

労働法総論講義 (2・完)

三井正信

はしがき

第1章 雇用社会の法ルール

第1節 雇用社会とその法的規制

- I 雇用社会とワーキングライフと労働法
- II 社会経済の変化と労働法
- III 労働法の基本的な内容

第2節 労働法の基本理念と憲法上の基礎

- I 労働法の基本理念
- II 労働法の憲法的基礎 (以上 35 卷 1 号)

第2章 雇用社会の登場人物たち

第1節 労働者

- I 基本的な問題状況
- II 個別的労働関係法上の労働者概念 (1)
- III 個別的労働関係法上の労働者概念 (2)
- IV 集团的労働関係法上の労働者概念

第2節 使用者

- I 基本的な問題状況
- II 個別的労働関係法上の使用者概念 (1)
- III 個別的労働関係法上の使用者概念 (2)
- IV 集团的労働関係法上の使用者概念

第3節 労働組合

第4節 その他の登場人物

- I 過半数代表と労使委員会
- II 国・地方自治体 (以上本号)

第2章 雇用社会の登場人物たち

雇用社会には色々な登場人物が入れ替わり立ち替わり現れパフォーマンス

スを繰り広げているが、そのうちで労働法に関係するところの特に主要かつ重要と思われる登場人物についてみておくことにしよう。

第1節 労働者

I 労働者

■ 労働者概念の多様性・相対性 労働法は労働者の保護を目的とする法領域である以上、労働法にとって労働者概念が重要となることはいうまでもない。しかし、法律はそれぞれ具体的な規制目的ないし趣旨を異にするため、労働法を構成する各法律ごとに労働者概念がカバーする範囲が異なっている（正確に言えば、ズレているといった方がよいかもしれない）。以下、個別的労働関係法と集団的労働関係法にわけて、そして、個別的労働関係法上の労働者概念についてはさらに労働基準法上の労働者概念と労働契約法上の労働者概念の異同に注意して検討してみることにしよう。

1 個別的労働関係法上の労働者概念（1）

■ 労働基準法上の労働者概念 個別的労働関係法の基本法は労働基準法であり、労働基準法は9条で「この法律で『労働者』とは、職業の種類を問わず、事業又は事務所（以下「事業」という。）に使用される者で、賃金を支払われる者をいう。」と述べて労働者概念を規定している。そして、最低賃金法、労働安全衛生法、賃金支払確保法、公益通報者保護法の労働者概念は労基法9条によるとされ、労災保険法、男女雇用機会均等法、育児介護休業法、労働者派遣法の労働者概念も労基法9条と同じであると解されている。したがって、労働基準法9条が定める労働者概念を明らかにすることが個別的労働関係法上重要な意味をもつことになる。なお、2007年に労働契約法が制定されたが、それ以前においては、労働基準法が「第2章 労働契約」という章をおくなど労働契約という言葉を用いており、労働基準法上、

労働者が使用者と締結する契約が労働契約と解されたので、労働者概念は労働契約概念と密接な関連性のもとで議論されてきた。そこで、以下で検討する労働基準法上の労働者概念についての裁判例は、単に労働基準法等の個別的労働関係法の適用をめぐるのみならず、労働契約か否かをめぐる争われたものも含まれている（したがって、次項「2 個別的労働関係法上の労働者概念（2）」で検討するのは、あくまで 2007 年に制定された労働契約法の労働者の定義規定に基づいて生ずる法的問題点についてである）点をお断りしておく。

職業の種類を問わないとされるので、労働者かどうかは、①「事業」に使用され、②賃金を支払われているかどうか重要なポイントとなる。①を使用従属性というが、労働者が他人（使用者）の指揮命令を受けて労務を提供していることを意味する。すでに第 1 章で論じた労働の従属性が実定法の定義において実際に考慮されているのである。ちなみに、「事業」とは、「工場、鉱山、事務所、店舗等の如く一定の場所において相関連する組織のもとに業として継続的に行われる作業の一体」（昭和 23・9・13 基発 17 号）のことであり、基本的には同一場所かどうかによって決まる。つまり、具体的に言えば、企業を構成する本社・本店、支社・支店、工場などのことを指すのである。しかし、同一場所でも会社内や工場内にある診療所とか食堂かといった労働の態様を異にし独立した労務管理を行っているものについては別の事業とされ、場所的に若干離れていても独立性を有しない小規模の出張所などは直近の事業と合わせて一つの事業と取り扱われる。また、②からすれば賃金の支払を受けないボランティアは指揮命令を受けて活動している者であっても労働者ではないことになる。なお、賃金については労働基準法 11 条に定義がある。

◇ アドバンスト・イシュー 労働基準法における「事業」の意味

ここでいう事業とは事業場と同義であると解してよいが、なぜ労働基準法

は「事業」を問題とするのか。実は、労働基準法は事業(場)単位の適用の原則をとっているからである。確かに、労働基準法は労働者の重要な労働条件を保護し強行的効力と直律的効力によって労働契約を規律する私法的効力を有する法律である（13条）が、同時に法の実効性を確保するために行政監督と刑罰という公法的規制によって使用者に労働条件の最低基準を遵守させようという構造にもなっている。特に、行政監督を行う場合、実際の労働現場である事業場を単位としていわば集団的に監督を行うことが実効性をもち効率的といえる。また、一定の事業に対してその特性を踏まえて他の事業とは異なる特別の取扱を必要とする場合がある（たとえば、労働時間規制の適用除外に関する労働基準法41条1号など）。それ故、労働基準法においては「事業」が重視されることになるのである。これに対して、後に述べるように、労働契約法はあくまで個別の契約関係を重視する契約法であるため、特に「事業」の要件を規定しておらず、労働契約の一方当事者をストレートに労働者とする立場をとっている。

■ 労働者の判断基準 以上を、わかりやすくいえば、読者も企業などに雇われてワーキングライフを送り給料をもらうようになれば、労働基準法上、労働者ということになる。普通は「労働者」といえば工場労働や現場労働等を行う人をイメージしがちだが、法律上はそれにはとどまらずどんな職業であっても企業等と雇用関係にあれば労働者である。したがって、たとえば、丸の内のサラリーマンや大学の先生も労働者であり、またパートや学生であってもアルバイトをしていられっきとした労働者であって法律の保護を受けることができる。つまり、正規・非正規を問わず社員、従業員、職員と取り扱われているような人々が通常は労働者であることには間違いがない。しかし、労働者かどうか判断しがたいいわばグレーゾーンも存しており、そのよう場合に具体的にどうやって労働者か否かを判断するのが問題となる。つまり、使用者が労務提供を行う者を社員、従業員、職員として取り扱

っていないとしてもその労務提供者が法的に労働者と判断されることがあるのか、あるとすればどのような場合かという問題である。

たとえば、自分のトラックを所有し請負契約を結んである会社の資材や物資などを運搬する備車運転手について、この運転手がかつぱらその会社の仕事のみを行い、その会社からの具体的な指示に従って運送業務を行うような場合に、このような運転手は（独立の）事業者かそれとも労働者かということが争われるケースがしばしばみられる。労働基準法が従属労働者を保護するという実質的な観点（つまり、従属性にともなう、あるいは企業の社会的権力性にともなう弊害・悪弊を除去・軽減・緩和するという観点）から規制を行っていることからすれば、労働者性の存否をめぐっては、形式的な契約の名称いかんにかかわらず、実際に「使用従属性」が存するかどうかという実質的な観点から判断を行う必要がある。しかし、単に指揮命令の有無というだけでは、実際には判断が困難な場合があることも事実である。そこで、通説・裁判例は、①専属性の有無、②仕事の依頼・業務に対する許諾の自由の有無、③勤務時間の拘束・勤務場所指定の有無、④第三者による代行性の有無、⑤業務遂行過程での指揮命令の有無、⑥材料・生産器具などの所有いかん、⑦報酬の性格（報酬が仕事の成果に対してではなく、労務の給付そのものに対する対価として支払われているかどうか）、⑧公租公課の負担など判断基準をいくつかの細かな具体的指標にして示し、その総合判断（特に、②、③、⑤の指標が重要である）によってケースバイケースで労働者かどうかを決しようとして試みている（初期の代表的事例として、大塚印刷事件・東京地判昭 48.2.6 労判 179 号 74 頁（印刷所の筆耕者の労働者性を否定）、重要な最高裁判例として、横浜南労基署長（旭紙業）事件・最一小判平 8.11.28 労判 714 号 14 頁）。

■ 問題となる具体的判断事例 このような指標の総合判断により、労働者性が争われた事例として、自分の所有するダンプカーを用いて業務に

従事する備車運転手 (北浜土木碎石事件・金沢地判昭 62.11.27 労判 520 号 75 頁 (労働者性を肯定)、大阪トヨタフォークリフト事件・大阪地判昭 59.6.29 労判 434 号 30 頁 (労働者性を否定)、前掲・横浜南労基署長(旭紙業)事件・最判 (労働者性を否定))、運送委託契約に基づき配達車両の貸与を受け配達業務を行っていた配送員 (アサヒ急配事件・大阪地判平 18.10.12 労判 928 号 24 頁 (労働者性を肯定))、一人親方の大工 (藤沢労基署長事件・最一小判平 19.6.28 労判 940 号 11 頁 (労働者性を否定))、大学病院臨床研修医 (関西医科大学研修医事件・最二小判平 17.6.3 労判 893 号 14 頁 (労働者性を肯定))、証券会社社外務員 (山崎証券事件・最一小判昭 36.5.25 民集 15 卷 5 号 1322 頁 (労働者性を否定))、NHK 受信料集金業務受託者 (NHK 西東京営業センター (受信料集金等委託者) 事件・東京高判平 15.8.27 労判 868 号 75 頁、NHK 盛岡放送局 (受信料集金等委託者) 事件・仙台高判平 16.9.29 労判 881 号 15 頁 (いずれも労働者性を否定))、業務委託契約を締結しパンフレット配布業務に従事する県民共済普及員 (国・千葉労働基準監督署長 (県民共済生協普及員) 事件・東京地判平 20.2.28 労判 962 号 24 頁 (労働者性を肯定))、映画撮影のフリーカメラマン (新宿労基署長 (映画撮影技師労災) 事件・東京高判平 14.7.11 労判 832 号 13 頁 (労働者性を肯定))、テレビ局タイトルデザイナー (東京 12 チャンネル事件・東京地判昭 43.10.25 労民集 19 卷 5 号 1335 頁 (労働者性を肯定))、新聞社のフリーランス記者 (朝日新聞社事件・東京高判平 19.11.29 労判 951 号 31 頁 (労働者性を肯定))、予備校の非常勤講師 (河合塾 (非常勤講師・出講契約) 事件・福岡高判平 21.5.19 労判 989 号 39 頁 (労働者性を肯定))、劇場を運営する財団と出演基本契約を締結していたオペラ歌手 (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 (労働者性を否定))、クラブのホステス (第三相互事件・東京地判平 22.3.9 労判 1010 号 65 頁 (労働者性を肯定))、宗教法人に雇用される僧侶 (妙應寺事件・東京地判平 22.3.29 労判 1008 号 22 頁 (労働者性を肯定))、運送請負契約書を取り交わし自転車で配達業務に従事するバイクメッセンジャー

