

ドイツのコンツェルン(Konzern)における企業間人事異動の法理に関する基礎的考察

——三当事者間の法律関係の解明にむけて——

中 内 哲

(神戸大学大学院博士課程
日本学術振興会特別研究員)

目次

- 一 はじめに
- 二 検討
 - 1 労働者・貸主間
 - 2 労働者・借主間
 - 3 貸主・借主間
- 三 おわりに

一 はじめに

1 問題の所在と本稿の目的

(1)わが国の企業は、しばしば企業間人事異動措置たる「出向」¹⁾を活用するが、当該人事措置の実態は、企業ごとに多種多様なものであつて、一意的に定まるものではないと考えられる。もつとも、出向に関する近時の調査によれば、以下の二点がその特徴として浮かび上がってくる。第一に、出向先の大部分は、出向元の子会社か関連会社である。⁽²⁾つまり、出向は、いわゆる「企業グループ」内で行われている。第二に、出向は、その期間が定められないこともあるが、一定期間を経過すると終了する。⁽³⁾すなわち、出向労働者は、出向元にいずれ復帰することが予定されている。

また、出向が実施されることによつて成立する出向労働者・出向元・出向先の三当事者間の関係(以下、出向関係)は、当事者の約束如何、すなわち私法上の一般原則によつて規整される。なぜなら、多数学説および行政解釈によれば、労働者派遣法は出向関係に適用されないからである。⁽⁴⁾

学説・判例は、かかる出向についてこれまで盛んに議論してきたが、その関心は専ら「出向命令権の法的根拠」、つまり「いかなる要件が満たされれば、出向が法的に許容されるか」に向けられてきたといえる。いいかえれば、実際に出向が実

施された結果として生じる出向関係を法的にいかに評価すべきか、という論点は、十分に議論されてこなかったのである。⁽⁶⁾

(2) 他方、ドイツには、株式法 (Aktiengesetz, AktG) 一八条にその根拠を有する「コンツェルン (Konzern)」と呼ばれる企業集団が存在する。⁽⁷⁾ 同法の定めるところによれば、このコンツェルンに所属する企業たる「コンツェルン企業」間の関係、とりわけ、コンツェルンの親会社 (Konzernobergesellschaft) と子会社 (Tochtergesellschaft) とのそれは、経営上かなり密接であると想像される。⁽⁸⁾

このようなコンツェルンの内部では、あるコンツェルン企業に雇用された労働者が当該企業の枠を越えて、同一コンツェルンに所属する他の企業に配置され、その配置先たる企業 (以下、配置先企業) の指揮命令の下で就労する、ということも行われているようである。本稿において、「コンツェルンにおける企業間人事異動」との表現を用いる際には、かかる実務上の人事措置が念頭に置かれている。その具体例の一つに、コンツェルンの親会社が子会社を設立するにあたって、自らが雇用する労働者を当該子会社へ配置する場合を挙げることができ⁽⁹⁾。なお、こうした人事異動の対象となる労働者は、「幹部職員 (gehobene Angestellte)」であるとの指摘が存する。⁽¹⁰⁾

では、コンツェルン企業に雇用される労働者は、労働契約

上いかなる手続きを経て同一コンツェルンの他の企業に配置されるのか。①使用者たる企業 (以下、使用者企業) と労働者との労働契約関係が解消されると同時に、当該労働者と配置先企業が新たに労働契約を締結する。②使用者企業と労働者との労働契約関係は「休止 (Ruhen)」される。その上で、当該労働者と配置先企業が新たな労働契約を締結する。③使用者企業と労働者との労働契約関係は維持されたまま、当該労働者が配置先企業で就労する。この時、当該労働者と配置先企業は、明示的に労働契約を締結しない。以上の三つの方法が考えられるが、実務上は③が専らである旨言及されている。⁽¹¹⁾

また、「コンツェルンにおける企業間人事異動」に登場する、労働者・使用者企業・配置先企業の三当事者間の法律関係に対する労働者派遣法 (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, AÜG) の適用如何を確認すれば、同法は、当該三当事者間の関係に適用されない。なぜなら、同法第一款 (Artikel 1) 一条三項二号が、その適用を除外する旨規定しているからである。⁽¹²⁾ したがって、「コンツェルンにおける企業間人事異動」の三当事者間の法律関係は、私法上の一般原則によって規整されることになる。さらに、同法第一款一条三項二号はその適用除外の一要件として、配置先企業における労働者の就労が「一時的 (vorübergehend)」であることを挙げ⁽¹³⁾る。これは、

就労期間が時間的に短いことではなく、当該労働者の配置先企業における就労が「終局的ではない(nicht endgültig)」ことを指す、と解されている。¹³⁾ いいかえれば、同法のいう「一時的」とは、当該労働者の使用者企業への復帰が予定されていることを意味するのである。

(3) 右、(1)(2)で述べてきたところによれば、出向関係と、「コンツェルンにおける企業間人事異動」に登場する三当事者間の関係とは、第一に、労働者の移動が経営上一定の結びつきを有する企業間で行われている、第二に、労働者送出企業への労働者の復帰が予定されている、第三に、三当事者間の関係が私法上の一般原則によって規整される、以上の三点において共通性を有している。また、両者は、労働者の移動に際する契約上の手続きにおいても、類似していると考えられる。これらの共通点や類似点に基づくと、右人事異動に関して積み上げられてきたドイツにおける議論の成果は、これまで十分に論じられてこなかった「出向関係に登場する三当事者間の法律関係」如何を今後検討するに際しての一つの契機あるいは参考として、考慮できるように思われる。

