

## 第 2 部 各 論

- 第 1 章 客観的基準・要件による契約締結前の決定
- 第 2 章 労働基準法上の労働者
- 第 3 章 労働契約法上の労働者
- 第 4 章 労働組合法上の労働者
- 第 5 章 労務供給者の類型別検討



## 第1章 客観的基準・要件による契約締結前の決定

労働基準法、労働契約法、労働組合法の各法律の適用対象となる「労働者」の判断基準を検討するにあたり、その前提として、①「労働者」か否かについて、客観的基準による決定の必要性、②「労働者」か否かが予測可能な客観的・具体的要件を設定する必要性、③「労働者」か否かが契約締結前に決定される必要性、の三点をまず確認しておきたい。また、④各法律の適用対象となる「労働者」に該当する場合、当該労働者の意思又は契約当事者の合意により、当該法律の規制からの逸脱は認められないことも確認しておきたい。

### 1 客観的基準による決定の必要性

#### (1) 労働法の意義

労働法分野の各法律は、社会的公序を形成する法規範である。

憲法28条とこれを具体化する労働組合法は、その適用対象とする「勤労者」又は「労働者」に、団結権・団体交渉権・団体行動権を保障することにより対等交渉を実現させ、間接的にその労務供給契約の水準の向上を図るものである。また、憲法27条とこれを具体化する労働基準法、労働契約法等の個別的労働関係法の領域の法律は、強行的・統一的な最低基準とルールを設定することにより、直接、適用対象とする「労働者」の労務供給契約の成立・内容・終了等を規制するものである。したがって、アプローチの仕方は異なるが、適用対象とする「労働者個人」の労働権を保障するとともに、労働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することにより、「労働者全体」の労働権保障を目的とするものである。

また、労働法あるいはその関連領域である、労働者災害補償保険法、雇用保険法、健康保険法、厚生年金保険法は、適用対象とする「労働者」又は「使用される者」については、事業主にも保険料支払の負担を課し労働者負担分と併せてこれを財源とし（労災保険法は保険料負担は事業主のみ）、労災、失業、疾病、老齢等の社会的リスクから、労働者個人を保護するとともに、労働力を利

用する事業主に一律に負担を課すことにより、事業主相互間の公正競争の基盤を確保し、労働者全体を保護する制度と位置づけられる。

## (2) 当事者の意思は基準とはならないこと

前記(1)で検討した労働法の意義に鑑みれば、第一に、これら労働法の分野又は関連領域の法律の適用対象となる「労働者」等の範囲は、客観的基準により決定され、労務供給者の意思や労務供給者と労務の供給を受ける者の合意等、当事者意思により「労働者」の範囲を縮小・拡大することはできない。換言すれば、これらの法律は、法律がその適用範囲を画定するのであって、法律自身が当事者の意思によりその規制から逸脱することを認めている場合（労基法65条2項但書等）を除き、労務供給者又は労務の供給を受ける者が自分自身に当該法律が適用されるかどうかを決定することはできない。

当事者意思により「労働者」か否かを決定することを肯定するならば、優位な立場にある労務の供給を受ける者が、その負担を回避するために各法律からの逸脱を一方的に決定することを許容する結果となり、問題である。

また、仮に労務供給者自身がその自由意思に基づき、「非労働者」となることに同意した場合であっても、これら労働法又は関連領域の各法律の社会的公序性、並びに、労働者相互間の労働条件引き下げ競争の防止と労働者間の公正競争の確保及び事業者相互間の労働コスト引き下げ競争の防止と事業者間の公正競争の確保による労働者全体の労働権保障（又は社会的リスクからの保護）の観点から、これを認めることはできない。

それゆえ労働基準法上の労働者か否かの区分が困難な事例については、できるだけ当事者の意図を尊重する方向で判断するのを相当とした、横浜南労基署長事件の東京高裁判決（平成6年11月24日）<sup>\*1</sup>は支持できない。

また、「雇用関係法分野の労働者性の判断」において、強行規定や罰則付の規定につき、当事者意思により適用範囲を拡大することはできないが、労働者性を否定する当事者意思により適用範囲を狭めることには問題はないとし、法規定等の適用が労働者に不利益・不都合な場合まで規定内容の尊重を使用者に罰則付きで強制したり合意を無効とすることまで求められていないとする、柳屋孝安(2003)17頁の見解は、支持できない。

---

\*1 横浜南労基署長事件・東京高判平成6・11・24判714号16頁。

### (3) 就業規則・税・保険料等の取扱いは基準とはならないこと

前掲(1)で検討した労働法の意義に鑑みれば、第二に、労務の供給を受ける者が、自ら有償で労務を供給する者に就業規則、退職金制度、福利厚生制度等を適用していなかったこと、自ら有償で労務を供給する者に対する報酬から所得税の源泉徴収や社会保険・雇用保険の保険料の控除をしていなかったこと、自ら有償で労務を供給する者がその報酬を事業所得として確定申告していたことをもって、自ら他人に有償で労務を供給する者の労働者性を否定的にとらえる見解<sup>\*2</sup>は、それが当事者の意思・判断を労働者性判断において考慮しているのであれば、前掲(2)で述べた批判が妥当し、失当である。

また、労務の供給を受ける者が、自ら有償で労務を供給する者に就業規則等を適用していないこと、その報酬から所得税の源泉徴収を行っていないこと、社会・労働保険の保険料の控除をせずあるいは保険料を納付していないことは、いずれも労務の供給を受ける者が一方的に決定できることであり、労務の供給を受ける者が一方的に決定することのできる取扱いをもって、自ら他人に有償で労務を供給する者の労働者性を否定的に解することは、労務の供給を受ける者が「使用者」としての労働法・社会保障法上の負担を一方的に回避することを許容する結果となり、妥当ではない<sup>\*3</sup>。

さらに、同見解は判断の順序が逆であり、労働基準法、所得税法、労働者災害補償保険法・徴収法、雇用保険法、健康保険法、厚生年金保険法の所定の要件に該当すれば、労務の供給を受ける者（使用者・給与等支払者・事業主）に、就業規則の適用、所得税の源泉徴収、保険料の控除・納付義務が発生するのであって、労務の供給を受ける者が、就業規則を適用していない、源泉徴収を行っていない、あるいは、保険料の控除・納付を行っていないからといって、当該労務供給者が「労働者」に該当しないわけではない。

## 2 客観的・具体的で明確な要件設定の必要性

労働法分野の各法律の適用対象となる「労働者」の範囲の画定は、重要な前提的問題であり、予測可能性が高いことが必要である。しかるに、さまざまな

\*2 横浜南労基署長事件・東京高判平成6・11・24労判714号16頁、同事件・最一小判平成8・11・28労判714号14頁、藤沢労基署長事件・横浜地判平成16・3・31労判876号41頁、同事件・東京高判平成17・1・25労判940号22頁、同事件・最一小判平成19・6・28労判940号11頁等。

\*3 同旨、注釈労基法（上）(2003)146頁（橋本陽子執筆部分）等。

判断要素による総合判断では、裁判官あるいは労働委員会によって大きく結論が異なり、またその恣意性を排除することが困難で、裁判所あるいは労働委員会における予見可能性が低い。したがって、労働者性の判断基準については、総合判断論ではなく、客観的・具体的で明確な要件が設定されることが必要である。

### 3 契約締結前に労働者性が決定される必要性

#### (1) 労働基準法

労働基準法は、労働条件の対等決定（2条）、契約締結時の労働条件の明示（15条）、賠償予定の禁止（16条）、強制貯金の禁止（18条）、賃金・労働時間等、具体的な労働条件（労働契約の内容）の最低基準等を定めており、労働基準法の定める労働条件は労働契約に対して最低基準効（強行的直律的効力）を有する（13条）。

したがって、労働基準法は、契約締結過程及び契約締結時点で適用されることが前提となっているから、労働基準法の適用対象となる「労働者」かどうかは、少なくとも、労務供給契約が締結される前に決定されなければならない。

#### (2) 労働契約法

労働契約法は、合意に基づく労働契約の締結（3条1項）、使用者による契約内容の理解の促進（4条1項）、契約内容の書面による確認の努力（4条2項）、契約締結時に周知されていた就業規則の労働契約に対する非有利設定効（労働者にとって有利ではなく、また、労働者の同意もないが、就業規則の定める労働条件が労働契約の内容となる効力）（7条）<sup>\*4</sup>、就業規則の労働契約に対する最低基準効（12条）<sup>\*5</sup>が定められている。

したがって、労働契約法は、契約締結過程及び契約締結時点で適用されることが前提となっているから、労働契約法の適用対象となる「労働者」かどうかは、少なくとも、労務供給契約が締結される前に決定されなければならない。

#### (3) 労働組合法

憲法28条及び労働組合法は、「労働者（勤労者）」に、団結権・団体交渉権

---

\*4 詳細は、川口美貴・古川景一(2009)165～167頁参照。

\*5 詳細は、川口美貴・古川景一(2009)160～162・164～165頁参照。

(労働協約締結権を含む)・団体行動権を保障し、労働協約制度を定め、不当労働行為救済制度を定めること等により、労務の供給を受ける者と実質的に対等な交渉を行うこと等を実現させ、雇用・労働条件の向上を図ること等を目的とするものであるが、労働契約を締結する段階でその内容につき団体交渉を行い、不当労働行為から保護されるためには、少なくとも労働契約を締結する前に、団結権・団体交渉権・団体行動権が保障されていなければならない。

したがって、労働組合法の適用対象となる「労働者」かどうかは、少なくとも、労務供給契約が締結される前に決定されなければならない。

#### (4) まとめ

以上述べたように、労働基準法、労働契約法、労働組合法のいずれについても、当該法律の適用対象となる「労働者」かどうかは、労務供給契約が締結される前に決定されなければならない。

### 4 当事者の意思による逸脱は認められないこと

前掲1(1)で述べたように、労働法分野の各法律は、社会的公序を形成する法規範であり、労働組合法も、労働基準法、労働契約法、及び、その他の個別的労働関係法の領域の法律も、労働者個人の労働権を保障するとともに、労働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の確立により、「労働者全体」の労働権保障を目的とするものである。また、労働法あるいはその関連領域である労働者災害補償保険法、雇用保険法、健康保険法、厚生年金保険法も、労働者個人を保護するとともに、労働力を利用する事業主に一律に負担を課すことにより、事業主相互間の公正競争の基盤を確保し、労働者全体を保護する制度と位置づけられる。

したがって、たとえ、それが労働者の自由意思によるものであったとしても、労働者個人の意思あるいは契約当事者の合意により、これらの法律の強行規定による規制から逸脱することはできない。労働組合法上の労働者については、団結権等は、労働組合法の規制から「逸脱」しなくても、本人が望まなければ行使しないことができ、労働組合に加入せず、したがってまた、労働組合法16条に基づく労働協約の規範的効力の対象とならないことはできる。しかし、ユニオン・ショップ協定やクローズド・ショップ協定の規制対象や、労働協約の拡張適用(労組法17条・18条)の対象から逸脱することはできない。

それゆえ、賃金債権との相殺について、日新製鋼事件の最高裁判決(平成2

・11・26）\*6が、「労働者がその自由な意思に基づいてされたものであると認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するときは」、その同意を得てした相殺は労働基準法24条1項の全額払原則に違反するものとはいえないと判断した点は、支持できない。同項の定める労使協定が締結されない限り、労働者の同意を得てした相殺は全額払原則に反し無効と解すべきである。

また、「労働契約」の規制を主たる目的とするルールである労働基準法の労働時間関連規定は、管理監督者等についての適用除外や一定事項についての労使協定による規制緩和が認められている半強行的規定であって、労働者の真意に基づく逸脱可能性が事前の手續（当該個人が任意に加入した労働組合若しくは任意に代理権を付与した労働組合の立ち会い、又は、所轄労働基準監督署等の関与の下で当該個人が書面による同意を行うという手續）により認められるとする、大内伸哉(2004)60～64頁の見解は、支持できない。

---

\*6 日新製鋼事件・最二小判平成2・11・26民集44巻8号1085頁。

## 第2章 労働基準法上の労働者

本章では、①前提的検討として、労働基準法上の労働者の定義とその射程距離、他の法律上の概念との関係を確認し、労働基準法上の労働者をめぐる論点を整理した上で（第1節）、②労働基準法上の労働者に関する法制の沿革の検討（第2節）\*1、③行政解釈、労基研報告(1985)、学説、判例・裁判例の批判的検討を行い（第3節）、③「労働基準法上の労働者」概念を再構成する（第4節）\*2\*3。

### 第1節 前提的検討

本節においては、労働基準法上の労働者の判断基準を検討する前提として、①労働基準法上の「労働者」の定義、②「労働基準法上の労働者」の射程距離、③「労働基準法上の労働者」の意義、④「労働基準法上の労働者」と「労働基準法上の労働契約」の関係、⑤「労働基準法上の労働者・労働契約」と「雇用契約」の関係、⑥労働基準法上の労働者をめぐる論点を確認する。

---

\*1 同節については、古川景一弁護士から多くのご協力をいただいた。

\*2 第1部第2章の「労働法の対象とする労働者」と重複する論点もあるが、「労働基準法上の労働者」については本章だけでほぼ完結的に理解できるように、繰り返し記述している部分もある。

\*3 「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。

## 1 労働基準法上の「労働者」の定義

労働基準法1条1項は、「労働条件は、労働者が人たるに値する生活を営むための必要を充たすべきものでなければならない」と定めており、労働基準法の対象とする労働者が、自然人であることは明らかである。

労働基準法上の「労働者」については、労働基準法9条が、「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」と定義している。

同条が、労働基準法上の労働者の判断基準としているのは、①「職業の種類を問わず」、②「事業に使用される者」で、③「賃金を支払われる者」の三つである。

①「職業の種類を問わず」は、労働基準法上の労働者の外延を開放する意義を有するが、その内包を定めたものではない。

②「賃金を支払われる者」について、労働基準法11条は、「賃金」に関し、「この法律で賃金とは、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」と定義しているので、「賃金を支払われる者」は、労働基準法上の労働者が、労働の対償として報酬を支払われる者であることを明らかにするとどまる<sup>\*4</sup>。

③「事業に使用される者」は、労働基準法上の労働者が、「事業」に使用される者、すなわち、事業者に対して労務を供給する者であることを明らかし、また、「使用される者」であるので、自ら労務を供給する者であることは明らかであるが、それ以上については、その文言からは明らかではない。

したがって、労働基準法9条及び関連条文からは、労働基準法上の労働者が、「自ら事業者に対して労務を供給し、その対償として報酬を支払われる自然人」（「自ら事業者に有償で労務を供給する自然人」）であることは導かれるが、そ

---

\*4 ここでの「賃金」の意味に関して「支払う」という言葉が使用されていることから通貨を連想しやすい。しかしながら、労働基準法12条5項が「賃金が通貨以外のもので支払われる場合」を規定していることに照らし、「賃金」には通貨以外のもも含まれる。したがって、労働基準法9条の「賃金を支払われる」との文言は、「通貨以外の物品やサービスで賃金を支払われる」ことを含み、「同種同量の労働力の提供で賃金の支払を受ける」（いわゆる「手間返し」）ことも含むと解され、「賃金」は、「報酬」・「対価」と同義である。仮に、報酬の全部が通貨によらずに物品で支払われた場合には、労働基準法24条違反の問題が生じることは言うまでもないが、通貨による賃金の支払を全く受けていないからとの理由で当該労務供給者が労働基準法上の労働者であることを否定されることはない。

れ以上に限定されるのかどうか、また、限定されるとすればどのような基準で限定されるのかは明らかではない。

## 2 「労働基準法上の労働者」の射程距離

「労働基準法上の労働者」は、労働安全衛生法（同法2条二号参照）、最低賃金法（同法2条一号参照）、賃金の支払の確保等に関する法律（同法2条2項参照）上の労働者をも定める概念である。

また、労働者災害補償保険法は、労働者を使用する事業に適用される（同法3条1項）ところ、同法には補償の適用対象となる労働者の定義規定は存在しないが、同法は、保険の適用は労働基準法に規定する災害補償事由が発生したときに行うと定め（12条の8第2項）、労働基準法は、同法の規定する災害補償につき労働者災害補償保険法に基づき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、使用者は補償の責を免れると規定している（84条1項）こと等に鑑みると、「労働者災害補償保険法上の労働者」は、「労働基準法上の労働者」と同一と解される<sup>\*5</sup>。

さらに、労働基準法と同じく、雇用・労働条件の最低基準や平等原則等を定め、事業主を規制対象とし、労働基準法を補充する、労働契約法以外の個別的労働関係法の領域の法律、すなわち、男女雇用機会均等法、育児介護休業法、労働者派遣法、パートタイム労働法、労働契約承継法等の法律の対象となる「労働者」も、「労働基準法上の労働者」と同一と解される。

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、労働契約法以外の個別的労働関係法の領域の法律、すなわち、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、男女雇用機会均等法、育児介護休業法、労働者派遣法、パートタイム労働法、労働契約承継法等、及び、労働者災害補償保険法が適用される「労働者」である。

また、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じと解される（→後掲第4節第11款）。

---

\*5 藤沢労基署長事件・横浜地判平成16・3・31労判876号41頁等。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。

### 3 「労働基準法上の労働者」の意義

それでは、「労働基準法上の労働者」に該当すると、当該労働者に対してどのような法的効果が発生するのであろうか。

前掲2で検討したように、労働基準法上の労働者は、労働基準法のみならず、労働契約法以外の個別的労働関係法の領域の法律や、労働者災害補償保険法等が適用される。

したがって、「労働基準法上の労働者」に該当すると、これらの法律の定める雇用・労働条件の最低基準、差別的取扱いの禁止、労災補償等を享受することができる。

### 4 「労働基準法上の労働者」と「労働基準法上の労働契約」

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しないところ、労働基準法、労働契約法、労働組合法のいずれについても、それぞれの法律にいう「労働者」が定義され（労基法9条、労契法2条1項、労組法3条）、それぞれの法律の適用される「労働契約」の定義はおかれていない（→前掲第1部第1章1・2）。

それゆえ、いずれの法律においても、「労働者」と「労働契約」の関係については、まず、当該法律が適用される「労働者」が画定され、それに対応して、当該法律が適用される労働者が締結する労務供給契約が、当該法律の適用される「労働契約」として定まる構造となっている。換言すれば、労働法において、「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し、それに対応して、「労働契約」も、①労働基準法上の労働契約、②労働契約法上の労働契約、③労働組合法上の労働契約の三種類存在する。

労働基準法については、同法9条が同法にいう「労働者」を定義して労働基準法が適用される「労働基準法上の労働者」を画定する。そして、「労働基準法が適用される労働契約」は、「労働基準法上の労働者の締結する労務供給契約」であり、労働基準法上の労働者概念に対応して定まる。

### 5 「労働基準法上の労働者・労働契約」と「雇用契約」

#### (1) 意義と範囲

前掲4で述べたように、労働基準法の適用対象は、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、労働基準法の適用される「労働契約」が画定される。「労働者」は、労働基準法の適用される「労務供給者」の範囲、「労働契約」は、労働基準法の適用される「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が、いずれも、労働基準法の適用対象を画定する概念である。

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、無名契約もあり得るが、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る。労働基準法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。民法上の「雇用」もまた、民法上の労務供給契約の一つの典型契約であって、労働基準法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もちろんない（→前掲第1部第1章3(2)）。

また、「雇用」（労働に従事）のみならず、実質的に「請負」（仕事の完成）や「有償委任・準委任」（一定の事務処理等）に該当する契約であっても、あるいは、混合契約、無名契約であっても、労働基準法上の労働契約に該当することがあり得るし、また、「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、労働基準法上の労働契約には該当しない（→後掲第4節第12款2(3)）。

したがって、「労働基準法上の労働契約」と「雇用契約」は、意義も、具体的範囲も異なる全く別の概念である。

また、労働基準法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。

## (2) 「雇用契約」＝「労働契約」説の当否

学説においては、従来から、その基底にある理念は論者により異なるとしても、「雇用契約」の範囲と「労働契約」の範囲は同じであるとの見解は有力であった。近年の学説においても、山川隆一・雇用関係法(2008)10頁は、労働基準法及び労働契約法上の「労働契約」は、民法上の（実質的に判断された）雇用契約と同じ内容のものである（ただし、一定の場合に適用を除外される）と

主張している\*6。

この見解は、①民法上の雇用契約は、労働者が使用者の指揮命令ないし具体的指示のもとで労務を供給し、使用者がこれに対して報酬を支払う契約であり、労務の供給自体が契約の目的であること、及び、②労働基準法上の労働契約及び労働契約法上の労働契約も、労働者が使用者の指揮命令ないし具体的指示のもとで労務を供給し、使用者がこれに対して報酬を支払う契約であることを前提としている。

しかし、民法上の雇用契約をどのように定義するかは一応おくとしても、労働基準法上の労働契約及び労働契約法上の労働契約は、労働者が使用者の「指揮命令ないし具体的指示」のもとで労務を供給し、使用者がこれに対して報酬を支払う契約に限定されず、「実質的に判断された」請負や委任・準委任、その他混合契約や無名契約も、労働基準法や労働契約法の対象となりうるから、同見解は失当である。この点は、後掲第4節第7款・第8款で詳述する。

## 6 労働基準法上の労働者をめぐる論点

「労働基準法上の労働者」の判断基準を定立し、「労働者」の範囲を明確にするためには、特に、以下のような理論的課題を検討することが必要である。

第一は、「労働基準法上の労働者」は、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判断される「属人的・階層的概念」か、それとも、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において労働者かどうか判断される「関係的・相対的概念」かである。

第二は、労働基準法上の労働者（労働基準法の適用を受ける労働者）は、労務供給契約を締結する前に決定されるのか、それとも、事後的に決定されるのかである。

第三は、当該人の行為が「他人に対する労務供給」に該当するか否かはどのように判断されるべきかである。

第四は、労働基準法上の「労働者」は、労働基準法の全ての条文に共通する統一的概念か、それとも、労働基準法上の条文により異なる概念かである。

第五は、労働基準法上の労働者の基本的判断基準は、「使用従属性」にあるのか、それとも、「自ら事業者の有償で労務を供給する者」であること、及び、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

---

\*6 同旨、中窪裕也(2000)4～5頁等。

「交渉の非対等性」に求めるべきかである。

第六は、労働基準法上の労働者と労働基準法上の労働時間との関係である。

しかし、従来、これらの理論的課題の検討は十分には行われてこなかった。

そこで、本章では、法制の沿革と従来の行政解釈、労基研報告(1985)、学説、判例・裁判例をふまえて、これらの理論的課題を検討し、労働基準法上の労働者概念を再構成する。

## 第2節 法制の沿革

### 1 労働基準法の沿革

労働基準法の沿革等については、吾妻光俊編・註解労基法(1960)3～41頁、石井照久他・註解労基法I(1964)9～33頁、石井照久・総論(増補版)(1979)1～108頁、注釈労基法(上)(2003)1～15頁(野川忍執筆部分)等を参照されたい。

### 2 労働基準法施行以前の労働者保護法の適用対象者と適用事項

1868(明治元)年以降、1947(昭和22)年の労働基準法(昭和22年法律第49号)制定に至るまでの間において、労働保護立法として制定された法律のうち、工場法、工業労働者最低年齢法、労働者災害扶助法、商店法、及び、黄燐燐寸製造禁止法は、労働基準法制定と同時に承継されて廃止され(労基法附則123条)、鑛業法についてはその中の一部の条文が労働基準法に承継された上で削除された(労基法附則124条)。古川景一(2007)は、これらの労働基準法に承継された旧法に関して、その適用対象者と適用事項を次の(1)～(4)のとおり紹介している。

#### (1) 鑛業法における「鑛夫」と適用事項

鑛業法(明治38年法律第45号)第80条の災害扶助の適用対象は「鑛夫」であり、「鑛夫」とは「鑛業ニ従事スル勞役者」と定義され(第8条)、鑛業で労務提供をする者を広く対象としていた。

鑛業法に先行する鑛業條例(明治23年法律第87号)では、第64条で「鑛夫」について「鑛物ノ採掘及之ニ附属スル業務ニ従事スル男女ノ職工」と定義しつ

つ、第72條による救恤（災害扶助）の対象者については、単なる「鑛夫」ではなく「雇入鑛夫」に限定していた。しかし、鑛業法では「雇入」という限定が外された。この経緯に照らして、鑛業法上の災害扶助の規定の適用を受ける「鑛夫」は、雇傭関係の存在を要求されず、請負契約をも含む労務提供者を広く包摂していたと解される\*7。

鑛業法の施行の時点で、16歳以上の男性鑛夫に適用がある主要な規定は、災害扶助関係（法第80條、明治38年農商務省令第17號鑛業法施行細則第66～67條、大正5年鑛夫勞役扶助規則第17～34條）以外には、労働条件明示（法第75條）と賃金通貨払（法第78條）程度であり、労働時間規制は存在しなかった。

しかし、当時の基幹的エネルギー産業である石炭採掘業を営む大手炭鉱では、昭和初期に大規模な技術革新がおき、鉄柱カップ、コールピック、長壁式採炭法の採用により、これまで職人的な熟練技能により坑道掘進や採炭に従事していた出来高払の就労者は「組織人としての労働者」に置き換えられた。機械化と就労者の大幅な入れ替え及び人員の大幅削減の手段として、労働法制が活用され、鉱山経営者の要望に基づき、女性と年少者の坑内労働を禁止する鑛夫勞役規則第11條ノ2が創設された（昭和3年内務省令第30號による追加）\*8。さらに、これと同時に、鑛夫勞役規則第5條（昭和3年内務省令第30號による修正）により、一般鉱夫の坑内における就労時間は、原則として10時間を超えてはならないものと定められた。これにより、日本で最初の成年男性に対する労働時間規制が始まった。

\*7 古川景一(2007)160頁及び古川景一(2010)7～8頁によれば、大正末期までの鉱山では機械化が進展しておらず、大規模な鉱山でも、蒸気機関による動力が使用されるのは排水と通気程度であり、掘進作業は鑿（たがね）や鑿（のみ）やツルハシ等を用いた手作業でなされ、運搬作業も人力によってなされていた。これに伴い、作業報酬の算定方法は、主に出来高計算・歩合計算であり、労働時間による報酬決定は例外的であった。

\*8 北岡寿逸「旧社会局の思い出」『労働行政史余録』（労働省編『労働行政史第1巻』労働法令協会1961年の付録）7頁による。なお、女性と年少者の坑内労働禁止の目的が、大手炭鉱での機械化と就労者の入れ替えであったため、中小炭鉱については猶予措置・特別許可措置が採られ、女性と年少者の坑内労働は温存された。

大西清治『就業制限と災害扶助』保健衛生協會（1939年）48～50頁によれば、石炭山の鑛夫は、1926年に総数23万5044人（内女性が6万1029人）であったのに対し、6年後の1932年には総数13万7975人（内女性が1万6622人）となっている。すなわち、この6年間に石炭山の鑛夫の総数が42%も削減される大合理化がおき、とりわけ女性が合理化の対象とされ、鑛夫に占める女性の比率は29%から12%に低下している。

## (2) 工場法における「職工」と適用事項

工場法（明治44年法律第46号）の適用対象者たる「職工」について、工場法に定義規定はなく、その意義は行政解釈に委ねられていた。

農商務省で立法作業を担当した岡實は、「職工」の意義について、「主トシテ工場内ニ在リテ工場ノ目的トスル作業ノ本體タル業務ニ付勞役ニ従事スル者及直接ニ其ノ業務ヲ助成スル爲勞役ニ従事スルモノ」との解釈を示した\*9。この解釈では、「使用される」も「賃金を支払われる」も必要とされておらず、労務供給者であれば足りる。岡實はかかる解釈の論拠として、当時のイギリス、インド、スイス、オーストリアの法制を詳細に紹介している。その中で、四カ国とも職工の要件に関して「報酬ヲ受クルコトヲ要セス」とされていること\*10、及び、イギリスの傭主職工法（The Employers and Workmen Act）における「職工（Workman）」の定義の要点は雇主と雇傭又は請負契約に基づき身体的労働に従事する者であること\*11を指摘している。

工場法の「職工」の意義に関する岡實の上記解釈は、1930年代になっても行政分野だけでなく司法分野でも支持され続けており\*12、この解釈を改める見解は見当たらない。

さらに行政実務においても、工場主が一定の作業を請け負わせた場合や、その請負人が自ら雇用した職工をつれてきて作業をなす場合において、当該請負人を「職工」として扱っていた\*13。

工場法が施行された時点で、16歳以上の男性職工に適用がある主要な規定は、災害扶助関係（法第15条、大正5年勅令第193号工場法施行令第4～20条）以外には、安全衛生関係（法第13条、昭和4年内務省令第24号工場危害予防及衛生規則）、雇入・解雇・周旋等契約関係（法第17条、前記工場法施行令第21～27条）程度であり、労働時間規制は存在しなかった。

しかし、大正の後半から昭和初期にかけて、機械化・分業化が進み、職人的な熟練技能を有する就労者は、企業の労務管理に服する「組織人としての労働

---

\*9 岡實『改訂増補 工場法論』有斐閣（1906年、1985年復刻）293頁。

\*10 前掲・岡實『工場法論』290～291頁。

\*11 前掲・岡實『工場法論』300頁。

\*12 斎藤規矩三「工場災害と民事責任」司法省調査課『司法研究報告書第21輯13』（1937年）48～49頁。

\*13 大阪府工場課河内嘉睦『實例工場法の扶助註釋』大同書院（1930年）185頁。

者」に次第に置き換えられていった\*14。また、男性職工の人数が1929年次には84万人であったのに対し、1936年次には140万人に急増する。そして、職工の男女比に関しても、1933年までは女性の数が男性より多かったのに対し、1934年以降男性職工の数が女性職工より多くなる\*15。これは工業の中心が紡績業等の軽工業から重工業へと移り、かつ、未熟練の男性職工が急増したことによるものである。

そして、1930年代に入り戦局が拡大するとともに、軍需工場の生産量が増え、長時間労働が蔓延した。1938年5月に厚生省が実施した機械及び器具工場における労働時間調査の結果によれば、労働時間が12時間を超える工場が28%も存在する。これは、労働力の維持涵養と労使対立の予防という社会政策的視点から見ても、「保護職工」を女性と年少者だけに限定しておくことのできない事態であった。この状況下で、軍需生産の生産力を最高度に上げる目的で1938年8月19日厚生次官より各地方長官宛に通牒が発せられた。その内容は、工場で交替制を実施し、作業工程を単純化するとともに、1日の労働時間を12時間に限定するよう各工場を指導するよう指示するものであった。しかし、この労働時間規制の指示は守られなかった。この実情を踏まえ、工場就業時間制限令（昭和14年勅令第127号）が公布された\*16。この勅令は、機械製造業、船舶製造業等について、16歳以上の男子職工の就業時間の上限を12時間とし（第3条）、毎月2回の休日付与を義務づける（第4条）ものであったが、必要があれば地方長官への届出でこれらの規制を免れることができた。工場法関係の分野では、このときまでは、年少者以外の男性職工について労働時間規制は存在せず、これが男性成人職工に関する最初の労働時間規制であった。ここで始まった労働時間規制は、8年後の労働基準法で内容が整えられることになる。

### （3）労働者災害扶助法、同責任保険法における「労働者」

労働者災害扶助法（昭和6年法律第54号）は、土石採取、土木建築工事、運送、港湾荷役等を適用対象事業とし（第1条）、「労働者」の業務上の死亡・負傷・疾病についての扶助を事業主に義務付けた（第2条）。この労働者災害扶

\*14 兵藤剣『日本における労使関係の展開』東京大学出版会（1971年）65～72頁、尾高煌之助『新版 職人の世界 工場の世界』NTT出版（2000年）232～237頁。

\*15 前掲・大西清治『就業制限と災害扶助』26～29頁。

\*16 労働省編『労働行政史第1巻』労働法令協会（1961年）845～846頁。根拠法は国家総動員法第6条。

助法に、「労働者」の定義規定はない。

なお、「事業主」については「労働者ヲ使用シテ事業ヲナス者」と定義され（第3條）、「使用」という要件があるが、ここでの「使用」は事業主を定義するための要件であって、労働者を定義するための要件ではなく、「使用」という文言は、使用従属関係を意味していない。労働基準法制定の際には、この第3條の「使用」の文言がそのまま転用されて、労働者の定義について「(事業)に使用される者」(9条)とされた。

労働者災害扶助責任保険法（昭和6年法律第55號）は、労働者災害扶助法と同時に制定され、労働者災害扶助法、工場法、及び、鑛業法に基づく扶助責任を保険化することを目的としていた（第2條）。しかし、過渡的措置として、制度発足時に保険契約を義務づけられたのは、使用労働者延べ人員千人以上、又は、請負金額1万円以上等の中規模以上の土木建築工事に限定されていた（法第3條、昭和6年勅令第276號労働者災害扶助法施行令第2條、同年勅令第277號労働者災害扶助責任保険法施行令第1條）。その適用対象は「労働者」であった。

労働者災害扶助法は、前記のとおり事業主の災害扶助義務を定めるだけでなく、安全衛生（第5條）についても定めをおき、これに基づき土木建築工事場安全衛生規則（昭和12年内務省令第41號）が制定された。

#### (4) 昭和初期の「労働者」の行政解釈と実務運用

労働者災害扶助法、及び、労働者災害扶助責任保険法にある「労働者」の文言の意味に関して、法律に定義規定はなく、行政解釈に委ねられていた。

内務省社会局労働部作成『昭和6年11月労働者災害扶助法令及労働者災害扶助責任保険法令説明』では、「労働者の意義」として、まず、「本法に所謂労働者は主として事業の本體たる作業に付いて勞役に従事する者及直接に之に關係ある作業に付いて勞役に従事する者であって、其の報酬として賃金を受ける者を謂ふのである」との解釈の結論が示されている（5頁）。この解釈の前段部分は、工場法における「職工」の意義に関する岡實の解釈を全面的に踏襲したものであり、その上で、後段部分に、賃金支払を受けることが新たに付け加えられた。

さらに、この解釈の前段にある「事業の主たる作業又は之に直接關係ある作業に付勞役に従事する者なること」との文言の趣旨に関して、「土木建設工事における下請負人は原則として労働者に非ざるも單に労働者の代表者又は親方

として自己も亦作業に従事する者なるときは労働者の中に加へらるべきである」との見解が示されていた（6頁）。また、解釈の後段の「（労働）の報酬として賃金を受くる者たること」の文言の趣旨に関して、「賃金は事業主より之を受くと、勞務供給契約に基づき使用せられる場合に於て供給人より之を受くるとを問はない」との見解が示されていた。その上で、「労働者の意義」に関する結論として「要するに雇傭關係の有無使用期間の長短職名待遇の如き形式的要素に拘泥することなく其の従事する作業の實際により判断すべきである」（7頁）としていた<sup>\*17</sup>。

