

論 説

個人請負労働者の保護をめぐる解釈・立法の課題

—2006年ILO雇用関係勧告を手がかりに

脇 田 滋

I 問題の所在

「個人請負」、「名目的自営業者」、「名ばかり事業者」等と呼ばれる働き方が広がっている。その特徴は、雇用ではなく、請負や業務委託の契約に基づく「事業主」の形式で働くために、形式的には、労働基準法や労働組合法上の「労働者」とされず、関連労働法令の適用を受けないということである。しかし、実際には、その多くが、雇用契約や労働契約で働く「労働者」と変わらない就労実態や労働条件であって、「労働者」よりも劣悪な労働条件であることも少なくない。

第2次大戦後の日本では、労働・社会分野の法令が整備される中で、その法令適用を回避し、使用者責任を潜脱しようとする人事管理政策が展開される。とくに、解雇をめぐるのは、個別裁判闘争の蓄積を通じて、判例法理によって「解雇権濫用法理」が確立し、使用者の「解雇の自由」が否定され、解雇権が大きく制約されることになった。こうした常用雇用責任をはじめとする使用者責任の拡大に対抗して、経営側は、新たな雇用管理方法として、①恒常的業務での有期契約反復更新、②経営主体の変更（営業譲渡、分社化など）、③間接雇用（派遣、偽装請負など）の利用などを導入することになった。さらに、④個人請負形式による「非労働者化政策」も、そうした雇用管理法の一環として位置づけることができる。個人請負形式による「非労働者化」は、実態は労働者である者を名目上、労働

者ではないとする雇用管理方法であり、本来なら労働者に対して負うべき使用者の法的責任を全面的に潜脱することが可能な究極の手段という点に最大の特徴がある。¹⁾

最近、個人請負形式労働者の労働組合からの団体交渉をめぐる事例で、労働委員会の救済命令に対して使用者側がその取消を求める行政訴訟を提起し、東京地裁と東京高裁が、「労働組合法上の労働者」性を否定して救済命令を取り消す判決を相次いで下したことが注目され、労働法上の重大問題として関心を集めている。²⁾

以下、使用者責任潜脱という視点から労働法上の労働者、とくに労働基準法上の労働者をめぐる問題点を中心に検討し、今後の課題を考察した

1) 萬井隆令教授は、著『労働契約締結法理』（有斐閣、1997年）をはじめとする一連の論文で、「労働契約締結の法理」の重要性を提起されてきた。本文で指摘した経営側の新たな雇用管理方法を批判的に検討するとき、萬井教授の提起がきわめて大きな意味を有することを再確認できる。すなわち、第2次大戦後、最高裁を含め、ほぼ一致した判例法理によって、「自由な解雇」は制限された。一方、使用者の「採用の自由」については、学説、判例でも、これを広く認める見解が大多数であって、違法・不当な採用差別の場合であっても「採用を強制する」見解は、萬井説以外にはきわめて少数であった。「採用の自由」が広く認められる法的状況を背景に、経営側が新たに目指したのが、「不採用」形式による「事実上の解雇の自由」あるいは「雇用調整の自由」の確立であった。本文の①では、契約更新が解雇ではなく、採用であることが主張され、②では新経営主体が差別的な採用をしても自由であることが主張された。また、③では、派遣先（受入）企業は、派遣（下請）労働者との労働契約関係の成立（採用）を拒否した。④では、実態が労働者と変わらない者も形式上、労働者として採用できる自由があるといえるかが問題になっている。

2) 新国立劇場運営財団事件（東京地裁平20.7.31判判967号5頁、東京高裁平21.3.25判判981号25頁）、INAXメンテナンス事件（東京高裁平21.9.16判判989号12頁）、ビクターサービスエンジニアリング事件（東京地裁平21.8.6判判986号5頁、東京高裁平22.8.26判判号頁）である。これらの事件をきっかけに、労働法上の労働者性をめぐって雑誌の特集が組まれている。鎌田耕一、池添弘邦、島田陽一、水口洋介「座談会 労働者性の再検討判例の新展開と立法課題」季刊労働法222号（2008年4月）、p.27以下、「労働者性をめぐる闘い（その1）」労働法律旬報1718号（2010年4月）、「『労働者』の概念と団結権をめぐるたたかい」月刊全労連165号（2010年10月）等参照。

い。³⁾

II ILO2006年「雇用関係勧告」

1 ILO「雇用関係に関する勧告」

ILO（国際労働機関）は、1990年代半から、ディーセントワーク（Decent Work）をテーマに、すべての労働者が公正な労働条件と尊厳が保障される中で労働しなければならないという原則の実現のために努力を重ねてきた。そして、1998年のILO第88次総会では、雇用関係を前提に確立された労働基準が、形式的雇用関係の有無と関係なく、すべての労働者に適用されなければならないという基本原則を宣言している〔労働における権利と基本原則に関する宣言（Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work）〕。

ILO加盟国は、すべて善良な意志を持ってILO憲章が定めた基本的な権利に関する原則を尊重して実現しなければならない責任を負い、加盟国が批准の有無と関係なく、ILOの基本条約については尊重する必要がある。具体的には、①結社の自由と団体交渉権の実効的承認、②すべての形態の強制・強要による労働の廃止、③児童労働の完全な廃止、④雇用・職業に関する差別の廃止である。

これを前提に、最近数年間、ILOは、パートタイム労働、自営労働者、移住労働者、家内労働者、派遣労働者、協同組合の労働者、非公式経済部

3) 労働者性をめぐる最近の主要な文献としては、鎌田耕一編著『契約労働の研究』（多賀出版、2001年）、西谷敏「労働者の概念」『労働法の争点 3版』（2004年）、川口美貴「労働者概念の再構成」季刊労働法209号（2005年）p.133以下、柳屋孝安『現代労働法と労働者概念』（信山社、2005年）、脇田滋「『偽装雇用』克服と『労働者』性判断-ILO2006年「雇用関係」勧告をふまえて」労働法律旬報1634号（2006年10月）p.4以下、和田肇「第3章 労働契約の成立と当事者」西谷敏・根本到編『労働契約と法』（旬報社、2011年1月）所収 p.55以下参照。

門の労働者、児童労働者などの問題を集中的に議論し、多様に変化する労働関係の中において通常の就労・雇用形態以外の労働者への保護を拡張しようと努力してきた。

ILOは、1997年と1998年に「契約労働（contract labor）」をテーマに、請負形式による労働者保護に関する問題を議論し、2003年の総会の論議と決議を経て、2006年6月の第95回総会で「雇用関係」というテーマで「労働者」概念について議論を行い、その結果、同年6月12日、ILO雇用関係委員会で「雇用関係に関する勧告」（Recommendation concerning the Employment Relationship）の最終案の合意に達し、6月15日、総会に上程された同勧告案は、票決の結果、圧倒的支持を得て採択され（賛成329、反対94、棄権40）、第198号勧告となった。⁴⁾ 契約労働をめぐる議論以降、一貫して消極的な立場を見せてきた日本政府も最終票決では賛成票を投じたことは注目に値する。⁵⁾

同勧告は、労働者性が曖昧な就労者の広がりを問題にして、前文で次の点を指摘している。つまり、

4) ILO雇用関係勧告については、International Labour Conference, Provisional Record 21, 95th session, Geneva, 2006. および同総会に向けてのthe employment relationship Report V(1), Report V(2A)等を参照。関連した論考としては、根本到「労働者概念をめぐる法的課題と国際動向」月刊全労連165号（2010年10月）p.1以下、島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」、西村健一郎他編『新時代の労働契約法理論 - 下井隆史先生古希記念 -』（信山社、2003年）p.41以下、ユン・エリム「ILOの『雇用関係』論議が韓国の非正規職立法論議に与える示唆点」（民主法学第28号、2005年）〔(韓国語) 윤애림 「ILO의 '고용관계' 논의가 한국 비정규직 입법논의에 주는 시사점」(민주법학 제28호 2005)〕、チョ・イミョン「ILO『雇用関係に関する勧告』の主要内容と示唆点」（2006年8月8日）(特殊雇用労働者労働権保障方案討論会資料)〔조임영「ILO '고용관계'에 관한 권고의 주요내용과 그 시사점」〕参照。

5) 鎌田耕一編著『契約労働の研究』前掲書、脇田滋、注3) 引用論文、永野秀雄「ILO総会『レポート』と日本」大原社会問題研究所雑誌581号（2007年4月）p.23以下参照。なお、集団的労働関係の主体となる労働者は、この勧告で問題とされる雇用関係の存在が不明確な者とは区別され、それらをも含む、はるかに広い範囲の労働提供者である。この点については、後述する（VI (3) [5]）。

1. 雇用関係存在に関連した法令等による労働者保護の必要性
 2. 「偽装雇用 (disguise the employment relationship)」慣行の問題性 (権利・義務が不分明、雇用関係偽装の試み、法解釈・適用上の限界と雇用関係存在確認の困難、労働者が当然受けるべき保護剥奪)
 3. 「偽装雇用」に対する加盟国の責務 (特にぜい弱労働者への有効かつ効果的保護)
 4. 政労使協議による政策の必要性
 5. 労働者の国際移動と保護の必要性
 6. 問題の社会全体への広がり
- の6点である。