(ソクハイ事件・東京地判平 22.4.28 労判 1010 号 25 頁 (バイシクルメッセンジャーについては労働者性が否定されたが、バイシクルメッセンジャーのなかから選ばれて営業所長となった者については労働者性を肯定)) などがあるが、いずれもケースバイケースの微妙な判断となっている (ちなみに、前掲・ソクハイ事件・東京地判とは異なって、バイク便ライダーについては労働者とする通達 (平成 19・9・6 基発 0927004 号) が出されており、まさにこれが労働者性判断の困難性を示しているといえよう)。

なお、会社の取締役等の役員は会社と委任契約を結んでおり (会社法 330 条)、通常は労働者性が否定されるが、その権限が形式的、名目的であって会社の指揮命令を受けて従業員と同様の業務を行っているとか、取締役兼〇〇部長というように部長の職務において会社の指揮命令を受けているといった場合には労働者と認められる (前者の例として、興栄社事件・最一小判平 7.2.9 労判 681 号 19 頁、後者の例として、前田製菓事件・最二小判昭 56.5.11 労経速 1083 号 12 頁)。また、執行役員については、その権限や指揮命令の有無につきケースバイケースで判断する必要がある、純粹に委任契約を結んでいるとみるべき場合もあれば労働者と判断される場合もあろう。

ちなみに、労働基準法 116 条 2 項は「この法律は、同居の親族のみを使用する事業及び家事使用人については、適用しない。」という適用除外規定をおいているが、これらの者も要件をみたすかぎり労働者であり、あくまで労働基準法の適用が除外されているにすぎないと解すべきである。

※ 基本判例 横浜南労基署長 (旭紙業) 事件・最一小判平 8.11.28 労判 714 号 14 頁

「原審の適法に確定した事実関係によれば、上告人は、自己の所有するトラックを旭紙業株式会社の横浜工場に持ち込み、同社の運送係の指示に従い、同社の製品の運送業務に従事していた者であるが、(1) 同社の上告人に対する業務の遂行に関する指示は、原則として、運送物品、運送先及び納入時

刻に限られ、運転経路、出発時刻、運転方法等には及ばず、また、一回の運送業務を終えて次の運送業務の指示があるまでは、運送以外の別の仕事が指示されるということはなかった、(2) 勤務時間については、同社の一般の従業員のように始業時刻及び終業時刻が定められていたわけではなく、当日の運送業務を終えた後は、翌日の最初の運送業務の指示を受け、その荷積みを終えたならば帰宅することができ、翌日は出社することなく、直接最初の運送先に対する運送業務を行うこととされていた、(3) 報酬は、トラックの積載可能量と運送距離によって定まる運賃表により出来高が支払われていた、(4) 上告人の所有するトラックの購入代金はもとより、ガソリン代、修理費、運送の際の高速道路料金等も、すべて上告人が負担していた、(5) 上告人に対する報酬の支払に当たっては、所得税の源泉徴収並びに社会保険及び雇用保険の保険料の控除はされておらず、上告人は、右報酬を事業所得として確定申告をしたというのである。

右事実関係の下においては、上告人は、業務用機材であるトラックを所有し、自己の危険と計算の下に運送業務に従事していたものである上、旭紙業は、運送という業務の性質上当然に必要とされる運送物品、運送先及び納入時刻の指示をしていた以外には、上告人の業務の遂行に関し、特段の指揮監督を行っていたとはいえ、時間的、場所的な拘束の程度も、一般の従業員と比較してはるかに緩やかであり、上告人が旭紙業の指揮監督の下で労務を提供していたと評価するには足りないものといわざるを得ない。そして、報酬の支払方法、公租公課の負担等についても、上告人が労働基準法上の労働者に該当すると解するのを相当とする事情はない。そうであれば、上告人は、専属的に旭紙業の製品の運送業務に携わっており、同社の運送係の指示を拒否する自由はなかったこと、毎日の始業時刻及び終業時刻は、右運送係の指示内容のいかんによって事実上決定されることになること、右運賃表に定められた運賃は、トラック協会が定める運賃表による運送料よりも一割五分低い額とされていたことなど原審が適法に確定したその余の事実関係を

考慮しても、上告人は、労働基準法上の労働者ということはできず、労働者災害補償保険法上の労働者にも該当しないものというべきである。」

□ コラム1-2-1 非労働者化と労働法の適用問題

現在、企業が、労働法上の責任や社会保険の使用者(事業主)負担などを免れるために、これまで自己の従業員(=労働者)であった者に独立を促し、独立の自営業者(事業者)であるとしてそれらの者と請負契約や(準)委任契約を結んでこれまでと同様の業務を行わせるといったケースが増加している。これらの場合であっても、先に述べた総合判断を行った結果、指揮命令関係、つまり使用従属性が認められれば、独立の自営業者(事業者)とされた元従業員は相変わらず労働者として労働基準法をはじめとする労働者保護法の適用を受けることになる。

□ コラム1-2-2 社員・従業員と労働者概念

一般的には、会社=企業が社員や従業員として取り扱っている者が労働者と考えられがちであるが、これまでの説明からおわかりのように、むしろ会社が社員や従業員ではないと取り扱っているけれども指揮命令関係がみられるような場合に、労働法規の適用や労働法的保護をめぐるこれらの者が労働者かどうか争われることになるのである。また、正社員(正規従業員)とパートやアルバイト、臨時雇、契約社員などの非正社員(非正規従業員)を区別して労務管理を行っている企業も多いが、これはあくまで労務管理上の区分にすぎず、企業がいかなる対応をとろうとも定義をみたら以上は非正社員(非正規従業員)も労働者であることには変わりはない。しかし、これまでの労働法には非正規従業員に十分に目配せした規制がほとんど存しなかったため、労働者派遣法やパート労働法などの法律が設けられたり、有期労働契約をめぐる法律の制定が検討されたりすることになるのである。

◇ アドバンスト・イシュー グレーゾーンにある者の保護

これまで述べてきたように、限界事例においては、企業に対して労務を提供する者が労働者かどうかという判断を行うことが非常に困難となる場合がある。同じような事例でありながら、諸指標に基づく総合判断の結果、ある者は労働者であると認められて労働法（労働者保護法）の保護を受け、他のある者は労働者でないと判断されて労働法の保護を受けないということが生じうる。紙一重でありながら労働法の適用ないし労働法による保護についてオールオアナッシングということになってしまうのである。そこで、このような問題点とグレーゾーンにおける判断の困難性を踏まえ、今後は、たとえ独立の自営業者（事業者）とされても、特定の企業に専属して労務を提供しており、その企業に経済的に依存しているといった労働者と類似する状態が認められれば一定の範囲で労働法の保護を受けるという立法政策を探るべきであろう。なお、労働法であっても労働契約法や労働契約法理のような純粋に民事的なルールについては、これらの者に対しても必要に応じて類推適用を試みるべきであろう。

◇ アドバンスト・イシュー 人的従属性・経済的従属性・組織的従属性

労働者の判断基準である「使用従属性」は基本的には労使の指揮命令関係を指すが、これは人的従属性とも呼ばれることがある。しかし、指揮命令だけでは判断が困難であることから、学説には、すでに述べた使用従属性を補強・補充する多くの指標による総合判断を理論的に説明するために、労働者か否かの判断にあたっては人的従属性に経済的従属性と組織的従属性を加味して判断すべしと説くものがある。経済的弱者性、あるいは労働条件の使用者による一方的決定性ないし経済的に企業に依存して生活しなければならないということを示す経済的従属性は、たしかに労働法的保護ないし労働者概念の基礎において考慮されているということができ、事実的特徴にとどまり、法的にはあくまで労働契約を締結して使用者の指揮命令下におかれる

かどうかが重要となるのである。また、経済的従属性の意味内容も論者によって異なっており、明確な概念とはいえない。組織的従属性についても曖昧な概念であるといえることができる。たしかに、近年、専門職や裁量労働制のもとで働く労働者のケースなどにみられるように具体的な指揮命令を受けることなしに裁量をもってある意味では「自由」に労働する労働者も数多くみられるようになってきていることを考慮すると、企業組織内での労働か否かといった指標が重要となるが、専門職や裁量労働制の場合であっても使用者は基本的指揮命令権（基本的労務指揮権）を有し、これらの労働者もそれに従って労務提供することが義務づけられているのである。以上からすれば、労働者かどうかの判断基準はあくまで人的従属性を基礎とすべきであると考えられるが、立法論的に経済的従属性を考慮すべきであることを示唆したり（ひとつ前のアドバンスト・イシュー「グレーゾーンにある者の保護」を参照）、人的従属性を考える場合に、厳格な指揮命令ということにかぎらず、企業内で企業目的に拘束されつつ使用者の基本的指示に従って労務を提供していればよい（基本的労務指揮権に従って組織された労務がみられればよい）というように緩く解すべきとの方向を示したりといった意味において、3つの従属性概念の複合的判断を説く学説は意義を有したといえる。

2 個別的労働関係法上の労働者概念（2）

■ 労働契約法上の労働者概念－労働基準法上の労働者概念との関係・異同

2007年に制定された個別的労働関係法のもう一つの基本法というべき労働契約法は、その2条1項において「この法律において『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。」という形で労働者の定義を行っている。これは基本的に労働基準法上の労働者概念と同一である（つまり、「使用される」ということは使用従属性を意味する）と解されている（したがって、実質的判断が要求される）。ただ、労働契約法は労働基準法と異なって「事業」に使用されるという要件を求めているのではないので、

