

# 労働者概念の生成

鎌田 耕一

(東洋大学教授)

本稿は、イギリスおよびドイツ労働法と対比しながら、日本における労働者概念の生成とその意義を検討するものである。19世紀後半、イギリスでは、主従法の適用対象であるマスター・サーバント関係を土台として、コモンロー裁判所は、労働者を雇用契約下で排他的な労務に従事する者として概念化した。ドイツでは、20世紀前半に、労働法学、裁判所は、営業法の改正、民法典編纂を通じて、労働者を労働契約に基づき従属して労務提供する義務を負う者として概念化した。イギリス、ドイツにおいて、法システムが異なるにもかかわらず、労働者概念は、雇用契約（労働契約）に基づく従属関係下で労務に従事する者として生成したといえよう。日本では、戦前において、工場法の適用対象者は、事実上の使用関係の下で工場の本務たる作業に従事する肉体労働者とされていたが、労組法案審議において、政府は、労働者を雇傭契約の下で労務に服する者としていた。戦後において、労働組合法、労働基準法は、適用対象者を使用従属関係にある者にとらえて、一応収れんしたのであったが、1960年代に入って、民法学者我妻栄が労働法の適用対象者を雇傭契約の一方当事者と同視する説を提唱し、これが通説化することによって、わが国における労働者概念が生成したものともみることができる。

## 目次

- I 本稿の目的
- II イギリスにおける労働者概念の生成
- III ドイツにおける労働者概念の生成
- IV 日本における労働者概念の生成
- V まとめ

## I 本稿の目的

労働者概念が今揺らいでいる。請負、委託など労働契約以外の契約の下で役務に従事する者が増加し、この労働者性があいまいな者への労働法の適用が問題となっているからである。

この問題の解決のためには三つの選択肢があると思う。一つは個々の労働法規の趣旨・目的に従って労働者を別々に定義して保護規範を適用す

る立場（労働者概念の拡張または多様化）、第二にすべての労働法規が適用される統一的労働者概念を基礎としながら、保護の必要な者を労働者類似の者として位置づけて労働法規範の拡張をはかる立場（労働者と自営業者との間の第三のカテゴリ創設）、そして第三に請負、委託等の個人で労務を供給する関係（広義の雇用関係）を含む体系への再編をめざす立場（労働法の対象の再定義）がそれである<sup>1)</sup>。

本稿は、こうした問題意識の下で、イギリスとドイツにおける労働者概念の生成・展開をふまえながら、日本における労働者概念の生成とその意義を検討するものである。

ごく一般的にいえば、労働者とは労働関係（雇用関係）の一方当事者として、相手方との合意に基づいて労働に従事する者である。しかし、法的

概念としての労働者は、労働者を保護するために制定された労働諸法規の適用がなされる者、すなわち、労働法の適用対象者である。

初期労働法は、その適用対象者を、職人、農業労働者、工場労働者（職工）、鉱夫、官吏、建築職人、日雇など個別具体的に挙げて適用されていた。そこには、雇傭、請負が未分化で、多様な労務供給契約下で働く者も広く含まれていた。労働法が発展するに従い、適用対象者のリストが追加され、次第に労働者は抽象的に定義されるようになる。それとともに、労働者の意味内容は純化され、概念化された。

本稿が主として検討するのは、制定法の適用対象者たる労働者と労働契約に基づく労務提供債務者たる労働者の歴史的相克である。労働者概念の生成という広大なタイトルにもかかわらず、主たる関心を上記の点に絞ることは、羊頭狗肉の感があるがお許しいただきたい。

また、この限られた論題を検討するとしても、イギリス、ドイツ、日本の労働保護法、労働団体法および労働契約法に関する比較法的・法史学的実証は不可欠である。本稿は、内外の多くの実証研究に依拠したが、筆者の能力不足から、初歩的な誤りに陥っていないかおそれるものである。なお、労働者、被傭者、雇用、雇傭、労働契約その他用語について不統一の面があるが、実証研究の用法を尊重したためあえてそのままとした。

## II イギリスにおける労働者概念の生成

### 1 工場法と労働者概念

18世紀に入ると、熟練職業の雇職人の労働組合が活発に活動し、これに対して、1799年、1800年に包括的な団結禁止法が制定された。1800年法が対象としていたのは、製靴工、製鉄工、造船工、製縫工などの個々の職人であった<sup>2)</sup>。

労働者保護を目的とした制定法の始まりは1802年工場法（Statutes at Large, C. 73）であった。これはその後、数回改正が繰り返されたが、規制内容は、年少者、女子の就業時間制限、児童の労働禁止などで、雇用関係を規制するものでは

なかった<sup>3)</sup>。

工場法は、一貫して、その対象を主に年少者、児童、女子に限定していた。工場法はその適用対象を「女性、年少者又は児童にして、工場において賃金目的の如何を問わず、作業において又は作業に使用する工場の一部を掃除することにおいて又は機械若しくは設備の部分を掃除し又は注油することにおいて又はその他の種類の作業において使用されている者は、作業に付随して若しくはこれに関連しているか、又は製品に関連しているかどうかを問わず、又はその他の工場内の作業項目に関連しているかを問わず、本法に別段の規定がある場合を除いて、本法又はこれに基づく手続の適用上工場内で使用されている（employed）者とみなす」（1937年工場法152条4項）と定義していた。工場法が定める労働者は、工場法の目的に従って独自に定義されたものであり、雇用関係上の労働者概念に影響を与えるものではなかった。

### 2 主従法における労働者

イギリス雇用関係法は18世紀中葉の初期「主従法」（Master and Servant Act）を出発点とする<sup>4)</sup>。それは、1563年のエリザベス「職人規制法」<sup>5)</sup>の適用対象者を統合したもので、当時のほぼすべての産業・職業の労働者をその適用範囲に収めた点で画期的な意味をもっていた<sup>6)</sup>。

