

労働法における労働者性の判断基準

日本大学法学部教授 新 谷 眞 人
青森中央学院大学経営法学部教授 小 侯 勝 治
東洋大学ライフデザイン学部非常勤講師 田 中 建 一



全国社会保険労務士会連合会
社会保険労務士総合研究機構

労働法における労働者性の判断基準

日本大学法学部教授 新 谷 眞 人
青森中央学院大学経営法学部教授 小 俣 勝 治
東洋大学ライフデザイン学部非常勤講師 田 中 建 一



全国社会保険労務士会連合会
社会保険労務士総合研究機構

労働法における労働者性の判断基準

はじめに

本プロジェクトは、労働法の適用対象を確定するうえで重要な労働者概念について、集団的労働法及び個別的労働法の両分野において、近時の判例・学説を整理・分析し、社労士業務に資することを目的とするものです。

労働者性の問題は、労働法学における古くて新しい難問でもあります。特に、集団的労働法の分野である労組法3条の労働者について、平成23年から24年にかけて、3つの最高裁判決が出され、大きな議論を呼びました。すなわち、オペラの合唱団員が問題となった新国立劇場運営財団事件（最三小判平23.1.2）、カスタマーエンジニアと称される業務委託契約者が争われたINAXメンテナンス事件（最三小判平23.4.12）、同様に個人代行店の労働者性が問われたビクターサービスエンジニアリング事件（最三小判平24.2.21）です。いずれも事業組織への組入れがあること等を理由に、労働者性が肯定されたものです。

労基法9条や労契法2条1項の個別的労働法の分野においても、トラック運転手、一人親方、バイシクルライダーなどのいわゆるフリーランスの就労者や、ネット上で業務を受注するクラウドワーカーなど、現代労働の多様性に応じた判断が求められています。しかも、労働者性が肯定されたものと否定されたものとに分かれ、必ずしも明確な判断がなされていないのが実情です。

本プロジェクトでは、主として前記最高裁判決以降の新しい動向を意識して研究を進めることとしました。執筆分担は、主任研究員の新谷が総論と労組法上の労働者概念を、小俣勝治研究員が労基法ないし労契法上の労働者概念を、そして、田中建一研究員が、集団的・個別的労働法の両分野における近時の判例を取り上げることにしました。

本研究が、社会保険労務士各位の実務に、少しでもお役に立てれば幸いです。

主任研究員 日本大学法学部教授 新 谷 眞 人

執筆担当者

氏名	所属	執筆担当
主任研究員 新谷 真人	日本大学法学部教授	労働法の適用対象と労働者概念 —憲法、労基法、労組法上の労働者概念を どうとらえるか—
研究員 小俣 勝治	青森中央学院大学経営法学部教授	個別的労働関係における労働者概念
研究員 田中 建一	東洋大学ライフデザイン学部 非常勤講師 特定社会保険労務士	「労組法上」・「労基法上」の労働者性判断 について—最高裁3判決以降の裁判例・命 令を中心として

—目 次—

労働法の適用対象と労働者概念

—憲法、労基法、労組法上の労働者概念をどうとらえるか—	6
はじめに	6
I 労働者概念の意義	7
II 労組法上の労働者概念	8
III 労基法上の労働者概念	12
おわりに	13

個別的労働関係における労働者概念

はじめに	15
I 労基研報告における労働者性判断基準	15
II 判例の展開	18
III ヨーロッパにおける労働者概念（ロベルト・レプハーンの見解）	28
IV ヨーロッパ法制との比較におけるわが国の個別法上の労働者概念画定の特徴	33

「労組法上」・「労基法上」の労働者性判断について

—最高裁3判決以降の裁判例・命令を中心として	36
I 問題の所在	36
II 「労基法上」・「労組法上」の労働者性の判断基準	37
III 「労組法上」の労働者性をめぐる裁判例・命令	37
IV 「労基法上」の労働者性をめぐる裁判例・命令	39
V 結び	41
〈参考資料1〉労働基準法の「労働者」の判断基準について	42
〈参考資料2〉労働組合法上の労働者の判断基準について	45

労働法の適用対象と労働者概念 —憲法、労基法、労組法上の労働者概念をどうとらえるか—

日本大学法学部教授 新 谷 眞 人

はじめに

1. 問題の所在

近年、労働者概念をめぐる、判例・学説が揺れ動いている。特に、労働組合法と労働基準法のそれぞれの労働者概念について、異なった判断基準が用いられている。その結果、同じひとりの労働者でも、労働組合法上の労働者ではあるが、労基法上労働者には該当しないという「ねじれ現象」がみられる。労働者概念は、個別法規によってバラバラに解してよいのであろうか。

現行法上、法の適用対象として労働者が登場するのは、憲法 28 条（「勤労者」）、労組法 3 条、労基法 9 条、労契法 2 条 1 項、育児介護休業法 2 条 1 号（日々雇用される者を除く）、労働安全衛生法 2 条 2 号、雇用保険法 4 条 1 項¹、最賃法 2 条²、賃金支払確保法 2 条 2 項、労災保険法 1 条、均等法 1 条などがある。これらの法令には、労働者の定義規定を設けていないもののほうが、むしろ多い。そうすると、労働者概念をある程度統一的にとらえたうえで、それぞれの法の適用の妥当性を考えていくべきではなかろうか。

学説では、現行の労働法体系が誕生した戦後は、当初、ドイツ労働法学の従属労働論の影響のもとで「労組法と労基法の労働者概念に従属労働の概念を軸に統一的に把握しようとする試み」が行われていた。しかし、やがて個別立法ごとに概念の独自性を認めるようになり「それぞれの立法目的にふさわしい労働者概念」を探究する方法がとられるようになった³。

その際、雇用（民 623 条）、請負（民 632 条）、委任（民 643 条）といった労務供給契約の形式にとられることなく、実態に即して判断すべきであるとされる。労基法や労組法は、当事者の契約意思に優越する強行法規であり、契約形式の違いを理由とする脱法的な責任回避は許されないからである⁴。

2. 統一的労働者概念の提唱

労働者概念を統一的にとらえるというのは、どういうことか。筆者のイメージを図式化すると、次のようになる。

（憲法の勤労者） $\supseteq$ （労組法上の労働者） $\supseteq$ （労基法上の労働者） $\supseteq$ （労契法上の労働者）

憲法の勤労者（27 条、28 条）を最上位概念として、そのもとに労組法及び労基法上の労働者が存在する。労組法上の労働者の概念のほうが、労基法上のそれよりも広いことは、通説のとおりである。労契法上の労働者は、労基法とほぼ同じと解されることも、さしあたり異論はない。だが、上図のように、さらにその上位に憲法上の勤労者＝労働者が存在する。近時の労働者概念をめぐる議論は、この憲法の勤労者概念が等閑視されているように思われる。憲法の勤労者とは、結局は、従属労働の下

1 大阪西公共職業安定所長（日本インシュアランスサービス）事件・福岡高判平 25.2.28 判時 2214-111。

2 関西医科大学事件・最二小判平 17.6.3 労判 893-14。

3 菅野和夫『労働法第 11 版補正版』782 頁（弘文堂、2017 年）。

4 菅野・前掲書 788 頁（注 3）。実態判断という点は、1979 年の労働基準法研究会報告で指摘され（松岡三郎ほか『労基研報告評注』月刊労働問題増刊号 34 頁〔1980 年〕）、周知の 1985 年労働基準法研究会報告「労働基準法の『労働者』の判断基準について」に受け継がれて今日の通説判例となっている。

で就労せざるを得ない者ということになる。

従属労働とは、他者にぶら下がり（abhängig）、依存せざる得ない働き方のことである。労働の従属性には、労働過程において指揮命令のもとで働くことを意味する人的従属性と、労務の提供に対して賃金等の報酬を得て生活する経済的従属性、さらには企業組織ひいては資本主義経済の中で社会的弱者の地位から抜け出せない組織的ないし階級的従属性とがある⁵。これらの相互関係は、どれか一つでも欠けたら労働者ではないと解すべきではないし、また反対に、どれか一つだけが重要で、他の従属性は不要であると解すべきでもない⁶。その者の労働生活全体が、他者に従属する関係が認められ、それに対し労働法上の保護を及ぼすべきとの法的評価が可能ならば、その者は労働者なのである。

3. 本稿の目的

本稿は、社労士総研プロジェクトにおける総論として、労働者概念を確定する意義と、労働者概念をめぐるこれまでの議論を整理したうえで、今後の課題と展望を示すことを目的とするものである。個別的労働法における労働者概念については小俣論文が、また、関連判例については田中論文が取り上げるようになっており、本稿では、これらの論点については、必要な範囲で触れるにとどめ、主として、労組法上の労働者概念をめぐる問題を取り上げる。

I 労働者概念の意義

1. 労働の従属性

労働法において労働者とは何かを解明することは、法の適用範囲を確定するうえで重要である。しかし、その作業は、労働法の誕生以来わが国の内外において諸説が展開され、見解が一致していない。労働法は、資本主義の発展に伴って、従属労働で生活を支えていくしかない者を保護するために生まれた法領域である。その保護の対象者は、まず工場労働者（ブルーカラー）であり、次に事務労働者（ホワイトカラー）であった。今日では、請負や業務委託契約の下で労務を提供する個人事業主が、労働法の保護を与えるべきかどうか問題となっている⁷。

学説は、①人的従属性を緩やかに解し、経済的従属性を重視するもの、②個々の立法ごとに、制度の趣旨・目的に照らして労働者概念を確定するもの、③罰則のない労契法上の労働者については、労基法よりも広く解すべきと解くもの等がみられる⁸。私見は、憲法上の勤労者を統一的な上位概念として、労働の従属性の有無を判断しようとするものであるから、上記の三説のどれにもあてはまることになる。

2. ドイツの議論

ドイツ労働法においては、4つの労働者のカテゴリーが区別されており、これらは労働法の適用にとって重要とされる。4つとは、①労働者（der Arbeitnehmer）、②従業員（der Beschäftigte）、③幹部職員（der leitende Angestellte）、④労働者類似の者（die arbeitnehmerähnliche Person）である。ドイツ労働法は、統一的労働者概念から出発しており、その内容は、個別法で特殊なものを明示することはあるにせよ、法律ごとに異なるものではない。このうち、重要なのが①労働者と④労働者類似の者である（②③は

5 従属労働については、辻村昌昭『現代労働法学の方法』5頁以下（信山社、2010年）。

6 川口美貴『労働者概念の再構成』37頁以下（関西大学出版部、2012年）は「指揮命令下の労働」（人的従属性）「組織的従属性」は不要とする。

7 皆川宏之「労働法上の労働者」講座労働法の再生第1巻『労働法の基礎理論』73頁（日本評論社、2017年）。

8 竹内（奥野）寿「労働者の概念」『ジュリスト増刊労働法の争点』4頁（有斐閣、2014年）。

雇用関係の存在が明らかであるから省略する)。

①の労働者とは、現在または将来、労働契約を締結して就労する立場にある者であり、基本的メルクマールは、人的従属性である。ドイツにおいて特徴的なのが、④の労働者類似の者である。これは、人的従属性が欠如または希薄なものであり、基本的な性質は、労働者ではなく自営業者である。しかし、たとえば、専属契約であって、そこからの収入で生計を立てているなど、経済的従属性が認められれば、労働者と対等の労働法の一部ないしは社会保障法の保護を受けることになる。近時、わが国でも問題とされているフリーランスの法的保護を考えるうえで、この労働者類似の者という概念は、大いに参考にされてよい⁹。

II 労組法上の労働者概念

1. 最高裁の考え方

労組法3条は「この法律で『労働者』とは、職業の種類を問わず、賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者をいう」と定める。近年、個人事業主や業務委託のような働き方が増えたことに伴い、同条をめぐって、労組法上の労働者とは何かが問われている¹⁰。

この問題のリーディングケースとして、CBC（中日放送）管弦楽団事件（最一小判昭51.5.6民集30巻4号437頁）がある。判決は、放送局との自由出演契約を締結していた楽団員は「発注に応じて出演すべき義務」があり、その報酬も「演奏という労務の提供それ自体の対価」とであると認定判断して、労働者性を肯定した。

最近では、オペラの合唱団員が問題となった新国立劇場運営財団事件（最三小判平23.4.12労判1026号6頁）、カスタマーエンジニアと称される業務委託契約者が争われたINAXメンテナンス事件（最三小判平23.4.12労判1026号27頁）、同様に個人代行店の労働者性が問われたビクターサービスエンジニアリング事件（最三小判平24.2.21労判1043号5頁）があり、いずれも事業組織への組入れがあること等を理由に、労働者性が肯定されている¹¹。なお、上記4件とも、労働者らが労働組合を通じて使用者に団体交渉を申し入れたところ、使用者から団交を拒否されたという不当労働行為（労組法7条2号）の事案である。

これらの最高裁判決を踏まえて、2013年7月25日「労組法上の労働者の判断基準」に関する労使関係研究会報告書が発表された。これによると、(1)基本的判断要素として①事業組織への組入れ、②契約内容の一方的・定型的決定、③報酬の労務対価性、(2)補充的判断要素として、④業務の依頼に応ずべき関係（諾否の自由の有無）、⑤広い意味での指揮監督下の労務提供、一定の時間的場所的拘束、(3)消極的判断要素として、⑥顕著な事業者性等が示されている。

この報告書により、労働者性の判断基準がかなり詳細に整理されたといえるが、一方あまりにも複雑で現実的でないとの印象も否定できない。近時の上記最高裁三判決は、事例判断にとどまり、上記のような明確な判断基準を示したものではない。たとえば、労務の対価でない報酬などあるだろうか。

9 Ziegler „Arbeitnehmerbegriffe im Europäischen Arbeitsrecht“ Nomos, C. H. Beck, 2011, S. 82. 橋本陽子「ドイツ労働法における『就労者 (Beschäftigte)』および『労働者類似の者』の概念について—とくに家内労働者に着目して」『毛塚古稀記念論文集』303頁（信山社、2015年）、高橋賢司「ドイツ法における労働者と独立自営業者の区別の基準—偽装独立事業者 (Scheinselbstständige) 及び個人事業主 (Solo-Selbstständige) に関する法的検討」同 325頁。

10 鎌田耕一「労働組合法上の労働者概念の歴史的形成」小宮文人ほか『社会法の再構築』17頁（旬報社、2011年）参照。

11 このうち、次の2件が差戻審で最判を維持している。国・中労委（ビクターサービスエンジニアリング・差戻審）事件・東京高判平25.1.23労判1070-87、国・中労委（新国立劇場運営財団）事件（差戻審）・東京高判平24.6.28労判1056-5。

また、諾否の自由というが、それがあってもなくても「賃金、給料その他これに準ずる収入」によって生活している実態があれば足りるのではないか。

そうすると、個別事案において、上記報告書に示された判断要素の一つひとつを厳密に検討して結論を導く必要はないであろう。労組法上の労働者性の判断で重視すべきは「賃金、給料その他これに準ずる収入」で生活せざるを得ず、団結して団体交渉において自らの生活を維持向上させるほかないという従属性が認められるかどうかであり、それらの者を集団的に保護することが労組法3条の趣旨であると解しておきたい。

2. その後の新たな展開

(1) コンビニ店長の労働者性

コンビニ店長といっても、コンビニチェーンの従業員が店長を務める直営店と、フランチャイズ契約を締結して店舗を経営する加盟店とがある。問題となるのは、加盟店の店長である。これらの店長らが、団体を結成して、親会社にフランチャイズ契約の諸条件の改善を求めたところ、交渉を拒否されたことが、団交拒否としての不当労働行為（労組法7条2号）に当たるかが争われている。コンビニ加盟店の店長は、自らアルバイト等の従業員を雇用している点に特徴があり、判断が注目されていた。

最初に登場したのは、セブニーイレブン・ジャパン事件である¹²。岡山県労委は、加盟店が「独立した事業者」であることを認めたとうえで「事業者であっても……労働組合を組織し集団的な交渉による保護が図られるべき者が広く含まれると解するのが相当であると考える」とする。そして、上記最判が示した判断基準を踏襲して、ていねいに事実認定を行い、結論として加盟店店長らの労組法上の労働者性を肯定したのである。

次に現れたファミリーマート事件¹³は「顕著な事業者性を認めることはできない」としている点で、セブニーイレブン・ジャパン事件とやや異なるが、同様の判断基準を用いて、店長らの労働者性を肯定している。このように、コンビニ加盟店店長の労組法上の労働者性については、労働委員会レベルでは、ほぼ肯定されている。