労働者の範囲が若干広がっているということができる。たとえば、大学教授に個人的に雇われる秘書は「事業」に使用されるものではないから労働基準法上は労働者ではないが労働契約法上は労働者ということになる。要は、労働契約をめぐる私法的ルールを提供する労働契約法にとっては労働契約の一方の当事者という観点が重要となるのであって、したがって、労働契約法上の労働者であると認められれば、労働契約法のみならず判例が展開してきた労働契約のルールである労働契約法理も適用されると考えてよい。

なお、2007年に労働契約法が制定される以前から、労働基準法において「労働契約」という言葉と概念が使用されてきていた。そこで、両法における労働契約概念の関係が問題となる。基本的には、労働基準法にいう労働契約は労働契約法における労働契約と同じものであるが、「事業」に使用されているのではない場合には労働契約が存しても労働基準法が適用されないことになると考えるべきであろう。

ちなみに、労働基準法は刑罰法規でもあるため厳格解釈が要請されるが、労働契約法は民法の特別法であり、また労働契約法理は民法の一般条項をもとに形成されているので、これらについては、必ずしも労働者でなくともグレーゾーンにある者を含めて企業に対して経済的に依存し弱い立場にあり労働者に類似する側面を有する個人事業者などに一定柔軟に類推適用できる余地があると解すべきであろう（たとえば、労働者と認めるのは困難とされた傭車運転手につき、運送会社の指揮監督のもとに労務を提供するという雇用契約に準じる使用従属関係があったことから、運送会社が、信義則上、安全配慮義務を負うとされた例として、和歌の海運送事件・和歌山地判平16.2.9 労判874号64頁）。

◇ アドバンスト・イシュー 雇用・請負・委任と労働契約

民法は労務供給契約として雇用・請負・委任の3種類の契約類型を用意している（正確にいえば、もうひとつ寄託があるが、これは物の保管を目的と

する特殊なものである)ので、ここでの議論では省略する)。雇用は相手方当事者の指揮命令に服して労務を提供することを目的とする契約類型である。これに対し、請負は相手方当事者の指揮命令を予定しない独立労働であり、しかも労務の提供それ自体ではなくあくまでも仕事の完成を目的とする点において、また委任(準委任も含めてここでは委任と呼ぶ)はたしかに労務の提供を目的とはするがそれは受任者が指揮命令を受けずに独立して行う労務(統一的な労務)であるという点において、それぞれ雇用と区別される。これらと労働契約(すでに述べたように、従来から労働基準法は「労働契約」という言葉を用いてきており、2007年にはまさに正面から労働契約のルールを規定する労働契約法が制定されている)とがどのような関係に立つのかがかねてより学説によって議論されてきている。

同一説と呼ばれる考えは、2004年に現代語化されるまえの民法623条が雇傭を当事者の一方が相手方の「労務ニ服スル」ことを約するところの契約類型であると規定していた(ちなみに、現在ではその部分は「労働に従事する」と、そして雇傭も雇用と表現が改められたが、基本的に何ら実質的な変更はないと解されている)ことを踏まえ、これは指揮命令、つまり使用従属性を示すもので、したがって民法の雇用と労働契約は契約類型としては同一であると説く。労働契約法6条が民法623条と同趣旨の規定を設けたこともあって、この説に対する支持が近年増加している。もっとも、同一説に立っても、民法は労働者保護の理念を含まないが労働基準法(そして労働契約法)は労働者保護をその基本理念とするものであって、この理念面においては雇用と労働契約の違いを認める点に注意する必要がある

これに対しては、峻別説というもう一つの考えが対立している。雇用と労働契約は法理念の面で差異が存するのみならず、民法には単に形式的に契約を類型化するという問題意識しか存しないのに対し、労働基準法(そして、現在では、併せて労働契約法も援用することができるであろう)は従属状態にある労働者を保護するという目的を有し契約名称にとらわれずに実質的な

判断を行う必要があるため、雇用と労働契約は類型的にも峻別され、雇用のみならず従属性が認められるかぎり契約形式上は請負、委任とされていても労働契約に該当するという考えである。

裁判例の傾向をみれば、一方で雇用契約という名称を労働契約と同義で用いるものがある反面、雇用、請負、委任といった契約名称にとらわれずに従属性の有無で実質的に判断するものも存している。労使の力関係から契約が形のうえでは委任や請負とされるケースも多く、また労働者保護の必要性を踏まえれば、基本的に峻別説が妥当であると考えられるが、近年の同一説はそもそも民法の雇用に該当するか否かのレベルにおいて実質的判断を行うことが必要であると説くに至っており、結論的に峻別説に接近する傾向を示している。

3 集团的労働関係法上の労働者概念

■ 労働組合法上の労働者と労働者概念の相対性 労働組合法3条は「この法律で『労働者』とは、職業の種類を問わず、賃金、給料その他これに準ずる収入によつて生活する者をいう。」と規定している。労働組合法は「使用される」(現に雇用されて働いている)ということを求める労働基準法や労働契約法などの個別的労働関係法とは異なり、あくまで集团的労働関係を規律する法律であるため、その独自の法目的にそつた形で労働者概念を規定したものである。つまり、労働組合を通じて問題解決が可能か否かという視点が重要となり、「賃金、給料その他これに準ずる収入によつて生活する者」と認められれば求職者や失業者や被解雇者・退職者もここでいう労働者に含まれると解されている。たとえば、求職者が労働組合を通じて職業紹介を受けるとか、被解雇者や退職者が労働組合を通じて解雇撤回を要求したり未払退職金を請求したりするといったことを考えれば、それらの者を労働者に含めて考えることの必要性が理解されるであろう(したがって、解雇されたり退職したりした後で労働組合に駆け込み訴えを行い、組合員となって労

働組合を通じて団体交渉等でトラブルを解決することもできることになる)。その意味で、労働組合法上の労働者概念は労働基準法や労働契約法のものよりも広い範囲をカバーしており、このように法律の規制目的・趣旨に応じて労働者概念を確定していこうという考えを労働者概念の相対性という。

■ 労働組合法上の労働者概念の判断基準 　　　　　では労働組合法上の労働者かどうかをどのように判断すればよいのだろうか。手がかりは、「賃金、給料その他これに準ずる収入」という文言である。賃金、給料とは他人の指揮命令下で労務提供を行ったことに対する対価であり、この意味において（そしてこの限度において）労働組合法も「使用従属性」を考慮していることができる。したがって、従属性判断にあたっては、基本的に労働基準法や労働契約法と同様の基準、指標によって判断を行うことになる（もっとも、この考え方によった場合でも、後にアドバンスト・イシューで検討するように個別的労働関係法よりも広く労働者をとらえることは可能である点を念のためここで注記しておく）。ただし、労働者概念の相対性を強調する考えのなかには、経済的に弱い地位に立つので団体交渉による保護を及ぼすべきものはどのような者であるかの観点から労働者概念をとらえるべきであるとの考えも有力に唱えられている（むしろ、現在では、こちらが多数説といってもよい）。

■ 労働者概念の相対性の射程 　　　　　労働組合法上の労働者概念につき、求職者や失業者や被解雇者・退職者を含むという意味において個別的労働関係法上の労働者概念より広いとしても、いわば中核的労働者とでもいえるべき「現に雇用されて働いている者」についてはどうなのか。多くの学説は、これに関しても、労働組合法の目的を踏まえ法政策的観点から団体交渉による保護を及ぼすべき者（つまり、使用者と団体交渉を行わせて問題解決をはからせるのがふさわしい者）はどのような者かという観点からこれも広く解する傾向にある。このような実質的根拠に加えて労働組合法が労働者概念の判断要素として「賃金、給料」のみではなく併せて「その他これに準ずる収入」

を挙げていることもその根拠とされている。労働委員会の実務も同様で、自宅でハップサンダルの賃加工を行う職人（東京ハップサンダル工事件・中労委命令昭35.8.17中労時357号36頁）やプロ野球の選手（1985年の東京都地方労働委員会によるプロ野球選手会の資格認定）を労働組合法上の労働者と認めている。また、最高裁も、放送局との自由出演契約下におかれていた管弦楽団員の労働者性が争われた事例において、①事業遂行上不可欠の労働力として会社の事業組織への組み入れがみられる、②会社が必要とするときは一方的指定により楽団員に出演を求めることができ楽団員は原則としてこれに従うべき基本的関係がある、③出演報酬は演奏という労務の提供それ自体の対価であるとみるのが相当である、として労働者性を認めた（CBC管弦楽団事件・最一小判昭51.5.6民集30巻4号437頁）。しかし、近年、下級審において個別的労働関係法上の労働者と同様の基準により判断を示す（その結果、労働者概念を狭く解する）裁判例が登場してきており（国・中労委（新国立劇場運営財団）事件・東京高判平21.3.25労判981号13頁（（劇場と1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て公演に出演するオペラ歌手の労働者性を否定）、国・中労委（INAXメンテナンス）事件・東京高判平21.9.16労判989号12頁（企業と委託業務契約を締結して住宅設備機器の修理等に従事するカスタムエンジニアの労働者性を否定）、国・中労委（ビクターサービスエンジニアリング）事件・東京高判平22.8.26労判1012号86頁（企業との業務委託契約に基づいて音響機器の修理業務に従事する個人代行店の労働者性を否定））、学説から批判を受けていた。ところが、前2者につき、最高裁は、高裁の判断を覆して労働者性を肯定し（国・中労委（新国立劇場運営財団）事件・最三小判平23.4.12別冊中労時1406号4頁、国・中労委（INAXメンテナンス）事件・最三小判平23.4.12別冊中労時1406号28頁）、注目を集めている。具体的には、最高裁は、前者については、①公演の実施に不可欠な歌唱労働力として財団の組織に組み入れられていた、②基本的に財団からの個別公演出演

