

労働契約法としての労働基準法 (二)

三井正信

はじめに

一 判例による労働契約法理の意義・特徴と問題点

二 労働契約法の基本原理

(一) 労働基準法と労働契約法の基本理念

(二) 労働基準法一条論・二条論の再検討

(1) 憲法二七条二項の基本理念

(2) 使用者の社会的権力と労働契約 (以上二八卷二号)

(3) 労働契約法の総則的規定としての労働基準法一条・二条の具体的規範内容

三 労働契約法的基本的方向性

(一) 労働者概念・労働契約概念 (以上本号)

(二) 労働契約の基本原理・解釈原理と労働契約上の公序

(三) 労働契約上の信義則と労使の権利義務

(四) 集团的労働条件と個別的労働条件

(五) 労働契約の成立

(六) 労働契約の展開

(七) 労働契約の終了

(八) 従業員代表制と紛争処理システム

おわりに

二 労働契約法の基本原理 (承前)

(二) 労働基準法一条論・二条論の再検討 (承前)

(3) 労働契約法の総則的規定としての労働基準法一条・二条の具体的規範内容

(ア) 労働基準法一条・二条の具体的規範内容

以上を踏まえ、労働基準法一条・二条の具体的規範内容とこれらの条文の相互関連をみてみよう。既述の通り、憲法二七条二項の法意は、結局のところは、国家は企業の社会的権力を抑制・制御するための法的装置を設けるべきであるというものと解されるため、労働契約に関していえば、まず何よりも①使用者の社会的権力から労働者の契約主体性を擁護・確保するための法的防壁・規制、及び②労働条件をはじめとする労働関係上の諸事項に関して実質的に労使対等の立場で労働契約を通じ決定されることが実現するための法的装置・環境 (対等性確保のための装置)、を設けることが必要となるといえよう。^①そして、仮にこれらの必要を充たし契約において対等性 (契約時における対等主体性及び対等決定性) が確保されたとしても、更に加えてその後の (長期にわたる) 労働契約関係の履行・展開過程全般に関して社会的権力を制限するためのルール (契約履行・展開時における対等主体性・対等決定性の確保のためのルール) が求められることになることはいうまでもない。^②また、たとえば、労働者が自己決定に基づいて使用者と一定の事項を対等決定できたとしても、そもそも憲法はあくまで使用者の社会的権力が不当に行使されることを問題とし、これをチェック・抑制・制御すべく二七条二項を置いたと考えられるのであって、そうすると、労働者の自己決定が使用者の社会的権力の不当な行使を容認した (に等しい) と評価される場合には (そして、いうまでもなく、

一応は労働者の自己決定がなされたとはいえても、それが真の自己決定とは評価できない——真の自己決定と大きくかけ離れている——ならばなおさらのこと) かかる自己決定の効力は否定的に解されるべきであるように思われる(ちなみに、そもそも労働者が自己決定により使用者の不当な権力行使を容認したに等しいと考えられる場合には、かかる自己決定につき労働者の自己決定権の濫用ないし限界がみられると考えることもできよう)。要するに、換言すれば、憲法二七条二項は使用者の不当な社会的権力の行使を公序に反するものであるとの価値評価を行い、一方で使用者の権力制限を試みることを通じて労使対等決定を実現することにより、他方で企業の不当な権力行使を公序違反として法的に許容しないことにより、公序を実現・確保することを狙いとしているといえよう。

とするならば、労働契約法の基本原則として、労働条件労使対等決定の原則を定めた労働基準法二条一項は、①使用者⇨企業の社会的権力に対して労働者が実質的に対等な契約主体性を確保できることが必要である、②対等決定に値する実質的交渉のための交渉過程・手続・プロセスの保障・整備がなされなければならない、③労働者が実質的に対等決定(⇨自己決定)を行うことができる(⇨使用者が不当に権力を行使することを労働者が有効に抑止することができる)ための支援措置が必要である、④労使の契約・合意の内容が実質的に対等の立場で決定された(と評価できる)ものであるかが吟味されなければならない(強行性を有するものを含めた契約・合意内容の実体的規制の必要性)、⑤労働契約の履行・展開をめぐる多様な問題ごとに労使間の行動や利益調整の指針となる対等性確保を前提とした標準的ルールが提示されなければならない、といった規範内容を含むものといえよう。要するに、労基法二条一項は使用者の社会的権力を制限することによって契約自由・私的自治を実質化し、労働者の自己決定を実現・確保することを狙いとしているのであり、①から⑤の事項が労働条件労使対等決定の実現のために必要となるのである(労働者の自己決定確保のためのポジティブな方向での使用者の権力制限)。

次に、労基法二条二項については、既に述べたように、①労働契約上の信義則、②労使対等性の確保のための労働協約の必要性（団結や労働協約の意義・重要性の確認）^⑤、③使用者の一方的作成になる就業規則については労働契約上の信義則に即してかつ労基法二条一項の労使対等決定の観点から絞り・限定をかけて「誠実に」解釈されねばならないとの解釈原理、を説いていると思われる（ちなみに、労働契約それ自体に対する合理的限定解釈の必要性は、当然のこととして①及び二条一項の規範内容に含まれているといえよう）。特に、①の労働契約上の信義則については、二条一項を受け、使用者が労働者の対等性の確保に配慮すべきこと、即ち、使用者が労働者を凌駕する大きな社会的経済的権力を有しているという点を考慮して一般的に自己の権力を労働者に対して不当に行使しないよう配慮すべきこと、及び必要であるならば対等性確保のために自己の権力を積極的な方向で行使すべきことも含まれるといえよう（例えば、私傷病のため就労可能な職場への配転を希望する労働者に対する人事上の配慮など）^⑥。なお、労働契約上の信義則を検討する場合には、憲法二七条二項のみならず同条一項の労働権保障にも留意しなければならないものと考えられる。憲法二七条二項は同一条文内に置かれているが故に当然のこととして前項（一項）を受けて規定されていると解されるのだが、とするならばこのことは憲法二七条二項は規範内容として使用者の権力制限・チェックを通じて労働者の就労中の労働権保障をはかるための法的装置を国家が設けるべきことをも包含していることを意味しよう。労働者が自己の能力を十全に発揮し労働権を行使できるためには、労働の展開過程すべてにおいてそれにふさわしい就労環境＝職場環境が整備されていることが不可欠の条件であり、従って、労働契約上の信義則は、使用者が、労働者が能力を発揮することができる職場環境ないし職業環境を（権力を不当に行使しないことによつて、あるいは適切な権限行使によつて）整備すべきこと、及びかかる整備された環境を害しないよう配慮すべきこと、をも要請するものといえる。^⑦

ちなみに、労働関係も契約関係であるから、労使の実質的対等性が確保されるならば、労基法二条二項が述べるように、労働者も契約を誠実に履行すべく労働契約上の信義則のもとに置かれることになるのはいうまでもなく、この場合、労働契約上の信義則は労働契約関係の特色を反映したものとせらる⁸⁾。

