社会法判例研究(第59回)

社会法判例研究会

戦, 東昇

<https://doi.org/10.15017/1398496>

出版情報 : 法政研究. 80 (2/3), pp.127-140, 2013-12-11. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

社会法判例研究 (第59回)

社会法判例研究会

労働契約該当性の判断——末棟工務店事件

大阪地裁平成二四年九月二八日判決—控訴 平成二三年
(ワ)二四六九号 賃金等請求一部認容 一部棄却、労
判一〇六三号五頁

戦 東 昇

【事実の概要】

- 一 Yは、建設業等を目的とする株式会社である。Xは、IT関連事業を目的とする訴外会社勤務を経て、平成二〇年四月一日から「CLIMAX」(以下、「A」という。)の名称でIT関連事業を行っていた(後記のとおり、AがYの事業部門であるか、Xの個人事業であるかについて争いがある)。
- 二 Yは、Xのために、Y事務所から数百メートルの倉庫・ガレージを賃借し、平成二〇年四月一日以降、Xは

同所をAの事務所として自由に使用することができた。また、同事務所で使用するOA機器や社用車等もYが用意し、Xに使用させていた。ただし、Xが使用していたパソコンのうち一台(代金約三〇万円)については、Y名義でリース契約を締結したが、リース代はXが負担しており、当該パソコンは、Xが保有していた。同月二五日付けで、Xは、Yに対し、Aの事業計画書を提出した。その中で、XはYを親会社、AはYの営業会社として位置づけていた。

- 三 Xは、Yのホームページを作成しているところ、同ホームページには、「四月一日 新規事業 IT事業部 A新設!」と記載されていた。一方で、XがAの業務に関連して作成した広告には、Aのロゴ、事務所の住所、電話番号及びメールアドレスが記載され、Yの社名、事務所の住所、電話番号等は表示されていなかった。Xは、平成二〇年一〇月二五日から、Y代表者に対し、業務日報をメールで提出していた。ただし、Yの従業員(X以外の者)は、Y事務所に勤務しており、Y代表者の目が届かぬ、Yは、従業員に対しては、日報の提出をさせていなかった。

- 四 Aの業務内容は、OAフロア工事及びLAN配線工事の営業、ホームページの作成、などのIT関連業務であつ

たが、Y代表者は、I・T関連の知識を有しておらず、仕事の進め方は、Xの裁量に任されていた。一方で、Aの業務のために必要な経費は、Yが負担しており、Aの売上が入金される預金口座の口座名義人はY代表者の妻であり、通帳も同人が管理し、Xが自由に引き出すことはできなかった。なお、A事業のうち、OAフロア工事については、請求書はYが発行し、代金もYに支払われていた。

五 XとYとの間で、「雇用契約書、業務委託契約書その他契約内容を証する書面は作成されていないが、YはXに対し、「給与支払明細書」を交付しており、平成二〇年四月から平成二一年一月まで、毎月末日限り、「基本給」の名目で一五万円、「外注費」の名目で一五万円の合計三〇万円ずつを支払った。そのうち、「基本給」名目の一五万円については、Yは、所得税の源泉徴収を行い、雇用保険料等も支払っていた。一方、「外注費」名目の一五万円については、源泉徴収は行わず、雇用保険料等も支払っていないかった。

六 Yは、XがYの取引先とトラブルになったことを理由に、平成二一年二月及び三月、Xに対する支払額を「基本給」名目の一五万円のみ減額した。その後、Yは、同年四月の支払については、差引支給額が二〇万円になるよう

に、額面を二三万一千三六九円（「基本給」一五万円、「外注費」八万一千三六九円）とし、同年五月から平成二二年三月までの間も、差引支給額が二〇万円になるように、額面を二三万一千〇六九円（「基本給」一五万円、「外注費」八万一千〇六九円）とした。そして、同年四月は、再び「基本給」名目の一五万円のみとした。Yは、Xに「外注費」名目で支払っていた金員の金額を増減させているところ、平成二一年四月から平成二二年三月までの間、Xが、「外注費」名目の金員について一五万円に戻すよう抗議したことはなかった。

