

労働契約の基本的諸問題 —法と政策との関連において—(3)

柳 澤 旭

目次

一 はじめに—本稿の問題意識

二 賃労働と労働契約

- (一) 賃労働の理論について
- (二) 労働力商品とその特殊性
- (三) 労働力商品交換の特殊性
- (四) 労働力商品交換と契約 (以上, 本誌53巻2号)

三 労働契約の法的把握

- (一) 問題視角
 - (二) 労働力の売買説について
 - (三) 労働力の賃貸借説について
 - (四) 法構成についての問題点
 - (五) 民法と労働法における労働契約のとらえ方
 - (六) 労働契約における人的要素—労働力商品の特殊性と法イデオロギーの交錯
- (以上, 本誌53巻3号)

四 従属労働論と労働契約

- (一) 従属労働論の現状
- (二) 従属労働論の現代的意味

- (三) 実用法学と従属労働論
- (四) 従属労働概念による雇用契約と労働契約の峻別の問題点
- (五) 従属労働論の展望—まとめ (以上, 本号)

五 社会法概念の検討と社会法における労働契約の位置づけ

- (一) 検討視角
- (二) 沼田理論における社会法概念
- (三) 渡辺理論における社会法概念
- (四) 今日における社会法概念の問題
- (五) 社会法概念についての私見と労働契約の位置づけ

六 むすび—労働契約法論への展望

四 従属労働と労働契約

(一) 従属労働論の問題状況

わが国において、労働の従属性ないし従属労働の概念を一つの基礎的概念として労働法を理論的に把握しようとする試みは、戦前には、ワイマール・ドイツの労働法理論の強い影響のもとに、その摂取と批判的検討を通じて展開された。戦前のそれは、わが国において、労働法制に関してみるべき制定法がない時期にあって、いわば「あるべき法」の追及という理論的問題意識を濃厚に宿し、それゆえ、創造的な理論が展開されてきた¹⁾。

戦後、労働法制が一応整備、体系化された段階においてもなお従属労働論が問題とされ、今日に至っているが、理論の展開の方向は、資本主義労働法のイデオロギー批判²⁾、労働法(学)の基礎概念の探求³⁾、労働法の適用対象の問題⁴⁾といった方向で、積極的に展開する傾向と、従属労働論が法的概念構成というレベルで実用法学に課す有効性という点で、消極的評価をし⁵⁾、

さらに実用法学レベルでそれが持つ意義を否定する⁶⁾傾向がみられる。

かかる傾向を概観していえることは⁷⁾、戦後の従属性理論も戦前と同様に、従属労働概念を社会経済的構造との関連において問題にするものと、もっぱら実用法学的ないし解釈法学的観点から論じるものとの大別できるが、かかる「二つの潮流⁸⁾」は、現実的には相互に関連しているともいえる。

ところで、論議の対象となる従属労働とはいかなる意味内容をもった概念であるのかについては、必ずしも共通の理解があるわけではない。大別して、経済的従属性、人的従属性、組織的従属性とにわけることができるが⁹⁾、経済的従属性とは、資本主義社会における労働者の社会経済的地位そのものをあらわすいわゆる状態概念である。労働者が労働契約を媒介として、労働関係に入った段階での労働者の状態を表すのが、人的従属性、組織的従属性である。

人的従属性とは、労働過程において使用者の指揮命令をうけて労働することに必然的に伴う人的支配従属という関係をとらえるものであり、組織的従属とは、企業組織の中で統一的、有機的に労働を行わざるを得ないことをとらえるものである。後者は、近代経営における労働の在り方を客観的にとらえたものであるかぎり、人的従属性を経営組織という面からとらえたものといえよう。

今日において、労働の従属性を法的視角から問題にする場合、人(格)的従属性という意味で理解するのが通常である¹⁰⁾。その場合でも、人的従属性そのものの必然性は経済的従属性に基づくものであることを認めざるを得ず、現実には二つの要素は密接に関連しているといえよう。

しかし、この二つの要素を法的視角から問題とする場合、一つは資本主義社会における労働者の社会経済的状态という階級関係そのものであり、他は契約を媒介として行われる労働の在り方である限り、法的視野には一応入り得るが、経済的従属性はそのものとしては、法の視野に入らないことから、両者を関連させ統一的に理解するといった場合に、困難な問題にぶつかる。従属労働を労働法学が問題とし、それに対する論議が帰一することがないと

もいえるのは、上の難問を何らかの形で統一的にとらえようとするところにあるといえる。

労働法の基礎概念としての「労働契約」を論じるに際して用いる従属労働論なるものと、実用法学上の適用対象を問題にするに際しての基準として用いる従属性との関連はいかなるものかということが、明確にされなければならない。しかし、その点は労働契約と雇用契約とを区別することの問題と関連しつつも、必ずしも明確に論じられているとは思われない。

従属労働論を労働契約という観点からみると、労働契約の締結を媒介ないし前提とした労働過程での従属性に視点をすえているもの（人格的従属説、組織的従属説）と、労働契約の締結を通じて自らの労働力を商品として売買せざるをえない、という賃労働者の経済的必然性といった地位、状態に視点をすえて論じる見解（階級的従属性ないし経済的従属性）とに分けられる。

