

ドイツにおける出向の法理論

——出向先と労働者との法律関係に着目して——

中 内 哲

目 次

1. はじめに
2. 判 例
 - (1) 労災関連訴訟
 - (2) 労災に関連しない訴訟
3. 学 説
 - (1) 単一労働関係説
 - (2) 二重労働関係説
 - (3) 契約参加説
4. おわりに
 - (1) 判例・学説の総括
 - (2) 若干の私見

1. はじめに

ドイツには「真正貸借労働関係 (echtes Leiharbeitsverhältnis)」という概念が存在する⁽¹⁾。

- (1) 真正貸借労働関係とは、「労働者が、主として出向元の下で労働に従事しつつ、出向先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、出向先の下で一時的に就労する際」に生じる、出向労働者・出向元・出向先の三当事者間の関係である。vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 7. Aufl., 1992, S. 918.

なお、本稿は、真正貸借労働関係の当事者である“Leiharbeiter”あるいは“Leiharbeitnehmer”に「労働者」，“Verleiher”に「出向元」，“Entleiher”に「出向先」の各邦語をあてている。

これはわが国にいう「(在籍) 出向」⁽²⁾にあたると考えられる。したがって、本稿において「ドイツにおける出向」と表現するに際しては、この「真正貸借労働関係」が念頭におかれている。他方、「不真正貸借労働関係(unechtes Leiharbeitsverhältnis)」という概念も存在する。これはわが国にいう「労働者派遣」にあたり、1972年に成立した労働者派遣法(Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, AÜG)によって規制される。

出向は今日、重要な人事異動措置の一つとしてわが国の企業において定着している⁽³⁾。それゆえに、「出向元の出向命令に基づき、出向労働者(以下、単に「労働者」と表すことがある)が出向先の下で実際に労務を提供した場合に生じる、労働者・出向元・出向先の三当事者間の関係(以下、これを「出向関係」という)を法的にいかん評価すべきか」、いいかえれば、「出向関係における三当事者間の法律関係あるいは権利義務関係如何」を解明することこそが、求められているのである。しかしながら、目下、それに関する成果は乏しいといえよう。なぜなら、わが国の判例・学説は、日立電子事件(東京地判昭和41年3月31日、労民集17巻2号368頁)以来、出向について盛んに議論してきた。とはいえ、従来の論者の関心は専ら「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」、すなわち「出向命令権の根拠如何」に注がれてきたことが否めないからである⁽⁴⁾。

これに対して、ドイツでは、1930年代後半に早くも出向に関わる判例が現れた。それ以後の判例・学説の議論、とりわけ、出向関係における三当事者間の法律関係に関する学説の議論は、相当に蓄積されているように思われる。

本稿は、前述の解明すべき課題につき、わが国において今後さらに議論が深められる契機となるべく、出向関係における三当事者間の法律関係に関するドイツの判例・学説の議論を紹介することをその目的とする。なお、本稿はその検討対象を、出向先と労働者との法律関係に限定する。なぜなら、三者間の中でも当該両者間の法律関係に対する評価が、日独両国

(2) (在籍) 出向とは、「従来の(出向元)使用者の下での労働者身分を保持したままで、一定期間、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、1993年)336頁[浜田]。

(3) 「関西経協による『出向に関する調査』(要旨)」労政時報3027号(1991年)42頁以下によれば、回答を寄せた280社中約60%の企業が出向を行っている。とりわけ従業員1,000名以上のいわゆる「大企業」では、68社のうち67社が出向を実施していることが明らかになった。

また、中村和夫「経営戦略の変容と出向」労旬1196号(1988年)19頁では、社員のキャリア形成や新規事業への進出、経営多角化などを目的とする企業の経営戦略の展開にともなう出向が今後は普遍化していく、とされる。

(4) 渡辺裕「出向時の労働条件」学会誌労働法63号(1984年)47頁。

においてそれぞれ対立するからである⁽⁵⁾。

本稿は四部で構成される。すなわち、二において判例を、三において学説を取り上げ、最後に四として、判例・学説の議論を総括するとともに、若干の私見を述べる。

2. 判 例

ドイツにおける出向に関連する裁判は主として、労働者が出向先で就労中に遭遇した労災事故に起因して提起されたものである。本稿は、まず(1)として、かかる労災関連訴訟を検討する。この訴訟は争点に着目すると、二つに分類できる。一つは、労働者の生命・健康に対する雇用契約上の使用者の配慮義務を定めた民法618条違反を根拠に、労働者が出向元あるいは出向先に対して、損害賠償を請求した事例である。他方は、労働者（または、その配偶者）から損害賠償を求められた出向先が、損害賠償責任免責条項であるライヒ保険法（Reichsversicherungsordnung）898条または899条⁽⁶⁾を援用した事例である。

