九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

イギリス雇用保護法制と雇用契約の成立 : 成立要件としての中心的義務とその認定

新屋敷, 恵美子
九州大学大学院法学府 : 博士後期課程 : 労働法

https://doi.org/10.15017/14729

出版情報：九大法学. 97, pp.117-224, 2008-09-24. 九大法学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

イギリス雇用保護法制と雇用契約の成立

―― 成立要件としての中心的義務とその認定 ――

新屋敷　恵美子

序
　1　問題の所在
　2　本稿の構成
　3　予備的考察
第１章　雇傭契約の存在認定における「義務の相互性」
　第１節　契約の「分類」基準としての出現
　　1　指揮命令基準以外の基準の可能性
　　2　総合判断への移行と「義務の相互性」
　　3　法と事実の問題
　第２節　契約の「成立」要件への移行
　　1　「義務の相互性」についての主張の対立
　　2　削ることのできない最小限の義務
　　3　分かれる理解
　　4　「約因」としての定着
　　5　正当かつ有効な解答
　第３節　小括
　　1　契約の「存在」自体への懐疑
　　2　雇傭契約の役割の再発見
第２章　「義務の相互性」の内容
　第１節　相互的な義務の内容・程度
　　1　相互的な義務の内容
　　2　拘束性の程度
　第２節　義務の相互性と時間
　　1　書面のやり取りと臨時的就労
　　2　成立時中心の判断
　　3　雇傭契約の時間的展開性を認める判断
　　4　その後
　　5　まとめ
　第３節　小括
　　1　内容
　　2　雇傭契約と時間
結びにかえて
　1　契約を基盤とする法システムと契約の不在
　2　労働分野における契約の義務の相互性
　3　一般契約法との接合
　4　法制 ― 雇傭契約 ― 契約法

序

1 問題の所在

（1）労働契約の合意の要素

2008年３月、就業形態の多様化や個別労働関係紛争の増加を背景に、個別労働関係の安定に資するため、労働契約の基本的な理念や共通原則、判例法理に沿った労働契約の内容の決定・変更に関する民事的なルール等が一つの体系として「労働契約法」としてまとめられ、施行された。

同法は、第一章総則・第一条（目的）で、同法が「労働契約が合意により成立」する「合意の原則」等を定めるものであるとする。そして、第六条（労働契約の成立）で、「労働契約は、労働者が使用者に使用されて労働し、使用者がこれに対して賃金を支払うことについて、労働者及び使用者が合意することによって成立する」と定め、労働契約が成立する際の「合意の要素(1)」、すなわち、「労働者が使用者に使用されて労働」することと「使用者がこれに対して賃金を支払う」こととを定めている。

ところで、同法の適用は「労働者」性の観点から判断されるもの(2)の、理論的には、当事者らがこの労働契約法の適用を受けるには、その前提として、労働契約が成立していなければならない。労働契約の成立が認められないのに、労務提供者が「労働者」であるとして、同法が適用されるということは考えにくい。言うまでもなく、当事者間の労働契約は、労働法システムの規律を受ける「関係の設定(3)」をする機能を有しているのである。

さて、そのような労働契約を成立させるか否かは、「成立要件としての合意(4)」としての当事者らの合意（契約の自由）に委ねられている。そして、このような契約の自由の下で形成される多種多様な取り決めが労働契約と認められたならば、それは労働法システムの「権利義務の受け

皿[5]」として重要な役割を果たすものとなる。したがって、当事者らの間で何がどの程度決められると当事者間に労働契約が成立したと法的に評価されるのか、この点についての一貫した理論が必要とされよう。

（２）直接的な議論の不足

ところが、周知の通り、日本の裁判例では、個別的労働法の適用の基準が、労基法上の「労働者」性（第九条）、つまり、「使用従属関係」の有無であるため、労働契約の成立要件は直接的にはほとんど議論されてこなかった。そのことが問題となっているように解される場合でも、「使用者と労働者との間に個別的な労働契約が存在するというためには、両者の意思の合致が必要であるとしても、…、使用従属関係から両者間に客観的に推認される黙示の意思の合致があるかどうかにより決まる」とされるなど[6]、労務提供・受領実態から当事者の意思を推認するという方向で判断がなされ、やはり直接的には議論になってこなかったと解される。

（３）不明確な成立要件

また、何がどの程度当事者間で定められていなければならないのかが、裁判例では一貫しておらず、それについてさらに具体的・理論的に検討する必要性があると解される。

（ｉ） 例えば、新国立劇場運営財団事件（東京高判平19.5.16労判944号52頁）では、報酬の算定方法や労務提供の時期の基本的内容を取り決めていた当事者間の「契約メンバー出演基本契約」（以下、「基本出演契約」という。）が、労働契約関係を成立させていないとされたが、その判旨は疑問が残るものであった。同事件は、劇場の管理運営を行う財団法人（Y1）に自己の歌唱労務を提供する者（X1）の「労働者」性が問題となった事案で、当事者らは一年間ごとの「基本出演契約」と、各公演ごとの

出演契約（以下、「個別契約」という。）を締結していた。まず、「基本出演契約」は、一年間のシーズン前に、以下の事柄を当事者間で取り決めていた。①X1がY1主催のオペラ公演に当該シーズンの契約メンバーとして出演することを求めるYの依頼を承諾したこと、②X1が当該シーズン中に出演する公演は、「出演公演一覧」記載の公演（以下、「出演公演」という。）であること、③X1が出演公演に出演し、必要な稽古等への参加等をすること、④X1が個別公演に出演するにあたり、Y1とX1は、個別公演の出演を確定し、当該個別公演の出演業務の内容及び出演条件等を定めるため、原則として当該個別公演の稽古が開始される前までに個別契約を締結し、個別契約に記載されない事項については、基本出演契約に従うこと、⑤Y1は、X1に対し、出演業務の遂行に対する報酬を、個別契約締結の上、個別公演ごとに支払うこと。報酬額は報酬等一覧に掲げる単価等に基づいて算定すること（報酬等一覧においては、既に本番出演、稽古等について単位当たりの金額が定められ、更に規定時間を超えて稽古した場合超過稽古手当を支給し、稽古に欠席、遅刻、早退した場合には稽古手当を減額することが定められていた）。

X1は、計4回この契約をY1と締結したが、その間、基本出演契約には、基本出演契約と個別契約の解除事由として、それらの契約の締結・履行に関し、虚偽の申告若しくは届出を行った場合等が加えられ、また、報酬が、それまで報酬一覧において本番と各稽古ごとに定められていたところ、本番出演料に一本化された。ただし、超過稽古手当、欠席・遅刻・早退の扱いについては従前と同じであった。

このような取り決めの下X1はY1に労務を提供していたが、5回目の契約締結がなされず、X1から労働基準法18条の2の類推適用等によりX1がY1との労働契約上の権利を有する地位にあることの確認等がなされた。一審（東京地判平18.3.30労判918号55頁）は請求を棄却し、控訴審も控訴を棄却した。すなわち、控訴審は、基本出演契約を「継続的に売買取引をする場合において、売買の基本となる支払い条件等をあらかじ

め定めておく『基本契約』のようなものと理解」し、X1の出演公演への参加に対する当事者からの期待は「事実上」のものにすぎず、X1は個別契約の締結に際し諾否の自由を有しているとした。そして、「基本出演契約を締結しただけでは、X1は未だY1に対して出演公演一覧のオペラに出演する義務を負うものではなく、また、オペラ出演の報酬を請求する具体的な権利も生じないものであるから、その余の点を判断するまでもなく、本件でX1とY1との間に労働基準法、労働組合法が適用される前提となる労働契約関係が成立しているといえないことは明らかである」、とした。

しかし、基本出演契約の締結により、既に労働契約の基本的な部分が定められ、かつ、かなりの程度出演依頼への「諾否の自由」が制約されていたように解される。そして、この状況での個別契約は、それにより具体的な権利義務が発生していたというよりも、むしろ、他方で芸術家としての活動も一定程度予測される契約メンバーに対する出演の再度の確認や、公演ごとに異なる稽古時間や出演業務の確認のためのものに過ぎなかったのではないかと解される。他方、Y1においても、公演ごとに演目も異なり、これらの確認を基本出演契約の締結時に具体的に決定することは必ずしも容易ではなかったと解される。したがって、これらの確認は、最初に締結された基本出演契約の法的な義務の具体化に過ぎないと見る余地もあろう(7)。

（ⅱ） また、上記判旨と次の大阪施設工業事件（大阪地決昭63.10.7労判528号35頁）の判断とを比較すると、裁判所の判断が必ずしも一貫していないことが見て取れる。同事案は、線路の新設、改良等を業務とする会社（Y2 ― 被申請人）に保線業務の作業員として約十二年間ないし十八年間労務を提供していたX2（申請人）らが、一定の期間についてY2からの就労要請がなされなかった際の賃金請求権を失わないあるいは労働基準法所定の休業手当金請求権を取得する地位の保全を求めた事案で

あった。

まず、X2らは紹介者を介して Y2の面接を受け、Y2から、賃金、勤務時間等の勤務条件の概略、および、「仕事の切れることがあり、仕事のある日のみ働いてもらうことになるがそれでいいか」との説明を受け、採用の旨告げられた。このような採用手続きの後、Y2は X2らをただちに作業員として名簿に登録し、その者らを、就労要請の便宜のために編成した班に組み入れていた。こうして、Y2は、就労要請をする業務の前日の業務終了時までに、Y2によりいくつかの班を指定することによって就労を要請していた。作業員は特段の不利益を受けることなく右就労要請に応じないこともでき（一か月毎日のように就労する者から一か月まるまる出てこない者までいた）、応じる場合は、当該勤務時間開始までに一定の手続きをして Y2に就労意思を伝えることになっていた。このような事情の下、判旨は、X2、Y2間には、「申請登録した作業員（X2らを含む。）に、同工事の作業をさせることが相当でないと認められる合理的事由のある場合を除き、原則として、X2らに対し、登録した他の作業員と公平に、当該作業への就労要請をなすべき義務が発生し、他方、X2らは、右就労要請について諾否の自由を有するという、労働契約関係が設定され、その後、Y2による個別の就労依頼とそれに対する X2らの応諾によって、それに従って個別的、具体的な就労義務と就労に対する賃金請求権の有無が定まるという、いわば特殊な期間の定めのない労働契約…が締結されたものと解するのが相当である（Y2の右就労要請義務が契約上の義務である以上、その違反事実が発生すれば、一般原則に従って、義務違反に伴う責任追及のなされることはいうまでもない。）」とした。

この判旨と先に示した新国立劇場運営財団事件の判旨とにおいて、労働契約の成立時点でどのような義務が必要であるか、どれほどの拘束性が認められなければならないかについて、一致していないことが確認できる。大阪施設工業事件の方では、労働関係が成立する段階では、Y2

側に「登録した他の作業員と公平に、当該作業への就労要請をなすべき義務」を認めつつ、X2らの側にそのような就労要請について諾否の自由を有することを許容していた。そして、その後に個別具体的な権利義務が確定するとしていた。いい換えると、成立段階では、上記のような義務を認めるものの、それほど具体的な拘束性を要求していない。他方で、新国立劇場運営財団事件の方では、基本出演契約の締結だけでは出演公演に出演する義務が生じず、また、報酬請求についての「具体的な権利」も生じないから、「その余の点を判断するまでもなく、…労働基準法、…が適用される前提となる労働契約関係が成立しているといえないことは明らかである」としている。ここでは、成立の段階で、「就労要請をなすべき義務」などは検討されておらず、労務提供や報酬支払いについての具体的な義務が生じていることが要求されている。そして、大阪施設工業事件では労働契約関係上のものとされたと思われる、出演公演への参加に対する当事者らの期待は、「事実上」のものに過ぎないと評価され、法的なものであることが否定されている。このように、上記二つの事件では、労働契約の成立段階において要求される義務の内容と拘束性の程度が一致していない。

そして、新国立劇場運営財団事件は、双方に具体的な労務提供・報酬支払の義務がない場合には、「その余の点を判断するまでもなく」、つまり、「労働者」性を示す様々な要素があったとしても、それらを考慮する前段階で、検討を終了させるとしている(8)。そうすると、このような成立要件を要求する判断に従えば、同事件の労務提供・受領実態では、労務提供者は、労働者性の判断にすら手を伸ばせないことになる。それに対して、大阪施設工業事件の判旨は、その結論や理論構成の是非はともかく、成立の段階で労務提供者らの諾否の自由を決定的とせず、一度労働法の世界に引き入れた上で、さらに当事者らによって形成された契約の実態・構造を検討している。前者の事件では、検討は「労働者」性の検討にも及ばないのに対し、後者の判断では、労働法の理論の中でその

契約実態や構造がなお様々な観点から検討される余地が残る。この違いは重要であろう。

さらに、大阪施設工業事件の労務提供者らの契約は、「日々雇い入れられる労働者の契約と期間の定めなく雇用される通常の労働者の契約との中間的な性格のもの[(9)]」ともいえよう。そして、昨今の就業形態の多様化の中で、当事者らの契約（しない）自由の下作成された上記二つの事件のような取り決めが、以前に増して裁判所等に持ち込まれることが予想される。そうすると、何がどの程度当事者間で定められている場合に労働契約が成立したとされるのかが、今後、一層重要な問題となってくるであろう。この点についてどのような立場を取るかによって、上記二つの事件にみられるような結果の違いが生まれかつそれが結局蓄積されてきた労働法の規律する世界に入るか否かに関わっているから、いかなる内容のいかなる程度の義務が認められるときに労働契約が成立したと言えるのかについて、可能な限り一貫した理論が構築される必要があると解される。

（4）イギリスの特徴と本稿の視点

以上のように、成立要件としての合意の要素のさらなる検討の必要性が見て取れる。そして、先述したように、日本の裁判例では、個別的労働法の適用の有無は、労基法上の「労働者」性、つまり「使用従属関係」の有無の判断により行われるため、労働契約の成立要件が直接問題とされることはこれまであまり見られなかった。そのため、日本の裁判例からそれについて検討しようとすると、事例が限られるためにその要素や問題点の析出が困難であるし、そのような要素や問題点の析出を普遍化することもまた問題であり、結局一回的・単発的な問題提起・分析に終わってしまう。

そこで、本稿ではイギリスにおいて被用者（employee）の中心的な権

利義務を規定する雇用保護法制の適用決定についての裁判例を考察する。というのは、以下のイギリス法の特徴から、その考察が、労働契約の成立を直接的に議論する裁判例に乏しい我々に、格好の材料を提供していると思われるからである。すなわち、本稿が考察の対象とするイギリスの雇用保護法制は、その適用の有無をコモン・ロー上の概念である当事者間の「雇傭契約」（contract of service）[10]の存在にかからしめている。そのため、上記雇用保護法制の適用の可否が争われる場合には、裁判所（審判所）は当事者間の契約の解釈を通じて当事者の権利義務を認定し、それらを判例（コモン・ロー）の示す基準により検討し、それが「雇傭契約」のものと言えるかを判断してきた。まず、ここに裁判上当事者間の契約の存在自体がそれほど議論されない日本と異なるイギリス法の特徴がみられる。

さらに、近年、同国における就業形態の多様化の影響の下、雇傭契約の存在認定の場面で、「義務の相互性」（mutuality of obligation）という用語により、雇傭契約のまさに中心的な義務内容が頻繁に議論されているのである。その「義務の相互性」とは、当該契約において、労務受領者が労務を供給するあるいは報酬の支払いをすることが義務付けられており、他方で、労務提供者が供給された労務を提供することが義務付けられているか、というものである。そして、それらの裁判例（審判所の判決例）において、その義務の内容や、法的義務と認められるだけの拘束性の程度が実際に議論されている。このように、イギリスでは、現在に至るまで、裁判例の中で、雇傭契約が成立するのに必要な中心的な義務についての具体的な議論が展開されているのである。

したがって、このような「義務の相互性」に関する議論を中心にイギリスにおける雇傭契約の存在認定場面を考察することで、我が国の労働契約の成立において必要とされる、まさに労働契約にとり中心的な義務内容の議論の精緻化や検討課題等についての何らかの示唆を得ることができると思われるのである。[11]

2 本稿の構成

本稿では、まずこの序の残りで、予備的考察として本論の考察の前提について確認する。そして、第１章では、先述の「義務の相互性」が、当事者間の関係を主に雇傭契約か請負契約（contract for services）かに分類する契約の分類基準から次第にそもそもそのように分類できる契約自体存在したのかを問う成立要件へと変化していったことを示す。そのようにして「義務の相互性」の雇傭契約の存在の認定場面における位置づけを明らかにしたうえで、第２章において、「義務の相互性」の内容・程度等についての裁判例における議論を確認する。

3 予備的考察

では、本論に入る前に、考察の前提を確認しておこう。

（１）雇傭契約の役割

まず、イギリスにおいて、1960年代以降、契約の相手方に自らの労務を提供する者にとり重要かつ中心的な権利を拡充してきた雇用保護法制における雇傭契約の役割を説明する。その役割は、そのような雇用保護法制がどのような被用者の権利を定めているかという同法制の当事者間の関係にもたらす意義と、同雇用保護法制において雇傭契約が果たす機能を含むものとなっている。

（ｉ）雇用保護法制による被用者の権利の拡充

イギリスにおいて、現在、1996年雇用権法（Employment Rights Act 1996（以下で、「ERA1996」と略することがある。））が、契約の相手方に労務を提供する者にとって基本的で重要な権利を定めている。その権利とは、例えば、報酬の算定方法や労働時間関係の契約条件等を記載した雇用条件詳細通知への権利や、不公正に解雇されない権利などである。

これらの権利は、1960年代以降、とりわけ1970年代の雇用保護法制に

より拡充されてきた権利が統合されて同法上に規定されているものである。まず、1963年雇用契約法（Contracts of Employment Act 1963）が、被用者（employee）と使用者（employer）双方の契約終了意思の最低期間通知の権利を導入し、また、同法は、使用者に被用者への雇用の条件の通知書（雇用条件詳細通知）の発行を義務付けた[12]。そして、1965年剰員整理手当法（Redundancy Payments Act 1965）により、使用者による経営削減を理由とした被用者の解雇やレイオフ等への剰員整理手当の権利が導入された[13]。そして、これらの法と1971年の労使関係法（Industrial Relations Act 1971）の一部とが1972年雇用契約法（Contracts of Employment Act 1972）により統合された。さらに、1975年雇用保護法（Employment Protection Act 1975）が、保障手当、傷病休職手当、そして母性休職手当を定めた[14]。そして上記の権利と、不公正に解雇されない権利（1975年雇用保護法により労使審判所に被用者の復職・再雇用を命じる権限が認められて強化されていた）を定めていた1974年労働組合労働関係法の規定（不公正に解雇されない権利自体は、1971年労使関係法に既定）等が、1978年雇用保護（統合）法（Employment Protection（Consolidation）Act 1978）によって統合された。イギリスの個別的労働法の分野で、以上のように、被用者の権利ないし使用者の義務が展開ないし拡充されてきた。1980年代及び90年代には権利の拡充は捗々しくなかったとされるが[15]、以上のような権利が現在、1996年雇用権法に統合して規定され[16]、同法が個別的労働関係において重要な位置を占めるものとなっている。

（ⅱ）雇用保護法制における雇用契約の役割

（ａ）被用者と雇傭契約

（ⅰ）のように、雇用保護法制は個別的労働関係における被用者の基本的で重要な権利を拡充してきたのであるが、契約の相手方に対して労務を提供する者が同法制上の権利主体となるには、同法制の規定が上記

のような権利について「被用者」（employee）を権利の主体として定めているため[17]、その者が同法制上の「被用者」でなければならない。そうすると、同法制上の被用者がどのように定義されているのかが問題となるが、例えば現行の1996年雇用権法（ERA1996）は、第230条１項で、「この法において『被用者』とは、雇用契約（contract of employment）を締結している個人、または、雇用契約の下で労働する（あるいは当該雇用が終了している場合には、労働していた）個人をいう」とし、同条２項で、「この法において『雇用契約』とは、雇傭契約（contract of service）と徒弟契約（contract of apprenticeship）を意味し、明示・黙示を問わず、（明示であれば）口頭・書面を問わない」と定義している。このため、通常の契約の相手方に労務を提供する者の場合には、当該相手方と同法上の雇傭契約を締結しているか、その下で労働しているまたはしていたかによって、先に述べたような権利主体となれるかが決定されることになる。このように、契約の相手方に労務を提供する者にとって重要な権利を展開してきた雇用保護法制において、当事者間の雇傭契約の存在が、労務提供者の実質的な権利資格要件となってきたのである[18]。

なお、本稿では、contract of employment を雇用契約とし、contract of service を雇傭契約と表記する。第230条２項は、雇用契約に雇傭契約と徒弟契約とが該当する旨定める。しかし、徒弟契約が雇用契約の主流としては考えられないから、制定法上の contract of employment も contract of service も雇用契約と表記して差し支えないように思われる。特に、雇用保護法制の側からは、contract of employment の用語でコモン・ロー上の contract of service を捉えられる、言い換えると、雇用保護法制はもともと contract of service がコモン・ロー上の概念であることを予定していると解される。しかし、contract of employment は、実際に同法制の適用が問題となった場合には、コモン・ロー裁判官らにより、contract of service の用語で捉えられることが多く、その際にはコモン・ロー上の概念としてその内容等を検討される。このとき、

その contract of service を contract of employment という保護法制上の用語に置き換えることには幾分躊躇を覚える。というのは、contract of service の内容は、第１章でも示すように、やはりコモン・ロー上の概念として法（裁判所）によりその内容が検討されているからである。また、コモン・ローの概念が制定法上の用語をどのように自身に取り込むのかも明らかでない。したがって、本稿では、contract of service の雇用保護法制上の側面を扱う時、あるいは、言及者が contract of employment としている時には雇用契約と表記し、contract of service のコモン・ロー上の側面を扱う時には、「雇傭」という古い字を当て、「雇傭契約」と表記し、それがコモン・ロー上の概念について言及していることを示すこととした。

（ｂ）雇用の継続性

（ａ）に加えて、本稿の考察の対象であるイギリスの雇用保護法制に特有の事情として注意が必要なのが、法律上認められた権利の中には、当該労務提供者が被用者と認められても、さらに、雇用契約に基づく雇用の継続性とその長さが権利の資格要件となるものがあることである。本稿に関連するものでは、雇用条件詳細通知への権利、不公正に解雇されない権利、剰員整理手当への権利が挙げられる。これらの権利に関しては、権利の要件として、それぞれ、１か月、１年、または２年といった法定の期間の雇用の継続性（continuity）が存在することが要求される[19]。この雇用（「被用者に関しては、…雇用契約の下での労働（employment）[20]」）の継続性は、現行の1996年雇用権法であれば、第210条以下の規定により算定される。まとめると、継続性は基本的に週を単位として算定され[21]、したがって、同法の規定に従って一週間雇用の継続性が認められない場合は、その週によって雇用の継続性が破られることになる[22]。問題は、ある週がどのような場合に継続性がある期間として数えられるかという点であるが、1996年雇用権法は、週の全体もしくは一部において被用者と

使用者の関係が雇用契約によって規律されている（governed）場合、当該週を雇用が継続している週として数えるとしている[23]。

さらに、継続性について、週の一部に雇用契約が存在しない週でも、被用者の不在が、（ａ）傷病による就労不能、（ｂ）一時的な業務の休止（cessation）による不在、（ｃ）取り決め（arrangement）や慣習（custom）によって、その者が何らかの目的のために当該使用者の雇用にあり続けていると考えられるような状況における不在、（ｄ）妊娠出産のための不在、であった週は、雇用の継続の期間に算入される[24]。

このように、雇用の継続性が擬制される規定が設けられているとはいえ[25]、同法上の権利が認められるかは、やはり基本的に雇用契約の存在にかかっていると解される。というのも、仮に要求される法定期間の全体を覆う契約が存在すれば、そもそもそのような規定の適用を考える必要はない。その場合には、問題の期間全体について雇用の継続性の基礎となる雇用契約が常に存在しているからである。また、週の一部にさえ雇用契約が存在しない場合の継続性の擬制であっても、次回の雇用契約が存在することが期待できないような場合（会社の部門の廃止による業務の消失のような場合）には擬制が認められないように、それらの規定は基礎となる雇用契約の存続を前提としていると解されるからである[26]。

以上のように、当事者間の雇用契約の存在が、雇用保護法制上の権利の実質的な権利資格要件となっていることが確認できる。

ここまで、（ⅰ）では、雇用保護法制において契約の相手方に労務を提供する者にとって基本的かつ重要な諸権利が拡充されたこと、（ⅱ）ではその法制の入口に雇傭契約がはめ込まれていることを確認した。つまり、雇傭契約は、単なる当事者の法的関係の基礎としてだけではなく、歴史的に展開されてきた被用者への権利への入り口ともなっているのである。

