばドイツでは、解雇制限法は、「労働者類似の者」への拡張は認められていないが、家内労働者と代理商については、解約告知期間について、契約期間の継続期間に応じて比較的長期の解約告知期間が法定されている。フランスでは、非「労働者」（労働契約性の推定が認められる場合など）にも拡張が認められている。イタリアでは、解雇規制は「労働者」に限定されている。「プロジェクト労働」についても、労働者と同様の解雇規制は行われていない。

イギリスやオーストラリアでは、解雇を規制する法律の適用範囲は「労働者」に限定されている。

## 7. 差別禁止規制

差別禁止規制については、労働者に該当するかどうかに関係なく広く認められる国もある。例えば、イギリスでは、性差別禁止法は自営的就業者にも適用される。オーストラリアでも、性、人種、障害、年齢による差別禁止は自営的就業者にも適用される。このように広く適用されるのは、これらの規制が人権侵害につながるものであるからと説明されている。他方、アメリカでは、性、人種、障害、年齢などによる差別が禁止されているが、その適用対象は「労働者」に限定されている。

ドイツでは、差別禁止規制を広く適用するという傾向は認められない（「労働者類似の者」にも差別禁止規制は適用されない<sup>4</sup>。）が、一般条項を用いることにより、差別的な行動を禁止する法理論的可能性はもとより否定されていない。

### 第3節 具体的な政策提言

すでに見てきたように、諸外国では、判例上、あるいは法律上、人的従属性がない就業者であっても、経済的従属性があれば、少なくとも一定範囲では、労働保護法の適用が認められている例が少なくない。

特に、法律により経済的従属性に着目して保護規制の適用範囲を画定していくうえでは、幾つかのタイプの手法が取られている。すなわち、ドイツのように、経済的従属性に着目し

---

<sup>4</sup> ただし、セクシュアル・ハラスメントからの保護については、「労働者類似の者」や家内労働者に適用が認められている。

た「労働者類似の者」という中間類型の労働者概念を設定し、それに一定の保護規制を認めるという手法（イタリアの「プロジェクト労働」もややこの手法に近い。）や、フランスのように、一定の職種のを労働者とみなしたり、その契約を労働契約と推定したりするという手法がある。ドイツのような中間類型の労働者概念を設定する手法は、今後の立法政策において十分に考慮に値するものであるが、その中間的な労働者概念に当たるかどうかの判断においては、結局、幾つかの要素に基づく総合的な判断を免れることができず、明確性の点で問題が残ることになる。また、フランスのように、一定の職種について保護を認めていく手法は、その職種がある程度、統一かつ明確な基準で区分できるならば、有効な方法になると思われる。実際に、日本でも、家内労働者については、このようなアプローチが取られているのであり、今後は、在宅就業者やフランチャイジーなどについて特別立法を行うという構想は十分に考慮に値する（ただし、その前提として、これらの就業者を一つのカテゴリーととらえられるかどうかを確認するために、実態調査を行う必要はあろう。）。

ただ、これらの外国の立法例には、なお人的従属性にこだわる考え方が基本にあり、上記の経済的従属性に着目した立法措置は、あくまで例外として位置づけられている。本報告書では、前述のように、労働保護法の範囲を、その規定・趣旨に応じて相対的に決定するという目的論的アプローチを採用すべきであるというスタンスに立っており、そうした立場を一貫させると、人的従属性のある「労働者」を労働保護法の本来的な適用範囲に置くという発想にこだわる必要はないし、またそれは望ましくないということにもなる。前節での分析から明らかになったように、諸外国でも、労働保護法の規制の趣旨・目的に応じて、その規制を自営的就業者にも及ぼしている例がある。こうした点を考慮に入れると、今後の政策として、労働法上の保護は、人的従属性の有無に関係なく、個人で労務を提供している就業者全体を視野に入れていくという方向性も十分に考慮に値するのではないかと思われる。こうした処理は、労働者性の判断を巡る不明確性という問題を回避できる点でもすぐれている。

もちろん、個人で労務を提供している就業者すべてを労働保護規制の適用対象に含めることは、過剰な規制となる可能性がある。外国でも、すべての労働保護規制が自営的就業者に及ぶというような制度を導入している国はない。実際上も、自営的就業者の中には保護規制を望まない者も少なからずいると考えられる。他方、人的従属性のある労働者の中にも、保護規制を望まない者がいると考えられる。こうした保護規制の不適用・適用除外のニーズに応えるために、強行的規制と判断されるものを除き、個人の同意による適用除外を認め、また全面的に任意的な規制とするのが適切でないものについては、半強行的な規制として、一定の要件の下に適用除外を認めていくのが適切と考えられる（半強行的規制の検討は後述する。）。こうした方法は、前述のように、当事者意思を重視することにより判断基準の明確化を可能にするというメリットもあるのである。