最後に、労基法一条であるが、縷述の如く、これはたとえいくら労働者が自己決定によって労働条件を決定したとしても、社会的にみてそれが本来は抑制されるべき使用者の不当な権力行使を容認した（に等しい）と評価される場合にはそれを認めないという労働契約上の公序を規定したものと解される（公序確保のためのネガティブな方向での使用者の権力制限）。ただ、ここで問題となるのは、労働者の自己決定の結果たる労働「契約」に関するルールである以上、対等決定がなされているならば公序違反とされるのはあくまで例外的な場合となる、即ち労働条件が「人たるに値する生活を営むための必要を充たすべき」なのにならぬという労働関係において著しく社会的妥当性を欠くと評価される場合に限って公序違反とする、というのが労基法一条の労働契約法としての趣旨であると一応はいうことができよう。しかし、「人たるに値する生活を営むための必要を充たすべき」とは単に生存権保障の見地に限られないのであり、また「労働条件」も雇用形態の多様化・複雑化にともない多様化し様々な事項を内包すべきものとなっているのであって、従って一条一項の労働契約上の公序については社会的権力のコントロールという趣旨から生存権保障よりも広い解釈を行うことが求められるべきである（ちなみに、労働契約を問題とする以上、「人たるに値する」ということのなかには、当然に「契約主体に値する」という意味合いが含まれるべきであって、使用者が労働者の契約主体性及びその基礎・基盤を尊重しないかあるいは侵害する場合にも公序違反となるといえよう）。以上を要するに、「人たるに値する」という根本的価値を侵害する、あるいはこれに重大な影響を与える使用者の権力行使は、それに関していくら労働者の自己決定がみられても、そもそもがネガティブに評価されなければならないのであ⁹⁾

る。¹⁰⁾

(イ) 若干のまとめ

これまでの本稿での考察から、憲法二七条二項の基本趣旨は使用者の社会的権力を制御・コントロール・制限することに存し、労働基準法一条・二条もかかる趣旨に即して解釈されなければならないこと（ちなみに、いうまでもないことであるが、これは労働契約法の側面のみならず、労働保護法の側面についても同様といえよう）、そしてそれらが含有する規範内容に即して民法を活用して労働契約法を展開すべきであること、が明らかとなった。要するに、個別的労働関係法、従って労働契約法の普遍的基礎は、あくまで使用者の社会的権力のコントロールという点にあるといえるのである。

とするならば、かつて労働者が一般的に弱者と位置づけられていた（即ち、一般的にみて経済的弱者の地位ないし状態にあった）時には、特に労働者の生存権を侵害する形で使用者の社会的権力の不当な行使や濫用がなされることとなった（現象化した）ため、労働法の目的・理念は主として労働者の生存権を擁護することにあると解され、その結果、労働契約の成立・展開・終了よりも専ら生存権の見地からの労働条件保護に主眼が置かれることになったという事情が理解されよう。しかし、仮にかつてのように労働者がもはや一般的に弱者ではなく多様性をみせてきているとしても、企業は労働者個人を遙かに凌駕する大きな社会的経済的権力を有していることには依然変わりはないのであって（企業の社会的権力帶有性の普遍的性格）、たとえ労働者の経済的地位が上昇したり労働者が個人として（かつてよりも）「強者」となったとしても、使用者⇨企業の社会的権力にさらされた個人⇨労働者という位置づけ（構図〔「権力対個人」の構図〕）に変化はなく、これが依然として労働法の基礎をなすのである。¹¹⁾

しかしながら、社会的権力の不当な行使や濫用が個人としての労働者に大きな影響を与え弊害を生じさせること自

体が変わりはないとしても、もはや企業の社会的権力の行使にともなう悪弊・弊害が労働者の生存権侵害という形を（とる場合もあるであろうが）必ずしもとるとは限らないのであって（つまり、依然「弱者」としての労働者も多く存在し、生存権侵害という古典的な形で労働法上の問題が生ずる場合があることは否定できないが、現在においては、使用者の権力行使にともなう弊害・悪弊が雇用形態の多様化・複雑化に呼応して質的に変化するとともに多様化・複雑化してきているのであって）、従って、あくまで（生存権侵害という点も含めつつもより広い視点から一般的・総合的に）使用者の社会的権力のコントロールをいかにはかるかということに基づいて、変化を踏まえながら新たな現代的弊害・悪弊を除去・軽減すべく法規制のあり方を探ることが必要になるのである。つまり、規制のより根本的な対象としてまず第一に目を向けなければならないのは、従来の通説が重視してきた労働者の（弱者としての）地位ないし状態ではなく、労働者に相対する使用者の社会的権力性（あるいはその濫用ないし不当行使の可能性）¹² 労働関係の普遍的性格なのであるが、そのうえで次に、変化した状況に合わせて生ずる新たな問題に対する法規制を設けることが必要となるのである。そして、そのような新たな法規制のひとつが、労働契約の重要性の増大や労働契約をめぐる紛争の増加にみられるように現代の雇用社会にマッチした労働契約法であるといえよう。労働契約関係における労働者の自己決定の実現は、最終的には、労働者自身に委ねられなければならないのだが、そのための環境設定・整備として、結局は、労働者の自己決定支援措置や公序性を備えた実体的規制を含め様々な社会的権力制限のための法的装置が労働契約法として必要になるのである。つまり、労働契約法を考へる場合の要点は、「当事者の個別自治Ⅱ契約」の重視か「規制」か（フランス流の言い方をすれば契約（*contrat*）か身分（*statut*）か）の二項対立（換言すれば、規制緩和か規制の維持・強化かの二項対立）で問題を捉えることなく、使用者の権力（*autorité, pouvoir*）を制限することによって「当事者の個別自治Ⅱ契約（*contrat*）」を実質化するための社会的規制（*statut*）と

はいかなるものか (即ち、社会的規制によって支えられた (statutaire) 契約 (contrat) ないし自己決定 (autodetermination) のあり方、あるいは契約 (contrat) と社会的規制 (statut) の現代社会に適した均衡 (équilibre) のあり方) を考えることに存しよう。⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾

(ウ) 補論・労働基準法と労働契約法

これまでの検討において、労働基準法一条・二条は労働契約法の総則的規定であり、これに基づき労働契約法が展開されなければならないことを論じてきた。しかし、「労働契約法としての労働基準法」という本稿のテーマないしタイトルからすれば、労働法の他の規定と労働契約法との関係はどうなるのかがいまだ検討課題として残ることになる。憲法的根拠 (二七条二項) 及び企業の社会的権力制限という目的の共通性を考えると、両者をまったく無関係と考えてしまうことにも問題がある。とすると、一条・二条以外の労働法の労働条件に関する規定であっても可能な限り労働契約の解釈基準として (この意味で労働契約法として) 活用すべきであると解することが妥当となろう。これについては、既に労働法一条に関して労働保護法としての解釈と労働契約法としての解釈の区別が可能であり、また区別がなされるべきである旨について論じたところであるが、かかる方向の解釈が (可能な限り) 他の条文についても同様に追求されるべきなのである (ただし、労働法一条・二条の解釈が民法規定を労働契約法内に取り入れ整理するための重要な基礎となるのに対し、それ以外の条文は解釈を通じてスポット的にそれ自体が直接に労働契約法的に用いられることになる場合が多いという差異が存する点に注意すべきである)。論述の都合上、かかる方向性のすべてについて詳細に論ずることはできないが、説明のため若干の例を挙げてみよう。例えば、労働法三条・四条からは使用者の不当な権力行使による (合理的理由のない) 差別は許されないという解釈基準が導き出される (なお、この点については後述三(二)(1)ウ―次号掲載予定―で民法一条ノ二の理念と労働契約法の関係について述べるところも併せて参照されたい) し、労働法三二条・三三条・三六条・一一九条からは、法定労働時間を超える時間外労働はあくま

