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

社会法判例研究（第73回）：勤務日程を決定する自由等の諾否の自由を有し運転代行業務に従事していた者の労基法上の労働者性：日本代行事件・大阪地判令二．一二．一一労判一二四三号五一頁

社会法判例研究会

新屋敷，恵美子
九州大学大学院法学研究院：准教授

https://doi.org/10.15017/4741337

出版情報：法政研究．88 (3), pp.35-50, 2021-12-13. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University
バージョン：
権利関係：

判例研究

社会法判例研究（第73回）

社会法判例研究会

勤務日程を決定する自由等の諾否の自由を有し運転代行業務に従事していた者の労基法上の労働者性

——日本代行事件・大阪地判令二・一二・一一労判一二四三号五一頁

新屋敷　恵美子

【事実の概要】

1　被告Yは、運転代行を業とする株式会社であり、原告Xら（下記X_1、X_2）は、Yが運営する運転代行業務に従事していた。X_1は、平成二六年九月三日、Yとの間で、契約期間を平成二七年四月一六日までとする契約を締結し、同契約を三回更新し、平成三〇年九月二八日に終了させた。X_2は、平成二八年一二月一六日頃、Yとの間で契約を締結し、同契約を更新し、平成三〇年七月一四日に終了した。

XらとYは、上記契約締結に際し、「業務委託契約書【代行運転自動車運転士用】」と題する契約書（本件契約書一〔X_1〕と本件契約書二〔X_2〕）を作成した。それらの契約書には、概要以下の記載があった。まず、業務内容については、Xらが「受託した利用者の自動車への運転役務の提供」、「その他、Yにおいて指示した事項（随伴用自動車の運転役務の提供もあり得ること）」が記載され、Xらが、「受託した運転役務の遂行については、Yの配車責任者の指示に従うこととする」との業務の具体的な遂行についての規定があった。

また、従事日数につき、Xらが、「一週間前までに、翌週の従事可能な予定について、Yに提出する」、Yは、Xが「予定した日に委託業務の遂行ができないときは、Xが、運転代行業法の従事制限に該当しない者としてあらかじめ交代要員として届け出ていた者をXの業務に従事させることを認める」としていた。

さらに、報酬は、Yから、実際のXらの運転代行役務提供による月間の売上額に応じて委託料として、月末に支払われる旨規定され、Xらは、業務終了後、当日の報酬請求書をYに提出するものとされていた。

2　ドライバーは、木曜日までに定型書式を用いて翌週の出社予定を提出する。同書式では、「出社」、「連絡」（Yから打診があれば代行業務を行うことが可能であること）、「休

み」のいずれかを選択することになっており、慎重に記入すべきことや、休みがちな曜日につき「連絡出社がお勧め」との記載もあった。Yの営業時間は、午後八時から午前四時であった（後掲の求人情報には、勤務時間等の記載があった。）。

ドライバーは、出社予定日に急遽出社できなくなった場合には、ドライバー間で調整を行うが、調整がつかない場合で、全体の出社日数が少ない場合には、Yは、「連絡」のドライバーに打診し、調整をする。ドライバーは、出社日は、運転代行業務に使用する車両を手に入れるため、最初に、Y事務所に赴き、ネーム札を上げ、ドアサービスという自動車のドアの開閉確認練習を行い、社訓を音読し、身だしなみチェック等を行った上で、番号札を受け取る。Yは、顧客からの代行依頼があれば、番号札の順番に各ドライバーに運転代行を打診する。

ドライバーは、一度目の運転代行終了後、Y事務所もしくは歓楽街等で、次の打診を俟つこともあった。ドライバーは、歓楽街等で待機中に顧客から直接運転代行の依頼を受けたときは、同依頼を受けることもできるが、その場合でも、ドライバーは、Yに報告し、受け取る報酬の割合は、Yからの打診を受けた場合と同じ割合となる。

ドライバーが、どのルートで顧客が待つ場所に向かうかは、ドライバーの判断に任されており、運転代行業務終了後、待機場所の選択や待機場所に向かうルートなどもドライバーに任されていた（高速道路を利用する場合は、半額をYが負担）。

請求書兼領収書には、ドライバーに支給するものとして、「外注費」、「高速料金払戻」欄が設けられ、控除するものとして、「値引平日A」、「値引平日C」欄等が設けられており（当事者の主張においては、出社時間に遅刻したり、出勤日に欠勤した場合、罰金と称してXらの給料から天引きされているとされる）、Yは、各ドライバーに報酬を支払うにあたって、社会保険料及び公租公課の控除を行っていない。また、Yの事務所等では、ドライバーが個人事業主として取り扱われることが強調されていた。