本稿は、かかる問題意識に基づいて、ドイツの「コンツェルンにおける企業間人事異動」に登場する労働者・使用者企業たる貸主(Verleiher oder Verleihunternehmen)・配置先企業たる借主(Entleiher oder Entleihunternehmen)の三

当事者間の法律関係に関する議論を紹介することを、その目的とする。

2 本稿の射程

本稿は、労働者・貸主・借主の三当事者間に存在する様々な法律関係の中でも、私法上のそれに検討対象を限定する。これは、労働契約上の主たる権利・義務である指揮命令権限(Weisungs- oder Direktionsrecht)や賃金支払義務(Lohnzahlungspflicht)のあるいは、その付随的義務たる配慮義務(Fürsorgepflicht)や忠実義務(Treuepflicht)が、三当事者が登場する法律関係においていかに分担されるか、に筆者の関心が向けられていることを理由とする。

したがって、本稿は、公務員関係法のほか、事業所組織法(Betriebsverfassungsgesetz)や労使関係法に関する問題を取り上げない。

二 検討

本稿は、労働者・貸主・借主の三当事者間の私法上の法律関係の議論を検討するにあたって、当該関係を1労働者―貸主間、2労働者―借主間、3貸主―借主間の三つに分け、これらを順次考察する。

1 労働者―貸主間

(1)「コンツェルン留保」条項("Konzernvorbehalt" Klausel)

この両者間の法律関係を考察するに際して、まず取り上げられるべきは、「コンツェルン留保」条項であろう。なぜなら、使用者企業たる貸主は当該条項を根拠に、自らが雇用する労働者を他のコンツェルン企業に配置することができる旨、学説において指摘されているからである。⁽¹⁴⁾

では、「コンツェルン留保」条項とは、具体的にいかなる内容を有するのか。ここに、一九九〇年頃のドイツ・フルフト・ハンザ株式会社⁽¹⁵⁾ (Deutsche Lufthansa AG) のそれを紹介することができる。

労働契約第三項

「ドイツ・フルフト・ハンザ株式会社は事業利益のために、職員をその能力に応じて他の職務へ配置する権利を留保する。かかる留保は、第一項記載の勤務地とは異なる他の勤務地あるいは当社の子会社へ「職員を」配置する権利にも拡大される。」

これによれば、「コンツェルン留保」条項とは、労働契約当事者である貸主が、自らの企業内のみならず、同一コンツェルンに属する他の企業へも労働者を配置できる旨の労働契約上の約束といえる。このような約束が交わされる所以はおそらく、コンツェルン内で労働者を移動させる際の手続きにおいて、専ら前記一(1)(2)(3)の方法が用いられていることに帰着

するように思われる。判例も、かかる約束を有効なものと解している。⁽¹⁶⁾

当該条項に基づいて貸主が取得する権限についても、学説・判例は議論している。例えば、リュータース (Bend Rütters) らは以下のように指摘する。貸主によるかかる権限の行使は、民法三一五条の「契約の一方当事者による給付の確定」にあたる。ゆえに、その法的妥当性は「公平な裁量 (billiges Ermessen)」の基準によって判断される、と。こうした議論は、わが国の出向理論に引きつけて考えれば、「出向命令権の法的根拠」に関する議論と趣旨のものといえよう。とはいえ、これの詳細な紹介は、本稿の射程からやや外れることになると思われるので、別の機会に譲ることにしたい。

(2) 労働契約上の権利義務関係如何

「コンツェルンにおける企業間人事異動」の際の実務上の手続き(前記一(1)(2)(3))によれば、労働者—貸主間の労働契約関係は、労働者が借主の下で就労する間も維持されている。それゆえに、貸主は、労働者に対する賃金支払義務および配慮義務をなお負う。⁽¹⁹⁾ 同時に、貸主は、労働者に対する労務給付請求権も原則的に保持することになろう。労働者への「復帰命令権 (Abberufungsrecht)」⁽²⁰⁾を、貸主が有する当該請求権の一内容として捉える見解がある。

2 労働者—借主間

労働者と借主との関係は、借主が労働者に指揮命令を下し、労働者がこれに応じて労務を給付するという、一見すれば労働契約関係が成立しているかのような外観を呈する。

(1) 労働契約関係の成否

まず、かかる外観が表れる当該両者間に、労働契約関係が成立するかが問題となる。

多数説は、労働者—借主間の労働契約関係の成立を否定する。⁽²¹⁾ その根拠は、当該両者が明示的に労働契約を締結していないこと(前記一①②③)であるように思われる。したがって、この多数説によれば、借主が労働者に対して行使する指揮命令権限の法的根拠如何や、借主の労働者に対する配慮義務あるいは労働者の借主に対する忠実義務が発生するかが、さらなる法的問題として生じることになる。

右の多数説のほかに、次のような主張をなす三つの見解が存する。

第一の見解は、借主が労働者と貸主との間で締結されている労働契約に「契約参加 (Vertragsbeirrit)」している旨主張する。⁽²²⁾ 契約参加は、重疊的な「契約引受 (Vertragsübernahme)」といえる。すなわち、契約参加とは、三当事者の合意に基づいて、契約参加人が、従来の契約の一方当事者の連帯債権者かつ連帯債務者として従来の契約関係に入り込む、とい

