

「労働組合法上の労働者概念」をめぐる
議論についての若干の省察（二・完）

三井正信

はじめに

一 問題の所在

(一) 労働組合法上の労働者概念をめぐる近年の動き

(二) 労働者概念の相対性

(三) 従来の学説の考え方とその問題点

二 新たな最高裁の二判決（三判決）をめぐる理解

(一) 最高裁判決の基本内容

(二) 学説による最高裁判決の基本的理解

三 学説の議論展開をめぐる問題点

(一) 議論展開の基本的問題点の所在

(二) 労働組合法上の労働者概念をめぐる具体的理論的枠組み提示の困難性（以上三六卷一号）

(三) 議論展開の具体的問題点

四 「労働組合法上の労働者概念」をめぐる基本的な考え方

(一) 実質的使用従属性基準説の妥当性をめぐる検討

(二) 実質的使用従属性基準説による説明の試み

(三) 補足的検討—企業への組入れと企業の社会的権力性の問題

おわりに（以上本号）

三 学説の議論展開をめぐる問題点(承前)

(三) 議論展開の具体的問題点

(1) 労働基本権および労働組合法の団交中心説的把握

まず、第一の疑問点を挙げれば、Q 説(団交保護基準説)的な考え(あるいは Q 説の代表的ないし有力な流れ)はまさにいわゆる団交中心説の立場に立っているということである。³⁸⁾ かつて、憲法二八条の労働基本権保障の趣旨や労組法の目的をめぐり、それを広く(労働者の生存権保護という見地から)労働者の経済的地位一般の向上と解する労働者地位向上説と団交の促進と捉える団交中心説との間で激しい議論の対立があったが、現在の議論状況においては、一見したところ、労組法上の労働者概念について妥当な結論を得るべく、学説や法実務家の多くが(少なくとも表面上は)団交中心説に与するような(表現を用いて論を展開する)形になっているように思われる。

たしかに、団体交渉は労働組合にとって重要かつ主要な任務であることは何人も否定のしようがないといえよう。しかし、労働組合の任務・役割ないしは機能は、それ以外にも労働者間の連帯(そして、それを通じての労働者の自立)の確立、企業の社会的権力行使や職場環境のチェック、(企業外の)他の労働組合とのネットワーク構築、企業や労働市場におけるセーフティネットの形成、雇用・労働に関する政策や世論の形成・展開、組合員の個別交渉や個別的労働条件の保護・決定・実質化のためのサポート・支援、企業に社会的権力から個人としての労働者を防御することないしはその防壁形成の役割を果たすこと、労働者の契約主体性の確保、争議行為をはじめさまざまな団体行動を行うことなどほかにも多くのものがあり、何も団交(そして、その結果としての合意の成立)労働協約の締結)に限定されるものではないであろう。⁴⁰⁾ これは、まさに、先に(二)(2)でみた⑤説が問題提起しているところである。しか

もさらに団交中心説は、一般的にいつて、理論上ないしは理論的系譜上、次項(2)以下で示す複数の問題点と密接に関連していると考えられるのである。なお、たしかにQ説的な傾向を示す学説のなかには労働組法の労働者概念につきより広く団結権、団体交渉権、団体行動権の保護を及ぼすべき者はいかなる者かという団交を超えた（団交に限定されない）観点から論ずることで同様の結論に至る見解もあるが、これとて依然として次に(2)でみるような問題をはらんでいるように思われることに変わりはない。

(2) 労働者概念をめぐる発想ないし考え方の転倒

第二の問題点は、労働者概念をめぐる発想ないし考え方が転倒しているのではないかということである。つまり、団交（そして団結権等）の保護を及ぼすべき者が労働者とされるのではなく、そもそも、本来は、労働者であるから、その具体的特質ないし状況を踏まえて、団交や団結権の保護が与えられる（与えられている）というべきであろう。保護の必要性から出発する発想だと、「保護の必要性と適切性」という政策的観点から労働者概念が画されることになり、場合によっては労働者か否かは諸状況や立法政策次第となるというおそれがあると解される。このような考えは、結局は、労働法の統一性（統一的把握）やその存立基盤を掘り崩す結果に至るのではないだろうか。

また、このような発想は憲法的観点からみても問題があるといえることができる。憲法は二七条一項で「すべて国民」に「勤労権」を保障しているが、国民のなかで（自己決定に基づき）これを行使して労働契約を締結した者が労働者となり、それを前提に、使用者との間で形成される労働関係についてのかつての歴史的経験・経緯や一般的に存している構造的特徴・特色・特質を考慮して、同条二項で労働者の労働条件を保護する法律（労働基準法をはじめとする個別的労働関係法ないし労働者保護法）を国家が制定すべき旨を説いている。そして、このことを踏まえたうえで、さらに制定法に規定されたレベルを上回る労働条件を獲得したり、必ずしも制定法では首尾よく対処できな

い労働関係をめぐるトラブルを解決したりするために、あるいは（必ずしも制定法により十分にカバーし切れないところの）労働関係が内包する具体的ナリスクを回避・軽減し諸問題に適切に対処するために、憲法において「勤労者」に労働基本権が保障（権利付与）されていると解されるのである。そうすると、ここでいう「勤労者」とは基本的に「すべて国民」のうち二七条一項の「勤労権」¹⁰ 労働権を自己決定に基づき実際に行使した者（そして、併せて実際にそれを行使しようとする者や行使していた者）と理解するのが妥当な（あるいは自然な）解釈といわなければならない。要は、憲法二七条と二八条は、別個のものではなく相互に関連性を有する一連・一体（一続き）の規定として捉えられるべきであって、したがって、労働法の基礎と制定根拠を提供している憲法の二か条の条文が予定する労働者概念は、その基礎・基本ないしは本質において、原則として国民の労働権行使の自己決定やそれを基礎とする労働契約という観点を踏まえて（あるいは労働権行使や労働契約を核として）統一的に理解される必要がある（そして、憲法規定を基礎に制定される各種労働立法やそれらをめぐる基本的考え方・捉え方についても同様である）と考えられるのである（つまり、次項³で述べることも関連するが憲法は立法政策次第で労働基本権の人的保障範囲が大きく左右されることは予定していないと解されるのである）。

そして、以上二点とも関連するが、さらにより根本的・本質的な問題が存しているように思われる。Q 説的発想においては、個人の「自己決定」（＝「意思」）ではなく、個人が置かれている経済的弱者という立場ないし交渉上不利な立場¹¹ 「地位」（ないし状態・状況）に着目して「労働者」という性格づけがなされている。そして、（立法）政策的にそれに即した保護が与えられるべきことが強調され前面に押し出されることになる。その結果、このような発想ないし論理展開は、（人一般の権利という観点から労働基本権を考察しようとするのではなく、あくまで）国民のなかで一定の者が置かれた特定の地位ないし状態・状況（＝弱者性）に着目し、いわばそれらの者を保護の客体（ちなみに、労組法

上の労働者性を認める前提として広く用いられている団交の保護を及ぼす必要性と適切性という説示がまさにこのことを示している)と捉えてパターンナリストイックな保護 \parallel 国家介入を行うことを大きく容認するに至るといえる。これは、個人の尊重の理念を基礎に置き国民 \parallel 個人の「国家からの自由」の確保を中核とする近代立憲主義の原則ならびにあくまで「近代」を豊かにする「現代」という視点から捉えられなければならない現代立憲主義の建前⁽⁴³⁾に抵触するのではないかと考えられる(古典的な意味での「契約から身分へ」(From Contract to Status, du contrat au statut)⁽⁴⁴⁾に向けての(逆行的・退行的な)動きの問題)。つまり、Q説的発想は、労組法上の労働者概念につき広範な観点からこれを捉え結果的に妥当性を求めようとするあまり、保護の根拠ないし前提として(もっぱら、あるいは主として)特定の「地位」ないしは状態・状況を重視する方向をとることとなり、その結果、まさに憲法の根本理念であると位置づけられる個人の尊重の理念やそれに由来する個人の自己決定(Selbstbestimmung, autodetermination, selfdetermination)の理念(憲法一二三条)に抵触する帰結となってしまうといわねばならない(ちなみに、このような問題は、実は、本来の意味でのQ説には属さないが、広い意味でのQ説には分類されるところのもっぱら経済的従属性、つまり、経済的弱者としての地位ないし状況のみを労組法上の労働者の判断基準とする説にこそ最も典型的にあてはまると考えられることを念のためここで補足しておく⁽⁴⁵⁾)。たしかに、多くの場合、労働者はそのような「地位」ないし状態・状況(実態)にあるといえ、そのこと自体は決して否定することはできないであろう。また、憲法二八条は国民一般ではなく「労働者」(\parallel 労働者)を権利の名宛人としていることも事実である。しかし、あくまでその前提として、まずは個人としての国民(憲法二七条一項の労働権の主体が「すべて国民」となっていることを思い起こす必要がある)が自己決定(\parallel 自己の意思)に基づいて労働権を行使しようとしたということ(つまり、雇用関係に入ろうという選択をしたこと)こそが重要であって、その結果としてかかる個人が労働者となりそのような地位ないし状態・状況(そして、

