

## 賃金等に関する問題

## ～多様な働き方や外国人労働者への対応と労務管理～

せいけい  
成蹊大学法学部教授・中央労働委員会地方調整委員 原 昌登

## 【講演の概要（目次）】

一 賃金に関する基礎知識の確認.....	1
二 外国人労働者への対応.....	5
三 多様な働き方：フリーランスに対する保護の問題.....	11

## 一 賃金に関する基礎知識の確認

## 1 「賃金」の基本ルール

## (1) 「賃金」の法的な定義

賃金（賃金制度）…各企業によって様々な仕組みがある（例：手当の名称や種類は様々）

→法的には、労働基準法（以下、労基法）で以下のように定義されている

①労働の対償として②使用者が労働者に支払うすべてのもの（労基法 11 条<sup>1</sup>）

→毎月の基本給や諸手当、退職金や賞与など、制度化されていれば「賃金」

【参考】法律の条文はインターネット（「e-Gov（イーガブ）法令検索」<sup>2</sup>等）で検索可能

（なお、重要な条文は参考資料として本レジュメの脚注に掲載した）

## (2) ノーワーク・ノーペイの原則

労働者が①「働いたら」支払義務があり、②「働かなかつたら」支払義務はないと解釈するのが基本（②を一般に「ノーワーク・ノーペイの原則」と呼ぶ）

※ただし、働かなくとも賃金を支払う（例：休職中も賃金の一部を支給する）と定めれば、その定めが優先される→「ノーワーク・ノーペイ」は絶対的な原則というわけではない  
（就業規則次第では、ノーワークでもペイが必要な場合がある。さらに後述の休業手当等も参照）

<sup>1</sup> 労基法 11 条：この法律で賃金とは、賃金、給料、手当、賞与その他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。

<sup>2</sup> <https://elaws.e-gov.jp/>

- (3) 支払義務がある賃金については、法的な根拠（労働契約上の根拠）もなく不払いにすることは許されない（労基法 24 条<sup>3</sup>：賃金全額払いの原則<sup>4</sup>）

→賃金全額払いの原則の例外

①法律に別段の定めがある場合（例：所得税の源泉徴収〔天引き〕は違法ではない）

②労働者の代表（過半数代表）と使用者の労使協定によって、〇〇費の天引きを定めた場合、その〇〇費については天引きしても構わない

→労使協定によって労基法の例外を設定（労基法 24 条 1 項ただし書の後半）

※過半数代表：その職場（事業場）の過半数が加入する、いわゆる「過半数組合」。

過半数組合が存在しない場合は、話し合い等で過半数の支持を得た代表者 1 名

③例外的に、**相殺**して賃金の一部または全部を支払わなくとも構わない場合も

【参考】賃金全額払い原則の例外として、賃金債権の相殺が許される例

④労働者が同意している場合（例：会社から受けた住宅貸付を退職金と相殺し一括返済）

→同意が労働者の真意からなされたもの（本当に納得している）といえる必要がある

日新製鋼事件・最二小判平成 2・11・26 民集 44 卷 8 号 1085 頁<sup>5</sup>

⑤調整的な場合（例：賃金計算で生じたわずかな過払い額を翌月分の賃金と相殺）

福島県教組事件・最一小判昭和 44・12・18 民集 23 卷 12 号 2495 号

<sup>3</sup> 労基法 24 条 1 項：賃金は、通貨で、直接労働者に、その全額を支払わなければならない。ただし、法令若しくは労働協約に別段の定めがある場合又は厚生労働省令で定める賃金について確実な支払の方法で厚生労働省令で定めるものによる場合においては、通貨以外のものでも支払い、また、法令に別段の定めがある場合又は当該事業場の労働者の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がないときは労働者の過半数を代表する者との書面による協定がある場合においては、賃金の一部を控除して支払うことができる。2 項：賃金は、毎月一回以上、一定の期日を定めて支払わなければならない。ただし、臨時に支払われる賃金、賞与その他これに準ずるもので厚生労働省令で定める賃金（第八十九条において「臨時の賃金等」という。）については、この限りでない。

