

第4章 労働組合法上の労働者

本章では、①前提的検討として、労働組合法上の労働者の定義と憲法28条の「勤労者」との関係を確認し、基本的な概念を整理した上で（第1節）、②労働組合法上の労働者に関する法制の沿革の検討（第2節）*1*2、③行政解釈、学説、労働委員会命令、判例・裁判例、労使関係法研究会報告の批判的検討（第3節）を行い、③「労働組合法上の労働者」概念を再構成する（第4節）*3*4。

第1節 前提的検討

本節においては、労働組合法上の労働者の判断基準を検討する前提として、①労働組合法上の「労働者」の定義、②憲法28条の享受主体となる「勤労者」との関係、③「労働組合法上の労働者」の意義、④「労働組合法上の労働者」と「労働組合法上の労働契約」の関係、⑤「労働組合法上の労働者・労働契約」と「雇用契約」の関係、⑥労働組合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、古川景一弁護士に多くのご協力をいただいた。

*2 労働協約法制の沿革については、古川景一・川口美貴(2011)9～52頁参照。

*3 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」、第2部第3章の「労働契約法上の労働者」と重複する論点もあるが、「労働組合法上の労働者」について、本章だけでは完結的に理解できるようにするため、繰り返して記述している部分がある。

*4 「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 労働組合法上の「労働者」の定義

労働組合法上の労働者については、労働組合法3条が、「この法律で、『労働者』とは、職業の種類を問わず、賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者をいう」と定義している。

「生活する者」との文言から、また、労働組合法3条の労働者は、公務員関係の特別法により適用除外されている場合を除き、憲法28条の享受主体となる「勤労者」と対象を同じくすると解される（→後掲2）ことから、労働組合法上の労働者が自然人であることは明らかである。

同条が、労働組合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「賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者」の二つである。

①「職業の種類を問わず」は、労働組合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^{*5}

②「賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者」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、「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全てのものをいう」と定義しているので、労働の対償として使用者が労働基準法上の労働者に支払うものであることを明らかにするにとどまる。

したがって、労働組合法3条の文言からは、労働組合法上の労働者の範囲は明らかではなく、特に、②「賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者」をどのように解釈するかが重要となる。

2 憲法28条の「勤労者」との関係

憲法28条は、「勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する」と定める。

労働組合法の目的は、「労働者が使用者との交渉において対等の立場に立つことを促進することにより労働者の地位を向上させること、労働者がその労働条件について交渉するために自ら代表者を選出することその他の団体行動を行うために自主的に労働組合を組織し、団結することを擁護すること並びに使用者と労働者との関係を規制する労働協約を締結するための団体交渉をすること

*5 注釈労組法（上）（1980）227頁。

及びその手続を助成すること」であり（同法1条1項）、憲法28条による団結権・団体交渉権・団体行動権の保障を法律レベルで具体化するものである*6*7。

したがって、労働組合法上の「労働者」は、公務員関係の特別法（国家公務員法附則16条、地方公務員法58条1項等）により適用除外されている場合を除き、憲法28条の享受主体となる「勤労者」と対象を同じくすると解される。換言すれば、労働組合法上の「労働者」は、憲法28条の享受主体となる「勤労者」で、特別法により適用除外されていない者である。

3 「労働組合法上の労働者」の意義

それでは、「労働組合法上の労働者」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。

第一に、「労働組合法上の労働者」は、憲法28条の「勤労者」でもあるから、憲法28条の「勤労者」として、憲法28条の保障する、団結権・団体交渉権・団体行動権を享受する。すなわち、労働組合を結成・加入し、組合活動を行い、その代表者を通じて団体交渉を行い、争議行為等の団体行動を行うことができる。

第二に、「労働組合法上の労働者」の締結する労務供給契約、すなわち、労働組合法上の労働契約（→後掲4(1)）に対しては、所定の要件の充足により労働協約が適用される。すなわち、労働協約の規範的効力（労組法16条・17条・18条）が及ぶことになる。

第三に、「労働組合法上の労働者」は、労働組合法7条の定める不当労働行為から保護され、同条の定めに関連する不当労働行為が行われた場合は、労働委員会に対して救済の申立てをすることができる*8。また、労働組合法7条の不当労働行為は、法律行為であれば無効であり、事実行為であれば不法行為に

*6 注釈労組法（上）（1980）220頁等。

*7 中小企業等協同組合法は、中小企業等協同組合（3～6条）がその組合員のために団体協約を締結する権利（9条の2第1項6号）と協約締結のために交渉する権利（同条12項）を規定し、また、これらの組合員（8条）の中には労働組合法の対象たる「労働者」も含まれると解されるが、同法は、憲法28条の享受主体たる「勤労者」に該当しない「組合員」も含めその保護のため、法律レベルで中小企業等協同組合に団体協約締結権・交渉権を付与したものと解される。

*8 労組法7条二号については、申立人は法適合組合に限定され、労働者は申立人となることができないという見解が有力であるが、筆者は、正当な理由のない団交拒否も労働者個人の団体交渉権を侵害するものであるから、労働者も申立人となることができると解する。

基づく損害賠償請求等が可能であり、裁判所における司法救済も可能である。

4 「労働組合法上の労働者」と「労働組合法上の労働契約」

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おいても、それぞれの法律のいう「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、それぞれの法律の適用される「労働者」が画定され、それに対応して、それぞれの法律の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」として定まる構造になっている。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。

労働組合法については、同法3条が同法にいう「労働者」を定義して労働組合法の適用される「労働組合法上の労働者」を画定し、「労働組合法が適用される労働契約」は、「労働組合法上の労働者の締結する労務供給契約」として、労働組合法上の労働者概念に対応して定まる。

5 「労働組合法上の労働者・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、労働組合法の適用対象は、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、労働組合法の適用される「労働契約」が画定される。「労働者」は、労働組合法の適用される「労務供給者」の範囲、「労働契約」は、労働組合法の適用される「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、労働組合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

うるが、いずれも、約する「労務供給の内容」によって労務供給契約を分類するものである。労働組合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、労働組合法の適用される契約が「雇用契約」と定義されているわけではない（→前掲第1部第1章3(2)）。

また、「雇用」のみならず、実質的に「請負」「有償委任・準委任」であっても、あるいは、混合契約、無名契約も、労働組合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、労働組合法上の労働契約に該当しないものがあり得る（→後掲第4節第12款2(3)）。

したがって、「労働組合法上の労働契約」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り、労働組合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) 裁判例等に見られる概念の混乱

しかしながら、従来の下級審裁判例、労働委員会の命令、学説の中には、「労働組合法上の労働者」と「労働契約」と「雇用契約」の概念の関係を正確に理解せず、混乱しているものが見られる。

例えば、ビクターエンジニアリング事件・東京高裁判決^{*9}は、労組「法上の労働者は、・・・労働契約、請負契約等の契約の形式を問わず、労働契約上の被用者と同程度に、労働条件等について使用者に現実的かつ具体的に支配、決定される地位にあり、その指揮監督の下に労務を提供し、その提供する労務の対価として報酬を受ける者をいう」と判示している。

しかし、第一に、「労働契約」概念は、「労働者」概念と同様、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」の三つが存在する。

第二に、各法の適用される「労働契約」は、各法の適用される「労働者」に対応して定まり、①「労働基準法上の労働契約」は、「労働基準法上の労働者の締結する労務供給契約」、②「労働契約法上の労働契約」は、「労働契約法上の労働者の締結する労務供給契約」、③「労働組合法上の労働契約」は、「労働

*9 東京高判平成22・8・26労判1012号86頁。同判決についての批判の詳細は、川口美貴(2010a)参照。

組合法上の労働者の締結する労務供給契約」である。それゆえ、「労働組合法上の労働者」は、失業者を除けば、「労働組合法上の労働契約の下にある者」と言い換えることができるが、これだけでは何ら「労働組合法上の労働者」の内容を説明したことにはならない。

したがって、同判決における、「労組法上の労働者は労働契約上の被用者と同程度の地位にある者である」旨の判示は、そこにいう「労働契約」が、「労働組合法上の労働契約」を意味するのであれば、「労組法上の労働者は労組法上の労働者と同程度の地位にある者である」という意味不明な判示となり判断基準としての意味がない。また、「労働基準法上の労働契約」を意味するのであれば（すなわち、労働組合法上の労働者は労働基準法上の労働者と同程度の地位にある者であると言いたいのであれば）、判断基準としての当否は別として、その旨明示すべきである。

あるいは、同判決は、「労働契約」を「雇用契約」と同義に使用し、「労働組合法上の労働者は雇用契約上の被用者と同程度の地位にある者である」と言いたいのかもしれない。

しかし、先に述べたように、雇用は、民法上の労務供給契約の一類型にすぎず、民法上の雇用契約が、労働基準法、労働契約法、あるいは、労働組合法の適用される「労働契約」であるという法構造になっているわけではない。また、労働基準法、労働契約法、労働組合法の適用対象となる労働契約は、雇用契約以外の請負、有償委任・準委任、混合契約、無名契約にも存在しうる。したがって、「労働契約」を「雇用契約」と同義に使用することは失当である。

6 労働組合法上の労働者をめぐる論点

「労働組合法上の労働者」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*10。

第一に、「労働組合法上の労働者」は、ある人間が労働者階級（階層）に属するかという観点から判断される「属人的・階層的概念」であるのか、それとも、具体的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、又は、労務供給契約がない状態のもとで労働者かどうか判断される「関係的・相対的概念」であるのかである。

*10 この他、当該人の行為が「他人に対する労務供給」に該当するか否かという論点もあるが、これについては、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。

第二は、労働組合法上の労働者である期間（労働組合法の適用を受ける期間）は、労務供給契約の締結から終了までか、それとも、それ以外の期間も労働組合法上の労働者でありうるのかどうかである。

第三は、労働組合法上の労働者（労働組合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。

第四は、労働組合法上の労働者の判断基準は、「使用従属性」「組織への組み入れ」「契約内容の一方的決定」等にあるのか、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こと（交渉の非対等性）にあるのかである。

第五は、労働組合法3条の「労働者」と労働組合法7条二号の「雇用する労働者」はどのような関係にあるのかである。

第六は、労働組合法3条の「労働者」と労働組合法7条の「使用者」はどのような関係にあるのかである。

第七は、労働組合法3条の「労働者」と、労働組合法2条但書一号の「使用者の利益代表者」はどのような関係にあるのかである。

しかし、従来、これらの理論的課題の検討は十分に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、学説、労働委員会命令、判例・裁判例、労使関係法研究会報告をふまえて、これらの理論的課題を検討し、労働組合法上の労働者概念を再構成する。

第2節 法制の沿革

1 労働組合法の沿革

労働組合法の沿革については、註釈労組法(1949)1～5頁、吾妻光俊編・註解労組法(1959)3～35頁、石井照久・総論（増補版）(1979)1～108頁、註釈労組法（上）(1980)9～25頁等を参照されたい。

2 旧労働組合法における「労働者」の定義

旧労働組合法において「労働者」の定義が定められる過程は、以下のとおりである。

(1) 労務法制審議委員会

1945（昭和20）年10月1日、政府は閣議において、労働組合に関する法制整備のため審議機構を設けることを決定した。さらに、同月12日、幣原首相は、新任挨拶のため連合軍最高司令部を訪問した際、マッカーサー元帥から人権確保のための五大改革を行うよう求められ、その中の一つに労働組合の結成の促進があった。この閣議決定及び占領軍の要求に基づき、労務法制審議委員会が発足した^{*11}。

労務法制審議委員会は、次の1ヵ月に充たない期間での審議を経て、旧労働組合の法案を作成し、政府に答申した。

- 第一回 10月27日 審議事項の確認、組織体制。
 - 第二回 10月31日 末弘巖太郎委員から「労働組合法案に関する意見書」の提出。これに基づく討議。
 - 第三回 11月15日 整理委員会（大野委員、西尾委員、末弘委員、高橋委員）の作成した『労働組合法案草案』が付議され、末弘委員の説明と討議。
 - 第四回 11月19日 整理委員会の作成した『労働組合法案原案』が付議され、末弘委員の説明と討議。
 - 第五回 11月21日 整理委員会の作成した『労働組合法案』が付議され、末弘委員の説明と討議。原案どおり決定。
- 11月24日 労働組合法案に関する答申を政府に提出。

(2) 審議委員会の法案における労働者の定義

労務法制審議委員会の委員中、唯一の法律学者であった末弘巖太郎は、第二回労務法制審議委員会に「労働組合法案に関する意見書」を提出し、その中の「基本方針」の三項で、「三 労働組合を法認するについては」「(ハ) 強いて窮屈なる定義規程を設けて労働組合をその型の中え (マ) 押し込むが如き態度をとることなく、」という方針をとることを提起していた。これに伴い、「第一労働組合」「一 労働組合の定義」の項で、「労働組合の定義としては、………、組合員たり得べき給料生活者の種類、………を限定する趣旨の定義中に加えざること」を提案していた。

労働組合法上の組合員たる者に関する上記の末弘巖太郎の提案については、

*11 労働省労働運動史昭20-21（1951）689頁。

審議委員会の中で議論にならず、最終的に第五回労務法制審議委員会がとりまとめて政府に提出した旧労働組合法の法案では、労働者の定義に関して、3条2項に次の条文を置いていた*12。

「本法ニ労働者トハ職業ノ種類ヲ問ワズ広く賃金其ノ他給料ニ依テ生活スル者ヲ謂フ」

(3) 政府が議会に提出した法案における労働者の定義

審議委員会が政府に提出した旧労働組合法の法案については、政府が手直しをした上で、議会に提出された。

この法案では、労働者の定義として3条が設けられた。

「第三条 本法ニ於テ労働者トハ職業ノ種類ヲ問ワズ賃金、給料其ノ他之に準ズル収入ニ依リ生活スル者ヲ謂フ」

この3条では、審議委員会の法案にはなかった「其ノ他之に準ズル収入」が加えられていた。

(4) 法案の成立と公布

政府が議会に提出した旧労働組合法の法案は、衆議院の本会議と労働組合法案委員会において1945（昭和20）年12月10日から審議がなされ同月14日に採決されて貴族院に送られ、貴族院では本会議と労働組合法案特別委員会において同月15日から審議がなされ同月18日に採決されて成立し、同月22日に法律第51号として公布された。

3 議会での質疑応答

1945（昭和20）年12月12日及び13日に、帝国議会衆議院の労働組合法案委員会において、①小作人、②郵便配達夫、停車場附の小運送夫、③裁判所の代書人、④手工業的・家内工業的・請負的就労者、⑤船員の失業者、⑥船長について、労働組合法上の「労働者」に含まれるか否かに関する質疑応答がなされた。

①小作人については、作男のように賃金、給料によって生活するという形態の農業労働者やこれに準ずる水産業に従事する労働者は労働組合法上の「労働者」に含まれるが、小作人は、工場その他一定の場所において労力を売る立場

*12 労働省労働運動史昭20-21(1951)754頁。

にある者とは異なり、収入も工場労働者とは著しく異なっており*13、また、地主から一定の広さの土地を賃借して独立の経営を営んでいるので、「労働者」には含まれない*14との答弁がなされている。

②郵便配達夫と停車場附の小運送夫については労働者であるが、③裁判所の代書人については、独立の営業者であるので労働者ではないとの答弁がなされている*15。

④手工業的・家内工業的・請負的就労者、⑤船員の失業者、⑥船長に関する質疑応答は、次の(1)～(3)のとおりである。

(1) 手工業的・家内工業的・請負的就労者

1945（昭和20）年12月13日衆議院の労働組合法案委員会において、報酬が出来高払制であり時間管理を受けない手工業的・家内工業的・請負的就労者について、労働組合法上の労働者性が肯定されることを確認する次の質疑応答がなされた*16。

○山崎（常）委員（中略）手工業的の請負業或は中小工業、斯う云ふやうなばらばらに切離されました所の労働者と云ふものが組合を作ると云ふ場合には、團結權とか、交渉權と云ふやうなものは、どう云ふ状態になりませうか、此の點を一應伺ひたい

○芦田國務大臣 山崎君の今御指摘になりましたやうな場合に於ても、労働組合法の精神は少しも變化は受けないのでありまして、（中略）、隨て工場の規模の大小に依つて、労働組合法の適用に差別を生ずる如きことは、豫想して居ない譯であります

（中略）

○山崎（常）委員（中略）其の手工業とはどんなものか、例へて言へば下駄の鼻緒を作る、或は婦人の頭の道具を作ると云ふのは、一つの大きな製造業者があつて、それから一箇幾らづつに請合つて來て、妻もやれ

*13 第89回帝國議會衆議院（第6類第6号）労働組合法案委員會議録（速記）第2回（昭和20年12月12日）16頁。

*14 前同會議録23頁。

*15 前同會議録23頁。

*16 第89回帝國議會衆議院（第6類第6号）労働組合法案委員會議録（速記）第3回（昭和20年12月13日）38～39頁。なお、會議録の見出しの部分に「第79回帝國議會衆議院」と印刷されているが、「第89回」が正しく、「第79回」は誤植であると思われる。

ば自分もやる、子供にも手傳はず、斯う云ふ業者が將來うんと殖えて來ます、(中略) さう云ふものが十軒或は二十軒、百軒と云ふやうな工合に組合を作つた場合に、其の關係はどうなるかと云ふことを御聽きして居るのです

- 芦田國務大臣 それを先程御答へしたのでありまして、一つの工場で鼻緒を作つても、多數の家で作つても、其の關係はちつとも違はないのでありまして、それがどう云ふ譯で違ふと御考へになるか、それを寧ろ私は聽きたいと思ひます
- 山崎(常)委員 是は斯うなります、一つの工場で日給幾ら、月給幾らと云ふやうに一つの工場内に立籠つて働く、此の手工業の請負と云ふものは、一箇幾らで請合つて來て家でやる仕事です、品物の製造を出す所は一つなのです、だが併し是は時間も制限せられずに一箇幾らで請合つて來てやる所の請負業者です、其の點御分りでせうか
- 芦田國務大臣 それは必ずしも小さな工業ばかりではありませぬ、大工場でも出來高拂と云ふのがあります、石炭山に於もありませうし、軍需工場に於てもあつた、出來高拂であるとか、時間拂であるとか云ふことに依つて、組合法の適用が變るとは考へられないのであります
- 山崎(常)委員 それでは最後に止めを刺して置きますが、さう云ふ個々の請負業者が物を作つて交渉する場合には團結權も認めて下さる、交渉權も認めて下さる、斯う云ふ工合にはつきり考へて居て差支へございませぬでせうね
- 芦田國務大臣 御解釋の通りであります

この質疑応答により、労務供給場所が工場か家か、報酬の計算方法が出來高払であるか時間払であるか、及び、労働時間管理を受けているか否かは労働組合法上の労働者性の有無に影響を及ぼさないことが確認された。

(2) 船員の失業者

1945(昭和20)年12月13日衆議院の労働組合法案委員会において、船員の失業者は労働組合法上の「労働者」に含まれるか否かに関する質疑応答がなされた。

この質疑応答の意味を理解するためには、第一次大戦後の日本の労働運動における船員の地位を確認しておく必要がある。第二回ILO総会で「海員ニ対スル職業紹介所設置ニ関スル条約」(第9号)が採択され、日本が1922(大正

11) 年にこれを批准登録したことから、1926（大正15）年に無料職業紹介所である海事協同會が船主と船員代表団体の協同經營で設立され、この海事協同會が、船主と船員間の争議の予防及び調停の事業を行うようになった。海事協同會を通じて日本船主協會と日本海員組合及び海員協會との間では団体交渉が行われ、労働協約が締結されるようになり、1928（昭和3）年には普通船員と高給船員の、翌年には無線電信技師のそれぞれの標準給料最低月額に関する協定が締結されている。これらの労働協約が適用される船員である組合員の数は、1931（昭和6）年6月末時点で99,043人であった。内務省社会局の統計資料によれば、この前年の1930（昭和5）年6月末現在の日本における労働者数は、合計計4,774,047人であり、その内の7.1%に当たる342,379人が労働組合に組織化されていたのであるから、船員は、当時の日本で労働組合に組織化されていた組合員全体の約3分の1を占めていたのである。このように、船員は、組合員数の上でも、また、労働協約を締結していたという点でも、戦前の労働組合運動の中核的担い手であった。しかも、当時の船員と船会社の関係は、船員が船に乗り組んでいる期間中は契約が存続するが、船員が船を下りると契約が終了するという特殊な関係にあった（古川景一・川口美貴(2011)15～17頁）。

こうした事情を背景にして、小山亮委員と芦田均厚生大臣との間で次の質疑応答がなされた*17。

○小山（亮）委員 是は實例を申さなければ分りませぬが、船員は船に乗船を致します時には雇入雇止の契約を致します、船長と雇入契約が成立ちまして船に乗るのであります、さうして下船します時にやはり雇入雇止契約を解除致しまして、船員は下船して来る、さうすると船員ではないのです、乗るまでは船員でなくて雇入を受けて船員法に述べられた船員となる、又下船をして雇止をされて初めて船員法に依る船員でなくなるのです、(中略)、でありますから、本法に於ては「労働者とは職業の種類を問はず賃金、給料其の他に之に準ずる収入に依り生活する者を謂ふ」と云ふことになつて居ります、さうしますと船員が豫備になります、豫備になりますと、最初の一箇月か二箇月は本給を呉れるが、それから引續いて長く病氣其の他で休む者は給料は半分になる、さうして何箇月かすると会社にちやんと籍があつて、会社の雇人でありながら、給料は一文も受けない、斯う云ふのは労働者とは言はれないのでありますか、

*17 前同會議録53～54頁。

郵船会社ならば郵船会社に籍があつて、又其の船に乗らなければならぬ、是はどう取扱ひますか

- 芦田國務大臣 此の労働組合の組合員は主として労働者が加入するのでありまして、労働者でなくとも組合員たることは妨げないのであります、例へば我々の同僚の議員諸君の中にも、労働組合に入つて居る方があります、併し其の方々は労働者ではありませぬ、それでも入れるのです、隨て只今の小山君の御指摘の場合は、賃金及び給料を現實には受けて居りませぬが、假令現實に船を下りて船員たる身分を船員法に依つて失つた時と雖も、必ずしも組合を脱退する必要もなければ、それから除外されることもない、是に書いて居りますのは、勤勞に従事して居つた者が給料を受けなくなつたら直ぐ労働者でなくなると云ふやうな窮屈な解釋ではないのであつて、其の過去の仕事の經歷を見て、大體賃金若くは給料に依つて生活して來た者は、一時之を離れても、やはり労働者たる身分は急に變化はないものと、社會通念で考へられます、社會通念に反した取扱ひは決してしない、私は斯様に考へて居ります

この質疑応答に照らし、政府が議會に提出した旧労働組合法の法案の3条の条文に、労務法制審議委員会作成の法律案になつた「其ノ他之に準ズル収入」の文言が加つたのは、第一次大戦後の日本の労働組合運動の中核を担つた船員の雇用形態・賃金支払を意識してのことであり、この追加された文言の意味内容を確認するために、上記の質疑応答がなされたものであらうと推測される。

(3) 船長

1945(昭和20)年12月13日衆議院の労働組合法案委員会においては、前掲(2)記載の船員の失業者を労働組合法上の「労働者」として扱うのか否かに関する質疑応答の後、さらに、船長を労働組合法上の「労働者」として扱うのか否かに関する質疑応答が続いている。船長は、船員を雇用する権限や、使用者を代理する広範な権限を有していることから、その労働者性の有無についての質疑応答がなされたのである。質問者は小山亮委員であり、答弁を行っているのは、芦田均厚生大臣、田中武雄運輸大臣、及び、山崎小五郎運輸書記官である。芦田厚生大臣が使用者を代表する船長の労働者性を否定したのに対し、田

中運輸大臣らは労働者性を肯定する答弁を行った*18。

- 小山（亮）委員 船員の中の船長は本法に依る所の労働者と取扱はれるのでありますか、伺ひます
- 芦田國務大臣 廣い意味に於て、肉體勞働でなくとも労働者として此の法案に規定して居るのでありますから、船長の身分は労働者と言へば労働者だと思ひます、併しながら其の船長が使用者を代表して居る立場にある場合には、使用者の代表者として組合に入ることが困難になります、斯様に思ひます
- 小山（亮）委員 さうしますと、苟くも船長として船に乗つて居る以上、使用者を代表しない船長はない譯なんですから、さうしますと船長は絶対に労働組合には入れない、今まで労働組合員でありましても、船長になりました途端に組合から脱退する、斯う云ふことになるのでありますか
- 田中國務大臣 私から申し上げます、私は入れることになると解釋致しません
- 小山（亮）委員 此の船長が労働組合員であるかないかと云ふことは、海上の問題では極めて重大なことであります、船長は商法に依つて船主の代理として代理權を行使することが出来る廣汎なる權限を與へられて居ることは御承知の通りであります、隨て賃金の問題であるとか、食糧の問題であるとか云ふことで、船長對乗組員との間に紛議が起るのであります、之に對して船長が労働組合に参加出来るか出来ないかと云ふことは、今日まで非常に悩みになつて來た問題であります、只今運輸大臣の御話から申しますと、入れると云ふやうに仰しやつたのであります、第二條の第一項を見ますと、使用者又は其の利益を代表すと認むべき者の参加を許すものは此の限りにあらずと云ふことになつて居ります、さうしますと、是が入れば労働組合ではなくなるのですか
- 田中國務大臣 御答へ致します、是は重役だとか何とか云ふやうな解釋のやうに思つて居りますのです
- 小山（亮）委員 さうしますと一つの船で——船と云ふものは一つの社會、一つの會社と同じやうなものである、而もそれが一定の場所に居らないで、海の水のある所何處へでも行く、其の場合に船員對資本家との

*18 前同會議録54～55頁。

間に色々な労働条件その他の問題が起つた場合には、船長も労働者と一緒になつて船主と交渉をすることが出来る、斯う云ふことに解釋して宜しいのでありますか

- 田中國務大臣 左様に解釋されます
- 小山(亮)委員 さうしますと、商法上船長は船主の代表者である、船主の利益を代表し、船主の代理としての権限を委託されて居りますが、其の場合はどうなるのでありますか伺ひたい
- 田中國務大臣 御答へ申し上げます解釋的には二重の性格を持つことになる譯であります、差支へないのぢやないかと思ふのであります
- 小山(亮)委員 (中略)、若し船長が船主の代理でなくして労働組合員であつて、全乗組員と一緒になつて争議をした場合には一體船が動くか動かないか、此の點は私は重大な問題だと思ひます、是は大臣の御解釋が違つて居るんぢやないかと思ひますが、御所見は如何でありますか
- 山崎説明員 一寸私から御説明申し上げます、是は審議會の時にも非常に問題になりまして、其の時の末弘委員や何かの御意見でも、大體從來の觀念から船長は組合員に入つて居る、此の規定の精神も主として今仰しやいましたやうな仕事の業務の關係と云ふよりも、資本家對労働者の一つの經濟的關係を中心にした問題であるので、今小山さんの仰しやいましたやうな船の運航と云ふことに、非常に重大な影響を持ちますが、労働争議が待遇問題等で非常に尖鋭化して起つた時に、さう云ふ障碍を受けることは或る程度已むを得ない、此の組合が認められた以上は、已むを得なくなるのぢやないかと云ふ解釋であります

なお、船長の労働者性に関して、註釈労組法(1949)51頁では、積極的に肯定しており、その理由として、「(船長の代理権に関して)航海の成就という技術的な面を……………担当するに過ぎず」「(船長の船員雇入権に関して)船舶の運航を担当するものの適否の判断という技術的な判断に属することをやるに過ぎない」との説明がなされている。

4 生命保険外務員の労働者性と東京都労委決定(決議)

(1) 大蔵省銀行局長から労働省基準局長宛の通知と紛争の発生

大蔵省銀行局長は、昭和22年8月22日付厚生省労働基準局長宛「労働基準法の適用除外について」(銀保第922号)をもって、生命保険の外務員に関して、「外務員に労働基準法を適用して、保障給を支給することは〔、〕成績優秀な外

務員の負担において成績の上がない外務員を養うこととなり、純然たる能率給制度によっている生命保険募集機構の破壊であり、生命保険事業の健全な発展に致命的な打撃を与える」との理由で、労働基準法を生命保険の外務員に適用しないよう求めた^{*19}。

そして、大蔵省銀行局長は、同年10月7日付労働省労働基準局長^{*20}宛「労働基準法と生命保険外務員に関する件」（銀保第1091号）をもって、生命保険勧誘に従事する者を「保険会社に使用せられるもの＝募集職員」と「使用人以外のも＝保険外務員」の二種類にわけ、保険外務員については、①所属会社との契約は委任契約によること、②所属会社は保険外務員の労働の時間及び場所を制限することはできないこと、③委任契約書の標準の様式を定めたこと、募集職員については、①所属会社との契約は雇傭契約によること、②労働基準法第27条所定の保障給は1人月額千円程度とすること、③就業規則を設けることを通知した^{*21}。

この通知後に、富国生命の外務員の労働組合法上の労働者性を巡る紛争が発生し、最終的に、東京都地方労働委員会が生命保険外務員の労働組合法上の労働者性の判断基準に関する決議を行うことによって、判断基準の整序が図られた。この経緯及び東京都労委の決定（決議）の内容については、古川景一（2009b）4～12頁が詳細に記述している。

（2）都労委決定（決議）の内容

前掲(1)で述べた生命保険外務員の労働組合法上の労働者性に関する東京都地方労働委員会総会の1949（昭和24）年4月15日付決定（決議）の内容は次のとおりである（全国生命保険外務労働組合連合会『全外連史』（1965）31頁）。

「一、生保外務員の活動について、経営者たる保険会社は實際上これを統制し得る地位におらないで全く外務員の自由に委ね、その労働時間を制限し、或は最低収入を保証せしめることが困難な事情にある。この点同じ外務員であっても電気、瓦斯其の他の料金の集金人や検査員と著るしく異なるのである。一般に労働関係は技術的に従属的な労働関係に服するとは謂い難く、単に経済的な

^{*19} 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)一 下 労働基準法施行規則制定資料』信山社（2011年）733頁。

^{*20} 1947（昭和22）年9月1日の労働省発足に伴い、厚生省労働基準局は労働省労働基準局となった。

^{*21} 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)一 下 労働基準法施行規則制定資料』信山社（2011年）733～734頁。

従属労働に服するものと謂えよう。

従って技術的従属関係の場合と異り、経済的従属関係が成立すべき時には、生保外務員と一定保険会社との関係が継続的且つ専従的であることを要すべく、その関係が非継続的であったり、副業的兼務的であったりすると労働者ということを得なくなるであろう。

二、次に生保外務員の収入は一般勤労者らの収入と異って、若干企業的性格を帯びるから問題が生ずる。所謂生保外務員は上は支部長より下は一般外務員に至る迄其の収入の全部又は大部分が生保新契約募集額に比例するものである。

而してその収入は一般的基準から募集経費と認められているが、それは単に一般的基準であって個人により時により著しく相違があり、外務員の努力、才能或いは運不運により左右せられるのであって多分に企業性格を有する。

(イ) 従って生保代理店制度が確立せられ、其の内部計算において代理店主の危険負担において運営せられ、店主の資本金力、信用力によって経営せられるとみらるときは労働者ではない。

(ロ) 然しながら一般外務員にありては資本投下と謂う程のことはなく、当人の労働力が直接経営者に従属して其の収入が殆んどその労働の対価と認められるから労働者である。たとえ代理店の名称を用うもその実を具実せず当人の収入が専ら労働の対価と認められるべきときは同様である。」

この都労委決定（決議）は、契約が委任契約か雇傭契約かによって労働組合法上の労働者か否かを峻別する考え方を排斥したこと、及び、労働者性の判断基準として「技術的従属関係」ではなく「経済的従属関係」（ただし、その意味内容は明らかではない）及び「継続的且つ専従的」関係を重視したことに特徴がある。

5 労働組合法における「労働者」の定義

労働組合法（昭和24年6月1日法律第174号）の冒頭には、「国会は、労働組合法（昭和二十年法律第五十一号）の全部を改正するこの法律を制定する。」との法文が置かれ、これに続けて、目次及び第一章以下の各条文が置かれた

*22。

*22 国立公文書館のデジタルアーカイブの公布法令原本の画像データによる。
<http://www.digital.archives.go.jp/DAS/meta/listPhoto?KEYWORD=&LANG=default&BID=F0000000000000104071&ID=&TYPE=&NO=>

これが現行の労働組合法であり、その3条で、「労働者」の定義がなされた。

〔（労働者）

第三条 この法律で「労働者」とは、職業の種類を問わず、賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者をいう。〕

この条文は、旧労働組合法3条2項にあった労働者の定義を口語化したものであり、法文の内容上の変更や修正はなされていない。

第3節 行政解釈・学説・命令・判例 ・労使関係法研究会報告

第1款 行政解釈

1 総論

(1) 労働組合運動の主体

労働省労組法・労調法コンメ(1964)241～242頁、及び、厚労省労組法・労調法コンメ(2006)310頁は、労働組合法3条は、労働組合を結成できる労働者とはどのような者であるかを明らかにしたものであるとし、労働組合法の目的は、使用者との交渉において、個々的には使用者に対して弱者の地位にある労働者に対し、労働組合を結成することによって、使用者と対等の地位を確保させようとするものであるから、労働組合法は、労働組合運動の主体としての地位という角度から労働者を定義づけているとする。したがって、労働基準法9条の労働者とは異なり、現に特定の企業に使用されていることは要件ではなく、失業者も労働組合法3条の労働者に含まれるとする*23。

(2) 使用従属関係

賀来労組法詳解(1949)104頁、労働省労組法・労調法コンメ(1964)242頁、及び、厚労省労組法・労調法コンメ(2006)310～311頁は、労働組合法上の労働者は、「賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者」、すなわち「他人に使用され、労働を提供し、その対価である報酬によって生活する者は労働

*23 これを肯定する通説として、旧解釈例規第5号第2問 昭23.6.5 労発262号（厚労省労使関係法解釈総覧(2005)98頁）。

組合法上の労働者である」とし、「したがって、単に雇用契約によって使用される者のみに限定されず、組合契約、請負契約、委任契約等によって労働に従事する者であっても、他人との間において使用従属の關係に立ち、指揮監督のもとに労務に服し、労働の対価として報酬を受け、これによって生活する者」は「労働者」であるとする。

そして、労働省労組法・労調法コンメ(1964)242頁、及び、厚労省労組法・労調法コンメ(2006)311頁は、「広い意味で他人に労働を提供する者であっても、例えば純粋な請負のように、仕事の完成そのものを目的とし、自己の独立の判断、規制のもとに労働に従事する者」は、独立の企業者であって労働組合運動の主体である労働者とはいえず、労働組合法上の労働者ではないとする。

したがって、これらの行政解釈においては、労働組合法上の労働者の判断基準は、「他人との間において使用従属の關係に立ち、指揮監督のもとに労務に服し、労働の対価として報酬を受け、これによって生活する者」か否かである。

(3) 労使関係法研究会報告書

その後、厚生労働省は、厚生労働大臣の私的諮問機関である労使関係法研究会（座長：荒木尚志東京大学大学院法学政治学研究科教授）が、2011年7月に出した「労使関係法研究会報告書（労働組合法上の労働者性の判断基準について）」（→後掲第5款1）を、業務の「参考」として中央労働委員会、都道府県労働委員会や都道府県に通知し、周知を図ることとしている。

(4) 問題点

しかし、労働組合法上の労働者の判断基準として、「使用従属關係」を用いることは妥当ではなく（→後掲第4節第7款）、また、「労使関係法研究会報告書」の内容は妥当ではない（→後掲第5款2～6）。

2 具体例

労働組合法上の労働者に関する通牒としては、①失業者（旧法解釈例規第五号第二問 昭23・6・5 労発第262号）、②失業対策労務者（昭33・7・15 労発第113号）、③大工及び一般日傭（旧法解釈例規第一号第二問 昭21・6・1 労発第325号）、④一人親方（旧法解釈例規第二号第二問 昭25・5・8 労発第153号）、⑤大学教授（昭24・7・4 労働法規課長発）、⑥実習学生（旧法解釈例規第二号第三問 昭25・5・8 労発第153号）、⑦社会事業施設の従業員（昭

23・1・10労発第9号)。授産施設の作業員(昭37・11・7労働法規課長発)、⑧芸者(昭24・2・15労発第58号)、⑨港湾局の職員(昭28・10・23労発第231号)、⑩労災病院の職員(昭32・9・20労働法規課長発)等に関するものがある*24。

第2款 学説

労働組合法上の労働者に関する学説は、①共同経営者・企業者を除外する説、②雇用契約関係に近い労務供給関係にある者とする説、③「使用従属関係」、又は、「使用従属性」の判断基準・判断要素により判断する説、④労働組合法3条の労働者と労働組合法7条二号の雇用する労働者の二段階で判断する説、⑤「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」とする説、⑥「労働力を配置し利用する権能」を要件とする説等に大別される。

1 共同経営者、企業者の除外

(1) 共同経営者、企業者を除外する説

註釈労組法(1949)53～54頁は、労働組合法3条の「賃金、給料その他これに準ずる収入」は、その名称のいかんを問わず、労務の提供者がその労務に対する対価として一定の報酬をうける場合を全て含むが、労務の提供者が企業の経営から生ずる利益に参加するのみならず、企業の損失をも分担する場合、従って、労務の提供そのものを評価して、損益にかかわらず、それに一定の報酬を与えるということのないときは、共同企業者であって労働者ではなく、また、専ら自己の労働によって生活していても、自らがその労働による損益の帰属者となっているもの、例えば、他人の土地を賃借して自己の労働で耕作している小作人、自己所有の運送用具や他人所有の運送用具を賃借して自ら貨客を運搬する者は企業者であって労働者ではなく、土木建築の請負人もたとえ自ら引き受けた仕事を自己が使用する労働者と一緒になしているような場合でも企業者であって労働者ではないが、日雇を兼ねた大工のように実質上賃金に準ずる収入を得ているとみるべき者は労働者であるとする。

