

# 三当事者間雇用契約に関する一考察

谷 口 聡

## A Study of the Employment Contract among Three Persons

Satoshi TANIGUCHI

### Summary

This paper is about Employment Contract in Civil Law. And this deals with not Labor Law, but Civil Law.

The theories of employment contract which insisted in the Meiji and Taisho period have emphasized that the contract was the problem of two persons, that is, employer and employee. However time has passed and the new employment contracts, like as business transfer, business rental, temporary transfer of employee and temporary personnel service, have been developed in our society. These new employment contracts do not be explained as the contracts between two persons. These are the contracts among three persons.

In this paper it is analyzed the matter up above and insisted to do further discussion concerning the provisions of Employment in Civil Law.

### 目次

- I はじめに
- II 雇用契約についての立法当初の考え方
- III 立法当初の考え方の継承
- IV 雇用契約性質論の展開
- V 近時の学説と民法改正論議における雇用契約
- VI まとめ

## I はじめに

本稿は民法上の雇用契約に関して論ずるものである。雇用契約は使用者と被用者の二者間の契約であるとされてきた。民法623条の冒頭規定に記される当事者は使用者と被用者の二者のみであることはいうまでもなく、民法625条は、その第1項において、「使用者は、労働者の承諾を得なければその権利を第三者に譲り渡すことができない」とし、第2項においては、「労働者は使用者の承諾を得なければ自己に代わって第三者を労働に従事させることができない」と規定している。このことは、使用者と被用者が強い人的に結合関係にあり、使用者の被用者に対する、また、被用者の使用者に対する権利が「一身専属的」なものであることを示していると言える。本稿で論じるように、このことは特に、立法当初強調された点であった。

しかし、昭和も後半の時期に入ると、このような雇用契約の考え方では説明がつかないような雇用契約形態が登場するようになり、議論が深まっていくこととなった。それは、端的には、営業譲渡がなされた場合の雇用契約関係、出向の場合における雇用契約関係、プロ野球選手のトレードの問題、派遣労働契約の問題などである。これらの雇用契約関係は単純に使用者と被用者の二者間の関係として説明がつくものではなく、第三者を含めた関係としての雇用契約を観念しない限り説明のつかない問題である。すなわち、三当事者間の雇用契約という考え方が必要になってきたと言えるものとする。民法上の雇用契約関係はこのように展開を遂げたのである。

ところで、最近における民法の債権法改正論議においては、雇用契約は、あまり重要なものとして扱われてはいない。これは、民法上の雇用契約の詳細な規定は将来的には労働契約法に移してしまえばよいという基本的な考え方に由来するものである<sup>1)</sup>。しかし、単純に、そのような考え方でよいのか、本稿は検討を迫るものである。

なお、周知のとおり、民法上の雇用契約の規定と労働法における諸法規の規定との関係については「峻別論」と「同一論」が存在しているものであり、債権法改正においても密接にかかわる点もある<sup>2)</sup>が、本稿では、民法（債権法）改正検討委員会が「民法上の雇用契約規定は、現在は労働契約について基礎的な法規範としての意義を有している<sup>3)</sup>」という考え方の範囲で検討を展開するにとどめるものである。

## II 雇用契約についての立法当初の考え方

### 1 旧民法における規定

旧民法財産取得編第260条および第266条には雇傭契約について、具体的な雇傭契約の類型が列挙されている。しかし、個別具体的な雇用契約が掲げられているにとどまり、一般的内容が定義されているわけではない。したがって、ここでは旧民法の規定の内容と、それに関係する議論については採り上げないこととする。

### 2 現行民法の立法者の考え方

#### ① 法典調査会の議事

現行民法623条（法典調査会においては629条）の議事で起草者の穂積陳重は、「本条ハ雇傭契約

ノ成立ヲ示シマスル条デアリマス」<sup>5)</sup>としている。

現行民法625条（法典調査会においては632条）の議事で、穂積陳重は、次のように述べている。  
穂積陳重「・・・雇傭ノ関係ハ請負杯トハ自ラ違ヒマスカラ請負ノ場合ニハ權利ヲ讓渡スルコトガ随分出来ルノデアリマス併シ乍雇傭ノ場合ニ於キマシテハ重モ二人ノ関係デアリマスカラシテ夫故二甲ナル人ニ使用サレテ居リマシタ者ガ又一般ノ債權讓渡ノ規則ニ依リマシテ乙ナル者ニ使用サレト云フヤウナ風ノコトハ是レハ禁ジナケレバナラヌコトデアル夫故ニ賃貸借ト同ジヤウナコトヲ此処ニ置イタノデアル或ハ国ニ依リマシテハ第二項ノ他人ヲシテ自己ニ代ハラシムルト云フコトハ急迫ノ事情ガアルトキハ承諾ヲシテモ宜イ或ハ自己ノ履行ガ出来ヌデ公安ヲ害スル或ハ明カニ使用者ノ利益ヲ害スル場合ハ此限ニ在ラズト書イテアル所モ往々ニアリマス併シ乍ラ是等ノコトハ細カキコトニ涉ツテ此処ニ書ク必要ハナイト思ヒマスカラ殆ド賃貸借ト同ジ規定丈ケニ此処ニ止メテ置イタノデアリマス」