(2) NHK 集金人（地域スタッフ）の労働者性

地域スタッフとは、NHK（日本放送協会）の受信料の徴収及び受信契約の取次等に従事する委託契約者である。地域スタッフは、就労条件の維持改善のために、地方の放送局ごとにさまざまな団体を結成し、NHK 当局と交渉している。そこで、地域スタッフが労組法上の労働者に当たるか、その団体が労組法上の労働組合に当たるかが問題となる。この点については、次の通り、2件の下級審判決が出されている。

i) NHK 前橋放送局事件（前橋地判平 25. 4. 24 労旬 1803-50）¹⁴

事案は、日本放送協会群馬地域スタッフ労働組合に所属する原告 X が、委託契約期間の途中に解約されたことが、①労契法 17 条 1 項の解雇に該当すること、またはそうでないとしても同項を類推適用すべきこと、②本件解約は、不当労働行為として無効であることを主張して、地位確認等を請求したものである。

上記①につき、判旨は、労契法 2 条 1 項の労働者とは「実質的に使用従属関係にあるといえるかど

12 岡山県労委平 26.3.13 命令労旬 1821-46。評釈として、大山盛義・季労 246-81。

13 東京都労委平 27.3.17 決定労判 1117-94 だ。評釈として、河野尚子・学会誌 126-201、大山・季労 252-236、浜村彰・中央労働時報 1201-19。

14 評釈等は、近藤昭雄・労旬 1803-30、土田道夫「NHK 受託業務従事者の労契法・労働組合法上の労働者性」季労 246-68、萬井隆令・龍谷法学 46-1-355。

うかにより決されるべきである」として、Xには使用従属関係が認められず、労契法は適用されないとした。労契法17条1項の類推適用については「疑問があるうえ」たとえ「類推適用したとしても」本件解約にはやむを得ない事由（Xに業績改善の見込みがないこと）があるから、本件解約は有効とした。

ところが、上記②については、地域スタッフが労組法上の労働者に当たるか否かは、労組法の目的（1条1項）からして「団体交渉を保障すべき者であるか否か」により判断されるべきであるとしたうえで、次のように判示してこれを肯定した。

「地域スタッフは、労務提供の結果に対する報酬により生活する一方、使用者である被告との間に経済的・社会的な格差があり、当該労務提供に関する契約条件を当事者間の自由な交渉にゆだねた場合には、地域スタッフの生活が脅かされる危険があるため、地域スタッフ相互で団結して労働組合を結成し、被告と団体交渉をすることを保障されてしかるべきと考えられる」。ただし、Xの本件解約は、業績改善の見込みがないことを理由になされたものであり、不利益取扱い等の不当労働行為には当たらないとした。

本判決がXの労組法上の労働者性を認めたことは、団交権保障の可否を中心にとらえていこうとしたもので「従来の判例にみない見解」であり「大いに評価されるべきものである」と解される¹⁵。しかし、Xは、ひとりの人格でありながら、労契法ないし労基法上の労働者性は否定される一方、労組法上の労働者性は肯定されるという、いわば法的なねじれ現象が発生しているのであり、きわめて不自然な解釈ではないかと思われる。

もちろん、労組法上の労働者が労基法ないし労契法上の労働者よりも広い概念である以上、前者の労働者概念には該当するが後者のそれには当たらないという場合がありうることは当然である。しかし、統一的労働者概念を前提とする私見によれば、ねじれ現象が生じるのは、①雇用関係が存在しないことが明白な場合、②独立した事業主であることが顕著な場合等の例外的な場合に限られると解すべきである。NHK地域スタッフは、①②のいずれにも該当せず、労契法上の労働者に該当するとして、X主張のとおり、契約期間中の解雇を制限する労契法17条1項の適用ないし類推適用を認めても差し支えない事案であったと解される。

ii) 日本放送協会事件（東京地判平29.4.13 LLI/DB L07230136）¹⁶

本件は、前記NHK前橋放送局事件と異なり、不当労働行為としての団交拒否に当たるかどうか争われ、NHKが中労委の救済命令の取り消しを求めた行政訴訟である。地域スタッフであるAが、業務に使用する端末機器の返還を命じられたことに関し、Aの所属する全日本放送受信料労働組合南大阪支部がNHKに団体交渉を申し入れたところ、NHKは、Aは労組法上の労働者ではないとして、交渉を拒否したという事案である。大阪府労働委員会及び中労委は、いずれもAの労組法上の労働者性を認め、NHKにたいして救済命令を発した。

判旨は、前記2013年「労組法上の労働者の判断基準」に関する労使関係研究会報告書が示した判断基準（（1）基本的判断要素として「事業組織への組入れ」「契約内容の一方的・定型的決定」「報酬の労務対価性」、（2）補充的判断要素として「業務の依頼に応ずべき関係」「広い意味での指揮監督下の労務提供、一定の時間的場所的拘束」、（3）消極的判断要素として「顕著な事業者性」等）に即してAの労組法上の労働者性を判断し、結論として、これを肯定している。

前記NHK前橋放送局事件では、労使関係研究会報告書が発表される直前であったためか、本東京地裁判決ほどには、判断基準が明確になっていない。今後、労組法上の労働者性の判断に当たっては、

¹⁵ 近藤・前掲（注14）。

¹⁶ 初審は、大阪府労委平25.7.30労働委員会命令データベース、再審査は、中労委平27.11.4中時1201-44。

この東京地裁判決が踏襲されていくであろうと推測される。

なお、地域スタッフについては、上記の2判決のほか別件で、日本放送協会事件（中労委平 28. 11. 16 命令労働委員会命令データベース、初審は、都労委平 27. 8. 25 労働委員会命令データベース）があり、労組法上の労働者性が肯定されて救済命令が発せられている。

(3) バイシクルメッセンジャーの労働者性

労基法ないし労契法上の労働者には当たらないが、労組法上の労働者に該当するという「ねじれ現象」は、バイシクルメッセンジャーの事件でも現れている。一連のソクハイ事件がそれである¹⁷。バイシクルメッセンジャーとは、自転車で書類等の配送業務に従事する就労者である。彼らは、期間の定めのある業務委託契約のもとに就労している。

判例では、バイシクルメッセンジャーは、諾否の自由があり、配達経路も自己の判断で決定できること等から、労基法上の労働者には該当しないとされる一方、労組法上の労働者に該当し、その団体は労組法上の労働組合と認められることが確定している。しかし、このケースも、上述したようにあまりにも技巧的な解釈といえよう。営業所長になったバイシクルメッセンジャーが、配送業務については労基法上の労働者性を否定、所長業務は労基法上の労働者性ありとされたケースさえある¹⁸。これらの事案も、前述のNHK 前橋放送局事件と同様、労基法上の労働者性を認めてよいものと解される。

(4) 障害者支援施設における身体障害者の労働者性

上記3種の労働者に対し、労組法上の労働者性が否定された事案がある。社会福祉法人沖縄県身体障害者福祉協会事件（中労委平 28. 12. 21 命令労働委員会命令データベース）¹⁹である。

身体障害者 A は、障害者支援施設において「就労継続支援 B 型」（障害者総合支援法 5 条 14 項参照）のサービスを受けて、シーサー等の陶器の製作、トタン釘の袋詰め、お中元・お歳暮商品の箱詰め等の作業に従事していた。工賃（報酬）は、月額 1 万 2568 円ないし 1 万 8533 円であった。協会は、施設の老朽化等を理由にこれを廃止し、別の場所に新築・移転することにした。A らは、労働組合を結成し「施設廃止・移転の事実と経過」を議題とする団体交渉を申し入れたが、協会がこれに応じなかった。初審沖縄県労委は、A は労組法上の労働者に当たらないとして救済申し立てを却下し、中労委も、結論を維持した。

その理由として、A は労働力として組み込まれているわけではないこと、生産活動に参加するか否かは自由であること、工賃には労務対価性がないこと、作業に指揮監督関係はなかったこと等をあげている。しかし、私見では、A は社会的弱者であり、工賃の収入は少額とはいえ、生活費の一部にあててを期待している状況にあると解されることから、A の所属する団体は、労働組合として保護するに値するものというべきであると考えられる。中労委の判断には、疑問が残るといわざるを得ない。

3 学説の展開

このような新たな判例の蓄積を踏まえて、近時の学説は、つぎの5つに分類することができるとされている²⁰。

第1は、経済的従属性のみを労組法上の労働者の判断基準とし、使用従属性は不要であるとする説

17 東京高判平 28. 2. 24 別冊中時 1496-52、別件・東京高判平 26. 5. 21 労判 1123-83（上告不受理）、別件・東京地判平 24. 11. 15 労経速 2169-3、別件・東京地判平 22. 4. 28 労判 1010-25。関連評釈として、毛塚勝利・中央労働時報 1164-25、松田朋彦・季労 254-153、拙稿・労働法学研究会報 2637-28。

18 前掲・東京地判平 22. 4. 28 注 16。

19 初審は、沖縄県労委平 24. 9. 20 命令労働委員会命令データベース及び沖縄県労委（別件）平 27. 11. 27 命令であり、この2件は中労委で併合審理された。

20 竹内（奥野）寿「労働組合法上の労働者」季労 235 号 230 頁（2011 年）。

である²¹。第2は、経済的従属性を基本的判断要素とし、使用従属性は補充的判断要素にとどめるというものである²²。第3は、経済的従属性とともに、労務提供の「組織的集団的性格」（事業組織への組込み）を重視するものである²³。第4に、経済的従属性と並んで使用従属性を要件として掲げ、これを柔軟に解して、労働契約における指揮命令関係と類似の関係を含むとする説がある²⁴。第5は、団体交渉関係にとらわれず「団結活動の主体となりうる者」かどうかという観点から判断するものである²⁵。

以上の5説は、必ずしも立場が明確に区別されるわけではなく、相互の異同については、論者により見解が分かれるかもしれない。労組法上の労働者概念については、なおしばらく議論が継続されるであろうと推測される。

私見は、経済的従属性を基本的判断要素とする第2説を支持する。なぜなら、表見的には独立事業主に見えるものであっても、その相手方との関係では、なんらかの経済的依存関係が認められるケースが少なくないからである。たとえば、コンビニ店長の事案では、フランチャイズ本部との関係では、その日その日の売上げ全額をいったんフランチャイズ本部に上納し、フランチャイズ契約に基づいて、後日その一部を本部から受け取るのである。また、補充的要素として、店長の裁量で勝手に商品を入れ替えることは許されず、統一的な当該フランチャイズの営業方針に従わざるを得ないという、指揮命令に類似の関係が存在することは明らかである²⁶。そのような場合には、労働契約関係にあるとはいえない労務提供者であっても、団体交渉の保護を及ぼす必要性和適切性が認められれば、労組法上の労働者にあたると解すべきであろう²⁷。具体的には、まず団交親和性を判断する中心的要素として、①事業組織への組込み、②契約内容の一方的・定型的決定、③報酬の労務対価性を検討し（経済的従属性）、次に、補足的に、④仕事依頼に対する諾否の自由、⑤指揮監督・時間的拘束の有無・程度（使用従属性）を判断し、さらに、⑥顕著な事業者性を認めるべき事情の有無・程度をみたうえで、総合的な判断をするのが妥当であろう。

III 労基法上の労働者概念

1. 一般的基準

労基法上の労働者性について、具体的な判断基準を示したのが、1985年の労働基準法研究会報告「労働基準法の『労働者』の判断基準について」（1985.12.19）²⁸である。これによれば、基本的判断要素として、第1に、指揮監督下の労働の有無をあげ、具体的判断として、①諾否の自由の有無、②指揮監督の有無、③勤務場所・時間の拘束性の有無、④労務の代替性の有無を示す。第2に、報酬の労務対償性をあげ、具体的判断として、労働の結果による格差が小さいこと、欠勤控除があること、残業手当が支給されていることなどの事情があれば、使用従属性を補強する要素となる。さらに、労働者性を補強する要素として、①事業者性の有無、②専属性の程度、③その他（採用家庭、旧所得としての源泉徴収、労働

21 川口・前掲書39頁（注6）。

22 水町勇一郎『労働法第7版』70頁（有斐閣2018年）。

23 山川隆一「労働者概念をめぐる覚書」月刊労委労協651号2頁（2010年）。

24 菅野・前掲書786頁（注3）、荒木尚志『労働法第3版』575頁（有斐閣、2016年）。

25 毛塚勝利「妥当な結論だが、不透明さを増す判断枠組み」労旬1745号31頁（2011年）。

26 セブンイレブン・ジャパン事件・前掲（注12）。

27 この「団体交渉の保護を及ぼす必要性和適切性」という基準については、日本的な企業別労使関係を念頭に置いたものであるとして批判する向きもある（岩永昌晃「集団的労使関係の当事者」『講座労働法の再生第5巻』25頁（日本評論社、2017年））。しかし、団体交渉の相手方を使用者団体と解することも可能であるから、特に問題はないと解される。

28 注4。

保険の適用関係等）が指摘されている。

同報告は、労基法9条の労働者の定義のうち「使用される者」（人的従属性）と「賃金を支払われる者」（経済的従属性）の二つの基準をまとめて「使用従属性」ととらえている。使用従属性という用語は、自営業者や個人事業主とは異なり、自己の判断と責任において意思決定することができない従属的地位にある者という意味を含んでおり、労基法上の労働者概念を確定するメルクマールとして有効であると考えられる²⁹。その後の最高裁も、上記労基研報告を踏襲している³⁰。

2 NHK 地域スタッフの労基法、労契法上の労働者性

上記の労研報告及び最高裁の判断基準は、必ずしも明確な基準とはなっていない。その例が、上述したNHK 地域スタッフである。地域スタッフの労契法上の労働者性が正面から争われたのが、前記NHK 前橋局事件である³¹。前橋地裁は、本件委託契約を、労働契約ではなく「委任契約と請負契約の混合契約たる性質」を有すると解したうえで、地域スタッフの労契法上の労働者性を否定して、労契法17条1項の類推適用を認めなかった。労契法上の労働者と労基法上の労働者は「基本的に同じ」と解されている³²。したがって、同判決は、労基法上の労働者性も同時に否定したものと解される。

これに対し、その後のNHK 堺営業センター（地域スタッフ）事件³³では、地域スタッフの労働関係には「広い意味での指揮監督関係がある」こと等から「Xを保護すべき必要性は、労働契約法上の労働者とさほど異なるところはない」として、労契法17条1項の類推適用を認めた。このように、地域スタッフの労働者性については、労基法ないし労契法上の労働者性についての判断が分かれている。労働者性をできるだけ統一的にとらえるべきという私見からすれば、後者のほうが優れた判断であるといえる。なお、地域スタッフの労組法上の労働者性については、上述のとおり、これを肯定することで判例はほぼ確定している。

おわりに

本稿でみてきたように、労働者概念については、労基法上も労組法上もなお混乱がみられる。NHK 地域スタッフやバイシクルメッセンジャーを労基法上の労働者ではないとしたり、障害者支援施設での就労者の団結を否認したりする例がそうである。

これらに加えて、近時、技術者、クリエイター、芸能人、スポーツ選手、フリーライターなど、いわゆるフリーランスの法的保護のあり方が注目されている³⁴。その多くは、指揮命令関係が希薄である一方、勤務時間や業務内容、就労場所などが会社の従業員に近い「労働者に類似の者」といってよい。いわば、新たな非正規雇用の登場である。これらの者であっても、働き方に労働の従属性が認められれば、労基法、労契法、労組法を適用してよいであろう。イギリスでは、いわゆるクラウドワークについて労働者性の有無が問題となっているが、労働者としての保護を与える方向で検討されている³⁵。

29 これに対し、使用従属性という用語はかならずしもわかりやすいものではなく、労基法上の労働者概念は、①事業に使用され、②賃金を支払われる者とすれば足りるとする立場がある（荒木・前掲書53頁の注22）〔注24〕。

30 横浜南労基署長（旭紙業）事件・最一小判平8.11.28労判714-14、前掲・関西医科大学研修医事件（注2）、藤沢労基署長事件・最一小判平19.6.28労判940-11。

31 前掲・前橋地判平25.4.24（注14）。

32 菅野・前掲書142頁（注3）、水町・前掲書71頁（注22）。

33 大阪地判平27.11.30労判1137-61。本件は、地位確認請求事件である。

34 大内伸哉「フリーランスの法整備／契約ルールの法制化急げ」日本経済新聞2018.3.9付、「フリーランス処遇改善」日本経済新聞2018.3.19付。

35 滝原啓允「イギリスにおけるクラウドワークの進展と労働法の課題—Uber型を念頭とした『労働者（worker）』概念に関する立法論とその焦点」季労260-112（2018年）。

もちろん、これらの就労者の中には、自らの判断で仕事を選んで高収入を得ている、あるいはそれを望む真の意味でのフリーランスもいるかもしれない。そういう者に対しては、国なり事業者団体なりが、独立事業主であることの認定書を発行してはどうだろうか。ドイツでは、各地の商工会議所が、就労者からの申請に基づき自営業者としての認定書を発行している。それがあれば、労働者性判断に迷うことはなくなるであろう³⁶。ただし、それらの者についても、最低報酬の補償や社会保険等の一定の保護は必要である。これについては、労働法ではなく、独占禁止法上の優越的地位の濫用の禁止などを活用して就労条件の整備を図るのが適切であろう。また、このような就労者の団体については、独占禁止法を適用除外としたり、端的に労働組合と認めたりする方向で検討すべきであろう³⁷。

