

雇傭および労働契約における労働義務について

——賃金債権との関連において——

一 序

工場労働に典型的に現われる特殊Ⅱ近代的（あるいは特殊Ⅱ資本制的）ないわゆる賃労働という社會的實體と、近代民法における雇傭契約さらに民法の修正法として現われた資本制労働法における労働契約という二種の法律上の概念および構造との關係については、深く掘下げた考察が従来はほとんどみられなかったといつてよい。これには次のような事實が影響しているものと考えられる。

第一は、雇傭契約の概念が比較的新しいものであるという點である。わが國を含めて大陸法系諸國の近代民法

蓼 沼 謙 一

典に大きな影響を及ぼしたローマ法では、周知のように、自由人の他人のためにする労働の法形式の一つとして、「労働の賃貸借」ともいふべき *locatio conductio operarii* があり、これが「ローマ法の繼受」を通じてドイツ法における「労働賃貸借」(*Dienstmieth*)、フランス法における「労働者の賃貸借」(*louage d'ouvrage, louage des gens de travail*) という概念を生み出すにいたつたのであるが、奴隸制労働の基礎の上に物の賃貸借に準じて自由人の自己賃貸を觀念するローマ法の概念に依據して構成された、かような「労働賃貸借」または「労働者の賃貸借」という概念は、フランス民法典を除き、大陸法系諸國においては採用されなかった。自由人の自由

な「労働賃貸借契約」(Dienstvertrag)ではなく、これと結びつきながら出現した・自由人の自由な「雇傭契約」(Dienstvertrag)という・より新しい概念が、物の賃貸借と別個に法典中に挿入されたのである。

しかし、「雇傭契約」概念のこの新しさは、この契約の本質的獨自的内容について、次の二つの問題を提起させることになった。一つは、この契約が二人の自由人(法的人格者)間の・労働給付とこれに對する報酬との對價的交換契約(有償雙務契約)として法典中に規定されたために、同じく報酬を得て他人のための労働が行われる有償委任契約⁽¹⁾およびとくに請負契約に對して、雇傭契約はいかなる點で區別されるかという問題であり、第二は、右の問題とからみあって起つたものであるが、雇傭契約の起源をローマ法の流れをくむ・さきに觸れた労働賃貸借ではなしに、ギールケの有名な主張のように、ゲルマン固有法の忠勤契約に連なる僕婢契約(Gesindevertrag)に求めるべきかという問題であった。この問題に關する學說の展開を跡づけることは本稿の課題ではない。ここでは次の諸點を注目すれば足りる。

(1)労働賃貸借概念の原基ともいふべきローマ法の

locatio conductio operarum は、非自由「人」というよりも法律上「物」と同視された奴隸によって本來行われるべき労働が、自由人によって行われる場合の法形式として、いわゆる高級勞務(Ⅱ自由人の勞務)と下級勞務(Ⅱ奴隸の勞務)とを區別する觀念の上に編み出された概念であつて、それ故にこそ物の賃貸借に準じて取扱われたのである。換言すればそれはまさに奴隸制労働の基礎の上に咲いた仇花ともいふべきものであつた。從つて労働賃貸借の概念がもしもローマ法の locatio conductio operarum の系譜を忠實にひいているとすれば、奴隸を認めない近代市民法上の概念としては存立の餘地がないといわなければならない。ただ、資本制賃労働は、いわゆる二重の意味において自由な労働者が、彼の自由な法的人格からその労働力を切離して、法律上自由な契約により、これを時間ぎめで他人に譲渡するという實體を有する(經濟學にいう労働力の商品化)。それ故にそれは、労働者がその労働力の「所有」權を失わずに「使用」權を他人に賦與するものとして觀念し、かくしてこれを「労働力の賃貸借」として法律上概念構成しえないかが問題となる。しかしこの際問題になりうるのは、「労働

の賃貸借」ではなく、いわんや「労働者の自己賃貸」ではない點に注意する必要がある（わが國の労働法學說中にも労働契約を「労働力の賃貸借」としてとらえるべきだとする説がある）。

