

「三者間労務供給契約」論

馬 渡 淳 一 郎

- 1 序言
- 2 民法の労務供給契約の二者間契約性
- 3 「三者間労務供給契約」の概念と種類
- 4 第三次産業（サービス業）における労働の特質と三者間労務供給契約
- 5 三者間労務供給契約の法的性格

1 序 言

従来、労働基準法の労働契約に関する規定は、派遣や出向など、労働契約の当事者以外の第三者に対する労働者の労務給付関係について、まったく触れていなかった。また職業安定法も労働者供給事業を原則として禁止するのみで、現実に広範に存在し、拡大してきた右のような三者間の労務給付関係については、対応しえないうでいた。昨年（昭和六〇年）七月制定され、本年七月から施行される労働者派遣事業法は、このような三者間の労務給付関係に積極的に踏み込んで規定した点において画期的な意味を持っている。しかしこの三者間の法律関係をどのように把握するかについては、理論的研究はまだ十分に深まっていはいない。

他方、複雑な労働関係の実態に対応して、形式上の労働契約の当事者たる使用者以外の者に、労働法上の種々の責任を認めるべく、「使用者概念の拡大」と呼ばれる現象が、学説判例上形成されてきた。これは一面では、形式

的な関係にとらわれず、実質的な関係に即応して労働法の目的を実現する効果を積極的に評価できるとしても、他面では実質的な関係の評価に厳密さを欠き、不当に拡大されるおそれなしとしない。

ことに、事実上の使用従属関係の存在から黙示の労働契約関係の存在を推定するという方法は、三者間の労務給付関係を必ずしも正当に評価する方法であるとは思われない。なぜなら、労働契約関係においては使用従属関係があるからといって、その逆は必ずしも真ではないからである。

以上のように三者間の労務給付関係の法的構造を解明することは現在の急務である。しかし従来の民法や労働法が予定していなかったような新しい労働関係が今日広範に登場してきており、古い契約関係のモノサシで、新しい現象をはかり、規律するには慎重でなければならない。古い契約法理の基礎を反省してみる必要がある。

本稿はこのような観点から、三者間の労務給付関係について基礎的な考察を試みたものであり、各論的考察は他日に期さなければならない。大胆に私見を述べたものであるので誤り多きことをおそれつつ、御批判をあおぐ次第である。

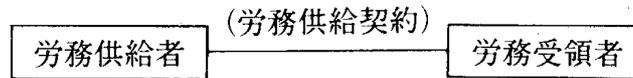
2 民法の労務供給契約類型の二者間契約性

わが国の民法上、労務の供給を目的とする典型契約（雇傭、請負、委任）¹⁾は、いずれも労務の供給者と受領者の二者を契約当事者とする二者間契約である。すなわち〈労務者——使用者〉、〈請負人——注文者〉、〈受任者——委任者〉の二者間契約である（図①）。

1) 本稿において「労務供給契約」という用語は、民法学の一般的用語に従ったものであり、職業安定法五条六項にいわゆる「労働者供給契約」とは異なる。

また寄託も労務供給契約類型の一つであるが、他の三種にくらべると限定された経済活動を内容とするものであるから、ここでは、考察の対象から除外する。

図① 二者間労務供給契約



(1) まず雇傭については、契約上の労使いずれの権利も、相手方の承諾がなければ、これを第三者へ譲渡することができない一身専属的 (höchstpersönlich) な権利とされている (民法六二五条)。

(2) 請負については、実際には、元請負人・下請負人間の下請関係がこれに付随することが少なくないが、民法はそれについて特に予定するところがなく、三者間あるいは多数当事者間の重層的請負契約は想定されていない。

(3) 委任については、委任者の信託を前提とするため、第三者による事務処理は原則として許されないと解され、例外的に代理に関して複代理人の選任が認められる場合があるにすぎない (民法一〇四条、一〇五条)。

(4) 請負人 (又は受任者) が、その債務の履行補助者として労働者を雇用することがあっても、それは契約の一方当事者の内部関係であって、当該労働者と、他方の当事者である注文者 (又は委任者) とが、直接の関係に立つことが予定されてはいない。

この場合注文者 (又は委任者) の行う指図は、請負人 (又は受任者) に対してなされ、労働者はその使用者たる請負人 (又は受任者) の指揮命令を受ける。労働者から労務の供給を受けるのは、その直接の使用者である請負人 (又は受任者) である。注文者 (又は委任者) は請負人 (又は受任者) から労務の供給を受けるのであり、彼らの雇用する労働者から直接に労務の供給を受けるのではない。

なお、民法の典型契約の中では、賃貸借に関して転貸借の規定がおかれている (民法六一二条、六一三条)。これは賃貸人・賃借人・転借人の三者関係について規定したものである。このように民法は、物の貸借については三者間の契約関係に関する規定をおいているが、労務の供給については、このような規定を置いていないことは注目に値する²⁾。なぜなら、労務とくに

雇傭については、雇傭契約上の権利の一身専属性の規定（民法六二五条）に示されるような、労働者の法的人格性（主体性）の尊重、換言すれば「労働は商品ではない」³⁾という言葉に示されるような近代市民法の精神が、そこに反映されていると見ることもできるからである。

もっとも、商法五〇二条は、営業的商行為の一種として「作業又ハ勞務ノ請負」をかかげている。これは明治三二年の旧商法二六四条五号を引き継いだ規定である。

このうち「作業請負業」とは「土木建築ノ如キ不動産上ノ工作ヲ引受クル営業」であり、「勞務請負業」とは「第三者タル勞務者ヲシテ勞務ニ服セシムルコトヲ引受クル営業」であると解される⁴⁾。したがって「勞務請負業」は二者間でなく三者間の勞務供給契約の一種と考えられ、市民法である商法の中にこれが規定されていることは注目される⁵⁾。しかし商法はこれについて他には何らの規定もおかず、第二次大戦後は、職業安定法四四条による労働者供給事業の禁止によって、商法の右規定は死文化していた。しかし労働者派遣事業法が制定されたので、ふたたびその存在意義が認められてよいと思われる。

2) 有泉教授は「民法が権利の譲渡だけを禁止していて、転貸に当たる措置を規制する定をおいていない（六一二条一項後段参照）のが妥当かどうか問題である。」と指摘される（有泉亨「労働契約の法的性質」現代労働法講座一〇巻「労働契約・就業規則」五頁。

