

にも、異なる種類の「主体的な関心と責任感をもつ」「隠された『やつらとおれたち』」という社会関係が実在していたことを指摘している（中村 2009：108-109 頁）。民間大企業における工職間の区別ではあるけれども、この書評にとって示唆深い指摘であった。

#### 参考文献

小池和男（1983）「序説——ホワイトカラー化組合モデル：問題と方法」日本労働協会編『80年代の労使関係』日本労働協会。  
中村真人（2009）『仕事の再構築と労使関係——世紀転換点の日

本と精密機械企業』御茶の水書房。  
Marsden, David (1999) *A Theory of Employment Systems: Micro-Foundations of Societal Diversity*, Oxford University Press. (=2007, 宮本光晴・久保克行訳『雇用システムの理論——社会的多様性の比較制度分析』NTT 出版.)

うえだ・まさし 同志社大学社会学部教授。労使関係論専攻。

橋本 陽子 著

## 『労働者の基本概念』

——労働者性の判断要素と判断方法

岩永 昌晃

### 1 はじめに

経済のサービス化や情報化の進展により、企業はアウトソーシングの可能性を広げている。そうしたアウトソーシング先が、企業ではなく、個人であり、請負契約や（準）委任契約に基づく自営業者の形を取りつつも、当該発注（委託）企業のみを相手に事業を行う例も増えていると見られる。労働法学がこのような事象に接近する方法の1つは、当該個人が労働法の適用対象者である労働者にあたるかを検討し、さらに必要とあれば、労働者概念の解釈を現代的な状況変化にあわせて見直すことである。ドイツ法と日本法の労働者概念の研究で名を馳せてきた著者が、「産業の変化によって、社会が大きく変わっていくとしても、働くことで、生活の糧を得る者には、必要な保護が保障されなければならないという問題意識」（はしがき）の下にまとめた本書は、そうした方向性での労働法研究の到達点として注目される。

### 2 本書の概要

本書は、序章、本論としての5つの章、補論及び終章から構成される。序章において、本書の検討課題が、労基法・労契法上の労働者概念と労組法上の労働者概念の異同について明らかにすることを含め、労働



● はしもと・ようこ  
学習院大学法学部教授

● 弘文堂  
2021年2月刊  
A5判・504頁  
定価 6270円（本体 5700円）

者性の判断要素および判断方法の明確化を図ることに定められている。以下では、本書の中心をなす本論としての5つの章の概要を紹介する。

第1章では、労働者性が争われた日本の裁判例の分析が行われる。労組法上の労働者性では判断要素とされているが、労基法・労契法上の労働者性では言及されることが少ない「契約内容の一方的・定型的決定」と「事業組織への組入れ」の2つの要素は、指揮命令拘束性に実質的には吸収されるとする理解を前提に、労基法・労契法上の労働者性と労組法上の労働者性は、使用従属性と総称される判断要素（指揮命令拘束性、報酬形態、事業者性、専属性、当事者の認識を窺わせる事情）に沿って判断される点では同様であるが、労基法・労契法の労働者性が労組法上の労働者性よりも相対的に狭く解される傾向にあるとし、また、新しいサービス業の就労者の労基法・労契法上の労働者性を否定する裁判例の傾向を望ましいとはいえないと評する。

第2章では、ドイツ法での労働法の適用対象者の検討が行われる。ドイツ法では、各法律がその適用対象とする「労働者」と、一部の法律が労働者に加えて適用対象とする「労働者類似の者」の2つの概念がある。労働法の生成期から体系が確立されたワイマール時代までのこの2つの概念の形成過程を跡づけ、労働者概念については、職員と現業労働者の総称であり、その定義を人的従属性（指揮命令拘束性）に求めたこと、労働者の就労を基礎づける労働契約は民法典の契約類型との関係では雇用契約の下位類型として位置づけられたことなど、また、労働者類似の者の概念については、手工業での家内営業経営者が原型であり、その定義を人的独立性と経済的従属性に求めたことなどが明らかにされる。

さらに、両概念の現在に至るまでの議論動向が分析される。労働者概念については、個々の規範ごとに異なるのではなく、後述のEU法の影響で揺らぎつつあるとはいえ、統一的な概念という前提が堅持されている点が最大の特徴である。また、放送局で就労するカメラマンなどの自由協働者が労働法上の保護を求めた1970年代からの一連の訴訟を通じて、判例が、労働者性の判断において、人的従属性だけでなく、経済的従属性に属する要素を判断要素とし、その範囲を実質的に拡大したことを受けて、学説では、ヴァンクが、労働者概念と結びつけられた労働法の法律効果との意味の連関に着目した目的論的な概念形成を主張し、人的従属性に代えて「事業者のリスクの自発的な引き受け」の有無という基準によって労働者性の判断要素を整序し、経済的従属性に属する要素も判断要素として批判的に摂取したのに対して、ローマトッカは、労働法の適用対象として労働者に加えて労働者類似の者があるという体系性を重視し、労働者概念は人的従属性を維持し、経済的従属性を有する者に対しては労働者類似の者の概念を発展させて対応すべきことを主張した。判例や立法は、一時はヴァンクの主張を取り入れた動きを見せたが、その後、高失業を背景とした雇用促進政策の観点から労働者性を広く認める方向にブレーキがかけられ、ローマトッカの主張に沿った方向へと転換し、2017年民法典改正で人的従属性による伝統的な労働者概念の定義が明文化されるにいたっている(611a条)。ただし、人的従属性による伝統的な労働