以下では、前者の争点につき、ライヒ労働裁判所で下された①1938年4月27日判決（ARS 33, 61）と②1940年6月5日判決（ARS 40, 10）が、後者のそれについては、ライヒ裁判所で下された③1942年12月17日決定（RGZ 170, 216）と④1943年9月20日判決（RGZ 171, 392）が検討される。その理由は、第二次世界大戦後の労災関連判例の理論構成が全面的に戦前の最上級審の判断である上記判決・決定に依拠していると考えられるからである⁽⁷⁾。

次に、本稿は、(2)労災に関連しない訴訟として、⑤ライヒ労働裁判所1937年3月20日判決（ARS 29, 278）を取り上げる。これは、出向に関して初めて下された最上級審の判断であり、労働者に対する出向先の賃金支払義務の存否が争われた事件であった。

(5) ドイツについては、二および三において検討する。わが国においては、当該両者間に労働契約が締結されると解する二重労働契約説と、それに消極的な単一労働契約説が対立する。かかる学説の状況につき、和田肇「文献研究(4) 人事異動」季労164号（1992年）192頁以下を参照。なお、多数学説と行政解釈は「二重」の立場である。行政解釈につき、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，1989年）31頁。

また、わが国の判例理論の概略については、青木宗也ほか編『労働判例大系4 配転・出向』（労働旬報社，1991年）判例索引17頁を参照。

(6) ライヒ保険法は、「事業主」（898条）または「事業主の授權者あるいは代理人」（899条）が、刑事手続上、労災事故を故意に引き起こしたと確定された場合にのみ、損害賠償義務を負う旨規定していた。もっとも、同法の1963年改正の際、898条は現行636条になり、899条は削除された。

(7) 最近の判示として例えば、連邦労働裁判所1988年5月5日判決（NZA 1989, 340）を参照。とはいえ、ライヒ保険法の損害賠償責任免責条項の援用の可否に関する従来の判断は、連邦通常裁判所1956年7月4日判決（BGHZ 21, 207）によって放棄された。

(1) 労災関連訴訟

① ライヒ労働裁判所1938年4月27日判決。

本件は、訴外V（出向元）に雇用されていた労働者Xが、出向先Yの下で発破作業に従事していた際に、喘息症状を伴った気管支炎に罹患して労働に従事できなくなったため、Yに対して損害賠償を求めた事件であった。

ライヒ労働裁判所は、自らの見解を全く示すことなく原審の判断を肯定して、上告を棄却し、Xの訴えを斥けた。本判決の文言からすると、原審は以下のような判示であったと解される。まず、XY間に雇用契約関係が存在するか否かについて、「Xは、YとVとの間に締結された発破実施の請負契約の履行補助者（Erfüllungsgehilfe）であって、XY間に雇用契約関係は存在しない」。

次に、XY間の雇用契約関係の存在が否定されてもなお、Xは民法618条違反を根拠に、Yに対して損害賠償請求権を行使し得るかについて、原審は、「Yは、自らの事業所にXを迎え入れる準備をしたことによって、民法328条にいう第三者（X）のためにする契約を黙示にVと締結する。このとき、XのYに対する…給付請求権の内容は、民法618条に従った配慮を行えとするものである。Yは当該契約に基づいて、Xに対する一定の配慮義務を引き受けることになる」と述べ、これを肯定した。

しかし、原審はYの有責性を結論的に否認している。それは、Yが労働者に対する保護措置を尽くしていたことによる。

② ライヒ労働裁判所1940年6月5日判決。

本件において、労働者Xは、他の出向労働者とともに訴外S（出向先）の下で、具体的には、Sに雇用される訴外Hの監督の下で、飛行場に設置された貯蔵槽の度量衡検定作業に従事していた。ところが、Xは風邪をこじらせた上、顔面筋麻痺に罹患して、長期間にわたって労働に従事できなくなった。そのため、Xは、Hが出向元Yの履行補助者にあたることを理由に、Yに対して損害賠償請求訴訟を提起したのである。