なお、Yにおいては、ドライバーのほかにオペレーター部等所属の従業員がいるところ、同従業員はタイムカードを打刻することとされている。また、一般のドライバーではなく、Yの本部長であるAがドライバーとして運転業務に従事したことがあった。

3　Yは、求人情報誌に求人情報を掲載していたところ、令和元年六月三日から同月一〇日まで掲載されていたYに

係る情報では、「職種」欄に「［委］（1）代行者ドライバー」とあり、「給与」欄と「勤務時間」欄が設けられ、「Wワークの方も歓迎！」とあった。

4　以上の事情の下、XらがXらとYとの間の契約が雇用契約であるとの前提に立った上で、Xらが時間外労働を行ったとして、雇用契約に基づく割増賃金等の支払いを求めるとともに、Yが支払いの際に、「共済会領収書」、「値引平日」、「クリーニング代」、「事故修理代等」の名目で控除したことが賠償予定の禁止に抵触する、賃金の全額払いの原則に反するとして、雇用契約に基づきその支払を求めた。

【判旨】請求棄却

1　契約の性質

（1）雇用契約ではないこと

（i）「契約の名称は当事者の意思の表れとして契約の性質を判断するための考慮要素の一つとはなり得るものの、その名称をもって直ちに契約の法的性質が決まるものではなく、当該契約の法的性質については、契約の内容を実質的に検討することが必要である。」

労契法二条一項は、「『労働者』とは、使用者に使用されて労働し、賃金を支払われる者をいう」とし、労働基準法九条は、「『労働者』とは、職業の種類を問わず、事業又は事務所に使用される者で、賃金を支払われる者をいう」としていることなどからすれば、「労働（雇用）契約とは、労働者が使用者の指揮命令に従って労務を提供し、使用者がその対価としての賃金を支払う契約であるといえる。」

「そこで、以下、Xらが、Yの指揮命令に従って労務を提供し、労務に対する対償を支払われる者であるかについて、種々の観点から検討していく。」

（ii）（a）Yの出社決定の体制から明らかなとおり、「ドライバーは、出社する日を自由な意思で決定することができるとされていたものであり、……Xらの意思に反して出社を命じられたというような事情はうかがわれない」。

また、Yのオペレーター部等所属の従業員と異なり、「Xらを含むドライバーはタイムカードを打刻することとされていない。

そうすると、Xらを含むドライバーは出社するか否かを自らの意思で自由に決定することができていたものであり、また、労働時間も把握されていなかったものであるから、勤務日・勤務時間について拘束されていなかったということができる。」

（b）また、Xらを含むドライバーは、番号札や「運転代行業務に使用する車両を手に入れるため最初に被告事務所に赴く必要があるが、その後は、Yの事務所で待機して打診を待つことも、歓楽街等で打診を待つことも自由だ」ったから、「勤務場所についても拘束されていなかったということができる。」

（ⅲ）Xらを含む各ドライバーは、「どのような経路で顧客の指定する場所まで赴くか、運転代行業務終了後、どこで待機するか、待機場所まで戻る際に高速道路を使用するか否かなどは各ドライバーが自由に決めていたものである……。そうすると、運転代行という業務の遂行方法について、Yから各ドライバーに対する個別具体的な指示はなされていなかったということができる。」

上記の通り「Xらを含むドライバーが出社日を自由に決定することができていたことからすれば、Xらを含むドライバーはある日について業務を受けるか否かの諾否の自由を有していたといえる。」

また、「Aが運転代行業務に従事しているのは、Yにおいては、Xらを含むドライバーが、Yの営業時間内であっても、各ドライバーの事情（例えば、Yでの業務が副業であった場合、本業の出勤時間との兼ね合いなどが想定される）から、一定の時間になれば自らの意思で以降の運転代行業務に従事しないこととするなどという諾否の自由を有していたからであることがうかがわれる。」

（ⅳ）（a）「Yが、Xらを含むドライバーに対して支払う報酬は、運転代行業務の売上額に応じてその金額が決まる完全歩合制となっていたものであるから……、労務提供時間の長さとは無関係なものであったといえる。そうすると、Xらが支払を受ける報酬は、労務対償性が弱かったことになる。」

（b）「また、Yは、各ドライバーに報酬を支払うにあたって、社会保険料及び公租公課の控除を行っておらず」、Y事務所においてドライバーらが個人事業主であることを強調するなどの取り扱いをしており、「これらの事情も報酬の労務対償性がなかったことをうかがわせる事情であるといえる。」