これに対して横田國臣が質問をする。

横田國臣「此規則ハ別ニ何モアリマセヌガ何カーツノ業務ヲ讓渡スト云フコトガ随分アル例ヘバ工業デモ何デモ宜イ其時分ニ悉クノ労働者ノ承諾ヲ得ナケレバ之ヲ讓渡セヌト云フヤウナコトガアツタラ非常ニ困ルコトハアリマセヌカト思フ先ヅ少ナクとも手数ハ大變ダ其辺ハ如何々デアリマセウ」

穂積は、これに以下のように答える。

穂積陳重「・・・横田君ノ言ハレルヤウナ場合ニナツタラ此労働者ハ尚ホ困ルダラウト思フサウ云フ場合ニ於キマシテハ前ノ職工ハ続イテ矢張り労働ニ服シテ居リマシタナラバ勿論是レハ新タナ契約ガ出来タモノト見ナケレバイケマセズ大概ノ場合ハ矢張り続ケテ雇フテ貰フコトニナラフト思ヒマス兎ニ角斯ウ書イテ置カヌト一種ノ関係ガ出来テ危険ニ思ヒマスカラ夫故ニ斯ウ書イタノデサウ云フ場合ニハ尚ホ宜カラウト思ヒマス」<sup>6)</sup>

このように、穂積は、営業讓渡のような場合には、被用者の承諾があるものとみなすことを認めていた。その一方で、使用者の権利を讓渡することがその他の分野に及ぶことには警戒感を示していた。

## ② 民法修正案理由書における関係著述

民法修正案理由書においては現行民法625条は、624条として論じられている。

「本条ハ通常特定セル人ノ労働ヲ目的トスル雇傭契約ノ性質ニ本ツク規定ニシテ此法律関係ニ因リテ生シタル權利及ヒ義務ハ一般ノ通則ニ反シ随意ニ之ヲ他ニ移転スルコトヲ許ササル旨ヲ明ニセリ即チ本案第四百六十五条ハ通則トシテ債權ノ讓渡シ得ルコトヲ認ムルニ反シ本条第一項ハ雇傭契約ニ本ツク權利ハ労働者トノ人的関係ニ存スルモノナレハ労働者ノ承諾アルニ非サレハ他ニ之ヲ讓渡スルコトヲ得ストシ・・・」<sup>7)</sup>

使用者の権利讓渡が、債權の場合と異なり、認められないというのが、本規定の趣旨であり、雇用契約が人的関係によるものであるという性質に基づくものであるとしている。

## ③ 『民法理由』から

岡松参太郎は、民法理由において、625条第1項の「理由」として、以下のように述べている。

その内容は、法典調査会において穂積の述べていることと殆ど同じである。

「債権ハ其性質上讓渡ヲ許ササルトキ又ハ当事者カ反対ノ意思ヲ表示シタルトキノ外之ヲ讓渡スルコトヲ得ルヲ以テ原則ト為ス（四六六）ト雖モ雇傭契約ニ基ツキ使用者カ勞務者ニ對シテ有スル債権ハ随意ニ之ヲ讓渡スルコトヲ得サルモノト為ス是レ此債権ハ使用者勞務者間ニ於ケル人的關係ニ存スルモノナレハナリ。然レトモ勞務者ノ承諾アルトキハ使用者ハ其權利ヲ讓渡スニ妨ケナキハ勿論ナリトス。」<sup>8)</sup>

#### ④ 『帝国民法正解』から

明治時代に発行された参考書『帝国民法正解』は立法補助者らが著述し、民法典起草者が校閲したものであるが、625条について次のような釈義がなされている。

「抑モ雇傭契約ハ当事者相互ニ相手方其人ニ着眼シテ之ヲ取結フヲ以テ普通ノ状態ト為スモノナレハ各当事者カ相手方ノ承諾ナキニ拘ハラズ随意ニ他人ヲシテ自己ノ位地ニ代ハラシムルニ於テハ所謂人的關係ニ基ク雇傭契約ノ普通ノ性質ニ悖リ相手方ノ利益ヲ害スルニ至ルヘシ蓋シ本条ノ規定ハ此弊害を予防シ雇傭關係ノ實際ノ事情ニ適セシメントスル趣旨ニ基クモノ」であるとしている。<sup>9)</sup>

雇用契約の普通の性質により、使用者・被用者は自らの地位を他人に無断で譲渡できないものであるとしている。

#### ⑤ 梅謙次郎の『民法要義』から

『民法要義』において梅は、625条の説明において次のように述べている。

「本条ハ雇傭ヨリ生スル債権ヲ他人ニ讓渡シ又ハ其履行ヲ他人ニ託スルコトヲ得ルヤ否ヤヲ定メタルモノナリ蓋シ雇傭ナルモノハ当事者ノ身上ニ着眼シテ之ヲ締結スルヲ常トスルカ故ニ甲ノ為メニ勞務ニ服スル契約ハ取テ乙ノ為メニ勞務ニ服スル契約ニ非ス・・・故ニ雇傭契約ニ於テ人違アルトキハ契約ノ要素ニ錯誤アルモノニシテ其雇傭ハ成立スルコトヲ得サルモノトス」<sup>10)</sup>