う法的効果を有するのである。⁽²³⁾ これを「Konzernにおける企業間人事異動」にあてはめれば、借主は契約参加人として、貸主の連帯債権者兼連帯債務者となる。この時、借主の連帯債権の対象は、労務給付請求権あるいは指揮命令権限であり、連帯債務の対象は、労働者に対する賃金支払義務と配慮義務である。

第二の見解は、労働者が借主に対して「労働契約締結権 (Der Anspruch auf den Abschluss des Arbeitsvertrags)」を行使し得る旨主張する。⁽²⁴⁾ これは、借主に労働契約の「締結義務 (Abschlußpflicht)」が生じるとの主張と同一といえる。一般に、契約の締結義務は以下のように説明される。⁽²⁵⁾ 契約自由の一内容として、契約締結の自由が存する。それゆえに、通常、契約の締結を強制されることはない。しかしながら、法律が明文をもって契約の締結を強制している場合(例えば、公共交通機関による輸送や電力の供給)はもちろん、企業が市場において独占的地位にある、または強い影響力を有するなど、「特段の事情」が存する場合には、契約の締結を強制される事態が生じ得る、と。

第二の見解は、労働者が借主の下で就労する場合が右の「特段の事情」にあたりと解するようである。その理由として、借主が労働者に対して現実に指揮命令権を行使している事実を重視すべきこと、解雇制限法 (Kündigungsschutzgesetz,

KschG) がその一条で、六カ月を越えた雇用関係を解消するに際して「社会的正当性」を要件としていること、ならびに労働者が六カ月を越えて借主の下で就労する場合には、労働関係の重点がすでに貸主から借主へ移転していることなどが挙げられている。第二の見解は以上の理由に基づき、労働者が六カ月を越えて借主の下で就労した場合には、民法二四二条⁽²⁸⁾という信義誠実を法的根拠として、労働者に対する労働契約締結義務が借主に生じる、とする。

第三の見解は、労働者が労働契約上の使用者である貸主の下で就労する可能性を失った場合、借主に対して「引受請求権 (Übernahmeanspruch)」を行使し得る旨主張する。⁽²⁹⁾これは、労働者に対する借主の「労務受領義務」が生じるとの主張と旨旨といえる。確かに、通常の労働契約当事者間では、使用者の「労務受領義務」あるいは労働者の「就労請求権 (Beschäftigungsanspruch)」が問題になり得る。しかしながら、多数説はもちろぬ、この見解も、借主と労働者との間に労働契約関係が存するとは述べていない。したがって、労働契約上の義務である「労務受領義務」の存否は、本来ならば労働者—借主間において問題になり得ないはずである。ところが、後に見るように(後記二(2)(3))、学説は、借主が労働者に対して労働契約上の付随的義務である配慮義務を負う、とする。第三の見解は、労働者が貸主の下で就労する可能性を

失った場合の労務受領義務を、当該配慮義務の一内容として捉えるのである。

以上の三つの見解の主張の内容に鑑みれば、それらも、多数説と同様、労働者と借主との間に労働契約関係が当然に生じると述べているわけではない。つまり、かかる三つの見解は、当該両者間に労働契約関係は成立しないとする多数説の解釈を前提とした上で主張されているにすぎないのである。

(2) 指揮命令権限

前記二(1)の多数学説に従って議論を進めるならば、次に、借主が労働者に対して行使する指揮命令権限の法的根拠如何が問題となる。学説では、かかる法的根拠に関して、三つの概念が提示されている。

その第一は、貸主から借主への労務給付請求権 (Der Anspruch auf die Arbeitsleistung) の「譲渡 (Übertragung)」である。⁽³⁰⁾これは、おそらく民法六二三条二文に依拠したものであると思われる。

第二は、民法三三八条⁽³¹⁾にいう「第三者のためにする契約 (Der Vertrag zugunsten Dritter)」である。⁽³²⁾これを「コンツェルンにおける企業間人事異動」にあてはめると、第三者は借主、当該契約を締結する当事者は、労働者と貸主になる。

第三は、貸主から借主への労務給付請求権あるいは指揮命令権の行使 (Ausübung des Direktionsrechts) の「授権

(*Ermächtigung*)」である。⁽³⁵⁾ 授権とは、自己の名においてする法律行為によって、他人の権利圏内に干渉する権利または権能、と説明される。⁽³⁶⁾ すなわち、授権者たる貸主は、授権の対象となった労働給付請求権あるいは指揮命令権をなお保持し、被授権者たる借主は自らの名において、その権限を行使し得る。当該権限の行使の法的効果は、貸主に帰属する。

(3) 配慮義務・忠実義務

前述したように(二)冒頭)、労働者と借主との関係は、一見、労働契約関係が成立しているかのような外観を呈する。このことを理由に、借主や労働者は、労働契約上の付随的義務である配慮義務あるいは忠実義務を負担することになるか、もまた問題となる。学説は、原則的に当該両者間に労働契約関係は成立しないと解するにも関わらず、結論として、借主には労働者に対する配慮義務が、労働者には借主に対する忠実義務が生じる旨述べる。それらの義務が生じる根拠たる三つの法律構成が指摘されている。

第一は、労働給付請求権あるいは指揮命令権を行使する(される)以上、両者は当然にその義務を負う、と構成する。⁽³⁸⁾

第二は、労働者と借主との関係が「統一的保護関係 (*einheitliches Schutzverhältnis*)」の理論を援用できる関係にあたる、と構成する。⁽³⁹⁾ 「統一的保護関係」の理論とは、カナリス (Claus-Wilhelm Canaris) によって唱えられたものであ