で例外的なものであり、従ってあまりにも長時間にわたる、あるいは恒常的な時間外労働命令は許されないと解釈基準が導き出されることになろう。また、労働者の自己決定を重視し自立的・自律的な働き方を定めているという点から労基法三八条の三の定める専門業務型裁量労働制のもとで労働させるためには労働者の自立性・自律性を重視して当該労働者の個別的具体的同意 \parallel 自己決定が必要となると解される。例は尽きないが、とにかく、このように導き出される準則に照らして労働契約条項なり個別的合意・同意の効力が判断されたり、あるいは契約条項・就業規則条項が限定解釈を受けたりすることになるといえよう。そして、特に私法的効力を定めた規定の存しない労働安全衛生法についてもドッキング条項である労基法四二条を通じて労基法一条・二条に結びつくことになるといえ、従って労働安全衛生法の規定が信義則上の安全配慮義務の内容をなし、あるいは労働安全衛生法に反する使用者の法律行為・事実行為が公序良俗違反を構成し無効・違法なものとなると解することが可能になるといえよう。

また、労働者概念を定めた労働基準法九条などは基本的な定義規定として労働契約法においてもそのまま活用できるといえよう。労働者概念は、使用者 \parallel 企業の権力制限という基本コンセプトに基づいて個別的労働関係法の装置の発動を開始するための重要なキー概念であり、従ってかかる社会的権力からの防壁 \parallel 法的装置が必要な者とは果たしていかなる者なのかの観点から労働者概念が導き出されることになる。そして、このような労働者が締結している契約が労働契約と位置づけられることになり、この意味で労基法九条は労働契約法のルールを適用・展開するための基礎・基盤として重要な意義を有しよう。ちなみに、使用者概念を定めた労働基準法一〇条も事業主以外で使用者とされる者については労働契約の当事者である事業主から労務指揮権の行使の委任を受けた事業主の履行補助者と位置づけられることになる旨を示しているものと理解することができよう。

とにかく、労基法一条・二条と民法規定だけでは、労働契約法を構築・展開するにはいまだ具体性・明確性を欠い

ていると思われるので、それらを基礎としつつもそれ以外の労働基準法の条文を労働契約法の具体化・展開のためにできるだけ有効かつ積極的に活用すべきことが重要課題となるのである。

(1) この点については、A. Supiot, Pourquoi un droit du travail?, Dr. soc. 1990, p. 485 et s. を参照。なお、シュビオ説については、三井正信「労働法の新たなパラダイムのための一試論(四)」広島法学二六巻一号(二〇〇二年)八七頁以下も参照されたい。

(2) この点を、労働者の職場における自立の観点から捉え詳細に論ずるものとして、道幸哲也「職場における自立とプライヴァシー」(一九九五年、日本評論社)一六三頁以下。

(3) 今後の個別的労働関係法の方向性を実体的規制からプロセスないし交渉手続保障(手続的規制)に重点を移すべきという観点を基礎に据えて論ずるものとして、水町勇一郎「法の『手続化』」法学六五巻一号(二〇〇一年)一頁以下、同「労働社会の変容と再生」(二〇〇一年、有斐閣)二五九頁以下。なお、この点については、解雇規制に関してであるが、大内伸哉「解雇法制の“pro veritate”」(2004)大竹文雄Ⅱ大内伸哉Ⅱ山川隆一(編)『解雇法制を考える「増補版」』(二〇〇四年、勁草書房)二五四頁以下も参照。しかし、使用者の権力制限・チェックという観点からは手続的保障(手続的規制)を重視するのみでは不十分であって、実体的規制も相対程度に必要になるといわねばならない。

(4) 従って、今後制定されることになるであろう「労働契約法」には手続的規定(手続的規制)に加えて、実体的規制として労働関係の成立・展開・終了に関する原則や理念の宣言規定、当事者の意思解釈規定、標準的ルール(任意規定)のみならず強行的ルール(強行規定)を組み込むことも必要となってくるといえよう。ただし、強行規定のなかには、絶対的強行規定のみならず事項に応じては労働者が真の自己決定に基づき欲するならば強行性を解除できるといふ contract-out 規定も含まれるべきであろう。

(5) これまでは、労基法二条二項の示唆にもかかわらず、個別的労働関係法と集団的労働関係法は異なる原理・法的規律に服するものと考えられてきた。例えば、労基法二条二項につき、片岡昇『労働法(2)〔初版〕』(一九七五年、有斐閣)三三三頁は、「労働協約の遵守については、協約が就業規則並びに労働契約に優位する効力を有する点において、労働条件の保護に関連を有するとはいえず、体系的にはとくにこれを労基法上規定すべき必然性のあるものではない」と、そして、また、同『労働法(2)〔第4版〕』(一九九九年、有斐閣)一八頁は、「労働団体法上の制度である労働協約……について、このように個々の労働者に遵守義務を課すことは、問題がないとはいえない」と述べていた。しかし、今後は、労基法二条二項が示唆するように、使用者の権力制限という基礎に照らして個

別の労働関係法と集团的労働関係法は統一的視点から考察されるべきであり、従ってこれらの基礎をなす憲法二七条二項と二八条も一定範囲で統一的基礎付けが試みられ相互の関連性が追求されるべきであろう。

- (6) この点については、片山組事件・最一小判平一〇・四・九判七三六号一五頁が示唆に富む判旨を展開している。片山組事件・最判については、三井正信「私傷病と労務受領拒否」菅野和夫ほか(編)『労働判例百選』第七版(二〇〇二年、有斐閣)三八―三九頁参照。

- (7) この点については、三井正信「労働者の能力を公正に評価する義務は使用者の労働契約上の義務として構成可能か」日本労働研究雑誌五〇一号(二〇〇二年)八八頁、同「公正評価義務論の意義・射程と限界(三・完)」広島法学二六巻四号(二〇〇三年)一一九頁以下、同「準解雇の法理(五・完)」広島法学二八巻一号(二〇〇四年)八七頁以下を参照。

- (8) この点について、詳しくは、和田肇「労働契約の法理」(一九九〇年、有斐閣)二二―二頁以下を参照。

- (9) ちなみに、西谷敏「労働者保護法における自己決定とその限界」松本博之(編)『現代社会と自己決定権』(一九九七年、信山社)二二三頁以下は、自己決定学派の領袖ともいべき西谷教授が労働者保護法における労働者の自己決定尊重の要請と社会的妥当性の両立という観点を基礎に据えて論を展開しており注目される。また、同「労働法規制緩和論の総論的検討」季刊労働法一八三号(一九九七年)が、かかる社会的妥当性を労基法一条一項に結びつけて論じている点も大いに傾聴に値するといえよう。しかし、西谷説は、結局は、社会的妥当性の基礎を自己決定の理念ではなく生存権に求めており、この点に問題点と視野の狭さが存しているように思われる。つまり、自己決定と生存権を二項対立的に捉えた場合、いったい両者の関係はどうなっており、労働法の理念をいかに考えるべきかの視点がぼやけてしまうことになる(ひいては両者の間で労働法の理念が分裂し引き裂かれてしまうおそれも存しよう)。従って、自己決定と社会的妥当性はあくまでそれらを包含する統一的な視点から両立が試みられる必要があるといえよう。ちなみに、この点に関して、片岡昇『労働法(1)』(第3版補訂)(一九九八年、有斐閣)一四一頁が、生存権的自己決定とでもいえるべき考え方を提示しており注目される(ただし、同書の指摘は、あくまで集团的労働法の分野における集团的自己決定に関してなされているにすぎない)。このような考えを更に押し進めるならば、二項対立に陥ることなく生存権も含め自己決定理念(そして、そのための使用者の社会的権力の制限の理念)で統一的に労働法の理念・基礎を説明することが可能となる。