人的従属性のいわんとするところは、労働力商品が労働者の人格、肉体と不可分離なものであるという特殊性から労働力の表現、発露としての労働過程において使用者の労務指揮に従わなければならないことを事実即して述べたものであって、この見解は、労働契約の対象とする労働が、いかなる種類の労務であるかという労働契約の対象論としては意味をもつといえよう。

ここにいう従属は、契約を媒介とし、かつそれを基底とした現実の「労務ニ服スル」ことに必然的に伴うものであった。ここでは、労働契約締結をとりまく社会経済的事実はそれとして意識されつつも、そのことが直ちにここでいう従属性と結びつくことはなく、いわばそれを前提としたものであり、従属性は、契約締結の結果として、その履行としてとらえられることになる。

また階級的従属説が、労働契約を締結せねばならない資本主義社会における労働者の経済的強制そのものとも「従属」としてとらえるものであれば、それは「労働契約」の持つイデオロギー性も含めて論じることになり、労働契約の対象論としての従属労働とは直接に結びつかないものである。なぜなら、法の対象論として述べる従属性は、あくまでその規範的根拠は、「契約」の求めなければならないことは近代法の原則からして当然であり、契約を媒

介とした労働が問題となるからである¹¹⁾。

このように、従属労働を労働契約との関連でとらえてみると、労働契約そのものが持つイデオロギー性を問題にする場合と、契約を媒介として必然的に生じる従属労働の弊害を、生存権の理念でもって法規範レベルで問題にする場合とに、一応区別されうるであろう。

労使の経済的不平等と力の差異そのものを問題とするならば、労働過程における従属性を問題とする前に、契約締結過程、労働市場そのものにおける従属性が問題となる。

それは、「労働契約締結の際の経済的不平等＝従属」であり、「労働力所有者としての労働者の従属」「自由人の従属性」そのもの（「階級的従属性」）を問題とすることを意味する¹²⁾。このように把握すれば、労働過程の従属そのものは、「契約自由のうちに埋没し、いわば法の外で行われる」¹³⁾ものとして、直接法の規制対象としない市民法の雇傭契約における自由の理念の虚偽性が、問題とされるであろう。

(二) 従属労働論の現代的用法

従属労働概念は、様々な意味を持って使用されているが、今日においてそれが持つ意味を整理すると次のごとくとらえられるであろう。

- (1) 従属労働というものを労働法（学）の基礎概念として使用する場合と、
- (2) 実用法学上における解釈基準として使用する場合とに大別されうる。

(1) 労働法の基礎概念として用いる場合の意味は、労働法を他の法領域から独立した独自の法領域として確立することを可能にするためのメルクマールとして用いられる。すなわち、労働法は、資本主義社会における労働一般を対象とするものではなく、そのなかでも、従属性という特質をもつ労働を対象とする独自の法であると¹⁴⁾。

このように従属労働概念は労働法を独自の法領域として把握するための中核概念として、さらに、労働法学の体系的構成に際しての中心的概念として

も重要な意味をもたされているといえよう。

(2) 次に従属労働を実用法学上の解釈基準として用いる場合は、次のような意味で使われる。すなわち、現行労働法上の「労働者」を統一的に概念づけることや、労基法にいうところの「使用」とは何か、を明らかにすることによって、法解釈上のメルクマールとして用いる仕方である。

かかる点に、従属労働論を論じることの意義を見いだすに際しての問題意識は、具体的な事案に即した場合、当該労働者、当該契約が労働法の適用を受くるべき、労働者、契約関係であるか否かといった解釈基準として従属性を問題とし、「労働法の適用範囲」を明らかにする点にある¹⁵⁾。

このような従属労働論の論じ方は、いわば「解釈法学的立場からの従属労働の把握¹⁶⁾」といえよう。

従属労働論は、上にみたようにその論議は労働法の概念決定あるいは労働法の対象確定という、いわば労働法の性格づけにもかかわる問題として論じられている。かかる従属労働論に対しては様々な批判があり、多くの問題点を持つことは否定しえないが、その点の検討はひとまずおくとして、従属労働論は「労働契約」との関連でも論じられてきた。

労働契約概念を労働の従属性を基礎として構成しようとする立場は、わが労働法学会において「広く採用されており、労働の従属性をいかに解するかによってその表現を異にするにすぎない¹⁷⁾」とさえいわれている。このことは、従属労働論が労働契約の概念規定にとって不可欠なものであることが、わが国で広く承認されているとみてよいであろう。しかし、その場合に、従属労働論と労働契約論とはいかなる関連のもとに位置づけられているかは必ずしも明確ではない。

労働契約を論じるに際して用いる従属労働論について、それがいかなる意味で労働契約の問題にかかわるのかについては、次のごとく把握できるであろう。

(1) 労働契約の概念規定にとって不可欠のものとして従属性をその概念決定の基軸におくもの。

(2) さらに、同じような意味においてであるが、労働契約と雇傭契約、請負、委任との関連で労働契約を他の労務供給契約から区別し規定するものとして用いる場合、として別けられよう。