そして、勧告は、表1の通り、三つの内容に分けて定められている。すなわち、「Ⅰ 雇用関係にある労働者を保護するための国内政策」、「Ⅱ 雇用関係の存在の決定」、「Ⅲ 監視及び実施」である。

このうち、ⅠとⅡでは、各国の事情に適合するように、労働者である者と労働者ではない者を区分するための基準を法律で定めることなどを求めているが、その要点は、①自営業者と労働者を区分する指針の提示、②真の法的地位を隠蔽する偽装雇用の克服と剥奪されている労働者保護、③多数の当事者が関連する契約 (間接雇用) において、労働者保護の責任が誰にあるかを確認し得る基準の確保、④適切、迅速、簡易、公正、有効な救済制度、⑤紛争解決機関 (裁判所、労働監督機関など) 関係者に対する国際労働基準等についての教育実施である。

2 ILO雇用関係勧告の意義

雇用関係勧告は、勧告であるから、条約 (Convention) が批准のように通じて加盟国に義務を課するものではない。しかし、関連する基準を設定して加盟国の国内政策に対する指針を示すものであり、また、国際的にはILOの公式文書であって、雇用関係に関する今後の議論の基礎となる点

【表1】2006年 ILO雇用関係勧告の概要

<p>Ⅰ 雇用関係にある労働者を保護するための国内政策</p> <p>①雇用関係労働者の効果的保護のために、関係法令の検討、国内政策定立・適用の義務</p> <p>②①の保護の性質・範囲 (国際労働基準を考慮し、国内法等で定め、効果的保護確保に明確かつ十分なものとすること)</p> <p>③最も代表的な使用者・労働者団体との協議</p> <p>④国内政策に含むべき措置 (a) 雇用関係の存在についての効果的確定・被用者と自営業者との間の区別に関する指針、(b) 偽装された雇用関係への対処、(c) あらゆる形式の契約上の取決めに適用し得る基準の確保、(d) 保護に責任を有する者の確定、(e) 関係者、特に使用者及び労働者に対し、雇用関係の存在・条件に関する紛争解決手続・仕組みの効果的利用機会提供、(f) 雇用関係に関する法令の遵守・効果的適用確保、(g) 裁判官、仲裁者、仲介者、労働監督官等への関連国際労働基準、比較法・判例法の適切かつ十分な訓練</p> <p>⑤脆弱労働者 (女性、若年者、高齢者、非公式経済、移民、障害者等) に対する効果的保護。</p> <p>⑥加盟国は、次のことを行うべきである。</p> <p>(a) 女性の労働者が多いという性差の側面への特別の注意、(b) 男女平等、関連する法・協約のより良い実施に関する明確な政策。</p> <p>⑦労働者の国際的な移動においては、(a) 移民労働者に対する効果的保護、移民労働者の不当な取扱い防止のための適当な措置、(b) 他の国における募集の場合、労働者保護を故意に逸脱する不当な取扱い・詐欺行為の防止のための二国間協定。</p> <p>⑧労働者保護の確保とともに、真正</p>	<p>な民事上・商業上の関係への不干渉</p> <p>Ⅱ 雇用関係の存在の決定</p> <p>⑨雇用関係の存在の決定は、当事者間での契約にかかわらず、業務の遂行及び労働者の報酬に関する事実に基づき第一義的に従う。</p> <p>⑩雇用関係の存在の決定に関し、労働者・使用者の指針となる明確な方法の促進。</p> <p>⑪雇用関係の存在の決定を容易にするための可能性。</p> <p>(a) 雇用関係の存在決定のための広範な手段、(b) 一又はそれ以上の関連する指標が存在する場合、雇用関係が存在するという法的な推定、(c) 使用者団体・労働者団体との事前の協議の後、一般的又は特定の部門において特定の労働者を被用者又は自営業者のいずれかであるとみなすこと。</p> <p>⑫雇用関係の存在を決定するために適用される条件 (例えば、従属又は依存) の明確な定義。</p> <p>⑬雇用関係の存在についての明確な指標を国内法令・他の方法によって定義する可能性。指標に含まれる事実。</p> <p>(a) 業務遂行関連と (b) 報酬関連</p> <p>⑭雇用関係の存在・条件に関する紛争解決は、労働裁判所その他の裁判所・仲裁機関の権限に属する。</p> <p>⑮権限のある機関は、法令の尊重と実施の確保のため、他の機関との協力を通じた措置</p> <p>⑯国内の労働機関等による、雇用関係についての実施計画・手続の定期的監視。女性の占める割合が高い職業・部門では特別の注意。</p> <p>⑰雇用関係を偽装する動機を取り除くための効果的措置。</p> <p>⑱雇用関係の範囲に関する問題解決のための団体交渉・社会的対話の促進。</p> <p>Ⅲ 監視及び実施</p>
--	---

できわめて重要な意味を有している。ILO憲章第19条によれば、加盟国は、定期的に問題と関連する法律・慣行の状況をILO事務総長に対して勧告の施行に関する報告する義務を負い、ILO事務局は各国の報告を基に勧告の履行状況を検討して必要な措置のための議論を準備することになっている。

雇用関係勧告は、その適用については、加盟国の任意に委ねられているが、一定の方向と基準を提示しており、関係者は、勧告の内容を踏まえ、それに沿う方向での国内外での議論を求められることになる。⁶⁾

ILO雇用関係勧告は、全体として、個人請負形式による使用者の法的責任回避に対抗するために、労働法上の保護を受ける必要がある労働者の範囲を広げようとしたものと考えられるが、具体的には、次の三つの原則を提示した点に大きな意義がある。

(1) 事実優先の原則 (primacy of the facts)

まず、ILO勧告は「事実優先の原則」を確認していることに注目する必要がある。勧告9項は、「雇用関係にある労働者を保護するための国内政策を実施する上で、当該雇用関係の存在についての決定は、当該雇用関係が関係当事者間で合意された契約その他の方法による事実を反した取決めにおいてどのように特徴づけられている場合であっても、業務の遂行及び労働者の報酬に関する事実を第一義的に従うべきである」とする。

英文は、「9. For the purposes of the national policy of protection for workers in an employment relationship, the determination of the existence of such a relationship should be guided primarily by the facts relating to the performance of work and the remuneration of the worker, notwithstanding how the relationship is characterized in any contrary arrangement, contractual or otherwise, that may have been agreed between the parties.」である。

6) チョ・イミョン「ILO雇用関係に関する勧告の主要内容とその示唆する点」前掲論文p.12以下

この勧告9項は、「雇用関係 (employment relationship) の存在についての決定」については、合意された契約の名称や形式に拘わらず、①業務の遂行と②労働者の報酬に関する事実 (the facts) を第一義的に (primarily) として判断することを求めている。これを労働者性認定における「事実優先の原則」と名付けることができる。

つまり、この「事実優先の原則」は、当事者間に、「委託契約書」や「請負契約書」など、雇用関係を否定する趣旨の契約や約定などが書面で存在するとしても、それによるのではなく、①業務遂行と②労働者の報酬に関する事実を第一に考慮して、当事者間の関係が、その実質において雇用関係を形成しているのであれば、関係当事者は、労働関係立法による法的義務を負い、権利を有することになる。

すなわち、雇用関係の存在は、当事者の合意によって、関連法令の適用を排除することができないという点で、労働・社会法の強行法規性を確認するものであり、同勧告の中で最も核心的な内容である。

日本の労働基準法第9条も、「この法律で『労働者』とは、職業の種類を問わず、事業又は事務所 (以下『事業』という。) に使用される者で、賃金を支払われる者をいう」と規定しており、この勧告9項との比較では、①「使用される者」=「業務遂行」、②「賃金を支払われる者」=「報酬」という事実を踏まえた労働者の定義を示している。しかし、後で検討するように、最近になって、事実ではなく、当事者の合意によって同規定の適用を排除できるとする「任意規定」的な解釈が判例、学説に登場している中で、勧告9項が、労働基準法第9条の「強行規定」性を再確認させる点は、現代的にも大きな意味を有していると考えられる。

(2) 雇用関係存在判定の指標 (criteria for identifying an employment relationship)

次に、雇用関係勧告13項は、「加盟国は、雇用関係が存在することについての明確な指標を国内法令又は他の方法によって定義する可能性を考慮すべきである」とし、その指標として、次の事実が含まれ得る、としている。

(a)

- ①他人の指示と統制により労働が行われること、
- ②労働者が企業組織に統合されていること、
- ③専らまたは主に、他人の利益のために労働が行われること、
- ④労働者自身によって (personally) 労働が行われること、
- ⑤契約の相手方が求めた、特定の労働時間または特定の場所で労働が行われること、
- ⑥特定の期間また一定の期間、継続して労働が行われること、
- ⑦ (相手方が) 労働者に待機 (worker's availability) を求めること、
- ⑧労働を求める相手方が、道具、材料、機械を提供すること、

(b)

- ⑨労働者に対する報酬が定期的に支給されていること、
- ⑩この報酬が労働者の唯一の、あるいは主な収入の源泉となっていること、
- ⑪食事代、住居、交通手段、あるいはそれらのための費用を支払うこと、
- ⑫週休や年休などの権利が保障されること、
- ⑬労働を求める相手方が交通費を支払うこと、
- ⑭労務提供者が財政的危険 (financial risk) を負担しないこと

