

「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（一）

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（以上本号）

(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

はじめに

本稿は、「労働組合法上の労働者概念」をめぐる近年の議論状況ないし理論状況を振り返り、それに対して若干の検討・省察を加えようとするものである。たしかに、このテーマに関しては、近年、労組法上の労働者概念を狭く捉えようとする東京地裁や東京高裁の一連の裁判例の登場を契機に、これに「衝撃」¹⁾ないしは「ショック」²⁾を受けた多くの学説がかかる裁判例の傾向に有効かつ説得的に反論・対抗すべく精力的に議論を展開した結果、最近の労働法学としては珍しく盛り上がりを見せホットな論戦が繰り広げられる(その結果、近年稀にみる夥しい数の論稿や判例評釈が―しかも、そもそも一般的に理論的関心が低調であった集团的労働関係法の分野の問題であるにもかかわらず―執筆される)ことになった。そして、現時点においては、細部あるいは理論的説明に違いがあるとはいえ、結論的には学説の議論はほぼ一定の方向性を示してきており、また学説と同方向を示すかに思われる最高裁判決が登場したこともあり、この問題は現在ではもはやすでに一定論じ尽くされた感すらある。³⁾

しかし、議論状況を俯瞰してみると、そこにはいまだ看過できない重大な問題点や十分に検討されずに見落とされている点が多々存しているように思われる。また、そもそもこの間の議論の流れの方向性自体に筆者からみてどうにも腑に落ちないと感じざるをえない点が存している(率直に言えば、そもそも客観的にみて本当に「衝撃」や「ショック」と評価すべき事態はあったといえるのか、かりにあったとしてもそれはいかなる意味においてそうなのか、そしてそれいかに対処すべきであったのかという点も含めて、意図的にしろそうでないにしろ一定方向にしか目が向かない―ある意味で極めて単純な、あるいは直線的・単線的な―認識や議論のあり方、あるいは発想・思考法に対してある種の危機感すら感じているのが実状である)。そして、実は、それらは単に労働組合法の適用対象を画する

（明らかにする）という法技術論的な問題を超えて、まさに「労働法とは何か」という労働法の本質・存在根拠や将来像も含めた労働法のあり方、あるいは労働法の基礎をなす憲法一八条の労働基本権（さらには二七条一項の労働権）の捉え方（加えて、労働法学・労働法理論一般や雇用社会の法的構成原理のあり方）といった重要問題とも背後で繋がる奥深い射程を有しているように思われる。

そこで、本稿では、これまでの議論や判例・裁判例の状況についての大きな流れを概観したうえで、そのような議論状況をめぐる問題点を指摘し、「労働組合法上の労働者概念」とその根底にある労働法的基礎ないし基盤について（多くの学説とは一線を画するようにみえるかもしれないが、そして首尾よくなしうるかはいまだ心許ないかぎりではあるが、重要な作業であると思われるので、問題提起の意味も込めて、あえて）筆者なりの見解ないし見取り図を示したいと考える次第である。⁴

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

労働組合法は三条において「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。」という形で労働者概念を規定している。これはまさに労働組合法の適用を画する重要な条文であり、したがって労働組合法の最も基本的な条文であるともいうことができる。

さて、この条文の基本的重要性にもかかわらず、その規定の仕方が曖昧であることやこの条文をめぐってこれまで必ずしも深く突っ込んだ議論がなされてきたとは言いがたいことなどが作用して、近年、東京地裁と東京高裁の一連の判決が、相次いで、労働組合法上の労働者概念を狭く解して一定の労務供給者ないし労務提供者（以下、本稿では労

務供給者と表現する)の労働者性を否定し、中央労働委員会の不当労働行為救済命令を取り消すという事態がみられた(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オペラ歌手の労働者性を否定した国・中労委(新国立劇場運営財団)事件・東京地判平二〇・七・三一労働九六七号五頁、同事件・東京高判平二一・三・二五労働九八一号一三頁、企業と業務委託契約を締結し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した国・中労委(INAXメンテナンス)事件・東京高判平二一・九・一六労働九八九号一二頁、企業との業務委託契約に基づき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した国・中労委(ビクターサービスエンジニアリング)事件・東京地判二一・八・六労働九八六号五頁、同事件・東京高判平二二・八・二六労働一〇一二号八六頁)。これらの裁判例は、典型的な労働者(像)からはずれており一見したところでは独立労働や業務委託契約に基づく労働供給を行っているようにも思われる一方で(経済的な意味も含めて)ある程度従属的な状態にあるとも考えられる(いわばグレーゾーンにあるということが可能)労働供給者を労働者とは認めなかったのである。

さて、まさに、このような裁判例の態度は、従来の法実務(裁判例・労働委員会命令)や学説が拠って立つところの労組法の労働者を広く捉えようとする考えないし傾向に真っ向から対立し抵触していた。そこで、かかる事態がクローズアップされて大きく問題となり、一般的に、学説や法実務家(弁護士等)はこれらの裁判例の判断傾向に対し一斉に激しく批判を加えることとなった。そして、このような学説等の動きや対応により、労働組合法三条の基本的重要性の再認識が広い範囲で促されるとともに、これまで必ずしも十分にはなされてこなかった労組法上の労働者概念をめぐる議論ないし理論的検討が一気に盛り上がりを見せることとなった。⁽⁵⁾最高裁もこのような動きに呼応してか、まず二〇一一年四月に前二者の事件につき同時に判断を示し、いずれも高裁の判断を覆して労働者性を肯定した

(国・中労委(新国立劇場運営財団)事件・最三小判平二三・四・一二(労判一〇二六号六頁、国・中労委(INAXメンテナンス)事件・最三小判平二三・四・一二(労判一〇二六号二七頁)。そして、いうまでもなく、これらの判決は大いに学説上・実務上の注目を集めた(以下、本稿では、注目を浴び多くの議論の対象となったこれらの判決を、特に、最高裁の「二判決」と呼ぶこととする)⁶)。とにかく、最高裁がこのように二判決で一定の結論を示したことにより議論はピークを迎え、問題は(少なくとも法実務上は)一見したところ解決をみたくに思われた。加えて、その後、若干遅れて、最近、二〇一二年二月に、残されていた第三の事例に対する最高裁の判断が示された(国・中労委(ビクターサービスエンジニアリング)事件・最三小判平二四・二・一二(労判一〇四三号五頁)。ここにおいても最高裁は先の二判決と基本的に同様の判断基準(同様の諸要素の総合判断による手法)を維持し、原判決を破棄し東京高裁に審理を差し戻している(以下、本稿で、この判決も含めて最高裁判決を論ずる場合には「三判決」という表現を用いることとする)。