さらに625条1項の条文を引用した上で、「勞務者カ当初ニ此承諾ヲ与ヘタルトキハ是レ普通ノ雇傭ニ異ナリ契約ノ目的某ニ對スル勞務ニ在ラスシテ何人ノ為メニカ一定ノ勞務ニ服スルニ在リタルモノト視ルヘク若シ後日勞務者ノ承諾ヲ得タルトキハ場合ニ因リ当初ノ契約ノ解釈上必スシモ某ニ對スル勞務ヲ目的トセサリシモノト視ルヘク又ハ債権者ト目的トノ変更ニ因ル更改ト視ルヘキモノトス」<sup>11)</sup>

特に、注目すべきは、上述引用文後段で、使用者の権利の譲渡を勞務者が当初より承諾している場合には「普通ノ雇傭ニ異ナリ」としている点である。これは、典型契約ではないと言っているとまで解釈できるのか判断に難しい。

また、引用文前段などでは、人違いで雇用契約した場合には要素の錯誤であり契約は成立しないことまで注意書きがしてあり、ここにおいても勞務契約は人的結合において権利義務の「一身専属性」が重要なものと考えられていることがうかがえる。

⑥ 富井政章『債権各論』から

発行年月日は不明であるが、現行民法に関して富井政章が直接記述した参考書『債権各論』からの引用である。

「雇傭ハ全ク人ニ着眼シテ結フ契約ナリ、何某氏ナルカ故ニ其ノ雇人トナス、或ハ何某氏ナルカ故ニ之ニ一定ノ労務ヲナサシムルト云フコトカ常ナリ、故ニ使用者モ労務者モ共ニ、相手方ノ承諾アルニアラサレハ、其ノ権利ヲ譲渡シ又ハ第三者ヲシテ労務ヲ供セシムルコトヲ得ス、而シテ其ノ制裁ハ契約ノ解除権アルコトニ存ス（第六二五条）<sup>12)</sup>

特定の人的結合が雇用契約の性質の一つであることが述べられていると考える。

### III 立法当初の考え方の承継

#### 1 村上恭一、磯谷幸次郎著『債権各論』から

大正時代の参考書、村上＝磯谷の『債権各論』では、「雇傭ノ定義及性質」という節において次のように述べられている。

「雇傭ハ労務者カ使用者ニ労務ニ服スルコトヲ約スルモノナリ 雇傭ニ於テハ必ス労務者カ使用者ニ対シテ一定ノ労務ニ服スルコトヲ要ス是レ雇傭ノ特質ニシテ雇傭ト他ノ契約ト異ナル所ナリ 先ツ労務者ハ契約ノ相手方タル使用者ニ対シ使用者ノ為ニ一定ノ労務ニ服スルモノナリ之ニ反シテ第三者ニ対シ第三者ノ為ニ労務ニ服スルモノハ雇傭ニアラス<sup>13)</sup>

労務者が第三者に服する場合には「雇用契約」ではないと言っている点は注目に値する。そのような契約は民法のその他の典型契約であると言わんとしているのか、それとも非典型契約であると言わんとしているのか解釈の判断が難しい。

#### 2 横田秀雄『債権各論』から

大正時代の参考書、横田秀雄の『債権各論』には、「使用者の義務」という項目で、雇用契約の性質について次のような記述がなされている。

「雇傭契約ヨリ生スル使用人ノ債権ハ専属的ノ性質ヲ有シ其性質上譲渡ヲ許ササル債権ノ一ニ居ルモノナリ何トナレハ労務者ハ雇傭契約ニ因リ其身体ニ羈絆ヲ受ケ使用者ノ指揮命令ニ従ヒ動作ヲ為スモノナレハ使用者ノ何人タルヤハ労務者ノ利害ニ重大ノ影響ヲ及ホスモノニシテ使用者ノ性格如何ニ因リ債務ノ内容ニ変更ヲ来タス場合往々ニシテ之レアルヘキヲ以テナリ<sup>14)</sup>

もちろん、625条における承諾譲渡の場合にはこれをみとめるものである（556～557頁）。ただし、雇用契約の性質について、使用者と労務者が強い絆で結ばれているという趣旨は十分に読み取れるものと思われる。

#### 3 我妻栄の見解

時期は少し離れることになるが、我妻見解を参照したい。我妻栄の『民法講義』においては詳しい論述はないが、「労務給付義務の一身専属性」という項目において、使用者の権限の譲渡について次のように述べている。

625条1項を引用し、「使用者が変更すれば、労務の内容に多少とも変更を生ずる場合が多いのみならず、前段所述のような使用者と労務者との間の人的関係を使用者の意思だけで他の者