者概念を前提としつつも、近年の学説では、EU法上の労働者概念を摂取して労働者性を広く解するなどの主張もなされている。

労働者類似の者の概念については、定義や判例の分析が行われる一方、特定の職業類型の保護のためには、それぞれの類型に応じた特別の立法という手段がとられていることなどから、著者は、一般的な労働者類似の者の概念の有用性に疑問を呈する。また、別章においてではあるが、労働者類似の者の概念の存在が、労働者性の判断要素が限定的に解され、その判断方法も厳格に行われる要因となっていると評する。

第3章では、ドイツ法との関連でEU法上の労働者概念の分析が行われる。EUの労働法に関する規制の多くを占める指令は、各国が国内法化することにより実施されるが、適用対象者である労働者の定義は国内法に委ねられるのではなく、EU法独自の労働者概念を志向する傾向が強まっていることが指摘される。このEU法独自の労働者概念では、指揮命令拘束性を定義に用いながら、事実上の拘束性が認められれば労働者性が肯定されるなど、その範囲がドイツ法でのそれよりも広く、このことが、労働者概念の統一性を志向するドイツ法に影響を及ぼしつつあるという。

第4章では、前述のヴァンクによる労働者概念の目的論的概念形成の主張についてドイツと日本の法解釈方法論を参照してその法理論上の意義を明らかにすることを通じて、次章において著者の主張を展開する上での分析枠組を整理する。(ドイツの)労働者概念は、すべての労働法規について同義である統一的な概念であり、恣意的に法律効果を選択することを避けるために、多くの法律効果が結びつけられている。また、労働者概念は、労働者を適用対象とする労働法上の規制全体の目的を考慮してその定義が確立された後に、その具体的な判断要素が、労働法上の規制のすべてが適用される労働者の典型像の特徴から抽出される。労働者性の判断要素は、法律ごとにその目的によって明確に異なるものを形成することは不可能である一方で、包摂（判断方法）においては、裁判官による判断要素の重点の置き方や判断要素の充足の評価に幅が認められる。ここから、労働者概念には、定義・判断要素と包摂（判断方法）という2つの問題があるとし、また、日本の裁判例での労基法・労契法と労組法の労働

者性の判断の相違は包摂（判断方法）の違いに位置づけられ、それが正当化されるのかが問題であるとす

る。第5章では、日本法の労働者概念についての筆者の試論が提示される。終章での記述もあわせると、その骨子は次の3点にまとめられよう。第1に、他の労働者を雇用することなく、自ら有償で役務を提供する就労者に対して労働法上の保護を及ぼす方法は、ドイツ法での労働者類似の者の概念に対する著者の分析・評価を踏まえると、労働者と自営業者との間に中間に位置づけられる新しい概念を設けて必要な保護を及ぼすのではなく、労基法・労契法上の労働者概念を労組法と同様の範囲にまで広げることによるべきであり、立法を待たずともそうした解釈は可能である。

第2に、労基法・労契法上の労働者概念と労組法上の労働者概念は、目的論的概念形成による労働者概念は必然的に統一的なものとなることや立法の沿革から、基本的に統一的なものとし、包摂（判断方法）において両者の相違（相対性）は認められるが、個々の法律の目的はすでに目的論的概念形成の段階で考慮されているから、労組法上の労働者ではあるが労基法上の労働者ではないとする相対性が生じるのは、法体系上要請され、かつ、同様の保護が保障されている場合に限られる。

第3に、統一的な労働者の基本概念は、ヴァンクの定義に従い、「市場で自ら取引するのではなく、指揮命令に服して有償で役務を提供する者」と定義することができ、その判断要素は、事業者性と労働者性が相関関係にあることから事業者性ないし経済的従属性を示す要素を含む、裁判例の蓄積に基づき整理された昭和60年労基研報告および平成23年労使関係法研究会報告で列挙されているものであり、包摂（判断方法）においては、専属性等の事業者性を構成する判断要素を重視し、かつ、就労の実態や契約上の義務づけから生じる「事実上の拘束」から指揮命令拘束性が認められるべきである。

### 3 本書へのコメント

これまでの労働者概念の研究と比べると、本書の主張は、ドイツ法の分析や法解釈方法論を参照して得た労働者概念の「統一性／相対性」や「判断要素／判断

方法」という分析枠組を提示する点、労基法・労契法上の労働者概念と労組法上の労働者概念の統一性を重視する点、新しい働き方における就労者の保護のあり方として、労働者と自営業者との間に中間に位置づけられる新しい概念を設けるなどの立法論ではなく、労働者概念の解釈による対応を主張する点などに特徴があるといえよう。また、労働者性が争われた日本の裁判例を丁寧に読み解いた第1章は、それだけでも一読の価値があり、研究者にとどまらず実務家にも今後長らく参照されるものであるし、ドイツでの労働法の適用対象者をめぐる史的展開や学説・判例を緻密に分析する第2章も、それ自体として非常に優れた外国法研究でもある。

