

第Ⅱ部 本論

第7章 セーフティ・ネットと法 —契約就業者とボランティアへの社会法の適用—

本章は、前章までに検討されてきた各論問題を受けて、巨視的政策観から、業務委託契約従事者（以下、本章では「契約就業者」という）とボランティア活動従事者（以下、単に「ボランティア」という）に対するセーフティ・ネットの問題、すなわち、それらの者に対する労働関係法規等社会法（以下、単に「社会法」という）の適用の限界と、限界を克服するための政策的視点を提示することを目的とする。

1. 検討すべき問題の設定

(1) “セーフティ・ネット”という文言を法の適用の有無というフィルターを通して法律学的問題として理解する場合、“ある法律が適用され、その規定内容（特に法による保護）を享受しうるか”ということに集約できると考えられる。社会法に即せば、社会法が定めている働く者に対する様々な利益（保護）を働く人々は享受しうるのか、と解しうると考えられる¹。

本章にいう“社会法”とは、

- ・ 契約自由の原則などを基本原理とする市民法を修正し、労働者など社会的経済的弱者の地位や生活の向上を目的とする、市民法に対置される法分野に属する各法令の総称²、として用い、また、“利益”とは、
 - ・ 労働基準法（以下、単に「労基法という」）に代表される労働者保護法規における労働者個々人の保護を目的とした規定及びその内容、
 - ・ 労働組合法（以下、単に「労組法という」）に代表される労使関係法規における組合活動等を行う者の保護を目的とした規定及びその内容
 - ・ “働くこと”と直接的又は間接的に関連づけられた労働保険法規（雇用保険法、労働者災害補償保険法）又は社会保険法規（厚生年金保険法、健康保険法）における受給内容及びその前提としての受給資格、
- を指すものとする。

これら、“社会法”において定められた働く者にとっての“利益”は非常に多義的である。しかし、これら諸種の利益を享受しうるためには、何よりもまず重要な要件である各法令の

¹ 諏訪康雄『雇用と法』（放送大学教育振興会、1999年）24頁では、“セーフティ・ネット”を、「市場の失敗や市場メカニズムの欠陥を補正」するものと理解し、また、菅野和夫『新・雇用社会の法』（有斐閣、2002年）44頁、416頁では、「労働生活の経済的保障システム」と解している。筆者も同様に解するが、本章は、社会法の人的適用範囲の問題について論じているため、“セーフティ・ネット”を先のように定義して検討を進める。

² この定義文は、金子宏・新堂幸司・平井宜雄編『法律学小辞典〔第4版〕』（有斐閣、2004年）534頁「社会法」並びに536頁「社会立法」を参照しつつ、筆者が再構成したものである。

人的適用範囲として、基本的に、“労働者”であること、すなわち、「使用される³⁾」又は「雇用される⁴⁾」（以下、単に「使用される」という）者であることが要求されている。この「使用される」との文言は、対使用者との関係で“従属的地位にあり”“指揮命令を受ける”ことを意味すると解されている⁵⁾。これら意味の根拠は、法律学的には、労基法にいう“労働契約”が締結されていること⁶⁾であるから、「使用される」との人的適用範囲の要件を充足するためには、労働契約の締結が必要ということになる。したがって、社会法によって定められている働く者に対する諸種の利益（保護）を享受するためには、“労働契約”を締結している一方当事者でなければならない。

では、契約就業者とボランティアは、果たして“労働契約”を締結しているのだろうか。

(2) 本プロジェクトにおいて、契約就業者については、「委託契約」就業者を念頭に置いている。“委託”という言葉は、「一定の行為を他人に依頼すること⁷⁾」と非常に多義的に定義されている。法律学的には、他人に依頼した一定の行為が“法律行為”であれば「委任（民法 643 条）」であり、法律行為で“なければ”「準委任（民法 656 条）」となる。また、一定の行為であっても、当該行為それ自体ではなく、行為の“結果”に対して報酬を支払うことを約する“委託”の形態は、「請負（民法 632 条）」とされる。これらに限る必然性はないとも思われるが、一般に、契約就業者が一方当事者に対して労務を供給することを目的とする民法上の代表的な契約形態は以上の二つであると考えられる⁸⁾。

なお、労働契約も、一方当事者に対して労務を供給することを目的とする契約の一形態であるが、請負・委任契約と労働契約では、その性質はまったく異なるものと理解されている。つまり、請負と委任は民法上の契約であり、対等な私人間の契約であることが想定されており⁹⁾、反対に、労働契約は、現行法に則せば、労基法すなわち労働者保護法の適用がある契約概念¹⁰⁾であり、働く側と雇い主側（多くの場合、事業主または企業法人）という対等ではない関係における契約であるということ、そのため、労働契約には関係性における不平等を克服するという意義と機能が付与されている¹¹⁾。したがって、法が想定する当事者関係が平等か否かという点で、請負・委任契約と労働契約とは、その性質を大きく異にしていると言

³⁾ 労働基準法 9 条、労働安全衛生法 2 条 2 号、労働者災害補償保険法 3 条 1 項、賃金支払確保法 2 条 2 項、最低賃金法 2 条 1 号、健康保険法 3 条 1 項本文、厚生年金保険法 9 条参照。

⁴⁾ 労働契約承継法 2 条 1 項 1 号 2 号、雇用保険法 4 条 1 号参照。

⁵⁾ 前掲注 2 書、1239 頁「労働者」参照。

⁶⁾ 中窪裕也「労働契約の意義と構造」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）3 頁参照。

⁷⁾ 前掲注 2 書、20 頁「委託」参照。

⁸⁾ なお、「雇傭（民法 623 条以下）」契約も、民法上、労務供給を目的とする代表的な契約形態であるが、「雇傭」はここでいう“委託”には含まれないため、本稿では、特に契約就業者が締結していると推測される請負・委任の契約形態に限って言及し、雇傭契約は意識的に除いて議論している。

⁹⁾ 広中俊雄『債権各論講義〔第 6 版〕』（有斐閣、1994 年）4 頁以下参照。

¹⁰⁾ 菅野和夫『労働法〔第 6 版〕』（弘文堂、2003 年）74 頁参照。

¹¹⁾ 労働契約について鳥瞰する論稿としては、前掲注 6、中窪論文を参照。

える。

このように考えてくると、契約就業者が締結する契約は労働契約ではなく、請負か委任であって、契約就業者には社会法上に定められた諸種の利益が与えられないということになる（なお、後述するように、請負・委任契約関係が実質的にみて「使用される」という要素を含む場合、当該契約は労働契約であるとみなされる場合もありうる）。

(3) では、ボランティアはどうか。

本プロジェクトでは、ボランティアとして、“有償”ボランティアと“無償”ボランティアという二つの形態を想定している。そもそも、一般に“働くこと”の意味を、“社会において生活を維持するための賃金等対価を得るための活動”であると仮定すると、無償ボランティアは、ここにいう“働くこと”の範疇から外れる。一方、有償ボランティアは、「給与ではないが、必要経費、謝金などの支給を受けている者」と本プロジェクトで定義されているが、これも、ここにいう“働くこと”から大きくはみ出していると考えられる。これらの理由は、一般に“働くこと”の意味とは異なる主観的動機付けや客観的意義に由来するのではないかと思われる。つまり、自己の利益としての賃金等対価を得るための活動としてではなく、むしろ、ボランティアの社会全体を含め他者に対して利益を与えるという主観的内発的な動機付けによって行われ、この活動の結果は、社会全体にとって重要な価値があるものであるとの客観的意義が付与されることによって成立している活動ではないかと思われるからである。また、法律学的に見ると、ボランティアの形態が、福祉、国際協力・貢献、街作りなど極めて多様であるため一概には言えないものの、労務供給の成果に対する報酬支払いを約する“請負”に当てはまるとは即座に判断できず、また、一定の法律行為をなすことを約する“委任”または事実行為をなすことを約する“準委任”とも断定しがたい面があろう。さらに、ボランティアであるがゆえに、例えばその元締めとしてのNPO法人との関係で、“従属的地位”に置かれ“指揮命令”を受けて活動しているともいえないとも俄には判断しがたいと思われる。ただ少なくとも、ボランティア活動が賃金等対価を得ることを目的とした活動ではないと仮定するならば、ボランティアが締結している契約は、“請負”契約でも“労働”契約でもなく、一定の行為をなすことを約する“委任”又は“準委任”に近いのではないかと考えられる。

いずれにしても、このように考えてくると、ボランティアが締結する契約は、労働契約ではないと推測され、したがって、契約就業者と同様に、社会法上に定められた諸種の利益が与えられないことになると思われる。

(4) 以上を前提に、就業形態の多様化とセーフティ・ネットという観点から契約就業者とボランティアを法的に検討する場合、

第一に、社会法における人的適用範囲の要件である「使用される」との文言の法的意味を検証する必要があることとなる。この文言は、法令上の「労働者」であることの定義に係わ

る要件であることから、同時に、「労働者」の概念およびその範囲について検討しなければならないことをも意味している。

以上については、具体的に、

- ・社会法各法における「労働者」の定義を検証すること、
- ・「使用される」との文言の法的解釈＝裁判例と学説の検討を通じて明らかにされる。

そして、本報告書が、契約就業者とボランティアに対する現状を前提として何らかの政策的提言を行うことを目的としていることを考慮すると、

第二に、政策の規範的根拠、すなわち、憲法規範における法理論的根拠を考える必要があり、さらに、

第三に、可能な限り具体的な政策提言をしなければならない。

以上の検討課題を秩序立てると、

- ① 憲法規範における政策の法理論的根拠の検討、
- ② 社会法各法における「労働者」の定義の検証、
- ③ 「使用される」との文言の法的解釈＝裁判例と学説の検討
- ④ 具体的な政策提言の試み、

となる。その理由は、憲法規範を頂点とする社会法の体系性、規範序列を考慮しているからであり、具体的な政策提言が最後に述べられるのは、現行社会法の規定内容を超えて、将来における法改正又は立法における課題を提示しているからである。以下、この順を追って検討を進めることにする。

2. 憲法規範における政策の法理論的根拠

ここでは、憲法を対象に、契約就業者とボランティアに対する政策の法理論的根拠を検討する。具体的な検討の手順は以下のように設定する。

労働関係法令の根拠法たる憲法 27 条と 28 条から説き起こしていく。もちろん、具体的な憲法上の根拠規定がなくとも、社会的経済的実情から生ずる要請に応じて立法政策を行うことは妨げられないと解することはできる。しかし、先の憲法規定を頂点とする社会法の体系的整合性を考慮するとき、具体的な立法政策（法改正を含む）、特に、仮に契約就業者とボランティアに対する新たな立法措置が必要ではないかと考えられる場合、新たな立法の根拠となる憲法規範上の要請ないし正当性が法的に確認される必要があると考える。したがって、ここでは、まず、先の憲法各規定から説き起こすことから始めることにする。

次に、先述したように、「使用される」との文言は、社会法における「労働者」であることの要件とされている。「労働者」との文言は、憲法規定上は「勤労者」と表現されているが、この文言に契約就業者とボランティアが含まれると解されるならば、社会法としてそれらに何らかの立法的手当を行うことが憲法規定から直接的に導出されうる。しかし反対に、

「勤労者」との文言に、契約就業者とボランティアが含まれないと解されるならば、それらの者に対する立法的手当に際しては、何らかの憲法規範上の論拠を創出することが求められるのではないかと考える。

