

雇用の多様化(1)

穂山守夫

目次

序

一 労働法と労働者像

1 労働法の理念と原理

2 労働法と労働者像

序

企業の多国籍化, 経済のサービス化, 少子高齢化, 経済格差の拡大・固定化, 情報社会化等の雇用環境の変化や労働者意識の多様化等により労働者の多様化が生じている。第一に伝統的な日本的雇用システム(固定労働時間制・終身雇用制・年功序列型賃金等)が暗黙裡に前提としてきた正規社員とは, ①無期契約②フルタイム就労③直接雇用の労働者であるが⁽¹⁾, ①②③に加えて④勤続年数に応じた処遇, 雇用管理の体系⑤勤務地や業務内容の限定がなく, 時間外労働がある労働者を典型的な正社員という⁽²⁾。1990年代以降, 正社員の労働時間の短縮は進んでいないし, むしろ時間外労働(残業)を含めて労働時間が長時間化している。そのため労働時間が80時間超の過労死・過労自殺予備軍が増加している⁽³⁾。その雇用数は1984年には3333万人であったが, それ以降増加し1994年には3805万人になったが, それ以降2014年までの間に緩やかに減少してきたが, 2015年には8年ぶりに増加に転じ, 2016年も増加したが, 2015年までその比率が低下し, 労働市場に賃金の低い多様な非正規社員(「パート」「アルバイト」「派遣社員」「契約社員」「嘱託」「その他」)⁽⁴⁾が参入してきた⁽⁵⁾。1980年代までは有期雇用者・パートタイム労働者の増加が中心だったが, 1980

(1) 非正規雇用のビジョンに関する懇談会, 荒木尚志「2-1 労働者像の変化と法政策の在り方—法学の立場から」野川忍・山川隆一・荒木尚志・渡邊絹子編著『変貌する雇用・就労モデルと労働の課題』(商事法務, 2015年)42頁参照。

(2) 前掲・荒木尚志42頁。

(3) 和田肇「労働法の複権—雇用の危機に抗して」(日本評論社,)19頁参照。

(4) 自治体で働く公務員が多様化し非正規公務員が増えてきた。この非正規公務員につき改正地方公務員法が2017年5月に成立し, 「会計年度任用職員」という新たな身分が設けられた。その改正は, 不透明な採用方法(「労働組合法が適用される特別職, 全体の3分の1で約22万人」・「一般職」・「臨時的任用」)を改め, 身分が不安定な非正規公務員の処遇を改善するためのものであるが, それに伴い約20万人の非正規公務員が労働組合を作って交渉等をする労働基本権を失う恐れがあり, その労働条件悪化への懸念が出ている。改正法は, 特別職を「専門的な知識・経験がある人」に限定して, あいまいだった身分を整理する。それ以外の人は, 最長1年ごとの採用となる「会計年度任用職員」にほとんど移るとみられ, その人たちは労働基本権を失う恐れがある(朝日新聞2017年6月26日朝刊)。

(5) 前掲・荒木33頁参照。

年以降これに派遣労働者が加わった⁽⁶⁾。労働力調査によると非正規雇用労働者は1984年には604万人で、その雇用の全労働者に占める比率は、15.3%であったが、2014年には971万人に増加し、その比率は20.3%になり、その後2016年まで緩やかに増加し、同年に2023万人となり、その比率は37.5%に至っている。その内訳は、「パート」が一番多く988万人で全体の48.8%を占め、次いで「アルバイト」が415万人で、20.5%を占め、三番目に「契約社員」が287万人で14.2%を占め、四番目に「派遣社員」が133万人で6.69%を占め、定年後の再雇用者等を含む「嘱託」は119万人で5.9%である。近年は、パート、アルバイトが増えている。更に2012年改正労働契約法により5年を超えて有期契約を反復更新された有期契約労働者には無期契約転換権が与えられており（労契法18条）、2018年から有期契約時代と同一の労働条件で無期契約に転換する労働者群が登場する⁽⁷⁾。このような非正社員（派遣労働者及び請負労働者を含まない）対して教育訓練を実施している事業所は、厚生労働省「平成28年度能力開発基本調査」（調査対象年度は平成27年度）計画的なOJT、OFF-JTのいずれも正社員の約半数であり、また厚生労働省「就業形態の多様化に関する総合実態調査」（平成26年個人調査）第14表によると非正社員（出向社員等含む）の各種制度の適用の割合は、正社員に比べて大きく下回っている。雇用保険は正社員が92.5%なのに67.7%、健康保険は正社員が99.3%なのに54.7%、厚生年金は正社員が99.1%なのに52.0%、退職金制度は正社員が80.6%なのにわずか9.6%に過ぎず、賞与制度は正社員が86.1%なのに31%に過ぎない。

第二に正社員内部でも「限定正社員」等多様化が進んでいる⁽⁸⁾。また就労形態に着目すれば、既存の労働時間の適用除外制度や裁量労働制に加えて、立法化が検討されている「高度プロフェッショナル制度」では、通常の労働時間規制に服さずに就労する労働者が想定されている。場所的にも既存の事業所外労働に加えて、情報技術等の発展により自宅等で働くテレワーク等の新たな就労スタイルがみられるようになってきている。⁽⁹⁾ 第三に労働者の人的属性に着目すると、少子高齢化社会の進展により労働力不足が生じ、それに対応する諸政策の展開により女性（就業率1980年の37.9%から2016年の48.9%、うち15歳～64歳は66.0%）・高齢者⁽¹⁰⁾・外国人雇用の増加⁽¹¹⁾ 障害者の勤労権保障の観点等からの障害者雇用の増加⁽¹²⁾ し、日本人の壮年男性をモデルとした雇用システムにマッチしない人々の労働市