(1) (2) は、しかし全く同じことを意味するわけではない。というのは、我が国においては労働契約と雇傭契約を区別し、労働契約の独自性を論じる見解が多数であるという事情からして、労働契約と雇傭契約とを区別する基準として従属労働を問題にする場合と、さらに、雇傭契約と他の労務供給契約（請負、委任）を区別する基準としても従属労働が用いられるといった、きわめて複雑な論議がなされているからである。

この問題につき、後で検討するとして、ここでは(1)(2)の使われ方を具体的にみておくことにしよう。

(1) 労働契約の概念的メルクマールとして従属労働はどのように用いられているのであろうか。

労働契約の概念（定義）については、学説は多岐に分かれ、その多義性の由来するところや概念規定の立論をするところの問題こそは本稿で主に検討すべきところであるが、ここではひとまず論者の論理的帰結としての定義のみを取り出してみよう。

「労働契約は、当事者の一方が相手方の権力に服することを約し、相手方がこれに報酬を与えることを約する契約である¹⁸⁾。」

「労働契約とは、労務者が使用者に対して賃金その他の金銭的対価を得て従属労働に服する契約である¹⁹⁾。」

「労働契約とは、労働者が使用者のために組織づけられた地位における労働を給付し、使用者が労働者を従属関係において指揮し、その労働に対し報酬を支払うことを約する契約であって継続的な労働関係を発生せしめる契約である²⁰⁾。」

「労働契約とは雇傭契約一般のうち従属労働に関する契約であって、当事者の一方が従属労働に服し、相手方がこれに報酬を与えることをその内容とする²¹⁾。」

「労働契約は、当事者の一方が自己の労働力の処分権を相手方に継続して委ね、かつ相手方の指揮の下に従属労働に服し、相手方がこれに対し賃金その他の報酬を支払う契約である²²⁾。」

これらの概念規定から、うかがえることは「労働契約とは……従属労働を対象とする……契約である」ということに帰着する。

しかし、労働契約とは従属労働を対象とする契約である、という把握(定義)は、その立場の基礎に、労働契約は民法の雇傭とは異なる新たな独自の概念であるとするところがあることを看過してはならない。すなわち民法の「雇傭」規定は、従属労働を把えていないという把握である。

この点については、果たして、民法の雇傭は従属労働を把えているのか否か、把えているとかいないとかいうことの意味は何なのかといったことをめぐって論議がなされ、それは、一つの重要な労働契約論の基本にもかかわる問題でもある。この点についても後に検討を加えるが、思うに論議のレベルが錯綜していることに一つの混迷があるとだけはいえよう。

いずれにしても(1)のとらえ方についていえることは、ここにおいては、従属労働ないし労働の従属性が労働契約の概念にとっては欠かすことのできないものとして、労働契約概念の中心におかれているといえよう。

(2)の把え方については(1)の把え方が労働契約の認識的な定義として使われている場合には((1)(2)は全く同一の問題となることもあり)労働契約論を従属労働との把え方は、かなり複雑になってくる。すなわち労働契約なるものと雇傭契約、さらには他の労務供給契約等を区別する基準として用いる場合に、従属労働と労働契約との関連は、具体的ケースに即してみると必ずしも一義的には把えきれなくなってくる。このことの問題を実用法学上の見地からみてみよう。

(三) 実用法学的観点からみた従属労働論と労働契約論

具体的ケースにおいて、従属労働論と労働契約論とが密接に関連して論じられる一つの例として、その労務供給関係が如何なる契約に基づいて行われ

ているのか、ということに典型的にあらわれる。

例えば、当該労働者と使用者との関係が、労働契約ないし雇傭契約としてではなく、委任もしくは請負という形式をとって行われている場合に、当該契約の解除を争う労働者が、それを解雇として、すなわち労働契約関係の解消として争う場合である²³⁾。

かかる場合に、当該契約は委任もしくは請負契約ではなく「労働契約」であり、労働法の適用を受ける（保護法の適用対象たる）関係にあるか否かといった問題となる。

このようなケースにおいて裁判所が判断をなす場合にとる方法として、当該契約関係を契約形式ではなく、その実態を検討して契約の性質を確定するのが一般的である。その検討・具体的判断に際しては、当該契約関係の一方当事者たる労務供給者が相手方に対して「使用従属関係」すなわち「従属労働」関係にあるか否かを一つのメルクマールとして判断することも一般的になされている²⁴⁾。

そこで問題は、いかなる場合であれば、従属労働関係にあるといるのかということを実体的判断の中からいくつか取り出して客観化するのか、そしてそれを一般的指標として従属労働関係の存否をいかに判断するかにある。従って判例・学説も従属労働関係存否の判断のための一般的指標を客観化しようと努力する傾向がみられる²⁵⁾。

具体的ケースの検討に際して、当該労務提供関係が従属労働関係にあると判断されたならば、労働法規の適用を受くべき労働関係であるという結論が導き出される。すなわち当該労務供給関係は労働契約であり、労働法の適用対象となる労務者であり、保護法規の適用がある。そこで労働法規に照らして当事者の主張の適否を検討するといった方法をとる。

上のような例にみられる従属労働と労働契約との関連を一般化すれば次のようなとらえ方がでてくる。すなわち、かかる場合の「従属労働」というものが持つ意味は、労務提供契約が労働契約ないし雇傭契約であるか否かを判断するメルクマールとしてのそれであるといえよう。