七 Y代表者は、平成二一年一月ころ、訴外Bに頼まれて、訴外Cとともに、Bの事業に「資金援助」をしたことがあった。ここでいう「資金援助」とは、Y代表者及びCが、Bの事業に必要な経費（仕入代金等）を半分ずつ負担し、利益が出た場合には、B、C及びY代表者が三分分するという内容であった。その際、Y代表者は、Xに対し、ホームページ作成やインターネット上で販売するノウハウを持つているXが代表をやつたら良いのではないかなどと提案した。Xは、当該事業についてA₁という名称を付け、A₁社の代表の肩書きで営業を行ったが、そのことに関し、Yから報酬等は受け取らなかった。しかし、A₁社は、利益を

生むことなく、平成二三年一二月ころ解散した。

八 XとYとは、平成二二年四月一七日、同年五月末日をもって、契約関係を解消させることを合意した。Yは、Xについて、離職年月日を平成二二年五月三一日とする離職票を発行したが、そこには、Xの離職理由について、「自己都合」と記載されていた。Xは、これに対して、Yから一方的に賃金を減額されたとして、減額前の賃金との差額を請求し、また時間外労働に対する割増賃金が未払いであるとして割増賃金を請求し、さらにYがXの離職票に虚偽の事実を記載したことにより損害を被ったとして、不法行為に基づく損害賠償を請求した。これに対して、Yは、Xを雇用した事実はなく、Xの事業に対する資金援助ないし出資をしただけであると主張していた。

【判旨】 一部認容

一 争点①（労働契約の該当性）について

(1) 「XとYとの間の契約が雇用契約といえるか否かは、単に契約の形式（文言）のみによって決すべきではなく、仕事依頼への諾否の自由、業務内容や遂行の仕方についての裁量の有無・程度、勤務場所や勤務時間の拘束の有無等、諸般の事情を考慮して、XとYとの間に指揮命令関係が認

められるか否かという実質によって判断すべきであり、支払われる報酬が賃金に当たるか否かの判断に当たっては、その額、計算方法、支払形態において従業員の賃金と同質か否か、源泉徴収、雇用保険等加入の有無等が参考となる」。

(2) 仕事依頼への諾否の自由、業務内容や遂行の仕方についての裁量の有無・程度等について

ア Xの業務内容については、「Y代表者がIT関連事業について全くの素人であることから、ほぼXの自由裁量に委ねられていたと認められる。この点、XがYに業務報告のメールを送信している事実は認められるもの(……)、それは予定の連絡ないし事後報告の域を出ないものであるし、その内容を受けてYがXに何らかの具体的な業務指示を出していたことを客観的に裏付ける証拠も見当たらないから、これをもって、業務内容について、Yの指揮命令が及んでいたと評価することはできない。Yは工務店であって……Xは、Yに提出した事業計画書の中で、Yを親会社、Aを子会社と位置付けていること(……)なども併せ考えると、X及びYは、AをYから独立した事業主体であると考えていたことが認められ、このことは、Xと

Yとの間に指揮命令関係が存在しなかったことを強く推認させる事実であるといえる」。

イ もつとも、「Aの経費はYが負担し、請求書の中にもYの名義で出されているものが存在すること、Aの事業に係る売上のうちY名で請求書を発送したものについては、Yの口座又はA口座に入金され、A口座はY代表者の妻が管理しており、Xの自由にはならなかったことなどからすると、現実には、Aが、Yから独立した事業主体とはなっていないことが認められる（……）」。

しかし、「X作成の事業計画書において、『AはYの営業会社として事業展開を考える』とされていることからすると、Yは、Aに営業に関する業務を月額三〇万円（その後減額あり）の報酬でアウトソーシングしていたと評価することも可能であり、そうであれば、Aが営業活動を行って受注した業務について、Yが経費を負担し、売上を取得することも特段不合理とはいえない」。

