

1年契約の合唱団メンバーの労働者性と 当事者意思

新国立劇場運営財団事件

東京地裁平成18年3月30日判決 労判918号55頁, 労経速1936号18頁

北海道大学大学院

國武英生

くにたけ ひでお

はじめに

就業形態が多様化するなかで、労働法の適用から排除される労務供給者が増加している。特に、労働契約以外の契約形式に基づき、雇用に類似した労務供給者の取り扱いが問題となっている。本件では、オペラ公演等に出演する合唱団メンバーが労基法上の労働者に該当するかが争われ、東京地裁は、合唱団メンバーには公演の出演等に対する諾否の自由があり、指揮監督関係なども認められないとして労働者性を否定した。本判決は、従来の裁判例と異なる判断を示している点で注目されるが、労働者性の判断枠組みの評価・適用につき基本的な問題があり、少なからず疑問がある。理論的には、労働者性の判断において当事者の合意をどのように考えるべきかという労働者性判断の根幹に関わる問題が提起されている。

【事実の概要】

I 被告Yは、新国立劇場の施設において現代舞台芸術の公演等を行う法人である。原告Xは、Yの主宰する新国立劇場合唱団のメンバー（ソプラノ担当）として演奏活動を続けていた者である。Xは、音楽家の個人加盟による労働組合「日本音楽家ユニオン」に所属していた。

Yのメンバーには、契約メンバーと呼ばれる者と登録メンバーと呼ばれる者とがあり、

前者はYとの間で契約メンバー出演基本契約（以下、「出演基本契約」という。）を、後者はYとの間で登録メンバー出演契約をそれぞれ締結していた。

Xは、平成9年7月頃にYが実施したオーディションに応募して合格し、平成10年3月から平成11年7月まで、個別公演ごとにYとの間で出演契約を締結して、Yの主宰する公演に合唱団員として参加した。Yは、1999/2000シーズン以降は毎年、契約メンバーとの間で期間を1年とする出演基本契約を締結するようになり、Xとの間でも、平成11年から平成14年までの4回にわたって出演基本契約を締結した。

II 出演基本契約には、i) 各契約メンバーがシーズン中に出演する公演は「出演公演一覧」に掲げる公演とすること、ii) Yは、各メンバーに対し、予定スケジュール及び「報酬等一覧」により算出される予定報酬額を提示すること、iii) 契約メンバーは合唱メンバーとして公演に出演し、実施に必要な稽古等に参加し、その他公演に伴う業務で当事者が合意する業務を行うこと、iv) 各メンバーが個別公演に出演するにあたり、両当事者は個別公演の出演を確定し、出演業務の内容及び出演条件を定めるため、原則として稽古開始月の前々月末日までに「個別公演出演契約」（以下、「個別契約」という。）を締結すること、v) 報酬は、個別契約を締結した上で、個別公演ごとに「報酬等一覧」の単価等に基づいて算定し、その公演終了後1か月以内に支払うこと、vi) 契約当事者は、契約から生

じる自己の権利義務を第三者に譲渡したり承継させることはできないこと、vii) Yが次のシーズンにおいてもXと出演基本契約を再締結する意思があるときは、期間満了の3ヶ月前までに契約メンバーにその旨を通知し、その意思を確認すること、viii) 契約メンバーが、出演基本契約もしくは個別契約の締結、又は履行に関し、虚偽の申告等をした場合には解除事由になること、などが定められていた。

Yは、契約メンバー出演基本契約締結に先立ち、各メンバーと面談を行って、予定する出演公演に出演可能か否かを確認し、スケジュール調整できないメンバーに対しては、登録メンバーとしての出演基本契約を申し込んでいた。契約メンバーであっても、メンバーの都合により、当該シーズンの出演公演とされた公演の一部について個別契約を締結せず、その公演に出演しない例も、年に1、2件程度あった。

Ⅲ 平成15年2月5日、Yは2003/2004シーズンにおける合唱団編成にあたって、前年度のメンバーを対象に試聴会を実施した。同月20日、YはXに対し、「試聴会の結果、Xが次シーズンの契約合唱メンバーとしての合格水準に達していないと判定したが、Xに対し登録合唱メンバーの手続を申し込む用意がある」旨を文書で通知した。これに対し、Xは2003/2004シーズンの登録合唱メンバーとなる申込みをしなかった。

Ⅳ Xは、出演基本契約は労働契約であり、その更新拒絶は労基法18条の2、労組法7条1号に違反し無効であるとして、労働契約上の権利を有する地位にあることの確認と契約期間満了後の賃金の支払を求めて提訴した。

【判旨】 請求棄却

I 「労基法上、労働者とは、職業の種類を問わず、事業又は事務所に使用される者で、賃金を支払われる者をいい（同法9条）、賃金とは、名称の如何を問わず、労働の対償として使用者が労働者に支払うものをいう（同法11条）とされているところ、同法の立法趣旨等からすると、この「労働者」とは、「使

用者」との間の契約の形式を問わず、実質的に事業主の支配を受けてその規律の下に労務を提供し（指揮監督下の労働）、その対償として事業主から報酬を受ける者をいうと解すべきである。そして、指揮監督下の労働であるか否かの判断は、仕事の依頼や業務に従事すべき旨の指示等に対する諾否の自由の有無、業務遂行上の指揮監督の有無、場所的・時間的拘束性の有無、代替性の有無等を、また労務対償性については報酬の性格を検討し、さらに、当該労務提供者の事業者性の有無、専属性の程度、その他の事情をも総合考慮して判断するのが相当である」。