（２）雇用の時間的断片化と義務の相互性

ところが、雇用保護法制は、上述のような重要な概念である「雇傭契約」自体の定義をしてこなかったため、「雇傭契約」が存在したかという問題は、コモン・ローによりいくつかの基準が定立されて解決されることとなった。その結果、現在、コモン・ロー上、後述する四つの主な基準（要件）が認識されていると解されている（第１章参照）[27]。

そして、そのような四つの判断要素のうちの一つが「問題の所在」で少し触れた「義務の相互性」である。第１章では、この判断要素が契約の（雇傭契約か請負契約かの）分類基準から次第に、コモン・ロー契約法の「約因」として雇傭契約の成立要件へと性質を変化させていったことを見る。そこで、この予備的考察で、約因について少し紹介した後、「義務の相互性」がどのような雇用・就労形態についてどのように問題となってきたのかを議論前提として示す。

（ｉ）成立要件としての約因

少し遠回りになるが、契約法における約因の位置づけをより明らかにするために、また、雇傭契約の存在の認定に関連して、どのように一般契約法上、契約の成立が認められるのかを確認する意味でも、以下、契約の成立がどのように認められるのかをイギリスの代表的な契約法の書である『Anson 契約法』[28]によって紹介しつつ、「約因」についても本稿に関連があると思われる限りにおいて紹介する。

（ａ）契約の要素

まず、コモン・ロー契約法によれば、契約は一ないし複数の約束からなり、その約束は、少なくとも諾約者と受約者の二当事者、そして約束に含まれる宣言（declaration）や保証（assurance）についての共通の意思や期待の外部的表示からなる[29]。

（b）合意の成立―申込と承諾

次に、上記のような表示は多くの場合、合意の形をとる。したがって、まず契約が成立したかどうかは、合意が結ばれたか否かという検討から始まる[30]。

そして、その合意が締結されたか否かは、証書による約束の場合以外、確定的な申込みと承諾が存在したかによる。この申込と承諾によって結ばれる契約は、片務契約か双務契約となるが、「疑わしい場合には双務契約が締結されたと考えるのが適当である」とされ[31]、双務契約とは、申込が約束を与えることによって承諾された時に、当該契約が両当事者において効力ある義務を生じさせるもので、これによりどちらの当事者も何らかの作為ないし不作為をする義務を負うことになる。そして、確定的な申込と承諾は、書面によるもしくは口頭による言葉、そして行為（この場合は当該事案の状況により認定）により為されうる[32]。ただし、例外はあるとはいえ、申込は不作為からは推論されえない[33]。

（c）申込と承諾についての客観的な意思の認定

また、このような当事者の意思の基準は、主観的ではなく、客観的なものである。つまり、「法がある者に帰する意思は常に申込みの相手方の立場にいる者によって適切に解釈された場合に当該行為者が抱いている意思であって、必ずしも申込者自身の頭にあった意思ではない[34]」。

（d）不確定な条項

ところが、上記のような流れで、申込と承諾が認定され合意が達成されたとしても、契約が存在しないとされる可能性がある。それは、合意の条項が不確定である場合と、合意が当事者間の将来の合意のための必要性に言及することによってなされた場合である。というのも、「全ての重要な契約の条項が合意されない限り、拘束力のある義務が存在しないからである。将来に合意するための合意は契約ではない。また、重要

な条項が確定していないもしくは法により推定されなくて、（どちらかで）かつ書面がそれを確定するための仕組みを有していない場合にも、契約は存在しない[(35)]」。ただし、これが法の原則的立場とはいえ、裁判所の傾向としては、特定していなくても容認する向きにあるとされる。

（ｅ）許容される不確定性の程度

上記の条項の確定性の点につき、基本的に、「法は、当事者に自分たち自身の契約を作成することを要求する。つまり、不決定もしくは不確定な条項から当事者らのために契約を構築（construct）することはない。曖昧もしくは確定していない約束は従って強制力のある契約を生じさせない」とされる。しかしながら、「多くの取引においては、とりわけ一定期間における将来の遂行のための取引においては、当事者らは全ての事柄を特定することもできないし、特定したいとも思わない。最初に取引（bargain）の何らかの重要な条項を未決定のままにしていると見られる取引は、推論（implication）によって、もし明示されていないのであれば、当事者間の将来の合意以外の何らかの決定手法を提供しうる。そのときには、特定されうる確定であるということが法の最大限として言えるから、十分な契約があることになる。あらゆる場合において、裁判所の役割は、…、当事者の言ったこと為したことに公平な（fair）解釈（construction）を付すことである」とされる[(36)]。

（ｆ）条項の確定方法

このような裁判所の作業は、何が言われ為されたのか、その文脈、不確定な事柄の相対的な重要性などを考慮して為される。また、この確定に際し、当事者の意思を探求するのに、従前の取引、産業の慣習、適切性（reasonable）の基準[(37)]、実行された取引[(38)]を考慮することが認められている。

（g）法的関係を形成する意思

なお、現在では、合意が拘束力ある契約となるのは、契約が法的結果を熟考して為されていると適切に認められる場合のみであるという法が確立している[39]。

（h）法的に強制可能な契約の成立要件[40]

さて、そのように形の上では成立した合意も、約因という契約の実質を備えなければ、法的に強制力のある契約として成立したと認められない。すなわち、「イギリス法は、そのままの約束や合意を法的に強制可能であるものとはせず、二種類のみの契約を認めている。すなわち、証書による契約と単純契約である」。証書によってなされる契約は、合意という事実からでも交換であるからということからでもなく、その有効性をそれが表現された形式（form）からのみによって認める。

他方、「単純契約は、一般的な原則として、なんらの特別の形式において作成される必要はないが、約因の存在を要求し、約因は、…、広く約束と交換で何らかのものが与えられなければならないということを意味している[41]」。

具体的には、「価値のある約因は、法の意味においてだが、一方当事者に与えられる何らかの権利、利益、収益、もしくは利得、あるいは、他方当事者によって受け取られる、被られる、もしくは引き受けられる訴権放棄、不利益、損失、もしくは責任からなる[42]」。

これは、区別の標としての相互性（reciprocity）の概念をもたらすものであり、無償の約束は、イギリス法では強制できない[43]。

以上からわかるように、約因は、基本的に、諾約者への何らかの利益か受約者への何らかの不利益である。そして、「約因は必ず約束の見返りとして（in return for）与えられなければならない。そしてそれは、たいてい、例外がないわけではないけれども、諾約者の要求に応じてなされる。…。他方当事者の約束の見返りとして以外で与えられた利益や

被られた不利益は約因を構成することができない」[44]。

（ⅰ）約因は現実のものでなければならない

約因は約束と等価なものである必要はないが、「現実（real）のものでなければならない。約因は法の目から見て何らかの価値がある何かでなければならない」[45]。したがって、当事者により約因であるとされる約束は、強制されるにはあまりにも漠然とし、かつ、実体のない性格のものであることがありうるが、このような場合、遂行が諾約者の裁量に完全に委ねられている約束は、強制可能でない。したがって、約因は「幻想的」であるとされ、約束が約因を構成しないことになる[46]。

以上、契約の成立についての契約法の大まかな理論とその中での約因の位置づけやその意味を示した。第１章でみるように、先に少し触れた「義務の相互性」という雇傭契約の存在認定における判断要素は、次第にこの「約因」として認識されるようになるのだが、「義務の相互性」が議論されたのは、以下のような「雇用の時間的断片化」とでもいうような就業形態の状況についてであった。

（ⅱ）臨時的就労と雇用の時間的断片化

イギリスでは、現在、臨時的就労（temporary）、不定期（臨時的）就労（casual）、呼び出し労働（on-call work）、ゼロ時間労働（zero-hour work）[47]、臨時就労（temps）、季節労働（seasonal）といった就業形態が雇傭契約の認定の場面で問題となっている。このような就業形態の典型例としては、「求めに応じた臨時のベース」（casual as required basis）で労務提供・受領がなされることが労務提供・受領者間で想定された上で、労務の必要性が生じた場合に限って実際の労務提供、受領・報酬等の交換がおこなわれ、また、それが一定の期間繰り返されている場合があげられる。より具体的にいうと、労務受領側が事業の必要性に応じて電話や他の一定の手段で労務提供者に労務を依頼し、労務提供者がそれ

を引き受けた場合に労務と報酬の交換が生じる場合や、労務受領側から常態として労務が依頼されるがそれを労務提供者の側で自己の都合により断る自由が認められている場合である。このような就業形態の場合、労務提供・受領が繰り返された関連期間全体において、実際に労務提供・受領等がみられる時期とそれがみられない時期が入れ違いで繰り返し現れることになる。そうして、いわゆる正規または典型雇用の場合には、一般に、当事者の関係は時間が区切られることなく継続していくものと観念されると解されるのに対し、上記のような就業形態においては、実際の個別の労務提供・受領の間に、当事者において労務を供給したり引き受けたりすることが確定しておらず、当事者間に何らの関係が存在しないように思われる時期（インターバル）がより意識されるようになる。その結果、当事者の関係の時間的連続性が必ずしも自明でなくなる可能性が高まる、すなわち、「雇用の時間的断片化」[48]が生じうる。そして、この労務提供・受領実態のインターバルが、第１章で示すように、雇傭契約の認定の場面において「義務の相互性」（mutuality of obligation）という語句で問題とされるようになったのである。

（３）労働者

本稿は、「雇傭契約」の義務の相互性を主たる考察対象とするものであるが、第２章において、近年の立法で採られている「労働者」概念に対応する契約についての「義務の相互性」の内容と雇傭契約の「義務の相互性」の内容との異同が問題とされることを紹介する。そのため、この予備的考察において「労働者」概念について必要な限りで紹介しておく。

1996年雇用権法においても、「労働者」を権利主体とする条文は存在したのだが[49]、（１）でみたように同法上の権利は主として被用者に認められるものであった。しかし、近年の1998年全国最低賃金法（National Minimum Wage Act 1998）や1998年労働時間規則（Working Time

Regulations 1998）等においては、この「労働者」が主たる権利主体となっている[50]。

そして、それらの制定法上[51]、「労働者」とは、「以下の契約を締結しているまたはその下で労務を提供している（雇用が終了している場合には、就労していた）個人をいう。

すなわち、（ａ）雇用契約、または、（ｂ）明示・黙示を問わず、（明示の場合には）口頭・書面を問わず、それにより当該個人が、契約の観点から、当該個人によって営まれる専門的職業ないし商業的事業の依頼人または顧客の地位にない契約の他方当事者に、個人的に何らかの労働ないし労務をなすあるいは果たすことを引き受ける、あらゆるその他の契約[52]」。

この定義からわかるように、「労働者」概念においても、「使用者[53]」との間に、一定の契約関係が必要とされる。しかし、この「労働者」は、（ａ）の雇用契約（通常の場合雇傭契約）に基づく場合だけでなく、（ｂ）の契約に基づく場合も認められるから、「被用者」よりも広い概念である（後掲図１－１参照）。

そして、そのような広い定義がおかれた趣旨が、例えば、労務提供者が労働時間規則の「労働者」に当たるかが問題となった Byrne Bros（Formwork）Ltd. v Baird 事件（以下、「Byrne Brothers 事件」という。）控訴審判所判決[54]における、Recorder Underhill 審判長の判旨から窺われる。

すなわち、「規則の背後にある意図は明らかに保護される労務提供者の中間範疇を創設することにある。その労務提供者というのは、一方で、被用者ではないが、他方で、何らかのより厳格な意味で事業を遂行しているともみなすことができない者である。」

（中略）

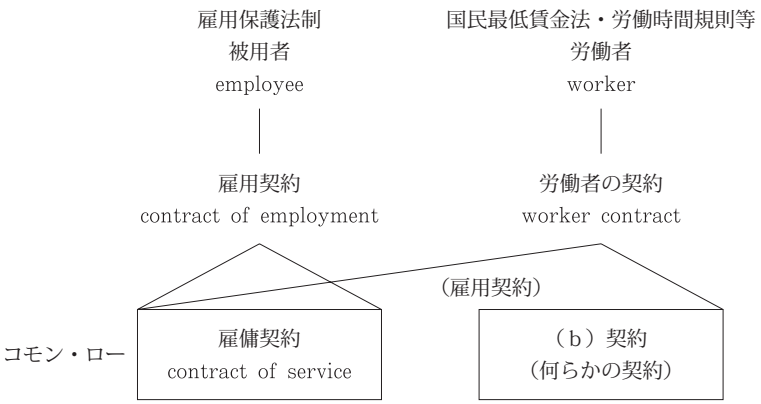
その規定（1998年労働時間規則上の「労働者」を定める規定の上記（ｂ）と同趣旨の規定）の「背後にある政策を検討することによって最もよい

ガイダンスが見出されるであろう。それは、その種の保護を狭義の被用者と同程度必要とする労務提供者に保護の利（benefit）を伸ばしうるのみである。すなわち、その者らの正式な労働（employment）の地位が何であろうと、過度な時間、労務を提供することが要求されやすいと考えられる労務提供者（あるいは、1996年雇用権法の第二部の場合や1998年国民最低賃金法の場合には、その者からの給料から違法な控除がされやすいあるいはあまりにも少なくしか支払われないような労務提供者）である。被用者がそのような保護を必要とすると考えられた理由は、その者らがその者らの使用者に対して従属しかつ依存する立場にあるということである。そして、規則（1998年労働時間規則）は、実質的にかつ経済的に同じ立場にある労務提供者に保護を伸ばしたのである。したがって、意図された区分の本質は、一方で、その依存性が本質的に被用者のそれと同じ労務提供者と、他方で、重要な点において、自分のことは自分で面倒を見ることができる者として取り扱われるだけ十分に自立かつ独立した地位を有している者との間にある。」[55]

このように、Recorder Underhill 審判長は、「労働者」にも保護が拡張された理由として、そのような者が「被用者」と同じように実質的・経済的に、「使用者」に対して従属しかつ依存する立場にあることを指摘している。

では、以上の議論を前提として、第 1 章以降、雇傭契約の存在認定場面における判断要素としての「義務の相互性」の性質の変化や判決例の中から見出されるその内容や程度について考察していこう。

図１－１　雇傭契約・雇用契約・労働者の契約（筆者作成）



注

（１）「労働契約法の施行について」（基発0123004号（平成20年１月23日））11頁

（２） 労働契約法第２条

（３） 中窪裕也「労働契約の意義と構造」『講座21世紀の労働法　第４巻』（有斐閣、2000）２頁、８頁

（４） 野田進「労働契約における『合意』」『講座21世紀の労働法　第４巻』（有斐閣、2000）19頁、25頁

（５） 前注３中窪論文８頁

（６） 安田病院事件大阪高判平10・２・18労判744号63頁

（７） 小俣勝治「判例研究／新国立劇場運営財団事件・東京高裁判決（平一九・五・一六労働判例九四四号五二頁）合唱団所属のオペラ歌手に関する労働者性判断」労旬1663号62頁（2008）も参照。

（８） 同事件の一審では、結論は同じであったが、実際に「諾否の自由」、業務遂行上の指揮監督、時間的・場所的拘束性、代替性、専属性といった要素が総合考慮されていた。しかし、本控訴審では、諾否の自由と上記の義務の存在の有無のみしか検討されていない。

（９） 和田肇「現場作業員の不就労日における賃金請求権・休業手当請求権の有無―大阪施設工業事件」ジュリスト968号129頁（1990）

（10） contract of service を「雇用契約」ではなく、「雇傭契約」と訳す理由については、予備的考察（１）（ⅱ）を参照されたい。

（11） なお、本稿はイギリス雇用保護法制の雇傭契約の存在認定場面で議論される「義務の相互性」を主として考察するものであるが、岩永昌晃「イギリスにおける労働法の適用対象者（一）・（二完）」法学論叢157巻５号56頁（2005）・158巻１号72頁（2005）は、就業形態が多様化・複雑化した現在において、労働法の適用の有無の問題を解決する抜本的方法を、政策的議論も含めて基準となる「労働者性」の内容をより充実させかつ明確化し、さらにそこから漏れたものにも一定の手当をする手法を構築するという観点で、「義務の相互性」も含めた雇傭契約の存在認定基準等を既に紹介されておられる。ただし、本稿は、第１章で紹介するように、「義務の相互性」をコモン・ロー契約法上の「約因」として理解するのに対して、岩永氏は「約因」とはされていないという違いがある。

（12） ss. 1(1)(2), 4(1)

（13） s. 1

（14） ss. 22, 29, 35

（15） S. Deakin & G. S. Morris, *Labour Law* (4th Ed.), (Hart Publishing, 2005), p. 25

（16） ss. 86(1)(2)（契約終了意思の最低期間通知）、1(1)（雇用条件詳細通知）、135(1)（剰員整理手当）、94(1)（不公正に解雇されない権利）、28(1)（保障手当）、64（傷病休職手当）、68（母性休職手当）

（17） 例えば、1996年雇用権法第１部「雇用条件の詳細、雇用の詳細通知（statement）への権利」に定められる第１条１項は、「被用者（employee）が使用者（employer）と雇用（employment）を開始する場合には、雇用者は被用者に書面による雇用の詳細通知を与えるものとする」と、被用者を権利の主体として定める。

（18） 1963年雇用契約法では、第８条１項が以下のように定めていた。すなわち、「本法において、『被用者』とは、肉体的労務、事務的労務、その他に向けた契約であろうと、明示・黙示、口頭・書面であろうと、それが雇傭契約であろうと徒弟契約であろうと、使用者と契約を締結している、または、その下で労務を提供する個人を意味する」。同趣旨の被用者の定義規定が、1965年剰員整理手当法第25条、1972年雇用契約法第11条、1975年雇用保護法第87条、1978年雇用保護（統合）法第135条において定められていた。

（19） 他に、保障手当の権利（一か月）（ERA1996 s. 29(1)）、傷病休職手当の権利（一か月）（s. 65(1)）、契約終了意思の最低期間通知（一か月）（s. 86(1)）等。

（20） ERA1996 s. 230(5)

（21） ERA1996 s. 210(3)

(22) ERA1996 s. 210(4)
(23) ERA1996 s. 212(1)
(24) ERA1996 s. 210(3) この規定は、1978年雇用保護（統合）法 Schdule 13の paragraph9に由来し、またそれも1972年雇用法 Schedule1の paragraph5に由来する（ただし、1972年のそれでは、妊娠出産の規定(d)が規定されていない)。
(25) Scarah & others v Fish Container Services Limited (CA) (8 November 1994)では、1978年雇用保護（統合）法の Schedule13がつなぐ雇用の継続性を「雇用の擬制（deemed）継続性」とし、制定法の創造物であるとしている。
(26) 前注25事件は、一時的な業務の休止の場合に雇用の継続性を認める規定は、「雇用における合間（intervals）を扱う規定であり、最後の雇用契約が終了した後の陥没（falling）期間を覆うのに適するものではない」としている。cf. M. Freedland, *The Personal Employment Contract* (Oxford niversity Press, 2006 (as paperback, first published 2003)), p. 98
(27) Hugh Collins, K.D. Ewing and Aileen McColgan, *Labour Law; Text and Materials* (2nd. Ed.) (Hart Publishing, 2005), at. p. 173; S. Deakin & G.S. Morris, *Labour Law* (4th. Ed.)(Hart Publishing, 2005), pp. 149-161
(28) J. Beaston, *Anson's Contract Law* (Oxford University Press, 2002) p. 27
(29) Ibid. p. 27
(30) Ibid.
(31) Ibid. p. 29
(32) Ibid. p. 29
(33) Ibid. p. 30
(34) Ibid. p. 31
(35) Ibid. p. 60
(36) Ibid. p. 61
(37) 当事者の売り買いの意思が明確な場合には、取引に付随することは適切性の基準に決定されるというように使われる。例えば、取引対象の材木の質や大きさなどについて。(Ibid. p. 62)
(38) 取引が全体的もしくは部分的に遂行されている場合、契約の存在を否定することは困難であるが、その実行から、不確定性を解決する条項を推定したり、交渉において確定が不可欠でなかったとしたりすることが容易になる。このようにして実行された取引が考慮される。ただし、こ

のように契約締結後の事情を考慮するとしても、その責任の根拠は常に契約にある。この手法を契約に結びつけることができない場合には、当事者間で発生する（した）法的責任は不当利得返還の義務の形で求められることになる（Ibid. p. 63）。

（39） Ibid. p. 69

（40） Ibid. p. 88

（41） Ibid. p. 73

（42） Ibid. p. 88

（43） Ibid.

（44） Ibid. p. 90

（45） Ibid. p. 98

（46） Ibid. p. 100

（47） 労務の時間が特に決められていない就業形態がこのように表現されている。

（48） イギリスでは、1980年代に自己使用者（self-employed）の数が急激に増加したが、S. Deakin 教授は、いわゆる正規従業員型の雇用形態が減少し、多様な就業形態が見られるようになった状況を以下のように分析している（S. Deakin, Labour law and The Employment Relationship, *Cambridge Journal of Economics* (1986), 10, p. 225, at. pp. 227-230）。すなわち、多様な就業形態を非典型又は周縁的（marginal）雇用として、これが一ないし幾つかの点で従来の支配的な雇用形態の変形版であるとする。まず、従来の支配的な雇用の社会形態は、「使用者と被用者の間の関係が期間の定めの無い規則的なフルタイムの労働習慣に基づく使用者と被用者との間の直接的かつ継続的な関係」（仮に標準雇用と呼ぶ。）と述べることができるとされている。そして、以下のように非典型雇用の例を挙げて、それらの特徴を標準雇用と比較して分析している。まず、part-time work（部分時間労働）、short-time working（短時間労働）は、標準雇用の労働週の断片化（fragmentation）から生じ、また、標準雇用の場合には期間の定めが無いのに対し、temporary（臨時的雇用）、seasonal（季節雇用）においては、雇用関係の期間があらかじめ明確にされるとする。他方、outwork（社外労働）、homework（家庭内労働）は、雇用の実体的な（physical）状況が、生産の主要単位を越えており、労務や報酬の支払の供給の不連続と結び付けられ、その結果、制度的な構造を欠くために、当該雇用はばらばらの交換の連続の体を見せるのだとする。また、subcontracting（下請化）は中間組織による労働力の供給から成り立ち、これもまたばらばらな量の労働力の購入と関連し、労働力の断片化に関係するとされている。

(49) ERA1996 s. 13 （認められていない場合において賃金控除がなされない権利）
(50) ERA 1996 s. 230(3), National Minimum Wage Act 1998 s. 1, Working Time regulations 1998 (SI 1998/1833), regs. 2(1)(b)（最後の労働時間規則には、被用者の定義規定自体置かれていない。）
(51) ただし、1996年雇用権法の場合には、ショップワーカーとベッティングワーカーが除かれ、1998年国民最低賃金法の場合、派遣労働者とホームワーカー（home worker）が除かれているという違いがある。
(52) ERA1996, s. 230(3)
(53) 1996年雇用権法は、「労働者」概念の相手方について言及する際にも「使用者」(employer）という用語を当てる（ERA1996 s. 230(4)(5)）。これは1998年国民最低賃金法も同じである（National Minimum Wage Act 1998 s. 54(4)(5)）。また、労働時間規則では、「使用者」(employer）とは、「労働者に関して、労働者がその者により…使用される者」とされている（reg. 2(1)）。
(54) ［2002］I.C.R. 667 (EAT)
(55) Ibid. 677

第１章　雇傭契約の存在認定における「義務の相互性」

既に何度も述べているが、「義務の相互性」は、雇傭契約の存在の認定の場面において、先に少し触れた他の基準と同様、雇傭契約を指し示す要素として当事者間の契約を雇傭契約か請負契約かを分類する一つの基準として現れたと解される。しかし、「義務の相互性」は、時間を経るにつれ、他の基準のように単に雇傭契約としての性質を指し示すあるいは否定するものとしてというよりも、むしろコモン・ロー契約法上の「約因」として位置付けられて、その不在が法的拘束力ある契約の成立を否定するものとして捉えられていく向きを強くしていったと解される。本章では、この、契約の分類基準（性質決定基準）から成立要件へという、「義務の相互性」の雇傭契約の認定における考慮要素としての性質ないし位置づけの変化を考察する。

