

# 労働契約の定義について（再論）

－その社会法的とらえかたとは何か－

柳 澤 旭

## <目次>

- I はじめに一本稿の意図
- II 労働契約法と民法における労働契約の定義・概念
- III 労働契約の定義あるいは本質論について
- IV 労働契約と社会法
- V おわりに

## I はじめに一本稿の意図

(一) 最近、「労働契約の定義について」という小論を雑誌「季刊労働法」226号（2009年9月<巻頭言>）に書く機会があった。筆者としては、かねがね論文や文章は、「読者一人。自分以外の人は読まない。」という信念（卑見・偏見）をもって、自分に納得させるつもりで執筆することだと考えている。ところが、届いたこの雑誌を手にして見たら、本号の特集が「現下の不況と雇用問題」というテーマで、今日、まさにアップ・トゥ・デートな二つの特集を掲載しているのである。一つは、「座談会：貧困・格差をめぐる諸問題と社会法」と、このテーマに関連する論文、もう一つが、「これからのキャリア・職業能力開発」というテーマであり、これに関連する論文が掲載されている。

この「貧困・格差をめぐる諸問題と社会法」という座談会は、労働法（野田進）、社会保障法（菊池馨美）、社会政策（駒村康平）、社会福祉（岩田正美）の分野における現在わが国の代表的な研究者による<社会法と社会経済政策

>という研究分野のそれぞれ異なる学問分野から知的刺激に溢れる議論が展開されている。

このような特集号<効果>のおかげで、「読者一人、誰も目にとめない」との筆者の予想に反して、労働法学会（10月、専修大学において開催）のうちに、個人的にいくつかの有難いご意見や感想をいただくこととなった。要するに感想、意見というのは、筆者がこの短文で書いていることは、「何を言いたいのかよく分からない」、とくに「社会法的なとらえかた、社会法的解釈とは何をいっているのか、具体的にはどのような法解釈なのか?」、というもっともな御意見・感想である。なるほどそうであろうと素直に納得するしかないが、一方で、少しでも筆者の言っていること的一端でも理解して欲しいと、読者一人という卑見と相矛盾するような願望も湧いてくるから不思議なものである。

（二）以上のいきさつから、本稿の執筆を思い立ったのが本論考の第一の問題意識である。また雑誌の<巻頭言>という小論（僅か2頁）の裏には、筆者なりのこのテーマについての検討結果（思い入れともいべきもの）が存在することも、この機会に述べておきたいという意図もある。その検討結果というのは、本誌・山口経済学雑誌第57巻5号（2009年3月）207頁以下の拙稿「労働契約の法的定義と性質—菊池勇夫『労働契約の本質—その社会法的性質について』（1937年）を読む—」という論考である。この拙稿をふまえて、本稿において「労働契約の定義」ということについて、筆者なりの考え方を多少なりとも本稿において提示してみたいと思う。本稿は、季刊労働法に掲載の小論についての敷衍と、前掲・山口経済学雑誌のつづきとしての意味を併せもつものである。

## Ⅱ 労働契約法と民法における労働契約の定義・概念

### 1. 労働契約論と労働契約の定義

（一）労働法理論における基本的なタームである「労働契約」について、労働法（学）の生成初期から今日まで、様々なとらえ方があり、労働契約論の

内容、あるいは視点・視座は、①労働契約の「本質」論という基礎理論的問題という観点から、また、②実定労働法の解釈理論のツール、道具概念としての観点に至るまで、これまた膨大な研究の蓄積がある<sup>1)</sup>。なかには労働契約という概念は労働法理論にとってほとんど意味をもたないとする理論も存在するのである<sup>2)</sup>。

ところで、論議の対象である「労働契約とはなにか」という定義規定、概念規定について必ずしも共通したものがあるわけではない。これは今日においても変わらない理論状況である。この不思議にみえる理論状況は、日本だけではなく諸外国においても同様の状況も見られるところである<sup>3)</sup>。労働契約の定義や概念を明確に規定できないことには、それなりの理論的な理由があると思われるが、そのことの検討をひとまず置くとして、平成19（2007）年以降、実定労働法体系の中に新たに「労働契約法」（全条文19条からなる。）という法律が制定され施行されることとなった（平成19年12月5日法律第128号、平成20・2008年3月1日施行）。このことによって労働契約論は、これまでとは違って新たな段階に入ったことは確かな現実の法状況といえる<sup>4)</sup>。

## 2. 労働契約法における定義

日本で初めて成立・施行された「労働契約法」（以下、学会の慣用に従って「労働契法」と略する。）においても、労働契約の「定義」規定は、どこにも置かれていないのである。労働契法は、まず、「労働者」（同法第2条1項）と「使用者」（同2条2項）の定義規定を置き、その後「労働契約の効力」（同6条）についての規定を置く。

「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。」（労働契法第2条1項）

「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。」（同2条2項）

「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。」(同6条)