初期主従法の主要な雇用契約規制は、労働者による契約の履行を刑罰によって強制することにあった。初期主従法には対象労働者および規定形式に関して異なる二つの系列があった。

第一の系列の法が対象としたのは、長期拘束的雇用慣行であり、その規制は、契約期間満了以前の労務放棄を処罰するものであった。これに対して、第二の系列は、中心作業場と農村家内工業的外業部という二重の構成をもつ雇用関係を対象とし、下請関係において引き渡された仕事の完成を怠ることを処罰することであった<sup>7)</sup>。そして、後者は、狭義の雇用契約から請負契約に至る多様な労務供給契約を規制対象としていた。

1765年法は適用対象者を、「1年間もしくはそれより長い期間で雇用される、一定期間もしくはその他の態様で雇用される職人、手工業職人、石

炭運送人夫、採掘夫、ガラス工、陶器工、およびその他のレーバラー (and other labourer)」と定義した。そこでは、労務を提供する者(被用者型労働者)と、一定の目的のため労務を提供する労働者(請負型就業者)が未分化のままであった。

1823年主従法は、初期主従法と同様に、雇用契約規制法としての性格をもつが、ここで初めて「雇用契約」という用語が登場し、規制形式の明確な変化をみることができている。適用対象者は個々の職種の労働者でなく、雇用契約下で働く者というように一般化された。

さらに、初期主従法は多様な労務供給契約を規制対象としていたが、1823年法の適用範囲をめぐって、判例は、雇用契約の意味をより厳格に捉えることになる<sup>8)</sup>。

1829年のハーディ対ライル (Hardy v. Ryle) 事件において、ベイリー判事は、主従法の適用対象者の「その他のレーバラー」について、「当事者が制定法の範囲内にあるためには、制定法に列挙された職種の労働者であるばかりではなく、雇用契約を締結し、その労務に就いていなければならない。——しかし、雇用契約と一定の代価で特定の仕事をなすことを目的とする契約との間には明確な相違がある。当事者がサーバントであるためにはその人が一人の雇主のもとに排他的にいるというのでなければならない」と述べた。

裁判所は、雇用契約の特質を「排他的労務提供」に求め、請負型就業者は、雇用契約の一方当事者ではないという理由で、その適用が排除された。これにより、適用対象者は「雇用契約」の一方当事者としての雇用型労働者に収斂した。

1867年法は、雇用契約の当事者をこれまでの「マスター」「サーバント」から「使用者」(employer)と「被用者」(employed)に変更した。

この法は、その適用対象である「雇用契約」(contract of service)を「成文であろうと口頭であろうと、一定期間勤務し、一定の労務を遂行する契約」と定義した。これは、「排他的に労務を提供すること」を内容とする雇用契約と「一定の代価で特定の仕事をなすこと」を内容とする契約(請負契約)の双方も含むものであった<sup>9)</sup>。しかしながら、1867年法3条は、その適用範囲を「第

1附則に列挙した諸制定法の意味の範囲内における」「雇用契約」およびそれらの制定法が適用される「事案」に限定した。その結果、適用対象者は、すでにみたように、雇用型労働者に限定されたままであった。

### 3 コモンロー雇用契約法と被用者

1867年法及びその後制定される1875年「使用者・労働者法」(Employer・Workman Act)は、その適用対象から、家内奉公人や事務員などのより高い地位の労働者を除外していた。制定法の適用から除外された者の雇用契約規制は、コモンロー裁判所が担い、コモンロー雇用契約法が形成されていく。

コモンローによって展開された雇用契約法は、労働時間をすべて雇い主に委ねる家内奉公人を中心に展開された<sup>10)</sup>。コモンロー裁判所は、1845年のターナー対メイスン (Turner v. Mason) 事件において、無制限の服従義務(使用者の指揮命令権)を労働者の義務として承認する<sup>11)</sup>。

高い地位の労働者は、制定法の適用対象であるサーバントではなく、「被用者」(employee)と呼ばれた<sup>12)</sup>。「被用者」は使用者に対して「排他的な労務提供」義務を負うものであった。コモンロー裁判所が「排他的な労務提供」の存在を判断する基準として用いたのは使用者の指揮命令を意味する「コントロール」テストであった。

「コントロール」テストの起源は、サーバントの不法行為法上の「使用者責任」(vicarious Liability)が問われた事案であったが、19世紀に頻りに用いられたのは使用者・被用者間の契約紛争であった。1873年の国王対ネガス (R.v.Negus) 事件で、ブラックバーン判事は、サーバントの「時間がすべて充てるよう義務付けられていたら、そのことはコントロールの下に置かれていることの強い証拠となるであろう」と述べた。

かくして、1880年のイーヴェンス対ノークス (Yewens v. Noakes) 事件において、ブラムウェル判事は、労働者 (servant) とは雇用契約の下で「仕事のやり方について使用者の指揮命令に服する者」と定義し、使用者のコントロールこそがその本質的要素としたのであった。

### Ⅲ ドイツにおける労働者概念の生成

#### 1 営業法と労働者

労働者保護を目的とした法律の沿革をたどると、1839年のプロシヤの年少者労働に関する法に遡る。これは主に9歳未満児童の工場・鉱山などでの就業禁止、9歳から16歳までの年少者の1日の最長就業時間を10時間に制限し、夜業（午後9時から午前5時）、日曜・祭日就業を禁止するものであった<sup>13)</sup>。

一般的な営業に関する規制は1845年のプロイセン一般営業法からはじまるが、これはドイツの各領邦に広がり、1869年の北ドイツ連邦「営業法」(Gewerbeordnung)第7編に集約される<sup>14)</sup>。