Y代表者は、Bとの間でも、「経費を負担し、利益が出たら折半するという内容の合意をして、『資金援助』をしているし（……）Bには、Yの従業員であったとの認識は全くない。）、業務委託契約であれば、委託者が受託者に委託料を支払い、売上から委託料を差し引いた金員を委託者が

取得するという契約形態もあり得るのであるから、経費の負担や利益の分配に関する合意内容と、雇用契約の成否とは直接結びつくものではない」。

ウ 「Xは、Yの指示で、Dサイトや不動産サイトの作成、A₁社の業務を担当させられたが、それについて諾否の自由はなく、報酬も得ていないと主張する」。

しかし、不動産サイトについては、「同システム計画書（……）では、Yは、Aの協力会社と位置付けられているところ（……）、仮にこれがYの事業であるとすれば、YをAの協力会社に位置付けることはあり得ない」。

また、「仮にXがYの従業員であるとすれば、Yが従業員であるXに、A₁社の代表を務めることを提案するというのも不自然であり、Y代表者がXにA₁社の代表になることを提案したのは、Y代表者が、Xを独立の事業者と認識していたことの現れであるといえる」。

よって、「Xがこれらの事業を手伝ったからといって、XがYの従業員であったことが裏付けられるものではない」。

ア (3) 勤務場所や勤務時間の拘束の有無等

ア Xの勤務場所については、「Yは、Y事務所とは別

に、Aのために倉庫・ガレージを賃借して事務所を用意し、Xは、同事務所を自由に使用することができたことが認められ（……）、Yの他の従業員とは明らかに異なる取扱いを受けている」。

もつとも、「YがAのためにコピー機等の備品や社用車等を購入していることは、Aの独立性を否定する方向に働く間接事実であるといえるが、他方で、OAフロア工事のために購入した高性能パソコンについては、Xがリース料を負担し、契約解消後もXが私物として所有しているから（……）、Aの備品等をYが用意した事実は、X・Y間の契約の性質の判断に決定的な要素であるとははいえない」。

イ 勤務時間については、Xは、「土曜日のみならず、平日であっても、日中、明らかに私用と認められる行動を行っており、これについてYの承認を受けた形跡もないことからすると、所定労働時間の定めがあり、土曜日も出勤を命じられていたとのXの供述は採用できない」。

（4）報酬額の決定方法等について

「……IT関連について素人であるY代表者が、Xからの働きかけなしに、自発的にIT関連事業を新規展開しようと考えてXを雇用するために勧誘するとは考えにくいこ

と、Y代表者は、Bに対しても同内容の『資金援助』をしており、株式会社Dにも出資するなど、本件と類似の行動を取っていること（……）、仮にXがY代表者から懇願されて、月額三〇万円の賃金でYに雇用されたのであれば、

三〇万円のうち一五万円のみについて雇用保険等に加入し、残りを『外注費』名目として、雇用保険料等を支払わないという説明を受けた場合、失業時の雇用保険の給付額が半分になってしまう提案を受け入れるとは考えにくいところ、Xがこれを受け入れて特段異議を述べた様子も見当たらないこと、Yは、Xが……とトラブルになった際、月額三〇万円の報酬を一五万円に減額し、その後、手取り額が二〇万円になるよう若干増額させているが、手取り額が二〇万円になって以降、契約解消までの約一年間、XはYに対し、特段異議を述べていないこと（……）、一般に、従業員ではない下請けの個人事業者等について、「雇用保険等」に加入するために賃金という体裁を取る事例も存在することなどに照らすと、本件合意に至る経緯については、Xが月額三〇万円の資金援助と雇用保険等への加入を求めたのに対し、Yが、月額一五万円のみについてこれを受入れ、残り一五万円については将来の減額もあり得るものとして『外注費』名目としたとのY代表者の供述の方が、信用性が高い

というべきである」。

(5) 結論

「以上検討した結果を総合すると、XとYとの間に、指揮命令関係が存在していたとはいいがたく、XとYとの間で賃金を月額三〇万円とする内容の雇用契約が成立したとは認められない。

もつとも、XとYとの間で、少なくとも、毎月『基本給』名目の一五万円を支払う合意があったことは認められるところ、……当該合意は、平成二二年五月末日をもつて解消されたと認められる。