(6) 和田肇「労働法の複権一雇用の危機に抗して」（日本評論社、）18頁参照。

(7) 前掲・荒木34頁参照。

(8) 前掲・荒木33頁参照。

(9) 前掲・荒木34頁参照。

(10) 定年後の高年齢者（60～64歳）の就業率は、1980年、男性67.4%・女性37.9%に過ぎなかったが、2013年にはそれぞれ72.2%・46.0%に上昇した。65歳以上は、2016年、2015年より0.6%上昇して22.3%となり、うち男性は0.6%上昇し、30.9%に、女性は0.8%上昇し、15.%になった。実数で見ると、1980年の男女計240万人から2012年には597万人と大幅に増加し、2013年も575万人とはほぼ同水準である。65歳以上（男女合計）の場合、2006年510万人から、2013年には636万人に増加し、2016年には767万人に達している。（荻野「2-2 現場の実情を踏まえた法政策の検討」前掲・『変貌する雇用・就労モデルと労働法の課題』59頁、平成28年の労働力調査[速報]参照）。

(11) 経済・企業活動のグローバル化や、入国管理法の改正、外国人技能実習制度の導入等により、外国人の就労も増加しつつある（前掲・荻野59頁参照）。厚労省によると平成27年10月現在、外国人労働者数は907,896人で平成26年同期比120,269人（15.3%）の増加で、平成19年に届出が義務化されて以来、過去最高を更新している。

(12) 雇用率は趨勢の上昇しており、法定雇用率（約2%）に達しないものの拡大基調にある（前掲・荻野59頁参照等）。

場参入が、今後拡大していくであろう⁽¹³⁾。第四に労働者と労働者以外の就業者（独立自営業者等）との境界が不分明になるとともに、労働法の射程範囲や他の隣接法領域との調整が新たな課題となるような「労働者類似の就業者」が増加してきている。⁽¹⁴⁾

一 労働法と労働者像

1 労働法の理念と原理

労働法とは、労働者の労働についての様々なルールを定めたものである。労働法は健康で文化的な最低限度の生活を営む権利である生存権（憲法25条）の思想をその基本理念としている。この理念の下に、労働法は、財産を有しないため、使用者（個人事業主・法人）に雇用され、その指揮命令の下で労働力を提供せざるを得ない労働者に人たるに値する生活を保障しようとするものである。

本来、近代法の原理である契約自由の原則は契約当事者が対等であることを前提に交渉により合理的な契約内容の契約が締結されることを期待していたが、その前提が崩れ、契約当事者が対等でない場合、一般に合理的契約内容の契約が締結されない恐れがある。労使関係の場合、当事者の対等性がなく、強者である使用者に対して弱い立場にある労働者は、交渉において実質的弱い立場にあり、自己に不利益な労働条件も飲まざるを得ない。このような労働者を保護するために、雇用関係（労働契約）を規律する原理がある。まず、国家権力による契約の自由への直接的な規制がなされる。この規制は、労働条件の最低基準の法定によって、直接、国家が労働者保護のため労働契約内容に介入し、*契約の自由*を一定の限度で排除する。これが個別的労働関係における「*労働保護法の原理*」である。その理念は日本国憲法では27条2項（労働条件の法定）に具体化されている。労働保護法の典型である、労働時間等の労働条件を法定した労働基準法は、労働契約に対する強行的・直律的効力を有する。すなわち労働契約のうち労基法の基準に達しない部分を無効にし、その空白となった無効の部分は労基法が直接に規律し、労基法の基準が労働契約の内容となる。労働基準法以外の労働保護法として、最低賃金法、労働安全衛生法、労働者災害補償保険法などがある。最低賃金法は、地域別最低賃金を定め、それを下回る賃金を禁止している。これらの法は行政的監督を予定し、罰則をもって履行をはかっている点で労働保護法といえることができる。

これに対して私法的効力のみを前提とする労働契約法というべき法分野は従来、民法の雇用の規定を除くと、もっぱら判例法として形成されてきたが、最近、労働契約の内容に関する立法の整備が進み、2007年に従来判例法理を立法化した規定を中心的内容とする労働契約法が成立した。この法律は、労働契約の権利義務、解雇や労働条件の変更等、個別的労働関係紛争の解決基準として、その重要性を増している。

第二に、資力を有する使用者との関係で、働かなければ生活していけない労働者は弱い立場におかれているので、団結して契約関係における実質的不平等を克服するのが、集団

(13) 前掲・荒木34頁参照。

(14) 前掲・荒木34頁、同「雇用社会の変化と法の役割」荒木尚志責任編集『現代法の動態3 社会変化と法』（岩波書店、2014年）3頁・6頁以下、水町勇一郎「非正規雇用と法」同書29頁以下、伊藤博義「雇用形態の多様化と労働法（信山社、1996年）454 - 456頁参照。