ライヒ労働裁判所は、原判決破棄差戻の判決を下して、Xの訴えを認めた。本判決は以下のように判示する。「民法618条の規定は、…債権法上の債務である賃金支払義務とならんで事業主に課せられた配慮義務の一つの現れである。…使用者は配慮義務を、労務を履行する者との何らかの取り決めによって課されるのではない。配慮義務は、今日の法的認識に基づき、労働関係の本質、すなわち、誠実と配慮に依拠した人格法的共同体関係の本質から当然に導き出される。配慮義務は労働関係の一つの本質的構成要素であり、決して免除されない。」

ゆえに、「たとえ[出向関係のように]、[出向元から労働力の処分を委ねられた]第三者[である出向先]が配慮義務の履行を…引き受けたとしても、第三者と労働者との間に労働関係は存在しないのであるから、当該第三者は自らの配慮義務ではなく、使用者[である

出向元」の配慮義務を履行しているにすぎない。すなわち、第三者は履行補助者である」と。

本判決はまた、出向元から出向先に対して労務給付請求権が譲渡された旨の原審の判示に対して、「XはHを、…Yから〔労務給付請求権あるいは指揮命令権を〕授けられた者とみなし得た」と述べる。これは、「労働関係が継続しているにも関わらず、…労務給付請求権のみを第三者に移転するという可能性は、労働生活（Arbeitsleben）においては、やや異常な事態である」ことを理由としていた。

③ ライヒ裁判所1942年1月17日決定。

本件は、労働者の妻Xが、出向先Y₁の下で溝の掘り起こし作業を行っていた夫が死亡したため、Y₁らに月額120マルクの終身年金を求める訴訟を提起したのに対して、Y₁らがライヒ保険法898条あるいは899条の援用を主張した事件であった。

ライヒ裁判所は、「…〔②〕判決の見解から逸脱する理由がない」ことを根拠として、以下のように判示する。「原審は、Y₁が訴外L（出向元）に課せられている配慮義務をその履行補助者として履行したにすぎないという点を看過している」と。すなわち、本判決はY₁を、配慮義務に関する限りではあるが、出向元の履行補助者としたのである。さらに、本判決によれば、かかる法的地位にあるY₁は、「損害賠償責任においては…事業主と同等の地位にある者となることがふさわしい」。ゆえに、Y₁は、ライヒ保険法899条を援用して損害賠償責任を免れ得る。

本判決は、以上のように述べて原判決破棄差戻の決定を下し、Xの訴えを斥けた。

④ ライヒ裁判所1943年9月20日判決。

本件では、労働者Xが、出向先Yの下で高圧線の建築作業中に大火傷を負って労働能力を喪失したため、Yに対して、同業組合（Berufsgenossenschaft）⁽⁸⁾ から支給される月額約153マルクの年金では補償されない損害の賠償と慰謝料を求める訴訟を提起する。これに対して、Yがライヒ保険法の損害賠償責任免責条項の援用を主張した事件であった。

ライヒ裁判所は、「本件において、Yは、…訴外G（出向元）の配慮義務を履行する義務を負ってXとGとの間の労働法上の関係に入る。…そして、YがGのために配慮義務を履行している限り、YをGの授権者として取り扱うことがライヒ保険法899条の目的と本件事実とに合致する」と判示して、Yの跳躍上告を認め、破棄原判の上、Xの訴えを斥けた。

(8) 「同業組合」とは、ライヒ保険法上の公法人であって、各産業分野で法定の災害保険の保険者たることを任務とする。田沢五郎『ドイツ政治経済法制辞典』（郁文堂、1990年）44頁、山田晟『ドイツ法律用語辞典〔改訂増補版〕』（大学書林、1993年）85頁。なお、“Berufsgenossenschaft”の邦訳語に「労災保険組合」をあてる見解も存する。ドイツ連邦労働社会省編[ドイツ研究会 翻訳]『ドイツ社会保障総覧』（ぎょうせい、1993年）340頁〔西村健一郎〕。

(2) 労災に関連しない訴訟

⑤ ライヒ労働裁判所1937年3月20日判決。

本件は、地方公務員Xの賃金支払元である出向先Yが、俸給の支払いの際に過払いがあったとして過払い分を控除した俸給をXに支払ったため、XがYに対して控除されるべき債務の不存在確認請求訴訟を提起した事件であった。