*24 厚労省労使関係法解釈総覧(2005)98～101頁。

(2) 問題点

しかし、同見解が「企業者」として労働組合法上の労働者から除外する「自ら貨客を運搬する者」や、「土木建築の請負人」も、独立した事業に必要な生産手段といえる運送手段や建設機械を有しておらず、事業者に対して自ら有償で労務を供給する場合、又は、独立した事業に必要な生産手段等を一応有しそれを利用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ある場合若しくは専属的継続的労務供給である場合は、当該労務供給者は、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から、労働組合法上の労働者であると解すべきである（→後掲第4節第6款）。

2 団結・団体交渉の保護の必要性和雇用関係との近似性

(1) 雇用関係との近似性を判断基準とする説

注釈労組法（上）（1980）226～235頁は、労働の従属性又は使用従属関係を判断基準とする見解について、①労働基準法上の労働者と労働組合法上の労働者は失業者を含むか否かを除き同一概念となること、②労働組合法3条の「賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者」という基準に十分な役割を与えられていないこと、の二つのデメリットがあると指摘する。そして、労働組合法3条は、報酬を支払って他人の労務を利用する関係、しかも、労働力の使用それ自体を相手方に委ねその対価として報酬を得る雇用関係を主として念頭においており、同条が労働者とみなす典型は雇用契約下にあるか、それに入ろうとする労務供給者であるが、同条はこのような「賃金、給料」を生み出す関係のみならず、「その他これに準ずる収入」を生み出す関係をも労働者性の範囲に入れているので、「これに準ずる」といえる程に雇用契約関係に近い労務供給関係下にある（又はそれに入ろうとする）者も同条の労働者に入るとする。

請負、委任その他諸々の労務供給契約下にある者（又はそれを求める者）が本条の労働者にあたるか否かは、それらの者が生活の糧の取得につき個々的にはこのような弱い立場にあり団結・団体交渉が保障されるべき者であるか否かという観点から、雇用関係にどれほど近似するか（その報酬が「その他これに準ずる収入」といえるほどに「賃金、給料」に近似するか）を当該契約関係の中身を仔細にみて判定していくべきであり、労務の遂行の仕方に対する相手方の指揮監督の有無も一つの判断材料ではあるが、労働基準法9条の労働者と異

なり、その存在は必ずしも必要な条件ではないとする。

(2) 問題点

同見解について、団結・団体交渉が保障されるべき者かどうかという観点から判断することに異論はない。

しかし、雇用関係を「労働力の使用それ自体を相手方に委ねその対価として報酬を得る関係」と理解した上で、その近似性を労働組合法上の労働者の判断基準とする点は支持できない。ただし、「労働力の使用それ自体」を委ねるかどうかの区別は明確ではなく、さらに、労働組合法上の労働者の範囲を「労働力の使用それ自体を相手方に委ねその対価として報酬を得る関係」あるいはそれに近似する関係に限定することに合理的理由はないからである（→後掲第4節第7款2）。

3 使用従属性の判断基準・判断要素を採用する説

学説においては、労働組合法上の労働者について、その労務遂行過程に着目し、使用者の指揮監督（命令）下で労働していること、又は、労務遂行にあたり使用者に支配され従属していることを労働者性の判断基準（の一部）とするものが多い*25。

そして、論者により、使用従属性・人的従属性・使用従属関係という概念を用いるかどうか、どの概念を用いるか、また、何をどのように組み合わせ、どの程度重視するかは異なるものの、「使用従属性」の判断基準・判断要素とされる、①「組織への組み入れ」、②「契約内容の一方的決定」、③「申込み・依頼に基本的に応ずべき関係」（「諾否の自由」）、④「指揮監督の下での労務の提供」、⑤「時間的場所の一定の拘束」、⑥「労務提供の対価性」、⑦「専属性」・「当該収入に生活を依存していること」、⑧代替性、⑨事業者性（のいくつか）を、労働組合法上の労働者性の判断基準・判断要素としている。

*25 本文中で引用するものの他、菊池＝林・労組法コンメ(1954)62～63頁、吾妻光俊編・註解労組法(1959)127～128頁、吾妻光俊編・条解労組法(1971)44～45頁、外尾健一・団体法(1975)30頁、角田＝西谷＝菊池・団体法(1985)45頁、盛誠吾・労使関係法(2000)138～140頁等。

(1) 人的従属性を中核とし

経済的従属性と組織的従属性を加味する説

人的従属性を中核とし、経済的従属性と組織的従属性を加味する見解として、片岡＝大沼・団体法(1991)107～109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。

(2) 使用従属性を付随的考慮要素・補助的判断指標とする説

西谷敏・労組法(2006)76頁は、「憲法28条が『勤労者』にのみ労働基本権を保障したのは、使用者（資本）に対して従属的な地位にある者が、団結権等の行使を通じて相手方と対等な関係に立ち、労働条件決定に実質的に関与することを保障するためであると解される。そうだとすれば、『勤労者』あるいは『労働者』の概念も、相手方との関係で構造的な従属関係に置かれ、そのために団結権等を必要とする者、として広く理解することが必要であろう」という。

そして、西谷敏・労働法(2008)459頁は、労働組合法上の労働者「の範囲は、団結権・団体交渉権・団体行動権の保障を必要とする者という観点から判断され」、「最も重要なのは交渉上の地位の非対等性（経済的従属性）であり、人的従属性（使用従属関係）や企業組織への編入は、不可欠の要件というよりも、経済的従属性を基準とした判断によって、「勤労者＝『労働者』の範囲が本来の趣旨に反して拡がりすぎるのをチェックするための、付随的考慮要素にとどめられるべきである」とする。

具体的には、西谷敏(2010)33～39頁は、労働組合法上の労働者を判断するにあたり重視されるべき指標は、ある種類の労務供給者が一般に契約の相手方に対して交渉上の劣位にあるかどうかであり、それについては、報酬などの諸条件が決定される過程、報酬額や労務供給者の地位の安定性などを指標として判断し、そのうえで、補助的な判断指標として、①仕事の諾否の自由が事実上存在するかどうか、②提供される労務が相手方の事業の構成要素としてそこに組み込まれているかどうか、③客観的に自らの計算と危険負担に基づいて事業経営を行うべき立場にある「事業主」とみられないかどうか、④相手方への専属性がどの程度存在するか、といった事柄が考慮され、労働組合法上の労働者に該当するかどうかは、憲法28条や労組法の趣旨をふまえつつ、これらの判断指標を用いた総合判断によって決せられるとする。

(3) 使用従属性を緩和して適用する説①

菅野和夫・労働法(2010)513～518頁は、労働組合法上の労働者は、「労働契約下にある労働供給者（労働契約法・労働基準法上の労働者）及びこの者と同程度に団体交渉の保護を及ぼす必要性と適切性が認められる労働供給者」であるとし、具体的には、①労働供給者が供給相手の事業に不可欠の労働力を提供する者として、その事業組織に組み込まれているか、②労働供給の諸条件が供給相手の事業者によって一方的・定型的に決定されているか、③業務の依頼に対する諾否の自由、④労働供給が、供給先の事業者の指揮命令を受け、時間的・場所的に拘束されて行われているか、⑤労働供給の対価の額・支払形態において賃金・給料とどれほど類似しているか、などの諸事情に照らして、労基法・労契法上の労働者又はこれに準じて団体交渉の保護を及ぼす必要性と適切性を認められる労働供給者か否かを総合的に判断すべきである（ただし、これら要素の全てを充足する必要はなく充足の程度は労基法・労契法の労働者と同程度である必要はない）とする。

(4) 使用従属性を緩和して適用する説②

荒木尚志・労働法(2009)474～476頁は、労働組合法上の労働者は、一般に「使用従属関係」にあるか否かが判断基準とされているとし、使用従属性の具体的判断要素として、①事業遂行に不可欠な労働力としての企業組織への組み入れ、②契約内容の一方的決定、③業務遂行の日時・場所・方法等に関する指揮監督、④業務に関する諾否の自由の不存在を挙げる。

そして、こうした判断要素は、労基法・労契法上の労働者概念における「使用従属性」判断と類似しているが、これより広く、団体交渉制度の適用を確保すべき者か否かという観点からの判断であり、「賃金、給料その他これに準ずる収入」たる報酬を、使用従属関係の実質を持つ就労関係の対価として得る関係にあれば、労組法上の労働者性が肯定され、その際の使用従属関係の判断では、労基法・労契法上の労働者といえない場合であっても、団体交渉の保護を与える必要性・適切性が認められる場合には、労働者性を肯定すべきことになるという。

(5) 使用従属性を緩和して適用する説③

土田道夫(2010)133～139頁は、労働組合法上の労働者については、経済的従属性ないし「給料生活者」性（契約内容について相手方の一方的決定に服し、

相手方から得る収入に依存して生計を維持するという特質)を重視しつつ、「使用従属関係」もその要件として位置づけ、「使用従属関係」については、①契約の締結段階における他人決定性(契約締結・仕事の依頼への諾否の自由)、②契約の履行過程における他人決定性(業務内容の一方的決定、勤務時間・場所の拘束性、労務遂行過程での指揮命令関係、服務規律の適用)③報酬の労務対償性(額や性質)、④企業組織への組み入れ、⑤企業への専属性、⑥事業者性(器具・材料の経費負担、損害の負担)の諸要素を総合して判断されるが、労組法3条は「賃金、給料によって生活する者」のみならず、「その他これに準ずる収入によって生活する者」も含むので、団体交渉によって問題を解決することが適切な関係であるか否かという観点から実質的かつ柔軟に判断すべきであり、①と②は、契約の実際の運用や当事者の認識に即して労務提供者が相手方の依頼や指図に基本的に応ずるべき関係にあったか否かを重視すべきであるとす。

(6) 使用従属性を緩和して適用する説④

山川隆一(2010)12~15頁は、労働組合法上の労働者の判断要素として、①当該労務供給者が事業主の組織に組み込まれているか(事業組織への組み込み)、②当該労務供給者の契約内容が事業主により一方的に決定されているか(契約内容の一方的決定)、③当該労務供給者が受け取る報酬が労務供給への対価といえるか(報酬の労務対償性)が、労基法上の労働者等に準ずる者と評価され、かつ、団体交渉の保護を及ぼすのが必要・適切であると評価されるための中心的判断要素であるとし、報酬と対価関係に立つ労務供給は、労基法におけるような指揮命令下での労務供給に至らなくとも①及び②の要素を充たす非対等な労務供給であれば足りるとする。そして、④当該労務供給者が業務の発注に対し諾否の自由を持たないか、⑤当該労務供給者が業務遂行の日時や場所につき拘束を受けているか、また、作業の態様等につき指揮監督を受けているか、⑥当該労務供給者が事業主に対して専属的に労務を供給しているかは、①の補完的要素であり、⑦当該労務供給者が独立の事業者としての性格を有しているかは、労働者該当性を弱めうる補完的要素として位置づけている。

(7) 問題点

前掲の学説は、使用従属性の判断基準・判断要素を、労働組合法上の労働者の判断基準・判断要素・判断指標として、中核的に(前掲(1)の学説)、付随的

に（前掲(2)の学説）、あるいは、労働基準法・労働契約法上の労働者に「準ずる者」で、かつ、団体交渉の保護を及ぼすのが必要・適切かという観点から緩和して（前掲(3)～(6)の学説）使用する。そして、いずれも、労働組合法上の労働者をいくつかの判断基準・判断要素・判断指標等に照らして総合的に判断する「総合判断論」である。

しかし、第一に、労働基準法及び労働契約法上の労働者の判断基準・判断要素（の中心）を使用従属関係とすることは失当である（→前掲第2章第4節第8款・第3章第4節第7款）。

第二に、前掲の学説が労働組合法上の労働者性の判断基準・判断要素・判断指標としてそのいくつかを挙げている、①「組織への組み入れ」、②「契約内容の一方的決定」、③「申込み・依頼に基本的に応ずべき関係」又は「諾否の自由」、④「指揮監督の下での労務の提供」、⑤「時間的場所的一定の拘束」、⑦「専属性」、⑧「当該収入に生活を依存していること」、⑨「代替性」は、いずれも、労働組合法上の労働者性の判断基準・判断要素・判断指標ではない。そして、⑥「労務提供の対価性」は、労務供給の対償であること以上を求めべきではなく、⑨労働者性を否定するに足りる事業者性は、独立した事業に必要な生産手段等を有し一定の要件を充足する例外的な場合に限定されるべきである（→後掲第4節第7款）。

第三に、労働組合法上の労働者に該当するかどうかは、団結権等を享受し労働組合法の適用を受けることができるかどうかという、入口を決定する最も重要な論点である。したがって、労働組合法上の労働者の判断基準は、特に客観的かつ明確でなければならない（→前掲第1章2）。にもかかわらず、前掲の学説のような総合判断論では、紛争が生じた場合、労働組合法上の労働者に該当すると裁判所で判断されるかどうかの予見可能性は低い。また、総合判断論では、裁判官の恣意的判断を回避することができず、労働者と判断されるかどうかは、「裁判官次第」となり、労働組合法上の労働者であることを主張する労務供給者は、「優しい裁判官」に当たることを祈るしかない。

第四に、前掲学説は、いずれも証明責任分配については論じていないが、労働組合法上の労働者に該当する事実の存在については、当該労務供給者が労働組合法上の労働者であることを主張する側が証明責任を負う。したがって、前掲学説の見解では、労働者が使用従属性の判断基準・判断要素に該当することを根拠づける事実の存在について主張・立証しなければならず、裁判官の心証がグレーである場合は、労働者性が否定されることになる。しかし、このよう

な結論は妥当ではない（→後掲第4節第6款・第7款）。

4 二段階論

(1) 「労働者」と「雇用する労働者」を区別する説

野田進(2008)12～14頁は、第一に、労働組合法3条の労働者かどうかは、同条の文言どおり「賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者」という基準に即して、当該就業者が独立事業者か労働者かが判断されるべきであるとし、受給する「賃金・給料・・・等の収入」が生活資金たる意義を持つか（収入の賃金又はそれに準ずる性質）、及び、就業者がそれを生活資金としているか（収入の受給状況等）を中心に判断し、具体的には、収入の金額の多寡、金額の決定・計算方法、支給態様等を総合勘案して判断すべきであるとする。

そして、第二に、労働組合法7条二号の「雇用する労働者」かどうかを、「団体交渉の保護を及ぼす必要性と適切性」を判断理念として、使用従属関係を指標として判断し、使用従属関係が存在しない場合でも「団体交渉の保護を与えることが必要または適切となる関係」が存在するかを判断するとする。

(2) 問題点

同見解は、以下の点で問題があり、支持できない。

第一に、労働組合法3条の「労働者」とは別に、労働組合法7条二号の「雇用する労働者」という労働者概念を設定し、二段階で労働者性を判断するという見解は、労働組合法3条の労働者を「ある人間が労働者階級（階層）に属するか」という観点から属人的・階層的に把握することを前提とし、その上で、特定の労務供給契約の相手方との関係で「雇用する労働者」に該当するかどうかを判断するものである。しかし、労働組合法3条の「労働者」は、具体的労務供給契約のもとで契約相手方との関係で、又は、具体的労務供給契約がない状況のもとで決定される、関係的・相対的概念である（→後掲第4節第3款）。

第二に、労働組合法3条の労働者の判断基準（要素）として、受給する「賃金・給料・・・等の収入」が生活資金たる意義を持つか（収入の賃金又はそれに準ずる性質）、及び、就業者がそれを生活資金としているか（収入の受給状況等）が挙げられているが、労働組合法上の労働者は、当該労働者が生活するために労働する必要性の有無、当該収入が主な生計維持手段であるかどうか、別の職業活動を行っているかどうかを問わず、原則として労働市場に参入する者全てを含むことが必要である（→後掲第4節第2款）から、これらを労働者

性の判断基準・判断要素とすることは妥当ではない。

第三に、労働組合法7条二号の「雇用する労働者」かどうかの判断基準として、まず使用従属関係を挙げているが、労働組合法3条の「労働者」あるいは7条二号の「雇用する労働者」のどちらの該当性で判断するにせよ、使用従属関係を判断基準（要素）とすることにより、団結権・団体交渉権等を享受する「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7款・第10款）

第四に、労務供給者が労務供給契約の相手方との関係で労働組合法3条の労働者であれば、労務供給契約の相手方は当然に労働組合法7条の使用者であるところ、労働組合法7条二号の「雇用する」という文言は、労働組合法3条の労働者を「雇用する」関係にあるものが労働組合法7条の使用者であることを表現する文言であるから、「雇用する」は、民法上の雇用契約を締結しているという意味ではなく、使用従属関係にあるということでもなく、少なくとも労働組合法3条の労働者と労務供給契約を締結していればそれで足りる。そして、XがYの「雇用する労働者」であるというのは、YがXの使用者であることを述べているにすぎないから、労働組合法3条の「労働者」概念とは別の「雇用する労働者」という労働者概念は不要である（→後掲第4節第10款）。

5 「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はない者」

筆者は、川口美貴(2005)以降、使用従属性の判断基準・判断要素を労働組合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、労働組合法上の労働者性の判断基準は、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（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、時間的場所的拘束、契約内容の一方的決定、事業組織への組み入れ、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、労働組合法3条の労働者は、原則として「自ら他人に有償で労務を

供給する者」である。しかし、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」（独立した事業に必要な生産手段等を有し、かつ、当該生産手段等を用いて、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）、又は、②「独立労働者」（独立した事業に必要な生産手段を有しそれを利用して労務を供給するのではないが、消費者に労務を供給し、かつ、当該消費者に専属的に労務を供給するのではない場合）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することが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者ではない*26*27。

6 労働力を配置し利用する権能

(1) 「労働力を配置し利用する権能」を要件とする説

古川景一(2009b)13～15頁は、前掲5の筆者の見解について、第一の、労働者性の判断基準を導く根拠として交渉の非対等性を挙げること、及び、第二の、使用従属性は労働組合法上の労働者の判断基準ではないという部分には全面的に同意するが、第三の、労働組合法上の労働者の定義については、「①自ら労務を供給し、その対価としての報酬の支払がなされる者であって、②労務供給先がその目的実現のために労働力を配置し利用する権能を有し、③独立事業者に該当しない者」と定義して、経済的従属関係（交渉の非対等性）の存在を明らかにするために②の証明が必要であるとする。

また、使用従属関係は、労働者性の判断基準ではないが、典型的な労働者に見られる一般的特徴であるから、使用従属関係が肯定される場合は肯定できない場合と比較して相対的に労働者性が一層明白であるという意味で二次的ないし補強的・補助的要素として位置づけるとの見解を提示している。

(2) 問題点

第一に、経済的従属関係（交渉の非対等性）の存在を明らかにするために「労務供給先がその目的実現のために労働力を配置し利用する権能を有していること」の証明が必要であること、第二に、使用従属関係を労働者性の補強的

*26 川口美貴(2005)、川口美貴(2009b)、川口美貴(2010a)、川口美貴(2011b)等。

*27 これを支持する見解として、古川景一(2009a)175～176頁。

・補助的要素として位置づけることについては支持できない。この点は後に検討する（→後掲第4節第8款）。

第3款 労働委員会命令

労働委員会の命令については、労働組合法上の労働者の判断基準についての一般論を展開するものは多くないが、一般論を述べる労働委員会命令では、「使用従属性」の判断基準に基本的に依拠するものと、団体交渉の保護を及ぼす必要性・適切性の観点から検討を加えて判断するものがあると指摘されている^{*28}。

本款では、特に、①労働組合法3条の「労働者」と労働組合法7条の「使用者」及び労働組合法7条二号の「雇用する労働者」との関係について独自の見解を提示した、新国立劇場運営財団事件の中労委命令と中労委の上告受理申立理由、②労働組合法上の労働者の一般的判断基準の定立を試みた、ソクハイ事件の中労委命令の内容を検討する。

1 新国立劇場運営財団事件における中労委の命令と 上告受理申立理由

新国立劇場運営財団事件は、オペラ合唱団員の所属する労働組合（音楽家ユニオン）の団交申入れに対しオペラ興行主（新国立劇場運営財団、以下「財団」という）が応じなかったこと、及び、オペラ合唱団員の不合格措置と次年度の契約を更新しなかったことが不当労働行為に該当するかどうかの前提として、オペラ合唱団員の労働組合法上の労働者性が争われた事案である。

初審東京都労委は、当該オペラ合唱団員の労働組合法上の労働者性を肯定した上で、団交拒否については不当労働行為であることを認めたが、契約を更新しなかったことについては不当労働行為ではないと判断した^{*29}ので、財団と音楽家ユニオンの双方が再審査を申し立てた。

*28 竹内（奥野）寿(2010)104～105頁。

*29 東京都労委平成17・5・10別冊中央労働時報1330号17頁。

(1) 中労委命令における労働者性の判断

中労委は、当該オペラ合唱団員は、労働組合法3条の労働者に当たり、また、財団との関係でも団体交渉により保護されるべき労働者であり、財団は不当労働行為制度上の使用者たる地位を有すると判断した*30。その労働者性等の判断に関する重要な部分の内容は以下の通りである（文中の記号・番号は命令文、下線は筆者）。

「(1) 労組法第3条の「労働者」性について」

「イ 労組法は、労働条件等の決定に関し、労使対等を実現した労働者が団結することを擁護し、団体交渉を助成することを目的としている（同法第1条第1項）。

そして、同法にいう労働者は、自主的に労働組合を結成し、その運営及びその活動の主体となる者であり、必ずしも労働契約を締結し使用者に使用されている者に限らず、広く『職業の種類を問わず、賃金・・・その他これに準ずる収入によって生活する者』（同法第3条）を言う。

したがって、自己の計算に基づいて事業を営む自営業者の他は、他人の指図によって仕事をし、そのために提供した役務に対価が支払われている限り、広く労働者にあたりと解されるべきである。」

「ウ 本件では、八重樫は、契約メンバーであった当時、財団との間で基本契約ないし個別契約を締結して個別公演及びこれに必要な稽古等において歌唱技能を提供し、財団の決定した算定基準、算定方法に従って、公演ないし稽古等の時間に応じた報酬を得る立場にあったのであり、財団の決定及び計算による報酬を受けていた者と認められるから（後記(2)ウ(イ)、自己の計算において事業を営んでいたとは言えず、同人の労働者性は明らかである。」

「(2) 財団との関係における労働者性について

ア 総論

(ア) 八重樫が労組法第3条にいう労働者に当たることは、同人を構成員とする組合すなわちユニオンが労組法上の労働組合と認められうるということにとどまり、財団が同人の労働条件等について団体交渉応諾義務を負う使用者に当たるかについてはさらに別の考察が必要である。

(イ) 不当労働行為制度上の使用者について、これを定義した規定はないが、これまで一般に『労働契約ないしそれに類似もしくは隣接した関係をもとに成

*30 中労委平成18・6・7別冊中央労働時報1351号233頁、同1358号1頁。

立した労使関係の一方当事者』を言うものとされてきた。

当委員会もこのような立場が妥当であると考えるので、本件における八重樫と財団との関係がこのような実態を備えているか否かを事実関係に即して検討する。」

「ク 結論

以上のとおり、基本契約下にある契約メンバーは、財団による個別公演出演の発注に対して諾否の自由が制約されており、特段の事情のない限り当然に応諾するものとみなされて、財団が興行として実施する個別公演に不可欠の人員とされ、財団が一方的に指定した契約内容に基づいて、年間を通じて、財団の指揮監督の下、演目、公演や稽古の日時、場所等についての財団の指示に従って歌唱技能を提供し、これを役務とした対価としての報酬を受けているものと認められる。

したがって、八重樫と財団の間には労働契約ないしこれに類似する関係があり、八重樫は財団との関係でも団体交渉により保護されるべき労働者であり、財団は使用者たる地位を有すると解するのが相当である。」

(2) 中労委命令の特徴

中労委命令は、第一に、労働組合法3条の労働者については、「自己の計算に基づいて事業を営む自営業者の他は、他人の指図によって仕事をし、そのために提供した役務に対価が支払われている限り、労働者にあたる」と解するが(→(1)イ)、第二に、不当労働行為制度上の使用者(労組法7条の使用者)については、「労働契約ないしそれに類似し若しくは隣接した関係をもとに成立した労使関係の一方当事者」かどうかで判断し、具体的には、諾否の自由、指揮監督関係の有無・程度、専属的拘束性、報酬の労務対価性等を検討し、「使用者」の範囲を限定する(→(2))。

すなわち、労働組合法上の労働者性を判断した後、さらに労務供給の相手方が労働組合法7条の使用者かどうかを判断し、諾否の自由等「使用従属性」の判断基準・判断要素で労働組合法7条の使用者を限定する、「使用者限定論」である。

(3) 中労委命令の問題点

中労委命令の判断基準は、労働組合法3条の労働者性の判断において使用従属性の判断基準・判断要素で労働者の範囲を限定する代わりに、労働組合法7

条の使用上の判断において使用従属性の判断基準・判断要素で使用者の範囲を限定するものである。したがって、労働組合法3条の労働者であっても、使用従属性の判断基準・判断要素に該当しなければ、労務供給の相手方に対し団体交渉を求めることができず、不利益取扱いから保護されることもなく、不当労働行為救済制度も適用されず、団結権や団体交渉権の保障はないに等しく、実質的に団結権も団体交渉権もない労働者ということになる。

しかし、使用従属性の判断基準・判断要素により、団結権や団体交渉権を享受する労働組合法上の労働者の範囲を限定することは失当である（→後掲第4節第7款）。したがって、使用従属性の判断基準・判断要素で、労働組合法7条の使用上の範囲を限定し、実質的に団結権や団体交渉権を享受する労働者の範囲を限定することも失当である。

(4) 中労委の申告受理申立理由

新国立劇場運営財団事件の中労委命令については、音楽家ユニオンと財団のいずれも命令の一部取消を求めて行政訴訟を提起したところ、東京地裁及び東京高裁（→後掲第4款2(2)）は、いずれも、当該オペラ合唱団員の労働組合法上の労働者性を否定し、団交拒否と契約の不更新の不当労働行為性を否定した。そこで、音楽家ユニオンは、団交拒否と契約の不更新の双方につき、中労委は団交拒否について最高裁に上告した。中労委の申告受理申立理由における、労働者性等の判断に関する主張の重要な部分以下の通りである（文中の記号・番号は理由書、下線は筆者）。

「Ⅱ 原判決が労組法3条の解釈、適用を誤っていること」

「第1 労組法3条の解釈のあり方」

「3 労組法3条の解釈のあり方

・・・同条にいう『労働者』とは、労働契約下にある労務供給者及びこの者と同程度に団体交渉の保護を及ぼすべき必要性和適切性が認められる同種労務供給下にある者と解すべきであり、同条の『労働者』が給与生活者に準ずる者も含む広い概念であること、同条が労働者一般を定義する規定であることから、その当否の判断は、当該労務提供者の収入の内容及びその根拠等からみて当該労務提供者が実質的に給与生活者あるいはこれに準ずる者と評価できるか否かという観点から行うべきである。」

「Ⅲ 原判決が労組法7条2号の解釈、適用を誤っていること」

「第1 労組法7条2号の『雇用する労働者』の解釈のあり方」

「2 労組法7条2号の『雇用する労働者』の解釈のあり方

・・・ある者が労組法7条2号の『雇用する労働者』といえるか否かは、団体交渉を求める労務提供者とその相手方である事業主との間で、その労務の提供に関する個別、具体的な事情、すなわち、契約内容の決定の態様、労務の提供に関する事業主からの指揮監督の有無及びその内容、労務を提供したことにより支払われる金銭の額及び計算方法並びにこれらの事情により認められる当該金銭の性質ないし趣旨、労務に関する拘束時間の多寡ないし長短、専属的な拘束の有無及び程度、労務を提供したことにより得られる収入への経済的な依存の程度等の諸事情から、当該労務提供者が労組法の保護（同法1条参照）を与えるべき者といえるか否かという観点から総合的に解釈、判断すべきである。」

(5) 中労委の上告受理申立理由の特徴

中労委の上告受理申立理由は、第一に、労働組合法3条の労働者については、「実質的に給与生活者あるいはこれに準ずる者と評価できるか否か」との基準で判断するが（→Ⅱ第1の3）、第二に、労働組合法7条2号の雇用する労働者については、契約内容の決定の態様、労務の提供に関する指揮監督の有無・内容、支払われる金銭の額・計算方法・当該金銭の性質ないし趣旨、拘束時間の多寡・長短、専属的な拘束の有無・程度、当該収入への経済的な依存の程度等の諸事情から総合的に判断し、「雇用する労働者」の範囲を限定する（→Ⅲ第1の2）。

すなわち、労働組合法上の労働者性を判断した後、さらに当該労働者が労務供給の相手方との関係で労働組合法7条2号の「雇用する労働者」かどうかを判断し、契約内容の決定の態様等の「使用従属性」の判断基準・判断要素で後者を限定する、「雇用する労働者限定論」である。

(6) 中労委の上告受理申立理由の問題点

中労委の上告受理申立理由の判断基準は、労働組合法3条の労働者性の判断において契約内容の決定の態様等の基準で労働者の範囲を限定する代わりに、労働組合法7条2号の「雇用する労働者」の判断において契約内容の決定の態

様等の基準で「雇用する労働者」の範囲を限定するものである。したがって、労働組合法3条の労働者であっても、契約内容の決定の態様等の基準に該当しなければ、労務供給の相手方に対し団体交渉を求めることができず、団体交渉権の保障はないに等しく、実質的に団体交渉権のない労働者ということになる。

しかし、契約内容の決定の態様、労務の提供に関する指揮監督の有無・内容、支払われる金銭の額・計算方法・当該金銭の性質ないし趣旨、拘束時間の多寡・長短、専属的な拘束の有無・程度、当該収入への経済的な依存の程度等により、団体交渉権を享受する労働組合法上の労働者の範囲を限定することは失当である（→後掲第4節第7款）。したがって、この基準で、労働組合法7条二号の「雇用する労働者」の範囲を限定し、実質的に団体交渉権を享受する労働者の範囲を限定することも失当である。

2 ソクハイ事件中労委命令

ソクハイ事件は、メッセージャー即配便と称し自転車を用いて書類等配送業務を行う会社の配送員（メッセージャー）の所属する労働組合の団交申入れに会社が応じなかったことが労働組合法7条二号の不当労働行為に該当するかどうか等を判断する前提として、メッセージャーの労働組合法上の労働者性が問題となった事案である。

初審東京都労委は、メッセージャーの労働組合法上の労働者性を認め、団交申入れに応じなかった等の不当労働行為性を認め救済命令を発した^{*31}ため、会社は中労委に再審査を申し立てた。

(1) ソクハイ事件中労委命令における労働者性の判断

中労委は、メッセージャーは、労働組合法上の労働者に当たり、また、メッセージャーは、会社との関係で「労働者」としての労務供給関係にあるから、労働組合法7条の「雇用する」との要件も充たすと判断し、会社の行為を労働組合法7条二号（一部）及び一・四号の不当労働行為であると判断した^{*32}。その労働者性等の判断の内容は以下の通りである（文中の記号・番号は命令文、[結論]と下線は筆者）。

*31 東京都労委平成21・6・2労判986号96頁[要旨]。

*32 中労委平成22・7・7別冊中央労働時報1395号11頁。

「(2) ア 憲法第28条は、国民の基本的権利の一つとして勤労者の団結権、団体交渉その他の団体行動をする権利を保障しており、労働組合法は、この憲法の権利保障を受けて、『労働者が使用者との交渉において対等の立場に立つことを促進することにより労働者尾地位を向上させること』を目的として(第1条)労働者が労働組合に結集して団体交渉をすることを助成する諸種の保護を行っている。

労働組合法3条は、同法により保護される『労働者』を定義するものであるが、上記のような労働組合法の趣旨・目的に加え、『労働者』を『職業の種類を問わず』、『賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者』とする同条の文言に照らせば、同条は『労働者』を特定の労務供給契約上の地位に立つ者に限定してはいないというべきである。したがって、同条にいう『労働者』は、労働契約法や労働基準法上の労働契約によって労務を供給する者のみならず、労働契約に類する契約によって労務を供給して収入を得る者で、労働契約下にある者と同様に使用者との交渉上の対等性を確保するための労働組合法の保護を及ぼすことが必要かつ適切とみられる者をも含む、と解するのが相当である。これを労働組合法第3条、労働契約法第2条第1項及び労働基準法第9条の文言に則していえば、労働組合法上の労働者には、『使用され』て『賃金を支払われる』労働契約法・労働基準法上の労働者にとどまらず、団体交渉の保護を及ぼす必要性と適切性という観点から、『使用され』ることへの対価である『賃金、給料』に『準ずる収入』をもたらす労務供給によって生活する者を含むのである。

また、労働組合法第7条は、使用者が『雇用する労働者』の代表者である労働組合に対する不当労働行為を禁止しているが、上記のような同法の趣旨及び目的並びに同法が保護する『労働者』の内容に照らせば、上記の『雇用する』もまた、同条の保護の対象を使用者と労働契約関係にある者に限定する趣旨ではなく、同法第3条の「労働者」といえる者が当該企業との間において当該労務供給の関係を営んでいることで充たされる、と解するのが相当である。

イ 本件においては、個人に対する業務委託(請負)の契約形式によって労務を供給する者が労働組合法上の労働者といえるかどうかが問題となっているが、そのような場合について以上の観点からより具体的に検討すると、(A)①当該労務供給を行う者達が、発注主の企業組織から独立した立場で断続的に業務委託を受けているのではなく、発注主の事業活動に不可欠な労働力として恒常的に労務供給を行うなど、いわば発注主の事業組織に組み込まれているとい

えるか、②当該労務供給契約の全部又は重要部分が、實際上、対等な立場で個別的に合意されるのではなく、発注主により一方的・定型的・集团的に決定されているか、③当該労務供給者への報酬が当該労務供給に対する対価ないしは同対価に類似するものとみることができるか、という判断要素に照らして、団体交渉の保護を及ぼすべき必要性和適切性が認められれば、当該労務供給者は『賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する』労働者に該当するというべきである。

ウ 上記のイ(A)①『発注主の事業組織への組込み』は、以下の諸要素が認められるときには、肯定につながるといえる。

(a) 当該労務供給を行う者達が発注主から個々の業務の委託を受けるにつき契約上諾否の自由を有しないか、又は、契約上はその自由を有していても実態としては諾否の自由を全く若しくはまれにしか行使していないこと。

(b) 発注者がその事業の円滑な運営のために当該労務供給を行う者達に対して労務供給の日時・場所・態様について拘束ないし指示を行っていること。もともと、上記アのとおり、労働組合法上の労働者には、労働契約法ないし労働基準法上の労働者に準ずる労務供給者も含まれることからすれば、この(b)における拘束性は、労働契約法ないし労働基準法上の労働者におけるものほどに強度である必要はない。

(c) 当該労務供給者が発注主にたいして専属的に労務を供給しており、他の発注主との契約関係が全く又はほとんど存在しないこと。もともと、専属性が存在しないからといって、直ちに事業組織への組み込みが否定されるわけではないことに留意する必要がある（たとえば週のうち3日は甲企業、2日は乙企業に働く労務供給者）。

エ 他方、(B) 当該労務供給者が、当該事業のための相応の設備、機械、資金等を保有しており、また場合によっては他人を使用しているなど、事業者性が顕著である場合には、労働組合法上の労働者性は否定されることとなる。」

「(4) 以上のように、上記(2)イの判断要素(A)については、①メッセージャーは会社の企業組織から独立した立場で本件書類等配送業務の依頼を受けているのではなく、会社の事業の遂行に不可欠な労働力を恒常的に供給する者として会社の事業組織に強く組み込まれており、②メッセージャーの報酬等の契約内容は会社が一方的・定型的・集团的に決定しているといえ、③メッセージャーの収入は、本件書類等配送業務に係る労務供給に対する対価であると見るのが相当である。他方、同エ(B)メッセージャーは、配送業務の手段の一部を所

有し、経費を一部負担しているが、それらは事業者性を基礎づけるものとはいえず、むしろ自己の才覚で利得する機会が全くない点で事業者性は認め難い。」

〔結論〕「以上からすれば、メッセンジャーは、労働契約又は労働契約に類する契約によって労務を供給して収入を得る者として、使用者との対等な交渉を確保するための労働組合法の保護を及ぼすことが必要かつ適切であると認められ、『賃金、給料又はこれに準ずる収入によって生活する者』と定義された労働組合法上の労働者に当たる。

そして、メッセンジャーは、会社との関係で『労働者』としての労務供給関係にあるから、同法第7条の『雇用する』との要件を充たすこととなる。」

(2) 中労委命令の特徴

ソクハイ事件の中労委命令は、第一に、労働組合法上の労働者について詳細な判断基準を定立していること、第二に、労働組合法上の「労働者」といえる者が当該企業との間において当該労務供給の関係を営んでいれば、労働組合法7条の「雇用する」を充足するとしていることを特徴とする。

第二の中の、労働組合法7条二号の「雇用する」は、労働組合法上の労働者と労務供給関係にあることで足りるという点は妥当であるが、それ以外の、①労働組合法上の労働者性の判断基準、及び、②「雇用する」という要件を充足していることを理由に、労働組合法7条二号の団交拒否だけでなく一号・四号の不利益取扱いについても不当労働行為であることを認め、労働組合法上の労働者とどういう関係にあるものが労働組合法7条の使用者であるかを判断していない点は、支持できない。