(二) 労働者概念の相対性

労働基準法や労働契約法は、労働条件を保護したり労働契約関係の展開を規制したりといったその規制内容の性格上、労働者として、現に働いている者(以下、本稿では「A」と表示する)を対象とするが、労組法は労働組合によるサポートや問題解決・対処の可能性の観点から、現に働いている者(以下、本稿では「B」と表示する)のみならず、さらに加えてこれから働こうとしたり職を求めたりする求職者・失業者(以下、本稿では「C」と表示する)や退職者・被解雇者(以下、本稿では「D」と表示する)も同法上の労働者に含めていると解することにほぼ異論はない。要は、労働組合を通じて、雇用関係(労働関係)をめぐる問題解決・対処に加えて、雇用関係に入る前段階から(あるいは一般的に雇用関係を志向する段階から)それにとまなうリスクや危険等を軽減・緩和・回避して問題解

決・対処・サポートをはかったり、あるいは雇用関係終了後においてもかつての雇用関係から生じた問題のいわば後始末（事後処理）を行ったりすることにも目が向けられているといえよう。法律の規制趣旨・方法や技術的性格に基づき労働者概念も異なること（労働者概念の相対性）をいずれの学説も認めてきているのである。これは法の技術的外延により違いが生ずるところの、いわば法技術論的相対性といってもよいであろう（以下、本稿ではこの意味でのいわば外延的な相対性を「相対性Ⅰ」と表記する）。

しかし、さらに、法の中心ないし中核部分をなすと考えられる現に働いている（雇用関係ないし労働関係にある）者という意味での A と B とはそもそも同じなのか、それとも異なるのが重要な論点となる。近年の東京地裁や東京高裁の一連の裁判例は、基本的に A と B をほぼ同じ観点から捉え、しかも実態を考慮するのではなく契約の法形式や法的義務を重視することにより労働者概念を狭く解していた。これに対し、最高裁は二判決（あるいは三判決）において実態を重視して実質的判断を行うことで A よりも B を広く解し、現に働いている者という意味における労働者についても相対性を認める観点から判断を示したのである（以下、本稿ではこの意味でのいわば中核的労働者をめぐる相対性を「相対性Ⅱ」と表記する）。そして、大方の論者はこのような最高裁の（二判決の）判断（の結論）を肯定的に受け止めている。また、一般的にいつて学説はもともと労働組合法上の労働者概念を労基法上の概念よりも広く捉えようとする立場ないし傾向を示しており、近年の最高裁判決は結論的には（あくまで結論に限っていえば）かつての学説の立場・傾向を再確認したものであるということができる。ただ、この点をめぐって、従来、一般的に、学説においては理論的説明・検討・考察が不十分であった（つまり、労組法上の労働者性の判断基準に関して曖昧な理論状況にあった）という問題が存していた（したがって、これが原因で東京地裁・東京高裁によっていわば足をすくわれる結果となったと考えられる）ため、最近の学説の議論は、結論自体は従来の学説の提示したものとは異なら

ないとはいえ、労組法における広範な労働者概念（BをAよりも広範に捉えること）に確固たる法的基礎を付与すべく、その理論的明確化の方向へ向けて検討を重ねることとなったのである。

(三) 従来の学説の考え方とその問題点

(1) 従来の考え方の基本的特徴

もともと学説は、ある労務供給者が労働組合法上の労働者（B）に該当するかどうかについては、①雇用・委任・請負など契約形式がいずれであるかを問わず実態を踏まえて実質的に判断すべきことを説き、②BをAよりも広く捉える、という二点では結論的に一致しており、このような学説の結論は労働委員会実務や（かつての、従来の、あるいは当時の）裁判例の傾向にも合致していたといえる（相対性Ⅰ、相対性Ⅱの承認）。⁸⁾しかし、その説明の仕方は大きく二つに分かれていたといつてよい（以下での本稿の記述においては、労働組合法上の労働者概念については、特に断る場合を除いては、もっぱらBの意味で使用することとする）。

第一の立場（使用従属性基準説：以下、本稿では「P説」と呼ぶ）は、労働法の基礎ないし本質を労働の従属性（Abhängigkeit/subordination）ないし従属労働概念に求め、したがって従属性（使用従属性）の有無（労働法の基本概念への該当性の存否）で労組法上の労働者か否かを判断するという考えである。この立場によれば、労組法上の「労働者」を定義する労働組合法三条が用いている「賃金、給料」という言葉は使用者の指揮命令下での労務提供の対価（使用者に「使用される」ことに対する対価）を意味しており、したがってこの条文は労働者性の判断にあたって労働の従属性を考慮するものであると捉えられる。そこで、基本的にはBはA（労働基準法上の労働者）と同様の判断基準に基づいて判断されることになる。たとえば、この立場の代表的な論者である片岡昇は、理論的体系書である『労働団体法 上巻』において、①労働の時間・場所・方法等に関する指揮命令関係の程度、有無、②専属性の有無、

③代替性の有無、④材料・生産器具等の生産手段の所有関係、⑤補助的労働力の利用の有無、⑥報酬の内容、⑦労働の場所・態様・性質などからみた使用者の業務との一体性などの諸要素を総合的に考慮して労組法上の労働者を判断すべきことを説いているが、これは片岡が労働法概説書において労組法・労基法を通じての労働者の共通的判断基準として示しているものと同じものであり、また、かつて労働大臣の私的諮問機関であった労働基準法研究会が報告書(『労働基準法の「労働者」の判断基準について』¹¹)において提示し、現在において通説・裁判例(たとえば、大塚印刷事件・東京地判昭四八・二・六労判一七九号七四頁)の立場となつていられると思われる労基法上の労働者の判断基準と(一定程度)類似していることは明らかであろう。ただし、そうはいつでも、あくまで「労働組合法」が問題となる場合においては A よりも B を広く捉えること(したがって、裁判例や労委命令などの法実務の傾向)を(理論的明確さなしいしは明確な根拠づけを欠くもの)結論的には認めるものといえる。要は、労働法の本質を押さえたうえでの判断を主張しつつも、併せて相対性Ⅱを承認するという点にこの説の特徴が在するのである。