(3) 「法的推定 (legal presumption)」と「みなし (deeming)」

さらに、同勧告11項は、「加盟国は、雇用関係の存在についての決定を容易にするため、この勧告に規定する国内政策の枠組みにおいて、次の可能性を考慮すべきである」とし、次の3点を挙げる。すなわち、

- (a) 雇用関係の存在を決定するための広範な手段を認めること。
- (b) 一又はそれ以上の関連する指標が存在する場合には、雇用関係が存在するという法的な推定を与えること。
- (c) 最も代表的な使用者団体及び労働者団体との事前の協議の後、一般的又は特定の部門において特定の特性を有する労働者を被用者又は自営業者のいずれかであるとみなすことを決定すること。

(龍法 '11) 43 - 3, 148 (1032)

ここでは、一定の労働者性についての指標に該当する場合には、一般的に「法的推定」を与え、一般的又は特定の部門の特定の労働者については、「みなし」制度も導入できるとしている点である。日本での労働者性認定をめぐる消極的判例は、労働者性を総合的に判断するとしながら、労働者ではない可能性を示す指標に一つでも該当すれば全体としての労働者性を否定しようとする傾向がある (後述)。これに対して、ILO勧告は、それとは正反対に、(b) 「一又はそれ以上の関連する指標が存在する場合」には雇用関係存在について「法的な推定」を与え、また、(c) 特定の場合には、「みなし」制度の可能性も認めている。

もちろん、「一又はそれ以上の関連する指標」ということであるので、論理的には「それ以上」の可能性もあるが、勧告の趣旨からはすべての項目を含むものではない (not intended to be exhaustive)。「それ以上」といっても最も重要とされる支配 (control)、統合 (integration)、従属 (dependence)、財政的危険 (financial risk) 等の指標を含む2、3項目程度を前提にしていると考えられる。この「法的推定」という要請からは、その反証として、「事業者と言えるのか」を検討することが必要になると考えられる。すなわち、事業者として自ら事業活動をし、それそこからの利益や損失を自ら計算することができる程度の事業活動をしていると言えないのであれば、逆に、労働者であると推定することが必要となる。⁷⁾

(4) 「二分法」の採用

ILO2006年勧告の大きな特徴は、労働者とそれ以外の者を区別する二分法を採用したことである。この点については、島田教授は2003年の段階で

7) ILO, The employment relationship: An annotated guide to ILO Recommendation No.198, 2007. p.33 オム・ジリョン「特殊雇用労働者の労働権保護法案立法議論を中心に」全国不安定労働撤廃連帯法律委員会『法を通じて覗いて見る労働者闘争の歴史と非正規職』[(韓国語) 엄지령「특수고용 노동자의 노동권 보호 방안 - 입법논의를 중심으로」 전국불안정노동철폐연대 법률위원회 지음『법을 통해 들여다보는 노동자 투쟁의 역사와 비정규직』 p.291以下。

(龍法 '11) 43 - 3, 149 (1033)

はあるが、当時のILOの議論過程を紹介し、ILOが第三のカテゴリーの構成を断念したことを指摘している。⁸⁾

ILOは結果的に、2006年勧告で労働者と自営業者の間に中間的カテゴリーを認める立場を排除し、労働者と自営業者の「二分法」を採用したと言える。その理由は、議論の経過を詳細に検討する必要があるが、通常の労働者に対して、労働立法や労働協約の拡張適用によってほぼ最低基準の労働条件が確保されている国（主にEU諸国など）の場合には、労働者と類似の就労形態の者に、労働者に確保されている労働条件を拡張適用する点で「中間的カテゴリー」を認めることは意味がある。しかし、労働者性が明確な労働者にさえ、労働者保護法の定める法定最低労働条件が不十分にしか確保されていない国（いわゆる「労働法後進国」）が世界には少なくないなかで、「中間的カテゴリー」を設けた場合、本来の労働者の範囲が縮小され、最低労働条件さえ保障されない「偽装雇用」が拡大する危険性がある。ILOは、こうした世界各国の状況を踏まえて、国際労働基準としては、「二分法」が適当であるとしたと考えられる。この点は、いまや「労働法後進国」に転落した日本における立法的課題を考える上できわめて重要であるので、後で再論したい。

Ⅲ 個人請負労働者をめぐる解釈論的課題

以上のように、ILOは2006年勧告で、雇用関係の存在決定（労働者性）に関する重要な国際労働基準を設定することになった。そこで、同勧告が、日本における現行労働法の解釈をめぐって、どのような解釈論上の問

8) 島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」、西村健一郎他編『新時代の労働契約法理論—下井隆史先生古希記念—』（信山社、2003年）所収p.44。ただ、島田教授は、国際的には統一的な労働者概念の捉え方が困難となっているという点に注目し、第三のカテゴリーの労働者類似の者の保護を提起している。

題を提起することになるかについて、主に労働基準法上の労働者を中心に考えてみることにしたい。

1 1985年労働基準法研究会報告

労働基準法上の労働者概念をめぐっては、1985年12月19日、「労働基準法研究会」（労働大臣の私的諮問機関）がまとめた報告「労働基準法の『労働者』の判断基準について」が、現在に至るまで理論と実務の双方で大きな役割を果たしてきた。同報告は、労働基準法上の労働者性の判断について、それ以前の行政解釈や裁判例の傾向を総合的にまとめたものであるが、そこでは、人格的従属を重視しながら、総合的判断によって労働者性を判断することが提示されているが、この考え方は、大きな異論や意見の対立を生むことなく、通説的なものとして、現在も、その重要性は基本的に支持されていると言える。⁹⁾

(1) 使用従属性による判断

同報告は、まず、雇用契約、請負契約といった契約形式ではなく、「指揮監督」と、「報酬の労務対償性」の二つの基準に注目し、これを使用従属性と呼び、この使用従属性によって実質的に労働者性判断をするという原則を次のように提示している。

1、労働基準法第9条は、その適用対象である「労働者」を「……使用される者で、賃金を支払われる者をいう」と規定している。これによれば、「労働者」であるか否か、すなわち「労働者性」の有無は「使用される＝指揮監督下の労働」という労務提供の形態及び「賃金支払」という報酬の労務に対する対償性、すなわち報酬が提供された労務に対するものであるかどうかということによって判断されることとなる。

この二つの基準を総称して、「使用従属性」と呼ぶこととする。

9) 労働省労働基準局編『労働基準法の問題点と対策の方向』（日本労働協会、1986年）。

(2) 指揮監督、報酬の労務対償性を重視した総合的判断

同報告書は、使用従属性についての二つの基準で判断できない限界的事例については、次のように「使用従属性」に加えて、「専属性」、「収入額」等の諸要素をも考慮して総合判断するとしている。

2. しかしながら、現実には、指揮監督の程度及び態様の多様性、報酬の性格の不明確さ等から、具体的事例では、「指揮監督下の労働」であるか、「賃金支払」が行われているかということが明確性を欠き、これらの基準によって「労働者性」の判断をすることが困難な場合がある。このような限界的事例については、「使用従属性」の有無、すなわち「指揮監督下の労働」であるか、「報酬が賃金として支払われている」かどうかを判断するに当たり、「専属性」、「収入額」等の諸要素をも考慮して、総合判断することによって「労働者性」の有無を判断せざるを得ないものとする。

そして、考慮すべき諸要素については、報告書は、さらに詳しく次のような判断基準項目を列挙している。

1. 「使用従属性」に関する判断基準

(1) 「指揮監督下の労働」に関する判断基準

- イ、仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の有無
- ロ、業務遂行上の指揮監督の有無
 - (イ) 業務の内容及び遂行方法に対する指揮命令の有無
 - (ロ) その他
 - (ハ) 拘束性の有無
- (ニ) 代替性の有無 - 指揮監督関係の判断を補強する要素 -

(2) 報酬の労務対償性に関する判断基準

2. 「労働者性」の判断を補強する要素

(1) 事業者性の有無

- イ、機械、器具の負担関係
- ロ、報酬の額

ハ、その他

(2) 専属性の程度

(3) その他

(3) 類型別の具体的基準設定

1985年報告は、上の判断基準を具体的な事案に適用した場合の判断について例示し、備車運転手の2事例と、在宅勤務者の2事例を挙げて、それぞれの具体的判断を示している。さらに、1996年、労働基準法研究会労働契約等法制部会「労働者性検討専門部会報告」は、手間受け大工と芸能員について具体的なケース検討を加えている。

さらに、厚生労働省は、2004年4月介護保険法施行以降、訪問介護労働者が増加したが、①利用者宅での単独業務で使用者の指揮監督が及びにくいこと、②労働法令に関する理解不足の事業者が多いことから法定条件の適正な確保に欠ける状況があるとし、2004年、「訪問介護労働者の法定労働条件の確保について」（2004年8月27日付基発第0827001号）という通達を出した。そこでは、「介護保険法に基づく訪問介護の業務に従事する訪問介護員等」は、「一般的には使用者の指揮監督の下にあること等から、労働基準法第9条の労働者に該当するものと考えられる」と指摘している。¹⁰⁾

また、厚生労働省は、「バイシクルメッセンジャー及びバイクライダーの労働者性について」（2007年9月27日基発0927004号）で、総合的に判断して、バイク便労働者は労働者であるという通達を出した。¹¹⁾

10) 脇田滋「ホームヘルパーの労働条件の改善をめざして - 『訪問介護労働の法定労働条件の確保について』を手がかりに」『月刊ゆたかな暮らし』2004年12月号、p22以下。