従属労働関係にあると判断されたならば、当該契約関係は労働契約であると判断されることになる。ここに用いられる従属労働概念は、あくまでも事実認定の問題としてのそれであり、「労働契約とは……従属労働を対象とする……契約である。」とあって法的概念構成上の「従属労働」とは異なった「事実」の問題としてあくまで使われていることに注意したい。

言いかえるとこのような従属労働概念の用い方は当該労務関係と法の適用対象のうちに確定するための「道具」として使用されているといえよう。従ってここでは労働契約であるから従属労働関係にあるというのではなく、逆に従属労働関係にあるから労働契約であると判断されるのである。

従属労働と労働契約との関係は、労働契約を判断するために用いられることになり、従属労働というものがみとめられれば、そこに労働契約が存在すると推定される。

上にみたように、実用法学上において従属労働が持つ意味は、労働契約の存在を確定ないし推定するための一つの基準として、あるいはそのための道具概念として、用いられている。このような意味において従属労働の持つ意味やその機能はそれが労働契約関係存否の判断基準としての「有効性」という点でどこまで役に立つかということについての検討がなされる必要があると思われる。

現在のところ従属性のみを基準として労働契約の存否を判断することや、労働契約の適用対象を確定することに対して批判はあるものの²⁶⁾、従属性というものがその中身において客観的指標として確定される限り、それなりの有効性は否定できず、それにかわるだけのものは未だ理論化されているとは思われない。

かかる意味において契約形式のみでは当該労務供給契約関係に対していかなる法的判断をなすかが不明確である場合に、客観的指標を伴った従属労働概念は実用法学上有効性を果たすことになる。

ところで、上の意味において従属労働概念が労働契約の存否についての判断で有効性を持つとはいえず、それが実用法学レベルという同一の平面で雇傭

契約とは区別された労働契約というものを導きだすために使われることになれば問題が生じる。それは、従属性というものをいかなる意味において把握し、何の目的でそれを使用するかという論者の問題意識の多様性と論議のレベルの差異が必ずしも整理されないままに論じられているのが、今日においてもかわることのない現状であることによるといえよう。

しかし判例においては、労働契約と雇傭契約を意識して区別して論じるものはほとんどないといってよく、まして両契約の区別の基準として従属労働概念を用いるものはあまりないといえる。判例理論ではもっぱら、労働契約あるいは雇傭契約とは区別される他の労務提供契約（委任、請負等）とのちがいを明らかにするためにのみ使用され労働契約と雇傭契約を区別するメルクマールとして用いられてはいない。

両契約を従属労働概念で峻別するのは学説の論議であり、判例理論のそれではないことをひとまず確認して学説の理論的問題を次に検討したい。

(四) 従属労働概念による労働契約と雇傭契約の峻別とその問題点

先にみた労働契約の概念規定からうかがえるように「労働契約とは……従属労働を対象とする…契約である」という定義には「従属労働」ないし「労働の従属性」をもって労働契約の概念の中核とし、そこに労働契約の独自性を見出そうとする思考によるものであるといえる。

従属労働に労働契約の独自性を見出そうとする理論は、さらに民法の雇傭契約との対比においても労働契約の独自性を主張するのが一般的である。すなわち、労働契約は民法の雇傭が予想しえなかった、ないし把握しえなかった従属労働を本質的概念内容ないし中核とする独自の概念であるといえる。雇傭契約から労働契約を峻別し、その峻別のメルクマールとして従属労働概念を用いる理論である²⁷⁾。

両契約を従属労働という概念で区別ないし峻別する考え方は、法形式上実定法において雇傭契約とは異なった労働契約という用語が使用されていることや、雇傭契約から労働契約の推移のうちに、「法的人間像」や「法的理念」

の転換を問題にすることとも関連しているといえる²⁸⁾。

労働契約概念の独自性を民法の雇傭契約との対比において最も詳細に理論づけ、両契約を峻別する立場を確立したのは片岡氏であるといつてよい。片岡氏は、労働契約の原理的基礎を「生存権の理念」の求めつつ「労働契約概念は民法的雇傭契約における自由の原理が、労働者の団結の法認を通じて生存権の確保という視点から修正を余儀なくされ滲透をうけるところに成立つ²⁹⁾」とされ「労働契約は、当事者の一方が自己の労働力の処分権を相手方に継続して委ね、かつ相手方の指揮のもとに従属労働に服し、相手方がこれに対し賃金その他の報酬を支払う契約である³⁰⁾」と定義づける。

ここでは、労働契約を規定するものは、従属労働概念であるとされ、さらに生存権の理念に労働契約の原理的基礎があるとされている。片岡氏の立論の背景には、市民法と労働法との原理的相異という認識、すなわち法的人間像や法的理念の転換を問題とし、労働法の統一的把握を行おうとする理論的立場があることは看過されてはなるまい。

労働契約を規定する決定的モメントないし中核概念としての従属労働とはいかなる内容をもつかについては、「人的従属」にその中心的要素を求める。すなわち、「労働力利用に基づいて生ずる人的従属、つまり労働の遂行にあたって労働者そのものが使用者の支配に一身的に服するという関係」として把握されている³¹⁾。