本書では随所に注目すべき見解が提示されているが、以下では、評者が関心を有した2つの点について若干ではあるが感想を述べたいと思う。1つは、労基法・労契法と労組法上の労働者概念は基本的に同一の概念であるとする主張についてである。その主張によれば、両概念は、判断要素が同じであり、労基法・労契法上の労働者と労組法上の労働者は異なる概念であるとする通説的理解がいう両概念の相違は、包摂（判断方法）における相違に位置づけられ、かつ、それが認められるのは体系上の必要からやむを得ない場合に限られる。著者は、この主張の主な理由として、法律学における概念形成では必然的に統一的なものとなることを挙げる。しかし、これが妥当するのは基本的には個別の法律内においてであり、その射程を拡大したとしても個別的労働関係法の分野内あるいは集团的労使関係法の分野内にとどまるのではないだろうか。確かに、ドイツでは、個別的労働関係法と集团的労使関係法でも労働者概念は統一的に解されているが、これは「労働法典の編纂が当初から目標とされ、試みられてきた」（180頁）という事情が大きく、労基法と労組法の立法の目的や経緯、各法における労働者の定義の文言の相違からすると日本には直ちには妥当しないだろう。評者には、労基法・労契法と労組法の労働者概念の相違を、包摂（判断方法）における相違と捉える点はある理解である一方、包摂（判断方法）における法律ごとの目的論的解釈による相違を（基本的に）排する点は、その主張の意義が判然とせず、また、その主張には別の理由づけが必要であるように思

われる。

この労働者概念の統一性の主張は、著者の問題意識からすると、現在の判例や学説での労組法上の労働者概念の考え方を参照点として、労基法・労契法上の労働者概念をそこまで広げるといふ実践的な狙いがあったのことからなのかもしれない。しかし、概念の統一性は、それだけでは、相対的に広い方に合わせるばかりではなく、相対的に狭い方にあわせる方向へも作用しうる。実際、労組法上の労働者性についての最高裁3判決が出される以前の下級審裁判例は、労基法上の労働者性と同様の判断によって労組法上の労働者性を否定していたのであった。労基法・労契法上の労働者概念を現在の裁判例よりも拡張する方向で見直すとしても、その理屈は、労働者概念の統一性とは別のところに求めるべきであろう。評者としては、それは、結局、各法律の立法目的と内容に沿ってふさわしい労働者概念を明らかにしていくことにほかならず、本書がその主張を展開する上で依拠するヴァンクの見解はそのための手法としても参考にすることができるように感じた。

もう1つは、そのヴァンクの見解を参照して、統一的な労働者の基本概念の定義・判断要素・包摂（判断方法）を提示する点についてである。この主張は、労基法・労契法上の労働者概念を現在の裁判例よりも広げる理路を示したものと注目される一方で、その実践的意義がどこまであるのかがやや不明確であるように思われる。従来学説でも、労基法が、業務遂行にあたって具体的な指揮命令を受けず、時間的拘束が弱い裁量労働制を導入している以上、労基法上の労働者に求められる指揮命令拘束性の程度をこうした裁量労働制の対象となる者にも妥当するものと緩和することにより過少包摂を修正すべきことは主張されてい

た。これに対し、本書は、新しい働き方における就労者の保護のあり方として中間概念によらずに労働者概念の解釈による拡張を主張していることから、こうした微修正にとどまらない労働者概念の拡張を企図しているものと考えられる。もっとも、本書の主張が依拠するヴァンクの見解は、中間概念である労働者類似の者というカテゴリーを排除してしまうという受け止め方があった一方で（235頁）、ヴァンク本人は労働者類似の者の存在を前提としていたようであり（231頁）、本書の主張が、実際にどこまでの労働者概念の拡張のインパクトを有するのかが見通せないところがあるように思われる。また、労働者概念の拡張がなされる場合には、それにより労基法等の強行法規範のすべてを一律に及ぼすことになるのであり、その一部の規範が過剰な規制とならないかの検討や過剰な規制が存在する場合の解釈論による対応の検討が不可欠であると思われる。労働者概念の拡張は立法を待たずに解釈により行う一方で、起こりうる過剰な規制に対しては「将来的に……、適用除外の整備をすることによって対応すべき」（374頁）というのでは、その主張の実践性にやや疑問が残る。

以上、蛇足ながら感想を述べたが、本書が、一貫した問題意識のもとに、堅実なドイツ法の比較法研究を踏まえて、日本法に対する解釈論上の提言を示すことに成功し、労働法の適用対象をめぐる議論の深化に寄与するものであることは疑いない。前述のように実務家を含む多くの方に、本書を一読されることをお勧めしたい。

いわたが・まさあき 京都産業大学法学部教授。労働法専攻。