(3) 問題点①－判断要素

ソクハイ事件中労委命令は、労働組合法3条の労働者は、「団体交渉の保護を及ぼす必要性と適切性という観点から、『使用され』ることへの対価である『賃金、給料』に『準ずる収入』をもたらす労務供給によって生活する者を含む」と述べる（→(2)ア）。

そして、その判断要素として、①労務供給者が発注主の事業組織に組み込まれているといえるか、②当該労務供給契約の全部又は重要部分が、實際上、対等な立場で個別的に合意されるのではなく、発注主により一方的・定型的・集団的に決定されているか、③当該労務供給者への報酬が当該労務供給に対する対価ないしは同対価に類似するものとみることができるか、を挙げる（→(2)

イ(A))。

①「発注主の事業組織への組込み」については、(a)諾否の自由がないこと、(b)労務供給の日時・場所・態様についての拘束ないし指示、(c)専属性（→(2)イ(A)）が存在する場合は肯定されるとする。そして、本件については、1）メッセンジャーは、会社の運送業務に不可欠な労働力として各営業所に配置されて営業所長の管理の下に恒常的に同業務に従事する者として、会社の営業体制の一部をなしていること、2）会社は、メッセンジャーとなろうとする者について、研修を行って一定の知識・技能、ルール等を身につけさせ、当該研修修了者を本件書類等配送業務に用いることにより、事業の効率的な運営、顧客への信用保持等を図っていること、3）書類バッグや名札において、会社が選定したメッセンジャーによる同配送業務を会社が責任を持って行うものであることを顧客等に顕示していることなどの事実から、メッセンジャーは、会社の企業組織から独立した立場で本件書類等発送業務の依頼を受諾しているのではなく、会社の事業の遂行に不可欠な労働力を恒常的に供給する者として会社の事業組織に組み込まれていると判断する。

他方、当該労務供給者の事業者性が顕著である場合には、労働組合法上の労働者性は否定されるとする（→(2)エ）。

しかし、中労委命令の掲げる判断要素である、①事業組織への組み入れ、②契約内容の一方的・決定的・集团的決定、及び、①を判断する諸要素である、(a)諾否の自由がないこと、(b)日時・場所・態様についての拘束ないし指示、(c)専属性は、いずれも労働組合法上の労働者の範囲を限定する判断基準・判断要素・考慮要素として妥当ではない。また、③の報酬の労務供給に対する対価性は、単に労務供給の対価であることで足り、労働者性を否定するに足りる事業者性は、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、消費者に労務を供給する場合又は事業者に労務を供給するが供給される労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく専属的継続的な労務供給でもない場合に限定されるべきである（→後掲第4節第7款）。

（4）問題点②－労組法7条二号の「雇用する」と7条の「使用者」

同事件の中労委命令は、労働組合法7条「雇用する」という要件を充足している（→ [結論]）ことを理由に、労働組合法7条二号の不当労働行為だけでなく一号・四号の不利益取扱いについても不当労働行為であることを認める。

しかし、労働組合法上の労働者は労務の供給を受ける者との関係で決定され、ソクハイ事件でメッセージャーが労務の供給を受ける会社との関係で労働組合法上の労働者であれば、会社は当然にメッセージャーとの関係で不当労働行為が禁止されている労働組合法7条の「使用者」である（→後掲第4節第9款）。したがって、労働組合法7条二号の「雇用する」に該当するから、二号・一号・四号の不当労働行為の使用者性を肯定するというのは、論理的に失当である。

第4款 判例・裁判例

労働組合法上の労働者をめぐる判例・裁判例については、①C B C管弦楽団事件最高裁判決、②その後の下級審裁判例、③2011年4月12日に言い渡された新国立劇場運営財団事件及びI N A Xメンテナンス事件の最高裁判決の内容を検討する（ビクターS E事件最高裁判決〈2012年2月21日〉→後掲追補）。

1 C B C管弦楽団事件最高裁判決（昭和51・5・6）

最高裁が労働組合法上の労働者について判断した、C B C管弦楽団事件は、民間放送会社が放送管弦楽団員の所属する労働組合との団体交渉を拒否したことが労働組合法7条二号の不当労働行為にあたるかどうかの前提として、放送管弦楽団員の労働組合法上の労働者性が問題となった事案である。

第一審名古屋地裁^{*33}は、楽団員は自由出演契約においても会社に対して使用従属関係にある労働組合法3条の労働者であり所属する労働組合は団体交渉権の主体であり会社は労働組合法7条二号の使用者であると判断して、愛知県地方労働委員会の棄却命令を取り消し、控訴審名古屋高裁^{*34}もこれを支持した。これに対し、愛知県地方労働委員会が上告し、会社が補助参加した。

(1) C B C管弦楽団事件最高裁判決の結論と内容

最高裁^{*35}は、「楽団員は、自由出演契約のもとにおいてもなお、会社に対す

*33 名古屋地判昭和46・12・17民集30巻4号471頁、判時656号23頁。

*34 名古屋高判昭和49・9・18民集30巻4号530頁。

*35 最一小判昭和51・5・6民集30巻4号437頁、判時813号3頁。調査官解説として、『最高裁判所判例解説民事篇昭和51年度』法曹会(1979年)16事件（佐藤繁執筆）205～215頁。同判決の意義と評価については、特に、古川景一(2009 a)169～176頁が詳細に分析している。

る関係において労働組合法の適用を受けるべき労働者にあたる」と判断して、上告を棄却した。その判決理由の結論部分の内容は、以下の通りである（（ ）内の注と [結論]、及び、番号・下線は筆者）。

「そこで、右事実に基づいて考えるのに、①本件の自由出演契約が、会社において放送の都度演奏者と出演条件等を交渉して個別的に契約を締結することの困難さと頻雑さを回避し、楽団員をあらかじめ会社の事業組織のなかに組み入れておくことによって、放送事業の遂行上不可欠な演奏労働力を恒常的に確保しようとするものであることは明らかであり、この点においては専属出演契約及び優先出演契約と異なるところがない。このことと、②自由出演契約締結の際における会社及び楽団員の前記のような認識（注：この判示の前の部分で「会社も楽団員も、右契約によって出演発注に対する楽団員の諾否が文字通り自由になるのではなく、出演発注があれば原則としてはやはりこれを拒否できず、いつも発注に応じないときは、契約解除の理由となり、更には次年度の契約更新を拒絶されることもありうるものと考えていた」との認定を是認している）とを合わせ考慮すれば、③右契約の文言上は楽団員が会社の出演発注を断ることが禁止されていなかったとはいえ、④そのことから直ちに、右契約が所論のいうように出演について楽団員になんらの義務を負わず、単にその任意の協力のみを期待したものであるとは解されず、むしろ、原則としては発注に応じて出演すべき義務のあることを前提としつつ、ただ個々の場合に他社出演等を理由に出演しないことがあっても、当然には契約違反等の責任を問わないという趣旨の契約であるとみるのが相当である。⑤楽団員は、演奏という特殊な労務を提供する者であるため、必ずしも会社から日日一定の時間的拘束を受けるものではなく、出演に要する時間以外の時間は事実上その自由に委ねられているが、⑥右のように、会社において必要とするときは随時その一方的に指定するところによって楽団員に出演を求めることができ、楽団員が原則としてこれに従うべき基本的関係がある以上、⑦たとえ会社の都合によって現実の出演時間がいかに減少したとしても、⑧楽団員の演奏労働力の処分につき会社が指揮命令の権能を有しないものということはできない。また、⑨自由出演契約に基づき楽団員に支払われる出演報酬のうち契約金が不出演によって減額されないことは前記のとおりであるが、⑩楽団員は、いわゆる有名芸術家とは異なり、演出についてなんら裁量を与えられていないのであるから、⑪その出演報酬は、演奏によってもたらされる芸術的価値を評価したものというよりは、

むしろ、演奏という労務の提供それ自体の対価であるとみるのが相当であって、⑫その一部たる契約金は、楽団員に生活の糧として一応の安定した収入を与えるための最低保障給たる性質を有するものと認めるべきである。

〔結論〕以上の諸点からすれば、楽団員は、自由出演契約のもとにおいてもなお、会社に対する関係において労働組合法の適用を受けるべき労働者にあたりと解すべきである。したがって、楽団員の組織する被上告人組合と会社との間に同法七条二号の不当労働行為が成立しうるとした原審の判断は正当である。

(2) 最高裁判決の意義と評価①

－労働者と使用者・「雇用する労働者」の関係

上告参加人の主な主張は、楽団員は労働組合法7条二号の「雇用する労働者」ではなく、会社は同号の「使用者」ではなく、不当労働行為は成立しえないというものであったが、最高裁は、「楽団員」は、「自由出演契約のもとにおいてもなお、会社に対する関係において」、労働組合法の適用を受けるべき労働者に当たると明確に判示した。そして、会社が労働組合法7条の使用者に該当するかどうか、楽団員が労働組合法7条二号の「雇用する労働者」かどうかをさらに判断することなく、「楽団員の組織する被上告人組合と会社との間に同法七条二号の不当労働行為が成立しうるとした原審の判断は正当である」と判示した。

したがって、同事件の最高裁判決は、第一に、労働組合法上の労働者は、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」ではなく、「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」であると解するものである^{*36}。

第二に、労働組合法3条の定める「労働組合法上の労働者」と労働組合法7条の「使用者」、及び、労働組合法3条の定める「労働組合法上の労働者」と労働組合法7条二号の「雇用する労働者」との関係について、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「労働組合法上の労働者」で

^{*36} 労働組合法上の労働者は関係的・相対的概念であることについては、川口美貴(2009b)4～8頁で指摘している。

あれば、労務の供給を受ける者は当然に当該労働者との関係で不当労働行為責任を負う労働組合法7条の「使用者」であり、当該労働者は労務の供給を受ける者との関係で労働組合法7条二号の「雇用する労働者」である*37と解するものといえよう。

(3) 最高裁判決の意義と評価②

－労働組合法上の「労働者」の判断基準

CBC管弦楽団事件最高裁判決は、第一に、第一審及び控訴審が「使用従属関係にある者」を労働組合法上の労働者としていたのに対し、「使用従属関係」という文言は用いず（この事案のみならず、最高裁は、現在にいたるまで、労働基準法上の労働者及び労働組合法上の労働者に該当するかどうか争点となった事案について、「使用従属」という文言を使用したことはない）*38、また、労働組合法上の労働者の一般的判断基準を示さず、「以上の諸点」（前記(1)の判示①～⑫）から、当該事案における楽団員の会社に対する労働組合法上の労働者性を肯定した事例判断である。

第二に、同判決は、基本的に、判示⑧の「楽団員の演奏労働力の処分につき会社が指揮命令の権能を有しないものということとはできない」（労働力の処分についての指揮命令の権能）という点と、判示⑩の「その出演報酬は、演奏によってもたらされる芸術的価値を評価したものというよりは、むしろ、演奏という労務の提供それ自体の対価である」（労務提供それ自体の対価性）という点の二点から労働者性を肯定している。したがって、同判決は、少なくともこの二点があれば、労働組合法上の労働者性を肯定するものといえよう*39。

第三に、同判決は、判示⑧（労働力の処分についての指揮命令の権能）に関しては、判示①（自由出演契約の目的：不可欠な演奏労働力の恒常的確保）と判示②（会社と楽団員の認識）から、判示③（契約上の文言）の事情があっても、判示④（自由出演契約の趣旨）を導き、判示④（自由出演契約の趣旨）をもう一度判示⑥（会社と楽団員の基本的関係）として敷衍して、判示⑤（一定の時間的拘束を受けていないこと）と判示⑦（出演時間の減少）という事情が

*37 川口美貴(2009b)20～24頁で指摘している。新立劇場運営財団事件において、音楽家ユニオンは、上告受理申立理由及び口頭による意見陳述（古川景一・川口美貴・宮里邦雄(2011)19～22頁参照）でこの見解を主張した。

*38 すでに、古川景一(2009a)171頁が指摘している。

*39 すでに、古川景一(2009a)175頁が指摘している。

あっても、判示⑥（会社と楽団員の基本的関係）から判示⑧（労働力の処分についての指揮権能）を肯定している。したがって、同判決は、少なくとも判示①と②の事情があれば判示④＝⑥を導き、判示⑧（労働力の処分についての指揮命令の権能）を肯定するものであり、業務遂行方法への具体的指示や時間的拘束、就業規則の適用等、他の事情を要求するものではない。

第四に、同判決は、判示⑪（労務提供それ自体の対価性）については、判示⑨（不出演に対する契約金減額がないこと）と判示⑩（演出について裁量がないこと）から、判示⑪（労務提供それ自体の対価性）を導き、判示⑫（契約金の性質）のように判断している。したがって、同判決は、その他の報酬の額や決定方法等の事情を要求するものではない。

第五に、同判決は、「以上の諸点」から、当該事案における労働組合法上の労働者性を肯定したのであって、判示①と②の事情があつて判示④＝⑥が導かれなければ、判示⑧が肯定されないと述べたわけではなく、また、そもそも、判示⑧（労働力の処分についての指揮命令の権能）と、判示⑪（労務提供それ自体の対価性）がなければ、労働組合法上の労働者性が否定されると述べたわけでもない。同判決はあくまで事例判決であり、これらの全部又は一部がなければどのように判断されるのか、また、労働組合法上の労働者性の一般的判断基準の定立については、その後の解釈に委ねられた。

2 近年の下級審裁判例

CBC管弦楽団事件最高裁判決以降の下級審裁判例も、第一に、労働組合法上の労働者については、労務の供給を受ける者との関係で、労働組合法上の労働者に該当するかどうか、「関係的・相対的概念」として判断している。

しかし、第二に、労働組合法上の労働者の判断基準・判断要素については、特に近年の下級審裁判例（アサヒ急配事件の大阪地裁判決、新国立劇場運営財団事件・INAXメンテナンス事件・ビクターエンジニアリング事件の東京地裁・高裁判決等）は、労基研報告(1985)（→後掲資料編資料I）が労働基準法

上の労働者性の判断基準としている「使用従属性」及びその判断要素*40を、事実上、労働組合法上の労働者の判断基準・判断要素としていると解されるものであった*41。

(1) アサヒ急配事件

アサヒ急配事件は、貨物自動車運送事業を行う会社が、当該会社と運送業務委託契約を締結し運送業務に従事する運転手の所属する労働組合に対し団交を拒否したこと等が不当労働行為に該当するかどうかの前提として、当該運転手の労働組合法上の労働者性が争われた事案である。

大阪地裁判決（平成19年4月25日）*42は、委託契約者（運転手）が、①指揮監督の下で業務に従事していたこと、②報酬は仕事の成果に対する報酬というよりは労務提供の対償であること、③自己の計算と危険負担に基づき事業を営営する事業者ではないこと、④専属性、⑤服務規程の作成や制服支給等服務管理を行っていたことを認定し、会社の業務形態や採用に関する経緯を併せ考えると、委託契約者は、会社の指揮監督下で労務を提供し、その対償として賃金の支払を受けており、会社と委託契約者は使用従属関係にあったと判断した上で、当該運転手が労働組合法上の労働者であることを肯定した。

*40 同報告書は、労働基準法上の労働者性の判断基準を「使用従属性」におき、これを、「使用される＝指揮監督下の労働」という労務提供の形態及び「賃金支払」という報酬の労務対償性の二つの基準により判断し、限界の事例については、事業者性の有無、専属性の程度等を勘案して総合判断するとの判断枠組みを提示している。そして、「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、③拘束性（勤務場所・時間の指定・管理）の有無を挙げ、④代替性の有無をその補強要素とする（→前掲第2章第3節第2款2）。

*41 以下で検討する裁判例の他、眞壁組事件の大阪高裁判決（大阪高判平成10・10・23労判758号76頁）は、ミキサー運転手の労働組合法上の労働者性について、労働基準法上の労働者性について判断した横浜南労基署長事件の最高裁判決（最小小判平成8・11・28労判714号14頁）を引用して、指揮監督下での労務提供であったとして労働者性を肯定し、加部建材・三井道路事件の東京地裁判決（東京地判平成15・6・9労判859号32頁）は、ダンプ持込者（備車運転手）の労働組合法上の労働者性について、労働基準法上の労働者性の判断にあたり認定した事実から、労務提供への指揮命令を受けるともその報酬が労務提供自体の対価であるとも認めがたいとして、労働者性を否定した。

*42 大阪地判平成19・4・25労判963号68頁。

(2) 新国立劇場運営財団事件

新国立劇場運営財団事件は、オペラ合唱団員の所属する労働組合の団交申入れに対しオペラ興行主（新国立劇場運営財団）が応じなかったこと、及び、オペラ合唱団員の不合格措置と次年度の契約を更新しなかったことが不当労働行為に該当するかどうかの前提として、オペラ合唱団員の労働組合法上の労働者性が争われた事案である。

東京地裁判決（平成20年7月31日）^{*43}及び東京高裁判決（平成21年3月25日）^{*44}は、「労組法上の労働者であるかどうかは、法的な指揮命令、支配監督関係の有無により判断すべきものであり、経済的弱者であるか否かによって決まるものではない」と判示し、「法的な指揮命令、支配監督関係」の判断要素として、①労務ないし業務の提供に関する諾否の自由、②業務遂行の日時、場所、方法等の指揮監督、③報酬の決定方法と予定された公演以外の出演義務、④契約内容の一方的決定性と時間的拘束性等を検討した上で、いずれも、当該オペラ合唱団員の新国立劇場運営財団に対する労働者性を否定した。

(3) INAXメンテナンス事件

INAXメンテナンス事件は、修理補修業務等に従事するカスタマーエンジニアの所属する労働組合の団交申入れを、カスタマーエンジニアに業務を委託している住宅設備機器の修理補修等の業務を行う会社が拒否したことが不当労働行為に該当するかどうかの前提として、カスタマーエンジニアの労働組合法上の労働者性が争われた事案である。

東京地裁判決（平成21年4月22日）^{*45}は、労働組合法3条の労働者は、「他人（使用者）との間において使用従属の関係に立ち、その指揮監督のもとに労務に服し、労働の対価としての報酬を受け、これによって生活する者」と判示し、使用従属概念を用い、判断要素として、①業務の依頼に対する諾否の自由、②時間的場所的拘束、③業務遂行について具体的指揮監督、④報酬の業務への対価性等を挙げた上で、当該カスタマーエンジニアの会社に対する労働者性を肯定した。

これに対して、同事件の東京高裁判決（平成21年9月16日）^{*46}は、労働組合

*43 東京地判平成20・7・31労判967号5頁。

*44 東京高判平成21・3・25労判981号13頁。

*45 東京地判平成21・4・22労判982号17頁。

*46 東京高判平成21・9・16労判989号12頁。

法3条の労働者は、「他人（使用者）との間において、使用従属の關係に立って、その指揮監督のもとに労務に服し、その提供する労働の対価としての報酬を受ける者」と判示し、使用従属概念を用い、その判断要素として、東京地裁判決と同じ判断要素を提示したが、結論として、当該カスタマーエンジニアの会社に対する労働者性を否定した。

(4) ビクターサービスエンジニアリング事件

ビクターサービスエンジニアリング事件^{*47}は、音響製品等の修理等業務に従事する「個人代行店」の所属する労働組合の団交申入れに対し、「個人代行店」に業務を委託している音響製品の修理等の業務を行う会社が応じなかったことが不当労働行為に該当するかどうかの前提として、「個人代行店」の労働組合法上の労働者性が争われた事案である。

東京地裁判決（平成21年8月6日）^{*48}は、「労務を提供する者が、労働契約上の被用者でなくても、労務提供を受ける者から、被用者と同視できる程度に、その労働条件等について現実的かつ具体的に支配、決定されている地位にあると認められ、かつ、当該労務提供の対価としての収入を得ていると認められる場合には、当該労務提供者は、同条（注：労働組合法3条）の労働者に当たるものと解する」と判示し、当該「個人代行店」の会社に対する労働者性を否定した。

*47 大阪府労委平成18・11・17労判929号92頁（要旨）、別冊中央労働時報1353号30頁、中労委労判955号95頁（要旨）、別冊中央労働時報1360号39頁。

*48 東京地判平成21・8・6 労判986号5頁。

また、同事件の東京高裁判決（平成22年8月26日）^{*49*50}は、労組「法上の労働者は、同法の目的に照らして使用者と賃金等を含む労働条件等の交渉を団体行動によって対等に行わせるのが適切な者、すなわち、労働契約、請負契約等の契約の形式を問わず、労働契約上の被用者と同程度に、労働条件等について使用者に現実的かつ具体的に支配、決定される地位にあり、その指揮監督の下に労務を提供し、その提供する労務の対価として報酬を受ける者をいうと解するのが相当である。」と判示し、その具体的な判断要素として、業務の依頼に対する諾否の自由、時間的場所的拘束、業務の遂行についての具体的な指揮監督、報酬の労務の提供の対価性を挙げ、その他、代替性、事業者性、専属性、報酬の決定方法、税・社会保険の取扱いを検討している。したがって、「使用従属性」という文言は使用していないものの、労基研報告(1985)の「使用従属性」の判断基準及び補強的要素を、「労働組合法上の労働者」の判断基準・判断要素としている^{*51}。また、中労委、労働組合側が労働者性の判断基準とし

*49 東京高判平成22・8・26労判1012号86頁。同判決については川口美貴(2010a)参照。

*50 本判決の「当事者の主張の整理」によれば、控訴審における中労委の主張は以下のとおりである。(1) 労組法上の労働者は、必ずしも労働契約下にある労務提供者に限られず、これと同程度に団体交渉の機会を与えるという保護を及ぼす必要性和適切性が認められる同種労務供給契約下にある者をいうと解するのが相当であり、労組法上の労働者は労基法上の労働者より広い概念である。(2) ①個人代行店は、会社の主要業務の一つである修理業務に関して、恒常的に不可欠な労働力として原告の企業組織に組み込まれて労務を提供し、②業務委託契約の内容が事実上又は契約上会社により一方的に決定されており、③個人代行店はその業務遂行に関して会社から時間的・場所的拘束を受け、休日の設定・変更について規制を受け、作業内容のみならずその遂行の態様にまで及ぶ具体的な指示を受けているなど会社の指揮監督の下で業務を遂行していると評価することができ、④個人代行店には会社から発注された業務の受注について諾否の自由がなく、⑤個人代行店の報酬は出来高払いとされているが労務提供の対価としての性格を有しており、⑥個人代行店の専属性が高いことを総合的に勘案すると、個人代行店は会社との関係において通常の商取引関係にある事業者とみるのは相当でなく、会社の指揮監督の下に労務を提供し、その対価として報酬を受け取っているものとして、労組法3条の労働者に当たる。また、本判決の「当事者の主張の整理」によれば、労働組合側は、労組法上の労働者には、労務供給契約の形態が雇傭、請負、委任、無名契約のいずれであるかを問わず、団結権を保障する必要性和適切性が認められるものが広く包含されると解すべきであり、中労委の主張する前記(2)①～④と同じ理由等から、個人代行店は労組法3条の労働者に当たると主張した。

*51 中労委も、「労組法上の労働者は労基法上の労働者より広い概念である」と主張してはいるものの、労組法上の労働者の判断基準として、「使用従属性」の判断基準である、時間的場所的拘束と指揮監督の下での業務遂行、諾否の自由、報酬の労務提供の対価としての性格、専属性を挙げている。労働組合側の主張も中労委とほぼ同じである。

て主張している企業組織への組み込み、及び、契約内容の一方的決定についても、これらを排除せず、本件事案を検討した上で、当該「個人代行店」の会社に対する労働者性を否定した^{*52}。

(5) 問題点

上記の下級審裁判例においては、①労務ないし業務の提供に関する諾否の自由、②時間的場所的拘束、③業務遂行についての指揮監督、③報酬の額と決定方法、④契約内容の一方的決定性、⑤専属性、⑥税・社会保険の取扱い、⑦報酬の労務対償性、⑧事業者でないこと等を、労働組合法上の労働者の判断基準・判断要素としている。

しかし、①～⑥は、労働組合法上の労働者の判断基準・判断要素ではなく考慮要素でもない。また、⑦報酬の労務対償性については、単に有償であることで足り、⑧労働者性を否定する事業者性は、労務の供給を受ける者が事業者である場合は、独立した事業に必要な生産手段等を有しており、それを利用して労務を供給し、かつ、供給する労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく専属的継続的な労務供給でもない例外的な場合に限定すべきである（→後掲第4節第7款）。

3 新国立劇場運営財団事件

・ I N A Xメンテナンス事件最高裁判決（平成23・4・12）

前掲2(2)・(3)で検討したように、新国立劇場運営財団事件は、オペラ合唱団員について、I N A Xメンテナンス事件は、修理補修業務等に従事するカスタマーエンジニア（以下「CE」という）について、労働組合法上の労働者性が争われた事案であり、東京高裁はいずれもその労働者性を否定したが、両事件について2011（平成23）年4月12日に言い渡された最高裁第三小法廷判決は、いずれも原判決を破棄し、その労働者性を肯定した^{*53}。

*52 したがって、本判決は、「当事者の主張の整理」によれば、労組法上の労働者の判断基準については、中労委・労働組合側の主張と大きな違いがあるわけではなく、当該判断基準に照らした「個人代行店」の具体的評価が中労委等の主張と異なり、その結果「個人代行店」の労働者性を否定したものである。

*53 新国立劇場運営財団事件・最三小判平成23・4・12労判1026号6頁、INAXメンテナンス事件・最三小判平成23・4・12集民236号327頁、労判1026号27頁。両判決については、川口美貴(2011a)参照。

(1) 新国立劇場運営財団事件最高裁判決の結論と内容

最高裁は、新国立劇場運営財団（以下「財団」という。）のオペラ合唱団員で契約メンバーであるA氏は財団との関係において労働組合法上の労働者に当たると判断して、原判決^{*54}を破棄し、これを前提として、財団がA氏を不合格措置とし契約を更新しなかったこととA氏が所属する音楽家ユニオン（以下「ユニオン」という。）の団体交渉申入れに応じなかったことが不当労働行為かどうかの審理を尽くさせるために、同事件を東京高裁に差し戻した。

最高裁は、労働組合法上の労働者性の一般的判断基準や判断要素を提示せず、諸事情を総合考慮して、契約メンバーであるA氏が、財団との関係において労働組合法上の労働者に当たると判断した。その判決理由の結論部分の内容は次の通りである（[結論]と番号・下線は筆者）。

「前記事実関係等によれば、①出演基本契約は、年間を通して多数のオペラ公演を主催する被上告財団が、試聴会の審査の結果一定水準以上の歌唱技能を有すると認めた者を、原則として年間シーズンの全ての公演に出演することが可能である契約メンバーとして確保することにより、上記各公演を円滑かつ確実に遂行することを目的として締結されていたものであるといえるから、契約メンバーは、上記各公演の実施に不可欠な歌唱労働力として被上告財団の組織に組み入れられていたものというべきである。また、②契約メンバーは、出演基本契約を締結する際、被上告財団から、全ての個別公演に出演するために可能な限りの調整をすることを要望されており、出演基本契約書には、被上告財団は契約メンバーに対し被上告財団の主催するオペラ公演に出演することを依頼し、契約メンバーはこれを承諾すること、契約メンバーは個別公演に出演し、必要な稽古等に参加し、その他個別公演に伴う業務で被上告財団と合意するものを行うことが記載され、出演基本契約書の別紙「出演公演一覧」には、年間シーズンの公演名、公演時期、上演回数及び当該契約メンバーの出演の有無等が記載されていたことなどに照らせば、出演基本契約書の条項に個別公演出演契約の締結を義務付ける旨を明示する規定がなく、契約メンバーが個別公演への出演を辞退したことを理由に被上告財団から再契約において不利な取扱いを受けたり制裁を課されたりしたことがなかったとしても、そのことから直ちに、契約メンバーが何らの理由もなく全く自由に公演を辞退することができたもの

*54 東京高判平成21・3・25労判981号13頁。

ということはず、むしろ、契約メンバーが個別公演への出演を辞退した例は、出産、育児や他の公演への出演等を理由とする僅少なものとどまっていたことにも鑑みると、各当事者の認識や契約の実際の運用においては、契約メンバーは、基本的に被上告財団からの個別公演出演の申込みに応ずべき関係にあったものとみるのが相当である。しかも、③契約メンバーと被上告財団との間で締結されていた出演基本契約の内容は、被上告財団により一方的に決定され、契約メンバーがいかなる態様で歌唱の労務を提供するかについても、専ら被上告財団が、年間シーズンの公演の件数、演目、各公演の日程及び上演回数、これに要する稽古の日程、その演目の合唱団の構成等を一方的に決定していたのであり、これらの事項につき、契約メンバーの側に交渉の余地があったということはずできない。そして、④契約メンバーは、このようにして被上告財団により決定された公演日程等に従い、各個別公演及びその稽古につき、被上告財団の指定する日時、場所において、その指定する演目に応じて歌唱の労務を提供していたのであり、歌唱技能の提供の方法や提供すべき歌唱の内容については被上告財団の選定する合唱指揮者等の指揮を受け、稽古への参加状況については被上告財団の監督を受けていたというのであるから、契約メンバーは、被上告財団の指揮監督の下において歌唱の労務を提供していたものというべきである。なお、⑤公演や稽古の日時、場所等は、上記のとおり専ら被上告財団が一方的に決定しており、契約メンバーであるAが公演への出演や稽古への参加のため新国立劇場に行った日数は、平成14年8月から同15年7月までのシーズンにおいて約230日であったというのであるから、契約メンバーは時間的にも場所的にも一定の拘束を受けていたものということができる。さらに、⑥契約メンバーは、被上告財団の指示に従って公演及び稽古に参加し歌唱の労務を提供した場合に、出演基本契約書の別紙「報酬等一覧」に掲げる単価及び計算方法に基づいて算定された報酬の支払を受けていたのであり、予定された時間を超えて稽古に参加した場合には超過時間により区分された超過稽古手当も支払われており、Aに支払われていた報酬（上記手当を含む。）の金額の合計は年間約300万円であったというのであるから、その報酬は、歌唱の労務の提供それ自体の対価であるとみるのが相当である。

〔結論〕以上の諸事情を総合考慮すれば、契約メンバーであるAは、被上告財団との関係において労働組合法上の労働者に当たると解するのが相当である。」

「以上と異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の

違反がある。論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そこで、Aが被上告財団との関係において労働組合法上の労働者に当たることを前提とした上で、被上告財団が本件不合格措置を採ったこと及び本件団交申入れに応じなかったことが不当労働行為に当たるか否かについて更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻すこととする。」

(2) I N A Xメンテナンス事件最高裁判決の結論と内容

最高裁は、I N A Xメンテナンス（以下「会社」という。）と契約を締結しているC Eは会社との関係において労働組合法上の労働者に当たると判断し、原判決^{*55}を破棄、会社の控訴を棄却し、会社がC Eの加入する労働組合との団体交渉を拒否したことを不当労働行為とした東京地裁判決^{*56}を確定させた。

最高裁は、新国立劇場運営財団事件と同様、労働組合法上の労働者性の一般的判断基準や判断要素を提示せず、諸事情を総合考慮して、C Eが、会社（被上告人）との関係において労組法上の労働者に当たると判断した。その判決理由の結論部分の内容は以下の通りである（〔結論〕と番号・下線は筆者）。

「前記事実関係等によれば、⑦被上告人の従業員のうち、被上告人の主たる事業であるI N A Xの住宅設備機器に係る修理補修業務を現実に行う可能性がある者はごく一部であって、被上告人は、主として約590名いるC Eをライセンス制度やランキング制度の下で管理し、全国の担当地域に配置を割り振って日常的な修理補修等の業務に対応させていたものである上、各C Eと調整しつつその業務日及び休日を指定し、日曜日及び祝日についても各C Eが交替で業務を担当するよう要請していたというのであるから、C Eは、被上告人の上記事業の遂行に不可欠な労働力として、その恒常的な確保のために被上告人の組織に組み入れられていたものとみるのが相当である。また、⑧C Eと被上告人との間の業務委託契約の内容は、被上告人の定めた「業務委託に関する覚書」によって規律されており、個別の修理補修等の依頼内容をC Eの側で変更する余地がなかったことも明らかであるから、被上告人がC Eとの間の契約内容を一方的に決定していたものというべきである。さらに、⑨C Eの報酬は、C Eが被上告人による個別の業務委託に応じて修理補修等を行った場合に、被上告

*55 東京高判平成21・9・16労判989号12頁。

*56 東京地判平成21・4・22労判982号17頁。

人が商品や修理内容に従ってあらかじめ決定した顧客等に対する請求金相当額に、当該C Eにつき被上告人が決定した級ごとに定められた一定率を乗じ、これに時間外手当等に相当する金額を加算する方法で支払われていたのであるから、労務の提供の対価としての性質を有するものといえることができる。加えて、⑩被上告人から修理補修等の依頼を受けた場合、C Eは業務を直ちに遂行するものとされ、原則的な依頼方法である修理依頼データの送信を受けた場合にC Eが承諾拒否通知を行う割合は1%弱であったというのであって、業務委託契約の存続期間は1年間で被上告人に異議があれば更新されないものとされていたこと、各C Eの報酬額は当該C Eにつき被上告人が毎年決定する級によって差が生じており、その担当地域も被上告人が決定していたこと等にも照らすと、たといC Eが承諾拒否を理由に債務不履行責任を追及されることがなかったとしても、各当事者の認識や契約の実際の運用においては、C Eは、基本的に被上告人による個別の修理補修等の依頼に応ずべき関係にあったものとみるのが相当である。しかも、⑪C Eは、被上告人が指定した担当地域内において、被上告人からの依頼に係る顧客先で修理補修等の業務を行うものであり、原則として業務日の午前8時半から午後7時までは被上告人から発注連絡を受けることになっていた上、顧客先に赴いて上記の業務を行う際、I N A Xの子会社による作業であることを示すため、被上告人の制服を着用し、その名刺を携帯しており、業務終了時には業務内容等に関する所定の様式のサービス報告書を被上告人に送付するものとされていたほか、I N A Xのブランドイメージを損ねないよう、全国的な技術水準の確保のため、修理補修等の作業手順や被上告人への報告方法に加え、C Eとしての心構えや役割、接客態度等までが記載された各種のマニュアルの配布を受け、これに基づく業務の遂行を求められていたというのであるから、C Eは、被上告人の指定する業務遂行方法に従い、その指揮監督の下に労務の提供を行っており、かつ、⑫その業務について場所的にも時間的にも一定の拘束を受けていたものといえることができる。なお、⑬原審は、C Eは独自に営業活動を行って収益を上げることも認められていたともいうが、前記事実関係等によれば、平均的なC Eにとって独自の営業活動を行う時間的余裕は乏しかったものと推認される上、記録によっても、C Eが自ら営業主体となって修理補修を行っていた例はほとんど存在していなかったことがうかがわれるのであって、そのような例外的な事象を重視することは相当とはいえない。

〔結論〕 以上の諸事情を総合考慮すれば、C Eは、被上告人との関係におい

て労働組合法上の労働者に当たると解するのが相当である。

「以上と異なる原審の判断には、判決に影響を及ぼすことが明らかな法令の違反がある。論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、前記事実関係等によれば、本件議題はいずれもC Eの労働条件その他の待遇又は上告補助参加人らと被上告人との間の団体的労使関係の運営に関する事項であって、かつ、被上告人が決定することができるものと解されるから、被上告人が正当な理由なく上告補助参加人らとの団体交渉を拒否することは許されず、C Eが労働組合法上の労働者に当たらないとの理由でこれを拒否した被上告人の行為は、労働組合法7条2号の不当労働行為を構成するものというべきである。したがって、本件命令の取消しを求める被上告人の請求を棄却した第1審判決は正当であるから、被上告人の控訴を棄却することとする。」

また、田原睦夫裁判官は、本件では、専ら有資格者が自ら個人として直接の受託者となることが予定されていたこと、C EがC Eとしての業務以外に主たる業務を有していないこと、会社の募集広告、契約内容を補充する「C Eライセンス制度」の説明、C Eの名刺、身分証明書等から、C Eが労働組合法上の労働者に該当することは明らかであるとの補足意見を述べた。

(3) 最高裁判決の意義と評価①

－労働組合法上の労働者は属人的概念か関係的概念か

最高裁は、新国立劇場運営財団事件において、A氏が、オペラ合唱団員である一方、個人でリサイタルを開いたり生徒に個人レッスンをするなど音楽活動も行っていたことを示しつつ、「契約メンバーであるA」は、「財団との関係において」、労働組合法上の労働者に当たると明確に判示した。そして、財団が労働組合法7条の使用者に該当するかどうか、A氏が労働組合法7条2号の「雇用する労働者」かどうかをさらに判断することなく、財団の行為の不当労働行為性を審理するため同事件を原審に差し戻した。

また、INAXメンテナンス事件においても、C Eが、「被上告人(会社)との関係において」労働組合法上の労働者に当たると明確に判示した。そして、やはり、会社が労働組合法7条の使用者に該当するかどうか、C Eが労働組合法7条2号の「雇用する労働者」かどうかをさらに判断することなく、本件団交議題は義務的団交事項であり団交を拒否した会社の行為は不当労働行為であるとした第一審判決を正当と判断し、会社の控訴を棄却した。

したがって、両事件の最高裁判決は、C B C管弦楽団事件最高裁判決^{*57}（→前掲1）及び近年の下級審裁判例（→前掲2）と同様、第一に、労働組合法上の労働者は、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」ではなく、「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」であることを確認するものである。