的労働関係(労使関係)における「労働団体法(集团的労働法)の原理」である。その理念は、日本国憲法では、労働基本権を規定する憲法28条に具体化されている。この分野は、形式的には使用者と対等な労働契約の当事者である労働者が、生きていくために労働力を売らざるえないために、自己に不利益な契約の受け入れを事実上強いられる点に着目し、労働者の団結を積極的に保護・助長し、労働組合と使用者との集团的合意(労働協約)を労働者と使用者との個別的合意(労働契約)に優先させることによって、労使間の実質的平等を実現しようとするものである。この分野の代表的法律は、不当労働行為制度や労働協約の効力等を定める労働組合法、労働争議の解決を支援する労働関係調整法である。

第三に勤労権(憲法27条1項)を具体化するのが、労働者の就職をサポートしたり、職業能力開発を支援したり、労働者が不幸にも失業してしまった場合の生活を支える雇用保障法(労働市場法)の原理である。この法分野の規制方法は、企業や労働者に対する行政サービスや財政的支援であるが、雇用の機会が失いやすい高齢者や身体障害者の雇用の確保に関して、事業者に対する制裁措置を伴うことがある。この分野の法として、国の雇用政策の基本計画を策定するための職業安定法、緊急失業対策法、職業訓練法、雇用保険法などがある。

以上のように規制原理を異にする3つの法分野に労働法を分けることができるが、実際には、複数の分野にまたがる法律もある。例えば労働者派遣法は、雇用政策にかかる雇用保障法の分野の立法であるとともに、労働者の保護を図る労働保護法としての性格ももつ。

2 労働法と労働者像

労働法は、市場メカニズムが機能する資本主義的産業社会の進展により生じた無産階級である労働者の劣悪な環境及び労働条件を保護するために生成した法分野である。そのため「労働者」の原型は劣悪な環境の下において低賃金で働く工場労働者であるといえるが、まもなく商店で働く者にも保護が及ぶようになり、戦後の立法は、「労働者」概念の中に多様な活動に従事する者を包括することになった。とはいえ労働者像は、使用者の指揮監督の下で使用者が決めた労働時間と勤務場所で命令された労働を行う工業労働者の働き方が基礎になっている。⁽¹⁵⁾

(1) 労働基準法等・労働契約法と労働者⁽¹⁶⁾

労働法は、「労働者」を主要な対象としている。労働者であるかは、労働法が形式ではなく実質を重視していることからすると、契約の名称や当事者の意思ではなく、客観的・実質的に判断すべきである⁽¹⁷⁾

労基法上の労働者は、「事業に使用されて賃金を支払われる者」(労基法9条)と定義している。労基法は、行政的監督と罰則による履行の確保をはかっている点から、「労働者」の意義と範囲は厳格に画定される傾向がある。⁽¹⁸⁾ 労基法上の労働者につき、最高裁は、横浜

(15) 橋本陽子「3-1 『労働者』と『準労働者』-労働者概念の総論として」前掲・『変貌する雇用・就労モデルと労働法の課題』101頁参照。

(16) 前掲・橋本102-105頁、渡邊絹子「10-1 労災保険上の『労働者』概念をめぐる」前掲・『変貌する雇用・就労モデルと労働法の課題』460-463頁参照。

(17) 前掲・橋本101頁。

(18) 前掲・野川18頁、『変貌する雇用・就労モデルと労働法の課題』(商事法務、2015年)参照。

南労基署長（旭紙業）事件（最一小判平成8・11・28労判714号14頁）において、労災保険法上の労働者は労基法9条の労働者と同一である⁽¹⁹⁾、と宣明し、労働者であるか否かの判断基準の中心に「使用従属性」を据え、その具体的な判断要素として①指揮命令の存在、②労務の対価性等を挙げた。「労働者性」についての判断基準は、一般的には「指揮監督下の労働」に関する基準として①仕事の依頼を断れない（諾否の自由がない）②仕事内容や方法について指揮命令を受けること③勤務時間・場所が決まっているため拘束性があること④指揮監督関係の判断を補強する要素としての、仕事を他の人に頼めないこと（代替性がないこと）「報酬の労務対償性に関する判断基準」として⑤時間給・欠勤の控除あるいは残業手当の付与等、報酬の性格が使用者の指揮監督の下で一定時間労務を提供していること、その他の補強的基準として⑥報酬額・報酬の性格や機材の会社負担、独自の商号使用の不使用等から事業者性が認められないこと⑦専属性が高いこと、報酬は固定給部分（生活保障的要素）が大きく、他の社員より高額でないことや他社の仕事をするを制約されていること、などである。

その他の補強要素として（i）採用や委託の際の選考過程（ii）報酬から給与所得としての源泉徴収が行われていること（iii）労働保険の適用（iv）服務規律の適用（v）退職金制度・福利厚生等の適用により使用者がその者を自らの労働者と認識していると推認される点である。⁽²⁰⁾ 映画製作中に過労死したフリーカメラマンについての裁判例では、①監督の指示に従い撮影している（指揮命令の存在）②報酬は働いた期間を基準に算定されている（労務の対償性）③時間や場所の拘束性が高い④ほかの人が仕事を代われない⑤機材の大半が依頼主のもの、などのことから労働者性を認めた。

保険外交員は自営業者か労働者か問題となる。例えば会社では「自営業」扱いで交通費や通信費は自前、残業代もない。営業の仕方は自由であるが、目標額があり、朝礼の参加も義務付けられ、遅刻や欠勤は給与から引かれる。このような保険外交員は自営業者（個人事業主）か労働者か。目標額があり、朝礼の参加も義務付けられ、遅刻や欠勤は給与から引かれる点からすると、営業の仕方は自由であっても①指揮命令の存在、②労務の対償性を

