

序

1 本書の目的

労働法の領域の法律の適用対象となる「労働者」を定義し、法律の適用範囲を画定することは、法的紛争を解決するための前提的課題であり、労働法学の最重要論点の一つである。

しかし、企業組織及び労務供給形態が多様化する中で、行政解釈・学説・判例のいずれにおいても、具体的法規範の適用範囲を客観的・明確に画定し、かつ、結果的妥当性を有する理論が確立しているとは言い難い。

そこで、本書は、労働法の意義及び労働法という法分野が対象とする労働者を検討し、それを踏まえて、労働法分野の法律の適用対象とする「労働者」について、客観的かつ明確な判断基準を定立し、その範囲を確定する。

2 本書の構成

本書は、「第1部 総論」において、①前提的考察として、概念の整理（第1章）を行い、②労働法という法分野が対象とする「労働者」（第2章）を検討する。

そして、「第2部 各論」において、労働法分野の法律の適用対象について、①客観的基準・要件による契約締結前の決定の必要性（第1章）を確認した後、②労働基準法の適用対象とする労働者（労働基準法上の労働者）（第2章）、③労働契約法の適用対象とする労働者（労働契約法上の労働者）（第3章）、④労働組合法の適用対象とする労働者（労働組合法上の労働者）（第4章）の範囲を確定し、⑤労務供給者の労働者性の類型別検討（第5章）を行う。

3 本書の基本的視点と結論

本書の基本的視点と結論は以下のとおりである。

第一に、労働法の対象とする労働者、及び、労働法分野の法律の適用対象とする労働者は、①自ら他人に労務を供給し、その対償としての報酬を支払われる者（自然人）であること、及び、②労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にあること（交渉の非対等性）を基本的判断基準とすべきであり、「自ら他人に労務を供給し、その対償としての報酬を支払われる者（ただし、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できる立場にある者を除く）」は、労働法の対象とする労働者である。

第二に、労働法の対象とする労働者、及び、労働法分野の法律の適用対象とする労働者は、労働組合法の対象とする労働者も含め、職業活動全体や生計維持手段等を考慮した上で「ある人間が労働者階級（階層）に属するかどうか」という観点から定まる「属人的・階層的概念」ではなく、「法の適用が問題となる場面において、具体的な労務供給契約・状況のもとで、労務の供給を受ける者との関係で労働者かどうか」という観点から定まる、「関係的・相対的概念」である。

第三に、労働法の対象とする労働者、及び、労働法分野の法律の適用対象とする労働者について、「指揮監督下の労働とその対償としての報酬の支払（使用従属性）」を基本的判断基準とし、あるいは、使用従属性の判断基準・判断要素を労働者性の判断基準・判断要素とし、労働者の範囲を限定することに合理的な理由はない。また、民法の「雇用」＝「使用者の指揮監督下の労働」との理解を前提に、労働法の対象とする労働者、及び、労働法分野の法律の適用対象とする労働者を、雇用又は雇用に類似した契約類型の労働者に限定することも失当である。

第四に、労働基準法の適用対象とする労働者（労働基準法上の労働者）は、「事業」に労務を供給する者に限定されているので、「自ら事業者に労務を供給し、その対償としての報酬を支払われる者で、労務の供給を受ける事業者との関係で独立事業者でない者」である。

第五に、労働契約法の適用対象とする労働者（労働契約法上の労働者）は、「事業」に労務を供給する者に限定されていないので、「自ら他人に労務を供給し、その対償としての報酬を支払われる者で、労務の供給を受ける者との関係で独立事業者又は独立労働者でない者」である。

第六に、労働組合法の適用対象とする労働者（労働組合法上の労働者）は、「事業」に労務を供給する者に限定されていないので、「自ら他人に労務を供給し、その対償としての報酬を支払われる者で、労務の供給を受ける者との関係で独立事業者又は独立労働者でない者」である。ただし、労働組合法上の労働者は、自ら他人に有償で労務を供給する契約を締結したいと思っているが締結していない者（完全失業者又は部分失業者）も含む概念である。

第七に、自ら他人に有償で労務を供給する者であるが、例外的に労働者性を否定されるのは、労務の供給を受ける者との関係で、「独立事業者」又は「独立労働者」に該当する場合である。

「独立事業者」とは、「独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給し、かつ、①労務の供給を受ける者が消費者である者、又は、②労務の供給を受ける者が事業者であるが、供給される労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく、専属的継続的な労務供給でもない者」である。

また、「独立労働者」とは、「独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではないが、消費者に対して労務を供給し、かつ、当該消費者に専属的に労務を供給しない者」である。

第八に、労働基準法上の労働者、労働契約法上の労働者、及び、労働組合法上の労働者の定義の相違は、①労務の供給を受ける者が事業者である場合に限定されているかどうか、②労務供給契約を締結している者又は一定の契約締結過程にある者を対象しているのか、それとも、自ら他人に有償で労務を供給する契約を締結したいと思っているが締結していない者（完全失業者又は部分失業者）も含むのかに基づくものであり、労働者性の基本的判断基準、すなわち、①自ら他人に有償で労務を供給する者であること、及び、②労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にあること（交渉の非対等性）は同じである。

4 本書における用語と表現

本書において、「事業者」は、消費者契約法2条2項の定める事業者、すなわち、「法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人」を意味する。

また、「消費者」は、消費者契約法2条1項の定める消費者、すなわち、「個

人（事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く）」を意味する。

また、「労務の供給を受ける者」は、特に断りのない限り、労務供給契約の当事者・相手方を意味する。ただし、説明の都合上、本書では、「労務供給契約の相手方」という表現も使用している。

また、「他人」は、自然人のみならず法人等も含むものとして使用している。法律用語としては「他の者（しゃ）」がより正確であろうが、労働関係においてあまり使われておらず、口語で発音すると一般に理解しづらいので、本書では、「他人」を使用することにした。

さらに、本書では、表現を簡潔にするために、「自ら他人に労務を供給し、その対償としての報酬を支払われる者」を、「自ら他人に有償で労務を供給する者」と表現する。

また「自ら事業者に労務を供給し、その対償としての報酬を支払われる者」を、「自ら事業者に有償で労務を供給する者」と表現する。

なお、労働法分野の法律においては、「事業主」という概念が用いられるが、「事業主」は当該法律の対象とする「労働者」と労務供給契約を締結している者を指す概念と解され、したがって、当該法律の対象とする「労働者」が画定されないと「事業主」は画定されないので、本書において「労働者」を定義するにあたっては、「事業主」ではなく、先に述べた「事業者」概念を使用している。

第 1 部 総 論

第 1 章 前提的考察

第 2 章 労働法の対象とする労働者

第1章 前提的考察

本章では、前提的考察として、①労働法における「労働者」概念、②「労働者」と「労働契約」の概念、③「労働者」・「労働契約」と「雇用契約」の概念についての整理を行う。

1 労働法における「労働者」概念

「労働者」の定義は、労働法分野の法律の適用対象となる労務供給者を画定することに意義がある。

労働法の分野において、「労働者」あるいは「労働契約」一般を定義する規定は存在せず*1、「労働者」概念は、①労働基準法上の労働者、②労働契約法上の労働者、③労働組合法上の労働者の三種類存在する。

(1) 労働基準法上の労働者

第一の労働者概念は、労働基準法の適用対象となる、「労働基準法上の労働者」である。

労働基準法9条は、「この法律で、『労働者』とは、職業の種類を問わず、事業所又は事務所（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」と定めており、「事業」に使用される者に適用対象を限定している。

労働基準法上の労働者は、労働安全衛生法、最低賃金法、賃金の支払の確保等に関する法律の適用対象となる労働者と同一である（労働安全衛生法2条2号、最低賃金法2条1号、賃金の支払の確保等に関する法律2条2項参照）。

また、労働者災害補償保険法は、労働者を使用する事業を適用事業とすると

*1 労働契約法6条は、労働契約の成立要件を定めるが、これは、労働契約法の適用される「労働契約法上の労働契約」を対象としている。

ころ（同法3条一号）、同法は、補償給付の対象となる労働者の定義規定を置いていないが、同法12条の8第2項が、労働者に対する保険給付は労働基準法に規定する災害補償の事由が発生した場合にこれを行う旨定め、労働基準法84条1項が同法の規定する災害補償の事由につき、労働者災害補償保険法に基づいて労働基準法の災害補償に相当する給付が行われるべきものである場合においては、使用者は補償の責めを免れる旨規定していること等に鑑みると、労働者災害補償保険法にいう労働者とは、労働基準法に定める労働者と同一と解される*2。

さらに、労働基準法と同じく雇用・労働条件の最低基準（平等原則を含む）を定め、事業主を規制対象とし、労働基準法を補充する関係にある、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、労働者派遣法等、労働契約法を除く他の個別的労働関係法の領域に属する法律の対象となる労働者も同一と解される。

したがって、「労働基準法上の労働者」は、労働基準法のみならず、労働安全衛生法、最低賃金法、賃金の支払の確保に関する法律、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、労働者派遣法等、労働契約法を除く他の個別的労働関係法の領域の法律、及び、労働者災害補償保険法についても、その適用対象となる。

さらに、雇用保険法上の「労働者」（雇用保険の被保険者となりうる「労働者」）、健康保険法上の「使用される者」（健康保険の被保険者となりうる「使用される者」）、厚生年金保険法上の「使用される者」（厚生年金保険の被保険者となりうる「使用される者」）の範囲も、労働基準法上の労働者と同一と解される（→後掲第2部第2章第4節第11款）。

（2）労働契約法上の労働者

第二の労働者概念は、労働契約法の適用対象となる、「労働契約法上の労働者」である。

労働契約法2条1項は、「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」と定めている。労働契約法上の労働者は、「事業」に使用される者に限定されていないので、消費者と労務供給

*2 横浜南労基署長事件・最一小判平成8・11・28労判714号14頁もこれを肯定している。

契約を締結している者も対象となりうる。

(3) 労働組合法上の労働者

第三の労働者概念は、労働組合法の適用対象となる、「労働組合法上の労働者」である。

労働組合法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」と定めている。労働組合法上の労働者は、「事業」に使用される者に限定されていないので、消費者と労務供給契約を締結している者も対象となりうる。また、現在労務供給契約を締結していない「失業者」も対象となりうる*3。

(4) まとめ

以上の、①労働基準法上の労働者、②労働契約法上の労働者、③労働組合法上の労働者の三つの労働者概念に対応して、前記の労働関連分野の法律は、その適用対象となる労働者の範囲により、①労働基準法及び同法と適用対象労働者を同じくする法律、②労働契約法、③労働組合法の三つに分類されることになる。

したがって、①労働基準法上の労働者、②労働契約法上の労働者、③労働組合法上の労働者の三つの労働者概念の異同と具体的判断基準の確立が、本書の中心的課題である。

2 「労働者」と「労働契約」

労働法分野の法律の適用対象を画定する方法としては、当該法律が適用される労務供給者として「労働者」を定義する方法と、当該法律が適用される労務供給契約として「労働契約」を定義する方法の双方のアプローチを想定しうる。

しかし、日本の労働法においては、前掲1で検討したように、労働基準法、労働契約法、労働組合法のいずれについても、当該法律にいう「労働者」が定義され（労働基準法9条、労働契約法2条1項、労働組合法3条）、当該法律にいう「労働契約」の定義はおかれず、当該法律が適用される「労働者」が画定される構造となっている。換言すれば、労働基準法、労働契約法、労働組