第二に、労働組合法3条の定める「労働組合法上の労働者」と労働組合法7条の「使用者」との関係、及び、「労働組合法上の労働者」と労働組合法7条二号の「雇用する労働者」との関係について、「Xが労働組合法3条の労働者か」という属人的判断に加えて「契約相手方YはXとの関係で不当労働行為制度の適用を受ける使用者に当たるか」を判断し、かつ、使用従属性により後者を限定する「使用者限定論」^{*58}、及び、「Xが労働組合法3条の労働者か」に加えて「Xが労働組合法7条二号の雇用する労働者か」を判断し、かつ、使用従属性により後者を限定する「雇用する労働者限定論」^{*59}の二つの二段階論をいずれも採用せず、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組合法上の労働者であれば、労務の供給を受ける者は当然に当該労働者との関係で不当労働行為責任を負う労働組合法7条の使用者であり、当該労働者は労務の供給を受ける者の「雇用する労働者」であるとの見解^{*60}に立つものである。

(4) 最高裁判決の意義と評価②

－労働組合法上の「労働者」の判断基準

両事件の最高裁判決は、「諸事情」（新国立劇場運営財団事件については前掲(1)の①～⑥、I N A Xメンテナンス事件については前掲(2)の⑦～⑬）を「総合考慮」した上で、本件事案におけるオペラ合唱団員及びC Eの労働組合法上

*57 最一小判昭和51・5・6民集30巻4号437頁。

*58 中労委は、新国立劇場運営財団事件の命令（中労委平成18・6・7別冊中央労働時報1351号233頁、同1358号1頁）（→前掲第3款1(1)）でこの見解に基づき判断した。

*59 中労委は、新国立劇場運営財団事件の申告受理申立理由（→前掲第3款1(4)）でこの見解を主張した。

*60 川口美貴(2009b)20～24頁。新国立劇場運営財団事件において、ユニオンは、申告受理申立理由及び口頭による意見陳述（古川景一・川口美貴・宮里邦雄(2011)19～22頁参照）でこの見解を主張した。

の労働者性を肯定した。

したがって、両事件の最高裁判決は、第一に、使用従属性及びその判断要素を、労働組合法上の労働者の一般的判断基準・判断要素とは位置づけず、使用従属性がなければ労働者ではないという判断基準を立てて労働者の範囲を限定することはしなかった。それゆえ、両事件の高裁判決を含む近年の下級審裁判例（新国立運営財団事件東京地裁判決*61・東京高裁判決、I N A Xメンテナンス事件東京地裁判決・東京高裁判決、ビクターエンジニアリング事件東京地裁判決*62・東京高裁判決*63）が、使用従属性及びその判断要素を、労働組合法上の労働者の一般的判断基準・判断要素と位置づけ、労働者の範囲を合理的理由なく限定していたことを見直し、修正するものと評価することができよう。

第二に、最高裁は、本件事案のような諸事情がある場合は労働組合法上の労働者性が肯定されることを明らかにした。しかし、これらの諸事情の全部又は一部がなければ労働者ではないと述べているわけではない。また、C B C管弦楽団事件最高裁判決で述べられていた「労働力の処分に関する指揮命令の権能」という文言も使われていない。新国立劇場運営財団事件及びI N A Xメンテナンス事件の最高裁判決は、C B C管弦楽団事件最高裁判決と同様、あくまで事例判断であり、これらの諸事情の全部又は一部がなければどのように判断されるのか、また、労働組合法上の労働者性の一般的判断基準の定立については、今後の解釈に委ねたものといえよう。

これに対して、両事件の最高裁判決が労働者性判断において総合考慮している諸事情が、一見すると使用従属性の判断要素に対応しているように思われることを理由に、これらの諸事情から労働者性の一般的判断基準・判断要素を抽出したり、諸事情を重要な考慮要素として位置づけることは、失当である。

裁判所が労働者性を肯定する場合、その結論を補強する事情はたとえ不可欠の事情でなくても列挙するのが通常であるから、最高裁が総合考慮した諸事情が全て不可欠あるいは重要であるわけではない。また、これらの諸事情は、①⑦（「組織への組み入れ」）が両事件において筆頭に挙げられている他は、両事件において順番はばらばらで、重要度順に序列化されたり考慮要素として定式化されているわけではない。具体的文言も同じではなく、⑦は「事業の遂行に

*61 東京地判平成20・7・31労判967号5頁。同事件については、川口美貴(2009a)参照。

*62 東京地判平成21・8・6労判986号5頁。

*63 東京高判平成22・8・26労判1012号86頁。同判決については、川口美貴(2010a)参照。

不可欠な労働力として、その恒常的確保のために」組織に組み入れられていたとしているが、①は「不可欠な歌唱労働力として」組織に組み入れられていたとしており、「恒常的確保」との文言は使われていない。また、⑥は「労務提供それ自体の対価」としているが、⑨は単に「労務提供の対価」としている。

さらに、最高裁は、新国立劇場運営財団事件における、「自ら他人に労務を供給し、その対償として報酬を支払われている者で、労務の供給を受ける者との関係で独立事業者又は独立労働者でない者は、労働組合法上の労働者である」というユニオンの上告受理申立理由も受理し、その論旨に理由があるとしている。

したがって、最高裁は、現段階では労働組合法上の労働者の一般的判断基準や判断要素を示すことを避けて今後の解釈に委ね、本件事案においては労働組合法上の労働者性が肯定されることのみを明らかにしたものとえよう。

(5)「諸事情」の要否

最高裁判決は、諸事情を総合考慮して本件事案のオペラ合唱団員及びC Eの労働組合法上の労働者性を肯定するものであるところ、最高裁判決が指摘するような事情がある場合に労働組合法上の労働者性を肯定することに異論はない。

しかし、最高裁判決が総合考慮した諸事情は以下で述べるように評価されるべきであり（→後掲第4節第7款）、労働組合法上の労働者については、「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、その一般的判断基準として、定立されるべきである（→後掲第4節第6款）。

第一に、①⑦で述べられている「組織への組み入れ」について、労務の供給を受ける者にとって必要な労働力であることで足りるのであれば、自ら他人に有償で労務を供給する契約を締結しているということに加えて考慮する必要はないし、「不可欠」「恒常性」「継続性」「専属性」等、一定以上の組み入れを要求するのであれば、一時的臨時的労務供給者等を除外することになり、妥当ではない。

第二に、②⑩で述べられている「申込み・依頼に基本的に応ずべき関係」について、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ないということであれば、当然のことなので、自ら他人に有償で労務を供給する契約を締結しているということに加えて考慮する必要はない。

第三に、③⑧で述べられている「契約内容の一方的決定」について、労働組

合法上の労働者性は、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契約を締結する前に決定されるのであり、契約内容がどの程度一方的に決定されたかどうかにより事後的に決定されるものではないから、このような事情を考慮することは失当である。

第四に、④⑪で述べられている「指揮監督の下での労務の提供」について、業務の性質や契約の内容上必要な指示に従って労務の供給がなされることで足りるのであれば、自ら他人に有償で労務を供給する契約を締結しているということに加えて考慮する必要はないし、それ以上の特別な「指揮監督」を要求するのであれば、専門職など業務遂行方法等に裁量を有する労務供給者等を除外することになり、妥当ではない。

第五に、⑤⑫で述べられている「時間的場所的一定の拘束」について、業務の性質や契約の内容に由来する時間的場所的拘束で足りるのであれば、自ら他人に有償で労務を供給する契約を締結しているということに加えて考慮する必要はないし、それ以上の拘束を要求するのであれば、合理的理由がなく妥当ではない。

第六に、⑥⑨で述べられている「労務提供の対価」について、単に労務供給の対価で足りるのであれば妥当である。しかし、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を区別し、前者の場合に限定するのであれば、そもそもそのような区別は困難であるし、また区別して限定する合理的理由はないから、失当である。

第七に、⑬及びINAXメンテナンス事件の補足意見で述べられているCEの業務以外に主たる業務を有していないことについて、会社に対する「専属性」や「当該収入に依存していること」を考慮しているのであれば、これにより、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ことになり妥当ではない。

したがって、「契約内容の一方的決定」と「専属性」「当該収入に依存していること」は、これらの事情がなくても労働組合法上の労働者性を否定すべきではないし、「組織への組み入れ」「申込み・依頼に基本的に応ずべき関係」「指揮監督の下での労務の提供」「時間的場所的一定の拘束」「労務提供の対価」は、「自ら他人に有償で労務を供給する者」であることに加えて労働組合法上の労働者性の判断において考慮する必要はない。

第5款 労使関係法研究会報告

2011（平成23）年4月12日に新国立劇場運営財団事件及びI N A Xメンテナンス事件の最高裁判決（→前掲第4款3）が言い渡された後、2011（平成23）年7月に、厚生労働大臣の私的諮問機関である労使関係法研究会（座長荒木尚志東京大学大学院法学政治学研究科教授）は、「労使関係法研究会報告書（労働組合法上の労働者性の判断基準について）」（以下、「労使関係法研究会報告（2011）」という。）を提出した。

1 労使関係法研究会報告（2011）の内容

労使関係法研究会報告(2011)は、労働組合法上の労働者性の基本的考え方として、「労働組合法における労働者は、労働条件の最低基準を実体法上強行的に、罰則の担保を伴って設定する労働基準法上の労働者や、労働契約における権利義務関係を実体法上設定し、かつ一部に強行法規を含んだ労働契約法上の労働者とは異なり、団体交渉の助成を中核とする労働組合法の趣旨に照らして、団体交渉法制による保護を与えるべき対象者という視点から検討すべき」（「2. 労働組合法上の労働者性の基本的考え方」報告書5～6頁）とする。

そして、労働組合法の労働者性の判断要素として、第一に、労働者性の基本的判断要素として、①事業組織への組み入れ、②契約内容の一方的・定型的決定、③報酬の労務対価性を、第二に、補充的判断要素として、④業務の依頼に応ずべき関係、⑤広い意味での指揮監督下の労務提供、一定の時間的場所的拘束を、第三に消極的判断要素として、⑥顕著な事業者性を挙げ（「4. 労働組合法上の労働者性の判断要素の考え方」報告書10～11頁）、判断要素毎の具体的判断を示している（「5. 判断要素ごとの具体的判断」報告書12～18頁）（報告書10～18頁全文については、後掲資料編資料Ⅲ参照）。

2 問題点①－視点

(1) 労働者性の判断要素の考え方

労使関係法研究会報告(2011)は、労働組合法上の労働者には、「売り惜しみのきかない自らの労働力という特殊な財を提供して対価を得て生活するがゆえに、相手方との個別の交渉においては交渉力に格差が生じ、契約自由の原則を貫徹しては不当な結果が生じるため、労働組合を組織し集団的な交渉による保護が図られるべき者が幅広く含まれる」（「4. 労働組合法上の労働者性の判

断要素の考え方」報告書10頁)としている。

(2) 「生活する者」の重視と公正競争の観点の不充分性

労働組合法上の労働者に、上記の者が含まれることに異論はない。

しかし、「労働力を提供しその対価を得て生活する者」の雇用・労働条件を保障しその生存権を保障するためには、生活するために労働する必要性の有無・程度や、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ず、また、当該個人の具体的な労働条件交渉能力を問わず、労働市場に参入する者全てを適用対象とし、その雇用・労働条件を団体交渉・労働協約等により規制し、自ら他人に有償で労務を供給する者相互間と労務の供給を受ける事業者相互間の公正競争を保障することが必要である。

したがって、労働組合法の対象とする労働者は、より広く理解するべきであり、原則として、労働市場に参入する人全て、すなわち、「自ら他人に有償で労務を供給する者」と解すべきである。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に該当する者は、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できる立場にあるので、当該労務の供給を受ける者との関係では、労働組合法上の労働者ではないと解すべきである（→後掲第4節第6款）。

3 問題点②－基本的判断要素

(1) 基本的判断要素と具体的判断

労使関係法研究会報告(2011)は、労働組合法上の労働者性判断における基本的判断要素として、①事業組織への組み入れ（労務供給者が相手方の業務の遂行に不可欠ないし枢要な労働力として組織内に確保されているか）、②契約内容の一方的・定型的決定（契約の締結の態様から、労働条件や提供する労務の内容を相手方が一方的・定型的に決定しているか）、③報酬の労務対価性（労務供給者の報酬が労務供給に対する対価又はそれに類するものとしての性格を有するか）の三つを挙げる。ただし、①から③までの基本的判断要素の一部が充たされない場合であっても直ちに同法上の労働者性が否定されるものではなく、また、各要素を単独に見た場合にそれ自体で直ちに労働者性を肯定されずとも、④及び⑤の補充的判断要素を含む他の要素と合わせて総合判断することにより労働者性を肯定される場合もあるとしている（「4. 労働組合法上の労働者性の判断要素の考え方」報告書10頁）。

そして、①「事業組織への組み入れ」については、以下のような事情が存在する場合に肯定されるとして、1)「契約の目的」(契約の形式にかかわらず、相手方と労務供給者の契約が、労働力を確保する目的で締結されている)、2)「組織への組み入れの状況」(業務の遂行の量的ないし質的な面において不可欠ないし重要な役割を果たす労働力として組織内に位置付けられている(ただし、当該労務供給者が集団として存在していなくても、事業組織への組み入れが否定されるわけではない)／評価制度や研修制度を設ける、業務地域や業務日を割り振るなど、相手方が労務供給者を管理している／人手が不足したときは他の事業者にも委託するが、通常は労務供給者のみに委託している)、3)「第三者に対する表示」(相手方の名称が記載された制服の着用、名刺、身分証の携行等が求められているなど、第三者に対して相手方が労務供給者を自己の組織の一部として扱っている)、4)「専属性」(相手方から受託している業務に類する業務を、契約上他の相手方から受託することができない／相手方から受託している業務に類する業務を他の相手方から受託することについて、契約上設定された権利義務としては制約がないが、当事者の認識や契約の実際の運用上は制約があり困難である／相手方から受託している業務に類する業務について、他の相手方との契約関係が全く又はほとんど存在しない)を挙げる。

また、②「契約内容の一方的・定型的決定」については、以下のような事情が存在する場合に肯定されるとして、1)「一方的な労働条件の決定」(契約締結や更新の際に、労務供給者が相手方と個別に交渉して、労働条件等の契約内容に変更を加える余地が実際はない(ただし、労働時間などに変更を加える余地があっても、それが労働条件のごく一部に限られる場合は契約内容の一方的・定型的決定が否定されるわけではない)／労働条件の中核である報酬について、算出基準、算出方法を相手方が決定している)、2)「定型的な契約様式の使用」(相手方と労務供給者との契約に、定型的な契約書式が用いられている)を挙げる。

また、③「報酬の労務対価性」については、以下のような事情が存在する場合に肯定されるとして、1)「報酬の労務対価性」(相手方の労務供給者に対する評価に応じた報奨金等、仕事の完成に対する報酬とは異なる要素が加味されている／時間外手当や休日手当に類するものが支払われている／報酬が業務量や時間に基づいて算出されている(ただし、出来高給であっても直ちに報酬の労務対価性は否定されない)、2)「報酬の性格」(一定額の支払いが保証されている／報酬が一定期日に、定期的に支払われている)を挙げる(「5. 判

断要素毎の具体的判断」報告書12～14頁、1)～4)の番号は筆者)。

(2)「基本的判断要素」は不要

しかし、同報告が労働組合法上の労働者の基本的判断要素とする、①事業組織への組み入れ、②契約内容の一方的・定型的決定、③報酬の労務対価性とそれを肯定する事情は、いずれも、考慮すべき判断要素でも考慮すべき事情でもない。その理由は以下の(3)～(5)で述べるとおりである。

(3)「事業組織への組み入れ」

「①事業組織への組み入れ」は、労務供給の相手方にとって必要な労働力であることで足りるのであれば、「自ら労務を供給しその対償として報酬を支払われる契約」を締結しているということに加えて、あえて判断要素として考慮する必要はない。

また、同報告のように、「事業組織への組み入れ」の内容を「労務供給者が相手方の業務の遂行に不可欠ないし枢要な労働力として組織内に確保されている」こととし、「契約の目的」、「組織への組み入れの状況」、「第三者に対する表示」、「専属性」の事情が存在する場合にこれを肯定することとすると、第一に、一時的臨時的労務供給者等、最も弱い立場にある非正規労働者が、「不可欠ないし枢要な労働力として組織内に確保されていない労務供給者」と判断されて労働組合法上の労働者から除外されることになりかねず、失当である。

これに対して、例えばある日1日だけクラブで演奏する音楽家など一時的臨時的労務供給者は、長期的に契約が展開するわけではなく、将来の労働条件変更や契約の解除等が問題とならないので、労働組合の団体交渉等による集団的規制は必要ないという見解もあるかもしれない。しかし、たとえ1日の契約であったとしても、例えば当該契約内容につき団体交渉を行いあるいは労働協約を適用することにより契約内容を規制することは可能であり、必要である。また、例えば当該契約に関し約定された報酬が支払われなかったり労災に遭ったりした場合、個別交渉や行政・司法救済とは別に、労務の供給を受ける者との団体交渉により紛争を解決する手段が確保されていることは、当該労務供給者の労働権・生存権を実質的に保障するために重要である。

第二に、「専属性」を考慮すると、複数の仕事をかけもちし複数の事業者に労務を供給している者が除外されることになるが、この場合もやはりその多くは非正規労働者であり、それぞれの事業者と実質的に対等に交渉できない立場

にあるから、「専属性」を考慮することは失当である（→後掲第4節第7款3・9）。

(4) 「契約内容の一方的・定型的決定」

「②契約内容の一方的・定型的決定」について、労働組合法上の労働者性は、「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り、労使関係法研究会報告が述べているように「契約の締結の態様から、労働条件や提供する労務の内容を相手方が一方的・定型的に決定しているか」どうかにより事後的に決定されるものではない。したがって、「契約内容の一方的・定型的決定」を判断要素とし、契約の締結の態様における一方的な労働条件の決定と定型的な契約様式の使用という事情を考慮することは失当である。

そして、「労務供給の相手方と実質的に対等に交渉できない立場にあること」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、締結しようとする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、労務供給契約の締結前に決定される（→後掲第4節第5款・第7款4）。

(5) 「報酬の労務対価性」

「③報酬の労務対価性」について、単に労務供給の対償であることで足りるのであれば妥当である。

しかし、同報告が報酬の労務対価性を肯定しうる事情として挙げる、報酬の労務対価性及び報酬の性格、すなわち、報酬の内容、決定方法、額、支払方法により、報酬の労務対価性を限定し、それによって、労働組合法上の労働者の範囲を限定することは、合理的な理由がなく失当である（→後掲第4節第7款8）。

4 問題点③—補充的判断要素

(1) 補充的判断要素

労使関係法研究会報告(2011)は、④業務の依頼に必ずべき関係（労務供給者が相手方からの個々の業務の依頼に対して、基本的に必ずべき関係にあるか）を、①の事業組織への組み入れを補強するものとして勘案される補充的判断要素として位置づけ、⑤広い意味での指揮監督下の労務提供、一定の時間的場所

的拘束（労務供給者が、相手方の指揮監督の下に労務の提供を行っているという広い意味で解することができるか、労務の提供にあたり日時や場所について一定の拘束を受けているか）を、労働組合法上の労働者性を肯定する方向に働く補充的判断要素として位置づける（「4. 労働組合法上の労働者性の判断要素の考え方」報告書10～11頁）。

そして、④「業務の依頼に応ずべき関係」については、以下のような事情が存在する場合に肯定されるとして、1) 不利益取り扱いの可能性（契約上は個別の業務依頼の拒否が債務不履行等を構成しなくても、実際の契約の運用上、労務供給者の業務依頼の拒否に対して、契約の解除や契約更新の拒否等、不利益な取り扱いや制裁の可能性がある）、2) 業務の依頼拒否の可能性（実際の契約の運用や当事者の認識上、労務供給者が相手方からの個別の業務の依頼を拒否できない）、3) 業務の依頼拒否の実態（実際に個別の業務の依頼を拒否する労務供給者がほとんど存在しない、また、依頼拒否の事例が存在しても例外的な事象にすぎない）を挙げ、⑤「広い意味での指揮監督下の労務提供、一定の時間的場所的拘束」については、以下のような事情が存在する場合に肯定されるとして、1) 労務供給の態様についての詳細な指示（通常の委託契約における業務内容の指示ないし指図を超えて、マニュアル等により作業手順、心構え、接客態度等を指示されている／相手方から指示された作業手順等について、事実上の制裁があるなど、労務供給者がそれらを遵守する必要がある／業務を相手方の従業員も担っている場合、当該業務の態様や手続きについて、労務供給者と相手方従業員とでほとんど差異が見られない／労務の提供の態様について、労務供給者に裁量の余地がほとんどない）、2) 定期的な報告等の要求（労務供給者に対して業務終了時に報告を求める等、労務の提供の過程を相手方が監督している）、3) 労務供給者の裁量の余地（業務量や労務を提供する日時、場所について労務供給者に裁量の余地がない）、4) 出勤や待機等の有無（一定の日時に出勤や待機が必要である等、労務供給者の行動が拘束されることがある）、5) 実際の拘束の度合い（労務供給者が実際に一定程度の日時を当該業務に費やしている）を挙げる（「5. 判断要素毎の具体的判断」報告書14～16頁、1)～5)の番号は筆者）。

（2）「補充的判断要素」は不要

しかし、同報告が労働組合法上の労働者の補充的判断要素とする、④業務の依頼に応ずべき関係、⑤広い意味での指揮監督下の労務提供、一定の時間的場

所的拘束とそれを肯定する事情は、いずれも、考慮すべき判断要素でも考慮すべき事情でもない。その理由は以下の(3)・(4)で述べるとおりである。

(3) 「業務の依頼に応ずべき関係」

「④業務の依頼に応ずべき関係」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履行しなければならないということであれば、当然のことなので、「自ら他人に有償で労務を供給する契約」を締結しているということに加えて、あえて判断要素として考慮し、不利益取扱いの可能性、業務の依頼拒否の可能性、業務の依頼拒否の実態を考慮する必要はない。

また、契約上履行義務を負っていない労務については、当然その依頼に応ずべきかどうかは労務供給者の自由であるが、だからといって労働組合法上の労働者性が否定されるわけではない(→後掲第4節第7款5)。

(4) 「広い意味での指揮監督下の労務提供、一定の時間的場所的拘束」

「⑤広い意味での指揮監督下の労務提供、一定の時間的場所的拘束」については、業務の性質や契約の内容上必要な指示に従って労務の供給がなされ、業務の性質や契約の内容に由来する時間的場所的拘束があることで足りるのであれば、「自ら他人に有償で労務を供給する契約」を締結しているということに加えて判断要素として考慮する必要はない。

また、同報告のように、「指揮監督下の労務提供、一定の時間的場所的拘束」について、単に業務の性質や契約の内容に由来する指示や拘束だけではなく、労務供給の態様についての詳細な指示、定期的な報告等の要求、労務供給者の裁量の余地、出勤や待機等の有無、実際の拘束の度合いを考慮し、一定以上の「指揮監督」や「時間的場所的拘束」を要求することは、裁量・独立性が高い専門・技術職の労務供給者や、業務の性質や契約の内容上、時間的場所的拘束が少ない労働者を労働組合法上の労働者から除外することになるから、失当である(→後掲第4節第7款6・7)。

5 問題点④－消極的判断要素

(1) 消極的判断要素

労使関係法研究会報告(2011)は、⑥顕著な事業者性(労務供給者が、恒常的に自己の才覚で利得する機会を有し自らリスクを引き受けて事業を行う者とみられるか)を、労働者性の評価につき消極的に作用し得る判断要素として位置

づけている（「4. 労働組合法上の労働者性の判断要素の考え方」報告書11頁）。

そして、顕著な事業者性については、以下の事情から認められるとして、1)「自己の才覚で利得する機会」（契約上だけでなく実態上も、独自に営業活動を行うことが可能である等、自己の判断で損益を変動させる余地が広範にある）、2)「業務における損益の負担」（相手方から受託している業務で想定外の利益や損失が発生した場合に、相手方ではなく労務供給者自身に帰属する（ただし、相手方が一方的に決定した契約により、労務供給者が一方的に損失を被るような場合は、事業者性が顕著であると評価される訳ではない）、3)「他人労働力の利用可能性」（労務供給者が他人を使用している／契約上だけでなく実態上も相手方から受託した業務を他人に代行させることに制約がない）、4)「他人労働力の利用の実態」（現実に、相手方から受託した業務を他人に代行させる者が存在する）、5)「他の主たる事業の有無」（相手方から受託する事業以外に主たる事業を行っている）、6)「機材、材料の負担」（労務供給者が、一定規模の設備、資金等を保有している／業務に必要な機材の費用、交通費、保険料、修理代などの経費を、実態として労務供給者が負担している（ただし、相手方が一方的に決定した契約により労務供給者側による機材等の経費の負担が求められている場合は、事業者性が顕著であると評価される訳ではない））を挙げる（「5. 判断要素毎の具体的判断」報告書17～18頁、1）～6）の番号は筆者）。

（2）「顕著な事業者性」の内容は失当であること

しかし、同報告が、顕著な事業者性を肯定する事情は、いずれも、労働者性を否定する事情ではなく、これを労働者性を否定する事情として位置づけることは失当である。その理由は以下の(3)～(7)で述べるとおりである。

（3）「自己の才覚で利得する機会」と「他の主たる事業の有無」

自ら他人に有償で労務を供給する者が、特定の相手方に対し専属性を有さず複数の相手方に労務を提供し「独自の営業活動」を行っていても、また、兼業商店主や兼業農家であって「他の主たる事業」を行っていても、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、また、その雇用・労働条件を保障する必要性に変わりはない（→後掲第4節第7款9）。

したがって、1)「自己の才覚で利得する機会」と5)「他の主たる事業の有無」を、消極的判断要素である「顕著な事業者性」を判断する事情として位置

づけることは失当である。

(4)「業務における損益の負担」と「機材、材料の負担（経費負担）」

業務における損益が労務供給者に帰属するかどうか、あるいは、業務に必要な機材の費用、交通費、保険料、修理代などの経費を労務供給者が負担するかどうかは、契約により当事者が自由に決定することができ、同報告も述べているように、労務供給者が弱い立場にあるから契約上負担させられている場合もある。また、いずれにせよ、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であることに変わりはなく、その雇用・労働条件を保障する必要性に変わりはない（→後掲第4節第7款12）。

したがって、2)「業務における損益の負担」と6)「機材、材料の負担」（経費負担）を、消極的判断要素である「顕著な事業者性」を判断する事情として位置づけることは失当である。

(5)「他人労働力の利用可能性」と「他人労働力の利用の実態」

労務供給者に代わり他の者が労務を供給することを認めるか、あるいは、労務供給者が自らの判断によって補助者を使うことを認めるかは、労務供給契約の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。しかし、いずれにせよ、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であることに変わりはなく、また、その労働条件を保障する必要性に変わりはない（→後掲第4節第7款10）。

したがって、3)「他人労働力の利用可能性」と4)「他人労働力の利用の実態」を、消極的判断要素である「顕著な事業者性」を判断する事情として位置づけることは失当である。

(6)「機材、材料の負担（設備、資金）」

同報告は、6)「機材、材料の負担」の内容の一つとして、「労務供給者が、一定規模の設備、資金等を保有している」ことを挙げる。その具体的内容は明確ではないが、労働者性を否定しうる「事業者」であると認められるかどうかは、独立した事業に必要な生産手段や履行補助者を有しているかどうか（自分の代わりに他人が労務を供給しても経営者としての一定の収入を確保できるか）という観点から判断すべきである。したがって、トラック1台、大工道具

一式、自家用車、修理器具・工具等は、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)、後掲第4節第7款12）。

(7) 労働者性が否定される「独立事業者」と「独立労働者」

自ら他人に有償で労務を供給する者が、労働組合法上の労働者性を否定されるのは、例外的に、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉することが可能な立場にある場合である。

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、それを利用して、消費者に直接労務を供給する場合、又は、事業者に労務を供給するが、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、専属的継続的な労務供給でもない場合である。この場合、労務供給者は、当該労務の供給を受ける者との関係では、「独立事業者」であり、労働組合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や履行補助者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、当該消費者に専属的に労務を供給するのではない場合である（個人の自宅を修理する大工や個人の自宅の庭を整える庭師等）。この場合、労務供給者は、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」であり、労働組合法上の労働者ではない（→後掲第4節第6款3）。

6 問題点⑤－総合判断論

(1) 総合判断論

労使関係法研究会報告(2011)は、以上述べたように、労働組合法上の労働者の「判断基準」ではなく「判断要素」を示し、かつ、各判断要素を総合勘案して労働組合法の趣旨から労働者性を判断する総合判断論を提示する。

(2) 判断基準の不明確さ・曖昧さと予見可能性の低さ

同報告は、第一に、その報告書の体裁からして、各判断要素とそれを肯定する事情の位置づけが曖昧である。後掲資料編資料Ⅲで引用しているとおり、「5. 判断要素ごとの具体的判断」で、①～⑥のそれぞれの判断要素は以下のような事情がある場合に肯定されるとして、判断要素毎にいくつかの事情とその具体的内容を列挙しているが、番号や記号が付されておらず、「○」や

「・」に続けて記述され、列挙されている事情の位置づけが曖昧である。

第二に、列挙されている事情（「○」の後の部分）全てに該当しなければ当該判断要素は肯定されないのか（多分その趣旨であろう）、また、列挙されている事情の具体的説明（「・」の後の記述）全てに該当しなければ当該事情に該当しないのが不明である。

第三に、①～⑤の判断要素については、列挙されているこれらの事情が存在しなくても直ちに当該判断要素該当性が否定されるわけではないと記述されているが、その意味内容も不明である。

しかし、労働組合法上の労働者の範囲を合理的理由なく限定せず、妥当な範囲を画定することと、労働組合法上の労働者の判断基準を曖昧にすることは、いうまでもなく別のことであり、労働組合法上の労働者については、その予見可能性を高めるために、客観的に明確な判断基準が定立されなければならない。

第4節 労働組合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、労働委員会命令、判例・裁判例、労使関係法研究会報告(2011)をふまえて、労働組合法上の労働者をめぐる理論的課題を検討し、労働組合法上の労働者概念を再構成する。

第1款 理論的課題

「労働組合法上の労働者」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6）、①「労働組合法上の労働者」は「属人的・階層的概念」であるのか、それとも、具体的労務供給契約のもとで又は労務供給契約がない状態のもとで判断される「関係的・相対的概念」であるのか、②労働組合法上の労働者である期間は、労務供給契約の締結から終了までか、それとも、それ以外の期間も労働組合法上の労働者でありうるか、③労働組合法上の労働者は、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、④労働組合法上

の労働者の判断基準は「使用従属性」「組織への組み入れ」「契約内容の一方的決定」等にあるのか、それとも、「自ら他人に有償で労務を供給する者」であるということ、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、⑤労働組合法3条の「労働者」と労働組合法7条の「使用者」の関係、⑥労働組合法3条の「労働者」と労働組合法7条二号の「雇用する労働者」の関係、⑦労働組合法3条の「労働者」と労働組合法2条但書一号の「使用者の利益代表者」との関係等の理論的課題を検討することが必要である*64。

そこで、以下では、憲法28条及び労働組合法の意義を確認した上で（第2款）、これらの理論的課題の検討を行い（第3款～第11款）、労働組合法上の労働者概念及び労働組合法上の労働契約概念を再構成する（第12款）。

第2款 憲法28条と労働組合法の意義

1 憲法28条と労働組合法の目的

－労働力以外の商品を有していない人間の労働権保障

生産手段（独立した事業に必要な施設、工場、機械等）（→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、労働力商品の所有者である労務供給者の身体、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

*64 この他、当該人の行為が「他人に対する労務供給」に該当するか否かという論点もあるが、これについては、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。

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）*65*66。

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。

憲法28条、及び、憲法28条による団結権・団体交渉権・団体行動権保障を具体化する労働組合法は、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（憲法25条）保障を、労働権保障（雇用・労働条件の保障及び幸福追求権・人格権保障も含む）という観点から実現することを目的とする。

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、労働組合法は、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。

2 憲法28条及び労働組合法の対象

－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、②人格権等の保障の必要性、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、憲法28条と労働組合法の目的（→前掲1）に鑑みれば、憲法28条及び労働組合法が対象とする「労働者（勤労者）」、すなわち、団結権・団体交渉権・団体行動権を享受し、労働協約の適用を受け、不当

*65 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）。

*66 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。

労働行為から保護される労働者は、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（現に労務を供給していない失業者も含む）」であろう。

しかし、憲法28条及び労働組合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であること（交渉の非対等性）」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

といて、その労働力商品の特殊性（労働力は商品としてストックすることができず一般に供給過剰であるので、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）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である。

(5) 公正競争の基盤の確立の必要性

第四に、前掲(4)で述べたように、「自ら他人に有償で労務を供給する者」は、厳密に言えば「自ら他人に有償で労務を供給することによってしか生活できない」とは言えなくても、また、当該個人の具体的な労働条件交渉能力を問わず、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、その雇用・労働条件を団体交渉・労働協約等により規制しなければならない。

(6) まとめ

以上のように、「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り、その労働権を保障する必要がある。また、②労働力はその所有者である人間と切り離すことができないという労働力商品の特殊性の故に、その人格権等の保障に留意する必要がある。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という労働力商品の特殊性の故に、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にあり、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」全てを労働組合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、憲法28条及び労働組合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^{*67}、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、労働市場に参入する者全て、すなわち、「自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）」である。

(7) 例外

ただし、「自ら他人に有償で労務を供給する者」であっても、例外的に、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できる立場にあり、公正競争の観点からも問題がない場合は、憲法28条及び労働組合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、団結権・団体交渉権・団体行動権が保障されず、労働協約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、自分自身で自分を保護することができるので、当該労務供給者の人格権等の保障や労務供給契約の内容・水準と生存権保障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・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・労働条件を団体交渉・労働協約等により規制しなくても、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

憲法28条及び労働組合法は、自ら他人に有償で労務を供給する人間の生存権保障をその労働権保障という観点から実現するという目的のために、二つのア

*67 同旨註釈労組法(1949)54頁、注釈労組法（上）(1980)227頁等。

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

憲法28条及び労働組合法は、第一に、団結権・団体交渉権・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や労働委員会制度を定めること等により、自ら他人に有償で労務を供給する人間が労務の供給を受ける者と実質的に対等な立場で交渉を行うことを実現させ、労働協約の締結等によりその労務供給契約の水準の向上を図り、また、利益紛争のみならず権利紛争（権利義務の有無と内容に関する紛争）についても、団体交渉等、団結による自主的解決を可能にし、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^{*68}。

(2) 「自ら他人に有償で労務を供給する人間全体」の労働権保障

また、第二に、憲法28条及び労働組合法は、労働条件等を集团的に規制し、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。

第3款 「労働組合法上の労働者」は 属人的・階層的的概念か關係的・相対的概念か

1 問題の所在

労働組合法3条は、「この法律で『労働者』とは、職業の種類を問わず、賃

*68 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、憲法28条は、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、自ら他人に有償で労務を供給する者に団結権・団体交渉権・団体行動権を保障することにより、その生存権保障を実現する。

金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者をいう」と定め、労働組合法上の労働者を定義している。「生活する者」との文言からは、同条の定める労働者は、ある人間が労働者に該当するかどうか、属人的に定まるようにも解釈しうる。また、「収入によって生活する者」との文言からは、主として当該収入によって生計を維持している者に限定されているようにも解釈しうる。

しかし、人間は、同時に様々な職業活動を行うこともあり、労務供給とそれ以外の職業活動を行っている者（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消費者と直接契約したりする者等）もいる。

また、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。

それでは、「労働組合法上の労働者」とは、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、「労働組合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、あるいは、具体的な労務供給契約がない状態において労働者かどうか」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

(1) 具体的契約・状態において決定する必要性

労働組合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、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」全てを労働組合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、労働組合法上の労働者は、労働組合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、あるいは、具体的な労務供給契約がない状態において労働者かどうか」という観点から定まる「関係的・相対的」概念である^{*69}。

具体的には、第一に、具体的な労務供給契約のもとで、当該労務供給契約が、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約であれば、当該労務供給者は、例外的に当該労務供給契約の相手方と実質的に対等に交渉できる立場にある場合を除き、当該労務供給契約の相手方との関係では、労働組合法上の労働者であり、団結権等を行行使することができる。

もちろん、同じ人間が複数の相手方と労務供給契約を締結している場合、当該労務供給契約が全て「自ら他人に有償で労務を供給する」契約であれば、当該労務供給者は、例外的に当該労務供給契約の相手方と実質的に対等に交渉できる立場にある場合を除き、当該複数の労務供給契約の相手方それぞれとの関係で、労働組合法上の労働者となる。

また、第二に、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結したい（労働市場に参入したい）と思っているが締結していないという状態であれば、当該人は、労務供給契約の相手方と実質的に対等に交渉できる立場にある例外的場合を除き、その状態にある間は、労働組合法上の労働者である。

(2) 具体例①－具体的な労務供給契約

具体的な労務供給契約のもとで、当該労務供給契約の相手方との関係で、労働組合法上の労働者に該当するかどうかを判断するという事は、具体的には以下のような判断となる（労働組合法上の労働者の具体的判断基準については、後掲第6款で検討する）。