(19) 判例、多数学説、行政解釈は、労基法上に定める使用者の災害補償責任の担保という労災保険の性格に鑑み、一貫して、労災保険上の「労働者」とは労基法上の「労働者」と同義であると解している（前掲・渡邊458・460頁、東京大学労働法研究会編「注釈労働基準法（下巻）」〔岩村正彦執筆部分〕（有斐閣、2003年）854頁）。しかし1960年以降、①保険給付の年金化②通勤途上の災害の保険事故化③特別加入制度の創設等といった労災法独自の展開をし、労基法上の災害補償の枠外に保護を拡大するという方向性があり、また近年の働き方の多様化により生じた労基法上の労働者とみられない契約労働者（業務委託・請負など労働契約以外の労務供給契約の下で、委託者・注文者の事業組織に組み込まれており、そこからの報酬が主たる収入となるため、委託者等との間に経済的又は組織的従属関係が認められる者）やシルバー人材センターが提供する、いわゆる「生きがい就労」の従事者及びボランティア、特に有償ボランティア活動従事者に対してその活動によって被った災害に対する保護の必要性から、労災保険で保護すべき人的適用範囲の在り方が改めて問われている。その人的範囲を拡大する解釈論として、契約により労働災害の危険性のある特定の作業所で業務遂行をする場合に、その労務に服してその対価として報酬を受ける者を労災保険の適用対象とすることが考えられる（渡邊458 - 459・464 - 467頁参照、近藤昭雄「労災保険の社会保障化と適用関係一『労働者』概念議論に即して」山田省三＝石井保雄編『労働者人格権の研究（下巻）（角田邦重先生古希記念）（信山社2011年）391頁以下、藤原稔弘『『会社一本』と呼ばれる大工の労災保険法上の労働者性一藤沢労基署長（大工負傷）事件』判時1999号（批評592号）（2008）198頁以下参照。

(20) 前掲・渡邊461 - 462頁参照。

一応認められるから、他の要素も考慮して労働者性を肯定できる余地はある。

労基法上の労働者につき、最高裁は、横浜南労基署長（旭紙業）事件（最一小判平成8・11・28判714号14頁）において、労災保険法上の労働者は労基法9条の労働者と同一であると宣明し、労働者であるか否かの判断基準の中心に「使用従属性」を据え、その具体的な判断要素として①指揮命令の存在、②労務の対価性等を挙げた。「労働者性」についての判断基準は、一般的には①仕事の依頼を断れない②仕事内容や方法について指揮命令を受ける③勤務時間が決まっている④仕事を他の人に頼めない⑤機材が会社の負担⑥報酬は固定給部分が大きく、他の社員より高額でない⑦他社の仕事をするを制約されている、などである。

映画製作中に過労死したフリーカメラマンについての裁判例では、①監督の指示に従い撮影している（指揮命令の存在）②報酬は働いた期間を基準に算定されている（労務の対価性）③時間や場所の拘束性が高い④ほかの人が仕事を代われない⑤機材の大半が依頼主のもの、などのことから労働者性を認めた。

労基法と労契法上の労働者は、両法上の労働者の文言は、本質的には同じであり、また両法は解雇や就業規則など共通の規制事項を有し、体系的に相互の密接な関係を有していることから、各々労働者性を異なって観念するのは混乱を招くとして、同じである、とする見解が有力である⁽²¹⁾。しかし公法的取締規定である労基法と当事者の意思を重視する労契法とは、異なる点があるから、その違ひに応じて労契法上の労働者を労基法上の労働者より多少広く解することができる⁽²²⁾。

（2） 労組法と労働者⁽²³⁾

労組法上の労働者の定義は、「事業に使用されて」という文言がなく「賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する者」（労組法3条）である。この労働者の範囲は、団体交渉制度を享受しうる者という観点から理解されるから、労基法によって保護される労働者や民事的観点から契約の締結当事者として構想される労契法の対象となる労働者より広く、失業者も含まれる。⁽²⁴⁾。ある人が労基法上の労働者に該当すると、会社側は刑事責任まで負うことになり、かなり重い責任を負うことになるが、労組法上の労働者に該当する場合、会社側の責任は労働組合と交渉するということが中心であるので、労組法上の労働者の範囲を「労基法の対象となる労働者」とそれに準ずる「労契法の対象となる労働者」に加えて「労働組合を通した使用者側との交渉の権利を保護されるべき人たち」に広げてもかまわないのである。労組法上の労働者は、労働基本権（憲法28条）を享受する主体として想定されており、労働契約により就労する労務給付者を核としつつ、団体交渉制度によって適正な契約内容を確保し、かつ向上させることが合理的であるような存在として位

(21) 前掲・橋本105頁、和田肇「労働契約法の適用対象の範囲」季労212号（2006）33頁参照。

(22) 鎌田耕一「労働契約法の適用対象とその基本的性格」労働107号（2006）32頁、川田知子「個人請負・委託就業者の契約法上の地位」労働118号（2011）20頁参照。

(23) 前掲・橋本105 - 110頁、前掲、菅野和夫「労働法〔第10版〕（弘文堂、2012年）590 - 597頁、竹内（奥野）寿「3 - 2 集团的労働関係における労働者概念」前掲、『変貌する雇用、就労モデルと労働法の課題』131 - 153頁、中澤文彦「労働組合法の労働者性の再検討—労働者性判断枠組みにおける事業者性要素の位置付け及び意義を中心として」季刊労働法247号101 - 112頁参照。