すると、具体的作業としては、憲法規定上の「勤労者」の法的概念を検証する必要性が生じてくることとなる。

以上の憲法規定の検証を通じて、「使用される」との法的意味ならびにこれを要件とする社会法における「労働者」の法的概念の検討に当たり、有益な手掛かりに接近することができるのではないかと考える。なぜなら、契約就業者もボランティアも、上述したように法的意味において「労働者」ではないと解されていると思われるが、それらの者が、最高法規たる憲法において想定されているかを検証することにより、憲法に基づく個別法規において想定されている存在であるか否かを明らかにすることができるのではないかと考えるからである。また同時に、特にボランティアに関しては、先述したように、そのような活動は、通常の労働に想定されている“社会において生活を維持するための賃金等対価を得るための活動”とは異なる性質を有する活動であると推測されることから、現代的意味における「働くこと」の法的意味にも接近することができるのではないかとと思われる。

(1) 憲法 27 条

27 条 1 項は、「すべて国民は、勤労の権利を有し、義務を負ふ。」と規定する。本条項には、「勤労者」という文言は含まれていない。

では、「勤労」という文言から何が分かるか。法文を一読しても、「勤労」つまり「働くこと」の法的意味は明らかではない。

では、「勤労の権利」という文言から何が分かるか。この権利が社会権であることを考えると、27 条 1 項の規定は、「働く意思と能力を持つが就労の機会を得られない国民に対し、国は、一定の配慮をすべきことを命じている¹²⁾ 条文であると解釈される。そして、これを受けて国は、労働市場法制や労働保険制度を整備している¹³⁾と理解できる。

さらに、「勤労の義務」という文言からは何が分かるか。この意味するところは、強制的な勤労活動が義務付けられたり、勤労義務違反者に対して制裁が課されたりするわけではないが、国民に向けられた精神的指示という範囲を超えて、働く能力のある者は自己の勤労によって社会で生活を維持し、そうでなければ生存権や労働権の保障が及ばないということを明らかにした条文であると解釈されている¹⁴⁾。したがって、資本主義経済社会において「社会生活の維持」を図るということは、賃金等対価を得る目的での活動を意味するものと理解し

¹²⁾ 伊藤正巳『憲法〔第 3 版〕』（弘文堂、1995 年）390 頁。

¹³⁾ 前掲書、同頁。

¹⁴⁾ 樋口陽一、佐藤幸治、中村睦男、浦部法穂『注解 法律学全集② 憲法Ⅱ〔第 21 条～第 40 条〕』（青林書院、1997 年）195 頁（中村睦男執筆部分）。

うる。

次に、27条2項は、「賃金、就業時間、休息その他の勤労条件に関する基準は、法律でこれを定める。」とする。ここでも「勤労」との文言が用いられているが、その意味は文理上明らかではない。この規定は、言うまでもなく、「労働者の生存を確保するために、国が最低限度の基準を設定しなければならないといういわゆる社会国家の要請に応える¹⁵⁾」という意味が与えられている。労働基準関係法制がその具体化である。すると、「勤労」とは、労基法等における「労働」という文言と互換性を有すると考えられることになるが、これに先の「社会生活の維持」という考えを加味すると、賃金等対価を得る目的での活動を「勤労」と言うことと解されることになる。

(2) 憲法 28 条

では、憲法 28 条には何か手がかりがあるか。同条は、「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、本条においては「勤労者」との文言が用いられている。憲法が勤労者にこれら労働三権を与えているのは、勤労者が資本家＝使用者に比して経済的に劣位な立場におかれていることを考慮してのことであるが¹⁶⁾、ゆえに憲法は、集団的な圧力や交渉力を背景に使用者と対等な立場で労働条件について交渉することを認め、これを受けて労組法が制定されている。すると、憲法 28 条において想定される「勤労者」とは労組法が想定する「労働者¹⁷⁾」と同じであると解しうる¹⁸⁾。労組法における「労働者」の解釈としては、現に雇用関係がなくとも、賃金などにより生活する者（例えば失業者）であればその適用が及ぶ¹⁹⁾とされている。また、後述するように、労組法における「労働者」概念は、「使用される」こと、すなわち“使用従属関係”に基づいて法的に判断されている²⁰⁾。憲法上の「勤労者」と労組法上の「労働者」が同義であるならば、憲法上の「勤労者」も、「使用される」ことを想定しているのではないかと推測されうる。また、このことから、憲法 28 条における「勤労」も、賃金等対価を得る目的による活動を指すものと理解しうる。

(3) 労働法学からの憲法解釈

以上は、憲法学および労働法学において一般的に理解がなされている解釈である。

では、本章において以後検証する「従属性」という観点から労働法ないし労働を把握する

¹⁵⁾ 前掲注 12 伊藤、391 頁。

¹⁶⁾ 前掲注 12 伊藤、390 頁。

¹⁷⁾ 労組法 3 条は、「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をいう。」と定めている。

¹⁸⁾ 下井隆史『労使関係法』（有斐閣、1995 年）10 頁。憲法上の「勤労者」には公務員も含まれるが、労組法において公務員は大幅な適用除外がなされている。

¹⁹⁾ 前掲注 10 菅野、486 頁参照。

²⁰⁾ 前掲注 10 菅野、486 頁参照。

諸家の考え方はどうか。このことを問題にするのは、憲法解釈について労働法的観点から独自の憲法解釈を行っているのか、それがあれば、労働法学において共通の理解となっているのかを確認するという意味があると思われるからであり、特に、憲法上の「勤労者」概念に、契約就業者とボランティアが含まれる余地があるのかを確認する意味があるからである。しかし、以下に述べるように、憲法における勤労者ないしは勤労について明確に検証を加えている者はほとんどいない²¹。

沼田は、27条の勤労権については、28条の勤労者の検討にあたってこれとの対比で27条の勤労概念について言及する中で、27条の勤労の意味を、「特に雇用労働・・・について意識せられてい」と述べている²²。したがって、沼田は、27条にいう勤労の主体を、労働関係において資本＝使用者と対立する階級における存在として従属性を有する者すなわち労働契約を締結し労基法の適用が想定されている勤労者（この場合公務員も含む）であると想定し、その結果、27条にいう勤労は、雇用労働関係にある従属性を有する活動を指している、と考えられる。

他方、28条の勤労者概念については、具体的な適用対象主体として労組法3条に掲げられている「労働者」の定義規定を引用しつつ、「賃金等の収入が生活の基礎であり、その労働が従属労働であり、したがって資本所有者の指揮下においてなされ・・・る限り、対立階級を予想する勤労者たるもの」が、28条における勤労者であるとする²³。（なお、沼田は、従来は「農民や小商人といった勤労が最大の収入源であるような人民層を含」めて勤労者を考えていたようだが、憲法28条に即せば、「対抗関係をもった労働者、即ち勤労関係が階級対立の直接的な基盤となっている勤労者を念頭に置いて」おり、また、「かかる階級的人間をとらえるところにこの規定（憲法28条：筆者注）が生きて来るわけであるから、自作農や小商人は含まないとするのが正しい理解」であるとしている）

また、山中は、27条の勤労の権利について、社会政策の実施によって労働契約を締結し公正な賃金を得る（生活の資を稼ぐ）機会を保障される権利である、という趣旨のことを述べている²⁴。したがって結論としては、沼田が述べているように、労働契約に基づいた労働関係を取り結んでいる一方当事者である者を労働者であると理解しているものと思われる。

さらに、蓼沼は、労働にかかる基本的な権利としての労働基本権は、「他人に雇用されて従

²¹ 従来学会では、従属労働または労働者の従属性という観念論的議論（沼田稲次郎『日本労働法論（上）』（日本科学社、1948年）、同『労働法論序説』（勁草書房、1950年））や、労働法概念の統一的把握の過程において従属性を考慮するか否かという議論（石崎政一郎『労働法講義（I）』（青林書院、1958年）1頁以下、石井照久『労働法総論〔増補版〕』（有斐閣、1979年）177頁以下）が主であったように見受けられる。また、従来、憲法規定に則した労働法学からの法律学的問題意識として、憲法27条における勤労権（労働権）には具体的権利性があるのかそれともプログラム性のみ有するのかといった論争（川口實「労働権」日本労働法学会編『現代労働法講座 第1巻 労働法の基礎理論』（総合労働研究所、1981年）166頁以下）、28条における労働三権にかかる制限の是非にかかる論争（蓼沼謙一「労働基本権の性格」日本労働法学会編『新労働法講座 第1巻』（有斐閣、1966年）105頁以下）がなされていた。

²² 沼田稲次郎『団結権擁護論』（勁草書房、1954年）133頁。

²³ 前掲書、同頁。

属労働を給付しその対価をもって生活の資としなければならぬ経済的・社会的地位におかれている者をいい、現にどこかに雇用されているか否かを問わない。」とする。法律学的には、「労働基本権を、「国民」の「労働」一般—自営業者としての独立労働と他人に雇用されての従属労働との両者を含む—に関する基本権と解すると、憲法 22 条に定める居住移転・職業選択の自由も「労働基本権」の中に含まれることになってしまう」が、「労働基本権」の観念は、・・・「労働者の生存権」という原理を担うものとして登場したものであり、・・・(憲法 22 条が有する性格としての：筆者注)「労働の自由」と「労働基本権」とは、理念的基礎と性格とを歴史的に異にするものと解し、よって、憲法上の「勤労者」は、「国民」のうちの「労働者」という労働契約によって使用者との関係を取り結び従属的な地位に位置付けられる者をいう者であると解している、と思われる。

(4) 小括

以上見たように、憲法規定を見る限り、「勤労者」ないし「勤労」の法的意味は必ずしも明らかではない。また、憲法学上明確な一般的理解もない。

しかし、憲法解釈や憲法の規定を具体化する関連労働法制を参照した場合、少なくとも手がかりは得ることができた。つまり、「勤労」とは“社会において自己の生活を維持ないし向上させていくために賃金等対価を得る目的の活動”であり、「勤労者」とは、“それを具体化実現する活動主体”であると推測できるということである。

また、従来の労働法学説における勤労者ないし勤労の法的概念の検討からは、上述の理解の仕方に加え、労働契約を締結して法的関係性を築き、使用者に対して「従属的」な立場におかれている者を「勤労者（＝労働者）」であると理解していると考えられる。

したがって、本プロジェクトが特に念頭においている、契約就業者とボランティアについて、前者は、その活動の目的が自己の生活を営む、すなわち賃金等対価を得るためであると考えられるが、労働契約を締結せずしたがって対価に賃金性はなく、就業の一方当事者に対して従属的な地位に置かれていないがゆえに、憲法における「勤労者」ではないと解され、かつ、その活動は憲法にいう「勤労」ではないということになる。後者については、その活動の目的が自己の生活を営む、すなわち賃金等対価を得るためではないことから、端的に憲法における「勤労者」ではないと解され、かつ、その活動は憲法にいう「勤労」ではないということになる。すると、契約就業者とボランティアについて、国が憲法規範を根拠として積極的に政策を立案・適用していくということは、法的根拠のないものであるということになる。

契約就業者にかかる問題は、この就業者が雇用労働者ではないがゆえに（法形式上労働契約を締結するのではないがゆえに）憲法規範に根拠付けられた社会法の適用がないことにな

²⁴ 山中康雄「労働権」日本労働法学会編『労働法講座 第1巻 総論』（有斐閣、1956年）155頁。

るが、①そうであるならば、根拠規範たる憲法上も、契約就業者による賃金等対価を得るための活動を「勤労」の概念に含め、彼らを「勤労者」の概念の範疇にあると理解すべきか、②反対に、就業の性質すなわち雇用労働者に近似する就業状況が客観的にあるにもかかわらず社会法の適用を現実を受けていないかあるいは裁判所判決によって社会法の適用が否定されたが、法政策として契約就業者にも社会法の適用を及ぼしていくとすればどのような方法があるのか、という二つの問題があると思われる。