(2) 近代的な「營業の自由」の一側面として、いわゆる「労働の自由」という市民法上の原則が制度上貫徹されるにいたったのは、各國ともに一九世紀の後半と認められる。「労働の賃貸借」を物の賃貸借と並べて規定したナポレオン民法成立（一八〇四年）當時のフランスにおいては、資本制賃労働が最も典型的なたちで現われる工場制度はまだその緒についたばかりであり、英佛に比して資本主義の發達のおくれたドイツでは營業自由の原則が諸ラントで、ついで北ドイツ連邦の營業法（Gewerbeordnung）によって宣言されるにいたったのは、漸く一九世紀の六〇年代に入ってからであった。⁽⁵⁾しかし雇傭契約の概念は、ドイツでは早くも一七九四年のプロイセン普通法（Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten）中に見出されるが、同時にそこには、ギールケが雇傭契約の始源形態とした・身分的從屬關係の濃厚な奴婢契約が親族法中に規定されていた。既に勞使の集團的

對立が誰の目にもはっきりしてきた一九世紀の幕切れ時に成立したドイツ民法典（一八九六年）における雇傭契約の起源に關するギールケとエーベルの論争はしばらくおき、右のような事實は、近代民法上の雇傭契約という概念が、果して資本制賃労働を對象とする法形式として成立したものであるかどうかという問題を生ぜしめることになった。⁽⁷⁾

(3) ギールケが、*locatio conductio operatum* の前提となっていた奴隸の労働Ⅱいわゆる下級勞務、自由人の労働Ⅱいわゆる高級勞務という區別と、自由人間の奴隸の賃貸借に準じて構成された自由人の自己賃貸の觀念は、労働のかかる種別を前提にしない雇傭契約概念にはあてはまらないこと、雇傭契約は請負契約が「労働の成果」（*Work*）を給付の對象とするのに對して「労働そのもの」（*Wirken*）を給付の對象とすることを指摘し、自身のドイツにおける「雇傭契約の起源」に關する歴史的研究をこれにかみあわせて、労働者の人格そのものと切離しえない「労働そのもの」が給付される雇傭契約においては、單なる財貨の交換を目的とする債務法的效果だけでなく、人法的效果も發生すべきは必然であり、歴史

的にもそうであつたと主張したことは、周知のように、その後の雇傭契約及びとくに労働契約の法理に關する民法・労働法の理論に極めて大きな影響を及ぼした。しかしわれわれは、ギールケの主張がドイツにおいてかように大きな影響をもちえた社會的背景に注目すべきであるとともに、ギールケにおいては、明らかに資本制賃労働の現實を前にして、雇傭契約における給付の對象が「労働力」ではなしに、「労働そのもの」とされていることを看過すべきではない。そしてこのことは、雇傭契約が資本制賃労働を念頭において構成された法概念であるかどうかという問題との關連で、後に労働法學說がいわゆる經濟的從屬あるいは組織的(技術的)從屬とよんだ事實(いわゆる「労働の從屬性」)に對し、民法はいいかかなる態度をとつたのか(雇傭契約はかような從屬現象を必然的に生み出す資本制賃労働を規律の對象とするものではなかつたのか、それは單純商品生産段階の法にすぎなかつたのか)という問題を提起する。

(4)労働法學の母國である第一次大戰後のドイツにおいて、華々しい論争をまき起し未だに學說の統一のみられない「從屬労働」論については、この論争が現實の賃勞

働の特殊な資本主義的な本質の的確な認識を前提にして行われているかどうか、およびとくに、「從屬労働」という現實を注視する労働契約概念に對して資本主義法の構成上の特質をふまえた(即ち經濟學上の概念や論理や分析がそのまま法律構成上の概念等にもちこみえないことを認識して)把握がなされているか、が再検討されなければならない。

右の四つの問題は、相互に密接に關連しており、これらを總合的・統一的に考えていかないかぎり、資本制賃労働と雇傭および労働契約の兩概念との關係は解明しえない。私はかつてこの問題につき、私自身の見解をのべたことがある。⁽⁸⁾それは、雇傭契約も資本制賃労働をその對象とする法概念であり、いわゆる「労働の從屬性」もそこでは豫定されていること、しかし「労働の從屬性」は民法では法的規制の加えらるべき惡ないし缺陷とされておらず、労働契約概念はまさに民法の雇傭契約概念の反省形態として、労働運動の側からの生存權主張におされて出現したものであること、ただし資本制労働法における労働契約關係の規制は「労働の從屬性」の根源に觸れるものではなく、そこから流れ出る諸現象に對する措