- (10) 以上の考察からすれば、将来制定されるべき「労働契約法」における強行規定には、①労基法二条一項の要請に基づくもの、即ち労働の契約・合意の内容が実質的に対等の立場で決定された(と評価できる)ものであるかどうかの観点からチェックを加えるための

実体的規制たる強行規定と、②労基法一条一項の要請に基づくもの、即ち公序に反すると解される使用者の権力行使の結果を違法評価するための強行規定、の二種類の強行規定が存しなければならないといえよう。ちなみに、この場合、①については事項に依じて *contract-out* 規定とすることも可能といえようが、②については公序の要請に基づくもの故に絶対的強行規定となろう。

(11) 三井正信「現代雇用関係法改革」高橋弘 後藤紀一 辻秀典 紺谷浩司 (編) 『現代民事法改革の動向』(二〇〇一年、成文堂) 二四〇頁以下。

(12) ちなみに、労働者が弱者か強者かという二項対立の視点から労働法を考察すると、使用者の権力制限という労働法に内在している普遍的視点が抜け落ちてしまい、ことの本質を見失うことになろう。従って、強者としての(あるいはもはや弱者ではない)労働者を基礎に据えて労働市場を起点に労働法を労働市場におけるサポートシステムに組み替えて論じていこうと試みるサポートシステム説(菅野和夫 諏訪康雄「労働市場の変化と労働法の課題」日本労働研究雑誌四一八号(一九九四年)二頁以下)は、一見、変化した時代状況に労働法を適合させる積極的かつ斬新な試みのようにみえるが、結局はかつての通説であった生存権説の裏返しにすぎないといつてよく、大きな問題点を内包しているといえよう。繰り返しておくが、要は、労働者が弱者かどうか、あるいは生存権擁護か労働市場におけるサポートかではなく、あくまで使用者の社会的権力の不当な行使や濫用から生ずる弊害・悪弊を除去・軽減するため(そしてそれを通じて労働者の自己決定を確保するため)の法的装置をいかに時代状況に適合するような形で構築するかが重要となるのである。なお、サポートシステム説に対して根本的批判を試みるものとして、三井正信「労働法の新たなパラダイムのための一試論(二)」広島法学二四卷四号(二〇〇一年)三八頁以下、同「労働法の新たなパラダイムのための一試論(三)」広島法学二五卷二号(二〇〇一年)九一頁以下を参照。

(13) フランスにおける労働契約と身分・身分規程をめぐる議論については、三井正信「フランス労働契約理論の現代的展開(一)―(五・完)―」広島法学一四卷二号(一九九〇年)二九頁以下、一四卷三号(一九九一年)三七頁以下、一四卷四号(一九九一年)三五五頁以下、一五卷三号(一九九二年)六九頁以下、一六卷二号(一九九二年)五五頁以下を参照。なお、イギリスにおいても同様の議論が存しているが、この点については、三井正信「イギリス雇用契約論における *contract* と *status* (一)」、(二)」広島法学二三卷一號(一九九九年)五七頁以下、二三卷二号(一九九九年)一〇五頁以下を参照。ちなみに、「契約から身分へ (*du contrat au statut*)」という点も含めて、以上のフランス労働法をめぐる問題を、わが国において本格的かつ理論的に正確に研究したのは筆者であり、かかるフランス法理論研究のプライオリティーはあくまで筆者にあることを念のために指摘しておく。筆者のこの問題に関する最初の

研究として、三井正信「フランスにおける労働契約概念の形成とその展開(上)、(下)」季刊労働法一四四号(一九八七年)一七七頁以下、一四五号(一九八七年)二〇二頁以下。

(14) ちなみに、フランスのシュピオ(A. Supiot)は、規制緩和の傾向に抗し労働法の存在意義を明らかにすべく、労働者の身分規程(statut) Ⅱ契約外的な労働者保護的規範群と自由に交渉された契約(contract)の理念との間の均衡(equilibre)が労働法規範システムにとって必要である旨を論じている。かかるシュピオの均衡論については、さしあたり、三井正信「フランスにおける労働時間法改革と労働時間短縮」日本労働法学会誌八三号(一九九四年)八三―八四頁、同・前掲注(1)論文九五頁以下、同・前掲注(13)論文(五・完)七二―七三頁を参照。

三 労働契約法の基本的方向性

ここで、これまでの検討を基礎に、使用者の社会的権力のチェック・制御とそれを通じての労働者の自己決定の実現という理念に照らして、重要項目ごとに労働契約法ないし労働契約法理のあり方を考察し、あるべき労働契約法(ないしは「労働契約法」)の構造・骨格の基礎を示してみよう。なお、本稿は、労働契約法の基本的方向性を明らかにしてその全体構造を提示することに主眼を置くため、あくまで各項目については簡単なアウトラインを示すにとどめざるを得ず、それぞれの項目ごとの詳細な各論的検討は後日の検討に委ねたい。また、近年、労働条件や雇用形態に著しい多様化・複雑化がみられ、これにもなつて労働契約をめぐるルールも多様化・複雑化することが予想されるが、労働契約法の基本的方向性を示すという本稿の性格上、労働契約一般に通用する基本的・基盤的ルールの解明に焦点を当てることとし、それを基礎とした多様化に対応するための方向性ないしルールのあり方については簡単に触れるにとどめるか、これもまた同様に後日の検討課題としたい。

(一) 労働者概念・労働契約概念

(1) 労働者概念・労働契約概念の重要性

労働契約法（労働契約の成立・展開・終了をめぐるルール）の構築・展開を目指す以上、その出発点として、そもそもその基礎をなす労働契約とは何かを確定しておくことが必要かつ重要といえる。労働契約法として労働基準法をできる限り活用しようとする試みることを主眼とする本稿の立場からすれば、その手がかりは労働者概念を定めた労働基準法九条に求めるべきことが自然な態度となろう。つまり、「契約なければ労働なし」の原則から、労働契約を締結することにより人は労働義務を負い労働者となるのであって、従って、この意味で、九条の基準は、ある労務供給契約が人に「事業に使用される」ことを義務づけるものかどうかを通じてかかる契約が労働契約に該当するか否かを判断するための基準ともなっているといつてよい。¹⁾²⁾ また、既に、繰り返し述べたように、本稿は労働基準法一条・二条を基礎に民法を活用して労働契約法の構築をはかることを基本方針とするのだが、かかる労働基準法一条・二条においても「労働者」という言葉が用いられており、それは当然のこととして同じ法律内の規定である九条の定義による労働者を指すことになるかと解される。それ故、労働基準法一条・二条の活用・理論展開の前提として労働契約法の見地からも九条に注目することが許されよう。