*3 旧法解釈例規第五号第二問 昭23・6・5 労発第262号（厚労省労使関係法解釈総覧(2005)98頁）。学説上、異論のないところである。

法のいずれについても、当該法律の適用対象は、まず、「労働者」概念によって画定され、当該法律が適用される労働契約は、当該法律が適用される労働者の締結する労務供給契約として、労働者概念に対応して定まることになる。

したがって、①労働基準法の適用される労働者（以下、「労働基準法上の労働者」という。）の締結する労務供給契約が、「労働基準法の適用される労働契約（労働基準法上の労働契約）」、②労働契約法の適用される労働者（以下、「労働契約法上の労働者」という。）の締結する労務供給契約が、「労働契約法の適用される労働契約（労働契約法上の労働契約）」、③労働組合法の適用される労働者（以下、「労働組合法上の労働者」という。）の締結する労務供給契約が、「労働組合法の適用される労働契約（労働組合法上の労働契約）」である。

3 「労働者」・「労働契約」と「雇用契約」

(1) 「労働者」・「労働契約」概念の意義

労働法分野の法律の適用対象となる「労働者」と「労働契約」は、先に述べたように、まず、適用対象となる「労働者」が画定され、次に、「労働者」概念に対応して、当該法律の適用される「労働契約」が画定される。

このように、「労働者」は、労働法分野の法律の適用される「労務供給者」の範囲、「労働契約」は、労働法分野の法律の適用される「労務供給契約」の範囲を画定するものであり、人（労務供給者）か、契約（労務供給契約）かという違いはあるものの、いずれも、労働法分野の法律の適用対象を画定する概念である。

(2) 「雇用契約」概念の意義

これに対して、民法においては、労務供給契約について、典型契約として、雇用（623条以下）、請負（632条以下）、委任（643条以下）、準委任（656条）、寄託（657条以下）を定めており、また、これらの混合契約、無名契約もありうるが、いずれも、約する「労務供給の内容」によって労務供給契約を分類するものであって、労働法分野の法律が適用されるかどうかという観点から分類されているわけではないことは言うまでもない。「雇用契約」もまた、民法上の労務供給契約の典型契約の一つであって、労働法分野の法律（のいずれか）が適用される契約が「雇用契約」と定義されているわけではない。

(3) 民法上の労務供給契約の範囲

民法は、労務供給契約に関し、(a)「雇用」については、623条が「雇用は、当事者の一方が相手方に対して労働に従事することを約し、相手方がこれに対してその報酬を与えることを約することによって、その効力を生ずる」と定め、(b)「請負」については、632条が「請負は、当事者の一方がある仕事を完成することを約し、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払うことを約することによって、その効力を生ずる」と定め、(c)「委任」については、643条が「委任は、当事者の一方が法律行為をすることを相手方に委託し、相手方がこれを承諾することによって、その効力を生ずる」と定め、(d)「準委任」について、656条は委任に関する規定を法律行為でない事務の委託に準用するとしている。また、混合契約や無名契約もありうる。

労働法の対象となる労働者は自然人であるところ、「雇用」については、労務を供給する者は自然人で自ら他人に有償で労務を供給する者であり（それゆえ、雇用については「労働者」という文言が用いられている）、自ら所有する生産手段等（詳細は、後掲第2章第3節第4款2(1)）を利用しての労務供給ではないのが通常であるから、労務の供給を受ける者が事業者である場合は、労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉できない立場にあり、労働法の対象とする労働者に該当する（→後掲第2章第3節）。しかし、労務の供給を受ける者が消費者である場合（家事使用人等）は、少なくとも労働基準法上の労働者ではない（→後掲第2部第2章第4節）。

これに対して、「請負」「委任・準委任」等については、労務を供給する者（請負人・受任者等）が法人の場合もあり（それゆえ、請負、委任等の労務供給者については「労働者」という文言は用いられず、「請負人」「受任者」という文言が用いられている）、その場合は労務を供給する者は労働法の対象となる労働者ではない。しかし、労務を供給する者（請負人・受任者等）が自然人で自ら有償で労務を供給する場合は、その約する労務供給の内容が、「労働に従事」（雇用）ではなく、「仕事の完成」（請負）あるいは「法律行為又は事務の受託」（委任・準委任）であっても、また、それ以外の内容であっても（そもそもこれらの区別は相対的であるが）、労務の供給を受ける者（注文者、委任者等）が事業者であれば、原則として、労務の供給を受ける事業者と実質的

に対等に交渉できない立場にあり、労働法の対象とする労働者に該当する*4 (→後掲第2章第3節)。

それゆえ、「雇用」のみならず、実質的に「請負」「有償委任・準委任」に該当する場合、あるいは、混合契約、無名契約も、労働基準法上の労働契約、労働契約法上の労働契約、又は、労働組合法上の労働契約に該当することがあり得る。他方、「雇用」であっても、労務の供給を受ける者が消費者であれば、少なくとも労働基準法上の労働契約には該当せず、また、労働契約法上の労働契約にも労働組合法上の労働契約にも該当しない場合もある。

(4) まとめ

したがって、「労働契約」と「雇用契約」は、定義も、具体的範囲も異なる全く別の概念であり、労働法分野の法律の適用範囲の画定という点からは、ある労務供給契約が民法上の「雇用契約」に該当するかどうか、あるいは、民法上のどの労務供給契約に該当するかどうかを特定する必要はない。

*4 例えば、「事務作業への従事」が契約内容であれば「雇用」であり、「書類を100部コピーすること」が契約内容であれば「請負」ともいえようが、前者であれば労働法の対象となる労働者であり、後者は労働者ではないとする合理的理由はない。

第2章 労働法の対象とする労働者

本章では、①労働法の対象とする労働者を検討する必要性と問題点を確認した上で（第1節）、②労働法の対象とする労働者に関する従来の学説を批判的に検討し（第2節）、③労働法の対象とする労働者概念を再構成する（第3節）*1。

第1節 問題の所在

1 労働法という法分野が対象とする労働者の検討

「労働者」の定義は、労働法分野の法律の適用対象となる労務供給者を画定することに意義があるところ、労働法の分野において、「労働者」あるいは「労働契約」一般を定義する規定は存在せず、「労働者」概念は、①労働基準法上の労働者、②労働契約法上の労働者、③労働組合法上の労働者の三種類存在する（→前掲第1章1）。

これらの労働者概念を検討する前提として、労働法という法分野が対象とする労働者を明らかにすることが、各法律の労働者概念の解釈論的妥当性を担保する上で必要である。

*1 「序」で述べたように、本書において、「事業者」は「法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人」（消費者契約法2条2項）を意味し、「消費者」は「個人（事業として又は事業のために契約の当事者となる場合におけるものを除く）」（同条1項）を意味する。また、「労務の供給を受ける者」は、特に断りのない限り、労務供給契約の当事者・相手方を意味し、「他人」は、自然人のみならず法人等も含む。

また、表現を簡潔にするため、「自ら他人に労務を供給し、その対償としての報酬を支払われる者」を「自ら他人に有償で労務を供給する者」と表現し、「自ら事業者に労務を供給し、その対償としての報酬を支払われる者」を「自ら事業者の有償で労務を供給する者」と表現する。

2 従来 of 学説

労働法の対象とする労働者が、「自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）」でなければならないことに異論はないと思われる。

しかし、従来 of 学説は、それに加えて、供給される労務の内容と労務供給方法に着目し、自己の「労働力の処分権」を使用者に譲渡し、使用者の「指揮監督（命令）下の労働」に従事することを、「労働者」 of 基本的な要件として労働者 of 範囲を限定し、これを、「（「指揮監督下の労働」）に対する報酬支払と併せて）「人的従属性」「使用従属性」「使用従属関係」「法律 from 的従属性」等と呼んできた。

あるいは、民法上 of 「雇用」が使用者 of 指揮監督（命令）下の労働であるとの理解を前提に、「雇用」＝従属労働、「請負・委任」＝非従属労働と位置づけ、労働法 of 対象とする労働者を「雇用」あるいは「雇用」に類似した契約類型で労務を供給する労働者に限定してきた。

3 「指揮監督下の労働」による限定 of 当否

しかし、労働法 of 対象とする労働者を、供給される労務の内容と労務供給方法により限定し、「指揮監督（命令）下の労働」に従事することを労働者性 of 基本的要件とすることに、合理的な理由はあるのだろうか。筆者 of 根本的な疑問はここにある。

結論を先に述べるならば、労働法 of 対象とする労働者を、供給される労務の内容と労務供給方法により、「指揮監督（命令）下の労働」を行う者に限定することに合理的な理由はない。労働者 of 基本的判断基準は、「自ら他人に有償で労務を供給する者」であることに加えて、「労務 of 供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にあること」（交渉 of 非対等性）に求められるべきであり、自ら他人に有償で労務を供給する者は、原則として労働法 of 対象となる労働者であると解すべきである。

そこで本章では、①従来 of 学説を批判的に検討し（第2節）、②労働法 of 意義をふまえて、労働法という法領域が対象とする「労働者」、及び、労働法 of 対象とする労働者 of 判断基準を検討し（第3節）、労働法 of 対象とする労働者 of 基本的判断基準は、「指揮監督（命令）下の労働」から、「自ら他人に有償で労務を供給する者」であること、及び、「実質的に対等に交渉できない立場にあること」（交渉 of 非対等性）へと転換されるべきことを明らかにする。

第2節 従来の学説と批判的検討

1 「指揮監督下の労働」

先に述べたように、従来の学説は、労働法の対象とする労働者を、供給される労務の内容と労務供給方法により限定し、論者により「人的従属性」「使用従属性」「使用従属関係」「法律的従属性」「人格的従属性」等、その表現及び基底にある思想の相違はあるものの、また、その位置づけは異なるものの、「指揮監督（命令）下の労働」を、労働者性を肯定する中核的要件（の一つ）としてきた。

なお、「経済的従属性」という概念も用いられるが、論者と文脈により、①労働力を売らなければ生活を維持できないという経済的・社会的地位を指す場合と、②労働力の取引において対等に交渉できないという交渉力の不平等性を指す場合と、その双方を含む場合がある。

(1) 人的従属性と経済的従属性の複合説

外尾健一・団体法(1975)28～29頁は、労働者が自己の労働力以外に売るべきものをもたず、それを売らなければ生活を維持できないために階級全体として使用者につながれているという経済的・社会的に独立でない状態を「経済的従属性」と呼び、これが労働力の取引における交渉力の不平等性として現れるとする。さらに、労働者が企業の一員として雇われると、労働力は単なる物的要因として生産手段に結びつけられ、労働者は、自らの創意と計算に基づいた労働を独立して行うのではなく使用者の権力のもとでその指揮命令に従って労働を遂行し、監督に服し、罰則にさらされるとし、労働契約を媒介として生ずる使用者の指揮命令権に拘束された状態を「法律的従属性あるいは人格的従属性」と呼ぶ。そして、経済的従属は、契約を媒介とする法律的従属を必然化し、法律的従属は、経済的従属を基底として展開されているとし、従属労働（筆者注：他人のために労働力を提供し、その指揮監督のもとに労務に服しその対価として報酬を受けることを意味していると思われる）の観念を労働者概念のメルクマールとすべきであるとする。

片岡昇(1977)157～158頁は、「労働の従属性」を中心的メルクマールとして統一的に労働者の概念を立て、労働組合法上の労働者は失業者ないし休職中の者を含むが労働基準法上の労働者は現に一定の事業において使用される者（な