それにとまなうリスクや危険、あるいは一定の弊害が存する環境に身を置くこととなるのである。まさにこの点が看過されてはならない（しかし、それにもかかわらず、多くの、あるいはほとんどすべての学説が見落としてしまっているところの）重要な論点といえよう。したがって、この労働権行使の自己決定を実現・貫徹・継続することができるようにするため、連帯・団結を通じてそのような自己決定ないしは雇用関係の成立・展開（あるいは自己決定に基づき置かれることとなった地位ないし状態）にとまなう危険、リスク、弊害などを軽減・緩和・除去し、労働者自らが問題を克服することをサポートするという視点から問題を論じなければならぬと解されるのである。憲法二八条の「勤労者」と労組法三条の「労働者」は同義であると理解されているが、ここでいう労働者とは特殊なあるいは特定の地位・状態・状況にある者を指す概念ではなくあくまで労働権を保障された国民の自己決定¹¹個人の意思に由来するものである（したがって、労働基本権をめぐる権利保障ないし権利行使の契機は結局は「経済的地位」によらず広く国民一般に開かれていることになる）という点に留意する必要がある。

(3) 労働基本権のプログラム規定説的把握の問題性

第三の問題点は、団交中心説に立つ有力な論者は、たとえわが国においても排他的交渉代表制の導入が可能であると説くように憲法二八条の労働基本権を、（必ずしも完全にはないとしても）一定程度においてプログラム規定説的に捉えようとする傾向を有している点である。¹⁶これは労働者個人を名宛人として権利・自由を保障しようという憲法二八条の趣旨に反するとともに、このような発想が¹⁷で触れた立法政策論的発想と結び付けば、（たとえば、交渉単位ないし排他的交渉代表制度に組み入れるのにふさわしい者はいかなる者かという形において）問題となる立法政策ないし制度との関係で（今後ないしは将来において）労働者概念はますます相対的・流動的なものとなる（おそらくある）といえよう。あるいは、そもそも立法政策や法目的により法律ごとに労働者概念を設定することになると

すると、各法律の目的とあくまでその観点・視角からのみ捉えられ(切り取られ)問題とされる(にすぎないところ)の経済的弱者性(たとえば、労組法をめぐる議論においては、まず労組法Ⅱ団交ありきとされ、それを前提に団交の保護を及ぼす必要性と適切性という観点から捉えられた経済的弱者性が問題とされるにすぎない点に留意する必要がある)に左右されて労働者概念が極めて流動的なもの、不確定なもの、不安定なものとなり、このような相対性がえあって国民や法実務に大きな困難や混乱をもたらすことにもつながるといえよう。

また、団交中心説を説くその同じ有力な論者は、近年、労働法のパラダイム転換に関連して、サポートシステム説という従来とは異なるまったく新たな労働法のあり方をめぐる見取り図(基本的な考え方)を有力に展開してきており、これとの関連でも重大な問題が生ずる。サポートシステム説では、社会経済状況が従来とは大きく変化した現在においては、労働法は基本的に個別労使の市場取引をサポートするシステムと捉えられ、したがって、かつてとは異なりもはや弱者ではなく必ずしも生存権的保護(Ⅱ規制)を及ぼす必要はないと解される個人としての労働者にとって、使用者との情報と交渉力の格差を埋めるため個別交渉(Ⅱ取引)サポートがまさに必要とされる反面、労働組合(Ⅱ集団)はそれほど重視されない。とすると、将来の労働法の立法構想において、このような労働者にとっては個別交渉こそが重要であって、集団的に問題解決をはかる「団体交渉の保護を及ぼす必要性と適切性」が(それほどあるいはほとんど)認められないとして、一部の労働者につき団交権の行使に一定の(あるいは場合によっては大きな)限定(制約)を加えることを容認する帰結につながる可能性が出来ることも考えられよう。⁽⁴⁸⁾

以上を要すれば、プログラム規定的発想は、労働者概念を立法政策に依存した流動的かつ曖昧なものとし、その結果、(今回問題となったように)労働者概念を広げる方向のみならず、反対に(将来において)これを制限・縮小する方向にも作用しうる(作用するおそれを有する)のである。

(4) 労働組合公的団体論との関係

第四の問題点は、団交中心説は労働組合を（準）公的な団体と位置づける労働組合公的団体論とも密接に結びついている点である。⁽⁴⁹⁾労働組合公的団体論とは労働組合を国家によって使命・任務と特権（そして、国家の立法権に類似した労働協約締結権）を与えられた（準）公的団体であると捉える立場であり、その使命・任務・特権に応じて国家は労働組合に対して監督・規制をなしうる（あるいはなすべき）と主張する点（国家介入の肯定）に特色を有している。⁽⁵⁰⁾このような労働組合公的団体論が先に⁽³⁾で述べたような発想と結びつけば、今後、将来において（新たな立法により）団体交渉を行うためには手続的なものを含めて厳格な要件が課されたり、公的団体が公的任務を行うにふさわしい形に団体交渉が「制度化」されたりして、これまでのような形で自由な団交はできなくなるおそれも存しよう（ちなみに、労働組合の諸活動等に対する司法審査も国家介入の一形態にほかならず、したがって、たとえ立法的規制がなされなくても状況に応じて厳格な司法的規制がなされるに至るおそれも否定できないであろう）。その結果、最高裁の二判決で労働者性が認められたようなオペラ歌手やカスタムエンジニア（あるいは労働者性の再吟味のため東京高裁へ審理が差し戻された国・中労委（ビクター・サービスエンジニアリング）事件で問題となっている個人代行店）などが自分たちのために団交を行うことがかえって困難となる可能性も出来るおそれが存するのではないかと懸念されるのである。そもそも、労働基本権は他の社会権規定とは異なり自由権（＝国家からの自由）的色彩が強く「拡大された自由権」とでもいうべき性格を有している（したがって、労働組合の私的任意団体性こそが強調されるべきである）⁽⁵¹⁾と考えられるのであるが、労働組合公的団体論はこのような憲法規定の性格にも真っ向から反する説示となっているといえよう。⁽⁵²⁾

(5) 小括

たしかに、当然のこととして、これまで(1)から(4)でみてきたような問題点がQ説的な考えを展開するすべての論者にストレートにあてはまるとはかぎらない。⁽⁵³⁾しかし、あくまでQ説を支える中心的で極めて有力な立場には以上のような問題点が典型的、特徴的かつ顕著にみられるのである。それ故、かかる有力な理論がQ説的発想一般に対して（意識的にしろ無意識的にしろ）大きな影響を及ぼすことになり、その結果、Q説的な立場に立つ論者の見解が総じて一定、同様の問題を内包しうるに至る可能性なしおそれを完全に否定し払拭し切ることもできないであろう。⁽⁵⁴⁾（特に、憲法の本質や諸原理との抵触の可能性が出来ることが法原理的には深刻な問題であるといえる）。したがって、これらの問題点からすれば（あるいは、これらの問題点を内包するに至る可能性なしは危険性からすれば）、「労働組合法上の労働者概念」をめぐる現在優勢な学説の立場（Q説的傾向）は、たとえ現在において、労働者概念については団交による保護を及ぼすべき者という観点を踏まえることによって、広範な労働者概念を承認するというそれ自体は妥当な結論を導きだしこれを理論的に説明することができたとしても、それ以外の労働組合をめぐる法的ないし法政策的諸問題に対しては必ずしも妥当な結論を保障することにつがなるとは考えられず、場合によっては（将来において）解釈論や立法政策次第で労働組合の結成・運営・活動や団交等（つまり、団結の自由や労働基本権の行使）について一定の（強力な）規制・制約を被せるに至るおそれも存しよう。

以上からすれば、現在極めて有力かつ優勢であるとはいえず、単純にQ説的な考えに与することはできないと解される。⁽⁵⁵⁾その結果、労組法上の労働者概念をめぐる、残された実質的P説（実質的使用従属性基準説）の可能性の有無を吟味することが次なる課題となる。そこで、具体的な検証作業として、これまで必ずしも十分には検討されてきたようには思われない次の点、すなわち、①実質的P説にはそもそも妥当性は存しないのか、②妥当性が存するとしても、果たして実質的P説に立ったうえで相対性Ⅱを説得的に説明ないし理論づけすることができるのか、③できると

するならばそれはどのようにしてなのか、④そうはいつでも、そのような理論づけは果たして最高裁が示した判断基準と相容れるのか（最高裁が示した判断基準を説明することができるのか）についての考察を行うことが必要となる。

四 「労働組合法上の労働者概念」をめぐる基本的な考え方

(一) 実質的使用従属性基準説の妥当性をめぐる検討

まずは実質的 P 説の理論的妥当性について若干の考察を行ってみよう。

(1) 団交保護基準説が一連の東京地裁・東京高裁の裁判例に与えた影響とその問題点

すでに三(三)⁽²⁾でみたように、憲法二七条と二八条は密接な関連性を有する一連の規定として連続的・一体的・統一的に捉えられるべきであって、したがって労働基準法に代表される個別的労働関係法と労働組合法に代表される集団的労働関係法の双方において問題となる労働者概念は（一定の相対性は認めざるをえないもの）原則として基本的・本質的に同じ視点から捉えられる必要があると考えられる。そうすると、実質的 P 説の説くように、B のみならず A も実態を考慮し実質的観点からみて一定広く解すべきことになろう。