そして、Yが、Xに対し、平成二二年五月分として支払うべき一五万円を支払ったことの主張・立証はないから、Xの請求は、一五万円の支払を求める限度で理由がある」。

二 争点②(割増賃金の請求)について

上記のとおり、「XとYとの間に雇用契約が成立していたとは認められないから、Xの割増賃金請求には理由がない」。

「仮に、XとYとの間の契約関係を雇用契約であると評価したとしても……Xの割増賃金の請求には理由がない」。

【評釈】 判旨疑問

本件の争点は、①XとYとの間で、月額三〇万円の給与を支払う内容の雇用契約が成立したか否か、②雇用契約の成立が認められる場合、未払の時間外割増賃金があるか否か(Xによる時間外労働があったか否か)、③YがXの離職票に記載した内容に関し、Yに不法行為が成立するか否かであるが、本評釈では、争点①②に焦点を当てて、検討することとする¹⁾。

一 本判決の位置づけと特徴

本件は、主に、X・Y関係が労働(雇用)契約であったか、業務委託契約であったか(ないしXの事業に対する資金援助であったか)が争われた事案である。労務提供者とその受領者との関係は、民法上、雇用(民六二三条)、請負(民六三二条)、委任(民六四三条)に分類することができる。雇用契約と労働契約との関係については、議論の対象となつているが、両者が同一であるという同一説を前提とすれば、当該関係が労働契約と解される場合には、労働基準法(以下、「労基法」という。)の規定(例えば、割増賃金三七条など)などが適用される。

判旨は、Xの主張に基づき労働契約の該当性を論じてい

るが、労働契約該当性の判断は、結局、当該労働提供者の労働者性の問題となると解される。なぜなら、学説の一般的理解によれば、労働契約に該当するか否かについては、契約の形式ではなく、実質で判断すべきとされるため、その判断は労働者性の判断と軌を一にするからである。^④

労務の専門性ゆえに、労務遂行に一定の裁量が認められる労働供給契約の法的性質が争われた事件はこれまでも若干存在し(例えば、モーブッサン ジャパン(「マーケティング・コンサルタント」)事件・東京地判平成一五・四・二八労働八五四号四九頁、日本相撲協会(「力士登録抹消等」)事件・東京地判平成二三・二・二五労働一〇二九号八六頁等)、本件(IT関連の労働提供)はこの種の裁判例に一例を加えるものである。また、YがXに支払っていた金員が、賃金であるか出資金であるかが争われたという点は特徴的である。

二 労働契約該当性の従来の判断枠組み

ある労働提供契約が労働契約であるかどうかはどのように決定されるのか。二〇〇七年に制定された労働契約法(以下、「労契法」という。)六条によれば、労働契約は労働者が当事者の一方として締結する労働提供契約である。

ここでの労働者とは、労契法二条一項によれば、「使用者に使用され労働し、賃金を支払われる者をいう」。現在のところ、労契法の労働者(事業の付加要件がある点を除き)は、労契法の労働者と同義であると解されている。^⑤

労契法九条に定める労働者は、労契法の適用範囲を画定する基本概念である。一般に、「使用者に使用され、賃金を支払われる」関係は「使用従属関係」と呼ばれていることから、多くの裁判例・学説は、使用者との間に使用従属関係にある者を労働者と定義し、使用従属関係の下で労務を提供し報酬を支払われる契約を労働契約としている。^⑥したがって、労働提供者とその受領者の間に実質的に使用従属関係がある場合、契約書上に請負、委任などの労働契約以外の契約類型に記載されていても、当該契約は労働契約であるとされ、労働法規が適用されることになる。^⑦

旧労働大臣の私的諮問機関である労働基準法研究会は、一九八五年に公表した報告書^⑧において、行政実務のために、学説及び裁判例を踏まえ、使用従属関係の判断基準を示した。同報告書は、使用従属性の存否は、「指揮監督下の労働」に関する判断基準と、「報酬の労働対償性」に関する判断基準とから判断されるとしている。