いし少なくともそのような関係の存在を予定若しくは前提としている者)に限られるとの違いがあるとする。そして、「労働の従属性」は、契約を通じて人間の労働力の処分権が他人に譲り渡されるという過程を介して発生し、労務遂行に当たってあらわれる「人的従属性」と、実質的には経済的弱者であり、相手方による労働条件の一方的決定を甘受せざるを得ない状態にあるという「経済的従属性」の二つの要素の複合により成り立つ概念であるとする。

青木宗也(1976)94～98頁、青木宗也(1977)29～31頁は、労働法上の労働者概念を統一的に把握し、使用従属関係にあると考えられるものを労働法上の労働者としてとらえるという立場から、労働者の具体的判断基準は「人的従属性」(労働力の処分過程＝労働過程において使用者の支配命令を受け使用者に人格的に従属する)と「経済的従属性」(使用者の労働条件の一方的決定を甘受せざるをえない立場にある)の二つの側面から確定されるとする。そして、労働の遂行にあたってあらわれる人的従属性は、労働者性の最重要な要素であり、労務提供過程において、労働者がなんらかの形で事実上使用者の指揮監督の下に組み込まれていると判断される事実が存在すれば労働者と認定すべきであり、その指標として、①仕事の依頼、業務従事に対する諾否の自由の有無、②勤務時間・勤務場所の拘束性、③業務の遂行方法・内容についての使用者の指揮命令、④第三者による代行性・代替性の有無、⑤報酬が労働力の提供に対する対価であることを挙げる。また、経済的従属性の側面からの判断基準として、①生産手段・材料の所有関係と、他人労働利用の有無、②使用者の労働条件の一方的決定を甘受せざるを得ない立場にたたしめられる関係(附従契約性)の有無を挙げる。

(2) 人的従属性と経済的従属性と組織的従属性の複合説

国武輝久(1973)117～118頁は、労働法上の労働者概念を、労働契約の当事者概念を基礎として統一的に把握すべきであり、労組法は労働契約の当事者になることが予想される失業者にその適用を拡大し、労基法は労働契約の当事者のうち同居の親族・家事使用人についてその適用を排除しているとみるべきであること、労働契約は使用従属関係の有無によって決定すべきであるとした上で、使用従属関係＝労働契約の判断基準について、経済的従属関係すなわち契約当事者の社会的・経済的地位・条件等の考察を基礎的視点におき、生産手段等の所有関係・補助的労働力利用等にかかる視点において考察し、次に、経済的従属性の上に成立する人格的・組織的従属関係を考察し、その労務提供が企業の

有機的な活動にとって不可欠の構成要素として位置づけられているか、具体的には、一定期間継続する専属的關係が生じているか否か、企業全体の指揮命令系統の下にあるか否か、労務提供の代替性があるか否か、報酬が賃金としての対価の牽連性を有するか否か等を考慮して総合的に判断すべきであるとする。

片岡＝大沼・団体法(1991)207～209頁、片岡昇（村中孝史補訂）・労働法(1)(2007)4～7頁は、労働法の中心的基礎概念としての労働の従属性は、「人的従属性」（労働遂行に当たっての支配・従属の關係）を中核又は基底として、それに、「経済的従属性」（労働条件ないし契約内容が使用者によって一方的に決定されるという意味での服従關係）を結合させ、「組織的従属性」（労働者の労働が使用者の業務の不可欠な構成部分として有機的に組み込まれる）を加味した複合的概念であり、当該労務供給者について生ずる生活關係に労働法の適用を認めるか否かは、労働の従属性の有無によって決定されるとする。

そして、従属性の有無を決定するに当たっては、種々の要素を考慮しつつ総合的に、かつ労働法の適用によって当該労働者の生活を保護する必要があるかどうかという観点を含めて判断をすることが必要であるとし、具体的な判断の基準として、1) 労務に従事する時間・場所・方法等に関する指揮命令關係の有無・程度、2) 専属關係の有無（事実上の専属關係が存在する場合、労務者の相手方に対する被支配・従属の關係が認められるか、若しくはその度合いが高い）、3) 代行性の有無（第三者による代行性のない場合、従属性はより強くなる）、4) 材料・生産器具等、生産手段の所有關係（生産器具が労務者の自己所有に属する場合でも、低廉かつ小規模なものについてまで独立性が認められるものではない）、5) 補助労働力利用の有無、6) 報酬の内容（労務に対し基本給の支給を受けるとか、その決定が個人の技能等によって定まる場合には、従属労働の対象とみなされる）、7) 労務に従事する場所・態様・性質などからみた使用者の業務との一体性などを挙げる。

(3) 「指揮命令下の労働」を中心的な判断基準とする説

下井隆史(1985)（初出1971年）50～58頁は、資本主義労働法の主対象は賃労働關係であるがゆえに労働法の制度・理論の適用対象は雇傭ないし労働契約關係であり、そのメルクマールは、使用者の指揮命令に服して労働がなされること、及び、労働そのものに対して報酬が支払われること（「労働の従属性」）であり、雇傭労働關係における「従属性」は労働力処分權への服従であるとする。また、同見解は、資産を有している人でも例えば労働時間規制の対象とすべき

であり、家事使用人も不当労働行為制度により保護されなければならないとし、「経済的従属性」（筆者注：他人の下で労働しなければ生活できないという意味であると思われる）や「組織的・集团的従属性」は除外すべきであるとする。

2 検討①－「指揮監督下の労働」の要否

(1) 「指揮監督下の労働」は不要

労働力以外の商品を持たない人間が、①他人の下で労働しなければ生活できないという経済的・社会的地位にあること、②労務の供給を受ける者と労務供給契約の内容について実質的に対等に交渉できない立場にあること（交渉の非対等性）については、異論はない。それゆえ、当該人間が個別に自由に交渉して契約内容を決定すると、人間らしい雇用・労働条件が保障されないから、労働法の対象として、雇用を保障し、契約内容を直接規制し、団結権等を保障して対等交渉を実現させるというのであれば理解できる。

しかし、さらに、供給される労務の内容と労務供給方法に着目し、「指揮監督（命令）下の労働」であって、「労働遂行過程で労働者が人的に使用者の支配に服している、あるいは、労働の目的・時間・場所・種類・態様等につき使用者の一方的決定に服している」という場合にのみ、労働法の対象とする労働者を限定するのは失当である。その理由は、次の(2)～(6)で述べるとおりである。

(2) 理由①－「指揮監督下の労働」か否かの区別の不可能性

第一に、従来の学説は、労務の供給を、供給される労務の内容と労務供給の方法により、使用者に「労働力の処分権を譲渡し使用者の指揮監督（命令）下で行われる労務供給」と、「労働力の処分権を譲渡せず指揮監督（命令）を受けずに仕事を完成させあるいは一定の事務処理等を行うもの」に二分し、「従属労働」か「非従属労働」かを区別することを前提とする。しかし、労務を供給する者が自ら他人に有償で労務を供給する自然人である場合、全ての労務供給契約において、契約に基づき、労務供給に関する一定の義務があり、労務の供給を受ける者による一定の指示があり、一定の時間的場所的拘束があるところ、どの程度まで義務と指示と拘束があれば、「指揮監督（命令）下の労働」となるのか、その客観的基準はなく、それ以外の労働との区別ができない。また、そもそも、なぜ、「指揮監督（命令）下の労働」でなければ労働法の対象とはならないのか、合理的説明はない。

(3) 理由②—「指揮監督下の労働」は人格権等の保障の根拠ではないこと

第二に、労働力はその所有者である人間と切り離すことができないという労働力商品の特殊性に着目した法規制の必要性は、「自ら他人に労務を供給すること」から導かれるのであって、「指揮監督下の労働」であることから導かれるわけではない。

労働力という商品は、その所有者である人間と切り離すことができないという特殊性を有するので、労働力商品の取引においては、当該労働力商品の所有者である人間の身体、生命、健康、プライバシーや人格権を保障するための法規制、すなわち、労働法が必要となる。そしてその人格権等の保障の必要性は、当該労務供給が「労働に従事」であっても、「一定の仕事の完成」であっても、「一定の事務処理」であっても（そもそもそれらの明確な区別は困難であるが）変わりはない。また、「指揮監督（命令）下」の労働か否かに関わりない。

それゆえ、労働法の必要性は、「自らが他人に対して」有償で労務を供給することに求められるのであって、「指揮監督（命令）下の労働」であることに求められるのではない。「自らが他人に対して」有償で労務を供給する者については、「自らが他人に対して」有償で労務を供給するが故に、すなわち、労務の供給が労務を供給する人間と切り離すことができないが故に、労務を供給する人間の身体、生命、健康、プライバシーや人格権を保障するための法規制が必要である。

したがって、「指揮監督（命令）下の労働」を労働者性の基本的要件とする見解は、自ら他人に有償で労務を供給し、労務の供給が労務を供給する人間と切り離すことができないが故に労働法の適用対象とすべき労働者のうち、「使用者の指揮監督（命令）下の労働」という「使用従属性」が明確でない労働者を労働法の適用から排除する論理であり、労働者の範囲を合理的理由なく狭めるものであると言わざるをえない。

(4) 理由③—「指揮監督下の労働」は

交渉の非対等性の当然の帰結ではないこと

第三に、「指揮監督（命令）下の労働」は、自ら他人に有償で労務を供給する者が、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にあることから、当然に導かれるものではない。

自ら他人に有償で労務を供給する者は、労働力はストックすることができずまた一般に供給過剰であるという労働力商品の特殊性の故に、労務の供給を受

ける者と実質的に対等に交渉できない立場にあるところ、確かに、実質的に対等に交渉できない立場であるが故に、労務の供給を受ける者が、労働の目的・時間・場所・種類・態様といった労働義務の基本的要素を一方的に決定している場合、あるいは、一方的に決定する権利を有していることに自ら有償で労務を供給する者が同意している場合（ただし当該同意が全て有効であるとは限らない）も多いであろう。

しかし、契約を締結することによりそれだけで直ちに労務の供給を受ける者が当然に一定の指揮命令（労務指揮）権を有するという法的効果が生じるわけではなく*2、労務供給契約において労務の供給を受ける者がいかなる権利を有するのかは、契約当事者の合意を媒介として契約毎に決定される。したがって、労務供給＝なす債務を目的とする契約である以上、労務供給の内容・方法につき、少なくとも契約上基本的枠組みが設定され、労務の供給を受ける者が一定の指示を行うのが通常であるが、供給すべき労務の具体的内容・範囲、労務供給における具体的な指示の内容、時間的場所的拘束の有無・内容、代替性の有無、報酬の決定方法等は、労務供給契約毎に異なり、契約に基づき決定される。それゆえ、自ら他人に有償で労務を供給する自然人が、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にあっても、その業務や職務の性質上、あるいは、労務の供給を受ける者の経営・労務政策等により、契約上の義務が特定され、労務の供給を受ける者の指示も少なく、時間的場所的拘束の少ない労務供給契約を締結することもあり得る。すなわち、「労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にある」という「交渉の非対等性」が存在しても、「使用者の指揮監督（命令）下の労働」という「使用従属性」が希薄な場合があり、職種・職務内容の多様化や労務供給形態の多様化により、そのような労務供給者は増えている。