との間に移転することを認むべきではないからである」<sup>15)</sup>とする

また、「労務者の承諾をえて使用者がその権利を第三者に譲渡したときは、原則として使用者の地位の移転を生じ、その後の報酬支払債務その他使用者の債務は、譲渡人に移転すると解すべきである。純理よりいうときは、使用する権利だけが移転し、債務は依然として従前の使用者が負担し、債務の引受があつてはじめて債務も移転するというべきであろう。然し、実際には、当事者の意思は、特別の事情のない限り、地位の移転とこれに対する承諾—あるいは、従前の使用者との関係を終了させて第三者との新たな雇傭関係の設定—であるのが普通である(女中を第三者に譲る場合を考えよ)。<sup>16)</sup>」

さらに我妻は、企業の譲渡に関して以下のように述べている。

「企業の譲渡は、原則として、その企業内にある労務者に対する使用者の権利を包括的に譲渡する内容を含むのが常態となっている。・・・一般的な私法理論からいえば、企業の譲渡の合意は、原則として、それに伴う労働契約関係を包括的に譲渡する合意を含む。但し、明瞭な反対の特約があるときは、承継しないことができる。右の契約が効力を生ずるためには、労働者の同意を必要としない。但し労働者は譲受人に対して即時解約ができる。<sup>17)</sup>」

#### 4 林信雄の見解

林見解においては、使用者・労務者間の雇用契約の特質について以下のように述べられている。

「雇用は、労務者自身が労務に服するという点で、みずからの労働力を供給することを必要としない請負と異なっている。他面において、雇用は、みずからの知識・経験・手腕によって、統一した事務を、適当に処理することを契約の内容とする委任とは異なり、労働力を利用する者、つまり、使用者がみずからの権限にもとづき、労務を適宜に配置・按配して、一定の目的を達成しようとするのであるから、労務者は、使用者の指揮・命令に服さねばならないことになる。雇用の重要な特質はここにある。従って、報酬の支払は、使用者の指揮・命令に従った労務の給付そのものに対してなされるのであって、この点において、雇用は、統一した事務の適当な処理に対して報酬の支払われる委任および仕事の完成に対して支払われる請負と異なる特質をもつわけである。」

「雇用は、人に重きを置く契約であるから、労務者においては、原則として、服務につき第三者をして代行せしめざるの義務を生じ、使用者においては、原則として、労務に服せしめる権利を第三者に譲渡しえない(民六二五条一項)。<sup>18)</sup>」

#### 5 末川博の見解

末川教授も短くではあるが、雇用契約の性質に触れながら、以下のように使用者の権限の承諾譲渡について述べている。

「労務者もまた使用者が何人であるかその個性を考慮して契約するのが常であるから、労務義務は、契約当事者たる使用者のみに対する義務である。すなわち、使用者は労務者の承諾があるのでなければ、その権利—労務請求権—を第三者に譲渡することを得ない(六二五条一項)。したがって、無承諾で譲渡する契約をしても、それは無効であつて、従来<sup>19)</sup>の労務義務には何ら

の影響もなく、そのために労務者の解除権が発生することもない。<sup>19)</sup>

## 6 品川孝次の見解

品川教授は、特に、営業譲渡について、使用者の権限の承諾譲渡との関係に触れて次のように記述している。

「使用者も、労務者の承諾がなければその権利（労務者に対する給付せよという請求権）を第三者に譲渡することはできない（六二五条一項）。承諾のない譲渡は、無効である（起草者以来こう解されている）。ただし、物的・人的な組織の整備された現代の企業には、使用者と労務者の強い人的な結び付きを考慮した右のような考え方は必ずしも当てはまらないとして、企業の一括譲渡（営業譲渡）がなされる場合には、反対の特約がないかぎり、雇傭関係も一体として（包括的に）に移転し、労務者の承諾を要しない、ただし、労務者は譲受人に対して解除権を取得する、とするのが多数説である。もっとも、労務者の同意を要するとする説もなお有力である。<sup>20)</sup>

## 7 小括

「一身専属性、強力な使用者労務者間の絆という性質」これこそが典型契約たる民法上の雇用契約なのであり、三者間を前提とする雇用契約等は非典型な雇用契約と解するべきではないか、と立法当初からの見解を見る限りでは言いうるのではないか。

## IV 雇用契約性質論の展開

### 1 幾代通見解

幾代教授は、まず、雇用契約の形態の変化について以下のように述べられる。

「近代資本制経済機構のもとにおいては、一方では個々の雇傭ないし労働契約の人的色彩がしだいに後退し、他方では、民法上の雇傭の使用者なるものが、生身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変様を余儀なくされる、というのが現状である。<sup>21)</sup>

また、プロ野球選手と球団との間の契約における「選手契約の譲渡」ないし「トレード」について、「この野球選手契約の場合にかぎりにおいては、譲渡によって労務の内容に重要な変化は生じないこと、譲受人になる者はごく限られた範囲の者であること、等を考慮すると、譲渡可能の特約を当然に90条違反とみることは困難であろう。<sup>22)</sup>