る。それは以下のように要約できる。⁽⁴⁰⁾ 「契約締結上の過失」理論で法定的に (*gesetzlich*) 認められる保護義務と、契約の締結に基づいて認められる保護義務は、連続的に捉えることができる。すなわち、すべての保護義務は、取引上の接触に始まって段階的に濃密になる。したがって、契約成立の有無に関わらず事実上の関係であっても、一定の信頼関係に入れば、法定的に「保護関係」が生じるのである。かかる保護関係に基づいて、当事者は契約上の付随的義務たる保護義務を負う、と。

この理論によれば、労働者と借主との関係は、「一定の信頼関係」、ひいては「保護関係」にあたると思われる。なぜなら、両者の関係は、一見すれば労働契約関係が成立しているかのような外観を呈するからである。当該保護関係を根拠に、借主は配慮義務を、労働者は忠実義務を負うとの結論が導き出される。

第三は、「第三者のための保護効を伴う契約 (*Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*)」が締結されている、と構成する。⁽⁴¹⁾ ラーレンツ (Karl Larenz) によって提唱されたこの契約は、第三者のための契約から発展した概念であり、いまや学説・判例によって認められている。⁽⁴²⁾ 当該契約の効果は以下のように説明される。債務者は、単に契約の相手方たる債権者のみならず、当該債権者を通じて自らの給付と接触を持ち、

かつ、当該債権者自身が契約上の付随的義務たる保護義務や配慮義務を負う者に対しても、契約上の保護義務違反について損害賠償義務を負う、と。

これを「コンツェルンにおける企業間人事異動」にあてはめると、人事異動に関する労働者と貸主との合意（例えば、コンツェルン留保条項）、および労働者の派遣に関する貸主と借主との合意（いわゆる「労働者派遣契約（Arbeitsnehmerüberlassungsvertrag）」がいずれも、第三者のための保護効を伴う契約に該当することになる。敷衍すれば、前者の合意が借主の下での労働者の就労をその内容としていることと、当該合意の当事者たる貸主が借主に対して労働者派遣契約に基づく保護義務を負担していることによって、労働者の借主に対する忠実義務が発生する。他方、借主の労働者に対する配慮義務は、後者の合意たる労働者派遣契約の対象が労働者であることと、当該派遣契約の一方当事者である貸主が労働契約に基づいて労働者に配慮義務を負担していることによって発生するのである。

3 貸主—借主間

当該両者間には、貸主が労働者を送り出し、借主がこれを受け入れる旨の契約（労働者派遣契約）が必ず締結されているはずである。しかしながら、学説・判例は、かかる契約があるいは両者の法律関係に関して、ほとんど触れていない。前

記二(2)の指揮命令権限の議論に関連して、以下のような言及が学説において見られるのみである。⁽⁴³⁾ 労務給付請求権または指揮命令権が貸主から借主へ譲渡されたか、あるいは授権されたかの判断は、労働者派遣契約の解釈による。当該契約において、貸主が労働者の復帰を何時でも命じ得る旨定められている場合、右権限は借主に授権されたものと解される、と。

三 おわりに

1 検討のまとめ

(1) 学説は、「コンツェルンにおける企業間人事異動」に登場する三当事者間の法律関係について、以下の点を前提としていえることがわかる。すなわち、指揮命令を与える借主と、それに基づいて労務を給付する労働者との間に、労働契約関係が当然に生じるわけではない。いいかえれば、労働契約関係は、原則的に労働者と貸主との間にのみ存在する、と。

学説はかかる前提に基づいて、前記二で述べてきたように、民法上の概念や理論を駆使することによって、三当事者間における労働契約上の権利義務関係を法的に根拠づけるべく、努力を注いでいるのである。

(2) 判例をみれば、前記二(1)の「コンツェルン留保」条項の有効性に触れる判断が見い出されるに留まる。つまり、従

来の判例では、少なくとも本稿が検討対象とした「Konzern」における企業間人事異動の三当事者間の私法上の法律関係について、直接的に争われたことがないといえる。⁽⁴⁾したがって、判例が当該関係についていかなる見解を有するかは、残念ながら全く不明なのである。

とはいえ、判例のかかる状況は、右人事異動が実務上それほど盛んに行われていないことを示すものではないと思われる。今日、ドイツにおいては、株式会社⁽⁵⁾の七一八割、有限責任会社⁽⁶⁾ (GmbH) の四一五割までが、何らかの形でKonzernに所属しているとの指摘がある。それほど多数の企業が、経営上かなり密接な関係をその内部で有するとされるKonzernと結合している以上、経営的に積極的意義を有する人事交流がそれらの企業間においてなされないはずはない、と考えられるからである。⁽⁷⁾

ゆえに、以下のように想像することができよう。かりに三当事者間で何らかの紛争が生じたとしても、それは裁判所に持ち込まれる以前に、当事者の努力や、従業員代表または労働組合の関与によって解決されている。あるいは、「Konzern」における企業間人事異動の実施に際して、三当事者間の権利義務関係が明確に約束されているために、当該人事異動がかなり円滑に行われている、と。