第7編はその適用対象者を、「助手」「副手」「徒弟」「工場労働者」(Fabrikarbeiter)などの具体的な職業名を挙げて特定し、これを総括するものとして「営業的労働者」(gewerbliche Arbeiter)という表現を用いた。

それは、肉体労働者(Arbeiter)に限定され、知的労働の担い手である職員(Angestellte)を含まないものであった。ところが、ウィルヘルム2世の改革により制定された1891年営業法(RGBl. S.271)は、「商業助手」(Handlungsgehilfe)、「経営職員」(Betriebsbeamte)など、職員に属する者にまで適用範囲を拡大した。これによって、ドイツ労働法は職員を含む統一的労働法へと歩み始めたのであった<sup>15)</sup>。

1869年営業法は、児童、年少者の就業規制にとどまらず、プロイセン一般営業法の団結禁止規定の廃止(152条)<sup>16)</sup>および以下の工業主・労働者間の労働関係を規整する規定を含んでいた。

105条は、「独立の営業的経営者と営業的労働者との間の関係は、当事者の自由な合意によって決定される」と規定し、営業的経営者・労働者関係における合意原則を定めた。さらに、助手、副手について、109条で使用者の指揮命令(Anordnung)の権利を規定し、110条から112条において解雇規制、解約告知期間を定め、107条において労働者の生命・身体の保護などを規定していた。これらの規定は127条によって工場労働

者にも準用されている。労働関係の規整は、1891年のライヒ営業法に受け継がれた。

当時の学説は、営業法を公法として位置づけ、営業法が定める義務に私法的効力を与えることを拒否した。学説は、営業法に定める保護義務の履行請求権を労働者に認めず、ただ、この違反があった場合、民法823条の不法行為を理由とする損害賠償請求のみ認めたのであった<sup>17)</sup>。

1891年営業法は営業的労働者を明文で定義していないが、学説は、これを「営業的企業内で契約関係(Vertragsverhältniss)に基づき、助手、副手、徒弟、経営職員、手工業親方、技師、工場労働者または営業的事業(gewerbebetrieb)のためにこれと同等な地位として使用されている(beschäftigt werden)者」と定義している<sup>18)</sup>。これは、営業的労働者について、「営業的事業のためにこれと同等な地位として使用されている者」というように範囲を広げた規定となっているが、基本的に、職種で適用対象者を特定したものである。営業的労働者がいかなる契約によって基礎づけられるか明らかではないが、雇用契約に限定されたものとは思われない<sup>19)</sup>。

#### 2 ドイツ民法典と被傭者

19世紀には、労働関係を規制する法律はプロイセン一般ラント法(1794年)が、農業労働者、鉱山労働者などの特定の職種の契約を規定するのみで、一般的雇傭契約法は発展していなかった<sup>20)</sup>。

一般的雇傭契約法は1900年に施行されたドイツ民法典が初めて規定した。19世紀の法律学は、ローマ法の個人主義的伝統のもとにあったために、1888年のドイツ民法典第1草案は、雇傭を賃貸借ととらえるローマ法から受け継いだ区分を用いて、労務供給契約を請負(locatio conductio operis)、雇傭(locatio conductio operium)そして委任(nudum pactum)に三分した。請負は仕事完成を目的とした契約、雇傭は労務提供と報酬の交換を目的とした契約として位置づけられ、従属労働の観念は存在しなかった。

すでに営業法は労働者の生命・健康に対する保護措置を工業主に課していたにもかかわらず、ドイツ民法典第1草案は、これに対応する規定を含

んでいなかった。ギールケ (Gierke) の第 1 草案に対する批判 (1889 年) によって、初めて、立法者は労働者に対する保護義務 (現行民法典 618 条) を受け入れたのであった<sup>21)</sup>。

ギールケが雇傭の起源をドイツ古来の「忠勤契約」(Treudienstvertrag) にもとめたことをきっかけに<sup>22)</sup>、学説は、労働契約を雇傭契約と分離し、労働契約を単なる労務提供・報酬の交換関係にとどまらず、なによりも、忠実・配慮の原則に支配される人的共同体を創設するものとしたのであった<sup>23)</sup>。かかる意味の労働契約の一方当事者が「被傭者」(Arbeitnehmer) となるのである。

### 3 労働関係と被傭者

被傭者は、20 世紀初頭、肉体労働者と精神労働に従事する「職員」の上部概念として生成する。そして、使用者と被傭者の関係は労働関係と呼ばれる。

学説は、労働法を被傭者の特別法と定義し、被傭者概念を労働法の中核に置くが、労働契約との関連で労働関係(「従属労働関係」)をどのように捉えるかをめぐって激しい対立が発生した<sup>24)</sup>。すなわち、いわゆる「契約説」と「編入説」の対立である。契約説に立つフーク (Hueck)、ニッパード (Nipperdey) によれば、労働関係を基礎づけるのは労働契約だけであり、事業所への編入は不要である。労働者は、「私法的契約またはこれと同視できる法律関係に基づいて他人のために労働給付を義務付けられる者」であり、他人のために労働給付することから、使用者の指揮命令に服する義務から生ずる人的従属性 (persönliche Abhängigkeit)こそが労働者性の本質的要素とされる<sup>25)</sup>。

これに対して、「編入説」は、労働関係を基礎づけるものは事業所への組入れ (Eingliederung) だとする<sup>26)</sup>。編入説は、その内容は学者により多少異なるが、ジンツハイマー (Sinzheimer)<sup>27)</sup> は、労働者を事業所への組入れによって生ずる事実的结合関係の一方当事者と捉える。編入説は、労働保護法のように事実的労働関係に適用される法領域、労務供給請負人により供給された労働者と使用者との法的問題を解決する法領域において