このような規定ぶり(条文構成)からみると、労契法は、同法の適用対象となる「主体」、「当事者」である労働者と使用者とをまず定義規定して、その後、この両当事者の契約が「請負」や「委任」という他の労務供給契約とは異なり区別されることを明確にしている。すなわち、当事者の一方(労働者)が「使用されて労働し」、他方(使用者)が「賃金を支払う」という双務・有償を約因とする「合意」(6条)であると明確に規定している。

このような規定の仕方からみると、労契法は労働契約についての定義として、労働契約とは、「契約の一方当事者(労働者)が、他方当事者(使用者)に使用されて労働し、他方当事者がこれに対して賃金を支払うことを内容とする契約」と、とらえることができる<sup>5)</sup>。

労契法の成立を契機に労働契約の「定義」に変化がみられる。例えば、菅野教授は、これまでの労働契約の定義について、労契法の成立を契機に大きく変えることとなる。このことの意味は、菅野労働法理論において労働契約を純然たる民事私法規定として性格づけ純化することを意味するであろう。これまでの「労働基準法の適用される労務供給契約」という性格・定義づけとはその内容が変化しているのである<sup>6)</sup>。

### 3. 民法と労働契約法における定義の類似性・同一性

労契法における「労働契約」の「成立」規定から読み取れる理論的な定義と民法第623条の「雇用契約」の「効力」規定から読み取れる理論的な定義は、ほぼ同様の内容である。民法は、1896(明治29)年の制定当初の「雇傭」から、2004(平成16)年改正(現代語化)による「雇用」という用語の改正を経て今日に至るまで、請負、委任と並ぶ三種類の労務提供契約の一つとして労働契約を(雇傭、雇用契約)を規定しているが、その規定内容は民法の成

定以来110年間、全く変化していない<sup>7)</sup>。

「雇傭ハ、当事者ノ一方ガ相手方ニ対シテ勞務ニ服スルコトヲ約シ相手方ガ之ニ報酬ヲ与フルコトヲ約スルニヨリソノ効力ヲ生ズ。」（明治29. 1896年民法第623条）

「雇用は、当事者の一方が相手方に対して労働に従事することを約し、相手方がこれに対して報酬を与えることを約束することによって、その効力を生ずる。」（平成16・2004年、民法第623条。改正による明治民法の現代語化。）

労契法における労働契約と民法における雇用の概念、定義規定は、ほぼ同様の内容であるとみることができ、民法の抽象的な「法的人格」である人（当事者双方）について、労契法は、有償・双務・諾性契約の一方当事者である「労働者」と「使用者」とをまず初めに定義して（労契法第2条1項、同条2項）、その後労働契約の成立要件でもあり定義規定でもある第6条において法主体を再度、具体的に規定している（同6条）。

#### 4. 労働基準法における労働契約

個々の労働者の労働契約内容になる労働条件を規制する労働基準法（以下、労基法と略する。）においても、労働契約の定義をおいていない。労基法（附則を含めて全条文137条。）は、第2章（第13条～23条）のタイトルを「労働契約」として、労働契約に関する種々の規制を行い、就業規則と労働契約の関係（第93条）を規律し、さらに、労働組合法（労組法）は、労働協約に対する労働契約の効力（労組法第16条）を規律している。このように、労働法の基本的な法律である労基法、労組法において、「労働契約」に関する法的効力を規律する多くの条文を設けているにもかかわらず、労働契約の「定義」はどこにもおかれていないのである。

このような立法状況から、労契法の成立に至るまでは、労働法学において、一般に、労働契約の実定法上の定義として民法第623条の雇用（雇傭）から

その定義を導いてきたとってよい。そして制定・施行された労契法も労働契約の定義は厳密には規定してはいないものの、先にみたように民法の雇用の規定をほぼそのまま条文化しているのである。規定形式と文言も民法の「雇用」契約とほぼ同じものといってよい。

## 5. 労契法と民法との関係

この労契法と民法の規定から両方の関係はどのようにとらえられるのであろうか。一般に、民法の雇用が「一般法」であり、労契法が「特別法」として位置づけられることとなる。労契法は、労働契約の成立、展開、終了について確立したとみなされている判例法理の基本的部分をそのまま条文化（リステイト）したものであり、労働関係当事者の権利義務関係を基本とする私法的規定としての性格をもつことは法理論的にもいえるところである<sup>8)</sup>。

このように労働契約法における労働契約の定義、法の性格、各条文の内容は純然たる私法規定、民事法規として制定されたことは確かである。労働関係における権利義務の準則を定める法律であって、民法「雇用」の特別法としてとらえることができる<sup>9)</sup>。

ところで、新たに成立した労働契約法は、これまでの労働法体系のなかでどのように位置づけられることになるのか。この点について、労契法は純然たる民事法規であり、「労働法の新たな基本法」としての性格をもつ立法として位置づけるのは菅野教授の見解である<sup>9)</sup>。