それでは、なぜ、民法の雇傭契約には、かかる意味での従属労働というものが欠落しているのか。それは、雇傭における労働者の債務が「なす債務」であるが故にそこには従属性の契機が欠落せざると得ず「なす債務」としての構成は資本制労働関係における搾取を隠蔽することになり、従って「労働力」視点を取り入れた従属労働概念をもって独自の労働契約概念を構成すべきであるとされる³²⁾。

労働力視点を取り入れることにより、従属労働というものが持つ意味が明らかになり、労働契約の独自性が把握されんとする片岡氏の立論の基礎には「民法の本質的性格」として「労働力を商品として把握しえない」という民

法に対する基本的認識がある³²⁾。

さて、かかる見解の問題点につき、今日では様々な批判的見解が出されているが、論点は次の二つにまとめられよう。

(1) わが民法の「雇傭」が労働法上の「労働契約」といわれるものと、その概念を異にするものであるかどうか。

(2) 両契約を区別する決定的モメントとしての従属性の持つ意味の問題点と、それが果たす実用法学上の有効性について。

(1) については、わが民法学者は、「民法が雇傭とするものはすべて新たな労働法原理によって規律されるべきものであって、その意味ではすべてこれを労働契約と考えてよい」とする我妻氏³³⁾や、「民法上の雇傭はあげて、実質的な意味での労働契約という概念のなかに取りこまれ、民法上の請負や委任のうちのあるものにも労働契約の外延が及ぶ」とされる幾代氏³⁴⁾の見解がある。

このような見解は、両契約を峻別することに消極的であり、とくに従属労働による峻別をみとめていない。そのことは民法上の雇傭と委任の規定のわが国と西独の相異という法制上事実の認識が民法学者にあることに由来するといえよう。

労働法学者にも両契約の区別を従属労働概念に求めることにつき、ドイツ民法の「雇傭」契約 (Diensvertrag) とわが民法の「雇傭」契約との差異を無視して論じているとの批判がなされている³⁵⁾。

また、労働法学者のうちでも、両契約をことさら区別せずに論じる見解は戦後の労働法の立法化の当初から存在していたことも事実である。従属労働概念によって両契約を峻別する理論が、その出発点にドイツ民法との差異をどれだけ認識していたかはおくとしても、問題は、わが民法の雇傭契約が従属労働を対象としていないとか欠落させているというとらえ方にある。この点については、(2) の問題でもあるので (2) の検討に移る。

(2) については、一つは、民法が予想していない、あるいは欠落させている従属労働とは一体何なのか、民法は果たして従属労働ということを把握

していないのか、とう問題と、もう一つは、果たして従属労働という概念で両契約を区別することは実用法学上可能であり、その区別はどれだけの実用法学的意義ないし有効性を持つのかという問題との二つの問題が含まれる。

まず、民法の雇傭は従属労働を全く予想していないのか、あるいは把えていないのかについて検討を加えることにしよう。

このことの検討は民法の法的性格、さらには資本主義法としての民法の基本的性格のとらえ方にかかわる問題でもあることをまず念頭においておく必要がある。両契約を峻別する基準をして用いられる従属労働とは、「労働力利用に基づいて生ずる人的従属、つまり労働の遂行に当たって労働者そのものが使用者の支配に一身的に服するという関係」であった。

日本民法の「雇傭」契約は、いかなるものとして規定されているのか³⁶⁾。民法第六二三条は雇傭の意義につき「雇傭ハ当事者の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カ之ニ其報酬ヲ与フルコトヲ約スルニ因リ其効力ヲ生ス」と規定し、さらに第六二五条で勞務に関する権利義務の一身専属性について規定する。

民法にいう「勞務ニ服スル」(第六二三条, 六二五条②③, 六二九条①)とは一体如何なることを意味するのか。「勞務ニ服スル」とは「労働の遂行に当たって労働者そのものが使用者の支配に一身的に服するという関係」そのものを指すのではないか。そうであるならば、まさにそれは「人的従属」のことを言っているのと同じではないか。

両契約を峻別する論者は一体民法の規定するところの「勞務ニ服スル」ということの意味を自らの言う「人的従属」といかなる点で区別しているのか明確にする必要がある。

「民法の本質的性格」からして「労働力を商品として把握しえない」とする片岡氏は、民法にいう「勞務」は労働力視点がないところから、労働法上の労働=従属労働概念とは異なるものとして区別するものと思われる。氏のいうごとく民法は労働力商品把えていないとしたら民法のいう「勞務」とは何か、商品以前の労働力なのか否かを明確にすべきであろう。

もし民法が片岡氏のように把握されたら、民法は資本主義法としての性格を失ってしまうことになり、氏の言われるのとは逆に、まさに「資本主義法の本質的性格」を見失うことになると思われる。片岡氏の立論には、民法を明確に資本主義法ととらえる視点があることはいうまでもなく、労働力を商品として把握しえないというとらえ方は、民法の持つ法イデオロギー的性格を批判しているものとして理解し得るにしても、民法が労働力を商品として把握しえていないということになると、資本主義法としての民法を否定することになり、そこに論理矛盾ないし論理のレベルの差異があることは否定し得ない。民法の雇傭契約が労働力商品の交換関係すなわち資本制社会における「労働力」を明確な対象としているのである。