有益であった<sup>28)</sup>。

裁判所は、早くから契約説の立場を受け入れた。ライヒ労働裁判所 (RAG) は、「私法的雇傭契約の枠内で使用者に人的および経済的に従属している労務提供義務者が使用者の決定に従って非独立的労働を行わなければならない場合」労働者性が肯定されるとしたのである<sup>29)</sup>。

これは戦後において連邦労働裁判所 (BAG) にも受け継がれた。放送局が以前雇っていたバンドマスターにダンスオーケストラを組織させ、専属的に録音・演奏をさせ、放送局とダンスオーケストラの団員との間の「間接的労働関係」の有無が争われた事案で、BAG 第 3 法廷 1958 年 8 月 8 日判決は、労働関係とは「それを理由として個人 (労働者) が他の者 (使用者) に対して人格的に従属して労働を給付する義務を負うような法律関係」だとしたうえで、「そうした義務の基礎づけには意思の合致を必要とし、労働関係の成立には、したがって、労働契約を必要とする」と判示した<sup>30)</sup>。

### 4 被傭者概念の生成

ドイツ労働法は、当初、農業労働者、鉱業労働者、工業労働者の個々の職業に従事する者の特別法として発生した。労働保護法が適当される個々の職業のカタログは、その後徐々に拡大していったが、一般的な概念は形成されなかった。

ドイツ民法典の成立によって雇傭契約の概念が成立したが、これは現実の労働関係を規整する法形式として拒否された。ドイツ労働法学は、雇傭とは別に、労働法の適用対象者を当事者とする労働契約という用語を案出する。ところが、法律の適用対象者としてどの範囲の労働者まで包含するか決めることは極めて困難な問題であった。

この解決には二つの選択肢があるとフーク、ニッパードは言う。一つは、被傭者概念を厳格に捉え、すべての労働法規範が適用される者だけを被傭者とし、それ以外は、家内労働者、労働者類似の者という概念を設けて、労働法の一部を適用するという立場である。他は、何らかの点で労働法の適用が問題となる者を被傭者と捉える立場である。この立場では、被傭者概念をできるだけ

広く捉えることが可能となるが、統一性をもたないことになる。フーク、ニッパードによれば、ドイツ労働法学、判例は前者の立場をとったのである<sup>31)</sup>。

## IV 日本における労働者概念の生成

### 1 雇傭法における労働者

明治初期において、雇傭契約は、医師・弁護士・学芸教師との間に結ばれる高級労務供給契約、娼妓・芸妓・飯盛・茶立などの人身売買的な年季奉公契約、それ以外の普通労務供給契約の三種に分かれていた<sup>32)</sup>。普通労務供給契約は、さらに、継続的労務供給契約と非継続的労務供給契約に分かれ、前者には弟子奉公契約と平常奉公契約、後者には日雇契約・職人契約が存在した。明治政府は、明治5(1872)年のいわゆるマリア・ルス事件<sup>33)</sup>を契機として人身売買的な契約を禁止し、年季奉公の上限を5年、通常の奉公人は1年とした(太政官布告第295号)。

明治前期には、労働者には「奉公人」および「雇人」(傭人)の名称が一般的に用いられた。明治23(1890)年公布された旧民法は、「雇傭人」なる名称を使用したが、これは一般的称呼とはならなかった<sup>34)</sup>。雇人の定義をめぐって明治政府の立場は揺れ動いたが、「新律綱領」「改定律例」などの明治初期の刑法が身分関係のより濃い雇人については刑罰を加重する規定を設けていたため、司法省は「雇主雇人相許諾シテ一月以上ノ期限ヲ定メ雇使スル者ハ雇人ヲ以テ論ス」と定義した。この定義に従えば、雇人は契約の一方当事者で、雇用期間一か月以上の者である。それは主従的な身分関係が濃い者を意味した<sup>35)</sup>。

明治10年代後半に各地で職工徒弟条例が制定されたが、これは労務提供義務の履行を刑罰により強制することを主たる目的としていた。明治20(1887)年農商務省は「職工条例案」「職工徒弟条例案」を起草したが、発表されることがなく廃案となった<sup>36)</sup>。

明治政府は早くから民法典の編纂を準備していたが、当初はフランス民法の「敷写」にすぎず、

雇傭・請負は賃貸借の一種とされていた。本格的な民法典編纂はボアソナードの下で着手される。ボアソナードが起草した民法典(旧民法典)は明治23(1890)年に公布され、初めて雇傭契約に関する規定を設けた<sup>37)</sup>。

旧民法典「財産取得編」第12章は「雇傭及ヒ仕事請負ノ契約」という表題の下に雇傭契約を、当事者の一方が「年、月又ハ日ヲ以テ定メタル給料又は賃銀ヲ受ケテ労務ニ服スル」契約と定義した(旧民法典260条)。他方で、仕事請負契約について「工技又ハ労力ヲ以テスル或ル仕事ヲ其全部又ハ一分ニ付キ予定代価ニテ為スノ合意ハ注文者ヨリ主タル材料ヲ供スルトキハ仕事ノ請負ナリ」と規定した(同275条)。

旧民法典は、明治初期のような雇傭期間による区別を捨て、労働者を「使用人、番頭、手代、職工ソノ他雇傭人」というように当時の具体的な職業に従って規定し、これに雇傭の規定を適用した。また、266条で適用対象外の者を「医師、弁護士、学芸教師」など具体的に列挙した。それは高級労務の提供者は雇傭から除外するというローマ法の伝統に従ったものであった。

しかし、旧民法典はいわゆる法典論争の故に施行されず、新たな民法典編纂のために明治26(1893)年、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎の三人が起草委員に任ぜられた。そして、雇傭・請負の章は穂積、委任の章は富井が起草にあたった。