したがって、「指揮監督（命令）下の労働」を労働者性の基本的要件とする見解は、労働力以外の商品を有していない人間を含め、自ら他人に有償で労務

*2 「労働契約」においては、契約締結により使用者が当然に一定の労務指揮権を取得し、労働者は指揮命令に服し時間的場所的拘束を受ける使用従属的立場にあるとの見解（土田道夫(1999)271～293頁）もある。しかし、①労働者の義務の具体的範囲や、労働時間・場所は契約当事者の合意によって決定されるものであり、契約締結により使用者が当然に一定の「労務指揮権」を取得するとの見解は支持できない。また、②仮に、「労働契約」においては使用者が当然に一定の労務指揮権を取得すると解しても、使用者が当然に一定の労務指揮権を取得することになる「労働契約」とは何かその定義ができず、トートロジーである。

を供給し「労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場」にあり、労働法の適用対象とすべき労働者のうち、「使用者の指揮監督（命令）下の労働」という「使用従属性」が希薄な労働者を労働法の適用から排除する論理であり、労働者の範囲を合理的理由なく狭めるものであると言わざるをえない。

なお、「指揮監督（命令）下の労働」が少なからぬ労務供給者に見られる特徴であり、これに留意した解釈論を展開すべきであるということ、例えば、労務の供給を受ける者が有する契約内容の決定・変更権や懲戒権の発生要件と行使要件を合理的な範囲に限定するということと、「指揮監督（命令）下の労働」を行う者のみを労働法の適用対象とすることは、言うまでもなく別のことである。

(5) 理由④－労働法の規制からの逸脱の防止と公正競争

第四に、「指揮監督（命令）下の労働」に従事する者に労働法の対象者を限定することは、労務の供給を受ける者が労働法の規制から逸脱することを許すことになる。けだし、「指揮監督（命令）下の労働」に従事する者でなければ労働法の対象としないとすると、労務の供給を受ける者が、契約上の義務、労務の供給を受ける者の指示、時間的場所的拘束の少ない労務供給となるよう、労務供給者に「自由」や「裁量」を持たせる経営・労務政策をとれば、当該労務供給者は労働法の対象から除外されることになるからである。そして、このような逸脱を許容すれば、当該労務供給者の労働権保障という観点から問題であるだけでなく、労働法の対象とならない労務供給者から労務の供給を受ける事業者は労働コストを低下させることが可能となるから、労務の供給を受ける事業者間の公正競争を確保することができず、事業者が労務供給者を「非労働者」とすることを促進し、自ら他人に有償で労務を供給する者全体の労働条件低下へとつながることになる。

(6) 理由⑤－緩和された「指揮監督下の労働」は不要

第五に、「指揮監督（命令）下の労働」の基準を緩和・抽象化し、労務供給契約において労務の供給を受ける者が労務受領にあたり契約に基づき「指示」を行うことで足りるとするならば、当然のことであるから、労働法の対象とする労働者は、「自ら他人に有償で労務を供給する者」であることで足り、「指揮監督（命令）下の労働」という特別な概念は不要である。

3 検討②－「組織的従属性」の要否

(1) 「組織的従属性」は不要

労働法の対象とする労働者の判断基準として、「組織的従属性」（労働者の労働が使用者の業務の不可欠の構成部分として有機的に組み込まれる）を加味する見解（→前掲1(2)、片岡昇(1983)43～44頁等）もある。

しかし、失業者以外の、具体的な労務供給契約を締結している者を対象とするとしても、労働者性の判断基準として「組織的従属性」を用いる必要はない。その理由は次の(2)～(4)で述べる通りである。

(2) 理由①－一時的臨時的労務供給者を排除する危険性

第一に、「組織的従属性」として、「使用者の業務の不可欠の構成部分」であることを厳格に解するならば、当該労務供給の相手方に対して恒常的に労務を供給している者、あるいは、中心的な業務について労務を供給している者は労働者性を肯定されようが、一時的臨時的に労務を供給している者（「非正規労働者」）、あるいは、中心的な業務以外の業務について労務を供給している者は、当該労務の供給を受ける者との関係で労働者性を否定される可能性がある。

しかし、一時的臨時的に労務を供給している者や、中心的な業務以外の業務について労務を供給している者も、自ら他人に有償で労務を供給する者は、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にあり、その雇用・労働条件を保護する必要がある。また、一時的臨時的労務供給者の労働者性を否定すると、一時的臨時的労務供給者から労務の供給を受ける事業者が労働コストを低下させることを可能にし、事業者ができる限り一時的臨時的労働者から労務の供給を受けることを促進し、自ら他人に有償で労務を供給する者全体の労働条件低下へとつながることになる。したがって、「組織的従属性」を判断基準とすべきではない。

(3) 理由②－家事使用人等を排除する危険性

第二に、「組織的従属性」として、使用者の「業務」の不可欠の構成部分を要求すると、自ら有償で労務を供給する者が消費者に対して労務を供給する場合、全て労働者性を否定される可能性がある。

しかし、自ら消費者に有償で労務を供給する者であっても、当該消費者に専属的に労務を供給している家事使用人等は、労務の供給を受ける消費者と実質

的に対等に交渉できない立場にあり、その雇用・労働条件を保護する必要がある。したがって、「組織的従属性」を判断基準とすべきではない。

(4) 理由③－緩和された「組織的従属性」は不要

第三に、「組織的従属性」を、単に、当該労働供給が労働の供給を受ける者にとって必要である、あるいは、労働の供給を受ける者が必要だと考えたということだけで足りるとするのであれば、労働の供給を受ける者は、必要である（と考えた）から労働供給契約を締結するのであろうから、自ら他人に有償で労働を供給する契約を締結していることで足り、あえて、それに加えて、「組織的従属性」を労働者性の判断基準として用いる必要はない。

第3節 労働法の対象とする労働者の再構成

第1款 労働法の意義

1 労働法の目的

－労働力以外の商品を有していない人間の労働権保障

生産手段（独立した事業に必要な施設、工場、機械等、その詳細は、後掲第4款2(1)）を有さず、労働力以外の商品を持たない人間は、労働力以外の商品を持たないが故に、第一に、自分の労働力を売って他人の下で働く以外に生活することができず、自ら他人に有償で労働を供給することによってしか生活することができない（他人の下での労働の必要性）。

第二に、労働力は、その所有者である人間から切り離すことができないので、労働力商品の取引において労働力の売り手を保護する必要があり、自ら他人に有償で労働を供給する者については、労働供給の対償としての報酬のみならず、労働力商品の所有者である労働供給者の身体、生命、健康、プライバシーや人格権を保障することが必要となる（労働力商品の特殊性①：人格権等の保障の必要性）。

第三に、労働力は、商品としてストックすることができず一般に供給過剰であるので、労働力の売り手は労働力の交換過程において労働力の買い手と実質的に対等に交渉することができず、自ら他人に有償で労働を供給する者は、労働の供給を受ける者と労働供給契約の内容について実質的に対等に交渉できな

い立場にある（労働力商品の特殊性②：交渉の非対等性）^{*3*4}。

そのため、労働力以外の商品を持たない人間は、労務の供給先を確保できなければ生活することができず、また、労務の供給を受ける者と契約自由の原則に基づき個別に交渉したのでは、人間らしい雇用・労働条件が保障されない。

労働法は、労働力以外の商品を持たない人間を中核の対象とし、その生存権（憲法25条）保障を、労働権保障（雇用・労働条件の保障及び幸福追求権・人格権保障も含む）という観点から実現することを目的とする法分野である。

契約相手方と対等に交渉できない立場にあるという「交渉の非対等性」は、零細企業と大企業との間の取引関係等、広く見られるところであるが、労働法は、特に労働力以外の商品を持たない自然人の労働力取引関係を対象とし、他人の下での労働の必要性、並びに、労働力商品の特殊性（①所有者である人間から切り離すことができないこと、及び、②労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できないこと）に配慮して、その生存権を労働権保障を通じて実現するものである。

2 労働法の対象

－自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）

(1) 「自ら他人に有償で労務を供給する者」を対象とする必要性

労働力以外の商品を持たない人間を中核の対象とし、その労働権を保障するという労働法の目的（→前掲1）に鑑みれば、労働法の対象とする労働者は、第一次的には、「自ら他人に有償で労務を供給することにより生活する者（失業者も含む）」である。

しかし、労働法の対象とする労働者は、労働力以外の商品を持たないか否か、また、自ら他人に有償で労務を供給することによってしか生活することができない（他人の下での労働の必要性）か否かにかかわらず、原則として、労働市場に参入する人間全て、すなわち、「自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）」である。その理由は次の(2)～(6)で述べるとおりである。

*3 また、現に労務を供給しその対償としての報酬を支払われている場合は、当該報酬により生活を維持あるいは補助している（当該労務供給による生活の維持・補助）。

*4 筆者は、従来、第一の「他人の下での労働の必要性」と第三の「交渉の非対等性」を「経済的従属性」と呼んできたが、特定の相手方に報酬や生活を依存していることを「経済的従属性」と呼ぶ論者もあり、誤解されやすいので、本書では、筆者の見解の説明においては「経済的従属性」という用語を用いないこととする。

(2) 労働権保障の必要性

第一に、「自ら他人に有償で労務を供給する者」は、厳密に言えば「自ら他人に有償で労務を供給することによってしか生活することができない」とは言えなくても、すなわち、当該労務供給が主たる生計維持手段ではなくても（労働力以外に賃貸用不動産や株等の資産があっても、あるいは、親や配偶者の収入が主たる生計維持手段であっても）、また、別の職業活動を行っていても（兼業農家や兼業商店主であっても）、当該労務供給が生活のために必要な収入を得る手段であり、当該労務供給に対する報酬によって生活を維持あるいは補助していることが通常である。したがって、その労働権を保障することにより、その生存権を保障する必要がある。

(3) 人格権等の保障の必要性

第二に、「自ら他人に有償で労務を供給する者」は、その労務供給が労務供給者から切り離すことができないが故に、その身体、生命、健康、プライバシーや人格権を保障することが必要である。

(4) 交渉の非対等性

第三に、「自ら他人に有償で労務を供給する者」は、厳密に言えば「自ら他人に有償で労務を供給することによってしか生活することができない」とは言えなくても、また仮に、生活のために労働する必要がなかったとしても、労務を供給する場面では、「労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にある」（交渉の非対等性）ことには変わりはない。けだし、「資産家」や「配偶者や親の収入が主たる生計維持手段である者」や「兼業農家・兼業商店主」であるからといって、その労働力商品の特殊性（労働力は商品としてストックすることができず一般に供給過剰である）に変わりがあるわけではなく、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉して労働力を高く売ることができるとはならないからである^{*5}。

また、自ら他人に有償で労務を供給する者それぞれの交渉力には差異があり、新卒者がいつもより「売り手市場」とあると言われるときや、一定の資格や専門技術を有する者の需要が多いときに、労働市場において賃金水準が上がったり、あるいは、労務供給者が一定の交渉力を有する場合もある。しかし、それは、労働市場における需給関係等により規定される相対的なものであって、基

本的には、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場である。

(5) 公正競争の基盤の確立の必要性

第四に、前掲(4)で述べたように、「自ら他人に有償で労務を供給する者」は、厳密に言えば「自ら他人に有償で労務を供給することによってしか生活することができない」とは言えなくても、労働力商品の特殊性の故に、「労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場」にある（交渉の非対等性）。したがって、「自ら他人に有償で労務を供給することによってしか生活することができない」者も含め、「自ら他人に有償で労務を供給する者」の労働権と生存権を保障するためには、たとえ、労働力以外に生産手段や資産を有する者であっても、労働市場に参入する者全て、すなわち、「自ら他人に有償で労務を供給する者」全てを労働法の対象とし、その雇用・労働条件を維持し、自ら他人に有償で労務を供給する者相互間と労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争を保障しなければならない。賃金が安くてもいいという人間を放っておくと、その人に雇用を奪われ、また、自ら他人に有償で労務を供給する者の賃金水準全体が下がってしまうからである。