また、ボランティアについては、その諸活動が憲法の「勤労」概念において想定されておらず、ひいては憲法に根拠をおく社会法各法がまったく適用されないという事態が生じ、果たしてそれでよいのかという問題に行き着くが、個別の立法政策の検討をする前提として、ボランティアを憲法上どのように位置づけるのか、という問題が生じる。

以下では、これらの問題について憲法との関係で検討する。

(5) 検討

まず契約就業者について検討する。ここでは憲法上の問題を検討するので、まず、上記①の問題について考える。

契約就業者は、法律学的には、「請負」または「委任」契約を締結し、ゆえに、市民法上もう一方の当事者と対等な当事者であることが想定され、自己の計算とそれに基づく危険を負担することによって業をなしていると一応考えられる。したがって、契約就業者は、自営業者として位置付けられると理解される。しかし、その実質的な就業状況（特に、契約関係の継続性）から考えると、場合によっては、契約の一方当事者たる企業法人または事業者主側との関係において、経済力ならびに交渉力の格差および情報の非対称性が見受けられるのではないかとと思われる。このことは、営利活動一般に広く見られるものであろうと推測されるが、こと労働法的観点から見た場合、従前の学説が述べていたような一方当事者との間に就業を通じた「従属的」関係が形成されるのではないかと考えられる。したがって、契約就業者は、従来の学説が想定するような“労働契約関係に基づき”労務を提供するわけではなく、また、“労務の提供それ自体”を契約の目的とするものではないが、契約を通じた就業過程において従属的地位に立たされることは、労働契約に基づき就業する者がおかれる従属的地位と異なるところはないと思われる。このことから、契約就業者も、憲法上の「勤労者」概念に含まれ、同時に、その就業は「勤労」概念の範疇に入るのではないかと考える。

以上のことが、仮に法理論的に正当なものであるとされる場合、次に問題となるのは、上述②の問題と関連して、憲法規定を根拠とした社会労働政策において、契約就業者が法政策的にどのように扱われるのかということとなる。この点については、「7. 具体的な政策提言の試み」において検討を行う。

次に、ボランティアについて検討する。

NPO 法人数の増加、社会貢献・市民活動機運の高まり、社会連帯の重要性を考えると、

社会全体におけるボランティア活動の有用性を法的に無視できるのだろうかという問題がある。ここでは、無視できないという前提で、個別具体的な法政策の根拠規範としての憲法解釈に即して考える。

国が社会労働政策としてボランティアにかかる施策すなわち法令等の整備を考えると、筆者は、その根拠付けとなる憲法上の理由が必要なのではないかと考えるが、私見では、その理由付けには二つの選択肢があるように思われる。

一つは、ストレートに憲法上の「勤労者」にボランティアを含めるという考え方である。この場合には、社会生活を維持するつまり“賃金等対価を得ることを目的とする活動を行う者”という共通解釈としての基本的前提を放棄しなければならない。これが可能かという、おそらく難しいだろう。なぜなら、雇用労働にかかる現行社会法体系は、かなり成熟した状態で確立し、長年月が経過していることから、「勤労者」概念にかかる共通解釈を覆すことは不可能と思われるからである。

では、二つ目の選択肢とは何か。憲法における「勤労者」概念が有する限界を克服すべく、ボランティアに対しても法的規整を及ぼしていく憲法上の根拠を与えるために、次のように「勤労者」概念を拡張してはどうかと筆者は考える。きわめて擬制的だが、特に憲法 27 条における「勤労者」概念を、憲法 13 条の「個人の尊重」、14 条 1 項の「法の下での平等」、19 条の「思想・良心の自由」、22 条 1 項の「職業選択の自由」、25 条 1 項の「生存権」を根拠に、“個人の考えが社会生活において十分に尊重され、その考えにしたがって社会生活に参画する諸活動を行う場合、その諸活動それ自体が社会に対する貢献として社会全体によって認識され、異なる性質を有する他の諸活動と異なる取り扱いを受けないことを私的および公的に約束された諸活動を行う者”と定義するのである²⁵。

そして、この定義を基礎とした社会法におけるボランティアにかかる法政策の具体的検討は、「7. 具体的な政策提言の試み」において行う。

以上の憲法規定の検討から派生して、就業形態の多様化という問題の延長線上にボランテ

²⁵ しかしその反面で、例えば強行的直律的効力を有する労働基準法（13 条参照）がボランティアにも適用されるかという問題を想定してみると、問題が生じる可能性もある。つまり、特に有償ボランティアは、事業主体である NPO の組織的性格上営利を迫及しない事業に組み込まれており、かつ、自らも賃金等対価を目的としない認識していたとしても、強行法規である労基法等関係法の解釈として、使用従属関係など諸要素から「勤労者」であることは現行解釈上客観的に定まるので、NPO 法人と就業者本人が意図していないとしても労基法が適用される余地があり得る（もっとも、現時点までにおいて、社会市民活動団体所属者の勤労者性を判断したおそらく唯一である判決においては、社団組織の専従事務局員ないし事務局長であった原告の勤労者性が否定されている（HIV 訴訟を支える会事件・東京地判平 12.9.11 労判 801 号 86 頁））。NPO は実質的に多くのボランティアに支えられて運営されていること、資金繰りが困難であることが一般的な理解であろう。そう考えると、ボランティアが「勤労者」であるとして、賃金支払いや人事管理コストの負担が法人に課せられるとすれば、予期せぬ出来事として、ますます盛んになりかつ社会経済的に重要な地位を占めていくであろう NPO 法人の存立基盤にもかわる問題に発展しかねない。以上のように考えていくと、特に賃金等対価を得ることを目的としない活動に対して法的保護を及ぼすべきか否かは、NPO 法人という事業体をその就業関係を視野に置かず育成していくことを中心に政策を実行するのか、その問題とは全く別個の次元の問題として NPO 法人の育成にあまり関心を払わずにそこでの就業関係に介入していくのか、あるいはそれらを取り混ぜてバランスを取りつつ部分的に育成したり介入したりするのかという政策的価値判断を国は迫られることになる。

ィアという働き方を捉えるとき、「働くこと」の意味および「労働者」であることを、法律解釈や法政策の次元において、現在の社会的価値観を取り込みながら画定する作業が必要となってきたと思われる。このことは、「使用される」ことならびに「労働者」であるということとは法的に何を意味するのか、また、どうあるべきかということを検証し、再構成する必要性にも繋がってくる。そこで、以下では、社会法各法における「使用される」こと等を要件とする「労働者」の概念を検討することにする。

3. 社会法各法における「労働者」の定義の検証

(1) 個別的労働関係法²⁶

まず、個別的労働関係法について見る。個別的労働関係法とは、主に労働契約に基づく使用者と労働者との法的関係を規整する法分野の総称であるが、適用や制度枠組みの対象が労働者ないし勤労者である法律についても、この範疇において分類している。この分野における第一に主要な法律は労働基準法である。

ア. 労働基準法

(ア) 労基法 9 条の法的意味

労基法 9 条は「労働者」を、「職業の種類を問わず」事業に「使用され」「賃金を支払われる」者であると定めている。「職業の種類を問わない」ということは要件ではなく、また、契約形式が労働契約ではなく請負（民法 632 条）や委任（民法 643 条）といった民法上の典型契約でもその他の無名契約でも構わないので²⁷、「労働者」であることを画定するためには、「使用され」「賃金を支払われ」ているかどうかが重要な要素となる。このうち、「賃金」は、「名称の如何を問わず、労働の対償として使用者が労働者に支払うすべてのものをいう」（労基法 11 条）ので、「賃金」と「労働者」は相関的な関係にあるものの、労務提供に対価性があれば「賃金」性は認められるので、「労働者」性判断にとってさして重要な要素ではない²⁸ことになる。より重要なのは、「使用される」との文言である。

従来、「使用される」ことは、「使用従属関係」ないしは「人的従属性」と呼ばれ（これら文言は互換性を有すると理解されている）、現在では、「指揮監督性」や「指揮命令性」といった呼称²⁹もあるが、要するに「使用される」とは、「使用者の指揮監督下における」労働を

²⁶ 筆者のように、個別法ごとに「労働者」の概念を検討し、分類した文献として、稲垣正昭「労働者」日本労働法学会編『新労働法講座 第 1 巻』（有斐閣、1966 年）173 頁以下、山本吉人「労働者・労働組合」日本労働法学会編『現代労働法講座 第 1 巻 労働法の基礎理論』（総合労働研究所、1981 年）210 頁以下がある。

²⁷ 山川隆一『雇用関係法 第 3 版』（新世社、2003 年）20 頁。

²⁸ 安枝英神・西村健一郎『労働基準法（労働法Ⅱ）』（青林書院、1996 年）28 頁。

²⁹ 青木宗也・片岡昇編『注解法律学全集 44 労働基準法Ⅰ〔序説・第 1 条～第 41 条〕』（第 9 条・安枝英神執筆部分）（青林書院、1994 年）112 頁。土田道夫『労働法概説Ⅰ 雇用関係法』（弘文堂、2004 年）19 頁。なお、労基法 9 条における「労働者」をその歴史を含めて概観した文献として、東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法 上巻』（第 9 条、橋本陽子執筆部分）（有斐閣、2003 年）137 頁以下がある。

意味する。しかし、沿革的に工場労働者を念頭に構成されているこのような判断基準は、工場労働者以外の労働者に対して適用する場合には非常に難しい問題を生じさせる。就業形態の多様化・複雑化に伴って生じる限界的事例をどのように判断するのかという問題である。そこで、第一次的に法解釈を行う行政機関は、蓄積された裁判事例を参考に、「使用従属関係」の有無を判断するための考慮要素を策定している。考慮要素を示すと、以下の通りである（なお、公表された時系列順で掲げている）。

- ・労働基準法研究会報告（労働契約・就業規則関係）昭和 54 年 9 月 5 日
 - ① 諾否の自由又は時間的拘束の有無
 - ② 業務遂行の具体的な指揮監督の有無、業務遂行補助者使用の可能性等裁量の有無
 - ③ 報酬決定方法基準の一般的賃金決定基準との類似性の有無
- ・労働基準法研究会第 1 部会報告（労働契約関係）昭和 60 年 12 月 19 日（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）
 - 1. 「使用従属性」の判断基準
 - ① 「指揮監督下の労働」に関する判断基準
 - a. 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
 - b. 業務遂行上の指揮監督の有無
 - c. 拘束性の有無
 - d. 代替性の有無
 - ② 報酬の労務対象性に関する判断基準（報酬の指揮監督下労務対償性）
 - 2. 「労働者性」判断の補強要素
 - ① 事業者性の有無
 - a. 機械・器具の負担関係
 - b. 報酬の額（当該企業で同様の業務に従事する正規従業員との比較で）
 - c. その他（業務遂行上の損害賠償責任、独自の商号使用など）
 - ② 専属性の程度
 - a. 他社業務への従事の制約及び経済的従属性
 - b. 報酬に固定給部分があり、かつ報酬自体に生活保障的要素が強い場合
 - ③ その他（使用者がその就業者を自らの労働者と認識していると推認される点）
 - a. 選考過程
 - b. 源泉徴収
 - c. 労働保険の適用対象
 - d. 服務規律の適用
 - e. 退職金制度、福利厚生適用
- ・労働基準法研究会報告（労働契約等法制関係）平成 5 年 5 月 10 日（労働省労働基準局監督課編『今後の労働契約等法制のあり方について』日本労働研究機構、1993 年）（筆者による要約）