置にとどまらざるをえないこと、などを指摘するとともに、労働（契約）関係のいわゆる人法的ないし權力法的人格を強調する學説を批判し、さらに資本制賃労働の社會的實體が經濟學のいわゆる商品Ⅱ「労働力」の時間きめの譲渡にあること、これを民法が「労働」と賃金との對價的交換關係としてとらえていると解するときは、右の實體を看過する危険があることを指摘すると同時に、労働契約を法律構成の面でもそのまま労働力の賣買と解する説の批判をもつけ加えておいた。その後の労働法の文獻には、私と同様、雇傭及びとくに——規制對象たる生活關係の範圍からすれば雇傭契約の一種（Unterart）ともいふべき——労働契約ないし労働關係の把握に當って「労働」ではなしに、「労働力」に基本的視點を定めるものが相次いで現われたが、同時に、労働契約における労働者のいわゆる労働義務およびこれと賃金債權との關係に關する私の法律構成に、不明確ないし疑問な點があるとの批判をうけた。⁽⁴⁾ 本稿はこの批判に應えることも含めて、さらにまた、ワイマール・ドイツ時代労働契約（傭使契約 Anstellungsvertrag）を、労働力の處分を委ねる契約とはっきり定義づけていたニキッシュが今次大

戦後右の問題について展開しているユニークな理論の検討の上に、さきの拙稿を補足し且つそれにつづく考察を加えていこうとするものである。

(1) 近代民法典における委任契約がローマ法の沿革をくんで無償を原則としていること、それにもかかわらず近代社會における委任契約が現實にはほとんど有償契約であることは、衆知の通りである。

(2) O. v. Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrages (Berliner Festschrift für Brunner, 1914, S. 37 ff.)

(3) 労働は奴隸のすべきものと考えられていたローマでは、自由人は奴隸にはなしえない高級労働（知的労働）を——他人のためになす場合でも——無償で行なうべきものとされ（但し對價ならざる謝金 honorarium が支拂われることを妨げない）、これが委任 mandatum という法形式でとらえられたものといわれている。

(4) 三宅正男「就業規則」（法學理論篇）。現在の東獨でも同じとらえ方がみられるという（片岡昇「團結と労働契約の研究」二〇四頁以下）。

(5) 資本主義の母國とされるイギリスにおいて前期的な主従法 (law of master and servant) による傭使の法の前にあける不平等が完全に撤廢されたのは、一八七五年 (Employers and Workmen Act の成立) であったこと、その背後には労働組合運動の「労働の自由」を根據とする・右の不平等に對する激しい攻撃があったこと（拙稿

「爭議權論」労働法學會編労働法講座第三卷参照)を看過すべきではない。

(6) Edell, Das Gewerbliche Arbeitsrecht im Mittelalter.

(7) 民法は單純商品生産段階の法とする立場がある。

(8) 拙稿「労働關係と雇傭契約・労働契約」(討論労働法三七・三八號)。

(9) 「爭議行為と労働契約關係」と題する私の報告における宮島氏の發言(討論労働法五九號)および同氏の「労働時間の私法構造論序説」(討論労働法六三號九頁註三)参照。

二 雇傭契約概念における労働義務

(一)日本民法典は、雇傭契約における一方當事者(「労働者」)の本體的義務を、相手方(「使用者」)に對して「労働ニ服スル」義務と表現し(六三條)、請負契約における一方當事者(「請負人」)の義務を、「仕事ヲ完成スル」義務と規定して(六三條)、兩者を區別している(ドイツ民法典は前者を「約束した労働(Dienste)の給付」、後者を「約束した仕事の完成」と表現する)。ローマ法におけるような、労働を本來奴隸のなすべき下級労働と自由人のなすべき高級労働との區別に立脚しない近代民法典においては、雇傭

の對象となりうる労働は、あらゆる種類・態様の労働を含むうる。他方、請負は仕事の完成即ち一定の労働成果(Arbeitsfolge)の發生を目的とするといつても、この労働成果については何等の制限がなく、それが有形の「物」として現われるべき場合であると、無形のサービス(財貨に對する意味での⁽¹⁾)として現われるべき場合(例えば運送)であるとを問わない。そのため労働成果が無形のサービスとして現われるにすぎない場合には、現在の民法學說においても承認されているギールケの著名な區別、即ち雇傭は「労働そのもの」(Wirken)を、請負は「労働の成果」(Werk)の給付を目的とするという區別によつては、個々の具體の場合に、ある契約の本體が雇傭であるか請負であるかの判別に苦しみ、はじめからあいまいな「結果の具體的妥當性」に依據する・典型契約規定のアット・ランダムな無原則的適用ないし準用に陥る危険がある⁽²⁾。

民法理論によれば、この場合、當該契約内容の「合理的解釋」により當事者の意思がある一定の結果の發生にむけられていのかどうか、ないし結果發生の危険を當事者の一方が引受けているかどうかによつて、あるいは雇傭と請負