これに対し、Q 説においては、たしかに労働組合法上の労働者概念については広く解そうとする一方で、その反面として、たとえばプロ野球選手が労基法上の労働者ではないと説くことと、（実態は重視するとはいえ）B に対し A を一定（あるいはかなり）狭く解する傾向にある。⁽⁵⁶⁾これに注目するならば、労働組合法上の労働者概念を狭く解した東京地裁と東京高裁の一連の裁判例は、実は、B を A に近付けて考えるという点においては、あくまで形式的な形においてははあるが P 説の影響を受けているのみならず、A と同一の観点から捉えられる B を狭く解する点においては Q 説の影

響も被っているといわなければならないであろう。つまり、労基法上の労働者と同様の観点から労組法上の労働者を判断しようという点はP説的だが、そもそも労働者概念を一定程度狭く措定しようとする（つまり、労基法上の労働者を狭く解すれば、労基法と基本的に同一の判断基準に基づいて判断を行うこととされる労組法上の労働者の範囲も狭くなることになる）点においてはQ説の影響がみて取れると解されるのである。このことからして、労組法上の労働者概念を考えるにあたり、（P説を形式的に把握することのみならず）Q説的発想を持ち込むことには大きな問題があるといわねばならないし、たとえQ説が説くように労組法上の労働者概念を団体交渉による保護を及ぼす必要性和適切性が認められる者と解するとしても、そもそもそのような者であれば本来、同時に労基法に代表される労働者保護法の保護も必要となるというべきではないのかという根本的な疑問が生ずるといえよう。

要は、一方で実質的か形式的かという軸と、他方でP説（使用従属性基準説）的かQ説（団交保護基準説）的かという軸を交差させて検討する必要がある、あくまで形式的な方向での選択とQ説的方向での選択を行うことの双方が問題となるのである。

(2) 実定労働法上の基本概念の統一性をめぐる問題

憲法二七条と二八条を連続的に捉えるべきだとするならば、それに基づいて制定されている各種の実定労働法についてもできるだけ整合性をもって統一的にコンセプトの把握を行うべきことになろう。それ故に、「労働法」としてひとまとまりに考えることができる法律群については規律や基礎の統一性（「なぜ労働法か」という労働法の「存在根拠」ないし「本質」）が必要であるという観点から「労働法」で問題となる労働者概念に関してはできるだけ統一性が求められるべきものと考えられる⁽⁵⁷⁾。また、その場合、労基法九条の「使用される」、労働契約法二条一項の「使用されて」、労組法二条の「賃金、給料」（＝使用されての、つまり指揮命令下での労務提供の対価）という労働法を

構成する基本的な法律（各基本法）の労働者概念に関する条文の文言を手掛かりとして、統一的に労働者概念の具体的基準を探る（ないしは基準の具体化をはかる）というのが自然な態度といえよう（ただし、念のため確認しておけば、以上はいわば中核的労働者ともいべき A や B をめぐる説示であつて、労組法上の労働者にはさらに失業者、求職者、退職者、被解雇者等（C と D）も含まれるので、労組法三条をめぐっては、ここで問題となる使用ないし指揮命令は、労働者が生活展開の基礎としてそのような特徴を内包している雇用関係の成立・形成を求めているという意味で潜在的なもの、あるいはこれまでの雇用関係に由来する問題を解決するという観点からかつて存していたものでもよいといえよう）。

実際、労働基準法は、二条一項で労働条件労使対等決定の原則を宣言しているが、これに引き続き同条二項が労働協約に言及していることからして、当然に同法二条は労働組合を通じてなされることも含めて労使対等決定を想定しているものと解される。また、労基法は、過半数組合を過半数代表と位置づけ、これに意見聴取、委員指名、労使協定締結の任務を負わせているが、このことはいうまでもなく労基法が労働組合、ひいてはその法的基礎を規定する労組法（具体的には、同法二条本文）を前提としているものといえよう（そもそも、法律ごとに「労働組合」や「過半数組合」の概念が基礎ないし基本において大きく異なると考える論者はいないであろう）。特に、労基法が多用する「労使協定は事業場単位でしか効力を有しない（ドワンゴ事件・京都地判平一八・五・二九労判九二〇号五七頁）」が、この場合の事業場は労組法が七条一号但書において言及する「特定の工場事業場」や一七条において言及する「一の工場事業場」と基本的に同一であり、労組法で問題となる労働者の過半数や四分の三以上という数的基準も労基法と労組法で労働者概念（つまり、ここでは具体的には A と B）が同じであると考えないと混乱と困難が生じることとなる。加えて、労基法や労働契約法のみならず、労組法も一六条で労働協約の規範的効力に関連して労働契約に言及

しているが、労働契約という重要な概念の統一性確保の観点からその一方当事者である労働者も基本的に労働組法において労働法や労働契約法においてと同一に捉えられる必要がある。以上はほんの一例にすぎないが、相対性Ⅱを推し進め、Q説的立場から法律ごとにその目的ないし趣旨に応じて労働者を考えればよいとすると、制定法の間で整合性がとれず齟齬をきたし法実務に混乱と困難をもたらすおそれも大いに存しているのである。

以上、(1)、(2)で検討したことからすれば、基本的に実質的P説に十分に妥当性を認めることができると考えられる。

(二) 実質的使用従属性基準説による説明の試み
概説

たしかに、実質的P説に拠った場合、AもBも実態ないし実質を踏まえ基本的に同一の視点から広く解するという結論となる。しかし、従来から、実質的P説に与する論者は、そのうえでAよりはBの方がさらに（若干）広いという結論も併せて承認してきている。では、その違いはどこから出てきて、その場合の違いをもたらす判断基準（の差異）はどのようなものであるのかは、実は、はっきりとはしていないかった。以上本稿で考察してきたように、基本的に実質的P説が妥当であるという結論をとるとしても、問題は、労働者概念の統一性を基本的には保持したまいに労働組法上の労働者概念の方が（範囲が）広いという結論（相対性Ⅱの承認）を正当化できるのか（あるいは、相対性Ⅱを直接認めるのではなくてもそれを認めたのと実質的に等しい結論を導き出し提示できるのか）、またそのためにはいかなる基準が必要となってくるのかである。これについて筆者は以下のふたつの項で示すアプローチのように対処することが可能であると考える次第である。

(2) 部分的労働者概念の承認

かつて、最高裁は、下請の番組制作会社から労働者の派遣を受けて自己の業務に従事させていた放送会社が使用者ではないとして番組制作会社の労働者の加入する労働組合からの団交請求を拒否したことが不当労働行為に該当するかが争われた事例において、「雇用主以外の事業主であっても、雇用主から労働者の派遣を受けて自己の業務に従事させ、その労働者の基本的な労働条件等について、雇用主と部分的とはいえ同視できる程度に現実的かつ具体的に支配、決定することができる地位にある場合には、その限りにおいて、右事業主は同条の『使用者』に当たるものと解するのが相当である」と判示して、部分的使用者概念とでもいべきものを認めた（朝日放送事件・最三小判平七・二・二八判六六八号一頁）⁵⁸⁾。これは（直接には労働契約関係にはなくとも）労働関係をめぐる問題につき労働組合を通じて解決ないし対処が可能かどうかという点から実態に即してなされた判断であるといえよう。⁵⁹⁾ そうすると、このような判断が認められるのであれば、今度は労働者概念についても同様の発想を持ち込み、部分的労働者概念というものを承認することができるのではないか。つまり、実質的判断の結果、当事者間の契約がたとえ（完全には）労働契約ではないと性質決定されたとしても、若干あるいは部分的に労働契約的側面や要素がみられる場合には部分的に労働関係が存するとして、換言すれば、一方の契約当事者（使用者）が他方契約当事者（労務供給者）に対して基本的な労働条件等の一部につき「現実的かつ具体的に決定、支配できる地位にある場合には」、労働組合を通じての問題解決・対処の可能性を考慮して、「その限りににおいて」当該労務供給者は「『労働者』に当たる」と解するのである。⁶⁰⁾

また、近年の民法学説のなかには、以上で論じた部分的労働者概念という考えに補強材料を提供してくれるように思われる見解も存している。つまり、請負、雇用、委任、寄託などの「役務提供契約」には一般に委任契約の側面が認められるので、委任契約としての規律を中心に据えて考え、「その役務委託契約によって役務提供者が負う義務の

うち、契約相手方の指揮・命令に従って労務を給付することが求められている部分については雇用の規定・・を適用していくのが妥当であると考えられる。役務提供契約というものを、委任契約の部分の中核として、場合によって、請負契約・雇用契約、さらには寄託契約が結びついたものとらえるわけである」という見解である。⁽⁶¹⁾ このような考えによるならば、まさに指揮命令関係が存する限度において(民法の)雇用の規定のみならず併せて労働組合法の適用を認めることも正当化することができるのではないだろうか。

とにかく、以上の説明で言及してきたような役務供給契約は、いわば労働契約(ちなみに、これは労働権行使の結果であるといえる)と委任契約ないしは請負契約の混合契約と考えて論を展開することができよう。⁽⁶²⁾ そこで、そのような事例に関しては、(完全に労働者であるということになればそれで問題はないが、たとえそうではなくても)労働組合による問題解決・対処可能性ということを踏まえ、これらの労務供給者につき、一部分中核的労働者(B)的側面を有する労務供給者がその部分に関する問題について解決を求めているとして、労組法上の労働者性を認めることとするのである(部分的労働者概念の承認)。以下、本稿ではこのような部分的労働者を「E」と呼ぶ)。なお、いうまでもなく、労働基準法はその法律の技術的性格から、いわば「全面的労働者」か否かで適用されるかどうかの問題となる(言い換えれば、部分的労働者であるとして部分的適用を問題とすることはできない)ので、この点で(C・Dは別としても)部分的労働者(E)概念を包摂しうる分だけ労組法上の労働者概念(BプラスE)の方が労基法上のもの(A)よりも広くなることになるのである。⁽⁶³⁾