11) バイク便通達には、バイク便運転手の地位確認や賃金請求が争点となり、その労働者性が争われたソクハイ事件も背景にあった。労働者性を認めた通達とは異なって、東京地裁2010年4月28日判決（労判1010号25頁）は、バイク便運転手については、労働者性を否定している。

(4) ILO勧告と労働基準法研究会報告

以上の労働基準法研究会報告の労働者性判定についての「使用従属性」と「総合的判断」を重視する立場は、労働行政の実務だけでなく、労働裁判においても大きな影響を与え、学説の多くもこれを実質的に支持する見解が多数であると言える。たしかに、このように労働者性判定において大きな役割を果たしてきた同報告は、契約の形式ではなく、実質的な労働実態を重視する点など、ILO2006年勧告と内容的に重なっている部分も少なくない。しかし、同勧告と比較したとき、1985年報告には、いくつかの問題点と不十分点が存在している。その主なものは次の通りである。

まず、偽装された個人請負形式による使用者責任回避を排除・克服して労働者を保護するというILO勧告が強調する視点が明確でなく、「中立的」な立場にとどまっていることである。

第2に、勧告が強調する「事実」を第一義的なものとし、当事者の合意や約定を排するという「事実優先」という考え方が勧告のように明確ではない。

第3に、日本的雇用慣行における「正社員」、とくに、工場や事務所で就労する者を「労働者」モデルとみなす考え方が強く、時間的・場所的拘束など人的従属性を過度に重視して、とくに、非正規労働者を「労働者」概念から除外する傾向を含んでいることである。

第4に、「労働者」と「労働者でない者」の間に、「中間的カテゴリー」があることを容認しており、「二分法」によって広い労働者概念を目指す勧告に反すると言える。

第5に、ILO勧告は、具体的な労働者性の指標を挙げて、そのいくつかに合致すれば、労働者と「推定」または「みなし」という手法で、労働者性を判断するという方法を示しているが、これに対して、労基研報告は、判断基準の一般的な提示と、特別な具体的ケースの解釈例を示すという方法にとどまっている。

2 消極的判例の特徴

裁判所は、労働者性の判断について、1985年労働基準法研究会報告書の「使用従属性」と「総合的判断」を基本とする解釈手法を原則的には支持してきたと言える。しかし、最近になって、労働者性を否定する消極的な判断が目立っている。そのなかで、特徴的な判断を示している判例の一部を整理して指摘してみる。

(1) 時間的・場所的拘束の重視

まず、使用者の直接の監視下になく、時間的拘束や場所的拘束を受けない事業場外労働者について、労働者性を否定する例が目立っている。例えば、工務店の大工仕事に従事していた、いわゆる手間請け大工の負傷について、労災保険給付の不支給決定が争われた事例で、藤沢労基署長事件・横浜地裁2004年3月31日判決（労判876号41頁）、東京高裁2005年1月25日判決（労判940号22頁）は、その労働者性を否定し、最高裁も2007年6月28日判決（労判940号11頁）で、「上告人は、作業の安全確保や近隣住民に対する騒音、振動等への配慮から所定の作業時間に従って作業することを求められていたものの、事前にBの現場監督に連絡すれば、工期に遅れない限り、仕事を休んだり、所定の時刻より後に作業を開始したり所定の時刻前に作業を切り上げたりすることも自由であった」ことなどを挙げて、労働基準法上の労働者性を否定している。

同様に、備車運転手、バイク便などについても、時間管理の点で労働者に裁量性があることが強調される傾向がある。横浜南労働基準監督署長（旭紙業）事件・最高裁1996年11月28日判決（労判714号14頁）は、使用従属性と総合的判断という基本を前提にして、①運転手が、トラックを所有し自己の危険と計算の下に業務に従事していたこと、②会社は業務の遂行に関し特段の指揮監督を行っておらず、時間的、場所的な拘束の程度も一般の従業員と比較してはるかに緩やかであることから、会社の指揮監督の下で労務を提供していたと評価するには足りない。③報酬の支払方法、公

租公課の負担等についてみても、労働基準法上の労働者に該当しないとされた。とくに、そこでは、「運送という業務の性質上当然に必要とされる運送物品、運送先及び納入時刻の指示をしていた以外には、上告人の業務の遂行に関し、特段の指揮監督を行っていたとはいえ、時間的、場所的な拘束の程度も、一般の従業員と比較してはるかに緩やかであり」と指摘している点が特徴的である。¹²⁾

(2) 当事者の合意・諾否の自由の重視

また、最近目立っているのは、当事者の諾否の自由や、合意を重視する裁判所の傾向である。

旭紙業・横浜南労働基準監督署長事件・東京高裁2004年11月24日判決は、備車運転手について、労働・社会保険不適用や税法上、事業所得扱いしている事例であるが、こうした「就労形態は、これをそのまま認めることについては議論の余地がないではないが、法令に反するものでも、脱法的なものでもなく、巨視的にはともかくその時点では少なくとも双方に利益があり、「当事者双方の真意、殊に車持ち込み運転手の側の真意にそうものであるから、これを裁判所としては、そのまま一つの就労形態として認めることとするのが相当といわなくてはならない」として、労働者自身がそれを望むことを根拠として是認し、締結された契約形式や当事者の意思を重視する考え方を示している。これは、使用従属性と総合的判断を前提とする他の裁判所の判断枠組みから大きく逸脱するものである。とくに、上告審の最高裁判決（前掲）とも異なり、労働者と使用者の合意を過度に重視するものであり、ILO勧告の立場と大きな隔たりがある。

新国立劇場運営財団事件・東京地裁2006年3月30日判決（労判918号55

頁）は、出演基本契約によってオペラ公演等に出演していた楽団員が、出演基本契約更新拒絶を争った事例であるが、判決は①契約締結諾否の自由があること、②時間的場所的拘束も業務の特性によること、③稽古への参加は従で本番出演が主であること、④報酬に労務対価性がないことを挙げて出演契約は労働契約でないとした。この判決もILO勧告の「事実優先の原則」に反していると考えられる。

(3) 正社員との比較

次に、消極的裁判例に目立つのは、労働者性の判断について、一般の従業員（正社員）と比較して、そこから逸脱していることを労働者性否定の根拠にする傾向である。前掲の横浜南労働基準監督署長（旭紙業）事件・最高裁判決は、備車運転手が、一般の従業員と比較して、時間的、場所的な拘束の程度はるかに緩やかであるとしている。また、東京地裁2010年4月28日判決（労判1010号25頁）は、バイク便運転手について使用従属についての総合判断という手法を用いながら、具体的な判断では、仕事の諾否の自由、指揮監督関係、報酬の労務対価性など、いずれも消極的に判断して労働者性を否定した。しかし、その半面、内勤者である所長については、中間管理職として労働者性を認めている。労働者モデルとして「正社員」あるいは「内勤者」を前提に、それとの比較という手法であるが、時間的・場所的拘束では一定の裁量があるとしても、待遇面では、はるかに不安定で低賃金のバイク便運転手の労働者性を否定するものであって、労働者保護という労働立法の目的・趣旨に反し、現実的妥当性に大きく欠けた解釈というしかない。

(4) 中間形態・混合契約論

個人請負労働者の労働法上の労働者性を否定する最近の裁判例の中には、「中間的な契約」ないし「混合契約」の存在を認めるものが見られる。

例えば、「要するに、車持ち込み運転手は、これを率直にみる限り、労働者と事業主との中間形態にあると認めざるを得ない」とするもの（旭紙

12) 最高裁は、このように運送業の特殊性を強調して時間的拘束について消極的な判断をしたが、同様なレミコン運転手の事例で、その労働者性を否定した韓国大法院判決（2006.6.30大法2004トウ4688）と類似した判示内容である。最高裁判決が一定の影響を与えたと考えられる。

業・横浜南労働基準監督署長事件・東京高判1994年11月24日（労判714号16頁）、「強いて本件委託契約の法的性質をいえば、委任と請負の性格を併せ持つ混合契約としての性格を有するものと理解するのが実態に即した合理的な判断」（NHK西東京営業センター（受信料集金等受託者）事件・東京高判2003年8月27日労働判例868号75頁）などである。

こうした中間的な契約を認めることは、結局、労働者性を否定することにつながっている。

3 ILO勧告と解釈論の課題

以上、日本における労働者性をめぐる法解釈論の現状を考えると、ILO2006年勧告の趣旨からは、不十分な点が少なくないと言える。そこで、次に、勧告の趣旨を踏まえた解釈論的な課題を考えてみたい。

(1) 実態による判断の徹底

ILO勧告は、雇用関係の存在判定は、当事者間の契約や合意の形式と関係なく、労働関係の実態によって判断される必要があること、その判断基準は変化する労働関係に対応して調整されるべきであることを再確認している。たしかに、日本の裁判所も、労働基準法上の労働者に該当するか否かの判断については、契約形式が民法上の雇用契約か、請負契約かといった形式ではなく、その実質において、労働者が事業または事業場で賃金を目的に従属的關係で使用者に労働を提供したのか否かを判断しなければならないとしている。