の申込みに応ずべき関係にあった、③出演基本契約の内容は財団により一方的に決定され、契約メンバーがいかなる態様で歌唱の労務を提供するかについてももっぱら財団が年間シーズンの公演の件数、演目、公演の日程および上演回数、稽古の日程、演目の合唱団の構成等を一方的に決定していて、交渉の余地があったということとはできない、④財団により決定された公演日程等に従い、個別公演および稽古につき財団の指定する日時、場所においてその指定する演目に応じて歌唱の労務を提供していたのであり、歌唱技能の提供の方法や提供すべき歌唱の内容については財団の選定する合唱指揮者等の指揮を受け、稽古への参加状況については財団の監督を受けていたから、財団の指揮監督の下において労務を提供していたものというべきである、⑤報酬は、歌唱の労務の提供それ自体の対価であるとみるのが相当である、といったことを、後者については、①事業の遂行に不可欠な労働力としてその恒常的な確保のために会社の組織に組み入れられていた、②会社が契約内容を一方的に決定していた、③報酬は労務の提供の対価としての性質を有するものということができる、④基本的に会社による個別の修理補修等の依頼に応ずべき関係にあった、⑤会社の指定する業務遂行方法に従いその指揮監督の下に労務の提供を行っており、その業務について場所的にも時間的にも一定の拘束を受けていた、といったことを総合考慮して労働者性の判断を行っている。ただ、最高裁の判断基準自体もいまだ必ずしも明確なものではないといえるが、この判断はソクハイ事件に関する中央労働委員会の救済命令（中労委命令平 22.7.15 別冊中労時 1395 号 11 頁）が示した労働者性の判断基準（①労務供給者が発注主の事業活動に不可欠な労働力として事業組織に組み込まれているか、②労務供給契約の全部または重要部分が発注主により一方的・定型的・集団的に決定されているか、③労務供給者への報酬が労務供給に対する対価ないしは対価に類似するものとみることができかなどの観点から労働組合法上の労働者性を判断すべきというもの）に類似していることが指摘されている（もっとも、そもそもこの中央労働委員会の基準自体が前

掲・C B C管弦楽団事件・最判に類似しているといえる)。これはまさに労働者とは団体交渉による保護を及ぼすのがふさわしい者であり、それをどのような基準によって判断すべきかということをも具体化したものと考えられる。

※ 基本判例 C B C管弦楽団事件・最一小判昭 51.5.6 民集 30 卷 4 号
437 頁

「本件の自由出演契約が、会社において放送の都度演奏者と出演条件等を交渉して個別的に契約を締結することの困難さと煩雑さを回避し、楽団員をあらかじめ会社の事業組織のなかに組み入れておくことによって、放送事業の遂行上不可欠な演奏労働力を恒常的に確保しようとするものであることは明らかであり、この点においては専属出演契約及び優先出演契約と異なるところがない。このことと、自由出演契約締結の際における会社及び楽団員の前記のような認識とを合わせ考慮すれば、右契約の文言上は楽団員が会社の出演発注を断わることが禁止されていなかったとはいえ、そのことから直ちに、右契約が所論のいうように出演について楽団員になんらの義務も負わず、単にその任意の協力のみを期待したものであるとは解されず、むしろ、原則としては発注に応じて出演すべき義務のあることを前提としつつ、ただ個々の場合に他社出演等を理由に出演しないことがあっても、当然には契約違反等の責任を問わないという趣旨の契約であるとみるのが相当である。楽団員は、演奏という特殊な労務を提供する者であるため、必ずしも会社から日日一定の時間的拘束を受けるものではなく、出演に要する時間以外の時間は事実上その自由に委ねられているが、右のように、会社において必要とするときは随時その一方的に指定するところによって楽団員に出演を求めることができ、楽団員が原則としてこれに従うべき基本的関係がある以上、たとえ会社の都合によって現実の出演時間がいかに減少したとしても、楽団員の演奏労働力の処分につき会社が指揮命令の権能を有しないものということはいえない。また、自由出演契約に基づき楽団員に支払われる出演報酬のうち

契約金が不出演によって減額されないことは前記のとおりであるが、楽団員は、いわゆる有名芸術家とは異なり、演出についてならん裁量を与えられていないのであるから、その出演報酬は、演奏によってもたらされる芸術的価値を評価したものであるというよりは、むしろ、演奏という労務の提供それ自体の対価であるとみるのが相当であって、その一部たる契約金は、楽団員に生活の資として一応の安定した収入を与えるための最低保障給たる性質を有するものと認めるべきである。

以上の諸点からすれば、楽団員は、自由出演契約のもとにおいてもなお、会社に対する関係において労働組合法の適用を受けるべき労働者にあたり解すべきである。」

□ コラム 1-2-3 プロ野球労働組合

1985 年にそれまで任意団体として位置づけられていたプロ野球選手会が組織を整え、東京都地方労働委員会（現東京都労働委員会）の資格審査（労働組合法 5 条参照）をパスして、正式の労働組合（したがって、いうまでもなく、そのメンバーであるプロ野球選手が労働者である）と認められ、翌年 3 月に選手会会長の巨人軍の中畑選手ら組合役員とプロ野球機構側とで団体交渉が行われ世間の注目を浴びた。また、2004 年における近鉄とオリックスの球団合併やそれにもなう 1 リーグ制移行をめぐる選手会が会長であるロッセの古田選手のもと機構側との団交（これに関しては、日本プロフェッショナル野球組織事件・東京高決平 16.9.8 労判 879 号 90 頁を参照）やストライキなどの動きをみせたことはいまだ記憶に新しいところである。

◇ アドバンスト・イシュー 労働者概念をめぐる問題解決のためのさらなる検討

労働組合法上の労働者概念を広く解そうとする学説や労働委員会実務については、結論的には妥当であると考えられるが、はたして立法政策的観点か

ら労働者概念を確定しようとする発想それ自体は妥当なものといえるのだろうか。労働組合法は憲法 28 条の労働基本権を具体化するものであり、したがって労働組合法 3 条の労働者も憲法 28 条がいう「勤労者」と同義であるといえる。憲法 27 条 1 項は「すべて国民」に勤労権、すなわち労働権を保障しているが、この権利を行使した者が「勤労者」＝労働者となって同条 2 項の予定する労働条件に関する立法の保護を受け、さらにこのような「勤労者」が 28 条に基づき労働組合の結成・加入をなすことでそれを上回る条件を獲得することが想定されているといえることができる。そうすると、労働者概念の相対性自体は否定できないとしても、「現に雇用されて働いている者」という意味でのいわば中核的労働者概念については憲法の権利保障の趣旨を踏まえて確定されなければならないといえ、これを団交による保護を受けさせることがふさわしいという曖昧かつ不明確な立法政策的観点から融通無碍に広げることには問題がある。したがって、労働組合法上の労働者性を個別的労働関係法上の労働者と同様の判断基準により一定厳格に判断しようとする近年の下級審のアプローチそれ自体にはそれなりに合理性が存しており、必ずしも（すべてが）誤ったものとはいえない。しかし、そうはいつても、労働契約の展開や労働条件の保護といったすでに存する労働契約を基礎とした個別的労働関係上の法的問題と団結の力により解決をはかろうとする集団的労働関係をめぐる問題にはずれがあり、両者をまったく同様に考えることにも抵抗を感じざるをえない。そこで、著者としては、近年下級審において労働者性が否定されているケースについては、専属性や企業への組み入れがみられることから、業務委託契約のなかに一定の労働契約的要素が含まれており（つまり請負契約・委任契約と労働契約の混合契約となっているので）、労務を提供する者が団体交渉を通じて法律関係の明確化を求めている（つまり、業務委託関係を労働契約関係として取り扱ってくれという要求を行っている）として、労働者性を認めるべきではないかと考える次第である。あるいは、このような労務提供者を「部分的労働者」ととらえ、

その部分について労働組合法上の手段を用いて問題解決を行うことができる
と考えることも可能であろう。わかりやすくいえば、これらの業務委託契約
に基づいて業務に従事している（労務を提供している）者を、①「現に雇用
されて働いている者」という中核的労働者概念の側面からではなく、職（労
働契約の締結あるいは労働契約部分の拡大）を求める一種の求職者と位置づ
けて、あるいは②一部分中核的労働者的な側面を有する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、労働組合法上の労働者性を認める
こととするのである。

II 使用者

1 基本的な問題状況

■ 使用者概念の相対性 通常、労働契約の相手方当事者である事業
主が使用者ということになる（労働契約法 2 条 2 項）。しかし、労働基準法
では、法遵守の責任をはっきりさせるため、事業主と並んで労働者の上司な
ども使用者とされている（労働基準法 10 条）。なお、法律に規定はないが、
裁判例においては、子会社が倒産したような場合や、事業場内の業務を委託
する発注元企業が事業場内で働く業務を請け負った発注先企業の労働者（社
外労働者）に対して直接に指揮命令をしているような場合には、一定の要件
が存すれば、親会社や発注元企業が使用者として労働契約上の責任を負い、
子会社や発注先企業の労働者に対して未払賃金を支払わなければならない、
あるいは自己の従業員として取り扱わなければならないとの処理がなされ
ることがある（法人格否認の法理や黙示の労働契約成立の法理）。また、労働
組合と向かい合う使用者も労働者の契約の相手方が原則となるが、親会社
などと話し合った方がスムーズに問題解決をはかることができるため、親会社
や社外労働者を受け入れる事業場内業務の発注元企業なども使用者となる場
合があると解されている。ただし、労働組合法には使用者の定義を定めた規
定が存しないので、労働基準法のように上司などは使用者とはならないとい

うのが判例の考え方となっている(済生会中央病院事件・最三小判昭60.7.19民集39巻5号1266頁)。以上概略をみたように、使用者概念は法律の規定や法律の趣旨や問題となる事項の法的性質に応じてそれに適切に対処するという観点から異なりうる相対的なものであるということが出来る。

2 労働基準法上の使用者概念

■ 労働基準法による使用者概念の対内的拡張 労働基準法10条は、「この法律で使用者とは、事業主又は事業の経営担当者その他その事業の労働者に関する事項について、事業主のために行為をするすべての者をいう。」という形で使用者概念を規定している。事業主とは労働契約の相手方当事者であり、具体的には、法人企業であればその法人、個人企業であれば個人事業主のことを指す。これらの者が使用者とされることには問題がないが、労働基準法は刑罰法規でもあり、その違反に対して労働基準法に関する事項について権限と責任を有する者に刑罰を科すことによって実効性を確保しようとしている。そこで、社長や役員等の「事業の経営担当者」や部下に対して指揮命令や人事労務管理上の権限・責任を有する上司(部長や課長など)も使用者と規定しているのである。これは労働基準法による使用者概念の対内的拡張と呼ぶことができる。なお、部長や課長が使用者とされる場合であっても、通常は、これらの者も労働基準法9条の労働者に該当するため、使用者として責任を負うと同時に労働者として労働基準法等の保護を受けることになる点に注意する必要がある。