<sup>4</sup> 労基法 24 条を整理すると、以下の 4 つの原則に整理することができる。

①通貨払いの原則 現物支給は原則として許されず、現金または口座振込で支払う

②直接払いの原則 本人に支払わねばならず、代理人への支払いは許されない（中間搾取の防止）

③全額払いの原則 税金の天引き等の例外を除き、賃金からの控除は許されない（本文参照）

④毎月一回以上・一定期日払いの原則 生活の計画を立てられるように賃金は定期的に支払う

<sup>5</sup> 判例の表記方法として、使用者は日新製鋼、最高裁第二小法廷の判決で、平成 2 年 11 月 26 日にされたもので、最高裁判所民事判例集（民集）という最高裁による判例集の 44 卷 8 号 1085 頁に掲載されていることを意味している。

【確認】 労基法を守らせるための枠組み

①行政監督（労基法 97 条～）…**労働基準監督署**が、定期的に、あるいは労働者からの通報（申告）を受けて、調査を行う→労基法違反があれば監督（是正の指導等）を行う  
労働基準監督署の上部組織として、国が都道府県ごとに設置した**労働局**がある

※なお、「北海道労働局」は、「北海道庁」の組織ではなく「国」の組織

②刑事罰（労基法 117 条～）…労基法違反の状態は労基署による監督（是正の指導等）で是正される例も多いが、悪質な事案の場合には刑事罰の可能性もある

## 2 最低賃金の規制（最低賃金法）

・最低賃金の額…地域別（＝都道府県別）に定められるのが基本（最賃法 9 条など）

参考：北海道の最低賃金 1 時間 920 円（2022 年 10 月 2 日～）<sup>6</sup>

・**最低賃金法**（最賃法）の枠組み…労基法とよく似ている（労基法から分離独立した法律）

①最低賃金額より低い賃金額を就業規則や労働契約書で定めたとしても、  
最低賃金額に修正される（最賃法 4 条<sup>7</sup>。要は、最低賃金額まで引き上げられる）

【参考】 上記①の力（効力）は強行的・直律的効力と呼ばれる

①労働契約のうち、最賃に達しない賃金額を定めた部分は法的に無効 [強行的に無効：強行的効力]

②賃金額がいわば空白となり、最賃の額が労働契約上の賃金額に [契約を直接規律：直律的効力]

②違反に対する取り締まり（労基署による指導等）、悪質な場合は刑事罰（上述）

<sup>6</sup> 北海道労働局 Web サイトも参照。 <https://jsite.mhlw.go.jp/hokkaido-roudoukyoku/banner/1109.html>

<sup>7</sup> 最賃法 4 条 1 項：使用者は、最低賃金の適用を受ける労働者に対し、その最低賃金額以上の賃金を支払わなければならない。 2 項：最低賃金の適用を受ける労働者と使用者との間の労働契約で最低賃金額に達しない賃金を定めるものは、その部分については無効とする。この場合において、無効となつた部分は、最低賃金と同様の定をしたものとみなす。 3 項以下略

### 3 休業手当

- ①使用者の責めに帰すべき事由（帰責事由）で労働できなかったのであれば、休業手当として、労働できなかった日も平均賃金の60%以上を支払わなければならない（平均賃金：賞与を除く直前3か月間の賃金総額を平均した1日分〔労基法12条〕）

労基法26条：使用者の責に帰すべき事由による休業の場合においては、使用者は、休業期間中当該労働者に、その平均賃金の百分の六十以上の手当を支払わなければならない。

- ②帰責事由があるとされる場面は多い→労働者の最低限の生活保障が目的だから
- ・使用者に落ち度がなく、防止困難であったとしても、帰責事由は認められうる  
→機械の故障や検査、原材料の不足など、必ずしも使用者に落ち度（過失）があるとはいえないような経営上の障害を広く含む
  - ・なお、天災など不可抗力による場合は、さすがに帰責事由は否定される<sup>8</sup>

- ③なお、使用者に何か明確な落ち度（過失）があつて、労働者が働けなかった場合  
→「民法」（536条2項<sup>9</sup>）を根拠に、使用者は賃金100%分の支払義務を負う

#### ※労基法（休業手当）と民法の役割分担

- ・民法は契約の基本ルール：使用者が責任を負うのは、過失がある時に限られる（過失が認められれば100%の支払いが必要となる）
- ・労基法は労働者の保護を重視：金額は60%止まりだが、使用者の責任が肯定されやすいということ（過失がなくとも支払いが必要とされうる）