36 拙稿「巻頭言・労働者概念の『ねじれ』と労働法の解釈」労旬 1881-4(2017年)

37 水先人の団体に公正取引委員会が介入した例がある。拙稿「巻頭言・シャーマン法の亡霊か!?—水先人の労働者性を考える」労旬 1839-4(2015年)。

個別的労働関係における労働者概念

青森中央学院大学経営法学部教授 小 俣 勝 治

はじめに

個別的労働法における労働者については、1947年制定の労働基準法（以下「労基法」）9条（この法律で「労働者」とは、職業の種類を問わず、事業又は事務所（以下「事業」という。）に使用される者で、賃金を支払われる者をいう。）を中心に展開されている。労基法上の労働者であれば労災補償保険法上の労働者にも該当し、その他男女雇用機会均等法、育児介護休業法、パートタイム労働法上の労働者にも該当するとして扱われる。他方、労働契約関係における当事者たる労働者についても、基本的に同様に扱われる。2007年制定の労働契約法も2条1項において、「この法律において『労働者』とは、使用者に使用されて労働し、賃金を支払われる者をいう。」として、大要労基法の定義に拠っている。¹

そこで、本稿では、先ずこの労基法上の労働者概念に関する1985年「労働基準法研究会報告書（労働基準法の問題点と対策の方向性）」（以下「前掲労基研報告」）²における判断基準を概観し、次にそれ以後の判例（とりわけ最高裁の判例）を取り上げて具体的事件における判断基準の適用状況を把握する。そして、ヨーロッパにおけるこの問題に関するある論文を紹介することによって、ヨーロッパにおける労働者概念との比較を通じて、わが国における裁判例による労働者概念の判断方法並びにその範囲の特徴を明らかにしようとする。

I 労基研報告における労働者性判断基準

第1 労働基準法の「労働者」の判断（前掲労基研報告 53頁）

- 1 労基法9条が労働者を「使用される者で、賃金を支払われる者をいう」と定義していることから、「労働者性」の有無は、「使用される＝指揮監督下の労働」という労務提供の形態、及び「賃金支払」という報酬の労務に対する対償性、すなわち報酬が提供された労務に対するものであるかどうかによって判断される。この二つの基準を総称して「使用従属性」と呼ぶ。
- 2 現実には、指揮監督の程度及び態様の多様性、報酬の性格の不明確さ等から、具体的事例では、「指揮監督下の労働」であるか、また「賃金支払」が行われているかが明確性を欠き、上記の基準では「労働者性」の判断が困難となる場合がある。このような限界的事例では、「専属度」、「収入額」等の諸要素をも考慮して、総合判断することによって「労働者性」の有無を判断せざるを得ない。

第2 「労働者性」の判断基準

労働者性の判断に当たっては、雇用契約、請負契約といった形式的な契約形式のいかんにかかわらず、実質的な使用従属性を、①労務提供の形態や②報酬の労務対償性及び③これらに関連する諸要素をも勘案して総合的に判断する必要がある。そのため、その具体的判断基準を明確にしなければならない。

1 皆川博之「労働法上の労働者」講座労働法の再生第1巻『労働法の基礎理論』73頁以下79頁

2 労働省労働基準局編・労働基準法研究会報告書『労働基準法の問題点と対策の方向』日本労働協会（昭和61年）「労働基準法の『労働者』の判断基準について」53頁以下

1 「使用従属性」に関する判断基準（前掲労基研報告 54 ～ 56 頁）

(1) 「指揮監督下の労働」に関する判断基準

「労働が他人の指揮監督下において行われているかどうか」、すなわち、「他人に従属して労務を提供しているかどうか」に関する判断基準として、以下のように整理することができる。

イ 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

使用者の具体的な仕事の依頼、業務従事の指示等に対して諾否の自由を有していれば、指揮監督関係を否定する重要な要素となる。これに対し拒否する自由を有しない場合は、一応、指揮監督関係を推認させる重要な要素となる。

なお、当事者間の契約によっては、一定の「包括的な仕事の依頼」を受諾した以上具体的な仕事依頼に対して拒否する自由が当然に制約される場合や、「専属下請」のような「事実上」、仕事の依頼を拒否することができない場合には、直ちに指揮監督関係を肯定することはできず、その事実関係だけでなく、契約内容等も勘案する必要がある。

ロ 業務遂行上の指揮監督の有無

(イ) 業務の内容および遂行方法に対する指揮命令の有無

業務の内容および遂行方法について「使用者」の具体的な指揮命令を受けていることは、「指揮監督関係の基本的かつ重要な要素」である。これも程度問題であり、通常注文者の行う程度の指示等であれば、肯定されない。

なお、管弦楽団員のように業務の性質上使用者の具体的な指揮命令になじまない業務についても、放送事業者等の「当該事業の遂行上不可欠なものとして事業組織に組み入れられている点」から指揮監督を肯定した裁判例も、参考にすべきである。

(ロ) その他

通常予定されている業務以外の業務に従事することが使用者の命令等によりある場合には、指揮監督性を補強する重要な要素となろう。

ハ 拘束性の有無

勤務場所及び勤務時間が指定され、管理されていることは、一般的には、指揮監督関係の基本的な要素である。しかし、業務の性質上（例えば、演奏）、安全を確保する必要上（例えば、建設）等から、必然的に勤務場所及び勤務時間が指定される場合があり、「当該指定が業務の性質によるものか、業務の遂行を指揮命令する必要によるのか」を見極める必要がある。

ニ 代替性の有無—指揮監督関係の判断を補強する要素—

本人に代わって他の者が労務を提供することが認められているか否か、また本人が補助者を使うことが認められているか否か等労務提供に代替性が認められているか否かは、指揮監督関係そのものに関する基本的な判断基準ではないが、これを否定する要素の一つになる。

(2) 報酬の労務対償性に関する判断基準

労基法 11 条は、「賃金とは、賃金、給料、手当、賞与その他名称の如何を問わず、労働の対償として使用者が労働者に支払うすべてのものをいう。」と規定している。「労働の対償」とは、「労働者が使用者の指揮監督のもとで行う労働に対し支払うもの」というべきものであるから、報酬が「賃金」であるか否かによって逆に「使用従属性」を判断することはできない。

しかし、報酬が時間給を基礎として計算される等労働の結果による較差が少ない、欠勤した場合には応

分の報酬が控除され、いわゆる残業をした場合には通常の報酬とは別の手当が支給される等報酬の性格が使用者の指揮監督のもとに一定時間労務を提供していることに対する対価と判断される場合には、「使用従属性」を補強することとなる。

2 「労働者性」の判断を補強する要素（前掲労基研報告 56 頁～ 58 頁）

（1）事業者性の有無

労働者は機械、危惧、原材料等の生産手段を有しないのが通例であるが、備車運転手のように、相当高価なトラック等を所有して労務を提供する事例については、労働者性は、前記 1 の基準のみで判断するのではなく、その者の「事業者性」の有無を併せて、総合判断することが適当な場合もある。

イ 機械、器具の負担関係

本人が所有する機械、器具が著しく高価な場合には「自らの計算と危険負担に基づいて」事業経営を行う「事業者」としての性格が強く、「労働者性」を弱める要素となる。

ロ 報酬の額

報酬の額が当該企業において同様の業務に従事している正規従業員に比して著しく高額である場合には、一般的には、当該報酬は、労務提供に対する賃金ではなく、自らの計算と危険負担に基づいて事業経営を行う「事業者」に対する代金の支払いと認められ、その結果、「労働者性」を弱める要素となる。

ハ その他

裁判例では、業務遂行上の損害に対する責任を負う、独自の商号使用が認められているなどの点を「事業者」としての性格を補強する要素としているものがある。

（2）専属性の程度

特定の企業に対する専属性の有無は、直接使用従属性を左右しないが、「労働者性」の有無に関する判断を補強する要素の一つと考えられる。

イ 他者の業務に従事することが「制度上制約」され、また、時間的余裕がなく「事実上困難」である場合には、当該企業への経済的従属性が認められ、労働者性補強要素の一つと考えて差し支えないであろう。

ロ 報酬に固定給的部分がある、あるいは、事実上固定給となっている場合、その額も生計維持しうる程度であれば、報酬に生活保障的要素が強いと認められる。

第 3 具体的事案（前掲労基研報告 58 ～ 61 頁）

1 備車運転手

（1）使用従属性の判断

（ロ）業務遂行上の指揮監督の有無

①業務の内容および遂行方法に対する指揮命令の有無

「運送物品、運送先及び納入時刻の指定」は、運送という「業務の性格上当然」であり、これらが指定されていることは「業務遂行上の指揮監督の有無に関係するものではない。」

運送経路、出発時刻の管理、運送方法の指示等がなされ、運送業務の遂行が「使用者」の管理下で行われているものと認められる場合には、業務遂行上の指揮命令を受けているものと考えられ、指揮監督関係の存在を肯定する重要な要素となる。

（この部分は後掲横浜南労基署事件最高裁判決においてほぼそのまま採用された。）

②その他

当該「備車運転手」が契約による運送という通常の業務のほか、「使用者」の依頼、命令等によりほかの業務に従事する可能性があることは、当該運送業務及び他の業務全体を通じて指揮監督を受けていることを補強する重要な要素となる。

(ロ) 拘束性の有無

勤務場所及び勤務時間が指定、管理されていないことは、指揮監督関係の存在を否定する重要な要素となるが、一方、これらが指定、管理されていても、それはその業務内容から必然的に必要となる場合もあり、指揮監督関係の存在を肯定する一つの要素となるに過ぎない。

(2) 労働者性の判断を補強する要素

イ 事業者性の有無

(イ) 機械、器具の負担関係

「備車運転手」は高価なトラック等を自ら所有するのであるから、一応、「事業者性」がある者と推認される。

(ロ) 報酬の額が同社の同種の業務に従事する正規従業員に比して著しく高額な場合には、当該報酬は、事業者に対する運送代金の支払いと考えられ、「労働者性」を弱める要素となる。ただし、報酬の算定方法によっては、報酬の額が著しく高額なことも労働者性を弱めるとは限らない場合もある。

ロ 専属性の程度

他社の業務に従事することが制約され、または他社の業務に従事する場合であっても、それが「使用者」の紹介、あっせん等による場合は、専属性の程度を高める。

[コメント]

- ① 使用従属性の判断基準としての(1)指揮監督下の労働のイの業務従事指示への諾否の自由の判断に当たっては、「なお」書の「包括的な仕事依頼」を受諾した場合の具体的指示への拒否の自由の制約と、「専属下請」における事実上の依頼拒否ができない場合の評価はそのまま指揮監督肯定とはならないとする指摘は、その後の判例において重要な評価方法になっている。
- ② 同じくロの業務遂行上指揮監督の判断における「なお」書の「事業組織への組み入れ」の要素は判例上もともと労組法3条における労働者概念の判断において現れたものであり、最近そのことが再確認されており労基法上の労働者概念では重要視されていない。
- ③ 同じくハの拘束性の有無に関しても、業務の性質上必然的に指定される部分は労働者性判断から除外されるとの指摘もその後判例上重要な働きをする。
- ④ 労働者性判断補強要素としての(1)事業者性「自らの計算と危険負担に基づいて」も補強要素というより、判例ではむしろ(重要な)判断要素といえるほど決定的意義を有している。

II 判例の展開

(1) 横浜南労基署長(旭紙業)事件(最一小判平8・11・28)労判714号14頁、判時1589号136頁

[事実認定]

「上告人は、自己の所有するトラックを旭紙業株式会社の横浜工場に持ち込み、同社の運送係の指示に

従い、同社の製品の運送業務に従事していた者であるが、(1) 同社の上告人に対する業務の遂行に関する指示は、原則として、運送物品、運送先及び納入時刻に限られ、運送経路、出発時刻、運転方法等には及ばず、また、1回の運送業務を終えて次の運送業務の指示があるまでは、運送以外の別の仕事が指示されるということとはなかった、(2) 勤務時間については、同社の一般の従業員のようには始業時刻及び終業時刻が定められていたわけではなく、当日の運送業務を終えた後は、翌日の最初の運送業務の指示を受け、その荷積みを終えたならば帰宅することができ、翌日は出社することなく、直接最初の運送先に対する運送業務を行うこととされていた、(3) 報酬は、トラックの積載可能量と運送距離によって定まる運賃表により出来高が支払われていた、(4) 上告人の所有するトラックの購入代金はもとより、ガソリン代、修理費、運送の際の高速道路料金等も、すべて上告人が負担していた、(5) 上告人に対する報酬の支払いに当たっては、所得税の源泉徴収並びに社会保険及び雇用保険の保険料の控除はされておらず、上告人は、右報酬を事業所得として確定申告をしたというのである。」

〔判旨〕

「右事実関係の下においては、上告人は、①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もとに運送業務に従事していたものである上、旭紙業は、②運送という業務の性質上当然に必要なとされる運送物品、運送先及び納入時刻の指示をしていた以外には、上告人の業務の遂行に関し、特段の指揮監督を行っていたとはいえず、③時間的、場所的な拘束の程度も、一般の従業員と比較してはるかに緩やかであり、上告人が旭紙業の指揮監督の下で労務を提供していたと評価するには足りないものといわざるを得ない。そして、④報酬の支払い方法、公租公課の負担等についてみても、上告人が労働基準法上の労働者に該当すると解するのを相当とする事情はない。そうであれば、上告人は、①専属的に旭紙業の製品の運送業務に携わっており、②同社の運送係の指示を拒否する自由はなかったこと、③毎日の始業時刻及び終業時刻は、右運送係の指示内容如何によって事実上決定されることになること、④右運賃表に定められた運賃は、トラック協会が定める運賃表による運送料よりも1割5分低い額とされていたことなど原審が適法に確定したその余の事実関係を考慮しても、上告人は、労働基準法上の労働者ということはできず、労働者災害補償保険法上の労働者にも該当しないものというべきである。」

〔コメント〕

- ① 事業者性は労基研報告では労働者性判断の補完要素として位置付けられていたが、本決では最初に「自己の危険と計算のもとに」として事業者性を承認しているため、そこから労働者性を否定する結論がある程度予測できるほどのインパクトを持っている。
- ② 業務の性質上当然に必要な指示以外は、業務遂行上の指示はない。この点がまさに労基研報告の示唆するところ（業務遂行上の指揮監督の有無の拘束性の有無）であって、この視点はその後の判例にもよくみられる。
- ③ 時間的、場所的拘束が弱いことは、労基研報告では中核要素であった。
- ④ 報酬その他会社側の取り扱いが労働者と異なる点から自営業者として扱っているが、これは労基研報告では補完要素であった。

(2) 新宿労基署長事件（フリーのカメラマン）

ア) 東京高裁（平14・7・11）判時1799号166頁、労判832号13頁

〔判旨〕

「4 亡Aの労働者性について

(1)業務遂行上の指揮監督関係について

ア 本件映画の製作においても、レンズの選択、カメラのポジション、サイズ、アングル、被写体の写り方及び撮影方法等については、いずれもB監督の指示の下で行われ、亡Aが撮影したフィルム（カットの積み重ね）の中からのカットの採否やフィルムの編集を最終的に決定するのもB監督であったことが認められ、これらを考慮すると、本件映画に関しての最終的な決定権限はB監督にあったというべきであり、亡AとB監督との間には指揮監督関係が認められるというべきである。

亡Aが本件映画の撮影について相当程度の裁量を有していたことは認められるものの、同監督の指揮監督から独立した裁量を有していたとまでは認めることができず、このような亡A個人の特殊技能といった事実も、同監督と亡Aとの間の指揮監督関係を否定する要素となるものではない。

(2)仕事の依頼等に対する諾否の自由について

亡Aが具体的な個々の仕事についてこれを拒否する自由は制約されていたといえることができる。この点に関し、原判決は、亡Aの、個別的な仕事の依頼に対する諾否の自由の制約は、主として映画製作の特殊性によって生ずるものであり、『使用者』の指揮命令を理由とするものではない旨説示している。

しかし、もともと使用者の指揮命令は、業務の性質や特殊性を含む業務の内容による必要性を通じて実現されることの方が多いのであって、個別的な仕事の依頼に対する諾否の自由の有無という被控訴人が主張する類の制約も多くの業務に共通するものであり、映画製作のみに固有のものではない。

(3)時間的・場所的拘束性について

亡Aは、本件映画の撮影に従事することによりEの作成した予定表に従って集団で行動し、就労場所もロケ及びロケハンの現場と指定されていたものであって、時間的・場所的拘束性が高いものであったといえることは原判決の説示するとおりである。