第二の立場(団交保護基準説以下、本稿では「Q説」と呼ぶ)は、労働者概念は法律ごとにその目的ないし趣旨を踏まえて相対的に捉えるべきであつて、労働組合法については団体交渉の促進・助成という法目的に即して団体交渉による保護がふさわしい労働供給者を広く労働者と解すべきことを主張する。そして、労働組合法三条が単に労働者概念を判断する指標として「賃金、給料」のみならず、併せて「その他これに準ずる収入」を挙げており、しかも(労基法九条とは異なり)「使用される」という言葉を用いていないこともその根拠とされている。要は、相対性Ⅱについてもあくまで法律の規制趣旨・目的・方法や技術的性格に依拠して論を展開しようとする説であるといえる。¹⁴

とにかく、P説・Q説いずれの立場に立つとしてもいかなる労働供給者が B にあたるかの結論自体につきほとんど違いは存しなかつたのである。これは、たとえば、Q説に与する一学説が、かつて、「私自身は、労組法上の『労働者』

か否かに関する学説・裁判例(命令例)の以上のような判断の実質には異論がないが、そのような判断を『使用従属性』の有無というわく組で行うことには疑問がある」と述べていたことが端的に示しているといつてよいであろう。

(2) C B C管弦楽団事件・最高裁判決とその受け止め方

労働組合法上の労働者概念につき判断を示した最高裁判決としては、従来、テレビ局と自由出演契約を締結している管弦楽団員の労働者性が問題となったC B C管弦楽団事件・第一小判昭五一・五・六民集三〇巻四号四三七頁が一例存したのみである。最高裁は、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入れがみられる、②原則としては発注に応じて出演すべき義務がある、③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以上、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できない、④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するのが相当である、として管弦楽団員の労働者性を認めた。ただし、これはあくまで一定の判断要素の充足を前提とした総合考慮に基づく事例判断であつて、いまだ一般的・理論的・体系的な考え方・判断枠組みないしは判断基準は示されてはいないといえる。⁽¹⁶⁾

そこで、この判決をいかに捉え理解するかが問題となる。これについては、基本的に労基法上の労働者の判断基準と同様の判断要素を総合考慮することによつて判断を行ったとする立場(P説的把握)⁽¹⁷⁾と原審が用いていた「使用従属関係」という表現を用いていないことから従属性概念にとらわれず諸要素の総合判断に基づいて広く労働者概念を認める方向性をとつたとする立場(Q説的把握)⁽¹⁸⁾がみられたところである。とにかくいずれの学説もこの判決が自説と対立ないしは抵触するものとは考えてはおらず、あくまで自説と調和するものと解していたといつてよい。また、会社の事業組織への組入れの基準を判断要素としてまず最初に提示している点の特徴となつていふことも各学説の認

めるところといえる⁽¹⁹⁾ (なお、後に関連各所で言及するように、この基準自体も、たとえば P 説においては組織的従属性を基準とするものであるといったように、各説の見地から説明が可能であるかあるいは自説の根拠として援用されている状況となっている)。

そうすると二〇一二年に出された最高裁の二判決は、たしかに新たに検討すべき点は有しているのだけでも、事業組織への組入れの基準を重視する (第一に挙げている) 点を含めて、結論的には、単にこのようなかつて最高裁自身や学説の示していた「帰結」を再確認したものにすぎないといえる側面を有していることも事実である。したがって、近年の学説の議論をめぐっては「学会が大騒ぎするような問題ではないのではないかという気がします⁽²⁰⁾」という実務家 (弁護士) からの発言がみられることになるのも一面ではあながち不当とはいえない。そして、この発言はからずも問題点の本質の一端を示唆するように、近年の学説は労組法の労働者概念をめぐって激しくかつ詳細に (ある意味では過度ないし過剰に) 議論を展開することで、一見、課題解決を探るかにみえて、その実、労働者概念をめぐる論点を (必要以上に) 複雑化させるとともに特定の方向へ向けてしまうこととなり、かえってその本質や重要な問題をそらしてしまい見えにくくしているようにも思われる側面も存しているのである。

(3) 従来の学説と最高裁判決の問題点

さて、以上でみてきたように従来の学説や最高裁判例を含めた法実務は、①実態を重視し実質的判断を行う、②労組法上の労働者概念を (労基法上のものよりも) 広く捉えようとする、という二点において共通項を有していたといつてよい。ただ、学説の提示する結論は基本的に妥当であると考えられる反面、(i) P 説については、(結果的に) 相対性 II を認める (結論とはなっている) とはいうものの、労働法の本質を重視ないし強調するあまり、労基法上の労働者概念と労組法上の労働者概念の異なるしは (広狭の) 区別の基準がはつきりとはしていない、また、(ii) Q 説に

ついては、労働者概念の範囲が労基法上のものと大きく異なるとともに、団体交渉による保護を及ぼすべき者ということだけでは判断基準として具体性と明確性に欠ける（極めてあるいはあまりにも漠然としていて曖昧である）、という大きな問題点がそれぞれに存していた。また、最高裁のCBC管弦楽団事件判決についても基本的な考え方、一般的判断基準ないし理論的枠組み自体が示されておらず、判断手法をめぐり具体的・体系的にいかに関解すべきかが明確になっていないという問題があるといえよう。その意味で、いずれにしても法的安定性（基準の明確性と結果の予測可能性）を欠いていたということができるのである。²¹

おそらくは以上のような事情が存したので、いわばその反動として、東京地裁と東京高裁の一連の判決は、法的安定性を確保するという観点から、①（若干の広狭の差がでるのは法技術上やむをえないとしても）法律ごとに労働者概念が（大きく）異なるのは基本的に問題である、②労働者かどうかの判断基準は一定程度明確なものでなければならぬ、という方向性をとることになったものと思われる。²² たしかに、素朴な感情とすれば、あるいは一般的にいつて（一般市民の目から見て、あるいは企業実務等において）、法律ごとに労働者概念がまったくバラバラでは混乱が生じ、そのような不統一性をそのまま正面から理解することは困難では認しがたいと考えられることもまた否定できない事実であろう。したがって、その結果、①労基法九条の労働者概念をめぐり「使用される」という文言の条文解釈につき裁判例も含め実務的判断基準が一定具体的な形で存しているP説的な（あるいはP説に類似する）見地に立ちしつ、②法的に一定の明確性を有する基準、つまり（実態ではなく）法形式に拠るべきだとの結論に至ったものということができよう。