(6) まとめ

以上のように、①「自ら他人に有償で労務を供給する者」は、生活に必要な収入を得るために労務を供給し、その報酬によって生活を維持又は補助しているのが通常であり、その労働権を保障する必要がある。また、②「自ら他人に有償で労務を供給する者」は、その労務供給が労務供給者から切り離すことができないが故に、その身体、生命、健康、プライバシーや人格権を保障することが必要である。しかし、③「自ら他人に有償で労務を供給する者」は、労働力商品の特殊性の故に、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にある（交渉の非対等性）ので、個別に自由に交渉していたのでは人間ら

*5 岸井貞男(1984)41頁は、経済的従属性に、労働力を売る以外に生活の糧を求め得ないという社会的地位にあるという意味における経済的従属性（いわゆる「階級的従属性」）と、労働契約の締結に際して労働条件ないし契約内容が使用者によって一方的に決定されるという意味における経済的従属性があるとし、「例えば、中小企業主の子息にみられるごとく、社長の後継者なるがゆえに前者の意味における経済的従属性はないが、将来の社長としての能力・識見を身につけるために他会社に一定の期間一従業員として就職するような場合には、そのような立場にあるがゆえに組織的従属性と後者の意味における経済的従属性から開放されるということは、一般的に言う限り、これを想定することはほとんど不可能と考えられる」と記述している。

しい雇用・労働条件を獲得することが困難である。そして、④「自ら他人に有償で労務を供給する者」全てを労働法の適用対象としなければ、自ら他人に有償で労務を供給する者相互間と労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争の基盤を確立し、その労働権と生存権を保障することはできない。

したがって、労働法の対象とする労働者は、原則として、労働市場に参入する者全て、すなわち、「自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）」である。

(7) 例外

ただし、「自ら他人に有償で労務を供給する者」であっても、例外的に、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できる立場にあり、公正競争の観点からも問題がない場合は、労働法の適用対象とはならないと解すべきである。

けだし、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できる立場にある場合については、契約の締結・内容・終了等について直接規制されず保護されなくても、あるいは、団結権・団体交渉権・団体行動権が保障されなくても、当該個人の労務供給契約の内容や水準については一応問題はない。また、当該個人の労務供給契約の内容や水準が妥当な内容のものとなり、ダンピングの心配がなければ、自ら他人に有償で労務を供給する者相互間及び労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争の基盤を破壊することはなく、「自ら他人に有償で労務を供給する者」全体の労働権・生存権保障という観点から問題となることはないからである。

3 労働権保障のアプローチ

労働法は、自ら他人に有償で労務を供給する人間の生存権保障をその労働権保障という観点から実現するという目的のために、二つのアプローチから労働権を保障する。

一つは、「自ら他人に有償で労務を供給する人間個人」の労働権保障、今一つは、「自ら他人に有償で労務を供給する人間全体」の労働権保障である。

(1) 「自ら他人に有償で労務を供給する人間個人」の労働権保障

労働法は、第一に、憲法27条に基づき、「雇用保障法」とよばれる法分野（職業安定法、雇用保険法、雇用対策法等）において、職業紹介・教育訓練等により、自ら他人に有償で労務を供給する人間の労務供給先の確保を促進し、労務供給先を失った場合の所得保障等を行う。

第二に、同じく憲法27条に基づき、「個別的労働関係法」とよばれる法分野（労働契約法、労働基準法、労働安全衛生法、最低賃金法、男女雇用機会均等法、育児介護休業法等）及び労働者災害補償保険法等において、自ら他人に有償で労務を供給する人間の労働供給契約の締結・内容・終了、懲戒処分、労災補償等に関し、強行的・統一的な最低基準・ルールを設定することにより直接これを規制するとともに、一時的又は恒久的に全部又は部分的に労働供給不能となった場合の保障システム等を整備する（社会保障法の一部を含む）。

第三に、憲法28条に基づき、「集団的労使関係法」とよばれる法分野（労働組合法、労働関係調整法等）において、団結権・団体交渉権・団体行動権を保障し、自ら他人に有償で労務を供給する人間が、労務の供給を受ける者（及び労働供給契約の相手方以外の一定の者）と実質的に対等に交渉し、労働条件を集団的に規制し、労使自治により紛争を解決することができる制度を整備することにより、間接的にその対象とする労働供給契約の水準の向上を図る。

そして、これらによって、「自ら他人に有償で労務を供給する人間個人」の労働権と生存権を保障することを目的とする。

(2) 「自ら他人に有償で労務を供給する人間全体」の労働権保障

また、労働法は、第一に、強行的・統一的な最低基準を適用し、また、団結権等を保障することにより、自ら他人に有償で労務を供給する人間相互間の労働条件引き下げ競争を限定する。

また、第二に、事業者に対して労務が供給される場合、労働力の利用に関する最低限の義務（雇用保障法、個別的労働関係法、集団的労使関係法、社会保障法上の義務）を画一的に事業者負担させ、労務の供給を受ける事業者が一定水準以下に労働コストを引き下げることが防がう。

そして、これらによって、自ら他人に有償で労務を供給する人間相互間と労務の供給を受ける事業者相互間のそれぞれの公正競争の基盤を確立して、「労働力以外の商品を持たない人間全体」の労働権と生存権を保障することを目的とする。

第2款 労働法の対象とする労働者は 属人的・階層的概念か関係的・相対的概念か

1 問題の所在

人間は、同時に様々な職業活動を行うこともあり、労務供給とそれ以外の職業活動を行っている者（会社員であるが農業・商業経営も行っている兼業農家・兼業商店主等）、異なる種類の労務供給を行っている者（大学教員であるとともに弁護士でもある者等）、同じ種類の労務を事業者と消費者の双方に供給している者（大工として建設業者と契約したり消費者と直接契約したりする者等）もいる。

また、自ら他人に有償で労務を供給する者の中には、株の配当や家賃収入等が主たる生計維持手段である「資産家」も存在しうるし、配偶者や親の所得が主たる生計維持手段である者も存在し、労務供給が主たる生計維持手段でない者も存在する。

それでは、労働法の対象とする労働者は、職業活動全体や生計維持手段等を考慮した上で総合的に「労働者階級（階層）に属するかどうか」という観点から定まる、属人的・階層的概念であろうか。それとも、「法の適用が問題となる場面で、具体的な労務供給契約において、労務の供給を受ける者との関係で労働者かどうか」という観点から定まる、関係的・相対的概念であろうか。

2 「労働者」は関係的・相対的概念

労働法は、当該個人が実際に生活のために労働しなければならない必要性の有無や、その労働が主たる生計維持手段か否か、別の職業活動をしているか否かにかかわらず、また、当該個人の具体的な交渉力を問わず、原則として、労働市場に参入する人全て、すなわち、「自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）」を対象とする。（→前掲第1款2）。

このように、労働法が、「自ら他人に有償で労務を供給する者」を原則としてその対象とするということは、労働法の対象とする労働者かどうかは、具体的な労務供給契約のもとで、又は、労務供給契約がない状況のもとで、それぞれ決定されなければならないということである。「Aさん」という人間が「全体として」労働法の対象とする労働者かどうかを判断すると、全体として労働者ではないとされた場合、「Aさん」が自ら他人に有償で労務を供給する契約を締結しても労働法の適用対象とならないことになり、労働市場に参入する人

全てを適用対象することができないからである。

したがって、第一に、具体的な労務供給契約のもとで、当該労務供給契約が、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約であれば、当該労務供給者は、例外的に労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できる立場にある場合を除き、労務の供給を受ける者との関係では、労働法の対象とする労働者である。

また、第二に、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結したい（労働市場に参入したい）と思っているが締結していないという状態（「完全失業」又は「部分失業」状態）であれば、当該人は、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できる立場にある例外的場合を除き、その状態にある間は、労働法の対象とする労働者である。

換言すれば、①資産が主たる生計維持手段である「資産家」や、配偶者や親の所得が主たる生計維持手段である者であっても、②他人に対する有償労務供給以外の職業活動を行っている「兼業農家・兼業商店主」であっても、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結している場合は、例外的に当該労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できる立場にある場合を除き、当該労務の供給を受ける者との関係では、労働法の対象となる労働者である。また、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結したいと思っているが締結していない（失業している）という状態においては、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できる立場にある例外的場合を除き、労働法の対象となる労働者である。

それゆえ、労働法の対象とする労働者は、具体的な労務供給契約のもとで、又は、労務供給契約がない状態のもとで、それぞれ決定される関係的・相対的概念であり、同じ人間が、ある労務供給の場面では労働法の対象となる労働者であるが、別の労務供給の場面では労働法の対象となる労働者ではないということも当然あり得る*6。

*6 例えば、開業医は、自身の病院での医療行為を行う場面では労働法の対象とする「労働者」ではないが、休診日に別の病院で勤務する場合、別の病院で医療行為を行う場面では労働法の対象となる「労働者」である。

第3款 労働法の対象とする労働者

1 原則－「自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）」

労働力以外の商品を有していない人間は、①自ら他人に有償で労務を供給しなければ生活することができず（他人の下での労働の必要性）、②労務の供給においては、その身体・安全・健康、プライバシー・人格権が保障されなければならない（人格権等の保障の必要性）、③労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にある（交渉の非対等性）ので、労働法は、労働力以外の商品を有していない人間を中核の対象とし、その生存権保障を労働権保障という観点から実現することを目的とする（→前掲第1款1）。

しかし、第一に、労働力以外の商品を有していない人間でなくても、労働市場に参入する者、すなわち、「自ら他人に有償で労務を供給する者（自らの労働力を他人に売る者）」については、労働力商品の特殊性の故に、その身体・安全・健康、プライバシー・人格権を保障する必要がある。また、生活に必要な収入を得るために労務を供給し、その報酬によって生活を維持又は補助しているのが通常であるので、その労働権を保障する必要がある。第二に、「自ら他人に有償で労務を供給する者」は、労働力商品の特殊性の故に、「労務の供給の受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にある」（交渉の非対等性）ので、個別に自由に交渉していたのでは人間らしい雇用・労働条件を獲得することが困難である。第三に、「自ら他人に有償で労務を供給する者」全てを労働法の適用対象としなければ、自ら他人に有償で労務を供給する者相互間と労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争の基盤を確立し、その労働権と生存権を保障することはできない。

したがって、労働法の対象とする労働者は、原則として、労働市場に参入する者全て、すなわち、「自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）」である（→前掲第1款2）。

具体的には、「具体的な労務供給契約のもとで、労務の供給を受ける者との関係で労働者かどうか」が検討される場合は、当該労務供給契約が、自ら他人に有償で労務を供給する契約であれば、当該労務供給者は、労務の供給を受ける者との関係では、原則として、労働法の対象となる労働者である。

また、「労務供給契約を締結していない状態において労働者かどうか」が検討される場合は、自ら他人に有償で労務を供給する契約を締結しようとする者は、原則として、労働法の対象となる労働者である。

ただし、「自ら他人に有償で労務を供給する者」であっても、例外的に、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できる立場にあり、かつ、公正競争の観点から問題がない場合は、労働法の適用対象とはならない。