3) 菊地勇夫「『労働は商品ではない』の基本原則について」九州大学産業労働研究所創立二五周年記念論文集一頁所収。

4) 寺尾元彦「商法原理」（大正一五年）第一卷一九六頁以下。

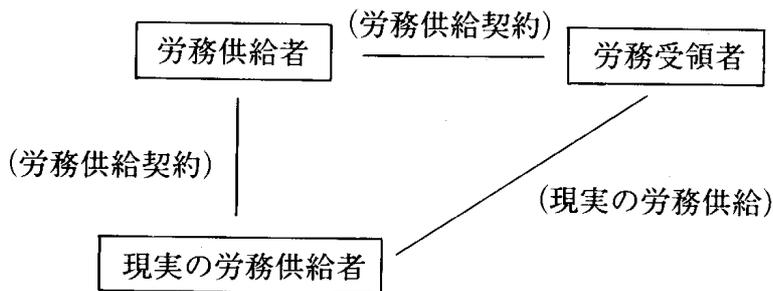
5) 「勞務ノ請負トハ畢意勞務ノ供給ヲ約スルコトナリ其中ニハ自己ノ勞務モアレトモ多クハ他人ノ勞務ヲ供スルモノトシ学者ニ依リテハ他人ノ勞務ニ限ルトイフ者アリ工事ノ人足、漁獵ノ人夫ヲ供給スル場合ノ如シ見方ニ依リテハ人ヲ供スルコトナルモ人ヲ權利ノ目的トイフハ不適當ナルヲ以テ勞務ノ供給トイフナリ最近ニハ此語スラモ不適當ナリ人格ヲ害スルモノナリ労働者ノ勞務ハ商品トナルヘキニ非ストイフニ至レリトセハ或ハ此語ヲ改ムルヲ可トセンカ」松波仁一郎「松波私論・新日本商法」（大正九年）六七六頁。これによれば、「勞務の供給」とは「人の供給」と区別する意味で用いられたものであるが、それでもなおこれに対して大正デモクラシーの中で批判が高まっていることが推察できる。

3 「三者間労務供給契約」の概念と種類

一 「三者間労務供給契約」の概念

民法の「二者間労務供給契約」類型に対して、「三者間労務供給契約」の類型を考えることができる。「三者間労務供給契約」としては、広義では、労務受領者、労務供給者、およびこの労務供給者と何らかの労務供給契約を締結して受領者のために現実に労務を供給する者（以下「現実の労務供給者」という）の三者の契約関係が考えられる（図②）。この場合、〈労務受領者—労務供給者〉関係、〈労務供給者—現実の労務供給者〉関係のいずれも、種々の労務供給契約（典型・無名・混合契約）が考えられるから、相当多数の組み合わせがありうることになるが、代表的な事例は、下請、複代理、および次に述べる「狭義の三者間労務供給契約」である。しかしこのような市民法的関係を多く包含している広義の概念を包括的にここで論ずる必要はないので、以下では狭義でこの概念を用いることにする。

図② 三者間労務供給契約（広義）

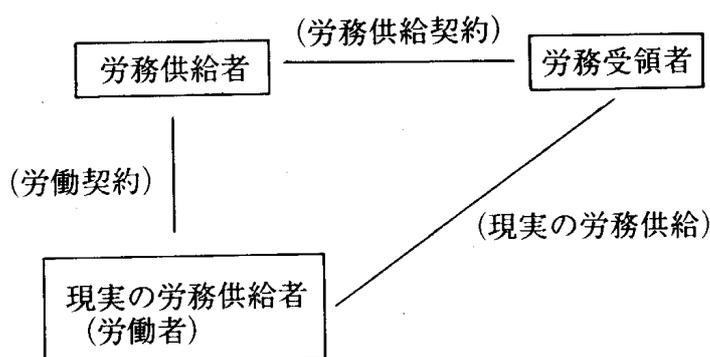


ただし、たとえば下請または下請類似の関係であっても、その下請負人が自然人であって、一人親方のように、労働者に近い自営業者であるような場合には、単なる市民法的関係として、労働法学上論外とすることが必ずしも妥当でない場合もある。こういう場合は、つぎに述べる「狭義の三者間労務供給契約」と区別して、「特殊な三者間労務供給契約」の概念で捉えることにする。これについても後に考察の対象としたい。

さて「狭義の二者間労務供給契約」とは、〈労務受領者——労務供給者〉関係は種々の労務供給契約で結ばれ、〈労務供給者——現実の労務供給者〉関係は労働契約で結ばれている契約関係である。(図③)。いいかえれば、使用者が第三者と請負、委任などの労務供給契約を結び、自己の雇用する労働者をして、直接当該第三者に対して現実の労務を供給させる契約関係である。

〈労務受領者——現実の労務供給者〉間には直接の契約関係は存在しない。したがって右の三者間において、いずれも労務供給者(使用者)を一方当事者とする「二つの契約の複合体」⁶⁾が狭義の三者間労務供給契約である。

図③ 三者間労務供給契約(狭義)



二 「三者間労務供給契約」の種類

(1) 使用者と第三者の間の請負契約にもとづいて、使用者が労働者を工事現場等で就労させる場合、労働者が多数であれば、現場監督等の請負人側責任者を現場に配置することが広く行われる。この場合、注文者が工事期間中に随時行う指図は、現場監督がこれを受領し、これにもとづいて必要に応じて労働者に適宜指揮命令を行う。注文者が請負人の雇用する労働者に直接指図や指揮命令をすることはない。現場監督が常駐しないような小規模の現場で、注文者が請負人の雇用する労働者に何らかの指図を伝えることがあるとしても、それは請負人側責任者への指図の伝達を当該労働者に依頼したにすぎない。

6) Friedlich Becker u. Hartmut Kreikebaum, "Zeit Arbeit", 2. Aufl. s.43

いと見るべきであって、当該労働者は請負人側責任者ないし使用者にこれを伝達し、その指揮命令を待って注文者の指図に対応することになる。これが二者間労務供給契約の原則である。