その他の点も考慮すると、亡Aは、使用者との使用従属関係の下に労務を提供していたものと認めるのが相当であり、したがって、労基法9条にいう「労働者」に当たり、労災保険法の「労働者」に該当するというべきである。」

〔コメント〕

- ① 業務遂行上の指揮監督が1番目に判断されている点は非常に珍しい。映画製作における諸活動がB監督の指示のもとに行われているとの認識の下に、個々のスタッフの裁量的行為もB監督の指揮監督の枠内において行われるとして、指揮監督性を肯定している。
- ② 2番目に審査されることになった仕事依頼に対する諾否の自由の有無については、原審で注目された「映画製作の性質ないし特殊性」は判断に影響しないとしている。それは「使用者の指揮命令は、業務の性質や特殊性を含む業務の内容による必要性を通じて実現されることの方が多い」との認識に基づいている。この点は、上記の横浜南労基署長事件最高裁判決（及び労基研報告）のそれとは異なる。もしこのような認識が優勢になっていたら、以後この文言の使用はより慎重になったと思われる。
- ③ しかし、芸術活動としての映画製作における監督とカメラマンの関係が労使関係を基礎づける指揮監督関係として位置付けられるかについては、なお検討の余地があるのではないか。また、ヨーロッパでは重要な要素とされる他の要素、例えば、専属性など長期の契約関係にあるか否かなども考慮していないとすると、経済的従属性の観点からも若干の疑問が出てくる。この点はわが国ではあまり重要視されていないといえるかもしれない。

④ 以下に原審判決を示すが、どちらか言えばこちらの方が前記最高裁判決に近い判断方法と言えよう。

ちなみに、原審は以下のようであった。

イ) 東京地裁判決(平13・1・25)判時1749号165頁、労判802号86頁

[判旨]

(一) 仕事の依頼等に対する諾否の自由について

映画撮影について亡A(フリーのカメラマン)に契約を締結する自由はあったが、一度、契約を締結すると、プロデューサーの指示の下に作成した予定表に従って行動しなければならなくなるから、映画の撮影に関して、亡Aが具体的な個々の仕事についてこれを拒否する自由は制約されていた。しかし、こうした制約は、主として「映画製作の性質ないしは特殊性」を理由とするもので、「使用者」の指揮命令を理由とするものとは言い難い。

「そもそも映画製作は、撮影、録音、演出等色々な専門的技術が集合したものであり、各スタッフには、それぞれ独立した職能があり、専門的に分かれている自己の職能以外の仕事をするようなことは考えられず、その職能に応じて高度に専門的な技術等を発揮しながら協力協働して行っていくもの」で、「言い換えると『使用者』あるいはその指示を受けた上長等の一方的な指示の下で作業を行うものではない」。

(二) 業務遂行上の指揮監督関係について

B監督は、亡Aの仕事に対しては、技術面のみならず、その専門性からも、その細部について指示をすることはできなかった。…B監督のイメージに反することはできないという制約があったにせよ、相当程度の裁量があった。もっとも、本件映画に関し最終的に責任を持つのはB監督であり、亡Aが撮影したフィルム(カットの積み重ね)の中からのカットの採否やフィルムの編集を最終的に決定するのはB監督である。これらの最終的な決定権限がB監督にあるのは、監督と撮影技師との職能ないしは業務分担の問題であって、「使用者」の指揮命令とみるのは相当ではない。

(3) 関西医科大学研修医(未払賃金)事件(最二小判平17・6・3)民集59巻5号938頁

[判旨]

「研修医は、医師国家試験に合格し、医籍に登録されて、厚生大臣の免許を受けた医師であって、医療行為を業として行う資格を有しているものであるところ、医師法16条の2第1項は、医師は、免許を受けた後も、2年以上大学の医学部若しくは大学附置の研究所の附属施設である病院又は厚生大臣の指定する病院において、臨床研修を行うように努めるものと定めている。この臨床研修は、医師の資質の向上を図ることを目的とするものであり、教育的な側面を有しているが、そのプログラムに従い、臨床研修指導医の指導の下に、研修医が医療行為等に従事することを予定している。そして、研修医がこのようなして医療行為等に従事する場合には、これらの行為等は病院の開設者のための労務の遂行という側面を不可避的に有することとなるのであり、病院の開設者の指揮監督の下にこれを行ったと評価することができる限り、上記研修医は労働基準法9条所定の労働者に当たるものというべきである。」

これを本件についてみると、前記事実関係によれば、「本件病院の耳鼻咽喉科における臨床研修のプログラムは、研修医が医療行為等に従事することを予定しており、Bは、本件病院の休診日等を除き、上告人が定めた時間及び場所において、指導医の指示に従って、上告人が本件病院の患者に対して提供する医療行為等に従事していたというのであり、これに加えて、上告人は、Bに対して奨学金等として金員を支払

い、これらの金員につき給与等に当たるものとして源泉徴収まで行っていたというのである。

そうすると、Bは、上告人の指揮監督の下で労務の提供をしたものとして労働基準法9条所定の労働者に当たり、最低賃金法2条所定の労働者に当たるといふべきであるから、上告人は、同法5条2項により、Bに対し、最低賃金と同額の賃金を支払うべき義務を負っていたものといふべきである。」

〔コメント〕

- ① 研修が教育的要素の強いものであるか、業務従事＝労働の要素が強いかによって労働者性判断は分かれる。医師の場合、この研修は医師資格を取得した後の資質向上が目的であって、医療行為に従事することが認められ、労働者性が肯定されている。
- ② 本件では、労働者性に関する判断基準や具体的な判断要素による判断は行われていない。総合的にみて、使用者の「指揮監督下に」と評価されている。

（４）伊藤工業（外国人研修生）事件（東京高判平24・2・28）労判1051号86頁

〔判旨〕

「上記のとおり本件制度における『研修』の法的位置づけは『労働』ではないことから、『実務研修』の実施に当たっては『労働』と明確に区別される必要があるが、『実務研修』については、現場における実際の作業に従事させることから、外見上はその活動が『研修』なのか、資格外活動である『労働』なのか明確に区別し難い場合が多いものと解される。そうすると、法務省指針が策定されるに至った経緯に照らし、同指針は、研修が法務省指針に沿って実施されている場合においては、当該研修における研修生の活動は『労働』ではないと評価しうる一応の基準となると解するのが相当である。」

「控訴人らの研修期間（平成17年3月から平成18年3月）における指針は平成11年指針であり、これは、受け入れ企業に対し、①研修生に所定時間外や休日などに労働とみなされるような活動に従事させないことを求め、②効果的な研修のために、実務研修以外に日本語学習や座学等の非実務研修の実施を要件として定め、③非実務研修は、日本語教育を行うほか、日本における生活上の留意点を教えること、研修を実施するうえでの安全衛生上の留意点を教えること等が含まれ、研修時間の3分の1以上行うこととし、④研修生の失踪等問題事例の発生を口実として、宿舍内に閉じ込めたり、旅券等を預かる等の不適切な対応を行わないことを求めている。」

被控訴人においては「控訴人らの研修に係る実務研修及び非実務研修についての各実施予定表を作成し、控訴人らを研修生として受け入れた後は、その予定表に記載された内容の研修を実施しており、その研修進捗状況が概ね計画どおりであることや、控訴人らの日本語習得状況が中程度であることなどが、財団法人国際研修協力機構の担当者によって確認されているのであるから、被控訴人において控訴人らに対し所定の非実務研修を実施していたと認められる。また、控訴人らにおいて中国においてある程度の左官の経験年数があったとしても、左官として格段に高度な技量が要求される日本において、控訴人らが共に左官基礎2級の技能検定試験に合格していることからすれば、実務研修に相応の実効性があったものといふべきである。」

〔コメント〕

外国人研修生については法務省の指針が定める「非実務研修の実施」を一つの基準としてそれが実際上行われている以上全体として労働とはいえない研修が行われていたことを推定する方式である。したがっ

て、労働者性に関する通例の判断基準・判断要素について検討していない。

(5) 東栄衣料破産管財人ほか事件 (福島地白河支判平 24・2・14) 労判 1049号 37頁

〔判旨〕

「そこで、原告らの研修期間の実態は労働基準法 9 条等所定の労働者であるか検討するに、…・本件契約によれば、研修生となる者は日本で修得しようとする技術に係る業務に一定程度従事した経験があることが予定されており、実際にも原告らはいずれもベトナムにおいて縫製の経験を有していた者であったこと、原告らが研修期間中に従事した縫製作業はそうした経験から修得していた技術でおおむね対応しうるものであり、そうした技術を有していた原告らが研修時間外に長時間の縫製作業に従事していたこと、本件会社は研修期間中の時間外に作業を行わせて報酬を支給することが禁止されていることを知悉しながら、原告らが来日する前に、来日後には研修時間外の作業を行わせる意図をもって、その報酬である「ざんぎょう」代金が1時間当たり 300 円であると説明し、実際にもその旨の支払いをしていたこと、原告らに対する非実務研修は全く行われていなかったものではないが、基準省令や本件指針に定められた時間行われていたとは認められないこと、原告らの研修期間であった平成 18 年 12 月には、本件会社（・・工場を含む）におけるベトナム人研修生及び技能実習生の比率は 2 割弱にも達しており、時間外作業を命じる場合には、最低賃金額を下回る手当しか支給しないベトナム人研修生及び技能実習生を優先させていたことからして、本件会社では、ベトナム人研修生及び技能実習生は、人件費上重要な位置づけにあったことなど、ことが認められるところである。

以上の事実を総合すると、本件会社は、ベトナム人研修生及び技能実習生が日本人の常勤職員に比べて安価に使用することができることから、日本人の常勤職員の代替として使用する意図をもって、縫製作業に従事させていたものと認めざるを得ない。そして、上記事実関係の下では、原告らに対する非実務研修が全く行われていなかったわけではないことをもって、研修時間中は研修生としての実態を有していたとはいえず、原告らは、研修時間の内外を問わず、本件会社の指揮監督のもとに本件会社の業務に従事していたと評価することができる。」

〔コメント〕

- ① 前記の非実務研修は全く行われていなかったものではないが、基準省令や本件指針に定められた時間行われていたとは認められないことを重視しつつ、一応の技術を習得していた外国人研修生・実習生に安価な賃金・残業代で残業に従事させていた点などから、これらは就労者の全体として業務組織への組み入れの仕方の側面から総合的に指揮監督関係を認定しているといってもよいのではないか。
- ② 労働（作業・活動）に対する指示が存在することは明瞭であるが、それが業務遂行上のものかあるいは教育上のものか判然としない研修・実習においてそのどちらと判断するかについては、使用者側並びに労働者（研修従事者）にとってその作業が全体としてどのような意義を有するかによって判断している。そこでは通常の労働者性の判断基準は用いられずむしろ当該就労者が業務組織に全体として組み込まれているか否かによって判断されているとみることもできる。

(6) 藤沢労基署長（大工負傷）事件（最一小判平 19・6・28）裁判集民 224号 701頁

〔判旨〕

- ・ 上告人は、作業場を持たずに 1 人で工務店の大工仕事に従事するという形態で稼働していた大工であり、株式会社 A 等の受注したマンションの建築工事について B 株式会社が請け負っていた内装工事に従事

していた際に負傷するという災害に遭った。

- ・ 上告人は、B からの求めに応じて上記工事に従事していたものであるが、仕事の内容について、仕上がりの画一性、均質性が求められることから、B から寸法、仕様等につきある程度細かな指示を受けていたものの、具体的な工法や作業手順の指定を受けることはなく、自分の判断で工法や作業手順を選択することができた。
- ・ 上告人は、当時、B 以外の仕事をしていなかったが、これは、B が、上告人を引きとどめておくために、優先的に実入りの良い仕事を回し、仕事が途切れないようにするなど配慮し、上告人自身も、B の下で長期にわたり仕事をすることを希望して、内容に多少不満があってもその仕事を受けるようにしていたことによるものであって、B は、上告人に対し、他の工務店等の仕事をすることを禁じていたわけではなかった。
- ・ B と上告人との報酬の取決めは、完全な出来高払いの方式が中心とされ、日当を支払う方式は、出来高払いの方式による仕事がないときに数日単位の仕事をするような場合に用いられていた。
- ・ 上告人は、一般的に必要な大工道具一式を自ら所有し、これらを現場に持ち込んで使用しており、上告人が B の所有する工具を借りて使用していたのは、当該工事においてのみ使用する特殊な工具が必要な場合に限られていた。
- ・ 上告人は、B の依頼により、職長会議に出席してその決定事項や連絡事項を他の大工に伝達するなどの職長の業務を行い、職長手当の支払いを別途受けることとされていたが、上記業務は、B の現場監督が不在の場合の代理として、B から上告人ら大工に対する指示を取り次いで調整を行うことを主な内容とするものであり、大工仲間の取りまとめ役や未熟な大工への指導を行うという役割を期待して上告人に依頼されたものであった。

以上によれば、「上告人は、前記工事に従事するに当たり、A はもとより、B の指揮監督の下に労務を提供していたものと評価することはできず、B から上告人に支払われた報酬は、仕事の完成に対して支払われたものであって、労務の提供の対価として支払われたものとみることは困難であり、上告人の自己使用の道具の持ち込み使用状況、B に対する専属性の程度等に照らしても、上告人は労働基準法上の労働者に該当せず、労働者災害補償保険法上の労働者にも該当しないものというべきである。」

〔コメント〕

- ① 使用従属性の判断基準を当てはめての結論という形式になっている。請負契約、仕事に対する指示の内容・程度、報酬の性格、(中核的要素)及び専属性(相互に必要としていたが従業員のような拘束はない)、道具の所有(補完要素)の双方から判断して、労働者性を否定している。
- ② 職長代理業務のように事業組織への組み込みの観点では事実上かなり強い緊密さ(堅固な結び付き)が窺えるが、法的には大工仲間のまとめ役であって請負人としての立場をとどめている、とみられた。

(7) 新国立劇場運営財団事件(東京高判平 19・5・16)判タ 1253号 173頁

〔事実関係〕

控訴人は、合唱団などにおいて歌唱演奏をしていた者であるが、平成 11 年以降、被控訴人との間で、毎年、期間を 1 年とする出演基本契約を締結するとともに、個別公演ごとに出演契約を締結して、A 合唱団のメンバーとして被控訴人の主催するオペラ講演等に出演していたが、平成 15 年 2 月、被控訴人から、同年 7 月末日をもって契約関係を終了し、次シーズンの出演基本契約は締結しない旨の通知を受けた。

〔判旨〕

「契約の定め方や運用の実態等に照らすと、契約メンバー出演基本契約は、契約メンバーに対して、今後被控訴人から出演公演一覧のオペラ公演に優先的に出演申し込みをすることを予告するとともに、契約メンバーとの間で個別公演出演契約が締結される場合に備えて、各個別出演契約に共通する、報酬の内容、額、支払方法等をあらかじめ定めておくことを目的とするものであると解される（継続的に売買取引をする場合において、売買の基本となる支払条件等をあらかじめ定めておく「基本契約」のようなものと理解される。）。もちろん、契約メンバー出演基本契約を締結するに当たって、被控訴人は、契約メンバーが出演公演一覧のオペラに出演することを当然期待していたといえることができるし、契約メンバーも、それらに出演する心づもりで契約メンバーになるのが通常であると推認されるが、上記契約の定め方や実態等に照らすと、それはあくまで事実上のものとどまり、被控訴人からの個別の出演申込に対して、契約メンバーは最終的に「諾否の自由」を有していたというべきである。」

「被控訴人からの個別の出演申込みを承諾して個別公演出演契約を締結して初めて、特定の公演に参加したり、それに必要な稽古に参加する義務が生じ、また、逆に報酬を請求する権利が発生する」。

〔コメント〕

- ① メンバー出演契約の性質はいわゆる枠契約となっていて、個別出演契約の締結に対する優先的地位とその際の条件の設定となっていて、具体的労働に対する個別の義務を発生させるものではないとしているため、雇用・労働契約ではない、とされる。
- ② したがって個別出演の依頼に対しては、諾否の自由が認められるため、労働者性は否定されることになる。