(2) 従来の判断基準

労働契約の本質的基準をめぐっては、民法の雇傭契約と労働契約はともに指揮命令下での労務提供を本質とし契約類型としては同じであるとする同一説と、³⁾ 市民法原理と社会法原理の差異を強調して雇傭契約とは異なり労働契約は労働の従属性 (*Abhängigkeit der Arbeit*) によって基礎付けられる労働法独自の概念であるとして両者は異なる範疇で

あることを強調する峻別説⁽⁴⁾の対立がみられたことは周知の通りである。しかし、両説の対立は主として理念論・抽象論・法学方法論のレベルにとどまり、実質的な労働契約の判断基準については両者とも労働者概念を定めた実定法たる労働基準法九条に則してほぼ同一の基準を示してきたといつてよい。

労働基準法九条は、「この法律で『労働者』とは、職業の種類を問わず、事業または事務所（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。」と述べて同法上の労働者概念を規定しているが、既に若干触れたところからも明らかのように、労働者性の判断基準の中心部分である「事業または事務所（以下、「事業」という。）に使用される」という部分が同時に労働契約の重要な判断基準ということになる。

従来、学説・判例は、これを使用従属性であると解し、指揮命令（指揮監督）下の労働^{II}他人決定労働（*fremdbestimmte Arbeit*）を意味する人的従属性を中心的判断要素として、そしてこの基準のみでは判断が困難となる限界事例については、①専属性の有無、②仕事の依頼・業務に対する許諾の自由の有無、③勤務時間の拘束・勤務場所指定の有無、④第三者による代行性の有無、⑤業務遂行過程での指揮命令の有無、⑥材料・生産器具などの所有いかん、⑦報酬の性格（報酬が仕事の成果に対してではなく、労務の給付そのものに対する対価として支払われているかどうか）といった様々な補助的基準を用いこれらを総合的に判断することによって、労働者性、即ちある労務供給契約が労働契約であるかどうかを決してきた（かかる判断基準を示した代表的な下級審判例として、大塚印刷事件・東京地判昭四八・二・六労判一七九号七四頁、最高裁判例として、横浜南労基署長（旭紙業）事件・最一小判平八・一一・二八労判七一四号一四頁⁽⁵⁾）。

峻別説によるならば、このような総合判断の基準は、人的従属性を中心要素としてこれに経済的従属性と組織的従属性を結合・加味したものであると説明され⁽⁶⁾、また民法の「雇傭」と同じであるが故に本来は「当事者ノ一方カ相手

方ニ対シテ勞務ニ服スルコト」(民法六二三条参照)を意味する人的従属性(Ⅱ指揮命令・指揮監督)によって判断されるべきことを説く同一説も、実際の具体的判断においては「『使用従属関係』のみで明確な結論を出すことが不可能に近く、そこで『専属性の度合』や『収入額』など『使用従属関係』のメルクマールとはいいい難い基準を加えた『総合判断』が行われる⁷⁾」、即ち「『使用従属性』ないし『人的従属性』以外の判断基準、とくにやや語弊もあるが『経済的従属性』の基準も加味しつつ、しかもその『有無』よりは『程度』に強く着目しつつ総合判断するやり方によらざるをえない⁸⁾」ことを肯定し、「労基法等の労働者保護法規に関しては、『使用従属関係』と『労働者性を補強する要素』の有無・程度等からの総合判断によって適用の可否を決する。判例によって設定されたルール、就業規則についても、一般に同様の方法によるべきである⁹⁾」との説明を行っている。

(3) 従来の判断基準の問題点

労働契約の中心的基準としては指揮命令・指揮監督下の労働を意味する人的従属性を挙げることには一般的にはほぼ異論はないように思われる(ただし、後に述べるように、私見は若干これとは異なる考えを示している)。しかし、峻別説の立場においては、何故人的従属性に経済的従属性と組織的従属性を結合・加味しなければならないのか、「結合」・「加味」するとはいかなる意味なのか、そしてこれら三種の従属性の相互関係はどうなっているのか、問題となり、また、同一説の立場においても、何故民法六二三条の述べる「雇傭」の基準である「労務ニ服スルコト」だけでは労働契約か否かの判断がつかないのか、そして何故それとは異なる諸要素(Ⅱ補強する要素)を判断基準として総合的に考慮しなければならないのが同様に問題となる。単に単一的な基準(使用従属性、人的従属性ないし指揮命令下の労務提供)では労働者性の判断がうまくいかないのでそうすることが必要であると述べるだけでは法的説明としては不十分であって、これらの説によれば、結局は、説得力・説得的根拠をもって労働契約の本質を示すこ

とは困難となろう。

(4) 労働契約の本質的基準

以上(1)から(3)でみたことは、結局、峻別説、同一説のいずれの説も十分には労働契約概念を説明するに至っておらず、これらの説はあくまで労働契約の本質的基準ではなくその構成要素を述べているにすぎないことになろう。では、(1)でみたような労働者性Ⅱ労働契約性を示す諸要素を包括する本質的・統合的原理はいかなるものであつて、それは民法の「雇傭」契約とどう異なっているのか。

民法の「雇傭」は、確かに、同一説が述べるように、「労務ニ服スルコト」、即ち指揮命令下での労務提供を本質的基準としていふと考へられる。しかし、労働契約についてもストレートに同様に解してよいのであろうか。例えば、労働基準法三八条の三、三八条の四に規定された裁量労働制は労働者の自立的・自律的労働を前提とするものであつて、まさに業務遂行の手段及び時間配分の決定等に関し、労働者に対して「使用者が具体的指示をしない」ものとされている。裁量労働に比べれば、請負契約によつてある人から小屋を建てるよう頼まれた大工の方が契約の相手方当事者(注文主)から具体的指示を受けこれに拘束される度合いが強いといった場合が存し得るといえよう。では、何故、大工と注文主の契約が労働契約ではなく、裁量労働で働くサラリーマンの契約が労働契約とされるのであろうか。それは、指揮命令による違いではなく、より根本的に、大工の場合には自己の事業を行つてゐるⅡ自己の企業活動を展開しているのに対し、裁量労働で働く労働者の場合にはいくら具体的な指揮命令がなされないとはいへ、他人の企業内で企業目的に従つて(他人の企業目的に拘束されて)労務提供を行つており、その意味で依然として企業の社会的権力の濫用の危険にさらされているという点に説明の基礎・根拠を求めることができよう。また、例えば、ある人Xが友人Yにある日一日引越しの手伝いを依頼し、引越し当日に一定の額の報酬と引き替えにXがYに対して指