結論として昭和 60 年の労基法研究会報告による判断基準を用いるべきとしているが、労働者性の広がりとして、具体的指揮命令の程度が小さい「スタッフ職」「専門職」、時間的拘束度が小さい「フレックスタイム制」「裁量労働制」、場所的拘束度が小さい「在宅勤務者」「サテライトオフィス制」、労働者類似の就業態様として、「自営的事業」「共同経営的事業」（「一人親方」「有償ボランティア」「フランチャイズシステム」）が意識的に挙げられており、「使用される」という概念をメルクマールとして用いることに問題がないわけではないと認識されている。

そして、a. 民法上の「労務に服する」「労務の提供を行う」を用いること、b. 別途法制により対応すること、が代替案として示されているが、a. については、適用範囲の不明確さ、指揮命令関係を前提とした労働時間法制の存在から、現行の労働者の定義を変更することには慎重であるべきとの見解が示され、b. については、家内労働法や労災保険の特別加入制度があるものの、実態に即してその必要性を検討すべきとの慎重な態度が示されている。その背景には、やはり「労働者性」判断の一義的基準の定立は困難で、個別事案に即した総合判断にならざるを得ないとの考えがある。ゆえに、当面は、昭和 60 年の労働基準法研究会報告における基準（前掲）よることが適当との結論に至っている。

- ・労働基準法研究会労働契約等法制部会労働者性検討専門部会報告－建設業手間請け従事者及び芸能関係者に関する労働基準法の「労働者」の判断基準について－（労働省 1996 年 3 月）（労働法律旬報 1381 号 56 頁掲載。以下、「判断基準」のポイントのみで、筆者による要約）

[建設業手間請け従事者について]

1. 使用従属性に関する判断基準

(1) 指揮監督下の労働

- イ. 仕事の依頼、業務に従事すべき旨の指示等に対する諾否の自由の有無
 - ・ 断ると次から仕事が来なくなる場合、作業が他の職種との有機的関連性を持って行われるため業務従事の指示を拒否することが業務の性質上そもそもできない場合 ⇒ 直ちに指揮監督関係を肯定する要素にならず、契約内容や諾否の自由が制限される程度を勘案する必要。
- 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
 - ・ 当該指示が通常注文者が行う程度の指示等にとどまる場合 ⇒ 指揮監督関係を肯定する要素にならない。
 - ・ 工程について他の職種との調整を行っていることは業務の性格上当然であるので、このことは業務遂行上の指揮監督関係の存否に関係しない。
 - (ロ) その他
 - ・ 通常予定されている業務以外の業務に従事することがある場合 ⇒ 使用者の一般的な指揮監督を受けているとの判断を補強する重要な要素となる。
- ハ. 拘束性の有無
 - ・ 勤務場所が建築現場、刻み作業場等に指定されていることは、業務の性格上当然であるので、このことは直ちに指揮監督関係を肯定する要素とはならない。
 - ・ 他職種との工程の調整の必要がある場合、近隣に対する騒音等の配慮の必要がある場合に勤務時間の指定がなされたというだけでは、指揮監督関係を肯定する要素とはならない。
 - ・ 労務提供の量・配分を自ら決定、契約に定められた量の労務を提供すれば契約上予定された工期の終了前でも契約が履行されたことになり、他の仕事に従事できる場合 ⇒ 指揮監督関係を弱める要素となる。

ニ. 代替性の有無

- ・ 補助者使用に関する本人の権限の程度、本人と補助者との作業の分担状況を勘案する必要。

(2) 報酬の労務対償性に関する判断基準

- ・ 時間単位の報酬計算は使用従属性を補強する重要な要素。
- ・ 出来高計算や、請求書を提出させる場合でも、このことのみでは使用従属性を否定する要素にはならない。

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、器具等の負担関係
 - ・ 高価な器具の所有と使用は事業者性を強め、労働者性を弱める（所有していても実際に使用していなければ労働者性を弱めない）。
- ロ. 報酬の額
 - ・ 同種業務に従事する正規従業員よりも高額な場合は労働者性を弱める（額の高さが長時間労働の結果であり、時間単位では同種業務従事の正規従業員と異なる場合は、労働者性を弱めない）。
- ハ. その他
 - ・ 業務遂行過程等の損失・損害の責任を負う場合は事業者性を補強する要素となる。第三者に対する損害賠償責任についても同じ。
 - ・ 独自の商号の使用は事業者性を補強する。

(2) 専属性の程度

- ・ 専属性がないことは労働者性を弱めないが、判断に際しての補強要素の一つとなる（例えば、長期間継続して特定企業の仕事のみを請けている場合）。

(3) その他

- イ. 給与所得として源泉徴収を行っている場合は労働者性を補強する一要素となる。
- ロ. 発注書・仕様書等の交付により契約を行っていることは事業者性を推認する。但し、これら書面の交付のみならず、内容が事業者性を推認させるものかを検討する必要がある。
- ハ. 他の日に事業主として請負を行っていることは手間請け日の労働者性判断に影響しない。
- ニ. 手間貸し・手間返しの場合には労働者性の問題は生じない。

[芸能関係者について]

1. 使用従属性に関する判断基準

(1) 指揮監督下の労働

- イ. 仕事の依頼、業務に従事すべき旨の指示等に対する諾否の自由の有無
 - ・ 包括的な仕事の内容である個々具体的な仕事の依頼について拒否する自由が制限されている場合、専

属下請的に事実上仕事の依頼を拒否できない場合 ⇒ これら場合の諾否の自由は、直ちに指揮監督関係を肯定する要素とはならず、拒否する自由が制限される程度を勘案。

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

- ・俳優やスタッフなど芸術的創造的な業務に従事する者については、業務の性質上、大まかな支持にとどまる場合があるが、このことは直ちに指揮監督関係を否定する要素にはならない。

(ロ) その他

- ・通常予定されている以外の業務に従事することを拒否できない場合は指揮監督を受けているとの判断を補強する重要な要素となる。

ハ. 拘束性の有無

- ・勤務場所がスタジオ、ロケ現場に指定されていることは業務の性格上当然なので、このことは直ちに指揮監督関係を肯定する要素にはならない。
- ・勤務時間の指定・管理が場面設定との関係上特定の時間にしか撮影できないなどの事業の特殊性によるものである場合には、指揮監督関係を肯定する要素とはいえない。
- ・反対に、業務の遂行を指揮命令する必要によるもの（撮影時間、休憩、移動）は、指揮監督関係を肯定する一要素となる。

ニ. 代替性の有無

- ・労務提供の代替性があることは、指揮監督関係を否定する要素の一つとなる。

(2) 報酬の労務対償性に関する判断基準

- ・拘束時間や日数が当初の予定よりも延びた場合に報酬がそれに応じて増える場合には、使用従属性を補強する要素となる。

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、器具等の負担関係

- ・使用する衣装・機材が著しく高価な場合には事業者性を強め、労働者性を弱める。

ロ. 報酬の額

- ・当該企業で同「様」の業務に従事している正規従業員に比して著しく高額である場合、これは事業者に対する代金支払いで、労働者性を弱める要素となる。その場合は同「種」業務に比して高額である場合が基準となる。

ハ. その他

- ・第三者に対する損害賠償責任を負うことは事業者性を補強する要素となる。

(2) 専属性の程度

- ・専属性がないことは労働者性を弱めることにはならないが、その判断を補強する一要素となる（他者業務への就業制限、時間的余裕がない等事実上の困難性＝経済的従属性＝労働者性を補強する一要素）。

(3) その他

- ・給与所得として源泉徴収を行っている場合は労働者性を補強する要素の一つとなる。

しかし、以上の判断基準を具体的事案にどのように適用するのかということは、実際には極めて困難な作業であり、後述するように、裁判例における論理と結論は一様ではない³⁰。

(イ) 「労働者」概念の相対性

また、労基法9条における「労働者」をめぐっては、その人的適用範囲としての「使用従属関係」の画定に際して考慮される要素として、「法の目的」がある。各法律は、その具体的内容を実現するために一定の目的を有しているが、労基法も例外ではない。労基法は、私的

³⁰ (社)全国労働基準関係団体連合会『労働法上の「労働者」性の判断に関する裁判例の傾向と分析』（1995年）をみると、同じ職種でも「労働者」であることが肯定された例と否定された例があることがまとめられている。したがって、判断基準の適用は難しく、明確な一般的傾向は見出しがたいと考えられる。また最近では、労基法と同じ「労働者」概念が用いられている労災保険法における「労働者」性が争われた、一連の横浜南労基署長（旭紙業）事件諸判決においても、一審（横浜地判平5.6.17 労判643号71頁）、控訴審（東京高判平6.11.24 労判714号16頁）、上告審（平8.11.28 労判714号14頁）で、それぞれ結論と理由付けが異なり、判断基準の適用による具体的事案処理の難しさが伺われる。

な労働契約関係に対して国家が刑事罰と労働基準監督制度を背景として介入する、労働契約における労働条件の最低基準を確保するという最低労働条件基準保護法、端的には労働者保護法である。この意味を具体的に規定したのが、労基法 1 条 1 項にいう、「労働条件は、労働者が人たるに値する生活を営むための必要を充たすべきものでなければならない」との規定である（なお、憲法 25 条、27 条を参照）。したがって、労基法における「労働者」の概念ないし範囲を画定する具体的作業においては、誰が労基法の保護を及ぼされるべき労働者であるか³¹という法目的をも加味して行われる必要があるということになる。この結果、各法律が想定する人的適用範囲たる「労働者」は、各法が有する法目的が異なればそれぞれ異なるということになる。このことは、「労働者」概念の相対性³²と呼ばれる。

しかし、法目的が異なるがゆえに、人的適用範囲たる「労働者」の範囲が異なるといってよいことに果たしてなるのだろうか。法理論的観点から見れば妥当とも言えようが³³、実務的観点からすれば、事前の予測可能性を欠き、また、適用法規によって「労働者」であったり、そうではなかったりする、という問題が生じる。つまり、「労働者」概念に統一性がないゆえに、ある者を「労働者」として扱うべきか否か、法による保護を当初から与えなければならないのか、あるいは、公租公課において「労働者」として扱わねばならないのかという問題が生じようし、そういった問題が労働関係の展開中や終了後に紛争として発現した場合には、労使当事者に多大な訴訟コストを負担させてしまうといった問題をもたらしてしまうことになる。このように考えると、本章における問題を検討する上では「労働者」概念の相対性³⁴という点も加味しなければならないと言えよう。

³¹ 前掲注 10 菅野、96 頁、486 頁。

³² 有泉亨「労働者概念の相対性」中央労働時報 486 号 2 頁（1969 年）、下井隆史『労働基準法〔第 3 版〕』24 頁（2001 年）。

³³ 伝統的な学説では、従属労働から説き起こして理論上の概念として「労働者」概念を統一的に把握していたが（例えば、前掲注 21 沼田）、近年では、各法令の目的にしたがった相対的な把握方法を支持する学説が多いように思われる。筆者自身は、理論上、現代においてあまりに労働者の従属性を強調しこれを媒介とした「労働者」概念の把握方法は意味がないように思う。反面、本文において述べたように、実務上の問題から、各法令における「労働者」の概念は統一された方がよいように考えている。