民法の雇傭契約は明らかに労働力商品＝資本制賃労働を対象としているが、その法構成の仕方に労働法との差異がある。雇傭契約についての民法の法構成は、流通過程たる労働市場における商品交換関係をささえるものであり、労働過程は法構成のなかにそのものとしてはあらわれない。労働過程は商品交換過程において、購買した商品（労働力）による商品の生産過程であり、労働市場において成立した労働契約の履行過程である。

民法は雇傭契約の実現＝履行過程そのものを直接的には法律関係の対象としていない。「商品交換的＝民法的視点乃至平面からは、この資本制的生産は、商品交換のかなたにあり、かつ契約（商品交換）の「効果」としてその中に含まれており、独自の存在意義をもって立ち現れてこない³⁷⁾」のである。

しかし、このことは、民法が資本制的労働関係の従属性をとらえていないということではない。「いわゆる資本制的労働関係の従属性は、民法の雇傭契約法の中に、契約の自由をとおして確保されているのであり、民法の雇傭契約の規定は資本制労働関係の従属性を顧慮していないとか見忘れていると考えることは、資本制経済の初期における市民法的な雇傭契約の役割を無視するもの³⁸⁾」であるとする川島氏の指摘は看過されてはならない。

従属労働を人的従属性として把える限り、それは民法の雇傭契約の法的効果としての「労働指揮権」とこれに対応する「労働義務」の中にふくまれて

いるのであり、「労務ニ服スル」とはまさに人的従属性を表すものに他ならない。従って、従属性を人的従属性ととらえる限り、雇傭契約と労働契約を区別することの根拠は全くないといえよう。

さらに、両契約はともに資本制賃労働をとらえる法範疇であり、その法的表現形態（労働力商品関係の法的表現）としては全く同じ契約類型を表わすものであることにおいてもかわりはない。両契約を従属労働概念とくに人的従属ということで峻別する論理は以上の意味において批判を免れないものといえよう。かかる批判に対して、次のような反論があることに注意しておこう。

それは労働の従属性（経済的・人格的従属性）は「雇傭契約においてはいまだ国家＝政策主体の関知しない事実的現象として存在するにすぎず、それは労働契約においてはじめて国家により法的モメントとして取り込まれ、法概念化されているというべきで、さもなければ、なぜ、労働契約においてのみ生存権の原理が貫かれるのかが規範論理的に説明できないことになろう³⁹⁾」という批判である。さらに「従属労働を法解釈論から追放する³⁹⁾」ことにもなるとも批判する。

かかる反論については、本論では従属労働論が実用法学上持つ有効性を全く否定するものではないことについてはすでに述べた。しかし、その場合の実用法学上の有効性とは、当該労務供給契約を労働契約ないし雇傭契約ととらえることができるか否かについては有効である、という意味であって、労働契約と雇傭契約を区別する意味においてではない。

さらに、民法の雇傭契約において政策主体（国家）の関知しない「事実的現象」として従属性が存在するという場合の「事実的現象」とは何を意味するのか明瞭ではない。それが、政策主体が規制するべき必要のあるものとして意識されてはいないという意味においてであれば、全くその通りであり、そうであるがゆえに契約の効果として何ら規制しようとしなかったのである。

しかし、契約の対象として「労務ニ服スル」ということのうちにすでに含まれているのであり、決して「事実的現象」などではなく「法効果」そのも

のであり、「法の中に確保」されているのである。論者はこのこと混同して批判している点において批判を免れない。

また、生存権の理念は、従属労働のもつ弊害を規制しようとする労働法に貫かれていることを説明できないとするが、この批判も当たらない。なぜなら、労働契約と雇傭契約との法構成のちがいは「生存権」理念の導入、したがって従属労働関係がもたらす弊害を規制しようとするところに由来することを否定するものではないからである。

政策主体＝国家が、従属労働関係に対して如何なる態度＝規制の仕方をするかによって民法と労働法の差異があり、労働法が登場する意味があるのであり、労働法が生存権の理念を基礎とすることについては言うまでもないであろう。従属労働というものに対する規制の仕方の差異をもって、両契約のちがいを述べることと、従属労働が存在するとかしないとかということを混同してはならない。論者はこの点についての論理レベルでの区別がないままに混同していることにおいて全く批判たり得ていないといえよう。

(五) 従属労働論の展望—まとめ

わが国の従属労働論は、ドイツとりわけワイマール・ドイツの理論の継承・批判検討として戦前に開始された。ワイマール・ドイツの労働法学における従属労働論は、労働法を独自の法域たらしめようとする労働法の確立にとって重要であった。すなわち、労働法は資本制社会における労働一般を対象とするものではなく、従属労働のみを対象とするものであり、労働法は従属労働に関する法であるとして、その独自性が主張されたのである。そこで問題は「労働法の対象となる労働は、労働一般ではなくして従属労働(abhängige Arbeit)である⁴⁰⁾」とされる場合の労働、すなわち「従属労働」とは何かをめぐって論議が展開されることになった。経済的従属説、他人決定労働説、人格的従属説(身分的従属説)、組織的従属説などが従属労働の意味内容として論じられ、それをめぐっての対立があった。