ライヒ労働裁判所は以下のように判示した。すなわち、法令に基づいて設立されたYは、当該法令によって、「Xらに対する俸給支払義務を負っていることが明らかになる。」

「…訴外S郡（出向元）からYへ配属されたXはYで就労する期間、雇用契約に基づいて自らに帰属すべき報酬を、労務を提供したYへ請求し得ると解するのが自然の解釈である。…Xが…Yで就労する義務を負い、そして、YがXに対して俸給支払義務を負うということによって、…〔当該両者間に〕雇用関係が…形成される」、と。

さらに、本判決は次のようにも述べる。「労務義務者は、…〔他の企業で〕就労する期間、自らの報酬を労務を給付した相手方から得る、もしくは得るべきであるということが、通常、当事者の意思に合致するであろう。」

3. 学 説

学説は、具体的事件の処理という枠を越え、出向関係に登場する三当事者間の法律関係全般について、活発に議論を交わしてきた。その議論の出発点は、労働者と出向先との間に直接の労働法上の関係が成立するか否かである。具体的には、当該両者間に何らの労働法上の関係も存在しないと評価して、出向関係を単一労働関係と把握するか、あるいは、当該両者間に「労働関係」が存在するとして、出向関係を二重労働関係と捉えるかであった。本稿は、前者の考え方を(1)単一労働関係説（あるいは「単一」説）、後者のそれを(2)二重労働関係説（あるいは「二重」説）とよび、両説の主張を検討する。

かかる検討の際には、まず、①1930年代後半から1950年代までの議論が、次に、②1960年代に完成し、現在においてもなお判例・学説に多大な影響力を有する「単一」説のヒュック（Alfred Hueck）の見解と「二重」説のニキッシュ（Arthur Nikisch）の見解が考察される。これは、学説の議論を歴史的経過に則して概観するためである。

なお、筆者は両説の主張の中でも、出向先が行使する指揮命令権限に関する議論と、労働者に対する賃金支払義務の負担者に関する議論の二点に注目したい。それは以下の理由による。第一に、この二点は、本稿の検討対象である出向先と労働者との法律関係を考察する上で最も重要な要素である。第二に、「単一」か、あるいは「二重」かという当該両者間に対する評価の差異が、この二点において際立つと推測される。

本稿は、最後に(3)として、ハインツェ（Meinhard Heinze）によって唱えられた「契約参

加 (Vertragsbeitritt) 』⁽⁹⁾ 説を取り上げる。彼は、ヒュックやニキッシュの後に、従来の「単一」あるいは「二重」という視点とは異なる立場で出向関係を分析した。

(1) 単一労働関係説

① 1950年代まで

労災関連判例は、出向先と労働者との間に労働関係は存在しないと判示する (二(1)参照)。しかし、その論拠は明確にされなかった。学説では、以下の三つの考え方が当該両者間に労働関係は存在しないとする論拠として提示されている。a、両者間の関係が労働関係の備えるべき内実を満たしていない⁽¹⁰⁾。b、二つの労働関係の存在を同時に認めることは法的に不可能である⁽¹¹⁾。c、両者は明示的に労働契約を締結していないし、黙示の契約締結を認めるような事情も存在しない⁽¹²⁾。

では、労働者に対する出向先の指揮命令権限をいかに根拠づけるか。a説によれば、それは、出向先の指揮命令に従って労務を給付するという労働者の意思と、労働者によって提供される労務を受領するという出向先の意思が一致することによって導き出される⁽¹³⁾。b説は、明言していないが、出向先と出向元との法律関係を委任と捉えるようである⁽¹⁴⁾。ゆえに、出向元から出向先へ指揮命令権限が委任されると解するのではないか。c説は、出向元から出向先へ労務給付請求権が譲渡されると解する⁽¹⁵⁾。

賃金支払義務負担者についてみれば、a説およびc説は、労働者が出向先の事業所において就労している間も、出向元が賃金支払義務を負う、とする⁽¹⁶⁾。b説は明確に述べていな

(9) 契約参加は、重疊的な「契約引受 (Vertragsübernahme)」にあたる。すなわち、引受人の引受契約の相手方である従来の契約の一方当事者は、その契約から排除されることなく当事者として留まる。したがって、引受人は当該当事者の連帯債務者かつ連帯債権者として、従来の契約に入り込む。vgl. Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 5. Aufl., 1976, S. 268.