この三人の起草による民法典は明治31(1898)年に公布施行された(現行民法典)。ここで、雇傭は、当事者の一方が労務に服することを約し、相手方がこれに対して報酬を与えることを目的とするものと定義され(623条)、請負、委任と並ぶ労務供給契約の一類型として位置づけられる。雇傭は労働そのものを目的とし、請負は労働の結果を目的とする。これに対して、委任は雇傭との区別をめぐって規定化が難航した。

現行民法典は、高級労務と普通労務の区分を廃止し、労務に服する者をすべて「労務者」と表現した(この用語は、平成17(2005)年の民法の現代語化に関する改正により「労働者」と変更された)。また、旧民法典のように、労務者を具体的な職業をもって詳しく規定していない。さらに、請負に

ついて、旧民法典のような予定代価の要件を、現行民法は削除した<sup>38)</sup>。

総じて、現行民法典は契約自由を尊重するものであり、雇傭関係を単に労務提供と報酬の交換関係にとらえ、当時の社会的実態を踏まえた労働者保護の視点を欠いていた。起草者が雇傭の定義にあたって「労務に服する」という表現を用いたのは、単に労働に従事することを意味し、使用者の指揮命令に服するという意味を含むものではなかった<sup>39)</sup>。

## 2 工場法と職工

わが国の最初の労働保護法である工場法は明治44(1911)年に制定され、大正5(1930)年に施行された<sup>40)</sup>。工場法は、常時15人以上の職工を使用し、事業の性質危険または衛生上有害のおそれがある工場を適用範囲とし、12歳未満の者の就業禁止、15歳未満の者および女子については1日12時間を超える労働の禁止および午後10時から午前4時にいたる深夜業の禁止、休日・休憩時間の法定、さらに、危険有害業務への就業禁止を定めていた。また、工場法15条は、労働者一般について、業務上の傷病死について、本人またはその遺族に対する扶助制度を導入した。

雇傭契約に関する規定は本来民法の定めるべきものであるが、雇傭契約に「随伴シテ社會上ノ弊害アルトキハ特別ノ法令ニ依リテ之ヲ矯正スルノ要アル」<sup>41)</sup>との理由から、17条は、「職工ノ雇入、解雇、周旋ノ取締ニ関スル事項ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム」と規定し、大正5(1916)年の施行の折に発せられた「工場法施行令」「工場法施行規則」が契約保護に関する詳細な規制を置いた。

工場法施行令は、14日前の解雇予告または予告手当(施行令27条の2)、労働者の帰郷旅費の工業主負担(同27条)、賃金の通貨・毎月支払い(同22条)、雇入れ時における違約金又は損害賠償予約の禁止(同24条)などを規定している。工業主がこれに違反した場合は私法上の効力を生ずる。

さらに、大正15(1926)年の改正時に、工場法施行令27条の4、同施行規則12条は、初めて就業規則に関する詳細な規定を設けたのであった<sup>42)</sup>。これによって、工場法は、使用者に対する公法上

の義務のみならず、私法的義務を課したのであった。その意味で、工場法は付随的に雇傭関係に関する私法的性格を有することになる。

工場法は「職工」を適用対象者としている。行政の解釈例規は、「職工とは主として工場内に在りて工場の目的とする作業の本体たる業務に付労役に従事する者及直接に其の業務を助成する為労役に従事するものを謂ふ」(大正5年10月16日商局第1182号)<sup>43)</sup>と定義している。

この定義の要点は、業務が工場の目的とする作業の本体たることおよび助成する業務たる性格(業務性)にあり、工業主・職工間の雇傭関係の存在および有償性は必要条件ではなかった<sup>44)</sup>。「工場の業務に従事する者にして其の操業が性質上職工の業務たる以上は雇傭関係か直接工業主と職工との間に存すると或は職工供給請負者、事業請負者等の介在する場合とを問はず一切其の工業主の使用する職工として取扱ふものとす」(大正5年11月7日商局第1274号)というように、直接の雇傭関係がない場合であっても、使用関係は認められた。

ところが、上記のように解すると、工場法施行令27条の2は「工業主職工ニ対シ雇傭契約ヲ解除セムトスルトキハ少ナクトモ14日前ニ其ノ予告ヲ為スカ又ハ賃金14日分以上ノ手当ヲ支給スルコトヲ要ス」と規定しており、ここでいう「雇傭契約の解除」をどう解釈すればよいのかという疑問が生まれる。

行政解釈は、同条にいう「雇傭契約なる語は形式上の誓約書等に関することなく事実上の使用関係を謂ひ雇傭契約の解除とは工業主の一方的意思に依り雇傭関係を終了したものを謂ふ」と述べ、さらに、「請負人の供給するものと雖も事実上特定せられかつ相当継続して使用せらるる場合には事実上期間の定めなき雇傭関係成立したものとみるべくその雇入れの停止は事実上契約解除とみることを要する」(昭和8・11・1発労第110号)として、労務供給請負人により供給された職工であっても「事実上特定」された場合は、本条の適用があるという。

以上の行政解釈をみると、雇傭関係を「事実上の使用関係」で足りると解したものと見えよう。

この点、裁判所は職工をどのように捉えていたか。

被告人が社員全員と出資し組合を結成し、この社員のうち3名（14歳から使用）について職工名簿等を調整していなかったことが、工場法違反に問われた事案において、大審院は、「工場法ニ所謂職工トハ工業主ニ對シ從属的關係ニ於テ有償ニ工業的作業ニ従事スル工場労働者ヲ云フ」と述べ、組合員が「被告人ノ指揮監督ノ下ニ組合ニ工場ニ於テ工業的作業ニ従事シ其ノ勞務ニ應シ月給日給及製品出来高等ノ標準ニ依リ毎月其ノ報酬ヲ受ケテ各人生活ノ資ト為シ因テ以テ右組合員タルト同時ニ一面組合ニ從属シテ傭使セラレ居ル事實」から当該組合への工場法の適用を認めたのであった（大審院昭和8年4月14日判決・刑事判例集12巻445頁）。