（ⅴ）「Yで運転代行業務に従事するドライバーは、副業として従事している者が多かったことがうかがわれ、そうであれば、Yで運転代行業務に従事していたドライバーには専属性がなかったことになる。」

（ⅵ）以上を総合考慮すれば、本件において、Xらが、Yの指揮命令に従って労務を提供していたと評価することは

できないから、XらとYとの契約が雇用契約であったということはできない。

(2) Xらの主張に対する判断

(i)「確かに、Xらが出社として届け出ていた日に遅刻・欠勤等した場合には、『値引平日』などの名目で一定額の控除がなされていることがうかがわれる……。しかし、……ある日に出社するか否か自体をXらが自由に決定することができていたところ、そのようにして決定された出社予定日に突如としてドライバーが遅刻あるいは欠勤した場合には、Yが想定していた勤務態勢を確保することができなくなるのであるから、それに対する違約罰を課すことを契約内容とすることはあり得る事態である。そうすると、出社予定としていた日に突如として欠勤した場合に、支払われる月単位の報酬から一定額が控除されることになっていたとしても、そのことをもって、労働時間の拘束性があったということの証左であると評価することはできない。」

(ii) Xらが、「日単位での業務の諾否の自由を有していたことは既に説示したとおりである。また、Yにおいては、番号札を取った順番に運転代行業務が打診されていたことからすれば……、早い番号を取り、多くの打診を受ける機会を得るか否かは、各ドライバーの選択に委ねられていたといえる。そうすると、個別の運転代行業務の依頼について、何らかの理由により打診を受けたドライバーが拒絶したとしても、Yとすれば、番号札に従い、次順位のドライバーに打診すれば足りるのであるから、Yの制度に照らしても、Xらを含むドライバーが個別の打診について諾否の自由を有していなかったとはいえず、ほかに、ドライバーが個別の打診を拒絶することができなかったことをうかがわせる事情も認められない。なお、実際問題として、Yから運転代行業務の打診を受けた各ドライバーが打診を断ることが少なかったとしても、それは、各ドライバーは収入を得ることを意図してYの業務に従事していたからであることがうかがわれ、それをもって、諾否の自由がなかったことの証左であると評価することはできない。さらに、仮に、……Xらが出社した場合に、退社するまでの間に個別の打診を原則として拒絶できなかったとしても、それは、Xらが出社することとした日については、退社までの間に打診があった運転代行業務を受けるという包括的な契約であったと解すれば首肯可能である。」

(iii)「Yの名称を用いて運転代行業務に従事する以上、Yの事業運営上の方針に従い、一定の顧客サービスレベルを

維持・充足する必要があるところ、ドアの開閉確認練習、Yの社訓の音読、身だしなみチェックなどは、上記必要性のために注文者が行う程度の指示であるということができ、具体的な個別の業務遂行上の指揮監督であるとは評価することができない。」

（ⅳ）「代替者の範囲に制限があったとしても、そのことをもって、直ちにXらがYの指揮監督下にあったことの証左であるということはできない。」

2　その他の点

「XらとYとの契約が雇用契約であることを前提とする争点……については前提が異なることになるから、判断を要しない。」

「また、同様に、YがXらに対し、報酬の支払をする際に一定の名目で控除したとしても、XらとYとの契約が雇用契約とは認められない以上、Xらが、Yに対し、雇用契約に基づき、その支払を求めることもできない。」

【評釈】判旨の一部に疑問

1　はじめに

本判決において判断された争点は、Xの請求内容からして、労基法上の労働者性（労基法九条）であり、その点についての本判決の判断枠組みは、従来のものに沿った判断として評価しうる。ただ、役務提供者に勤務日・勤務時間（勤務日程）の決定の自由が広く認められているという点で事案が特徴的であり、そうした事例についての判断として本判決は参考になる。また、同様の事案は、潜在的にはこれまでも存在してきたと解されるものの、[1] その役務提供のあり方が、近時のプラットフォームを介して就労する役務提供者（「プラットフォーム・ワーカー」という。）の役務提供のあり方と、原理的には共通する部分があると解される。すなわち、本件事案でも、また、そうしたプラットフォーム・ワーカーの就労形態においても、役務提供の日や時間の決定が、役務提供者の意思により間歇的に決定される[2]という点が一つの顕著な特徴と言え、こうした点は、特に、仕事の依頼等に対する諾否の自由の有無という要素で判断されることになろう。そこで、本判決の本件事案の特徴に即した判断が、そうした役務提供をする者の労働者性の判断でも参照されうると解される。