(8) 新国立劇場運営財団事件（東京地判平 18・3・30）判タ 1241 号 110 頁、労判 918 号 55 頁

〔判旨〕

- ・「これらの事情からすると、契約メンバーには、基本的には個別公演について出演契約を締結して出演するか否かの諾否の自由はあったというべきである。」
- ・「契約メンバーは、個別契約を締結した公演については、被告から提示された確定スケジュールに従って、公演本番のみならず、種々の稽古に参加することが義務付けられ、その場所も Y 劇場内の舞台やりハーサル室という所定の場所であり、また、公演や稽古では、指揮者や音楽監督の指示に従って業務を遂行することになる」との原告の主張に対して、判決は「これは被告が主張するように、そもそもオペラ公演というものが大人数の演奏・歌唱・演舞等により構築される集団的舞台芸術であり、オペラの合唱団パートとしてその一翼を担うという、契約メンバーの業務の特性から必然的に生じるものであって、そのような集団性から生じる指揮監督関係をもって直ちに、労働者性の判断指標となる労務提供における指揮監督と同視することはできない。」
- ・以上のとおり、「出演基本契約を締結した被告と合唱団契約メンバーとの関係を見ると、メンバーは個別契約締結について基本的には諾否の自由があり、音楽監督や指揮者との間に存する指揮監督関係や場所的・時間的拘束性は業務の性質そのものに由来するものであって、これを労働者性肯定の要素とみることはできず、」…「原告と被告との関係が労基法の適用される労働契約関係であることを認めることはでき」ないとしている。

〔コメント〕

個別公演への出演については諾否の自由が存在し、かつ稽古や出演に当たっての諸拘束は業務の性質に由来する拘束であるとして、両者を組み合わせて、労働者性を否定する。

(9) ソクハイ事件（東京地判平 25・9・26）判時 2212号 97頁、労判 1123号 91頁

〔判旨〕

「以上によれば、本件業務委託契約書の規定内容は、被告の配送業務の請負に関する約定であると認められるところ、その使用従属性については、メッセンジャーが稼働日・稼働時間を自ら決定することができ、配送依頼を拒否することも妨げられておらず、その自由度は比較的高いこと、被告がメッセンジャーに対し、一定の指示をしていることは認められるが、これらは受託業務の性質によるところが大きく、使用従属関係を肯認する事情として積極的に評価すべきものがあるとはいえないこと、拘束性の程度も強いものとはいえないことを指摘することができる」としている。

事業者性・専属性の有無について以下のように判示している。

「上記認定事実によれば、メッセンジャーは、前記荷物袋と名札が貸与されるほか、稼働に当たり使用する自転車や着衣、携帯電話機を自らの負担で用意し、これらの維持管理に係る経費を負担した上、報酬については事業所得として確定申告していることを指摘することができる（なお、メッセンジャーについて雇用保険及び労災保険の加入はなく、むしろ、メッセンジャーの中には自己の負傷に関して自らの出捐の下、保険に加入していた者もあったことは上記認定のとおりである。）。そうすると、メッセンジャーには相当程度の事業者性があるといえることができる。

もっとも、他方で、配送業務が定型化されていることに照らし、配送経路の選択といった点以外は、メッセンジャーが、各人の裁量・才覚によって特段顕著な相違を生じさせ、利得する余地に乏しく、独自の商号を用いることもできないこと（ただし、以上の点は受託業務の性質による帰結ともいい得る。）、第三者への再委託も禁じられていて、他人を使用することにより利得する余地もなかったこと、報酬等の定め方について個々のメッセンジャーと被告との間で交渉が持たれた経過があるともいえないことも指摘することができる。

そうすると、メッセンジャーにも事業者性があるとは評価できるが、メッセンジャーの事業者性が高いとまでは評価できない。

一方、上記認定事実によれば、メッセンジャーは兼業が許されており、実際にもメッセンジャーでありながら他の業種の業務に従事している者もいる（Eが競業他社を立ち上げたことについて被告が契約の解除に及んでいることに照らせば、メッセンジャーにいかなる兼業も許されていたといえるか疑問はある。しかし、そのような場合以外に兼業が禁止されていたとも見受けられない。）。そうすると、メッセンジャーの専属性があるとはいえない。」

〔コメント〕

- ① 一方で、稼働日・稼働時間の自己決定性、配送依頼の拒否の自由、指示は受託業務の性質によることから使用従属性を否認し、
- ② 他方で、自転車、着衣、携帯電話を自己負担で用意、社会保険関係の自己負担等から事業者性を（若干安易に）肯定する。

(10)NHK 受信料集金人の労働者性 (大阪高判平 27・9・11) 労判 1130号 22頁、判時 2297号 113頁
〔判旨〕

(1) 諾否の自由の有無

- ・被控訴人が「個々の具体的な業務について個別に実施するか否かの選択ができるわけではない」ことは、「包括的な仕事の依頼を受託した以上、契約上、当然のこと」と解される。他方、控訴人が被控訴人に対し「特定の世帯や事業所を選び訪問すべき日や時間を指定して個別の仕事を依頼する」ことは、およそ予定されていないと考えられるから、被控訴人に上記の選択権がないことを本来的な意味の「諾否の自由の有無」の問題ととらえるのは相当でない。」
- ・被控訴人が本件契約による受託業務を行う地域は、控訴人が定期的(4月からの1年度を2か月単位で分けた6期の各期ごと)に指定する地域であるが、「ローテーション制がとられることは、本件契約の内容となっていたことであるから、業務従事地域が変わることをもって、諾否の自由がないということとはできない。」

(2) 拘束性

- ・スタッフの業績不振の程度が一定のレベルに達した際に実施される「特別指導」においては、控訴人は、当該スタッフに対し、業績不振の原因に応じて、稼働日や稼働時間、業務の遂行方法などについて具体的な指導を行っていた。…しかし、「特別指導は、業績不振が一定のレベルに達しときに行われ、しかも、三つの段階があり、被控訴人の場合を見ても、4年以上も続いていたというのであるから、最終的な段階に至るまでにはかなりの期間があると考えられるのであって、特別指導があることで、通常の場合の助言や要請に強制力が生ずるというのは飛躍と言わざるを得ない」。
- ・控訴人が被控訴人らスタッフに対して行う稼働日や稼働時間についての具体的な助言指導は、スタッフの業績が不振となった場合に行われるものであり、業績不振となっていないスタッフに対して、控訴人が当該スタッフの稼働日や稼働時間、業務の遂行方法に関する具体的な助言指導を行ったことを認めるに足りる的確な証拠はない。

(3) 労働時間の拘束

契約上、1か月の稼働日数、1日の稼働時間、業務開始時刻、業務終了時刻についての定めがない、これらは各スタッフの裁量に任されている

「①本件契約においては、諾否の自由の問題を取り上げるのは相当でなく、②控訴人のスタッフに対する助言指導は、業績の不審を契機として主として稼働日数や稼働時間等についてされるものであり、限定された場面におけるものということができる、③本件契約上、1か月の稼働日数や1日の稼働時間は、スタッフの判断で自由に決めていくことができ、実際の稼働を見ても、スタッフにより、時期によりさまざまである。目標値は控訴人が設定するとしても稼働時間に対する拘束性は強いものとはいえない。場所的拘束性も、訪問対象の世帯等がその地域内にあるというだけで、訪問以外の場面ではその地域内での待機を強いられるわけではない。」④事務費は基本給とまで言えない、他の給付は出来高給、⑤第三者への再委託が認められていた、⑥兼業も許容、⑦必要な機材は控訴人によって貸与されている。

「①から⑥まで、とりわけ、稼働日数や稼働時間が裁量に任されており、時間的な拘束性が相当低く、⑤のとおり、第三者への再委託が認められていることに着目すれば、⑦の事情を総合しても、本件契約が、労働契約的性質を有すると認めることはできない。」

〔コメント〕

- ① 包括的な依頼の契約により個別的な業務実施の自由の制約は「契約上当然」であって、諾否の自由の有無の問題は生じないとする。この点は業務の性質上当然生ずる拘束とともに、前記労基研報告の判断の仕方である。
- ② これに労働時間や業務従事における拘束性が少ない点から、労働契約性の否定を結論付けるものとなっている。

Ⅲ ヨーロッパにおける労働者概念（ロベルト・レプハーンの見解）³

生業従事者は伝統的には独立自営業者（Selbständige、self-employed）と非独立者（Unselbständige、employed persons）に区分される。法秩序は通例労働契約を伴う労働者（本稿では、Arbeitnehmer は被用者ではなく労働者と訳する。）のみについてその輪郭を明確化する。これに対し自営業者は生業労働の様々な法形式を把握する。（Rebhahn,a.a.O.,S.154～155.）

労働者の中核は今日でもなお標準的または典型的労働関係における就労者である。それは無期契約で、一企業のためにフルタイムで就労する者である。その特徴は、彼らが「他者決定された労働」の給付すなわち時間と場所に関して自己決定によらずに労働し、かつ継続的に専門的指示に従い、労働に際しても規制下におかれることである。人はそれを従属（Unterordnung,subordination）下の労働という。労働者は契約報酬を受け取るが、それは時間関連であり、そのことは結果的に「他人の計算で働くこと」を意味する。というのは、この場合労働者の契約の相手方が成功のリスクとともに労働者の労務提供の投入可能性（換価可能性）のリスクをも広範に負担するからである。通常労働者は他者の手段で就労する。これに対し非典型就労者は、有期の、パートの、派遣の就労者（労働者）である。

しかし、労働者の範囲は今日ではこの中核を超えて広がっている。そこでは厳格な境界はその時々法に依存し、しばしばまったく明確ではなくなっている。（Rebhahn,a.a.O.,S.156.）

（一）労働者概念（総則）

1 基本規定

労働者概念並びに労働法の範囲画定のために使用される諸要素の主なものを挙げると、以下のようになる。すなわち、人的労働への義務付け、報酬（有償）性、労働の組織すなわち就労者の他者決定及び従属性、経済的視点では経済的非独立性（利益とリスクの配分）及び契約相手方との関係における経済的従属性である。（Rebhahn,a.a.O.,S.160.）

論理的には「人的（自身による）労働の義務付けの要素」が第一位を占める。しかしこれは長い間ほとんどの事例で問題とならなかった。これに対し、比較法及び法政策的論議では「組織的基準（法的または人的従属）」が重要か、又は「均衡的－経済的要素（経済的従属）」が重要か、が前景に登場する。傾向的には第一に法的従属が重要であって経済的従属は重要ではない。（Rebhahn,a.a.O.,S.160.）

Supiot⁴によれば、ラテン系の国やドイツ語圏の国では「上からの」統一的な定義に至る抽象的な概念形成が試みられ、英国や北欧諸国では「決疑論（kasuistisch）的な考察方法」が支配していたが、最近では両者は近接している。各種の多数の保護法規の適用に当たっては、統一的な定義のみが明確な関与点を提

3 Robert Rebhahn, Der Arbeitnehmerbegriff in vergleichender Perspektive, RdA 2009, S. 154 ff.（以下、文章中に頁数のみを記す、Rebhahn,a.a.O.,S.）

4 Alain Supiot, Was ist ein Arbeitnehmer (Travail salarié et travail indépendant), in: Hartmut Kaelbel, Guenther Schmid (Hrsg.), Das europäische Sozialmodell, WZB-Jahrbuch 2004, S. 423 ff., 436 ff.

供する。(Rebhahn,a.a.O.,S.161)

2 契約と身分(地位)

イギリスでは今日労働法にとってもコモンローの契約法が前景に現れ、contract of service 及び employment contract が存在するかどうか判断される。労働法規の保護目的は employment contract の画定に当たり僅かな役割しか果たさず、これらの法律の適用に当たってもコモンローと制定法が法の並存関係となっており、また紛争においても当該契約の中で基礎になっている契約の自由が優先する。これに対し大陸ヨーロッパ諸国、とくにフランスでは、労働契約は法律によって前もって方式化された契約類型として現れ、employees は契約としての側面と同じく身分としての側面が重視される。給付関係の分類に当たって契約上の申合せより事実が重要であり、「契約の自由」から出発するイギリスとは異なり「類型の強制」から出発する。ドイツ、オーストリアは両者の中間的位置にある。(Rebhahn,a.a.O.,S.161～162.)

労働契約の構成に関してヨーロッパでは二つの異なるコンセプトがある、すなわち、自己決定された契約からより多く出発するコモンローと、多くが法律によって基準化された契約によって決定されるヨーロッパ市民法 (Civil Law) である。フランス、イタリアでは労働者概念は身分とみられて、労働の実施に当たって従属 (Unterordnung) が存在しているかどうか、が第1に着目される。労働関係にとって本質的要素としての従属が存在しているとなれば、労働契約の内容として相応しくない個々の条項があったとしても、労働契約性は肯定される。労働者としての身分を保護する法律 (労働法規) の強行性は給付関係の種別について当事者からその力を広範囲において奪う。給付の実施が労働契約のメルクマール (従属) を示す場合には、仕事の成就 (das Erbringen eines Werkes) が合意されたとしても、労働契約でないとすることはできない。これに対し、イギリスでは employee としての性格付けは、employment contract と合致しない合意によって容易にうまくいかなくなる。そこでは、契約 (したがって当事者の意思) を重視して法律の保護目的をそれほどには重視しないのである。ドイツ、オーストリアは両者の中間に位置する。(Rebhahn,a.a.O.,S.162.)

3 労働関係を支える経済的理由・それを否定する経済的理由

労働契約の締結を必要とする経済的理由は様々な要素から生ずる。第一位に位置するのが、他者の労働力を集中的に処分できる経営経済的必要 (指揮権、managerial prerogative) である。すべての必要な給付について各契約相手を探し出しこれらを自由協働者 (自営業者) としてコントロールする (ex-ante und ex-post Transaktionskosten= 事前・事後の取引コスト) よりも、安定的、階層的な契約関係の合意による労働力処分の可能性を確保することの方が、より安価である。しかしながらここ最近 30 年で、高い職能資格を要求される労働では、こういった他者決定性や労働組織の階層性を求める要望は減少してきている。以前には労働は決定されなければならなかったが、今日では成果のコントロールで十分であることが多い。したがって労働者の範囲画定のために利用された労働の他者決定 (従属) の基準さえもその鋭さを失ってしまった。他方 own-account workers には処分能力や調整に対する高い要件が設定されており、しかも多くの国で労働契約の枠外において承認されている。(Rebhahn,a.a.O.,S.163.)

多くの労働者にとって労働関係は長い間典型的労働関係と結びついていた安定性 (Stabilität und Sicherheit) とはもはや結びついていない。この安定性は労働者と非労働者 (自営業者) との根本的な区分

を価値あるものにしていた、なぜなら、この安定性が「労働力を（他者の）処分下におくこと」に対する代償であったからである。他方、多くの自由協働者（フリーランサー）は生業における安定性の欠如に対する分銅とみられる収益のチャンスを今日では有していない。（Rebhahn,a.a.O.,S.164.）

（二）従属（下位）と従属性

1. 総説

従属の要素には二つあり、一つは組織的視点（労務提供の調整の仕方）であり、他は経済的視点（リスクとチャンスの配分と経済的従属性）である。労働者が当該契約関係からの収入に依存していることは、労働者を特別に保護することの主要なではなかったとしても、重要な動機であった。しかし、労働者及び労働法の範囲画定においては組織的基準、すなわち、労働に当たっての組織的他者決定が存するかどうか、重要となった。（Rebhahn,a.a.O.S.164,165.）

経済的従属性とは第一に、就労者が（当該の）具体的な給付関連からの収入に依存していること、である。したがって就労者は（顧客を）得ようとして市場に登場することなく、かつ従業員を雇用しないものである。経済的従属性のみで労働者性を基礎づける国はどこにもない。この基準が標準にならない理由は、自営業者も経済的に従属していることが明らかであること、及びこの基準の充足は多くの場合十分に予見可能ではないことである。（Rebhahn,a.a.O.S.,165.）

経済的従属性とは区別しなければならないものに、「経済的非独立性」がある。後者は他人の計算に基づきかつ他人の（生産・経営）手段によって労働することである。これは多くの国において要素となっており労働者性の（補完的な）確認にとって重要である。（Rebhahn,a.a.O.S.,165.）

労働者性確定のために使用される諸要素ないし指標は審査に当たっては一定の順位に従って審査されるわけではないのであって、それゆえ組織的従属の欠如がどの程度経済的従属によって補足されうるかが決定的である。人的労働への義務付けの要素は事情が異なる。一定の義務付けを不可欠の要素とみる場合には、論理的にはそれが優先する。労働者性のために一定の期間の労働の提供が要求される場合には、組織的他者決定が存する場合ですら、[その（義務づけ）要件を充足しない限り]労働者性は排除される。（Rebhahn,a.a.O.S.,165.）

論理的には義務の要素が最初に扱われるべきである、しかし先ずは、二つの他の要素、組織と経済的従属性が扱われねばならないであろう。なぜなら（特に casual workers にあっては）義務の欠如はむしろ周辺の現象であって二つの他の要素が取り扱われて初めて義務の要素の意義が明らかとなるからである。（Rebhahn,a.a.O.S.,165.）

2. 組織的他者決定

a) 総則

組織に関係する基準の適用に当たっては他者決定の程度が重要である。組織的他者決定は就労者に対して指示を与える他者の権能によって具体化される。指示（Weisung）には「人的」指示（とりわけ労働時間、労働場所及び労働に関する行動に関する）と専門的指示（労働の内容および実施の仕方に関する）とで区別される。自営業者（例えば、請負契約）においても個別的な事後の専門的指示は可能であるので、専門的指示に関しては継続的な指示の可能性が決定的である。オーストリアを除く多くの国では、専門的・継続的指示の権能は人的指示と同程度に重要な指標とみられている。強度の専門的指示は時間及び場所

における緩慢な従属を補う。(Rebhahn,a.a.O.S.,166.)