³⁴ 本章では特に検討対象としていないが、さらに、労基法の「労働者」に該当する者は、法的には使用者と労働契約を結んでいるものとして取り扱われるため、労基法が規整の対象としていない諸問題にかかる「労働契約法理」が適用されることになる（特に従来は、請負等契約就業者に対する契約打ち切りに対して労働契約法理の一つである解雇権濫用法理が適用されるかが大きな問題であったと思われる。しかし今後は、平成 15 年改正労基法 18 条の 2 において同法理が明文化されたことから、請負契約が労働契約とみなされるかどうかではなく、端的に請負等契約就業者が「労働者」に該当するかを検討すればよいように思われる。なお、前掲注 10、菅野 74 頁 96 頁参照）。裏返せば、労働契約を結んでいる者は、労基法における「労働者」として扱われるということの意味する。しかし、労働契約法理の適用対象者が労基法上の「労働者」と同一であると考える論理的必然性はまったくない（前掲注 29、東京大学労働法研究会編 139 頁）。しかし、数多くの裁判例や学説が、「労働契約性・雇用契約性」を判断する指標として、「労働者」概念を画定するための「使用従属関係」を用いていることから、根本は同じ「従属性」概念で結び付けられている。筆者はこのような状況に疑問を持っている。それは、労基法に定められた最低労働基準として労働条件が問題となっている限り、現行法解釈として、端的に労基法にいう「労働者」概念が問題とされ、ストレートにかつ客観的に「労働者」であることが画定されるのに対して、労基法に定められていない労働条件が問題となり、「労働契約性・雇用契約性」が問題にされる場合には、「契約性」が問題とされるという意味において「当事者意思」すなわち主観が、客観的状況と互いに補完し合いながら事実認定に入り込む余地が多分にあるため、同じ「使用従属関係」という指標を用いて従属性を判定するにもかかわらず、指標の考慮要素に齟齬が生じてしまうのではないかと考えるからである（「黙示の労働契約の成立」という言葉

以下では、個別的労働関係法分野に属する労働基準法以外の法律について、その適用範囲を各法文を参照しながら見ていくことにする。

イ. その他の法律

労働基準法上の「労働者」と一致する労働者を想定し規定した法律としては、**最低賃金法**（2条1号）、**賃金支払確保法**（2条2項）、**労働安全衛生法**³⁵（2条2号）、**じん肺法**（2条4号）がある。

雇用機会均等法に定義規定はない。しかし、第1条をはじめ多くの条文に「女性「労働者」」との文言が使用されていることから、労基法上の「労働者」と同一と解しうる³⁶。

育児介護休業法にも定義規定はない。2条1号「育児休業」に、「労働者（日々雇用される者及び期間を定めて雇用される者を除く）」とあることから、基本的には労基法における「労働者」と同じだが、就労の形態によって一部の者を適用除外していると考えられる³⁷。

短時間労働者雇用管理改善法（パート労働法）は、2条において、労働時間に関する適用対象資格を定めているが、通常、パート労働者は雇用契約を締結して就労すると考えられるので、本法の適用がある者は、労基法における「労働者」と同一であると解しうる。

労働契約承継法には定義規定はないが、契約承継の通知対象者として、2条1項1号2号に「雇用する労働者」と規定されている。したがって、本法の適用がある者は、労基法上の「労働者」と同一と解しうる。

家内労働法 2条2項によれば、本法にいう「家内労働者」とは、「物品の製造、加工等若しくは販売又はこれらの請負を業とする者これらの行為に類似する行為を業とする者であつて厚生労働省令で定めるものから、主として労働の対償を得るために、その業務の目的物たる物品（物品の半製品、部品、附属品又は原材料を含む。）について委託を受けて、物品の製造又は加工等に従事する者であつて、その業務について同居の親族以外の者を使用しないこ

に端的に表れているように、「契約性」の問題は、「労働者」概念という画一的客観的に定まる問題とは次元が異なる。裁判例としては、例えば、安田病院事件・最三小判平 10.9.8 労判 745 号 7 頁参照。横浜南労基署長（旭紙業）事件控訴審判決（東京高判平 6.11.24 労判 714 号 16 頁）では、労基法の労働者と同一である労災保険法上の労働者性、すなわち客観的に定まるはずの労働者性が問題とされたにもかかわらず、「できるだけ当事者の意図を尊重する方向で判断するのが相当である」と述べられており、「使用従属関係」を判断する指標をめぐっては、混乱を超えて破綻を来していると言っても過言ではない状況にまでなっている。したがって、「使用従属関係」という文言をキーワードにして「労働者」の法的概念を検討する場合、労働契約ないしは雇用契約における「使用従属関係」をも検討の対象としなければならなくなる。しかし、それでは本稿の目的を超えるので、ここではあくまでも、「労働者」概念にかかわる限定的な範囲において「使用従属関係」を検討することとする。なお、「労働契約」における「使用従属関係」を検討した先行研究は、末尾に掲げた各文献を参照。

³⁵ なお、労働安全衛生法には、「請負人」とその「労働者」に対しても、「特定元方事業者」や「注文者」は一定の措置を取ることを義務付けている（労働安全衛生法 29 条以下参照）。したがって、人的適用範囲は、実は労働基準法上の「労働者」よりも広いと思われる。

³⁶ なお、セクシュアルハラスメントに関しては、派遣先は派遣労働者がその被害を受けないように就業環境を維持する努力義務を課している（平 11.11.17 労告 138 号）。派遣先とは指揮命令関係のみがあり、労働契約は締結されていないのだから、その意味では、均等法上の「労働者」の概念を特別な政策的意味において拡張した取り扱いを行っているものと解することができる。

³⁷ なお、今通常国会に提出されている改正育児介護休業法案によれば、期間を定めて雇用される労働者であつても、休業期間終了後に1年を超えて継続して雇用されることが予定されている労働者は休業を取得することができる、と適用対象労働者の範囲が拡張される方向で改められる予定である。

とを常態とするもの」をいう。したがって、家内労働法の適用対象は、労働の対償を得ることが目的であって労働者の性格が強いにもかかわらず、就労根拠の形式は「委託」であるため、使用従属性を有する労働者であるとはみなされていない³⁸。

個別労働関係紛争解決促進法に定義規定はないが、1条の目的規定において、「労働者」ないし「求職者」とその事業主との間の紛争を解決する旨が述べられているので、ここにいう「労働者」は、基本的には労基法上の「労働者」であると考えられ、その範疇には、「求職者」も含まれるという政策目的に従った拡大が図られているものと思われる。また、紛争解決という観点から考えた場合、解雇紛争の解決にあたり、解雇された「労働者」は「労働者」性を喪失していることになるが、行政は、解雇の時点で「労働者」性を満たしていれば本法の適用対象となると解している³⁹。以上の反面、本法は、「請負」「委任」等の「契約就業者」を対象として想定していないと考えられるが、実態によって判断することとされている⁴⁰。以上のことから考えると、労基法上の「労働者」というよりは労組法上のそれに近いもののように思われる。

勤労者財産形成促進法 2 条 1 号には定義規定があり、「勤労者」と表現されている。これは、「職業の種類を問わず、事業主に雇用される者をいう」とされる。行政解釈⁴¹によれば、「勤労者」とは公務員も含むが、自営業者や家内労働者は含まれず、労基法上労働者として扱われていない者はおおむね勤労者ではない。したがって、本法における勤労者は、労基法上の「労働者」とほぼ同じと解しうる。

中小企業退職金共済法には定義はなく、1条や3条で「従業員」との文言が用いられている。そして、3条3項、28条、施行規則2条によれば、期間雇用、季節雇用、試用労働者、短時間労働者、休職者、雇用関係終了予定者を除いて対象となる退職金共済契約制度⁴²を想定しているので、使用従属性ある労基法上の「労働者」であっても、法目的を考慮して、一

³⁸ にもかかわらず、平成12年6月14日に「在宅ワークの適正な実施のためのガイドライン」（労働省女性局女性労働課）が策定され、そういった就業者に対する一定の保護的措置が及ぼされている（契約条件の文書明示、契約条件の適正化として、報酬の支払期日、報酬の額、納期、継続的な注文の打ち切りの場合における事前予告、個人情報保護、健康確保措置、能力開発機会の付与。もっとも、家内労働法においても、就業時間、委託打ち切りの予告、工賃の支払、最低工賃額、安全衛生に係る規定が置かれ、家内労働者に対する一定程度の保護が策定されている）。なお、パソコンなどを利用した入力等作業は、文理解釈上「家内労働」の範疇には含まれないはずだが、行政解釈（平2.3.31基発184、婦発57）によれば、入力作業等は「家内労働」であり、これを行う在宅就業者は「家内労働者」とであると解されている（森戸英幸「我が家が一番？」日本労働研究雑誌467号（1999年）51頁）。しかし、Eメールによるデータ送信は適用外であり、時代遅れとの批判がある（前掲注28、東京大学労働法研究会編、153頁）。

³⁹ 厚生労働省大臣官房地方課労働紛争処理業務室編『個別労働紛争解決促進法』（労務行政研究所、2001年）101頁。

⁴⁰ 前掲書、同頁。

⁴¹ 昭47.1.22基発38。

⁴² なお、本法に基づく退職金共済制度には、建設業を対象としたもの、林業を対象としたもの、清酒製造業を対象としたものがあるが、このうち、建設業のそれは、一人親方でも任意組合を作れば被共済者になることができ、また、林業のそれは、日々雇用や季節的就業といった就業期間や継続性にかかわらず制度を利用することができる（厚生労働省HP中の「主な制度紹介」参照）。したがって、制度の基本目的とは別に、産業特殊性を考慮して法・制度目的を細分化することによって適用対象を決している立法であると考えられることができるだろう。

部の「労働者」を適用除外しているものと解しうる。

労働金庫法では、2条に労組法と同じ定義規定がある。すなわち、「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」である。したがって、労基法上の「労働者」よりも範囲が広く、例えば失業中の者をも含み、かつ、憲法28条における「勤労者」と同一であると解される。

勤労青少年福祉法に定義規定はないが、4条「関係者の責務」に、「雇用する」勤労青少年の福祉を増進するようとの努力義務が定められていることから、使用従属性を有する「労働者」を想定しているものと推測される。

その他：なお、雇用労働法分野に属しないが、厳密には「労働者」といえない就業者に対して一定程度の保護を及ぼしている法律がある。

一つは、1956年制定の下請代金支払遅延防止法である。この法律は、元受企業の圧力により、下請企業が受ける不利益を除去・防止することを目的としており、下請け代金の支払い遅延をはじめ、親事業者に対して、下請業者の給付内容、下請代金の額・支払い期日・支払い方法を記載した書面の交付などを義務付け（3条、5条）、また、不当な受領拒否、代金減額、返品買い叩き、製品・原材料等の強制購入を禁止している（4条1項）⁴³。

もう一つは、民法306条2号、308条であり、給与に対する一般先取特権を認める規定である。この規定は、特に会社が倒産した場合の賃金債権の確保に関して重要である。従来は「最後の6ヶ月間」の「雇人の給料」と定められていたが、平成14年の法改正により、期間の限定が撤廃され、かつ、「雇用関係」から生じた給与とされた。この「雇用関係」の意味は、国会答弁によれば、実質的に雇用関係があると考えられる請負や委任による労務提供の場合をも含むということなので、従来よりも適用対象範囲が拡大されたことになる。但し、雇用関係の“実質性”を巡る紛争が生じる可能性は多分にある。

(2) 集团的労働関係法

次に、集团的労働関係法を見る。

労働組合法では、3条が、「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をいう」と定めている。この規定には、「賃金、給料その他これに準ずる収入」との表現があり、また、本法が憲法28条の要請を受けて制定されていることからしても、本法における「労働者」は労基法上の「労働者」よりも広い概念である⁴⁴。

ところが、労組法における労働者を判断する基準が本法中に定められていないため、代替する基準として「使用従属関係」が用いられている⁴⁵。ここでいう「使用従属関係」は、労組法の目的に従えば、当然、それにしただった適切な（比較的緩やかな）基準ないし要素が