本評釈では、まず、本判決の労働者性の判断枠組みを確認した上で、本件事案の特徴に即しつつ、使用従属関係の存否の各判断要素（特に時間的・場所的拘束性や諾否の自

由）についての本判決における判断を検討する。

2　個別的労働関係法の労働者性の判断枠組み

本判決は、判旨1（1）（i）で、「契約の性質」を判断する上での契約の名称の意義について、「考慮要素の一つとはなり得る」としつつも、「その名称」は決定的なものとはならず、「当該契約の法的性質については、契約の内容を実質的に検討することが必要である」とする。そして、具体的な判断基準として、労契法二条一項と労基法九条から、「労働（雇用）契約」の内容を導き出し、「Xらが、Yの指揮命令に従って労務を提供し、労務に対する対償を支払われるものであるか」について、「種々の観点から検討」するとしている。

こうした一般論の下で、本判決が実際に検討した要素は、従来の使用従属関係の存否の判断要素の中の、①時間的・場所的拘束の有無、②業務遂行上の指揮監督の有無、③仕事の依頼等に対する諾否の自由の有無、④報酬の労務対価性、⑤社会保険料及び公租公課の取り扱い、⑥専属性の有無、を総合して判断している（代替性の点は、直接的に判断していない。指揮監督下の役務提供の要素としてXの主張に応えて判断している。）。

判断要素の点からすると、代替性の点が正面から議論されていない点は気になるが、従来の労働者性の判断[3]と同様の要素により、判断をしている。

もっとも、例えば、エアースタジオ事件・東京高判令二・九・三労判一二三六号三五頁の、労基法上の「労働者と認められるか否かは、契約の名称や形式にかかわらず、一方当事者が他方当事者の指揮命令の下に労務を遂行し、労務の提供に対して賃金を支払われる関係にあったか否かにより判断するのが相当」とするような、労基法九条や労契法二条一項の抽象的な内容（使用従属関係の存否）を即座に基準として定立し、具体的な判断に入る裁判例と比べると、[4]判旨1（1）（i）は、「当該契約の法的性質」を「契約の内容を実質的に検討する」ものとなっており、判断全体が契約の法的性質を契約内容から判断する構成である。

しかし、労働者性の判断として、「契約の性質」が問題とされることは、特に珍しいことでもない。[5]また、本件におけるX側の請求の内容や、X・Y間の主張の対立から、裁判所が、雇用契約ないし労働契約に基づく請求に対する判断を求められ、また、契約書に記載された名称との関係を処理するために、上記の通り判示したに過ぎないとも解される。

3　時間的・場所的拘束と仕事の依頼等に対する諾否の自由

問題は、使用従属性の有無を判断する際の各考慮要素について、いかなる判断がなされたかであり、また、それらの判断がこれまでの判例と整合的なものか否かである。

(1)　事案の特徴と本判決における要素の位置づけ・内容

(i)　本件事案の特徴

まず、本件については、XらとYは、「業務委託契約書」を作成の上、有期契約を締結していること、そして、特に、当該有期契約において、従事日数が定まっておらず、一週間前までに、翌週の従事可能な予定をYに提出し、その際、「出社」、「連絡」、「休み」のいずれかを選択することができるようになっており、こうして日数を決定するようになっていたこと、が特徴的である。

(ii)　本判決における取扱いと諾否の自由の二つの内容

そうした勤務日程を決定する自由を労働者が有するという事情は、時間的・場所的拘束性としても、また、仕事の依頼等に対する諾否の自由としても、評価される。(6)

判旨1(1)(ii)(a)は、この点、まず、ドライバーが「出社するか否かを自らの意思で自由に決定することができていたものであり、また、労働時間も把握されていなかった」から、「勤務日・勤務時間について拘束されていなかった」としている。このように、本判決は、一方で、上記の勤務日程を決定する自由を労働者が有するという事情を、時間的拘束性の要素に係る事情として判断している。

他方で、判旨1(1)(iii)は、上記時間的拘束性の要素についての判断のとおり、勤務日程を決定する自由を労働者が有していることから、ドライバーが、「ある日について業務を受けるか否かの諾否の自由を有していた」としている。また、出勤日とされた日においても、「一定の時間になれば自らの意思で以降の運転代行業務に従事しないこととするなどという諾否の自由」があったとしている。

以上から、本判決は、第一に、勤務日程を決定する自由を労働者が有するという事情を、時間的・場所的拘束性と仕事の依頼等に対する諾否の自由の要素としても理解していることがわかる。また、第二に、仕事の依頼等に対する諾否の自由の有無は、①役務提供者が勤務日程を決定する自由を有するかどうかと、②役務提供者が、役務提供が予定される日時において、役務受領者のために役務提供を継続することが義務づけられているか、あるいは、自由に役務提供を継続したり再度役務提供を行うことを決定することができるか否か、という二つの観点から検討されていることがわかる（その他の観点を排除するというものではな