これは、たとえば、国・中労委（新国立劇場運営財団）事件・東京地判平二〇・七・三一労判九六七号五頁が、「基本契約の締結によって、契約メンバーは、個別公演出演を予定し、スケジュールを調整することになり、財団は、

契約メンバーの出演を確保することが予定、期待できることになる。しかし、このように契約メンバーが個別公演に出演することが予定、期待されることは、事実上のものというべきであり、契約メンバーにとって、個別公演に出演すること、すなわち個別公演出演契約を締結することが、法的な義務となっていたとまでは認められない」などと認定し、あくまで「労組法上の労働者であるかどうかは、法的な指揮命令、支配監督関係の有無により判断すべきものであ」としてオペラ歌手の労働者性を否定したこと、そして国・中労委（INAXメンテナンス）事件・東京高判平二一・九・一六労判九八九号一二頁が、「労働組合法は、賃金、給料その他これに準ずる収入によって生活する労働者（同法三条）が使用者との交渉において対等の立場に立つことを促進し労働者の地位を向上させること、その交渉のために労働者が労働組合を組織して団結することを擁護すること、使用者と労働者との関係を規律する労働協約締結のための団体交渉をすることなどを目的とする（同法一条）。したがって同法上の労働者は、使用者との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、他人（使用者）との間において、法的な使用従属の関係を立って、その指揮監督の下に労務に服し、その提供する労働の対価としての報酬を受ける者をいうと解するのが相当とすることができる。そして、同法における労働者に該当するか否かは、法的な使用従属関係を基礎付ける諸要素、すなわち労務提供者に業務の依頼に対する諾否の自由があるか、労務提供者が時間的・場所的拘束を受けているか、労務提供者が業務遂行について具体的指揮監督を受けているか、報酬が業務の対価として支払われているかなどの有無・程度を総合考慮して判断するのが相当というべきである。」と判示し、これを踏まえ、総合判断の結果、「法的関係において使用従属関係の存在を是認させるものではないから」として業務委託契約を締結し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したことが端的に示しているといえよう（実態ないし実質ではなく形式的な「法的な義務」ないし「法的関係」の存否の重視）。

しかし、すでに述べたように、かつてのP説はあくまで労働者保護という実質的観点から法形式(契約形式)には捕われず広く実態を踏まえた実質的判断を行うべきことを主張していた(実質的P説)のに対し、これら一連の裁判例は「明確さ」を追求するあまり、法形式(「法的関係」ないし「法的な義務」)を重視することになったといえる(「形式的P説」とでもいうべきアプローチ)。²³したがって、労働者概念を狭く捉えることになってしまい、その結果、従来の実態を見据えた労働者保護という視点が見失われ、一連の事件で問題となっているような典型的な「雇用」からはずれグレーゾーンにあると考えられる労働供給形態の増加・増大傾向や近年顕著な「非労働者化」の動き(当事者の力関係の差から、使用者が自己の社会法(労働法、社会保障法)上の責任・負担等を回避するために、実態や実質はさておき表面上は法的には従属関係がない、あるいは独立事業者であるとの形式が整えられるという動きないし傾向)には適切に対応することができないという大きな欠陥(したがって、結果的妥当性を欠如するという大きな問題点)を抱えることとなってしまったのである。これに対して、Q説的な観点から、一定の理論的検討を踏まえより基準を具体化して問題解決をはかろうとしたのが近年の学説の大きな一般的な特徴であり、後にみる最近出された労働委員会命令(ソクハイ事件・中労委命令平二二・七・一五別冊中労時一三九五号一頁)や行政解釈(厚生労働省『労使関係研究会報告書』)²⁴、そして、二〇一一年に出された最高裁の二判決(そして、二〇一二年に出されたものを含めれば三判決)もこのような学説の理論傾向を踏まえてのものといえることができるように思われる。²⁵

たしかに、東京地裁・東京高裁が採用した形式的P説のアプローチは大きな問題を抱えていたといつてよい。そして、このようなアプローチ(特に、形式的アプローチとなつている点)が学説により激しく批判されるとともに最高裁によって退けられたことは妥当な結論であろう。しかし、それが果たして直ちに(形式的なもののみならず)あらゆるP説的なアプローチ(特に、実質的P説)を排除してQ説的な方向性をとるべきことにスレートにつながるとい

えるのであろうか。最終的に Q 説的な方向性をとるとの選択 (あるいは Q 説をとることができるとの判断) を行うためには、いまだ、実質的 P 説的アプローチの再検討を行ってその有効性ないし通用可能性を吟味する (そして、これが有効性・通用可能性がないことを論証する) とともに、併せて、正面から実質的 Q 説的アプローチを正当化する作業を行うことが必要ではないかと考えられる。そして、加えて最高裁の二判決 (三判決) が果たして Q 説に依拠したものなのか (あるいは Q 説的な形でしか理解・説明する余地はないのか) をさらに検討しなければならないであろう。

そこで、以下では、まず次章二で最高裁二判決 (三判決) の内容とそれに対する学説等の反応をみたあと、次いで三で Q 説の正当性の存否をめぐる検討・吟味を行い、最後に四で実質的 P 説に依拠した説明の妥当性を検証するとともに、C B C 管弦楽団事件最高裁判決と最近の最高裁二判決 (三判決) を実質的 P 説的な観点から把握し正当化する作業を試みたいと考える次第である。

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

国・中労委 (新国立劇場運営財団) 事件・最三小判平二三・四・一二労判一〇二六号六頁、および国・中労委 (I N A X メンテナンス) 事件・最三小判平二三・四・一二労判一〇二六号二七頁は原審を破棄し、それぞれオペラ歌手とカスタムエンジニアの労組法上の労働者性を肯定した。最高裁はこれらの事件で労組法上の労働者概念を示す一般的な判断枠組みないし考え方を示さず事例判断という形で一定の判断要素 (ちなみに、以下でみるように、どちらの判決においても、順序は若干異なりとはいえ、基本的に同じ判断要素が用いられている) を総合的に考慮して問題処理をしたため、学説・法実務家はこれら最高裁判決の理論的分析・解明を試みるべく努力を傾注することとなった。