2 例外①－「独立事業者」

(1) 生産手段の所有と消費者への労務供給

自ら他人に有償で労務を供給する自然人であっても、(a)独立した事業に必要な生産手段（施設・機械・備品・原材料等、その詳細は、後掲第4款2(1)）や履行補助者等を有し、それを利用しつつ、(b)市場において、消費者に直接労務を供給する場合がある。例えば、病院を経営する医師が患者の治療に従事する場合、工務店を経営する大工が消費者と契約しその家の建設や修理を行う場合、法律事務所を経営する弁護士が消費者と契約しその訴訟業務や法律相談を行う場合等である。

このような場合、自ら他人に有償で労務を供給する者は、労働力のみならず生産手段等も有し（したがって、自らの労働力を使って事業を営む者は自分自身であり）、また、労務の供給を受ける者は、消費者であって一般に不特定多数の顧客の一人である。それゆえ、自ら有償で労務を供給する者と労務の供給を受ける消費者との交渉力の不均衡は一般的には生じず、労務供給契約の内容を実質的に対等に交渉できないという「交渉の非対等性」が存在しない*7。また、そうであれば、当該労務供給契約の内容も妥当な水準となり、ダンピングのおそれがないので、自ら他人に有償で労務を供給する者相互間の公正競争という観点からも一応問題がない。労務の供給を受ける者が事業者ではないので、労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争という観点からも問題がない。

したがって、自ら他人に有償で労務を供給する自然人であっても、①独立した事業に必要な生産手段や履行補助者等を有し、当該生産手段等を利用して労務を供給し、②労務の供給を受ける者が消費者である場合は、当該消費者との関係では「独立事業者」であり、労働法の対象となる労働者ではない。

*7 この場合、当該労務供給者（例えば前記病院を経営する医師）は、自ら労働する「事業者」という点で、自ら労働する商店経営者（例えば洋装店経営者）等と同一視され、その違いは、顧客（患者）に対して労務を供給する（医療行為を行う）か、顧客（購入者）に対して物（洋服）を販売するかにすぎないともいえよう。

(2) 生産手段の所有と事業者への労務供給

また、自ら他人に有償で労務を供給する自然人が、独立した事業に必要な生産手段等を有しこれを利用して労務を供給し、労務の供給を受ける者が事業者であっても、①供給する労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部（運送会社における運送業務、建設会社における建設業務等）ではなく、また、②専属的継続的な労務供給でもない場合がある。具体的には、病院を経営する医師が、他の患者に対する医療行為も行いつつ、ある事業者の産業医として当該事業者の従業員の健康管理等を行う場合、あるいは、法律事務所を経営する弁護士が、その顧客の一人である事業者の訴訟業務を行う場合等である。

この場合、労務の供給を受ける事業者は、不特定多数の顧客（当該労務の最終受益者）の一人であり、自ら有償で労務を供給する者は、通常、労務の供給を受ける事業者と実質的に対等な立場で交渉することができ、「交渉の非対等性」は存在しない。また、そうであれば、当該労務供給契約の内容も妥当な水準となり、ダンピングのおそれがないので、自ら事業者に有償で労務を供給する者相互間及び労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争という観点からも問題がない。

したがって、労務の供給を受ける者が事業者である場合も、①供給する労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく、また、②専属的継続的な労務供給でもない場合は、当該事業者との関係では「独立事業者」に該当し、労働法の対象となる労働者ではない。

これに対して、自ら他人に有償で労務を供給する者が、独立した事業に必要な生産手段等を有しこれを利用して労務を供給し、労務の供給を受ける者が事業者であって、①供給する労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部（運送会社における運送業務、建設会社における建設業務等）である場合、又は、②専属的継続的な労務供給である場合（ただし、筆者は、後掲第4款2(1)で述べるように、トラックやタクシーは独立した事業に必要な生産手段であるとは解さないので、上記①又は②の事例はほとんど想定されない）は、当該労務供給者の生産手段等はむしろ付随的道具であって、当該労務供給者は労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉できないという「交渉の非対等性」を有している。また、労務の供給を受ける事業者は当該労務供給者の労働力を利用して事業を営んでおり、この点では、自ら有償で労務を供給し生産手段等を有していない者から労務の供給を受ける事業者と同じである。

したがって、第一に、当該労務供給者の労働権を保障するためにも、第二に、

自ら事業者の有償で労務を供給する者のうち、生産手段等を有する者が労働条件を引き下げのを阻止し、生産手段等を有している者と生産手段等を有していない者の間の公正競争を確保するためにも、第三に、労務の供給を受ける事業者のうち、自ら労務を供給し生産手段等を有する者から労務の供給を受ける事業者が労働コストを引き下げのを阻止し、自ら労務を供給し生産手段等を有する者から労務の供給を受ける事業者と、自ら労務を供給し生産手段等を有していない者から労務の供給を受ける事業者との間の公正競争を確保するためにも、当該労務供給者は、当該事業者との関係では「独立事業者」ではなく、労働法の対象となる労働者とすべきである。

(3) まとめ

自ら他人に有償で労務を供給する自然人であっても、例外的に、①独立した事業に必要な生産手段等を有していてそれを利用して労務を供給し（「事業者性」）、かつ、②消費者に直接労務を供給する場合、あるいは、事業者に労務を供給する場合であっても、供給する労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく、専属的継続的な労務供給でもない場合（「独立性」）は、労務の供給を受ける消費者又は事業者との関係では、「独立事業者」に該当し、例外的に、労働法の対象とする労働者ではない。

3 例外②－「独立労働者」

(1) 生産手段の欠如と消費者への労務供給

自ら他人に有償で労務を供給する自然人が、独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではないが、消費者に対して直接労務を供給する場合がある。例えば、大工が個人の自宅を修理する場合、靴磨きが駅や街頭で通りかかる個人の靴をみがく場合、音楽家が生徒に対して楽器や声楽の指導をする場合等である。

このような場合、労務の供給を受ける消費者は、事業以外のプライベートなことのためにサービスを購入する、不特定多数の顧客の一人であるので、自ら有償で労務を供給する者は、労務の供給を受ける消費者と、市場において対等の交渉力を有しているといつてよいであろう。自ら有償で労務を供給する者は、労務の供給を受ける消費者の有していない技術・労働能力等を有しており、その点で有利に交渉を進めうるが、他方、労務供給者間の競争もあるので、市場において、自ら有償で労務を供給する者と労務の供給を受ける消費者は対等に

交渉することができる。

したがって、自ら他人に有償で労務を供給する自然人が、特に生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではないが、事業者ではなく消費者に対して直接労務を供給する場合は、当該消費者に対する関係では、実質的に対等に交渉できる立場にある「独立労働者」であり、労働法の対象とする労働者ではない。

ただし、消費者に対して労務を供給する場合であっても、当該消費者に専属的に労務を供給する場合、例えば、ある個人の家の専属的な家事使用人として労務を供給する場合等は、労務の供給を受ける消費者は不特定多数の顧客の一人ではなく、当該消費者と対等に交渉できない立場にある。したがって、自ら有償で労務を供給する者が、消費者に専属的に労務を供給する場合は、当該消費者に対する関係では、実質的に対等に交渉できる立場にある「独立労働者」ではなく、労働法の対象となる労働者である。

(2) 生産手段の欠如と事業者への労務供給

これに対して、自ら他人に有償で労務を供給する自然人で、独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではない者が、事業者に対して労務を供給する場合は、労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉できない立場にあり（交渉の非対等性）、労働法の対象とする労働者である。その必要性は、当該労務供給者が未熟練単純労働者である場合のみならず、専門職労働者であっても同じである。

自ら他人に有償で労務を供給する者のかなりの部分は、未熟練労働者ではなく、それぞれ、資格・技能を有し、労働力の向上・発展のために自己に投資しており、医師・歯科医師・弁護士等の資格を有する者や、専門技能・技術を有する者もいる。しかし、その資格や技能・技術等の内容や時代・時期により違いは存在するものの、労務の供給を受ける事業者との関係での交渉力は対等ではなく、むしろ、一定の専門資格がないと就職先、すなわち労務供給契約の締結相手を探すことが難しいというのが現状であり、専門資格があったからといって優位に報酬等の労働条件を決定できるわけではない。

したがって、自ら他人に有償で労務を供給する自然人は、独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではない場合は、たとえ、資格や専門技能・技術を有していたとしても、労務供給の相手方が事業者である限りは、当該事業者との関係では、労働法の対象となる労働者である。

(3) まとめ

自ら他人に有償で労務を供給する自然人で、独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではなく、「事業者性」がない場合であっても、①消費者に対して労務を供給し、かつ、②当該消費者に対する専属的な労務供給ではない場合は、労務の供給を受ける消費者との関係で「独立性」がある「独立労働者」であり、労働法の対象となる労働者ではない。

しかし、特定の消費者に専属的に労務を供給する場合は、労務の供給を受ける者との関係で「独立性」がないので、「独立労働者」ではなく、労働法の対象となる労働者である。

また、事業者に対して労務を供給する場合は、当該事業者との関係では、労働法の対象となる労働者である。

4 定義

労働法が対象とする「労働者」は、原則として、「自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）」である。

しかし、第一に、自ら他人に有償で労務を供給する自然人であっても、例外的に、①独立した事業に必要な生産手段等を有し、当該生産手段等を用いて労務を供給し（「事業者性」）、かつ、②消費者に直接労務を供給する場合、あるいは、事業者に労務を供給する場合でも、供給する労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく、かつ、専属的継続的な労務供給でもない場合（「独立性」）は、労務の供給を受ける者と対等に交渉できない立場にあるという「交渉の非対等性」が存在せず、公正競争の観点からも特に問題はないので、当該労務供給契約において当該労務供給を受ける者との関係では、「独立事業者」であり、労働法の対象とする労働者ではない。

第二に、自ら他人に有償で労務を供給する自然人であり、独立した事業に必要な生産手段を有しそれを利用して労務を供給するのではなくても、①労務の供給を受ける者が、事業者ではなく消費者であって、②当該消費者に専属的に労務を供給するのではなく（「独立性」）、労務の供給を受ける者と対等に交渉できない立場にあるという「交渉の非対等性」が存在しないので、当該労務供給契約において当該労務供給を受ける消費者との関係では「独立労働者」であり、対象から除外される。

したがって、労働法の対象とする労働者は、「自ら他人に有償で労務を供給する自然人で、労務の供給を受ける者との関係で独立事業者又は独立労働者で

ない者」である。

なお、労働者派遣法に基づく派遣労働者も、「自ら他人に有償で労務を供給する者」で、労務供給契約の相手方である派遣元企業との関係で独立事業者又は独立労働者ではないから、労働法の対象となる労働者であることは言うまでもない。

第4款 労働法の対象とする労働者の判断基準

労働法が対象とする「労働者」は、前掲第3款4のとおり、「自ら他人に有償で労務を供給する自然人で、労務の供給を受ける者との関係で独立事業者又は独立労働者でない者」である。

①「自ら他人に有償で労務を供給する自然人」、②「独立事業者」、③「独立労働者」は、具体的には以下の1～4の通り判断される。

1 「自ら他人に有償で労務を供給する自然人」

「自ら他人に有償で労務を供給する自然人」については、①労務供給契約において契約当事者である労務供給者が形式上自然人か法人かを問わず、②労務供給は、供給される労務の内容や労務供給方法を問わず、③「指揮監督（命令）下の労働（使用従属性）」を要件とする必要はなく、④「組織的従属性」を要件とする必要もなく、⑤その労務供給形式・契約類型を問わず、⑥当該労務の供給を受ける者に専属的に労務を供給している必要はなく、また、当該報酬に生活を依存している必要はなく、⑦労務供給者について代替性が認められていてもかまわない。また、⑧報酬については、単に労務供給に対して報酬が支払われていることで足り、「指揮監督（命令）下の労働」に対する報酬である必要はなく、報酬の額・決定方法・支払方法を問わない。