この事案だけで断定することは難しいが、裁判所は、職工を工業主との有償的従属関係において捉えた点で、行政解釈とは異なる立場を示したものである<sup>45)</sup>。

### 3 労働組合法案と労働者

労働組合の活動は治安警察法17条の下で厳しく制約されていたが、大正に入ってから、労働組合法制定の機運が高まり、大正9（1920）年には内務省、農商務省が二つの労働組合法案を立案した。大正15（1926）年の第51回帝国議会で労働組合法政府案が提案された。これは、労働組合の結成、活動の支援を目的としたもので、労働組合の公認、法人格の付与、団結侵害行為の禁止などを規定していたが、衆議院で審議未了となった。その後、昭和2（1927）年、昭和5（1930）年に政府案が帝国議会で提出されるが、これも成立しなかった<sup>46)</sup>。

労働組合は、必ずしも労働者だけによって組織されるものではないが、その主体は労働者である。そこで、労働組合の主体である労働者とはいかなる者を指すかが問題となる。

第51回帝国議会衆議院大正15（1926）年2月19日本会議において、原惣兵衛門議員が、銀行員、事務員、新聞記者といった精神労働に雇われる者、鉄道・通信の従業員、陸海軍の職工、官吏、学校の教師、俳優道具方、オーケストラのメ

ンバー、下男下女、執事、三太郎、手代、工場法の徒弟は、果たして労組法上の労働者たりうるのかと質問したのに対し、内務大臣若槻次郎は、「此組合法ニ依テ労働者ト称シマスノハ、雇傭契約ノ下ニ在ル筋肉労働者ヲ云フ」と答弁している<sup>47)</sup>。

原議員は、衆議院特別委員会において、再度、車夫など「請負契約ノヨウナ場合若シクハ自由労働者」、土木建築ノ下請負ノ如キ者」が組合を組織している場合、果たしてその組合が労働組合といえるのか尋ねている。長岡政府委員は、これに対し、いかなる者が労働者であるかは社会常識、社会通念により決定すべきであり、現時点では、雇傭契約の下にある筋肉労働者をいうと繰り返している<sup>48)</sup>。

昭和6（1931）年の第59回帝国議会においても、「労働者」の意義が論議された。自分で車を以って自分で車を引く車夫は労働者かという間に、政府委員は、「自ら自己ノ投資ニ於テ働キマス者ハ茲ニ所謂労働者ノ定義ニハ入ラナイ」とのべている。また、小作人については、「小作人ハ地主カラ土地ノ貸付ヲ受ケマシテハ、自ら小作ニ従事スル者デアリマスカラ、地主ニ雇ワレテ居ルト云フ觀念デアリマセヌ」ので、労働者ではないと答弁している<sup>49)</sup>。

労組法案における労働者性をめぐる審議において、議員による批判を再三うけながら、政府は、一貫してこれを雇傭契約の下で労働に服する筋肉労働者としている。これにより、請負契約の下で労働する者又は自ら投資して働く者は労働者性を否定されたのであった。

### 4 戦後労働立法と労働者

昭和20（1945）年に成立し翌年に施行された労働組合法（旧労組法）3条は「本法ニ於テ労働者トハ職業ノ種類ヲ問ハズ賃金、給料其ノ他ニ準ズル収入ニ依リ生活スル者ヲ謂フ」と規定し、はじめて、労組法上の労働者を明文で定義した。

戦前の労組法案が労働者を肉体労働者に限定していたのに対して、ここでは俸給生活者までをその範囲を加えたのであった。小作人は、戦前と同じく労働者の範囲から除外されたが、請負業者、家内労働者は労働者の範囲から除外されな



かった。衆議院労働組合法案特別委員会の昭和20(1945)年12月13日会議において、時間も制限せられずに一箇幾らで請合つて仕事をする請負業者は労働者にあたるかとの質問に対して、芦田均厚生大臣は「御解釋の通りであります」と答弁している<sup>50)</sup>。

衆議院労働組合法案特別委員会(12月11日から14日まで開催)の委員長添田敬一郎は、昭和20(1945)年12月14日の衆議院本会議において、委員会の議論を総括して、「本法が小作人組合等に適用ありやとの質問に對しましては、本法は使用従属関係にある被傭者に適用するものがある等の理由に依り、是は別途處理せられるものである」としている。添田は昭和6(1931)年の労組法案審議のときやはり特別委員会の委員長として報告しているが、ここでは労働者を「使用従属関係にある被傭者」と報告したのである。

昭和22(1947)年、労働基準法は9条において労働者を「職業の種類を問はず、前条の事業又は事務所(以下「事業」という。)に使用される者で、賃金を支拂われる者をいう」と定義した。労組法3条と多少その範囲を異にしているが、適用対象者を、職業の種類を問わず広げたものとなっている。

労働基準法案を審議した衆議院特別委員会(昭和22(1947)年3月15日)において、政府委員寺本廣作は、内職従事者の労働者性に関して「内職といいますが、それが、純然たる請負の恰好でやつておりますが、それとも雇主との関係で使用従属関係、雇傭関係があるかどうかというような、個々の問題を調べて見ませんと、一概に内職がこの法律の適用からはずれるとも申しかねるのであります」と述べている。ここでも、労働者概念を使用従属関係を基準として捉え、請負の形式は判断の決め手にならないとされた<sup>51)</sup>。

かくして、戦後労働立法は、その適用対象者を使用従属関係を基準に概念化することになる<sup>52)</sup>。しかし、使用従属関係が請負契約、雇傭契約、労働契約とどのような関係にあるのか、不明確なままであった。例えば、立法に深くかかわった末弘巖太郎は、労働契約を雇傭と峻別したうえで、「個々の労働者が使用者に使われて従属的關係に