そして、現在、その理論的試みは、あくまで大枠においてではあるが、ほぼ共通の了解のもと一定の方向をとりつつある状況にあると考えることができる。

さて、これら二つの事件についてであるが、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必ずしも関係はなかった、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つば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、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必ずしも関係はなかった、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。また、加えて後者では、労働者性を否定する方向で考慮すべき要素（補完的消極的判断要素）として、⑥独立の事業者性ないしは独立の事業主体性の存否をも考慮している。

ただ、これらはいずれもあくまで事例判断であるため、最高裁の判断基準の基礎や一般的考え方自体、いまだ必ずしも明確なものとなっていないとはいえない(たとえば、労組法上労働者であるというためにはこれらの要素がすべて認められることが必要なのか、一部でも存すればよいのか、その場合どの要素が重視されるのか、あるいはこれら以外にも判断要素はあるのかなどについていまだはつきりとはしていない状況にある)のだが、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(中労委命令平二二・七・一五別冊中労時一三九五号一頁)が示した労働者性の判断基準(基本的に、①労働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労働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・集团的に決定されているか、③労働供給者への報酬が労働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、そして①を補充する要素として、(a)労働供給者が諾否の自由を有しないこと、(b)労働供給の日時・場所・態様についての拘束・指示、(c)発注主に対する労働供給者の専属性を挙げ、そして労働者性を否定する要素(補完的消極的判断要素)として顕著な事業者性の有無を総合的に考慮して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(もつとも、そもそもこの中央労働委員会の基準自体が事業組織への組入を第一に重視する点において前掲・CBC管弦楽団事件・最判に一定類似しているといえるが、この判決および最高裁の二判決とは異なり、単に判断要素を列挙するのではなく、その体系化を試み基本的考え方を示している点で違いがみられる点に注意しておく必要がある)。この判断手法(ないしはその体系化の基礎にある考え方)は、まさに、「労組法上の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るが、それをどのような基準によつて判断すべきか」ということを具体的に示そうとしたものと考えられ、その重要な判断要素として団交による集団的対処の必要性という観点から特に事業組織への組入に着目したものであるといえる。つまり、(労働基準法・労働契約法上の労働者が労働組合法上の

労働者であることはいうまでもないが)たとえ請負契約や委任契約を締結して労務を提供する者であっても集团的に契約の相手方の事業組織に実質的な形で組み込まれることによって対等の事業主(=独立の事業ないし企業)としての実体を失い(対等性・独立性喪失の一徴表である交渉力の格差・交渉上の地位の不利益性や経済的弱者性が労働条件の一方的決定性や報酬の労務提供の対価性ということになるのである)、したがってそのような者が対等性を確保するために団結し団体交渉を行うこと(つまり、団体交渉による保護を及ぼすこと)が必要かつ妥当であるとの結論に至ったと解されるのである。

ちなみに、以上のような問題状況を受けて、二〇一一年七月二五日に厚生労働省『労使関係研究会報告書』が公表された。これは、労働組合法上の労働者性を明確にすべく、労働組合法の立法趣旨、学説、これまでの労働委員会命令・裁判例の状況等を総合的に検討・考慮したものであるが、結局は最高裁の二判決が示した判断要素をそのままレースし、それらを基本的判断要素と補充的(補完的)判断要素に分けて総合考慮し労働者性を判断すべしという結論に至っている。そして、この報告書もその理論づけの試みにおいて前掲・ソクハイ事件・中労委命令の示す判断基準をめぐる説明方法とほぼ同様の考え方に基づき判断要素の整序・体系化を試みている。

なお、その後、最高裁は、二判決に遅れること約一〇か月、国・中労委(ビクターサービスインジニアリング)事件・最三小判平二四・二・二一(一)判一〇四三号五頁を下した。その労組法上の労働者概念の判断枠組みは先に示された二判決と同様の判断要素(①事業組織への組入れ、②契約内容の一方的決定性、③修理料等の労務提供対価性、④出張修理業務の依頼に必ずべき関係の存在、⑤指揮監督下の労務提供と業務の場所的・時間的拘束)の総合考慮によるというものであり、本件事例で問題となった個人代行店は基本的にそれらの判断基準(要素)を満たしている(なお、この判決においては労働者概念をめぐる基本的・一般的な考え方は示されていないとともに、これらの判断要素

の理論的体系化や構造化はなされておらず、それらの要素ごとの判断が列挙されている事例判断に依然とどまっている点も二判決と同様である)が、国・中労委 (INAXメンテナンス) 事件・最三小判平二三・四・一二労判一〇二六号二七頁が提示した労働者性を否定する方向で考慮すべき要素 (補完的消極的判断要素) である独立の事業者性ないしは独立の事業主体性の存否の検討・吟味がまだ不十分であるとして原審に審理を差し戻している点が注目される。

(二) 学説による最高裁判決の基本的理解

最高裁の判断方法は、すでに(一)で述べたように、中労委がソクハイ事件の救済命令で示した判断枠組みに類似しているが、この命令およびそれに影響を与えた有力学説によれば、労組法上の労働者は団体交渉による保護を及ぼす必要性と適切性が認められる者はどのような者かという観点から判断されるべきことになる。²⁵⁾ また、厚生労働省『労使関係研究会報告書』も同様の立場に立って最高裁が二判決で示した判断要素を理論的に整理して説明し労組法上の労働者性の判断基準の明確化・体系化を試みるというスタンスに立っていることも同じくすでに述べたとおりである。学説の多くも同様であるといえる。²⁶⁾ 要は、労組法上の労働者は、ソクハイ事件・中労委命令や最高裁二判決(三判決とすべきであるが、国・中労委(ビクターサービスエンジニアリング)事件・最三小判平二四・二・二一労判一〇四三号五頁が出されたのが比較的最近のことであり、いまだ学説による十分な議論・検討の対象とはなっていないので、以下本稿では、特に断る場合を除き、学説が注目しもっぱら議論・検討の対象とした二判決を念頭に置いて論を進めることとする)や厚生労働省『労使関係研究会報告書』によって(かつてよりも)一定明確化され具体化された形でのQ説的な方向でなされるべきこととなるとの理解が一般化し有力となってきたのである。そして、このような傾向のなかで、学説においては(形式的なものはいまでもなく実質的なものも含めて)P説的な主張や理論展開は