<sup>8</sup> いわゆるコロナ禍における休業手当の問題については、厚生労働省 Web サイト「新型コロナウイルスに関する Q&A（企業の方向け）」等が参考になる。

[https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/kenkou\\_iryuu/dengue\\_fever\\_qa\\_00007.html](https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/kenkou_iryuu/dengue_fever_qa_00007.html)

<sup>9</sup> 民法536条2項：債権者の責めに帰すべき事由によって債務を履行することができなくなったときは、債権者は、反対給付の履行を拒むことができない。…以下略 →この規定を労働関係に当てはめると、使用者の責めに帰すべき事由によって労働ができなくなったときは、使用者は、賃金の支払いを拒むことができない、というルールが導かれる。

## 二 外国人労働者への対応

### 1 外国人労働者の日本への受け入れ（概観）<sup>10</sup>

①外国人が日本で働く（就労）→入管法<sup>11</sup>等に基づく、就労可能な在留資格<sup>12</sup>が必要  
《在留資格の例》

④特定の身分・地位に基づくもの：「永住者」「日本人の配偶者」など  
→就労に制限なし

⑤特定の活動に基づくもの：「教授」「経営・管理」「留学」「短期滞在（観光）」など  
→その在留資格で認められた活動しか行えない  
「教授」「経営・管理」など：就労可能な在留資格は複数存在  
「短期滞在」（いわゆる観光ビザ）：就労は不可  
「留学」：行政（法務大臣）の許可を得れば週 28 時間等の限度内で就労可能

②外国人労働者受け入れの基本方針：いわゆる「単純労働」は受け入れない  
⇔ただし、上記⑤における「技能実習」<sup>13</sup>として、工場などへの受け入れを実施  
(外国人技能実習法<sup>14</sup>に基づき運営されている)

#### ・技能実習の形態

⑦企業単独型（海外に自社の拠点がある企業が海外支社等の従業員を受け入れる）

⑧団体監理型（非営利の監理団体〔商工会議所等〕が海外の「送出し機関」と協定を結び実施）

#### ・技能実習の段階：第 1 号技能実習～第 3 号技能実習の 3 段階

第 1 号：最初の 1 年間、2 か月の講習と労働契約に基づく実習

第 2 号：第 1 号に続く 2 年間。第 1 号で試験等が行われる国の技能検定の基礎級相当の合格者が対象

第 3 号：第 2 号に続く 2 年間で、第 2 号で行われる国の技能検定の 3 級相当の合格などが実習の要件

<sup>10</sup> 労働法の入門書レベルで、外国人労働者についても解説を行っているものとして、原 昌登『ゼロから学ぶ労働法』（経営書院、2022）272 頁以下がある。

<sup>11</sup> 正式名称：出入国管理及び難民認定法

<sup>12</sup> 外務省 Web サイトが参考になる。<https://www.mofa.go.jp/mofaj/toko/visa/index.html>

<sup>13</sup> 詳細については厚生労働省 Web サイトが参考になる。

[https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou\\_roudou/jinzaikaihatsu/global\\_cooperation/index.html](https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou_roudou/jinzaikaihatsu/global_cooperation/index.html)

<sup>14</sup> 正式名称：外国人の技能実習の適正な実施及び技能実習生の保護に関する法律

- ・さらに、人手不足の産業への受け入れを拡大するため、技能実習修了者などを対象とした「**特定技能**」という在留資格が2019年から設けられた

特定技能1号：特定産業分野（農業、外食、介護、建設など14分野）において、  
第2号技能実習の修了か、技能試験・日本語能力試験の合格が必要  
在留期間：通算5年（配偶者や子には在留資格は付与されない）

※特定技能1号の外国人受け入れの留意事項（入管法2条の5）

- ・日本人と同等以上の報酬額の確保が必要
- ・支援計画を作成し、職業生活・日常生活・社会生活上の支援を実施

特定技能2号：特定産業分野の一部が対象。熟練技能を有すると試験等で確認  
された場合に取得可  
在留期間：上限なしに更新可（配偶者や子にも在留資格が付与される）