## 註

- 1) 労働法学における労働契約論の文献について、土田道夫『労働契約法』（2008年、有斐閣）に解釈学的文献は、ほぼ網羅されている。そのほかの基本的な文献として、三井正信「労働契約法7条についての一考察（1）（2）」広島法学32巻・3・4号1頁以下、講座21世紀の労働法 第4巻『労働契約』（2000年、有斐閣）所収論文、萬井隆令『労働契約締結の法理』（1997年、有斐閣）、秋田成就編著『労働契約の法理論—イギリスと日本—』（1993年、総合労働研究所）、和田肇『労働契約の法理』（1990年、有斐閣）、本多・還暦記念『労働契

約の研究』（1986年、法律文化社）、本多淳亮『労働契約・就業規則論』（1981年、一粒社）参照。

- 2) 吾妻光俊「労働契約の法的性質」『新労働法講座8巻』（1967年、有斐閣）83頁。吾妻のこの意味は、労働法の独自性の構築という吾妻自身の労働法学に対する独自の方法論に基づくものであることを看過してはならないであろう。吾妻の労働法学について、片岡昇『現代労働法の理論』（1967年、日本評論社）7頁以下参照。吾妻が研究姿勢として常に言っていたことは、あらゆる理論を現実で呵責なく洗え、それでもメッキの剥げないものこそ借り物では無い真の理論である。と（蓼沼謙一「労働法学」『一橋大学学問史』（1986年）748頁）。
- 3) 諸外国における労働契約の概念、定義について、荒木・山川（労働政策研究・研修機構）編『諸外国の労働契約法制』（2006年、労働政策研究・研修機構）参照。
- 4) 拙稿「労働契約法の成立一判例法理の条文化（リステイト）の意味」山口経済学雑誌57巻1号（2008年）45頁以下、同「労働契約法の施行と理論的な課題—就業規則における合意と法規—」山口経済学雑誌57巻2号（2008年）23頁以下。
- 5) 荒木・菅野・山川『詳説 労働契約法』（2008年、弘文堂）65頁、荒木尚史『労働法』（2009年、有斐閣）47頁。両文献における定義規定は同一である。なお、菅野和夫『労働法（8版）』（2008年、弘文堂）67頁も同様のとらえかたである。労働契約法の制定前の同書第7版までは、労働契約を「労働基準法が適用される労務供給契約」としていた（菅野・同書 第5版補正版、2000年70頁、同書7版補正2版2007年64頁）。菅野の労働契約のとらえ方について、萬井・前掲書46頁以下、中窪裕也「労働契約の意義と機能」前掲・21世紀講座4巻4頁註4。
- 6) 労契法成立以前の著作では、菅野は「労働契約」の定義、意義について、「労働基準法が適用される労務供給契約」ということができる。「ある労務供給契約が『労働契約』といえるか否かは、労務を供給している者が労契法の適用事業に使用され賃金を支払われる『労働者』といえるかどうかが決め手となり、この労契法の適用要件をみたす労働関係にあれば、その契約は労働契約と認められるとしていた（菅野和夫『労働法（第7版補正2版）』（2007年、弘文堂）64頁）。労契法施行と同時に出版された『同書 第8版』（2008年）では、労働契約は、「当事者の一方が相手方に使用されて労働し、相手方がこれに対して賃金を支払うことを合意する契約」（67頁）、と「定義」づける。

- 7) 現在、民法典について大改正が検討中であり、2009年10月、労働法学会のテーマとシンポジウムにおいても、民法研究者である山本敬三教授の報告とシンポがあった。民法典の改正動向と内容については、民法改正研究会（代表 加藤雅信）『民法改正と世界の民法』（2009年、信山社）、「特集 民法（債権法）改正への期待」法律のひろば2009年10月号所収（内田貴、松本恒雄）論文参照。
- 8) 拙稿「労働契約法の成立一判例法理の条文化（リステイト）の意味」山口経済学雑誌 57巻1号（2008年）45頁以下参照。
- 9) 荒木・菅野・山川『詳説 労働契約法』（2008年、弘文堂）18頁以下。

### Ⅲ 労働契約の本質的定義

#### 1. 労働契約の定義

「労働契約とは、当事者の一方が相手方の企業に従属して労務に服することを約し、他方が之に生活の必要を弁ずるに足る報酬を支払うことを約する契約であって、その締結及び履行に関し社会立法による統制の行われるものである。」

（一）この定義は、戦前（昭和12・1937年）に菊池勇夫博士が定義したものである<sup>10)</sup>。また、ほぼ同時期に公刊された菊池の体系書『労働法』（昭和13、1938年、）における定義でもある<sup>11)</sup>。この菊池の定義は、このままで今日においても十分に通用するものであり、戦後60年余の労働立法と労働法理論の膨大な理論的蓄積のある今日においても、この労働契約の定義は、ますます理論的な意義を有するものである、と筆者には思われる。