形式上の下請負人が自ら作業に従事する場合に関する行政実務運用をみるに、「昭和8年11月30日附労発第56号ヲ以テ社会局労働部長ヨリ山形県知事宛回答」<sup>\*18</sup>では、「自ら労働ニ従事スル下請負人ト労働者」の標題の下に、「下請負人が自ら作業ニ従事スル場合ト雖モ元請負人トノ間ニ工事ノ請負契約アリ下請負人ハ元請負人ヨリ賃金ヲ受クルコトナク自己ノ計算負担ニ於テ独立シテ事業ヲ経営スルモノナルトキハ下請負人ハ純然タル事業主ニシテ労働者ニ非ザルモノトス」（34頁）との解釈基準が示されている。この解釈例規により、下請負人が自ら作業に従事している場合でも、当該勞務提供者が「純然タル事業主」に該当する場合には「労働者」として扱わないこととされ、これ以外の場合には「労働者」として扱うべきことが示された。そして、「純然タル事業主」とは、①請負契約が存在し、②賃金の支払を受けず、③自己の計算負担で独立して事業を営んでいる者であるとされた。

さらに、形式上の下請負人が自ら作業に直接従事するのではなく、配下の労働者を指揮監督してこれらの者を作業に従事させている場合に関して、厚生省保険院社會保険局の職員が執筆した詳細な実務解説書では、「労働者の要件」の項で、「勞役に直接指揮監督するの任にある者例へば組頭、親方、現場監督は之を本法の労働者と解すべきである。土木建築工事の下請負人が直接勞役の指揮監督に當る場合には之れも亦労働者の中に包含すべきである」と簡潔に記

\*17 これらの定義と解説は、厚生省労働局保険院社會保険局編纂『昭和14年3月15日現行労働者災害扶助法令及労働者災害扶助責任保険法令並説明（改訂五版）』財団法人協調會産業福利部（1939年）でも一言一句同じ文言が使われており、法施行後8年経過した時点でも定着していた。

\*18 厚生省保険局編纂『労働者災害扶助責任保険解釈集』財団法人土木建築厚生会（1943年）34頁。孔版印刷のための略字体が使用されているので、そのとおり引用したが、原文では旧字体が使用されていたと思われる。

載されている\*19。この記述によれば、配下の労働者を連れて土木建築工事に従事する下請負人であっても、現場で配下の就労者の作業を指揮監督する労務を提供をし、被災した場合には、災害扶助制度の適用対象者たる「労働者」として扱う実務運用がなされていたことが明らかである。

すなわち、今日の労災保険制度で一人親方特別加入制度・事業主特別加入制度の適用対象者とされている就労者は、「純然タル事業主」である者を除き、自ら現場作業に従事する限り、かつては、労働者災害扶助法と労働者災害扶助責任保険法上の「労働者」として扱われていた。

### 3 労働基準法の制定

#### (1) 法案作成段階での解説と想定問答

内閣が国会に提出した労働基準法案では、その9条に「労働者」の定義規定がおかれ、これがそのまま現行条文となった。

厚生省労政局労働保護課が国会での法案説明及び質疑応答のために準備した「労働基準法案解説及び質疑応答」には、労働基準法9条の条文（労働者の定義）について、次の解説がなされ、また、議会での質疑応答のために準備された次の想定問答が記載されている\*20。

（解説）

労働組合法が労働者を賃金生活者と定義して失業者も含める趣旨なるに対し、この法律は、前条に掲げられた各号の事業で賃金を支払われる現役の労働者だけを指称することにした。但し、筋肉労働者たと知能労働者たとに区別を設けざるは、両法共に同一趣旨である。

第32問 カラ（フの誤植）エーの女給又は或る種の接客業に従事する婦女の如く、専ら客より報酬を受け使用者から賃金を受けない者は、本法でいう労働者ではないか。

答 本法でいう賃金は、単に金銭給与に限らない。労働の対償として一定の営業設備の使用が認められておれば、それも又賃金である。

従って質問に例示された様な場合も尚労働者であり本法の適用があ

\*19 田代彦重『労働者災害扶助責任保険実務要論』東京土木建築業組合（1941年）14頁。

\*20 渡辺章編『労働基準法〔昭和22年〕3上』（日本立法資料全集53）信山社出版（1997年）135頁による。なお、寺本廣作『労働基準法解説』（日本立法資料全集別巻46・復刊）信山社出版（1998年）173頁にも同旨の記載がある。

る。

想定問答として記載されているのはこの一問のみである。

### (2) 法案審議段階での接客業・芸者に関する質疑応答

内閣が国会に提出した労働基準法案は、衆議院労働基準法案委員会の審議に付された。1947（昭和22）年3月14日開催の同委員会の審議においては、9条の「労働者」の定義に関して、接客業とりわけ芸者の位置づけについて、荒畑勝三委員と政府委員である吉武恵市次厚生事務官との間での質疑応答がなされた<sup>\*21</sup>。

○荒畑委員（中略）殊に女中の中には十六、七というような少女もおりましようし、深夜業禁止という條項に當然該當するような事情が女中とか、藝者とか——接客業という中に藝者などもはいれば、そういうものが皆ひつかかって來ると思うのであります、そういう點についてはどういふふうにお考えになっておりますか。

○吉武政府委員（中略）旅館、料理店、接客業等の女子の問題であります、これにつきましては特にその業態の性質から申しまして、深夜業は禁止しておりませんが、しかし十八歳未満の者につきましては、これはやはり特に保護する必要がございますので、深夜業を認めないというような方針をとつておるのであります。

### (3) 法案審議段階での内職・授産場・共同作業場に関する質疑応答

1947（昭和22）年3月15日開催の衆議院労働基準法案委員会の審議の中で、9条の「労働者」の定義に関して、内職及び授産場・共同作業場について取り上げられ、山崎道子委員と河合良成厚生大臣及び政府委員である寺本廣作厚生事務官との間での質疑応答がなされた<sup>\*22</sup>。

○山崎（道）委員 このごろいろいろ雑工業と申しましょうか、内職でございますけれども、家庭に請けてやっております内職、主としてこれは家庭婦人がやっておりますのでございますけれども、非常に低賃金でございます。この面に非常に搾取があると思うのでありますけれども

\*21 第92回帝國議會衆議院（第6類第5号）労働基準法案委員會議録（速記）第4回（昭和22年3月14日）37～38頁。

\*22 第92回帝國議會衆議院（第6類第5号）労働基準法案委員會議録（速記）第5回（昭和22年3月15日）47～48頁。

ども、これはどういう条項で……。

○寺本政府委員 内職といいますが、それが、純然たる請負の恰好でやっておりますが、それとも雇ひ主との関係で使用従属関係、雇備関係があるかどうかというような、個々の問題を調べて見ませんと、一概に内職がこの法律の適用からはずれるとも申しかねるのでありますが、純然たる請負事業としてやられておつて、そのものの労働時間とか、いろいろな関係で使用関係が成り立つておらないということであれば、この法律の適用からのけるのであります。

○山崎（道）委員 授産場のような所で大ぜいやっております。授産場といいますか、共同作業場……。

○河合國務大臣 授産場、共同作業場は大部分入ると思います。と申しますのは、それはそこで品物なり、まとめて受取りまして、そうしてそこでやはり賃金の形にして支拂つているのでありますから…。

この寺本政府委員（厚生省の労働保護課長）の答弁の中で、労働者性判断の基準として「使用従属関係、雇用関係」の指摘がなされ、さらに「使用関係」か「請負関係」かを判断する基準として「労働時間」を指摘していることが注目される。

また、河合國務大臣は、授産場と共同作業場の就労者の労働者性を基本的に肯定する答弁をしている。

労働基準法制定の過程で、「労働者の定義」を巡って議会で審議がなされた事項としては、上記の芸者、内職、授産場・共同作業場以外に、顧問・嘱託がある<sup>\*23</sup>。

#### （4）労働基準法上の「労働者」に関する末弘説

これらの審議を経て、労働基準法（昭和22年4月7日法律第49号）が制定された。

労働基準法案を準備した労務法制審議会の会長代理として審議会の運営及び法理論の両面で先導的役割を果たした末弘嚴太郎は、労働基準法制定直後の1947（昭和22）年5月17日から6月15日に政治経済研究所において「労働基準

---

\*23 1947（昭和22）年3月22日開催の貴族院労働基準法案特別委員会で、畠山委員長が、嘱託・顧問の労働者性について質問したのに対し、政府委員が「高級のものであっても労務を提供されて、その労務に対して報酬を払うというのであれば、広い意味での労働者に入る」と答弁している。

法解説」の講演を行い、その中で、労働基準法9条の「労働者」の意義について次の解説を行った\*24。

「9条」の「労働者」は組合法の「労働者」より範囲が広い。組合法では2条の一号で使用者の利益を代表する者は労働者ではないが、基準法では労働者になり得る。部長が工場の巡視中災害を受けた場合などには労働者として保障を受け得る。警察官吏も労働者である。

この見解は、石川吉右衛門・労組法(1978)38～39頁が承継している。

さらに、末弘は、労働基準法上の労働者の具体的範囲について設例を挙げて次の解説を行った\*25。

問題二 私大の教授に基準法適用ありや。民法643条の委任契約は信用関係を基礎にするのであるから、私大の教授が信用関係をより重視するか、或は労務の提供と考へるかによつて決めればよい。すなわち、前者ならば民法により、後者ならば基準法による。

問題三 映画会社と大スターとの契約について「十六条」（注：賠償予定の禁止）が適用ありや。問題は、スターと会社との契約が労働契約であるか否かである。この契約は従属的労働関係を契約内容とするものではない。故に適用はない。法の解釈に学問が必要な理由はかういふ点に存する。労働契約の概念規定を研究するのは学者の観念の遊技ではない。

この末弘の見解によれば、民法上の委任契約を締結した者については労働基準法は適用されないことになる。また、労働契約に該当するか否かは従属的労働関係の有無により決せられるものとされる。

#### 4 労働基準法施行直後の「労働者」の範囲を減縮する行政運用

古川景一(2007)155～157頁は、労働者災害扶助法（1931年制定、労働基準法施行と同時に廃止され、その内容は労働基準法第8章に継承された）、及び労働者災害扶助責任保険法（1931年制定、労働者災害補償法制定と同時に廃止され、同法に継承された）では「労働者」と扱われていた者の一部に関し、労働省が、「特殊労働者」「自ら業者の立場に立つ労働者」と呼ぶ者について、労働基準法と労働者災害補償保険法の下では「労働者」として取り扱わず、「労働

\*24 日本立法資料全集56渡辺章・野田進編『労働基準法 [昭和22年] (4) - 下 労働基準法施行規則制定資料』信山社（2011年）584頁。

\*25 前同585頁。

者」の範囲を減縮する行政運用を行ったと指摘している。その指摘の主な内容は次の(1)・(2)のとおりである。

### (1) 労働省通達

労働基準法のうち第8章の災害補償の条項<sup>\*26</sup>、及び、労働者災害補償保険法は、1947（昭和22）年9月1日に施行され、また、同日に労働省が発足した。その2ヵ月後に、労働省は、1947（昭和22）年11月12日付基発第285号通達<sup>\*27</sup>を発し、「特殊労働者」「自ら業者の立場に立つ労働者」（通達の文言のまま）と呼ぶ者について、労災保険制度に加入できることとした。

その具体的方法は、当該就労者が所属する労働組合等の団体を事業主と擬制して労災保険への加入を認めるというものであった。

この通達は、労働省が、上記通達で「特殊労働者」「自ら業者の立場に立つ労働者」と呼ぶ者について、従前、労働者災害扶助法及び労働者災害扶助責任保険法の下では「労働者」と扱われていたが、労働基準法と労働者災害補償保険法の施行後はこれらを法律上の「労働者」と扱わず、災害補償制度の保護対象から除外する取扱いを行うことを前提とした上で、これらの者に対し、臨時的応急的な救済措置を講じるものであった。

### (2) 特別加入制度の法制化

上記の労働省通達に基づく制度は、後に「一人親方特別加入制度」「事業主特別加入制度」と呼ばれる。

この特別加入制度は、国営の保険制度であるにも拘わらず、1947（昭和22）年の制度発足以来、1965（昭和40）年までの18年間にわたって法律上の根拠を持たない制度であったが、1965（昭和40）年の労働者災害補償保険法一部改正（昭和40年法律第130号）で法制化された。

したがって、特別加入制度は、労働省が「労働者」の範囲を巡る行政解釈と行政運用を労働基準法及び労働者災害補償保険法の施行前と施行後で変更したことより生じた問題に対応するために、法律上の根拠を持たない超法規的措置

<sup>\*26</sup> 労働基準法の施行日は、一部が1947（昭和22）年9月1日、残余部分が11月1日である。「労働基準法の一部の施行期日（昭和22年8月31日政令第170号）」、「労働基準法の一部の施行期日（昭和22年10月31日政令第227号）」、日本立法資料全集56渡辺章・野田進編『労働基準法〔昭和22年〕（4）—下 労働基準法施行規則制定資料』信山社（2011年）744～745頁、756頁。

<sup>\*27</sup> 労働省労働基準局編『労災補償行政30年史』労働法令協会（1978年）581頁。

として誕生し、制度誕生後18年経過して法律上の根拠を付与された。

## 第3節 行政解釈・労基研報告・学説・判例

### 第1款 行政解釈

#### 1 総論

##### (1) 「職業の種類を問わず」

厚労省労基法コメ（上）(2011)109頁は、労働基準法9条の「職業の種類を問わず」とは、「肉体労働であると精神労働であると、その行われる労働の性質を問うことなく、との意である」としている。

##### (2) 「事業又は事務所」

厚労省労基法コメ（上）(2011)109～111頁は、労働基準法9条の「事業又は事務所」は、「業として継続的に行われるもの」で、営利の目的のみならず営利目的のない社会事業団体や宗教団体の行う継続的活動も事業に該当し、社会通念上業として行っていると認められるものは全て含まれるとする。

##### (3) 「使用される者」と「賃金を支払われる者」

厚労省労基法コメ（上）(2011)112～115頁は、労働基準法9条の「使用される者」は、「いわゆる従属労働の考え方を端的に表明しているもの」とし、同条の労働者かどうかは、基本的には、事業に「使用される」者であるか否か、その対償として「賃金」が支払われるか否かによって判断するとする。

また、同141頁は、労働基準法11条との関係で、賃金であるためには、「労働者」に支払われるものでなければならず、労働者であるためには「賃金」が支払われることを要し、循環論法になるきらいがないではないが、同条にいう「賃金」は、使用従属関係のもとに置かれている者が、その相手方から労務提供の対象として与えられる何らかの利益であるとしている。

#### 2 具体例

具体的事例に関する通牒として、①請負に関連する事案につき、請負契約による下請人（昭23・1・9基発第14号、昭63・3・14基発第150号・婦発第47号）、

大工（昭23・12・2基収第4281号、昭63・3・14基発第150号、平11・3・31基発第168号）、新聞配達店と配達人との関係（昭22・11・27基発第400号）、②委任に関連する事案につき、生命保険の外務員（昭23・1・9基発第13号）、③障害者と労働関係に関する事案につき、障害者自立支援法に基づく就労継続支援により作業を行う障害者（平18・10・2基発1002004号、平19・5・17基発0517002号）、障害者自立支援法に基づく就労継続支援事業を実施している施設以外でいわゆる授産施設、小規模作業所等において作業に従事する障害者（平19・5・17基発0517002号）、④競輪の選手（昭25・4・24基収第4080号）、⑤日本放送協会の管弦楽団、合唱団、劇団、効果団の各団員（昭24・7・7基収第2145号）、⑥芸能タレント（昭63・7・30基収第355号）、⑦あんま、はり、灸治療院に待機しているあんま師、はり師、灸師等（昭36・4・19基収第800号）、⑧会社役員（昭23・1・19基発第14号、昭63・3・14基発第150号、平11・3・31基発第168号）、⑨会社役員兼使用人（昭23・3・17基発第461号）、⑩実習生・インターンシップの学生（昭57・2・19基発第121号、昭24・6・24基発第648号、昭25・11・1基発第291号、平9・9・25基発第648号、平9・9・18基発第636号）、⑪僧職者等（昭27・2・5基発第49号）等に関するものが出されている\*28。

### 3 問題点

労働者性の判断基準を「使用従属関係」とすることは妥当ではない。この点は後掲第2款及び第4節第8款で検討する。

また、各類型の労務供給者が労働基準法上の労働者かどうかについては、後掲第5章「労務供給者の類型別検討」で検討する。

## 第2款 労基研報告・労基研専門部会報告

### 1 労基研報告・労基研専門部会報告の内容

労働大臣（当時）の私的諮問機関である労働基準法研究会の報告「労働基準法上の『労働者』の判断基準について」（1985〈昭和60〉年12月19日）\*29（以下、「労基研報告(1985)」という。）は、労働基準法上の労働者の一般的判断基準を

\*28 厚労省労基法解釈総覧（2011）62～86頁。

\*29 労働省労働基準局『労働基準法の問題点と対策の方向』日本労働協会（1993年）50頁。

示し、また、「傭車運転手」と「在宅勤務者」にこれをあてはめた判断基準を示すものである（→後掲資料編資料Ⅰ）。

また、同じく労働大臣（当時）の私的諮問機関である労働基準法研究会労働契約等法制部会労働者性検討専門部会の報告（1996<平成8>年3月）（以下、「労基研専門部会報告(1996)」という。）は、労基研報告(1985)の労働者性の判断基準を「手間受け従業者」と「芸能関係者」にあてはめた判断基準を示すものである（→後掲資料編資料Ⅱ）。

この労基研報告(1985)の示す労働者性の一般的判断基準と在宅勤務者にこれをあてはめた判断基準、及び、労基研専門部会報告(1996)は、厚労省労基法コンメ（上）（2011）112～115頁・121～125頁・131～135頁・136～138頁において引用されている。

また、この労基研報告(1985)と労基研専門部会報告(1996)の示す判断基準は、その後、学説の支配的見解となっており、下級審裁判例は基本的にこの判断基準に従って労働者性を判断し、最高裁判例にも大きな影響を与えている。

しかし、この労基研報告(1985)と、労基研専門部会報告(1996)の示す判断基準はいずれも支持できない。

以下では、労基研報告(1985)の示す、労働者性の一般的判断基準（→後掲資料編資料Ⅰ）の内容（→後掲2）と問題点（→後掲3）を中心に検討する。

労基研報告(1985)が判断基準を示している、①「傭車運転手」、及び、②「在宅勤務者」（→後掲資料編資料Ⅰ）、並びに、労基研専門部会報告(1996)が判断基準を示している、③「手間受け従業者」、及び、④「芸能関係者」（→後掲資料編資料Ⅱ）については、後掲第5章「労務供給者の類型別検討」第8節・第10節・第6節・第4・6節で検討する。

## 2 労基研報告(1985)の示す労働者性の一般的判断基準

### (1) 統一的概念

労基研報告(1985)は、労働基準法上の労働者、すなわち、労働基準法の適用される労働者は、共通の基準により決定され、条文毎に適用される労働者が異なるのではなく、労働基準法全てが適用される統一的概念であるとの見解を採用する。

### (2) 使用従属性を基本とする判断基準

労基研報告(1985)は、第一に、労働基準法上の「労働者」性の有無は、1)

「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、2)「賃金支払」という報酬の労務対償性、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り判断されるとし、この二つの基準を総称して、「使用従属性」と呼ぶ。

第二に、「指揮監督下の労働」及び「賃金支払」の基準により労働者性の判断が困難な限界的事例については、「専属度」、「収入額」等の諸要素も考慮して総合判断するとしている。

### (3)「指揮監督下の労働」に関する判断基準

労基研報告(1985)は、労働者性の基本的判断基準である「使用従属性」の第一の基準である、1)「使用される＝指揮監督下の労働」に関する判断基準としては、①仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の有無、②業務遂行上の指揮監督の有無（あるいは事業組織への組み入れ）、③拘束性（勤務場所・時間の指定・管理）の有無を掲げ、④代替性の有無をその補強要素としている。

①仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の有無について、「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が、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とする。ただし、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るが、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とする。

②業務遂行上の指揮監督の有無について、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とする。

しかし、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とする。

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

送事業者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、参考にすべきであるとする。

その他、「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るとする。

③拘束性の有無について、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とする。

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とする。

④代替性の有無（指揮監督関係の判断を補強する要素）について、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とする。

#### **(4)「報酬の労務対償性」に関する判断基準**

労基研報告(1985)では、労働者性の基本的判断基準である「使用従属性」の第二の基準である、2) 報酬の労務対償性は、「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」かどうかで判断される（したがって、「指揮監督の下での労働」かどうかにより定まる）とする。

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格差が少ない、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とする。

#### **(5)「労働者性」の判断を補強する要素**

労基研報告(1985)は、限界的事例について「労働者性」の判断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その他の要素を挙げる。

①事業者性の有無については、さらに、イ) 機械、器具の負担関係、ロ) 報酬の額、ハ) その他が考慮されるとする。

イ) 機械、器具の負担関係に関して、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とする。

ロ) 報酬の額に関して、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価である場合には、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とする。

ハ) その他として、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という。

②専属性の程度について、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であるとして、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られるとする。ただし、専属下請のような場合については留意する必要があるとする。

また、報酬の固定給部分がある、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す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、労働者性を補強するとする。

③その他として、裁判例においては、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、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、労働保険の適用対象としていること、勤務規律を適用していること、退職金制度や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とする。

### 3 労基研報告(1985)の問題点

労基研報告(1985)に対する批判の具体的な内容は、後掲第4節第7款・第8

款で詳述するが、さしあたり、次の(1)～(5)の点を指摘したい。

### (1)「使用従属性」による労働者の範囲の限定

第一に、労働基準法上の労働者の基本的判断基準は、「自ら事業者の有償で労務を供給する者」であること、及び、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」に求められるべきであり、自ら事業者の有償で労務を供給する者は、例外的に労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉できる場合、すなわち、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する場合を除き、労働基準法上の労働者である（→後掲第4節第7款）。

したがって、労基研報告(1985)が、労働基準法上の労働者の基本的判断基準を供給される労務の内容と労務供給方法におき、「使用従属性」、すなわち、使用者の指揮監督下の労働とそれに対する賃金支払により、労働者の範囲を限定することは失当である。

### (2)「指揮監督下の労働」の判断基準

第二に、労基研報告(1985)が「指揮監督下の労働」の判断基準として挙げる、①仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の有無、②業務遂行上の指揮監督の有無（あるいは事業組織への組み入れの有無）、③拘束性（勤務場所・時間の指定・管理）の有無、④代替性の有無は、いずれも、労働者性の判断基準・判断要素ではなく、①諾否の自由がないこと、②業務遂行上の指揮監督（あるいは事業組織への組み入れ）があること、③拘束性があること、④代替性がないことを考慮し、労働基準法上の労働者の範囲を限定することは妥当ではない（→後掲第4節第8款）。

### (3)「指揮監督下の労働」の程度

第三に、労基研報告(1985)は、①諾否の自由について、契約によって包括的な仕事の依頼を受諾したためその一部の仕事の依頼を拒否する自由がなかったり、専属下請が事実上仕事の依頼を拒否できなくても労働者性を肯定できないとし、②業務遂行上の指揮監督について、通常注文者の行う指示に止まる場合は指揮監督があるとは言えず労働者性を肯定できないとし、③拘束性について、業務の性質や安全確保の必要上勤務場所及び勤務時間が指定される場合は労働者性を肯定できないとする。

しかし、①諾否の自由については、労務供給者が拒否できる仕事の範囲は契約により定まるのであるから、契約内容により一定の仕事につき諾否の自由がない場合は労働者性が肯定できないというのであれば、全ての労務供給者は労働基準法上の労働者ではないことになってしまうであろう。

また、②業務遂行上の指揮監督について、労務の供給を受ける者は業務上必要な指示を行うのが通常であり、その指示は「通常注文者の行う指示」であるから、「通常注文者の行う指示」であれば労働者性が肯定できないというのであれば、全ての労務供給者は労働基準法上の労働者ではないことになってしまうであろう。

また、③拘束性については、時間的場所的拘束は業務の性質や安全確保の必要性に基づくものであることが通常であるから、業務の性質や安全確保に由来する時間的場所的拘束であれば労働者性が肯定できないというのであれば、全ての労務供給者は労働基準法上の労働者ではないことになってしまうであろう（→後掲第4節第8款3・4・6）。

#### （4）報酬の性質・額・決定方法

第四に、報酬については、単に当該労務供給に対して報酬が支払われていること、すなわち、有償であることで足りる（→後掲第4節第7款2(4)）。

したがって、労基研報告(1985)が言うように「使用者の指揮監督の下で行う労働」に対して支払うものである必要はない。また、報酬の額・決定方法・支払方法等がどのようなものであろうと、労働者性は否定されない（→後掲第4節第8款8）。

#### （5）労働者性を否定する事業者性

第五に、労働者性を否定する事業者性は、労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉できる立場にある場合のみ肯定されるべきであるから、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、当該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ことが必要である（→後掲第4節第7款3）。

備車運転手の所有するトラックや、在宅勤務者の所有するパソコンや、手間受け従業者の所有する工具・器具や、歌手の所有する衣装等は独立した事業に必要な生産手段と評価されるべきではなく、労務の供給を受ける者が事業者である限り、労働者性を否定するものではない（→前掲第1部第2章第3節第4

款2(1))。

また、労務供給者が一定の材料・経費や損害賠償責任を負うことは、実質的に対等に交渉できない立場にあるからこそ負担させられている場合も多く、少なくとも労働者性を否定する事実ではない。屋号等を有していることは、だからといって実質的に対等に交渉できる立場にあるわけではないから、労働者性を否定する事実ではない(→後掲第4節第8款10)。

また、その報酬の額が高いことは、そもそも高額か否かの判断は困難であり、また、それが将来ずっと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、事業者に対し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ことによっては変わらないから、労働者性を否定する事実ではない(→後掲第4節第8款8)。

### 第3款 学説

#### 1 人的従属性(使用従属性)又は「指揮命令下の労働」

従来の学説は、労働基準法上の労働者性を判断するにあたり、供給される労務の内容と労務供給方法に着目し、労働力の処分権を契約を通じて使用者に譲り渡すことにより、労働者がその労働力の処分過程＝労働過程において使用者の支配命令を受けざるをえず人格的に従属的關係を強いられること、又は、使用者の指揮命令(監督)のもとで労務を供給することを、「人的従属性」、「使用従属性」、「使用従属関係」、又は、単に「指揮監督(命令)下の労働」と呼び、これを主要な判断基準、又は、判断基準の一部として採用してきた<sup>\*30</sup>。

##### (1) 人的従属性と経済的従属性の複合説

人的従属性と経済的従属性の複合説として、片岡昇(1977)157～158頁、青木宗也(1976)94～98頁・青木宗也(1977)29～31頁(→前掲第1部第2章第2節1(1))がある。

また、西谷敏(1984)5～11頁は、労働基準法上の労働者は統一的基準であり、一定の労務を提供する者は労働基準法上の労働者であるか否かいずれかでな

\*30 本文に挙げるものの他、吾妻光俊編・注釈労基法(1960)121頁、有泉亨・労基法(1963)45～57頁、石井照久他・註解労基法I(1964)144～145頁、石井照久・要説(1971)84頁、石井照久・新版(1973)148～149頁等。

ればならないとし、その具体的判断基準については、青木宗也(1977)29～31頁(→前掲第1部第2章第2節1(1))を引用し、労働者性の判断基準は、人的従属性と経済的従属性の複合に求められるべきであるとする。そして、労働者ではないと判断された場合でも、経済的従属性が認められる限り、学説・判例上確立された解雇権濫用説又は正当事由説は適用され、労働基準法における解雇制限規定は、少なくともその私法的効果においては類推適用されるとする。しかし、労働基準法上の労働者に該当するかどうかと、解雇権濫用「法理」等が適用されるかどうか、また、労働基準法の規定が類推適用されるかどうかは全く別の問題であるので、同見解は、労働基準法上の労働者については、人的従属性と経済的従属性の複合説と位置づけることができよう。なお、西谷敏・労働法(2008)57頁は、今後は、従来よりも経済的・組織的従属性にウエートを置くことが要請されるという。

#### (2) 人的従属性と経済的従属性と組織的従属性の複合説

人的従属性と経済的従属性と組織的従属性の複合説として、国武輝久(1973)117～118頁、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(→前掲第1部第2章第2節1(2))がある。

#### (3) 「指揮命令下の労働」を中心的な判断基準とする説

「指揮命令下の労働」を中心的な判断基準とする説として、下井隆史(1985)(初出1971年)50～58頁(→前掲第1部第2章第2節1(3))がある。

また、岸井貞男(1984)48～49頁は、労働基準法上の労働者は、使用者の指揮命令に従った労働、すなわち、人的従属労働の提供を約する者全てであり、いわゆる経済的従属性のない者も労働者となり得ることが予定され、また、就労の動機も問わないとする。そして、人的従属性の程度は、遂行される労務の具体的内容に関して指揮命令が及ぶことまで必要とするものではないから抽象的なもので足り、提供される労務の停廃、中断、配置、編成等、「労働力の処分権」が使用者にあるといえる程度の実態、すなわち、「事業全体の指揮命令系統の下に労働している」という実態があれば足りるとする。

#### (4) 労基研報告(1985)の判断基準を支持・踏襲する見解

近年の学説の多くは、労基研報告(1985)(→前掲第2款2)の提示する判断基準・判断要素をほぼそのまま支持・踏襲し、あるいは、これを基礎としてい

る（山川隆一・雇用関係法(2008)23～24頁、荒木尚志・労働法(2009)50～52頁、中窪＝野田＝和田・世界(2011)18頁等）。

また、土田道夫・契約法(2008)46～50頁は、労働基準法上の労働者概念の決め手は「使用される」＝「労働者が使用者の指揮命令に服して労働すること」（「労働の他人決定性」、あるいは「人的従属性」「使用従属関係」）であるとし、限界的事例については、①契約の締結過程における他人決定性（仕事の依頼に対する諾否の自由の有無、専属性、企業組織への組み入れ）、②契約の履行過程における他人決定性（労働の基本的内容・目的の決定、個々の業務に対する諾否の自由の有無、勤務時間・勤務場所の拘束性の有無、労務遂行過程での指揮命令関係・服務規律の適用、第三者による代行性の有無）、③報酬の労務対償性（額や性格）、④事業者性の有無（器具や材料の経費負担・所有の有無、損害負担の有無）を総合して判断するが、中心的判断基準については、指揮命令下の労働（上記①と②）に求めるべきであるとする。そして、その理由として、労働契約は、労働それ自体の提供を目的とする契約であるため、労働義務の基本的要素を決定する権限（労務指揮権）は使用者に帰属し、労働者は自己の労働力を自由に利用する地位を失うという点を基本的特質とする契約であることを挙げる（土田道夫(1999)282～293頁も参照）。

#### （5）使用従属関係と非事業者性を要件とする説

鎌田耕一(2005)43～51頁は、「事業者」を「自己の計算と危険負担の下に業務を行う者」で計算予測可能性に基づき企業リスクを引き受けた者であり労働法の保護を必要としない者とした上で、労働基準法9条の労働者は、(a)指揮監督関係の下で労働に従事し、かつ、(b)事業者でない者（非事業者）であり、労働者性を判断するにあたっては、労働者性を示す要素と事業者性を示す要素を比較考量し、どちらにより近いかを判断するとする。

そして同52～64頁は、第一に、「事業者性」の要件・要素として、①諸費用の負担などの仕事完成の危険を負担すること（業務遂行に伴い発生した損害又は瑕疵ある給付により生じた損害について自ら責任を負担すること等）、②実質的に高額の報酬を求める就労先を選択することができること（個々の契約内容について相手方と協議し合意したという実態、委託された仕事の工程を自ら管理すること、工程・工期・作業時間についての委託者との交渉等）、③諸費用の負担も自らの裁量により調節することによって実質収入を増やすことが可能であること（原材料、機械・器具、燃料を自ら調達すること、報酬額の算定

方法、支払方法についての実質的な交渉、報酬額が正規従業員より高額であること等)を挙げる。

また、第二に、「指揮監督下の労働」は、労働契約上の指揮命令権又は労務指揮権の下で労働がなされたかどうかであるとし、①仕事の依頼、業務従事の指示に対する諾否の自由(拒否する自由がないことは指揮監督性を示すが、包括的な仕事の一部を拒否する自由の制約や専属下請のように事実上仕事の依頼を拒否できないことは指揮命令権による一方的決定ではない)、②業務内容及び業務遂行方法に関する指揮命令(「使用者」が最終的決定権限を有する場合あるいは「使用者」の経営意図の下に事業組織に組み入れられ一般的指揮命令下で業務に従事していれば指揮命令下の労働である)、③時間的場所的拘束性(時間と場所を他人が決定していれば労働者であるが当事者が合意して決定した場合は労働者ではない)等をその判断要素として挙げる。

#### (6) 人的従属性又は事業組織的従属性に経済的従属性を加える説

吉田美喜夫(1986)44～49頁は、①指揮命令が希薄化し「指揮命令下の労働」が判断基準としての役割を果たせない場合が増加していること、②第三者の使用から直ちに労働者性を否定することに疑問があること、③報酬の高額性から労働者性を否定することに疑問があること、④生産手段の所有は備車運転手のように必ずしも労働者性の否定にはつながらないことを指摘し、人的従属性概念自体の見直しが必要であるとして、事業組織的従属性への注目と経済的従属性の重視を提起する。「事業組織的従属性」は「その労働力が事業運営上、不可欠である場合に認められる従属性」であり、「事業運営上、恒常的に必要な労働力といえれば十分である」とし、「経済的従属性」の具体的判断基準として、①生産手段・材料の所有関係、ただし、それらを所有する場合は、所有する生産手段・材料と労働力との一体性の有無、②他人労働の利用の有無、ただし、利用している場合は、それが自由で補助労働力以上のものであるか否か、③事実上の専属性の有無、④契約内容の決定の対等性の有無を挙げる。そして、人的従属性又は事業組織的従属性に経済的従属性を加えて総合判断し、いずれを中心的に見ていくかは雇用・就業形態の違いに応じて異なるとする。

## 2 従来の学説の問題点

従来の学説が、人的従属性(使用従属性)又は「指揮監督(命令)下の労働」であることを労働者性の要件(の一部)とし、その判断基準・判断要素に

より労働基準法上の労働者の範囲を限定することは妥当ではない。詳細は、後掲第4節第7款・第8款で検討するが、さしあたり以下の問題点を指摘しておきたい。

### (1) 「使用従属性」による労働者の範囲の限定

第一に、労働基準法上の労働者の基本的判断基準は、「自ら事業者の有償で労務を供給する者」であること、及び、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こと（交渉の非対等性）に求めるべきであり、それ以上に、人的従属性又は使用従属性を労働者性の要件とし、労働者の範囲を限定すべきではない。

けだし、労務供給形態は多様であり、人的従属性又は使用従属性の有無と程度は職務内容や企業の労務政策により様々であるが、人的従属性又は使用従属性が希薄であるからといって、労働力がその所有者たる人間から切り離すことができないこと（人格権等の保障の必要性）、及び、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こと（交渉の非対等性）に変わりはないからである（→後掲第4節第7款・第8款）。