揮命令して Y から労務提供を受けることを両者が約したような場合には、かかる契約は民法六二三条からすれば雇傭契約に該当するが、労基法九条の基準に照らせば労働契約ではないことになる。⁽¹⁰⁾ この事例も労働契約か否かは指揮命令というよりも問題となっているのが「事業」、即ち他人の企業内の労働か否かにより決せられることを示しているといえよう。既に述べたように、憲法二七条二項の法意は企業の社会的権力を制限・コントロールするために法的装置を設けて労働者を擁護しようというものであるが、このことはまさに社会的権力の不当な行使や濫用の危険にさらされている労務提供者が労働者であるということの意味し、従って労働者か否かは労働契約か否かは労務提供者が社会的権力の危険にさらされることになる他人の企業への所属 (appartenance à l'entreprise) がみられるかどうかで判断すべきことになる。従って、労働基準法九条の「事業または事務所 (以下、「事業」という。) に使用される」という基準は、憲法二七条二項の合意を法技術論的に事業場単位という形をとって確認・具体化したものであって、事業・事務所を通じての企業への所属¹¹企業内での労務提供を意味するものと解してよいであろう (ただし、誤解を生じさせないため、ここでいう「企業内」とは、後にも述べるように、場所的な意味というよりも、あくまで経済活動としての企業活動に内包されているという意味合いで捉えるべきであることを念のため確認しておく)。とすると、(1)でみた労働者性を判断するための諸要素は企業への所属の有無を判断するための指標という点から統一的に説明することが可能になる。⁽¹¹⁾

以上からすれば、指揮命令よりも企業への所属の方が重要であり、これが労働契約の本質的基準を示すものであるといえよう。峻別説のいう人的従属性に組織的従属性を加味するというのは以上の文脈において理解されねばならず、企業内での労働に加えて指揮命令がみられればより強度の企業目的への拘束が認められるのであって、従って労働者性がより強化され確実となるのである。また、あくまで指揮命令を重視したいならばこれを他者決定の企業目的に従

つてその企業内で労務提供すること（他人決定労働とはこの意味で捉えられるべきである）、即ち企業目的への拘束と理解すればよいであろう。⁽¹²⁾

では、峻別説や同一説が実際の具体的判断において総合的判断の一要素として考慮すべきことを示唆する経済的従属性の位置づけについてはどう考えるべきなのかであろうか。現在においては、労働者も多様化し、一定レベルの生活水準を享受している者や、（あくまで極めて少数であろうと思われるのだが）必ずしも経済的弱者とはいえない者や、バーゲニングパワーないしマーケットパワーを有し労働条件を使用者と対等の立場で（あるいは使用者より有利な立場で）決定できる者も存しよう。要するに、かつて経済的従属性についていわれた経済的弱者としての地位や労働条件の使用者の一方的決定性という基準が当てはまらないケースも存し得るのである。しかも、仮に多くのケースにおいてはいまだ労働契約の前提として経済的従属性が確認できるとしても、このような経済的従属性は労働契約に一般的にともなう事実的特徴を指摘したにすぎないのであって、それ故、契約の類型性を示す法的特徴とはいいい難く、労働契約の基準をめぐる法的説明としては不十分といえよう。⁽¹³⁾

しかし、企業への所属ということを考慮すれば、経済的従属性に新たな観点から重要な位置付け・役割を与えることができるように思われる。つまり、ある人が自己の企業内で労働を行うという決定を行ったのか他者の企業内で労働を行うという決定を行ったのかという経済的選択を経済的従属性の基礎と解し、後者の場合には他人の企業に経済的に依存して職業活動を行うことになる点に注目するのである。つまり、個人が（真に）すべての利益とリスクを負うという自己決定をしたのか、他人の企業内で労務を提供することと引き替えに経済的にかかる企業に依存し一定の定期的な収入を得ることにしたのかということが重要となるのであり、後者の契約であれば、いくら労働者が「強者」であっても、他人の企業へ所属しこのような企業に経済的に依存するという経済的選択（＝経済的自己決定）を行っ

た結果、労働者は（その個人の強弱には関係なく）義務づけられた労務の提供に関連して自己を遙かに凌駕する企業の社会的権力の行使に直面しその不当な行使や濫用の危険にさらされることになる。¹⁴ 労基法九条の「賃金を支払われる者」とはまさにこのこと（経済的選択に基づく他人の企業への経済的依存）を意味しよう。¹⁵

それ故、他人の企業への所属がみられ「賃金」が支払われるならば、経済的従属性¹⁶ 経済的依存（*dependance* *economique*）ありとして労働契約の存在を認めてよく、従って労基法の適用が要請されることになるのであって、また企業への所属は契約（経済的自己決定）によって義務づけられたものであるから、これを法的基準（法的従属性（*subordination juridique*））として取り扱うことにも問題はないはずである。限界事例においては、企業の社会的権力の制御・コントロールという憲法二七条二項及び労基法の法意・趣旨に照らして、諸般の事情を考慮し契約解釈・意思解釈を行って経済的選択をめぐる当事者意思を客観的に明らかにする必要がある。ちなみに、企業の社会的権力性及びその濫用・影響の可能性ということを考えるならば、企業への所属という場合、具体的な組織関係ないし組織体としての企業への組み入れがみられるかどうかというよりも経済的にみて独立の活動主体としての他人（他企業）の企業活動に個人の活動が包含されているのかどうか、換言すれば当該個人が経済的にみて独立の企業（事業）活動主体と認められるか否かがまずは重要となると解すべきである（もつとも、直接的に組織内ないし組織体に組み入れられた方が、社会的権力が組織性・階層性に裏打ちされることになるため、企業による拘束及び企業権力の濫用の可能性がより大きくなり、労働者性・労働契約性が強まることはいうまでもないであろう）。

以上をまとめれば、労働者か否か、即ち労働契約か否かは、経済的依存意思¹⁷ 経済的自己決定に基づく他人の企業への所属意思を媒介にして他人の企業内でその企業目的に従って契約によって義務づけられた活動を行っているかどうかにより決せられ、加えて具体的な指揮命令下での労務提供がみられる場合には労働者性、労働契約性が補強され

ることになる。従って、このような基準のうちには経済的従属性・人的従属性・組織的従属性が企業への所属という観点から有機的に組み合わされて法的従属性(法的基準)として登場するといえるのであり、かかる「従属性」は、いわば企業の社会的権力の行使にともなう濫用・弊害(即ち、「事業」に「使用される」ことにともなう弊害・リスク)が生じ得る危険性・可能性が存することを示すシグナルといえるのである。とすれば、労基法九条の「事業」も、他人の企業(事業)活動という点に力点を置いて捉えることが妥当といえよう。要するに、事業・事務所は確かに場所的要素を不可欠の前提とするが、労働契約性・労働者性の判断にあたっては、その場所で働いているかどうかではなくて、このような一定の場所を基盤として展開されている事業活動を通じて他人の企業に包摂されているかどうか¹⁶に実質があるのである。従って、A地に事務所・事業場を置く企業の事業活動を通じてかかる他人の企業活動に包摂されその企業に経済的に依存していると解されるならば、B地の自宅で労働する在宅ワーカーも他人の企業内で労働を行っている労働者に該当することになり、この場合、事業場単位の適用の原則に照らしてかかる在宅ワーカーはA地の事務所・事業場に使用される労働者として労基法が適用されることになるのである。

(5) 補論：労働契約と「雇傭」契約の関係

以上を受けて、ここで補論として、労働契約と民法の「雇傭」契約の関係について簡潔に考察を加えておくことにしよう。これまで述べてきたことからすれば、結局は、労働契約とは、菅野教授が示唆するように、「労働基準法が適用される労務供給契約」¹⁷である、という定義をとることがふさわしいように思われる(ただし、かかる定義を採用する場合には、概念法学的に考えた結果として論ずるのではなく、労基法及びその基礎をなす憲法二七条二項の根本的理念・趣旨・目的を探り、本質を踏まえかかる定義を実質化することが必要不可欠となる点を看過してはならないのである)。従って、民法上は請負や委任に該当しても使用者の社会的権力を抑制・制御すべきという観点から、そ