もはやほぼみられなくなっているといつてよい状況にある。⁽²⁷⁾

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

たしかに、筆者も最高裁や学説等の大勢が説く結論自体には賛成であり何ら異を呈するものではない。しかし、優勢な学説の流れ（Q説的方向）による最高裁二判決の理論的説明の試み（そして、同様の観点におけるソクハイ事件・中労委命令や厚生労働省『労使関係研究会報告書』による労組法上の労働者概念に関する体系化や理論づけの試み）に対してはいくばくかの抵抗を感じざるをえない。それは、Q説が強調するところの、労組法上の労働者は団体交渉による保護を及ぼす必要性と適切性が認められる者ほどのような者かという観点から判断されるべきという主張とその具体的判断方法の提言、そしてその背景ないしバックボーンにある理論的基礎・基盤に筆者が一定の（あるいは「大きな」といった方がよいかもしれない）問題点を感じ引つ掛かりないし抵抗を覚えるためである。以下、Q説に関し筆者が問題点ないし疑問点と感ずる点を、順次挙げて検討を加えてみることにしよう。

(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

労組法上の労働者概念を狭くかつ形式的に捉えようとする東京地裁・東京高裁の一連の判決（形式的P説）が出されたことを契機とし、多くの学説はこれを批判的に受けとめ、労組法上の労働者概念を広く捉えるため精力的に理論展開をはかっていった。その結果、多様な見解が提示されることとなったが、かかる議論状況を体系的に整理しコンパクトにまとめた竹内（奥野）寿⁽²⁸⁾によれば、次に示す五つの説がその代表的な見解とされる。

①『「経済的従属性」のみを判断基準とし、『使用従属性』を要件としない考え方』⁽²⁹⁾

- ② 『経済的従属性』を基礎に据えて判断要素を構築する考え方⁽³⁰⁾
- ③ 『経済的従属性』及び『組織的集团的性格』を基礎に据えて判断要素を構築する考え方⁽³¹⁾
- ④ 『経済的従属性』と共に『使用従属性』を要件とする考え方⁽³²⁾
- ⑤ 『団結活動の主体となりうる者』との観点に基づく考え方⁽³³⁾

以上のうち、①説から④説までが、基本的に、団体交渉による保護を与えるのにふさわしい者（経済的従属状態にある＝経済的に弱い立場に立っているので使用者と対等の立場で交渉できるように団体交渉による保護を及ぼすべき者）はどのような者かという考え（問題意識）に立っている（したがって、一応、広い意味での Q 説的な発想であると評価しうる）ということができよう。なお、①は有力ではあるものの少数説であり、また、⑤も少数説となっており、しかもこの両説とも労組法上の労働者概念を極めて広く解そうとする見解であるといえるが、判断基準としてはいまだなお曖昧であり明確さに欠けるきらいがあるといえる。⁽³⁴⁾

さて、多くの学説（学説の大勢）は、基本的に、②説から④説までのいずれかに分類することができる状況にある。これらの説は、かつての理論的検討の不十分さや判断基準の曖昧さを払拭し、それぞれの論者の立場から判断基準を精緻化すべく理論展開ないし理論づけを行っているが、どの説も最高裁が二判決で示した判断要素と（すべてないしは一定程度において）同様の要素を用いて総合考慮を行い労組法上の労働者性を判断すべきことを基本的に前提としているという点では共通性を有している（これら三説が本来的な意味での Q 説に属するものと考えることができる）。しかし、判断要素や結論が共通していようと、やはり「団体交渉による保護を及ぼす必要性和適切性」とは何かをめぐる根本的な考え方や捉え方（特に、使用従属性の判断要素を用いることに関連しての労基法上の労働者との関係・類似性についての考え方・つまり、労基法上の労働者に準ずる、ないしは労基法上の労働者と同様の保護を必要

とする者という限定ないし視点を依然として一定程度加えるかどうか) について見解の相違がみられるのであり、具体的にそれがいかなるものかについて理論的に一致が存しないといえよう。つまり、結局は、Q 説的な考えはその基本的・本質的なところ(労働組合法の基礎・本質ないし基本趣旨の把握)において曖昧さと理論的不統一さを抱えていてまだ確たるものが存しておらず、このことは労働組合法上の労働者概念をめぐる理論のないし基本的説明の困難性を示しているといえるのである。ちなみに、かつてはQ 説的な流れは、「従属性」という考え方ないし言葉の使用に対して一般的に否定的な見解を示していたが、近年の学説はいずれも判断基準をめぐり「従属性」(多くが「経済的従属性」、そして一部の説は「使用従属性」や「組織的従属性」という表現ないし概念を積極的に認め、そしてかつて「使用従属性」の判断要素として用いられていた諸要素のうちの一一定のものを、あるいは自説の立場と相容れるように調整・アレンジを加えたうえで同様の要素(の一部)を判断基準として活用しようという傾向をみせている点では大きな変化がみられる(したがって、この点において、ある意味でP 説とQ 説が接近し、両者の違いが一定程度相対化してきていると考えられる)といつてよい。⁽³⁷⁾

さて、Q 説的発想は、一方で以上のように一定のバリエーションがみられ重要なポイントについて理論的統一ないし一致がみられないという重大な問題が存しているのだが、他方で、実は、その反面、同時に、説の根底・根本ないしは背景(つまり、説の大枠)においては、一定の共通の有力な(強力・強固な)理論的基盤・基礎ないしは傾向をも有しているようにも思われるのである。そこで、次に、今度は、このような共通の基盤・基礎ないしは理論傾向(あるいは説の大きな理論的枠組み)に焦点を当て、その代表的な論者の理論(あるいはその説が属する一般的な理論的傾向・流れ)が内包すると思われる問題点を具体的に取り上げて検討してみることにしよう。

