

# 「労働者」とは誰のことか

吉田美喜夫

## 問題へのアプローチの仕方

法的な意味での「労働者」とは誰のことをいうのか。この問題には二つのアプローチの仕方がある。一つは、「労働法の主体となる労働者とは何か」である。もう一つは、「どのような労働法が誰に対して適用されるのか」というアプローチである<sup>1)</sup>。前者は、市民法と区別される独立の法分野として労働法を確立させる場合に重要であった。このアプローチでは、労働法が対象とするのは労働一般ではなく従属的な労働であり、それに従事するものが労働者とされた。そして、労働者の置かれた立場や従事する労働を特徴づける従属性について、経済的無資力、契約締結上の立場の非対等性を意味する「経済的従属性」と労働遂行上の命令・服従の指揮命令関係を意味する「人的従属性」の二つが複合したものと捉えてきた。

今日では労働法は確固とした法分野として確立しているだけでなく、多数の労働立法が制定され、関係する法理論の形成も顕著である。したがって、実際に重要になってくるのは後者のアプローチである。ただし、働き方の多様化や労務供給形態の相互転換が進行し、およそ社会に有用な労務を提供しているものには法的保護を広く及ぼす必要があるという認識が広がってくれば、そのような法的保護を包括する法の全体としての労働法における主体という意味での労働者の概念が、改めて理論的に問題となる可能性がある。

## 個別労働立法上の「労働者」概念

具体的に誰が労働法の適用対象となるかは、主として労働基準法（労基法）上および労働組合法（労組法）上の労働者について議論されてきた。なぜなら、これらの法律は労働法を構成する最も基本的な法律だからである。ただし、労組法の場

合は、労働条件の維持・改善を労働組合の結成と使用者との自治的な交渉を通じて実現することを規律するものであるため、失業者も含むというように柔軟に解されてきた。これに対し労基法の場合は、①労働安全衛生法や最低賃金法など労基法から分化した立法のみならず、法解釈を通じてその他の労働保護法でも労基法上の労働者概念が適用されると解されてきたこと<sup>2)</sup>、②労基法は一定の労働条件を罰則つきで使用者に強制するものであるため、より重視され、かつ厳格な解明が加えられてきたことを特徴とする。

このような事情から、その適用の範囲が広く、かつ厳格な労基法上の労働者概念が、その他の労働立法での労働者概念を考える場合の基準を提供することになる。ただし、70年代以降増加している労働力の需給調整に関する立法を「労働市場法」として独立の法領域とする場合、その労働者概念については、労基法とかなり共通すると考えられるものの、まだ十分に検討されていない。

## 労基法上の「労働者」の判断基準

労基法9条では、「労働者」といえるための要件として、①「使用される者」であること、②「賃金を支払われる者」であること、の二つを定めている。②の「賃金」については、同法11条で「労働の対償として使用者が労働者に支払う」ものとしている。したがって、「労働の対償」性は、結局、「使用された対価」といえるか否かで決められることになるので、②の要件は補助的であり、①の「使用される者」の該当性が「労働者」といえるかどうか、つまり「労働者性」の判断の基準となる。

しかし、この基準は抽象的である。そこで、労働者性の有無を判断してきた多くの行政解釈や裁判例、および学説を分析することによって判断基

準を体系化したのが労働基準法研究会「労働基準法の『労働者』の判断基準について」(1985年12月19日<sup>3)</sup>)である。これによれば、「指揮監督下の労働」と「報酬の労務対償性」という二つの基準を「使用従属性」と呼び、「労働者性」の有無は基本的には「使用従属性」に関する判断基準に基づいて判断する方法を提起する。その場合、「指揮監督下の労働」に関する判断基準として、①仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の有無、②業務遂行上の指揮監督の有無、③拘束性の有無、④代替性の有無——指揮監督関係の判断を補強する要素——を挙げ、加えて、「報酬の労務対償性」について、賃金は判断の決め手ではないが、「一定時間労務を提供したことへの対価」といえば、「使用従属性」を補強するとする。そして、「労働者性」の判断が困難な場合のために、それを補強する要素として、①事業者性の有無——(イ)機械、器具の負担関係、(ロ)報酬の額など、②専属性の程度——(イ)他社の業務従事の制度的ないし時間的制約、(ロ)報酬の生活保障の要素、などを挙げている。