(2) しかし実際の経済活動においては、このような三者関係が常に維持されているわけではない。一例をあげると、個人タクシーの乗客は、旅客運送契約の請負人であるところの一人親方 (self-employed) たる運転手に種々の指図を行い、運転手はこれに応じて労務を提供している。これは二者間契約なのであるが、右のような指図と労務の関係は、乗客がタクシー会社の被用者 (employee) たる運転手の運転するタクシーに乗車した場合も、ほとんど同じである。すなわち、注文者 (乗客) は請負人 (タクシー会社) の雇用する労働者に直接に指図を与え、労働者は請負人自身であるかの如く指図に対応して労務を提供する。労働者には乗客の指図を受領する権限が与えられ、さらに指図に対応する権限、すなわち使用者がなすであろう指揮命令を自ら判断し、これに従った労働を自ら行う権限が与えられているのである。ここでは指図受領者・指揮命令者・労働者は三位一体となっている。この場合、使用者たるタクシー会社は、労働者にあらかじめ「旅客の指図に応じて運行せよ」という趣旨の一般的抽象的な指揮命令を与えていて、労働者はこれを具体的な場合に適用して、自ら労働給付内容を決定していると考えられる。⁷⁾

同じような例は警備請負契約においても見られる。警備業者が「警備員を集団で派遣する場合は派遣隊長をして隊員を統率せしめ、警備需要環境の変化に関する派遣先からの情報は派遣隊長が受理して必要な警備行動を隊員にとらしめている」が、「派遣警備員が一、二名の少数であるときは、情報受領者、行動決定者及び警備実施者が同一人である⁸⁾」。

これらの場合、労働契約の当事者ではない第三者たる注文者が労働者に与

7) 馬渡淳一郎「労働者派遣事業と労働契約」山口経済学雑誌三四巻六号一頁 (とくに一四頁以下を参照されたい)。

8) 乗本正名「警備業の現況と労働者派遣問題」ジュリスト八三一号四〇頁。

える「指図」は、労働契約上の「指揮命令」であるかの如き外観を呈する。ことに労働者の就労場所が使用者の事業場外である場合には、従来の二者間労務供給契約の常識から判断すると、それは労働契約に特徴的な指揮命令そのものであり⁹⁾、このために注文者こそ当該労働者の実質的な使用者であると考えられ易い。しかしそれがたとえ「指図」ではなく「指揮命令」であるとしても、使用者がその有する指揮命令権の一部の行使を第三者に委任し、労働者に対しては、当該第三者の指示に従うべき旨の抽象的な指揮命令を与えていると解することも可能である。この点は後に詳論するところであるが、ここでは「三者間労務供給契約」の視点から説明が可能であることを示すとどめておく。

いわゆる「社外工」は、下請会社に雇用される労働者であって、親会社の事業場で、しばしば親会社の指図又は指揮命令を受けて労働するのであるが、これも三者間労務供給契約の一種と考えられる。

子会社の従業員が親会社の指図又は指揮命令を受けて労働するいわゆる親子会社の場合も同様である。

(3) 使用者と第三者が委任契約で結ばれている場合にも、同様の事例は少なからず存在している。通訳や教師や司会者やホームヘルパーなどが、その使用者から委任者指定の場所へ派遣されて従業する場合などがその例である。これらの場合、委任者は受任者たる使用者の雇用する労働者に、直接に指図又は指揮命令を与え、労働者はあたかも受任者であるかの如くこれに対応して、労務を提供している。

(4) 三者間労務供給契約は、物的施設・機械等の賃貸借契約と組み合わせられ

9) 乗本正名・前掲論文によれば、警備は警備請負契約の締結の際に需要者の承認をえた警備計画書に従って行われる。しかし警備計画は警備を必要とする環境の変化に随伴して時々刻々に変更修正される必要がある。そしてこの「警備需要環境の変化は需要者が一番よく承知しているところであって、これらの情報は需要者から提供されるのが通例である。このため稼動している警備員にこの情報を通報する需要者側の行為が警備員に対する指揮命令と誤解され、有人警備は労働者派遣業にすぎないのではないかとされる原因となっている」。

て存在している場合もある。建設機械・自動車・航空機あるいはコンピューターなどのレンタル（リース）と組み合わせて派遣されるこれらの機械のオペレーターや、またオフィス・ルームの賃貸と組み合わせて提供される秘書や電話交換手など¹⁰⁾がその例である。この場合には、賃貸借契約とともに請負もしくは委任又はその他の一定の労務供給を目的とする契約が賃借人（第三者）と賃貸人（使用者）の間に結ばれ、これにもとづいて第三者が労働者に指図又は指揮命令を与え、労働者はこれに対応して労務を行うのである。

(5) 「出向」もまた、三者間労務供給契約の一種である。ここでいう出向とは、移籍出向（転籍）ではなく、出向元に在籍のまま出向先企業に勤務するいわゆる在籍出向をさしている。この場合も出向労働者は出向先の指図又は指揮命令に応じて労務を提供していると考えられる。

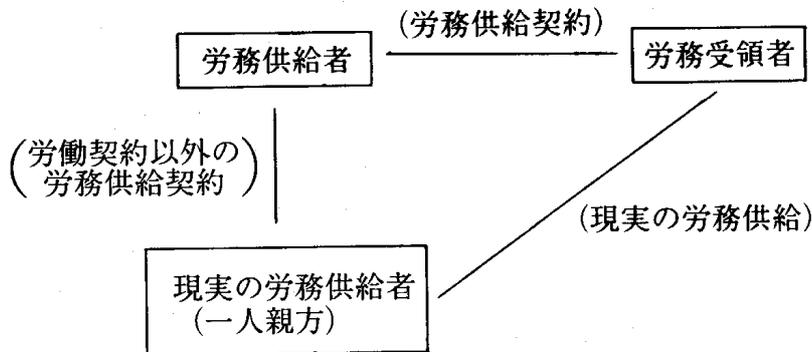
(6) 労働者供給事業や労働者派遣事業は、三者間労務供給契約の重要な種類である。供給元（派遣元）に雇用される労働者は、供給先（派遣先）の指図又は指揮命令を受けて労務を提供している。

三「特殊な三者間労務供給契約」

これは「狭義の三者間労務供給契約」のように労働契約で結ばれた労働者が第三者に現実の労務を供給するのではなく、一人親方（self-employed）のような自営業者が第三者に現実の労務を供給するものである（図④）。この自営業者は、第三者と請負契約を結んだ請負人から更に仕事を請負った下請負人であるのが典型的な場合であるが、その他、委任や無名契約関係の場合もある。具体例としては、シルバー人材センターが一旦、注文者から請負った仕事を、同センターに登録している高齢者に更に請負わせ、その高齢者が実際の仕事を行う場合や（高年齢者雇用安定法四七条一号）、派遣業者が建設業者に対して一人親方を派遣するような場合がある。