### (2) 「使用従属性」の判断基準・判断要素

第二に、従来の学説が人的従属性又は使用従属性の判断基準・判断要素として掲げている、①仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の有無、②業務遂行上の指揮監督の有無（あるいは事業組織への組み入れ）、③拘束性（勤務場所・時間の指定・管理）、④代替性は、いずれも労働者性の判断基準・判断要素として必要ではなく、①諾否の自由がないこと、②業務遂行上の指揮監督（あるいは事業組織への組み入れ）、③時間的場所的拘束性、④代替性がないことを要件として、労働者の範囲を限定すべきではない。また、「経済的従属性」の具体的判断基準又はその他の労働者性の判断基準として挙げられている⑤専属性は、専属性がなく複数の相手方に労務を供給する者であっても、労働力がその所有者たる人間から切り離すことができないこと（人格権等の保障の必要性）及び、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）に変わりはないから、これを要件として労働者性を否定すべきではない（→後掲第4節第8款）。

### (3) 労働契約の性質からの演繹

第三に、前掲1(4)の土田道夫・契約法(2008)46～50頁及び土田道夫(2009)282～293頁の見解は、論理的説明となっておらず支持できない。同見解は、(労働基準法上又は労働契約法上の)「労働契約」は、「労務の提供を目的とし、契約締結により当然に使用者が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」ものであるから、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者が労働基準法上の労働者であると考えられる。しかし、そもそも、契約当事者の合意を媒介とせず、使用者が契約締結により当然に労務指揮権を取得することができるという法的根拠を見出すことができず、そのような契約の存在を肯定することはできない。また、仮にそのような契約の存在を肯定しようとしても、なぜ、そのような契約だけが労働基準法及び労働契約法の適用対象となるのかその説明はない。結局、同見解は、何ら理由を説明することなく、労働基準法及び労働契約法の適用対象となる労働契約は「労務の提供を目的とし、契約締結により当然に使用者が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」ものであると結論づけ、当該契約当事者が同法の適用対象となる労働者であると述べているにすぎない。

### (4) 事業者性の要件・要素

第四に、前掲1(5)の鎌田耕一(2005)43～51頁が、「指揮監督下の労働」を労働者性の要件とし、かつ、労働契約上の指揮命令権又は労務指揮権の下で労働がなされたかどうかを判断基準とすること及びその判断要素は支持できない(→後掲第4節第8款)。

また、同見解が、労働法の保護の必要のない「事業者」の要件・要素として挙げる、①仕事完成の危険の負担、及び、③諸費用の負担の調節と実質収入を増やす可能性については、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ので、危険負担や原材料、機械・器具、燃料の調達を負担させられている場合も多く、これを事業者性の判断要素とすべきではない。また、②就労先の選択、及び、③実質収入を増やす可能性の要件・要素において、労務を供給する者と労務の供給を受ける者の協議・合意や実質的な交渉を重視するが、契約内容は全て合意により決定されるものである。また、労務の供給を受ける者が労働条件につき大きな決定・変更権を持っていない場合であっても、それは業務の内容や企業の経営政策によ

ることもあり、自ら有償で労務を供給する者が対等に交渉できる立場にあることを示すものではない。そもそも、労働者かどうかは、「実質的に対等に交渉できない立場にあるかどうかにより契約締結前に決定される」のであって、「契約内容が一方的に決定されたかどうか契約締結過程を検討して契約締結後に事後的に決定される」ものではない（→後掲第4節第4款・第8款12）から、同見解は支持できない。

### （5）「事業組織的従属性」

第五に、前記(6)の吉田美喜夫(1986)44～49頁の見解について、その四つの疑問は首肯できるが、人的従属性の代替的判断基準を「事業組織的従属性」（事業運営上恒常的に必要な労働力）としている点は支持できない。

けだし、事業運営上「恒常的に」必要な労働力を判断基準とすると、一時的臨時的労務供給者は除外され、いわゆる非正規労働者の一部分が、労働基準法上の労働者ではないとされる可能性があるからである。

また、単に「事業運営上必要な労働力」であればいいのであれば、通常は、事業に必要であるから労務供給契約が締結されるのであるから、自ら事業者の有償で労務を供給する契約が締結されていることだけで足り、あえて、「事業組織的従属性」を労働者性の要件とする必要はないからである。

また、同見解は、「経済的従属性」の具体的判断基準として「契約内容の一方的決定」を挙げているが、労働者かどうかは、「実質的に対等に交渉できない立場にあるかどうかにより契約締結前に決定される」のであって、「契約内容が一方的に決定されたかどうか契約締結過程を検討して契約締結後に事後的に決定される」のではない（→後掲第4節第4款・第8款12）。

## 3 「自ら事業者の有償で労務を供給し

### 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」

筆者は、川口美貴(2005)以降、使用従属性の判断基準・判断要素を労働基準法上の労働者の判断基準・判断要素とする従来の学説を批判し、以下の点を主張してきた。

第一に、労働基準法上の労働者性の判断基準は、自ら事業者の有償で労務を供給し、労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉することができない立場にある人間個人及び全体の労働権・生存権保障という観点から導かれるべきである。

第二に、使用従属性（又は組織的従属性）（諾否の自由がないこと、業務遂行の日時、場所、方法等についての指揮監督、事業組織への組み入れ、時間的場所的拘束、契約内容の一方的決定、専属性、代替性がないこと等）により、労働者の範囲を限定すべきではない。

第三に、労働基準法9条の労働者は、原則として「自ら事業者到有償で労務を供給する者」である。しかし、例外的に、労務の供給を受ける事業者との関係で、「独立事業者」（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事業者に対して労務を供給するが、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も専属的継続的な労務供給でもない）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る立場にあるので、当該労務の供給を受ける事業者との関係では労働者ではない。

したがって、労働基準法上の労働者は、「自ら事業者到有償で労務を供給し、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<sup>\*31</sup>。

## 第4款 判例・裁判例

労働基準法上の労働者に関する最高裁判決は、①山崎証券事件、②大平製紙事件、③横浜南労基署長事件、④関西医科大学事件、⑤藤沢労基署長事件等について出されている。いずれも事例判断であるが、特に、藤沢労基署長事件の最高裁判決は、労基研報告(1985)（→前掲第2款2）の影響が大きいと思われる。また、近年の下級審裁判例の労働者性の判断基準は、労基研報告(1985)の示す労働者性の判断基準とほぼ同じである。

以下では、これらの最高裁判決、及び、近年の下級審裁判例における判断基準について検討する。

### 1 山崎証券事件最高裁判決（昭和36・5・25）

山崎証券事件は、証券業者が外務員（上告人）との契約を解除するにあたり労働基準法20条が適用されるかどうか等が問題となった事案であるが、最高裁は、次の(1)のように判示して、労働基準法の適用を否定した<sup>\*32</sup>。

---

\*31 これを支持する見解として、古川景一(2007)164～165頁。

\*32 最二小判昭和36・5・25民集15巻5号1322頁。

### (1) 判決の内容

「原判示によれば、有価証券の売買取引を業とする水谷証券株式会社と上告人との間に成立した外務員契約において、上告人は外務員として、右会社の顧客から株式その他の有価証券の売買又はその委託の媒介、取次又はその代理の注文を受けた場合、これを右会社に通じて売買その他の証券取引を成立させるいわゆる外務行為に従事すべき義務を負担し、右会社はこれに対する報酬として出来高に応じて賃金を支払う義務があると同時に上告人がなした有価証券の売買委託を受理すべき義務を負担していたものであり、右契約には期間の定めがなかったというのであるから、右契約は内容上雇傭契約ではなく、委任若しくは委任類似の契約であり、少なくとも労働基準法の適用さるべき性質のものではないと解するを相当とする」。

### (2) 評価①－民法上の契約類型と労働基準法の適用の有無

同判決が、当該契約が「雇用契約」であれば労働基準法の適用を受けるが、「委任若しくは委任類似の契約」であれば労働基準法の適用を受けないとして、民法上の契約類型により労働基準法の適用の有無を定めているのであれば（判決文からはそのように読めるが）、妥当ではない。

けだし、民法の定める雇用、請負、委任、準委任等の典型契約は、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り、労働基準法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く、労働基準法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からである。また、「雇用」のみならず、「請負」「有償委任・準委任」、あるいは、混合契約、無名契約も、労働基準法上の労働契約に該当することがありえるし、また、「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、労働基準法上の労働契約には該当しない。したがって、「労働基準法上の労働契約」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る（→後掲第4節第12款2(3)）。

### (3) 評価②－使用従属関係

また、調査官解説<sup>\*33</sup>が述べるように、同判決の趣旨が、証券業者と外務員間の契約が判決の述べるような内容である場合は、特段の事情がない限り、労働

---

\*33 最高裁判所判例解説民事篇昭和36年度 [57事件] 181頁（川添利起）。

基準法適用の前提となるべき「使用従属関係」の存在を認めないということであるならば、妥当ではない。

けだし、労働基準法上の労働者の基本的判断基準は、「自ら事業者の有償で労務を供給する者」であることと、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こと（交渉の非対等性）に求められるべきところ、自ら事業者の有償で労務を供給する者は、労務の供給を受ける事業者との関係で独立事業者（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、その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者）である例外的場合を除き、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（交渉の非対等性）、使用従属関係の有無や程度により、その交渉の非対等性に変わりはないからである（→後掲第4節第7款・第8款2）。

#### （4）結論

本件上诉人（外務員）は、「自ら事業者の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する者ではなく、労務の供給を受ける事業者（被上诉人：証券会社）との関係で独立事業者ではないから、被上诉人（証券会社）との関係では労働基準法上の労働者であると判断すべきである。

## 2 大平製紙事件最高裁判決（昭和37・5・18）

大平製紙事件は、塗料製法の指導、塗料の研究を職務内容とする嘱託（被上诉人）に就業規則の解雇に関する定めが適用されるか（したがって、就業規則が適用される労働基準法上の労働者かどうか）等が問題となった事案であるが、最高裁は、次の(1)のように判示してその労働者性を肯定した<sup>\*34</sup>。ただし、判決文においては、「労働基準法」ではなく「労働法」の適用を受くべき労働者とされている。

#### （1）判決の内容

「しかし、原判決（その引用する第一審判決）の確定した事実によれば、被上诉人の職務内容は、上诉人会社において『ドクター塗装機械』用の塗料製法の指導、塗料の研究であり、一般従業員とは異なり、直接加工部長の指揮命令

---

\*34 最二小判昭和37・5・18民集16巻5号1108頁。

に服することなくむしろ同部長の相談役ともいうべき立場にあり、また遅刻、早退等によって給与の減額を受けることがなかつたとはいえ、週六日間朝九時から夕方四時まで勤務し、毎月一定の本給のほか時給の二割五分増の割合で計算した残業手当の支払を受けていたというのであるから、本件嘱託契約が雇用契約（厳密に言えば、労働契約）であつて、被上告人は労働法の適用を受くべき労働者であるとした原審の判断は、正当であつて、所論の違法はない」。

## (2) 評価

本判決が、直接上司の指揮命令に服することなく、遅刻、早退により給与の減額を受けることはなかつたが、毎日一定の時間勤務し所定の賃金及び割増残業手当が支払われていたことを理由に労働法（労働基準法）の適用を受ける労働者と認めたことは、結論としては支持できる。

しかし、調査官解説<sup>\*35</sup>が述べるように、同判決の判示が、「民法の支配領域に残されている委任と労働法の適用を受ける雇用を区別すべき基準は、いつにかかって、前者が特定の目的のために労務を提供する契約であつて、その目的のために幾時間働くことを必要とするかは考慮外にあり、また労働力をいかに処置し機能せしめるかの支配権は直接には労働をなす者の側にあるのに反し、後者が『時間決の労働』ないしは『労働力の処分権を時間を限って売る契約』であつて、労働の種類・目的ということよりもむしろ何時間働くかが問題であり、また労働力をいかに処置し機能せしめるかの支配権はその労働力を買い取った使用者側にあるという点」にあるという考えに基づくのであれば、妥当ではない。

けだし、労働基準法上の労働者は、「自ら事業者の有償で労務を供給する者」であるかどうかと、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）かどうかにより判断されるべきところ、自ら事業者の有償で労務を供給する者は、労務の供給を受ける事業者との関係で独立事業者（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、その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者）に該当する場合を除き、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、当該契約内容が「特定の目的のために労務を提供する契約」か、「労働力の処分権を時間を限って

---

\*35 最高裁判所判例解説民事篇昭和37年度 [58事件] 183頁（渡部吉隆）。

売る契約」かにより、その交渉の非対等性に変わりはないからである。

また、そもそも、「特定の目的のために労務を提供する契約」か「労働力の処分権を時間を限って売る契約」かという区別自体が明確でなく相対的であり、どちらの形式でも契約を締結することが可能な労務は少なくないところ、「今日〇〇件ことこの顧客の電化製品を修理してほしい」と仕事の内容と量を特定すれば労働基準法上の労働者ではなく、「何時から何時まで」と労務供給の時間を区切ってその時間帯に顧客の電化製品を修理しに行くよう指示すれば労働基準法上の労働者であると判断することに合理的理由はない。これを認めれば、使用者は前者のような労務供給形式・契約形式を採用し、労働基準法の適用が回避される結果となるであろう。

なお、労働基準法上の労働者と労働基準法上の労働時間の関係は、後掲第4節第9款で検討する。

### (3) 結論

本件被上告人（嘱託）は、「自ら事業者の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する者ではなく、労務の供給を受ける事業者（上告人：会社）との関係で独立事業者ではないから、上告人（会社）との関係では労働基準法上の労働者であると判断すべきである。

## 3 横浜南労基署長事件最高裁判決（平成8・11・28）

横浜南労基署長事件は、自己所有の2トンロングトラックを持ち込み、会社の指示に従って会社の製品の運送業務に従事していた運転手（上告人）が、労働者災害補償保険法上の労働者かどうかが争われた事案であるが、最高裁は次の(1)のように判示して、当該人が労働基準上の労働者ではなく、労働者災害補償保険法上の労働者でもないと判断した<sup>\*36</sup>。

### (1) 判決の内容

「原審の適法に確定した事実関係によれば、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

---

\*36 最一小判平成8・11・28集民180号857頁、労判714号14頁。

られ、運転経路、出発時刻、運転方法等には及ばず、また、一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ことはなかった、[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。

右事実関係の下においては、上告人は、(c)業務用機材であるトラックを所有し、自己の危険と計算の下に運送業務に従事していたものである上、①旭紙業は、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、②時間的場所的拘束の程度も、一般の従業員と比較してはるかに緩やかであり、(a)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、(b)報酬の支払方法、(d)公租公課の負担等についても、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、③上告人は、専属的に旭紙業の製品の運送業務に携わっており、同社の運送係の指示を拒否する自由はなかったこと、毎日の始業時刻及び終業時刻は、右運送係の指示内容のいかんによって事実上決定されることになること、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。この点に関する原審の判断は、その結論において是認することができる」((a)～(d)の記号、①～③の番号は筆者)。

## (2) 評価

同判決は、事実関係 [1] から、①旭紙業（会社）は、上告人（トラック持

ち込み運転手)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ないとの判断を行い、事実関係 [2] から、②上告人の時間的場所的拘束が緩やかであるとの判断を行い、(a)上告人が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とし、事実関係 [3] から、(b)報酬の支払方法について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と判断し、事実関係 [4] から、(c)上告人が業務用機材であるトラックを所有し、自己の危険と計算の下に運送業務に従事していたと判断し、事実関係 [5] から、(d)公租公課の負担等について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と判断する。そして、③上告人は専属的に会社の運送業務に携わっており同社の運送係からの指示を拒否する自由はなかったこと等、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で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とした。

したがって、同判決は、事例判断であり、また、「使用従属性」という概念は用いていないが、その考慮する事情は労基研報告(1985)の提示する労働者性の判断基準・判断要素に類似しており、(a)指揮監督の下での労務の提供と、(b)それに対する報酬の支払、(c)事業者性、(d)その他公租公課の負担等を考慮し、(a)指揮監督の下での労務の提供かどうかについては、さらに、①業務の遂行に関しての指揮監督、②時間的場所的拘束、③諾否の自由の有無等を検討している。

しかし、同判決の考慮する事情とその判断は支持できない。その理由は以下の(3)~(9)で述べるとおりである。

### (3) 指揮監督下の労働

第一に、労働基準法上の労働者は、自ら事業者の有償で労務を供給する者であるかどうかと、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(交渉の非対等性)かどうかにより判断されるところ、特別の「指揮監督」の下での労務の提供かどうかにより、労働権・人格権等の保障の必要性和、実質的に対等に交渉できない立場(交渉の非対等性)に変わりがあるわけではない(→後掲第4節第8款2(2)(3))。

### (4) 指揮監督等の程度

第二に、①業務の遂行に関しての指揮監督、②時間的場所的拘束、③諾否の

自由の具体的内容は、契約に基づいて定まるものであり、その内容は多様であって、当該業務・職務等の内容や労務の供給を受ける企業の経営・労務政策等により、詳細な指示がなされなかったり、時間的場所的拘束が少なかったり、諾否の自由の範囲が広い場合もあるが、だからといって、自ら事業者の有償で労務を供給する者の労働権・人格権等の保障の必要性と、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（交渉の非対等性）に変わりがあるわけではない（→後掲第4節第8款4・6・3）。

#### (5) 業務の性質上必要な指示

第三に、同判決は、「運送という業務の性質上当然必要とされる…指示以外には、上告人の業務の遂行に際し、特段の指揮監督を行っていたとはいえない」ということを労働者性を肯定しない理由の一つとしている。しかし、労務の供給を受ける事業者が労務供給者に対して行う指示は「業務の性質上」行われるのが通常であるところ、業務の性質上必要な指示以外の「特別な監督」がなければなぜ労働者ではないのか合理的理由はない。また、このように判断するならば、自ら事業者の有償で労務を供給する者は全て労働基準法上の労働者ではないことになってしまうであろう（→後掲第4節第8款4(2)）。

#### (6) 報酬の決定方法

第四に、本判決は、報酬が出来高払であり労働基準法上の労働者に該当すると解するのを相当する事情がないとする。しかし、報酬の決定方法は自由であり、時間給であっても出来高払であっても、自ら事業者の有償で労務を供給する者の労働権・人格権等の保障の必要性と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（交渉の非対等性）に変わりはなく、時間給であれば労働者性を肯定する要素であるが出来高払はそうではないと評価することに合理的理由はない（→後掲第4節第7款2(4)・第8款8(5)）。

#### (7) 事業者性

第五に、同判決は、当該トラック持ち込み運転手が業務用機材であるトラックを所有し、自己の危険と計算の下に運送業務に従事していたと判断し、これを労働者性の否定的要素と解している。

しかし、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実質的に対等に交渉できる独立事業者であるとしてその労働者性を否定す

るためには、独立した事業に必要な生産手段等を有してそれを利用して労務を供給し、かつ、その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ことが必要であると解されるところ（→後掲第7款3）、当該トラック持ち込み運転手が所有するトラックは独立した事業に必要な生産手段ではなく、仮にそうであるとしても労務の供給を受ける事業者（運送会社）の事業内容である運送業務を専属的継続的に行っていたのであるから、労働者性を否定しうる独立事業者には該当しない。

また、ガソリン代、修理費、高速道路料金の負担は、契約当事者により自由に決定できることであり、労務の供給を受ける事業者（運送会社）と実質的に対等に交渉できない立場にあるから負担させられているとも位置づけうるものであり、これを労働者性の否定的要素と位置づけることは妥当ではない（→後掲第4節第8款10）。

### （8）税・社会保険・確定申告

第六に、同判決は、報酬の支払にあたって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、報酬は事業所得として確定申告されていたことから労働基準法上の労働者と解するを相当とする事情は存在しないとす。しかし、それが当事者が当該トラック持ち込み運転手が労働基準法上の労働者でないことと主観的に認識していたことを示すものであるとしても、労働基準法上の労働者は強行規定である労働基準法の適用範囲を画定するものであるから、客観的に決定されなければならない。また、法所定の要件に該当すれば使用者は税の源泉徴収や保険料の控除をしなければならないのであって、源泉徴収や控除をしていないから労働基準法上の労働者ではないと判断するのは、思考順序が逆である（→前掲第1章1、後掲第4節第8款11）。

### （9）結論

本件上诉人（トラック持ち込み運転手）は、「自ら事業者の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者ではなく、仮にそうであるとしても、その供給する労務の内容は労務の供給を受ける事業者（運送会社）の事業内容（運送業務）の一部であり、かつ、専属的継続的な労務供給であり、当該労務の供給を受ける事業者との関係で独立事業者ではないから、当該事業者との関係では労働基準法上の労働者であると判断すべきである。

#### 4 関西医科大学事件最高裁判決（平成17・6・3）

関西医科大学事件は、医師法16条の2第1項による臨床研修として指導医の指導の下に医療行為等に従事していた研修医（A）が労働基準法上の労働者であり、最低賃金法2条所定の労働者に該当するかどうかの問題となった事案であるが、最高裁は次の(1)のように判示して、その労働者性を肯定した<sup>\*37</sup>。

##### (1) 判決の内容

「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（医師法（平成11年法律第160号による改正前のもの。以下同じ。）2条、5条）、医療行為を業として行う資格を有しているものである（同法17条）ところ、同法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する定められている。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、研修医がこのように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、A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、A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、A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うべきであるから、上告人は、同法5条2項により、Aに対し、最低賃金と

---

\*37 最二小判平成17・6・3民集59巻9号938頁。調査官解説として、最高裁判所判例解説民事篇平成17年度（上）299頁（内野俊夫）。

同額の賃金を支払うべき義務を負っていたものというべきである」。

## (2) 評価と結論

同判決が、指導医の下での研修医の医療行為を教育的な側面もあるが「労務の提供」でもあると判断したこと、奨学金等の金員支払により「報酬の支払」があったと判断したこと、及び、当該研修医の上告人（病院）に対する労働基準法上の労働者性を肯定した結論については、支持できる。

しかし、労働基準法上の労働者性は、自ら事業者の有償で労務を供給する者であることと、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こと（交渉の非対等性）により肯定されるべきところ、労務の供給を受ける事業者が契約の定めに基づき指示を行いそれに従って労務を供給すること以上の特別な「指揮監督の下における労務提供」でなくても、その交渉の非対等性には変わりはないから、これを考慮事情とすることは支持できない（→後掲第4節第7款・第8款）。

## 5 藤沢労基署長事件最高裁判決（平成19・6・28）

藤沢労基署長事件は、作業場を持たず、他人を雇わず、一人で工務店の仕事を請け負う形態で稼働している、いわゆる「一人親方」大工（上告人）の労働者災害補償保険法上の労働者性が問題となった事案であるが、最高裁は次の(1)のように、判示して、労働者性を否定した<sup>\*38</sup>。

### (1) 判決の内容

「1 原審の適法に確定した事実の概要は、次のとおりである。

(1) 上告人は、作業場を持たずに一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、株式会社竹中工務店（以下「竹中工務店」という。）等の受注したマンションの建築工事について細田木材工業株式会社（以下「細田木材」という。）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（以下「本件災害」という。）に遭った。

(2) 上告人は、細田木材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、仕上りの画一性、均質性が求められることか

---

\*38 最一小判平成19・6・28集民224号701頁、労判940号11頁。同判決については、川口美貴(2008)参照。

ら、細田木材から寸法、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。

(3) 上告人は、作業の安全確保や近隣住民に対する騒音、振動等への配慮から所定の作業時間に従って作業することを求められていたものの、事前に細田木材の現場監督に連絡すれば、工期に遅れない限り、仕事を休んだり、所定の時刻より後に作業を開始したり所定の時刻前に作業を切り上げたりすることも自由であった。

(4) 上告人は、当時、細田木材以外の仕事をしていなかったが、これは、細田木材が上告人を引き止めておくために、優先的に実入りの良い仕事を回し、仕事とぎれないようにするなど配慮し、上告人自身も、細田木材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ようとしていたことによるものであって、細田木材は、上告人に対し、他の工務店等の仕事をするを禁じていたわけではなかった。また、上告人が細田木材の仕事始めてから本件災害までに、約八ヵ月しか経過していなかった。

(5) 細田木材と上告人との報酬の取決めは、完全な出来高払の方式が中心とされ、日当を支払う方式は、出来高払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。前記工事における出来高払の方式による報酬について、上告人ら内装大工は細田木材から提示された報酬の単価につき協議し、その額に同意した者が工事に従事することになっていた。上告人は、いずれの方式の場合も、請求書によって報酬の請求をしていた。上告人の報酬は、細田木材の従業員の給与よりも相当高額であった。

(6) 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、上告人が細田木材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。

(7) 上告人は、細田木材の就業規則及びそれに基づく年次有給休暇や退職金制度の適用を受けず、また、上告人は、国民健康保険組合の被保険者となっており、細田木材を事業主とする労働保険や社会保険の被保険者となっておらず、さらに、細田木材は上告人の報酬について給与所得に係る給与等として所得税の源泉徴収をする取扱いをしていなかった。

(8) 上告人は、細田木材の依頼により、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、職長手当の支払を別途受けることとされていたが、上記業務は、細田木材の現場監督が不在の場合の代理として、細田木材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。

2 以上によれば、上告人は、前記工事に従事するに当たり、竹中工務店はもとより、細田木材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、細田木材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が困難であり、上告人の自己使用の道具の持込み使用状況、細田木材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。上告人が職長の業務を行い、職長手当の支払を別途受けることとされていたことその他所論の指摘する事実を考慮しても、上記の判断が左右されるものではない（下線は筆者）。

### (2) 評価

同判決は、労働基準法上の労働者の一般的判断枠組みを示すものではなく、事例判断ではあるが、基本的に、「指揮監督の下での労務提供」と「報酬が労務の提供の対価として支払われたものであること」を考慮し、さらに、その他の事情を考慮して労働者性を判断するものと解され、労基研報告(1985)の影響が大きいと思われる。

しかし、同判決の考慮する事情及び本件事案についての具体的判断は支持できない。その理由は以下の(3)～(15)で述べる通りである。

### (3) 「指揮監督下の労務提供」の要否

労働基準法は、自ら事業者には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契約内容を実質的に対等に決定することが事実上困難であるが故に、労務の供給を受ける事業主に対して統一的・画一的な最低基準・ルール遵守義務を課し、直接労働契約の締結・内容・終了を規制している。また、労働者災害補償保険法も、労務の供給を受ける事業主がその事業のために労務供給者の労務供給を受け利益を享受しているが故に、労務供給者の労災という危険に対する補償も負担させ、保険料支払を課していると解される（→後掲第4節第

2款1・2)。

したがって、自ら事業者の有償で労務を供給する者は、基本的に、「労働基準法上の労働者」であり「労働者災害補償保険法上の労働者」であると解すべきである。労務の供給は、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に基づき行い、その指示にしたがった労務提供がなされることで足り、それ以上の「指揮監督下の労務提供」であることは必要ではない(→後掲第4節第7款・第8款2)。

#### (4)「指揮監督の下での労務提供」の判断基準・要素①

##### －業務遂行方法についての具体的指示の要否

同判決は、①労務の供給を受ける事業者(細田木材)の具体的指示がなく業務の遂行に労務供給者である大工の裁量があること(事実関係(2))、②作業時間の指定・管理が厳格でないこと(事実関係(3))を理由に、当該大工の労働が「指揮監督の下での労務提供」であることを否定し、その労働者性を否定していると思われる。

しかし、①業務遂行方法に関して、労務の供給を受ける者の具体的な指示が存在しないことは、労働者性を否定する要素ではない。

第一に、業務遂行上の具体的指揮監督の有無・内容・程度は、契約当事者の合意を媒介として個々具体的に決定されるものであり、これは契約法の一般原則であるとともに、労働基準法2条が前提しているところでもある。そして現実には、その内容は、労務の供給を受ける企業の経営方針・労務政策、当該業務の内容等により様々に異なるのであって、特に、専門職たる内装大工のように、職種・職務上、労務提供における裁量・独立性が高い「専門知識・技術型」の労務提供者については、その業務遂行方法・内容につき、労務の供給を受ける者から具体的な指示が行われず、基本的な枠組みのみが指示されるのが通常である。

第二に、労働基準法は、事業場外労働及び裁量労働に関する規定(38条の2～38条の4)をおき、労働基準法上の労働者が業務遂行方法につき使用者の具体的な指示を受けない場合があることを前提とした労働時間法制を有しており、業務遂行方法に関する使用者の具体的な指示の存在は労働基準法上の労働者の要件ではない。

第三に、労働基準法の規制内容に鑑みると、同法は、自ら事業者に労務を供給する者がその業務遂行方法につき労務の供給を受ける事業者の具体的な指示

を受けているからこれらの規制を行っているわけではなく、労務供給者がその契約内容を労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に決定することが事実上困難であるが故に、労務の供給を受ける事業主に対して統一的・画一的な最低基準・ルールの遵守義務を課し、労務供給契約の締結・内容・終了を規制しているのである。また、労働者災害補償保険法も、労務供給者がその業務遂行方法につき事業主の具体的指示を受けているから事業主に保険料負担を課しているわけではなく、事業主がその事業のために労務供給者の労務を受領し利益を享受しているが故に、労務供給者の労災という危険に対する補償も負担させ、保険料支払を課していると解される。

したがって、細田木材が単純な建設作業員ではなく腕の良い内装大工である当該大工に対して具体的な工法や作業手順について具体的指示をしないのは、当該大工の専門性・技術や業務内容に照らし、むしろ当然であり、具体的な工法や作業順序につき細田木材が指示を行っていないことを理由に当該大工の労働者性を否定することは誤りである。

### (5)「指揮監督の下での労務提供」の判断基準・要素②

#### －作業時間の厳密な管理指定の要否

同判決は、先に述べたように、①労務の供給を受ける事業者（細田木材）の具体的指示がなく業務の遂行に労務供給者である大工の裁量があること（事実関係(2)）、②作業時間の指定・管理が厳格でないこと（事実関係(3)）を理由に、当該大工の労働が「指揮監督の下での労務提供」であることを否定し、その労働者性を否定していると思われる。

しかし、②作業時間の厳密な管理指定が行われていないことは、労働者性を否定する要素ではない。

第一に、当該大工の作業時間は、当該大工が全く自由に決定できたわけではなく、作業日及び作業時間・休憩時間が詳細に設定された上で、当該大工が、細田木材に連絡をし工期に遅れなければ休んだり開始・終了時刻をずらすことが可能であるとされているところ、労働基準法は、フレックスタイム制及び専門業務型裁量労働制・企画型裁量労働制に関する規定（32条の3、38条の3、38条の4）をおき、労働基準法上の労働者が自分の労働の始業・終業時間を自由に決定でき、あるいは、業務遂行にあたりその時間配分を自由に決定できる場合があることを前提としており、労働の始業・終業時間や時間配分の決定に労務供給者が裁量を有しているからといって、労働基準法上の労働者性は否定

されない。したがって、当該大工が作業の開始・終了時間について一定の裁量を有していたからといって、労働基準法上の労働者性が否定的に解されるわけではない。

また、契約内容は契約当事者の合意により強行規定等に抵触しない限り自由に変更することができるのであるから、細田木材と当該大工との合意に基づき、当該大工の希望や事情に応じた作業日、作業開始・終了時刻の変更がなされたことがあったからといって、当該大工の労働基準法上の労働者性が否定されるわけではない。

第二に、当該大工と細田木材との間で、工事全体の作業終了時刻である午後5時前に当該大工の仕事が終わった場合は当該大工は作業を終了してもよいという合意があったのであれば（そのような約定は可能である）、当該大工が作業終了後の自由時間に何をしてもそれは当該大工の労働基準法上の労働者性を否定する根拠にはならない。また、当該大工が基本的に5時まで作業現場にいることを義務づけられていたのであれば、自分の作業が終わって特に何もすることがない時間は「手待時間」と解されるが、「手待時間」は、労働基準法32条にいう「労働時間」に算入される時間であり、「手待時間」があるからといって労働基準法上の労働者性を否定的に解することはできないというのが、労働基準法9条と労働基準法32条に関する規定の整合的な解釈である。それゆえ、当該大工の作業時間の中に手待時間があっても、それは、当該大工の労働基準法上の労働者性を否定する根拠にはならない。

## (6) 報酬

同判決は、当該大工の報酬につき、①出来高払、②協議による額の決定、③請求書による報酬の請求、④当該大工の報酬が労務の供給を受ける細田木材の従業員よりも高額であることを理由に（事実関係(5)）、当該大工の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が困難であるとし、労働者性を否定している。

しかし、報酬については、当該報酬が単に労務供給の対価であること、すなわち、有償の労務供給であることで足りると解すべきところ、当該大工の労務供給が有償であることは明らかである。そして、次の(7)～(10)で述べるとおり、前記①～④によりその労働者性は否定されない。

### (7) 報酬額の決定方法

報酬の決定方法は労働者性の判断基準とは無関係である。

第一に、労働基準法11条は、「この法律で賃金とは、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」と規定するが、労働の対償として支払われる報酬額の決定方法については限定していない。

第二に、現行法制においては、差別的取扱いの禁止や公序（民法90条）等に抵触しない限りは、報酬額の決定方法は当事者自治に委ねられており、最低賃金法と割増賃金支払義務（労働基準法37条）に抵触しなければ、報酬額と労働時間が比例していることも必要ではない（もちろん37条違反があったからといって賃金であることが否定されるわけではない）。

第三に、労働基準法自身が、「出来高払制その他の請負制で使用する労働者については、使用者は、労働時間に応じ一定額の賃金の保障をしなければならない。」と規定し（27条）、労働基準法上の労働者が、出来高払制その他の請負制で賃金を支払われることがあることを前提としているのは明らかである。

### (8) 協議による報酬額の決定

協議により報酬額が決定されていることは、労働者性を否定する要素ではない。

労務供給契約も契約である以上、当然のことながら、報酬の額・決定方法等は、労働協約の規範的効力や就業規則の最低基準効等により決定される場合を除き、契約当事者の合意により契約毎に決定され、労務供給者の同意なく労務の供給を受ける者が一方的に決定することはないからである（合意がなければ契約内容にならない）。したがって、報酬額につき当該大工と細田木材が協議の上決定していたからといって、当該大工の労働者性は否定されない。

### (9) 報酬の請求方法

当該大工が細田木材に請求書を出す方式で請求していたとしても、労務の供給を受ける事業者（細田木材）と実質的に対等に交渉できない立場にあることに変わりはなく、労働者性は否定されない。

### (10) 報酬額

労働者性は、報酬額により左右されるものではない。

自ら事業者に対して労務を供給する者が、その対償として高額な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）、それが将来ずっと継続するという保障はなく、事業者に対し、実質的に対等に交渉できない立場にあることに変わりはない。

仮にその報酬額を考慮するとしても、「腕が良く勤勉な大工である」当該大工と、専門職である大工ではない細田木材の従業員という、職種・職務内容・技能の異なる者を比較することに合理性はない。

また、当該大工の報酬額は、平成10年7月分70万760円、同年8月分33万6840円（道具代補填分3万円を含む）、同年9月分65万9200円（同上）、同年10月分69万8800円（同上）、同年11月分50万7000円（同上）と認定されているが、裁判所の庁舎建設その他の公共工事の際に工事費の積算のために使用される『公共工事設計単価』によれば、本件災害発生当時の「平成10年度」「大工」については、「山形県」で月額3万8000円、「神奈川県」で2万2000円と定められており、この25日分の月額は、山形県で77万円、神奈川県で55万円となる。したがって、当該大工の受け取っていた報酬額は、「大工」の通常の労務単価に基づき計算される報酬額と大差はなく、少なくとも、労働者性を否定しうほどの高額なものではないことは明らかである。