2 「真正貸借労働関係」と「Konzern」における企業間人事異動

(1) 両者の法理の関連性

ここにいう「真正貸借労働関係 (echtes Leiharbeitsverhältnis)」とは、「Konzern」における企業間人事異動と同様に、三当事者が登場するドイツの労働法律関係の一つである。その意義は、「労働者送出企業 (貸主) に雇用される労働者が、主として当該送出企業の下で労働に従事しつつ、労働者受入企業 (借主) の事業所において労働者の不足が生じた場合、あるいはその増強が必要になった場合にのみ、当該受入企業の下で一時的に就労する際に生じる、労働者・貸主・借主の三当事者間の関係」である。学説・判例は、かかる「真正貸借労働関係」について一九三〇年代後半から八〇年代初めにかけて盛んに議論した。

その議論の内容を本稿が注目した論点に即して抽出すると、それは以下のようになる。学説では、労働者受入企業 (借主) の指揮命令権限の法的根拠について、当該企業と労働者との間に労働契約関係が成立しないことを前提に、権利譲渡、委任、第三者のためにする契約、授權、あるいは契約参加の各概念が提示された。配慮義務・忠実義務は、労働者受入企業と労働者がそれぞれこれを負担する、とされる。その法的根拠として、統一的保護関係の理論、あるいは第三者のため

の保護効を伴う契約を援用する見解のほか、指揮命令権限の行使に基づいて両者は当然に当該義務を負うと述べる見解も存した。また、労働者と労働者送出企業（貸主）との労働契約関係は存続する。ゆえに、当該企業は労働者に対して、賃金支払義務を負うとともに労務給付請求権を有する、とされている。こうした学説に対して、判例は、賃金支払義務負担者が労働者送出企業の場合、労働者と受入企業との労働契約関係を否定し、当該義務負担者が受入企業の場合、これを肯定する立場である、と解される。なお、かかる判例理論が形成された時期の重要判例を（表1）に掲げる（本文末尾参照）。

右の記述で明らかのように、「真正貸借労働関係」の三当事者間の法律関係に関する議論は、「コンツェルンにおける企業間人事異動」に登場する三当事者間の法律関係に関して前記二で持ち出されたアイディアの大部分を、すでに提案していたのである。すなわち、当該人事異動の法理に関する議論は、「真正貸借労働関係」の法理に関するそれ、とりわけ、その学説における議論をほぼ全面的に踏襲したものである。これを裏付けるかのように、「コンツェルンにおける企業間人事異動」は真正貸借労働関係の一形態である、と解する見解も見受けられる。⁴⁸⁾

(2) 両者の相違点と、それに基づく帰結

しかしながら、「真正貸借労働関係」と、「コンツェルンに

おける企業間人事異動」に基づいて生じる三当事者の関係とは、性格的にかなり異なるものと筆者は考える。なぜなら、両者は、表1記載の事実および前記一(2)での説示に鑑みれば、以下の四点、すなわち労働者を派遣する目的、⁴⁹⁾ 借主（労働者受入企業）の下における労働者の就労のメルクマールである「一時的」の意義、⁵⁰⁾ 具体的に登場する労働者像、貸主（労働者送出企業）と借主との経営上の結びつきの強度⁵²⁾において、相反すると解されるからである。

それにも関わらず、学説によって、前者の法理は後者の法理にも妥当すると判断されているがゆえに、学説のかかる判断は次のことを背景にしている、と推察されるのである。

ドイツ労働法、とりわけ、その学説では、「労働者」・「労働契約上の使用者であり、当該労働者がその下で主として就労する貸主」・「当該労働者の一時的な労務給付先である借主」の三当事者が登場した場合、例えば、労働者が借主の下へ派遣される目的、労働者が借主の下で実際に就労する期間の長短、派遣される労働者の地位、貸主と借主との経営上の結びつきの強度といった点はおよそ考慮されない。そこでは、①当該三者間には原則的に労働者と貸主との間にのみ労働契約関係が存在する、②それら三者間の法律関係は、当該労働契約関係を基軸に、民法上の概念や理論を用いることによって根拠づけることができる、という二つの観点に基づいて、当

該三当事者間の法律関係を把握する方法が確立されている、と。

3 日本法への示唆

こうしたドイツの議論は、わが国へいかなる示唆をもたらすのであろうか。

本稿はそもそも、ドイツの「Konzernにおける企業間人事異動」の法理に関する議論の紹介を主眼としている。また、ドイツにおける当該人事異動の実態は全く不明である一方、わが国における出向の実態はヴァアエティーに富んだものと推測される。したがって、本稿がドイツの理論を日本のそれと単純に比較することによって出向関係の理論に何らかの具体的な提案をなすことは、困難であるといわざるを得ない。

とはいえ、以下の二点は指摘できるであろう。第一に、わが国の多数学説および行政解釈は、出向労働者と出向先との間に何らかの「労働契約関係」が「当然に」生じると解している。原則的に貸主と労働者との間にのみ労働契約関係を認めるドイツの議論を参考にすれば、かかる多数学説や行政解釈に対する疑問が自ずとわき起こってくる。第二に、第一点とも関連するが、出向関係に登場する三当事者間の法律関係について今後議論するにあたっては、「出向労働者と出向元との間にのみ労働契約関係が存在する」という前提に基づいた

法律構成が、以前にもまして追究されるべきではないか。その意味で、出向関係に関するいわゆる「単一労働契約説」⁽³⁵⁾は、いっそう注目されてよい。

4 今後の課題

本稿は、「Konzernにおける企業間人事異動」に登場する三当事者間の法律関係の中でも、私法上のそれに検討対象を限定した。ドイツ労働法全般にわたって当該三当事者間の法律関係を解明するという観点からすれば、今後は、本稿が取り上げなかった、とりわけ事業所組織法と労使関係法に關連する問題を検討する必要がある。