10) これは「保育器」(Incubater) 産業とも称されるベンチャー・ビジネスの育成を目的とするオフィス・ビル賃貸業などで見られるものである。

図④ 特殊な三者間労務供給契約



この自営業者は、第三者と直接の契約関係はないがその指図又は指揮命令を受けて労働するのである。

この場合には、第三者および請負人（派遣元）の一方又は双方について、実質的に自営業者の労働契約上の使用者であると考えべきか否かが問題となり、もし使用者ではないとしても労働法上何らかの責任や義務が生じるか否かが問題となるであろう。なお自営業者という形態が選択されるについては、租税公課の制度上、給与所得者であるより自営業者の方が有利であることが原因の一つである場合がある。所得に対する租税公課負担率の高い福祉国家では、この形態が増加すると考えられる。

以上のように、三者間労務供給契約は、多種多様な形態で存在しているが、いずれにも共通した構造があり、従来の二者間労務供給契約の概念にとらわれた法理論では、必ずしも十分な解明と処理ができないのである。そこで、三者間労務供給契約の法的性質をさらに詳しく分析しなければならないが、その前に、三者間労務供給契約を、経済的側面から検討しておくことが、法的性質の分析のためにも有益であると思われるので、つぎに経済的側面から検討してみよう。

4 第三次産業（サービス業）における労働の特質と 三者間労務供給契約

一 第三次産業の比重の増大

近年、脱工業化（ポスト・インダストリアル）社会とか経済のサービス経済化といわれる現象が生じている。高度成長と技術革新の結果、産業構造の重点は第一次産業から第二次産業へ、そしてさらに第三次産業へと急激に移動してきた。これに伴って就業人口も、表①のように、第三次産業就業者の比率が高まってきた。政府の諮問機関である経済審議会の長期展望委員会の報告「二〇〇〇年の日本」によれば、表②のように第三次産業の就業者は六一・八%になると予測されている。第三次産業の中でも特にサービス業の就業者は急増し、全就業者のおよそ二人に一人はサービス業で働くことになるという。この産業別就業構造調査は、事業場を単位に行われる。そのため、近年製造業では工場の無人化が進行する一方、営業、経理、コンピューター、

表① 産業別就業者の構成の変化

	25 年 ²⁾	30 年 ³⁾	35 年	40 年	45 年	50 年	55 年
1 次 産 業	48.5	41.1	32.7	24.7	19.3	13.8	10.9
2 次 産 業	21.8	23.4	29.1	31.5	34.0	34.1	33.5
建 設 業	4.3	4.5	6.1	6.4	7.5	8.9	9.6
製 造 業	15.8	17.5	21.7	24.4	26.1	24.9	23.6
3 次 産 業	29.6	35.5	38.2	43.7	46.6	51.8	55.4
サ ー ビ ス 業	9.2	11.4	12.0	13.8	14.6	16.4	18.6
合 計 ¹⁾	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0

(資料) 国勢調査

(注) 昭和55年国勢調査の産業分類にみ組替えた数字。

1) 「分類不能の産業」を含む。

2) 14歳以上就業者、沖縄は外国人を除く。

3) 沖縄は14歳以上就業者。

産業3部門の区分は次のとおり。

1次産業……「農業」, 「林業, 狩猟業」, 「漁業, 水産養殖業」

2次産業……「鉱業」, 「建設業」, 「製造業」

3次産業……「卸売業, 小売業」, 「金融・保険業」, 「不動産業」, 「運輸・通信業」, 「電気・ガス・水道・熱供給業」, 「サービス業」, 「公務」

経済審議会長期展望委員会 「2000年の日本」シリーズ 2, 130頁

研究開発等，第三次産業的な事務に従事する労働者が相当数存在するにもかかわらず，これらも一括して第二次産業就業者として扱われる。したがって実際の労働内容からみれば，第三次産業的労働に従事する就業者の比率はさらに高いものと想像される。表③によれば，「技能工，生産工程作業員及び

表② 就業構造の展望

産 業	産業別就業者数(万人, %)			年平均増加率(%)	
	1970年	1980年	2000年	1970~1980年	1980~2000年
第 1 次 産 業	886 (17.4)	577 (10.4)	308 (4.9)	△ 4.2	△ 3.1
第 2 次 産 業	1,791 (35.2)	1,925 (34.8)	2,110 (33.3)	0.7	0.5
鋳 工 業	1,397 (27.4)	1,377 (24.9)	1,420 (22.4)	△ 0.1	0.2
化 学 等	195 (3.8)	175 (3.2)	145 (2.3)	△ 1.1	△ 0.9
一 次 金 属	82 (1.6)	67 (1.2)	54 (0.9)	△ 2.0	△ 1.1
機 械	527 (10.3)	538 (9.7)	893 (14.1)	0.2	2.6
そ の 他	593 (11.6)	597 (10.8)	328 (5.2)	0.1	△ 3.0
建 設 業	394 (7.7)	548 (9.9)	690 (10.9)	3.4	1.2
第 3 次 産 業	2,409 (47.3)	3,019 (54.5)	3,912 (61.8)	2.3	1.3
電気・ガス・水道業	29 (0.6)	30 (0.5)	33 (0.5)	0.3	0.4
金融・保険，不動産業	132 (2.6)	191 (3.5)	241 (3.8)	3.8	1.2
運輸・通信業	324 (6.4)	350 (6.3)	355 (5.6)	0.8	0.1
サ ー ビ ス 業 等	1,924 (37.8)	2,448 (44.2)	3,283 (52.0)	2.4	1.5
計	5,094 (100.0)	5,536 (100.0)	6,329 (100.0)	0.8	0.7

- (備考) 1. 総理府統計局「国勢調査」「労働力調査」及び経済企画庁総合計画局推計による。
 2. 1970年及び1980年の計は分類不明を含む。
 3. 「労働調査」ベースの推計である。
 4. 労働力人口は，「国勢調査」ベースで推計しており，労働力需要供給を単純に比較することはできない。
 5. ()内の数値は構成比である。
 「2000年の日本」シリーズ1，72頁