※ただし、2号は当面は導入が見送られ、1号の運用状況等をふまえて検討される

- ③労働関係の法律（労基法など）：外国人に対しても（外資系企業であっても）、  
日本で事業を行う場合には日本の労基法が適用される（詳細は後述）  
→在留資格を持たない（いわゆる不法就労の）外国人に対しても適用される  
（入管法に基づく国外退去等の話と、労働法に基づく保護の話は別ということ）

※**外国人雇用状況届出義務**：不法就労の防止等のため、外国人の雇入れ（または離職）  
の場合、氏名、在留資格、在留期間等について公共職業安定所（ハローワーク）に  
届け出る義務がある（労働施策総合推進法28、40条等）

## 2 国際的な労働関係における労働法の適用

(1) 基本的な考え方 (なお、以下の話<sup>15</sup>に労働者の「国籍」は関係してこない)

ポイント①：法律の「公法」的な面と「私法」的な面を分けて考える

公法＝刑罰や取り締まりを受けるか＝「国（行政）」と「個人や企業」の関係

私法＝契約内容の決定・変更や終了＝「個人や企業の間」の関係

ポイント②：海外出張と海外勤務を分けて考える

海外出張＝日本国内の事業（事業場）に所属し、出張等として一時的に外国で勤務  
→その労働者の所属は国内の事業

海外勤務＝海外の支社等への駐在や出向している、あるいは現地で採用されている  
→日本国内の事業に所属しているとはいえない

●海外出張か海外勤務かは、勤務形態や業務内容、期間などから実質的に判断する

(2) 公法関係（労基法、最賃法、労働安全衛生法、労災保険法<sup>15</sup>、労働組合法など）

上記の法律…日本「国内」の事業や労使関係であれば、強制的に適用される

(個人や企業の意思にかかわらず適用されるため、「絶対的強行法規」とも呼ばれる)

⑦海外出張→出張中も日本の労基法が適用

⑧海外勤務→日本ではなく、その国の公法的な規制が適用される

※労災保険法に海外勤務者のための「特別加入制度」があるのは上記⑧をカバーするため  
(海外出張者については、特別加入制度を用いるまでもなく、労災保険法の適用がある)

### 【確認】強行法規／任意法規

①「強行」の意味：そのルールに反する規則や約束を許さず、法的に無効とする  
→強行的な効力を持つ条文を「強行規定」、その法律全体を「強行法規」と呼ぶ

②「任意」の変更、つまり、その条文とは異なる規則や約束を認める場合も  
→各条文を「任意規定」、法律全体を「任意法規」と呼ぶ

任意法規（任意規定）：契約の「ひな形」などとしての意味がある

<sup>15</sup> 正式名称：労働者災害補償保険法

(3) 私法関係（労働契約法など、労働契約内容の決定・変更や終了について）

(a) 適用されることになる法律（「準拠法」）について

どこの国の法律を適用するかについては、「法の適用に関する通則法」がルールを定めている（以下、通則法と略記。一般に「国際私法」や「国際取引法」と呼ばれる分野）

(b) 準拠法について合意がある場合

原則：合意の通りに適用ルール（準拠法）が決まる（通則法7条<sup>16</sup>）

→日本法を適用する、と決めてあれば、⑦海外出張はもちろん、④海外勤務でも、例えば解雇については解雇権濫用法理（労契法16条）が適用される

例：A国に本社のあるa社が日本支社で労働者Xを採用する場合、準拠法をA国の法律とすることをXと合意すれば、Xの解雇にはA国の解雇規制が適用される

**【確認】 解雇権濫用法理**

労契法16条：解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする。

- ・合理的な理由がない解雇（=きちんとした理由がない解雇）は無効
- ・合理的な理由はあるけれども、相当と認められない解雇（=改善の見込みがあるのに解雇が行われるなど、厳しすぎる解雇）は無効

※なお、労契法16条は「強行規定」と解されている（「当社は解雇自由」という契約条項があったとしても、労働者は労契法16条の適用を主張できる）

(c) 準拠法について合意がない場合

①その契約に最も密接な関係がある地の法（最密接関係地法）が準拠法（通則法8条<sup>17</sup>）

②労働契約の場合、勤務地（労務を提供する地）の法、すなわち労務提供地法が最密接関係地法と「推定」される

⑦海外出張の場合：日本法 ④海外勤務の場合：その国の法

上記の例で、Xとa社に準拠法に関する合意がない場合、労務提供地法である日本法が最密接関係地法と推定され、日本法が適用されることになるのが原則

⇨XがA国で継続的に就労する海外勤務の場合、A国法が準拠法となる

<sup>16</sup> 通則法7条：法律行為の成立及び効力は、当事者が当該法律行為の当時に選択した地の法による。

<sup>17</sup> 通則法8条1項：前条の規定による選択がないときは、法律行為の成立及び効力は、当該法律行為の当時に於いて当該法律行為に最も密接な関係がある地の法による。