#### (11) 労働者性を否定するに足る事実の有無

同判決は、①当該大工が他社の業務に従事することが可能であったことと細田木材の仕事をしている期間が8ヵ月と短いこと（専属性）（事実関係(4)）、②大工道具一式を所有しこれを使用していたこと（事業者性）（事実関係(6)）、③就業規則、税・社会保険・労働保険上の扱い（事実関係(7)）を労働者性を否定する要素と解していると思われる。

しかし、自ら事業者の有償で労務を供給する者は、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、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供給でもない「独立事業者」でなければ、労働基準法上の労働者であると解すべきところ（→後掲第7款）、次の(12)～(14)で述べるとおり、①と③はいずれも労働者性を否定する要素ではなく、②についても労働者性を否定するに足る「独立事業者」として評価することはできない。

**(12) 他社への業務の従事の可能性、仕事の期間（専属性）**

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に専属的かつ長期にわたり労務を供給していなくても、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変わりはなく、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の基盤を確保する必要性も存在するから、労務の供給を受ける事業者に専属的・長期にわたり労務を供給していることは労働者性の要件ではない（例えば、複数のコンビニエンスストアでレジ係として勤務し、かつ、それが一週間前からであっても、当該労務供給者は、労働基準法上の労働者である）。

したがって、当該大工が他社で業務に従事することを禁止されておらず、細田木材に長期間労務を提供しておらず、細田木材に対する専属性は高くはないとしても、それは、当該大工の労働者性を否定する要素ではない。

**(13) 就業規則、税・社会保険・労働保険上の取扱い**

労働基準法及び労働者災害補償保険法上の「労働者」の範囲は客観的基準により決定され、労務の供給を受ける者や労務供給者の意思により「労働者」の範囲を縮小・拡大することはできない（→前掲第1章1）。

したがって、第一に、同判決が、細田木材が当該大工に対して就業規則を適用していなかったことや当該大工に対する報酬から所得税の源泉徴収や社会保険・労働保険の保険料の控除をしていなかったことをもって、細田木材と当該大工が、当該大工を労働基準法上の労働者として取り扱わない意思であった、又は、労働基準法上の労働者ではないと判断していたと推認し、当該大工の労働者性を否定的に判断しているのであれば、妥当ではない。

第二に、細田木材が当該大工に対して就業規則を適用せず、所得税の源泉徴収や社会保険・労働保険の保険料の控除をしていなかったことは、いずれも細田木材が一方的に決定できることであって、細田木材が一方的に決定することのできる取扱いをもって、当該大工の労働者性を否定的に解することは、細田木材が使用者としての負担を回避するために労働基準法及び労働者災害補償保険法からの逸脱を一方的に決定することを許容する結果となり、妥当ではない。

第三に、労働基準法、所得税法、労働者災害補償保険法、雇用保険法、健康保険法、厚生年金保険法の所定の要件に該当すれば、労務の供給を受ける者（使用者・給与等支払者・事業主）に、就業規則の適用、所得税の源泉徴収、保険料の控除・納付義務が発生するのであって、労務の供給を受ける者が就業

規則の適用・源泉徴収・保険料の控除・納付を行っていないからといって、自ら事業者には有償で労務を供給する者が労働基準法上の「労働者」に該当しないわけではない。

#### (14) 大工道具の所有・使用（事業者性）

労働者性を否定するに足りる「事業者」性を肯定するためには、少なくとも、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ことが必要であると解される所、当該大工が所有していたのは、丸のこぎり等、一般的に必要な大工道具一式のみであり、作業場を持たず、他人を雇わず、一人で工務店の仕事を請け負う形態で稼働していたのであるから、会社従業員が自分のスーツや靴を所有しているのと同様、労務提供に必要な「道具」を有しているにすぎない。したがって、当該大工は、独立した事業に必要な生産手段や履行補助者等を有しそれを利用して労務を供給する「事業者」ではない。

原審・高裁判決<sup>\*39</sup>は、当該大工が「細田木材において行っていたのは内装工事であり、その性質上さほど高価な工具を必要とするものではなく、現に控訴人は、その所有する大工道具でほとんどの仕事を賄うことができ、細田木材所有の機械を使用するのは、使用頻度の低いごく特殊なものに限られていたというのであるから、道具に関する控訴人の負担が大きくないことは、事業者性を否定する事実ということとはできない」と判示するが、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、当該大工の労務供給は単なる労務供給であって「事業」ではなく、当該大工は「事業者」ではないと解すべきであろう（例えば、労務の供給に特に高価な機械・道具等を必要としない、ホテルのポーター、清掃人等も同様である）。

#### (15) 結論

以上検討したように、本件上告人（一人親方大工）は、事業者である細田木材に対して労務を供給し、その対償としての報酬を支払われ、細田木材との関係で独立事業者には該当しないから、細田木材との関係では労働基準法上の労働者であり、したがって、労働者災害補償保険法上の労働者であり、同法の適用を受ける。

にもかかわらず、同判決は、労働基準法9条の解釈と適用を誤って、当該大

---

\*39 東京高判平成17・1・25労判940号22頁。

工の労働者性と労働者災害補償保険法の適用を否定したものであり、失当である。

## 6 近年の下級審裁判例

近年の下級審裁判例は、多くは「使用従属性」又は「使用従属関係」という概念を用い（用いない裁判例もある）、労働者性の判断基準・判断要素については、労基研報告(1985)の労働者性の判断基準・判断要素（→前掲第2款2）とほぼ同じものを用いて、総合的に労働者性を判断している\*40。

### (1) 新宿労基署長事件地裁判決・高裁判決

新宿労基署長事件の第一審・東京地裁判決（平成13・1・25）\*41は、労基法9条の「労働者」とは、「使用者との使用従属関係の下に労務を提供し、その対価として使用者から賃金の支払を受ける者をいうと解されるから、『労働者』に当たるか否かは、雇用、請負といった法形式のいかんにかかわらず、その実態が使用従属関係の下における労務の提供と評価するにふさわしいものであるかどうかによって判断すべきものである」とし、「使用従属関係の有無は、使用者とされる者と労働者とされる者における具体的な仕事の依頼、業務指示等に対する諾否の自由の有無、業務遂行上の指揮監督関係の存否・内容、時間的及び場所的拘束性の有無・程度、労務提供の代替性の有無、支払われる報酬の性格・額、業務用機材等機械・器具の負担関係、専属性の程度、使用者の服務規律の適用の有無、公租などの公的負担関係、その他諸般の事情を総合的に考慮して判断されなければならない」と判示する。同事件の控訴審・東京高裁判決（平成14・7・11）\*42の判示も同様である。

### (2) 藤沢労基署長事件地裁判決・高裁判決

前掲5の藤沢労基署長事件の第一審・横浜地裁判決（平成16・3・31）\*43は、

\*40 本文で挙げたものの他、横浜南労基署長事件・横浜地判平成5・6・17労判643号71頁、大阪中央労基署長事件・大阪地判平成15・10・29労判866号58頁、NHK 盛岡放送局事件・仙台高判平成16・9・29労判881号15頁、新国立劇場運営財団事件・東京地判平成18・3・30労判918号55頁、ソクハイ事件・東京地判平成22・4・28労判1010号25頁等。

\*41 東京地判平成13・1・25労判802号10頁。

\*42 東京高判平成14・7・11労判832号13頁。

\*43 横浜地判平成16・3・31労判876号41頁。

第一に、「労災保険法にいう労働者とは、労基法に定める労働者と同一のものをいうと解するのが相当であ」り、労基法「にいう労働者とは、使用者の指揮監督下に労務を提供し、使用者から労務に対する対償としての報酬を支払われる者をいうと解するのが相当である」と判示し、第二に、労基研報告(1985)及び労基研専門部会報告(1996)の判断枠組みを基本にしなが、諸般の事情を総合して検討するべきであると判示し、第三に、本件事案について、指揮監督下の労働か否か、報酬の労務対償性、事業者性の有無、専属性の程度、就業規則・保険・税等の取扱いを検討している。

また、同事件控訴審・東京高裁判決（平成17・1・25）<sup>\*44</sup>は、第一に、「労災保険法にいう労働者は、労働基準法に定める労働者と同義であり、同法9条が『職業の種類を問わず、事業又は事務所に使用される者で賃金を支払われる者を言う。』と定義していることからすると、・・・労災保険法にいう労働者に該当するか否かの基本的な判断基準は、『使用従属関係の存在』と『労務提供に対する賃金の支払関係の存在』の有無であると解する」と判示し、第二に、本件事案について、事実関係につき第一審横浜地裁判決をほぼ引用した上で、「本件に関しては、仕事の依頼・業務従事に対する諾否の自由の有無、業務遂行上の指揮監督関係の有無・程度、勤務時間・勤務場所の拘束性の有無、服務規律の適用の有無、労務提供の代替性の有無、業務用の機械・器具の提供の有無・程度、報酬の性格・額、事業者の有無等の判断要素に照らし、・・・労使保険法にいう労働者には該当しない」と判示している。

### (3) 評価

しかし、労基研報告(1985)の基本的判断基準、すなわち、「使用従属性」を労働者性の基本的判断基準とすることは妥当ではなく、労基研報告(1985)の具体的判断基準と判断要素のうち、①諾否の自由、②業務遂行上の指揮監督関係、③時間的場所的拘束、④代替性、⑦専属性、⑧就業規則・税・保険等の取扱いは、労働者性の判断基準・判断要素ではなく、⑤報酬の労務対償性は、単に労務供給の対価であることで足り、⑥事業者性は、労働者性を否定するためには、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、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、専属的継続的労務供給でもないことが必要である（→後掲第4節第8款）。

---

\*44 東京高判平成17・1・25労判940号22頁。

## 第4節 労働基準法上の労働者概念の再構成

本節では、第2節で検討した法制の沿革、及び、第3節で検討した、従来の行政解釈、労基研報告(1985)、学説、判例・裁判例を踏まえて、労働基準法上の労働者をめぐる理論的課題を検討し、労働基準法上の労働者概念を再構成する。

### 第1款 理論的課題

「労働基準法上の労働者」については、どのような判断基準を定立し、労働者の範囲を明確すべきであろうか。

この問いに答えるためには、既に指摘したように(→前掲第1節6)、①「労働基準法上の労働者」は、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判断される「属人的・階層的概念」か、それとも、具体的な労務供給関係のもとで労務の供給を受ける者との関係において労働者かどうか判断される「関係的・相対的概念」か、②労働基準法上の労働者は、労務供給契約を締結する前に決定されるのか、それとも、事後的に決定されるのか、③当該人の行為が「他人に対する労務供給」に該当するか否かはどのように判断されるべきか、④労働基準法上の労働者は、労働基準法の全ての条文に共通する統一的概念か、それとも、労働基準法上の条文により異なる概念か、⑤労働基準法上の労働者の基本的判断基準は、「使用従属性」にあるのか、それとも、「自ら事業者の有償で労務を供給する者」であること、及び、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」に求められるのか、⑥労働基準法上の労働者と労働基準法上の労働時間の関係等の理論的課題を検討することが必要である。

そこで、以下においては、まず、これらの理論的課題を検討する前提として、労働基準法の意義を確認し(第2款)、これらの理論的課題の検討を行い(第3款～第9款)、併せて、労働基準法の直接適用と信義則上の義務との関係(第10款)、及び、労働基準法上の労働者と労働・社会保険の適用対象者との関係(第11款)を検討し、労働基準法上の労働者概念と労働基準法上の労働契約概念を確認する(第12款)。

## 第2款 労働基準法の意義

### 1 労働基準法の目的①

#### －労働力以外の商品を有していない人間の労働権保障

労働基準法9条及び関連条文から、労働基準法上の労働者は、少なくとも「自ら事業者の有償で労務を供給する自然人」、すなわち、自らの労働力商品を事業者に売る者（自然人）であることに異論はないと思われる（→前掲第1節1）。

鑑みるに、生産手段（独立した事業に必要な施設、工場、機械等）（→前掲第1部第2章第3節第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）。

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はその点に着目し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務を供給する者については、労務供給の対償としての報酬のみならず、労務供給者の身体、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務を供給する者は、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（労働力商品の特殊性②：交渉の非対等性）<sup>\*45\*46</sup>。

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

\*45 また、前掲第1部第2章注3で述べた通り、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）。

\*46 前掲第1部第2章注4で述べた通り、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。

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。

労働基準法、及び、労働基準法と適用対象労働者を同じくする法律、すなわち、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等（→前掲第1節2）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（憲法25条）を、労働権保障（雇用・労働条件保障及び人格権・幸福追求権の保障等も含む）という観点から実現することを目的とする。

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、労働基準法及び労働基準法と適用対象労働者を同じくする法律は、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所有者である人間と切り離すことができないこと、及び、②商品としてストックできず一般的に過剰であること）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と解される。

## 2 労働基準法の目的②

### －事業主に対する規制

労働基準法は、労働契約法及び労働組合法とは異なり、「事業」に「使用される者」を適用対象とし（同法9条）、「事業主（又は事業主のために行為する者）」を「使用者」（同法10条）として規制対象とする「事業主規制法」である。また、この「事業主規制法」たる性質は、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等も同様である。

したがって、労働基準法、並びに、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等（以下、「労働基準法等」という。）は、労働力以外の商品を有していない人間のうち、「事業主」に対して自ら労務供給を行い、「事業」のために労働力が利用される者について、「事業主」が遵守すべき強行的・統一的な雇用・労働条件の最低基準とルールを設定し、労災補償制度等を定め、その労働権と生存権を保障することを目的としていると

解される<sup>\*47</sup>。

### 3 労働基準法の対象

#### －自ら事業者到有償で労務を供給する者（自然人）

##### (1) 「自ら事業者到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、①他人の下での労働の必要性、②人格権等の保障の必要性、③交渉の非対等性の故に中核的对象とし、その労働権と生存権を保障するという労働基準法等の目的（→前掲1）に鑑みれば、労働基準法上の「労働者」、すなわち、労働基準法等の定める最低基準やルール、労災補償等を享受する労働者は、第一次的には、「自ら他人到有償で労務を供給することにより生活する者で、事業者に労務を供給する者」であろう。

しかし、労働基準法上の労働者は、労働力以外の商品を持たないか否か、また、自ら他人到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か否かにかかわらず、原則として、労働市場に参入し自ら事業者に労務を供給する人間全て、すなわち、「自ら事業者到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)～(5)で述べるとおりである。

##### (2) 労働権保障の必要性

第一に、「自ら事業者到有償で労務を供給する者」は、厳密に言えば「自ら他人到有償で労務を供給することによってしか生活できない」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から、やはり、その労働権（雇用・労働条件）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。

\*47 立法論として、消費者と労務供給契約を締結する人間（ホームヘルパー、大工、修理職人等）も労働基準法等の適用対象とすることは考えられるが、現行法はこのように解釈される。また、現行法については、①事業のために労働力を利用するわけではない消費者に事業者と同じ義務を課すのは酷である、②消費者と自ら有償で労務を供給する者との間では、対等に交渉できる場合も多い、との説明も可能であろう。

### (3) 人格権等の保障の必要性

第二に、「自ら事業者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、健康を保護し、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、「自ら事業者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性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事業者と実質的に対等に交渉できない立場である」（交渉の非対等性）ことに変わりはない。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、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、労務供給契約の締結と展開過程においてその内容を対等な立場で決定できないという労働力商品の特殊性に変わりがあるわけではなく、労務の供給を受ける事業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わけではないからである。

また、「自ら事業者に有償で労務を供給する者」の具体的労働条件交渉能力には差異があり、新卒者がいつもより「売り手市場」で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事業者と実質的に対等に交渉できない立場にある。

### (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、「自ら事業者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事業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できない」者も含め、自ら事業者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、労働市場に参入し事業者に労務を供給する者全て、すなわち、「自ら事業者に有償で労務を供給する者」全てを

適用対象とし、その雇用・労働条件を規制しなければならない。

### (6) まとめ

以上のように、①「自ら事業者の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「自ら事業者の有償で労務を供給する者」は、供給される労務を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「自ら事業者の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事業者と実質的に対等に交渉できない立場にあり、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。そして、④「自ら事業者の有償で労務を供給する者」全てを労働基準法等の適用対象としなければ、自ら事業者の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、労働基準法上の労働者は、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、労務供給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労働条件交渉能力を問わず、原則として、労働市場に参入し事業者有償で労務を供給する者全て、すなわち、「自ら事業者有償で労務を供給する者（自然人）」である。

ただし、労働基準法116条に該当する者（船員、同居の親族のみを使用する事業において使用されている者、家事使用人）は、当該規定に基づき労働基準法の一部又は全部の適用対象外となり<sup>\*48</sup>、一般職国家公務員、一般職地方公務員については、全部又は一部適用除外規定がある（国家公務員法付則16条、地方公務員法第58条3項）。

### (7) 例外

「自ら事業者有償で労務を供給する者」であっても、ごく例外的ではあるが、労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉できる立場にあり、公正

---

<sup>\*48</sup> 労働基準法116条2項が「家事使用人」を適用除外しているのは確認規定と解される。

競争の観点からも問題がない場合は、労働基準法等の適用対象とはならないと解すべきである。

けだし、例外的に、労務の供給を受ける事業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、労働基準法等の適用対象とはならず、労務の供給を受ける事業者との個別交渉によって労務供給契約の内容が決定されても、自分自身で自分を保護することができ、当該労務供給者の人格権保障や労務供給契約の内容と水準に関して問題はない。また、当該労務供給者の労務供給契約の内容と水準が個別交渉において妥当な内容のものとなり、ダンピングの心配がなければ、その雇用・労働条件を労働基準法等により規制しなくても、自ら事業者の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、自ら事業者の有償で労務を供給する人間全体の労働権・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。

### 4 労働権保障のアプローチ

労働基準法等は、自ら事業者の有償で労務を供給し、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、「自ら事業者の有償で労務を供給する人間個人」の労働権保障、今一つは、「自ら事業者の有償で労務を供給する人間全体」の労働権保障である。

#### (1) 「自ら事業者の有償で労務を供給する人間個人」の労働権保障

労働基準法は、第一に、憲法27条が、雇用・労働条件の最低基準等を国家が直接法律により定めることとしているのを受けて、「労働条件は労働者が人たるに値する生活を営むための必要を充たすべきものでなければならない」（同法1条）という原則のもとに、労働契約法を除く他の個別的労働関係法の領域の法律や労働者災害補償保険法等と相俟って、強行的・統一的な雇用・労働条件の最低基準と平等原則等を定めることにより、直接、雇用・労働条件を規制するとともに、労災補償システム等を整備する。具体的には、均等待遇、強制労働の禁止、契約期間、労働条件の明示、賠償予定の禁止、前借金相殺の禁止、強制貯金の禁止、解雇制限、賃金の額と支払方法、休業手当、労働時間・休憩・休日・休暇、育児・介護のための措置の保障、安全・衛生、年少者の保護、

母性保護、労災補償、就業規則の内容と作成・変更に関する手続、懲戒処分  
の制限、寄宿舎管理、パートタイム労働者や派遣労働者の雇用・労働条件等を  
定め、対象とする労務供給契約の締結・内容・終了を直接規制し、対象と  
する労務供給契約の水準の向上を図り、もって「自ら事業者者に有償で  
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) 「自ら事業者者に有償で労務を供給する人間全体」の労働権保障

第二に、労働基準法等は、対象とする労務供給契約の締結・内容・終了を  
直接規制し、対象とする労務供給契約の水準の向上を図ることにより、①  
自ら事業者者に有償で労務を供給する者相互間の労働条件引き下げ競争を  
限定するとともに、②労務の供給を受ける事業者相互間の労働コスト  
引き下げ競争を限定し、自ら事業者者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それぞれの公正競争の基盤を確立  
して、「自ら事業者者に有償で労務を供給する人間全体」の労働権と生存  
権を保障することを目的とする。

## 第3款 「労働基準法上の労働者」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

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」と定義している。

ところで、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、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する。

また、労務供給とそれ以外の双方の職業活動を行っている者（農業・  
商業を営むとともに会社員でもある兼業農家・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。

それでは、労働基準法上の労働者は、生計維持手段や職業活動全体を  
考慮した上で総合的に判断され、「ある人間が労働者階級（階層）に属  
するか」とい

う観点から定まる「属人的・階層的」概念だろうか。それとも、「労働基準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」概念だろうか。

## 2 「労働者」は関係的・相対的概念

労働基準法上の労働者は、前掲第2款3で述べたとおり、原則として、労働市場に参入し「自ら事業者の有償で労務を供給する者」全てである。その理由は、「自ら事業者の有償で労務を供給する者」は、①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こと、②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こと、しかし、③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り、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こと、④「自ら事業者の有償で労務を供給する者」全てを労働基準法等の適用対象としなければ、自ら事業者の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ことにある。

したがって、労働基準法上の労働者は、ある特定の労務供給契約において、自ら事業者の有償で労務を供給する者かどうか、また、例外的に、労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉できる立場にあるかどうかにより決定される概念であり、「ある人間が労働者階級（階層）に属するかどうか」という観点から属人的・階層的に決定されるのではなく、「ある特定の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」という観点から関係的・相対的に決定される概念である。

### 第4款 「労働基準法上の労働者」の決定時期

#### －「労働者」であるか否かはいつ決定されるか

##### 1 問題の所在

それでは、「労働基準法上の労働者」かどうか、すなわち、労働基準法等の

定める雇用・労働条件の最低基準やルール等が適用されるかどうかは、いつ決定されるのであろうか。

## 2 契約締結前の決定

前掲第1章3(1)で述べたように、労働基準法は、労働条件の対等決定(2条)、契約締結時の労働条件の明示(15条)、賠償予定の禁止(16条)、強制貯金の禁止(18条)、賃金・労働時間等具体的な労働条件(労働契約の内容)の最低基準等を定めており、労働基準法の定める労働条件は労働契約に対して最低基準効(強行的直律的効力)を有する(13条)。

したがって、労働基準法は、労務供給契約が締結される前から適用されることが前提となっており、労働基準法の適用対象となる「労働者」かどうかは、当該労務供給契約が「自ら事業者の有償で労務を供給する契約」かどうか、及び、当該労務供給者が例外的に当該労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉できる立場にあるかどうかにより、少なくとも、労務供給契約が締結される前に決定される。

換言すれば、労働基準法上の労働者かどうかは、契約締結過程における交渉の状況、契約締結時に決定される報酬の額や支払方法、契約締結後の労務供給の状況等に照らして、事後的に決定されるわけではない。

ただし、契約内容や事情の変化により、契約締結前には労働基準法上の労働者の要件を充足しており「労働基準法上の労働者」であったが、契約途中で要件を充足しなくなり、「労働基準法上の労働者」ではなくなった(あるいはその逆)ということはある。例えば、弁護士Aと労務供給契約を締結しその法律事務所で事務職員として就労していたB(労働基準法上の労働者)が、弁護士Aの自宅の家事使用人として就労することになった場合(労働基準法上の労働者ではない)である。

## 第5款 「労務供給」の意義

### 1 問題の所在

労働基準法上の労働者は、原則として、「自ら他人(事業者)に有償で労務を供給する者(自然人)」である(→前掲第2款3)。

それでは、当該人の行為が「労務供給」であるかどうかは、どのように判断

されるべきであろうか。特に、①「労務供給」と「研修・教育」、②「労務供給」と「売買」、③「労務供給契約」と「フランチャイズ契約」、④「労務供給」と「機関としての行為」について検討する。

## 2 「労務供給」と「研修・教育」

研修生・実習生が労働基準法上の労働者かどうかが問題となる場合、当該人の行為が「労務供給」であるのか、あるいは、「研修・教育を受けている」のかは、どのように判断されるべきであろうか<sup>\*49</sup>。

第一に、無償労務供給契約の締結は禁じられておらず、また、無償労務供給契約は労働基準法の対象とはならないから、当事者が、契約全体について無償の契約であることに合意していた場合（報酬請求権が定められていない場合）、又は、交通費等の実費のみを支払うと合意していた場合、当該人の行為が「労務供給」か否かにかかわらず、また、恩恵的に何らかの「手当」や現物支給があったか否かにかかわらず、当該人は相手方との関係で労働基準法上の労働者ではない。ただし、無償の契約であること又は実費のみの支払であることの合意の存在については、意思表示の問題であるが、信義則に則して合理的限定的に解釈されるべきである。

第二に、当事者が有償の契約であることに合意し、交通費等の実費以上の対価の支払が約定されていた場合、それが、「労務供給」の対償であるのか、「研修・教育訓練」上の一定の成果への対価あるいは援助かどうか問題となる。この場合、信義則に則して合理的に解釈すべきであり、少なくとも、社会通念上有償労務供給契約となりうる内容のものである場合は、公正競争の観点からも、当該人の行為は「労務供給」であり、当該人は、「自ら他人に有償で労務を供給する者」であり、労務の供給を受ける者が事業者であれば、当該事業者との関係では労働基準法上の労働者と判断すべきである。なお、有償労務供給契約となりうる内容の労務供給契約が、研修・教育的側面も有していることはあり得る<sup>\*50</sup>。

\*49 昭和57・2・19基発121号（厚労省労基法解釈総覧(2011)77～78頁）は、実習生につき、委託先事業場から一定額の手当が支給されていても、実習を労働的なものとしてとらえて支払われているものではなくその額も最低賃金と較べて著しく低いことから、一般に実費補助的ないし恩恵的給付であると考えらることを理由に、労働者性を否定している。

\*50 関西医科大学事件・最二小判平成17・6・3民集59巻5号938頁（→前掲第3節第4款4）。

### 3 「労務供給」と「売買」

物品の製造・加工等に従事する家内労働者が労働基準法上の労働者かどうかが問題となる場合、相手方に「労務供給」しているのか、それとも、製造・加工した製品を「売買」しているのかは、どのように判断されるべきであろうか。

この場合、信義則に則して合理的に解釈すべきであり、形式は、原材料の「仕入れ」と製品の「販売」であっても、原材料の「仕入れ先」と製品の「販売」先が同じ相手方であり、原材料等は専ら製品の「販売」先が支給し、家内労働者が原材料を製造・加工して製品とする場合等は、公正競争の観点からも、当該家内労働者の行為は「労務供給」であり、当該家内労働者は「自ら事業者」に有償で労務を供給する者であり、当該相手方との関係では労働基準法上の労働者と判断すべきであろう。

### 4 「労務供給契約」と「フランチャイズ契約」

コンビニエンスストア加盟店の店主等のフランチャイジーが労働基準法上の労働者かどうか問題となる場合、フランチャイジーはフランチャイズ本部に「労務供給」しているのか、換言すれば、「フランチャイズ契約」は「労務供給契約」であるのかどうかは、どのように判断されるべきであろうか。

有償労務供給契約か否か、すなわち、契約当事者の一方が相手方に労務を供給し、労務供給の対価としての報酬を支払われる契約か否かは、契約の本質的内容（対価関係）により判断せざるをえない。

したがって、フランチャイズ契約については、実質的にその内容を評価し、①「本部が加盟店に対し特定の商標、商号その他の表示を使用させて事業を行う権利を与え、経営に関する指導を行い、その対価として加盟店が金銭（加盟金、保証金等）を支払う契約」であり、「本部による特定商標等の使用の権利付与と経営指導」と「加盟店による金銭支払」が契約の本質的内容である（対価関係にある）のか、それとも、②「加盟店が本部のために商品を顧客に販売し、その対価として本部が加盟店に対し報酬（売上金から加盟金等を控除したもの）を支払う契約」であり、事実上は、キオスクの店主等と同じように、「加盟店による商品の顧客への販売」と「本部による加盟店への報酬支払」が契約の本質的内容であるのかを判断する。そして、①であれば、当該契約はそもそも労務供給契約ではなく、したがって、フランチャイジーは労働基準法上の労働者ではないが、②であれば、労務供給契約に該当すると解すべきである

う。

ただし、労働基準法上の労働者は自然人なので、フランチャイズ契約の場合、仮に当該契約が労務供給契約であったとしても、さらに、労務供給者が自然人かどうか、すなわち、契約当事者である加盟店（労務供給者）が自然人、又は、一人法人等のように実質的に自然人かどうかが論点となる。

## 5 「労務供給」と「機関としての行為」

株式会社の役員等（取締役・会計参与・監査役・執行役・会計監査人）については、取締役と監査役と執行役は自然人であり、会計参与と会計監査人も自然人であり得る。

会社法は、株式会社と役員等との関係は、委任に関する規定に従うと定めている（330条、402条3項）ので、株式会社と役員等との契約は委任契約であり労務供給契約の一種であると解することもできる。

しかし、株式会社の役員等は、会社の「機関」であり、その意思決定や行為は「会社の意思・行為」であって、その権限内でした行為の効果は会社に帰属する。したがって、役員等の「会社の機関としての行為」は、「会社の意思・行為」であって、少なくとも「会社に対する労務供給」ではない。

それゆえ、自然人である役員等は、その「会社の機関としての行為」が「他人（会社）に対する労務供給」ではなく、会社の機関として行為する限りにおいては「他人（会社）に対して労務を供給する者（自然人）」に該当しないから、労働基準法上の労働者ではない。そして、自然人である役員等は、会社との契約が「委任」であるからという理由ではなく（「委任」であることは労働者性を否定する理由にはならない）、その機関としての行為が「他人（会社）に対する労務供給」ではないという理由により、その労働者性を否定すべきである。

また、一般社団法人、一般財団法人、公益社団法人、公益財団法人等の役員等（理事・監事・会計監査人）も、社団・財団の機関として行為する限りにおいては「他人（社団・財団）に対して労務を供給する者（自然人）」に該当しないから、労働基準法上の労働者ではないと解される。

なお、株式会社の取締役は使用人を兼務することが認められている（使用人兼務取締役、但し、委員会設置会社では会社法331条3項がこれを禁止している）が、使用人としての行為は「他人（会社）に対する労務供給」であり、使用人としては労働基準法上の労働者である（→後掲第5章第15節第4款2）。

## 第6款 労働基準法上の労働者概念と適用条文

### 1 問題の所在

労働基準法上の労働者は、労働基準法の全ての条文に共通の統一的概念であろうか、それとも、労働基準法上の条文（のいくつか）毎に異なる概念であろうか。

### 2 統一的概念

法政策的にはいずれもあり得るが、現行法においては、労働基準法9条が「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」と定め、労働基準法上の労働者を統一的に定義し、特定の条文については、「労働基準法上の労働者」に該当しても当該条文は適用されない旨定めている（41条等）。

また、たしかに、労働基準法の定める内容は、均等待遇、強制労働の禁止、契約期間、労働条件の明示、賠償予定の禁止、前借金相殺の禁止、強制貯金の禁止、解雇制限、賃金の支払方法、休業手当、労働時間・休憩・休日・年次有給休暇、年少者の保護、母性保護、労災補償、就業規則の内容と作成・変更に関する手続、寄宿舎管理等、多岐にわたる。

しかし、いずれも、労働基準法の対象とする「労働者」が、自ら事業者の有償で労務を供給する者（自らの労働力を事業者に売る者）であり、労働力商品の特殊性に配慮すべきであること、すなわち、①労働力はその所有者と切り離すことができないので、自ら労務を供給する者の身体、生命、健康を保護しプライバシー・人格権を保障する必要があること、しかし、②労働力は商品としてストックできず一般に過剰であるので、労働者は労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉することができない立場にあり、個別の自由な交渉に委ねていたのではその身体及び人格を保護し人間らしい生活を保障することができないことに配慮すべきことから定められたものである。それゆえ、自ら事業者の有償で労務を供給する自然人であって、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る（交渉の非対等性）者に適用されるべきものである。

したがって、現行法においては、労働基準法上の労働者は、労働基準法の全ての条文に共通の「統一的概念」であると解すべきである。

## 第7款 「労働基準法上の労働者」の判断基準①

### 一自ら事業者の有償で労務を供給し

### 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

#### 1 問題の所在

それでは、「労働基準法上の労働者」は、具体的にはどのように判断すべきであろうか。

#### 2 原則

##### (1)「自ら事業者の有償で労務を供給する者（自然人）」

労働基準法、並びに、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等（以下、「労働基準法等」という。）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、その中で事業者に対して労務を供給する人間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2款1・2）。

しかし、労働力以外の商品を有しているか否かにかかわらず、労働市場に参入し事業者有償で労務を供給する者、すなわち、「自ら事業者有償で労務を供給する者（自らの労働力を事業者に売る者）」は、①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から、その労働権を保障する必要があり、②労働力は所有者である人間から切り離すことができないので、その身体、生命、健康を保護しプライバシー・人格権を保障する必要があり（人格権等の保障の必要性）、③労働力は商品としてストックできず一般に供給過剰であるので、労務の供給の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）、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。そして、④「自ら事業者有償で労務を供給する者」全てを労働基準法等の適用対象としなければ、自ら事業者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、労働基準法上の労働者は、労働力以外の商品の有無、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、労務供給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、労働市場に参入し事業者に労務を供給する者全て、すなわち、「自ら事業者に有償で労務を供給する者（自然人）」である（→前掲第2款3）。

## （2）契約当事者の形式

労務供給者が、「自ら事業者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、一人法人のように実質的に労務を供給する者が自然人である場合は、「自ら事業者に有償で労務を供給する自然人」に該当する。

## （3）労務の供給

労働基準法等の定める雇用・労働条件の最低基準や平等原則、労災補償等は、「自ら事業者に有償で労務を供給する者」については、①その大多数が生活を維持又は補助するために労務を供給しておりその労働権を保障する必要があること、②その身体、生命、健康、プライバシー・人格権等に配慮する必要があること（人格権等の保障の必要性）、③労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉することができない立場にあること（交渉の非対等性）、④その全体の労働権を保障するためには、自ら事業者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することが必要であることを理由として、「自ら事業者に有償で労務を供給する者」全てに適用される。労務の供給を受ける事業者の「指揮監督（命令）下の労務供給」であることを理由として、「指揮監督（命令）下の労務供給」を行う者にのみ適用されるのではない。

したがって、労働基準法上の労働者の要件である「他人（事業者）に対する労務の供給」は、労務の供給を受ける事業者が事業遂行のために必要な指示を契約に基づき労務供給者に対して行い、その指示に従った労務供給がなされることで足り、それ以上に、一定以上の義務、業務遂行方法に対する指揮監督、時間的場所的拘束等を内容とする、特別な「指揮監督（命令）下の労務供給」である必要はない。

## （4）報酬の額・性質

報酬については、単に労務供給の対償として報酬が支払われること、すなわち、有償であることで足り、一定以上の義務、業務遂行方法に対する指揮監督、

時間的場所的拘束等を内容とする特別な「指揮監督（命令）下の労務供給」の対償である必要はない。

また、報酬が労務供給「それ自体」の対価なのか、労務供給それ自体とは区別される「成果」等の対価なのかは区別する必要はない（そもそも、厳密な区別は不可能である）。どちらであっても、自ら事業者の有償で労務を供給する者について、労働権・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に変わりはないからである。

また、労働者性は、報酬額により左右されるものではない。自ら事業者に対して労務を供給する者が、その対償として高額な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）、それが将来ずっと継続するという保障はなく、自ら事業者の有償で労務を供給する者について、労働権・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に変わりはないからである。