Ⅱ 1 各契約メンバーの個別公演への出演は、個別契約を締結して、その内容を確定しているのであり、契約上、契約メンバーに個別契約の締結を義務づけるような条項は存在しない。契約メンバーは、出演基本契約を締結することにより、当然に公演への出演義務を負うものではない。「契約メンバーが個々の公演に出演を希望しない場合は、その自由意思により個別契約を締結しないことができ、現に、Xを含め、一部の公演について契約メンバーが個別契約を締結しない例もあった」。

これらの事情からすると、「契約メンバーには、基本的には個別公演について出演契約を締結して出演するか否かの諾否の自由はあったというべきであり、個別公演の一部に出演しなかった契約メンバーに対して、Yが次シーズンの契約メンバー出演基本契約締結の申入れを行わないという扱いをしていたとしても（したがって、次シーズンも契約メンバーとして再契約を望むメンバーが事実上個別契約の締結に依せざるを得なかったとしても）、そのことをもって、諾否の自由がなかったとはいえない」。

2 契約メンバーは、公演や稽古では、指揮者や音楽監督の指示に従って業務を遂行することになる。しかし、「オペラ公演というのが多数の演奏・歌唱・演舞等により構築される集団的舞台芸術であり、オペラの合唱団パートとしてその一翼を担うという、契約メンバーの業務の特性から必然的に生じるも

のであって、そのような集団性から生じる指揮監督関係をもって直ちに、労働者性の判断指標となる労務提供における指揮監督と同視することはできない。公演、稽古における場所的・時間的拘束性も、同様に、オペラという舞台芸術の集団性から必然的に生じることがらであって、このことから直ちに指揮監督下の労務提供であることの根拠とすることはできない」。

3 契約メンバーの業務提供に代替性がないことは、一芸術家として演奏をするという業務内容の特性から当然に生じるものであり、これをもって契約メンバーの労働者性を示す指標とみることができない。

4 「契約メンバーがY以外が主宰する公演に出演したり、教室を運営して生徒に教えたりすることは自由であって、音楽家としてのそのような活動が禁止されていないことはXも認めるところである」。また、出演公演の本番等に支障のない限度においてではあるが、1日の拘束時間が3時間に止まる日も少なからずあることから、事実上の専属性も認められない。

5 「合唱団メンバーの報酬には、主として拘束時間により定まる部分が含まれており、その意味では、報酬における労務対価性を完全には否定できない。しかし、メンバーの業務内容の中核は、公演本番に出演して歌唱を行うところにあり、稽古への参加はその業務遂行のための従たるものにすぎないと考えられ、本番出演料自体は、拘束時間とは関係なく出演回数1回当たりの定額で定められていることを考慮すると、合唱団メンバーの報酬全体としては、その労務対価性を肯定することはできない」。

Ⅲ これらを総合すると、Xが労働者であること、いいかえれば、XとYとの関係が労基法の適用される労働契約関係であることを認めることはできない。XとYとの間に労働契約関係を認めることができない以上、Xの請

求は、その余について判断するまでもなく理由がない。

Ⅰ 検討

本件は、新国立劇場合唱団でソプラノを担当する合唱団メンバーの出演契約について、労基法の適用される労働契約関係であると認められないとして、その労働者性を否定したケースである。経営の合理化を図る企業において、労働契約以外の契約形式に基づき、雇用に類似した関係で労務を供給する者をどこまで活用することが許されるのかは、現在、最も注目されている論点の1つである。今までもこの種の問題は数多く争われているが、裁判所は、契約の形式や名目にとらわれず、実質的に使用従属関係があるかどうかから判断してきた。これまでの主要な争点は、当事者の合意の問題ではなく、判断基準如何であった。つまり、人的従属性に経済的従属性などの要素を加味して総合的に判断するという手法を採用することにより、現実の就労実態から柔軟に解決が図られてきたのである。これに対し、本件では、諾否の自由について当事者が合意していた点を重視する判断を示し、その労働者性を否定したという点で、実務に大きなインパクトがあると考えられる。しかし、本判決は、これまでの裁判例との整合性という観点から疑問点も少なくない。

Ⅱ 楽団員の労働者性をめぐる裁判例

労基法9条は、労働者について、職業の種類を問わず、事業又は事務所に使用される者で、賃金を支払われる者をいうと定義している。近時、就業形態が多様化、複雑化したこともあって、使用従属関係がないとして労働者性が否定される事例が増加する傾向にある¹⁾。

一般的に、労働者性の判断は、当事者が選択した契約形式にかかわらず、使用従属性を

1) たとえば、備車運転手の労災保険法上の労働者性が否定された横浜南労基署長（旭紙業）事件（最一小判平成8. 11. 28労判714号14頁）、受信料集金等受託者の労働者性が否定された事例として、NHK西東京営業センター（受信料集金等受託者）事件（東京高判平成15. 8. 27労判868号75頁）、NHK盛岡放送局（受信料集金等受託者）事件（仙台高判平成16. 9. 29労判881号15頁）がある。