ILO勧告の立場は、事実を第一義的なものとして、当事者の合意を重視することを排除しており、その意味では明らかに強行性を前提にしている。この点では、「あくまで当事者意思（契約の自由）を尊重するとのスタンスを取りつつ、当事者意思の形成が一方当事者の意思のみ反映して、他方当事者（労働者）の自由意思（真意）に基づいていないと客観的に考えられる場合のみ、『契約自由の濫用』として、就業実態による客観的な

判断結果を強制してコントロールするとの考え方（内容コントロール）に立つ」ものであり、「雇用関係法の一層の『任意規定』化を承認するものといえる」と消極的判例を支持する柳屋孝安教授の見解は、ILO勧告とは正反対のものと言えるであろう。¹³⁾

(2) ILO勧告に基づく指標の導入

また、これまでの85年労基研報告や裁判例が、雇用関係の存在を実態によって総合的に判断するというとき、その基準になる指標が、ILO勧告と比較したとき人的従属性面に偏っており、しかも、時間的拘束や場所的拘束を受けている点が過度に重視されている。

85年労基研報告や裁判例と比較したとき、ILO雇用関係勧告は、はるかに幅広く、労働者に対する判断の指標や根拠を提示している。すなわち、勧告の挙げる指標は、「使用従属関係」の判断において日本の裁判所の最近の傾向に比べて幅広く、労働者性を積極的に認定するための指標を示していると言える。とくに、「②労働者が企業組織に統合されていること」、「③専らまたは主に、他人の利益のために労働が行われること」、「④労働者自身によって（personally）労働が行われること」、「⑩この報酬が労働者の唯一の、あるいは主な収入の源泉となっていること」、「⑭労務提供者が財政的危険（financial risk）を負担しないこと」等の指標は、こうした労働者性を積極的に認定することにつながる指標であるが、最近の日本の裁判例で軽視ないし、無視されている指標であると指摘することができる。

(3) 人的従属性をめぐる新たな解釈の試み

とくに、注目する必要があるのは、勧告が、それらの指標の一つ以上に該当する場合には、労働者と推定することになっている点である。この推定の結果、労働者の使用従属関係に対する立証責任が緩和されることにな

13) 柳屋孝安「雇用関係法における労働者性判断と当事者意思」西村健一郎他編『新時代の労働契約法理論 - 下井隆史先生古希記念 -』（信山社、2003年）所収 p.19.

り、積極的な労働関係の存在に対する判断が可能となる。85年労基研報告では、一般的な判断基準としては、使用従属性と総合的判断しか示されていない。ILO勧告のような「推定」・「みなし」については必ずしも明確ではなく、ただ、いくつかの具体的事例についての判断例が示されているに過ぎない。

労働基準法第9条の解釈について、ILO勧告が示す「指標」や「推定」・「みなし」という手法を踏まえて積極的に解釈論を発展させることが必要であるとする。以下、そうした解釈の試みとして、とりあえず、〔1〕指揮命令の3段階把握と、〔2〕裁量労働の新たな考え方について論じてみたい。

〔1〕指揮命令の3段階把握

使用者の指揮命令は、一般的に、①業務内容の指示（仕事・業務の種類、業務遂行方法、労働密度、品質の指示等）、②業務遂行についての監督・指示（作業監視、時間管理、就業場所の指定、服装の指示、業務遂行方法の変更指示等）、③業務完成についての検査・指示（業務遂行結果の承認・修正・補正の指示、評価等）の3つの段階を通して実現すると考えられる。工場内の製造過程では、①から③の段階ですべて使用者が直接な関与をするが、とくに②業務遂行段階での監督・指示が大きな比重をもっている。

労働者性が問題になるのは、(a) 使用者による時間的拘束が難しい裁量的業務や、(b) 事業場外の業務で使用者の直接的作業管理が難しい場合等が多いと考えられる。こうした場合、指揮命令については、②の段階だけでなく、①と③の段階を含めて全体として把握すべきである。なぜなら、(1) 労働関係は継続的關係であって、①から③に至る段階が幾度となく反復されるからであり、(2) 請負を偽装して出来高制や歩合給などによる労務指示が行われることから、①や③の段階のもつ意味が実際的にも大

きくなるからである。¹⁴⁾

とくに、2006年ILO勧告は、時間的場所的拘束に厳格にこだわらず、労務とそれの対償といえる賃金の交換を重視し、いわゆる「経済的従属性」を示す指標に労働者性判定で大きな比重を与えている。裁判例のなかで、NHK西東京営業センター事件は、①や③の段階で会社側の指示や管理が厳格であって指揮命令関係があると考えられる事案であるが、東京地裁判決は、「業務遂行時間、場所、方法等業務遂行の具体的方法はすべて受託者の自由裁量に委ねられている上、業務は自由である」としており、指揮命令を主に②の業務遂行の段階でしか捉えておらず、指揮命令関係の全体を見ないものである。

また、前述の横浜労基署長（旭紙業）事件で、最高裁判決が、「会社は、運送という業務の性質上当然に必要なとされる運送物品、運送先及び納入時刻の指示をしていた以外には、業務の遂行に関し、特段の指揮監督を行っていたとはいえず、時間的、場所的な拘束の程度も・・・緩やかである」として、備車運転手が「会社の指揮監督の下で労務を提供していたと評価するには足りない」とするのは、②業務の遂行段階に偏った捉え方であり、指揮命令の実質を見誤るものである。

〔2〕裁量労働についての新たな考え方

また、労働者性を否定する裁判例では、労務提供者が、時間的拘束を受けず、時間管理に裁量性があることが強調される傾向がある。これについては、この点を過度に重視するという問題点と、近年の情報技術や産業構造の急激な変化を考慮していない問題点を指摘することができる。たしかに労働者が事業場で作業し、使用者から直接の監視や業務指示を受けない雇用・就業形態が増えているが、現実には、事業内労働者と大きく変わらない時間的管理を受けている現実を踏まえた判断が必要である。

14) 脇田滋「雇用就業形態の変化と指揮命令権」日本労働法学会編『講座21世紀の労働法 第4巻 労働契約』（有斐閣、2000年10月）所収74頁以下。

例えば、事業場外労働についての労働基準法38条の2第1項、第2項は「みなし労働時間制」を規定し、労働時間算定が困難である場合の算定上の便宜手法を許すものである。しかし、同規定が導入された、事業外労働の管理が困難であった時代とは大きく異なり、現在ではGPSシステムや携帯電話などの情報端末が当時とは比較にならないほど普及し、労働時間を含めた労務管理に活用されている。厚生労働省は、労働者の自宅で行われる在宅勤務（テレワーク）について、ガイドライン（2004年3月5日基発第0305003号）を示して、情報通信機器を活用した在宅勤務について、労働基準法第38条の2の「みなし労働時間制」適用を容認することになった（2004年3月5日付基発第0305001号）。

むしろ、在宅勤務や事業場外労働についても、指揮命令が同時的に可能となってきた現在、事業場内労働の場合と大きな違いなく使用者の指揮監督下に置かれていると言える。「事業場外労働」も、原則として、既に使用者による指揮監督下に置かれており、広い意味で「事業場内労働」化していると考えべきであり、そうでないことが明確な場合にのみ例外的に「みなし労働時間制」を導入できると考える必要がある。

また、現行法制度でも、時間的裁量が大きい者も労働者として扱う制度が存在しているし、漸次、その範囲が拡大している。つまり、労働者性を前提にした、専門業務、企画業務を含めての裁量労働であるが、その範囲が広がっている。また、労働時間規制の適用が除外される「管理監督者」についても、時間規制は適用除外されるが、他の労働基準法の規制は適用されることを前提にして、「労働基準法上の労働者性」は認められている。この点からも、時間的拘束や労働者の時間管理の裁量性を過度に重視するべきではない。¹⁵⁾

15) 芸能実演家について、広い裁量性があることを指摘し、この点を強調するものとして浜村彰「芸能実演家の労働者性」日本労働研究雑誌48巻4号（2006年4月）、p.60。前掲、「座談会 労働者性の再検討・判例の新展開と立法課題」季刊労働法

(4) 「労働者＝正社員」論からの脱皮

労働者性判断に消極的な判決に共通してみられるのは、一般の従業員または正社員との比較をして、それとの違いを理由に備車運転手、委託集金人、手間受け大工等の「労働者性」を否定している点である。そこでは、正社員との比較から労務提供の違い等を問題にして、主に、時間的・場所的拘束がないという要素や労働社会保険の適用がないことを強調して、労働者性を否定するという論理が目立っている。¹⁶⁾

こうした考え方には、大きく二つの問題点がある。

まず、正社員が、「労働基準法上の労働者」であることは確かであるが、そのことから逆に「正社員でなければ労働者ではない」と言うことはできない。日本的雇用慣行では正社員が、時間的・場所的拘束を受け、その程度も、きわめて強い。いわゆる過労死認定基準を超える月80時間以上の法定時間外労働に従事する例も少なくなく、その時間的拘束の長さが極端とも言える状況にある。このような異常とも言える時間的拘束を受ける正社員を比較の対象として、労働基準法上の労働者性を判断することは、保護を受けるべき労働者の範囲を余りにも限定することに帰結する。