また、本稿は、かかる私法上の法律関係に関する議論を紹介したに留まる。いいかえれば、本稿は、その議論がいかなる実務に基づいて展開されているのか、という問題にまで踏み込むに至っていない。それゆえに、「Konzernにおける企業間人事異動」の実態を把握することが求められる。これは、第一の課題を検討する上でも不可欠な作業といえる。

①	②	③	④	⑤	⑥
判決・決定 ライヒ労働裁判所判決 一九七七年三月〇日	労働者 地方公務員	貸主 地方自治体	借主 貯蓄金庫 (貯蓄金庫) (貯蓄金庫)	派遣期間 数年?	
ライヒ労働裁判所判決 一九七八年四月一七日	労働者 警察作業責任者	貸主 建設会社	借主 建設会社	派遣期間 十数年?	
ライヒ労働裁判所判決 一九八〇年六月五日	労働者 警察作業責任者 (日給労働者)	貸主 建設会社?	借主 建設会社?	派遣期間 約一カ月 労働不能	
ライヒ労働裁判所決定 一九四二年二月一七日	労働者 主作業員	貸主 建設会社	借主 地方自治体	派遣期間 約一カ月 事故死	
ライヒ裁判所判決 一九四三年九月〇日	労働者 左官	貸主 建設会社	借主 建設会社?	派遣期間 一年半余 労働不能	
連邦連帯裁判所判決 一九五二年一月一六日	労働者 溶接工	貸主 建設会社?	借主 建設会社?	派遣期間 二ヶ月 労働不能	

(1) 出向とは、「従来の(出向元)使用者の下で、労働者身分を保持した在籍の形で、一定期間、「当該労働者」他者(出向先使用者)の指揮命令に服させる措置」である。久保敬治「浜田富士郎『労働法』(ミネルヴァ書房、一九九三年)三三六頁「浜田」。

(2) 三つの調査が行われている。その第一は、産業雇用セクターが一九八九(平成元)年(平成七年)に行った「出向の実態等と今後のあり方」[回答四二三名(九社)](以下、調査一)である。第二は、関西経営者協会が一九九〇(平成二)年に行った「出向に関する調

査「回答二八〇社」(以下、調査二)である。これらの調査結果の要旨は、「最近における出向制度の各種取り扱い実態をみる」労政時報三〇二七号(一九九一年)四二頁以下を参照。第三の調査は、労務行政研究所が一九九五年(平成七年)に行った「高年齢者処遇に関する総合実態調査「回答二四一社」(以下、調査三)である。この調査結果の要旨は、「不況下における高年齢者出向の実態をみる」労政時報三三二四号(一九九五年)二頁以下を参照。

(3) 子会社や関連会社への出向が、調査一では約七六%、調査二では約八四%、調査三では約七六・七七%を占める。なお、調査二によれば、「子会社」とは、調査対象会社が資本の過半数を出資する会社、「親会社」とは調査対象会社の資本の過半数を出資する会社、「関連会社」とは、調査対象会社が資本の二〇%以上を出資する会社、あるいは調査対象会社の資本の二〇%以上を出資する会社で、子会社または親会社以外の会社を指す。(4) 調査二によれば、出向期間を予め定めている会社は三割にすぎないが、出向の都度その期間を定める、あるいは随時出向を終了させると回答した会社は、六割を越える。

(5) 学説については、例えば片岡昇「労働法(2)「第三版」

(有斐閣、一九九四年)八五頁。行政解釈については、労働省職業安定局編著『改訂版 人材派遣法の実務解説』(労務行政研究所、一九九一年)三八頁。

(6) 渡辺裕「出向時の労働条件」学会誌労働法六三号(一九八四年)四七頁。現在も、かかる状況はそれほど変化していないと思われる。

(7) ドイツ株式法一八条は次のような規定である。

一八条 コンツェルンおよびコンツェルン企業

「(1)一の支配企業と一または数個の従属企業が、支配企業の統一的運営の下に統合されているとき、それらの企業は一のコンツェルンを構成し、当該各企業はコンツェルン企業である。企業間に支配契約(二九一条)が存在する、または一の企業が他の企業に編入されているとき(二一九条)、当該企業は統一的運営の下に統合されたものとみなされる。(第三文以下および第二項省略)」

邦訳条文は、慶應義塾大学商法研究会訳『西独株式法』(慶應通信、一九六九年)二二五頁以下を参照。

(8) ドイツ株式法一八条一項に定められるコンツェルンは、「垂直的コンツェルン(Unterordnungskonzern)」と呼ばれる。当該コンツェルンでは、支配企業すなわち親会社が、従属企業すなわち子会社の資本の大部分、

あるいはその相当な割合を所有するなどの手法によって、当該子会社の経営に極めて大きな影響力を与えている。かかる影響力を与える具体的手法やその影響力の程度如何については、同法二九一条以下を参照。

(9) Rüthers/Bakker, Arbeitnehmerentendung und Betriebsinhaberwechsel im Konzern, ZfA 1990, S. 245 (S.247f.).

(10) Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl., 1992, S.298.

(11) Weber, Das aufspaltene Arbeitsverhältnis, 1992, S.129, 140.