(3) 相対性Iの観点からのアプローチ

あるいは、近年において一連の裁判例で問題となったような労務供給者については、(完全にBであると判断されることになればそれで問題はないが、かりにそうではない場合には)直接に相対性IIの側面からアプローチするので

はなく、大きく見方を変えて、もともと一般的に何ら異論のない相対性Iの問題(特に、Cの該当性判断をめぐる問題)と捉えて対処することもできるのではないか。

さて、Cの意味においての労働者は、具体的な使用者との雇用関係(労働関係)が問題となるのではなく、あくまで労働権を行使することにより(将来において)いずれかの使用者に向き合うことになるであろうことにもなうリスクや危険に直面する者である。とすると、(かりにBでないと仮定すれば)近年の一連の事件で問題となった労務供給者は、労務供給実態からして、あるいは保護を求めて、中核的労働者(AないしB)として取り扱ってほしいと望んでいると解して、労務供給の相手先に対していわば職(これまでの労務供給契約を今後は労働契約として締結し直してほしい、あるいはこれまで労務供給契約のなかに存していた労働契約部分を拡大ないし明確化してほしいということ、つまりA化)を求める一種の求職者(C)と位置づけ、(B・Eではなく)あくまでCの観点から労組法上の労働者性を認めるのである(自己決定に基づく労働権行使の観点、あるいは自己決定に基づく実態と法形式との乖離克服の観点)。

このような考えに基づくならば、国・中労委(新国立劇場運営財団)事件で問題となったようなオペラ歌手が劇場と一年ごとに出演基本契約を締結したうえで個別公演ごとに個別公演出演契約を締結し公演に出演するといった事例において、たとえ個別公演出演契約がなく、したがっていまだ出演基本契約を結んだにすぎないオペラ歌手が個々の公演に出演する「法的な義務」が存しなくても、このようなオペラ歌手について何ら問題なく労働者性を肯定することができるのである。要は、視点をシフトさせ、問題を従来からストレートに認められてきた相対性Iをめぐるものに位置づけ論じ直すことによって、求職活動(労働権行使⇨労働契約の締結に向けての活動)にともなうリスクや危険に対処していると解して解決をはかるのである(ちなみに、必ずしも明らかに独立自営業者ないし独立労働

者とはいえずグレーゾーンにあると考えられる労働供給者についても上述と同様に考えることができよう。ちなみに、かかる方向で労働者性を認めるとの考え方は、労働者が（不当と思われる、あるいは力関係から作出された）実態と法形式の乖離を自己決定に基づいて労働組合を通じて埋めようと努力する（連帯を志向することによって自らの力で乖離を克服・矯正し契約関係を適正なものとしていこうと試みる）方向を支援するという点において正義にも適ったものといえよう。

(4) 若干のまとめ

以上の検討により、実質的P説に立つて考えた場合であっても、十分に国・中労委（新国立劇場運営財団）事件、国・中労委（INAXメンテナンス）事件、国・中労委（ビクターサービスエンジニアリング）事件で問題となつたような労働供給者を（総合判断を行つて、Bか、あるいはたとえそれに該当しなくともEやCとして）労組法上の労働者と位置づけることが可能となるのである（なお、以下の記述では、主として私見の展開を行うことになるので、近年の最高裁の判決については二判決ではなく三判決を対象として論ずることとする）。そして、いうまでもなく併せてグレーゾーンにある者や非労働者化の傾向にも場合によっては（たとえBではなくとも、少なくとも）EやCの問題と位置づけて十分に有効に対処することができる（つまり、組合活動や団体行動等を通じて、実態として存している、あるいは非労働者化等の動きによって表面上はいわば法形式的に存しないかのように「偽装」されている、事実上の使用従属関係を適正な法的関係に合致させようとする労働供給者の自主的な動きをサポートすることにもつながる）ものと考えられる。ちなみに、私見によれば、(2)や(3)で検討したような労働供給者（EやC）が対価として受け取る報酬や料金等が労組法三条がいうところの「その他これに準ずる収入」ということになる点を最後にここで付言しておく。

(三) 補足的検討—企業への組入れと企業の社会的権力性の問題

(1) 労働基準法研究会報告書における労働基準法上の労働者の判断基準

さて、かりに、実質的 P 説に立って労組法上の労働者を把握すべきであるとしても、かつてそれが念頭に置いていた労働者判断の諸要素と最高裁が C B C 管弦楽団事件判決および最近の三判決で示した判断要素とは一定の差異が存している。また、Q 説に立った場合でもこれらの諸要素をいかなる観点から理論的に把握すべきかについては争いが存していたところである。そこで、最後に、実質的 P 説の立場から果たして最高裁が示した判断要素を説明し整理することができるのかについて検討を加えておくことにしよう。

ここでは、まず、かつての実質的 P 説(たとえば、片岡説)の説く基準に類似するのみならず、労基法上の労働者の判断基準として Q 説や多くの裁判例も依拠していると思われるところの、労働基準法研究会が一九八五年に公にした「労働基準法の「労働者」の判断基準について」⁽⁶⁵⁾という報告書(以下では単に「報告書」と呼ぶ)において示されている判断基準をみてみよう。この報告書はそれまでの学説・裁判例等を整理したものであるが、労働者であるか否かは「使用従属性」、つまり指揮監督下の労働と報酬の労務に対する対償性によって判断される。ちなみに、指揮監督を示す要素として、具体的に、仕事の依頼・業務従事の指示等に関する諾否の自由の有無、業務遂行上の指揮監督の有無、拘束性(勤務場所および勤務時間が指定、管理されていること)の有無、代替性の有無が挙げられており、また「労働者性」の判断を補強する要素として、事業者性の有無(機械、器具の負担関係と報酬の額を考慮)と専属性の程度が示されている。そして、これらの諸要素の総合判断により労働者性の有無が決められるべきとされる。

これは、最高裁が労組法上の労働者性に関して C B C 管弦楽団事件判決や最近の三判決で示した判断要素とは一部共通するものの、同時に一定の差異もみられる。つまり、これらの最高裁判決においていずれも一番最初に挙げられ

ている（したがって、判断にあたって最も重視されていると思われる）事業組織への組入れの要素が報告書では判断要素として正面からは取り上げられていない点は何よりも大きな差異であると考えられる。ただ、報告書は、事業組織への組入れという判断要素についてまったく考慮・言及を行っていないわけではなく、「なお、管弦楽団員、バンドマンの場合のように、業務の性質上放送局等『使用者』の具体的な指揮命令になじまない業務については、それらの者が放送事業等当該事業の遂行上不可欠なものとして事業組織に組み入れられる点をもって、『使用者』の一般的指揮監督を受けていると判断する裁判例があり、参考にすべきであろう」と述べて副次的、補足的にはあるが若干の考慮を行っている点に注意する必要がある。

CBC管弦楽団事件・最高裁判決の示すそれ以外の判断要素（仕事の依頼、業務従事の指示等に関する諸否の自由がないこと、労働力処分の指揮命令権、報酬の労務提供対価性）は報告書の説くところに類似しており、また、最高裁の近年の三判決の示すそれ以外の判断要素については、仕事の依頼・業務従事の指示等に関する諸否の自由がないこと、勤務時間・場所の拘束性と指揮監督下の労務提供、報酬の労務提供対価性については報告書の示すものに類似しているが、契約内容の一方的決定性は報告書では触れられてはいない。

(2) 労働基準法研究会報告書と最高裁判決の判断基準との異同についての考え方

以上のように、報告書の基準と労組法上の労働者性をめぐる最高裁の判断基準がそれぞれ異なっているため、学説の多くは、後者は、団体交渉の保護を及ぼす必要性と適切性の観点から前者とは異なる労組法独自の労働者概念の判断基準を示したものと解している。しかし、このような捉え方は果たして妥当なものであろうか。

報告書は一九八五年に公表されたものであるが、たとえば、この時期にはいまだ労働基準法において裁量労働制は導入されていなかった。専門業務型裁量労働制に関する三八条の三の規定が設けられたのが二年後の一九八七年、企

画業務型裁量労働制に関する三八条の四の規定が設けられたのがさらにずっと後の一九九八年のことである。⁽⁶⁶⁾ 裁量労働制適用者も当然のこととして労働者であると考えられているが、これらの者の労働者性を判断するにあたっては報告書の基準・判断要素はストレートには妥当しないように思われる。特に、報告書が指揮監督（≡指揮命令）を判断要素の核に据える、あるいは強調する点につきそのようにいうことができよう。要は、報告書の示す基準はあくまで一九八五年以前の学説・裁判例の状況ないし到達点を整理してまとめたものにすぎず（それ故、従来からの流れに即して指揮監督ということにストレートにこだわり固執することになつているといえ）、したがって裁量労働制については正面から念頭に置いてはいないし、大きく変化し複雑多様化する現代の雇用社会の状況に必ずしも十分にフィットしているともいうことができないのである。また、学説の多くは、この報告書が示すところのものが「使用従属性」の判断基準であると固定的・硬直的に（あるいは不変のものと）捉えて議論を行っている（傾向がある）ように思われるが、時代の経過とともに一定の状況の変化がみられるにもかかわらずこのように使用従属性の判断手法をかつてのままで固定化する思考法にも大きな問題がある。