また、報酬の決定方法（時間当たり単価、出来高、委任業務の履行等）、報酬の名称（賃金、委託料、請負工事代金等）、報酬の請求方法・支払形式（請求書に基づく支払等）、支払方法等を考慮する必要はない。それらがどのようなものであろうと、自ら事業者の有償で労務を供給する者について、労働権・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に変わりはないからである。

また、労働基準法上の労働者は、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立場にあるかどうか、すなわち、「自ら事業者の有償で労務を供給し、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」であるかどうかにより、労務供給契約を締結する前に決定されるのであって、契約締結時や契約締結後に決定された報酬の額や決定方法等に照らして事後的に決定されるものではないからである（→前掲第4款2、後掲3）。

なお、労働基準法は、「労働基準法上の労働者」を「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」（9条）と定義し、他方、「賃金」については、「その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全てもの」（11条）と定義しているところ、同法12条5項が「賃金が通貨以外のもので支払われる場合」を規定していることに照らし、「賃金」には通貨以外のもも含まれる。したがって、「賃金」は「対価」「報酬」と同義であり、仮に、報酬の全部が通貨によらずに物品で支払われた場合、労働基準法24条違反の問題が生じることは言うま

でもないが、通貨による賃金の支払を全く受けていないとの理由で当該労務供給者が労働基準法上の労働者であることを否定されることはない。

### (5) 労務供給の対償としての報酬の支払の有無

それでは、労務供給の対償としての報酬の支払の有無はどのように判断されるのであろうか。特に「(有償) ボランティア」について、報酬の支払の有無と労働基準法上の労働者性が問題となる。

第一に、当事者が無償の労務供給契約であることに合意していた場合（報酬請求権が定められていない場合）は、仮に、恩恵的に何らかの「手当」や現物支給があったとしても、労務供給の対償としての報酬の支払はなく、労務供給者は労務の供給を受ける者との関係で労働基準法上の労働者ではない。

第二に、「有償」であっても、交通費等の実費のみの支払の合意については、交通費等の実費は社会通念上「労務供給」に対する報酬とは評価できず、労務供給者は労務の供給を受ける者との関係で労働基準法上の労働者ではないと解されよう。ただし、さらに、食事代・飲物代等、どこまでが、社会通念上「労務供給」に対する報酬ではないのかは、個別具体的に問題となるであろう。

## 3 例外

### (1) 実質的に対等に交渉することが可能な立場にある者

「自ら事業者の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事業者と実質的に対等に交渉できる立場にある場合は、労働基準法等が適用されなくても、個別の自由な交渉において自分自身を保護することができ、当該個人の雇用・労働条件等の内容・水準、人格権等の保障に関して問題はない。また、自ら事業者の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いので、自ら事業者の有償で労務を供給する人間全体の労働権と生存権保障という観点から問題となることもない（→前掲第2款3(7)）。

したがって、「自ら事業者の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事業者と実質的に対等に交渉できる立場にある場合は、労働基準法上の労働者ではない。

それでは、どのような場合に、例外的に、「労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉できる立場にある」と言えるのであろうか。

自ら事業者の有償で労務を供給する者が、生産手段等を有しそれを利用して

労務を供給するかどうかにより大別して、以下の(2)～(4)で検討する。

## (2) 事業者への労務供給と生産手段の欠如

自ら事業者到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それを利用して労務を供給するのではない場合は、当該労務の供給を受ける事業者との関係で、実質的に対等に交渉できない立場にある。

自ら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、専門資格を有している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、自ら事業者到有償で労務を供給する者は、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、その余を検討するまでもなく、当該事業者との関係では、労働基準法上の労働者である。

## (3) 事業者への労務供給と生産手段の所有①

### －事業内容の一部又は専属的継続的な労務供給

自ら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、それを利用して労務を供給しても、労務の供給を受ける者が事業者であり、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あったり(例えば土木会社における土木工事)、専属的継続的な労務供給である場合は、生産手段は付随的道具にすぎず、当該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。また、自ら有償で労務を供給する者のうち生産手段等を有している者と有していない者相互間の公正競争、及び、生産手段等を有している労務供給者から労務の供給を受ける事業者と生産手段等を有していない労務供給者から労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争の観点からも、やはり、当該労務供給者の労働基準法上の労働者性を肯定し、労働基準法等を適用すべきである。

#### (4) 事業者への労務供給と生産手段の所有②

##### －事業内容の一部又は専属的継続的な労務供給でない場合

しかし、自ら事業者の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、それを利用して労務を供給し、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（例えば、建設会社における建設業務）ではなく、また、専属的継続的な労務供給でもないとき、例えば、会計事務所を営んでいる公認会計士が顧客の一人である事業者（運送会社）の会計業務を行う場合や、設計事務所を営んでいる建築士が顧客の一人である事業者（食品製造会社）の事務所の設計を行う場合は、当該労務供給者は、労働力のみならず生産手段も有しており、また、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）の一人であるので、交渉力の不均衡は一般には生じず、労務の供給を受ける事業者との関係では、契約内容を実質的に対等に交渉できる立場にある。また、当該労務供給契約の内容・水準が妥当なものとなるならば、労働基準法等を適用しなくてもダンピングのおそれはなく、自ら事業者の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観点からも一応問題はない。

したがって、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、それを利用して労務を供給し（事業者性）、かつ、②その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とき（独立性）は、当該労務の供給を受ける事業者との関係では、契約内容を実質的に対等に決定できる立場にある「独立事業者」であり、労働基準法上の労働者ではない。

#### (5) まとめ

以上をまとめると、「自ら事業者の有償で労務を供給する者」が、例外的に、「労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉できる立場」にあり、自分自身で自分の雇用・労働条件や人格権等を保護できるのは、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し（事業者性）、かつ、②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場合（独立性）である。

この場合、自ら事業者の有償で労務を供給する者は、当該労務の供給を受ける事業者との関係では「独立事業者」に該当し、例外的に、当該労務の供給を

受ける事業者との関係では、労働基準法上の労働者ではない。

#### 4 証明責任

「自ら事業者の有償で労務を供給する者」は、原則として労働基準法上の労働者である（→前掲2）。しかし、例外的に、当該労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉することが可能な立場にあり、当該労務の供給を受ける事業者との関係で、「独立事業者」に該当する場合は、当該労務の供給を受ける事業者との関係では、労働基準法上の労働者性が否定される（→前掲3）。

したがって、当該労務供給者が「自ら事業者の有償で労務を供給する者（自然人）」に該当することについては、当該労務供給者が労働基準法上の労働者であることを主張する側が証明責任を負担し、当該労務供給者が労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉することができる立場にあり、「独立事業者」に該当することについては、当該労務供給者が労働基準法上の労働者であることを否定する側が証明責任を負担する。

#### 5 まとめ

##### (1) 原則

「自ら事業者の有償で労務を供給する者」については、①労働力は所有者たる人間から切り離すことができず、②労働力は商品としてストックできず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、①人格権等の保障の必要性と、②交渉の非対等性が存在するので、雇用・労働条件の最低基準とルール等を直接法律により規制することが必要である。したがって、労務の供給を受ける事業者との関係では、原則として、労働基準法上の労働者である。

##### (2) 例外

ただし、「自ら事業者の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事業者と実質的に対等に交渉することができる立場にある者は、自分自身で自分を保護することができ、個別自由な交渉において雇用・労働条件の内容・水準等を妥当なものとするので、労働基準法上の労働者ではない。

具体的には、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し（事業者性）、かつ、②その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（独立

性)という「独立事業者」は、当該労務の供給を受ける事業者に対する関係では、労働基準法上の労働者ではない。

それゆえ、「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」ということは、「労務の供給を受ける事業者との関係で独立事業者である」ということである。

### (3) 定義

したがって、労働基準法上の労働者は、「自ら事業者に有償で労務を供給し、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（自然人）」である。

そして、「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」ということは、「自ら事業者に有償で労務を供給し、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こと」に尽きるのであって、労働基準法上の労働者性は、締結しようとする労務供給契約の内容（自ら事業者に有償で労務を供給する契約）と労務の供給を受ける事業者との関係（独立事業者でないこと）により、労務供給契約の締結前に決定される。

### (4) 証明責任

当該労務供給者が労働基準法上の労働者であることを主張する者が、当該労務供給者が「自ら事業者に有償で労務を供給する自然人」であることの主張立証に成功した場合は、その労働者性を争う者が、当該労務供給者が労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉することができる立場にあり、労務の供給を受ける事業者との関係で独立事業者であることの主張立証に成功しない限り、当該労務供給者は、労働基準法上の労働者に該当すると判断される。

## 第8款 「労働基準法上の労働者」の判断基準②

### －使用従属性の判断基準・判断要素の要否

#### 1 問題の所在

前掲第7款で検討したように、労働基準法上の労働者は、「自ら事業者に有償で労務を供給し、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（自然人）」である。

しかし、労基研報告(1985)は、労働基準法上の労働者性は、「使用従属性」、

すなわち、1)「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、2)「賃金支払」という報酬の労務対償性の二つの基準により判断し、限界的事例については、その他の要素も考慮して総合判断をするとの判断枠組みを提示していた。

そして、1)「使用される＝指揮監督下の労働」に関する判断基準として、①仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の有無、②業務遂行上の指揮監督の有無（又は、③事業組織への組み入れ）、④拘束性（勤務場所・時間の指定・管理）の有無を掲げ、⑤代替性の有無をその補強要素とし、2)「賃金支払」という報酬の労務対償性は、⑥「指揮監督下の労働に対する対価」であるとし、限界的事例については、⑦事業者性の有無（機械、器具の負担関係、報酬の額、損害に対する責任、独自の商号使用等）、⑧専属性の程度（報酬の生活保障的要素も含む）（労働者性の補強要素）、⑨「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（採用、委託等の際の選考過程、源泉徴収、労働保険の適用、服務規律の適用、退職金制度、福利厚生等の適用等）（労働者性の補強要素）を考慮していた（→前掲第3節第2款2）。

この労基研報告(1985)は、厚労省労基法コンメ（上）(2011)112～115頁で引用されている。

また、下級審裁判例は、基本的に労基研報告(1985)の判断基準に従って労働者性を判断し（→前掲第3節第4款6）、最高裁判決も労基研報告(1985)の影響を受けている。藤沢労基署長事件最高裁判決は、事例判断ではあるが、業務遂行における指揮監督の有無、時間的拘束性、専属性、報酬の労務対償性、事業者性、就業規則・退職金制度の適用、税・保険上の扱い等を考慮事情としていと思われ、上記①～⑨に対応させるならば、②④⑥⑦⑧⑨を挙げていることになる（→前掲第3節第4款5）。

従来の学説も、「指揮監督（命令）下の労働」（又は「事業組織への組み入れ」）を労働者性の中核的判断（の一つ）としており、近年の学説の多くは、労基研報告(1985)の提示する判断基準・判断要素をほぼそのまま踏襲している。ただし、学説の中には、③事業組織への組み入れを重視したり、事業者性の判断において、⑩「契約内容の一方的決定」の有無を考慮するものもある（→前掲第3節第3款1）。

しかし、そもそも、「指揮監督下の労働」という判断基準により、労働基準法上の労働者を限定することは妥当であろうか。

また、上記①～⑨（「使用従属性」）の判断基準・判断要素として位置づけら

れてきたもの)、あるいは、⑩「契約内容の一方的決定」を、労働者性の判断基準・判断要素・考慮事情とし、これにより労働基準法上の労働者の範囲を限定すべきであろうか。

すでに、前掲第3節で検討した点も多いが、改めて、以下、2～13で順に検討する。

## 2 「指揮監督下の労働」による限定

当該労務供給者の労務供給が、単に「自らの他人（事業者）に対する労務供給」でその対償としての報酬が支払われるというだけでなく、さらに供給される労務の内容と労務供給過程（方法）に着目し、「使用者の指揮監督下の労働」に従事し「指揮監督下の労働」に対する報酬を支払われている場合に労働基準法上の労働者の範囲を限定することは、失当である。その理由は以下の(1)～(6)で述べるとおりである。

### (1) 「指揮監督下の労働」か否かの区別の不可能性

第一に、「指揮監督下の労働」か否かの区別は不可能である。自ら事業者には有償で労務を供給する自然人の場合、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事業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、「指揮監督下の労働」でなければ労働基準法の対象とはならないのか、合理的説明はない。

### (2) 人格権等の保障の必要性

第二に、労務供給者の人格権等の保障の必要性は、「自ら事業者には有償で労務を供給する」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。

労務供給者の人格権等の保障の必要性は、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という労働力商品の特殊性から導かれる。したがって、「自ら事業者には有償で労務を供給する者」については、他人に自分とは切り離せない労務を供給している以上、それが一定の義務・指示・拘束を内容とする「指揮監督下の労働」かどうか、あるいは、「雇用」（労働への従事）か

「請負」（仕事の完成）か「（準）委任」（一定の事務処理）かを問わず、その身体、生命、健康を保護し、プライバシー・人格権を保障することが必要である。また、「指揮監督下の労働」であれば身体的・精神的負荷が高いとは限らないから、人格権等の保障の必要性が高くなるわけでもない。

したがって、「指揮監督下の労働」により労働者の範囲を限定する見解は、自ら事業者の有償で労務を供給し、労働力商品の特殊性の故に人格権等を保障する必要があり、労働基準法の適用対象とすべき労働者のうち、「使用者の指揮監督下の労働」という「使用従属性」が希薄な労働者を排除する論理であり、労働者の範囲を不当に狭めるものと言わざるをえない。

### （3）交渉の非対等性

第三に、「指揮監督下の労働」は、自ら事業者の有償で労務を供給する者が、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ことから、当然に導かれるものではない。

自ら事業者に労務を供給する者は、その業務や職務の性質上、あるいは、労務の供給を受ける事業者の経営・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事業者の指示も少なく、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る。すなわち、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」が存在しても、「使用者の指揮監督下の労働」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、「指揮監督下の労働」により労働者の範囲を限定する見解は、自ら事業者の有償で労務を供給し、労働力商品の特殊性の故に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」が存在し、労働基準法の適用対象とすべき労働者のうち、「使用者の指揮監督下の労働」という「使用従属性」が希薄な労働者を排除する論理であり、労働者の範囲を不当に狭めるものと言わざるをえない。

### （4）緩和・抽象化された「指揮監督下の労働」は不要

第四に、「指揮監督下の労働」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事業者が契約に基づき「指示」を行うことで足りるとするならば、そのような指示が行われることは当然のことであるので、労働基準法の対象とする労働者は、「自ら事業者の有償で労務を供給する者」である

ことで足り、「指揮監督下の労働（使用従属性）」という特別な概念は不要である。

#### (5) 法規制からの逸脱の防止と公正競争の必要性

第五に、自ら事業者の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の整備という観点からも、労働基準法の対象とする労働者は、「指揮監督下の労働」か否かにより限定されるべきではない。けだし、「指揮監督下の労働」でなければ労働基準法の対象としないとする、労務の供給を受ける事業者が、契約上の義務や労務の供給を受ける者の指示や時間的場所的拘束の少ない労務供給となるような経営・労務政策をとれば労働基準法の対象から除外されることになり、法の規制からの逸脱を許容することになると同時に、公正競争の基盤がなくなってしまうからである。

#### (6) 労働時間規制の必要性

「指揮監督下の労働」により労働者の範囲を限定する論者は、労働基準法による規制の中核に労働時間規制があることをその根拠の一つとしていると思われる。

しかし、「自ら事業者の有償で労務を供給する者」は、①労働力は所有者たる人間から切り離すことができず、②労働力は商品としてストックできず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、①人格権等の保障の必要性と、②交渉の非対等性が存在するので、「指揮監督下の労働」かどうか、あるいは、「雇用」（労働への従事）か「請負」（仕事の完成）か「（準）委任」（一定の事務処理等）かを問わず、その身体、生命、健康を保護し、人間らしい生活を保障するために、法律により労働時間を規制し自由時間を保障することが必要である。また、「指揮監督下の労働」であれば身体的・精神的負荷が高いとは限らないから、労働時間規制の必要性が高くなるわけでもない。

したがって、労働基準法による規制の中核に労働時間規制があることは、「指揮監督下の労働」に従事する者に労働者の範囲を限定する理由とはならない。「指揮監督下の労働」により労働者の範囲を限定する見解は、自ら事業者の有償で労務を供給し、労働力商品の特殊性の故に、労働時間を規制する必要があり、労働基準法の適用対象とすべき労働者のうち、「使用者の指揮監督下の労働」という「使用従属性」が希薄な労働者を排除する論理であり、労働者の範囲を不当に狭めるものと言わざるをえない。

### 3 仕事ないし業務の依頼に対する諾否の自由

#### (1) 諾否の自由がないこと

「仕事ないし業務の依頼に対し諾否の自由がないこと」は、労働基準法上の労働者の判断基準・判断要素・考慮事情ではない。

労務供給者は、契約上、履行義務を負っている労務については履行しなければならず、基本的に諾否の自由はないが、履行する義務を負っていない労務については履行する必要はなく、諾否の自由がある。したがって、諾否の自由があることは、労働者性を否定する理由とはならない。

それゆえ、当該労務供給者については、「自ら事業者の有償で労務を供給する者」であること、あるいは、当該労務供給契約が「自ら事業者の有償で労務を供給する契約」であることで十分であり、これに加えて、「諾否の自由がないこと」を労働者性の要件として付加し、労働者の範囲を限定することは失当である。

#### (2) 諾否の自由の範囲が広いこと

供給すべき労務ないし業務の内容が特定されており、応ずべき労務の範囲が狭いこと、換言すれば、諾否の自由の範囲が広いことは、労働基準法上の労働者性を否定する要素・事情とはならない。

労務供給契約も契約である以上、当然のことながら、当該事業者が提供を命ずることのできる労務の具体的内容・範囲、換言すれば、労務供給者が履行義務を負う労務の内容・範囲は、契約当事者の合意を媒介として契約毎に決定されるところ、職種・職務内容や企業の経営政策等により、業務内容が特定されており、応ずべき労務の範囲が狭い（諾否の自由の範囲が広い）場合もある。しかし、諾否の自由の範囲が広くても、自ら事業者の有償で労務を供給する者が、人格権等の保障を必要とし、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こと（交渉の非対等性）に変わりはない。

### 4 業務遂行上の指揮監督

#### (1) 労務供給のために必要な指示

「業務遂行上の指揮監督」が、業務の性質や契約の内容に照らし、労務の供給を受ける事業者が労務供給者に対して契約に基づいて行う、労務供給のために必要な指示を意味するのであれば、業務の内容・性質に照らし契約に基づき

一定の指示があるのは当然のことである。したがって、当該労務供給者については、「自ら事業者の有償で労務を供給する者」であること、あるいは、当該労務供給契約が「自ら事業者の有償で労務を供給する契約」であることで十分であり、これに加えて、「業務遂行上の指揮監督」という概念を用いる必要はない。

## (2) 業務の遂行上必要な指示

労務の供給を受ける事業者の指示について、「業務の遂行上あるいは業務の性質上必要なもの」と「そうでないもの」に区別し、前者であれば労働者性を肯定する要素・事情ではないと評価することは失当である。労務の供給を受ける事業者の指示は、通常、業務の遂行上あるいは業務の性質上必要なものだからである。これを理由に労働者性を肯定しないのであれば、自ら事業者の有償で労務を供給する者は全て労働基準法上の労働者ではないことになる。

## (3) 業務の遂行方法に関する具体的・詳細な指示

「業務遂行上の指揮監督」が、業務の遂行方法に関する具体的・詳細な指示を意味するのであれば、その判断基準により労働者の範囲を限定することは失当である。

第一に、契約を締結することにより労務の供給を受ける者がアプリアリに一定の指揮命令（労務指揮）権を有するわけではなく、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、労務供給の内容・方法につき労務の供給を受ける者がどこまで詳細な指示を行うかは、契約当事者の合意を媒介として個々具体的に決定される。

そして現実には、労務供給に関して労務の供給を受ける者が行う指示は、労務の供給を受ける企業の経営方針・労務政策、当該業務の内容等により様々に異なるのであって、職種・職務上、労務供給における裁量・独立性が高い専門・技術職（弁護士、医師、公認会計士、研究・開発者、取材・編集・番組制作者、デザイナー、園芸師、美容師、修理・建設・製造職人、教師等）等の労務供給者については、その業務遂行方法・内容につき労務の供給を受ける者からは具

体的な指示が行われず、基本的な枠組みのみが指示されるのが通常である\*51。

しかし、業務の具体的遂行方法等につき指示を受けないからといって、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る（交渉の非対等性）ことには変わりはなく、労働基準法上の労働者から除外すべきではない。

第二に、労働基準法は、事業場外労働（労基法38条の2）及び裁量労働（労基法38条の3・38条の4）に関する規定をおき、労働基準法上の労働者が、事業場外で業務に従事するため使用者が業務遂行時間や業務遂行方法・内容を把握できない場合（事業場外労働）、又は、業務の遂行方法を大幅に労働者の裁量に委ねる必要があるために当該業務の遂行の手段及び時間配分の決定等に関し使用者が具体的な指示をしない場合（裁量労働）の労働時間の計算方法（みなし労働時間制）を同法に規定している。このことから明らかなように、労働基準法は、労働基準法上の労働者が業務遂行方法につき使用者の具体的な指示を受けない場合があることを前提としている。したがって、業務遂行方法に関する使用者の具体的な指示の存在は、労働基準法上の労働者性の要件ではないと解するのが、労働者の定義（労基法9条）と事業場外労働（労基法38条の2）・裁量労働（労基法38条の3・38条の4）に関する規定の整合的な解釈である。

第三に、労働基準法、及び、労働契約法を除く個別的労働関係法の領域の法律は、自ら事業者に対し有償で労務を供給する者がその業務遂行方法につき労務の供給を受ける事業者の具体的な指示を受けているから規制を行っているわけではなく、自ら事業者に対し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が故に、事業主に対して統一的・画一的な最低基準・ルールの遵守義務を課し、労務供給契約の締結・内容・終了を規制するものである\*52。したがって、労働基準法上の労働者を、業務遂行につき労務の供給を受ける者の具体的な指示を受けている労務供給者に

---

\*51 例えば、私立大学の教師は、その講義内容・方法につき大学から具体的指示を受けず、講義科目、対象学生、時間帯等の基本的枠組みのみが指定されるが、私立大学の教師は労働基準法上の労働者である。また、病院の勤務医も、各患者に対する診察・治療につき病院から具体的指示を受けず、担当科、担当患者、診察・治療時間等の基本的枠組みのみが指定されるが、労働基準法上の労働者である。

\*52 また、労働者災害補償保険法も、自ら事業主に有償で労務を供給する者がその業務遂行方法につき事業主の具体的な指示を受けているから事業主に保険料負担を課しているわけではなく、事業主がその事業のために自ら有償で労務を供給する者の労務を受けて利益を享受しているが故に、労災という危険に対する補償も負担させ、保険料支払を課していると解される。

限定することは、労働基準法の趣旨・目的に照らし妥当ではない。

## 5 事業組織への組み入れ

### (1) 労務供給の必要性

「事業組織への組み入れ」が、労務供給者の供給する労務が労務の供給を受ける事業者にとって必要な労働力であるということだけで足りるのであれば、労務の供給を受ける事業者は当該労務が必要であるから労務供給契約を締結するのであるから、当該労務供給者については、「自ら事業者に有償で労務を供給する者」であること、あるいは、当該労務供給契約が「自ら事業者に有償で労務を供給する契約」であることで十分であり、それに加えて、あえて、「事業組織への組み入れ」を労働基準法上の労働者性を判断するにあたり考慮する必要はない。

### (2) 一定以上の「組み入れ」の必要性

「事業組織への組み入れ」が、「企業の主要な業務への組み入れ」、「恒常的に不可欠な労働力」、「継続的な労務供給」、「専属性」等、一定以上の事業組織への「組み入れ」の存在を要求するのであれば、自ら事業者に有償で労務を供給する者であっても、主要な業務や恒常的業務に従事していない労務供給者や、一時的臨時的労務供給者等を除外する結果になる。しかし、むしろ、これらの「非正規労働者」こそ、自ら事業者に有償で労務を供給する者の中でも労務の供給の受ける事業者と対等に交渉できない弱い立場にあり、労働基準法等の法律による労務供給契約の締結・内容・終了に関する規制と保護の適用が必要とされる。したがって、一定以上の事業組織への「組み入れ」を労働基準法上の労働者性の判断において考慮することは、失当である。

## 6 時間的場所的拘束

### (1) 時間的場所的に一定の拘束を受けていること

「時間的場所的拘束」が、業務の内容・性質や契約の内容に由来して、一定の時間的場所的拘束を受けていることを意味するのであれば、自ら事業者に有償で労務を供給する者が、労務の供給を行うために、契約に基づく一定の時間的場所的拘束を受けることは当然である。したがって、当該労務供給者については、「自ら事業者に有償で労務を供給する者」であること、あるいは、当該労務供給契約が「自ら事業者に有償で労務を供給する契約」であることで十分

であり、それに加えて「時間的場所的拘束」を考慮する必要はない。

### (2) 時間的場所的拘束が業務の内容と性質に由来すること

また、「時間的場所的拘束が業務の内容と性質に由来すること」は、労働基準法上の労働者性を否定する要素・事情ではない。自ら事業者の有償で労務を供給する者は、労務を供給するために契約上定められた時間的場所的拘束を受けるが、その時間的場所的拘束は、業務の内容と性質に由来するものであることが通常であるからである。「時間的場所的拘束が業務の内容と性質に由来すること」により労働基準法上の労働者性が否定されるのであれば、自ら事業者の有償で労務を供給する者は全て、労働基準法上の労働者ではないことになる。

### (3) 時間的場所的拘束が少ないこと

また、自ら事業者の有償で労務を供給する者の受ける「時間的場所的拘束が少ないこと」は、労働基準法上の労働者性を否定する要素・事情とはならない。時間的場所的拘束の内容は職種・職務内容や企業の経営政策等に基づき契約により定まり、時間的場所的拘束が少ない場合もあるが、時間的場所的拘束が少なくても、自ら事業者の有償で労務を供給する者が、人格権等の保障を必要とし、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であることに変わりはなく、労働基準法上の労働者から除外すべきではないからである。

### (4) 時間の厳格な管理・指定

また、労務の供給を受ける事業者が労働時間を厳格に管理・指定していることは労働者性の要件ではない。

第一に、労働基準法は、フレックスタイム制（労働基準法32条の3）に関する規定をおき、労働基準法上の労働者が自分の労働の始業及び終業時刻を自由に決定する場合の労働時間規制を規定し、労働基準法上の労働者が自分の労働の始業及び終業時刻を自由に決定でき、あるいは一定の裁量を有している場合があることを前提としている。したがって、労働の始業・終業時刻について、自ら事業者の有償で労務を供給する者が一定の裁量を有しているからといって労働基準法上の労働者性は否定されないと解するのが、労働者の定義（労基法9条）とフレックスタイム制に関する規定（労基法32条の3）の整合的な解釈である。

また、同じく労働基準法は、専門業務型裁量労働制（労基法38条3）・企画業務型裁量労働制（労基法38条4）に関する規定をおき、その業務の性質上当該業務の遂行の手段及び時間配分の決定等に関し使用者が具体的な指示をしないこととする場合の労働時間計算方法を規定し、労働基準法上の労働者が、業務の遂行にあたりその時間配分（労働の始業・終業時刻、休憩時間等）を自由に決定できる場合があることを前提としている。したがって、業務遂行の時間配分について、自ら事業者の有償で労務を供給する者が裁量を有しているからといって、労働基準法上の労働者性は否定されないと解するのが、労働者の定義（労基法9条）と裁量労働制に関する規定（労基法38条の3・38条の4）の整合的な解釈である。

第二に、契約内容は契約当事者の合意により強行規定等に抵触しない限り自由に変更することができるのであるから、労働日や労働時間が労務供給者の申出と労務の供給を受ける者の同意に基づき変更されることもあり得るし、例えば、事業活動に支障のない限り自ら事業者の有償で労務を供給する者が労働日や労働時間につき一定の裁量を有することに、労務の供給を受ける事業者が同意することもあり得る。そして、現実には、労務の供給を受ける事業者が、労務供給者の希望や事情により比較的柔軟に労働日や労働時間の変更に応じている場合も見られるところであるが、だからといって、労働基準法上の労働者性は否定されない。

## 7 代替性

自ら事業者の有償で労務を供給する者について「代替性があること」は、労働基準法上の労働者性を否定する理由とはならない。本人に代わって他の者が労務を供給することを認めるかどうか、あるいは、本人が自らの判断によって補助者を使うことを認めるかどうかは、契約当事者が自由に決めることができ、職種・職務内容や会社の経営方針等により、代替性が認められる場合もあるが、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実質的に対等に交渉できないという立場に変わりはないからである。

## 8 賃金支払の意義

### (1) 供給された労務の対価

労働基準法9条の労働者の定義における「賃金支払」については、単に、労務供給の対価として報酬が支払われることで足り、当該労務供給契約が有償労

務供給契約であることで足りると解すべきである。

### (2) 具体的・詳細な指示の下での労務供給の対価

これに対して、「賃金支払」を「業務遂行方法に関する具体的・詳細な指示の下での労務供給」への対価の支払に限定することは失当である。ただし、当該労務供給が、業務遂行方法に関する具体的・詳細な指示の下での労務供給であることは、労働基準法上の労働者性の判断基準・判断要素・考慮事情ではないからである（→前掲4(3)）。

### (3) 「指揮監督下の労働」の対価

また、「賃金支払」を、①諾否の自由がないこと、②業務遂行方法に関する具体的・詳細な指示、③事業組織への一定以上の組み入れ、④業務の内容・性質や契約内容から導かれる以上の時間的場所的拘束性を判断要素として評価された「指揮監督下の労働」への対価の支払に限定することは失当である。ただし、当該労務供給が、上記①～④を充足する「指揮監督下の労働」であることは、労働基準法上の労働者性の判断基準・判断要素・考慮事情ではないからである（→前掲2～6）。

### (4) 労務供給「それ自体」の対価

また、労務供給の対価を、労務供給「それ自体」の対価と、それ以外の「成果」や「芸術的価値」の対価に区別し、「賃金支払」を、労務供給「それ自体」への対価の支払に限定することは、失当である。

そもそも、約する労務供給が、「労働への従事」なのか「仕事の完成」なのか「一定の事務処理」なのか、また、その混合形態あるいは別の形態なのかの区別が困難であるから、それに対する報酬も、労務供給「それ自体」の対価なのか、「仕事の完成」「一定の事務処理」の対価なのかその他の対価なのか区別が困難であるし、労務供給「それ自体」の対価であるがその成果に応じて報酬を決定しているのか、それとも、「仕事の完成」の対価としてその完成度に応じて報酬を決定しているのかの区別も観念的な区別である。

また、仮に、報酬が労務供給の「成果」や「芸術的価値」の対価だからといって、自ら事業者の有償で労務を供給する者が、その労働権・人格権等の保障を必要とし、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であることに変わりはないから、労働基準法上の労働者性を否定する理由とはな

らない。

### (5) 報酬の額・決定方法・請求方法・支払形式・支払方法

労務供給に対する報酬について、報酬の額が「高額」であろうと（高額かどうかの判断は困難であるが）、また、報酬の決定方法（時間当たり単価、出来高、委任業務の履行等）、報酬の名称（賃金、委託料、請負工事代金等）、報酬の請求方法・支払形式（請求書に基づく支払等）、支払方法等がどのようなものであろうと、労働基準法上の労働者性を否定する理由とはならず、報酬の額・決定方法・請求方法・支払形式・支払方法は、労働基準法上の労働者性の判断基準・判断要素・考慮事情とはならない。

第一に、報酬の額・決定方法・請求方法・支払形式・支払方法がどのようなものであろうと、自ら事業者の有償で労務を供給する者が、その労働権・人格権等の保障を必要とし、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立場にあることに変わりはない。

第二に、労働基準法11条は、「この法律で賃金とは、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」と規定するが、労働の対償として支払われる報酬額及びその決定方法については限定していない。そして、現行法制においては、最低賃金法、割増賃金支払義務（労基法37条）、差別的取扱いの禁止（労基法3条・4条、労組法7条一号等）や公序（民法90条）等に抵触しない限りは、報酬額及びその決定方法は、当事者自治に委ねられている。したがって、上記の規制や労働協約・就業規則に抵触しない限りは、労働の対償としての報酬額をいくらにするか、また、どのように決定するか（例えば、時間給にするか、歩合制にするか、出来高払にするか、一定の仕事の完成に応じた報酬とするか、目標達成度に応じた報酬とするか）は、当事者の合意により自由に決定することができ、最低賃金法と割増賃金支払義務（労働基準法37条）に抵触しなければ、報酬額と労働時間が比例していることも必要ではない（ただし、最低賃金法又は割増賃金支払義務に抵触しているからといって、労働基準法上の労働者性が否定されるわけではない）。そして現実には、近時の労働者のかなりの部分は、労働時間と報酬が比例しない、歩合制や成果主義型賃金の下で労働しているが、歩合制や成果主義型賃金の下で労働しているからと言って労働基準法上の労働者性は否定されない。

第三に、報酬額やその決定方法如何により、労働の対償としての性質が変わ

るものではない。このことは、労働基準法自身が、「出来高払制その他の請負制で使用する労働者については、使用者は、労働時間に応じ一定額の賃金の保障をしなければならない。」と規定し（27条）、労働基準法上の労働者が、出来高払制その他の請負制で賃金を支払われることがあることを前提としていることから明らかである。

第四に、労働基準法上の労働者は、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立場にあるかどうか、すなわち、「自ら事業者に有償で労務を供給し、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」であるかどうかにより、労務供給契約を締結する前に決定されるのであって、契約締結時又は契約締結後に合意された報酬の額や決定方法等に照らして事後的に決定されるのではない（→前掲第4款2、第7款）。

なお、当該労務供給者が労働基準法上の労働者であれば、最低賃金法、労働基準法24条が適用されるが、賃金額や支払方法がこれらの法律の定めと異なる（法違反がある）からといって、当該労務供給者が労働基準法上の労働者性を否定されるわけではないことは言うまでもない。

また、出来高払制の保障給制度を規定する労働基準法27条は、賃金額の決定方法として出来高払制その他の請負制をとる場合は、使用者に、労働時間に応じた一定額の賃金保障を行うことを義務づけている。しかしながら、当該報酬が労働基準法上の賃金であり出来高払制その他の請負制がとられている場合であっても、現実には使用者が労働時間に応じた一定額の賃金保障を行わない場合もある。この場合、使用者は労働基準法27条に違反していると評価されるが、使用者が労働基準法上の義務を遵守せず保障給制度がないからといって、当該報酬が労働基準法上の賃金に該当しないと判断されるわけではないことは言うまでもない。

したがって、労働基準法9条の労働者の定義における「賃金の支払」は、当該報酬が単に労務供給の対価であることで足りるのであって、その報酬額、決定方法、請求方法、最低保障給制度の有無を問うものではないと解するのが、憲法27条、労働基準法の趣旨・目的、労働基準法11条（賃金の定義）・27条（出来高払制の保障給）等の法令に照らした労働基準法9条（労働者の定義）の整合的な解釈である。