では、具体的にどのような法規制を強行的な規制、半強行的な規制ないし任意的な規制と判断すべきであろうか。この点を、本部第3章第2節での分析結果も踏まえて検討すると、

次のようになる。

## 1. 最低賃金

外国では、最低賃金規制は「労働者」以外にも、広く適用される傾向にあった。原理的に考えても、労働者に対する最低賃金規制は労働契約締結時における契約当事者間の非対等性に着目したものである（すなわち、経済的従属性に着目した規制の範疇に含まれる。）ので、「労働者」以外でも経済的従属性をもって働く就業者に広く適用すべきといえるであろう。さらにその規制は同時に公序的性格をもつので、強行的規制と解することができる（ただし、基本的には契約内容に対する規制といえるので、刑罰法規としての性格を維持するのは適当でないであろう）。具体的に、非「労働者」に対して最低報酬を設定する際には、一定のカテゴリーの労働者ごとに、あるいは職種ごとに行っていく必要があるであろう（現行の家内労働法を参照）。このようなカテゴリーの区分が適切にできるかどうか、非「労働者」への最低報酬規制を実現するうえでのポイントになると思われる。

なお、非「労働者」が事業者団体を設定し、団体交渉により最低報酬を決定していくことができる（とすると、立法による介入の必要性は小さくなるであろう（「労働者」との関係では、最低賃金規制は、ドイツやイタリアでは労働協約によるだけで、立法による介入がないことが参考になる。）。したがって、最低賃金規制のあり方は、集団的労使関係法上の「労働者」性の範囲の問題と関連して（さらに、独占禁止法上の問題も踏まえて）検討しなければならないといえるであろう（ドイツの家内労働者の事例について、第2部第1章を参照）。

## 2. 労働時間

労働時間に関する規制は、労働契約上、どの程度の時間的拘束性が及ぶのかという点とかわっているのであり、時間的拘束性がある限り、たとえ総合的な判断で人的従属性（使用従属性）が認められない就業者であっても、労働時間に関する規制（とりわけ割増賃金の請求など）を認めてもよいと考えられる。この考え方を進めていくと、例えば、本来的な「労働者」も含めて就業者全体について、原則として労働時間規制を及ぼしたうえで（ただし、刑罰法規としての性格を維持するのは適当でないであろう。）、最終的にそうした規制をどこまで受け入れるべきかについては、当事者間の合意により決定する（したがって、契約による適用除外の合意を認める）という制度もありえると思われる。実際、労基法 36 条は、労働時間の最長規制（32 条）について過半数代表との協定による適用除外を認めている。変形労働時間制やフレックスタイム制についても、過半数代表との協定があれば、その導入が認められている（32 条の 2 ないし 32 条の 5）。事業場外労働についても、過半数代表との協定による「みなし労働時間」が認められている（38 条の 2）。専門業務型裁量労働制も同様である（38 条の 3）。企画業務型裁量労働制については、労使委員会の決議による「みなし労働時間」が認められている（38 条の 4）。これらは過半数代表や労使委員会という集団的な

主体の関与の下での規制の弾力化ないし適用除外を認めたものであるが、労働時間規制について厳格な強行性を維持する必要がないとする法規制の趣旨・性格を汲み取ることができる。こうしたことから労働時間規制は、日本法では半強行的な規制とすることができるのであり、立法論としては、過半数代表や労使委員会を介在させなくても、個々の就業者の自由意思に基づく同意があれば適用除外を肯定するのが妥当と思われる（本章第4節を参照）<sup>5</sup>。

### 3. 年次有給休暇

年休は、現行法上は、労働者の権利とされており、その取得を制限する合意は許されないというもので、強行的性格をもつ。しかしながら、年休の取得が十分に行われている大陸法系諸国と異なり、日本では、法文上は権利が認められていても、年休の十分な取得ができていないので、どこまで権利性や強行的性格を強調するのが妥当であるのかは議論の余地があるろう。

他方、仕事をするうえでの休息の必要性は、本来的な「労働者」に限定されるわけではないであろう。外国でも、非「労働者」に休暇権を認めている例がある。

これらのことを考慮すると、今後の法政策としては、これを就業者全般の年間単位の休息の権利として純化させ（現在の労基法 39 条には功労報償的な性格があるので、それを取り除くために休暇権の要件や付与日数について見直す必要があるろう。）、そのうえで労働時間と同様に、原則として権利を認めただうえで、当事者の自由意思に基づく合意があれば適用除外を認める（年休の買上げを認めるなど）という半強行的なものとして取り扱うことも、一考に値すると思われる（刑罰法規としての性格を維持するのは適当でないであろう。）。