入る契約」だとした<sup>53)</sup>。

昭和37(1962)年、我妻栄は、使用者の指揮命令権が生ずる点に雇傭の特色があり、その点で労働法によって規律される労働契約と雇傭は同一であるとした。そして、当事者間には「ある程度の人格的な結合関係が生ずる」としたうえで、雇傭はすべて労働法原理によって規律されるべきものである、としたのであった<sup>54)</sup>。この我妻説の下で、労働者は、雇傭契約の一方当事者となり、かつ、労働法の適用対象者となったのである。我妻の学問的権威を通じて、この説が以降、民法学・労働法学で通説化する。私は、ここにおいてわが国における労働者概念の生成をみるのである。

## V まとめ

石田眞は、企業組織と就業形態の歴史的変動モデルを3段階に分けている。第1段階は、繊維産業、炭鉱業、家内雇用などの多様な生産形態が併存し、これに合わせて狭義の雇用と請負など多様な労務供給契約が未分化に混在した時代である。第2段階は機械制大工業が発展し、企業組織の大規模化が進んだ時代にあたり、請負、委任から区別された雇傭が支配的となる。第3段階は、現在で、業務の外部化が進み、これに合わせて就業形態の多様化が再び拡大する<sup>55)</sup>。

このモデルに従うと、労働者概念の生成は第1段階から第2段階への移行を象徴するものといえよう。石田はこのモデルを主にイギリス雇用法の発展を素材に案出したが、各国の展開はいくらかの偏差をもっている。

日本においては、工場法は多様な就業形態をふまえながら、事実上の使用関係にある者を適用対象者とした。労組法案審議の過程において、雇傭契約下の労働者を適用対象者とする立場が有力だったが、それはついに法律となることはなかった。戦後において、労働組合法、労働基準法は、使用従属関係にある者を適用対象者として、労働者概念は一応収れんするが、雇傭、労働契約との関係には不明確なものを残していた。我妻栄が労働契約と雇傭を同一とすることによって、わが国における労働者は概念化の過程を終えることにな

る。

- 1) Freedland and Kountouris, The Legal Characterization of Personal Work Relations and the Idea of Labour Law, in Davidov & Langille (edit.) The Idea of Labour Law, 2011, p.202.
- 2) シドニー・ウェッブ, ピアトリス・ウェッブ『労働組合運動の歴史』上巻(日本労働協会, 1973) 87頁。
- 3) 小宮文人『イギリス労働法』(信山社, 2001) 7-8頁, 戸塚秀夫『イギリス工場法成立史論』(未来社, 1966) 288-289頁。
- 4) 初期主従法は, 1720年法から1823年法までの制定法をいう。詳細は, 石田眞『近代雇用契約法の成立』(日本評論社, 1994) 18-21頁参照。
- 5) エリザベス「職人規制法」は, 1349年の「労働者規制法」を起点とする先行の労働諸立法を集大成したものである。
- 6) 石田・注4) 前掲書 82頁。
- 7) 石田・注4) 前掲書 38-50頁。
- 8) 石田・注4) 前掲書 86頁。
- 9) 1875年の「エンプロイヤー・ワークマン法」も1867年法と同様に定義をしている。「労働者(Workmen)とは, 家内奉公人を含まず, 労働者, 農業奉公人, 雇職人, 職人, 手工業職人, 炭鉱夫その他の肉體労働に従事する人にして, その年齢に係らず, 本法の制定の前後を問わず, 雇用契約又はいかなる仕事をも自分で行う契約の如何を問わず, 使用者との契約をなしたまたはその契約の下で労働する者をいう」。
- 10) 森建資『雇用関係の生成——イギリス労働政策史序説』(木鐸社, 1988) 238頁。
- 11) 森・注10) 前掲書 158頁。石田・注4) 前掲書 174-175頁。この事件は, 家内奉公人が危篤の母親に会いたいと雇主に夜間の外出許可を申し出たが, 雇主が許可を与えなかったため無断で職場を離れたことが, 即時解雇の正当事由になるかが争われた。
- 12) Deakin, Legal origins of wage labour: the evolution of the contract of employment from industrialization to the welfare state, in The Dynamics of Wage Relations in the New Europe, 2000, p.36.
- 13) 19世紀から20世紀前半までのドイツ労働法の発展については, Kaufhold, 150 Jahre Arbeitsschutz in Deutschland, Arbeit und Recht 1989, S. 225-228. 橋本陽子「労働法・社会保険法の適用対象者(二)」法学協会雑誌 120巻8号(2002) 1-51頁参照。
- 14) Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund, Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes Band, 1869, Nr.26, S.245-282.
- 15) Münchner Handbuch Arbeitsrecht, Bd.3, 3.Aufl.S.11 (Richardl).
- 16) 1869年営業法 152条の成立過程と意義について, 西谷敏『ドイツ労働法思想史論』(日本評論社, 1987) 65-80頁参照。
- 17) Söllner, Der industrielle Arbeitsvertrag in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhundert, Wilhelm (heraus), Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, 1972, S.301.
- 18) Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, Bd.2, 5.Aufl.1907, S.5
- 19) Landmann, Ebendaは, その初版において「雇傭関係」という表現を用いているので, 雇傭契約を意味するようにみえるが, 営業的労働者の一種である「工場労働者」を「工場の空間内で使用されること」と定義していることから(同書 318頁), 雇傭に限定されないとみるべきであろう。
- 20) 橋本・注13) 前掲論文 2-4頁。
- 21) Söllner, a.a.O., S.293.
- 22) Gierke, Die Wurzeln des Dienstvertrages. この詳しい内容は, 末川博「雇傭契約発展の史的考察——ギールケ『雇傭契約の起源』に就いて」『民法に於ける特殊問題の研究』第2巻(1939, 弘文堂) 462-502頁参照。
- 23) Söllner, a.a.O., S.297. 労働契約の概念をはじめて提示したのはロトマル(Lotmar)だったが, 彼の定義した労働契約は雇傭, 請負その他多様な労働供給契約を総括する概念だった。詳細は, 橋本・前掲論文(13) 21-32頁。
- 24) ドイツのワイマール期以前の従属労働をめぐる学説については, 津曲蔵之丞『労働法原理』(改造社, 1932) 171-218頁。
- 25) Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd.1, 1973, S.34-35.
- 26) Kaskel/Delsch, Arbeitsrecht, 5.Aufl.1957, S.24-26. 津曲・前掲書(24) 282頁。
- 27) ジンツハイマー(橋崎・蓼沼訳)『労働法原理』(第2版)(東京大学出版会, 1971) 40頁。
- 28) カスケルは, 両説の折衷案を提示し, 労働保護法のように事実的労働関係を適用対象としている法領域では労働契約による基礎づけは不要としながら, 労働契約法のように労働契約による基礎づけを必要とする法領域では事実的労働関係だけでは不十分だとする。Kaskel/Delsch, a.a.O., S.25.
- 29) Heuck/Nipperday, a.a.O., S.35.
- 30) AP Nr.3zu § 611BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis. 鎌田「ドイツ労働法における使用者責任の拡張」法学新報 100巻2号(1994) 226-230頁。
- 31) Hueck/Nipperday, a.a.O., S.34.
- 32) 服藤弘司「明治前期の雇傭法」金沢大学法文学部論集法経篇 8(1960) 2頁。
- 33) 清国人 231人をのせたペルー国籍の奴隷貿易船マリア・ルス号が故障し, 修復のため横浜港に入港したとき, 船長側の弁護士が, 奴隷契約より, 日本の遊女契約のほうがもっとひどいという主張をして, 日本が人身売買を公認していると諸外国から非難された。
- 34) 服藤・注32) 前掲論文 14頁。
- 35) 服藤・注32) 前掲論文 16, 46頁。
- 36) 矢野達雄『近代日本の労働法と国家』(成文堂, 1993) 46-47頁参照。
- 37) 旧民法典制定に至るまでの経緯, 旧民法典の雇傭法の性格について, 詳しくは, 矢野達雄「日本民法典における雇傭規定の成立」(一)愛媛法学会雑誌 13巻1号(1987) 121頁以下参照。
- 38) 梅謙次郎『民法要義 債権編』(大正元年版の復刻版, 有斐閣) 701頁。
- 39) 鎌田「雇傭, 請負, 委任と労働契約」横井・篠原・辻村編『市民社会の変容と労働法』(信山社, 2005) 159-160頁。
- 40) 厳密に言えば, 労働者保護の端緒は明治6(1873)年の「各寮ニ傭使スル職工及ト役夫ノ死傷賑恤規則」に遡る。これは工部省所管の鉱山, 製鉄, 鉄道等で働く職工などに対する扶助規則を定めたもので, 8年には「官役人夫死傷手当規則」が公布される。9年には工部省は就業時間を12時間以内とする規定を設けたのであった。明治23(1890)年には鉱夫の保護に関する規定を含む「鉱業条例」が公布され, その後, 明治38(1905)年に鉱業条例に代わって鉱業法が制定される。
- 41) 岡実『改訂増補 工場法論』第3版(復刻版)(有斐閣・1931) 681頁。当時, 紡績業を中心に, 労働者側の無知または前借金に目がくらみ不当な契約条件によって契約締結がなされる事例が後を絶たなかった。