有する者かどうかを基準としており、その使用従属性の存否は、(1)労務提供の形態が指揮監督下の労働であること、(2)報酬が労務の対償として支払われていることという2つの要件に基づいて判断されている²⁾。もっとも、要件(1)の判断は実際には困難であることから、その要素として、①仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由の有無、②業務遂行上の指揮監督の有無、③勤務場所および勤務時間の拘束性の程度、④労務提供の代替性に加え、さらにその補強要素として、⑤事業者性の有無、⑥専属性の程度などを考慮し、これら多様な判断要素から総合的に判断している³⁾。要件(2)については、報酬の性格が使用者の指揮監督の下に労務を提供していることへの対価と判断されるかどうか問われている。

問題は、個々のケースにおいてどのように判断されているかである。そこで、本判決の判例法上の位置を明らかにするために、以下では、演奏活動に従事しているいわゆる「楽団員」の労働者性に関する裁判例について検討したい。

労働者性の判断基準については、概ね指揮監督下の労働と労務対償性という要件から使用従属性の有無が判断されている。しかし、各事案の特色もあり、必ずしも同じ判断枠組みによっているわけではない。これらの要件に加えて、楽団員としての対価を主たる収入源としているかどうかを重視する事例も複数存在する(美人座事件・大阪地決昭和51. 3. 23労判250号61頁、中部日本放送・CBC管弦楽団事件・最一小判昭和51. 5. 6判時813号3頁、阪神観光事件・大阪高判昭和55. 8. 26労判351号51頁、チボリ・ジャパン(楽団員)事件・岡山地判平成13. 5. 16労判821

号54頁)。また、楽団員が会社経営に必要な楽団演奏者としてその組織に組み入れられていたことを重視した裁判例もある(前掲・阪神観光事件・大阪高判昭和55. 8. 26)。なお、多くの裁判例は、一般的な判断枠組みを明示することなく、多様な要素を総合考慮して結論を下している。

では具体的に、楽団員の労働者性に関する判断内容にはどのような特徴があるか。その基本的特徴は以下のとおりである。

第1に、仕事の依頼、業務従事の指示等に対する諾否の自由については、使用者からの演奏要請に対し、実際に拒否することができたかが重要な判断要素となっている。現実の就労実態が重視されているわけである。たとえば、大昌実業事件(大阪地決昭和54. 1. 10労判315号60頁)は、指定する日時、場所において楽団演奏等の業務に従事すべき義務を負っていたことなどから、出演契約を労働契約であるとみるのが相当であると判示した。また、前掲・阪神観光事件(大阪高判昭和55. 8. 26)は、他の演奏活動に従事することが禁じられていなくても、事実上困難であったという就労実態を考慮し、出演契約は労働契約であると判示した⁴⁾。

では、契約当事者が諾否の自由について合意した場合はどうか。この点について、前掲・中部日本放送・CBC管弦楽団事件では、楽団員の他社出演等が自由であり、楽団員が会社からの出演発注を断ることも文言上禁止していない「自由出演契約」の解釈が争点となり、最高裁は、本件契約は楽団員をあらかじめ組織のなかに組み入れておくことによって、演奏労働力を恒常的に確保しようとするものであり、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、ただ他社の出演等

2) 最高裁は、付添婦の労働契約の成否が争われた安田病院事件において、実質的な使用従属関係があり、黙示の労働契約が認められるとした原審(大阪高判平成10. 2. 18労判744号63頁)の判断を是認している(最一小判平成10. 9. 8労判745号7頁)。

3) この傾向は1985年の労働基準法研究会報告書「労働基準法の問題点と対策の方向」が発表されて以来顕著である。

4) 諾否の自由の判断において、業務の専門性・特殊性を考慮するものもある。映画撮影技師の労働者性が争われた新宿労基署長(映画撮影技師)事件東京地裁判決(平成13. 1. 25労判802号10頁)では、映画撮影に関し、具体的な個々の仕事についてこれを拒否する自由は制約されていたとすることができるが、こうした制約は、主として映画製作の性質ないしは特殊性を理由とするもので、使用者の指揮命令を理由とするものとは言い難いという判断が示されている。同様に、業務の専門性・特殊性を考慮する裁判例として、前掲・横浜南労基署長(旭紙業)事件最高裁判決がある。

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趣旨であるとして、労組法上の労働者性を肯定した。

第2に、包括的な指示の場合であっても業務遂行上の指揮監督が認められている。前掲・チボリ・ジャパン（楽団員）事件では、場所、服装、演技等についての指示は内在的制約であると事業主が主張したが、演奏、回数、演奏日程及び日時、演奏場所、演奏曲目、演奏順、楽団員の編成、ソロの演奏等が相手方によって一方的に決定され、演奏曲目を除いて楽団員にこれらの決定権限が一切ないことなどから、指揮監督下の業務を行っているとして判断した。また、代替者の補充などの権限が楽団員に委ねられていた場合についても、指揮監督が認められている（前掲・美人座事件、阪神観光事件・最一小判昭和62. 2. 26 労判492号6頁）。

第3に、支払われる演奏料は労務の提供の対価であると判断されている。演奏料は演奏活動という労務の提供それ自体の対価であると判断する裁判例が複数ある（前掲・中部日本放送・CBC管弦楽団事件、前掲・大昌実業事件、前掲・阪神観光事件・最一小判昭和62. 2. 26）。また、演奏料が代表者に一括して支払われ、代表者からメンバーに分配されていた場合であっても、報酬は労務の対価であると判断されている（前掲・美人座事件、読売日本交響楽団事件・東京地判平成2. 5. 18 労判563号24頁）。