「労務作業」は、昭和45年の32.2%をピークに低下し昭和55年において、すでに約30%にすぎない。

二 サービス業における労務提供

第三次産業とは、第一次産業（農林水畜産業）、第二次産業（建設業、製造業）以外のすべての産業を言うとされている。このような大雑把な産業分類はすでに時代遅れであり、これでは第三次産業の性格を的確に把握すること

表③ 職業（大分類）別就業者構成の推移 (単位：%)

職 業 (大分類)	昭和25年 ¹⁾	30年 ²⁾	35年	40年	45年	50年	55年
総 数 ³⁾	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0
A 専門的・技術的職業従事者	4.3	4.8	5.0	5.5	6.6	7.6	9.1
B 管理的職業従事者	1.8	2.1	2.2	2.9	3.9	4.3	4.9
C 事務従事者	8.0	8.2	10.2	13.1	14.0	16.7	17.3
D 販売従事者	8.4	10.6	10.8	11.7	12.0	13.3	14.1
E 農林漁業作業	48.0	40.6	32.5	24.5	19.2	13.8	10.8
F 採掘作業	1.1	0.9	0.8	0.5	0.3	0.2	0.1
G 運輸・通信従事者	2.1	2.7	3.4	4.3	4.5	4.5	4.3
H 技能工、生産行程作業 及び労務作業	22.0	24.0	28.7	30.5	32.2	31.7	30.9
I 保安職業従事者	0.9	1.1	1.1	1.2	1.2	1.4	1.4
J サービス職業従事者	3.3	5.0	5.2	5.8	6.1	6.5	7.0
(再 掲)							
I 農林漁業関係職業	48.0	40.6	32.5	24.5	19.2	13.8	10.8
II 生産・運輸関係職業	25.3	27.6	32.9	35.2	36.9	36.4	35.4
III 販売・サービス関係職業	12.6	16.7	17.1	18.7	19.4	21.2	22.5
IV 事務・技術・管理関係職業	14.1	15.1	17.4	21.5	24.5	28.6	31.2

(資料) 総理府「国勢調査」

(注) 1. 14歳以上就業者数、沖縄は外国人を除く。

2. 沖縄は14歳以上就業者数。

3. 「分類不能の職業」を含む。

「I 農林漁業関係職業」= E

「II 生産・運輸関係職業」= F + G + H

「III 販売・サービス関係職業」= D + I + J

「IV 事務・技術・管理関係職業」= A + B + C

「2000年の日本」シリーズ2, 132頁

は困難である。

しかし第三次産業は物的な生産物を有しないということ、したがって「物」(有体物)としてストック(stock)のできない、フロー(flow)としての「サービス」を生産するという意味で、全体としてサービス業的な性格をもっているといえる。「物」を生産する場合、使用者は労働者の労務を受領して「物」をつくり、作られた「物」の所有権はひとまず使用者に帰属する(建設請負契約の場合は、完成した建物の所有権の帰属について論争があるが、これは不動産工事の特殊性によるものである)。

これに対しサービス業では、使用者は法律上は労働者の労務を受領する立場にあり、受領するといいうるとしても、しかし事実上の労務は受領せず、むしろ第三者たる消費者ないし取引先が受領する。生産されたサービスはこの第三者に帰属するといってもよい。このようにサービス業では「三者間労務供給契約」がその本質的な営業形態であり契約内容なのである。第三次産業は多かれ少なかれこのような性格をもつのであり、したがって今後の社会では、二者間よりもむしろ三者間労務供給契約こそが、労務供給契約の主流になるものと考えられる。

市民法上、伝統的な「雇傭契約」の概念は、契約当事者たる使用者を労務の直接の受領者として構成されてきた。このような二者間契約としての雇傭契約の概念は、第一次産業や第二次産業が経済の中心であった一九世紀の工業化社会には妥当したが、今後の脱工業化・サービス経済化社会では、その妥当領域は次第に縮小するものと思われる。労務の供給に関する新しい契約法理論が必要になっているのである。

「サービス」という言葉は、すでに日本語化していて、かえって意味が曖昧になっているきらいがある。サービス(service, Dienstleistung)とは本来、「労務の供給」を意味する。“contract of service”(雇用契約)、“contract for service”(請負契約)はいずれも労務の供給を目的とする契約類型であり、servantはmaster(親方)に対する労働者であることから、この意味は明らかである。文字通り、サービス業は物ではなくサービスすなわち労務

そのものを供給する産業ということができる。

そのサービスは、顧客の求める時、場所、内容、方法態様においてなされることを必要とする。三者間労務供給契約において、労働者が顧客の要望に密着したサービスを提供すればするほど、顧客の行う「指図」と通常使用者の行う「指揮命令」とはますます近似し、区別困難となるであろう。サービス業が、その店舗において顧客にサービスを供給する形態で営まれる場合には、それでもなお「指図」と「指揮命令」とは区別が容易である。ところがサービス業に雇用される労働者が顧客の求める場所に赴いてサービスを供給する形態で営まれる場合には、「指図」と「指揮命令」の区別が困難な場合も生じてくる。労働者派遣事業は、このようなサービス業の性格を極限まで突きつめたものということができる¹¹⁾。

この結果、三者間労務供給契約においては、従来「使用者概念」をめぐって複雑な問題が提起され、しばしば第三者にまで使用者概念が拡大されてきた。しかし少なくとも、労働者が第三者に労務を提供し、両者間に指揮命令に近い関係が存在するからといって、両者間に黙示の労働契約が成立していると、安易に結論づけることができないことは、上記の説明によって明らかであろう。三者間労務供給契約論は、従来の使用者概念拡大論に反省を迫るものである。

11) Becker/Kreikebaum: a. a. O. ss. 49-50 は「サービス供給契約」(Dienstverschaffungsvertrag) と「労働者派遣契約」(Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) とは、区別しえない給付内容を持っているが、「サービス供給契約」にあっては当該労働者のサービスが、「労働者派遣契約」にあっては労働者自身が、労務給付の目的のために債務となると論じている。しかし両契約とも、強制執行方法として直接強制は考えられず、「人」を「与える債務」が許される筈もないのであるから、「為す債務」を目的とする契約と解すべきである。したがって上記の区別には根拠が乏しいように思われる。なお「サービス供給契約」(英訳は“contract of service hiring”または“contract for the procurement of service”)とは、契約の一方当事者が他方当事者に対して、第三者のサービスの供給義務を負う契約であり、労働者派遣、看護婦供給、操作・保守要員つきの機械賃貸、乗組員つきの船舶委託などがその例であるが、ここでは西ドイツの労働者派遣法(AÜG)の適用対象外のそれを指している(vgl., Münchener Kommentar BGB, Band 3, 1Halbband, §611, RdNr.35-41)。