(ア)「指揮監督下の労働」を判断する要素として、①仕

事の依頼・業務従事の指示に対する諾否の自由の有無、②業務の内容及び遂行方法に対する指揮命令の有無、③勤務場所及び勤務時間に関する拘束性の有無、④労務提供の代替性の有無を挙げ、「報酬の労務対償性」については、⑤報酬が一定時間労務を提供したことへの対価といえれば、使用従属性を補強するとしている。

これに加えて、(イ) 使用従属性の判断が困難な場合の補強要素として、⑥事業者性(機械・器具の負担関係、報酬の額)の有無、⑦専属性の程度(他社業務の制約、報酬の生活保障的要素)、⑧その他(採用・委託などの選考過程、報酬における源泉徴収の有無、労働保険の適用、服務規律適用・退職金制度・福利厚生などの点に組み込まれているかなど)も総合的に勘案して決定されるべきとしている。

このような多様なファクターによる総合考慮は、概ね学説により支持されている⁽⁹⁾。そして、裁判所の多くは、実質的に、以上の基準に沿って判断しているとみることができ⁽¹⁰⁾る(関西医科大学研修医〔未払賃金〕事件・最高裁二小判平成一七・六・三労判八九三号一四頁、横浜南労基署長事件・最高裁一小判平成八・一一・二八労判七一四号一四頁、太栄金属工業所事件・大阪地判平成二・二・七労判五六一

号六五頁)⁽¹¹⁾。

三 本判決における労働契約該当性の判断枠組み

(一) 一般論の評価

労働契約にあたるかどうかについて、本判旨は、「単に契約の形式(文言)のみによって決すべきではなく、仕事依頼への諾否の自由、業務内容や遂行の仕方についての裁量の有無・程度、勤務場所や勤務時間の拘束の有無等、諸般の事情を考慮して、XとYとの間に指揮命令関係が認められるか否かという実質によって判断すべきであり、支払われる報酬が賃金に当たるか否かの判断に当たっては、その額、計算方法、支払形態において従業員の賃金と同質か否か、源泉徴収、雇用保険等加入の有無等が参考となる」とし、「使用従属関係」という概念を直接に使わないものの、基本的に労働基準法研究会報告書の提示するその判断枠組みないしこれに近い判断基準を大枠において用いていると思われる。しかし、源泉徴収、雇用保険等加入の有無等は、そもそも使用従属性を判断する際の補強的な要素であるため、「賃金の労務対償性」の評価に組み込むことは妥当であるかに疑問がある。

判旨は、まず労働契約性の判断基準・一般論を述べたう

えで、それぞれの判断要素ごとに検討している。二(ア)における諸要素の①②③⑤を重視して「指揮命令関係」を否定し、本件契約は労働契約に該当しないとされている。一方で、④労務提供の代替性の有無、及び、判断補強要素としての(イ)における⑦⑧については、ほとんど検討していない。

全体の構成からすると、その余の事情は、判旨の結論と矛盾しないという程度の位置づけとなっている。労働基準法研究会報告書も述べる通り、使用従属性の有無の判断において中心となる要素は①②③であり、この点に関する詳細な事実認定が必要である。

(二) 具体的事情の評価

本件の具体的事実関係の評価については、特に以下の点を詳細に検討する必要がある。

(1) まず、判旨は、Xの業務内容については、「ほぼXの自由裁量に委ねられていたと認められ」、そのほかXがYに提出した事業計画書の内容などから、「X及びYは、AをYから独立した事業主体であると考えていたことが認められ、このことは、XとYとの間に指揮命令関係が存在しなかったことを強く推認させる事実であるといえる」と

した。しかし、判旨それ自体が別の箇所で「Aが、Yから独立した事業主体となっていないことが認められる」とし、そして、Xの労務の専門性ゆえの裁量性という事実は、使用者の具体的な指揮命令になじまないということを示しているにすぎない。したがって、これらの点をもって、直ちにX・Y間の指揮命令関係を否定することは不十分である(②)。