第一に、同じ人間が、労務供給活動とそれ以外の職業活動を行っている場合、

*69 これに対して、「Aさん」という人間が「全体として」労働組合法上の労働者かどうかを判断すると、全体として労働者ではないとされた場合、「Aさん」が自ら他人に有償で労務を供給する契約を締結しても労働組合法の適用対象とならないことになり、労働市場に参入する人全てを適用対象することができなくなってしまう。

当該労務供給活動において労働組合法上の労働者かどうかを判断する。

例えば、自営農業も行っているが、工場労働者として企業に有償で労務を供給している場合は、自営農家としては労働組合法上の労働者ではないが、工場労働者として、労務供給契約の相手方である企業との関係では、労働組合法上の労働者である。

第二に、同じ人間が異なる労務供給活動を行っている場合、それぞれの労務供給活動において労働組合法上の労働者かどうかを判断する。

例えば、弁護士として消費者である依頼人から依頼された仕事を行うとともに、大学教員として大学に有償で労務を供給している場合は、弁護士としては依頼人との関係で労働組合法上の労働者ではないが、大学教員として、労務供給契約の相手方である大学との関係では、労働組合法上の労働者である。

第三に、同じ人間が同じ労務供給活動を行っているが、消費者と事業者の双方を相手方とする労務供給活動を行っている場合、それぞれの労務供給活動において労働組合法上の労働者かどうかを判断する。

例えば、大工として、直接消費者と契約して家の修理等も行いが、建設会社と契約して内装工事等も行っている場合は、前者の場面で当該消費者との関係では労働組合法上の労働者ではないが、後者の場面で当該建設会社との関係では労働組合法上の労働者である。

第四に、同じ人間が複数の事業者に対して労務供給を行っている場合、それぞれの労務供給活動において労働組合法上の労働者かどうかを判断する。例えば、午前中はコンビニの販売員として働き、午後は運送会社の引越し作業員として働いている場合、コンビニとの関係で労働組合法上の労働者であるとともに、運送会社との関係でも労働組合法上の労働者である。

このように、同じ人間が複数の労務供給契約を締結している場合、第二と第三で挙げた例のように、Aとの労務供給契約のもとでAとの関係では労働組合法上の労働者ではないが、Bとの労務供給契約のもとでBとの関係では労働組合法上の労働者であるという場合が存在する。もちろん、第四で挙げた例のように、Aとの関係でもBとの関係でも労働組合法上の労働者であるという場合も存在するし、Aとの関係でもBとの関係でも労働組合法上の労働者ではないという場合も存在する。

(3) 具体例②－労務供給契約のない状態

労務供給契約のない状態において労働組合法上の労働者に該当するかどうか

を判断するという事は、具体的には以下のような判断となる（労働組合法上の労働者の具体的判断基準については、後掲第6款で検討する）。

第一に、当該人が、何も職業活動をしていない場合は、行いたいと思っている労務供給（締結したいと思っている労務供給契約）の内容により判断する。

例えば、特に生産手段を持たず、事業者と「自ら有償で労務を供給する」契約を締結したい（労働市場に参入したい）と思っているが締結していないという状態であれば、「完全失業者」として、労働組合法上の労働者である。

第二に、当該人が、労務供給活動以外の他の職業活動をしている場合も、行いたいと思っている労務供給（締結したいと思っている労務供給契約）の内容により判断する。

例えば、自営農業をしているが、工場労働者としての仕事も探しており、企業と「自ら有償で労務を供給する」契約を締結したいと思っているが締結していないという状態にある場合、当該人は、「部分失業者」として、労働組合法上の労働者である。

第三に、当該人が、労務供給活動をしている場合も、行いたいと思っている労務供給（締結したいと思っている労務供給契約）の内容により判断する。

例えば、大工として、現在は消費者のみを相手方として労務供給活動をしているところ、建設会社とも「自ら有償で労務を供給する」契約を締結したいと思っているが締結していないという状態にある場合、当該人は、「部分失業者」として、労働組合法上の労働者である。

しかし、第一から第三で挙げた例のいずれの場合も、当該人が、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結することを希望しなくなれば、その時点で労働組合法上の労働者ではなくなることになる。

3 関係的・相対的概念であることと「失業者」との関係

「労働組合法上の労働者」は、属人的・階層的概念ではなく、関係的・相対的概念であると理解することは、「失業者」が労働組合法上の労働者に含まれることと全く矛盾しない。

学説においては、新国立劇場運営財団事件及びI N A Xメンテナンス事件の最高裁判決が、労働組合法上の労働者を使用者（たるべき存在）との関係性の中で決定していることについて、労働組合法3条は「賃金、給与その他これに準ずる収入によって生活する者」と定義するのみで、特定の使用者との関係で

成り立つものではなく、失業者も含まれるとの批判がみられる*70。

しかし、先に述べたように（→前掲2(1)(3)）、労働組合法上の労働者（労働組合法3条の労働者）は、第一に、具体的な労務供給契約においては、労務供給契約の相手方との関係で労働者かどうかが決定されるが、第二に、具体的労務供給契約とは別に、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結したいと思っているが締結していない場合は、当該人は、その状態にある間は、原則として、労働組合法上の労働者であり、「失業者」も「労働組合法上の労働者」に含まれる。また、一切職業活動をしていない「完全失業者」のみならず、職業活動をしている「部分失業者」も、部分失業者としては労働組合法上の労働者である。

4 関係的・相対的概念であることと団結権等の行使との関係

「労働組合法上の労働者」は、属人的・階層的概念ではなく、関係的・相対的概念であると理解することは、集团的労使関係システムや団結権等の行使と全く矛盾しない。

(1) 労務供給活動と他の職業活動を行っている場合

例えば、自営農業も行っているが、工場労働者としてY企業に有償で労務を供給しているXは、自営農家としては労働組合法上の労働者ではないが、工場労働者として、Y企業との関係では、労働組合法上の労働者である。

Xは、労働組合を結成しあるいは労働組合に加入することができ、組合活動を行うことができ、Y企業に対して争議行為を行うことができ、Y企業の不当労働行為から保護される。また、Xの所属する労働組合Zは、XのY企業における雇用・労働条件について、Y企業に対して団体交渉を行うことができる。また、ZとY企業が労働協約を締結し、Xがその人的適用範囲に含まれる場合、当該労働協約はXとY企業の労務供給契約に適用される。

(2) 異なる労務供給活動を行っている場合

例えば、弁護士として消費者である依頼人から依頼された仕事を行うとともに、大学教員としてY大学に有償で労務を供給しているXは、弁護士としては依頼人との関係で労働組合法上の労働者ではないが、大学教員として、Y大学

*70 野田進(2011)40頁。

との関係では、労働組合法上の労働者である。

Xは、労働組合を結成しあるいは労働組合に加入することができ、組合活動を行うことができ、Y大学に対して争議行為を行うことができ、Y大学の不当労働行為から保護される。また、Xの所属する労働組合Zは、XのY大学における雇用・労働条件について、Y大学に対して団体交渉を行うことができる。また、ZとY大学が労働協約を締結し、Xがその人的適用範囲に含まれる場合、当該労働協約はXとY大学の労務供給契約に適用される。

しかし、Xは、弁護士としては依頼人との関係で労働組合法上の労働者ではないので、当然、依頼人に対して争議行為を行うことはできず、依頼人の行為が不当労働行為になることはなく、Xの所属する労働組合Zは、依頼人に対して団体交渉を行うことはできない。

(3) 消費者と事業者に労務供給活動を行っている場合

例えば、大工として、直接消費者と契約して家の修理等も行うが、Y建設会社と契約して内装工事等も行っているXは、当該消費者との関係では労働組合法上の労働者ではないが、Y建設会社との関係では労働組合法上の労働者である。

Xは、労働組合を結成しあるいは労働組合に加入することができ、組合活動を行うことができ、Y建設会社に対して争議行為を行うことができ、Y建設会社の不当労働行為から保護される。また、Xの所属する労働組合Zは、XのY建設会社における雇用・労働条件について、Y建設会社に対して団体交渉を行うことができる。また、ZとY建設会社が労働協約を締結し、Xがその人的適用範囲に含まれる場合、当該労働協約はXとY建設会社の労務供給契約に適用される。

しかし、Xは、消費者との関係では労働組合法上の労働者ではないので、当然、当該消費者に対して争議行為を行うことはできず、消費者の行為が不当労働行為になることはなく、Xの所属する労働組合Zは、消費者に対して団体交渉を行うことはできない。

(4) 複数の事業者に対して労務供給活動を行っている場合

例えば、午前中はY1コンビニの販売員として働き、午後はY2運送会社の引越し作業員として働くXは、Y1コンビニとの関係で労働組合法上の労働者であるとともに、Y2運送会社との関係でも労働組合法上の労働者である。

Xは、労働組合を結成しあるいは労働組合に加入することができ、組合活動を行うことができ、Y1コンビニに対してもY2運送会社に対しても争議行為を行うことができ、Y1コンビニの不当労働行為からもY2運送会社の不当労働行為からも保護される。また、Xの所属する労働組合Zは、XのY1コンビニにおける雇用・労働条件について、Y1コンビニに対して団体交渉を行うことができ、XのY2運送会社における雇用・労働条件については、Y2運送会社に対して団体交渉を行うことができる。また、ZとY1コンビニ、ZとY2運送会社が労働協約を締結し、Xがその人的適用範囲に含まれる場合、当該労働協約はそれぞれXとY1コンビニの労務供給契約、XとY2運送会社の労務供給契約に適用される。

学説においては、新国立劇場運営財団事件及びINAXメンテナンス事件の最高裁判決が、労働組合法上の労働者を使用者（たるべき存在）との関係性の中で決定していることについて、同じ人物であってもA社との関係では労働者であり、B社との関係では労働者でなくなるので、B社での労働争議に加わって団体交渉等に参加することができず、特に地域合同労組の活動を制約するとの批判がみられる^{*71}。

しかし、先に述べたように（→前掲2(1)(2)）、複数の労務供給契約を締結している場合、一つの労務供給の相手方との関係でしか労働組合法上の労働者性が肯定されないわけではなく、当該労務供給契約が、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約であれば、労務供給者は、当該労務供給契約の相手方との関係で、原則として、労働組合法上の労働者であるから、複数の労務供給契約の相手方との関係で労働組合法上の労働者である場合もある。

そして、先に挙げた例のように、同じ人物Xが、A社との関係でもB社との関係でも労働組合法上の労働者である場合は、A社とB社のそれぞれがXとの関係では不当労働行為を禁止される労働組合法7条の使用人であるから、Xの所属する労働組合Zは、XのA社における労働条件についてはA社に団体交渉を申し入れることができ（A社は団交義務を負い）、XのB社における労働条件についてはB社に団体交渉を申し入れることができる（B社は団交義務を負う）のであって、X及びZの団結権等の行使を制約する結果にはならない。

*71 野田進(2011)40頁。

(5)「完全失業者」の場合

例えば、特に生産手段を持たず、事業者と「自ら有償で労務を供給する」契約を締結したい（労働市場に参入したい）と思っているが締結していないXは、「完全失業者」として、労働組合法上の労働者である。

Xは、労働組合を結成しあるいは労働組合に加入することができ、組合活動を行うこともできる。

しかし、Xには労務供給契約の相手方がおらず、Xに対して労働組合法7条の使用者の関係にある者は想定されない（→後掲第9款）。したがって、Xがその所属する労働組合を通じて団体交渉を求めることができる相手方はおらず、争議行為を行う相手方もおらず、Xに対して不当労働行為を禁止される使用者もいない。また、完全失業者である時点で適用される労働協約も存在しない。

(6)「部分失業者」の場合

例えば、自営農業をしているが、工場労働者としての仕事も探しており、企業と「自ら有償で労務を供給する」契約を締結したいと思っているX1や、大工として、現在は消費者のみを相手方として労務供給活動をしているところ、建設会社とも「自ら有償で労務を供給する」契約を締結したいと思っているX2は、「部分失業者」として、労働組合法上の労働者である。

X1とX2は、労働組合を結成しあるいは労働組合に加入することができ、組合活動を行うこともできる。

しかし、X1とX2には「部分失業者」としては労務供給契約の相手方がおらず、X1又はX2に対して、労働組合法7条の使用者の関係にある者は想定されない（→後掲第9款）。したがって、X1又はX2がその所属する労働組合を通じて団体交渉を求めることができる相手方はおらず、争議行為を行う相手方もおらず、X1又はX2に対して不当労働行為を禁止される使用者もいない。また、部分失業者である時点で適用される労働協約も存在しない。

5 属人的振り分け論への具体的批判

労働組合法上の労働者を、「ある人が労働者階級（階層）に属するか」という観点から属人的・階層的に判断する「属人的振り分け論」については、具体的に次のような批判が可能である。

第一に、職業活動全体や生計維持手段等に照らして、全体として当該人間が労働組合法3条の労働者かどうかを判断する客観的・合理的基準を見いだすこ

とはできない。

第二に、同見解では、同じ相手方と同じ内容の労務供給契約を締結している人間であっても、労働組合法上の労働者と労働者でない者が存在する可能性がある。たとえば同じY大学教員のX1とX2が、X1は弁護士としての収入が多い等の理由で全体として労働組合法上の労働者ではなく、他の収入のないX2は労働者と判断されることがありうる。この場合、Y大学にZ教員組合があったとしても、X2は組合員となることができるが、X1は組合員となることはできず、組合活動もできず、Y大学の不当労働行為からも保護されず、その代表者を通じてY大学に団体交渉を申し入れることもできない。また、X1に対しては、Y大学とZ教員組合の締結した労働協約の適用（労組法16条）も、工場事業場単位の拡張適用（労組法17条）もできないことになる。この場合、X1の報酬がX2やY大学の他の教員よりも合理的理由なく低ければ、X1個人の労働権・生存権保障という点から問題である。また、X1のように「全体として労働者ではない」とされた教員の労働条件を集团的に規制することができなくなれば、Y大学の教員の雇用・労働条件を集团的に規制し、教員間の公正競争の基盤を確立し、もって教員全体の雇用・労働条件を保障するという点からも問題があることは明らかである。

したがって、この場合、X1とX2も、Y大学との労務供給契約のもとでY大学との関係では労働組合法上の労働者であり、団結権・団体交渉権を行使することができるが、Y大学の不当労働行為から保護され、また、労働協約の適用対象となりうるかと解すべきであり、属人的振り分け論は妥当ではない。

第4款 「労働組合法上の労働者」の期間

— 「労働者」であるのはいつからいつまでか

1 問題の所在

それでは、「労働組合法上の労働者」として、労働組合法の適用をうけ、団結権等を行使しうるのは、いつからいつまでであろうか。

2 労務供給契約のない状態で労働者である場合

前掲第3款2(1)(3)で検討したように、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結したいと思っているが締結していないという状態において、当該人

は、労務供給契約の相手方と実質的に対等に交渉できる立場にある例外的な場合を除き、完全失業者又は部分失業者として、労働組合法上の労働者であり、労働組合の結成・加入、組合活動が可能である。

したがって、当該状態にある間は、当該人は、「労働組合法上の労働者」である。

3 具体的労務供給契約のもとで労働者である場合

前掲第3款2(1)(2)で検討したように、前掲2の場合を除き、労働組合法上の労働者は、具体的な労務供給契約のもとで決定され、当該労務供給契約が、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約であれば、当該労務供給者は、例外的に当該労務供給契約の相手方と実質的に対等に交渉できる立場にある場合を除き、当該労務供給契約の相手方との関係では、労働組合法上の労働者である。

それでは、当該労務供給者が当該労務供給契約の相手方との関係で労働組合法上の労働者であるのは、労務供給契約の締結から終了までであろうか、それとも、その前後の期間も労働組合法上の労働者でありうるのであろうか。

(1) 労務供給契約を締結する前の段階

労務供給契約を締結する段階で、契約の内容等につき団体交渉を行い、団結による労働条件の引き上げを行うためには、また、労働組合法7条一号の不利益取扱い^{*72}から保護されるためには、労務供給者は、契約を締結する前であっても、団結権・団体交渉権等が保障され、労働組合法が適用されなければならない^{*73}。

したがって、会社分割・事業譲渡・合併が予定されている場合、あるいは、

*72 筆者は、労組法7条一号の定める不利益取扱いは、本文前段の定める不利益取扱いについても採用（労働契約の締結）について適用されると解するので、特段の事情がない限り本文前段の不利益取扱いに雇入れの拒否は含まれないと判示するJ R 北海道・日本貨物鉄道事件最高裁判決（最一小判平成15・12・22判時1847号8頁）は支持できない。しかし、同判決においても、労組法7条一号本文後段の黄犬契約の禁止は、採用について適用される。したがって、少なくとも、労組法7条一号本文後段の黄犬契約の禁止は、労働契約締結前に適用される。

*73 C B C管弦楽団事件の名古屋地裁判決（名古屋地判昭和46・12・17民集30巻4号471頁、判時656号23頁）は、「当該使用者に対し団体交渉権の主体たり得るものは、・・・労使関係の可能性を有する労働者の団結体もすべてこれに含まれる・・・けだし、労働権保護のためには、現存する労働関係のみならず、労働関係への結びつきないしそれからの離脱に対しても、共に団結力による自主的解決を認める必要があるからである」と判示している。

契約締結過程に入っている場合等、労務供給契約を締結する可能性が現実的かつ具体的に生じている場合は、将来締結されうる労務供給契約が「自ら他人に有償で労務を供給する」契約であれば、当該労務供給者（となる可能性を有する者）は、例外的に当該（将来の）労務供給契約の相手方と実質的に対等に交渉できる立場にある場合を除き、当該（将来の）労務供給契約の相手方との関係では、その時点から「労働組合法上の労働者」である。そして、少なくとも（将来の）労務供給契約の相手方は、当該労務供給者（となる可能性を有する者）との関係では、労働組合法7条の使用者である（→後掲第9款）。

なお、特定の労務供給契約の締結過程に入っていない場合であっても、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結したいと思っている場合は、前掲2で述べたように、「完全失業者」又は「部分失業者」として、「労働組合法上の労働者」性が認められる。

（2）労務供給契約締結後終了まで

労務供給契約が締結され終了するまでの間、及び、当該労務供給契約の終了自体が争われている場合^{*74}も、労働条件の変更、懲戒処分、契約の終了等をめぐり、団体交渉を行い労働協約を適用する等、団結による労働条件の維持・引き上げ、使用者の権利行使の制限等を行う必要があり、権利紛争・利益紛争について団結による自主的解決を行う必要があり、また、不当労働行為から保護される必要がある。

したがって、労務供給者は、当該労務供給契約が、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約であれば、例外的に当該労務供給契約の相手方と実質的に対等に交渉できる立場にある場合を除き、当該労務供給契約の相手方との関係では、労務供給契約が締結され終了するまでの間、「労働組合法上の労働者」である。そして、少なくとも労務供給契約の相手方は、当該労務供給者との関係では、労働組合法7条の使用者である（→後掲第9款）。

（3）労務供給契約終了後

労務供給契約が確定的に終了した後も、契約展開中の未払賃金や退職金債権の有無と額、差別的取扱いや労災に対する損害賠償、契約終了後に発症した疾

*74 C B C管弦楽団事件名古屋地裁判決（名古屋地判昭和46・12・17民集30巻4号471頁、判時656号23頁）参照。

病等に対する対応等、労務供給者の労務供給契約相手方等に対する債権の有無と額が争いになる場合があり、それらの前提となる情報提供等も含め、団体交渉等により、団結による自主的解決を認める必要がある。

けだし、労働権・生存権保障においては、労働条件の維持・引き上げのみならず、権利紛争（権利義務の有無と内容に関する紛争）について、個別交渉あるいは費用と時間等のかかる裁判所による解決ではなく、団体交渉や労働協約等、団結による自主的解決が重要であるところ、当該権利紛争が、労働契約終了前に顕在化すれば、労働組合法上の労働者として代表者を通じて団体交渉を求めることができるが、労働契約終了後に顕在化すれば労働組合法上の労働者として代表者を通じて団体交渉を求めることができないと解することに合理性はなく、また、当該労務供給者の保護としては不十分であるからである。

したがって、過去労務を供給していた者は、当該労務供給契約が「自ら他人に有償で労務を供給する」契約であれば、例外的に当該労務供給契約の相手方と実質的に対等に交渉できる立場にあった場合を除き、当該過去の労務供給契約の相手方との関係では、「労働組合法上の労働者」である。そして、少なくとも労務供給契約の相手方は、当該労務供給者との関係では労働組合法7条の使用者である（→後掲第9款）。

そして、当該紛争が、過去の労務供給関係から生じる権利義務に関する紛争であって、使用者（労務供給契約の相手方）が決定することができる事項であれば、義務的団交事項に該当し、労務供給者は、過去の労務供給契約の相手方に対して、代表者を通じて団体交渉を求めることができる。ただし、団体交渉の申入れが、労働契約関係終了後、社会通念上合理的な期間内になされなかった場合は、当該労務供給者及びその代表者（労働組合等）の団体交渉権の行使は信義則に反し、過去の労務供給契約の相手方は団体交渉応諾義務を負わないと解すべきである^{*75}。

^{*75} 元従業員らが加入した合同労組から石綿の使用実態に関する団交申入れがなされた会社がそれを拒否したことが不当労働行為かどうか争われた住友ゴム事件において、神戸地裁判決（神戸地判平成20・12・10労判973号5頁）は、「当該紛争が顕在化した時点で当該労働者が既に退職していたとしても、未精算の労働契約関係が存在すると理解し、当該労働者も『使用者が雇用する労働者』であるのが相当である」と判示し、控訴審大阪高裁判決（大阪高判平成21・12・22労判994号81頁）は、元従業員が「雇用する労働者」であると認められる要件として、①当該紛争が雇用関係と密接に関連して発生したこと、②使用者において、当該紛争を処理することが可能かつ適当であること、③団体交渉の申入れが、雇用関係終了後、社会通念上合理的といえる期間内にされたことを挙げており、いずれも、元従業員が「雇用する労働者」（労組法7条2号）に該当するかどうかを判断している。しかし、元従業員の加入する労働組合に対する会社の団交応諾義務の有無は、①元従業員が会社との関係で、「労働組合法上の労働者」か、②当該団交事項が義務的団交事項に該当するか、③当該団交申入れが信義則に違反していないか、を判断すべきであろう。

(4) まとめ

以上をまとめると、具体的な労務供給契約のもとでは、労務供給者は、労務供給契約の相手方と実質的に対等に交渉できる立場にある場合を除き、①「自ら他人に有償で労務を供給する」労務供給契約を締結する現実的かつ具体的な可能性が生じた時点から、(将来の)労務供給契約の相手方との関係で、「労働組合法上の労働者」であり、②「自ら他人に有償で労務を供給する」労務供給契約を締結し、労務を供給している期間は、労務供給契約の相手方との関係で、「労働組合法上の労働者」であり、③「自ら他人に有償で労務を供給する」労務供給契約が終了した後も、(過去の)労務供給契約の相手方との関係で、「労働組合法上の労働者」である。

第5款 「労働組合法上の労働者」の決定時期 — 「労働者」はいつ決定されるのか

1 問題の所在

それでは、「労働組合法上の労働者」かどうか、すなわち、労働組合法の適用をうけ、団結権等を行使しうるかどうか、また、不当労働行為からの保護を受けることができるかどうかは、いつの段階で決定されるのであろうか。

2 労務供給契約のない状態で労働者である場合

前掲第4款2で述べたように、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結したいと思っているが締結していないという状態にある間、当該人は、労務供給契約の相手方と実質的に対等に交渉できる立場にある例外的な場合を除き、完全失業者又は部分失業者として、労働組合法上の労働者である。

したがって、「労働組合法上の労働者」かどうかは、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結したいと思った時点で、例外的に労務供給契約の相手方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。

3 具体的労務供給契約のもとで労働者である場合

前掲第4款3(1)で述べたように、労務供給契約を締結する前であっても、将来締結されうる労務供給契約が「自ら他人に有償で労務を供給する」契約であれば、当該労務供給者(となる可能性を有する者)は、当該(将来の)労務

供給契約の相手方と実質的に対等に交渉できる立場にある場合を除き、当該（将来の）労務供給契約の相手方との関係では、労務供給契約を締結する現実的かつ具体的な可能性が生じている時点から、「労働組合法上の労働者」である。

したがって、「労働組合法上の労働者」かどうかは、労務供給契約が締結される前の段階で、当該労務供給契約が「自ら他人に有償で労務を供給する」契約かどうか、及び、例外的に当該労務供給契約の相手方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。

換言すれば、労働組合法上の労働者かどうかは、契約締結過程や契約締結後の労務供給の状況に照らして、事後的に決定されるわけではない。

ただし、事情の変化により、契約締結前には労働組合法上の労働者の要件を充足しており「労働組合法上の労働者」であったが、契約展開途中で要件を充足しなくなり「労働組合法上の労働者」ではなくなった（あるいはその逆）ということもありうる。

第6款 「労働組合法上の労働者」の判断基準①

一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、「労働組合法上の労働者」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」

労働組合法は、労働力以外の商品を有していない人間を中核の対象とし、その生存権保障を労働権保障という観点から実現することを目的とする（→前掲第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り、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」全てを労働組合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、労働組合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労働条件交渉能力を問わず、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（→前掲第2款2）。

具体的には、第一に、「労務供給契約を締結していない状態において労働者かどうか」が検討される場合は、「自ら他人に有償で労務を供給する契約」を締結しようとする者は、原則として、労働組合法上の労働者である（→前掲第3款2(1)(3)）。

第二に、「具体的な労務供給契約のもとで、労務の供給を受ける者との関係で労働者かどうか」が検討される場合は、当該労務供給契約が、「自ら他人に有償で労務を供給する契約」であれば、当該労務供給を行う者は、労務の供給を受ける者との関係では、原則として、労働組合法上の労働者である（→前掲第3款2(1)(2)）。

そして、この場合、労務供給者は、当該労務供給契約を締結する可能性が現実的かつ具体的に生じた時点から、（将来）労務の供給を受ける者との関係で労働組合法上の労働者であり、労務供給契約の締結から終了までの間、労務の供給を受ける者との関係で労働組合法上の労働者であり、労務供給契約終了後も、（過去）労務の供給を受けた者との関係で、労働組合法上の労働者である（→前掲第4款）。

換言すれば、現在・過去・将来の具体的な労務供給契約が、「自ら他人に有償で労務を供給する契約」であれば、当該労務供給を行う者は、現在・過去・将来の労務供給契約の相手方との関係では、原則として、労働組合法上の労働者である。

(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、一人法人のように労務を供給する者が実質的に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

憲法28条及び労働組合法が保障する団結権等は、「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）が故に保障されるのであって、約する労務の内容が「指揮監督（命令）下の労働」であるから保障されるのではない。

したがって、労働組合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（有償であること）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、労働組合法上の労働者は、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5款3、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組合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組合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組合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、団結権等が保障されず、労働組合法の適用対象とならなくても、当該労働供給者の人格権等の保障や労務供給契約の内容・水準と生存権保障に関して問題はない。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、労働組合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、事業者への労務供給かそれとも消費者への労務供給か、第二に、生産手段の所有とその利用の有無の二つの観点から、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四つに分類し、以下(2)～(8)で順に検討する。

(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、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、専門資格があったからといって優位に報酬等の労働条件を決定できるわけではない。

したがって、自ら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、たとえ、資格や専門技能・技術を有していたとしても、労務の供給を受ける者が事業者である限りは、当該事業者との関係では、労働組合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、事業者に対して労務を供給し、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）である場合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との間の公正競争、及び、自ら労務を供給し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、自ら労務を供給し生産手段等を有していない者から労務の供給を受ける事業者との間の公正競争の観点からも、やはり、当該労務供給者の労働組合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供給でない場合

しかし、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（例えば運送会社における運送業務）ではなく専属的継続的な労務供給でもないとき、例えば、法律事務所を経営している弁護士が顧客の一人である事業者（自動車製造会社）の訴訟業務を行う場合や、工務店を経営している大工が顧客の一人である事業者（百貨店）の店の修理を行う場合は、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決定できる立場にある。

したがって、自ら事業者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、それを利用して事業者に労務を供給し、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、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、労働組合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や履行補助者を有し、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、法律事務所を経営している弁護士が消費者である依頼者の訴訟業務や法律相談を行う場合や、工務店を経営している大工が直接消費者の家の建設や修理を行う場合は、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^{*76}。

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、労働組合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、事業者ではなく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、大工道具のみを有している大工が消費者と直接契約して家を修理する場合、靴磨きが駅や街頭で通りかかる個人の靴を磨く場合、音楽家が個人の生徒に対して楽器や声楽の指導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、当該労務供給者は、労務の供給を受ける消費者と市場において対等の交渉力を有しているといつてよいであろう。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・技能・専門知識等を有しており、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、消費者と実質的に対等に交渉しうる立場にある^{*77}。

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、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、労働組合法上の労働者ではない。

*76 例えば工務店を経営する大工は、自ら労働する「事業者」という点で、自ら労働する商店経営者（例えば洋装店経営者）等と同一視され、その違いは、他人（消費者）に対して労務を供給する（建設や修理を行う）か、他人（消費者）に対して物（洋服）を販売するかにすぎないともいえよう。

*77 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。

(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手段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・家庭教師の場合は、労務の供給を受ける消費者は、不特定多数の顧客の一人ではなく、自ら有償で労働を供給する者は、当該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、労働組合法上の労働者と解すべきである。

(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、供給する労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく、また、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、労働組合法上の労働者ではない。また、そのような労務供給を行おうと思っているが行っていない状態にある者も、「独立事業者」に該当し、労働組合法上の労働者性を否定される。

第二は、独立した事業に必要な生産手段を有しそれを利用して労務を供給するのではないが、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、「自ら他人に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、労働組合法上の労働者ではない。また、そのような労務供給を行おうと

思っているが行っていない状態にある者も、「独立労働者」に該当し、労働組合法上の労働者性を否定される。

4 証明責任

「自ら他人に有償で労務を供給する者」は、原則として労働組合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、労働組合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組合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組合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、労務の供給を受ける者との関係では、原則として、労働組合法上の労働者である。

具体的には、①過去・現在・将来の具体的労務供給契約において、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の関係では、原則として、労働組合法上の労働者である。また、②自ら他人に有償で労務を供給する契約を締結したいがしていない状態にある者は、原則として、労働組合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、労働組合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、供給する労務の内容が労務の供給を

受ける事業者の事業内容の一部ではなく、また、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、労働組合法上の労働者ではない。このような労務供給契約を締結したいがしていない状態にある者も同様である。

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との関係では、労働組合法上の労働者ではない。このような労務供給契約を締結したいがしていない状態にある者も同様である。

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、労働組合法上の労働者は、「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。

具体的には、第一に、具体的な労務供給契約のもとでは、「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」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ない立場にあるので、当該労務の供給を受ける者との関係では、労働組合法上の労働者である。

第二に、具体的な労務供給契約がない状態において、「自ら他人に有償で労務を供給する契約を締結したいと思っているが締結していない者で、労務の供給を受ける者との関係で独立事業者又は独立労働者でない者」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ので、完全失業者又は部分失業者として、労働組合法上の労働者である。

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、労働組合法上の労働者性は、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組合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、労働組合法上の労働者であると判断される。

第7款 「労働組合法上の労働者」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、第一に、具体的な労務供給契約がない状態において、「自ら他人に有償で労務を供給する契約を締結したいと思っているが締結していない者で、労務の供給を受ける者との関係で独立事業者又は独立労働者でない者（自然人）」は、完全失業者又は部分失業者として、労働組合法上の労働者である。

また、第二に、具体的な労務供給契約のもとでは、「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）」は、当該労務の供給を受ける者との関係で、労働組合法上の労働者である。

しかし、従来は、第一の、具体的な労務供給契約がない状態において労働組合法上の労働者に該当するかどうかについては、筆者の論文^{*78}を除き、ほとんど議論されてこなかった。

また、第二の、具体的な労務供給契約を前提として労働組合法上の労働者かどうかを判断するにあたっては、使用従属性、あるいは、使用従属性の判断基準、判断要素が、労働組合法上の労働者性の判断基準、判断要素、あるいは、考慮すべき事情として挙げられてきた。

行政解釈は使用従属関係を基本とし（→前掲第3節第1款）、近年の下級審

*78 川口美貴(2009b)、川口美貴(2011b)等。

裁判例は労基研報告(1985)の使用従属性の判断基準をそのまま用いている(→前掲第3節第4款2)。

また、近年の学説の多くは、論者により、何をどのように組み合わせ、どの程度重視するかは異なるものの、①「組織への組み入れ」、②「契約内容の一方的決定」、③「申込み・依頼に基本的に応ずべき関係」(「諾否の自由」、④「指揮監督の下での労務の提供」、⑤「時間的場所的一定の拘束」、⑥会社に対する「専属性」、「当該収入に生活を依存していること」⑦「報酬の労務対価性」、⑧事業者性(の一部)を判断基準・判断要素・判断指標としている(→前掲第3節第2款3・4)。

労使関係法研究会報告書(2011)においても、上記①～⑧に対応させるならば、第一に、基本的判断要素として、①「事業組織への組み入れ」(⑥「専属性」はこれを肯定する事情の一つ)、②「契約内容の一方的・定型的決定」、⑦「報酬の労務対価性」を挙げ、第二に、補充的判断要素として、③「業務の依頼に応ずべき関係」、④「広い意味での指揮監督下の労務提供」、⑤「一定の時間的場所的拘束」を挙げ、第三に、消極的判断要素として、⑧「事業者性」を挙げている(→前掲第3節第5款)。

新国立劇場運営財団事件及びINAXメンテナンス事件の最高裁判決は、①「組織への組み入れ」、②「契約内容の一方的決定」、③「申込み・依頼に基本的に応ずべき関係」(「諾否の自由」、④「指揮監督の下での労務の提供」、⑤「時間的場所的一定の拘束」、⑦「労務提供の対価」、の諸事情を総合考慮して当該労務供給者の労働組合法上の労働者性を肯定しており、INAXメンテナンス事件の法廷意見及び補足意見は、⑥会社に対する「専属性」、「当該収入に生活を依存していること」も考慮しているように思われる(→前掲第3節第4款3)。

しかし、具体的な労務供給契約を前提として労働組合法上の労働者性を判断する場合、「使用従属性」又は「指揮監督下の労働」を基本的な判断基準(の一つ)とし、あるいは、従来「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上記①～⑧(のうち一部)、又は、⑨代替性、⑩税・社会保険料の取扱いや就業規則の適用^{*79}を、労働者性の判断基準・判断要素、判断指標、あるいは、考慮事情とし、労働者の範囲を限定すべきであろうか。

*79 ビクターサービスエンジニアリング事件・東京地判平成21・8・6労判986号5頁、同東京高判平成22・8・26労判1012号86頁。

すでに、労使関係法研究会報告の批判的検討において検討した点も多く（→前掲第3節第5款）、また、労働基準法上の労働者性及び労働契約法上の労働者性の議論（→前掲第2章第4節第8款、第3章第4節第7款）と重複する点も多いが、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、労働組合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」でなければ労働組合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、自ら他人に有償で労務を供給する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。

自ら他人に有償で労務を供給する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。他人に自分とは切り離せない労務を供給している以上、それは一定の義務・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、労働組合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、労働力商品の特殊性の故に、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できない立場にあるという「交渉の非対等性」が存在し、労働組合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、労働組合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、労働組合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」でなければ労働組合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組合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 (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ろうから、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」を労働組合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、団結権等の保障が必要とされる。

これに対して、例えばある日1日だけ建設会社のマンション修理工事に従事する大工など一時的臨時的労務供給者は、長期的に契約が展開するわけではなく、将来の労働条件変更や契約の解除等が問題とならないので、労働組合の団体交渉等による集団的規制は必要ないという見解もあるかもしれない。しかし、

例え1日の契約であったとしても、当該契約内容につき団体交渉を行いあるいは労働協約を適用することにより契約内容を規制することは可能であり、必要である。また、当該契約に関し約定された報酬が支払われなかったり労災に遭ったりした場合、個別交渉や行政・司法救済とは別に、労務の供給を受ける者との団体交渉により紛争を解決する手段が確保されていることは、当該労務供給者の労働権・生存権を実質的に保障するために重要である。

したがって、一定以上の（事業）組織への「組み入れ」を労働組合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。

4 契約内容の一方的・定型的決定

(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、労働組合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組合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」を意味するのであるとしても、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、労働組合法上の労働者かどうか、例えば、代表者を通じて団体交渉を求めることができるかどうかは、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5款3）。

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、当該労務供給者が実際に生活のために労働しなければならない必要性の有無や、その労働が主たる生計維持手段か否か、別の職業活動をしているか否かにかかわらず。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2款・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かどうか）で、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」を労働組合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、労働組合法上の労働者ではないことになってしまう。

この点に関し、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かっ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」を「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」を労働組合法上の労働者の判断基準・判断指標とする見解、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、いずれも支持できない。

(3) 契約内容の定型的決定

契約内容の定型的決定を判断要素とする労使関係法研究会報告(2011)は、契約内容が定型的に決定されている場合は、個別的に決定されている場合よりも、契約内容が労務の供給を受ける者により実質的に一方的に決定されているとの評価を前提としているものと思われ、また、西谷敏(2010)35頁は、諸条件が定型的契約によって定められている場合には交渉の余地がないことが明白であるという。

定型的契約の場合、交渉の余地が一切ないかどうかは疑問であるが、仮に実質的に一方的に決定される場合が多いとしても、前掲(2)で述べたように、契約内容が実質的に一方的に決定されていることは、労働組合法上の労働者の判断基準・判断要素・考慮事情ではない。したがって、契約内容の定型的決定も、労働組合法上の労働者の判断基準・判断要素・考慮事情ではない。