5 三者間労務供給契約の法的性格

一 雇傭・請負・委任の区別と三者間労務供給契約

わが国の民法では、雇傭、請負、委任の各契約は、①労務の成果が契約の要素をなすか（成果実現の危険を労務提供者が負担するか）否か、②労務給付（労働過程）において、労務提供者側が労務受領者側に従属するか、独立性を有するか、の二基準で区別される。しかしこの区別は、以下に検討するように実際には相対的なものにすぎない¹²⁾。

①労務の成果（仕事の完成） 請負は「仕事の完成」を目的とする。請負の目的の代表的なものは、手工業や土木建築など特定の有体物の製造加工であったが、これらの場合は「仕事の完成」の輪郭が明確である。これに対し、無形のサービスを目的とするときは、すなわちいわゆる労務請負契約においては、その輪郭はしばしばきわめて曖昧であり、雇用や委任との区別が困難となる。そしてこの両極端の中間に、それぞれ輪郭の明確さの程度の異なる「仕事」が存在している。サービス経済化の進む現代社会においては、古典的な民法成立の時代と異なり、有体物の製造加工を目的としない、その意味で非典型的な「仕事」を契約目的とする請負が増加していると考えられる。

無形のサービス（労務）を目的とする請負（いわゆる「労務請負」）に関連して、つぎのような判例がある。

〈中日警備保障事件〉名古屋地判昭五〇・四・二二判時七九四号九三頁
（事実の概要） 警備保障会社が警備中の会社施設が放火により焼失したため、当該会社から損害賠償を請求された事件である。原告は、警備保障会社との警備保障契約は、警備作業だけでなく、警備対象物件についての事故防止を目的とする請負契約であると主張する。被告警備保障会社は、本件警備

12) 幾代通「注釈民法」(一六)序説——雇傭・請負・委任・寄託——一頁以下。下井隆史「労働契約法の理論」第二章「雇傭・請負・委任と労働契約」二三頁以下を参照。

保障契約は、一定の警備の実施により可能な限りで、防火防犯の実をあげることを目的とする委託契約（委任契約又はそれに準ずる無名契約）であると答弁した。

（判旨） 本件警備契約は、

i 事故発生の防止、すなわち結果を発生せしめないことを目的としている点で、所定の結果の発生、すなわち仕事の完成を目的とする請負とは断定できない。

ii 一定の警備事務をしてもらう点で準委任と同一の性質を有するが、有償で事故の発生の防止を目的としている点で委任とも断定できない。

iii 事故発生を防止する警備事務を目的とするので、労務提供自体を目的とする雇傭とも異なる。

iv 従って本件警備契約は民法典に規定する労務供給契約の典型である請負、委任、雇傭のいずれにも属しない無名契約である労務供給の有償契約である。

この事件は、労働者の契約関係が問題になったものではなく、使用者と第三者の間の民事責任に関するものであるが、使用者と第三者の間の契約関係についての判旨は、三者間労務供給契約を考察する上で参考になるものがある。

②独立性（非従属性） 雇傭契約における労務者は、使用者の「指揮命令」の下に働く。すなわち人的従属性がある。しかし労働行程における独立性と従属性の区別は程度の差があるに過ぎず、単純労務といえども、人間労働は何程か「労務者の自発性に依存せざるをえないもの」である。

請負や委任の場合にも「指図」が行われる。請負が有体物の製造加工を目的とする場合は、注文者の指図は請負人の独立性と必ずしも矛盾しないであろう。委任が、訴訟や医療行為のような伝統的に高度の独立性がある自由業の事務を目的とする場合も同様である。しかし無形のサービス（労務）を目的とする請負や、弁護士、医師など以外の者への各種の準委任においては、「指図」（Anweisung, instruction）と「指揮命令」（Weisung, order）とは

区別困難な場合が少なくない。有体物に関してではなく、労働そのものへの「指図」は、「指揮命令」と区別することは困難である¹³⁾。

ローマ法では、雇傭の目的となるのは不自由労務に限られ、医師、弁護士、教師などの自由労務は委任の目的とされた。わが国の旧民法二六六条一項も、「医師、弁護士及ヒ学芸教師ハ雇傭人ト為ラス」と定めている。民法はこのように職業による区別を廃止し、あらゆる労務が雇傭の目的とされうることになった。そして実際上も今日では、勤務医、勤務弁護士すら少なくない。このように、雇傭契約における従属性は一概にステレオタイプなものではなく、委任に近い状態を含む相当に幅のあるものとなっている。またサービス経済化にともなって、広範なサービス業務が委任契約によって処理されるようになり、サービス業の性質上、委任者の指図に密着してサービスが行われるところから、委任における独立性も、雇傭に近い状態を含む、幅のあるものとなっている。このように、雇傭と委任とは、かなりの程度に相互浸透してきているように思われる。

ドイツ民法では、委任は無償でなければならないから、有償委任は雇傭に包含される。「人的従属性」は、このように広い範囲の雇傭から労働契約を区別するための理論である。このことは、労務の性質のみの区別では、雇傭と委任を区別しがたいことを示している。委任は、統一的な事務の専門的な処理を目的とするといわれるが、「統一性」や「専門性」は雇傭の目的たる

13) Becker/Kreikebaum: a. a. O. s. 46 は、注文者の指図権と使用者の指揮命令権とは根本的に異なるとし、Becker/Wulfgram: AÜG—Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. 2. Auflage Rz39 s.166 はこれを詳論している。しかしいずれも古典的な市民法の予定した典型的な法律事実から導き出された説明であって、現代社会の法律事実の変化が十分に把握されていないように思われる。F. Becker, "Zur Abgrenzung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages gegenüber andern Vertragstypen mit drittbezogenem Personaleinsatz". ZfA 9 jahrgang 1978. S. 131. (Translated in English, "On the delimitation between the labour supply contract and the other kinds of contracts regulating labour assigned at a third party". in "Temporary work and subcontracting". International Institute for Temporary Work, Cahier No. 16. p. 65) も同様である。この英訳書は R. Blanpain 教授に頂いたものである。謝意を表したい。