## 9 専属性・当該収入への依存

自ら事業者の有償で労務を供給する者は、制度上又は事実上、他社業務への

従事を禁止されておらず兼業が認められていても、また、当該労務の供給を受ける者に対してのみ労務を供給しているわけではなく複数の相手方と労務供給契約を締結し労務を供給している（例えば午前中はローソン、午後はセブンイレブンで働いている）、通常、当該労務供給に対する報酬によりその生活を維持あるいは補助しており、しかも、当該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変わりはないから、その雇用・労働条件を保障し労働基準法等を適用する必要性がある。

また、自ら事業者の有償で労務を供給する者が、兼業商店主や兼業農家であっても、また、当該労務供給の報酬に主としてその生活を依存していなくても、通常、当該労務供給に対する報酬によりその生活を維持あるいは補助しており、しかも、当該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であることに変わりはないから、その雇用・労働条件を保障し労働基準法等を適用する必要性がある。

そして、いずれにせよ、自ら事業者の有償で労務を供給する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立場であるから、自ら事業者の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するためにも、労働基準法等を適用することが必要である。

また、「専属性」や「当該収入への依存」を判断基準・判断要素・考慮事情とすると、自ら事業者の有償で労務を供給する者のうち、一時的臨時的労務供給者や複数の労務供給先を有する者を除外する結果となるところ、むしろ、これらの「非正規労働者」こそ労務供給者の中でも対等に交渉できない弱い立場にあり、労働基準法等の適用が必要とされる。

したがって、「専属性」「当該収入への依存」を労働基準法上の労働者性の判断において考慮することは、失当である。

## 10 事業者性

自ら事業者の有償で労務を供給する者が、労働者性を否定しうる「事業者」であると認められるためには、例外的に、労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉できる立場にあることが必要である。

具体的には、第一に、独立した事業に必要な生産手段や履行補助者を有し、その生産手段等を利用して、相手方事業者に対して労務を供給していることが必要である。したがって、大工道具一式、修理器具・工具、自家用車、自転車、バイク、トラック等は、単なる「道具」で、「独立した事業に必要な生産手

段」ではない（→前掲第1部第2章第3節第4款2(1)）。

第二に、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はなく、また、専属的継続的労務供給でもないことが必要である。具体的には、病院を経営する医師が、その業務の一部として、ある企業の産業医としての仕事を当該病院で行うような場合であり、当該労務の供給を受ける事業者が、自ら事業者の有償で労務を供給する者の不特定多数の顧客の一人であることが必要である（→前掲第1部第2章第3節第4款2(5)、本節第7款3(4)）。

これに対して、自ら事業者の有償で労務を供給する者が独自の商号・屋号等を有していたとしても、だからといって労務の供給を受ける事業者と対等に交渉できる立場にあるわけではないから、労働者性を否定しうる「事業者」性を肯定することはできない。

また、自ら事業者の有償で労務を供給する者が、修理器具・工具等を用意することになっていたり、一定の費用負担をしたり（工具の購入、自家用車の使用、ガソリン代・高速道路料金支払等）、何か損害が発生したときに賠償責任を負担することになっていたりしても、それはむしろ弱い立場であるから契約上負担させられているという場合もあり、少なくとも、労働者性を否定しうる事業者性を肯定する理由とはならない。

## 11 採用過程、税、保険、就業規則・退職金制度の適用等

労務の供給を受ける事業者が、他の「従業員」とは別の方法で自ら有償で労務を供給する者と契約を締結していたこと、当該労務供給者の報酬から所得税の源泉徴収や社会保険・雇用保険の保険料の控除をしていないこと、当該労務供給者に就業規則や退職金制度等を適用していないこと、また、当該労務供給者がその報酬を事業所得として確定申告していたこと等は、当事者が主観的に当該労務供給者を労働基準法上の労働者と判断していない（取り扱わない）ことを示すものであるとしても、労働基準法上の労働者性を否定する理由とはならない。

労働基準法は、雇用・労働条件の最低基準やルール等を定め、対象とする労務供給契約の締結・内容・終了等を直接規制することにより、自ら事業者の有償で労務を供給し、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人間個人の労働権・生存権を保障するとともに、自ら事業者の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、自ら事業者の有償で労務を供給し、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人間全体の労働権・生存権保障を目的とするものである。したがって、労働基準法の適用範囲は客観的基準により決定され、個別労務供給者の意思や労務供給者と労務の供給を受ける事業者の合意等、当事者意思により適用対象となる「労働者」の範囲を縮小・拡大することはできない（→前掲第1章1）。

また、労働基準法、所得税法、健康保険法、厚生年金保険法、雇用保険法の所定の要件に該当すれば、労務の供給を受ける者（使用者・給与等支払者・事業主）に就業規則の適用・所得税の源泉徴収・保険料の控除と納付義務が発生するのであるから、労務の供給を受ける者が就業規則の適用・源泉徴収・保険料の控除と納付を行っていないから当該労務供給者が労働基準法上の労働者に該当しないという見解は思考順序が逆であり、また論理矛盾であり、その意味でも失当である（→前掲第1章1(3)）。

## 12 契約内容の一方的決定

### (1) 契約内容の一方的決定①－「合意なき決定」

「契約内容の一方的決定」が、「合意なく契約内容が決定されていること」を意味するのであれば、これは、事業者性及び労働基準法上の労働者の判断基準・判断要素・考慮事情ではない。

契約内容は、法律、労働協約の規範的効力（労組法16条・17条・18条）、就業規則の法的効力（労契法12条・7条・10条）、事実たる慣習（民法92条）により決定される場合を除けば、合意により決定され、労働者の同意なく使用者が一方的に決定することはないからである（合意がなければ契約内容にならない）。合意により契約内容が決定されていれば事業者であり労働基準法上の労働者ではないというのであれば、自ら事業者の有償で労務を供給する者は全て労働者ではないことになるであろう。

### (2) 契約内容の一方的決定②－「実質的に一方的な決定」

「契約内容の一方的決定」が、「契約内容が実質的に一方的に決定されている（同意せざるをえない）こと」、あるいは、「報酬等の諸条件の決定過程において交渉の可能性が実際に（ほとんど）存在していなかったこと」を意味するのであるとしても、これは、労働基準法上の労働者の判断基準・判断要素・考慮事情ではない。その理由は以下のとおりである。

第一に、労働基準法上の労働者かどうか、すなわち、労働基準法が適用され

るかかどうかは、少なくとも労務供給契約を締結する前に決定されていなければならない（→前掲第4款）。具体的には、労働基準法上の労働者かどうかは、「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かどうかにより、労務供給契約を締結する前に決定される」のであって、「労務供給契約の内容がどの程度実質的に一方的に決定されたかどうか、当該労務供給契約についての交渉・成立経緯等により、事後的に決定される」ものではない。

そして、労働力商品の特殊性（労働力はストックできず供給過剰である）に基づき、自ら事業者の有償で労務を供給する者は、原則として、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉することができない立場にあり、このことは、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関わらない。ただし、例外的に、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する者は、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（→前掲第7款）。

したがって、「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る」ということは、「自ら事業者の有償で労務を供給し、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」であることに尽きるのであって、①締結しようとする労務供給契約の内容（自ら事業者の有償で労務を供給する契約かどうか）と、②労務の供給を受ける事業者との関係（独立事業者に該当するかどうか）により、労務供給契約の締結前に決定される（→前掲第7款5）。

第二に、「契約内容が実質的に一方的に決定されている（同意せざるをえない）こと」、あるいは、「報酬等の諸条件の決定過程において交渉の可能性が実際に（ほとんど）なかったこと」を労働基準法上の労働者の判断基準・判断指標とすると、当該労務供給者がすでに「労働組合」に加入し、「団体交渉」が行われ、あるいは、「労働協約」の適用を受けて、契約内容が実質的に対等に決定されていた場合、当該労務供給者は、労働基準法上の労働者ではないことになってしまう。このような帰結が合理的でないことは明らかである<sup>\*53</sup>。

## 13 まとめ

以上検討したように、①「仕事ないし業務の依頼に対する諾否の自由」、②「業務遂行上の指揮監督」、③「事業組織への組み入れ」、④「時間的場所的拘束」、⑤「代替性」、⑧「専属性」、⑨「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（採用、委託等の際の選考過程、源泉徴収、労働保険の適用、服務規律の適用、退職金制度、福利厚生等の適用等）、⑩「契約内容の一方的決定」は、当該労務供給者が「自ら事業者の有償で労務を供給し、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」であることに加えて、労働基準法上の労働者の判断基準・判断要素・考慮事情とすべきではなく、⑥「賃金の支払」は、単に労務供給の対価として報酬が支払われることで足り、「指揮監督下の労働」への対価である必要はなく、その額・決定方法・請求方法・支払形式・支払方法を問わず、⑦「事業者性」は、労働者性を否定しうる事業者性を認めるためには、独立した事業に必要な生産手段や履行補助者を有し、それを利用して労務を供給し、供給される労務が労務の供給を受ける事業

\*53 この点に関し、労働組合法上の労働者の判断基準についてであるが、西谷敏(2010)35頁は、交渉力の不均等の具体的判断指標として、「報酬等の諸条件の決定過程において、交渉の可能性が実際にどの程度存在していたか」を挙げ、「すでに労務供給者の団体が結成され、それが交渉に関与している場合には、仮にそうした団体が存在しないとしたら諸条件はどのように決定されたであろうかという仮定的事実の問題となる」という。

この見解は、「報酬等の諸条件の決定過程において、交渉の可能性が実際に（ほとんど）存在していなかったこと」を主位的な判断指標とし、労務供給者団体の関与等により交渉が行われこの主位的な判断指標にあてはまらない場合は、「労務供給者の団体が存在せず関与しなかったならば、交渉の可能性は実際には（ほとんど）なかった」ことを予備的な「判断指標」とするものである。

しかし、「労務供給者の団体が存在せず関与しなかったならば、交渉の可能性は実際には（ほとんど）なかった」という「判断指標」という「仮定的事実」で、「具体的に存在した事実」によって主張立証することは不可能であり、具体的事実によって主張立証することができず裁判所が事実認定できない「判断指標」は、単なる「弁論」にすぎない。裁判官の恣意的判断を防ぐために、裁判官が具体的な事実に基づいて判断を行うことは訴訟の基本であり、具体的な事実によって主張立証することができない仮定的事実を「判断指標」とすること自体が失当である。

したがって、「契約内容が実質的に一方的に決定されている（同意せざるをえない）こと」、あるいは、「報酬等の諸条件の決定過程において交渉の可能性が実際に（ほとんど）なかったこと」を労働基準法上の労働者の判断基準・判断指標とすること、及び、「報酬等の諸条件の決定過程において、交渉の可能性が実際に（ほとんど）存在していなかったこと」を主位的な判断指標とし、「労務供給者の団体が存在せず関与しなかったならば、交渉の可能性は実際には（ほとんど）なかった」ことを予備的な「判断指標」とする見解は、いずれも失当である。

者の事業内容の一部でも専属的継続的労務供給でもないことが必要である。

## 第9款 労働基準法上の労働者と労働基準法上の労働時間

### 1 問題の所在

「労働基準法上の労働者」は統一的な概念であり、「労働基準法上の労働者」に該当すれば、労働基準法の条文全て（及び、労働契約法以外の個別的労働関係法の領域の法律と労働者災害補償保険法等）が適用される（→前掲第6款、第1節2）。したがって、労働基準法上の労働者には、労働基準法の労働時間規制が適用されることになるところ、労働基準法上の労働時間は、「労働者が使用者の指揮命令下に置かれている時間」で、「労働者の行為が使用者の指揮命令下に置かれたものと評価することができるか否かにより客観的に定まる」と判例上解されている<sup>\*54</sup>。

それでは、筆者の提示する労働基準法上の労働者の判断基準、すなわち、労働基準法上の労働者を「自ら事業者の有償で労務を供給し、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」と定義することは、労働基準法上の労働者には労働基準法の労働時間規制が適用され、かつ、労働基準法上の労働時間は「労働者が使用者の指揮命令下に置かれている時間」と解されていることと整合的であろうか。

### 2 労働時間規制の意義との整合性

労働基準法上の労働時間規制は、労働力商品の二つの特殊性から導かれるものである。すなわち、①労働力商品は所有者である人間から切り離すことができないが故に、換言すれば、自ら事業者の有償で労務を供給する者の約する債務の内容が「自らの他人に対する労務供給」であるが故に、その健康・安全と人間らしい生活のために労務供給時間を限定することが必要であること、しかし、②労働力商品は商品としてストックできず一般に過剰であること、それゆえ、労働力の売り手である自ら事業者の有償で労務を供給する者は、労働力の買い手である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ので、個別に自由に交渉していたのでは労務供給時間を限定することがで

---

\*54 三菱重工工業長崎造船所事件・最一小判平成12・3・9民集54巻3号801頁。

きないことを理由に、その労務供給時間の長さ・配分方法・時間帯を限定し、また、労務から開放される自由時間（休憩・休日・休暇）を確保し、もって労務供給者の健康・安全と人間らしい生活を確保することを目的とする。

すなわち、労働時間規制は、①約する債務の内容が「自らの他人に対する労務供給」であること、及び、②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）に着目して行われているのであって、約する債務の内容が「指揮監督（命令）下の労働」であるから行われているわけではない。もちろん、より身体的精神的疲労の激しい労務についてより厳格な労働時間規制を行う必要性を否定するものではないが、指揮監督（命令）の程度と身体的精神的疲労は対応しない（例えば、大学教員の行う講義について、使用者の指揮監督（命令）の程度は高くないが身体的精神的疲労はそれなりに高い）。

したがって、労働時間規制の対象となる労働基準法上の労働者を、「自ら事業者に有償で労務を供給し、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（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者）」とすることは、労働時間規制の意義と論理的に整合するものである。

### 3 労働時間概念との整合性

労働時間規制を行うためには、労働時間に該当するかどうかの判断基準が必要であるところ、既に述べたように、判例は、「労働時間」を「労働者が使用者の指揮命令下に置かれている時間」と解している。しかし、従来、労働時間性が問題となっていたのは、更衣時間や移動時間、仮眠時間等、実作業以外の労働時間であって、ある労務供給が「指揮監督（命令）下の労働」か否かを、労基研報告(1985)のように、①諾否の自由、②業務遂行における指揮監督、③時間的場所的拘束等の基準に照らして判断し、労働時間か否かを決定しているわけではない。それゆえ、判例のいう「労働時間」は、「労務の供給を受ける者（使用者）の指示に従って労務供給が行われている時間」あるいは「契約の定めに従って労務供給が行われている時間」という意味であると解することも可能である。また、判例の立場がそうでないとしても、労働時間規制の意義に照らし、「労働基準法上の労働時間」は、「労務の供給を受ける者（使用者）の指示に従って労務供給が行われている時間」あるいは「契約の定めに従って労務供給が行われている時間」と解すべきである。

したがって、労働時間規制の対象となる労働基準法上の労働者を、「自ら事業者に有償で労務を供給し、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」とすることは、労働時間概念と論理的に整合する。

#### 4 労働時間規制との整合性

少なくとも現在の労働時間規制を前提とすれば、「労働時間」を「使用者の指揮命令下におかれている時間」ではなく「使用者の指示に従い労務を供給している時間」あるいは「契約の定めに従い労務を供給している時間」と定義し、筆者の提示する労働基準法上の労働者、すなわち、「自ら事業者の有償で労務を供給し、労務の供給を受ける事業者との関係で独立事業者ではない者」に労働基準法上の労働時間規制を適用しても何ら矛盾は生じない。

第一に、労務の供給を受ける者が消費者である場合、特に請負・委任・準委任等、雇用以外の契約類型のときは、労務の供給を受ける者の指示が比較的少なく、労務の供給を受ける者が労働時間管理を行うことも少ないであろうが、この場合は、労働基準法が適用されないので問題は生じない。

第二に、労務の供給を受ける者が事業者である場合、自ら有償で労務を供給し、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が、1) 労働基準法41条1～3号に該当する場合は、労働時間・休憩・休日に関する規定の適用は除外され、2) 「外勤型」(外務員、営業担当者等)、「在宅勤務型」(在宅就労者、家内労働者等)、「技術・技能・専門職型」(弁護士、大工等)の場合は、労働時間の管理が困難であるあるいは緩やかな管理を行う場合は、事業場外労働・裁量労働に基づくみなし労働時間制又はフレックスタイム制で対応することが可能であるし、3) 「運動・芸術・芸能型」(スポーツ選手、俳優、合唱団員、音楽奏者、ダンサー等)には通常の労働時間規制を適用することに何の問題もなく、4) 「運送型」(タクシー、トラック、自転車、バイク運転手等)には、労務供給者の健康・安全、労務供給者間の公正競争、労務の供給を受ける事業者間の公正競争、交通安全(長時間運転の危険性)、公共性の見地(交通事故の防止)等の観点から、むしろ労働時間規制を適用すべきである。

したがって、労働時間規制の対象となる労働基準法上の労働者を、「自ら事業者の有償で労務を供給し、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」とすることは、労働時間規制と論理的に整合するものである。

#### 5 労働者概念と労働時間概念の相対性

仮に、労働基準法の労働時間規制の対象となる労働時間が「使用者の指揮命令下に置かれた時間」であるとしても(筆者は賛同しないが)、それは、労働

基準法上の労働者を「指揮監督下の労働に従事する者」に限定する根拠とはならない。

けだし、だれを労働基準法の適用対象とするかという論点と、どのような時間を労働基準法の適用対象とするかという論点は全く別の論点であり、労働基準法上の労働者の労務供給時間全てを労働基準法上の労働時間とする必要はなく、労働基準法上の労働者の労務供給時間のうち、一定の要件を充足する時間（使用者の指揮命令下に置かれた時間）のみを労働基準法上の労働時間としてその長さ・配分方法・時間帯を規制することも可能であるからである。

## 第10款 労働基準法上の労働者としての直接適用と信義則上の義務

### 1 問題の所在

労働者災害補償保険法は、制度上、特別加入制度を除き、労働基準法上の労働者にしか適用されない。しかし、労働基準法、及び、労働契約法以外の個別的労働関係法の領域の法律が定める雇用・労働条件の最低基準やルールは、当該労務供給者が「労働基準法上の労働者」に該当すれば、「労働基準法上の労働者」であることを媒介に直接適用されるが、その一部は、当該労務供給者が「労働基準法上の労働者」に該当しなくても、それを労務の供給を受ける者の信義則上の義務あるいは公序として一定程度反映させることが可能であると思われる。

それでは、労務の供給を受ける者の信義則上の義務あるいは公序として、「労働基準法上の労働者」以外のどのような労務供給者について、どのような定めを反映することが可能であろうか。

また、労働基準法等の定める内容が、労働基準法上の労働者として直接適用される場合と、信義則上の義務あるいは公序として構成される場合とでは、法的効果及び救済方法においてどのような相違があるであろうか。

### 2 信義則上の義務

労務供給契約において契約当事者がどのような信義則上の義務を負うかは、当該契約内容や契約当事者の関係等によりケース・バイ・ケースであり、一義的に決定することはできないが、参考となる指標として、さしあたり以下の二

点を指摘しておきたい。

第一は、労務供給者についてである。既に述べたように、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し、労務の供給を受ける者との関係で独立事業者でも独立労働者でもない者」である（→前掲第1部第2章第3節）。

しかし、労働基準法及び労働契約法以外の個別的労働関係法の領域の法律は事業主規制法であるため、労働基準法上の労働者は、「事業に使用される者」に限定されている。具体的には、「自ら事業者の有償で労務を供給し、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」であり、労務の供給を受ける者が消費者である場合は除外されている（→前掲第7款）。そしてその理由は、①労働力を利用して事業を営んでいる事業者と同じ規制を消費者に適用するのは酷であること、②労務の供給を受ける者が消費者である場合は、実質的に対等に交渉できる場合が多いことにあるのではないかと思われる（→前掲第2款2）。

そうであるならば、労働法の対象とする労働者で労働基準法上の労働者でない者、すなわち、「自ら消費者に有償で労務を供給し、かつ、特定の消費者に専属的に労務を供給する者」（専属的家事使用人等）については、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る（交渉の非対等性）ので、労働基準法等の定める内容を一定程度労務の供給を受ける消費者の信義則上の義務あるいは公序として反映させることは妥当であると思われる。

第二は、信義則上の義務あるいは公序として構成すべき労働基準法等の定めとその程度である。労働基準法等の定める内容のうち、労働条件の最低基準を定めるもの、すなわち、賃金、労働時間・休憩・休日・休暇、労働安全衛生法上の規定をそのまま信義則上の義務あるいは公序として構成することは困難であろう。しかし、人身拘束の禁止（強制労働の禁止、賠償予定の禁止、前借金相殺の禁止、強制貯金の禁止）は公序として構成しうるのであろうし、均等待遇も公序あるいは信義則上の義務として構成しうるとと思われる。また、労働条件の明示、解雇制限、母性保護、年少者保護等も、その内容・趣旨がそのまま信義則上の義務とはならないであろうが、その基本的内容・趣旨は、信義則上の義務として一定程度反映させることが可能であろう。

### 3 労働基準法上の労働者としての直接適用の意義

「労働基準法上の労働者」に該当しない労務供給者について、労働基準法等

の定める内容を労務の供給を受ける者の信義則上の義務あるいは公序として構成した場合、労務の供給を受ける者がそれを遵守しなかったときは、信義則あるいは公序違反となるが、労務供給者は、信義則あるいは公序違反を理由として、民事訴訟において契約解除等の無効又は損害賠償請求等を主張しうるにとどまる。

それに対して、労働基準法等の定める内容が、労働基準法上の労働者として直接適用される場合は、当該法律違反があったときは、労務供給者（労働基準法上の労働者）自身が、民事訴訟において法律行為の無効や差額賃金の支払請求、損害賠償請求等を主張しうるにとどまらず、罰則規定が存在する場合は、刑事制裁の対象となり、また、行政機関による監督、行政指導（特に労働基準法、最低賃金法等罰則付の強行法規違反に対する労働基準監督官の指導・是正命令は重要な機能を有する）があるので、労務供給者は、民事救済しか存在しない場合と比較すれば、時間と費用と労力をかけずに、かつ、実効的な救済を受けることができる。

したがって、労働基準法等の定める内容を信義則上の義務あるいは公序として構成し、労働基準法上の労働者以外にも適用範囲を拡大することはもちろん重要であるが、何よりも、労働基準法上の労働者として、労働基準法等が直接適用される労働者の範囲を明確かつ妥当なものとするのが重要である。

## 第11款 労働基準法上の労働者と労働基準法上の労働契約

### 1 労働基準法上の労働者

#### (1) 労働基準法の意義と対象

労働基準法は、労働力以外の商品を有していない人間を中核的对象とするが、労働力以外の商品を有しているかどうかにかかわらず、原則として、労働市場に参入し「自ら事業者の有償で労務を供給する者」全てをその対象とする。

けだし、「自ら事業者の有償で労務を供給する者」は、①自らの他人に対する労務供給により生活を維持又は補助していることが通常であり、②労働力商品の特殊性の故に、その人格権等を保障する必要がある、③労働力商品の特殊性の故に、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、また、④自ら事業者の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があるからである。

ただし、例外的に、労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉できる立場にある場合は、当該事業者との関係では、労働基準法上の労働者ではない（→前掲第2款）。

## (2) 関係的・相対的概念

労働基準法上の労働者は、前掲(1)で述べたとおり、原則として、労働市場に参入し「自ら事業者に有償で労務を供給する者」全てであり、その理由は前掲(1)の①～④のとおりであるから、労働基準法上の労働者は、「ある人間が労働者階級（階層）に属するかどうか」という観点から属人的・階層的に決定されるのではなく、「ある特定の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」という観点から関係的・相対的に決定される概念である。具体的には、ある特定の労務供給契約において、それが、自ら事業者の有償で労務を供給する契約であるかどうか、また、例外的に、労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉できる立場にあるかどうかにより決定される（→前掲第3款）。

## (3) 労働者性の決定時期

労働基準法は、労務供給契約が締結される前から適用されることが前提となっており、労働基準法の適用対象となる「労働者」かどうかは、当該労務供給契約が「自ら事業者の有償で労務を供給する契約」かどうか、及び、例外的に当該労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉できる立場にあるかどうかにより、少なくとも、労務供給契約が締結される前の段階で決定される（→前掲第4款）。

## (4) 判断基準と定義

労働基準法上の労働者は、①約する債務の内容が「自らの他人に対する労務供給」であり、その対償として報酬が支払われること、すなわち、「自ら他人に有償で労務を供給する者」であるということ、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）、③事業者に対して労務を供給する者であることのみを基本的判断基準として導かれるものであり、約する債務の内容が「指揮監督（命令）下の労働」でそれに対する報酬が支払われることを要件としてその範囲を限定するべきではない。

したがって、労働基準法上の労働者は、「自ら事業者に有償で労務を供給し、

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（自然人）」である。「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し、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に限定される。ただし、労働基準法116条に該当する者は、当該規定に基づき労働基準法の適用対象外となる<sup>\*55</sup>（→前掲第7款・第8款）。

なお、労働基準法上の労働者は、属人的・階層的概念ではなく関係的・相対的概念であり、同じ人間でも、労務供給契約の内容と労務の供給を受ける者との関係で、労働基準法上の労働者に該当するかどうか、その判断が異なる<sup>\*56</sup>。

### (5) 証明責任

当該労務供給者が労働基準法上の労働者であることを主張する者が、当該労務供給者が「自ら事業者に有償で労務を供給する者（自然人）」であることの主張立証に成功した場合は、その労働者性を争う者が、当該労務供給者が労務の供給を受ける事業者と実質的に対等に交渉することができる立場にあること、すなわち、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することの主張立証に成功しない限り、当該労務供給者は、労働基準法上の労働者に該当すると判断される（→前掲第7款4）。

### (6) 労働基準法9条の文言との関係

労働基準法9条は、労働基準法上の労働者を、「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」と定義している。

したがって、同条文における「使用される者」は、「自ら労務を供給する者（ただし、労務の供給を受ける事業者との関係で独立事業者である者を除く）」を意味し、「賃金を支払われる」は「労務供給の対償として報酬を支払われる」を意味する。

---

\*55 労働基準法116条2項が「家事使用人」を適用除外しているのは確認規定と解される。

\*56 例えば、ある人間が、家事サービス企業と契約を締結しその契約に基づきある家庭で清掃業務に従事する場合は、労働基準法上の労働者であるが、直接消費者と契約を締結しその家庭の清掃業務に従事する場合は、労働基準法上の労働者ではない。

## 2 労働基準法上の労働契約

### (1) 定義

労働基準法上の労働契約、すなわち、労働基準法が適用される労働契約は、「労働基準法上の労働者の締結する労務供給契約」であり、労働基準法上の労働者概念に対応して定まる（→第1節4）。

したがって、「労働基準法上の労働契約」は、「『自ら事業者に有償で労務を供給し、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』が締結する労務供給契約」であり、換言すれば、「①自ら労務を供給し、労務の供給を受ける事業者との関係で独立事業者ではない者と、②事業者との間の、③有償労務供給契約」である。

### (2) 証明責任

当該労務供給契約が労働基準法上の労働契約であることを主張する者が、①-1) 一方当事者が自ら労務を供給し、他方当事者がその労務供給への報酬を支払う合意が成立したこと、に加えて、①-2) 労務の供給を受ける者が「事業者」であることの主張立証に成功した場合は、当該労務供給契約が労働基準法上の労働契約であることを否定する者が、②当該労務供給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することの主張立証に成功しない限り、当該労務供給契約は労働基準法上の労働契約であると判断される。

### (3) 民法上の労務供給契約との関係

労働基準法上の「労働契約」は、民法上の「雇用」契約と同義ではない。

第一に、民法上の「雇用」であるが、労働基準法上の「労働契約」には該当しないものが存在する。具体的には、労務の供給を受ける者が消費者である場合である（例えば、消費者とホームヘルパーとの家事労務供給契約がこれに該当する場合がある）。

第二に、「雇用」以外の「請負」「委任・準委任」その他の混合契約・無名契約であっても、労働基準法上の「労働契約」に該当するものが存在する。具体的には、約する「労務供給の内容」にかかわらず、①民法上の「雇用」（労働に従事）、「請負」（仕事の完成）、有償の「（準）委任」（一定の事務処理）等の、有償の労務供給契約のいずれであっても、②労務の供給を受ける者が事業者であり、③労務供給者が、自ら労務を供給し、かつ、労務の供給を受ける事業者

との関係で独立事業者ではない自然人であれば、労働基準法上の「労働契約」に該当する。

なお、民法上の「雇用」と「請負」「委任」等を客観的に区別することはしばしば困難であるが、労働基準法上の「労働契約」の範囲を画定する上では、当該労務供給契約がこれら民法上の契約類型のいずれに該当するかを特定する必要はない。

## 第3章 労働契約法上の労働者

本章では、①前提的検討として、労働契約法上の労働者の定義と他の法律上の定義との関係を確認し、労働契約法上の労働者をめぐる論点を整理した上で（第1節）、②労働契約法上の労働者に関する法制の沿革を確認し（第2節）、③従来の行政解釈・学説・判例を批判的に検討し（第3節）、④「労働契約法上の労働者」概念を再構成する（第4節）<sup>\*1\*2</sup>。

### 第1節 前提的検討

本節においては、労働契約法上の労働者の判断基準を検討する前提として、①労働契約法上の「労働者」の定義、②「労働契約法上の労働者」の意義、③「労働契約法上の労働者」と「労働契約法上の労働契約」の関係、④「労働契約法上の労働者・労働契約」と「雇用契約」の関係、⑤労働契約法上の労働者をめぐる論点を確認する。

---

\*1 第1部第2章の「労働法の対象とする労働者」、第2部第2章の「労働基準法上の労働者」と重複する論点もあるが、「労働契約法上の労働者」については、本章だけでほぼ完結的に理解できるように、繰り返し記述している部分もある。

\*2 「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。

## 1 労働契約法上の「労働者」の定義

労働契約法上の「労働者」については、労働契約法2条1項が、「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」と定義している。

労働契約法5条が、「・・・労働者はその生命、身体等の安全を確保しつつ・・・」と定めていることから、労働契約法上の労働者が自然人であることは明らかである。

労働契約法2条1項が、労働契約法上の労働者の判断基準としているのは、①「使用者に使用されて労働し」、②「賃金を支払われる者」の二つである。

①「使用者に使用されて労働し」について、労働契約法2条2項は、「使用者」に関し、「この法律において『使用者』とは、その使用する労働者に対して賃金を支払う者をいう」と定義するにとどまるので、「使用者」は他人である以上に明らかではない。また、「使用されて労働し」であるので、自ら労務を供給する者であることは明らかであるが、それ以上については、その文言からは明らかではない。したがって、「自ら他人に対して労務を供給する者」であること以上は明らかではない。

②「賃金を支払われる者」について、「賃金」は、労働基準法上の「賃金」をいうと解されるが、労働基準法11条は「賃金」に関し「この法律で賃金とは、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」と定義しているので、「賃金を支払われる者」は、労働契約法上の労働者が、労働の対償として報酬が支払われる者であることを明らかにするにとどまる\*3。

したがって、労働契約法2条1項及び関連条文からは、労働契約法上の労働者が、「自ら他人に有償で労務を供給する自然人」であることは導かれるが、

---

\*3 ここでの「賃金」の意味に関して「支払う」という言葉が使用されていることから通貨を連想しやすい。しかしながら、労働基準法12条5項が「賃金が通貨以外のもので支払われる場合」を規定していることに照らし、「賃金」には通貨以外のもも含まれる。したがって、労働基準法9条の「賃金を支払われる」との文言は、「通貨以外の物品やサービスで賃金を支払われる」ことを含み、「同種同量の労働力の提供で賃金の支払を受ける」（いわゆる「手間返し」）ことも含むと解され、「賃金」は、「報酬」・「対価」と同義である。仮に、報酬の全部が通貨によらずに物品で支払われた場合には、労働基準法24条違反の問題が生じることは言うまでもないが、通貨による賃金の支払を全く受けていないからとの理由で当該労務供給者が労働基準法・労働契約法上の労働者であることを否定されることはない。

それ以上に限定されるのかどうか、また、限定されるとすればどのような基準で限定されるのかは明らかではなく、解釈に委ねられる。

なお、船員については、労働契約法の一部適用除外が定められ（労契法18条）、国家公務員及び地方公務員には、労働契約法は適用されない（労契法19条）。

## 2 「労働契約法上の労働者」の意義

それでは、「労働契約法上の労働者」に該当するということが、どのような法的意義を有するのであろうか。

労働契約法は、労働契約の成立、労働契約の内容の決定と変更、懲戒処分、労働契約の終了に関する法的判断枠組み（要件と効果）を定める、「労働契約法理」の基本となる法律として位置づけられるものである。そして、「労働契約法理」は、「賃金、労働時間等の雇用・労働条件の最低基準の設定と差別的取扱いを禁止する法領域」とともに、雇用・労働条件の最低基準と労働契約に関する法的判断枠組み（要件と法的効果）を定めることにより、直接、雇用・労働条件を規制するという、「個別的労働関係法」の分野を形成するものである。

換言すれば、労働契約法は、個別的労働関係法の分野において、労働基準法等、雇用・労働条件の最低基準と差別的取扱い禁止を定める他の法令と相俟って、労働者保護のために、労働契約に関する法的判断枠組み（要件と法的効果）を定めることにより、雇用・労働条件を規制することを目的とするものであり、「合理的な労働条件の決定又は変更が円滑に行われるようにすることを通じて、労働者の保護を図りつつ、個別の労働関係の安定に資する」（同法1条）ものである。

したがって、「労働契約法上の労働者」に該当すると、労働契約法の定めた労働者保護の観点から設定された労働契約に関するルール、具体的には、労働契約における信義則（就業実態に応じて均衡を考慮した労働契約の締結と変更、仕事と生活の調和に配慮した労働契約の締結と変更、労働契約の内容の理解の促進、安全配慮義務等を含む）、権利濫用の禁止（出向、懲戒、解雇に関する権利濫用を含む）、労働契約の成立と変更、就業規則の効力、期間の定めのある労働契約の解雇権の法的根拠等に関する定めが適用されることになる。

## 3 「労働契約法上の労働者」と「労働契約法上の労働契約」

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

定は存在しないところ、労働基準法、労働契約法、労働組合法のいずれについても、それぞれの法律にいう「労働者」が定義され（労基法9条、労契法2条1項、労組法3条）、それぞれの法律の適用される「労働契約」の定義はおかれていない（→前掲第1部第1章1・2）。

それゆえ、「労働者」と「労働契約」の関係については、まず、それぞれの法律が適用される「労働者」が画定され、それに対応して、それぞれの法律が適用される労働者が締結する労務供給契約が、それぞれの法律の適用される「労働契約」として定まる構造となっている。換言すれば、労働法において、「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し、それに対応して、「労働契約」も、①労働基準法上の労働契約、②労働契約法上の労働契約、③労働組合法上の労働契約の三種類存在する。

労働契約法については、同法2条1項が同法にいう「労働者」を定義して労働契約法が適用される「労働契約法上の労働者」を画定する。そして、「労働契約法が適用される労働契約」は、「労働契約法上の労働者の締結する労務供給契約」であり、労働契約法上の労働者概念に対応して定まる。