この菊池の定義は、当時においても、さらに戦後においても日本の労働法学形成に理論的に大きな影響力を与えて続けてきた末広厳太郎博士の定義、理論に対置、対峙すべくものとして打ち出されたのである。周知のごとく末広は、身分契約・地位設定契約としての労働契約論を定義しとらえたものである。末広は次のように労働契約をとらえた<sup>12)</sup>。

「労働契約は一定企業に於ける労働者の地位の取得を目的として企業主と労働者との間に締結される契約である。契約直接の目的は当該企業における地位の取得である。」労働契約のこのような性格からして、債権契約ではなく身分的契約（地位設定契約）である労働契約の特質に適合する法規範を創生すべきである、と。

この末広の労働契約の性格把握、定義規定については、当時から様々な見方、批判があり戦後も、そして今日においてもその評価は一様ではない<sup>13)</sup>。この末広の労働契約の定義について様々な評価ができるが、公法・私法の二分論を前提とした私法的把握であるということができよう。

(二) これに対して、菊池の定義は公法・私法二分論ではない「社会法」的把握による定義規定である。この菊池の定義規定から次のような法論理の構造と理論展開が導かれるのである。その内容は、労働契約の対象とする労働の性格が組織的・集团的性格にあり、この「契約締結・合意」を前提とする。その「効果」としての「法的な従属」から導かれる近代経営における労働のありかたとしての「機能的従属」を基底において、就業規則、労働協約を労働契約の理論展開の視野に納める内容をもつものである。

さらに、労働契約の基本理念ないし性格規定として、「生活の必要を弁ずるに足る報酬」という「生存権思想」が明確にこの労働契約の定義と性格規定に含められているのである。これは、今日における実定法上の「労働条件の基本原則」としての「労働者が人たるに値する生活を営むために必要を満たすべきもの」（労基法第1条）という生存権保障の理念そのものである。

労働契約は「締結」時の合意にとどまらず、その「展開」（当然に「終了」をも含む。）に至るまでの継続的・組織的性格と「人間労働」の当然の保護必要性から、その全過程において国家による立法規制（社会立法，社会法）と自主的立法（労働協約，就業規則）による生成・変更が契約の性格からして必然的なものとなる契約である。このことをこの定義によって示していることを見逃してはならないのである。

この菊池の定義は、現代における法解釈を含めた労働法学にそのまま通用するものと言えるのである。まずこのことに新鮮な驚きを感じるとともに「古典的文献」を読み考えることの知的な興味と楽しみを味わうことができるのである。あえてこの定義を現代的に表現させてもらうと、次のような定義となろう。

「労働契約とは、当事者の一方（労働者）が相手方（使用者）の指揮命令の下に労働し、相手方（使用者）がこれに対して人たるに値する生活を営むに足る賃金を支払うことを約する契約であって、その締結及び履行に関して労働・社会立法による規制の行われるものである。」

先に見たように、制定・施行された労働契約法においては、労働者・使用者の定義がまず規定（労契法第2条）され、次に労働契約の成立要件（合意）が規定（同法6条）されている。したがって、労働契約の定義としては、有償・双務・諾性・無様式である雇用・労働契約の「当事者の一方」と「相手方」という契約当事者・法主体をそのまま定義規定に用いるか、あるいは労働契約の性格から当然の前提として、法主体である「労働者」と「使用者」として用いるかは、法技術的なものであり、説明・定義の仕方の順序の問題でもある。

（三）菊池社会法理論における労働契約の定義を、労働契約法（労契法第6条）における定義規定（成立要件であるが定義規定とみてよい。労契法6条を定義規定とみることは通説的とらえかたでもある。）と比べてみよう。民法の雇用をそのまま引き継いだともいえる骸骨のようなノッペラボウのような労契法の規定に比べて、菊池の定義は、労働契約の「本質的なもの」を明確かつ正確にとらえた内容豊かな定義規定といってよい。

この定義の違いはなにか。それは、民事的・私法的「雇用」契約論と労働法、社会法（労働法と社会保障法）における「労働」契約論との違いであり、当然に区別されるべき定義であるということである。民事・私法的な性格と

いう枠内においては、「雇用契約」（民法第623条）と「労働契約」（労契法第6条）との定義は、当事者（労働者、使用者）間の「指揮命令下の労務提供」と「賃金支払い」についての「合意」ということにおいて、両者を区別する必要は基本的・本質的にはないといえる。しかし私法的定義と労働法的定義とでは、当然、その定義の仕方は異なってしまうを得ないものであろう。

すなわち、実定法である労働契約法の定義のみでは、労働法における労働契約の性格、意義は、全体的にはとらえきれずに、民事・私法的側面という一面的にしか把握されないということである。ここに、労働法さらに社会保障法をも視野に入れることの可能とする菊池の労働契約の「社会法」的とらえ方の意義が存在するのである。

## 2. 私法的と労働法的、社会法的ということについて

### (1) 解雇権濫用法理

労契法の各規定は民事的・私法的規定であるが、労契法の規定のみでは労働法におけるその条文の意味は十分にとらえることができないのである。たとえば、判例法理をそのままリステイト（条文化）した解雇権濫用（労契法第16条）についてみてみよう。