紛争類型については、楽団員に対する更新拒否や解雇事例において労働者性ないし労働契約性が肯定されており（前掲・大昌実業事件、クラブ小野事件・大阪地判昭和59. 9. 12 労経速1213号19頁、前掲・チボリ・ジャパン（楽団員）事件）、労組法上の労働者が争われた事例でも労働者性が肯定されている（広島中央放送局事件・広島地決昭和41. 8. 8 労民集17巻4号927頁、前掲・中部日本放送・CBC管弦楽団事件、前掲・美人座事件）。また、労基法上の労働者性を認めただうえで、民法629条1項により期間の定めのある契約が期間の定めのない契約として継続していると解した事例もある（前掲・読売日本交響楽

団事件）。その他にも、労働契約不存在確認請求が棄却された事例（前掲・阪神観光事件・大阪高判昭和55. 8. 26）や労組法上の使用者性判断において労働者性判断と同様の判断枠組みを採用した事例（前掲・阪神観光事件・最一小判昭和62. 2. 26）もある。このように紛争類型如何にかかわらず、楽団員の労働者性は肯定される傾向にあるが、他方で、キャバレーで演奏活動に従事していたバンドマンの労働者性が否定された事例もある（五光産業事件・大阪高判昭和52. 1. 28 労判280号71頁）。この事件は、バンドの中心人物が会社を設立しており、労務供給者が事業者性を有する事例であった。裁判所は、キャバレー経営者がバンドの編成に関与しておらず、出演しているバンドの構成員を誰であるかも知らないという実態を重視している。なお、そもそも労働者性について当事者に争いがなく、労働者であることを前提として解雇の正当性などが争われた事例もある（大阪フィルハーモニー交響楽団事件・大阪地判平成元. 6. 29 労判544号44頁、関西交響楽団事件・大阪地判昭和35. 10. 24 労民集11巻5号1192頁）。

以上紹介したように、楽団員の労働者性が幾度となく争われてきており、一定の判例法理ともいえるべきものが形成されている。そこでその全体的傾向を確認しておきたい。

第1に、裁判所は、契約の形式や名目に限らず、現実の就労実態を考慮して、実質的に使用従属関係を判断している。当事者の意思は必ずしも重視されていない。このような法理形成は、契約締結段階に関しては、実際のところ、労働者が意思を表明できないし、当事者の合意に大きな意義を認めると、かえって労働者の利益を損なうという価値判断に基づいている。

第2に、楽団員という職種、業務、身分の特殊性が労働者性判断において考慮されている。舞台等での演奏活動に従事する楽団員は、専門性を有する業務であることから、一定程度の裁量をあたえられている。また、出演するかしないかの諾否が認められていることが多く、報酬は芸術的価値の対価としての側面

を有することも否定できない。しかし、楽団員の現実の就労実態としては、1つの団体に専属的に所属することが多く、他での演奏活動に従事することは少ない。この点において、独立性の高い音楽家やアーティストとは異なる。また、楽団員に一定の裁量が認められているといっても、包括的な指示が行われているのが通常である。加えて、報酬は演奏活動に応じて支給されている。過去の裁判例の多くが楽団員の労働者性を肯定したのは、現実の就労実態を考慮した結果といえよう。

第3に、多様な紛争類型に対して、同一の労働者性の判断基準が使用される傾向にある。労組法上の労働者については同法の目的に応じて適用範囲が画定されてきたものの、労基法上の労働者概念は法解釈を通じてその他の労働保護法にも適用されている⁵⁾。その結果、法目的に応じた労働者性の判断基準が形成されずに、様々な紛争類型が労基法上の労働者概念に基づいて統一的に処理されている。楽団員の事例についても、紛争類型にかかわらず、基本的には同一の判断基準が採用されている。

III 労働者性判断における当事者意思をめぐり裁判例

楽団員以外の事例についても、基本的には現実の就労実態から判断されている。労働保護法は、強行法規であり、当事者の意思によりこれを下回る労働条件についての定めをおくことはできないと考えられてきたからである。もっとも、裁判例には、契約上の合意や当事者の意思を重視して労働者性を判断したものがある。

その代表的な事例が、労災保険法上の労働者性が争われた横浜南労基署長（旭紙業）事件東京高裁判決（平成6. 11. 24労判714号16頁）である。同判決は、備車運転手のよう

な「労働者と事業主の中間形態」に属する就業については、「法令に違反したり、一方ないしは双方の当事者（殊に、働く側の者）の真意に沿うと認められない事情がある場合は格別、そうでない限り、これを無理に単純化することなく、できるだけ当事者の意図を尊重する方向で判断するのが相当である」という判断枠組みを提示した。そして、少しでも多額の報酬を得ようとしてあえて従業員でない地位にあることを望み、社会保険料等の保険料を負担せず、源泉徴収所得税を控除されることを避けることにも利益を求めており、こうした就業形態は真意に沿うものだとし、結論として労働者性を否定した⁶⁾。

これと同様に、他の就業形態を選択するメリットを考慮した事件として大興設備開発事件（大阪高判平成9. 10. 30労判729号61頁）がある。同事件は、就業規則の退職金規定の適用時期について争われ、年金受給のためにあえて請負契約を選択したのであり、それ自体が不合理であるとか、不当に不利益を強いたものではないとして、請負契約の期間には退職金規定は適用されないと判断した。