次に、ILO勧告が、使用者の責任回避と労働者保護を重視しているのと正反対の判断手法である。すなわち、日本の非正規雇用慣行が、労働者に対する使用者責任回避を目的にした、世界に類例のないほどに差別的な雇用慣行であるという点の認識が欠けている。例えば、非正規労働者を企業内福利や社会保険加入の対象から除外することは、差別的な非正規労働慣行であるが、逆に、そうした事実を労働者性否定の判断根拠に挙げることは、非正規労働者の差別を追認するという問題があることに加えて、労働者としての法的保護からも排除するという点で、差別的処遇を受ける非正規労働者をさらに不公正な状況に追いやるものであり、二重の誤りを含む

222号での水口洋介弁護士の発言。

16) 横浜南労働基準監督署長（旭紙業）事件・最高裁判決前掲など。

論理倒錯した判断である。

VI 個人請負労働者保護をめぐる立法の課題

(1) 立法の必要性

個人請負形式で働く労働者の保護については、これまで検討してきたように、まず、労働基準法第9条、労働組合法第3条等の労働者の定義を踏まえるとともに、とくに、ILO雇用関係勧告の趣旨に基づいて、偽装された個人請負形式を許さないという視点を明確にして法解釈することが必要である。しかし、個人請負形式の利用による使用者責任の回避は、様々な職種で、また、次々と新たな様相をもつ、実に多様な形態で現れ続けている。ところが、これらに対して、最近までの日本における労働行政や労働裁判の動向は、労働者保護という点では、きわめて不十分である。むしろ、既に指摘したとおり、ILO勧告の趣旨からほど遠く、使用者責任回避を法理的に追認する点で、後退的、消極的な傾向を示しつつある。こうした状況のなかで、ILO雇用関係勧告を日本国内で具体化して、通常の労働者が法律によって受けられる保護を、個人請負労働者にも拡張適用するとともに、偽装形態を排除して多様な使用者責任回避策を効果的に排除することを目的とした労働者保護立法が必要である。

ところが、現状では、個人請負形式で就労する者について、法的な明確な定義がない。また、正確な統計上の数字も存在していない。個人請負労働者の範囲を可能な限り広く捉える、公式的な調査が必要である。¹⁷⁾

この点では、労働省職業安定局（当時）の下に設けられた「雇用以外

17) 専門家は、既存の国勢調査などに基づいて100万人から120万人と推定している。山田久「個人業務請負の実態と将来的可能性—日米比較の観点から『インディペンデント・コントラクター』を中心に」『日本労働研究雑誌』566号（2008年）、p.4以下。

の労働・就業形態に関する調査委員会」の報告書が、①自営業主・家族従業者、②契約労働、③家内労働、④テレワーク、⑤NPO・有償ボランティア、⑥ワーカーズ・コレクティブ、⑦シルバー人材センター、⑧ベンチャー企業、⑨インターンシップを取り上げて検討している。しかし、この報告書が出されたのは、派遣対象業務の原則自由化のために派遣法が改正された時期（1999年）であり、当時の政策には、使用者の偽装による責任回避への規制や労働者保護という視点は欠落していた。¹⁸⁾

ILO勧告以後、政府・厚生労働省は、2009年、「個人請負型就業者に関する研究会」を設置して関連の調査・検討を行い、2010年4月、同研究会は報告書を発表した。そこでは、個人請負型就業者が近年、増加しているとし、「この中には、実態として雇用労働と変わらない者や、自営であるものの雇用労働に近い実態を有する（雇用と自営の間とも言える）働き方の者がいる」とする。そして、労働法による保護を受ける雇用される労働者に比較して、「個人請負型就業者は基本的には各種労働法による保護を受けることができない」ため、その実態を把握して、「それを踏まえた適切な措置を講じる」ために「今後の政策的対応の方向性について検討」しており、注目される。しかし、この報告書でも、依然として、個人請負を求める労働者側のニーズや意識があることが強調されていて、労働行政の基調は大きく変化していないことに留意しなければならない。

(2) 立法の目的

まず、個人請負が、本来であれば労働者としての保護を受けられるのに、それを回避しようとする使用者の責任回避の脱法策であることを認識し、それへの効果的な対策が立法の目的であることを確認する必要がある。

すなわち、①1970年代後半から労働法・社会保障法拡充によって、零細事業主を含めて使用者の責任・負担が増大したが、②①を回避するため

18) 労働省職業安定局編『雇用レポート2000』（労務行政研究所、2000年）247頁以下。

に、外部委託化や業務処理請負が拡大し、1985年、労働者派遣法が制定されたが、個人請負化はそうした使用者責任回避策一種という社会現実的意味を有している。さらに、③労働組合が弱体化し、使用者責任の追及が弱まり、④労働裁判や労働法学において、労働者と使用者間の個別合意を重視して、現実を正当化する傾向が強まっていることなどの状況を挙げることができる。¹⁹⁾

すでに、労働者概念をめぐる解釈論の限界を指摘し、労働者類似の者への保護を立法的に解決する見解が現われている。しかし、雇用関係の存在や労働者性が明確な労働者の中にも、非正規労働者だけでなく、正社員でさえ労働基準法などが定める法定最低基準すら守られていない状況が広がっている。こうした日本の現状を踏まえて立法構想を考えることが必要である。この視点がなければ、本来、労働者として保護されるべき者を、労働基準法以下の水準での劣悪労働条件に追いやり、固定化する結果になりかねない。この点は重要であるので、後で重ねて論じることにした。また、この点については、韓国で、「特殊雇用」労働者の規制をめぐる提起された政府や保守党派の立法案が、逆に、労働者を抑圧する狙いをもっていることへの鋭い批判が提起されているが、それに学ぶ必要がある。²⁰⁾

19) 韓国でも、1990年代末から非正規雇用が急に増加していくが、その一形態として、日本ともきわめて類似した個人請負形式の非正規雇用が増えてきた。多くが以前は直接正規雇用の職種の労働者であったが、人件費削減と雇用調整策の一環として個人請負形式に転換させられていった。これに対して、レミコン車など大型トラック運転手、ゴルフ場競技補助員（キャディー）、保険募集人、学習誌教師などが、労働組合を結成し、自らの労働条件確保と改善のために活発な活動を開始した。これに応じて、民主労総、民主労働党を中心にした法改正案の試みが行われた。

20) オム・ジリョン「特殊雇用労働者の労働権保護案-立法議論を中心に」前掲（注7）p.291以下。

(3) 立法の内容

韓国の労働法研究者であるユン・エリム博士は、ILO2006年勧告が条約ではなく、勧告ではあるが、「加盟国に一定の指針を提供する水準の規制力程度をもつことになった」と指摘し、韓国における状況に対応して「非正規立法議論に与える示唆点」として、次の5点を指摘している。すなわち、①労働関係の事実による雇用関係の存在判定、②偽装された雇用形態に対する規制と監督、③労働における基本的権利の同等保護、④依存・従属の程度による使用者責任配分・連帯責任負担、⑤結社の自由と団体交渉権である。²¹⁾

この示唆点は、韓国での状況を基にしたものであるが、日本の問題を考える上でもほぼ同様に有効であると言える。そこで、以下、このユン・エリム博士の提起する論点を参考に（④は、派遣・事業内下請など、いわゆる「三面関係」を前提にした示唆点であるので、以下の検討からは除外する。）、日本の状況に対応して課題を考えてみることにしたい。

[1] 事実による雇用関係の存在判定

ILO勧告9項は、「雇用関係にある労働者を保護するための国内政策を実施する上で、当該雇用関係の存在についての決定は、当該雇用関係が関係当事者間で合意された契約その他の方法による事実²²⁾に反した取決めにおいてどのように特徴付けられている場合であっても、業務の遂行及び労働者の報酬に関する事実²³⁾に第一義的に従うべきである」としている。

現行法でも、労働基準法第9条、労働組合法第3条、労働契約法第2条の労働者の定義規定には、事実優先を明記した勧告9項の趣旨が含まれており、そのように解釈される必要がある。しかし、前記のように最近の裁判所が実態を重視するといいつながら、労使の合意や契約の形式に囚われる傾向にあることを考えると、立法論的には、「事実²⁴⁾に第一義的に従うべきである（should be guided primarily by the facts）」という勧告の趣旨を法律

21) ユン・エリム前掲論文。

の明文で規定することが必要である。たとえば、労働基準法第9条、労働組合法第3条、労働契約法第2条に、「労働者が否かは、業務の遂行及び労働者の報酬に関する事実を優先して判定しなければならず、関係当事者間で合意された契約その他の方法による事実と反して労働者でないとする約定はすべて無効である」など、ILO勧告9項の文言に対応した条文を追加して規定する必要がある。

さらに、個人請負労働者の労働者性判定について、従来の労働基準法研究会報告の判断基準を発展させて、上で紹介したILO勧告13項が挙げる一定の指標の一つまたは二つに該当する場合には、労働者であると推定することを原則とし、例外的に、事業者であると積極的に立証できない限り、労働者性を認定する趣旨の立法が必要である。例えば、いわゆる業務上の疾病について、労働基準法施行規則別表第1の2（第35条関係）が、一定の場合に業務上疾病であることを推定するという場合を整理し、列挙している。また、職業安定法施行規則第5条は、適正な請負の要件を四つ示しているが、逆に、その四つの要件の一つでも欠ければ「偽装請負」=労働者供給事業と判定されることになる。労働者性判定についても、こうしたリストを作ることが有効な方法であると考えられる。