第１節　契約の「分類」基準としての出現

現在、コモン・ロー上、雇傭契約の認定において、主として四つの基準ないし要件が重視されている。それは、「指揮命令」（control）[56]、「統合性」（integration）[57]、「経済的現実」（economic reality）[58]、そして「義務の相互性」（mutuality of obligation）である。しかし、これらの基準ないし要件は、雇傭契約の認定の場面で、最初から出揃っていたわけではない。それらは、裁判官らが当初単独・支配的な基準と捉えていた「指揮命令」基準の基準としての単独性・支配性を否定する形で、つまり、「指揮命令だけではなく他の基準もある」、として見出してきたものである。そして、そのようにして雇傭契約の認定が考慮要素を限定しない総合判断となる中で、「義務の相互性」も一つの考慮要素として現れた。

本節では、「指揮命令だけではなく他の基準もある」、ということの先例となった Ready Mixed Concrete（South East）Ltd. v Minister of Pensions & National Insurance 事件（以下「Ready Mixed Concrete 事件」という。）の女王座裁判所判決[59]の紹介から始め、同事件における MacKenna 裁判官の定式がどのように後続の裁判例において受容ないし変容されたかを確認していく。そして、そのような総合判断の定着の中で、「義務の相互性」が一つの基準として現れたことを示す。

１　指揮命令基準以外の基準の可能性

（１）雇傭契約の定義

この事件では、生コンクリートを製造販売していた会社と、当該会社の顧客に生コンクリート等を配送していた傭車運転手との間に、雇傭契約が認められるか否かが問題となった[60]。

そして、MacKenna 裁判官は、「雇傭契約によって意味されるのは何か」を考えて、雇傭契約は以下の三つの条件が満たされている時に存在するとした。すなわち、「①当該使用人（servant）が賃金その他の報酬

のために、その者が自身の労働（work）と技術（skill）を当該使用主（master）のために何らかの労務（service）の履行において供給することに同意する。②明示もしくは黙示に当該労務の履行においてその者が他方当事者を使用者とするのに十分な程度において他方当事者の指揮命令（control）に服することになることに同意する。③当該契約の他の条項が、当該契約が雇傭契約であることと整合的である（consistent）[61]」。

（２）定義の具体的内容

（ｉ）約因と指揮命令

MacKenna 裁判官の上記定式の定立の主たる関心は、同裁判官が「①と②についてほとんど言う必要はない」としていることから、自らが「消極的要件」（negative condition）とする③に向けられていると解されるが、同裁判官は、①、②についても説明を加えている。

同裁判官は、「①について。賃金その他の報酬がなければならない。そうでなければ約因（consideration）がなく、約因なくしてはいかなる種類の契約も存在しない。当該使用人はその者自身の労働と技術を供給することが義務付けられていなければならない[62]」と説明しているので、①は契約法に言う約因のことを指していることがわかる。

そして、②は従来から雇傭契約の認定基準として使用されてきた「指揮命令」のことを指している。

したがって、ここまでの説明においては、MacKenna 裁判官は、契約法の原則を確認し、従前からの「指揮命令」を雇傭契約の認定の基準として示しているだけで、雇傭契約の内容について、特段新しい条件を明示的に加えてはいない。そして、③の条件は、同裁判官自身によって「消極的条件」とされており[63]、雇傭契約の基本的な内容は②までで示されているようにも解される。

（ⅱ）消極的条件

しかしながら、この消極的条件の定立は、後続の裁判例に雇傭契約の認定を「指揮命令」基準のみによらない総合判断へと変化させる可能性を有していた。というのも、MacKenna 裁判官は、消極的条件を説明する中で、指揮命令基準は「必要ではあるが常に十分なわけでもない条件」であり、「契約規定が全体として雇傭契約と矛盾する場合には」別の種類の契約と判断され、裁判官らがそのような契約の分類をする際、「指揮命令に加えて他の事柄も考慮することができる」としたため[64]、後の裁判官らは、「指揮命令」に縛られずに、当該契約が雇傭契約でない論拠つまり他の基準を定立して、その定立した基準に合致する事実を検討できる先例としての基礎を見出し得たからである。

2　総合判断への移行と「義務の相互性」

（1）基準の併存

上記の MacKenna 裁判官の判旨を引用して、雇傭契約の認定における新たな基準（「経済的現実」基準）を明確にしたのが Market Investigations Ltd. v Minister of Social Security 事件（以下、「Market Investigations 事件」という。）の女王座裁判所判決[65]における Cooke 裁判官である。この事件では、市場調査を業とする会社の依頼に基づき各自でアンケート調査等をしていた者と当該会社との間の雇傭契約の存在が Ready Mixed Concrete 事件同様国民保険法との関係で（注（60）参照。）問題となった。事案の特徴としては、いったん労務提供者が会社の依頼に基づいて特定の調査を引き受けると、会社からの当該労務提供者への直接的な労務管理や指揮命令の可能性がなかった点があげられる。この事件で Cooke 裁判官は、MacKenna 裁判官の判断に内在していた考慮要素を限定しない総合判断への可能性を現実化させた一方で、MacKenna 裁判官の定式を微妙に変化させてもいた。そしてこの変化

が、「義務の相互性」の登場の仕方に影響を与えていると解される。以下では、Cooke 裁判官がどのように経済的現実基準を定立したのかを紹介する。

Cooke 裁判官は、以下のように先例を検討している。

「雇傭契約と請負契約の区別についての先例が近年の多数の事案において広く再検討されているところであり、とりわけ私は Whittaker v Minister of Pensions and National Insurance 事件[(66)]における Mocatta 裁判官の判断と Ready Mixed Concrete 事件の MacKenna 裁判官の判断とを参考にする。

私の前にあるこれらのそして他の近年の判断をもって、私自身は先例についての長い回顧に乗り出すことはしない。私は、契約が雇傭契約として分類されうるために充足されなければならない第一の条件（condition）は Ready Mixed Concrete 事件で MacKenna 裁判官によって述べられたものであること、すなわち、A が何らかの形態の報酬と引き換えに、その者がその者自身の労務と技術を B のための何らかの労務の遂行において供給することに同意するということを指摘することから始める。しかしながら、この条件が充足されることは十分ではない。さらなる基準（tests）が、当該契約の性質や規定が全体として、当該契約が雇傭契約であるということと整合的か整合的でないか（consistent or inconsistent）を決定するために適用されなければならない。

私は、かつては労務（work）の遂行において B が A に行使できる指揮命令の範囲と程度が決定的な要素であるとする考え方があったと言うことが適当であると考える。しかしながら、そういった指揮命令の範囲と程度の分析それ自体は決定的でないことは長く明らかであった。

（中略）

指揮命令が決定的な基準でないなら、そうすると重要な他の考慮要素（other considerations）は何であろうか。この問いに対して何らの包括的な答えも与えられてこなかったが、多くの裁判例に手がかりを見出す

ことができる」[67]。

Cooke 裁判官は、このように述べた後、MacKenna 裁判官が Ready Mixed Concrete 事件で引用した三つの裁判例を検討し、次のように経済的現実基準を定立した。

それらの裁判例における各裁判官の考察により、「適用されることとなる基本的な（fundamental）基準は次であることが示唆される。すなわち、『それらの労務を遂行することに従事している者が自己の計算において事業に携わる者としてそれらを遂行しているのか』。その問いへの答えが「そうである」であれば、しかり、当該契約は請負契約である。その答えが「そうでない」であれば、しかり、当該契約は雇傭契約である。完全なリストは編集されていないしおそらく完全なリストはその問いの決定に際して重要な考慮点に関して編集されえず、特定の事案で様々な考慮点が有するべき相対的な重要性についての厳密な法則を設定することもできない。言えることのせいぜいは、指揮命令は疑いなくいつも考慮されなければならないが、指揮命令はもはや唯一の決定的な要素（factor）として考えられえないということである」[68]。

以上の判旨をみると、Cooke 裁判官の新たな基準の定立が Ready Mixed Concrete 事件の MacKenna 裁判官の判断を受けていることがわかる。しかし、微妙に異なる点もある。すなわち、Cooke 裁判官は、上記のように、MacKenna 裁判官の第一条件（約因）を確認した後、これだけでは十分でないとして、「さらなる基準（tests）が、当該契約の性質や規定が全体として、当該契約が雇傭契約であるということと整合的か整合的でないか（consistent or inconsistent）を決定するために適用されなければならない」とし、それから「指揮命令」が決定的でないことを説いて、経済的現実基準を定立する。したがって、「指揮命令」と「経済的現実」という要素が、ともに雇傭契約との「整合性」を決する要素として質的に同じ土俵（雇傭契約との「整合性」という土俵）で捉えられていると解される。このように、「指揮命令」基準が必ず考慮さ

れるべきとされるなど一定の優先性を認められている一方で、「指揮命令」と「経済的現実」の基準が、「整合性」という土俵において作用するものとして捉えられていると解されるのである。この点が、MacKenna 裁判官の判断手法と微妙に異なっていた。

（２）総合判断の定着

（１）で示したように、Cooke 裁判官は、MacKenna 裁判官の定式の構造を微妙に変化させた上で、経済的現実基準を明確にした。そして、後の判決は、むしろこの Cooke 裁判官の判断の影響の下、「指揮命令」だけではないとして様々な考慮要素を併存させて捉えるようになっていったと解される(69)。例えば、以下のように、現在、ひとつの基準として捉えられている統合性基準も、指揮命令基準等と併存する基準として捉えられていることが確認できる。

（ｉ）統合性基準の再定立

先の Ready Mixed Concrete 事件より前に、実は、Denning 控訴院裁判官により統合性基準が示されていた(70)。それは、「雇傭契約の下では、ある者が当該事業の一部として使われており、かつ、当該労務提供者の労務が当該事業の不可欠な（integral）一部としてなされている」かどうか、というものである。Denning 控訴院裁判官は、この基準を示す際に、指揮命令基準が必ずしも普遍的に適切な基準でないことを指摘していた。しかし、この基準の定立が、Cooke 裁判官の判断手法のように後続の裁判例に影響を与えたことは確認できず、むしろ、Cooke 裁判官の判断の影響の下で、再度、指揮命令基準等と並べて一つの基準として位置づけられていると解される。それは、Beloff v Pressdram Ltd. and another 事件の大法官部判決(71)における Ungoed-Thomas 裁判官の判断である。

同事件は、新聞社で編集責任を負い対外活動を行って会社の基幹部分

に組み込まれる一方で、執筆に関する比較的高い専門性を有していた労務提供者と当該新聞社の関係が雇傭契約によるものかが問題となった事案であった[72]。同事件で、Ungoed-Thomas 裁判官は、Market Investigations 事件の Cooke 裁判官の判旨の経済的現実基準を示す箇所と、指揮命令基準が考慮されねばならない要素であるがもはや唯一の決定的要素とは言えない等とした箇所を引用した後、次のように述べた。

すなわち、「被用者の仕事（work）に対して要求される技術が高まれば高まるほど、当該被用者が雇傭契約の下にあるかを判断する際、指揮命令は重要でなくなる。指揮命令は、状況に従ってその重要性が変化する多くの要素のうちの一つに過ぎない。原告のような高度な技術を要する仕事において、それは実質的に重要ではないと思われる。先例から現れる基準は、Denning 控訴院裁判官が述べたように、一方で当該被用者が当該事業の一部として使用され、そしてその者の労務が当該事業の不可欠な部分であるか（統合性基準―引用者）、…、あるいは、（Market Investigations 事件で―引用者）Cooke 裁判官が明らかにしたように、当該労務が自己の計算により事業に携わる者の地位でその者によりなされたのか（経済的現実基準―引用者）、である」[73]。

ここから、雇傭契約の認定において、「指揮命令」が、「多くの要素のうちの一つに過ぎない」とされてその基準としての地位が相対化され、「経済的現実」や「統合性」もその他の基準として並立させられていることが確認できる。

（ⅱ）義務の相互性

「義務の相互性」も、上記のような総合判断が定着する中で一つの考慮事項として現れたものと解される。例えば、「義務の相互性」の起源とされる Airfix Footwear Ltd. v Cope 事件（以下、「Airfix Footwear 事件」という。）控訴審判所判決[74]では、「義務の相互性」は、雇傭契約と他の契約とをわけるひとつの基準の位置にあったと解される。

この事件では、家庭で会社提供の材料や道具によって靴を組み立てていた者と会社との雇傭契約の存否が、1978年雇用保護統合法上の不公正解雇（第94条）の申立ての前提として問題となり、労使審判所により雇傭契約の存在が認められた。これに対して、控訴審判所において、会社側から、「これは会社によって労務を供給する義務のない契約である。つまり、会社は労務を供給するかしないかその選択に従ってできた。…コープ婦人（労務提供者）は、…、労務を引き受けるよう義務付けられておらず、彼女はいつでも断ることができた。…、報酬についての規定（仕事ごとの支払い）が雇用契約（contract of employment）の存在と整合的でない。さらに彼女は他の者のために自由に働けたし、彼女の労働時間や労働場所に関しての実際の指揮命令がなかった。彼女はかなりの（some）財政的リスクを負っていた…」。したがって、「彼女は、実際に自己の計算で事業に携わっていた。彼女は指揮命令に服していなかったし、組織の一部でもなかったし、裁判例において時々採用されるすべての種類の基準（tests）に従って、彼女は雇傭契約（contract of service）における被用者であると審判所によって適切に認定されえなかった」、という趣旨の主張がなされた[(75)]。

この会社側の主張では、どの事実がどの基準についてのものとして主張されているのかが判然としないが、その主張から会社が労務を供給する義務と労務提供者が依頼された労務を引き受ける義務という「義務の相互性」が、雇傭契約の認定の場面で検討される他の要素・基準と並列的に捉えられていると解される。さらに、会社が以下のように、「義務の相互性」を全般契約（general contract―関連期間全体を覆う一つの契約の裁判例上の呼称の一種[(76)]）と雇傭契約とを区別する要素として捉えていることが、そしてそれに対する控訴審判所の応答が本稿の関心から注目される。

すなわち、「彼女が働かなかった時期が存在し、会社には彼女に労務を依頼する義務も、彼女にはそれをなす義務もなく、このことから彼女

と会社の間に存在した契約はせいぜい彼女が働く上での一般的な条項を定めた契約に過ぎず、それは雇用契約（contract of employment）ではなかった」。「この種の全般契約が存在したならば、彼女が実際に労務をするごとに、彼女は個別の契約を締結することになったのである」[77]。

このような会社の主張に対して、控訴審判所は以下のように述べた。

すなわち、「会社とある者の間の取決めが他方当事者の意思によって労務が供給されうるそしてなされうるというようなものであれば―言い換えると、会社がその選択に従って労務を供給したりしなかったりできて、他方の者が自分の都合に従って当該労務を承諾したりしなかったりできるというものであれば―これは雇用契約（contract of employment）として適切には分類されないというのがもっともである」[78]。

このように控訴審判所は述べた上で、そのような場合には、実際の労務供給・遂行毎に個別の契約が存在し、「全体を覆う取決め（arrangement）それ自体は雇用契約（contract of employment）ではない」とした。

ここでは、会社が全般契約と個別の契約とを重複して存在するものと考えているのに対し、控訴審判所の判断においては全体を覆う取決め自体「契約」として存在し、かつ、個別の「契約」も存在するとしているのかは明らかではない。ただ、少なくとも、このように当事者が自己に有利な雇傭契約の認定基準を主張するという枠組みの中で「義務の相互性」が問題となってきたと解される[79]。

また、「義務の相互性」についてのリーディングケースとされる[80] O'Kelly and others v Trusthouse Forte plc.事件[81]（以下、「O'Kelly 事件」という。）では、労使審判所は、「『申立人ら（労務提供者ら）の会社に対する関係には多くの雇傭契約の特質が含まれている。我々の見たところ、欠けているひとつの重要な構成要素（ingredient）が義務の相互性である』」とし、さらに、「『我々は、もちろん、義務の相互性の欠如それ自体は、決定的な要素ではないことは認識しているし、ふさわしい状況では、たとえ労務を

供給し遂行する義務が存在しなくても社外労務提供者が雇傭契約の下で労務を提供する被用者として認められうることを認識している（Airfix Footwear 事件控訴審判所判決・後述の Nethermere 事件の控訴審判所判決）。それでも、これは我々が評価をなす際にかなりの比重を置いたひとつの要素である』」としたとされる[82]。同事件の控訴院の多数意見の裁判官らは、その労使審判所の判断には基本的に法における誤りや認定事実と結論の不整合が見当たらないことを確認し、労使審判所の判断を肯定している。つまり、同事件においては、「義務の相互性」を雇傭契約の認定の一つの基準・要素と取り扱うことについて特段議論されていなかった[83]。

以上から、「指揮命令」基準の基準としての単独・支配性が否定される定式を基礎に、「義務の相互性」も、当事者間の契約関係を分類する一つの基準として出現したといえよう。

3　法と事実の問題

ところで、上述のように雇傭契約の認定が様々な基準による総合判断となったことに伴い、一つ別の問題が活発に議論されるようになったと思われる。本論とは少しずれるが、後の議論にもかかわってくるので、ここで確認しておく。それは、雇傭契約の認定が法の問題か事実の問題かという議論である。

（1）裁判管轄

その問題の前提として労使審判所（雇用審判所 ── 1998年より労使審判所は名称変更されて雇用審判所となる[84]。）とその上級審の管轄の違いがある。イギリスの雇用控訴審判所の管轄は、法律問題に限られることが1996年雇用審判所法により定められている[85]。したがって、事実に関する判断は雇用審判所が管轄を独占し、労使審判所等の事実に関する判断について控訴審判所等の上級審は干渉できない。申立人の控訴審判所等への控訴は、法の問題についてのみ許される。

（２）裁判管轄と雇傭契約の認定

そのような管轄の区分を背景に、上記のように認定手法が総合判断化し、かつ、基準（あるいはある事項に関する事実）の重要性が個別事案ごとに変化するために、審判所による雇傭契約の認定が法の問題として誤っているとして控訴される機会が増加したと解される。というのも、基準が多様化し、その比重が相対化すると、今度は、結論の基になっているその事実認定・評価（考慮すべき他の基準を考慮していないためにある事実を認定していない等）や、各基準への比重の置き方を議論する余地が出てくるからである。

例えば、Market Investigations 事件の少し後の事件では、労務提供者側の弁護士が、以下のように主張している。「労使審判所は指揮命令の実際に存在した欠落に不適正な比重を置いた」、「現代の先例においては、これ（指揮命令―引用者）は考慮に入れられるべき要素の一つに過ぎない」、「労使審判所は様々な関連の基準を無視した」、「労使審判所は関連の無かった要素を考慮した」と主張している(86)。つまり、労使審判所が考慮すべき他の要素を考慮していない、その点で法についての誤りがある、というように上級審に控訴がなされるのである。

一見すると確かに法の誤りを主張しているようにも取れるが、このような主張は、結局、事実認定においてどのような事実が当該事案における雇傭契約の認定において重要性を有していたか、ということについての労使審判所の事実認定・評価への批判につながる。このことから、裁判上、問題が上級審の再考の許される法の問題なのか事実の問題なのか、ということが頻繁に争われるようになった(87)。

（３）許される二つの場合

この問題は、先の O'Kelly 事件の控訴院判決(88)で、理論的には以下のように終着している。

すなわち、雇傭契約の認定の問題は、法の問題である。しかしながら、

その答えは程度と事実の問題を巻き込んでおり、次の二つの場合の他、上級審に干渉する権限はない。一つは、労使審判所が法において自らに誤った指示をなした場合、他の一つは、その判断が関連の事実に基づいて自らを適切に指示する労使審判所であれば至りようのないような判断である場合である[89]。

この定式の趣旨は、記録長官 John Donaldson 卿の判旨[90]を紹介することにより明らかになる。同長官は、まず、ある契約が雇傭契約か請負契約であるかという問いが事実と法の混在した問題なのか、それとも法の問題なのか、に関する法の見解の相違の存在を同事件の控訴審判所が指摘しているとする。そして、どちらにしろ、上級審には問題を法の問題に蒸留しない限り干渉する権限が無いとする。

そして、「いずれの裁判所も法について自らを指示し、その指示を事実認定をする際適用し、そのように認定された事実に適用する。そのような判断を再考する際、唯一の問題は下級審がそれ自身に与えた法に関する指示を考察することである。判断はその理由を明示しているときもあるが、多くの場合にはその判断は推論されなければならない。ここが上級審にとって誘惑の点である。上級審が胡散臭さや本能的な反応を抱くのももっともで、その結果異なる結論に至るであろう。しかし、上級審が肝に銘じておくべきは、それは、事実が異なるように認定されたもしくは重視されるであろうと上級審が考えるから起こりうることである。好みに合わない場合もあろうが、上級審は、提示された事実の結論を忠実に（loyally）受け止め、かつ、その結論を受けとめつつ、上級審は、干渉しうる前に、法の問題に関する誤った指示が存在したということに満足しなければならない。法に関する指示が表明されない限り、上級審は、…、どのような適切な審判所も法に関する重要な事柄について適切に自らを指示していれば、上訴されている結論に至ることは無かったであろうという場合に限り、そのように満足することができるのである[91]」。

そして、同記録長官は、法の意味を解釈することは法の問題だが、そ

の適用は様々に状況の異なる日常の事実に帰着することを述べた後、以下のようにまとめる。

すなわち、「この意味で、しかし、この意味においてのみ、その結論は事実の結論である。より正確には、それは法についての結論だが、全体として事実の結論に依拠するものなのである。」

判断基準は純粋な法の問題であり、事実へのその適用もそうである。「しかし、それらの事実を認定するだけでなく質的にそれらを評価するのも事実に関する権限をもつ審判所なのである。…、それらの認定とその評価は正しい法的解答を示唆している(92)」。

以上の判旨から、先の干渉が許される二つの場合の意義が明らかになっている。つまり、第一の法についての指示の誤りは、基本的に法命題自体の誤りを意味し、かなり明白な場合と解される。また、第二の場合に関しては、審判所の事実の認定やそれに対して加えた評価について上級審に再考が許されないことを明らかにしている。したがって、上級審には、事実審により認定された事実を材料として、そこからはどうしても導けない結論が出されている場合にのみ干渉が許されることになる(93)。

第２節　契約の「成立」要件への移行

第１節では、「指揮命令」基準だけではない他の基準もある、ということの先例が受容されていく中で、「義務の相互性」も一つの基準として現れたことを確認した。ところが、「義務の相互性」は、結局、Ready Mixed Concrete 事件の MacKenna 裁判官の定式の中の第一条件（「約因」）と結び付けられて、その不足が法的拘束力のある契約を「成立」せしめないものとして認識されるようになっていった。そのことを示したのが、Nethermere（St. Neots）Ltd. v Gardiner and another 事件（以下「Nethermere 事件」という。）の控訴院判決(94)である。

1 「義務の相互性」についての主張の対立

同事件は、自宅で年少者のズボンを会社提供のミシンにより会社側のトラックで毎日供給される材料を元に製造していた者らと会社の間に雇傭契約が認められるかが問題となった事案である（1978年雇用保護統合法上の不公正解雇の申立ての前提問題として争われた[95]。）。契約上、労務提供者らの就労時間、業務量に関する特段の定めはなく、それらは労務提供者らに委ねられ、業務量を減らしたい場合はトラック運転手にその旨を告げて減らすことができた。ただし、運転手が訪問する意味があるだけの程度を保つことが条件であった。

労使審判所は、全員一致で雇傭契約を認めた。ただ、この際、同審判所は、会社には労務提供者らに労務を供給する義務がなかったことと、労務提供者らにも供給された労務をなす義務がなかったことを事実として認定していた。そして、この点について、会社側弁護士が「そのような相互的な義務が欠ける場合には、法の問題として雇傭契約は存在しえない。なぜならば、相互的な義務はそのような契約の決定的な前提条件（vital pre-requisite）であるといわれているからである」という旨の主張を控訴審判所でなした[96]。さらに、会社は、先述した Airfix Footwear 事件の控訴審判所判決を引いて、これが、一定の事実から相互的な義務が認められるとしても、雇傭契約があるというには義務の相互性が存在しなければならないということを明らかにしている旨主張した。この主張が正しいとなると、「義務の相互性」は、もはや、「指揮命令」だけでなく他の様々な要素も検討されるべきとして考慮要素が拡充されてきた総合判断の中の「ひとつの重要な基準」以上の「なにか」と位置づけられることになろう。

この主張に対し、労務提供者側は、「労務を供給し遂行するという相互的な義務は、雇傭契約があるか否かを審査する一つの要素であり、何らかのそのような義務なしにそのような契約を想像するのは困難なことではあるが、これを決定的な要素として捉えるのは誤りである」、「会社