具体的な事例では、このような基準を現実の就業実態にあてはめて労働者性の有無を判断することになる。このような処理の特徴は、①工場や建設現場で指揮監督を受けながら労務を提供するものが基本的な労働者像となっていたこと、②契約の形式や意思は立場の強いものによって押しつけられたり真意を表明できないものであるとして判断の決め手にしなかったこと、③上記の基準に基づき総合的に判断する方法をとったこと、④労働者であると評価されれば労働法の保護を受けるが、そうでないと評価されれば保護を全く失うものとされたこと、などである。

#### 労務供給形態の変化と対応の必要性

近年、労務供給形態の多様化が顕著になっている。その最大の理由は、グローバル化に伴うコストの引き下げのためのアウトソーシング(業務の外部委託)である。その際、労基法が適用される労働契約とは明確にいけない形式で労務供給が利用される。鎌田教授は、これに従事するものを「契約労働者」と呼び、六つに分類している。

すなわち、①電気・ガスの検針員などの「企業専属型」、②飲料などの委託販売をフランチャイズ形式で行う「委託販売型」、③備車運転手などの「自営業者型」、④音楽家などの「専門家・専門技術者型」、⑤組織に縛られない形で働く在宅ワーカーなどの「フリーエージェント型」、そして、⑥就労に第三者(仲介者または労務請負企業)が介在する「仲介型・下請型」である<sup>4)</sup>。

このような現象は、多かれ少なかれ各国に共通している。そして、労働者ではなく事業者として扱うことによる税務上の損失や疲労による大規模災害の発生といった問題をかかえている<sup>5)</sup>。そこでILOでも、とくに1997年以降、「契約労働」の法的保護に関し議論してきた<sup>6)</sup>。

#### 最近の学説

近年、新しい労務供給形態を対象にして、その労働者性の判断をめぐる議論が活発化している。それらは、アプローチの差異を基準に見た場合、以下のように区別することができる。

第1は、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ものである。わが国では、第3のカテゴリーを構想する点について、そもそも労働者概念の外延が明確ではないので、第3のカテゴリーとの区別が困難という理由で消極的な見解がある<sup>7)</sup>。これに対し、鎌田教授は、上記のように「契約労働者」という第3のカテゴリーを立て、そのようなものについて、①使用従属関係が部分的に認められる場合で、それを隠蔽していると客観的に認められれば「偽装された雇用関係」として回避された法の適用が強制され、②使用従属関係がなくても経済的従属性があれば、労働者の法的地位と均衡した保護を与えるべきという。前者の判断にあたり、使用従属性の判断に決め手を欠く場合、「当事者が労働契約以外の契約形式を選択したことにつき、労働法の趣旨・目的に照らして合理性が存在しない場合、当該契約を労働契約と推定すべき」という。

第2は、労働法上の制度・理論ごとに適用の可否を判断していこうとするものである。下井教授は、かなり早い段階で「使用従属関係」の相対性

(強弱・深淺・広狭のちがい)を指摘し、「指揮命令下の労働という事態が多かれ少なかれ存在することが明らかであれば、契約類型へのあてはめの作業をそこで止めて、そこから先は、労働法の適用対象たる一般的可能性が肯定されるという前提にたつて、個々の制度・理論の趣旨・目的などとの関連において問題処理がなされるべき<sup>8)</sup>と主張された。また、西谷教授<sup>9)</sup>は、労基法の規定を狭義の労働条件保護の規定と労働関係の存続を保障する解雇制限の規定に二分し、解雇保護については、契約解除が当事者に及ぼす影響を中心に判断すべきであるから、人的従属性を充たしていなくても経済的従属性があれば及ぼしうるとされた。