これに関して、ILOが行った各国調査では、一定の場合、個人請負形式の就労者について、雇用関係の存在を「みなし」または「推定」する法制度を置いている国があることが指摘されている。例えば、フランスの労働法典では、商業代理人は、「他人の計算で仕事をする」とときには労働者と認定されるし、記者、芸能人、モデルなどは、一定の要件を整えた場合、労働契約であると推定されている（フランス労働法典L.761-2,L.762-1,L.763-1,L.751-1等;）。²²⁾

22) 島田前掲論文、ユン・エリム前掲論文参照。

〔2〕偽装された雇用形態に対する規制と監督

日本の場合、これまで裁判や労働委員会で争われた結果、事実上従属労働を遂行しており、「偽装された個人請負」であるということが明らかになっても、労働者が、これを争って是正させるには、多くの時間と費用がかかり、手続きも複雑であり、個々の労働者にとってはきわめて困難である。

勧告15項は、「権限のある機関は、雇用関係に関する法令の尊重と実施を確保するため、例えば、労働監督機関により、又は労働監督機関と社会保障庁及び税務当局との協力を通じ、この勧告において考慮される様々な側面についての措置をとるべきである」とする。労働法や社会保障法上の使用者責任を回避する目的の偽装形態に対しては、関連した規制と監督機関の相互協力が必要だとしているのである。

このように関連する行政機関が協力して、規制と監督を行うというアプローチは現実的であり、非常に重要な意味を持っている。日本の現実には、労働者が個人請負とされた場合、それを争い、是正を求めるためには、①労働基準法、最低賃金法、労災保険法などの適用については労働基準監督署、②労働組合法については労働委員会に分かれて担当機関に手続きをする必要がある。また、③社会保険各法に関しては、健康保険は健康保険組合か全国健康保険協会、厚生年金保険は日本年金機構が窓口になるだけでなく、④税金については税務署というように①～④の担当窓口が分かれるが、相互の連絡・協力がまったくない。余程の専門家であればともかく、一般の労働者が十分な知識なく、これら多様な機関を相手に争い、手続きを進めることは至難である。

労働法上、使用者責任を回避して企業の危険と費用を労働者に転嫁する目的の個人請負形態の活用を厳しく規制するとともに、現実を踏まえて、各行政機関による監督と相互の協力を前提に、実質的な労働者保護を目的

とする法制度的整備が緊急の課題となっている。²³⁾

[3] 二分法の徹底

ILO雇用関係勧告は、労働者と自営業者の「二分法」を維持している。

日本では、判例動向を反映して、学説や政府当局の中にも、労働基準法や労働組合法が定める労働者保護の面で労働者より劣る水準の保護しか受けられない「中間的カテゴリー」を新たに設定しようとする動向が現れている。その特徴は、①多様な労務提供形態という実態の広がり、②外国における関連制度に注目して日本への導入を主張する点にある。ここでは、労働者性拡大には限界があるとして、解釈による二分論を批判し、第三のカテゴリーを立法的に定めるという提案であった。²⁴⁾

しかしながら、現状の日本の雇用社会や労働者の状態を前提にしたまま、こうした「第三の中間的カテゴリー」を認めることは、逆に弊害が大

23) 本来、労働法上の労働者である者を個人請負や名目的自営業形式にしたとき、使用者が回避できる法律上の責任を多岐に渡っている。主なものを列挙してみると、①労働法、社会保険法、税法その他によって強制される金銭的負担（労災保険、雇用保険、健康保険、厚生年金保険などの保険料、所得税の源泉徴収の事務など）。②雇用する労働者の一定率以上について身体障害者および中高年労働者を雇用する義務（とくに、身体障害者雇用促進法によれば、この義務を怠る使用者に身体障害者雇用納付金の納付を義務づけている）。③労働基準法、最低賃金法などの労働者保護法の定める労働条件の最低基準（賃金、労働時間、休日、休暇など）および労働憲章（均等待遇、中間搾取の排除など）の遵守義務④雇用にとりまう母性保護の実施と費用負担など（産休・生休・育児時間の保障、休日労働・時間外労働・深夜業などの制限、育児・介護休業、セクシュアルハラスメント防止義務）。⑤労働者に対する健康・安全の配慮義務および労働災害・職業病の場合の補償責任、⑥労働基準法によって使用者に義務づけられる労働者の雇用管理上の責任（労働者名簿、賃金台帳その他の調整・記入・保存、就業規則の作成と行政官庁への届出など）。⑦労働者の基本的地位の設定・変更に関する労働法上の諸原則の遵守（労働条件の明示、解雇予告、人事権の適切な行使など）。⑧雇用する労働者の代表者との団交応諾義務、労働組合の団結承認義務。⑨労働組合との間で締結された労働協約の適用などである。脇田滋「西陣出機労働者の労災保険適用資格」労働法律旬報1053号（1982年8月）p.20以下参照。

24) 鎌田耕一編著『契約労働の研究』前掲書、島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」前掲 p.27以下参照。

きく、労働者保護に逆行すると考えられる。

その理由は、次の5つである。

①各種の労働法令違反や使用者責任の潜脱が蔓延している日本の雇用社会の現実を考えると、曖昧な労働者類似概念を法的に作り出すことは、こうした現実の違法状態を逆に追認することになる。

②EU諸国の労働組合が、未組織労働者、縁辺労働者の権利保護の活動に積極的に取り組み、「第三の中間的カテゴリー」の労働者にまで労働協約や労働法上の保護を拡大することに努力してきたのと異なり、日本の労働組合は正社員のみ利益しか守ろうとせず、多様な「偽装雇用」の弊害排除を求める取り組みも少なく労働条件を拡張適用する慣行が存在しない。

③ILO2006年雇用関係勧告は「第三の中間的カテゴリー」論を排して、労働者の範囲を広く捉えるという点での明確な二分法を志向している。労働者の範囲を広く捉えて、その労働者保護を拡張適用することに重点があるとと言える。

④注意する必要があるのは、「第三のカテゴリー」の議論では、請負形式の労働者について、結社の自由や団体交渉権があることが強調されておらず、不明確である。

⑤既に、1975年の「家内労働法」が、「第三のカテゴリー」を設定したが、労働者保護にほとんど効果をあげることなく、むしろ、家内労働者を余りにも内容の乏しい労働者保護水準に固定化させるだけであった。とくに、集団的労使関係を背景に実現していた労働基準法上の労働者としての保護がむしろ大きく後退した、京都西陣出機労働者の例を教訓とするべきである。²⁵⁾

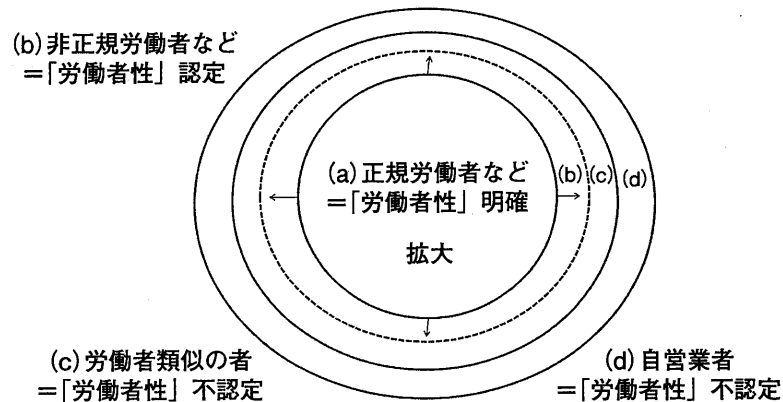
なお、厚生省は、健康保険について、本来であれば、日雇形式の労働者に、日雇健康保険の適用を進めるのではなく、国民健康保険法の適用を進

25) 脇田滋「西陣出機労働者の労災保険適用資格」前掲。

めて、国民健康保険組合の設立を進めた。また、パートタイム労働者については、法的な明確な根拠なしに、1980年の内翰で、通常の労働者の労働時間の4分の3を下回る場合には、健康保険と厚生年金保険の適用を除外することにするなど、正社員＝労働者モデルから外れる非正規雇用を法的に追認・拡大し、本来なら、労働者として保護するべき者を、水準の低い保護で「救済」する手法を繰り返してきた。²⁶⁾

EU諸国では、「準労働者」などの第3の「中間的カテゴリー」を認めているが、そこでは、産業別労働協約とその拡張適用慣行の定着によって通常の労働者に対する労働条件保障が徹底している。そうした労働条件を、個人請負形式など、労働者性が不明確な就労者にも拡張適用するという趣旨で「中間的カテゴリー」の就労者という概念を想定することに積極的な意味があると言える。図（ア）「労働者」範囲拡張・使用者責任拡大型イメージのように、(a) 正規労働者の範囲が広く、同一労働同一賃金の慣行