【発展】 労務提供地法は最密接関係地法と「推定」されるに過ぎないので、例えば労務提供地が日本でも、人事労務管理等がすべてA国のやり方で行われており、その労働契約と最も密接に関係するのはA国法であると認められれば、推定が覆り、最密接関係地法（準拠法）はA国法となる

(d) 準拠法について合意がある場合の例外

募集・採用時、使用者による準拠法の指定を労働者が拒否するのは難しい

(規制がゆるい国の法が準拠法になると、労働者保護の観点からは問題も)

→そこで労働者は、合意による準拠法に加え、最密接関係地法の中の強行規定（前述）の適用を主張することもできる（通則法12条<sup>18</sup>）

例：Xとa社に準拠法をA国法とする合意があっても、Xが日本で勤務しているときに解雇されたのであれば、Xは最密接関係地法（労務提供地法）である日本法（労契法16条）の適用も主張できる→日本法の解雇規制がA国法よりも厳しい場合などに意味を持つ

<sup>18</sup> 通則法12条1項：労働契約の成立及び効力について第七条又は第九条の規定による選択又は変更により適用すべき法が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法以外の法である場合であっても、労働者が当該労働契約に最も密接な関係がある地の法中の特定の強行規定を適用すべき旨の意思を使用者に対し表示したときは、当該労働契約の成立及び効力に関しその強行規定の定める事項については、その強行規定をも適用する。 2項：前項の規定の適用に当たっては、当該労働契約において労務を提供すべき地の法（その労務を提供すべき地を特定することができない場合にあっては、当該労働者を雇い入れた事業所の所在地の法。次項において同じ。）を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定する。 3項：労働契約の成立及び効力について第七条の規定による選択がないときは、当該労働契約の成立及び効力については、第八条第二項の規定にかかわらず、当該労働契約において労務を提供すべき地の法を当該労働契約に最も密接な関係がある地の法と推定する。

### 3 考察

①日本の事業で使用されているのであれば、外国人労働者にも**労基法**、**最賃法**が適用  
(特に労働時間や〔最低〕賃金など、労働条件については日本法が適用される)

②労働契約の開始・内容決定・終了等に関するルール…労働者と使用者の**合意**により、  
外国法を適用し、例えば**労契法を適用しない**という定めも可能  
→しかし、日本で働いているのであれば(=最密接関連地法が日本法)、前述のよう  
に解雇であれば**労契法 16 条**の適用を主張できる(労契法の 100%の排除はできな  
い)

→さらに、上記①のように、外国法では許されている待遇も、**労基法**や**最賃法**に  
照らし許されない場合があることもあわせて確認

③外国人技能実習生の問題：本講演のメインテーマではないが、その処遇の問題に  
ついての報道等は後を絶たない  
→法的には、「実習生」であると同時に**労働法**で保護される「**労働者**」であることを  
忘れてはならない

→新型コロナウイルス感染症で影響を受けている場合、行政による**雇用維持支援**も<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> 出入国在留管理庁 Web サイトが参考になる。  
[https://www.moj.go.jp/isa/nyuukokukanri14\\_00008.html](https://www.moj.go.jp/isa/nyuukokukanri14_00008.html)

### 三 多様な働き方：フリーランスに対する保護の問題

#### 1 フリーランスに関する基本事項

##### (1) フリーランスの定義

- ・フリーランスとは、実は多義的→雇用によらない働き方をしている人たち全般を指すことも
- ・フリーランスの人数：調査によって幅があるが、おおむね、340万人～472万人<sup>20</sup>  
→内閣官房による2020年の調査では462万人（本業214万人、副業248万人）  
(参考) 雇用労働者の数：5620万人<sup>21</sup>
- ・2021年3月に策定されたフリーランスガイドライン<sup>22</sup>における定義  
「実店舗がなく、雇人（やといにん）もいない自営業者や一人社長であって、自身の経験や知識、スキルを活用して収入を得る者」<sup>23</sup>