このような考え方を発展させるのが島田教授<sup>10)</sup>である。すなわち、有償労働、自営労働、無償労働も含めた労働に関する法体系を主張するシュピオ教授の「四つの同心円」構想<sup>11)</sup>を参照しつつ、従属性の程度に応じた保護を提唱する。すなわち、①生命・身体の安全の確保(時間規制も含む)、人格的自由・平等原則の確保、教育訓練・能力開発などの保護は、有償・無償にかかわらず、すべての労務供給者に及ぼす、②団体交渉、個別紛争解決制度、契約締結規制は自営業者にも及ぼす、③契約解除規制、報酬支払確保、社会保険については自営業者と被用者の中間領域に属する従属的就業者にも及ぼすことが検討課題である、とする。③の場合、第3のカテゴリーを設定するのではなく、立法の趣旨・目的に照らして立法ごとに適用範囲を定めるとし、その適用の可否を決定するための行政機構の必要性も主張する。

第3は、契約当事者の意思を判断の中に取り入れようとするものである。柳屋教授<sup>12)</sup>は、当事者の意思により規制の適用除外や緩和を認める立法および解釈論が見られること、ならびに労働者性の一律の肯定が不利益や不都合を伴うケースが増大することを予想し、以下の3点が充たされれば当事者の意思で労働者性を判断してよいとする。①自由意思(真意)が、特定の法規定の適用のみにかかわるものではなく、雇用関係法の適用全般にかかわるものであることを客観的に示す事情があること、②自由意思(真意)に基づいてされたものであると認めるに足る合理的理由が客観的に

存在していること、③自由意思に基づく取扱が法令違反や法の趣旨に反する脱法的効果を持たないこと、である。

この問題へのアプローチには、上記の主張のほかにも発展が見られる。たとえば、使用者・注文者の不法行為責任規定(民法715条・716条)を実定法上の法的根拠にして労働者・請負人および責任を負う使用者・注文者の概念を設定した上で、「契約労働者」への法的保護を追究するアプローチ<sup>13)</sup>、事業者の計算と危険負担の有無を示す事情など自営業者性のメルクマールを重視して「非自営業者性」の観点から労働者性を判断するというアプローチ<sup>14)</sup>、さまざまな労務供給契約の下にある者を企業組織の中にその成員として位置づけ直し、一回的・単発的な「市場型」契約ではない長期的・継続的な「組織型」契約にふさわしい保護を考えるアプローチ<sup>15)</sup>、労働法からだけでなく民法や商法などの一般私法と経済法の法理を通じて従属的自営業者に保護を及ぼすアプローチ<sup>16)</sup>などがある。

#### 今後の課題

最近の議論を通じて以下のような共通認識が広がっていると考えられる。第1は、労働者概念を拡張して変化に対応する努力は引き続き重要だとしても、それが困難な実態が広がっていることも否定しがたいという認識である。第2は、法的保護を一部の労務供給者に限るべきではなく、社会にとって有益な機能を果たしている以上、必要な保護は及ぼすべきであるという認識である<sup>17)</sup>。

このような認識の下に労働者概念を見直し、保護の対象を広げていくとした場合、二つの問題が解決される必要がある。

一つは、対象も適用される内容も広がった全体を「労働法」と呼ぶとして、その主体に共通する特徴をどう把握するかである。たとえば、「事業組織への組み入れ」を通じて指揮命令が貫徹している点にそれを見いだす<sup>18)</sup>か、あるいは「労働市場における従属性」<sup>19)</sup>にそれを求めることなどが考えられる。これは保護を及ぼす正統性を何に求めるかという理論的な問題とも関係する。

もう一つは、全部の保護を及ぼすか及ぼさない

かのいずれかという二分法では適切ではないとした場合の対応をどうするかである。この問題については、①保護の対象、②保護の内容、③規制の方法をいくつかに分けて適用関係を整理する作業が必要であろう。