（employer）の主張はいったん義務の相互性がないと認められると、反対の結論を強力に示す要素が存在したとしても雇傭契約は存在しえないというものであるが、それは先例に反するものであり、誤っている」という旨の主張をした[97]。この主張が正しいとなると、「義務の相互性」は、やはり、雇傭契約の認定において重要ではあるが、一つの基準または要素にとどまるものであるということになろう。

これらの主張に対し、控訴審判所は、Airfix Footwear 事件を、以下のように解するとし、結論としては、本件では「経済的現実」基準がより決定的な基準であることを強調し、本件の事実から「経済的現実」基準への回答が「そうでない」であり、したがって雇傭契約が認められるとした[98]。

すなわち、「我々（控訴審判所）は、その判断（Airfix Footwear 事件の控訴審判所の判断）を、雇傭契約が存在する前に…相互的な義務が存在する必要がある、という命題を確立したものとしては読まない[99]」。

したがって、本件控訴審判所においても、「義務の相互性」が、多様な基準の一つとして捉えられていたといえよう。

2　削ることのできない最小限の義務

ところが、先に少し触れたように、控訴院（Court of Appeal）において[100]、Ready Mixed Concrete 事件における MacKenna 裁判官の三条件の定式が引用され、「義務の相互性」が契約法に言う「約因」として論じられた。控訴院では、三人の裁判官が判断を示し、その多数意見（Stephenson 控訴院裁判官、Dillon 控訴院裁判官）は雇傭契約の存在を認め、少数意見（Kerr 控訴院裁判官）は否定した。多数意見は、雇傭契約の存在に「義務の相互性」は必要ではある、しかし、労使審判所の認定した事実からそれを認めることができる、とした。他方で、少数意見は、多数意見と同様に「義務の相互性」が必要であり、かつ、労使審判所が「義務の相互性」がないと事実認定しているから、雇傭契約の存在は認

められない、とした。

（１） Stephenson 控訴院裁判官は、控訴院における会社の主張をまとめて、次のように義務の相互性の問題を先鋭化させる。

すなわち、「法は何らかのまたどのような相互的な義務を、雇傭契約が存在する前に要求しているのか。雇傭契約に関する法が、労使審判所が認定していなかった、あるいは、その証拠から推論できないような、相互的な義務が存在しなければいけないというものであるならば、労使審判所は法に関して誤った指示をしており、破棄されるべきである[(101)]」。

このように述べた後、同裁判官は、MacKenna 裁判官の三条件の定式を示し、義務の相互性に関することとして、MacKenna 裁判官の約因に関する判旨を引用する。

すなわち、「賃金その他の報酬がなければならない。そうでなければ約因が存在せず、約因なくしてはいかなる種類の契約も存在しない。使用人はその者の労務もしくは技術を提供することが義務付けられていなければならない」、という箇所である。

そして、Stephenson 控訴院裁判官は、これに続けて「私の判断では、雇傭契約が成立するためには両者に削ることのできない最小限の義務（irreducible minimum of obligation）が必要である」とした[(102)]。

しかし、同裁判官は、労使審判所の認定は、義務の相互性を完全に否定しているものではなく、証拠は極めて薄い（so tenuous）が、その判断は是認できるとした[(103)]。

このように、Stephenson 控訴院裁判官は、「義務の相互性」を契約法の約因として捉えた上で[(104)]、労使審判所の認定した事実から義務の相互性が認められるとした。この判断の流れは、基本的に Dillon 控訴院裁判官においても同じであった。

（２） 労使審判所が義務の相互性がないと認定していたことをそのま

ま受け止め、義務の相互性が認められないから、契約の存在自体が認められないとしたのが、Kerr 控訴院裁判官である。Kerr 控訴院裁判官は、判断過程は二段階（two-stage process）であるとして、明快な論理を展開している。

すなわち、「第一の段階においては、問題の『雇用（employment）』に関連して主張されている『被用者』と『使用者』との間に何らかの契約的に拘束力のあるつながり（nexus）が存在することが要求される。…。第二の段階は、何らかの拘束力ある契約が存在すればであるが、するのであれば、当該契約関係の性格を分類または決定することである」[105]。

Kerr 控訴院裁判官も、関係についての分類の過程が前述の MacKenna 裁判官によって示されているとし[106]、本件における問題は、第一段階における何らかの法的に拘束力のある「傘」契約があったかどうかであり、そのことを審判所が関係の分類の前に検討したかであるとする。そして、審判所の認定からは、義務の存在が認められないとした[107]。

（3） さて、上記の Netheremere 事件の控訴院判決の後、Heller Brothers Ltd. v McLeod and others 事件における控訴院[108]により、以下のように Nethermere 事件の控訴院判決が受け止められている。

すなわち、「Airfix Footwear 事件において明示的に決定されなかったひとつの重要な点は、1978年法の第153条 1 項（被用者と雇用契約の定義規定 ― 引用者）に含まれる定義の中の雇用契約（contract of employment）は（それが制定法外の名前である「オーバーオール」もしくは「傘」あるいは何か別の名前であろうと）、当該関連期間の全期間にわたって存在する相互的な義務がなくても存在しうるか、という点であった。この点に関するあらゆる疑問が Netheremere 事件における本裁判所（控訴院 ― 引用者）の判断によって治められた。…、当裁判所の三人の裁判官ら全員が、雇傭契約（contract of service）を形成するには各当事者に法的に拘束力のある相互的な義務がなければならないと

いうことを認めたのである[109]」とした。

このように、「義務の相互性」が、Kerr 控訴院裁判官の言うところの雇傭契約の認定の第二段階である性質決定段階から、第一段階である成立決定段階へと降りてきたと受け止められたことが確認できる。

しかしながら、Netheremere 事件控訴院判決の後も、ある控訴審判所が、同控訴院判決を引用しつつ、「労使審判所が取るべき適切な道とは、様々な見出しの下で雇傭契約に整合的なまたは整合的でない要素を並べることであ」るにもかかわらず、労使審判所が「義務の相互性」という要素のみに依拠して判断したとして、労使審判所の判断を取り消すものもみられ[110]、「義務の相互性」の位置づけはなお不明確であった。

しかし、発電所を管理する会社と「求めに応じた臨時」の就業形態で労務を提供していた発電所の案内係との間の雇傭契約の存在が問題となった Carmichael and another v National Power plc. 事件の貴族院判決[111]で、Irvine 大法官が、先の Stephenson 控訴院裁判官の判旨と、他の裁判例のChristopher Slade 卿の判旨[112]とを引用しつつ以下のように述べた。

すなわち、「CEGB（会社）の側に不定期の仕事を供給する義務も、Leese 婦人や Carmichael 婦人（労務提供者ら）の側にそれを引き受ける義務も課されていなかった。したがって、雇傭契約（contract of service）を形成するのに必要な削ることができない最小限の相互的な義務（irreducible minimum of mutual obligation）が欠けていた」。

したがって、貴族院により、「義務の相互性」は基本的に契約法に言う「約因」として捉えられたと解される。ただし、この Irvine 大法官は、特段、O'Kelly 事件の控訴院判決を引用して Nethermre 事件の控訴院判決との違いを論じるなどしておらず、また、それらの判決の違いが同事件の控訴院も含めそれまでの裁判例において明示的に問題となっていたという経緯などもみられないことから、どちらの「義務の相互性」の位置づけをとるかを明らかにすることまで意識していたと断定はできないように思われる。とはいえ、上述のような裁判例の流れの中で、貴

族院によって、「義務の相互性」は、契約を形成するのに必要な「削ることができない最小限」と位置づけられた。

3 分かれる理解

上記のように、「義務の相互性」は、雇傭契約の認定において、「指揮命令」基準だけではない、他の要素も考慮されるべきという判断基準の多様化の中で、雇傭契約の認定の分類基準の１つとして現れたが、次第に、それは、法的拘束力ある契約を成立させるための契約法に言う「約因」として、すなわち、「削ることができない最小限」として認識されるようになっていった。つまり、分類基準から成立要件へと質的に変化したと解される。しかし、学説のこの点についての理解は、必ずしも一致していない。

（１）優先する問題

上記の変化に関連して、M. Freedland は、『個別雇用契約』という著書[(113)]で、先に触れた O'Kelly 事件控訴院判決、Netheremere 事件控訴院判決、そして、Carmichael 事件貴族院判決を挙げて、以下のように近年の裁判例の流れを分析している[(114)]。

まず、O'Kelly 事件の控訴院判決が「義務の相互性」という概念に近づき、Nethermere 事件の控訴院判決が、それを個別雇用契約の法において特別の概念として適用した。その特別の文脈において、「労働する、使用する、そして報酬を支払う形式あるいは取り決め一式が、継続的な主体と雇用契約を構成するには、労務提供者の側に現在あるいは将来における労務提供への、そして雇用主体（employing entity）の側には現在あるいは将来における使用と報酬の支払いへの、性質として契約上のものであると認められるだけの確固とした、継続的なかかわりがなければならない[(115)]」ということが要求されるようになった。そして、Carmichael 事件の貴族院判決も含めた後続の判決による、この義務の

相互性の要求の展開のために、間歇的・臨時的労務提供者について、実際に労務提供等がない期間について継続的な雇用契約があったとすることが困難であるということが明らかにされてきている。

「義務の相互性によって、臨時的あるいは間歇的労務提供者の雇用の契約的継続性についての議論を投げかけることは、根本的にその議論の方向を変えている。それは、次第に、臨時的・間歇的労務に向けた取り決めが具体化される契約を、雇傭契約としてあるいは請負契約として分類するか、という第一の関心からその議論をシフトさせている。義務の相互性という形での議論は、異なった枠組みの、そして確かに論理的には先に来る問を提起するものとしてだんだんみなされるものとなってきた。つまり、それらの取り決めが、そもそも何の種類であれ、継続的な契約（a continuing contract）を生じさせるのか（という問を ― 引用者）[(116)]」。

この整理では、「義務の相互性」が、契約の分類という初期の問いからその問いに優先する問い、すなわち、問題となる当事者間の労務の提供・受領に関する取り決めが「そもそも何の種類であれ、継続的な契約を生じさせるのか」という問いを提起するものへと変化していったことが指摘されている。

（２）分類の中の「義務の相互性」

また、「義務の相互性」が契約法に言う「約因」であるとしつつも、それを雇用契約の分類基準の説明の中で説明する整理の仕方がみられる。

例えば、Hugh Collins、K. D. Ewing と Aileen McColgan の共著は、「基本合意が使用者の側の労務を供給するという義務と被用者の側に要求された時に労務を提供するという義務を定めるものでない限り、まったく何らの種類の契約を支持する『約因』または『義務の相互性』がない。不定期労務提供者の立場に関するこの見解は Carmichael 事件の貴族院判決によって確認された」としているから、基本的に「義務の相互性」を「約因」と捉えていると解される[(117)]。しかし、同書では、O'Kelly

事件の控訴院判決と Netheremere 事件の控訴院判決とにおける「義務の相互性」についての意味の違い、雇用契約の認定の問題における位置づけの変化は言及されていない。また、同書は、1996年雇用権法上の「雇用契約の意味はコモン・ローの基準に委ねられ、それは、…主として、（ａ）個別的に労務を遂行するという約束と引き換えに賃金を支払う義務、（ｂ）労務の遂行に使用者の行使する指揮命令の程度、（ｃ）当該組織に当該被用者が統合されている程度、（ｄ）当該労務提供者への危険の分配、を含む諸要素の不確定リストを単に検討するものである」とする(118)。ここでは、「義務の相互性」が最初に挙げられているものの、「義務の相互性」が、「約因」として決定的な考慮要素として挙げられているのか、つまり、どの程度「分類」基準の位置づけから離して捉えられているのかが若干不明確となる印象を受ける(119)。

（３）一つの基準

さらに、S. Deakin と G. S. Morris は、被用者の認定の文脈において裁判例で言われてきた「義務の相互性」は、むしろ、雇傭契約の要素としての要求であるとしている。それは、「指揮命令」、「統合性」、「経済的現実」を順に説明し、「『経済的現実』基準の明確性にもかかわらず、近年の裁判所の判決は『義務の相互性』という形で個別的な指揮命令の一形態に新たな強調を置いている」と、「義務の相互性」の説明を始める(120)。そして、相互性自体は、あらゆる双務契約に必要な特徴であるが、1970年代後半、「義務の相互性」という語句で「一定の期間にわたって存在する雇用関係を維持する相互的なかかわりの存在」という別の意味が雇用法に入ってきたとしている(121)。また、「義務の相互性」が「『経済的現実』という基準を否定し、かつ、雇用の基礎としての形式的な従属性を再び主張する試みとして見られるべきである(122)」としており、「義務の相互性」と「経済的現実」とが雇用契約の認定においてそれぞれ対立しうる一つの基準として捉えられていると解される(123)。

4 「約因」としての定着

上記のように、学説による「義務の相互性」の雇用契約の認定における位置づけは、必ずしも一致しておらず、また「約因」として捉えられている場合でもその位置づけが幾分不明確なように思われた。このように「義務の相互性」の意義の把握自体に相違が生じていることやそれが他の分類基準と並置されて説明されていることの原因は、裁判例における「義務の相互性」の位置づけの変化自体とその変化があまり明確に議論されなかったことのためではないかと思われる。確かに、本稿ではここまで Carmichael 事件貴族院判決までの裁判例の流れを考察したが、同貴族院判決は、Nethereмere 事件控訴院判決が「義務の相互性」をどのように議論したものであったのか等について特段述べたわけでもなく、単に Nethereмere 事件控訴院判決等を引用して「削ることができない最小限の相互的な義務」と述べたにすぎない。したがって、これだけではそれが契約法に言う「約因」として裁判例において認識されるようになったとするにはいささかの躊躇を覚えざるを得ない。しかし、より近時の裁判例を見ると、「義務の相互性」は契約法に言う「約因」としてある程度明確に認識されていると解される。

まず、派遣労働者（agency worker）と派遣先の間の雇傭契約が1996年雇用権法上の不公正解雇の申立ての前提問題として問題となった Stephenson v Delphi Diesel Systems Ltd. 事件（以下「Stephenson 事件」という。）[124]で、控訴審判所（Elias 審判長[125]）は、他の控訴院判決が、Nethereмere 事件控訴院判決、Carmichael 事件貴族院判決を引用しつつ「指揮命令」と「義務の相互性」が雇傭契約の存在にとって「削ることのできない最小限」としている箇所を引用し、次のようにそれらの要素の意義を明らかにした。

すなわち、「相互性の意義は、それがそもそもある契約が存在するかどうかを決定するということである。指揮命令の意義は、ある契約が適切に存在する場合に、それが適切に、他の何らかの種類の契約ではなく

て、雇傭契約（contract of service）として分類されるのかを決定するということである」。

次に、同 Elias 審判長は、「義務の相互性」が存在するか否かという問題は、臨時的就業形態（casual basis）についての文脈で裁判例において強調されてきたが、「なされていることは、契約を正当に推論させる何かがなければならないということに過ぎない。『削ることのできない最小限の義務』と時に言われる何かに達している、何らかの相互性なくしては、何らの契約も存在しない」とする。

そして、Cotswold Developments Construction Ltd. v Williams 事件（以下、「Cotswold Developments Construction 事件」という。）控訴審判所判決[126]において、Langstaff 審判長は、Carmichael 事件等の先例で言われてきた「義務の相互性」の意義を上記 Elias 審判長の判旨を引用して整理する一方で、予備的考察で示した被用者とは別の制定法上の概念である「労働者」（worker）の認定にも雇用契約と同様「義務の相互性」が必要であるとされていることの意味を明らかにした。そこでは、「労働者」概念に対応する契約にも「義務の相互性」が要求される時には、Elias 審判長が Stephenson 事件で言っていた場合と同様の趣旨で、「あらゆる契約の前提条件であるものとしての約束の交換（つまり約因―Langstaff 審判長）」のことが議論されているのだ、とされている[127]。ここから、「義務の相互性」が特段雇傭契約に限定された考慮要素としてではなく、ただ法的拘束力のある契約の成立に必要な「約因」として捉えられているといえよう。

そして、この Cotswold Developments Construction 事件の Langstaff 審判長の雇用契約[128]についての「義務の相互性」の分析が、さらに James v Greenwich London Borough Council 事件の控訴審判所判決で Elias 審判長により肯定された。その際、Elias 審判長（控訴審判所の長官（President））は、「何らの相互的な義務がないとなると、Carmichael 事件の貴族院判決が明らかにしたように、単にそもそも何の契約もない。

相互的な義務が存在し、かつ、それらが何らかの形で、問題の労務提供者によって個人的に提供されなければならない労務の提供に、また、それに対する支払いに関連している場合に、労働分野における契約（a contract in the employment field）が存在することになる。そして、指揮命令の性質と程度が十分な場合に、その契約は雇用契約（contract of employment）となる。

すなわち、何らかの相互的な削ることのできない最小限の義務は契約を形成するのに必要である。そして、それらの相互的な義務の性質は労働分野における契約を生じさせるようなものでなければならない。さらに、指揮命令の事柄（issue）が、当該契約が雇用契約（contract of employment）であるかどうかを決定するのである」としている(129)。

このように、現在の判例法においては、「義務の相互性」は「削ることができない最小限」として契約の「約因」、すなわち、「成立」要件として位置づけられていると解される。

5　正当かつ有効な解答

（1）正当な解答 ― Hugh Collins 教授の解答

ところで、「義務の相互性」が契約の分類基準としてではなく成立要件として認識されると、それはかえって、労務提供・受領の開始時に労務提供・受領についての義務が必ずしも確定しているかが明確でないことの多い臨時的労務提供者について、他方の労務受領者との間の関連期間全体を覆う雇傭契約の存在を認定することが困難になる。しかし、このコモン・ロー上避けられないように思われた帰結に対して、思わぬところに正当かつ有効な解答が、Hugh Collins 教授により見出された(130)。それは、雇用の継続性の算定に関する1996年雇用権法212条に依拠するものである。予備的考察の箇所ですでに紹介したことではあるが、関連の条文等の説明をしておこう。

比較的頻繁に紛争として見られるのは、雇用条件詳細通知、不公正解雇や剰員整理手当の権利についてであるが、これらの権利については、雇用契約の存在だけでなく権利ごとに定められた期間、雇用の継続性が要求される。そのような法定期間の充足が要件とされている権利の前提問題として雇用契約の存在が争われる時、労務提供・受領実態全体に対応する一つの雇用契約が存在すれば、労務提供者側が期間計算を誤っているといった事情でもない限り、権利ごとに要求される雇用の継続性は問題とならない。なぜならば、問題の期間全体について雇用の継続性の基礎となる雇用契約が常に存在しているからである。しかし、雇用の継続性が認められるのは、制定法上必ずしもその場合に限られない。

雇用の継続性は、現行の1996年雇用権法であれば、210条以下の規定により算定される。まとめると、継続性は基本的に週を単位として算定され[131]、したがって、同法の規定に従って一週間雇用の継続性が認められない場合は、その週によって雇用の継続性が破られることになる[132]。問題は、ある週がどのような場合に継続性のある週として数えられるかという点であるが、1996年雇用権法は、週の全体もしくは一部において被用者と使用者の関係が雇用契約によって規律されている（governed）場合、当該週を雇用が継続している週として数えるとしている[133]。

さらに、継続性は、週の一部に雇用契約が存在しない週でも、被用者の不在が、（ａ）傷病による就労不能、（ｂ）一時的な業務の休止（cessation）による不在、（ｃ）取り決め（arrangement）や慣習（custom）によって、その者が何らかの目的のために当該使用者の雇用にあり続けていると考えられるような状況における不在、（ｄ）妊娠出産のための不在、による場合には、雇用の継続の期間に算入される[134]。

つまり、これらの規定に従えば、まず、ある週の一部に雇用契約が存在すればよいのであり、さらにそれが認められない場合にも一定の場合には雇用の継続性が擬制されるのである。

Collins 教授は、「義務の相互性」を契約法に言う「約因」として捉え

つつ、問題になっている当事者間に関連期間全体を覆う雇用契約が存在すると認められる可能性が極めて低いとする一方で、インターバルにより分断された実際の個別の労務提供・受領については何らかの契約が認められ、それが裁判所においてほとんどの場合雇用契約と認められているとする[135]。そうすると、そのような個別の雇用契約に基づき212条１項を援用することにより雇用の継続性が認められるから、問題は解決するとするのである[136]。

（２）裁判における有効性

（ｉ）個別の契約に依拠する申立て

実際に、点在する個別の労務提供・受領が、それ自体雇傭契約と認められ、かつ、212条の適用が認められた一つの例が Cornwall County Council v Prater 事件の控訴院判決[137]である。同事件では、様々な理由から学校に行けない生徒に対し、自治体からの個別の生徒についての依頼に基づいて家庭教師の労務を提供していた者が、1996年雇用権法上、当該自治体の被用者であるかが争われた[138]。この際、自治体は上記依頼をするよう義務付けられておらず、他方、労務提供者は個別の生徒に関する自治体からの依頼を引き受けるよう義務付けられていなかった。しかし、いったん自治体から労務が依頼され労務提供者がそれを引き受けると、当該生徒に関する業務遂行を果たすことが義務付けられ、かつ、自治体の側でも当該個別の業務が終了するまで労務を供給し続けることが義務付けられていた。そのような個別の業務は、２・３か月で終了する場合から何年にも及ぶものがあった。労務提供者は、議論の対象となった約10年間のほとんどについて当該自治体に労務を提供していた。ただし、８月に学校が閉められるため、労務提供者は９月には自治体から支払いを受けないのが通常であった。

このような事情の下、労務提供者が雇用条件詳細通知の決定の申立て

を雇用審判所になした。この際、労務提供者は、同期間全体を覆う契約の存在を主張せずに、個別の生徒に関する労務提供が、個別の雇傭契約に基づくものであること、そして、そのような一連の個別雇傭契約の合間をつなげるために212条の適用を主張した。この主張に対して、雇用審判所は、当事者間の個別の労務提供・受領に関する「義務の相互性」、そして各契約が雇傭契約であったことを認め、各個別の雇傭契約の合間を1996年雇用権法212条３項（ｂ）の「一時的な休止」と認めることにより、上記期間の全体にわたって当該労務提供者の雇用が継続していたとした。この判断に対する自治体からの控訴が控訴審判所で棄却され、自治体が控訴院に控訴した。

自治体は、控訴院において、雇用審判所が必要とされる「義務の相互性」が各個別の契約に存在したと認定した点に法における誤りがあるとした。つまり、自治体は、雇用審判所と控訴審判所が「義務の相互性」の概念を誤解しかつ誤って適用したと、Carmichael 事件貴族院判決等を引用しつつ主張した。というのも、自治体の主張によると、「労務提供者が各連続した業務の間に労務を提供するよう契約上義務付けられていることによって見出される相互性は、雇傭契約が存在するのに要求される『削ることのできない最小限』を構成するのに必要なのと同じ相互性ではなかった。継続的な義務の相互性なしに一つの労務の後に続く短い業務の連続の下、単に常態的に懸命に労務を提供することによってPrater 婦人（労務提供者）を自治体の被用者とするのには不十分であった。さらなる（more）労務を保証し供給するという継続的な義務と労務提供者の側にそのさらなる労務をなす義務がなければならない」からである。(139)

つまり、自治体は、先例において雇傭契約の認定に必要とされてきた「義務の相互性」には、一回限りではなく、継続して労務を供給し、遂行し続けることが義務付けられていることが含まれているとしている。

これに対して、控訴院は、自治体が引用する Carmichael 貴族院判決

等では、本件のように労務提供者から、各個別の労務提供・受領についての個別の雇傭契約の存在や212条の適用が主張されておらず、それらの事件では期間全体を覆う雇傭契約の存在が争われた点で異なるとし、結論部分で以下のように述べている。

すなわち、「各業務の終了後、自治体が彼女（労務提供者）にまた別の教育業務を依頼する義務に服していなかったこと、あるいは、彼女が業務を承諾する義務に服していなかったことは、法的地位に何らの相違を生みださない。重要な点は、いったん契約が締結され当該契約が継続している間、彼女が当該生徒を教える義務に服し、かつ、当該契約に基づき自治体から彼女に労務提供可能とされた生徒に教えることに対して彼女に支払う義務に自治体が服していた点である」[(140)]。

このようにして、控訴院は、個別の労務提供・受領についての「義務の相互性」の内容を、自治体の主張した一回限りではない継続的な義務ではなくて、個別の期間における労務提供・受領（支払い）義務であるとし、それ自体を雇傭契約として認め、さらに212条の適用を認めたのである。