また、運送会社で労務を提供する者の労基法上の労働者性が争われた協和運輸事件（大阪地判平成11. 12. 17労判781号65頁）では、和解書で合意した雇用関係不存在確認の解釈が争われた。同判決は、和解書の雇用関係不存在確認の合意は、雇用関係にある従業員の処遇との違いを背景にして、労務供給者ら自身が雇用されているものではないことを十分認識してなされたものというべきであるとして、労基法上の労働者に該当しないと判断した。

さらに、関連して次のような説示もなされている。割増賃金の支払い等を請求した大阪府立高校警備員事件（大阪高判平成2. 7. 31労判575号53頁）は、警備業務の請負という委託契約の締結又は履行について契約当事

5) 労組法上の労働者は賃金生活者と定義され（3条）、労基法上の労働者と異なり「事業に使用される」ことを要しない。その結果、労基法上の労働者よりも広く労働者性が認められる傾向にある。社会保険法上の適用範囲の問題については、加藤智章「生活保障体系における労働法」『講座21世紀の労働法第1巻』（2000年、有斐閣）72頁、倉田聡「短期・断続的雇用者の労働保険・社会保険」『講座21世紀の労働法第2巻』（2000年、有斐閣）267頁参照。

6) もっとも、前掲・同事件最高裁判決は、当事者意思を重視した判断をしていない。

者双方の意向が互いに影響を及ぼすことはその性質上当然であると判示し、結論として使用従属関係を否定した。また、労災保険法上の労働者性が否定された呉労基署長（浅野建設）事件（広島地判平成4. 1. 21労判605号84頁）は、労働保険料を支払っていなかったことから、自らの労働者とは認識していなかったと判断している。

なお、労働者性判断の事例ではないが、労働者の自由な意思による同意があれば、労働保護法の適用を免れるという趣旨の判断を行った日新製鋼事件最高裁判決（最二小判平成2. 11. 26労判584号6頁）がこの問題を考えるうえで参考になる。同判決は、労基法24条1項に違反すると判例上解されている賃金と別債権の相殺について、「労働者がその自由な意思に基づいてされたものであると認めるに足りる合理的な理由が客観的に存在するときは、右同意を得てした相殺は右規定に違反するものとはいえないと解するのが相当である」として、使用者が労働者の同意の下に労働者の退職金債権等に対してした相殺が有効とされた。なお、「全額払いの原則の趣旨にかんがみると、右同意が労働者の自由な意思に基づくものであるとの認定判断は、厳格かつ慎重に行われなければならないことはいうまでもない」との判示がなされている。同判決は、自由な意思に基づいてされたものであると認めるに足りる合理的な理由を要件としている点で特徴的である。

このように、労働者性判断において労働者の意思を考慮する裁判例が複数存在しており、労働者が真意で合意したと認められる事情がある場合には、労働者性は否定される傾向にある。もっとも、労働者が真意で合意したかどうかをどのように判断するかという点は必ずしも明らかではない。

IV 本判決の特徴と問題点

本判決は、指揮命令の有無と報酬の性格等を考慮して、労基法の適用される労働契約関係にないと判断した。合唱団メンバーの労働者性が否定された結果、更新拒絶の有効性な

どのその他の判断は回避されている。本判決は、楽団員の労働者性を否定しためずらしいケースと評価できる。

判旨Iは、実質的に事業主の支配を受けてその規律の下に労務を提供しているか（指揮監督下の労働）、その対償として事業主から報酬を受けているか（労務対償性）という2つの基準から判断し、指揮監督下の労働であるか否かの判断は、仕事の依頼や業務に従事すべき旨の指示等に対する諾否の自由の有無、業務遂行上の指揮監督の有無、場所的・時間的拘束性の有無、代替性の有無等を、また労務対償性については報酬の性格を検討し、さらに、労務供給者の事業者性の有無、専属性の程度、その他の事情をも総合考慮して判断するのが相当であるとしている。

この判断枠組みは、基本的には従来の裁判例を踏襲したものと評価できる。もっとも、指揮監督下の労働と労務対償性を強調した判断枠組みを明確に判示した点が特徴的である。また、「事業主の支配」という文言を使用していることから、使用従属関係の概念を意図的に排除しているように思われる。しかし、このような従来と異なる判断枠組みを明示したことがどのような意味を有するかという点は必ずしもはっきりしない。その評価がその後の判断枠組みに結びついていないからである。その後の適用部分は、個別の判断要素を並列的に判断しており、労働者性の判断基準としての不明確さは否定できない。

具体的なあてはめ部分は、従来の裁判例と異なる判断を示しているため、ここでその特徴と問題点を確認したい。本判決に関する疑問としては、大きく次の3点が指摘できる。

その1は、出演するかどうかの諾否の自由の有無についてである。判旨II 1は、出演基本契約を締結することにより、当然に公演への出演義務を負うものではなく、楽団員はその自由意思により個別契約を締結しないことができたとして、諾否の自由はあったという結論を導いている。本件の特徴は、出演基本契約と個別契約という二段階の契約プロセスを経ている点にある。