(2) 次に、Dサイトや不動産サイトの作成、A₁社の業務を担当させられたとする諾否の自由がないというXの主張について、裁判所の具体的判断は、「Xがこれらの事業を手伝ったからといって、XがYの従業員であったことが裏付けられるものではない」とする。しかし、これは、Xの仕事内容の実態に言及しない形式的な判断にとどまり、直接に理由を示していないのではない(①)。

(3) 他方で、判旨は、事業者性の問題について、「業務用具の負担関係」であるとか、「自己の危険と負担」の下に事業が遂行されていたか等という観点からの検討が十分であるように思われる。しかし、本判決において、判旨が、Aの経費はYが負担し、請求書の中にYの名義で出されているものが存在し、また、A口座はYの代表者の妻が管理していると認定していることから判断すれば、Xの事

業者性は認めたいというべきであろう(⑥)。

また、「報酬の労務対償性」については、少なくとも「基本給」としての一五万円が報酬の生活保障的要素と認められる余地があり得ること(⑤)(⑦)、そして、客観的に「基本給」としての一五万円が雇用保険の基準とされること(⑧)、Xが他社業務に従事せず、従属性の程度が高いこと(⑦)などが確認できる。

したがって、以上の判断要素を総合的に勘案すると、本件では、確かに、人的従属性がやや弱いように思われるが、XのYに対する強い「経済的従属性」を窺うことができる以上、本判決が、直ちにX・Y間の契約が労働契約ではなく、「アウトソーシングしていたと評価する」業務委託契約と判断したことには疑問を持たざるを得ない。

四 本判決における判断枠組みへの疑問

労働契約の性質につき、ここまで検討したように、裁判例・学説では、この使用従属性基準が広く採用されている。しかし、従来の使用従属性基準は、労基法が工場労働者や定型的な業務に従事する労働者を対象としているときには適切に機能したが、労務提供における裁量性の高い労働者の労働者性判断基準としては不十分である。そして、この

ような多様な要素の総合評価に対して客観性と予測可能性の低さ、指揮命令関係(人的従属関係)が希薄な労働者への保護の不十分さを理由として疑問が示されている⁽¹³⁾。

これらの問題点を解消するために、すでに学説にはさまざまな試みが見受けられる⁽¹⁴⁾。すなわち、(1)労基法上の労働者であるか否かを各条項の趣旨に即して実質的に判断する立場、(2)労働者の組織的従属性や経済的従属性を重視する方向に判断基準の軸を移動させようとする立場、(3)労働者性判断に際して、就業の客観的実態だけでなく当事者の意思も考慮に入れようとする立場、(4)雇用ではないが雇用に類似する依存または従属の関係があればそれを「契約労働者」と位置付け多様な保護を与えようとする立場、(5)労働者ではない者の保護を広く正面から認めることによって問題を解決(緩和)しようとする立場、などからの試みである。

さらには、このような状況を念頭に置き、(6)立法論をも視野にいれて、多様化する就業形態に応じて労働保護法の体系を再整理し、問題となる規範の趣旨・目的に即して、その人的適用範囲の在り方を考え直してみる作業を行う必要があると主張する見解もある⁽¹⁵⁾。

評者としては、基本的にこのうち(1)(2)の見解を

適切だと考えている。そこで、これらの観点から、本件をさらに検討したいと思う。すなわち、そもそも本件の焦点は、未払賃金や割増賃金の支払というXの請求が認められるかどうかにある。未払賃金の請求は、賃金の約束・変更に関する当事者の意思を尊重し、又は、それを窺わせる事実によって判断すればよいと思われる。このような場合には、特に、労働契約法が施行されて以降、労基法上の労働契約・労働者性の問題ではなく、労契法上の労働契約・労働者性であるかを問題とすべきである⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾と考える。

これに対して、割増賃金の請求は、労基法三七条の適用があるかどうかにかかわるのである。労基法の定めのおおくは強行法規であり、かつ罰則もあるところ、労基法の規定の適用が限られるので、使用従属性の基準が必要となる。当事者の意思に任せるとすれば、法の潜脱・形骸化を招く恐れがあるからである。しかし、本件では、Xにおいて、「時間外労働をしたことの立証は全くなされていない」ので、特に問題にならなかった。