の法理をそれぞれ適用して得られる結果の實質的妥當性の吟味から逆に、當該契約の本體が雇傭か請負かを決定し、あるいは兩者のいわゆる混合契約の存在を認定すべきものとされる（とくに各種典型契約規定の「具體的妥當性」をにらんだ・類推適用）。

私は、近代民法典の雇傭契約におけるいわゆる勞働義務を單に「勞働そのもの」に向けられた義務として特色づけることに大きな疑問をもつ。民法典の起草者ないしいわゆる立法者の主觀的意思是別として、最近の勞働法學説が「勞働法上の勞働契約」概念の把握に當って、その基礎におくべきものとする・「勞働」と區別された「勞働力」という視點は、既に民法典の雇傭契約概念の把握に當っても根底におかるべきであり、また、日本民法典にいう「勞務ニ服スル」という文言は、かような基本的視點からの解釋にマッチする表現であると考え⁽³⁾。しかしこの點の考察に入る前に、便宜上雇傭契約概念の對象となる生活關係の實體的特質にふれておきたい。

(二)雇傭契約の對象となる生活關係の特質は抽象的不可視的な人間「勞働力そのもの」が期間を限って他人に提供され、かくして勞働力の具體的發現としての「勞働」（經濟學にいう具體的有用勞働）は、使用者が「買取った勞

働力」（これも經濟學的表現である）に對してなす具體的「處分」を通じて始めて現われるという點に求めるべきである。勞働力に對する他者の處分が不可避免的である以上、いわゆる人格的從屬という現象は、すべての雇傭契約の履行過程に、程度の差こそあれ必ずつきまとう。また委任や請負にしばしばみられる委任者や注文者の指示權とは質的に異なる、使用者のいわゆる命令權ないし指揮權の行使とよばれる現象もまた必ず生ずる。指示權は勞働力の勞働への轉化が他者による勞働力の處分を通じてではなしに、勞働する者自身によって行われる場合にのみ認められる現象である。使用者のいわゆる命令權ないし指揮權は、しばしば勞働法上の勞働（契約）關係にのみ獨自の現象であるかのように考えられる傾向があるが、民法上の雇傭契約においても、雇傭契約の本質上必然的にその存在を認めうるものであり、また認むべきである。ただ、多數の勞働者の分業と協業に立脚する工場勞働において、最も明瞭に且つ強度に右の現象が現われるという差があるにすぎない。それ故、勞働の從屬性に關するいわゆる組織的從屬説の主張するように、専ら工場勞働ないし「組織づけられた」勞働を對象とする勞働法

上の労働（契約）関係においてのみ、組織體（ないし統一體）の存在するところ常に認められる・いわば労働組織體法に固有の獨自の・従つて個別的契約概念に根據づけえない・使用者の命令權ないし指揮權が認められるとする立場には與しえない。いわゆる命令權とよばれる現象は、個別的な雇傭契約が締結された場合に、それにもとづく雇傭契約關係に内在的なものとして豫定されているのであり、ただ雇傭契約にもとづく勞務提供義務の履行が、工場労働ないし「組織づけられた労働」のなかで行われる場合には、労働者の職務そのものの遂行面での命令權が彼の經營内での地位によってその範圍を異にするのに對し、共同労働の秩序に關する限り、いわゆる命令權が多數の労働者に對して統一的に行使されなければならないという現實の絶對的必要性があるため、市民法上個々の労働者との合意によって媒介され且つ限界づけられるいわゆる命令權の外延が、この場合には、各個の労働者に對して同一とならざるを得ず、かくて、個々の労働者との合意の上に命令權を限界づけることが明瞭に一個の擬制にすぎないものと意識されることとなる。

ちなみに雇傭契約概念によってとらえられる生活關係

を右のように理解する場合には、いわば大企業の支配的段階においては、労働契約が一般に定義されるように「使用從屬關係における勞務の提供を目的とする契約」とすれば、兩契約の對象たる生活關係は、實際上ほとんど相蔽うことになる。ただし實定法上雇傭契約とくに區別されて労働契約という語のもとに労働法上の特別の保護をうける生活關係の範圍や保護の内容ないし態様は、そのときどきの實定法の狀況に應じて異なりうる點に注意すべきである（わが國の現行法について一例をあげれば、家事使用人の労働關係は、雇傭契約としても、また、右にかかげた定義によれば労働契約としても、とらえられるにもかかわらず、労働基準法上の保護はこれに及ばない）。