- 42) 浜田富士郎『就業規則法の研究』(有斐閣, 1994) 3, 13-16頁。
- 43) 内務省社会局労働部編『労働保護法規並解釈例規』(昭和11年) 25頁。
- 44) 岡・注41) 前掲書 293頁。
- 45) しかし, 行政解釈は, この判決をもってこれまでの行政の解釈と同様であると評価している。内務省社会局労働部編・注43) 前掲書 42-43頁。
- 46) 労働組合法案の作成, 審議状況について, 中窪裕也「戦前の労働組合法案に関する史料覚書」菅野・中嶋・野川・山川編『労働法が目指すべきもの』(信山社, 2011) 207-226頁参照。
- 47) 官報号外・大正15年2月19日衆議院議事速記録第17号 442-443頁。
- 48) 第51回帝国議会衆議院 労働争議調停法他1件委員会会議録第5回(大正15年3月1日) 11-12頁。
- 49) 社会局・第59回帝国議会労働組合法案審議録 329-330頁。吉田社会局長官答弁。
- 50) 第89回帝国議会衆議院労働組合法案委員会昭和20年12月13日。
- 51) 新聞配達人の労基法上の労働者性に関する通ちょう(昭和22年11月27日基発400号)は, 「配達部数に応じて報酬を与えているのは単に賃金の支払形態が請負制になっているだけであって, 一般に新聞配給所と配達人との間には使用従属関係が存在し配達人も本法の労働者である場合が通例である」としている。
- 52) ただし, 労組法上の労働者と労基法のそれを同じと主張しているのではない。労組法上の労働者概念の展開については, 鎌田「労働組合法上の労働者概念の歴史的形成」小宮・島田・加藤・菊池編『社会法の再構築』(旬報社, 2011) 17頁以降参照。
- 53) 法律時報 20巻3号(1948) 15頁。
- 54) 我妻栄『債権各論中巻二』(岩波書店, 1962) 532頁, 540頁, 544頁。
- 55) 石田真「企業組織の変動と雇用形態の多様化」法律時報 75巻5号(2003) 10-12頁。

かまた・こういち 東洋大学法学部教授。最近の主な著作に「労働者の人格的利益と差止請求」山田・石井編『角田先生古希記念 労働者の人格権の研究 上巻』(2011, 信山社)。労働法, 民法専攻。