なお、労働者保護法のなかには責任主体をはっきりさせる意味で「使用者」ではなく「事業主」(男女雇用機会均等法、高年齢者雇用安定法、障害者雇用促進法など)あるいは「事業者」(労働安全衛生法)という言葉を用いているものが多くみられる。この場合、労働基準法とは異なり部長や課長など事業主のために行為をする者は直接には使用者として規制対象とはなっていない。しかし、労働安全衛生法については違反に対して行為者処罰主義をと

るとともに両罰規定をおいているため、この点に関し、労働基準法と同様の責任確保の仕組みがとられている。

◇ アドバンスト・イシュー 使用者と事業主

すでに述べたように、労働基準法 10 条の使用者のなかに挙げられている「事業主」は労働契約当事者であり、労働契約法の規定する使用者もこの意味であると解される。しかし、労働基準法は 121 条において事業主という言葉を広げて使っており、若干注意を要する。この条文は、労基法違反の刑罰に関する両罰規定であり、1 項は「この法律の違反行為をした者が、当該事業の労働者に関する事項について、事業主のために行為した代理人、使用人その他の従業者である場合においては、事業主に対しても各本条の罰金刑を科する。ただし、事業主（事業主が法人である場合においてはその代表者、事業主が営業に関し成年者と同一の行為能力を有しない未成年者又は成年被後見人である場合においてはその法定代理人（法定代理人が法人であるときは、その代表者）を事業主とする。次項において同じ。）が違反の防止に必要な措置をした場合においては、この限りでない。」と規定している。たしかに、但書のかっここの前までの事業主は同法 10 条と同じ意味であるが、かっこ内の事業主の範囲は法人の代表者等にまで広げられている。これを受けて、121 条 2 項は「事業主が違反の計画を知りその防止に必要な措置を講じなかつた場合、違反行為を知り、その是正に必要な措置を講じなかつた場合又は違反を教唆した場合においては、事業主も行為者として罰する。」と規定している。つまり、部長や課長などが労働基準法違反を行った場合には、法人が罰金刑を科せられることに加えて、法人の代表者等の自然人も「事業主」として懲役刑を含めた刑罰の対象となり、労基法の実効性がはかられる仕組みとなっているのである。

3 労働契約法上の使用者概念

■ 労働契約の相手方当事者としての使用者 労働契約法は民法の特別法であると解され、あくまで契約法に位置づけられるので、労働契約法上の使用者とは労働者と労働契約を締結した相手方当事者（法人あるいは個人の事業主）ということになる。「この法律において『使用者』とは、その使用する労働者に対して賃金を支払う者をいう。」と定める労働契約法2条2項は、「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。」（労働契約法6条）との規定を受けて、上述のことを確認した規定である。なお、グループ雇用の場合においては、企業グループに法人格は存しないので、グループの中核企業が労働者と労働契約を締結していると解される。したがって、あくまでグループ内において労働者と労働契約を締結した相手（企業）が労働契約法上の直接の使用者であり、グループ内異動は出向や転籍などの法形式をとることになる。

■ 労働契約上の使用者概念の対外的拡張 労働者が雇われた会社がある会社の子会社であり、親会社がその子会社を解散させた結果、従業員が解雇されたような場合、労働者は直接の労働契約当事者ではない親会社に対して未払賃金を請求したり、従業員としての地位の確認を求めたりすることができるのか。あるいは、業務委託契約により一定の業務を事業場内下請という形で他企業に委ねている会社（発注元）が、自己の事業場内で働く委託先の労働者（社外労働者）に対し指揮命令を行ったりしている場合に、このような労働者は業務委託を行った発注元に対し従業員としての地位確認を求めることができるのか（業務委託契約が打ち切られて、業務委託（発注）先企業から労働者が解雇されたような場合に問題となるケースが多い）。これらのケースは、労働契約上の権利請求や労働契約上の地位確認（つまり、労働契約上の責任追及）をもととの労働契約相手である使用者を超えて行うものであり、いわば労働契約上の使用者概念の対外的拡張をめぐる問題ということができる。前者のケースでは、法人格否認の法理、後者のケースでは、

黙示の労働契約成立の法理がそれぞれ問題となる。

■ 法人格否認の法理 親子会社の事例や実質的に同一事業が継続していると考えられるいわゆる偽装解散の事例などで形式的に親会社と子会社あるいは旧会社と新会社が別の法人格であると認めることが正義公平に反する場合には、その限りで子会社や旧会社の法人格を否認し、背後にある親会社や新会社が子会社や旧会社の労働者に対して労働契約上の責任を負うと判断されることがある。これが法人格の否認の法理と呼ばれるもので、①法人格の形骸化のケースと②法律の適用を回避する目的でなされる法人格の濫用のケースの 2 種類がある（建物明渡請求上告事件・最一小判昭 44.2.27 民集 23 卷 2 号 511 頁）。前者は、たとえば、親会社が子会社の株式の相当部分を有していて役員を派遣しているといった状況に加えて、子会社が事実上親会社の事業の一部門であって、両者の事業や財産等が混交しており、子会社がまったくの形骸にすぎないといった要件の存する場合であって、この子会社が倒産したり解散したりしたケースにおいて問題となる（法人格の形骸化のケースの代表的な裁判例として、川岸工業事件・仙台地判昭 45.3.26 労民 21 卷 2 号 330 頁、黒川建設事件・東京地判平 13.7.25 労判 813 号 15 頁）。後者は、そこまではいかないが、たとえば、親会社が子会社を支配しており（支配の要件）、かつ子会社の法人格を違法・不当な目的で利用する（目的の要件）といった要件の存している場合で、具体的には経営者がある事業場に労働組合が結成されたのを嫌悪してその事業場を別会社（別法人）にしたうえでその別会社を解散して従業員を解雇し会社から組合を放逐するなどといったようなケースが問題となる事例といえることができる（法人格の濫用のケースの代表的な裁判例として、中本商事事件・神戸地判昭 54.9.21 労判 328 号 47 頁、長尾商事事件・大阪高判昭 59.3.30 労判 438 号 53 頁、新関西通信システム事件・大阪地決平 6.8.5 労判 668 号 48 頁、日本言語研究所ほか事件・東京地判平 21.12.10 労判 1000 号 35 頁）。

法人格が否認される場合には、子会社や旧会社の労働者が親会社や新会社

に対して未払賃金の請求を行うことができることはいうまでもない(なお、偽装解散の事例で、法人格否認の法理により、新会社ではなく支配を行っていた親会社に対し労働契約上の責任があるとして旧会社の従業員からの未払賃金等の請求を認めた例として、第一交通産業ほか(佐野第一交通)事件・大阪高判平 19.10.26 労判 975 号 50 頁がある)。しかし、法人格否認の法理は問題となる特定事案にかぎって法人格を否認するという個別例外的なものであるとされるため、はたして子会社や旧会社の労働者に親会社や新会社の従業員の地位まで(継続的に)認めることができるのかという論点が生ずる。法人格の濫用の場合には認められるとする見解が強い(肯定した例として、前掲・中本商事事件・神戸地判、前掲・新関西通信システム事件・大阪地決、否定した例として、前掲・長尾商事事件・大阪高判、前掲・日本語研究所ほか事件・東京地判)が、単なる法人格の形骸化にすぎない場合にまでこれを認めるべきかについては争いがある(肯定した例として、北九州空調事件・大阪地判平 21.6.19 労経速 2057 号 27 頁)。この点に関しては、次項で述べる黙示の労働契約成立をめぐる問題とも境を接しており、その法理とも関連させて考察する必要があるように思われる。

なお、近年の裁判例には、要件をみたさないとして容易には法人格否認の法理の適用を認めない傾向(厳格な判断を行う傾向)が一定みられるところである(大阪空港事業(関西港業)事件・大阪高判平 15.1.30 労判 845 号 5 頁、ワイケーサービス(九州定温運送)事件・福岡地小倉支判平 21.6.11 労判 989 号 20 頁)。

■ 黙示の労働契約成立の法理 たとえば、A社が自分の事業場内の業務の一部を別企業であるB社に業務委託契約を締結して請け負わせ、B社の労働者Cが事業場内で働くことになったが、本来直接の契約関係がないのでできないはずであるにもかかわらずA社が直接Cに指揮命令を行っていたようなケースにおいて、B社が解散したり、あるいはA社とB社の業務委託契約が終了し仕事がなくなったとしてB社がCを解雇したような場合に、C

はA社に対して従業員としての地位を主張することができるかが問題となることがある(社外労働者と受入企業をめぐる問題であり、これは現在では違法派遣と位置づけられる偽装請負の事例で注目を集めている)。この場合に争点となるのが、A社とCの間に黙示の労働契約が成立しているかである。

さて、黙示の労働契約が成立したと解すべきケースとして、①法人格の形骸化に該当するような場合、すなわち業務を請け負った発注先企業が何ら企業としての実体を有しないような場合、②採用した企業(発注先企業)は独立性・実体を有するが、現実には労働者受入企業(発注元)の募集(ないしは労働者の紹介)・賃金支払の代行にすぎないと解される場合、③採用した企業が企業としての独立性・実体を有するが、労働過程で社外労働者と受入企業との間で黙示の労働契約が締結されるに至ったと考えられる場合という3つの場合が想定できる。ただ、労働契約の成立に関する労働契約法6条は「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。」と規定しており(なお、労働契約法が制定される以前は雇用契約の要素を定める民法623条が同様の定めをおいていることが根拠とされ)、したがって、黙示の労働契約が成立していたと認定できるためには、単にA社とCの間に指揮命令関係が存するのみならず、A社がCに対して賃金を支払う意思を有していたことが必要となる(代表的な、裁判例として、サガテレビ事件・福岡高判昭58.6.7 労判410号29頁(否定例)、安田病院事件・最三小判平10.9.8 労判745号7頁(肯定例))点に注意を要する。①、②のケースにおいてはそのような実態から受入企業(発注元)の賃金支払意思が認められ(推定され)やすいといえる(たとえば、センエイ事件・佐賀地武雄支決平9.3.28 労判719号38頁)が、③のケースにおいてこれをいかに認定するが争点となる。この点につき、偽装請負の事例である松下プラズマディスプレイ(パスコ)事件・大阪高判平20.4.25 労判960号5頁は、労働者が業務委託を受けた社会から給与等として受領する金員は社外労働者受入企業が