### 4. 安全衛生

安全衛生については、諸外国を見ると、事業主が、少なくともその支配管理下にある空間の中で労務を提供する就業者に対しては、安全衛生に関する責務を負うということが認められる傾向にある。しかも、こうした責務は公序性があるので、強行的な規制である。

日本においても、こうした考え方から、事業場内で労務を提供する就業者一般に対して、事業主は責任を負うとする法制が妥当と思われる。これについては、強行的な規制として、当事者間の合意により適用除外は認められないと解すべきであるし、就業者の生命・身体の安全に関係するものなので、刑罰法規としての性格を維持することが適切と考えられる。

なお、私法的な面では、安全配慮義務は、判例上、もともと広くとらえられているので<sup>6</sup>、非「労働者」にこの法理を及ぼすことは現行でも認められているところである<sup>7</sup>。

<sup>5</sup> なお、イギリス法では、労働時間規制については、個別的合意による適用除外（opt-out）が認められている。

<sup>6</sup> 「安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般に認められるべきもの」とされている（陸上自衛隊事件・最3小判昭和50年2月25日労判222号13頁）。

<sup>7</sup> ドイツでも、同様の義務（民法典618条）は、「労働者」、「労働者類似の者」だけでなく、さらに雇用契約と

## 5. 災害補償

労災保険制度については、もともと特別加入制度があることからわかるように、災害補償制度の範囲の拡張を考える余地は十分にある。しかも、特別加入という形を取らずに、外国でもみられたように、強制的な加入の拡張という形態を取ることも考えられる。ただし、この後者の場合には、労災保険制度の拡張という形式を取るのか、国民健康保険・国民年金の拡張という形式を取るのかという問題があり、また自営的就業者の場合に全額自己負担とするのか、発注者との間で折半するのかといった技術的な問題は残る。

## 6. 解雇

前述のように、解雇法制の内容は各国多様であり、比較法的分析から何らかの一貫した方向性をうかがうことはできない。ただ、理論的に考えると、解雇規制は、本来自由である解約を当事者間の経済的な非対等性に着目して制限するという目的で設けられたものであり、経済的従属性に着目した規定と解すべきである。したがって、同様に経済的従属性のある者に拡張することは可能と考えるべきであろう。そもそも、解雇規制は、日本では、民法の一般条項を根拠として弾力的に適用されてきたものであり、労基法 18 条の 2 で成文化された後も、他の労基法上の規定とは異なり刑罰法規や行政監督の対象とはされておらず、民法の権利濫用法理としての性格が保持されていることから、この規制を労働者に限定せずに、非「労働者」にも弾力的に適用していくことが認められやすいといえるであろう。

解雇規制については、不当な解雇を無効とするかどうかは議論がありうるところであるが、少なくとも非「労働者」への拡張を考えると、不当な解雇（解約）であっても、それ自体は有効で、損害賠償のみ認めるという金銭的解決が妥当といえるであろう。また、解雇規制は、経済的従属性に関するもので、公序に関するものとまではいえず、原則としては規制を認めたいうえで、就業者の自由意思による同意があれば適用除外を認める半強行的な規制と解するのが妥当であろう<sup>8</sup>。

## 7. 差別禁止規制

差別禁止規制については、いかなる事項についての差別を禁止するかについて議論の余地がある（例えば、年齢差別を含めるかどうか。）が、差別禁止の範囲を労働者にのみ限定する実質的な理由はないと考えられる。そして、差別禁止規制は、公序に関するものであり、強行的性格をもつと解すべきである。セクシュアル・ハラスメントを初めとするハラスメント

---

類似した状況（注文者の提供する空間内で、その設備を利用して労務を提供する必要があるという事情）にある者にも適用されるとする裁判例がある。

<sup>8</sup> なお、解雇規制の弾力化は、このような当事者の合意による適用除外を認めるという方法以外にも、事業規模に応じた適用除外や勤続期間の短い者を適用除外するというような方法もある。例えば、ドイツでは、解雇制限法の規定は強行的であるが、労働関係の最初の 6 ヶ月間は適用除外となっているし、零細事業所（労働者が 10 人以下の事業所）も適用除外となっているなど、法の適用範囲自体に弾力性が組み込まれている。