(24) 前掲・野川18頁参照。

置づけられる⁽²⁵⁾。したがって労組法上の労働者に該当するかは、基本的判断要素（労働者性を肯定する基本的要素）を中心に、補助的要素も加味して、総合的判断で決定する。基本的判断要素は、次の3点である。①事業組織へ組み入れられていること。すなわち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。②契約内容が一方的・定型的に決定されていること。つまり契約内容が交渉で決まるのではなく、会社側の提示した通りに決まること。③報酬に労務対価性があること。換言すれば働いた代わりに報酬を得ているといえること。補助的判断要素のうち、労働者性を肯定する補充的判断要素は、次の2点である。①業務の依頼に応ずべき関係があること。すなわち仕事の依頼を断っていけないわけではないが、基本的には応じなければならないこと。②労基法上の労働者ほどではないが、広い意味で指揮監督の下で労務提供をしており、一定の時間的・場所的拘束があることである。補助的判断要素のうち労働者性を否定する方向の消極的判断要素は、顕著な事業者性があることである。これらを総合的に判断して、労働者性を決定するのである。」

CBS管弦楽団事件⁽²⁶⁾では、楽団は専属義務を負わない自由出演契約を締結している点では従属性が弱まるが、会社の事業組織の中に組み込まれ、原則として会社の一方的指定に応じる出演義務があり、会社は指揮命令の機能を有していないものとはいうことができないし、また出演報酬は演奏という労務の提供それ自体の対価であるとし、楽団員らの労組法上の労働者性が肯定されている。⁽²⁷⁾

（3）労働者類似の就労者⁽²⁸⁾

近年、情報技術の進展や労働者及び自営業者の多様化等によりますます自由度の高い働き方が可能になり、「従属性が弱化した労働者」と「独立性が弱化した自営業者」との境界画定が困難になっている⁽²⁹⁾。従属性がなく、真に独立性を有する自営業者は、労働者でないが、自然人である自営業者で請負や業務委託のような労働契約に近似する契約類型で働く者には、経済的従属性があり、要保護性があるから、そのような者には労働契約法の解雇権濫用法理ないし更新拒絶権濫用法理等を適用して、継続契約の安定を図ったり、又は労組法上の労働者性を肯定するなどしたりして、一定の法的保護を労働契約以外の継続的契約の分野へ拡張すべきである。⁽³⁰⁾

これまで実際に問題となったのは、委託・請負などの契約形式で「専属的に相手側の指定する業務」に従事する個人事業者（運送業者やフランチャイズ契約を締結した加盟店など）と劇場や放送会社などと出演・演奏等の契約をして「指定された演目の実施」に従事する芸術家・芸能員など従属性のある就労者である。セブン・イレブン・ジャパン事件では、

(25) 前掲・菅野590頁以下、前掲・野川19－20頁参照。

(26) 最一小判昭和51・5・6民集30巻4号437頁。

(27) 前掲・橋本105－106頁参照。

(28) 前掲・野川26－29頁、大内伸哉「従属労働者と自営労働者の均衡を求めて－労働保護法の再構成のための一つの試み」『労働関係法の現代的展開』（信山社、2004年）47－69頁、前掲・中澤105－106頁、島田陽一「2雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」西村健一郎等編集代表『下井隆史先生古希記念 新現代の労働契約法理論』（信山社、2003年）51－52・57－60頁参照。

(29) 前掲・橋本102頁参照。

(30) 柳屋孝安「非労働者と労働者概念」講座1巻128頁以下、島田陽一「2雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」西村健一郎等編集代表『下井隆史先生古希記念 新現代の労働契約法理論』（信山社、2003年）35－36頁参照。

従属性のある自営業者であるセブン・イレブン・ジャパンの加盟店主の労働者性を認めた。本事件では、①加盟店主のセブン・イレブン・ジャパン（会社）の事業組織への組み入れが認められる。②会社が契約内容を一方的に決定している。③オーナーの総収入は経営等の成果であり、その経営等には加盟店主の労務は不可欠であるから、労務の対価といえる。④実態上、加盟店が会社からの個々の業務の依頼に対して基本的に応じなければならないという関係がある。⑤システムマニュアルは、それに従った業務を行うことを求めるものであるから、実質的には加盟店主に対して経営等について会社からの指示を明記したものであることなどからすると、加盟店主は会社の指揮監督の下に労務提供を行っているといえる。そうすると加盟店主はフランチャイズ契約に基づき、セブン・イレブン店の経営を行わなければならない、その場所と時間の変更は許されないから、時間的場所的に強い拘束を受ける。⑥フランチャイズ契約ではセブン・イレブン・チャージが累進的で、その結果加盟店主の取得する利益は限定的である。一方、損失は加盟店が負担するが、加盟店主の総収入が一定の額を下回らないように保証が設けられている。更に会社はドミナント戦略（高密度多店舗出店戦略）を採っている。したがって、加盟店主には顕著な事業者性があるとまでいえない、以上からすると、加盟店主は、労働組合法上の労働者に当たる、とされた。就労の具体的内容・手段・態様等について相手方に一方的に決定される、従属的な就労者については、その従属性に応じて労働者に準じた保護を与えるべきである。もっとも労基法のような刑罰法規としての性格をもつ法規を類推適用により、例えば違法残業させた上司等を処罰する場合や両罰規定により企業を処罰することは、刑法定主義に違反するので認められないが、その民事的効力（割増賃金等）については類推適用の余地はある。⁽³¹⁾