- (1) 竹内(奥野)寿「労働組合法上の労働者」季刊労働法三三五号(二〇一一年)二四〇頁。
- (2) 水町勇一郎「労働組合法上の労働者性」ジュリスト一四二六号(二〇一一年)一八頁。
- (3) 注(1)や注(2)で挙げた文献が判例と学説の議論状況の到達点を要領よく図式化して示している。なお、併せて、山本陽大「労働組合法上の労働者概念をめぐる最近の最高裁二判決の意義」季刊労働法三三五号(二〇一一年)一六七頁以下も参照。
- (4) 本稿は、これまでの判例・学説等の詳細な検討を行うのではなく、あくまでその議論状況を踏まえて問題点を抽出し、筆者の観点から論を進めることを目的とするので、膨大な論文や判例研究を踏まえた議論をめぐる詳細な検討は各注で挙げるような先行諸業績に委ねることとし、本稿での文献の引用等は本稿での論述に必要な最小限のものでかつ基本的と思われるものに絞って行うこととする点をお断りしておく(なお、労組法上の労働者をめぐるこれまでの議論等については大筋を検討するということでコンパクトな記述を心がけたが、それでも議論状況を踏まえる作業それ自体に一定の紙幅を費やさざるをえない結果となってしまう点についても念のため併せてお詫びしておく)。詳細な文献については、注(1)や注(2)で挙げた論文における引用(特に判例研究については、注(2)の論文における引用)を参照。なお、本稿は、三井正信「基本労働法Ⅰ」(二〇一二年、成文堂)四九―五〇頁、および同「労働組合法上の労働者概念」をめぐる議論についての雑感「労働法律旬報一七五八号(二〇一一年)四―五頁で簡潔に示した筆者の基本的な問題意識を踏まえつつ、改めて同様の問題を一定具体的かつ本格的に論じようとするものである。
- (5) たとえば、季刊労働法三三五号(二〇一一年)には特集ではないが労働組合法上の労働者をめぐる論文が(たまたま偶然にとでもいふべきか)三本も同時に掲載されている(竹内(奥野)・前掲注(1)論文、山本・前掲注(3)論文、野川忍「労働組合法上の労働者」七九頁以下)こと(そして、うち二本が学説・判例の理論的到達点を総括するという性格のものであること)が本稿で取り上げるテーマに関する学説における議論の注目と盛り上がり具合を示しているといえよう。なお、議論の展開をめぐる具体的状況については、注(1)・注(2)で挙げた文献を参照。
- (6) たとえば、これら最高裁の二判決がだされたことを契機に二〇一一年にジュリスト一四二六号、労働法律旬報一七四五号、中央労働時報一三三五号の三誌で特集が組まれ、そこにおいて二判決をめぐる多くの論文や座談会などが掲載されていることが、最高裁二判決が大いに注目されたことを示しているといえる。
- (7) 片岡昇「労働法(1)初版」(一九七四年、有斐閣)一三二頁、外尾健一「労働団体法」(一九七五年、筑摩書房)二九頁以下、青木宗也「労働法」(二八七六年、日本評論社)八三―八四頁、本多淳亮「労働組合法」(一九七八年、ダイヤモンド社)三五―三七頁、石

- 川吉右衛門『労働組合法』(一九七八年、有斐閣) 三五頁以下、東京大学労働法研究会『注釈労働組合法 上巻』(一九八〇年、有斐閣) 二二六頁以下、山口浩一郎『労働組合法 初版』(一九八三年、有斐閣) 一二頁、青木宗也『金子征史』『労働関係法 初版』(一九九〇年、日本評論社) 八六―八七頁、盛誠吾『労働法総論・労使関係法』(二〇〇〇年、新世社) 一三八頁以下、西谷敏『労働組合法 第2版』(二〇〇六年、有斐閣) 七五頁以下(なお、西谷は同書・初版(一九九八年) 七一―七二頁とは見解を変えており、かつてのように使用従属性による判断の主張を前面に出さず経済的従属性や組織的従属性を重視する方向を主張している)、同『労働法』(二〇〇八年、日本評論社) 四五九頁(西谷はさらにこの書物で経済的弱者という交渉上の不利益な地位の観点を踏まえ正面から経済的従属性を重視する方向に舵を切っている)、同『労働者の概念』角田邦重・毛塚勝利・浅倉むつ子(編)『労働法の争点 [第3版]』(二〇〇四年、有斐閣) 四頁以下など論者の立場を超えて広く認められているといえる。
- (8) かつての裁判例や労働委員会命令の傾向については、片岡昇・大沼邦博『労働団体法 上巻』(一九九二年、青林書院) 一〇七頁以下、外尾・前掲注(7) 書二七頁以下などを参照。なお、より最近の傾向については、水町・前掲注(2) 論文一六一―一八頁を参照。
- (9) 片岡・大沼・前掲注(8) 書一〇七頁以下。同様の立場に立つものとして、外尾・前掲注(7) 書二七頁以下など。
- (10) 片岡昇(村中孝史補訂)『労働法(1) [第4版]』(二〇〇七年、有斐閣) 六頁。
- (11) 労働基準法研究会報告書『労働基準法の「労働者」の判断基準について』(労働省労働基準局監督課(編)『今後の労働契約等法制のあり方について』(一九九三年、日本労働研究機構) 五〇頁以下)。
- (12) 個別的労働関係法(労働基準法) 上の労働者概念とその判断基準に関しては、たとえば、さしあたり、土田道夫『労働契約法』(二〇〇八年、有斐閣) 四六頁以下、三井・前掲注(4) 書三四頁以下などを参照。
- (13) 片岡・大沼・前掲注(8) 書一〇九―一一〇頁。
- (14) 石川・前掲注(7) 書三五頁以下、東京大学労働法研究会・前掲注(7) 書二二六頁以下など。
- (15) 菅野和夫『労働法 初版』(一九八五年、弘文堂) 三三六頁。
- (16) この判例に関する研究として、菅野和夫『自由出演契約下にある放送芸能員が労組法上の労働者と認められた事例』法学協会雑誌九五巻五号(一九七八年) 九四二頁以下、秋田成就『民間放送会社の楽団員が労組法上の労働者と認められた例』ジュリスト六五二号(一九七七年) 一二六頁以下、佐藤繁『民間放送会社の放送管弦楽団員が労働組合法上の労働者と認められた事例』法曹時報三〇