現行法上の労働契約概念が工場労働、即ち多數の労働者の同一經營内での共同労働という生活關係のみを特別の對象とするものでないことは、労働基準法が同法の適用をうける種類の經營に關する限り、同法にいう労働者が唯一人しか雇用されていない場合にも、原則としてその結ぶ勞務提供の契約を労働契約とする點において明らかであると思われる。

雇傭契約と労働契約との質的相違は、これら兩概念の對象となる生活關係の相違にではなしに、むしろ、ほぼ同一

の生活關係に對して民法（古典的市民法）と労働法とが規制の理念を異にする（市民的自由と生存權理念）——それはいわゆる労働の從屬性に對する兩法の評價態度の違いに由來する——ほか、規制のしかたに大きな違いがある點に求めるべきである。この後の點については、民法が「自由」な契約によつて設定され且つ原則として國家が裁判所を通じて事後的に權利内容の強行的に實現される・當事者間の權利義務關係として労働關係を規制しようとするのに對し、労働法では、例えば労働保護法の領域においては、國家の法規が労働關係の内容の多くを直接に決定・形成し、且つ國家が特別の行政機關（労働基準監督機關）を通じて、かかる内容の日々不斷の實現をはかること、かくして市民法では労働關係の背後にひかえていた國家が労働關係の前面に躍り出て、労働關係が勞・使・國家のいわば三當事者間的 drei-dimensional なものになることに注目すべきである。單に強行法規の増大とか、保護法違反に對して附せられている罰則（いわゆる「公私法の混合」）とかに注目するだけでは極めて不充分である。労働保護法の多くが、労働關係が適法有效な契約によつて基礎づけられているかどうかを問わず、まさに労働關係ないし就業關係そのものに注目してこれを規制するという點も、右にのべたこととの關連において理解するべきである（労働保護法が私法上無効な労働契約關係にも適用するべきだとする命題を根據づけるため唱えられた「契約なき労働關係」の觀念も、またこの命題から労働關係を契約法理からほとんど完全に遮斷

して「組織體關係」、「權力法的關係」等に、労働關係（實は共同労働關係における労働契約關係としてとらえるべきもの）の本質を求めようとする、ドイツに根強く殘る法論理構成も、いずれも、右にのべた點を考慮しての批判檢討が、他の點からのそれとともにあわせ行われなければならないと考へる）。

(三) 古典的市民法において雇傭契約概念によつてとらえられた生活關係が、その社會的實體において、労働者の人格と切離された労働力の期間を限つての賣買（いわゆる商品Ⅱ労働力の賣買）という本質——この本質が明確に露呈されるかどうかについて程度の差はあるが——を有するとしても、これをそのまま雇傭契約關係の法律構成にもちこみ、雇傭契約を「労働力の賣買」あるいは「労働力の賃貸借」としてとらえることはできない。しかしながら、雇傭契約概念がその對象として豫定する生活實體の核心が具體的な有用「労働」ではなしに、人間の抽象的な「労働力」そのものにおかれていた點を、雇傭契約關係の法律構成に際してもたえず注意していかぎり、雇傭と請負、委任との原理的區別を見失うこととなる點も指摘しておかなければならない。

市民法はひろく「財産權の移轉」を以て賣買契約の目

的としてゐる(五五五)。「物」の「所有權の移轉」のみでなく、その他の「財産權の移轉」についても賣買契約が成立しうる。しかし、賃金が「勞働力」の對價たる實質を有するとしても、勞働力の上の財産權とくに所有權の移轉なる觀念は、市民法上も(また勞働法上も)認めえない。資本主義法は、法律構成の面では、それ以前の法と異なり、自然人の身體と不可分に存在するものについてその上の財産權なる觀念とその讓渡を認めることは、自然人の神聖な法的性格そのものの讓渡となるとして、これを容認しないからである(資本主義に特徴的な商品Ⅱ勞働力の賣買という社會的實體は資本主義法の世界にそのままでは現われえないのである)。民法典が「賣買」と別に「雇傭」を一の典型的な獨自の契約類型とする最大の理由もここに求められるであらう。さらに、「勞働力の賃貸借」という構成も、勞働力を「物」として觀念しえない資本主義の法律構成の上では、比喩的な意味しかもちえない。「賃貸借」なる法形式は、人間(法的性格者)の外にある「物」についてのみこれを語りうるのである。