(12) 労働者派遣法第一款一条二項二号は次のような規定である。

一条

「(3) この法律は、次の労働者派遣の場合、これを適用しない。

(一号省略)

2 株式法一八条にいうコンツェルン企業に雇用される労働者が、同一コンツェルンに属する他の企業において一時的に労務を給付する場合。」

(13) Becker/Wulfert, Kommentar zum ArbZG, 3. Aufl., 1985, Art. 1 § 1 Rdnr. 120; Martens, Die Arbeitnehmerüberlassung im Konzern, DB 1985, S.

2144 (S.2149) ; Ruthers/Bakker, a.a.O., S.298 ; BAG, AP Nr.8 zu § 1 ArbG.

- (14) Henssler, Das Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, S. 52 ; Martens, a.a.O., S.2147 ; Staudinger/Richardi, BGB, 12. Aufl., 1989, Vorbem zu § 611ff Rdnr. 633 ; Ruthers/Bakker, a.a.O., S.248f., 260 ; Weber, a.a.O., S.127f. vgl. Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern, 1989, S.72f. 95.

- (15) Ruthers/Bakker, a.a.O., S.249, 251, 252 ; ルフトハンザ株式会社の労働契約の一部が紹介されている。本文に掲げた「コンニェンシメント」条項の原文は次の通りである。

DLH-Arbeitsverträge Ziffer 3.

「Die DLH behält sich vor, den Mitarbeiter entsprechend Leistungen und Fähigkeiten mit einer anderen im Interesse des Unternehmens liegenden Tätigkeit zu betrauen. Der Vorbehalt erstreckt sich auch auf eine Beschäftigung an einem anderen Ort als unter Ziffer 1 genannt oder bei einer Tochtergesellschaft der DLH.」

- (9) BAG, AP Nr.1 und Nr.4 zu § 1 KSchG 1969 Konzern.

- (17) Ruthers/Bakker, a. a. O., S. 261.

- (18) 民法三二五条は次のような規定である。

三二五条

「(1) 契約の一方当事者が給付を確定する場合、当該確定は、疑わしきとき、公平な裁量によつてなされるべきものとす。」(第二項以下省略)

邦訳条文は、椿井夫「右近健男編『ドイツ債権法総論』(日本評論社「一九八八年」)二〇〇頁〔今西康人〕を参照。

- (19) Windbichler, a.a.O., S.92f.

- (20) Ruthers/Bakker, a.a.O., S.275f. ; Weber, a.a.O., S.321f.

- (21) vgl. Staudinger/Richardi, a. a. O., Vorbem zu § 611ff Rdnr. 632f. ; Windbichler, a.a.O., S.119. ; Ruthers/Bakker, a.a.O., S.283.

- (22) Henssler, a.a.O., S.56, 60f.

- (23) 連帯債権の概念は「民法四二八条以下にその定めがある。」

四二八条

「数人が一個の給付を請求できる権利を有する場合において、各人が全部の給付を請求することができ、債務者が一回限りの給付を行うときは(連帯債権者)、債

務者は、任意に各債権者に対して給付するものとでき
る。(第二文省略)」

邦訳条文は、椿Ⅱ右近編・前掲書四〇五頁【寺田正
春】を参照。

(24) Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band 1, All-
gemeiner Teil, Teilband 2, 5. Aufl., 1976, S.268.

(25) Hensler, a.a.O., S.64ff.

(26) vgl. Soergel/Wolf, BGB, Band 1, 12. Aufl., 1987,
Vor § 145 Rdnr. 102ff.; Münchener Kommentar zum
BGB/Kramer, Band 1, 3. Aufl., 1993, Vor § 145 Rdnr.
9ff.; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürger-
lichen Rechts, 7. Aufl., 1989, S.82ff.

(27) 解雇制限法一条は次のような規定である。

一条 社会的に不当な解雇

「(1)同一の事業所または企業において、六カ月を越え
て継続雇用されている労働者に対する解約告知は、当
該解約告知が社会的に不当である場合、これを無効と
する。」(第二項以下省略)

邦訳条文は、労働省労働統計調査部編著「外国労働
法全書」(労働行政研究所、一九五六年)四六七頁を参
照。

(28) 民法二四二条は次のような規定である。

二四二条

「債務者は、取引慣行を顧慮し信義誠実にならうとす
るに、給付する義務を負う。」

邦訳条文は、椿Ⅱ右近編・前掲書七頁【田中克志】
を参照。

(29) Martens, a.a.O., S.2147; Ruthers/Bakker, a.a.O.,
S.282f.; Weber, a.a.O., S.421ff.

(30) Zöllner/Loritz, a.a.O., S.186f.; Schaub,
Arbeitsrechts-Handbuch, 7. Aufl., 1992, S.845f.

(31) Staudinger/Richardi, a. a. O., Vorbem zu § 611ff
Rdnr. 634.

(32) 民法六二三条は次のような規定である。

六二三条

「労務給付義務者は、疑わしい場合、自ら労務を給付
しなければならぬ。労務給付請求権は、疑わしい場
合、これを譲渡することができない。」

邦訳条文は、右近健男編「注釈ドイツ契約法」(三省
堂、一九九五年)三八一頁【青野博之】を参照。

(33) 民法三二八条は次のような規定である。
三二八条

「(1)契約により、第三者が給付を請求する権利を直接
に取得する効力をもって、第三者に対する給付を定め

ることを要する。」(第二項省略)

邦訳条文は、椿Ⅱ右近編・前掲書Ⅲ三四頁「床谷文雄」を参照。

(34) vgl. Windbichler, a.a.O., S.80; Weber, a.a.O., S.320f. インターコンミューニケーター自身は「譲渡

説」あるいは「授権説」を支持しているが、あくまでもかかる構成が可能である旨を指摘するに留まる。

(35) Windbichler, a.a.O., S.84f.; Rütters/Bakker, a.a.O., S.275f.; Weber, a.a.O., S.321. 彼らによれば、かかる権限の「譲渡」もあり得るのであり、「譲渡」か「授権」かの判断は、労働者派遣契約の解釈に

よる。

(36) Staudinger/Dieter, BGB, 12. Aufl., 1979, Vorbem zu § 164 Rdnr. 62; Soergel/Lepien, BGB, Band I, 12. Aufl., 1987, Vor § 164 Rdnr. 88; Münchener Kommentar zum BGB/Schramm, Band 1, 3. Aufl., 1993, Vor § 164 Rdnr. 35ff.