これらの学説の対立は、従属労働を社会経済的な事実に見出し労働の従属性の社会経済的根拠の探究に向かうものと、法律学的観点から法的根拠の探究に向かうものとの視点の相異によるものであったといえよう。いずれの説にあっても、労働者が「社会経済的弱者」として資本家の提示する諸条件をのまざるを得ないといった労働者の「社会経済的地位」あること、資本家の支配の下で労働する者はその指揮に従って労働せざるを得ないことについての理解は共通であった。

その意味において「経済的従属説」と「人（格）的従属説」とが問題とされていたとあってよく、前者は契約外的・法外的な事実として必ずしも法概念として把握できないところに問題があり、結局は「人（格）的従属説」にその視点をすえることが一般的になったといえる。すなわち、契約を媒介とした人的従属であるが故に、それは法的関係として把握でき法的概念としても確立されることになる。

今日の西ドイツやわが国においても、この事情は変わっていないといえよう。ただし、「組織的従属性」に法的概念としての従属性の本質をもとめるべきであるとする考え方は、「西ドイツ労働法学においては、それは、人的従属理論と比肩しうるほどの主張になっているといっても過言ではない⁴¹⁾」とする指摘に注意しておこう。

わが国においては、従属労働論に積極的意義を見出す見解は、ドイツにおけると同様に、人的従属性を中核にすえつつも、これに組織的従属をも加味して把握しようとする見解が今日において有力に主張されている⁴²⁾。それは、契約外的・法外的な社会経済的事実と法概念との混同を避けながら、「法外的なもの」と「法的なもの」をなんとか関連させようとする努力であるといつてよい。

従属労働概念の持つ意味内容と自覚して把握する限り、それは労働法の基礎概念としても、あるいは労働法の独自性を確立する上でも、大きな役割を果たしてきたことは否定し得ないであろう。

従属労働概念なしには労働法理が成り立たないわけではないことを認めつ

つも、それにかわる「労働法の独自性を語る基準はみい出しえない」かぎり、「労働法とは従属労働関係を対象とする法であるという命題が、労働法の歴史的・存在的意義からしても、もっとも妥当な概念規定⁴³⁾」であることは否定できないように思われる。

従属労働論が上の如き労働法の独自性、自主性を可能ならしめる上で重要な理論的基礎を持つことは承認しうるにしても、それが労働法の適用対象を画定するという「実用法学上の基礎」たりうるかについて、一面では基礎たり得るとともに、反面では基礎たり得ないといえよう。

すなわち、先に述べた如く、様々な労務供給契約（雇傭・請負・委任）から労働契約の存在を確定する上で、事実認定のための道具概念としての有効性は認められるが、そのことは、労働契約と雇傭契約を区別する基準としては役に立たない、という意味においてである。

ワイマール・ドイツにおいて、従属労働の給付と目的とする契約を労働契約 (Arbeitsvertrag) = 傭使契約 (Anstellungsvertrag) として雇傭契約 (Dienstvertrag) と区別することから、わが国でも、従属労働を対象とするか否かによって労働契約と雇傭契約を区別してきたとすれば、法制度上のちがいを無視しているとの批判は妥当であろう。

例えば、ジンツハイマーが「傭使契約」を「労働契約」としてとらえ、「傭使契約は、従属労働に関する雇傭契約である」とし、「あらゆる傭使契約は雇傭契約であるが、しかし雇傭契約のすべてが傭使契約であるわけではない。雇傭契約のなかには、従属労働の給付を目的としないものがある⁴⁴⁾」とし、雇傭契約と労働契約を区別することの意味は次のことにある。

すなわち、ドイツ民法とわが民法における雇傭と委任の法構成上の差異という事実にもとづく。ドイツ民法では有償委任は雇傭とされており、わが民法におけるような雇傭と区別された有償委任なるものを認めない。従って、労働法の適用を受けるべき雇傭 (Dienstvertrag) を労働契約概念で識別する必要があり、そのために「従属労働の給付を目的とする契約を労働契約」(ジンツハイマー) として雇傭一般から区別しているのである。

わが国では、かかる意味において実定法上の解釈として、従属労働を基準にして労働契約と雇傭を区別する必然性はないといえる。

さらに、理論的問題として、従属労働を労働契約を媒介として労働者が使用者の指揮・命令の下で拘束を受け就労するという意味での「人的従属性」としてとらえるのであれば、かかる意味における従属性は、すでに民法の「雇傭」における「労務ニ服スル」ということにすでに含まれており、これを「労働契約」と区別する基準として用いても無意味なことは、すでに述べたとおりである。

従属労働概念をもって、雇傭契約と労働契約を区別する実用法学的意味と理論的根拠は全くないといえよう。ただ、両契約はともに従属労働をすでにそのうちに含んでいるということと、かかる従属労働に対し政策主体が如何にそれを規制しようとしているかにより、両契約の法構成や理念は異なることはいうまでもない。このことを認識することと、両契約のいずれに従属労働が含まれているかどうかということの問題は別である。