各個人の法的性格者としての神聖性ないし「自由」意

思の主體としての各個人を出發點におく資本主義法の法律構成の上では、法的性格者としての勞働者は、常に「自由」意思の主體たる地位を失つてはならず彼のすべての行為はその「自由」意思にもとづくものでなければならぬとされるから、經濟學上商品Ⅱ勞働力の「賣買」と規定される生活關係においても、勞働者は、この「賣買」契約後も、契約に従つて彼が使用者のためにする行為はすべて、彼の自由意思にもとづき且つ契約上の義務の履行としてこれを行なうものというように、法律構成がなされざるをえない。使用者が勞働者の勞働力の所有權を賣買によつて讓受けたとし、かくして勞働力と不可分に存在する勞働者自身の上に、「目的物に對する・専ら所有權者のみの自由意思による・直接的な・完全圓滿な支配權」を承認することは、資本主義法の耐ええないところである。また使用者が勞働力に對する賃借權を取得し、契約された範圍内で善管注意を以てすれば勞働力↓勞働者の上に物權としてのまたは物權的な支配權⁽⁵⁾を認められる結果となる法律構成についても、同様のことがいえる。勞働力の賣買ないし賃貸借という社會的實體は、法律構成の面では、あくまで契約締結後も勞働者の債務

履行行為としての意思行為を媒介として展開される(それによって「買入れた労働力の消費」という所期の目的が實現されてゆく)法律關係として現われなければならない。雇傭契約によって労働者側に「義務二服スル」債務が生ずるとする民法の規定は、右のような事情を考慮して解釋しなければならぬ。しかし、この債務履行行為を單に「労働」という意思行為としてだけ捉えその對價が賃金であるとみる場合には、前述のように、雇傭と請負、委任との原理的區別を見失う結果となる。

この問題について私はかつて私自身の考えをのべたが、「労働力の處分權の讓渡」という立場からニキッシュが労働契約上のいわゆる労働義務の内容について新しい理論を展開しているので、つぎにこれを検討し、あわせて右の私の見解に對する批判にも應えておきたい。

- (1) 但し特殊の知識技能を要するサービスに關する場合
は、委任としてとらえるべき場合が多いであろう。
- (2) 例えば客の散歩のために一時間車を走らせることを約する運轉手とその客との間の契約を通常の運送契約と對比させて考えてみればよい。Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Aufl, 1955, Bd. I, S. 134 Anm. 2 はこれを雇傭契約とするが、一律にかように決定しえないであろう。むしろ私

は右の場合には、一般に、「雇傭類似的の請負契約」(dienstvertragähnliche Werkvertrag)が存在するとみるべきではないかと考える(但しドイツ判例法にいう「雇傭類似的の請負契約」の觀念は、獨民六一八條とくにその第三項の準用を根據づけるために指定されたものである)。

- (3) 従つて給付の目的が Wirken か Werk かという立場からは雇傭か請負かの判別に苦しむ場合も、請負(但し雇傭類似的の要素を含む)か雇傭(但し請負類似的の要素を含む)かの何れかであり、これを請負と雇傭との「中間的」契約とよぶのは別として、一の「混合」契約と表現することは請負と雇傭との本質的相違を看過する恐れがある點で、あまり適當でないと考える。もっとも工場制度の發展に伴ういわば大企業の支配的段階にいたれば、労働する個人自身を當事者とする雇傭類似的の請負と認められる場合は實際上非常に少くなるであろう。註(1)の例でも運轉手が會社従業員であるときは、運轉手を代理人として結ばれた會社と客との請負契約關係とみるべきである。
- (4) なお拙稿前掲參照。
- (5) 雇傭ないし労働契約を「労働力の賃貸借」と觀念することによって、賃借人たる使用者に、善管注意を以てする・契約または賃借物の性質に従つた用法による・労働力使用の權利義務を認め、ここから使用者のいわゆる保護義務をひき出そうとする試みは、かかる保護義務の本質に對する完全な誤解に立脚する。
- (6) 賃借權が債權であるか物權であるかについては、市民

法上それが何れか一方でなければならぬという構造的論理的必然性があるわけではないことは、既に指摘されている通りである。

三 労働契約における労働義務

ニキッシュの學說の検討

(一) 労働關係に關するワイマール・ドイツ以來の學說の流れを契約說 (Vertragstheorie) と編入說 (Eingliederungstheorie) に分け、現在も編入說の立場を固執するニキッシュは、労働契約にもとづいて生ずる労働者の基本的義務について、現在のドイツ學說の主流ともいへべき契約說が労働義務 (Arbeitspflicht) の觀念一本でとらえるのに對して、勤務義務 Dienstpflicht (勤務義務と譯すことは後に述べる) から明らかなように必ずしも適切でない) と労働義務 (Arbeitspflicht) との二本建てとしてこれをとらえ、彼の基本的立場からする獨自の内容をこの二つの概念に與えている。彼がとくに Dienstpflicht という概念を措定したのは、労働契約によって労働者の労働力が使用者の處分に委ねられるという契機を重視するからに他ならない。しかし彼は、他方で、勤