#### 4 「労働契約法上の労働者・労働契約」と「雇用契約」

##### (1) 意義と範囲

前掲3で述べたように、労働契約法の適用対象は、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、労働契約法の適用される「労働契約」が画定される。「労働者」は、労働契約法の適用される「労務供給者」の範囲、「労働契約」は、労働契約法の適用される「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、労働契約法の適用対象を画定する概念である。

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、無名契約もあり得るが、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る。労働契約法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。民法上の「雇用」もまた、民法上の労務供給契約の一つの典型契約であって、労働契約法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もちろんない（→前掲第1部第1章3(2)）。

また、「雇用」（労働に従事）のみならず、実質的に「請負」（仕事の完成）や「有償委任・準委任」（一定の事務処理等）に該当する場合であっても、あるいは、混合契約、無名契約であっても、労働契約法上の労働契約に該当することがあり得る（→後掲第4節第9款2(3)）。

したがって、「労働契約法上の労働契約」と「雇用契約」は、意義も、具体的範囲も異なる全く別の概念であり、労働契約法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。

## (2) 「雇用契約」＝「労働契約」説の当否

学説においては、従来から、その基底にある理念は別であるとしても、「雇用契約」の範囲と労働基準法上の「労働契約」の範囲は同じであるとの見解が有力であり、労働契約法上の「労働契約」についても、山川隆一・雇用関係法(2008)10頁は、労働契約法上の「労働契約」は、民法上の（実質的に判断された）雇用契約と同じ内容のものであると考えれば足りると主張している。

しかし、「実質的に判断された」請負や委任・準委任、その他の混合契約や無名契約は、労働基準法の対象となりうる（→前掲第2章第4節第12款2(3)）とともに、労働契約法の対象となりうる（→後掲第4節第9款2(3)）から、同見解は失当である。この点に関しては、後掲第4節第6款・第7款で詳述する。

## 5 労働契約法上の労働者をめぐる論点

「労働契約法上の労働者」の判断基準を定立し、「労働者」の範囲を明確にするためには、特に、以下のような理論的課題を検討することが必要である\*4。

第一は、「労働契約法上の労働者」は、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判断される「属人的・階層的概念」か、それとも、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において労働者かどうか判断される「関係的・相対的概念」かである。

第二は、労働契約法上の労働者（労働契約法の適用を受ける労働者）は、労

---

\*4 この他、当該人の行為が、「他人に対する労務供給」に該当するの否かも重要な論点であるが、この点については、前掲第2章第4節第5款、及び、後掲第5章第10節第4款1、第13節第4款1、第14節第3款2(1)、第15節第4款1参照。

務供給契約を締結する前に決定されるのか、それとも、事後的に決定されるのかである。

第三は、労働契約法上の労働者は、「労働者」に該当すれば、労働契約法の全ての条文が適用されるのかどうかである。

第四は、労働契約法上の労働者の判断基準は、「使用従属性」にあるのか、それとも、「自ら他人に有償で労務を供給する者」であること、及び、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」に求めるべきかである。

本章では、法制の沿革と従来の行政解釈、学説、裁判例をふまえて、これらの理論的課題を検討し、労働契約法上の労働者概念を再構成する。

## 第2節 法制の沿革

### 1 労働契約法の成立

労働契約法は、衆議院で内閣提出法案の一部修正がなされた後、2007（平成19）年11月28日に参議院本会議で可決成立、同年12月5日に公布され、2008（平成20）年3月1日より施行された。

### 2 国会での質疑応答

国会においては、労働者の定義に関して、2007（平成19）年6月8日に開催された衆議院厚生労働委員会において、菅野哲夫委員と青木豊政府参考人（厚生労働省労働基準局長）及び柳澤伯夫厚生労働大臣との間で、次の質疑応答がなされた<sup>\*5</sup>。

○菅野委員（中略）

次に、労働契約法について質問いたします。

労働契約法案の第二条は、対象となる労働者について、「使用者に使用されて労働し、賃金を支払われる者」と定義しております。この点、二月二十三日の予算委員会、雇用問題に関する集中審議で私の方から、請負や業

---

\*5 第166回国会衆議院（第一類第七号）厚生労働委員会議録第29号（平成19年6月8日）8頁。

務委託契約についても保護の対象とすべきではないかと指摘しましたところ、柳澤厚生労働大臣は、労働者であるか否かは契約形式にとらわれず、その実態によって判断する、請負であっても、その実態によっては労働契約法の対象となることもあり得ると答弁いたしました。

個人事業主の集まりである日本プロ野球選手会が団体交渉権を持つ労働組合として認定されている現状からしても、労働契約で保護される対象は、職業、契約のいかんにかかわらず、使用者との経済的従属性を持つ者とすべきと考えますが、大臣、見解をお聞きいたします。

○青木政府参考人 労働契約法における労働者の範囲について経済的従属性を勘案しろ、こういう御指摘でございます。

まさに今お触れになりましたように、労働者性につきましては、使用従属性の有無を総合的に勘案して、個別具体的に実態を見て判断をするというところでやっているわけであります。

経済的従属性がある場合には、これは純然たる事業所同士の取引関係もある場合も極めて多いわけでございます。これらについては、使用従属関係がないということが多いわけでありますので、現在の労働基準法においても対象とはなっておりませんし、今度の労働契約法案の対象としていないわけであります。

しかし、純然たる事業所同士の取引関係以外の契約関係については、経済的従属性がある場合であっても、その実態により使用従属性が認められる場合には、こういった労働契約法、当然現行法の労働基準法もそうですが、そのルールの対象となり、十分な保護が図られていくというふうに考えております。

○菅野委員 そこは日本の労働法制の根本的に不備な点、これから変えていかなければならない点だということを私は申し上げておきたいというふうに思っています。

それが、昨年六月に開かれたILOの第九十五回総会では、雇用関係に関する勧告が採択されました。ここでは、雇用関係の隠ぺい、すなわち偽装雇用と言っていると思いますが、使用者が個人を被用者ではないように装い、労働者に本来付与すべき権利を剥奪している状況に対して、加盟国が適切な国内政策を策定するように求めています。

この勧告をどのように受けとめておられるのか、答弁願いたいと思います。

○柳澤国務大臣 ILOの雇用関係に関する勧告におきましては、雇用関

係の存在の決定というものは、当事者間でいかなる合意をしたかにかかわらず、第一義的に業務の遂行及び労働者の報酬に関する事実に従って行われるべきである旨規定されていると承知をいたしております。

我が国におきましては、労働基準法におきまして、労働者は、事業又は事務所に使用され、賃金を支払われる者と定義されておきまして、その判断については、その契約形式のいかんにかかわらず、指揮監督下の労働、使用従属性みたいなものですが、報酬の労務対償性等に照らして判断されるいわゆる使用従属性の有無等を総合的に勘案して個別具体的に行うこととしておりますので、これは御指摘になられたILO勧告の趣旨に合致するものである、我々はそのように見ているということでございます。

○菅野委員 実には、ILOが指摘する現状が国内では多発しております。偽装請負ならぬ偽装雇用、その多くが個人請負とされる方々で、例えば最近では官庁街でもよく目にするバイク便なども個人請負が多いようです。これらの方々は、自営業者として労働法の保護対象から外れております。ところが、正社員から突如として業務委託契約に切りかえられ、同じ仕事をして月収が二十五万から手取り六万になってしまったという記事も目にしています。

厚生労働省が所管する独立行政法人労働政策研究・研修機構は、二〇〇五年に二つの研究論文を発表しております。そこでは、二〇〇四年時点で個人請負は五十万人とも二百万人とも言われておりますが、正確な統計がない、しかし、個人請負の増加は就業形態として無視し得ない存在になってきていると指摘しております。加えて、企業にとって、個人請負労働者がコスト削減の手段になっていることや、雇用者と類似した仕事に従事しているにもかかわらず自営業として位置づけられていることから、労働基準法、労災保険法などの労働法の適用がなく、ユーザー企業側も事業主負担部分である法定福利費を免れるといった問題が存在しているということも無視できない。重大な指摘を行っております。

大臣、偽装雇用とさえ言われる個人請負の実態を早急に調査し、対策を講じる考えはありませんか。個人請負の方々にも、経済的従属性があれば労働基準法や労働契約法の対象とすべきだと私は思っています。これについてお答え願いたいと思います。

○柳澤国務大臣 これは、かねがね私、御答弁申し上げておりますように、契約当事者が個人請負という形で契約を締結していたといたしましても、

実態としていわゆる使用従属関係が認められるのであれば、それは労働契約法案も、また今局長が答えたように労基法上からも、労働者として取り扱われるというふうに考えております。同法案で規定する労働契約に関するルールは、したがって、こういうような個人請負の形をとる方にも適用されるというふうに考えております。

### 第3節 行政解釈・学説・裁判例

#### 第1款 行政解釈

##### 1 「労働契約法の施行について」

(平成20・1・23基発第0123004号)

「労働契約法の施行について」(平成20・1・23基発第0123004号)は、労働契約法上の「労働者」及び「使用者」について、以下のように、説明している。「(2) 労働者(法第2条第1項関係)

ア 法第2条第1項の『労働者』とは、『使用者』と相対する労働契約の締結当事者であり、『使用者に使用されて労働し、賃金を支払われる者』のすべてが含まれるものであること。」

イ 法第2条第1項の『労働者』に該当するか否かは、同項に『使用者に使用されて』と規定されているとおり、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勘案して総合的に判断し、使用従属関係が認められるか否かにより判断されるものであり、これが認められる場合には、『労働者』に該当するものであること。これは、労働基準法第9条の『労働者』の判断と同様の考え方であること。

ウ 民法第623条の「雇用」の労働に従事する者は、法第2条第1項の『労働者』に該当するものであること。

また、民法632条の「請負」、同法第643条の「委任」又は非典型契約で労務を提供する者であっても、契約形式にとらわれず実態として使用従属関係が認められる場合には、法第2条第1項の『労働者』に該当するものであること。

エ 法第2条第1項の『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全てのものをいうものであること。これは、労働基準法第11条の『賃金』と同義であること。

(3) 使用者（法第2条第2項関係）

法第2条第2項の『使用者』とは、『労働者』と相対する労働契約の当事者であり、『その使用する労働者に対して賃金を支払う者』をいうものであること。したがって、個人企業の場合はその企業主個人を、会社その他の法人組織の場合はその法人そのものをいうものであること。これは、労働基準法第10条の『事業主』に相当するものであり、同条の『使用者』より狭い概念であること。」

## 2 問題点

第一に、「労働契約法の施行について」（平成20・1・23基発第0123004号）は、労働契約法上の労働者の判断基準を使用従属関係としている。しかし、この見解は支持できない（→後掲第4節第7款）。

第二に、同通牒は、労働契約法上の使用者を労働基準法10条の事業主に相当するものとしている。しかし、労働契約法は、労働基準法とは異なり、対象となる労働者を「事業に使用される者」に限定していないから、労働契約法上の労働者には、消費者と労務供給契約を締結している者も含まれる場合があり、労働契約法上の使用者には、消費者も含まれる場合がある。

## 第2款 学説

### 1 使用従属性を判断基準とする見解

労働契約法制定後の学説の多くは、事業に使用されているという要件が含まれていないことを除けば、労働契約法上の労働者は労働基準法上の労働者と同一であると解し、かつ、その基本的判断基準を使用従属性又は指揮命令下の労働とし、労基研報告(1985)の示す具体的判断基準を支持・踏襲している（荒木＝菅野＝山川・労働契約法(2008)69～70頁、山川隆一・雇用関係法(2008)10頁、荒木尚志・労働法(2009)50頁、中窪＝野田＝和田・世界(2011)18頁、土田道夫・契約法(2008)46～50頁等）（→前掲第2章第3節第3款1(4)）\*6。

---

\*6 西谷敏・労働法(2008)56頁は、労基法上の労働者でない者にも労働契約法の各規定が適用される可能性があるというが、それ以上は述べていない。

## 2 問題点

「使用従属性」又は「指揮命令下の労働」を労働契約法上の労働者性の判断基準とし、労働契約法上の労働者の範囲を限定することは妥当ではない。

第一に、労働契約法上の労働者の判断基準は、①約する債務の内容が「自らの他人に対する労務供給」で有償であること、すなわち、「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（交渉の非対等性）ことに求めるべきであり、それ以上に、使用従属性により労働者の範囲を限定すべきではない。けだし、労務供給形態は多様であり、「使用従属性」又は「指揮命令下の労働」の有無と程度は職務内容や企業の労務政策により様々であるが、使用従属性が希薄であるからといって、自ら他人に有償で労務を供給する者の労働権・人格権等の保障の必要性、及び、交渉の非対等性に変わりはないからである（→後掲第4節第7款2）。

第二に、労基研報告(1985)が使用従属性の判断基準・判断要素として掲げている、①仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の有無、②業務遂行上の指揮監督の有無（あるいは事業組織への組み入れ）、③拘束性（勤務場所・時間の指定・管理）、④代替性は、いずれも労働者性の判断基準ではない。また、⑤報酬は単に労務供給の対償であることで足り、「指揮命令下の労働」の対償である必要はなく、報酬の額・決定方法・支払方法等は労働者性とは無関係である。また、⑥専属性は、複数の相手方に労務を供給する者であっても、交渉の非対等性に変わりはないから、これを要件として労働者性を否定すべきではなく、⑦就業規則・税・保険等の取扱いも労働者性の判断基準ではない。また、労働者性を否定しうる⑧事業者性は、独立した事業に必要な生産手段等を有し、かつ、それを利用して消費者に労務を供給する場合又は事業者が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に限定すべきである（→後掲第4節第7款3～13）。

### 3 「自ら他人に有償で労務を供給し

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」

筆者は、川口美貴(2009b)(2010b)(2011b)で、労働契約法上の労働者について、

以下の点を主張してきた。

第一に、労働契約法上の労働者の基本的判断基準は、自ら他人に有償で労務を供給し、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る人間個人及び全体の労働権・生存権保障という観点から導かれるべきである。

第二に、使用従属性（又は組織的従属性）により、労働者の範囲を限定すべきではない。

第三に、労働契約法2条1項の労働者は、原則として「自ら他人に有償で労務を供給する者」であるが、例外的に、労務の供給を受ける者との関係で、①「独立事業者」である場合（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、消費者に労務を供給する場合、又は、事業者に対して労務を供給するが、その労務の内容が当該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）、又は、②「独立労働者」である場合（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、消費者に労務を供給し、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者と実質的に対等に交渉できる立場にあるので、当該労務の供給を受ける者との関係では労働契約法上の労働者ではない。

したがって、労働契約法上の労働者は「自ら他人に有償で労務を供給し、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3款 裁判例

### 1 使用従属性による判断

労働契約法上の労働者性に関する裁判例はまだ多くないが、基本的に労働基準法上の労働者と同じとし、かつ、「使用従属性」あるいは「労働の他人決定性」を判断基準とするものが見られる。

大阪地判平成23・8・19（平成21年(7)第16734号地位確認等反訴請求事件、判例集未掲載）は、生コン製造販売会社において生コンの運搬業務等に従事していた者（運転するミキサー車は会社所有）の労働契約上の地位確認請求事案について、労働契約法上の労働契約の存否については、使用従属関係の有無により判断するのが相当とし、使用従属関係の有無は、①仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の有無、②業務遂行上の指揮監督の有無、③拘束性の有無、④代替性の有無、⑤報酬の労務対償性の点等の事情を総合的に勘案

して判断すると判示し、結論として当事者間の契約を労働契約であるとした。

また、日本相撲協会事件・東京地決平成23・2・25\*7は、日本相撲協会と力士との契約は労働契約法が適用される労働契約かどうかについて、労務の提供の他人決定性を重要なメルクマールとし、具体的には、①契約の締結過程の他人決定性（仕事の依頼に対する諾否の自由、専属性、企業組織への組み入れ）、②契約の履行過程における他人決定性（労働の基本的内容・目的の決定、個々の業務に対する諾否の自由、勤務時間・勤務場所の拘束性、労働遂行過程での指揮命令関係・服務規律の適用、第三者による代行性の有無）、③報酬の労務対償性（額や性格）、④事業者性（器具や材料の経費負担・所有の有無、損害負担の有無）を総合考慮すべきと判示し、結論として当事者間の契約を労働契約法の適用される労働契約には当たらない（有償の準委任類似の契約）とした。

## 2 問題点

しかし、使用従属性及びその判断基準・判断要素を労働契約法上の労働者・労働契約の基本的判断基準・判断要素とすることは妥当ではない（→後掲第4節第7款）。

## 第4節 労働契約法上の労働者概念の再構成

本節では、第2節で検討した法制の沿革、及び、第3節で検討した、従来の行政解釈、学説、裁判例を踏まえて、労働契約法上の労働者をめぐる理論的課題を検討し、労働契約法上の労働者概念を再構成する。

### 第1款 理論的課題

「労働契約法上の労働者」については、どのような判断基準を定立し、労働者の範囲を明確にすべきであろうか。

この問いに答えるためには、既に指摘したように（→前掲第1節5）、①「労働契約法上の労働者」は、ある人間が労働者階級（階層）に属するかどうか

---

\*7 日本相撲協会事件・東京地決平成23・2・25労判1029号86頁。

かという観点から判断される「属人的・階層的概念」か、それとも、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において労働者かどうか判断される「関係的・相対的概念」か、②労働契約法上の労働者（労働契約法の適用を受ける労働者）は、労務供給契約を締結する前に決定されるのか、それとも、事後的に決定されるのか、③労働契約法上の労働者は、「労働者」に該当すれば、労働契約法の全ての条文が適用されるのか、④労働契約法上の労働者の判断基準は、「使用従属性」にあるのか、それとも、「自ら他人に有償で労務を供給する者」であること、及び、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」にあるのかを検討することが必要である\*8。

そこで、以下においては、まず、これらの理論的課題を検討する前提として、労働契約法の意義を確認し（第2款）、これらの理論的課題の検討を行い（第3款～第7款）、併せて、労働契約法の直接適用と信義則上の義務との関係を検討し（第8款）、労働契約法上の労働者概念と労働契約法上の労働契約概念を確認する（第9款）。

## 第2款 労働契約法の意義

### 1 労働契約法の目的

#### －労働力以外の商品を有していない人間の労働権保障

労働契約法の定義（2条1項）及び関連条文から、労働契約法上の労働者は、少なくとも、「自ら他人に有償で労務を供給する自然人」であること、すなわち、自らの労働力を他人に売る者（自然人）であることに異論はないと思われる（→前掲第1節1）。

鑑みるに、生産手段（独立した事業に必要な施設、工場、機械等）（→前掲第1部第2章第3節第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務を供給する

\*8 この他、当該人の行為が、「他人に対する労務供給」に該当するの否かも重要な論点であるが、この点については、前掲第2章第4節第5款、及び、後掲第5章第10節第4款1、第13節第4款1、第14節第3款2(1)、第15節第4款1を参照されたい。

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はその点に着目し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務を供給する者については、労務供給の対償としての報酬のみならず、当該労務供給者の身体、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務を供給する者は、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（労働力商品の特殊性②：交渉の非対等性）<sup>\*9\*10</sup>。

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。

労働契約法は、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（憲法25条）を、労働権保障（雇用・労働条件保障及び人格権・幸福追求権の保障等も含む）という観点から実現することを目的とする。

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、労働契約法は、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所有者である人間と切り離すことができないこと、及び、②商品としてストックできず一般的に過剰であること）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と解される。

\*9 また、前掲第1部第2章注3で述べた通り、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）。

\*10 前掲第1部第2章注4で述べた通り、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 労働契約法の対象

### －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、①他人の下での労働の必要性と、②人格権等の保障の必要性と、③交渉の非対等性の存在の故に中核的对象とし、その労働権と生存権を保障するという、労働契約法の目的（→前掲1）に鑑みれば、労働契約法が対象とする「労働者」、すなわち、労働契約法の定める労働契約に関するルールが適用される労働者は、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」であろう。

しかし、労働契約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)～(5)で述べるとおりである。

#### (2) 労働権保障の必要性

第一に、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」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から、やはり、その労働権（雇用・労働条件）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」については、供給する労務を労務供給者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。

#### (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性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）。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、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、労務供給契約の締結と展開過程においてその内容を対等な立場で決定できないという労働力商品の特殊性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わけではないからである。

また、「自ら他人に有償で労務を供給する者」の具体的労働条件交渉能力には差異があり、新卒者がいつもより「売り手市場」で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にある。

#### (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、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」全てを適用対象としなければならない。

#### (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、労働力商品の特殊性の故に、その人格権等を保

障する必要がある。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り、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。そして、④「自ら他人に有償で労務を供給する者」全てを労働契約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、労働契約法の対象とする労働者は、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、労務供給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。

ただし、労働契約法は、国家公務員及び地方公務員については適用されず、(同法19条1項)、使用者が同居の親族のみを使用する場合の労働契約については適用されず(同条2項)、船員に関する特例がある(18条)。

### (7) 例外

「自ら他人に有償で労務を供給する者」であっても、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、労働契約法の適用対象とはならないと解すべきである。

けだし、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については、労働契約法の適用対象とはならず、労務の供給を受ける者との個別交渉によって労務供給契約の内容が決定されても、当該労務供給者の労務供給契約の内容と水準と生存権保障に関して一応問題はない。また、当該労務供給契約の水準が個別交渉において妥当な内容のものとなり、ダンピングの心配がなければ、労働契約法の定める契約の締結・内容決定・変更・終了等に関するルールを適用しなくても、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人間全体の労働権・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

労働契約法は、自ら他人に有償で労務を供給し、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

労働契約法は、第一に、憲法27条が、雇用・労働条件の最低基準等を国家が直接法律により定めることとしているのを受けて、労働基準法等、雇用・労働条件の最低基準と差別的取扱禁止を定める他の個別的労働関係法の領域の法律と相俟って、労働者保護のために、労働契約の成立・内容決定・変更・懲戒・終了に関するルール、具体的には、労働契約における信義則（就業実態に応じて均衡を考慮した労働契約の締結と変更、仕事と生活の調和に配慮した労働契約の締結と変更、労働契約の内容の理解の促進、安全配慮義務等を含む）、権利濫用の禁止（出向、懲戒、解雇に関する権利濫用を含む）、労働契約の成立と変更、就業規則の効力、期間の定めのある労働契約の解雇権の法的根拠等を定め、対象とする労務供給契約の締結・内容決定・変更・懲戒・終了を直接規制し、もって「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<sup>\*11</sup>。

#### (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

第二に、労働契約法は、対象とする労務供給契約の締結・内容決定・変更・懲戒・終了を直接規制することにより、①自ら他人に有償で労務を供給する者相互間の労働条件引き下げ競争を限定するとともに、②労務の供給を受ける事業者相互間の労働コスト引き下げ競争を限定し、自ら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それぞれの公正競争の基盤を確立して、「自ら他人に有償で労務を供給する人間全体」の労働権と生存権を保障することを目的とする。

---

\*11 前掲1で述べたように、交渉力における契約当事者間の不均衡は、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、労働契約法は、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、対象とする労務供給契約を直接規制することにより、その労働権と生存権保障を実現する。

### 第3款 「労働契約法上の労働者」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

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」と定義している。

ところで、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する。

また、労務供給とそれ以外の職業活動を行っている者（農業・商業を行うとともに会社員でもある兼業農家・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個人と直接契約したりする者等）もいる。

それでは、「労働契約法上の労働者」、すなわち、労働契約法が適用される労働者は、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「ある人間が労働者階級（階層）に属するか」という観点から定まる「属人的・階層的」概念だろうか。それとも、「労働契約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「关系的・相対的」概念だろうか。

#### 2 「労働者」は关系的・相対的概念

労働契約法の対象とする労働者は、前掲第2款2で述べたとおり、原則として、労働市場に参入し「自ら他人に有償で労務を供給する者」全てであり、その理由は、「自ら他人に有償で労務を供給する者」は、①生活に必要な収入を得るために労務を供給し、その対価として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こと、②供給される労務を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、健康を保護し、プライバシーや人格権を保障することが必要であること、しかし、③労働力は商品としてストックできず一般に供給過剰であるので、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り、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こと、④

「自ら他人に有償で労務を供給する者」全てを労働契約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ことにある。

したがって、労働契約法上の労働者は、ある特定の労務供給契約において、それが、自ら他人に有償で労務を供給する契約かどうか、また、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かどうかにより決定される概念であり、「ある人間が労働者階級（階層）に属するかどうか」という観点から属人的・階層的に決定されるのではなく、「ある特定の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」という観点から関係的・相対的に決定される概念である。

## 第4款 「労働契約法上の労働者」の決定時期

### －「労働者」であるか否かはいつ決定されるか

#### 1 問題の所在

それでは、「労働契約法上の労働者」かどうか、すなわち、労働契約法の定める労働契約に関するルールが適用されるかどうかは、いつの段階で決定されるのであろうか。

#### 2 契約締結前の決定

前掲第1章3(2)で述べたように、労働契約法は、合意に基づく労働契約の締結（3条1項）、使用者による契約内容の理解の促進（4条1項）、契約内容の書面による確認の努力（4条2項）、契約締結時に周知されていた就業規則の労働契約に対する非有利設定効（労働者にとって有利ではなく、労働者の同意もないが、就業規則の定める労働条件が労働契約の内容となる効力）（7条）<sup>\*12</sup>、就業規則の労働契約に対する最低基準効（12条）<sup>\*13</sup>が定められている。

したがって、労働契約法は、労務供給契約が締結される前から適用されるこ

---

\*12 詳細は、川口美貴・古川景一(2009)165～167頁参照。

\*13 詳細は、川口美貴・古川景一(2009)160～162・164～165頁参照。

とが前提となっており、労働契約法の適用対象となる「労働者」かどうかは、①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」かどうか、及び、②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かどうかにより、少なくとも、労務供給契約が締結される前の段階で決定される。

換言すれば、労働契約法上の労働者かどうかは、契約締結過程における交渉の状況、契約締結時に決定された報酬の額・支払方法、契約締結後の労務供給の状況等に照らして、事後的に決定されるわけではない。

## 第5款 労働契約法上の労働者概念と適用条文

### 1 問題の所在

労働契約法上の労働者は、「労働者」に該当すれば、労働契約法の全ての条文が適用されるのであろうか。

### 2 適用条文の限定

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、労働契約法上の労働者を統一的に定義している。

また、労働契約法2条2項は、「この法律において『使用者』とは、その使用する労働者に対して賃金を支払う者をいう」と定め、「使用者」を事業者に限定せず、労働契約法上の労働者を「事業」に使用される者に限定していないので、消費者に労務を供給する者も労働契約法上の労働者に該当しうる。

しかし、労働契約法の中には、条文の性質上、①使用者（労務の供給を受ける者）が事業者か否かを問わず適用される条文と、②使用者が事業者である場合にのみ適用される条文が混在している。

したがって、労働契約法上の労働者に該当しても、使用者（労務の供給を受ける者）が消費者である場合は、適用条文が限定されると解さざるをえない。その内容は次の(1)～(2)で述べるとおりである。

#### (1) 使用者が事業者であるか否かを問わず適用される条文

労働契約法の1条（目的）、2条（定義）、3条（労働契約の原則）、4条

(労働契約の内容の理解の促進)、5条(労働者への安全の配慮)(以上「第1章 総則」)、6条(労働契約の成立)、8条(労働契約の内容と変更)、16条(解雇)、17条(「第4章 期間の定めのある労働契約」)は、使用者(労務の供給を受ける者)が事業者であるか否かを問わず、労働契約法上の労働者(労働契約)全てに適用される条文である。

## (2) 使用者が事業者である場合にのみ適用される条文

これに対して、以下の条文は、労働契約法上の労働者(労働契約)であっても、使用者(労務の供給を受ける者)が事業者である場合にのみ適用される。

第一に、労働契約法には「就業規則」の定義がなく、また、労働基準法にも「就業規則」の定義はないが、両法の規定の仕方に鑑みれば、労働契約法上の就業規則は、労働基準法上の就業規則と同一概念であり、労働契約法及び労働基準法の適用される「就業規則」は、「労働基準法89条に基づき作成義務のある事業場(常時10人以上の従業員を使用する事業場)において、使用者(事業主)が作成した規則類のうち、同条所定の必要記載事項を定めた部分」であると解される<sup>\*14</sup>。したがって、就業規則の法的効力に関する条文、具体的には、7条(労働契約の成立)、9条・10条(就業規則による労働契約の内容の変更)、11条(就業規則の変更に係る手続)、12条(就業規則違反の労働契約)、13条(法令及び労働協約と就業規則との関係)は、使用者(労務の供給を受ける者)が事業者であることを前提とした規定であり、使用者が事業者である場合にのみ適用される。

第二に、労働契約法には「出向」の定義がないが、労働契約法上の「出向」とは、「労働者が、事業の必要性等を理由として、一定期間、使用者である事業者以外の者に対して労務を供給することであり、業として行われないもの」とであると解される。したがって、14条(出向)は、使用者が事業者であることを前提とした規定であり、使用者が事業者である場合にのみ適用される。

第三に、労働契約法には「懲戒」の定義がないが、労働契約法上の「懲戒」とは、労働基準法89条9号の「制裁」と同様、「企業秩序を維持し、服務規律の実効性を確保することを目的とし、使用者が非違行為と考える労働者の行為に対する制裁として、使用者が労働者に対して行う経済的又は人格的不利益処分」とであると解される。したがって、15条(懲戒)は、使用者が事業者である

---

\*14 詳細は、川口美貴・古川景一(2009)158~159頁参照。

ことを前提とした規定であり、使用者が事業者である場合にのみ適用される。

## 第6款 「労働契約法上の労働者」の判断基準①

### －自ら他人に有償で労務を供給し 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

#### 1 問題の所在

それでは、「労働契約法上の労働者」は、具体的にはどのように判断すべきであろうか。

#### 2 原則

##### (1) 「自ら他人に有償で労務を供給する者」

労働契約法は、労働力以外の商品を有していない人間を中核的対象とし、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2款1）。

しかし、労働力以外の商品を有しているかどうかにかかわらず、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」は、①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、②その人格権等を保障する必要があるが、③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り、労働条件の不利益変更も甘受せざるをえない。また、④「自ら他人に有償で労務を供給する者」全てを労働契約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、労働契約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2款2）。

## (2) 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、一人法人のように実質的に労務を供給する者が自然人である場合は、「自ら他人に有償で労務を供給する自然人」に該当する。

## (3) 労務の供給

労働契約法が定める労働者保護の観点からの労働契約に関するルールは、「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することができない立場にある（交渉の非対等性）が故に適用されるのであって、約する労務の内容が「指揮監督下の労働」であるから適用されるのではない。したがって、労働契約法上の労働者の要件である「他人に対する労務の供給」は、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労務供給者に対して行い、その指示に従った労務供給がなされることで足り、それ以上の特別な「指揮監督（命令）下の労務供給」である必要はない。

## (4) 報酬の額・性質

報酬については、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で足り、「指揮監督（命令）下の労働」の対償である必要はない。

また、報酬が労務供給「それ自体」の対価なのか、労務供給それ自体とは区別される「成果」等の対価なのかは区別する必要はない（そもそも、厳密な区別は不可能である）。どちらであっても、自ら他人に有償で労務を供給する者について、労働権・人格権等の保障の必要性があり、また、労務の供給を受ける者との関係で、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）ことに変わりはないからである。

また、報酬の額、決定方法（時間当たり単価、出来高、委任業務の履行等）、報酬の名称（賃金、委託料、請負工事代金等）、報酬の請求方法・支払形式（請求書に基づく支払等）、支払方法等を考慮する必要はない。それらがどのようなものであろうと、自ら他人に有償で労務を供給する者について、労働権・人格権等の保障の必要性があり、また、労務の供給を受ける者との関係で、実質的に対等に交渉できない立場にあることに変わりはないからである。また、労働契約法上の労働者は、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るかどうか、すなわち、「自ら他人に有償で労務を供給し、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」であるかどうかにより、労務供給契約を締結する前に決定されるのであって、契約締結時又は契約締結後に決定された報酬の額・決定方法等に照らして、事後的に決定されるものではないからである（→前掲第4款2、後掲3）。

### （5）労務供給の対償としての報酬の支払の有無

それでは、労務供給の対償としての報酬の支払の有無はどのように判断されるのであろうか。特に「(有償) ボランティア」について、報酬の支払の有無と労働契約法上の労働者性が問題となる。

第一に、当事者が無償の労務供給契約であることに合意していた場合（報酬請求権が定められていない場合）は、仮に、恩恵的に何らかの「手当」や現物支給があったとしても、労務供給の対償としての報酬の支払はないと評価され、労務供給者は労務の供給を受ける者との関係で労働契約法上の労働者ではない。

第二に、「有償」であっても、交通費等の実費のみの支払の合意については、交通費等の実費は社会通念上「労務供給」に対する報酬とは評価できず、労務供給者は労務の供給を受ける者との関係で労働契約法上の労働者ではないと解されよう。ただし、さらに、食事代・飲物代等、どこまでが、社会通念上「労務供給」に対する報酬ではないのかは、個別具体的に問題となるであろう。

## 3 例外

### （1）実質的に対等に交渉することが可能な立場にある者

「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る場合は、労働契約法の適用対象とならなくても、当該労務供給者の労務供給契約の内容・水準と契約の解除条件、人格権等の保障に関して一応問題はない。また、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いので、自ら他人に有償で労務を供給する人間全体の労働権と生存権保障という観点から問題となることもない（→前掲第2款2(7)）。

したがって、「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る場合は、労働契約法の適用対象とはならない。

それでは、どのような場合に、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」と言えるのであろうか。

第一に、労務の供給を受ける者が事業者か消費者か、第二に、生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するかどうか、の二つの観点を組み合わせて、①事業者への労務供給と生産手段の欠如、②事業者への労務供給と生産手段の所有、③消費者への労務供給と生産手段の所有、④消費者への労務供給と生産手段の欠如の大別四つの場合について、以下(2)～(8)で検討する。

## (2) 事業者への労務供給と生産手段の欠如

自ら事業者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それを利用して労務を供給するのではない場合は、当該労務の供給を受ける事業者との関係では、契約内容を実質的に対等に決定することができない立場にある。

自ら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も探すことが難しいというのが現状であり、専門資格を有している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、自ら事業者に有償で労務を供給する者は、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、当該事業者との関係では、労働契約法上の労働者である。

## (3) 事業者への労務供給と生産手段の所有①

### －事業内容の一部又は専属的継続的労務供給

自ら事業者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、それを利用して労務を供給するが、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ある場合（例えば建設会社における建設工事）、又は、専属的継続的な労務供給である場合は、生産手段は付随的道具にすぎず、当該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。また、自ら有償で労務を供給する者のうち、生産手段等を有している

者と有していない者相互間の公正競争、及び、生産手段等を有している者から労務の供給を受ける事業者と生産手段等を有していない労務供給者から労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争の観点からも、当該労務供給者の労働契約法上の労働者性を肯定すべきである。

#### (4) 事業者への労務供給と生産手段の所有②

##### －事業内容の一部又は専属的継続的労務供給でない場合

しかし、自ら事業者の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や履行補助者を有しそれを利用して労務を供給し、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（例えば、土木会社における土木工事）ではなく、また、専属的継続的な労務供給でもない場合、例えば、税理士事務所を経営している税理士が顧客の一人である事業者（家電販売会社）の税の申告の相談に応じる場合は、当該労務供給者は、労働力のみならず生産手段も有しており、また、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）の一人であるので、交渉力の不均衡は一般には生じず、労務の供給を受ける事業者との関係では、契約内容を実質的に対等に決定できる立場にある。