い[7]。

このように、本件事案の特徴として指摘できる事実は、本判決の二つの要素の判断において取り扱われている。

(2) 従来の裁判例における取扱いと本判決

では、そのような事実の取扱いや各要素における判断はこれまでの判例と比較して妥当なものか。

(i) 継続的な関係性と諾否の自由

本件と比較しうる事案の判断たる、役務受領者と「運送請負契約書」を締結して稼働していたメッセンジャーの労基法上の労働者性を否定したソクハイ（契約更新拒絶）事件・東京高判平二六・五・二一労判一一二三号八三頁は、「仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の有無等について」という項目の下、「メッセンジャーの稼働日・稼働時間は、あらかじめメッセンジャーが所定の日までに毎月の稼働予定（稼働日及び時間）を申告することにより決定するものとされ」ていたことや、「メッセンジャー〔が〕、申告した稼働予定を変更することも認められていた」事実などから、「メッセンジャーの稼働日・稼働時間については、基本的にはメッセンジャー自らがこれを自由に決定することができた」と評価している。

また、同判決は、メッセンジャーが、稼働が予定された日・時間における待機中、配車係から配送業務の依頼をされた場合、基本的にこれを引き受けるべきものとされていたとみるのが相当であるが、他方で、これを断りたい旨の申し出をすることも相当程度に見受けられたこと等から、「メッセンジャーは、個別の配送依頼を拒否ないし辞退すること」を妨げられていないと評価した。これらの点から、メッセンジャーは、稼働予定に一定程度拘束されるという意味で、「諾否の事由が事実上一定程度制約されていた」が、稼働日・時間における個別の配送依頼等を受けるか否かの決定に関する「自由度は比較的高く、被告における一般的な社員とは相当に異なっていた」と評価した。

さらに、当事者間の「契約関係」という項目立ての下、運転代行業務に従事していた者の労働者性を肯定したミヤイチ本舗事件・東京高判平三〇・一〇・一七労判一二〇二号一二一頁は、使用者が労働者に勤務シフト表に従った勤務を命じ、同表に従った勤務ができないときには使用者の許可を得るものとされ、許可なしに勤務しなかった場合には制裁が科されたことから、「各月の運転代行業務について、控訴人らに諾否の自由があったとは認められない」としている。

以上の判決では、第一に、労働者の勤務日程の決定に係

る自由は、諾否の自由の具体的な内容として理解されている。そして、この点、ミヤイチ本舗事件のように、使用者がまず稼働日等を決定した上で、労働者がそれに一定程度拘束される場合には、東京高裁は、諾否の自由が存在しないと評価している。第二に、ソクハイ事件東京高裁判決は、実際に稼働するものとなった日や時間において、役務受領者から役務提供者に対する個別の仕事の従事の依頼に対して役務提供者が応ずるか否かも、諾否の自由を構成するものとして理解している。(8)

ただ、これらの事案においては、役務提供者と受領者とが、有期の契約とはいえ、一定の法的関係に入っている、あるいは、事実上であれ関係性が途切れることが明確でない状況で、勤務日程を決定する自由の意義が問われていた。

(ii) 単発的な契約関係と諾否の自由

上記の事案における判断に対し、そうしたいわば継続的な関係を前提としない事案においては、諾否の自由の具体的内容は異なって理解されている。たとえば、近時の、タイヤの製造販売等を業とする使用者における、不定期かつ数日間にわたってのみ実施されるタイヤ開発テストのために「委託契約書」を締結しライダーとして運転業務に従事していた者の労働者性を肯定した国・津山労基署長（住友ゴム工業）事件・大阪地判令二・五・二九労判一二三二号一七頁（確定）は、「原告が個別の開発テストへの参加の打診を受け、参加を断ることも可能であったことをもって、原告に、本件会社による具体的仕事の依頼や業務従事の指示等に対する諾否の自由があった」とは評価できない、とした。同判決のそのような評価は、問題の「契約ライダーに求められている業務の内容は、開発テストにおけるテスト走行に限定され」、「日程以外の具体的な業務内容」が参加募集の段階で示されていたとは言えなかったことから、参加の打診は、会社の原告に対する「具体的仕事の依頼や業務従事の指示ではなく、単に」日程に合致するライダーを募集するという意味合いを有するものに過ぎないという評価に基礎づけられている。こうして、同判決は、諾否の自由の有無の具体的内容として、人員募集に応じることについての自由を考慮しないことを明らかにし、他方で、募集に応じたことにより役務受領者が役務提供者に及ぼすことになる、テスト期間における業務の指示や個別業務に従事すべきといった指示についての拘束性を、諾否の自由の内容として評価した。そして、同判決は、時間的・場所的拘束性については、それぞれのテスト業務に従事する期間中に、時間的・場所的拘束性が認められるかを判断してい