Collins 教授が解答を見出したことがどの程度裁判例に影響を与えたのかは不明だが、このような212条の適用の可能性は、後続の裁判例を見ると広く認識されるにいたっていることが確認できる[(141)]。その意味で、そして、Collins 教授の示した解答が、「義務の相互性」を契約法に言う「約因」と認めた上で、つまり、判例で何が問題となっているかに対応しつつ、法制度上既に存在した規定の適用により断片化した雇用を連結させるものであったことから、それは、正当かつ有効な一つの解答であったといえよう。

（ⅱ）橋脚としての雇傭契約

ところで、興味深いのは、自治体の「義務の相互性」の内容の認識と裁判所のそれとのずれとその意味である。自治体の主張は、簡単にいえ

ば、一回限りの労務と報酬の交換は雇傭契約の「義務の相互性」に当たらない、一個終わってもまた別の労務と報酬の交換を義務付ける継続的な義務が雇傭契約の「義務の相互性」である、というものであろう。これは、３の学説のところで紹介した「義務の相互性」を雇傭契約の一つの分類基準とする Deakin 教授らの見解と類似している。同見解は、1970年代後半から裁判例で言われるようになった「義務の相互性」は、契約法に言う約因としての相互性とは別の意味で、「一定の期間にわたって存在する雇用関係を維持する相互的なかかわりの存在」（これは将来の履行の相互的な約束、つまり、雇用し（employ）雇用される（employed）という約束からなるもの）として捉えていた(142)。同見解は、そのため、臨時的就労等の就業形態は以下のような二つの理由で雇用保護法制の範疇の外に落ちてしまうとする。すなわち、①個別の雇入れ（hiring）をつなぐ関連期間全体を覆う雇用契約が存在しないために、労務提供者が各権利の法定期間に必要な雇用の継続性を欠くことになる、あるいは、②「個別の雇入れそれ自体が、（使用者の側に）将来提供できる労務を作り出す、そして、（労務提供者の側に）労務に対して対応可能であるという責任（commitment）を欠くために、雇用契約として分類されない」という理由である。

この②が上記の自治体の主張と類似していることが確認できよう。そうすると、自治体の主張は、「義務の相互性」を雇傭契約の分類基準のうちの一つとして見ていた主張と同趣旨で、他方、これを否定した同事件の控訴院の考えていた「義務の相互性」は、契約法に言う「約因」としての「義務の相互性」であったと解される(143)。

このように分析していくと、「義務の相互性」が契約法に言う「約因」として純化されて捉えられていく中で、個別の労務提供・受領についての交換関係（義務の相互性）が逆に明らかとなり、今まで使いものにならないと考えられていた、あるいは、特に意識されていなかった個別の雇傭契約の、雇用保護法制上の雇用の継続性の算定における、いわば橋

脚としての雇傭契約の役割に光が当てられるようになったとも解される。

第３節　小括

本章では、臨時的就労形態について雇傭契約の認定の場面で議論となってきた「義務の相互性」の裁判例における性質の変化を主として考察した。本節では、これらの議論を小括し、この性質の変化の意味を再確認し、第２章の判例における「義務の相互性」の内容の考察に移る。

１　契約の「存在」自体への懐疑

第１節で示したように、「義務の相互性」は、雇傭契約の認定の基準の多様化の中で一つの基準として主張されるようになったと解される。しかし、第２節で示したように、それは、すでに契約が存在していることを前提にした単なる契約の分類（雇傭契約か請負契約か）のための基準という位置づけに留まっているものではなく、「削ることのできない最小限」という語句で、契約法に言う法的拘束力ある契約を成立させるための「約因」として位置づけられるようになった。つまり、「分類」基準から「成立」要件へと性質が変化したあるいはその意味が明確に認識されるようになった。このことは、臨時的就労形態等に関しては、雇傭契約の認定の場面において、関連期間全体を覆う契約の「存在」自体に懐疑の目が向けられるようになったということを意味している。

２　雇傭契約の役割の再発見

関連期間全体を覆う雇傭契約について「約因」としての「義務の相互性」が厳しく問われる一方で、雇傭契約の雇用保護法制上与えられた役割が再発見された。それは、雇傭契約と認められるのに必ずしも継続的である必要はないという意味で一般的な雇傭契約観に反しているようにも思われるが、断片化したと評価される労務提供・受領をそのまま個別の雇傭契約の連続として認め、そのような個別の雇傭契約を、法制上認

められていた各雇傭契約の合間に橋を架ける際の橋脚として捉え直すものであった。

注

（56） 労務の遂行の仕方について当該労務を提供する者が労務を受領する者の指示に従うものであるのか、という基準。Yewens v Noakes（1880）6 Q.B. 530における Bramwell 控訴院裁判官の有名な定義では、「使用人（servant）とは、その者がその者の労務（work）の遂行方法につきその者の使用者（master）の指揮（command）に服する者」とされている（Ibid. 532-533）。

（57） 労務を提供する者が、受領する者の事業の一部として使用されており、かつ、その者の労務が当該事業の不可欠な一部としてなされているか、という基準。Stevenson Jordan and Harrison Ltd. v Macdonald and Evans［1952］1 T.R.L. 101

（58） 労務を提供する者が、自らの計算において事業を営むものとして労務を提供しているか、という基準。Market Investigations Ltd. v Minister of Social Security［1969］2 Q.B. 173

（59） ［1968］2 Q.B. 497

（60） 本件は、労務提供者が1965年国民保険法（National Insurance Act 1965）の「使用される者」（s. 1(2)）にあたり、会社がその者のために保険料を支払う義務があるかが（s. 3(b)）、会社と管轄省との間で争われた事案である。この「使用される者」に当たるかの基準も、当事者間の雇傭契約の有無であり、その判断はコモン・ローに委ねられている。そのため、その認定についての判例は、雇用保護法制上の雇傭契約の認定の先例となる。

（61） ［1968］2 Q.B. 515

（62） Ibid.

（63） ［1968］2 Q.B. 516 同裁判官が三番目の条件を「消極的要件」としているのは、同裁判官がこの基準によって「雇傭契約の性質と整合的でない（inconsistent）規定」（Ibid. 516）を検討しようとしているからであると解される。つまり、同裁判官が念頭に置いていた③は、雇傭契約の存在にとって否定的な要素を検討する枠であったと思われる。

（64） Ibid. 517

（65） ［1969］2 Q.B. 173

（66） ［1967］1 Q.B. 156

（67） ［1969］2 Q.B. 183-184

(68) Ibid. 184-185

(69) ex. Global Plant Ltd. v Secretary of State or Health and Social Security［1971］3 W.L.R. 269, 277-279; Wickens v Champion Employment［1984］I.C.R. 365, 368-369

(70) Stevenson Jordan and Harrison Ltd. v Macdonald and Evans［1952］1 T.L.R. 101(CA)

(71) ［1973］1 All ER 241（Ch.D）

(72) 1965年著作権法（Copyright Act 1956）第４条は、「雇傭契約または徒弟契約の下でのある者による著者の使用の過程で著作物（work）が作成された場合には…、その者（著者ではない ― 引用者）が当該著作物に内在するあらゆる著作権の権限を有する」と定めていた。同事件では、この条文に関連して労務提供者が雇傭契約の下で会社に労務を提供していたかが争点となった。

(73) Ibid. 250

(74) ［1978］I.T.R. 513

(75) Ibid. 515-516

(76) 他にも、傘（umbrella）契約、オーバーオール（overall）契約等の呼称が裁判例上使われる。

(77) Ibid. 516

(78) Ibid. 516

(79) Wickens v Champion Employment［1984］I.C.R. 365, 371(EAT)でも、控訴審判所は、「我々には、使用者の側に仕事を見つける義務がなく、臨時的労務提供者の側にその者についてなされた予約を承諾する義務がないということは、…通常の雇傭契約における労働（employment）の特徴と非常に整合的でない（quite inconsistent）ように思われる。当該使用者と当該臨時的労務提供者との関係には、継続性という要素（element）と、被用者に対する使用者の配慮という要素が全く欠けているように思われる」、としており、当事者の相互的な義務を「継続性」といった雇傭契約の要素として捉えている。他に、パートタイム消防士の待機時間に義務の相互性がないことが、「指揮命令」基準の中で検討されていると思われる事例として、Bullock v Merseyside County Council（EAT）［1978］I.C.R. 419

(80) Deakin and Morris, op cit., p. 155; Brian Napier, 'The Contract of Employment', in Roy Lewis (ed.), *Labour Law in Britain*（Basil Blackwell,1986）p. 336

(81) ［1984］1 Q.B. 90（CA）

(82) Ibid. 106　労使審判所の判決集がないため直接の引用ではなく、控訴

院による労使審判所の引用を引用している。

(83) この後 Nethermere 事件で「義務の相互性」がそもそも何らかの契約が「存在」したのかを判断するものなのか、当事者間の法的関係の「分類」基準のうちの一つなのかが議論されるのだが、同事件で、Kerr 控訴院裁判官は、O'Kelly 事件が「義務の相互性」が契約の「存在」（成立）を判断するものなのか、契約を「分類」するものなのかについて直接議論していないことを指摘している（Netheremere（St. Neots）Ltd. v Gardiner［1984］I.C.R. 612, at. 629）。

(84) Employment Rights (Dispute Resolution) Act 1998, s. 1(1)

(85) Industrial Tribunals Act 1996, s. 21 1971年労使関係法第114条1項において、1963年雇用契約法、1965年剰員整理手当法等の同様な裁判管轄の区分が定められていた。1978年雇用保護統合法においても、第136条がこのことを定めていた。また、1965年国民保険法（s. 65）やそれを引き継いだ社会保障法1975年法(s. 94(1)) も、管轄省の大臣のなした決定について、法律問題についてのみ裁判所に判断を求めることを許している。

(86) Challinor v Taylor［1972］I.C.R. 129, at, pp. 131, 133

(87) cf. Ferguson v John Dawson & Partners (Contractors) Ltd.［1976］1 W.L.R.1213; Young & Woods Ltd. v West［1980］I.R.L.R. 201 (CA)

(88) ［1984］1 Q.B. 90 (CA)

(89) Ibid. 121(Fox L.J.), 122 (Sir John Donaldson M.R.)

(90) Ibid. 122

(91) Ibid. 123

(92) Ibid. 124

(93) Lee Ting Sang v Chung Chi-Keung［1990］2 W.L.R. 1173 (P.C.)

(94) ［1984］I.C.R. 612 (CA)

(95) EP (C) A 1978, s. 153 (1)

(96) ［1983］I.C.R. 319, 323

(97) Ibid. 323

(98) Ibid. 327, 328

(99) Ibid. 326

(100) ［1984］I.C.R. 612

(101) Ibid. 622

(102) Ibid. 623

(103) Ibid. 624-626

(104) 同裁判官は、義務の相互性が欠けると「雇傭契約は存在せず、そしておそらく何の契約も存在しない」としている（Ibid. 624）

(105) Ibid. 628

（106） Ibid. 628

（107） Ibid. 629, 630「思うに、労使審判所は、同審判所が『基本的基準』（経済的現実基準―引用者）と考えたものを基礎として第二段階に一直線に突っ込んだのである。…同審判所は、何らかの拘束力ある契約が存在するかについての判断という決定的な（crucial）第一段階…が、全く頭になかったのである」（Ibid. 630.）。

（108） ［1987］I.C.R. 526

（109） Ibid. 541

（110） Salih v Vista plc t/a Joe Bananas　EAT/241/95（unreported）他に、McMeechan v Security of State for Employment［1997］I.R.L.R. 353 同事件では、O'Kelly 事件の控訴院判決が、「その（労務提供）者が自己の計算において事業を営んでいるのかどうかを判断するために」、それ自体で唯一の決定的な要素となるような要素があるのではなく、「当該関係のすべての点を考慮する」判断手法を示しているのだとする。そして、この手法の下で、「相互的な義務という基準」が考慮されるものとされている。すなわち、それが欠けることは、「（そのような状況ではどのような契約も生じていないと考えられ―Waite 控訴院裁判官）その契約（雇傭契約）を否定する強力な指標（pointer）となる」（Ibid. 356）とされている。ここでは、「義務の相互性」の欠如が、契約が存在していないことを意味するから雇傭契約を否定する指標となるとしているが、義務の相互性を法的拘束力ある契約の成立に不可欠のものとしての約因であるという観点から論じていない O'Kelly 事件の控訴院判決の手法の下で、あくまで「指標」として「義務の相互性」が捉えられているようにも解され、その位置づけが「約因」としてのものなのか曖昧になっている。

（111） ［1999］I.C.R. 1226（HL）同事件では、労務提供者により雇用条件詳細通知が申立てられ、その前提問題として雇傭契約の存在が問題となった。

（112） Clark v Oxfordshire Health Authority［1998］I.R.L.R. 125 同判決は、被申立人の指定する病院の依頼に基づき臨時的に就労していた看護士の関連期間全体を覆う契約の存在を否定した事案で、関連期間全体において義務の相互性がなければ全覆契約が存在しないということを確立した先例として、Nethereme 事件控訴院判決を、そしてそれに従った裁判例として先述の Heller Brothers Ltd. v McLeod and others 事件の控訴院判決を引用している（Ibid. 128, 130）。

（113） M. Freedland, *The Personal Employment Contract*（Oxford University Press, 2006（first published 2003））

（114） Ibid. 98-105

（115） Ibid. 100 See also. footnote 89

（116） Ibid. 101

（117） Hugh Collins, K. D. Ewing, and Aileen McColgan, *Labour Law; Text and Materials* (2nd. Ed.) (Hart Publishing, 2005), p. 157

（118） Ibid. 173

（119） このように「義務の相互性」を契約法の「約因」として捉えるものとして他に、Simon Honeyball, *Textbook on Labour law* (9th.Ed.) (Oxford University Press, 2006), pp. 22-25　同書では、「厳格な契約法においては、削ることのできない最低限の義務なくして何らかの契約形態がどうにかして存在しうることを認めるのは困難であり…、そうするとこの要素だけでは必要的区分を引くようには思われないだろう」としている（p. 25)。

（120） S. Deakin & G. S. Morris, *Labour Law* (4th Ed.), (Hart Publishing, 2005), p. 153

（121） Deakin and Morris, op cit., pp. 153-154

（122） Deakin and Morris, op cit., p. 157

（123） 同様に、「義務の相互性」を他の基準と並置して説明するものとして、Davis Lewis and Malcolm Sargeant, *Essential of Employment Law* (9th. Ed.) (CIPD, 2007), pp. 36-37

（124） イギリスにおける派遣労働の規制（現行では、Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations 2003）は、派遣会社に対する労務提供者の地位を特定していないため、判例のコモン・ローの基準によって、当該労務提供者が被用者か請負契約等の下で就労する者かが決定される（op cit. Deakin and Morris, p.172）

（125） [2003] I.C.R. 471, at. 474雇用控訴審判長は、高等法院か控訴院の裁判官から大法官により任命される（Employment Tribunals Act 1996 s. (1)(a))。そして、雇用控訴審判所は、上位記録裁判所であり（s. 20(3))、同審判所の判決（judgement）で確立された原則は、先例拘束性を有する。

（126） I.R.L.R. [2006] 181

（127） Ibid. 184-185, 187

（128） Langstaff 審判長は、同事件で「労働者」概念についての「義務の相互性」と雇傭契約が契約法に言う約因のことを言っているとした際には、contract of employment により雇傭契約に言及している。

（129） [2007] I.C.R. 577(EAT), 581-582

（130） Hugh Collins, case note 'Employment Rights of Casual Workers' 29 ILJ 73 (2000)

（131） ERA1996 s. 210(3)
（132） ERA1996 s. 210(4)
（133） ERA1996 s. 212(1)
（134） ERA1996 s. 210(3) この規定は、1978年雇用保護（統合）法 Schdule 13の paragraph9に由来し、またそれも1972年雇用法 Schedule1の paragraph5に由来する（ただし、1972年のでは、妊娠出産の規定(d)が規定されていない)。
（135） Collins, supra. 77
（136） Collins 教授は、同論文において210条３項については特には言及していない(supra. 77)。
（137） [2006] I.R.L.R. 362
（138） イギリスにおいては、公的部門の労働者であっても、我が国のような一般的に適用される公務員制度は存在しないといってよいとされる（小宮文人『現代イギリス雇用法』（信山社、2006）89頁)。イギリスでは、近年公的機関と契約関係を有する民間の使用者に労務を提供する者が増加し、その結果、公共部門の雇用の要素を決定する明確な基準がますます曖昧となっている。しかし、従来から「公的部門の雇用についての法と民間部門の雇用についての法との間に厳格な区分線は存在しなかった。公的部門の被用者（employees）は、大部分は、より一般的に適用されるのと同じ労働法の基本的な原則に服する。…全体として公共部門と民間部門の雇用は同じ概念枠組みを共有している」(Deakin and Morris op cit., at. p. 180)。
（139） Ibid. 364
（140） Ibid. 365
（141） Augustin v Total Quality Staff Ltd [2008] All ER (D) 148 (Mar) UKEAT/0343/07/DA
（142） Deakin and Morris, op. cit., p. 154
（143） cf. [2006] I.R.L.R. 336 para. 51 (MR Justice Lewison)

第２章 「義務の相互性」の内容

第１章では、「義務の相互性」が、単なる分類基準の一つから、契約法に言う約因として契約自体がそもそも存在したのかを問う、成立要件へと変化したことを示した。では、この「義務の相互性」自体は一体ど

のような内容を有するのか。言い換えると、裁判例において、どのような相互的な義務が存在するとき、雇傭契約が成立したと評価されているのか。本章では、この問いの答えを、相互的な義務の具体的内容と拘束性の程度、そして、それらが認定される時間的幅という観点から明らかにしていく。

第１節　相互的な義務の内容・程度

１　相互的な義務の内容

（１）具体的内容

第１章でみたように、雇傭契約の存在認定において、Ready Mixed Concrete 事件における MacKenna 裁判官の三条件の定式においては、「賃金その他の報酬がなければならない。そうでなければ約因（consideration）がなく、約因なくしてはいかなる種類の契約も存在しない。当該使用人はその者自身の労働と技術を供給することが義務付けられていなければならない」、とされていた。これによれば、「義務の相互性」があるというためには、当事者間の合意により使用者とされる者が「賃金その他の報酬」を支払うことが義務付けられていなければならないように解される。しかし、判例では使用者側の約束として必ずしも報酬支払の義務のみが約因を構成する約束とされていない。実際の裁判例では、使用者とされる者の報酬支払の義務だけでなく、使用者とされる者の、被用者とされる者に対する労務を供給（依頼）する義務も約因を構成する使用者側の義務となることがあまり議論されることなく受け入れられてきている(144)。したがって、これまでの裁判例では、「義務の相互性」の具体的内容は、使用者側については、労務を供給（依頼）する義務あるいはなされる労務に対して報酬を支払う義務、被用者側については、労務を提供する義務が、雇傭契約の相互的な義務内容とされている。

（２）「労働分野における契約」の義務の相互性

義務の具体的内容について今までの裁判例で本格的に議論された事実は確認できない。しかし、相互的な義務の内容が、近年の立法により採られている「労働者」概念（序・予備的考察（３）参照）に対応する契約の「義務の相互性」と「被用者」概念に対応するそれとの異同という観点から議論されるようになり、雇傭契約についての相互的な義務の内容がその観点から明らかにされている。

（ｉ）「被用者」・「労働者」の契約の義務の相互性

序の予備的考察で見たように、「被用者」概念よりも広い「労働者」概念に関しても、労務提供者が「労働者」と認められるためには、「使用者」とされる者との間に、やはり（ａ）雇用契約（通常の労務提供者の場合雇傭契約）か（ｂ）の契約[145]の存在が必要となる。つまり、いずれの場合も、法的拘束力のある契約が成立するための「約因」が必要とされることに変わりはない。そして、「労働者」には「雇用契約」（「雇傭契約」）の下で他方当事者に労務を提供する（していた）者が含まれているし、また、どちらの契約も個人的な労務と報酬の交換を目的とする点では同じである。では、雇傭契約の相互的な義務と（ｂ）の契約の相互的な義務には、何らかの違いがあるのだろうか。

この点から雇傭契約の義務の相互性が議論されたのが、Cotswold Developments Construction Ltd. v Williams 事件控訴審判所判決[146]である。同事件は、下請け会社の下で大工をしていた者が、1996年雇用権法上の不公正解雇、1998年労働時間規則上の有給休暇についての不払い等を雇用審判所に申し立てた事案である。大工が会社からの労務の依頼を断る一定の自由を有しており、この申立ての前提問題として、不公正解雇等の申立てについて当該大工が「被用者」であるかということと、有給休暇についての不払い等の申立てについて「労働者」であるかということとが問題となった。雇用審判所は、当該大工が「労働者」である

ことのみを認めた。その際、雇用審判所は、事案の状況から、仮に義務の相互性が存在していたならば、申立人が被用者とされるための審査を十分満たす程度の会社の指揮命令に服していたと認めつつ、当事者間に「義務の相互性」がないため、申立人は「被用者」ではないとしていた。他方、同審判所は、「労働者」であると認める際に、「申立人（労務提供者）は、当事者間の契約の条項により、申立人が個人的になした労務を遂行することが求められていた」と認定していた(147)。

この雇用審判所の判断に対して、双方から控訴（交差控訴）がなされた。会社は、義務の相互性がないという認定は、当該労務提供者が会社に対し労務をすることを義務付けられていなかったことを意味し、「義務の相互性」は、その下である者が「労働者」とされるあらゆる契約に必要な要素であり、したがって、労務提供者は「被用者」でも「労働者」でもないと主張した。他方で、労務提供者は、労使審判所の判断が関連期間全体を覆う一つの契約を前提としてなされているものであり、指揮命令の認定等の結果、申立人が被用者であると主張した(148)。

つまり、会社の主張も労務提供者の主張も「被用者」もしくは「労働者」の「使用者」と結ぶ契約の「義務の相互性」が「ある」もしくは「ない」という雇用審判所の認定に基づき、両方の契約において「義務の相互性」が「ない」もしくは「ある」と主張するものであった。そうすると、これらの契約の約因としての「義務の相互性」の異同が問題となってくる。仮に両者が異なるのであれば、これらの主張は、両者を混同するものとして否定されるであろう。これに対し、控訴審判所のLangstaff 審判長は、以下のように議論を展開した。

まず、Langstaff 審判長は、「被用者」（雇傭契約）についての「義務の相互性」の意味を整理する。そこで、労務提供者が「被用者」であるかが争われた Stephenson 事件の控訴審判所の判断における Elias 審判長の判旨を引用し、「義務の相互性」と「指揮命令」の雇傭契約の認定の場面での意義を明確にした（第１章第２節４参照。）。

そして、予備的考察で少し紹介した労務提供者が「労働者」であるかが争われたByrne Brothers事件でUnderhill審判長が、（b）の契約についても義務の相互性が必要であるとした意図を確認する。第1章で述べたように、ここで、本件Langstaff審判長は、両審判長（Elias審判長とUnderhill審判長）の問題としている「義務の相互性」が同じ約因について述べていることを確認している。

その際、Langstaff審判長は、Byrne Brothers事件でUnderhill審判長が、「相互性の要求の根拠は雇傭契約に特有のものではない。すなわち、それは一般契約法の一部として生じるのである」とした点について、若干補足している。

すなわち、Langstaff審判長によれば、「たとえば、ある（物の売買のためとか、労働と労務のためとか、あるいは運送のための）契約の一方当事者が労務か支払いのどちらかを供給しなければならず、他方契約当事者がなすことを依頼された場合に労務を提供することに同意しなければならないということは、一般契約法の一部では何らない。それは労働（employment ― 訳出については注150参照）に関する契約に特有の相互性の要求であろう。つまり、我々はUnderhill審判長はそこでElias審判長がStephenson事件…で示していたのとほぼ同じことを示していたと考える。そこでは、Elias審判長は、何らかの契約の要求としての約束の交換（つまり約因 ― Langstaff審判長）に言及していたのである」[149]。

ここで注目されるのは、Langstaff審判長は、使用者と主張される者と被用者ないし労働者と主張される者とが、それぞれ、労務か支払いの供給を義務付けられている、または、依頼された労務を引き受けることを義務付けられているという相互性は、労働（employment）に関する契約に特有の相互性の要求としている点である[150]。

そして、このLangstaff審判長の判断を参照しながら[151]、派遣労働者と派遣先の間の雇傭契約の存否が労務提供者の1996年雇用権法上の不公

正解雇の申立ての前提として問題となった James v Greenwich London Borough Council 事件[152]（以下、「James 事件」という。）で、控訴審判所の長官（President）である Elias 審判長が、次のように雇傭契約の存在認定において考慮される「義務の相互性」の内容と意義を示している。