(10) Hofrichter, Das mittelbare Arbeitsverhältnis, 1939, S. 200. なぜなら、労働関係は、労働者が全面的に労働力の処分を使用者に委ねる関係と定義されるのに対して、出向関係は、労働者があくまで制限的にのみ、自らの労働力の処分を出向先に委ねる関係だからである。

(11) Höcker, Grundsätze über die Rechtsstellung der Unternehmerarbeiter, RdA 1954, S. 127. しかし、その根拠については触れられていない。

(12) Trieschmann, Das Leiharbeiterverhältnis, DB 1956, Beilage Nr. 16, unter IIIa.

(13) Hofrichter, a. a. O., S. 200f.

(14) 出向先が「委任者 (Auftraggeber)」と表現されている。vgl. Höcker, a. a. O., S. 127.

(15) Trieschmann, a. a. O., unter IIIb.

(16) Trieschmann, a. a. O., unter IIIb; Hofrichter, a. a. O., S. 201. これは、出向元と労働者との間に労働契約関係が存続することを理由とする。

い。さらにc説によれば、出向先が出向元との契約によって賃金支払義務を負った場合、労働者はその契約に基づいて、直接に出向先に対して賃金請求権を行使し得る⁽¹⁷⁾。これは、当該契約が民法328条にいう第三者のためにする契約にあたることを根拠とする。

② ヒュックの見解

彼は、出向関係が単一労働関係である理由を明らかにしないまま、先にみたc説の主張をほぼ踏襲する。すなわち、出向関係が発生することによって、出向元から出向先へ労務給付請求権が一時的に譲渡される。それにともなう、指揮命令権限が出向元から出向先へ移転する⁽¹⁸⁾、と。但し、出向先が行使する指揮命令権限の範囲は、彼によれば、出向元と労働者との合意の範囲に限定される⁽¹⁹⁾。これは、労働者の同意なしに、労働義務が出向元と出向先との契約によって拡大され得ないからである。

賃金支払義務負担者に関しても、ヒュックはc説と同様の主張をなす。つまり、出向元と労働者との間に労働契約関係が存続していることを理由に、賃金支払義務は基本的に出向元が負う。出向先が出向元との契約によって当該義務を引き受けた場合には、労働者は出向先に対して賃金請求権を行使し得る、と⁽²⁰⁾。

(2) 二重労働関係説

① 1950年代まで

出向先と労働者との間に「労働関係」の存在を肯定する「二重」説は、戦後唱えられたものである。しかし、ここでいう「労働関係」との表現には注意を要する。なぜなら、この「労働関係」概念は、以下にみるように、労働契約から全く切り離された概念だからである。かかる概念が持ち出される原因は、ヴァイマル期およびナチス期の労働法思想に起因すると考えられる⁽²¹⁾。

当該両者間に「労働関係」が存在するという論拠として、二つの見解が主張される。

一つは、労務を提供しそれを受領するという事実から直接に「労働関係」を認める見解で

(17) Trieschmann, a. a. O., unter III c.

(18) Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, 7. Aufl., 1963, S. 524. この点については、後に、指揮命令権の行使の出向先への授権であるとの批判がなされた。vgl. Birk, Die Arbeitsrechtliche Leitungsmacht, 1973, S. 185ff; Konzen, Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen, ZfA 1982, S. 259 (S. 282).

(19) Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 524 Anm. Nr. 38.

(20) Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 524.

(21) ヴァイマル期以後の労働契約と「労働関係」概念との関係については、とりわけ、和田隆『労働契約の法理』（有斐閣、1990年）38頁以下、および、竹下政行「多数当事者の労働法律関係（一）」大阪市立大学法学雑誌35巻1号（1988年）125頁、35巻2号438頁以下を参照。

ある⁽²²⁾。この見解の内容は、かかる「労働関係」に基づいて、出向先に対する労働者の賃金請求権が発生する旨主張することに尽きるといってよい⁽²³⁾。

他方は、労働者が出向先の事業所に「編入 (Eingliederung)」された時点で「労働関係」が生じるとする見解である⁽²⁴⁾。確かにこの見解も、賃金支払義務負担者については、明言していないとはいえ、「労働関係」が成立することによって、出向先が直接その義務を負うと解するように思われる⁽²⁵⁾。とはいえ、出向先が行使する指揮命令権限についてみれば、労働者が与えた同意を限度に、出向元と出向先との契約に基づいて、出向元から出向先へ移転する旨述べる⁽²⁶⁾。これは、出向関係の成立によって、労務給付請求権が出向元から出向先へ譲渡されると解することを根拠とする⁽²⁷⁾。