邦語文献は、遠田新「授権」末川博編集代表『民法学辞典 上巻』(有斐閣 一九六〇年)八八四頁、於保不二雄『財産管理権論序説「復刻版」』(有信堂 一九九五年【初出 一九五四年】)二七頁以下を参照。

(37) Windbichler, a.a.O., S.84f.

(38) Weber, a.a.O., S.344f., 357f.

(39) Rütters/Bakker, a.a.O., S.281.

(40) Canaris, Anspruch wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritter" bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, S.475.
カナーリスに関する邦語文献として、例えば奥田昌道「契約法と不法行為法の接点」於保不二雄先生還暦記念『民法学の基礎的課題 中』(有斐閣 一九七四年)二〇七頁、以下二四八頁以下を参照。

(41) vgl. Rütters/Bakker, a.a.O., S.281. ニーターズらは、「統一的保護関係」の理論を支持するので、かかる法律構成が成立する可能性を言及するにあらず。

(42) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 14. Aufl., 1987, S.224f.; Münchener Kommentar zum BGB/Gottwald, Band 2, 1979, § 328 Rdnr. 60ff.; Staudinger/Koduk, BGB, 12. Aufl., 1983, Vorbem zu § 328ff Rdnr. 75ff.; Soergel/Hadding, BGB, Band II, 12. Aufl., 1990, Anh § 328 Rdnr. 1ff.; BGH vom 5. 15. 1959, NJW 1959, 1676-JZ 1960, 124.

ラーレンツの解説を紹介する邦語文献として、例えば奥田・前掲論文のほか、田上富信「契約の第三者に

対する効力」遠藤浩ほか監修『現代契約法大系 第一巻 現代契約の法理(1)』(有斐閣、一九八三年)一〇三頁以下を参照。

- (43) Rütters/Baker, a.a.O., S.275f.; Weber, a.a.O., S.321.

- (44) 少なくとも筆者が探索した限り、かかる判例を見出すことはできなかった。

- (45) Enmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, 3. Aufl., 1989, S.12.

- (46) 註(2)の調査2によれば、出向を実施している会社は六割を越える。その目的の第一位は、出向先会社の経営指導等(六六%)、第二位は、会社間の関係強化(約四七%)である。調査3では、出向を実施する会社は約八七%に及ぶ。その目的の順位は調査2と同様、経営指導等(約八七%)、会社間の人事交流(約五〇%)である。

わが国の出向でさえ右の結果である。まして、わが国の「企業グループ」よりもはるかにその結合度が強いと想像されるKonzernの内部においては、経営指導や人事交流のために労働者が企業間を移動する可能性は、出向の場合よりも大きくなると考えられる。

- (47) 筆者はすでに、真正貸借労働関係に関する学説およ

び判例の歴史的展開について別稿で論じたことがある。拙稿「ドイツ労働法における真正貸借労働関係の法理」季労一七八号(一九九六年)一二八頁以下、とりわけ学説・判例の議論を総括した一四一頁以下を参照されたい。

- (48) Hensler, a.a.O., S.52; Rütters/Baker, a.a.O., S.273; Zölner/Loritz, a.a.O., S.298, 301f.

- (49) 前者におけるその目的は、当該関係の意義のアンタラインの部分に注目すれば、経営上極めて消極的意味を有するに留まる。これに対して、後者のそれは、本文一(2)の具体例(子会社の設立に伴う配置)が示すように、積極的意義を有している。

- (50) 前者におけるその意義は、表1をみれば、文字どおり「短期間」の意味であったと思われる。後者のそれは、本文一(2)で確認したように、時間的要因を重視していない。例えば、ドイツツルフトハンザ株式会社では、借主の下での就労期間は、最長五年とされているようである。vgl. Rütters/Baker, a.a.O., S.249.

- (51) 前者における労働者像は、表1によれば、専ら「現業労働者(Arbeiter)」である。後者のそれは、「幹部職員」のようである(本文一(2))。

- (52) 表1によれば、前者における貸主・借主間の経営上

の關係はそれほど強いものとは思われない。他方、後者における当該關係は、本文一(2)でみたように、かなり強度なものと推測される。

(53) 例えば、渡辺・前掲論文のほか、土田道夫「労働者派遣法と労働契約關係」日本労働協會雜誌三三〇号(一九八六年)三九頁、松崎隆「出向」労経速一二七五号(一九八七年)二二頁、馬渡淳一郎「三者間勞務供給契約の研究」(総合労働研究所、一九九二年)七五頁以下。

(なかうち さとし)

〔付記〕本稿は、一九九五(平成七)年度および一九九六(同八)年度文部省科学研究費補助金(特別研究員奨励費)による研究成果の一部である。