20世紀の後半までの階層秩序の構造においては他者の指揮 (Leitung) の下における労働が通常検証可能な基準であった。しかし、最近ではこの組織的他者決定の要素は減少している。労働時間や労働場所に関する拘束の度合いだけでなく専門的指示も減少している。例えば、信頼労働時間制やフレックスタイム制においてそれがみられる。(Rebhahn,a.a.O.S.,166.)

b) 給付関係の期間

組織的指標は、給付関係が比較的長期の間継続する場合には、むしろより適用しやすい。より長期の間は組織に関係する指標としてもまた経済的指標としても認められる、それは組み入れを容易にしかつ経済的従属を漸く可能ならしめるからである。(但し、ドイツ、オーストリア、イタリアでは労働者性に関する重要な指標とはなっていない。) ごく短期の就労における労働者性の問題はさておき、短期の就労が反復継続するか (casual worker)、または定期的に同一の委託者のために従事しているが、呼出に際し労働を引き受ける義務を負う枠合意がない場合には、事情は異なる。その労働関係の性格付けはイギリスのみならずしばしば争われる。多くの国では少なくとも個々の労働の投入は一般的な基準に従い労働契約として整理される (ドイツやオランダでは争がない)。(Rebhahn,a.a.O.S.,167 ~ 168.)

3. 経済的指標

a) 有償性と経済的従属性

- ・多くの国 (すべてではない) において労働者性の不可欠の条件として、労働給付の有償性が挙げられている。

当該の関係について非経済的モチーフが存在する場合の多くは、何らの生業 (Erwerbarbeit) が存在しないため、労働法の不適用が承認される。しかし、ある点を除けばその労働が最低賃金の適用範囲に入るのであれば、無償性の合意 (または極めて少ないあるいは純粹の成功報酬) を理由とする労働法の不適用は疑わしい。実際多くの国では、そのことは職業入場者のための「実習」においては特に重要である。(Rebhahn,a.a.O.S.,168.)

契約相手方に対する就労者の経済的従属性 (=フルタイム労働) はいかなる国においても労働者性肯定のためにどうしても必要とはされていない。したがってパートタイム労働でも労働者性は肯定される。また経済的従属性だけでは労働者性を基礎づけられないが、肯定的指標としては考えられる。多くの国において裁判所は経済的従属性並びにフルタイム労働を暗黙裡に労働者性肯定のための論拠として活用している。(Rebhahn,a.a.O.S.,168.)

b) 経済的従位 (Unterordnung) ・ 経済的非独立性

- ・経済的従属以外の経済的指標の要素として、就労者が自己の計算で活動するのか他人の計算で活動するのか、その活動の経済的成果は誰に帰属するのか、その成果のリスクはだれが負担するのか、さらには就労者は自己の経営手段で働くのかあるいは他人の経営手段ではたらくのか、の問題が論議される。加えて、就労者はその経済的決定に当たって大きな活動領域を有するか、また、自ら広く市場に登場して契約の相手方を募集するのは差支えないか、等も問題となる。これらが経済的従位 (Unterordnung) の問題として扱われる。(Rebhahn,a.a.O.S.,168.)

- ・経済的従位が特別に合意された場合にのみ労働者性が肯定されるとの法制もあるが（スペイン）、他の多くの国ではそれは組織的他者決定とともに評価され、契約上の合意は必要ない。問題は、組織的他者決定が欠如する場合に、経済的従位（非独立性）が労働者性を基礎づけることができるか、である。スペインやフランスではこれは否定されるが、スカンジナビアではその要素は指示への服従などと同程度の意味を有する。ドイツやイギリスでは、組織的他者決定が完全には刻印されないため、労働者性に疑問が残る場合に、経済的従位の指標、特に他人の経営手段による労働などは、労働者性肯定のための補完的論拠とされる。（Rebhahn,a.a.O.S.,168.）
- ・逆に、組織的他者決定や人的労働への義務付けが存在する場合に、就労者が経済的に自立しているのかのように経済的リスクを分配する当事者の取り決めはどのように影響するかは、興味あるところである。この取り決めは労働者性に反するかあるいはその取り決めによって希求されたリスクの分配が違法とされることによって労働者性を妨げるものでないかとみるかである。この合意によって労働者性が否定される国（イギリス、フランス）がある一方、経済的自立性の視点は組織的他者決定に比して後順位に位置付けられる（ドイツ、イタリア、オーストリア、オランダなど）国もある。（Rebhahn,a.a.O.S.,168.）

（三）就労者の義務

伝統的労働者においては、人的（自身による）労働への義務と同様に労働への義務も自明であり問題とならなかった。最近では、企業が人的（自身による）労働への義務なしに同一の労働者を繰り返しまたは常時投入する例が増えている。彼らは包括的な枠協定もなしに反復して投入される場合もあれば、枠協定を締結するが、それは就労者は更なる〔労働力の〕投入をまた企業は更なる労働〔仕事〕の提供を義務付けられないと定める。就労者に随意で投入を拒否する権利を明示的に容認する（但し、時宜にかなった拒否がない場合は義務から出発する）協定もそうである。就労者が代替可能であれば企業は給付（労働＝仕事の提供）義務を「放棄する」ことができる。（Rebhahn,a.a.O.S.,170.）

問題なのは、このような場合に法は労働契約及び労働法からの排除を承認するかである。具体的には、個々の投入に一つの労働契約が基礎づけられるのか、あるいは（枠協定が存在する場合特に）一つの基礎をなす無期の労働関係が肯定されるのか、である。

労働契約は原則として人的（自身による）労働の義務付けを前提にしている。これを明定する国も多い（イタリア、オランダ、ポルトガル、フィンランド、オーストリア及びドイツ）。明定しない国でも同じことである（イギリスではそれは契約の必要から生ずる）。給付義務なき又は人的な（自身による）給付の義務なき労働の給付はしたがっていかなる国においても労働者性には至らない。しかしながら、この必要性の実際の意味はさまざまである。多くの国では単に制限された代理権能は労働者性を排除しない。人的（その人自身による）給付に関する義務は、就労者が自己の給付義務の履行のために自ら別の（非独立的な）就労者を動員するかどうかの問題にも関係する。その場合は多数の国は労働者性をカテゴリーとして排除する。（Rebhahn,a.a.O.S.,170.）

基準としての義務が最も大きな意義を有するイギリスでは、今日 mutuality of obligation test⁵が（4つの）種々のテストの背景を成しており、これが克服されて初めて他のテストが作動する。Mutuality は将来において労働することのみを要求するのではなく将来において雇用することをも要求する。この要求は

5 イギリスでは、雇用契約か否かの判断基準は、従来は支配性基準（control test）＝使用者が労働の時間、場所及び方法を決定しているか、が用いられてきたが、その後の労働技術の高度化による労働の仕方の変化などから、今日では、統合性基準（integration test）、経済的現実基準（economic reality test）、相互性基準（mutuality of obligation test）及び複合的基準（multiple test）などが適用されている。そして、相互性基準とは、一定期間にわたり雇用関係を維持する契約当事者の相互的な約束が存するか否かを判断基準とするものであり、これによれば、経済的現実基準により雇用契約で雇われているとされる可能性のある者も被用者でないとされる可能性が強い、と言われる。小宮文人『イギリス労働法』信山社 2001年 55～56頁

最近では厳しくテストされ、特に間欠的な労働の給付を伴う就労者ではいかなる「切れ目のない」契約も employee としては考慮されない。ドイツでは、企業が計算に入れる長期の期間についての定期的な労働給付であれば、メディアの就労者のように、事実上の組み入れに着目することによって、この種の障害は克服される。(Rebhahn,a.a.O.S.,170.) しかしながら、レプハーンによれば、切れ目のない (durchgehend) 労働関係は、その時々個別的に合意された労働投入の反復継続によっては基礎づけられない。たとえ枠合意を引き合いに出すにしても、これがなんら労働義務を予定しない (むしろ切れ目のない労働関係の創設を排除する) 場合には、そうである。決定的なのは、企業が労働力について労働者の場合のように処分できるかどうかである。将来の労働への明示の義務がない就労者は、實際上疑いなき労働者よりも事実上しばしばより強力に企業の処分 (利用) に晒されている。(Rebhahn,a.a.O.,S.171.)

(四) 結語

大陸ヨーロッパでは労働者概念は最初から労働法適用に関する「鍵」であったのに対し、イギリスやスカンジナビア諸国では特定の労働協約の適用が問題となったのであり、鍵としての機能は後から付け加わった。労働法は最初にドイツにおいて制度として把握された、そしてここでは交換契約としてだけでなく人法的関係としてそして共同体関係として理解されていた。イギリスではこれに反して契約自由 (交換契約) が第一次的に、そして国家によってほとんど妨げられないが支援もされない集団的規律が第二次的に、刻印されるものである。制度的な把握はフランスよりも後になる。(Rebhahn,a.a.O.,S.174.)

労働法の射程におけるその相違の根拠は「制度内在的に」労働法においてではなくその枠条件の中において探求されるべきである。すなわち、自由主義的市場経済と調整 (統制) 的市場経済の間で区別される市場経済の型に関する議論が参考になる。自己決定による契約の理念型は自由主義的な市場経済に対応し、基準化された労働契約の理念型は調整的市場経済に対応している。この理念型への全く不完全な近接は一方においてイギリスであり他方におけるドイツやフランスのような国に見出される。イギリスでは契約上の取決めがたとえばフランスないしドイツのような諸国よりもはるかに大きな意義を有する。したがって労働法の適用もはるかに容易に免れうる。すなわち裁判所は意識して市場に方向づけられた方向を追及する。(Rebhahn,a.a.O.,S.174.)

もう一つの相違の原因は、なるほど法的には従属して就労してないけれど、しかし経済的には従属してかつ・また非独立的である就労者についての規律でもありうる。この「第3の」カテゴリーが疑いなき労働者と疑いなき1人-企業との間に固定的に設置されて特別に規律されている場合には、労働者概念を抑制する視点をもたらさう。この反作用はとりわけイギリス (workers に関する規律) においては説得力がある、そしてイタリアにおいても重要であるが、ドイツやフランスではそれほどの意味は有しない。(Rebhahn,a.a.O.,S.174.)

IV ヨーロッパ法制との比較におけるわが国の個別法上の労働者概念画定の特徴

1. 使用従属性の主要判断要素

労基研報告による「使用従属性」の主要な判断基準である「指揮監督下の労働」については、①仕事依頼・業務指示への諾否の自由の有無、②業務遂行上の指揮監督の有無、③拘束性 (労働時間、労働場所) の有無及び④代替性の有無 (補強要素) から判断される。レプハーンの種類によれば②は専門的指示、③は人的指示になるが、①の諾否の自由の有無は認められない、しかし、(人的労働への) 義務という新たな

判断要素との近接性はある程度認められる。ところで、わが国の判例では⁶この①の判断要素が極めて重要な役割を果たしている。とりわけ、さらに①「包括的な仕事の依頼」により具体的仕事の依頼に対する拒否の自由が制約されても、あるいは②専属的下請けのように、事実上仕事の依頼を拒否できない場合であっても、直ちに指揮監督関係の肯定とはならず、契約内容を勘案して判断する、としている部分はその後の判例においてよく用いられており、わが国の判断要素としては非常に特徴的ともいえる。また、業務上の指示並びに拘束性（労働時間、労働場所）についても、「業務の性質上」必然的に制約・指定される部分を指摘して指揮命令関係から除外する方法も頻繁に使用される。これらは、労働者・非労働者、あるいは雇用とその他の契約関係の境界画定に当たり大きな意義をもっている。このような概念を析出したのは、わが国ではもともとこの労基研報告においても備車運転手の労働者性を意識してその基準が策定されたこととも関係しているように思われる。こういったいわば非労働者性に向けた独自の判断要素の析出はヨーロッパにおいては明らかでない。

2. 労働者性判断の補強要素

次に、労基研報告においては労働者性判断の補強的要素と考えられていた事業者性の有無は経営手段の所有などむしろ事業者性が肯定されることによって、横浜南労基署長事件を筆頭に、逆に非労働者性が導かれるような傾向がみられる。この部分はレプハーンの分析では、経済的非独立性としてヨーロッパ諸国でも労働者性の判断要素となっているようである。どちらかというそれは、人的あるいは法的従属性の弱さを補強する要素として、その機能は逆の方向にある。また、事業者性の判断自体が異なるように思える。ヨーロッパでは事業者として市場に登場して多くの顧客獲得を目指して活動しているか、あるいは専属的に長期に特定業者との間の契約に存しているような存在かが大きなポイントになっていると思われるが、わが国の場合あまり高価でない生産・経営手段の所有から事業者性を導こうとするところもあり、少々安易との印象を受ける。

3. わが国の労働者性概念の範囲画定とその特徴

いずれにしても、この両側面を見る限り、日本の労働者概念はヨーロッパにおける「組織的他者決定（人的従属・法的従属）の概念とほぼ同じと思われるが、具体的な判断基準の析出の点ではとりわけ経済的従属的自営業者の非労働者性に関してはより明確な基準を提出しているといえよう。ただ、その機能は非労働者性を結果する点で労働者の範囲は狭くなっているともいえる。

しかしながら、ヨーロッパでも人的労働への義務を改めて強調する契約形態が出現しているように、わが国でも新国立劇場事件に典型に見られるような現象が現れている。すなわち、基本契約は具体的な労働義務を予定しない非労働契約であって個別出演契約の締結によってはじめて労働契約となる。実際上はそれが反復継続しても非労働関係ということになる。このような種類の契約が増えれば非労働者問題は深刻化するであろう。

また、わが国の判例における個別労働関係の労働者性判断における諾否の自由の判断については、いわゆる形式的自由があればそれは肯定されることになり、たとえ事実においてはほとんど拒否できないようなケースであってもそれ自体では自由の否定＝拘束とはならない点が特徴的である。この点は、逆に労組法上の労働者概念における諾否の自由及び拘束性の判断においては事実上の強制の要素が重視されて判断されている点と、対照的である。これはおそらく、労基法のような刑罰規定を伴う法律の適用に当たっ

6 平成18年以降の裁判例の動向分析と立法課題について、鎌田耕一・島田陽一・池添宏邦・水口洋介「＜座談会＞労働者性の再検討～判例の新展開と立法課題～」季刊労働法222号（2008年秋季）27頁以下参照

ては厳格な適用基準を設定する必要があるとの考慮があらうかと思われる。この点では、労働契約関係においては私法的契約関係である以上そのような配慮は不要かと思われる。しかしながら、わが国の労使関係における労働者にはいわゆる正規社員と非正規社員とがあり労働契約法理も基本的にはこの正社員を対象に形成されてきたといっても過言でない（年功序列型賃金・人事処遇、定年退職と退職金）。そうすると、労働契約法理において議論となってきた解雇法理の適用については、労働者であることは全く問題ない非正社員については認められない正社員に固有の制度（慣行）であるため、その適用に対しては厳しい障害（ハードル）が生まれてきたとも解せられる。

「労組法上」・「労基法上」の労働者性判断について —最高裁 3 判決以降の裁判例・命令を中心として—

東洋大学ライフデザイン学部非常勤講師・特定社会保険労務士 田 中 建 一

I 問題の所在

1. 最高裁 3 判決と労働者性の判断基準

2011年4月12日、最高裁は、【1】国・中労委（新国立劇場運営財団）事件（最判平 23.4.12 労判 1026 号 5 頁）、【2】国・中労委（INAX メンテナンス）事件（最判平 23.4.12 労判 1026 号 27 頁）において、労務提供者の「労組法上」の労働者性を肯定する判断を示し、労働委員会と裁判所の争いに一応の決着をつけた。【1】、【2】ともに、①組織への組み入れ、②契約内容の一方的・定型的決定、③報酬の労務対価性、④業務の依頼に応ずべき関係、⑤広い意味での指揮監督下の労務提供を判断要素とし、総合的な判断をしている。また、一般論を示さずに労務提供者の「労組法上」の労働者性を肯定したこと¹は、先例的役割を果たしてきた【3】CBS 管弦楽団事件（最判昭 51.5.6 判時 813 号 3 頁）と同様であるが、新たに「契約内容の一方的決定」を加え、5つの判断要素としている²ところに違いが見られる。これらの判決が、平成 23 年 7 月に、厚生労働省の労使関係法研究会が示した「労働組合法上の労働者性の判断基準について」（以下「労使研基準」という）に大きな影響を与えたことは言うまでもない。