そして、出向について、出向させられる「労務者は現実には、第三者（出向先）の事務所においてそこでの就業規則等に従って労働に従事するわけであるが、それを法律的にみたとき、使用者の権利ないし地位の譲渡なのか、そうでなくて従来どおりの使用者のための労務を提供する一態様にすぎないのか、が問題となる。どちらであるのか判定の基準になるのは、指揮命令権や賃金の支払等がすべて出向先の事業主に移れば前者、そうでなければ後者ということになるだろうか。したがって、後者なら、当然には労務者の承諾は必要でない。しかし、労務の場所等を使用者の一存で変えうることが雇傭契約の解釈上可能である場合ならよいが、そうでない場合なら、やはり使用者側の債務不履行（あるいは受領遅滞）の一場合ということになるから、

結局は労務者の承諾がなければできないということになる<sup>23)</sup>」としている。

さらに、営業譲渡について、「多数説は、企業のための雇傭契約にあっては使用者（企業主）が変更しても労務の内容に変更をきたすことはなく、使用者の義務も企業の義務として企業そのものによって保障されており、要するに使用者・労務者間の人的関係は企業と労務者の関係というふうに客観化ないし物化しているから、雇傭関係はそのまま営業譲受人との間に移行する。つまり本625条1項は、営業譲渡に関するかぎりはずでにその意義を失っているとみるべきである、と解する<sup>24)</sup>」として幾代教授もこの多数説を支持している。

## 2 来栖三郎見解

来栖教授はまず、一般論として、625条に関して以下のように述べる。「使用者は雇傭契約に基づいて労務者に対し指揮命令し労務に服させる権利をもつが、雇傭契約は特定の使用者、特定の労務者に着眼して締結されるのだから、労務者が使用者の承諾なしに第三者をして自己に代って労務に服せしめることができないと同様に、使用者は労務者の承諾なしにその労務者に対する権利を第三者に譲渡することはできない。譲渡しても無効である<sup>25)</sup>」とする。

そして、以下に、具体的に上述の原則論に照らして問題となるケースを掲げている。

まず、使用者の地位の譲渡として問題となっている場合に、職業野球選手契約の譲渡、いわゆるトレードがある。確かに野球選手契約が雇用か否かは争われているが、どちらにしても、六二五条の適用又は類推適用により選手契約の譲渡は選手の同意なしには行えないであろうとしている<sup>26)</sup>。

次に、「船員雇入契約については、船舶所有者が変更した場合には、雇入契約は終了するが、船員と新所有者との間に従前と同一条件の雇入契約が存するものとみなし、ただ船員は解約の申入をすることができる」と規定されている（船員法43条）。そしてそのような特別の規定のない営業の譲渡の場合にも、譲渡当事者間に別段の特約のない限り、労働契約は譲受人に引き継がれ、それには労働者の同意は必要ではなく、ただ労働者は解約することができるとする学説が有力である（注釈民法（16）幾代）。しかし、営業譲渡の場合には譲渡当事者間の契約で労働契約の引き継ぎを除外しえないとするならともかく、労働契約の引き継ぎに労働者の同意は必要でないと論じなければならない理由はないように思われる<sup>27)</sup>」としている。

さらに、出向については、次のように述べている。「出向についてはいろいろな問題があると思われるが、現在主として問題となっているのは、使用者の出向命令に労働者の同意が必要か、そして労働者の同意なしになされた出向命令に労働者が従わなかったことを理由とする懲戒解雇は有効か無効かである。その点については、退職出向はもとより、休職出向にも、そればかりか一時出向にも労働者本人の同意が必要であり、本人の同意なしになされた出向命令に従わなかったことを理由とする懲戒解雇は無効と解すべきである<sup>28)</sup>」としている。

そのほかにも、様々な具体例にも目を向けている。「使用者が地位を失わないで、労働者に対する権利を譲渡する場合としては定期傭船契約（船長および船員が傭船者の指揮命令に従うべき旨を定める船長および船員使用約款附の定期傭船契約）、企業の賃貸借、最近ではオペレーター付きの建設機械賃貸借も挙げられようが、その他に、映画会社の指示による専属俳優の他社出演、百貨店などの派遣店員制度がある<sup>29)</sup>」としている。

このような使用者の地位を失わない使用者の第三者への権利の譲渡は、まさしく、三当事者間の雇用契約関係とみることができるものであり、来栖教授がこの時代に、このような雇用契約関係に注目していたことは重要なことと考えるべきである。

### 3 鈴木禄弥見解

鈴木禄弥教授は雇用契約の一般的性質について次のように述べている。「労務の提供のためには労務者の人格そのものが債務による拘束に服さざるをえず、しかも、請負、委任、寄託においてと異なって、雇傭においては、労務者は使用者の指揮・命令にしたがって労働し、他方で、雇傭の両当事者たる使用者と労務者との間には、通常、経済的・社会的な力関係の懸絶が存するため、これらの点での法の後見的介入による均衡回復が必要である」としている。<sup>30)</sup>