5 申込み・依頼に基本的に応ずべき関係 (諾否の自由がないこと)

(1) 申込み・依頼に基本的に応ずべき関係 (諾否の自由がないこと)

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、「申込み・依頼に基本的に応ずべき関係にあること」、あるいは、「労務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、労働組合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をもって労働組合法上の労働者性を否定的に判断するのであれば、全ての労務供給者は労働組合法上の労働者性を否定されることになり、失当である。

(2) 応ずべき労務の範囲が狭いこと (諾否の自由の範囲が広いこと)

また、応ずべき労務の範囲が狭いこと、あるいは、諾否の自由の範囲が広いことは、労働組合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すること、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であることに変わりはないからである。

6 指揮監督下での労務の提供

(1) 労務供給のために必要な指示

「指揮監督の下での労務の提供」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労務供給のために必要な指示を行い、その指示に従って労務の供給がなされることを意味するのであれば、業務の内容・性質から一定の指示があるのは当然のことであり、労働組合法上の労働者かどうかを区別する基準とはならない。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考慮する必要はない。

(2) 業務の遂行上必要な指示

また、「労務の供給を受ける者の指示が業務の遂行上必要なものであること」は労働者性を否定する要素・事情ではない。労務の供給を受ける者の指示は、通常、業務の遂行上必要なものだからである。これを理由に労働者性を否定するのであれば、自ら他人に有償で労務を供給する者は全て労働組合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

「指揮監督下での労務の提供」が、業務の遂行方法に関する具体的・詳細な指示の下での労務の供給を意味するのであれば、失当である。職種・職務内容や企業の経営政策等により、業務の具体的遂行方法等につき自ら他人に有償で労務を供給する者が大きな裁量を有していることは少なくなく、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）等については、具体的遂行方法の指示が行われないことが普通であるが、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、その労働権・人格権等の保障を必要とすること、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ことに変わりはなく、労働組合法上の労働者から除外すべきではないからである。

7 時間的場所的一定の拘束

(1) 時間的場所的に一定の拘束を受けていること

「時間的場所的一定の拘束」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り、労働組合法上の労働者かどうかを区別する基準とはならない。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、労働組合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」により労働組合法上の労働者性が否定されるのであれば、自ら他人に有償で労務を供給する者は全て労働組合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、労働組合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すること、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であることに変わりはなく、労働組合法上の労働者から除外すべきではないからである。

8 報酬が労務提供の対価であること

(1) 供給された労務の対価

「報酬が労務提供の対価であること」は、単に、報酬が供給された労務の対価であり、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、「報酬が労務提供の対価であること」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」の対価を意味するのであれば、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組合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（→前掲6(3)）、失当である。

(3) 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、「報酬が労務提供の対価であること」

を、労務供給「それ自体」の対価である場合に限定するのであれば、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すること、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であることに変わりはなく、労働組合法上の労働者性を否定する理由とはならないからである。

(4) 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すること、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という立場にあることに変わりはない。また、労働組合法上の労働者は、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であるかどうか、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等に照らして、事後的に決定されるものではない（→前掲第5款3、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、労働組合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・労働組合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、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、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、団結権・団体交渉権・団体行動権の保障が必要とされる。したがって、「専属性」「当該収入への依存」を労働組合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 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という立場にあることに変わりはないからである。

11 税、労働・社会保険、就業規則の適用等

労務の供給を受ける事業者が自ら有償で労務を供給する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、労働組合法上の労働者性を否定する理由とはならない。

なぜなら、憲法28条及び労働組合法は、団結権等を保障することにより、自ら他人に有償で労務を供給する人間個人の労働権・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、労働組合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

いからである。

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組合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 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、修理工具・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、修理工具・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。

13 まとめ

以上検討したように、①「組織への組み入れ」、②「契約内容の一方的決定」、③「申込み・依頼に基本的に応ずべき関係」（「諾否の自由」）、④「指揮監督の下での労務の提供」、⑤「時間的場所的一定の拘束」、⑦「専属性」・「当該収入に生活を依存していること」、⑧代替性、⑨税・社会保険料の取扱いや就業規則の適用は、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、労働組合法上の労働者の判断基準・判断要素・考慮事情とすべきものではなく、⑥「労務提供の対価」は、単に報酬が労務供給の対価であること（有償であること）で足り、その額・決定方法・請求方法・支払形式・支払方法を問わず、⑩労働者性を否定しうる事業者性を認めるためには、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が必要である。

第8款 「労働組合法上の労働者」の判断基準③ －「労働力を配置し利用する権能」の要否

1 問題の所在

学説においては、1) 労働組合法上の労働者を、「①自ら労務を供給し、その対価としての報酬の支払がなされる者であって、②労務供給先がその目的実現のために労働力を配置し利用する権能を有し、③独立事業者に該当しない者」と定義して、経済的従属関係（交渉の非対等性）の存在を明らかにするために②の証明が必要であるとし、2) 使用従属関係は、労働者性の判断基準ではないが、典型的な労働者に見られる一般的特徴であるから、使用従属関係が肯定される場合は肯定できない場合と比較して相対的に労働者性が一層明白であるという意味で二次的ないし補強的・補助的要素として位置づけるとの見解が提示されている（→前掲第3節第2款6）*80。

また、CBC管弦楽団最高裁判決も、基本的に、「楽団員の演奏労働力の処分につき会社が指揮命令の権能を有しないものということとはできない」（労働力の処分についての指揮命令の権能）という点と、「その出演報酬は、演奏によってもたらされる芸術的価値を評価したものというよりは、むしろ、演奏という労務の提供それ自体の対価である」（労務提供それ自体の対価性）という点の二点から労働者性を肯定している（→前掲第3節第4款1）。

しかし、労働組合法上の労働者性を肯定するために、「労務供給先がその目

*80 古川景一(2009b)13～15頁。

的のために労働力を配置し利用する権能を有していること」の証明は必要であろうか。また、使用従属関係は、補強的・補助的要素として位置づけるべきであろうか。

2 「労働力を配置し利用する権能」の証明は不要

「労働力を配置し利用する権能」の証明は不要である。

労働市場に参入し「自ら他人に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を除き、労働力はストックできず一般に過剰であるという労働力商品の特殊性の故に、労務の供給を受ける者と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いるから、それに加えて「経済的従属関係（交渉の非対等性）の存在」を証明する必要はない。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（交渉の非対等性）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」に尽きるのである。

また、当該論者の述べる「労務供給先がその目的実現のために労働力を配置し利用する権能」の具体的内容は不明であるが、もし、それが、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うことを意味するのであれば、労務の供給を受ける者が業務の性質や契約内容に応じて契約で定められた労働力利用権を有するのは当然であり、労務の供給を受ける者の有する権利の具体的内容は契約毎に異なるから、労働組合法上の労働者の定義として、「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」にあえて付け加える必要はない。

また、当該論者の述べる「労務供給先がその目的実現のために労働力を配置し利用する権能」が、それ以上の特別な労働力配置・利用の「権能」を意味するのであれば、基本的には「指揮監督（命令）下の労働」を労働者性の要件とする見解と異ならないところ、団結権等は、「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が故に保障されるのであって、労務の供給を受ける者が労働力配置・利用の「権能」を有しているから保障されるのではないから、それ以上の特別な「権能」を要件とし、それを労働者性を主張する側に証明させる必要はない。

3 使用従属関係は補強的・補助的要素でもない

使用従属性の判断基準・判断要素（事業組織への組み入れ、契約内容の一方的決定、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、時間的場所的拘束等）は、労働者性の判断基準・判断要素・考慮事情とすべきではないことについては、すでに述べたとおり（→前掲第7款）であるが、使用従属関係は、補強的・補助的要素でもない。

第一に、労務供給契約の内容が多様化し、また、労働契約法においても合意原則が強調されている現在、使用従属性を有する労務供給者を「典型的な労働者」であり「労働者性が一層明白」と位置づけることは妥当ではない。

第二に、使用従属性を「判断基準」ではないが「補強的・補助的要素」と位置づけることの法的意味が不明である。けだし、使用従属性が判断基準ではなく、「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」であれば労働者性が肯定されるのであれば、さらに、使用従属性の有無の判断が必要とされることはないからである。換言すれば、使用従属性の判断要素に該当する事実が当事者の主張立証の対象たる要件事実として現れることは想定しえない。

したがって、「労働組合法上の労働者」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」であって、それ以外の要件と証明は不要であり、「使用従属性」は労働者性の判断基準でも補強的・補助的要素でもないと解すべきである。

第9款 労働組合法3条の「労働者」と 労働組合法7条の「使用者」

1 問題の所在

それでは、労働組合法3条の「労働者」（労働組合法上の労働者）と労働組合法7条で不当労働行為を禁止されている「使用者」とはどのような関係にあるのだろうか。

2 「労働者」と「使用者」の関係

労働組合法上の労働者に該当するかどうかは、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」という観点から属人的・階層的に決定されるのではなく、労働組合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、あるいは、具体的な労務供給契約がない状態において労働者かどうか」という観点から、関係的・相対的に決定される（→前掲第3款）。

具体的には、第一に、過去・現在・将来の具体的労務供給契約のもとでは、「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」は、当該労務の供給を受ける者との関係では、労働組合法上の労働者であり（→前掲第6款5(3)）、労務供給契約の相手方との関係で決定される。

したがって、労務供給者が労務供給契約の相手方に対する関係で労働組合法上の労働者と判断された場合、少なくとも労務供給契約の相手方は、労務供給者との関係で労働組合法7条の使用者に該当する。労働組合法上の労働者であることが決定されれば、これに連動して自動的に、少なくとも労務供給契約の相手方は労働組合法7条の使用者であることが決定されるのである。

ただし、労働組合法7条の使用者は、労働組合法上の労働者と労務供給契約を締結している者に限定されないから、さらに、契約当事者以外に、例えば親企業や派遣先企業等、当該労働者と一定の関係にある者が、労働組合法7条の使用者と判断される場合がある^{*81}。

第二に、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結したいがしていないという状態で、「完全失業者」又は「部分失業者」として労働組合法上の労働者と判断される場合は、労務供給契約の相手方として労働組合法7条の使用者となる者はいない。

したがって、この場合、労働組合法上の労働者と判断されても、これに連動して労働組合法7条の使用者が定まるわけではなく、別途、必要があれば、労働組合法7条の使用者に該当する者を判断することになる（ただし、労働組合法7条の使用者が存在する場合は想定しがたい）。

*81 朝日放送事件・最三小判平成7・2・28民集49巻2号559頁等。なお、労働組合法7条の「使用者」の範囲も、労働法における重要な論点であることは言うまでもないが、本書では検討対象とせず、別の機会に論じることにした。

3 「使用者」を限定する基準の要否

これに対して、新国立劇場運営財団事件の中労委命令（→前掲第3節第3款1(1)～(3)）^{*82}は、労働組合法7条の使用者性を判断するにあたり、単に労働組合法上の労働者の労務供給契約の相手方であるだけではその使用性を肯定せず、さらに、労務供給契約の内容につき、契約の形式・方法、業務の内容、報酬に関する決定及び計算、出演諾否の自由、指揮監督関係の有無・程度、専属的拘束性を詳細に検討し、諾否の自由がないことや契約の一方的決定性等の判断基準により、労働組合法7条の使用者を限定している。

この中労委命令の判断枠組みは、「使用従属性」の基準により「労働組合法上の労働者」の範囲を限定する代わりに、「使用従属性」の基準により「労働組合法7条の使用者」の範囲を限定する「使用者限定論」である。

それゆえ、労働組合法上の労働者であっても、使用従属性の判断基準に該当しなければ、労務供給契約の相手方に対し団体交渉を求めることはできず、不利益取扱いから保護されることもなく、不当労働行為救済制度も適用されず、団結権や団体交渉権等の保障はないに等しい労働者ということになる。

しかし、使用従属性の判断基準により団結権や団体交渉権等を享受する「労働者」を限定すべきでないことは、前記第7款で検討したとおりである。

したがって、労働組合法上の労働者と労務供給契約を締結している者は、それ以上の要件を要することなく当然に労働組合法7条の使用者であり、さらに、直接労務供給契約を締結していない派遣先企業・発注先企業、親企業等であっても当該労務供給者と一定の関係にある者が、労働組合法7条の使用者となる場合があると解すべきである。

第10款 労働組合法3条の「労働者」と 労働組合法7条二号の「雇用する労働者」

1 問題の所在

労働組合法7条二号は、「使用者が雇用する労働者の代表者と団体交渉をすることを正当な理由がなくて拒むこと」を不当労働行為（団交拒否）と定めて

^{*82} 新国立劇場運営財団事件・中労委平成18・6・7別冊中央労働時報1351号233頁、同1358号1頁。

いる。

同号にいう「労働者」は、労働組合法3条の労働者（労働組合法上の労働者）であることに異論の余地はないと思われるが、「雇用する」は「労働者」を限定する要件であり、労働組合法7条二号の「雇用する労働者」は、労働組合法3条の「労働者」のうちさらに一定の要件を充足する労働者を定義する概念と理解すべきであろうか。それとも、「雇用する」は、労働組合法3条の労働者を「雇用する」関係にある者が労働組合法7条の使用主であることを表現する文言であって、YがXの使用主であればXはYの雇用する労働者であり、労働組合法3条の「労働者」とは別の、労働組合法7条二号の「雇用する労働者」という「労働者概念」は不要であると解すべきであろうか。

換言すれば、Xの加入する労働組合との団体交渉をYが拒否した場合、当該団交拒否が労働組合法7条二号の不当労働行為であるかどうかを判断するにあたり、Xの労働者性を二段階で判断し、①Xは労働組合法3条の労働者に該当するか、②Xは労働組合法7条二号の「雇用する労働者」に該当するかという論点を設定すべきであろうか。それとも、Xの労働者性は、Xは労働組合法3条の労働者に該当するかどうかの一段階で判断し、Yが労務供給契約の当事者でない場合は、さらに、Yは労働組合法7条二号の使用主に該当するかという論点を設定すべきであろうか。

2 労働組合法3条の「労働者」は関係的概念

労働組合法3条の「労働者」とは別の労働組合法7条二号の「雇用する労働者」という労働者概念を設定し、二段階で労働者性を判断するという見解^{*83}は、労働組合法3条の労働者を「ある人間が労働者階級（階層）に属するか」という観点から属人的に把握することを前提とし、その上で、特定の労務供給契約の相手方との関係で「雇用する労働者」に該当するかどうかを判断する。

しかし、「労働者」を属人的・階層的概念と解する見解は誤りであり、労働組合法3条の労働者は、具体的な労務供給契約のもとで当該労務供給契約の相手方との関係で、又は、具体的な労務供給契約がない状態のもとで決定される、関係的・相対的概念である（→前掲第3款）。

*83 野田進(2008)12～14頁、新国立劇場運営財団事件の中労委の申告受理申立理由（→前掲第3節第3款1(4)）、ソクハイ事件・中労委平成22・7・7別冊中央労働時報1395号11頁（→前掲第3節第3款2）。

3 「使用従属関係」「組織への組み込み」等は不要

労働組合法3条の労働者を「ある人間が労働者階級（階層）に属するか」という観点から属人的に判断する見解としては、(a)①労働組合法3条の労働者かどうかを、収入の賃金又はそれに準ずる性質、及び、収入の受給状況等を中心に判断し、②労働組合法7条二号の雇用する労働者かどうかを使用従属関係又は団体交渉の保護を与えることが必要又は適切な関係の有無により判断する見解^{*84}、(b)①労働組合法3条の労働者かどうかを、事業組織への組み込み、契約の一方的・定型的・集団的決定、報酬の労務供給に対する対価性等により判断した上で、②特定の労務供給契約の相手方との関係では、労務供給に関係があれば「雇用する労働者」であるとする見解^{*85}等がある。

しかし、労働組合法3条の「労働者」あるいは7条二号の「雇用する労働者」のどちらの該当性で判断するにせよ、使用従属関係、あるいは、事業組織への組み込み、契約の一方的・定型的・集団的決定等を判断基準とすることにより、団結権・団体交渉権等享受する「労働者」の範囲を限定することは失当である（→前掲第7款）。

4 「労働者」と「雇用する労働者」との関係

労働組合法3条の労働者は、①具体的労務供給契約に基づく労働者性が問題となる場合は、「過去・現在・将来の具体的労務供給契約のもとで、当該労務供給者が、当該労務供給契約の相手方との関係で、労働組合法3条の労働者であるか」が検討され、②労務供給契約を締結していない状態において当該人の労働者性が問題となる場合は、「締結したいと考える労務供給契約に鑑み、労働組合法3条の労働者であるかどうか」が検討される（→前掲第3款・第4款・第5款）。

①の検討により、労務供給者が労務供給契約の相手方との関係で労働組合法3条の労働者であれば、労務供給契約の相手方は当然に労働組合法7条の使用者であるところ（→前掲第9款）、労働組合法7条二号の「雇用する」という文言は、労働組合法3条の労働者を「雇用する」関係にあるものが労働組合法7条の使用者であることを表現する文言である。

*84 野田進(2008)12～14頁。前掲注83の中労委の上告受理申立理由もほぼ同旨。

*85 ソクハイ事件・中労委平成22・7・7別冊中央労働時報1395号11頁（→前掲第3節第3款2）。

したがって、「雇用する」は、民法上の雇用契約を締結しているという意味ではなく、使用従属関係にあるということでもなく、「組織への組み入れ」「契約の一方的決定」等の基準を充足しているという意味でもなく、労働組合法3条の労働者と労務供給契約を締結している（過去・現在・将来を含む）ということだけで足りる。そして、さらに、直接労務供給契約を締結していない派遣先企業・発注先企業、親企業等であっても当該労働組合法3条の労働者と一定の関係にある者が、当該労働者と「雇用する」関係にある、すなわち、労働組合法7条の使用者となる場合があると解すべきである。

②の検討により、例えば失業者であるXが労働組合法3条の労働者であれば、労務供給契約の相手方としてのXの使用者は存在しない。したがって、Xの使用者の存否が問題となる場合は、労務供給契約の相手方以外の者がXとの関係で労働組合法7条の使用者かどうか判断されることになる（ただし、使用者性が肯定される場合は想定しがたい）。

Xとの関係で労働組合法7条の使用者に該当する者が存在しない場合、裏返せば、Xは誰の雇用する労働者でもないということになり、Xが労働組合法7条二号の「雇用する労働者」という概念に該当しないと表現するのは不正確である。

したがって、いずれにせよ、Yの団交拒否の不当労働行為性は、①Xの労働組合法3条の労働者性、②Yの労働組合法7条の使用者性（ただしYがXの労務供給契約の相手方である場合は当然に使用者となるので、特に争点とはならない）という論点により判断される。

また、XがYの「雇用する労働者」であるというのは、YがXの使用者であることを述べているにすぎないから、労働組合法3条の「労働者」概念とは別の「雇用する労働者」という労働者概念は不要である。

第11款 労働組合法3条の「労働者」と 労働組合法2条但書一号の「使用者の利益代表者」

1 問題の所在

労働組合法2条但書一号は、役員等使用者の利益を代表する者（以下「使用者の利益代表者」という。）の参加を許すものは労働組合法上の労働組合ではないと定めている。

しかし、「使用者の利益代表者」も、少なくとも会社の役員等（→前掲第2章第4節第5款5）以外は、「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」であるから、労務供給契約の相手方との関係では、労働組合法上の労働者である。

それでは、「労働組合法上の労働者（労組法3条の労働者）」と「使用者の利益代表者（労組法2条但書一号）」の関係、及び、「使用者の利益代表者」の加入する労働者代表組織と「労働組合法上の労働者」の加入する労働者代表組織の法的性質をどのように考えるべきであろうか。

2 「使用者の利益代表者」を画一的に判断する場合

労働組合法2条但書一号にいう「使用者の利益代表者」に該当するかどうか、会社内での職位・業務内容等に応じて画一的に定まると解するならば、当該労務供給契約の相手方（会社）との関係で「労働組合法上の労働者」であっても、「使用者の利益代表者」に該当する職位・業務に従事している期間中は、「労働組合法上の労働者」であるとともに「使用者の利益代表者」である。

ただし、「使用者の利益代表者」の加入する労働者代表組織も、労働組合法2条本文の要件を充足する場合は、少なくとも、いわゆる「自主性不備組合（憲法組合）」であり、憲法28条の団結権等を享受し、その侵害に対しては、行政救済（労働委員会による不当労働行為からの救済）を受けることはできないが、司法救済を受けることは可能である。

3 「使用者の利益代表者」を关系的・相対的に判断する場合

これに対して、労働組合法2条但書一号の規定は、労働組合の自主性を判断するための例示ないし解釈基準として理解すべきであり^{*86}、また、同号にいう「使用者の利益代表者」に該当するかどうかは会社内での職位に応じて画一的に定まるものではなく、当該労働組合の組合員との関係で相対的に定まるものである（管理職でない一般の従業員により構成される企業内労働組合との関係では利益代表者と評価される者が、管理職で組織される組合又は企業横断的組合との関係でも利益代表者であるとは限らない）^{*87}と解するならば、当該労務供給契約の相手方（会社）との関係で「労働組合法上の労働者」である者

*86 盛誠吾・労使関係法(2000年)150頁。

*87 盛誠吾・労使関係法(2000年)151頁。

は、同号所定の職位・業務に従事している間は、ある一定の労働組合やその組合員との関係で「使用者の利益代表者」と評価され、当該労働組合に加入できないが、別の一定の労働組合やその組合員との関係では「使用者の利益代表者」ではないと解される場合があり、後者の場合、当該労働者が加入する労働者代表組織は、他の要件を充足すれば、労働組合法上の労働組合（労組法2条）あるいは法適合組合（労組法2条・5条）である。同見解を支持したい。

第12款 労働組合法上の労働者と労働組合法上の労働契約

1 労働組合法上の労働者

(1) 憲法28条・労働組合法の意義と適用対象

憲法28条、及び、憲法28条による団結権・団体交渉権・団体行動権の保障を具体化する労働組合法は、労働力以外の商品をも有していない人間を中核の対象とし、その労働権（雇用・労働条件、人格権や幸福追求権を含む）を保障することにより、その生存権を保障することを目的とする。

しかし、その目的の実現のためには、当該個人が実際に生活のために労働しなければならない必要性の有無や、その労働が主たる生計維持手段か否か、別の職業活動をしているか否かにかかわらず、また、当該個人の具体的な労働条件交渉能力を問わず、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」全てを適用対象とすることが必要である。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」、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者」は、この限りではない（→前掲第2款）。

(2) 関係的・相対的概念

労働組合法が、労働市場に参入する人、すなわち、「自ら他人に有償で労務を供給する者」については、例外的に労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できる立場にある場合を除き、その適用対象とする必要があるということは、労働組合法が適用される労働組合法上の労働者に該当するかどうかは、具体的労務供給関係のもとで、又は、労務供給関係がない状況のもとで、それぞれ決定されなければならないということである。

したがって、第一に、具体的な労務供給契約のもとで、当該労務供給契約が、

「自ら他人に有償で労務を供給する」契約であれば、当該労務供給者は、例外的に労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できる立場にある場合を除き（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者」を除き）、当該労務の供給を受ける者との関係では、労働組合法上の労働者であり、団結権等を行行使することができる。

第二に、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結したい（労働市場に参入したい）と思っているが締結していないという状態であれば、当該人は、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できる立場にある例外的場合を除き（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者」を除き）、労働組合法上の労働者である（→前掲第3款・第6款）。

（3）労働組合法上の労働者である期間と労働者性の決定時期

第一に、「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結したいと思っているが締結していないという状態にある間は、当該人は、労務の供給を受ける者と実質的に対等に交渉できる立場にある場合を除き、完全失業者又は部分失業者として、労働組合法上の労働者である。

第二に、具体的労務供給契約のもとでは、労務供給者は、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場合を除き、①「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結する現実的かつ具体的可能性が生じた時点から、（将来の）労務供給契約の相手方との関係で、「労働組合法上の労働者」であり、②「自ら他人に有償で労務を供給する」契約を締結し、労務を供給している期間は、労務供給契約の相手方との関係で、「労働組合法上の労働者」であり、③「自ら他人に有償で労務を供給する」契約が終了した後も、（過去の）労務供給契約の相手方との関係で、「労働組合法上の労働者」である。したがって、労働組合法上の労働者性は、労務供給契約を締結する前に、締結しようとする契約の内容（自ら他人に有償で労務を供給する契約）と契約相手方との関係（実質的に対等に交渉できない立場にあること）により決定される（→前掲第4款・第5款）。

（4）判断基準①－原則

労働組合法上の労働者は、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、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限定されるべきではない。また、「使用従属性」や「労働力を配置し利用する権能」を判断基準・判断要素とすべきではない(→前掲第7款・第8款)。

「自ら他人に有償で労務を供給する者(自然人)」は、労務の供給を受ける者との関係では、原則として、労働組合法上の労働者である。

具体的には、①過去・現在・将来の具体的労務供給契約において、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の関係では、原則として、労働組合法上の労働者である。また、②自ら他人に有償で労務を供給する契約を締結したいがしていない状態にある者は、原則として、労働組合法上の労働者である(→前掲第6款2・5(1))。

(5) 判断基準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、労働組合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これを利用して労務を供給し、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、その供給する労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく、専属的継続的労務供給でもない「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、労働組合法上の労働者ではない。このような労務供給契約を締結したいがしていない状態にある者も同様である。

第二に、独立した事業に必要な生産手段等を有しこれを利用して労務を供給するのではないが、消費者に直接労務を供給し、かつ、当該消費者に専属的に労務を供給するのではない「独立労働者」は、当該労務の供給を受ける消費者との関係では、労働組合法上の労働者ではない。このような労務供給契約を締結したいがしていない状態にある者も同様である。

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」ことであり、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3・5(2))。

(6) 定義

したがって、労働組合法上の労働者は、「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。

具体的には、第一に、具体的な労務供給契約のもとでは、「自ら他人に有償で労務を供給し、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でない者」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ない立場にあるので、当該労務の供給を受ける者との関係では、労働組合法上の労働者である。

第二に、具体的な労務供給契約がない状態において、「自ら他人に有償で労務を供給する契約を締結したいと思っているが締結していない者で、労務の供給を受ける者との関係で独立事業者又は独立労働者でない者」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ので、完全失業者又は部分失業者として、労働組合法上の労働者である。

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者」であることに尽きるのであって、労働者性は、締結しようとする労務供給契約の内容と労務の供給を受ける者との関係により、労務供給契約の締結前に決定される（→前掲第6款5(3)）。

(7) 証明責任

当該労務供給者が労働組合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、労働組合法上の労働者に該当すると判断される（→前掲第6款4）。

(8) 労働組合法3条の文言との関係

労働組合法3条は、労働組合法上の労働者を「職業の種類を問わず、賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者」と定義している。

したがって、「賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者」は、

「自ら他人に有償で労務を供給する者（完全失業者又は部分失業者を含む、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に該当する者を除く）」を意味することになる。

2 労働組合法上の労働契約

(1) 定義

労働組合法上の労働契約、すなわち、労働組合法が適用され、労働協約の規範的効力（労組法16条・17条・18条）の対象となりうる労働契約は、「労働組合法上の労働者の締結する労務供給契約」であり、労働組合法上の労働者概念に対応して定まる（→前掲第1節4）。

したがって、「労働組合法上の労働契約」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」である。

(2) 証明責任

当該労務供給契約が労働組合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組合法上の労働契約であることを争う者が、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組合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

労働組合法上の「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、労働組合法上の「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（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、自ら他人に有償で労務を供給し、かつ、労務の供給を受ける者との関係で独立事業者でも独立労働者でもない自然人であれば、労働組合法上の「労働契約」に該当する。

なお、民法上の「雇用」と「請負」「委任・準委任」等を客観的に区別することはしばしば困難であるが、労働組合法上の「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5章 労務供給者の類型別検討

第1節 問題の所在

1 職種・業務内容と労務供給形態の多様化

職種・業務内容が多様化し、また、労務供給形態も多様化している現在、「自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）」であるが、「雇用」という契約形式をとらずに、「請負」あるいは「委任・準委任」等の契約形式に基づき労務を供給し、また、業務の遂行方法について詳細な指示が行われていないというタイプの労務供給者が増大している*1。

これらの労務供給者は、契約形式が「雇用」ではなく、また、使用従属性の判断基準・判断要素に照らせば、①仕事や業務の依頼に対する諾否の自由の範囲が比較的広い、②業務遂行上の指揮監督が希薄である、③時間的場所的拘束も比較的少ない等の理由で、「指揮監督下の労働とその対償としての報酬の支払」ではないと判断され、労働者としての取扱いがなされていなかったり、労働者性が争われる場合も多い。

しかし、前掲第2章～第4章で検討したように、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は、いずれも、「使用従属性」の判断基準・判断要素により労働者の範囲を限定すべきではなく、(a)「自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）」であるということ、及び、(b)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」を基本的判断基準とすべきである。

具体的には、①労働基準法上の労働者は、労務の供給を受ける者が事業者である場合に限定されるので、「自ら事業者に有償で労務を供給し、労務の供給

*1 厚生労働大臣の私的諮問機関である「個人請負型就業者に関する研究会」の報告書（2010〈平成22〉年4月）では、「業務委託」あるいは「請負」という契約形式をとる「個人請負型就業者」が増加しているとして、営業、音楽教室の講師、エステティシャン、キッチンスタッフ、工場プラントの修理・整備・操作、デザイナー、車持ち込みドライバー、プログラマー、システムエンジニア等の例を挙げ、労働者性をめぐるトラブルもあると指摘している。

を受ける事業者との関係で独立事業者でない者」であり、②労働契約法上の労働者、及び、③労働組合法上の労働者は、「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」（労働組合法上の労働者は、完全失業者及び部分失業者も含む、以下同じ）全てを対象とすべきである（→前掲第2章第4節第7款、第3章第4節第6款、第4章第4節第6款）。

2 労務供給者の類型化と検討

本章では、「自ら他人に有償で労務を供給する者（自然人）」であるが、その契約形式が「雇用」でないために、あるいは、使用従属性が比較的希薄なために、その労働者性が争われることの多い（と思われる）者、及び、そもそも、当該人の行為が「他人に対する労務供給」であるのかどうか明確でないために、その労働者性が争われることの多い（と思われる）者のうち主なものを、その職種・業務内容や労務の供給を受ける者との関係等により、①外勤型、②運動・芸能・芸術型、③対人サービス型、④技術・技能・専門職型、⑤看護・介護・育児・保育・家事労働型、⑥運送型、⑦建設土木・林業型、⑧家内労働・在宅勤務型、⑨親族型、⑩シルバー人材センター型、⑪研修・実習型、⑫店舗経営型、⑬経営者型に類型化する。

そして、労働者性の判断基準を確認（第2節）した後、類型毎に、従来の行政解釈、判例、裁判例等を概観し、当該類型に該当する人間の労働者性はどのように判断されるべきかを再検討する（第3節～第15節）*2。

第2節 労働者性の判断基準

*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 「労働者」の定義

先に述べたように、①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」であり、②労働契約法上の労働者、及び、③労働組合法上の労働者は、「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。

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）」であれば、原則として、①労働基準法上の労働者性が肯定される。

また、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）」であれば、原則として、②労働契約法上の労働者性、及び、③労働組合法上の労働者性が肯定される。

したがって、労働者に該当するかどうかの重要な争点は、当該労務供給者が、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」に該当するかどうかである。

2 「独立事業者」と「独立労働者」

「独立事業者」に該当するためには、(a)独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること（事業者性）、及び、(b)－①労務の供給を受ける者が消費者であること、又は、(b)－②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（独立性）が必要であり、(a)事業者性と(b)独立性の二つの要件をいずれも充足することが必要である。

「独立労働者」に該当するためには、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するのではないが、①労務の供給を受ける者が消費者であること、及び、②当該消費者に対する専属的労務供給ではないこと（独立性）が必要であり、①と②の独立性の要件を充足することが必要である。

そこで、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者に該当するかどうか、及び、「独立事業者」又は「独立労働者」に該当するかどうかについて、労務の供給を受ける者が、①事業者である場合と、②消費者である場合に区別して整理すると、次の3と4のようになる。

3 労務の供給を受ける者が事業者である場合

労務の供給を受ける者が事業者である場合は、自ら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」に該当する場合のみ、労働者性が否定され、「独立事業者」に該当しなければ、当該労務供給者は、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

当該労務供給者が、「独立事業者」に該当し、その労働者性が否定されるのは、(a)独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること（事業者性）、及び、(b)供給される労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく、専属的継続的な労務供給でもないこと（独立性）という、(a)事業者性と(b)独立性の二つの要件をいずれも充足する、ごく例外的場合に限定される。

4 労務の供給を受ける者が消費者である場合

(1) 労働基準法上の労働者

労務の供給を受ける者が消費者である場合、自ら消費者に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の関係で労働基準法上の労働者ではない。ただし、労働基準法上の労働者は、労務の供給を受ける者が事業者である場合に限定されるからである。

(2) 労働契約法・労働組合法上の労働者

労働契約法上の労働者及び労働組合法上の労働者については、自ら消費者に有償で労務を供給する者が労務の供給を受ける消費者との関係で「独立事業者」又は「独立労働者」に該当する場合は、労働者性が否定され、「独立事業者」又は「独立労働者」に該当しなければ、当該労務供給者は、労働契約法・労働組合法上の労働者である。

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

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

したがって、当該労務供給者が「独立事業者」又は「独立労働者」に該当するのは、独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給す

る場合、又は、独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではないが、当該消費者に対する専属的な労務供給ではない場合である。

換言すれば、当該労務供給者が、労務の供給を受ける消費者との関係で、「独立事業者」又は「独立労働者」に該当せず、労働者性を肯定されるのは、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではなく、②当該消費者に対して専属的に労務を供給する場合である。

第3節 外勤型

第1款 職種・業務内容と特徴

外勤型の職種・業務内容としては、生命保険・証券会社の外務員、営業・販売員、外交員、電気・ガスの検針員、NHKの受信料集金員、新聞配達、チラシ・パンフレットの配布員等を挙げることができる。

外勤型は、事業場外での労務供給であるため、業務遂行上の詳細な指示を受けない場合も多く、時間的場所的拘束をあまり受けない場合もある。

第2款 労働基準法上の労働者性

外勤型の労務供給者の労働基準法上の労働者性については、以下のような、行政解釈、労災保険給付の再審査請求についての労働保険審査会の裁決、判例、裁判例等がある。

1 行政解釈

○生命保険の外務員／昭23.1.9基発13号／厚労省労基法解釈総覧(2011)65頁

○生命保険の外務員／昭41.1.5基収6573号／労働省労災保険法解釈総覧(1989)57頁

2 労働保険審査会の裁決（否定例）

- ヤクルトの訪問販売員／労働保険審査会昭60.5.7裁決／労働保険審査会裁決
総索引(1990)442頁

3 判例（否定例）

- 証券業者の外務員
 - ・山崎証券事件
（損害金支払等請求、労働基準法20条〈解雇予告〉の適用等が争点）
最二小判昭和36・5・25民集15巻5号1322頁
（→前掲第2章第3節第4款1）

4 裁判例

(1) 肯定例

- ガス集金人
 - ・日本瓦斯事件（契約上の地位保全等仮処分申立）
鹿児島地判昭和48・8・8労判189号77頁
- 電力会社の委託検針員
 - ・九州電力事件（契約上の地位確認等請求）
福岡地小倉支判昭和50・2・25労判223号34頁
- 自動車ガソリンオイルの専属販売員
 - ・宮崎エンジンオイル販売事件
（「継続的売買契約」なる契約を締結した会社の販売員に対する信用失墜
行為を理由とする契約上の違約金の支払請求に関して、販売員側の労基
法16条〈損害賠償予約の禁止〉違反の抗弁の成否が争点）
宮崎地判昭和58・12・21労判444号66頁
- 戦没者名鑑の予約出版に関する取材・予約注文販売・配本・集金従事者
 - ・総合行政調査会地方人事調査書事件
（会社からの従事者に対する競業避止義務、転職勧誘避止義務、守秘義務
違反を理由とする違約金支払請求に関して、従事者側の労基法16条〈損
害賠償予約の禁止〉違反の抗弁の成否が争点）
東京地判昭和59・11・28労判459号75頁
- 高圧ガスの配送、検針、集金業務従事者

- ・京プロ事件（年休権行使による賃金カット分及び付加金支払請求）
京都地裁判決昭和61・2・13労判482号74頁
大阪高判昭和62・2・26労判496号74頁
- パン類の販売委託従事者（歩合給による外交員）
 - ・中部ロワイヤル事件
（賃金・退職金等支払請求、労働基準法24条〈賃金全額払〉違反の成否が争点）
名古屋地判平成6・6・3労判680号92頁
- NHK受信料集金等受託者
 - ・NHK西東京営業センター事件
（契約上の地位確認等請求、労働基準法20条〈解雇予告〉違反も争点）
東京地八王子支判平成14・11・18労判868号81頁
- 県民共済のパンフレットを担当地域の各家庭に配布する等の業務に従事する「普及員」
 - ・国・千葉労基署長事件（労災保険給付不支給決定処分取消請求）
東京地判平成20・2・28労判962号24頁

(2) 否定例

- コンピューターシステムのマニュアル作成を受注するための営業活動等を行う者
 - ・パピルス事件（賃金等支払請求）
東京地判平成5・7・23労判638号53頁

第3款 契約の性質と労働契約法理の適用

外勤型の労務供給者について、特に労働基準法上の労働者性を判断せず、当該契約が「雇用契約」又は「労働契約」（類似の契約）かどうか、労働契約法理（解雇権濫用法理等）が適用されるかどうか（現行法であれば、労働契約法上の労働者性の問題となると思われる）が判断された事案として、以下のような裁判例等がある。