② ニキッシュの見解

彼も、「編入」によって出向先と労働者との間に労働契約に基づかない「労働関係」が生じる、とする。但し、出向先が行使し得る指揮命令権限の範囲は、労働者が与えた同意を限度に、出向先と出向元との契約による、とされる⁽²⁸⁾。出向先のかかる権限と「労働関係」との関連性は不明である。

賃金支払義務負担者については、従来の見解と異なる主張をなす。すなわち、賃金支払義務は通常、労働契約に基づいて発生するから、基本的には出向元が負う。出向先が出向元との契約によって当該義務を引き受けた場合には、その契約は第三者のためにする契約にあたり、労働者は出向先に対して賃金請求権を行使し得る、と⁽²⁹⁾。

(22) Endemann, Die Rechtsstellung des Leiharbeiters, BB 1951, S. 786 (S.787); Kauffmann, Zum Begriff des mittelbaren Arbeitsverhältnisses, seinen Voraussetzungen und Wirkungen, RdA 1951, S. 176 (S. 178). この主張は、ヴァイマル期に唱えられた事実上の労働関係を重視する見解に影響されたものと思われる。

(23) なお、労働者の賃金請求権に関連して、当事者の意思を根拠に、出向先と出向元との間に黙示の損害担保契約が締結される、あるいは、当該両者間に連帯債務関係が推定される旨の主張もなされている。前者の主張につき、Kauffmann, a. a. O., S. 178. 後者の主張につき、Endemann, a. a. O., S. 787 Anm. Nr. 6.

(24) Maus, Das Arbeitsverhältnis, 1948, S. 204; ders., Handbuch des Arbeitsrechts, Band II, 1955, unter II B1, S. 10. この主張は、労働契約を完全に否定したナチス期に唱えられた「労働関係」概念に影響されたものと思われる。

(25) マウスは「労務受領者 (Arbeitsempfänger) が使用者である」と述べる。vgl. Maus, a. a. O., 1948, S. 201.

(26) Maus, a. a. O., 1948, S. 205; ders., a. a. O., 1955, S. 10.

(27) Maus, a. a. O., 1955, S. 9.

(28) Nikisch, Arbeitsrecht, Band I, 3. Aufl., 1961, S. 242.

(29) Nikisch, a. a. O., S. 243.

(3) 契約参加説

ハインツェによれば、従来の理論は、単なる事実上の行為から当事者の権利義務を導き出すもので、法が当該行為に特別な効力を与えない限り、現行法上許されない⁽³⁰⁾。彼は、出向関係の三当事者の意思を解釈すれば、当該三者間の法律関係は契約参加になる、という⁽³¹⁾。

三者間の法律関係が契約参加であることの法的効果として、出向先は労働者に対して、出向元とならぶ連帯債権者かつ連帯債務者となる。つまり、出向先の連帯債権者性に着目すれば、労務給付請求権と指揮命令権は、出向先と出向元の双方に基本的に帰属する⁽³²⁾。他方、出向先の連帯債務者性についてみれば、出向元と出向先は、連帯して労働者に対する賃金支払義務を負うことになる⁽³³⁾。

4. おわりに

(1) 判例・学説の総括

[判例] 労災関連訴訟における判例は、出向先と労働者との間に労働契約関係は存在しない、いいかえれば、出向関係は単一労働契約関係である旨判示する。かかる判示において、出向先は、配慮義務に関する限りとはいえ、出向元の履行補助者であるとされる。また、出向先は出向元の指揮命令権限の授権者である旨言及する判例も存する(②判決参照)。

他方、労災に関連しない訴訟である⑤判決は、明言するわけではないが、出向先と労働者との間に労働契約関係が生じる可能性がある、すなわち、出向関係が二重労働契約関係になり得る旨判示していると解される。

したがって、一見すれば、判例のかかる立場は矛盾しているように見受けられる⁽³⁴⁾。

[学説] 単一労働関係説、二重労働関係説、契約参加説の三説が唱えられた。

「単一」説は、出向先と労働者との間に何らの労働法上の関係も存しないと捉える。それゆえに、同説は、賃金支払義務は原則として従来の労働契約上の使用者である出向元が負う。出向先が出向元との契約によって当該義務を引き受けた場合、労働者は、その契約が第三者のためにする契約であることを根拠に、出向先に対して賃金を請求し得る旨主張する。

出向先が行使する指揮命令権限については、伝統的な私法理論に則って、権利譲渡、委任、

(30) Heinze, Rechtsprobleme des sog. echten Leiharbeitsverhältnisses, ZfA 1976, S. 183 (S. 198).