「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。」

この規定は、純然たる私法規定であり、権利濫用に当たると裁判所が認めるような解雇（その類型は膨大な判例法として集積されている）は、無効であり、労働契約は存続し、「従業員としての地位」と「賃金の支払い」を使用者に法的に履行させるという効力を有する。

しかしこの解雇権濫用規定は、労働契約の終了、解消という場面における解雇規制の重要であるがその一つである。労働法における解雇規制は、労基法、労組法、雇用機会均等法、公益通報者保護法、労働契約承継法など多方面に渡って規制されている。これらの解雇規制に違反する解雇は、なかには

罰則を伴う強行法規もあって、その法規に違反する解雇は民事上、無効とされる。このように解雇の規制という問題をみても、労働契約の使用者による一方的な解約としての解雇は、多くの立法的な規制に服しており、労働法における解雇法理の体系というものを形成しているのである。解雇の法規による規制、自主法規（労働協約、就業規則）による規制、判例法理による規制を所与の前提として条文化した労契法の権利濫用的解雇の無効という、この解雇の体系的規制のひとつが労契法16条の法的な存在意義なのである。

## (2) 労働契約（安全配慮義務）と労働法規（労働安全衛生法、労災補償法）

同じように、安全配慮義務を私法的・民事法的な労働契約法上の義務としてのみとらえることも一面的なものがある。労契法の「労働者の安全への配慮」（労契法第5条）すなわち安全配慮義務は、最高裁判例によって確立した法理を条文化したものであって労働契約の履行に伴う不可欠な義務として位置づけられるものである。しかし安全配慮義務は「労働契約上の義務」ではあるが、必ずしも労契法上の私法的な性格でのみとらえきれない法的義務ではない。労基法、労働安全衛生法、労災保険法による公法・行政法的規制（社会的規制）と義務との関連においてこそその法的意義が明確になるものといえるのである。

すなわち、労働災害（労働者の「業務に起因する負傷、疾病、死亡」をいう。労安法第2条1号）についての「事前の規制」と「事後の生活保障」との相互の関連、具体的には労働安全衛生法理と労災補償法理との関連において「労働契約の安全配慮義務」を位置づけることが求められるのである。

「労働契約における安全配慮義務」は、「労働契約に伴い」（労契法第6条）、当然に生じる規範的義務であるが、この義務は労安法等の刑罰法規をとまなう行政的強制力と労働災害による被災後の労働者の生活保障義務という両者の関連のなかでこそ明確に把握し位置づけられるものである。

労働契約における安全配慮義務は、労働安全衛生法による事前の「予防」と事後の労災補償法による「生活保障」との関連において法理論的にとらえ

るとき、安全配慮義務の一部の基底的な部分を法律によって規制したのが、労安法等の安全衛生法規と労基法を基盤におく労災補償法であると、重層的にとらえることこそが社会法としての「労働災害」（その予防と補償）の法理というものであろう<sup>14)</sup>。労働災害に対する予防と補償についての実定法体系が社会法（労働法と社会保障法）として整備されている現段階の法状況に照らして、労働契約、労働関係を基盤とする労働災害についての予防と補償の法理は、今日においてこそ一層、一体的・総合的な把握が求められているのである。

人の生命・身体・健康という人格的権利は法益として「全法律」の基底におかれており、とくに労働契約を紐帯とする労働関係、「特別の接触関係」（最3小判・昭和50.2.25）にある労働者、使用者との場所的・時間的な「機能的従属」関係（菊池・労働契約論）における労災発生の危険性という事実関係を特別の規制対象とするところに労働災害の法理が展開されてきたのである<sup>15)</sup>。

#### 註

10) 菊池勇夫「労働契約の本質—その社会法的性質について—」九州帝国大学法文学部創立10周年記念論集（昭和12・1937年），同『労働法の主要問題』（昭和17・1942年，有斐閣）所収142頁。

11) 菊池『労働法』（新法律学全集 昭和13・1938年）146頁。

12) 末広巖太郎「労働契約」岩波法律学事典4（1936年）2777頁。

13) 末広の身分的・地位設定契約という労働契約論について、時代が異なっているが以下のような見方がある。荒木誠之「労働保護法の展開と特質—労働法原理の形成を中心として—」（1959年），同『労働条件法理の形成』（1981年，法律文化社）所収21頁以下。荒木は、末広の労働契約論について、「保護立法の性格を最も実態に即して反映させた学説」（21頁）であり、労働関係における合理的規範の創造、形成を目指したものである、と評価する。野田進「解雇法理における『企業』」法政研究67巻4号（2001年）6頁以下。野田は、労働契約上の地位を喪失させる行為という解雇の組織法的理解の源流として特筆すべきであるとしつつも、戦後の実践的な労働契約論（解雇法）形成の理論的基盤となること