##### (2) 「誤分類」の問題に注意

- ①法的に（客観的に）、労働関係の各法律で「労働者」として保護される人が、  
業務委託契約や業務処理請負契約など、労働契約（＝雇用契約）以外の契約を締結することで、当事者間では「労働者ではない」と扱われること  
＝「誤分類」が生じている（本来は労働者、つまり、労働法の適用対象と分類されるべきであるのに、誤った分類となっている！！）
- ②契約の形態が「労働契約（＝雇用契約）」ではない場合でも、その人が労基法など法律の定義する「労働者」にあてはまれば、その法律で労働者として保護される  
→その法律が定義する「労働者」に当たるかどうか（＝労働者性の有無）が問題に

---

<sup>20</sup> 内閣官房日本経済再生総合事務局が2020年5月にまとめた「フリーランス実態調査結果」等が参考になる。同資料は「全世代型社会保障検討会議（第7回）」配布資料として公開されたが、現在では前掲の国立国会図書館「インターネット資料収集保存事業」の下記URLから閲覧できる。

[https://warp.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11740658/www.kantei.go.jp/jp/singi/zensedaigata\\_shakaihoshou/dai7/siryuu.html](https://warp.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11740658/www.kantei.go.jp/jp/singi/zensedaigata_shakaihoshou/dai7/siryuu.html)

<sup>21</sup> 総務省「労働力調査」の2021年平均の数値（2022年2月15日発表）。

<https://www.stat.go.jp/data/roudou/index.html>

<sup>22</sup> 正式名称は「フリーランスとして安心して働ける環境を整備するためのガイドライン」。なお、内閣官房、公正取引委員会、中小企業庁、厚生労働省の連名で出されており、フリーランスの問題が多岐にわたることを示している。

[https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou\\_roudou/koyoukintou/zaitaku/index\\_00002.html](https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/koyou_roudou/koyoukintou/zaitaku/index_00002.html)

<sup>23</sup> フリーランスガイドライン第2の1

- ③労働者かどうかは、**実態（客観的な事実）**に基づいて判断される（各法律共通）  
→契約書の記載などでは**決まらない**（契約書を「雇用契約」ではなく「業務委託契約」などとするだけで、労働法上の規制から免れることができるというわけではない！）

## 2 労基法・労働契約法（労契法）上の「労働者」性

- (1) 労基法上の定義：「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」（9条）  
※なお、労契法上の労働者の定義<sup>24</sup>=労基法上の労働者と基本的に同じ

- 【ポイント】 ①「**使用**」性=使用者の「指揮命令」を受けて働いていること  
②「**賃金**」性=労働の「対償」として報酬を得ていること

- (2) 「使用」性に関する判断が特に重要：以下の具体的な判断要素を**総合考慮**

判例：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<sup>25</sup>

- ①業務遂行に関する**具体的な指揮監督がある**（①～④の各要素が肯定されれば、  
②仕事の依頼等への**諾否の自由がない**（使用性が肯定されるということ）  
③**勤務時間・勤務場所の拘束がある**  
④他人による**代替可能性が低い**（要は、自分自身でその労働をする）

- (3) 「賃金」性に関する判断：賃金性が高まる要素

- ⑤報酬額が（仕事の結果ではなく）**労務提供の時間の長さ**に応じて決まる

【参考】判断要素の続き：その他、労働者性が高まるサブ的な要素

- ⑥事業者性が低い（機械や器具を自分では持っていない、報酬が高額ではない）  
⑦専属性の程度が高い（他社の仕事を受けることが事実上制約されている）  
⑧公租公課が天引きされている（所得税〔公租〕の源泉徴収や社会保険料〔公課〕の控除がある）

<sup>24</sup> 労契法上の労働者の定義：「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」（労契法2条1項）。

<sup>25</sup> 自身でトラックを所有し、企業から運送の業務を受けていたトラック運転手が、労働者として保護されるかが争われ、労働者性を否定された。なお、厳密には労災保険法上の労働者に当たるか否かが争われたが、労災保険法と労基法で労働者の概念は等しいと解されているため、労基法上の労働者に関する基本判例としてよく紹介される事例である。なお、労判714号14頁とは、「労働判例」という専門雑誌（産労総合研究所が発行）の714号14頁に掲載されていることを意味している。