詳細は、以下(1)～(8)で述べるとおりである。

(1) 契約当事者の形式

労務供給者が、「自ら他人に有償で労務を供給する自然人」であるかどうかについては、契約当事者である労務供給者が形式上自然人ではなく法人であっても、一人法人のように、法人格が自然人の屋号と同種の形式的なものであり、実質的に労務を供給する者が自然人である場合は、当該自然人は、「自ら他人に有償で労務を供給する自然人」に該当する。

(2) 労務供給の内容と方法

「労務の供給」は、通常、労務の供給を受ける者が事業遂行等のために必要な指示を契約の定めに基づき自ら労務を供給する者に対して行い、その指示に従って行われるであろうが、供給される労務の内容や労務供給方法を問わない。

なぜなら、供給される労務の内容や労務供給方法にかかわらず、第一に、自ら他人に有償で労務を供給する者については、労働力をその所有者である人間から切り離すことができないという労働力商品の特殊性の故に、その身体、生命、健康を保護し、プライバシーや人格権を保障する必要があるからである（人格権等の保障の必要性）。

第二に、自ら他人に有償で労務を供給する者は、労働力は商品としてストックすることができず一般に過剰であるという労働力商品の特殊性の故に、労務の供給を受ける者と雇用・労働条件等を対等に交渉できない立場にあるからである（交渉の非対等性）。

労働法は、自ら他人に有償で労務を供給する自然人について、労働力商品の特殊性の故に人格権等の保障の必要性と交渉の非対等性が存在していることを根拠としてその対象とし、雇用・労働条件の最低基準やルールを設定し、あるいは、団結権等を保障するのであって、供給される労務の内容や労務供給方法を理由にその対象としているわけではない（→前掲第1款2、第3款1）。

(3) 「指揮監督下の労働」の要否

先に述べたように、従来 of 学説は、労働法の対象とする労働者を、供給される労務の内容と労務供給方法により限定し、「指揮監督（命令）下の労働」を、労働者性を肯定する中核的要件（の一つ）としてきた（→前掲第2節1）。

しかし、第一に、「指揮監督（命令）下の労働」か否かの区別は不可能である。

第二に、労働力はその所有者である人間と切り離すことができないので、労働力商品の取引関係において、当該人間の身体、生命、健康、プライバシーや人格権を保障するための法規制（労働法）が必要となるが、そのような法規制の必要性は、「自らが他人に対して」有償で労務を供給することに求められるのであって、「指揮監督（命令）下の労働」であることに求められるのではない。「自らが他人に対して」有償で労務を供給する者については、「自らが他人に対して」有償で労務を供給するが故に、その身体、生命、健康、プライバシーや人格権を保障するための法規制が必要である。

第三に、自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）について、「労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にある」という「交渉の非対等性」が存在しても、「使用者の指揮監督（命令）下の労働」という「使用従属性」が希薄な場合があり、労務供給形態の多様化により、そのような労務供給者は増えている。したがって、「指揮監督（命令）下の労働」を労働者性の基本的要件とする見解は、「労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にある」という「交渉の非対等性」が存在し、労働法の適用対象とすべき労務供給者のうち、「使用者の指揮監督（命令）下の労働」という「使用従属性」が希薄な労務供給者を労働法の適用から排除することになり、「労働者」の範囲を不当に狭めることになる。

第四に、「指揮監督（命令）下の労働」の基準を緩和・抽象化し、労務供給契約において労務の供給を受ける者が労務受領にあたり契約に基づき「指示」を行うことで足りるとするならば、「自ら他人に有償で労務を供給する者」は全て労務の供給を受ける者から一定の指示を受けて労務を供給するのであるから、労働法の対象とする労働者は、「自ら他人に有償で労務を供給する者」であることで足り、「指揮監督（命令）下の労働（使用従属性）」という特別な概念は不要である。

第五に、「指揮監督（命令）下の労働」でなければ労働法の対象としないとすると、労務の供給を受ける者が、契約上労務供給者が負う義務を特定し、その行う指示を限定し、時間的場所的拘束が少ない労務供給となるような経営・労務政策をとれば、自ら他人に有償で労務を供給する者であっても労働法の対象から除外されることになり、自ら他人に有償で労務を供給する者相互間及び労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争を確保することができない。

したがって、「指揮監督（命令）下の労働」という要件は不要であり、労働者の範囲を「指揮監督（命令）下の労働」に従事する者に限定することは失当である（→前掲第2節2）。

(4) 「組織的従属性」の要否

先に述べたように、従来の学説においては、労働法の対象とする労働者の判断基準として、「組織的従属性」（労働者の労働が使用者の業務の不可欠の構成部分として有機的に組み込まれる）を加味する見解もある（→前掲第2節1(2)）。

しかし、第一に、「組織的従属性」として、「使用者の業務の不可欠の構成部

分」であることを厳格に解するならば、中心的でない業務従事者や、一時的臨時的労務供給者を労働法の対象から排除する危険性がある。第二に、「組織的従属性」を、単に、労務の供給を受ける者にとって必要な労務供給であることで足りるとするのであれば、労務の供給を受ける者は、必要である（と考えた）から労務供給契約を締結するのであろうから、労働者性の判断基準は「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結している者であることで足り、あえて、「組織的従属性」を労働者性の判断基準として用いる必要はない。

したがって、「組織的従属性」という要件は不要であり、労働者の範囲を「組織的従属性」を有する者に限定することは失当である（→前掲第2節3）。

（5）労務供給形式・契約類型

労務の供給は、それが、民法上の労務供給契約の雇用、請負、委任等、あるいは、混合契約、無名契約のいずれであるかを問わない。その理由は以下のとおりである。

第一に、その労務供給形式・契約類型にかかわらず、約する労務供給が「労働に従事」であろうと、「仕事の完成」「一定の事務処理」等であろうと、自ら他人に有償で労務を供給する自然人は、一般に、労務の供給を受ける者と雇用・労働条件を対等に決定できない立場にある（交渉の非対等性）。したがって、その生存権保障のために、これを労働法の対象として契約自由や過失責任の原則を修正し、団結権等を付与して、その労働権を保障する必要がある。

第二に、自ら他人に有償で労務を供給する者相互間及び労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争を確保することが必要である。労務供給契約は、労務供給者が自ら有償で労務を供給する自然人である場合は、同じ目的を達成するために、「雇用」あるいは「請負」・「有償委任・準委任」等のいずれの形式をとることも可能である場合が多い（トラック運転手を「雇用」して一定の日時までに荷物を運送することを「指揮命令」し出来高給で報酬を支払うことも、トラック運転手と一定の日時までに荷物を運送する「請負」契約を締結することも可能である）。にもかかわらず、労働法分野の法律の適用対象を「指揮命令下の労働」を行う者、あるいは、「雇用」というタイプの者に限定するならば、労務の供給を受ける者は、労働法の対象となることを回避し労働コストを下げするために、労務供給者に具体的指揮命令をせず、「請負」・「有償委任・準委任」を選好するであろう（現に労働コストを下げるための「請負」・「委任」契約化は拡大している）。

したがって、自ら他人に有償で労務を供給する者相互間及び労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争と自ら他人に有償で労務を供給する者全体の労働権保障という観点からも、労働法分野の法律が対象とする労働者は、労務供給形式・契約類型により区別されるべきではない。

(6) 専属性・当該報酬への生活の依存の有無

自ら他人に有償で労務を供給する自然人が、複数の相手方に労務を供給し、一つの相手方に専属的に労務を供給していなくても、また、特定の相手方に対する労務供給の対償としての報酬にその生活を依存し、あるいは、当該報酬が主な収入でなくても、労務の供給を受ける者それぞれと雇用・労働条件を対等に決定できない立場にある（交渉の非対等性）ことに変わりはない。また、自ら他人に有償で労務を供給する者相互間と労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争を確保する必要性も存在するから、当該自然人は、労働法の対象となる労働者である。

(7) 代替性の有無

労務の供給を受ける者が労務を供給する自然人を特定し、これ以外の者が労務供給を代替することを認めない場合（「雇用」だけでなく「請負」「委任」でもあり得る）、当該労務供給者が、「自ら他人に有償で労務を供給する者」であることに問題はない。

これに対し、契約上、当該労務を供給する自然人（契約当事者）以外の自然人が労務を供給することが可能である場合も想定される。しかし、(a)現実に労務を供給する人間A自身が全て労務を供給している場合は、労務供給者Aが、「自ら他人に労務を供給する自然人」であり、(b)一部他の人間が労務を供給する場合（例えば、新聞配達を他の人間Bが一部手伝う場合）であっても、(7)労務供給者Aは、労務の供給を受ける者Cから、他の労務供給者を選任し労務の供給を受けるCとの労務供給契約を締結する権限を委任され、労務供給者Aと他の人間Bのそれぞれが労務の供給を受ける者Cと労務供給契約を締結していると解される場合は、当該労務供給者Aは（Bもであるが）「自ら他人に有償で労務を供給する自然人」であり、(i)労務供給者AはBと労務供給契約を締結しており、労務供給者AはBとの関係では労務の供給を受ける者であると解される場合でも、労務供給者AはCとの関係では「自ら他人に有償で労務を供給する自然人」であり、(7)と(i)いずれの場合も、労務供給者Aは、労働法

の対象となる労働者である。

(8) 報酬

報酬については、第一に、単に、労務供給の対償としての報酬が支払われていること（有償であること）で足り、「指揮監督（命令）下の労働」の対価や、「労働力そのもの」の対価である必要はない。また、そもそも、「指揮監督（命令）下の労働」の対価かどうか、あるいは、「労働力そのもの」の対価かどうかの厳密な区別は不可能である。

第二に、当該労務供給が全くの無償であることについての当事者の合意があれば、労務供給の対償としての報酬がないので、当該労務供給者は労働法の対象とする労働者ではない。しかし、いわゆる「有償ボランティア」の場合、労務供給の対償としての報酬が支払われていると言えるかどうかが問題となる。支払われる報酬（現物給付の場合もある）が任意的恩恵的なものである場合（有償労務供給契約とは言えない）、あるいは、交通費等の実費であって「労務供給の対償」とは評価できない場合については、労働法の対象とする労働者ではない。ただし、①無償であることの合意の存在、②報酬が任意的恩恵的であることの認定は慎重になされるべきであり、③報酬につき「労務供給の対償」とは評価できないかどうかは信義則に則して合理的に解釈されるべきである。

第三に、当該報酬については、その報酬額を問わない。自ら他人に労務を供給する者が、相対的に高額の報酬を支払われていても（そもそも高額か否かの判断は困難であるが）、それが将来にわたって継続するという保障はなく、労働権・人格権等の保障の必要性と、労務の供給を受ける者と雇用・労働条件を対等に決定できない立場にあるという「交渉の非対称性」が存在することに変わりはないからである。

第四に、当該報酬については、その決定方法を問わない。労務供給の対償たる報酬が、時間あたり単価、出来高、仕事の完成、委任事務の履行等のような方法で決定されていても、労働権・人格権等の保障の必要性と、雇用・労働条件を対等に決定できない立場にあることに変わりはないからである。

第五に、当該報酬については、その支払方法を問わない。当該報酬が、労務供給者による請求書に対する支払という形式をとっていたとしても、労働権・人格権等の保障の必要性と、雇用・労働条件を対等に決定できない立場にあることに変わりはないからである。