務義務の履行によって生ずる労働關係は、債權契約關係の概念ではくみつくしえない人法的共同體的結合關係であり、後者こそ労働關係の本質的要素だとする立場に立っている。彼の勤務義務および労働義務という二概念の特色は、かような、一方における労働力という契機の重視と、他方における人法的共同體觀念の強調という、彼の基本的立場によって貫かれている。この點に關する彼の學說の重要點・問題點をかがれば次の如くである⁽¹⁾。

以下本文括弧中の S.……は Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Aufl. Bd. I 中の頁數を示す。

(二) 勤務義務 (Dienstpflicht) ニキッシュは、労働契約の締結と同時にまたは約定されたその後の期間に、労働者が使用者への勤務に就く (in den Dienst des Arbeitgebers treten) という義務が発生するとして、これを勤務義務とよぶ (S. 239 ff.)

(1) この義務は、労働者が使用者の經營に所屬すること——使用者の側からみれば労働者の「組入れ」(Einordnung) または「編入」(Einstellung)——および「労働者が使用者の處分のもとに立つ」ことによって履行され、他方、労働者が所定の期日に就任しない場合ばかりでな

く、労働契約に期間の定めがあるときのその期間の満了前に労働者がその勤務を放棄する（例えば他の使用者への勤務）ことによって、履行されなくなる。従って勤務義務は、労働者の経営への「編入」により履行・消滅してしまうのではなく、労働関係の繼續中、労働力を使用者の處分下におく義務、即ち正當な理由なしに自己の地位（労働力が使用者の支配下におかれてゐる状態）を放棄しない義務として存続する、とされる。

(2) ニキッシュは、契約説（この説も労働関係における人法的共同體的特色を強調する點においては、編入説と程度の差があるにすぎない）と異なり、人法的共同體の本質を有する「労働関係」は、労働契約の締結と同時に發生するのではなく、労働者の経営への編入が現實に行われるにいたった時點においてはじめて發生するとし、かくてこの時點を境にして、勞使間の法律關係は、全くその様相を變えらるゝとする。即ち「この時點までは、雇主と被用者は、各種債權契約におけると同様、單なる債權者・債務者として相對するにすぎない」（S. 137）の對し、右の時點以後は、労働者が勤務義務の一面としてその労働力を使用者の處分下におく状態を維持すべき「債務」を負

うとはいへ、「純粹の債權關係さらには繼續的債權關係と一致しうるものを決定的に超えた、人的結合關係（*persönliche Bindungen*）を創出する」（S. 148）ところの労働關係が出現し、債權契約當事者間の「信義則」にもつき履行さるべき債務の觀念を以てしては到底くみつくしえない・勞使の相互的「忠實義務」（*Treupflicht*）の發生にとりわけ明瞭に現われているような・獨自の法律關係、換言すれば人法的效果に結びつけられた「共同體關係」（*Gemeinschaftsverhältnis*）が成立する、と説く。

(3) 労働者が勤務義務に違反した場合の法的效果については、ニキッシュは次の如くのべる（S. 242ff.）。

(i) 労働者が契約所定の就任期間を経過して全然就任せず・または遅れて・しかし就任期間の満了前に就任したときは、前者の場合は、給付の全部不能が、後者の場合は、一部不能が生ずる。けだし勤務義務は、労働力の性質上、絶對的定期債務（*absolute Fixschuld*）だからである。労働者の不就任または就任の遅延が彼の故意・過失による（*schuldhaft*）場合でも、履行遲滞が生ずるのではない。そして給付の不能が労働者の故意過失によるときは、全部不能の場合は、使用者に損害賠償請求權または

契約解除権が発生し、一部不能の場合は、労働者は不能となつた期間に對する賃金請求権を失ひ、使用者は、遅延賠償の請求権（場合により契約全部の不履行を理由とする損害賠償の請求権または契約全部の解除権）を取得する。これに對し不能が労働者の責に歸すべからざるもの（nicht zu vertreten）であるときは原則として労働者は賃金請求権の全部又は一部を失う（但し獨民六一六條等の例外あり）。