なお、評者は、労働者類似型の役務提供者に一定の保護を与えるべきである―例えば解雇の事案の場合には、解雇権濫用法理を適用（あるいは類推適用）する―と考えている（4）（5）（6）に近い⁽¹⁹⁾。本件におけるXも、労働者

類似型の役務提供者という側面を有しているが、本件にはさらに特殊な事情がうかがえる。そこで、本件解決のアプローチとして、以下の私見を提示したいと思う。すなわち、本件では、Xが事業者ではないこと、XのYに対する強い「経済的従属性」などの判断要素を総合的に勘案すれば、正面から、X・Y間の契約は、労契法上の労働契約として認めたと上で、さらに、Yが一方的に「外注費」名目の一五万円を増減させることをXの不利変更（労契法八条）の問題として、当事者の合意の存否によって判断すべきではないかと考えている。労働条件の不利変更をする場合には、労働者の合意に関する意思表示の認定は慎重にすべきであり、裁判例もそのような判断傾向にあるため（新聞輸送事件・東京地判平成二二・一〇・二九判一〇一八号一八頁、技術翻訳事件・東京地判平成二三・五・一七日判一〇三三三号四二頁、NEXX事件・東京地判平成二四・二・二七判一〇四八号七二頁）、Xの賃金支払い請求が認められるのは妥当であろう⁽²¹⁾。

- (1) 本件についての判例研究は、労基旬報一五三六号参照。
 (2) 雇用契約と労働契約の関係について、下井隆史「労働契約と賃金をめぐる若干の基礎理論的考察―『独自』の労

- 働契約法理論の検討のために―」ジュリスト四四一号（一九七〇年）一三一頁、萬井隆令『労働契約締結の法理』（有斐閣、一九九七年）一五頁以下、村中孝史『労働契約概念について』京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部創立百周年記念論文集第三卷』（有斐閣、一九九九年）四八五頁以下、鎌田耕一「雇傭・請負・委任と労働契約」横井芳弘ほか編『市民社会の変容と労働法』（信山社、二〇〇五年）一五一頁以下、柳屋孝安「現代労働法と労働者概念」（有斐閣、二〇〇五年）三七七頁以下、四〇二頁以下参照。
- (3) 荒木尚志ほか『詳説労働契約法』（弘文堂、二〇〇八年）六六頁。
- (4) ただ、労働契約の性質決定においては、労基法の労働者と異なつて、当事者の意思という主観的要素も影響を及ぼすべきであるとする指摘がある。野田進『事例判例労働法（第二版）』（弘文堂、二〇一三年）三六頁。
- (5) 菅野和夫『労働法（第十版）』（弘文堂、二〇一三年）一〇四頁。
- (6) 労働者性を使用従属関係をもって定義することに對して批判が少なくない。例えば、川口美貴「労働者概念の再構成」（関西大学出版部、二〇一二年）がある。
- (7) 菅野・前掲注(5)八六頁によれば、「労働契約に該当するか否かについては、労働関係の実態に即して判断されるべきものであつて、契約の形式（契約書の文言）が『請負』ないし『委任』（準委任）であつても、契約関係の実態において『使用されて労働し、賃金を支払われる』関係が認められれば『労働契約』に該当しうる、というのが、学説・裁判例においてほぼ一致した見解である」とされている。
- (8) 「労働基準法の『労働者』の判断基準について」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、一九八六年）五三頁以下。
- (9) 中窪裕也・野田進『労働法の世界（第十版）』（有斐閣、二〇一三年）一九頁。
- (10) 裁判例については、東京大学労働法研究会編『注釈労働基準法（上巻）』（有斐閣、二〇〇四年）一五〇頁参照（「橋本陽子」）。
- (11) その判旨は、「XとY間の実質的な使用従属関係が存在する場合には、本件契約を労働契約であると解するのが相当であるところ、右実質的な使用従属関係の存否の判断にあつては、仕事の依頼に對する拒否の自由の有無、業務遂行上の指揮監督の有無、勤務場所及び勤務時間の指定の有無、労務提供の代替性の有無、事業者性の有無、専属性の程度等の諸要素を総合的に検討することが必要である」とする。
- (12) 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」西村健一郎ほか編『新時代の労働契約法』（信山社、二〇〇三年）二七頁。