ボランティアの場合、個人の友愛や慈善心に基づく、無料のボランティアに対しては、労働者性の判断の場合、労働と報酬との対価関係が基本的前提になっているから、労働法の保護を与えることは基本的には困難である。もっともボランティア組織の中で指揮命令を受けて行うボランティア活動の場合、「労働者」の使用従属関係と近い関係が生じるから、指揮命令を受けてボランティア活動をし、それにより災害を被った場合、その保護の必要性があるから、政策的に保護する余地はある。⁽³²⁾これに対してNPOなどに属して有料で福祉や教育等のボランティア活動に従事する人に対しては、報酬の賃金性や指揮監督による従属性の程度に応じて一定の保護を与えるべきである。⁽³³⁾テレワーク労働者ではなく、業務を受注して自宅等でこれに従事する事業者の場合、その従属性によっては労組法上の労働者と認められよう⁽³⁴⁾取締役は、経営側の者であり、原則として労働者性は認められない。しかし例外的に特に労災保険や医療保険（被用者保険）の分野において経済的従属性がある場合には認められるべきである。

この点につき、名目取締役が労災保険法の適用を求めた大阪中央労基署長（おかざき）事件において、大阪地裁は名目上専務取締役に就任したが、その後も社長等の指揮命令の下で、それ以前と同じ営業に従事し、社長から叱責されることもあったという事情の下で、

(31) 前掲・野川 27 頁本文・脚注 48) 参照。

(32) 前掲・野川 28 - 29 頁、山口浩一郎「NPO 活動のための法的環境整備」労研 515 号 (2003) 21 頁以下、前掲・大内 65 - 66 頁参照。

(33) 前掲・野川 27 - 28 頁参照。

(34) 前掲・野川 29 頁・脚注 54) 参照。

労災保険法の適用を認めている⁽³⁵⁾、また就業規則である退職金規定は従業員を対象にする
が、取締役に適用されるかが争われ、労働者の有無が問題になった美浜観光事件で、東京
地裁は、従業員性(労働者性)の有無につき「使用従属関係」の有無により判断されるとし
たうえで、労基法上の労働者性と同様の判断要素を例示したうえで、それらの判断要素を
充足するか検討している⁽³⁶⁾

(4) 労働法と客体としての労働者と主体としての労働者⁽³⁷⁾

戦後労働法においては、労働者の健康で文化的な最低限度の生活を保障する生存権理念
の下に、労働者個人の自由を相対的に軽視して、財産を有せずまた使用者の指揮命令に服
する労働者の保護客体性を強調して労働者個人ではなく経済的弱者である労働者集団優
位の思想を機軸に展開してきた。しかし経済の高度成長により戦前の劣悪な労働環境から
労働者が脱却したことにより、一律に労働者全体を経済的弱者として把握することは多様
な労働者を正確に理解しえない。そこで生存権理念を相対化して、個人の尊厳(憲法13条)
の観点から、多様な労働者の中に自立した主体的労働者をも把握する必要がある。

この主体的労働者像は、強者である使用者に対し労働者が従属的な地位にありながら、
絶えずみずからその主体的努力を通じて、こうした従属状態を克服しようと努力する労働
者を想定する。産業構造・就労構造の変化や技術革新による労働者の多様化により立場が
弱いため保護されるべき集団としての従属労働者ではない専門的能力を持つ労働者が登場
し、その数は増加している⁽³⁸⁾。そういう労働者の中には多様な生き方をする主体的な強い
個人として「自立した労働者」ないし「弱者でない労働者」が存在するだろう。また派遣労働
者・偽装請負労働者、契約社員等の有期契約雇用者、パート労働者等の多様な労働者の中
にも、自己の人生観や立場等から、身分は安定しているが自由に働けない正社員ではなく
自由度の高い非正規社員を望む者もいる。この雇用の多様化に鑑みると、労働者を一律
に主体性のない弱者であるとし、労働者全般を一律に保護の客体とみるべきではないであ
らう。

しかし専門的能力を持つ労働者は一般労働者より高い賃金を得ているが、その反面高い
成果を企業から求められるから、成果を上げないと、一般の社員より解雇され易い。また非
正規社員の場合、差別的労働環境の下では、同じ能力でも、正社員と非正社員とでは、能力
差ではなく身分差があり、不当に低く扱われ、同一価値労働同一待遇原則が否定されてい
る。不況やリストラの時、正社員より先に解雇されるなど、その雇用は正社員より不安定
であるし、その賃金も安い。したがって、自己の都合から非正社員、特にパートを望んだも
の以外の者は、仕方なく非正規社員になったものであり、可能なら正社員になることを望
む者である。例えば20代のフリーターの多くは、正社員を希望している。しかも、正社員
である者でさえも、その多くは、長い不況の下、組織率20%未満まで低下した労働組合の

(35) 大阪地判平成15・10・29労判866号58頁。

(36) 東京地判平成10・2・2労判735号52頁。

(37) 西谷敏「規制が支える自己決定—労働法的規制システムの再構築」(法律文化社、2004年)、同「労働者保護法
における自己決定とその限界」『現代社会と自己決定権』(信山社、1997年)、同「労働法における自己決定の理
念」(法律時報66巻9号、1994年)、前掲・和田、158 - 162頁参照。