そこで、たとえば、裁量労働制の適用対象者も労働者であることを認めることを正当化するためには、あるいは現代の雇用社会での働き方に適合した形での労働者性判断を行うためには、（あくまで本質を見据えたうえでのことはいうまでもないが）より柔軟に考えること（特に、指揮監督という点を緩和して解すること）が必要といえ、したがって、現代においては、いかなる判断基準や判断要素（あるいは基本的考え方）を用いることが適切であるかを検討することが重要問題となる。

この点につき、まず注目すべきは、すでに触れたように、報告書が、業務上の指揮監督（すなわち、人的従属性の基礎であり、使用従属性を示す重要な要素である点に注意する必要がある）につき、管弦楽団員、バンドマンの場合

など「具体的な指揮命令になじまない業務」につき「当該事業の遂行上不可欠なものとして事業組織に組み入れられる点」を重視しようと思われ、補足的に提言していることである。これは明らかにC B C管弦楽団事件・最判を念頭に置いた提言であると思われるが、労組法上の労働者概念の判断要素を労働基準法上の労働者概念の判断要素としても考慮し使用しようと試みるものである。要は、事業に組み入れられた労働と評価されれば、(他人によって決定された)企業目的に拘束され、それに従って(その企業領域内ないし範囲内で)労働(労務提供)しなければならぬ(つまり、自己の企業ないし事業目的に即して労働力を利用する自由を喪失する結果、他人決定労働 (fremdbestimmte Arbeit) がみられることになる) という点において(弱いとはいえ)指揮命令(ないしは指揮監督)の要素(基本的指揮命令権ないしは基本的労務指揮権の存在)を読み取ることができるのである。このような視点を基本に据えて判断を行うこととするならば裁量労働制適用者の労働者性も十分に認めることが可能といえよう。⁶⁷⁾そして、このようなスタンスを正面から本格的に採用するのであれば労基法上の労働者概念と労組法上の労働者概念を基本的に統一的な観点から判断しようとする立場とも合致することになると考えることができる。

また、次に、フランスにおいても、労働契約 (contrat de travail) の基準 (critère) であるとされる使用者の指揮命令下 (sous la direction du patron) に置かれていることを意味する法的従属性 (subordination juridique) の基準(わが国における人的従属性ないし使用従属性に相当する基準である)が判例において徐々に緩められていき、具体的な指揮命令がなくとも企業への所属 (participation à l'entreprise) を意味する組織された労務 (services organisés) が存すれば労働契約であることが認められるという方向に向かう展開がみられた。このような動きは先にみたわが国における報告書の補足的提言の方向性と合致するものと考えられる。そして、このようなフランスの判例傾向は、依然として法的従属性の名で語られるけれども、その内実には法的従属性と経済的従属性 (dépendance économique) の融合であると

も指摘されている。また、かつて経済的従属性（あるいは労働契約の基準としては経済的従属性に拠るべきとする説）はルネ・サヴァチエ（R.Savater）など企業をひとつの法的組織体である「制度（institution）」と考える企業制度論（la théorie institutionnelle de l'entreprise）に与する一部の学者によって有力に主張されたものであって、この点においてわが国でいう組織的従属性とも一定の関連性を有するように思われる（要は、わが国の用語でいえば、人的従属性への経済的従属性と組織的従属性の組入れ・融合・統一という方向をとっているのである）⁽⁶⁸⁾。

そして、わが国における実質的 P 説の代表的論者である片岡昇も当初は労働的従属性の存否は人的従属性を中核として経済的従属性（特に、片岡の主張する経済的従属性は「労働条件ないし契約内容が使用者によって一方的に決定されるといふ服従関係」を意味する点に注意する必要がある）を結合させて複合的に判断することを説いていたが、後に雇用形態の多様化などにより時代状況も変化したことを受け、指揮命令が緩い労働者もみられるようになってきた点をも考慮し、これらに組織的従属性（これは「労働者の労働が使用者の業務の不可欠的構成部分として有機的に組み込まれる」という意味で用いられている点にも注意すべきである）も加味して判断すべしと論ずるように説を変化させてきている。⁽⁶⁹⁾ このことも事業組織への組入れを使用従属性の判断要素と解する方向（あるいはまさに最高裁が近年の三判決で示した考え方に近い立場ないしはそれとの類似性）を示すものと、またフランスの判例の近年の流れと合致する考えを示すものといえよう（そうすると、最高裁の判断を支持する Q 説の具体的な主張内容も、「従属性」という表現や概念に依拠して、あるいは、従来は使用従属性の判断要素と考えられてきたものを一定取り込んで論を展開する点も含めて、実は、結局は、結論的にみてかつて片岡が三つの従属性の複合・加味を説いて展開したような実質的 P 説に極めて近いものとなっているということができよう）⁽⁷⁰⁾。

さて、CBC 管弦楽団事件判決も近年の最高裁の三判決もあくまで事例判断にとどまるのであって、当該事案を総

合考慮した結果、（労働組法上の）労働者性が認められるというものにすぎず、そこにおいて労働者性の判断要素が必ずしもすべて、あるいは必ずしも体系的、一般的ないしは理論的に整序された形で示されているともいえないと考えられる（そして、示された判断要素のすべてが存しないと労働者とは認められないのか、一部が欠けていてもよいかについてははっきりとしない）。しかし、これらいずれの判決においてもまず最初に事業組織への組入れという要素に言及がなされている点に注目すれば、まさにこれこそが不可欠かつ共通の本質的判断要素であり、労働組法三条に示されている報酬の労働提供の対価性というもう一つの基本要素（ちなみに、これは同時に労働基準法九条や労働契約法二条一項においても「賃金」として示されている）を除いて、最高裁判決に示されているその他の要素は労働者性を補強するところの補足的な総合判断要素（存しなくとも労働性判断は可能であるが、存すれば労働者性を認めあるいは強める方向に作用する要素）であると理解することが可能ではないか。そして、すでに若干検討したように、事業組織への組入れということに（弱いながらも）指揮命令の存在（つまり、人的従属性の徴表）を読み取ることができるのではないか。

以上のような理解に妥当性が存するとするならば、労基法と労働組法の労働者性の判断は、事業組織への組入れと報酬の労働提供対価性を基本的要素として重視しつつ、それと併せて報告書が使用従属性の判断基準として示した諸要素やCBC管弦楽団事件判決および最近の最高裁三判決が判示したような諸要素（契約内容の一方的決定性、業務の可否の自由の存否、時間的・場所的拘束性ないし指揮命令、事業者性…なお、これら自体が報告書の要素と一部重複していることをここで念のためもう一度触れておく）を事業組織への組入れを補完・補充・補強するための要素として総合的に考慮するという形で統一になされるべきであることになる（ちなみに、雇用形態や働き方や労働供給形態が多様化し具体的な指揮命令の強弱・存否だけでは事業組織への組入れを判断することは困難と思われるので、現

代の雇用社会の状況を踏まえて適切な複数の補完的・補充的判断要素や判断のパターンを考案していくことが今後の学説および法実務に課せられた重要課題となる。

そして、さらに、労組法の労働者かどうかをめぐっては、(特に、グレーゾーンと思われるような場合においては)部分的労働者概念(E)を認めたり、あるいはC的な観点から判断を行ったりして、そしてまたいうまでもなく従来から問題なく労働者性が認められてきているC(通常の求職者・失業者)やDの場合も存するのであって、労働基準法上の労働者概念よりも一定広く判断を行うべきこととなる。以上のような考え(私見)は新実質的P説(新実質的使用従属性基準説)と呼んでもよいであろう。

ちなみに、以上のような考え方に立つならば、報告書やC B C管弦楽団事件最高裁判決では触れられていなかった契約内容の一方的決定性という基準ないし要素は、事業組織、すなわち(通常は組織的・集団的性格を有する)企業においてはすでに基本的な労働条件や就労(労務供給)システム等があらかじめ組織的ないし集団的な形で制度化されており(制度的に決定されており)、労務供給者が企業システムに組み込まれて労務を供給する場合には基本的にこのような制度化された条件等に従って労務供給せざるをえず、それについては個別化や個別交渉の余地がないということを意味すると解することが妥当となる。²⁷つまり、労働条件の一方的決定とは(たしかに、経済的従属性ないし経済的格差を示す場合も多いと考えられ、それはそれで労働者性を補強する指標となしうるとはいえるが、むしろどちらかといえばより一般的に)事業組織への組入れの一徴表であると解するのである(こう考えるならば、当事者間に大きな経済的格差が存する場合だけではなく、必ずしもそうではない場合であっても、あるいはたとえ労働者が「強者」であろうとも労働者性を認めることが可能となるといえよう)。つまり、事業組織Ⅱ企業(あるいは企業システム)への組入れということだけではいまだ基準として曖昧な部分も存しているので、結局は、判断にあたっては、

多くの場合、補完的・補充的・補強的要素を用いなければならなくなるとしているが、この一方的決定性という指標もその組入れの補強的判断要素のひとつ（しかも、重要なひとつ）をなすと捉えるのである。