業務委託料として支払った金員から利益等を控除した額を基礎とするものであると認定し、社外労働者受入企業が労働者が給与等の名目で受領する金員の額を実質的に決定する立場にあったとして黙示の労働契約の成立を認めた。これに対し、上告審のパナソニックプラズマディスプレイ（パスコ）事件・最二小判平 21.12.18 労判 993 号 5 頁は、社外労働者受入企業が社外労働者の給与等の額を事実上決定していたといえるような事情もうかがわれないうとして黙示の労働契約の成立を認めなかった。この最高裁の立場からすれば、今後、③のケースにおいて受入企業（発注元）の賃金支払意思の存否の認定は厳格なものとなる（したがって、黙示の労働契約の成立が認められる余地が極めて狭くなる）ことが予想されるが、労使の力関係の差異と労働者保護の必要性を考えると大阪高裁の立場が妥当なように思われる。

なお、黙示の労働契約成立の法理は、社外労働者と受入企業の事例のみならず親子会社の事例や偽装解散の事例でも問題となりうることを補足しておく（法人格否認の法理のところでも引用した北九州空調事件・大阪地判平 21.6.19 労経速 2057 号 27 頁は、むしろ黙示の労働契約の成立に近い事例であったといえることができる）。ちなみに、ウップスほか事件・札幌地判平 22.6.3 労判 1012 号 43 頁は、同族経営による企業グループ内において、P社に採用されQ社に出向する形で労務を提供していた労働者がP社の解散後にQ社との間に実質的な雇用関係があると主張した事例であるが、上述の判断方法とは異なり、労働者の実質的な使用従属関係はQ社との間で存在しており、この客観的な事実関係から推認しうる労働者とQ社の「実質的な合理的意思解釈」として、特にQ社の賃金支払意思に言及することなく労働者とQ社の間に黙示の労働契約の成立を認めており、実態を重視した判断として注目される。

◇ アドバンスト・イシュー 労働者派遣と黙示の労働契約の成立

これまで黙示の労働契約成立をめぐる問題に関し社外労働者のケースとし

て論じてきたのは、許可や届出なしになされた違法派遣と位置づけられる偽装請負の事例における法的処理のあり方であった。では、許可や届出の要件をみたした派遣会社が正面から労働者派遣を行うケース(ちなみに、このようなケースにおいても違法派遣が問題となる場合があることはいうまでもない)においても同様に考えることができるのだろうか。つまり、労働者派遣の場合においては、派遣労働者は派遣元(派遣会社)に雇用されて派遣先に派遣されその指揮命令を受けて労働するが、派遣労働者と派遣先との間にはそもそも労働契約が存しないとされている(労働者派遣法 2 条 1 号)ので、このような前提のもと、派遣労働者と派遣先に間に黙示の労働契約が成立する可能性は存するのかが争点となるのである。一般的に、裁判例は、成立の可能性自体は認めつつも、厳格な要件を示しているといつてよい。たとえば、伊予銀行・いよぎんスタッフサービス事件・高松高判平 18.5.18 労判 921 号 33 頁においては、「派遣元と派遣労働者との間で雇用契約が存在する以上、派遣労働者と派遣先との間で雇用契約締結の意思表示が合致したと認められる特段の事情が存在する場合や、派遣元と派遣先との間に法人格否認の法理が適用ないしは準用される場合を除いては、派遣労働者と派遣先との間には、黙示的にも労働契約が成立する余地はない」(この事件では労働者の主張が認められず、労働者側が上告・上告受理申立をしたが、上告棄却・上告申立不受理となった(最二小決平 21.3.27 労判 991 号 14 頁))と、あるいはマイスタッフ(一橋出版)事件・東京高判平 18.6.29 労判 921 号 5 頁においては、「労働者が派遣元との間の派遣労働契約に基づき派遣元から派遣先へ派遣された場合でも、派遣元が形式的存在にすぎず、派遣労働者の労務管理を行っていない反面、派遣先が実質的に派遣労働者の採用、賃金額その他の就業条件を決定し、配置、懲戒等を行い、派遣労働者の業務内容・期間が労働者派遣法で定める範囲を超え、派遣先の正社員と区別し難い状況となっており、派遣先が、派遣労働者に対し、労務給付請求権を有し、賃金を支払っており、そして、当事者間に事実上の使用従属関係があると認められる特段の事情が

あるときには、上記派遣労働契約は名目的なものにすぎず、派遣労働者と派遣先との間に黙示の労働契約が成立したと認める余地があるというべきである」とそれぞれ判示されている。

3 労働組合法上の使用者概念

■ 法律上の定義の不存在と使用者概念の拡張をめぐる問題 労働組
合法上、使用者概念を規定した条文は存しないが、不当労働行為の禁止を定めた労働組合法7条が禁止の名宛人を「使用者」としているため、そこで言う使用者とはいかなるものであるかが問題となる。これについては、①労働契約の相手方当事者とする契約主体説、②労働関係に影響を及ぼしうるすべての者とする説、③団結と対抗関係に立つすべての者とする説などがあり、裁判例・労働委員会命令・学説は、当初は、労働契約の契約主体を使用者と認める傾向にあったが、およそ昭和40年代(1965年)以降、労使関係が複雑化・多様化し、むしろ、②説や③説的な観点から、支店長、工場長、部長、課長などを使用者と位置付けたり(対内的拡張)、親会社、役員を派遣してきている融資銀行、社外労働者の受入企業(油研工業事件・最一小判昭51.5.6民集30巻4号409頁)、などを使用者ととらえたり(対外的拡張)することを認める傾向がみられた。つまり、集团的労働関係の性格に則して、労働組合に対して実質的に影響を及ぼしうる立場にあったり、団体交渉を行って労働関係上の問題を解決することができる立場に実際にある者が広く「使用者」と解されることになったのである。しかし、最高裁は、1985年の済生会中央病院事件・最三小判昭60.7.19民集39巻5号1266頁において、「労働組合法27条の規定による救済命令の名宛人とされる『使用者』は、不当労働行為を禁止する同法7条の規定にいう『使用者』であり、かつ、不当労働行為の責任主体として不当労働行為によって生じた状態を回復すべき公法上の義務を負担し、確定した救済命令(労働組合法27条9項)又は緊急命令(同条8項)を履行しないときは過料の制裁を受けることとされている

のであるから、右の『使用者』は、法律上独立した権利義務の帰属主体であることを要するというべきである。したがって、企業主体である法人の組織の構成部分にすぎないものは、法律上独立した権利義務の帰属主体ではないから、右の『使用者』にはあたらず、これを救済命令の名宛人として救済命令を発することは許されないものというべきである。」と判示し、対内的拡張を否定した。しかし、これは、後述するように、必ずしも対外的拡張までを否定する趣旨のものではない（ちなみに、この判決よりも後に出された団交拒否の不当労働行為の成否が争われた阪神観光事件・最一小判昭 62.2.26 労判 492 号 6 頁は、キャバレーで演奏する楽団の楽団員につき当該キャバレーを経営する会社を使用者と認めたものであり対外的拡張の事例である）。なお、労働組合法上の使用者概念をめぐるより新たな学説として、先に示した諸説に加えて、④労働契約関係ないしはそれに近似ないし隣接する関係を基盤として成立する団体的労使関係上の一当事者とする説があるが、これはこの最高裁判決の判旨を考慮して対内的拡張を排除した（しかし、対外的拡張は認めようとする）見解であるといえよう。

■ 対外的拡張の判断基準と部分的使用者概念 では、対外的拡張についてはどのように判断するのかであるが、これに関しては、請負契約により番組制作を請け負った下請会社から社員の派遣を受け、それらの者に指揮命令を行っていた放送会社が下請社員の所属する労働組合からの団交を拒否したことが不当労働行為にあたるかが争われた事例である朝日放送事件・最三小判平 7.2.28 労判 668 号 11 頁において、最高裁は、「一般に使用者とは労働契約上の雇用主をいうものであるが、同条が団結権の侵害に当たる一定の行為を不当労働行為として排除、是正して正常な労使関係を回復することにかんがみると、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。」と判示し、放送会社の使用者性を認めた。要は、(ア) 労働組合法上の使用者は労働組合法（ここでは具体的には不当労働行為制度）の趣旨を踏まえて判断すべきであって、(イ) 労働者を自己の業務に従事させており、(ウ) 基本的な労働条件等を現実的・具体的に決定・支配することができるならば使用者とされるのであり、労働契約関係の有無というよりは労働関係に影響力を有することから労働組合と向かい合う立場にあり、団体交渉等を通じて実質的に労働関係上の問題や紛争を解決することができる地位にある事業主が使用者ということになるのである。ちなみに、この判示によれば社外労働者や派遣労働者のケースはストレートに処理することができるが、必ずしも直接に自己の業務に労働者を従事させているのではないが労働関係に与える影響力・支配力からして「使用者」と捉える必要性が高い親会社や持株会社、あるいはメインバンクであって社長・役員等を派遣してきており会社経営を一定コントロールしている融資銀行などのケースにおいては妥当な結論を導くことができないように思われる。そこで、事案の違いを考慮して、後者の場合には、(イ) を緩く（広く）解するか、(イ) と (ウ) をいずれかが強ければ他方は弱く（あるいはなく）てもよいとして相補的・相関的に捉えるか、あるいは (ウ) が使用者性判断の本質的要素であると解する必要がある（朝日放送事件・最高裁判決を引用しつつも、もっぱら (ウ) の観点から使用者性判断を行う立場を示したものとして、中労委（大阪証券取引所）事件・東京地判平 16.5.17 労判 876 号 5 頁）。学説においては最後の見解が有力であり、この考えが妥当であるといえる。

なお、朝日放送事件・最判は、あくまで労働条件等につき現実的・具体的に支配・決定できるという「その限りにおいて」使用者性を認めるという判断を示しており、全面的に使用者とはいえなくても問題となっている事項についてのみ使用者であるとする部分的使用者概念を承認した点においても特色を有している（なお、前掲・中労委（大阪証券取引所）事件・東京地判は、朝日放送事件・最高裁判決とは異なり、部分的使用者概念に依拠せず使用者