(31) Heinze, a. a. O., S. 201.

(32) Heinze, a. a. O., S. 207.

(33) Heinze, a. a. O., S. 208.

(34) ドイツの学説の中にも、判例理論は一貫していないとの主張がある。vgl. Heinze, a. a. O., S. 186ff.; Henssler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, S. 54.

授權といった法律構成が唱えられる。その権限の範囲は、出向先と出向元との契約および労働者が与えた同意が限界として考えられている。

「二重」説は当初、労働契約から切り離された「労働関係」概念に基づいて、とりわけ、労働者に対する出向先の賃金支払義務を肯定していた。ところが、ニキッシュに至ると、同説の主張は「単一」説のヒュックのそれとほぼ同趣旨の内容となる。

契約参加説は出向先を、出向元とならぶ労働者に対する連帯債権者兼連帯債務者という特異な地位におく。

(2) 若干の私見

① ドイツの判例・学説に対する評価。

まず、判例につき、筆者は先に確認した二つの立場を一貫したものとする。なぜなら、判例は、賃金支払義務負担者をメルクマールとして労働契約関係の成否を判断していると推察されるからである。つまり、判例は、労働者の労務給付義務と使用者の賃金支払義務という、労働契約から生じる二つの要素が出向先と労働者との間で向かい合って存在する場合には、自然な解釈として、あるいは、当事者の意思に合致することを理由に、当該両者間に労働契約関係の成立を認める立場と解されるのである⁽³⁵⁾。

次に、学説はどうか。以下の二点が確認されるべきである。第一に、労働契約から切り離された「労働関係」概念はいまや採用し得ない⁽³⁶⁾。第二に、第一点とも関連するが、学説は一貫して、出向先と労働者との間に労働「契約」関係は存在しない、すなわち、出向関係は単一労働「契約」関係であると把握してきたといえるのである。これは、わが国における学説の議論と異なる点として注目される。

② かかるドイツの判例・学説に基づいて、わが国の議論にいかなる示唆が得られるか。

ドイツにおける出向の実態は全く不明である。その上、わが国の出向制度は企業ごとに多種多様なものと想像できる。したがって、日独両国の理論のみを単純に比較して論じることには慎重にならざるを得ない。とはいえ、少なくとも次の二点を指摘できよう。

第一に、賃金支払義務負担者で労働契約関係の成否を判断すると解されるドイツの判例の立場、あるいは、原則的に出向関係を単一労働契約関係と捉えるドイツの学説の立場に照ら

(35) かかる立場であると解すると、労災関連訴訟における、当該両者間に労働契約関係が存在しない旨の判示は、詳細な事実が不明である①事件を除いて、出向元が賃金を支払っていたという事実認定に基づいて導き出されたものと説明できる。

(36) これは日独両国で一致するところである。ドイツにつき例えば、Schaub, a. a. O., S. 131; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 3. Aufl., 1992, S. 38. わが国では例えば、西谷敏＝萬井隆令『労働法2 個別的労働関係法』（法律文化社、1993年）27頁〔西谷敏〕。

すと、わが国の行政解釈や多数学説が、出向という概念から論理必然的に、出向先と労働者との間に労働契約関係の成立を認めることは、多少、硬直的・概念的な考え方ではないか。

第二に、出向先と労働者との権利義務関係について、ドイツの判例・学説が主張した法律構成は、出向関係を単一労働契約関係と把握することが前提となっている上に、伝統的な私法理論に則ったものである。したがって、かかる法律構成は、わが国における単一労働契約説の主張に寄与する可能性を有する。

以上

【付記】

筆者は、1995年3月16日・17日に開催された「1995年度 労使関係研究会議」（主催：㈱日本労使関係研究協会）に、自由論題セッション報告者として参加した。本稿は、その報告の際に筆者が提出したりサーチ・ペーパーに、副題の挿入や用いた字句の加除・訂正など、若干の修正を加えたものである。なお、脚註に用いた資料は原則的に報告当時のままとした。

本稿は、1994（平成6）年度および1995（同7）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。