- (13) 西谷敏『労働法(第二版)』(日本評論社、二〇一三年)四四頁以下、東京大学労働法研究会編・前掲注(10)一四六頁(橋本陽子)。
- (14) 学説の状況について、西谷敏「労働者の概念」角田邦重ほか編『労働法の争点(第三版)』(有斐閣、二〇〇四年)五頁以下、東京大学労働法研究会・前掲注(10)一四八頁(橋本陽子)。
- (15) 東京大学労働法研究会・前掲注(10)『注釈労働基準法』一五〇頁(橋本陽子)。
- (16) 労働法上の労働者を労基法の労働者と同視する必要性はなく、むしろ、労働法の労働者を労基法のそれより広く捉えるべきであり、労基法の労働者でない者にも労働法の各規定の適用が可能であるとする見解として、西谷・前掲注(13)五六頁、川田知子「個人請負・委託就業者の契約法上の地位―中途解約・契約更新拒否を中心に」日本労働法学会誌一一八号(二〇一一年)八頁がある。川田は、さらに、労働法上の労働者が認められない場合、強行規定の趣旨・目的から、間接的にその規定に抵触する使用者の行為を「脱法的行為」として、労働法を類推適用する可能性があると主張している。
- (17) その場合、本件では、X・Y間の契約が労働法上の労働契約に当たる場合に、「外注費」が同法二一条の「賃金」に当たるかは検討の余地があり、さらに、Xの未払賃金の請求について、賃金の全額払い(労働法二四条)の問題と

して、議論する必要もあろう。これに対して、X・Y間の契約が労働法上の労働契約に当たる場合には、Yが一方的に「外注費」を増減させることをXの不利益変更(労働法八条)の問題として、議論すべきであろう。これらの点については、九州大学社会法判例研究会において、野田進教授、大橋将教授、山下昇准教授らのご指摘をいただいた。ここに謝意を表したい。

- (18) 近年、経済のサービス化、情報通信技術の目覚ましい発展や国際競争の激化など企業をめぐる劇的な環境変化に伴って、企業は人件費を含む事業費を削減する必要性に迫られている。この結果、従来正社員が従事していた多くの業務は、パートタイム労働者などの非正規労働者だけではなく、請負契約や委任契約など、労働契約以外の労働供給形式で企業に労務を提供する事業者によって担われることになった(川田・前掲注(16)八頁参照)。また、経営の効率化を図るために、企業はアウトソーシングとして、情報サービス業務、人事・経理・福祉厚生業務、営業業務の外注化を拡大させている(アウトソーシングの実態については、(社)ニュービジネス協議会「通産省委託調査アウトソーシング産業の育成に関する研究報告書」(一九九七年)参照)。さらに、近年、SOHO、テレワーク、在宅就業などといった雇用と自営の中間的な働き方が増加している。いわゆる就業形態の多様化が起きているのである(これらの就業形態については、「雇以外労働・就業形態に関する調査委

員会」の報告書が参考になる。この報告書は、労働省職業安定局編『雇用レポート二〇〇〇』（労務行政研究所、二〇〇〇年）二四七頁以下に収録されている。これらの役務提供者が実質的に使用従属関係にあれば、労働契約として規制を受けることになる。しかし、使用従属関係にあるとまではいえないが、役務提供者側が交渉力の弱い立場にある役務提供型契約が多く存在している。筆者の主張する、いわば労働者類似型の役務提供型契約である。

(19) 戦東昇「役務提供型契約に関する比較法的考察―中国の立法化作業への提言」(二〇一三年)九州大学博士学位論文。

(20) 野田・前掲注(4)二二七頁。

(21) 労働者類似型の役務提供者についても、労契法八条(労働契約内容の変更)の類推適用が考えられる。