労務にも広範に存在しているので、これらは雇傭と委任を区別する有効な基準たりえないのである。

以上のように、雇傭・請負・委任の区別は現代社会では必ずしも容易ではなくなっている。そのような契約法の状態の中に、三者間労務供給契約は登場し、法的評価を受けることになった。そのため、その法的評価には、右のような契約法の問題が投影される結果となっている。いいかえれば、雇傭・請負・委任の区別という契約内容の問題と、三者間契約という契約構造の問題とが、重なり複合して、理論的対立を生じているのである。

このように三者間労務供給契約の問題構造を分析するならば、その法的評価の方法も、おのずから明らかである。すなわち第一に、使用者と第三者の間の契約がいかなる内容・性質の契約であるかを現代的観点から評価することが必要であり、これを前提として第二に、労働者と第三者の間の関係を評価しなければならない。第二の関係は第一の関係を前提としてはじめて成り立つものであるから、このような方法は論理必然的である。

二 雇傭の一身専属性と三者間労務供給契約

民法六二五条一項は「使用者ハ労務者ノ承諾アルニ非サレハ其権利ヲ第三者ニ譲渡スコトヲ得ス」と定めている。これは、継続的債権関係であってしかも人的色彩の強い雇傭においては、契約当事者が誰であるかは極めて重要な要素であるため、雇傭契約上の地位の一身専属性を定めたものである。したがって同条二項は労務者についても同様の規定をおいている。これらの規定は、二者間契約において契約の両当事者を原則として固定するものであり、債権譲渡を認めた民法四六六条一項本文に対する例外の一つである。

右規定との関係で、三者間労務供給契約はどのように考えればよいであろうか。これについてはつぎのような点を検討する必要がある。

(1) 使用者の権利の譲渡と三者間労務供給契約

三者間労務供給契約は、労働者が使用者ではない第三者のために労務を行い、その指図または指揮命令を受けるものであるが、これは使用者の権利の譲渡に該当するであろうか。これについてつぎのような注目すべき論述があ

る。長くなるが引用する。

「使用者の権利ないし地位の譲渡であるのか、そうでないのか、判定の微妙な場合がある。まず、労務の種類によっては、労務の成果がただちに第三者について発生する、あるいは第三者が直接労務の対象になるという場合がある（たとえば、理髪店の従業員と顧客、家事使用人と使用者の同居親族など）が、これが使用者の権利の譲渡ではないことは、論をまたない。またこの種の労務において、一定の範囲内で直接第三者の指図に従って労務に服することがあるが、やはりそれは使用者の権利の譲渡というべきものではない。そこでは、ある具体的な点については第三者の指図によって労務に従事することが、まさに、その場合における雇傭契約上の労務者の義務の内容であり、また労務供給についての使用者の指揮の内容でもあるからである。より一般的に言えば、労務に関しての使用者の指揮監督は、必ずしもつねに物理的・生理的な意味で直接行われることは必要ではなくて、使用者が、ある第三者に、当該労務者の指揮監督の全部もしくは一部を委任することは可能である。そして、このような第三者は、同じ使用者に傭われる者であることが多いであろうが、そうでなくて、使用者の事業体の外部の者であっても差支えはないわけである。」¹⁴⁾

ここに引用した論述は、三者間労務供給契約の論理的構造をきわめて的確に分析し、それが使用者の権利の譲渡にはあたらないことを明らかにしている。すなわち第一に、第三者の指図によって労務に従事することが使用者の指揮命令の内容であるような雇傭契約が存在するのであり、これを使用者の権利の譲渡と目すべきではないということである。第二に指揮命令権の行使の全部又は一部の委任が可能であり、それは使用者の権利の譲渡にはあたらないということである。

民法六二五条の使用者の権利の譲渡は二者間契約を前提とするものであるから、譲渡以前においても以後においても、二者間契約が想定されているこ

14) 幾代通「注釈民法」(一六)五二頁

とに変わりはない。民法六二五条はもともと三者間契約を予想していないのであるから、同条をもって三者間契約を否定することには無理がある。右の第一点はこのことを端的に指摘したものである。

債権行使の委任は債権譲渡とは異なるので、委任が行われても債権はなお本人に属する。債務者（労働者）としては、委任を受けた第三者の指揮命令に従えば、本人たる使用者の指揮命令に従ったのと同じ法的効果を生じるが、場合によっては使用者が直接指揮命令権を行使することも可能である。右の第二点はこのような関係を指摘したものである。

三者間労務供給契約が民法六二五条にいう使用者の権利の譲渡にはあたらないとすると、労務を受領するのも第三者ではなく使用者であるとの解釈が、二者間契約の論理からは導かれる。この場合、現実の労務は第三者のために行われ、第三者は労務を事実上は直接に受領しているのであるが、しかしこれを法的にみれば、第三者ではなく、雇傭契約上の本来の使用者が、右のような形で提供される労務を受領するのであると理解すべきことになろう。¹⁵⁾。しかしこのような二者間契約の論理にこだわらず、後述の「不真正第三者のためにする契約」と解する方が、無理がないのではあるまいか。

(2) 労働者の承諾をえての使用者の権利の譲渡

民法六二五条一項の使用者の権利の譲渡とは、雇傭契約上の権利義務の包括的な譲渡、すなわち使用者たる地位の譲渡であると解する立場では¹⁶⁾

15) 「使用者の労働受領行為とは、現実的に受領するか否か（例えば、賃金のみを支払い現実的には労働受領を拒否する場合）、自分で現実的に受領するか否か（例えば、出向の場合）にかかわらず、観念的に受領する場合をも包含すると理解する考え方をとることも可能である。現代の企業活動上の労働者の労働形態は多様であり、他人（他企業）の下での他人（他企業）のための労働提供行為といえども自ら（自企業）の利益に合致するとならば、その労働提供行為は間接的には自ら（自企業）に労働提供をしている、より直截には、観念的に自ら（自企業）に労働提供していると評価することができよう。」渡辺裕「労働者派遣事業と事業主の責任」信州大学経済学論集二三号四二頁。同「出向時の労働条件」日本労働法学会誌六三号四六頁以下参照。前掲拙稿もこの立場に立っているが、修正したい。