もなかった、とみる (7頁)。

従来の労働法学とは異なった視点から末広労働契約論を評価するものとして、藤田若雄『日本労働法論』(1973年、木鐸社) 125頁以下がある。藤田は、末広の労働契約論は身分的学歴別年功制を前提とした労働契約説であり(126頁)、かの「封建契約」を想起させるが、昭和初期の「身分的学歴別年功制」(家産官僚の経営)を軸としてとらえるものであり、「その労働契約認識としてみれば、末広説はまことに当を得たものといわなければならない」(128頁)とする。ただし、労働契約の現実的な科学的認識と労働者保護の必要性、必然性をゲルマン法的なものから引き出すのか、普遍史的なものから導き出すのかは別問題であり、ここに末広、平野(義太郎)、風早(八十二)の戦前(そして戦後にも続く)「左翼法学」の問題と課題があるとみる(129頁)。

14) 拙稿「労災補償法における労基法の意義」学会誌社会保障法6号(年)1頁。

15) 荒木誠之『労災補償の研究—法理と制度の展開—』(1981年、総合労働研究所)176頁以下、菊池勇夫『社会保障法の形成』(1971年、有斐閣)における私法的解釈にこだわる最高裁判決の批判をみよ(122-124頁)。

#### IV 労働契約の社会法的把握

##### 1. 労働契約の本質規定

(一) 菊池の労働契約の定義を民法の雇用(雇傭)、労契法の定義規定と比較すると、まず第一に気がつくことは、労働契約は単なる民事・私法規定ということにとらええきれものではない、ということである。公法と私法という二元的な思考と理論に対して、社会法としての性質を有するものとして把握されることに、菊池は労働契約の性質、本質をみるのである。すなわち、菊池にとって、労働契約は「社会法」的契約であることの本質・性質解明とその理論的根拠を提示することを目的として、「労働契約の本質」論文が書かれたとみることができる。そのことの意味を菊池の定義規定により再説すると次のようにとらえられる。

労働契約にあつては、労働者の労務提供が機能的従属関係を基盤にして(使用者である「企業に従属して労務に服する」)、その「締結」から「履行」(終

了)に至るまで長期の継続的労働関係を基礎づけるものであること。これに対して使用者は、労働者の「人たるに値する生活を営む」に足りる賃金（「生活の必要を弁じるに足る報酬」）を支払うことが法的に義務づけられている契約である。この生存権の理念に基づく報酬の支払義務は、現在の労基法の規制理念（労基法第1条）であり、賃金額については「最低賃金法」（最賃法1条）に具体的化されている。

（二）菊池は、この労働契約の定義を戦後の実定労働法の変遷と戦後労働法の理論状況の中でも、全く変更することはなかった。菊池はこの自身の「労働契約の定義」あるいは「労働契約の本質」的把握というものは、時代によって変化することの無い普遍的な意義づけを与えていたとみてよい。実際に菊池は、自分の労働契約の本質的なとらえかた、すなわち「労働契約の定義」について、はじめて明確にした1937（昭和12年）年から晩年1975（昭和50）年の最終稿に至るまで一貫して変える必要性を認めていないのである<sup>16)</sup>。しかし、戦後初期から今日にいたるまで、このような豊富な理論的内容をもつ菊池の労働契約論は戦後もほとんど顧みられることはなかったように筆者には思われるのであり、現在も労働法学説史における菊池理論の位置づけがなされていないのである<sup>17)</sup>。

菊池にとって、この定義のもつ意味は、労働法の基点である、とともに社会法理論の起点でもあり、社会経済的变化とともに常に展開流動する実定法を、「社会正義＝社会法」の理念に照らしてとらえ、これを法理論として構成、理論化することこそが社会法の学的な問題・課題なのである。しかし、菊池の労働法、社会法の理論は静態的・固定的に理論化されるものではない。労働法の特色は、「常に生成の過程」にあり、「生産関係が社会の生成発展の根幹をなすように、労働関係の法規が全法体系に対する批判と修正の役割を持つ先駆的立法」として「常に生成発展している」ところにある<sup>18)</sup>。変遷してやまない実定法の変化の中で労働関係諸法、その他の社会立法を社会法として体系化することは、法理論の生成発展を理論のうちに把握することそのものであり、決して静態的・固定的な社会法理論ではないことが読み取れるの