また、営業譲渡については以下のように述べている。「使用者乙も、労務者甲に対する労務給付請求権を甲の承諾なしに丁に譲渡することはできない（六二五条一項）。この規定は、これまで掲げてきた例での家事使用人の雇傭のように当事者間にパーソナルなつながりのある場合には、今日でもよく適合している、といえる。しかし、企業による雇傭については、営業譲渡がなされ、形式的には使用者が交替することになると、労務者の承諾がなくても、雇主たる地位は包括的に営業譲受人に移転する。この場合には、六二五条一項の意味での『使用者の権利の譲渡』は存在しないものと、解されるべきである。もっとも、かかる場合にも、使用者が交替したことによって、労務者が不利益を受けることになる場合もないではないから、その場合には、六二五条三項の類推適用により、労務者は、雇傭契約を解除しうる、というべきであろう」と<sup>31)</sup>されている。

### 4 星野英一見解

星野英一教授は、そのテキストの「労務者・使用者の権利義務」という項目で、以下のよう

に述べられている。

「使用者も、労務者に対して労務を給付せよとの請求権を有するが、労務者の承諾がないと、その権利を第三者に譲渡することはできない（民法六二五条一項）。承諾のない譲渡は起草者以来無効と解されている。これは、雇傭を使用者・労務者の人的色彩の濃い契約と考えていた時代の産物であり、物的・人的組織の整備されている現代の企業には必ずしもあてはまらない。そこで、営業の譲渡がなされるときは、反対の特約のない限り、雇傭契約関係も包括的に譲渡され、労務者の承諾を要しない、但し労務者は譲受人に対して解除ができると解するのが多数であるが、<sup>32)</sup> 労務者の同意を有するとする説も有力である。」

### 5 馬渡淳一郎の見解

馬渡教授は三当事者間の労務供給契約を研究した書を著わした学者であるが、その著書の中で、民法上の雇用契約について、第一には、次のように述べている。

「雇傭契約上の権利義務は、一身専属的なものとされている（民法六二五条）。このことは雇傭契約の二者間契約性と密接に関連している。」

「近代市民法は、自由な個人を単位として構成される原子論的な社会を想定し、そのなかで

雇傭契約を、自由な個人と個人の間、人的色彩が強くしかも継続的債権関係を生ずる二者間契約として観念し、契約の典型を設定した。このために、雇傭契約は当事者間の一身限りの契約関係とされ、債務者の承諾がないかぎり、第三者への債権譲渡は禁じられた。すなわち、民法は、使用者は労働者の承諾を得なければ『其権利ヲ第三者ニ譲渡スルコトヲ得ス』(同条一項)<sup>33)</sup>と定めている。

しかし、第二に、結論的主張として、次のように述べている。

「個人企業に代わって法人企業が一般的となった現代社会では、使用者の権利の一身専属性は、その意義がかなりの程度後退せざるをえない。労働者は法人企業内部の複雑な人的組織に編入され、それぞれのレベルでそれぞれの上司の指揮命令を受けるのであり、使用者たる法人企業との間では、契約当事者間の人的結合というような人的色彩は希薄になる。そうなると、契約当事者以外の第三者への、債権譲渡禁止の法理も影響を受け、出向に関する判例にみられるように、若干柔軟に解釈されるようになってきている」。「最近の経済社会の急激な変化によって、三者間の労働給付関係は、従来より格段に普遍的でかつ重要なものとな<sup>34)</sup>ってきている<sup>35)</sup>というものである。

## 6 小括

立法当初は人的色彩の濃いと考えられていた雇用契約も、時代の移り変わりとともに、特に営業譲渡などのように、人的色彩が濃いとは言えない契約となってきたり、立法当初の雇用契約の性質に関する解釈が現代にはすぐわなくなってきたことは本章の諸見解が述べている通りである。

## V 近時の学説と民法改正論議における雇用契約

### 1 近時のテキストにおける「雇用」に関する記述

近時のテキストにおいては、「雇用」契約に関する記述は僅かなものに過ぎないものがほとんどである。

山本敬三教授は、「雇用とは、報酬を支払い他人を労働に従事させる契約をいう」とし、『労働に従事する』とは使用者の指揮・命令の下で労働を提供することをいう」としている<sup>36)</sup>。

さらに、「雇用契約では、使用者は労働者の個人的な能力・性向等を考慮して契約を締結し、労働者も使用者の信用・安定性・将来性等を考慮して契約を締結するのが常である。そのため、次のように、当事者の事後的な変動については、相手方の承諾が必要とされている」として、民法625条の説明をしている。

近江幸治教授は、「わが国でも、第二次大戦後、労働関係の立法化が進み、体系的に整備されてきている。これらの法律は、民法雇傭規定の特別法であるから雇傭関係では優先的に適用される。民法雇傭規定は、それゆえ、ほとんど適用される場面がない」として、民法雇用規定と労働法の関係についての認識を示すとともに、民法雇用規定の適用場面がほとんどないと述べている<sup>38)</sup>。

内田貴氏は、そのテキスト『民法Ⅱ債権各論』において、「雇用」に関する記述はしているものの、2頁余に過ぎない内容となっている<sup>39)</sup>。

平野裕之教授のテキストにおいては、以下のように、民法上の雇用に関する規定の必要性が殆ど否定されている。すなわち、「民法の雇用の規定を廃止して、労基法に一切任せてもよいのだが、民法の規定は労基法により実際には殆ど廃止されたに等しいにも拘らずそのまま残されているので、本書でも民法の規定はどのようなものであるか、時代的意味しかないが示し、それが労基法によりどう修正されているかを簡単に説明するに止める」としている<sup>40)</sup>。