⁴³ 前掲注29、東京大学労働法研究会編140頁。

⁴⁴ 具体的には、失業者、プロ野球選手、家内労働者が含まれる（前掲注29、東京大学労働法研究会編142頁）。

⁴⁵ 前掲注10、菅野484頁。

考慮されてよいはずである。しかし裁判例では、労基法と労組法の双方の「労働者」概念と「使用従属関係」が明確に区別されて論じられているわけではない。すなわち、労組法上の「労働者」概念画定のために用いられる考慮要素は、労基法上のそれを確定するために用いられるものと同じであるのが現状である⁴⁶。

労働関係調整法は、その適用対象を「労働関係の当事者」（2条）としている。そして、対象事項を労働争議など集団的労使紛争に限定している。したがって、本法の適用対象は、基本的に使用者と労働組合である。つまり、「労働者」性は問題とならない。

(3) 労働市場法⁴⁷

次に、労働市場法分野の法律を見ておく。労働市場法は、雇用対策法を頂点（通則法）とする、労働市場における需給調整を円滑にするための法分野である。つまり、この法分野に属する法律は、基本的に、使用者と労働者の雇用労働関係や労働条件を規整するという性質のものではなく、労働市場施策推進のために行政事業を行うための枠組法である。したがって、「労働者」の概念をめぐる法的紛争の生じる可能性が低い法分野であると考えられる。

しかし、労働市場を規整する各法律にも当然適用範囲はあり、また、行政施策の適用を受けるか受けないかは、「労働者」ではなく“就業者”“活動者”にとっても重要な問題を有する可能性があるので、以下、検討する。

雇用対策法には定義規定はない。しかし、3条の基本理念において、「労働者」は職業の安定が図られるように配慮される、であるとか、あるいは、4条の国の施策において、職業安定事業の実施が想定されていることから、憲法上の「勤労者」と同じく、働く意欲と能力のある「労働者」を対象とし、そこには、「求職者」ないしは「離職者・失業者」も含まれると解される。

職業安定法に定義規定はないが、求職者の職業の安定を図るという法律の目的から考えて、基本的には「求職者」を対象としていると解しうる（法文上は、「人」「求職者」「労働者」が用いられている）。また、職安法上の「雇用関係」は同法独自の概念であり、判例曰く、職安法にいう雇用関係とは「必ずしも厳格に民法623条の意義に解すべきものではなく、広く社会通念上被用者が有形無形の経済的利益を得て一定の条件の下に使用者に対し肉体的、精神的労務を供給する関係にあれば足りるもの」である⁴⁸。したがって、職安法の人的適用範囲ならびに雇用にかかる関係性は、労基法上の「労働者」ならびに労働契約関係と必ずしも一致するものではない⁴⁹。

労働者派遣法2条2号によれば、「派遣「労働者」」とは、派遣元事業主が「雇用する労働

⁴⁶ 前掲注29、東京大学労働法研究会編142頁。

⁴⁷ 自然人を制度枠組みの対象としていない法律は除外している。

⁴⁸ 最一小判昭29.3.11刑集8巻3号240頁。

⁴⁹ 前掲注29、東京大学労働法研究会編143頁。

者」である。したがって、派遣元との関係では「使用従属関係」にある「労働者」と解しうる。他方、本法の制度枠組みにはのらないが、事実上派遣（正確には「派出」）されている場合には、受入先企業との関係で実質的な使用従属関係があれば、受入先企業と当該就業者との間で「労働者」性や「労働契約性」が認められる場合がある⁵⁰。

高齢者雇用安定法に定義規定はない。2条によれば、一定年齢以上であることが求められ、求職者、失業者をも含む高年齢者が適用対象とされている。

障害者雇用促進法は、43条1項に定義規定がある。ここでは、「常時雇用する労働者」とされている。したがって、本法における労働者は、基本的に労基法にいう「労働者」と同じであると考えられる。さらに本法は、障害を有する者の雇用の促進を図るという目的を有していることから、求職以前の段階における者をも対象としていると解される。このことに関連して、本法では、障害を有する者が行政施策として享受しうる職業リハビリテーション（職業指導、職業訓練、職業紹介）が定められている。

建設労働者雇用改善法2条2項によれば、「建設労働者」とは、「建設事業に従事する労働者」と定義されている。この場合、「従事する」との文言が、雇用関係ないしは使用従属関係を意味するのかが問題となる。この点、2条3項において、「事業主」とは、「建設労働者を雇用して建設事業を行う者」とされていることから、本法における「労働者」とは、使用従属関係を基礎とした労基法における「労働者」と同一であると解される。但し、建設事業の特殊性を理由として、請負人に対する事業主の手続的義務が罰則付きで定められている（8条1項、12条2号）。

港湾労働法2条4号によれば、「港湾労働者」とは、「港湾運送の業務に従事する労働者」と定義されている。港湾労働における需給調整システムは特殊複雑であり、港湾労働者派遣事業も認められているが、日々の波動性に応じた日雇労働者の場合は雇い入れられることになるので、その都度ではあるが「労働者」性ないし「使用従属関係」が認められるであろうし（もっとも、日雇ゆえに雇用の継続は法的期待権として認められないであろう）、港湾労働者派遣事業にあつては、派遣元との間に雇用関係があるので、その範囲では「労働者」性ないし「使用従属関係」が認められるということになる。

介護労働者雇用管理改善法は、2条2項において、「介護労働者」とは、「専ら介護関係業務に従事する労働者」と定義している。「専ら」「従事する」の意味が不明確だが、同条4項において、「事業主」とは「介護労働者を「雇用して」介護事業を行う者」とあるので、「介護労働者」は、労基法上の「労働者」と同一であると解される。

林業労働力確保促進法は、2条1項において、「林業労働者」とは、「森林における施業に従事する労働者」としている。同条2項においては、「事業主」を、「林業労働者を「雇

⁵⁰ 安田病院事件最高裁判決（最三小判平10.9.8 労判745号7頁）参照。また、有期契約の雇止めの法理が登録型派遣の場合にも適用されるとの一般論を述べた事案である、伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件（松山地判平15.5.22 労判856号45頁）も参照。

用して」森林施業を行う者」と定義していることから、「林業労働者」は、労基法にいう「労働者」と同一であると解される。

職業能力開発促進法 2 条 1 項によれば、「労働者」とは、「事業主に雇用される者および求職者をいう」。能力開発施策が労働関係の内外両方において必要であることから考えても、本法における「労働者」に「求職者」が含まれるのは当然であると解される。したがって、雇用される者は労基法にいう「労働者」と一致するが、求職者については「労働者」と異なると解される。

(4) 労働・社会保険法

最後に、労働保険および社会保険関連法における「使用される」または「労働者」の定義を見ることにする。

ア. 労働保険

労災保険法には「労働者」の定義規定はないが、労基法上の災害補償事由が生じた場合に保険給付を行い（労災保険法 12 条の 2、2 項）、また、労基法に定められている災害補償の裏付けを行う責任保険制度として制定されたことを理由として、本法にいう「労働者」は、労基法上の「労働者」概念と同一であると解されている⁵¹ ⁵²。したがって、労基法について検討した部分で指摘した問題点がここでも妥当することになる。

雇用保険法は、4 条 1 号の「被保険者」にかかる規定において、「適用事業に雇用される労働者」との定義規定がある（雇用される労働者であっても、保険制度であることを理由とする適用除外が 6 条において定められている）。したがって、使用従属関係を基礎とする「労働者」として、労基法上におけるそれと同一ではないかとの推測が成り立つ。裁判例を見る限り、考慮要素とその用い方は、労基法上の「労働者」性を画定するものと同じである⁵³。

イ. 社会保険

健康保険法では、3 条において、「適用事業所に使用される者」を「被保険者」として定めている。

厚生年金保険法では、9 条において、「適用事業所に使用される 70 歳未満の者」を「被保険者」として定めている。

両法ともに、「使用される」という文言をもって定義を行っており、このことは、「使用従属関係」に基づくものであろうとの一応の推測を可能にする。裁判例は、実際には、労基法上の「労働者」性判断を活用しているようである⁵⁴。しかし、必ずしも同一の考慮要素を用

⁵¹ 日本労働研究機構『就業形態の多様化と法政策』（2003 年）75 頁（上田達子執筆部分）。

⁵² なお、労災保険法は、本来的適用範囲たる「労働者」に含まれない者の特別加入制度を設けている。この制度に加入できるのは、中小事業主とその家族従業者、一人親方とその家族従業者、家内労働者や介護作業従事者など特定事業従事者、海外派遣者である（労災保険法 33 条）。

⁵³ 経営コンサルタントの被保険者資格につき、所沢職安署長事件・東京高判昭 59.2.29 労民集 35 卷 1 号 15 頁。

⁵⁴ 洋服の仕立屋の被保険者資格につき、静岡地判昭 35.11.11 行裁集 11 卷 11 号 3208 頁。

いているわけではなく、結論についても判断が分かれている。

この点、事実上の「使用関係」が判断の分かれ目であるので、両法にいう「使用関係」は社会保険法上独自の概念であるとの主張がなされているが、これに対し、両法の人的適用範囲の沿革は工場法に遡るがゆえに、労働法とは異なる独自の概念であるのかは議論の余地があるとの見解もあり、定まっていないようである⁵⁵。

なお、健康保険法では、法人代表者や業務執行権を有する者をもその適用対象としている⁵⁶が、先に述べた労災保険法はこのような者を適用対象としていない⁵⁷。

ウ．企業年金

確定給付企業年金法は、25条において、「実施事業所に使用される被用者年金被保険者等」は加入者とする」と定め、2条3項を見ると、「被用者年金被保険者等」とは、「厚生年金保険の被保険者」である。従って、本法の「被用者」の定義は、厚生年金保険と同一である。

確定拠出年金法では、9条1項において、「実施事業所に使用される被用者年金保険被保険者等は加入者とする」と定められ、2条6項で、「被用者年金被保険者等」とは、60歳未満の「厚生年金保険の被保険者」であるとされている。したがって、本法における「被用者」の定義は、厚生年金保険と同一である。

(5) 小括

以上見てきたように、社会法各法における「勤労」「労働」とは、基本的に賃金等対価を得ることを目的とした活動であること、そして、「勤労者」ないし「労働者」とは、それら活動を行う者であって、労務の提供を行い、その対償として賃金の支払いを受ける者であることが確認された⁵⁸。「求職者」も、未だ労務の提供もしていなければ賃金の支払いも受けていないが、それらの意思を有する者として同列に位置付けることができよう。

また、労務の提供を意味する「使用される」との表現は、基本的には、「使用者の指揮命令の下に労務を提供する」という「使用従属関係」の言い換えを意味するということも理解しえた。

さらに、「労働者」概念が法目的によって相対的であることの表れとして、特に労働市場法の領域に属する各法の適用対象として、「求職者」「離職者」「失業者」などといった、「使用

⁵⁵ 前掲注 29、東京大学労働法研究会編、143頁。

⁵⁶ 昭和 24 年 7 月 28 日保発 74 号。

⁵⁷ 昭和 61 年 3 月 14 日基発 141。有限会社取締役の被保険者資格について判断した事案として、広島高岡山支判昭 38.9.23 行裁集 14 卷 9 号 1684 頁がある。なお、健康保険法は業務外の理由による傷病を対象としているが、他方、労災保険法は業務上の疾病を対象としているが、小零細規模法人の代表者は労基法上の「労働者」ではないため、業務上災害について、健康保険法上の給付はもちろん、労災保険法上の給付も受けることができなかった。このため、そのような事業主法人代表者の労働実態が一般従業員と著しく異ならない場合には、特別に健康保険による給付を行うこととされ、同時に、労災保険が適用される場合には健康保険給付は行われないこととされている（保発 0701002 号平 15.7.1）。