労働法の基礎概念としてその独自性を確立するための従属労働概念と、労働契約の独自性を主張するための従属労働概念の持つ意味は異なるといえよう。前者について従属労働が持つ意味を認めつつも、後者の場合、とくに雇傭契約と区別するに際して用いるそれは意味がないといってよく、また、「労働法＝労働契約法」でないことからして、労働法の基礎概念として用いる場合と、労働契約の対象として用いる場合とでは、違いが出てくることも当然であるといえよう。

問題は雇傭契約と労働契約といったところで、両契約は、ともに「資本制賃労働＝従属労働」をとらえる法形態であるという同質性と、従属労働という事实现象に対し、一定の価値観をもつて規制しようとする政策を媒介とした規制の仕方の変化にみられる法規範原理の差異という相異性をいかにとらえるか、ということにある。

それは、労働法のイデオロギー批判と法解釈レベル（＝実用法学）との関連を問うことでもあり、このことの検討は、本稿では十分なしえなかったが、

残された課題でもある。

.....

* (本稿は、「労働契約の基本的諸問題」として、労働契約の「基礎的」問題を筆者なりに検討したものである。執筆時期は、1976(昭和51)年1月であり、200字原稿用紙、約1千枚の手書きの未公表の論考である。筆者にとって労働法理論を検討する上での「原点」ともいえるものであり、現段階において今日的視点からの再検討、修正を行う必要もあるが、再検討の対象として、あえてそのまま掲載・公表することとした。)

- 1) ワイマール・ドイツの論議を批判的に検討したものと、津曲藏之丞「労働法原理」170頁以下参照。戦前のわが国における従属労働論について、甲斐祥郎「労働の従属性理論の展開(1)」「三重法経」19・20号参照。
- 2) 沼田稲次郎「労働の従属性—法的人格の虚偽性—」「法律文化」4巻11・12号、同「労働法論序説」147頁以下。
- 3) 林迪広「労働法の基礎概念—労働の従属性をめぐる問題—」「社会法総説」上巻77頁以下。
- 4) 加藤新平「労働の従属性」「法学論叢」55巻5・6号。
- 5) 宮島尚史「従属労働論の反省」「討論労働法」7号、同「労働法学」54頁以下、横井芳弘「労働の従属性と労働法の概念」片岡＝横井編「演習労働法」14頁以下。
- 6) 下井隆史「労働契約と賃金」ジュリスト441号、同「雇傭、請負、委任と労働契約」「甲南法学」11巻2・3号。
- 7) 戦後のわが国の従属労働論について、甲斐「労働の従属性」理論の現実と問題点」広大教養部紀要2集59頁以下参照。
- 8) 横井、前掲論文19頁以下参照。
- 9) 従属労働論というものが持つ意味とその根拠については加藤、前掲論文、林、前掲論文参照。
- 10) 久保敬治「労働法」5頁。片岡「団結と労働契約の研究」222頁。
- 11) 宮島、前掲論文4頁。

- 12) 沼田「労働法論序説」149頁。
- 13) 沼田, 前掲書152頁。
- 14) 林, 前掲77頁以下参照。
- 15) 加藤, 前掲151頁。
- 16) 沼田, 前掲42頁。
- 17) 片岡, 前掲書218頁。
- 18) 浅井清信「労働契約の基本問題」97頁。
- 19) 外尾健一「労働契約」[講座労働問題と労働法] 261頁。
- 20) 高島良一「労働契約と団体交渉」113頁。
- 21) 林, 前掲97頁。
- 22) 片岡, 前掲225頁。
- 23) 最近の判例として, 福岡地裁小倉支部昭五〇・二・二五判(判例事報777号93頁) 参照。
- 24) 判例の傾向につき, 高木紘一「社外工・特殊雇用形態と労働契約」[労働法律旬報] 876号47頁以下参照。
- 25) 高木, 前掲50—53頁参照。
- 26) 下井, 前掲「甲南法学」11巻2・3号参照。
- 27) 片岡, 前掲218頁以下, 林, 前掲93頁以下, 西村信雄他「労働基準法」126頁以下参照。
- 28) 横井, 前掲18頁。
- 29) 片岡, 前掲書213頁。
- 30) 片岡, 前掲書225頁。
- 31) 片岡, 前掲書222頁。
- 32) 片岡, 前掲書208—209頁。
- 33) 我妻栄「民法講義V3(債権各論中巻二)」539—540頁。
- 34) 「注釈民法(債権7)」6頁。
- 35) 宮島尚史「労働法学」56頁, 下井, 前掲「ジュリスト」441号130—131頁。
- 36) 片岡, 前掲222頁。
- 37) 川島「所有権法の理論」327頁。
- 38) 川島「民法講義第一巻序説」19頁。

- 39) 光岡正博「親会社の団交応諾義務—団体交渉権と労働契約の関連構造—」〔労働法律旬報〕
- 40) H. Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 1927, S.19. 檜崎=蓼沼訳「労働法原理」(第二版) 11頁。
- 41) 久保=下井「労働法を学ぶ人のために」 4頁。
- 42) 久保=下井前掲書 4—6頁。
- 43) 久保=下井同書 5頁。
- 44) Sinzheimer, a. a. o., S.118. 邦訳123—124頁。