(38) 総務省の「就業構造基本調査」によると、1982年に535万人だった「専門的・技術的職業従事者」は2012年に
は1,014万人にまで増加している。

交渉力の低下やリストラと成果主義的労務管理の下で、自立化ではなく従属化・孤立化を深め、その地位は弱化し、年休は取りづらい⁽³⁹⁾、長時間労働を強いられている。したがって、弱体化した労働組合は、春闘において憲法が想定する争議権に支えられた団体交渉権により自力で賃上げを達成できず、安倍首相が経団連に賃上げを要請するという官製春闘で賃上げを実現しうるに過ぎない。しかもその恩恵を受けるのは、主としてアベノミックスにより利益を享受しうるトヨタ等の大企業の正社員である。アベノミックスは、大企業の利益の拡大が中小企業の利益をもたらし、それにより国民の所得が増加して、消費が増え、その消費は大企業の利益をたらすという経済循環を想定しているが、大企業は投資家には配当性向を高めたり、自社株買いにより、利益の還元をしたりしているが、従業員に対する労働分配率を高めない。そのためその経済循環は起きていない。そして賃金の安い非正社員の増加によりバブル崩壊後、一貫して労働者全体の平均賃金は低下している。労働者間の賃金格差は開き、生活保護世帯の収入より低い賃金の「ワーキング・プア」も出現するに至っている。

中途採用が以前より増えたとしても、依然として新卒優先採用の現実や事実上見られる年齢差別や女性差別の⁽⁴⁰⁾労働の慣行の下では、敗者は復活できず、格差は拡大し、かつ固定化することになる。また、かつての終身雇用制が形骸化し、また年功序列型賃金が見直され成果主義的賃金が導入され、日本的経営が、一部、能力重視のアメリカ的経営に変容しつつあるけれども、近代的な労働契約に規律されない、サービス残業ないし違法残業が横行し、雇用保障の代償として過労死や過労自殺にも至るような長時間労働を余儀なくされている。2013年12月13日に公表された「過重労働重点監督」によると、実施対象5,111事業所の8割以上で労基法違反（違法残業、サービス残業等）をしているし、また過労死認定ラインである1か月の時間外労働が80時間以上の事業所が24%に達している⁽⁴¹⁾。例えば電通事件⁽⁴²⁾において大手の広告会社でも違法残業をさせ、新入の女子社員の自殺を引き起

(39) ドイツやフランスは約30日の年休日数があり、ほぼ完全取得されているのに対して、日本は年休付与日数が18.5日で取得率が48.8%に過ぎない（前掲・和田、150 - 151頁参照）。

(40) 労働政策研究・研修機構「データブック国際労働比較」によると、管理職に占める女性の割合（2012）は、アメリカが43.7%、フランスが39.4%、イギリスが34.2%、ドイツが28.6%であるのに、11.1%に過ぎない。

(41) 前掲・和田、152頁参照。

(42) 広告大手の電通（東京都港区）が社員Tに残業の上限を超えて残業させていた事件で、東京地裁は2017年7月6日までに、法人としての電通を労働基準法違反罪で東京簡裁に略式起訴し、罰金刑を求めた。一方、書類送検されたTの直属の上司ある本社の管理職（幹部職員）については、処罰を求めるまでの悪質性が認められなかったとして、起訴猶予処分とした。

同社の違法な残業は、新入社員であったT（当時24歳）が2015年12月に自殺し、2016年9月に三田労働監督基準署により過労死として労災認定されて表面化した。労働基準監督署の認定による1か月の時間外労働は約105時間である。政府が「働き方改革」を進める中、厚生労働省の東京労働局の「過重労働撲滅特別対策班（かとか）」が主導した捜査は、異例の強制捜査になり、本社だけでも社員6000人の労働時間を1年半分調べ、それにより同社で広く違法な残業が行われていたと認定され、法人と本社の管理職1名と支社の管理職3名書類送検された。捜査では、本社と関西（大阪市）、中部（名古屋）、京都（京都市）の各支社の労働時間の特定が焦点となった。社外での打ち合わせなども多く勤務パターンが多様なことから、出入り口の通過時間の記録のほか、パソコンの稼働時間なども確認した。関係者への聴取を重ねた上で、労働時間の過少申告や違法な残業があったことを認定したとみられる。しかし上司が強制的に働かせたり、過少申告を指示したりした形跡は認められなかったという。もっとも、地検の聴取に対して、複数の管理職が違法な残業を認識していたことを認めているし、山本敏博社長も違法な残業防止のための労務管理が不十分だったという趣旨の供述をして

こすように、基本的には労働者の意思が反映しない共同体的企業社会が残存している。このような日本社会では封建的慣行により従属状態に置かれた労働者が自己決定をできる主体的存在ではなく、保護を必要とする客体であり続ける。

更に日本の場合、労働者の主体性の最低限度の基盤であるセーフティ・ネットはヨーロッパ諸国と比べ余りにも貧弱でセーフティ・ネットの役割を果たしていない。すなわち現行のセーフティ・ネットの中心は、雇用保険と生活保護だが、いずれも極めて不十分である。雇用保険の基本手当日額は、原則として離職した日の直前の6か月に毎月決まって支払われた賃金(つまり、賞与等は除く)のおよそ50～80%(60歳～64歳については45～80%)となっており、かつ年齢区分ごとに上限額(30歳未満：6370円, 30歳以上45歳未満：7075円, 45歳以上60歳未満：7775円, 60歳以上65歳未満：6687円)が定められているし、その受給日数は、長期の失業者が増える時代においても、離職した日から1年間である。この日数は、数年に及ぶヨーロッパ諸国と比べると余りにも短い。また加入要件⁽⁴³⁾や受給要件⁽⁴⁴⁾を充足しないため、雇用保険給付を受けられる労働者の割合は、極めて少ない。加えてヨーロッパ諸国で採用されている雇用保険受給期間後の公的扶助に近い形で拠出給付として保障する失業扶助制度が存在しない。もう一つのセーフティ・ネットである生活保護制度も、労働能力があっても実際、職がなければ、生活保護を受けられる制度なのに、労働能力があれば、職に就けなくとも生活保護の申請を拒否する不当な運用がなされている。したがって、生活保護を受けられるのは、傷害や入院等で実際に働けない場合に、ほぼ限定されている。