また、事業組織への組入れの基準の明確化という観点から、もう一点追加的に述べておく。「使用従属」状態にある労働者であるというためには事業組織（企業）への組入れの有無についての判断は実質的になされなければならないが、たとえ企業への組入れ傾向が一定程度認められるにしても、当該労働供給者がいまだ自己の独立の事業 \parallel 企業を組織して活動している（つまり、独立の事業者である）と評価できる場合であれば労働者とはいえない（つまり、それ自体が「企業」である）のであって（ちなみに、個人事業者のみならず独自の企業性が明確といふべき中小企業や関連会社・下請企業などのケースにおいてもこのように組入れがみられると評価される場合が一定広範に存することは否定できないであろう）、したがって、事業者性の有無という消極的判断要素を用いて独立事業 \parallel 独立「企業」性の有無を判断することも、労働供給者が完全に他者の企業内に組み込まれ、そのなかで他者の企業目的に拘束されて労働供給を行い、その結果、その範囲においては自己の企業性（自己の労働を自己の企業（事業）目的に即して自由に活用・展開する可能性）を喪失するに至る事態が存しているか否かを明らかにすることになるのであり、いわば労働者性の外延を画し確定するという観点から一定の場合において重要となってくるように思われる。

要は、最高裁のC B C管弦楽団事件判決および三判決はあくまで事例判断にすぎず、その意味ないし体系的理解をめぐっては一定の広い範囲で解釈を受け入れる余地が存しているのであって、なにも最高裁は明確にQ説的な立場を示したとのみ固定的な形で解釈すべきではないといえよう。したがって、妥当な方向性を有する解釈を探ることが重要となるのである。

(3) 事業組織への組入れと企業の社会的権力性・組織された労務の問題

労働者性の判断基準をめぐる問題については以上で議論を終わらせてもよいのであるが、最後に、「なぜ労働法か」という問題とも絡めて私見の観点からさらに一点補足的、追加的に論を展開しておく。

さて、事業組織への組入れの基準が労基法と労組法を通じて統一的に労働者性判断の基礎とされるべきであるとしても、それは何故なのであるか。多くの学説は、労組法上の労働者概念に関して相対性を強調し、事業組織への組入れの要素が団体交渉の保護を及ぼす必要性と適切性（つまり、経済的弱者性や経済的格差故の保護の必要性）を示すものと解した⁽⁷³⁾のだが、これは視野の狭い見方であり、事業組織への組入れが意味するものは、実は、それにはとどまらないと考えられる。この点に関連して、筆者は、これまで、「なぜ労働法か」という労働法の本質ないし存立根拠（これ自体、憲法二七条と二八条に基づく労働法の統一的・一体的把握の要請を受けて、その基本原理はどのようなものかという課題を追求するものである）と絡めて、大要、次のように論じてきた⁽⁷⁴⁾。

経営状況や景気・経済状況を踏まえつつ雇用を提供したり、基本的な労働条件や雇用形態を決定したり、あるいは非労働者化政策を展開するのは企業 (Entreprise) 〓 使用者 (Employeur) であり、市場競争の激化によりリストラや合理化を決定したり成果主義人事制度を導入するのも企業である。セクハラ、パワハラ、企業内いじめ、偽装請負といった問題も労働者に比べ社会的経済的に優勢・優位な立場にある企業がその力を不当に行使した結果であるということができると考えられる。そうすると、そのような企業の力の行使を抑制しコントロールすることなしには雇用問題・労働問題が根本的に解決することはありえない。また、経済のグローバル化の進展のもと市場競争が激化し先行きも不透明ななか、企業は経済や市場の状況に左右され、さらに一層労働者に対して不当な権力行使に走るおそれがある。労働者はそのままで対等の契約当事者性（このなかには自己決定権や人格権・人権や独立の人格者性や私生活の自由なども含まれるといえよう）を保持しつつ自己（個人）を遙かに凌駕する企業の社会的、経済的かつ組織的

な力に立ち向かうことはできない。これは労働者が弱かろうと強かろうと（そして、特に、経済的従属性下に置かれた経済的弱者であろうとなかろうと）同じであるといわねばならない。労働者がキャリアの形成や展開を行うにあたり、自立的に自己決定をなしうる独立・対等の契約主体として労働契約を締結し展開していく（つまり、労働者の独立の契約主体性を確保し契約の自由を實質化してその自己決定を実現するとともに労働関係を純粋に契約に基づく経済的関係内のものに整序しそれを超えて社会的権力が労働者の私的領域や諸権利や人格の独立性などに不当に介入・干渉することを防止する）ことができるようにするためには、このような企業の力（これは社会的権力≡私的権力（*pouvoir privé*）といつてよいであろう）を制限・コントロールし、それを適正かつ合理的な範囲内に整序しなければならぬし、かかる企業権力制限のためには併せてより広く（労働）市場の公正さを確保するための制度的装置や支えを設けることも必要となる。要は、（労働契約の締結・展開・終了を含めた）経済的な保護に関する問題に対処することと同時に、あるいはまさにその前提として社会的権力からの労働者個人の防壁を形成することが重要となるのである。

したがって、労働法とは、一種の社会的権力とでもいうべき企業の力（個人を遙かに凌駕する社会的・経済的・組織的な力）を適正な範囲内に整序しコントロールすることで企業の不当な権力行使を抑制するとともにそれからの労働者個人の防壁を形成することによって、企業の社会的権力に由来する悪弊・弊害・影響を除去・軽減しつつ公正な労働市場や適正な労働環境を形成し、労働者が自己の生存を含めて自己決定を行い主体的かつ自立的にワーキングライフやキャリアを展開していくことを可能とするために必要な法的装置であると解すべきである（企業の社会的権力制限による労働者の自己決定実現・實質化の理念）。このような企業の社会的権力性はいつの時代にもどこにおいてもみられる一定普遍的なものであり、それがかつては労働者の生存権を侵害する形で現象化し、近年に至り労働者の

自己決定や自立に看過できない影響を及ぼすことが問題とされ、そして現在においては、成果主義人事から「派遣切り」やワーキングプアに至るまで、そしてセクハラ・パワハラやいじめ、過労死・過労自殺や偽装請負に至るまで複雑な形でさまざまな問題を噴出させているのであり、これらに対処するためにはその時代の状況や課題等に応じた形で企業の社会的権力をコントロールしその弊害等を除去・軽減するための法的装置や防壁、つまり労働法が必要不可欠となるのである。

以上のような私見からすれば、事業組織への組入れとは、まさに企業への組入れ (incorporation a l'entreprise) と言い換えてもよいのだが、端的に個人としての労働者がこのような企業の社会的権力 (そして、それにもなう一定の危険・弊害やリスク) のもとに置かれていること (ちなみに、C の意味での労働者については、これからの労働権の行使にあたり企業の社会的権力に直面せざるを得ないこと、あるいはいはずれ企業の社会的権力のもとに置かれることになるであろうこと) を示すものであって、それにもなうリスクを回避・軽減し、あるいは企業の社会的権力性⁽²⁵⁾に由来する危険・弊害・影響を除去・緩和し、労働者の対等性を確保して自己決定を実現するために労働法の適用 (そして、労働組合の結成・運営・活動) を正当化するもの⁽²⁶⁾とができることになる。ちなみに、重要な点なのでここで繰り返すが、既に述べたように、これは労働者が (経済的な点も含めて) 弱者か強者かということには直接には関係しないといえよう (要は、問題を、労働市場や労働関係における「権力」対「個人」の図式・構図に照らして、いかにして「社会的権力」≡企業からの「個人」≡労働者の自由や自己決定の確保・保護をはかるかという観点から捉えるべきであって、したがって、(労組法上の) 労働者性判断をめぐっては (完全には否定できないにしても、主として、あるいはもっぱら) 経済的弱者性や経済的従属性という観点から、ましてや逆にサポートシステム説の説くようにもはや弱者ではない個人としての労働者という観点から論じられるべきではないと考えられる)。ただ、その

場合の事業組織への組入れとは、狭く単に「組織」（ないしは「組織体」）としての企業への組入れを意味するのみならず、併せて他者の経済的な企業システムのなかに組み入れられて（実質的に）自己の独立の事業者性Ⅱ企業性を喪失しつつ（つまり、自己の労働力を処分する自由ないし権利を他企業に委ねつつこの他企業の企業目的に即して）労務を提供しているという観点からも広く把握すべきと考えるものである。⁷⁶近年の最高裁判決やソクハイ事件・中労委命令、あるいは二〇一一年に公表された『労使関係研究会報告書』が補完的（補充的）な消極的判断要素として示す事業者性の有無も、以上のような視点を踏まえ、労務供給者が（実質的にみて、自己の独立事業者性Ⅱ独立の企業性を喪失して他者の）企業の社会的権力のもとに実質的に組み入れられているのか、それとも独自の企業を組織し運営している（独自の企業性が存している）のでいまだそのような状態にはないのかを判断するものであるという意味において捉えられるべきであろう。

なお、本稿の課題は、あくまでこれまでの学説等による議論を踏まえて、大局的な見地からそのような議論の基本的ないし一般的な方向性の意味や妥当性を検討し、現在の問題状況の概略を示すことにある。したがって、より具体的な観点からのさらなる詳細な検討（特に、最近の最高裁三判決の示すような判断要素—補完的・補強的要素—で十分なのか、また、それ以外の判断要素はありうるのか、あるいは最高裁の示した判断手法とは異なる基準によっても企業への組入れということを認めることができるのかなどについての検討）を行っていくこと、そして本稿で取り扱った問題と密接に関連する集団的労働関係法（労働組合法）上の各論的諸問題の検討を行うことは積み残した宿題とということでは今後の研究課題とし、いずれ別稿を期したいと考える所存である。