このような法律上の取扱は、就任までの勞使間の關係が單なる債權債務關係であるため、民法のこれに關する規定が適用されることによる。

(ロ) 右に對し、労働者が一旦經營に編入され労働關係が「履行狀態」におかれるにいたつてからは、一時的にまたは繼續的にその勞働力が事實上使用者の處分下におかれなくなつた場合でも、それが労働者の故意過失によらないときは、労働者の經營への歸屬は依然續いているから、労働の履行がなくても労働關係の履行狀態が存續しており、かくて使用者の保護義務（Fürsorgepflicht）もまた存續している以上、労働關係を終了させるためには、そのための特別の意思行為即ち解約告知を必要とする

（從つて解雇制限に關する諸法規の適用をうける）。また、同じく保護義務からして、この場合、使用者は労働者に對しひき續き賃金を支拂うべき義務を負う。

(ハ) 労働者が故意過失により契約期間満了前に適法な解約告知なしに事實上その地位を放棄した場合には労働關係は終了しないが労働者の履行狀態は終了する。そして労働關係を終了させるためには、この場合も亦解約告知を必要とし、法規も使用者の即時解雇等を認めている。

(三) 労働義務（Arbeitspflicht）ニキッシュの説においては、労働者が一旦使用者の經營に「編入」された以後における日々の勞務の提務だけが労働義務としてとらえられ、前述の勤務義務とはつきり區別される。そして勤務義務は既にのべたように、經營「編入」後も労働者側の義務として存續するから、「編入」後は繼續的な勤務義務の履行を基底として、日々の労働義務の履行が行なわれることとなる。この過程では、ニキッシュの強調する人法的共同體關係の觀念から、使用者の指揮權、保護義務、労働者の忠實義務などの、共同體法理上の諸概念が指定されるが、本稿の課題との關連で注意されるのは、ニキッシュが、賃金は労働者側の勤務義務の履行に

(65) 雇傭および労働契約における労働義務について

對して支拂われるのであるから、労働義務の違反は必ずしも賃金請求權の全面的喪失を結果するものではないといっている點である。

(四)ニキッシュが、これまでの通説の労働義務の觀念に對し、勤務義務と労働義務との二種の独自の觀念をうち出したことは、たしかに示唆的である。しかし、必ずしも十分に説得力ある理論構成とはいえない。

(1)勤務義務の概念は、いわゆる契約説が、雇傭契約さらに労働契約の對象たる生活實體の特質、換言すれば賃金は労働力に對する對價であるという視點を看過しているのに對して、この視點に立つ立場として、その意義を高く評價すべきであると考え。

(2)しかし、彼は、労働力が使用者の處分下におかれるという認識から出發しながら、人法的共同體關係の強調に到達したため、いわゆる「編入」後に行なわれる労働力の具體的處分のために使用者に認められる指揮權は、労働契約によって定められた労働者の經營内での地位によって限界づけられ、労働者が使用者の指揮權のもとになすべき労働の具體的態様は、かかる地位に結びつけられた活動領域(Tätigkeitsbereich)の範圍に限られ、この

領域範圍は合意によってのみ變更可能と述べているとはいへ、その範圍内でならば、使用者は、なすべき労働の態様のみならず、「労働時間の長さ」と状態」までも指揮權にもとづいて隨時これを一方的に決定しうる(§ 227)としている點、しかもそこに労働關係の・従つてまた労働關係における指揮權の・本質的特色を見出している點は、契約説の側からの攻撃をまつまでもなく、到底採用しえない。

このようなニキッシュの學説の缺陷は、勤務義務と労働義務とを彼の説くように分離することの缺陷に由來するものと思われる。

(3)むしろ私は、ニキッシュの勤務義務と労働義務とを統一的に、前者をより基底的、後者をより現象的なものとしてとらえるべきであり、その限りにおいて私がすでに舊稿でなした労働義務の概念規定を基本的には依然維持したいと考える。ただいわゆる職場「編入」前においては、私のいわゆる労働義務の履行がない以上、賃金債權は労働契約の成立と同時に一應發生するといへ、賃金後拂の原則により、具體的な賃金請求權に轉化せず、賃金債權の危險負擔が問題となりうるにとどまる。そし

て労働者の故意・過失による「就任」の單なる遅延は、ニキッシェと異なり、給付の不能ではなしに、履行遅滯を生ぜしめるもの⁽²⁾と考へる。

(1) ニキッシェの學說とフックの學說とに代表させて契約説と編入説とを對比させ、簡にして要をえた紹介と批判を

加えたものとして片岡昇「團結と労働契約の研究」二四〇頁以下参照。

(2) 同旨、片岡前掲書二二六頁。

(一橋大學助教授)