規制についても特に労働者に限定すべき理由はないと考えられる。

以上において概観した1から7の法規制は、あくまでも労働保護法上の法規制の一部にすぎず、その検討も一応のものにすぎない。このほかにも保護規制は多数あり、保護規制の趣旨・目的に応じた、より突っ込んだ検討は、今後の課題とせざるを得ない。いずれにせよ、一般的な考え方としては、就業者の生命・身体の安全性にかかわるような規制は、強行的な規制と解すべきであるし、逆に純然たる経済的従属性にかかわる規定については、原則として、半強制的な規制ないし任意的な規制と解するのが望ましいといえよう<sup>9</sup>。

#### 第4節 半強行的な規制について

半強行的な規制は、現行法上も、労基法36条の時間外労働や24条の賃金全額払いの原則などにみられるものである。これは、過半数代表との労使協定があれば、強行的な規制を解除するというものである。しかし、就業形態の多様化、それに伴う個々の就業者のニーズの多様化を考えると、強行的な規制の解除手段を、こうした集団的な合意に限定するのは硬直的であると思われる。しかも、本報告書のように、自営的就業者を含む就業者全般に保護規制を原則として及ぼすという立場に立つ場合、個別的な合意による適用除外を認めることが必要と考えられる。

すでに判例は、賃金全額払いの原則との関係では、労働者の自由な意思による同意があれば適用除外を認めるという趣旨の判断を行っている<sup>10</sup>。こうした判例を考慮に入れると、少なくとも立法論としては、半強行的な規制と考えられるものについて、個々の就業者の自由意思による同意があれば適用除外を認めてよいのではないかと思われる。前節での分析においても、労働時間、休暇、解雇については、こうした半強行的規制を認める政策提言をしたところである。

ただ、就業者の自由意思による同意がある場合に適用除外を認めるとしても、その真意性をいかにして画定するかは難問である。自由意思の有無を裁判所が客観的に判断すべきものとしても、その判断を実際に行うのは容易なことではなく、判断基準の明確性を損なうことになる可能性が高い。労働保護法の適用対象範囲の明確化は、プライオリティの高い要請であることを考慮すると、就業者が自由意思による同意をしているかどうかの判定は、裁判所の実体判断によるのではなく、手続的な面から担保していくのが望ましいといえるであろう<sup>11</sup>。具体的には、就業者の交渉力をサポートする手続的システムとして、使用者からの情報

<sup>9</sup> ただし、契約交渉における前提となるような労働条件の明示や労働契約締結時ないし変更時の（信義則上の）説明義務などは、強行規定と解するのが妥当であろう。

<sup>10</sup> 日新製鋼事件・最2小判平成2年11月26日労判584号6頁。

<sup>11</sup> 局面は異なるが、イタリア法において、労務提供契約の性質決定を巡り、判断基準の不明確性から生じる紛争を少しでも回避するために、行政の事前の認証手続を導入している点が参考になる。

提供や説明を前提としたうえで、労働組合の立ち会いのもとでの交渉、あるいは、行政機関において、その関与の下での交渉といった方法が考えられる。こうしたサポートがあれば、就業者が適用除外についての同意をした場合でも、それは自由意思によるものとみなしてよいであろうし、また、事前の手續によるので判断基準の明確性も確保できる。

## 第5節 残された重要問題

以上のように、本報告書の政策提言は、個人で労務を提供する者に広く弾力的に労働保護法の適用を及ぼしていくというものである。ただ、こうした手法を取った場合、個人の自営的就業者であれば、経済的従属性に無縁の純然たる自営的就業者であっても、原則として保護規制が及んでしまう（適用除外の合意をしていなければ保護規制が及ぶ）ことになり、それが妥当であるかどうかという問題が残る。これを問題視する立場からは、純然たる自営的就業者概念を定立して、それを保護規制から排除するということが必要となる。しかし、そうすると、そうした純然たる自営的就業者の定義が必要となり、結局、労働者概念の不明確性と同様の問題が再び浮上することになる。純然たる自営的就業者を排除とする場合、イギリスの立法例を参考にして、発注者・使用者側が、当該就業者が純然たる自営的就業者であることの立証をするようにするというような形で、少なくとも概念の不明確性が就業者側に不利に働かないような配慮をすることが必要となろう。



---

労働政策研究報告書 No.67

「労働者」の法的概念に関する比較法研究

発行年月日 2006年8月30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 03-5991-5104

(販売) 広報部成果普及課 TEL 03-5903-6263

FAX 03-5903-6115

印刷・製本 大東印刷工業株式会社

---

©2006

\*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/>)