### 3 労働組合法（労組法）上の「労働者」性

(1) 労組法上の定義：「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」（3条）

（まず、労基法、労契法とは大きく異なる点に注目）

●ポイント：基本として、労組法の方が労働者の範囲が「広い」ことをおさえておく

→労基法上、労契法上の労働者は、労組法上も当然に労働者に当たる

イメージ：労組法の場合、使用者側に生じる責任が労基法などと比べて重くない（労働組合と  
きちんと交渉するということに尽きる）ので、労働者の範囲を広く考えて構わない

→「労組法上の労働者」が集まった団体であれば、「労働組合」として保護されること  
に

【近年の傾向】労働組合に認められる団体交渉の権利を活用して、企業側と交渉したいというケースが  
見られ、労組法上の労働者に対する関心が高まっている

・会社と業務委託を締結していたエンジニアについて、労組法上の労働者性を肯定した例

国・中労委（INAXメンテナンス）事件・最三小判平成23・4・12 労判1026号27頁

・コンビニの店主について、フランチャイズの本部に対する労組法上の労働者性を否定した例

セブン-イレブン・ジャパン事件・東京地判令和4・6・6 労働経済判例速報2488号3頁

・参考：厚生労働省「労使関係法研究会報告書」<http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r9852000001juuf.html>

(2) 労組法上の労働者性の判断要素：以下の①～⑥を総合考慮

(ア) 基本的判断要素があるかどうか：各要素がある＝労働者性を肯定する材料に

① 事業組織への組み入れ（不可欠ないし重要な労働力として組織内に確保されている）

② 契約内容の一方的・定型的決定（内容が交渉の結果ではなく会社側の提示の通りに決まる）

③ 報酬の労務対価性（働いた代わりに報酬を得ているといえる）

(イ) 補充的判断要素があるかどうか：労働者性を肯定するサブ的な材料となる

④ 業務の依頼に応じるべき関係（断るのが不可能というわけではないが、仕事を断りにくい）

⑤ 指揮監督関係（それほど厳格というわけではないが、時間的場所的拘束を受けている）

→④⑤は、労基法の判断要素を参考にしている（労基法の場合ほど厳格に求められるわけではない）

(ウ) 消極的判断要素がないかどうか：「事業者」である＝労働者性を否定する材料に

⑥ 顕著な事業者性（利益を増やすべく会社から独立して経営判断を行うことができる）

#### 4 労働法以外の保護（フリーランスとしての保護）

(1) 関係しうる法律の概観（労働法だけではない点に注意）

- ・**独占禁止法**<sup>26</sup>（独禁法。フリーランスは個人の事業者であるため、事業者間の取引に関する独禁法が適用される）

→独禁法とは…ひと言でいえば、**公正かつ自由な競争**を促進する法律（公正な競争を阻害するような行為・取引等を規制すると考えればよい）

- ・**下請法**<sup>27</sup>（発注者が資本金 1000 万円を超える法人事業者であれば、相手方が個人であっても適用されるため、フリーランスと一定規模以上の会社等の取引に適用）

→下請法は、独禁法を補完する法律と位置付けられる（下請事業者に対する不当な取扱い、例えば、代金の支払いの遅延、いわゆる「買ったたき」などを規制）

- ・なお、前述の通り、**労働法**（労働基準法、労働組合法等）も適用の可能性がある

→フリーランスが各法律の「労働者」の定義にあてはまれば、各法律によって**労働者として保護される**

(2) フリーランスガイドラインの基本的な考え方

①基本的には、独禁法（+下請法）で保護する

- ・情報量や交渉力の**格差**から、フリーランスは取引条件が一方的に**不利になりやすい**

→発注事業者が不当な不利益を与えれば、フリーランスが競争者との関係でも不利に（競合する他の会社や他のフリーランス等との競争に負けてしまう）

- ・**公正な競争の確保**という観点から、独禁法（下請法）を活用

（弱者保護が前面に出ている労働法とコンセプトが若干異なることに留意）

---

<sup>26</sup> 正式名称：私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律

<sup>27</sup> 正式名称：下請代金支払遅延等防止法

・独禁法は、様々な「**優越的地位の濫用**」<sup>28</sup>を「**不公正な取引方法**」<sup>29</sup>に当たるとして禁止→行った場合、**公正取引委員会（公取委）**による、排除措置命令等の対象に