しかし、個別契約において合唱団メンバー

が自由に出演の諾否を決定できたと想定することが適切であるのか、という疑問もある。たしかに、本件では、個別契約において楽団員の意向を確認する機会があったが、そのことをもって、現実の就業実態を考慮しないまま諾否の自由を当然視するのは妥当とは思えない。労務供給者の自由意思に基づいて合意が成立していたかどうかについて、裁判所は慎重に認定すべきである。前述のように、前掲・中部日本放送・CBC管弦楽団事件は、諾否の自由を認める自由出演契約の性質について、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として、実質的に諾否の自由があったかどうかを判断している。本件のように、契約の終了という重大な結果をもたらす事案においては、現実の就労実態もふまえたうえで、実質的に諾否の自由があったかどうかを判断すべきであると考えられる。

本件では、出演基本契約を締結した時点において、指定された公演には原則として出演することが義務づけられていたと評価できること、公演に出演しない例はわずかに年に1、2件程度であったこと、公演の出演しなかった契約メンバーに対して、次シーズンの出演基本契約の申入れを行わない運用がなされていたことなどからすると、楽団員が自由意思により個別契約を締結しないことができたといえる事情は認められないのであり、したがって、諾否の自由を肯定した本判決には疑問がある。なお、本件は、労基法の適用除外について合意した事例ではないことから、たとえば自由意思に基づいて出演の諾否を決定できたと認定されたとしても、そのことをもって労働者性がただちに否定されるわけではない。

その2は、指揮監督の有無についてである。判旨Ⅱ2は、舞台芸術の集団性に由来する指揮命令をもって直ちに、労働者性の判断指標となる指揮監督と同視することはできないと判断している。

たしかに、舞台芸術の集団性に由来する指揮命令が労働者性の判断指標となる指揮監督と同様であるというわけではない。しかし、そうだからといって労働者性の判断指標となる指揮監督が否定されるわけでもない。裁判所は指揮監督の有無を判断しなければならないのであり、その判断をしていない点で本判決は不十分と言わざるをえない。従来の裁判例では、たとえ包括的な指示の場合であっても業務遂行上の指揮監督が肯定されていることは前述した通りである。

その3は、報酬の労務対償性についてである。判旨Ⅱ5は、本番出演料自体は、拘束時間とは関係なく出演回数1回当たりの定額で定められているとして、その労務対償性を否定する。

労基法9条は、「賃金を支払われる者」と定義し、賃金については、労基法11条が「名称の如何を問わず、労働の対償として使用者が労働者に支払うすべてのものをいう」と定義している。これによると、賃金とは労働の対償として支払われるものということになるが、ここでいう労働とは使用従属関係の下での労働を意味するので、賃金であるかどうかは、労働が使用従属関係の下にあるかどうかということになる。つまり、報酬が賃金であるかどうかによって使用従属性を判断することはできず、結局、労務対償性の要件は、労働者性判断において重要な意味をもつとは考えられないことになる⁷⁾。したがって、労務の提供に対して報酬が支払われていれば、労務対償性は原則として認められると解される⁸⁾。

本判決は、拘束時間と報酬が連動している

7) 前掲・労働基準法研究会報告書「労働基準法の問題点と対策の方向」56頁参照。

8) なお、前述のように報酬が主たる収入源であるかどうかを要件とした裁判例があるが、この要件は大きな意味を持たないと考えられる。兼業するパートタイマーやアルバイトのように、報酬が主たる収入源でなかったとしても、労働者性が認められる場合があると考えられるからである。同様の見解として、岩村正彦「吹奏楽団員のオーディション不合格を理由とする期間1年の出演契約の更新拒絶」ジュリスト1247号(2003年)170頁。

かどうかを重視しているが、裁量労働制で働く労働者のように、拘束時間と報酬が連動していない労働者も存在する。拘束時間と報酬が連動しているかどうかは労働者性の判断にとって大きな意味を持たないのであり、これを考慮要素とする判旨は妥当とはいえない。

以上のように、Xの労働者性が否定される事情は認められないのであり、労働者性を否定した本判決の結論には疑問があるのである。なお、労働契約性が肯定された場合、理論的には、本件の2つの契約の法的性質をどのように理解するかが問題となる。本判決からこの点は明らかにならないが、前掲・中部日本放送・CBC管弦楽団事件との整合性という観点からすれば、出演基本契約を労働契約ととらえ、個別契約については、個別出演契約に付随する合意と解することが妥当であると思われる。

V 今後の課題

本判決は次のような基本的問題を提起していると評価するので、今後の課題と若干の私見を述べておきたい。

第1に、当事者の合意によって労働契約以外の契約を選択した場合に、そのような合意をどのように評価すべきか。これまで通り現実の就業実態を重視すべきか、それとも当事者の意思を尊重して労働者性を判断すべきかという問題である。労働保護法の強行法規的性格などを理由に、これまで当事者の合意を

重視してこなかったが、本件のような事例が今後も予想されることから重要な論点であると考えられる。

学説では、労働者性を否定する当事者の意思形成が、一方当事者の意思のみを反映して、他方当事者の自由意思（真意）に基づいていないと客観的に考えられる場合のみ、「契約自由の濫用」として否定され、当事者が自由意思に基づいて合意したと認められる場合には、当事者の意思で労働者性を判断してよいとする見解がある⁹⁾。また、当事者の意思に委ねるべき場合のあることを肯定する新しい考え方の是非を検討すべきとする見解¹⁰⁾、本来の契約の本質に着目して、労働者性の判断が困難な場合に限らず、当事者の意思表示の内容によって判断すべきであるとする見解¹¹⁾、労働者が真意に合意することに加えて、適用除外を正当化する合理的理由を併せて要求すべきとする見解がある¹²⁾。他方で、労働契約における実質的非対等性に着目したルールについては、労働者の真意による同意がある場合には、その規制からの個別的適用除外も認めるべきとし、同意の真意性の判断は、客観的な基準によるのではなく、真意性を担保できるような事前の手續により確認するという見解がある¹³⁾。