る。

このように、諾否の自由の一部として評価することも可能であると解される、応募するかどうかを打診されても断る自由は、不定期かつ単発的な有期の契約が締結される事案では、諾否の自由の内容を構成していない。[9]

（ⅲ）時間的拘束性と諾否の自由についての本判決の判断

本件は、上記の分類に照らすと、有期の契約に基づく継続的な関係性の下で、諾否の自由が問題となる事案に分類されよう。したがって、上記の判例の傾向に従えば、（ⅰ）のように、一定の継続する関係性の下での、勤務日や時間の決定に係る役務提供者の自由が、労働者性の判断要素の中の仕事の依頼等に対する諾否の自由として問題となる。また、一旦、稼働が予定された日・時間において、役務受領者が個別の役務提供の依頼に応じる自由を有していたか、あるいは、そうした時間帯等において各自で勤務を止める自由を有していたか等が、諾否の自由の要素の判断において問題とされよう。

これらの点につき、本件では、第一に、使用者による勤務シフト表の決定やそれに基づく制裁（前掲ミヤイチ本舗事件東京高裁判決）[10]といった事実もなく、役務提供者は、恒常的に、何ら拘束されることなく、一週間前までに自らの勤務日を決定することができ、本判決の「出社する日を自由な意思で決定することができ」たとの評価は避けがたい。第二に、稼働が予定された日・時間における、役務受領者からの個別の役務提供の依頼に対する諾否の自由の有無については、本判決は、Xらが、各ドライバーの事情から、「一定の時間になれば自らの意思で以降の運転代行業務に従事しないこととする諾否の自由を有していた」と評価している。後者の点の評価を基礎づける事実の認定が十分であったかに疑問がないわけではないが、そのような事実の認定やそれに対する評価が、実態に即したものであるとすれば、上記の判例と合致した判断と言えよう。

以上の限りでは、本件事案では、Xらの勤務日数や労働時間についての拘束性が高いとは言えず、また、「ドライバーはある日について業務を受けるか否かの諾否の自由を有していた」、さらに、個別の役務提供を断る自由を有していた、との本判決の評価も首肯される。

もっとも、諾否の自由に関しては、本件では、Xらが一旦出社日を提出すると、当該出社日に出勤して稼働すべき点は確定し、その日にドライバーが出社できない場合には交代要員を代替者として確保することが義務づけられていた。また、現実的には、代替者はYと契約を締結している

ドライバーに限定されていることが窺われる。こうした点からすれば、役務提供者は、稼働予定日に自身に課されうる役務提供が確実に履行されるようにしなければならないことが認められ、役務提供を行うことについての一定の法的責任を負っていたと評価する余地もあったと解される。Xらにおける稼働が予定された日・時間における退社の自由に関する事実も含め、より詳細な事実認定（たとえば、どれほど恒常的にXらが稼働日とされていた日に自由に退社をすることができるようになっていたのか、などの事実の認定）がなされるべきであったと考える。

(3) 場所的拘束性

本判決は、本件につき、Xが使用する車両を手に入れるため、出勤日の最初に、Y事務所に赴く必要があるが、その後、待機場所を特に指定されていないことから、「勤務場所についても拘束されていなかった」と評価した。しかし、本件の事実に即してみても、この点の判断には疑問がある。というのも、本判決は、「待機場所は必然的にY事務所か繁華街・歓楽街になるといえる」と評価しており、Yを介して代行業務に従事する以上、地理的な条件などから、待機場所等はおおよそ決まっていたと評価できると解されるからである。

この点、本件と同様に、運転代行業務に従事していた者の労働者性を否定したミヤイチ本舗事件・宇都宮地判平二八・九・一四労判一二〇二号一三二頁は、「乗務員が客待ちをする場合の待機場所を指定されていたが、業務の性質上、待機場所はおのずと限定される」として、勤務場所の拘束性が高いともいえないと評価し労働者性を否定したが、前掲同事件高裁判決は、役務提供者らは、「業務遂行にあたって、仕事開始時間、待機の場所等について具体的に指示され」ており、「包括的な指揮監督」に服するものと評価している。同高裁判決がそのような評価の基礎としたのは、同社の「社内遵守事項」であり、そこには、「始業時間の厳守」として、勤務前に事務所に出勤すること、乗車する前に車両点検を確認すること、仕事開始時間に現場及び待機場所に到着することが記載されていた事実であった。