さらに、続く【4】ビクターサービスエンジニアリング事件（最判平 24. 2. 21 労判 1043 号 5 頁）も、労務提供者の労働者性を否定した高裁判断を破棄差戻す判決を下した（【1】、【2】、【4】を最高裁 3 判決という）。この判決も、【1】、【2】と同様に、事例判断ながら5つの要素により「労組法上」の労働者性の判断をしているが、労働者性の阻害要素としての事業者性判断において、「独立の事業者としての実態を備えていると認められるべき特段の事情がない限りは」労働者性を肯定すべきであるとして、その判断の考慮事情を初めて示した³。

一方、「労基法上」の労働者性の判断基準としては、最高裁 3 判決の 20 年以上前の昭和 60 年 12 月に、旧労働省に置かれた労働基準法研究会から、「労働基準法の『労働者』の判断基準について」（以下、「労基研基準」という）が示されている。【5】横浜南労基署長（旭紙業）事件（最判平 8.11.28 労判 714 号 14 頁）、【6】藤沢労基署長（大工負傷）事件（最判平 19. 6. 28 労判 940 号 11 頁）をはじめとして、多くの裁判例がおおむね、この基準にそった司法判断をしている。

2. 問題の所在と本稿の目的

「労基法上」の労働者性の判断において、裁判例の多くが「労基研基準」を用いているが、この基準を用いないで判断する傾向の強い業種や職種の裁判例も散見される。一方の「労組法上」の労働者性判断においても、「労使研基準」が示された翌年に、労務提供者の労働者性を肯定する最高裁 3 判決が出揃い、現在までに、ある程度の裁判例、命令が集積している。

そこで、本稿では、最高裁 3 判決以降の「労組法上」・「労基法上」の労働者性をめぐる裁判例・命令の中から、注目すべき業種・職種の事案を抽出し、2つの労働者性判断基準を念頭に置きながら検討し紹介

1 岩村正彦〔鼎談〕「労組法上の労働者性をめぐって」ジュリスト 1426 号（2011）30 頁。

2 荒木尚志前掲 1）29 頁。

3 鎌田幸夫「ビクターサービスエンジニアリング事件最高裁判決の意義と課題—労組法上の労働者性と事業者性」労働法律旬報 1771 号（2012 年）44 頁。

する。以下で、「労基法上」・「労組法上」の労働者性の判断基準（Ⅱ）を簡単に説明し、「労組法上」の労働者性をめぐる裁判例・命令（Ⅲ）、「労基法上」の労働者性をめぐる裁判例（Ⅳ）を概観し、結び（Ⅴ）とする。

Ⅱ. 「労基法上」・「労組法上」の労働者性の判断基準

1. 「労基法上」の労働者性の判断基準

「労基法上」の労働者性の判断基準としては、「労使研基準」（前述）が示されている。この基準（後掲参考資料1）は、①依頼業務に対する諾否の自由、②業務遂行上の指揮監督、③拘束性・代替性、④報酬の労務対償性などの使用従属性判断を本質的判断要素とし、補強的に、報酬の算定方法や支払い方法などを事業者性判断要素とするものである。

「労契法上」の労働者も、基本的には、労基法と同一の概念であると解されている。しかしながら、雇用形態の態様化に伴い、組織の組入れはあるが使用従属関係が明確でないフリーランスという働き方が増加しており、労基法概念との峻別も有力に主張されている⁴。

2. 「労組法上」の労働者性の判断基準

一方、「労組法上」の労働者性の判断基準としては、「労使研基準」（前述）が示されている。この基準（後掲参考資料2）は、「労契法上」及び「労基法上」の労働者との関係で労働者概念を相対的に捉えるものである。具体的な判断要素として、①事業組織への組み入れ、②契約内容の一方的・定型的決定、③報酬の労務対償性、④業務の依頼に応ずべき関係、⑤広い意味での指揮監督下の労務提供、一定の時間的場所的拘束、⑥顕著な事業者性などを掲げ、実態に即して判断するというものである。

学説においても、「労基研基準」と同様に、使用従属関係を重視するという見解⁵も見られるが、使用従属という判断要素から離れるべきであるという見解⁶が主流となっている。

Ⅲ. 「労組法上」の労働者性をめぐる裁判例・命令

1. 【バイシクルメッセンジャー】

【7】ソクハイ事件（中労委決定平22.7.7）別冊中労委時報（重要命令）139号11頁）では、自転車で書類等を運ぶバイシクルメッセンジャーの「労組法上」の労働者性について、①会社の業務に不可欠であり、専属性の高さから事業組織に強く組み込まれている。②報酬は出来高払いであるが、定型的に遂行される業務であるため、労働の量に比例する。③業務依頼の拒否に対する制裁は見られないが拒否すること自体が稀であったことから、「労組法上」の労働者性を肯定した。同事件の判断は、司法の場に移されたが、【8】ソクハイ事件（東京地判平24.11.15労経速3頁）も、業務の定型性から報酬の労務対償性を肯定し、拘束も一定程度存在すると評価するなど、ほぼ中労委命令と同様の評価をしたうえで、バイシクルメッセンジャーの「労組法上」の労働者性を肯定した。

4 鎌田耕一「労働契約法の適用範囲とその基本的性格」日本労働法学会誌107号（2006）32頁～33頁。

5 土田道夫「労働者」性判断基準の今後—労基法・労働契約法上の「労働者」性を中心にジュリスト1426号（2011）30頁。

6 菅野和夫『労働法〔第五版補正二版〕』（弘文堂、2002）468頁～469頁。

2. 【コンビニオーナー】

コンビニオーナーは、コンビニストア本部との間でフランチャイズ契約を締結することにより、コンビニ店舗を経営する義務を負うが、コンビニオーナー自身が店舗業務のすべてを行う義務はなく、業務のすべてを従業員に任せてしまうことも可能である。しかしながら、人件費縮減という経営上の理由から、コンビニオーナーとその家族が勤務シフトに入り、長時間にわたる店舗業務を行うことが少なくない。

加えて、本部との間で、①売り上げ予測に関する情報提供の問題、②仕入れリベートの帰属の問題、③ロスチャージ（ロイヤリティの計算方法）の問題、④見切り販売の問題、⑤契約解除の違約金の問題などが生じやすく、訴訟で解決を図る場合も少なくない。このような状況下で、個々のコンビニオーナーが本部と交渉する場合に、一事業者としての個人単位での交渉には限度があり、集団的な交渉の必要性に迫られている。

【9】セブーンイレブン・ジャパン事件（岡山県労委命令平 26. 3. 13 労判 1090 号 93 頁）は、セブーンイレブンとフランチャイズ契約を結んだコンビニオーナーによって結成されたコンビニ加盟店ユニオンが岡山県労働委員会（以下、「岡山県労委」という）に不当労働行為の救済を申し立てた事案である。その中で、コンビニオーナーの「労組法上」の労働者性が争点となった。岡山県労委は、「労使関係法研究会報告書」で示された5つの基準と消極的判断要素（事業者性）、すなわち、①会社の事業組織への組み入れ、②会社のフランチャイズ契約の一方的・定型的決定、③報酬の労務対価性、④会社からの業務依頼の諾否の自由、⑤会社からの指揮監督、⑥顕著な事業者性をそれぞれ検討し、フランチャイズ契約のコンビニオーナーの「労組法上」の労働者性を肯定した。この命令が出るまでには、最高裁3判決を間に挟んで、4年間の歳月を要したが、コンビニオーナーの「労組法上」の労働者性を、初めて認めたという点に大きな意義を有する。

これに続く、【10】ファミリーマート（団交拒否）事件（東京都労委命令平 27.3.17 労判 1117 号 94 頁）でも、【9】とほぼ同様の考え方に基づき、ファミリーマート加盟店ユニオンを結成したコンビニオーナーの「労組法上」の労働者性を肯定した⁷。

なお、両事件とも、本部側が中央労働委員会に再審査請求を申し立ており、平成 30 年 8 月 31 日時点では、その決着はついていない。

3. 【NHK 受信料集金人等】

【11】NHK（名古屋放送局・地域スタッフ）事件（東京都労委命令平 27. 8. 25 労働委員会データ）は、NHK 名古屋駅前放送センターに所属する地域スタッフ（業務委託契約）らが組織する労働組合の団交申し入れを NHK（日本放送協会）が拒否したため、労働組合等が不当労働行為にあたるとして東京都労委に救済を申し立てた事案である。その中で、地域スタッフの「労組法上」の労働者性が争点となった。東京都労委は、労働者性の判断について、「事業組織への組み入れ、契約内容の一方的・定型的決定、報酬の労務対価性、労務に依頼に応ずべき関係、広い意味での指揮監督下での労務提供、顕著な事業者性などの諸要素を総合的に考慮してなされるべき」とし、ほぼ、「労使研基準」の5つの判断要素に基づいて、地域スタッフの「労組法上」の労働者性を肯定した。

4. 【障害者施設利用者】

障害者総合支援法で規定する就労移行事業 B 型事業所（以下、「B 型事業所」という）は、通常の事業所

7 大山盛義「ファミリーマート店長の労組法上の労働者性について」季労 252 号（2016）238 頁で、本事案の特徴として、①契約期間が 10 年であること、②契約当事者間の経済的格差、③他人労働力利用が前提であること、④契約婦更新が 3 割であることを指摘している。

で、雇用契約を締結して就労することが困難な者に、就労の機会の提供及び生産活動の機会の提供、その他の就労に必要な知識及び能力の向上のために必要な訓練や支援を行うための事業所である。B型事業所の利用者は、施設が行う生産活動に参加し、その収益からの分配金(工賃)の支給を受ける。就労移行A型事業所のように雇用契約の締結を前提とするものではないため、原則的には、労働者としての取扱いはなされない。

しかしながら、B型事業所の利用者が、A型事業所とほぼ、同内容の作業をしている場合もあり得る。そのような場合には、厚生労働省社会・援護局障害保健福祉部障害保健福祉課長が通知した「就労継続支援事業利用者の労働者性に関する留意点について」(平18.10.2障障発第1002003号、平20.7.1最終改正障障発第0701003号)を拠りどころとしている。

【12】社会福祉法人沖縄県身体障害者福祉協会(太希おきなわ)事件(沖縄県労委命令平24.9.20中労委データベース)は、沖縄県身体障害者福祉協会が運営するB型事業所(Y)の利用者であるAらが加入する太希おきなわ自立労働組合がYに団交を申し入れたが拒否されたため、不当労働行為に当たるとして、沖縄県労働委員会に救済申し立てをした事案(先行事件)である。その後、YがAらを事業所から退所させた措置が不当労働行為に当たるとして、同県労委への救済申し立てが追加された(後続事件)。

初審である沖縄県労委は、先行事件について、AらB型事業所利用者は、「労組法上」の労働者に当たらないとして、救済申し立てを却下した。また、後続事件についても、不当労働行為に当たらないと棄却した。組合らは、これらの決定を不服として、中労委に、再審査を申し立てた。

【13】沖縄県身体障害者福祉協会事件(中労委命令平28.12.21)では、B型事業所利用者は、「労組法上」の労働者性について、①Yの事業は、利用者がサービスを提供する施設の事業活動に労働力として組み込まれていないこと、②施設の生産活動と工賃の間に労務供給の対価性がないこと、③生産活動に対する指導は、訓練としての指導や助言であり、それを越えた作業上の指揮・監督・命令と認めることはできないとして、B型事業所利用者の「労組法上」の労働者性を否定した。【5】～【11】が、ほぼ、「労使研基準」に沿った判断しているのに対し、本件命令は、福祉事業サービスという特殊性を踏まえた判断⁸をしている。

IV. 「労基法上」の労働者性をめぐる裁判例

1. 【NHK 地域スタッフ】

これまでも、繰り返し、NHK地域スタッフの「労基法上」及び「労契法」の労働者性が争われている。最近では、【14】NHK神戸放送局事件(神戸地判平26.6.5労判1098号5頁)で、「労基研基準」に基づいて、NHK地域スタッフの労働者性を肯定する判断をした。しかし、その控訴審である【15】同事件(大阪高判平27.9.11労判1130号22頁)では、一審と同様に、「労基研基準」に沿った検討を行ったが具体的評価を異にしたため、一審判決が覆され、NHK地域スタッフの労働者性が否定されている。また、【16】NHK堺営業センター(地域スタッフ)事件(大阪地判平27.11.30労判1137号31頁)でも、地域スタッフの労働者性を肯定した上で、労契法17条1項の類推適用⁹により、契約の中途解約を無効とする判断をしたが、控訴審である【17】同事件(大阪高判平28.7.29労判1154号67頁)では、その労働者性を否定し、労契法17条1項の類推適用もされないと判断した。このように、地裁レベルでは、NHK地域スタッフの労働者性が肯定されることがあっても、例えば、【18】NHK西東京営業センター(受信料集金等受託者)事

8 島添聡一郎「労働組合法上の労働者性について(事例の検討を中心に)中央労働時報1225号(2017)7頁。

9 土田道夫『労働契約法』(有斐閣,2008)51頁で、グレーゾーンの労務提供者に、労働契約法の解雇濫用制度(16条)、安全配慮義務(5条)を類推適用すべきであるとする。

件（東京高判平 15. 8. 27 労判 868 号 81 頁）、【19】NHK 盛岡放送局（受信料集金等受託者）事件（仙台高判平 16. 9. 29 労判 881 号 15 頁）、【20】NHK 千葉放送局事件（東京高判平 18. 6. 27 労判 925 号 64 頁）などのように、高裁レベルでは覆されてしまうということが相次いでいる。

2. 【神社神職】

【21】住吉神社事件（福岡地判平 27. 11. 11 労判 1152 号事件 69 頁）は、Y 神社の神職（禰宜）である X が管理的業務を行う宮司からパワーハラスメントを受けたとして、地位の確認と不法行為による損害賠償請求をした事案である。そのなかで、X の労働者性が争点となった。判決は、①時間的場所的拘束の有無、②指揮監督の有無、③業務指示に対する諾否の自由の有無、④俸給の労務対償性の有無等、「労基研基準」に挙げられた判断要素に加え、神職の特殊性を考慮し、労働省（当時）基準局長発昭 27. 2. 5 通達「宗教法人又は宗教団体の事業又は事業所に対する労働基準法について」の該当性の検討を補完的に行い、X が Y の指揮監督の下で、労務を提供し、その対価を毎月得ていることを根拠として、「労基法及び労働契約法の労働者に当たる」として、神職 X の労働者性を肯定した。

3. 【相撲協会力士】

【22】日本相撲協会（故意による無気力相撲）・解雇事件（東京地判平 25. 3. 25 労判 1079 号 152 頁）は、財団法人日本相撲協会（Y）から、「故意による無気力相撲」を取ったと判断された中国出身力士 X が、Y による引退勧告処分、解雇処分が無効であるとして、X が幕内力士であることの地位確認及び解雇後の給与支払い等を求めた事件である。

その中で、X と Y との法的関係（労働者性）が争点となったが、裁判所は、「本件契約は、取引法原理になじみ難い側面を含む複合的な要素を有する」もので、「そもそも相撲自体、古代からあり、また、江戸時代の勧進相撲が現代の相撲社会の基礎をなしているという相撲の歴史、すなわち、力士と Y の関係（相撲部屋制度、師匠との関係も含む。）は、民法制定以前から存在する関係が基本となっていると考えられる」とし、「当然に、民法の典型契約である雇用契約や準委任契約に該当するとみることは困難であり」、「有償双務としての性質を有する私法上の無名契約として解するのが相当である」と判断した。なお、本件も相撲社会の歴史や特殊性を考慮して、「労基研基準」を用いずに判断したところに特徴がある。

4. 【ホスト・ホステス】

ホストの労働者性が争われた事件として、唯一、【23】甲観光事件（東京地判平 28. 3. 25 労経速 2289 号 24 頁）¹⁰がある。本件では、①報酬は、最低保障（1 日 3000 円）と指名料をもって基本給が構成されている。②店舗への場所代は不要であるが、日曜・祝日に指名をとれなかった場合は、指名罰金が徴集される。③出勤時間は定まっているものの、お客と同伴出勤すれば遅れることは許され、入店後に指名客を迎えに店外に出ることも可能であった。④勤務で着用する私服や顧客へのプレゼントの費用は自己負担であった。⑤売上金回収はホストの責任であった。⑥兼業することも許容されていたが、月 1 回、約 1 時間の店舗からの報告を中心とするミーティングが行われていたことを前提事実として、本件ホストと Y に雇用契約関係は認められないとして、ホストの労働者性を否定した。本件も、本件ホストと Y との契約関係を雇用契約ではなく「賃貸借契約類似の非典型契約」と判断し、「労基研基準」を用いず労働者性を判断している。