である<sup>19) 20)</sup>。

## 註

- 16) 菊池『社会法の基本問題』（1968年、有斐閣）110頁、130頁。同『社会保障法の形成』（1970・昭和45年、有斐閣）215、222、229、243頁。同「社会法と全法律」孫田・米寿記念論集『経営と労働の法理』（1975年、専修大学出版社）19頁。
- 17) 石田眞「労働契約論」初井常喜編『戦後労働法学説史』（1996年、労働旬報社）616頁以下において、菊池労働契約論についての理論史的な言及は全くない。荒木は、労働保護法に関する戦前の学説（労働契約論と災害扶助論）について検討したうえで、菊池の労働契約論について、「社会的労働に従事する労働者の人間的生存を保障すべき社会の責任」（生存権思想、理念）を根拠にした労働保護立法に「内在する論理」を指摘し、その「発展の方向を明示」する点において画期的であった、又それだけに、当時の「現実の保護立法の初期性・不徹底お反省させる理論」であったとする。荒木・前掲「労働保護法の展開と特質（1989年）同『労働条件法理の形成』所収27-28頁。この点について、拙稿「荒木『社会法』理論の基点と展開」山口経済学雑誌55巻5号（2007年）162-163頁。なお、拙稿を紹介、検討した山田晋「荒木理論にとって社会保障法とは何か」明治学院大学社会学・社会福祉学研究127号（2007年）1頁以下。
- 18) 菊池・前掲『労働法』（1938年）序言。
- 19) 菊池博士の戦前の著作集は、社会法・経済法論集として、1. 労働法、2. 社会事業法、3. 経済法という三領域から成るものとして構想され、『日本労働立法の発展』（昭和17・1942年、有斐閣）、『労働法の主要問題』（昭和18・1943年）が出版されたが、3の経済法論集については未完で戦後を迎えている。戦後の菊池博士の社会法に関する代表的著作としては、『社会法の基本問題』（昭和43・1968年、有斐閣）、『社会保障法の形成』（昭和45・1970年、有斐閣）がある。菊池博士の1960年代頃までの業績については、菊池・還暦記念論集『労働法と経済法の理論』（1960年、有斐閣）巻末の業績目録参照。

以下は註というより余談である。菊池博士は、亡くなる直前に至るまで、九州大学での毎月の社会法研究会に出席され、若い研究途上の大学院生の報告についても、その内容に理解を示された上で、各報告者の報告と関連した内外の文献にこのようなものがあ

るよ、と教えてくださることを常としていた。これは個人的なことがらではあるが、筆者が労働契約論に関する初めての報告を社会法研究会でおこなったとき（1974年）、菊池博士は、自分は戦前に労働契約論についてこのように考えて論文を書いたよと、御自身の論文に対する思索のエッセンスを教えていただいた。しかしその時には、筆者は、菊池論文を読んではいしたが、如何せんその内容がほとんど理解できないままに放置しており、全くその内容について正面から理解することを放棄していた状況にあった。筆者には還暦を過ぎた今頃になってどうにか、当時言われたことと論文の内容について、少しは理解できそうな気がしている。このことも本稿執筆の契機である。

- 20) 菊池博士の社会法体系、社会法論について、あるいは学風について紹介、論じた文献として筆者がみることのできたものに次のものがある。浅井清信「故菊池先生をしのぶことば」、林迪廣「菊池名誉会員のご逝去を悼む」労働法学会誌46号（法律文化社、1976年）186頁、なお「法政研究42巻4号」（1975年）は、<菊池先生追悼集>として、深山喜一郎「菊池労働法理論の国際的視野」、水波朗「菊池先生と法哲学」、林迪廣「菊池先生と社会法の大系」が掲載されている。

菊池博士の社会法理論を「実証法学的立場」として「理論法学的立場」と傾向的に対比するのは丹宗昭信教授である。丹宗昭信「社会法理論の展開」菊池勇夫編『社会法綜説(上)』（1959年、有斐閣）43頁以下、同「社会法の理論と体系 基礎理論」九州大学法政学会編『新法学概論』（1967年、有斐閣）223-227頁。丹宗昭信は、社会法理論の構成について、①実定法理論に即しながら既存の公法・私法論ではとらえきれない独自のものを析出し、これを社会法として理論化する立場（実証法学的立場）と、②法主体の性格変化に着目し、そこから独自の社会法理論を構成する立場（理論法学的立場）、という、二つの方法的傾向に分けてとらえ、菊池を①の立場とする。丹宗の指摘するこの二つの傾向は、社会法理論の性格を特徴づけるものではあるが、今日からみて両者の立場（方法論）と内容は、相互に浸透する内容をもっており相いれないものではない。しかも菊池の理論は先にみたように労働法、社会法の流動的生成・展開を理論化するものである。が、戦後、社会の激動期における労働法学の主流派は、②の立場が圧倒的であった。このことが菊池の労働契約論と社会法理論が戦後、今日まであまり取り上げられることが少なかった一つの要因ともいえようか。なお、戦前の菊池社会法体系について、拙稿「労働法と社会保

障法」大憲論叢17巻1号（1977年）57頁以下。

## V おわりに

菊池博士の労働契約本質論・定義から、筆者なりに読み取り学びとったものをあげて結びとしたい。

（一）労働契約は、労働法学の独自性、他のとくに民法学に対しての学的独自性を展開する上での出発点・基点であり、また労働法学が独自の地歩を法律学全体の中に築いた現在においても、その基礎的な意義、礎石としての意義をもつということである。そして、人間労働力を含めた商品の取引・市場社会が私有財産制、資本制的自由契約を基盤とする「自由市場」として今後も継続する限り法的制度として市場経済社会の礎石としての位置と意義を持ち続けるものである。