①については、新たなカテゴリーを設定するかどうか、家事労働やボランティアのような無償労働にまで適用対象を広げるか否かが問題となる。この場合、社会保障法や監督行政との関係、プライバシーの保護との調整も問題となる。さらに、立法政策としての実現可能性も考慮しなければならない。

②については、たとえば鎌田教授は、「契約労働者」に対して、安全衛生、労災補償、報酬支払確保、男女雇用平等などの制度は、その趣旨・目的に照らして必要な範囲で平等に適用すべきであり、さらに団体交渉、解約規制、社会保険が検討課題だとする<sup>20)</sup>。この問題では、保護内容の条文レベルでの個別化ではなく制度の類型化による対応が必要であろう。

③については、公法的・刑罰的規制と私法的・民事的規制を区別し、いくつかの組み合わせが考えうる。そして、この組み合わせの中のいずれかについては、行政的判定手続や集团的援助制度を保障して保護に欠ける事態の発生を防いだ上で、労働者の同意による逸脱を認める規制の仕方も検討課題となる。

- 1) 安枝英紳・西村健一郎『労働法〔第7版〕』(有斐閣, 2002年) 26頁参照。
- 2) 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頁以下〔橋本陽子〕参照。
- 3) 労働省労働基準局編『労働基準法の問題点と対策の方向』(日本労働協会, 1986年) 52頁以下参照。
- 4) 鎌田耕一「契約労働者の概念と法的課題」日本労働法学会

- 誌 102号(2003年) 128頁以下参照。
- 5) 浅倉むつ子「就労形態の多様化と労働者概念」飯島紀昭ほか編『市民法学の課題と展望』(日本評論社, 2000年) 490頁以下参照。
- 6) 鎌田耕一編『契約労働の研究』(多賀出版, 2001年) 13頁以下参照。
- 7) 島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」西村健一郎ほか編『新時代の労働契約法理論』(信山社, 2003年) 67頁参照。
- 8) 下井隆史『労働契約法の理論』(有斐閣, 1980年) 9頁。
- 9) 西谷敏「労基法上の労働者と使用者」沼田稲次郎ほか編『シンポジウム労働者保護法』(青林書院, 1984年) 3頁以下参照。
- 10) 島田・前掲「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」27頁以下参照。
- 11) これは、リスクと従属の程度に応じて区別し、どこに属していても、それにふさわしい権利や保護を保障する法制度であるべきとの主張である。
- 12) 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」西村健一郎ほか編『新時代の労働契約法理論』(信山社, 2003年) 2頁参照。
- 13) 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」金子征史編『労働条件をめぐる現代的課題』(法政大学出版局, 1997年) 245頁以下, 同『『契約労働者』保護の立法的課題』日本労働法学会誌 102号(2003年) 108頁以下参照。
- 14) 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』(有斐閣, 2000年) 131頁参照。
- 15) 石田眞「企業組織の変動と雇用形態の多様化」法律時報 75巻5号(2003年) 13頁参照。
- 16) 皆川宏之「ドイツにおける被用者概念と労働契約」日本労働法学会誌 102号(2003年) 183頁参照。
- 17) たとえば、大内伸哉「今後の労働保護法制のあり方についての一考察」日本労働研究機構『在宅ワーカーの労働者性と事業者性』(調査研究報告書No. 159(2003年)) 117頁以下は、「要保護性」のあるものに保護を及ぼすための労働保護法制のあり方自体の再検討を提起している。
- 18) 吉田美喜夫「雇用・就業形態の多様化と労働者概念」日本労働法学会誌 68号(1986年) 30頁以下参照。
- 19) 沼田稲次郎『社会法理論の総括』(勁草書房, 1975年) 25頁以下参照。
- 20) 鎌田・前掲「契約労働者の概念と法的課題」128頁以下参照。

(よした・みきお 立命館大学法学部教授)