(3) 発注時の「**書面の交付**」を事業者**に義務付け**（→いわゆる口約束はトラブルの元だから）

- ①発注内容、②納期等、③**報酬の額**、④**報酬の支払期日**、⑤**支払方法**、
- ⑥その他特記事項がある場合は特記事項、以上を書面に盛り込む必要がある

(4) **問題行動（優越的地位の濫用に当たりうる行為）**として次の**12点**を列挙

- ①**報酬の支払遅延**
- ②**報酬の減額**
- ③**著しく低い報酬の一時的な決定**
- ④やり直しの要請
- ⑤一方的な発注取消し
- ⑥**役務の成果物にかかる権利の一時的な取扱い（フリーランスが著作権を有するのに、成果物を二次利用したときの対価を配分しないなど）**
- ⑦**役務の成果物の受領拒否**
- ⑧**役務の成果物の返品**
- ⑨**不要な商品又は役務の購入・利用強制**
- ⑩**不当な経済上の利益の提供要請（協力金等の負担や、契約内容に含まれない行為の要求など）**
- ⑪**合理的に必要な範囲を超えた秘密保持義務等の一方的な設定**
- ⑫**その他取引条件の一方的な設定・変更・実施**

---

<sup>28</sup> 独禁法2条9項5号：自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、次のいずれかに該当する行為をすること。

イ 継続して取引する相手方（新たに継続して取引しようとする相手方を含む。ロにおいて同じ。）に対して、当該取引に係る商品又は役務以外の商品又は役務を購入させること。

ロ 継続して取引する相手方に対して、自己のために金銭、役務その他の経済上の利益を提供させること。

ハ 取引の相手方からの取引に係る商品の受領を拒み、取引の相手方から取引に係る商品を受領した後当該商品を当該取引の相手方に引き取らせ、取引の相手方に対して取引の対価の支払を遅らせ、若しくはその額を減じ、その他取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定し、若しくは変更し、又は取引を実施すること。

<sup>29</sup> 独禁法19条：事業者は、不公正な取引方法を用いてはならない。

## 5 考察

- ①労働法（労基法等）による保護を受けないフリーランスであっても、ガイドラインによって独禁法で保護される→ガイドラインは報酬についても具体的に列挙
- ②しかし、**強制力**という点では、「労働者」の「賃金」として、労基法（及び労基署）の保護を受ける方が手厚いといえる面もある
- ③「雇われる働き方」にとどまらない、柔軟な働き方を許容しつつ、報酬等をいかに保護していくかが今後の課題に（例えば、いわゆる「フリーランス新法」の制定の動きも）<sup>30</sup>

## おわりに

【資料案内】 今回のセミナーをきっかけに、幅広く学んでみたいと思った方へおすすめの書籍等

- (1) 基礎から実務まで幅広く使える教科書『労働法（第9版）』水町勇一郎（有斐閣、2022）
- (2) 辞書的にも利用される詳細な教科書
- ①『労働法（第12版）』菅野和夫（弘文堂、2019）
- ②『労働法（第4版）』荒木尚志（有斐閣、2020）
- ③『詳解 労働法（第2版）』水町勇一郎（東京大学出版会、2021）
- (3) 最新の動向を伝える無料メルマガ「メールマガジン労働情報」（労働政策研究・研修機構）
- (4) 労働組合について幅広く学べる『労働組合の基礎』仁田道夫ほか編（日本評論社、2021）
- (5) 日本の雇用社会の全体像を学べる『ジョブ型雇用社会とは何か』濱口桂一郎（岩波新書、2021）
- (6) 国際労働関係の記述も豊富『統合人事管理』山口浩一郎監修・「統合人事管理」研究会編著  
(経団連出版、2015)
- (7) さっと読めて基礎を一気に学べる労働法入門『ゼロから学ぶ労働法』原 昌登（経営書院、2022）

---

<sup>30</sup> 法制化に関して、2022年9月にはパブリックコメントの募集（一般からの意見の募集）が実施された。<https://public-comment.e-gov.go.jp/servlet/Public?CLASSNAME=PCMMSTDETAIL&id=060830508&Mode=0>