労働法において当事者の意思は、労働関係を成立させる基礎であり、契約の履行過程においても当事者の意思ができる限り尊重されるべきである。したがって、契約の法的性質を決定するにあたって、当事者の意思を重

9) 柳屋孝安「雇用関係法における労働者性判断と当事者意思」西村健一郎、小嶋典明・加藤智章・柳屋孝安編『新時代の労働契約法理論—下井隆史先生古稀記念—』(2003年、信山社)19頁。柳屋教授は、自由意思によるものかどうかの判断基準として、(1)自由意思（真意）が、特定の法規定の適用のみに関わるものではなく、雇用関係法の適用全般に関わるものであることを客観的に示す事情があること、(2)自由意思（真意）に基づいてされたものであると認めるに足る合理的理由が客観的に存在していること、(3)自由意思に基づく取扱いが法令違反や法の趣旨に反する脱法的効果をもたないこと、という要件が必要であるとされる（16頁）。

10) 下井隆史『労働基準法〔第三版〕』(2001年、有斐閣)24頁

11) 安西愈「『労働者概念』の多義性とその差異をめぐって」季刊労働法145号（1987年）162頁。

12) 村中孝史「労働契約概念について」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部創立百周年記念論文集第三巻』(1999年、有斐閣)506頁以下。

13) 大内伸哉「従属的労働者と自営労働者の均衡を求めて—労働保護法の再構成のための一つの試み—」中嶋士元也先生還暦記念論文集刊行委員会編『労働関係法の現代的展開—中嶋士元也先生還暦記念論集』(2004年、信山社)60頁以下。大内教授は、事前の手續的規制として、(1)当該個人が任意に加入した労働組合、もしくは当該個人が任意に代理権を付与した労働組合の立ち会いの下において、または、(2)所轄の労働基準監督署などの労働行政機関の関与の下において、当該個人が書面による同意を行うという手續がふまれた場合には、真意による同意があったと解すべきであるとされる。

視するという考え方はあながち不当とはいえない。

しかし、当事者の合意が形式的なものにすぎなかった場合には、単に使用者の一方的決定を根拠づけとして機能する危険性があることも否定できない。労働保護法が強行法規として契約の自由を規制しているのは、労働契約の内容が労働者の真意に基づかないことが多いという認識のあらわれである。この問題については、ルールの要保護性・趣旨・目的などを考慮しながら、類型化して考える必要がある。

まず、労働条件の最低基準といった労働保護法上の規定や労働安全衛生などの要保護性が高いルールについては、強行法規的性格が維持されるべきである。したがって、このような規定について、当事者が合意によって適用を除外することは許されない。これに対し、労働保護法には、労使協定による適用除外などを認める規定がある。このような規定については、当事者の合意による適用除外を認めることが許されると考えるべきであろう。

解雇権濫用法理の取り扱いについては議論があると思われるが、学説では、解雇権濫用法理は強行法規的性格を有するという立場が有力である¹⁴⁾。解雇権濫用法理については、契約の継続的性格、経済的従属性に着目したルールであることを考慮すると、強行法規的性格を肯定することが適切であろう。したがって、当事者の合意による適用除外は許されないと考えられる。その他のルールについてはさらなる検討が必要であるが、任意法規的性格と考えられるルールについては、当事者の合意による適用除外が許されるべきであろう。

では、当事者の合意はどのように認定されるべきであろうか。労務供給者の真意に基づ

いた合意が必要であると考えられるが、労働者性を判断する際に当事者の意思を考慮するとしても、なお現実の就労実態もふまえた判断がなされるべきではないだろうか。また、労務供給者が自由に意思決定できるように、事業主による的確な情報提供や説明が重要な意味をもつと考えられる。なお、労務供給者が真意に基づいた合意をするためには、様々な制度的な支援を行うことが不可欠であろう¹⁵⁾。

第2に、そもそも使用従属関係を中心とした判断基準を維持することが適切であろうか。労働者性判断において考慮されるべき要素は明確にされてきているものの、裁判所は、諸要素を総合的に考慮して労働者性を判断している。しかし、判断要素のそれぞれの意義や相互の関係が明確でないために、こうした手法をとっても曖昧さは残る。

学説では、労働法の諸規範の趣旨、目的に依拠して個別に判断すべきという見解¹⁶⁾、経済的従属性が認められるかぎり、「準労働者」として解雇制限の保護範囲に含めるという見解¹⁷⁾、事業者としてのリスクの引受けがあったかを判断すべきとする見解¹⁸⁾、事業組織への組み入れまたは組織的従属性を重視する見解¹⁹⁾などがある。

また、厚生労働省は労働契約法制の立法化を検討しており、その研究会報告書において、労働基準法の労働者として必要とされる使用従属関係ではなくとも、請負契約、委任契約等に基づき役務を提供してその対償を得ており、特定の者に経済的に従属している者については、労働契約法制の対象とすることが考えられるとしている点は注目される²⁰⁾。