本件においても、Xらは、勤務開始前にYの事務所に赴き、さらに「開閉確認」が義務づけられており、上掲ミヤイチ本舗事件東京高裁判決と同様の、時間的、場所的拘束が認められると解される。さらに、上記のとおり待機場所等についての事実上の場所的拘束性が肯定されるのであれば、本件においても、「包括的な指揮監督」を肯定し得たように思われる。

4　指揮命令等（業務遂行上の指示）について

判旨1（1）（ⅲ）は、運転代行業務における経路や待機場所の選択、高速道路の使用の選択が運転手に委ねられていることから、業務遂行上の指示（個別具体的な指示）がなかったと評価した。

傭車運転手の事案では、このような点についての選択が役務提供者に委ねられている場合、業務遂行上の指示の存在が否定される傾向にある。[11] とはいえ、傭車運転手の場合でも、実際上は、運送品の性質、運送日程や、使用するトラックによっては利用道路についての制限があるから、一定の定型性・拘束性が認められ、したがって、業務遂行上の指示があったと評価できないのだろうか。

この点、役務提供者の業務遂行に係る定型性・拘束性は、労働者性を肯定するような業務遂行上の指示を示すものとして認められない場合が多い。[12] 前掲ソクハイ事件・東京高裁判決は、配送業務に関する手引等による指揮命令の存在が認められるかにつき、「メッセンジャーが受託した配送業務それ自体が、被告のメッセンジャー即配便としての配送業務であることに照らすと、上記の点は、受託業務の性質からの要請ともいえる」と評価している。

傭車運転手の例でも、たとえば、「原告は、被告の配車係から運送先や搬入・搬出時刻等の指示を受けて運送業務に従事していたことは認められるが、……被告から、運送業務の遂行に必要な指示を超える指揮監督を受けていたような事実は認められない」[13] と評価されるように、一定の業務に係る定型性・拘束性は、請け負った業務の内容から必要な範囲での指示として評価されうる。[14]

本件事案では、Xは、出社日に、Y事務所に赴き、基本的な自動車の動作の練習や、身だしなみチェックを受けており、また、代行ルートに疑問があれば顧客からクレームが出されること等が考えられ、運転代行業務に係る一定の定型性・拘束性が認められる。しかし、本判決は、上記身だしなみチェックなどは、「Yの名称を用いて運転代行業務に従事する以上、Yの事業運営上の方針に従い、一定の顧客サービスレベルを維持・充足する必要」性のために、「注文者が行う程度の指示であるということができ、具体的な個別の業務遂行上の指揮監督」とは評価できないとしている。これは、以上の判例に倣った評価と解される。

5　報酬の労務対償性・専属性

本件事案の特徴からして、本判決の、報酬の労務対償性や専属性の判断がどれほど厳密になされたものなのか定か

ではないが、以下、それぞれについて簡単に触れる。

まず、本判決は、本件事案において、完全歩合給制がとられており、報酬が労務提供時間の長さとは無関係なものであり、労務対償性が弱かったと評価している。また、本判決は、Yが社会保険料及び公租公課の控除を行っていないことやそれらについての事務所での取り扱いから労務対償性を否定している。

しかしながら、まず、労働契約の場合にも、歩合給制がとられること自体は労基法自体が認めるところであるし（労基法二七条）、本件では、出社とした場合には、番号札に従って相当程度の仕事の依頼を得ることが見込まれていたものと解され、その意味では、一定の時間に対する労務提供の見込みと報酬の関係を見出すことも可能である。また、社会保険料及び公租公課の取り扱いについては、それ自体補足的にかつ独立して判断される要素であるところ、[15]本判決のように報酬の労務対償性の判断において検討されるべき要素であるのか疑問は残る。

さらに、本判決は、専属性に関し、Yで運転代行業務に従事するドライバーは、副業として従事している者が多かったとして、ドライバーに専属性がなかったと判断している。しかしながら、労働者の副業・兼業が促進されている中で、[16]労働者が労働者として副業・兼業することも当然考えられる。そうすると、そもそもこうした考慮要素には疑問もあり、むしろ、勤務が予定されている日や時間における専属性を検討すべきように思われる。[17]

（1）大阪施設工業事件・大阪地決昭六三・一〇・七労判五二八号三五頁。

（2）たとえば、食品の配達に係る例を取ると、プラットフォーム・ワーカーは、自身のスマートフォン等でアプリにログインした上で、顧客からの配達の依頼がアプリから届くまで待って、そうした依頼が届いた場合に、当該依頼を受けるか否かを決定しており、その段階で、役務提供の日や時間が具体的に決定される。