のような契約によって労務提供者が他人の企業に所属し（あるいは包摂され）経済的に依存しつつその企業目的に拘束されて労務提供を行っているならば労働契約ということになるし、先にみたように友人同士の引越しの手伝い契約の場合には指揮命令関係がみられ民法上は「雇傭」に該当しても労働契約には該当しない結果となる。つまり、民法が即目的には有しない社会的権力の制限（Ⅱ社会的権力からの労働者の擁護）という労基法独自の（あるいは憲法二七条二項の）理念・目的・問題意識を踏まえ民法の契約類型を超えて（民法の契約類型横断的に）概念把握を試みようとするのが労働契約をめぐる基本的な考え方であるといつてよい。⁽¹⁸⁾ この意味で、「雇傭」契約と労働契約は理念も類型も異なる契約であるといつてよい。⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾

しかし、そうはいつても、民法の「雇傭」契約に該当する多くの場合は労働契約にも該当するとともに、労働契約の大多数を占めているのが依然として「雇傭」契約であるとも考えられる。「雇傭」契約の場合には、民法の雇傭に関する規定がそのまま適用できるといえようが、そうでない場合であつても労働契約に関しては民法の雇傭に関するルールを行為準則及び紛争処理基準として準用するというのが一般的な社会意識であるとともに統一的处理方法としてもふさわしいように思われる。従つて、「雇傭」契約には該当しない労働契約のケースにおいては、労働契約であれば雇傭に関するルール（民法六二三条以下）を自分たちの関係にも適用（準用）するという黙示の意思が当事者の合理的意思として認められる（推認される）と解すべきことが妥当な考えとなる。そこで、民法の雇傭に関する諸規定は、このような合理的意思を媒介として、労働基準法（ないし憲法二七条二項）の理念と矛盾しない限りにおいて「雇傭」には該当しない労働契約に対しても統一的に適用することが可能となり（労働契約法への民法の「雇傭」に関する規定の拡張的編入）、とにかく労働契約に該当すれば民法の契約類型を超えて法的に統一的な処理がなされ得るのである。⁽²¹⁾

(1) この点については、和田肇『労働契約の法理』(一九九〇年、有斐閣)一九五頁、東京大学労働法研究会(編)『注釈労働基準法上巻』(二〇〇三年、有斐閣)一八四—一八五頁〔和田肇執筆〕。もっとも、「契約なければ労働なし」の原則からすれば、そして労働契約法の観点からすれば、まずは労働契約の定義を設け、しかる後にかかる契約を締結した人を労働者と位置づけることが望ましいといえよう。

(2) なお、労働組合法においても「労働契約」という言葉が用いられている(一四条)が、これは、当然のこととして、労組法三条の労働者概念を受けて規定されているものと解される。そして、これは労働基準法がいう「労働契約」と同一のものであると思われるし、そうでないと、概念上、法的混乱が生ずることになる(ちなみに、岸井貞男「労働基準法上の労働契約の意義」青木宗也先生還暦記念論文集『労働基準法の課題と展望』(一九八四年、日本評論社)五一頁以下は、労働基準法上の労働契約概念と労組法上の労働契約概念が異なるものである旨を論じているが、概念の法的統一性を考えればかかる考えに与することは困難であるように思われる)。確かに、労組法三条の労働者概念は、法律の性質上、これからワーキングライフを送ろうとする人や失業者・求職者などを含む点において労基法九条の労働者概念よりも広いものであるといえるが、現に働いている人(要するに、現に「労働契約」を締結している「労働者」)に関しては両方の概念を統一的に捉えるべきであろう。従来、例えば、プロ野球選手は労組法上労働者であっても、労基法上は労働者ではないと有力に説かれてきた(例えば、中窪裕也ほか『労働法の世界』〔第5版〕(二〇〇三年、有斐閣)一九頁は、「プロ野球選手は、税制上では独立の事業者として扱われ、給与の決定方式や用具の調達からみても労基法上の労働者とはいえない。しかし、労組法上は労働者とされ〔る〕」と述べている)が(労働者概念の相対性)なお、この点については、併せて、菅野和夫『労働法 第六版』(二〇〇三年、弘文堂)四八四—四八六頁も参照)、プロ野球選手といえども球団という企業内で企業目的に拘束され監督の指揮命令を受けて労務提供をなし経済的に企業に依存して職業活動を行っているといえるのである。従って経済的選択の結果に基づく企業への所属という基準を充たしており、労基法上も労働者といふべきなのである。なお、労働の従属性を基礎にして(現に「労働契約」を締結している「労働者」に關し)労基法上の労働者と労組法上の労働者を統一的視点から捉えようとする代表的見解として、片岡昇||前田達男(編)『労働法』(一九九五年、青林書院)一六頁〔片岡執筆〕。

(3) 同一説を説く代表的な業績として、下井隆史『労働契約法の理論』(一九八五年、有斐閣)一頁以下、同『労働基準法〔第3版〕』(二〇〇一年、有斐閣)一九頁以下、六五—六六頁。

(4) 峻別説を説く代表的な業績として、片岡昇『団結と労働契約の研究』(一九五九年、有斐閣)二〇四頁以下、同『現代労働法の展

開] (一九八三年、岩波書店) 三九頁以下、二四三頁以下、同『労働法(1)〔第3版補訂〕』(一九九八年、有斐閣) 五二頁以下、同『労働法(2)〔第4版〕』(一九九九年、有斐閣) 九三頁以下、片岡昇ほか『新労働基準法論』(一九八二年、法律文化社) 一〇四頁以下〔片岡執筆〕。

(5) 判例・学説の議論状況については、青木宗也Ⅱ片岡昇(編)『労働基準法Ⅰ』(一九九四年、青林書院) 一一二頁以下〔安枝英紳執筆〕、金子征史Ⅱ西谷敏(編)『基本法コンメンタール〔第四版〕労働基準法』(一九九九年、日本評論社) 三二頁以下〔山川隆一執筆〕、東京大学労働法研究会(編)・前掲注(1)書一三七頁以下〔橋本陽子執筆〕、一八五頁〔和田肇執筆〕などを参照。ちなみに、最後の書物の和田執筆部分は、同一説と峻別説の「両説は、最近では収斂する方向に向かっていると考えられる」と述べている。

(6) 片岡・前掲注(4)『現代労働法の展開』三九頁以下、同・前掲注(4)『労働法(1)〔第3版補訂〕』五二頁以下。

(7) 下井・前掲注(3)『労働基準法〔第3版〕』二〇頁。

(8) 下井・前掲注(3)『労働契約法の理論』六三頁。

(9) 下井・前掲注(3)『労働基準法〔第3版〕』二四頁。

(10) この点については、萬井隆令『労働契約締結の法理』(一九九七年、有斐閣) 三一頁。

(11) この点については、フランスにおいて、従来、わが国の人的従属性に該当する法的従属性(subordination juridique)によって労働契約か否かを判断するというのが通説・判例の一貫した立場であったが、判例においては指揮命令という要素が徐々に緩く解されるようになり、企業内での労働を意味する「組織された労務(services organises)」がみられれば法的従属性ありとして労働契約性を認める方向に向かい、学説もこれを肯定的に解してきている(そして、この基準のなかには経済的従属性も取り入れられていると論じられている)ことが大いに参考になるといえよう。かかるフランスの判例及び学説の議論状況については、三井正信「ルネ・サヴァチエの労働契約論について(三・完)」広島法学一八巻四号(一九九五年) 八四頁以下。ちなみに、イギリスのコリンズも企業内に組織されての労務提供かどうかで雇用契約とその他の労務供給契約を区別すべきことを示唆している。H. Collins, "Market Power, Bureaucratic Power, and the Contract of Employment" 15 I. L. J. 1 (1986).