したがって、自ら他人に労務を供給する自然人は、労務供給の対償としての

報酬が支払われる者であれば、報酬の額、決定方法、支払方法等が何であれ、原則として、労働法の対象となる労働者である。

2 「独立事業者」

自ら他人に有償で労務を供給する自然人であっても、①独立した事業に必要な生産手段等を有し、当該生産手段等を利用して労務を供給し（事業者性）、かつ、②消費者に労務を供給する場合、又は、事業者に労務を供給するが、供給される労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく、専属的継続的な労務供給でもない場合（独立性）は、「独立事業者」に該当し、例外的に労働法の対象となる労働者ではない。

「事業者性」の具体的判断基準、及び「独立性」が肯定される場合は、次の(1)～(5)で述べるとおりである。

(1)「事業者性」の判断基準①

－独立した事業に必要な生産手段等

「事業者性」の判断基準の第一は、独立した事業に必要な生産手段や履行補助者等を有しているかどうかである。

独立した事業に必要な生産手段や履行補助者等の有無については具体的に判断せざるをえないが、医師や歯科医師が医療施設・器具を有し看護師や事務職員を雇用して自らの医院を経営して医療行為を行っている場合、塾の講師が施設・設備・備品を有し事務職員等を雇用して自らの塾を経営して業務を行っている場合、弁護士が他の弁護士や事務職員を雇用して自らの法律事務所を経営して法律相談や弁護活動を行っている場合等は、一応、「事業者性」を肯定することができる。

これに対して、大工（園芸師、洋裁師、修理技術者）等が自分の大工道具（園芸道具、洋裁道具、修理器具）等を持っている、プログラマーがパソコンを所有している、音楽家・演奏者が楽器を所有している、スポーツ選手がスポーツ用具を所有している、トラック運転手・タクシー運転手・バイク便運転手・バイク・自転車等を所有している、あるいは、営業・外務員が自家用車を所有しているというだけでは、会社従業員が自分のスーツや靴や通勤用自家用車を所有しているのと同様、労務供給に必要な「道具」を有しているにすぎず、独立した事業に必要な生産手段等を有しているとは判断されない。

また、労務の供給にあたり高価な機械・道具等が必要でないのであれば（例えば、ホテルのポーター、清掃人等）、その労務供給は単なる労務供給であって「事業」ではなく、当該労務供給者の「事業者性」は否定される。

(2)「事業者性」の判断基準②

－生産手段等を利用した労務供給

「事業者性」の判断基準の第二は、独立した事業に必要な生産手段等を利用して労務を供給することである。

独立した事業に必要な生産手段等を有していても、当該生産手段等とは無関係に労務を供給する場合、例えば、機械、原材料等を有し技術職人を雇用する工務店を営む大工が、別の工務店の受注した工事のために当該別の工務店の有する生産手段（機械、原材料）の下で労務を供給する場合、当該工事における労務供給に関しては、事業者性はなく、労働法が対象とする「労働者」である*8。なぜなら、当該大工は、その場面では、自らの生産手段等を利用して事業を営むわけではなく、他の事業の生産手段等の下で他の事業者から労務を供給するからである。

(3)「事業者性」の判断基準③

－補助者や協働労務供給者の位置づけ

これに対して、第一に、自ら他人に有償で労務を供給する者に補助者が存在することは、それだけでは「事業者」性を肯定することにはならない。

大学の教員が授業準備のために資料の整理をアルバイトに頼む場合のように、自ら他人に有償で労務を供給する者（大学教員）が、労務の供給を受ける者（大学）に対する労務供給（授業）の補助的業務をアルバイトに行ってもらった場合であっても、当該労務供給者（大学教員）は、独立した事業に必要な生産手段を有しているわけではなく、労務の供給を受ける者（大学）との関係で、労働条件を対等に決定できない立場にあることに変わりはないから、労働法が対象とする「労働者」である。

第二に、協働労務供給者は、必ずしも履行補助者ではなく、また、仮に履行補助者であるとしても、その存在は、それだけでは「事業者」性を肯定するこ

*8 この場合、当該大工が手持ち用の道具程度は自分のものを使用しているとしても、労働法が対象とする「労働者」であることに変わりはない。

とはならない。

大工の親方が他の大工職人とともにグループで建設業者の建設工事の一部を請け負う場合のように、自ら他人に有償で労務を供給する者（大工の親方）が他の協働労務供給者（大工職人）と共に当該労務供給（建設工事）を行う場合、当該労務供給者（大工の親方）は、労務の供給を受ける事業者（建設業者）から他の労務供給者（大工の職人）を選任し労務の供給を受ける者（建設業者）との労務供給契約を締結する権限を委任され、当該労務供給者（大工の親方）及び他の労務供給者（大工の職人）のそれぞれが労務の供給を受ける事業者（建設業者）と労務供給契約を締結していると解することができるであろう。もちろん、そのような権限を委任されているかどうかは事実認定の問題であるが、労務の供給を受ける事業者が協働労務供給者の存在を黙認している限りは、このような解釈が信義則に則した合理的意思解釈である。そして、当該労務供給者（大工の親方）及び他の労務供給者（大工の職人）が独立した事業に必要な生産手段を有しているかどうかにかかわらず、その供給する労務（建設工事）は労務の供給を受ける者（建設業者）の事業内容の一部であるから、当該労務供給者（大工の親方）及び他の労務供給者（大工の職人）は、労務の供給を受ける者（建設業者）との関係で、「独立事業者」には該当せず、労働法が対象とする「労働者」である。

これに対して、もし仮に、他の労務供給者（大工の職人）が当該労務供給者（大工の親方）の履行補助者であると解される場合も、自ら有償で労務を供給する者（大工の親方）の供給する労務（建設工事）は労務の供給を受ける事業者（建設業者）の事業内容の一部であるから、当該労務供給者（大工の親方）は、労務の供給を受ける事業者（建設業者）との関係で、「独立事業者」には該当せず、労働法が対象とする「労働者」である。

（4）「独立性」が肯定される場合①－消費者への労務供給

「独立性」が肯定されるのは、第一に、消費者に労務を供給する場合（例えば、塾を経営する講師が生徒に授業を行う場合）である。

労務供給を受ける者が事業者ではなく消費者である場合は、当該労務供給は他の事業のために利用されるものではない。したがって、労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争という点からは問題がない。

また、自ら有償で労務を供給する者は、市場において当該消費者と労務供給契約の内容を実質的に対等に決定することが可能であり、実質的に対等に交渉

できない立場にあるという「交渉の非対等性」が存在しない。

したがって、労務の供給を受ける消費者との関係では、「独立性」がある「独立事業者」に該当する。

(5) 「独立性」が肯定される場合②

－事業者の事業内容の一部又は専属的継続的でない労務供給

「独立性」が肯定されるのは、第二に、事業者に労務を供給する場合であっても、①供給される労務が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部でなく、②専属的継続的な労務供給でもない場合である。具体的には、先に述べたように、病院を経営する医師が、他の不特定多数の患者に対する医療行為も行いつつ、ある事業者の産業医として当該事業者の従業員の健康管理等を行う場合、法律事務所を経営する弁護士が、その不特定多数の顧客の一人である事業者の訴訟業務を行う場合、あるいは、英語塾を経営する講師が、ある企業の従業員の英語教育セミナーを開催する場合等である。

この場合、労務の供給を受ける事業者は、不特定多数の顧客（当該労務の最終受益者）の一人であり、自ら有償で労務を供給する者が労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉できない立場にあるという「交渉の非対等性」は存在しない。また、自ら事業者に有償で労務を供給する者相互間及び労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争という観点からも問題がない。したがって、例外的に、労務の供給を受ける事業者との関係で「独立性」がある「独立事業者」に該当する*9。

3 「独立労働者」

自ら他人に有償で労務を供給する自然人であり、独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではない者であっても、①消費者に対して労務を供給し、かつ、②当該消費者に専属的に労務を供給するのではない場合は、労務の供給を受ける消費者との関係では「独立性」がある「独立労働者」に該当し、例外的に、労働法の対象となる労働者ではない。具体的

*9 ただし、独立した事業に必要な生産手段等を有している者（前掲(1)で述べたように、その範囲は限定され、トラック所有運転手等は該当しない）は、不特定多数の顧客に労務を供給することが通常である（ある事業者に専属しているのであれば、独立した事業に必要な生産手段等は必要ない）ので、事業者に労務を供給する場合は、不特定多数の顧客の一人としての事業者に労務を供給し「独立事業者」に該当することが多いであろう。

には、次の(1)・(2)で述べるとおりである。

(1)「独立性」の判断基準①－消費者への労務供給

自ら有償で労務を供給する者であり、独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではない者が、消費者に対して労務を供給する場合は、自ら有償で労務を供給する者は消費者の持っていない専門技術・技能等を有しているから、一般に、市場において、労務の供給を受ける消費者と対等に交渉することができる。

(2)「独立性」の判断基準②－専属的な労務供給でないこと

ただし、自ら他人に有償で労務を供給する者であり、独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではない者が、消費者に労務を供給する場合であっても、当該消費者に専属的に労務を供給する家事使用人等の場合は、当該消費者は不特定多数の顧客の一人ではないので、当該消費者と実質的に対等に交渉できない立場にあるという交渉の非対等性が存在する。

したがって、消費者に対する専属的な労務供給ではない場合に、労務の供給を受ける消費者との関係で「独立性」がある「独立労働者」に該当する。

4 「独立事業者」「独立労働者」と労務の供給を受ける者

自ら他人に有償で労務を供給する者が、「独立事業者」又は「独立労働者」に該当するかどうかについて、労務の供給を受ける者が事業者である場合と、消費者である場合に区別して整理すると、次の(1)～(2)のようになる。

(1) 労務の供給を受ける者が事業者である場合

労務の供給を受ける者が事業者である場合は、自ら有償で労務を供給する者が「独立事業者」に該当する場合のみ、労働者性が否定され、「独立事業者」に該当しなければ、労働法の対象となる労働者である。

当該労務供給者が、「独立事業者」に該当するのは、(a)独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること（事業者性）、及び、(b)供給される労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく、また、専属的継続的な労務供給でもないこと（独立性）の、(a)と(b)の二つの要件をいずれも充足する場合である。

したがって、自ら事業者の有償で労務を供給する者が、労務の供給を受ける

事業者との関係で「独立事業者」に該当し、労働法の適用対象とならないのは、ごく例外的場合に限定される。

(2) 労務の供給を受ける者が消費者である場合

労務の供給を受ける者が消費者である場合は、当該労務供給者が「独立事業者」又は「独立労働者」に該当する場合は、労働者性が否定され、「独立事業者」又は「独立労働者」に該当しなければ、当該労務供給者は、労働法の対象とする労働者である。

当該労務供給者が、「独立事業者」に該当するのは、独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給する場合である。

また、当該労務供給者が「独立労働者」に該当するのは、独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではないが、当該消費者に対する専属的な労務供給ではないことである。

したがって、当該労務供給者が、労務の供給を受ける消費者との関係で、「独立事業者」又は「独立労働者」に該当し、労働法の適用対象とならないのは、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給する場合、又は、②独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではないが、当該消費者に対する専属的な労務供給ではない場合である。

換言すれば、自ら消費者に有償で労務を供給する者が、労務の供給を受ける消費者との関係で「独立事業者」又は「独立労働者」に該当せず、労働法の対象となる労働者となるのは、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではなく、②当該消費者に対して専属的に労務を供給する場合である。