⁵⁸ 前掲注 26、稲垣 181 頁も、「賃金によって生活する者」という意味で「労働者」なる名称が使われている」と述べる。

される」状態にない者についても、法ないし政策の目的から、「労働者」の概念に含まれていることが明らかとなった。換言すると、法の（政策）目的に従った定義がなされていると言える。

ここでの検討を、契約就業者とボランティアの就業・活動関係に即すると、前者については、「使用される」＝「使用従属関係」になく、後者についても、その活動がそもそも、法的な「勤労」「労働」に該当しないことから、両者とも、社会法各法における「労働者」には該当しないということになり、よって、社会法各法に定める利益や保護を享受し得ない、ということになると考えられる。もっとも、労働市場法に関しては、両者は少なくとも、「求職者」などといった、これから労働契約関係を取り結ぼうとする意思を有し、かつ能力を保持している者である限り、「労働者」とみなしうる場合もあると考えられることから、部分的には社会法の適用を受けることがあるものと思われる。

続いて、先の検討において若干触れたが、社会法各法、特に労基法、労組法、労災保険法、雇用保険法、健康保険法、厚生年金法など主な個別法規における「労働者」概念に関し、裁判所はどのように判断しているのかを、以下に簡潔に概観する。

4. 「使用される」との文言の法的解釈－裁判例の検討⁵⁹

(1) 「労働者」性

筆者が整理・作成し、本報告書の末尾に掲げた裁判例リストを見ると、労基法違反や労災保険給付が争点になっている場合、すなわち「労働者」性が直接的に問題になっている場合、裁判所はまさに当該就業者が労基法上の「労働者」であるか否か＝「使用される」者であるか否かについて検討し、判断を下している。その際の判断基準は、端的には、先述労基法研究会報告が述べる「労働者」性の判断基準であり、各事案においては、その判断基準を用いて総合判断を行っている。

時系列で見ると、大平製紙事件最高裁判決⁶⁰、さらに、大塚印刷事件東京地裁判決⁶¹が判決理由において示した判断基準が、現在の「労働者」性判断基準にとって決定的な影響を及ぼしたと考えられる。それ以前の裁判例では、就業実態から、労働者性を画定させるための道具概念として使用従属関係を用い、具体的には、報酬の労務対償性、時間的場所的拘束性等指揮命令関係を中心に、さらに公租公課の源泉徴収にかかる取扱の他の従業員との差異を考慮して、労働者性を判断していた。

しかし、「労働者」性有無の判断は、その判断基準における考慮要素を用いての“総合判断”

⁵⁹ 本報告書末尾の裁判例リストを参照。但し、最高裁判所判決を除き、判決要旨までは掲載していない。なお、裁判例を網羅的に分析した文献としては、橋本陽子「労働法・社会保険法の適用対象者(1)」法学協会雑誌 119 巻 4 号(2002 年)があり、本稿は同論文を参考とした。

⁶⁰ 最二小判昭 37.5.18 民集 16 巻 5 号 1108 頁。

⁶¹ 東京地判昭 48.2.6 労判 179 号 74 頁。

であることから、裁判官の心証に依存した不安定な判断基準⁶²であると言うこともできよう。その証左としてあげることができるのが、一連の横浜南労基署長（旭紙業）事件各判決である⁶³。この事件では、同じ認定事実にもかかわらず、一審と控訴審・上告審で法的判断が分かれ、かつ、控訴審判決においては、法的判断の手法としての総合判断のみならず、“当事者意思の尊重”についてまで述べるに至っている⁶⁴。

また、「労働者性」の判断基準について一般論を立てている最高裁判決⁶⁵はない。だとすると、「労働者」性にかかる統一的な判断基準が必要なのではないかと考えられるが、同じ職種であっても実態があまりに多様であるために一般論は立てにくく、ゆえに最高裁としては、事例判断として事件を処理せざるを得ないと理解しているものと推測できよう。

なお、「労働契約」ないし「雇用契約」性が争点とされる場合も、「労働者」概念におけるのと同じ「使用従属関係」が問題とされている⁶⁶。この点、共通する「使用従属関係」という法的概念の意義と機能の相違という検討課題が浮かび上がるが、これについては今後の検討課題としたい⁶⁷。

⁶² 横浜南労基署長（旭紙業）事件最高裁判決（最一小判平 8.11.28 労判 71414 頁）では、同事件控訴審判決（東京高判平 6.11.24 労判 714 号 16 頁）において述べられていた契約解釈による当事者意思を尊重すべしとの考え方は受け容れられていない。したがって、強行法規ないしは保険関係の適用関係に関する事案である限り、労働者概念は当事者意思を排して客観的に定まるとする考え方に抗することは難しいだろう。他方、新宿労基署長（映画撮影技師）事件東京高裁判決（東京高判平 14.7.11 労判 832 号 13 頁）では、同事件一審判決（東京地判平 13.1.25 労判 802 号 10 頁）で考慮されていた労働省のガイドラインに基づく判断を排して、職務遂行に裁量性の高い撮影技師といえども監督との関係では従属的な立場に置かれていたと解することができる余地が残されていることが明らかにされている。これらの裁判例の存在を考えると、結局は、労働者概念について法的に安定した解釈を行うことはまったく困難とってよい状況になっている。なお、後に掲げるように、職種特質的な労働者概念なるものがあるのかを検討した文献（前掲注 30、（社）全国労働基準関係団体連合会）があるが、それを抽出することは極めて難しく、あくまでも過去の事例に基づいた範囲での傾向を示すにとどまっている。したがって、職種一般の傾向を示すことさえも困難と言える。

⁶³ 本報告書末尾の裁判例リスト中、最高裁判決一覧を参照。

⁶⁴ この点につき、注 34 を参照。

⁶⁵ 本報告書末尾の裁判例リスト中、最高裁判決一覧を参照。

⁶⁶ 前掲注 59、橋本 106 頁参照。

⁶⁷ 若干付言すると、「労働契約」性が争点である場合、法令上の問題ではなく優れて労働契約上の問題となり、例えば当該契約の解約に対して解雇権濫用法理が適用されるか否かであるとか、契約更新拒絶による雇止めにも同法理が適用されるか、さらに、労働契約上の債務不履行ないし信義則違反として安全配慮義務が事業者側に課せられているのかなどが争点とされている（不払い状態にある報酬の賃金該当性に関しては、契約上の問題と併せて、労基法 24 条が問題とされるという意味で、「労働者」性の問題とも重複することになる）。この場合、争点が労働契約ないしは雇用契約上の問題であるにもかかわらず、労働契約が市民法上の契約一般とは質的に異なっており、使用従属関係に基礎を置きつつ市民法上の契約が一定程度修正されているのだという考え方に基づいているため、結局は、労働者性概念を確定させるための基礎的道具概念である使用従属関係に着目せざるを得ないのだと思われる。したがって、労働者性判断における使用従属関係との異同はほとんど判別が不可能な状況となっている。また、労働者性と労働契約性における使用従属関係の差異に着目した場合、この点を検討した学説は皆無であるように見受けられる。反面、労働者性と労働契約性とは無意識のうちに区別されて論じられているようにも思われる。労働者性の場合には法令の適用に関する問題であるため、横浜南労基署長（旭紙業）最高裁判決（最一小判平 8.11.28 労判 714 号 14 頁）のように厳格な客観説を採り、学説ではこれを補強すべく当事者の契約意思をも考慮した労働者概念確定のための試みがなされているからである（例えば、同判決にかかる評釈である鎌田耕一「いわゆる傭車運転手の労災保険法上の労働者性が否定された事例」労働法律旬報 1422 号 21 頁（1997 年）、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・小嶋典明・加藤智章・柳屋孝安編『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）を参照）。これに対して、労働契約性が問題となっている場合、厳格な判断を避けて当事者意思を考慮に入れつつ、就業実態等諸般の事情から柔軟かつ客観的に労働契約性を判断していこうという態度（通説たる黙示の契約説）が安田病院事件最高裁判決（最

(2) 契約就業者の「労働者」性（対置概念としての「事業者」性）

「使用従属」性を判断するに際しては、その対置概念としての「事業者」性が検討されている。「事業者」性を考えるに当たっては、それに該当するような職種⁶⁸である備者運転手、撮影技師、山船頭、潜水夫、石工などの業態の事案で見られるような、業務に必要とされる機材の所有の有無が、「使用される」ことと並んで重要な考慮要素とされていると見受けられる（この点は、前掲労基研報告において補強的要素として挙げられている）。私見ではさらに、使用機材の観点のみならず、当該業務に対する不可欠性という意味では、業務遂行に必要な技能や知識といった点も重要であろうと思われる。企業または事業主が、契約就業者に対し、その業務遂行に不可欠な知識や技能を企業等の側の負担で修得させている場合には、使用従属関係や労働者性、特に事業者性を判断するに重要な考慮要素となりうるのではないかと考える。

(3) ボランティアの「労働者」性

契約就業者の「労働者」性については、本報告書末尾の裁判例リストにあるように、数多くの事案がある。他方、ボランティアについては、もともと、「労働者」性を争う余地は少ないと考えられるところ、1件の事案⁶⁹があるのみである。以下では、その事案を手がかりに、社会法におけるボランティアの「労働者」性について考えることにする。

ア．裁判例

三小判平 10.9.8 労判 745 号 7 頁）に見て取れる。また学説でも、契約上の問題であるためか、客観説的アプローチではなく、むしろ黙示の契約説の深化に努めているように思われる（土田道夫「紹介所から派遣された付添婦と病院との間の労働契約の成否」労働法律旬報 1467 号 36 頁（1999 年）、萬井隆令「紹介所から派遣された付添婦と病院の間の黙示の労働契約の成立」法律時報 71 卷 8 号 123 頁（1999 年）参照）。

⁶⁸ 職種ごとに「労働者」性判断の特性を析出するのは難しい。前掲注 30、（社）全国労働基準関係団体連合会を参照。以下は、同文献からの抜粋であるが、判断の難しさをよく表していると思われる。

【外勤労働者】

- ・「契約の実態から判断して、一般的な指揮監督が存在していることを重視しているものが多いようである。
- ・他方で、報酬要素における固定給部分の存否、程度は必ずしも重視されていないようである。」

【備者運転手】

- ・「仕事の諾否の自由が実質的には制限されており、仕事の遂行において一般的な指揮命令を受けていたという点が、「労働者」性の肯定の決め手となっているようである。
- ・その背景には、いわゆる従業員運転手との処遇の際は、会社側の経営政策上創出されたものにすぎず、その実態は従業員に他ならないとの考慮もあるようである。」

【職工】

- ・「注文主からの一般的な指揮監督がどこまで及んでいたかが重要な判断要素となっている。
- ・また、注文主との関係が、ある程度継続的なものとなり、専属性が強まってきている場合には、「労働者」性が肯定されやすくなる。
- ・このような事情は、「注文主からの報酬のみによって生計を営んでいる」かどうかという判断基準においても考慮される。
- ・源泉徴収がなされていないことは、「労働者」性を否定する決定的要素となっていない。」

⁶⁹ HIV 訴訟を支える会事件・東京地判平 12.9.11 労判 801 号 86 頁。なお、近時、家事援助支援ボランティア活動が、法人税法上の課税対象となる請負業に該当するか否かについて判断した事案（NPO 法人流山ユー・アイ・ネット法人税課税訴訟。平成 16 年 4 月 2 日千葉地方裁判所判決）がある（この事案については、さわやか福祉財団 HP、http://www.sawayakazaidan.or.jp/i_index.htm を参照）。