このような議論がなされる背景には、指揮命令を受けることが少ない裁量労働制や在宅

14) 菅野和夫『労働法（第七版補正版）』（2006年、弘文堂）73頁、柳屋・前掲注（9）論文13頁。

15) 西谷敏『規制が支える自己決定—労働法的規制システムの再構築』（2004年、法律文化社）379頁以下参照。

16) 下井隆史『労働契約法の理論』（1998年、有斐閣）9頁。

17) 西谷敏「労基法上の労働者と使用者」沼田稲次郎編『シンボジウム労働者保護法』（1984年、青林書院）9頁以下。

18) 鎌田耕一「いわゆる備車運転手の労災保険法上の労働者性が否定された事例」労働法律旬報1422号（1997年）28頁以下。自己の計算と危険負担において事業を営むものかどうかという観点から判断した裁判例として、新発田労基署長事件（新潟地判平成4. 12. 22判タ820号205頁）、北浜土石砕石事件（金沢地判昭和62. 11. 27判時1268号143頁）。

19) 吉田美喜夫「雇用・就業形態の多様化と労働者概念」日本労働法学会誌68号（1986年）30頁以下。

勤務などの就労形態や従来は自営業者として理解されてきた就労形態など、伝統的な労働者の働き方とは異なる新たなタイプの就労が増えているという事情がある。使用従属関係に基づいた判断基準は、労働法が工場労働者や典型的な業務に従事する労働者を適用対象としているときには適切に機能したが、本件のように合意によって労働法の適用が回避できるようになると、使用従属関係を基準とする労働者性の判断基準の妥当性があらためて問われるといえよう。検討すべき課題は数多くあるが、少なくとも、解雇権濫用法理については、労基法上の労働者以外の者に適用範囲を広げる法政策が検討されるべきであろう。

第3に、法政策として、労働法の適用対象についていかなる点が検討されるべきか。学説では、次のような観点が指摘されている。

その1は、労基法上の労働者以外の者への対応として、第3のカテゴリを設けるという法政策である。この問題は世界各国で問題になっており、ILOにおいても、各国で「労働者」としての法的保護が受けられない就業者の問題が議論されている。学説では、雇用に類似する従属関係がある場合に「契約労働者」として様々な保護を及ぼすべきであるという主張がなされている²¹⁾。そして、「契約労働者」には、報酬に関する保護、社会・労働保険の適用、仕事の継続保障、団体交渉、男女差別の保護を及ぼすべきであるとしている。

その2は、就業形態に応じて権利を段階的に保障するという法政策である。学説では、フランスのシュピオ教授の「4つの同心円」

構想を参照しつつ、(1)就業にかかわらず普遍的に保障される権利(最低生活保障)、(2)無償労働に対して保障される権利(労災補償など)、(3)自営も含む有償労働に対して保障される権利(安全衛生など)、(4)従属労働固有の権利に区分するという見解が示されている²²⁾。

その3は、無償労働者についても労働法の保護対象とするという法政策である。無償労働の者についても労働にともなう要保護性から一定の保護をあたえるという見解が主張されている²³⁾。

これらについては、理論的に検討すべき点が少ないと思われるが、いずれにせよ、二分法的な分類によって労働法の適用範囲を画定するという従来の手法が限界にきているとの共通の認識が形成されつつあることは間違いない。法政策のあり方も視野に入れたうえで、労働者性の判断基準を検討することが今後の重要な課題といえる。

本判決の論理に疑問はあるものの、労働者の意思を過少に評価してきた伝統的な労働法の議論には批判も多く、当事者の意思を尊重する傾向は揺るがないであろう。しかし、当事者の意思をめぐる現在の問題状況に照らせば、労働者性判断において当事者の意思がどのような法的意味をもつのか、改めて分析・整理する作業が必要であると思われる。労働関係の実態に見合った労働法独自の意思理論の構築は緊急の課題である。

追記 脱稿後、「特集／労働者概念の検討」労働法律旬報1634号(2006年)4頁以下に接した。

20) 厚生労働省・今後の労働契約法制の在り方に関する研究会「今後の労働契約法制の在り方に関する研究会報告書」(2005年9月)15頁。労働契約法制が適用されるためには、(1)個人であること、(2)請負契約、委任契約その他これに類する契約に基づき役務を提供すること、(3)当該役務の提供を、本人以外の者が行うことを予定しないこと、(4)その対償として金銭上の利益を受けること、(5)収入の大部分を特定の者との継続的な契約から得、それにより生活する者であること、という5つの要件を満たす者が考えられる、としている。詳しくは、拙稿「誰に労働契約法制が適用されるのか」道幸哲也・小宮文人・本久洋一・紺屋博昭ほか『職場はどうなる 労働契約法制の課題』(明石書店、2006年)51頁、鎌田耕一「労働契約法制の適用範囲とその基本的性格」日本労働法学会誌107号(2006年)17頁参照。

21) 鎌田耕一「契約労働者の概念と法的課題」日本労働法学会誌102号(2003年)128頁。鎌田教授は、本件で問題となった楽団員や音楽家などを「専門家・専門技術者型」に該当する「契約労働者」として分類している。

22) 島田陽一「雇用類似の労務供給契約と労働法に関する覚書」西村健一郎、小島典明・加藤智章・柳屋孝安編『新時代の労働契約法理論—下井隆史先生古稀記念—』(2003年、信山社)27頁。イギリスの動向については、拙稿「イギリスの労働法の適用対象とその規制手法」日本労働法学会誌108号(2006年)184頁参照。

23) 大内・前掲注(13)論文65頁以下。