## 2 民法債権編改正論議における「雇用」

① 民法（債権法）改正検討委員会（以下、鎌田委員会）編『詳解債権法改正の基本方針Ⅴ各種の契約(2)』（商事法務 2010年）において示されている「雇用」に関する改正案を以下に記す。

### 【3.2.12.A】（雇用規定の改正の基本方針）

「雇用」に関する規定は、将来的には「労働契約法」と統合するものとし、それまでの間は、「労働契約」の基本的な補充規範として必要な範囲で、現行規定を維持しつつ、整序するものとする。

\* 将来「雇用」の規定を民法典から分離して「労働契約法」に統合する場合には、民法典に「雇用」の定義規定のみを残すのが適当であるとの見解がある。

以上に関する「提案要旨」では、「民法の『雇用』に関する規定は、現在は労働契約の基本的補充規定としての意義を有している」としている。

また、「解説」においては、「民法の『雇用』に関する規定は、労働契約について、労働契約法、労働契約法理、労働基準法などによって修正されつつも、なお、基礎的な法規範としての意義を保持している」と記されている。

（以上、前掲書 243頁<sup>41)</sup>）

### 【3.2.12.03】（労務給付請求権の譲渡性および労働義務の自己執行性）

※現行民法625条1項から3項とほぼ同趣旨。

以上に関する「提案要旨」では、「使用者の労務給付請求権の譲渡性および労働者の労働義務の自己執行性について定める現行民法625条をそのまま維持するものである」としている。

また、「解説」においては、「使用者の労務給付請求権の譲渡性および労働者の労働義務の自己執行性について定める現行民法625条は、労働契約関係の基本的補充規定としての重要な意義を有する規定であり、そのまま維持する必要がある」としている。

（以上、前掲書251頁<sup>42)</sup>）

② 民法改正研究会（以下、加藤研究会）が公表した「日本民法典財産法改正 国民・法曹・学界有志案（仮案）」（引用は『現行条文からみる民法改正提案完全比較』第一法規 平成22年による）によると、現行623条については改正案として現行条文の趣旨に加えて使用者の安全配慮義務を規定する提案をしている。現行625条については、ほぼ沿う趣旨で、改正提案を行って

いる。

- ③ 2011年1月に法制審議会民法（債権関係）部会が出した資料『民法（債権関係）の改正に関する検討事項』（民事法研究会 643頁以下）で記述されている内容は概略すると以下のとおり。

「総論（雇用に関する規定の在り方）」という項目において、「今般の見直しに当たっては、民法と労働契約法との関係について現状を維持し、民法の雇用に関する規定は、労働契約の基本的な補充規範として、引き続き民法に置くこととすべきであるという提言がある<sup>44)</sup>」。

民法の雇用に規定について、見直すべき条文として、623条、624条、626条、629条などが検討されているが、625条に関しては言及されていない<sup>45)</sup>。

## VI まとめ

民法の雇用契約に関しては、現行規定の立法者や立法補助者は、使用者と被用者の強い人的結合関係を重要視していたものであった。それゆえ、そこから、雇用契約は二者間の契約であり、契約当事者の権利義務には「一身専属性」があると考えられていた。現行625条に関する解説や釈義を見ればこの点は明確である。ただし、立法者が法典調査会で営業譲渡に関する議論をしていたということは見落とすべきではない。しかし、営業譲渡は当初、採りたてて議論されたものではなかった。

そして、大正時代以降の著書においても、立法当初の上述のような考え方は継承されていた。昭和に入り、我妻栄の『民法講義』においてさえも、三当事者間雇用契約といったものは観念されていなかった。

時代の変遷とともに、雇用契約の当事者を二者間のみで把握することが困難な契約関係が生じてきた。営業譲渡、出向、プロ野球選手契約、定期傭船契約、企業の賃貸借、派遣労働契約など様々な契約関係が登場し、学説の趨勢はもはや人的結合を重視するものではなくてきている。契約当事者の権利義務関係の「一身専属性」ももはやまったくもって強調されてはいない。時代は三当事者間雇用契約を視野に入れた発想を求めているかのようである。

さて、Vの1で概観したように、すでに近時のテキストなどにおいては、民法上の雇用契約に関する説明は省略される傾向にある。これは、民法上の雇用契約はその冒頭規定など特に重要な規定のみを残して、あとは「労働契約法」に委ねればよいという考え方の傾向に由来するものである。

そして、そのような近時の考え方を受ける形で、鎌田委員会などでは、現行の規定のうち冒頭規定である623条と625条などを残してあとは、やはり、特別法に委ねるべきであるという考え方が採用されているようである。

ところで、鎌田委員会の提案によると、契約各論の規定において、新たに、典型契約として、「ファイナンス・リース」契約が盛り込まれている。学説や判例の展開の経緯や議論の深度も異なるものの、このファイナンス・リース契約はリース提供者、ユーザー（利用者）、サプライヤー（供給者）の「三当事者関係」であるということが議論として採り上げられている<sup>46)</sup>。