性を否定した点に問題がある)。

■ 行為主体としての使用者と帰責主体としての使用者 対外的拡張
 により団交（あるいは団交拒否）の問題には親会社等を使用者とするこ
 ことで適切に対処することができても、企業内部の役職者、たとえば部長や課長が
 組合潰し等の支配介入行為を行ったような場合はどうなるのか。このよう
 な事例においては、これらの者の行為が使用者たる事業主に帰責されること
 になるため、使用者は不当労働行為の行為主体ではなく帰責主体と位置づけ
 られる。具体的には、帰責の判断にあたって、行為を行った者が企業内にお
 いてどのような権限を与えられていたかが重要となるが、権限の性格上、社
 長・役員は基本的にストレートに使用者の不当労働行為とされ、部長・課
 長の行為も原則として使用者の不当労働行為と評価されるといえよう。
 また、係長などの下級職制の行為は使用者の意を受けて行われたか、あ
 るいはその意を体してなされたことが必要といえよう（JR 東海（新幹線東
 京運転所）事件・最二小判平 18.12.8 判時 1959 号 163 頁）。（役職のない）労務
 課員などの行為については使用者から命じられて行ったような場合に帰責可
 能とすることができるであろう。

■ 使用者概念の時間的拡張 これまで論じてきた使用者概念の拡張
 はどの範囲の者が使用者に含まれるのかという空間的拡張とでもいうべき問
 題であった。しかし、拡張をめぐる問題はこれにはとどまらず、さらに時間
 的拡張を検討することが必要になる。たとえば、退職した従業員が在職中に
 生じていた問題につき解決を求めるとか、被解雇者が解雇の効力を争ったり、
 未払賃金を求めたりするとか、一年のうち一定期間のみ同一企業で働く季節
 雇用を繰り返してきた者が、来年度の労働条件の改善を求めるとか、ある
 いは吸収合併される予定の企業の従業員が合併予定の相手方企業に合併後の
 労働条件の維持・改善を求めるとかいった場合に、これらの者が加入する労働
 組合が問題となる企業と団体交渉を行うことができるか（その企業が団交に
 応じない場合には団交拒否の不当労働行為が成立するか）が焦点となるので

ある(ちなみに、それ以外にも合併を予定する先が組合潰しなどを行ってきたような場合(支配介入のケース)にも問題が生ずるといえよう)。つまり、過去において労働契約関係が存在していた場合や近い将来において労働契約関係成立の可能性があれば、その過去あるいは将来の労働契約の相手方当事者を「使用者」とすることができるかであるが、裁判例や労働委員会実務はこれを認める傾向にある。具体的には、被解雇者の解雇後の駆け込み訴えの事例における従前の雇主(日本鋼管鶴見造船所事件・最三小判昭61.7.15 労判484号21頁)、会社分割の場合の分割会社(国・中労委(モリタほか)事件・東京地判平20.2.27 労判967号48頁)、季節雇用の事例において季節労働者を繰り返し雇用してきた企業(万座硫黄事件・中労委命令昭27.10.15 命令集7集181頁)、退職した元従業員が退職後に加入した労働組合が元従業員の勤務期間中の石綿使用・曝露や退職者に対し企業補償制度を設けることなどにつき団交を求めた元の雇主たる企業(兵庫県・兵庫県労委(住友ゴム工業)事件・大阪高判平21.12.22 労判994号81頁)などの使用者性が認められている。ちなみに、先に挙げた使用者概念をめぐる学説のうち、④説は空間的拡張のみならず時間的拡張も意識的に包摂しうる概念構成をとるものとなっている。

※ 基本判例 兵庫県・兵庫県労委(住友ゴム工業)事件・大阪高判平21.12.22 労判994号81頁

「団体交渉を通じ、労働条件等を調整して正常な労使関係の樹立を期するという上記労組法の趣旨からすれば、使用者が、かつて存続した雇用関係から生じた労働条件を巡る紛争として、当該紛争を適正に処理することが可能であり、かつ、そのことが社会的にも期待される場合には、元従業員を『使用者が雇用する労働者』と認め、使用者に団体交渉応諾義務を負わせるのが相当であるといえる」

□ コラム 1-2-4 使用者団体

労働組合法 14 条には労働組合の相手方として、使用者だけではなく使用者団体というものが出てくる。これは労働協約に関する規定であるが、当然、労働協約締結の前提として団体交渉にも使用者団体が当事者として出てくるのが予定されているといえる。ただ、団体交渉の主体というためには、単に使用者の団体というだけではなくて、団体交渉を行うことを目的とし（規約に記載することが必要であろう）、かつ構成員である各使用者に対して統制力を有するものでなければならない。ちなみに、ヨーロッパでは産業別組合が主流であり、産業別組合が産業の使用者団体と団体交渉を行うことになるが、企業別組合が主流のわが国では、交渉も労働協約の締結も企業レベルで行われるのが通常であり、複数使用者が加入する使用者団体が団体交渉の場に登場してくることはほぼみられないといってよいであろう。

Ⅲ 労働組合

■ 憲法 28 条・労働組合法と労働組合 一般的に、労働組合とは労働者が主体となって自主的に労働条件の維持改善その他経済的地位の向上を主たる目的として組織する団体のことをいうと解される（労働組合法 2 条本文）。労働者はひとりひとりでは使用者＝社会的権力たる企業と対等の立場に立って労働条件等を話し合うことができない（あるいは困難である）ため、労働組合を作って集団で対等の立場に立つとともに、社会的権力からの個人の防壁として集団の力で使用者の不当な権力行使を抑止することを目指すことになる。労働組合の結成・加入を行ったり、団体交渉をしたり、場合によってはストライキなどの争議行為を実施したりすることは憲法で労働者の人権として認められており（憲法 28 条）、また労働組合は労働組合法によって特別の保護を受けるとともに、一定の要件（事業場の労働者の過半数を組織）をみたせば労働基準法などにおいても職場の代表（過半数代表）として多くの重要な任務を行うことが認められている。

なお、わが国では労働組合については自由設立主義がとられている。つまり、①人数は2人以上であれば自由である（労働者が最低2人いれば組合を作ることができる）、②どのような範囲の労働者で組織するかも自由である（利害の共通する労働者同士が自己決定により組合員の範囲を決定できるということであり、最近では、これまで主流であった企業の従業員だけで組織する組合（企業別組合）だけではなく、地域で企業を超えて広く労働者を組織したり、パートや女性や管理職をそれぞれ組織したりする労働組合なども現れている（合同労組、パートユニオン、女性ユニオン、管理職ユニオンなど）、③行政への届出・許可・認可なども不要である、という3点において労働組合の設立は自由ということができるのである。ただし、②に関連しては人種・信条・性別・社会的身分などによる組合加入制限・拒否は許されるのか、③に関連しては「労働組合は、労働委員会に証拠を提出して第2条及び第2項の規定に適合することを立証しなければ、この法律に規定する手続に参与する資格を有せず、且つ、この法律に規定する救済を与えられない。」と規定する労働組合法5条1項（資格審査）との関係をどう考えるのかといった問題がある。

■ 憲法上の労働組合概念 労働組合法2条本文は、「この法律で『労働組合』とは、労働者が主体となつて自主的に労働条件の維持改善その他経済的地位の向上を図ることを主たる目的として組織する団体又はその連合団体をいう。」と労働組合の要件を規定しており、これは憲法の趣旨を確認したものであると解されている。したがって、この要件をみたす団体は憲法上労働組合であると認められ、憲法28条の保護を享受することができる。なお、上述のように、労働組合法の課す特別の要件をみたせばさらなる保護を受けることができるので、そのような労働組合法上の労働組合と区別する意味で、ここで問題とする労働組合は憲法組合と呼ばれる。なお、労働組合は恒常的な団体（長期にわたり継続して存続することを予定する団体）であるが、一時的な団結である争議団も同様に憲法28条の保護を受けるので、

団体性の要件については若干緩和した形で解する必要があるものの、基本的にはこの労働組合法 2 条本文の要請をみたす必要があるといえよう。

(1) 労働者の要件 労働組合法 3 条の規定する労働者のことであるが、これについてはすでに本章 I 3 で論じたところを参照されたい。

(2) 主体性の要件 組合員の大多数が労働者であることを要するということであるが、労働組合である以上当然のことといえよう。あくまで大多数ということであるから、若干、労働者以外の者（たとえば、支援者や組合員の配偶者など）が加入していても労働組合と認められる。

(3) 自主性の要件 労働組合の主たる任務は使用者に対して労働者の利益を擁護することにあるから、対使用者との関係で労働組合がその結成・運営につき影響や支配を受けていないことが求められる。自主性は、具体的には、①労働組合は純粋に利害の共通する労働者のみで構成されるという純粋性と②労働組合の結成・運営・活動が使用者の影響や支配・介入から免れていることという独立性の 2 つからなるといっていよい。

(4) 目的の要件 労働組合は労働者の経済的地位の向上をはかることを主たる目的としなければならない。あくまでも主たる目的であるから、経済的地位の向上がメインに据えられていれば、従（サブ）として共済や社会活動などを目的としてもよい。労働組合法 2 条但書 3 号・4 号はこのことを確認した規定である。なお、この主たる目的は、憲法 28 条の保障趣旨と同義と考えてよいが、第 1 章第 2 節 I でみたように、それをどう捉えるかについては争いのあるところである。

(5) 団体性の要件 労働組合は 2 人以上で結成できるとはいつでも、団体である以上、社団性が必要であり、構成員、規約、機関（意思決定機関と執行機関）、財政的基礎を有する必要がある。ちなみに、団体（労働者を構成員とする単位組合）が団体を結成する連合団体も団体性の要件をみたすことはいうまでもない。なお、団体性の要件との関係では、使用者の切り崩し等により組合員が 1 人となってしまった場合などにおける労働組合性

をいかに考えるかという問題(1人組合をめぐる法的問題)があるが、①組合員の増加の可能性があれば組合性を認める説と②組合性を認めず組合結成行為と解する説に分かれている。

■ 労働組合法上の労働組合概念 労働組合法は憲法28条の労働基本権保障を具体化するものであるが、「具体化」という場合、(ア)憲法の規定内容を確認した部分と(イ)憲法を踏まえつつ労働組合法が独自に設けた部分があり、両者を区別して論ずる必要がある。(ア)については憲法上の要件をみたせば適用されることはいうまでもないが、(イ)の適用についてはそれに加えてさらに労働組合法が独自に設けた要件をクリアし(関門を突破し)「労働組合法上の労働組合」とであると認められる必要がある。しかも、労働組合法上の要件は、同法2条但書1号・2号の要件と、同法5条の要件の2段階からなり、まず前者をクリアし、そのうえで後者に進むことになるが、段階ごとに保護のあり方も変わる(上乘せされる)ことになっている(要は、政策的見地から、労働組合法の要請をみたせばその度合いに応じて、憲法上の保護にプラスして一定の特別の法的保護を与えようとしているのである)。具体的な説明に入る前に、その基本構造を次に示してみよう。