1 裁判例（肯定例）

○証券会社の外務員

- ・泉証券事件（契約上の地位確認等請求）
大阪地判平成12・6・9労判791号15頁

2 裁判例（否定例）

○証券会社の外務員

- ・太平洋証券事件（契約上の地位保全等仮処分申立）
大阪地決平成7・6・19労判682号72頁

○NHK受信料集金等受託者

- ・NHK西東京営業センター事件（契約上の地位確認等請求）
東京高判平成15・8・27労判868号75頁
- ・NHK盛岡放送局事件（契約上の地位確認等請求）
仙台高判平成16・9・29労判881号15頁
- ・NHK千葉放送局事件（契約解除に関する損害賠償請求）
千葉地判平成18・1・19労判926号70頁
東京高判平成18・6・27労判926号64頁

第4款 労働組合法上の労働者性

外勤型の労務供給者の労働組合法上の労働者性が争われた事案については、以下のような裁判例（肯定例）等がある。

○NHK受信料集金等受託者

- ・NHK山形放送局事件（暴力行為等処罰ニ関スル法律違反被告事件）
仙台高判昭和48年10月8日判タ301号299頁

第5款 労働者性の再検討

外勤型の労務供給者については、いずれも、労務の供給を受ける者は事業者

(ガス会社、電力会社、証券会社、NHK等)である。

したがって、外勤型の労務供給者は、労務の供給を受ける事業者との関係で「独立事業者」である場合を除き、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

「独立事業者」の要件は、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること(事業者性)、②供給する労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく、専属的継続的な労務供給でもないこと(独立性)であり、二つの要件をいずれも充足することが必要である。

これを検討するに、外勤型の労務供給者は、「身一つ」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いので、①「事業者性」が存在しない。

また、供給する労務(外交、営業・販売、電気・ガスの検針、NHKの受信料集金、新聞配達・チラシの配布等)は、労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部であるから、②「独立性」もない。

それゆえ、外勤型の労務供給者は、労務の供給を受ける事業者との関係では「独立事業者」に該当しない。

したがって、外勤型の労務供給者は、いずれも、労務の供給を受ける事業者との関係では、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

第4節 運動・芸術・芸能型

第1款 職種・業務内容と特徴

運動・芸術・芸能型の職種・業務内容としては、スポーツ選手、音楽家(声楽家・演奏家等)、俳優・声優、モデル、歌手、タレント、ダンサー等が挙げられる。

運動・芸術・芸能型は、特別の技能を有しているため、業務遂行上の詳細な指示を受けない場合が多い。

第2款 労働基準法上の労働者性

運動・芸術・芸能型の労務供給者の労働基準法上の労働者性については、以下のような行政解釈、労働保険審査会の裁決、裁判例、労基研専門部会報告(1996)等がある。

1 行政解釈

○放送協会専属の管弦楽団、合唱団、劇団、効果団／昭24.7.7基収2145号／厚労省労基法解釈総覧(2011)79頁

2 労働保険審査会の裁決（肯定例）

○出演期間中は契約先のホテルに宿泊して専属的に演芸技術（異色漫歳）を提供し、出演に対する報酬をホテルから受け取っていた者／労働保険審査会昭48.9.20裁決／労働保険審査会裁決総索(1990)433頁

3 裁判例

(1) 肯定例

○交響楽団のチェロのソリスト

- ・読売日本交響楽団事件（契約上の地位確認等請求）
東京地判平成2・5・18判時1359号147頁

○芸能プロダクション所属の歌手志願タレント

- ・スター芸能企画事件
（10年契約から離脱したタレントに対して、芸能プロダクションからなされた育成費用、9年分の逸失利益等の損害賠償請求に関して、労働基準法14条〈1年以上の契約禁止〉に基づく契約一部無効の抗弁の成否が争点）
東京地判平成6・9・8判タ883号193頁

(2) 否定例

○オペラ合唱団員

- ・新国立劇場運営財団事件（契約上の地位確認等請求）
東京地判平成18・3・30労判918号55頁

○モーターサイクルのレースライダー

- ・国・磐田労基署長事件（労災保険給付不支給処分取消請求）

東京地判平成19・4・26労判955号37頁

東京高判平成19・11・7 労判955号32頁

4 「芸能関係者」(労基研専門部会報告〈1996〉)

労基研専門部会報告(1996)は、労基研報告(1985)の労働者性の一般的判断基準に基づき、「芸能関係者」についての判断基準と俳優についての事例を示している(→後掲資料編資料Ⅱ)。

第3款 契約の性質と労働契約法理の適用

運動・芸術・芸能型の労務供給者について、特に労働基準法上の労働者性を判断せず、当該契約が「雇用契約」又は「労働契約」(類似の契約)かどうか、労働契約法理(解雇権濫用法理等)が適用されるかどうか(現行法であれば、労働契約法上の労働者性の問題となると思われる)が判断された事案として、以下のような裁判例(肯定例)等がある。

○飲食店のバンドマン

- ・ニュー・ビクトリア事件

(契約期間中途での解約に関し、バンドマンが残余期間の報酬支払を求めて提訴したことに關して、飲食店経営者側が主張した民法628条・労働基準法20条1項〈解雇予告〉の類推適用の抗弁の成否)

大阪地判昭和46・11・11判タ274号276頁

○キャバレーの演奏業務に従事するバンドマン

- ・大昌実業事件(契約上の地位保全等仮処分申立)

大阪地決昭和54・1・10労判315号60頁

- ・阪神観光事件(契約上の地位確認等請求)

神戸地尼崎支判昭和53・7・27労判309号45頁

大阪高判昭和55・8・26労判351号51頁

○クラブのピアノ演奏者

- ・クラブ小野事件(契約上の地位確認等請求)

大阪地判昭和59・9・12労判440号19頁(速報カード)、労経速1213号19頁

○吹奏楽団員

- ・チボリ・ジャパン事件（契約上の地位確認請求）
岡山地判平成13・5・16労判821号54頁

第4款 労働契約法上の労働者性

運動・芸術・芸能型の労務供給者の労働契約法上の労働者性については、以下のような裁判例（否定例）等がある。

○相撲力士

- ・日本相撲協会事件（契約上の地位保全等仮処分申立）
東京地決平成23・2・25労判1029号86頁

第5款 労働組合法上の労働者性

運動・芸術・芸能型の労務供給者の労働組合法上の労働者性については、以下のような判例、裁判例等がある。

1 判例（肯定例）

○放送管弦楽団員

- ・C B C放送管弦楽団事件（不当労働行為棄却命令取消請求）
最一小判昭和51・5・6民集30巻4号437頁
（→前掲第4章第3節第4款1）

○オペラ合唱団員

- ・新国立劇場運営財団事件（不当労働行為救済命令取消請求）
最二小判平成23・4・12労判1026号6頁
（→前掲第4章第3節第4款3(1)）

2 裁判例

(1) 肯定例

○放送管弦楽団員

- ・C B C放送管弦楽団事件（不当労働行為棄却命令取消請求）

名古屋地判昭和46・12・17民集30巻4号471頁、判時656号23頁

名古屋高判昭和49・9・18民集30巻4号530頁

○バンドマン

- ・美人座事件

(演奏契約の解約が不当労働行為であるとするバンドマンの地位保全等仮処分申立)

大阪地決昭和51・3・23労判250号61頁

○プロ野球選手

- ・日本プロフェッショナル野球組織事件

(団体交渉等仮処分申立却下決定に対する抗告)

東京高決平成16・9・8労旬1612号22頁

(2) 否定例

○オペラ合唱団員

- ・新国立劇場運営財団事件(不当労働行為救済命令取消請求)

東京地判平成20・7・31労判967号5頁

東京高判平成21・3・25労判981号13頁

(→前掲第4章第3節第4款2(2))

第6款 労働者性の再検討

1 労務の供給を受ける者が事業者である場合

運動・芸術・芸能型の労務供給者については、労務の供給を受ける者が、事業者(プロ野球球団、プロサッカークラブ、相撲協会、ホテル、芸能プロダクション、キャバレー、クラブ、放送会社、オペラ興行主等)である場合は、労務の供給を受ける事業者との関係で「独立事業者」である場合を除き、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

「独立事業者」の要件は、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること(事業者性)、②供給する労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく、専属的継続的な労務供給でもないこと(独立性)であり、二つの要件のいずれも充足することが必要である。

これを検討するに、運動・芸術・芸能型の労務供給者は、通常、「身一つ」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い。楽器や、衣装や、スポーツ用具等は、単なる「道具」であって、生産手段ではない。したがって、①「事業者性」が存在しない。

また、供給する労務（スポーツ演技、歌唱・演奏、演技・声演、ダンス等）は、労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部であるから、②「独立性」もない。

それゆえ、運動・芸術・芸能型の労務供給者は、労務の供給を受ける事業者との関係では、「独立事業者」に該当しない。

したがって、運動・芸術・芸能型の労務供給者は、いずれも、労務の供給を受ける事業者との関係では、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

2 労務の供給を受ける者が消費者である場合

(1) 労働基準法上の労働者

労務の供給を受ける者が消費者である場合、例えば、音楽家が直接生徒にピアノや声楽のレッスンをする場合、あるいは、スポーツ選手が直接生徒にスポーツのトレーニングを行う場合、当該労務供給者は、労働基準法上の労働者ではない。けだし、労働基準法上の労働者は労務の供給を受ける者が事業者である場合に限定されるからである。

(2) 労働契約法・労働組合法上の労働者

労務の供給を受ける者が消費者である場合、当該労務供給者が、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではなく、かつ、②当該消費者に専属的に労務を供給する場合は、労働契約法・労働組合法上の労働者である。

したがって、運動・芸術・芸能型の労務供給者は、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く、かつ、当該消費者に専属的に労務を供給する場合（あまりないであろうが、専属の音楽教師やトレーナーである場合）は、労働者性が肯定される。

第5節 対人サービス型

第1款 職種・業務内容と特徴

対人サービス型の職種・業務内容としては、美容師・エステティシャン、あんま師・はり灸師、ホステス、コンパニオン、芸者等が挙げられる。

対人サービス型の特徴は、一定の技能を有しているため、また、職務の性質上、業務遂行上の詳細な指示を受けない場合が多いことである。

第2款 労働基準法上の労働者性

対人サービス型の労務供給者の労働基準法上の労働者性については、以下のような、行政解釈、裁判例等がある。

1 行政解釈

○あんま師、はり灸師／昭36.4.19基収800号／厚労省労基法解釈総覧(2011)67頁

2 裁判例（肯定例）

○クラブホステス

・長谷実業事件

（クラブがホステスにサービス業務を委託し、毎月業務委託料を支払うという業務委託契約を締結したクラブホステスの解雇予告手当支払請求等）

東京地判平成7・11・7 労判689号61頁

・クラブイシカワ事件（解雇予告手当及び賃金支払請求等）

大阪地判平成17・8・26 労判903号83頁

・第三相互事件

（クラブがホステスに対し売掛金保証特約に基づく貸金請求訴訟を提起したのに対し、ホステスが反訴提起をなし、就業規則上の遅刻・欠勤・ノルマ未達成に関する罰金条項、及び、「厚生費」控除等に関して、労働基準法91条〈減給処分の限度〉、24条〈賃金全額払〉違反を理由に、未

払賃金支払請求)

東京地判平成22・3・9 労判1010号65頁

第3款 労働組合法上の労働者性

対人サービス型の労務供給者の労働組合法上の労働者性については、以下のような行政解釈等がある。

○芸者／昭24.2.15労発58号／厚労省労使関係法解釈総覧(2005)100頁

第4款 労働者性の再検討

1 労務の供給を受ける者が事業者である場合

対人サービス型の労務供給者については、労務の供給を受ける者が、事業者(美容院経営者、エステサロン経営者、はり灸治療院、クラブ、料亭等)である場合は、労務の供給を受ける事業者との関係で「独立事業者」である場合を除き、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

「独立事業者」の要件は、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること(事業者性)、②供給する労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく、専属的継続的な労務供給でもないこと(独立性)の二つであり、ともに充足することが必要である。

これを検討するに、対人サービス型の労務供給者は、事業者に労務を供給する場合は、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者ではない。したがって、①「事業者性」が存在しない。

また、供給する労務(整髪・エステ施術、あんま・はり灸、接客等)は、労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部であるから、②「独立性」もない。

それゆえ、対人サービス型の労務供給者は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。

したがって、対人サービス型の労務供給者は、いずれも、労務の供給を受ける事業者との関係では、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

2 労務の供給を受ける者が消費者である場合

(1) 労働基準法上の労働者

労務の供給を受ける者が消費者である場合、例えば、美容院を経営する美容師が直接顧客との契約に基づきヘアカットをする場合、はり灸治療院を経営するはり・あんま師が直接顧客との契約に基づき施術する場合、当該労務供給者は、労働基準法上の労働者ではない。ただし、労働基準法上の労働者は労務の供給を受ける者が事業者である場合に限定されるからである。

(2) 労働契約法・労働組合法上の労働者

労務の供給を受ける者が消費者である場合、当該労務供給者が、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではなく、かつ、②当該消費者に専属的に労務を供給する場合は、労働契約法・労働組合法上の労働者である。

したがって、対人サービス型の労務供給者は、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く、かつ、当該消費者に専属的に労務を供給する場合（あまり想定できないが、専属のはり・あんま師である場合等）は、労働者性を肯定される。

第6節 技術・技能・専門職型

第1款 職種・業務内容と特徴

技術・技能・専門職型の職種・業務内容としては、弁護士・医師・公認会計士、経営コンサルタント、研究・開発者、取材・編集・番組制作者、修理技術者、デザイナー、カメラマン、添乗員、塾や音楽教室等の講師、スポーツクラブ等のインストラクター・トレーナー、プログラマー・システムエンジニア、庭師・園芸師、イラストレーター・ジャーナリスト・ライター・記者等を挙げることができる。

技術・技能・専門職型の特徴は、専門技術・技能を有しているため、業務遂行上の詳細な指示を受けないことが多いこと、また、職種により、時間的場所的拘束をあまり受けないことである。

第2款 労働基準法上の労働者性

技術・技能・専門職型の労務供給者の労働基準法上の労働者性（及び雇用保険の被保険者資格の有無）については、以下のような労働保険審査会の裁決、判例、裁判例、労基研専門部会報告(1996)等がある。

1 労働保険審査会の裁決（肯定例）

○水揚高60%を報酬とする請負形式の契約により旋盤作業に従事し、経費の一部を控除されていた者／労働保険審査会昭47.5.31裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)432頁

2 判例（肯定例）

○塗料製法の指導・研究職（嘱託）
・大平製紙事件（契約上の地位確認等請求）
最二小判昭和37・5・18民集16巻5号1108頁
（就業規則の解雇に関する定め適用を肯定）
（→前掲第2章第3節第4款2）

3 裁判例

(1) 肯定例

○私立大学の助手
・関西学院事件（契約上の地位保全等仮処分申立）
神戸地尼崎支判昭和49・7・19労民集25巻4・5号332頁

○経営コンサルタント
・所沢職安所長（飯能光機製作所）事件
（雇用保険被保険者確認請求却下処分取消請求）
浦和地判昭和57・9・17労判394号25頁

○カタール国でのポンプ設備の据え付け工事に派遣された技術員
・三和プラント工業事件（時間外手当等請求）
東京地判平成2・9・11労判569号33頁

○病院のコンピューターシステム開発に従事するシステムエンジニア

- ・エグゼ事件（時間外勤務等に関する賃金請求）
東京地判平成6・5・9 労判659号64頁
- 映画撮影カメラマン
 - ・新宿労基署長事件（労災保険不支給処分取消請求）
東京高判平成14・7・11 労判832号13頁
（→前掲第2章第3節第4款6(1)）
- 予備校非常勤講師
 - ・河合塾（非常勤講師・出講契約）事件（契約上の地位確認等請求）
福岡地判平成20・5・15 労判989号50頁

(2) 否定例

- 経営コンサルタント
 - ・所沢職安所長（飯能光機製作所）事件
（雇用保険被保険者確認請求却下処分取消請求）
東京高判昭和59・2・29 労判438号75頁
- 映画撮影カメラマン
 - ・新宿労基署長事件（労災保険給付不支給処分取消請求）
東京地判平成13・1・25 労判802号10頁
（→前掲第2章第3節第4款6(1)）
- 翻訳記事の作成、記事の執筆等の業務に従事する「フリーランスの記者」
 - ・朝日新聞社（国際編集部記者）事件（契約上の地位確認等請求）
東京地判平成19・3・19 労判951号40頁

4 「芸能関係者」（労基研専門部会報告〈1996〉）

労基研専門部会報告(1996)は、労基研報告(1985)の労働者性の一般的判断基準に基づき、「芸能関係者」についての判断基準と撮影助手及び撮影技師についての事例を示している（→後掲資料編資料Ⅱ）。

第3款 契約の性質と労働契約法理の適用

技術・技能・専門職型の労務供給者について、特に労働基準法上の労働者性

を判断せず、当該契約が「雇用契約」又は「労働契約」かどうか、労働契約法理（解雇権濫用法理等）が適用されるかどうか（現行法であれば、労働契約法上の労働者性の問題となると思われる）が判断された事案としては、以下のような裁判例がある。

1 裁判例（肯定例）

○予備校非常勤講師

- ・河合塾（非常勤講師・出講契約）事件（契約上の地位確認等請求）
福岡高判平成21・5・19労判989号39頁

2 裁判例（否定例）

○筆耕業務従事者

- ・大塚印刷事件（契約上の地位確認等請求）
東京地判昭和48・2・6 労判179号74頁

○映画会社と専属契約を結んだ照明技術者・録音技術者

- ・東宝事件（雇用関係存在確認等請求）
東京地判昭和57・6・24 労判390号45頁

○翻訳記事の作成、記事の執筆等の業務に従事する「フリーランスの記者」

- ・朝日新聞社（国際編集部記者）事件（契約上の地位確認等請求）
東京高判平成19・11・29 労判951号31頁

第4款 労働組合法上の労働者性

技術・技能・専門職型の労務供給者の労働組合法上の労働者性については、以下のような行政解釈、判例、裁判例、労基研専門部会報告等がある。

1 行政解釈

- 大学教授／昭24.7.4労働法規課長発東京都労働局長宛内翰／厚労省労使関係法解釈総覧(2005)100頁

2 判例（肯定例）

- 住宅設備機器の出張修理補修技術者

- ・ I N A Xメンテナンス事件（不当労働行為救済命令取消請求）
最二小判平成23・4・12集民236号327頁、労判1026号27頁
（→前掲第4章第3節第4款3(2)）

3 裁判例

(1) 肯定例

- 住宅設備機器の出張修理補修技術者
 - ・ I N A Xメンテナンス事件（不当労働行為救済命令取消請求）
東京地判平成21・4・22労判982号17頁
（→前掲第4章第3節第4款2(3)）

(2) 否定例

- 住宅設備機器の出張修理補修技術者
 - ・ I N A Xメンテナンス事件（不当労働行為救済命令取消請求）
東京高判平成21年9月16日労判989号12頁
（→前掲第4章第3節第4款2(3)）
- 音響製品等の出張修理技術者
 - ・ ビクターサービスエンジニアリング事件
（不当労働行為救済命令取消請求）
東京地判平成21・8・6 労判986号5頁
東京高判平成22・8・26 労判1012号86頁
（→前掲第4章第3節第4款2(4)）

第5款 労働者性の再検討

1 労務の供給を受ける者が事業者である場合

技術・技能・専門職型の労務供給者については、労務の供給を受ける者が、事業者（法律事務所の経営者、病院経営者、修理補修会社、予備校、塾・各種教室経営者、スポーツクラブ、旅行会社、新聞・出版社、映画会社、テレビ局、コンピューター関連会社等）である場合は、労務の供給を受ける事業者との関係で「独立事業者」である場合を除き、労働基準法・労働契約法・労働組合法

上の労働者である。

「独立事業者」の要件は、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること（事業者性）、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、専属的継続的な労務供給でもないこと（独立性）の二つであり、ともに充足することが必要である。

これを検討するに、技術・技能・専門職型の労務供給者は、事業者に労務を供給する場合は、病院を経営している医師が企業の産業医としての仕事を当該病院で行う場合や、法律事務所を経営している弁護士が顧客の一人である事業者の訴訟業務を行う場合等、例外的な場合を除いて、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、①「事業者性」が存在しない。修理技術者の有する工具や自動車、コンピューター技術者の有するパソコン等は、独立した事業に必要な生産手段ではなく単なる「道具」である。

また、供給する労務（法務・医療・会計、研究・開発、取材・編集・番組制作、修理、デザイン、撮影、添乗、教育・トレーニング、プログラム開発、剪定・園芸、描画・文筆等）は、病院を経営している医師が企業の産業医としての仕事を当該病院で行う場合や、法律事務所を経営している弁護士が顧客の一人である事業者の訴訟業務を行う場合等、例外的な場合を除いて、労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部であるから、②「独立性」もない。

それゆえ、技術・技能・専門職型の労務供給者は、上記のような例外的場合を除き、労務の供給を受ける事業者との関係で、「独立事業者」に該当しない。

したがって、技術・技能・専門職型の労務供給者は、上記の例の医師や弁護士等、ごく例外的に「独立事業者」の「事業者性」と「独立性」の要件を充足する場合を除いて、労務の供給を受ける事業者との関係では、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

2 労務の供給を受ける者が消費者である場合

(1) 労働基準法上の労働者

労務の供給を受ける者が消費者である場合、例えば、病院を経営する医師が患者の治療を行う場合や、修理技術者が直接消費者との契約に基づき修理業務を行う場合、庭師や園芸師が直接消費者と契約に基づき庭の木の剪定を行う場合、当該労務供給者は、労働基準法上の労働者ではない。ただし、労働基準法上の労働者は労務の供給を受ける者が事業者である場合に限定されるからであ

る。

(2) 労働契約法・労働組合法上の労働者

労務の供給を受ける者が消費者である場合、当該労務供給者が、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではなく、かつ、②当該消費者に専属的に労務を供給する場合は、労働契約法・労働組合法上の労働者である。

したがって、技術・技能・専門職型の労務供給者は、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く、かつ、当該消費者に専属的に労務を供給する場合（あまりないであろうが、専属の庭師・園芸師である場合等）は、労働者性を肯定される。

第7節 看護・介護・育児・保育・家事労働型

第1款 職種・業務内容と特徴

看護・介護・育児・保育・家事労働型の職種・業務内容としては、看護人、介護人、病院付添人、ベビーシッター、保育者、指導員、ホームヘルパー等が挙げられる。

看護・介護・育児・保育・家事労働型の特徴は、業務の性質上、業務遂行上の詳細な指示を受けない場合もあることである。

第2款 労働基準法上の労働者性

看護・介護・育児・保育・家事労働型の労務供給者の労働基準法上の労働者性については、以下のような行政解釈等がある。

○家事使用人兼看護婦見習／昭24.4.13基収886号／厚労省労基法解釈総覧(2011)78頁

第3款 労働組合法上の労働者性

看護・介護・育児・保育・家事労働型の労務供給者の労働組合法上の労働者性については、以下のような裁判例（肯定例）がある。

- 留守家庭児童のための社会教育事業である「仲よしクラブ」の「指導員」
 - ・堺市・堺市教育委員会事件（不当労働行為救済命令取消請求）
大阪地裁判決昭和62・12・3 労判508号17頁

第4款 労働者性の再検討

1 労務の供給を受ける者が事業者である場合

看護・介護・育児・家事労働型の労務供給者については、労務の供給を受ける者が、事業者（病院、介護施設、保育所・託児所、看護・介護・育児・家事等のサービス企業、それ以外の企業等）である場合は、労務の供給を受ける事業者との関係で「独立事業者」である場合を除き、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

「独立事業者」の要件は、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること（事業者性）、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、専属的継続的な労務供給でもないこと（独立性）の二つであり、ともに充足することが必要である。

これを検討するに、看護・介護・育児・保育・家事労働型の労務供給者は、「身一つ」で、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、①「事業者性」が存在しない。

また、供給する労務（看護・介護・育児・家事労働等）は、医療・看護・介護・育児・家事サービスを業としない企業がその従業員の育児・介護等を支援するために託児所を設けベビーシッター等と直接労務供給契約を締結するような場合等を除き、労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部であるから、②「独立性」もない。

それゆえ、看護・介護・育児・保育・家事労働型の労務供給者は、労務の供給を受ける事業者との関係では、「独立事業者」には該当しない。

したがって、看護・介護・育児・保育・家事労働型の労務供給者は、いずれ

も、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

2 労務の供給を受ける者が消費者である場合

(1) 労働基準法上の労働者

労務の供給を受ける者が消費者である場合、例えば、付添婦、ホームヘルパー、ベビーシッター等が、直接、消費者との契約に基づき、看護・介護・育児・家事労働を行う場合、当該労務供給者は、労働基準法上の労働者ではない。ただし、労働基準法上の労働者は労務の供給を受ける者が事業者である場合に限定されるからである。

(2) 労働契約法・労働組合法上の労働者

労務の供給を受ける者が消費者である場合、当該労務供給者が、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではなく、かつ、②当該消費者に専属的に労務を供給する場合は、労働契約法・労働組合法上の労働者である。

看護・介護・育児・家事労働型の労務供給者は、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者ではない。したがって、当該消費者に専属的に労務を供給している場合（専属の看護・介護人、家事使用人等）は、労働者性を肯定される。

第8節 運送型

第1款 職種・業務内容と特徴

運送型の職種・業務内容としては、トラック運転手、トレーラー運転手、タクシー運転手、自家用車運転手、バイク便、バイシクルメッセンジャー、新聞配達員等が挙げられる。

運送型の特徴は、業務の性質上、業務遂行上の詳細な指示を受けない場合が多いこと、時間的拘束をあまり受けない場合があること、トラック等運送手段を自己所有している場合があることである。

第2款 労働基準法上の労働者性

運送型の労務供給者の労働基準法上の労働者性については、以下のような行政解釈、労働保険審査会の裁決、判例、裁判例、労基研報告(1985)等がある。

1 行政解釈

- 新聞配達人／昭22.11.27基発400号／厚労省労基法解釈総覧(2011)62頁
- 新聞配達に従事する児童／昭23.2.24基発356号／厚労省労基法解釈総覧(2011)62頁
- バイシクルメッセンジャー、バイクライダー／平19.9.27基発0927004号／厚労省労基法解釈総覧(2011)62頁

2 労働保険審査会の裁決

(1) 肯定例

- 採石場から工事現場に自己所有4トンドンプカーで採石運搬をしていた就労者／労働保険審査会昭50.1.31裁決／中村博編・裁決例(1982)208頁
- 自己所有のテラー(耕運機)を使用し、口頭契約による一定量当たり単価により、ブロック、砂利等工事用資材の運搬に従事した者／昭和43年282号事件労働保険審査会裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)431頁
- 専属備車契約先からその取引先の建設業者の工事に差し向けられ、当該工事の現場監督の指揮命令を受けて運搬作業に従事する一人車主(ダンプ持ち)／労働保険審査会昭46.10.18裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)433頁
- 会社の指示により、注文先への砕石運搬及び貸切車として得意先の指揮監督の下に運搬作業に従事するダンプの一人車主／労働保険審査会昭48.3.31裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)433頁
- 自己所有のブルドーザーを使用し、作業に従事していた者／労働保険審査会昭50.5.31裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)434頁
- 自己所有の漁船を使用し、口頭契約により台船の曳航に従事した漁師／労働保険審査会昭57.8.31裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)440頁

(2) 否定例

- 自己所有のダンプカーにより砂利等の運搬作業を行う運転手／労働保険審査会昭57.10.15裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)440頁

- 自己保有のトラックで土砂運搬を行う運転手／労働保険審査会昭59.5.25裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)441頁
- トラック持込運転手／労働保険審査会平元.3.3裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)444頁

3 判例（否定例）

- トラックを所有し一つの会社に専属的な運送業務従事者
 - ・横浜南労基署長（旭紙業）事件（労災保険給付不支給処分取消請求）
最一小判平成8・11・28労判714号14頁
（→前掲第2章第3節第4款3）

4 裁判例

(1) 肯定例

- トラックを所有し一つの会社に専属的な運送業務従事者
 - ・横浜南労基署長（旭紙業）事件（労災保険給付不支給処分取消請求）
横浜地判平成5・6・17労判643号71頁
- 運送会社所有の貨物自動車を使用する運送業務従事者
 - ・アサヒ急配事件（契約上の地位確認等請求）
大阪地判平成18・10・12労判928号24頁

(2) 否定例

- トラックを所有し一つの会社に専属的な運送業務従事者
 - ・横浜南労基署長（旭紙業）事件（労災保険給付不支給処分取消請求）
東京高判平成6・11・24労判714号16頁
- 運送会社所有のタンクローリー車によるバラセメント輸送業務従事者
 - ・協和運輸事件（契約上の地位確認等請求）
大阪地判平成11・12・17労判781号65頁
- 持ち込みダンプによるアスファルト原料運送業務従事者
 - ・加部建材・三井道路事件
（備車運搬委託契約の打切を巡る紛争について、委託者側が作業場への立入禁止、街宣活動・ピラ配布差止、損害賠償等を求めて提訴し、運送業務従事者が労働契約上の地位確認等反訴請求）
東京地判平成15・6・9 労判859号32頁

○自己所有の自転車によるバイシクルメッセンジャー

- ・ソクハイ事件（契約上の地位確認等請求）
東京地判平成22・4・28労判1010号25頁

(3) 雇用契約に準じるような使用従属関係

○自己所有・管理の貨物自動車で配送業務に従事する運転手

- ・和歌の海運送事件
（脳内出血等発症による後遺障害についての損害賠償請求）
和歌山地判平成16・2・9労判874号64頁
（信義則上の安全配慮義務違反を肯定）

5 「傭車運転手」（労基研報告<1985>）

労基研報告(1985)は、同報告の提示する労働者性の一般的判断基準に基づき、「傭車運転手」についての判断基準と事例を示している（→後掲資料編資料I）。

第3款 契約の性質と労働契約法理の適用

運送型の労務供給者について、労働基準法上の労働者性を特に判断することなく、当該契約が「雇用契約」又は「労働契約」かどうか、労働契約法理（解雇権濫用法理等）が適用されるかどうか（現行法でいえば、労働契約法上の労働者性の問題になると思われる）が判断された事案として、以下のような裁判例等がある。

1 裁判例（肯定例）

○会社貸与の専用清掃車によるごみ・産業廃棄物の収集・運搬作業従事者

- ・浪速衛生事件（契約上の地位保全等仮処分申立）
大阪地決昭和55・6・14労判343号5頁（速報カード）

○自己所有のダンプによる採石等の運送業務従事者

- ・北浜土木碎石事件（契約上の地位確認請求）
金沢地判昭和62・11・27判時1268号143頁

○会社が所有し営業免許を受けた車両を会社から購入し、「運送契約」を締結し、会社の運送業務に専属的に従事し、水揚げ金額に応じた全額歩合制の

報酬から自動車購入代金・自動車税その他の経費を差し引いた報酬の支払を受けていた者

- ・井谷運輸産業（佐藤）事件（契約上の地位保全等仮処分申立）
大阪地決平成2・5・8 労判565号70頁
- ・井谷運輸産業（大段）事件（契約上の地位保全等仮処分申立）
大阪地決平成2・5・8 労判565号74頁

2 裁判例（否定例）

- 持ち込みトラックにフォークリフト運送用の重機積載特殊機を装着し、車体マークに被告会社の名前を付し、被告会社のユニフォームを着用し、専ら被告会社の本店から買主までフォークリフトを運送する業務に従事していた「準社員」
 - ・大阪トヨタフォークリフト事件（解雇無効確認及び損害賠償請求）
大阪地判昭和59・6・29 労判434号30頁
- 赤帽富山県軽自動車運送事業協同組合の組合員
 - ・うえの屋事件
（婚礼家具販売等を業とする会社の配送業務に従事し、大型家具配送の際には会社保有の「寿」マークの入った普通貨物自動車を使用し、小型家具等配送の際には組合員所有の軽貨物自動車を使用していた組合員らが、婚礼家具等販売会社の破産管財人に対し提起した優先破産債権確定請求事件）
名古屋高金沢支判昭和61・7・28 労判513号91頁
- 軽自動車持込で運送会社の物流センターでの仕分け配送業務従事していた作業グループの構成員
 - ・日本通運事件
（契約上の地位保全等仮処分申立、作業グループの中の一人に対し運送会社の課長が仕事に来なくてよい旨の意思表示を行ったことに関して、この者と運送会社との間での労働契約の成否が争点となった事案）
大阪地判平成7・2・28 労判680号81頁

第4款 労働契約法上の労働者性

運送型の労務供給者について、労働契約法上の労働者性が争われた事案として、以下のような裁判例（肯定例）等がある。

- 生コン製造販売会社において会社所有のミキサー車を運転し生コンの運搬業務等に従事していた者
大阪地判平成23・8・19
（平成21年(ワ)第16734号地位確認等反訴請求事件、判例集未掲載）
（→前掲第3章第3節第3款1）

第5款 労働組合法上の労働者性

運送型の労務供給者の労働組合法上の労働者性については、以下のような裁判例、中労委命令等がある。

1 裁判例

(1) 肯定例

- 持ち込みの貨物自動車による貨物運送業務従事者
 - ・セキノ興産事件
（組合活動を嫌悪する不当労働行為、及び、労働協約上の協議義務違反を理由とする地位保全仮処分申立）
富山地判昭和49・2・22判時737号99頁、労判195号3頁（速報カード）

(2) 否定例

- 持ち込みダンプによるアスファルト原料運送業務従事者
 - ・加部建材・三井道路事件
（傭車運搬委託契約の打切を巡る紛争について、委託者側が作業場への立入禁止、街宣活動・ビラ配布差止、損害賠償等を求めて提訴し、運送業務従事者が労働契約上の地位確認等反訴請求）
東京地判平成15・6・9労判859号32頁

2 中労委命令（肯定例）

- 自己所有の自転車によるバイク・メッセンジャー

・ソクハイ事件

中労委平成22・7・7別冊中央労働時報1395号11頁
(→前掲第4章第3節第3款2)

第6款 労働者性の再検討

1 労務の供給を受ける者が事業者である場合

運送型の労務供給者については、労務の供給を受ける者が、事業者（貨物運送・配達会社、旅客運送会社、運送以外の企業、新聞販売店等）である場合は、労務の供給を受ける事業者との関係で「独立事業者」である場合を除き、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

「独立事業者」の要件は、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること（事業者性）、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、専属的継続的な労務供給でもないこと（独立性）の二つであり、ともに充足することが必要である。

これを検討するに、運送型の労務供給者は、運送手段を自己所有していない場合はもちろんのこと、トラック、トレーラー、自動車、バイク、自転車等を自己所有している場合であっても、これらは、「道具」であり、高価なトラックといえども、通常のものであれば独立した事業に必要な生産手段とはいえず、①「事業者性」が存在しない。

また、運送型の労務供給者の供給する労務（運送業務）は、労務の供給を受ける事業者が運送・配達会社である場合は、当該事業者の事業内容の一部である。また、労務の供給を受ける事業者が、運送以外の事業を営む企業であっても、多くの場合、運送型の労務供給者の供給する労務は当該事業者の事業内容の一部である。例えば、百貨店で顧客が買った品物の配達も、百貨店が顧客に対して約するサービス（配達）の一部であるから、百貨店の事業内容の一部である。したがって、いずれにせよ、その多くは、②「独立性」がない。

したがって、運送型の労務供給者は、労務の供給を受ける事業者との関係では、「独立事業者」に該当せず、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

なお、運送型の供給する労務（運送業務）が、労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではない場合（例えば、当該企業の従業員の引っ越し作業を行

う場合)で専属的継続的な労務供給でもない場合は、②「独立性」はあるが、先に述べたように、①「事業者性」がなく、「独立事業者」ではないから、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者であると解すべきである。

2 労務の供給を受ける者が消費者である場合

(1) 労働基準法上の労働者

労務の供給を受ける者が消費者である場合、例えば、トラック運転手が直接消費者との契約に基づき品物を運送する場合や、個人タクシーが顧客を乗せて運ぶ場合は、当該労務供給者は、労働基準法上の労働者ではない。ただし、労働基準法上の労働者は労務の供給を受ける者が事業者である場合に限定されるからである。

(2) 労働契約法・労働組合法上の労働者

労務の供給を受ける者が消費者である場合、当該労務供給者が、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給するのではなく、かつ、②当該消費者に専属的に労務を供給する場合は、労働契約法・労働組合法上の労働者である。

運送型の労務供給者は、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者ではない。したがって、当該消費者に専属的に労務を供給する場合(専属の自家用車運転手等)は、労働者性を肯定される。

第9節 建設土木・林業型

第1款 職種・業務内容と特徴

建設土木・林業型の職種・業務内容としては、大工、建設関連職人、溶接・電気職人、木材伐採職人等が挙げられる。

建設土木・林業型の特徴は、専門技術を有しているので業務遂行上の詳細な指示を受けない場合が多いこと、時間的拘束をあまり受けない場合もあること、一定の工具等は自己所有していることが多いことである。

第2款 労働基準法上の労働者性

建設土木・林業型の労務供給者の労働基準法上の労働者性（及び雇用保険の被保険者資格の有無）については、以下のような行政解釈、労働保険審査会の裁決、判例、裁判例、労基研専門部会報告(1996)等がある。