おわりに

以上で、労組法上の労働者概念をめぐり、これまでの議論や判例の動きを大きく振り返りつつ、私見を展開してきた。筆者の見解は、結論的にいえば労組法の労働者概念を広く捉えるべきであるという帰結を支持する点については多くの学説や最高裁判例の立場と何ら異なるものではない。しかし、これまでの学説の議論は、議論のあり方として、あまりにも一定(特定)のないしは一方的方向を向いている(向きすぎている)点に問題を内包しており、議論が複雑に展開される割には視野が狭く(したがって、それからはずれる問題点や論点を切り捨ててしまうことになり)本質論的検討に欠けるくらいがなきにしも非ずと思われた。また、注目を浴びたとはいえ、事例判断であるということもあり、最高裁判決の説くところの意味も必ずしも明確ではなかったといえる。そこで、本稿において、あえて多くの学説とは異なる視点から、批判的観点も交えて独自の理論的検討を試み、併せて新たな視点から最高裁判決の意味づけと読み方を示した次第である。筆者の試みが果たして、あるいはどこまで成功したといえるのかは心許ないところではあるが、いずれにせよ、本稿での検討が、若干なりとも、この問題に関する理論展開を刺激し、その活性化の一助となれば幸いである。

ちなみに、これまでの本稿での検討からすれば、そして誤解を恐れずにいえば、労組法上の労働者概念を狭く捉えたため学説から一斉に激しい非難を受けた東京地裁や東京高裁の一連の裁判例は、たしかに、①労働者の「範囲」の問題と労働法の「本質」の問題を区別せず、しかも②実態に目を向けず形式的な法的判断を行った点に重大な問題(欠点ないし欠陥)があるとしても、(提示した結論の当否は別にして、そして極めて不十分・不手際ながらも)P説的な観点を帶有し「本質」を踏まえた判断を志向した点にのみかぎればいくらか評価の余地も存するのではないかと

考えることができよう。たとえば、これらの判決の示した「結論」に問題があるとしても（繰り返すが、この点については大いに批判されるべきであることはいうまでもない）、そのことから（若干ではあるとはいえ存しているところの）その「本質」的思考までを（すべて）否定し切れる（あるいは否定すべき）ものではないであろう。¹⁷⁾

(38) 菅野・前掲注(19) 書一九頁以下、五〇一頁以下。なお、団交中心説の代表的な立場として、他に、石井照久『新版 労働法 第三版』(一九七三年、弘文堂) 七〇頁以下、二六六頁以下、石川・前掲注(7) 書一頁以下、東京大学労働法研究会・前掲注(7) 書四九頁以下などを挙げるができる。ただ、近年、意識的にしろそうでないにしろ、団交中心説的な表現と説明を用いて論を展開する傾向が極めて有力となってきたといえる。

(39) 理論の対立状況について、詳しくは、さしあたり、三井正信「労働組合と労働者の自己決定」法律時報六六卷九号(一九九四年) 六六頁以下を参照。なお、労働者地位向上説の代表的立場としては、片岡昇『労働法1』(第三版) (一九九三年、有斐閣) 七七頁以下、外尾・前掲注(7) 書八頁以下など。

(40) 三井・前掲注(39) 論文七二頁、同「組合のなかの集団と個人」日本労働法学会(編)『講座21世紀の労働法 第8巻 利益代表システムと団結権』(二〇〇〇年、有斐閣) 一三三頁。なお、卑近な譬えで恐縮であるが、饅頭であるというためには、餡子が重要であって、餡子が中心部分を占めるといっても、それだけではなく、どんなに薄くても皮が必要であるということとの比較で考えれば、団交はあくまで饅頭の餡子部分にすぎないといえよう。

(41) 西谷・前掲注(7)『労働法』四五九頁。

(42) たとえば、浜村彰『唐津博』青野寛『奥田香子』ベーシック労働法 第4版(二〇一二年、有斐閣) 九一〇頁。

(43) 樋口陽一『自由と国家』(一九八九年、岩波書店) 一一〇頁以下、同『憲法 第三版』(二〇〇七年、創文堂) 二七頁以下。

(44) 「身分から契約へ」および「契約から身分へ」について、その正確かつ根本的な意味(含意)を踏まえ本格的な検討を加えるもの

として、フランスにつき、三井正信「フランスにおける労働契約概念の形成とその展開(上)、(下)」季刊労働法一四四号(一九八七年)一七七頁以下、一四五号(一九八七年)二〇二頁以下、同「フランスにおける労働契約衰退論についての一考察(一)」、(二)・完」法学論叢二五巻四号(一九八九年)三一頁以下、二二六巻二号(一九八九年)五五頁以下、同「フランス労働契約理論の現代的展開(一)―(五)・完」広島法学一四巻二号(一九九〇年)二九頁以下、一四巻三号(一九九一年)三七頁以下、一四巻四号(一九九一年)三五五頁以下、一五巻三号(一九九二年)六九頁以下、一六巻二号(一九九二年)五五頁以下、イギリスにつき、同「イギリス雇用契約論における contract と status (一)、(二)」広島法学二三巻一号(一九九九年)五七頁以下、二三巻二号(一九九九年)一〇五頁以下を参照。なお、併せて、同「フランス労働契約理論における contrat と statut」比較法学六七号(二〇〇五年)二一四頁も参照。ちなみに、一般的にいつて、現代的な意味における「契約から身分へ」とは、古典的な意味における「身分から契約へ」の公式で表わされる法的進歩・法発展に対する逆行・退行ではなく、あくまで「身分から契約へ」という近代的な動きの核心をなす個人の意思ないし契約(労働法においては労働者の意思ないし労働契約)を前提とし、保護法規等により労働者の意思や契約を維持し実質化する動きを示すものである(つまり、「古典的な(=市民法的な(civil))契約(contract)から社会的規制(status)を加えられた(statuire, socialise)契約へ」ということを意味する)点に留意すべきことを念のため確認しておく。したがって、本文で述べたような労働者性判断にあたり経済的弱者としての地位を強調する理論傾向(そのなかでも特に広い意味でのQ説に属する経済的従属性のみを判断基準とする考え方)はまさに古典的な意味での公式に対する逆行をなすことになるといえ、したがって、それは同時に現代的な意味での動きにも反する結果となるとも考えられる(憲法28条が保障する労働基本権は、労働者(労働組合)だけに保障される権利であり、その意味で特権(privilege)である)とする土田道夫「労働法概説」第2版(二〇一二年、弘文堂)三一―九一―三二〇頁にも同様の問題点が存しているといえる)。結果的妥当性を求める(に急な)あまり、立論にあたって法発展の基礎や立憲主義の原理を忘却すること、あるいは法の基本原則や基本原理を踏まえ(もっぱら)技術論的に議論を展開することは大いに問題であるといえるべきである。この点において、労組法上の労働者概念をめぐる近年の学説の理論展開には看過できない由々しき瑕疵が存していたということが出来る。したがって、注(24)で挙げた水町の指摘はQ説的な見地の最高裁判決が出されたことにつき、Q説の代表的論者の「完勝」であって「日本の労働法学は揺るがなかった」と評しているのだが、学説の大勢がQ説的な方向へ流れてしまっていることも含めて、極めて問題のある認識であるといわねばならない。

(45)

労働法や労働組合と労働者の意思・自己決定との関係についていかに解すべきかについては、さしあたり、三井正信「現代雇用社

会と労働契約法』（二〇一〇年、成文堂）二二六頁以下、同・前掲注（39）論文六六頁以下、同「労働組合の将来と労働者の利益代表システム」労働法律旬報一四九五―一四九六号（二〇〇一年）七七頁以下を参照。

（46） 菅野・前掲注（19）書二五―二六頁。

（47） 菅野和夫Ⅱ諏訪康雄「労働市場の変化と労働法の課題」日本労働研究雑誌四一八号（一九九四年）二頁以下。

（48） サポートシステム説の問題点を指摘し根本的批判を行うものとして、三井正信「労働法の新たなパラダイムのための一試論（二）、（三）」広島法学二四巻四号（二〇〇一年）三五頁以下、二五巻二号（二〇〇一年）九一頁以下、萬井隆令Ⅱ脇田滋Ⅱ伍賀一（道）（編）『規制緩和と労働者・労働法制』（二〇〇一年、旬報社）一四九頁以下（脇田執筆）、遠藤隆久「グローバルゼーションと労働法の市民法化」横井芳弘Ⅱ篠原敏雄Ⅱ辻村昌昭（編）『市民社会の変容と労働法』（二〇〇五年、信山社）五六頁以下、和田肇「人権保障と労働法」（二〇〇八年、日本評論社）二五六頁以下など。なお、後に本文で述べるように、菅野は労働組合公的団体論に立っていると解されるが、それとの関連でいえば、サポートシステム説においては、もはや労働組合はそれほど重視されないこと、つまり「市場」システムの前では国家に類似した「公的団体」の役割は縮小せざるをえない帰結となることはある意味で必然的なものであるともいうことができよう。

（49） 菅野・前掲注（19）書二五―二五三頁。なお、菅野がより明確に正面から労働組合公的団体論へのコミットとその基本的考え方を示すものとして、同「違法争議指令」萩澤清彦（編）『労働判例百選 第四版』（一九八一年、有斐閣）一三三頁。