（3）横浜労基署長（旭紙業）事件・最一小判平八・一一・二八労判七一四号一四頁など。

（4）その他、たとえば、契約ライダーの労災保険法上の労働者性が争われた国・津山労基署長（住友ゴム工業）事件・大阪地判令二・五・二九労判一二三二号一七頁。

（5）労基法や労契法の適用決定において、「契約の性質」が労働契約かどうかを契約書面・契約内容を参照しつつ判断したものとして、JFS事件・大阪地判令元・一〇・一五LEX/DB 25564376、ソクハイ（契約更新拒絶）事件・東京高判平二六・五・二一労判一一二三号六八頁（同事件・最三小決平二七・七・二ILEX/DB 25540764〔不受理決定〕）、

地位確認等請求事件・東京地判平二七・九一・一九 LEX/DB 25541214、NHK前橋放送局（受信料集金人）事件・前橋地判平二五・四・二四 LEX/DB 25502376（この判決は、労働者性の判断にあたり「労働契約、委託契約、請負契約等の労務を提供する契約において」、「目標数の設定や、目標数の達成計画について使用者等が関心を寄せることは、当該契約の性質決定に重要な影響を及ぼさないというべき」としている。）など。

（6）NHK神戸放送局（地域スタッフ）事件・大阪高判平二七・九・一一労判一一三〇号二二頁は、「契約開発スタッフ」がどの世帯等への訪問を行う具体的な日や時間を決定する自由を有していたことを、諾否の自由と、時間的・場所的拘束性の要素において、勘案している。

（7）たとえば、NHK堺営業センター（地域スタッフ）事件・大阪高判平二・七・二九労判一一五四号六七頁は、仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の内容を、地域スタッフが、一定の定められた地域内で、訪問する特定の世帯等（やその日時）を自らの裁量で決定できるか否かを、諾否の自由の内容として捉えている。

（8）なお、諾否の自由の点からして、「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」、つまり、当事者間にはそもそも契約関係がないとされる場合もある（新国立劇場運営財団事件・東京高判平一九・五・一六労判九四四号五二頁）。

（9）他に、新宿労基署長（撮影技師）事件・東京高判平一四・七・一一労判八三二号一三頁は、映画「撮影に関する本件契約を締結するかどうかの自由があったことは明らかであるが、いったん、契約を締結した以上」、死亡した役務提供者Aは、製作進行係（兼務助監督）が「プロデューサーである小島社長の指示の下に作成した予定表に従って行動しなければならなくなり」、また、「撮影技師として本件映画についての片桐監督のイメージを把握してこれを映像に具象化すべき立場にあったから」、本件映画の撮影に関し、Aが「具体的な個々の仕事についてこれを拒否する自由は制約されていた」としており、諾否の自由として、契約締結の募集に対する諾否の自由ではなく、契約締結後の個別の仕事についての指示に対する役務提供者の自由のみを、諾否の自由として扱う。

（10）ただし、同事件では、労働者らが使用者の「就業規則」と題する書面に署名捺印しており、そこに勤務時間も記載されていた（同事件では、この点は、時間的拘束性の要素として評価されている。）。

（11）前掲横浜労基署長（旭紙業）事件最高裁判決。

（12）藤沢労基署長（大工負傷）事件・最一小判平成一九・六・二八労判八七六号四一頁、朝日新聞社（国際編集部記者）事件・東京高判平一九・一一・二九労判九五一号三一頁など。

（13）サンコーシステム事件・東京地判平二七・八・二一 LEX/DB 25541109。

(14) トラック運転手に関し、労働者性を否定したものとして、堺労働基準監督署長事件・大阪地判平一四・三・一労経速一八一一号二二頁、労災保険不支給処分取消請求事件・神戸地判平一五・二・一九 LEX/DB 28081731など。

(15) 前掲横浜労基署長（旭紙業）事件最高裁判決を参照。

(16) 厚生労働省「副業・兼業の促進に関するガイドライン」（平成三〇年一月、令和二年九月改定）（https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11200000-Roudoukijunkyoku/0000192844.pdf〔最終閲覧日二〇二一年九月五日〕）。

(17) 前掲国・津山労基署長事件では、労働者が自営で事業を営んで収入を得ており、使用者と主張された者からの収入は、その六分の一程度に過ぎなかった。しかし、大阪地裁は、「原告は、テスト走行業務に従事している期間中」については、自営の事業を営むことができず、「一定の専属性があった」と評価している。このように、勤務が予定されている期間に限定して専属性の程度を検討することも考えられる。