1 行政解釈

- 下請負人／昭23.1.9基発14号／労働省労災保険法解釈総覧(1989)63頁
- 大工／昭23.12.25基収4281号、昭63.3.14基発150号、平11.3.31基発168号／厚労省労基法解釈総覧(2011)62頁

2 労働保険審査会の裁決

(1) 肯定例

- 機材・資材を自己所有せず数名の部下を引率して溶接作業等を「人工請負」していた就労者／労働保険審査会昭55.3.31裁決／中村博編・裁決例(1982)228頁
- 自己の裁量において必要な労働者を雇い入れ現場諸経費の支払を行う電気工事会社専属の電気工事人／労働保険審査会昭43.4.15裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)430頁
- 手元補助者を使用していた一人親方／労働保険審査会昭42.7.13裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)430頁
- 形式的請負契約により、溶接器具を持参し、数人の労働者を率いて自らも鉄骨開化作業に従事した者／労働保険審査会昭45.2.25裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)431頁
- 小間割り契約により、作業に必要なウインチ1台を持参し、数人の労働者を率いて自らCシートパイル抜取作業を下請負形式で行った者／労働保険審査会昭45.8.31裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)431頁
- 他の労働者と同様に元請会社の指揮監督の下で作業を行い、賃金も団体出来高払により支給を受けているグループのリーダー／労働保険審査会昭49.3.30裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)433頁

(2) 否定例

- 機械損料、材料費の実費支払を条件として塗装作業を手間請けし、所属労働

者を派遣し自らもその作業に従事した者／労働保険審査会昭47.8.12裁決／
労働保険審査会裁決総索引(1990)432頁

- グループを形成して特定の工事会社の請負工事に専属的に従事していた板金工／労働保険審査会昭55.12.12裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)438頁
- 手間請として作業に従事した一人親方の性格を有する大工／労働保険審査会昭56.10.5裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)439頁

3 判例（否定例）

- 出来高報酬でマンション内装に従事する一人親方大工
 - ・藤沢労基署長事件（労災保険給付不支給処分取消請求）
最一小判平成19・6・28集民224号701頁、労判940号11頁
（→前掲第2章第3節第4款5）

4 裁判例

(1) 肯定例

- 大工
 - ・丸善住研事件（解雇予告手当支払請求）
東京地判平成6・2・25労判656号84頁

(2) 否定例

- 仲間3人で会社を組織しエレベーター据付作業に従事していた者
 - ・茨木労基署長事件（労災保険給付不支給処分取消請求）
大阪地判昭和56・4・28労判364号53頁
- 板金工として外壁鉄板取付工事に従事していた者
 - ・大内労基署長（西日本建産）事件（労災保険給付不支給処分取消請求）
高松地判昭和57・1・21労判381号45頁
- 森林伐採の一定の作業単位を一括して行うグループの長（山仙頭）
 - ・日田労基署長事件（労災保険給付不支給処分取消請求）
大分地判昭和61・2・10労判469号21頁
福岡高判昭和63・1・28労判512号53頁
- 木造建築工事における大工間の労働力の貸し借りの関係にあり、他の一人親方大工の請け負った建前作業を手伝っていた一人親方大工
 - ・相模原労基署長事件（労災保険給付不支給処分取消請求）

横浜地判平成7・7・20労判698号73頁

○コンクリート等にボルト等を固着させるアンカー職人

・池袋職安所長（アンカー工業）事件

（雇用保険被保険者確認請求却下処分取消請求）

東京地判平成16・7・15労判880号100頁

○出来高報酬でマンション内装に従事する一人親方大工

・藤沢労基署長事件（労災保険給付不支給処分取消請求）

横浜地判平成16・3・31労判876号41頁

東京高判平成17・1・25労判940号22頁

（→前掲第2章第3節第4款6(2)）

5 「手間受け従業者」（労基研専門部会報告<1996>）

労基研専門部会報告(1996)は、労基研報告(1985)の提示する労働者性の一般的判断基準に基づき、「手間受け従業者」についての判断基準と、大工と型枠大工の事例を示している（→後掲資料編資料Ⅱ）。

第3款 労働組合法上の労働者性

建設土木・林業型の労務供給者の労働組合法上の労働者性については、以下のような行政解釈がある。

○大工、一般日傭／旧法解釈例規集第1号第2問 昭21.6.1労発325号／厚労省
労使関係法解釈総覧(2005)98頁

○一人親方／昭24.11.1労収7169号／厚労省労使関係法解釈総覧(2005)98頁

第4款 労働者性の再検討

1 労務の供給を受ける者が事業者である場合

建設土木・林業型の労務供給者については、労務の供給を受ける者が、事業者（建設・土木会社、製材会社、それ以外の企業等）である場合は、労務の供給を受ける事業者との関係で「独立事業者」である場合を除き、労働基準法・

労働契約法・労働組合法上の労働者である。

「独立事業者」の要件は、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること（事業者性）、②供給する労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく、専属的継続的な労務供給でもないこと（独立性）の二つであり、ともに充足することが必要である。

これを検討するに、独立した事業に必要な生産手段と言えるほどの大型機械等を有している場合（自ら労務を供給する自然人が所有していることはあまり想定できないが）は、①事業者性を肯定できるが、簡単な機械、大工道具、工具等は「道具」であり、独立した事業に必要な生産手段とはいえ、①「事業者性」が存在しない。

また、建設土木・林業型の労務供給者の供給する労務（建設・土木・林業関連業務）は、労務の供給を受ける事業者が建設・土木・製材会社等である場合は、労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部であり、②「独立性」はない。労務の供給を受ける事業者が建設・土木・製材会社等以外の企業で、建設土木・林業型の供給する労務が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部でない場合（例えば、当該企業の事業所の修理・改築を行う場合）は、専属的継続的供給でなければ（「顧客」の一人であれば）②「独立性」が認められる。

したがって、建設土木・林業型の労務供給者は、①独立した事業に必要な生産手段と言えるほどの大型機械等を有しそれを利用して労務を供給し、②企業の事業所の修理・改築等を単発的に行う等、ごく例外的に「独立事業者」の要件を充足する場合を除けば、労務の供給を受ける事業者との関係では、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

2 労務の供給を受ける者が消費者である場合

(1) 労働基準法上の労働者

労務の供給を受ける者が消費者である場合、例えば、大工が直接消費者との契約に基づきその家を修理する場合は、当該労務供給者は、労働基準法上の労働者ではない。けだし、労働基準法上の労働者は労務の供給を受ける者が事業者である場合に限定されるからである。

(2) 労働契約法・労働組合法上の労働者

労務の供給を受ける者が消費者である場合、当該労務供給者が、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、当該

消費者に専属的に労務を供給する場合は、労働契約法・労働組合法上の労働者である。

したがって、建設・土木型の労務供給者は、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者ではなく、かつ、当該消費者に専属的に労務を供給している場合（あまり想定できないが専属の大工等）は、労働者性を肯定される。

3 グループ請の親方・グループ長

建設土木・林業型においては、労務供給者数人のグループの親方やグループ長が発注事業者から一定の作業を請け負い、自らも他のグループの人間と一緒に労務を供給し、グループで作業を行う場合がある。この場合、①当該グループの親方やグループ長は、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者かどうか、また、②発注企業、グループ長、グループの他の労務供給者（協働労務供給者）の三者はどのような関係にあるのかが問題となる。

例えば、大工の親方が他の大工職人とともに建設業者の建設工事の一部を請け負う場合のように、自ら労務を供給する大工の親方が他の大工職人と共に建設工事を行う場合、当該大工の親方は、建設業者と労務供給契約を締結したと解されるが、独立した事業に必要な生産手段と言えるほどの大型機械等を有しそれを利用して労務を供給するのでなければ「事業者性」がない（「事業者性」がある場合はほとんど想定されない）。また、仮に、大工の親方の「事業者性」が肯定される場合であっても、供給する労務（建築業務）は、労務の供給を受ける建設業者の事業内容の一部であるから「独立性」がない。それゆえ、大工の親方は、建設業者との関係で「独立事業者」には該当せず、労務の供給を受ける建設業者との関係では、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

また、大工の親方、他の大工職人、労務の供給を受ける建設業者の三者の契約関係は、事実認定の問題であるが、信義則に則して合理的に解釈されるべきである。そして、特段の事情がない限り、大工の親方は、労務の供給を受ける建設業者から他の労務供給者（大工の職人）を選任し労務の供給を受ける建設業者との労務供給契約を締結する権限を委任され、大工の親方及び他の大工の職人のそれぞれが労務の供給を受ける建設業者と労務供給契約を締結していると解すべきであろう。

なお、他の大工の職人も、労務の供給を受ける建設業者との関係で「事業者

性」がないのが通常であり、いずれにせよ「独立性」がないから、労務の供給を受ける建設業者との関係で「独立事業者」に該当せず、労務の供給を受ける建設業者との関係では、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

したがって、大工の親方及び他の大工の職人のそれぞれが、労務の供給を受ける建設業者と労務供給契約を締結し、労務の供給を受ける建設業者との関係では、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

これに対して、大工の親方が、①独立した事業に必要な生産手段と言えるほどの大型機械等を有しそれを利用して労務を供給し、②労務の供給を受ける事業者の事業所の修理・改築等を単発的に行う等、供給する労務の内容が労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部ではなく、専属的継続的労務供給でもなく、ごく例外的に「独立事業者」の「事業者性」と「独立性」の要件を充足する場合は、当該親方は、労務の供給を受ける事業者との関係では、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者ではない。この場合、他の大工職人の労務供給契約の相手方が、大工の親方かそれとも大工の親方の相手方事業者かは、事実認定の問題となり、信義則に則して解釈される。

4 「労働力（手間）の貸し借り」により就労する大工

木造建築工事において、建前（コンクリートの基礎に柱で骨組みの組み立てを行い屋根の棟を上げて屋根に野路板を張る作業を一日で行うこと）の作業は工事を請け負った大工一人ではできないので、大工が相互に自己の労働力の貸し借りを行い、それぞれが請け負った建築工事のうちの建前作業について相互に応援し合うという関係がある場合がある。このような労働力の貸し借りの関係は、「手間の貸し借り」とも呼ばれ、金銭の授受はなく、従前の応援の手間返し、労働力の交換という形で「対価」が支払われる。

このような「労働力（手間）の貸し借り」の関係において、大工Aが、大工Bが発注者Cから請け負った建築工事において建前作業の応援を行う場合、大工Aの労働者性はどのように判断されるであろうか。たとえば、大工Aが建前作業の応援中に事故で死傷した場合、労働者災害補償法上の労働者として保険給付の対象となるであろうか。

第一に、大工Aの行う建前作業の応援が「有償」の労務供給かどうか問題となるが、労働基準法上の「賃金」には、通貨以外の物品やサービス、「手間返し」も含まれると解される（→前掲第2章注4、第3章注3）から、大工B

の大工Aに対する作業の応援が、大工Bの大工Aに対する「賃金」であり、「対価」である。

第二に、大工Aの行う応援作業への対価を支払うのは大工Bであり（発注者Cではない）、大工Bが大工Aの労務の供給を受ける者であるところ、大工Bは、発注者Cが事業者であれば発注者Cとの関係では労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者であるのが通常である（→前掲1）が、発注者Cが事業者であれ消費者であれ、大工Aとの関係では大工Aの供給する労務の最終受益者ではなく「事業者」と解すべきである。

したがって、大工Aは、「自ら事業者（大工B）に有償で労務を供給する者」であるから、大工Bとの関係で「独立事業者」である場合を除き、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者であるところ、通常、「事業者性」は存在せず、供給する労務の内容は大工Bの事業内容の一部であって「独立性」が存在しないから、「独立事業者」に該当せず、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者であり、労働者災害補償法上の労働者として保険給付の対象となると解すべきである。

第10節 家内労働・在宅勤務型

第1款 職種・業務内容と特徴

家内労働・在宅勤務型の職種・業務内容としては、物品の製造・加工等（家内労働）、ソフトウェアの開発、プログラムの設計、速記のテープ起こし、文書処理等（在宅勤務）が挙げられる。

物品の製造・加工等に従事する家内労働型の就労者については、そもそも当該人の行為が「他人に対する労務供給」であるかどうかの問題となる。

また、家内労働・在宅勤務型の特徴として、事業場外（自宅）での労働であるため、業務遂行上の詳細な指示を受けないことが多いこと、時間的（場所的）拘束をあまり受けないこと、一定の製造機械等を有している場合があること（家内労働）が挙げられる。

第2款 労働基準法上の労働者性

家内労働・在宅勤務型の就労者の労働基準法上の労働者性については、以下のような行政解釈、労基研報告(1985)等がある。

1 行政解釈

○家庭における賃加工／昭23.7.5基収2204号／労働省労災保険法解釈総覧(1989)67頁

2 「在宅勤務者」(労基研報告<1985>)

労基研報告(1985)は、その報告の提示する労働者性の一般的基準に基づき、「在宅勤務者」の労働者性判断基準の提示と事例判断を行っている(→後掲資料編資料I)。

第3款 労働組合法上の労働者性

家内労働・在宅勤務型の就労者の労働組合法上の労働者性については、以下のような中労委命令等がある。

○自宅でヘップサンダルの賃加工を行う職人
・東京ヘップサンダル工事件
中労委昭和35・8・31労委年報15号31頁

第4款 労働者性の再検討

1 「労務供給」か否か

物品の製造・加工等に従事する家内労働型の就労者については、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者かどうかを判断する前提として、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」しているのかが問題となる。

この場合、信義則に則して判断すべきであり、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「自ら事業者の有償で労務を供給する者」であると判断すべきであろう（→前掲第2章第4節第5款3）。

2 「労務供給」である場合

家内労働・在宅勤務型の就労者が「労務供給者」であることを前提とすると、いずれも、労務の供給を受ける者は事業者である。

したがって、家内労働・在宅勤務型の労務供給者は、労務の供給を受ける事業者との関係で「独立事業者」である場合を除き、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

「独立事業者」の要件は、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること（事業者性）、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、専属的継続的な労務供給でもないこと（独立性）であり、二つの要件をいずれも充足することが必要である。

これを検討するに、家内労働者は、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場合は、①「事業者性」が存在するが、いずれにせよ、供給する労務が労務の供給を受ける事業者（発注企業）の事業内容の一部であるので、②「独立性」がない。

また、在宅勤務者は、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者ではないので（在宅勤務者の有するパソコンやファックス等は、独立した事業に必要な生産手段ではない）、①「事業者性」が存在しない。また、供給する労務（ソフトウェアの開発、プログラムの設計、速記のテープ起こし、文書処理等）は、労務の供給を受ける事業者（発注企業）の事業内容の一部であるので、②「独立性」もない。

したがって、家内労働・在宅勤務型の労務供給者は、いずれも、労務の供給を受ける事業者との関係では、「独立事業者」ではなく、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

第11節 親族型

第1款 職種・業務内容と特徴

親族型は、職種・業務内容にかかわらず、事業主又は会社役員等の親族で当該事業主等の経営する事業で就労する者が挙げられる。

親族型の特徴は、事業主等の親族であるため、使用従属関係が希薄であると判断される場合があることである。

第2款 労働基準法上の労働者性

事業主等の親族の労働基準法上の労働者性については、以下のような行政解釈、労働保険審査会の裁決、裁判例等がある。

1 行政解釈

○同居の親族／昭54.4.2基発153号／労働省労災保険法解釈総覧(1989)66頁

2 労働保険審査会の裁決

(1) 肯定例

○別居独立の生計を営む事業主の次男／労働保険審査会昭33.5.31裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)428頁

○一般労働者と同様の条件と責任の下に作業に従事し、形の上でも下請負人の労働者として取り扱われていた下請負人の同居の親族／労働保険審査会昭37.6.30裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)429頁

○事業主である娘婿の請け負った木材伐採搬出作業に現場監督として従事した義父／労働保険審査会昭44.11.24裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)431頁

○形式的請負契約により、数人の人夫を率いて自らも小廻り作業に従事する夫の工事を手伝っていた妻が、元請の現場監督に業務連絡を依頼されその業務従事中に被災した場合／労働保険審査会昭46.2.22裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)431頁

○下請事業主の同居の親族であるが、一般労働者同様労務を提供し、賃金の支

給を受けていた場合／労働保険審査会昭50.5.31裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)434頁

(2) 否定例

- 事業主である兄と同居して、一般労働者と同様に労働に従事し、報酬を得ていた者／労働保険審査会昭38.5.31裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)429頁
- 事業主と同居生計を一にし、健康保険、失業保険にも加入していた工場長兼自動車運転手である長男／労働保険審査会昭40.8.16裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)430頁
- 別居しながら父親の経営する事業場に就労し、賃金が支払われている息子／労働保険審査会昭48.1.29裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)432頁
- 電気・水道工事を請け負う有限会社の取締役であり工事上の責任一切を負っているが、代表取締役である妻の下で従業員の立場で働き、賃金の支払を受けている者／労働保険審査会昭48.8.30裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)434頁
- 事業主と同居、同生計にある息子／労働保険審査会昭53.3.31裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)435頁

3 裁判例（否定例）

- 夫の個人事業たる性格をもつ有限会社で事務関係の仕事を担当し賃金名目の金員支払を受けていた妻
 - ・宇都宮労基署長（八汐エンタプライズ）事件
（労災保険給付不支給処分取消請求）
宇都宮地判昭和62・11・26労判509号16頁

第3款 労働者性の再検討

親族型の労務供給者については、そもそも、現実に労務を供給しその対償としての報酬が支払われていたかどうかが問題となる場合もあるが、自ら有償で労務を供給していたことを前提とすれば、いずれも、労務の供給を受ける者は事業者である。

したがって、親族型の労務供給者は、第一に、労働基準法116条2項の要件（同居の親族のみを使用する事業において労務を供給する者）に該当し労働基準法の適用除外となる場合は、労働基準法上の労働者ではないが、労務の供給を受ける事業者との関係で「独立事業者」である場合を除き、労働契約法・労働組合法上の労働者である。第二に、労働基準法116条2項の要件に該当しない場合は、労務の供給を受ける事業者との関係で「独立事業者」である場合を除き、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

「独立事業者」の要件は、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること（事業者性）、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、専属的継続的な労務供給でもないこと（独立性）であり、二つの要件をいずれも充足することが必要である。

これを検討するに、親族型の労務供給者は、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者ではないので、①「事業者性」が存在しない。また、供給する労務の内容は労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部であるので、②「独立性」もない。

したがって、親族型の労務供給者は、労務の供給を受ける事業者との関係では、「独立事業者」ではないので、第一に、労働基準法116条2項の要件に該当する場合は、労働基準法上の労働者ではないが、労働契約法・労働組合法上の労働者であり、第二に、労働基準法116条2項の要件に該当しない場合は、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

第12節 シルバー人材センター型

第1款 職種・業務内容と特徴

シルバー人材センター型としては、その職種・業務内容を問わず、シルバー人材センター（高齢者雇用安定法41条～48条参照）に会員として登録する高年齢者で、シルバー人材センターが家庭、企業、公共団体（発注者）から受注した業務（受託事業）を遂行するために就労する者が挙げられる。

発注者との契約主体はシルバー人材センターであり、当該就労者は、発注者とは雇用関係にないとされ、また、当該就労者は、シルバー人材センターが受

注した業務をシルバー人材センターから請負又は（準）委任の形式で引き受けるのであって、シルバー人材センターとの関係は雇用関係ではないとされている。

第2款 労働基準法上の労働者性

シルバー人材センターが受注した業務に従事する会員就労者の労働基準法上の労働者性については、以下のような労働保険審査会の裁決、裁判例等がある。

1 労働保険審査会の裁決（肯定例）

- 受付案内・保安警備業務従事者／労働保険審査会平8.11.6裁決／労判708号99頁（発注会社との使用従属関係の存在を根拠として労働者性を肯定）

2 裁判例（肯定例）

- 金属加工業務従事者
 - ・国・西脇労基署長（加西市シルバー人材センター）事件
（労災給付不支給処分取消請求）
神戸地判平成22・9・17労判1015号34頁
（発注会社との使用従属関係の存在を根拠として労働者性を肯定）

第3款 雇用契約（関係）

シルバー人材センターが受注した業務に従事する会員就労者とシルバー人材センターとの関係が雇用契約（関係）かどうかについて判断した、以下のような裁判例（否定例）等がある。

- 授産場指導業務従事者
 - ・台東区シルバー人材センター事件（雇用契約上の地位確認請求）
東京地判平成15・5・5労判850号88頁（ダイジェスト）
- 動物園の清掃業務従事者
 - ・大阪市シルバー人材センター事件

(作業中の事故に関する損害賠償請求)

大阪地判平成14・8・30労判837号29頁

第4款 労働者性の再検討

シルバー人材センターが受注した業務に従事する会員就労者は、自ら他人に有償で労務を供給する者であり、シルバー人材センターとの間で労務供給契約が成立していることを前提とするならば、いずれも、労務の供給を受ける者は事業者（シルバー人材センター）である。したがって、シルバー人材センターが受注した業務に従事する会員就労者は、シルバー人材センターとの関係で「独立事業者」である場合を除き、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

「独立事業者」の要件は、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること（事業者性）、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、専属的継続的な労務供給でもないこと（独立性）であり、二つの要件をいずれも充足することが必要である。

これを検討するに、シルバー人材センターが受注した業務に従事する会員就労者は、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者ではないので、①「事業者性」が存在しない。また、供給する労務の内容は、シルバー人材センターの事業内容（受託事業）の一部であるので、②「独立性」も存在しない。

また、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者かどうかは、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との合意等、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から、シルバー人材センターと会員就労者の意思や合意内容は、労働者性に何ら影響を与えない（→前掲第1章1）。

したがって、シルバー人材センターが受注した業務に従事する会員就労者は、いずれも、シルバー人材センターとの関係では、「独立事業者」ではなく、シルバー人材センターとの関係では、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

なお、業務遂行に伴う指示をシルバー人材センターではなく発注者が行って

いる場合は、人材センターが受注した業務に従事する会員就労者と発注者との間での労務供給契約の成立が肯定される場合もあろう。

第13節 研修・実習型

第1款 職種・業務内容と特徴

研修・実習型は、職種・業務内容を問わず、学生、研修生、実習生、見習（と呼ばれている者）を上げることができる。

研修・実習型の場合、そもそも、当該人の行為が、「有償の労務供給」に該当するかどうかが問題となる。

第2款 労働基準法上の労働者性

研修・実習生の労働基準法上の労働者性については、以下のような行政解釈、判例、裁判例等がある。

1 行政解釈

- 看護婦養成所の生徒／昭24.6.24基発648号、昭25.11.1婦発291号、平9.9.25基発648号／厚労省労基法解釈総覧(2011)78頁
- 准看護婦学校生徒と校外臨床実習委託医療機関との関係／昭40.1.14基収8846号／労働省労災保険法解釈総覧(1989)73頁
- 商船大学等が機関関係の学生について民間事業場に委託して行う工場実習の実習生／昭57.2.19基発121号〈昭和23年通達の見直し〉／厚労省労基法解釈総覧(2011)77頁
- インターンシップにおける学生／平9.9.18基発636号／厚労省労基法解釈総覧(2011)79頁

2 判例（肯定例）

- 研修医
 - ・関西医科大学事件（賃金支払請求）

最二小判平成17・6・3民集59巻9号938頁
(→前掲第2章第3節第4款4)。

3 裁判例(肯定例)

○研修医

- ・関西医科大学事件(賃金支払請求)
大阪地堺支判平成13・8・29労判831号36頁
大阪高判平成14・5・9労判831号28頁

○外国人研修生

- ・三和サービス事件
(会社が外国人技能実習生に対し作業ボイコットに関する損害賠償請求訴訟を提起したのに対し、実習生が賃金等請求反訴を提起した事案)
津地四日市支判平成21・3・18労判983号27頁
名古屋高判平成22・3・25労判1003号5頁

第3款 労働組合法上の労働者性

研修・実習生の労働組合法上の労働者性については、以下のような行政解釈等がある。

- 実習作業を行う学生／旧法解釈例規第2号第3問 昭25.5.8労発153号／厚労省労使関係法解釈総覧(2005)100頁

第4款 労働者性の再検討

1 「有償労務供給契約」か否か

研修生・実習生の労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者性が問題となる場合、その前提として、当該人の行為が「有償の労務供給」であり、当該契約が「有償労務供給契約」であるのかどうかの問題となる。

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・労働契約法・労働組合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にかかわらず、当該人は相手方との関係で労働基準法・労働契約法・労働組合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」に対する対償であるのか、「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の問題となる。この場合、信義則に則して判断すべきであり、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」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（→前掲第2章第4節第5款2）。

2 「有償労務供給契約」である場合

研修生・実習生の契約が有償労務供給契約である場合、その労務の供給を受ける者との関係での労働者性が問題となる。

研修生・実習生の労務の供給を受ける者は、通常、事業者である。

したがって、研修生・実習生は、労務の供給を受ける事業者との関係で「独立事業者」である場合を除き、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

「独立事業者」の要件は、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること（事業者性）、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、専属的継続的な労務供給でもないこと（独立性）であり、二つの要件をいずれも充足することが必要である。

これを検討するに、研修生・実習生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者ではないので、①「事業者性」が存在しない。また、多くは、その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るか又は専属的継続的な労務供給であり、②「独立性」も存

在しない。

したがって、研修生・実習生は、労務の供給を受ける事業者との関係では、「独立事業者」ではなく、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

第14節 店舗経営型

第1款 職種・業務内容と特徴

店舗経営型の職種・業務内容としては、キオスクや自らが出資・所有していない店舗の店長、コンビニエンスストア加盟店店主等が挙げられる。

キオスク店長の場合、キオスク店舗を所有している会社と商品販売について「業務委託契約」を締結し売りに比例した報酬を支払われ、店員の「採用」も認められている場合が多い。同様に、店舗所有会社と「業務委託契約」を締結して店舗の管理・運営を任せられ、店員の「採用」も決定しうる店長も存在する。

コンビニエンスストア加盟店の店主等については、前提として、加盟店とフランチャイズ本部とのフランチャイズ契約が「労務供給契約」であるのかが問題となる。また、加盟店の店主が土地や店舗を所有している場合も多い。

第2款 労働基準法上の労働者性

店舗の店長の労働基準法上の労働者性を判断したものとして、以下のような裁判例（否定例）等がある。

- フランチャイズ契約を締結しパンの製造・販売等を行う加盟店（フランチャイジー）と契約を締結し店舗の管理・運営を行う店長
 - ・ブレックス・ブレッディ事件（最低賃金・割増賃金等支払請求）
大阪地判平成18・8・31労判925号66頁

第3款 労働者性の再検討

1 自己が所有していない店舗の店長

キオスク等自己が所有していない店舗の店長の労務の供給を受ける者は、事業者（店舗所有会社）である。

したがって、店長は、労務の供給を受ける事業者との関係で「独立事業者」である場合を除き、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

「独立事業者」の要件は、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること（事業者性）、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、専属的継続的な労務供給でもないこと（独立性）であり、二つの要件をいずれも充足することが必要である。

これを検討するに、キオスク等自己が所有していない店舗の店長は、店舗を所有しているわけではなく、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い。店員の「採用」を認められていることについては、労務の供給を受ける店舗所有会社と店員との間の労務供給契約を締結する権限を店舗所有会社から委任され、当該店員は店舗所有会社と労務供給契約を締結していると解するのが、信義則に則した当事者意思の合理的解釈といえよう。また、仮に当該店員が店長の履行補助者であったとしても、それだけでは①「事業者性」は認められない。

また、店長の供給する労務（店舗の管理運営、商品販売等）は、労務の供給を受ける事業者（店舗所有会社）の事業内容の一部であり、②「独立性」もない。

それゆえ、キオスク等自己が所有していない店舗の店長は、労務の供給を受ける店舗所有会社との関係では、「独立事業者」ではなく、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

2 コンビニエンスストア加盟店店主

(1)「労務供給契約」か否か

コンビニエンスストア加盟店の店主等の労働者性が問題となる場合、前提として、加盟店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」であるのかが問題となる。

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し、②であれば、労務供給契約に該当するが、①であれば、当該契約は「労務供給契約」ではないと解すべきであろう。

フランチャイズ契約が「労務供給契約」でなければ、コンビニエンス加盟店の店主のフランチャイズ本部に対する労働者性は否定される。

また、仮にフランチャイズ契約が「労務供給契約」であったとしても、加盟店店主の労働者性を肯定する前提として、労務供給者が自然人であること、すなわち、契約当事者である加盟店（労務供給者）が、店主（自然人）、又は、店主の一人法人等のように実質的に自然人であることが必要である（→前掲第2章第4節第5款4）。

（2）「労務供給契約」である場合

フランチャイズ契約が有償労務供給契約で、労務供給者が（実質的に）コンビニエンスストア加盟店主であると判断される場合は、コンビニエンスストア店主のフランチャイズ本部との関係での労働者性が問題となる。

コンビニエンスストア店主の労務の供給を受ける者は事業者（フランチャイズ本部）である。

したがって、コンビニエンスストア店主は、労務の供給を受ける事業者（フランチャイズ本部）との関係で「独立事業者」である場合を除き、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

「独立事業者」の要件は、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること（事業者性）、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、専属的継続的な労務供給で

もないこと（独立性）であり、二つの要件をいずれも充足することが必要である。

これを検討するに、コンビニエンスストア店主が土地や店舗を所有していない場合は、①「事業者性」がないが、土地と店舗を所有している場合、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、①「事業者性」はあると評価しうる。しかし、コンビニエンスストア店主が供給する労務（商品の販売等）は、労務の供給を受ける事業者（フランチャイズ本部）の事業内容の一部であり、また、専属的継続的な労務供給でもあるから、②「独立性」がない。

したがって、コンビニエンスストア店主は、労務の供給を受ける事業者（フランチャイズ本部）との関係では「独立事業者」ではなく、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

第15節 経営者型

第1款 職種・業務内容と特徴

経営者型の職種・業務内容としては、取締役、監査役等の株式会社役員等が挙げられる。

経営者型の場合、そもそも当該人の行為が「他人に対する労務供給」であり、当該契約が「労務供給契約」かどうかが問題となる。

また、取締役と使用人を兼務している「使用人兼務取締役」も存在するところ、この場合、当該人の労働者性をどのように考えるかが問題となる。

第2款 労働基準法上の労働者性

会社役員等の労働基準法上の労働者性については、以下のような行政解釈、労働保険審査会の裁決、裁判例等がある。

1 行政解釈

○共同経営の事業において出資者で賃金を受け働く者／昭23.3.24基発498号／

厚労省労基法解釈総覧(2011)66頁〈「合作社の如く」と具体的例示の文言がない〉、労働省労災保険法解釈総覧(1989)80頁〈「合作社の如く」と具体的例示の文言がある〉

- 法人、団体又は組合の執行機関／昭23.1.9基発14号、昭63.3.14基発150号、平11.3.31基発168号／厚労省労基法解釈総覧(2011)77頁
- 職員を兼ねる重役／昭23.3.17基発461号／厚労省労基法解釈総覧(2011)77頁
- 農地開発機械公団への出向者／昭31.6.12基発384号／労働省労災保険法解釈総覧(1989)69頁
- 労災保険法における法人の重役の取扱い／昭34.1.26基発48号／労働省労災保険法解釈総覧(1989)67頁
- 労災保険法における日本貨物検数協会の理事の取扱い／昭38.5.18基災収44号の2／労働省労災保険法解釈総覧(1989)68頁
- 労災保険法における有限会社の取締役の取扱い／昭61.3.14基発141号／労働省労災保険法解釈総覧(1989)68頁

2 労働保険審査会の裁決

(1) 肯定例

- 業務執行権を有しない合名会社社員／労働保険審査会昭34.1.31裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)428頁
- 電気工事業の請負を営む事業主が取引先の事業所に臨時電気工夫として従事したとき／労働保険審査会昭52.12.27裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)434頁
- 実弟たる代表取締役の下において労働に従事していた有限会社取締役／労働保険審査会平元.2.15裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)444頁

(2) 否定例

- 業務執行権を有する有限会社の取締役／労働保険審査会昭34.11.30裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)428頁
- 業務執行権が制限されていない有限会社の取締役／労働保険審査会昭53.4.28裁決／中村博編・裁決例(1982)215頁
- 代表者変更を届出て事業主の地位を退いた後も引き続き事実上の事業経営者として、人事、経理、営業等事業運営に必要な事項をすべて掌理している者／労働保険審査会昭45.9.25裁決／労働保険審査会裁決総索引(1990)431頁

3 裁判例（肯定例）

○使用人兼務監査役

- ・千切屋織物事件（就業規則に基づく退職金支払請求）
京都地判昭和50・8・22判時803号120頁

○使用人兼務取締役

- ・総合健康リサーチセンター事件
（未払賃金とこれに対する賃確法14条に基づく年14.6%の遅延損害金、及び退職金支払請求）
大阪地判昭和58・9・27労判418号36頁
- ・シー・エー・ビジョン事件（解雇予告手当・退職金支払請求）
東京地判平成5・6・8労判637号22頁
- ・メガネの田中チェーン事件
（契約上の地位保全等仮処分申立）
広島地判平成5・5・17労民集44巻3号445頁
（就業規則の懲戒条項の適用を肯定）
- ・日本情報企画事件（就業規則に基づく退職金支払請求）
東京地判平成5・9・10労判643号52頁
- ・大阪中央労基署長（おかざき）事件
（労災保険給付不支給処分取消請求）
大阪地判平成15・10・29労判866号58頁

第3款 契約の性質・労働契約法理の適用・退職金請求権

経営型の就労者について、当該契約が「労働契約」かどうか、労働契約法理（解雇権濫用法理等）が適用されるかどうか（現行法でいえば、労働契約法上の労働者かどうかの問題となると思われる）、当該人が「従業員」かどうか、就業規則に基づく退職金請求権の有無等が判断された事案として、以下のような判例、裁判例等がある。

1 判例（肯定例）

○従業員兼務取締役

- ・前田製菓事件（就業規則に基づく退職金支払請求）
最二小判昭和56・5・11集民133号1頁、労経速1083号12頁

2 裁判例（肯定例）

○使用人兼務取締役

- ・五合化学事件
（工場長たる地位にあることについての地位保全、休職処分停止等仮処分申立）
東京地判昭和45・3・10労判100号46頁
- ・ミリオン珈琲貿易事件（契約上の地位保全等仮処分申立）
大阪地決平成5・12・22労判647号44頁
- ・バベル事件（賃金支払請求等）
東京地判平成11・11・30労判789号54頁
- ・黒川建設事件（退職金等支払請求）
東京地判平成13・7・25労判813号15頁

○合資会社の有限責任社員であり法的には会社の業務執行権や代表権を有しないが、「専務取締役」の名称を付され、会社代表者の職務を代行していた者

- ・興栄社事件（退職金支払請求）
大分地判平成5・9・17労判681号21頁
福岡高判平成6・7・14労判681号20頁
（従業員に対する退職金規定の対象である「従業員」の範囲は、労働法関係における「労働者」であるか否かの判断と必ずしも同一である必要はなく、当該専務取締役は「従業員」に該当すると判示）
最一小判平成7・2・9集民174号237頁、労判681号19頁
（有限責任社員となった被上告人について上告人の従業員を対象とする退職金規定が適用されたとした原審の判断を是認）

3 裁判例（否定例）

○取締役

- ・大島波浮港自動車教習所事件（就業規則に基づく退職金支払請求）
東京地判平成6・11・14労判674号39頁
- ・佐川ワールドエクスプレス事件
（契約上の地位保全等仮処分申立）

大阪地決平成7・10・6 労判684号21頁

第4款 労働者性の再検討

1 「労務供給」か否か

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・労働契約法・労働組合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・労働契約法・労働組合法上の労働者ではない。

これに対して、株式会社の取締役は使用人（例えば部長、工場長、一般従業員もありうる）を兼務することが認められており（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）、また、事実上、会社の役員等であっても使用人としての行為を行っている者が存在するところ、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、その労働

者性が問題となる。

2 使用人としての行為を行う者

会社等の機関ではない、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、労務の供給を受ける会社等は事業者である。

したがって、使用人としての行為を行う者は、その限りでは、労務の供給を受ける事業者との関係で「独立事業者」である場合を除き、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

「独立事業者」の要件は、①独立した事業に必要な生産手段等を有しそれを利用して労務を供給すること（事業者性）、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、専属的継続的な労務供給でもないこと（独立性）であり、二つの要件をいずれも充足することが必要である。

これを検討するに、経営者型で使用人としての行為を行う者は、通常、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他人に労務を供給する者ではないので、①「事業者性」が存在しない。また、供給される労務は労務の供給を受ける事業者の事業内容の一部であるから、②「独立性」もない。

それゆえ、使用人としての行為を行う者は、労務の供給を受ける事業者との関係では「独立事業者」に該当しない。

したがって、使用人としての行為を行う者は、その限りでは、使用人兼務取締役であるかどうかにかかわらず、労務の供給を受ける事業者との関係では、労働基準法・労働契約法・労働組合法上の労働者である。

ただし、労働基準法41条二号に該当する場合は、労働時間、休憩、休日に関する規制は適用されない。

また、労働組合法2条但書一号の「使用者の利益代表者」に該当する場合は、団結権の行使に一定の制限を受け（→前掲第4章第4節第11款）、また、その具体的権限等に鑑み、信義則上、団体交渉権・団体行動権の行使に制限を受けることになろう。

なお、当該人が、会社の役員等に該当する場合は、会社法等にその選任、任期、報酬、解任、義務、損害賠償責任等についての規定があるので、これらの規定に従うことになり、会社等の機関としては会社法等の規定が適用され、使用人（労働者）としては労働基準法等の規定が適用される。