- 卷五号(一九七八年) 八〇五頁以下、吉田美喜夫「集団的労働関係における労働者」山口浩一郎・菅野和夫(編)『労働判例百選〔第六版〕』(一九九五年、有斐閣) 八一九頁、橋本陽子「集団的労働関係における労働者」菅野和夫(編)『西谷敏(編)『労働判例百選〔第七版〕』(二〇〇二年、有斐閣) 八一九頁、米津孝司「集団的労働関係における労働者」村中孝史(編)『荒木尚志(編)『労働判例百選〔第八版〕』(二〇〇九年、有斐閣) 八一九頁などがある。
- (17) 片岡(大沼)・前掲注(8) 書一〇八頁。
- (18) 菅野・前掲注(15) 書三六五―三六六頁。
- (19) 片岡(大沼)・前掲注(8) 書一〇八頁、菅野・前掲注(15) 書三六五―三六六頁、同『労働法 第九版』(二〇一〇年、弘文堂) 五一―頁以下。
- (20) 安西愈(鴨田哲郎)・山本圭子「インデペンデント・コントラクター(ICC)と労働者性の諸問題」『労働判例一〇三五号』(二〇一二年) 七頁〔安西発言〕。
- (21) 竹内(奥野)・前掲注(1) 論文二三五頁、二三八頁、水町・前掲注(2) 論文一六頁。
- (22) 土田道夫「労働組合法上の労働者」は何のための概念か」季刊労働法二二八号(二〇一〇年) 一四七頁、野川・前掲注(5) 論文九五頁。
- (23) <http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/29852000001juf-att/29852000001x21.pdf> なお、この報告書に関する詳細な検討として、野川・前掲注(5) 論文七九頁以下。
- (24) 基本的には、後掲注(31)で示す菅野説の理論的影響が大きいと考えられる。この点をやや誇調気味な発言を用いるものの明確な形で正面から指摘するものとして、水町勇一郎『労働法入門』(二〇一二年、岩波書店) 一八一―一八二頁。同書における指摘がはからずも労組法上の労働者概念をめぐる議論の方向性やその問題点の所在を読み解く鍵を提示しているように思われる。なお、併せて、水町・前掲注(2) 論文二二頁も参照。ちなみに、菅野説のさらに根底にある集団的労働関係法全体に関する基礎理論ないし基本的な考え方とその問題点については、後に本章(三)で詳細に検討を加えるが、さしあたり、三井・前掲注(4) 論文五頁を参照。
- (25) 菅野・前掲注(19) 書五一―三頁以下。
- (26) この点については、竹内(奥野) 寿「労働組合法上の労働者性について考える」季刊労働法二二九号(二〇一〇年) 一〇二頁参照。なお、厚生労働省「労使関係研究会報告書」を座長としてまとめた荒木尚志の基本的な考えは、大筋において注(25)で挙げた菅野

- 説と同様ないし類似のものであるといつてよいが、詳しくは、荒木尚志「労働法」(二〇〇九年、有斐閣)四七四―四七六頁を参照、
- (27) 竹内(奥野)・前掲注(1)論文二四〇頁、同・前掲注(26)論文一〇一―一〇二頁。なお、この点に関する具体例としては、注(7)で若干触れたように、かつてはP説的な表現を用いて使用従属性の観点から労働者概念を論じていた西谷が説を変え、労働組上の労働者概念に関しては経済的弱者という交渉上の不利益な地位を団交に結び付け、後掲注(30)のような経済的従属性を重視する立場をとるようになったことを挙げることができよう。
- (28) 竹内(奥野)・前掲注(1)論文二二六頁以下。
- (29) 代表的な見解として、川口美貴「労働組合法上の労働者概念の再構成」労働経済春秋五号(二〇一一年)九頁以下、同「労働組上の労働者性」労働法律旬報一七四五号(二〇一一年)五一頁以下、同「労働者概念の再構成」(二〇一二年、関西大学出版部)五頁以下、二〇九頁以下。なお、古川景一「労働組合法上の労働者」季刊労働法二二四号(二〇〇九年)一六五頁以下も参照。
- (30) 代表的な見解として、竹内(奥野)・前掲注(26)論文九九頁以下。なお、水町・前掲注(2)論文一〇頁以下、西谷・前掲注(7)「労働法」書四五九頁、同「労働組法上の「労働者」の判断基準」労働法律旬報一七三四号(二〇一〇年)二九頁以下、同「ゆきすぎた形式主義に歯止めをかけた判決」労働法律旬報一七四五号(二〇一一年)二四頁以下も参照。
- (31) 代表的な見解として、菅野・前掲注(19)書五一頁以下、同「業務委託者の労働者性」ジュリスト一四二六号(二〇一一年)四頁以下。併せて、山川隆一「労働者概念をめぐる覚書」月刊労委労協六五一号(二〇一〇年)二頁以下も参照。なお、この立場が最高裁の判示に一番近いように思われる。
- (32) 代表的な見解として、土田・前掲注(22)論文二二七頁以下、同「労働組法上の労働者」労働法律旬報一七四五号(二〇一一年)四六頁以下、同「労働者」性判断基準の今後」ジュリスト一四二六号(二〇一一年)四九頁以下。なお、注(31)でみた菅野説をこの立場に分類するものもある(山本・前掲注(3)論文一七二頁)。
- (33) 代表的な見解として、毛塚勝利「妥当な結論だが、不透明さを増す判断枠組み」労働法律旬報一七四五号(二〇一一年)三二頁以下。同旨、矢野昌浩「労働組合法における労働者概念」労働法律旬報一七四五号(二〇一一年)五六頁以下。
- (34) なお、菅野・前掲注(31)論文頁は、①説につき、「概括的定義のほかに判断の基準や要素を提示しておらず、その定義を導き出した経済的従属性の概念(労働力の売り手、交渉の非対等性)もいまだ労働者性判断の十分な助けとはなり難い」と指摘しており、本流のQ説的立場から批判を加えている。

(35)

竹内(奥野)・前掲注(1)論文二四九頁、水町・前掲注(2)論文二〇頁。なお、竹内(奥野)・前掲注(26)論文九九頁以下は、近年の理論の流れを「労働契約基準アプローチ」(③説、④説)と「団交保障根拠探求アプローチ」(①説、②説)に分類しているが、これはあくまで労組法上の労働者の判断にあたり「使用従属性」の判断要素を正面から一定程度用いることに与するかどうかの観点からなされた分類にすぎず、近年の学説は、⑤説を除いて、結局は、実際は、広い意味ではいずれも団交による保護を及ぼす必要性と適切性という視点から問題を論じている点において「団交保障根拠探求アプローチ」(ちなみに、筆者の用語法を用いるならば、団交保護基準アプローチ)と評してよいように思われる。

(36)

石川・前掲注(7)書三七―三八頁、東京大学労働法研究会・前掲注(7)書二一九頁など。

(37)

たとえば、菅野はかつて前掲注(15)書三六六頁では使用従属性を用いた判断に疑念を示していたが、前掲注(19)書五一四頁においては使用従属性や経済的従属性といった言葉に言及して説明を行っており、前掲注(31)論文四頁以下においてはより直接的に使用従属性という言葉や概念を用いている。なお、この点につき、より一般的には、竹内(奥野)・前掲注(1)論文二四二頁参照。