（50） 労働組合公的団体論を正面から明確にコンパクトな形で体系的に示す代表的論稿として、浜田富士郎「労働組合内部問題法の基礎理論的考察」久保敬治先生還暦記念論文集『労働組合法の理論課題』（一九八〇年、世界思想社）三三頁以下。

（51） 争議権に関しこの点を指摘するものとして、角田邦重Ⅱ西谷敏Ⅱ菊池高志『労働法講義2 労働団体法』（一九八五年、有斐閣）一七〇頁（西谷執筆）。なお、この点については、片岡Ⅱ大沼・前掲注（8）書四一頁以下も参照。

（52） 労働組合公的団体論に対する問題点を指摘し根本的批判を加えるものとして、三井・前掲注（39）論文六六頁以下。なお、筆者は、なにも、労働組合が（事実上、ないし実態として）パブリックな性格を有していることまでを否定するものではない。しかし、筆者のいう「パブリックな」とは、労働組合公的団体論のように、国家により任務と使命と特権を与えられ、国会と同様の規範定立権限を有するという、いわば国家（ないしは国家政策）に組み込まれた、あるいは国家に類似したという意味ではなく、あくまで労働組合は私的任意団体であって労働者が自己決定に基づき連帯するものであるが、①そのような労働者の自己決定は労働者的「公共性」

を認識して自分一人では対処できない問題の共同解決をはかろうとするものであって、②しかも労働組合は労働者に「広く開かれた」団体であるという意味である。要は、上からの「公的」性格ではなく下からの「公共的」性格に着目することが重要なのである。この点で、「セミ・パブリックな」という言葉をあくまで労働組合公的団体論が説く「(準)公的」という意味と同義で用いる下井隆史『労使関係法』(一九九五年、有斐閣)三二頁、四〇頁、四七一―四八頁には賛成できない。

(53) たとえば、自己決定権説に立つ西谷は明らかに基礎理論的にみてQ説の代表的立場とは一線を画するように思われる。詳しくは、同・前掲注(7)『労働組合法〔第2版〕』、同・前掲注(7)『労働法』、同『労働法における個人と集団』(一九九二年、有斐閣)などを参照。

(54) たとえば、自己決定権説に立ちQ説的な立場とは一線を画する西谷説が結論的ないしは結果的には団交中心説に接近する可能性を有している点を指摘するものとして、三井・前掲注(39)論文七一頁。

(55) 総合的な見地から検討を行って問題点を指摘しQ説的な立場全体に対して根本的な批判を展開するものとして、三井・前掲注(39)論文六六頁以下。なお、Q説的な理論の代表的な立場である菅野の集団的労働関係法理論については、三井正信「労働組合の職場代表機能に関する法理論的考察(一)」広島法学三二巻二号(一九九八年)一〇五頁以下も併せて参照。

(56) 菅野・前掲注(19)書五―五五―一八頁。

(57) 三井・前掲注(4)書四九―五〇頁。

(58) この判決については、さしあたり、脇田滋「集団的労働関係における使用者」村中〓荒木(編)・前掲注(16)書一〇―一一頁参照。

(59) 三井・前掲注(4)書六〇頁。

(60) 三井・前掲注(4)書五〇頁、同・前掲注(4)論文五頁。ちなみに、国・中労委(ビクターサービスインジニアリング)事件の高裁判決(東京高判平二二・八・二六判一〇二二号八六頁)は、「同法上の労働者は、同法の目的に照らして使用者と賃金等を含む労働条件等の交渉を団体行動によって対等に行わせるのが適切な者、すなわち、労働契約、請負契約等の契約の形式いかんを問わず、労働契約上の被用者と同程度に、労働条件等について使用者に現実的かつ具体的に支配、決定される地位にあり、その指揮監督の下に労務を提供し、その提供する労務の対価として報酬を受ける者をいうと解するのが相当である。」と判断する点においては、たしかに労組法上の使用者概念の判断基準を示している朝日放送事件・最判の影響を受けており、これを労働者性の判断にも応用し

ているように思われる。この点では私見と一定共通性を有するといえる。しかし、同判決は、「業務委託契約を締結して受託者が業務に従事する場合、委託者と受託者との間に労働条件等についての現実的かつ具体的な支配、決定の関係が存在しないときでも、委託者の必要に応じて受託業務に従事する以上、委託内容により拘束、指揮監督と評価できる面があるのが通常であるから、契約関係の一部にでもそのように評価できる面があるかどうかによって労働者性を即断するのは事柄の性質上相当でなく、委託契約に基づく委託者と受託者の関係を全体的に見て、上記の労組法の目的に照らし、使用者による現実的かつ具体的な支配関係が認められるか否かという観点に立つて判断すべきものと考えられる。」とする点において朝日放送事件・最判が提示した部分的使用者概念というもう一つの重要な発想までは労働者性判断にあたり併せて受け入れて応用しようという姿勢は示していない。労働組合を通じての問題解決可能性という点を重視して部分的使用者概念を認めるのであれば、同様の観点から部分的労働者概念を認めないという方はないであろう。このように、同判決には、朝日放送事件・最判を応用的に踏まえつつも、そのなかに含まれる重要な視点を欠落させ部分的労働者概念を排除する姿勢を示していることにつき大きな問題が存しているといえる。

(61) 道垣内弘人『ゼミナール 民法入門 第4版』(二〇〇八年、日本経済新聞出版社) 一九二—一九三頁。

(62) 労働者性と混合契約をめぐるについては、東京12チャンネル事件・東京地判昭四三・一〇・二五労民集一九卷五号一三三五頁が一定参考となる。また、前田製菓事件・最二小判昭五六・五・一一労経速一〇八三号一二頁も参照。

(63) 三井・前掲注(4) 書五〇頁、同論文・前掲注(4) 五頁。なお、筆者は後者の論文では部分的労働者をあくまでBに位置づけていたが、検討の結果、労基法等の労働者概念との整合性を考えると、Bではなくこれとは区別された別のカテゴリーとした方がよいとの結論に至ったため、Eという形で別途分離して説明を加えることとした次第である。

(64) 三井・前掲注(4) 書五〇頁、同・前掲注(4) 論文五頁。

(65) 前掲注(11) 参照。

(66) 裁量労働制について、労基法への導入の経緯も含めて、詳しくは、金子征史Ⅱ西谷敏(編)『基本法コンメンタール「第五版」労働基準法』(二〇〇六年、日本評論社) 二〇七頁以下(三井正信執筆) 参照。

(67) 金子Ⅱ西谷・前掲注(66) 書二〇〇頁(三井執筆)。

(68) 以上フランスの議論状況については、三井正信「ルネ・サヴァアチエの労働契約論について」(一) — (三・完) 広島法学一七卷二二号(一九九三年) 三二—三三頁以下、一七卷四号(一九九四年) 一四—一五頁以下、一八卷四号(一九九五年) 六一頁以下。

- (69) 片岡昇『現代労働法の展開』(一九八三年、岩波書店) 三九頁以下。なお、このような考え方に対する筆者の評価として、三井・前掲注(4) 書四一—四二頁。
- (70) ちなみに、本文で述べたところは、毛塚・前掲注(33) 論文三三頁の表現を借りるならば、(多少毛塚が想定していたところとは違う場面で用いることにはなるのだが)「団交中心主義的な労組法の理解と使用従属性論ないし人的従属性論が奇妙に結合した」状況ということができよう。
- (71) このように二要素を重視する見解(ちなみに、二要素判断基準説と呼んでもよいであろう)は、あくまで結論的にはであるが、前掲注(29)で示した経済的従属性を重視する古川の見解に近いともいえよう。ただ、正確にいえば、古川は事業組織への組入れそれ自体ではなく使用者の労働力処分権の存在を重視し、事業組織への組入れを使用者が労働力処分権を有することを推認させる重要なひとつの徴表としている。これに対し、筆者は、後に四の終わり近くの本文において記述を展開するように、むしろ事業組織への組入れの結果として使用者が労働力処分権を取得すると考える点が異なっているといえよう。なお、古川は使用従属関係(人的従属性)論を誤りとしているが、筆者がこの点についてまでは与することができないことはいうまでもない。
- (72) この点については、就業規則の法的性質につき制度説を展開する野川忍『労働法』(二〇〇七年、商事法務) 一六五—一六六頁、五一四—五一五頁の考え方が極めて示唆に富むといえる。
- (73) 代表的な立場として、菅野・前掲注(19) 書五—三頁以下。
- (74) たとえば、三井正信「現代雇用関係法改革」高橋弘ほか(編)『現代民事法改革の動向』(二〇〇一年、成文堂) 二四〇頁以下、同「いま『なぜ労働法か』を考える」季刊労働法、二九号(二〇〇七年) 二—三頁、同・前掲注(4) 書一九頁以下などを参照。なお、労働組合法ないし集団的労働関係法に関連してこの理を説くものとして、三井・前掲注(39) 論文六六頁以下、同・前掲注(40) 論文二〇頁以下などを参照。
- (75) 三井・前掲注(4) 書二〇頁、三井・前掲注(45) 論文七七頁以下。
- (76) この点については、H.Collins, "Market Power, Bureaucratic Power, and Contract of Employment" (1986) 15 I.L.J.1 が一定示唆に富む理論を展開している。
- (77) 三井・前掲注(4) 論文五頁。