また、市場経済システムを採用するかぎり社会主義体制においても労働契約の社会・経済的・政治的意味は共通するものがあるといってよい<sup>21)</sup>。このように「労働契約」というものを、ある意味では体制を超えた意義づけを行うこともできるものであるが、労働契約は人間社会が存続する上で不可欠な第一義的意義をもつ契約とすることができる。その意味で「労働契約」は、マクロ的視点から社会経済の存続・存立を支えるという意義と性格をも有する「本源的契約」<sup>22)</sup>である。このことを事実としても歴史的・論理的にも認めざるをえないであろう。

労働契約の対象は、契約当事者の「労働する」こと、「労働させる」ことと、その対価として賃金を支払うという内容の合意を基本とする。人間労働を「時間限定」（週40時間、一日8時間の原則。労基法第32条）での提供・相手の使用に委ねる（生産労働、営業労働、サービス提供等、様々な形態に関わらず「労働する」こと）ことを本体とするかぎり、人間労働は「商品であり、商品ではない」というパラドクスを必然的に持ち続けることとなる<sup>23)</sup>。

労働契約の定義は、労働法の全体を見渡せる内容をもつべきであり、それ

は労働契約の成立、展開、終了にいたるまで社会立法（実定法）と「社会法・社会正義」、「生存権」（法理念）とによる規制の行われるものであることを明確にすることである。そして、その上で、労働法と社会保障法の法理論にとって、労働契約は両法を理論的に媒介するものであり、この媒介とは、両法の関連態様をみるに際して、両法を「関連」させ又「切断」させる法理論的な意義をもつ契約であることを意味している。

（二）菊池博士の労働契約論において今日もっとも注目し再評価されるべきと思われるのは、労働契約は公法・行政法的契約でも民法的契約でもない「社会法」としての労働契約であるという本質規定である。今日、公法と私法の二元論、区別について様々な理論が提示されている。とくに民法学からの問題提起と理論展開には筆者としてフォローすることに困難を覚えるが、注目すべき問題として公私二元論についての現代における批判ないし再検討がなされているからである<sup>24)</sup>。菊池の「社会法」としての労働契約論は現代における議論を先取りしていたとも読むことができ、再評価するに値すると筆者には思われる。

筆者は、これからは、「労働法と社会保障法」（社会法）における労働契約について、菊池博士が簡潔かつ内容豊に理論化した結晶ともいえるべき定義を、次のような現代的に表現した定義・本質規定を用いることにしたい。

「労働契約とは、労働者が使用者の指揮命令の下に労働し、使用者がこれに対して人たるに値する生活を営むことを約する契約であって、その締結及び履行に関して社会立法による規制の行われるものである。」

## 註

21) 中国において2008年制定・施行された「労働契約法」（正式名称、「中華人民共和国労働契約法」）は、社会主義的市場経済における基本法として、経済法（民法）と並ぶ法である。中国労働契約法について、最近の文献として、季刊労働法224号（2009年3月）<

特集>「中国労働契約法の理論と実践」所収文献を参照。ここでは、労働契約に係わる労働市場、書面契約、解約終了、労働者派遣、労働紛争解決システムという、労働契約の「締結及び履行(終了)」にわたる法的問題点が検討されている。

- 22) 労働契約が本源的契約であるということについて、拙稿「労働契約論序説—賃労働・契約・法—」九大法学30号(1975年)30頁以下。
- 23) 「労働は商品ではない」ということについて、菊池勇夫『「労働は商品でない」の原則について」九州大学産業労働研究所報64・65号(1975年)1頁以下参照。イギリス労働法研究会訳：H. コリンズ『イギリス雇用法』(2008年、成文堂)は、第1章「労働は商品ではない」から始まっていることは興味深い。なお、W. フリードマン(寺戸訳)『現代経済と国家の役割』(1977年、日経新書)は、公私「混合経済」における国家・法の役割を分析したものであり、なかでも労働法の機能を歴史的・論理的にとらえている。
- 24) 公法と私法、あるいは公私二元論についての今日の理論状況について、これをわかりやすく示す民法研究者からの論考としてさしあたり、吉村良一「公法と私法の交錯・協働」法律時報81巻2号(2009年2月号)62頁以下、同「民法学から公法と私法の交錯・協働」立命館法学312号(2009年)277頁以下参照。なお前掲・法律時報は<特集>として「公法と私法の交錯・協働」というテーマで各論文が構成されている。労働法学において労働法規の公私二分論的解釈方法を検討する最近のものとして、根本到「労働法規の私法的効力否定論の妥当性—『労働市場法』論の問題点—」法の科学40号(2009年)100頁以下。労働法学会誌114号(2009年)3頁以下において、「高年法」をめぐる公法・私法の問題が論じられている(根本・山下・山川の諸論文)。