すなわち、「先例は、正確にはどのような相互的な義務が証明されなければならないかについて異口同音には述べていない。Cotswold Developments Construction 事件で Langstaff 審判長により関連の事案が慎重に分析された。彼が指摘するように、使用者の義務は、ある時には労務を依頼するものであるといわれ、またある時には支払いをするものといわれる。我々に思われることは、決定的な内容は、その義務の性質が、労働分野における契約（the contract in the employment field）を設置するような、労務を提供する何らかの義務を巻き込んでいなければならないということである。何らの相互的な義務がないとなると、Carmichael 事件の貴族院判決が明らかにしたように、単にそもそも何の契約もない。相互的な義務が存在し、かつ、それらが何らかの形で、問題の労務提供者によって個人的に提供されなければならない労務の提供に、また、それに対する支払いに関連している場合に、労働分野における契約（a contract in the employment field）が存在することになる。そして、指揮命令の性質と程度が十分な場合に、その契約は雇用契約（contract of employment）となる。

すなわち、何らかの相互的な削ることのできない最小限の義務は契約を形成するのに必要である。そして、それらの相互的な義務の性質は労働分野における契約を生じさせるようなものでなければならない。さらに、指揮命令の事柄（issue）が、当該契約が雇用契約（contract of employment）であるかどうかを決定するのである[153]」。

この Elias 審判長の論理では、まず、何らかの労務提供・受領実態が、雇用契約（雇傭契約）によるものと認められるまでには二段階あり、第一の段階で、その実態が、「労働分野における契約」によるものと認め

られなければならない。次に、第二段階において、当該契約が、雇用契約（雇傭契約）に特有の性質である「指揮命令」を有するものと認められる必要がある。したがって、これらの理論の中で、本稿が主たる考察対象とする雇傭契約の「義務の相互性」も、「労働分野における契約」の「義務の相互性」であり、その内容は、「何らかの形で、問題の労務提供者によって個人的に提供されなければならない労務の提供にあるいはそれに対する支払いに関連している」ことであることが示されている（後掲図２－１参照）。

（ⅱ）「労働分野における契約」についての判断枠組み

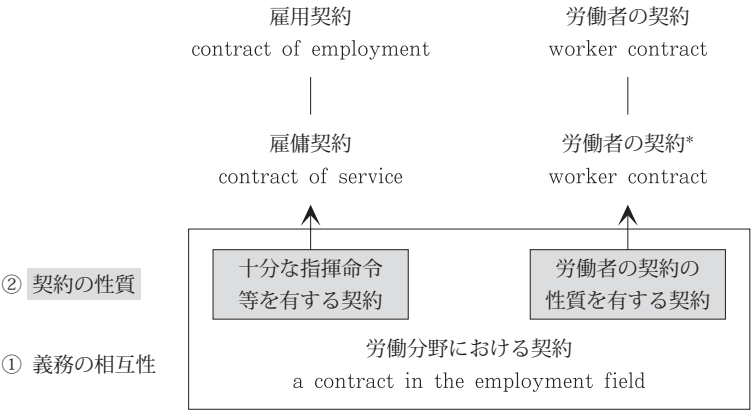
「雇傭契約」の「義務の相互性」の内容の議論からは少し外れるが、上記の Elias 審判長の理論は、Ready Mixed Concrete 事件の MacKenna 裁判官の定式を「雇傭契約」に限定されない他の契約の存在認定の判断枠組みとしている。したがって、本稿が第１章で考察していた判断枠組みの一展開を示していると思われるので、ここでそのことについて少し触れておく。

Elias 審判長の理論では、「労働分野における契約」が「雇傭契約」と性質決定されるのは第二段階においてであるから、それは、その第一段階において、「雇傭契約」を「労働分野における契約」の一つとして位置付けていることになる（第一段階には、例えば（ｂ）の契約もまだ性質決定されることなく存在している）。

そして、それにより成立したと認められた契約が「雇傭契約」であるかどうかが、「指揮命令」等の要素により決定されることも示されている。そうすると、この第二段階で、「指揮命令」という「雇傭契約」を示す要素がない、あるいは、それを強力に否定する他の要素があるといった場合には、当該「労働分野における契約」は「雇傭契約」とは言えないかもしれないが、たとえば（ｂ）契約の場合のような一定の政策で特定された枠組みの中に分類されうる(154)（図２－１参照）。

したがって、Elias 審判長の示した判断枠組みは、MacKenna 裁判官の定式を起源としながら[155]、第一段階・第二段階共に「雇傭契約」に限定されない、様々な「労働分野における契約」に関係するものとなっていると考えられる[156]。

図２－１　労働分野における契約の分類過程



＊ここでは予備的考察（b）契約を念頭においている。

２　拘束性の程度

１では、「義務の相互性」の具体的内容についての裁判例における議論を確認した。２では、第２章のはじめに述べたように、当事者がどの程度拘束されている場合に、１の相互的な義務に拘束されているとされるのかを考察する。

（１）適切な程度の拘束性

「義務の相互性」が雇傭契約の「約因」として認められる契機となった Nethermere 事件の控訴院判決を、出発点として確認していく。後述するように、Carmichael 事件貴族院判決も含め、裁判例の一般的傾

向では、相互的な義務が認められるには、当事者らが契約と主張されるものにかなりの程度拘束されていることが認められなければならない。しかし、Nethermere 事件控訴院判決では、拘束性の程度は直接的に議論されてはいないのだが、少数意見の Kerr 控訴院裁判官も含めて、適切な（reasonable）な程度の拘束性で足りると解していたことが確認できる。既に紹介したように、同事件は、自宅で年少者のズボンを会社提供のミシンにより会社側のトラックで毎日供給される材料により製造していた者らと会社の間に雇傭契約が認められるかが問題となった事案であった(157)。

（ｉ） この事件で、Stephenson 控訴院裁判官は、第 1 章でみたように雇傭契約の存在認定における義務の相互性の意義を確認した上で、以下のような主張が申立人の側（労務提供者 ― X1、X2）からされているとする。

すなわち、「①労務を引き受ける義務は雇傭契約の前提条件であるが、それを供給する義務はそうではない。②労使審判所は申立人らに適切（reasonable）な量の労務を引き受ける義務があり、かつ会社に適切な量の労務を供給する義務があったと認定することができ」る。

同裁判官は、このような主張を受ける形で、相互的な義務の「証拠が非常に薄い（so tenuous)」ことを認める。しかし、「(労使審判所の）審判長の記録によれば、X1は『私は必要とされた場合はいつでも労務を提供した』と言って」いるとする。そして、「X1はもう労務を提供できないという時には断っていたが、X1は会社に事前に X1がいつ休暇を取るか知らせていた。そして、会社のトラックの運転手である Amos 氏は、X1がほとんどめったに断らず、労務を提供したくないという時にはきちんと予告をしていたことを認めている。X1・X2共に、工場における労務提供者と同じ率で支払われることとなる週ごとのタイムシートを規則的に提出していた」といった事実を並べて、次のように言って

いる。

すなわち、「私は、何故、継続的なホームワーク（在宅労務提供者）の十分に確固なものとなった期待（well founded expectation）が、一年以上の期間にわたって規則的に労務が供給され引き受けられたことによって、強制力のある契約に凝結（harden）ないし結晶化（refined）すべきでないのか理解できない[158]」。

このようにして、労使審判所や控訴審判所が労務提供者らを被用者として認めたことを肯定したのである。

また、多数意見のもう一人、Dillon 控訴院裁判官も次のように言っている。

すなわち、「私としては、その下で当該社外労務提供者において労務をなす何らの義務も、会社において労務を供給する何らの義務もない取り決めは雇傭契約ではありえなかった（と解する―引用者）。しかし、当該社外労務提供者が自分の労務提供の時間を決定でき、希望したときに休暇や休憩を取ることができ、いずれの日に何着の服を引き受けるかを変更できたないし特定の日には全く引き受けないことができたという単なる事実は、間違いなく労使審判所が雇傭契約があるか否かを検討する際に考慮する要素ではあるが、それは法の問題としてそのような契約の存在を否定しない。

私には、法において、雇傭契約の存在が、Airfix Footwear 事件の控訴審判所の判断におけるように当事者間で幾年かにわたり続いた取引の経緯から推定されえないという理由が見当たらない。…。機械が会社により各申立人らに供給されていた事実は、少なくとも申立人らが会社によりその者らに供給された労務を会社に提供するという両当事者における期待（expectation）を暗に示しており、私は、申立人らによって会社のために…長くないとは言えない期間にわたって実際になされた労務が単に申立人らに加わった市場の力による圧力の結果としてなされたものであり、全く契約の下でなされたものでなかったと考えることは非現

実的（unreal）と思われる。

トラックの運転手に訪れる意味を持たせること（つまり、無駄足とならないようにすること―引用者）を前提にどれくらいの仕事をするかの判断はホームワーカー次第であったという Weisfeld 氏（会社の管理者）の証拠は、いったん労務提供者らが会社のために社外労務提供者として行動することに同意すると、社外労務提供者に適切（reasonable）な量の労務を引き受ける義務をもたらす（import）ものとして解釈されるに十分のものである。反対に、できるだけ公平であるべきであったのはトラックの運転手であったという Weisfeld 氏の証言は、会社が工場において取り扱える範囲を超えた供給できる労務を有するときには、必ず各社外労務提供に労務の適切なわけ前（share）を供給する義務をもたらすものと解釈されるに十分のものである」[159]。

Dillon 控訴院裁判官は、このように事実を評価して、労使審判所の判断を肯定した。

以上のように、多数意見の裁判官らは、労務提供者の側の一定の労務提供をするか否かの自由を事実として確認しつつ、適切な（reasonable）程度の拘束性で相互的な義務の存在を認めている。

（ⅱ） 他方、労使審判所の認定した事実から、義務の相互性が認められないとして雇傭契約の存在を否定した Kerr 控訴院裁判官も、第１章で紹介した説得的な二段階の判断過程を示した後、以下のように述べている。

すなわち、「被用者と主張される者に関する避けられない要求は、…、被用者と主張される者が何らかの最小限の（some minimum）、あるいは、少なくとも適切な（reasonable）量の労務を使用者と主張される者のために引き受け遂行する義務に服していなければならないということである」[160]。

（iii）まとめ

（i）（ii）より、「義務の相互性」が約因として認識される契機となったと解される Nethermere 事件の控訴院判決において、その拘束性の程度は、少なくとも「適切な（reasonable）」程度とされていたことが確認できる。

（2）強い拘束性

（i） しかし、その後の裁判例では、一般的に、相互的な義務が存在すると認めるのにより強い拘束性を要求する傾向にある。例えば、Heller Brothers Ltd. v McLeod and others 事件[161]では、長い者では、約30年間一つの会社（Hellyers Brothers Ltd.）に専属的に、船員（漁師）として労務を提供した労務提供・受領が、1978年雇用保護統合法第81条の剰員整理手当への権利の申立ての前提として、一つの雇傭契約に基づくものかが争われ、否定された。労務提供者らは、一回の航行（数日から時には数か月に及ぶ）の後、陸で幾日か過ごし、再び基本的に前回と同じ船で航行をするという労務提供を繰り返していた（一年間のうち350日以上海で労務提供をしていた者もいた）。その者らは、自らを Hellyers' men とみなし、他の同種の会社は彼らをよそ者（stranger）として捉えていた。また、彼らが特定の航行において乗船したくない場合には、船長や船の管理者に乗船しなくていよいかについて尋ねていた。この事案では、1970年商船法との関係で、個別の航行毎に船員合意というものが当事者間で締結される建前となっていたという特殊な事情があったのだが、上記のような労務提供受領実態についてその全体を覆う一つの雇傭契約が存在するかが争われ[162]、個別合意間のインターバルに法的に当事者を拘束する義務が存在したかが問題になった。同事件で Slade 控訴院裁判官は、「実際には、乗船から外すことに Hellyers の許可が慣行的になされていたというのが尤もであろう。しかし、このことからこれが何らかの契約上の義務によるものであったというものでもない。漁師が、自

らがどこか別の臨時的な雇用を求めることに対して Hellyers が反対しないことを確実にするように望んだ別の明らかな理由がある。申立人ら全員が審判所で述べたように、『申立人らが認識されかつ立場を確実なものとしなかった場合には、恒常的に労務を得る機会が、消えてしまうと言っては言い過ぎだが枯れてしまう』」。乗船から外れる場合についての証拠は、「法的拘束力のある義務の下にその者らがおかれているという推論を正当化するのには十分ではなかった」[163]とした。

また、一定の区域の病院に登録看護士を供給する局（被申立人）のナースバンクシステムの下、臨時的に労務を提供していた看護士と労務受領者との間の関連期間全体を覆う一つの雇傭契約の存在が、1978年法上の不公正解雇の申立ての前提[164]として問題となった Clark v Oxfordshire Health Authority 事件控訴院判決[165]で、Christopher Slade 卿は、以下のように述べている。

すなわち、労務提供者の側は、「原則として何らかの義務の相互性が雇用契約（contract of employment）を基礎づけるのになければならないこと認めている。しかしながら、彼（労務提供者側弁護士）は、実際に、現代の労働市場においては、裁判所はグローバル契約（全体を覆う一つの契約の裁判例上の呼称―引用者）を基礎づけるのに要求される『削ることのできない最小限』の相互的な義務を低いレベルに設定すべきであること、そして、本件において十分な相互性の構造があったと主張した」。「私としては、グローバル雇用契約を基礎づけるのに要求される相互的な義務は、必ずしもそしていずれの事案でも労務を供給し遂行するという義務からなる必要はないと考える。一つ明快な例をとると、私の意見では、一方当事者が依頼された場合に労務を引き受けてそれをなす義務と他方当事者の労務が依頼されなかった期間確保していることに支払うという義務、これで十分であるように思われる。しかしながら、私の判断では、私が既に暗に示しているように、先例は、我々に相応の（some）義務の相互性がグローバル雇用契約（contract of employment）

を基礎づけるのに必要であるとすることを要求している。本件で、私は、申立人（労務提供者）が個別の従事についていない期間にも存続している、そのような相互性を認めることができない。」[(166)]

これらの事案からわかるように、相互的な義務があると認められるには、概して、労務供給・支払いと労務の提供をその内容とするかなり確固な義務が認められなければならないと考えられていると解される。

（ⅱ） また、先述した発電所案内係として労務を提供していた者と会社間の雇傭契約の存否が問題となった Carmichael 事件の控訴院と貴族院とを比較しても、やはり比較的強い拘束性の存在があって初めて相互的な義務を認めるというのが判例の流れと解される。少し事実を補足し、その判断の違いを示そう。

同事件では、被告の前身である発電所 C.E.G.B.（以下、「会社」という。）が、広告により職務内容や報酬を示して「求めに応じた臨時ベース」で案内係を募集したところ、Carmichael 婦人ら（申立人）が応募し、会社で面接を受け、以下のような書面を送付された。その書面は、婦人らが、会社に対して会社の敷地において臨時的に雇用されることに同意可能であること、給与算定方法（時間給）、研修の必要、そして、次の書面をこの申し込み（offer）の婦人らの承諾（acceptance）を確認するために会社に返送すべきことを記していた。その返送すべき書面には、「施設案内係―臨時的雇用（casual employment）」とあり、続けて、「求めに応じた臨時ベースでの施設案内係としての雇用の申込みを承諾いたします」とあらかじめ記載されていた。婦人らはこれに署名して返送し、その後研修を受けて、会社から要請があり、婦人らが労務提供可能でかつそうすることを選択した場合に労務を提供した。実態としては、婦人らは、最初の２・３年は週に４から６時間程度であったが、徐々に就労時間が増加し、５年後には週25時間程度労務を提供するようになっていた。婦人らは通常は要請に従って労務を提供していたが、それに応

じない場合も一定程度存在した。

このような事情の下、控訴院[167]で、多数意見の裁判官である Ward 控訴院裁判官は、当事者で取り交わされた書面の「求めに応じた臨時ベース」の意味を解釈し、婦人らには「適切な（reasonable）量の労務を引き受ける義務」を、会社には「会社が供給できる仕事がある時はいつでも各案内係に適切な（reasonable）労務の配分を行う義務」があったとし、「『私は適切な労務の配分を供給します』と『私は適切な量のあなたが供給した労務を遂行します』というのは曖昧でも不確定でもない。その合意は拘束力がある」、「当事者間に契約的に拘束力のある関係が存在した[168]」とした。

これに対し、貴族院[169]は、拘束性の程度について直接的に議論はしなかったが、以下のようにして雇傭契約の存在を否定した労使審判所の判断を肯定しており、比較的強い程度の拘束性の程度を要求していると解される。

すなわち、「実質として、労使審判所は、書面が、当事者らが後に形成するかもしれない一連のアドホックな雇傭契約あるいは請負契約のための枠組み（framework）を定めたものに過ぎない、そして、案内係として労務を提供していない時は、その者らは会社と何らの契約関係になかったと判断したのである。当事者らは労務を供給するもしくは引き受ける義務を負ってはおらず、せいぜい他方当事者に応じていれば、各当事者にとり最も利益にかなうと両者が認めるという文脈で道徳的な誠実（loyalty）義務を想定していたに過ぎない[170]」。

このように、控訴院が当事者間で労務提供・受領の開始に取り交わされた書面に適切な程度の義務を認定し、それらの義務が法的な拘束力を持つと評価したのに対し、貴族院は、書面は後続の個別の契約のための枠組みを定めたものに過ぎないし、個別の契約の間には労務提供・受領の義務はなく、あるとしてもせいぜい道徳的な誠実義務であるとしているのである。ここから、貴族院が、控訴院の認定した義務を法的な義務

と認めなかったものと解される。したがって、労務提供者が一定程度の労務を提供するかしないかを決定する自由を有するような適切な程度の拘束性では足りないとするのが判例の全体的な傾向と解される。(171)

（３）「最小限」の幅

ただ、その後の裁判例の中には、Carmichael 事件の貴族院判決を踏まえつつ、その程度について議論するものがみられる。先に紹介した Cotswold Developments Construction 事件で、Langstaff 審判長は以下のように述べている。

すなわち、「我々は、労使審判所は、全般的に、とりわけ本件審判所は賃金と労務の交換という意味での『義務の相互性』の適用を特徴づける何かさらなるものを取り違えている可能性がある。つまり、被用者が労務提供を断る権利を有するということは全体を覆う契約からそのような相互的な義務を奪うものではないということである。また、使用者が労務を与えないでおく選択を行使しうるという場合も奪うものではないのである。焦点は、個人において労務を提供するいくらかの義務（some obligation）が、そして、他方当事者において労務を供給するあるいはそれに対して支払ういくらかの義務があったか否かに当てられなければならない。Nethemere 事件の控訴院判決で Stephenson 控訴院裁判官は、それを『…削ることのできない最小限の義務』と置いた。彼は、ホームワーカーが被用者とされた事案の中でそうしたのである。Taverna 婦人（労務提供者―引用者）は、彼女がそれ以上できない時には労務提供を断っていた。彼女は、彼女の時間で労務提供をした。このように、少なくともいくらかをする義務（obligation to do some）があるという時には、彼女の労務提供を断る権利の存在もその行使も決定的ではない。…。Kerr 控訴院裁判官は結論において賛成しなかったが、彼もまた『避けられない要求』を、被用者として主張される者が『…何らかの最小限あるいは少なくとも適切な、量の労務を使用者と主張される者に対

して引き受けかつ遂行する義務に服していなければならない』ことであるとしている」とする。

さらに、本や雑誌を印刷している会社と製本補助として臨時的に労務を提供していた労務提供者の雇傭契約の存否が、労務提供者による1996年雇用権法上の不公正解雇の申立ての前提として問題となったHaggerty v St Ives Plymouth Ltd. 事件控訴審判所判決[172]で、Elias 審判長（控訴審判所長官（President））は、Carmichael 事件貴族院判決を引いて、労働者と被用者の間に「相応の程度の相互的な義務（some level of mutual obligation）がなければならない」ことが確立しているとしつつ、上記 Cotswold Developments Construction 事件で控訴審判所が次のようなことを述べたとして、それを「我々の観点から、全く正しい」とし、雇用審判所の判断[173]を肯定した。

すなわち、「問題は、使用者が労務を依頼することを選択できるかあるいは被用者がそれをすることを断れるかではなく、むしろ、いくらかの（some）労務を依頼する義務とそれをなすといういくらかの対応する義務があったか否かである」。

たしかに、Carmichael 事件の貴族院判決までの流れを踏まえると、労務受領者の労務を供給しない自由や労務提供者の依頼された労務を断る自由が存在するという場合は、一般的には当事者間の雇傭契約の存在は否定される傾向にあると解される。しかし、上記のように、「削ることのできない最小限」の「最小限」の幅[174]が一部で議論されていることが確認できる。

第２節　義務の相互性と時間

第１節では、「義務の相互性」の内容を、具体的内容や拘束性の程度という観点から明らかにした。第２節では、時間的観点から「義務の相互性」の内容を明らかにしていく。これは、判例が義務内容の確定につきどのような時間的幅を持った契約像によって認定しているのか、とい

う観点から雇傭契約の存在の認定の場面を考察するものである。この点について、現在の判例に影響を与えているのは、既に何度も紹介している Carmichael 事件の貴族院判決である。特にこの判決は、一般契約法の観点からすると契約の成立認定についての基本的な作業を行ったとも解される原審たる控訴院の判断を否定して、別の契約像によって相互的な義務を認定していると解される。以下では、控訴院と貴族院の判断を比較して、貴族院判決の意義を明らかにする。

1　書面のやり取りと臨時的就労

既に Carmichael 事件の事実については何度か紹介しているが、関連する点のみ再度紹介ないし補足する。

まず、発電所が広告において発電所案内係を「求めに応じた臨時ベース」で募集したところ本件の労務提供者らが応募した。労務提供者らは、その後面接を受けて、給与の算定方法や、一定の研修を受ける必要があること、そして、次の書面によりこの申込み（offer）の婦人らの承諾（acceptance）を確認するために会社に当該書面を返送すべきことを説明する連絡を会社から受けた。その返送すべき書面には、「求めに応じた臨時ベースでの施設案内係としての雇用の申込みを承諾いたします」と予め記載されており、労務提供者らはこれに署名し返送した。

労務提供者らは研修終了後、会社から要請があり、労務提供者らが労務提供可能でありかつそうすることを選択した場合に労務を提供した。労務提供者らは通常要請に応じて労務を提供していたが、実際にそれに応じない場合もあった。このような事情の下、労務提供者らが労使審判所に1978年雇用保護統合法第 1 条に基づく会社から労務提供者らへの雇用条件詳細通知の交付を申し立て、その前提問題として関連期間全体を覆う当事者間の雇傭契約の有無が争われた(175)。

労使審判所は、雇傭契約であろうとその他の契約であろうと、労務提供以前に発電所と労務提供者とが交わした書面のやり取りはなんらの契

約を成立させていなかったとし、控訴審判所も申立人らの控訴を棄却した。

2　成立時中心の判断

これに対して、申立人（労務提供者）らは、労使審判所が、第一に申立人らが案内係として労務を開始したとき存在するに至った書面の意味と効果の適切な解釈に失敗し、第二に労務契約の存在への前提要件に関して誤った指示を与えたことによって、法における誤りを犯したと主張した。第一の主張は、具体的には、「労使審判所が申立人らと会社間で開始された関係のあり方に関する争いのない書面の証拠と、当該関係が如何に展開したかの証拠とに適切な重きを与えていれば、労使審判所は法の問題として自らがなしたように結論し得なかった」というものであった(176)。

これを受けて、以下のように、控訴院の多数意見である Ward 控訴院裁判官、Chadwick 控訴院裁判官らは控訴を認容したが、少数意見の Kennedy 控訴院裁判官は反対意見を付した。

（1） Ward 控訴院裁判官と、Chadwick 控訴院裁判官は、本控訴院では多数意見を占めたものの、従来の判断手法とはかなり異なった判断手法をとった。

Ward 控訴院裁判官は、Nethermere 事件控訴院判決で二段階アプローチを展開した Kerr 控訴院裁判官のアプローチをとるとし、先に示した Kerr 控訴院裁判官の判旨を引用している。そして、Ward 控訴院裁判官は、本件の事実から、審判所の判決の再考にあたり四段階のアプローチが取られるべきであるとする。

すなわち、第一に当事者間で合意が存在したか、第二に明示・黙示を問わず当事者らが合意した条項が何であるか、第三に当事者らが契約的に拘束される関係に入ったか、第四に当該関係の性質が雇用契約である