そこで、雇用契約関係においても、冒頭規定等を残して、残りは特別法に委ねるという消極

的な改正議論ではなく、三当事者間契約について改正規定に盛り込むことを検討してみてもどうか。

雇用契約に関する民法典における規定は、もはや時代にそぐわなくなっている。これを看過して、あとは特別法に委ねる、という姿勢は改正論議において許されるものではないと考える次第である。

（了）

#### 【付記】

本稿は、法律行為研究会（椿寿夫先生主宰）において、筆者が報告した際に賜った伊藤進先生をはじめとする諸先生方のご助言を大いに参考とさせていただいたものである。法律行為研究会の先生方に謝意を表したい。

（たにぐち さとし 本学経済学部准教授）

#### 【注】

- 1) 『債権法改正の基本方針』別冊NBL No.126 民法（債権法）改正検討委員会編 389頁。
- 2) 山川隆一「雇用規定を残す必要はあるのか」『民法改正を考える』椿寿夫ら編 日本評論社 2008年 311頁参照。
- 3) 前掲『債権法改正の基本方針』389頁。
- 4) 『史料民法典』前田達明編（成文堂 2004年）1030頁、1031頁。
- 5) 法典調査会民法議事速記録四 商事法務研究会 458頁。
- 6) 前掲法典調査会民法議事速記録四 471～472頁。
- 7) 『民法修正案（前三編）の理由書』広中俊雄編 有斐閣 昭和62年 598～599頁。
- 8) 『民法理由 下巻』岡松参太郎著、富井政章校閲 有斐閣 明治30年 次239。
- 9) 『帝国民法正解』松波仁一郎、仁保亀松、仁井田益太郎著、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎校閲 日本法律学校 明治36年 1197頁。
- 10) 梅謙次郎『民法要義 卷之三債権編』（復刻版）（有斐閣 昭和60年）687頁。
- 11) 前掲梅・687頁～688頁。
- 12) 富井政章『債権各論』信山社復刻版 平成6年 259頁。
- 13) 村上恭一・磯谷幸次郎『債権各論』中央大学 大正3年 543頁。
- 14) 横田秀雄『債権各論』清水書店 大正10年 556頁。
- 15) 我妻栄『債権各論中巻二（民法講義V3）』（有斐閣 1993）566～567頁。
- 16) 前掲我妻・567頁。
- 17) 前掲我妻・568頁。
- 18) 林信雄「雇用契約と労働契約」『契約法体系IV（雇傭・請負・委任）』（有斐閣 昭和48）2～3頁。
- 19) 末川博『契約法 下（各論）』（岩波書店 昭和50年）157頁。
- 20) 品川孝次『契約法 下巻』（青林書院 1998年）122頁。

- 21) 幾代通『注釈民法(16)』幾代通編(有斐閣 昭和48年) 51頁。
- 22) 前掲幾代・52頁。
- 23) 前掲幾代・53頁
- 24) 前掲幾代・54頁。
- 25) 来栖三郎『契約法』(有斐閣 昭和52年) 427頁。
- 26) 前掲来栖・428頁。
- 27) 前掲来栖・428頁。
- 28) 前掲来栖・429～430頁。
- 29) 前掲来栖428頁。
- 30) 鈴木祿弥『債権法講義』(創文社 1992) 565頁。
- 31) 前掲鈴木・576頁。
- 32) 星野英一『民法概論Ⅳ(契約)』(良書普及協会 平成6年) 254～255頁。
- 33) 馬渡淳一郎『三者間労務供給契約の研究』(総合労働研究所1992年) 6頁。
- 34) 前掲馬渡・7頁。
- 35) 前掲馬渡・5頁。
- 36) 山本敬三『民法講義Ⅳ-1 契約』(有斐閣 2005年) 634頁。
- 37) 前掲山本・638頁。
- 38) 近江幸治『民法講義Ⅴ契約法』(成文堂 2003年) 225頁。
- 39) 内田貴『民法Ⅱ 債権各論』(東京大学出版会 2008年) 253頁以下。
- 40) 平野裕之『民法総合5 契約法』(信山社 2008年) 539頁。
- 41) 『詳解債権法改正の基本指針Ⅴ各種の契約(2)』民法(債権法)改正検討委員会編(商事法務 2010年) 243頁。
- 42) 前掲『詳解債権法改正の基本指針Ⅴ各種の契約(2)』・251頁。
- 43) 「日本民法典財産法改正 国民・法曹・学界有志案(仮案)」民法改正研究会 本稿での引用は、『現行条文からみる民法改正提案完全比較』(第一法規 平成22年) 235～236頁。
- 44) 『民法(債権関係)の改正に関する検討事項—法制審議会民法(債権関係)部会資料(詳細版)』(民事法研究会 平成23年) 643頁。
- 45) 前掲『民法(債権関係)の改正に関する検討事項—法制審議会民法(債権関係)部会資料(詳細版)』・634頁以下。
- 46) 『詳解債権法改正の基本指針Ⅳ各種の契約(1)』民法(債権法)改正検討委員会編(商事法務 2010年) 429頁参照。