当該事案は、退職金請求にかかる民事訴訟であった。裁判所は、

- ① 月々定額の支給を受けていた金員は原告の唯一の収入源であったが、支給された金員の名称は、「活動保証費」「人件費」であって、「賃金」「給与」ではなかったため、この金員の性格は、労務提供の対価としての賃金であるとは必ずしも認識されていなかったこと、
- ② 原告の業務内容は被告の活動方針に基づいて決せられていたが、活動方針に基づいてあらゆる業務が遂行されることになるのは当然であって、これによって使用従属関係があったと認めるには足りないこと、
- ③ 事務所に必ずしも定時にいたわけではないこと、
- ④ 時間外手当、休日手当あるいはこれに相当する金員を受給したことがないこと、
- ⑤ 明示的な雇用契約を締結したことはないこと、
- ⑥ 専従事務局員となった後にも雇用保険を受給していた、

などの認定事実から、「労働者（判決理由では一部「被用者」との文言も用いられている）」性を否定している。

私見では、①については、労基法上「賃金」は「名称に如何にかかわりないこと、ならびに、当事者の主観的認識を考慮している点で疑問がある。②については、民間企業でも同じことが考えられることから、これにより使用従属関係が直ちに否定される理由はないと考える。③については、他の企業・組織においても事業所外で活動する者は多く存在するのであり、否定的要素として機能しないのではないかとの疑問がある。④については、組織側が支払っていないという事実があるのみで、かえって（「労働者」であることが客観的に認められる場合には）賃金不払い等の法違反である可能性さえある。⑤については、通常の労働契約も、労基法上労働条件明示義務（15条）があるものの、契約それ自体は明示的である必要はない、と考えることから、疑問の多い判決であると考えている。しかし、⑥の専従事務局員となった後も雇用保険を受給していたという事実は、現行法制下において適用対象とされる「労働者」であることについて否定的に強く作用するのではないかと思われる。その前提として、原告は、専従職員となった後も職業安定機関に対して就職の事実を意図的に告げていなかったとも推測されるが、ここでは善意に解釈しておく。前職が、賃金等対価を得ることを目的とした活動（＝労働）である場合に、原告は、この労働の機会を喪失して国から失業手当を受給しているのであり、この事実の背景には、労働契約に基づいた労働の従属性こそすらないが、社会において生活を維持するために賃金・給与またはこれに準ずるものとして失業手当を受給しているものと推測される。そして、このことゆえに、当該 NPO 組織における活動が生活を維持するための賃金等対価を得る目的での活動ではない、すなわち労働契約関係に基づいた有償労働ではない、と判断されたのではないかと筆者は考える。本件判決全文を仔細に検証したわけではなく、また、参照し得た限りの判決要旨には先に述べたように多くの疑問があり、最終的な態度は決めかねるが、失業手当の受給とこれと平行した活

動との関係から考えて、一応、結論的には妥当な事案であるとしておく。

イ. NPO 法

唯一の事案においてはボランティアの「労働者」性は否定されている。それでは、NPO の活動枠組みを定める特定非営利法人活動促進法（以下、単に「NPO 法」という）には何か手掛かりがあるのだろうか。

NPO 法は、その第 1 条で、「市民が行う自由な社会貢献活動」という文言を用いている。また、その第 2 条 1 項で、NPO 法人を、「不特定かつ多数のものの利益の増進に寄与することを目的とする」ものと定めている。その他には、法人の設立運営に関する形式的な事項や行政の関与および税法上の取扱について定めている。したがって、NPO 法人において活動する者の活動それ自体にかかわる事項は本法が想定するところではなく、かつ、ボランティアは当然に利益を追求するものではなく、有償労働者であるとの認識を有していない法律であると考えられる。

なお、NPO 法人の役員に関しては、NPO 法人における就業から「報酬」を受け取することを前提とした規定（「定義」にかかる 2 条 2 項 1 号ロならびに「設立の認証」にかかる 10 条 1 項 2 号ニ）もあるが、必ずしも役員への報酬支払を必然的なものであるとは想定しておらず、また、当然にその他 NPO 法人就業者に対する報酬の支払も予定していない法律であると理解されよう。

ウ. ボランティアの法律関係

NPO 法には何も手掛かりがないとすると、ボランティアの法律関係は一体どのように構成されるのか⁷⁰。ボランティア活動はその実態が極めて多様であるから、個々の活動実態を慎重に見た上で決せられるべきであろう。しかしここでは問題を一般化し、ボランティア活動の性質が、自発・内発性を有し、対価性を有しないものとして考えてみる。

すると、無償ボランティアの場合は（無償）準委任（民法 656 条）であろうし、有償ボランティアであっても、その対価は「ほとんど実費弁償に近い⁷¹」ゆえに、同じく（無償）準委任であるのではないかと考えられる。この（無償）準委任という関係においては、ボランティア（受任者）は、その事務処理に関して「善管注意義務」を負い（民法 644 条）、特約がなければ報酬を請求することはできず（同 648 条）、事務処理において費用を支出した場合は NPO 等ボランティア組織（委任者）に対して当該費用の償還請求ができ（同 650 条）、また前払いも請求できる（同 649 条）。さらに、民法上、いつでも委任を解除することができる（同 651 条 1 項）。

したがって、ボランティアは、労働契約上要請されるような様々な職務遂行上の義務（忠実義務、誠実義務）は課されず、賃金等にかかる厳格な規制（労基法 24 条等）の適用はなく、当事者関係の終了も何時でもスムーズに行いうるものと考えられる（民法 627、628 条

⁷⁰ この点については、水谷英夫『労働の法』（信山社、2003 年）68 頁以下を参照した。

と比較されたい)⁷²。

また、労基法9条の解釈に関しては、宗教関係事業に従事する者につき、「給与を受けず奉仕する者等は労働者ではないが、一般企業の労働者と同様に、労働契約に基づき労務を提供し、賃金を受ける者は、本法上の労働者である⁷³」としたり、また、「非常勤の消防団員であって火災、堤防の決壊等限られた場合のみ出勤するものは本条の労働者ではない⁷⁴」としたりする行政解釈がある。内発的意思に基づく無償の限定的な活動という点では、ボランティアと共通性を有すると思われるので、これら解釈は、ボランティアの「労働者」性を考える上で、ある程度参考になろう。

以上のことを考えると、NPO等において賃金等対価を得ることを目的とせず限定的な活動をする者は「使用従属関係」の下にある「労働者」には当たらないということになるものと思われる。このことは同時に、先に見た憲法や社会法各法の関連規定において、内発的な社会貢献意欲の実現によって活動する者（社会において生活を維持するために行う賃金等対価を得る目的の活動ではない活動を行う者）が、法令上の「勤労者」や「労働者」には該当しないということを裏付けているとも言えよう⁷⁵。

(4) 小括

ここでは、社会法各法における「労働者」性＝「使用される」者に続いて、これに関する裁判例の傾向を検討した。そして、裁判所は、社会法各法における「労働者」＝「使用される者」であるのか否か、反面で、当該就業者は「事業者」性を有するのか否か、を総合的に検討して判断を下している。

契約就業者とボランティアの「労働者」性に即すると、前者については、裁判例リストに見られるように、「労働者」性があると判断される場合もあれば、ないと判断される場合もあるという、法的安定性を欠く判断状況となっている。ただ少なくとも、契約締結時においては、労働契約を締結し、法的に「労働者」であるということを意識している契約就業者あるいは一方当事者はほとんどいないと思われる。この点、裁判所判決は、紛争の究極的法的解決ではあるが、事後的解決に過ぎないという側面に着目すると、事前の「労働者」性あるいは「事業者」性判断の必要性という別個の問題が生じてくるように思われる。

後者については、裁判例の傾向から考えて、社会法にいう「労働者」＝「使用される者」

⁷¹ 山口浩一郎編著『法システムⅡ 市民活動と法』（放送大学教育振興会、2002年）198頁。

⁷² なお、当該ボランティア活動が労働（雇用）契約に基礎付けられた指揮命令権に基づいてなされるのであれば（つまり、会社が行う社会的活動としてのボランティア活動に義務的に参加する場合）、民法上の準委任関係ではなく、「使用従属関係」があり、当然「労働者」性も認められる。

⁷³ 昭27・2・5基発49。

⁷⁴ 昭24・1・10基収3306、昭33・2・13基発90。

⁷⁵ ちなみに、ワーカーズコレクティブにおいて就業する者に関して、労働者協同組合が事業協同組合の形態をとる場合、企業組合の組合員であっても組合と使用従属関係が認められ、かかる使用従属関係に基づく労務の提供に対して報酬を得ている場合には、雇用保険の被保険者となるとする行政解釈が示されている（昭27.8.20基収2666号）。

であると解せられる余地はほとんどなく、実際、唯一の裁判例ではあるが、その事案においても「労働者」性が否定されている。ボランティア活動の実態は極めて多様なものとして存在するであろうことを想起すると、一概には言えないものの、先の唯一の事例を超えて、あまねくボランティアに対して社会法が定める利益や保護、つまり「使用される」＝「労働者」であることを否定してよいのか、という問題に繋がるのではないかと思われる。

では、続いて、労働法学説において、「使用される」＝「労働者」であることについて、どのように理解され、これを克服すべく、どのような見解が主張されているのかを見ていくことにする。

5. 「使用される」との文言の法的解釈—学説⁷⁶の検討

(1) 「使用される」という文言の解釈論

学説は、現行社会法各法ならびに各裁判例が堅持している伝統的な考え方である「使用される」こと＝「使用従属関係」を、基本的には支持している⁷⁷。この考え方は、「人的従属性」と互換的に用いられている。それは、個別の労働関係は、労働契約の締結によって開始され展開するからである。労働契約の本質とは、労働者が使用者の指揮命令に服して就労することであるから、使用者は労働者に対して労務指揮権を有しており、この労務指揮権の存在が、「人的従属性」の根拠とされている⁷⁸。

しかし、「使用従属関係」の法解釈に関しては、従来から大きな議論がある。特に、請負等契約就業者に対する保護の必要性は、契約打ち切りが解雇に等しいという実態に鑑み、ドイツにおける人的従属性と経済的従属性の区分を参考にしつつ、「人的従属性」に「経済的従属性」という考え方を加えることによって、「使用従属関係」の再構成を試みようとの説⁷⁹がある。この説では、生産手段・材料の所有はどちらにあるか、他人を労働力として利用することができるか、事業主（使用者）が一方的労働条件を決定できるか、を考慮要素とする⁸⁰。

また、別の説では、ある労働力が提供される事業運営にとって必要不可欠な場合に、その労働力は事業組織の中に有機的に組み込まれているものとして従属性を認めようとする⁸¹。この説によれば、組織への組み込みを判断する要素として、契約関係の継続性とその労働力が事業にとって恒常的に必要か否か、であると述べられている。

⁷⁶ 従来の学説を要領よく簡潔にまとめた論稿として、吉田美喜夫「「労働者」とは誰のことか」日本労働研究雑誌 525 号 66 頁（2004 年）がある。

⁷⁷ 前掲注 29、東京大学労働法研究会編 148 頁。

⁷⁸ 前掲注 6、中窪 3 頁参照。

⁷⁹ 片岡昇「映画俳優は「労働者」か」季労 57 号 156 頁（1965 年）、国武輝久「特殊雇用形態と労働者概念」日本労働法学会編『日本労働法学会誌』42 号 99 頁（総合労働研究所、1973 年）、西谷敏「労基法上の労働者と使用者」沼田稲次郎・本多淳亮・片岡昇編『シンポジウム 労働者保護法』3 頁（青林書院、1984 年）。

⁸⁰ 前掲注 79、西谷 6 頁。

⁸¹ 吉田美喜夫「雇用・就業形態の多様化と労働者概念」日本労働法学会『日本労働法学会誌』68 号 47 頁（総合労働研究所、1986 年）。