① 労働組合が労働組合法2条と5条2項の要件をみたし資格審査を受ければ同法上のすべての保護等を享受することができる(5条1項)。

② 但書を含めた労働組合法2条の要件をすべてみたせば5条の要件をみたさなくとも(つまり、資格審査を受けなくとも)同法上の労働組合として、法人格の取得(11条)・労働協約の地域単位の拡張適用の申立(18条)・労働委員会の労働者委員の推薦(19条の3、19条の12、19条の13)・不当労働行為の行政救済(27条)以外の労働組合法上の保護を享受する。

③ 労働組合法2条本文の要件は憲法を確認したものであって、これをみたせば、たとえ労働組合法2条但書1号・2号に該当しても憲法上の保護(憲法28条の確認規定であると解される労働組合法1条2項(刑事免責)・8条(民事免責)、憲法28条が規定する団結権、団交権、団体行動権ないし

争議権) を享受する (憲法組合)。

まず、労働組合法 2 条但書 1 号・2 号をみてみよう。これらは、労働組合の自主性を制度的に担保するために政策的な見地から設けられたものである (これらは自主性が存しない場合についての例示であると説く説もあるが、条文の構造上、本文のように解さざるをえないと考えられる)。これらの規定に該当しても必ずしも実際に組合の自主性が失われているとはいえない場合もあるが、その場合には憲法組合にとどまる。さて、同条但書 1 号は、「役員、雇入解雇昇進又は異動に関して直接の権限を持つ監督的地位にある労働者、使用者の労働関係についての計画と方針とに関する機密の事項に接し、そのためにその職務上の義務と責任とが当該労働組合の組合員としての誠意と責任とに直接に接する監督的地位にある労働者その他使用者の利益を代表する者の参加を許すもの」を労働組合法上の労働組合ではないと規定し、人的側面から自主性の担保をはかろうとしている。この規定との関係では、部長や課長といった管理職が加入している管理職組合をいかに考えるかが利益代表者の範囲とも絡んで問題となる。また、同条但書 2 号は、「厚生資金又は経済上の不幸若しくは災厄を防止し、若しくは救済するための支出に実際に用いられる福利その他の基金に対する使用者の寄附及び最小限の広さの事務所の供与を除」き、「団体の運営のための経費の支出につき使用者の経理上の援助を受けるもの」を労働組合法上の労働組合から除外し、財政面からの自主性の制度的担保をはかっている。

次に、但書も含めて労働組合法 2 条の要件をすべてみたまず組合が、法人格の取得、労働協約の地域単位の拡張適用の申立、労働委員会の労働者委員の推薦を行い、また、不当労働行為の行政救済を申し立て救済を受けようとする場合には、同法 5 条 1 号に従って、2 条と 5 条 2 項の要件をみたまず労働組合であることについての労働委員会の資格審査を受けなければならない。ちなみに、同法 5 条 2 項は組合民主主義の観点から組合規約に一定事項を記載することを求めており、資格審査との関係で、2 条の要件が自主性の要件、

5条2項の要件が民主性の要件と呼ばれることがある。なお、一般に、労働組合法の求める要件をすべて満たし資格審査を受けた組合は法適合組合、5条2項の要件を欠き2条の要件のみをみたく組合は規約不備組合と呼ばれることがあるが、適切な用語法とは思われない。後者については、規約が不備のケースと単に資格審査を受けていないケースの双方が含まれるといえる。

IV その他の登場人物

1 過半数代表と労使委員会

■ 過半数代表 たとえば、労働基準法90条1項は、「就業規則の作成又は変更について、当該事業場に、労働者の過半数で組織する労働組合がある場合においてはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がない場合においては労働者の過半数を代表する者の意見を聴かなければならない。」と規定しているが、ここで問題とされている過半数組合ないし過半数代表者のことを一括して過半数代表と呼ぶ。これは不完全ながらも従業員代表の一種であると考えられており、使用者による意見聴取、使用者との協議、労使協定締結、委員指名など個別的労働関係法を構成する各種の法律に定められた一定の限定された権限を、問題となる事項ごとに、その都度行使するものである。このような過半数代表制は、使用者が就業規則により労働条件の決定・変更を行う場合や、事業場の都合に応じて法の定める最低基準に一定抵触する措置をとらざるをえない場合（たとえば、急な仕事量の増加により労働基準法32条2項が定める1日8時間の法定労働時間を超えて労働者を働かせることが必要となる場合）などに、それらに関して、過半数以上の多数の労働者の集团的意思に支えられた代表の関与を通じて労働者の声を反映させることにしたものである。

かつて、過半数代表は労働基準法上の極めてかぎられた事項について問題とされるにすぎなかったが、1987年の労基法改正において労働時間に関する労使協定が新たに多く導入されて以降、過半数代表制が多用されることとな

り、現在では、労働基準法以外にも労働安全衛生法、労働契約承継法、労働者派遣法、高年齢者雇用安定法など多くの個別的労働関係法で活用されるに至っている。しかし、上述したその基本的な性格は変わらないままであり、依然として問題となる事項ごとにその都度選出・対応することが予定されたアドホックで一定のかぎられた権限しか有しないものにすぎない。

過半数代表の選出単位は、企業ではなく、(あくまでその構成要素である)事業場(労働基準法でいう「事業」と同義)であり、過半数代表はその範囲を超えて権限を行使しえない(ひとつの事業場で締結された労使協定の効力が他の事業場の労働者には及ばないとされた例として、ドワゴン事件・京都市判平 18.5.29 労判 920 号 57 頁)。また、事業場に労働者の過半数で組織する労働組合(過半数組合)がある場合には選挙等の選出手続を要することなくこの組合が過半数代表となる。たとえ、選挙等を行ってもこのような組合(正確に言えば、組合から出された候補者)が過半数を得ることが予想されることを考慮してである。事業場に労働組合が存しても過半数を擁しない場合や、そもそも労働組合が存しない場合には、過半数代表者を選出することになるが、選出に関する規定は労働基準法施行規則 6 条の 2 に規定されており、過半数代表者は、労働基準法 41 条 2 号に規定された管理監督者であってはならず、法に規定する協定等をする者を選出することを明らかにして実施される投票、挙手等の方法による手続により選出された者であることを要する(親睦団体の代表が自動的になるという形で不適切に選出された代表の締結した労使協定が「協定当事者が労働者の過半数を代表するものではないから」として無効とされた例として、トーコロ事件・最二小判平 13.6.22 労判 808 号 11 頁)。なお、この手続は、労働者の話し合いや持ち回り決議等の労働者の過半数が選任を支持していることが明確になる民主的手続でもよいとされている(平 11・3・31 基発 169 号)。また、使用者は、労働者が過半数代表者であること、過半数代表者になろうとしたこと、過半数代表者として正当な行為をしたことを理由として不利益な取扱をしないようにしなけ

ればならない(労働基準法施行規則6条の2第3項)。ちなみに、選出手続等については現状では不明確な部分も多く、過半数代表制が大いに活用されてきている現状を踏まえるならば、今後はより明確で統一的な法規制が必要になるといえよう。

なお、最後に、過半数代表制はあくまでも個別的労働関係法上の制度であり、過半数組合が過半数代表となる場合には、法によって事業場の全労働者の代表と位置づけられるため、自己の組合員の範囲を超えて活動する(したがって、過半数組合の締結した労使協定の効力は事業場の全労働者に及ぶ)ことになる点に注意を要することを付言しておく。

■ 労使委員会 1998年の労働基準法改正により新たに設けられた38条の4において企画業務型裁量労働制実施のための要件である決議を行う機関として導入されたのが労使委員会である。これも一種の従業員代表と位置づけることができるが、労働者のみから構成されるのではなく、労使同数の委員からなる点に特徴を有している。ちなみに、労働者委員については、過半数代表によって任期を定めて指名される。

なお、労使委員会は、企画業務型裁量労働制実施のための決議(委員の5分の4以上による決議:以下同じ)を行う権限のみならず、その他労働時間に関して行った決議は労使協定と同様の効力を持つものとされ、加えて、労基法38条の4自体においてそもそも「賃金、労働時間その他の当該事業場における労働条件に関する事項を調査審議し、事業主に対し当該事項について意見を述べることを目的とする委員会」と性格づけられており、法定の権限を越えてより広範に本格的活動を行うことが期待されているといえる。ちなみに、労使の委員からなる委員会としては、他に、労働時間等設定改善委員会(労働時間設定改善法6条)、安全衛生委員会(労働安全衛生法19条)などがある。

◇ アドバンスト・イシュー 従業員代表制をめぐる問題

近年、労働組合の組織率や機能が低下し、使用者に対して労働者の利益擁護が十分にはかられていない状況が広くみられる。反面、労働基準法をはじめとして過半数代表の出番が多くなってきているが、それはあくまで問題となる事項ごとにその都度選出される権限の限られた従業員代表にすぎない。そこで、職場において労働者の利益擁護をはかり一般的な代表機能を恒常的に発揮することができる集団的利益代表システムである本格的な従業員代表制度を設けるべきであるとの考えが一般的に強くみられるようになってきている。しかし、本格的な常設の従業員代表制を導入する場合、労働組合類似の機能を有する（あるいは労働組合と競合する）法定の従業員代表を設けることは組合機能を侵害し憲法 28 条と抵触しないのか（あるいは労働組合のさらなる弱体化を招くのではないか）、労働組合と従業員代表制との関係や役割分担をどうするのか、代表者型にするのか委員会型にするのか、委員会型にするとしても労働者のみを構成員とするのか労使双方を構成員とするのかといった解決すべき困難な問題が山積している。とりあえず当面は、労働基準法 38 条の 4 で規定された労使委員会が本格的な従業員代表制の先駆をなすものとして活用されることが期待されるといえる。

2 国・地方自治体

労働法においては、国は立法をなすのみならず、雇用政策・労働政策の立案・実施をはじめとして行政監督、助言・指導・勧告、サービスの提供、補助金の支給、一定の給付など労働行政を通じて大きな役割を果たしている。また、裁判所や行政機関における紛争解決も極めて重要である。そして、地方自治体も労働行政や紛争解決において見逃すことができない活動を行っている。