か、という四段階である。

（ⅰ）申込と承諾の存在

まず、第一段階については、労務提供者らが会社との雇用に入ったと主張する時期までに、契約の申込と承諾が存在したか、つまり、何が申込となり、承諾となっているかを確認する必要があるとする。そして、そのように主張される時期に当事者らが何を言い、為したかに焦点を当てることが基本であり、当事者らの意思は客観的に判断されなければならないとする[177]。このようにして、同裁判官は、申込と承諾が存在したかを確認する。そして、本件では面接後に会社から送付された書面が正式な申込であり、それに対して婦人らが署名して返送した書面が承諾であったとした[178]。

（ⅱ）合意の内容

次は、第二段階、すなわち当該合意の条項は何か、である。同裁判官は、この段階の最初の問題は法の問題であり、「『求めに応じた臨時のベース』という語句に付与されるべき適切な解釈（construction）とは何か」という問題であるとし、さらに、「それらの語句は、当該合意が成立した状況とそれによって達成されるべき目的の観点から解釈された通常の自然な意味が付与されることとなる」とする[179]。

このように同裁判官は述べてから、「臨時（casual）」の日常的な意味を示し、そして、当事者らが「求めに応じた臨時のベース」という語句に与えていた意味を探求する。そして、その語句は、会社側からすると「施設案内係が必要であるからそして必要であるとき」という意味を、婦人らの側からすると、「そのような必要が生じたときにはいつでも案内係がその必要を満たし案内係としての労務を遂行することを要請される」ということを意味していたとする[180]。

同裁判官は続ける。「これらが語句の通常かつ自然な意味であろうが、

合意は、依然として推定される他の条項を受け入れなければならず、かつ、そのように修正されうる。条項の推定は法の問題である。どのような推定が生じるかを検討する際、審判所は当事者の意思と取り巻いていた状況とを考慮しなければならない。経済的効率（business efficacy）がその契約（contract）に付与されることとなる。全ての当事者が、案内係の必要が利用可能で期間の定めのない被用者を要するような間断なく続く必要ではなく、臨時的な雇用を要するような間歇的なものであることを理解していた。案内係の必要は朝、昼、晩生じえた。発電所は案内係以外のなんらの労務も提供していなかった。案内係らは、臨時的形態で、つまり、間歇的に従事することに合意していたのみである」。(181)

そして、同裁判官は、このような状況において、Nethermere（St. Neots）Ltd. 控訴院判決の Dillon 裁判官の判旨を引用し、合意が以下のように読まれなければならないとする。

すなわち、「いったん当事者らが案内係として会社のために行為することを合意すると、適切な（reasonable）量の労務を引き受ける義務を案内係の側にもたらし、逆に、…会社の側に、会社が供給できる仕事を有するときはいつでも各案内係に適切な（reasonable）労務の分け前を供給する義務をもたらす…」。(182)

このように、Ward 控訴院裁判官は、合意内容を推定により緩和して(183)次の段階に移る。

（iii）合意が契約的に拘束される関係を形成したか

Ward 控訴院裁判官いわく、この第三段階において、最初に検討されるべき問題は、「上のように見出された条項が契約的関係を生じさせるほど十分に確定したものであるか」である。そして、同裁判官は、「本件の事実に基づき、法の問題として、至るべき唯一の結論は、当事者間に契約的に拘束力のある関係が存在したというものである」とする（詳しくは、第１節２参照）。(184)

（iv）当該契約的拘束力のある関係は雇用契約か

最後に、Ward 控訴院裁判官は、当事者間の法的に拘束される関係を認めた後、第四段階として当該契約関係の性質決定を行う。同裁判官は、審判所により認定された事実、例えば、婦人らが発電所で労務を遂行する際会社の指揮命令に服していたことを挙げて、婦人らが「被用者の地位にあり、したがって、雇用契約（contract of employment）が存在した」と結論した(185)。

こうして、Ward 控訴院裁判官は、雇用契約の認定問題について差し戻す必要を認めるのではないが、1978年雇用保護統合法の規定により、労使審判所に法の要件を満たす雇用条件詳細通知の内容を決定する権限があるため、事案を差し戻すとした。

このように一般契約法の成立を認定する理論に対応するように解される判断の流れ（序・予備的考察参照）は、Chadwick 控訴院裁判官の判断手法においても(186)、Ward 控訴院裁判官のそれと基本的には変わりはないように思われる。

さて、上記のような Ward 控訴院裁判官の手法は、二つの意味で合意（結果的には契約）の成立時点を中心として義務の相互性を認定するものと解される。一つは、それが合意の成立時点を明確にしてから義務の内容を検討するという意味で、もう一つは、合意の成立時の事情で相互的な義務の内容を確定させるという意味においてである。具体的には、まず、申込みと承諾の時点を書面のやり取りの時点に結び付け、これらの書面の交換時点で合意がなされたとして成立時点が明確にされた。次に、Ward 控訴院裁判官は、合意の内容を書面の語句とその語句が背景とする状況や、合意によって達成されるべき目的の観点から確定していたが、こうすることで、契約の内容は、書面が交わされた時点を中心として確定されるものとなった。従来の裁判例では、むしろ労務提供・受領実態が確認され（例えば契約締結以後の指揮命令の実態の認定）、それが関係の内容として捉えられていたのだが、この Ward 控訴院裁判官の

手法によると契約内容は結果として時間的に固定されると解される。

Ward 控訴院裁判官は、このように合意の成立時を確定して、語句の通常の意味を探求した後、「合意は、依然として推定される他の条項を受け入れなければならず、かつ、そのように修正されうる。条項の推定は法の問題である」として、経済的効率の観点から当事者らの労務供給・遂行義務を合意内容として推定していた。

ここでなされている経済的効率の観点から当事者が明示していない契約条項を推定していくという法の作用は、契約法において認められている法の役割である[187]。Ward 控訴院裁判官は書面の取り交わし時点で合意が成立したことを確認し、認定作業を、「では、その内容は何であるか」という問と結びつけ、本件合意に対する契約法における契約解釈手法の適用を容易にし、上記のような推定による契約内容の補充を理論的に導いたものと解される。これは、Ward 控訴院裁判官が、取り交わされた書面を基に合意・契約の成立・内容を検討し、契約内容の推定という法の役割を作動させる余地を作り出した、とも評価できる。

（2） 上記のように従来の裁判例からすると異例な判断手法を示した多数意見に対して、Kennedy 控訴院裁判官は、従来の法を確認し、問題が事実の問題であれば、原則として上級審に審判所の判断への干渉の余地はなく、また、雇傭契約の認定が基本的に事実の問題となるから、雇傭契約の認定が問題になる多くの場合、上級審は審判所の判断を是認せざるをえないことを確認した（第1章第1節3参照）[188]。こうして、同裁判官は、義務の相互性が存在しないという労使審判所が認めた事実から審判所の判断を是認し、他の事実等を考慮しても干渉すべき例外的場合にあたらないとし、管轄の問題として事案を処理した。

3 雇傭契約の時間的展開性を認める判断

上記 Carmichael 事件控訴院判決における多数意見は、従来の裁判例

の判断手法とはかなり異なっているのだが、Kerr 控訴院裁判官の示していたように雇傭契約の存在認定の判断が、契約の「成立」と成立した契約の「分類」の判断段階に分かれるとすれば、本件控訴院のように第一段階について、契約法の理論に照らして契約が成立したかを検討することは理論的には筋の通ったものであるとも解される（序・予備的考察（２）参照)。

しかし、Carmichael 控訴院判決の理論は、その貴族院判決[189]によって否定され、むしろ Kennedy 控訴院裁判官の反対意見が支持され、従来と同様の契約締結以後の労務提供・受領実態から当事者間の関係を検討していく手法がとられた。しかし、Kennedy 控訴院裁判官が管轄の問題として問題を終了させていたのに対し、Hoffmann 貴族院裁判官の補足意見は、そのように契約締結以後の労務提供・受領実態を契約の成立の問題として考察する手法を根拠づける雇傭契約像を一定程度明らかにしている[190]。そこで、以下では、まず指導判断（leading judgment）を示した Irvine 大法官の判旨を概観した上で、Hoffmann 貴族院裁判官の補足意見を確認する。

（１）控訴院の判断の否定 ― Irvine 大法官

（ｉ） 控訴院が取り交わされた書面に契約としての効力を認めた点について、大法官はその判断を否定した。

すなわち、「もし本上訴が絶対的に1989年３月の書面の意味と効果に向かうのであれば、私は解釈の問題として会社の側で臨時的な労務を供給する義務も、Leese 婦人や Carmichael 婦人（労務提供者ら ― 引用者）の側でそれを引き受ける義務も負っていなかったと判断する。したがって、雇傭契約を形成するのに必要な削ることの最低限が欠けている（Nethermere 事件控訴院判決（Stephenson 控訴院裁判官)、Clark 事件控訴院判決（Christopher Slade 卿))[191]。

私の判断では、1989年３月の書面を参考にすることのみによってこれらの事案における問題を判断するのが適切なのは、それらの語句や、当事者らがその時あるいはその後に、何を言って為したのか、いずれかからあるいはこれら両方から、書面を当事者らの関係の排他的記録をなすものとして考えたと思われる場合のみである。労使審判所は、書面が、そのように意図されたものではなく、1989年３月、そしてその後、当事者が何を言い為したのかから適切に引き出される他の客観的な推測と合わせて、それ自体から当事者の真の意図を審判所が推定することを許される重要とはいえ関連の資料の一つをなすと判断したものと捉えられなければならない。(192)」

「…私の判断では、労使審判所が、1989年３月の書面、その周囲の状況、そしてそれ以降当事者ら自身どのように遂行したのかから、1989年においても、そして、それ以降においても当事者らの意思が Leese 婦人と Carmichael 婦人が労務を提供していない時、契約によって規制される関係を有することを意図するものではなかった、と推論するに十分の根拠がある。労使審判所は、事案が『相互性の欠けた拠り所の上でよろめく』と正しく結論したのである(193)」。

「したがって、たとえ（書面の語句が）要請された時に案内係の労務を引き受ける義務を課すことができたとしても…、そのような解釈は審判所の認定により否定される。したがってやはり、たとえ1989年３月の書面が Ward 控訴院裁判官や Chadwick 控訴院裁判官に賛成する最初の解釈がなされえたとしても…、各裁判官が経済的効率によって推定した条項は推定されないのである。なぜならば、契約上の関係に向けて以外そのような根拠に基づく推定はありえないからである(194)」。

（ⅱ） 上記の判旨から、控訴院において示された判断手法が、その可能性は否定されてはいないとは言え、ほとんど無意味化されたことが見て取れる。Irvine 大法官は、契約の解釈の手法として、当事者が取り

交わした書面が当事者の法的関係の排他的記録であるかは、それが取り交わされた時点だけでなく、それ以降の時点における当事者の言動をも含めた事情から決定されるとする。そうすると、たとえ取り交わされた書面が当事者の関係において重要な契約条件を定めていたとしても、そのことだけでは、その時点において契約内容、さらには、契約の成立が完結しないことになる。Irvine 大法官が示しているように、控訴院の多数意見の裁判官らが推定した条項は推定される契約の存在を前提とする[(195)]。控訴院は、これを書面における申込みと承諾の存在から認めたと解されるが、Irvine 大法官は、この手法を実質的に否定し、契約の存在を労使審判所の認定した全関連期間における事情から認定していくべきことを示したといえよう。

結局、この Irvine 大法官の判断手法の第一の趣旨は、事実の認定権限を独占する労使審判所の認定を最重視するということであり、従来の裁判例の関連期間全体を見る手法を正当とするというものであろう。確かに、労使審判所が認定した事実と、法の作用（裁判官の推定）により認められる契約内容とどちらが優先されるべきかというと、事実に基づいて認められる当事者の意思に沿うよう、前者を優先させるべきとも解される。

しかし、Irvine 大法官の認定方法にはやはり不明な点が残っている。例えそのように認定していくのだとしても、そのように認定される契約は一体いつの時点で成立したとされているのか、その成立要件たる雇傭契約の中心的な義務である相互的な義務をなぜその成立時点で認定していかないのか。どうすべきかという答えは出ていても、それがどのような理論に導かれたものなのかは控訴院の判断と比較すると一層不明であった。Irvine 大法官の判旨からそれを一般理論として読み取ることは難しいが、次に紹介する Hoffmann 貴族院裁判官の判旨にそれが示されていると解される。

（２）雇用契約の時間的展開性 ― Hoffmann 貴族院裁判官

ところで、コモン・ローの契約法では、書面契約の解釈（construction）は、法つまり裁判所の役割とされている[196]。Hoffmann 貴族院裁判官は、この原則について解説を加えることによって、控訴院の判断の誤りを指摘している（（ⅰ））。そしてそれと絡めて、同裁判官の前提とする労務提供に関する契約像を示し関連期間全体を考慮する手法の理論的説明を提示していると解される（（ⅱ））。

（ⅰ）解釈原則の適用場面の限定

Hoffmann 貴族院裁判官は、Irvine 大法官の判断に賛成しつつ、「事実の問題と法の問題についての困難な区分について二、三言葉を加える」ものであるとして、補足意見を付した（法と事実の問題については、第１章第１節３も参照。）。同裁判官は、この区分の生じた歴史的背景から説き起こし[197]、契約の解釈（construction）が法の問題であり、裁判所の役割とする契約法の原則が、純粋に「実践的な理由」から形成され引き継がれてきたものであることを示す[198]。そして、このような原則が妥当すべき場合とすべきでない場合とを古い判例を引用しつつ区分けして、以下のように述べている。

すなわち、「私は、控訴院がその書面の解釈に関する原則をあまりにも遠くまで押してしまったのだと考える。（法による黙示条項は別として）当事者らの合意の全ての条項が書面に記載されるものと当事者が意図した場合には、その原則は適用される。他方で当事者らの意思が、客観的に考えて、一部は書面から、そしてやはり一部は口頭でのやり取りや行為からも収集されなければならない場合には、その原則は適用されない。後者の場合には契約の条項は事実の問題である。そして当然、当事者らがある書面をその者らの合意の条項の排他的記録であることを意図していたかどうかも、やはり事実の問題である[199]」。

同貴族院裁判官は、このように法を明らかにして書面を重視した控訴

院の基本的誤りを指摘し、さらに、控訴院のように書面の文言から結論を導き出す手法では、「当事者がどのように理解していたかや、当該契約がどのように扱われていたかという証拠の助けなしに」、「求めに応じた臨時ベース」という抽象的な語句を解釈しなければならず、「あまり現実的」でないと批判した(200)。

Hoffmann 貴族院裁判官は、このように契約の解釈（construction）に関する原則の適用場面を縮小させた。つまり、当事者間の関係を規律する契約を認定する手法は二通りであり、書面に基づき法（裁判所）がそれを解釈し条項（の内容）を確定していく解釈の原則が適用される場合だけでなく、それが適用されない当該事案の事実から契約条項を確定していく場合があるとしたのである。そして、この場合分けは、当事者の意思によることになり、そしてその意思は、認定された事実から決定されることが示されている。

後者の手法は、Irvine 大法官が全関連期間の事実から本件契約が解釈されるべきとしたことと対応していると思われるが、ではなぜそのような解釈手法がとられるべきなのであろうか。

（ⅱ）労務提供に関する契約―時間的展開性

その答えの一端が、Hoffmann 貴族院裁判官の以下の部分の判旨から読み取れる。

すなわち、「問題を根本から考えると、労使審判所は、事実として、当事者が当事者らの合意（agreement）の唯一の記録であると意図しなかった、しかし、合意が一部は書面に、一部は面接等での口頭でのやり取りに含まれ、かつ一部は時の経過とともに行為（conduct）によって展開されると当事者が意図した、と認定することが許されていたと思われる。これは、被用者（employee）等として、人々が労務に従事することを定める合意に非典型なことではない。審判所は明示的にこれが彼らの認定であるとは述べていないが、その証拠への全体的な対応はそのよ

うな結論へと辿り着いていたということとのみ整合的である」[201]。

つまり、理論の根拠となっているのは、そのようにある時点のみで合意の内容が確定しないように意図する、言い換えると様々な時点で合意の内容が確定することを意図する当事者の意思と解される。そのことは、上記判旨からだけでは若干わかりにくいが、Hoffmann 貴族院裁判官が以下のように述べていることからも確認できる。

すなわち、「一方当事者が何の条項が合意されていたと理解していたかについての証拠は、そのような条項が客観的な意味で、合意されたことを示す重要な証拠である。…両当事者が相互的な義務であるともしくはそれらはないと考えていたことを認めているのに、その証拠を考慮の外に置くことはよほどのことである。後に続く行為についての証拠は、…、同様の理由、つまり、当事者らが、自分たちが合意したと考える事柄をその証拠が示しているという理由のために重要性を持ちうる」[202]。

これらの判旨をまとめると、Hoffmann 貴族院裁判官の理論は、当事者により時の経過とともに合意内容が展開されるように定めることを当事者の意思と認定できるのであれば、そのように契約の構造を捉えるべきであり、したがって、当事者の意思を示すものであれば、後続の行為についての証拠も判断に取り入れることができるというものであろう。

さらに、Hoffmann 貴族院裁判官は、当事者の意思により合意が時間的に展開するよう定められることを認めたが、先にみたようにこのような合意の構造が、「人々が労務に従事することを決める合意に非典型なことではない」としている。そうすると、労務提供・受領に関する契約（合意）については、全関連期間が考察の対象になることが一般的と解されることになろう。その結果、労務に関する契約の構造は、当事者の意思というフィルターを通じて、時間的に展開していく構造をとることになる。

以上のように、控訴院が、合意の成立時点を明確にして契約が成立したと言えるのかを認定しようとしたのに対し、上記大法官と貴族院裁判

官は、基本的に、全関連期間の事情を考慮して雇傭契約の存在を認定し、実質的に従来の判断手法と同様の判断を示した。一般論を特に展開していない Irvine 大法官の判断が、Hoffmann 貴族院裁判官の理論にどれだけの影響を受けているのか明確に述べられてはいないが、以下４で示すように、この貴族院の相互的な義務の内容確定を時間的幅を持った契約像を基礎に認定する判断手法が、後続の裁判例において広く受け止められていることが確認できる。

４　その後

上記貴族院の手法が用いられた例として、例えば、Kettle v Ministry of Defence HQ Defence Dental Service 事件（以下、「Kettle 事件」という。）の控訴審判所判決[203]が挙げられる（同事件の控訴審判所の判決では、1996年雇用権法上のどの権利の前提問題として雇傭契約の有無が争われているのか、明確に述べられていなかった）。同事件では、控訴審判所が、雇用審判所が当事者間で交わされた書面を重視しなかったことを、Carmichael 事件の貴族院判決を引用しながら正当化している。同事件の労務提供者は、歯列矯正術専門の歯科医であり、労務受領者側（防衛省[204]）の出した広告の「短時間民間歯列矯正専門医」の募集に応募した者であった。同歯科医は、応募の後面接を受け採用を告げられ、その後「一週間に最大６×3.5時間のセッションまで（労務提供）があることが見込まれる（anticipated）」という条項が記された契約書面（form of contract）を送付されて署名した。

その後、Kettle 医師は、一週間に６セッションのペースで労務を提供した。その後セッション数は減少したが、同様の取り決めが5回更新されて（計約五年間）、６回目の更新ができない旨告げられたが、労働者派遣を通じて継続することが認められた。しかし、５回目の契約の終了後12日して突然労務提供が終了させられた。

このような事情の下紛争が生じ、当事者間の雇傭契約の存在の有無が

問題となった。雇用審判所は義務の相互性を認め、これに対して労務受領者が、控訴審判所において、雇用審判所の審判長が契約書面に効力を認めるべきであったと主張した。義務の相互性については、問題の契約書面は、「１セッションあたり3.5時間で最大６セッションまで供給されうるという見込み（anticipation）」にしか言及しておらず最低限の労務供給・遂行の義務がない、当事者の行為は契約の明示条項とはっきりと矛盾する条項を推定するのに依拠されえないとし、審判長が当事者の行為を考察することが許されるような、書面による契約の変更（variation）の、あるいは、それが偽物（sham）に当たるといった認定はなされていないというのである。そして、審判長のアプローチ、すなわち、当該契約が実際にどのように作用したかによるとして、契約書面は必ずしも決定的ではないとしたことは、法において誤っていると主張した。

これに対し、労務提供者は Carmichael 事件貴族院判決を引用して反論していなかったが、控訴審判所の Richardson 審判長は、雇用審判所の審判長が契約書面以外を考慮したことが是認されるかを問題とし、上記貴族院判決の先に紹介した Hoffmann 貴族院裁判官と Irvine 大法官の判旨を引用して、その先例の示す雇傭契約の存在の認定に当たって適用する原則を次のように抽出した。すなわち、第一に、契約書面といわれる書面が当事者の合意の排他的な記録をなすものであると意図されたか否か、第二にこれが事実の問題であること、第三にそれが排他的記録であると意図されている場合には、その書面の解釈に徹しなければならず、その場合にはこれが法の問題であること、第四にそうでない場合には、契約条項を確定するために関連の事柄を検討することで、これらの事柄には口頭でのやり取りや行為が含まれること、である。したがって、Richardson 審判長は、雇用審判所の決定しなければならない第一の問題は、当事者がどのような意図でそのような書面を作成したのかであるとする。そして、「当事者らが契約条項を完全に含めるものとして書面を意図しなかったならば、審判所は口頭の合意や後続の取引を見る前に

当該契約が偽物であるとかそれが変更されていると認定することは必ずしも必要ではない」、「Carmichael 事件貴族院判決が明らかにしたように、雇用審判所は契約条項を確定するのに広い画面（wider picture）を検討しうる」とした。

このようにして、本件の Richardson 審判長は、雇用審判所の審判長が契約書面以外の事情を考慮したことを肯定し、Kettle 医師が被用者であるとした雇用審判所の判断を是認し控訴を棄却した。

このように、Carmichael 事件の貴族院判決は、Richardson 審判長が抽出した第三の意味、すなわち当事者間の書面が当事者により契約条項の排他的記録として意図されている場合には書面の解釈によることを示してもいたが、当事者間で交わされた書面にとらわれずに、当事者間の労務提供・受領実態全体を考察して雇傭契約の存在を認定するための理論的根拠としても後続の判決に影響を与えていることが確認できる。(205) さらに Hoffmann 貴族院裁判官は、当事者の意思により契約が当事者の行為等により時間的に展開するよう定められることを示したが、その際これが、「人々が労務に従事することを決める合意に非典型なことではない」としていた。そして、その理論が、従来の裁判例の関連期間全体を考察する手法を根拠づけるものであったことを考えても、労務提供・受領に関する契約については、全関連期間が考察の対象になることが通常の認定手法となると解される。(206)

5　まとめ

1 ないし 4 で示してきたことから、Carmichael 事件貴族院判決以後も、雇傭契約の存在の認定の場面で、雇傭契約の中心的な相互的な義務は、契約の内容の確定が成立時点に集中する契約像ではなくて、当事者の意思を根拠に、その確定が時間的幅を持った契約像により認定されるのが通常となると解される。

第３節　小括

以下、第２章での「義務の相互性」についての考察の結果をまとめる。

１　内容

（１）具体的内容

相互的な義務の具体的内容については、裁判例上それほど議論されることはなく、労務提供者側については依頼された労務を提供すること、労務受領者側については、労務を供給する義務ないし報酬を支払う義務であった。

他方、この「義務の相互性」は「労働者」概念との関連で、これが「労働分野における契約」を成立させるものであることが指摘された。その時、この義務の相互性は、「何らかの形で、問題の労務提供者によって個人的に提供されなければならない労務の提供にあるいはそれに対する支払いに関連している」ことを内容としていることが示された。

また、このことが明らかにされることによって、「労働分野における契約」の存在認定の第二段階つまり分類の段階において、ようやく雇傭契約の性質（指揮命令等）や制定法によって決定された「労働者」概念に対応する（ｂ）契約に当たるかが問題とされることが示されていた。Elias 審判長や Langstaff 審判長の整理が一般的に受け入れられていくとすれば、このことは「義務の相互性」が、労働分野に関する契約が成立したかを問う第一段階で検討される際、それが個人的な労務の提供・受領等に関連する限り、指揮命令といった何らかの契約の性質までをも考慮するものではなく、また、認められたとしてもその内容としていないことを明らかにしているといえよう。

（２）拘束性の程度

判例は、相互的な義務を認めるには、適切な（reasonable）程度では

足りず、労務提供者に依頼された労務の引き受けを断る自由がある場合あるいは断った事実がある場合にはそれを認めないという比較的厳格な傾向にある。ただし、その決定的な例となったと解される貴族院判決の後も、「最小限」の程度について一部で議論がなされていることが確認できた。