10 判例評釈として、山口浩一郎「ホストの労働者性」労働法令通信 2448 号（2017）20 頁がある。

一方、ホステスの労働者性を判断した事案は、【24】ルイジュアン事件（東京判平 3.6.3 労判 592 号 39 頁）、【25】長谷実業事件（東京判平 7.11.7 労判 689 号 61 頁）、【26】パインインターナショナル事件（東京判平 11.3.19 労判 770 号 144 頁）など、ある程度、蓄積している。ほとんどの事案が、「労基研基準」を用いていない。その中で、最高裁 3 判決以前ではあるが、【27】クラブイシカワ事件（大阪地判平 17.8.26 労判 903 号 83 頁）は、「労基研基準」を用いた上で、当該ホステスの労働者性を肯定している。

最近の事件としては、クラブママの労働者性が争われた、【28】M コーポレーション事件（東京地判平 27.11.5 労判 1134 号 76 頁）がある。本件は、①指揮監督の有無。②場所的・時間的拘束の有無。③報酬の労務対償性。④他のホステスとの待遇の違いを検討し、「本件契約について、X が Y の指揮監督下において労働し、その対価として賃金の支払いを受ける旨の労働契約であったと評価することは困難である」とし、本件クラブママの労働者性を否定した。本件も、「労基研基準」をそのまま用いて判断したものではない。

V. 結び

本検討を行った結果、以下の点が確認できた。第一に、裁判所の判断においても、基本的には、「労使研基準」・「労基研基準」を用いてたうえで労働者性の判断をしている。第二に、特殊な職種や業種については、これらの判断基準に捉われずに、特殊性を考慮した項目によって判断を行っている（【13】、【21】～【25】など）。第三に、「労組法上」の労働者性判断では、最高裁 3 判決の影響が見られ、「組織への組み込み」と「契約の一方的決定」を重視した「労使研基準」への依存的傾向が見受けられた。これに対し、「労基法上」の労働者性判断では、従来どおり、使用従属性を重視した判断を行っている。現時においては、最高裁 3 判決の顕著な影響までを確認することができなかった。今後の裁判例の集積を待ちたい。第四に、二つの判断基準の判断要素の違いから、「労組法上」の労働者であるが「労基法上」の労働者ではない業務供給者が生じている^{11, 12}。

最後に、現行の「労基研基準」が使用従属性を重視しすぎる¹³ため、フリーランスなどの委託型労務提供者が労働者でないという判断がなされている。そのため、労働法の保護を受けることが出来ず、契約打ち切り（【15】、【16】など多数）、災害補償（【5】、【16】）訴訟が繰り返し提起されている。

国際的潮流¹⁴への対応のためにも、このような委託型労務提供者に法的保護を与えるための政策的検討が喫緊の課題となっている¹⁵。

11 労働者概念の相対性については、土田前掲 8）59 頁。

12 新谷真人「メッセンジャー組合との団体交渉と義務的団交事項」季刊労働法 256 号（2017）219 頁で、こうした労働者概念の不一致を「ねじれ」現象と呼び、義務的団交事項との関係を述べている。

13 鎌田耕一前掲 4）30 頁。雇用・請負にあつて従属性は、本質的要素ではないため、「委託型労働者には、労基法、労働契約法、雇用法三つのレベルで法が適用される可能性がある」とする。

14 例えば、ドイツ（労働者類似の者）、イタリア（準労働者）、韓国（特殊形態勤労従事者）など多くの国で、労働者でない労務提供者にも災害補償等の法的保護を与えている。

15 鎌田耕一・長谷川聡・田中建一・内藤忍「委託就業者の実態と法的保護」日本労働法学会誌 130 号（2017）19 頁以下。

＜参考資料 1＞

労働基準法研究会「労働基準法研究会報告（労働基準法の『労働者』の判断基準について）」（昭和 60 年 12 月 19 日・抜粋）

労働基準法の「労働者」の判断基準について

第 1 労働基準法の「労働者」の判断

1. 労働基準法第 9 条は、その適用対象である「労働者」を「使用される者で、賃金を支払われる者をいう」と規定している。これによれば、「労働者」であるか否か、すなわち「労働者性」の有無は「使用される＝指揮監督下の労働」という労務提供の形態及び「賃金支払」という報酬の労務に対する対償性、すなわち報酬が提供された労務に対するものであるかどうかということによって判断されることとなる。この二つの基準を総称して、「使用従属性」と呼ぶこととする。
2. しかしながら、現実には、指揮監督の程度及び態様の多様性、報酬の性格の不明確さ等から、具体的事例では、「指揮監督下の労働」であるか、「賃金支払」が行われているかということが明確性を欠き、これらの基準によって「労働者性」の判断をすることが困難な場合がある。このような限界的事例については、「使用従属性」の有無、すなわち「指揮監督下の労働」であるか、「報酬が賃金として支払われている」かどうかを判断するに当たり、「専属度」、「収入額」等の諸要素をも考慮して、総合判断することによって「労働者性」の有無を判断せざるを得ないものとする。
3. なお、「労働者性」の有無を法律、制度等の目的、趣旨と相関させて、ケース・バイ・ケースで「労働者」であるか否かを判断する方法も考え得るが、少なくとも、労働基準関係法制については、使用従属の関係にある労働者の保護を共通の目的とするものであり、また、全国画一的な監督行政を運営していく上で、「労働者」となったり、ならなかったりすることは適当でなく、共通の判断によるべきものであろう。

第 2 「労働者性」の判断基準

以上のように「労働者性」の判断に当たっては、雇用契約、請負契約といった形式的な契約形式のいかんにかかわらず、実質的な使用従属性を、労務提供の形態や報酬の労務対償性及びこれらに関連する諸要素をも勘案して総合的に判断する必要がある場合があるので、その具体的判断基準を明確にしなければならない。

この点については、現在の複雑な労働関係の実態のなかでは、普遍的な判断基準を明示することは、必ずしも容易ではないが、多数の学説、裁判例等が種々具体的判断基準を示しており、次のように考えるべきであろう。

1. 「使用従属性」に関する判断基準

(1) 「指揮監督下の労働」に関する判断基準

労働が他人の指揮監督下において行われているかどうか、すなわち他人に従属して労務を提供しているかどうかに関する判断基準としては、種々の分類があり得るが、次のように整理することができよう。

イ 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

「使用者」の具体的な仕事の依頼、業務従事の指示等に対して諾否の自由を有していれば、他人に従属して労務を提供するとは言えず、対等な当事者間の関係となり、指揮監督関係を否定する重要な要素となる。これに対して、具体的な仕事の依頼、業務従事の指示等に対して拒否する自由を有しない場合は、

一応、指揮監督関係を推認させる重要な要素となる。なお、当事者間の契約によっては、一定の包括的な仕事の依頼を受諾した以上、当該包括的な仕事の一部である個々具体的な仕事の依頼については拒否する自由が当然制限される場合があり、また、専属下請のように事実上、仕事の依頼を拒否することができないという場合もあり、このような場合には、直ちに指揮監督関係を肯定することはできず、その事実関係だけでなく、契約内容等も勘案する必要がある。

ロ 業務遂行上の指揮監督の有無

(イ) 業務の内容及び遂行方法に対する指揮命令の有無

業務の内容及び遂行方法について「使用者」の具体的な指揮命令を受けていることは、指揮監督関係の基本的かつ重要な要素である。しかしながら、この点も指揮命令の程度が問題であり、通常注文者が行う程度の指示等に止まる場合には、指揮監督を受けているとは言えない。なお、管弦楽団員、バンドマンの場合のように、業務の性質上放送局等「使用者」の具体的な指揮命令になじまない業務については、それらの者が放送事業等当該事業の遂行上不可欠なものとして事業組織に組み入れられている点をもって、「使用者」の一般的な指揮監督を受けていると判断する裁判例があり、参考にすべきであろう。

(ロ) その他

そのほか、「使用者」の命令、依頼等により通常予定されている業務以外の業務に従事することがある場合には、「使用者」の一般的な指揮監督を受けているとの判断を補強する重要な要素となろう。

ハ 拘束性の有無

勤務場所及び勤務時間が指定され、管理されていることは、一般的には、指揮監督関係の基本的な要素である。しかしながら、業務の性質上（例えば、演奏）、安全を確保する必要上（例えば、建設）等から必然的に勤務場所及び勤務時間が指定される場合があり、当該指定が業務の性質等によるものか、業務の遂行を指揮命令する必要によるものかを見極める必要がある。

ニ 代替性の有無―指揮監督関係の判断を補強する要素―

本人に代わって他の者が労務を提供することが認められているか否か、また、本人が自らの判断によって補助者を使うことが認められているか否か等労務提供に代替性が認められているか否かは、指揮監督関係そのものに関する基本的な判断基準ではないが、労務提供の代替性が認められている場合には、指揮監督関係を否定する要素のひとつとなる。

(2) 報酬の労務対償性に関する判断基準

労働基準法第11条は、「賃金とは、賃金、給料、手当、賞与その他名称の如何を問わず、労働の対償として使用者が労働者に支払うすべてのものをいう。」と規定している。すなわち、使用者が労働者に対して支払うものであって、労働の対償であれば、名称の如何を問わず「賃金」である。この場合の「労働の対償」とは、結局において「労働者が使用者の指揮監督の下で行う労働に対して支払うもの」と言うべきものであるから、報酬が「賃金」であるか否かによって逆に「使用従属性」を判断することはできない。

しかしながら、報酬が時間給を基礎として計算される等労働の結果による較差が少ない、欠勤した場合には応分の報酬が控除され、いわゆる残業をした場合には通常の報酬とは別の手当が支給される等報酬の性格が使用者の指揮監督の下に一定時間労務を提供していることに対する対価と判断される場合には、「使用従属性」を補強することとなる。

2. 「労働者性」の判断を補強する要素

前述のとおり、「労働者性」が問題となる限界的事例については、「使用従属性」の判断が困難な場合があり、その場合には、以下の要素をも勘案して、総合判断する必要がある。

(1) 事業者性の有無

労働者は機械、器具、原材料等の生産手段を有しないのが通例であるが、近におけるいわゆる備車運転手のように、相当高価なトラック等を所有して労務を提供する例がある。このような事例については、前記1の基準のみをもって「労働者性」を判断することが適当でなく、その者の「事業者性」の有無を併せて、総合判断することが適当な場合もある。

イ 機械、器具の負担関係

本人が所有する機械、器具が安価な場合には問題はないが、著しく高価な場合には自らの計算と危険負担に基づいて事業経営を行う「事業者」としての性格が強く、「労働者性」を弱める要素となるものと考えられる。

ロ 報酬の額

報酬の額が当該企業において同様の業務に従事している正規従業員に比して著しく高額である場合には、上記イと関連するが、一般的には、当該報酬は、労務提供に対する賃金ではなく、自らの計算と危険負担に基づいて事業経営を行う「事業者」に対する代金の支払と認められ、その結果、「労働者性」を弱める要素となるものと考えられる。

ハ その他

以上のほか、裁判例においては、業務遂行上の損害に対する責任を負う、独自の商号使用が認められている等の点を「事業者」としての性格を補強する要素としているものがある。

(2) 専属性の程度

特定の企業に対する専属性の有無は、直接に「使用従属性」の有無を左右するものではなく、特に専属性がないことをもって労働者性を弱めることとはならないが、「労働者性」の有無に関する判断を補強する要素のひとつと考えられる。

イ 他社の業務に従事することが制度上制約され、また、時間的余裕がなく事実上困難である場合には、専属性の程度が高く、いわゆる経済的に当該企業に従属していると考えられ、「労働者性」を補強する要素のひとつと考えて差し支えないであろう。なお、専属下請のような場合については、上記1 (1) イと同様留意する必要がある。

ロ 報酬に固定給部分がある、業務の配分等により事実上固定給となっている、その額も生計を維持しうる程度のものである等報酬に生活保障的な要素が強いと認められる場合には、上記イと同様、「労働者性」を補強するものと考えて差し支えないであろう。

(3) その他

以上のほか、裁判例においては、①採用、委託等の際の選考過程が正規従業員の採用の場合とほとんど同様であること、②報酬について給与所得としての源泉徴収を行っていること、③労働保険の適用対象としていること、④服務規律を適用していること、⑤退職金制度、福利厚生を適用していること等「使用者」がその者を自らの労働者と認識していると推認される点を「労働者性」を肯定する判断の補強事由とするものがある。

＜参考資料 2＞

厚生労働省の労使関係法研究会「労使研究会報告書（労働組合法上の労働者性の判断基準について）」（平成 23 年 7 月・抜粋）

1. 労働組合法上の労働者性の判断要素の考え方

労働組合法の趣旨や立法者意思を踏まえると、同法上の労働者には、売り惜しみのきかない自らの労働力という特殊な財を提供して対価を得て生活するがゆえに、相手方との個別の交渉においては交渉力に格差が生じ、契約自由の原則を貫徹しては兀当な結果が生じるため、労働組合を組織し集団的な交渉による保護が図られるべき者が幅広く含まれると解される。加えて、同法第 3 条の文言、学説、これまでの労働委員会命令、3 で記載した CBC 管弦楽団労組事件、新国立劇場運営財団事件、INAX メンテナンス事件の最高裁判所判決等を踏まえると、同法上の労働者性は以下の判断要素を用いて総合的に判断すべきである。この場合、各判断要素を総合勘案して上記の労働組合法の趣旨から労働者性を判断するものである。仮に①から③までの基本的判断要素の一部が充たされない場合であっても直ちに同法上の労働者性が否定されるものではない。また、各要素を単独に見た場合にそれ自体で直ちに労働者性を肯定されるところまではいえなくとも、④及び⑤の補充的判断要素を含む他の要素と合わせて総合判断することにより労働者性を肯定される場合もあることに留意する必要がある。さらに、各判断要素の具体的検討にあたっては、契約の形式のみにとらわれるのではなく、当事者の認識（契約の形式に関する認識ではなく、当該契約の下でいかに行動すべきかという行為規範に関する認識）や契約の実際の運用を重視して判断すべきである。

2. 基本的判断要素（①事業組織への組み入れ、②契約内容の一方的・定型的決定、③報酬の労務対価性）

①は労務供給者が相手方の業務の遂行に不可欠ないし枢要な労働力として組織内に確保されており、労働力の利用をめぐり団体交渉によって問題を解決すべき関係があることを示す。②は相手方に対して労務供給者側に団体交渉法制による保護を保障すべき交渉力格差があることを示す。③は労働組合法第 3 条の労働者の定義規定に明示された、「賃金、給料その他これに準ずる収入」に対応したものであり、労務供給者が自らの労働力を提供して報酬を得ていることを示す。以上のような理由から、それぞれ労働組合法上の労働者性判断における基本的判断要素と解される。

3. 補充的判断要素（④業務の依頼に応ずべき関係、⑤広い意味での指揮監督下の労務提供、一定の時間的場所的拘束）

④は、労務供給者が自己の労働力を相手方に提供しないという選択が困難であり、労務供給者が労働力の処分権を相手方に委ねて就労すべき関係にあるという認識が当事者間に存在することを推認させ、①の事業組織への組み入れの判断に当たってこれを補強するものとして勘案される要素である。④が完全に認められなくても、他の事情から ①が肯定されれば労働者性の判断に消極的に影響するものではない。④の判断にあたっては、契約上設定された法的権利義務関係のみに限定した判断ではなく、当事者の認識や契約の実際の運用を重視して判断されるべきである。⑤は、相手方に人的に従属していることを推認させるものであり、労働組合法第 3 条の労働者の定義には労働基準法第 9 条におけるような「使用される」という文言が無いため基本的判断要素とは考えられないが、これらの事情が存在すれば労働者性を肯定する方向に働く補充的判断要素である。最高裁判所判決においては、必ずしも労働基準法上の労働者性を肯定すべき程度に至らないような広い意味での指揮監督の下における労務供給や、労務供給の日時・場所についての一定の拘束であっても、労働組合法上の労働者性を肯定的に評価する要素として勘案されている。

4. 消極的判断要素（⑥顕著な事業者性）

そもそも自己の労働力を提供していない者、あるいは恒常的に自己の才覚で利得する機会を有し自らリスクを引き受けて事業を行う者等の事業者性が顕著である者は、相手方の事業組織から独立してその労働力を自らのために用いているということができ、契約内容等について実際に交渉することが可能であり、報酬についても相手方に労働力を提供したことによる対価とはいえないことなどから団体交渉による保護の必要性が高くはないと解される。したがって、顕著な事業者性が認められる場合は、総合判断において、労働者性を消極的に解し得る判断要素として勘案される。

社労士総研 研究プロジェクト報告書

労働法における労働者性の判断基準

発行年月日 平成 30 年 12 月 1 日発行

編集・発行 社会保険労務士総合研究機構

〒103-8346 東京都中央区日本橋本石町 3-2-12

社会保険労務士会館

TEL : 03-6225-4870 FAX : 03-6225-4871