(ア) 「労働者」範囲拡張・使用者責任拡大型イメージ

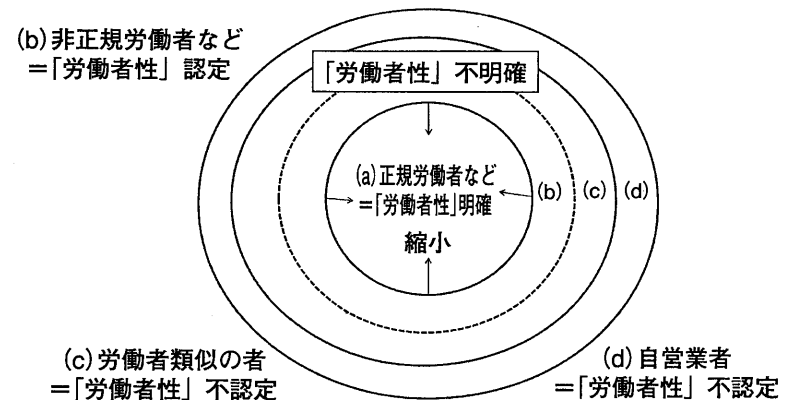


26) 竹中康之「社会保険における被用者概念-健康保険法および厚生年金保険法を中心に」修道法学19巻2号（1997年3月）p.433以下、阿部和光「パート労働者への厚生年金保険の適用拡大」季刊労働法218号（2007年6月）、p.128以下、等参照。

も徹底しているので、(b) 非正規労働者との格差や差別が少ないが、さらにそれを、(c) 労働者類似の者にまで、労働者の労働条件を拡張適用させるといったイメージが考えられる。フランス、イタリア、ドイツなどの諸国の状況は、これに近いと考えられる。

しかし、こうした労働条件の拡張適用慣行が定着しないまま、むしろ、通常の労働者の労働条件が切り下げられ、後退させられている日本や韓国をはじめ、労働法後進国と言える国では、第3の「中間的カテゴリー」の導入については慎重に考えるべきである。日本や韓国の場合、とくに、前述のように日本の裁判例の傾向は、労働者性について、きわめて厳しく限定する傾向がある。他方では、労働者性が明確な労働者であっても、雇用社会の現実では、労働基準法など法律による最低労働基準さえ守られない現実がある。また、正規労働者と非正規労働者の格差も大きい。そうした中で、本来なら労働者として雇用関係が判定されるべき者が、偽装された個人請負業者とされており、最低労働基準をより切り下げる動向にあることを直視する必要がある。つまり、日本や韓国の状況は、図（イ）労働者範囲縮小・使用者責任回避型のイメージに近いと考えられる。

(イ) 「労働者」範囲縮小・使用者責任回避型イメージ



ILOは、世界には、労働基準法などが定める最低基準すら守られていない国が少なくないという認識に基づいて、「三分法」は適切ではなく、まず、労働者の範囲を広く設定することを重視して、「二分法」を採用したと考えられる。日本は、経済的にはOECDに所属する先進国とされているが、労働法的にはILOの条約の批准も少なく、長時間労働と非正規雇用の拡大という点で韓国の状況と共通している。しかし、日本の場合は、韓国よりも労働組合のストライキによる抵抗も少なく、「労働法後進国」という状況がより強い。こうした中で、まったく状況が異なるフランス、イタリア、ドイツのような「中間的なカテゴリー」を導入することは、むしろ弊害が大きい。まずは、(イ)のイメージを払拭し、(ア)の状況に近づくことが当面の課題である。

なお、2006年のILO勧告以前には目立っていた、労働者と自営業者の間の「中間的カテゴリー」を支持する議論が、同勧告の後、最近になって、かなりトーンを落としているが、それは、勧告の内容を踏まえるとき、こうした保護水準を下げる「中間カテゴリー」導入には大きな問題点があることを、その論者たちが意識せざるを得なくなったからであると思われる。²⁷⁾

[4] 基本的権利・労働条件の均等保護

さらに重要なことは、労働における基本的な権利については、労働者性が明確でない個人請負形式の労働者についても、一般の労働者と差別なく同等以上に保護されなければならないという点である。ILOの議論の過程では、①団結権と団体交渉権、②雇用および職業上差別を受けない権利、③最低賃金などの基本的な権利や労働条件においては、請負形式の労働者も、雇用関係が確認されている一般の労働者と同一の保護を受けられるよ

27) 「新しいカテゴリー」をめぐる最近の議論については、前掲「座談会 労働者性の再検討-判例の新展開と立法課題」季刊労働法222号での鎌田、島田両教授は、「新しいカテゴリー」について、以前より慎重な見解を示している。(p.41以下参照)。

うにする措置が必要だということが提起されている。²⁸⁾

ILOは、家内労働者について、「在宅形態の労働に関する条約」(第177号)第4条1項で「在宅形態の労働に関する国の政策は、在宅形態の労働の特殊な性質及び、適当な場合には、企業で行われる同一又は類似の種類労働について適用される条件を考慮し、在宅形態の労働者その他の賃金労働者との間の待遇の均等をできる限り促進する」とする。同条2項では、「待遇の均等は、特に、次の事項に関して促進する」として、「(a) 在宅形態の労働者が自ら選択する団体を設立し又はこれに加入し及び当該団体の活動に参加する権利、(b) 雇用及び職業における差別からの保護、(c) 職業上の安全及び健康の分野における保護、(d) 報酬、(e) 法令上の社会保障による保護、(f) 訓練を受ける機会、(g) 雇用又は労働が認められるための最低年齢、(h) 母性保護」などの基本的な労働条件について均等待遇を定めることを求めている。実際に多くの国で、雇用関係の存在に拘わらず、一定の要件を満たした場合には、上記の主要な三つの基本的な権利以外に、母性保護、労働安全、社会保障などの権利を拡張適用するための産業別労働協約や、特別立法措置が導入されている。例えば、イタリアでは、家内労働法で、家内労働者に対して同等な保護を定めている(1973年12月18日法877号)。²⁹⁾

なお、ドイツでは、経済的に従属して勤労者と同じように社会的保護必要性がある者として一定の要件を整えた場合、団体協約法を適用している(ドイツ労働協約法第12a条)。フランスでは、家内労働者と支店支配人などについて、商品提供者に排他的に依存しつつ、所定の価格で販売することを負担させられている場合、労働法が拡張適用される。³⁰⁾

28) ユン・エリム前掲論文。

29) 柴山恵美子 [訳]「新家内労働保護法(家内労働保護に関する新しい規定—イタリア三大労組のパンフレットから)」総評調査月報10巻4号(1976年4月) p.2以下。

30) 島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」前掲 p.36以下。ユン・エリム前掲論文。

〔5〕 結社の自由と団体交渉権

最初にあげた、最近の東京地裁、東京高裁の三つの判例は、結社の自由と団体権保障を定めるILO87号条約や98号条約（日本政府も批准）の趣旨をまったく理解せず、個人請負形式の労働者の団体交渉権を否定する判断を示している。しかし、個人請負形式など雇用関係の存在が問題になっている場合であっても、労働を提供する者にとっては、結社の自由と団体交渉権は、それ自体が基本的権利であり、労働条件を向上させるための手段として、実質的に保障されなければならない。

再確認する必要があるのは、この結社の自由と団体交渉権を保障することが、ILOが求める基本的な原理によって、雇用関係の存在が判定される労働者に限らず、その存在について不明確な場合であっても、同様に保障される必要があるということである。すなわち、個人請負形式であっても、労働者が自身が選択した組織に参加して、集団的に活動できる権利は最も基本的なものであって、これに対するあらゆる制度的障害は撤廃されなければならない。また、労働力利用者からの妨害は規制されなければならない。³¹⁾

ILO「結社の自由に関する条約」(第87号)は、ごく限られた軍隊や警察に所属する者についての例外を除いて、すべての労働者が自ら選択した団体を組織し、加入できる権利を保障している。つまり、第2条では、「労働者及び使用者は、事前の許可を受けることなしに、自ら選択する団体を設立し、及びその団体の規約に従うことのみを条件としてこれに加入する権利をいかなる差別もなしに有する (Workers and employers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and, subject only to the rules of the organisation concerned, to join organisations of their own choosing without previous authorisation.)」としており、政府の訳文では「いかなる差別もなしに」とされているが、英文では、without distinction

31) ユン・エリム前掲論文。

whatsoeverであるから、本来は、「いかなる区別もなしに」と訳することが可能であり、そこでは、雇用関係の存在の有無を基準にして、結社の自由が保障される者の範囲を狭く限定してはならないと解される。さらに、同時期に採択された、「団結権及び団体交渉権についての原則の適用に関する条約」(第98号)は、使用者および使用者団体との対抗関係の中での団体交渉権 (Right to Organise and Collective Bargaining) の保障を求めているから、個人請負形式の労働者についても、同様な団体交渉権が保障される必要があると考えられる。³²⁾

※本稿は、「科学研究費補助金 (基盤研究 (A)) 労働市場、法政策及び労働法の結成原理に関する研究」(20243006) の成果の一つである。

32) なお、韓国では労使政委員会で、「特殊雇用労働者」(個人請負形式の労働者) に対して団結権を保障することが検討されたが、そこでは、団体設立や交渉権だけを認めて、ストライキ権を認めないという議論がされていた。これに対しては、「結社の自由」には、ストライキ権が含まれるというILOの立場を踏まえた批判が提起されている。ユン・エリム「ILOの「雇用関係」論議が韓国の非正規職立法論議に与える示唆点」前掲、労働組合法上労働者について、労働基準法上の労働者と同様に考えて、使用従属性などに基づいた限定的な解釈を的確に批判するものとしては、古川景一「労働組合法上の労働者 最高裁判例法理と我妻理論の再評価」季刊労働法224号 (2009年春) p.165以下、西谷敏「労組法上の「労働者」の判断基準-ビクターサービスエンジニアリング事件に関する東京高裁あて意見書 (2009年12月)」労働法律旬報1734号 (2010年12月) p.29以下参照。