2 雇傭契約と時間

Carmichael 事件貴族院判決で、義務の相互性が、一般的に、契約内容の確定につき時間的に幅のある契約像に基づいて認定されていく理論的根拠が示された。その場合、相互的な義務内容は、契約の成立時に限定されないで実際の労務提供・受領実態も考慮して認定されていくものとなる。そのような手法は、後続の裁判例において、雇用審判所に、当事者間で交わされた書面に縛られず、実際の労務提供・受領に関する「広い画面（wider picture）」を検討する余地をもたらした。

ただ、Hoffmann 貴族院裁判官の提示した当事者の意思を根拠とする合意（契約）構造について、疑問が残ることを付記しておきたい。それは、Hoffmann 貴族院裁判官は、人々が労務を提供する合意についてそのような構造が当事者により構築されることが非典型ではないとするが、そのような合意が契約として成立する時点がいつなのかがかなり不明確であるように思われる点である。Hoffmann 貴族院裁判官の手法によれば、関連期間全体を検討することによって契約が成立したか否かが決定されることになるが、そうすると、いつの時点で契約が成立したとされるのか。おそらく結果的に労務提供・受領開始時ということになるかと思われるが、ではなぜその時点で契約が成立したか否かを検討し、結論を出すことができないのであろうか。このような手法は、契約の内容（契約分類の指標となる性質）を検討する上では、当事者間の関係の実態に迫るものとして有用かもしれないが[207]、契約の成立については、むしろ同事件の控訴院のしたように、契約締結時を中心として契約を成

立させるだけの義務が取り決められたかを検討する方が理論的には明快であったようにも思われる。

注

（144） 前述の「義務の相互性」が「約因」として認められた Nethermere 事件の控訴院判決でも、「義務の相互性」の内容として考えられていたのは、会社の労務を供給（依頼）する義務であり、労務提供者のその労務をなす義務である（[1984] I.C.R. 612, at. 624）。また、Carmichael 事件の貴族院判決も同様に、「C.E.G.B.（会社）に臨時的労務を依頼する義務も、Leese 婦人や Carmichael 婦人（労務提供者ら）にそれを引き受ける義務がなかった。従って、雇傭契約を形成するのに必要な削ることのできない最小限の相互的な義務が存在しなかった」としている（[1998] I.C.R. 1226, at 1230）。cf. James v Greenwich London Borough Council [2007] I.C.R. 577, at. 581-582

（145）「（b）明示・黙示を問わず、（明示の場合には）口頭・書面を問わず、それにより当該個人が、契約の観点から、当該個人によって営まれる専門的職業ないし商業的事業の依頼人または顧客の地位にない契約の他方当事者に、個人的に何らかの労働ないし労務をなすあるいは果たすことを引き受ける、あらゆるその他の契約」（ERA1996 s. 230(3)）（詳しくは序予備的考察（3）参照。）

（146） [2006] I.R.L.R. 181(EAT)

（147） Ibid. 183

（148） Ibid. 184

（149） Ibid. 187

（150） ‘employment’ を「労働」と訳すのは、ここで Langstaff 審判長の判旨が、「労働者」であるかが争われた Recorder Underhill 氏の判旨を含む形で議論を進めているため、‘employment’ を雇傭契約に対応する「雇用」と訳すと、審判長の言及している範囲よりも狭くなるためである。

（151） ただし、Elias 審判長が引用したのは、「雇傭契約」の義務の相互性に関する箇所のみである。

（152） [2007] I.C.R. 577

（153） Ibid. 581-582

（154） 先の Langstaff 審判長は、「義務の相互性」が契約の約因の問題として必要とされることを確認した後、「労働者」についての契約の存否を判断する手法を明らかにしている。すなわち、Langstaff 審判長は、「契約が存在したとなると、次にはその契約がいかなる種類の契約かを決定する

必要がある。…。（当該契約が雇用契約であることによってもたらされる様々な結果は ― 引用者）、何らかの種類の契約があることが認められるのに参照される相互的な義務の性質によって決定される」とし、「申立人（労務提供者）の側は、…相互的な義務の性質と程度を検討する際に、審判所に一定の幅（latitude）を認めたものとして Ready Mixed Concrete 事件の定式に言及する。…我々は雇用の義務の相互性という観念に存在しうるような柔軟性が、それが被用者と思われる者に対してその者の労務を個人的に提供することが義務付けられる必要性を免れるほど柔軟であるということは認められない。（雇用権法の第230条によって依然として保持されている）雇傭契約のような労働（employment）契約の旧式の表現は、関係の中心に『労務（service）』を置いている（つまり、もう一方に対して個人的に労務を提供する義務である）。しかしながら、我々は、『労働者』という概念のような制定法上の概念を考える際に、何が問題かというと、それは制定法の単語であると認める。それらの語句は何らの使用者の負う義務にも焦点を当てていない（「使用者」と「労働者」との間にある契約が存在することを認めるのに十分な義務を別として）。それらの語句は労働者の側の義務の性質に焦点を当てている」。（中略）「明らかなことは、ある個人が労働者であるためにはその者が（ａ）契約に服し、かつ（ｂ）それに従ってその者が個人的に労務を遂行することを引き受け、かつそれが（ｃ）その者の専門的職業あるいは事業の依頼人または顧客でない者のため、であることである」。この Langstaff 審判長の示した当事者間に「労働者」についての契約が存在するかどうかの判断枠組みも、Elias 審判長の理論の第一段階（(a)）と第二段階（(b)・(c)）とに区分できよう。この第二段階において、Langstaff 審判長が、制定法上の定義を問題としている点は興味深い。

(155) Ibid. 581 Elias 審判長は、雇用契約の定義について、制定法の定義の説明の後、すぐに MacKenna 裁判官の三条件の定式を引用して法を説明している。

(156) とはいえ、現段階では、この判断枠組みにより契約の存在認定がなされる可能性のある契約は、雇傭契約と（ｂ）の契約に限られているであろう。現時点からみると、MacKenna 裁判官の定式は、「雇傭契約」のみを念頭に置いた判断枠組みであり、労務と報酬の交換という特定の交換が「雇傭契約」の「約因」となることが、当然のこととして特段議論されていなかったと推察される。ところが、「被用者」概念についての「義務の相互性」と「労働者」概念についてのそれとの異同が問題となったことで、議論されてきた「義務の相互性」がもう一度捉え直されて、両概念について共通する「労働分野における契約」の「義務の相互性」と

して捉え直されたと解される。

（157） 同事件の事実を少し補足するならば、申立人 X1の就労状況は、第一会計年度、第二会計年度は、それぞれ12週と９週間労務を提供しておらず、途中（７月）で終了した最後の年は毎週労務を提供していた。そして、就労日には、当初は一日に４～５時間、作業内容の変更後６～７時間労務を提供していた。支払いについては、完成させたズボンの数に従って週ごとに X1が記入したタイムシートに基づく報酬が支払われていた。材料は、一日一回、時には二回彼女にトラックにより運ばれていた。X2については、当初自宅のミシンを使用していた点が異なるが、X1と労務提供方法や報酬の支払われ方等につきほぼ同様であった（第一会計年度は全15週間労務を提供したが、第二会計年度は４週間、途中（７月）で終了した最後の年度は１週間労務を提供しなかった）（[1984] I.C.R. 618）。

（158） Ibid. 627

（159） Ibid. 635

（160） Ibid. 629

（161） [1987] I.C.R. 526

（162） 判旨は、「我々には、法の原則として、1970年法とその下で作られた規則が、当該漁師がそれらの条文上にあるか否かにかかわらず存在し続け、しかし、その者がそれらの条文から離れている時にのみ実際に作用するグローバル（global）契約の存在をそもそも不可能とするという理由は見当たらない」（Ibid. 546）としており、制定法が当事者らの関係を規制していることを理由に、全体を覆う一つの契約の存在自体の理論的可能性を否定してはいない。

（163） Ibid. 548

（164） EP(C)A s. 54(1)

（165） [1998] I.R.L.R. 125(CA)

（166） Ibid. 130

（167） [1998] I.C.R. 1167

（168） Ibid. 1187-1188

（169） [1999] I.C.R. 1226

（170） Ibid. 1229

（171） M. Freedland, *The Personal Employment Contract* (Oxford University Press, 2006), p. 101

（172） [2008] All ER (D) 317 (UKEAT/0107/08)

（173） 雇用審判所は、控訴審判所の引用によると、「彼女（労務提供者）に特定の依頼を引き受ける義務はなかったことを間違いなく認める。しかし、彼女がもし労務の依頼をずっと断り続けていたならば、彼女の名前は臨

時的労働者のリストから除かれることであったろうことを確信する。同様に、保証された最小限の量の労務はなかったが、申立人（労務提供者）は、彼女が適切な（reasonable）量の労務を依頼されるものであるという期待（expectation）を有していた。労務の流れが乾ききってしまったならば、彼女は間違いなくどこかほかの場所へ仕事を探しに行ったであろう。私は、これらの状況が全体を覆う雇用契約（contract of employment）があると認定させるだけの当事者間の最小限の相互的義務に十分―十分なだけであるが―達していると考える」として、義務の相互性を認めている。

（174） 前注も参照。

（175） 1978年雇用保護統合法第11条第１項により、同法第１条、４条、８条の内容に沿った記述書が雇用者から被用者に交付されない場合、被用者は労使審判所に対していかなる詳細が記載されるべきであったかを決定（determine）するよう言及（reference）がなされるべきことを要請する（require）ことができた。本件で問題となったのは、同法第１条第２項（当事者や雇用開始の日付の特定等）と第３項（報酬の算定方法、就労時間に関する条項と条件（通常労働時間に関するそれらも含む）等）である。

（176） Ibid. 1173

（177） Ibid. 1185

（178） Ibid. 1186-1187

（179） Ibid. 1187

（180） Ibid.

（181） Ibid.

（182） Ibid.

（183）「これらの推定は通常の意味が『求めに応じた臨時』という語句に付与されることを認め、その結果、義務の厳格さが、個別の案内についての申込みと承諾において両当事者のために適切性（reasonableness）の観点が導入され、緩和されるのである」（Ibid.）

（184） Ibid. 1188

（185） Ibid. 1190

（186） Ward 控訴院裁判官の判旨を参考にしていると思われる Chadwick 控訴院裁判官の判旨は本文では詳しく紹介しないが、Ward 控訴院裁判官とは少し異なっているので付記する。Chadwick 控訴院裁判官は、判断過程には三段階あるとし、それは、①労務提供者らが書面を返送して承諾をなし、会社と契約を結んだのか、②当該契約の条項とはなにか、③当該契約は雇傭契約であるか、であるとする。Ward 控訴院裁判官と明らか

に異なるのは、①の段階で合意ではなく契約が成立したか否かを検討する点である。Chadwick 控訴院裁判官も書面の取り交わし時点を成立時としたが、その時点で少なくとも労務提供者の研修参加義務や会社の研修を行う義務など「相互的で強制可能な義務」が存在したとしている。次に、②の段階では、Ward 控訴院裁判官同様、書面の語句の解釈に向かい、その日常的な意味や、本件の文脈、書面のやり取りの状況において客観的に生じると認められる当事者らの期待から、契約解釈を行う。ただ、ここでも、まず書面から労務提供者らの労務提供義務を認め、他方で、経済的効率を契約に与えるという観点から、会社の側に一定の労務を供給する義務（when available）、生じた労務を公平に配分する義務を推定する、というように双方の義務を認める点で Ward 控訴院裁判官（両方の義務を書面から認め、経済的効率は義務の緩和に用いられていた）と異なる。そして、この②段階で、契約条項というには確定性に欠けるものとは思わないとしている。以上のような Chadwick 控訴院裁判官の判旨は、Ward 控訴院裁判官の判旨を参考にしつつ、それを修正しているものと解される。というのも、Ward 控訴院裁判官は、合意の成立を認めて、合意の内容について経済的効率の観点で契約内容の推定を行っているが、これは「契約」内容の解釈手法（黙示条項の推定）であり、合意が契約として成立したとされて初めて法として認められるものであったと解される。この点が後にみるように、Irvine 大法官により、「契約上の関係に向けて以外そのような根拠（経済的効率―引用者）に基づく推定はありえない」と非難される点となったと解される。つまり、Chadwick 控訴院裁判官は、その点の Ward 控訴院裁判官の理論的弱点を補修していたと解される。

（187） J. Beaston, *Anson's Contract Law* (Oxford University Press, 2002), p. 146　ただし、Ward 控訴院裁判官が「合意」について法の「契約」内容の推定作用を持ち出している点には、理論的な誤りがあったように思われる。前注186の Chadwick 控訴院裁判官と Ward 控訴院裁判官の判旨の比較を参照。

（188） 同裁判官は、「本件におけるように関連の事実を認定するのが審判所の職務である場合には、契約の存在・不存在に関する結論は必然的に事実と法が入り混じった結論であり、通常の場合には本裁判所において我々はそれに干渉する権限を持たない。契約が存在するか否かという問いは法の問題であるが、その答えはほとんどいつも事実と程度の問題を巻き込んでおり、議会がそれを審判所に決定するよう委ねた」としている（Ibid. 1180, 1181）。

（189） ［1999］I.C.R. 1226

（190） 同裁判官の補足意見は、判断過程を述べていない他の三人の裁判官らのうち Lord Goff of Chievery、Lord Jauncey of Tullichettle により支持されているが、Lord Browne-Wilkinson はそのことについて明示していない。また、Leading Judgment を示した Irvine 大法官の判旨が Hoffmann 貴族院裁判官の意見をどこまで踏まえたものであるのかは明らかでない。

（191） 第１章第２節参照。

（192） Ibid. 1230-1231

（193） Ibid. 1231

（194） Ibid. 1231

（195） 前注186参照

（196） J. Beaston, op cit., p. 160

（197） Hoffmann 貴族院裁判官は、この原則が形成された歴史的な特殊事情として、中世において陪審が法的素養がなかったことや陪審の元にくる文書が法律家によってかかれたものでありその解釈を裁判官に委ねる必要があったこと、他方18･19世紀においては、商業法の発展のために、解釈に関する先例のない標準商業書面の解釈を、やはり裁判官らに委ねる必要があったことを挙げている（Ibid. 1232）。

（198） Ibid. 1232

（199） Ibid. 1233

（200） Ibid. 1234

（201） Ibid.

（202） Ibid. 1235

（203） ［2007］All ER（D）301(UKEAT/0308/06)

（204） イギリスにおいては、公的部門の労働者であっても、我が国のような一般的に適用される公務員制度は存在しないといってよいとされる（小宮文人『現代イギリス雇用法』（信山社、2006）89頁）。イギリスでは、近年公的機関と契約関係を有する民間の使用者に労務を提供する者が増加し、その結果、公共部門の雇用の要素を決定する明確な基準がますます曖昧となっている。しかし、従来から「公的部門の雇用についての法と民間部門の雇用についての法との間に厳格な区分線は存在しなかった。公的部門の被用者（employees）は、大部分は、より一般的に適用されるのと同じ労働法の基本的な原則に服する。…全体として公共部門と民間部門の雇用は同じ概念枠組みを共有している」（Deakin and Morris op cit., at. p. 180）。

（205） 他に、例えば、Dacas v Brook Street Bureau(UK) Ltd.[2004] I.C.R. 1437(CA), at. 1454

（206） Stevedoring & Haulage Services Ltd. v Fuller and others［2001］I.R.L.R. 627(CA)では、「この分野では、合意やその条項の検討は、もしあればであるが、当事者らが書面を合意の排他的記録であると意図したことが明白でない限り、書面の検討や解釈に制限されるべきではない。当事者の意図は、後の行為も含めた他の資料から推定されうる。我々は、この点は自明であると考えるが、Carmichael 事件貴族院判決における Irvine 大法官と Hoffmann 貴族院裁判官の意見によって明らかにされている」としている（Ibid. 628)。また、「労働者」かどうかが争われた事案においても、Carmichael 事件の貴族院判決が何が実際に起きたかが契約を検討する材料となることを示すものとして引用されている（Byrne Bros(Formwork）v Baird and others［2002］I.C.R. 667, at. 678）

（207） Deakin と Morris 教授は、「Hoffmann 貴族院裁判官により提示されたこの解釈に対する柔軟アプローチ（flexible approach）は、雇用契約（contracts of employment）の文脈ではそれを賞賛するのに多くを有しているが、雇用保護法制の適用可能性に関する重要問題がより明確な原則の枠組みに従って決定されないことは非常に望ましくないことである」とする（S. Deakin & G. S. Morris, *Labour Law*（4th Ed.),（Hart Publishing, 2005), p. 141)。他方、同教授らは、雇用契約の解釈について説明する箇所で、「原則として、雇用契約の要素（substance）は、いったん締結されたら、当事者による後続の行為だけで修正されうるものではない。契約上の義務は、双方の合意によってのみ変更されうる。しかしながら、これは当初の合意の要素が完璧に明確なことを前提とするものである。そして、このことは雇用契約にはめったに当てはまらない。とりわけ、ふたつの形の実践（practice）が、その合意を解釈するのに重要である。…慣習（custom）と慣行（practice)、そして当事者らが当初意図していたことの指針として捉えられうる、合意の後に続く彼ら自身の行為（である)」とし、同文の脚注で Carmichael 事件の Hoffmann 貴族院裁判官の判旨を参照せよとしている（op. cit., p. 261)。

結びにかえて

本稿では、イギリスの雇用保護法制における、実質的な権利資格要件たる雇傭契約の存在認定場面において、その成立要件たる中心的な義務がどのように問題となり、どのような場合に認められているのかを考察

してきた。以下、本稿の考察結果をまとめておく。

1 契約を基盤とする法システムと契約の不在

（1）制度の基盤としての契約の不在ないし消失

第1章で考察したように、臨時的・間歇的就労形態につき、特に継続的な雇用を前提とする権利規定について、それに対応する雇傭契約の不在ないし消失という事態が現れた。そしてそれは、単に「雇傭」契約といった一定の種類の契約の不在にとどまるものではなく、そもそも当事者間に一個の継続的な「契約」自体が存在しないというものであった。つまり、第2章第1節1で示したElias審判長の整理に従うならば、それは、近年の制定法で「被用者」概念よりも広い概念として取り入れられた「労働者」概念と共通する「労働分野における契約」の不在ないし消失を意味していた。これは、雇用保護法制の場合には雇傭契約によって、労働者概念を採用する近年の立法の場合には労働者概念に対応する契約によって、当事者らが設定した法的関係を捉えているが、上記のような事態にあっては、それらが何の契約関係であれ、また、規制する範囲を政策的にどのように設定しようと（たとえば被用者と同様の使用者に対する経済的依存の立場を考慮した「労働者」概念に対応する契約により囲まれる範疇（序・予備的考察（3）・注154参照））、そもそもシステムないし一定の権利規定の想定する基盤としての（労働分野における）契約関係が存在しないということであった。

（2）継続的な雇傭契約を前提とした規定と契約の不在ないし消失

このような労働分野における契約の不在は、本稿が主として考察してきた雇用保護法制に関しては、雇用条件詳細通知への権利（一か月の継続性）や、不公正に解雇されない権利（一年）、剰員整理手当への権利（二年）等の継続的な雇傭契約を前提とした規定について主として問題

となってきた。

（3）個別の契約の規制

他方で、雇用保護法制には、このような継続的な雇傭契約が存在しない場合にも、同法212条による雇用の継続性の算定規定に基づき、分断化（断片化）した個別の雇傭契約を法規制の対象に入れるないしそれらの個別の雇傭契約を基礎とした「雇用」を規制の対象に入れていた。そして、第1章で示したように、継続的な雇傭契約の存在が「義務の相互性」により厳しく問われた一方で、既に存在していた個別の雇傭契約についての規制手法にも目が向けられていった。

ところで、現段階で「義務の相互性」と「合意の要素」との対応関係を民法の観点から検討する用意は筆者にはないものの、（1）から（3）までの考察結果から明らかとなった、一定の就労形態につき、継続的な雇傭契約を念頭においた権利規定について、これに対応する継続的な契約をコモン・ロー契約法の観点から認定することが困難となったという彼岸の状況は、日本法の関心からも注目されるのではなかろうか。すなわち、日本の労働契約法は、周知の通り、就業形態の多様化や個別的労働関係紛争の増加を背景に、一部の判例法理を明確化したものである。そして、この判例法理も、周知のように、終身雇用制という日本的雇用慣行を前提としてあるいはそれを法的に根拠づけるかたちで発展してきた[(208)]。つまり、そのような判例法理を明確化した労働契約法の規定は、一定程度継続的な、しかもかなり長期の労働契約のモデルに影響を受けていると解される。そうすると、仮にイギリスのような就業形態が多くみられるようになった場合に、あるいは、様々な期間による労働契約に基づく就労形態が増加した場合に、当事者間の個別的な労働契約はどのように同法上の規定と結びつくのか、という疑問がわいてくる。それらの契約は、同法上どのように位置付けられるのであろうか。

2 労働分野における契約の義務の相互性

次に、第２章第１節１で示したように、「義務の相互性」についての議論が進み、それが「労働分野における契約」の成立要件（「約因」）として整理された。つまり、当事者間に、「何らかの形で、問題の労務提供者によって個人的に提供されなければならない労務の提供あるいはそれに対する支払いに関連」する義務が存在するときに、雇用保護法制や最低賃金法等の規制の対象となりうる「労働分野における契約」が成立したと認められる。そして、そのような Elias 審判長の整理に従えば、この「義務の相互性」の認定が問題となっている時には、雇傭契約の特徴である「指揮命令」や他の法制で主たる権利主体とされている労働者概念に対応する契約（(b) 契約）の性質等は直接問題となっていなかった。本稿の関心から繰り返すと、イギリスの雇用保護法制において雇傭契約自体の成立要件として中心的な義務の存在が認定されるときに確定されているのは、「何らかの形で、問題の労務提供者によって個人的に提供されなければならない労務の提供あるいはそれに対する支払いに関連」する義務の存在であり、かつそれ以上ではないということになる。そしてそのように成立した「労働分野に関する契約」が雇傭契約として分類されて、雇傭契約の存在が認定された時には、上記の中心的な義務と同時に「指揮命令」等の雇傭契約の性質を示す権利義務が認定されているということになると解される。

3 一般契約法との接合

上記のように「義務の相互性」の位置づけや内容が明確になってきた一方で、第２章第１節２で示したように義務の相互性の比較的強い拘束性の程度や、同章第２節３の Hoffmann 貴族院裁判官の提示した契約（合意）の内容（成立）の確定に時間的幅を持たせる労務提供に関する契約構造が確認できた。

しかし、これらの理論は、必ずしも確定的あるいは完全な理論のよう

には思われなかった。紹介したように拘束性の程度については、一般的傾向としては、その程度がかなり厳格な場合に相互的な義務があるとされていると解されるが、Carmichael 貴族院判決の後にも「義務の相互性」の「最小限」とはなにかが一部でではあるが議論されていた。

また、貴族院により、当事者の意思を根拠として合意内容の確定につき時間的幅のある契約像により相互的な義務を認定することが示されたが、そのような理論についても、契約が成立する時点が不明確なことについて疑問が残った。

このように、義務の相互性の拘束性の程度や、雇傭契約の構造について、つまり雇傭契約の特質を踏まえつつその成立を決定する「義務の相互性」をどのように認定していくべきなのか、これらについて疑問が残った。したがって、それらを一度客観的に考察するために、一般契約法の理論と結びつけながら再検討する余地と必要性があるように思われる。果たして、その拘束性の程度は適切な程度では足りないのであろうか。また、上記のような契約構造はどのような場面でどのように正当化されるのであろうか。上記のような理論をより一貫して理解するためにも、一般契約法の世界を参照しそれらと結び付けて本稿で明らかとしたことを検討することに一定の意義があるように思われるところであり、これは今後の課題としたい。

4　法制 ― 雇傭契約 ― 契約法

以上、本稿の考察結果を示した。上記の考察結果を今鳥瞰してみると、イギリスにおける雇傭契約と義務の相互性の議論は、二つの方向で雇傭契約とそれを取り囲む法システムとの関連を議論しているものに見える。一方は、雇用保護法制の対象となる雇傭契約とはなにか（比較的短期の雇傭契約をどのように規制するか）についての見直しや、雇用保護法制側からの雇傭契約上の権利義務の区別（「労働分野における契約」を成立させる権利義務と雇傭契約の性質を示す権利義務）、といった雇用保護法制と

雇傭契約との関連についての議論であった。他方は、雇傭契約の中心的な義務の拘束性の程度や契約の構造（合意の構造）といった古巣の契約法との関係での議論であった。

注

（208） 土田道夫「日本的雇用慣行と労働契約」（学会誌労働法73号）（1989年）31頁