したがって、自ら事業者の有償で労務を供給する者であっても、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、それを利用して労務を供給し、かつ、②その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ときは、例外的に、当該労務の供給を受ける事業者との関係では、契約内容を実質的に対等に決定できる立場にある「独立事業者」であり、労働契約法上の労働者ではない。

#### (5) 消費者への労務供給と生産手段の所有

自ら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、それを利用して消費者に直接労務を供給する場合、例えば、税理士事務所を経営している税理士が消費者の税の申告書類を作成する場合や、美容院を経営している美容師が消費者のヘアカットを行う場合は、当該労務供給者は、労働力のみならず生産手段も有しており、また、労務の供給を受ける消費者との間の交渉力の不均衡は一般には生じず、労務の供給を受ける消費者との関係では、

契約内容を実質的に対等に決定できる立場にある\*15。

したがって、自ら他人に有償で労務を供給する者であっても、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、それを利用して、②消費者に直接労務を供給する場合は、当該労務の供給を受ける消費者との関係では、契約内容を実質的に対等に決定できる立場にある「独立事業者」であり、労働契約法上の労働者ではない。

#### (6) 消費者への労務供給と生産手段の欠如①－専属的でない労務供給

自ら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それを利用して労務を供給するのではないが、消費者に直接労務を供給し、かつ、当該消費者に対する専属的な労務供給ではない場合、例えば、園芸道具のみを有している園芸師が消費者と直接契約して庭の手入れをする場合や、ピアノ教師が直接消費者と契約してピアノのレッスンをする場合等においては、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。労務供給者は、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、結局、市場において、自ら労務を供給する者と消費者は実質的に対等に交渉しうる立場にある\*16。

したがって、自ら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それを利用して労務を供給するのではなくても、①消費者に直接労務を供給し、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、当該労務の供給を受ける消費者との関係では、契約内容を実質的に対等に決定できる立場にある「独立労働者」であり、労働契約法上の労働者ではない。

#### (7) 消費者への労務供給と生産手段の欠如②－専属的な労務供給

これに対して、自ら有償で労務を供給する者が、独立した事業に必要な生産

\*15 例えば、税理士事務所を経営する税理士は、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（例えば食料品店経営者）等と同一視され、その違いは、他人（消費者）に対して労務を供給する（申告書類を作成する）か、他人（消費者）に対して物（食料品）を販売するかにすぎないともいえよう。

\*16 この点については、田端博邦(2009)28～29頁の記述に示唆を得た。

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、消費者に直接労務を供給するが、当該消費者に対して専属的に労務を供給する場合、例えば、専属的な家事使用人・庭師・家庭教師等の場合、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、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実質的に対等に交渉しうる立場にはない。

したがって、自ら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それを利用して労務を供給するのではなく、事業者ではなく消費者に直接労務を供給するが、当該消費者に対して専属的に労務を供給する場合は、当該労務の供給を受ける消費者との関係では、契約内容を実質的に対等に決定できる立場にある「独立労働者」ではなく、労働契約法上の労働者と解すべきである。

ただし、労務の供給を受ける者が消費者であるので、前掲第5款で述べたように、適用される条文は、労働契約法の1条（目的）、2条（定義）、3条（労働契約の原則）、4条（労働契約の内容の理解の促進）、5条（労働者への安全の配慮）（以上「第1章 総則」）、6条（労働契約の成立）、8条（労働契約の内容と変更）、16条（解雇）、17条（「第4章 期間の定めのある労働契約」）に限定される。

## （8）まとめ

以上をまとめると、「自ら他人に有償で労務を供給する者」が、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」のは、以下の場合である。

第一は、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し（事業者性）、かつ、②消費者に対して労務を供給する場合、又は、事業者に対して労務を供給するが、その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場合（独立性）である。この場合、「自ら他人に有償で労務を供給する者」は、当該労務の供給を受ける者との関係では「独立事業者」に該当し、例外的に、当該労務の供給を受ける消費者又は事業者との関係では、労働契約法上の労働者ではない。

第二は、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、①消費者に直接労務を供給し、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（独立性）である。この場合、「自ら他人

「有償で労務を供給する者」は、当該労務の供給を受ける消費者との関係では「独立労働者」に該当し、例外的に、当該労務の供給を受ける消費者との関係では、労働契約法上の労働者ではない。

#### 4 証明責任

「自ら他人に有償で労務を供給する者」は、原則として労働契約法上の労働者である（→前掲2）が、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することが可能な立場にある場合、具体的には、当該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」に該当する場合は、当該労務の供給を受ける者との関係では、労働契約法上の労働者性が否定される（→前掲3）。

したがって、当該労務供給者が「自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）」に該当することについては、当該労務供給者が労働契約法上の労働者であることを主張する側が証明責任を負担し、当該労務供給者が労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉することができる立場にあること、具体的には、「独立事業者」又は「独立労働者」に該当することについては、当該労務供給者が労働契約法上の労働者であることを否定する側が証明責任を負担する。

#### 5 まとめ

##### (1) 原則

「自ら他人に有償で労務を供給する者」は、その労働権を保障する必要があり、また、労働力商品の特殊性の故に、①人格権等の保障の必要性と、②交渉の非対等性が存在する。したがって、労働契約法が定める労働者保護の観点からの労働契約に関するルールを適用する必要があり、労務の供給を受ける者との関係では、原則として、労働契約法上の労働者である。

##### (2) 例外

ただし、例外的に、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉することができる立場にある者は、労働契約法上の労働者ではない。

具体的には、第一に、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し（事業者性）、かつ、②消費者に対して労務を供給する場合、又は、事業者に対して労務を供給するが、その労務の内容が当該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（独立性）とい

う「独立事業者」は、当該労務の供給を受ける消費者又は事業者に対する関係では、労働契約法上の労働者ではない。

第二に、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、①消費者に直接労務を供給し、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（独立性）という「独立労働者」は、当該労務の供給を受ける消費者に対する関係では、労働契約法上の労働者ではない。

したがって、「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」ということは、「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である」ということである。

### (3) 定義

以上をまとめると、労働契約法上の労働者は、「自ら他人に有償で労務を供給し、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（自然人）」である。

そして、「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」ということは、「自ら他人に有償で労務を供給し、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こと」に尽きるのであって、労働契約法上の労働者性は、締結しようとする労務供給契約の内容（自ら他人に有償で労務を供給する契約）と労務の供給を受ける者との関係（独立事業者又は独立労働者でないこと）により、労務供給契約の締結前に決定される。

### (4) 証明責任

当該労務供給者が労働契約法上の労働者であることを主張する者が、当該労務供給者が「自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）」であることの主張立証に成功した場合は、その労働者性を争う者が、当該労務供給者が労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉することができる立場にあること、すなわち、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あることの主張立証に成功しない限り、当該労務供給者は、労働契約法上の労働者に該当すると判断される。

## 第7款 「労働契約法上の労働者」の判断基準②

### －使用従属性の判断基準・判断要素の要否

## 1 問題の所在

前掲第6款で検討したように、労働契約法上の労働者は、「自ら他人に有償で労務を供給し、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（自然人）」である。

しかし、行政解釈は、労働契約法上の労働者について、労働基準法上の労働者と同様、使用従属関係の有無により判断されるとする（→前掲第3節第1款）。

また、労働契約法制定後の学説の多くは、事業に使用されているという要件が含まれていないことを除けば、労働契約法上の労働者は労働基準法上の労働者と同じであると解し、かつ、その基本的判断基準を使用従属性又は指揮命令下の労働とし、労基研報告(1985)の示す具体的判断基準を支持・踏襲している（→前掲第3節第2款）。

しかし、労基研報告(1985)が労働基準法上の労働者性の基本的判断基準とする、「使用従属性」、すなわち、1)「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、2)「賃金支払」という報酬の労務対償性により、労働契約法上の労働者の範囲を限定することは妥当であろうか。

また、1)「使用される＝指揮監督下の労働」の判断基準である、①仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の有無、②業務遂行上の指揮監督の有無（又は、③事業組織への組み入れ）、④拘束性（勤務場所・時間の指定・管理）の有無、⑤代替性の有無（補強要素）、2)「賃金支払」を⑥「指揮監督下の労働」に対する対価の支払とすること、限界的事例の考慮要素である、⑦事業者性の有無（機械、器具の負担関係、報酬の額、損害に対する責任、独自の商号使用等）、⑧専属性の程度（報酬の生活保障的要素も含む）（労働者性の補強要素）、⑨「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（採用、委託等の際の選考過程、源泉徴収、労働保険の適用、服従規律の適用、退職金制度、福利厚生等の適用等）（労働者性の補強要素）、あるいは、⑩「契約内容の一方的決定」を労働者性の判断基準・判断要素・考慮事情とし、これにより労働契約法上の労働者の範囲を限定すべきであろうか。

労働基準法上の労働者性の議論（→前掲第2章第4節第8款）と重複する点も多いが、以下、2～13で順に検討する。

## 2 「指揮監督下の労働」による限定

当該労務供給者の労務供給が、単に「自らの他人に対する労務供給」でその対償としての報酬が支払われるというだけでなく、さらに供給される労務の内容と労務供給過程（方法）に着目し、「使用者の指揮監督下の労働」に従事し「指揮監督下の労働」に対する報酬を支払われている場合に、労働契約法上の労働者の範囲を限定することは失当である。その理由は以下の(1)～(5)で述べるとおりである。

### (1) 「指揮監督下の労働」か否かの区別の不可能性

第一に、「指揮監督下の労働」か否かの区別は不可能である。自ら他人に有償で労務を供給する自然人の場合、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、「指揮監督下の労働」となるのか、その客観的基準はないし、それ以外の労働との区別ができない。また、そもそも、なぜ、「指揮監督下の労働」でなければ労働契約法の対象とはならないのか、合理的説明はない。

### (2) 人格権等の保障の必要性

第二に、労務供給者の人格権等の保障の必要性は、「自ら他人に有償で労務を供給する」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。

労務供給者の人格権等の保障の必要性は、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という労働力商品の特殊性から導かれる。したがって、「自ら他人に有償で労務を供給する者」については、他人に自分とは切り離せない労務を供給している以上、それが一定の義務・指示・拘束を内容とする「指揮監督下の労働」かどうか、あるいは、「雇用」（労働への従事）か「請負」（仕事の完成）か「（準）委任」（一定の事務処理）かを問わず、その身体、生命、健康を保護し、プライバシー・人格権を保障することが必要である。また、「指揮監督下の労働」であれば身体的・精神的負荷が高く、人格権等の保障の必要性が高いとは限らない。

したがって、「指揮監督下の労働」により労働者の範囲を限定する見解は、自ら他人に有償で労務を供給し、労働力商品の特殊性の故に、人格権等を保障

する必要があり、労働契約法の適用対象とすべき労働者のうち、「使用者の指揮監督下の労働」という「使用従属性」が希薄な労働者を排除する論理であり、労働者の範囲を不当に狭めるものと言わざるをえない。

### (3) 交渉の非対等性

第三に、「指揮監督下の労働」は、自ら他人に有償で労務を供給する者が、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、その業務や職務の性質上、あるいは、労務の供給を受ける企業の経営・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、「指揮監督下の労働」により労働者の範囲を限定する見解は、自ら他人に有償で労務を供給し、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るという「交渉の非対等性」が存在し、労働契約法の適用対象とすべき労働者のうち、「使用者の指揮監督下の労働」という「使用従属性」が希薄な労働者を排除する論理であり、労働者の範囲を不当に狭めるものと言わざるをえない。

### (4) 緩和・抽象化された「指揮監督下の労働」は不要

第四に、「指揮監督下の労働」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契約に基づき「指示」を行うことで足りるとするならば、そのような指示が行われることは当然のことであるので、労働契約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、「指揮監督下の労働（使用従属性）」という特別な概念は不要である。

### (5) 法規制からの逸脱の防止と公正競争の必要性

第五に、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の基盤の整備という観点からも、労働契約法の対象とする労働者は、「指揮監督下の労働」か否かにより限定されるべきではない。

けだし、「指揮監督下の労働」でなければ労働契約法の対象としないとすると、労務の供給を受ける者が、契約上の義務や労務の供給を受ける者の指示や時間的場所的拘束の少ない労務供給となるような経営・労務政策等をとれば労働契約法の対象から除外されることになり、法の規制からの逸脱を許容することになると同時に、公正競争の基盤がなくなってしまうからである。

### 3 仕事ないし業務の依頼に対する諾否の自由

#### (1) 諾否の自由がないこと

「仕事ないし業務の依頼に対する諾否の自由がないこと」は、労働契約法上の労働者の判断基準・判断要素・考慮事情ではない。

労務供給者は、契約上履行義務を負っている労務については履行しなければならず、基本的に諾否の自由はないが、履行する義務を負っていない労務については履行する必要はなく、諾否の自由がある。

したがって、「仕事ないし業務の依頼に対し諾否の自由がないこと」は、契約上履行義務を負っている労務については基本的に諾否の自由はないことを意味するのであれば、当然のことであり、労働契約法上の労働者かどうかを区別する基準とはならない。また、履行する義務を負っていない労務について諾否の自由があることは、労働者性を否定する理由とはならない。

#### (2) 諾否の自由の範囲が広いこと

応ずべき労務の範囲が狭いこと、換言すれば、諾否の自由の範囲が広いことは、労働契約法上の労働者性を否定する要素・事情とはならない。

労務供給者が履行義務を負っている労務の内容・範囲は職種・職務内容や企業の経営政策等に基づき契約により定まるので、業務内容が特定されており、応ずべき労務の範囲が狭い（諾否の自由の範囲が広い）場合もあるが、自ら他人に有償で労務を供給する者が、その労働権・人格権等の保障を必要とし、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ること（交渉の非対等性）に変わりはないからである。

### 4 業務遂行上の指揮監督

#### (1) 労務供給のために必要な指示

「業務遂行上の指揮監督」が、業務の性質や契約の内容に照らし、労務の供給を受ける者が労務供給者に対し契約に基づいて行う、労務供給のために必要

な指示を意味するのであれば、業務の内容・性質に照らし契約に基づき一定の指示があるのは当然のことである。したがって、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、あるいは、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」であることで十分であり、これに加えて、「業務遂行上の指揮監督」という概念を用いる必要はない。

#### (2) 業務の遂行上必要な指示

労務の供給を受ける者の指示を、「業務の遂行上又は性質上必要なもの」と「そうでないもの」に区別し、前者であれば労働者性を肯定する要素・事情ではないと評価することは失当である。労務の供給を受ける者の指示は、通常、業務の遂行上又は性質上必要なものだからである。これを理由に労働者性を肯定しないのであれば、自ら他人に有償で労務を供給する者は全て労働契約法上の労働者ではないことになる。

#### (3) 業務の遂行方法に関する具体的・詳細な指示

「業務遂行上の指揮監督」が、業務の遂行方法に関する具体的・詳細な指示を意味するのであれば、その判断基準により労働者の範囲を限定することは失当である。

職種・職務内容や企業の経営政策等により、自ら他人に有償で労務を供給する者が業務の具体的遂行方法等について大きな裁量を有していることは少なく、労務供給における裁量・独立性が高い専門・技術職（研究・開発者、大学教員、大工、技術者等）等は、労務の供給を受ける者から具体的・詳細な指示を受けないことが普通である。しかし、業務の遂行方法につき具体的・詳細な指示を受けないからといって、その労働権・人格権等の保障を必要とし、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ることに変わりはなく、労働契約法上の労働者から除外すべきではない。

## 5 (事業) 組織への組み入れ

### (1) 労務供給の必要性

「(事業) 組織への組み入れ」が、労務供給者の供給する労務が労務の供給を受ける者にとって必要な労働力であるということだけで足りるのであれば、労務の供給を受ける者は当該労務が必要であるから労務供給契約を締結するのであるから、当該労務供給者については、「自ら他人に有償で労務を供給する者」

であること、あるいは、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」であることで十分であり、それに加えて、あえて、「(事業)組織への組み入れ」を労働契約法上の労働者性を判断するにあたり考慮する必要はない。

## (2) 一定以上の「組み入れ」の必要性

「(事業)組織への組み入れ」が、「企業の主要な業務への組み入れ」、「恒常的に不可欠な労働力」、「継続的な労務供給」、「専属性」等、一定以上の(事業)組織への「組み入れ」の存在を要求するのであれば、主要な業務や恒常的業務に従事していない労務供給者や、一時的臨時的労務供給者等を除外する結果になる。しかし、むしろ、これらの「非正規労働者」こそ、労務供給者の中でも労務の供給の受ける者と対等に交渉できない弱い立場にあり、労働契約法の定める契約ルールによる規制の対象とすることが必要とされる。したがって、一定以上の(事業)組織への「組み入れ」を労働契約法上の労働者性の判断において考慮することは、失当である。

## 6 時間的場所的拘束

### (1) 時間的場所的に一定の拘束を受けていること

「時間的場所的拘束」が、業務の性質や契約の内容に由来して、一定の時間的場所的拘束を受けていることを意味するのであれば、自ら他人に有償で労務を供給する者が、労務の供給を行うために契約に基づく一定の時間的場所的拘束を受けていることは当然である。したがって、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、あるいは、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」であることに加えて、時間的場所的拘束」を考慮する必要はない。

### (2) 時間的場所的拘束が業務の内容・性質に由来すること

また、「時間的場所的拘束が業務の内容・性質に由来すること」は、労働契約法上の労働者性を否定する要素・事情ではない。自ら他人に有償で労務を供給する者は労務を供給するために契約上定められた時間的場所的拘束を受けるが、その時間的場所的拘束は、業務の内容・性質に由来するものであることが通常であるからである。「時間的場所的拘束が業務の内容・性質に由来すること」により労働契約法上の労働者性が否定されるのであれば、全ての労務供給

者は労働契約法上の労働者ではないことになる。

### (3) 時間的場所的拘束が少ないこと

また、自ら他人に有償で労務を供給する者の受ける「時間的場所的拘束が少ないこと」は、労働契約法上の労働者性を否定する要素・事情とはならない。時間的場所的拘束の内容は職種・職務内容や企業の経営政策等に基づき契約により定まり、時間的場所的拘束が少ない場合もあるが、時間的場所的拘束が少なくても、その労働権・人格権等の保障を必要とし、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であることに変わりはなく、労働契約法上の労働者から除外すべきではないからである。

## 7 代替性

自ら他人に有償で労務を供給する者について「代替性があること」は労働者性を否定する理由とはならない。本人に代わって他の者が労務を供給することを認めるか、あるいは、本人が自らの判断によって補助者を使うことを認めるかは、契約当事者が自由に決めることができ、職種・職務内容や会社の経営方針により、代替性が認められる場合もあるが、自ら他人に有償で労務を供給する者が、その労働権・人格権等の保障を必要とし、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ることに変わりはないからである。

## 8 賃金支払の意義

### (1) 供給された労務の対価

労働契約法2条1項の労働者の定義における「賃金支払」については、単に、労務供給の対価として報酬が支払われることで足り、当該労務供給契約が有償労務供給契約であることで足りると解すべきである。

### (2) 具体的・詳細な指示の下での労務供給の対価

これに対して、「賃金支払」を「業務遂行方法に関する具体的・詳細な指示の下での労務供給」への対価の支払に限定することは失当である。当該労務供給が業務遂行方法に関する具体的・詳細な指示の下での労務供給であることは、労働契約法上の労働者性の判断基準・判断要素・考慮事情ではないからである(→前掲4(3))。

### (3) 「指揮監督下の労働」の対価

また、「賃金支払」を、①諾否の自由がないこと、②業務遂行方法に関する具体的・詳細な指示、③事業組織への一定以上の組み入れ、④業務の内容・性質や契約内容から導かれる以上の時間的場所的拘束を判断要素として評価された「指揮監督下の労働」への対価の支払に限定することは失当である。けだし、当該労務供給が上記①～④を充足する「指揮監督下の労働」であることは、労働契約法上の労働者性の判断基準・判断要素・考慮事情ではないからである(→前掲2～6)。

### (4) 労務供給「それ自体」の対価

また、労務供給の対価を、労務供給「それ自体」の対価と、それ以外の「成果」や「芸術的価値」の対価に区別し、「賃金支払」を、労務供給「それ自体」への対価の支払に限定することは失当である。

そもそもそのような区別は困難であるし、報酬が労務供給の「成果」や「芸術的価値」の対価だからといって、自ら他人に有償で労務を供給する者が、その労働権・人格権等の保障を必要とし、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であることに変わりはないからである。

### (5) 報酬の額・決定方法・請求方法・支払形式・支払方法

労務供給に対する報酬について、報酬の額が「高額」であろうと、また、報酬の決定方法(時間当たり単価、出来高、委任業務の履行等)、報酬の名称(賃金、委託料、請負工事代金等)、報酬の請求方法・支払形式(請求書に基づく支払等)、支払方法等がどのようなものであろうと、自ら他人に有償で労務を供給する者が、その労働権・人格権等の保障を必要とし、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ることに変わりはない。また、労働契約法上の労働者は、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るかどうか、すなわち、「自ら他人に有償で労務を供給し、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」であるかどうかにより、労務供給契約を締結する前に決定されるのであって、契約締結時又は契約締結後に合意された報酬の額や支払方法等に照らして、事後的に決定されるものではない(→前掲第4款2、第6款)。

したがって、報酬の額・決定方法・請求方法・支払形式・支払方法等は労働契約法上の労働者性の判断基準・判断要素・考慮事情とはならない。

なお、当該労務供給者が労働基準法上の労働者であれば、最低賃金法、労働基準法24条等が適用されるが、賃金額や支払方法がこれらの法律の定めと異なる（法違反がある）からといって、当該労務供給者が労働基準法・労働契約法上の労働者性を否定されるわけではないことは言うまでもない。

#### 9 専属性・当該収入への依存

自ら他人に有償で労務を供給する者が、制度上又は事実上、兼業が認められていても、当該労務の供給を受ける者に対してのみ労務を供給しているのではなく複数の相手方と労務供給契約を締結し労務を供給していても（たとえば午前中はローソン、午後はセブンイレブンで働いていても）、兼業商店主や兼業農家であっても、また、当該労務の供給を受ける者から支払われる報酬にその生活を依存していなくても、当該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ことに変わりはなく、その雇用・労働条件や人格権等を保障すべき必要性にも変わりはない。

また、「専属性」や「当該収入への依存」を判断基準・判断要素・考慮事情とすると、一時的臨時的労務供給者や複数の労務供給先を有する者を除外する結果となるところ、むしろ、これらの「非正規労働者」こそ労務供給者の中でも対等に交渉できない弱い立場にあり、労働契約法の適用が必要とされる。したがって、「専属性」「当該収入への依存」を労働契約法上の労働者性の判断において考慮することは、失当である。

#### 10 事業者性

第一に、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の関係で、労働者性を否定しうる「事業者」であると認められるためには、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し（事業者性）、かつ、②労務の供給を受ける者が消費者である場合、又は、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こと（独立性）が必要である。大工道具一式、修理器具・工具、自家用車、トラック、バイク等は、単なる「道具」で、「独立した事業に必要な生産手段」ではない。

第二に、自ら他人に有償で労務を供給する者が独自の商号・屋号等を有していたとしても、だからといって労務の供給を受ける者と対等に交渉できる立場にあるわけではないから、事業者性を肯定することはできない。

第三に、自ら他人に有償で労務を供給する者が、修理器具・工具等を用意することになっていたり、一定の費用負担をしたり（工具の購入、自家用車の使用、ガソリン代・高速道路料金支払等）、何か損害が発生したときに賠償責任を負担することになっていたりとしても、それはむしろ弱い立場であるから契約上負担させられているという場合もあり、少なくとも、事業者性を肯定する理由とはならない。

## 11 採用過程、税、保険、就業規則・退職金制度の適用等

労務の供給を受ける事業者が、他の「従業員」とは別の方法で自ら有償で労務を供給する者と契約を締結していたこと、当該労務供給者の報酬から所得税の源泉徴収や社会保険・雇用保険の保険料の控除をしていないこと、当該労務供給者に就業規則や退職金制度等を適用していないこと、また、当該労務供給者がその報酬を事業所得として確定申告していたこと等は、当事者が主観的に当該労務供給者を労働者と判断していない（取り扱わない）ことを示すものであるとしても、労働契約法上の労働者性を否定する理由とはならない。

労働契約法は、対象とする労務供給契約の締結・内容決定・変更・懲戒・終了を直接規制することにより、自ら他人に有償で労務を供給する人間個人の労働権・生存権を保障するとともに、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、自ら他人に有償で労務を供給する人間全体の労働権・生存権保障を目的とするものであるから、労働契約法の適用範囲は客観的基準により決定され、当事者の意思により労働者の範囲を縮小・拡大することはできない。

また、労働基準法、所得税法、健康保険法、厚生年金保険法、雇用保険法の所定の要件に該当すれば、労務の供給を受ける者（使用者・給与等支払者・事業主）に就業規則の適用・所得税の源泉徴収・保険料の控除と納付義務が発生するのであるから、労務の供給を受ける者がそれらを行っていないから当該労務供給者が労働契約法上の労働者に該当しないという見解は思考順序が逆であり、その意味でも失当である（→前掲第1章1(3)）。

## 12 契約内容の一方的決定

### (1) 契約内容の一方的決定①—「合意なき決定」

「契約内容の一方的決定」が、「合意なく契約内容が決定されていること」を意味するのであれば、これは、労働契約法上の労働者の判断基準・判断要素・

考慮事情ではない。

契約内容は、法律、労働協約の規範的効力（労組法16条・17条・18条）、就業規則の法的効力（労契法12条・7条・10条）、事実たる慣習（民法92条）により決定される場合を除けば、合意により決定され、労働者の同意なく使用者が一方的に決定することはないからである（合意がなければ契約内容にならない）。合意により契約内容が決定されていれば労働契約法上の労働者ではないというのであれば、自ら他人に有償で労務を供給する者は全て労働者ではないことになるであろう。

## （2）契約内容の一方的決定②—「実質的に一方的な決定」

「契約内容の一方的決定」が、「契約内容が実質的に一方的に決定されている（同意せざるをえない）こと」、あるいは、「報酬等の諸条件の決定過程において交渉の可能性が実際に（ほとんど）存在していなかったこと」を意味するとしても、これは、労働者の判断基準・判断要素・考慮事情ではない。その理由は以下のとおりである。

第一に、労働契約法上の労働者かどうかは、少なくとも労務供給契約を締結する前に決定されていなければならず、「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かどうかにより、労務供給契約を締結する前に決定される」のであって、「労務供給契約の内容がどの程度実質的に一方的に決定されたかどうか、当該労務供給契約についての交渉・成立経緯等により、事後的に決定される」ものではない（→前掲第4款）。

そして、労働力商品の特殊性（労働力はストックできず供給過剰である）に基づき、自ら他人に有償で労務を供給する者は、原則として、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉することができない立場にあり、このことは、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ない。ただし、例外的に、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ある者は、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（→前掲第6款）。

したがって、「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」ということは、「自ら他人に有償で労務を供給し、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」であることに尽きるのであって、①締結しようとする労務供給契約の内容（自ら他人に有償で労務を供給

する契約かどうか)と、②労務の供給を受ける者との関係(独立事業者又は独立労働者に該当するかどうか)により、労務供給契約の締結前に決定される(→前掲第6款5(3))。

第二に、契約内容が実質的に一方的に決定されている(同意せざるをえない)こと、あるいは、「報酬等の諸条件の決定過程において交渉の可能性が実際に(ほとんど)なかったこと」を労働契約法上の労働者の判断基準・判断指標とすると、当該労務供給者がすでに「労働組合」に加入し、「団体交渉」が行われ、あるいは、「労働協約」の適用を受けて、契約内容が実質的に対等に決定されていた場合、当該労務供給者は、労働契約法上の労働者ではないことになってしまう。このような帰結が合理的でないことは明らかである。

なお、「もし労働組合の関与等がなかったらば、交渉の可能性は(ほとんど)存在しなかった」という判断指標を用いる見解もありうるが、これは、具体的事実により主張立証することが不可能な仮定的事実であるので、判断指標とすることができない(→前掲第2章第4節第8款12(2)注53)。

### 13 まとめ

以上検討したように、①「仕事ないし業務の依頼に対する諾否の自由」、②「業務遂行上の指揮監督」、③「(事業)組織への組み入れ」、④「時間的場所的拘束」、⑤「代替性」、⑧「専属性」、⑨「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、⑩「契約内容の一方的決定」は、当該労務供給者が「自ら他人に有償で労務を供給し、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」であることに加えて、労働者性の判断基準・判断要素・考慮事情とすべきものではなく、⑥「賃金の支払」は、単に労務供給の対価として報酬が支払われること(有償であること)で足り、「指揮監督下の労働」への対価である必要はなく、その額・決定方法・請求方法・支払形式・支払方法を問わず、⑦「事業者性」は、労働者性を否定しうる事業者性を認めるためには、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、労務の供給を受ける者が消費者であること、又は、労務の供給を受ける者が事業者である場合は、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ことが必要である。

## 第8款 労働契約法上の労働者への直接適用と信義則上の義務

労働契約法の定める労働契約に関するルールは、当該労務供給者が「労働契約法上の労働者」に該当すれば、「労働契約法上の労働者」であることを媒介に直接適用されるが、理論上は、当該労務供給者が「労働契約法上の労働者」に該当しなくても、それを労務の供給を受ける者の信義則上の義務あるいは公序として一定程度反映させることが可能であろう。

しかし、筆者は、労働契約法上の労働者を、「自ら他人に有償で労務を供給し、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」と解するところ、それ以外の労働者で信義則上の義務等を媒介として労働契約法の定めを適用すべき労務供給者は特に想定できない。

## 第9款 労働契約法上の労働者と労働契約法上の労働契約

### 1 労働契約法上の労働者

#### (1) 労働契約法の意義と対象

労働契約法は、労働力以外の商品を有していない人間を中核的对象とするが、労働力以外の商品を有しているかどうかにかかわらず、原則として、労働市場に参入し「自ら他人に有償で労務を供給する者」全てをその対象とする。

けだし、「自ら他人に有償で労務を供給する者」は、①自らの他人に対する労務供給により生活を維持又は補助していることが通常であり、②労働力商品の特殊性の故に、その人格権等を保障する必要がある、③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り、④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があるからである。

ただし、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は、当該労務の供給を受ける者との関係では、労働契約法上の労働者ではない（→前掲第2款）。

## (2) 關係的・相對的概念

労働契約法上の労働者は、前記(1)で述べたとおり、原則として、労働市場に参入し「自ら他人に有償で労務を供給する者」全てであり、その理由は前掲(1)の①～④のとおりである。

したがって、労働契約法上の労働者は、「ある人間が労働者階級（階層）に属するかどうか」という観点から属人的・階層的に決定されるのではなく、「ある特定の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」という観点から關係的・相對的に決定される概念である。具体的には、ある特定の労務供給契約において、それが、自ら他人に有償で労務を供給する契約かどうか、また、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かどうかにより決定される（→前掲第3款）。

## (3) 労働者性の決定時期

労働契約法は、労務供給契約が締結される前から適用されることが前提となっており、労働契約法の適用対象となる「労働者」かどうかは、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」かどうか、及び、例外的に労務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かどうかにより、少なくとも、労務供給契約が締結される前の段階で決定される（→前掲第4款）。

## (4) 判断基準と定義

労働契約法上の労働者は、①約する債務の内容が「自らの他人に対する労務供給」であって、その対償としての報酬が支払われるということ、すなわち、「自ら他人に有償で労務を供給する者」であるということ、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して導かれるものであり、約する債務の内容が「指揮監督下の労働」でそれに対する報酬が支払われることを要件としてその範囲を限定するべきではない（→前掲第6款・第7款）。

したがって、労働契約法上の労働者は、「自ら他人に有償で労務を供給し、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（自然人）」である。「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し、消費者に労務を供給する場合、又は、事業者が労務を供給するが、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に限定さ

れる。「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、消費者に対して労務を供給し、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。ただし、労働契約法19条に該当する者は、当該規定に基づき労働契約法の適用対象外となる（→前掲第6款5）。

なお、労働契約法上の労働者は、属人的概念ではなく関係的概念であり、同じ人間でも、労務供給契約の内容と労務の供給を受ける者との関係で、労働契約法上の労働者に該当するかどうか、その判断が異なる<sup>\*17</sup>。

#### (5) 証明責任

当該労務供給者が労働契約法上の労働者であることを主張する者が、当該労務供給者が「自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）」であることの主張立証に成功した場合は、その労働者性を争う者が、当該労務供給者が労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉することができる立場にあること、すなわち、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あることの主張立証に成功しない限り、当該労務供給者は、労働契約法上の労働者に該当すると判断される（→前掲第6款4）。

#### (6) 労働契約法2条1項の文言との関係

労働契約法2条1項は、労働契約法上の労働者を「使用者に使用されて労働し、賃金を支払われる者」と定義している。

したがって、同条文における「使用者に使用されて労働」する者は、「自ら他人に労務を供給する者（ただし、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ある者を除く）」を意味し、「賃金を支払われる」は「労務供給の対償として報酬を支払われる」を意味する。

## 2 労働契約法上の労働契約

### (1) 定義

労働契約法上の労働契約、すなわち、労働契約法が適用される労働契約は、

---

\*17 例えば、ある人間が、ピアノ教室の教師としてピアノ教室を経営する企業（事業者）と契約を締結しその契約に基づき生徒にピアノのレッスンをする場合は労働契約法上の労働者であるが、直接不特定多数の生徒（消費者）と契約して自宅でピアノのレッスンをする場合は労働契約法上の労働者ではない。

「労働契約法上の労働者の締結する労務供給契約」であり、労働契約法上の労働者概念に対応して定まる（→第1節3）。

したがって、「労働契約法上の労働契約」は、「『自ら他人に有償で労務を供給し、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』が締結する労務供給契約」であり、換言すれば、「①自ら労務を供給し、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と、②労務の供給を受ける者との間の、③有償労務供給契約」である。

## (2) 証明責任

当該労務供給契約が労働契約法上の労働契約であることを主張する者が、①一方当事者が自ら労務を供給し、他方当事者がその労務供給への報酬を支払う合意が成立したことの主張立証に成功した場合は、当該労務供給契約が労働契約法上の労働契約であることを否定する者が、②当該労務供給者が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あることの主張立証に成功しない限り、当該労務供給契約は労働契約法上の労働契約であると判断される。

## (3) 民法上の労務供給契約との関係

労働契約法上の「労働契約」は、民法上の「雇用」契約と同義ではない。

「雇用」以外の「請負」「委任・準委任」その他の混合契約・無名契約であっても、労働契約法上の「労働契約」に該当するものが存在する。具体的には、①民法上の「雇用」、「請負」、有償の「委任・準委任」等の、有償の労務供給契約のいずれであっても、②労務供給者が、自ら労務を供給し、かつ、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自然人であれば、労働契約法上の「労働契約」に該当する。

なお、民法上の「雇用」と「請負」「委任」等を客観的に区別することはしばしば困難であるが、労働契約法上の「労働契約」の範囲を画定する上では、当該労務供給契約がこれら民法上の契約類型のいずれに該当するかを特定する必要はない。