(12) このように指揮命令よりも企業への所属を労働契約の本質的基準として重視するといっても、何も労働契約において使用者が企業目的に従って他人の労務を企業活動に組み入れて活用する権限Ⅱ基本的労務指揮権を有することまでを否定するものではない。そこで、従来、使用者の指揮命令権と呼ばれていたものは労務指揮権の強弱の程度ないし範囲の問題と位置づけ、具体的な指揮命令に従

つて労働者が労働を行っている場合には、労務指揮権が比較的強度の形で具体的に労働契約において規定されたものと解すればよいであろう。これに対し、企業への所属、企業目的への拘束が認められるならば、限界事例において、あるいは一定の裁量労働の場合において、先の例とは反対に指揮命令から解放されて労働者が一見自由に活動しているようにみえても、労働契約の存在を肯定してよく、かかるケースでは労務指揮権が非常に緩い弱い程度で（あるいは最低限度の基本的労務指揮権が）労働契約に規定されているにすぎないといえよう。この点については詳しくは、土田道夫『労務指揮権の現代的展開』（一九九九年、信山社）二二五頁以下を参照。

(13) このような問題点を指摘しつつ、報酬の額の多寡という点から経済的従属性を捉え直し、人的従属性と組み合わせるべきことを論ずるものとして、本多淳亮『労働契約・就業規則論』（一九八一年、一粒社）一一頁以下。かかる考えは、企業に対する経済的依存という本稿で展開する新たな経済的従属性の基準をめぐり考え方の先駆ないし萌芽をなすものと位置づけてよいであろう。

(14) このような考えは、労働契約の基準をめぐりフランスの学説展開に示唆を受けて構成したものである。この点については、三井・前掲注(11)論文八七頁以下を参照。なお、特に、注目すべき理論展開を行い、筆者が理論的に多大の影響を受けたフランスの学説として、H. Groutel, *Le critère du contrat de travail, Études offertes à G. H. Camerlynck*, 1978, p. 49 et s. を挙げておく。

(15) 従来、労働者性、労働契約性の判断にあたっては、労基法九条のうち専ら「事業又は事務所（以下「事業」という。）に使用される者」という部分のみが重視され、「賃金を支払われる者」という部分はほとんど考慮されなかった（軽視されてきた）のだが（例えば、山川隆一『雇用関係法 第3版』（二〇〇三年、新世社）二〇頁は、労基法九条のうちで「労働者にあたるかどうかを決定するための主たる指標は、『使用』関係の有無である」と述べている）、私見によれば、「賃金を支払われる者」という部分は労働者の経済的選択に基づく企業への経済的依存を意味し、労働者性、労働契約性の判断にあたりこれに解釈論上重要な意義を与えることができる。

(16) なお、私見のような判断基準によれば、会社の取締役・代表取締役なども労働者であり労働契約を締結していることになるのではないかとの疑問が生じよう。商法二五四条三項によれば会社と取締役の関係は委任であると解される。しかし、実質的判断を行って、企業の社会的権力の濫用や不当な行使の危険にさらされその弊害を被るおそれがあるならば取締役も労働者であるといつてよい（部長兼務の取締役や肩書きが名目的であつて実質的に権限を有しない取締役の場合など）。なお、この点については、興業社事件・最一小判平七・二・九労判六八一号一九頁参照）。これに対し、実質的に権限を有し会社の運営を行っている取締役や代表取締役の場合

は、社会的権力の危険（「事業」に「使用される」ことにともなう危険）にさらされるといふよりも、むしろ社会的権力を行使する側に立つといつてよく、従つて、この意味で、たとえ企業への所属がみられるとしても「事業」に「使用される」といふ労基法九条の要件を實質的には充たさないと考えられ、労働者性・労働契約性が否定されることになるといえよう。

(17) 菅野・前掲注(2) 書七四頁。

(18) 我妻栄Ⅱ有泉亨『民法Ⅱ 債権法』(一九五四年、一粒社) 三二五頁は、「労働供給契約は右の雇傭・請負・委任の三種とは直接の関係なく、従属的労働関係という特徴によつていわば横断的な類型を示すようになる」と、そして、我妻栄Ⅱ有泉亨Ⅱ川井健『民法 2 債権法』(二〇〇三年、勁草書房) 三三三頁は、資本主義経済の発展にともなつて「企業組織の中で量的な労働を提供する状態になると」労働者はますます従属的地位に立つので、「労働供給契約は右の雇用・請負・委任の三種類とは直接の関係なく、従属的労働関係という特色の類型を示すようになる」と述べ、民法学の立場から労働契約の類型横断的特徴を示唆している。

(19) この点において、私見を「新峻別説」と呼ぶことも可能と思われる。

(20) 下井説以降、現在でも同一説が依然として有力に主張されている(例えば、山川・前掲注(15) 書九頁は、労基法上の労働者にあたるかどうかは使用者の指揮命令下の労働提供が基準となり、雇用契約における労働の供給もこれと同様のものであるから「労基法上の『労働契約』は、民法上の(實質的に判断された)雇用契約と同じ内容のものである」と考えれば足りると述べており、ある意味で下井説よりも純粹な形で同一説が展開されているといえる)が、本文で述べたような憲法二七条二項及び労基法の法意に照らせば、このようなシンプルな考えには法原理上到底与することはできないといえよう。

(21) 従来の学説は、一方で労働契約のなかには請負契約や委任契約も含まれ得ることを認めつつも、他方で無自覚的に当然のこととして労働契約一般について民法の雇傭の規定が適用されるとしてきており、この点において必ずしも論理一貫した説明がなされてきたとはいひ難い。これに対し、菅野・前掲注(2) 書八八頁は、「民法の『雇傭』に関する規定(六二三条〜六三一条)は、『雇傭』に該当する『労働契約』(『労働契約』の大部分)について、労働基準法および労働契約法によつて修正・補充されつつも、なお基礎的な法規定たる意義を保持している」との慎重かつ厳密な言い回しを行っている。しかし、菅野説だと、労働契約に対する民法の雇傭の規定の適用関係を法的に矛盾なく説明できるものの、今度は、せっかく労働契約という統一的概念をたてても、労働契約に対して必ずしも同一のルールが適用できるとは限らないという問題(法的な統一的処理をめぐる困難性)が生じよう(要するに、菅野説だと、一度労働契約にあたるかどうかの性質決定を行ったうえで、更に再びそれが雇傭か請負か委任かを検討し再性質決定を行わ

ければならなくなるのである)。

* 本稿は、平成一四年度―平成一六年度科学研究費補助金(基盤研究(C)(2)「雇用社会・労働市場の変化と雇用形態・労働条件・労働契約」)の交付を受けた研究成果の一部である。