以上からして、労働法の想定する労働者を自立した労働者とみるのは理想的には妥当だ

いるところからすると、明示的に残業させたり過少申告をさせたりしなかったとしても、「いったん引き受けたら死ぬまで仕事をしろという社訓」と残業せざる得ない仕事量の割り当ての状況からすると、事実上の残業の強制や黙示の過少申告への圧力があつたと思われる。

東京簡裁が罰金刑の略式命令を出して、その命令が確定すれば、公判も開かれずに、事件は幕を閉じる。これでは長時間労働の是正に取り組む社会や企業が教訓を得る機会を失うことになる。そこで裁判所は本社だけでも約6000人の社員がいる電通のような巨大企業の違法残業の実態は複雑で、正面だけでは量刑を決めるのは困難だと判断し、量刑を決めるにあたり、誰がどう労働時間を管理し、なぜ認定できた残業時間が短いかを、公開の審理で問う必要があると、多分結論づけ、略式起訴を不当として、公判を開き、被告人質問のため経営者(山本俊博社長)の出廷を求め事件の真相(同社の労務管理など)を明らかにすることにした(朝日新聞2017年7月13日朝刊)。

その他の主な過重労働事件としエービーシー・マート事件では法人に略式命令で罰金50万円が科されが、個人3人は起訴猶予になった。フジオフードシステム事件では、法人に罰金50万円が科されが、個人16人は起訴猶予になった。ドン・キホーテ事件では法人に罰金50万円が課されが、個人8人は起訴猶予になった。サトレストランシステム事件では、略式命令不相当で、罰金50万円が科されが、個人5人は起訴猶予になった。このような過重労働事件を防止するために、法人に対して科される罰金を引き上げるとともに、個人に対してもその規範意識を高めるべく起訴猶予にせず罰金刑を科すべきである。

- (43) ①1週間の所定労働時間が20時間以上②31日以上継続して雇用される見込みである③雇用保険の適用事業所に雇用されている。
- (44) ①ハローワークに来所し、求職の申し込みを行い、就職しようとする積極的な意思があり、「いつでも就職できる能力がある」にもかかわらず、本人やハローワークの努力によっても、職業に就くことができない「失業状態にあること」②離職日以前2年間に、被保険者期間(雇用保険の被保険者であった期間のうち、離職日から1か月ごとに区切っていた期間に賃金支払いの基礎となった日数が11日以上ある日を1か月と計算する。)が通算して12か月以上あること。

が、ブラック企業が存在する日本の労働環境では、未だに弱者である集団としての労働者保護の必要性は高い。従って弱い労働者をサポートする強い労働組合の必要性は高い。しかし、日本の場合、労働組合は産業別組合ではなく、規模の小さい企業組合であり、しかもその組織率が極めて低い。⁽⁴⁵⁾のみならず労働組合員数も減少している。その原因として、①労働者の権利意識の後退、②労働組合の必要性・有効性感覚の後退、③労働者間の連帯感の喪失等が考えられる。この原因から見ると、自立的な労働者像を描けない⁽⁴⁶⁾、そのため労働組合が著しく脆弱化している。またいまだに古い共同体関係が温存されている日本の雇用社会においては、自発的・主体的に創造的な仕事をする労働者が期待されていないから主体的な労働者は登場しにくい⁽⁴⁷⁾。そこで多くの従属的労働者の主体性確保のためには、労働者保護法による自己決定の環境整備が必要であり⁽⁴⁸⁾、また企業組合のサポートのみならず、合同労組や一般労組あるいは地域ユニオンの活用も必要である。更に労働者の自由な自己決定を支えるセーフティ・ネットとそれと連結した社会的慣行の改善が必要である。

(2017.9.1 受稿, 2017.9.12 受理)

(45) 厚生労働省の調査によると、組織率は2016年6月時点で2015年より0.1ポイント低い17.3%となり、6年連続で過去最低を更新した。なお年齢階層別では30歳未満では1.4%に過ぎず、若年層の組合離れが顕著にみられる。

(46) 前掲・和田, 160 - 161 頁参照。

(47) 前掲・和田, 148・160 頁参照。

(48) 前掲・和田 285 頁参照。

〔抄 録〕

まず、雇用の多様化、特に非正社員の多様化の推移と現状について概観する。次に労働法の労働法の理念と原理を踏まえて、労働法の想定する労働者像を検討する。その際、労働者像を統一的に解するのではなく、各労働法（労働基準法・労働組合法・労災法等）の趣旨・目的から労働者概念を確定する。第三に労働者と自営業者との中間形態である労働者類似の就労者（準労働者）の保護について検討する。第四に一部の専門的・裁量的労働者の出現を踏まえて、労働法と客体としての集団的労働者と主体的個人としての労働者について検討する。