16) 幾代通・前掲書五二頁。賛否の学説について、和田肇「出向命令権の根拠」日本労働法学会誌六三号二六頁以下参照。

したがって労務に対する債権の譲渡とは別に、賃金支払債務についての債務引受を要するまでもなく、使用者の権利の譲渡には当然にその趣旨が含まれていると見られている。これに反して三者間労務供給契約においては、使用者は指揮命令権を第三者に委任して後もお使用者であることに変わりはなく、賃金支払債務を負っている。この点からみても、三者間労務供給契約は、使用者の権利の譲渡とみることはできない。

しかし労働者の人格的独立性を重んじ、使用者の権利の一身専属性を実質的に確保する立場から使用者の地位全体ではなく、その一部である指揮命令権だけを譲渡することについても、あるいはまた譲渡ではなく委任することについても、民法六二五条を適用または準用して労働者の承諾を必要とするとの見解も成立の余地があろう。もっともこの立場をとるとしても、つぎに述べるような民法六二五条の評価を考慮する必要があると考えられる。

(3) 現代社会における民法六二五条の意義と限界

これについては、「民法上雇傭の使用者なるものが、生身の一個の人間というものから、客観的・統一的存在としての企業それ自体（それが法技術的に法人になっているか否かを問わず）という存在へ変化してゆく。かくして、雇傭契約上の地位や権利義務の一身専属性というものも、なお原則としては厳存するにもかかわらず、ある程度までは修正ないしは変様を余儀なくされる」¹⁷⁾と述べられている。ここで指摘されているのは、雇傭が自然人の個人的結合から、個人的色彩の薄れた企業との契約関係へと変化したために、雇傭契約上の権利義務の一身専属性の要請にも、変化が生じているということであり、正当な指摘である。

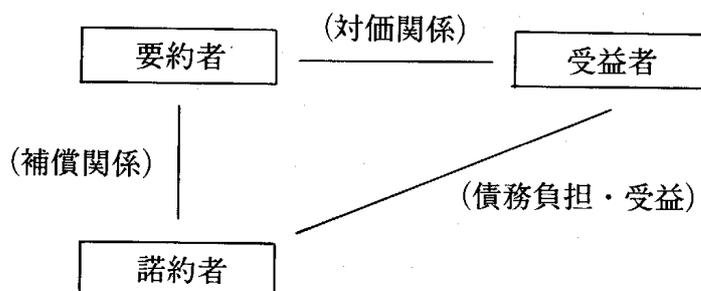
しかし現代社会では、右の事情に加えて、サービス経済化にともなって、労働者が第三者の指図又は指揮命令を受けて、直接第三者のために現実の労務の提供を行うようになったという事実を追加して考察しなければならない。三者間労務供給契約が普遍化した現代では、二者間契約における一身専属性

17) 幾代通・前掲書五一頁。

の原理を厳格に維持することは、実情に即さず妥当性に欠けると考えざるをえない。もちろん雇傭契約が企業と企業との間の契約ではなく、少なくとも一方当事者たる労働者は自然人である限りにおいて、原則としては一身専属性が維持されなければならない。しかし、使用者の権利の全部又は一部の譲渡又は委任について、労働者の明示の承諾をえた場合はもちろん、黙示の承諾を推定しうる場合にも、特段の弊害がない限り、できるだけ柔軟にこれを承認することが妥当である。

雇傭契約における一身専属性（人的色彩）の後退を更にもう一步進めれば、雇傭契約における「労務者」が自然人でない場合も考える¹⁸⁾。これはいささか極端な議論と考えられるかもしれない。しかし雇傭と同じくまたはそれ以上に人的色彩が濃厚であった筈の委任契約においては、法人や権利能力なき社団が受任者となりうることを、今日では誰も疑うまい。雇傭についてだけ労務者を自然人に限定すべき理由はないように思われる。従来 of 労働法は、制定法上も理論上も労務者が自然人であることを当然の前提としているので、法人や権利能力なき社団が労務者として雇傭契約（労働契約）の当事者となり、その履行補助者として自然人たる労働者が現実の労務を提供する場合については、ほとんどまったく論じられていない。問題提起となりうれば幸である。

図⑤ 第三者のためにする契約



18) Becker/Kreikebaum, a. a. O. ss. 48—49 は、派遣元企業が派遣先と雇傭契約を結び、派遣元の労務給付義務の履行補助者として自然人が派遣される可能性を認めている。

三 「第三者のためにする契約」と三者間労務供給契約

民法は労務供給に関する典型契約としては二者間契約を予定しているが、他方で民法五三七条は、「第三者のためにする契約」を承認している。これは、当事者の一方（諾約者）が第三者に対してある給付をなすことを相手方（要約者）に対して約する契約であって、第三者（受益者）がこれによって直接その給付を諾約者に請求する権利を取得するものである（図⑤）。三者間労務供給契約は、労働者の労務の成果を直接に第三者に帰属させるものであるが、これは、労働者を諾約者、使用者を要約者とする第三者のためにする契約と解すべきであろうか、それともこれを否定すべきであろうか。

思うに、三者間労務供給契約において労働者は、使用者の第三者に対する債務を前提として、その履行のために第三者のための労務を行うのであり、第三者に新たに権利を取得させるわけではないから、これは真正の「第三者のためにする契約」にはあたらないというべきである¹⁹⁾。労働者が第三者のために労務を行うことは、使用者に対する債務ではあるが、第三者に対する債務ではなく、第三者は事実上利益を受けるだけであり、それが使用者の第三者に対する債務の弁済となるのである。この種の契約は、「不真正第三者のためにする契約」とよばれるものにあたる²⁰⁾。

一人親方が労務の下請負をして、第三者のために労務を行う「特殊な三者間労務供給契約」の場合には、一人親方は、請負人の第三者に対する債務の履行補助者というより、「履行引受」をした者と考えられるが、これも第三者が一人親方に対して直接の債権を取得するのではないから、「不真正第三者のためにする契約」と解される。（昭和六一年五月二七日）。

19) 鳩山秀夫「増訂日本債権法各論」上巻一六一頁以下。我妻栄「債権各論」上巻（民法講義VI）一一三頁以下。

20) 末弘巖太郎「債権各論」一九三頁は、「不純正ナル第三者ノ為メニスル契約」としている。いずれにしても“*unechter Vertrag zugunsten Dritter*”の訳である。なお vgl. Münchener Kommentar BGB, Band 3, 1. Halbband, § 613, RdNr. 24—28.